

# 公法判例研究

小倉一志

県立高等学校の校長が生徒会の担当教諭に対する職務命令として教諭が寄稿した回想文を生徒会誌から削除するように指示した行為が憲法二二条一項、二項前段、二三条、二六条に違反しないとされた事例

最判平成一六年七月一五日判時一八七五号四八頁（最高裁平一四（オ）第一二〇六号）

東京高判平成一四年五月九日判時一八三二号一一九頁（東京高裁平一二（ネ）第五八六三号）

前橋地判平成二二年一月一日判例集未登載（前橋地裁平九

(ワ) 第五五号<sup>(1)</sup>

## 【事実】

群馬県立桐生工業高校の工業(染色化学・染色デザイン実習)の教科を担当する教諭X(原告・控訴人・上告人)が、平成八年三月に定年退職を迎えるにあたり、生徒会担当の同僚教諭である訴外Aより、「先生は卒業生」というテーマで生徒会誌「TIME & SPACE 21号」への寄稿を依頼された。Xは、その求めに応じたが、依頼が平成七年一二月下旬であったこともあり、Xの原稿はAによる校正を経ずに印刷・製本された。生徒会誌は、平成八年二月二十七日に完成し、同日夕方に、校長Y<sub>1</sub>(被告・被控訴人・被上告人)に渡された(全校生徒には、翌二八日に配布)。

同月二十九日にXの回想文を読んだY<sub>1</sub>は、その内容の一部(勤務評定・日米安保条約についての記述)が生徒会誌にはふさわしくないものと考えた。そこで、校長室でXと話し合いをしたが、Xは納得しなかった。それと同時に、Y<sub>1</sub>はAに対し、本件生徒会誌を回収できないか尋ね、これについては、かえって混乱を来すとのAの意見を聞き入れて断念したが、新一年生に対しては配布しないように言ったところ、生徒会誌は新一年生に

とって役に立つものだから是非配布したい旨、Aが答えたため、配布するのなら本件回想文を切り取って配布したらどうかと話した。

その後も、生徒会担当の教諭が集まる顧問会議、職員全員参加の朝会、あるいは、校長室での話し合いが持たれたが、結局Y<sub>1</sub>は、五月三〇日に本件回想文を切り取って配布するよう職務命令として指示し、生徒会係の教諭らがその作業を行い、切り取り後の生徒会誌が新一年生に配布された(六月三日)。

この切り取りを命じた職務命令が違憲・違法であるとして、Xが校長Y<sub>1</sub>及び同校の設置・管理者である県Y<sub>2</sub>に対して、著作権法一一五条による名誉回復等の措置(謝罪文の掲載と本件回想文の配布)を求めるとともに、Y<sub>1</sub>に対しては民法七〇九条により、Y<sub>2</sub>に対しては国家賠償法一条一項により慰謝料の支払いを求めた事案である<sup>(2)</sup>。

## 【判旨】

## 最高裁判第一小法廷判決

「本件職務命令が憲法二二一条一項、二項前段に違反するものでない」ことは、最大判昭和四九年一月六日(猿払事件最高

裁判決)、最大判昭和五八年六月二二日(「よど号」新聞記事抹消事件最高裁判決)、最大判昭和五九年二月一二日(札幌税関事件最高裁判決)の「趣旨に徴して明らかであり、また、本件職務命令が憲法二三三条、二六条に違反するものでない」ことは、最大判昭和五一年五月二二日(旭川学テ事件最高裁判決)の「趣旨に徴し明らかである。したがって、これと同旨の原審の判断は正当である」。

### 東京高裁判決

(a) 本件生徒会誌・回想文の性質

「本件生徒会誌の編集は、生徒会活動の一つとして行われている。生徒会活動は教育活動の一環の特別活動の一つであり、特別活動は教科と同様に高等学校の教育課程の編成内容となっている(学校教育法施行規則五七条)」。高等学校の教育課程は高等学校学習指導要領(平成元年文部省告示第二六号)によるとされ、その「学習指導要領は、高等学校教育における機会均等と一定水準維持のための教育内容及び方法についての必要かつ合理的な大綱的基準を内容とし、法規としての性質を有する」(最判平成二年一月一八日(伝習館高校事件最高裁判決))。「学習指導要領によると、特別活動の内容の一つである生徒

会活動」は、「教師の適切な指導の下に、生徒の自発的、自主的な活動が展開されることとされて」おり、「その際、他の教科、特に公民科との関連を図ること、学校の指導体制を確立し、全教師の協力により適切に指導するものとされている。」「生徒会誌の編集も同様に行われるべきである。」

本件回想文は「内容的に、意見の分かれる政治的問題である勤務評定及び日米安保条約に関する特定の立場のみを記述して強調するものであって、特定の立場での政治的見解の表明である。」「このような記述を生徒会誌に掲載することは、教育基本法八条二項が『法律に定める学校は、特定の政党を支持し、又は、これに反対するための政治教育その他政治的活動をしてはならない。』と定めている趣旨にかんがみ、正当なものとはいえない。』また、学習指導要領の『地理歴史』には『近・現代史の指導にあたっては、客観的かつ公正な資料に基づいて、事実の正確な理解に導くようにする』とあり、『公民』の『現代社会』及び『政治・経済』には『広い視野に立って』行うことが目的として掲げられ、内容の取扱いにおいても政治に関する事項や現代の諸問題及び時事的事象の取扱いについては、教育基本法第八条の規定に基づき適切に行うとされており、当該条文の二項」の規定に「加えて、生徒会誌が一方的に配布を受け

ているだけのもので、授業において生徒に対しXとは異なった見解等について補足説明して公正かつ客観的な見方や考え方を深める手段や生徒との対話・議論が通常は予定されていないことにかんがみると」学習指導要領に反するものである。

(b) 本件職務命令の根拠

「学校教育法五一条で準用される二八条三項には『校長は、校務をつかさどり、所属職員を監督する。』とあり、同法五一条が二八条四項及び六項をも準用していることからすると、校長には、生徒の教育をつかさどる教頭及び教諭（同法五〇条一項）を監督する権限があるといえるので、教諭の教育活動に対し職務命令を発することができる」。そうすると、Y<sub>1</sub>には「校務としての特別活動である本件生徒会誌の編集・発行に関して担当教諭らを監督する権限があり」、「必要な職務命令を発することができ」る。また、その権限の行使はY<sub>1</sub>の裁量に任されている。

(c) 本件職務命令の違法性

「本件回想文は、特定の立場での政治的見解が強調され、学習指導要領にも反するもの」であり、「他の教科との関連性を図る必要性等からすると、本件回想文を漫然と生徒会誌に掲載したままで新入生に配布することには看過し難がたい問題があ

る」。本件回想文を本件生徒会誌に掲載することが適当でないとのY<sub>1</sub>の判断は合理的であって、その裁量権を逸脱濫用したものとはいえない。「また、本件回想文を切り取るという方法は、当時の状況の下では、必要最小限の合理的措置であった」。

(d) 憲法二二条違反の主張に対して

「憲法二二条二項にいう『検閲』とは、行政権が主体となつて、思想内容等の表現物を対象とし、その全部または一部の発表の禁止を目的とし、対象とされる一定の表現物につき網羅的に、一般的に、発表前にその内容を審査したうえ、不適當と認めるものの発表を禁止することを特質として備えるものと解すべきである」（最判昭和五九年一月二二日）。「本件職務命令によつても、本件回想文を一般出版物等として掲載発表することは何ら妨げられるものではなく、現に本件生徒会誌は卒業生や在校生（平成八年三月当時）には配布されているなど、発表禁止目的や発表前審査等というものではないから、検閲にあたらないし、事前抑制禁止の原則に違反するとはいえない」。

「また、表現の自由についての保障も無制限ではなく、公共の福祉による合理的で必要やむを得ない限度の制限を受けるものであつて、特に本件回想文は教育という公の場における生徒に向けられたものであり、その表現は教育活動の目的に適合し、

かつ、方法として相当であるべき制約を受ける」。本件回想文の新入生への配布が不適切であったことから、「掲載を回避する必要があり、その制限も、印刷製本済みの本件生徒会誌から本件回想文のみを切り取るという合理的でやむを得ない限度のものといふべきであつて、憲法二一条一項の規定に違反」しない。

(e) 憲法二三条、二六条違反の主張に対して

「教師の教育の自由といつても教育という公の場で生徒に対し、自己の担当する教科科目に属さない事項について自由に主張したり表現することを保障するものではなく、そこには自ら公正で客観的な教育という制約がある」。「その可否は、具体的な個別の生徒会活動の形態、内容等を総合して行うべきものである」が、本件回想文は、「教師に認められる教育の自由の範囲を逸脱するもの」である。

以上の点などからしても、「本件職務命令が校長としての裁量の範囲を逸脱濫用したものと評価することはできず、したがって、「本件職務命令が違法であるとはいえない。」

### 前橋地裁判決

(a) 本件回想文の性質

学習指導要領は、法規としての性質を有する。学習指導要領は、生徒会活動を特別活動と位置づけていることから、生徒会誌に回想文を寄稿したXの行為は、特別活動に該当する。

教育基本法八条二項は「法律に定める学校は、特定の政党を支持し、又はこれに反対するための政治教育その他政治的活動をしてはならない」と定め、更には、学習指導要領が、政治についての客観性を求めていると解されることから、回想文に政治的問題である勤務評定や日米安保条約に関する特定の立場に立った政治的見解を盛り込むべきではなかった。

(b) 本件職務命令の違法性

「Y<sub>1</sub>に職務命令を発する権限はない」とするXの主張は、「Y<sub>1</sub>の権限を制限しすぎ採用できない。」また、政治的活動の弊害を回避するために「回想文の読み方に付記事項を付ける等の教育的配慮」をY<sub>1</sub>に行わせるのは相当ではない。

(c) 憲法二一条、二三条、二六条違反の主張に対して

生徒会誌はXの刊行物ではないから、生徒会誌において回想文を発表する自由がXにあるといふことはできない。また、本件職務命令に「違法性はないから、Xが争点(二)・(三)で主張する(Xの教育の自由の侵害、生徒の学習権の侵害を指す―筆者)

ような憲法違反等の問題」も生じない。

「以上のとおりで、原告の主張はすべて失当であり、本件指示に違法性はない。」

なお、本件と類似のケースとして、群馬県立富岡実業高校の英語教諭が「マレーシア・シンガポールの旅」と題する紀行文を同僚教諭である生徒会誌の編集顧問の求めに応じて寄稿したが、そのゲラ刷りの最終校正を校長が行った際に、その紀行文の内容を問題視し、寄稿者本人および編集顧問に掲載しないようにと発した通告・指示の違法性が争われたケース（以下、富岡事件とする）<sup>(3)</sup>がある。判決内容については、検討の中で必要に応じて見ていく。

### 〔評釈〕

本件では、生徒会誌に掲載された教諭Xによる回想文に対して、校長Yが事後的に（訴外の他の教諭に対する）職務命令として掲載部分を切り取らせたことが、国家賠償法等に基づく慰謝料請求として争われた。この点に関する最高裁の判断は、先に見たように、先例（と最高裁が考えるもの）の羅列によって

簡単に処理されたが、本件が提示した論点は、憲法学・教育学において、従来より検討が行われてきた、校長と教諭の権限配分、校長が発する職務命令、学習指導要領の法規性の問題と密接に関わるとともに、問題となった回想文が教育活動の一環としての表現であることから、教師の教育の自由の射程・性質論とともに、表現の自由との相関関係等も問題となる。

本稿では、国家賠償法上の違法性判断において問題となる本件職務命令の違法性、および、（そこで問題となる）学習指導要領の法規性、教師の教育の自由、表現の自由の観点から検討を行う。

#### 一、本件職務命令の違法性判断

職務命令の根拠・適法要件について検討する前に、本件における（国賠法上の）位置づけを確認しておく。（一）職務命令の適法要件、で見る二つのケースおよび富岡事件においては、職務命令の違法性が、取消訴訟の違法性・国賠法上の違法性と「直接的」な形でリンクしていたのに対して、本件は「間接的」なものにとどまる。本件では、教諭Xに対して職務命令が出された訳ではなく、職務命令の受命職員は同僚教諭であり、その同僚教諭による切り取り行為が、後で検討するところのXの権利

を侵害したからである。その意味で、職務命令と原告の権利の侵害が「間接的」である点に、本件の特徴が見られるが、校長Yの違法な職務命令とXの権利の侵害との間には明確な関連性が見られることから、「直接的」か「間接的」かの違いは、違法性判断の場合においては、差異とはならない。国賠法一条一項は「違法に他人に損害を加え」ることを要件とするが、本件のようなケースにおいて、職務命令が違法なものであれば、その結果生じる権利侵害も違法なものと言えるからである。

以下、職務命令の適法要件にかかわる判示部分が、国賠法上の適法性判断の場面においても適用可能であるとの立場から検討を行う。

(一)職務命令の根拠（校長の権限）

高等学校には、「校長、教頭、教諭及び事務職員」（学校教育法五〇条一項）、「養護教諭、養護助教諭、実習助手、技術職員その他必要な職員」（二項）がいるが、職員の中でも特に、校長と他の職員、主として教諭との権限配分が、従来から問題となってきた。校長の権限につき、学校教育法二八条三項、五一条は、「校長は、校務をつかさどり、所属職員を監督する」とあり、二八条六項、五一条は、教諭の権限につき「教諭は、児

童の教育をつかさどる」となっている。校長が掌るとされる「校務」と教諭が掌るとされる「教育」の二つ相関関係がここで問題となる。

①説（学校事務説）は、「校務」を教育活動とともに、その教育活動を遂行するための人的組織の整備、施設整備の管理保全を含む「学校に与えられた仕事」全般<sup>(4)</sup>あるいは「学校の仕事全体」<sup>(5)</sup>（学校業務）と理解し、「教育」が「校務」を含む上位概念と解する。校長はこれらの「校務」を掌握し、教諭など他の職員を「監督」することが職務とされ、本件のような職務命令も校長の権限の範囲内と位置づけられる。本件地裁・高裁判決、富岡事件高裁判決は①説に立っており、富岡事件地裁判決も、教諭には「授業等の具体的内容及び方法においてある程度の裁量が認められる」との留保を付けつつ、①説を支持する。①説が行政解釈である。<sup>(7)</sup>

これに対し、②説（全校的學校事務説）は、(1)校長、教諭のいずれも、「校務」「教育」を、それぞれ「つかさどる」ことになっ  
ていている点、(2)現行法は、戦前の「訓導ハ学校長ノ命ヲ承ケテ児童ノ教育ヲ掌ル」（国民学校令一七条）の規定から、「学校長ノ命ヲ受ケ」の部分<sup>(8)</sup>が削除されたものである点、などに着目し、「校務」と「教育」を概念の異なるものと解する。これに

より、「校務」から「教育」が控除され、校長の権限は「学校全体としてなすべき事務」<sup>(9)</sup>（全校的学業業務）に収縮する。教諭は、教育内容・方法などの「内的事項」につき、校長から監督され職務命令を受けることはない。<sup>(10)</sup>②説が教育法学の通説となつて<sup>(11)</sup>いる。

この②説は、「内的事項」の遂行を教諭の自主的判断に委ね、外部からの法的コントロールを許さない、とする点で、後述の「国民教育権説」に適合した説といえる。しかし、本稿では、「国民教育権説」は首肯できないと考えることから、①説に立ちつつ、校長の権限内容を制限するスタンスに立つことにする。

## (二)職務命令の適法要件

職務命令の効力につき、本件と富岡事件の各判決では、職務命令が有効とされるための要件（職務命令の適法要件）が示されておらず、その中でも、本件高裁判決、富岡事件高裁判決は、①説から校長の全面的な監督権限を引き出した上で、裁量判断のレベルで処理しようとする。

確かに一般論としては、職務命令発出の段階において、上司に裁量を認める必要がある。職務命令は、法令を執行し、職務を遂行する、という意味での具体化の役割を果たすものである

ことから、法令と並んで順守することが地方公務員法三二条（国家公務員の場合）は、国家公務員法九八条一項）において義務づけられているのである。法令を具体化するに際しては、上司の判断が優先され、「組織活動の一体性の確保」の要請から、下司による審査権は例外的な場合に限定されることになる。筆者は、通常の公務員関係における上司・下司との関係をストレートに学校内における校長・教諭との関係に適用しようとする立場には慎重であるべきと考えるが、この点をさておくとしても、職務命令が執行された後に、事後的に適法性を争うことは、「法治行政の原則」から承認されなければならない。<sup>(12)</sup><sup>(13)</sup>いくら上司の職務命令に対する判断を優先させるといっても、違法な職務命令の効力を存置させることは「法治行政の原則」に反するからである。ここでは、「組織活動の一体性の確保」の要請は背後に退く。

職務命令の適法要件につき、都教委勤評反対事件（堀船小学校長事件）<sup>(14)</sup>東京高裁判決は、(1)発令者が職務上の上司であること、(2)受命者の職務に関するものであること、(3)その内容が法規に抵触しないこと、を要件としており、（日野市立小学校）君が代ピアノ伴奏強制事件東京地裁判決<sup>(15)</sup>も、職務命令は、(1)職務上の上司が、(2)受命者の職務に関して発する命令であり、(3)

それが法律上または事実上の不能を命じるものでないとき、に有効とする（更に、適法要件を満たしても「職務命令がなお命令権者の権限の逸脱ないし濫用にあたる」というためには、当該職務命令が明らかに不当な目的に基づくものであるとか、内容が著しく不合理であるという場合に限定される」とする）。これらの判決は、職務命令に従わなかったことに対する懲戒処分<sup>(16)</sup>の取消しが争われたケースであるが、職務命令の適法要件にかかわる判示部分は、本件における違法性判断の場面においても適用可能であろう。学説においては、(1)職務上の上司<sup>(16)</sup>によって正常な状態・意思によって発したものであること、(2)職員の職務に関するものであること、(3)内容が妥当性（実現可能性および合法性）を有すること、(4)受命職員の独立権限を侵すものでないこと、を適法要件として<sup>(17)</sup>いるが、取消訴訟における違法性判断の場面に限定していないように思われる。

この判例・学説が示す適法要件を、先の二説にあてはめると、②説においては、校長は職務命令の権限を有しないことから、職務上の上司とはいえず、<sup>(18)</sup>よって(1)の要件を満たさず、（更に、受命職員である教諭の独立権限の侵害と構成すると(4)の要件も満たさないことから）、職務命令は効力を持たないと解される

（そのような職務命令を行った場合には、教育基本法一〇条一項が禁止する「不法な介入」にあたると評価される）。しかし、①説においても、(3)の要件を慎重に判断することによって職務命令の効力を限界づけることは可能である。二以下における検討は、この点に関わるものである。

## 二．学習指導要領の法規性

従来の訴訟において、学習指導要領の法規性は、処分事由に対する法的根拠として（伝習館高校事件）、教科書検定基準として（一連の教科書裁判）、学習指導要領を用いることができるか否かの問題として現れていた。これに対して、本件地裁および富岡事件地裁・高裁判決では、生徒会誌の編集・発行および教諭Xの寄稿が、学習指導要領において「各教科」と並列に位置づけられる「特別活動」に含まれる生徒会活動の一環であることから、職務命令の発出根拠を補強する役割を果たしている。ここでは、学習指導要領の法規性が認められる（あるいは認められない）範囲とともに、本件高裁判決に対する評価が問題となる。本件高裁判決は、「高等学校教育における機会均等と一定水準維持のための教育内容及び方法についての必要かつ合理的な大綱的基準を内容とし、法規としての性質を有すると

解すべき」として、伝習館高校事件最高裁判決<sup>(20)</sup>を引き、学習指導要領の法規性と相まって、特別活動が「歴史や社会等の他の教科との関連を図る」ことを要求するものと解し、Xによる回想文の学習指導要領違反を積極的に認定しているのである。

学習指導要領は、当初、指導助言的基準であることを前提として作成されたが、昭和三十一年に「省令の委任にもとづいて法的拘束力を有する」との文部省見解が出され、昭和三十三年（高校は昭和三五年）に学習指導要領の告示化が行われた。これに対して、教育法学説は、「各教科等の学校教育活動の内容を記す学習指導要領は指導助言的基準としてのみ適法である」とする「指導助言的基準説」<sup>(21)</sup>に立っていた。更に、行政解釈（法規説）と教育法学説（指導助言的基準説）との中間には、「学習指導要領を『法的拘束力のある条項と指導助言文書たる条項』に分け、『学校制度に関連する教育課程の規則に関する条項』（「教育課程の構成要素、各教科、科目、及びその単位数」、「卒業に必要な単位数、及び授業時間、単位修得の認定等」）には法的拘束力を認め、それ以外の各教科、科目の「目標」「内容」については否定する「学校制度的基準説」<sup>(22)</sup>、学校教育法施行規則レベルの規定を「大綱的基準」と解し、それを超える部分に

ついては法的効力を否定する（指導助言的基準としてのみ承認される）「大綱的基準説」<sup>(23)</sup>がある。なお、旭川学テ事件最高裁判決<sup>(24)</sup>においても「大綱的基準」の文言が出てくるが、これは、告示された学習指導要領自体が大綱的基準であることを承認するもので、従来の「大綱的基準説」よりも法的拘束力を広く承認する分、行政解釈（法規説）に近づくものである。<sup>(25)</sup>

学習指導要領の法規性の範囲については、少なくとも、伝習館高校事件最高裁判決を無限定な法規説と読むべきではなく、旭川学テ事件最高裁判決の趣旨も合わせて、限定的に考える必要がある。旭川学テ事件最高裁判決は、旭川地裁判決・札幌高裁判決がとった従来型の「大綱的基準説」を狭きに失するとして斥ける理由として、「基準を設定する場合には、教師の創意工夫の尊重等教法一〇条に関してさきに述べたところのほか、後述する教育に関する地方自治の原則をも考慮し、右教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持と目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的なそれにとどめられるべきものと解しなければならぬ」としている。法規性の問題を考えるにあたっては、「教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持」を目的として、「必要かつ合理的な」範囲内において「教育内容及び方法」についての大綱的基準が

法的拘束力をもつのであって、それを越えて法的に強制したり、サンクションを与えることにより「教師の創意工夫」や「教育に関する地方自治の原則」などを制限することは、教基法一〇条一項が禁じる「不当な介入」となる。本件に即して言えば、本件高裁判決のように、「歴史や社会等の他の教科との関連を図る」ことを過度に強調することによって、特別活動ひいては本件生徒会誌における回想文の政治的中立性のようなものまでも法的拘束力のあるものとして学習指導要領から引き出すことはできない。なぜなら、国が教育内容についての基準を設定する目的は「機会均等と一定水準維持」にあり、<sup>(26)</sup>更には、「教科教育以上に、特別活動には自主的な」<sup>(26)</sup>運用が求められるものだからである。

確かに、伝習館高校事件においても、一種の政治的中立性が問題となったが、このケースでは、「機会均等と一定水準維持」に抵触する教育活動が行われ、生徒の学習権を侵害するものであったことから、学習指導要領の法規性が承認されたのである。<sup>(27)</sup>特別活動に政治的中立性を要求するのであれば、学習指導要領以外の根拠を探さなければならないが、<sup>(28)</sup>結局の所、問題とされた回想文は、教育基本法八条二項の「趣旨にかんがみ、正当なものとはいえない」（本件高裁判決）、「指導要領の趣旨に反し

て」政治的見解を盛り込むことを差し控えるべきであった」（本件地裁判決）可能性があるのみであろう。更に、法的拘束力の問題を留保したとしても、本件高裁判決の理解は正しくないと言える。学習指導要領解説によると、特別活動において、他の教科、特に公民科との関連を図ることを求めているのは、特別活動の一形態であるホームルーム活動における「人間としての在り方生き方に関する指導」と公民科の「現代社会」及び「倫理」の（教科の）目標が密接に関連しているためであり、また、生徒会活動については、「生徒の自発的、自治的な活動を」側面から援助する」ことを教師に求めているのみで、他の教科との関連づけは、直接には求めていないからである。<sup>(29)</sup>

以上の検討から、本件回想文は、「違法」なものではなく、「不当」である可能性があるにすぎないことが明らかになった。本件において校長が切り取りを命じた回想文は、学校教育という空間における表現物であることから、教師の教育の自由と表現の自由の観点からの検討が必要になる。次に検討しよう。

### 三. 教師の教育の自由・表現の自由

(一) 教師の教育の自由の根拠づけ

下級教育機関における教育内容決定権としての教育の自由の問題は、当初、「国民教育権説」と「国家教育権説」の対立の中で議論が行われ、「国民教育権説」においては、下級教育機関の「教師」(ここでは、校長も「行政府系列の機関」として、文部(科学)省、教育委員会とともに位置づけられること<sup>(30)</sup>から、事実上、「教師」は教諭に限定される)は「国民」の主要な構成要素とされ、そこでの自由は、国家による法的コントロールが遮断される結果として非常に広汎なものとなる一方で、「国家教育権説」においては、国家が教育内容に關与する権限を大幅に承認する結果として、教師の自由は収縮するものとされていた。その後、「国民」「国家」という二元的理解を否定し、「国」「教師」「親」などの各主体において、自由あるいは権限を多元的に分配するアプローチが旭川学テ事件最高裁判決において示され、学説もこれに一定の支持を与えるようになった。

この「権限分配のアプローチ」<sup>(31)</sup>においては、従来、「国民教育権説」と親和性を持っていた、<sup>(32)</sup>子どもの学習権を移植し、それを基底に据えることによって、「教師」にも一定の限定つきながらも教育の自由を承認した点は首肯されるが、その一方で、「国家」に対しては、「必要かつ相当と認められる範囲」あるいは「正当な理由に基づく合理的な」範囲において権限を広汎

に承認している点が疑問視される<sup>(33)</sup>。この点については、教師らの精神的自由の重要性を十分認識していない、との批判とともに、子どもの学習権は元来、一種の教育思想として提示されたものであり、法技術的概念としてよりも、「解釈・適用する際の指導理念とみるべき」<sup>(35)</sup>との指摘が示唆に富む。つまり、「国」「教師」「親」などの各主体の自由や権限の「縄張り争い」として問題をとらえるのではなく、子どもの学習権に仕えるという各主体共通の目標を設定し、そこから、自由や権限の調整を行うべき(「子ども中核論」という理念は良いが、子どもの学習権は、どのような自由や権限をどの主体に与えるかを判断する場面においては、有効に機能しない。「教師」の側からすると、「国」側からの介入を防ぎ、自由な空間を作り出すことが、子どもの学習権の要請に應えるために必要であると考えられるのに対して、「国」側からすると、自らがイニシアチブをとり、様々な施策を講じることが、子どもの学習権に仕えることであると考えることが可能だからである。また、旭川学テ事件最高裁判決においても、子どもの教育が「なによりもまず、子どもの学習する権利に対応」するとするものの、「教育の内容及び方法を、誰がいかん決定すべく、また、決定することができるか」という問題に対する一定の結論は、当然には導き出せない

と指摘しているところでもある。

このため、教師の教育の自由の射程を考える（逆に言えば、「国」の権限を制限する）にあつては、子どもの学習権以外の、あるいは、子どもの学習権とともに別の根拠づけが必要となる。そこで考えられるのは、教師の専門（職）<sup>(36)</sup>性、更には、教育の本質的要請論<sup>(37)</sup>であろう。教育は、知識や考え方を子ども達に教える専門家である教師とのコミュニケーションを媒介として成り立つものだからである。ここから、教師には、その専門性が強く認められると解される範囲においては、広汎な自由ないし権限が必要とされ、その範囲内での活動については、憲法、教育基本法を初めとする関連法規に違反する場合、子どもに対する権利侵害となる場合を除き、教師に（国や校長に先んずる、<sup>(38)</sup>という意味での）第一次的判断権が認められよう。<sup>(39)</sup>このように考えると、第一次的判断権を正当な理由なく侵害した場合には、教師の教育の自由の侵害となり、そのような侵害を引き起こす職務命令は違法となる。

## （二）教師の教育の自由の射程・表現の自由との関係

第一次的判断権を導き出す教師の教育の自由の射程については、従来のケースが、「各教科」における教育のみを問題とす

るものであつたこともあり、十分な議論がなされてきたとは言えない。<sup>(40)</sup>このため、本件高裁判決は、「特別活動」が「教科科目における教育と異なる」点を認めるものの、「特別活動」それ自体は教師の教育の自由の範囲内と解するのに対して、富岡事件地裁判決は、「自己の担当する授業で具体的授業内容及び方法について選択すること」が教師の教育の自由の中核であることから、特別活動に「教育的価値が認められるとしても」範囲外であるとしているように、教師の教育の自由の射程につき、理解が分かれている。

この点は、先にも触れたように、教師の専門性が自由の射程を決定するメルクマールとなる。教師の教育活動の中でも、教科教育の領域において、最も教師の専門性が認められることは言うまでもないが、本件などで問題となった「特別活動」も教科科目同様、教師の専門性が強く要求されるものである。また、学習指導要領において「特別活動」は「各教科」と並列に位置づけられていることを考え合わせても、教科教育と同様に扱うべきである。ただ、富岡事件地裁判決のように、教師の教育の自由の範囲を狭く解した場合であっても、今度は、（教師の）表現の自由の問題となり、結局は説明の違いに収斂されることになる。

説明の違いに収斂されることは、教師の教育の自由と表現の自由の二つが同質化していることに起因する。「憲法二二条の表現の自由をおよそ精神的自由に関する総則的規定、ないしは『器にかんする規定』として理解する立場に立つて（その場合には一九条、思想・信条の自由がこの『器』の原理規定となる）教育の自由を、『教育上の表現の自由』と重なり合いつつ構成しうるとする森田説<sup>(41)</sup>、「教科書の執筆・刊行はもちろんのこと、一般に教育活動は表現活動にほかならないから、その自由は、憲法二二条の表現の自由により保障される」とする杉原説<sup>(42)</sup>、「何をどのように教えたらいいか、という点について研究し、

それを実行に移す自由としての要素」は憲法二三条によって保障されるが、教師の教える自由は、この教育・実践に限定されない。この外側の部分まで教育活動全般を保障しうるのが憲法二二条であり、よって、この両者の関係は一般法と特別法の関係に立つと考える内野説はこの点を的確に指摘している<sup>(43)</sup>。

以上の検討から、①教師の教育の自由は、「各教科」のみならず「特別活動」にも及び、教師の第一次的判断権もそれに応じて広がることから、②（生徒会誌発行に関わる）生徒会活動に対して、関連法規の違反・子どもに対する権利侵害などの

場合を除き、教師の第一次的判断権が認められることになる。これにより、③本件及び富岡事件における職務命令は、教師の第一次的判断権ひいては教師の教育の自由の侵害を構成し、職務命令の適法要件における、(3)内容の妥当性の要件を満たさないことになる。

更に、④市民的自由にパラフレーズすることによって、表現の自由の側面からも理解可能である点も見たが、この点は、(三)以下と密接に関わる。

### (三)編集者の「権限」vs執筆者の「権利」

表現の自由の問題を検討する前提として、編集者ではない教師が、編集者である他者（判決は一貫して、校長を、生徒会誌の編集・発行について最終的な権限を有し、責任を負う者とする）に対して、自らの「権利」を主張できるか否かの点について触れておく必要がある。「本件生徒会誌はXの刊行物ではないから、Xに、本件生徒会誌において本件回想文を發表する自由があるということとはできない」（本件地裁判決）、「寄稿を掲載するかどうかは、生徒会誌の編集権限を有する者が決定することであり、寄稿した教諭自身が掲載を請求できるものではなく、上記の教育（教授）の自由としてこれが保障されるもので

はない」(富岡事件高裁判決)との判示部分が見て取れるからである。

一般論として、編集者の「権限」と執筆者の「権利」が衝突する場合には、上記の判決が示すとおり、編集者の「権限」の前に執筆者の「権利」が屈することになる。執筆者は、編集者に対して、自らの「権利」を主張し得ない。しかし、「特別活動」が問題となった本件及び富岡事件の事案においては、教師(集団)に(教育内容決定についての)第一次的判断権が承認されて良い場合であり、その場合、校長の編集「権限」はノミナルなものとなる(実質的な「権限」は、教師(集団)にあると解される)ことから、教師の「権利」の前に校長の「権限」が屈することになる。また更に、「(1)国家権力と対抗関係に立ち、かつ、(2)その行使が権力行使としての意味をもたないものであること」<sup>(46)</sup>を人権と言うための二要件と考えると、校長による職務命令が教諭に対して発せられている点からも明らかなように、本件及び富岡事件の事案は「第一の教育法関係」<sup>(47)</sup>の問題であることから、括弧書きの「権利」は、教師の人権(表現の自由、教育の自由)の問題と構成されることになる。この領域における人権制約にあつては、より慎重な判断が求められることになる。

しかし、切り取りという制約が「合理的で必要やむをえない限度」に止まり、教育という公の場における生徒に向けられた「表現は、教育活動の目的に適合し、かつ、方法として相当な制約を受けるのもやむを得ない」(本件高裁判決)としているように、教師の表現の自由に対して、より厳格な審査を行うとする姿勢が見られない点につき、学説からの批判がある。本件評釈などでは、「より制限的でない他の選びうる手段(LRA)」<sup>(48)</sup>が用いられねばならない、「切り取りにあたって、教師個人の表現の自由を制限するための十分の理由を有していたか」「切り取りの理由として、本件回想文の寄稿が、教科外教育活動の目的を著しく阻害するものであったか」が検討される必要がある<sup>(49)</sup>。「寄稿掲載の可否を決める教育的配慮の内容は言論の自由を制約するに適するような厳格な吟味が必要と思われ<sup>(50)</sup>」と主張されているところである。<sup>(51)</sup>

#### (四) 検閲・事前抑制の問題

更に、表現の自由に関わる論点として、校長が発した切り取りを命じる職務命令が、憲法上禁止される検閲・事前抑制にあたるか否かも問題となった。本件および富岡事件の各判決においては、こちらの方が争点となっていたようにも見える。

先の検討において、(1) (教師の第一次的判断権が認められる領域においては) 校長の編集「権限」はノミナルなものに過ぎないこと、(2) 教師が制約されたものは人権であること、を見た。このため、校長の編集「権限」を根拠として(本件地裁判決)、あるいは、検閲・事前抑制の禁止が問題となる対象を「国または公共団体が、それ以外のする編集活動に介入する場合」に過度に限定することによって(富岡事件地裁判決)、教師の表現の自由に関わる主張を否定することはできないと考える。この点で、札幌税関事件最高裁判決が示した定義を用いて検閲概念には該当しないとしつつ、本件は、卒業生・在校生に配布された後で、新入生の配布分についての切り取りが問題となった事例であり、富岡事件においても、問題となった回想文は既に別の媒体で公表済みであることから、事前抑制の問題も生じないとする本件高裁判決、富岡事件高裁判決(あるいは本件最高裁判決を含む)の方が理論上は正しいと言える。

改めて述べるまでもなく、最高裁が示した検閲の定義<sup>(52)</sup>については、学説から強い批判がなされている。しかし、この点の議論を加味したとしても、本件及び富岡事件の事例は、既に、教師による表現が外部に対してなされた後であることから、検閲・事前抑制の問題としてよりも、(三)で検討した事後の制約の問題

として処理すべきであると思われる。

以上のように、市民的自由にパラフレーズすることによって析出される表現の自由の観点からも、本件で問題となった職務命令の違法性が言えよう。(1) 教師の教育活動の一環として行われる表現に対しては、例外的な場合を除き、教師あるいは教師集団に第一次的判断権が承認されることから、校長の編集「権限」はノミナルものに収縮する一方で、(2) 教師の「権利」は人権(表現の自由、教育の自由)と構成することが可能であること、(3) 判決が言うように、職務命令の結果として生じた表現内容に対する制約は、憲法上禁止される検閲・事前抑制にはあたらないとしても、事後規制の問題として判断されるからである。

#### 四．まとめに代えて

本件では、「特別活動」の一環として発行された生徒会誌に掲載された回想文の事後的な切り取りを命じる職務命令が問題となった。ここで問題となった論点は、憲法学・教育法学において、従来より検討が行われてきたものが有機的に結びついていく点で興味深い。本稿では、本件職務命令の違法性判断を軸

に検討を行ったが、ここでは、まとめに代えて、結論部分を再度示す。

本稿は、①説（学校事務説）に立ちつつも、職務命令の適法要件の(3)内容の妥当性、を慎重に判断することによって、職務命令の効力ひいては校長の権限内容を制限する立場に立つ。(3)の判断を行うにあたっては、(i)学習指導要領の法規性、(ii)教師の教育の自由、(iii)表現の自由の三つの観点からの検討が求められ、(i)「特別活動」ひいては生徒会誌における回想文の政治的中立性を要求するものとして、学習指導要領の法規性をを用いることはできない一方で、(ii)「各教科」のみならず「特別活動」にも教師の教育の自由の保障が及び、これらの領域においては、例外的な場合を除き、教師の第一次的判断権が認められる。本件及び富岡事件の事例は、教師の第一次的判断権を侵害した場合にあたり、教師の教育の自由の侵害を構成する。(iii)教師の教育の自由は、学校空間における表現の自由としてパラフレーズ可能であり、学説においては、(判決よりも)より厳格な審査が求められると主張されているところであり、この点からも、本件職務命令の違法性を導くことが可能である、というのが本稿の結論である。<sup>(53)</sup>

## 注

(1) 「群馬・松本裁判のホームページ（前橋地裁判決全文）」  
<http://www.geocities.jp/casutro21/simhannketzenbun.htm>  
 (last visited Sep 4, 2005).

(2) 判例評釈として、内野正幸・判時一八四九号一八六頁（判評五四三三二四頁）以下、大島佳代子・ジュリ一六九号（平成一五年重判）一八頁以下、馬奈木巖太郎・季教一四三三六七頁以下、村元宏行・季教一三六号六四頁以下、更に、柿沼祐三郎「教育の自由と生徒会活動 生徒会誌切り取り事件」青年法律家協会弁護士学者合同部会編『平和と人権の時代』を拓く』（日本評論社・二〇〇四年）一三三頁以下、松本正・石川憲彦「桐生工業 高校生徒会誌切り抜き事件とは」<http://www.jicl.jp/hitoko-to/backnumber/20041122.html> (last visited Sep 4, 2005) 参照。

(3) 前橋地判平成一三年一〇月一日判時一七八二号九五頁、東京高判平成一六年二月二五日判時一八六七号五四頁、最判平成一六年九月二八日判例集未登載。判例評釈として、青木宏治・季教一四四号六二頁以下、松田浩・法七〇二号一一八頁、更に、赤石あゆ子・法民三九二号七〇頁以下、「赤石裁判のWEBサイト」<http://www1.socinet.or.jp/~redstone/> (last visited Sep 4, 2005) 参照。

(4) 木田宏『教育行政法〔新版〕』（良書普及会・一九八三年）二一五頁。

- (5) 鈴木勲編『逐条学校教育法〔再版〕』（学陽書房・一九八〇年）二四八頁。
- (6) 教室内に担任教諭が設置した「落書きコーナー」に「過激な政治的文句や校長の悪口等」が書かれていたのを発見した校長が、担任教諭に無断で撤去した事件において、「社会通念に照らして教育の場としての教室に展示するのがふさわしくないと考えられるものであるなど特別の事情があるときには、校務全般について責任を負い、教諭を指導監督する立場にある校長自らの判断で右展示物をとりはずしても、これをもって違法ということとはできない」としたケースがある（長崎地佐世保支判昭和四八年三月一九日判時七〇九号八二頁。判例評釈として、伊藤進・判時七二七号一三二頁（判評一八一号一八頁）以下参照）。この判決は、校長の介入を限定的に解している点で注目されるが、②説からは、「教育的当否についてなお指導助言（職員会議付議をふくむ）に徹するべき」との反論がなされる（兼子仁『教育法〔新版〕』（有斐閣・一九七八年）四六三頁注四）。
- (7) 浪本勝年「群馬県立富岡実業高校生徒会誌切り取り事件意見書」<http://www.asahi-net.or.jp/~si8k-nmm/02-11-04-gunma.htm> (last visited Sep 4, 2005).
- (8) 「浦野東洋一教授の証言速記録（地裁）」<http://www.geocities.jp/casuto21/uranosyougen.htm> (last visited Sep 4, 2005)；島ノ江一彦「教師の教育権と管理職」教法一八号九四頁、宗像誠也編『新装版』教育基本法―その意義と本質―（新評論・一九八八年）二六八頁（宗像執筆）参照。
- (9) 浪本・前掲「意見書」〔注7〕。
- (10) 兼子仁教授は、「各教師の教育権行使である教育活動の内容に関しては、校長はその教育専門的水準に基づく指導助言権のみを有し、これがこの面において『所属職員を監督する』仕方にほかならない。教育活動内容に關し職務命令を発することは、典型的に教育基本法一〇条一項の禁ずる教育への『不当な支配』に該当するものと解される。」「教育活動内容についてはまずもって真に教育専門的な指導助言によって指導性を發揮していけることが、校内指導助言者たる校長に予定される力量である」とされる（兼子・前掲書〔注6〕四六一頁）。
- (11) 神田修・兼子仁編『教育法規新事典』（北樹出版・一九九九年）二〇〇頁、永井憲一編『基本法コンメンタール教育関係法』（日本評論社・一九九二年）九八頁（船木正文執筆）。
- (12) これを否定するには、特別権力関係論などの正当化根拠が必要とされるが、少なくとも特別権力関係論は、現在においては妥当しない。
- (13) 「法治行政の原則」に加えて、「組織活動の一体性の確

「保」をどの程度加味するかで、受命職員への拘束力に対する理解が異なってくる。「法治行政の原則」を強調する説は、受命職員が職務命令を違法と判断した場合には、その職務命令への服従を拒否できると解するのに対して、通説は、「組織活動の一体性の確保」を強調することによって、(権限ある機関が取消さない限り)「違法であっても、それが重大明白でないかぎり、これに拘束され、服従すべき義務を負う」とする(原田尚彦『行政法要論〔全訂第5版〕』(学陽書房・二〇〇四年)四〇―四一頁。木田・前掲書〔注4〕二八八頁も同旨)。判例も同様の理解を示す(都教委勤評反対事件東京高裁判決(東京高判昭和四九年五月八日労判二〇四号五一―五二頁)参照)。

受命職員の法的責任については、通説・判例の理解に立つと、職務命令に重大かつ明白な瑕疵がある場合には、「従わないことが出来る。否寧ろ之を否定すべきもの」(仙台高判昭和二九年一月一〇日)とされ、職務命令に従った受命職員も法的責任を負うことになる。これに対して、違法な職務命令に対しては、受命職員は権限ある機関が取消さない限り、服従が義務づけられ、そこでの受命職員は免責されることになる(鹿児島重治『逐条地方公務員法〔第5次改訂版〕』(学陽書房・一九九三年)五一―五二―五三頁、鹿児島重治ほか『逐条国家公務員法』

(学陽書房・一九八八年)八一六―八一七頁、園部逸夫監修『国家公務員法・地方公務員法』(青林書院・一九九七年)二五〇頁参照)。

(14) 東京高判昭和四九年五月八日労判二〇四号四四頁。

(15) 東京地判平成一五年一月三日判時一八四五号一三五頁。

(16) 地方教育行政の組織及び運営に関する法律四三条二項は、「県費負担教職員は、その職務を遂行するに当たっては、法令、当該市町村の条例及び規則ならびに当該市町村委員会の定める教育委員会規則及び規定(前条又は次項の規定によって都道府県が制定する条例を含む。)に従い、かつ、市町村委員会その他職務上の上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない」として、「職務上の上司」に市町村教育委員会が含まれることを示している。括弧内の規定は、県費負担教職員の任命権が都道府県教育委員会に属することに起因する。あくまでも、都道府県教育委員会は、「身分上の上司」として「市町村委員会」の行う県費負担教職員の服務の監督又は前条若しくは前項の規定により都道府県が制定する条例の実施について、市町村委員会に対し、一般的指示を行うことができる」に止まる。

(17) 田中二郎『新行政法 中巻(全訂第二版)』(弘文堂・一九七六年)二五七頁、木田・前掲書〔注4〕二八六―

- 二八七頁。適法要件の(4)は、外部からの法的コントロールの遮断を主張する「国民教育権説」に立つ場合には、独立した一つの要件とする意味が大きいように思われるが、従来の学説において、独立権限を有する職員として念頭におかれていたのは、条文上の根拠を持つ、裁判官（憲法七六条三項）、検察官（検察庁法一四条）であり、二つの判例が(4)を省略しているのは、教師の独立性を裁判官や検察官と同レベルのものとして承認していないからであろう。菅野祐治「職務命令に関する諸問題」公務員関係判例研究会編『公務員労働の理論と実務―判例の検討を中心として―』（三協法規・一九七九年）三二三頁は、「職務上の独立とはその独立が法律上明記されていること、すなわち職務を遂行するに当たって他の指揮命令・監督を一切受けないことが法律上明記されていることが必要である。したがって、一般公務員（教師も含む。）については職務上の独立はありえず、職務命令の名宛人として当然右職務命令に従わなければならない」とする。
- (18) 兼子・前掲書「注6」四六四頁。
- (19) 現在は、「普通教育に関する各教科」「専門教育に関する各教科」に分かれている。
- (20) 最判平成二年一月一八日判時一三三七号三頁。
- (21) 兼子・前掲書「注6」三八〇頁。
- (22) 神田修・教育判例百選〔第三版〕七二頁。この立場による判決として、伝習館高校事件福岡地裁判決（福岡地判昭和五三年七月二八日判時九〇〇号三頁）がある。
- (23) 佐藤幸治・中村睦男・野中俊彦『ファンダメンタル憲法』（有斐閣・一九九四年）一二〇―一二二頁（中村執筆）。この立場による判決として、旭川学テ事件旭川地裁判決（旭川地判昭和四一年五月二五日判時四五三号一六頁）、札幌高裁判決（札幌高判昭和四三年六月二六日判時五二四号二四頁）がある。
- (24) 最大判昭和五一年五月二一日判時八一四号三三三頁。
- (25) 兼子・前掲書「注6」三八五頁。
- (26) 小野方資・季教一四一号九六頁。
- (27) 西原博史「学校が「愛国心」を教えるとき」（日本評論社・二〇〇三年）二二五―二二六頁。
- (28) 公務員の政治的活動を制約する法制度一般につき、拙稿「公務員の人権」岡田信弘編『憲法のエチュード』（八千代出版・二〇〇四年）五一―五三頁。
- (29) 文部省『高等学校学習指導要領解説 特別活動編』（東京洋館出版社・一九九〇年）八〇―八二、九三―九四頁。
- (30) 内野正幸「教師の教育の自由―憲法学の立場から―」教法一八号一〇三頁。
- (31) 例えば、第二次家永教科書訴訟東京地裁判決（東京地判昭和四五年七月一七日判時六〇四号一九頁）参照。
- (32) 旭川学テ事件最高裁判決は「国民各自が、一個の人間

として、また、一市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利とする。

- (33) 佐藤ほか・前掲書「注23」一二〇頁。
- (34) 佐藤ほか・前掲書「注23」一二〇頁。
- (35) 内野正幸『憲法解釈の論点(第4版)』(日本評論社・二〇〇五年)一〇四―一〇五頁。
- (36) 内野正幸『教育の権利と自由』(有斐閣・一九九四年)二一六頁。
- (37) 西原・前掲書「注27」九八―九九頁。
- (38) 丹羽徹「教育裁量の公法学的検討」教法二二号九二―九三頁。
- (39) 教師間で教育方針の対立があった場合には、「教師の教育の自由」が教師個人に対して保障されているものなのか、あるいは、教師集団に対して保障されているものなのかによって結論が異なってくるだろう。前者であれば、第一次判断権の主体は教師個人となり、後者であれば教師集団の判断が優先されることになる。
- (40) 大島・前掲「判批」「注2」一九頁。
- (41) 森田明「教育を受ける権利と教育の自由」法時四九巻七号八八頁。
- (42) 芦部信喜編『教科書裁判と憲法学』(学陽書房・一九九〇年)二五頁〔杉原泰雄執筆〕。

(43) 内野・前掲『教育の権利と自由』「注36」一二六―一二八頁。

(44) (大学レベルにおける)学問の自由においても同様の指摘が可能である。そこでの構成要素である、(1)学問研究の自由は内面的精神活動の自由であり、憲法一九条の思想良心の自由に含まれ、(2)研究発表の自由は外面的精神活動であり、憲法二一条の表現の自由に含まれると説明されてきた。しかし、(3)教授の自由については、憲法二三条を根拠に一定の範囲で下級教育機関にも適用されることが判例上も承認されているが、憲法一九条あるいは憲法二一条との関係は必ずしも明確にされてきていない。この(3)教授の自由については、「研究者は、その学問的見解を教授する自由を有する。この自由は、表現の自由に含まれるとも考えられるが、学校における教育という意味を有する点に、特色を持つ」(宮沢俊義『憲法Ⅱ(新版)』(有斐閣・一九七四年)三九六頁)とし、学校教育という制度内ではあるものの、表現の自由と位置づけた宮沢説が想起されるべきであろう。

(45) 内野・前掲『教育の権利と自由』「注36」一〇三頁。「教師の教育の自由」を市民的自由にパラフレーズすることにつき、芦部信喜編『憲法Ⅲ 人権(2)』(有斐閣・一九八一年)四一七―四一八頁〔奥平康弘執筆〕、学問の自由と市民的自由の同質性につき、高柳信一『学問の自由』(有

斐閣・一九八三年) 一一二―一二五頁参照。

(46) 内野・前掲「教師の教育の自由」〔注30〕一〇三頁。

(47) 今橋盛勝教授の「二つの教育法関係」論(今橋盛勝『教育法と法社会学』(三省堂・一九八三年) 二五―二七頁)における「第一の教育法関係」とは、△国・文部省―都

道府県教委―市町村教委(―校長) ∨と△学校・教師―子ども・生徒、父母、住民・国民∨の「教育法関係」を意味する。これに対して、「第二の教育法関係」とは、△国・文部省―教委―学校・教師∨と△子ども・生徒、父母、住民・国民∨の「教育法関係」を意味する(内野・前掲「教師の教育の自由」〔注30〕一〇一頁)。

(48) 馬奈木・前掲「判批」〔注2〕七三頁。

(49) 村元・前掲「判批」〔注2〕一三五頁。

(50) 青木・前掲「判批」〔注3〕一四三頁。

(51) これに対して、「第二の教育法関係」では、教師(ここでは校長も含まれる)の行為は「権限」と評価される。この点における判例としては、中学校夜間学級の生徒が書いた作文が、同校の教師および教職員組合を批判する内容を含んでいたために、教師が当該部分を生徒の同意を得ずに削除し、生徒が別の機会に書いていた作文となぎ合わせたものを生徒本人の作文として掲載したこと

の違法性が争われた、大阪地判平成一三年七月二五日判時一七七七号八五頁がある。判決は、(1)夜間学級の設置

された目的を達成するため、いかなる内容の教育を行うかにつき合理的な裁量権が教師にはある。(2)本件文集の発行は、夜間学級の教育の一環として行われていることが明らかであるから、教師には、生徒の執筆した作文に事実関係の誤りがあったり、他人をいたずらに非難、中傷する部分があるなど、これをそのまま文集に掲載することが教育上好ましくないと判断するときには、生徒に対して提出した作文の修正、削除を指導することができ、この指導に従わなるときには、その作文を掲載しない措置をとることも許される。しかし、(3)生徒の作文を同意なしに一部削除し、生徒が掲載を希望しない別の作文となぎ合わせて、これを生徒の作文として掲載したこと、生徒の同意なしに作文上の登場人物をイニシャルにしたことは、教師の裁量権を逸脱し、生徒の人格権を侵害するとした。

この領域においては、生徒の権利が、編集者である教師から過度の干渉を受けない、勝手に修正・削除されない、という私法上の権利にとどまる(内野・前掲「判批」〔注2〕一八九頁)結果として、教師の裁量が広く認められることになる。

(52) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I(第3版)』(有斐閣・二〇〇一年) 三二八頁〔中村執筆〕、中村睦男編『はじめての憲法学』(三省堂・二〇〇四年) 九

一一九二頁〔岩本一郎執筆〕参照。

(53) 本稿は、北大公法研究会(二〇〇五年五月二〇日)における報告原稿を基にしている。諸先生方から多くの御指導を頂いたことに感謝したい。

\* 本稿は、平成一七年度文部科学省科学研究費補助金(若手研究B)による研究成果の一部である。