

第10回 予防訴訟（国歌斉唱義務不存在確認等請求訴訟）

会員 加藤 文也 (32期)

東京・日の丸・君が代訴訟との出会い

2003年の10月下旬、学生時代の教育法ゼミの先輩にあたる市川須美子獨協大学教授（現在は同大学名誉教授）から、今度、都立学校の先生方が、東京都（都教委）相手に訴訟を起こすことになると思われるので、弁護団の一員になって欲しいとの電話が入った。

この電話の約1週間前の10月23日、東京都（都教委）は、都立学校の校長宛に、都立学校の卒業式等で、教職員は国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、教職員が校長の職務命令に従わない場合は、服務上の責任を問われる旨の実質、学校現場で、「日の丸・君が代」を一律強制する通達（10・23通達）を発出していた。

上記通達に衝撃を受けた教職員が何とかしたいとの思いで、市川教授に相談し、それが上記電話となったのである。

私は、この電話をきっかけに以後20年の長きにわたる東京における日の丸・君が代の強制に抗する訴訟に関わることになった。

訴訟提起にあたっての工夫

本件は、今までにない訴訟提起の方法を検討することから始まった。それは、原告団の中心となった3名の女性教師の「どうしても立ちたくないのに、このまま卒業式を迎えれば、当然処分されてしまう、座して懲戒処分を受けるのを待つのでなく、その前に何とかしたい」との要望に応えるためであった。

市川教授から、最高裁調査官が昭和47年度の長野勤評事件最高裁判決の判例解説において、行政

訴訟での予防的訴訟の許容性について言及していることに基づき、処分を受ける前に、予防訴訟として、起立・斉唱義務不存在確認訴訟として、提起することができる旨の示唆をいただいた。弁護団は、この示唆に基づき、差止訴訟の要件を本事件に即して検討し、訴状を作成した。

弁護団は、さらに、差止訴訟のみの提訴であった場合、訴訟要件にかかる審理に終始してしまい、本案（10・23通達が憲法で保障するところの思想・良心の自由を侵害するか否か）の審理まで行かない危険性があることから、早めに実体審理に入ってもらえるようにするため、「10・23通達」によって原告一人ひとりが精神的被害を受けたとして、一人3万円の国家賠償請求訴訟を同時に提訴することとした。

最初の提訴は、2004年1月30日、原告団119名での提訴であったが、その後、予防訴訟の趣旨に賛同する原告が増え、二次、三次、四次提訴で、原告団が400名を超え、大型の憲法訴訟として闘われることとなった。

違憲判決を勝ち取るための工夫

● 実体面をリアルに提示する

特別支援学校では、10・23通達前は、対面式で、壇上のない会場で車椅子で座ったままで卒業式が行われていた。それが10・23通達後全くできなくなってしまった。この劇的変化を法廷にビデオを持ち込むなどして明らかにした。

都立学校には、韓国、中国からの帰国者を含め、外国籍の生徒が相当数いた。その生徒らに対しても、一律に日本の「日の丸・君が代」を強制することが、どれほどの人権侵害になるかを明らかにした。

また、予防訴訟の原告は、日の丸・君が代に対する思いも、それまでの生活歴等からして各人ごとに多様であった。この多様な考えの原告が当事者となっていることを明らかにした。

● 理論面の検討

アメリカ連邦最高裁のバーネット判決等諸外国の判例、日本において先例としての価値が高い旭川学テ事件最高裁大法廷判決（昭和51・5・21）の徹底的検討を踏まえ、上記に述べた実態面を基に、10・23通達を発出する立法事実がないことを論証し、憲法19条、20条、26条違反とともに自由権規約18条、子どもの権利条約違反の主張を行った。

予防訴訟第一審の画期的勝訴判決 —憲法19条違反—の意義

2006年9月21日、東京地方裁判所（難波孝一裁判長）は、国歌斉唱義務がないこと、処分の差止めも認め、かつ、違憲・違法な校長の職務命令により各一人金3万円の精神的被害を被ったとし、その損害の賠償も認める判決を言い渡した（判例時報1952号44頁。以下「難波判決」という）。

難波判決は、わが国の裁判所では、初めて、卒業式等の式典において、10・23通達及びそれに基づく校長の職務命令が、旧教育基本法10条で禁止するところの「不当な支配」に当たるとともに、「必要かつ最小限度の制約を超えるものであり」、憲法19条に違反するとの判断を示した。

裁判長が、法廷で原告ら勝訴の判決を言い渡すのを聴きながら、感激のあまり、涙を流す原告も相当数おられたことが印象に残っている。

この判決は、1970年7月17日の家永教科書裁判第2次訴訟の東京地裁判決（杉本良吉裁判長で、憲法26条が子どもの学習権保障にあることを初めて認めた）とともに、教育に関わる憲法訴訟判決として、歴史に残る判決になったと考えている。

難波判決は、行政事件訴訟法改正前後に提起された4つの訴訟いずれに対しても、義務不存在、差止を認めた上で、違憲とした判断をした点でも画期的なものであった。

最高裁判決とその問題点

2012年2月9日、予防訴訟に対し、最高裁第一小法廷の多数意見は、前年に出された同種事件の判断に倣い、10・23通達及びそれに基づく校長の職務命令に憲法19条違反はないとした（判例時報2152号24頁）が、宮川光治裁判官の反対意見が付されている。

宮川裁判官は10・23通達及びそれに基づく校長の職務命令が憲法19条に反する可能性が高いとした上で、以下の意見を付している。

「思想の多様性を尊重する精神こそ、民主主義国家の存立の基盤であり、良き国際社会の形成にも貢献するものと考えられる。」

「自らの真摯な歴史観等に従った不起立行為等は、その行為が式典の円滑な進行を特段妨害することがない以上、少数者の思想の自由に属することとして、許容するという寛容が求められていると思われる。」

10・23通達に基づく教育現場の統制は現在も続いており、それに抗する訴訟は、今も続いている。

今後も、宮川少数意見が、多数意見となるよう粘り強く努めていきたい。