

# 公立高校卒業式における来賓発言と「表現の自由」

佐々木 弘 通

公立高校卒業式における来賓発言と「表現の自由」

- 「 I 」はじめに 問題の所在と本稿の構成
  - 「 1 」 「表現の自由」の問題であること
  - 「 2 」 ^ H 高校教員としての職務行為ではないこと
  - 「 3 」 ^ T 高校の来賓としての行為であること
  - 「 4 」 本稿の構成
  - 「 5 」 ^ 本件における「表現の自由」制約理由という規範の認識作業
- 「 II 」 ^ T 高校と原告との関係 ^ T 高校卒業式に招待された来賓
  - 「 1 」 本件行為の性質と、招待関係の法的性格
    - 「 1 A 」 本節の課題
    - 「 1 B 」 本件行為の性質 ^ T 高校旧職員である来賓としての行為 ^
    - 「 1 C 」 ^ T 高校と原告との関係の法的評価 法外の、徳義上の関係
  - 「 2 」 式参列者のなかの ^ 旧職員である来賓の位置
    - 「 2 A 」 本節の課題
    - 「 2 B 」 ^ 来賓 ^

- 「 2 C」 ^来賓v以外の参列者
- 「 2 D」 式次第における各主体の発言機会
- 「 2 E」 ^来賓vの特殊性
- 「 3」 「来賓紹介」の際に原告がなすべき・なしうる行為
  - 「 3 A」 本節以下の課題
  - 「 3 B」 関連事実
  - 「 3 C」 行為の指針 徳義上の責任
  - 「 3 D」 行為の指針 民法上の不法行為責任
  - 「 3 E」 本件行為の評価 発言時間上の枠を逸脱していないこと
- 「 4」 本件発言行為のメッセージ内容
  - 「 4 A」 関連事実
  - 「 4 B」 メッセージの意味内容
- 「 i」 ^T高校と原告との関係vにおける立証責任の分配の問題
- 「 ii」 常識的判断に基づくテキスト読解によるメッセージ内容の確定
- 「 iii」 卒業生への餞のメッセージ
- 「 iv」 国歌斉唱「強制」反対のメッセージ
- 「 v」 主たるメッセージと従たるメッセージという位置づけ
- 「 vi」 主たるメッセージをいっそう効果的に伝達するための表現
- 「 vii」 本款のまとめ
- 「 5」 本件行為の評価 発言内容上の枠を逸脱するか？
  - 「 5 A」 発言内容上の枠を逸脱していないこと
  - 「 5 B」 ^来賓vによる^異論v提出発言を、徳義上どう評価すべきか
  - 「 i」 国歌斉唱「強制」批判という^異論v提出
  - 「 ii」 ^異論v提出が従たるメッセージであること

- 「iii」 メッセージの直接の名宛人に対する「異論」提出でないこと
- 「iv」 正面からの「異論」提出でさえ徳義上の規範に適わないとは言えないこと
- 「6」 T高校側の採りうる対抗措置
- 「7」 本章のまとめ
- 「III」 「H高校と原告との関係」 H高校に勤務する教育公務員
  - 「1」 「T高校と原告との関係」ではないこと
  - 「1 A」 「H高校と原告との関係」と「T高校と原告との関係」との混同
  - 「1 B」 混同の具体的な現れ
- 「i」 本款の課題
  - 「ii」 T高校長（事件当時）
  - 「iii」 都教委と地教法第二三条五号
  - 「iv」 H高校長の「校長指導」
- 「1 C」 「H高校と原告との関係」における措置として正当化し直せるか？
- 「2」 被告が本件発言行為を「不適切」だと評価した根拠・その1
  - 「2 A」 本節の課題
  - 「2 B」 H高校長による「校長指導」
  - 「2 C」 都教委の「指導」決定
  - 「2 D」 本件訴訟における被告の主張
  - 「2 E」 本件発言行為の2つの要素（P）発言内容と（Q）TPO的文脈
- 「3」 法的判断枠組み 厳しい司法審査の要請
  - 「3 A」 「表現の内容規制」
- 「i」 本件が「表現の内容規制」の事例であること
- 「ii」 「表現の内容規制」と「表現の内容中立規制」

- [ iii ] 表現内容がもたらす害悪 (X)「意味的害悪」と(Y)「事実的害悪」
- [ iv ] 厳格な司法審査の要請
- [ 3 B ] 私的行為が「教育公務員にふさわしくない」こと
- [ i ] 総説 職務外の私的行為に対する制約論理
- [ ii ] 非行の重大性
- [ iii ] 非行の質
- [ iv ] 公権力側の説明責任
- [ 4 ] 立ち入った憲法実体論を行わずに本件訴訟を解決する方途
- [ 4 A ] 本節の課題
- [ 4 B ] 「法律の留保」の問題
- [ i ] 総説
- [ ii ] 「憲法上の権利」の制約には必ず法律の根拠が必要であること
- [ iii ] 本件発言行為を制約する根拠法律は存在するか
- [ 4 C ] ^ H 高校と原告との関係 v における主張責任の分配の問題
- [ 4 D ] 次節以降の課題 更なる憲法実体論的な検討
- [ 5 ] 被告が本件発言行為を「不適切」だと評価した根拠・その2
- [ 5 A ] 本件発言行為の ^ (P) の要素 = 発言内容 v の具体化
- [ i ] 本款と次款の課題
- [ ii ] 国歌斉唱「強制」批判という ^ 異論 v 提出
- [ iii ] ^ (1) = 国歌斉唱「強制」反対 v と ^ (2) = 現行政策の批判 v
- [ iv ] 「見解規制」の事例
- [ 5 B ] 本件発言行為の ^ (Q) の要素 = T P O 的文脈 v の具体化
- [ i ] 本款の課題
- [ ii ] 「T 高校」の「卒業式」

- [ iii ] ^ 来賓の「発言行為」
- [ iv ] 本款のまとめ
- [ 5 ] C [ P + Q ] としての本件発言行為 (X) 「意味的害悪」の問題視
  - [ i ] 本款と次款の課題
  - [ ii ] (Y) 「事実的害悪」を問題視するものではないこと
  - [ iii ] (X) 「意味的害悪」を問題視するものであること
- [ 5 ] D [ P + Q ] としての本件発言行為 Q が限定的意味を持つこと
  - [ i ] ^ Q = TPO 的文脈が限定的意味を持つか持たないかの違い
  - [ ii ] ^ Q = TPO 的文脈が限定的意味を持つこと
- [ 6 ] 法的判断枠組みの本件への適用 表現行為を合憲的に規制できるか
  - [ 6 ] A [ ^ H 高校と原告との関係 ] における本件発言行為の評価
  - [ 6 ] B [ 「表現の自由」保障の中核にある、^ 異論 ] 提出の自由
  - [ 6 ] C [ ^ P = 発言内容 ] が「教育公務員にふさわしくない」？
    - [ i ] 本款の課題
    - [ ii ] ^ (2) = 現行政策の批判 ] が「教育公務員にふさわしくない」？
    - [ iii ] ^ (1) = 国歌斉唱「強制」反対 ] が「教育公務員にふさわしくない」？
- [ 6 ] D [ P + ^ Q = TPO 的文脈 ] が「教育公務員にふさわしくない」？
  - [ i ] 本款の課題
  - [ ii ] ^ (1) = 国歌斉唱「強制」反対 ] について
  - [ iii ] ^ (2) = 現行政策の批判 ] について
- [ 7 ] 本件「指導」決定等の国家賠償法上の評価
  - [ 7 ] A [ 総説
  - [ 7 ] B [ 故意・過失
  - [ 7 ] C [ 違法性

「 7 D」 損害

「 IV」 おわりに

「 1」 前章の議論のまとめ

「 2」 前々章の議論を行った理由

「 3」 被告における憲法の問題把握の欠如

\* 本稿は、「損害賠償請求事件、東京地裁平成一八年(ワ)第三八三三号」の原告弁護士団の依頼に応じて、意見書として東京地裁に提出されることを予定して執筆し、二〇〇七年(平成一九年)一〇月二日に脱稿したものである。ところが残念ながら、本稿「 4 B」における本件発言のメッセージ内容の把握が、それまでの原告弁護士団の弁護士活動と話し合いのうえ、第一審判決が出た後にすることにしたので、本誌の前号(七七号)への掲載を見送った結果、この時期になったものである。なお第一審判決である東京地判平成二〇年三月二七日(判例集未登載)では原告の請求が棄却され、原告が控訴し、第二審判決である東京高判平成二二年二月一八日(判例集未登載)では控訴が棄却された。

## 「 1」 おわりに 問題の所在と本稿の構成

「 1」 「表現の自由」の問題であること

本稿の課題は、本件を憲法的観点から分析・考察することにある。

原告は都立羽村高校(以下、「H高校」と略記する)に勤務する教員である。一方、都立豊多摩高校(以下、「T高校」と略記する)は二〇〇五年三月二二日実施の卒業式に、旧職員を来賓として招待したが、その被招待者のなか

には前年(〇四年)三月までT高校の教員であった原告も含まれていた。三月二二日は土曜日であり週休日だったので、原告はT高校の卒業式に来賓として参列した。その卒業式において原告は、式次第中の「来賓紹介」の際に、「おめでとつ」<sup>(1)</sup>といます。色々な強制のもとであっても、自分で判断し、行動できる力を磨いていってください。」と発言した。<sup>(1)</sup>この発言が「不適切な発言」であったことを理由として、同年五月二六日に都教育委員会(以下「都教委」と略記する)は、原告に対して「校長による指導」を行うことを決定し、同年七月二〇日にH高校長は、原告に対して「指導」措置を行った。この都教委の「指導」決定(及び同決定に従ってなされたH高校長の「指導」措置)<sup>(2)</sup>は、国家賠償法第一条の適用上、はたして原告に対して被告・東京都<sup>(3)</sup>の国家賠償責任を発生させるか。筆者の見るところ、これが本件の中心的争点である。

T高校卒業式に自己の職務と無関係に来賓として参列した原告が、「来賓紹介」の際に多数の卒業生に向けて行った本件発言行為が、憲法第二一条の保障する表現行為に該当することは、明らかであろう。ところが、その表現行為が「不適切」であることを理由として原告は「指導」措置を受けた。ゆえに、「指導」措置は原告の「表現の自由」の行使に対する制約になっている。そして、「指導」決定および「指導」措置(以下ではこの二つをまとめて「指導」「決定等」と表記する)を行ったのは公権力主体である都教委とH高校長だから、ここに掛け値なしの憲法問題が提起される。すなわち、原告の本件表現行為を都教委が「不適切」だと評価したことは憲法的に正当であり、したがってその評価に基づいて、都教委・H高校長が「指導」決定等を原告に対して行ったことは、原告の「表現の自由」に対する制約として合憲的なものだと見えるか。この点の検討を行うのが、本稿の課題である。

「1 2」 ^ H高校教員としての職務行為ではないこと

もっとも、原告のような教育公務員の場合、そのあらゆる発言行為が憲法第二一条の保護する表現行為に該当す

るわけではない。憲法第二一条が保護するのは、あくまで個人を主体とする表現行為である。それに対して、一般に公務員が職務行為として国民に向けて行う発言行為は、公権力主体が行う表現行為であるとみなされ、広い意味での「政府言論」であると捉えられる。教育公務員の場合、担当教員として授業を遂行するなかで行う、何をどのように教えるかに関わる諸々の発言行為が、職務行為としての発言行為の典型である。授業の遂行過程での発言行為は、一方で発言の受け手たる生徒との関係では、生徒が憲法上有する「教育を受ける権利」に應える公務となされるのであって、教員が個人として憲法上有する「表現の自由」の実践として行われるのではない。しかし、だからといってこの場面で教員は、他方の、当該教員の所属長や任命権者との関係で、なんの憲法上の主張もできないわけではない。授業の遂行過程での発言行為については、まさに生徒の「教育を受ける権利」に適切に應えるために、教員の専門職としての自律権限が一定範囲で、法律上のみならず憲法上も、承認されねばならないのである。<sup>4)</sup>、それゆえその自律権限を侵害するような所属長・任命権者による介入は許されないと考えられるからである。

ただ、本件では被告も、原告の本件発言行為が職務行為ではないことを一貫して承認している。<sup>5)</sup>ゆえに、本件で前記の「表現の自由」に関わる憲法問題が提起されていることについて、本件訴訟の当事者間に争いが無い。

「1-3」 A T高校の来賓としての行為Vであること

このように、本件の憲法問題は、A都教委・H高校長と原告との関係Vにおいて生じている。だが本件を全体的に検討するためには、原告を一方当事者とするもう一つ別の重要な関係が本件において存在していることを見落とすことができない。それは、A T高校と原告との関係Vである。紛らわしいのは、T高校を所管するのが、原告の勤務するH高校を所管するのと同じ都教委である点だ。筆者の見たところ、どうやらそこから都教委(をはじめとする被告側の人々)は、A T高校と原告との関係Vにおいて生じた問題を、A都教委・H高校長と原告との関係V



において解決しようとする混乱に陥っている。だが、(a) ^ 都教委・H 高校長と原告との関係 v (別言すれば、^ H 高校と原告との関係 v) と (b) ^ T 高校と原告との関係 v とは、全く別物なのであり、法的には厳格に区別して考える必要がある。

すなわち、(a) において、一方の当事者である、原告の任命権者である都教委と、原告の所属長である H 高校長とは、他方の当事者である原告に対して、勤務関係ないし垂直関係に立っている。それに対して、(b) においては、一方の当事者である T 高校が、他方の当事者である原告を、来賓として招待し、原告はこの招待に応じた、という招待関係ないし水平関係にあるのである。

そして、(a) と (b) とでは、原告の本件発言行為の性質が「私」的なものと「公」的なものとのいずれとして捉えられることになるが、という点も違ってくる。すなわち、(a) においては、「公」的行為とは職務行為の他ではありえないところ、原告はあくまで週休日の職務外の行為として T 高校卒業式に参列した。その意味で本件発言行為は、原告の任命権者・所属長である都教委・H 高校長との関係では、職務外の「私」的行為である。しかし (b) においては、「公」的行為とは式参列者一般から注目を受ける行為であるところ、原告は T 高校の卒業式に参列するにあたって、いわば「無名の参列者」として（後述）2 C の分類では ^ 保護者 v 席に座る人々を念頭に置いている（参列したのではなく、^ 来賓 v という固有の待遇で参列したのであり、それだからこそ本件発言行為の機会を得ることができた。その意味で本件発言行為は、招待者の T 高校との関係では、「公」的行為としての側面を持っていたのである。要するに本件発言行為は、(b) の関係においては「公」的行為だといえるが、(a) の関係においては「私」的行為に他ならず何の「公」的性格も持たない。本件発言行為が、(b) の関係において「公」的性格を持つことから、勘違いによって (a) の関係においても「公」的性格を帯びているが、こゝとき錯覚に陥らないことが肝要である。

「1-4」 本稿の構成

本稿では、まず「1」章で、本件発言行為を、それが行われた本来的な場である(b)において、検討する。この点の理解を踏まえて、次に「2」章で、本訴訟の土俵である(a)において、本件「指導」「決定等」が原告の「表現の自由」に対する制約として合憲だといえるか、という前記憲法問題を検討することにした。

繰り返しになるが、本訴訟は徹頭徹尾、(a)を土俵としている。その意味で、法的な形式論で割り切れば、本件の中心的論点に答えるためには(a)の文脈を検討する。「1」章だけで十分なはずであり、(b)の文脈で検討を行う。「1」章は、不要であり余計である。それにもかかわらずあえて本稿は、まず「1」章の考察を行ってから、「2」章の論述に入る。その第一の理由は、そうすることで、被告側の議論が(a)と(b)の文脈を混同している事情を明らかにできると考えるからである。また第二の理由は、そうすることがやはり、本件のトータルな理解のためには必要だと考えるからである。「1」章の論述は、あとで本件の中心的論点に正しく近づくために、あえて一旦そこから離れるものである。

「1-5」 ^ 本件における「表現の自由」制約理由という規範の認識作業

同様の理由からもう一つ、本稿があえて踏み込んで行ったことは、原告の「表現の自由」を制約するところの本件「指導」「決定等」を、被告がいかなる理由に基づいて行ったかの事実認識作業である。

被告の「指導」「決定等」は、原告の本件発言行為が「不適切」であるとの評価に基づいている。この評価は公権的になされたものであるから、何らかの一般的な評価枠組みがまず存在し、その具体的な適用として本件行為の前記「不適切」評価に至った、ということではなければならない(さもないと、本件評価は全くの恣意的評価であること

になる)。ところが本件訴訟において被告は、原告の本件発言行為が「不適切」であるのは明らかだと主張するのみで、原告からの再三の釈明要求にもかかわらず、本件発言行為の「不適切」である所以を、それ以上に立ち入って説明しないままである。

既に述べたが、本稿の課題は、本件を憲法的観点から検討することにある。それは、被告の「指導」決定等が、原告の「表現の自由」の制約として憲法上許されるかどうかの検討に他ならない。しかるにその検討のためには、本件において一体どういう理由で「表現の自由」が制約されたかの事実認識が不可欠である。一般に「憲法上の権利」の制約理由は、当該制約が合憲か違憲かの判断にとって、きわめて重要であるからだ。

ところが本件訴訟で被告は、非常に抽象的レベルにおいてしか「表現の自由」の制約理由を明らかにしていない。これに対する憲法上の対処方法の一つは、主張・立証責任の分配の次元で決着をつけることである。具体的に言うと、被告は本件「指導」決定等を合法だと主張しているが、その根拠を十分に説得的なかたちで主張・立証できていない、ゆえにそのことの不利益は被告が負うべし、とすることである。裁判所としては、この方法で事件を処理するのでさしあたりその任務を全うしたと言える。

だが本稿は、あえてもう一つの対処方法へと踏み込む選択をする。すなわち、手元にある資料から、被告がそれに言及するのを本件訴訟で避けているところの、具体的な制約理由（一般的な評価枠組みと、その本件行為に対する適用）を、推論したうえで、これを憲法的に評価する。そもそも、少しでも（主張・立証責任、ないしは司法審査の緩厳といった、いわば手続論ではなく）実体的な憲法論を行うためには、制約理由の確定は不可欠である。したがって本件のように、公権力側がその制約理由をこく抽象的レベルでのみ主張するに止まる場合の、憲法研究者にとっての問題は、その制約理由を証拠に照らしてどこまで具体化したうえで、実体的憲法論を行うのか、ということになる。それに対する本稿の回答は、「可能な最大限、具体化したうえで」となる。

なぜ本稿はそういう選択を行うのか。その理由はこうである。第一は、手続論レベルの議論で済まらずに実体論に及ぶことが、本件のトータルな解明には必要だからである。第二は、本件における制約理由は、かなり初歩的に、憲法的には制約理由となりえないものである。そのことをよく理解すれば、主張・立証責任の分配を、憲法の要請するところとは正反対に、原告に負わずことによって、本件訴訟でその具体的制約理由を一切説明しようとする被告を勝たせることの理不尽さが、いつそう明らかになるだろうからである。

この^制約理由という規範^を確定する作業を、本稿では、まず被告自身が主張している内容から確定できる限りで確定する作業を「 2」で行う。さらに、それを踏まえて、常識的判断を働かせた推論により、それをいつそう具体化する作業を「 4」で行う。なお、この「 4」の作業はまた、「 4」の、本件発言行為のメッセージ内容に関わる事実認識をも踏まえる。この事実認識にも、当該メッセージ内容のどういふ点を被告が「不適切」だとみなしたかを、常識的判断を働かせつつ推論する過程が、含まれる。

- (1) 正確な発言内容については原告と被告の間で争いがある。ここでは原告側の主張に即したものを記した。この点については「 4 A」で論じる。
- (2) H 高校長には、都教委の決定に従って「指導」措置を行う職務上の義務が、基本的にはあったと言えるから、決定的なのは、都教委の「指導」決定が適法だったかどうかの評価である。
- (3) 正確に行為主体と行為とを対応させれば、本文に述べたように、都教委が「指導」決定を行い、H 高校長が「指導」措置を行った。そして、「指導」決定および「指導」措置をまとめて「指導」決定等と呼ぶなら、都教委とH 高校長が「指導」決定等を行ったことになる。だがそれらの諸行為の責任をどう置くか、東京都が本件訴訟の被告となっているから、以下では「被告が『指導』決定等を行った」などと言つていくことがある。
- (4) さしあたり参照、松田浩「学問の自由と教育を受ける権利」山内敏弘編『新現代憲法入門』(二〇〇四年、法律文化社)一七一頁、一七八―一八一頁。

(5) 但し仔細に見れば、《被告準備書面①》四頁の「職務外行為であつても……純粹な個人的行為と同視できない」という主張(同八頁も参照)と、《被告準備書面④》一―二頁の「地方公務員は、その地位の特殊性から……職務とは直接関係のない行為も制約を受ける」という主張とは、同じでない。前者は、「職務行為」と、「職務外の」私的行為」との間、「(職務外の)準公的行為」とも言うべき第三の範疇を立てる構成であるのに対して、後者は、あくまで「職務行為」と、「職務外行為」私的行為」との二分論を前提としつつ、公務員に対しては非公務員にはかからない特別の制約がその「私的行為」にかかりうる」とする構成である。この二つの構成のうち後者のほうが妥当であり、被告準備書面における議論の仕方の変化も、同じ判断によるのであろう。なお関連する叙述を注(62)で行っている。

### 「」 「」 ^T高校と原告との関係^ T高校卒業式に招待された来賓

「II 1」 本件行為の性質と、招待関係の法的性格

「 1 A」 本節の課題

本節では、まず「 1 B」款で、(b) ^T高校と原告との関係^ の文脈で、本件発言行為がどのような性質の行為として捉えられるかを押さえる。続いて「 1 C」款で、(b)の関係が法的にどのような性格のものだと理解されるかを一般的に押さえよう。

「 1 B」 本件行為の性質 ^T高校旧職員である来賓としての行為^

本件でT高校は、「旧職員」を「来賓」としてその卒業式に招待したのであり、その一環として原告も招待した(《甲第1号証》(T高校から原告に送付された「卒業式のお知らせ」葉書))。そうだとすると、原告が^来賓^で

あるのは(ハ来賓としての「公」的性格は)、原告が現役の都立高校(H高校)教員であること「からくるのではなく、「原告がT高校の旧職員であること」からくる。<sup>(6)</sup>

ゆえに、卒業式における原告の本件発言行為は、ハT高校旧職員である来賓としての行為だと把握できる。

「 1 C」ハT高校と原告との関係の法的評価 法外の、徳義上の関係

原告はハT高校旧職員である来賓という資格で卒業式に出席したのだが、この資格はT高校と原告との間の招待関係に伴って生じたものである。それではこの招待関係は、法的にどのように理解するべきであろうか。

この関係は、T高校が「卒業式に出席してください」と原告を招待したことに始まる。原告はそれに「いいですよ」と応じた。そこには意思の合致があるから、両者の間には契約類似の関係があると一応は言える。問題は、はたしてまたどこまで、この関係を法的関係として捉えるのが妥当か、という点である。結論的に言えば、前記の意思の合致は、基本的には法の外の世界にある「徳義上の契約・約束」だと一般に理解されているものである。この約束の射程は、たんに原告が卒業式当日に姿を現した(出席した)時点で終わるのではなく、卒業式が開会してから開会するまでの間の、T高校側と原告側との双方の振舞い方にまで及ぶと考えることができる。それゆえ、この約束が果たされる過程である卒業式においては、T高校には原告を来賓にふさわしく処遇する義務があり、原告には来賓にふさわしい言動を行うという義務がある、ということも一応は言える。だがこれらの義務も基本的には法の外の世界の、礼儀・道徳・慣習・習俗などの次元のものであり、そしてこれらの義務の遂行も、法的な強制履行や損害賠償に馴染むものではなく、当人の「道徳観念あるいは倫理感」<sup>(7)</sup>にのみ基づいて行われるべきものだ、ということになる。

そうだとすると、卒業式における原告の本件発言行為に対して、T高校側が法的に何らかの責任追及を行いつる

場合があるとすれば、それは原告の行為が不法行為に該当するような場合だということになる。

「Ⅱ 2」 式参列者のなかの△旧職員である来賓▽の位置

「 2 A」 本節の課題

本件発言行為は、卒業式の式次第中の「来賓紹介」の際に、△T高校旧職員である来賓▽としての原告によってなされた。ゆえに本節では、本件発言行為を検討する前提作業として、本件の卒業式において△T高校旧職員である来賓▽が他の参列者と異なるどのような特殊性を持つのかを押さえておこう。

「 2 B」 △来賓▽

まず、△来賓▽と一口に言っても、そこには多様な人々が含まれていることを確認しよう。本件卒業式では、△来賓▽には「旧職員」（原告はこれに当たる）の他に、「都議会議員」、「教育庁幹部職員」、「同窓会理事長」、「同窓会理事」、「学校運営連絡協議会協議委員」、「PTA前会長」、「PTA会長」、「PTA役員」、が含まれていた（《乙第2号証》（本件卒業式当時のT高校長の陳述書）七頁、六頁。《甲第19号証の2》（本件卒業式のビデオ音声録音反訳書）六 七頁、と一致）。

次に、△旧職員である来賓▽に絞っても、多様な人々がそこに含まれていることを押さえておきたい。本件卒業式に参列した△旧職員である来賓▽は、たまたま原告一人だったようである（《乙第2号証》六頁）。だが△旧職員である来賓▽のなかには、その現在の職業という観点から見たとき、一般論としては、現役の他の都立高校の教員（原告はこれに当たる）、のほか、都立高校以外（私立高校、教育職以外）に転職した者、退職した者（定年や一身上の都合などによる）、などが含まれる。

それでは、丁高校が卒業式に、とりわけ「旧職員」を来賓として招くのは、いったいどういう理由からなのだろうか。<sup>(8)</sup>一般論としては次の二つのケースが考えられる。ひとつは、被招待者が前年まで(二年前まで)その高校で教鞭をとって卒業生を教えた経験があり、卒業生とフェイス・ツー・フェイスの関係にあること。ふたつは、卒業生とは面識がないが、旧職員だ(数年前までその高校で教鞭をとっていた)という点で、被招待者にはその高校と(抽象的に)ゆかりがあることである。つまり、卒業生との直接的なつながりが、それがなくとも当該高校とのつながりを理由として、「旧職員」は来賓として招待されるのだと考えられる。

「 2 C」 ^来賓^以外の参列者

ここでは、(1) ^来賓^、の他に、どんな主体が本件卒業式に参列したかを、《甲第2号証の2》の座席表をもとにして確認しておく。

まず、(2) ^丁高校教員^がいる。彼らの諸行為は ^職務行為^ としてなされる。次に、(3) ^保護者^ がいる。彼らの諸行為は ^全くの私的行為^ である。<sup>(9)</sup> また、(4) ^卒業生^ があり、(5) ^在校生^ がいる。彼らの諸行為は ^生徒としての行為^ である。最後に、(6) ^都教委職員^ がいる。彼の行為は ^職務行為^ としてなされる。

「 2 D」 式次第における各主体の発言機会

《甲第3号証》(本件卒業式の式次第)の式次第によると、順に(1)~(6)各主体の発言機会は以下の通りである。

すなわち、まず、(2) ^丁高校教員^ には、校長に、「学校長式辞」がある。続いて、「東京都教育委員会挨拶」が、(1) ^来賓^ 中の「教育庁幹部職員」(《乙第2号証》七頁、の言葉遣い)によって行われる。<sup>(11)</sup> 続いて、(1) ^来賓^ に、「来賓紹介」がある。これに続いて、「祝電披露」がある。<sup>(12)</sup> 一つ空けて、(5) ^在校生^ には、代表者に、「在校生の



言葉」がある。二つ空けて、(4) ^卒業生^には、代表者に、「卒業生の言葉」がある。一方、(3) ^保護者^と(6) ^都教委職員^には、発言機会がない。<sup>(13)</sup>

「 2 E」 ^来賓^の特殊性

そうすると、一般参列者(ないし^保護者^)とは違って、式次第中に「来賓紹介」という特殊な発言機会が存在する点に、^来賓^の特殊性があることになる。

「高校がこつこつ特殊な発言機会を^来賓^に与えるのは、来賓が文字通り、招待にこたえて「来てくださった客人」だからである。この点は次のように説明することもできる。すなわち、来賓として招待した側には、^来賓^を正に客人にふさわしく処遇するという前記の徳義上の義務があり、^来賓^に特殊な発言機会を与えるのは、その義務の遂行としてのことである」と。

一方、その発言機会を生かすにあたって、^来賓^の側には、来賓にふさわしい言動を行うという前記の徳義上の義務があるといえる。だがこれは法的な義務ではないから、その義務に反したからといって直ちに損害賠償責任が生じる、というものではない。

「 II 3」 「来賓紹介」の際に原告がなすべき・なしている行為

「 3 A」 本節以下の課題

以上の考察を踏まえると、式次第中の「来賓紹介」の際に、原告がこの特殊な発言機会をどのように遂行するかには、法的次元ではなくて礼儀・道徳・慣習・習俗などの次元のものではあるが、徳義上の義務というかたちで、ある種の行為の指針ないし規範があることになる。この指針を逸脱したからといって、直ちに法的責任が生じるわ

けではないことは既に述べたが、しかし原告の行為がそもそもこの指針を逸脱したかどうかを検討することは、本件のトータルな理解にとって必要であろう。その検討を、本節「3」から次々節「5」までかけて、行うことにする。

「 3 B」 関連事実

《答弁書》三頁、によると、式次第の「来賓紹介」の際の副校長の導入発言は、次のようなものであった。「本日卒業式に、たくさんの来賓の方がご出席されています。本来ならばお一人ずつ、ご祝辞を賜りたいところですが、時間の都合がございますので、ご紹介のみとさせていただきます。恐れ入りますが、ご起立ください。」<sup>(14)</sup>

この導入発言は、その後へ来賓が一人ずつ紹介される際に、各人に何をなすことが期待され、また各人が何をなしているかを方向づけるものである。ではこの導入発言は何を言っているか。こう言っている。時間の都合があるので、一人ずつ「ご祝辞を賜」るのではなく、「ご紹介のみ」とする、と。

そして、これに対する、原告以外のへ来賓の振舞いがどうだったかという点、《答弁書》三頁、によると、「起立して無言でお辞儀をするか、『おめでとございます。』という発声のみを添えてお辞儀するだけであった。」<sup>(15)</sup>

「 3 C」 行為の指針 徳義上の責任

それでは徳義上の社会規範の観点から見て、本件卒業式の「来賓紹介」の際に、へ来賓には、「起立して無言でお辞儀をする」か、『おめでとございます。』という発声のみを添えてお辞儀する「かの二つの選択肢しか、行動の余地がなかったのだらうか。筆者には、そうだったとは思われない。」<sup>(16)</sup>

本件卒業式における「来賓紹介」の次第は、どのような趣旨だったと考えられるだらうか。それは、副校長によ

り指名紹介された後、へ来賓へには、起立して、卒業生等に向かつて、自分がその者である、とアピールする短い時間が与えられる、というものである。その際に、祝意を口頭で表明することが許容されていたと理解される。たしかに導入発言は「ご祝辞を賜」ることをやんわり否定していた。だがこれは、本件の式次第でいうと「学校長式辞」や「東京都教育委員会挨拶」に匹敵するような、長々としたスピーチとしての「祝辞」を否定するものであり、およそお祝いの言葉を発することを全面的に否定する趣旨ではなかったと理解される。現に複数の来賓により「おめでとございませう。」との発声が、原告の発言機会の前に、行われたのであり、司会者はそれを制止していない。その日に発声した来賓は、たまたま原告以外の全員が判で押したように「おめでとございませう。」と同じことを言ったかもしれないが、祝意の表明である限り、何を言つかには、各へ来賓への裁量の幅が、当然認められたはずである。<sup>(17)</sup>「発声する場合にはこの言葉しか言ってはならない」というのは、へ来賓の名に値する扱いではないように筆者には思われる。

そうだとすると、さしあたり、本件卒業式の「来賓紹介」における各へ来賓の行為には、次のような二つの枠が、徳義上の社会規範として存在したものだと思われる。すなわち、(1)発言時間に関わる形式的な枠として、一定の短い時間の範囲内という枠。また、(2)発言内容に関わる実質的な枠として、自分がその者であるというアピールと、祝意の表明、というメッセージ内容上の枠。<sup>(18)</sup>だがこれらの枠内では、各へ来賓には、客人に相応しい行動の自由が、徳義上、存在すると考えられる。

この二つの枠は、徳義上の社会規範としての枠だから、へ来賓がこの二つの枠内で振舞えば、徳義上それは非難されるいわれのない、へ来賓へにふさわしい行動であると評価されることになる。反面、へ来賓がこのいずれかの枠を逸脱して振舞えば、その限りで徳義上の不協和音が発生することになる。つまり、徳義上それはへ来賓へにふさわしい行動ではないとの評価を周囲の人々から受けることになるのだが、そのことと、法的に民事上・刑事

上の何らかの責任が当該「来賓」に生じることの間には、かなりの距離があるべきものである。

### 「 3 D」行為の指針 民事法上の不法行為責任

そこで次に、それでは本件卒業式の「来賓紹介」の次第において、「来賓」がどのように振舞えば、「丁高校に対して法的な不法行為責任を生じるか」という点について考えよう。

この点、不法行為責任の成否は不法行為法の枠組みに従って考えればよく、「故意・過失」、「権利侵害」、「損害」、「因果関係」、「責任能力」、「違法性阻却事由の不在」、の諸要件を満たすかどうか、必ずしも徳義上の判断枠組みと関連づけて考える必要はなからう。ただ、先立つ社会的文脈として前記のような徳義上の社会規範が存在することもまた事実である。そこでここでは、徳義上の規範を逸脱することに加えて、さらにどのような要件が満たされれば不法行為責任ありとされるか、という角度から考えることにしよう。もう少し具体的に問題設定を行うと、こうなる。「来賓紹介」の際の「来賓」の行動が「丁高校に対する不法行為に当たるためには、徳義上の二つの枠、すなわち、(1)発言時間に関わる形式的な枠と、(2)発言内容に関わる実質的な枠、のいずれかを突き破っただけではまだ十分でない。ではこれに加えて、さらにどういふことが必要だろうか、という問題設定である。

まず、(1)の発言時間に関わる形式的な枠で逸脱が生じた場合だが、これに対する第一義的な対処方法は、司会者による制御となるはずである。これに「来賓」が従えば、そこで問題は事実として解決されるはずだ。もちろんそれでも式進行上の多少の停滞は事実として存在するが、その程度の支障は不法行為法上保護に値する利益とはみなされない。不法行為責任が成立するためには、司会者の制御にも従わずそのために著しく式次第が滞ったなど、特別に悪質だとみなされる事情が必要だろう。<sup>(19)</sup>

次に、(2)の発言内容に関わる実質的な枠で逸脱が生じた場合はどうか。本稿では、自分がその者であるという

アピールと、祝意の表明、という二つのメッセージ内容上の枠があると考えた。ゆえに、(2)の枠を逸脱するのは、と無関係な内容の発言を行うような場合となる。ただ現実的には、そういう発言を本格的に始めるとなると、同時に(1)の時間的な枠を逸脱することになる。そうすると、第一義的には前記のごとく、司会者の制御により対処されることになる。と無関係な内容の発言が、(1)の時間的な枠内には収まったという場合はどうか。式の進行としては時間的にさして滞りなく先に進むことになっても、発言を聞いた多くの参列者は、「あの来賓は、来賓にふさわしい行動をとれない人だ」という悪印象を、当該来賓に対して持つことになろう。延いてはその結果、その人がその後の様々な式典に来賓として招待される機会が著しく減少することも大いにありうる。そうした、いわば社会的評判の次元で、事実上の制裁ないし報復を受ける、というのが、徳義上の義務違反に対する通常の対処方法である。ゆえに、来賓がその発言内容を理由として不法行為責任を負うのは、たんにと無関係な内容の発言を行ったということに止まらず、その内容が名誉権侵害なりプライバシー権侵害なりの法益侵害に当たるといふ事情が必要だと考えられる。翻って、この手の法益侵害が認定されるなら、たとえに關わる内容の発言だったとしても、不法行為責任を問われることは、言うまでもない。<sup>(20)</sup>但し、ことは言論行為の、しかも言論内容に關わる問題だから、たとえ公権力による言論行為の制約という典型的な憲法適用場面ではなくても、言論の自由が最大限保護されるように配慮されなければならない。

「 3 E」 本件行為の評価 発言時間上の枠を逸脱していないこと

以上の徳義上および民事法上の責任に関する判断枠組みによると、本件発言行為はどのように評価されるだろうか。

この点、被告側が本件発言行為の何を問題視しているかを意識しながら考えていきたい。被告側が問題視してい

るのは、基本的に本件行為の発言内容であつて、その発言時間上の逸脱でないことは、その準備書面の記述と、《甲第8号証》（H高校長作成の、原告に対する「校長指導の内容」を記す文書）のH高校長指導の内容から明らかである。もっとも本稿の枠組みでは、被告の主張はあくまで前記の(a)H高校と原告との関係Vにおけるものと把握されるべきである。それゆえその意味では、(b)H高校と原告との関係Vの文脈で考察を進めている本章で、被告の主張を引いてくるのは、場所違いである。だが、いちばん最初にT高校が原告の言動を問題視したときには、正に当該卒業式の文脈においてそれが不適切だったという判断を、（それが支配的だったとまで言わないにしても）少なくとも伴っていたと思われる。そこでこの点を検討するために、《甲第5号証》（T高校から都教委への報告）と《乙第2号証》（本件当時のT高校長の陳述書）七頁を見ると、そこでもやはり、専ら本件発言行為の内容が問題視されていることを確認できよう。

実際、(1)の発言時間に関わる形式的な枠を、本件発言行為が逸脱したとは考えられない。そこで以下では節を改めて、本件発言行為が、(2)の発言内容に関わる枠を逸脱するものであり、従つて徳義上の義務違反とみなされるべきかどうか、さらにはそれを越えて民法上の不法行為責任を負うものだとまで評価されるべきかどうかを、検討することにしたい。

#### 「Ⅱ 4」 本件発言行為のメッセージ内容

##### 「 4 A」 関連事実

原告の本件発言行為における発言内容を確認するところから始めよう。まず、原告側の主張（《訴状》五頁）によると、「こつである。」おめでこついでいます。色々な強制のもとであっても、自分で判断し、行動できる力を磨いていくてください。一方、被告側の主張（《答弁書》二頁、《甲第8号証》）H高校長作成の、原告に対する「校

長指導の内容」を記す文書)、「乙第2号証」(本件卒業式当時のT高校長による陳述書)七頁)によると、こうである。「様々な強制が強まる中、皆さんは自分の考えを大切にできる人になって下さい。」。本件発言内容に関して、このように原告と被告の事実認識には齟齬があるが、言い回し上の違いに止まり、発言の長さや趣旨はほぼ同一だとみなせるので、構わず先に進もう。

「 4 B」メッセージの意味内容

「i」 A T高校と原告との関係↓における立証責任の分配の問題

本件発言行為は、いったいどんな内容のメッセージを卒業式参加者に対して発したものだとして理解されるだろうか。

この点、「 5」で簡単に触れたように、また「 2」で詳しく検討するように、被告の側は、(a) A H高校と原告との関係↓において(本件発言行為の発言内容が「不適切」であると主張するものの、それ以上に立ち入って、本件発言内容のどこがどのように「不適切」であるのかを全く説明していない。対する原告の側は、本件発言内容にはおよそ被告が問題視すべき中味は含まれていない、とのスタンスをとっている(《原告第3準備書面》一 一二頁)。そこでは、原告と被告の間に、本件発言内容に関する共通理解が(少なくとも明示的には)存在していない。

このような場合、裁判所としては、あえて発言内容の探究に乗り出すことなく、裁判上の主張責任・立証責任の分配に関するルールに従った処理で事件を解決するのが適切である場合が多いと思われる。いま問題としているのは、(b) A T高校と原告との関係↓において、T高校側が原告に対して、はたして徳義上の責任(延いては法的な不法行為責任)を追及できるかどうか、という論点である。民事訴訟の通説である法律要件分類説によれば、そこで

は、丁高校側が、本件発言内容が「不適切」（さらに「違法」）である所以を説得的に裁判所に示すことに成功しない限り、原告に責任が生じないことになる。

そうなることを確認したうえで、だが「5」で述べたように本稿は、本件のトータルな理解のために、さらに進んで、本件発言内容の探究を行う。

「ii」 常識的判断に基づくテキスト読解によるメッセージ内容の確定

本件発言行為がどんな内容のメッセージを卒業式参加者（主たる名宛人は卒業生）に対して発したものと理解されるか、という問題の解明は、どのような方法でなされるべきか。

前記のように、被告は本件発言行為のメッセージ内容が「不適切」だとただ断言するのみである。それに対して原告は、本件発言行為のメッセージ内容に「不適切」な中味など全く含まれていない、との立場である。つまり、被告（＝メッセージの受け手の一人）は本件発言行為から「不適切」なメッセージ内容を聴き取ったと主張しているのに対し、原告（＝メッセージの送り手）は本件発言行為に何ら「不適切」なメッセージ内容を意図しなかったと主張している。

このような場合、被告または原告のどちらか一方の言い分にはじめから決定的なウエイトを置いて、本件発言行為のメッセージ内容を把握するのは、妥当ではない。別言すれば、一方で、メッセージの受け手の一人であるにすぎない被告が、主観的に聴き取ったメッセージ内容こそが、本件発言行為のメッセージ内容である、とするわけにはいかないし、他方で、メッセージの送り手である原告が、主観的に意図して送り出したメッセージ内容こそが、それである、とするわけにもいかない。被告と原告いずれの主張にも偏しない、何らかの客観的な仕方、本件発言行為のメッセージ内容を確定する必要がある。



そこで本稿は、次のような方法で本件発言行為のメッセージ内容を確定することにする。すなわち、」 4

A」で確認した本件発言行為の発言内容を、テキストとして読む。そして、自分が二〇〇五年三月に某都立高校の卒業式に参列して「来賓発言」の式次第中にその発言を聞いたと想定し、どのようなメッセージ内容を聞き取るかを考える。その場合に、どういう立場で前記卒業式に参列すると想定するかが問題となるが、一方で発話者たる原告の立場にも、また他方でT高校校長ら被告の立場にも身を置かず、かといって卒業生・在校生や保護者の立場にも身を置くことなく、一人の社会人ないし市民としていわば抽象的に、本件発言行為からメッセージ内容を聞き取ることにしたい。別言すれば、前記状況設定において本件発言行為がなされた場合、常識的に考えて、それはどのようなメッセージ内容を持つと考えられるか、というコモン・センス的観点からの判断を行うことにする。

このような方法によって確定されたメッセージ内容に対しては、「それはあなた(＝本稿筆者)が主観的に聞き取るメッセージにすぎず、やはり客観的だとはいえない」という批判がありえよう(少なくとも被告・原告いずれかの、一〇〇%の支持を得るのはむづかしからう)。それに対しては、「iii」以下で示すところの、この方法で具体的に確定されたメッセージ内容それ自体が、(原告・被告いずれの立場にも偏しない第三者的立場にあるはずの)本稿読者に対してどれほどの説得力があるかという点こそが、客観性の決め手である、と答えておこう。

なお本稿では、筆者が「表現の自由」を論じるときに使い慣れた「メッセージ」という言葉を多用するが、基本的には「聴き手一般に伝わった情報、被伝達情報」といった意味合いで用いている。本件「発言内容」の一言一句は「4 A」で確認した通りであるが、そこからどのような「メッセージ」内容が常識的に聞き取られるかを確定するのが、以下の本稿の課題である。特に本件発言行為を検討対象とする際に本稿が「メッセージ」の語を用いるとき、「表現の自由」の一般法理を論じる」 3 A」などにおける記述については、それほど厳密に考える必要がないとしても、それは、一方で話者の意図からも、他方で特定の聴き手である被告の聞き取りからも独

立に、常識的判断力を備えた存在として想定される「抽象的な聴き手」ないし「聴き手一般」が、一定の社会的文脈において、何を聴き取ったと考えられるか、その聴き取り内容こそを指している。それゆえ、以下の検討によって確定される本件発言行為の「メッセージ内容」は全て、「コモン・センス（抽象的に想定される）の「常識的な聴き手」を判断基準とするものであり、話者の意図とはさしあたり独立している。＼主たるメッセージ＼、＼従たるメッセージ＼といった表現も後に出てくるが、これも話者の意図としてそつであるといつことを基本的には含意しない点を、強調しておきたい。

### 「iii」 卒業生への饒のメッセージ

本件発言行為のメッセージ内容を確定する作業に入ろう。

第一に、発言内容をそれ自体として受け止める限りは、卒業生への饒（はなむけ）の言葉として、本件発言には特に問題とすべき点がないと思われる（前記の「祝意の表明」に当たる<sup>23</sup>）。「自分の考えを大切にできる人」、「自分で判断し行動できる力」といつた規範は、小中学校や高校のいわゆる道徳教育においても美德として掲げられている価値ではないかと筆者には思われる。

また、仮に本件卒業式において「来賓紹介」の際に、「健康に気をつけて頑張ってください」、「夢をあきらめずに追い求めてください」、「丁高校の精神を卒業後も大切にしてください」等々のメッセージを發した＼来賓＼がいたとして、そのことが何か問題視されたとは考えられない。現に本件卒業式でも、式次第中の「祝電披露」においてであるが、「旧職員の前生」から、「これからの勉学のために自らが志す道の専門性を高めてください」とのメッセージが發せられているところ、このメッセージ發信が特に問題とされた形跡はない。本件發言内容は、發言内容それ自体としては、こつした数多のお祝いメッセージの範疇に属するものである。

「Ⅳ」 国歌斉唱「強制」反対のメッセージ

第二に、発言内容を、「二〇〇三年一月二三日に都教委が都立学校各校長に対して、「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について」と題する通達<sup>24</sup>を発した後の、都立学校の教育現場における一連の動き」という特定の文脈に置こう。そうすると、前記したのはまた別のメッセージを本件発言から聴き取りうる。すなわちこの発言には、「一〇・二三都教委通達に基づく国旗国歌政策を批判する内容のメッセージ 国歌斉唱を強制するのはよくない、とのメッセージ が込められている、とも理解できる。

そして被告が本件発言行為を「不適切」だと評価した主たる理由は、この第二のメッセージ内容に着目してのことだと考えられる。

この第二のメッセージ内容が、ひとえに本件発言中の「強制」の二文字四音節のみに由来している点には、注目しておいてよい。この二文字が、例えば「困難」の語で代替されると、途端にこの第二のメッセージ内容は消失する。

「Ⅴ」 主たるメッセージと従たるメッセージという位置づけ

第三に、それでは本件発言におけるメッセージの全体構造はどのように理解されるだろうか。別言すれば、前記の二つのメッセージ内容は相互にどういった関係にあると理解されるか。はたして二つは等しい重みを持つものと見られるのか、それともどちらか一方にいつその重みがあると見られるのか。

結論から先に言おう。本件発言行為の発したメッセージの主たる性格は、卒業生への餞にあり、従たる性格ないし背景をなすメッセージ内容が、都教委の政策の批判（ないしは国歌斉唱強制の批判）だったと捉えられる。

本件発言行為の主たるメッセージが卒業生への餞にある、と判断する主な根拠だが、ひとつ目は、本件発言行為

のなされた機会が、卒業式の「来賓紹介」の次第においてであった点である。この機会に「来賓」が何か発言を行えば、それはまずは卒業生への饒の言葉だと考えてその発言を聞くのが普通だと考えられる。たとえ卒業生のなかに、卒業式当日が誕生日である者がいたとしても、この機会に「来賓」が発した「おめでとございます」の言葉を、自分の誕生日を祝う言葉だと受け止めはしないのと同じことである。ふたつ目の根拠は、発言内容そのものである。それは、卒業生への饒とは無関係にあらゆるさまざまな都教委の政策批判を行うものではない。また、具体的に「国歌」「君が代」等には言及せず、「強制」を言いつに止まっており、露骨な政策批判にもなっていない。国歌斉唱の強制批判は背景メッセージに止まると見るのが自然であろう。みつ目の根拠は、多様な「来賓」のなかでも、原告は、特に前年度まで「高校で教鞭をとっており卒業生とフェイス・ツー・フェイスの関係にある点に着目して招待された」来賓であることだ。そういう「来賓」が行った発言は、他の「来賓」の発言にも増して、直接に卒業生に向けられたものとして受け止めるのが自然であると思われる。卒業生の存在を「二の次にして、都教委の政策批判こそを行うものだ」と受け止めるのはむづかしい。

ではもう一步踏み込んで、「主たるメッセージ」と「従たるメッセージ」の主従の比重はどのようであったろうか。すなわち、「従たる」メッセージとはいっても、それは誤りなく参列者全員に聴き取られた明晰なメッセージだったのであろうか。それとも、少なくとも参列者にはそれとして気づかれることもなかった弱いメッセージにすぎなかったのか。

この点は、本件卒業式における参列者の受け止め方が全体としてどうだったかという社会学的調査によって突き止められるべき事実問題である。<sup>(2)</sup> 本件発言内容を「モモン・センス的判断に基づいてテキストとして読解するにすぎない本稿には、こうした事実問題に対して答えることができない。

いまの点は、「ii」で多少考察した、「本件発言行為のメッセージ内容を、(主観的にはなく)可能な限り客観

的に把握するためには、どうすればよいか」という問いと関連する。この問いに対する本稿のひとつの答えは、そのメッセージ内容を一義的に把握できるとは考えずに、ある程度の幅を持って把握すべし、というものである。本件発言行為に即して言えば、第一に、前記第二のメッセージ内容（国歌斉唱「強制」反対のメッセージ）を被告が本件発言行為から聴き取るとは、常識的観点からは、不合理ではない、と理解する（結果的に被告に有利で原告に不利な把握）。第二に、だがこの前記第二のメッセージ内容は、あくまで前記第一のメッセージ内容（卒業生への餞のメッセージ）を主たるメッセージとし、それに対する従たるメッセージである、との位置づけを免れず、ゆえにこの従たるメッセージがどれほど強いものであっても、この主従関係を逆転させるような把握は常識的観点からは採りえない、と理解する（結果的に原告に有利で被告に不利な把握）。常識的観点からは、ここまでを本件発言行為のメッセージ内容として確定することができるし、またここまでしか確定できない、というものが本稿の立場である。そういう本稿の立場からは、従たるメッセージがどれほど強いものだったか・弱いものだったか、という問題に一義的な回答を与えなくても、特に支障はない。

「vi」主たるメッセージをいつそう効果的に伝達するための表現

第四に、本件発言内容にあえて、「強制」の語が含まれたことの積極的意義を看過すべきではない。これは、主たるメッセージと従たるメッセージと言つ場合の、従たるメッセージとということの意味に関わる。T高校長らには、この従たるメッセージは、主たるメッセージと全く関係がない、次元の異なる内容のメッセージであり、「強制」の語は、本来あるまじき内容の従たるメッセージを、主たるメッセージの脇に忍び込ませる働きだけを演じているように、あるいは受け止められたかもしれない。だが、メッセージの直接の名宛人は、あくまで卒業生である。そして彼らには、「強制」の語は、従たるメッセージの内容そのことを伝える

ためにではなく、むしろ主たるメッセージの内容をより効果的に伝えるためにこそ、用いられているものだと理解しよう。

すなわち、もし本件発言が、「自分で判断し、行動できる力を磨いていってください」という主たるメッセージだけを述べるものだったとすると、それはメッセージの受け手たる卒業生には、数多のお祝いメッセージ 抽象的内容の美辞麗句 の単なる一つという受け止め方をされた見込みが強い。それに対して、この主たるメッセージに「強制」の語を伴わせることで、「自分で判断し、行動できる力を磨いていってください」という主たるメッセージを、<sup>27</sup> たんなるお題目としてではなく、卒業生がぴんとくる、わかりやすい具体的なメッセージとして、伝える見込みが強まりうる。「強制」の語が、卒業生に対して彼ら自身の経験（具体的には学校儀式に伴う国歌斉唱「強制」をめぐる経験）をイメージ喚起させる効果を持ち、そのことが、「自分で判断し、行動する力」の観念を、あの具体的な文脈において提示するからである。

「vii」 本款のまとめ

以上、「モン・センス的判断によると、本件発言行為によるメッセージ内容はこのようなものであると理解される。<sup>28</sup>

「II 5」 本件行為の評価 発言内容上の枠を逸脱するか？

「 5 A」 発言内容上の枠を逸脱していないこと

本件発言行為におけるメッセージの全体構造が前記のように理解される限り、それはあくまで、前記した徳義上の2つの枠のうちの、(2)の発言内容に関わる実質的な枠内のものであり、従って徳義上の社会規範に違反するもの

ではあるまい。本件発言の主たる内容はあくまで卒業生への饒であり、都教委の政策批判は背景的メッセージに止まるからだ。

まして、本件発言内容がT高校に対する不法行為責任を発生させるようなものだとはいえない。徳義上の規範にさえ違反していない本件発言内容を、まして違法だと言うことはできず、また、そのメッセージ内容がT高校に何らかの「損害」を及ぼしたと言うのも無理だからである。<sup>(29)</sup>

「 5 B」 ^来賓^による^異論^提出発言を、徳義上どう評価すべきか

「 i」 国歌斉唱「強制」批判という^異論^提出

ところで、既に述べたように、本件発言行為が「不適切」だと評価された主たる理由は、前記第二のメッセージ内容にあると考えられる。それは、(b) ^T高校と原告との関係^についてそうだし、<sup>(30)</sup> (a) ^H高校と原告との関係^についてもそうである。<sup>(31)</sup>

このように前記第二のメッセージ内容は、T高校長らに対しては、自分たちが実施すべく尽力してきたところの、一〇・二三都教委通達に基づく国旗国歌政策、これに^異論^を提出するものであるがゆえに、^不快感^を与えたものだった。この事実は(もちろん)^不快感^の存在だけでは不法行為責任を発生させるに十分でないのだが、本件行為が徳義上の社会規範に反するか否かの判断に、どのように織り込まれるべきだろうか。

「 ii」 ^異論^提出が従たるメッセージであること

第一に、この^不快感^は、本件発言のメッセージの全体構造における従たるメッセージ内容から生じている点に、注意する必要がある。聞き手にとって、従たるメッセージ内容の生む^不快感^があまりに甚だしいため、話

し手の主観としては主たるメッセージ内容である祝意表明が、聞き手にとっては毀損されてしまうという事態は、たしかに一般論としてはありうる。だが本件で、そういう事態にまで至ったと見るのはむづかしい。

「iii」 メッセージの直接の名宛人に対する「異論」提出でないこと

第二に、本件発言の従たるメッセージ内容が、T高校校長らにとつて「不快」であるのは想定可能であるが、メッセージの直接の名宛人である卒業生にとつて「不快」なものであるかどうか、また「不快」であるとしたらいかなる意味でそうか、は簡単に言えない。卒業生（少なくともその一部）は、むしろその発言内容を歓迎する可能性がある。またその発言を「不快」と感じるとしても、その理由はおそらくT高校校長らのそれと違って、波風を立ててくれるな、という次元のものではないか。

この点は、国旗国歌の取扱いをめぐる公立学校を取り巻く全体状況のありようと関連している。周知のように、一〇・二三都教委通達に基づく国旗国歌政策については、広く「社会」において賛否両論がある。それだけでなく、「学校」（教育公務員からなる行政組織という狭い意味での）内に限っても、（あえて単純図式化すれば）都教委・校長と現場の教員とで賛否の立場が鋭く分かれていたのが、一〇・二三都教委通達以降は職務命令の大々的な発動によって、一方の立場が現実にはば貫徹するという状況が生まれた。そういうなかで、「学校」の組織的決定・執行の次元では排除された他方の立場を、「社会」から招かれて「学校」にやってきた「来賓」が、従たるメッセージ内容の次元で「異論」提出した、というのが本件である。正にそれゆえに、「学校」の管理者的立場にある校長らは、本件発言に「不快感」を覚えたわけだ。しかし、卒業式典は、「学校」が主催するが、「社会」に属する「保護者」や、卒業後は「社会」に巣立つ卒業生も参列しているのであって、「学校」の採用した一方の立場で一元化されているわけではない。だから本件発言によって、T高校校長らの「不快感」が、卒業式典を一元的に



覆つこともない。その意味で本件は、例えばキリスト教会の礼拝に参列した者がアラアの神を賛美する発言を行うような場合とは、ずいぶんと違っているのである。

「iv」 正面からの「異論」提出でさえ徳義上の規範に適わないとは言えないこと

第三に、T高校長らに「不快感」の生じた理由は「異論」提出であるが、そもそも「異論」提出はそのこと自体が徳義上の規範に反していると考えられるだろうか。

まず、式典の構造上「来賓」は、「学校」が招待して、外の「社会」から来ていただく客人であり、「来賓」としての特殊な発言機会を持つ。「社会」に存在する、「学校」のとは違った尺度で、「来賓」は振舞うものなのであり、「学校」的尺度でしか振舞うことを許さないなら、それは来賓にふさわしい処遇とはいえない。

そのことを前提としたうえで、ある「来賓」が、「社会」において賛否両論がある論点について、「学校」が組織的決定・執行の次元で一方の立場を現に採用した状況において、それとは異なる他方の立場こそが真に「学校」の利益になる、と考えているとしよう。その場合に、この「来賓」には、二つの選択肢があることになる。すなわち、波風が立つのを承知で、あえて「学校」の利益のために、式典において「異論」提出の発言を行うべきか、それとも波風が立つのを嫌って、黙っているべきか。この選択問題を、徳義上の規範の次元で考えると、どちらを選ぶのが「来賓」にふさわしい言動を行うべし」との徳義上の規範に適うか、という問題となる（もちろん、どちらを選ぶのが賢明かという問題は別にあるが、ここでは脇に置く）。前者の選択こそが徳義上の規範の命ずるところである、と論じないまでも、たんに波風が立つとの一事を理由として一律に、前者の選択がこの規範に反していると結論するのは困難であろう。

「来賓」があえて「異論」提出の発言を行った場合には、今度は「学校」側に、徳義上の規範問題のボールが投

げられることになる。つまり、「学校」は「来賓」のこの振舞いに対してどのように反応することが「来賓」をその地位にふさわしく処遇すべし」との徳義上の規範に適用ことになるのか、という問題である。

要は、一般論として、「来賓」が「学校」の利益のためにあって「異論」提出を行うことを、徳義上の規範に照らしてどう判断するかは、「来賓」にとつても「学校」にとつても難問である。そもそも徳義上の規範判断は、法の世界と違って有権的判定機関があるわけではないから、法的判断よりもはるかに黑白が曖昧であり、また仮に黑白が明確であってもそのことに明確な効果が伴うものでもない。静態的な規範的判断もさることながら、当該「ミニユニティ」による動態的な現実的対処の次元で、現実的に処理され、推移していくものなのである。

以上、本目「5 B」iv」では、「異論」提出が正面から主たるメッセージ内容としてなされたような場合を、本件の事実関係から離れて些か抽象的に考察した。だが本件発言行為においては、「異論」提出は従たるメッセージ内容であつたに止まる。本件発言行為については、徳義上の規範の枠内に収まるものだと結論してよかつ。

## 「II 6」 T 高校側の採りうる対抗措置

いま述べたように、動態的な現実的対処の次元では、本件発言行為が徳義上の規範に反している場合は無論のこと、たとえ同規範に反していない場合にも、「不快感」を感じたT高校側は、必ず何かリアクションを起こす。以下、この局面について述べていくが、念のため、本章が対象とする(a)「T高校と原告との関係」と、次章の対象とする(a)「H高校と原告との関係」とを混同しないために、次の点を銘記しよう。すなわち、本件発言行為はあくまで「来賓」としての行為であるから、T高校が原告に対して行いつるリアクションは、現役の教育公務員ではない「来賓」一般に対して等しく行いつるリアクションでなければならぬこと、これである。

さて、丁高校側のリアクションとして、どんなものがありうるか。まず、原告に対して友好的な対応としては、提出されたハ異論に耳を傾けて従来のやり方を再考することがありうる。また、中立的な対応としては、無視を決め込むという対応もありうる。しかしハ不快感のゆえに何らかの反撃措置を採りたいという場合、まずは、本人をつかまえて抗議することがありうる。また、ハ不快感のゆえにその後の原告に対する付き合い方を消極的な方向に改めるといふ対応がありうる。典型的には、二度とどんな式典にも原告をハ来賓として招待しないという対応である。<sup>(32)</sup>

注意すべきは、丁高校側のリアクションには、先立つ原告の発言行為の評価をベースとした、比例原則上の枠が、徳義上も、さらには法的にも、存在する、という点である。原告の本件発言行為が不法行為に該当するのでない限り、丁高校側のリアクションとして、損害賠償を得るといふ選択肢は存在しない。そして事があくまで法的次元に至らない徳義上の次元での話なのであれば、丁高校側の採り得るいちばん原告に厳しい對抗措置は、おそらく前記の、二度と原告を招待しない、といった措置に止まると考えられる。對抗措置が比例原則を逸脱して原告に対して厳しくなりすぎると、その措置自体が、民事上の不法行為責任を問われうるし（例、「村八分」のケース）、<sup>(33)</sup> 場合によっては刑事責任を問われることもありうるのである（例、傷害のケース）。

またもう一点、繰り返しになるが、この丁高校側のリアクションのありようも、先立つ原告の発言行為と同様に、当該コミュニケーション（本件卒業式参加者や丁高校関係者）によって徳義上の規範に照らした評価を受けるものであることを、忘れてはならない。

さらにこの点と関連して、一般に、そのメッセージ内容にハ異論を提出を含む発言行為を行う場合には、何らかの波風の立つことが当然に予想されるものである、という点に注意を向けたい。本件発言行為に即して「波風が立つ」とはどのようなことを述べると、それは、丁高校長らのハ不快感を指すだけでなく、卒業式に参加し

た大勢の人々から、原告の行為が色々な評価される、ということである。否定的な評価を行う人々が少なからず存在することは当然に予想されたのであり、その意味で原告は本件行為によって、たとえT高校側がそれ自身として積極的な反撃措置をとらなくても、事実上の負荷を負ったのである。

「II 7」 本章のまとめ

「I」章で述べたことをまとめて、「I」章へと橋渡しをしておこう。(b) ^ T高校と原告との関係 ^ では、式典における「公」的行為としての ^ 来賓としての行為 ^ には、徳義上の規範に従った一定の枠がある。その意味で、原告の本件発言行為は、何の規範的制約もない全く自由な場で行われたわけではない。しかし第一に、「だから原告の本件発言行為は、H高校との関係でも制約された行為だ」と考えるのは完全な誤解である。(a) ^ H高校と原告との関係 ^ では、原告の本件発言行為は週休日の行為であり ^ 職務行為 ^ ではないから、全くの「私」的行為なのであり、基本的には自由な場でなされたものである。また第二に、本件発言行為は、(b) ^ T高校と原告との関係 ^ においても、多少の波風を立てるものではあったが、徳義上の規範を逸脱したものだとして評価するのは妥当でない。そして、仮にその規範を逸脱していたと考えたとしても、それに対してT高校が採りうる対抗措置は、いちは原告に過酷なもので、今後二度と式典等に招待しない、といった、いわば水平関係上の措置に止まる。

(6) この点、《答弁書》五頁、は原告が「都立高校教員という身分で来賓として公的な場に出席した」とするが、正しくない。原告は、「都立高校教員という身分」ではなく、「T高校の旧職員という身分」で来賓として出席した。また《被告準備書面①》七頁、も本件発言行為を「職務外の行為(ではあるが)……教育公務員の立場で児童・生徒に対して行われたもの」として捉えるが、正しくない。本件発言行為は、「教育公務員の立場」ではなく、「旧職員の立場」で行われたものである。同じ問題が、《被告準備書面②》二頁、の「原告は教育公務員の身分で来賓として前勤務校の卒業式

- に出席し」との記述や、《被告準備書面》③ 一頁、の「本件発言は……現職の教育公務員……という立場で行っている」との記述などにも、存在する。
- (7) 成田博『民法学習の基礎・第2版』(二〇〇五年、有斐閣)一六九頁。第一に、「法律上の約束・契約」と「徳義上の契約」の区別、また第二に、「法律上の契約」に基づく債務にも、執行力を持たない「責任なき債務」や、訴求力および執行力を持たない「自然債務」が存在し、「自然債務」と「徳義上の債務」とは、法的か否かという点でなお異なるものの、性質上きわめて接近すること、などについて参照、同書一六〇—一七二頁。
- 但し管見によると、民法学が「徳義上の契約」について論じるとき、債務が履行されなかった場面を念頭におくのが例となっている。本件のように、一応の履行はされたものの、「その債務の本旨に従った履行をしない」場合に当たるとは、ないかが問題となるような場面を念頭においてこの主題について論じる文献には、接することができなかった。
- (8) 本件卒業式には、「旧職員については元・前校長及び前年度異動者等を中心に」招待したようである(《乙第2号証》六頁)。それ以前については「卒業年度の3年位前まで遡って」招待していたとの指摘がある(《甲第20号証》(原告による陳述書)二頁)。
- (9) 卒業式には、保護者以外の一般人も参列可能なオープン方式と、保護者のみ参列可能なクローズド方式がありうる。前者の場合の一般人もここでの「保護者」と同じに考えうる。
- (10) 《甲第2号証の2》(本件卒業式の来賓・職員の座席表)の座席表には、「来賓」の欄とは別に、「教育庁職員」の欄がある。これは、二〇〇三年の一〇・二三都教委通達「4 B」(で後述)の実施状況を監視するべく、都教委が派遣した職員であろう。監視職員の派遣につき参照、東京地判平成一八年九月二日(いわゆる「日の丸・君が代」予防訴訟)判時一九五二号四四頁、五八頁(第3・一・3・ウ・シ)。(《乙第2号証》七頁に「都教委から出席した指導主事」とあるのは、この職員に言及しているのだと思われる)。
- (11) 《甲第19号証の2》(本件卒業式のビデオ音声録音反訳書)五頁・六頁。これは、(6)「都教委職員」とは別の主体である。
- (12) どんな主体の祝電が「披露」されたかの事実確認は、《甲第19号証の2》七頁、で行うことができる。都議会議員一名と、旧職員の先生二名の祝電が「披露」された。もしも祝電のなかにも「披露」されるものとされないものがあるのだとすると、その選別基準の一つは、来賓として招待したが欠席した人々の祝電はできるだけ「披露」しよう、と

いふ点にある可能性が高いように筆者には思われる。

- (13) 但し、保護者については、来賓のなかに保護者代表的な主体であるPTA役員等が含まれている。また、都教委については、同じく来賓のなかに「教育庁幹部職員」が含まれるほか、式次第中に独立した「挨拶」がある。
- (14) 《甲第19号証の2》(本件卒業式のビデオ音声録音反訳書)六頁、に記載された副校長の導入発言とは若干異なるが、重要な相違点はないと判断する。
- (15) 《甲第19号証の2》六 七頁、に記載された各来賓の振舞いと、大体において一致する。「卒業おめでとうございます。」と発言した人が一人いた。
- (16) 経験則によれば、式典や会議などの場で、人々が挨拶や発言などを順次行う場面では、最初に挨拶・発言などを行う役回りに当たった人がどう振舞うか(長々と話すか、短く切り上げるか、等)が、後続の人々の振舞いのありように強く影響する。本件卒業式における来賓の振舞いも、必ずそうあらねばならなかったからそうだった、というより、たまたま成り行きでそうなった、という面が小さくないと思われる。
- (17) 関連して、《甲第19号証の2》七頁、によると本件卒業式では、「旧職員の先生」一名の祝電「披露」がなされており、二人のメッセージの長さは原告の本件発言と同じかそれよりやや長いものであった点が、注目に値しよう。前記注12)も参照。
- また、原告が立ち会った、過去のT高校や他の都立高校の諸卒業式において、「来賓紹介の際に、『おめでとうございませう』だけでなく、卒業生にその来賓なりの饒の言葉を添えて、短い祝辞を述べた来賓」が少なくなかったという(《甲第20号証》(原告による陳述書)四 五頁)。
- (18) 「起立して無言でお辞儀をする」来賓は、言葉を発することなく、「起立」で、を、「お辞儀」で、を(またはと、を)、表現したものであると理解できる。
- (19) 悪質性の度合いが著しく高く被害も甚大であるようなごく例外的な場合には、刑法第三三四条の威力業務妨害罪に該当するとして刑事責任を問うケースを想定できる。
- (20) その場合に、責任を問う主体は、当該発言で名誉権なりプライバシー権なりを侵害された本人となるはずであり、T高校が責任を問いうるとは限らない。
- (21) 特に本件では、一方当事者が公権力主体であるから、純粹な私人間関係が問題となっているわけではない点に注意が

- 必要である。「国家の行為は、私法的形態で行われようと、公法的形態で行われようと、憲法の適用を受けると考えるべきである」。高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（二〇〇五年、有斐閣）一〇〇頁。
- (22) もっとも、本件卒業式のビデオ音声録音反訳書である《甲第19号証の2》七頁には、本件発言内容として、原告側の主張の通りの記載がなされている。反訳を行ったのは原告代理人であるがその反訳者の誠実さを疑うのでない限り、この点については原告側の言い分に分があつたと見てよいだろう。
- (23) この点、《答弁書》一頁は、「おめでとうございます」の言葉が冒頭にない場合には、本件発言行為を「祝辞」だとは言えないかのような書きぶりであるが、「モン・センスに反すると思う」。
- (24) 通達の原文は、東京地判平成一八年九月二日（いわゆる「日の丸・君が代」予防訴訟）判時一九五二号四四頁、四八四九頁、に掲載されている。
- (25) 原告訴訟代理人が本件卒業式の出席者の一部に対して行った任意のアンケート調査の報告書である《甲第22号証》は、卒業式当日に「従たるメッセージ」を明確に聴き取ったアンケート回答者は、ごく少数だったことを示唆している。
- (26) 逆に原告側は、「第二のメッセージ内容は、「従たるメッセージ」と呼ぶことさえもが誇張表現であるような、微かなメッセージであつたにすぎない」と主張しようとするかもしれない（参照、前記注25）。この点は、本文で述べた第一の点を否定する主張。被告が前記第二のメッセージ内容を聴き取ったこと自体が不合理であるとの主張。に至らない限り、本稿による本件発言行為のメッセージ内容の把握と矛盾するものではない。
- (27) T高校が「自分で判断し、行動できる力」を尊ぶ校風を伝統としており、原告がこの校風に愛着の念を持つことについて参照、《甲第21号証》（原告による陳述書）二一四頁、《甲第20号証》（原告による陳述書）九一一頁。
- (28) すでに本文で述べたように、本稿が示した本件発言行為のメッセージ内容の理解は、常識的に考えてどうかというコモン・センスの観点によつてゐる。それは一方で、事実として発言者＝原告が主観的に意図したメッセージ内容こそが、本件発言行為のメッセージ内容であると把握されるべきだ、という立場と区別される（話し手が意図したのとは別様に、メッセージ内容が聞き手に理解されることは、よくある事実である）。また他方で、聴衆のなかの特定の者が主観的に聞き取ったメッセージ内容こそが、本件発言行為のメッセージ内容であると把握されるべきだ、という立場とも区別される（聞き手のなかには、本文で述べた第二のメッセージ内容に気づかない人もいたかもしれないし、また第二のメッセージ内容に過敏に反応する人もいたかもしれない）。

また本稿は、本件発言行為について、常識的観点からその意味内容を確定できるものとして取扱うアプローチを採っている。どんな発言行為についても、殊更に多様な解釈を許しそれゆえ正確な意味内容の確定困難なものとして描き出すことが、できないわけではない。しかし、事実そつであつたと考えられるのでない限り、そのように描き出すことは、問題の究明の妨げにしかなるまい。

あとで本文でも述べるが、本件「指導」決定等がなされた根拠は、本件発言行為のメッセージ内容が意味不明だったことにあるのではなく、むしろその反対に、明確に一定の意味内容 本文で述べた第二のメッセージ内容を被告が聞き取ったことこそあつたと筆者は考える(被告はこの点を明言せずに曖昧にする戦術をとっているようだ)。その場合、被告がそういうメッセージ内容を聞き取ったことを絶対視するのではなく、逆に、あるいは「原告はそんなメッセージ内容を発信したつもりはない」というところから、あるいはおおよそメッセージ内容を確定することは不可能であるとの不可知論的などころから、「それは被告ひとりだけが聞き取ったメッセージ内容にすぎない」として斥けるのでもなく、「コモン・センスの観点から理解されるメッセージ内容を機軸として、本件「指導」決定等の合法性いかんを検討するべきである、というのが本稿の立場である。

(29) 《被告準備書面①》四頁の「卒業生の一部がざわついたり、卒業式終了後、同窓会理事長等来賓の一部から……苦情が出された」との記載は、「損害」というほどのものではない。

(30) 《乙第2号証》(本件卒業式当時のT高校長による陳述書)では本件当時のT高校長が、同校に着任してから転任するまでに、その卒業式等における国歌斉唱の実施を年々いかに前進させるべく尽力してきたかを詳細に述べている。

(31) 《甲第9号証》(都教委作成の「卒業式と入学式における職務命令違反に係る懲戒処分(停職、減給及び戒告)等について」と題する文書)別紙、で都教委は、原告に対する「指導」決定等の根拠として原告が「不適切な指導等」を行ったことを挙げており、同《甲第9号証》本体、ではその点を敷衍して「卒業式……において、学習指導要領に基づいて国歌斉唱時には起立し国歌斉唱するよう適切に指導すべきであつたにもかかわらず、適切な指導等を行わなかつた」と述べている。

(32) 但し注21)で指摘したように、ここで一方の当事者たる「学校」は公権力主体だから憲法の拘束を受けるのであり、純粹な私人同士の関係とは異なっている。「 $\wedge$ 異論 $\vee$ 提出の(それゆえに $\wedge$ 不快 $\vee$ な)発言をされたから、今後は招かない」との理由づけに基づく別異処遇が、はたして憲法第二二条・第一九条や第一四一条に違反しないかには、別途、検



討の要がある。

(33) 成田、前掲書『民法学習の基礎』一六九頁、の挙げる例。判例もある(東京高判平成一九年一〇月一〇日、新潟県関川村訴訟)。

「」 ^ H 高校と原告との関係 v H 高校に勤務する教育公務員

「 III 1」 ^ T 高校と原告との関係 v ではないこと

「 1 A」 ^ H 高校と原告との関係 v と ^ T 高校と原告との関係 v との混同

何度も繰り返すが、本訴訟の土俵であるところの(a) ^ H 高校と原告との関係 v は、法的に見ると、(b) ^ T 高校と原告との関係 v とは全く性質が異なる。ところが事件当時の被告側の人々には、この区別がついていなかったように筆者には思われてならない。つまり、(b) ^ T 高校と原告との関係 v において、原告の本件発言行為に対して T 高校側が憤りを覚えた、それに対する対抗措置として、(a) ^ H 高校と原告との関係 v における措置である本件「指導」決定等を行ったように思われるのである。たしかに、T 高校を所管するのが都教委で、H 高校を所管し原告の任命権者であるのもまた都教委ではあるが、そのことは、(a) と (b) とをこっぴどくちゃにして何でもかんでも (a) の勤務関係上の権限行使で処理することの理由にはならない。

「 1 B」 混同の具体的な現れ

「 i」 本款の課題

(a)と(b)との混同は、本件「指導」決定等に関わった被告側のあらゆる主体に遍く浸透している。だが以下では代表的な三つの主体についてだけ、その混同の様子を確認しよう。

「ii」 T高校長(事件当時)

まず事件当時のT高校長だが、第一に、卒業式終了後に同校長は原告を「嚴重に注意するため」探したが見つからなかった、と述べる(《乙第2号証》(本件卒業式当時のT高校長による陳述書)八頁)。細かいところを突くよのだが、仮に本件発言行為をしたのが例えば都議会議員である「来賓」であった場合に、「嚴重に注意するため」などという言い方をするだろうか。「来賓」の招待関係においては「嚴重に抗議するため」などの言い方が穩当ではないか。原告に対しては、校長 教諭間の監督関係の発想で対していることが「語るに落ちている」ように見える。第二に、同校長はその日のうちに、都教委と、原告の勤務先のH高校長に、電話で事情を報告している。T高校長は、本件発言行為を行ったのがどの「来賓」だったとしても、(T高校を所管する)都教委には事故報告として電話連絡を行っていたと言えるかもしれない。だが、H高校長への報告はどうだろう。はたしてどの「来賓」の職務上の上司にも、電話連絡を行っただろうか。日曜日はさんだその翌日と翌々日に原告がH高校長から所属長としての「事実確認」を受けたという流れからも(《甲第4号証》(H高校長から都教委への報告書)、T高校長には(a)における権限行使で問題解決に当たろうとの発想が強かったように見える。

「iii」 都教委と地教法第一二三条五号

つぎに都教委だが、《甲第7号証》(都教委による、教員等に対する「指導」決定文書)によると、原告に対する「指導」決定の根拠は原告が平成一六年度卒業式において「不適切な指導等」を行ったことであり、それは具体的

には、原告のなした「他校の卒業式における不適切な発言」であるとす。つまり、職務外の「来賓」としての事件「発言」行為を、職務上の「指導」であるかのように述べており、本件行為が職務外行為であることの明確な認識が窺われない。

その点に関連して、《甲第7号証》の文書は、この「指導」決定の法的根拠が「地方教育行政の組織及び運営に関する法律」第三三条にあることを明記している。同条は、教育委員会の権限を定める規定である。そして《被告準備書面②》二頁は、本件「指導」決定が、本条に基づき「都教委が一般的な教育内容の指導」について有する権限（「△△」の記号は引用者）により行われた（ならば、より具体的には同条五号）といつことなること<sup>(34)</sup>としている。だが、都教委によるこの権限行使としての本件「指導」決定は、△本件発言行為は、原告が職務として「教育」に携わる活動のひとつである△という理解（＝誤解）をベースにしないと、説明困難ではないか。何故なら、T高校卒業式で何らかの事故が生じたとして、都教委は、T高校（の教職員）に対しては、△一般的な教育内容の指導△権限を行使することができるが、△来賓△に対しては、その権限を行使することができないからである。

「Ⅳ」 H高校長の「校長指導」

最後にH高校長による「校長指導」の内容だが、それは《甲第8号証》（H高校長作成の、原告に対する「校長指導の内容」を記した文書）によると、本件「発言」は、TPOの視点に立って考えると、『来賓としてふさわしい発言ではありませんでしたな』ということを校長としてお伝えします<sup>(35)</sup>、というものである。だが、「来賓としてふさわしい」かどうかの判断は、本来的には(b)におけるものではなく、後で詳しく述べるようにD 1 Cと「3 B」(a)における判断であるためには、「来賓としてふさわしい」かどうかの次元とは独立して、あるいはその次元に止まらずそれに加えて、「公務員としてふさわしい」かどうかを問題としなければならぬはず

である。ゆえに、この「校長指導」からも、それが(a)における措置であるとの自覚を読み取ることが著しく困難である。

「 1 C」ハH高校と原告との関係における措置として正当化し直せるか？

このように、(b)ハT高校と原告との関係においてT高校・都教委が怒り、それに対する対抗措置として、(a)ハH高校と原告との関係においてH高校・都教委が本件「指導」決定等を行った、というのが事の真相であるように思われる。

だが、(b)においてT高校側がいかにハ来賓の言動に憤りを覚えたとしても、採りうる対抗措置の選択肢は前記「 5」で見たようなものであって、そのなかに、「指導」決定等を行うという選択肢は含まれていない。仮に、原告ではなく、本件卒業式にハ来賓として参列した都議会議員が、本件発言行為を行っていたとしよう。その場合、言つまでもなく同議員に「指導」決定等を行う権限を都教委等は持たないから、それを行うことができない。ならば、同じハ来賓の資格として参列した原告に対してもまた、T高校とそれを所管する都教委は、「指導」決定等を行うことができないはずである。また、本件卒業式典の構造上はハ来賓という単一の立場があるのみではあるが、もう一つの次の次元に下りて、ハ来賓として招待された理由にまで遡ると、原告はハT高校旧職員である来賓であると位置づけられた。だが、この次元で考えても同じことである。仮に、定年退職者であるハT高校旧職員である来賓が、本件卒業式に参列して本件発言行為を行っていたとした場合、都教委等は、同退職者に対して「指導」決定等を行うこともできるはずがない。都立高校以外への転職者であるハT高校旧職員である来賓についても、同様である。ならば、たまたま原告が現役の都立高校教員であることを奇貨として、T高校を所管する都教委は、原告に対して「指導」決定等を行えるはずがないのである。

都教委等が原告に対して「指導」決定等を行うことができるのは、あくまで(a)の関係において本件発言行為が非とされる場合のみである。(b)の関係においては、本件発言行為が非とされるか否かは、本件発言行為が「来賓としての行為」を枠づける規範に違反したかどうかによって判断される。それに対して、(a)の関係において本件発言行為が非とされるか否かは、職務外の私的行為でありそれゆえに憲法上保護された表現行為に対して、本人の職業が公務員であることを理由として、はたして、またどこまで、制約をかけることが許されるかの憲法判断にかかることになる。

そこで、事の真相は(a)と(b)との混同にあつたと思われるものの、本件「指導」決定等を、(a)に固有の論理ではたして正当化し直すことができるかどうか、以下で検討することにしよう。

「 2」 被告が本件発言行為を「不適切」だと評価した根拠・その1

「 2 A」 本節の課題

本件発言行為がどのような理由で「不適切」だとみなされ、従って「指導」決定等の根拠とされたかを、確認するところから始めよう。

「 2 B」 H高校長による「校長指導」

第1に、原告に対する「校長指導」の内容はどのようなものか(《甲第8号証》)。ここでは、原告がT高校の卒業式に来賓として出席し、「来賓紹介」の際に本件発言行為を行ったことを、その発言内容の正確な引用とともに指摘し、その発言内容の事実確認がついていることを述べ、「この発言によって生徒たちに一時的にざわめきがあったこと、式終了後に参列者から、不適切である」という指摘を受けたことなど」をT高校長から聞いたと述べる。

そのうえで、結論的にこう述べる。「(本件)発言は、TPOの視点に立つて考えると、『来賓としてふさわしい発言ではありませんでしたね』ということを経長としてお伝えいたします」。

本件発言行為の発言内容が問題視されているのは明らかである。だが同時に、それがT高校卒業式における「来賓紹介」の際の発言だったというセッティングも、重視されている。それが結論部にいう「TPO」の意味だと理解される。結局、T高校卒業式の場において来賓としてなされた本件発言行為の、発言内容が「不適切」だった、とするものである。

「 2 C」 都教委の「指導」決定

第二に、「校長指導」を行うべしとした、先立つ都教委の「指導」決定の内容はどうか《甲第7号証》。そこでは、「平成一六年度卒業式……における(教員が生徒に対して行った)不適切な指導等に関する教員等への指導」(括弧内の説明は引用者が補った)として原告に対する「校長による指導」がなされるべき旨が記されているが、原告の行った「不適切な指導等」が具体的に何だったかという点、それは「他校の卒業式における不適切な発言」であるとされている。

要は「他校の卒業式における……発言」が「不適切」だった、ということである。この、都教委の「指導」決定の次元では、これ以上に「不適切」さの中味は明らかでない。そこでその中味を敷衍して、前記「校長指導」は、T高校卒業式における来賓として本件発言行為の、発言内容が不適切だった、としたのだと理解される。<sup>36)</sup>

「 2 D」 本件訴訟における被告の主張

第三に、本件訴訟における被告の主張はどうか。被告は当初から「本件発言はその内容及び態様からみて、教育

公務員にふさわしいものでない」(《被告準備書面①》八頁)としていた。その後、この点を敷衍してこう述べている。「本件発言は、原告が 現職の教育公務員であり、かつ前任校の教員(元担任)という立場で行っていること、生徒、保護者等多くの卒業式参列者から見ても原告がどという立場で出席し発言しているかを認識し得る状況であったこと、また、発言内容も何の脈絡もないもので、卒業式の場の雰囲気にもそぐわず、卒業生に向けた来賓の発言としては指導上好ましくないとと思われるものであったこと、等その内容及び態様からみても教育公務員としてふさわしい言動であったとはいえないと判断した」(《被告準備書面③》、 ) の記号は引用者)。

さしあたり、 は、やはり「発言内容」が、卒業式の「来賓の発言としては指導上好ましくない」とするもの<sup>(37)</sup>あり、 ・ は、卒業式における来賓がどという存在かに関する指摘である、と理解できよう。<sup>(38)</sup>

「 2 E」 本件発言行為の2つの要素 (P)発言内容とQ)TPO的文脈

以上をまとめると、結局、本件発言行為は、(P)その内容が「不適切」で「教育公務員にふさわしくない」のであるが、それは、Q)本件発言行為が、 T高校卒業式の場において、 ^来賓^としてなされたこととの関連においてである、ということになる。ここには、(P)とQ)との2つの要素があることを押さえておこう。すなわち、(P)発言内容そのものと、Q)その発言内容がどのような場でどのような立場で発せられたかの事実に関わるTPO的文脈との二要素である。

しかし裏から言えば、本件発言行為の「不適切」である所以は、被告によって直接には、(P)についてもQ)についても、この限度でしか、明らかにされていない。

(P)については、被告が問題視したのが、本件発言行為の、行為としての外形ではなく、行為の伝達したメッセージ内容であることはわかった。だが、もっと具体的に、そのメッセージ内容がいかなる意味で「不適切」であるの

かを、被告は何も述べていない。ゆえに、我々としてはそれを推論するしかない。

Q) については、被告が問題視したのが、と というTPO的文脈であることはわかった。だが、とのいずれの点についても、どういう広がりでのTPO的文脈を被告が問題視するのかについて、被告は何も述べていない。例えば については、「T高校」でなく、他の都立高校であればどうか、さらに、都外の公立高校、都内の私立高校、都外の私立高校、の場合はどうか、といった問題である。また「卒業式」でなく入学式ならどうか、といった問題もある。同様に については、本件発言行為が「来賓」以外のどういう立場でなされれば、被告はそれ問題視しないことになるのか、また「来賓」の立場だと、本件発言行為のほかにどのような振舞いが問題視されることになるのか、といった問題がある。こうした点について、被告は直接には明らかにしようとしていないので、ここでも我々としては、それらを推論するほかないのである。

「 3 「 法的判断枠組み 厳しい司法審査の要請

「 3 A 「表現の内容規制」

「i」 本件が「表現の内容規制」の事例であること

いずれにせよ被告は、T高校卒業式の場において「来賓」としてなされた本件発言行為の、行為としての外形ではなくて、発言内容そのものを「不適切」だとみなし、それを「指導」「決定等の根拠となしたことが判る」

2 E」で述べた(P)の要素)。つまり本件は、「表現の内容規制」の事例に他ならない。

「ii」 「表現の内容規制」と「表現の内容中立規制」

「表現の内容規制」とは、表現行為のメッセージの内容それ自体に着目して、その内容が何らかの社会的害悪を



もたらすとして当該行為を規制するものである。それに対して「表現の内容中立規制」とは、メッセージの内容ではなくそのメッセージを伝達する行為の外形が何らかの社会的害悪をもたらすとして当該行為を規制するものである。そして、「表現の内容規制」については、「表現の内容中立規制」の場合と比べて、より厳しい司法審査を行うことが必要であるとされている。

なぜ「表現の内容規制」には厳しい司法審査が必要なのか。<sup>(39)</sup>その理由はこうである。

第一に、「表現の自由」の社会的価値による基礎づけと関連して、原理的には「思想の自由市場」の規範的モデルが支持される。すなわち、どんな内容であれ多種多様なメッセージが「思想の自由市場」に登場しうることを望ましい。悪しき内容のメッセージは「自由市場」に出たあと、そこにおけるメッセージ間の競争により淘汰されることが期待される。特定メッセージがその内容を理由として「市場」に出ること自体を禁止されるようなことは、原則として認められるべきでない。悪しきメッセージには、当該メッセージの禁圧ではなく、当該メッセージを批判する「モア・スピーチ」をもって対処すべきである。

第二に、「表現の自由」の個人的価値による基礎づけと関連して、前記「思想の自由市場」モデルを、次のように個人の側で受け止めることができる。すなわち、多種多様な内容のメッセージは、諸個人によって担われている。そして諸個人は、自らの担う特定内容の見解・観点 (viewpoint) を、「市場」に向けてメッセージとして表現する。それに対して、公権力が当該表現行為を規制する理由が、その見解・観点が誤っている・間違っているというものである場合、それは当該個人の「内心に有るもの」の抑圧と紙一重である。たしかに、その見解・観点が表現された点を捉えて当該表現行為を規制すること、その見解・観点が表現されずただ当該個人の内心に保持されるに止まる場合に当該個人に不利益を課すことは区別できる。後者は憲法第一九条の保障する「思想良心の自由」の端<sup>(40)</sup>的な侵害であるが、前者はそうでない。だが、メッセージ内容そのものが具体的な社会的害悪を何ら引き起こして

いないのに、ただ特定内容の見解・観点が悪しきものであるという決めつけのみで、公権力が当該表現行為を規制する場合には、実際には公権力は、表現行為のみならず害悪を根拠に規制しているのではなく、表面化した特定内容の見解・観点の保持ゆえに当該個人に不利益を課しているのと変わらない。こういう場合は、「表現の自由」を規制する正当な根拠を公権力が有しているとは言えない。そうでなく、表現行為が行われ、特定内容のメッセージが社会に向けて発信されることで、メッセージ内容そのものが具体的な社会的害悪を引き起こして初めて、公権力はそれを規制する正当な根拠を持つ。ゆえに、そういう正当な根拠があるのかどうかを、裁判所は厳しく調べべきである。

だが第三に、表現行為の物理的外形とは違って、表現行為が伝達するメッセージ内容がそれ自体として何らかの具体的な社会的害悪を引き起こすということは、容易には想定できない。<sup>(41)</sup> それゆえ、当該メッセージ内容の発信により、どのような社会的害悪がいかなる因果関係を通じて発生したのかを、裁判所としては厳密に検討する必要がある。

それでは、「表現の内容中立規制」の場合にはどうか。第二の点については、表現行為の外形に着目した規制であるため、「思想良心の自由」を侵害するということ問題は起こらない。第三の点についても、行為の外形から生じる実体的な害悪は、メッセージ内容がもたらすとされる害悪と違って、はるかに明確に認識できる。第一の点については、害悪を発生させない別の外形の行為形式でもって同じ内容のメッセージを「市場」に出す途が開かれている。ゆえに、内容中立規制は内容規制よりも、「表現の自由」の価値に対する危険度が小さいのだ、と説明されている。

「iii」表現内容がもたらす害悪 (X)「意味的害悪」と(Y)「事実的害悪」

「表現の内容規制」に敵しい司法審査が求められるということとは、つまり滅多なことでは「表現の内容規制」が

合憲的なものとして容認されることがないということだ。ここでは特に、前記の第三の理由に注目しよう。

表現行為を行うことでその表現内容が何らかの社会的害悪をもたらすのは、大きく次の二つのパターンに分けて理解することができる。

一つは、発せられた特定のメッセージ内容それ自体が、規範的害悪に当たるがゆえに違法であると評価されるケースである。典型例は、他人の名誉権を侵害する内容の表現である名誉毀損表現である（刑法第二三〇条、第二三〇条の二）<sup>(42)</sup>。また、不法行為法の領域に属する例であるが、他人のプライバシー権を侵害する内容の表現であるプライバシー侵害表現も、これに当たる<sup>(43)</sup>。さらに、わいせつ表現も、判例のように同表現規制の保護法益が「最少限度の性道徳を維持すること」<sup>(44)</sup>にあり、わいせつ表現の内容そのものが前記「性道徳」を侵害すると捉える場合には、これに当たる（刑法第一七五条）<sup>(44)</sup>。こうしたケースにあつては、表現内容と害悪発生との因果関係が概念上明らかである。これを、(X)「メッセージ内容それ自体の意味的害悪」のパターンと呼ぼう。

もう一つは、ある種の事実的文脈のなかで特定のメッセージ内容を発することが、現実に事実に害悪をもたらす（またはその切迫した危険がある）<sup>(45)</sup>がゆえに違法であると評価されるケースである。典型例は、犯罪行為を煽動する表現である（破壊活動防止法第三八条、第三九条、第四〇条など）。この場合は、表現内容と害悪発生との因果関係の有無は、具体的な事実的文脈に依存する<sup>(45)</sup>。これを、(Y)「メッセージ内容のもたらす事実に害悪」のパターンと呼ぼう<sup>(46)</sup>。

このように、(X)と(Y)のいずれのパターンであれ、一定の表現内容と害悪発生との間に因果関係があると論証できる場合は、それほど多くない。その因果関係を明らかにできなければ、「表現の自由」が優先し、規制が退くべきだ、というのが「表現の自由」論における基本的な考え方である。

「iv」 厳格な司法審査の要請

「表現の内容規制」に対して厳格な司法審査が必要であることを、本件に即して言えばこうなる。すなわち裁判所は、本件発言行為の発言内容がたしかに一定の社会的害悪を引き起こしたと確認でき、従ってその発言内容が被告が「教育公務員にふさわしくない」「不適切」なものとみなしたのはまことにもつともである、という納得が得られない限り、本件規制を違憲違法だと判断しなければならぬ、と。このことは、公権力側が 本件では被告が、積極的にその旨の主張立証に成功しない限り、裁判所としては本件規制を違憲違法だと判断するしかないことを意味する。

「3 B」 私的行為が「教育公務員にふさわしくない」こと

「i」 総説 職務外の私的行為に対する制約論理

さて、発言内容のもたらす害悪を「教育公務員にふさわしくない」ものとして説明しようとする論理の運びは、正にここでの論証が、(b) ^ T 高校と原告との関係 ^ とは独立の、(a) ^ H 高校と原告との関係 ^ においてなされなければならぬことから、呼び出されたものである。従ってこの論理展開が、実は都教委による「指導」決定にも T 高校校長による「指導」措置にも現れておらず、本件訴訟に入ってから、しかも《被告準備書面④》に至ってようやく、被告が提起したものである点は、注目に値しよう。それ以前は、(a)と(b)との区別がついていなかった事実を窺わせるからである。

現時点では被告は、本件発言行為が職務外行為であることを自覚している。しかし被告は、職務外行為であつても、「教育公務員にふさわしくない」という理由で、任命権者はその行為に対して一定の制約をかけるのだ、と主張している。そしてこのような論理の運びは、《被告準備書面④》一頁、が引く、信用失墜行為の禁止を定める

地方公務員法（以下では「地公法」）第三三条の適用の場面で典型的に現れる。<sup>(47)</sup>

既に「 1 C」において本稿は、(b)ではなく(a)の関係において本件発言行為が非とされるためには、<sup>△</sup>職務外の私的行為でありそれゆえに憲法上保護された表現行為である本件発言行為が、当人の職業が公務員であることを理由として、制約されるのだ<sup>△</sup>、という論理をとらざるをえないことを示唆していた。これと同型の、被告による前記の論理は、それゆえ制約論理としてたしかにありうるし、また制約論理としてはこの型しかありえない。ただ、その際に注意すべき点が二つある。

#### 「ii」 非行の重大性

第一に、対象行為が職務行為か職務外行為かによって、同条を適用するにあつての基本的姿勢が対照的であることを見落としてはならない。すなわち、職務行為については、原則としてあらゆる行為が任命権者の関心事となり、したがって小さな非行に対しては小さな処分を、また大きな非行に対しては大きな処分を、という具合になりうる。それに対して職務外の私的行為については、その大部分は原則として任命権者の関心事外にあるべきものであり、ただ例外的に、大きな非行については公務全体の信頼を損うものとして任命権者の関心事となり、処分の対象とされるのだと解される。そのように考えないと、基本的にあらゆる私的行為が細部にまでわたり任命権者の関心事となることになってしまい、「近代的公務員制の本質」<sup>(48)</sup>に反することになるからである。<sup>(49)</sup>この観点からは、刑事責任を問われる行為でもないのに「公務員にふさわしくない」とされるような場合は、あるとしてもごく例外的であろう。

#### 「iii」 非行の質

この点に関連して第二に、職務外行為でありそれゆえ職務に直接の支障を来たさないにもかかわらず、その行為が「教育公務員にふさわしくない」とされるのはどのような場合か、という点が問題となる。職務外行為ないし私的行為であるのに、なお「その職の信用を傷つけ、又は職員の職全体の不名誉となるような行為」（地公法第三三条）に該当するのは、あるいは「全体の奉仕者」（地公法第三〇条、憲法第一五条）性を損う行為に該当するのは、どのような行為なのか、という問題である。あらゆる行為類型がたやすくこれに該当するという話になるはずがない、というのがここで注意すべき点である。では、どのような行為類型がこれに該当すると考えるべきなのであるか。一概に言つのはむづかしいが、通俗的に言つと、「たとえ当該行為そのものは職務行為として行われたわけではなくても、そういう行為を行う人が公務員であつては、国民として困る」と考えられるような行為だ、ということになろう。この観点からは、当該非行の重大性と同時にその性質も十分に吟味される必要がある。例えば未成年者を対象とする性犯罪などは、私的行為としてなされても、「教育公務員にふさわしくない」と説明しやすい。

#### 「iv」 公権力側の説明責任

いずれにせよ、職務外でなされたある特定の私的行為が「教育公務員にふさわしくない」ものであるということとは、そう簡単に言えることではない。それゆえ、そう主張する側が、ということとは、本件ではここでも被告が、そうである所以を積極的に説明する責任を、本来は負うべきであるといわねばならない。

#### 「4」 立ち入った憲法実体論を行わずに本件訴訟を解決する方途

#### 「4 A」 本節の課題

「2」節では、被告の主張に耳を傾け、そこから確定できる限度において、被告が本件発言行為を「不適切」

だとみなした理由を確定した。それを踏まえて、「3」節では、本件発言行為を「不適切」だと評価することが憲法上正当化できるかどうかを判断する枠組みを提示した。

本稿冒頭で述べたように、本稿の課題は本件を憲法的観点から分析・考察することにある。ゆえに、続く「

5」節では、被告が本件発言行為を「不適切」だとみなした理由を、さらに推論によって具体化する作業を行う。そのうえで、「6」節では、前記「3」節で提示した判断枠組みによって、本件「不適切」評価を憲法上

正当化できるかどうかを実体的に判断する。つまり、被告による本件「不適切」評価（とそれに基づく本件「指導」決定）が憲法第二一条に違反しないかどうかを実体的に吟味するのが、本稿に課された最終的な課題である。

だが、そうした実体的な憲法論の検討を進める前に、本「4」節では、ここまでの議論がぎりぎりまで本件を解決することを可能とする、二つの論点を押さえておきたい。一つは、表現行為に対する一定の制約が実体的に合憲だといえるかという論点とは別に、そもそもその制約に法律上の根拠がないと違憲ではないか、という手続的ないし形式的な論点である。この点を「4 B」款で検討し、本件では「憲法上の権利」を制約する法律上の根拠を欠いているので、その点で原告勝訴とできると論じる。もう一つは、本件「指導」決定等（とその根拠である本件「不適切」評価）の適法性について、原告と被告のいずれが主張責任を負うべきかという論点である。この点を「4 C」款で検討し、被告は本件「指導」決定等が憲法第二一条に違反しない理由の説明を不十分にしか行えていないが、そのことの不利は被告が負うべきであり、その点で原告勝訴とできると論じる。

「4 B」「法律の留保」の問題

「i」 総説

前節「3」での検討により、本件発言行為が職務外の私的行為であること、かつ憲法上保護された表現行為

であることを確認した。そういう本件発言行為を「不適切」だと評価し、その評価に基づき公務員法制上の不利益措置を行うためには、少なくとも形式的に、それを行うための法律上の根拠が必要なはずである（ここで「法律」とは、もちろん国会が憲法第五九条の定める手続に従って制定した法形式を指している）。

法律上の根拠が仮にあつたとしても、その法律の規定したいが、あるいはそれに基づく具体的な措置が、合憲だといえるかどうかという実体的な吟味が別途必要になることは言うまでもない（こつこつ吟味を本稿は「憲法実体論」・「実体的な憲法論」などと呼ぶ）。だが本件は、その憲法の実体問題に入る手前の、この手続問題の次元で、形式要件を具備していないとして決着がつく事件であるように筆者には思われる。

「ii」「憲法上の権利」の制約には必ず法律の根拠が必要であること

外見的立憲主義の憲法体制においても、一般に、「国民に新たに義務を課し、あるいは国民の権利を新たに制約する法規範（これを「法規」といふ）は、必ず議会制定法＝法律という法形式（これを「形式的意味の法律」といふ）で定められなければならない」という憲法原則が認められていた。別言すれば、「法規」を内容とする政治的決定は、行政部限りの命令等の法形式で行うことができず、必ず国民の代表者を構成員とする議会の承認を得なければならない、ということだ。そのような政治的決定を行うに際しては必ず国民代表機関たる議会を関与させることによって、君主を中心とする行政部による恣意的な制約から国民の一般的自由を保護することを狙いと<sup>(80)</sup>した。

戦後の日本国憲法は国民主権を採用し、外見的立憲主義の段階を卒業・克服した。それゆえ、憲法第四一条の解釈として、「必ず議会制定法＝法律という法形式で定められなければならない」とされる政治的決定の内容（これを「実質的意味の法律」といふ）も、「法規」よりずっと拡張して解釈されている。

以上の説明は、議会（国会）と行政部との権限配分をどのようにに行うべきかという統治機構論上のものである。



人権論としては、次のことが言える。すなわち、「憲法上の権利」とは、個人の一般的諸自由のうち特に重要なものを取り出して、憲法的保障を与えるべく憲法典に書き込んだものである。そうだとすると、一般的諸自由でさえ法律上の根拠なくそれらを制限することが憲法上許されないとされるのであるから、まして「憲法上の諸権利」においてをや、ということになる。ゆえに、本件に即して述べれば、本件発言行為を制約するのに法律上の根拠を要することは、憲法第四一条のみならず憲法第二一条の要請でもある。

「iii」 本件発言行為を制約する根拠法律は存在するか

では、本件発言行為を制約する意味を持つ本件「指導」決定等は、いかなる法律規定をその根拠としているのだろうか。

この点に関する被告の主張が説得的でないことは、既に本稿の各所で述べた。簡単に繰り返すと、第一に、都教委が「指導」決定を行うに際して指示したのは、地教行法第三三条である。だがこの規定は組織法的授權規定であり、教育公務員の職務行為を制約する根拠規定とはなりえても、職務外行為にして憲法上保護された表現行為を制約する根拠規定としては明らかに不十分である。1 B「iii」。第二に、本件訴訟で被告が引くのが服務規程第二二条二項である。だがこの規定は文面上すでに、教育公務員の職務外の私的行為に対する制約を根拠づけるものではない。3 B「i」。本文に付けた注47)。そのうえ、憲法上保護された表現行為については、その直接・具体的な制約根拠を行政命令が提供するにしても、その制約のありようの基本的趣旨は法律で定められておりただその細部の定めを行政命令に委任する、という形式をとっている必要がある。本件の場合、そのような作法的授權を行う法律規定の存在を被告は指示していない。第三に、同じく本件訴訟で被告が言及するのが、地公法第三三条である。3 B「i」。たしかにこの法律規定が職務外行為をも対象とすることは一般に承認され

ている。だが、本件発言行為をもって同規定の定める信用失墜行為に該当すると見るのは無理であり、被告もさすがにそのような主張は行っていない(《原告第5準備書面》二頁の指摘)。当然であろう。

「 4 C」ハH高校と原告との関係Vにおける主張責任の分配の問題

款を改めて、主張責任の分配の論点に移ろう。<sup>(51)</sup>

「 2 E」で述べたように、本件発言行為がどのように「不適切」であるのかについて、被告が直接に明らかにしているところは、以下の限度に止まる。すなわち、本件発言行為は、(P)その内容が「不適切」で「教育公務員にふさわしくない」のであるが、それは、(Q)本件発言行為が、T高校卒業式の場において、ハ来賓Vとしてなされたこととの関連においてである、という限度である。

それでは、前節「 3」で述べたことを踏まえて、(a)ハH高校と原告との関係Vにおいて、主張責任・立証責任の分配は、原告と被告との間でどのようになされるべきだと考えられるだろうか。

本件訴訟は、原告が被告を相手どって提起した国賠訴訟である。それゆえ、被告の行った本件「指導」決定等が違法であることを、まずは原告が主張・立証する責任を負うことになる。

そこで原告は、以下の諸点を主張・立証した。すなわち、本件「指導」決定等は、本件発言行為の発言内容が「不適切」であるとの評価に基づくこと。しかるに本件発言行為は、職務外の私的行為であり、それゆえ憲法上保障された表現行為であること。そして、かかる本件発言行為を制約する意味を、本件「指導」決定が持つこと。

さて、前節「 3」では二つの点を論じた。一つは、「表現の内容規制」については特に厳しい司法審査が憲法上要請されていること。もう一つは、職務外の私的行為については、基本的にはそれを「教育公務員にふさわしくない」と評価する側が、そのである所以を説明する責任を負うことである。

この二点を踏まえると、原告が上記の諸点を十分に主張・立証できた時点で、主張責任は被告の側が負うことになる。すなわち、職務外の私的行為である本件発言行為が、どういふ理由で「教育公務員にふさわしくない」と評価されるのかを明らかにしたうえで、その理由づけが、表現行為である本件発言行為の制約理由として、憲法上承認できるものであることについて、被告が裁判所を説得する責任を負うべきであり、それができない場合には、本件「指導」決定等は違憲違法だとみなされるべきである。

「 4 D」次節以降の課題 更なる憲法実体的な検討

本節「 4」では、本件「指導」決定等には法律上の根拠の不存在という問題点があること、また本件「指導」決定等の合憲性に関する主張責任は被告が負うべきであることを論じた。しかし本稿はここで検討を終えずに、さらに本件を具体的に憲法的観点から検討吟味する作業を継続する。既に「 4 A」で述べたように、「次節」5」では、被告が本件発言行為を「不適切」だとみなした理由を、さらに推論によって具体化する。そのうえで「 6」節では、「前記」 3」節の判断枠組みを本件「不適切」評価に適用し、表現行為の規制として合憲だと言えるかどうかを実体的に判断する。

「 5」 被告が本件発言行為を「不適切」だと評価した根拠・その2

「 5 A」 本件発言行為の（P）の要素⇨発言内容Vの具体化

「 i」 本款と次款の課題

本款「 5 A」と次款「 5 B」では、被告が本件発言行為を「不適切」だと評価した根拠のさらなる

探究を行う。「 2」で明らかになったのは、本件発言行為を「不適切」だと評価した被告の判断枠組みには、

(P)の発言内容の要素と、(Q)のTPO的文脈の要素との二つが存在したことである。この二つの要素を、手元の資料と常識的判断に基づく推論によって、可能な限り具体化することを試みよう。

まず本款では、(P)の要素の具体化を目標とする。

「ii」国歌斉唱「強制」批判という異論の提出

本件発言行為における(P)の要素、つまり発言内容の中味として、被告は特定の何を「不適切」と評価したのだろうか。

この点は既に「4」で検討した。復習すると、まず、本件発言内容そのものは、その主たるメッセージ内容が卒業生への祝意の表明であり、従たるメッセージ内容が都教委の国旗国歌「強制」政策への異論の提出である、という構造を持っていた。そして被告が「不適切」と評価したのはこの従たるメッセージ内容であると本稿は考えた。

「iii」(1)国歌斉唱「強制」反対と(2)現行政策の批判

この従たるメッセージ内容には、さらに二つの面があることを識別できる。すなわち、(1)国歌斉唱強制に反対する内容である面と、(2)現に公権力が採用している政策に反対する内容である面との、二つである。この区別は、理論的考察を行うに際しては便利なので、「6」で使用する。但し被告は、この両方の面の結合したものとしての従たるメッセージ内容を問題視したのであって、どちらか一方だけではなかったと思われる。すなわち、一方で、国歌斉唱強制の反対が、同時に現行の公政策批判の意味を持たなかった時点では(1)が存在し(2)が欠如した状態、本件発言内容を問題視することはなかったであろう。他方で、現行の公政策批判一般(1)が欠如し(2)が存在す

る状態)を問題視するというのではなく、特にそれが、〇三年都教委通達以降、イデオロギー的対立の性格を強く帯びるに至った争点をめぐるものであったからこそ、本件発言行為を問題視したのだと思われる。

「iv」 「見解規制」の事例

いずれにせよ、そうだとすると、本件規制は、「表現の内容規制」のなかでもとりわけ違憲の疑いが強く、それゆえ厳しい司法審査が要請されると考えられている。「見解規制」に当たる。<sup>(52)</sup>

「 5 B」 本件発言行為の^Qの要素≡TPO的文脈^の具体化

「i」 本款の課題

被告による「不適切」評価の対象となった本件発言行為のQの要素、つまりTPO的文脈については、T高校卒業式における、^来賓^としての発言である、という二つのポイントがあった。それでは被告は、とをそれぞれ、どういう一般性において枠づけていたのだろうか。

「ii」 「T高校」の「卒業式」

について、第一に、特定の「T高校」というところに大きな意味があるとは考えにくい。そこでこの点がどこまでの一般性を持っていたかが問題となるが、被告は、都立高校という範疇を念頭に置いていたと思われる。私立高校や、都外の道府県の公立高校の卒業式で、たとえ原告が本件発言行為と同内容の発言を^来賓^として行ったとして、これに対して本件と同様の「指導」決定等を行ったとは考えにくい。それにこれらの高校は都教委の管轄外だから、そもそも(a)と(b)との混同が生じない。

第二に、「卒業式」という点は、入学式その他、国旗国歌政策の舞台となる諸々の学校儀式を全て射程に入れるものだと思われる。

「iii」　　△来賓△の「発言行為」

については、被告においては第一に、△保護者△との違いが重要だと思われる。保護者席にまで目を光らせるのは、都教委のバランス感覚においても行き過ぎだと考えられているようだ。そうだとすると、仮に教育公務員が△来賓△としてではなく△保護者△として、例えば国歌斉唱の強制反対のゼッケンを着用して都立高校の学校儀式に列席したとしても、都教委は、これに対して本件と同様の「指導」決定等を行わないのであろう。だが都教委は、△来賓△については、国歌斉唱時に不起立である等のかたちで△異論△を提出する人は、△来賓△にふさわしくない、と見ている。そして報道によると都教委はここ数年で、（教職員だけでなく）来賓席まで国歌斉唱時に起立したかどうかの調査を行った挙句、「確実に△異論△提出を行わないだろう人だけを△来賓△として招待する」という方向に向かっているようである。<sup>(54)</sup>ここでは被告が、卒業式（等の学校儀式）への様々な立場の参列者のうち「2」を参照）、特に△来賓△を問題視していることを確認できよう。

第二に、本件発言行為と不起立との区別にも注目しておきたい。と言つのは、原告は本件卒業式の国歌斉唱時に不起立であつたにもかかわらず、またその事実が関係者の間でよく知られていたにもかかわらず、<sup>(55)</sup>その点はお咎めの対象とならず、「指導」決定等の対象とされていないのである。消極的な不起立行為は「指導」決定等の対象としないが、積極的な発言行為とそれに類する行為はその対象とする、ということだと思われる。

「iv」　　本款のまとめ

以上をまとめると、(Q)のTPO的文脈の要素は、次のような一般性を持つものだったと思われる。すなわち、都の教育公務員が、勤務時間外の私的行為としてではあるが、1) (勤務校以外の) 都立高校における、2) 卒業式・入学式などの国旗国歌政策の舞台となる学校儀式で、3) (保護者ではなく) 来賓という資格で、4) (国歌斉唱) 時の不起立という「消極的」行為と対比される意味で、「来賓紹介」時の発言という「積極的」行為を行った、というTPO的文脈である。

「 5 C」(P + Q)としての本件発言行為 (X)「意味的害悪」の問題視

「 i」 本款と次款の課題

本件発言行為を「不適切」だと評価した被告の判断枠組みには、(P)の発言内容の要素と、(Q)のTPO的文脈の要素との2つが存在した。そして前二款「 5 A」と「 5 B」では、(P)と(Q)それぞれの要素の具体化を試みた。

本款と次款では、さらに次の二点について、(P + Q)としての本件発言行為を、被告がどのように問題視したのかを特定していきたい。一つは、被告が本件発言行為の内容を問題視するのは、その発言内容が、(X)「意味的害悪」をもたらすからなのか、それとも(Y)「事実的害悪」をもたらすからなのか、という点である。この点を本款「 5 C」で検討する。もう一つは、(P + Q)としての本件発言行為における、(Q)のTPO的文脈の要素は、被告の「不適切」評価を限定する固有の意味を持たされているかどうか、という点である。この点を次款「 5 D」で検討する。

「 ii」 (Y)「事実的害悪」を問題視するものではないこと

最初の論点の検討に入ろう。(P) + (Q)としての本件発言行為を、被告が問題視するのは、その発言内容が、(X)「意味的危害」をもたらすからなのか、それとも(Y)「事実的危害」をもたらすからなのか。

まず、(Y)「事実的危害」に当たりうるものとして、被告は何に具体的に言及しているだろうか。」 2」の検討で明らかになったのは、二点に尽きる。それらは、H高校長の「校長指導」D 2 B」が言及する、「生徒たちに一時的にざわめきがあったこと」、「式終了後に参列者から『不適切である』という指摘を受けたこと」の二点である。<sup>(56)</sup>

だが、これらが「表現の内容規制」を正当化しうるほど深刻な危害である、とはおおよそ言うことができない。また、被告の意図としても、とを、「表現の内容規制」を正当化する規制理由として名指しするものではないと理解される。

まず、であるが、一般に、気の利いたユーモアを言えば会場には笑い声が生じるし、多少のインパクトのある内容を発言すれば会場に「ざわめき」くらいは生じるものである。この程度の事実的影響が発生したことを理由として、それをもたらした発言内容を規制することが、「表現の自由」の法理に照らして許されるわけがない。つまり、「ざわめき」は、「表現の内容規制」を正当化しうるほどの重大な(Y)「事実的危害」として、到底クオリファイしない。それに、本件では被告自身が「卒業生は若干ざわついたが、大きな影響はなかった」(《甲第5号証》、T高校長から都教委への報告書) 大したことはなかった との認識なのである。被告の主張は、本件発言内容が(Y)「事実的危害」をもたらしたというものではないと理解される。

つぎに、であるが、これも到底、「表現の内容規制」を正当化しうるほどの重大な(Y)「事実的危害」としてクオリファイしない。発言内容を聴いた参列者が色々な感想を持つのは、表現行為の当然の帰結であり、その発言内容に否定的評価を行う参列者がいることも、一般によくある出来事だからだ。それに、被告が「言及したのも、本



件発言内容がそのような(Y)「事実的危害」をもたらしたという趣旨ではないと思われる。そうではなく、本件発言内容を「不適切」だとする被告の評価が、他の参列者も賛同するような妥当な評価であることを示す証拠として、に言及したのだと思われる。

要は、も も、「表現の自由」の法理上、「表現の内容規制」を正当化しうるだけの重大さをもつ(Y)「事実的危害」であるとはとても言うことができない。<sup>(57)</sup> また、そもそも被告の意図としても、そういう主張を行おうとするものではないと理解される。<sup>(58)</sup>

「iii」(X)「意味的危害」を問題視するものであること

つまり、(P) + (Q)としての本件発言行為を、被告が問題視するのは、その発言内容が何らかの(Y)「事実的危害」をもたらすからなのではなくて、そのメッセージ内容がそれ自体として「不適切」で、「教育公務員にふさわしくない」からである。

では、それ自体として「不適切」だとされるメッセージ内容とは、本件発言内容の、特定のにとの部分なのか。この点は既に「5 A」において推論により究明した。それは、本件発言行為の「従たるメッセージ」に含まれた、(2)都教委の現行政策であるところの、(1)国歌斉唱「強制」政策、これに対する否定的含意、という内容であった。

ここでは、次の点を確認しておこう。すなわち、「表現の自由」の法理に照らすと、公権力がメッセージ内容をそれ自体として否定的に評価し、その評価を理由として当該表現行為を規制することが憲法上許されるのは、そのメッセージ内容が何らかの(X)「意味的危害」をもたらすと言える場合に限られる、という点である。本件でそのようなことがはたして言えるか。この点の検討を行うのが、次節「6」の課題となる。

「 5 D」(P) + (Q)としての本件発言行為 (Q)が限定的意味を持つこと

「i」 ^ (Q) = TPO的文脈∨が限定的意味を持つか持たないかの違い

次の論点の検討に入るが、その前に、この論点が何を問題とするものなのかを少し説明しておこう。

「 2 E」で整理したように、被告は、本件発言行為の ^ (P) = 発言内容∨を「不適切」で「教育公務員にふさわしくない」と評価したのだが、それは特定の ^ (Q) = TPO的文脈∨との関係においてであった。つまり、本件発言行為を「不適切」だと評価した被告の判断枠組みには、(P)と(Q)の二つの要素が存在した。

ここで、本件「不適切」評価の直接の対象となっている ^ (P) = 発言内容∨が、同評価にとつて不可欠の要素であることは明らかであり、それゆえ同評価は、「表現の内容規制」の枠組みでその合憲性を検討されるべきだと考えられた。問題は、^ (Q) = TPO的文脈∨が本件「不適切」評価にとつて持つ意義である。そこには二つの捉え方がありうる。一つは、一般的には本件発言行為の ^ (P) = 発言内容∨が「不適切」であるとは言えないが、それが特定の ^ (Q) = TPO的文脈∨で発せられた場合には「不適切」だと評価される、という捉え方である。もう一つは、およそ一般的に本件発言行為の ^ (P) = 発言内容∨は「不適切」であるのだが、たまたま本件ではそれが特定の ^ (Q) = TPO的文脈∨で発せられたので、その特定文脈にも言及した、という捉え方である。

この二つの捉え方を憲法論的に言い直してみよう。前者の捉え方はこうなる。本件発言行為の ^ (P) = 発言内容∨は、一般的には「表現の内容規制」を正当化するほど重大な害悪をもたらすとは言えず、その表現内容に着目した規制は憲法上許されない。だが、特定の ^ (Q) = TPO的文脈∨において同行為がなされた場合には、そのTPO的文脈に固有の害悪を当該表現内容がもたらすため、このTPO的文脈においてだけは例外的にその表現内容に着目した規制が憲法上許される。<sup>(59)</sup> 後者の捉え方はこうなる。本件発言行為の ^ (P) = 発言内容∨は、一般的に「表現の内容規制」を正当化するほど重大な害悪をもたらすものであるから、(X)「意味的害悪」であれ(Y)「事実に害悪」

であれ、その害悪がもたらされたことが確認されれば、その表現内容に着目した規制を行ってよい。本件ではその害悪が、たまたま特定の $\wedge Q = TPO$ 的文脈 $\vee$ において発生した、と。<sup>(6)</sup>

「ii」 $\wedge Q = TPO$ 的文脈 $\vee$ が限定的意味を持つこと

それでは、被告による本件「不適切」評価はそのどちらであるのか。あらためて「2」で検討した、被告側の各主体による説明 特にH高校長による「校長指導」D 2 B」と本件訴訟における被告の主張」

2 D」 を読み直すと、被告は前者の捉え方をしていたように筆者には思われる。つまり、一般的には本件発言行為の $\wedge P =$ 発言内容 $\vee$ を理由とした規制を行うことは憲法上許されないが、 $\wedge Q = TPO$ 的文脈 $\vee$ において同行為がなされた場合にだけは例外的にその規制を行うことが憲法上許される、という捉え方である。その意味で、本件「不適切」評価においてQの要素は、一般的には憲法上許されないとこの「P」の要素に着目した規制」を、例外的に合憲なものとする「特定のTPO的文脈」を指し示す、という重要な役割を果たすことになる。

次節「6」では、被告が前者の捉え方をしていたという理解のもと、その「不適切」評価を憲法上正当化できるかどうかを検討する。ただし、その検討の過程で、仮に被告が後者の捉え方をしていた場合にその「不適切」評価を憲法上正当化できるかの検討も、いわば本論の前段階の議論として、行われることになる。

「6」 法的判断枠組みの本件への適用 表現行為を合憲的に規制できるか

「6 A」 $\wedge H$ 高校と原告との関係 $\vee$ における本件発言行為の評価

「」章では、 $\wedge T$ 高校と原告との関係 $\vee$ においては、 $\wedge P + \wedge Q$ としての本件発言行為が、T高校長らにとって不快なものであったことは想像に難くないが、原告が徳義上の義務にすら違反したとはいえないと論じた。本件発

言行為は、(1)の発言時間上の枠と(2)の発言内容上の枠のいずれの点でも、徳義上の規範を逸脱するものではなかつた。<sup>(61)</sup>

さてそれでは、(P) + (Q)としての本件発言行為は、(a) ∧ H高校と原告との関係∨においては、その関係に固有の害悪を生じたと言えるのだろうか。これは別言すれば、(b)においては害悪を発生させたとみなすことができない本件発言行為を、「教育公務員にふさわしくない」「かどうかという(a)に固有の観点から評価し直すことによって、今度は何らかの害悪を発生させたとみなすことができるかどうか、という問題である。

(a) ∧ H高校と原告との関係∨ 教育公務員としての勤務関係 において、本件発言行為は、職務外の私的言行為であり、かつ、憲法上保護された表現行為である(参照「1」「2」。そういうものとしての本件言行為を、(a)の関係で制約することが許されるかどうかは、「3」で述べた2つの判断枠組みに従って判断されなければならない。すなわち、本件発言行為が表現行為であることに対応する「3 A」の判断枠組みと、本件発言行為が職務外の私的行為であることに対応する「3 B」の判断枠組みに従って、である。

簡単に後者の「3 B」の判断枠組みに関わる留意点を指摘しておきたい。職務外の私的行為が、それにもかかわらず「教育公務員にふさわしくない」と評価されることは、余程のことがない限り、その行為の悪性が、量的に重大で、かつ質的に公的職務との関連性を見出しうるものでない限り、ありえない。本件の場合、すでに本件発言行為が行われた固有の文脈である(b)の関係において、本件発言行為には、(刑事法上・民法上の違法性はおろか)徳義上の義務の違反でさえ、見出すことが難しかった。そういう本件発言行為を、しかし(a)の関係においては、「教育公務員にふさわしくない」と評価することができる、と論ずるのが至難の業であることは、誰にも容易に理解できよう。

以下の本節「6」の叙述では、「3 B」の判断枠組みを必要に応じて取り込みつつも、基本的には表

現行為に対する制約の憲法的可否を検討する」 3 A」の判断枠組みをベースとする。

前節「 5」の後半 D 5 C」 5 D」で推論したように、被告は、P + Qとしての本件発言行為を、Y「メッセージ内容のもたらす事実的害悪」のゆえにはなく、X「メッセージ内容それ自体の意味的害悪」のゆえに、「不適切」だと評価するようである。かつ、被告は、その「意味的害悪」が、本件発言行為のPの発言内容に一般的に見出せるものではなく、ただQのTPO的文脈においてのみ見出せるものだ、との理解に立つようである。ゆえに本節では、被告によるこのような本件「不適切」評価を憲法的に正当化できるかどうかを、「表現の自由」の法理に照らして検討していきたい。

論述の順序としては、まず「 6 C」で、本件発言行為のPの発言内容に、およそ一般的に、「教育公務員にふさわしくない」と評価できるような何らかのX「意味的害悪」を見出すことができるかどうかを検討し、できないと結論する。続いて「 6 D」で、一般的には「教育公務員にふさわしくない」と評価できるようなX「意味的害悪」を何ら見出すことができないところの、Pの発言内容が、特定のQのTPO的文脈において発言された場合にだけは、「教育公務員にふさわしくない」と評価できるような何らかのX「意味的害悪」を見出すことができる、と言えるかどうかを検討し、やはりできないと結論する。しかし、本件「不適切」評価の構造に即したこの二段構えの検討 いわば細かい議論 に入るのに先立って、「 6 B」では、やや大上段な議論にはなるが、「表現の自由」を憲法で保障することの中核の意味が政府批判言論の保障にこそある点を確認しておきたい。本件のような事件の場合、細かい議論による説明よりも、基本中の基本を確認することのほうが、憲法的観点からの理解に資する面があるように思われる。

「 6 B」 「表現の自由」保障の中核にある、 $\wedge$ 異論 $\vee$ 提出の自由

まずもって確認しておきたい、「表現の自由」を憲法で保障することの中核的意味とは、次のようなものである。すなわち、(b)の水平関係においては、 $\wedge$ 異論 $\vee$ 提出が相手方の $\wedge$ 不快感 $\vee$ を生じることのゆえにその $\wedge$ 異論 $\vee$ 提出を差し控えるべきかという問いが、少なくともも問いとして成立しえた。だが、(a)の対・公権力の垂直関係においては、話が全く違う。それがいかに政府当局者にとつて $\wedge$ 不快 $\vee$ なものであろうと、政府に対する $\wedge$ 異論 $\vee$ を提出する自由が幅広く承認される点こそは、「表現の自由」を憲法で保障することの中核的意味である。政治的表現の保障こそが「表現の自由」保障の中核に位置する、とよく説かれるが、そこでいう政治的表現の、さらに中心にあるのが、政府批判の言論なのである。そうであるから、メッセージ内容が $\wedge$ 異論 $\vee$ であること、及びそれがもたらす公権力担当者（校長や都教委）の $\wedge$ 不快感 $\vee$ は、 $\wedge$ 異論 $\vee$ 提出を制約する理由となりえない。

これを別言すると、現に公権力が採用している政策に反対する内容の表現行為 D 5 A「iii」で述べた、(2)の内容の言論)について、次のように言うことができる。第一に、公権力の現行政策の批判であるという言論内容それ自体が、(X)の「メッセージ内容それ自体の意味的害悪」であるとみなすことはできない。また第二に、その内容が傾向的に招くだろう公権力担当者の $\wedge$ 不快感 $\vee$ を、当該表現内容の規制を憲法上正当化するところの、(Y)の「メッセージ内容のもたらす事実的害悪」として資格つけることはできない。

「 6 C」 $\wedge$ (P)「発言内容 $\vee$ が「教育公務員にふさわしくない」?」

「 i」 本款の課題

さて、被告は(P) + (Q)としての本件発言行為を、(Y)「メッセージ内容のもたらす事実的害悪」のゆえにはなく、(X)「メッセージ内容それ自体の意味的害悪」のゆえに、「不適切」だと評価するようである。そこでまず、本款「 6 C」では、本件発言行為の(P)の要素、つまり発言内容そのものが一般的に、「教育公務員にふさわしくない」

と評価されるということが何を含意するのかを検討しよう。

本件発言の従たるメッセージ内容には二つの面があることを、既に「 5 A」「iii」で指摘した。(1)それが国歌斉唱強制に反対する内容である面と、(2)（その具体的内容を問わず）それが現に公権力が採用している政策に反対する内容である面との、二つである。そこで以下では「ii」で(2)の面に着目して、また「iii」で(1)の面に着目して、本件発言行為の発言内容が、「教育公務員にふさわしくない」と評価できるような、何らかの(X)の「メッセージ内容それ自体の意味的害悪」をもたらしと言えるかどうかを検討する。

「ii」 ^ (2) = 現行政策の批判が「教育公務員にふさわしくない」？

まず(2)の検討を行おう。当該表現内容が現に公権力が採用している政策に反対する内容であることを理由として、公権力が一定の表現行為を制約することは、原則的に許されない。この点は前款「 6 B」で述べたばかりである。つまり、発言内容が都教委の現行政策を批判するものであることそのことは、他人の名誉権やプライバシー権を侵害する表現内容などと同列の、規範的害悪に該当する表現内容として、(X)の「メッセージ内容それ自体の意味的害悪」のパターンに当たると見ることはできない。これは、あらためて述べるまでもない自明のことである。

これに対して、一般人についてはそう言えるにしても、教育公務員についてはまた話が別だ、との議論が出されることがある。それによると、たとえ職務外に私人として行うのであっても、現行政策に反対する意見を表明するのは、「教育公務員にふさわしくない」。すなわち、教育公務員を職業とする人の発言行為については、公教育当局の現行政策批判という発言内容そのことが、「教育公務員にふさわしくない」という(X)の「意味的害悪」に該当する、と言っているのである。

これは、教育公務員職にある人に対して、勤務外である時間を含めて四六時中ずっと、政策批判の発言を行うことを許さない議論である。この議論が、先に「 3 B」でも言及した「近代公務員制の本質」を弁えない暴論であることは、これまた自明であろう。ここでは以下の二点を指摘するに止める。

まず、周知の事実を指摘する。都教委の国旗国歌政策に関する批判的な意見を、教育公務員が新聞・雑誌・テレビなどのインタビューに答える形や新聞・雑誌などに寄稿する形などで公にするのを、私たちはよく見聞きしてきたのではないだろうか。そのことのゆえに教育公務員は、懲戒処分を受けたり、「指導」決定等の対象とされたりしてはいない。つまり、これは「教育公務員にふさわしくない」言動だとは考えられていないのだ。<sup>63</sup>

次に、実質論を行えばこうなる。教育公務員のなかには、一〇・二三都教委通達以来の国歌斉唱の実施政策に反対する人もいるが、その人が同通達に基づく職務を肅々と行う限り、内心でその政策に反対するのは自由であり、その意見を私生活において表明するのも自由である。それは従来、式典で国歌斉唱を行わない方針を採る公立学校において、その式典運営で所定の職務を行い妨害行為などを行わない限り、教育公務員が、内心で国歌斉唱を積極的に行うべきだとの考えを持つのも、その考えを私生活において表明するのも自由であったのと同じことである。教育現場で正式に採用され実施されている政策に対して、ある教育公務員が反対意見を持つことが、その人の私生活において明らかにしても、そのことでその人が「教育公務員にふさわしくない」とは、我々は考えないし、考えるべきでもない。

「[iii] ^ (1) = 国歌斉唱「強制」反対」が、「教育公務員にふさわしくない」?

(1)の検討に移ろう。発言内容が、国歌斉唱強制に反対する内容であることそのことは、これまた、他人の名誉権やプライバシー権を侵害する表現内容などと同列の、規範的害悪に該当する表現内容である、と言つことはできな



い。つまりこの発言内容は、(X)の「メッセージ内容それ自体の意味的害悪」のパターンに当たらない。

それにもかかわらず、この発言内容を「教育公務員にふさわしくない」と評価するということは、発言行為を問題視しているのではなく、その発言行為で表にあらわれた思想内容ないし意見を、その人が内心において保持していることそのことを問題視することに帰する。つまり、こういう考えを持っている人は「教育公務員にふさわしくない」という評価である。「<sup>65</sup>」という評価を行うことは、どんな思想の持ち主にも公務員に就職することを保障する憲法第十九条に違反する。そして既に述べたように、「表現の内容規制」が厳しい司法審査に付されるべきだとされる正に第一の理由が、規制の内実がこのようなものでないことを確保するためなのであった。<sup>(65)</sup>

「 6 D [ P + ^ Q ] = T P O 的文脈 √ が「教育公務員にふさわしくない」？

「 i 」 本款の課題

前款 「 6 C 」では、本件発言行為の(P)の要素＝発言内容、が、それ自体として、「教育公務員にふさわしくない」と評価できるような何らかの(X)「意味的害悪」を含むものだとはいえないことを明らかにした。

ただし、「 5 D 」で行った推論によると、被告もその点にはおそらく同意する。被告が本件発言行為を「不適切」だと評価するのは、(P)の要素＝発言内容、単独のことではなく、あくまでそれが、(Q)の要素＝T P O 的文脈、と結合する場合のことのようである。

それでは、それ自体としては何ら、「教育公務員にふさわしくない」と評価できるような(X)「意味的害悪」を含むとはいえないところの、本件発言行為の(P)の要素＝発言内容、が、ただ D 5 B で検討したような)本件の(Q)の要素＝T P O 的文脈、において発せられた場合にだけは、この文脈に特有の、「教育公務員にふさわしくない」と評価できるような何らかの(X)「意味的害悪」を発生させ、それを根拠に、この文脈についてだけは、本件

発言行為を規制してよい、という議論を、説得的に組み立てることができらるだろうか。

この点を具体的に、(P)の要素＝発言内容、として、(1)の国歌斉唱の強制に反対するという内容に着目する場合と、(2)の公権力の現行政策に反対するという内容に着目する場合とに分けて、検討しよう。<sup>(66)</sup>

「ii」 ^ (1)＝国歌斉唱「強制」反対について

まず(1)の場合である。「6 C」[iii]で述べたように、本件発言行為のこの意味での(P)の要素＝発言内容そのものを、「教育公務員にふさわしくない」と評価することは、詰まるところ、その人が内心において一定の意見を持つことそのことを「教育公務員にふさわしくない」と評価するに帰するから、そのように評価することは許されない。そうである以上、その人が国歌斉唱の強制に反対する意見の持ち主であることが、たまたま本件のように、T高校卒業式における^来賓^発言として(Q)の要素＝TPO的文脈、明らかになったからといって、そのように評価することが許される理由はない。

「iii」 ^ (2)＝現行政策の批判について

次に(2)の場合である。「6 C」[ii]では、教育公務員職にある人であっても、職務外に私人として、現行政策に反対する内容の意見表明行為を行うことは、「表現の自由」の行使として憲法上保護されているのだから、その発言内容そのものが「教育公務員にふさわしくない」という(X)「意味的害悪」に該当すると見ることはできない、ということを確認した。それでは、一般的にはそうであっても、ただ「5 B」で検討したような(本件の(Q)の要素＝TPO的文脈、において当該意見表明行為が行われた場合にだけは、その発言内容そのものが「教育公務員にふさわしくない」という何らかの(X)「意味的害悪」に該当する、と言えるだろうか。

この点、 $\wedge$  (2) = 現行政策の批判 $\vee$ という発言内容 = (P)の要素、を一般的には表現の自由 $\wedge$ として承認しつつも、「教育公務員にふさわしくない」という理由から、一定のTPO的文脈に限ってその発言行為を制約することを認めるために、合理的な線引きを行おうとするなら、それは何より、職務の内外という線引きになるだろう。<sup>(67)</sup>しかし、いったん職務外に出て、なおかつ当該発言行為の制約の憲法上の可否を分かつ、「表現の自由」の法理に照らして合理的に説明可能なTPO的文脈上の線引きが、はたして存在するか、筆者には大いに疑問である。

おそらく被告は、「5 B」iv」で推論したようなTPO的文脈上の線引きによって、本件発言行為の制約が可能だと判断した。だがいったい、この線引きの内側では、その外側にはないような、「表現の自由」を制約する根拠たりうるところの、「教育公務員にふさわしくない」という何らかの(X)の「意味的害悪」が存在するといえるだろうか。

よくよく考えても、筆者にはその説明論理がわからない。けれどもこれを、制約される「表現の自由」の側からではなく、制約する側の立場から見ると、その気持ちはむしろわかりやすい。それは要するに、 $\wedge$ 教育公務員職にある人が、他の時・所・場合ならともかく、少なくとも自分の面前で、自分の批判をするのだけは、許すわけにいかない、それを許すと、面子丸つぶれだ、沽券に関わる $\vee$ 、といったことであろう。だがそれは、感情論にすぎず法的議論となっていない。「表現の自由」の規制はあくまで現実に生じるところの害悪を理由とすべきであり、公権力担当者の好悪の感情がその規制理由となりえないことは、改めて言うまでもない。

そして仮に、「表現の自由」の法理に照らして合理的に説明可能なTPO的文脈上の線引きを行うことに成功しないまま、本件発言行為の制約を合憲的なものとして承認するなら、それは結局のところ、 $\wedge$  (2) = 現行政策の批判 $\vee$ という発言内容 = (P)の要素、それ自身が「教育公務員にふさわしくない」という(X)の「意味的害悪」に該当する、ということに帰する。しかし、そのような結論をとっても憲法上正当化することができないことは、既に前款

「 6 C」[ii]で確認済みである。

「 7」 本件「指導」決定等の国家賠償法上の評価

「 7 A」 総説

既に「 1」で述べたように、本件訴訟の中心的争点は、都教委の本件「指導」決定が国家賠償法第一条の適用上、被告の国家賠償責任を発生させるかどうかにある。

本稿がここまでで論じてきたのは、都教委の本件「指導」決定の根拠である、本件発言行為が「教育公務員にふさわしくない」との評価を、およそ(憲)法的に正当化することができない、ということであった。そこから素直に法的推論を進めれば、こうなる。 ゆえに、そういう評価のうえになされた都教委の本件「指導」決定は、

それを行う法的要件を欠くものとして、国賠法第一条の適用上「違法」である。また都教委には、それが違法であることを認識すべきだったのに認識しなかった「過失」がある。さらに、原告に精神的「損害」が生じていることは明らかだから、その結果、国には損害賠償責任が発生する。

以上の法的推論に関して、若干のコメントを付しておこう。

「 7 B」 故意・過失

第一に、「故意・過失」判断に関して。都教委は、本件発言行為が職務外の私的行為であるにもかかわらず、そのことに自覚的でないまま、本件「指導」決定に至っている。 1 Bを参照)。私的行為ではあるがなお、「教育公務員にふさわしくない」行為である。との論理構造が現れるのは、ようやく《被告準備書面④》においてであり、しかもおよそ十分に根拠付けられているとはいえない。 2「特に」 2 Eを参照)。「指

「導」決定の前提となる評価対象行為が職務上のものか否かは、初歩的な区別であり、この区別を十分に行わずに「指導」決定を行ったことには、「過失」に止まらぬ「重過失」があったと言って差支えなからう。

「 7 C」違法性

第二に、「違法」判断に関して。本件発言行為を「教育公務員にふさわしくない」と法的に評価することは、違憲である。それにもかかわらず、そのような法的評価に基づいてなされた本件「指導」決定を、国賠法上は「違法」でないといふことができるか。

ひとつのありうる論理構成は、国賠法上の「違法」判断に「過失」判断を吸収する、いわゆる「職務行為基準説」によることであろう。<sup>(68)</sup>つまり、「行政処分がその根拠となる行政法規に定める実体的又は手続的な要件を客観的に欠缺している」（東京地判平成元年三月二十九日判時一三二五号四二頁）としても、公務員が「職務上通常尽くすべき注意義務」（最判平成五年三月一日民集四七巻四号二八六三頁）を尽くした場合には、国賠法上「違法」と評価されない、との論理構成である。だが既に前款「 7 B」で述べたように、本件で都教委には、過失はあろうか重過失があつたとすら言えるから、この論理構成によつても「違法」だと評価されるべきことにならう。

もうひとつの可能性として、何らかの形で行政裁量論を用いることは考えられないか。

司法審査の場面で行政裁量論が用いられるとき、それには二つの異なる文脈がある。その一は、行政行為の適法性の問題は裁判所の審査対象となるが、行政行為の当・不当の問題、ないし行政裁量の問題、には裁判所の審査権が及ばない、という文脈である。しかし本件の場合、本件「指導」決定は違憲違法な評価をベースとする（当・不当の次元を越えて）違法なものだから、この文脈での行政裁量論は使えない。

その二は、広い行政裁量を語るることによつて、裁判所による行政行為の適法性審査の審査密度を低める文脈であ

る。だが、この文脈での行政裁量論を本件で使うことにも、多くの理論的難点が伴う。

まず、一般に「懲戒処分に関しては、任命権者の裁量権は、効果裁量に限定され、要件の認定の裁量に及ばないとするのが判例<sup>(69)</sup>」である。本件「指導」決定は、《被告準備書面④》一頁、における論理<sup>(70)</sup>からも、懲戒処分に準じるものとみるべきだから、同様に、本件「指導」決定を行う法的根拠があるかどうかという「要件の認定」に関して、任命権者にはそもそも裁量がないと考えられる。

この点は措くとしても、つぎに、本件は「表現の自由」に対する制約が問題となっている事件であり、しかも表現内容規制の事例だから、厳格な司法審査を行うことが憲法の要請であって、緩やかな司法審査でよい（審査密度が低くてよい）ことはありえない。

ただ、仮に緩やかな司法審査を行うとしても、どのみち本件「指導」決定に裁量権の逸脱・濫用があったことは明らかだと思われる。何故なら、ひとつには、都教委は、本当ならば行政的関心対象とはなりえない、職務外の本件発言行為を、「教育公務員の立場で……行われた」（《被告準備書面①》七頁）との誤解に基づいて、関心対象とした。つまり都教委は、考慮すべきでない事柄を考慮する過誤を犯したからである。また、ふたつには、都教委は、本件「指導」決定が、憲法上保護された表現行為を対象とし、しかも表現内容に着目した制約であるにもかかわらず、十分に慎重な検討を行ったうえであればありえないような決定内容に到達している。つまり都教委は、考慮すべき事柄を考慮しない過誤を犯したからである。ゆえに本件「指導」決定は違法だと判断されるべきであろう。

## 「 7 D」 損害

第三に、「損害」判断について。本件「指導」決定に先立つ、H高校長による四度の「事実確認」の試みや、都教委職員による「聴き取り調査」の試みとそれに応じることを命じるH高校長の職務命令を、「損害」との関連で

どう捉えるべきかを考えたい。

本件発言行為は職務外の私的行為だから、それにもかかわらずその行為が「公務員にふさわしくない」として勤務関係上の任命権者等の関心事となることは、余程のことがない限り、あるべきでない」(3 B)。「つまり職務外の私的行為は、「教育公務員にふさわしくない」と評価されるかもしれないそれなりの根拠があつてはじめて行政的関心事となるのであり、それなりの根拠もないのであれば、およそ行政的関心事とされるべきでない」である。そして、本件発言行為を「教育公務員にふさわしくない」と評価することは端的に無理である、との前節「6」の検討結果が正しいとすると、本件は正に後者に当たるケースである。

そうだとすると、たんに本件「指導」決定が違法なだけでなく、そもそも同決定へと結実したところの一連の行政過程全体が、本来は行政的関心を及ぼすべきでない事柄を対象としたという違法性を帯びることになる。この点を事実関係に即して具体的に見よう。

二〇〇五年三月一二日に本件卒業式は開催され、その場で本件発言行為が行われた。「1」章で述べたように、(b)の「T高校と原告との関係」において、T高校が原告の本件発言行為に対して何らかのリアクションを起こすのは、基本的には違法だといえない。ゆえに同日、および四月一九日にT高校長が都教委に事実の報告を行ったことを違法であるとは基本的には評価できない。しかし、三月一四日にH高校長により原告に対して試みられた三度の「事実確認」に始まる、(a)「H高校と原告との関係」における一連の行政的な動きはこれ全て、行政的に関心対象とすべきでない事柄を関心対象としたものとして違法の評価を免れない。具体的には、三月一四日にH高校長が原告に対して三度の「事実確認」を試みたこと、三月一五日にH高校長が原告に対して「事実確認」を試みたこと、四月一八日にH高校長が都教委に報告書を提出したこと、五月二日にH高校長が原告に対して都教委による「聴き取り調査」に応じるよう職務命令を出したこと、五月六日に都教委職員が原告に対して「聴き取り調査」を試みた

こと、五月二六日に都教委が本件「指導」決定を行ったこと、七月二〇日にH高校長が原告に対して本件「指導」措置を行ったこと、である。

注意すべきは、(a)における最初の動きである三月一四日の「事実確認」の時点で、被告が既にほぼ正確に本件の事実関係を把握していた点である。この事実関係を、ごく普通の法的推論を行って法的に評価すれば、本件発言行為が行政的関心の対象とすべきものでないことは明らかだったはずだ。ところが被告はそれとは正反対に、おそらく(a)と(b)の混同のゆえに、その事実関係の通りであれば本件発言行為が「不適切である」「教育公務員にふさわしくない」との前提で、一連の行政過程を進行させた。これはその前提において失当であったと言わざるをえない。そして被告は、本件事実関係のほかには何ら、本件発言行為が「教育公務員にふさわしくない」のではないかという疑いを持っていなかった。それゆえ本件は、一連の行政過程を進行させることにはそれなりの理由があったがただその結果として到達した結論が誤っていたという事例ではなく、そもそも一連の行政過程を進行させたこと自体が誤っていた事例である。

それゆえ「損害」判断にあたっては、三月一四日に始まる一連の行政過程に伴う原告の精神的損害を全て、カウントに入れるべきだと思われる。

- (34) 《乙第5号証》（都教委事務局職員の陳述書）三頁、は地教行法第二三条五号が根拠条文である旨を明言する。
- (35) 都教委が原告に対して行おうとした「聴き取り調査」においても、その主たる関心が、原告がT高校卒業式において「発言した内容に関する聴き取り」にあったことが、《甲第6号証》（H高校長が都教委に提出した「聴き取り調査」の報告書）には明らかである。
- (36) 《乙第5号証》（都教委事務局職員の陳述書）七頁、の「第4」の(11)の記載部分では、「校長指導」の内容について、H高校長が、都教育庁指導部高等学校教育指導課と協議のうえで、「その際の協議を基に、校長として指導内容を



- 決定した」と述べている。
- (37) この「指導上」という言葉つかいが、職務外行為を職務行為と混同するものである点については、前記「B」[iii]で指摘した。
- (38) 但し、の記述のうち「本件発言は……現職の教育公務員……という立場で行っている」という部分が正確でない点については、注(6)で述べた。
- (39) 市川正人「表現の自由の法理」(二〇〇三年、日本評論社)第二編第四章(二〇七―一三三頁)、が日本の学説状況の見通しを与えてくれる。ここでは、「表現内容規制・内容中立規制二分論」に立つ学説が、表現内容規制を特に厳しく司法審査すべしとする主たる根拠を、以下の三点に整理している。すなわち、表現内容規制が、不当な動機に基づく規制である危険性が高いこと、言論の伝達効果という不当な理由に基づく規制である危険性が高いこと、公共討論を歪曲する効果を持つこと、である(併せて参照、同書、第二編第三章)。本稿本文での説明は、これらと内容上の重なりを持つが、筆者なりのものである。
- (40) それは憲法第一九条に基づく「不利益取扱い型」の解釈論。「公権力が、特定内容の『内心に有るもの』を侵害する意図をもって、その特定内容の『内心に有るもの』を保持する個人を、正にそれを内心に保持するゆえをもって、不利益に取扱つことは、絶対的に禁止される」という解釈論に抵触する。憲法第一九条の解釈論全般について参照、拙稿「思想良心の自由と国歌斉唱」自由人権協会編『憲法の現在』(二〇〇五年、信山社)二八七頁、特に「節と節」1)款。「不利益取扱い型」の解釈論は、同二九二頁。
- (41) 浦部法穂「第二二条」樋口陽一ほか『注解法律学全集2・憲法』(一九九七年、青林書院)三頁、一七頁。
- (42) 刑法第三〇条の二によると、表現行為が、「公共の利害に関する事実に係り」、「その目的が専ら公益を図ることにあった場合」で、かつ、「事実の……真実であることの証明があったとき」には、名誉毀損罪は成立せず処罰されない。そして、の要件は、判例(最大判昭和四四年六月二五日刑集二三卷七号九七五頁、いわゆる「夕刊和歌山時事」事件)で、「行為者がその事実を真実であると……誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、……名誉毀損の罪は成立しない」というふうな緩められている。
- ここで、との要件の認定判断は、メッセージ内容に即した判断である。だが、と、に関する判例法理、この二点を判断する限りにおいて、裁判所は、(X)「メッセージ内容それ自体の意味的害悪」の認定それだけを行うわけでは

ない。但し、要件としての独自性は、一般に疑問視されている(例えば奥平康弘『ジャーナリズムと法』(一九九七年、新世社)一三七頁、は「実際の扱いでは、要件が充たされていて、問題の情報になんらかの公共性がある場合には、これを伝達(報道)する側の主観的な動機は、よほどの悪意または歴然とした他目的がない限りは、それ自体が独立して厳密に詮索されることはない、と考えて大過ない」とする。一方、に関する判例法理には、「表現の自由」に対する萎縮効果を防止するという、重要な憲法的考慮が関係している。

- (43) 東京地判昭和三十九年九月二十八日下民一五卷九号三三二七頁(いわゆる「宴のあと」事件)のあと、プライバシー侵害表現に該当しそれゆえ当該表現者に不法行為責任を発生させるための要件として、その表現内容が「(イ)私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること、(ロ)一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること……、(ハ)一般の人々に未だ知られていないことがらであること」の三要件を求める判断枠組みが普及した。

- この(イ)(ロ)(ハ)の要件の認定判断は、メッセージ内容に即した判断である。
- (44) わいせつ表現の判例法上の定義は、「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」(の記号は引用者)である。特に、の要件認定について、判例は、事実として性欲の興奮・刺激が読者層に生じたかの社会学的な事実調査を行うことなく、むしろ「こういう内容であれば、の要件を満たすものである」という裁判官の一定の理解を背景にして、メッセージ内容それ自体に即した判断を行っている。

憲法学説の通説は、「性道徳」が他人の名誉権やプライバシー権などと同等の保護法益であると見ることはできないとする。ゆえに、一定のメッセージ内容がそれ自体としてこの「性道徳」を侵害するとみなす立場を、支持していない。なお参照、法59。

(X)の「メッセージ内容それ自体の意味的害悪」に関する最大の憲法解釈論上の論点は、その害悪として、(名誉権・プライバシー権などのように)憲法上の個人権として把握可能な利益に対する侵害のほかに、はたしてクオリアイ可能な害悪が存在するのか、という点である。存在する見込みは希少である、というのが憲法学説の暗黙の多数意見だと思われる。

- (45) 煽動罪の事例において、実際に犯罪行為を行うのは、煽動表現を行った主体とは別の主体であり、その犯罪行為主体

が刑事責任を問われるのとは別に、表現主体の刑事責任を問うことの憲法的可否が問題となる。犯罪行為を行った主体もまた、独立した判断主体であるのだとすると、犯罪行為はあくまで当該主体の判断と責任においてなされたのであり、煽動表現そのものが犯罪を引き起こしたわけではない。それゆえ、表現主体の刑事責任が成立するのは、正に「煽動表現そのものが犯罪を引き起こした」と言えるような、密接な因果関係の連鎖が、当該表現行為と当該犯罪行為との間に存在するとみなすことのできるような、例外的な場合に限られる、とするのが憲法学的通説的考え方である。そういう考え方に即して違法な煽動表現に当たるかどうかを判断するために基準として、通説は、「明白かつ現在の基準」や、それを洗練させた基準だとされる「ブランドンバーグ基準」を挙げる。

(46) (X)・(Y)の区別は、筆者なりの試論である。松井茂記「マス・メディア法入門・第3版」(二〇〇三年、日本評論社)は、表現内容規制の合憲性判断基準として、「表現から生じる結果に焦点を当てた基準」(同書七六頁)と、「あらかじめ表現内容の危険性を判断して、保護されない表現内容を定義的に画定しておくという、定義的な手法」(同書四九頁)とを区別し、後者のほうが表現の自由の保障にとって望ましい、との議論を行っている。これは合憲性判断基準の二つの手法を区別するものであり、本稿の(X)・(Y)の区別と同じでない。(X)・(Y)の区別は、メッセージ内容がそれ自体として害悪だと捉えられるのか、それとも一定内容のメッセージが伝達された結果として新たに生じる事実状態を害悪だと捉えるのか、という、表現内容がもたらすとされる害悪の性質の違いに基づくものである。例えば「定義的な手法」の一つであるとされるブランドンバーグ基準(同書四九頁、四三頁)に照らして違法だと判断される煽動表現のもたらす害悪は、(Y)に当たる。例えばまた、「定義的な手法」の一つであるとされる「現実的悪意の基準」(同書四九頁、四三頁、一〇二頁)に照らして違法だと判断される名誉毀損表現のもたらす害悪は、たしかに(X)に当たるが、同基準においてはメッセージ内容だけが判断対象となっているわけではなく(メッセージ内容の意味上、(X)の害悪が見出せるかどうかの判断)、表現者が現実的悪意を持っていたかどうかという(当該メッセージ外の)事実も判断対象となっている点に注意しなければならない(判例法理である「相当性理論」についても同様のことが言える点について、前記注42)を参照)。

(47) なお被告は、東京都立学校職員服務規程第二条二項(《乙第1号証》)が、「私的生活を含めた職務外の行動を規制の対象としている」(《被告準備書面》④)三頁、また《被告準備書面》①)四頁、も参照)、と解釈するが、疑問である。本規定は、「日常の行動について常に公私の別を明らかに」することを求め、「職務や地位を私的な利益のために用いては

- ならない」とするものである。この規定は、自らの行為が「私」であることを「明らかに」すれば、「公務の信用に影響を与える」「ことを防止できる(少なくともその度合いを弱めうる)ことを前提としている。それは決して、私的行動に特殊な制約がかかることを規定するものではない。
- (48) 鶴飼信成『公務員法・新版』(一九八〇年、有斐閣)一頁。その「本質」の三要素の一つとして、「近代的公務員制にあっては、公務員の私生活(市民としての公務員個人の政治的生活を含む)と、その公務員の公務員としての地位とは明確に区別される。……公務員関係の法規は、右の私生活が、公務員としての公生活に影響を与えないがぎり、それに干渉することはない。」(同二・三頁)という点を挙げる。
- (49) 《被告準備書面》④二頁は、「任命権者の懲戒対象とまでは至らない段階における職員の個人的行為であったとしても、その内容から判断して任命権者ないし所属長が注意、指導等の事実上の措置を行い得ることも明らかというべきである」と述べる。だがむしろ、公務員の私的行為については、懲戒対象となってもやむをえないような重大事のみが、任命権者や所属長の関心事となるものと解すべきである。
- (50) 外見的立憲主義の憲法体制下にあつた時代のドイツ・日本では、「一般的権力関係」と区別された「特別権力関係」の理論が行政法学説を支配していたから、本文中で述べた「法規」学説が直ちに、本件発言行為の制約に対する法律上の根拠を要請したわけではなかった。だがその点は、今日の憲法解釈論を述べる本文の説明を妨げるものではない。なお参照、立憲君主制下と立憲民主制下の法律事項について論じる、高田篤『法律事項』小山剛・駒村圭吾編『論点探究憲法』(二〇〇五年、弘文堂)二八一頁。また参照、本質性理論を中心に「法律の留保」問題全般について論じる、松本和彦『基本権の制約と法律の留保』樋口陽一ほか編『日独憲法学の創造力』上巻(二〇〇三年、信山社)三六九頁。
- (51) 行政事件訴訟の文脈で立証責任と主張責任について論じる、塩野宏『行政法』第四版(二〇〇五年、有斐閣)一四四・一五〇頁、特に注1、を、考察のいちばんの参考とした。
- (52) 「見解(viewpoint)規制」と「主題(subject matter)規制」の区別につき、簡単に、高橋、前掲書。立憲主義と日本国憲法』一八一頁。「たごえは、選挙に関する表現を禁止するというのは、主題規制であり、野党候補を支持する表現を禁止するのは、見解規制である。」詳しくは、市川、前掲書。表現の自由の法理』第一編、を参照。
- (53) 参照、朝日新聞二〇〇四年七月二五日記事「君が代斉唱 保護者の起立状況報告 都教委職員 都立高五〇校分のメモ」。同記事によると、「都教委は、担当職員の判断で集めた情報だろうが、保護者の動向を知る必要はなく、そういう

方針もなかった」と説明している。

- (54) 参照、朝日新聞二〇〇七年三月一〇日記事「卒業式来賓 校長が選別／都立高 恩師でも『お断り』」。なお本文の鈎括弧書きは読者の理解の便宜のため筆者がつけた(記事からの引用ではない)。

本来(b)の「来賓」招待関係においては、相互尊重の理念<sup>2)</sup> 5 B.I.Vで述べたような<sup>3)</sup>が存在すべきである。しかるに都教委は「来賓」に対して「招いてやったのだから言うことを聞け」という高圧的な態度をとっており、これは「来賓」をその地位にふさわしく処遇すべし」との徳義上の規範に反している疑いがある。

また、「(b)におけるこうした高圧的な物腰」+「(b)と(a)との混同」=「教育公務員である「来賓」に対する「指導」決定等」という等式は、本件の経緯をうまく説明してくれるもののように思われる。

- (55) 《被告準備書面①》一頁、《乙第2号証》(本件卒業式当時のT高校長による陳述書)七頁。

- (56) 《被告準備書面①》四頁、もこの二点に言及する。前記注29を参照。

(57) 参考までに、仮に第一段階として、「表現の内容規制」を正当化しうるだけの重大さをもつ「**Y**」**「事実的害悪」**が存在すると認定された場合に、当該規制が合憲的なものであるとされるためには、さらに第二段階・第三段階としてどのような検討を経なければならないかのアウトラインを描いておこう。モデルとするのは、違法行為の煽動表現や「けんか言葉」(fighting words)などの規制の合憲性判断枠組みである(参照、前記注45)。

第二段階の検討は、当該表現内容が、当該「**事実的害悪**」を発生させるよう働きかけるような内容になっているかどうかである。煽動表現の場合、表現内容は正にそのようなものである。また「けんか言葉」の場合、一定の文脈でその手の言葉を発すればその相手方が暴力的な振舞いに及ぶことが経験的に予想されるという意味で、やはり当該表現内容がそのようなものであると捉えられている。

第三段階の検討は、当該事件の事実関係において、「その表現行為が行われたからその**事実的害悪**が発生した」という因果関係がたしかに存在したかどうかである。

この三段階の検討を全てクリアしてはじめて、当該「**表現の内容規制**」は合憲的であると評価される。

- (58) この点、筆者にはこう思われる。「ざわめき」等はあるたかもしれない。しかし仮にそれらが全くなかったとしても都教委等は本件「指導」決定等を行っていたのではないか。都教委等にとって本件発言行為のいちばん悪しき部分は、その発言内容そのものであろうからだ。被告にとつて「ざわめき」など本件発言行為のもたらした事実上の悪しき効果

に関する主張は、付け足し程度の重みを持つにすぎない。

- (59) このような規制の典型例は、わいせつ表現のゾーニング規制である。憲法学説の通説は、わいせつな表現内容も一般的には「表現の自由」保障を受けるのであり、刑法第一七五条で全面的に当該表現物を禁圧することは憲法上許されないとする(参照、前記注44)。但し、こゝという表現物について、それらに成人がアクセスするのは自由だとしても、未成年者が容易に目にする場所にそれらが陳列等されるのは、青少年の健全な育成にとって有害だという理由で、あるいは、それらがどこにでも陳列等されるのでは、それらを見たくないと思っている者が偶発的にそれらに接することを避けられないという理由で、例えば書店やレンタルビデオ店などでそうした表現物が一般の陳列棚から区画された成人向けのコーナーにのみ陳列されるよう規制することは、憲法上許容されるのである。この場合にわいせつな表現内容がもたらす、ハズーニングされた領域外<sup>v</sup>という特定のTPO的文脈に固有の害悪を、(X)「意味的害悪」と(Y)「事実的害悪」とのいずれと捉えるかには、両様の立場が成立しうる。

なお、「表現の内容中立規制」は、しばしば「表現の時・所・方法の規制」とも表現される(例、芦部信喜『憲法・第四版』(二〇〇七年、岩波書店)一九六頁)。そのせいかよく混同されるのだが、わいせつ表現のゾーニング規制は、「表現の内容中立規制」ではない。それはあくまで、その表現内容がわいせつなものであることに着目した「表現の内容規制」(より具体的には「主題規制」)であり、ただその規制方法が、全面的禁止(例、刑法第一七五条)ではなく、特定のTPO的文脈に限定した禁止である、という特徴を持つ。それに対して「表現の内容中立規制」とは、(メッセージ内容ではなく)表現行為の外形に着目した規制であり、例えば、貼り紙を(そのメッセージ内容を問わず)一定地域で禁止したり、一定音量以上での演説を(そのメッセージ内容を問わず)夜間の時間帯に住宅地域で禁止したり、といった規制がこれに当たる。

- (60) このような規制の典型例として、「3 A [iii]」で例示した、煽動表現の規制をまず念頭におくのがわかりやういだろうが、それとともに同箇所で例示した、名誉毀損表現・プライバシー侵害表現・わいせつ表現の規制も、これに当たる。

- (61) 「1」章での論理構成と、本「1」章での論理構成との違いに注目したい。

後者は、「憲法上の権利」規定が直接に適用される関係における論理構成である。それに対して前者は、「憲法上の権利」規定が適用されない関係における論理構成である。

「憲法上の権利」規定が直接に適用されるのは、公権力と個人との関係に對してである。それに對して、私人間関係に對して「憲法上の権利」規定はどのように適用されるのかという論点がある。本稿は、この論点について、基本的に高橋和之氏の提唱する無適用説の立場に立つ。参照、高橋和之「人權論のパラダイム」全国憲法研究会編『憲法問題17』(二〇〇六年、三省堂)三六頁、及び同四六頁記載の三論文。

本稿は、(b) ^ T 高校と原告との関係 v を、基本的には私人間関係であると理解する。一方の当事者である T 高校とその所管機関たる都教委は、たしかに公権力主体であるが(前記注(21)を参照)、来賓たる原告に對して公権力を及ぼす関係にはないからだ。そして「」章の論述は、(間接適用説でも基本権保護義務説でもなく)無適用説の立場に立つたうえで、「個人の尊厳」の価値を基盤としつつも(ということは「表現の自由」の価値も十分に弁えつつも)あくまで私法的な論理構成で妥当な結論を導こうとする一つの試みである(なお、一方当事者が公権力主体である点は、いったん私法的な論理構成で問題の法的解決まで論じきつたあと、一方当事者が憲法の拘束を受ける公権力主体である点に特有の考慮が結論に一定の修正を要求する、というかたちで、論証の最終部分を構成することになる。「」章の論述では、私法的な論証部分で既に原告に有利な結論が導かれたため、その最後の議論を立ち入って行っていないが、注(32)の議論がそれに相当する。)

それに対して、(a) ^ H 高校と原告との関係 v は、公権力と個人との関係に他ならないから、「」章では「」章とは違つた、「憲法上の権利」規定が直接に適用される関係に固有の論理構成で論じている。それは基本的に、一定の行為が「憲法上の権利」行使に当たたることを確認したうえで、その権利の制約の可否を検討する、という構成をとる。

(62) (注(5)において、「職務行為」と「職務外の」私的行為」との間に、「(職務外の)準公的行為」という第三のカテゴリーを設ける考え方に言及した。この第三のカテゴリーとしての「教育公務員としての行為」が存在するとすれば、その典型が、本文で述べたような行為だと思われる。職務行為としてではなく、現職教育公務員である一人の行為 v としての意見表明行為だからである。そして、もしこういうカテゴリーを承認することに何らかの意義があるとすると、それは「(職務外の)私的行為」よりもたやすく制約を認めることのできるカテゴリーとしてではなくて、むしろその反対に、「(職務外の)私的行為」よりも制約の認められにくいカテゴリーとしてである。何故か。図式化して言うと、「(職務外の)私的行為」としての意見表明行為は、もっぱら当該個人の自己実現の価値に仕えるだけである。それに対して、「(職務外の)準公的行為」としての意見表明行為は、むしろ国民一般の民主主義的価値に仕えるところ大だから

である。これは、教育が主題であるような公的論点について国民が賢明な公的選択を行うためには、様々な現場の教育公務員が一人としてどのような経験に基づきどのような意見を持っているかの情報提供を、むしろ積極的に受けることが有益であるとの発想に基づく。参照、山元「公務員の政治的表現の自由」LS憲法研究会編『プロセス演習憲法・第3版』(二〇〇七年、信山社)五三七頁、五四七頁。

(63) メディア上で教育公務員が都教委の国旗国歌政策に批判的な意見を述べるのは、正面から異論を提出を行うものである。これが「不適切」だとされないのに、もっとマイルドな、従たるメッセージとしての「異論」提出である本件発言行為が「不適切」だとされるのは、不合理であろう。

(64) 但し、職務中に「異論」提出を行うことが全く許されないと考えられない。例えば教育公務員の場合、職員会議などの場で、現行政策に批判的な意見を述べることは当然認められるべきである。また、たとえば都立高校長が卒業式における「学校長式辞」で、原告の本件発言行為と同じく、あくまで卒業生への餞を主たる内容とするメッセージのなかで、批判的に国歌斉唱政策の現状に言及したという場合を想定してみよう。これは職務行為である。だが、校長にはその自律権限として式辞のメッセージ内容を構成する裁量があるはずであり(参照、「2」の記述)、想定事例のようなメッセージ内容であればその裁量権の枠を逸脱したとは言えない。ゆえに都教委は、式辞に政策批判のメッセージ内容が含まれていたことを理由として、本件「指導」「決定」等に相当する措置を校長に対して行うことは許されないと考えられる。

(65) 但し、憲法解釈論としては、これは憲法第二一条の問題だと把握するのが妥当である。一定の内心が表に出たのは、あくまで本人の自発的な表現行為によつてであり、公権力が内心の開示を求めたわけではないからだ。憲法第十九条の問題となるのは後者の場合であり、前者の場合は「表現の自由」の違憲な制約の問題であると考えられる。

(66) 但し「5 A [ii] iii」で述べたように、被告は①と②の両方の面の結合したものである。本件発言行為の従たるメッセージ内容を問題視したと考えられるから、本件「不適切」評価が合憲だとされるためには、①と②の両方で合憲性のテストをパスせねばならず、どちらか一方で合憲性のテストを落第するとそれでアウト(違憲)である。

(67) 前記「2」及び前記注64、を参照。

(68) さしあたり参照、塩野、前掲書『行政法』二八七 二九〇頁、宇賀克也『国家補償法』(一九九七年、有斐閣)四二七五頁。



(69) 塩野宏『行政法・第二版』(二〇〇六年、有斐閣)二九八頁。

(70) 「任命権者の懲戒対象とまでは至らない段階における職員の個人的行為であったとしても、その内容から判断して任命権者が注意、指導等の事実上の措置を行い得る」と論じる。

## 「おわりに」

### 「Ⅳ 1」前章の議論のまとめ

本稿は、「Ⅰ」章で(b)^(H)高校と原告との関係Vを検討したあと、「Ⅱ」章で(a)^(H)高校と原告との関係Vを検討する、という順序で考察を進めた。ただ、最初に「Ⅳ」で断ったように、本訴訟の土俵はあくまで(a)^(H)高校と原告との関係Vにあり、したがって本件訴訟の解決のためには、「Ⅲ」章の検討だけで必要にして十分である。そこで本稿を閉じるにあたっては、本稿のこれまでの叙述の順序とは逆に、まず「Ⅲ」章のまとめを行い、続いて、本件の全体的な解明に関わるコメントを、なぜそのために「Ⅰ」章の検討が必要となるかを含め、行うことにしたい。

(a)^(H)高校と原告との関係Vにおいて検討する場合、本件はむしろイージー・ケース(簡単に解決がつく事件)に当たる。本件発言行為は職務外になされた私的行為であり、憲法上保護された表現行為である。被告はこの発言行為を「不適切」と評価し、その評価に基づいて、行政組織の内部規律であるところの本件「指導」決定等を行った。この「指導」決定等がはたして合憲・適法なものであるかどうか、本件の中心的争点である。第一に、本件「指導」決定等は、公務員職にある人の、職務上の行為ではない私的行為に対して、それにもかかわらず公務員

職に固有の内部規律を及ぼすものであり、ゆえにそれが正当とされる理由を説得的に説明する責任を公権力側が負う事例である。第二に、本件「指導」決定等は、本件発言行為の発言内容に着目した「表現の内容規制」に該当し、特に厳しい司法審査が要請されるケースであり、それゆえ本件規制が合憲的なものであることを説得的に説明する責任を公権力側が負う事例である。しかるに被告は、本件発言行為が「不適切」でありしたがって「教育公務員にふさわしくない」とただ言い募るのみで、どのようにそうであるのかを全く説明していない。ゆえに裁判上、本件「指導」決定等は違憲違法だとみなされるべきである。

ただし「一章は、議論をこの次元で終了させず、手元にある資料と常識的判断に基づく推論によって、被告が本件発言行為を「不適切」だと評価した根拠(評価枠組みとその具体的適用)を再構成し、それを「表現の自由」の法理に照らして憲法上正当化できるかどうかを検討する作業にまで、あえて立ち入った。被告は第一に、本件発言行為の $\wedge$ (P)＝発言内容 $\vee$  具体的には、本件発言行為の従たるメッセージ内容である、 $\wedge$ (1)国歌斉唱「強制」反対 $\vee$   $\wedge$ (2)現行政策の批判 $\vee$  という内容 がそれ自体として、何らかの(X)「意味上の害悪」に該当する、と捉えようとする。だが第二に、そのような捉え方が一般的に可能であると主張しようとするわけではなく、ただ本件発言行為の $\wedge$ (Q)＝TPO的文脈 $\vee$  具体的には、都立高校の学校儀式における来賓発言としてなされた、という文脈 に限って、そのような捉え方が可能である、と主張しようとする。憲法的観点から、そのような論理構造を持つものとして被告の主張を受け止めようとして、ではそこに「表現の自由」を制約するに値するだけの重大な公共利益を見出すことができるかどうかを考察した。しかしそれを見出すことはできず、そこにはただ、 $\wedge$ 自分の面前で抜けぬげと当てこすりを言うとは怪しからぬ、これを見過ごすと面目が立たない $\vee$ といった被告の憤りの感情ばかりが露わになった。結論的には、「表現の自由」の法理の非常に初歩的な次元で、本件規制は正当化能わず違憲であると判断される。

「Ⅳ 2」 前々章の議論を行った理由

狭い意味での法的議論として憲法論を行うのであれば、以上の「Ⅰ」章の議論で本件の説明は尽きる。しかし、非法律家である一般市民に向かって本件を説明しようとするとき、以上の説明だけでは聞き手にどうしても次のような不全感が残るのではないかと思われる。すなわち、憲法的観点からは、本件発言行為は「私」的行為であり、原則として「何を言ってもよい自由」が保障されるどころの「表現の自由」に該当する、と把握された。だがむしろ本件発言行為は、式次第中の「来賓紹介」の部分で、参列者全員が被告の言動に注意を向ける場面でなされた「公」的行為であり、そういうものとして「何を言ってもよくて何を言ってはならないか」に関する暗黙の制約下にある行為なのではないか。そういう本件発言行為を、原則として「何を言ってもよい」「私」的行為だと位置づけるのは腑に落ちない、と。この不全感はもっともであり、憲法学者はこの疑問に対する回答をも提供すべきだと思ふ。

そこで「Ⅰ」章はこう答えた。その通り、本件発言行為は「公」的性格を持つ。しかしその「公」的性格は、丁高校がその卒業式に原告を来賓として招待したという(b)∧丁高校と原告との関係∨において生じる、いわば社会的「公」であって、教育公務員としての勤務関係であるところの(a)∧H高校と原告との関係∨における、いわば国家的「公」とは区別されなければならない。(a)の観点から見たとき、本件発言行為はあくまで勤務外の「私」的行為であり、かつ憲法上保護された表現行為であるから、原則として自由でなければならない。そして、この(a)の關係にのみ照準して問題解決の処方箋を書いたのが、「Ⅰ」章の説明であった。だが(b)の観点から見たとき、たしかに本件発言行為は、当該学校儀式において参列者全員がそれに注意を向ける行為だという意味で「公」的行為である。そして、本件発言行為を原告がどのように遂行するか、また現に遂行された本件発言行為に対し丁高校側がど

のように応対するか、にはそれぞれ、この(b)の關係に特有の、徳義上の規範が存在する。つまり原告には「来賓にふさわしい言動を行うべし」という規範が、T高校には「原告を来賓にふさわしく処遇すべし」という規範が課されている。その意味で(b)の關係においては、原告の本件発言行為は、一定の規範的制約の枠のなかにあるのであって、「何を言ってもよい自由」が認められるわけではない。

ここで肝心なのは、(b)の關係と(a)の關係を混同しないことである。まず、(b)の關係において本件発言行為が徳義上の規範を逸脱したか否かと、(a)の關係において本件発言行為が「教育公務員にふさわしくない」と評価されるか否かと、全く別次元の問題であり、その判断枠組みも全く異なったものである。次に、(b)の關係において仮に本件発言行為が徳義上の規範を逸脱したと認められる場合には、それへの対処方法も(b)の關係に固有の仕方ではなされない。この場合に(a)の關係に固有の対処方法が用いられることは法的に許されず、それが用いられないのは、あくまで(a)の關係において本件発言行為が「教育公務員にふさわしくない」と評価される場合に限られる。

本件訴訟では、被告が用いた、「指導」決定等という正に(a)の關係に固有の対処方法の合憲性・適法性が、争われている。それゆえその法的検討は、(a)の關係に照準してなされるほかない。このように、本件「指導」決定等の適法性を中心的争点とする本件訴訟は、(a)の關係をその土俵としている。だがしかし、本件発言行為が現場で何らかの物議を醸すなどの事実があったのだとしたら、それは本来、専ら(b)の關係において処理解決されるべき問題であった。その意味では、本件「指導」決定等に先立つ、本件発言行為そのものの評価の問題は、むしろ(b)の關係こそを本来の土俵とするのだと云ってよい。そうだとすると、「」「」章の議論のみに接した非法律家が、(b)の關係が論じられていないという不全感を持つのは、きわめて自然である。そこで本稿では、独立した章を立てて「」「」章、(b)の關係における本件発言行為を検討対象とした。そうして、(b)の關係において本件発言行為が徳義上の規

範を逸脱したとは評価できない、との結論に至ったのである。

「IV 3」 被告における憲法問題把握の欠如

さて、本稿の見るところ、被告は(a)の関係と(b)の関係を区別しないまま、本件「指導」決定等を行った。そこには二重の過ちが含まれている。すなわち、第一に、本件発言行為をめぐる問題は、本当であれば専ら(b)の関係において処理解決されるべきものであるが、被告はそういう発想じたいを欠いていた。そこで被告は、(a)の関係において、本件発言行為を「不適切」だと評価し、その評価に基づいて本件「指導」決定等を行った。第二に、しかしその際に被告は、本件発言行為を「職務行為」だと何となく想定するという致命的な過ちを犯している。^職務中の原告が「不適切」に振舞ったがゆえに、それに見合った軽微な不利益措置を加えた。これは行政組織の内部規律の問題であり、裁判所に口出しされるべき問題ではない、というのが被告の当初の主張の全体的トーンである。だが現実には、本件発言行為は、原告が職務外に行った私的行為であり、憲法上保護された表現行為である。それゆえ本件「指導」決定等は、行政組織の内部問題ではなく、一般市民社会の法秩序に関わる問題であり、それにふさわしい裁判所の関与・介入を必要とする。

いずれにせよ、以上のような基本姿勢で、被告は本件「指導」決定等を行った。それはつまり、本件「指導」決定等が憲法問題に関わること、本件「指導」決定等が原告の「表現の自由」を制約するものであり、したがってそれに見合った強い正当化理由を必要とすること、の自覚を持たずに、被告がそれを行ったことを意味する。それゆえ、「」章では^本件における「表現の自由」制約理由という規範^の認識作業に紙幅を費やしたのだが、その作業には些かの無理があったことを否定できない。何故ならそれは、「表現の自由」の問題があることを自覚せずに、行政組織の内部問題であるとの誤解のつえに被告がいわば安易に行った本件「指導」決定等を、あたかも

「表現の自由」を制約すべく周到に理由づけられた措置であるかのように扱って、その制約理由を読み解こうとする作業だったからである。

「本件における「表現の自由」制約理由という規範」を認識・再構成する作業に携わるにあたって、本稿は基本的に、被告が現に主張していることを「表現の自由」論のありうる論理構造に従って配列・整序する、という公平かつ客観的な姿勢で臨んだ。その成否の判断は読者に委ねるしかない。それとは別にもう一つ、次の点にもぜひ注意を向けたい。それは、被告が本件「指導」決定等を行うに際して、本当ならばどれほどの詳細さをもってそれによる「表現の自由」の制約を理由づけなければならなかったのか、という点である。公権力が、何の憲法的考慮もないまま「表現の自由」を制約する決定を行い、事後的な裁判においても、憲法論らしい憲法論を一切せずに、ただ「本件発言行為が『不適切』だったのだから、あの決定はあれでよい」との一言だけでその決定が維持されるのであれば、こんなラクな稼業はあるまい。「憲法の番人」たるべく司法審査権限を託された裁判所が、よもやこれをフリー・パスさせるようなことはないと思える。

（ささき・ひろみち＝本学教授）