

# 教育労働法学

—学説・判例の研究〔3〕の2—

勝野尚行

まえがき

序章 教育労働法学の法理

第1章 労働法学説の検討

第2章 公務労働法学説の検討

第3章 教育労働法学説の検討

第4章 教育労働裁判の判例分析

序節 教育労働裁判判例分析の方法論

第1節 教育労働法の法社会学的研究

第2節 福岡地裁小倉支部「苅田学テ事件」判決

補節 労働の自由と労働運動

—以上、第11巻第3号より第12巻第1・2号まで連続3回

第3節 仙台高裁「岩教組学テ事件」判決

事件の概要

判決概観

判決の内容分析

教育権論

団結権論

第4節 札幌高裁「学テ阻止公務執行妨害事件」判決

事件の概要

教育権論

団結権論—旭川地裁判決にもふれながら—

—以上、本号

第5章 特別権力関係論の批判

序節 特別権力関係論批判の方法論

第1節 労働権理解をめぐる諸問題

—以上、第12巻第3号

本『論集』論文「教育労働法学——学説・判例の研究〔4〕——」を、私は、「特別権力関係論の批判」にあてており、その1に相当する部分を本『論集』第12巻第3号(昭和53年9月)に発表した。その論文の研究成果を踏まえて、また、さらに文部省筋の教育行政論につき追加的に検討を加えて、私は、『教育実践と教育行政〔全訂版〕』(法律文化社、1979年5月)の第3部「教育行政論」の第1章論文として「特別権力関係論の批判」をまとめ発表した。しかし、それでもなお、特別権力関係論の批判はいまだ部分的なものにとどまっており、まさに教育労働法学の視角からみて欠かすことのできない仕事——特別権力関係論・労働組織関係論・形式的法治主義論における労働条件論および団結権論の吟味・批判——を完了していない。そのようなわけで、この仕事には、次回にでも、「教育労働法学——学説・判例の研究〔4〕の2——」のなかで取り組む必要があると思っている。行きつ戻りつの形になるけれども。

さて、本『論集』論文「教育労働法学——学説・判例の研究〔3〕——」を、私は、「教育労働裁判の判例分析」にあてている。そして、その1に相当する部分を本『論集』第12巻第1・2号(昭和53年6月)に発表した。本論文はその2に相当するものであるので「〔3〕の2」として発表する。

### 第3節 仙台高裁「岩教組学テ事件」判決

仙台高裁は、昭和44年2月19日、第一審盛岡地裁の有罪判決を破棄して、岩教組執行委員7名の全員無罪をいわたした。

#### 事件の概要

岩手県下の各市町村教委が中学校2・3年生に対する昭和36年度全国中学校一斉学力調査を実施するに際し、岩手県教職員組合はその阻止闘争に組織をあげて取り組んだ。被告人とされた7名は、いずれも当時の組合の中央執行委員である。

(1) ① 7名の中央執行委員は、昭和36年10月13日頃から20日頃までの期間、各組合支部長あて、岩教組中央闘争委員長 Y<sub>1</sub> 名義の指令書を発し、職務遂行拒否・調査実施阻止を指令した。指令書の内容は、「10月26日学力調査を行う場合は、全組織力を傾注して阻止せよ。テスト責任者、補助員任命は完全に返上せよ。当日全組合員休暇届を提出し、午前8時30分より中学校区単位の措置要求大会に参加せよ。9時50分から10時の間に学校に到着して授業を行え。」  
「テスト責任者、テスト補助員等の任命を絶対に返上せよ。当日全組合員午前7時中学校区単元に集結し、教育委員会の行動に対応できる体制を確立されたい。早朝テスト実施の任務をもって来校し、テストに入ろうとする者がある場合には中学校の担任は直ちに生徒を掌握し、授業の体制にうつり教室を防衛する。外来人が教室に入ることを断乎阻止せよ。特に生徒の扱いについては、テストが事実上不可能な状態におくこと。休暇届は一括分会長保管とする。」というものである。この指令が地方公務員たる教職員に向け「争議行為の遂行をあおり」と認定されたのである。

② Y<sub>3</sub>は、第一に、10月19日頃、花巻市の宮野目中学校の校長（組合員）に上記指令の趣旨の<sup>しようよう</sup>実行を懲<sup>しょうよう</sup>憑し、「校長も組合員の一人であるから、組合の方針に従ってテストを実施しないことに協力してくれ。テスト責任者を命ぜられてもこれを返上するようにしてくれ」といい、第二に、同月24日頃、組合員たる約40名の小・中学校の校長に向け「校長も組合員だから、組織の決定に従ってテスト責任者を返上し、テスト拒否にふみ切って貰いたい」等と強調して、上記指令の実行を懲憑し、第三に、同月26日、矢沢中学校において、同中学校校長に同旨の懲憑を行なった。これらのことが争議行為のそそのかし・あおりと認定されたわけである。

③ Y<sub>6</sub>は、第一に、10月25日、組合員たる約50名の小・中学校の校長に向け「組合の方針はあくまでテストを阻止することにあるので、校長はテスト責任者を返上して貰いたい」等と強調して上記指令の実行を懲憑し、第二に、4月26日午後2時頃、組合員たる夏井中学校の校長に向けて「テストはこのまま

やめて貰いたい」等と強調した。これらのことが争議行為の遂行のあおり・そのかしにあたると認定されたわけである。

④ Y<sub>6</sub>は、10月16日頃、組合員である約50名の小・中学校長に向け、同趣旨の懇話を行なった。これが争議行為のあおりにあたるとされた。

(2) Y<sub>7</sub>は、大槌中学校に赴くテスト立会人および同補助員たちの来校を阻止すべく、10月26日午前8時頃から午後2時半頃までの間、同中学校手前の橋上の道路において、組合員約50名ほどで人垣をつくって立ち塞がり、もって交通の妨害となるような方法で立ちどまっていた。これが道交法違反とされたわけである。

(3) この判決は、以上の事実（被告人とされた7名らの所為）を認めながらも、結論的には「原判決を破棄する。被告人らは無罪。」としたのであるが、この結論を導きだすまでの過程において、有罪を宣告した盛岡地裁判決＝原判決の事実誤認・事実認識の誤認をいくつかの点から指摘している。以下、それらの指摘のうち、2点だけを概説しておく。

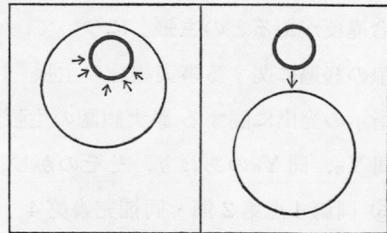
① 原判決は、本件学力調査反対闘争の経過として、岩教組は、昭和36年5月15日から17日までの定期大会で学テ反対の態度を決定し、この決定により各支部に対して討論を集積して反対の意思統一を図ることを指示し、これが岩教組における本件学テ反対闘争の端緒となったとしているが、この「端緒に関する原判決の認定は誤りである」というのは、この定期大会で上記の決定をする以前に職場討議がはじまっているからである。文部省が昭和31年度からの抽出テストを廃して昭和36年度から全国一斉テストに切りかえることを発表したのは、昭和35年11月『文部時報』掲載の「当面する文教政策の重要課題」と題する記事であった。これに対しては、高度経済成長政策のための人材開発を目的とするものであるとして、世論のきびしい批判を受け、教育関係者間でも問題になっていた。そこで、日教組においても、昭和35年12月の第4回全国教文部長会議および翌36年2月の第5回中央委員会でこれをとりあげ、同年3月の第6回中央委員会で学テ反対の運動を起こす旨の決定がなされ、この時点で

でに資料に基づく職場討議がはじまっていた。上記定期大会決定は、この職場討議の集積を踏まえて下されたものである。

② 原判決は、被告人ら全員が昭和36年10月10日の中央闘争委員会に出席し、学テ反対闘争戦術原案を決定したとし、さらに同月12日の拡大闘争委員会に出席し指令の発出につき共謀したと認定した。しかし、このうち、拡大闘争委員会における共謀それ自体を認めるに足りる証拠はなく、10月10日の中央闘争委員会に被告人らが出席したと認めるに足りる証拠もない。この点、弁護人側の指摘のとおりであり、「この点に関する原判決の事実認定は誤りである」。

(4) 以上2点からの原判決における事実誤認の本判決の指摘は、実は、「被告人ら執行部の積極的指導行為こそが本件争議行為の原動力である」と評価するところにあられる原判決の原動力論・共謀論を事実誤認として退けたものである点で、極めて重大な意味をもっている。原動力論・共謀論こそ、地公法61条4号を生みだしたイデオロギーだからである。本件学テ闘争への61条4号の適用不能を事実をもって退けたからである。

いま少しすすめてみれば、本判決は、原判決の事実認識の誤りを、執行部の指導行為が争議行為に通常随伴する行為であるのに、これこそが争議行為の原動力の役割を果たしたとみたてた点にあると指摘しているのである。だから、原判決の事実認定は、「争議行為の実態を正しく認識していないため、その全体に対する評価を誤ったという意味で事実誤認の違法を免れず、かつ上違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、原判決は破棄を免れない。」と結論することになったのである。本判決が原判決の事実認識誤認の内容をより詳細にどのように展開しているかについては、のちのべることにするが、原判決の認識と本判決のそれとの差異を図示すると、およそ右のようになる。



前の図で、左図は本判決の認識を示し、右図は原判決＝盛岡地裁判決の認識を示す。すなわち、本判決では、学テ闘争は、いわば組合員大衆（大円）の意向におされて執行部（小円）が指導した闘争と認識されている。だから、組合員大衆のなかに執行部は終始いたことになる。それに対して、原判決では、学テ闘争は、執行部がその気のない組合員大衆を外部からあおり・そそのかした結果として起こった闘争と認識されている。組合員大衆の外に執行部は終始いたことになり、組合員大衆には自発的・自主的な判断能力はなかったことになる。原判決のといったこのような労働組合認識ほど、労働組合の実態に無知な認識はないであろう。

### 仙台高裁判決概観

(1) さて、この仙台高裁「岩教組学テ事件」判決（昭和44年2月19日）は、盛岡地裁判決（昭和41年7月22日）が被告人ら7名Y<sub>1</sub>～Y<sub>7</sub>全員を地公法違反・道交法違反の罪で懲役1年～8月・全員執行猶予とした、それに対する控訴審判決であり、さらにその後、すでにみてきている最高裁5・21岩手学テ事件判決に引き継がれていった当の判決である。

被告人ら7名 Y<sub>1</sub>～Y<sub>7</sub> およびその弁護人らが地裁判決を不服として控訴した結果開始された高裁での判決である関係上、この仙台高裁判決は、「控訴趣意書」および「控訴趣意補充書」の内容を逐一吟味する形で展開されている。その吟味は、全体で12点から行なわれており、つぎのような構成となっている。すなわち、① 控訴趣意第1点第1節「原判決の判決手続に憲法および法令違反があるとの主張」について、② 同第2点第3節「本件学力調査反対闘争の経過に関する事実誤認の主張」について、③ 同第2点第5節「本件指令、指示の発出に関する事実誤認の主張」について、④ 同第3点「被告人 Y<sub>3</sub>、同 Y<sub>5</sub>、同 Y<sub>6</sub>のあおり、そそのかし行為に関する事実誤認の主張」について、⑤ 同第4点第2節・同補充書第4「法令解釈の誤りの主張」について、⑥ 同第6点第3節「法令の解釈適用の誤りの主張」について、⑦ 同第5点第1章・

同補充書第6「憲法第28条の解釈適用の誤りの主張」について、⑧ 同第5点第2章「憲法第18条の解釈適用の誤りの主張」について、⑨ 同第5点第4章・同補充書第6「憲法第31条の解釈適用の誤りの主張」について、⑩ 同第5点第3章・同補充書第7「憲法第98条第2項の解釈適用の誤りの主張」について、⑪ 同第6点第2節・第7点「地方公務員法第61条第4号の解釈適用の誤りの主張」について、⑫ 同第9点「事実誤認および法令の解釈適用の誤りの主張」について、という構成・展開である。この12項のうちで、とりわけ仔細な検討を必要とする項は、⑤～⑦、⑩の4つであるから、これら4つについてはのちに判決内容分析の項の〔2〕で総括的に相当仔細に検討を加えることにして、その他の項での内容に関しては、あらかじめのちの判決内容分析の項の〔1〕で若干論及しておくことにする。

(2) ところで、この仙台高裁判決をみて気付く特徴の一つは、処罰から解放された被告人ら7名がいずれも岩手県教職員組合の中央執行委員会委員であることである。Y<sub>1</sub>は委員長、Y<sub>2</sub>は書記長、Y<sub>3</sub>～Y<sub>7</sub>はいずれも執行委員である。このことは、岩手県教職員組合（以下、「岩教組」ともいう。）がいわば全組織をあげて学テ実施阻止に取り組んだことを示している。そうであればこそ、地公法61条4号にもとづいて、この闘争を指導した岩教組中央執行委員7名 Y<sub>1</sub>～Y<sub>7</sub>を盛岡地裁は有罪とし、それを逆転して仙台高裁は全員無罪とすることになったわけである。当時の岩教組の団結力・闘争力の水準をみせつけるものである。しかし、このことを反面からみると、学テ反対闘争に岩教組が独自に独力で取り組んだことを示しており、この教育闘争に向けての住民的団結の形成に、岩教組が必ずしも目的意識的に取り組むことをしなかったことを示している。

(3) もっといえば、岩教組執行部も、その後に被告人らの弁護にあたった弁護団も、共通に、「教育闘争も労働基本権で」という発想に立っていたことを物語っている。だからこそ、仙台高裁判決も、「被告人ら7名に地公法61条4号は適用できるか」を主要に問題とすることになったわけである。文部省筋

は、あるいは検察側は、すべての（教職員）公務員の団結行動を全面的に禁圧してしまうために、すべての種類の団結行動を「争議行為」と認定して処理し切ろうとする。そのような認定に立てば、地公法37条・61条4号が適用できるからである。弁護側まで学テ闘争等での「職場放棄」等を「争議行為」と認定して、地公法37条・61条4号の違憲・違法を主張して論争するとなれば、学テ闘争等の教育闘争の特殊性ないし本質を浮彫りすることが困難となるだけでなく、そのために相手方のペースにはまってしまうことになる。こうして、この仙台高裁判決さえ、被告人7名への61条4号の適用不能を明示しただけで、のちに詳説するように、学テ闘争をも「争議行為」と認め、地公法37条による学テ闘争参加者の処分は免れないとした。また、原判決にあたる盛岡地裁判決のごときは、地公法37条・61条4号の学テ闘争への適用は妥当であるという判断を示したのである。

私は、あれこれの教職員労働者団結の行動を処罰・処分から解放しようとする場合、あるいはその団結行動の正当性・合憲性を論証しようとする場合、「地公法37条・61条4号は憲法28条に違反するから、これらによる処罰・処分は無効」とする視点と、「地公法37条・61条4号が違憲か否かにかかわらず、これらの適用はできないから処罰・処分は無効」とする視点と、明らかに区分されてしかるべきこの2つの視点が成立すると考えるのである。この2つの視角をはっきりと区別してかからないと、教育闘争を有効にかつ成功裡に指導したり弁護したりすることはできないと考える。

教育闘争の法理と経済闘争の法理とをあえて区別する必要はないとする発想は、私は誤っていると考える。

(4) 「学テ闘争は果たして争議行為に該当するのか」の問題は、上記のような次第で、この判決のなかではついにふれられなかった。仙台高裁判決もまた、学テ実施をめぐる抗争が生存権をめぐる抗争ではなくて、まさに教育権をめぐる抗争であることを十分に知りながら、なおこの抗争の特殊性・本質をつかむまでにいたらなかったわけである。のちに詳説するように、文部省一斉学

力調査の問題が教員（集団）の教育権を法認するかしないかにかかわる問題であるがゆえに、本判決もまた、憲法23条論、教基法10条論、地教行法23条・33条・43条②・54条②等の条文解釈、等々をそれなりに相当仔細に展開しているのだから、学テ闘争が経済闘争とは本質的に異なる教育闘争であることを、十分に知っているのである。それにもかかわらず、本判決の後半部分は、憲法28条論、地公法37条論、同61条4号論、等々の展開に移行してしまっている。だから、この後半部分だけをみると、この闘争・抗争があたかも生存権をめぐる闘争・抗争であったように見えてくるのである。本裁判は、「地公法37条・61条4号は合憲か違憲か」の問題をめぐる一般的論争のなかに、教育闘争論を解消してしまったものであり、それゆえに学テ闘争＝教育闘争に特殊固有な正当性ないし法理を定立することができないでいるという酷評を、どうしても免れることはできないであろう。

(5) 私は、教育闘争に特殊固有な法理は存在すると考えており、さらに、この特殊固有な法理こそが、裁判過程において弁護人たちによって駆使されなくてはならないし、教育闘争そのものを導くのでなくてはならない、と考えている。「教育闘争はどのようにすめられなくてはならないか」という問題について、私自身より積極的な解答を与えなくてはならないと、とりわけて痛感させられているけれども。

### 仙台高裁判決の内容分析

#### 〔1〕

仙台高裁判決の内容分析にすすもう。

はじめに、さきに示した4項以外の箇所の考察を中心に、若干の予備的考察を加えておく。

(1) 私は、岩教組の取り組んだ学テ阻止闘争は、経済闘争＝労働基本権行使の形態を現象的にはとったとはいえ、経済闘争とは本質的に異質な教育闘争

の一つであったと考える。だから、地公法37条を適用して参加者を処分することも不可能であるし、同61条4号を適用してその指導者を処罰することも不可能であると考えている。だから、この判決が、岩教組の組合員たちの平常授業継続・ピケティング的行動を「争議行為」と認定して、「地公法37条の適用による参加者の処分は免れない」としたことに、すでに法令の適用を誤った違法があると考えている。なるほど、この判決が、それにもかかわらず、61条4号の適用による指導者の処罰を違法と判示したことの価値は、これを認めなくてはならない。しかし、学テ実施の拒否・阻止の行動は、元来、地公法37条・61条4号の存否のいかんにかかわらず、処分・処罰から全面的に解放されてしかるべきものであったのである。

(2) この判決の価値は、だから、教育闘争の合憲性・合法性を明らかにしたことにはなく、労働基本権行使を刑事罰から解放したこと、この一点にあることになる。このことのもつ意義は、今後の経済闘争を念頭において考えた場合には、いかにしても否定できない。したがって、まさにそのような角度から、以下、この判決の内容分析に取り組むことにする。「争議行為の指導者を処罰することは地公法61条4号をもってしても不可能である」こと、この一点を明確にするために、以下でこの判決の内容分析を試みるわけであるから、「地公法37条は憲法28条に抵触しないか」「地公法37条は教育闘争にまで適用できるか」等々の問題は、仙台高裁判決分析のなかでは問題にならない。この点はあらかじめはっきりさせておくことにする。

(3) この仙台高裁判決の内容分析は、主に教育権的基本権論の構築と展開とをめざす教育労働法学的研究にとって、果たしてどれ程の意味をもつかの問題が、実は、さらに別の方面からもでてくるのである。別の方面とは、教員の教育権論の方面のことである。というわけは、この判決の憲法23条・教基法10条・地教行法54条②等についての理解は、のちに詳説するように、教育法学の常識にてらしてみても、なお著しく貧弱なものにとどまっているからである。より端的に言って、国家「教育権」説にくみしてしまっているからである。とり

わけこの仙台高裁判決が展開してみせた「議会制民主主義」論は、その後文部省筋の論者たちによって好んで援用されることになったものである。その核心的部分には、「議会制民主主義のもとにおいては（国民の一般的教育意思を適法な手続的保障をもって反映し得るものは）国会のみでありそこで制定された法律にこそ国民の一般的教育意思が表明されているものというべく、したがって、上法律に基づいて運営される教育行政機関が国民の教育意思を実現できる唯一の存在であって、他にこれに代るべきものはないのであり、他方、教育実施に当る者は、かかる教育行政の管理に服することによって、国民に対し責任を負うことができるからである。」とある。また、「国会において正当に制定された法律を根拠とする行政的支配である限り、これを『不当な支配』であるということとはできない。」とまでいう。

国会議決＝法律制定→教育行政＝管理→教育実施の筋で公教育運営を考えているから、教職員労働者が教育行政＝管理に全面的に服従することこそ、国民に対し責任を負うみちだということになる。ここでは、もはや、教職員の教育権・職務権限は成立の余地がまったくないことになる。教員（集団）は教育の目的・内容・方法を管理権の決定に服して実施して当然だということになる。

このような極端な国家「教育権」説については、すでに教育法学によって批判しつつされていて、もはやそこに追加するものもないが、念のためにここでも若干問題にしておこう。

教育労働は専門職労働 (professional work) である。そうであるかぎり、医療労働と異なるところはない。教員も医者も同じ専門職者 (professionals) として、相手人間の人権保障に責任を負わされる人間である。両者の労働の本質的同一性をまずしっかりと確認しておいて、そこから考えてみよう。

医者に向けて医療労働の目的・内容・方法を法律・行政・管理が全面的に指示するというような事態を、私たちは考えることができるであろうか。もしも患者に直接している医者が、患者の健康状態のいかんにおかまいなく、法律・行政・管理によって指示されたとおりに処置するとすれば、いったいどういうこ

とが起るか。その患者はおそらく死にまでいたるであろう。少なくとも一向に健康は回復しないであろう。医者にはこのような無責任、「指示どおりやって死んだのだから仕方がない」といってすます無責任は、けっして許されないのである。専門職者とはそういう人間をいうのであって、医者ならば患者の健康回復にあくまで責任を負わなくてはならないし、否応なしに社会的にそうした責任を負わされるのである。つまり、医者<sup>の</sup>労働<sup>に</sup>向けては上司の指示は法律上無効とされなくてはならないのである。そうでなければ、患者が救われなからである。

この論理ないし法理は、同じ専門職者たる教員についても、そっくりそのままあてはまるのであり、あてはめなくてはならないのである。教育の目的・内容・方法についての法律・行政・管理による指示は、いかにしても「不当な支配」として排除されなくてはならないのであり、法律・行政・管理の機能は「条件整備」に限定されなくてはならないのである。つまり、教基法10条の原理＝立法者意思が公教育運営を貫徹しなくてはならないのである。

仙台高裁判決の「議会制民主主義」論は、もともと議会制民主主義という政治＝統治形態がなぜに近代国家でつくりあげられたのか、そのところを無視した議論でしかない。国民民主主義、その一つの形態としての議会制間接民主主義は、国民の基本的人権の尊重ないしより十全な保障を根本的な目的とするものである。だから、人権保障のためには国会・法律・行政はどうあつたらよいかという発想こそがその議会制民主主義論を貫くはずのものであって、まったくその反対に、国会・法律・行政の統治権を無制限に拡大して行って、どんな事柄でも議会で決定して行政をしてそれを執行せしめることができるしそうすべきだとするような発想は、議会制民主主義のあり方からまったく逸脱してしまった、ファシズムの発想そのものである。判決のそれは、議会制民主主義論というよりは、議会制ファシズム論ないし議会制独裁論というにふさわしい内容の議論に転化してしまっている。

(4) しかし、考えてみると、にもかかわらず、この判決が「原判決を破棄

する。被告人らは無罪。」と判示したことは、奇妙といえは奇妙な話である。いったいこのような「断絶」はどこから生じたのであろうか。あるいは、この「断絶」は何を物語っているのであろうか。

① このような「断絶」が生じたゆえんは、いうまでもなく、直接には、この判決における教育権論と労働基本権論との断絶にある。

判決は、一方では、教育法学ないし教育権の理解において、その学習・研究の不足をさらけだしてしまっている。その不足から、文部省筋の主張にひっぱられてしまったのである。しかし、判決は、他方では、労働法学ないし労働基本権の理解において、相当に学習・研究を積んでいることを示している。この判決の基調には、「公務員たる教職員が労働者存在であるかぎり、その掌る労働にどのような特殊性があろうとも、その労働基本権の享有はいかにしても否認できないから、その争議行為に刑事罰でのぞむことだけはいかにしても許されない。」とする発想が多少とも流れていることは疑いが無い。とすれば、この判決の矛盾は、教職員労働者（団結）への接近の仕方において、存在論の視角からは多少とも正しく接近しながら、労働論の視角からは少しも正しく接近することができないでいる、この接近法の欠陥に由来するといえよう。

② ところで、この判決の内容をさきにもたれた菟田事件判決の内容と比較してみると、ある意味では、この2つの判決が好対照をなしていることが知られる。<sup>(1)</sup>学テ違法を明示した菟田事件判決は学テ闘争に対する処罰を肯認し、この判決は学テ適法をいいながら学テ闘争に向けての処罰を認めなかったからである。このことは何を意味するか。いうならば、このことは、あれこれの判決が教育課程行政をどう認識するかということ、それが教育闘争そのものをどう認識するかということ、この2つのことが相対的に区別されなくてはならないことを意味する。教育課程行政の違法性を説くだけでは、教育闘争を処罰・処分から解放することは必ずしもできないということを意味する。少しばかり皮肉ない方をすれば、教育課程行政の違法性を明らかにしえなかったとしても、教育闘争が必ず処罰・処分の対象になるとはかぎらないということを意味

② する。したがって、4つのケースが考えられるわけである(下図)。もちろん、処罰と処分を区別すれば、さらにケースはふえてくるけれども、以上のことから導きだされる研究課題ないし結論が何かについては、もはや詳説するまでもあるまい。

教育課程行政	処罰・処分
○	○
○	×
×	○
×	×

そこから導きだされるものは、教育権論とはひとまず別箇に、教育権闘争論ないし「教育権のための闘争」論が構築されなくてはならない、この課題への取り組みに向けてこれからの教育法学はすまなくてはならない、という結論である。

教基法10条の禁止する教育への「不当な支配」にあたる教育課程行政に対する批判は、これまでの教育法学の研究成果を踏まえるならば、すでに相当程度まで可能である。そして、この種の批判は、すでに司法当局自身が行なっている。教育法学の説く教育法の「教育条理解釈」によってである。

しかし、法律的・行政的な「不当な支配」を實際上チェックするものは、司法判断そのものではなくて、その「不当な支配」に抵抗する住民的な抗議行動である。「不当な支配」に反対する教職員団結を核とする住民的な抵抗・抗議の行動が起こる、まさにその過程で司法審査もはじまるのであり、教育条理に適った司法判断も下されるのである。その意味でも、抵抗・抗議の行動こそが「不当な支配」の排除に決定的な役割を果たすものである。

違憲・違法な教育課程行政の強行が今後とも予想されるかぎり、私たちは、また、そのような教育課程行政への抵抗行動の発生・発展をも合わせ予想しなくてはならない。そして、そのうえに立って、そのような抵抗行動そのものの合憲性・合法性をいかにして論証するか、この問題について究明しておかなくてはならない。その論証の仕方としては、消極的には、すでにのべてきているように、教育闘争に向けては地公法37条・61条4号は適用できないし公務執行妨害という罪名の処罰も成立しないとする論証の仕方があるけれども、より積極的な論証の仕方が追求されてしかるべきであるように思われるのである。そ

の一つの方法として、憲法23条の「学問の自由」の保障の規定や教基法10条の「不当な支配」の禁止の規定などは、そのうちにこれらの規定に違反する政策・行政に抗議し抵抗する権利を内在させているのだとする、そのような論証の仕方が考えられるわけであるが、これとてもその一つの方法に過ぎず、十分に積極的な論証だとは必ずしもいえないだろう。

③ いま一步すすめていえば、これからの教育法学の研究課題が、労働論的接近法と存在論的接近法とを正しく結びつけ統一した、そのようなより高次の方法論に立った教職員労働者の権利論の構築にあることを、これら2つの判決は、はっきりと物語っているともしえるのである。

教職員労働者の掌る労働の特殊性に注目するなら、荊田事件判決の説くように、学テ実施は違憲・違法な行政行為であり、これを適法とする仙台高裁判決は誤りである。もっぱら労働論の視角からみれば、この点明白である。しかし、教職員労働者の教育権・職務権限とても、教職員労働者がまさに賃労働者存在であり、それゆえに使用者による労働支配から自由ではありえないとすれば、そのような使用者の労働支配に対する団結闘争をぬきにしては、けっして確保し拡充しうるものではないのである。つまり、教育権・職務権限もまた、生存権・生活権の場合とまったく同様に、使用者の労働支配権との対抗関係のなかでとらえられなくてはならないのである。より一般化していえば、労働者の労働権（憲法27条）は使用者（雇用者）の財産権（憲法29条）との対抗関係においてとらえられなくてはならないのである。教育専門職労働といえども、使用者の支配の対象とされていることについては、その他の賃労働と本質的になんら異なるところはない。教職員労働者の掌る労働もまた賃労働にほかならない。そうだとすれば、労働そのものの自主管理権をうち立てることは、教育法解釈あるいは教育法の立法者意思の確認などによって十分に可能だということになるはずもなく、そのための団結闘争を必要不可欠とするということになる。この点で、荊田事件判決は、団結闘争権を法認しえなかったかぎり、限界があることは否定できない。それに対して、仙台高裁判決のほうは、この団結

闘争を労働基本権行使としてとらえて可罰的違法性を認めなかったのであるから、団結闘争の正当性を法認したかぎりでは、荊田事件判決よりも教職員労働者の存在の特殊性をよりリアルにとらえているといえる。しかし、再三のべているように、この種の団結闘争の正当性は憲法28条によって論証されるべき筋合いのものではない。教育専門職労働という特殊な労働を掌る教育労働者が、そのような労働を掌るがゆえに労働そのものの自主管理権を確保していなくてはならない、それにもかかわらず教育労働者も賃労働者存在であり、その掌る労働も賃労働＝被管理従属労働であることに変わりはない、まさにここから、この矛盾から、教育闘争が発生し発展するのである。だから、この闘争は、もはや、生活闘争でもなければ経済闘争でもないのである。

労働論的接近法によって教職員労働者に迫ったとき、教職員労働者への教育権・職務権限の保障が欠かせないことが明白となる。他方、存在論的接近法によって教職員労働者に迫ったときには、その反対に、教職員労働者への教育権・職務権限の保障を政策＝行政の側がみずからの課題とすることはありえないことが明白となる。むしろ、その教育権・職務権限は、否応なく制限と否定の対象とされることは自明の理なのである。とすれば、教育権・職務権限の問題は、まさに労働管理そのものをめぐる労使間のするどい対抗関係のなかで考えられなくてはならないということになる。教育権論が教育権闘争論＝教育闘争論によって支えられなくてはならないゆえである。

(5) さて、さきにこの判決が①～⑫の12項目で構成されていることを示したが、判決はその②で、すでにつきのことを指摘している。

原判決＝盛岡地裁判決は、その結論において、「被告人ら岩教組執行部の長期にわたる積極的指導行為により組合員の意思統一が図られ、それが発展して本件学力調査反対闘争という争議行為が行なわれるに至ったのであるから、被告人ら執行部の積極的指導行為こそが本件争議行為の原動力であると評価し、次いで上評価に基づき、集团的違法行為である本件争議行為の責任は、その原動力となって上争議行為を企画、立案、討議、指令、指示、説得、指導した被

告人らにあるとする」が、このような学力調査反対闘争の経過に関する原判決の事実認定は、その個々の行為についての誤認はないけれども、「争議行為の実態を正しく認識していないため、その全体に対する評価を誤ったという意味で事実誤認の違法を免れ」ないし、したがって「破棄を免れない。」仙台高裁判決は、このようにして原判決を破棄したわけであるが、「被告人ら執行部の積極的指導行為こそが本件争議行為の原動力である」とする原判決の「原動力説」を、つぎの3点を指摘することで退けたのである。

第一。その闘争戦術・争議行為は、執行部の恣意的決定・実施になるものではなく、「組織の意思に基づいて行なわれたものである」という点からである。その闘争戦術が「たとえ被告人ら岩教組執行部の企画、立案にかかるものであり、それが討議、決定され、実施されたものであるとしても、県教育委員会の動向その他事態の推移に対応して幾度か資料を配布し、慎重な職場討議を重ねる過程で組合員の意思を汲み取りつつ本件学力調査反対の統一行動を次第に強化、確立し、ついに一部校長を除く圧倒的多数の組合員の支持のもとに最終戦術原案を決定し」たうえで本件争議行為が実行されたのである。すなわち、執行部が「反対を抑圧し或はこれを無視して一方的に押し切り、全く恣意的に決定実施されたものではなく、すべて岩教組の正規の決議機関に提案し、適法に選出された代議員らの十分な討議を経て民主的に決定されたものであり、組織の意思に基づいて行なわれたものである」。

第二。執行部の指導行為は、争議行為の実行に必要なかつ不可欠な行為であって、いわば「随伴行為」の一種にほかならない、という点からである。本件学力調査反対闘争において、執行部の積極的な企画・指導・説得が大きくこれに影響したことは否定できないが、「そのような執行部の企画、立案、指導、説得等の一連の行為は、労働組合という組織体として団結意思を形成する過程において、したがってまた、争議行為の目的完遂のために必要かつ不可欠、もしくは通常随伴する行為であって、これなくしてはそもそも争議行為を行なうことが不可能である。」

第三。そうだとすれば、この随伴行為を「争議行為自体と別個に評価する理由はない」という点からである。執行部の指導行為は、したがって、「いわば争議行為参加の一態様として評価されるべきものであり、一般組合員によって行なわれる争議実行行為に比し、争議行為全体に及ぼす影響力の大きいことは否定できないとしても、これら組合幹部の、争議行為に必要なかつ不可欠または通常随伴する行為を、争議行為自体と別個に評価する理由はないといわなければならない。」

以上の3点がそれである。

原判決等にみられる「原動力説」等を、この高裁判決はのちにより仔細に吟味・批判し退けている。この点、のちに小論でもフォローすることにするが、この判決の主眼が、争議行為それ自体を禁止している地公法37条の吟味・批判に向けられているのではなく、地公法37条を容認したうえで、争議行為それ自体から争議行為実施に向けての指導行為を分離・区別しこれを処罰しようとしている地公法61条4号の批判に向けられていることは、すでに相当に明白となったであろう。争議行為の実行者の処分の不当性が問題なのではなく、その指導者の処分の不当性だけがここでの問題なのである。

(6) この判決は、すでに明白なように、学テ実施の阻止・拒否に発動された団結権を労働基本権であるとみている。そして、さらに、この見方を端的に示すものの一つが、この判決の Y<sub>7</sub> の行動についての評価である。判決はいう。Y<sub>7</sub>らの行為は道交法76条④2号にいう「道路において、交通の妨害となるような方法で立ちどまっていること」に該当するが、「その実態は、管理者たる大槌町教育委員会を相手とした本件学力調査のためのテスト実施をめぐる団体交渉であり、町教育委員会側はその実施を求め、組合側はこれに反対してその中止を求めるといふ暴力等の有形力を伴わない平和的説得行為と認められるのであって、労働組合法第1条第2項の正当行為として、その違法性は阻却されるものといわなければならない。」と。もしも学テ実施を阻止する平和的説得行為＝ピケッティングの行為が団体交渉権の行使であるとするなら、なる

ほどそのまま、この行為は労組法1条②の正当行為となり違法性は阻却されることになる。しかし、まず、学テ実施阻止行動そのものは、いかにしても生存権的基本権（＝団体交渉権）の行使とは認められないであろう。加えて、この判決は、地公法の37条および61条4号の違憲性を認定するにいたらずにおいて、ここではあたかも地公法の55条③および「労働組合法、労働関係調整法及び最低賃金法並びにこれらに基く命令の規定は、職員に関して適用しない。」とする地公法58条の規定は全面的に違憲無効と認定してそのうえで判示しているかのようにみえるが、甚だ首尾一貫しない態度である。地公法58条が地方公務員への労組法の適用を除外していることが憲法28条にてらして違憲無効であるなら、地公法の37条・61条4号も当然に違憲無効の規定となるはずだと思われるからである。

そのようなわけで、Y<sub>7</sub>らの行動を道交法76条④2号・120条①9号に該当するものとして「有罪とした原判決には、同法条の解釈適用を誤った違法があるから「この点でも破棄は免れない。」とするこの判示は、その結論においてはまことに妥当なものではあるが、この結論に至るまでの過程において、その論証の仕方に粗雑さがあったといわなくてはならない。この判示が説得力をもつためには、あらかじめ、地公法55条③および同58条の2つの条規の違憲性を、憲法28条の条規にてらして、精密に論証しておく必要があったからである。そのために、この原判決は、最高裁5・21判決により、それは「労組法1条2項の正当行為として違法性が阻却され、したがってこれを無罪とすべきものとしている」けれども、「労組法の上規定は、地公法58条により地方公務員についてはその適用を排除されているから、原判決が上労組法の規定を適用すべきものとしたのは明らかに誤りである」として一蹴されてしまったのであり、団藤説すら「原判決が労組法1条2項を援用しているのは、多数意見の説示すとおり、誤りである。」としたわけである。

しかし、もちろん、本質的にみての誤りを犯しているものは、本判決のほうではなくて、まさに地公法58条のほうであり、これを無条件に認めている最高

裁5・21判決のほうである。

では、労組法の適用を排除した地公法58条の誤りはどこにあるか。

労組法3条での労働者の定義「この法律で『労働者』とは、職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者をいう。」からも明白のように、公務員もここでいう労働者に入る。この点、労基法9条に同旨の労働者定義があり、同8条にある「適用事業の範囲」のなかに12号「教育、研究又は調査の事業」があるところから、公務員にもこの労基法がひとまず適用されることから明白である。つまり、公務員といえども労働者存在であればこそ、労基法はひとまず不完全ながら現に適用になっているのであり、したがって労組法が適用になって至当なのである。それは、公務員の労働者性にてらして明らかなことである。

公務員は、しかし、公務労働という特殊な労働の担い手であり担当者である。公務員が特殊な労働を掌っていること、だから公務員の労働そのものの管理には特殊性があって当然であること、特殊な労働は特殊な管理秩序をまっぴらしてはじめてより十全にその目的を達成できること、このような観点から本来公務員法は制定されたものなのであるし、またそうでなくてはならない。つまり、労組法・労基法等が公務員への存在論的接近法の所産であるとすれば、それとは別箇に設けられた公務員法は、公務員への労働論的接近法の所産でなくてはならず、けっしてそれ以上のものであってはならないのである。そのような次第で、地公法58条が公務員への労組法等の適用を排除していることは、筋違いの誤りを犯していることになるのである。<sup>(3)</sup>

公務労働の特殊性を根拠にして公務員への労組法の適用を排除しその労働基本権に制限を加えることが筋違いの誤りを犯すものであることにつき、たとえば本多淳亮『官公労働者のストライキ権』はつぎのように指摘している。「従来しばしば、公務員が『全体の奉仕者』であることを理由に、公務員の勤務関係は私的労働関係とは異なるのであり、したがって公務員の労働基本権を制限できるのだという理屈が立てられてきた。この理由は、『全体の奉仕者』論の

本来の趣旨からそれるものであるばかりか、むしろこれを故意にすりかえ、ねじまげる議論である。なぜなら、『全体の奉仕者』というのは、公務員が天皇の使用者ではなく国民全体の公僕であること、つまり天皇制絶対主義的政治機構の支柱としての封建的官僚制を打破して、民主的な公務員制度を打ちたて、政治機構ならびに官僚機構を根本から民主化することを理念とするものであって、官公労働者の労働基本権の制限とは本来無縁の概念である。しかもその概念は、公務員の職務遂行上の基本的態度、すなわち公務員が国民や住民に接する場合のいわば対外的な場面においてとるべき姿勢を示したものであって、公務員の労働関係、つまり労務提供を中軸とする内部的な雇用の場面において問題になる団結権、団交権、争議権には、直接のかかわりをもたない概念である。したがって、『全体の奉仕者』なるがゆえに労働基本権を制限できるということは、次元の異なる問題をことさら連結させようとする意図を含み、明らかに論理の飛躍であるといわざるをえないのである。<sup>(4)</sup> というのである。「全体の奉仕者」なる概念は、「対外的な場面において（公務員が）とるべき姿勢」を示すものであって、公務員の「内部的な雇用の場面」、あるいは公務員の労働関係において問題とすべきものではないと、このようにいうわけであるが、このことが、この概念が公務員の労働にかかわる概念であって存在にかかわる概念ではないということの意味していることは明白である。

- (1) 荻田事件判決と真に好対照をなす判決は、もちろんこの仙台高裁判決ではない。一方で、教育課程行政は適法としながら、他方で、地公法37条・61条4号を違憲・違法として、教育闘争は処罰・処分いずれの対象にもならないと判示する、そのような判決こそが荻田事件判決の対極にあることはあまりにも明白なことだからである。しかし、いまのところ、そのような判決があるのかどうか、私には分明的でないので、あまり適切な判例とはいえないが、この仙台高裁判決を例にとって荻田事件判決と比較対照しているわけである。しかし、なお問題が残っている。というのは、荻田事件判決による処罰は公務執行妨害罪であったからである。
- (2) 教育法学についての学習を深めている判決は、学テ行政のような特定の教育課程行政を適法と判断するはずもない。しかし、にもかかわらず、それに対する抵抗闘争を

どう法認するかは一概にはいえない。処分・処罰を是認するケースも当然にでてくる。ところが、教育法学についての学習は不足しているけれども、労働法学についての学習を深めている判決は、教育闘争という特殊な闘争を経済闘争と区別せず、その抗争の形態に注目して、その闘争を争議行為と認定し、そのように認定するがゆえに処分・処罰の対象にはならないとして、その「争議行為」を禁圧の体制から解放してしまう、このようなケースも当然にあらわれる。結果的には、後者のケースのほうが社会的価値が高いのであって、教育闘争の処分・処罰に手を貸すような判決では教育権確立には役立たない。しかし、やはり、教育権の確保・確立の闘争をそれとして認め、そのような闘争であるがゆえに合憲・合法であるとする判決が、どうしても構築されていかななくてはならない。

(3) この点に関して、中山和久『公務員法入門』（労旬新書、1967年）は以下のように指摘している。「一般労働者のばあい、その労働関係は労働組合法および労働関係調整法によってとりあつかわれる。公共企業体等の職員のばあいには、公共企業体等労働関係法、あるいは地方公営企業体労働関係法がこれをとりあつかう。ところが公務員のばあい、公務員労働関係法は存在していない。公務員の労働関係は、公務員法のなかに包含されている。」「民間労働者などについていえば、労使関係法として独立して論ぜられるべき部分が、公務員のばあいには、このような公務員法という一般的な法規のなかに埋没させられているということになる。」(30ページ)と。つまり、公務員法は、本来ならば行政法の一つでなくてはならないのに、そのうちに行政法と労働法と「この2つの側面が、あわせ一体となって公務員法を構成している」(33ページ)と。公務員法は、元来、公務員の勤務関係を規律する法でなくてはならず、その契約関係を規律するものは、公務員もまた労働者存在であるかぎり、労基法、労組法、等々でなくてはならない旨指摘したものである。

(4) 本多淳亮『官公労働者のストライキ権』法律文化社、1978年、26—27ページ。

## 〔2〕

仙台高裁判決の内容のより仔細な分析にすすむことにしよう。判決内容を、ここでも、教育権論の方面、団結権論の方面、主にこの2つの方面からみていくことにする。

### 教育権論

(1) この判決の憲法23条「学問の自由」論の基礎にある「教育の本質」観

は、まさに『註解日本国憲法』のそれから一步もでていないそれであって、そこにはその後の教育行政学・教育法学の研究成果の浸透がみられない<sup>(1)</sup>。この点、この判決の教基法10条論についても、まったく同じことがいえる<sup>(2)</sup>。

(2) そればかりではない。教育委員会の学校管理権および校長の所属職員の監督権のいずれをも「一般的支配権」としてとらえているのであるから、このかぎりでは、この判決が文部省筋がこんになお精力的に展開している特別権力関係説を採用していることは間違い<sup>(3)</sup>ない。だから、「本件学力調査に即していえば、教育委員会は、上学力調査実施のため、校長に対して年間教育指導計画の変更を命ずることができ、さらに校長および教職員をそれぞれテスト責任者およびテスト補助員に任命し、校務として本件学力調査を実施することを命じ得るのであり、校長は、教職員に対しテスト補助員としてテスト補助業務に従事すべきことを命ずることができる」と断定したとしても、少しも不思議はないのである。

(3) 文部省筋の特別権力関係論者たちの言葉の用法でいえば、判決は教育委員会の学校管理権を「包括的支配権」と理解するが、判決と論者たちとの違いは、判決が学校管理権＝包括的支配権の立場から文部省の教育行政権限には一定の限界があるとしたことにある。もっと具体的にいえば、判決は、教育課程編成権は教育委員会にあると解して、本件学力調査はこの教育委員会の教育課程編成権に抵触する疑いがあるとしたのである。以下、判決をフォローしてみよう。

なるほど、文部省設置法5条は教育調査権限を規定し、地教法53条は文部大臣の教育調査権限と都道府県教育委員会に対する指定事項調査の委託権限とを規定し、同法54条②は文部大臣の教育委員会に対する調査・統計・報告等の提出請求権限を規定している。しかし、この「調査は、他の実質的権限を行使する前提として、教育行政の対象を認識するために行なわれるものであって、調査それ自体実質的な意味内容を持つものではないので、その法的性質は行政調査<sup>(4)</sup>であると解される」。行政調査なのであるから、地教法54条②は、「教育

委員会が自主的かつ主体的に実施した調査につき、文部大臣がその結果を利用する機会を与えたもので、文部大臣が指揮命令してこれを実施せしめることはできないもの」である。

ところが、第一に、本件学力調査の実態にそくしてみると、「文部大臣がこれを企画し、文部大臣の指示を受けた教育委員会がこれを管理し、各中学校において実施するという仕組がとられ、文部大臣が終始主導権を握って行なわれたものであることは否定できない」が、果たしてこのような調査が行政調査として上記「教育調査権の範囲内で行なわれ得るものであるか否かについては大いに問題がある。」むしろ「通常の行政調査権の範囲を逸脱した疑いを否定できない」<sup>(5)</sup>ものである。

第二に、本件学力調査の試験問題作成権、教育課程の国家基準設定権を越える包括的な教育課程編成権、これが学教法38条により文部大臣に授権されているかの問題につき、判決は、地方自治法180条の8の①および地教法23条5号の規定にてらしていつている。これらの規定からすると、「教育課程編成権は、基本的には地方公共団体にあり、その機関たる教育委員会がその事務を管理執行するのであるが、教育課程を具体的に編成するに当っては、教育活動を中心の機能とする学校にこれを行なわせるのが適当であるところから、教育課程編成事務を学校に配分し、学校をして自ら編成した教育課程を教育委員会に届出で、またはその承認を受けさせることとしたものと解される。」とのべて、教育課程編成権の主体は地方公共団体だとする。だから、学教法38条・106条①が文部大臣の中学校における「教科に関する事項」の決定権限を定め、同法施行規則54条の2には「教育課程の基準」に関する定めがあるが、「これは教育課程の編成そのものではなく、教育課程の基準の制定であって、文部大臣には教育課程編成権は存しない」とするのである。こうして、「本件学力調査が文部大臣の作成にかかる試験問題について実施されるべきものとしたのは疑問である」とするわけである。

(4) 以上の2点から、判決は、本件学力調査には「疑問がある」としてい

るのであるが、この疑念はそれが教育委員会の一般的支配権に抵触するというこの判決の判断から生じていることは明白である。しかし、地方教育行政当局の権能との関係で「疑問がある」というのであれば、その一般的支配権を侵すからという理由からではなくて、その教育の外的諸条件の整備義務に抵触するという理由からでなくてはならない。地方教育行政当局の権能は、教員（集団）の教育権をより十全に保障すること、まさにそのために教育権行使の外的・物的な諸条件をよりよく整備していくこと、少なくともこの2つの任務の遂行内容としてはじめて正当に成立するが、文部省全国一斉学力調査の違憲性・違法性は、教育委員会のこのような権能をおびやかす、教育委員会の存在理由を否定してしまうことに求められなくてはならない。しかし、すでにみたこの判決の憲法23条観・教基法10条観からは、このような判断が生ずるわけもなく、逆にかえて「教育委員会のこれに対する対応の仕方をみれば、直ちに違法ということとはできない」という結論がくだされてしまうのである。

(5) 判決は本件学力調査が「文部大臣が終始主導権を握って行なわれた」事実を認めながらも、「しからば上学力調査が、各地方教育委員会の自主的判断ないしは裁量の余地の全くない形で行なわれもしくは行なわれようとしたものであるか」を問題にしている。しかし、このような問題の立て方自体がすでに滑稽である。第一に、いかに指揮命令下で実施されたとしても、実施した以上はそこに自主的判断・自己裁量が働いているからである。真に自主的判断・自己裁量の余地が残されているのなら、実施しない地方が数多くでたであろう。言葉の厳格な意味での自主性・主体性を無視したればこそ、全国一斉学力調査を強行実施したのである。第二に、地教行法54条②にもとづき提出請求できる行政調査は、事前に教育委員会が行なった調査の結果であって、文部省が行なわせた調査の事後報告ではない。この判決のいう「教育委員会が自主的かつ主体的に実施した調査につき、文部大臣がその結果を利用する機会を与えたもの」という解釈は、まさにその意味であって、だからこそ本件学力調査は「行政調査権の範囲を逸脱した」違法性を有するのである。

さらに滑稽なことには、文部省側証人の提出した文書によれば、文部省がつぎのような立場、すなわち、本件学力調査は地教行法54条②に基づいて実施するものである以上、各地方教育委員会が自らの事務として調査を行なうものであり、したがって文部大臣が調査実施の方法の細部にわたり各地方教育委員会を一々指揮監督したり、これを拘束すべきものではなく、各地方教育委員会の責任と創意においてこれを行なうべきであるとの立場をとっていたことが認められるとしていることである。文部省側の提出した自己弁護の文書が事実の調査の資料たりうるとはどうしても思えない。しかもこの文書は、実施方法の細部に立ち入り指揮監督・拘束をしなかったとだけ、調査実施を文部省が命令したことは少しも否定していないのである。また、本件学力調査を教育委員会が主体となって実施した（実は実施させられた）ことをもって「主体的に実施した」ようにいっているが、実施の主体が非主体的に実施することもあるのであって、本件学力調査はその好例であろう。

判決の結論はつぎのようになる。

「本件学力調査は、各地方教育委員会が自らその主体となり、かつ自主的判断に基づいてこれを実施し、もしくは実施しようとしたものであり、したがって、文部大臣の作成にかかる試験問題については、各地方教育委員会において自主的にこれを承認したものであると認められる以上、試験問題作成権を有しない文部大臣によってこれが作成されたという前説示の瑕疵は治癒されたものというべく、なおまた、本件学力調査は、地教行法第53条第2項の予想する通常の行政調査の範囲を逸脱した疑いは免れないとしても、各地方教育委員会の主体的、自主的判断に基づいて実施され、もしくは実施されようとしたものである以上、これをもって直ちに違法であると断定することはできない。」

(6) 判決は、本件学力調査の地教行法54条②違反・学教法38条違反等を折角指摘しながら、地方教育委員会がこの調査に「主体的、自主的判断」で取り組んだことをもって、違法と断定することをやめてしまった。しかし、文部大臣の違法な施策の実施命令を受けて、より積極的に能動的にその実施に地方が

取り組むなら、その施策の違法性は治癒され阻却されるとする、このような論理が通用するとなれば、地方教育委員会の真の主体性・自主性はますます喪失せしめられ、教育の地方自治は形骸化し、かえって教育行政の集権制がいっそう実質化していくことになるだけであろう。

(7) ところで、一步ゆずって、教育課程行政権を地方教育委員会が自主的・主体的に行使しているといえるのはどのような場合であるか。教育委員会の会議のなかで「文部省の要求する一斉学力テストを実施するかどうか」につき審議をつくし決定したとしても、それでもって当該行政権の行使が自主的・主体的なものであったとはいえないのである。というのは、「教育の地方自治」は、団体自治・機関自治を核にしてではなく、住民自治を核にして理解されなくてはならないものだからである。この「教育の地方自治」なる概念に関して、私は、木田宏『教育行政法』（良書普及会、1968年）の説くところを別の箇所<sup>(6)</sup>でみているけれども、兼子仁『教育法〔新版〕』（有斐閣、1978年）もつぎのようにいっている。

5・21最高裁学テ判決は、本『論集』論文のなかで示したように<sup>(7)</sup>、「教育に関する地方自治の原則」につき、「現行法制上、学校等の教育に関する施設の設置、管理及びその他教育に関する事務は、普通地方公共団体の事務とされ（地方自治法2条3項5号）、公立学校における教育に関する権限は、当該地方公共団体の教育委員会に属するとされる（地教行法23条・32条・43条）等、教育に関する地方自治の原則が採用されているが、これは戦前におけるような国の強い統制の下における全国的な画一的教育を排して、それぞれの住民に直結した形で、各地方の実情に適応した教育を行わせるのが教育の目的及び本質に適合するとの観念に基づくものであって、このような地方自治の原則が現行教育法制における重要な基本原理の一つをなすものであることは、疑いをいれない。」という。教育の集権的統制に教育の地方自治を対置させたという点では評価できるけれども、地方での一般行政と教育行政との関係の問題、団体自治か住民自治かの問題、これについての把握の仕方が必ずしも明らかではない。

そこで、まず、兼子説はいう。

「地方自治は一般には、地方公共団体の政治・行政のあり方に関する制度原理であるから、それと教育とのかかわりについては熟慮する必要がある。“地方自治のなかの教育”という考え方から、地方政治が地域の教育を決定することまでを認めるわけにはいかない。自治体の政治・行政方針がいかに住民選挙によって強く支持されている場合であっても、その教育へのかかわりは、あくまで条件整備その他文化的なルートによるのでなくてはならない。すぐれた自治体の政治・行政方針は、文化水準も高く、文化的教育自治をふまえているはずなのである。」<sup>(8)</sup>

地方公共団体の政治・行政はあくまで教育の条件整備を任務ともし限界とするものでなくてはならない旨をいったものである。「教育の地方自治」をいう場合、いうところの地方自治は、団体自治を核にしてではなく、あくまで住民自治を核にして理解されなくてはならない。ついで、兼子説が以下のようにいふとき、それはこのことを示唆したものである。

「地域の教育問題への住民参加も、教育内容面（内的事項）と外的条件整備面（外的事項）とで分けて考える必要がある。学校増設・教育環境整備など外的条件整備面では、『直接請求』権（地方自治法74条以下）をも有する参政権者としての自治体住民が、政治・行政当局たる長・教育委員会に向けて住民自治的参加をしていくことになろう。これにたいし地域において各学校の教育内容決定に要求を出していく住民の立場は、父母集団の立場とも有機的に連なる『文化のにない手としての国民』の一翼であると見られる。」<sup>(8)</sup>

「公教育内容の文化的とりまとめは、中央の指示によって一斉に行なうのは不適當で、各地域ごとに自主的になされ、そのうえで全国的総合へと進むのでなくてはならない」のであり、その際に「教育委員会は、地域の文化的な教育とりまとめの重要なセンターでなくてはならない。」<sup>(9)</sup>

(8) 「教育の住民自治」の原則にしっかりと立って考えてみるなら、学力調査が教育の内容・方法そのものに深くかかわるものであるだけに、それを実施

するかどうかを教育委員会が決定するためには、少なくとも、手続上において、父母・住民の意向を十分に確かめる必要があるのである。その手続を踏まえたうえで教育委員会が決定したというのであれば、まさに「主体的・自主的に実施した」といえよう。反対に、教育諸条件の整備を任務とする教育の行政委員会であり、「地域の文化的な教育とりまとめのセンターでなくてはならない」、そのような教育委員会が、父母・住民の意向を確かめることもなくその決定をしたとすれば、「教育の住民自治」の原則に違反したことになり、その違法性はけっして治癒され阻却されることにはならないであろう。地方教育委員会の主体性・自主性は、当該の地方ないし地域の父母・住民の意向を実質的・内容的に踏まえた教育行政の展開のために要請されるものであり、父母・住民の意向を無視しての形式的な主体性・自主性は、もはや主観的な独善性・恣意性となんら異なるところはない。

教育委員会が教育行政をなすにあたっては、「父母の立場が行政の上に反映するよう特に意を用いることが必要である<sup>(10)</sup>」とか、「民意を反映する自主かつ独立の執行機関として」教育委員会が設けられた、その趣旨を結果的に否定するような教育行政の運営は避けなければならない、等々の原理的な問題提起が木田説のなかで行なわれているけれども、民意に問う努力や民意を反映させる努力を予定しておればこそ、自主かつ独立の機関として教育委員会が設置されているのである。この設置趣旨にてらして教育委員会が主体的・自主的であったかどうか判断されなくてはならないのである。

- (1) 「学問の自由は、すべての場合につき当然に教授の自由をも包含するものと解することはできない。これを、小、中学校の下級教育機関についてみるに、そこにおいては、心身ともに未発達で、判断力も十分でない児童生徒を対象として教育が行なわれるのであり、しかもその教育内容は、国民全般に対して行なわれる公民としての基礎的普通教育（学校教育法第17条、第35条）であって、すべての児童生徒に対し普遍的に妥当する国民一般によって確認され、是認された国民の文化遺産を教授することを目的とし、その方法も、教材や教科内容において差等のない、均質の、ある程度画一的な教育が行なわれることが要請されるのであって、明らかに大学とは教育の本質お

よび性格を異にすることを考慮するならば、小、中学校の下級教育機関における教員の教授の自由が制約されることはやむを得ないものというべきである。」「義務教育の公共性（教育基本法第6条）からいっても、必要最小限度の公権力による権力的規制は是認されなければならないのである。それゆえ、憲法第23条に規定する学問の自由は、当然に教授の自由を含むものではなく、下級の教育機関については、そこでの教育の本質上、教授方法の画一化が要求される」（傍点、引用者）。

- (2) 「国家権力もまた多分に『不当な支配』の主体たり得るものといわなければならない。しかし、それが国民の総意を反映した国会において正当に制定された法律を根拠とする行政的支配である限り、これを『不当な支配』であるということとはできない。何故ならば、公教育は、国家が国民からその固有の教育権の付託を受けて、国民の意思に基づき国民のために行なわれるべきものであり、これを達成せしめるためには国民の総意を教育に反映させる必要があるのであるが、現にみる如く、価値観の崩壊、分裂により、国民の間に教育理念や目的につき見解の鋭い対立がある場合、国民の一般的教育意思を適法な手続的保障をもって反映し得るものは、議会制民主主義のもとにおいては国会のみでありそこで制定された法律にこそ国民の一般的教育意思が表明されているものというべく、したがって、上法律に基づいて運営される教育行政機関が国民の教育意思を実現できる唯一の存在であって、他にこれに代るべきものはないのであり、他方、教育実施に当る者は、かかる教育行政の管理に服することによって、国民に対し責任を負うことができるからである。」（傍点、引用者）

「学校教育の公的性格からして、無秩序な自由放任の許されないことは当然であって、教育目的を遂行するためには教育全般の制度、機構を整備し、その運営を整える必要があるものであり、したがって、教育基本法第10条第2項にいう条件整備とは、教員の固有の権限である教育実施以外の学校施設、教育財政等の物的管理や教職員人事等の人的管理のほか、教育課程の基準の設定、教育課程および管理、教科書その他の教材の取扱等教育内容についての管理運営を含むものと解するのが現行教育法制の実定法規に照らし相当である。」

- (3) 「地方自治法および学校教育法は、学校その他の教育機関と設置者との関係を規定し、設置者たる地方公共団体が学校その他の教育機関を管理するものと定めているが、上にいう管理とは、設置者が教育機関に対する一般的な支配権をもってその存立を維持し、かつその本来の目的を可及的に達成せしめるために必要と認められる一切の行為をすることを意味するのであり、かくして、教育委員会は、当該地方公共団体の設置する教育機関に対し、一般的支配権の行使として、地教法第23条各号に定める区分に従い、施設等の物的管理、職員の人事等の人的管理、教育課程等の運営管理の権能を行使することができるのであり、同法第33条はこれを受けて、教育機関の管

理運営の基本的事項について教育委員会規則を定めることができるものと規定しているのである。次に、同法第43条は、教育委員会は教職員の服務を監督し、教職員は職務を遂行するに当り、教育委員会その他職務上の上司の職務上の命令に忠実に従う義務がある旨規定しているので、職務上の上司たる教育委員会および校長は、必要に応じて所属教職員に対し指示命令をなし得るのである。所論は、教育委員会および校長が教育の内容、方法につき指揮命令することは、教育基本法第10条第1項の不当な支配に該当するので許されない旨主張するが、教育委員会は、一般的支配権に基づく運営管理の権能の行使として、校長は、職務上の上司の監督権限に基づき、教育の自律性、自主性を侵害しない限度において教育の内容および方法につき指示命令をなし得るものと解するのが相当である。」（傍点、引用者）

- (4) 「行政調査は、もともと教育課程管理権等他の実質的権限と競合抵触することがないため、地教法第51条による教育行政機関相互の連絡調整、協力業務として、教育委員会は、文部大臣から調査報告の要求を受けた事項につき行政調査を行なう義務を負うとはいえ、文部大臣と教育委員会との間には対等の立場での連絡協力関係があるに過ぎず、指揮命令の関係にあるのではない。」
- (5) 「けだし、上調査は、5教科につき、学習指導要領に対する到達度を全国的水準との比較においてみることを主要な目的の一として行なわれるものとされているが、各教科の悉皆調査は、通常の行政的事実調査とは異なり、必然的に生徒各自の成績評価と密接にかかわりのある学力検査としての実質を持ち、教育現場で教師のみがなし得る各教科活動における成績評価と実質上分離し得ない性格を持つものであり、殊に、生徒指導要録の標準検査の記録欄に調査結果の換算点を記録することとしたのは、生徒各自の成績評価との一体化をより決定的にするものであって、かかる生徒個人の成績評価は正に具体的教育活動に属し、担当教師のみがなし得る事項であり、教育行政機関に許されるところではないからである。それゆえ、本件学力調査は、教育課程に関する実質的権限と不可分に競合する性質を持つため、通常の行政調査権の範囲を逸脱した疑いを否定できないものといわなければならない。」

この引用部分だけでみると、学力調査が学力検査の実質をもっているから、教師の成績評価権と抵触することになることも含めて「本件学力調査は、教育課程に関する実質的権限と不可分に競合する性質を持つ」ことを指摘しているようにみえる。成績評価権だけは教師に固有の権限だと解しているのであろうか。

- (6) 『教育実践と教育行政〔全訂版〕』法律文化社、1979年、第3部第1章。
- (7) 「教育労働法学——学説・判例の研究〔1〕——」本『論集』第11巻第3号、29ページ。
- (8) 兼子仁『教育法〔新版〕』有斐閣、1978年、223ページ。
- (9) 同上、224ページ。

(10) 木田宏『教育行政法〔全訂版〕』良書普及会、1968年、40ページ。

(11) 同上、42ページ。

## 団結権論

以上にみてきたこの判決の教育法・教育行政法の解釈は、教育法学的検討に耐えうるものではまったくない。この点では、さきの荊田事件判決の比ではない。基本的に文部省筋の特別権力関係説に立って、法解釈を展開しているとみてよい。ところが、この判決は、学テ反対行動（の指導者）を刑事罰から解放するという、結果的には評価するに値する判断を示した。教育法学的には評価するに耐えない判断を示しながらも、教育労働法学的にも一見評価するに値するような判断を示したわけである。刑事罰からの解放の観点だけからみれば、労働法学的には相当に高水準の説得力のある判断を下しているといつてよい。以上の点でも荊田事件判決と好対照をなすとみられる。

刑事罰からの解放を判示した点では、労働法学的には評価に値するが、教育労働法学の観点からみると、この判決の結論をもってこれを評価することはできない。「結果よければすべてよし」ということにはならない。もちろん、労働法学上からみても、地公法37条の無限定合憲、同法61条4号の限定解釈合憲をいうのであるかぎり、本判決は高く評価するに値しない。しかし、教育労働法学上からみると、学テ反対行動を争議権行使＝争議行為と認定してしまっている点で、また、地公法37条による民事罰は免れないとしてしまっている点で、その後の学テ事件判決への説得力に欠けていると思われる。被告人らの無罪をいうのであれば、「地公法61条4号は適用できるか」を問題にすることによってではなく、この学テ反対闘争の特殊固有な本質を見定めることによって、その本質が生存権闘争とは異なる教育権闘争であることを鮮明に浮上させることによって、被告人らの行為には可罰的違法性が存在しないことを論証すべきであったのである。もっとも、そのためには、本判決の裁判官たちが教育学の学習をもっと深めておく必要があったのであるが。

(1) はじめに、仙台高裁判決の憲法28条観に注目しなくてはならない。判決はいう。

「憲法第28条は、労働基本権、すなわち団結権、団体交渉権および争議権は保障しているが、これは、労働以外にその生存を確保する手段がなく、常に経済上劣位に立つ労働者をして、使用者に対し対等の立場でその利益を主張し、これを貫徹させるため、団結の力を利用した団体行動によって適正な労働条件の維持改善、経済的地位の向上を図り、もって労働者に人間に値する生存を保障し、実質的な自由と平等を確保するための不可欠の手段であって、憲法第25条のいわゆる生存権の保障に由来するものである。そして、私企業の労働者はもとより、国家公務員や地方公務員も憲法第28条にいう勤労者である以上、原則的には労働基本権の保障を受けるべきものであって、『公務員は、全体の奉仕者』であるとする憲法第15条を根拠として、公務員に労働基本権を全面的に否定することの許されないことは、最高裁判所判例（昭和41年10月26日大法廷判決）の示すところである。」

この判決文の前半部分で明示されていることは、憲法28条の保障する労働基本権が経済的基本権であり生存権的基本権にはかならないということである。とくに労働基本権は「憲法第25条のいわゆる生存権の保障に由来するものである」とすることによって、この判決は労働基本権が何であるかをまことに的確にとらえているわけである。その後半部分では公務員も労働基本権を享受してしかるべき旨のべているが、この点は公務員の労働者性に着目するなら当然のことであろう。公務員が「全体の奉仕者」であるというのは、公務員の掌る労働（＝公務労働）の特殊性をいったものであって、このことで公務員の賃労働者存在性に変化が生ずるわけでは少しもないからである。

(2) 判決は憲法28条を以上のようにとらえたうえで、地公法37条①は「明らかに憲法第28条の保障する争議権を制限するものである。」という。このことは、判決もまた、地公法37条を、憲法28条との関係で、労働基本権の制限規定として、とらえていることを示す。つまり、判決は、この地公法37条の規定の

存在によって公務員の生存権的基本権の行使に制限が加えられたと理解していることを示す。そのコンテキストのなかでみれば、判決は地公法37条①によって公務員団結の経済ストおよび経済的政治ストに制限が加えられたとみているとみるほかないのである。

では、この判決は地公法37条①そのものをどうみているか。私のみるところ、どうも違憲とはみていないようである。これについて限定解釈を加える必要があるとはみていないようである。「労働基本権といえども何らの制約も許されない絶対的なものではないのであって、国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包している」というわけである。

(3) 仙台高裁判決の主眼は、地公法61条4号の刑事罰規定のより厳格な限定解釈をとおして、争議行為の指導者を刑事罰から解放することに置かれている。教育労働法学からみてこの判決の価値は、まさにこの一点にあるといてよい。判決は、まず、61条4号が「争議行為等の遂行そのものを処罰していない」こと、したがって「地方公務員が単に争議行為等を遂行するだけでは、違法行為として民事的制裁を受け、あるいは任命上、雇用上の権利をもって対抗できないという不利益を受けるにとどまり、刑罰を科せられることはない」こと、を指摘する。ただし、判決は、まさにこのことが地方公務員も勤労者として憲法28条の労働基本権を保障されていることの反映のごとくにのべ、争議行為等の遂行そのものを違法行為とみて民事罰を加える地公法37条は憲法28条に違反しないと解してしまっている点は大いに問題なのであるが、ついで、判決は、61条4号が「争議行為等の遂行を共謀し、そそのかし、もしくはあおり、またはこれらの行為を企てた者を処罰することとしている」が、この規定の意義・内容を「特に違法性の強度なものまたは争議行為に通常不可分の随伴的行為とは認められないものに限定して解釈」しないとこの61条4号は憲法28条に違反するものとなるとして、つぎのようにいう。すなわち、憲法が労働基本権を保障した趣旨、争議行為に対する刑事制裁の緩和という労働法制の歴史的経過、ILO 87号条約等に見られる国際的趨勢、等からみれば、「同盟罷業

や怠業のような単純な不作為を内容とする争議行為等に対しては、一般的にいて刑罰をもって臨むべきものではないと解するのが相当であり、殊に争議行為等は、労働者の組織的団体の威力を背景とする統一の集団行動であることに鑑みれば、必然的に先ず組合幹部間において企画、立案協議がなされ、次いで組織内での討議、決定を経て上部機関から指令、指示が発出、伝達され、さらにその間指導、統制、説得、懲慥が行なわれ、ついに争議行為等に発展するものであり、これらの行為は、いわば争議行為等に必要不可欠かもしくは通常随伴する一連の行為と目されるものであって、もしこれらの行為をした組合員をすべて処罰するものとするれば、争議行為等の実行行為者を処罰しないとする地方公務員法の趣旨に反することは明らかで、実質的に争議行為等を刑罰の制裁をもって全面的かつ一律に禁止することとなり、かくては、同法第61条第4号が憲法第28条に違反するものといわなければならない。」と。この論理を相当仔細に展開することによって、本判決は、「学テ」反対行動を刑罰から解放したのである。<sup>(2)</sup>ただし、本判決は、61条4号を以上のように限定解釈することにより、この「基準に照らし、憲法28条に違反しない」としているが、何をもって「特に違法性の強度なもの」「争議行為に通常不可分な随伴的行為とは認められないもの」とするかは一義的には決定しかねるのだから、また、通常の団結行動そのものはつねに多数意見に従って実現するのだから、37条と合わせ61条4号の違憲性が明示されてしかるべきではないかと思う。

(4) 本判決の地公法の37条無条件合憲論・61条4号限定解釈合憲論は、本判決の代償措置観、ILO 87号条約観、ILO・ユネスコ『教員の地位に関する勧告』観等と無関係ではない。

① 「一定の代償措置制度を設けてそれが十分に機能しているならば、それでもって争議行為を禁止することが許されるか」の問題は、争議権の本質把握にかかわる重要問題である。結論的にいって、すでに榎井常喜『ストライキの自由』（労働旬報社、1974年）等が指摘しているように、いかなる代償措置制度をもってしても奪うことのできない、それほどの人間的根元性を有する基本的人

権の一つとして、労働者のストライキの自由もまた存在するのである。自分たちの働く労働条件を自分たちの自由な意思で決定できるかどうかは、労働者という人間の人格が自由であるかどうかの問題だからである。

ところが、この判決は、地公法24条・26条・46条・49条によって現行の代償措置制度につき説明したのち、「人事委員会の行なう勧告および報告の内容が公務員の利益を十分に保護するものとなるためには、職員の利益を代表する者をその人的構成に加えるか、または委員の選任につき職員団体の発言権を認めることが望ましいが、現実にはこの点についての保障がなされておらず、また、人事委員会の勧告は、当局に対して拘束力がないため、当局がこれを実施しないときは、人事委員会としても有効な措置を講ずることができない点で、人事委員会の運営の現状は、地方公務員に対する争議禁止の代償措置としては必ずしも満足すべき状態にあるものということとはできない」として、いわば機能主義的観点からこれを批判するにとどまっている。だから、そうはいても「勤務条件の適正を確保するために現に果している役割までも否定し去ることはできない」として、この「制度をもって代償措置たり得ないということとはできない」と結論することになる。より満足のいく機能を営む制度であるなら、現行制度は争議行為を禁止したことに対する代償措置たりうるとみていることは明白であって、この判決からは「争議行為を禁止することに対する代償措置など、本来ありえない」という観点が欠けてしまっている。

② 「地公法37条・61条4号は、ILO 87号条約その他の国際法規に違反する」という主張に対しても、判決は、第一に、ILO 87号条約（結社の自由および団結権の保護に関する条約）は、争議権に関し直接の明文の規定を置かず、採択の当初も直接に争議権問題を扱うものではないと解されていたこと、第二に、同条約8条②は「国内の法令は、この条約に規定する保障を阻害するようのものであってはならない」と規定しており、その後ILO 結社の自由委員会で「公務員のストライキを禁止することは、上第8条第2項に違反する可能性があり、87号条約も争議権に関係する」ことが明らかにされたけれども、公務員ス

ト禁止の条約8条②違反の可能性が示唆されたにとどまったこと、第三に、その後日教組・総評等から地公法によるスト権禁止が団結権侵害であるという申し立てがなされたが、ILO 結社の自由委員会は、日本政府に対し、日本の地公法上の代償措置は極めて不十分なものであるから、地方公務員の紛争処理のため拘束力のある仲裁機構を設置すべきこと、人事委員会の中立性を確保するための措置を講ずべきこと、委員の任命について関係当事者が平等の発言権を持つことのできるように配慮すべきこと、等々を勧告するにとどまったこと、以上の3点を指摘したのち、また再びつぎのようにいっている。地公法上の人事委員会は、「争議権禁止の代償措置としては必ずしも満足すべき機能を営んでいないが、その機能を全く欠如しているわけではなく、また上勧告も、わが国の実情を勘案して検討すべきことを示唆したに過ぎず、これをもって憲法上遵守しなければならない確立された国際法規ということとはできない。」と。この判決がどこまでも代償措置制度の改善をもってすれば十分だと考えていることは、ここに明白である。

③ ILO・ユネスコの『教員の地位に関する勧告』の84項が、その83項が教員団体への団体交渉権の保障を勧告したのに続けて、教員団体への争議権の保障を勧告したものであることは、その文言上からも明白である。しかし、判決は、この84項が教員団体に「ストライキ権を認めることを意味するとの見解もあるけれども、これが採択された経緯等からして、必ずしもストライキ権を認めた趣旨とは解し難い」という。このような『勧告』84項解釈は、文理解釈としても成立しない独善的なものであるが、加えて、「勧告はあくまで勧告であって、法的拘束力をもつものではなく、確立された国際法規ということとはできない。」とのべて、判決は、この『勧告』の国際的法規範性を無視し去ろうとさえしている。

以上、この判決の代償措置観、ILO 87号条約観、ILO・ユネスコ『教員の地位に関する勧告』観をみてきたが、判決の公務員スト権についての消極的理解は、ここにも明白にあらわれている。むしろ、地公法上の代償措置制度をより

十全に機能させることが必要なのであって、そのようにするならば、地公法に37条・61条4号を置いていても、またこれにより公務員ストを処分・処罰するにしても、憲法違反の問題は生じないと、そのようにこの判決はみていると解されるのである。

(5) 仙台高裁判決は、この学テ反対行動を地公法37条①によって禁止されている「争議行為」と認定してしまっている。「本件学力調査反対闘争は、地方公務員法第37条第1項前段の争議行為として民事的制裁は免れないとしても、その限度を逸脱し、刑事制裁を科さなければならないとする程に強度の違法性があるものとは認められない。」とのべたり、さらにまた、「本件統一行動においては、10月26日の当日、大多数の岩教組組合員が、上職務命令への服従を拒否し、学力調査実施のため来校した外来者の教室への立入りを拒否して平常授業を行ない、また生徒に自習を行なわせるなどして本件学力調査のためのテストを実施すべきものとされた同日の教育指導計画に従った業務を行なうことを不可能にし、または著しく困難な状態に陥らせたのであるから、本件統一行動は、各地方公共団体の機関たる市町村教育委員会の管理意思に反して行なわれたものであることはもちろん、その結果は、各中学校の業務の正常な運営、すなわち職制に基づく指揮命令に従った業務の運営を阻害するものであることは疑いを容れないところであるから、これを地方公務員法第37条第1項の争議行為と評価すべきものである。」と断定していることからみても、学テ反対行動を地公法37条①の「争議行為」とみていることは間違いない。

しかし、このような認定の仕方は、あまりに皮相にすぎるのではないか。行動の形態の類似性だけを見て、その目的・内容・本質を看過した見方ではないか。地公法には「争議行為」の定義がない、そこで労働関係調整法第7条の規定をみると「争議行為とは、同盟罷業、怠業、作業所閉鎖その他労働関係の当事者が、その主張を貫徹することを目的として行う行為及びこれらに対抗する行為であって、業務の正常な運営を阻害するもの」とされている、これによってみれば地公法上の争議行為とは「もとより職員個々の労務放棄は含まれない

が、職員の団体がその主張を貫くため、地方公共団体の機関の管理意思に反して、組織的、集团的行動として行なう労務の不提供等であって、その結果当該地方公共団体の業務の正常な運営を阻害するものであると解すべきである。」よって学テ反対行動も「争議行為」となる、判決はこのように論をすすめているが、このような争議行為論に立てば、地公法37条は「業務の正常な運営を阻害する」一切の行動を禁止していることになってしまう。純粹政治スト、教育スト、経済ストのすべてを地公法37条は禁止しているのだということになってしまう。

地公法37条が禁止している争議行為に該当するかどうかは、あれこれの団結行動が「業務の正常な運営を阻害する」形態をとったかどうかという形態上からではなくて、それがどのような目的の達成を意図して起こされたものか、その目的にてらして判断されなくてはならない。そうでないと、地公法37条は「明らかに憲法第28条の保障する争議権を制限するものである。」という判決自身の認識と相容れない争議行為論となってしまう。判決もいうように、地公法37条は、公務員であれ憲法28条により本来的に享有する生存権的基本権としての労働基本権の行使に制限を加えたものである。そうであれば、判決は、学テ反対行動が「憲法第25条のいわゆる生存権の保障に由来する」団結権の行使に該当する行動かどうかを厳格に検討したうえで、地公法37条の禁止する争議行為にあたるかどうか、地公法37条による民事罰の対象となるかどうか、につき判断しなくてはならなかったのである。

(6) ここで、若干補足的にのべておこう。この仙台高裁判決は学テ反対行動を争議権行使と誤認しているのだから、教育労働法学的にはこの判例研究の意味は乏しいのではないかという疑問がありうるので、これにつき答えておく。第一に、教職員労働者も賃労働者存在であるかぎり、生存権的基本権の保障を受けて当然である。この観点から、地公法の37条・61条4号の違憲性につき判例がどのような理解を示しているかを検討することは、教育労働法学の半面の研究テーマとなる。教職員労働者への労働基本権保障の問題についても、

教育労働法学は追究せざるをえない。第二に、学テ反対闘争などの教育闘争を処罰する法律上の根拠はないことは確かであるが、もしも教育闘争の正当性を教育権の基本権論（憲法21条論）で全面的に論証するとすれば、検察側はおそらく地公法の37条・61条4号が準用されてしかるべきだという論法で可罰的違法性の存在を主張してくるであろう。そのように考えられる。つまり、教育権の基本権の行使に対しては、地公法36条はもちろん、地公法の37条・61条4号もそのままストレートには適用できない、しかしその行動形態からみれば（内容・目的・本質は別であっても）争議行為と同類であるから、37条・61条4号が準用されてよいと主張すると考えられる。そのような事態に立ち至った場合には、やはり地公法の関係条規の違憲性を論証していく以外にはないのではないか。地公法の36条・37条・61条4号によっては処罰できないことを論証し主張すると同時に、準用可罰論に対しては、合わせこれらの法条規の違憲無効性を論証していかなくてはならない。仙台高裁判決の37条・61条4号の理解を仔細にみている理由は、まさにこの点にある。

(7) しかし、仙台高裁判決が学テ反対行動の特異性をみていなかったとはいえない。判決の以下のごとき学力調査反対闘争論をみれば、この行動が憲法25条の生存権に発するものではまったくなく、まさに教職員団結の専門職的職責感に発する特殊な行動であることを、仙台高裁自体も相当程度理解していたことが知られる。

「本件学力調査反対闘争の目的をみるに、現在わが国におけるテスト偏重教育のもたらす弊害については何人もこれを否定することができぬ程に明瞭な事実であって、殊に文部省の全国一斉学力調査の強行に対しては、教育関係者のみならず言論界も極めて批判的であったところ、被告人らを含む岩教組の大多数の組合員は、自らの教育実践を通じて、つとに学力テスト体制のもたらす弊害、すなわちテスト準備教育の強化、点取りのための競争、成績主義的傾向の助長、形式的な詰込み教育、児童生徒の人間性の破壊、教育の荒廃等々を認識しており、かかる非教育的な学力テストに反対し、教育を守るこそ教師に

与えられた義務であるとして自らの意思により本件学力調査阻止の統一行動に出たものであって、政府の文教政策に対する価値判断の当否はともかくとして、少なくとも本件のような形での学力調査を強行実施することは、教師自身はもとより、その組織にとっても極めて直接的な重大問題であってみれば、これを阻止すべく本件反対闘争に出たことは、その目的において単なる政治目的に過ぎないものということとはできず、その態様も、職場を放棄したのではなく、いわば教師本来の義務たる平常授業を行ない、ただ本件学力調査のためのテストを実施しなかったという不作為に止まり、その結果文部省の企図した学力調査の目的を遂げ得なかったとはいえ、長期にわたり岩手県の県民生活全体に重大な障害をもたらしたわけでもなく、また、岩教組以外の第三者が参加したものでなく、その手段、方法としても何ら暴力の行使その他不当性を伴わない」のだから「刑事制裁を科さなければならないとする程に強度の違法性があるものとは認められない。」

判決のこの学テ反対行動論をみれば、「非教育的な学力テストに反対し、教育を守ることこそ教師に与えられた義務である」とする義務感こそ、この行動の起点にあるものなのであって、けっして教職員自身の生存権意識が起点にあるのではないのである。では、判決自身がこのような認識に到達しながら、なお「本件学力調査反対闘争は、地方公務員法第37条第1項前段の争議行為として民事的制裁は免れない」としてしまふ、その理由はどこにあるのか。その理由は、たんに教職員労働者だけにかぎらず、すべての職種労働者について、その存在の特殊性（＝賃労働者性）に発する団結行動もあれば、まさにその掌る労働の特殊性に発する団結行動もあること、このことが認識されるまでについていないことにある。団結行動についてこの2種類のものを区別してとらえることができないから、すべての団結行動を争議行為と認定してしまひ、地公法37条の民事罰は免れないと結論してしまうことになるのである。

（8）学テ反対行動は地公法37条が禁止する「争議行為」のカテゴリーに入らないということは、この行動の参加者に対して民事的制裁を加えることでも

きないということを意味する。37条の適用が許されないことを意味する。私は、地公法37条・61条4号が合憲であると少しも考えないが、公務員一般につき、とりわけて教職員（公務員）につき、憲法28条の労働基本権行使に内在的制約もないとは考えない。労働基本権の享受問題と行使問題とはひとまず区別して考えられなくてはならない。

(9) 判決は、地公法37条をあたかも合憲のごとくに理解し、地公法37条①の禁止する争議行為の実行者は「民事的制裁は免れない」ことは至極当然のことのようにいっている。「公務員に労働基本権を全面的に否定することの許されないことは、最高裁判所判例（昭和41年10月26日大法廷判決）の示すところである。」としながら、公務員の担当する職務は「等しく国民生活全体の利益と密接な関連を有」しており、「その業務の停廃が国民ないしは地域住民の生活に重大な障害をもたらす」ことは多言を要しないといっているにすぎないからである。そのうえで、さらに教育公務員の争議行為に関していっている。「教育公務員は、教育公務員特例法第1条の規定するとおり、『教育を通じて国民全体に奉仕する』ものであり、教育事業、特に公立小、中学校における義務教育は、憲法第26条が保障する児童生徒の教育を受ける基本権に基づくものであり、かつ教育は、国家の命運にもかかわる重大な事業であって、国家国民全体の利益と深く関連するものであるから、教員の争議行為により教育業務が停廃するにおいては、直接児童生徒に与える教育的、心理的影響はもちろん、国民および地域住民全体の生活利益に重大な障害をもたらすものといわなければならないからである。」と。判決が、公務員一般の、とりわけて教育公務員の争議行為が全面的に法禁されてしかるべきであるとみていることは、ここに明白である。したがって、その争議行為の実行者が民事罰—行政罰の対象とされてしかるべきであるとみていることは、ここに明白である。

ここで展開されている地公法37条肯定論を、もちろん私は承認することができない。しかし、この肯定論のなかには各種の吟味を必要とする問題が混在して含まれており、逐一吟味するに値するほど肯定論が透明だとは思えない。し

たがって、ここではただ一点だけを指摘しておくにとどめる。判決は、教職員の争議行為、より厳格には憲法28条の争議権行使と同26条の児童・生徒の「教育を受ける権利」の保障とを比較衡量しようとしているようにもみえるが、この比較衡量は、学テ反対行動と「教育を受ける権利」保障とのあいだには成立しないのである。比較衡量ができるのは、争議権と学習権とのあいだだけであって、判決自身がすでにみたように学テ反対行動を学習権保障のための行動ともみているわけであるから、争議権と学習権との比較衡量論は、学テ反対行動には適用できないのである。

しかし、それにしても、この判決が、一方で「公務員の労働基本権を全面的に否定することは許されない」としながら、他方で地公法37条そのものと憲法28条との関係をまったく問うことをせずに、これを無条件に合憲のごとくみていることは、極めて不可解なことである。学テ反対行動まで争議行為とみた点に事実誤認があると同時に、あまりにも「刑事罰からの解放」だけに走りすぎたきらいがある。

(10) この判決もまた、福岡地裁苅田事件判決と同様の「公務」論を、より仔細に展開している。「本件学力調査は、地教行法第54条第2項を法的根拠としてこれを実施し得るか否かについては問題があり、したがって、これが実施に関する前記各職務命令（学力調査実施に関する各地教委の校長に対する教育指導計画の変更命令、テスト責任者の任命、教職員をテスト補助員に任命せよとの命令、校長の教職員に対するテスト補助員の任命、等々を指す。……引用者注）にも問題がないわけではない」としながらも、判決は、行政行為の公定力の理論をもちだしたり<sup>(4)</sup>、この理論によって地公法32条・地教行法43条②を解釈したりして<sup>(5)</sup>、「上職務命令に対する服従を拒否することはできない」と結論している。判決は以下のようにその職務命令論を展開している。「一般に職員が自己の判断により上司の職務命令の違法であるか否かを判断し、違法と判断すれば服従の義務がない」となれば、「行政機構の組織的一体性が破壊され、行政の能率的機能が停止される」ことになってしまう。つまり、行政の組織的一体化・能率化が職務命令への服

従を要求する。しかし、もしも「上司の命令は絶対的で、事の如何を問わず必ずこれに従わなければならない」とするならば、「職員の人間的独立を無視する」ことになり、かつまた「自覚的人間を主体とする近代行政組織では許されない」ことになってしまう。つまり、職務命令への絶対的服従は、行政の近代化が容認しないものである。そこで、行政の能率化原理と近代化原理とを両立させるためには、上司の職務命令を職員が拒否しうる場合を「一見明瞭な形式的適法性を欠く場合」ないし「社会通念上重大かつ明白な瑕疵があるもの」に限定して、「実質的な内容に立ち入って審査しなければ容易に適法か違法か判明しない場合」には拒否しえないとしなくてはならない。要するに、これがこの判決の職務命令観である。

しかし、この職務命令論も人々を納得させうるものではないと思われる。

第一に、判決の展開しているこの論議は、行政運営に関するものであって、それ以上のものではないからである。しかも、一般行政の運営論であって、ことが教育行政の運営のあり方となれば、すでにこの運営論で十分だとは思われないからである。一般行政運営論としてみても、能率化原理と近代化原理とを十分に合理的に両立させているものとはいえず、むしろ著しく能率化原理を優越させてしまっているといわなくてはならない。

第二に、ことが教育行政の運営上の問題となれば、教育の内的事項上の事柄に向けてそもそも職務命令は発しうるのかがきびしく問われることになる。教員（集団）に「職務上の独立」が認められるかにつき論議のあるところだけでも、一般行政職員と同じような上命下服関係のなかにある人間として教職員をとらえることには、その掌る労働の特殊性に注目するかぎり、明らかに無理がある。教職員は上命下服関係のなかにあるわけではないから、また、一般行政職員のような上命下服関係を使用者とのあいだで形成することは許されないから、判決の論理は教職員にはあてはまらないといわなくてはならない。上命下服の関係を形成している労使間においてはじめて、「上司の職務命令への服従義務が生ずるのは、その職務命令にどの程度の適法性がある場合か」「上司

の職務命令に違法性が認められる場合にも服従義務は生ずるのか」等々の問題が問題となるのである。

第三に、いま一步すすめていえば、学テ実施命令は教基法10条の禁止する法律的・行政的な「不当な支配」に該当する。このような教基法10条の立法者意思にてらしてみれば、学テ実施命令は、「実質的な内容に立ち入って審査しなければ容易に適法か違法か判明しない」命令ではありえず、まさに「一見明瞭な形式的適法性を欠く」命令に該当することは明白である。その意味からいえば、むしろ教基法10条からは、服従義務ではなくて、服従拒否義務さえ発生するといわなくてはならない。

(1) 地公法61条4号を限定解釈したうえで、これは「地方公務員も勤労者であり、憲法第28条により労働基本権を保障されているのであって、国民生活全体の利益の保障という公共の福祉の要請からする争議権の必要最小限度にしてかつ合理性の認められる制限はやむを得ないとしても、その制限違反の行為に対して刑罰を科することは、争議行為の犯罪からの解放という歴史的経過、国際労働法理、強制労働を禁止した憲法第18条の趣旨等からして、原則として許されず、殊に同盟罷業や怠業のような単純な不作為に対しては、一般的にいつて刑事制裁をもって臨むべき筋合ではないこと等を考慮した結果にはかならず、単なる立法政策上の便宜の問題ではないと考えられる。」という。

(2) ① 争議行為の企画・共謀・指令・説得等の行為こそが争議行為推進の主導的・積極的活動であって、これらの主導的行動をとくに取り上げて禁止し、これについてのみ刑事責任を問うとしたのが37条①後段、61条4号であるとの見解を退けて、判決はいう。「争議行為は、本来組織的、統一的な一連の団体行動であって、その実態に即してみるならば、社会的現象としての労働争議は、起るべくして起る客観的条件が先行し、さらに主体的条件として、組織内部において当面の問題について明確な意識を持たしめ、団結意思を形成強化し、その団結意思を組織体として最後まで維持結束し、統一的にこれを実現せしめるためには、まず組合幹部による闘争方針案の企画、立案に始まり、民主的な組織内での自由な討議、討論を経て多数決により決定され、次いで上部機関から下部機関ないしは各組合員に対して指令、指示の発出、伝達となり、その間組合幹部から各組合員に対しましては組合員相互間の争議行為への参加の呼びかけ、勧誘、説得、懲慚、激励、連絡、通知、情報の交換等が行なわれ、さらに上部機関からの各組合員に対する指揮、統制、流動する情勢に即応した行動規制等の諸

々の一連の行為の集積の結果として遂行されるのであって、これが正に争議行為の通常の姿なのである。このように、争議遂行過程において行なわれるこれらの一連の相互に関連し合う行為は、一般的にいて、争議行為が集団性をその本質とする以上、これに不可欠かまたは通常随伴する行為であって、特異な現象ではない。しかるに、これらの行為も、一般的定義に従えば、企画、立案、討議、決定が『共謀』となり、指令、指示の発出、説得、懲慥、通知、連絡が『あおり』『そそのかし』に該当することになるであろうが、争議の実態からするならば、争議行為の実行行為者である大多数の組合員は、その関与の仕方において、『共謀』『あおり』『そそのかし』等のいずれかの行為をしたことになり、これらの者すべてが積極的に争議行為を指導した者として処罰されることとなり、かくては、地方公務員法が争議行為の実行行為者を処罰しないものとした趣旨が全く没却されてしまい、実質的には、刑罰をもって全面かつ一律的に争議行為そのものを禁止する結果となるのである。」

②「争議行為という組織的、集団的違法行為においては、組織指導者の共謀、教唆、煽動の行為は、争議行為の原動力となり、これを誘発する影響力と危険性において、争議行為に参加した個々の実行行為者の行為とは、その可罰的評価を異にするので、集団的違法行為の責任は、その原動力となってこれを企画、立案、討議して指令、指示、説得、指導した者にあるのであり、したがって、これを処罰すれば、集団的、組織的な違法行為の実現を防止することができ、争議行為の実行行為者を処罰する必要はないとするところに地方公務員法第61条4号の合理的根拠が存する」と説く説をも退けて、つぎのようにいう。「争議行為は、組織的、統一的意思に基づく団体行動であって、各組合員による民主的な討議討論を経て、多数決により決定されたところから従って実行に移されるのが、通常の姿であり、必ずしも組合幹部のみの独断的意思に基づきその意図のままに行なわれるものではなく、時には一般組合員多数の意思により提案決定され、組合幹部は、ただその決定に従って指令、指示を発出するに過ぎない場合もあり得るのであって、要は、組織内部における地位、職責に応じて割り当てられた行為を分担し、一般組合員とは異なる仕方で争議行為に関与するのであり、企画、立案、討議、指令、指示、説得その他通常行なわれる指導行為もその職責上当然になすべき行為であって、その地位からして一般組合員に与える影響力の大きいことは当然であるとしても、広い意味では争議行為参加の一態様としてその遂行と同等に評価されるべきものであり、これを一般組合員の実行行為と別異に評価すべき合理的理由はなく、組合幹部の行為のみが、争議行為に及ぼす影響力の大きい故に常に必ず違法性が強く、可罰性があるものということとはできない。」

- (3) 判決は公務員の争議行為についてつぎのようにいっている。「公務員の担当する職務は多種多様にわたり、その職種や地位により、程度の差、直接間接の相違はあっても、等しく国民生活全体の利益と密接な関連を有するものであり、したがって、公務

員が争議行為により組織的、集团的に労務の提供を拒否するにおいては、国または地方公共団体の業務の正常な運営を阻害し、その業務の停廃が国民ないしは地域住民の生活に重大な障害をもたらすなど社会公共に及ぼす影響が大きいことは多言を要しないところであり、このことは、国または地方公務員たる教職員についても同様である。」と。

- (4) 「これらが違法であるか否かは容易に判明し得る事柄ではなく、法律専門家にとっても幾多困難な問題を包蔵しているのであるから、たとえ校長を含めた教職員らにおいてその適法性について疑念を抱いていたとしても、前説示の理由により、上職務命令に対する服従を拒否することはできないものといわなければならない。このことは行政行為の公定力の理論からいっても当然である。すなわち、行政行為が一たん成立すれば、たとえその成立に瑕疵があっても、行政上の争訟の提起によりまたは職権で取り消されるまでは、それが重大かつ明白な瑕疵を帯有しているため無効であると認められる場合を除いては、何人もその効力を否定することはできず、これを承認すべき義務があるのであって、本件学力調査およびこれが実施に関する前記職務命令には社会通念上重大かつ明白な瑕疵があるものといえる以上、教職員において上職務命令に従う義務があったものといわなければならない。」
- (5) 地公法32条、地教行法43条②は、「教職員の法令および上司の職務上の命令に従う義務を規定しているが、一般に職員が自己の判断により上司の職務命令の違法であるか否かを判断し、違法と判断すれば服従の義務がないということになると、行政機構の組織の一体性が破壊され、行政の能率的機能が停止されることになり、他方、上司の命令は絶対的で、事の如何を問わず必ずこれに従わなければならないとすることは、職員の人間的独立を無視するものであり、自覚の人間を主体とする近代行政組織では許されるところである。したがって、職員が上司の職務命令を違法であるとして、その命令への服従を拒否し得るのは、一見明瞭な形式的違法性を欠く場合に限るべく、実質的な内容に立ち入って審査しなければ容易に適法か違法か判明しない場合には、職員にその適否を審査する権限はなく、たとえその主観において、職務命令の内容が違法または不当と考えられるものであっても、それが客観的に違法であることが明白でない以上、職員はこれを拒否することができず、ただ職務上の上司に対してこれに関する意見を述べるに過ぎないものと解するのが相当である。」

#### 第4節 札幌高裁「学テ阻止公務執行妨害事件」判決

札幌高裁は、昭和43年6月26日、検察側の控訴を退けて、旭川地裁判決と同じく、被告人らの公務執行妨害罪の不成立（＝無罪）を判示した。何をもって

公務執行妨害罪の成立要件とするのか、この問題につき評価に値する判旨を展開した点で、この判例は注目されるものの一つとなった。学テ闘争等の教育闘争における教職員・住民の団結行動は、地公法37条・61条4号による処罰からはもちろん、公務執行妨害罪からも解放されなくてはならないが、この判例はその解放を達成したものである。なお、旭川地裁、札幌高裁のいずれにおいても、建造物侵入、暴行、公務執行妨害などの罪責が成立するかどうか争われており、地公法37条・61条4号等はまったく問題となっていない点も、この裁判の特徴の一つである。以下、本事件判決について考察をすすめよう。

### 事件の概要

文部省は昭和35年秋頃、全国中学校2・3学年の全生徒を対象とする一斉学力調査を企画し、これを雑誌等を通じて明らかにした後、昭和36年3月8日付文部省初中教育局長、同調査局長連名による『中学校生徒全国一斉学力調査の実施期日について（通知）』と題する書面および同年4月27日付同連名による『昭和36年度全国中学校一斉学力調査実施について』と題する書面を、調査実施要綱を添付して各都道府県教委教育長等にあて送付し、各都道府県教委に対し、地教法54条②に基づき、上調査実施要綱による調査およびその結果に関する資料・報告の提出を求めた。そこで、北海道教委は、同年6月20日付教育長名の通達により道内各市町村教委に対して同旨の調査およびその結果に関する資料・報告の提出を求め、これを受けた旭川市教委において、同年10月23日同市立各中学校長に対し、学校長をテスト責任者として各中学校における本件学テの実施を命ずるにいたった。かくて、旭川市教職員組合による学テ反対闘争が展開されることになった。

この公務執行妨害罪で被告人となった Y<sub>1</sub>～Y<sub>7</sub>（北海道公立学校教員等）は、いずれも、旭川地裁判決（昭和41年5月25日）では、公務執行妨害無罪・建造物侵入等有罪とされているが、各被告の具体的所為については『教育裁判判例集Ⅱ』（前出）の133ページ以下にゆずり、ここでは細論しない。

## 教育権論

(1) 所論（旭川地裁判決を不服として控訴した検察官側の主張を指す。以下、同じ。）は「原判決（旭川地裁昭和41年5月25日判決）が本件学力調査実施の実質上の主体を文部省と認定したのは調査主体の認定を誤った違法がある」とする趣旨の主張をするのに対し、まず、このような所論の主張こそが「実態にそぐわない見方」であるとしてこれを退けている。

① なるほど、本件学力調査は各市町村教委が地教行法23条17号により教育に係る調査を行なうという名目でなされているから、形式的には各市町村教委がその主体であるといえるかもしれない。しかし、実質的にはまったくそうではない。というのは、この調査は、「その対象者、調査教科、実施期日および時間割、問題作成の手續、調査実施機関の系統および各機関の役割、調査結果の整理集計および利用等の一切を文部省が定め、各地方教委においてはこの点についての裁量の余地がなく、文部省の企画指導どおりに本件学力調査を実施しその結果を報告すべきものとされている」のだからである。

② 所論は、また、「本件学力調査は文部省と都道府県教委および市町村教委の3者の協力による調査であって、調査の目的に最も即した方法として文部省が調査期日等を統一しこれによる調査結果の提出を求めることは最も望ましい協力方法である」旨をのべ、市町村教委に自主性・主体性があったと強調する。しかし、「本件学力調査の実施要綱の作成等に当って文部省が地方教委の意見を何ら求めていないこと」からみても、また、文部省は「地方教委は本件学力調査をその実施要綱に従って実施することを法的に義務づけられると解してその旨の行政指導を行ない、市町村教委においてもそのように受け取っていたものと認められること」からみても、3者の協力関係があったとは到底認められない。だから、原判決が実質上の主体を文部省と認定したのは相当であった。

(2) では、文部省は本件のような学力調査を実施する権限はあるのか。

① 「本件学力調査の実施のためには各学校において授業計画の変更を必要

とするが、これは実質上、文部省が各学校の教育内容の一部を強制的に変更させることを意味する。」

② この調査は、その実施要綱から明らかなように、「全国中学校生徒を対象としてその学習の到達度および学校の教育効果を知るという性質を持ち、かつ正規の授業時間内に教員等の監督の下に行なわれるうえ、その結果は生徒指導要録に記載すべきものとされていることである。すなわち、それは教員が特定の教科について自己の学習指導の結果をテストによって把握するのと何ら異ならず、教育的な価値判断にかかり教育活動としての実質を有するといわなければならない。」

③ 「さらに無視できないのは、原判決も指摘するように、本件学力調査の日常の学校教育活動に及ぼす影響ということである。」このような調査が全国中学校の全生徒を対象として実施されるなら、教育の現場において、その調査の結果が各学校・各教員の教育効果（成績）を測定する指標としてうけとめられ、その成績を向上させるため、「日常の教育活動を、調査の実質的な主体であり問題作成権者である文部省の学習指導要領等に盛り込まれた方針ないし意向あるいは従前の調査問題の傾向に沿って行なうという空気を生じ、教員の自由な創意と工夫とによる教育活動が妨げられる危険がある」。もちろん、このような危険が単なる抽象的な危険にとどまるか、あるいは現実的なものとなるかは一概にはいえないが、この「危険は現に一部の県において現実化している」のであるから、「本件学力調査は、その持つ諸特性、すなわち、その対象者、教科の限定、問題の作成方法、調査の実施方法、結果の利用方法等からみて、客観的にも——程度の差こそあれ——上のような現象にいたるおそれを内包している」と認めざるを得ない。」ものである。

④ 以上の3点からみて、「本件学力調査は生徒に対する教育活動としての性格を帯びるとともに、文部省の学校教育に対する介入の面をも有し、ひいては——文部省がそれを意図ないし意識するか否かにかかわらず——現場の教育内容が文部省の方針ないし意向に沿って行なわれるおそれをはらむ」といわ

ざるをえない。果たして「現行教育法体系のもとでこのようなことが許されるのであろうか。」

文部省にはこのような教育内容統制権限が法認されているというような現行教育法解釈は、果たして成立するのであろうか。

(3) 教基法10条の規定の趣旨にてらしても、上記のような法解釈は到底成立しない。というわけは、およそつぎのとおりである。

① 教基法10条の規定の趣旨は、「かつて我国においてみられた教育の国家統制に対する反省の上に立ち、教育が政治等による不当な支配を受けることなく、国民全体のものとして自主的に行なわれるべきものとするとともに、教育と教育行政とを分離し、教育そのものは人間的な信頼関係の上に立ってはじめからその成果をあげ得ることにかんがみ、教育の場において被教育者に接する教育の自由な創意と工夫とに委ねて教育行政機関の支配介入を排し、教育行政機関としては、上の教育の目的達成に必要な教育条件の整備確立を目標とするところにその任務と任務の限界があることを宣明した」ところにあるからである。

② 所論の指摘するように、「教育は近代国家にとって最も重大な関心事であり、教育の振興は国や地方公共団体に課せられた重大な使命であ」るから、「ここにいう教育条件の整備確立が教育施設の設置管理、教育財政および教職員の人事等の教育の外的条件の整備に限られ、教育行政機関の教育内容および教育方法等への関与が一切排除せられている」とすることはできない。所論にも理由がある。しかし、このことは、所論のいうように、国の教育内容統制権限が法認されていることを意味しない。所論には理由がない。教基法10条の沿革・趣旨等からすれば、「上の教育内容および教育方法等への関与の程度は、教育機関の種類等に応じた大綱的基準の定立のほかは、法的拘束力を伴わない指導、助言、援助を与えることにとどまる」と解さなくてはならない<sup>(1)</sup>。

③ そうだとすれば、「もし教育行政機関にして、上の限界を超え教育内容等に介入することがあるならば、それは教育基本法10条1項の『不当な支配』

になるといわざるを得ない。この意味において、国、地方公共団体等の教育に関する権限を有する機関もまた同条1項の『不当な支配』の主体たり得るのである。」

ところで、「不当な支配」の主体をどう解するかをめぐっては、教育行政当局はその主体とはならないとする見解と、それこそがその主体となるとする見解とがあり、いまなおまっ向から対立している。前者が文部省筋の見解であり後者が教育法学がすでに論証をすませた見解であるが、この見解の対立は、教育裁判のなかで検察側と弁護側の基本的論争としてあらわれているだけでなく、判決そのもののなかにもあらわれている。だから、『『不当な支配』の主体をどうとらえているか』という観点だけから諸説をみていっても、それだけで相当のページの論文が一つ完成するほどである。教育法解釈のなかでは、この問題はそれほどの核心的・鍵的な問題なのである。

この高裁判決は、教基法10条の沿革からみて「主として問題になり得るのが、原判決のいう国家の行政作用（特に権力的な作用）であることは否定できないであろう」として、この問題につき相当に明確な態度を示したが、実は、かつて文部省内の教育法令研究会の『教育基本法の解説』（国立書院、1947年）が示した見解を採用しながら、原判決、所論のいずれにも若干ずつ言及している<sup>(2)</sup>のである。

(4) 「以上述べたことからすれば、前述した性質、内容および影響を有する本件学力調査の実施が許容されない」ことは明白である。「本件学力調査は実質的にみて教育基本法をはじめとする現行教育法秩序に反するものとして違法と断ぜざるを得ない。」

高裁判決は、こうして、本件学力調査の教基法10条違反＝実質的違法を判示したわけである。そして、この結論にもとづいて、さらに所論を批判しているのである。

① 所論が、初等・中等教育の内容に対する国の行政作用の関与の必要性を説き、また、学教法38条・同法附則106条により、中学校の教科に関する

事項は文部大臣がこれを定める旨規定されており、かつそこにいる「教科」には狭義の教科のみでなく教育課程も含まれると解すべきであるから、同法施行規則54条の2の規定と相まって、文部大臣が教育課程の基準として定め公示した中学校学習指導要領には法的拘束力があり、原判決にはこの学習指導要領の法的拘束力の範囲を不当に狭く解釈した違法がある<sup>(3)</sup>と、このように主張しているのに対し、本判決は、上記の国の関与の必要性ということから直ちに前記のような内容・性質・影響を有する「本件学力調査が許容されると解することには論理の飛躍があろう。」とのべてこれを退けている。

② 所論は、要するに、「本件学力調査の問題が法的拘束力ある学習指導要領に準拠して行なわれたことをもってその適法性を論証しようとするものと解せられる」けれども、むしろ原判決が説示するように、学教法38条が「文部大臣に、学習指導要領にみられるような教育内容や教育方法についての詳細な定めをなす権限を与えたものとは到底解され」ないのであり、「同条は、中等教育が義務教育であることを考慮し、その教育課程の編成について、文部大臣が義務教育であることから最少限度要請される全国的画一性を維持するに足る大綱的な基準を設定すべきものとした趣旨に解するのが相当である。」大綱的基準の設定権者としてなんらのためらいもなく文部大臣があげられているが、私は、前述したように、この点は再考を要すると考えている。この点とも関連して、いわれている「義務教育」概念の内容についても、これを「権利教育」としてとらえかえしているのかどうか、疑問が残る。しかし、これらの問題への論究をここでは留保することにするなら、「したがって、学習指導要領のうち、上のような大綱的な基準の限度を超える事項については、法的拘束力がなく単に指導助言的な意味を有するとしなければならない。」というような把握や、「そうすると、文部省が本件学力調査におけるような具体的な問題を作成し、これを実施したうえその結果の報告を求めるといようなことは、明らかに文部省の権限を<sup>ゆえつ</sup>超越するものというほかない。」というような結論は、極めて妥当だとするほかないだろう。

③ なお、所論が学習指導要領は教育内容についての国家的大綱的基準を設定したにとどまると主張するが、「学習指導要領の内容からみて、そのように解することはできない」と断じて、判決は所論の主張を退けている。

(5) 所論は「本件学力調査は地教行法54条②を根拠とするもので手続的適法性は明白である」旨主張しているが、同法同条項は「本件学力調査の手続上の根拠規定とはならない」から、手続的違法性を免れることもできない。

① 地教行法54条②は教育行政機関の調査(＝行政調査)を予定しているが、「そこにいう調査の範囲、内容等はやはり現行教育法体系全体との関連において決せられなければならない」。教基法等において教育と教育行政との分離が基本とされている以上、そこにいう「調査は教育活動としての実質を有しない客観的な資料の把握にとどまるべきもの」である。「教育的な価値判断にかかり教育活動としての実質を有する」ものは、ここにいう調査の「わくを超えるもの」である。

② 「地教行法53条2項の規定と対比して考えると、上54条2項は、地方教委が自主的に実施した調査等の結果を文部省等においても必要に応じて有効に利用し得るためその提出要求権(地方教委からみればこれに応ずる義務)につき規定したものと解すべきであるから、本件学力調査のように、「文部省の資料提出等の要求に基づき地方教委が新たな調査をしかも文部省の企画どおりに実施し、その結果の報告を義務づけられるというようなことは、同条の本来予想しないところ」である。

③ また、この規定が地教委に対し既存資料の提出義務を負わせたにとどまらず、文部省の提出要求に見合う資料等がない場合は、新たな調査等を実施しその結果を報告する義務を負わせたものと理解するとしても、「調査の主体が地方教委とされる以上」は、この義務にもおよそ限界が存在するというべきであるから、「本件学力調査のように対象が広範囲にわたるとともに大規模な予算を伴ない、かつ地方教委において全く裁量の余地がない調査の実施を上規定によって地方教委が義務づけられると解することは到底できない」のである。

(1) 以下、2点ばかり補足しておく。

**第一。**判決は、この結論を補足して、さらにいっている。「このことは関係教育行政法によって、教育行政機関が全体として教育に対する監督統制的な性格のものでなく、広く指導、助言、援助を与える性格のもつとされていることから窺えるところである（地教行法48条、文部省設置法4条、5条等参照）。さらに、国については、教育委員会制度の採用によって教育の地方自治が徹底され、地方教委に当該地方における教育に関する権限が帰せられた結果（地教行法23条、33条、43条等）、その権限は、上地方教委の権限の範囲内の事項については、さらに制約を受けると解せざるを得ない。すなわち、国の前述した教育方法および教育内容等への関与は上の地方教委の権限と抵触しない、専ら全国的観点からなされる大綱的なものに限られるといわなければならない。」と。教基法10条が国の、あるいは行政権の、【教育内容関与に限界を設けているだけでなく、地教行法、文部省設置法の関係条規もそのような限界設定をしているというわけである。

**第二。**この辺で当判決がのべているところは、宗像説によって、その後の教育法学説によって、確認されてきたところであり、いまや教育法学的常識になっているものである。が、この常識に、私はつぎのような問題をぶつけて、この常識をさらに確かなものとしていきたいと考えている。

〔その1〕常識は、大綱的基準の定立、教育課程の編成・実施に関する指導助言（supervision）を文部省・教委等の行政権としているが、果たしてこれらの教育課程行政（curriculum administration）の主体が行政権であることがもっとも「教育条例」にてらしてふさわしいのかの問題が再検討されてしかるべきではないかという問題である。「専門職労働の専門職統制」の原理にてらせば、ここでは詳説は控えるけれども、当然に再検討されてしかるべき問題となる。詳しくは『教育専門職の理論』参照のこと。

〔その2〕当判決も展開している教育法学的常識を、いま図で示すならば、下図のようになる。ここで欠けているものは、教員から外的事項へ向けての斜線である。文部省・教委は、外的事項に関し実質的権限を有し、内的事項に関しても関与権をもっている。ところが、教員は、内的事項に関し実質的権限をもっているだけで、外的事項についてはなんらの関与権もないごとくである。いまかりに、この外的事項を教育条件（混合条件も含めて）と労働条件とに分けるならば、教職員団体は労働条件につき団交権等を享有しているわけであるし、教育条件についても「教育の必要が教育条件の特定のあり方を求める」のである以上、教員集団の教育条件のあり方に関する発言権・関与権は、一般に考え



られている以上に、手厚く保障されて至当である。そうでないと、行政権による教育条件面からの教育統制が達成され、教育そのものが他律性ないし条件内労働性をつよめることになってしまう。

〔その3〕 外的事項の整備確立のプロセスにおける学校事務職員等の役割について、まったく言及されていないことは、〔その2〕で指摘したことともかかわって大きな問題である。国民全体にたいする教育責任は、教職員集団の全体によって果たされていくのであって、教員集団だけによってそれを果たすことは不可能である。この点の認識が、ここでも、まったく欠落してしまっている。

- (2) 高裁(札幌)判決の補足 「もとより、上の『不当な支配』の主体は、国、地方公共団体に限られるものではない。その他、政党、労働組合、財閥、宗教団体その他個人にいたるまで、政治、経済、宗教等社会のあらゆる勢力がその主体たり得るといわなければならない。」

地裁(旭川)判決 教基法10条の「制定経過、ことに同法が戦前、戦中における文部、地方内務官僚や軍部等による強力なる中央集権的、画一的、形式的教育統制に対する反省を基礎としていること等の事情に照らして考えると、同条は、教育内容について国家の行政作用(とくに強権的な作用)の介入を抑え、教育活動の独立を確保し、教員の自由な、創意に富む、自主的な活動を尊重するという理念を基礎としつつ、教育行政の任務を教育条件の整備確立においていることが明白である。」

高裁による地裁判決批判 「所論の指摘するように、原判決が国家の行政作用のみが不当な支配となり得るかのように述べているのは少なくとも表現として適切を欠く。」

検察官論告 「蒲原大輔・伊藤栄樹『全国一せい学力調査の必要性和その合憲性・適法性』」「教育基本法10条1項にいう『不当な支配』とは、同項後段が、教育は国民全体に対し直接に責任を負って行なわれるべきものと定めていることから、政党その他の政治団体、職員組合、宗教団体その他の団体等、国民全体でない一部の勢力による支配を指すものと解せられる。教育行政機関も国民全体の意思とかかわりないような一党一派に偏した支配を行ない、また、教育界内部の団体であっても、特定の政治的主義のもとに教育内容、教育方針、教育制度の改革を推進するときは、不当な支配の主体となる場合がある。」

しかし、本項は義務教育諸学校における教育が完全な自主性、自律性を保障され、いかなるものからも一切支配を受けないことを意味するものではない。国は憲法26条により、各種の教育関係法律を制定し、教育の機会均等、義務教育制度の維持を図りつつ、教育水準の向上に務めて、国民の教育に関する権利、義務の実現、履行を保障する責務を有する。その責務を果たすため国民を代表する国会において適法に制定された法律に基づき、その法律を誠実に執行する責務を負う国の教育行政機関が行なう

正当な権利の行使は、もとより『不当な支配』にはあたらないというべきである。

また、教育について国民全体に対する直接の責任を規定する本項後段は、教育における民主主義の原理をうたったものである。すなわち国の教育行政も、国民の意思に基づいて、国民のために行なわれるべきものであるが、議会制民主主義の下では、国民の総意を反映しうる場合は国会であって、そこで制定された法律に国民の教育に関する意思が表明されているとみられるのであるから、教育行政機関は、法律に準拠して教育行政を運営する責務を有する。

この点については、旧憲法下における教育制度とは根本的な差異がある。かつては、主な教育関係法令は、帝国議会の関与を一切許さない勅令（大日本帝国憲法9条）によって定められ、教育施策の決定はあげて行政府にゆだねられていたため、官僚的な画一主義の弊も一部認められたのである。しかし、いまや教育行政は、前述のとおり、国民の意思に基づく法律を基本として運用され、しかも、教育委員会制度による教育行政における地方的特殊性の尊重も実現され、民主的基盤に立って運営されているのである。それにもかかわらず、現行法制下において、教育は全く自主独立であって、教育行政機関による法律に基づく規制をも一切受けるものでないと主張するがごときは、国民の意思に反する教育がなされた場合、国民がその責任を問うことを不能ならしめるのみならず、議会制民主主義の原理を無視した謬論といわざるをえない。このことは、教育基本法制定に至る過程での本条項をめぐる論議の経過に照らしても明らかである。

2 教育基本法10条2項にいう『諸条件』とは、教育の目的を達成するに必要な条件であるかぎり、いわゆる外的事項に関するものであれ、いわゆる内的事項に関するものであれ、そのすべてを含むものと解せられる。このことは、本項の規定上、いわゆる外的事項、内的事項に区分するなんらの文言を含まないのみならず、教育の目的を遂行するためには、すべての諸条件の整備確立を図る必要があることから、当然のことである。したがって、本項にいう条件整備には、学校施設、教育財政等の物的管理に関する事項のみならず、教職員人事等の人的管理のほか、教育課程の基準設定、教科書その他教材の取扱い等、教育内容についての管理に関する事項を含むものと解すべきである。この解釈は、現行の教育法制にも合致するものであって、教科に関する事項は監督庁（文部大臣）が定め（学校教育法20条、28条、106条1項）、文部大臣はその権限に基づき、教育課程の基準となる学習指導要領を定めて公示し（学校教育法施行規則54条の2）、また、地教法は、教育委員会の権限のなかに、学校、職員人事等の人的、物的管理のほか、教育課程、学習指導、教材等教育内容にわたる事項等の管理を含め（同法23条）、さらに、教育機関の管理運営の基本的事項につき教育委員会規則を定める権限を認め（同法33条1項）、学校教育法は、中学校長は校務を掌り、所属職員を監督する（同法40条、28条3項）旨定めているところである。

教育基本法10条2項にいう条件整備に関し、いわゆる外的事項、内的事項に区別して論ずる向きもあるが、元来、この区別は、中央教育行政機関と地方教育行政機関との教育事務の分担範囲の問題として唱えられたものであって、教育行政が関与しえない領域を定めるための基準としてではないとの沿革に照らして正当ではなく、また、両者は、相互に関連して（たとえば、外的事項である理科の実験設備は、内的事項たる教える内容が明確になってはじめて決定されるし、いわゆる外的事項である教員の定数も、いわゆる内的事項たる教育内容、教育方法等を度外視しては考えられない。）、その区分は不分明であり、教育行政の関与する範囲をこの区別により確定することには、なんらの合理性も存在しない。したがって、あたかも司法行政と裁判との関係のごとく、教育行政機関が教育内容および教育方法等に関与することは許されないとか、大綱的な基準の設定や指導、助言、援助を与えるにとどまると限定して解釈することは、全く不当であると断ぜざるをえない。」

- (3) この問題についての**原判決**判示。「教育関係法全体を総合的に検討」するなかで学教法38条等の規定をみると、「同条が文部大臣に対し教育課程の第一次的、包括的な編成権を与えたものとはどうい解されず、同条により、文部省が学校教育の内容や方法について詳細な規定を設け、教員の教育活動を拘束するというようなことは、法の予想しないところだといわなければならない。むしろ、同条は、初等、中等教育が義務教育であること等を考慮し、その教育課程の編成について、文部大臣が（前記の教育の独立および教育行政の地方自治等を尊重しつつ）大綱的な基準を設定すべきものとした趣旨に解するのが相当である。したがって、学習指導要領のうち、上のような大綱的な基準の限度を超える事項については、法的拘束力がなく、単に指導、助言的な効力を持つにとどまると解すべきである。」

みられるように、**高裁判決**判示とほとんどかわるところがなく、文部大臣が大綱的な基準の設定権を有すること、その基準については法的拘束力が認められること、等を判示しているわけである。が、果たして文部大臣の設定した大綱的な基準に**法的拘束力**はありうるのか。それについてもまた指導助言的な効力しかないという理解——相当数の教育法学者たちの見解——のほうが憲法・教基法の法制観として正しい。この点、1947年の学習指導要領が試案的・参考文献的な性格のものとしてあらわれたことにてらしても、納得のいく事柄であろう。

### 団結権論——旭川地裁判決にもふれながら——

札幌高裁判決は、本件学力調査が実質・手続の両面とも違法なものであり、しかも「この違法の程度が重大なものである」という観点に立って、さらに、

学テ反対行動の公務執行妨害罪の成立を認めなかったのである。その意味で、教育権を確保し確立するための団結権行使を刑事罰から解放した貴重な判例の一つであり、この点でも熊本地裁荒尾三中事件判決と好対照をなしている。

(1) 本判決は「公務執行妨害罪の成立するためには、当該公務の執行が適法であることを要すると解すべきであ」という、まことに正当な公務論に立っている。

(2) それだけではない。その適法性はその公務を執行する公務員の主観的意識において判断されるべきものではなく、「この適法性が備わっているかどうかの判断はあくまでも客観的になされるべきであ」とる。だから、「単に公務員において適法要件が備わっていると信じただけでそれが適法性を備えるものではない」わけである。校長がたとえ主観的に学テ実施を適法と判断しても、それは恣意性を免れないから「適法な公務」には該当しない。

(3) ついで、判決は、いささか不分明なことをいう。すなわち、「事後において純客観的にみるならば、公務員がその権限を適法に行使しようとした判断ないし認定に誤りがある場合でも、その行為当時の具体的な情況に照らし公務員がそのように解したことが相当であったと認められるときは、当該公務の執行はなお客観的にも適法なものとして公務執行妨害罪の保護の対象となると解すべきである。」と。公務を執行した当時においては、公務員は主観的には適法と判断していたけれども、その後に客観的にみるとその判断に誤りがあったというような場合でも、その当時の具体的・特殊な情況にてらしてみてもその誤認はやむをえなかったとするなら、その公務の執行は刑法上の保護を受けるというのであろう。しかし、この議論は人を納得させうるものではない。客観的にみれば違法行為であっても「当時の具体的な情況に照らし」てみると主観的に適法と判断したことが相当であったなら保護の対象となるといっても、「そのように解したことが相当であったと認められる」当時の具体的な情況とはどんな情況を指すのか、まことに不透明だからである。本判決のこの部分は、主観的・恣意的な適法判断にもとづく違法な公務の執行であっても、情況の如

何では適法の認定をうけるということによって、違法な公務の執行を容認する余地を残しているといわざるをえないだろう。

(4) さて、本件の場合には「公務の執行が特定の公務員の独自の判断によって行なわれた場合」に該当しないから、校長の法解釈に違法があったかどうかを追及してみても意味がない。校長には独自の判断をする余地がなかったといっってよい情況だったからである。「本件学力調査のように、それが上級機関の決定および指示命令に基づき行なわれ、現実に公務を執行した公務員に裁量の余地がないような場合は、当該公務員についてのみでなく上級機関をも含めて全体的にこれをなすことを要すると解するのが相当である。」からである。上命下服の関係にある末端公務員がその執行を命令された公務の内容と執行の適法性を確信していても、その末端公務員の主観があれこれの公務に適法性を付与するわけではなく、彼らの主観がどうであれ、適法性の判断は、まずは上級機関の決定内容につき下されなくてはならないというのである。まことに妥当な見解ではなからうか。

(5) ところで、「本件において、上級機関である文部省が本件学力調査が適法であるとしてこれを実施しようとしたことが相当であったとは認められない」のであるから、「直接本件学力調査実施の任に当たった学校長等の立場からすれば、自己の行為を適法と信ずるについて相当な理由があったと思われることを考慮しても、なお、本件学力調査が前述した観点からの適法性の要件を備えていたと解することはできない。」と、こういうことになる。

(6) かくして、本判決は、「本件学力調査は適法な公務の執行とは認められない」と判示し、公務執行妨害無罪を結論したのである。

(7) ところで、本判決の原判決にあたる旭川地裁判決（昭和41年5月25日）は、公務執行妨害罪に関してどのような判旨を展開していたのであろうか。そこには、さらに傾聴に値する論旨が含まれているように思われるので、以下、そのフォローをしておこう。

① 旭川地裁判決もまた、「本件学力調査が違法であり、しかもその違法が

はなはだ重大である」ことは明白であるとするとともに、つぎのような理由をあげて、「本件学力調査は、『適法な』公務の執行として、刑法上、これを保護すべき実質を備えていない」とする。その理由とは、第一に、文部省が地教法54条②の規定を根拠として学力調査を実施することには、同条の文理解釈からしても、はなはだ無理があること、第二に、事柄が教育内容に対する介入という重要な問題に関するだけに、文部省としては格別慎重な態度を必要としたこと、第三に、本件学力調査に対しては、教育関係者の間に反対が少なくなく、とくに、平素現実に教育の掌にあっており、かつ、調査実施を直接担当することの予定されている教員の間にも反対が強かったこと、その際に法的根拠の薄弱なことも十分指摘されていたこと、第四に、これらの事情を考慮すると、文部省が、法的根拠を整え、教育内容に対する介入の弊を避けるために十分な配慮を尽すことなく、地教法54条②に基づき本件学力調査の実施を強行したことは、「妥当を欠いたと判断せざるを得ない。」こと、以上の4つの理由である。相当にきびしい文部行政批判となっている。

② しかし、地裁判決は、以上のことからただちに「公務執行妨害罪の不成立」を結論したわけではなく、「行政行為の公定力の理論」について論究している。まず、「適法な公務の執行だけが刑法上保護されるのか」の点については、「理論上大いに問題の存するところであり、とくに、職務の執行が公務員の抽象的権限に属し、かつ、公務員が適法と信じて行為した以上、たとえそこに重大な瑕疵があっても、それが明白でないかぎり、『適法な』公務の執行として、これを保護すべきである、とする考え方は、いわゆる行政行為の公定力の理論とも関連し、傾聴すべきものを含んでいる」とのべ、公定力を無下に否認することはしていない。しかし、重大かつ明白な瑕疵がないかぎり違法行政行為も適法性の推定を受けるとする考え方は、吟味されてしかるべきであることも、明らかに示唆してみせている。

③ 行政権の権能を肥大させ「法の支配」から行政権行使を自由にしてしまふ、そこまでいきかねない危険性ははらんだ上記の考え方は「公定力」論に

対して、旭川地裁判決は、つぎのような痛烈な批判を加えているが、極めて妥当な見識を示したものといえそうである。札幌高裁判決よりもその説くところは明快である。

**第一。**「この『明白性』」ということをあまりに強調すると、重大な瑕疵のある（違法の程度が高い）公務の執行も、刑法上ほとんどすべて適法なものとして保護される結果となり、公務執行妨害罪について職務行為の適法性を要件としている法の趣旨が没却されるおそれがある。」とのべて、本判決は、公務執行妨害罪の成立要件に「職務行為の適法性」があること、刑法の該当条規の趣旨にてらせばこの点は明白であること、等を指摘している。「明白性」の過度の強調は刑法該当条規の立法趣旨に反するとの指摘は、教育闘争を公務執行妨害罪の罪名による処罰から解放していくうえに、大きな意義をもっている。

**第二。**行政行為の公定力の本質は、けっして「違法な行政行為に対し国民の無条件の服従を要求するものではない」のである。「行政行為の公定力の本質は、行政に関する簡明なものをとするため、いったん成立した行政行為については一応その有効性を擬制し、これに反する権利関係を主張しようとする者は特定の争訟手続でその旨の確認を受けなければならないものとするところにあるのであって、違法な行政行為に対し国民の無条件の服従を要求するものではなく、したがって、行政行為が、必ずしも明白とはいいがたいが、重大な瑕疵を帯び、現行法秩序に全く違反する場合等について、これに刑法上の保護を否定することは、公定力の理論と矛盾するものではないと解される。」という。あれこれの行政行為の違法性が必ずしも明白なものではなくても、その行政行為が、重大な瑕疵を帯有していて、現行法制を組み立てる原理と相容れないようなときには、刑法的保護の対象とならないとのべて、その際には公定力は認められないというわけである。公定力というものを認めるか認めないかで法学者間に論議がある（たとえば渡辺洋三説と長谷川正安説とのあいだ）けれども、公定力の作用範囲にもおよそ限界があることを明示した点で、注目に値する。

**第三。**ついで、判決は、つぎのようにいう。

「むしろ、国民の基本的人権を尊重し、行政権の行使が厳格に法律にしたがって行なわれるべきことを要請している現行法秩序のもとにおいては、行政行為について、その行為当時の状況を基礎として判断しても、なお重大なる違法があると判断される場合には、これを公務の執行、すなわち国家（地方公共団体を含む。）の行政作用としては刑法上保護しないとするのが正しいとおもわれる。」と。

基本的人権の尊重、法律による行政＝近代法治主義、これを現行法制を貫くところの基本原則と解するかぎり、「行為当時の状況」の如何は「重大なる違法」の例外的取り扱いを許すものではないと判示して、札幌高裁判決よりも高レベルの「法の支配」についての理解を、この地裁判決は示したのである。補足的に、「事後的に、客観的に判断して、公務員に重大な権限逾越があると認められるだけでなく、行為当時の具体的な諸状況を基礎とし、社会通念に照らして判断しても、公務員の権限ありと信じたことが相当であったと認められない場合等」でも、その公務の執行は刑法的保護に値しないとのべている以上、この旭川地裁判決については、そのような評価が可能である。というのは、第一に、事後的・客観的にみて重大な違法があったとき、第二に、行為当時の状況にてらしてみてもそれがあったとき、第三に、行為当時の具体的な状況および社会通念にてらして公務員に適法行為の主観的<sup>・</sup>信念<sup>・</sup>があったとしてもなお客観的には重大な違法があるとき、このいずれの場合にも不法行為たるを免れないとしているからである。これほどに厳格な適法性についての判断に立たなくては、基本的人権を行政権力による侵害から守り切ることはできないであろう。行政行為の公定力に関する学説の研究は、私にはいまだ不足しているけれども、学説的にも高い評価に値する公定力論に立っていると見えるのではなからうか。

なお、この判決は、さらに注意的に「このように解しても、公務の執行に対し国民のいたずらな反抗を惹起したり、公務員の保護に欠ける結果にはならない」理由をのべていることを指摘しておく。<sup>(1)</sup>

第四。つぎのような判示は、札幌高裁判決の場合とまったく同じである。「本件公務執行妨害の客体は、直接には校長等の行為である。そして、校長等の立場から見れば、校長は上級官庁である教委の命令に従って本件調査を実施しようとしたのであり、校長等が自己の行為を適法と信ずるについては相当の理由があったともおもわれる。したがって、『適法性』の問題を、校長等の立場だけにかぎって考えるならば、適法性を肯定すべき余地が大きい。しかしながら、公務執行妨害罪の保護法益は、当該公務員の個人的な法益ではなく、公務員によって執行される公務そのものを保護しようとする国家的な利益である。したがって、そのような公務の執行が適法であるか否かを判断する場合には、当該公務員の行為のみを切り離して考えることはできず、国家の行為として、上下関係の関係にある全ての機関を一体として、全体的に観察すべきである」から「被告人らの所為を、公務執行妨害罪に問うことはできない」とする判示がそれである。「一体として」考えるとして無罪としたことは評価できるが、なお、若干の吟味すべき問題がある。

事実上の現行法制度では、なるほど教委と校長は上下関係を形造ってしまっている。だから、この事実にもくしてみれば、判決の判示は正論である。

しかし、第一に、教委と校長とは、どのような方面からみても上下関係にあるというようなことがそのまま肯定されていてよいのであろうか。そうであれば、「教育の自由」も「学校の自治」も成立のしようがない。条件整備面では上下関係が成立しえても、教育面ではそうであってはならないのであり、学校の教育面を対外的に代表するかぎりでは、校長は、教委に対しても「不当な支配」を排除しうる権限をもっていると考えなくてはならない。少なくとも校長が相当程度まで教委の要請から自由でなくては、およそ「学校の自治」などありえない。

第二に、校長等は教委の命令で学テを実施しようとしたのだから、「校長等の立場だけにかぎって考えるならば、適法性を肯定すべき余地が大きい。」というけれども、果たしてそうであらうか。なるほど「上司の命令に従う義務」

は、地教行法43条、地公法32条、等々にある。しかし、この服従義務はどのような方面からの上司の命令についても生ずるわけではないはずである。やはり、教育の内的事項等に関係する命令には、むしろ服従拒否義務さえあるわけである。そうだとすれば、校長は、学テ実施を上記の法条規に従って命令されたのだから、その命令の「適法性を肯定すべき余地が大きい。」などとはいえない。命令拒否のほうがはるかに適法性の肯定余地が大きいのである。

以上、私は、「一体として、全体的に観察すべきである」こと自体には、現実の状況にてらしてみても異論はないが、教育に直接関係する事項までもが上下関係＝上命下服関係のもとで決定され執行されている、そのような公教育運営の現実に対しては教基法10条の原理にてらしてきびしい吟味・批判を加える必要があったのではないかという観点から、この地裁判決の内容につきあえてその問題点を指摘してみた次第である。もちろん、私は、この判決が、その他の多数の判決における公務執行妨害罪論に比較して、まれにみるすぐれた判断を示していることについては、はっきり意識しているけれども。

- (1) その理由としては、「なぜなら暴行又は脅迫により公務の執行を妨害する者は、常に、将来裁判でその公務の執行が『適法』と判断され、公務執行妨害罪に問われる危険を負担しているのであり、しかも、公務の執行が『違法』と判断された場合にも、暴行または脅迫について正当防衛その他違法阻却の事由が認められないかぎり、公務員個人の法益を侵すものとして、暴行罪、傷害罪、脅迫罪等により処罰されることを免れないからである。」ことをあげている。

この理由内容について、若干分析的にみておく。① 適法な公務の執行の妨害が処罰されることは、いってしまえば当然であろう。違法な公務につき、妨害罪そのものはもちろん成立しないわけである。② ところで「明白な違法」公務は存在しないとすれば、問題は、違法性の程度の認定に両当事者間で相違がある場合である。そうした場合、「違法阻却の事由」があれば、不処罰となる。では、どういうときに公務執行妨害罪につき違法性が阻却されるかといえば、抵抗する側の抵抗権が実定法上に根拠をもって、その抵抗権の行使として公務執行阻止行動にでた場合である。だから、そのような抵抗権の存在の、その実定法上の根拠の、証明が必要不可欠となり、そうでなければ「不当な支配」（教基法10条）にあたる公務の執行を阻止しつつ、なお処罰も処分もいけないというようなことは、困難であろう。③ 適法性について疑

義のある公務の執行の阻止にでるときでも、暴行、脅迫、傷害等を加えれば処罰されるであろう。だから、実力による阻止といっても、その実力は許容される範囲内のものにとどめる必要がある。ピケットを張るとか両脇からかかえて外へつれ出す程度のこと、およそ暴行といわれるものの範囲には入らないだろう。

さて、以上、札幌高裁・旭川地裁の、極めてすぐれた「公務執行妨害罪の成立要件」論をみてきたけれども、教職員・住民の教育闘争を真に公務執行妨害罪から解放するためには、「成立要件」論をより精密に仕上げるだけではいまだ足りないのであって、そこからさらに一步すすみ、より積極的な団結権論の構築の仕事にとりかかる必要があると、私はそのように考えている。その理由は2つほどある。

第一。あれこれの所為が公務執行妨害にあたるかどうかはその公務の適法性ないし違法性の程度によって判定されるとするならば、そしてしかも、その程度の問題が結局のところ裁判所の判断にまつほかない——行政側が、適法性の程度をできるだけゆるやかに解しようとしたり、違法を適法と主張したりする、そのような不可避的な傾向があること、運動側がしたがって違法な行政行為の不当性をすどく追及することになること、問題をはらんだ特定の行政行為の適法性をめぐって両者間に争いが生ずることは多様な法解釈の成立が価値観の多様化（対立的要素まで内在させての）のなかでは不可避であることを考えるなら明らかとなる——とするならば、違法な公務執行への抗議・抵抗・拒否・阻止等の闘争は、それが公務執行妨害になるかどうかにつき、極めて不安定な状況に置かれることになるからである。

第二。その執行が命令された公務、その公務の適法性に若干なりとも疑義がある場合、その公務の執行を拒否する行動、あるいは、そうした種類の公務の執行を阻止する行動、これらの行動を裁判所の事後における当該公務の適法性の程度についての判断まじの状態から解放するためには、それらの公務執行の拒否・阻止の団結行動を特殊な団結権の行使としてとらえる必要があるのである。つまり、形態上からみれば公務執行妨害行為とみえる行為であっても、当

該行為は実は特定の団結権の行使であると認められるとする、そのような法理論の構成が課題となっていると思われるのである。そして、このような法理論を構成していくうえに、すでにみた団藤重光説は、大いに注目に値すると思われるのである。団藤説につき再考しておこう。

「被告人らは、教育長らが本件学力調査実施の職務を行うため大槌中学校へ赴く途中、学校の近くの橋上において本件行為に及んだというのであって、もともと公務執行妨害罪的な様相を帯びた行為であった。」つまり、形式的・形態的には公務執行妨害罪に該当する。しかし、そのような罪名で処罰するためには、その公務の適法性に若干なりとも疑義があってはならない。ところが、本件学力調査については、「その合法性はかならずしも一義的に明白なものではなく、多くの重要かつ困難な論点を含んでいる。また、その合法性を前提としても、それが文部省の教育行政上の措置として妥当なものであったかどうかは、教育の本質の理解の仕方と深いかわりをもつ大きな問題である。かようにして、本件学力調査の合法性および妥当性をめぐって、とくに教育関係者のあいだで、はげしい論争がおこったのは当然であ」った。

団藤説は、本件学力調査の合法性および妥当性を以上のように問題とし、そのうえで、だから「この問題は表現の自由がもっとも強く保障されてしかるべき性質のものであった」という。憲法21条「表現の自由」の行使としてこの「公務執行妨害」行為は違法性が阻却されなくてはならないという。『教育専門職の理論』で提起した私見と奇しくも合致した団結権論であるが、この「表現の自由」権論をさらに仕上げることこそ、これからの教育労働法学にとっての基本課題であるといえよう。