

★ 東京高裁の付審判「抗告棄却」決定「理由」の概要は、以下のようなものです。

「公務員職権濫用罪の成立は認められないので、憲法の適合性を含め、その余に対する判断をするまでもなく、本件付審判請求を棄却した（東京地裁の）原決定は結論において相当である」

その内容としては、

- ① 本件通達や職務命令、及び、被疑者らへの憲法判断を避け、憲法 19 条、99 条等違反を、無視ないし否定している。
- ② 「学習指導要領」の「法規的性質」による本件通達や職務命令の正当性を指摘するが、同要領の「大綱的規準」としての「一定の限度」条件を判示した「旭川学テ」最高裁判例を無視している。
- ③ 懲戒権の濫用はなく関係法令に則ったものとして懲戒処分も是認している。
- ④ 被疑者らの職権濫用による不法行為や権利妨害についての事実認定を回避し、本人たちが「違法、不当な行為をするという認識がなかった」との供述のみを理由として「職権濫用罪」の判断を避けている。
- ⑤ 被疑者石原と他の被疑者らの関係性を「捜査」することもなく、「事情聴取における否認」や「公言」だけで共謀関係を否定している。

「抗告棄却」決定理由（要旨）（太字、傍線、※印等の強調は引用者による）

東京高等裁判所 刑事第 11 部（裁判長：池田耕平、裁判官：飯渕 進、裁判官：傳田喜久）

【主 文】 …… 本件各抗告を棄却する。

【理 由】

一、本件「抗告」の趣旨（※ 申立人の請求要旨）

本件各「付審判請求」を「棄却」した（東京地裁の）原決定は違法であるから、これを取消し、各被疑者を裁判所の審判に付するべきである。

二、付審判請求事実（※ 被疑者らの犯罪事実）

・被疑者横山、同近藤、同石原らの職務（略）

- (1) 被疑者 3 名（横山、近藤、石原）らは、他の都教委・委員らと共謀の上、それぞれその職権を濫用して人に義務のないことを行わせるとともに、良心に従って行動する権利の行使を妨害した。
- (2) 被疑者横山、同石原らは、他の都教委・委員らと共謀の上、それぞれその職権を濫用し

て人に義務なきことを行わせ、職務命令違反を理由とする処分に付した。

- ① 平成 16 年 3 月の卒業式での 193 名への戒告、減給処分
- ② 同年 4 月の入学式での 40 名への戒告、減給処分
- ③ ①②の処分に伴う「再発防止研修会」への出席強制、
- ④ 平成 17 年 3 月の卒業式での、53 名への戒告、減給処分
- ⑤ 同年 4 月の入学式での、10 名への戒告、減給処分

(3) 被疑者横山、同石原らは、他の都教委・委員らと共謀の上、それぞれその職権を濫用して人に義務なきことを行わせ、職務命令違反の戒告処分を受けたことを理由とする処分に付した。

- ① 平成 16 年 3 月の卒業式での、9 名の嘱託教員（合格者）への再雇用取消処分、
- ② 平成 17 年 3 月の卒業式での、1 名の嘱託教員（合格者）への再雇用取消処分、

三、当裁判所（東京高裁刑事 11 部）の判断（※【問題点、反論】…は、引用者による）

1、前提となる事実

(1) 学校における国旗掲揚及び国歌斉唱に関する国の政策

- ① 文部省（文部科学省）告示としての「学習指導要領」には、平成元年以降、「入学式や卒業式においては、国旗を掲揚するとともに国歌を斉唱するよう指導するものとする」という規定が置かれて現在に至っており、大綱的基準を設定したものとして法規的性質を有すると解されている。

※【問題点、反論】… 学習指導要領は「大綱的基準」として法規的性質があると解されているが、「誤った知識や一方的な観念を子どもに植え付けるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法 26 条、13 条の規定からも許されない」と、その指導内容において法規性の「限界」も判示されている。（昭 51/05/21、「旭川学テ」最高裁判決）

本件における都教委、及び、東京高裁の抗告棄却理由書における学習指導要領の「法規性」の主張は、この「限界」を全く無視している、

本件通達や職務命令は、「国旗掲揚、国歌斉唱」指導の細目において、起立、斉唱を強要するだけでなく、違反した場合には懲戒処分をするなど、「日の丸・君が代」の実施尊重形態に一方的な観念を子どもに植え付けるような一定の様式や価値観を強制しており、「旭川学テ」最高裁判決がいう「誤った知識や一方的な観念を子どもに植え付けるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法 26 条、13 条の規定からも許されない」とする「限界」を越えており、本件通達や職務命令は、憲法違反であると共に、「学習指導要領」違反でもある。

② 平成 11 年 8 月に「国旗国歌法」が公布施行されたが、その際、以下のような政府答弁をしている。

- (a) 施行後も学校における従前の国旗国歌指導に関する取扱いを変えるものではない

- (b) 児童生徒の内心まで立ち入って強制しようとする趣旨ではなく思想良心の自由を制約するものではない
- (c) 学校において、教員は学習指導要領により学習指導を実施する職務上の義務を負うことから、児童生徒に範を示すことによる教育上の効果を期待して校長は教員に対して「国旗国歌」を尊重する態度（起立斉唱等）を命ずることは、学校や教員という職務の特殊性にかんがみれば社会通念上合理的なものと考えられ、教員の思想良心の自由を制約するものではない
- (d) 国旗国歌の指導にあたっては全教員が一致協力して行えるよう配慮することが大事であるが、学習指導要領の趣旨を実現するため、校長は必要に応じ職務命令を発することもあり得るし、従わない教員には任命権者は懲戒処分を行うことが出来る

③ 同年（平 11）9 月、文部省は、全国の教委に対し、国旗国歌法制定を機に、学校において卒業式や入学式での国旗掲揚、国歌斉唱の指導の徹底を求める旨の通達を発している。

※【問題点、反論】… 国旗国歌を強制する実施上の理由のみが強調され、②(a),(b)における国旗国歌法制定の趣旨、及び、実施上の配慮等を全く考慮していない。

教職員の「職務上の義務」や「勤務の特殊性」における「憲法的権利の除外」は「本人の許諾」がある場合以外には認められない。何故なら、下位法規の「法律」、「規則」、「通達」、「命令」等で「憲法上の権利」が簡単に除外されてしまうのなら、憲法の「最高法規性」は画餅に過ぎなくなるからである。

また「思想良心の自由を制約するものではない」かどうかは、当事者本人しか決められないことであり、都教委や管理職が勝手に（個人の内心を）「制約」するかどうかを決められるものではない。そんな判断を権力が一方的に決するというのは「職権濫用」の極みであると同時に、そうした「権力」の横暴から思想良心の自由を護ろうとするものが憲法 19 条である。

今回のように明らかに「職権濫用」であり「違憲、不法」と思われる「職務命令」に対しては、「全体の奉仕者」としての公務員の責務から拒否できるだけでなく、上司への服務規程を越えて、その上司の「不法性」を告発すべきであろう。

(2) 都立学校における国旗掲揚及び国歌斉唱に関する東京都の施策

- ① 都教委は、国旗国歌法制定前から指導の徹底を求める通知を発していたが、都立学校における国旗国歌の実施率が低かったので、文部省からの通達（'h11/9）も踏まえ、教職員が指導を行わないときなどは服務上の責任を問われることを付加した上で、実施指針に従った一層の改善と指導の徹底を求める旨の通知を発するなどしていた。
- ② 都教育庁は、国旗国歌の指導についての課題検討資料として小冊子を作成し「日の丸」掲揚を巡る裁判例の概要等）を配布した。

(3) 本件通達（※ いわゆる「10.23 通達」）

平成15年(2003)に至り、国旗国歌の実施状況を調査した結果、都教育庁は、かねてよりの指摘が改善されておらず、父兄等の批判もあった実施上の課題が浮かび上がったとして、何回かにわたって検討が重ねられた結果、厳粛な儀式としての式典運営上の観点に加えて、式典開始前に内心の自由を説明するのは、児童生徒に国歌を斉唱しなくとも良いと受け止められることや、国歌斉唱を指導し範を示すべき教職員が国歌斉唱時に起立をしないのは教育指導上好ましくないことなどの理由から、所要の是正が必要との結論となり国旗掲揚、国歌斉唱及び会場設営等に関する細目を定めた本件通達案（いわゆる「10.23通達」）が策定され発布された。

※【問題点、反論】… 「厳粛な儀式」の様式や内容、「内心の自由の説明」の意義や効果、「（教職員が）起立をしないこと」への反応や影響等は、様々にあるのであり、被疑者ら都教委当局が抱くイメージや見解や価値観が絶対的なものとは言えないのであり、それらを教職員に「強制」するのは、誤った知識や一方的な観念に基づく偏った固定的価値観の押し付けに過ぎない。

これらの強制は、憲法19条（内心及び良心の自由）に違反するばかりか、「学習指導要領」の大綱的規準としての「法規性」を認めた「旭川学テ」最高裁判決（昭51/05/21）の「誤った知識や一方的な観念を子どもに植え付けるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法26条、13条の規定からも許されない」とする「限界」を逸脱するものである。

更に、その不法な観念と職務は、「職務命令」によって押し付けられているものであり、不法な職務命令の発出は、その違法性を発出者が「意識」していたか「故意」であるか否かにかかわらず結果として「職権の濫用」そのものであるか、若しくは、教育行政に不要な混乱をもたらし、教職員に不法な処分を与えた「憲法判断に対する重大な過失」及び「未必の故意」に当たる。

また、被疑者ら都教委の「日の丸・君が代」に対するこうした「脅迫的」尊崇観念は、戦前の日本において、「日の丸・君が代」が戦争や軍国主義、全体主義や国家主義のシンボルとしての役割を果たした歴史的成り立ちや、国家権力により人権を抑圧された国民感情への理解を欠いている。そればかりか、戦後日本が否定しているこれら「日の丸・君が代」的なものとしての国家主義や軍国主義的教育の復興を意図するものである。

これら、被疑者らの「日の丸・君が代」理解やその教育信条は、基本的に「現憲法の民主的理念」にそぐわないものであり、憲法を戴き民主教育を推進すべき教育行政当局の主要幹部としての資質が問われるべきものである。

その趣旨の説明及び周知徹底のための都立学校長が招集された説明会の席上、被疑者横山は、「都立学校への都民の信頼は高まっているが、残された課題が、入学式や卒業式における国旗掲揚及び国歌斉唱の適正な実施である。その解決のため本件通達を発することにしたが、学習指導要領に基づき適正に実施することを目的とするもので、単に儀式的行事の問題に止まらず、学校運営に対して校長の教育方針が明確に反映され、教育課程が適切に実施されることを意味する」旨などを述べた。

また、被疑者近藤は同じ席において、本件通達は校長に対する職務命令である旨念を押した上、各校長に対して本件通達に沿った職務命令を教職員に発するよう求めた。

※【問題点、反論】… それまで卒業式や入学式等の学校儀式は、どの学校に於いても児童生徒主体に精力的に取り組まれており、保護者や都民から支持されこそすれ、確たる非難を受けることはなく「都民の信頼を得る（為の）残された課題」とはなっていなかった。

しかし、一部、保守的な都議会議員等の突き上げにより、当時から、都教委の「問題意識」が「国旗国歌の適正な実施」に偏重していたにすぎない。

また、被疑者横山らの真の狙いが「日の丸・君が代」の適正実施に名を借りた「学校運営全体の権力支配」であることは、「（通達の発出が）単に儀式的行事の問題に止まらず校長の教育方針が明確に反映され、教育課程が適切に実施されることを意味する」と述べ、それを強権的な「職務命令」で一挙に実施しようとしていることで明らかである。

本件通達の発布以降、様々な機会を通じて各校長への指導を行ったが、高等学校教育指導課長は、「君が代」斉唱時のピアノ伴奏拒否での戒告処分取消請求訴訟における東京地裁判決（同年12/3）の中で、原告の思想の自由を制約するものであっても教育公務員として受忍すべきであり、憲法19条違反にならず、裁量権の濫用にもならないと判示されたことを紹介し、本件通達の実施方針が法的に裏付けられる内容である旨強調した。

※【問題点、反論】… 結局、この(3)項は、それまでの「日の丸・君が代」の実施率の低さの結果、それらの「適正実施」に向けて、「10.23 通達」の発出に至るまでの経過を述べているにすぎない。

しかし、その「10.23 通達」と「職務命令」は、平成18(2006)年9月21日のいわゆる「予防訴訟」東京地裁判決（難波裁判長）で、憲法違反として全否定されている。

(4) 平成16年春の卒業式及び入学式の状況並びに処分結果

校長は事前に職務命令を発したが一部の教職員は国歌斉唱時に起立等をしなかった（入場等しなかったことを含む）。事前に発した職務命令違反であることをも考慮し内規上の訓戒ではなく地方公務員法上の懲戒処分とした。（卒業式関係で193名、入学式関係で40名が戒告、減給、再発防止研修。再雇用合格取消（新規、更新）8名。）

※【問題点、反論】… 「入場等しなかったことを含む」という処分理由は、「開式前に所定の座席に着くこと」という「職務命令内容」を履行しなかったためと思われる。

このことは、「通達」や「職務命令」が、儀式的行事の「会場内」での「日の丸・君が代」を中心とした厳粛な秩序維持と、「日の丸」に向かって起立し、「君が代」を斉唱することを「目的」としているにも係わらず、会場外での「行為」まで罰するのは懲戒権の濫用であるばかりか、被疑者らが、基本的人権を徹底的に抑圧することに躊躇しないばかりか、教育に携わる者としては必須の資質であろうところの人権感覚が欠落していることを意味しているものといえる。

また、「事前に発した職務命令」の履行が問題であるならば、当日、「休暇等で欠勤」したり、会場外の「受付」業務などを担当させられていたりした者が、儀式進行中の「会場内」に参列した場合なども処分対象になるのでしょうか。

つまり、こうした処分の不明朗な「拡大解釈」は、権力者の恣意を無限に拡大させるだけでなく、教職員に、どこまでが「処分」されるのかについての「憶測」をうみ、「強迫観念」を増させ、学校教育全体への萎縮効果を増大させるものにしかならない。

(5) 平成 17 年春の卒業式及び入学式の状況並びに処分結果

校長は職務命令を発したが一部¹の教職員は起立等しなかった。事実関係を調査するなどした上、国歌斉唱時に起立しなかったこと（入場等しなかったことを含む）を理由として懲戒処分を行った。（卒業式関係で 53 名、入学式関係で 10 名に戒告、減給、停職処分。再雇用合格取消（新規）1 名。）

2、公務員職権濫用罪の成否

刑法 193 条「公務員職権濫用罪」の「職権の濫用」とは、公務員がその一般的職務権限に属する事項につき、職権の行使に仮託して実質的、具体的に違法、不当な行為をすることをいうと解されるので、同罪の成立には、被疑者にこの「職権の濫用」についての「認識」が必要であり、これがない限り、公務員職権濫用の故意があるとはいえず、同罪の成立は認められないことになる。

※【問題点、反論】… 「被疑者の認識及び故意がない」という結論については、下項にあるように、「事情聴取」における本人からの「供述」を全面的に信用しているだけであり、告訴告発人の申し立てを精査したりや司法職権に基づく「捜査」で得られたりした証拠ではない。

(一) 被疑者 3 名の職務権限

被疑者横山は、平成 12 年 7 月から平成 17 年 6 月まで、都教委の指揮監督の下に、都教委の権限に属するすべての事務を掌る教育長の職にあり、学習指導要領に基づく教育課程や懲戒処分等に関する一般的職務権限を有していた。

被疑者近藤は、平成 14 年 4 月から平成 17 年 3 月まで、都教委の事務を処理する教育庁指導部長として、教科指導や生活指導等を担当しており、教育課程に関する指示監督等の事務について一般的職務権限を有していた。

被疑者石原は、本件通達の発布等、一連の事務について何ら権限を有していなかった。

被疑者 3 名の職務権限については、職務命令を含め本件に関わる一般的職務権限を有しているが、被疑者石原は、本件通達の発布や教育課程に関する指示監督、懲戒処分等の事務について何ら職務権限を有していなかった。

※【問題点、反論】… 被疑者横山や同近藤、及び、都教委の教育委員らは、一部、議会の同意を必要としているとはいえ、すべて被疑者石原が登用し任命しているものである。

ここにあって、都教育行政の重大問題であるところの「日の丸・君が代」強制問題に

ついて、被疑者石原と同横山、同近藤らとの意思疎通及び課題の進め方についての意見のすり合わせがなかったとは絶対に言えない。

被疑者石原に「直接的」職務権限は無いという装いをしていたとしても、教育行政全体についての監督責任があるのは勿論、被疑者石原の日常的な超右翼的政治姿勢や国家主義的言動、超ワンマンとされる権力支配体質から見て、被疑者石原による「日の丸・君が代」強制問題に関し、都教委や被疑者横山、同近藤らへの積極的な指示、介入、承認があったと見るのは世間的常識である。

万が一、検察や裁判所が、「日の丸・君が代」強制問題を、学習指導要領の「法規性」や、表面的な「職務権限」の「事務的装い」にのみ矮小化させて国民の目を欺こうとする目的で、これらの施策を被疑者横山、同近藤らだけの「職務」であるとして、被疑者石原との共謀を否定し、埒外に「保護」しようとするならば、日本司法の「捜査力」の貧弱さを露呈したばかりでなく、政治権力に屈従した「権力の番犬」であることを天下に公言すると共に、司法への国民の信頼を裏切るに等しい。

(二) 被疑者横山及び被疑者近藤の認識について

(1) 前記認定の外形的状况に照らすと、「職権の濫用」についての認識を巡る状況として、次の事情が認められる。

- ① 被疑者横山や被疑者近藤が着任した（平成 12,14 年）当時、既に都に於いては、政府の政策、見解を踏まえて、「国旗国歌」（実施率向上のための）施策を進めており、両名はその方針に基づいて推進していた。
- ② 本件通達の発布に当たっては、「…対策本部」を発足させ論議検討の上、教委の了承を得て発布したものである。
- ③ 平成 16 年春、及び、17 年春の都立校の「国旗国歌」の実施に関しては、それまでに示されていた裁判例の検討を踏まえて職務命令等の方針を推進した。（少なくとも、違憲と判示した裁判例は出現していなかった）
- ④ 本件の懲戒処分等も関係法令に則って行われたものである。

※【問題点、反論】… 被疑者らと、本「理由書」は、本件通達や職務命令の発出はそれまでの都教委の施策の流れの中で出てきたものであり、被疑者横山や同近藤がその職務への着任により考案されたり推進されたりしたものでなく、彼らの個人的意思など入りようもなかったと言おうとしている。

しかし、当時において、彼らの地位と職務権限は、教育委員会や教育庁内において被疑者石原に次いで大きく、学習指導要領の解釈や「通達」や「職務命令」の内容、処分の発令等に至るまで、「日の丸・君が代」強制施策に主体的リーダーシップを執っていた。

そして、更に、憲法や教育基本法を蹂躪することによりその民主的理念を葬り、人の思想信条や人権を蔑ろにし、教育への権力介入を常態化させ、学校現場の異常な管理強化と思想弾圧で、それまでの自由で民主的な学校運営や教育活動がわずか数年の内に破壊され取り返しのつかない「教育荒廃」をもたらした責任は万死に値するものである。

こうした、この「日の丸・君が代」強制問題の帰趨に、彼らの識見・判断や決定力が、大きく影響していることは紛れもない事実であるので、執行責任、及び、結果責任を負

うべきである。

(2) ところで、被疑者横山は、本件付審判請求に先立つ（東京地検が「不起訴」とした）告訴告発事件における検察官の事情聴取に際し

「平成 15 年春の卒業式や入学式で、国旗掲揚の仕方に問題があったり、国歌斉唱時に教職員が起立しないなどの問題点があり、これに対応するためには、校長が教職員に指示しやすいように具体的な通達が必要と考え、対策本部を立ち上げ検討を重ねて、本件通達を發した。通達の狙いは、学習指導要領にあるとおりに儀式的行事を厳粛に進めることにあり、教職員の国歌国旗に対する考え方を変えさせようとするものではない。教育公務員である以上、国歌斉唱時に起立を求めることは、国旗国歌に対する考え方如何にかかわらず、憲法に違反するとは考えていない。学習指導要領にそぐわない不適正な事態を放置する訳には行かず、本件通達を發したことはやむを得ないものと考えている。職務命令違反に対する懲戒処分、再発防止研修及び再雇用職員選考の合格取消も、地方公務員法の所定の要綱に従って行っており、本件通達を始め、一連の措置について、違法、不当とは思っていない。」旨供述している。

被疑者近藤も、

「学習指導要領に基づく入学式や卒業式における国旗掲揚及び国歌斉唱については、東京都では、平成 11 年の教育庁通達などで適正な実施を求めていたが、実現できていなかった。平成 15 年の 3,4 月の実情調査を踏まえて、校長の指導力を發揮するためのサポートをするという考えで本件通達が出された。これは意義があることと考えた。学習指導要領で国旗国歌を尊重する態度を養うことは教育上の課題とされており、教師がそれらを生徒らに指導するのは当然ではないかと思うし、教育の節目の儀式的行事を粛々と執り行うことも教育上重要なことだと思う。教育公務員は、学習指導要領に基づく職務上の責務を負っており国歌斉唱時に起立等することはその責務であって、内心の自由等を侵害するという問題は生じないと考えている」旨供述している。

※【問題点、反論】… 被疑者横山や同近藤は、それまでの卒業式等における「国旗国歌」実施上の問題点の改善の方策について、「校長のリーダーシップの強化」を挙げている。そして、その校長の指導力をサポートする目的をもって本件通達を發したと言っている。また、儀式的行事を「厳粛に進める」とか、「粛々と執り行う」とか、国歌斉唱時に「起立は当然の責務」とか、「国旗国歌に対する考え方如何にかかわらず、憲法に違反しない」とか、極めて、個人的な信条や価値観に基づく式の形態を強制しており、それに反したとして処分もなされている。

このことは、彼ら被疑者らが極めてこの「通達」や「職務命令」の執行に主導的であったことを示しており、都におけるそれまでの「国旗国歌」対策課題の「流れ」の中の施策であり、個人的意思は入る余地がないとした(1)項の説明と矛盾している。

これら被疑者横山、同近藤は、それぞれの職権の行使において違法、不当な行為をするという認識を有していなかった旨を述べている。各供述は、前記(1)①ないし④

の各状況に符合するものでその信用性を肯定して良いと考えられる。

※【問題点、反論】… 被疑者横山や同近藤に関し、百歩譲って、「通達」の発布時には違法、不当な「認識」がなかったと仮定しても、この「通達」の執行が、他から違法、不当として批判されるかも知れないという認識はあったと思われる。

もし、「批判が出るかも知れない」という認識があったのだとしたら、これは「違法、不当な行為をするという認識」があったのと同列であるし、もし、「批判が出るかも知れない」という認識がなかったのだとしたら、本件「通達」が憲法違反として断罪された「9.21 予防訴訟」判決を招き、都の教育行政のみならず、都政全般への国民の信頼を著しく傷つけた結果責任を問われることになる。

また、「通達」発布（平成 15 年 10 月 23 日）前後には「違法、不当」な「認識」がなかったとしても、教職員に数百人の被処分者が出たり、色々な提訴がされたり、マスコミや識者等からの批判が多く出たりした後の、検察による「事情聴取時」（2005 年秋頃と推測される）にはどのような「認識」であったのであろうか。また、「9.21 予防訴訟」で「通達」の違憲判決が出た以後は、どのような認識であろうか。

「通達」による「日の丸・君が代」強制問題がこのように社会的大問題になってからも、いささかも「違法、不当な認識がない」とするならば、あまりにも不遜な態度としか言いようがなく教育行政に携わる者として「不適格」な資質であると思われる。

更に、検察や本件裁判所は「違法、不当な行為をするという認識を有していなかった」とする被疑者らの供述が信用できるとする根拠（証拠）を示していないばかりか、申立人が求める捜査もしていない。そうした中で、一方の当事者（被疑者）の言い分だけを肯定するのは「恣意的」な判断であるとの謗りを免れないであろう。

なお、公務員がその一般的職務権限に属する事項につき、職権の行使に仮託して実質的、具体的に違法不当な行為をした場合、例えば、表面的には職務行為の形を取りながら、実際には別途違法、不当な目的を達成するために殊更その職権を行使したような場合には、「職権濫用」に当たることも想定されるが、本件の被疑者横山、同近藤がそのような違法不当な行為をする認識を有していたと窺われる事情も見出せない。また、所謂指摘のような違憲、違法の行為をするという認識を有していたことも窺われない。

※【問題点、反論】… 被疑者横山、同近藤らの「不法行為の認識の有無」だけで「職権濫用罪」の成否が決まるのなら、被疑者が「認識」を否定するだけですべての「職権濫用容疑」は晴れることになる。本件についても、検察や裁判所は被疑者の供述を鵜呑みにしただけで、「認識」の有無を確かめる「捜査」をした形跡は窺えない。

学習指導要領の「大綱的基準」性による「限界」（「旭川学テ」最高裁判決）を無視した「通達」の細目、「職務命令」の徹底、見せしめ的な大量苛酷懲戒処分等々、前例のないこうした施策には、実行に移す強固な意志（思想的確信性）、と、関係者の団結（共謀）が欠かせない。そこにあつて、法的な検証も当然行われたはずであり「違法性、不当性」を乗り越える検討も行われたはずである。

しかし、その「適法性」の確信を得たであろう根拠（理由）については、「問題は生じ

ないであろう」、「違法性の認識はない」と抽象的にしか示されていない。明確な根拠（理由）が示せないということは、「違法性、不当性」の存在がめぐえず、その可能性の認識があったことを端的に物語っているといえる。

また、被疑者横山、同近藤らと、被疑者石原との上下関係性において、横山らが石原の意思や下命に忠実に従わなくてはならない力関係の中で圧力を感じ、多少無理をしてもやり遂げなければならぬと考えていたことは間違いない。ここにあって、彼らと石原との関係性を「捜査」すれば容易にその「共謀事情」が解明されるはずであるのに、司法当局は政治的に「捜査」を避けたと見られる。

- (三) 以上によれば、被疑者横山、同近藤について、その職権の行使について違法、不当な行為をする認識、すなわち「職権の濫用」についての認識を認めることは出来ず、従って、公務員職権濫用罪の故意があるとはいえず、同罪の成立は認められないことになる。

※【問題点、反論】… 被疑者らは、結果責任として、一審とはいえ「9.21 予防訴訟」判決（06/9/21）で「憲法違反」と断罪された「通達」を発した責任を負わなければならない。そのことは、結果として、「職権濫用」が存在し教育行政を誤ったことになる。それは、「職権濫用の認識や故意がなかった」ことで容赦される問題ではない。

また、被疑者らが、「職権濫用」の「通達」を発した結果として、教育現場に取り返しのつかない破壊と混乱を招き、強引で抑圧的な運用で多くの被処分者を生み、都の教育行政や都政一般への国民の信頼を損ねたことに対し、彼らに「職権濫用の過失」なり、「未必の故意」が問われるべきである。

- (四) 被疑者石原については、本件通達の発布や職務命令、あるいは一連の懲戒処分、等の事務について何ら職務権限を有していないところ、自らがそれらについて被疑者横山に任せている旨公言している上、被疑者横山、同近藤も被疑者石原から一切指示等を受けていないし、他の都教育委員会委員に対する働きかけも全く聞いていない旨それぞれ供述していて、これを覆す資料は存せず、所論が縷々指摘する点を踏まえても、被疑者石原の指示あるいは意思連絡を認めることは出来ない。したがって、公務員職権濫用罪の成立は認められない。

※【問題点、反論】… 被疑者ら「共謀」の事実については、被疑者横山、同近藤らの「供述」と被疑者石原の「公言」がすべてであり、司法当局が職権による捜査により解明した事実や証拠は何もなく、極めて被疑者らの言い分に偏った不十分な結論である。

本件に係わる一連の「日の丸・君が代」強制問題は、被疑者石原が自らの右翼的政治信条、国家主義的教育理念から「東京の教育改革」を掲げ東京都知事選挙で当選してきたところから始まっている。

そして、以後、東京の教育現場は、都当局による、学校の教育計画への指導強化、管理運営規則等の改定、人事考課制度、成果主義、性教育やジェンダーフリーへの権力的統制、形式的・官僚主義的学校経営、学校儀式における「日の丸・君が代」強制、官製研修強化、「つくる会」教科書採択、職員会等での挙手や採決の禁止、等々に見られる教

職員への管理強化と教育内容の右傾的指導強化が進んできている。

つまり、東京の教育行政の右翼的再編は、被疑者石原が都知事に就任して以来、年ごとに強まってきたものであり、被疑者石原の従来の言動や行動から導き出されてきているものである。

ここにあって、「日の丸・君が代」強制にかかわる「通達」や「職務命令」の発出問題について、被疑者石原は都知事であり都の最高責任者ではあるが、直接的な職務権限が無いことを装っている。しかし、彼の指示、承認なくして本件は何一つ起こりえず、この「日の丸・君が代」強制問題のすべての黒幕が被疑者石原であるのは明らかである。

この「日の丸・君が代」強制問題が古参の都職員であった被疑者横山や同近藤らがその部署に就いてからの独自の発案であったり、被疑者石原からの意向や何らかの打ち合わせもなしに行われたりしたなどとは到底考えにくい。

それは、被疑者石原が、記者会見等で、「日の丸・君が代」強制問題に係わる質問を受けた際の回答などでも、その事務当局の施策を批判したり譴責したりすることが一度もなかったからである。

もし、これらが石原の意に反する教育施策であるならば、彼の性格やこれまでのトップダウン的行政手法からみて、マスコミや識者の批判、教職員等当事者からの提訴など、これほどまでの社会的教育的抵抗が引き起こされる前に、都教委当局に対して何らかの手を打つことが考えられるからである。

つまり、本件の「日の丸・君が代」強制問題は、被疑者石原が、すべてを計画し主導していると見るのが極めて妥当である。（関係者を職権捜査すればすぐに判明する）

こうした、一見、合法性や職務権限の不在を装うことは権力犯罪の「常套手段」であるにもかかわらず、憲法の根本理念を揺るがし法の權威を蹂躪する本件のような重大事件において、東京地検や東京高裁までがこうした「権力犯罪」の虚壁を打ち破れないでいるなどということは、誠に憂うべき非力な司法の現状であるとしか言いようがない。

四、以上の次第であるから、本件通達及びこれに沿った校長の職務命令についての憲法の適合性を含め、その余に対する判断をするまでもなく、被疑者3名について公務員職権濫用罪の成立は認められないから、本件付審判請求を棄却した（東京地裁の）原決定は結論において相当として維持できる。論旨はいずれも理由がない。

※【問題点、反論】… 本件「付審判請求」は準起訴手続きとして、検察に独占されている「公訴権」で「不起訴」処分となり「裁判」（審理）が閉ざされてしまった事案について、「公務員職権濫用罪」の被疑事案について改めて裁判所に「審判」（裁判審理）を求めるものである。

つまり、一旦、検察当局に「不起訴」として葬られた事案について、主権在民の原則から、裁判所当局に改めて「裁判」（審理）開始を求めるものであり、国民主権の立場から「訴追権」の救済制度、国民主権に基づく憲法 32 条（裁判を受ける権利）を補完する制度とでも言うべきものである。それゆえ、相当程度の理由無しには「棄却」してはならないものであるべきである。

その趣旨からすれば、この裁判所への「付審判請求」は、広く認められるべきであり、

そして「審判」を開始し、憲法 32 条（裁判を受ける権利）の保障を措置すべきであると思われる。

また、検察と裁判所は、本来、対極関係にあるべき関係性から、裁判所の「付審判請求」の審査には、検察とは違った観点や論理の展開により、基本的に付審判請求人の申し立てを出来る限り尊重し生かすことが期待される。

しかしながら、東京地裁の付審判「棄却」決定（'06/8/1）や東京高裁の当付審判「抗告棄却」決定（'07/2/23）も、その棄却「理由書」の内容は、本件「日の丸・君が代」強制事件の告訴・告発に対する東京地検の「不起訴」処分（罪とならず）（'05/12/28）に見られる検察の主張をそのまま踏襲し「丸写し」にしたかと思えるほどのものに過ぎない形式的、表面的な適法性を説くにすぎないものである。

そこには、付審判請求に際し提出された本件請求人らの「申立書」、「理由補充書」、「陳述書」、「意見書」、「証拠書類」等々、数多くの提出資料を真摯な態度で審査分析した形跡はなく、裁判所（裁判官）独自の審査に基づく見解もなく、検察の「不起訴」処分の「後追い」、「追認」、「迎合」に過ぎない。「検察官と裁判官の一体化」（癒着）を想起させるもので、検察に対する裁判所の「チェック機能」が機能しておらず司法の正義の実現に疑念を抱かせるものである。

それは、本件に関し、極めて固定観念と偏見に満ちた「始めから結論ありき」の内容であり、裁判所（裁判官）の独立性や民主的で公正な裁判への疑念を抱かせるものであり不信感を増幅させるものである。

このことは、憲法 32 条（裁判を受ける権利）の理念を不当に踏みじり、「付審判請求」制度の形骸化を招くばかりか、憲法の国民主権の理念や法治主義の精神を蔑ろにしていると言わざるをえない。

更に言えば、裁判所（裁判官）自らが、「付審判請求」制度の趣旨を軽んじているばかりか、その権力を濫用して、本件請求人らの要請に応えず「裁判を受ける権利」を妨げ、重大な権力犯罪の封印を謀ろうしているに等しい。これらは、裁判所（裁判官）による「裁判ファッショ」、乃至、「司法ファッショ」とでも言うべき暴挙であろう。

東京地裁の付審判「棄却」決定、及び、東京高裁の付審判「抗告棄却」決定、（つまりは東京地検の「不起訴」処分）の内容は、それこそ、憲法の中心理念（思想信条の自由）に関わる重大問題であり、検察官や裁判官が一方的に判断し決定できる内容のものではなく、本件請求人の主張も交えて公開の裁判の場で十分に審理すべき内容であるにもかかわらず、裁判も開かずに裁判所（裁判官）が勝手に「判決」を下しているに等しいものである。

最高裁判所（裁判官）は、速やかに本件「特別抗告」を審査し、東京高裁の「抗告棄却」決定を取り消して、審判（裁判）開始の道を開くべきである。

そして、原告、被告双方の主張に平等に耳を傾け、公平公正な審理を重ねて最終的な司法判断を下すべきであろう。

以下、略。