



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「君が代」起立斉唱命令と思想・良心の自由　：　公立高等学校の校長が同校の教諭に対し卒業式における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを命じた職務命令が憲法19条に違反しないとされた事例（最二小判2011.5.30）を中心に
Author(s)	新岡, 昌幸
Citation	北海道大学大学院教育学研究院紀要, 115, 123-136
Issue Date	2012-06-29
DOI	https://doi.org/10.14943/b.edu.115.123
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49540
Type	departmental bulletin paper
File Information	Niioka.pdf



「君が代」起立斉唱命令と思想・良心の自由

—— 公立高等学校の校長が同校の教諭に対し卒業式における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを命じた職務命令が憲法19条に違反しないとされた事例(最二小判2011.5.30)を中心に ——

新 岡 昌 幸 *

The Order for Employment of the Teacher and Freedom of Thought and Conscience; a Study on the Supreme Court Decision on the National Anthem Case in 2011

Masayuki NIIOKA

【目次】

- 1 はじめに
- 2 事実の概要
- 3 判旨
 - (1) 教師としての良心と思想及び良心の自由
 - (2) 起立斉唱を命ずる職務命令と思想及び良心の自由
 - (3) 思想及び良心の自由に対する間接的制約
 - (4) 思想及び良心の自由に対する間接的制約の違憲審査基準
 - (5) 本件職務命令の合憲性
- 4 検討
 - (1) 5.30 判決の位置づけ
 - (2) 思想及び良心の意義ないし範囲
 - (3) 外部的行為の強制と思想及び良心の自由の制約の有無
 - (4) 思想及び良心の自由に対する間接的制約に関する違憲審査基準
- 5 おわりに

【キーワード】

国旗・国歌, 思想及び良心の自由, 職務命令, 間接的制約, 違憲審査基準

* 北海道恵庭南高等学校教諭

1 はじめに

2011年5月30日、東京都立高校の校長が、卒業式における国歌斉唱時に国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを教師らに命じた職務命令が憲法19条に違反するかどうか争われた事件で、最高裁判所の判断¹が初めて示された(以下、「5.30判決」という)。5.30判決後、類似の事案に対する最高裁の判断は、最一小判2011.6.6²(以下、「6.6判決」という)、最三小判2011.6.14³(以下、「6.14判決」という)と立て続けに示された⁴。これらの最高裁判決は、補足意見や反対意見が付されたものの、基本的には、5.30判決が採った判断枠組みをほぼそのまま用いて、起立斉唱を命ずる職務命令を合憲と判断した。

そこで、以下では、5.30判決を取り上げ、事実の概要、多数意見の内容を整理、検討するとともに、必要に応じて、一連の最高裁判決に付された個別の意見にも言及することにした。

2 事実の概要

本件は、2008年3月31日に東京都立高等学校教諭の職を定年退職したX(原告、控訴人、上诉人)が、再雇用職員及び再任用職員の採用選考の申込みをしたが、卒業式の国歌斉唱時に国旗に向かって起立し国歌を斉唱するよう命ずる校長の職務命令(以下、「本件職務命令」)に違反して起立しなかった(以下、「本件不起立」)ために、全体の奉仕者にふさわしくない行為であって、教育公務員としての職の信用を傷つけ、職全体の不名誉となるとして戒告処分を受けた(以下、「本件戒告処分」)ことを理由として、東京都教育委員会(以下、「都教委」)がXを不合格とした(以下、「本件不合格」)ことから、本件職務命令はXの思想及び良心の自由を侵害するものであり、本件不合格は裁量権の逸脱、濫用に当たると主張して、本件不合格処分の取消(主位的請求)又は無効確認(予備的請求)を求め、Xを再雇用職員又は再任用職員として採用せよとの義務付けを求めるとともに、国家賠償法に基づき、東京都及び都教委を被告として、損害賠償を求めた事案である。

第1審東京地判2009.1.19⁵は、本件不合格に処分性を認めることはできないから、取消、無効確認及び義務付けを求める訴えはいずれも不適法であるとして、これらを却下するとともに、損害賠償請求については、入学式における「君が代」のピアノ伴奏に係る最三小2007.2.27⁶(以下、「ピアノ判決」という)に実質的に依拠して、Xの歴史観ないし世界観と学校の儀式的行事の国歌斉唱の際に不起立に及ぶ行為とは、一般的には、不可分に結びつくものではないことなどから、本件職務命令は、Xの思想及び良心の自由を侵害するものではない、と判示した。しかし、Xの本件不起立は他の教職員や生徒らに不起立を促すものではなく、式の進行も阻害されたわけでもないことなどから、本件戒告処分の一事をもって、再雇用職員及び再任用職員の採用選考を不合格としたことは、客観的合理性及び社会的相当性を著しく欠き、裁量権を逸脱、濫用したものであって、これによりXの期待権を違法に侵害したとして、Xの損害賠償請求を認めた。そこで、Xは、不合格の処分の取消、無効確認及びXを再雇用職員又は再任用職員として採用することの義務付けを求める訴えを却下した点について控訴するとともに、被告東京都も、損害賠償請求を認めた点を不服として控訴した。

第2審東京高判2009.10.15⁷は、第1審判決と同様、本件不合格に処分性を認めることはできないことから、取消、無効確認及び義務付けを求める訴えを却下するとともに、第1審判決

が認容した損害賠償請求についても、再雇用職員及び再任用職員の採用選考における合否及び採否の判定に関する都教委の広範な裁量権があることを認め、本件戒告処分から3年も経過していない中で、都教委がXを不合格としたことは、著しく客観的合理性及び社会的相当性を欠くものとまではいえない、などとしてこれを取り消した。なお、本件職務命令がXの思想及び良心の自由を侵害する、との主張に対しては、ピアノ判決を引用して、「日の丸と君が代が過去の我が国において有した役割に関する第一審原告の歴史観ないし世界観及びこれに由来する心情と信念が憲法19条によって保障されるものであるとしても、そのような心情と信念を持つことと学校の儀式的行事である卒業式において国歌斉唱の際に不起立に及ぶ行為とは必ずしも不可分に結びつくものとはいえないから、本件職務命令が第一審原告の思想及び良心の自由を侵害するものとはいえない」とした。そこで、Xが上告。

3 判旨

上告棄却。

(1) 教師としての良心と思想及び良心の自由

「日本の侵略戦争の歴史を学ぶ在日朝鮮人、在日中国人の生徒に対し、『日の丸』や『君が代』を卒業式に組み入れて強制することは、教師としての良心が許さないという考え…は、『日の丸』や『君が代』が戦前の軍国主義等との関係で一定の役割を果たしたとする上告人自身の歴史観ないし世界観から生ずる社会生活上ないし教育上の信念等ということができる」。

(2) 起立斉唱を命ずる職務命令と思想及び良心の自由

「しかしながら…学校の儀式的行事である卒業式等の式典における国歌斉唱の際の起立斉唱行為は、一般的、客観的に見て、これらの式典における慣例上の儀礼的な所作としての性質を有するものであり、かつ、そのような所作として外部からも認識されるものというべきである」から、「上告人の有する歴史観ないし世界観を否定することと不可分に結び付くものとはいえず、上告人に対して上記の起立斉唱行為を求める本件職務命令は、上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものということはでき」ず、「特定の思想を持つことを強制したり、これに反する思想を持つことを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものということもできない」から、「個人の思想及び良心の自由を直ちに制約するものと認めることはできない」。

(3) 思想及び良心の自由に対する間接的制約

「もっとも、上記の起立斉唱行為は…一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるということができる」ことから、「自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる『日の丸』や『君が代』に対して敬意を表明することには応じ難いと考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは…個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、その限りにおいて、その者の思想

及び良心の自由についての間接的な制約となる面があることは否定し難い」。

(4) 思想及び良心の自由に対する間接的制約の違憲審査基準

「職務命令においてある行為を求められることが、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動と異なる外部的行為を求められることとなり、その限りにおいて、当該職務命令が個人の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があると判断される場合にも、職務命令の目的及び内容には種々のものが想定され、また、上記の制限を介して生ずる制約の態様等も、職務命令の対象となる行為の内容及び性質並びにこれが個人の内心に及ぼす影響その他の諸事情に応じて様々であるといえる。したがって、このような間接的な制約が許容されるか否かは、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量して、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かという観点から判断するのが相当である」。

(5) 本件職務命令の合憲性—上記判断枠組みの本件への当てはめ—

「これを本件についてみるに、本件職務命令に係る起立斉唱行為は、前記のとおり、上告人の歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となるものに対する敬意の表明の要素を含むものであることから、そのような敬意の表明には応じ難いと考える上告人にとって、その歴史観ないし世界観に由来する行動(敬意の表明の拒否)と異なる外部的行為となるものである」が、「本件職務命令は、一般的、客観的な見地からは式典における慣例上の儀礼的な所作とされる行為を求めるものであり、それが結果として上記の要素との関係においてその歴史観ないし世界観に由来する行動との相違を生じさせることとなるという点で、その限りで上告人の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があるものといえることができる」。

しかし、「本件職務命令は、公立高等学校の教諭である上告人に対して当該学校の卒業式という式典における慣例上の儀礼的な所作として国歌斉唱の際の起立斉唱行為を求めることを内容とするものであって、高等学校教育の目標や卒業式等の儀式的行事の意義、在り方を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿い、かつ、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえた上で、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに当該式典の円滑な進行を図るものであるといえることができる」。

したがって、「本件職務命令については…外部的行動の制限を介して上告人の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面はあるものの、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量すれば、上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるものというべきである」から、「本件職務命令は、上告人の思想及び良心の自由を侵すものとして憲法19条に違反するとはいえない」。

4 検討

(1) 5.30判決の位置づけ

国旗及び国歌に関する法律の制定後、5.30判決が出されるまでの間、公立学校の卒業式などにおける「君が代」斉唱に関する最高裁判決には、入学式において、「君が代」のピアノ伴

奏をするよう命じた校長の職務命令が、受命者たる音楽の教師の思想及び良心の自由を侵害するかどうか争われたピアノ判決がある。ピアノ判決が出された後、下級審では、「君が代」のピアノ伴奏の拒否以外の職務命令違反を理由とした不利益処分等が問題となった事案においても、ピアノ判決に依拠して事件を解決するものが現れた。そのため、学説では、ピアノ判決の射程をどのように考えるべきかについて関心が寄せられるとともに、それぞれの事案の違いを度外視して、ピアノ判決に依拠して事件を解決しようとする下級審判決に疑問が呈された⁸。こうした中で、5.30判決は、公立学校における卒業式などでの国歌斉唱時に、教職員に対して、国旗に向かって起立し国歌を斉唱するよう命ずる職務命令が憲法19条に違反するかどうかについて、最高裁が示した初の判断となる⁹。前述したように、5.30判決後、これと類似の事案に対する最高裁判決が示されたが(6.6判決, 6.14判決, 6.21判決, 7.14判決), そこでは、5.30判決で示された判断枠組みをほぼそのまま用いて、起立斉唱行為を命ずる職務命令は憲法19条に違反しない、とした。

そこで、以下では、5.30判決の多数意見の内容を取り上げて、思想及び良心の意義ないし範囲〔(2)〕、外部的行為の強制と思想及び良心の自由の制約の有無〔(3)〕、思想及び良心の自由に対する間接的な制約に対する違憲審査基準〔(4)〕、という論点について、一連の判決で示された個別の意見にも適宜目を配りつつ検討することにした。

(2) 思想及び良心の意義ないし範囲

本件職務命令がXの思想及び良心の自由に対する制約となるかどうかは、「日本の侵略戦争の歴史を学ぶ在日朝鮮人、在日中国人の生徒に対し、『日の丸』や『君が代』を卒業式に組み入れて強制することは、教師としての良心が許さない」というXの考えが、憲法19条にいう「思想及び良心」に該当するかどうかによる。

この点、5.30判決の多数意見は、上記のXの考えを、「『日の丸』や『君が代』が戦前の軍国主義等との関係で一定の役割を果たしたとする上告人自身の歴史観ないし世界観から生ずる社会生活上ないし教育上の信念等」と位置づけて、憲法19条が保障する「思想及び良心」に該当すること、あるいは、これと密接な関連を有するものであることを肯定している¹⁰。

学説では、憲法19条にいう「思想及び良心」の意義ないし範囲について、「思想」と「良心」を一体的に捉えた上で、信仰に準ずるような世界観や価値観に限定して捉える立場(信条説)と、広く内心におけるものの見方や考え方を指すと解する立場(内心説)が存在するが、5.30判決の多数意見が、何れの立場を採用したのかは明示的ではない。しかし、5.30判決の多数意見は、後述するように、本件職務命令が上告人の思想及び良心の自由の直接的な制約になるかどうかの判断にあたって、職務命令で命じられている起立斉唱行為の意味を、思想及び良心の自由侵害を主張している上告人の主観からではなく、「一般的、客観的」という観点から、「慣習上の儀礼的な所作としての性質」を有する行為とみなし、Xの思想及び良心の自由を「直ちに」制約するものではない、と判断していることからすると、思想及び良心の自由侵害を訴える個人の主観に軸足を置き、「思想及び良心」の範囲を広く捉えようとする内心説よりも、それを客観的に限界付けていこうとする信条説¹¹に近接した考え方に立っているものと理解することができる¹²。いずれにせよ、国旗である「日の丸」や国歌である「君が代」に如何なる態度を採るのか、については、「単に『政治的意見』の対立を超えて、個々人の世界観と密接に結びついた思想・信条の一部を構成するまでに至っていたといっても過

言ではない」のであり、そうだとすれば、Xの上記の「考え」が憲法19条の「思想及び良心」に含まれると考えても異論なからう¹³。

(3) 外部的行為の強制と思想及び良心の自由の制約の有無

本件では、起立斉唱行為という外部的行為を命ずる職務命令がXの思想及び良心の自由を制約するかどうかが問題となった。従来、学説では、外部的行為と内心の思想及び良心は密接な関係があり¹⁴、外部的行為の強制が思想及び良心の自由の侵害になり得ることが指摘されてきた¹⁵。しかし、他方において、思想及び良心の自由は、内面性精神的自由権として、外部に現れない「内心の作用又は状態」を「外部からの干渉に対して全く自由であることを保障する」ものである、として、外部的行為の問題は表現の自由の問題と位置づけられてきた¹⁶。ただ、近時の学説においては、思想及び良心に反することを理由に一般的な法義務や外部的行為の強制を拒否する権利が憲法19条に含まれるとする見解¹⁷が有力に主張されているが、当該権利の保障の程度、あるいは当該権利に対する制約の合憲性審査のあり方については、学説においても、難しい問題として残存している¹⁸。

この点、5.30判決の多数意見は、「一般的、客観的」な見地から、式典において国旗に向かって起立して国歌を斉唱する行為を、「慣例上の儀礼的な所作としての性質」を有する行為とみなすことによって、Xの歴史観や世界観を否定することと「不可分」に結びつくものでもないとした上で、当該行為を命ずる職務命令は、上告人の歴史観や世界観それ自体を否定するものでなく、また、特定の思想を持つこと（又は持たないこと）を強制したり、特定の思想の有無について告白することを強要したりするものでもないことを理由に、上告人の思想及び良心の自由を直接的に制約するものではない、とした。

この判断は、「ピアノ判決の忠実な再現」¹⁹と言えようが、しかし、5.30判決の多数意見は、ピアノ判決とは異なり、起立斉唱行為を命ずる職務命令が、間接的にではあれ、思想及び良心の自由に対する制約となることをはっきりと認めるに至った。すなわち、5.30判決の多数意見によれば、「起立斉唱行為は…一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為」と認められるのであり、そうだとすると、「自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる『日の丸』や『君が代』に対して敬意を表明することには応じ難い」と考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは…個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められること」になるから、「その限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面がある」というのである。

起立斉唱行為を命ずる校長の職務命令が受命者たる教師の思想及び良心の自由に対する間接的な制約となることを認めた上記の判断は、ピアノ判決では示されなかったものであり、「起立斉唱の義務付けが、憲法上の権利の制限であること…を認めた」²⁰という点で、一定の評価をすることが許されるであろう²¹。

しかし、5.30判決の多数意見の上記判断には、看過できない問題点もある。すなわち、「一般的、客観的」な見地から、「慣例上の儀礼的な所作としての性質」をもつとみされる行為が、どうして、Xの歴史観ないし世界観を否定することと「不可分」に結びつくものではない—したがって、上告人の思想及び良心の自由に対する直接的な制約ではない—と断定できるのか、ということである。

この点、「法の客観性」という観点から、「一般的、客観的」という視座に全面的に依拠するこ

とに迷いを見せないのは、6.6判決における金築誠志裁判官の補足意見である。金築補足意見は、「思想、信条等は、人によって様々であり、それに対してどのような外部的行為が否定的意味を持ち、その人に対し精神的苦痛を与えるかも、人によって違いがあり得る」ことを理由に、「特定の外部的行動を強制することがその人の内心の思想・良心の表明を強いたり、否定したりすることになるかどうかについては、当該外部的行動が一般的、客観的に意味するところに従って判断すべきである」という。もしこの判断を本人の主観的判断に委ねるとすれば、「社会的に必要とされる多くの行為が思想及び良心の自由を侵害するものとして制限を受け…ることになりかね」ず、「こうした事態は、法の客観性を阻害するもの」だというのである²²。

憲法19条が外部的行為の領域で如何なる意味を持つのかを巡る議論では、学説においても、思想及び良心に反することを理由に一般的な法義務を拒否できることを一般的に承認するならば、政治社会は成り立たない、などの指摘がなされている²³。が、しかし、普通に考えれば分かるように、本件では、公立学校の卒業式などにおいて、国歌斉唱時に、思想及び良心形成途上にある子どもの面前で、範を垂れるがごとく²⁴、あるいは、子どもに「歌え」と行動で示すがごとく、国旗である「日の丸」に向かって起立し、国歌である「君が代」を斉唱するよう教師が義務付けられているという限定的な場面で、それを自らの思想及び良心に照らして従うことができないとする教師の拒否行為が憲法19条によって擁護されうるかが法的問題として個別具体的に提起されたのであって、各人各様であり得る「思想及び良心」を理由に社会的に求められている様々な義務を一般的に拒否することを認めよ、という問題とは全然関係がない²⁵。

また、そもそも最高法規である日本国憲法は、多様な個人の存在を最も基底的な価値として位置づけ（憲法13条）、その自律的な生を、各種の憲法上の権利、とりわけ思想及び良心の自由をはじめとする精神的自由権の手厚い保障を通して尊重している。これらの憲法上の権利は、金築補足意見が全面的に依拠してやまない「法の客観性」と、ときに真っ向から対立する「危険性」を内在しているものの、しかし、それでもなお、憲法は、精神的自由権を保障している。このことは、「法の客観性」が阻害されるとしても、あるいは、多数者の意思に反するとしても、なお、多様な個人の自律的な生を、精神的自由権の保障を通して守り抜くことが、最高法規としての憲法の最優先的価値だと憲法が決断した結果であり、人権保障の本質だと解することができる²⁶。そうだとすると、「思想及び良心」を理由とした法義務の一般的な拒否はむろん認められないとしても、個別具体の場面で、多様な個人の自律的な生の灯火が吹き消されかねない場合には、「法の客観性」の保持は、思想及び良心の自由の保障の前に一步退くべきであろう。

剣道実技、輸血、寄付などのように、「一般的、客観的」には、思想及び良心あるいは信仰を否定することと「不可分」に結びつくとは考えられていない行為であっても、特定の思想及び良心あるいは信仰を有する個人との関係では、そうした行為を行うことそれ自体が（したがって、強制されるとなればなおさら）思想及び良心あるいは信仰に対する直接的なダメージとなる場合があることは、すでによく知られていることである。それ故に、剣道実技や輸血、寄付などの行為が、世間一般から思想及び良心あるいは信仰の否定と「不可分」に結びつくとは考えられていない、という理由で、そうした行為の強制が正当化されるわけではないことは、もはや多くの説明を要しない。このことは、起立斉唱行為についても妥当するはずである。多数の人々が、ある行為を儀礼的な所作と見なしているという事実は、その行為を行

うことを自らの思想及び良心あるいは信仰からよしとはしない人々に強制することを正当化する理由にはならないのであって、「儀礼的所作だから強制できるとするのは法理的にあり得ない」はずである²⁷。

精神的自由権に関する問題を、「一般的、客観的」といった多数者の視点のみから考えることは相当でないとする6.6判決の宮川光治裁判官の反対意見によれば、上告人らにとって国旗に向かって起立して国歌を斉唱する行為は、「慣例上の儀礼的な所作ではなく、上告人ら自身の歴史観ないし世界観等にとって譲れない一線を越える行動であり、上告人らの思想及び良心の核心を動揺させる」ものであるとみる。そして、6.6判決の多数意見は「式典における起立斉唱行為を、一般的、客観的な視点で、いわば多数者の視点でそのようなもの〔慣例上の儀礼的な所作：補注・引用者〕であると評価している」が、「およそ精神的自由権に関する問題を、一般人（多数者）の視点からのみ考えることは相当でない」という。そして、「思想及び良心として深く根付き、人格的アイデンティティそのものとなっており、深刻に悩んだ結果として、あるいは信念として、そのように行動〔起立斉唱：補注・引用者〕することを潔しとしなかった場合、そういった人達的心情や行動を一般的ではないからとして、過小評価することは相当でない」と断じて、6.6判決の多数意見を厳しく批判する。

5.30判決をはじめとする一連の最高裁の多数意見が、職務命令によって命じられた行為の「一般的、客観的」な観点からの性格付けを手がかりとして、憲法19条違反の認定範囲ないし外部的行為の領域における同条の意義を限定しようとしたものとみられる²⁸。しかし、そもそも憲法19条は、多数派とは一致しない思想及び良心を持つ者に対して根本的な信条の否定を意味する場面で本人にとって譲れぬ一線を民主的な多数決に抗してでも擁護しようとするものである²⁹から、ある行為が本人の思想及び良心を侵害しているかどうかを判断するにあたっては、本来、「一般的」「客観的」といった「常識的な評定が…まかり通ってはならない」³⁰のである。

5.30判決の多数意見の判断枠組みを前提とすれば、職務命令が教師らに強制している起立斉唱行為の意味ないし性質をどのようなものとして理解するかは、憲法19条の直接的な侵害となるかどうかを決するに当たって重要なポイントである。それにもかかわらず、「個人の人格的アイデンティティーから見た場合の侵害の深刻さを正確に認識」せず³¹、「一般的、客観的」な視点から、起立斉唱行為を「慣例上の儀礼的な所作」とみなして、あっさりと直接的制約論の審査を済ませてしまっている。これは、5.30判決をはじめとする一連の最高裁判決の大きな問題点として、学説からも強く批判されているところである³²。

「思想、信条等は、人によって様々であり、それに対してどのような外部的行為が否定的意味を持ち、その人に対し精神的苦痛を与えるかも、人によって違いがあり得る」からこそ、一般的、客観的な視座から、思想及び良心の自由侵害の有無を判断することは本来できないはずである。そうだとすれば、ある外部的行為を行うよう命ずることが思想及び良心の自由の直接的な制約にあたるかどうかを判断するにあたっては、6.6判決の宮川反対意見も指摘するように、思想及び良心が制約されていると主張する個人の内面において現実に生じた矛盾、葛藤、精神的苦痛等をよく踏まえて審査し、その真摯性が肯定される場合には、たとえ、第三者的な見地からは、多くの人々が何らの違和感もなく行える行為又は通常行うことが期待される行為であったり、慣習上の儀礼的な所作に過ぎないとみなされる行為であったりしても、当該個人の思想及び良心との関係では、直接的な制約が生じているものと考えるべきである³³。

(4) 思想及び良心の自由に対する間接的制約に関する違憲審査基準

思想及び良心に反することを理由に一般的な法義務ないし外部的行為の強制に従わない権利が憲法19条によって保障されているとしても、それは内心の領域を超えた外部的行為の問題であることから、如何なる場合も絶対的な保障に与るわけではない。そこで、思想及び良心に反することを理由に一般的な法義務ないし外部的行為の強制に従わない権利に対する制約の合憲性を如何なる基準で審査するべきなのが問題となる。

この点、学説では、十分な議論の蓄積があるとは言えないが³⁴、思想・良心の防衛的、受動的な外部的表出は絶対的保障ないしそれに準ずる強い保障が与えられる(=消極的、受動的な外部的表出に対する極小の制約かどうか)とする見解³⁵や、「君が代」の起立斉唱行為のように、行為者の自発性ないし自主性に基づいて初めて意味のある行為と社会的、文化的に見なされる行為を「自発的行為」として括りだし、そうした行為の強制は憲法19条に照らして全体として(誰に対しても)違憲無効となると説く見解³⁶、少なくとも厳格な合理性の基準を採用すべきである³⁷とする見解などが見られるところである。何れの見解も、基本的人権の体系における思想及び良心の自由の位置づけ、あるいは重要性に鑑みて、厳格度の高い基準での審査が必要だとしている³⁸。この点、6.6判決における宮川反対意見も、教師らの不起立行為が、自らの歴史観等を積極的に表明する意図を持ってなされたものでなく、思想及び良心の核心と少なくとも密接に関連する真摯なものである場合には、教師らに起立斉唱を命ずる職務命令の合憲性は、「厳格な基準により…目的は真にやむを得ない利益であるか、手段は必要最小限度の制限であるか、関係は必要不可欠であるか」を具体的に審査するべきだという³⁹。

これに対して、5.30判決の多数意見は、起立斉唱行為を命ずる職務命令が上告人の思想及び良心の自由に対する間接的な制約となるとした上で、これが許容されるか否かについては、当該職務命令の目的及び内容並びに外部的行為の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量して、職務命令に思想及び良心の自由の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否か、という判断枠組みを示した。

このように、5.30判決の多数意見は、必ずしも厳格とは言えない基準でもって本件職務命令の合憲性を審査した。これは、本件職務命令が「慣例上の儀礼的な所作としての性質」をもつ起立斉唱行為を命ずるものであり、上告人の思想及び良心の自由に対する間接的な制約は問題になるにしても、直接的な制約は問題とはならない、との判断を前提として、前者の制約の合憲性の審査は後者の制約の合憲性の審査よりも緩やかな基準でよしとする猿払事件の最高裁判決⁴⁰に、5.30判決の多数意見が依拠したからであろう⁴¹。しかし、そうだとするならば、5.30判決の多数意見は、本件職務命令の合憲性を審査するに当たり、猿払事件の最高裁判決が示した3つの要件、すなわち、①禁止の目的は正当か、②禁止の目的と禁止の手段との合理的関連性があるか、③禁止により得られる利益と失われる利益は均衡しているか、について、事案に則した具体的な審査を最低限行うべきであった。が、しかし、5.30判決の多数意見の必要性及び合理性の審査は、卒業式等の秩序の維持や式典の円滑な進行の必要性、法令や地方公務員の地位の性質や職務の公共性といった理由を、抽象的かつ観念的に列挙して、本件職務命令の必要性及び合理性を簡単に肯定するという極めて粗雑なものであった。

精神的自由の根幹である思想及び良心の自由の侵害が問題となっている事案で、職務命令の必要性及び合理性の有無を審査するという厳格とはいえない判断枠組みを用いるとしても、「具体的な状況を踏まえて、特に慎重に較量した上での総合的な判断が求められる」(5.30判決に

おける竹内補足意見、傍点は引用者)ことはもとより、「必要性、合理性の考量が安易になされないことを必須の条件として…その必要性及び合理性の内容について深く掘り下げて」(5.30判決における須藤補足意見、傍点は引用者)審査することが必須であったと考えられる。

5 おわりに

5.30判決(そしてこれに続く一連の最高裁判決)の意義は、起立斉唱行為が一般的、客観的に見て、国旗や国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であって、敬意を表明することには応じ難いとする者にとっては、思想及び良心の自由に対する間接的な制約となる面がある、とした点にある⁴²。

5.30判決が出されたとき、新聞報道の中には、事件を担当した第2小法廷を構成する4人の裁判官の全員一致の判断で、職務命令は憲法19条に違反する、と主張する教師の訴えを斥けたことが報じられるとともに⁴³、起立斉唱を命ずる「職務命令の違憲性を争う道は事実上閉ざされた」⁴⁴というような、かなり悲観的な報道もみられた。

しかし、5.30判決を皮切りに示された一連の最高裁判決には、審理に関与した各小法廷14名の裁判官のうち7人の裁判官によって補足意見が、2名の裁判官によって反対意見が付されている(5.30判決に至っては、審理に関与した4名の裁判官のうち3名もの裁判官が補足意見を付している)のであって、最高裁の判断も盤石とは言えず⁴⁵、これらの個別の意見も含めてどのように判決を読み解くかが今後重要となるであろう。

強調しておくべきことは、一連の最高裁判決は、必要性や合理性が認められる限りで起立斉唱行為を命ずる校長の職務命令を合憲としたに過ぎない、ということである。そしてまた、一連の判決に付された個別の意見(とりわけ、多数意見の結論に賛成の立場を採る補足意見)を合わせて読めば、命令-処分という強権的な教育行政の現今のやり方を手放しで肯定したわけではないばかりか⁴⁶、起立斉唱を命ずる校長の職務命令が合憲だとしても、命令違反に対する不利益処分のやり方ないし程度如何によっては、違法となる場合もあり得ることを、はっきりと示している⁴⁷、ということである。

一連の最高裁判決は、「一般的、客観的」という多数者の視点に依拠して、問題となっている起立斉唱行為の性質を慣例上の儀礼的な所作と位置づけた上で、起立斉唱行為を命ずる校長の職務命令は思想及び良心の自由を直接的に侵害するものではない、と断定した。この論証プロセスの乏しさ一教師各人の侵害の深さを丁寧に読み取ろうとする姿勢の欠如一は、およそ精神的自由の根幹たる憲法19条が侵害されているかどうかを判断する姿勢として適切とはいえないけれども、それに加えて問題なのは、子どもの憲法上の権利という観点がまったく考慮されていない、ということである⁴⁸。起立斉唱を拒む教師の多くは、単に、教師の役割を果たす「個人」の憲法上の権利が侵害されるとの理由のみで、起立斉唱を拒んでいるわけではなく、「日の丸」「君が代」の強制の最終的なターゲットである子どもの憲法上の権利を擁護する意図を少なからずもっている。そうである以上、起立斉唱行為を命ずる校長の職務命令に従うことができずに不利益処分を受けた教師が提起している法的問題を適切に理解し裁断するためには、子どもの憲法上の権利についても視野に入れなくてはならないはずである。

今後、裁判所には、個別具体の事案に即して、多数者の視点に軸足を置くのではなく、思想

及び良心の自由侵害を訴える個人の真摯さに目を向けて、子どもの精神的自由と緊張関係にある起立斉唱行為を求める職務命令が教師の役割を果たす「個人」の思想及び良心を如何に侵害するのか(あるいは、しないのか)を丁寧に審査するとともに、教師の職務上の権限ないし職責との関係で如何なる緊張関係にあるのか、という点も含めて審査することが強く求められる。

【追 記】

本稿脱稿後、2012年1月16日、最高裁第一小法廷は、高裁段階で戒告処分や減給処分が取り消され、教師側が一部勝訴している2事案⁴⁹と、高裁段階で停職処分が適法とされ、2名の教師側が敗訴した1事案⁵⁰について、起立斉唱行為を命ずる校長の職務命令が憲法19条に違反しないことを前提として、職務命令違反に対する不利益処分に関する裁量論の次いで事案を処理して、減給処分と1名の教諭に対する停職処分を取り消した⁵¹。

注

- 1 最二小判2011.5.30 (D1-Law.com判例ID:28172544)。
- 2 D1-Law.com判例ID:28172941。反対意見1, 補足意見1。
- 3 D1-Law.com判例ID:28173230。反対意見1, 補足意見3。
- 4 このほか、公立高等学校等の校長が教職員に対し卒業式又は入学式において国旗掲揚の下で国歌斉唱の際に起立することを命じた職務命令が憲法19条に違反しないとされた事例である最三小判2011.6.21 (D1-Law.com判例ID:28173376。反対意見1, 補足意見3)、都立高校の教職員10名が卒業式等の国歌斉唱時に校長の職務命令に従わずに起立しなかったことのみを理由に、定年等退職後の再雇用職員としての合格を取り消した事案である最一小判2011.7.14 (反対意見1, 補足意見1) がある(予防訴訟をすすめる会のHPから原文を閲覧できる)。なお、以上の事案とは性格が異なるが、卒業式の開式直前に保護者らに対して国歌斉唱のときには着席してほしいなどと大声で呼び掛けを行い、これを制止した教頭らに対して怒号するなどし、その場を喧噪状態に陥れるなどした行為をもって刑法234条の罪に問うことが、憲法21条1項に違反しないとされた事例である最一小判2011.7.7 (D1-Law.com判例ID:28175771。補足意見1) がある。現在争われている「日の丸」「君が代」関連の裁判の進行状況については、被処分者の会のHPに詳しく整理されており、本稿も参考にさせていただいた。
- 5 D1-Law.com判例ID:28151488。
- 6 D1-Law.com判例ID:28130624。
- 7 D1-Law.com判例ID:28160557。
- 8 さしあたり、渡辺康行「職務命令と思想・良心の自由」法律のひろば60巻1号(2008年)67～68頁、三宅裕一郎「『国歌斉唱』不起立による教職員再雇用拒否と思想良心の自由」法学セミナー666号(2010年)118頁を参照のこと。
- 9 5.30判決は、後に見るように、起立斉唱行為を命ずる職務命令を合憲とするにあたり、ピアノ判決に実質的に依拠している。しかし、一連の判決において、最高裁は、起立斉唱行為と「君が代」のピアノ伴奏とを区別して考えているように思われる。例えば、6.14判決における那須弘平裁判官の補足意見は、ピアノ伴奏は、起立斉唱行為と比べて、国旗や国歌に対する敬意の表明という要素が強くないことなどを理由として、両者を区別している。このほか、6.14判決の岡部喜代子裁判官の補足意見も類似の観点から区別をしている。
- 10 このような多数意見に対する理解として、本件と類似の事件に対する最一小判2011.6.6における宮川光治

裁判官の補足意見も同様である。

- 11 赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社, 2011年)110頁～111頁。
- 12 なお, 5.30判決における千葉勝美裁判官の補足意見は, 信条説の立場を明確に採用しながら, 「『日の丸』や『君が代』が戦前の軍国主義等との関係で一定の役割を果たしたとする上告人自身の歴史観ないし世界観」は, 憲法19条が保障する「思想及び良心」に当たる, としている。
- 13 高橋和之「憲法判断の方法との関連でみた近時の最高裁判決の新動向」法律時報編集部編『国公法事件上告審と最高裁判所』(日本評論社, 2011年)28頁。
- 14 これは最高裁も認めるところである。身上書に団体加入の有無・学生運動の経歴などについて秘匿したことを理由とした本採用拒否について, 憲法19条などに違反しない, として企業の採用の自由を広く認めた, いわゆる三菱樹脂事件に対する最大判1973.12.12(D1-Law.com判例ID: 27000458)は, 「元来, 人の思想, 信条とその者の外部的行動との間には密接な関係があり, ことに本件において問題とされている学生運動への参加のごとき行動は, 必ずしも常に特定の思想, 信条に結びつくものとはいえないとしても, 多くの場合, なんらかの思想, 信条とのつながりをもっていることを否定することができない」と判示して, 内心の思想及び良心と外部的行為が密接な関係があること認めている。
- 15 早い時期におけるこの点に関する指摘として, 久保田きぬ子「思想・良心・学問の自由」清宮四郎ほか編『憲法講座 第2巻』(有斐閣, 1963年)110頁がある。これによれば, 思想及び良心の自由の保障が「現実」に問題となるのは, 第一に, 思想及び良心の「現れ」と見られる外部的行為に制限を加える場合であり, 第二に, 何らかの行為を強制することによって内心を推知しようとする場合である, という。なお, 佐藤幸治『憲法(第3版)』(青林書院, 1995年)488頁。
- 16 法学協会編『註解日本国憲法 上巻(2)』(有斐閣, 1953年)399頁, 宮沢俊義『憲法鑑(新版)』(有斐閣, 1971年)337頁。
- 17 樋口陽一ほか『憲法特』(青林書院, 1994年)380頁〔浦部法穂執筆部分〕, 西原博史『良心の自由』(成文堂, 2001年)430頁～431頁, 佐々木弘通「『人権』論・思想良心の自由・国歌斉唱」成城法学66号(2001年)1頁～79頁, 高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第2版)』(有斐閣, 2010年)613頁など。
- 18 安西文雄ほか『憲法学読本』(有斐閣, 2011年)112頁〔安西執筆部分〕。
- 19 西原博史「『君が代』不起立訴訟最高裁判決をどう見るか」世界821号(2011年)117頁。
- 20 駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回 [第11回]」法学セミナー680号(2011年)86頁。
- 21 西原博史「君が代訴訟の最高裁判決をめぐる」季刊教育法170号(2011年)16頁。
- 22 この点に関する批判として, 西原博史「『君が代』不起立訴訟最高裁判決をどう見るか」世界821号(2011年)117頁。
- 23 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2011年)222頁, 伊藤正己『憲法(第3版)』(弘文堂, 1995年)262頁～263頁。
- 24 5.30判決の竹内行夫裁判官の補足意見は, 「教員が起立斉唱行為を拒否する行動をとることは, 国旗, 国歌に対する敬意や儀礼について指導し, 生徒の模範となるべき教員としての職務に抵触する」という。また, 6.14判決の那須弘平裁判官の補足意見も参照。
- 25 5.30判決における竹内行夫裁判官の補足意見は, 「特定の思想が内心にとどまらない場合は, 外部的行動との関わりにおいて他の利益と抵触するため, それは常に絶対というわけではない面がある」と述べて, 一夫多妻制や一妻多夫制が正しいとの歴史観等を有することと, 重婚を禁じた刑法184条との事例を「例えば」としてあげているが, 適切な事例とは全く言い難い。
- 26 佐藤幸治『憲法とその“物語”性』(有斐閣, 2003年)26頁～27頁, 長谷部恭男『憲法(第5版)』(新世社, 2011年)108頁～109頁。

- 27 土屋英雄『「国旗・国歌」は「強制可能な公的利益」か』法律時報83巻9・10号(2011年)3頁。傍点は引用者。
- 28 西原博史「君が代訴訟の最高裁判決をめぐって」季刊教育法170号(2011年)17頁。
- 29 西原博史「『君が代』不起立訴訟最高裁判決をどう見るか」世界821号(2011年)116頁。
- 30 阪本昌成『憲法2 基本権クラシック(第4版)』(有信堂, 2011年)121頁。
- 31 西原博史「『君が代』不起立訴訟最高裁判決をどう見るか」世界821号(2011年)121頁。
- 32 西原博史「『君が代』不起立訴訟最高裁判決をどう見るか」世界821号(2011年)121頁, 芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール 憲法』(日本評論社, 2011年)159頁〔佐々木弘通執筆部分〕。
- 33 参考, 渡辺康行「職務命令および職務命令違反に対する制裁的措置に関する司法審査の手法」法政研究(九州大学法政学会)76巻1-2号(2009年)15頁。なお, 私見では, ある行為を行うよう命令する職務命令が, 特定の思想及び良心を侵害する「意図」を有していないとしても, あるいは, 一般的にみて, 命令の対象となっている行為には, 思想及び良心を侵害する意味合いはないとしても, 命令を受けた本人から, 当該行為は自らの思想及び良心から命令されても行うことができない旨の真摯な理由を告白され, それでもなお, その行為を当該本人に強制し続ける場合には, 命令の対象となっている行為を当該本人にどうしても行わなければならない高度なレベルでの必要性が認められない限り, 当該職務命令は, 当該本人の思想及び良心を侵害する「意図」をもった命令として「変質」したとみるべきである。もっとも, 教師らに起立斉唱を求める職務命令並びにその前提となっている都教委の10.23通達は, 都立学校の教師らがすべて起立斉唱する者ばかりであれば, そもそも発出する必要のないものである。したがって, これらの通達や職務命令は, 起立斉唱しない, あるいは, 起立斉唱できない教師らが存在することを前提に, そうした教師らの思想及び良心に反する行為を強制することになることを承知の上で, 不利益処分をもってしてもなく起立斉唱させる「意図」をもって発出されたものと考えるのが自然である。この点, 66判決における宮川光治裁判官の反対意見を参照のこと。
- 34 西原博史『良心の自由と子どもたち』(岩波新書, 2006年)94頁。
- 35 土屋英雄『「日の丸・君が代裁判」と思想・良心の自由』(現代人文社, 2007年)211頁。
- 36 佐々木弘通『「人権」論・思想良心の自由・国歌斉唱』成城法学66号(2001年)45頁。
- 37 西原博史「鑑定意見書〈第一審〉」日野「君が代」処分対策委員会ほか編『日野「君が代」ピアノ伴奏強要事件全資料』(日本評論社, 2008年)601頁～602頁, 戸波江二「鑑定意見書〈上告審〉」日野「君が代」処分対策委員会ほか編『日野「君が代」ピアノ伴奏強要事件全資料』(日本評論社, 2008年)639頁～640頁。
- 38 教職員に対し, 国歌斉唱や「君が代」のピアノ伴奏を強制する都教委の通達等を違憲違法とした東京地判2006.9.21(D1-Law.com判例ID:28112109)は, 「公共の福祉による必要最小限度の制約」や「教職員の地位に基づく制約」について正当化される場合があるとしている。
- 39 6.14判決における田原睦夫裁判官の反対意見は, 教師らに起立斉唱を命ずる職務命令と憲法19条との関係を検討するに当たっては, 当該職務命令の内容を, 起立命令と斉唱命令とに分けるべきとした上で, 前者の命令については, 若干の疑念は存するものの, 思想及び良心の自由に対する間接的な制約を許容し得る程度の必要性和合理性が認められる, として, 6.14判決の多数意見に賛同する一方, 後者の命令については, 国歌に対して否定的な歴史観や世界観を有する者にとって, 「斉唱」はその歴史観, 世界観と真っ向から対立する行為であり, 儀礼的行為と評価できないことなどから, それらの者の思想, 信条に係る核心部分, あるいはその外縁部分を侵害するものと評価できる, と述べている。なお, 田原反対意見は, 前者の命令が合憲である場合であっても, 憲法19条との関係において, 職務命令や懲戒処分が裁量権の濫用に当たるか否かが問題となり得る, と述べている。参考, 高橋和之「憲法判断の方法との関連でみた近時の最高裁判決の新動向」法律時報編集部編『国公法事件上告審と最高裁判所』(日本評論社, 2011年)30頁・註の21)。
- 40 D1-Law.com判例ID:27670762。

- 41 この点、駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回 [第11回]」法学セミナー680号(2011年)86頁は、「思想に反する行為強制の禁止が主題化できたのに、改めて猿払判決が引かれることによって、①間接的付随的制約論…の出番となり、②公務員の「全体の奉仕者」論がまたぞろ登場することになってしまった」と指摘している。参考、渡辺康行「職務命令と思想・良心の自由—『君が代』ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決」法律のひろば60巻1号62頁～63頁。
- 42 島佳代子「君が代訴訟 最高裁判例コンメンタール」季刊教育法170号(2011年)27頁。
- 43 北海道新聞2011年5月31日付け朝刊、毎日新聞2011.05.31付け東京朝刊。
- 44 北海道新聞2011年5月31日付け朝刊。
- 45 奥平康弘は、「『補足意見の花盛り』は、結局のところ、多数意見本体の弱さ・動揺・迷いなどを示したメッセージではないか」(朝日新聞2011年6月28日付け夕刊)とみる。
- 46 5.30判決の須藤正彦裁判官の補足意見は、「職務命令のような不利益処分を伴う強制が、教育現場を疑心暗鬼とさせ、無用な混乱を生じさせ、教育現場の活力を殺ぎ萎縮させるというようなことであれば、かえって教育の生命が失われることにもなりかねない」のであって、「強制や不利益処分も可能な限り謙抑的であるべきである」とした上で、強制や不利益処分に踏み切る前に、「思想及び良心の自由の重みに照らし、また、あるべき教育現場が損なわれることのないようにするためにも…教育行政担当者において、寛容の精神の下に可能な限りの工夫と慎重な配慮をすることが望まれる」と述べて、教育行政に対して自省を求めている。また、5.30判決の千葉勝美裁判官の補足意見は、起立斉唱行為を命ずる職務命令が違憲・無効ではない以上、これに従わない教師が懲戒処分を受けるのは過大なものでない限りは正当・適法である、としつつ、「起立斉唱行為の拒否は自己の歴史観等に由来する行動であるため、司法が職務命令を合憲・有効として決着させることが、必ずしもこの問題を社会的にも最終的な解決へ導くことになる」ものではなく、「国旗及び国歌が、強制的ではなく、自発的な敬愛の対象となるような環境を整えることが何よりも重要である」と述べて学校における「日の丸」「君が代」を巡る問題状況に対して苦言を呈する。
- 47 5.30判決の須藤正彦裁判官の補足意見は、「職務命令違反を理由とする不利益処分に係る裁量論の領域で…当該処分の適法性を基礎付ける必要性、合理性を欠くがゆえに、当該処分が裁量の範囲を逸脱するとして違法となるということはある得る」のである。また、6.14判決の岡部喜代子裁判官の補足意見も、職務命令が違憲とまではいえないとしても、「その命令の不履行に対して不利益処分を課すに当たっては慎重な衡量が求められる」と述べた上で、「不起立が個人の思想及び良心に由来する真摯なものであって、その命令に従って起立することが当該個人の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面がある場合には、①当該命令の必要性の程度、②不履行の程度、態様、③不履行による損害など影響の程度、④代替措置の有無と適否、⑤課せられた不利益の程度とその影響など諸般の事情を勘案した結果、当該不利益処分を課することが裁量権の逸脱又は濫用に該当する場合があり得る」としている。
- 48 この点に関連して、6.6判決における金築誠志裁判官の補足意見は、「念のため強調しておきたい」こととしてあげるのは、問題となっている起立斉唱命令とその違反に対する不利益処分は、教師に対するものであって、子どもに対するものではなく、両者は、「憲法上の評価において、基本的に異なる」ということである。
- 49 何れも2011年3月10日に東京高裁における判決が出されているが、都立学校の教職員の事案として、D1-Law.com判例ID:28173759。評釈として、さしあたり、広沢明「『君が代』起立通達及び不起立教師処分の違憲・違法性」季刊教育法169号(2011年)92頁～98頁参照。
- 50 毎日新聞2011年3月26日付け東京朝刊。
- 51 D1-Law.com判例ID:28180113(減給処分の取消)、D1-Law.com判例ID:28180111(一教師の停職処分を取消)。