

---

## 「日の丸・君が代」強制についての憲法判断のあり方 ——学校儀式における教師の場合——

渋谷 秀 樹

---

はじめに

- 1 憲法は何ゆえ「思想及び良心」の不可侵を保障したか？
- 2 憲法が保障する「思想及び良心」とは何か？
- 3 どのような保障がされるのか？
- 4 合憲性の判定基準
- 5 ピアノ伴奏拒否事件・最高裁判決の検証
- 6 国歌斉唱の強制
- 7 公務員の勤務関係をどう考えるか？

総 括

はじめに

本件の係争対象は、都立学校に勤務する教職員または勤務していた教職員に対して、勤務校でなされる学校儀式において、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、国歌斉唱はピアノ伴奏等により行うこと、国旗掲揚および国歌斉唱の実施にあたり、教職員が校長の職務命令に従わない場合は、服務上の責任を問われることを内容とする通達（平成 15 年 10 月 23 日の「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について（通達）」、以下「本件通達」という）である。また、本件の核心部分を形成する実体法上の争点は、本件通達およびこれに基づく校長の職務命令が、思想・良心の自由を侵害し違憲か否かである。

この判断をなす際には、以下の点を明らかにする必要がある。すなわち、日本国憲法は何ゆえに 19 条に「思想及び良心の自由」の不可侵を規定したのか、

不可侵とされた「思想及び良心」とは何か、そして、何がどのように保障されるのか。また「思想及び良心」の自由が制約されたと主張して裁判となった場合、その制約の合憲性はどのように判定されるのか。まず、これらの各点につき一般論を明確に示す必要がある。

その上で、本件において問題となる「思想及び良心」の具体的内容は何か、また本件における問題状況の特殊性は何か、そして、それを解明したのち、係争行為（本件通達および職務命令）による具体的制約の合憲性を判定するとどうなるか、を明らかにする必要がある。

### 1 憲法は何ゆえ「思想及び良心」の不可侵を保障したか？

人間は、身体の所在が自由であること、生命を維持するための衣食住を確保するための経済活動が自由であることのほかに、精神活動が自由でないと、真に人間らしく生きることができない。精神活動には、自分の精神を外部的に表現する行為、例えば、礼拝などの宗教的行為のほかに、表現行為など、人が自分の内面にもつ情報を外部に発信する行為などがある。しかし、これらの行為の前提として、その人の内面における情報の蓄積、それを基盤とする知識の体系化とそれに基づく思索が必要であることはいうまでもない。

以上のように、個人の尊重を基本原理（憲法13条前段）とする日本国憲法の下では、内面的精神活動の自由がもっとも基本的な権利として保障されているのである。もっとも、「思想及び良心の自由」を保障した憲法は、歴史上、その例は多くない。そうしたなか、日本国憲法が特に明文で保障した理由は、周知のように、日本の戦前の精神生活のあり方にある。つまり、明治憲法下の天皇は、政治的世界のみならず、精神的世界においても絶対的權威と考えられ人の内心に強い影響力をもっていたため、これを否定する必要があったこと、明治憲法下において治安維持法などの運用を通じて思想弾圧をした悲惨な歴史的経験についての後悔と反省、ポツダム宣言中の「言論、宗教及思想ノ自由並ニ基本的人権ノ尊重ハ確立セラルヘシ」（同宣言10項）の受容に求めることができる。

特に子どもに対して行われる学校教育は、内心の形成に深く係わる<sup>1)</sup>ため、憲法 26 条で保障された「教育を受ける権利」の実現にあたっては、憲法で定められた諸条項および諸原理に忠実に沿って行われなければならない点に留意する必要がある。旧教育基本法が、特に自主的精神の涵養に意を用いたのは、戦前の教育が失敗に終わったという経験に基づくものと考えられる。

## 2 憲法が保障する「思想及び良心」<sup>2)</sup>とは何か？

### a 一般論

学説においては、「内心におけるものの見方ないし考え方」とする内心説（広義説）と、そのうちの信仰に準ずべき世界観・人生観など個人の人格形成の核心をなすもの、つまり価値観・主義・信条などに限られるとする信条説（狭義説）に分かれる<sup>3)</sup>。信条説は、道徳的判断、心情のあり方は思想に含まれないとするが、これらはその人の価値観・信条と密接に関連し、またその具体的場面における現われと解することができるので、広義説を採るべきである。原審判決も、下記に検討するように内心説を採ると解される。

判例の立場は必ずしも明らかではないが、謝罪広告強制事件・最高裁大法廷判決<sup>4)</sup>の多数意見は、信条説に立ったものと解されている。もっとも、この事案も、強制執行が許されるか否かの問題として扱われたものと解することもでき、信条説に立つものと断定することはできない。

---

1) この点を旭川学テ事件・最大判昭和 51・5・21 刑集 30 卷 5 号 615 頁は、「子どもの教育は、子どもが将来一人前の大人となり、共同社会の一員としてその中で生活し、自己の人格を完成、実現していく基礎となる能力を身につけるために必要不可欠な営みであり、それはまた、共同社会の存続と発展のためにも欠くことのできないものである」とし、また「子どもはその成長の過程において他からの影響によって大きく左右されるいわば可塑性をもつ存在であるから、子どもにどのような教育を施すかは、その子どもが将来どのような大人に育つかに対して決定的な役割をはたすものである」とする。

2) なお、思想と良心を分析的に区別することは可能であるが、実益が無いので、以下、合わせて「思想」とすることもある。

3) その他、広義説をとりつつ、信条についてはより強い保護が与えられるべきとする説もある。戸波江二教授の原審での意見書 6 頁（2007 年 1 月 31 日）等参照。

4) 最大判昭和 31・7・4 民集 10 卷 7 号 785 頁。

**b** 本件で問題となる「思想及び良心」とは何か？

原審判決は、「我が国において、日の丸、君が代は、明治時代以降、第二次世界大戦終了までの間、皇国思想や軍国主義思想の精神的支柱として用いられてきたことがあることは否定し難い歴史的事実であり、国旗・国歌法により、日の丸、君が代が国旗、国歌と規定された現在においても、なお国民の間で宗教的、政治的にみて日の丸、君が代が価値中立的なものと認められるまでには至っていない状況にあることが認められる」とし、「このため、国民の間には、公立学校の入学式、卒業式等の式典において、国旗掲揚、国歌斉唱をすることに反対する者も少なからずおり、このような世界観、主義、主張を持つ者の思想・良心の自由も、他者の権利を侵害するなど公共の福祉に反しない限り、憲法上、保護に値する権利というべきである」とした。

ここでは、公立学校における式典において、国旗掲揚・国歌斉唱をすることに反対すること自体が、「世界観、主義、主張」であり、「思想及び良心」であると捉えられている。つまり、日の丸・君が代が象徴する皇国思想や軍国主義思想に対して反対であるという「思想及び良心」ではないのである。これは、上記判旨に続いて、「確かに、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に起立しないこと、国歌斉唱しないこと、ピアノ伴奏をしないことを選択する理由は様々なものが考えられる」としていることから知ることができる。

この点、ピアノ伴奏が問題となった事件における最高裁<sup>5)</sup>の法廷意見の捉え方は異なる。すなわち、「〔上告人の主張する〕『君が代』が過去の日本のアジア侵略と結び付いており、これを公然と歌ったり、伴奏することはできない、また、子どもに『君が代』がアジア侵略で果たしてきた役割等の正確な歴史的事実を教えず、子どもの思想及び良心の自由を実質的に保障する措置を執らないまま『君が代』を歌わせるという人権侵害に加担することはできないなどの思想及び良心」は、「『君が代』が過去の我が国において果たした役割に係わる上告人自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上の信念等という

---

5) 最判平成19・2・27民集61巻1号291頁。

ことができ」、これは「歴史観ないし世界観」と捉える。その侵害が問題となっているとみるのである。

これに対して、同判決の藤田宙靖反対意見は、「本件において問題とされるべき上告人の『思想及び良心』としては、このように『君が代』が果たしてきた役割に対する否定的評価という歴史観ないし世界観それ自体』もさることながら、それに加えて更に、『君が代』の斉唱をめぐり、学校の入学式のような公的儀式の場で、公的機関が、参加者にその意思に反してでも一律に行動すべく強制することに対する否定的評価（従って、また、このような行動に自分は参加してはならないという信念ないし信条』といった側面が含まれている可能性があるものであり、また、後者の側面こそが、本件では重要なのではないかと考える」とする。藤田反対意見は、明言こそ避けたものの、本件原審判決の捉え方に理解を示したものといえる。

それでは本件訴訟の場合、どのように考えるべきか。結論的にいうと、本件訴訟の原告となった多数の人々が一致して、上記歴史観・世界観を支持しているとは考えられない。これは、本件訴訟における原告の一連の主張・証言等によって論証される。実際、授業において、君が代を教えている教師もいる。しかし、教科教育としての授業時において教師が自分の専門的教育裁量に基づいて君が代を教えるという局面と、学校儀式という特別活動において、本件事案においてなされたような個々の教師に対して文書による職務命令を交付し、その違反に懲戒処分の威嚇をかけ、儀式当日に管理職および教育委員会職員による全面的な職員監視体制をとって違反摘発を行うという異様な雰囲気のもとに行われる君が代斉唱強制の相違に注目しなければならない。

問題の核心は、そういう歴史観・世界観をもつから、ということにとどまらず、様々な理由、例えば、公立学校において学ぶ生徒の中には、日本国籍をもたない者も相当数にのぼり、そのような国際化した教育現場で、一様に日本の国歌斉唱・国旗掲揚を強制することに対する教育効果に対する懸念ゆえ、という理由を述べる教師もいるであろう。この点は、この法廷の場で、入念に確認していただきたいと思うし、まさに上記事件において、藤田宙靖最高裁裁判官

が確認したかったことであると考ええる。

結局、より根本的な主義・主張は様々であるが、公立学校の儀式の場で「日の丸」の掲揚と「君が代」の斉唱を強制することが自己の思想・良心に反する、あるいは自己の教師としての思想・良心に反すると捉えるのが、正鵠を射たものと考ええる。

### 3 どのような保障がされるのか？

#### a 一般論

思想の自由の保障は、①特定の思想をもつ、またはもたないことを理由とする制裁等の不利益処遇の禁止、②特定の思想をもつ、またはもたないことの強制の禁止、③現にもつ思想内容の告白（開示）または現にもつ思想と異なる内容の告白強制の禁止、である。①の例として、戦前に治安維持法によって行われた思想弾圧、③の例として、いわゆる「踏み絵」がある。

本件では②が関係するが、ここでは、思想の強制そのものではなく、特定思想に結びついた行為の強制について、どう捉えるかをまず明確にする必要がある。

憲法 20 条は、信教の自由と政教分離原則を定める。この規定で保障された「信教」の中に、信仰が含まれるが、これは憲法 19 条が保障する「思想及び良心」のうち宗教的なものを特別法的に保障したものと解するのが、一般的である。そして、憲法 20 条 2 項が、「何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない」と規定する点に注目しなければならない。本項は、信仰の外形的行為の自由を保障したものであるが、その背景には、戦前の国家神道が、すべての国民に、国家神道上の行為、祝典、儀式または行事に参加することを強制したことに鑑みて規定されたものである。同項は、信仰に焦点を合わせて規定したものであるが、より一般化すれば、各人の思想に反する「行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない」ということを、19 条も当然に保障していると解することができる。つまり、思想に反する行為を強制されない権利が、保障されているのである。

ここで留意すべきは、思想強制が人格の破壊へとつながるといふことの重大性・深刻性である。それは400年以上も前に、強制したキリシタン禁教に伴う数々の悲劇を通じて、日本が歴史的に学んだ事柄である。精神に対する衝撃は、肉体に対する侵害と異なり物理的に確認できないが、現に本件通達および職務命令によって、多数の教師が深刻な心の病に侵されているということも当法廷に明らかなどころである。

#### **b 本件で問題となる保障**

本件で、思想に反する外形的行為の強制が問題となっていることは明らかである。

##### (1) 児童・生徒に対する強制

まず、児童・生徒に対して、国旗掲揚（掲揚された国旗への拝礼）、国歌斉唱を強制することはどうか。

国旗・国歌の制定そのものは思想的に中立といえるが、国旗掲揚（掲揚された国旗への拝礼）または国歌斉唱の強制は国家への忠誠心をもつべしという特定思想に結びつく行為の強要となり、違憲となる。さらに、現に制定された国旗の図柄、国歌の内容が、戦前の天皇制絶対主義と軍国主義のシンボルと理解される蓋然性が高いとすれば、そのような理解をする人にとって特定思想に結びついた行為の強要以外の何ものでもない。現行憲法19条は、特定の価値観の強要からの自由をその保障の中核としているのである。したがって、児童・生徒に国旗の掲揚または国歌の斉唱を強制することは児童・生徒の思想・良心の自由を侵害することになる。

国歌の斉唱または国旗の掲揚は、学習指導要領に定める「儀式的行事 学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳粛で清新な気分を味わい、新しい生活の展開への動機づけとなるような活動を行うこと」の具体化と主張されるようである。この要領に定める事項については、一般論としては肯定できる。しかし、その具体的実践として行われる国旗の掲揚と国歌の斉唱は、児童・生徒自身が、その強制について社会において異論があることを察知している状況下において、強行されること自体が、上記要領の定める目的を達成する手段として

の有効性について疑問がもたれるところである。

さらにこのような行為は、憲法26条によって保障された、子どもの「教育を受ける権利」を侵害するものと考えられる。旭川学テ事件・最高裁判決<sup>6)</sup>は、「政党政治の下で多数決原理によってされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的要因によって左右されるものであるから、本来人間の内面的価値に関する文化的な営みとして、党派的な政治的観念や利害によって支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険があることを考えるときは、教育内容に対する右のごとき国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、殊に個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつ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条の規定上からも許されないと解することができる」としている。この判旨を、国旗・国歌教育において当てはめると、国旗・国歌の意味や背景、そして現に存在する国旗・国歌について、日本国内において多様な意見があることを教えることなく、唯一無二の真理として教育現場で扱われるのであれば、それは、偏っているがゆえに「誤った知識」を、また、多様な考え方ではなく「一方的な観念」を「子どもに植えつけるような内容の教育」、すなわち教化 (indoctrination)、または洗脳 (mind control) となっていると解される。

## (2) 教師に対する強制

教師に対する強制はどうか。

学習指導要領に基づいた職務命令であるから、国旗・国歌の教育が生徒に強制する内容でない限り、職務命令は合法的であり、教師は教育を行う義務を免れないとする考え方もある<sup>7)</sup>。しかし、公教育を担う教師には、公立学校の教師であると私立学校の教師であるとを問わず、憲法99条によって憲法遵守義

6) 前掲注1) 最大判昭和51・5・21刑集30巻5号615頁。



務を負い、特定思想に基づく行為の強制が19条違反であれば、これに従う義務は存在しない。そして、明らかに違憲の内容をもつ文部科学大臣告示、または教育長の通達の下でなされた職務命令に従う義務は、その効力において憲法上の義務に劣ることは明白であり無効となるから、教師もこれに従う義務はないことになる。

また教師は、児童・生徒と向き合う関係においては、政府機関として行動するので、教育裁量という意味での教育の自由をもつ。この自由は、憲法23条によって保障された自由ということはできないと考えるが、旭川学テ事件・最高裁判決<sup>8)</sup>は、「憲法の保障する学問の自由は、単に学問研究の自由ばかりでなく、その結果を教授する自由をも含むと解されるし、更にまた、専ら自由な学問的探究と勉学を旨とする大学教育に比してむしろ知識の伝達と能力の開発を主とする普通教育の場においても、例えば教師が公権力によって特定の意見のみを教授することを強制されないという意味において、また、子どもの教育が教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならないという本質的要請に照らし、教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量が認められなければならない」とし、むしろ、この自由を憲法23条に根拠づけている。したがって、この判決の趣旨に従えば、「公権力によって特定の意見のみを教授することを強制されない」ということが、憲法23条によって保障されることになる。国旗・国歌には上述のような問題があるにもかかわらず、教師が学校儀式の場で児童・生徒の面前で斉唱・起立等を行うことは、実質的には「児童・生徒に特定の意見のみを教授」することになることは容易に想像できる。

また、教師は、自らに対して人事権・懲戒権を背景として命令・強制する機関に対しては、公務員の勤務関係において問題となるように保障の範囲につい

---

7) 野中俊彦ほか『憲法I〔第4版〕』305頁（有斐閣、2006年）〔中村陸男執筆〕。この考え方も、「強制する内容でない限り」という留保を付している点に注意する必要がある。少なくとも強制すれば違憲となることについては、憲法学においてはほぼ一致した見解と思われる。

8) 前掲注1) 最大判昭和51・5・21刑集30巻5号615頁。

ては問題となるものの、憲法上の権利を享有することになる。そして、本件の場合、思想に反する行為の強制であるから、教師自身の権利の観点からみても、19条違反の問題が生じる。

教師としての思想・良心の自由は、どのように捉えるべきか。憲法76条3項は、裁判官につき、「良心に従ひ独立してその職権」を行うことを保障している。ここでいう「良心」については、憲法19条でいう良心と同義とする主観説と、法律専門職としての職務上の良心と解する客観説があるが、一般には客観説が支持されている。子どもと向き合う関係において、教師としての思想・良心の自由は、やはり裁判官が訴訟当事者と向き合うのと類似の関係にあって、19条によって保障されているということとはできないであろう。しかし、教師は、子どもの「教育を受ける権利」を教育現場において充足する責務を負っているということ、そしてまた、教育実践を通じて形成された教育専門家としての教育上の信念たる教師としての思想・良心は、憲法19条によって保障された思想・良心と密接不可分なものとなっていて、このような主観的な思想・良心と、教師としての、いわば客観的な思想・良心が分離して存在するとは通常は想定できない。教師はその全人格、すなわち個人としての思想・良心と教師としての思想・良心をもって教育にあたっているのではないか。いわゆる人格教育とはこのようなものではないかと考える。この点が、裁判官の「良心」とは異なると思う。したがって、教師としての思想・良心の自由は、子どもの「教育を受ける権利」による限界をもつという点を除いて、憲法19条が保障する思想・良心の自由に準ずる保障を19条・23条<sup>9)</sup>・26条によって受けると考える。

#### 4 合憲性の判定基準

##### a 自発的行為と外面的行為

ここでは行為の強制が、さらに自発的行為の強制と、外面的行為の強制とい

---

9) 23条は、この場合、教育実践という研究によって獲得された成果という意味での学問の自由である。

う2つの型に類型化される点に留意する必要がある<sup>10)</sup>。この類型化は、当該行為の意味の有無を行為者の自発性・自主性の視点で考えようとするものである。

#### (1) 自発的行為

自発的行為とは、行為者の自発性ないしは自主性に基づいてはじめて、意味があると社会的・文化的にみなされる行為である。例として、謝罪広告の掲載強制<sup>11)</sup>、強制加入団体による寄附金の強制徴収<sup>12)</sup>がある。このような類型に該当する行為を強制することは、行為者の思想の自由を侵害するものとして違憲になるとする。従来保障の類型から説明すると、このような強制は、直接、自発性という思想・良心の核心領域そのものを侵害するので、思想に基づく不利益を課すことになるからということであろう。したがって、この類型の行為を強制することは絶対的に禁止され、この係争対象となった行為が類型行為に該当すると判断された場合には、ただちに違憲という結論が出てくることになる。

#### (2) 外面的行為

これに対して、外面的行為とは、当人の自発性に基づいていなくてもその行為が現実に行われること自体に意味があるという性格の行為である。例として、信仰に基づく剣道実技の拒否がある。このような問題に対処するにあたり、宗教の自由論として、以下のような考え方が、アメリカ合衆国の判例理論として確立しているとされる。すなわち、一般的に適用される世俗的法令によって課された義務が、ある人の真摯な信仰と深いレベルで衝突するとき、当該義務から当人を免除することが、憲法上要請される。ただし、免除しないことを正当化する、真にやむをえない利益 (compelling interest) が存在する場合には、この限りではない。また、可能な場合には免除される者に、当該義務に代替する

---

10) 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頁参照。

11) 前掲注4) 最大判昭和31・7・4民集10巻7号785頁。

12) 南九州税理士会政治献金事件・最判平成8・3・19民集50巻3号615頁、群馬司法書士会事件・最判平成14・4・25判時1785号31頁。

負担を課すべきである、とする<sup>13)</sup>。最高裁も、剣道実技拒否事件において、このような考え方にしたがって、判決を下したものとみることができる<sup>14)</sup>。

この理論を信仰よりも拡張、より一般化して思想の自由について定式化すると、以下のようにになるとされる。すなわち、「公権力が、特定内容の『内心に有るもの』を侵害する意図なしに、一般的な規制措置を行う場合に、その規制による『外面的行為の強制』が或る個人の保持する特定内容の『内心に有るもの』と深いレベルで衝突するとき、同規制からその個人を免除することが憲法上の要請である。ただし、免除しないことを正当化する非常に強い公共目的が存在する場合には、この限りではない。また、可能な場合には、免除される者に、当該規制に代替するような負担が課されるべきである」<sup>15)</sup>とする。精神的自由権の基盤をなす思想・良心の自由の制約についての違憲審査は、厳格な審査基準によって臨まなければならないとするのは、現在における憲法学の共通理解であり、判例も精神的自由権に対する制約に関して厳格な審査で臨まなければならないとする点を一般論として展開している<sup>16)</sup>。

しかし、以上のような定式化には、若干の問題点がある。つまり、この定式は、「『外面的行為の強制』がある個人の保持する特定内容の『内心に有るもの』と深いレベルで衝突するとき」とするが、「深いレベル」という概念があいまいであり、またこの概念が、非常に絞り込まれた「価値観」を意味するとすれば、これに該当する場合が極端に少なくなるというおそれがある。この点について、剣道実技拒否事件・最高裁判決が、「信仰の核心部分と密接に関連する真しなもの」という基準を提示しているが、これを内心の自由の問題として一般化すると以下のようになるのではないか。すなわち、19条が問題とな

---

13) 佐々木・前掲注10) 論文47頁参照。同「『国歌の斉唱』行為の強制と教員の内心の自由」法セ595号(2004年)42頁も参照。

14) 最判平成8・3・8民集50巻3号469頁。

15) 佐々木・前掲注10) 論文48頁。

16) いわゆる二重の基準論を肯定したものと解される判例として、薬局距離制限事件・最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁、北方ジャーナル事件・最大判昭和61・6・11民集40巻4号872頁等がある。

る事案においては、客観的要因としての思想・良心の内容の合理的説明可能性と主観的要因としての本人の真摯性を中心とした諸般の事情を勘案して判定すべきものと捉えるべきである。

公権力の担い手たる政府機関が、思想または良心の自由を侵害するという主観的意図をもたずに特定の行為の履行を命令する場合において、それが命令を受けた人の思想または良心と相容れないと諸般の事情からして客観的に認定できるときには、その行為の履行をなお強制することは憲法 19 条に違反する。ただし、そのような事情があるにもかかわらずその強制によって生じる思想または良心の制約を正当化する、真にやむをえない利益を政府機関が論証した場合には、強制の目的審査の段階では、違憲とは断定されない。その場合においては、さらにその制約が当該目的達成にとって必要不可欠の手段であるかどうか、そして、そこでとられた手段が必要最小限のものであるか否かが、問われることになる。その際、他の代替手段によって、当該目的が達成可能であれば、そこで問題となった手段は必要最小限のものではないことが論証されたことになる。これは、剣道実技拒否事件における最高裁が判示したところと一致すると思われる<sup>17)</sup>。

外面的行為が自発的行為と異なり、例外的に正当化される理由は、この行為の強制が、思想・良心の自由の核心領域を侵害することなしに、実行される場合もありうるという点に求められる。とすれば、そのような侵害があったか否かは、審査基準に沿って判定されることになる。

### (3) 国歌斉唱強制とピアノ伴奏強制

学校儀式における、国歌の斉唱は、果たして自発的行為と外面的行為のどちらに該当するか。国歌の斉唱は、それを行う個人の自発性に基づいてはじめて意味がある自発的行為であるとする捉え方がある<sup>18)</sup>。この捉え方からすると、教師に国歌斉唱を強制することは、ただちに 19 条違反として違憲になるとする。

17) 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）390頁参照。

18) 佐々木・前掲注10)論文61頁。

これに対して、教師に君が代を歌い演奏することが職務として要請される場合には、外面的行為となり、仮にその行為をなすことがその思想に反することになっても、その思想は傷つかず、その職務上の行為に携わることができる。仮に思想が傷つけられるとすれば、先に述べた「外面的行為の強制」型の定式に従った主張を構成する必要があるとするのである。

この類型化によると国歌斉唱は自発的行為、ピアノ伴奏は外形的行為となり、この類型化を採用すれば、ピアノ伴奏強制事件・最高裁判決の射程は限定されることになる。

#### (4) 実際の運用

以上のような、自発的行為と外面的行為という類型化は、ドイツおよびアメリカ合衆国の憲法判例の蓄積に基づくものであって、分析的に優れてはいるが、日本ではなお思想・良心の自由が争点となる事案が少ないこともあって、両者の区別をすることなく、どちらの場合においても、審査基準の手順に従って判定することにもやむをえない事情があると考ええる。

#### b 合憲性の審査基準

ここでこれまで日本の憲法学において展開されてきた合憲性の審査基準について、判例を参考にしながら、その体系をみておく必要がある。

##### (1) 係争行為の審査の局面

憲法上の主観的権利を制限・禁止などによって規制し、または憲法上の客観的原則の例外を認める行為が、違憲審査の争点となった場合、その行為（以下「係争行為」と略）の審査にあたり、裁判所は、係争行為の目的の審査（以下「目的審査」と略）、この目的を達成する手段の審査（以下「手段審査」と略）、そしてその目的と手段の関係の審査（以下「関係審査」と略）を行う。目的審査とは、憲法上の権利を係争行為が規制するのは何のためか、つまりどのような権利・利益を守り、あるいは促進するためなのかを吟味するものである。手段審査とは、規制目的のために現に採られた手段が果たして妥当か、特にその手段がそれによって制約される権利・利益との関係で妥当かを吟味するものである<sup>19)</sup>。関係審査とは、その手段が立法目的を達成するために果たして有効か、

その整合性を問うものである。手段審査と関係審査は常に行われるものではなく、必要に応じてどちらかの審査の中に他方が吸収されることがある。

(a) 適用例

このような審査が自覚的に行われた事例として、薬局距離制限違憲判決<sup>20)</sup>がある。薬事法と同法の委任条例は、薬局を新規に開設する場合、既存の薬局から一定の距離があることを許可条件としていた（適正配置規制）。最高裁は、まず、目的審査を行い、この規制の目的は提案理由によると、「主として国民の生命及び健康に対する危険の防止」という消極的・警察的目的のものであり、「小企業の多い薬局等の経営の保護」という社会政策的・経済政策的目的のものではないとする。そして「競争の激化—経営の不安定—法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があることは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたい」とする手段審査の結果を判示している。

(b) 目的と手段の相対性

この事案で注意すべきは、目的と手段との関係は、あくまで相対的なものであるということである。現に、薬局距離制限違憲判決も、「薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまで不良薬品の供給防止のための手段にすぎないもの」とする。つまり、目的を「生命・健康に対する危険防止（＝不良薬品の供給防止）」に設定すると、①「薬品の厳格な管理体制の義務付け」などと並んで、②「過当競争の防止と経営不安定化の防止」、その他の措置がこの目的を達成する手段として採りうる選択肢として位置づけられることになる。そして、②の目的を達成するための手段の1つとして、適正配置規制が位置づけられることになる。ところが、過当競争の防止と経営不安定化の防止を立法目的とすると、適正配置規制がこの目的の直接の達成手段の1つとなるのである。そうすると、このような手段は、目的との

19) 最高裁が、目的審査と手段審査を鮮明に打ち出した判決として、尊属殺重罰規定違憲判決・最大判昭和48・4・4刑集27巻3号265頁がある。

20) 前掲注16) 最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁。

関係で、同判決のいうような「その必要性和合理性を肯定しうるにはなお遠いもの」という判断とは異なる結論がでる可能性もでてくるのである。そもそも合憲性が争われている法令の立法目的は何かを確定することがいかに重要であるかがわかる。そして、この目的を確定するために立法事実の調査が非常に重要視されるのである。

目的と手段の相対性は、その他、例えば、外国人に対する指紋押捺強制を規定していた旧外国人登録法にもみることができる。すなわち、この法律には、最終目的としての「在留外国人の公正な管理」、その手段としての「人物特定」(中間目的)、その手段としての「指紋押捺制度」というふうに目的・手段の連鎖が組み込まれている。この制度の場合、関係審査においては人物の特定性の精度において指紋採取はすぐれているといえるが、手段審査においては指紋情報のインデックス性によって、当該人間の行動に対して過度の萎縮効果を生み、妥当ではないという結論が出てくる<sup>21)</sup>。

## (2) 審査基準の内容

合憲性の審査基準には、厳格な審査、厳格な合理性の審査、合理性の審査の3種がある。

違憲審査基準	目的	手段 (比例原則)	目的と手段の関係
厳格な審査 (strict scrutiny)	真にやむをえない利益 (compelling interest)	必要最小限度	必要不可欠の関係 (essential relationship)
厳格な合理性の審査 (intermediate scrutiny, strict rationality test)	重要な利益 (important interest)	より制限的ではない代替手段 (less restrictive alternative) がない	実質的関連性 (substantial relationship in fact)
合理性の審査 (minimal scrutiny, rational basis [rationality] test)	正当な利益 (legitimate interest)	著しく不合理であることが明白でない	合理的関連性 (rational relationship)

21) 渋谷秀樹「指紋押捺制度の合憲性」法教 190号 (1996年) 76頁参照。



(a) 目的に関する基準

3種の基準はそれぞれその目的審査につき、厳格な審査は、真にやむをえない利益（compelling interest<sup>22)</sup>）を、厳格な合理性の審査は、重要な利益（important interest）を、そして合理性の審査は、正当な利益（legitimate interest）をそれぞれ促進するかどうか審査される。これらの利益は、その重要度が後者のものほど薄れていくものであることに注意すべきである。これは要求される論証レベルにもあらわれ、表現の自由に対する規制を例にとってみると、真にやむをえない利益としては、明白かつ現在の危険が、重要な利益としては、相当の蓋然性、または具体的危険が、正当な利益としては、抽象的危険が、それぞれ要求されることとなる。

日本の最高裁が、このような見取図にしたがって判示したかどうかは不明であるが、主要な判例を判旨にそって分類すると以下ようになる。

真にやむをえない利益としたものとして「公正な裁判の実現」<sup>23)</sup>、「空港の設置、管理等の安全」の確保<sup>24)</sup>、「〔被収容者の〕逃亡及び罪証隠滅の防止」と「監獄内の規律及び秩序の維持」<sup>25)</sup>など、重要な利益としたものとして「国民の生命及び健康に対する危険の防止」<sup>26)</sup>、「租税の適正かつ確実な賦課徴収」<sup>27)</sup>など、正当な利益としたものとして「選挙の自由と公正の確保」<sup>28)</sup>、

22) compelling interest の訳語として、「やむにやまれぬ利益」とするのが一般的であるが、意味不明の日本語であるから、ここでは「真にやむをえない利益」とする。「必要不可欠」は、関係審査における概念であり、compelling の訳語としてこれを用いるのは誤りである。

23) 前科照会事件・最判昭和 56・4・14 民集 35 卷 3 号 620 頁の伊藤正己補足意見、その他に博多駅事件・最大決昭和 44・11・26 刑集 23 卷 11 号 1490 頁など。芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第 4 版〕』（岩波書店、2007 年）121 頁参照。

24) 成田新法事件・最大判平成 4・7・1 民集 46 卷 5 号 437 頁。「高度かつ緊急の必要性がある」とする。

25) 「よど号」ハイ・ジャック新聞記事抹消事件・最大判昭和 58・6・22 民集 37 卷 5 号 793 頁。

26) 薬局距離制限事件・前掲注 16) 最大判昭和 50・4・30 民集 29 卷 4 号 572 頁。ただし、「重要な公共の利益」とする。

27) 酒類販売免許制事件・最判平成 4・12・15 民集 46 卷 9 号 2829 頁。ただし、「重要な公共の利益」とする。

「行政の中立的運営」の確保と「国民の信頼」の維持<sup>29)</sup>などがある。

もっとも、政府行為の目的に、何らの根拠もないということは現実にはありえないので、目的審査のみでは違憲の判断が導かれることはまれであり、争われている政府行為によって制限される権利の位置づけを決めて、当該事案に用いられる違憲審査の基準を選別するという機能がある、すなわち手段または目的と手段の関係に関して、どの基準を当てはめて審査を行うかを選別する機能があると考えられる。

(b) 手段に関する基準

厳格な審査は、手段が必要最小限度の制限であることを要求する。厳格な合理性の審査は、手段がより制限的ではない代替手段 (less restrictive alternative = LRA) がないことが要求され、それにつき具体的・実質的に吟味される。合理性の審査は、手段が著しく不合理であることが明白でないことを要求するにとどまる。なお、厳格な審査が要求される場合に、LRA があることが論証されれば、当該手段は、必要最小限度のものではないことになる。

手段審査では、いずれもその手段によって失われる利益と、その手段によって得られる利益が、衡量されることが多い。

(c) 目的と手段の関係に関する基準

厳格な審査は、目的との関係において手段が必要不可欠 (essential relationship) であることを要求する。すなわち、目的を達成するための唯一の手段が現に争われている法令・行為であり、他に手段がないことを要求している。最高裁の少数意見の中に、立法目的達成のために「必須のものであり、他に代わるべき……手段がないとき」<sup>30)</sup>と言及するものがあるが、これもこの趣旨と解される。

厳格な合理性の審査は、目的との関係において、実質的関連性 (substantial

28) 戸別訪問事件・最判昭和56・6・15刑集35巻4号205号。

29) 猿払事件・最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁。

30) 前科照会事件・前掲注23) 最判昭和56・4・14民集35巻3号620頁の伊藤正己補足意見。

relationship in fact)があることを要求する。実質的関連性とは、目的と手段の整合性が問われ、他の手段によってもその立法目的を達成でき、かつ争われている法令や、法令の下で具体的に講じられた行為よりも、それがより憲法上の権利を制限するものでないときには、争われている法令・行為が違憲になるとする、いわゆる LRA の基準もこの中に位置づけられる。例えば、非嫡出子相続分規定違憲訴訟の最高裁大法廷決定の反対意見は、非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1とする民法900条4号但書前段の「婚姻の尊重・保護」という目的には異議はないが、「出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別すること」(=目的達成手段)は、「立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められ」ないとした<sup>31)</sup>が、これは実質的関連性の基準を採用したものである。

これに対して、合理性の審査は、目的との関係において、合理的関連性(rational relationship)があることを要求するにとどまる。ここでは目的と手段のあいだに抽象的・観念的な関連性があれば足りるとされる。すなわち、法令や法令の下で具体的に講じられた手段と立法目的との間に因果関係が認められないとき以外は合憲とするのである。非嫡出子相続分規定違憲訴訟・最高裁大法廷決定の多数意見は、「立法理由〔=目的〕に合理的な根拠があり、かつ、その区別〔=手段、非嫡出子には嫡出子の2分の1にすること〕が右立法理由〔=目的〕との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り」違憲とはいえないとした<sup>32)</sup>が、これは合理的関連性の基準を採用したものである。

以上の審査において使用される実質的関連性と合理的関連性という用語は、アメリカ合衆国の判例に用いられる言葉を直訳したもののなので、非常にわかりにくいですが、ここでは、目的と手段の因果関係が問われていると考えればよい。

---

31) 最大決平成7・7・5民集49巻7号1789頁。

32) 前掲注31) 最大決平成7・7・5民集49巻7号1789頁。

## 5 ピアノ伴奏拒否事件・最高裁判決の検証

### a 法廷意見の趣旨

#### (1) 職務命令と「歴史観・世界観」との関係

ピアノ伴奏拒否事件・最高裁判決は、「学校の儀式的行事において『君が代』のピアノ伴奏をすべきでないとして本件入学式の国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することは、上告人にとっては、上記の歴史観ないし世界観に基づく一つの選択ではあるが、一般的には、これと不可分に結び付くものということとはできず、上告人に対して本件入学式の国歌斉唱の際にピアノ伴奏を求めることを内容とする本件職務命令が、直ちに上告人の有する上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものと認めることはできないというべきである」とする<sup>33)</sup>。これは、上記の分類に従えば、「外面的行為の強制」型に属するという前提を採っているものとみることもできる。

すなわち、「客観的に見て、入学式の国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏をするという行為自体は、音楽専科の教諭等にとって通常想定され期待されるものであって、上記伴奏を行う教師等が特定の思想を有するというを外

---

33) この判旨の前提にある、憲法で保障された「思想及び良心」の捉え方に問題があることは先に触れた。藤田宙靖反対意見が述べるように、「『君が代』に対する評価に関し国民の中に大きな分かれが現に存在する以上、公的儀式においてその斉唱を強制することについては、そのこと自体に対して強く反対するという考え方」が、「上記の歴史観ないし世界観とは理論的には一応区別された一つの信念・信条であるということができ、このような信念・信条を抱く者に対して公的儀式における斉唱への協力を強制することが、当人の信念・信条そのものに対する直接的抑圧となることは、明白であるといわなければならない」とする。つまり、憲法で保障された「思想及び良心」が当該事案において何かを認定することが、思想の自由が問題となる事案においては決定的に重要な意味をもつことがここでも確認されているのである。なお、「そしてまた、こういった信念・信条が、例えば『およそ法秩序に従った行動をすべきではない』というような、国民一般に到底受入れられないようなものであるのではなく、自由主義・個人主義の見地から、それなりに評価し得るものであることも、にわかには否定することはできない」とするのは、このような「思想及び良心」にも一定の限界があることを示唆しているが、その内容を敷衍すると、日本国憲法が採用する原理を正面から否定するようなものは含まれないということをお願いするのであろう。

部に表明する行為であると評価することは困難なものであり、特に、職務上の命令に従ってこのような行為が行われる場合には、上記のように評価することは一層困難であるといわざるを得ない」とし、ピアノ伴奏の職務命令は、「上告人に対して、特定の思想を持つことを強制したり、あるいはこれ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でもなく、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制するものともみることができない」とするのである。

## (2) 審査方法の問題点

しかし、外面的行為の強制とみるのであれば、審査手順としては、上述のように、厳格な審査基準、あるいは公務員の勤務関係を考慮に入れた場合に採られる厳格な合理性の基準に照らしてなされるべきである。ところが、法廷意見は、公務員が「全体の奉仕者」であるとする憲法 15 条 2 項を出発点とし、地方公務員法 30 条・32 条、学校教育法 18 条 2 号、学校教育法（平成 11 年法律第 87 号による改正前のもの）20 条、学校教育法施行規則（平成 12 年文部省令第 53 号による改正前のもの）25 条に基づいて定められた小学校学習指導要領を辿るのみで、「本件職務命令は、その目的及び内容において不合理であるということとはできないというべきである」と結論づけているだけである。おそらく、教育公務員の特殊性に照らして審査したというのであろうが、実質的理由は展開されていない。憲法 81 条によって違憲審査権を賦与された以上は、より詳細に判決理由を展開するのが裁判所の責務であろう<sup>34)</sup>。

---

34) この点、藤田宙靖反対意見が、「公務員が全体の奉仕者であることから、その基本的人権にそれなりの内在的制約が伴うこと自体は、いうまでもなくこれを否定することができないが、ただ、逆に、『全体の奉仕者』であるということからして当然に、公務員はその基本的人権につき如何なる制限をも甘受すべきである、といったレヴェルの一般論により、具体的なケースにおける権利制限の可否を決めることができないことも、また明らかである。本件の場合にも、ピアノ伴奏を命じる校長の職務命令によって達せられようとしている公共の利益の具体的な内容は何かが問われなければならない、そのような利益と上記に見たようなものとしての上告人の『思想及び良心』保護の必要との間で、慎重な考量がなされなければならないものと考えられる」とするものもこの責務を實踐すべしとする趣旨と解される。

## b 藤田反対意見の趣旨

藤田宙靖反対意見は、この責務を忠実に果たそうとし、結果的には審査基準論の定式に忠実にしたが、目的審査、目的と手段の関係審査、手段審査を実質的に行っている点が注目される。

### (1) 目的審査

ここではまず思想の自由を制約する可能性のある職務命令の目的が何かについての探究がなされている。目的の確定は目的審査にとって何よりも重要な意味をもつからである。

この意見において注目すべきは、目的の「重層構造」に言及する点である。つまり、目的と手段の関係は、連鎖的な構造をとり、ある目的にとって手段であるものも、その手段を達成するために採られる手段にとっては、目的となることを示唆している。具体的には、②「入学式における『君が代』斉唱の指導」が、①「子供の教育を受ける利益の達成」という究極目的のための手段であるが、この手段が中間目的となって、さらにその実現する手段としての、③(1)「入学式進行における秩序・紀律」および③(2)「(組織決定を遂行するための)校長の指揮権の確保」が、具体的目的となり、この具体的目的を達成する手段として、④「『君が代』のピアノ伴奏をすること」という職務命令が採られるという重層構造(多層構造)となっていると捉えるのである。

---

35) なお、那須弘平裁判官の補足意見は、法廷意見の不十分さを補おうとするものと思われる。すなわち、「入学式におけるピアノ伴奏は、演奏者の内心の自由たる思想及び良心の問題に深く関わる内面性を持つと同時に、入学式の進行において参列者の国歌斉唱を補助し誘導するという内面性をも有する行為ととらえ、このような両面性を持った行為が、思想及び良心の自由を理由にして、学校行事という重要な教育活動の場から事実上排除されたり、あるいは各教師の個人的な裁量にゆだねられたりするのでは、学校教育の均質性や組織としての学校の秩序を維持するうえで、深刻な問題を引き起こし、ひいては良質な教育活動の実現にも影響を与えかねない」とする。しかし、ここでは良質な教育活動の実現とは何か、ということが十分検証されていないなど、教育の本質に対する洞察がほとんどなされていない。また、「多元性の尊重」といいながら、「職場における秩序」を優先しており、憲法で保障された「思想及び良心」の自由が本質的に少数者の権利をどのように保障するかという立憲主義の根本原理についての考察が欠けており、藤田宙靖反対意見において一蹴されている。

## (2) 関係審査

厳格審査において、目的と手段の関係は、必要不可欠の関係でなければならないが、藤田宙靖反対意見は、②の目的が正当化されても、④の手段との関係の不可欠性が当然に導き出されるわけではないとするのである。この意見の重要性は、「公務員の基本的人権の制約要因たり得る公共の福祉ないし公共の利益が認められるか否か」、換言すれば、公務員たる教師の思想・良心の自由の制約が合憲か否かは、「この重層構造のそれぞれの位相に対応して慎重に検討されるべきである」と考えるのであって、本件の場合、何よりも、上記の〔③(1)』『入学式進行における秩序・紀律』および〔③(2)』『校長の指揮権の確保』という具体的な目的との関係において考量されることが必要であるというべきである」とする点、つまりそれぞれの目的と手段の関係について審査すべきであるし、とりわけ重要なのは、直近の具体的目的と④との関係の不可欠性を問うとする点である。さらに、具体的にこの問題を「考量」して、その不可欠性に疑問を呈するという構造となっている。

教育行政の究極的目的は「子供の教育を受ける利益の達成」であり、これは「極めて重要な公共の利益」<sup>36)</sup>であるが、この目的と、「音楽教師に対し入学式において『君が代』のピアノ伴奏をすることを強制しなければならない」という手段との間に「直接」の関係はないとしている。関係性の審査をクリアできていないとするのである。

また、③(1)「入学式進行における秩序・紀律」という目的に関する手段としての妥当性については、単なる不作為が事前予告されていて、他の手段による代替が可能で、その手段によって目的は達成可能であり、現にテープによる伴奏によって基本的に問題なく式は進行しているとしている。手段の必要不可欠性は認められないとしているのである。

③(2)「校長の指揮権の確保」という目的に関する手段としての妥当性については、「入学式におけるピアノ伴奏が、音楽担当の教諭の職務にとって少な

---

36) この文言は、厳格審査の目的審査において問われる「真にやむをえない利益 (compelling interest)」と同趣旨と思われる。

くとも付随的な業務であることは否定できないにしても、他者をもって代えることのできない職務の中枢を成すものであるといえるか否かには、なお疑問が残るところであり（付随的な業務であるからこそ、本件の場合テープによる代替が可能であったのではないかとはいえよう。ちなみに、上告人は、本来的な職務である音楽の授業においては、「君が代」を適切に教えていたことを主張している。）、多数意見等の上記の思考は、余りにも観念的・抽象的に過ぎるもののように思われる」としている。これは、本来的業務である教科教育については、指揮権は確保されており、入学式においては代替手段が可能である以上、思想の自由に制約を課す行為の必要性との間の関係性が十分に立証されていないことを指摘しようとしたものと思われる。

### (3) 手段審査

手段審査の側面は、(2)の関係審査の中に埋没して検討されているようにみえるが、以下の点において実質的な審査が行われている。

すなわち、③(1)「入学式進行における秩序・紀律」という目的に関して、「君が代」に限って伴奏しないことが参列者に「一種の違和感」を与えることが、制約目的の利益として思想・良心の自由を制約する正当な理由になるか、について疑問を呈している。これは当該手段の貫徹によって達成される利益と、それによって制約される権利との衡量をなしているものと考えられる。

また③(2)「校長の指揮権の確保」という目的に関しても、「人権の重み」と「校長の指揮権行使」の重要性の衡量が示唆されている。

## 6 国歌斉唱の強制

学校儀式において、教師に対して国歌斉唱の際に起立と斉唱を強制させることは、憲法上どのように分析されるべきか。

自発的・自主的に起立・斉唱をなさないという意味がない行為とみれば、先に検討したように、思想および良心に反する行為を強制する類型を2つに分けた場合の、自発的行為となり、自発的行為の強制は絶対的に禁止されているので、その強制の合憲性の判定基準は極めて単純なものとなって、強制がはたしてあ



ったか否かに収斂される。

本件の場合、当該行為をなさなければ、懲戒処分がなされる旨が明示された通達が発せられ、実際に、当該行為を行わなかった者に対して懲戒処分がなされたことは公知の事実であるから、強制があったことは明らかとなって、違憲という結論が素直に導き出される。この立場は、『『自発的行為』とみなされる行為を場面に応じて恣意的に『外面的行為』に分類し直すことは許されない』<sup>37)</sup>とするが、自発的行為と外面的行為の分類が日本においてはなお共通理解とはなっていないので、ここでは審査基準に従って、その合憲性を判定していくことになる。

#### a 原審判決の趣旨

##### (1) 思想・良心の自由は侵害されるか？

原審判決は、被告側の、式典において国歌斉唱を命じ、ピアノ伴奏を命じることは、教職員に対し一定の外部的行為を命じるものであり、当該教職員の内心領域における精神活動までを制約するものではない、とする主張を斥け、「人の内心領域の精神的活動は外部的行為と密接な関係を有するものであり、これを切り離して考えることは困難かつ不自然であり、入学式、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立したくない、国歌を斉唱したくない、或いは国歌をピアノ伴奏したくないという思想、良心を持つ教職員にこれらの行為を命じることは、これらの思想、良心を有する者の自由権を侵害している」としている。

これは、本件で問題となっている思想・良心について、世界観・歴史観という極めて抽象的なレベルで捉えることなく、具体的事件において問題とすべき内容を正確に把握しており、高く評価できる点は、先に述べたところである。また、内心領域の精神活動と外部的行為の密接な関係についても、極めて常識的な捉え方をするものであり、上述の分析類型としては、「自発的行為」の類型に類似したものとみることができる。

37) 佐々木・前掲注13)『『国家斉唱』行為の強制と教員の内心の自由』42頁、45頁。

## (2) 内在的制約の許容

もっとも、この判決は、自発的行為に該当することから直ちに違憲を導くのではなく、そのような侵害ないし制約であっても、「外部に対して積極的又は消極的な形で表されることにより、他者の基本的人権を侵害するなど公共の福祉に反する場合には、必要かつ最小限度の制約に服するものと解するのが相当である」とする。このような理解については、内面的精神活動については、絶対的保障を受けるとする憲法学における一般的な説明からみれば、異論を出すこともできる。しかし、思想・良心が外形的な行為として現れたときには、表現行為と類似する点を捉えて、いわゆる内在的制約を意味する「公共の福祉」によって制限を受けるとの説明も成り立ちえなくないと解される。ただし、ここでいう内在的制約とは、憲法学における通説ともいえる立場からすると、「公共の福祉」は権利相互の衝突を調整する原理と理解されるから、「他者の基本的人権を侵害する」場合に限定され、かつその制約は「必要かつ最小限度の制約」ということになる。この点を、審査基準論からみると、権利侵害の問題は、目的審査の中で判断され、制約の問題は、手段審査または目的と手段との関係審査の中で吟味されるということになるであろう。

## (3) 侵害行為の法的効力の有無

ところが、原審判決は、このような審査の手順はとらず、そもそも思想または良心の侵害または制約（規制）に法的根拠はあるか、すなわちその制約の法的拘束力の有無という観点から審査を行っている。とはいっても、これは特殊な審査基準論を採用したものではない。すなわち、通常の審査は、制約（規制）自体が法的拘束力があるということを前提として、その制約（規制）が憲法が定める諸規範に照らして許されるか否かを審査するものであり、そもそも制約（規制）自体に違法または違憲の瑕疵があり、法的拘束力がないのであれば、その段階で、制約内容を定める行為、つまり本件の場合、通達またはそれに基づく職務命令は、法的根拠を失い、その行為の名宛人に義務を課すことはできず、義務不存在を確認することができるからである。原審判決は、「〔①〕原告ら教職員は、学習指導要領の国旗・国歌条項、本件通達及びこれに基づく

各校長の本件職務命令により、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務、国歌斉唱時にピアノ伴奏をする義務を負っているか否か、〔②〕換言すると、学習指導要領の国旗・国歌条項、本件通達及びこれに基づく各校長の本件職務命令により、原告ら教職員の思想、良心の自由を制約することは公共の福祉による必要かつ最小限の制約として許されるのか否かについて検討する」としたが、①の問題と、②の問題とは、実は次元の異なるものであって、上記のように理解すべきものとする。

#### （4）義務の不存在と検証

さて、本判決は、義務の存在について、極めて周到かつ常識的な論証を行っている。

##### （a）学習指導要領の法的効力

まず、「学習指導要領の国旗・国歌条項に基づく義務」を検討する。まず（旧）教育基本法 10 条の「不当な支配」の排除<sup>38)</sup>について、「国の教育統制権能を前提としつつ、教育行政の目標を教育の目的の遂行に必要な諸条件の整備確立に置き、その整備確立のための措置を講ずるに当たり、教育の自主性尊重の見地から、これに対する不当な支配とならないようにすべきとの限定を付したものと解するのが相当である。したがって、教育に対する行政権力の不当、不要の介入は排除されるべきであるとしても、許容される目的のために必要かつ合理的と認められる措置は、たとえ教育の内容及び方法に関するものであっても、〔旧〕教育基本法 10 条に反しないものと解するのが相当である」とし、学習指導要領が、「原則として法規としての性質を有するものと解するのが相当である」としている。ただし、「国の教育行政機関が、法律の授権に基づいて普通教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、上記のとおり教育の自主性尊重の見地のほか、教育に関する地方自治の原則をも考慮すると、教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的な基準に止めるべきものと解す

38) 現行教育基本法 16 条 1 項にも、「不当な支配」条項があるが、この規定も旧教育基本法と同趣旨と解すべきことはいうまでもない。

るのが相当である。そうだとすると、〔条件(1)〕学習指導要領の個別の条項が、上記大綱的基準を逸脱し、内容的にも教職員に対し一方的な一定の理論や観念を生徒に教え込むことを強制するようなものである場合には、教育基本法10条1項所定の不当な支配に該当するものとして、法規としての性質を否定するのが相当である」とする。そして、このような一般論を「学習指導要領の国旗・国歌条項」の場合に適用し、条件(1)に該当するか否かによって、法的効力の有無が決まるとする。そして、条件(1)に照らして、学習指導要領の国旗・国歌条項は、法的効力を有するが、それは、その内容が条件(1)、すなわち「その内容が教育の自主性尊重、教育における機会均等の確保と全国的な一定水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的基準を定めるものであり、かつ、教職員に対し一方的な一定の理論や理念を生徒に教え込むことを強制しない」という解釈の下で認められるのであり、「学習指導要領の国旗・国歌条項が、このような解釈を超えて、教職員に対し、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務、ピアノ伴奏をする義務を負わせているものであると解することは困難である」と結論づけるのである。

#### (b) 通達の法的効力

本件通達に基づく義務についても、同様の解釈が示され、上記の条件(1)をみたさないものは違法になるとし、本件の場合は、このような条件をみださず、違法であるとし、また国旗・国歌法の立法趣旨に照らしても、「行き過ぎた指導といわざるを得ない」としている。

#### (c) 職務命令の法的効力

校長の職務命令に基づく義務については、「都立学校の各校長は、学校教育法28条3項、51条、76条に基づき、校務をつかさどり、所属職員を監督する権限を有しており、所属職員に対して職務命令を発することができ、所属教職員は、原則として、各校長の職務命令に従う義務を負う（地方公務員法32条）ものの、当該職務命令に重大かつ明白な瑕疵がある場合には、これに従う義務がないものと解するのが相当である」とする。

そして、「教職員は、『教育をつかさどる者』として（学校教育法 28 条 3 項、51 条、76 条）、生徒に対して、一般的にあって、国旗掲揚、国歌斉唱に関する指導を行う義務を負うものと解されるから、入学式、卒業式等の式典が円滑に進行するよう努力すべきであり、国旗掲揚、国歌斉唱を積極的に妨害するような行為に及ぶこと、生徒らに対して国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することの拒否を殊更に煽るような行為に及ぶことなどは、上記義務に照らして許されないものといわなければならない」が、教職員は、「国旗・国歌法、学習指導要領の国旗・国歌条項、本件通達により、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱するまでの義務、ピアノ伴奏をするまでの義務はなく、むしろ思想、良心の自由に基づき、これらの行為を拒否する自由を有しているものと解するのが相当」であるとした。

当該行為によって現実に発生する問題についても、「教職員が入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立すること、国歌を斉唱することを拒否したとしても、格別、式典の進行や国歌斉唱を妨害することはない。え、生徒らに対して国歌斉唱の拒否を殊更煽るおそれがあるとはいいえず、学習指導要領の国旗・国歌条項の趣旨である入学式、卒業式等の式典における国旗・国歌に対する正しい認識を持たせ、これを尊重する態度を育てるとの教育目標を阻害するおそれがあるとはいい難い。さらに、原告らのうち音楽科担当教員は、音楽科の授業においてピアノ伴奏をする義務を負っているものの、入学式、卒業式等の式典における国歌斉唱の伴奏は音楽科の授業とは異なり、必ずしもこれをピアノ伴奏で行わなければならないものではないし、仮に音楽科担当教員が国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否したとしても、他の代替手段も可能と考えられ、当該教員に対し伴奏を拒否するか否かについて予め確認しておけば式典の進行等が滞るおそれもないはずである」とする。

その上で、他者の権利侵害の発生の有無についても、「教職員が入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をすることを拒否した場合に、これとは異なる世界観、主義、主張等を持つ者に対し、ある種の不快感を与えることがあるとしても、憲法は

相反する世界観、主義、主張等を持つ者に対しても相互の理解を求めているのであって（憲法13条等参照）、このような不快感等により原告ら教職員の基本的な人権を制約することは相当とは思われない」とする。

結論的には、「教職員が、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をすることを拒否したとしても、都立学校における教育目標、規律等を害することもなく、生徒、保護者、他の教職員等他者の権利に対する侵害となることもないから、原告らが都立学校の教職員の地位にあることを考慮しても、同人らの上記行為を制約することは、必要かつ最小限度の制約を超えるものであり、憲法19条に違反するものと解するのが相当である。したがって、都立学校の各校長が、本件通達に基づき、原告ら教職員に対し、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱せよとの職務命令を発することには、重大かつ明白な瑕疵があるというべきである。そうだとすると、原告ら教職員は、本件通達に基づく各校長の職務命令に基づき、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務、ピアノ伴奏をする義務を負うものと解することはできない」としている。

## b 検 証

原審判決の趣旨を概観する際にそれぞれの項目に対するコメントをなしたが、ここでは総括的な検証をなすことにしたい。

この判決は、憲法上保障された思想・良心の自由に対する侵害が公共の福祉による制約として許されるかという観点から審査するといいつながら、結局、侵害があるか否かに焦点を合わせて、学習指導要領および通達が、法的拘束力をもつとすれば、旧教育基本法10条の「不当な支配」となり、また国旗・国歌法の趣旨に反するから無効となって、結局侵害に法的拘束力はないとするアプローチを採っている。

また職務命令についても、それに重大かつ明白な瑕疵があれば無効となるとする伝統的な行政法理論の立場<sup>39)</sup>に立って検証を行い、国旗掲揚・国歌斉唱に対する積極的妨害行為またはその拒否を殊更に煽る行為でなければ、一般的

な指導義務に反せず、またそれは他者の権利を侵害するものでもないし、当該職務命令は必要かつ最小限度の制約を超えるから憲法 19 条に違反し、重大かつ明白な瑕疵があるとしたのである。この論旨は、瑕疵の重大性のみに着目して明白性については言及されていないが、憲法違反の職務命令はただちに重大かつ明白な瑕疵となるのではなく、かりにその職務命令を無効としても、さしたる不都合が生じなければそう解すべきとしたものと思われる。

この判決は、通達および職務命令が、「教職員に対し一方的な一定の理論や観念を生徒に教え込むことを強制する」ものであってはならないとする。この点、本件通達は、生徒に教え込むことを強制するのではなく、教師の思想・良心に反する行為を強制するものではないか、という疑問があるが、いずれにしても、教育現場において、憲法によって正当化されない「不当な支配」がなされようとしているという認識においては正しいものと考えられる。

本判決は、義務の不存在の論証によって結論を出したため、違憲審査基準のところまでたどり着くことはなかった。もっとも、このような違憲審査のあり方も当然ありうる。義務の不存在、つまり強制が法的拘束力があってはならないというところで決着がつくのであれば、あえて審査基準を適用する判断は、無用のものであり、これは違憲判断のあり方として高く評価してよいと思われる。

なお、ドイツの憲法判例に従い、人権制限が問題となる事案について、保護範囲（保護領域）、侵害（介入、制約）、正当化という、基本権ドグマティックの論証図式によって分析するという考え方も提示されている<sup>40)</sup>。このうち保護範囲は、憲法が保障する権利の範囲の画定の問題であり、結局、「思想及び良心」の意味（定義）と保障内容の解釈による明確化である。そして、侵害があったか否かの問題は、保障内容の解釈と、侵害行為の性質によって決まる。

39) 田中二郎『新版行政法中巻〔全訂第2版〕』（弘文堂、1976年）257頁参照。

40) 渡辺康行『「思想・良心の自由」と『国家の信条的中立性』(1)』法政研究 73 卷 1 号 (2006 年) 1 頁、同「公教育における『君が代』と教師の『思想・良心の自由』」ジュリ 1337 号 (2007 年) 32 頁。

仮に侵害があったとされた場合、それが、日本国憲法の文言でいうと、「公共の福祉」(12条・13条)によって正当化されるか、ということになる。原審判決は、この「論証図式」でいうと、侵害があったか否かを中心に考察し、そのような強制は無効であるから、侵害がなかったとして、決着をつけたものである。仮に、侵害があった場合になって初めて、その正当化の論証の局面に移行し、そこでは、違憲審査基準が登場することになる。したがって、このような論証図式は、従来、主としてアメリカ合衆国の判例理論に基づいて展開された違憲審査基準論と決して相容れないものではなく、むしろ両者相俟って、今後の違憲審査のあり方をより精密化、精緻化させることになるであろう。

## 7 公務員の勤務関係をどう考えるか？

ピアノ伴奏強制事件・最高最判決の法廷意見、本件の控訴理由書をみると、公務員の勤務関係によって憲法上の権利の享有はどのような変容を受けるか、が重要な論点と考えるので、この点について触れておく。

公務員の勤務関係はかつて特別権力関係の典型例として扱われていた。しかし、戦後、国家公務員法・地方公務員法が制定され、その権利・義務および救済手段が定められている。そこで問題の中心は、これらの法律によって憲法上の権利に対して課された制約が合憲か否かに移った。とりわけ表現の自由の中に含まれている政治活動の自由に対する国家公務員法102条およびこの規定を受けて定められた人事院規則14-7による制限と、国家公務員法98条2項、地方公務員法37条、国营企業労働関係法17条(当時。現特定独立行政法人等の労働関係に関する法律17条)等による労働基本権の制限がこれまで問題となった。

### a 権利制約の根拠

公務員に表現の自由および労働基本権などの憲法上の権利の完全な享有が制約される根拠として、以下の諸説が説かれた。

#### (1) 「全体の奉仕者」説

憲法15条2項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない」とする。明治憲法下で官吏は天皇の使用人であったが、現行憲法下



では、公務員を国民の使用人へと転換し、また「全体の奉仕者」とは、国民全体の利益に仕える者を意味し、公務員はつねに公共の利益のみを指針として行動すべきであり、その地位を私的利益のために利用してはならないとする規定である<sup>41)</sup>。学説においては、「全体の奉仕者」性が労働基本権や政治活動の制限根拠となりうるとする見解もみられた<sup>42)</sup>。初期の判例にも公共の福祉とならんで「全体の奉仕者」が公務員の人権制約根拠として用いられている<sup>43)</sup>。しかし、「全体の奉仕者」という規定は、現行憲法の下での公務員の基本的性格を示す理念規定であって、ここに公務員の具体的権利の制約根拠を求めることはできない<sup>44)</sup>。

## (2) 職務性質説

この説は、憲法上の権利の制約は「もっぱらその担任する職務の性質によってきまることであり、公務員が『全体の奉仕者』であることとは、直接の関連はない」とするものである<sup>45)</sup>。労働基本権に関して、「その担当する職務の内容に応じて、私企業における労働者と異なる制約を内包しているにとどまる」とした判例<sup>46)</sup>、また政治活動の自由について、「非管理者である現業公務員でその職務内容が機械的労務の提供に止まるものが勤務時間外に国の施設を利用することなく、かつ職務を利用し、若しくはその公正を害する意図なし」で行

41) 宮沢俊義〔芦部信喜補訂〕『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978年）219～220頁参照。

42) 法学協会編『注解日本国憲法上巻〔改訂版合本〕』（有斐閣、1953年）365頁以下、佐藤功『憲法(上)〔新版〕（ポケット註釈全書）』（有斐閣、1983年）244頁以下等。

43) 最大判昭和28・4・8刑集7巻4号775頁、最大判昭和33・4・16刑集12巻6号942頁等。

44) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）253頁。全通東京中郵事件・最大判昭和41・10・26刑集20巻8号901頁も、公務員を憲法28条の「勤労者」として労働基本権の保護を受け、「全体の奉仕者」を根拠にその保障をすべて否定することは許されないとした。

45) 宮沢・前掲注41) 220頁。

46) 全通東京中郵事件・前掲注44) 最大判昭和41・10・26刑集20巻8号901頁。都教組事件・最大判昭和44・4・2刑集23巻5号305頁、仙台全司法事件・最大判昭和44・4・2刑集23巻5号685頁も同様の立場に立つ。

うものについて、刑罰を加えることは適用違憲とした下級審判決<sup>47)</sup>も職務の性質に照らして権利の制約の程度を判定したものと考えられる。この説は、公務員も一般人と同様に憲法上の権利を享有するという点から出発して、公務員の個々具体的な職務の性質や問題となった状況に応じて必要最小限の制約のみを認めようとした点において学説から高く評価された。しかし、職務の性質の相違は、公務員の人権制約の根拠ではなく、制限の範囲ないし限界を具体的に確定する場合の基準であるという問題点も指摘されている<sup>48)</sup>。

### (3) 「地位の特殊性」説

職務性質説に基づき、労働基本権の制約を内在的なものに限定しようとした判例を変更する論拠として持ち出されたのが、「地位の特殊性」説である。この説は、「公務員は、私企業の労働者と異なり、国民の信託に基づいて国政を担当する政府により任命されるものであるが、憲法15条の示すとおり、実質的には、その使用者は国民全体であり、公務員の労務提供義務は国民全体に対して負うもの」とした上で、「公務員の地位の特殊性と職務の公共性にかんがみるときは、これを根拠として公務員の労働基本権に対し必要やむをえない限度の制限を加えることは、十分合理的な理由があるというべきである」とした<sup>49)</sup>。この考え方を打ち出した多数意見に対しては、「国民全体と公務員との関係をあたかも封建制のもとにおける君主と家臣とのそのような全人格的な服従と保護の関係と同視するに近い考え方」とする辛辣な反対意見が浴びせられた。しかし、この考え方は、政治活動の自由に関する判例にも継承されることになる<sup>50)</sup>。この説の問題点は、担当する職務内容に無関係に公務員であることから直ちに国民全体の共同利益への影響を問題として職務の公共性一般から争議行為一切の一律禁止が正当であるとの結論を導く論理構成を採っている点にある<sup>51)</sup>。

47) 猿払事件・旭川地判昭和43・3・25下刑集10巻3号293頁。

48) 芦部・前掲注44)259頁。

49) 全農林警職法事件・最大判昭和48・4・25刑集27巻4号547頁。

50) 猿払事件・前掲注29)最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁。

51) 室井力『公務員の権利と法』(勁草書房,1978年)49頁参照。

#### (4) 憲法秩序構成説

憲法上の権利の制約の根拠は憲法の中に見出だされねばならないとする観点から唱えられたのが、憲法秩序構成説である。この説は、公務員の人権制限の根拠は、憲法が公務員関係という特別の法律関係の存在とその自律性を憲法15条・73条4号が示すように憲法的秩序の構成要素として認めていることに求めねばならないとする説である<sup>52)</sup>。この説からは、「政党内閣制の下においては、行政の中立性が保たれてはじめて、公務員関係の自律性が確保され行政の継続性・安定性が、維持されるのであるから、このような中立性の維持という目的を達成するために合理的にして必要最小限度の規制は、憲法上容認されている<sup>53)</sup>という制約原理が導き出される。そして、人権制限の限界は、『より制限的でない他の選びうる手段』(LRA)の基準の趣旨にしたがい、それぞれの公務員の地位や職務権限等の相違を勘案して、実質的に検討することが必要である」とされる<sup>54)</sup>。

憲法上の権利の制約根拠は憲法に求められるべきとする点は、人権の制約根拠一般が憲法に根拠がなければならぬことの再確認にすぎない。そして、公務員の特性を示す憲法上の根拠は15条2項の「全体の奉仕者」以外にはない。この説はこの規定に拠る点で「全体の奉仕者」説と類似するが、さらに公務員関係の自律性をいう点に特徴がある。この自律性の根拠は、公務員制度法定主義に求めているが、自律性がどのように公務員の人権の制約を正当化するとともに制約の限界をも同時に画するかの説明はいささか難渋である。この説は、「政党内閣制の下においては、行政の中立性が保たれてはじめて、公務員関係の自律性が確保され行政の継続性・安定性が維持されるのであるから、このような中立性の維持という目的を達成するために合理的にして必要最小限度の規制は、憲法上容認されている」とする<sup>55)</sup>。この論理でいくと、自律性とは政

52) 芦部・前掲注44) 259頁、同・前掲注23) 266頁。

53) 芦部・前掲注44) 259頁。

54) 芦部・前掲注44) 261頁。

55) 芦部・前掲注44) 259頁。

党内閣制からの自律であってそれを憲法が要請していて、その自律を維持するために中立性が必要とされ、中立性の視点からの権利制限は許されるということとなる。とすれば、結局、ここでは政党という主体からの中立性のみが制約根拠となり、公務員の行動原理としての中立性は問題とならないこととなってしまいかねないという問題がある。

#### (5) 総括

ここでは公務員の政治活動がいかなる影響または結果を及ぼすか、という視点からみる必要がある。公務員が職権その他公務員であることから生じる公私の影響力を行使すれば、第1に、一般人以上の政治活動の自由が認められ不公平となり、第2に、公務遂行の公正さに対する疑念を一般人に抱かせるであろう。第3に、公務員の最上級の上司は公選によって選ばれる政治家であるから、ある程度政治から隔離した独立性をもたないと時の与党におもねるか、逆に野党的に敵対するかの党派的行動をとる危険性を抱え込むこととなり、また公務員の主観はそうではなくても外部からは公務遂行の公正さに対する疑念を一般人に抱かせるであろう。第4に、政治過程に公務員が深く関わることは、客観的に職務の中立性そのものが損なわれ、日々の業務としての行政活動の継続性・安定性・能率性が損なわれるであろう。

以上のことから、公務員の行動原理としての公正と中立性が抽象的レベルでの鍵となる概念である。とすれば、むしろ文言上の根拠としては憲法15条2項の「一部の奉仕者ではない」という点に求め、問題となる公務員の具体的行動とその職務の内容から憲法上の権利の限界を確定するという筋道をたどるべきである。中立性を導く中間概念としては自律性という概念よりは、独立性の概念の方がふさわしいこととなろう。結局のところ、具体的な公務員の政治行為の限界を確定するにあたっては具体的な職種・職位・職権および行為の状況・態様に応じてその制限の範囲と程度を判定する職務性質説が妥当であり、違憲審査の基準としては、中間審査基準を用いることになる。

#### b 教育公務員の場合

以上のような分析は、本件においてどのような結論を導き出すか。

本件の特殊性は、その制約が問題となる憲法上の権利が19条によって保障される「思想及び良心」、または憲法19条・23条・26条によって保障される教師としての「思想及び良心」の自由であるということ、公務員が高校以下の教育に携わる教師であること、不作為を命じるものではなく、作為を命じるものであること、にある。

(1) 行動原理としての「公正と中立性」

上述の分析は、本件とは異なり、公務員に関してこれまで問題となった政治活動の自由に焦点を合わせたものであった。しかし、本件でも公務員の行動原理としての公正と中立性が抽象的レベルでの鍵となる概念である。とすれば、教員に対する君が代の斉唱またはピアノ伴奏の強制がこの行動原理とどのような関係に立つかを検討しなければならない。

はたして、君が代の斉唱またはピアノ伴奏の強制が「公正と中立性」に合うか。国旗・国歌法によって定められた国旗としての「日の丸」、国歌としての「君が代」について、それが何を象徴しているか否かについては、国民の間において意見が分かれていることについては、論証の必要もないほど広く知られる事実である。それが法律として定められたことから、それが価値中立的なものとなるわけではない。法律自体、様々な価値を実現する政策を定立するものだからである。

それでは国旗が「日の丸」ではなく、また国歌が「君が代」ではない場合に、それを強制することは許されるか。ここでの問題の本質は、この強制には、国旗・国歌の背景にある国家、すなわち時の政府に対する忠誠強制が含意されていることに注意する必要がある。それでは日本国憲法は、国家（時の政府）に対する忠誠を要求しているのか。その答えは「否」である。それは、国家（時の政府、すなわち天皇）に対する無定量の忠誠を要求した明治憲法を否定して制定され、それが現在の日本国の礎となり、原点となったという歴史によって正当化されるばかりではなく、日本国憲法自体が実質的に最後の条文である99条において、国家に対する忠誠ではなく、公務員に対して日本国憲法に対する忠誠を要求していることからみてとることができる。これが自由主義の精

髓であり、日本と同じく立憲主義を採用するアメリカ合衆国において、国旗に対する忠誠を定めた州法の条項がことごとく違憲とされていることが、それを例証しているということができる。

公務員に対して要求される「公正」と「中立性」とは、「公務員の職務上の良心」ということもでき、本件訴訟では、権利としての「思想及び良心」の自由が問題とされているが、憲法が要請していない、国家（時の政府）に対する忠誠を強制することに対する疑問と捉えるのが、この本質を捉えているということもできる。

原審判決には、以上のような論理は展開されていないが、判決理由の背景には、君が代斉唱またはピアノ伴奏強制が、「公務員の職務上の良心」に対する、憲法およびその理念を教育において忠実に具体化したものとして制定された旧教育基本法10条に定める「不当な支配」と見ると、それを無効としたと解することもできる。

## (2) 違憲審査基準の適用

違憲審査基準は本件の場合どのように機能するか。

公務員の政治活動が問題となった猿払事件の最高裁判決も、目的審査、関係審査、手段審査を行っていることに注目すべきである。若干長くなるが、関係部分を引用する。

〔(一) 憲法21条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によってもみだりに制限することができないものである。そして、およそ政治的行為は、行動としての面をもつほかに、政治的意見の表明としての面をも有するものであるから、その限りにおいて、憲法21条による保障を受けるものであることも、明らかである。国公法102条1項及び規則によって公務員に禁止されている政治的行為も多かれ少なかれ政治的意見の表明を内包する行為であるから、もしそのような行為が国民一般に対して禁止されるのであれば、憲法違反の問題が生ずることはいうまでもない。〕

しかしながら、国公法102条1項及び規則による政治的行為の禁止は、もと

より国民一般に対して向けられているものではなく、公務員のみに対して向けられているものである。ところで、国民の信託による国政が国民全体への奉仕を旨として行われなければならないことは当然の理であるが、『すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。』とする憲法15条2項の規定からもまた、公務が国民の一部に対する奉仕としてではなく、その全体に対する奉仕として運営されるべきものであることを理解することができる。

公務のうちでも行政の分野におけるそれは、憲法の定める統治組織の構造に照らし、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策の忠実な遂行を期し、もっぱら国民全体に対する奉仕を旨とし、政治的偏向を排して運営されなければならないものと解されるのであって、そのためには、個々の公務員が、政治的に、一党一派に偏することなく、厳に中立の立場を堅持して、その職務の遂行にあたる必要があるのである。

すなわち、行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならないというべきである。したがって、公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならない。

(二) 国公法102条1項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が右の合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあたっては、禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の3点から検討することが必要である。

そこで、まず、禁止の目的及びこの目的と禁止される行為との関連性について考えると、もし公務員の政治的行為のすべてが自由に放任されるときは、おのずから公務員の政治的中立性が損われ、ためにその職務の遂行ひいてはその属する行政機関の公務の運営に党派的偏向を招くおそれがあり、行政の中立的運営に対する国民の信頼が損われることを免れない。また、公務員の右のよう

な党派的偏向は、逆に政治的党派の行政への不当な介入を容易にし、行政の中立的運営が歪められる可能性が一層増大するばかりでなく、そのような傾向が拡大すれば、本来政治的中立を保ちつつ一体となって国民全体に奉仕すべき責務を負う行政組織の内部に深刻な政治的対立を醸成し、そのため行政の能率的で安定した運営は阻害され、ひいては議会制民主主義の政治過程を経て決定された国の政策の忠実な遂行にも重大な支障をきたすおそれがあり、このようなおそれは行政組織の規模の大きさに比例して拡大すべく、かくては、もはや組織の内部規律のみによってはその弊害を防止することができない事態に立ち至るのである。したがって、このような弊害の発生を防止し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するため、公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止することは、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にほかならないのであって、その目的は正当なものというべきである。また、右のような弊害の発生を防止するため、公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められるのであって、たとえその禁止が、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的な関連性が失われるものではない。

次に、利益の均衡の点について考えてみると、民主主義国家においては、できる限り多数の国民の参加によって政治が行われることが国民全体にとって重要な利益であることはいうまでもないのであるから、公務員が全体の奉仕者であることの一面のみを強調するあまり、ひとしく国民の一員である公務員の政治的行為を禁止することによって右の利益が失われることとなる消極面を軽視することがあってはならない。しかしながら、公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることには



なるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法 102 条 1 項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までをも制約するものではなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない。

(三) 以上の観点から本件で問題とされている規則 5 項 3 号、6 項 13 号の政治的行為をみると、その行為は、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書を掲示し又は配布する行為であって、政治的偏向の強い行動類型に属するものにほかならず、政治的行為の中でも、公務員の政治的中立性の維持を損うおそれが強いと認められるものであり、政治的行為の禁止目的との間に合理的な関連性をもつものであることは明白である。

また、その行為の禁止は、もとよりそれに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしたものではなく、行動のもたらす弊害の防止をねらいとしたものであって、国民全体の共同利益を擁護するためのものであるから、その禁止により得られる利益とこれにより失われる利益との間に均衡を失するところがあるものとは、認められない。したがって、国公法 102 条 1 項及び規則 5 項 3 号、6 項 13 号は、合理的で必要やむをえない限度を超えるものとは認められず、憲法 21 条に違反するものということとはできない。」

このうち (一) の部分は、公務員の行動原理について言及したものである。

(二) の第 1 段落において、①「禁止の目的」、②「この目的と禁止される政治的行為との関連性」、③「政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡」という 3 点からの検討をすることを必要とするが、審査基準論でいうと、①が目的審査、②が関係審査、③が手段審査を意味することは明らかである。そして、(二) の第 2 段落の前半 3 分の 2 において、目的審査をしたのち、「その目的は正当なもの」としている。後半 3 分の 1 においては、「禁止目的との間に合理的関連性がある」とする。

(二)の第3段落では、手段審査が利益衡量によって行われ、「得られる利益は、失われる利益に比して重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない」とするのである。

ここで用いられた基準は、審査基準論でいう「合理性の審査」のそれであることは明らかである。この事件にこの基準を用いたことについて、学説が総じて批判的であること<sup>56)</sup>は良く知られる。また、仮にこの基準を用いるにしても、特に、手段審査において示された「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法102条1項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までをも制約するものではない」とする点については、結局、すべての意見表明の自由を禁止してしまうとして批判されている。

この事件と本件との違いは、職務命令自体が、政治的中立性を損なうものであり、政治的中立性を維持したいとする教師に対してそれを強制すること、また、その強制自体が、当該教師の「公正と中立性」の侵害となり、あるいはまた当該強制を「自発的行為」と類型化すれば「思想及び良心の自由」の侵害そのものであるから間接的・付随的制約とはいえないし、そのような類型化を採らないとしても、他により制限的ではない代替手段(LRA)が存在するから、手段審査をクリアしないことになる。ピアノ伴奏拒否事件が、公務員の特殊性に論及しつつ、猿払事件・最高裁判決で示した検討をなさなかったのは、このような結論が導かれることを回避したものと解することができるのである。

## 総 括

以上、思想・良心の自由の侵害とはそもそも何か、その侵害の合憲性はどの

---

56) 芦部・前掲注23)266頁以下等。

ように判定されるべきかを、いわゆる「日の丸・君が代」裁判に即して論じてきた。このような事案の係属する裁判所では、これまでの憲法学が蓄積してきた憲法訴訟の理論、とりわけ違憲審査基準論を正確に用いた論証を行って欲しいと思う。本件原判決は、審査基準論に到達する前提問題で決着をつけたものであり、このような審査方法も当然、肯定されるものである。

私は高等学校・中学校・小学校の教師ではなく、その意味での教育の専門家ではないが、この裁判では、教育現場を混乱させている真の原因は何か、が問われる裁判ではないかと考える<sup>57)</sup>。本件通達のような、学校儀式において教職員に対して国歌斉唱の際に起立して国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をすることを懲戒処分を背景として強制することが、教育現場に対してどのような影響と効果をもたらしているのか、を实地において検証することこそ、重要ではないかと考える。

このような強制は、真摯に1人ひとり個性をもって児童・生徒に向かい合おうとする教師を萎縮させ、自分の頭の中で、何が正しくて、何が間違っているのか、を自律的に考えていく力を養うという、日本国憲法がその根本原理に措定した個人主義<sup>58)</sup>に対する深い洞察を行うことを停止させるようなことが行われているのではないか。仮にそのような根本原理は排斥されるべきとする考え方がこれらの通達・職務命令を発した者が採るのであれば、そのような考えをもつ者は、憲法99条に定められた憲法遵守義務に従わない者として、公教

57) 法令の合憲性を支える事実を立法事実といい、憲法訴訟論において重要な位置づけを占めるが、本件の場合も、本件通達・職務命令の必要性を支える事実の検証が非常に重要であると考ええる。

58) 個人主義は、ときに自己の利益のみを追求した他者への害悪を顧みない「利己主義」と誤解されるが決してそうではない。憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」としているが、ここでいう個人の尊重こそが、憲法の立脚する個人主義であり、それは「公共の福祉」という限界をもつが、この限界は、基本的に他者の権利を侵害しないという内容をもつと解するのが、憲法学の共通理解である。渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法1人権〔第3版〕』（有斐閣、2007年）304頁以下〔渋谷秀樹執筆〕参照。

育の現場から放逐されるべきであろう。そのような者は、憲法26条に基づき設営された現行教育制度の基礎を掘り崩そうとする者だからである。あるいは、そのような者は、公教育の現場から自ら辞して一私人の立場から、異論を唱えるべきである。日本国憲法はそのような異論についても、21条が規定する表現の自由をもって保障しているのである。

私は法学者の1人として、秩序の維持は非常に重要なことであると考えている。しかし、秩序の維持は、一次的な目的では決してなく、秩序は、人間の自由な思考・生き方を支える基盤として必要とされるものである。人類普遍の原理である「秩序だった自由 (ordered liberty)」は、秩序を第一義とする教育からは決して生まれては来ない。

今回の教育現場に混乱をもたらした学校儀式における「日の丸」「君が代」の強制は、手段であるべき「秩序」を目的と誤解したところに大きな不幸があった。違憲の秩序の強制によっては、現在教育現場で問題となっている諸々の状況は決して改善されないと思う。

本稿は、国歌斉唱義務不存在確認等請求事件（平成16年〔行ウ〕第50号、平成16年〔行ウ〕第223号、平成16年〔行ウ〕第496号、平成17年〔行ウ〕第235号）の東京地方裁判所平成18年9月21日判決（判時1952号44頁、判タ1228号88頁等に掲載）に対してなされた被告（東京都・東京都教育委員会）控訴事件（平成19年〔行コ〕第245号）の係属した東京高等裁判所に提出した「意見書」に必要最低限の誤植および表現の修正を施したものである。この意見書に基づき、2008年10月21日に開催された口頭弁論において、筆者が証人として召喚されて尋問がなされた。