

「思想・良心の自由」と「国家の信条的中立性」 (一) : 「君が代」訴訟に関する裁判例および学説の 動向から

渡辺, 康行
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/10702>

出版情報 : 法政研究. 73 (1), pp.1-44, 2006-07-31. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

「思想・良心の自由」と「国家の信条的中立性」(一)

——「君が代」訴訟に関する裁判例および学説の動向から——

渡 辺 康 行

- 一 はじめに
- 二 三つの「君が代」訴訟
- 三 前提的な問題、あるいは論じないこと
- 四 教師の「思想・良心の自由」
- 五 生徒の「思想・良心の自由」(以上、本号)

一 はじめに

「日の丸」「君が代」は、戦後日本において、長年に渡り政治的、社会的な論争の的となってきた。それがとりわけ学校教育の場で先鋭な形で現れたことも周知のとおりである。

一九五八年に告示された学習指導要領のなかで、はじめて、「国民の祝日などにおいて儀式などを行う場合には、児童に対してこれらの祝日などの意義を理解させるとともに、国旗を掲揚し、君が代をせい唱させることが望ましい」という規定が登場した。一九八五年に、文部省は、「入学式及び卒業式において、国旗の掲揚や国家の斉唱を行なわない学校があるので、その適切な取扱いについて徹底すること」という通知を各自治体の教育委員会委員長宛に出す。一九八九年に告示された学習指導要領では、「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、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」とされた。さらに一九九九年には、「国旗・国歌法」が制定・施行された。^①

このような過程のなかで、「日の丸」「君が代」の強制に反対する教師や市民などが裁判で争う事例も少なからず見られるようになる。^② 本稿は、そのような裁判例のなかから、よく知られた三つの事例を素材としながら、「思想・良心の自由」と「国家の信条的中立性」という要請にかかわる問題について若干の考察を行う。本稿が主として着目しているのは、学校の行事に際して、教職員や生徒が公権力によって「君が代」に起立・斉唱などを強制されるという場面である。

ところで、近年、「保護範囲・侵害・正当化」という、ドイツにおける基本権ドグマ^③の「論証図式」を用いて、日本の基本権判例を読み返そうという注目すべき研究動向が存在する。本稿もこのような研究動向と関心を共にしている。「君が代」と「思想・良心の自由」にかかわる問題は重要な社会問題となっているだけに、近年きわめて多く

の論稿が公表されているが、本稿は、この「保護範囲・侵害・正当化」という「論証図式」を道具として、この問題に関する錯綜した裁判例と学説の状況を整理し、何が対立点なのかを明確化することを第一の目的としている。また第二に、「君が代」訴訟のなかでもう一つの鍵概念として援用されることがある「国家の信条的中立性」という要請は、上記の問題を考察するためにどこまで、そしてどのように有効性をもつ枠組みなのか、という点についても検討したい。さらに第三に、「日の丸」「君が代」をめぐる賛否の議論の背景には、いかなる国家観なり憲法理論が存在するのかという点についても、論及したい。このような本稿の作業は、多くの訴訟が係属中のこの問題にとって迂遠なものではあるが、しかし様々な理論構成を比較の秤に乗せてみることは全く意味のないことでもないだろう。

また、このような考察は、リベラリズムの中心的概念の一つである「国家の中立性」に関して、具体的な事例を素材としながら、憲法学にとっての意義を検討しようとする私の問題関心に基づく研究の一部をなすものでもある。

(1) 文献は数多いが、さしあたり、田中伸尚『日の丸・君が代の戦後史』(岩波書店、二〇〇〇年)、浪本勝年「学校教育における日の丸・君が代の強制」法と民主主義二四一号(一九八九年)二〇頁以下。

(2) 二〇〇三年段階における裁判例の一覧として、成嶋隆「日の丸・君が代をめぐる裁判例について」季刊教育法一三七号(二〇〇三年)一〇二頁以下。最近では、国旗・国歌に対する起立・斉唱・伴奏義務の不存在確認を求める訴訟という形式が注目されている。大川隆司『国旗・国歌と「こころの自由」』(高文研、二〇〇四年)、澤藤統一郎「都立高における『日の丸・君が代』強制的実態とこれをめぐる訴訟の経過」日本教育法学会年報三四号(二〇〇五年)九一頁以下、宮村博「新段階迎えた東京都『日の丸・君が代』強制攻撃と不服従の様相」世界七五三号(二〇〇六年)九七頁以下。

(3) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会、二〇〇一年)、同「基本権の『保護領域』」小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法』(弘文堂、二〇〇五年)九四頁以下、石川健治「営業の自由とその規制」高橋和之・大石眞編『憲法の争点(第三版)』(有斐閣、一九九九年)一二八頁以下、同「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」法律時報七四巻七号(二〇〇二年)六〇頁以下、同「法制度の本質と比例原則の適用」LS憲法研究会編『プロセス演習憲法(第二版)』(信山社、二〇〇五年)二七〇頁以下、新正幸「基本権の構成要件について」藤田宙靖・高橋和之編『樋口陽一先生古稀記念・憲法論集』(創文社、二〇〇四年)一七三頁

以下、宍戸常寿「『憲法上の権利』の解釈枠組み」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』（有斐閣、二〇〇六年）二〇三頁以下、など。また、ドイツにおける最近の判例・学説の動きについては、丸山敦裕「情報提供活動の合憲性判断とその論証構造」阪大法学五五巻五号（二〇〇六年）一二七頁以下。ドイツにおいても日本においても、議論は詳細化されつつあると共に難解となっているが、本稿は最も原初的な三段階の「論証図式」の導入という次元で扱っておくことにしたい。

二 二つの「君が代」訴訟

1 「京都君が代訴訟」

京都は、前述した一九八五年の「徹底通知」の一つの標的であった。そこで京都市教育委員会は、市内の小中学校の校長に対し、入学式などで「君が代」を斉唱することを強く指導すると共に、公費でカセットテープを購入して、片面にピアノ伴奏の「君が代」、もう片面に子ども達が合唱している「君が代」を録音した上、各校長に配布した。これは、教職員の協力が得られなくとも入学式などで生徒に「君が代」を斉唱させ、少なくとも「君が代」が流れることを狙ったものとされる。^④京都市民である原告らは、カセットの購入および配布が憲法一九条や二三条に反し違憲であると主張して、京都市に代位し、京都市教育委員会の職員などを被告として損害賠償を請求する住民訴訟を提起した。

京都地裁平成四年（一九九二年）一月四日判決はおよそ次のように判断して、訴えを退けた。

①カセットテープの「購入自体では、何らの損害も生じていない」。「君が代」の録音や消音の禁止によって、何らかの損害が発生したとしても、それは財務会計上の行為によって生じたものではなく、非財務的行為により生じたもの」で、

「テープ購入の公金支出とは、相当因果関係のないものであって、これによる損害とはいえない」。

②原告らは、「君が代が憲法違反であることを理由として、そのテープ購入のための公金支出も違法である旨主張する」が、「国歌とされるものの歌詞や曲が二義を差し挟まない程度に明らかに憲法を誹謗し、破壊するものであることが明白でない限り、その適否は、本来、裁判所の司法判断に適合しない」。

③「このことは……国旗への敬礼ないし国歌の斉唱を児童生徒などに罰則や退学処分をもって強制をするという本件と異なる事案の適否とは、別な問題である」。

二審の大阪高裁平成八年(一九九六年)一月二五日判決は、①の論点について一審とほぼ同様な判断を行って控訴を棄却した⁽⁶⁾。また、最高裁平成一一年(一九九九年)一月二九日判決は、ごく簡単に上告を棄却している⁽⁷⁾。

2 「北九州ココロ裁判」

北九州市教育委員会では、先に言及した「徹底通知」以降、次のような「四点指導」と称される基準を、市内の小中学校の校長に示してきた。a 国旗掲揚の位置は、式場のステージ中央とし、児童・生徒等が国旗に正対するようにする。b 式次第のなかに「国歌斉唱」をいれ、その式次第に基づいて進行を行う。c 「国歌斉唱」は(教師の)ピアノ伴奏で行い、児童・生徒等及び教師の全員が起立して、正しく心をこめて歌う。d 教師は卒業式に原則として全員参列する。さらに市教育委員会は、全国に先駆けて一九八九年ごろから、「君が代」斉唱に際して起立しなかった教員などを懲戒処分するようになる。「ココロ裁判」は、「君が代」斉唱に際して起立して歌うという職務命令に従わず、着席しあるいは式を退出したことによって戒告、減給などの懲戒処分を受けた教職員が、市教育委員会に対して処分の取消し、市に対して国家賠償などを求めて、一九九六年に提訴された事件である⁽⁸⁾。

福岡地裁平成一七年(二〇〇五年)四月二六日判決は、およそ次のように多くのことを論じた末、原告の請求を一部認めた。

- ① 「君が代を国歌とすることが憲法の諸規定に違反するということとはできず、国旗国歌法制定以前においても、君が代を国歌として扱うことができなかったとはいえない」。
- ② 校長は、「必要に応じて、教育内容に関わる事項を決定し、その実施のために職務命令を発することもできる」。
- ③ 「学習指導要領は、許容される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として、各教師が行う教育活動に対しても、拘束力を有する」。しかし、入学式や卒業式に国旗・国歌を「指導するものとする」とする規定は、「詳細を定めるもの」で、「教育内容及び方法について必要かつ合理的な大綱的基準を定めたものであると解することはできず、拘束力を有さない「一般的な指針にすぎない」。もつとも校長は、「その指針を尊重して、裁量の範囲内で、卒業式、入学式において君が代斉唱を含む式次第を決定することもできる」。
- ④ 「君が代斉唱を卒業式、入学式において実施することが、君が代についての一定の見解を前提として、特定内容の道徳やイデオロギーを教え込むものとはいえず、国家、教育の信条的中立性に反するということとはできない」。
- ⑤ 「君が代斉唱を実施し、指導することが、児童、生徒の内心に対する働きかけを伴うものであることは否定できない」。しかしながらそれは、「国を愛する心や日本人としての自覚、国歌を尊重する態度を育てるといふ目的に対する指導としての合理的範囲を逸脱するものとはいえない。したがって、卒業式、入学式において国歌斉唱を実施し、指導することが、児童、生徒の思想、良心の自由を不当に侵害するものということとはできない」。
- ⑥ 「部落差別等の差別撤廃を求める意思、戦争に対する嫌悪、国家の教育に対する関与のあり方についての意見は、教員としての個人原告らの職業意識と相俟って、人間観、世界観に関わるものと解されるから、憲法一九条にいう思想、良心といえ、「その自由は憲法一九条により保障される」。「しかしながら、本件職務命令は、その内容から一定の外部

的行為を命じるものにすぎないことは明らかであり、それ自体が個人原告らの内心における精神的活動を否定したり、個人原告らの思想、良心に反する精神的活動を強制するものではない。また、人の内心における精神的活動は外部的行為と密接な関係を有するものといえるが、君が代の歌詞については様々な解釈があることからすれば、君が代を歌えないという考えは、個人原告らの人間観、世界観と直接に結び付くものではなく、君が代を歌うこと自体は必ずしも個人原告らの思想、良心に反する外部的行為であるということとはできない。したがって、君が代を歌うことに対する個人原告らの嫌悪感、不快感に一定の配慮をすることが必要であるとはいえるとしても、本件職務命令がただちに憲法一九条に違反するということとはできない。

⑦「各校長が、教員である個人原告らに対し、本件職務命令を発することについての必要性は肯定できる」。「個人原告らが君が代に対して嫌悪感、不快感を有することを考慮しても、本件職務命令が、ただちに、校長の裁量を逸脱するものとはいえない」。

⑧「仮に、個人原告らと同様に君が代を歌えないという考えを有する児童、生徒が、個人原告らが君が代斉唱の際に起立した場合に、嫌悪感、不快感を感じるがあったとしても、単に、自己の考えに反する行為を他者が行うことによつて不快感、嫌悪感が生ずることをもつて、思想、良心の自由を侵害するということもできない」。

⑨「国歌斉唱を実施することやどのような方法でこれを実施するかは、各学校の卒業式、入学式の方法、児童、生徒及び保護者や地域住民の状況を把握しうる校長がその裁量において判断すべき事項といえるから、国歌斉唱の実施及びその方法について、校長が文部省又は教育委員会の指導、助言に従わざるを得ず、その裁量を行使できない場合には、そのような教育委員会の指導、助言は、教育基本法一〇条一項にいう『不当な支配』にあたる」。しかし、本件にかかわる文部省の通知や教育委員会の指導は、不当なものとはいえず、「校長の裁量権の行使に対して、何らかの影響を与えるものということはできない」。

⑩「しかしながら、被告教育委員会が、平成元年から平成十一年ころにかけて、北九州市立学校の校長に対し、国旗を掲揚した位置、国歌斉唱の方法（ピアノ伴奏かどうか）、国歌斉唱の際に起立しなかった児童、生徒及び教職員の人数等について報告するように求め、教職員に対して職務命令を発することや不起立行為があった場合の現認体制についても指導していることからすれば……各校長は、卒業式、入学式において、被告教育委員会の四点指導に従って国歌の指導を行った上、教職員、児童、生徒の全員を国歌斉唱の際に起立させなければならないという事実上の拘束を受けていた」。「このような事実上の拘束の下においては……各校長は教育基本法一〇条一項にいう『不当な支配』を受けたといえる」。もつとも、「被告教育委員会の『不当な支配』の存在のみをもつてただちに各校長の発した本件職務命令が違法、無効となるものではない」。「本件職務命令は、最終的には各校長の判断として出されたものといえる」。したがって、「本件職務命令が当然に、違法、無効であるとして認めることはできない」。

⑪「個人原告らに対して戒告処分をすることが、裁量権の範囲を逸脱してこれを濫用するものということとはできない」。しかしながら、「君が代斉唱の際に単に起立しなかったにとどまる行為に対して、給与の減額という直接に生活に影響を及ぼす処分をすることは、社会観念上著しく妥当性を欠くものと言わざるを得ない」。

3 「君が代」ピアノ伴奏拒否事件」

北九州市で始まった、「君が代」斉唱時の不起立などを理由として教職員への懲戒処分を行うという施策を現在最も強硬に進めているのは、東京都であろう。ここでは、一九九四年に都内の日野市立小学校の入学式でピアノ伴奏をするよう職務命令を受けた音楽教師が、これに従わなかったことを理由とする戒告処分に対して取消しを求めた事件を取り上げる。

東京地裁平成一五年(二〇〇三年)一二月三日判決は、およそ次のように論じて原告の請求を棄却した。

- ① 「入学式において『君が代』を含む児童の歌唱をピアノで伴奏することは、原告の職務に関する事項に含まれる」。
- ② 「公務員であつても思想・良心の自由はあるから、原告が内心においてそのような(入学式において「君が代」の伴奏をすることはできないという―引用者)思想・良心を抱くことは自由であり、その自由は尊重されなければならない」。「本件職務命令は……原告に一定の外部的行為を命じるものであるから、原告の内心領域における精神的活動までも否定するものではない」。「もともと、人の内心領域における精神的活動は外部的行為と密接な関係を有するものといえるから、『君が代』を伴奏することができないという思想・良心を持つ原告に『君が代』のピアノ伴奏を命じることは、この原告の思想・良心に反する行為を行うことを強いるものであるから、憲法一九条に違反するのではないかが問題となる」。「しかし、原告のような地方公務員は、全体の奉仕者であつて(憲法一五条二項)、公共の利益のために勤務し、かつ、職務の遂行に当たっては、全力を挙げて専念する義務があるのであり(地方公務員法三〇条)、思想・良心の自由も、公共の福祉の見地から、公務員の職務の公共性に由来する内在的制約を受けるものと解するのが相当である(憲法一二条、一三条)」。

「『君が代』斉唱の指導を円滑に行うためには斉唱の際にピアノ伴奏をすることが一定程度有効であること……からすれば、丙川校長が音楽専科の教諭である原告に対し、『君が代』斉唱の際にピアノ伴奏を命じる内容の本件職務命令を発する必要性はあつた」。「職務命令の発出に当たっては、校長にその裁量権があることをも考慮すると、本件職務命令のような内容の職務命令を発出することの音楽的意義や校長の教職員に対する指導方法としての当否については様々な意見があり得るとしても、発出された職務命令自体は、その目的、手段も、合理的な範囲内のものといふことができ」。「本件職務命令が、教育公務員である原告の思想・良心の自由を制約するものであつても、原告において受忍すべきもので、これが憲法一九条に違反するとまではいえない」。

③ 「仮に原告主張のように子どもに対し思想・良心の自由を実質的に保障する措置がとられないまま『君が代』斉唱を実施することが子どもの思想・良心の自由に対する侵害となるとしても、そのことは『君が代』斉唱実施そのものの問題であり、校長が教諭に対して『君が代』のピアノ伴奏をするよう職務命令を発したからといって、それによって直ちに原告主張の子ども及びその保護者の思想・良心の自由が侵害されるとまではいえない」。

④ 「天皇は日本及び日本国民統合の象徴であるから（憲法一条）、『君が代』の『君』が天皇を指すからといって、直ちにその歌詞が憲法一条を否定することには結び付かない」。

⑤ 「本件職務命令が校長の管理権ないし校務掌理権を濫用したとまではいえない」。「したがって、原告のした本件行為は、地方公務員法三二条、三三条に違反するものであり、少なくとも同法二九条一号、二号に該当する」。

⑥ 「戒告という……本件処分が社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量権を濫用したとまで認めることはできない」。⁽¹¹⁾

なお二審の東京高裁平成一六年（二〇〇四年）七月七日判決は、一審とほぼ同様な判断を行い、控訴を棄却している。⁽¹²⁾

(4) 田中・前掲(註1)一六四頁以下、「控訴人ら最終準備書面」「君が代」訴訟をすすめる会編『資料「君が代」訴訟』（緑風出版、一九九九年）一六八頁以下。棟居快行『憲法フィールドノート第3版』（日本評論社、二〇〇六年）一一八頁は、「近時のやり口と比較すると、ちょっと古い本件は、随分牧歌的」と評している。

(5) 判例時報一四三八号三七頁以下（四四〜四五頁）。

(6) 判例タイムズ九〇九号一二五頁以下。

(7) 「君が代」訴訟を進める会編・前掲(註4)三〇七頁。

(8) この事件についてもさしあたり、田中・前掲(註1)一八九頁以下、同『教育現場に「心の自由」を！』（岩波書店、二〇〇五年）、野田正彰『させられる教育』（岩波書店、二〇〇二年）一一一頁以下など。また竹森真紀「揺るがない心のままで」法学セミナー五六二号（二〇〇一年）四二頁以下は、原告によるもの。

(9) 判例集未掲載。

(10) 以上の状況についても文献は多いが、さしあたり、池添徳明『日の丸がある風景』(日本評論社、二〇〇一年)一一八頁以下、高橋哲哉『教育と国家』(講談社、二〇〇四年)一四一頁以下、世界七二五号(二〇〇四年)六九頁以下における「特集『日の丸・君が代』戒厳令」に掲載された諸論稿などを参照。また本件原告自身の発言として、斎藤貴男『絶望禁止!』(日本評論社、二〇〇四年)二四三頁以下、福岡陽子『音楽は心で奏でたい』(岩波書店、二〇〇五年)。国立市における類似の事件のドキュメントとして、田中伸尚『憲法を奪回する人びと』(岩波書店、二〇〇四年)二四三頁以下。

(11) 判例時報一八四五号一三五頁以下(一四三〜一四六頁)。

(12) 判例集未掲載。

三 前提的な問題、あるいは論じないこと

1 「君が代」の憲法適合性

三つの訴訟では、「君が代」をそれぞれの形で「強制」されていることの憲法適合性を論じる前提として、「君が代」を国歌として扱うことが憲法に反しないか、が一つの争点とされた。しかし「京都君が代訴訟」第一審は、二一②で示したように、この問題は原則として「司法判断に適合しない」とした。これに対して「ココロ裁判」や「ピアノ伴奏拒否事件」の各裁判所は、二二①、二三④で紹介したように、ごく簡単に合憲と判断している。また最近の憲法学説においても、「天皇それ自身が国家の象徴であるならば、天皇に連なるイデオロギーを体现する国家シンボルがすべて憲法違反になるという主張は、成り立ちにくい⁽¹³⁾」、という見解が有力となっている。これに対して、違憲論ももちろん根強く存在する⁽¹⁴⁾。しかし、近い将来この論点で裁判所による違憲判断がありうることは予想しにくい⁽¹³⁾ため、この論点について

は深入りせず、次に進みたい。

2 学習指導要領の法的拘束力

「国旗・国歌法」は定義規定のみの法律であるため、同法成立後も国旗・国歌を義務づける根拠となりうるのは学習指導要領のみという状況は変化していない。そこで、指導要領における「国旗掲揚」と「国歌斉唱」を「指導するものとする」という規定の法的拘束力の有無も争点とされてきた。

最高裁は、学テ判決において、一九六六年当時の中学校学習指導要領について、「おおむね、中学校において地域差、学校差を超えて全国的に共通なものとして教授されることが必要な最小限度の基準と考えても必ずしも不合理とはいえない事項が、その根幹をなしていると認められるのであり、その中には、ある程度細目にわたり、かつ、詳細に過ぎ、また、必ずしも法的拘束力をもって地方公共団体を制約し、又は教師を強制するのに適切でなく、またはたしてそのように制約し、ないしは強制する趣旨であるかどうか疑わしいものが幾分含まれているとしても、右指導要領の下における教師による創造的かつ弾力的な教育の余地や、地方ごとの特殊性を反映した個別化の余地が十分に残されており、全体としてはなお全国的な大綱的基準としての性格をもつものと認められるし、また、その内容においても、教師に対し一方的な一定の理論ないしは観念を生徒に教え込むことを強制するような点は全く含まれていない¹⁵⁾」と判示していた。指導要領に関する「大綱的基準説」的立場を採用したこの判決に対し、教育法学の通説は教育内容に関する法規的基準性を認めない「学校制度的基準説」をとっている¹⁶⁾。しかし、学テ判決以降の下級審としては最高裁大法廷判決に正面から衝突することは可能ではないから、学テ判決の基準に立った上で指導要領の記載事項や内容に即して、法的拘束力の有無を個別的に判断するということになるだろう¹⁷⁾。

そこで次に学習指導要領の「国旗・国歌条項」の法的拘束力をどう考えるか、ということが問題となる。これまでの下級審判決は、「国旗・国歌条項」について、それは「大綱的基準」を設定したものであり、「法規としての効力をもつ」、「法的効力を有する」などとするものが一般的であった。¹⁸そして、そこから国旗を掲揚するなどの校長の行為は適法な職務行為であり、それを妨害するなどの教職員による行為に対して懲戒処分をすることは適法だとする判断が積み重なってきた。これに対して「ココロ裁判」福岡地裁判決は、二二^③で紹介したように、「国旗・国歌条項」は「大綱的基準」を定めたものではなく「一般的な指針にすぎない」と判示した。¹⁹ここではさしあたり次の二点が確認できる。まず第一に、「国旗・国歌条項」の法的拘束力に関する諸判決による判断の違いは、理論的には重要であるが、職務命令や懲戒処分の効力に関する結論を直接に左右するものではないということである。従来の下級審判決においては、「国旗・国歌条項」は「大綱的基準」を定めたものだから、各学校は国旗の掲揚や国歌の斉唱の具体的な仕方について判断でき、校長はそのことについて最終的な決定権限があり、職務命令も出すことができるというのが一般的な論理であった。これに対して福岡地裁も、「一般的な指針」に基づいて、校長が卒業式などにおいて国旗・国歌を含む式次第を決定することができ、また職務命令も出すことができるとしていた。この事件で校長の職務命令違反に対する懲戒処分が裁量権濫用とされたのは、事案がかつての下級審判決の多くが扱ってきたような積極的な妨害行為ではなく、不起立という個別的な不服従行為が問題となっていた²⁰という事情を前提として、処分が減給という重いものだったことにある。「ピアノ伴奏拒否事件」の東京地裁判決では、「国旗・国歌条項」の拘束力について、そもそも判断されていない。このことも、後者では指導要領が要求していないピアノ伴奏が問題となっていないという事情があるとはいえず、「国旗・国歌条項」の法的拘束力如何の問題は職務命令や職務命令違反に対する懲戒処分の適法性如何に関する判断とは区別しうる、別の論点であることを示唆している。²¹また第二に、諸判決は、校長は卒・入学式における国旗・国歌の扱いについて最終的な決定権限をもっていることを認める点で共通であったが、この建前が実際に尊重されているかについては、

いくつかの教育委員会によって強力な指導がなされているという現況に照らすと、疑問は当然あるということである。しかしそれだけに、「この校長の権限の確認は現時点で非常に重要⁽²²⁾」という実践的な読み方も可能であろう。

3 教師の「教育の自由」

かつて、学説の多くは教師の「教育の自由」の権利性を強調したのに対し、その後、それは教師の職務権限であるという批判が強くなった。現在では、「教師が生徒と向きあう場面」では、「教師の教育権は、もっぱら職務権限となる」が、「教師が国家権力と向きあう場面」では、「職務権限としての側面と、人権としての側面とをあわせもつ⁽²³⁾」、という「並存説が有力」と評されている。⁽²⁴⁾「ココロ裁判」や「ピアノ伴奏拒否事件」は、「教師が国家権力と向きあう場面」であるにもかかわらず、従来の裁判例では主に「思想・良心の自由」という観点から議論されてきた。したがって、もつと「教育の自由」からも論ずべきであるという批判が出てくることは理解できる。⁽²⁵⁾本稿がこの観点を正面からは取り上げないのは、本稿が「日の丸・君が代」問題を、「思想・良心の自由」と「国家の信条的中立性」を論ずる素材として選んでいるという事情によるものであり、さしあたりそれ以上の含意はない。

(13) 西原博史『学校が「愛国心」を教えるとき』（日本評論社、二〇〇三年）二八頁。その他、例えば、樋口陽一ほか『憲法Ⅰ』（青林書院、一九九四年）七〇頁（樋口執筆）、米沢広一『憲法と教育15講』（北樹出版、二〇〇五年）五五頁など。

(14) 例えば、横田耕一『日の丸』『君が代』と『天皇制』法学セミナー五四一号（二〇〇〇年）六一頁以下。そこでは、「小渕首相は国会答弁の中で、『君』は『象徴天皇』を指し、『代』は『国』であるとした。……仮に小渕解釈にたつとしても、『君が代』は『象徴天皇の国』ということになる。現在の日本国は、『主権者国民の国』であつて、間違つても『天皇の国』ではない」とさされている。これに対して小渕首相は、「主権の存する日本国民の総意に基づき天皇を日本国及び日本国民の統合の象徴とする我が

国の末永い繁栄を祈念したもので」としていた。しかしこれに対しても、「天皇は日本国と不可分のものではなく、憲法改正によって廃止できる存在であるので、天皇存在が永久のものであることを前提とした小淵解釈は、この点からも妥当でない」という批判がなされている(六四頁)。同様な見解として、土屋英雄『自由と忠誠』(尚学社、二〇〇二年)一〇七頁以下。確かに、「君が代」の歌詞は国民主権の原理に適合的ではない。ただ、現実の国民が「国旗・国歌法」を制定させ、「君が代」をおおよそ受け入れているという状態を前にした裁判所が、歌詞の内容が国民主権の原理に反すると判示するのは、実際にはかなり難しいことではあるだろう。

(15) 最大判昭和五一年五月二二日刑集三〇巻五号六一五頁以下(六四二頁)。

(16) 兼子仁『教育法(新版)』(有斐閣、一九七八年)三七九頁以下、成嶋隆「新学習指導要領の法的问题点」法律時報六二巻四号(一九九〇年)三八頁以下、永井憲一「国旗・国歌法と教育」法学セミナー五四一号(二〇〇〇年)五二頁以下など。学説が説いていた「大綱的基準説」と学テ判決のそれとの違いを強調するのが、市川須美子「新学習指導要領の法的検討」ジュリスト九三四号(一九八九年)一八頁、同「学習指導要領の法的拘束力をめぐる学説」法律時報六二巻四号(一九九〇年)一三〜一四頁。最近の文献としては、同「学習指導要領の法的性質」芝池義一ほか編『行政法の争点(第三版)』(有斐閣、二〇〇四年)二四二頁以下。

(17) 学テ判決以降の判例動向について、やや古いものであるが、舟木正文「学習指導要領の法的拘束性に関する判例」季刊教育法八〇号(一九九〇年)四四頁以下、同「最高裁学テ判決と伝習館高校事件判決」法律時報六二巻四号(一九九〇年)一八頁以下。

(18) 大阪地判平成八年二月二九日判例タイムズ九〇四号一一〇頁以下(一一六頁)、大阪地判平成八年三月二九日労働判例七〇一号六一頁以下(六五〜六六頁)、大阪高判平成一〇年一月二〇日判例地方自治一八二号五五頁以下(六三〜六四頁)、横浜地判平成一〇年四月一四日判例地方自治一八二号五五頁以下(七七頁)、浦和地判平成一二年八月七日判例地方自治二一一号六九頁以下(七六頁)、東京高判平成一三年五月三〇日判例時報一七七八号三四頁以下(四七頁)、大津地判平成一三年五月二二日判例タイムズ一〇八七号一一七頁以下(一一三六〜一三七頁)など。

(19) 本文の判示を前提に、II 2 ⑨で紹介したように、教育委員会による四点指導などを「不当な支配」にあたりと判断したことも、傍論ではあるが注目すべき判示である。

(20) 米沢・前掲(註13)五七頁は、教師が懲戒処分を受けた事件を、「①掲揚されている日の丸を引き下ろす、式典中に抗議行動を行う等のいわば『積極的妨害行為』と②職務を遂行せずに、たとえば、担任する生徒への卒業式の指導を行わない等のいわば『消極的妨害行為』、③君が代斉唱時に起立しない等の個別的不服従、④生徒・親への告知行為」に大別している。

(21) 石崎誠也「日の丸・君が代の『義務づけ』と教師の懲戒処分」季刊教育法八七号(一九九一年)四〇頁も、「文部省筋では、日の丸不掲揚や君が代斉唱に対する処分の理由を直接学習指導要領違反に求め」るのではなく、校長が「職務命令を発したにもか

わらず、教職員がこれに従わなかった」ことを理由にしている、と指摘している。

(22) 西原博史「国歌斉唱時不起立の教員処分とその限界」季刊教育法一四六号(二〇〇五年)九二頁。

(23) 内野正幸『教育の権利と自由』(有斐閣、一九九四年)一一〇頁。

(24) 米沢・前掲(註13)一八〇頁。

(25) 「〔討論〕教育の自由・学問の自由の危機」日本教育法学会年報三四号(二〇〇五年)一一三頁以下における、澤藤統一郎、成嶋隆、市川須美子発言。また新岡昌幸「教師の『人権』と職務命令」季刊教育法一四二号(二〇〇四年)七七頁。本文で紹介した「併存説」からは、さらに「職務権限」からも論ずべきという立場が生じること、当然予想される。この見解についても本文五で多少なりとも扱う予定である。

四 教師の「思想・良心の自由」⁽²⁶⁾

1 保護範囲(保護領域)

「ココロ裁判」福岡地裁判決は、二二⑥のように、教師の「君が代を歌えないという考え」は憲法一九条の保護範囲に含まれていない、と判断した。これに対して、「ピアノ伴奏拒否事件」に関する東京地裁は、二三②のように、「『君が代』を伴奏することができない」という考えを、簡単に一九条の保護範囲に含めていた。この点について学説は、一九条に関する「内心説」「信条説」のいずれをとったとしても、裁判例となったような事例において、「君が代」を歌わない、伴奏しない、という考え方は、一九条の保護範囲に入るとほぼ一致して考えているものと思われる。⁽²⁷⁾福岡地裁が立論の根拠とする「君が代の歌詞については様々な解釈がある」ということが、なぜ否定説の理由となりうるのか明らかではない。各人が「様々な解釈」をし、多くの不利益を受けてまで自分の考え方を守ろうとしている場合に、それは

当該個人にとって重要な意味をもつ思想や良心と直接結びついた考え方が問題となつてゐるからだと思定することは、不自然ではなからう。⁽²⁸⁾

次の問題は、教師の「内心における思想・良心」に基づく「外部的行為」が一九条の保護範囲に入るかである。福岡地裁の前記判示は、「人の内心における精神的活動は外部的行為と密接な関係を有する」ことを認めつつ、しかし「君が代を歌えないという考え」が一九条の保護範囲に入らないことを理由に、「君が代を歌う」という外部的行為を強制されない自由も一九条の保護範囲に入らない、と論じていた。これに対し東京地裁は、「『君が代』を伴奏することができないう考えを一九条の保護範囲に含める判断を前提に、「人の内心領域における精神的活動は外部的行為と密接な関係を有する」ことを認めることによつて、「『君が代』のピアノ伴奏」という外部的行為を強制されない自由も一九条の保護範囲に入る、と考えている。また最近の多くの学説も、思想・良心に基づく外部的行為についても憲法の保護を及ぼすべき、と考えるようになってゐる。⁽²⁹⁾ このように「内心における精神的活動」と「外部的行為」の密接な関連性については、共通理解が成立しつつあるようである。ここでの対立は、その前段階における判断の違いから生じている。

なお、伝統的な学説は外部的行為は二一条で保障されると考えてきた。⁽³⁰⁾ そこで二一条と一九条の保護範囲の振り分けが課題となる。例えば土屋英雄教授は、「自己の思想・良心を自発的、能動的に外部に表現化する行動は一九条よりむしろ二一条の保障対象とされるべきである。他方、こうした自発的、能動的な表現行動ではなく、外部からの一定の作用、働きかけ（命令、要求、勧誘、推奨など）によつて、自己の思想・良心の領域が侵害されようとしている場合に、その思想・良心を保護するため、外部からのそうした作用、働きかけに対して対応的、受動的にとる拒否の外的行為は、自己の思想・良心の自由の保障に不可欠な、思想・良心の外部的表出として一九条の保障対象となる」⁽³¹⁾と論じている。その上で、後者を「沈黙の自由」の一部として位置づけ、「絶対的に保障されるもの」としている。⁽³²⁾ 後者を「沈黙の自

由」の一部として位置づけることは可能ではあるが、多義的な「沈黙の自由」概念に依拠するよりも、むしろ、「思想・良心に基づく行為の自由」ないし「思想・良心に反する行為を強制されない権利」という独立のカテゴリーとして一九条により保障されるとする方が、端的な構成の仕方であるように思われる。³³⁾

2 侵害（介入）

「ピアノ伴奏拒否事件」の東京地裁は、当該行為が一九条の保護範囲に含まれることを認めたのであれば、次に侵害の有無の判断に進むはずであった。しかし東京地裁は、II 3 ②のように、この点については簡単に触れるだけに終わっている。そこでこれまでの学説による議論を確認しておきたい。

従来、学説上、思想・良心の自由への侵害の形態としては、①「公権力が特定の思想を禁止ないし強制」する場合、②「公権力が個人の世界観や人生観等の内心の精神作用を理由として不利益を課す」場合、③「個人の思想について、公権力が開示を強制し、あるいは申告を求める」場合、などが挙げられてきた。³⁴⁾

「ココロ裁判」や「ピアノ伴奏拒否事件」において、思想・良心の自由に対する侵害行為とされたのは、当該行為を職務命令によって強制したこと、およびその拒否に対して懲戒処分を課したということである。ここでは、①の形態による侵害のように、公権力は特定内容の思想を個々人に強制しようとしていたというわけではない。むしろ、職務命令によって一定の外部的行為を強制することが、ある特定個人の思想・良心を侵害する、と主張されていたのである。またそこでは②の形態による侵害のように、思想・良心それ自体を理由として不利益取扱いがなされたわけではない。外部的行為を命じる職務命令がある特定の思想・良心をもっている人に不利益に働き、また命じられた外部的行為をしなかったことが不利益取扱いの対象とされたのである。確かに外部的行為と思想・良心の密接な関連性を意識する立場に

たてば、ここに①や②の形態による侵害があったと認めることも全く不可能ではないのかもしれない。しかし近年ではむしろ、前述したように、「思想・良心に基づく行為の自由」ないし「思想・良心に反する行為を強制されない権利」が一九条によって保護されており、そのような権利・自由が侵害されたと構成する学説が有力に唱えられるようになって⁽³⁵⁾いる。

さらに前記の二つの事件では、職務命令に対して何らかの態度を示さなければならぬ状況に教師が置かれた時点で、既に③の形態による侵害があったと論じる可能性も考えられる。このような「内心の状態を推知されない権利」を「沈黙の自由」の一部として構成する見解は、おそらくこれまで一般的であった⁽³⁶⁾。これに対してこの問題に関する代表的論者である西原教授は、「良心の自由の下で良心を侵害する法的義務からの解放可能性を認めるドイツなどの判例・学説は、この権利を行使することによって良心内容が明らかになることには問題がないとしている」ことを援用しながら、「自分が抱いている思想・良心の内容が明らかになるような場に立たされない権利として沈黙の自由を構成することに、現実上、困難が多いと考えざるを得ない」と述べる。その上で、「内心における思想・良心を侵害する行為を強制されない権利が憲法一九条に含まれる」とする立場をとり、そうした「思想的・良心的行為の自由」が侵害されたと構成すべきだと論じる⁽³⁷⁾。本稿も、基本的にこの構成を支持している⁽³⁸⁾。また「ピアノ伴奏拒否事件」の東京地裁の二三②の判示も、おそらくは以上のような見解を前提とした上で、その侵害があることを認めたものと解することができるであろう⁽³⁹⁾。

これまでの多くの学説の前提は、「君が代」斉唱の際の不起立・不斉唱とピアノ伴奏の拒否は積極的な反対行動をとって式典を混乱させるものではなく、消極的な意思表示をしているにすぎず、そのような場合にまで拒否している行為を職務命令によって強制することは、思想・良心の自由に対する侵害であるという点で共通だ、と考えてきたものと思われる⁽⁴⁰⁾。これに対して、これらの二つの事例における侵害の類型には違いがあると論じるのが佐々木弘通教授である。

佐々木説は、前述した、思想・良心の自由に関して伝統的になされてきた侵害の三形態論を、「不利益取扱い」型と「外部的行為の強制」型の二つに再構成する。この「外部的行為の強制」型は、先に示した「思想・良心に反する行為を強制されない権利」を抽出する考え方と対応するものと思われる。佐々木説の本稿のテーマとの関連における最大の注目点は、「外部的行為の強制」型を「自発的行為の強制」型と「外面的行為の強制」型に再分類するところにある。「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。これに対して「外面的行為」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。そして、学校の儀式において教職員に対して「君が代」に「起立」「斉唱」を求めることは、思想・良心の自由に対する「自発的行為の強制」型の侵害となる。これに対して、「君が代」斉唱に際してピアノ伴奏を命じることは「外面的行為の強制」型の侵害となる。⁽⁴¹⁾そしてこの類型の違いは、正当化の段階で現われるのであるが、この点は後述したい。

3 正当化

(1) 当該職務命令が教員の思想・良心への侵害となることを認めた東京地裁は、二・三②のように、「公務員の職務の公共性」から出発して、職務命令を発する「必要性」と「合理性」を審査した結果、それを承認することにより、侵害を簡単に正当化した。また学説においても結論としては同様な立場を示すものもある。例えば、「教師への強制は、国旗・国歌の教育を行うよう求める職務命令としてなされるので、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るので、教師は教育を行う義務を免れない」とする見解である。⁽⁴²⁾また「自らの選択で地方公務員としての教員という職業を選択した以上、その職務との関係で外面的行動の部分に限っては、一定の制約を受けざるを

得ない⁽⁴³⁾という見解もある。

(2) しかし学説上は、侵害は正当化されないという見解が多い。もつともその論法は様々に分かれている。まず第一の立場は、侵害が正当化されるか否かを、「個人としての」教師の思想・良心の自由に基づいて、教師の職務命令に従う法的義務の免除の可否、という観点から考察する手法である。その一つに、「ココロ裁判」原告による人権救済申し立てに答えて出された福岡県弁護士会の警告書の見解を挙げることができる。この警告書は、義務の回避が許されるか否かを、「一般的法義務によって縛られる利益と、当該信教の自由(思想・良心の自由)保障によって得られる利益との間の利益衡量によって、一般的法義務による規制が当該信仰ないし思想・良心にとって重大な侵害になるかどうかにより判断すべきである」とする。より具体的には、①当該法義務の性格および必要性、②当該信教の自由(思想・良心の自由)の真摯性、③当該法義務の強制により対象者が受ける不利益の重大性、が考慮されるべきだとされる。その上でこの警告書は、「卒業式・入学式の君が代斉唱時に教職員に対して職務命令をもって起立斉唱を義務づけることが仮に許されるとしても、自己の信仰・信条から君が代に真摯に反対する者は、この信仰の自由・思想良心の自由を理由として起立斉唱の義務を免れることができる。従って、この不起立行為に対して懲戒処分という制裁をもって起立を強制することは、当該教職員の信仰の自由・思想良心の自由を侵害するものとして違憲である疑いが濃厚である」と結論づけた⁽⁴⁴⁾。

侵害の正当化に関して、同じく「個人としての」教師の思想・良心の自由に基づく義務免除の可否という観点から論じているのが、戸波教授である。福岡県弁護士会警告書との違いは、第一に、弁護士会警告書が「懲戒処分という制裁をもって起立を強制すること」に思想・良心の自由への侵害を見たのに対して、戸波説はむしろピアノ伴奏を思想・良心に基づいて拒否している人に対して「職務命令によって……義務づけすること」にすでに、思想・良心の自由への侵害を見ようとしているということにある。また第二に、弁護士会が、義務の回避が許されるか否かを利益衡量によって

判断しようとしたのに対し、戸波説は、違憲審査基準論によって判断するべきだと考えているという違いも存在する。つまり、「ピアノ伴奏拒否事件」においては法律ではなく職務命令や懲戒処分に対する違憲審査基準が問題となっていることが指摘された上で、①「職務命令の目的が重要なし必要不可欠かどうか」、②「職務命令による君が代ピアノ伴奏の命令が目的と実質的に関連しており、その必要性・合理性が十分に認められるかどうか、とくに他により制限的でない手段が存在しないかどうか、目的との関係でピアノ伴奏命令が均衡しているかどうか」、という「厳格審査」の基準によって審査されるべきだとされる。またこの基準に従って審査すると、ピアノ伴奏の職務命令の目的は「式典の円滑な実施にとって必要ないし重要なもの」ではない、とされる。さらに規制手段についても、「目的との関係で実質的関連性を見出すことはできない」と結論されている。⁽⁴⁵⁾

この戸波説でさらに注目されるのは、「ココロ裁判」と「ピアノ伴奏拒否事件」を、前述した佐々木説とは異なった観点から区別していることである。つまり、「君が代の斉唱義務」と「それをピアノ伴奏すべき義務」とは関連性がなく、仮に「君が代の斉唱の義務が学習指導要領によって根拠づけられるとしても」、「君が代のピアノ伴奏の義務は、学習指導要領からは正当化することができず、その意味で、職務上の義務として職務命令を発することの正当化が困難になる」とする。そして、「君が代」斉唱の強制が問題となっているわけではない「ピアノ伴奏拒否事件」では、職務命令の目的が重要ではなく、手段も目的との関係で実質的関連性がないとより容易にいえるのだ、と主張するのである。⁽⁴⁶⁾

(3) 第二に、福岡県弁護士会や戸波教授がとるような「個人としての」教師の思想・良心の自由に基づく義務免除論の構成を、「子どもに対する侵害状況を見落とす」として批判する、西原教授の見解が存在する。福岡県弁護士会の立場では、「教師の処分がもつと軽ければ、子どもたちに対して教師から流れ出る圧力がいかに強くても、憲法上の論点は存在しないことになる。これこそが、教師に対する斉唱強制を教師の権利の問題に位置づけた場合の限界である」とするのである。⁽⁴⁷⁾ 西原説は、「君が代」強制問題に関して、教師の立場には「二重性」があるという。第一は、「教

師の個人としての思想・良心に対する侵害が問題になる」側面である。第二は、「子どもたちの思想・良心に対する同様な侵害状況に関する認識に基づいて、自らが人権侵害に携わるまいとする、教育公務員としてのぎりぎりの判断」を行っているという側面である。後者に重点を置いた上で、「教師の抗命義務」あるいは「子どもの人権を保護する教師の義務」を行使する教師の活動は違法性が阻却される、と論じるのが西原説の特色である。⁽⁴⁸⁾

(4) 第三に、前述した佐々木説は、この議論に対して批判を行うということが一つの出发点であった。「学校儀式での国歌斉唱の挙行は、その『強制』の直接のターゲットを、生徒ではなく教師に据えている。この点を、憲法学はもって強く意識すべきである。「教師はまず、足元の『自分一人の良心の自由』を守ることにこそ、意を用いるべきである。その点を疎かにして、『子どもの人権を保護する教師の義務』といった、些か英雄的響きを持つ旗印に拠るのは、どこか転倒している」⁽⁴⁹⁾。このような批判をする佐々木教授の提示する解釈論上の枠組みは、前述したように、思想・良心の自由に対する「外部的行為の強制」型の侵害をさらに「自発的行為の強制」型と「外面的行為の強制」型に区分するというものである。公権力が前者の型の強制をすることは「憲法上許されない」。その効果は、「その強制が全体として(誰に対しても)違憲無効となる」ということである。これに対して、公権力が後者の型の強制をしている場合は、「非常に深いレベルでの内心と衝突していれば例外的に義務免除が認められるが、それほどでない場合にはその義務は義務として維持される」。ピアノ伴奏の職務命令は後者の類型の問題として考えるべきである。⁽⁵⁰⁾

佐々木説の特徴は、「自発的行為の強制」というカテゴリーを抽出して、それについての保護を絶対化しようとしたことにある。そして、「ココロ裁判」の事案は「自発的行為の強制」型に、「ピアノ伴奏拒否事件」の事案は「外面的行為の強制」型に当たるとする。その結果、「個人としての」教師の思想・良心の自由に対する侵害を当該職務命令に見た上で、「ココロ裁判」と「ピアノ伴奏拒否事件」を区別するという点でも戸波説と共通性をもちつつも、佐々木説では前者のほうがより正当化が困難とみることになるという対照的な結論が導かれていることが注目し値する。また、

説論 「ココロ裁判」のような事例では、儀式自体が違憲無効となるという効果をもたらすことになる点も、見落とすべきではない。

4 小 括

(1) 「君が代」強制と教師の思想・良心の自由に関する裁判例や学説の立場は、一様ではない。本節では、それらを、裁判例や諸学説が必ずしも意識してはいない、「保護範囲・侵害・正当化」というドイツにおける基本権ドグマ・テイクの「論証図式」を用いて、整理することを試みた。教師の「君が代を歌えない」という考えや、「君が代を伴奏することができない」という考えは、個別的な判断にはなるが、一九条の保護範囲に入る可能性が高く、それに基づいてなされた（職務命令を拒否する）受動的な外部的行為も同じく一九条の保護範囲に入る可能性が高いという理解は、最近の学説では広く支持されている。また、一九条の保護範囲に入る権利に反する行為を教師に対して職務命令をもって強制することは一九条の侵害となることについても、広汎な見解の一致がある。最近の学説は、これを「思想・良心に反する行為を強制されない権利」の侵害、あるいは「外部的行為の強制」型の思想・良心の自由に対する侵害と位置づけている。主に見解が対立するのは、そのような侵害が正当化されるかどうか、正当化されるかどうかをいかに判断するかである。

(2) 侵害は正当化されるとするある論者は、「ギャンブルは自らの財産を自らの判断で処分する行為であり、憲法が保障する正当な財産権の処分であるという信念を有した警察官がいたとする」と、「この警察官は、自らの信念に従い、思想・良心の自由に基づきギャンブル（賭博罪）の取り締まりという職務を拒否」しえないと同様に、同じく地方公務員である教員も「職務としての性質を有するピアノ伴奏を拒否し得ない」と論じている⁵¹。しかし、両者は果たして同

一に論じられるのかについては疑問がある。警察官にとつての賭博罪の取り締まりという職務の重要性と、教師にとつての卒・入学式におけるピアノ伴奏という職務の重要性には、大きな差異があるのではなからうか。⁵²⁾ 仮に前者に関する職務命令が正当化されるとしても、後者に関する職務命令が正当化されるとするためには、さらなる論証が必要であるように思われる。

(3) 学説における立場の違いは、第二に、福岡県弁護士会や戸波教授のように、侵害が正当化されるか否かを教師の職務命令に従う法的義務の免除の可否という観点から考察するか、西原教授のように、「教師の抗命義務」論あるいは「子どもの人権を保護する教師の義務」論によつて考察するか、にあるように見えるかもしれない。しかし、そうではない。「教師の抗命義務」論なども、「職務命令に従う法的義務の免除の可否」論であることには変わりはない。西原説において、「義務免除」的構成を超えて、儀式全体の違憲性が説かれることがあるが、それは後述するように、生徒の思想・良心の自由との関係でのことである。ここでの違いはむしろ、「義務の免除」を「個人としての」教師の思想・良心の自由によつて基礎づけるか、「教師の抗命義務」などによつて基礎づけるか、にある。

「教師の抗命義務」論に対しては、「自己の信念に基づいて日の丸・君が代を拒否する生徒がいる一方、他方では、卒業式等の式典では日の丸を掲揚し、君が代を斉唱すべきであるとの信念を有する生徒も存するという状況下で、教師が消極的妨害行為を行うことは、前者の生徒の人権保障には仕えるが、後者の生徒にとっては、結果的には、妨害行為となりうる」という指摘がある。⁵³⁾ しかし大多数の教師や生徒などが起立しているという状況下において、ごく少数の教師による消極的な行為が「日の丸・君が代」に賛成する生徒の思想・良心の自由に対する「妨害行為」となるということは考えにくい。

しかしながら、生徒の思想・良心の自由を保障するための「教師の抗命義務」あるいは「子どもの人権を保護する教師の義務」という構成は、その義務が法的なものであるとすると、義務を履行しない教師に対して何らかの義務履行担

保の手段が課されることにもなりかねない。むしろ第一次的には、「個人としての」教師の思想・良心の自由の問題として、侵害が正当化されるかを考えていくのが基本であるように思われる。⁵⁴

(4) 侵害への正当化の問題を、基本的には「個人としての」教師の思想・良心の自由に基づく義務免除論によって構成するとした場合においても、例えば、①違憲審査の対象は職務命令か職務命令に反する行為を理由とする懲戒処分か、②「外部的行為の強制」を「自発的行為の強制」型と「外面的行為の強制」型に二区分した上で、義務免除論による構成を後者に限定すると理論構成すべきかどうか、③侵害の正当化を判断する仕方は、利益衡量か、違憲審査基準か、あるいは比例原則か、④比例原則なり違憲審査基準なりによって判断するとしても、それぞれの具体的な内容はいかなるものであるべきか、といった点に対立が残っている。さらに、⑤教師の思想・良心の自由を侵害することを理由として、儀式全体が違憲無効となることがあるかについても、議論はさほどなされていない。このような対立点について考察を深めることは、今後の憲法解釈学にとっての課題であろう。本稿はこのような問題について逐一検討することを主たる目的とはしていない。裁判所の基本的な思考が、二③②で示したように、「必要性」と「合理性」という比例原則に由来する審査であるならば、それを前提として論じようとすることは一つのありうべき手法であると思われる。⁵⁵しかし本稿の関心は、そのような審査手法の採否や、それに基づく具体的解釈の背後に有する国家論や憲法理論を探ることにもある。

(5) これまで本節で概観してきた論争状況の一つの特色は、基本的には憲法学内部における議論である、ということである。例えば、最近の通説的見解は、内心と行為の二分論を前提とした上で、一定の外部的行為についても内心の自由の保障を及ぼそうとしている。このような見解は、実際上の効果という観点からは適切だと思われる。しかし、哲学的な行為論による基礎づけがなされていないことも一因として、註29や註33などで紹介したような異説を完全には排除できていない。憲法学を越えた、より広い観点からの考察も必要なところであろう。

- (26) 新潟・前掲(註25)七二頁は、職務命令が「教師の役割を果たす『個人』の立場」か、「教育公務員たる『教師』の立場」のいずれにかかわるか、「『個人』の人権か『教師』の職務権限・職責」のいずれを侵害すると構成すべきか、という問題を出している。また、同「『教師』への職務命令に関する憲法・教育法学的検討」北海道大学大学院教育学研究科紀要九二号(二〇〇四年)六九頁以下。この表現を借りると、以下はさしあたり教師個人の立場にかかわる一九条論を扱うものである。同氏の一連の論稿で用いられる、「個人」か「教師」か、「人権」か「職務権限・職責」か、という整理図式は重要であり、本稿も、以下で示すように、副次的な枠組みとして論述の下敷に用いている。なおこの図式から生ずる一つの考察課題は、この整理によつては排除されている、「教師」の立場での「人権」論は成立可能かということである。
- (27) 例えば、新潟昌幸「学校における『日の丸』『君が代』問題の憲法・教育法学的検討」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル一〇号(二〇〇四年)二四六頁、西原博史「学校現場における思想・良心の自由」ジュリスト一二九四号(二〇〇五年)一〇五頁、戸波江二「『君が代』ピアノ伴奏拒否に対する戒告処分をめぐる憲法上の問題点」早稲田法学八〇巻三号(二〇〇五年)一二四頁以下。
- (28) 松田浩「職務命令による君が代斉唱強制と良心に基づく外部的行為の自由」法学セミナー六一四号(二〇〇六年)一二〇頁は、「原告らの自己理解に照らして、個別的な検証が必要」とする。
- (29) 西原博史『良心の自由(増補版)』(成文堂、二〇〇〇年)二三頁以下、同「教師における『職務の公共性』とは何か」世界七二五号(二〇〇四年)七九頁、同・前掲一〇五頁、同「良心の自由と子どもたち」(岩波書店、二〇〇六年)三三頁以下、井上典之「外部的行為と思想・良心の自由」法学セミナー六一〇号(二〇〇五年)八三〜八四頁など。なお、坂田仰「入学式における君が代伴奏拒否と懲戒処分の適法性」月刊高校教育三七巻一号(二〇〇四年)六六頁は、東京地裁は「君が代の伴奏を行ったとしても、自らが有する君が代に対する価値判断はそのまま維持しようという厳格な『内外二分論』を採用した」と評している。東京地裁判決は、そのような面と、本文で示したような面とを併有しているものと思われる。内心と外部的行為の関係という論点は、註33、註43の本文など各所で言及するように、重要な問題である。
- (30) 宮沢俊義『憲法II(新版)』(有斐閣、一九七一年)三三七頁、小林直樹『憲法講義、上(新版)』(東京大学出版会、一九八〇年)三五六頁、伊藤正巳『憲法 第三版』(弘文堂、一九九五年)二五七頁など。
- (31) 土屋・前掲(註14)一一七頁。これに対して、佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院、一九九五年)四八八頁は、「外部的行為と『思想及び良心』とを切り離して考えうるときは、その外部的行為に対する法理が妥当すると解されるが、〔中略〕一見外部的行為の規制であっても、その趣旨が『思想及び良心』の規制にあると解されるときは、一九条違反たるを免れない」という振り分け方をしている。これは規制の「趣旨」に着目した区別の仕方として重要であるが、本文のような保障の対象となる権利や自由の側か

らの区別の方が基本権の保護範囲の思考にはなじみやすい。

(32) 土屋・前掲一一八頁、一二二〜一二三頁、一二七〜一二八頁。

(33) 西原・前掲(註29・良心の自由)四三〇〜四三二頁。なお後述する「正当化」の問題となるが、「思想・良心に基づく(受動的な拒否)行為の自由」は、外部的行為として現れる以上、土屋説のように、「絶対的に保障される」とするのは行き過ぎではないか。ちなみに阪本昌成教授は、思想・良心の自由を内心における自由と定義したうえで、「内心は絶対的に保障されるとの命題に立ちつ、『沈黙の自由』を一九条に含めながらその限界を問うことは、背理となる」と説く(『憲法理論II』(成文堂、一九九三年)三一六頁)。同旨、新岡・前掲(註27)二四八頁以下。しかし一九条の保護対象に、「思想・良心に反する行為を強制されない権利」を含め、「沈黙の自由」とは別の類型と整理した上であれば、「その限界を問うことは、背理」とはならない。なお、同書三〇八頁では、「わが国の判例は『行動に関する事実情報』と『思想・信条そのものに関する情報』との二分法によっている」として、「内心／行動」二分論の適切性を傍証しようとしている。しかし、そこで挙げられている三菱樹脂事件最高裁判決も、「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」(民集二七卷一―号一五三六頁以下(一五四二頁))と論じており、もっぱら前述の二分論によって事案を処理したというわけではない。

(34) 辻村みよ子『憲法(第二版)』(日本評論社、二〇〇四年)二一六〜二一七頁、芦部信喜『憲法学III人権各論(1)増補版』(有斐閣、二〇〇〇年)一〇五頁以下、浦部法穂『憲法学教室 全訂第2版』(日本評論社、二〇〇六年)一二七頁以下、新岡・前掲(註27)二四七頁以下など。

(35) 西原・前掲(註29・良心の自由)四二七〜四二八頁。

(36) 伊藤・前掲(註30)二六二頁、佐藤幸治・前掲(註31)四八六頁、浦部・前掲(註34)一二九頁など。

(37) 西原・前掲(註29・良心の自由)四二六頁以下。

(38) このような見解を支持するものとして、例えば、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、二〇〇五年)一四六〜一四七頁。

(39) 西原・前掲(註29・職務の公共性)七八〜七九頁。ここでは、従来の通説における①形態の侵害に代えて、「内心に反する行為の強制」および「内心の操作」という侵害類型が示されている。

(40) 本文で後述するように、二つの事件を区別しようとする戸波教授も、侵害という場面では両者を同様に扱っている。戸波・前掲(註26)一二四頁以下。

- (41) 佐々木弘通「『人権』論・思想良心の自由・国歌斉唱」成城法学六六号(二〇〇一年)二三頁以下、同「『国歌の斉唱』行為の強制と教員の内心の自由」法学セミナー五九五号(二〇〇四年)四二頁以下、同「思想良心の自由と国歌斉唱」自由人権協会編『憲法の現在』(信山社、二〇〇五年)二八七頁以下。
- (42) 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ 第三版』(有斐閣、二〇〇一年)二九二頁(中村睦男執筆)。なお同書第4版(二〇〇六年)三〇五頁では、「教師に対する義務の履行は、校長の職務命令によってなされるので、職務命令の内容が教師の思想・良心の自由を侵害しないかどうか問題となる」という中立的な形に、叙述が変更されている。
- (43) 坂田・前掲(註29)六七頁。
- (44) 「国歌斉唱強制に対する福岡県弁護士会の警告書」法学セミナー五六二号(二〇〇一年)四七〇～四八頁。
- (45) 戸波・前掲(註27)一一八頁以下。本文における「厳格審査」の基準はかなり独特で、アメリカの判例理論に、ドイツ的な「比例原則」の視点が「加味」されたもの、とされている(一三六頁)。
- (46) 戸波・前掲一一六頁以下、一三八頁以下。
- (47) 西原博史「『君が代』裁判と憲法」法学セミナー五六二号(二〇〇一年)四二頁。しかしこの批判は、福岡県弁護士会のように、違憲審査の対象を懲戒処分とした場合にのみあてはまるものだと思われる。
- (48) 西原・前掲(註29)・職務の公共性)七九頁以下、同・前掲(註29)・良心の自由)四一〇頁以下、四六一頁以下など。
- (49) 佐々木・前掲(註41)・「人権」論)七〇頁。
- (50) 佐々木・前掲(註41)・思想良心)三〇八頁、三一頁、三二〇頁。
- (51) 坂田・前掲(註29)六六頁。
- (52) 新岡・前掲(註25)七六頁は、「自己の労働力の処分先として自らが任意に選択した……公務員の職務の存在それ自体を全否定するような人権主張」であるか否かを判断基準としている。関連して、同・前掲(註26)七六頁(註54)。また、「公務員の人権を制限することの正当化根拠」について、「当該制限の必要性から論証するもの」と、「公的雇用関係に入る際の当該個人の『同意』から論証するもの」との二つに分けた上で、後者を「違憲な条件の法理」の観点から論じる、中林暁生「『表現の自由』論の可能性(二)」法学六七巻二号(二〇〇三年)一二四頁以下、を参照。
- (53) 米沢・前掲(註13)五九頁。
- (54) 土屋・前掲(註14)一二七頁は、「『抗命義務』という表現は必ずしも妥当ではなく(この種の『義務』論は憲法上の次元とは関係がない)、違法な職務命令に対する憲法上の拒否権は、教師の専門職上の自由と教師個人の思想・良心の自由を根拠としている」と述べているが、この立場は本稿と近いと思われる。西原教授は、しばしば「受命の抗弁」か「抗命義務」か、という形で問題を

設定している。同・前掲(註29・職務の公共性)八一頁。しかし、「受命の抗弁」が認められないところから、「抗命義務」の根拠づけまでには、距離があるのではなからうか。ここでの「義務」という用語が不必要な混乱を招いているようにも思われる。なお、西原教授も、「個々の教師が校長の権限行使に対して立ち向かうにしても、ある時は自らの思想・良心の自由などを主張して、またある時は子どもの基本的人権を代位的に行行使して、さらには場合によっては学習指導要領を解釈しながら具体的なクラスの中で、教育内容の細目を確定する学校教育法で認められた―専門的裁量を伴う―職務権限の独立を主張する形で、防御的な形を取ることにならざるを得ないだろう」とする。同・前掲(註22)九二頁。関連して、本稿・前掲(註48)の本文。このような説明は、従来の西原説とは異なるのではないかと思われるが、受け入れられやすいものとなっている。

なお、西原教授が「子どもの人権を保護する教師の義務」を説くことと、他方で「国家の基本権保護義務」論に対して批判的であること(同、「基本権保護義務論の位相と『平等の法律による具体化』について」樋口陽一ほか編『日独憲法学の想像力 上巻』[信山社、二〇〇三年]一九三頁以下)との関係は、読者を惑わす点であろう。後者は、私人による基本権侵害から個人を保護する国家の義務に関する議論枠組みであるのに対して、前者は公権力による基本権侵害から生徒を保護するための教師の義務であるから、一方を否定し、他方を肯定することに、論理的な矛盾があるわけではない。しかし、義務という用語を使うことには本文で述べたような疑問があるだけではなく、いったん「子どもの人権を保護する教師の義務」を肯定すると、他の生徒による、ある生徒への人権侵害から保護する教師の義務といった、「国家の基本権保護義務」論本来の場面にも転化するおそれがあり、西原教授の憲法理論体系を掘り崩しかねないのではないか、という懸念が残るように思われる。本註で紹介したような西原教授による説明の変化は、このような点をも考慮したものであろうか。

(55) 本文①の論点については、多くの判例・学説は、まずは職務命令を違憲審査の対象としている。確かに、法的な意味での「強制」は「懲戒処分」が課された時点ではじめて行使されるのではあるが、「職務命令」には、命令違反には懲戒処分が課されるという効果が結合されているため、職務命令が出されたことが権利侵害となるかどうかをまず判断するということは、正当である。②の論点である佐々木説による類型化思考は明快で魅力的であるが、やや割り切りすぎているのではないかという懸念もある。この点については、本文54で若干言及したい。註3で挙げたような、三段階の「論証図式」の発想を日本においても導入しようとする論者の多くは、正当化の審査に際してもドイツ的な比例原則の採用に好意的である。そこでは、「従来の憲法訴訟論、特に違憲審査基準論が主張していた当の内容を、実体法の平面に置き直」すことが試みられている、とされる。石川・前掲(註3・蓄積志向)六四頁。また、「『憲法上の権利』の保護範囲や制約を検討することは、必ずしも審査基準論と矛盾しないとともに、審査基準論の呪縛から人権論を解放する端緒となる」、ともされる。穴戸・前掲(註3)二二五頁。もちろん、比例原則的な発想によって審査する場合でも、その具体的な適用のあり方は様々でありうる。また、その審査の密度を決定する諸要因は、審査基準論による場合

と大きな違いがあるわけではない。

五 生徒の「思想・良心の自由」

1 保護範囲(保護領域)

「ココロ裁判」の福岡地裁における、前述二二⑤の判示は、「君が代」を歌えないという考えが生徒の思想・良心の自由の保護範囲に入っているという判断を前提しているかのようである。⁵⁶これに対して「ピアノ伴奏拒否事件」の東京地裁による二三③の判示からは、この点に関する裁判所の見解は読み取りにくい。また、「京都君が代訴訟」においても、原告は卒・入学式における「君が代」テープの再生は反対する生徒などの思想・信条の自由を侵害するという主張をしていたが、京都地裁の判断対象とはならなかった。

学説では、まず、一九条は大人が既にもつ特定内容の思想・良心だけではなく、生徒の思想・良心を形成する自由も保障していることについては見解の一致がある。⁵⁷また、「君が代」を歌えないという既に形成された生徒の考えや、「君が代斉唱」を強制されることが自由な思想・良心の形成を妨げるといふ生徒の考えが、個別的判断ではあるが、一九条の保護範囲に入る可能性が高いということも、学説においては広く共有されている判断であると思われる。⁵⁸なお、右のような考えは、次節で扱う「国家の信条的中立性」という客観的法原則と「思想・良心の自由」という主観的権利の双方によって保護されることになるだろう。この両者の相互関係ないし役割分担については、後に検討することにした。

2 侵害（介入）

(1) 「君が代」訴訟において、生徒の思想・良心の自由が侵害されたかが問題とされる場面は、大きくは二つに区分することができる。第一は、「ココロ裁判」原告の主張を援用すると、「卒業式、入学式において君が代を斉唱させようとする」と自体が憲法一九条に違反する」かどうかが争点となる場面である。「ピアノ伴奏拒否事件」における東京地裁は、二二③のように、この論点を判断する必要がないと考えた。これに対して「ココロ裁判」の福岡地裁は、二二⑤のように、「良心を不当に侵害するものではない」という判断を行った。この判示は、侵害がそもそもないという趣旨か、あるいは侵害はあるが正当化されうるという趣旨か、必ずしも明らかではない。「指導としての合理的範囲を逸脱するものとはいえない」とされていることからすると、おそらくそもそも侵害がないという趣旨として受け止められうるものと思われる。

学説においては多くの議論がなされてきた。まず、この場面における生徒の思想・良心の自由に対する侵害の有無の判断についても、次のような西原説が注目し値する。生徒に「君が代」斉唱が強制されれば一九条に違反する。強制がないとは、①「歌わなくても不利益が課せられない、制裁がないということ」、②「歌いたくなくれば歌わなくてもいいということが、子どもたちに伝わっていないなければならない」ということ、③「いじめられたくなければ歌わざるをえない」という状況を国家権力の側が利用することは許されない」、ということである。これらの条件が十分に満たされていないところでは、「儀式の挙行自体が、思想・良心の自由を侵害する違法な強制を含むものとして、憲法違反となる」。しかし「それ以上に、良心的な決断をする必要がない状況まで、個人の権利として憲法上保障されていると考えるのは、難しい⁵⁹」。この考え方は、既に四二でも触れたように、従来の通説が、「沈黙の自由」を一九条が保障すると解した上で、「内心の状態あるいは内心で抱いている思想・良心の内容を推知されない権利」がその内容としてきたことに対する批

判であった。従来の通説は、「君が代」斉唱が憲法上許されないのは、「君が代」斉唱が挙行されることにより、この歌を歌うことに対して思想的に反対する人間が不起立、不斉唱という特別な行為を採らざるを得なくなり、そのことによつて特定の思想の持ち主であることの表明を強いられることになるからだ」と考えてきた。⁽⁶⁰⁾ この構成を批判した西原教授に対して、従来の通説側からは、とりわけ生徒を主体とした場合に焦点を当てた反論がなされている。例えば市川正人教授はおよそ次のようにいう。「西原さんは、憲法上の自由権は、みずからが自由権を行使する市民的勇氣からの自由を意味しないと書かれています。それはかなり強い人間像を設定されている」。しかし、人間というのは弱いもので、自分の良心を貫くことはできないかもしれない。……良心の自由の一部として、むやみやたらと良心に基づいた決断を迫られない自由はあるのではないか。子どもたちを「日の丸・君が代」の問題で試練に立たせなければいけないのか。⁽⁶¹⁾ この考え方によると、卒・入学式に「君が代」を組み込むことがそもそも、生徒の思想・良心の自由の一内容としての沈黙の自由に対する侵害となる、というわけである。⁽⁶²⁾

また、西原説を「『強制』とは何か」という観点から攻撃するのが佐々木説である。それによると、「いじめがあるから儀式における君が代斉唱部分が違憲だ」、さらには「学校側からの説諭がなかったことを捉えて卒業式(入学式)において君が代斉唱部分を含めること自体が違憲だ」とすることは、「強制論としては無理がある」。その上で、西原説による③要件のように、歌わないことに対する「事後的な不利益措置」を「法的なものから事実上のものに広げる」のではなく、「国歌の斉唱」行為が行われるその時・その場所において「強制」の要素を見出していくアプローチが提唱される。具体的には、「卒業式(入学式)において本当は歌いたくないのに周囲にあわせて国歌を斉唱する。……ここに『強制』がある」という解釈論が提示されるのである。⁽⁶³⁾ この考え方でも、斉唱の強制を「法的なものから事実上のものに広げ」て捉えることは、西原説による③要件と変わりはない。違いは、判定の基準が「事後」から「その時・その場所」へと移行されていることにある。しかしこの相異は、後述するように、さほど重要ではない。佐々木説の特徴

はむしろ、前節で紹介したように、思想・良心の自由に対する「外部的行為の強制」型の侵害を、さらに「外面的行為の強制」型と「自発的行為の強制」型に区別したことにあった。そして、卒・入学式の「君が代」斉唱に際し生徒に対して「起立」、「斉唱」を強制することは後者にあたるとされるのである。⁽⁶⁴⁾

西原説や佐々木説は共に、市川教授を始めとする従来通説が重視する、卒・入学式に「君が代」斉唱を組み込むかどうかという争点を、「基本的には、民主的な手続のもとで学校として決める、政治的プロセスの問題」だと考えている。⁽⁶⁵⁾しかしまた、儀式への「君が代」斉唱の組み込みの仕方によっては生徒の思想・良心の自由を侵害することもありえ、かつその場合には儀式自体が違憲無効とされるとすることも共通である。対立点は、その判断に「外面的行為の強制」型と「自発的行為の強制」型という侵害の類型化を結合させるかどうか、侵害の有無をいかに捉えるのか、といった点にある。

「京都君が代訴訟」の原告は、「君が代」斉唱自体が生徒の思想・良心の自由を侵害することを、テープ費用の支出が財務会計上違法であることをいう一つの論拠としていた。しかしこのような訴えの仕方がなかなか認められないとなると、生徒やその親が訴えを提起しないのであれば、教師の職務命令違反が問題となった事件のなかで、第三者である生徒の思想・良心の自由に対する侵害の有無を、従来通説型によってであれ、西原・佐々木説型によってであれ、争うということになってくる。これが次の特有な第二の形態の誘因である。

(2) 「君が代」訴訟において、生徒の思想・良心の自由が侵害されたかが問題となる第二の場面としては、例えば教員に対して「君が代」斉唱に際する「起立」「斉唱」「ピアノ伴奏」などを強制することが生徒の思想・良心の自由を侵害する、と主張されることがある。ここでも「コロコロ裁判」の原告の主張を借りると、「教職員に対し、君が代を歌うことを強制することによって、君が代を歌うことが当然であるという状態を作り上げることは、思想、良心に基づいて君が代を歌うことができないという児童、生徒の起立しない自由又は歌わない自由を侵害するものであるから、児童、生

徒の起立しない自由又は歌わない自由を保障する具体的措置がとられない限り、個人原告ら教職員に対しても、起立して斉唱することを強制することはできず、本件職務命令は違法である」かどうかが争点となっている。「ピアノ伴奏拒否事件」の原告が、「君が代」斉唱が子どもの思想・良心に対する侵害とならないような措置がとられないまま、「強制的に実施されて」いる状況下で、「『君が代』斉唱のピアノ伴奏をすることは、子どもに対する強制に手を貸す手段」となるから、本件職務命令は違法だという主張をしていたのも、同じ方向での理論構成である。このような原告の主張に対して、「ココロ裁判」の福岡地裁は、二二⑧のように、教員に対して職務命令を出したとしても生徒の思想・良心の自由に対する侵害とはならない、とした。また「ピアノ伴奏拒否事件」の東京地裁も、二三③のように、簡単に原告の主張を退けている。

西原説はおそらく前述のような原告側の主張を、より理論的な形で定式化しようとするものである。「教師が国旗・国歌の指導に反対するのは、多くの場合、自分一人の良心の自由が関わるからではない。子どもたちの基本的人権が侵されるからである」⁽⁶⁶⁾という想定をした上で、「子どもの人権を保護する義務を行使する」教師の活動は、職務命令に反しても違法性が阻却される、という論法である。⁽⁶⁷⁾この際に教師が援用する法的な根拠条項は明示されていないが、一九条なのだと思う。しかし最近の西原説は、註54で見たように、「子どもの基本的人権を代位的に行使」という構成をとるようになってきている。前者の構成は、前記(註26)の定式を用いると、「教育公務員たる『教師』の立場」にかかわって一九条侵害を問題としている、と位置づけられるものと思われる。

しかし、さらに別の構成も提唱されている。例えば、当該職務命令によって、「『教師』の独立した職務権限」や「『教師』の職責」が侵害されたとする見解である。この見解において「独立した職務権限」や「職責」の法的根拠は、それぞれ学校教育法二八条および憲法九九条だと考えられているようである。⁽⁶⁸⁾また前節で触れたように、教師に対する職務命令は教師に対するものであるのだから、これに対する義務免除もあくまで「個人としての」教師の権利論のなか

で処理すべきだという論理も当然にあり得るはずである。⁽⁶⁹⁾

3 正当化

(1) 本稿で扱っている裁判例は、生徒の思想・良心の自由に対する侵害の有無について判断していないか、あるいは侵害がない、という立場のようである。したがって、侵害があった場合にそれはいかに正当化されるのか、はそもそも問題とはなっていない。

(2) 学説ではいかなる議論がなされているか。ここでも前述した二つの場面に分けて論述する。

まず第一は、卒・入学式において「君が代」に際して起立・斉唱すること自体が生徒の思想・良心の自由に対する侵害となる、とされる場面である。ここではさらに場合が分かれる。一つは、従来通説のように、「君が代」斉唱の組み入れ方の如何を問わずに、組み込まれているだけでそもそも「沈黙の自由」に対する侵害がある、とする論法があった。この立場は、「沈黙の自由」は絶対的に保障され、侵害があればすべて正当化されえない、と考えているものと思われる。しかし、基本的にはこの立場を基礎としながら、さらに類型化を試みる見解もある。「憲法一九条（とりわけ『沈黙の自由』）の枠組みでまず中心的に扱われるべきは、『日の丸』『君が代』に敬礼・斉唱できない『弱い個人』の、内心の望まぬ外部への結果的表出に、どのような憲法上の保障を及ぼすか、である」。これは「憲法一九条の『沈黙の自由』の下で絶対的に保護されなければならない」。これに対して、「敬礼・斉唱しない」という選択のできる『強い個人』の積極的な内心の外部的表出は、他者の存在を前提としているから、無制約ではなく、『表現の自由』に対する制約の法理が妥当する⁽⁷⁰⁾。つまり、後者では、何らかの形での正当化の議論がなされることになる。しかし、二つの類型によって違憲審査に関してこのような違いが生じるのであれば、訴えを起す者はすべて前者の問題として主張するで

あろう。この類型が内心のありかたを基準としているように思われるだけに、その判断は難しくなるのではないか。

二つめとして、西原説や佐々木説では、儀式に「君が代」が組み込まれているというだけでは、生徒の思想・良心の自由に対する侵害は生じない。西原説では、「不参加選択の期待可能性と、不参加可能性の通知という二つの基準」が『君が代』斉唱への参加が本人の自発的意思に基づくものであることを確保する条件」とされ、「これらの条件が十分に満たされていない所では、違法な強制状態が発生することになる。児童・生徒が不参加を選ぶ可能性を十分に整った形で制度的に構築することなく『君が代』斉唱が行われれば、そうした儀式の挙行自体が、思想・良心の自由を侵害する違法な強制を含むものとして、憲法違反となる⁷¹⁾。つまり、制度の構築の場面で、思想・良心の自由を保障する仕組みがなければ、儀式の挙行自体が侵害となり、それが正当化されることはない、と考えられている。そのような仕組みを組み込んだ制度が構築された後、「『君が代』斉唱が自らの思想・良心を侵害するとの立場を採り、その蓋然性を申告する者に対しては、『君が代』斉唱が強制されてはならず、個別的に免除が認められる。しかし、この「思想的・良心的行為の自由」も絶対的に保障されるわけではない。「どうしても公権力が実現しなければならぬ目的を果たす唯一の手段として、この思想的・良心的行為の自由に対する制約が正当化される場合はあり得る⁷²⁾。これに対して佐々木説では、「外面的行為の強制」型の侵害があれば、「この場合は個別的な『衝突』審査を行い、内面の深いレベルで実際に君が代を歌う行為と衝突するような内面を持つている人に限って、個別的免除が認められる、ということなのであって、国歌斉唱を卒業式に含めるといふ儀式全体は有効なものとして維持される⁷³⁾。生徒の思想・良心の自由に対する「自発的行為の強制」型の侵害があれば、「公権力が、自発的行為を強制することは憲法上許されない⁷⁴⁾。この類型の侵害は正当化されることはない、と考えられているようである。また、「その効果としては、その強制が全体として（誰に対しても）違憲無効となる⁷⁵⁾」。このように、両者ともに二つの場面を分けた議論をし、一方では侵害を生ぜしめると判断される儀式は正当化されえず、その効果として儀式自体が違憲となると考えられるのに対し、もう一方では侵害は

厳格な審査を経て正当化される可能性があり、正当化されなかった場合の効果も個別的免除とされていることは共通である。しかし大きな違いは、繰り返し述べているように、二つの場面の区別の仕方にあった。

(3) 第二は、卒・入学式において教員に対して、「君が代」の起立・斉唱を強制することが、生徒に対する思想・良心の自由の侵害となる、とされる場面である。ここで援用されるのは、「個人」としてか、「教師」としてかの違いはあるにしても、基本的には教師の思想・良心の自由であったから、侵害の正当化に関する議論は前述した四と重なっているため、ここで再言する必要はないであろう。

4 小 括

(1) 「君が代」強制と生徒の思想・良心の自由に関する裁判例や学説の立場も、一様ではなかった。前節と同じく本節でもそれらを、裁判例や学説が必ずしも意識してはいない、「保護範囲・侵害・正当化」というドイツにおける基本権ドグマ・テイクの「論証図式」を用いて整理することを試みた。まず、生徒の「君が代を歌えない」という考えなどは、もちろん個別的な審査が必要ではあるが、一九条の保護範囲に入る可能性が高いという理解は、学説では共有されているものと思われる。これに対して、生徒への「君が代」に際する起立・斉唱の強制が正面から争われた裁判例が存在しないため、⁽⁷⁶⁾裁判所の見解は必ずしも定かではない。

(2) 「君が代」訴訟において、前節で確認したように、教師については主に正当化審査の段階で見解が分かれていた。これに対して生徒に関しては、見解の分かれは主に侵害の審査の段階で生じている。これは、教師については職務命令や懲戒処分が出されていることから、侵害があることは明らかであるのに対して、生徒についてはそのようなことはなされていないという事情によるものと思われる。

ではいかなる場合に、生徒の思想・良心の自由に対する侵害が生じるのか。学説における対立点の一つは、市川教授のように、卒・入学式で「君が代」斉唱を行うこと自体が、生徒の思想・良心の自由の一内容としての「沈黙の自由」に対する侵害となると考えるか、あるいは西原教授や佐々木教授のように、生徒に対する強制がない形での「君が代」斉唱の組み込みは違憲ではなく、良心的な決断をする必要がない状況まで個人の権利として保障されてはならないと考えるか、にあった。この争点については、西原説のように「強い個人」を前提として考えると、「弱い個人」の人権保障が取りこぼされることになるという趣旨の批判も有力にある。⁽⁷⁷⁾ このような見解の意図するところはよく理解できるが、「この問題を沈黙の自由として捉えようと、歌いたくない側の立場が特権化されてしまう」ということはやはり無視できない。「歌いたくない者の思想・良心の自由も、自分一人が歌わずにすむ環境が保障されればそれで充足され、他者に対して歌うなと要求する権利を含んでいない」と言わざるを得ないように思われる。⁽⁷⁸⁾

(3) 第二に、どのような仕方であれば卒・入学式に「君が代斉唱」を組み込むことができるのかという点についてである。西原、佐々木両説においては強制を「法的なものから事実上のものに広げ」て理解するという方向性については共通性がある。しかし、何が侵害となる強制か、どうすれば憲法に反しない形で卒・入学式に「君が代斉唱」を組み込むことができるのかについては、見解が一致していない。例えば佐々木説では、同調圧力が働かないように「着席のまま歌わせる」という案が提唱されている。⁽⁷⁹⁾ この提案に対しては、「『刺激』の受容段階での選択可能性が制度的に保障されたとはいえない」という批判がある。⁽⁸⁰⁾ 西原説で提唱されている、事前の通知と不参加可能性の告知という要件は、佐々木説で否定されているのかは定かではないが、合憲的な「君が代斉唱」の組み入れのためには必要な要素であろう。それが受容されているのであれば、この見解においても、「『刺激』の受容段階での選択可能性」は「制度的に保障された」といえるように思われる。他方西原説においても、要点は参加の自発性の確保だったのであるから、佐々木説による提案も特に否定されるわけではないであろう。

(4) 学説における対立点の第三は、生徒の思想・良心の自由に対する侵害があった場合、いかなる理論構成でそれを裁判で争うことができるか、という点にあった。生徒の思想・良心の自由侵害を主張すべきは、第一次的には、生徒やその親であろう。しかし、生徒に対する「君が代」の強制はこれまでのところは間接的な形でなされているため、生徒や親がそれを直接に争うことはされていない。そこで、本稿で扱ってきたような教師に対する懲戒処分⁽⁸²⁾の事例において、教師が第三者である生徒の思想・良心の自由に対する許されない侵害の存在をも引き合いに出すという形の主張がなされてきた。学説における代表的な見解は、「子どもの人権を保護する義務を行使する」教師の活動は職務命令に反しても違法性が阻却される、と論じていた。この見解は、最近では、「子どもの基本的人権を代位的に行使」するという構成をとるようである。四四で言及したように、教師に対する職務命令や懲戒処分は、基本的には「個人としての」教師の思想・良心の自由の問題として考えるべきであると思われる。しかし、処分対象となった教師による行動が生徒の思想・良心の自由を守るためになされたものであることが証明できる場合にまで、生徒の思想・良心の自由を考慮に入れることを否定する必要はない。現在の憲法学において、公権力の行為と自己の権利・利益の関連性が立証されている場合には、違憲・違法の理由として、第三者の権利侵害を主張できることは、広く承認されている。ただし、「第三者の憲法上の権利の主張のほとんどは自己の憲法上の権利侵害の主張として」構成でき、「純然たる第三者の憲法上の権利の主張が問題となる場合は実はそれほどない」という一般論における指摘は、ここでも当てはまるように思われるのである。そのような構成をとらず、また「個人としての」教師の思想・良心の自由にも拠らない場合に、教師は、三三で触れた「並存説」を前提とすれば、「教師の職務権限」といった法律レベルの規範を根拠に争うことが可能であろう。⁽⁸²⁾しかしまた法律改正で削除・修正できない「教育の自由」という憲法上の規範を根拠にすることも考えられうる。なおこれらの構成においては、教師に対する職務命令の有効性を否定する際には、必ずしも生徒に対する一九条違反が成立している必要はないということになるだろう。しかしながら、教師が職務命令の有効性を争おうとする際に教師の

「教育の自由」を援用することが「思想・良心の自由」を援用するよりもより強力な議論となるかということ、必ずしもそういうわけでもない⁽⁸³⁾。むしろ、本稿で見えてきたように、「思想・良心の自由」論のほうが蓄積が多いとも言えそうである。そうすると、問題は、「教師としての」思想・良心の自由という観念が成立しうるかどうか、にある⁽⁸⁴⁾。これは想定できないと考えるのであれば、生徒の思想・良心の自由を守るためになされる教師の行為は、「職務権限」なり「職責」なりを援用することとなる。

(5) 第四に、正当化の段階における見解の違いは、主に、「侵害」についての類型化という問題と連動しているように思われた。佐々木説における「外面的行為の強制」型と「自発的行為の強制」型の区別は、内心の問題ではなく、「社会的意味付けの次元」で決せられるとされている。しかし、このどちらの類型に該当するかによって正当化の難易や正当化されなかった場合の効果について大きな差異が生ずるにもかかわらず、この区別を結論の先取りではない形で判然となしうるかということには、いまだ疑問の余地が残されているように思われる⁽⁸⁵⁾。また「外面的行為の強制」という類型化は、「個人として『君が代』にけっしてコミットする行為を行いたくないという信念を持つていても、その信念を傷つけることなく、その職務上の行為に携わることができる」という想定の下でなされているが、果たして「自己の思想・良心の有り様と見事に切り離して行動することができるのか」という疑問も出されている⁽⁸⁶⁾。この批判は、前節で見たとように、最近の通説的見解が、一定の範囲で外部的行為をも内心の自由の保護範囲に含めようとしていることと同一の思考に基づくものである⁽⁸⁷⁾。逆側から表現すると、佐々木説は内心と外部的行為の二分論により忠実な側面も含んでいるということである。

生徒やその親が、生徒の思想・良心の自由に対する侵害を争点とするという最も典型的な事例においては、判断枠組みとしては西原説がむしろ素直な構成であるように思われる。つまり、まず、卒・入学式への「君が代」の組み込みの仕方が審査される。それが合憲的であれば次に、個別的免除が認められるかが審査される。生徒の思想・良心の自由に

対する侵害の正当化は、職務命令に従う義務などが課せられている教師と比して、当然より難しくなる。⁽⁸⁸⁾

- (56) もし本文のような理解が適切であるとすると、同判決が教師に関しては同様な考えを保護範囲外としたこととの関係をいかに説明するのか、という問題がでてくるはずである。
- (57) 例えば、西原・前掲(註29・良心の自由)一一一頁以下、佐々木・前掲(註41・「人権」論)五六頁、新潟・前掲(註27)二四五頁、二五〇頁以下、佐藤幸治・前掲(註31)四八五頁、阪本・前掲(註33)三〇五〜三〇六頁など。
- (58) 例えば、西原・前掲四三六頁が、「『君が代』斉唱を強制されることが自らの思想・良心を破壊し、あるいは自由な思想・良心の形成を妨げると感じる児童・生徒やその親がいた場合、そうした者に対して強制を貫徹することが憲法一九条に反する」と述べる当然の前提には、そのような考え方は一九条の保護範囲に入っているという判断がある。
- (59) 西原・前掲四三六頁以下、浦部法穂ほか編『いま、憲法学を問う』（日本評論社、二〇〇一年）二四九頁以下（西原発言）。
- (60) 西原・前掲四二六頁における、従来の通説についての説明による。
- (61) 浦部ほか編・前掲(註59)二五一〜二五六頁（市川正人発言）。
- (62) 新潟・前掲(註27)二五二〜二五三頁が、子どもたちは「自己の思想・良心形成の素材として必要かどうかの選択の自由が保障され、一旦、不適格・不必要な『刺激』だと判断した場合には、『刺激』の提供を受ける前に、あるいは、そのような不必要な『刺激』に接する前に、それを回避・拒否する権利が保障されなければならない」という思考から、「『君が代』斉唱は、国家Ⅱ学校による一面的な特定のイデオロギーの注入行為であると考えられ、『刺激』の受容選択の自由」を奪われたすべての子どもとの関係において、違憲の問題（憲法一九条違反）を生ずる」と論じているのは、本文で紹介した市川説と基本的に同旨の立場だと思われる。関連して、註80の本文を参照。
- (63) 佐々木・前掲(註41・思想良心)三〇二頁以下、三一七頁以下。
- (64) 佐々木・前掲三〇一頁以下、三一七頁以下。生徒に対する「外面的行為の強制」の例としては、二〇条の問題ではあるが、「剣道実技拒否事件」が挙げられている。同・前掲(註41・「人権」論)四六頁以下。
- (65) 浦部ほか編・前掲(註59)二五二頁（西原発言）、佐々木・前掲三一九頁。
- (66) 西原・前掲(註29・良心の自由)四六一頁。
- (67) 西原・前掲四六二頁。本稿・註54。
- (68) 新潟・前掲(註25)七二〜七五頁。

- (69) この点については本文4で後述する。
- (70) 新潟・前掲(註27)二五〇頁。
- (71) 西原・前掲(註29)四三九頁。
- (72) 西原・前掲四三二頁。本文で紹介したのは主観的権利にかかわる議論であり、これとは別に客観法レベルでも議論がなされているが、これについては後に触れる。
- (73) 佐々木・前掲(註41・思想良心)三〇三頁。
- (74) 佐々木・前掲三一頁。
- (75) 佐々木・前掲三一頁。
- (76) 米沢・前掲(註13)五五頁。
- (77) 新潟・前掲(註27)二四八頁以下。この見解については、本稿・註70の本文、および註33における阪本説についてのコメントをも参照。
- (78) 西原・前掲(註29・子どもたち)二九頁以下。同旨、大島佳代子「学校における子どもの人権」高見勝利ほか編『日本国憲法の再検討』(有斐閣、二〇〇四年)六八頁、米沢・前掲(註13)五五頁。
- (79) 佐々木・前掲(註41・思想良心)三一八〜三一九頁。
- (80) 新潟・前掲(註27)二四五頁。
- (81) 市川正人「憲法訴訟の当事者適格・再論」米沢広一ほか刊行代表『佐藤幸治先生還暦記念・現代立憲主義と司法権』(青林書院、一九九八年)六七〇頁。
- (82) その他、佐々木・前掲(註41・思想良心)三二〇頁は、「人権」論ではなく、「生徒に対する憲法一九条違反の行為を行うよう命じる職務命令には、教員に服従義務がない」という理論構成を提唱している。また、国立市立第二小学校の「ピースリボン裁判」においては、原告側は「教師の職責」を正面に出した主張を行っているようである。佐久間真弓「ピースリボン裁判―子どもたちから『自由』を奪わないで!」週刊金曜日五九八号(二〇〇六年)九頁。人権論による理論構成と「教師の職務権限」「服従義務の不在」や「教師の職責」による理論構成の優劣は、現在のところ定かではない。いずれにしてもそれぞれは相互に排他的なものではない、と思われる。
- (83) 大島・前掲(註78)六九頁以下は、「教師の教育の自由が、具体的にどのような内容をもち保障の範囲はどこまでかという論点については、必ずしも十分な議論がなされてきたとはいえない」と指摘した上で、学テ判決では、「教師の教育の自由の内容として、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こと、教授の具体的内容および方法につきある程度自由な裁

量が認められた」と理解する。そしてそこから、「日の丸・君が代について、教師が公権力によって特定の意見のみを教えるよう強制されない限りは、教師の教育の自由の侵害があったとみなすことはできない」と論じている。

(84) 西原・前掲(註29・良心の自由)四一三頁は、「『裁判官としての良心』という定式が、『裁判官である自分を意識した良心』という意味なら、『個人としての良心』と何ら変わる所はない」と述べている。この文章は、そのまま教師にも置き換えうるであろう。しかし他方、同・前掲(註29・子どもたち)七頁は、「個人としては『君が代』大好き」だけれども、「子どもたちを守らなければならぬ」という責任感の下、国歌を立てて歌えない教師」が何人もいる、としている。「教師としての」思想・良心の自由という観念は、西原教授が裁判官に関して論じたように、実際上不要であり、また人権理論上は混乱を招きかねないものと思われる。

(85) 佐々木説では、註81で触れたように、「生徒に対する憲法一九条違反の行為を行うよう命じる職務命令には、教員に服従義務がない」と説かれる。そして続けて、「この場合には、生徒に対する憲法一九条違反をまず論証しなければならない」として、「自発的行為の強制」型で行くのか、「外面的行為の強制」型で行くのか、という問題設定をしている。同・前掲(註41・思想良心)三二一頁。しかし、この二つの区別が「社会的意味付けの次元」で決せられるのであれば、そのような問題設定はそもそも生じえないのではないか、と思われる。

(86) 新岡・前掲(註26)六八〜六九頁。

(87) 本文四四において、内心と外部的行為の二分論を部分的に修正しようとする最近の通説的な見解には哲学的な基礎づけが必要ではないか、と論じた。従来議論においては、例えば、謝罪広告事件に関する最高裁判決の田中耕太郎補足意見が、カント哲学に依拠しつつ、この二分論を採用していた。最大判昭和三十一年七月四日、民集一〇巻七号七八八頁以下。近年では阪本昌成教授が、言語哲学に依拠しながら、二分論を採用している。同、『憲法理論Ⅲ』(成文堂、一九九五頁)八頁以下、三〇頁以下。哲学的な基礎づけをあえて行わず、実際上の効果に着目する思考をするところに、憲法学における最近の通説的立場の妙味があるということなのだろうか。

(88) 大島・前掲(註78)七二頁。

(未完)