

## 公法判例研究（一）

九州公法判例研究会

青野，篤

大分大学経済学部：准教授：地域行政論

<https://doi.org/10.15017/11803>

---

出版情報：法政研究. 75 (1), pp.117-131, 2008-07-18. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

## 公法判例研究 (一)

九州公法判例研究会

「君が代」ピアノ伴奏命令と教師の「思想・良心の自由」  
 最高裁判所平成一九年二月二七日第三小法廷判決、平成  
 一六年（行ツ）三二八号、戒告処分取消請求事件、上告  
 棄却、民集六一巻一号二九二頁

青野 篤

## 【事実の概要】

東京都日野市立A小学校の音楽専科の教諭であるX（原告・控訴人・上告人）は、一九九九年四月六日に行われる入学式（以下、「本件入学式」）の「君が代」斉唱に際し、同学校長からピアノ伴奏を行うことを内容とする職務命令（以下、「本件職務命令」）を受けた。しかし、Xは、これを拒否し、伴奏を行わなかったため、地方公務員法三二二条

及び三三条違反を理由に、東京都教育委員会（被告・被控訴人・被上告人）から戒告処分（以下、「本件処分」）を受けた。そこで、Xは、本件職務命令は思想・良心の自由を保障した憲法一九条に違反し、本件処分は違法である等と主張して、その取消しを求めて出訴した。一審（東京地判平成一五年一月三日判時一八四五号一三五頁）、二審（東京高判平成一六年七月七日民集六一巻一号四五七頁）ともにXの請求を棄却したため、Xが上告した。

## 【判旨】 上告棄却

一 「上告人は、(a)『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、(b)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を有すると主張するところ、このような考えは、『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ことができ、しかしながら、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ができず、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内容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。

二 「他方において、本件職務命令当時、公立小学校における入学式や卒業式において、国歌斉唱として『君が代』が斉唱されることが広く行われていたことは周知の事実であり、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つて通常想定され期待されるものであって、上記伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するということを外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、職務上の命令に従つ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」。

「本件職務命令は、上記のように、公立小学校における儀式的行事において広く行われ、A小学校でも従前から入学式等において行われていた国歌斉唱に際し、音楽専科の

教諭にそのピアノ伴奏を命ずるものであって、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みることもできない」。

三 「さらに、憲法一五條二項は、『すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。』と定めており、地方公務員も、地方公共団体の住民全体の奉仕者としての地位を有するものである。こうした地位の特殊性及び職務の公共性にかんがみ、地方公務員法三〇条は、地方公務員は、全体の奉仕者として公共の利益のために勤務し、かつ、職務の遂行に当たつては全力を挙げてこれに専念しなければならない旨規定し、同法三二条は、上記の地方公務員がその職務を遂行するに当たつて、法令等に従い、かつ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない旨規定するところ、上告人は、A小学校の音楽専科の教諭であつて、法令等や職務上の命令に従わなければならない立場にあり、校長から同校の学校行事である入学式に関して本件職務命令を受けたものである。そして、学校教育法一八条二号は、小学校教育の目標として『郷土及び国家の現

状と伝統について、正しい理解に導き、進んで国際協調の精神を養うこと。』を規定し、学校教育法……二〇条、学校教育法施行規則……二五条に基づいて定められた小学校学習指導要領……第四章……第三の三は、『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。』と定めている。入学式等において音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で国歌斉唱を行うことは、これらの規定の趣旨にかなうものであり、A小学校では従来から入学式等において音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で『君が代』の斉唱が行われてきたことに照らしても、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ではない。

四 「以上の諸点にかんがみると、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一九条に反するとはいえないと解するのが相当である」。

「なお、上告人は、(c)雅楽を基本にしながらドイツ和声を付けているという音楽的に不適切な『君が代』を平均律のピアノという不適切な方法で演奏することは音楽家としても教育者としてもできないという思想及び良心を有する」とも主張するが、以上に説示したところによれば、上告人がこのような考えを有することから本件職務命令が憲法一

九条に反することとなるといえないことも明らかである」。  
 (那須裁判官の補足意見及び藤田裁判官の反対意見がある。なお、判旨中の(a)(b)(c)は、評釈者が付したものである。)

【評釈】

本件の争点は、職務命令によつてXの内心に反する外部的行為(ピアノ伴奏)を強制することがXの「思想・良心の自由」を侵し、憲法一九条違反となるか否かである。以下、一審・二審判決、那須裁判官の補足意見、藤田裁判官の反対意見及び関連判決を踏まえながら若干の検討を加える。

一 憲法一九条で保障されるXの「思想・良心」の範囲

本件では、まず第一に、憲法一九条で保障されるXの「思想・良心」の範囲が問題となる。判旨にあるように、Xは、(a)(b)(c)三つの思想・良心を理由に、本件職務命令を拒否した。この点、一審・二審判決は、ともに「Xは……〔Xの主張〕のとおり思想・良心を有していることが認められる」としており、Xがピアノ伴奏を拒否するにあたって主張する思想・良心をそのまま憲法一九条の保障する

「思想・良心」として捉えていたといえる。これに対して、本判決は、Xの主張する思想・良心のうち(a)と(b)について、「君が代」が過去の我が国において果たした役割に係わるX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」と性格づける一方、(c)については、最後に付け足しとして触れるにとどまり、結局Xの主張する思想・良心が憲法一九条の保障する「思想・良心」に含まれるか否かについて明言していない。そのため、本判決はこの点についての判断を行っていないと見ることも不可能ではない。しかし、仮にそうであるとすると、判旨一の存在意義が希薄となるため、その可能性は低いと考えられる。しかし、そうであるからといって、直ちに本判決が、一審・二審判決と同様に、Xの主張する思想・良心をそのまま憲法一九条の保障する「思想・良心」として捉えているとはいえないように思われる。この点、まず指摘できるのは、判旨一の後半部分では、Xの「歴史観ないし世界観」のみが問題とされており、先の引用部分では言及されていた「社会生活上の信念」については何ら触れられていないことである。すなわち、本判決は、「君が代」の果たした歴史的役割に対する否定的評価」というXの主張する思想・良心の核心部分のみを「歴史観ないし世界観」として、憲法一

九条による保障の対象としている可能性がある。<sup>3)</sup>

ここで注目されるのは、事例は異なるが、「君が代」斉唱時の不起立教員に対する懲戒処分<sup>4)</sup>の取消し等が求められた事案である北九州コロコ裁判福岡地裁判決（平成一七年四月二六日判例集未登載）（△台憲判断・一部認容）である。すなわち、同判決は、「天皇制が部落差別等の差別の原因となつている、第二次世界大戦時における日本のアジア侵出に天皇制が果たした役割が大きい、学校において国家が特定のイデオロギーを教育することは許されないとの考え」については、「個人原告らの人間観、世界観に関わるもの」であり「憲法一九条にいう思想、良心といえる」としながらも、「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つくものではなく、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とはできない」（傍点評釈者）とし、さらに「根底にある思想が憲法一九条により保障されることから、ただちに君が代を歌えないという考え自体が憲法一九条にいう思想、良心にあたるということではできない」（傍点評釈者）と述べているのである。本判決もこれと類似の思考をとり、Xの「君が代」を伴奏でき

ないという考え自体は憲法一九条の保障する「思想・良心」には含まれないと考え、それゆえ「本件職務命令が、直ちにX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」(傍点評釈者)と判断した可能性があろう。<sup>(4)</sup> 仮にこの読み方が正しいとすれば、本判決は、憲法一九条の保障する「思想・良心」の範囲をかなり限定的に捉えていることになる。いずれにしても、本判決が憲法一九条で保障されるXの「思想・良心」の範囲を必ずしも明確にしていなかったことが、本判決の第一の問題点として指摘できよう。

一方、那須補足意見は、「君が代」の斉唱を行うことに對するXの消極的な意見は、これが内面の信念にとどまる限り思想・良心の自由の観点から十分に保障されるべき」とし、また「Xの主張にかかる……職業的な思想・良心もそれが内面における信念にとどまる限りは十二分に尊重されるべき」と述べていることから、一審・二審判決と同様に、Xの主張する思想・良心をそのまま憲法一九条の保障する「思想・良心」として捉えているように思われる。

これに對して、藤田反対意見は、本件で問題とされるべきXの「思想・良心」には、「君が代」が果たしてきた役割に對する否定的評価という「歴史観ないし世界観」に加え

て、「君が代」の斉唱をめぐる、学校の入学式のような公的な場で、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對する否定的評価(従つて、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」とする。そして、このような信念ないし信条こそが本件では重要な意味を持ちうるとし、本件において問題とされるべきXの「思想・良心」の内容を正確に確定したうえで、本件職務命令によるXの「思想・良心の自由」の制約の可否について更に慎重な検討を加える必要があると主張している。この藤田反対意見の立場では、Xの主張する思想・良心がそのまま憲法一九条の「思想・良心」として保護されるわけではなく、Xの主張する思想・良心の核心部分である「歴史観ないし世界観」と、「君が代」斉唱の公的強制に關して上記のように再構成されたXの「信念ないし信条」のみが憲法一九条の「思想・良心」として保護されることになると考えられる。

このように、まず憲法一九条で保障されるXの「思想・良心」の範囲の捉え方をめぐって、多数意見、藤田反対意見、那須補足意見・一審判決・二審判決とは、無視しえない違いがあることが留意されるべきである。

## 二 本件職務命令によるXの「思想・良心の自由」の制約

次に、本件職務命令によるXの「思想・良心の自由」の制約について、本判決がどのように捉えているのかを検討する。この点に関して、本判決は、結論としては、本件職務命令が、①Xの歴史観ないし世界観それ自体を否定するものではないこと、②(i)客観的に見て、特定の思想を有することを外部に表明する行為を命じるものではないこと、(ii)特定思想の強制・禁止や特定思想の有無の告白強要には当たらないこと、(iii)児童に対して一方的な思想・理念の教え込みを強制するものではないことを指摘している。

まず、①の点については、本判決が憲法一九条で保障されるXの「思想・良心」の範囲をどのように捉えているかによつて、二通りの理解が可能であると思われる。すなわち、仮に本判決がXの主張する思想・良心をそのまま憲法一九条の保障する「思想・良心」として捉えている(以下、(α))とすれば、本判決は、内心と外部的行為との厳格な二分論に立っていることになろう。<sup>6)</sup>すなわち、憲法一九条の「思想・良心の自由」の保障は、あくまでも「内心の自由」の保障であり、思想・良心に反する外部的行為の強制が「思想・良心の自由」を制約することはおよそありえないという立場である。この立場によれば、Xのピアノ伴奏

拒否行為は、外部的行為であるがゆえに、「思想・良心の自由」の保障範囲にそもそも含まれていないことになる。

(α)の場合には、このように解することによつてはじめて、①のようにいえることになろう。これに対して、本判決が憲法一九条で保障されるXの「思想・良心」の範囲を「君が代」が果たしてきた歴史的役割に対する否定的評価」という「歴史観ないし世界観」に限定して捉えている(以下、(β))とすれば、内心と外部的行為との厳格な二分論に立たなくとも、①のようにいえることになる。それゆえ、(β)の場合には、Xの歴史観ないし世界観「それ自体」を「直ちに」否定するような外部的行為の強制であれば、Xの「思想・良心の自由」を制約する可能性は必ずしも否定されていないことになろう。<sup>7)</sup>しかし、本件で命じられたピアノ伴奏行為は、Xの「世界観ないし歴史観」とは「一般的には」不可分の関係にはないために、そのような外部的行為には当たらないと判断されたことになる。いずれにしても、本判決は、①において、「歴史観ないし世界観それ自体」の否定が「思想・良心の自由」の制約となりうることを前提として、本件職務命令によるその点での制約がないことを示したものといえる。

次に、②(i)については、本件で命じられたピアノ伴奏

行為が客観的に見て特定の思想<sup>(8)</sup>を有することを外部に表明する行為とは評価できないことを指摘している。そうすると、逆にいえば、本判決は、客観的に見ても特定の思想を有することを外部に表明する行為を命じるものである場合には、「思想・良心の自由」を制約する可能性があることを認めているともいえよう。<sup>(9)</sup>②の(ii)については、本件職務命令が「思想及び良心の自由の侵害となる典型的な場合にも当たらない旨を明らかにする」<sup>(10)</sup>ことによつて、この点でも本件職務命令によるXの「思想・良心の自由」に対する制約が存在しないことを確認する趣旨のもとと捉えることができる。②の(iii)については、Xの主張する思想・良心のうち(b)に対応するものと見られるが、本件職務命令が児童との関係において違憲となるような行為を命じるものではないことを指摘して、そもそもXの主張する思想・良心に反するような職務命令ではないことを明らかにする趣旨のものと考えられる。このように、本判決は、①と②の(i)(ii)(iii)のすべての点において、本件職務命令によるXの「思想・良心の自由」に対する制約の存在を否定していると解される。

以上のことを前提とした場合、Xの「思想・良心の自由」の制約の捉え方に関する本判決の問題点として、以下のこ

とを指摘できよう。

まず、①の点については、本判決が(α)の立場であれば、内心と外部的行為との厳格な二分論を採用し、外部的行為の強制による「思想・良心の自由」の制約が成立する余地を「一般的に」否定したことが問題とされよう。<sup>(11)</sup>一方、本判決が(β)の立場であれば、Xのピアノ伴奏拒否行為とXの「歴史観ないし世界観」とのつながりをXの立場から「個別的に」ではなく「一般的に」考察し、その密接な関係性を否定した点が問題とされよう。このように、①の点については、本判決が(α)と(β)のいずれの立場かによつて、問題とされるべき点が異なってくる。この点、評釈者は、本判決が「歴史観ないし世界観」とこれに由来する「社会生活上の信念」を区別しているように思われること、このように解した方がピアノ伴奏拒否行為とXの「歴史観ないし世界観」とが「一般的には、不可分に結び付くもの(ではない)」という判旨にある命題が成り立ちやすいこと、本判決が②の(i)において、特定の思想を有することの表明と評価される外部的行為の強制が「思想・良心の自由」の制約となりうる余地を認めていると解されること等から、(β)と理解する方が自然であるように思われる。したがって、①の問題点は、Xのピアノ伴奏拒否行



為とXの「歴史観ないし世界観」との密接な関係性を「一般的」観点から否定したことに求められよう。

次に、②の(i)については、本件職務命令が特定の思想を有することの外部的表明を強いるものではないことを指摘するに際し、「客観的に見て」どうかとの観点を重視しており、「自分の外部的行為が他者からどう受け取られるか（自分の内心に反する行為でありながら、恰も自分が内心において是認したかのように受け止められることに伴う苦痛<sup>13</sup>）」というXの主観的観点を何ら考慮していない点<sup>14</sup>がまず問題とされよう。このような「客観的」観点は、上記①の「一般的」観点と同様に、「思想・良心の自由」の制約のみならず、およそあらゆる憲法上の人権制約に関する分析観点として不適切であろう。また、先に触れたように、仮に(i)が、特定の思想を有することの表明と評価される外部的行為の強制が「思想・良心の自由」の制約となりうる余地を認めていると解されるとしても、「思想・良心の自由」の制約となる外部的行為の強制をこのような「特定思想の表明行為」の強制のみに限定することが適切かという問題も生じる。<sup>15</sup> ②の(ii)については、(i)との対応関係が不明確であるとともに、「最高裁がそこで設定している侵害の類型も、上告人が『思想・良心』に反する外部的行為の強制を

問題としたかったことには答えていない<sup>16</sup>」との批判が妥当しよう。②の(ii)については、生徒の「思想・良心の自由」の制約を考えるうえでも重要な論点であるが、なぜ「君が代」のピアノ伴奏が児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことに当たらないのかについて、その理由を何ら述べていない点が問題とされよう。<sup>17</sup>

このような多数意見に対して、那須補足意見と藤田反対意見は、いずれも本件職務命令がXの「思想・良心の自由」を制約する可能性を認めている。すなわち、那須補足意見は、「信念に反して『君が代』のピアノ伴奏を強制されることは、……心理的な矛盾・葛藤を生じさせる点で、……思想及び良心の自由に対する制約の問題を生じさせる可能性がある」とし、藤田反対意見も、「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」としているのである。

また、一審・二審判決も、ともに本件職務命令がXの内心領域における精神活動まで否定するものではないことを指摘しつつ、「人の内心領域における精神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Xに『君が代』のピアノ伴奏を命じることは、このX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）」とし、本件職務命令がXの「思想・良心の自由」に対する制約となることを認めている。

関連判決では、入学式・卒業式等での国旗に向かっての起立・「君が代」斉唱・ピアノ伴奏義務の不存在確認及び同義務違反を理由とする処分的事前差止め等を東京都の教職員らが求めた事案である国旗・国歌予防訴訟の東京地裁判決（平成一八年九月二一日判時一九五二号四四頁）（違憲判断・一部認容）が、内心領域の精神活動と外部的行為の密接不可分性を指摘し、「国旗に向かって起立したくない、国歌を斉唱したくない、……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、これらの行為を命ずることが憲法一九条の「思想・良心の自由」の制約となることを正面から認めている。一方、前出の北九州ココロ裁判福岡地裁判決は、内心の精神活動と外部的行為の密接な関係性を指摘しつつも、「君が代」を歌えないという考えがそもそも憲法一九条の

「思想・良心」には含まれないことから、「君が代」を起立して斉唱することを命じることが、「思想・良心の自由」に対する制約となる可能性を否定している。

このように本件職務命令によるXの「思想・良心の自由」の制約をめぐっても、多数意見はそもそも制約の存在を認めていないと解されるのに対して、那須補足意見・藤田反対意見は制約の可能性を、一審・二審判決は制約の存在を認めており、少なからぬ違いが生じている。

### 三 Xの「思想・良心の自由」に対する制約の正当化

次に、本件職務命令によるXの「思想・良心の自由」に対する制約の正当化について検討する。

まず、本判決の立場では、前述の通り、①と②によって、制約の存在自体が否定されていると解されるため、そもそも制約が正当化されるか否かを問う必要はない。そうすると、判旨三の本件職務命令がその目的及び内容において不合理とはいえないことを指摘する部分（以下、③）は、Xが公務員として法令や職務上の命令に従わなければならない立場にあること、本件職務命令が学校教育法及び学習指導要領の趣旨にかなうものであることを指摘する意味をもつにとどまり、本件職務命令によるXの「思想・良心の自

由」に対する制約を認めたくえで、これを正当化する趣旨のものを見ることは困難である。<sup>18)</sup>

一方、那須補足意見は、「行事の目的を達成するために必要な範囲内では、学校単位での統一性を重視し、校長の裁量による統一的な意思決定に服させることも『思想及び良心の自由』との関係で許される」とし、「学校が組織として国歌斉唱を行うことを決めたからには、これを効果的に実施するために音楽専科の教諭に伴奏させることは極めて合理的な選択であり、その反面として、これに代わる措置としてのテープ演奏では、伴奏の必要性を十分に満たすものとはいえないことから、……職務命令によって職務上の義務としてこれを行わせる形を採ることも、必要な措置として憲法上許される」とする。さらに、同補足意見は、「思想・良心」に基づく職務命令の拒否を認めると、「職場の秩序が保持できないばかりか、……集団活動を通じ子どもたちが修得すべき教育上の諸利益を害する」とも述べている。このような同補足意見の立場は、本件職務命令によるXの「思想・良心の自由」の制約の可能性を認めながらも、Xの「思想・良心の自由」に対する「学校の組織的統一性」の優越をアブリオリに認めるものであり、精神的自由の基盤となる「思想・良心の自由」の制約に対する合憲

性審査のあり方として、緩やかに過ぎるといえるだろう。<sup>19)</sup>

また、職場の秩序や子どもへの教育上の利益への悪影響についても、後述の藤田反対意見とは異なり、観念的・抽象的な捉え方にとどまり、具体的な考察に欠けているといえる。

これに対して、藤田反対意見は、「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……と……上告人の『思想及び良心』の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」とし、本件の場合、「公共の利益の達成」は、「子供の教育を受ける利益の達成」という究極の目的のために、入学式における「君が代」斉唱の指導という中間目的が設定され、それを実現するために、「入学式進行における秩序・規律」及び「組織決定を遂行するための」校長の指揮権の確保」を具体的な目的とした職務命令が発せられるという構造によって行われると指摘する。そのうえで、「仮に……中間目的が承認されたとしても、そのことが当然に『君が代』のピアノ伴奏を強制すること』の不可欠性を導くものではない」とし、本件では、具体的な目的、すなわち「入学式進行における秩序・規律」及び「校長の指揮権確保」との関係における考量が何よりも必要であるとする。そして、前者については、Xが突如ピアノ伴奏を拒否したわけでも、実力

をもって式進行を阻止しようとしたわけでもなく、テープ伴奏により問題なく式は進行しており、参列者に与えるかもしれない「違和感」も制約を正当化する充分な公共の利益といえるか問題があるとする。後者については、入学式におけるピアノ伴奏がXの職務にとつて、他者をもって代えることのできない職務の中枢をなすといえるかは疑問があるとする。このような同反対意見の立場は、那須補足意見の立場とは異なり、「思想・良心の自由」の重要性と制約要因たる「公共の利益」の重層構造を踏まえた「慎重な考量」を行おうとしている点で、「思想・良心の自由に対する制約を検証する手法として優れた理論枠組み<sup>20)</sup>」と評価することができよう。

一方、一審・二審判決は、Xのような公務員の場合、「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」との一般論を立てたうえで、本件では「君が代」斉唱の指導を円滑に行うためにはピアノ伴奏することが一定程度有効であり、職務命令を発する「必要性」(二審判決は「相当性」とする)はあったこと、「君が代」のピアノ伴奏をするのは、他教科の教諭よりも音楽専科の教諭の方が適当であること、A小学校では本件入学式に至るまでの五年間音楽専科の教諭

によるピアノ伴奏が行われていたことを指摘し、「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えることができ」、「本件職務命令が、教育公務員であるXの思想・良心の自由を制約するものであつても、Xにおいてこれを受忍すべきものであると判断している。このような一審・二審判決の立場は、「公務員の職務の公共性」から、職務命令に一応の合理性があることをもつて制約を正当化するものであり、「思想・良心の自由」の制約に対する審査のあり方としては、不適切との誹りを免れないであろう。

関連判決では、前出の国旗・国歌予防訴訟東京地裁判決が「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……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、憲法一九条に違反する」としており、Xの公務員としての地位を考慮しつつも、「思想・良心の自由」の重要性を踏まえた厳格な審査を行っている点が注目される。

このようにXの「思想・良心の自由」に対する制約の正当化をめぐつても、多数意見が制約の正当化を必要としないう立場をとりつつ、職務命令自体の合理性も念のために論証しようとしていると解される一方、制約の存在またはそ

の可能性を認める立場にあつても、職務命令の合憲性審査のあり方については、藤田反対意見は「慎重な考量」論、一審・二審判決は合理性審査、那須補足意見はきわめて緩やかな審査であるなど立場の違いが見られる。

#### 四 本判決の特徴と射程

公立学校の入学式等における国旗掲揚・国歌斉唱の実施をめぐる、これに反対する教師が懲戒処分を受け、訴訟を提起するという事例が相次ぐ中、国旗・国歌予防訴訟の東京地裁判決がはじめての違憲判断を下した後ということもあつて、本判決は大きな注目を集めた。上記の通り、本判決は、ピアノ伴奏命令を合憲と判断し、教師の請求を棄却した。本判決の論理構造とその主な問題点は、以上に検討した通りであるが、近年の憲法学説が内心と外部的行為との密接なつながりを強調して「思想・良心に反する行為を強制されない自由」を憲法一九条の保障範囲に含めようとする傾向を強める中、本判決はその点について正面から検討を加えることなく、もっぱら狭く捉えられた内心に対する典型的な制約の有無の観点から、本件事案がある意味では無難に処理した感が強い。そのため、多くの点で、学説の問題関心に応えるような十分な説明は行われていない

ように思われる。そして、その結論にも学説の多くは批判的である。とはいえ、本判決は、事案との関係では、「ピアノ伴奏」の命令に限定されたものであった。しかし、本判決が下された当初から予想されていたように、本判決は、その後の関連する下級審判決にも大きな影響を及ぼしつつある。ここでは詳しく検討することはできないが、枚方市不起立教員調査事件の大阪地裁判決（平成一九年四月二六日判例集未登載）は、「君が代」斉唱時に「起立」を求め職務命令について、東京都再雇用合格通知取消事件の東京地裁判決（平成一九年六月二〇日判例集未登載）は、「君が代」斉唱時に「起立と斉唱」を求める職務命令について、それぞれ本判決の各部分に明示的に依拠しつつ、合憲判断を下している。いずれの判決も、職務命令の内容や不利益処分の内容・性質といった本件との事案の違いには関心を払うことなく、安易に本判決に依拠し、本判決の射程を拡大している<sup>21)</sup>。

また、本判決の射程を考えるうえで、無視することができないのは、本判決が「生徒の思想・良心の自由」の保障に与える影響である。本件もそうであるが、現在までのところ「日の丸・君が代」をめぐる一連の処分は、教師を対象として行われており、生徒を直接の対象とする処分は

行われていない。そして、学説においても、生徒に対する強制は、教師に対する強制以上に違憲論が強いといえる。

しかし、本判決は、生徒に対する起立や斉唱等の強制でさえ正当化しうる論理を内在させているといえる。なぜなら、「子どもが暴力的に国歌斉唱に参加させられても、『一般的・客観的にいって』思想・良心の自由を侵害するものではない、という論理が成り立つからである」<sup>(2)</sup>。また、先に検討したように、本判決は判旨三にあるXの「公務員としての地位」を指摘する部分を「思想・良心の自由」の制約を正当化するためのものとは位置づけていないと考えられるからである。

「日の丸・君が代」教育のかたくななまでの推進によって、何が目指され、どのような価値が児童・生徒に教え込まれようとしているのか。そのような教育は憲法上正当化されるのか。本判決を受けて、教師の「思想・良心の自由」の問題だけにとどまらず、これらのことが今改めて問われているといえよう。

(1) そのような捉え方をしていると思われる見解として、

橋本勇「判批」『Lexis判例速報一九号(二〇〇七年)九七

頁、早瀬勝明「判批」山形大学紀要(社会科学)三八巻一

号(二〇〇七年)五八頁等参照。

(2) 藤田反対意見は、多数意見のいう「歴史観ないし世界観」をこのように捉えている。

(3) 同様の捉え方として、佐々木弘通「判批」自由と正義五八巻一二号(二〇〇七年)八〇頁以下参照。藤田反対意見も、同様の立場であると解される。

(4) 後に改めて触れるように、評釈者はこの可能性が高いと考えている。

(5) 安西文雄「判批」判例評論五八六号(二〇〇七年)九頁は、「本件最高裁判決は、……明示的に判断を下しているわけではないが、どちらかといえば、(人生観、世界観など人格形成の核心をなすもののみを憲法一九条の保障の下におく)信条説に傾斜した考え方を前提としているように思われる」と指摘する。なお、森英明(最高裁判所調査官)「判批」ジュリスト一三四四号(二〇〇七年)八四頁は、「判旨一の結論部分は、外部的行為の強制という場面において思想及び良心の自由の侵害の有無を検討するに当たってされたものであって、同条(憲法一九条)の保障が及ぶ『思想及び良心』の意義について、広義説と限定説のいずれを採るかというものを一般的に明らかにしたものである」と解するのが相当と考えられる」としている。

(6) 小泉良幸「思想・良心に基づく外部的行為の自由の保障のあり方——最小平判成一九年二月二七日(判時一九六二号三頁)を素材として——」法学セミナー一六三四号

(二〇〇七年) 五〇頁は、「多数意見は通説的思考に依拠し、憲法一九条の規範内容を内面における思想・良心の保障に閉じ込める」とし、「多数意見では」思想・良心に基づく外部的行為の自由は憲法一九条の規範内容に含まれていない」と評する。門田孝「判批」速報判例解説(1)(二〇〇七年)三四頁も、「本判決は、憲法一九条で保障された思想・良心の自由を、外部的行為とは遮断されたものとして理解しようとしているのではないか」とする。

(7) 森・前掲注(5)八四頁は、「本判決は、Xの歴史観ないし世界観という、いわばXの内心の核心部分を直接否定するような外部的行為を強制することが憲法一九条の問題となり得るものである」ということを前提として、本件職務命令によって命ぜられる……行為は、……そのような外部的行為に当たらないと判断したものと考えられる」とする。また、安西・前掲注(5)一七二頁は、「最高裁が前提とした自由制約に関する定式」は「内面における思想・良心と特定の外部的行為とが密接不可分の関係、もしくは直結関係にあるとき、当該外部的行為を禁ずることは思想・良心の自由の制約となる」というものであると評する。佐々木・前掲注(3)八五頁も参照。

(8) ここでは、文脈上、Xの歴史観等を否定する内容のものとなる。

(9) 佐々木・前掲注(3)八六―八七頁は、「法廷意見は、少なくとも『客観的に見て……特定の思想を有するというこ

とを外部に表明する行為』……を公権力が上告人に対して命じる場合には、『上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するもの』だと評価し、従ってその拒否行為を『上記の歴史観ないし世界観』と不可分に結び付くもの』だと評価する、と理解される」としている。

(10) 森・前掲注(5)八五頁。

(11) 近年、思想・良心に反する外部的行為の強制が「思想・良心の自由」の制約となりうることを認める憲法学説が有力となりつつある。代表的学説として、西原博史「良心の自由(増補版)」(成文堂、二〇〇一年)四二八頁以下、高橋和之「立憲主義と日本国憲法」(有斐閣、二〇〇五年)一四六頁以下、渡辺康行「『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——」(法政研究七三巻一号(二〇〇六年)一七頁以下等参照。

(12) 多田一路「判批」法学セミナー六三〇号(二〇〇七年)一一二頁は、「個別の」検討の必要性を強調する。安西・前掲注(5)一七三頁は、「Xの歴史観ないし世界観からして、とりうる外部的行為の選択肢は複数あっても、ピアノ伴奏拒否は実質的な重みのある選択肢である以上、ピアノの伴奏を職務命令として強制することは、思想・良心の自由の制約になると理解するのが素直であろう」とする。

本件において、Xにとってその「歴史観ないし世界観」とピアノ伴奏拒否行為が密接不可分なつながりを有すること、

あるいはかかる拒否行為がXにとつて「実質的な重みのある選択肢」であることは、Xが職務命令に反してまで、そしてそれに伴う不利益の危険を冒してまで、かかる選択をしたこと自体に現れているといえよう。

(13) 小泉・前掲注(6)五一頁。

(14) 那須補足意見は、「上告人の立場からすると、……ピアノ伴奏を強制されることは、……特定の思想を有することとを外部に表明する行為と評価され得ることもなるものではないか」としている。

(15) 佐々木・前掲注(3)八七頁参照。

(16) 渡辺康行「公教育における『君が代』と教師の『思想・良心の自由』——ピアノ伴奏拒否事件と予防訴訟を素材として」ジュリスト一三三七号(二〇〇七年)三六頁。

(17) なお、この点について、一審・二審判決は、ともに「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」としている。

(18) 渡辺・前掲注(16)三七頁は、「教師の『思想・良心の自由』に対する侵害がないと述べつつ、他方で職務命令自体

も『不合理ではない』ということによって、侵害がないことを別の側面から理由づけようとしているもののようにある」とする。森・前掲注(5)八五頁も参照。

(19) 同補足意見がこのようにきわめて緩やかな審査を行ったのは、あくまで制約の「可能性」を認めているに過ぎないことによるのかもしれない。

(20) 西原博史「『君が代』伴奏拒否訴訟最高裁判決批判——『子どもの心の自由』を中心に」世界七六五号(二〇〇七年)一四三頁。

(21) 兩判決につき、詳しくは、渡辺康行「判批」法律のひろば六一巻一号(二〇〇八年)六七頁以下参照。また後者の判決については、水口洋介「学校の自由を圧殺する判決」世界七六八号(二〇〇七年)一三三頁以下も参照。

(22) 西原・前掲注(20)一四四頁。

〔付記〕 脱稿後、淺野博宣「判批」平成一九年度重要判例

解説(ジュリスト一三五四号)(二〇〇八年)一二頁に接した。