

「君が代」判決と日本国憲法19条

高倉, 慎二
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/1463262>

出版情報：学生法政論集. 8, pp.19-34, 2014-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

「君が代」判決と日本国憲法19条

高 倉 慎 二

- I はじめに
- II 「思想・良心の自由」の権利性
- III 国歌起立斉唱拒否事件と間接的制約論
- IV 日本国憲法19条としての意義
- V おわりに

I はじめに

近年、在外国民選挙権の容認など個人の権利保護が図られる判断が多く裁判所においてなされている¹。他方で、国公法二判決²での猿払基準の不採用など、裁判所の判断枠組みの柔軟化がみられる場面もある。それでは、近年同様に多く判断がなされている「思想・良心の自由」の領域については、いかなる判断によりその権利が捉えられているのだろうか。

実際に主として問題となるのは、平成23年以降に出された一連の国歌起立斉唱拒否事件判決³で教職員の「内心に反する行為の強制」が自由の侵害に当たるか否かが争われたように、行為の制約を通じた権利侵害が疑われる場合である。単なる行為の制約であるから、それは「間接的な制約」にすぎないとする見解もあれば、真摯な思想・良心に基づく行為に対する制約であればもはや「直接的制約」というべきであるとする見解もある。前者は判例、後者は学説⁴で近時多く主張されるところである。

しかし、内心があるならば行為がそこから出てくるのは当然であり、それら行為への規制を「間接的な制約」にすぎないとして緩やかに認めてしまうことには簡単には首肯できない。ただ、だからといって、直接に内心を否定した訳ではなく行為を規制しただけであるのに「思想・良心の自由」の「直接的制約」とされることにも違和感がある。それでは、

¹ 最大判平17・9・14民集59巻7号2087頁（在外国民選挙権訴訟）、他にも非嫡出子の法定相続分差別を違憲とした最大決平25・9・4裁判所時報1587号1頁などがある。

² 最判平24・12・7刑集66巻12号1337頁（堀越事件）、最判平24・12・7刑集66巻12号1722頁（宇治橋事件）。

³ 最判平23・5・30民集65巻4号1780頁、最判平23・6・6民集65巻4号1855頁、最判平23・6・14民集65巻4号2148頁など。

⁴ 小山剛「思想および良心の自由(2)」法学セミナー706号（2013年）42頁、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013年）243頁。

当該事案のような場合には制約についてどのような判断がなされるべきであるのか。本稿における問題意識はそこにある。

II 「思想・良心の自由」の権利性

1 保護される「思想及び良心」

戦前の日本では、治安維持法のもとで個人の思想を直接標的とした弾圧が行われていた。現在ではそのような事態は想定し難いが、特定の思想を標的として個人を規制することにより、その思想に基づいて起こる国家にとっての不都合を回避しようとしていたのである。端的に言えば、憲法19条とは、そうした経験に基づいて国家による思想の弾圧を防ぎ、個人の「内心」を守る働きを担う規定であるといえる⁵。また、それとは別に宗教的な内心を特に保護したのが憲法20条であるのに対し、憲法19条は非宗教的な内心の保護を図る規定ともいえる⁶。

それでは、憲法19条によって自由が保障される「思想及び良心」とは何を指すのか。「世界観、人生観、思想体系、政治的意見など個人の人格形成の核心をなすもの」をいうのだろうか。それとも「人の内心におけるものの見え方ないし考え方の自由」をいうのだろうか。一般にこれらはそれぞれ狭義説と広義説として対立する⁷。「思想及び良心」といった文言の示すものは漠然としているため、このような解釈が問題となるのは当然の事である。しかし、例えば「内心の内容を標的とした不利益取扱いを禁止する」といった場合に狭義説に基づくと、保護の範囲を不当に狭めすぎる結果となり、反対に「良心が許さないことを理由に義務を免除してもらう」といった場合に広義説に基づくのでは、今度は保護の範囲が広きに失すと考えられる⁸。このように、場面によって保護されるべき「思想及び良心」の範囲は異なるのであり、一概にその範囲を定義づけられるようなものではない。従って、「思想・良心の自由」の保障の範囲は、侵害の態様により異なるものとして捉えられる必要があるといえよう。

⁵ 小山剛「思想および良心の自由(1)」法学セミナー705号(2013年)43頁、佐々木弘通「第19条〔思想及び良心の自由〕」芹沢斉・市川正人・阪口正二郎(編)『新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社、2011年)145頁参照。

⁶ 本報告では深く立ち入らないが、渡辺康行「『思想・良心の自由』と『信教の自由』—判例法理の比較検討から」樋口陽一ほか(編)『国家と自由・再論』(日本評論社、2012年)133頁以下のように信教の自由との対比を意識して思想・良心の自由を捉える試みもなされている。

⁷ 狭義説と広義説の言い回しは論者により様々であるが、ここでは小山・前掲注5の定義を利用。また、単なる事実の知・不知について広義説に含めるか否かには争いがあるが、仮に事実の知・不知により不利益取扱いをするようなことがあれば、それは思想にもまして理不尽なものとなるため、侵害の状況によっては含めるべきであると考え。その点につき、樋口陽一ほか『法解法律学全集・憲法I』(青林書院、1994年)381頁(浦部穂積執筆部分)参照。

⁸ 林知更「思想の自由・良心の自由」南野森(編)『憲法学の世界』(日本評論社、2013年)191頁。

2 思想・良心の自由の侵害類型

「思想・良心の自由」の保障のために禁止される国家行為としては、(A)特定の思想の禁止や強制、(B)内心表明の強要（沈黙の自由の侵害）、(C)内心に反する行為の強制、などが挙げられる⁹。(A)の類型において、内心を把握した公権力がそれを直接に禁止したり不利益に取り扱ったりすることは、先述した憲法19条設置の背景などから考えても絶対的に禁止されるべきであり、(B)の類型に関しても、表明させた思想を不利益に扱う場合には同様に禁止されるべきである。ただ、その不利益に扱う意図がない場合にも、当然に禁止すべきといえるかは疑問である¹⁰。一方、(C)の類型で内心に反する行為強制がなされるような場合には「行為」段階での規制であるため、他の法益との衝突が生じうる。その際には、思想・良心の自由に絶対的な保障がおかれるべきとはいえ、法益間の調整が必要となる。冒頭にも述べたように、本稿ではその「内心に反する行為の強制」に着目し、法益間の調整に係る判断のあり方について検討を加えていく。

3 「思想」「良心」の峻別、「自発性」

そこでまず、行為強制が問題となった具体的事案の検討に移る前に、参考となる学説をいくつか紹介しておきたい。

「思想・良心の自由」については、それを「内心の自由」として一体的に捉えるのが通説¹¹であるが、学説にはその権利の性質上「思想の自由」と「良心の自由」に分けるべきだとする見解がある（小山説¹²、林説¹³）。小山説は、「良心」が優れて個人的・主観的なものであることや、制約が問題となる典型的事例が異なりうることを、林説は、日本の憲法論が多くを学んできた欧米の憲法における「信教の自由」と「良心の自由」の密接性等を峻別の根拠とするが、「内心に反する行為の強制」について考える上で重要となるのは、それらの見解によって主張される「良心の自由」がその良心に基づく「行為」まで直接に保護されると考えられている点である。小山説によると、「良心の自由」は「自己の内心にお

⁹ 駒村・前掲註4）146頁を参考とした。

¹⁰ 佐々木・前掲註5）151頁において佐々木教授は、「内心に基づく不利益処遇を社会が行うことへの警戒心という、元来の通説の問題意識は重要だが、そのことを根拠にして、内心調査を行う国家自身に内心による不利益処遇の意図がない場合にまで、本条による絶対的な保障を及ぼすのは現実的にも理論的にもやはり困難」であるとする（下線は佐々木教授によるもの）。そこで佐々木教授が述べているように、憲法19条の問題としては(A)の類型に該当する不利益処遇などが意図される場合に自由の侵害を認めれば足り、「沈黙の自由」としては憲法21条のいわゆる消極的表現の自由の保障でカバーすべき問題ではないかと考えられる。

¹¹ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第5版）』（有斐閣、2011年）147頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）217頁など。

¹² 小山・前掲註5）44頁。

¹³ 林・前掲註8）200頁。

ける宗教的、非宗教的命令に基づき判断し、あるいはその命令に従って生きることを保障するものであり、何がその良心の命令であるかは「真摯性からのみ判断」される¹⁴。良心の自由の保護範囲が内心に留まらないとする点で、権利保護の重視につながる考え方であると捉えることができよう。しかし、この構成のように直接に外部的行為を保護対象に含めなくとも、「真摯性」を考慮して「思想・良心」との関係において行為を保護するといった構成をとることは可能であると考えられる。そこで本稿では、ひとまず思想・良心の自由を一体として捉えて検討していき、分類した場合の判断についても後述することとしたい（Ⅲ 2 (2)）。

また、「内心に反する行為の強制」について考える上で、「外面的行為の強制」型と「自発的行為の強制」型とに分けて検討する見解がある（佐々木説¹⁵）。人間の行為一般の大部分は「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「外面的行為」であるが、その中でもごく少数ある「自発的行為」は「行為者の自発性・自主性に基づいて初めて、意味があると社会的・文化的にみなされる行為」であり、その行為を強制することは絶対的に許されないとする。「自発性」という要素への着目は「内心に反する行為の強制」について検討する際に大きな意味を持つと考えられるが、これも現時点では紹介に留めたい。

Ⅲ 国歌起立斉唱拒否事件と間接的制約論

さて、以下では、(C)の類型の「内心に反する行為の強制」の場合について、近年の代表的な判例である国歌起立斉唱拒否事件（以下、「起立斉唱事件」）判決をもとに検討していきたい。日本の歴史的経緯、「君が代」などに否定的な歴史観をもっており、式典において起立斉唱を命じられたがそれに応じなかった公立学校のある教職員らが、その命令に反したことで後に学校側から不利益を被ったことに対し、「思想・良心の自由」の侵害であると主張して争ったのが本件事案である¹⁶。

¹⁴ 小山・前掲註5）44頁、同前掲註4）42頁。林説も、「良心の自由」の保護対象として内心だけでなく「行為」を直接に含める考えであるが、本稿の検討の上では、事案も交えて細かい判断をしている小山説を参考としている。

¹⁵ 佐々木・前掲註5）153頁-159頁参照。

¹⁶ 前掲註3に挙げた通り、本稿とする起立斉唱事件は事案として多数存在する。基本的な点での差異はないため、事案内容と多数意見については最判平23・6・6判例タイムズ1354号（2011年）69頁以下をもとに検討することとする。

1 起立斉唱事件判決

(1) 多数意見

最高裁判所多数意見は、式典における国歌斉唱行為が「周知の事実」であること、一般に「慣例上の儀礼的な所作」としての性質を有し外部からもそう認識されること、の二つを理由に、国歌斉唱行為は教職員らの「歴史観ないし世界観を否定することと不可分に結び付くものとはいえず……本件各職務命令は、上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものということとはできない」とする。続けて、外部評価や職務性を考慮した結果、「特定の思想を持つことを強制したり、これに反対する思想を持つことを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものということもできない」ため、「思想および良心の自由を直ちに制約するものと認めることはできない」とする。（ここまでは侵害の類型として挙げた(A)、(B)に関する判断であると考えられる。）

しかしその後で、「個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行動（敬意の表明の要素を含む行動）を求められることとなる限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があることは否定し難い」と述べ、その「制約が許容されるか否かは、職務命令の目的及び内容並びにこれによってもたらされる上記の制約の態様等を総合的に較量して、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かという観点から判断」すべきであるとす。そしてその判断においては、教職員としての「住民全体の奉仕者」性や「地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性」を踏まえて、「教育上の行事にふさわしい秩序」の確保、それから「式典の円滑な進行」といった制約利益と被制約利益との較量の結果「制約を許容し得る程度の必要性及び合理性」を認めた。

以上が多数意見の論理であり、結果的に制約の許容性を認定したものの、(C)の類型に当たるとして行為段階での思想・良心の自由の間接的な制約となることを認めている。これは類似した事案である国歌ピアノ伴奏拒否事件判決¹⁷（以下、「ピアノ判決」という）が行為の強制を「間接的な制約」とすら位置づけなかったのとは区別して捉えられよう。ただ、当該事案で要求された式典でのピアノ伴奏という行為は「音楽専科の教諭等にとって通常期待されるもの」であった点には注意されたい。授業等で職務上行っている行為と外形的に異ならず、また、「敬意の表明の要素」も一般には見出せない行為であった点で、起立斉唱事件とは大きな差異があると考えられるのである。その行為の性質の差異のみによって両判決に違いが表れたと断言することはできないが、何にせよ「制約対象となる行為の性質」が判断において重要な考慮要素となっていることは確かであろう¹⁸。

¹⁷ 最判平19・2・27民集61巻1号291頁。

¹⁸ 起立斉唱事件判決とは異なり、ピアノ判決は、ピアノ伴奏行為の強制がそもそも憲法19条の保障する思想・良心の自由の制約に当たらない、との立場を示したと理解するのが相当である。（森英明「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成19年度(上)』（法曹界、2010年）157頁参照。）両判決の差異には、

それでは、続いて、個別意見の中でも竹内裁判官補足意見¹⁹と那須裁判官補足意見²⁰、それから宮川裁判官反対意見²¹を通じて、起立斉唱事件の判断のあり方について考えていきたい。

(2) 竹内裁判官・那須裁判官の補足意見

竹内裁判官は、問題となる行動と歴史観等との「関連性の程度を量る基準を一般的、客観的に定めること」はできないとする一方で、「あえてこれを量ろうとするならば、それは個人の内心に立ち入った恣意的な判断となる危険を免れない」と述べ、客観的にも主観的にも「不可分」であるか否かということは判断され得ないことを強調する。ただ、同裁判官は、当事者が「心理的矛盾や精神的な痛みを感じるのであれば、そのような状態は思想および良心の自由についての制約の問題が事実上生じている状態であるといわざるを得ない」とし、「思想及び良心の自由についての事実上の影響を最小限にとどめるように慎重な配慮がなされるべきことは当然」との留保を付した上で、間接的な制約の許容性判断が必要だと述べる。もっとも、「思想・良心の自由」に関し、事案に即して「慎重な配慮」を検討した記述は補足意見にも見受けられず、その点は考慮不足ではないかと思われるが、当該制約が「間接的な制約」であった場合の判断枠組みとしては妥当であろう。「不可分」性についても、多数意見のように一般的・客観的な観点から単純に否定するのではなく、判断され得ないとした上で事実上の制約の問題が生じていることを認める同裁判官の考えを支持したい。

那須裁判官は起立斉唱する趣旨を、自らの敬意の表明と生徒らの敬意の表明の指導、といった2つに分類する。前者については、多数意見の判断の通りに間接的な制約の必要性、合理性を検討すべきとするが、後者については「教育のあり方や教育の方法に関するものである点で、教員という職業と密接な関係を有し、これに随伴するものであることから、公共の利益等により外部的な制約を受けざるを得ない点においては、個人としての思想及び良心の自由よりも一層その度合いが強いと考えられる」と述べ、前者に比べて容易に制約の必要性・合理性が認められるべきであるとしている。多数意見の最後の「住民全体の奉仕者」性の理論と同じく、職務の公共性と制約の許容性との連関が強く感じられる内容であり、この前者と後者の区別の限りで「全体の奉仕者」性の理論が根拠とされるのは適当と思われる。ただし、前者の「自らの敬意の表明」が法益となる場合にはそもそもこの

本文にも述べたように、「制約対象となる行為の性質」の違いが大きく影響していると考えられるが、筆者は、この「行為の性質」についてよりいっそう深く立ち入って判断すべきであると考えており、それが本稿後述のⅢ2(3)で採用する見解へと結び付けている。

¹⁹ 最判平23・5・30判例タイムズ1354号(2011年)61頁以下参照。

²⁰ 最判平23・6・14判例タイムズ1354号(2011年)78頁以下参照。

²¹ 前掲註16)73頁以下参照。

理論は使われるべきでないであろう。この点については後のⅢの2(3)で触れる。

(3) 宮川裁判官の反対意見

宮川裁判官も竹内裁判官と同様に「精神的自由権に関する問題を、一般人（多数者）の視点からのみ考えることは相当でない」と考える。そして、「上告人らの不起立不斉唱行為が上告人らの思想および良心の核心と少なくとも密接に関連する真摯なもの」であり、「歴史観等を積極的に表明する意図を持ってなされたものでない限りは、その審査はいわゆる厳格な基準によって本件事案の内容に即して具体的になされるべきである」とする。「真摯性」という観点から、保護される権利の重大性に目を向けて審査密度を高めるものと捉えられよう。また、制約の態様に関しては、そもそも本件事案についてみれば、職務命令のもととなる通達が出された際に、当該「歴史観ないし世界観及び教育上の信念を有する教職員を念頭に置き、その歴史観等に対する強い否定的評価を背景に、不利益処分をもってその歴史観等に反する行為を強制する」意図が実際に存在していたとも述べている。この場合には制約の性質をどのようなものと捉えるべきであるのだろうか。その点も含め、制約の態様について節を改めて整理し、検討を加えていきたい。

2 行為制約の判断

(1) 制約の種類

直接・間接規制論を提唱した香城敏磨氏は、憲法21条に規定される表現の自由について「表明される意見がもたらす弊害を防止するためにその意見の表明を制約する」場合（本稿で「直接的制約」の典型とする。）と、「表明される意見の内容とは無関係に、これに伴う行動がもたらす弊害を防止することを目的」としてその行動を制約する場合（本稿で「間接的制約」の典型とする。）とを分けて考え、後者の制約について次のように述べる²²。「検閲的な性質を帯びるものではなく、表現の自由に対して及ぼす抑制の効果は間接的、付随的であり、その程度は低い。対象となる特定の行動によるのでなければ、同一内容の意見を表明することは何ら差支えないのである²³」。ここにおいて、後者の制約の程度が前者に比べ低いとされる理由の要は引用の二文目にあると考えられる。直接的制約があらゆる表現手段による当該内容の表明を禁ずるのに対し、間接的制約は他の表現手段までも禁ずるわけではない。その点で、表現の自由自体の制約としてはより「程度の低い」ものであるといえるのである。また、制約のあり方としてはもう一つ類型があると考えられる。それは「表明される意見がもたらす弊害を防止するために、これに伴う行動を制約する」というものである。この場合には、公権力の恣意が働きやすく、目的が意見内容自体のまた

²² 香城敏磨『憲法解釈の法理』（信山社、2004年）59頁。

²³ 香城・前掲註22）60頁。

らず弊害に向けられているため同じ内容の意見は他の表現手段においてもまた制約を受けるはずであり、外観上は行為の規制であっても、むしろ「直接的制約」と位置づけるべきであろう²⁴。

以上のことは、「思想・良心の自由」の問題にも当てはめられ、制約は、(a)「思想・良心がもたらす弊害を防止するために、その思想・良心を持つことを制約する」場合、(b)「思想・良心の内容とは無関係に、その者の行為がもたらす弊害の防止を目的に制約する」場合、(c)「思想・良心がもたらす弊害を防止するために、それに基づく行為を制約する」場合に三分することができる。表現の自由に関する制約の理解と同様に、(a)だけでなく、(c)についても思想・良心の自由が直接に制約されているとみるべきである。宮川裁判官の反対意見の最後の主張はまさにこの(c)の類型をさすと考えられる。(b)については、行為の制約であり、思想・良心それ自体を標的として制約するものでもないため間接的制約といえるが、制約の態様を考える上では他にも考慮すべきことがあることを忘れてはならない。間接的制約が「制約の程度の低い」ものといえる理由の要は、被制約者にとって代替手段²⁵が存在することであるから、仮に代替手段が全く存在しないような場合には、その思想・良心に基づいて行為することが一切許されなくなり、制約の程度は決して低いとはいえないのである。特に、被制約者が思想・良心の自由を侵害されないようにするために何らかの(消極的)行為が必要となる状況で、代替手段も存在しないとすると、実質的な制約の強さとしては、(a)や(c)の直接的制約と変わらないとさえいえるのではないだろうか²⁶。「内心に反する行為の強制」の制約の強さを考える際には、これら(a)～(c)に分類し、(b)については被制約者の行為の積極・消極性や、代替手段の有無まで考慮することにより制約の強度を判断すべきである²⁷。

²⁴ 「間接的制約論」について、憲法21条の問題領域では、「内容規制」「内容中立規制」という概念を使った説明もなされるところであるが、駒村・前掲註4) 240頁以下でのべられているように、実質的には互いに置き換えて論ずることができる概念にすぎないため、憲法19条の問題についても論じる本文では「間接的制約」「直接的制約」という概念のみを利用して説明することとしている。

²⁵ ここでは、自身の思想・良心も制約されず、他の法益との衝突も起こさないような被制約者にとっての行為手段のことをいう。被制約者がその代替手段を探すべき場合もあり得るとは思われるが、基本的には強制の主体となる制約者が代替措置としてそのような行為手段を用意していなければならないというべきである。

²⁶ この点につき駒村・前掲註4) 238-239頁を参照。駒村教授は、表現の自由の制約に関して、「公汎で網羅的」な制限ならば、間接的であっても強力な制限といえ、「間接的制約論は、限定的・部分的制約論(代替の情報伝達手段の余地)とペアで論じてこそ意味があるのであって、それだけで直ちに被制約利益を小さく見積もる論拠とはならない」と述べる。

²⁷ もちろん、代替手段があるだけで当然に制限の程度が低いと判断されるのではなく、その代替手段が本当に代替手段足り得ているのかという点に関して、妥当性、実現性等の観点から検討が必要であり、その質によっては制約の程度の判断結果にも差が生じうると考えるべきである。

(2) 国歌起立斉唱拒否事件における制約

それでは、起立斉唱事件についてはどうであろうか。まず、本件事案における職務命令について、(a)の直接的制約でないことは明らかであるが、(b)に当たるか(c)に当たるかは事情により異なる。多数意見のいう「教育上の行事にふさわしい秩序」の確保や「式典の円滑な進行」が専ら本件職務命令の目的であるならば、(b)の間接的制約に当たるといえるが、宮川裁判官が主張するような、「特定の歴史観等を持つ者に直接に不利益処分を与える」という目的が認定されるのであれば、それは(c)の直接的制約とみなされるべきであろう。その場合には、多数意見の前半部分で判断のなされた「不可分」性も肯定されるはずである²⁸。

また、(b)の間接的制約にあたると思った上でも、注意すべき点があるというのは先述した通りである。間接的制約であるからといって、代替手段が無く、何らかの消極的行為をせざるを得ないような場合に制約の程度が低いとは決していえない。本件においては、教職員は自らの思想・良心に基づいて積極的に行為を起こしたわけではなく、その上、思想・良心の自由の侵害を回避するための代替手段も用意されていなかったのであるから、より消極的な侵害回避の手段は存在せず、制約の程度は(a)、(c)による直接的制約の場合よりも低いとはいえないのである²⁹。もちろん、仮に学校側が、「秩序維持のための起立斉唱」を拒む教職員のために、一時退出等の代替手段を用意しているといった状況であれば、それでもなお教職員らが起立斉唱のときにあえて着席したままであることへの評価は異なってくる。「一時退出」という代替手段がどれだけ「代替手段」足り得ているのかについては、具体的状況下におけるその手段の妥当性や実現性等について別途判断が必要ではあるものの、そのような状況下でなされる着席行為は、提供された代替手段の存在を踏まえた「思想・良心の自由」の積極的行使となるため、その制約の程度は比較的低いとみなしてよいのである。

この点に関連して、竹内裁判官は補足意見で、間接的な制約の判断に際して「思想及び良心の自由についての事実上の影響を最小限にとどめるように慎重な配慮がなされるべき」と述べていたのであるが、代替手段が無いこと等による「事実上の影響」についての検討は当該補足意見の中では実際にはなされていない。先に「考慮不足ではないか」と述べたのはこのような理由からである。制約についての判断では、その「事実上の影響」の審査

²⁸ 先述した通り、基本的に「不可分」性は判断され得ないと考えられるが、制約側が、思想・良心の制約を目的として行為を規制したのであれば、その行為が思想・良心と「不可分」であると自ら認めているに等しいため、「不可分」性は肯定されるはずなのである。

²⁹ もし積極的な行為であるならば、究極的には「行為しない」など、他の法益との衝突を回避する手段が「思想・良心の自由」を同様に守るための代替手段として他に考えられるため、制約の程度は低いと考えられる。また、積極的な行為であれば、19条の「思想・良心の自由」ではなく21条の「表現の自由」の保護対象としての性質がより強まるであろう。

をすることに加えて、宮川裁判官が述べるような「真摯性」の審査を行うことで、保護されるべき「思想・良心」の重要性や行為との一体性を捉え、制約の態様を可能な限り詳しく把握すべきであったと考えられる³⁰。それら無しに制約の必要性・合理性を確定するような判断は、事案の解決に適したものであるとは到底言えないであろう。

一方、小山説³¹によると、「良心の自由」の保障内容には、歴史観ないし世界観に由来する「良心の決断に基づく行為」が含まれるため、本件職務命令による行為の強制は「直接的制約」と位置づけられる。しかし、この「直接的制約」は内心への直接的制約の際の「直接的制約」とは実質が異なる点に注意が必要である。なぜなら、内心への直接的制約であればその危険性は言わずと知れたもので、審査を厳格に行う必要があることも明確であるが、小山教授がいうような「行為への（思想・良心の自由の）直接的制約」については、制約の権利侵害性がそれほど大きくない場合が想定されうるからである。先に述べた「事実上の影響」が深刻ではない場合がそれにあたる。従って、確かに権利の不当な侵害を避けるために、直接的制約性を認める範囲を拡げるといえる考えは理解できるものの、このように広い意味を含む「直接的制約」という概念によって即座に審査密度が決定されてしまうような見解には疑問がある。その見解に立つと、代替手段が明確に用意されているような場合（「事実上の影響」が小さい場合）においても、「真摯性」さえあれば「直接的制約」とみなされて審査密度が高められる場合が過度に多くなってしまうと思われるからである³²。審査密度は制約の強度を把握して決定すべきものである³³から、それを「真摯性」のみによって決定することは避けるべきではないだろうか。そういうわけで、私見としては、直接に内心を標的とした規制でない単なる行為の制約である限りは、その制約を「間接的制約」と位置づけて、「事実上の影響」や「真摯性」を踏まえた上で審査密度を決定し、権利の重要性と制約の強度に見合った判断を行っていくべきであると考え³⁴。

³⁰ 渡辺・前掲註6）155頁で渡辺教授が「思想・良心の自由の重要性や、制約の実際上の重大性等に鑑みれば、必要性審査はより厳格に為されるべきであったように思われる」と述べるように、間接的制約であっても、「実際上の重大性」（竹内裁判官のいうところの「事実上の影響」）によって必要性審査の密度を調整することが求められるのである。

³¹ この段落の小山説の検討について、小山・前掲註4）42-43頁参照。

³² 小山教授は、「事実上の影響」について、専ら審査密度を決めた後の制約の正当化審査の段階で判断を行うのであるが、本文にも述べているように、「制約の強度」の把握にとって重要な「事実上の影響」の要素は、審査密度の決定に際しても考慮要素に含めるべきであると本稿筆者は考えている。

³³ 駒村・前掲註4）76頁参照。

³⁴ 「事実上の影響」をも加味して、それがあつた場合に初めて「直接的制約」であるとするのであれば、本文で述べたような心配は無用であろうが、そもそも「行為」を標的とした規制を「思想・良心の自由」への「直接的制約」とすることは、用語の使用法において一般的な感覚からは認め難いように思われるため、「間接的制約」との位置づけを採用している。

(3) 「全体の奉仕者」論

制約の判断枠組みに関する見解は以上の通りであるが、「間接的制約論」が正しく論じられ、制約が強度のものであると認識されたとしても、「間接的制約論」とセットで用いられることの多い「全体の奉仕者」性の理論は、依然強力な理論として主張されるであろう。それでは、公務員の人権が問題となる際に登場する、そして起立斉唱事件においても用いられているこの理論についてはいかに判断すべきであるのか。

多数意見が「地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性」を踏まえ、「教育上の行事にふさわしい秩序」や「式典の円滑な進行」に重きを置いて制約の許容性を認めたことは先に述べた(Ⅲ 1 (1))。那須裁判官が「生徒らへの敬意の表明の指導」を、より職務性が強く、制約を受けざるを得ない度合いが強いものであると位置づけた点(Ⅲ 1 (2))も、多数意見と同様に「全体の奉仕者」性や「職務性」を制約の許容性に結びつけて論じる部分である。確かにそれらの意図するところは理解できる。公務員は「一部の奉仕者」ではなく「全体の奉仕者」であるため、その職務性が強ければ強いほど、中立性を維持しつつ職務を適正に遂行することが求められることは当然であろう。

しかし、「全体の奉仕者」性、「職務性」といったことによって「過度に」公務員の人権が制約されるなどということは認められるべきではない。公務員の表現の自由が問題となった有名な猿払事件判決³⁵の「全体の奉仕者」性の判断に対しても、当該行為の非公務性などの観点から多数批判がなされてきたところである。当該事件を論じるにはまた別に詳細な検討が必要と思われるが、今回取り上げた起立斉唱事件のように「思想・良心の自由」が問題となる場面、そして特に、「生徒への国歌指導行為」ではなく「個人の国歌起立斉唱行為」が問題となるような場合には、より重視すべきある観点が存在するのではないかと考えられる。

それが先述した佐々木説(Ⅱ 3)のいう「自発性」の観点である³⁶。ピアノ伴奏などの、本来「自発性」を必要としない行為の強制であっても、「真摯性」を伴うのであれば、職務性等に基づく法益などとの較量により「思想・良心の自由」は可能な限り強く保障されるべきではあるが、特に「行為者の自発性・自主性に基づいて初めて、意味があると社会的・文化的にみなされる行為³⁷」(自発的行為)に関しては、その行為の本来の性質上そもそも「全体の奉仕者」性や「職務性」などの法益が立ち入るべき領域ではなく、権利・法益が対立した際にそれら法益を根拠に制約が許容されることはあってはならないのではないだろうか³⁸。公務員の職務の性質上、権利制約が必要となる場面は多々生じ得るとは思われ

³⁵ 最大判昭49・11・6刑集28巻9号393頁。

³⁶ 佐々木・前掲註5) 153頁-159頁参照。

³⁷ 佐々木・前掲註5) 155頁。

³⁸ 佐々木教授はそのような「自発的行為」の例として「謝罪行為」、「献金行為」、「国歌斉唱行為」を挙げる。また、「自発的行為」と「外面的行為」の区別に関して、棟居教授は「斉唱と伴奏を佐々木説の

るが、とりわけ個人的な権利色彩の濃い「自発的行為」については区別して認識されるべきである。起立斉唱行為についても、それは本来「敬意の表明」という自発性・自主性を必要とする性質を有する行為であるため、教職員の中に「敬意の表明」を実行することが思想・良心上どうしても受け入れられないという者がいた場合に、その者に対して「全体の奉仕者」性、「職務性」に基づく法益を持ち出して行為を強制することはあってはならない。この点において、「全体の奉仕者」論は貫徹されるべきではなく、「自発性」の観点からとらえた行為の価値は、法益間の調整の判断の中で確実に考慮されていくべき要素であると考えられるのである。

IV 日本国憲法19条としての意義

さて、制約判断のあるべき姿を問う本稿の趣旨からすれば、以上でその答えとしての役割はある程度果たすことができたのかもしれない。しかし、「日本国憲法19条」の問題として本件訴訟を捉えるときには、「間接的制約論」や「全体の奉仕者」論に関する上述した検討では足りないようにも思われる。なぜなら、そこで深く掘り下げたのは、公権力の行使と個人の思想・良心の自由とが「衝突してしまった」場合を軸に据えたものにすぎないからである。「衝突してしまった」のではなく公権力による意図的な「思想の排除」が図られた可能性が少なからず存在する「君が代」訴訟においては、先述した制約類型の中でも、目的を「思想・良心のもたらす弊害の防止」におく(c)の類型の考察が大きな意味をもちうる。

1 直接的侵害の存在

西原教授は「国歌起立斉唱義務をめぐる事態の本質は、『間接的制約』ではなくて直接的侵害」であるとし、「多数派であり同時に権力を握る側が自らの教育観を貫徹するために、それと対立する信条や教育観を有する教師を排除する動きが問題になっているのであって、そのための踏み絵として、国旗・国歌が使われていた」と述べる³⁹。宮川裁判官も同様の観点から、「本件通達は、式典の円滑な進行を図るという価値中立的な意図で発せられたものではなく、前記歴史観ないし世界観及び教育上の信念を有する教職員を念頭に置き、そ

ように区別しうるかは疑わしい」と述べる（棟居快行『「君が代」斉唱・伴奏と教師の思想の自由』自由人権協会編『市民的自由の広がり』（新評論、2007年）84頁）が、判断の基準となるのは、本人の感情や強制する側の思惑ではなく、「行為本来の性質」である点に注意すれば区別はそれほど難しくないように思われる。宮川裁判官が例に挙げる教科教育や、ピアノ判決におけるピアノ伴奏に関しては、行為本来の性質として「自発性」に意味があるものではなく、「自発的行為」とは言えない。ただ、もちろん単なる「外面的行為」であるにしても、当然具体的事案における行為者の真摯性や制約の態様の十分な考慮の上で、強制が許容されるか否かは慎重に判断されるべきである。

³⁹ 西原博史『「君が代」不起立訴訟最高裁判決をどう見るか』世界821号（岩波書店、2011年）123頁。

の歴史観等に対する強い否定的評価を背景に、不利益処分をもってその歴史観等に反する行為を強制することにあるとみることができる⁴⁰」としていた。まさに(c)の制約類型の存在を主張する見解である。そこでの公権力の行使と思想・良心の自由との衝突は、避けられないものとして起こったものでも偶発的に起こったものでもなく、意図的に起こされたものであると考えられている。この点は、思想・良心の自由の、とりわけ「日本国憲法19条」の思想・良心の自由の保障の問題として捉えるとき、より注視されるべき観点であるといえるだろう。そのことは、憲法自体の歴史的な意義と、思想・良心の自由の権利性をいま一度考えることにより感じられる。

2 人権が保障される意味

近代西洋においては、人が生まれながらにしてもつ権利（自然権）が、「万人の万人に対する闘争」状態に至ってしまわぬように、権威ある第三者である国家や君主と「社会契約」を結び、その人権（自然権）を保障しようという思想があった。しかし、その中立的な裁定者として力を与えられた国家や君主は、人権を保障するだけの存在に留まらず、人権を侵害するおそれのある存在にもなり得た。そこで、その国家や君主をも制限し、国民の権利・自由を確保するための仕組みとして、近代「憲法」が革命を経て制定されるに至ったのであった⁴¹。こうした起源をもち、現代へと受け継がれている憲法とは、誰かがふと思いついた、もしくはゼロから捻り出した規範ではなく、（自国や他国の）長い経験に基づいて形作られてきたものである。それゆえに、その内容としては、不平等な取扱いが問題となった歴史的背景があったからこそ「平等」の権利が保障されており、侵された歴史や、侵されるおそれが感じられるような歴史があったからこそ様々な「自由」の権利が保障されるようになってきたのである。

そして、それらの法規定が過去の経験・過ちを教訓として設けられたものであるとすれば、その働きとしては「同じ過ちを繰り返さないこと」が最低限達成されなければならないはずである。仮にその教訓が没却された場合には、たとえ他の様々な想定や知識を盛り込んで解釈がなされ、その意味で法が機能したとしても、十分に法の働きを果たしたとはいえないであろうし、また、そのような歴史的な重みのもとにあるからこそ、「憲法」は根本的に重要な法としての役割を果たしうるともいえる。法の重要性が先人達の知恵や経験

⁴⁰ 前掲註16) 75頁。

⁴¹ 憲法や人権を歴史的な観点から捉える意義に着目する1つの契機となったものとして、南野森「人権の概念」同(編)『憲法学の世界』(日本評論社、2013年)120頁以下がある。(本文の記述について特に126頁以下参照。)
「人権の思想」は「西洋政治思想史の遙かな流れのなかで、少なく見積もっても数世紀にわたって醸成されてきたもの」(同126頁。)であり、「概念」が過去に存在していたか否かということは別として、その「思想」は突然に出現した(する)ものではないのである。憲法とは、そのように長い時間を経て育まれた思想が体現化されたものであるから、その内容の深い理解のためには、歴史的観点からの考察が不可欠であると考えられる。

に裏付けられていることの意義は大きいのである。例えば、「社会権」は西洋における初期の近代憲法には規定されていなかったが、もし仮に当時その規定だけが存在していたとしても、「福祉国家の必要性」が経験上一般に理解されていない状態では十分に機能し得なかったであろう。現在では、その「必要性」が先人達から得た教訓によって把握されているからこそ法規定として十分に機能し得るのである。

3 「日本国憲法19条」としての思想・良心の自由

それでは「思想・良心の自由」についてはどうだろうか。いまでこそ、日本国憲法19条においてそれは単独で規定されているものの、明治憲法下においては存在していなかったものであり、他国の憲法においても単独で規定されている例は少ない。その理由として、芦部教授は「内心の自由は国家権力の介入を許さない絶対的な領域であるから、憲法で特に保障する必要はないと考えられていたこと、また、信仰の自由は宗教の自由に含まれ、思想の自由は言論・表現の自由の前提にあるものであるから、表現の自由の保障で足りると考えられていたこと、などの理由」を挙げる⁴²。そうであるとすれば、なぜ日本国憲法では単独の規定が置かれたのかという疑問が生じるが、その理由は本稿の冒頭の方にも示したように、治安維持法による思想侵害という猛省すべき歴史があったからであるといえる⁴³。昭和三年改正後の治安維持法の下で、日本共産党などの「結社ノ目的遂行ノ為ニスル行為ヲ為シタル者」が処罰対象とされてからは特に、その規定を根拠として、国民の思想・良心への国家の介入が強められていくこととなった⁴⁴。また、それは「単に危険思想の弾圧という消極的な目的につかえるものではなく、より積極的・攻撃的な目的である『転向』を強要するためのものへと変化⁴⁵」していき、「思想犯保護観察」制度⁴⁶などというものが設けられるに至る。もちろん、共産主義・無政府主義の取り締まりという点だけをみれば、

⁴² 芦部信喜『憲法学 III [増補版]』（有斐閣、2000年）98-99頁。

⁴³ 本文での治安維持法の実態に関する記述につき、奥平康弘解説『治安維持法』（みすず書房、1973年）の「資料解説」（ix-xxx頁）を参照。

⁴⁴ 「目的遂行ノ為ニスル行為」という概念は、非常に広義・包括的であり、共産党結社の為にする行動にとどまらず、政府にとって不都合である様々なことを制限するために用いられた。権力側にとって自己を正当化する非常に便利な概念として働いていたのである。この点につき、奥平・前掲註43) xi 頁参照。

⁴⁵ 奥平・前掲註43) xiii頁。

⁴⁶ 思想犯保護観察制度とは、「治安維持法に違反したが、執行猶予を受けた者（その限りで自由でありうる人間）および、検挙されたが起訴されなかった者（前者よりもより自由でありうる人間）を、公的な監視体制のもとにおく（このことによって、該当者の自由を否定する）制度である。刑の執行を終わって釈放された者および仮出獄を許された者（既に懲罰を終え自由を取得した者）も、この監視体制に服属せしめられるのも特徴的である。」（奥平・前掲註43) xii-xiii頁。）このような監視体制が存在していたことは、起立斉唱事件の、「不起立行為等があった場合、速やかに東京都人事部に電話で連絡するとともに事故報告書を提出することを求めていることなどの事実」といった宮川裁判官が示した事実と、規模は異なるものの、「監視体制」などの点で少なからず同視しうる点があると思われる。

当時の欧米諸国でも「過激」政治組織を集団犯罪として取り締まるという手法は用いられていたところであるが、日本の治安維持法を中心とした取り締まりは、特に「国体変革」規定に代表される法文規定上の特異性があったことや、裁判官も含めた官憲全体が思想の「転向」の強制に向けて専念していたことなどの点で、そのあり方が異質で程度も過度のものであった⁴⁷。戦後の日本国憲法19条の「思想・良心の自由」規定は、それら歴史的事実を背景として設けられたものであるといえる。

だからこそ、日本国憲法19条の問題を捉える上では、公権力の行使と個人の思想・良心の自由との、やむを得ない、偶発的な「衝突」の場合だけでなく、治安維持法下においてそうであったような思想の「排除」の場合の司法判断がより重要になってくるように思われるのである。「思想」や「良心」の原語を参考にそれらの守られるべき姿を考えたり、外国の憲法の知恵を用いて保障のあり方を検討したりすること⁴⁸も重要ではあるが、最も日本国憲法が意識して避けるべきであるのは、日本の猛省すべきあの治安維持法下の「弾圧」、「転向」の歴史が繰り返されることだと考えるべきであろう。そうであれば、思想の「衝突」の場合に注意が払われる以上に、思想の「排除」の存在についての事実が吟味される必要があるのである。

4 「君が代」事案の特質

思想・良心の自由は「内面的精神活動の自由の中でも、最も根本的なもの⁴⁹」であるから、いくら制約が外部的行為の強制という間接的な制約に留まるものであっても、制約には十分な合理性や必要性が求められるべきであるし、もしそれが「事実上の影響」の点において直接的な制約と同視しうるものであれば、より厳しくその制約の憲法適合性は判断されなければならない。また、そもそも問題となる行為が「自発的行為」であるのなら、その行為性質上、絶対的に強制されてはならないというべきである。以上が前章までに述べたことであり、これらは思想・良心の自由の重要性からのみによっても導かれうる帰結である。しかしながら、繰り返しになるが、日本における思想・良心の自由を考える上では、その根本的な重要性の観点からだけでなく、上述した「日本国憲法19条」の観点からの考察も当然求められるはずである。起立斉唱行為の強制は、「私人間の謝罪の強制⁵⁰」などとは異なり、公権力と私人との直接の問題で、国家による恣意的な思想の「排除」が疑

⁴⁷ 奥平・前掲註43) xxi頁。

⁴⁸ IIの学説の紹介のところで少し触れたが、林・前掲註8)の199-200頁のような考察がそれに該当する。

⁴⁹ 芦部・前掲註42) 98頁。

⁵⁰ 謝罪広告事件（最大判昭和31・7・4民集10巻7号785頁）のように、謝罪を公権力が強制させようか否かという問題においては、その強制に内心の自由の侵害のおそれは存在するものの、「公権力による画一的な思想の強制」などといった性格はない。その意味で、謝罪強制については、歴史的意義から捉えた「日本国憲法19条」としての思想・良心の自由ではなく、専ら内心の自由としての根本的な重要性が問題となる点、起立斉唱事件とは異なるといえる。

われるという点において後者の観点による考察の必要性が高い。確かに、治安維持法下での「国体変革」を目的とした規制などと比べると現段階でその悪性の度合いは小さいかもしれないが、ここでは、歴史上猛省されるべき公権力による「弾圧」や「転向」に類する状況が存在すること自体が警戒されるべきなのである。従って、宮川裁判官が反対意見の最後で論じているように「本件各職務命令の合憲性の判断にあたっては、本件通達やこれに基づく本件各職務命令をめぐる諸事情を的確に把握することが不可欠」であり、今後引き続き変わりゆくその諸事情の「把握」は、「日本国憲法19条」の歴史的意義等も意識されながら厳密になされていくことが必要であると思われる。

V おわりに

当初、「内心に反する行為の強制」をいかなる制約として位置づけるべきかという問題意識のもと検討を始めたのであったが、検討を進めるにつれて、制約判断のあるべき姿が見えてくるとともにIVで述べたような根本的な問題も強く意識させられることとなった。「思想・良心の自由」の権利性が原語や外国の憲法論を踏まえて検討されることにも大きな意味はあるものの、歴史的観点からみた「日本国憲法19条の思想・良心の自由」としての意義も没却されてはならない。起立斉唱事件の事案詳細がどうであるかにつき具体的に深く検討することは本稿ではできなかったが、そこでは、後者の意義も意識されながら、事実関係の把握とその吟味がより深くなされていくべきであろう。ただ、たとえ問題の根本的な解決がその複雑さ故に困難であるにしても、IIIで述べたように、現状の「間接的制約論」の空虚さはこの事案に限らず一刻も早く改善されるべきであるし、「全体の奉仕者」論についても、状況によって用いられるべきでない場面が存在することがより認識されるべきである。今後ともこの事件に類する争いは続いていくと思われるが、判断枠組みや理由づけ、事実関係の把握などについて多角的な洞察が必要であることを意識しながら注目を続けていきたい。