

職務命令および職務命令違反に対する制裁的措置に関する司法審査の手法：「君が代」ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決以降の下級審判決の論理

渡辺, 康行
九州大学大学院法学研究院 : 教授 : 憲法

<https://doi.org/10.15017/15593>

出版情報：法政研究. 76 (1/2), pp.1-31, 2009-10-01. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

職務命令および職務命令違反に対する制裁的措置に関する司法審査の手法

——「君が代」ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決以降の下級審判決の論理——

渡 辺 康 行

- 一 はじめに
- 二 思想・良心の自由の保護領域
- 三 思想・良心の自由の制約
- 四 思想・良心の自由への制約の正当化
- 五 制裁的措置の適法性審査
- 六 結び

一 はじめに

現在、公立学校の儀式的行事における「君が代」斉唱をめぐる、多くの事件が裁判所に係属している。そのなかで、「君が代」ピアノ伴奏拒否事件に関する最高裁二〇〇七（平成一九）年二月二七日判決（以下、「ピアノ判決」という）は、その後の下級審判決に強い影響力をもつこととなった。しかし、ピアノ判決がそのような強い影響力をもつにふさわしい確固とした論理構造をもつものではないことは、これまで多くの研究によって繰り返し指摘されてきたところである。^①

ところで、最近の下級審判決を立ち入って検討してみると、ピアノ判決を援用しながらも実際にはピアノ判決とは異なった論理構造をとる判決や、ピアノ判決の射程を著しく拡大した判決が多いことがわかる。その代表例が、定年退職後の再雇用職員について合格通知を受けていた者が、卒業式における「君が代」起立・斉唱を命ずる校長による職務命令に反したことを理由に戒告処分などが課されると共に、再雇用の合格取消をされたことに対して、地位確認および国家賠償を求めた事件に関する東京地裁二〇〇七（平成一九）年六月二〇日判決（以下、「再雇用合格取消事件判決」という^②）である。本稿は、この判決を、同旨の職務命令違反を理由として再雇用職員の採用選考において不合格とされた者が国家賠償を求めたという類似した事案を扱いながら、異なった結論を下した東京地裁二〇〇八（平成二〇）年二月七日判決（以下、「嘱託採用拒否事件判決」という^③）と対比しながら、若干の考察を行おうとするものである。なお、東京地裁二〇〇九（平成二一）年一月一九日判決も^④、ほぼ同様な事案に対する判断である。しかしこの判決は、簡単な理由づけをするにとどまるものであるため、付随的に註のなかで触れることとしたい。以上のような比較検討は、ピアノ判決自身の問題点を再検討することにも資するはずである。なお、本稿で取り上げる論点は、職務命令と教師の思想・良心の自由、および職務命令違反を理由とする制裁的措置の適法性に限定する。これは、私の研究上の関心からす

るものであり、それ以外の争点が重要ではないという趣旨ではない。⁵⁾

私は、これまで、日本国憲法下における自由権あるいは自由権的に構成できる権利に関する憲法判断においては、保護領域（保護範囲）・制約（侵害）・正當化という三段階審査をすることが思考の明晰化のために重要だ、ということ⁶⁾を論じてきた。本稿もこの三段階審査理論の枠組みを使った分析を行い、裁判所が明晰な憲法判断を行うための基盤を提供することを副次的な目的としたい。

(1) 私もいくつかの論稿を書いている。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』ジュリスト一三三七号（二〇〇七年）三二頁以下、同「職務命令と思想・良心の自由」法律のひろば六一巻一号（二〇〇八年）六〇頁以下など。ピアノ判決に関する文献の一覧として、横田守弘「君が代」ピアノ伴奏拒否事件上告審判決」季刊教育法一五八号（二〇〇八年）八五頁（註1）が詳細である。

(2) 判時二〇〇一号一三六頁以下。本稿は、二〇〇九年四月二日に、この訴訟が係属している東京高裁第一六民事部に提出した意見書を基に、若干の補筆をしたものである。

(3) 判時二〇〇七号一四一頁以下。なお、この判決と同一の裁判長が、職務命令違反を理由とした懲戒処分⁷⁾の取消しなどが争われた事件において、請求を棄却した、東京地判二〇〇九（平成二二）年三月二六日判例集未登載がある。同判決については、田中孝男「国歌斉唱等の職務命令に従わなかったことを理由とした懲戒処分につき違憲性・違法性は認められないとした事例」速報判例解説—TKCローライブラリー行政法No.46 [z18817009-00-020460312]。

(4) 判例集未登載。

(5) 例えば、市川須美子「教師の日の丸・君が代拒否の教育の自由からの立論」法律時報八〇巻九号（二〇〇八年）七二頁以下は、「職能的自由としての教育の自由」を主張することの有効性を説いている。また、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、二〇〇七年）六六頁以下は、「国家の思想的中立性からの逸脱の有無如何」が「真の問題」だとする。葛島夏木「教育領域に潜むガバメントスピーチ」立命館法政論集六号（二〇〇八年）三一頁以下は、「国歌斉唱問題をガバメントスピーチから捉え」ようとする。さらに、行政法学からの検討として、早川和宏「教諭に対する職務命令と懲戒処分」高岡法科大学紀要一九号（二〇〇八年）七七頁以下。

(6) 例えば、渡辺康行「思想・良心の自由」と『国家の信条的中立性』(一)「法政研究七三巻一号(二〇〇六年)一頁以下、同「自由権に関する三段階審査」木下・村田・渡辺編著『事例研究 憲法』(日本評論社、二〇〇八年)一五一〜一五二頁、同「憲法訴訟の現状」公法研究七一号(二〇〇九年)一頁以下など。三段階審査理論については、併せて、後掲(註44)で挙げた諸論稿をも参照。

二 思想・良心の自由の保護領域

1 再雇用合格取消事件東京地裁判決

職務命令と教師の思想・良心の自由に関する再雇用合格取消事件判決の判示は、必ずしも明晰なものではない。しかし、三段階審査理論の枠組みによって理解し直すことも可能である。

この判決は、憲法一九条の保護領域判断に関して、原告による不起立行為の理由・動機を三つに大別する。つまり、①『日の丸』、『君が代』が大日本帝国憲法下において、天皇制に対する忠誠のシンボルとして用いられ、また、これらが先の大戦において大きな役割を果たしたことに對する抵抗感や嫌悪の情、②先の大戦時において時の為政者により教育が支配され、そのため、ほかならぬ教員が多くの生徒を戦場に送り込むことに寄与する結果となったことに對する反省の念、③本件通達をめぐる都教委の一連の動きが、学校の教育自治の原理を一切否定する強権的なものであり、是認し難いという職業的な信念⁷⁾、である。そして、これらは、「社会生活上の信念」として、思想・良心の自由の保障を受ける、と解しているようである。

2 嘱託採用拒否事件東京地裁判決

嘱託採用拒否事件判決は三段階審査理論を意識して書かれており、論理構造はかなり整理されている。この判決は九条の保護領域について、次のようにいう。原告らは、大別して、「①戦前の日本の軍国主義やアジア諸国への侵略戦争とこれに加功した『日の丸』、『君が代』に対する反省に立ち、平和を志向するという考え、②国民主権、平等主義等の理念から天皇という特定個人又は国家神道の象徴を賛美することに反対するという考え、③個人の尊重の理念から、多様な価値観を認めない一律強制や国家主権に反対するという考え、④教育の自主性を尊重し、教え子たちを戦場に送り出してしまった戦前教育と同様に教育現場に画一的統制や過剰な国家の関与を持ち込むことに反対するという教育者としての考え、⑤これまで人権の尊重や自主的思考、自主的判断の大切さを強調する教育実践を続けてきたことと矛盾する行動はできないという教育者としての考え、⑥多様な国籍、民族、信仰、家庭的背景等から生まれた生徒の信仰、思想を守らなければならないという教育者としての考えなどを有していることが認められる。そして、原告らは、本件職務命令に基づき、卒業式等の国歌斉唱時に『日の丸』に向かって起立し、『君が代』を斉唱するという行為は、『日の丸』、『君が代』に尊重の意を表するものであって、上記のような原告らの考えとは根本的に相容れないものであるから、これらの行為を行うことができないという信念を有しているという」。「原告らのこのような考えは、『日の丸』や『君が代』が過去に我が国において果たした役割に係る原告らの歴史観ないし世界観又は教職員等としての職業経験から生じた信条及びこれに由来する社会生活上の信念であるといえるものであり、このような考えを持つこと自体は、思想及び良心の自由として保障されることは明らかである」と判示した。⁸⁾

3 ピアノ判決との比較検討

(1) 以上のように、二つの東京地裁判決は、共に、儀式的行事における国歌斉唱に際する不起立行為の理由となつてゐる考え方は、一九条の保護領域に入るものと考へてゐる。この点について、ピアノ判決はいかに判断してゐたか。この判決は、①「『君が代』が過去の日本のアジア侵略と結び付いており、これを公然と歌つたり、伴奏することはできない」、②「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、子どもの思想及び良心の自由を實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」といつた考え方は、「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ない」、と判示した。しかし、③「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ろうが、一般的には、これと不可分に結び付くものということはでき」ない、と述べていた⁹⁾。この判示は、ピアノ伴奏を拒否することを一九条の保護領域に入らないと判断したものと思われる。そうであるとする、東京地裁の二つの判決は、ピアノ判決とは異なつた判断をしていることになる。

(2) しかし、職務命令を拒否する理由となる考え方が一九条によつて保護されているかに関する裁判例の状況をみると、それを否定したピアノ判決のほうが、むしろ例外的なものであつた¹⁰⁾。本稿が今後述べていく、ピアノ判決と二つの東京地裁判決との論理構造の違いの最大の原因も、ここにある。また、「一般的には」という理屈で保護領域該当性を否定するピアノ判決の論理に対しては、この判決の那須補足意見を初めとして多くの批判があるが、本稿でも後に簡単に触れることにしたい。

再雇用合格取消事件判決は、不起立行為の理由・動機に関する①〜③の考え方については、前述したように(二一)、

保護領域該当性を認めた。しかし、その上で、「全原告らが教育公務員として参加した学校行事である卒業式において、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを拒否することは、全原告らにとっては、上記のような社会生活上の信念に基づく一つの選択ではあり得るものの、一般的には、これと不可分に結び付くものではない」と述べていた。¹¹⁾この判示は、ピアノ判決とほぼ同様である。違いは、第一に、再雇用合格取消事件判決が、この判断を、段落の区切り方から見る限り、一九条の保護領域に入る考え方に対する制約があるかどうか際に際して行っているように思われることである。この点については、次節で詳論したい。第二は、ピアノ判決は、伴奏拒否を「歴史観ないし世界観に基づく一つの選択ではあろうか」としていたのに対し、再雇用合格取消事件判決は「社会生活上の信念に基づく一つの選択ではあり得るものの」、という形に変更していることである。もっともこの違いは、東京地裁の判断において「社会生活上の信念」が一九条の保護領域に入るのであるから、結論に相異をもたらしてはいない。¹²⁾

嘱託採用拒否事件判決が大別した①〜⑥の考え方は、再雇用合格取消事件判決の要約した①〜③とおおよそ合致するものである。両者の細かな違いよりも注目されるのは、¹³⁾嘱託採用拒否判決が、「原告らは、本件職務命令に基づき、卒業式等の国歌斉唱時に『日の丸』に向かって起立し、『君が代』を斉唱するという行為は、『日の丸』、『君が代』に尊重の意を表するものであって、上記のような原告らの考えとは根本的に相容れないものであるから、これらの行為を行うことができないという信念を有している」とし、この信念も一九条によって保護されていることを認めた点である。また第二に、一九条の内容説明として、「教職員等としての職業経験から生じた信条」が付け加わっていることも注目されうる。この判決は思想・良心の自由の保護領域をかなり広く捉えているようである。¹⁴⁾

(3) しかしピアノ判決においては、藤田宙靖裁判官の反対意見が一九条の保護領域判断に関して重要な視点を示していた。この反対意見は、「本件において問題とされるべき原告人の『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對する否定的評価（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述べていた。⁽¹⁵⁾ この考え方は、両東京地裁判決で考慮されずに終わっている。しかし、思想・良心についての確な捉え方をしており、学説によっても注目されている藤田反対意見は、今後裁判所においても十分な検討がなされるべきだと思われる。⁽¹⁶⁾

(7) 判時二〇〇一号一三六頁（一五四頁）。

(8) 判時二〇〇七号一四一頁（一五五頁）。

(9) 民集六一卷一号二九一頁（二九四頁）。

(10) 「君が代」裁判例のなかで、原告の考え方が一九条の保護領域に入らないとしたのは、いわゆる北九州ココロ訴訟の福岡地裁二〇〇五（平成一七）年四月二六日判決（判例集未掲載）が目につく程度である。なお、この判決については、渡辺・前掲（註6・思想・良心の自由）五頁以下。しかし、同訴訟の福岡高判二〇〇八（平成二〇）年二月一五日（判例集未掲載）は、この判断部分を削除し、「仮に君が代を歌えないという考え自体が思想、良心に当たるとしても」という文章に変更している。ピアノ判決以降に、研修命令の合憲性に際して、そのような考え方の保護領域該当性を認めた判決として、例えば、再発防止研修国賠訴訟に關する東京地判二〇〇七（平成一九）年七月一九日判タ一二八二号一六三頁（一七五頁）がある。

(11) 判時二〇〇一号一三六頁（一五四頁）。

(12) 再雇用合格取消事件判決では、「社会生活上の信念」という語は、ピアノ判決でいう「歴史観ないし世界観」と同じ意味で使われている。安藤高行「近年の人権判例（3）」九州国際大学法学論集一五卷二号（二〇〇八年）三四頁。これに對して、ピアノ判決で使われた「社会生活上の信念」の位置づけは、明確ではない。この点に關する指摘は多いが、例えば、青野篤「『君が代』ピアノ伴奏命令と教師の『思想・良心の自由』」法政研究七五卷一号（二〇〇八年）一二〇頁、一二三頁。

(13) 門田孝「思想・良心に反する行為の強制の合憲性」国際人権一九号（二〇〇八年）一〇二頁が、諸判決により思想・良心の内容とされているものは、「本来相反するものではなく、原告の『思想・良心』として、重層的に不可分のあたりで存在しているという

のが実際のところではあるまいか」というのは、特に異論はないところであろう。

(14) 永山茂樹「起立・斉唱の強制と教職員思想・良心の自由」法学セミナー六四二号（二〇〇八年）一一二頁は、嘱託採用拒否事件判決を学説のいう「内心説」をとるものと理解している。

(15) 民集六一巻一号二九一頁（三〇二頁）。

(16) 予防訴訟に関する東京地判二〇〇六（平成一八）年九月二一日判時一九五二号四四頁（六四頁）は、「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」が保障されていることを認めていた。この判決も嘱託採用拒否事件と同じく、思想・良心の自由の保護領域を、いわば量的に広く捉えている。これに対して藤田反対意見は、「不起立・不斉唱」の動機となる思想・良心の捉え方を、いわば質的に転換する観点を含む見解である。ピアノ判決後の現段階においては、藤田反対意見のような思想・良心の捉え方について具体的な検討をなすにせざることはできないと思われる。なお、佐々木弘通「君が代」ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決と憲法一九条論「自由と正義五八巻一二号（二〇〇七年）八九頁は、藤田意見を「公的領域における不正義には従えないとする、『公』を志向する市民としての内心であり、一種の市民的不服従論である」と位置づけている。しかし、議論の道具立てをあまり大仕掛けにすると、現在でもしばしば援用される、内心に反することを理由に一般的法義務を拒否する自由を「一般的に承認するならば、おそらく政治社会は成り立たない」（佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、一九九五年）四八八頁）、という懸念を強めることになりかねない。さらに、ピアノ判決の事案に関しては、「少なくとも原告の立場はこうした、国民の間に君が代の評価について大きな相違がある以上、その斉唱に反対するという類のものではないことは明らかであるから、このような藤田反対意見の説明は説得力を欠く」という評価がある。安藤・前掲（註12）四〇頁。これに対して、この反対意見は、上告人の「思想及び良心」の内容が「明らか」ではないから差し戻す必要があるというものであったはずである。民集六一巻一号二九一頁（三〇五頁）。

三 思想・良心の自由の制約

1 再雇用合格取消事件東京地裁判決

再雇用合格取消事件判決は、先にも言及した判示であるが(二三(2))、①起立・斉唱の拒否は、「社会生活上の信念に基づく一つの選択ではあり得るものの、一般的には、これと不可分に結び付くものではないから、本件職務命令が全原告らの上記のような精神活動それ自体を否定するものとはいえない」、という。また、②「卒業式という式典の場において、何らかの歌唱を行う際に歌唱を行う者が起立し、また、起立する際、会場正面に向けた体勢をとること自体は、儀式・式典において当然されるべき儀礼的行為である。さらに、卒業式において、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することも、③「全原告らの勤務校に所属する教職員全員に発せられた職務命令によりされるものであることを勘案すると、本件職務命令のとおり行為をすることが、その者が有する特定の思想などの精神活動自体の表明となるものではない」、という。¹⁷⁾

2 嘱託採用拒否事件東京地裁判決

嘱託採用拒否事件判決の制約判断は詳細である。まず一般的判断として、①「もとより、人の思想や良心は外部行為と密接な関係を有するものであり、思想や良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は、その思想や良心の核心部分を直接否定することにほかならないから、憲法一九条が保障する思想及び良心の自由の侵害が問題になるし、そうでない場合でも、思想や良心に対する事実上の影響を最小限にとどめるような配慮を欠き、必要性や合

理性がないのに、思想や良心と抵触するような行為を強制するときは、憲法一九条違反の問題が生じる余地があるといえるが、これらに該当しない場合には、外部行為が強制されたとしても、憲法一九条違反とはならない」という。

そして、当該職務命令については、②「直接的に原告らの歴史観ないし世界観又は信条を否定する行為を命じるものではないし」、「前記のような歴史観ないし世界観ないし世界観又は信条と切り離して、不起立、不斉唱という行為には及ばない」という選択をすることも可能であると考えられ、一般的には、卒業式等の国歌斉唱時に不起立行為に出ることが、原告らの歴史観ないし世界観又は信条と不可分に結びつくものということはできない」という。また「客観的にみて、卒業式等の国歌斉唱の際に『日の丸』に向かって起立し、『君が代』を斉唱するという行為は、卒業式等の出席者にとって通常想定され、かつ、期待されるものということができ、一般的には、これを行う教職員等が特定の思想を有するということを外部に表明するような行為であると評価することは困難である。校長の職務命令に従ってこのような行為が行われる場合には、これを特定の思想を有することの表明であると評価することは一層困難である」。本件職務命令は、「原告らに対し、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ができない」と論ずる。

しかしこの判決はさらに、③「本件職務命令は、原告らの思想及び良心の核心部分を直接否定するものとは認められないが、本件職務命令が命じる国旗に向かって起立し国歌を斉唱することは、原告らの前記のような歴史観ないし世界観又は信条と緊張関係にあることは確かであり、一般的には、本件職務命令が原告らの歴史観ないし世界観又は信条自体を否定するものといえないにしても、原告ら自身は、本件職務命令が、原告らの歴史観ないし世界観又は信条自体を否定し、思想及び良心の核心部分を否定するものであると受け止め、国旗に向かって起立し国歌を斉唱することは、原告ら自身の思想及び良心に反するとして、不起立、不斉唱の行動をとったとも考えられる。そうだとすると、本件職務

命令は、原告らの思想及び良心の自由との抵触が生じる余地がある」⁽¹⁸⁾、と述べていた。

3 ピアノ判決との比較検討

(1) まず注目されるのは、両東京地裁判決が、思想・良心の自由に反する外部的行為に対する制約について、二つの類型を区別していることである。⁽¹⁹⁾ とりわけ明快に論じているのは、嘱託採用拒否事件判決である。この判決は、前述したように(三二①)、a「思想や良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」と、b「それには至らないが、「思想や良心と抵触するような行為を強制するとき」という制約の二類型を析出していた。実は再雇用合格取消事件判決も(三一①)、a「精神活動それ自体を否定するもの」と、後で紹介する(四一)、b「精神活動にも影響を与え得る」制約を区別していた。このような類型論は、おそらく従来、主に表現の自由に関して論じられてきた直接規制・間接規制の区別論を意識したものと思われる。しかしピアノ判決は、少なくとも明示的には、この類型論を述べていない。むしろ担当調査官が、a「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」と、b「内心の核心部分を直接否定するものでなくても、その性質、効果等に照らしてそれと同等の作用を及ぼす」もの、を分けていたこと⁽²⁰⁾から由来したものであるかに見える。

(2) ここでまず第一に注意しなければならないのは、ピアノ判決の調査官解説による二類型は制約の仕方に関する区別論ではなかった、ということである。調査官解説によるaの文章は、「内心の核心部分を直接否定するような外部的行為」を強制されないことが一九条によって保障されているということ、つまり保護領域にかかわる判断であった。そしてピアノ判決の事案は、「そのような外部的行為に当たらないと判断した」と説いていた。これに対して調査官解説によるbの文章は、念のため制約にかかわる判断をする場面で用いられていた。そしてピアノ判決の事案は、

「そのような問題を生じさせるものではない」、としたのである。²¹二つの東京地裁による制約の二類型論は、ピアノ判決の調査官解説に依拠しているようでありながら、その内実は全く異なるものであった。

第二に、二類型論の囑託採用拒否事件判決による定式化には疑問がありうる。「思想や良心の核心部分」にあたるかどうかによって、区別をする必要はあるのだろうか。たしかに、エホバの証人剣道受講拒否事件の最高裁判決は、後述するように、校長による退学処分²²の適法性審査の中ではあるが、剣道実技への参加を拒否する理由が「信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった」ことを、審査密度を厳格化する要因として挙げていた。²³しかし、この事件では「信仰の核心部分と密接に関連する」ことが明らかであったためそう書かれたのではないか。それは審査密度を規定する一つの要素ではあるが、一般化して基準とする趣旨であったかどうかは、それほど自明ではない。先に触れたピアノ判決における藤田裁判官の反対意見も、「思想、信条そのものに対する直接的抑圧となる」かどうかを問題としており、²⁴通常の場合はこれで十分なものと思われる。ピアノ判決の調査官解説も、「内心の核心部分」を「歴史観ないし世界観」とみた上で、それを直接否定する外部的行為の強制かどうかを問題としていたのであり、²⁵囑託採用拒否事件判決のように「思想や良心の核心部分」かどうかを考慮しているわけではない。「思想や良心の核心部分」かどうかと、制約が「直接否定する」ものかどうかは、論理的に区別されるべきである。後者の二類型は採用できるとしても、「思想・良心の自由」の保護領域に入る考え方について、価値の軽重を論ずる必要はないのではないか。²⁶

(3) ピアノ判決は、二3(1)で見たように、「ピアノ伴奏を拒否すること」を一九条の保護領域に入らないと判断したため、「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」ではない、と論じた。しかしその上で、調査官の解説によれば制約となり得る可能性に関して、念のための審査を行い、それをも否定した。つまり、こうである。a 「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。b 「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ができない」²⁶⁾。

ピアノ判決によるこの判示は、再雇用合格取消事件判決(三一③)、および嘱託採用拒否事件判決(三二②)に大きな影響を与えている。しかしここでも、最高裁とその後の下級審の判断には論理的次元にずれがあることに、注意すべきである。ピアノ判決による先の判示は、職務命令は前述した第二類型の制約にもならないとする判断であった。これに対して二つの東京地裁の判決の該当部分は、職務命令は第一類型の制約には当たらないとするものであった。したがって両東京地裁によると、第二類型の制約については、次節でみるように、別に論じられることになる。この論理的位置づけの移行は、前述した保護領域に関するピアノ判決と二つの東京地裁判決の判断の違いを原因とするものである。ピアノ判決に依拠しているかのように判断している両判決は、ここでも実際にはそうではない。

(4) 再雇用合格取消事件判決による「儀礼的行為」論も(三一②)、ピアノ判決には存在していなかった。ピアノ判決がピアノ伴奏に関する事案であったのに対して、東京地裁の事案は起立・斉唱に関するものであったことから、新たな論拠が持ち出されたということであろう²⁷⁾。もっとも、ピアノ判決における、「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」という文章(三三(3)a)が再雇用合格取消

事件判決では削られ、それに取って代わる形で「儀礼的行為」論が出てきたところからみると、この二つの論拠の間に趣旨としては似たものがあるのかもしれない。しかし、ある行為が「通常想定され期待されるもの」であったとしても、あるいは「儀礼的行為」であったとしても、当該個人にとって思想・良心に反する外部的行為の強制であるならば、それは思想・良心の自由に対する制約となるはずである。再雇用合格取消事件の東京地裁は、強制が「特定の思想などの精神活動自体の表明となるものではない」としているが（三一③）、「特定の思想を有する」ことの表明の強制は、思想・良心の自由に対する制約の一つの形態ではあるが、一つの形態でしかない。このことは、不明確な形ではあるが、ピアノ判決も認めていたところである（三三③bを見よ）⁽²³⁾。ところが再雇用合格取消事件の東京地裁はそれすら切り捨ててしまった。

しかも、せっかく起立・斉唱の事案に合せて持ち出された「儀礼的行為」論ではあったが、この判決自身「歌唱を行う際に歌唱を行う者が起立し、また、起立する際、会場正面に向けた体勢をとること」についてのみ「儀礼的行為」性を語っており、「斉唱」については「儀礼的行為」とは位置づけていない（三一②）。「儀礼的行為」論は、仮にそれを受け入れたとしても、起立・斉唱を命ずる職務命令全体が思想・良心に対する制約とはならないことの根拠としては十分ではないものとして使われているのである⁽²⁴⁾。

(5) 二つの東京地裁判決が用いている、起立・斉唱の拒否は、歴史観ないし世界観又は社会生活上の信念に基づく一つの選択ではありうるが、「一般的には」これと不可分に結びつくものではない、という議論（三一①、三二②）も、ピアノ判決（二三①③）に由来している。ここでもまず、ピアノ判決における「一般的には」論は、保護領域該当性の判断に際して用いられているのに対して、両東京地裁では制約判断に転用されていることを確認できる。いずれの場面で用いられるにしても、この「一般的には」という論証方法は、学説上、これまで繰り返し批判がなされてきたものである。「一般的には」そうであつても、当該個人にとつては異なるものであることが各訴訟で問題となっているはずで

あつた。³⁰⁾

両東京地裁も、実は、この「一般的には」という論証の「説得力のなさに気付いている」、³¹⁾のかもしれない。嘱託採用拒否事件判決の三²③として紹介した判示は、まさにそのことを述べている。また、再雇用合格取消事件の東京地裁も、三¹で紹介した判示に続けて、「また、国旗に向かつて起立し、国歌を斉唱するという本件職務命令の命ずる行為が原告らの内心領域における精神活動にも影響を与え得ることは否定できない」、³²⁾としていた。そこで議論は、次の段階へと移行することになる。

- (17) 判時二〇〇一号一三六頁以下(一五四頁)。
- (18) 判時二〇〇七号一四一頁以下(一五五〜一五六頁)。
- (19) 戸部真澄「国歌斉唱にかかる職務命令違反を理由とした再雇用拒否を国賠法上違法とした事例」速報判例解説編集委員会〔編〕速報判例解説 Vol.31(日本評論社、二〇〇八年)五八〜五九頁。
- (20) 森英明「時の判例」ジュリスト一三四四号(二〇〇七年)八四頁。
- (21) 森・前掲(註20)八四頁。
- (22) 最判一九九五(平成八)年三月八日民集五〇巻三号四六九頁(四七七頁)。
- (23) 民集六一巻一号二九一頁(三〇三頁)。なお、「真し」という要素が存在することについては、最近の「君が代」関係訴訟の事案においては争いが無いものと思われる。
- (24) 森・前掲(註20)八四頁。
- (25) 「核心部分」かどうかを問題とすると、「核心」とは通常狭いものであろうから、思想・良心の保護が縮減することになりかねない。嘱託採用拒否事件判決は、前述したように、思想・良心の自由の保護領域をきわめて広く解していた。そのため、「思想・良心の核心部分」かどうかを論ずることになったのかも知れない。
- (26) 民集六一巻一号二九一頁(二九四〜二九五頁)。森・前掲(註20)八五頁。
- (27) 「儀礼的行為」論は、再雇用合格取消判決とほぼ時を同じくする、国立二小ピースリボン事件に関する東京高判二〇〇七(平成一九)年六月二八日(判例集未登載)でも用いられているが、その後は登場しなくなっている。

(28) ピアノ判決によるこの部分の論理の不明確性について、渡辺・前掲（註1・公教育）三五〇〜三六頁。なお囑託採用拒否事件の東京地裁は、この点についてはピアノ判決を忠実になぞっている（三二②）。

(29) 土屋英雄『日の丸・君が代裁判』と思想・良心の自由（現代人文社、二〇〇七年）二八頁。

(30) さしあたり、渡辺・前掲（註1・公教育）三三〇〜三四頁。これに対して、「一般的には」という考察態度を擁護する学説として、安藤・前掲（註12）三〇頁以下、木村草太「音楽専科教諭の『君が代』ピアノ伴奏拒否に対する戒告処分取消訴訟上告審判決」自治研究八四巻一二号（二〇〇八年）一五頁などがある。

(31) 土屋英雄『思想・良心と信教の自由（増補版）』（尚学社、二〇〇八年）三二四頁。

(32) 判時二〇〇一号一三六頁（一五四〜一五五頁）。

四 思想・良心の自由への制約の正当化

1 再雇用合格取消事件東京地裁判決

再雇用合格取消事件の東京地裁は、前述したように、職務命令の命ずる行為が、「全原告らの内心領域における精神活動にも影響を与え得ること」を認めた上で、およそ次のように論じている。①「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、地公法は、地方公務員の地方公共団体の住民全体の奉仕者（地公法三〇条）との特殊な地位及びこれが担っている職務の公共性にかんがみ、統一的で円滑な公務の遂行を確保する趣旨から、地方公務員に上司の職務上の命令に忠実に従うべき義務を課している（地公法三二条）」。しかも、②「文部大臣が学校教育法四三条及び同法施行規則五七条の二により定めた学習指導要領では、卒業式などで国旗を掲揚し、国歌を斉唱するよう指導する旨の国旗・国歌条項が置かれている」が、この「学習指導要領は高等学校教育におけ

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基準を定めたものと解することができるから、基本的には法規としての性格を有するものと解され、原告らは、「国旗・国歌条項にのつとつた指導をする責務を負っている」。このことに併せて制約判断で述べたこと（三一①②）などを勘案すると、③「本件職務命令は国旗・国歌条項により全原告らが指導の責務を負う事項につき、儀式・式典における儀礼的な行為を命ずる限りでこれを具体化したものとみるのが相当である」。してみれば、④「本件職務命令は、公務員の公共性に由来する必要かつ合理的な制約として許容されるものと解され、全原告らの思想及び良心の自由を侵害するものとして憲法一九条に反するとはいえない³³⁾」。

2 嘱託採用拒否事件東京地裁判決

嘱託採用拒否事件判決は、制約（「思想や良心と抵触するような行為」の強制）の正当化に関して、再雇用合格取消事件判決とはば同様の判断をしている。つまり、①公務員の「全体の奉仕者」性、「地方公務員の地位の特殊性や職務の公共性」から原告らには職務命令服従義務があること、②国歌を起立・斉唱することは学習指導要領の「規定の趣旨にかなうものであり、③卒業式などの「儀式においては、出席者に対して一律の行為を求めると自体には合理性がある」、④「卒業式等における国旗掲揚や国歌斉唱は、全国的には従前から広く実施されていたものである」、といった諸事情を総合して、⑤「本件職務命令には、その目的及び内容において合理性、必要性が認められる³⁴⁾」、と述べている。

3 ピアノ判決との比較検討

(1) ピアノ判決も、①公務員の「全体の奉仕者」性、地方公務員の「地位の特殊性及び職務の公共性」から職務命令服従義務があること、②小学校学習指導要領が国旗・国歌条項を置いていることなどを指摘し、③A小学校では従来から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などから、④「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はできない」、と述べていた。前述した二つの東京地裁の判示は、ピアノ判決を踏まえていることは明らかである。しかし、ピアノ判決によるこの論理は、思想・良心の自由に対する制約がないことをいう場面で用いられていた。それを、両東京地裁は、思想・良心の自由に対する制約はあるが正当化されるという文脈へと転用したのである。³⁶⁾ ただしその際、ピアノ判決が「目的及び内容において不合理であるということはできない」と述べた結論部分を、「必要かつ合理的な制約として許容される」、「目的及び内容において合理性、必要性が認められる」という形に変更している。これは、意識的か無意識的かはともかく、ピアノ判決そのままでは正当化判断の審査基準の定式化としてふさわしくない、と考えたためであると思われる。

従来、憲法学説においては、思想・良心の自由は絶対的保障であり、「思想・良心の防衛的、受動的な外部的表达」も「絶対的保障に準ずる強い保障」が与えられる、などと説かれてきた。³⁷⁾ これに対して、二つの東京地裁判決は、囑託採用拒否判決の定式に拠れば「思想や良心と抵触するような行為を強制するとき」という制約類型に関して、「合理性」と「必要性」があるかどうかという基準によって判断した。これは適切であったか。

(2) 前節で述べたように制約に二類型を区別すると、ここで問題となっているのは第二類型の制約である。この第二類型の制約の基礎には、「職務命令の一般的、客観的性格が……Xの内心の核心部分を否定するものでないにせよ、X自身においては、なお本件職務命令が自己の内心の核心部分を否定するものと受け止められ得ることが考えられ」とい

う考慮がある³⁸⁾。そうすると、後者こそが憲法上の権利にとって重要であるとも言えるのであるから、この類型の制約だからといって正当化が格別に容易になるわけではない。むしろ第一類型の制約であれば、特例的なほどに厳格な正当化の審査をする必要があるということである³⁹⁾。そしてそうであるならば、二つの東京地裁が設定した「合理性」、「必要性」という審査の基準は緩すぎるという批判はあり得るだろう⁴⁰⁾。実際、国旗・国歌斉唱予防訴訟の東京地裁は、「必要かつ最小限度」の制約かどうかというより厳格な定式化を用いていた⁴¹⁾。

(3) まず確認しておく必要があるのは、ここで問題となっているような職務命令の合憲性審査においても、目的・手段審査は可能であるし、なされるべきだということである。本稿で扱っている各裁判所は、手段審査はしているものの、目的審査をしているのかは不明確であり、したがって手段審査においても目的との関連性は審査されていない。

この点において参考になるのは、再び、ピアノ判決における藤田裁判官の反対意見である。この反対意見は、「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、といったレヴェル的一般論により、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」、という。そして、「ピアノ伴奏を命じる校長の職務命令によつ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』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」、という。その上で、「学校行政の究極的目的」は「子供の教育を受ける利益の達成」でなければならない、「それ自体は極めて重要な公共の利益であるが、そのことから直接に、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結論が導き出せるわけではない」、という。この事件の場合は、「入学式における『君が代』斉唱の指導」という中間目的が（学習指導要領により）設定され、それを実現するために、いわば、「入学式

進行における秩序・紀律』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『君が代』のピアノ伴奏をすること』という職務命令が発せられるという構造によって行われる」と分析する。そして、「仮に上記の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もない」という。⁴³⁾

(4) それでは、本稿が検討の対象としている事例ではどうであったか。卒業式等における国歌斉唱時に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを命ずる職務命令についても、「究極的目的」「中間目的」「具体的な目的」があり、おそらくそれは藤田裁判官がピアノ伴奏の職務命令に関して述べたものとおおよそ一致するものであろう。そしてそのような目的が仮に正当だとしても、判例の基準に従うと、それを達成するための手段に「合理性」と「必要性」がなければならぬはずである。

なお念のため、「合理性」と「必要性」という判例理論による審査の基準について、ここで再確認しておきたい。精神的自由に対する制約の正当化について最高裁における基準を定式化したものとして、調査官解説などではしばしば引用される判決の一つが、成田新法事件最高裁判決である。それによると、「集会の自由といえどもあらゆる場合に無制限に保障されなければならないものではなく、公共の福祉による必要かつ合理的な制限を受けることがあるのはいうまでもない。そして、このような自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決めるのが相当である」という。⁴⁴⁾ この手段の「合理性」と「必要性」審査は、伝統的に行政法の分野で用いられ、ドイツなどでは戦後、法律の憲法適合性審査に際しても活用されている、比例原則の考え方に相当するものと理解してよいであろう。さらには、成田新法判決が言及する較量の際の考慮諸要素は、その審査の密度を変化させる要因と読み直すことができるとするものである。⁴⁵⁾ このような思考は本稿で扱っている事案に即して展開できる。まず、思想・良心の自由という自由はき

わめて重要であり、成田新法事件で問題となった集会の自由に関してよりもさらに審査の密度を厳格化させる要素となる。また、思想・良心の自由の内容に関して藤田裁判官のような捉え方をすれば、職務命令による諸々の行為の強制はそれに対する「直接的抑圧」となる。⁽⁴⁵⁾ 仮にそういう捉え方をしない場合でも、ピアノ判決の調査官解説がいう、「その性質、効果等に照らしてそれと同等の作用を及ぼす」ものではあるだろう。そうであるならば、制限の態様という点からしても、ここでの職務命令に関する審査の密度は厳格なものとなるべきである。つまり、前述した予防訴訟東京地裁判決が用いた、手段が「必要かつ最小限度」かどうかという審査の基準と実質的には同じことになるはずである。また藤田裁判官による「慎重な考量」論も、このような立場と趣旨を同じくするものと考えられるのではない。⁽⁴⁶⁾

以上のことを踏まえた上で、本稿の事案を実際に比例原則によって審査してみよう。校長による職務命令の「中間目的」として、「入学式における『君が代』斉唱の指導」が（学習指導要領により）設定され、「具体的な目的」として「卒業式等の進行における秩序・紀律」および「（組織決定を遂行するための）校長の指揮権の確保」がある。それが仮に正当だとしても、それを達成するために、教職員に対して一律に起立・斉唱を命ずる必要性はあったのだろうか。この点に関して、「公務員が勤務時間外に、職場外で、しかも職務とは無関係に政治運動を行ったことが問題とされた」猿払事件の事案とは異なり、「職務そのものが問題となっている事案であるから、公務員が職務遂行をするに当たり基本的な人権が制約されることがあっても当然許される」、⁽⁴⁷⁾ と論じられることもある。しかし、ここで問題となっているのは、教師としての職務の中枢をなすようなことではない。⁽⁴⁸⁾ 音楽担当の教諭が卒業式等で「君が代」のピアノ伴奏をすることは本人にとり付随的業務だと思われるが、それよりもさらに、通常の教諭が卒業式等で起立・斉唱することは付随的業務性が高い。そうだとすれば、先のような目的を達成するために、教師に対して起立・斉唱を命ずることがどうしても必要だったのか、他に代る手段はあったのではないか、といった点を審査の密度を厳格にして判断すべきだと思われる。この点についてピアノ判決および両東京地裁の審査は、これまでの最高裁の判例の立場を前提としても十分

ではなかった。職務命令の必要性を審査する際にこれまで論じた諸点を考慮するならば、「本件職務命令は、目的達成のために必要不可欠でないにもかかわらず、教職員全員の起立・斉唱を命じ、それによって、原告らの思想・良心の自由を過度に侵害するもの」であり、⁽⁴⁹⁾違憲だといふべきである。⁽⁵⁰⁾

- (33) 判時二〇〇一号一三六頁（一五四～一五五頁）。
- (34) 判時二〇〇七号一四一頁（一五六頁）。
- (35) 民集六一巻一号二九一頁（二九五～二九六頁）。
- (36) 水口洋介「学校の自由を庄殺する判決―東京『君が代』強制解雇訴訟判決批判」世界七六八号（二〇〇七年）一三九頁。
- (37) 土屋・前掲（註31）一七～一八頁など。
- (38) 森・前掲（註20）八五頁。
- (39) 穴戸常寿「表現の内容規制・内容中立規制」法学セミナー六五一号（二〇〇九年）七七頁が、表現の内容規制に関して同趣旨のことを述べている。
- (40) 土屋・前掲（註29）三一頁以下、同・前掲（註31）三一五頁以下など。
- (41) 東京地判二〇〇六（平成一八）年九月二二日判時一九五二号四四頁（六七頁）。
- (42) 民集六一巻一号二九一頁（三〇三～三〇四頁）。なお、成嶋隆『日の丸・君が代』訴訟における思想・良心の自由と教育の自由』法律時報八〇巻九号（二〇〇八年）八三頁は、藤田反対意見に対して、「子どもへの教育を受ける利益の達成という『究極的目的』と、学校儀式での『君が代』斉唱の指導という『中間目的』との間には、いささか以上の『距離』がある」という批判的コメントを付している。
- (43) 最大判一九九二（平成四）年七月一日民集四六巻五号四三七頁（四四一～四四二頁）。最高裁が精神的自由の領域においてとる比較衡量論、例えば猿払判決、よど号判決、第一次家永教科書判決などにおけるそれと、この判決の位置づけについて、渡辺康行「集会の自由の制約と合憲限定解釈」法政研究七五巻二号（二〇〇八年）四四二頁以下を参照。
- (44) 石川健治「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（第三版）」（信山社、二〇〇七年）二九三頁は、薬事法判決は、「立法裁量に対する裁判所の統制の密度を左右するのは、具体的な規制の目的・対象・方法等の性質・内容に照らして抽出される、『事の性質』如何だ」という立場だったという。本稿は、このような最高裁の態度は、経済的自由だけで

はなく、精神的自由の領域にもあてはまるものであるものとみている。参照、渡辺・前掲(註6)一六頁。憲法判断における比例原則の役割に関する最近の文献として、駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」法学教室三三八号(二〇〇八年)四〇頁以下、巨理格「利益衡量型司法審査と比例原則」法学教室三三九号(二〇〇八年)三七頁以下、石川健治「夢は捻り難く、道は極め難し」法学教室三四〇号(二〇〇九年)五三頁以下、小山剛「憲法上の権利」の作法」(尚学社、二〇〇九年)六八頁以下など。

(45) 民集六一巻一頁二九一頁(三〇三頁)。

(46) 青柳幸一「思想・良心の表出としての消極的外部行為と司法審査」慶應義塾大学法学部編『慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 慶應の法律学 公法I』(慶應義塾大学出版会、二〇〇八年)八七頁以下は、藤田反対意見を、「事案の内容に即した個別・具体的検討」をした例として評価している。しかし、青柳論文が推奨する、「事案に即した検討における個別的・具体的比較衡量」とは、比例原則の中に組み込まれている「狭義の比例性(利益の均衡性)」審査として位置づけられるものである。参照、石川健治ほか「座談会: Mission: Alternative」法学教室三四二号(二〇〇九年)四一頁(石川発言)。なお、藤田反対意見をアメリカ型の違憲審査基準論に引き付けて理解しようとするのが、渋谷秀樹「日の丸・君が代」強制についての憲法判断のあり方」立教法務研究二二(二〇〇九年)二二頁以下。同論文三八頁以下は、猿払判決を目的審査、関係審査、手段審査を行っている点では評価した上で、しかし仮にこの基準を用いるにしても、本件では手段審査をクリアしない、と論じている。これに対して本稿は、本件事案には猿払判決の基準を使用するべきではないという見地に立ち、判例が一般的に用いている比較衡量論を、比例原則によって基礎づけるという審査手法によって論ずるものである。

(47) 例えば、再雇用合格取消事件における被控訴人側準備書面(1)七三頁。

(48) ビアノ判決における藤田反対意見。民集六一巻一頁二九一頁(三〇五頁)。

(49) 戸部真澄「国歌斉唱にかかる職務命令違反を理由とした再雇用合格通知取消しを適法とした事例」速報判例解説編集委員会[編]『速報判例解説』vol.21(日本評論社、二〇〇八年)三五頁。

(50) 本文のように考える以上、比例原則の第三要素「狭義の比例性(利益の均衡性)」についてはもはや論ずる必要もないだろう。なお、門田・前掲(註13)一〇三頁は、『君が代』のもつ憲法適合性の『疑わしさ』ゆえに、これを『国歌』と定めること自体が即違憲とまで言い切れないにしても、その斉唱等を個々人に強制することは、憲法上許されないと解することが可能であり、またそれで十分なのではなからうか、という。しかし、この論法は、門田自身がいうように、これまで「積み上げてきた議論」を「出発点に引き戻す」おそれがある。職務命令が違憲かどうかは、本稿で論じてきたように、三段階の審査を経て判断されるべきと思われる。

五 制裁的措置の適法性審査

1 再雇用合格取消事件東京地裁判決

再雇用合格取消事件においては、教諭等が卒業式等において、職務命令に反して「君が代」斉唱の際に起立・斉唱しなかったことを理由として、都教委により再雇用職員の合格取消などが行われた。これが都教委による裁量の逸脱・濫用ではないかという主張に対し、東京地裁はおよそ次のように判断した。

①「本件合格取消し当時においても、都教委は原告らを再雇用職員として採用するか否かにつき一定の裁量を有していた」。しかし、②「本件合格通知が発せられることにより、原告らが……再雇用職員への採用に強い期待を抱くことは無理からぬものというべきであり、かかる期待は国賠法上も保護するに値する」。したがって、「任命の拒否が相当な理由を欠くなど、社会通念上著しく不合理であつて、その裁量を逸脱・濫用してされたものと認められる場合には、本件合格取消しも国賠法上、違法な公権力の行使に該当する」。しかし、③「本件職務命令に反してされた原告らの本件不起立行為が同人らの勤務内容の評価を低下させるものとなることは否定し難いから、都教委が本件不起立行為をもって、勤務成績が良好であることとの要件に欠けると判断したことが不合理ということはできない」。④たしかに、「ただ一度の短時間の不作為にすぎない本件不起立行為によつて、その後の勤務の機会を奪われる事態に至ることは、社会通念に照らしていささか過酷である」と見る余地もあるが、「本件不起立行為は国旗・国歌条項の実施についての都教委の関与・介入に対する抗議としての一種の示威行動とも評価し得るものであるから、本件不起立行為の態様が消極的・受動的なものにすぎないとする原告らの主張……は、本件不起立行為の一側面のみを取り上げるものである」。⑤「原告らの非違行為が、その信念に根ざすものであることからすると、新年度の入学式や翌年の卒業式においても更に繰り返

返される可能性も高いこと、再雇用制度に定年後の生活保障の意味合いがあるとしても、それは飽くまでも一年ごとの任命であって、一般の教職員の地方公務員としての身分保障とは本質的に異なること」などを「総合考慮すれば」、「本件合格取消しは都教委の裁量を逸脱・濫用してされたもの」とは認められない。³¹⁾

2 嘱託採用拒否事件東京地裁判決

都教委が、卒業式等に起立・斉唱を命ずる職務命令に従わなかったことを理由として、定年後の嘱託員としての再雇用の選考で不合格としたことが裁量の逸脱、濫用ではないか、という主張に対して、東京地裁はおよそ次のように判断した。

①「都教委が、再雇用職員の選考にあたって有する裁量は、それが広範なものであることは否定できないものの、いかなる選考をしても違法となる余地がないという意味での全くの自由裁量というものではなく、当該申込者について不合格と判断した理由が著しく不合理である場合や、全くの恣意的な理由で不合格とした場合など、当該不合格に客観的合理性や社会的相当性が著しく欠けると認められるような場合には、都教委はその裁量を濫用、逸脱したものと評価すべき」である。②「原告らの職務命令違反行為は、起立をしなかったことと国歌を斉唱しなかったことだけであって、積極的に式典の進行を妨害する行動に出たり、国歌斉唱を妨げたりするものではなく、現に、原告らの職務違反行為によって、具体的に卒業式等の進行に支障が生じた事実は認められない」。③「本件職務命令が、他の職務命令と比較して、とりわけ重大なものとはいえないし、これのみで教職員の勤務成績を決定的に左右するような内容のもの」でもないのであるから、不起立行為が、「その性質上、直ちに嘱託員としての採用を否定すべき程度の非違行為」というのは疑問である」。しかも、④「原告らが、指導や処分を繰り返し受けたにもかかわらず、同種行為を何度も繰り返したと

いった事実はないし、……原告らは、本件職務命令違反に関して都教委が再発防止のために必要として設けた研修を済ませていた」。

⑤ 「過去においては、争議行為で二度の停職処分を受けた職員が嘱託員に採用された例もあったのに、本件の不起立行為により、原告甲川を除く原告らは戒告を受けたにとどまり、原告甲川についても減給処分であつて……それでも再雇用職員の選考で不合格にされたというのは、選考の公平さに疑問がある」。

⑥ 「都教委が、本件職務命令違反のほかに、原告らの勤務成績に関する事情を総合的に考慮して再雇用の可否を判断した形跡は全くみられない」。

⑦ 「以上の諸事情に照らすと、原告らが嘱託員となつた場合、卒業式等で再度不起立行為に及ぶ可能性があることは否定できないことを考慮しても、本件不合格は、従前の再雇用制度における判断と大きく異なるものであり、本件職務命令違反をあまりにも過大視する一方で、原告らの勤務成績に関する他の事情をおよそ考慮した形跡がないのであつて、客観的合理性や社会的相当性を著しく欠くものといわざるを得ず、都教委はその裁量を逸脱、濫用したものと認められる。」

3 比較検討

(1) ピアノ判決は、職務命令違反に対して戒告処分がなされた事案であつた。この事件の一審・二審では、戒告処分が裁量の濫用となるかも争われたが、適法と判断された。³³⁾これに対して最高裁では、この論点は扱われなかつた。そのため、ピアノ判決は職務命令違反を理由とする懲戒処分などの適法性判断について、以降の下級審に影響を与えるものではない。

二つの東京地裁の結論は、以上のように正反対のものであつた。しかし、二〇〇九（平成二一）年一月一九日の、別の事案の再雇用拒否事件において、東京地裁は嘱託採用拒否事件判決と類似した理由づけで、再雇用拒否を違法として

いる。⁽⁵⁴⁾ どうか、起立・斉唱を命ずる職務命令違反のみを理由とする再雇用拒否は違法だとするところで、それぞれの事件で事情の違いはあるとはいえ、下級審の判断は固まりつつあるようである。

(2) 再雇用合格取消事件判決が特異な結論に達した原因は、不起立を「抗議」としての一種の示威行動」と見たことにあつた(五1⑤)。しかし、「実際問題として生徒席や保護者席からも不起立であることが良く見えないケースが多く、そこには「反抗の氣勢をあげる」とか「威力を示す」といった要素も全く見られない」とされる行為を、「示威行動」と認定したこの判決は、関連する諸判決のなかでも「突出したもの」であつた。⁽⁵⁶⁾ また、「仮に不起立行為が示威性を有するとしても、それは、国旗を引き下ろしたり、不起立をことさらに煽動したりする等の積極的な妨害活動とはなお性格を異に」している。⁽⁵⁷⁾ 第一審による先の認定とそれに基づいて再雇用の合格取消を適法とした判断は、改められるべきものと思われ。

(3) 嘱託採用拒否事件判決については、五2③が「比例原則違反」を、五2⑤が「平等原則違反」を、さらに五2⑥⑦は、不合格処分「判断過程」の違法性を認めたと評されている。⁽⁵⁸⁾

行政裁量論においては、「実体的審査密度の強化により、判断代置型審査と踰越濫用型審査の両極いずれにも偏しない中間密度型の裁量審査を可能ならしめようとする試みが、判例・学説の双方でなされてきた」、⁽⁵⁹⁾ といわれる。その一つの類型が、「考慮要素及び調査義務に着目した裁量審査」、あるいは「判断過程統制型」の裁量審査とされるものである。嘱託採用拒否事件判決が、都教委が「本件職務命令違反をあまりにも過大視する一方で、勤務成績など」当然考慮すべき事項を検討していない」と論じていることは、「判断過程の統制」によって「審査密度を上げ」た判示として高く評価すべきである。⁽⁶⁰⁾

前述した「中間密度型の裁量審査」の他の例として、「優越的公益侵害に関する裁量審査」という類型が挙げられている。これは、「生命・身体・健康、人身の自由、信教の自由等の高度の人権価値を認められその保障範囲も比較的明確

な法益……への侵害をもたらす行政活動に関しては、たとえそれが自由裁量の余地のある権限行使である場合でも、比較的厳格な適法性審査が行われてきた⁽⁶¹⁾、ことを指している。嘱託採用拒否事件判決が処分の「比例原則違反」や「平等原則違反」を指摘した際に、教諭等の思想・良心の自由にかかわる処分が問題となっていることを考慮して審査密度を厳格化したのかどうかは、読み取ることができない。しかし、本稿が扱ってきた事案は、「優越的法益侵害」型の裁量審査方式がとられるべき事件としても位置づけ可能であるはずである⁽⁶²⁾。この観点からしても、ここでの裁量審査の密度は厳格化すべきと思われる。

(51) 判時二〇〇一号一三六頁（二五八～一六〇頁）。

(52) 判時二〇〇七号一四一頁（二五九～一六一頁）。

(53) 渡辺・前掲（註6・思想・良心の自由）八頁以下。

(54) この判決（判例集未登載）は、嘱託採用拒否事件東京地裁判決から強い影響を受けて、次のようなことを述べている。①10・23通達以前は、国歌斉唱時に起立を命ずる職務命令は出されず、不起立は懲戒処分の対象ではなく、再雇用されない者もいなかった。しかし通達が出されて以降、職務命令が出され、不起立が職務命令違反となり、再雇用されなくなった。しかし、「起立斉唱を命じる職務命令によって達成しようとした目的は、本件通達前から既に存在していたのであり、この目的に反するという意味では、不起立に対する評価は、本件通達発出の前後で質的に変わりはない」。②「本件不起立の態様は、他の教職員や生徒らに不起立を促すようなものではなく、式典の進行が阻害されたり、混乱したりした形跡はない」。③「原告は、本件戒告処分に対して不服を申立てることなく、再発防止研修を受講し、その後、定年退職するまでの三年間、教育現場を混乱させたくないとの思いから、校長の職務命令に従い、毎年起立斉唱を行ってきたのであり、再び同種の非違行為に及ぶ可能性はかなり低いものである」。④「原告は、本件戒告処分以外に懲戒処分を受けたことはなく、……所属校の校長は原告の勤務態度を評価して推薦書を作成している」。以上のようなことに照らすと、⑤「本件再雇用、本件再任用職員の採用選考の場面において、不起立という職務命令違反を余りに強調することには疑問がある」。⑥「懲戒処分の対象としては非行の程度が軽いと評価しながら、採用選考の際には、これだけを理由に不合格となるほどの重大な非違行為に当たると評価することは、不合理」である。⑦被告は、「教育課程の実施に関する職務命令の一つに過ぎず、その違反が戒告処分相当とされて本件職務命令に違反した本件不起立を過大視する余り、現実

に本件不合格を告知された原告に関して前述のように認められる具体的事情を一切顧みない結果となっているに等しいのであって、定年退職者の生活保障及び長年培った知識や技能を活用することによる学校教育の充実という本件再雇用、本件再任用制度の趣旨からも、採用選考における従前の判断のあり方からも大きく逸脱し、前述のとおり法的保護の対象となる原告の合理的な期待を大きく損なうものである。よって「本件不合格は、客観的合理性及び社会的相当性を著しく欠き、裁量権の逸脱、濫用がある」。

(55) 再雇用合格取消事件に関する第一審原告らの控訴理由書一九六頁。

(56) 戸部・前掲(註49)三六頁、同・前掲(註19)六〇頁。

(57) 戸部・前掲(註49)三六頁。

(58) 戸部・前掲(註19)六〇頁。

(59) 亶理格「行政裁量の法的統制」芝池義一ほか編『行政法の争点(第三版)』(有斐閣、二〇〇四年)一一八頁。

(60) 戸部・前掲(註19)五九頁。

(61) 亶理・前掲(註59)一一八頁。

(62) 亶理論文において、「優越的法益侵害に関する裁量審査」がなされた一例とされているのが、エホバの証人剣道受講拒否事件に関する最判一九九六(平成八)年三月八日民集五〇巻三号四六九頁である。またこの判決は、「判断過程審査」がなされた例として挙げられることも多い。例えば、榊原秀則「学生に対する措置と裁量審査」小早川光郎ほか編『行政判例百選1(第五版)』(有斐閣、二〇〇六年)一六一頁。この二つの判断方式は相反するものではない、ということであろう。「判断過程統制」に関する最高裁判例の詳細な検討として、橋本博之「行政判例と仕組み解釈」(弘文堂、二〇〇九年)一四五頁以下。その他、山本隆司「日本における裁量論の変容」判時一九三三三三(二〇〇六年)一三頁以下、三浦大介「行政判断と司法審査」磯部力ほか編『行政法の新構想II 行政救済法』(有斐閣、二〇〇八年)一九頁以下など。

ところで、剣道受講拒否事件判決を「君が代」起立・斉唱を命ずる職務命令の合憲性審査に関して引き合いに出す見解があり(土屋・前掲(註31)三二一頁以下)、再雇用合格取消事件における両当事者もそれから影響を受けた議論を行っている。しかし、起立・斉唱を命ずる職務命令に相当するのは、剣道受講の義務づけである。剣道受講拒否事件の最高裁は、この論点については判断せず、義務づけに従わない生徒に対する処分に関する適法性審査において、信教の自由の重要性を考慮した「中間密度型の裁量審査」を行っていた。剣道受講拒否事件判決は、この点においてこそ参照されるべき判決である。なお、先にも触れた(註10)北九州コロナ訴訟の福岡高裁は、「裁量権の濫越濫用型」という最小限の実体法的審査を行い、結論としても、第一審では違法とされた減給処分を適法と判断している。疑問のある判決であるが、この事件においてもし仮に減給処分が適法であるとしても、本稿で扱っている再雇用拒否はさらに重大な不利益措置とみるべきであり、ここでは異なった判断がなされるべきである。

六 結び

下級審裁判所は、いかに理論的に脆弱なものであっても最高裁判決というだけで、それに完全に拘束されるべきなのだろうか。実際に、本稿で扱ったいくつかの下級審判決も、ピアノ判決に基本的には依拠しつつも、異なった論理により判断していた。これは下級審裁判所も、ピアノ判決の論理に納得していないことによるものと思われる。しかも、ピアノ判決と本稿で扱ってきた再雇用合格取消事件などは事案も異なるのであるから、制裁的措置の適法性にかかわる論点はもちろんのこと、職務命令と思想・良心の自由にかかわる論点においても、最高裁と異なった判断をすることから支障はないはずである。

本稿で扱ってきた各事件は、例えば「日の丸・君が代」の合憲性のような、おそらくは裁判所が扱いにくい問題が争点となっている事案ではない。むしろそれらにおいては、憲法上の権利の保障という、裁判所が積極的に判断すべき事柄が争点となっている。そして、本稿で取り上げた法的な諸論点の背景には、多様な考え方もった人々が共存できる社会か、一元的な考え方を押し付けられる社会か、という日本社会のあるべき姿に関するより基本的な見解の対立が潜んでいることも考慮するならば、裁判所の責務はなおさら重大だと思われる。