

# 最近の最高裁の君が代訴訟判決の検討

—若干の疑問を込めて—

安 藤 高 行

2013年 3 月

九州国際大学法学会 法学論集 第19巻第 3 号 抜刷

# 最近の最高裁の君が代訴訟判決の検討

—若干の疑問を込めて—

安 藤 高 行

## はじめに

よく知られているようにここ20数年来、校舎落成式、入学式、卒業式等の学校行事の際に日の丸を掲揚することや、式場に掲揚された日の丸に向って起立し、君が代を斉唱すること（以下「起立斉唱行為」という）、あるいは君が代斉唱の際にピアノ伴奏をすること（以下「ピアノ伴奏」という）をめぐる教職員と当局の紛争が頻発している。当初はそれは教職員による日の丸の掲揚の妨害や生徒・保護者らへの印刷物の配布、呼掛け等による起立斉唱行為への非協力の要請、式場からの退席といった、日の丸の掲揚や起立斉唱行為そのものの阻止ないし不完全実施を目指した行動をめぐるものが多かったが、最近はそのような比較的ストレートで積極的な反対行動よりも、式には参加しつつ、起立斉唱行為や求められたピアノ伴奏はしないという消極的な形によって、教職員が自己のそうした日の丸の掲揚や起立斉唱行為、ひいては日の丸や君が代それ自体に対する反対・否定的評価の意思を表すことをめぐる例が圧倒的である。

つまり教職員がこうした起立斉唱行為やピアノ伴奏を拒否したため職務命令違反として受けた懲戒処分や不利益取扱いについて、憲法19条違反等を理由に取消しや国家賠償を求める（場合によっては起立斉唱行為やピアノ伴奏の義務のないことの確認や懲戒処分の事前差止めを求める）訴訟（以下「君が代訴訟」と総称する）が圧倒的に目につくようになったのである。直接的な実施反対運

動が放棄されたわけではないにせよ、学校行事において否応なしに日の丸の掲揚や起立斉唱行為が定着するなかで、それらに対する反対の意思表示や争いの仕方も変化してきているわけである。

このような起立斉唱行為やピアノ伴奏を拒否した教職員に対する懲戒処分や不利益取扱いをめぐる紛争の多くは、これもよく知られているように東京都で発生しているが、そうした君が代訴訟について最初に最高裁の判断が示されたのが、平成19年のピアノ伴奏事件判決<sup>(1)</sup>であった。このピアノ伴奏の職務命令を合憲とした判決はその後の下級審における君が代訴訟においても直接、間接に大きな影響を及ぼしてきたが、さらに平成23年には新たに起立斉唱行為を命じる職務命令の合憲性に関する最高裁各小法廷の判断が相次いで示されるに至った。

そしてさらに平成24年にはそれまでの主として起立斉唱行為やピアノ伴奏を命じる職務命令の合憲性を論じた判決に対し、職務命令の合憲性を認めつつ、それとは別に懲戒処分の適法性に重点を置いて論じる最高裁判決がみられるようになった。

筆者はピアノ伴奏事件判決や近接したその前後の君が代訴訟下級審判決についてはかつて拙著『人権判例の新展開』の第4章「思想・良心の自由関係判例—君が代訴訟—」でかなりくわしく扱ったことがあるが、本稿ではこうした平成23年から24年にかけて言渡された最高裁の新たな君が代訴訟判決を検討することによって、改めて学校行事における教職員の起立斉唱行為やピアノ伴奏に係る問題についての筆者の考えを明らかにすることにしたい。

行論の順序としては最初にピアノ伴奏事件判決をその先例とされる謝罪広告請求事件判決等にもふれながら説明し、次いで平成23年から24年にかけての最高裁の新しい君が代訴訟判決を紹介、検討し、最後に筆者のそうした最高裁判決の動向や内容についての感想といささかの疑問及び試論をのべることにする。

## 1 ピアノ伴奏事件判決とその先例

ピアノ伴奏事件は東京都の日野市立南平小学校の音楽専科の教諭であったXが、入学式のプログラムの1つとされた君が代斉唱の際にピアノ伴奏をするように校長から職務命令を受けたにもかかわらずそれに従わなかったところ、地方公務員法32条及び33条に違反するとして、同法29条1項1号ないし3号に基づき戒告処分を受けたことにつき、職務命令は思想及び良心の自由を保障する憲法19条に違反し、したがって戒告処分は違法であるなどとして、その取消しを求めた事件である。

1、2審ともXの請求を棄却し、最高裁（第三小法廷）も原判決を支持して上告を退けているが、ただその判旨の理解は必ずしも容易ではない。

最高裁は、Xは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、伴奏したりすることはできない、また、子どもに君が代がアジア侵略で果たしてきた役割等の正確な歴史的事実を教えず、子どもの思想及び良心の自由を実質的に保障する措置をと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から、そのXにピアノ伴奏を命じる職務命令はこうした思想及び良心の自由を保障した憲法19条に違反するという主張を、3つの理由を挙げて否定しているが、その理解が簡単ではないのである。

そのうち比較的分かり易いのは2番目の理由で、最高裁はここで、「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

といわざるを得ない。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、南平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」といつている。

これを解きほぐしていうと、入学式や卒業式等の学校の儀式的行事の際に君が代斉唱というプログラムを入れることは一般的に広くみられることであり、当該学校限りの特別かつ特異な行事ではないこと、したがってそうしたポピュラーな行事である君が代斉唱においてピアノ伴奏をしても、客観的には、そのことに格別思想的意義があると評価されることはないこと、特に音楽専科の教諭であるXが校長の職務命令に従ってピアノ伴奏をする場合はなおさらそのピアノ伴奏が特定の思想の表明の意義を持つと評価されることはないこと、また、ピアノ伴奏はそうように思想的意義を持たない行為であるから、X自身の内心との関係でも、職務命令によってピアノ伴奏を求めても、特定の思想を持つことの強制やあるいは逆に持つことの禁止等の影響を及ぼすものとはいえないと最高裁はいうのである。学校の儀式的行事である入学式や卒業式で君が代斉唱は広く行われているとすることによって、最高裁は君が代斉唱が何らかの思想に関わる行為ではなく、儀式的行為であり、また社会的にも特段の思想的意義を持つものとはみなされていないと示唆し、こうした君が代斉唱に際してピアノ伴奏をするという行為も伴奏者の思想や良心とは無関係とみなされ得る、そしてまた実際にもそれをみる人からはそうにみなされる行為であり、ピアノ伴奏を思想の表明、禁止、強制等と結び付けて捉えるのは妥当ではないとするわけである。

これはこの判決自身が先例として引用しているように、最高裁の謝罪広告請求事件判決<sup>(2)</sup>を彷彿とさせるところがある判示である。謝罪広告請求事件は

周知のように衆議院議員選挙の際、候補者Yが政見放送等の機会に対立候補Xについて、副知事在職中に汚職をなしたと放送などしたところ、名誉を毀損するものとしてXから新聞紙への謝罪文の掲載等を求められ、1、2審はその請求を基本的に認めたため、Yが自らは現在でも放送などの内容は真実であり、国民の幸福のためになされたものとの確信を持っているのであって、このようなYに全然意図しない言説をYの名前で新聞に掲載せしむることは、その良心の自由を侵害するものであること、すなわち国民が良心から自分の是とする考え方を判決で以てその訂正を強制することは、憲法19条の規定の趣旨に反するとして上告したものであったが、1審が命じ、2審が維持したYの名によるX宛ての「謝罪広告」の内容は次のようなものであった。

「私は昭和27年10月1日に施行された衆議院議員の総選挙に際し日本共産党公認候補として徳島県より立候補し、その選挙運動に当って、同年9月21日午後9時20分より同25分、同月25日午後9時30分より同35分及び同月27日午後9時20分より同25分にいたる各5分間宛3回に亘り日本放送協会徳島放送局で候補者政見放送を行った際、右放送中に『X前副知事は坂州の発電所の発電機購入に関し八百万円の周旋科をとっている』旨述べ、又同月29日発行の徳島新聞紙上で前徳島県知事A氏が『公開状』と題して右放送事実を指摘し之についての釈明を求めたのに対し、翌30日附同紙上に私は同じく『公開状』と題しその文中に『当時東芝が多数の業者の競争をよそに高い値段で県に売りつける権利を獲得し、X君がこの幹施に奔走して八百万円のそでの下をもらった事実は打ち消すことができない』及び『X君はわが党が3ヶ月も以前から曝露しているにも拘らず一言の申訳も出来ないのはどうしたわけか』と記載いたしました。右放送及び記事は事実と相違して居り、貴下の名誉を傷付ご迷惑をおかけいたしました。ここに陳謝の意を表します」。

繰り返していえば、このような内容の謝罪広告の掲載を裁判所が命じて、Yが現在でもなお正しいと信じ、それがまた国民の幸福のためであると固く良心に従って信じてがえんじないことを、その良心に反して「ここに陳謝の意を表

します」などといわせることは、明らかに憲法19条の規定に違反するというの  
が、本稿に関わるYの上告理由であった。

それに対し最高裁は、「民法723条にいわゆる『他人の名誉を毀損した者に対して被害者の名誉を回復するに適当な処分』として謝罪広告を新聞紙等に掲載すべきことを加害者に命ずることは、従来学説判例の肯認するところであり、また謝罪広告を新聞紙等に掲載することは我国民生活の実際においても行われているのである。尤も謝罪広告を命ずる判決にもその内容上、これを新聞紙に掲載することが謝罪者の意思決定に委ねるを相当とし、これを命ずる場合の執行も債務者の意思のみに係る不代替作為として民訴734条に基き間接強制によるを相当とするものもあるべく、時にはこれを強制することが債務者の人格を無視し著しくその名誉を毀損し意思決定の自由及至良心の自由を不当に制限することとなり、いわゆる強制執行に適さない場合に該当することもありうるであらうけれども、単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のものにあっては、これが強制執行も代替作為として民訴733条の手続によることを得るものといわなければならない。そして原判決の是認した被上告人の本訴請求は、上告人が判示日時に判示放送、又は新聞紙において公表した客観的事実につき上告人名義を以て被上告人に宛て『右放送及記事は真相に相違しており、貴下の名誉を傷付けご迷惑をおかけいたしました。ここに陳謝の意を表します』なる内容のもので、結局上告人をして右公表事実が虚偽且つ不当であったことを広報機関を通じて発表すべきことを求めるに帰する。されば少くともこの種の謝罪広告を新聞紙に掲載すべきことを命ずる原判決は、上告人に屈辱的若くは苦役的労苦を科し、又は上告人の有する倫理的な意思、良心の自由を侵害することを要求するものとは解せられないし、また民法723条にいわゆる適当な処分というべきであるから所論は採用できない」として上告を退けたのである。

ここで最高裁が先ずいっているのは、謝罪広告の掲載命令は従来学説判例が適法と認めてきたところであり、また国民生活においても謝罪広告を掲載する

ことは日常的に行われており、決して特別かつ特異なことではないということである。これは上に示したピアノ伴奏事件判決の第2の理由のうちの、「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」という部分に相当するが、その場合と同じように、ここでも、この謝罪広告とは特別かつ特異なことではなく、社会的に広くみられるという判断が、判決全体のバックボーンとなっている。

ただ謝罪広告請求事件判決もそのことから直ちにすべての謝罪広告命令を適法とするわけではない。判決の言をそのまま引用すれば、その内容が、「これを強制することが債務者の人格を無視し著しくその名誉を毀損し意思決定の自由及至良心の自由を不当に制限」することになる場合、いい換えれば、「上告人に屈辱的若くは苦役的労苦を科し、又は上告人の有する倫理的な意思、良心の自由を侵害することを要求する」場合は、適法とは認められないこともあるというのである。

しかし最高裁は本件謝罪広告命令の内容はそのようなものではなく、放送又は新聞紙において公表した客観的事実について、当該「公表事実が虚偽且つ不当であったことを広報機関を通じて発表すべきを求めるに帰する」のであり、いわば、「単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度」のものであって、上に挙げた適法とは認められないケースには該当しないとするのである。

こうした最高裁の判断の元になっているのは、違憲と主張された行為が当事者の立場からではなく、客観的な立場からみた場合、どのように評価されるかを先ず確かめるという態度である。いい換えれば最高裁は何よりも客観的にみて、問題の行為に真に思想や良心に影響を与えたり、それに関わったりする要素や側面が存在するとみなされるかどうかを先ず確定しようとするのである。そして学説判例がそれを命じることを従来適法とし、また国民生活においてもポピュラーな行為であることからすれば、客観的評価としては、そもそも謝罪



広告はその内容に特別のものが無い限り、法的問題性を持つものとは思われ無いのがふつうであり、本件謝罪広告命令も陳謝を命じてはいるものの、本旨は汚職の有無という客観的事実について、自らの判断が誤っていた旨を発表させるところにあり、それ以上特段当事者の倫理的意思や良心を強制するものとはみなされないから、上告人Yの主張は採用できないとするのである。

付け加えていうと、同様な判断方法が用いられているのが、労働委員会のポストノティス命令の合憲性に関する最高裁の判決<sup>(3)</sup>である。行政委員会である労働委員会は使用者が労働組合法7条によって禁じられている不当労働行為を行ったと認定した場合、それを是正するために救済命令を発するが、その際解雇の取消しや団交応諾と並んで、組合に宛てて、不当労働行為を行ったことを陳謝ないしは反省し、再びそうした行為を繰り返さないことを誓約する旨を書いた文書（notice）を会社の正門等の見易い場所に掲示する（post）よう使用者に命じることがある。こうした救済命令のうちのポストノティス命令といわれる部分について、謝罪広告請求事件同様、行政機関である労働委員会がその意思がない使用者に陳謝や反省を命じるとは憲法19条に違反するとの主張がなされたが、最高裁はそれを退け、ポストノティス命令を合憲とした。

最高裁はその理由を、「本件救済命令の主文第3項は、上告人に対し、誓約書という題の下に、『当社団が行った次の行為は、神奈川県地方労働委員会により不当労働行為と認定されました。当社団は、ここに深く反省するとともに今後、再びかかる行為を繰り返さないことを誓約します。』との文言を墨書した白色木板を上告人経営の病院の建物入口附近に掲示するように命じているところ、右ポストノティス命令が、労働委員会によって上告人の行為が不当労働行為と認定されたことを関係者に周知徹底させ、同種行為の再発を抑制しようとする趣旨のものであることは明らかである。右掲示文には『深く反省する』『誓約します』などの文言が用いられているが、同種行為を繰り返さない旨の約束文言を強調する意味を有するにすぎないものであり、上告人に対し反

省等の意思表示を要求することは、右命令の本旨とするところではないと解される」としているが、ここでも「誓約書」の掲示という行為が客観的にみてどのように評価されるかを先ず確かめるという態度が看取される。より具体的にいえば、それは先ず「誓約書」の掲示の本旨を確定するということであるが、そのことは謝罪広告請求事件において、先ず謝罪広告の掲載が客観的にみてどのような意義を持つと評価されるかを確認しようとしたことと共通するのである。

ただポストノティス命令についての最高裁判決はさらに進んで、「してみると、右命令は上告人に対し反省等の意思表示を強制するものであるとの見解を前提とする憲法19条違反の主張は、その前提を欠くというべきである」としているのに対し、謝罪広告請求事件判決はそこまでいい切っていないが、後者も含意としてはそういう趣旨であろう。

このような憲法19条違反が主張されるケースでは、争点となっている行為が客観的にみてどのように評価されるか、その本旨はどのように理解されるかを先ず確かめるという従来の最高裁の態度がピアノ伴奏事件判決でもそのまま継承され、上にみたように、「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といわざるを得ない」と判示されるのである。

そしてピアノ伴奏という行為がこのように評価されるとすれば、それを命じてもXに対して特定の思想を持つことを強制したり、禁止したり、特定の思想の有無の告白を強要することにはならないと判決はいうのである。客観的にみて思想や良心の表明とみられない行為は、それを命じても当事者の思想や良心の自由に影響を与えるものとはみなされないというわけである。

繰り返していえば、学校における儀式的行事である入学式や卒業式のプログ

ラムの1つとして君が代斉唱を行うことは広く一般にみられることであり、そのように君が代斉唱が常態化していることを踏まえてみれば、そうしたプログラムに当該学校の教員が参加することは、客観的評価としては何らかの思想の表明と受け取られることはないと判決はいうのである。特にその参加が音楽専科の教諭としてピアノ伴奏をするという形であり、しかも校長の職務命令によるものであるならば、なおさらそれは外部からはただ職務上の行為とみなされ、思想の表明と評価されることはないはずであると判決は念を押す。

そしてこれも繰り返していえば、このように客観的にみてピアノ伴奏が特定の思想を有することを外部に表明する行為とは評価されないとするならば、ピアノ伴奏を命じられた者との関係でも、それが特定の思想の強制や禁止、あるいは特定の思想の有無の告白の強制になることはないと判決はするのである。ここには外部からは思想に関わるような行為にはみえなくても、当事者には思想の強制や告白と受け取られる行為が存在し得るのではないかという発想はみられない。

ともあれピアノ伴奏事件判決の第2の理由はこのように、憲法19条違反が主張されるケースでは先ず争点である行為が客観的にみて真に思想や良心に関わるとみなされるか否かを確定し、関わらないとみなされるのが常であるならば、当該行為を命じても19条違反とはならないとする先例を踏襲するものであり、比較的容易にその意が理解できるものである。

それに比べてやや分かり難いのは、「上告人は、『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、伴奏したりすることはできない、また、子どもに『君が代』がアジア侵略で果たしてきた役割等の正確な歴史的事実を教えず、子どもの思想及び良心の自由を実質的に保障する措置を執らないまま『君が代』を歌わせるという人権侵害に加担することはできないなどの思想及び良心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る。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にピアノ伴奏を拒否することは、上告人にとっては、上記の歴史観ないし世界観に基づく一つの選択ではあるが、一般的には、これと不可分に結び付くものということとはできず、上告人に対して本件入学式の国歌斉唱の際のピアノ伴奏を求めることを内容とする本件職務命令が、直ちに上告人の有する上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものと認めることはできないというべきである」という第1の理由である。

これはおそらく、君が代が過去の日本のアジア侵略の一翼を担ったという歴史観、世界観と、学校の儀式的行事である入学式におけるピアノ伴奏とは連結して捉えられるものではないということであろう。より具体的にいえば、ピアノ伴奏をしたからといって君が代が過去に日本のアジア侵略において果たしたという役割を肯定し、あるいはそうした歴史観、世界観を放棄したと受け止められることはないと判決はいつているのであろう。いわば踏絵を踏むかどうかとキリスト教徒であるかどうかは不可分につながっており、両者のそうしたつながりは誰もが認め、知るところであるが、君が代についての歴史観とピアノ伴奏との間にはそうした踏絵すなわち思想・信仰の表明あるいは否定というような強い不可分のつながりは認められないとするわけである。X自身はそうしたつながりを主張するのに対し、判決がこのようにそのことを否定する理由は、「一般的には」両者は不可分に結び付くものということとはできないということである。

判決はこのように行為者にとって当該行為が思想の表明、あるいは抱いている思想の否定を強く迫るものであるかどうか検討し、当事者からはともかく、一般人からはそうしたものはみなされないとするわけである。いわば第2の理由がピアノ伴奏という行為自体がどのように評価されるかを客観的立場から論じて、その思想的意義を否定するのに対し、この第1の理由は行為者、それも当該行為者ではなく、抽象的に想定された行為者にとってピアノ伴奏は思想の吐露や否定を迫るものであるかを一般的立場から論じて、そうした意義は存

在しないとするわけである。

ただ筆者がよく理解できないのは、この2つの理由相互の関わりである。両者を分けてのべているのであるから、判決自身は2つの理由は区別されるものとしているのであろうが、筆者には、客観的にみてピアノ伴奏は特定の思想を有するというを外部に表明する行為とは評価されないのであるから、必然的に一般的には歴史観や世界観と不可分とはいえ、切離して捉えられるという風に両者は連動しているように見える。いい換えると、両者は同じことを別の言葉で表現しているにすぎないように見え、そうだとすれば、第1の理由と第2の理由は分けずに一まとめにしてもよかったのではないと思われる。

ともあれこうして判決は謝罪広告請求事件やポストノーティス命令事件の場合と同じように、争点となっている行為が客観的、一般的にみて思想や良心の表明あるいは強制といった意義を持つとみなされるか否かを論じ、それを否定するのであり、それとは明言はされていないものの、実質的にはポストノーティス命令事件判決同様、「憲法19条違反の主張は、その前提を欠くというべきである」とするものであろう。

なお判決は、加えて、職務命令は地方公務員法、学校教育法、小学校学習指導要領等の憲法以下の法令の規定の趣旨にも適うものであり、また南平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斉唱が行われてきたことに照らしても、その目的及び内容において不合理であるということとはできないというべきであるとし、結論として、「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19条に反するとはいえないと解するのが相当である」とする。

しかし第3の理由は単に職務命令には法令違反はないとするものであるから、憲法違反の主張を退ける理由としては第1と第2の理由のみを掲げるのが(さらに上述のように両者を一まとめにするのが)、妥当だったのではなかろうか(なおこの第3の理由の理解については後にもふれる)。

## 2 平成23年の判決

上にのべたように平成23年に最高裁の各小法廷は相次いで起立斉唱行為を命じる校長の職務命令の憲法19条適合性について判決を言渡した。それはすべてそうした職務命令を合憲とするものであったが、そのうち主なものは5月から6月にかけての4判決であるので、本節では7月以降に言渡された分は省略して、この4判決、すなわち5月30日の第二小法廷判決（以下①判決という）<sup>(4)</sup>、6月6日の第一小法廷判決（以下②判決という）<sup>(5)</sup>、6月14日の第三小法廷判決（以下③判決という）<sup>(6)</sup>、及び6月21日の同じく第三小法廷判決（以下④判決という）<sup>(7)</sup>について検討することにする。

この4判決（以下では総称的に「起立斉唱事件判決」ということがある）の対象事案はそれぞれ起立斉唱行為を命じる職務命令に従わず、起立しなかったところ（以下「不起立行為」という）、定年退職後の非常勤の嘱託員等の採用選考において、その不起立行為を理由に不合格とされたことにつき国家賠償法1条1項に基づく損害賠償等を求めたもの（①、②判決）、不起立行為を理由に受けた戒告処分とこの戒告処分に対する審査請求を棄却した東京都人事委員会の裁決の取消し並びに国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めたもの（③判決）、および不起立行為を理由として受けた戒告処分の取消しを求めたもの（④判決）であり、このように事案も、また、起立斉唱行為を命じる職務命令が憲法19条に違反することがその主張の中心であることもほぼ同様であるが、判決そのものも、法廷を異にするにもかかわらず、その構成や結論のみならず、文言そのものすら、極めて酷似しており、あたかも最高裁全体の統一判断が予め協議・準備されていたかのような観すら呈するものとなっている。

代表例として①判決を取り出して、ピアノ伴奏事件判決とも比較しながら、起立斉唱行為を命じる職務命令の憲法19条適合性についての最高裁の判断の内容を具体的に説明すると次のようになる。

判決は事案の概要等の説明に続く判断の冒頭の3（1）で先ず、「上告人は、

卒業式における国歌斉唱の際の起立斉唱行為を拒否する理由について、日本の侵略戦争の歴史を学ぶ在日朝鮮人、在日中国人の生徒に対し、『日の丸』や『君が代』を卒業式に組み入れて強制することは、教師としての良心が許さないという考えを有している旨主張する。このような考えは、『日の丸』や『君が代』が戦前の軍国主義等との関係で一定の役割を果たしたとする上告人自身の歴史観ないし世界観から生ずる社会生活上ないし教育上の信念等ということができる」という。すでに示したようにピアノ伴奏事件判決でもやはり判断の冒頭の3(1)でほぼ同様のことがのべられている。

ところがピアノ伴奏事件判決では3(1)は改行されることなく、そのまま、「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とはでき」と続けられて、ピアノ伴奏の職務命令を合憲とする理由の第1とされ、ピアノ伴奏を客観的にみた場合、そうした伴奏を行う教諭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であるという職務命令を合憲とする第2の理由は3(2)としてそれと分けてのべられている。

筆者は先にこのように基本的には相重なところのある理由を態々2つに分けてのべることに疑問を呈したが、①判決は同じような疑問を持ったのか、あるいは他の理由によるものかは不明であるものの、ピアノ伴奏事件判決がピアノ伴奏の職務命令を合憲としたのと同じ2つの理由を分けずに一まとめにしてのべ、起立斉唱行為の職務命令を合憲とする。すなわち判決は、上述の「……上告人自身の歴史観ないし世界観から生ずる社会生活上ないし教育上の信念等ということができる」という判示にそのまま続けるのではなく、改行して、「しかしながら、本件職務命令当時、公立高等学校における卒業式等の式典において、国旗としての『日の丸』の掲揚及び国歌としての『君が代』の斉唱が広く行われていたことは周知の事実であって、学校の儀式的行事である卒業式等

の式典における国歌斉唱の際の起立斉唱行為は、一般的、客観的に見て、これらの式典における慣例上の儀礼的な所作としての性質を有するものであり、かつ、そのような所作として外部からも認識されるものというべきである。したがって、上記の起立斉唱行為は、その性質の点から見て、上告人の有する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、上告人に対して上記の起立斉唱行為を求める本件職務命令は、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。また、上記の起立斉唱行為は、その外部からの認識という点から見ても、特定の思想又はこれに反する思想の表明として外部から認識されるものと評価することは困難であり、職務上の命令に従ってこのような行為が行われる場合には、上記のように評価することは一層困難であるといえるのであって、本件職務命令は、特定の思想を持つことを強制したり、これに反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」（傍点筆者）と、ピアノ伴奏事件判決が3（1）と3（2）に分けて説いたのと同じ理由を3（1）で一括してのべるのである。

さらに、子細にみると、傍点で示しているように、職務命令を合憲とする理由を一まとめにしていること以外にも①判決にはピアノ伴奏事件判決を変更したり、新たな判断を付け加えたりしている点が幾つかある。例えばピアノ伴奏事件判決では、「一般的には」という語は争点となっている行為（ピアノ伴奏）と歴史観や世界観（の否定）は不可分一体ではないことを論証するために用いられ、「客観的に見て」という語は、争点となっている行為が特定の思想を外部に表明するという評価を受けるものではないことを論証するために用いられている。つまり第1の理由を根拠づけるために「一般的には」という視点が用いられ、第2の理由を根拠づけるために「客観的に見て」という視点が用いられているのであるが、①判決では両者は合わせて争点の行為（起立斉唱行為）と歴史観や世界観（の否定）は不可分一体ではないという第1の理由を根拠づけるために用いられており、争点である行為が特定の思想又はこれに反する思



想の表明とは評価されないという第2の理由は、「その外部からの認識という点から見ても」という語で説明されている。前述のように、「一般的には」という視点と、「客観的に見て」という視点は筆者にはほとんど同じに思えるから、①判決の判断方法の方が自然に見える。

ただこれも前述したようにそもそもこのようにピアノ伴奏事件では「一般的には」と「客観的に見て」という風に、①判決では、「一般的、客観的に見て」（さらに「その性質の点から見て」）と「その外部からの認識という点から見ても」という風に2つに分けて争点となっている行為には特に思想的意義は認められないということをする必要があるのか、そういう区別は不要であり、まとめて説明できるのではないかという疑問は依然として残る（例えば、「学校の儀式的行事である卒業式等の式典における国歌斉唱の際の起立斉唱行為は、一般的、客観的に見て、これらの式典における慣例上の儀礼的な所作としての性質を有するものであり、かつ、そのような所作として外部からも認識されるものというべきである」〔傍点筆者〕という判断と、「上記の起立斉唱行為は、その外部からの認識という点から見ても、特定の思想又はこれに反する思想の表明として外部から認識されるものと評価することは困難であり」〔傍点筆者〕という判断の間に実質的にどれほどの差があるか甚だ疑問であろう）。

またピアノ伴奏事件判決にはみられなかった表現として、起立斉唱行為を卒業式等の「式典における慣例上の儀礼的な所作」としていることも注目される点であろう。同じ君が代斉唱に係る行為であっても、ピアノ伴奏と起立斉唱行為の動作の性質を区別しているわけである。ただこの表現は一見すると起立斉唱行為の方がピアノ伴奏よりも単純な肉体的動作であって、その分思想や良心の自由に関わる度合いもより少ないとするものと受け取られかねないが、後のべるように判決の意は決してそのように単純ではない。

さらにまた、「本件職務命令が、直ちに上告人の有する上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものと認めることはできないというべきである」〔傍点筆者〕という判断、ないしそれに類する判断の位置もピアノ伴奏事件判決と

①判決では異なっている。すなわち前者ではこの判示は、ピアノ伴奏と君が代についての歴史観ないし世界観（の否定）は不可分一体ではないという第1の理由の最後、つまり第2の理由の直前に置かれているのに対し、①判決では、第1の理由と第2の理由をのべた後、それを受けて、「そうすると、本件職務命令は、これらの観点において、個人の思想及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いうべきである」とされているのである。

この違いは単なる位置の違いに止まらない意味を持っている。ピアノ伴奏事件判決の場合は、「直ちに」という語は実は特段の意義は持っておらず、文章の流れの中でいわば修辭的に用いられているという趣きが強いが、①事件ではそれに続く判示と照らし合せてみると、「直ちに」という語は、「直接的には」とか、「ストレートには」とかいった具体的な意味を持つものとして使われていることが分かるのである。

そしてこの最後のことが、ピアノ伴奏事件判決と①判決の最大の違いにつながっている。

すなわち①判決では上記の、「そうすると、本件職務命令は、これらの観点において、個人の思想及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いうべきである」という判示の次に、行を改め、3（2）として、「もっとも、上記の起立斉唱行為は、教員が日常担当する教科等や日常従事する事務の内容それ自体には含まれないものであって、一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるということが出来る。そうすると、自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる『日の丸』や『君が代』に対して敬意を表明することには応じ難いと考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、その行為が個人の歴史観ないし世界観に反する特定の思想の表明に係る行為そのものではないとはいえ、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）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、その限りにおいて、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」という判断が加えられているのである。

ピアノ伴奏事件判決にはなかったこうした新たな判断を加えた理由、つまりピアノ伴奏事件との事案の違いについて①判決自身は特に語っていないが、③判決と④判決（すなわち第三小法廷）は、「なお、たとえば音楽専科の教諭が上記国歌斉唱の際にピアノ伴奏をする行為であれば、音楽専科の教諭としての教科指導に準ずる性質を有するものであって、敬意の表明としての要素の希薄な行為であり、そのように外部から認識されるものであるといえる」としている。音楽専科の教諭のピアノ伴奏は職業上の行為という要素が強く、日の丸や君が代に対する敬意の表明という要素は乏しいのに対し、一般の教員の起立斉唱行為はそうした敬意の表明という要素を含む行為であり、したがって同じ君が代訴訟であっても両事案には違いがあり、それ故また新たな判断を付け加える必要もあるというわけである。

そしてこれが①判決が（そして②判決も）ピアノ伴奏事件と異なり、起立斉唱行為を命じる職務命令が「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」とする理由でもあると推測されるが、平成23年の起立斉唱事件4判決の最大の特徴はそのような理由で付け加えられた、この「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」という新たな判断であろう。

しかしこの判断には様々な疑問が感じられる。起立斉唱行為を命じる職務命令が直ちに思想及び良心の自由を制約するものではないとする第1の理由と第2の理由は、上述のように、起立斉唱行為を、「一般的、客観的に」、あるいは「外部からの認識という点から」みて導かれたものであり、謝罪広告請求事件判決等の先例に沿うものである。それはいわば争点である行為を当事者の立場からみた場合の判断ではなく、一般人がみたとした場合に想定される判断である。ところが「……間接的な制約となる面があることは否定し難い」という判断は当事者が主張する歴史観や世界観に即してみた場合の判断である。

このように当事者の立場からみた場合の判断にも注意を払うということにな

ると、当然当事者が憲法19条違反を主張する限り、裁判所は争点である行為の憲法19条適合性を審査しなければならないのかという疑問が生じるであろう。謝罪広告請求事件判決やポストノーティス命令事件判決はそのような展開を避けるために争点である行為を客観的、一般的にみた場合の評価や当該行為の本旨に限って考察し、合憲性審査を行っているのであるが、それと比較してみると、①判決やそれと同旨の残りの起立斉唱事件3判決は、憲法19条適合性の判断方法において従来より一步踏み出しているような印象を受ける。

むしろ最高裁は当事者が憲法19条違反を主張すれば常に争点となっている行為の憲法19条適合性について判断せねばならないということにならぬよう慎重に2つの布石を打ってはいる。その1つは、「上記の起立斉唱行為は、教員が日常担当する教科等や日常従事する事務の内容それ自体には含まれないものであ」ということであり、もう1つは、起立斉唱行為は「一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるということが出来る」ということである。判決は前述のようにこの連動する2点において音楽専科の教諭によるピアノ伴奏と一般の教員の起立斉唱行為は差異があるとするとともに、この2点を強調することによって、憲法19条違反の主張の安易な拡大に歯止めをかけようとしているのである。

しかし最高裁のこうした判旨には首肯し難いところがある。学校の教員が自校の入学式や卒業式というルーティンの行事に参加し、そのプログラムの一環である起立斉唱行為を行うことが、判決がいうほど、「日常担当する教科等や日常従事する事務の内容それ自体には含まれないもの」と明確に断言できるであろうか。むしろ教員の日常の教育活動の中に、あるいはその延長線上に起立斉唱行為を位置づける方がふつうなのではなかろうか。あるいはまた音楽専科の教諭のピアノ伴奏は、「教科指導に準ずる性質を有するもの」であるが、一般の教員の起立斉唱行為はそうした性質を持たない非日常的なものであるといえるほどの画然たる差が両者の間にあるといえるであろうか。音楽専科の教諭のピアノ伴奏と一般の教員の起立斉唱行為は、学校のルーティンの儀式的行

事への参加という性質の点ではそれほど本質的な差はないというべきではなかろうか。

また逆に判決がいうように当該業務ないし事務が非日常的なものであるとし、そのことが行為の法的評価において何らかの意味を持つことを認めるなら、謝罪広告掲載命令やポストノーティス命令もそれを命じられた側からすれば、謝罪広告の掲載やポストノーティスは非日常的なことであり、法的判断においてそのことにつき何らかの考慮が払われてしかるべきということにもなるが、そうした配慮がなされた形跡はないのである。

しかしそれらのこと以上に、起立斉唱行為の職務命令が「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」とする最高裁の判断の理由について疑問が抱かれるのは、起立斉唱行為は、「一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるということが出来る」という2番目の理由である（なお③判決と④判決では、「一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であり、そのように外部から認識されるものであるということが出来る」〔傍点筆者〕とされていて、「外部からの認識」という視点も加えられている）。

判決は先に、「学校の儀式的行事である卒業式等の式典における国歌斉唱の際の起立斉唱行為は、一般的、客観的に見て、これらの式典における慣例上の儀礼的な所作としての性質を有するものであり、かつそのような所作として外部からも認識されるものというべきである」としているのである。

すなわち同様に一般的、客観的にみながら（さらに判決によってはそれに「外部からの認識」というやはり第1と第2の理由を根拠づけた視点を重ね合わせながら）、起立斉唱という同じ行為を一方では、「式典における慣例上の儀礼的な所作」といい、地方では、「国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為」としているのである。最高裁は当然こうした2つの評価は整合性を持つと考えているのであろうが、果たしてそのように簡単に整合性を肯定できるか甚だ疑問であろう。ふつうにみれば、「慣例上の儀礼的な所作」というのは

内心の作用とは関わりのない単純かつ形式的な肉体的動作という意味合いが強く、「敬意の表明の要素を含む行為」という場合は、少なくとも一定程度の内心の吐露という意味に理解されるからである。このように同じ行為の内心の作用との関わりについて、一方では否定的に評価し、他方では肯定的に評価するというのはやはり矛盾であり、混乱であって、一般的、客観の見地からの考察と併せて、当事者の立場からの考察をも取り込もうとした判決の構成がこうした結果をもたらすことになったのではないかと筆者には思われる。

また判決がどのような意味で、「一般的、客観的に見ても」起立斉唱行為は国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であり、そのように外部から認識されるものであるとするならば、同様に謝罪広告命令やポストノティス命令が求める「陳謝」や「反省」の念の表明も、第三者からは、単なる事態の真相の告白や同種行為を繰り返さない旨の約束文言の強調という意義を超えて、あるいはそれとは別に当事者の倫理的意思の表明と受け取られる（少なくともそうした可能性のある）行為であるといえよう。さらにまた起立斉唱行為が一般的、客観的にみて、また外部の認識からして国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるとするならば、ピアノ伴奏も同様に評価される余地は充分にあるであろう。ピアノ伴奏はいわば起立斉唱行為をリードする役割を果たすわけで、両者が合わさって一つのプログラムになるのであるから、起立斉唱行為には敬意の表明の要素が含まれているが、ピアノ伴奏には起立斉唱行為の場合と異なり、何ら内心の作用を窺わせるものはないとするのは、いささか機械的で偏った区別というべきではなかろうか<sup>(8)</sup>。

それにまたそもそも「間接的な制約」という意味も必ずしも明確ではない。判決は、「そうすると、自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる『日の丸』や『君が代』に対して敬意を表明することには応じ難い」と考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、その行為が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）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、

その限りにおいて、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「間接的な制約」について解説しているが、このことからすると、ある特定の主義・主張を持つ者に対して、それを放棄し、対立する主義・主張を支持するようストレートに求めたり、その求めに応じないため不利益を科すことが直接的な制約に当たり、例えば対立する主義・主張のグループの集会に参加したり、そのグループのためのカンパに応じることを求めたりすることが間接的な制約になるとするもののようである。

しかし当事者からすれば自分が反対する主義・主張のグループの集会に参加したり、カンパに応じたりすることは、実質的には自分の主義・主張を放棄し、反対していた主義・主張を支持することであり、「直接的な制約」と「間接的な制約」の区別など何ら意味を持つものではないであろう。筆者には結局判決は、当事者の立場に即した判断を行っている風を装っているものの、その実意味のないレトリックを駆使しているにすぎないようにみえる。

しかしこのように様々の疑問があるにせよ、こうした起立斉唱行為の職務命令は歴史観ないし世界観に基づきそれに応じ難いと考える者にとっては、「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」という判断がそのまま最後まで貫徹されるのであれば、判決はピアノ伴奏事件判決を大きく変更し、実質的には原告の主張を容れたものとなったはずである。

ところが判決はこの「……間接的な制約となる面があることは否定し難い」という判断で終わるのではなく、さらにそのことについて縷縷のべ、最後にはこうした判断の意義を実質的にはほとんど無にしてしまうのである。すなわち①判決は続けて、「そこで、このような間接的な制約について検討するに、個人の歴史観ないし世界観には多種多様なものがあり得るのであり、それが内心にとどまらず、それに由来する行動の実行又は拒否という外部的行動として現れ、当該外部的行動が社会一般の規範等と抵触する場面において制限を受けることがあるところ、その制限が必要かつ合理的なものである場合には、その制

限を介して生ずる上記の間接的な制約も許容され得るものというべきである。そして、職務命令においてある行為を求められることが、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動と異なる外部的行為を求められることとなり、その限りにおいて、当該職務命令が個人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と判断される場合にも、職務命令の目的及び内容には種々のものが想定され、また、上記の制限を介して生ずる制約の態様等も職務命令の対象となる行為の内容及び性質並びにこれが個人の内心に及ぼす影響その他の諸事情に応じて様々であるといえる。したがって、このような間接的な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上記の制限を介して生ずる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るのが相当である」とするのである。

判決はこのように起立斉唱行為を命じる職務命令に必要性及び合理性が認められれば、そのことから生じる個人の思想及び良心の自由についての間接的な制約も許容されとし、この必要性和合理性の判断は職務命令の目的及び内容並びに制約の態様等を総合的に較量してなされるべきであるという総合較量論を説いている。起立斉唱行為を命じる職務命令が個人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いう判断は、したがって職務命令は違憲であるという最終判断ではなく、中間判断にすぎないのであって、職務命令の合憲性の最終判断は諸要素の総合較量によるべきであるというわけである。

そして判決は、上記の総合較量の対象となる諸要素について、本件職務命令は、一般的、客観的な見地からは式典における慣例上の儀礼的な所作とされる行為を求めるものであり、それが結果としてその歴史観ないし世界観に由来する行動との相違を生じさせることになるという点で、その限りで上告人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ものといえることができるとして、制約の態様は重大ではないことを示唆するとともに、他方で、「本



件職務命令は、公立高等学校の教諭である上告人に対して当該学校の卒業式という式典における慣例上の儀礼的な所作として国歌斉唱の際の起立斉唱行為を求めることを内容とするものであって、高等学校教育の目標や卒業式等の儀式的行事の意義、在り方等を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿い、かつ、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た上で、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに当該式典の円滑な進行を図るものであるということが出来る」とのべて、目的及び内容の妥当性という要件も充足するとする。

その結果、「以上の諸事情を踏まえると、本件職務命令については、前記のように外部的行動の制約を介して上告人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はあるものの、職務命令の目的及び内容並びに上記の制約を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量すれば、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ものというべきである」と結論される。

したがって中間段階では、起立斉唱行為の職務命令は、「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」とされはするものの、結論としては、「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19条に違反するとはいえないと解するのが相当である」ということになるのである。

総合較量といいながら、その実較量らしい較量が行われないまま、こうした結論に至っている。すなわち判決がいつているのは、本件職務命令は結果として歴史観ないし世界観に由来する行動との相違を生じさせることとなるという点で、その限りで思想及び良心の自由についての間接的な制約となるのであるから、制約の態様は重大ではなく、また本件職務命令は学校教育法、同法施行規則、学習指導要領、地方公務員法に根拠を持ち、その趣旨に沿うものであるから、その目的及び内容は妥当であって、「間接的な制約」は許容されるということだけである。いい換えると、総合較量とは名ばかりであり、また、起立斉唱行為の職務命令は「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」という判断は実際にはリップサービス以上の意義はほとんど持たないのである。

このことはさらに①判決は一見したところでは差異があるように見えるものの、実際には結局はピアノ伴奏事件判決とさしたる差異はないのではないかという感想すらも抱かせる。すなわちピアノ伴奏事件判決も前述のように第1と第2の合憲の理由をのべた後、地方公務員法、学校教育法、同法施行規則、学習指導要領等を挙げて、ピアノ伴奏の職務命令は、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しているのである。

ただこれも前述のように、この第3の理由はいかなる意味で付け加えられたのか定かでないところがあるが、「仮に第1と第2の理由のみでは間隙がある」と想定しても（すなわちピアノ伴奏を命じる職務命令が思想及び良心の自由に関わる場所があると想定しても）やはり職務命令は適法であるとする趣旨と読めなくもない<sup>(9)</sup>。そのように読んで、その比較で①判決の「間接的な制約」の部分を検討すれば、①判決はピアノ伴奏事件判決が「仮に……」と想定した部分を進めて、一応「間接的な制約」となる面があることを明示的に認めた上で、結局はピアノ伴奏事件判決と同旨を展開しているといえるのではないだろうか。つまり同旨を展開する前提には差異があり、その分①判決では総合較量論がのべられてはいるが、その本旨においてはピアノ伴奏事件判決の第3の理由も、①判決の「間接的な制約」に係る部分も同じではないかと思われるのである。そう考えれば、平成23年の起立斉唱事件判決はピアノ伴奏事件判決を一步進め、君が代訴訟に新しい展開をみせたという評価そのものにも十分な留保が必要ということになろう。

### 3 平成24年の判決

本節で扱う平成24年の最高裁の君が代訴訟判決は、いずれも平成24年1月16日に第一小法廷によって言渡された2つの判決である。<sup>(10)</sup>

上にみたピアノ伴奏事件判決や平成23年の起立斉唱事件4判決が主としてピアノ伴奏や起立斉唱行為を命じる職務命令の合憲性（憲法19条適合性）について判断するものであったのに対し、この2つの判決は職務命令の合憲性については違憲との主張を簡単に退けつつ、ピアノ伴奏の拒否や不起立行為等を理由になされた戒告、減給、停職等の懲戒処分が裁量権の範囲を超え又はこれを濫用するものであるか否かについて詳細に判断している点に特色がある。

筆者はかねてより君が代訴訟においては職務命令の合憲性ととも懲戒処分の適法性も重要な問題として論じられ、判断されるべきことを主張してきたから<sup>(11)</sup>、このような平成24年の最高裁の2つの判決はそうした主張に応えるものとして評価するが、2つの判決（以下では24年①判決、24年②判決という）はピアノ伴奏拒否や不起立行為等を理由になされる懲戒処分のあり方について詳細にのべ、結論として上告人らになされた処分の一部を裁量権の範囲を超える違法なものとして取り消している。

そのうち24年①事件は、不起立行為、ピアノ伴奏拒否、式場のへの不入場、国歌斉唱の際の式場からの退席、式への欠席、国歌斉唱途中の着席等を理由に戒告処分や減給処分をなされた160人余の教職員らが処分の取消しと国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を請求したものであるが（ただしうち1名は損害賠償のみを請求し、また減給処分を受けた者は1名だけである—なお本稿では24年②事件も含めて、損害賠償請求に係る判断にはふれずに、もっぱら取消請求に係る判断のみを対象とする）、判決は上述のように職務命令の合憲性については謝罪広告請求事件以来の先例を引用し、またピアノ伴奏事件判決や23年の起立斉唱事件4判決の参照を指示して、簡単に退けている。

しかし懲戒処分の適法性については、まず、「懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきか、を決定

することができるものと考えられるのであるが、その判断は、右のような広範な事情を総合的に考慮してなされるものである以上、平素から庁内の事情に通曉し、部下職員の指揮監督の衝にあたる者の裁量に任せるのでなければ、とうてい適切な結果を期待することができないものといわなければならない。それ故、公務員につき、国公法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されているものと解すべきである。もとより、右裁量は、恣意にわたることを得ないものであることは当然であるが、懲戒権者が右の裁量権の行使としてした懲戒処分は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合でない限り、その裁量権の範囲内にあるものとして、違法とならないものというべきである。したがって、裁判所が右の処分の適否を審査するにあたっては、……懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべきものである」とした最高裁の神戸税関事件判決<sup>(12)</sup>、および同旨をのべた伝習館事件判決<sup>(13)</sup>の趣旨をそのまま繰り返して、「公務員に対する懲戒処分について、懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の上記行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきかを決定する裁量権を有しており、その判断は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合に、違法となるものと解される」とのべ、次いでここに掲げられた諸事情について詳細に検討するのである。

その結果原審東京高裁<sup>(14)</sup>が、都教委がこれまで行った処分等の実績からすれば、戒告処分であっても、一般には、非違行為の中でかなり情状の悪い場合にのみ行われるものであること、控訴人らの不起立行為等はその歴史観ないし世界観又は信条及びこれに由来する社会生活上の信念等に基づく真摯な動機に

よるものであり、やむにやまれぬ行動であったということができること、不起立行為等によって式が混乱したという事実は主張立証されていないこと、学説等でも起立斉唱・ピアノ伴奏の強制は憲法19条違反というのが通説的見解であり、控訴人らの考えが必ずしも独自の見解ということとはできないこと、短期間のうちに処分が累積して戒告処分よりも重い懲戒処分がされる結果につながるものが当然予想されるが、控訴人らの行為をそのような結果を招くほどに重大な非違行為というのは相当ではないこと等を挙げて、「不起立行為等を理由として控訴人らに懲戒処分を科すことは、社会観念上著しく妥当を欠き、重きに失するといふべきであり、懲戒権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものというのが相当である」としたのに対し、24年①判決は、戒告処分については、こうした原判決を破棄しつつ、1名の減給処分については、原判決を是認した。

このような24年①判決の結論の基礎になっているのは、同じ懲戒処分であっても、戒告処分とそれを超える減給以上の処分との間には大きな懸隔があるとの認識である。すなわち戒告処分は、教職員の規律違反の責任を確認してその将来を戒める処分であり、学校の規律や秩序の保持等の見地からその相当性が基礎づけられるものであり、法律上、処分それ自体によって教職員の法的地位に直接の職務上ないし給与上の不利益を及ぼすものではない（ただし将来の昇給等への影響や条例や規則による勤務手当への影響はある）のに比べて、減給処分は処分それ自体によって教職員の法的地位に一定の期間における本給の一部の不支給という直接の給与上の不利益が及ぶ上、毎年度2回以上の卒業式や入学式等の式典の度に懲戒処分が累積して加重されると短期間で反復継続的にこうした不利益が拡大していくとされるのである。いわば戒告処分は直接的には単に戒めを受けるという事実行為的影響しか持たないのに対し、減給以上の処分は直接的に法的影響を与えるのであり、そこには大きな差があるというわけである。

そしてこのように考えれば、不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えて減給処分を選択することが許容されるのは、過去の非違行為による懲戒処

分等の処分歴や不起立行為等の前後における態度等に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎づける具体的な事情が認められる場合であることを要すると解すべきであるということになるのである。これは戒告処分においては前述のようにその不利益は小さいから、特に不利益との権衡ということを考慮する必要はないが、減給以上の処分においては不利益が重大であることに鑑み、権衡を充分考慮せねばならないということであろう（判決が戒告処分については、「過去の同種の行為による懲戒処分等の処分歴の有無等にかかわらず、基本的に懲戒権者の裁量権の範囲内に属する事柄ということができる」と解される」といい切っているのも、こうした理解を基礎づける）。

こうした一般論を受けて、具体的には判決は注意を払うべき諸事情のうち不起立行為等の性質と態様については、職務命令違反であり、学校の儀式的行事としての式典の秩序や雰囲気を一定程度損なう作用をもたらすものであって、それにより式典に参列する生徒への影響も伴うことは否定し難いこと、不起立行為等の動機、原因については、個人の歴史観ないし世界観等に起因するものであること、性質、態様については、前述のように式典の秩序や雰囲気を一定程度損ない、参列する生徒への影響もあった一方、積極的な妨害等の行為とか、物理的に式次第の遂行を妨げたというものではなく、結果、影響も、式典の進行に具体的にどの程度の支障や混乱をもたらしたかは客観的な評価の困難な事柄であるといえることをのべ、結論として、戒告処分については、「本件職務命令の違反に対し懲戒処分の中で最も軽い戒告処分をすることが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるとは解し難い。また、本件職務命令の違反に対して1回目の違反であることに鑑みて訓告や指導等にとどめることなく戒告処分をすることに関しては、これを裁量権の範囲内における当不当の問題として論ずる余地はあり得るとしても、その一事をもって直ちに裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として違法の問題を生ずるとまではいい難い」とのべる。

判決はこうして原判決の戒告処分を違法とした部分を破棄しているが、筆者

はこうした判断には賛成できない。宮川裁判官は反対意見で、不起立行為等は消極的不作為にすぎないのであって、式典を妨害する等の積極的行為を含まず、したがって、式典の円滑な遂行に物理的支障をいささかも生じさせず、法益の侵害はほとんどないこと、戒告処分は法定の懲戒処分の中では確かに最も軽い、処分を受けると履歴に残り、勤務手当は減額され、昇給延伸の可能性（それは退職金や年金支給額等への影響の可能性もある）もあるなど、その不利益は過小評価されるべきではないこと、原審の判断では東京都の教職員について戒告処分が科されるのは非違行為の中でもかなり情状の悪い場合であること等を指摘して、結論として、「以上を総合すると、多数意見がいう不起立行為等の性質、態様、影響を前提としても、不起立行為等という職務命令違反行為に対しては、口頭又は文書による注意や訓告により責任を問ひ戒しめることが適切であり、これらにとどめることなくたとえ戒告処分であっても懲戒処分を科すことは重きに過ぎ、社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものであって、是認することはできない」とのべているが、戒告処分の適法性についてはむしろこの反対意見の方に説得力があるというべきであろう。

入学式や卒業式は実質的意義のない儀式的行事にすぎないのであって、しかも不起立行為等がそうした行事の積極的な妨害等の行為ではなく、またその進行にどの程度の支障や混乱をもたらしたかも定かではないとしながら、戒告処分は懲戒権者の裁量権の範囲内に属する事柄であるとし、訓告や指導等に止めるか、戒告処分に及ぶかは裁量権の範囲内の当不当の問題であるとする多数意見は、戒告処分が法定の懲戒処分の1つとされていることを過小評価し、また戒告処分についてはほぼ全面的な懲戒権者の判断の尊重を説くものとして適切ではないと思われるのである。

しかし判決は減給処分については、先にのべた一般論を受けてさらに、「したがって、不起立行為等に対する懲戒において減給処分を選択することについて、上記の相当性を基礎づける具体的な事情が認められるためには、例えば過

去の1回の卒業式等における不起立行為等による懲戒処分の処分歴がある場合に、これのみをもって直ちにその相当性を基礎付けるには足りず、上記の場合に比べて過去の処分歴に係る非違行為がその内容や頻度等において規律や秩序を害する程度の相応に大きいものであるなど、過去の処分歴等が減給処分による不利益の内容との権衡を勘案してもなお規律や秩序の保持等の必要性の高さを十分に基礎付けるものであることを要するというべきである」とした上で、過去に同種の非違行為による戒告処分を受けているとして量定を加重して減給処分を受けた被上告人のその過去の懲戒処分の対象は、約2年前に入学式の際の服装及びその後の事実確認に関する校長の職務命令に違反した行為であって積極的に式典の進行を妨害する行為ではなく、当該1回のみに限られており、本件の不起立行為の前後における態度において特に処分の加重を根拠付けるべき事情も窺われないこと等を指摘する。そしてこうした点に鑑みると、「学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から、なお減給処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情があったとまでは認め難いというべきである」として、減給処分の取消請求を認容すべきものとした原判決は是認できるとした。

本件処分当時不起立等の職務命令違反行為に対し、1回目で戒告処分、2回目で減給1か月、3回目で減給6か月、4回目以降は停職処分というのが都教委の懲戒処分の量定方針であったといわれているが、それをいわば機械的に過ぎ、また単純に過ぎるとして認容しなかったわけである。

上にも述べたように24年①判決の結論には賛成し難いところもあるが、判決が従来ともすれば軽視されてきた懲戒処分の適法性そのものについて詳細に論じるようになった点についてはそれなりに評価されよう。

24年②判決事件は、東京都の市立中学校又は都立養護学校の教員であった2名が、不起立行為につきそれぞれ停職処分を受けたため、その取消しと国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めた事案であるが、判決はうち1名（以下「X1」という）については取消請求を退け、1名（以下「X2」という）に



ついては請求を認容した。

X 1、X 2ともに平成18年3月都教委より、それぞれ卒業式及び創立30周年記念式典における国歌斉唱の際の不起立行為を理由に、3か月と1か月の停職処分を受けたが、免職に次ぐ重い懲戒処分である停職処分がなされたのは、両名の過去の処分歴によるものであった。

すなわちX 1は、平成6年から17年までの間に卒業式において校長が国旗を掲揚するのを妨害し、掲揚された国旗を引き降ろした行為や不起立行為、あるいは国歌斉唱の際の途中着席等を理由に、停職処分1回、減給処分4回、合計5回の懲戒処分を受け、また、校長を批判・非難する文書を生徒に配布し、読み上げるなどしたことを理由に2回の文書による訓告を受けた処分歴があり、X 2は本件停職処分を受けるまでに卒業式及び入学式の国歌斉唱の際の不起立行為を理由に1回の戒告処分と2回の減給処分を受けた処分歴があったのである。

原審東京高裁<sup>(15)</sup>はこうした過去の処分歴を受けてなされた本件停職処分について、いずれも懲戒権者としての裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものではなく適法であるとして、取消しの請求を退けたが、24年②判決は上述のようにX 1の停職処分については原判決を是認したものの、X 2の停職処分については社会観念上著しく妥当を欠き、懲戒権者としての裁量権の範囲を超えるものとして違法の評価を免れないとした。

具体的には判決は懲戒処分のあり方やそれと司法審査の関係については24年①判決と同旨をのべた上で、その原因、動機、性質、態様、結果、影響等の諸事情について検討し、やはり24年①判決と同様のことをのべる。ただ24年①判決がそれらを受けて、「本件職務命令の違反に対し、教職員の規律違反の責任を確認してその将来を戒める処分である戒告処分をすることは、学校の規律や秩序の保持等の見地からその相当性が基礎付けられているのであって、……基本的に懲戒権者の裁量権の範囲内に属する事柄ということができると解される」としつつ、減給以上の処分については慎重な考慮が必要となるとしている

のに対し、24年②判決は、停職処分が対象であるという違いがあるため、結局は同趣旨であるが、「本件職務命令の違反に対し、学校の規律や秩序の保持等の見地から重きに失しない範囲で懲戒処分をすることは、基本的に懲戒権者の裁量権の範囲内に属する事柄といえることができる」と解される。他方……戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについては、……慎重な考慮が必要となるものといえる」（傍点筆者）としている。

このようにあたかも戒告処分については特に重きに失しないかどうかの審査の必要はないが、減給以上の処分についてはそれが必要だとするかのような判示については、前述のように筆者は賛成しないが、こうした判旨からすれば、さらに、「不起立行為に対する懲戒において戒告、減給を超えて停職の処分を選択することが許容されるのは、過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為の前後における態度等……に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要すると解すべきである」ということになる。そして24年②判決は例えば過去の1,2年度に数回の卒業式等における不起立行為による懲戒処分の処分歴がある場合でも、そのみでは停職処分を選択することの相当性を基礎づける具体的事情とはいえず、そうした場合に比べて、「過去の処分歴に係る非違行為がその内容や頻度等において規律や秩序を害する程度の相応に大きいものであるなど、過去の処分歴等が停職処分による不利益の内容との権衡を勘案してもなお規律や秩序の保持等の必要性の高さを十分に基礎付けるものであることを要する」とすべきである」とまとめる。

その結果X1については過去の懲戒処分の対象になった非違行為が、国旗の掲揚の妨害と引き降ろし及び服務事故再発防止研修における国旗や国歌の問題に係るゼッケン着用をめぐる抗議による進行の妨害といった積極的に式典や研修の進行を妨害するものであった上、さらに国旗や国歌に係る対応につき校長を批判する内容の文書を生徒へ配布等したものであり、「このような過去の処

分歴に係る一連の非違行為の内容や頻度等に鑑みると」、「学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から、停職期間（3月）の点を含めて停職処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情があったものと認められるというべきである」とされる。

他方過去に同様の非違行為による懲戒処分を繰り返し受けているとして、量定を加重して1か月の停職処分とされたX2については、逆に、「過去の懲戒処分の対象は、いずれも不起立行為であって積極的に式典の進行を妨害する内容の非違行為は含まれておらず、いまだ過去2年度の3回の卒業式等に係るものにとどまり、本件の不起立行為の前後における態度において特に処分の加重を根拠付けるべき事情もうかがわれないこと等に鑑みると」、「学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から、なお停職処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情があったとは認め難いというべきである」とされ、「停職処分を選択した都教委の判断は、停職期間の長短にかかわらず、処分の選択が重きに失するものとして社会観念上著しく妥当を欠き、上記停職処分は懲戒権者としての裁量権の範囲を超えるものとして違法の評価を免れないと解するのが相当である」と結論されるのである。

既述のように都教委は不起立行為については1回目は戒告処分、2回目は減給1か月、3回目は減給6か月、4回目以降は停職処分とする方針を採っていたといわれるが、そうした方針が文字通り機械的に適用されただけで、他に加重して停職処分を科す事情の存在しなかったX2については、停職処分を科すことは権衡を失するものとして違法とされ、他方すでに戒告のみならず、減給、停職の処分を受け、その対象の非違行為も単純な不起立行為を超えるものであったX1については、停職処分の選択は権衡を失するものとして違法とはならないとされたわけである。懲戒処分についての判断としては、それなりに理解できるものといえるであろう。

#### 4 君が代訴訟の視角

筆者は前述した拙著『人権判例の新展開』の第4章「思想・良心の自由関係判例—君が代訴訟—」にまとめているように、これまでにかなり丹念に君が代訴訟について検討したことがあるが、その際原告が起立斉唱行為やピアノ伴奏を命じる職務命令を憲法19条違反と主張し、判決も主として職務命令が原告の思想、良心の自由を侵害する可否かを論じ、さらに学説の多くもまた憲法19条違反の主張を退けた判決を批判し、職務命令が原告の思想、良心の自由を侵害するものとするような君が代訴訟のあり方、扱い方、あるいは論じ方に常にある種の違和感や疑問を抱いてきた。

そうした筆者の気持ちの一端は上述の拙著の当該章においても間接的ながらいくらか示されているが、それは端的に言えば、君が代訴訟をそのように憲法19条の問題とすることは適切ではなく、事件の本質をよく衝くものとはいえないのではないかということである。

こうした筆者の違和感や疑問をよく理解してもらうために、これまでにのべたことを繰り返すことになるが、君が代訴訟における原告の主たる主張（それはとりまなおさず判決の判断の主たる対象でもある）を簡単にまとめると、日の丸や君が代が戦前の我が国の軍国主義やアジア侵略との関係で一定の役割を果たしたとし、したがって入学式や卒業式等の学校の式典における日の丸の掲揚や君が代の起立斉唱には同調、協力できず、またそうした同調、協力を拒否する自由は憲法19条によって保障されているとして、起立斉唱やピアノ伴奏を強制する職務命令は憲法違反であるとするものであった。そしてこのような日の丸や君が代が果たしたという役割の捉え方やそれに基づき起立斉唱やピアノ伴奏を行うことはできないとの判断は、判決では「歴史観」ないし「世界観」といわれ、またそれに由来する「社会生活上の信念」といわれている。さらに原告は併せて、子どもにこうした日の丸や君が代が戦前の我が国の軍国主義やアジア侵略との関係で果たした役割を教えないまま、君が代を起立斉唱させた

り、その際自らがピアノ伴奏をすることは教師としての良心が許さないなどとも主張するが、このような思いは判決では上述の「歴史観」ないし「世界観」から生じる「教育上の信念」といわれている。

こうして大まかにいえば、君が代訴訟では従来主として職務命令が上述のような「歴史観」ないし「世界観」、あるいは「社会生活上ないし教育上の信念」を侵害し、そのことによって憲法19条に違反するか否かが争われたわけであるが、それはとりもなおさず、上述のような「歴史観」ないし「世界観」を憲法19条にいう「思想」とし（あるいはそれに該当する可能性があるものとし）、また「社会生活上ないし教育上の信念」を憲法19条にいう「良心」とする（少なくともそれに該当する可能性があるとする）ものであったといえよう。

しかし筆者は上述のような日の丸や君が代が我が国の戦前の軍国主義やアジア侵略との関係において一定の役割を果たしたという捉え方が言葉のふつうの意味で「歴史観」ないし「世界観」といえるのか、したがってまた憲法19条がその自由を保障する「思想」といえるのか、さらにまたそうした「歴史観」ないし「世界観」に由来する「社会生活上ないし教育上の信念」といわれる思いが憲法19条がいう「良心」といえるのか、かなり疑問を感じるのである。

「歴史観」という場合、それは、歴史がどのように進展してきたか、あるいは今後どのように進展するか、さらにはどのように進展するのが望ましいかということについての体系的に完成された見方とそれに基づく歴史の中で生じた事象の分析、把握、予測等を意味すると理解するのがふつうではなからうか。いい換えればそれはいわば歴史の進展についてのパースペクティブとそれを適用して導き出された歴史の発展や事象の理解ともいうべきものであろう。また「世界観」という場合も、文化・社会・経済・政治等の事象であれ、人間事象であれ、それを分析、把握し、批判あるいは受容の態度を決める源泉となる根本的で包括的なものの見方、及びそれに基づいてなされた事象の理解とするのが通常であらう。

しかし日の丸や君が代が我が国の戦前の軍国主義やアジア侵略との関係にお

いて一定の役割を果たしたという捉え方は、そうした「歴史観」や「世界観」とは異なるものではなからうか。それはむしろ我が国の過去の歴史の一時期にそうした事象があったという主張であり、「歴史」という言葉を使っていえば、1つの「歴史問題」の存在の主張ともいうべきものであって、体系性や包括性をもった見方とそれによって形成される歴史の発展やその中における諸事象、あるいは世界の諸事象についての理解である「歴史観」や「世界観」とは区別されるところがあると考えるべきではなからうか。

むろん筆者はだからといって上述のような原告らの我が国の戦前の歴史における日の丸や君が代の役割についての主張を誤謬であるとか、無意味であるとかいっているわけではない。筆者自身は問題にされるべきは軍国主義や侵略主義そのものであって、日の丸や君が代はそれに付随したものにすぎないと考えべきではないかと思うので、それらが独自に一定の役割を果たしたとするかのような主張には賛同できないのであるが、原告らのそういう主張には多くの賛同者がいることも事実である。ただいずれにせよ日の丸や君が代の役割の問題はそもそもそういう事象があったかどうかが争われる問題であって、存在する事象についての体系性や包括性を持った見方とそれによって得られた諸事象の理解である「歴史観」や「世界観」とは次元を異にするものであると考え、したがってそれを当然のように「歴史観」や「世界観」として扱うことに疑問を呈しているのである。

また憲法19条にいう「良心」については周知のように諸説があるが、筆者はそれが是非善悪の判断等の倫理的なものであれ、あるいは信仰的なものであれ、憲法19条によって「良心」として保護されるのは、当人にとっては多かれ少なかれ、血肉化されたもの、いい換えると本来的あるいは本能的なものであって、それを侵害することが当人の精神生活を損ない、倫理的、道義的な羞恥、怒り、絶望の念をもたらし、あるいは生きることの希望・意思・意欲の土台の喪失感をもたらすもの、また第三者からも同様にみなされるものを指すと理解すべきであると考えている。そして原告らの「社会生活上ないし教育上の

信念」といわれるものが直ちにそのままこうした憲法19条という「良心」になるわけではないと考えるのである。そのことを個人的なことも混じえて説明すれば、以下ようになる。

筆者は1941年生れなので戦争終結時は4歳であった。したがって戦争のことはほとんど記憶にないし、当然また当時の日の丸や君が代についての記憶や体験もない。君が代訴訟の原告らは全員そうした私よりも年下であると推測されるから、なおさら戦前の日の丸や君が代についての直接的な記憶や体験はないと思われる。にもかかわらず、戦前の我が国の軍国主義やアジア侵略との関係において日の丸や君が代が一定の役割を果たしたと捉え、主張するのは、おそらく個人的な学習と組合運動の中での学習、とりわけ後者の結果であろうと推測される。しかしそうした学習の結果修得された知識に基づく、学校の式典における日の丸の掲揚や君が代の起立斉唱に同調、協力してはならず、子どもにもそれを強制してはならないという「社会生活上ないし教育上の信念」といわれるものは、筆者には先にのべたように血肉化された本来的、本能的なものである「良心」というよりも、むしろ日の丸や君が代が軍国主義やアジア侵略を促進する役割を果たしたという学習の結果到達した主張を貫くための活動方針ないし教育方針と捉えるべきであるように思われる。

ここでももちろんだからといってそういう「社会生活上ないし教育上の信念」といわれるものを論難する気はないことをのべなければならぬが、こうして筆者は率直にいうと君が代訴訟を憲法19条の問題とすることに何かしらフィクショナルなものがあるような気がしてならないのである。筆者には原告らの起立斉唱行為やピアノ伴奏の拒否は、日の丸や君が代が戦前の我が国の軍国主義やアジア侵略との関係で一定の役割を果たしたという主張に立って中央政府や地方政府の政策、とりわけその文教政策をみた場合、「国旗及び国歌に関する法律」の制定やそれを受けて進められた卒業式や入学式等の学校の式典での日の丸の掲揚や君が代の起立斉唱は戦前の軍国主義やアジア侵略を反省せず、むしろ肯定するものであり、我が国に暗黒をもたらした軍国主義や侵略主

義の復活につながるおそれがあると危惧してなされた反対や抗議の意思を示す運動ないし行動と理解すべきもののように思われる。

そうだとすれば、そのような戦前の我が国の歴史で日の丸や君が代は否定すべき役割を果たしたとし、そういう主張と真っ向から対立すると判断される中央政府や地方政府の政策に反対する意思を地方政府の職務命令に対する不服従という形で示そうとする原告らの起立斉唱行為やピアノ伴奏の拒否といった行為は、人権論の問題としては、憲法19条の問題としてよりも、むしろ憲法21条の表現の自由の問題として論じられるべきではなかろうか。それはいい換えれば、君が代訴訟においては職務命令の合憲性よりも、職務命令違反を理由に不起立行為やピアノ伴奏の拒否に懲戒処分を科すことの合憲性の方が、懲戒処分の裁量論のみならず、その憲法論が中心的な争点とされるべきではなかろうかということである。

多くの判決が認めるように、不起立行為やピアノ伴奏の拒否は式典の積極的な妨害行為ではなく、それによってはさしたる式典の進行への支障は生じていないのである。その意味ではそれはささやかな反対活動であり、抵抗行為である。繰り返していえば、筆者はそうした表現行為に対してもつぱら職務命令違反という形式的理由で懲戒処分という法的不利益を科すことは、中央・地方政府の文教政策に対する反対の表現行為を過度に規制するものではないかという視角こそが重要ではないか、むしろそうした視角を中心とすることが、君が代訴訟の適切な扱い方、論じ方ではないかと考える。筆者の知る限りではこのことが従来余り指摘されなかったように思われるので、簡単ながら最後に試論的にこうして君が代訴訟の視角についてのべた。

これまで筆者自身、本節の冒頭でのべた従来の君が代訴訟の扱い方や論じ方についての違和感や疑問を十分に整理しないまま君が代訴訟判決を論じてきたところがあるので、以上にのべたことは筆者がこれまで説いてきたところとは整合しないところもあるであろうが、現在はこのように考える次第である。



註

- (1) 最判平成19・2・27民集61巻1号291頁。
- (2) 最大判昭和31・7・4民集10巻7号785頁。
- (3) 最判平成2・3・6判時1357号144頁。
- (4) 最判平成23・5・30民集65巻4号1780頁、判時2123号3頁①事件。
- (5) 最判平成23・6・6民集65巻4号1855頁、判時2123号3頁②事件。
- (6) 最判平成23・6・14民集65巻4号2148頁、判時2123号3頁③事件。
- (7) 最判平成23・6・21判時2123号3頁④事件。
- (8) ③判決において那須裁判官は補足意見として、ピアノ伴奏と起立斉唱行為は、前者が行為自体としては特に国旗、国歌に対する敬意を表するという要素が強いわけではなく、君が代が適切に斉唱されるための補助的作業であるのに対し、起立斉唱行為はその行為自体が自らの敬意を表明する意味を有するとともに、公立学校の教諭として、参加生徒らに模範を示すという側面を持つなどの相違点があるが、「他方で、いずれも入学式等の儀式において公立学校の教諭としての職務の1つとして求められている行為であること、その職務として行う行為の中に、濃淡・直接・間接の差はあっても、一定の敬意表明の要素が含まれるか、少なくともそう解される可能性が存在することなど、重要な共通点も存在する」とのべている。
- (9) ピアノ伴奏事件判決に関与した那須裁判官は③判決の補足意見で、第1と第2の理由は、「『君が代』の伴奏を命じる職務命令がそもそも憲法19条の保障する思想及び良心の自由についての制約に当たらないという見解を基本とするものであると解されるが、同判決では、さらに、職務命令が思想及び良心の自由についての制約に当たる可能性もあることを考慮して、憲法15条2項……、地方公務員法30条……、32条……、学校教育法18条2号……及び小学校学習指導要領の趣旨をも検討し、職務命令がその規定の趣旨に適うものであり、その目的及び内容において不合理であるとはいえない旨判示している」と説明している。
- (10) 最判平成24・1・16裁時1547号3頁（判時2147号①事件）、裁時1547号10頁（判時2147号127頁②事件）。
- (11) 拙著『人権判例の新展開』の例えば196~202頁。
- (12) 最判昭和52・12・20民集31巻7号1101頁。
- (13) 最判平成2・1・18民集44巻1号1頁。
- (14) 東京高判平成23・3・10判時2113号30頁②事件。
- (15) 東京高判平成23・3・25判例集未登載。