

〔公募論文企画〕

## 最高裁における良心の自由の意義

——君が代懲戒処分判決を題材に——

西原博史  
森口千弘

- I 企画の趣旨
- II 平成24年1月16日判決における「思想・良心の自由」の意義
  - 1 はじめに — 判例の概略
  - 2 裁量論における間接制約の有無
  - 3 本件事案の問題
    - (1) 木村説の問題
    - (2) 処分による思想抑制
    - (3) 懲戒処分の違憲性
- III 人権としての思想・良心の自由と「間接的制約」の実質——森口論文へのコメント——
  - 1 思想・良心の自由を問題にすること
  - 2 ピアノ判決と不起立判決の整合性と「間接的制約」
  - 3 被侵害者の心理的葛藤と強制される行為の性質
  - 4 侵害の実体は被侵害者の痛みか国家の邪悪な意図か

### I 企画の趣旨

本稿は、君が代懲戒処分判決（最一小判平成24年1月16日裁時1547号3頁，同10頁）を素材に、基本的人権の保障と、国民多数派の利害という憲法の目的が対立する場合に、最高裁が過去の判例との関係において、思想・良心の自由に対する間接的制約の内容と、処分庁の裁量論をどのように位置づけてきたのかを分析し、一連の判決のアプローチについて学生が上記判例を通じて検討を行い、教授がその内容について論評を加えたものである。

本稿の構成は、早稲田大学法学研究科学生である森口千弘氏が上記判例を検討したものに、早稲田大学社会科学総合学術院教授である西原博史先生がコメントを加えて統括するという形式となっている。そして、森口氏の論説部分は、

*Law&Practice* が公募論文として、本学法学研究科学生、法務研究科学生を対象にして、上記の君が代懲戒処分判決（最一小判平成 24 年 1 月 16 日裁時 1547 号 3 頁，同 10 頁）についての判例評釈を 10,000 字から 15,000 字で募集し，採用したものである。

公募論文という形式を採用したのは，法律論文雑誌である「*Law&Practice*」が，雑誌の公募論文という形式により，広く学生が持っている問題意識を学問の世界に提起するという橋渡しを行って，学生が学者の率直な論評を受けることによって，学問全体の底上げを目指すための重要な機能の一翼を担うことができると考えたためである。

*Law&Practice* は，法務研究科所属の学生有志により構成される団体であり，学生の持つ興味・関心を，法律論文雑誌「*Law&Practice*」の論稿を通じて，学問の世界のみならず，法曹実務家を含む社会全体に問題を提起し発信してきた。2007 年 3 月の第 1 号の発刊から既に 6 年が経ち，この間に，法律論文雑誌「*Law&Practice*」は学内紀要の域を超え，国立国会図書館のほか，国内の主要大学図書館・図書室，主要法律事務所，大手企業の法務部等にも献本配布され，収蔵されるにまで至っている。

そこで今回の企画は，第 7 号での新たな試みとして，本学法学研究科学生，法務研究科学生を対象に公募という形で問題提起を募るととともに，本学の教授の指導を仰ぐことで，より多くの方にご覧になって戴くことを目指して立案されたものである。

今回の企画で採り上げた君が代懲戒処分判決は，社会的に耳目を引く判決であるのみならず，基本的人権の核心部分である思想・良心の自由という重大な人権と，国民多数派の利害が交錯する，今後も判例の蓄積が予想される重要な分野の判例であると考えられる。

学生の新鮮な視点で展開される独自性のある論説と，最先端の教授による深遠な論評の展開をご一読いただければ幸いである。

## Ⅱ 平成24年1月16日判決における 「思想・良心の自由」の意義

早稲田大学大学院法学研究科修士課程2年  
森口千弘

- 1 はじめに——判決の概略
- 2 裁量論における間接制約の有無
- 3 本件事案の問題
  - (1) 木村説の問題
  - (2) 処分による思想抑制
  - (3) 懲戒処分の違憲性

### 1 はじめに——判決の概略

平成24年1月16日判決<sup>1)</sup>は公立学校の式典に際し、国歌斉唱時のピアノ伴奏ないし起立斉唱を行う職務命令に違反し懲戒処分を受けた上告人が処分の取り消しを求めた事案である。東京都教育委員会（以下都教委とする）は教職員に懲戒処分を課す際に、過去に受けた懲戒の原因となった非違行為と同種の非違行為を行った場合、量定を加重している。この処分基準によると、1回の不起立行為で戒告、2・3回目で減給、4回目で停職の処分が課される。

本判決は、君が代の伴奏や起立斉唱を命ずる職務命令については、最三小判平成19年2月27日判決（民集61巻1号291頁，以下ピアノ伴奏判決とする）及び最二小判平成23年5月30日判決（民集65巻4号1780頁），最三小判平成23年6月6日判決（民集65巻4号1855頁），最三小判平成23年6月14日判決（民集65巻4号2148頁）（以下③，④，⑤判決とする）を引き継ぎ合憲の判断を下した。したがって本判決で直接問題となっているのは上告人に戒告，減給，停職の処分を課した校長の裁量権の逸脱，濫用の有無である。

本判決は懲戒処分に関して，裁量権者の判断が社会観念上著しく妥当を欠く

---

<sup>1)</sup> 最一小判平成24年1月16日裁時1547号3頁（以下，①判決とする），同10頁（以下，②判決とする）。

ものは違法だとした昭和 52 年 12 月 20 日判決（民集 31 卷 7 号 1101 頁）及び平成 2 年 1 月 18 日判決（民集 44 卷 1 号 1 頁）を引用している。①判決及び②判決の多数意見によれば、不起立行為等の職務命令違反は「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……式典に参列する生徒への影響も伴うことは否定し難い」ものである一方、その動機、原因は「本件職務命令により求められる行為と自らの歴史観ないし世界観等に由来する外部的行動とが相違すること」であり、その様態は「積極的な妨害等の作為ではなく、物理的に式次第の遂行を妨げるものではない」（①判決）ものであり、式典の混乱も主張立証されていないとされている。

戒告処分に関しては学校の規律保持等の観点や教職員の法的地位や給与に直接の影響を及ぼすものではないため、多数意見は懲戒権者の裁量権の逸脱、濫用とは認められないと判示した。その一方で、都教委が減給、停職というより重い処分を課すためには慎重な考慮が必要であり、「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」（①判決）必要があると最高裁は指摘する。

式典を積極的に妨害することなく不起立し、減給、停職処分を受けた上告人に関しては、最高裁の判示は、過去の処分歴と照らしても減給及び停職処分の選択が重きに失するもので社会通念上著しく妥当性を欠き、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ものであるとするものであった。一方で、過去に卒業式における国旗の掲揚の妨害や引き下ろしや、服務事故再発防止研修において国旗国歌問題にかかわるメッセージが記載されたゼッケンの着用を行い、懲戒処分 5 回、文書訓告 2 回の処分を受けていた上告人に関しては、その処分歴を踏まえ 3 月の停職処分を課すという都教委の判断は「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性を欠くものとはいえず……裁量権の範囲を超え又はこれを濫用したものとして違法であるとはいえない」（①判決）として、懲戒処分が適法なものであると判示した。

## 2 裁量論における間接制約の有無

最高裁は、戒告処分を越えて減給、停職処分を課すことに相当性を基礎付ける具体的な事情を認めるための基準として、非違行為が式典の積極的な妨害に

当たるか否かを検討している<sup>2)</sup>。本件で問題となった非違行為はいずれも消極的な不起立行為またはピアノ伴奏拒否であったが、多数意見は過去の非違行為の様態に積極的な妨害行為が含まれるという事情を理由に、懲戒処分を加重し停職処分を課すことを容認した。このように、本判決は過去の国歌斉唱にかかわる非違行為の内容も含めた非違行為の程度、回数と懲戒処分による不利益の権衡を考慮し、処分の内容が裁量権の逸脱になるか否かを検討しているが、その際、判断過程統制の衡量要素の一つとして思想・良心の自由の間接的な制約が検討されており、審査の密度が深化しているという見方がある。

例えば、本件と近似する事例として神戸高専剣道受講拒否最判（最二小判平成8年3月8日民集50巻3号469頁、以下神戸高専最判という）がある。この判決は宗教上の理由で剣道の受講を拒否した生徒に対し、代替措置が容易に採れるにもかかわらず退学にまで至る処分を課したことを校長の裁量権の逸脱とした。ここでは、①判決と同様、退学処分について直接信教の自由の侵害があるとは認められていない。その一方で、神戸高専最判の裁量論において、信教の自由の侵害が考慮され審査密度が深まったとする見解がある。すなわち、この判決では、裁量統制における比較衡量の一要素として人権が考慮されており、それによって懲戒処分の一部取り消しが行われたとする立場である<sup>3)</sup>。

①判決における減給、停職処分の取り消しに関しても、神戸高専最判に対する上記のような見方と同様に考えることができるかもしれない。すなわち、本判決の裁量統制において、本件処分が思想・良心の自由を間接的に制約することが考慮され、審査密度が深まったという見方をなしうる。例えば西原博史は本判決の裁量論について「実質的な判断基準は、憲法十九条の思想・良心の自由」であり、「裁量権逸脱を認定するにあたって、不起立行為が自らの『歴史観・

<sup>2)</sup> 本判決に良心の自由と表現の自由の峻別を見出す論者もいる。例えば西原博史「最高裁『君が代』処分違法判決をどうみるか——良心の自由論によって得られたものと失われたもの」世界830号108頁（2012年）がある。西原は「自らに対する強制状態を回避する最小限の消極的な不服従」である良心の自由と「強制状態を回避するに留まらず、その強制状態の存在そのものに対する積極的抗議の意思表示」である表現の自由を二分して捉える（同書110頁）。その上で自らの良心そのものを外部的な侵害から守ろうとする行為と、自らの信条に基づいて他者に働きかける行為では法的評価の枠組みは変化すると述べる。

<sup>3)</sup> 亘理格「行政裁量の法的統制」芝池義一ほか編『行政法の争点[第3版]』116頁（有斐閣，2004年），川神裕「裁量処分と司法審査」判時1932号11頁（2006年），宍戸常寿「裁量論と人権論」公法71号100頁（2009年），宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』（日本評論社，2011年）308-309頁参照。

世界観』に起因する……という事情が大きく作用している」<sup>4)</sup>と述べている。この西原の見解によれば、思想・良心の自由への間接的な制約が多数意見の裁量論において考慮され、審査密度が深化しているということになる。

しかしながら、このような、最高裁が裁量論において思想・良心の自由への制約を考慮しているとの見解には疑問がある。最高裁は起立斉唱各判決において不起立行為について「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」（③判決 1788 頁）ことを認めている。しかしながら、ピアノ伴奏判決においては伴奏行為が思想・良心の制約になるとは述べられていない。また、起立斉唱判決以降の最高裁判例には「例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」<sup>5)</sup>と判示するものもあり、不起立行為とピアノ伴奏拒否が峻別されている<sup>6)</sup>と考えられる。

このように、判例上はピアノ伴奏行為と不起立行為の間において間接的制約の有無、あるいはその度合いが区別<sup>7)</sup>されていると考えられる。そうであるならば、両者をともに「不起立行為等」として一括りにしている本判決において、裁量論の中で思想・良心の自由が考慮され、審査密度が深化していたという見方については再検討する必要があるだろう。

先にあげた西原の見解は、直接的制約と間接的制約の区分を「一般的、客観的に制約と認められるものと、「行為者本人の基準で自らの信条を破壊される」という意味での制約との違いとして捉える<sup>8)</sup>という前提の下では成り立つ。西原

<sup>4)</sup> 西原・前掲注2) 108 頁以下。

<sup>5)</sup> 最判平成 23 年 6 月 21 日裁時 1534 号 1 頁。

<sup>6)</sup> 起立行為でなく、国歌の「斉唱」が強制されることに重きを置き、伴奏行為と国歌の斉唱行為を「外面的行為」と「自発的行為」に区分する見解として、佐々木弘通「『国歌斉唱』行為の強制と教員の内心の自由」法セ 595 号（2004 年）44 頁がある。

<sup>7)</sup> 棟居快行は「『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—JCLU 人権と 60 年』（新評論、2007 年）83 頁において、このような区分を行う佐々木説や最高裁の立場は「外観上も強制のゆえであって自発的意思のゆえではないことが明白でありさえすれば……原則として合憲となってしまう」もので、「強制が強ければ強いほど侵害とされにくいということであるから、解釈論上重大な背理」となると述べ、これらを批判する。

<sup>8)</sup> 西原博史「君が代訴訟の最高裁判決をめぐって」季教 170 号（2011 年）17 頁。

は間接的制約を「一般的・客観的」な敬意の表明と切り離して考えるため、敬意の表明の希薄さが間接的制約の度合いにかかわるものにはならないのである。起立斉唱判決以前の裁判例でも、東京地裁の2008年2月7日判決（民集65巻4号1974頁）のように、間接制約について、「一般的には……職務命令が原告らの……信条自体を否定するものとはいえないにしても、原告ら自身は……思想および良心の核心部分を否定するものであると受け止め」る場合における制約であるとして、西原の見解と近似の立場をとるものもある。

しかし、上述のように起立斉唱判決では、自らの信念に反する敬意の表明を含む行為を求められる限りにおいて間接的な制約を認めている。ここからは、最高裁が間接的制約と敬意の表明の要素が密接に結びついたものとして捉えていると読み取ることが可能であろう。ここで間接的制約となるのは「それ自体としては内心の自由を制約する目的はなく」ても「個人の歴史観ないし世界観において否定的な評価の対象となるものに対する敬意の表明の要素を含むものと一般的、客観的な見地からも認められる事例」<sup>9)</sup>であり、直接的制約と間接的制約は制約目的により区別される<sup>10)</sup>と考えるべきだと思われる。

したがって、仮に起立斉唱判決によって実質的にピアノ伴奏判決が変更されたにしろ、平成23年6月21日判決のように最高裁は不起立行為の強制と比べて、伴奏行為の強制が思想・良心の自由を制約する度合いは希薄であるとする立場をとり続けているように思われる。もちろん、思想・良心の自由への間接的制約の度合いが異なっても、裁量論の中で同様の配慮が行われていると考えることもできるかもしれない。しかし、そうであるならば、間接的制約の度合いの異なる不起立行為と伴奏行為は別々に検討する必要があるはずではないだろうか。

さらに、最高裁が思想・良心の自由と処分による不利益を比較して減給以上の処分にハードルを設けたと考えるならば、何故戒告処分のみは是とされるかが判然としない。多数意見は、戒告処分は給与上、勤務上直接の影響がなく軽微なものとしている。しかしながら、懲戒処分を課されれば賞与や昇給に影響するため、戒告による直接的な不利益は大きい。更に、本判決は過去数回の処分のみで戒告を越えた処分を課すことは裁量権の逸脱であると述べているが、

<sup>9)</sup> 評者不明「判批」判時2123号（2011年）5頁。

<sup>10)</sup> 渡辺康行「『日の丸・君が代訴訟』を振り返る」論究ジュリスト1号（2012年）113頁。

これを、上告人らが今後も自らの信念に従い続け消極的な不起立行為を続け処分歴が累積した場合でも戒告処分より上の処分を課すことを許さないものであると解することができるのか不明確である<sup>11)</sup>。仮に裁量論において思想・良心の自由が考慮されていたとすると、結局は減給以上の処分や、効果としてそれと同様の帰結が予想される戒告処分を妥当とするものの説明がつかないのではない。

本判決が、起立斉唱と伴奏拒否をまとめて「不起立行為等」として裁量論を展開している点、戒告処分を容認している点を考えると、本判決の裁量論の中に憲法論を見出すことは困難であるように思える。

### 3 本件事案の問題

#### (1) 木村説の問題

では、本判決においては思想・良心の自由が介在する余地はないのであろうか。学校式典での国歌斉唱時の不起立行為等に思想・良心の自由は関わらないという見解をとる論者に、木村草太がいる。木村はピアノ伴奏や起立斉唱を命じる職務命令の重要性が著しく低い点から、「故意に違反されても客観的に認定可能な支障や混乱の生じない命令は、必要性がなく違法」<sup>12)</sup>であるとの見解をとり、一連の事案を憲法 19 条の問題としては考えない。

木村は、式典での国歌斉唱の強制を思想・良心の自由の侵害とする見解に対して、「確かに儀式の場で歌曲を斉唱することは参加者の思想・良心に何らかの影響を与えるが、そのような影響をも思想・良心の自由への不当な侵害だとする見解は、校歌斉唱あるいは音楽授業での歌曲斉唱をも違憲無効とする異常かつ非現実的な帰結を導く」<sup>13)</sup>として、否定的な立場を取る。一方で木村は、君が代の伴奏行為を原因とする精神的・肉体的な健康被害が予測される場合には職務命令が安全保障義務に反する場合があるとし、更に、深刻な健康被害が予測されてもなお校長が重要度の低い職務命令を発すれば、そのときはその命令の

<sup>11)</sup> 雪竹奈緒「東京『君が代』裁判——二〇一二年一月一六日最高裁第一小法廷判決」法民 466 号 (2012 年) 73 頁。

<sup>12)</sup> 木村草太「国旗国歌訴訟上告審判決」法教 389 号別冊付録 (2013 年) 7 頁。

<sup>13)</sup> 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」自研 84 卷 12 号 (2008 年) 151 頁。



目的は特定の思想を持った教員への迫害とみなされるとする<sup>14)</sup>。

しかし、木村の見解にはいくつかの問題点があるように思われる。まず、木村は式典での国歌の斉唱と音楽の授業での国歌教育を同一視している。しかしながら、式典における教員はその本務たる子どもへの教育活動ではなく、「単なる校長の補助機関として学校行事の運営」<sup>15)</sup>に関わっているのみである。そして、「本源的な教育保障権限の行使を離れた国旗・国歌の指導に対しては、教師である前にまず一人の市民であるという論理で、基本的人権の主張が成り立つ場合があり得」<sup>16)</sup>という見地に立てば、式典の場で、教師に自らの信念に反する行為を強制することは憲法 19 条にかかわる問題として捉えうるであろう。

また、仮に木村や最高裁の見解をとり、本件職務命令に特定の思想の強制はなく、適法なものであると捉えたとしても、その結果生じた懲戒処分に違憲の可能性があるとされる。以下、本判決が回避している処分に関する憲法問題を検討する。

## (2) 処分による思想抑制

まず、本件懲戒処分がどのような意図でなされたものなのか、不起立行為以外の非違行為と比較して検討する。文部科学省が公表している平成 19 年度から平成 22 年度の教員への懲戒処分、訓告等の資料を見ると、東京都の不起立行為等に対する処分の実態を見て取ることができる。この期間に東京都において国歌斉唱、国旗掲揚のかかわる事案での懲戒処分、訓告等を受けたものは 54 名であるが、そのうち停職 8 件、減給 28 件、戒告 17 件、訓告 1 件となっている<sup>17)</sup>。この間の東京都教員のその他の非違行為にかかわる懲戒処分は、例えば体罰では 125 件中免職及び停職 0 件、減給 10 件、戒告 23 件、訓告等 92 件であり<sup>18)</sup>、公費の不正使用等では免職 2 件、停職 0 件、減給 9 件、戒告 5 件、訓告等 43 件となっている<sup>19)</sup>。このうち、鼓膜損傷や外傷、顔の打撲を伴う体罰でも停職処分

<sup>14)</sup> 木村・前掲注 13) 151-153 頁。

<sup>15)</sup> 西原博史『良心の自由 [増補版]』(成文堂, 2001 年) 461 頁。

<sup>16)</sup> 西原・前掲注 15) 461 頁。

<sup>17)</sup> 文部科学省ホームページ「教育職員に係る懲戒処分等の状況について」<[http://www.mext.go.jp/a\\_menu/shotou/jinji/1300332.htm](http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/jinji/1300332.htm)>より、「国旗掲揚、国歌斉唱の取扱いに係る懲戒処分等の状況一覧」の平成 19, 20, 21, 22 年度の統計から筆者が合算 (2013 年 1 月 11 日最終アクセス)。

<sup>18)</sup> 文部科学省ホームページ・前掲注 17) より、「体罰に係る懲戒処分等の状況一覧」の平成 19, 20, 21, 22 年度の統計から筆者が合算 (2013 年 1 月 11 日最終アクセス)。

<sup>19)</sup> 文部科学省ホームページ・前掲注 17) より、「公費の不正執行又は手当等の不正受給に係る懲戒処分等の状況一覧」の平成 19, 20, 21, 22 年度の統計から筆者が合算 (2013 年 1 月 11

はなく、重くとも減給処分、ほとんどの場合は戒告処分、訓告等にとどまっている。また、公費にかかわる事案でも、部費などの横領で免職処分が課されている事例があるものの、旅費や通勤手当の不正受給ではほとんどが訓告等であり懲戒処分が課される事例は少ない。また、体罰で生徒が外傷を負ったような場合でも、多くが懲戒処分には至らず訓告等にとどまっていることが分かる。さらに、免職、停職処分に関してこの資料から読み取れるのは、それらのほとんどは18歳未満へのわいせつ行為や飲酒運転による交通事故に対するものであり、極めて情状の重い非違行為にのみ課せられるものであるということであろう。

本件で問題となった非違行為は、卒業式等の式典で国歌斉唱の数十秒間着席していたというのみであり、多数意見も認めるように「本件では、具体的に当該卒業式又は記念式典の進行に支障が生じた事実は認められないとされている。」(①判決6頁)程度のものである。生徒に外傷を負わせるような体罰や意図的な公費の不正使用と比較したときに、消極的な不起立行為等をそれらと同等、又はそれらを超えるような量定に当てはまる非違行為であると解することは困難であろう。更に、不起立行為に対する訓告等は1件にとどまっており、この種の非違行為に対してはほぼすべて懲戒処分を課しているということがわかる。

また、東京都以外で行われた不起立行為等に関する処分と比較しても東京都の処分は際立って重くなっていることが分かる。この期間の全国の国歌斉唱、国旗掲揚にかかわる懲戒処分の事案191件のうち、東京都以外で減給の処分を課しているのは平成20年度の新潟県における減給処分の事例1件<sup>20)</sup>のみであり、停職処分を課しているのは東京都のみである<sup>21)</sup>。東京都以外の県では、不起立行為等に対しては(それが妥当かどうかは別として)訓告等や戒告処分に対処している。

さらに、多数意見によれば、都教委は過去に同種の非違行為を理由とする懲戒処分を受けていた場合、処分を加重するシステムをとっていたとされる。上述のように、不起立行為等に対する処分のほとんどが戒告処分以上であるために、複数回不起立行為を行えば極めて重い減給、停職処分を課されることになる。公立学校においては年に少なくとも2回(入学式と卒業式)以上国歌斉唱を

---

日最終アクセス)。

<sup>20)</sup> 文部科学省ホームページ・前掲注17)。

<sup>21)</sup> 文部科学省ホームページ・前掲注17)。

行う場面があり、1回目の不起立でも戒告処分を課される現状からすると、不起立行為等を行えば短期間できわめて重い処分を課せられることが予想される。

もちろん、体罰や公金の不正使用と、起立斉唱を命じる職務命令違反では非違行為の様態が異なり、単純な比較はできない。しかし、子どもに対する暴力行為や意図的な公金不正使用などの実際上の問題を引き起こす行為と比べて、式典を混乱させることなく不起立行為を行う行為に重い処分を課すことは、東京都教育委員会の処分量定の基準になる「非違行為の態様、被害の大きさ及び司法の動向など社会的重大性の程度」や「非違行為を行った職員の職責、過失の大きさ及び職務への影響など信用失墜の度合い」<sup>22)</sup>に鑑みても不当なものであろう。上述のような処分の様態を総合すると、東京都が行っている不起立行為に対する処分は思想を理由とする不利益な取り扱いと捉えることが可能であろう。

### (3) 懲戒処分の違憲性

思想を理由とした不利益取り扱いが行われた場合、他の個人との比較の上でそこでの別異取り扱いを問題視する憲法 14 条の違反と捉える場合と、憲法 19 条の思想・良心の自由の問題として捉える場合の二通りが考えられる。本事案のような不利益取扱いは憲法 19 条の問題として取り扱うのが妥当であるように思われる。

このような不利益取り扱いを思想・良心の自由の問題として捉える場合、単に他の非違行為との比較のみでなく、特定の思想、ここでは国旗や国歌に否定的な、あるいはそれを学校の式典の場で使用することに関して否定的な思想に対して、明らかに重い懲戒処分を課すことが適法な裁量行使といえるかが問題となる。法による規制とは、一定の要件を定めてその有無により規制を受けるものと受けないものを生じさせることであり、したがって、「当該要件に当たる事情を有していたがゆえに法律によって不利益を被ってしまう」集団ないし個人を生むこととなる<sup>23)</sup>。この「要件」には当然に憲法 19 条の保護を受ける「思想」も含まれると捉えることができるため、思想を理由として他者に比

<sup>22)</sup> 東京都教育委員会ホームページより、「教職員の主な非行に対する標準的な処分量定」<[http://www.kyoiku.metro.tokyo.jp/pickup/p\\_gakko/kizyun.htm](http://www.kyoiku.metro.tokyo.jp/pickup/p_gakko/kizyun.htm)>（2013年1月11日最終アクセス）。

<sup>23)</sup> 井上典之「法の下での平等」小山剛=駒村圭吾編『論点探究 憲法』（弘文堂、2005年）127-131頁。

して不利益を受けるといふ憲法問題が提起されることがある<sup>24)</sup>。すなわち、特定の思想を理由に不利益を生じさせることは、その思想を禁じたり、抑圧したりする効果を持ちうる。

本件懲戒処分は上記のように、思想を理由として重い懲戒処分を課していると思えられるため、特定の思想を狙い撃ちして不利益を与える意図があると考えられる。このような処分は、上告人らに自らの信念に反する行動を余儀なくされるか、教育現場にあり続けることが困難になるような処分に甘んずるかという二者択一を迫っていると捉えられるのではないだろうか。このような意図を見出せるのなら、本件懲戒処分は憲法 19 条に違反するものといえることができるだろう。

ピアノ伴奏判決以降、本判決にいたるまで最高裁が憲法 19 条の問題としているのは、意に反する外部行為を強制することが憲法 19 条に違反するのではないか、という問題である。最高裁は、職務命令に自己の信念を否定するような外部行為の強制があるのか、あるいはその強制に必要性、合理性があるのかを検討し、最終的にはピアノ伴奏行為や起立斉唱行為を命ずる職務命令を合憲としてきた。このような前提をとるため、最高裁は懲戒処分の妥当性に関して裁量論の逸脱の有無を問題としており、懲戒処分それ自体が憲法 19 条に違反するものになる可能性については検討されていない。しかしながら、上記のように本件懲戒処分は職務命令とは別個の、思想を理由とする不利益取り扱いの問題を含んでいるように思われる。本件の本質的な問題は職務命令の違憲の疑いが強いことである。しかし、仮に上述のような理解をなしうるなら、最高裁の示している職務命令を合憲とする判断を前提とした場合にも、懲戒処分に違憲の瑕疵があると主張することが可能になると思われる<sup>25)</sup>。

---

<sup>24)</sup> 井上・前掲注 23) 127-131 頁。

<sup>25)</sup> 処分違憲に関しては、宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典=野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012 年）77-79 頁および宍戸・前掲注 3) 憲法 308-310 頁参照。

### Ⅲ 人権としての思想・良心の自由と「間接的制約」の実質 ——森口論文へのコメント——

早稲田大学社会科学総合学術院教授  
西原博史

- 1 思想・良心の自由を問題にすること
- 2 ピアノ判決と不起立判決の整合性と「間接的制約」
- 3 被侵害者の心理的葛藤と強制される行為の性質
- 4 侵害の実体は被侵害者の痛みか国家の邪悪な意図か

#### 1 思想・良心の自由を問題にすること

基本的人権は、何を守ろうとするのか。簡単に見えるこの問いに正確に答えることは、もしかすると存外むずかしい。

基本的人権は、一人ひとりの個人が抱える「譲れぬ一線」を守るために、民主的政治過程における多数決が踏み越えてはならない限界ラインとして設定されている、という理解がある。個人の私的領域を想定し、国家権力の立ち入り禁止ラインとして憲法を機能させる立場である。

ごく常識的な理解である。しかし、憲法学は本当にこの譲れぬ一線を引き受けてきたのか。むしろ多くの場面で、国民多数派の利害関係を背負い、多数派にとって有利な法状況を求めるために人権保障が引き合いに出されているのではなかろうか。国民多数派にとって好都合な人権観念と、実際に権利侵害を受ける具体的な個人を救済できる人権観念は、場合によっては喰い違う<sup>1)</sup>。その間の選択は、常に自覚的だったのだろうか。

憲法 19 条も例外ではない。いや、むしろ、思想・良心の自由とは誰の、どのような自由なのかについての立場選択は、解釈者個人の憲法観、国家観を問う

---

<sup>1)</sup> 典型的には、「国民の生存権」を守ろうとする憲法 25 条解釈は、貧困に直面する具体的な個人による権利行使にむしろ桎梏をかぶせる。批判的検証に、拙著『自律と保護』67 頁（成文堂、2009 年）。

上での最も典型的な試金石になっているのかもしれない。以下、森口論文が投げかける問題を素材に、19条論の中で問われる選択肢を明示したい。その際、思想・良心の自由に対する、(1)「間接的制約」の位置、(2)侵害の実質、を検討した後、(3)権利と客観法制度の対比における位置づけをめぐる問いを設定していく。

## 2 ピアノ判決と不起立判決の整合性と「間接的制約」

合議法廷の判決文は、関わった複数の裁判官の間で成立した妥協的定式であり、体系性をもった一つの思想の表明ではない。特に、本特集が対象とする「君が代」関係の良心の自由事例に関する最高裁各小法廷の判決は、多くの少数意見で深い議論が展開している点に特徴がある。

この妥協的定式は、今後の判例の中において再解釈が必要となる。内部に組み込まれた矛盾を含む要素の中から、どの部分を次の時代に引き継ぎ、どの部分を妥協のために紛れ込んだ伐採すべき枝葉と捉えるかについては、複数の理解が成り立ち得る。創造的解釈を通じて憲法19条の規範内容を特定していく作業が必要になる。

特にやっかいなのは、前掲（森口論文）の2007年ピアノ判決と2011年起立斉唱諸判決の関係であり（後者の多数意見は前者を無視）、後者で採用された「間接的制約」の実体の正確な把握である。

一応の判断枠組を作り上げたのは、ピアノ判決だった<sup>2)</sup>。

r1: 職務命令は、一般的に当事者の歴史観・世界観を否定するものでない。

r2: 職務命令は、客観的に見て特定の思想の表明を強いるものでもない。

j: 職務命令は、目的および内容において不合理ではない。

この推論を経てピアノ判決多数意見は、伴奏命令が上告人の思想・良心の自由を侵害しないと結論づけた。ただ、この結論が制約の不存在を理由とするのか、正当化レベルの判断に基づくのかは、明らかでなかった。〈r1〉と〈r2〉から結論が出るなら〈j〉は不要な記述であり、〈j〉が存在する以上、実は正当化の必要な制約の存在は暗黙裡に肯定されたとする理解が成立し得たからである。調査官解説も、その後の下級審の多くも、侵害を想定した受け止め方に有利な記

<sup>2)</sup> 以下の記述で、〈r〉は制約 (restriction) 認定を支える事実、〈j〉は正当化 (justification) を支える事実、〈c(j)〉は正当化審査の基準 (criterion) を表す。

述を行う。

起立斉唱命令合憲諸判決に組み込まれた「間接的制約」は、この見えざる侵害認定の枠組を明らかにするはずのものだった。〈r1&r2⇒直接的侵害なし〉であるにもかかわらず、

r3: 職務命令は当事者に対し、個人の歴史観・世界観に由来する行動と異なる外部的行為を求める。

が成立し、〈r3⇒間接的制約あり〉とされた。その間接的制約の正当化可能性については、

c(j): 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審査基準が設定された。ただ、その基準の適用段階では、比較衡量的観点こそ打ち出されるが、実質的にピアノ判決の〈j〉認定と大差ないとの見方もできる。

そこから、ピアノ判決の判断枠組が起立斉唱諸判決に基本的に引き継がれ、前者で暗黙裡に組み込まれていた推論の前提を後者が明示しただけなのか（仮説1=制約拡張論）、それとも、両者の断絶を強調してピアノ判決では制約が否定されていたと捉えるのか（仮説2=制約限定論）の対立が生じる。森口論文は、第三小法廷判決だけに組み込まれた、ピアノ伴奏が「敬意の表明としての要素の希薄な行為」だとする推論を真に受け、制約限定論を選択する。そこには、「間接的制約」の実体に関する一つの問題がある。

たとえば第二小法廷判決は、「一律の行動を強制されるべきでないという信条」も同列に論じ、敬意の表明という行為の外面的意義を絶対化していない。これは、ピアノ判決を書いた小法廷として事案の違いを強調する必要に囚われた第三小法廷とは違う意識に基づくように見える。そして実際、不起立処分違法判決へと流れを発展させていくのも第三小法廷ではなかった<sup>3)</sup>。

### 3 被侵害者の心理的葛藤と強制される行為の性質

制約限定論を採る場合、ピアノ伴奏命令では生じずに起立斉唱命令では生じる「間接的制約」とは何かを説明する枠組が必要になる。起立斉唱諸判決では起立斉唱が「敬意の表明としての要素を含む」点が挙げられる。だから何なの

<sup>3)</sup> 森口論文掲載の不起立処分違法判決は第一小法廷による。

か。

だから何かを説明しようと第三小法廷は、意に反する敬意の表明が「心理的葛藤」を生じさせると指摘した。しかし、ピアノ判決の基礎にある事案でも葛藤は存在しており、葛藤を強調すると制約限定論全体が崩れる<sup>4)</sup>。

それに対して森口論文は、直接的制約の基準を国側の意図に求めつつ、強制された行為の一般的・客観的な性質から見て意に反する敬意の表明が強いられた場合には制約が成立するとの立場を採る。葛藤という侵害を受ける当事者の痛みではなく、あくまで一般的・客観的な行為の性質に制約認定の根拠を求めようとする考え方である。ただ、そこでは一体何が制約の認定、すなわち正当化されない限り推定上違法だとする判断を基礎づけるのだろうか。侵害された側の痛みではなく。

森口論文が参照する佐々木弘通はもともと、「行為者の自発性に基づくのであれば意味をなさない行為」が強制されることで固有に思想・良心の自由に対する侵害が生ずる「自発的行為強制型」を切り出す際、『意図型』の積極的な筋としての性格をより強く持つものを掴み出す」ことを狙っていた<sup>5)</sup>。しかし佐々木自身、判例との整合性を試みる中で、この「自発的行為強制型」を「非意図型」の解釈枠組として説明するに至る<sup>6)</sup>。これにより彼は、侵害されるものの実体把握についての難問を抱え込んだ。決定的なのが被侵害者の痛みでも、国側の邪悪な意図でもないとする時、「自発的行為強制型」の侵害類型に特徴的なのは、行為者の偽りの信条が外部から推認されることだ。いわば信条に関わる名誉権のような観点である。が、それに対して特に高い正当化の必要が成り立つ理由は明らかではない<sup>7)</sup>。

<sup>4)</sup> この葛藤論はピアノ伴奏判決補足意見以来の那須裁判官の立場に由来するが、制約限定論とは整合しない。森口論文も紹介するように規制側の意図や一般的・客観的な効果から認定できる侵害が直接的、本人基準で認識されるものが間接的、とする私見（前掲森口論文注8）は、枠組において那須裁判官と一定の前提を共有するが、この立場ではピアノ伴奏命令に間接的制約を否定するのはもともと困難。論争状況につき、渡辺・前掲森口論文注10）参照。

<sup>5)</sup> 佐々木弘通「『人権』論・思想良心の自由・国歌斉唱」成城66号（2001年）25頁。佐々木が自発的行為強制型による違憲を全員が国歌斉唱したい場面でも認定するのは、その理由に基づく。これが彼のいう「人権」の論理に忠実であるかは疑問なしとしない。

<sup>6)</sup> 佐々木弘通「19条」芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタル憲法』（日本評論社、2011年）155頁。

<sup>7)</sup> この点、私見が判例の基礎に見て取る「思想弾圧ターゲット論」（拙著『良心の自由と子どもたち』（岩波書店、2006年）20頁）では、信条表明の強制は、治安維持法下における「転向」の表明強制の連想につながる。が、これは直接的制約の問題。



伝統的な憲法学の理論枠組からすると、おそらく佐々木が当初強調していた意図型としての実質を強調する方が体系的な整合性を取りやすい。ただ、被侵害者の痛みでなく、国家の邪悪な意図が人権侵害の認定にあたって決定的だとする時、もう一つの問題が生じる。

#### 4 侵害の実体は被侵害者の痛みか国家の邪悪な意図か

森口論文は、懲戒処分における処分庁の裁量権行使を裁判所が審査する際に統制密度が高まった理由を、間接的制約の存在でなく、「思想を理由とする不利益取り扱いの問題を含んでいる」点に求める。これは、制約限定論に基づくと間接的制約がないにもかかわらず、ピアノ伴奏拒否による懲戒処分についても不起立処分取消判決で処分庁の裁量が羈束されている事情を説明しようとするものである。

もちろんこうした狙い撃ち的な思想差別は、処分をまつまでもなく、起立命令の段階で認定できたはずであり、最高裁が一貫して思想差別的な意図・実質を否定してきたことと整合性を欠くとの批判がただちに思い浮かぶ。しかし、森口論文の独自性は、思想差別的な意図・実質が職務命令時点では証明不可能であり、処分の重さを見た時に初めて法的にレレヴァントな水準に高まると見る点にある。これは一応の説得力をもつ。そして、憲法 19 条の規範的意義として、国家による特定思想に対する狙い撃ち的侵害の排除を核とする上記の憲法学の伝統的な理論枠組との関係でも、森口論文の立場は体系的支持を得る。

ただ、そこには別種の問題が隠れている。裁判所による審査密度を決めるにあたり、被害者本人に生じる痛みは無視できるが、国家行為としての邪悪さは決定的な要素だ、とする憲法論が、本当に人権論としての実質を持つのが問われるからである。むしろ、思想・良心の自由が個人の主観的な防御権だという際、特定の行為を強制された時に一貫性ある人格として自らを維持できないという悲鳴として現れる痛みこそ、少なくとも正当化の必要な制約の閾値を決める上で最重要と考えられるべきなのではなかろうか<sup>8)</sup>。

もちろん、特定思想を国内から撲滅しようとする国家の邪悪な意図は、民主主義とも立憲主義とも相容れない。憲法上、最も排斥すべき事態であることは

<sup>8)</sup> 拙著『良心の自由 [増補版]』(成文堂, 2001年) 105頁。

間違いない。そこに、憲法 19 条の目的は思想弾圧の禁止である、個人に対して生じる痛みは思想弾圧を認定するための手段——手段的価値において、他の認定手段と等価な重みをもつに過ぎない——手段——としての重みを持つに過ぎない、とする理論枠組が成立する余地が残る。そして、被侵害者視点ではなく、国家行為の目的・性格類型によって憲法上の権利保障の実質が導かれるような推論構造は、新たな形で理論化されようとしている。たとえば長谷部恭男は、「すべての個人に対する平等な尊重と配慮」という一般原理を踏まえ、国家による規制の理由づけ方によって人権侵害事例が識別されるモデル<sup>9)</sup>を提唱する。

外部的行為の領域における良心の自由論は、もともと「個人にとっての譲れぬ一線を守るための防壁」という、冒頭に示した視点を踏まえる。だが、国家の立ち入ることのできない個人の私的領域を確保することが人権保障の目的なのか、それとももっと高次の所に人権保障の「真の」目的があるのかは、一つの間いとして残る。思想・良心の自由は、民主主義を成り立たせるための制度として憲法上保障されているのか、それとも自己目的なのか。自己目的だとするならば、なぜそのような目的のために法秩序を動かさなければならないのか。

法と良心の衝突ケースを扱う憲法 19 条論は、必然的に、解釈者に対して人権とは何かについての自覚を迫る。森口論文が示すのは、その選択における一つの——私見にとっては、おそらくどこかで根本的に相容れない——自覚的なモデルであり、それが拓く論争の新しい地平である<sup>10)</sup>。

<sup>9)</sup> 長谷部恭男『憲法 [第 5 版]』(新世社, 2011 年) 110 頁。

<sup>10)</sup> なお、本コメントでは教師の地位に関わる論点はすべて割愛した。森口論文による木村草太の位置づけを含め、西原博史ほか「最高裁教育判例における教師像の展開」東京大学大学院教育学研究科教育行政学論叢 32 号 113 頁 (2012 年) 参照。