

起立斉唱訴訟における問題の本質(1)

——公教育における公権力の内在的限界⁽¹⁾

巻 美矢紀

〈目次〉

はじめに——憲法19条の焦点化による問題の矮小化

I. 起立斉唱判決の検討

1. 「間接的制約」概念の検討

- (1) 制約の検討における一般的・客観的見地の意味
- (2) 「間接的規制」／「付随的規制」の区別
- (3) 判例における「間接的制約」概念の検討

2. 「間接的制約」に関する合憲性の判断枠組み

- (1) 精神的自由の規制における政府の恣意の蓋然性
- (2) 合憲性審査における「間接的制約」の位置づけ
- (3) 判例の「相関的・総合的比較衡量」の検討

II. 起立斉唱訴訟の問題の本質

1. 再構成された判例法理による本件検討

- (1) 職務命令の目的・内容
- (2) 規制の態様
- (3) 職務命令の合理性・必要性

2. 炙り出された真の目的

- (1) 職務命令と中間目的との合理的関連性の検討

3. 「教師としての思想・良心」の本質(以上、本稿)

4. 教育公務員の積極的な意見表明に関する問題

III. 教師の教育の自由の再定位

おわりに

(1) 本稿は、第3次起立斉唱訴訟を審理する東京地方裁判所に2013年7月22日に提出した意見書を基礎とするものである。

はじめに——憲法19条の焦点化による問題の矮小化

東京都教育委員会が平成15年10月23日に発した通達(以下、「10.23通達」とする)に基づいて、東京都の公立学校の校長が出した職務命令、具体的には、入学式や卒業式等の学校行事の儀式において国歌斉唱の際に教職員に対し起立・斉唱を命じる職務命令(以下、「上記職務命令」とする)の合憲性・適法性をめぐる訴訟(以下、「起立斉唱訴訟」とする)については、平成23年5月30日の第2小法廷判決を皮切りに、一連の最高裁小法廷判決(以下、「起立斉唱判決」とする)が出され⁽²⁾、合憲・適法との判断が固まった。

起立斉唱訴訟では、もっぱら憲法19条の思想・良心の自由に焦点が当てられたが、それにより、問題の本質が見えにくくなってしまっただけでなく、問題が矮小化されてしまったように思われる。たしかに憲法19条論は民主主義の正統性の問題、すなわち民主主義の正統性を確保するために、多数決による決定からも保障されるべき私的領域の確保という問題であり、それ自体きわめて重要な問題である。しかし、憲法19条の焦点化により上記職務命令に対する不服従は国旗国歌に対する観念について多数派を形成する「普通の人々」に、教育公務員であるにもかかわらず「変わり者」の「単なるワガママ」と受け止められてしまったのである。

しかし、起立斉唱訴訟の問題の本質は、「普通の人々」も含めたすべての人に関係する「公共性」、しかも根底的な意味での「公共性」の侵害であり、不起立教員の意図としても、教育公務員であっても許される私的領域の確保を求めたというより、むしろ教育公務員だからこそ職責として公教育における公権力の内在的限界を、不服従という消極的な形で告発する、という方が主であるように思われる。この問題の本質を可視化して、公論を喚起するためには、19条だけでなく、まさに教育公務

(2) ①最2判平成23・5・30、②最1判平成23・6・6、③最3判平成23・6・14、判時2123号3頁以下。また、処分違法判決については、最判平成24・1・16判時2147号127頁。

員の職責に着目して教師の教育の自由を再構成した上で、正面から議論する必要がある。

たしかに、教師の教育の自由は、国家vs教師集団の「権力闘争」⁽³⁾と評される、従来の日本の教育裁判では、公教育の内容決定における公権力の介入を排除する教師側の理論武装として用いられ、この意味での教師の教育の自由は、旭川学テ大法廷判決⁽⁴⁾で否定された。それゆえ、起立斉唱訴訟では、教師の教育の自由に基づく主張は不利と解された⁽⁵⁾。しかし、起立斉唱訴訟で議論されるべき教師の教育の自由は、公教育の内容決定における公権力の介入を前提に、それに対する歯止めとして、公教育における公権力の内在的限界を画すものであることに留意する必要がある。

もっとも、起立斉唱訴訟は、19条の古典的な「思想ターゲット論」⁽⁶⁾の問題でもある。たしかに、上記職務命令は「内心に反する行為の強制」という、近年学説で承認されている新たな制約類型に形式的には該当するものの、この類型は政府に侵害の意図がないことを前提とする「非意図型」であることに注意する必要がある⁽⁷⁾。この点、上記職務命令が依拠する10.23通達の隠された真の目的は、まさに特定の思想を標的として否定することにあると考えられる。すなわち、平成23年6月6日第一小法廷判決の反対意見において宮川裁判官が指摘するように「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、その歴史観等に対する否定的評価を背景に、不利益処分をもってその歴史観等

-
- (3) 西原博史「『君が代』不起立訴訟最高裁判決をどう見るか——良心の自由の『間接的制約』と『必要性・合理性』をめぐって」世界2011年9月号113頁。
- (4) 最大判昭和51・5・21刑集30巻5号615頁。
- (5) 座談会「戦後教育制度の変遷——戦後教育の軌跡と現況、将来の課題」ジュリ1337号28頁〔戸波江二教授の発言〕。
- (6) 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2012年5月号109頁。
- (7) 佐々木弘通「思想・良心の自由と国歌斉唱」自由人権協会編『憲法の現在』(2005、信山社)298頁。

に反する行為を強制しようとする事」にあると解される。起立斉唱判決が上記職務命令を、政府の侵害の意図を前提としない「付随的制約」ではなく、まさに客観的・一般的見地に基づいて「間接的制約」と位置づけていることは、示唆的で興味深い。

ともかく、仮に起立斉唱判決の判断枠組みである総合的比較考量を前提としたとしても後述のとおり、思想・良心の自由に対する規制の性格の経験的考察からすれば、立法事実の検証が求められ、それにより真の目的が炙り出されることになる。上記の宮川裁判官の指摘は、まさしく立法事実の検証の結果である。

そして、こうした立法事実の検証により、10.23通達のもう一つの隠された真の目的として、強制が憲法上許されない生徒に対して、国旗・国歌ひいてはそれらによって象徴される国家に対する敬愛を「刷り込む」こと、という憲法上許されざる目的が炙り出されるのである。これこそが、教師の教育の自由によって議論すべき問題なのである。

以上が本稿の骨子である。まず、先例となる起立斉唱判決について検討する。

I. 起立斉唱判決の検討

起立斉唱判決のポイントは、平成19年の「君が代」ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決(以下「ピアノ判決」とする)⁽⁸⁾との比較により明確になる⁽⁹⁾。両判決はともに結論としては職務命令を合憲と判断したが、思想・良心の自由の制約について、後者は制約があるとは明示しなかったのに対し、前者は「間接的制約となる面がある」ことを認めて、その場合の合憲性の判断枠組みを示したのである。

以下では、起立斉唱判決のポイントである、「間接的制約」概念と、合憲性の判断枠組みについて順次検討する。

(8) 最3判平成19・2・27民集61巻1号291頁。

(9) 比較について、渡辺康行「『日の丸・君が代訴訟』を振り返る——最高裁判決の意義と課題」論究ジュリ1号(2012)3頁以下など。

1. 「間接的制約」概念の検討

(1) 制約の検討における一般的・客観的見地の意味

起立斉唱判決は、思想・良心の自由の制約の検討において、まず上記職務命令が直接的制約であることを否定する。その判断はピアノ判決と同様、職務命令の対象となる行為の一般的・客観的性質および外部からの認識にもとづいている。すなわち、起立斉唱行為は、「一般的、客観的に見て」、「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、したがって、上告人の歴史観ないし世界観を否定することと不可分に結びつくものとはいえず、上記職務命令は上告人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、外部からの認識という点においても、慣例上の儀礼的な所作として認識されるものであり、特定の思想又はこれに反する思想の表明として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。したがって、上記職務命令は、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とされる。

このように起立斉唱判決は上記職務命令が直接的制約であることを否定したものの、ピアノ判決と異なり、再び、職務命令の対象となる行為の一般的・客観的性質にもとづいて、上記職務命令が「間接的制約となる面がある」ことは認める。すなわち、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。したがって、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される。

以上のように起立斉唱判決は、直接的制約／間接的制約について明確に定義をしないまま、上記職務命令が直接的制約であることを否定する議論だけでなく、間接的制約となる面があることを認める議論においても、起立斉唱行為の性質の一般的・客観的評価に立脚している。

しかし、これに対しては、既にピアノ判決に対し、「思想・良心の在り方が個人によって多様であるという出発点を無視する」などと批判され⁽¹⁰⁾、最高裁内部でも宮川反対意見をはじめ、補足意見においても議論されている。

たしかに、多元的社会における思想・良心の内容の開放性を真面目に考えれば、一般的・客観的見地、すなわち多数者の視点だけで考えることは不十分であり、個々の当事者との関係で、規制がもたらす負担の重さを具体的に検討する必要がある。しかし、起立斉唱訴訟における19条の問題は、まさに一般的・客観的見地にもとづいても「間接的制約となる面がある」ことにあり、古典的な問題と解される。そして、それは最高裁が「付随的制約」概念ではなく、「間接的制約」概念を単独で用いていることに現れていると思われる。

かつては判例や学説において、「間接的制約」は「付随的制約」と並列的あるいは互換的に使用される例もあったが、近年、両者の区別の必要性が主張されている。

(2) 「間接的規制」／「付随的規制」の区別

① 表現の自由の領域における区別の必要性

判例において「間接的制約」概念がはじめて用いられたのは、公務員の政治的行為の規制の合憲性が争われた猿払判決(最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁)であり、そこでは「間接的・付随的制約」として、並列的に用いられていた。その後、また、猿払判決の調査官を担当した香城判事は「間接的・付随的制約」を、表現の自由以外の精神的自由の

(10) 西原博史「『君が代』伴奏拒否訴訟最高裁判決批判——『子どもの心の自由』を中心に」世界2005年5月号141頁。

規制類型として一般化するとともに、間接的制約と付随的制約を並列的にだけでなく互換的にも使用していた⁽¹¹⁾。

これに対し、長谷部恭男教授は近時、少なくとも表現活動規制の局面に関する限りは、「間接的・付随的規制」と「単なる付随的規制」の厳密な区別を主張する。それは、「間接的・付随的規制」の法理を的確に理解するために必要であり、また、間接的・付随的規制の法理を広範に適用することは、内容規制と内容中立規制を区別する表現の自由の法理の根幹を掘り崩す危険性があると考えられている⁽¹²⁾。

長谷部教授によれば、猿払判決後のアメリカの判例法理の本格的展開により、「間接的・付随的規制」概念は、表現の自由においては、アダルト映画館の設営の規制⁽¹³⁾など、性表現規制に限定して用いられるとともに、「単なる付随的規制」と区別されている。すなわち、「間接的・付随的規制」とは、「一見したところ内容規制であるかのように見えるにもかかわらず、実際には当該表現活動から派生する間接的(secondary)な害悪を防止するための規制が、付随的(incidentally)に表現活動を抑制してしまうものを言う。こうした規制は、伝達されるメッセージの内容に着目しているわけではなく、派生的な害悪の抑止を狙っている規制であるため、内容中立規制として取り扱われるべきだとの法理である」⁽¹⁴⁾。これに対し、猿払判決の調査官解説に影響を与えたオブライエン判決〔United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968)〕で問題とされた徴兵カードの焼却行為は、「規制そのものは表現活動に向けられたものではなく、たまたま規制対象となる行為が象徴的言論として遂行された場合

(11) 阪口正二郎「猿払事件判決と憲法上の権利の『制約』類型」論究ジュリスト1号(2012)21頁。

(12) 長谷部恭男「表現活動の間接的・付随的制約」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』(2012、有斐閣)237-41頁、注(19)(31)参照。

(13) City of Renton v. Playtime Theatres, 475 U.S. 41 (1986)。

(14) 長谷部・前掲注(12)。なお、ファーバーは、ある効果が、「間接的」と言えるためには、その効果が問題となる表現の内容と関連はしているものの、その関連性が必然的ではなく偶発的なものでなければならないことを示唆する。

に、表現活動への規制としての性格を付随的に有するにいたるものと理解すべき」で、「単なる付随的規制」なのである。

以上の「間接的・付随的規制」／「単なる付随的規制」の区別の必要性の主張は、表現の自由における内容規制／内容中立規制の区別を意識したもので、「少なくとも表現活動規制の局面に関する限りは」との留保が付されている。これに対し、ドイツの憲法裁判所の合憲性の判断枠組みとして定式化されている「三段階図式」の導入を提唱する近年の有力説は、制約の態様が第三の正当化段階での審査密度決定の考慮要素となることから、表現の自由の領域を超えて一般的に、「間接的制約」／「付随的制約」の区別を主張する。

② 憲法上の権利の「制約」類型

小山剛教授によれば、「付随的規制」とは、「ある特定の法益を保護するために、その法益を害するおおよそあらゆる行為を禁止する規制が、表現行為や職業活動に対しても及ぶ場合(刑法130条とビラ配布の禁止、自然災害を理由とした立ち入り禁止による取材の自由、知る自由の制限など。また、いわゆる象徴的表現に対する規制の多くもこれに当たる)」をいう。そして「間接的」規制の例として、オウム真理教解散命令事件決定(最決平成8・1・30民集50巻1号199頁)があげられ、『『間接的』規制と言えるのは、《宗教法人に対する解散命令は、宗教的結社の自由を直接に制限するものではなく、また、信徒の信教の自由を直接に制限するものではない》という場合に限られよう」とされる⁽¹⁵⁾。

小山教授は、「付随的規制」を「直接的規制」と対比させ、後者を「憲法上の権利に対して意図的・直接的に法的規制を加えるもの」としている。この記述および上記定義から、「付随的規制」の特質としては、まさしく付随性、すなわち憲法上の権利が規制対象となることに対する非

(15) 小山剛『『憲法上の権利』の作法』(2011、尚学社)36-37頁。同様に、「間接的規制」と「付随的制約」を区別するものとして、宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』(2011、日本評論社)38頁以下。また曾我部真裕「間接的制約、付随的制約」『憲法論点教室』(2012、日本評論社)94頁以下。「直接的規制」と「付随的規制」の区別については、高橋和之「審査基準論の理論的基礎(下)」ジュリ1364号(2008)121頁。

意図性と解しているものと思われる。また、「間接的規制」の特質としては、まさしく間接性と解しているものと思われる。

他方、判例も近年では、表現の自由の領域を超えて、信教の自由や思想・良心の自由の領域においても、「間接的制約」概念を使用するとともに、「付随的制約」と並列的ではなく、単独で使用している。そこで次に、判例における「間接的制約」概念を検討することにしたい。

(3) 判例における「間接的制約」概念の検討

「間接的制約」概念が用いられた判例として、宗教法人の解散命令が信者の信教の自由を侵害しないかが争われた、オウム真理教解散命令事件決定がある。

それによれば、「法的規制が、信者の宗教上の行為を法的に制約する効果を伴わないとしても、これに何らかの支障を生じさせることがある」が、それは「間接的で事実上のものである」とされる。このように上記決定は規制の「効果」に着目しているが、規制の「目的」にも着目していることに留意する必要がある。上記決定は、宗教法人法81条が定める解散命令制度について、「専ら宗教法人の世俗的側面を対象とし、かつ、専ら世俗的目的によるものであって、宗教団体や信者の精神的・宗教的側面に容かいする意図によるものではない」としているのである。

しかし、ここで否定された「意図」は、政府の不当な動機という、そもそも憲法上許されない目的であることに注意する必要がある。

これに対し、「直接的規制」と「付随的規制」の区別のポイントである「意図性」は、規制が憲法上の権利の行使を標的とすることを意味する。したがって、それは政府の不当な動機だけでなく、正当な動機も含むものである。

「付随的規制」は、要するに、規制が憲法上の権利の行使を制約することは想定外だった、当該規制との関係でアブノーマルな事案に対応するものなのである。だからこそ、当事者の視点が重要であり、当事者との関係で、規制が深刻な心理的矛盾・葛藤を生じさせ、人格崩壊の危機にさらすような場合、その制約の程度は、当事者との関係ではきわめて強く、それゆえ、適用違憲による個別的免除が検討される⁽¹⁶⁾。なお、

「付随的規制」はアブノーマルな事案であり、それゆえ、その合憲性判断は、規制それ自体の合憲性判断に包摂されないことから、日本の合憲性審査のように、法令の合憲性審査を先に行って法令合憲と判断された後でも、適用違憲の余地がある⁽¹⁷⁾。

上記決定では、規制は信教の自由の行使を標的とするものではないが、規制の効果が、事実上とはいえ憲法上の権利の行使に負担を課すものであり、しかも、それは想定されているということ(広義の「意図性」)に注意が必要である。想定されている以上、政府の実際の意図としては、事実上、憲法上の権利の行使を妨げるといふ、不当な動機であるかもしれないからである。したがって、まず、広義であれ規制の意図に着目することが重要である。留意すべきことは、規制の意図性の有無に関する判断は、一般的・客観的見地に立脚するということである。この意味で、起立斉唱判決が、起立斉唱行為の一般的・客観的見地に立脚したことは妥当といえる。

起立斉唱行為は、「一般的、客観的に見て」、「国旗・国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為」であり、それゆえ、起立斉唱を命じる上記職務命令は、上記敬意の表明に応じ難い者にとって、思想・良心の自由に対して負担を課すものであり、こうした事実上の負担は、まさに一般的・客観的見地に立脚するがゆえに、政府も当然想定している。とりわけ「君が代」「日の丸」について反発が経験上予測されうる日本においては、なおさらである。起立斉唱判決は、エホバの証人剣道受講拒否事件⁽¹⁸⁾とパラレルに論じられることがあるが、後者は広義の意図性すら否定される「付随的規制」の事案であることに注意する必要がある⁽¹⁹⁾。

(16) 個別的免除は濫用のおそれがあるととともに、個人の思想・良心に公権力が立ち入ることを認めることから、「人々が良心的異議を持つ可能性のある法を作らないという形で、『一般的免除』を認める必要がある」ことを主張するものとして、佐々木くみ『『思想の自由』を真面目にうけとること』ジュリ1400号(2010)80-81頁。

(17) 宍戸・前掲注(5)297-98頁。

(18) 最2判平成8・3・8民集50巻3号469頁。

2. 「間接的制約」に関する合憲性の判断枠組み

(1) 精神的自由の規制における政府の恣意の蓋然性

思想・良心の自由の「間接的制約」に関する合憲性判断枠組みの考察⁽²⁰⁾は、思想・良心の自由との関係で、「間接的制約」の特質である、非直接性および広義の意図性をどのように位置づけるかという問題である。

まず、思想・良心の自由の性格について検討する。比較法的にみると、内心それ自体を変えることはできないこと、内心は外部的行為と密接に関連していることなどから、思想・良心の自由は信教の自由や表現の自由に含意され、独立に保障されるのは珍しい。日本国憲法において思想・良心の自由が独立に保障されているのは、戦前の反省に基づいているとされる。戦前、治安維持法により、政府が特定の思想・良心それ自体を否定するということが行われたのである。個人の歴史観・世界観といった体系化されたものだけでなく、個人の行動を規律する深い信念を否定することは⁽²¹⁾、まさに個人の人格それ自体を否定することであり、個人の尊重に立脚する立憲主義においては、許されない目的である。

しかし、立憲主義が確立した国家においては、もはやそのようなあからさまな野蛮な侵害が行われることは考えにくい。もっとも、留意すべきことは、規制の表向きの理由としては、もっともなものが掲げられていたとしても、規制の実際の動機あるいは真の目的が、思想・良心それ自体を否定することにあるという、巧妙な侵害の危険性は、高いということである。なぜなら、既述の治安維持法や、古くはローマ帝国におけるキリスト教の迫害など、歴史的に時の権力は統治を行いやすいように、自らにとって都合の悪い思想・良心(信仰)それ自体を禁止し、また自らにとって都合の悪い内容の表現を規制してきたのであり、内面的お

(19) もっとも、しばしば指摘されるように、剣道受講拒否事件は実は、エホバの証人の生徒の公立学校からの締め出しを目的としたものと解されうる事実があり、そうであれば「直接的規制」の事案である。

(20) 佐々木・前掲注(16)75頁参照。

(21) 西原・前掲注(3)115頁など。

したがって、思想・良心の自由の保障範囲に関する従来の学説は、妥当ではない。信条説は狭すぎる一方、内心説は広すぎる。

よび外面的精神活動については、経験的に、公権力の恣意が働く蓋然性が高いのである。

それゆえ、アメリカの判例法理では、表現の自由をはじめとする精神的自由権の規制については、民主的政治過程を通じた自己回復が困難であるということもさることながら、経験的に、公権力の恣意が働く蓋然性が高い領域であることから、二重の基準論が採られてきた。表現の自由の規制の中でも、とりわけ公権力の恣意が働く蓋然性が高い領域である内容規制については、厳格審査基準が採られ、さらに目的と手段の関係を厳格に問うことにより、規制の隠された真の目的を炙り出そうとしてきたのである⁽²²⁾。

(2) 合憲性審査における「間接的制約」の位置づけ

それでは、規制に公権力の恣意が働く蓋然性が高い思想・良心の自由との関係で「間接的制約」はどのように評価されるか、より具体的には、「間接的制約」の特性である広義の意図性および非直接性はどのように評価されるか。

広義の意図性は既述のとおり、規制が憲法上の権利に事実上負担を課すことを想定していることを意味する。その場合、表向きに掲げられた規制の目的としては、もっともらしいものであったとしても、規制が憲法上の権利に事実上負担を課すことを想定している以上、政府の実際の動機としては、まさにその事実上の負担をもたらすという、憲法上許されない不当な動機である蓋然性は高いのである。したがって、広義の意図性を特性とする「間接的制約」については、少なくとも思想・良心の自由の領域においては、立法事実を検証し、規制の隠された真の目的を炙り出す必要があるのである。

なお、究極的な価値観が競合する現代の多元的社会においては、一般的には予測しえない特殊な信念が存在しうるのであり、これこそが一般

(22) 長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会、2006)107-08頁、阪口正二郎「違憲審査基準の2つの機能」『憲法理論の再創造』(日本評論社、2011)163-68頁。

的・客観的見地の限界である。こうした一般的には予測しえない信念については、一般的には予測しえない以上、そもそも公権力がそれを標的にすることはできない。しかし、一般的には正当とされる規制が、特殊な信念の持ち主との関係で、たまたまその信念に反する外部的行為を要求し、その者の人格の核心を侵害し、思想・良心の自由に重い負担を課すということはあるのであり、それが「付随的制約」である。そもそも近年議論されるようになった「内心に反する外部的行為の強制」という類型は、政府による内心の自由の侵害の意図がない場合を前提としていたことを想起すべきである⁽²³⁾。

次に、非直接性について検討する。一般に、直接的な規制の方が、間接的な規制の場合より、規制の強度が強いと考えられる。もっとも、規制の非直接性は、規制の効果との関係では既述のとおり、法的なものではなく事実上の支障を意味するのであり、必ずしも規制の強度、すなわち規制を受ける側の負担の重さを意味するわけではない。憲法上の権利の侵害の合憲性審査において、憲法上の権利の重要性とともに規制の強度が審査基準の厳格度を設定する主要な要素である⁽²⁴⁾ことから、規制の強度を検討する必要がある。「間接的制約」は広義の意図性を前提とする以上、規制の強度については、規制それ自体の強度だけでなく、規制違反に対する制裁の強度も含めて、一般的・客観的見地に基づいて、類型的に評価が行われるべきである。

以上の考察から、広義の意図性と非直接性を特質とする「間接的制約」については、少なくとも思想・良心の自由の領域においては、立法事実を検証し、規制の隠された真の目的を炙り出す必要があり、また負担の程度に応じて、審査基準の厳格度を設定する必要がある。

起立斉唱行為は、最高裁が示すように、「一般的・客観的に見て、国旗・国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為」であり、それゆえ、起立斉唱を命じる上記職務命令が依拠する10.23通達は、懲戒処分覚悟で上記敬意の表明に応じ難いとする者にとって、思想・良心の自由に重

(23) 佐々木・前掲注(7)298頁。

(24) 小山・前掲注(15)70頁など。

い負担を課すものであることが想定される。想定される以上、規制の実際の主要な動機としては、思想・良心の自由に重い負担を課すことであるという蓋然性が高い。したがって、本件を含む起立斉唱訴訟では、規制の真の目的を炙り出すために、少なくとも規制の目的と手段との関連性を立法事実に基づいて実質的に検討する必要があるのである。

(3) 判例の「相関的・総合的な比較衡量」の検討

起立斉唱判決では、間接的な制約も制限が必要かつ合理的なものである場合は合憲とされ、間接的制約の合憲性の判断枠組みとして、総合的な比較衡量が採られている。すなわち、思想及び良心の自由についての間接的な制約にも、「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」とされる。

このような合憲性の判断枠組みを前提として、起立斉唱判決は上記職務命令の必要性・合理性について、関連法令を羅列して抽象的・観念的に論じるのみで、実質的な検討を行っていない⁽²⁵⁾。すなわち、判決によれば、「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」とされる。

こうした実質的な検討の不在は、比較衡量論の採用というより、「相関的・総合的な比較衡量」の採用による。調査官解説とされる判例時報の匿名解説によれば、最高裁は、「間接的な制約の態様等との相関性の

(25) 西原・前掲注(3)121頁。

度合いに応じて、その外部的行動を命ずる職務命令にその間接的な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衡量の観点から合憲性を判断する」手法を採用しているとされ、求められる必要性・合理性の程度は「間接的な制約の態様等との相関関係における総合的な衡量によって判断される」⁽²⁶⁾。本件では、間接的な制約の態様等の問題性が小さいとして、形式的・抽象的検討でも足りると解されているようである。

しかし、繰り返しになるが、思想・良心の自由の規制については、経験的に、政府の恣意が働く蓋然性が高いことから、「意図性」を特質とする「間接的規制」の場合、規制の真の目的を炙り出すために、立法事実の検証が求められ、中間審査基準以上の審査基準を採用する必要がある。

もっとも、日本の判例は、精神的自由の直接規制についても、目的・手段審査として構成されるアメリカ流の審査基準論ではなく、総合的比較衡量論を採っているものと解される⁽²⁷⁾。比較衡量論に対しては、以前から、質の異なる利益を比較する共通の物差しがないことから、裁判官の主観的判断を拘束することができず、公益優先の判断がなされがちであるなどの問題点が指摘されてきた⁽²⁸⁾。裁判官の主観的判断のためには審査基準論が適切であると解されるが⁽²⁹⁾、判例に変更を迫ることは実践的に得策ではないであろう。

もっとも、近年の調査官解説においてしばしば指摘されているように従来判例も、例えば集会の自由に関する泉佐野市民会館事件最高裁判決(最判平成7・3・7民集49巻3号687頁)では、二重の基準論の発想にもとづき、「明白かつ現在の危険」の基準を取り入れるなど、「個々の具体的な事案に応じて、その処理に適する基準を適宜選択してその内容を

(26) 匿名解説・判時2123号6頁。千葉補足意見が「相関性」の理解に資する。

(27) 匿名解説・判時2123号6頁。また高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報61巻12号13頁参照。

(28) 高橋・前掲注2714頁。

(29) 高橋・前掲注2714頁。

変容させ」、「あえて特定の基準を定立してこれに縛られることなく、柔軟な対処」⁽³⁰⁾をしてきたとされ⁽³¹⁾、比較衡量論をベースにしつつも、審査基準論を取り入れてきたのである。

そこで、本件についても、比較衡量論をベースにしつつも、既述の精神的自由の規制に関する審査基準論的発想を取り入れて、思想・良心の自由に対する政府の恣意的な規制の蓋然性の高さから、広義の意図性を特性とする「間接的制約」について、規制の真の目的を炙り出すために、立法事実の検証をふまえた実質的な検討を行うべきである⁽³²⁾。

Ⅱ. 起立斉唱訴訟の問題の本質

1. 再構成された判例法理による本件検討

以下、起立斉唱判決で示された、総合的比較衡量の各要素について、立法事実の検討をふまえ実質的に検討する。

(1) 職務命令の目的・内容

最高裁は、「学校の卒業式や入学式等という教育上の特に重要な節目となる儀式的行事においては、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序を確保して式典の円滑な進行を図ることが必要である」ことを指摘し、これを職務命令の目的としている。しかし、「生徒への配慮」が具体的に何を意味するか不明である。また、上記目的との関係で、関連法規や地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性をあげて

(30) 匿名解説・前掲注276頁。起立斉唱判決で補足意見を執筆した千葉勝美裁判官は、調査官を務めた成田新法事件の解説で、こうした議論を展開しており(最判解民事篇平成4年度220頁)、それは、その後の他の調査官解説でもしばしば見られる。例えば、最近の国公法2事件最高裁判決の調査官解説と思われる匿名解説を参照。

(31) 自ら「縛られることなく、柔軟に対処」することの、基準定立機関にとつての「旨み」、そして、その問題性が指摘されている。蟻川恒正「最高裁判決を読む」法教391号(2013)118頁注(12)。

(32) 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」『慶應の法律学 公法1』(2008、慶應義塾大学出版会)86頁参照。

いるが、とりわけ関連法規については羅列するだけで、上記目的との関係が明確ではない⁽³³⁾。

たしかに上記目的はそれ自体としては正当であるとしても、上記目的の合理性を支える社会的事実があるかどうか疑わしい。不起立不斉唱により違和感が生じるとしても、そもそも、それは間接的とはいえ憲法上の権利を規制するための正当な利益とはいえない⁽³⁴⁾。不起立不斉唱は積極的な妨害行為と異なり、不作為に過ぎず、上記目的を侵害する具体的危険はない。したがって、実質的に検討するならば、そもそも上記目的の設定が正当であるかどうか疑問である。

また起立斉唱判決は、職務命令の目的、その根拠となる関係法令等の諸規定、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性に「照らし」、上記職務命令の内容を、「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」としている。

しかし、そもそも職務命令の内容の特定において参照された職務命令の目的が、(1)で検討したように正当であるか疑わしい以上、内容も実質的に検討すれば、「式典における慣例上の儀礼的な所作として」に限定されるかどうか疑わしい。

(2) 規制の態様

起立斉唱判決は、規制の態様について、「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」ことを理由に、「相関的・総合的比較衡量」を採用している。

もっとも、最高裁は自らに反し、「個人の内心に及ぼす影響その他の諸事情」に立ち入って検討せず、単に、結果として間接的な制約となる面があることを再言するのみである。すなわち、「本件職務命令は、一

(33) 西原・前掲注(3)121頁。

(34) 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」立憲法務研究2号(2009)24頁。また長谷部・前掲注(12)238-39頁参照。

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、それが結果として上記の要素との関係におい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となるという点で、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うことができる」とされる。

しかし、原告側の信念は、行動を規律する深い信念であり、これに反する外部的行為を命じる上記職務命令は、心理的矛盾・葛藤や精神的苦痛を生じさせ、「譲れない一線」を超えるものであり、間接的とはいえ、強度の制約である。

たしかに、原告側の信念と同様の信念を有するとしても、宮川反対意見が指摘するように、その信念の「内面における深さの程度は様々」であり、割り切って起立・斉唱する者や、面従腹背する者もいるであろうし、逆に、その信念が人格の核心を構成し、人格崩壊の危機にまでさらされる者もいるであろうことが考えられ、影響は様々である。しかし、そもそも既述のとおり「間接的制約」は「付随的規制」と異なり、行為の一般的、客観的見地に基づいて認められるものであり、内心に及ぼす影響についても一般的類型的に論じられるのである。懲戒処分覚悟で上記職務命令に反した者という一定の事案類型との関係では、上記職務命令は、少なくとも、心理的矛盾・葛藤や精神的苦痛を生じさせ「譲れない一線」を超えるもので、結果として重い負担を課すものであり、それは、あくまで一般的、客観的見地に基づく類型的判断である。

(3) 職務命令の合理性・必要性

以上の検討をふまえ、「相関的・総合的比較衡量」により、まず、上記職務命令に求められる合理性・必要性の程度について検討する。職務命令の目的および内容が仮に正当なものであるとしても、制約の態様は強度のものであり、合理性・必要性の程度は緩和すべきではない。一般的、客観的見地に基づいて規制の態様が強度である以上、それは予測可能であり、それこそが実は規制の真の目的である蓋然性が高い。したがって、規制の真の目的を炙り出すために、職務命令の合理性・必要性について、立法事実に基づいた実質的な検討が求められる。

職務命令の合理性については、職務命令の目的設定の実質的正当性と重なるが、不起立不斉唱は、職務命令の目的である「教育上の行事にふさわしい秩序を確保して式典の円滑な進行を図ること」を侵害する具体的な危険はないことから、起立斉唱を命じる職務命令がそもそも合理的であるとはいえない。実際、宮川反対意見において指摘されているように、10.23通達前も、「式典は一部の教職員ら不起立不斉唱行為があったとしても支障なく進行していた」のである。

また職務命令の必要性についても、宮川反対意見が指摘するように、「(受付を担当させる等、会場の外における役割を与え)」るなど、より制限的でない代替的な手段が考えられ、職務命令が必要とはいえない。

以上のように、そもそも職務命令の合理性を支える社会的事実が存在しないことから、薬事法違憲判決(最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁)と同様、隠された真の目的の存在が示唆される。また規制目的は重層構造をなしており⁽³⁵⁾、具体的な目的が手段となる中間目的との関係では、本件職務命令は不合理ですらあるということに注意する必要がある。だからこそ最高裁も既述のとおり、上記職務命令の具体的目的と関係法令との関係を明確に論じていないのであろう。上記職務命令は中間目的との関係では不合理ですらあるということは、上記職務命令との関係でまさしく合理的となる、隠された目的の存在を示唆するのであり、規制の真の目的が炙り出されることになる。

2. 炙り出された真の目的

(1) 職務命令と中間目的との合理的関連性の検討

上記職務命令の具体的な目的が手段となるような中間目的として、起立斉唱判決は、高等学校学習指導要領における「国旗国歌条項」をあげる。すなわち、「学校教育法が、高等学校教育の目標として国家の現状と伝統についての正しい理解と国際協調の精神の涵養を掲げ(同法42条1号、36条1号、18条2号)、同法43条及び学校教育法施行規則57条の2の規定に基づき高等学校教育の内容及び方法に関する全国的大綱的基

(35) ピアノ判決における藤田裁判官の反対意見を参照。

準として定められた高等学校学習指導要領も、学校の儀式的行事の意義を踏まえて国旗国歌条項を定めている」とされる。「国旗国歌条項」とは、「高等学校学習指導要領(平成11年文部省告示第58号。平成21年文部科学省告示第38号による特例の適用前のもの。以下「高等学校学習指導要領」という。)第4章第2 C(1)は、『教科』とともに教育課程を構成する『特別活動』の『学校行事』のうち『儀式的行事』の内容について、『学校生活に有意義な変化や折り返しを付け、厳粛で清新な気分を味わい、新しい生活の展開への動機付けとなるような活動を行うこと。』と定めている。そして、同章第3の3は、『特別活動』の『指導計画の作成と内容の取扱い』において、『入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする。』と定めている」ものである。

しかし、中間目的である国旗国歌条項、すなわち「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする。」との関係では、本件職務命令は逆に不合理ですらある。本件職務命令は、「式典における慣例上の儀礼的な所作」という価値中立的なものであれ、「指導」を教員に命じるものではなく、単に起立斉唱という「行為」を教員に強制するものだからである。

そもそも国旗や国歌は国家の象徴であるが、象徴というものは人間の理性ではなく感性に訴えかけるもので、国旗や国歌は歴史的に、国民を統合するための安易な手法として用いられてきた。そして、入学式や卒業式はまさに「教育上の特に重要な節目となる儀式的行事」で、保護者や来賓も出席するなど、日常的な学校生活とは異なる緊張感がある。このようなただならぬ雰囲気において、起立斉唱を式次第に組み入れることは、生徒との関係では強制でないとしても、生徒に同調圧力を生じさせる。まして、学校生活におけるまさに「指導」者である教師が一律に起立斉唱することは、同調圧力を高める⁽³⁶⁾のであり、それは「指導」で

(36) 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」法時80巻9号82頁。

はなく、生徒の判断を介在させない「刷り込み」である。

したがって、教員に一律に起立斉唱を命じる上記職務命令、ひいては、それが依拠する10.23通達は、起立斉唱行為の「要素」として「一般的、客観的に」認められた「国旗及び国歌に対する敬意の表明」、ひいては、国旗及び国歌によって象徴される国家それ自体に対する敬意を、教員を媒介として、本来強制しえない生徒に、「自然な」ものとして刷り込むという目的⁽³⁷⁾にとって、合理的で効果的な手段なのである。こうして、上記職務命令がまさしく合理的であるような別の目的が示唆され、真の目的が炙り出されることになる。

たしかに、国家が自らに対する同意を調達することは、自己統治としての民主主義にとって不可欠である。しかし、同意は真の同意でなければならず、十分な判断能力を前提に、言論などによる説得を通じて獲得されたものでなければならない⁽³⁸⁾。この点、「自然な」ものとして刷り込まれた敬意や敬愛による同意は、そもそも刷り込まれる者の理性を介在させない点で根源的に全体主義的であり、強制よりも悪質で危険である。したがって、このような刷り込み式愛国心教育は、後に論じるように、旭川学テ判決において公教育における公権力の内在的限界を超えるものとされ、そもそも憲法上許されざる目的なのであり、だからこそ、表向きとしては、他の一見もっともらしい目的をかかげざるをえなかったのである。

また、こうして真の目的が炙り出されることにより、それに付随する目的も炙り出される。本件職務命令は、刷り込み式愛国心教育を阻害する教員を炙り出す「踏絵」であり、定期的に行われる入学式・卒業式により処分の累積が予測されることから、最終的には阻害教員の排除をも狙うシステムといえるのであり⁽³⁹⁾、裏を返せば、教師に教育行政の単なる手足として盲目的服従を迫り、公権力の内在的限界の逸脱に対する歯

(37) 西原・前掲注(6)114頁参照。

(38) West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).
 蟻川恒正『憲法的思惟』(1994、創文社)参照。

(39) 西原・前掲注(3)123頁参照。

止めを掘り下げるシステムとして、まさに合理的なのである。

3. 「教師としての思想・良心」の本質

以上のように、上記職務命令は中間目的である国旗国歌条項との関係では不合理ですらあり、それがまさしく合理的となるような真の目的が炙り出されたが、この真の目的から、起立斉唱訴訟における問題の本質も浮かび上がってくる。すなわち、刷り込み式愛国心教育は、公教育における公権力の内在的限界を超えるものと解されることから、それに対し教師は、公権力の媒介となることを不作為により拒否し、内在的限界を超える公権力の行使に歯止めをかけようとしたものと解される。

したがって、本件も含めた起立斉唱訴訟の問題の本質は、教育公務員であっても、特殊な思想・良心がどこまで個人として尊重されるかという、私的領域の限界事例の問題というよりむしろ、まさしく教育公務員であるがゆえに職責として、内在的限界を超えた公権力の媒介となることを拒否し、それにより公権力の内在的限界を問うという、公的領域の限界事例の問題なのである⁽⁴⁰⁾。この問題を、思想・良心の自由に対する侵害という形で実質的に問うべく構成されたのが、「教師としての思想・良心」である。それは、ピアノ判決における藤田裁判官の反対意見により再定位され、本件の原告すべてにより主張される信念なのである。

この点、起立斉唱判決は、こうした信念を「教育上の信念」として、私的な歴史観・世界観等と一応区別しつつも、それに「包摂される事柄」として包括的に処理してしまっている。しかし、既述のとおり、前者はあくまで公的領域の限界事例の問題であり、後者の私的領域の限界事例の問題と区別されるべきである。したがって、包括的処理を回避し、問題の本質に焦点をあてるためには、思想・良心の自由に対する侵害とは別に、「教師の教育の自由」に対する侵害を前面に押し出すべきである。

(40) 棟居快行『憲法学の可能性』(2012、信山社)329頁、「日本国憲法研究第7回 思想・良心の自由 [座談会]」ジュリ1395号 (2010) 126頁〔長谷部恭男教授の発言を参照〕。

たしかに、教師の教育の自由は、かつての一連の教育裁判における国家(公権力)と教師集団との「権力闘争」を想起させ、また、旭川学テ最高裁判決以降、国民教育権説が主張する意味では否定され、2006年の改正教育基本法では、公教育が「法律に基づいて」行われることが規定された(16条)ことから、思想・良心の自由に対する侵害が前面に押し出されたのかもしれない。しかし、問題の本質は、公教育の内容における国家権力の介入を前提に、その内在的限界を問うというものであることに留意する必要がある。それは、私的領域の確保としての思想・良心の自由では語りきれず、問題を矮小化するだけでなく、見えにくくしてしまうのである。

そこで次に、憲法における教師の教育の自由を、アメリカの判例・学説における親の教育の自由の再定位を手がかりに再考し、その視点から旭川学テ判決を読み直すことにしたい。結論から言えば、教師の教育の自由は、アメリカの判例における親の教育の自由と同様、反全体主義原理として、公教育における国家権力の内在的限界を画す、道具的権利として再定位すべきであり、起立斉唱訴訟でも、教師の教育の自由に対する侵害と構成して、公教育における公権力の内在的限界を問うべきである。