

論 説

君が代斉唱をめぐる
司法消極主義と積極主義 (二)

—外部行為の強制と教員の思想・良心の自由—

中 谷 実

一 はじめに

二 消極主義のアプローチ

《消極主義 I》

(一) 「処分性を欠くゆえ不合法として却下」アプローチ

(二) 「損害を避けるため他に適当な方法があり、訴訟要件を欠くゆえ却下」
アプローチ

《消極主義 II》

《消極主義 III》

(一) 「信念 (19 条保護)・職務の公共性に由来する内在的制約/裁量権の逸脱,
濫用なし」アプローチ (以上, 前号)

(二) 「信念 (19 条保護)・精神活動を否定, 強制しない・様々な解釈があり,
世界観と直結しない/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ

(三) 「信念・信念と不可分に結び付かない・思想の表明, 強制, 禁止, 告白の
強制ではない/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ

(四) 「信念 (19 条保護)・信念と不可分に結び付かない・思想の表明, 強制,
禁止, 告白の強制ではない/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ

(五) 「信念 (19 条保護)・信念と不可分に結び付かない・思想の表明ではな
い・全体の奉仕者/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ

(六) 「信念・信念と不可分に結び付かない・核心部分の侵害でない/裁量権の
逸脱, 濫用なし」アプローチ

(七) 「信念 (19 条保護)・信念と不可分に結び付かない・核心部分でないとし
ても必要性や合理性必要/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ

(八) 「信念 (19 条保護)・信念と不可分に結び付かない・核心部分の侵害でな
い/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ (以上, 本号)

二 消極主義のアプローチ

《消極主義 III》

〔承前〕

- (二) 「信念（19条保護）・精神活動を否定，強制しない・様々な解釈があり，世界観と直結しない/裁量権の逸脱，濫用なし」アプローチ

A 概要

これは，原告らの信念は19条で保護されるとするが，一定の外部的行為を命じる職務命令は，内心における精神的活動を否定したり，原告らの思想，良心に反する精神的活動を強制するものではなく，また，君が代には様々な解釈がありうるのであって，職務命令は，原告らの世界観と直結しないと，憲法19条に反しないと。そして，懲戒における裁量権の行使において，裁量権の逸脱，濫用はないとし，原告の主張を斥けるアプローチである。このアプローチは，対抗価値にコミットするが，教員の思想・良心の自由へもかなりコミットしている。

B 裁判例

(1) H-17.4.26〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕福岡地判平成17年4月26日¹⁾(LEX/DB, ②→H-20.12.15〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠〕福岡高判, ③→H-23.7.14〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠〕)は，後述のように教育委員会により減給処分を受けた原告らに対する処分は取り消すが(H-17.4.26〔起立斉唱(減給)/取消・国賠〕福岡地判参照)，戒告処分を受けた原告に対する処分については次のように述べ処分を認容する。起立斉唱を求める本件職務命令が憲法19条に違反するとの主張について，【信念テーゼ（19条保護）】(後述C(1)(a)参照)，

【嫌悪感、不快感に一定の配慮必要テーゼ】(後述C(1)(b)(ア)参照)を述べるが、他方、【国歌テーゼ】(後述C(2)(b)(ア)参照)「本件職務命令は、その内容から一定の外部的行為を命じるものにすぎないことは明らかであり、それ自体が個人原告らの内心における精神的活動を否定したり、個人原告らの思想、良心に反する精神的活動を強制するものではない」、「君が代を歌うということ自体は外部的行為にすぎず、君が代を歌えないという考えは、君が代は、天皇を賛美する歌であるという、君が代についての様々な解釈の1つを前提とするものであり、個人原告らの人間観、世界観と必ずしも直接に結びつくものではない²⁾。君が代に対する考え方そのものは、むしろ君が代の歌詞の解釈、見解の相違にとどまり、原告らの「根底にある思想が憲法19条により保障されることから、ただちに君が代を歌えないという考え自体が憲法19条にいう思想、良心にあたるということはできない」、原告らの「根底にある思想、良心の面で配慮すべき点はあるといえるとしても、君が代を歌えないとの考えがただちに憲法19条にいう思想、良心として保障されるということはできないから、君が代を起立して斉唱することが、原告らの思想、良心に反する行為であるとまではいえない」とし、本件職務命令は、憲法19条に違反するものとはいえないという。また、国際人権規約B規約違反の主張、憲法20条1項及び2項違反の主張も斥け、「不当な支配」(旧教育基本法10条1項)とはいえないとし、校長の裁量権逸脱についても否定する³⁾。かくして、戒告処分を受けた原告らによる取消請求、国賠請求を斥ける(校長らへの賠償請求、労働組合の国賠請求も斥ける)。

C このアプローチを支える思想

(1) 教員の思想・良心の自由への積極的(プラスの)コミット・対抗価値への消極的(マイナスの)コミット

(a) 【信念テーゼ(19条保護)】

H-17.4.26〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕福岡地判は、「原告らは、概略、天皇制が部落差別等の差別の原因となっている、第二次世界大戦時における日

本のアジア侵出に天皇制が果たした役割が大きい、学校において国家が特定のイデオロギーを教育することは許されないとの考えを有しており、このような考えやその基となる部落差別等の差別撤廃を求める意思、戦争に対する嫌悪、国家の教育に対する関与のあり方についての意見は、教員としての「原告らの職業意識と相俟って、個人原告らの人間観、世界観に関わるものと解されるから、憲法 19 条にいう思想、良心といえる」、「憲法 19 条は、内心における思想、良心の自由を完全に保障しており、公務員であってもこの保障が及ぶことは当然であるから」、「原告らが内心において上記の思想、良心を抱くことは自由であり、その自由は憲法 19 条により保障される」という。

(b) その他

(ア) 【嫌悪感、不快感に一定の配慮必要テーゼ】

H-17.4.26〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕福岡地判は、「本件職務命令がただちに憲法 19 条に違反するということはできない」と結論するものの、「君が代を歌うことに対する個人原告らの嫌悪感、不快感に一定の配慮をすることが必要である」、「根底にある思想、良心の面で配慮すべき点はある」、「原告ら教職員のみならず、児童、生徒やその保護者の中にも、君が代を歌うことや卒業式、入学式において君が代斉唱を実施すること自体について嫌悪感、不快感を有する者がいること、君が代を国歌とすることについて、現在でもなお反対の意見があることからすれば、校長が、その裁量において、君が代斉唱を実施するか、する場合にどのような方法で実施するか、教職員に対し職務命令をもって起立して斉唱することを求めるか等を決定するにあたっては、これらの児童、生徒やその保護者、教職員の存在に一定の配慮をすべきことは当然である」という。

(2) 対抗価値への積極的(プラスの)コミット・人権への消極的(マイナスの)コミット

(a) 【指導要領テーゼ】

H-17.4.26〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕福岡地判は、「学習指導要領中の

歌法の制定前においても、君が代は国歌としての地位にあったと認めることができる」という⁴⁾。

(イ) 信教の自由違反でないテーゼ⁵⁾

(ウ) 「不当な支配」でないテーゼ⁶⁾

(エ) 条約違反でないテーゼ⁷⁾

(3) 司法哲学

若干、積極的な面も見られるが、基本的には、やはり消極的な司法観である。

D このアプローチをめぐって

(1) H-17.4.26〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕福岡地判は、後述のように減給処分については裁量権の逸脱とするが、戒告処分については適法とした。この点、「本件判決の最大の意義は、減給処分に教育委員会としての裁量権逸脱を確認した点にある。ただ他方、本件判決は戒告処分は適法としたわけであり、そこでの判断は原則論的というよりは、ぎりぎりのバランスを追求する現実論的なものといえる。本件においては、教師の思想・良心の自由に対する侵害が問われていた。それに対して判決は、真っ先に思想・良心の自由に対する侵害を否定した。判決は、不起立の背景にある信条が『個人原告らの人間観、世界観に関わ』り、憲法 19 条にいう思想・良心に該当することを認めながら、『君が代が歌えないという考え』自体に人生観・世界観としての実質を否定し、君が代斉唱を単に外部的行為に関わるものとした。この点には、良心の自由に関する理論的發展からして看過できない問題がある。自らの人格的アイデンティティーと相容れないような外部的行為の強制を通じて、個人の内面における良心に侵害が及ぶ」、「本件判決は、思想・良心と外部的行為の連結を切断し、外部的行為の強制を通じた思想・良心に対する実質的侵害を等閑視する傾向を強める。この点は当然に批判の対象とされるべきである」⁸⁾という批判の他、「本判決は『君が代の歌詞解釈の

多様性』という一般論を唯一の楯に、衝突の不在を認定する。君が代解釈はもとより多様であり得る。だがここで検証すべき対象は、あくまで原告の自己理解であって、他者（裁判官）の別様な解釈ではなく（無論、どの解釈が『多数』かも無関係である）、さもなくば、良心に基づく人格の統合は不可能となり、そもそも『良心の自由』を解析する目的に背馳する、「原告のなかに、キリスト教の信仰を理由とする者もいた以上、原告らの自己理解に照らして、個別的な検証が必要だったはずである」⁹⁾等の批判がある。

注

- 1) A タイプの訴訟。北九州市立の学校の教職員である原告ら（1人は学校用務員）が、当時の勤務校の校長から卒業式又は入学式において、起立斉唱の職務命令を受けたにもかかわらず、起立しなかったことを理由に、戒告、減給の処分又は厳重注意、文書訓告の指導を受けた。原告らは、市教育委員会のした処分の取消しを求めるとともに、上記の職務命令、処分及び指導が不法行為にあたりと主張し、校長らに対し不法行為に基づく損害賠償を、市に対し国家賠償を請求した。また、原告らの属する労働組合が、市に対し、上記処分の取消し等を求める請願及び団体交渉の要求をしたところ同市の機関である教育委員会が応じなかったことが不法行為にあたりと主張し、国家賠償を請求した。なお、市は、「君が代」強制の先進地域だったと指摘される。「北九州市教育委員会（本件被告）は、1985年に文部省が発した『徹底通知』をきっかけに、『① 国旗掲揚の位置はステージ中央とし、児童生徒等が国旗に正対するようにする、② 式次第の中に国歌斉唱を入れ、その式次第に基づいて進行を行う、③ 国歌斉唱は（教師の）ピアノ伴奏で行い、児童生徒等及び教師の全員が起立して、正しく心を込めて歌う、④ 教師は卒業式に原則として全員参列する』ことを内容とする『4点指導』を現場に徹底しようとした。そして——本件原告らが関わる限りでも——、1989年3月の卒業式段階から、全国に先駆けて、卒業式・入学式における国歌斉唱時不起立の教員に対する戒告以上の懲戒処分が始まった。」西原博史・季刊教育法 146号 88頁（2005）。
- 2) 本判決は、「君が代斉唱を卒業式、入学式において実施することは」、「国歌を尊重する態度を育てることを目的とするものであり、また、小学校の社会科、音楽科及び中学校の社会科公民的分野の授業において、教師が国歌をめぐる歴史的背景や国歌の歌詞に関して様々な見解があること等を児童、生徒に教えることも禁止されていない」と解されることからすれば、君が代斉唱を卒業式、入学式において実施することが、君が代についての一定の見解を前提として、特定内容の道徳やイデオロギーを教え込むものとはいえず、国家、教育の信条的中立性に反するということは

できない」という。

- 3) 本判決は、「教員である」「原告らの所為や考え方が児童、生徒（特に年少の児童ら）に与える影響は大きく、個人原告らが国歌斉唱の際に起立しないというのみであっても、児童、生徒らに君が代に対する疑念、不信任、警戒感等の否定的な感情や見方を引き起こすおそれがあることは否定できない」、「また」、「原告らが校長が決定した式次第に従わないことによって、児童、生徒のみならず、参列する保護者、地域住民に対して、学校の運営についての不安を抱かせ、学校教育に対する信頼感を損なうことも考えられる。確かに、処分の対象となった不起立行為の中には、学校のように、卒業生担任以外の教員は、児童、生徒及び保護者の後方に着席しており、およそ、児童、生徒や保護者、来賓等の参列者から見えない位置において着席していた場合など個人原告らの不起立行為が児童、生徒や参列者から認識されたとは考え難いものも存在するが、児童、生徒に範を示すのみならず、児童、生徒とともに起立して斉唱すること自体が教育活動というべきものであるし、不起立行為が結果的に参列者の目に入らなかったとしても、その場の状況によっては式の円滑な進行に妨げとなり、参列者に対して不信任を抱かせるおそれがあることは否定できないから、これらの事情をもって」、「原告らの不起立行為が処分に相当するものではないということではできない」、「戒告処分が地方公務員法上の処分として最も軽い処分であること、教育活動についての職務命令に違反したことを理由とする処分であること」、「原告らは戒告処分を受ける以前から、同様の職務命令に違反し」、「教育委員会から嚴重注意、文書訓告の指導を受けていることからすれば」、「原告らに対して戒告処分をすることが、裁量権の範囲を逸脱してこれを濫用するものというとはできない」という。
- 4) 本判決は、「仮に君が代の『君』が天皇を指すとの」「原告らの主張による解釈を前提としても、君が代を国歌として扱うことが天皇が日本国の象徴であることとただちに矛盾するものとは言い難いばかりか、国歌として扱うことそのものは、一般の国民に対して天皇を畏敬、崇拝することを求め、又は天皇に憲法で定められた以上の権能を付与するものとはいえず、「そのことが憲法前文、同法1条に違反するものとはいえない」という。
- 5) 本判決は、「原告らの中には、君が代を歌えないという考えを持つに至る背景に、信仰上の理由を持つ者がいると認められるが、これらの者が君が代を歌えないという考えを持つのは、君が代が天皇という特定の存在を賛美する歌である、天皇を神格化する国家神道と結びつくとの見解を前提とするものであり、このような見解が必ずしも多数の見解と言い難いことにもかんがみれば、君が代を歌えないという考えが、その信仰と結びつくものとはとはいえず、「君が代を歌えないという考え自体には、憲法20条1項の保障が及ぶものではなく、本件職務命令が特定の宗教に結びつく行為を強制するものともいえない」という。

- 6) 本判決は、「教育委員会は、各校長が、4点指導に従って君が代斉唱を実施しているか否か、教職員、児童、生徒が起立しているかを監督していたというべきであり」、「教育委員会が校長の任免についての権限を有していることをも考慮した場合には、各校長は、卒業式、入学式において」、「教育委員会の4点指導に従って国歌の指導を行った上、教職員、児童、生徒の全員を国歌斉唱の際に起立させなければならないという事実上の拘束を受けていたといえる。このような事実上の拘束の下においては、各学校の校長が、当該学校の状況やその状況の下で期待できる教育効果についての検討を行うことなく」、「教育委員会の指導に従ってのみ教育活動を行うおそれがあるから、被告教育委員会の指導は、校長がその裁量に基づいて行うべき自主的な判断を歪めるおそれがあるものといえ、各校長は教育基本法10条1項にいう『不当な支配』を受けたといえる」とするものの、最終的には、「校長は、その裁量に基づいて、君が代斉唱を実施するか、実施する場合にどのような方法で実施するかを決定し、職務命令を発する権限を持つものであるから、被告教育委員会の『不当な支配』の存在のみをもってただちに各校長の発した本件職務命令が違法、無効となるものではない。すなわち、各校長が発した本件職務命令が、結果として被告教育委員会の指導に合致するものであったとしても、各校長が、教育本来の目的に沿うように、各学校の状況等を考慮した結果として、そのような職務命令を発した場合には、その職務命令は、最終的には、校長がその裁量に基づいて決定したものであり、『不当な支配』に服して発されたものとはいえず、無効であるとはいえない」という。
- 7) 本判決は、「国際人権規約B規約18条1項及び2項並びに19条1項が保障する思想、良心の自由についての権利、干渉されことなく意見を持つ権利は、我が国においては、憲法19条が、これらの権利を『思想及び良心の自由』に包含して具体化している規定と解される」とし、本件職務命令は、同規約に反しない、という。
- 8) 西原・前出《消極主義III》(二)注1)90頁。本判決は、結論的にはともかく、学習指導要領中の卒業式、入学式における国旗、国歌の指導に関する定めは拘束力を有せず、国歌斉唱を実施し、個々の教員がこれを指導しなければならないという一般的な義務を負うと解することはできないとした。この点、本コメントは、「学習指導要領は文理解釈して適用できるものではなく、あくまで大綱的基準を示すにとどまり、学校・教師が子どもたちや地域の状況に合わせた学習関係を作れるだけの裁量の余地を残していなければならない。そして、卒業式における国旗掲揚や国歌斉唱指導の実施に関わる責任が校長にあることは、その時点ですでに判例上確立していた。そのため、学習指導要領が校長に無条件に国歌斉唱実施を義務づけることはあり得ない。本件判決が該当部分の法的拘束力を否定したのも、校長・教師の主体性を保つ上で必然的な認識だった」とする。また、本判決が、最終的にはともかく、「教育委員会の指導は、校長がその裁量に基づいて行うべき自主的な判断を歪めるお

それがあるものといえ、各校長は教育基本法 10 条 1 項にいう『不当な支配』を受けたといえる」とする点について、「本件判決は、東京より少し抑制的な北九州市の指導も『不当な支配』と断ぜられる閾値を超えるとした。『校長が、当該学校の状況やその状況の下で期待できる教育効果についての検討を行うことなく、被告教育委員会の指導に従ってのみ教育活動を行うおそれ』が生じるだけの『事実上の拘束』が生じているかどうかを基準となる。実態に即した適切な基準と評価できるだろう」という。西原博史・ジュリ 1294 号 104 頁 (2005)。

9) 松田浩・法セミ 614 号 120 頁 (2006)。

(三) 「信念・信念と不可分に結び付かない・思想の表明、強制、禁止、告白の強制ではない/裁量権の逸脱、濫用なし」アプローチ

A 概要

これは、原告の考えを「信念」と捉え（ただし、憲法 19 条の保護範囲内とはいわない）、強制される外部的行為は、信念と不可分に結び付かないとし、また、特定の思想の表明行為、特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものではないとし、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とはできず、憲法 19 条に反するとはいえない、とする。そして、懲戒等における裁量権の行使において、裁量権の逸脱、濫用はないとして、原告の主張を斥けるアプローチである。教員の思想・良心の自由へのコミットは弱く、対抗価値へのコミットは強い。

B 裁判例

(1) H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最 3 判平成 19 年 2 月 27 日¹⁾(判時 1962 号 3 頁, ①→H-15.12.3〔伴奏(戒告)/取消〕東京地判, ②→H-16.7.7〔伴奏(戒告)/取消〕東京高判)は、本件職務命令が憲法 19 条に違反するとの上告人の主張について、このような考えは、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だという(後述 C(1)(a)【信念テーゼ】参照)。そして、ピアノ伴奏拒否は、一般的にはこの信念と不可分に結び付かず、歴史観

自体を否定するものでない(後述C(2)(b)【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】参照)という。そして、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とし(【周知の事実テーゼ】[後述C(2)(a)参照]), 国歌斉唱時にピアノ伴奏することは職務上期待され、特定の思想を有することを外部に表明する行為であると評価することは、職務上の命令の場合、一層困難で、【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できず、特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでないテーゼ】(後述C(2)(c)参照)、さらに【全体の奉仕者テーゼ】(後述C(2)(d)参照)、【指導要領テーゼ】(後述C(2)(e)参照)に言及し、「入学式等において音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で国歌斉唱を行うことは、これらの規定の趣旨にかなうものであり、A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』の斉唱が行われてきたことに照らしても、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いできない」として、上告を棄却する(本判決は、懲戒処分については判断しないが、「懲戒権の濫用は無い」とした下級審の結論を肯定している)。本判決は、先例として、① 最大判昭和31年7月4日(民集10巻7号785頁、謝罪広告拒否事件)、② 最大判昭和49年11月6日(刑集28巻9号393頁、以下、猿払事件)、③ 最大判昭和51年5月21日(以下刑集30巻5号615頁、旭川学テ事件)、最大判昭和51年5月21日(刑集30巻5号1178頁、岩教組学テ事件)「の趣旨に徴して明らか」という(以下、これら4判決を「4先例」と略す)。なお、本判決を19年ピアノ判決とよぶことがある。

C このアプローチを支える思想

(1) 教員の思想・良心への積極的(プラスの)コミット・対抗価値への消極的(マイナスの)コミット

(a) 【信念テーゼ】

H-19.2.27 [伴奏(戒告)/取消] 最3判は、「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」という。

(2) 対抗価値への積極的（プラスの）コミット・人権への消極的（マイナスの）コミット

(a) 【周知の事実テーゼ】

H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判は、「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」だという。

(b) 【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】

H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判は、「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1つの選択ではあろうが、一般的には、これと不可分にも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に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」「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。

(c) 【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できず、特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでないテーゼ】

H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判は、「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」、「本件職務命令は」、「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もできない」という。

(d) 【全体の奉仕者テーゼ】

H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判は、「憲法15条2項は、『すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。』と定めており、地方公務員も、地方公共団体の住民全体の奉仕者としての地位を有するものである。こうした地位の特殊性及び職務の公共性にかんがみ、地方公務員法30条は、地方公務員は、全体の奉仕者として公共の利益のために勤務し、かつ、職務の遂行に当たっては全力を挙げてこれに専念しなければならない旨規定し、同法32条は、上記の地方公務員がその職務を遂行するに当たって、法令等に従い、かつ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない旨規定するところ、上告人は、A小学校の音楽専科の教諭であって、法令等や職務上の命令に従わなければならない立場にあり、校長から同校の学校行事である入学式に関して本件職務命令を受けたものである」という。

(e) 【指導要領テーゼ】

H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判は、「学校教育法18条2号は、小学校教育の目標として『郷土及び国家の現状と伝統について、正しい理解に導き、進んで国際協調の精神を養うこと。』を規定し、学校教育法(平成11年法律第87号による改正前のもの)20条、学校教育法施行規則(平成12年文部省令第53号による改正前のもの)25条に基づいて定められた小学校学習指導要領(平成元年文部省告示第24号)第4章第2D(1)は、学校行事の

うち儀式的行事について、『学校生活に有意義な変化や折り目を付け、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。』と定めるところ、同章第3の3は、『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」という。

(3) 司法哲学

このアプローチは、消極的な司法観に基づいているといえる。

D このアプローチをめぐって

(1) H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判は、職務命令を憲法19条に違反しないとしたが、【信念テーゼ】に言及する際、原告らの信念は憲法19条の保護範囲内かを明確にしなかった。また、【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】における「不可分に結び付かず」の意味がわかりにくく、さらに、【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できず、特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでないテーゼ】によって職務命令が憲法19条には反しないとされるならば、どうして【全体の奉仕者テーゼ】、【指導要領テーゼ】に言及するのかもわかりにくかった。

この点、「本判決が、その論理的な枠組みとして、本件職務命令が同条の保障する思想及び良心の自由の制約に当たるものの同条に違反するとはいえないとするものか、それとも、本件職務命令がそもそも同条の保障する思想及び良心の自由の制約に当たらないとするものかについては、判文上必ずしも明らかではないが、「この判示は、本件職務命令の一般的、客観的性格が」、原告「の内心の核心部分を否定するものでないにせよ」原告「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」、原告「の信念に反する行為を不必要かつ不合理に強制するものであれば憲法19条違反の問題が生じ得るとしても」、原告

「の職務上の地位や本件職務命令の目的及び内容の合理性に照らしてそのような問題が生ずるものでないことを明らかにした」とし、「本件職務命令がそもそも同条の保障する思想及び良心の自由の制約に当たらない」という「理解」[「が相当ではないか」²⁾とのコメント、このような理解に対して、「しかしそう解したとしても、なぜ『本件職務命令によって命ぜられる行為』が」原告の「『内心の核心部分を直接否定するような外部的行為』ではないのかは、『一般的には』そうではないとしか理由づけられていない」、「もし多数意見をそのように読まないとするれば、最高裁は『一般的には』どうかという判断を行ったにすぎず、上告人のもつ考えが『思想・良心の自由』の保護範囲に入るかどうかの判断はしなかった、と解することも全く不可能ではない³⁾」、「最高裁は、保護範囲に入っていない、あるいは侵害がない、というところで既に原告の主張を退けている」、「判決は節を改めて、地方公務員の『地位の特殊性及び職務の公共性』や小学校学習指導要領などに言及しつつ」、「『本件職務命令は、その目的及び内容において不合理』ではない、という。この判示は、制約がないということをも別の観点から検討したのか、制約があったとしても正当化されることを論じたのか、明確ではなかった。本稿は、決定的な論拠ではないが、「制約がないことを別の観点から述べていると読むほうが合理的ではないか⁴⁾」等のコメントの他⁵⁾、多数意見の法的推論は、「憲法 19 条（思想及び良心の自由）論の体を成していない。思想・良心の自由は、『一般的』な評価や『客観的』な見方と合致した信条のみを保護するものではない。ところが多数意見は、『思想・良心のあり方が個人によって多様であるという出発点を見捨てる。基本的人権が保障されることの意義を無に帰せしめる暴論である」⁶⁾、「一見すると、ピアノ伴奏を拒否するという特定の行為が歴史観や世界観と必ず結びつくとは、『一般的には』言えないかもしれない。しかし、個人の歴史観や世界観はそもそもかように『一般的に』論ずることはできず、多様な特質を持つはずである。本件で教諭は、『君が代』が過去の日本のアジア侵略に果たした役割を教えないままに児童に歌わせることが、憲法上も問題であると考えるがゆえに、ピアノ伴奏を拒

否したのであり、最高裁は少なくともこの行為が行為者本人の歴史観ないし世界観と結びついたものかといった『個別の』検討をすべきであった⁷⁾という正面からの批判がある。

本件は、国旗及び国歌に関する法律の施行日（平成11年8月13日）以前の入学式に関する事案である。この点、「同法施行後の事案において同様の職務命令の合憲性を検討する場合には、同法の趣旨も考慮されることとなろう⁸⁾という理解の他、「同法は国旗と国歌の内容を定義するだけの規定であり、同法の趣旨が学習指導要領の法的拘束性の強弱を左右するというのは、一般には理解し難い⁹⁾との理解もある。

注

- 1) 多数意見→那須弘平、上田豊三、堀籠幸男、田原睦夫、那須弘平（補足意見）、反対意見→藤田宙靖。
- 2) 森英明・ジュリ1344号85頁（2007）。
- 3) 渡辺・前出注12）34頁。
- 4) 渡辺康行・論究ジュリ1号118頁（2012）。
- 5) その他、多数意見の考え方について、原告「の歴史観ないし世界観からして、とりうる選択肢が限定され、ピアノ伴奏拒否しかないということであれば、原告「の歴史観ないし世界観とピアノ伴奏拒否は一般的に不可分に結びつく。従って職務命令はXの思想・良心の自由に制約を及ぼすものと理解される。これに対して」、原告「の歴史観ないし世界観からして、とりうる選択肢は多様であり、ピアノ伴奏を拒否することも、自分としては歌いたくないと考えつつ歌いたい人々のために職務としてピアノ伴奏をすることも、さらに他の選択肢もあるとすれば、ピアノ伴奏拒否は」、原告「の思想・良心からとりうる複数の選択肢の1つにすぎない。ピアノ伴奏拒否とXの思想・良心は直結関係にはないので、ピアノ伴奏を強制したとしても」、原告「の思想・良心には間接的に負担が及ぶのみで、これをもって制約と捉えることはできないとするのであろう」という理解がある。安西文雄・判時1981号172頁（2007年）。
- 6) 西原博史・世界765号141頁（2007）。
- 7) 多田一路・法セミ630号112頁（2007）。
- 8) 森・前出注2）85頁。
- 9) 田中孝男・法セミ増刊（速報判例解説Vol.1）75頁（2007）。

(四) 「信念 (19 条保護)・信念と不可分に結び付かない・思想の表明, 強制, 禁止, 告白の強制ではない / 裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ

A 概 要

これは、原告らの信念が憲法 19 条の保護範囲内にあるという点で 19 年ピアノ判決の(三)「信念・信念と不可分に結び付かない・思想の表明, 強制, 禁止, 告白の強制ではない」アプローチと異なるが、その他の点で同じである。

B 裁判例

(1) H-20.12.15〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠〕福岡高判平成 20 年 12 月 15 日 (LEX/DB, ①→H-17.4.26〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕福岡地判, H-17.4.26〔起立斉唱(減給)/取消・国賠〕福岡地判, ③→H-23.7.14〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠〕最 1 判) は、本件職務命令が、思想・良心の侵害であるとの原告の主張について、19 年ピアノ判決を援用し、【信念テーゼ (19 条保護)】(後述 C(1)(a)参照)、【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】(後述 C(2)(b)参照)、【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できず、特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでないテーゼ】(後述 C(2)(c)参照)、【全体の奉仕者テーゼ】(後述 C(2)(d)参照)、【指導要領テーゼ】(後述 C(2)(e)参照)に言及し、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とはでき」ず、「憲法 19 条に反するというとはできない」という。そして、戒告処分については、「1 審原告らの中には、同じ年の卒業式と入学式の両方において不起立行為を重ねた者がおり、そうでない者も、戒告処分を受ける前に、同様の不起立行為により」、「教育委員会から嚴重注意、文書訓告の指導を受け、又は戒告処分を受けたことがあること」、「戒告処分は、地方公務員法 29 条 1 項が規定する懲戒処分としては最も軽い処分であることを考慮すれば」、「教育委員会が」1 審原告らに対して

行った戒告処分が裁量権の範囲を逸脱し、これを濫用したものであるということとはできない」とする。減給処分については、減給処分を受ける前に、同様の不起立行為により、それぞれ、戒告処分、嚴重注意、文書訓告、減給処分を受けており、「本件不起立行為の性質、態様、影響等に」、「1審原告らが受けた措置ないし処分歴等をも考慮すれば」、「教育委員会がした各減給処分は、社会観念上著しく妥当性を欠くものとまではいい難く、その裁量権の範囲を逸脱し、これを濫用したものと判断することはできない」とし、原判決が減給処分を違法とした部分を取り消した。

(2) H-21.3.19〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京地判平成21年3月19日¹⁾(LEX/DB, ②→H-22.4.21〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京高判, ③→H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕最3判)は、本件各職務命令は憲法19条に違反し、違憲、違法であるから、本件各処分も違憲、違法なものとして取り消されるべきであるとの原告の主張について、【信念ターゼ(19条保護)】(後述C(1)(a)参照), 【周知の事実ターゼ】(後述C(2)(a)参照), 【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないターゼ】(後述C(2)(b)参照), 【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できず、特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでないターゼ】(後述C(2)(c)参照), 【全体の奉仕者ターゼ】(後述C(2)(d)参照), 【指導要領ターゼ】(後述C(2)(e)参照)に言及し、職務命令は、「その目的、内容において不合理であるということとはできず、原告らの思想及び良心の自由(憲法19条)を侵害するものとはいえない、という。市民的及び政治的権利に関する国際規約違反、教育の自由(憲法23条)侵害、生徒らの意見表明権侵害、表現の自由侵害、児童の権利に関する条約違反、「不当な支配」(旧教育基本法10条違反)の主張も斥け、「本件各職務命令に違憲性、違法性は認められず、他に違法事由が存在することを窺わせる事情は見当たらず、「本件各処分には、実体上も手続上も違憲性、違法性が認められ」ないとし、「本件各処分の取消を求める原告らの請求はいずれも理由がない」という。国賠請求についても、「本件各職務命令及び本件各処分には違憲性、違法性は認められない」として斥ける²⁾。

(3) H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判平成21年10月15日(判時2063号147頁,①→H-21.1.19〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京地判,③→H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最2判)は,1審原告の訴えのうち,処分取消又は無効確認を求める訴え及び義務付けを求める訴えは却下すべきであるとしたが(H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京高判参照),本件職務命令が1審原告の思想及び良心の自由(憲法19条)を侵害するとの国賠請求における主張について,原判決及び19年ピアノ判決を援用し,【信念と不可分に結び付かず,歴史観自体を否定するものでないテーゼ】(後述C(2)(b)参照)に言及し,原告の思想及び良心の自由を侵害するものとはいえないという(後述のように,原判決は,【信念テーゼ】、【周知の事実テーゼ】、【信念と不可分に結び付かず,歴史観自体を否定するものでないテーゼ】、【儀式的行事において期待され,外部表明行為と評価できず,特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでないテーゼ】、【全体の奉仕者テーゼ】に言及する)。そして,都立高校教員が定年退職後に再雇用職員及び再任用職員の採用選考の申込みをしたが不合格となった場合に,教育委員会は,申込者を必ず合格させなければならないわけではなく,合格者を必ず採用しなければならないわけでもなく,合否及び採否の判定には広範な裁量権があるから,戒告処分から3年も経過していない採用選考において,在職中の職務命令に反した卒業式の国歌斉唱の際の不起立という影響力の大きい重い非違行為により戒告処分を受けた者を教育委員会が不合格とすることは,著しく客観的合理性及び社会的相当性を欠き,裁量権を逸脱,濫用したものであるといふことはできないとし,原判決中,一審原告勝訴部分——「期待権を侵害したことによる損害を賠償すべき法的責任がある」——を取り消した。

(4) H-22.4.21〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京高判平成22年4月21日(①→H-21.3.19〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京地判,③→H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕最3判)は,控訴を棄却。原審H-21.3.19〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京地判と同旨。

(5) H-22.5.24〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島高判平成22年5月24日³⁾

(①→H-21.2.26〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島地判, ③→H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最3判)は, 本件各職務命令は控訴人らの思想良心の自由を侵害し, 憲法19条に違反するとの原告の主張について, 「控訴人らの感情, 信念, 信条は, 「社会生活上の信念を形成しているとみられるから, このような精神活動それ自体を公権力が否定したり, 公権力が精神活動それ自体に着目して, その内容の表明を求めることは, 憲法19条が保障する思想及び良心の自由を侵害するものとして許されない」とするが, 原判決を援用するとともに, 【信念テーゼ(19条保護)】(後述C(1)(a)参照), 【信念と不可分に結び付かず, 歴史観自体を否定するものでないテーゼ】(後述C(2)(b)参照), 【全体の奉仕者テーゼ】(後述C(2)(d)参照), 【指導要領テーゼ】(後述C(2)(e)参照)に言及する。本件各職務命令は, 「その目的及び内容が不合理ということはできない, 「本件各職務命令は, 控訴人らの内心領域における精神活動に影響を与えうるものであるが, 公務員の職務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」とし, 「憲法19条に反するとはいえない」という。「不当な支配」の主張も斥け, 本件各処分が裁量権を逸脱濫用したものとはいえないとして, 原告らの請求を棄却する。

C このアプローチを支える思想

(1) 教員の思想・良心への積極的(プラスの)コミット・対抗価値への消極的(マイナスの)コミット

(a) 【信念テーゼ(19条保護)】

19年ピアノ判決は, 原告らの信念が憲法19条の保護範囲内かに言及しなかったが, H-21.3.19〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京地判が, 「もとより, 原告ら自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する信念それ自体は, 憲法19条によって保障されている」というのをはじめとして, H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判, H-22.4.21〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京高判, H-22.5.24〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島高判は, 憲法19条の保護範囲であることを明言する。もっとも, H-20.12.15〔起立斉唱(戒告)・減

給)/取消] 福岡高判は、「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……」と弱く述べるにとどまる。

(2) 対抗価値への積極的(プラスの)コミット・人権への消極的(マイナスの)コミット

(a) 【周知の事実テーゼ】

H-21.3.19〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京地判，H-22.4.21〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京高判は，19年ピアノ判決に見られる【周知の事実テーゼ】に言及する。H-20.12.15〔起立斉唱(戒告・減給)/取消〕福岡高判，H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判，H-22.5.24〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島高判には記述がないが，当然のこととしていると思われる。

(b) 【信念と不可分に結び付かず，歴史観自体を否定するものでないテーゼ】

このテーゼは，H-20.12.15〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠〕福岡高判が，「儀式的行事である入学式や卒業式において，君が代斉唱の際に起立してこれを斉唱すべきではないとして，不起立行為を行うことは」，「原告らにとっては」，「歴史観，世界観に基づく1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ず」，「原告らに対し，入学式や卒業式において，起立して君が代を斉唱することを求めることを内容とする本件職務命令が直ちに」「原告らが有する」「歴史観，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」というほか，H-21.3.19〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京地判，H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判，H-22.4.21〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京高判，H-22.5.24〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島高判において見られる。

(c) 【儀式的行事において期待され，外部表明行為と評価できず，特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでないテーゼ】

このテーゼは，H-20.12.15〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠〕福岡高判，H-21.3.19〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京地判，H-22.4.21〔起立斉唱(戒

告)/取消・国賠]東京高判に見られる。H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠]東京高判には記述がなく、またH-22.5.24〔起立斉唱(戒告)/取消]広島高判は、「控訴人らが本件職務命令のとおりの行動をすることが、その者の有する特定の思想などの精神活動自体の表明になるものではない」とするのみであるが、それぞれの援用する、原判決、H-21.1.19〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消]東京地判、H-21.2.26〔起立斉唱(戒告)/取消]広島地判には記述が見られる。

(d) 【全体の奉仕者テーゼ】

このテーゼは、H-20.12.15〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠]福岡高判、H-21.3.19〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠]東京地判、H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠]東京高判、H-22.4.21〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠]東京高判、H-22.5.24〔起立斉唱(戒告)/取消]広島高判に見られる。

(e) 【指導要領テーゼ】

19年ピアノ判決における【指導要領テーゼ】は、シンプルな表現であったが、H-20.12.15〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠]福岡高判が、学テ最高裁判決(最大判昭和51年5月21日)を援用して、「学習指導要領は、文部大臣が学校教育法20条、38条及び73条、同法施行規則25条、57条の2、73条の10に基づき、普通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の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質を有する」、「国旗国歌条項は、日本人としての自覚を養い、国を愛する心を育てるとともに、児童、生徒が将来、国際社会において尊敬され、信頼される日本人として成長していくためには、国旗及び国歌に対して正しい認識をもたせ、それらを尊重する態度を育てることが重要なことであること、入学式や卒業式は、学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳粛かつ清新な雰囲気の中で、新しい生活の展開への動機付けを行い、学校、社会、国家等の集団への所属感を深める上で、よい機会となるものであることから、このような入学式や卒業式の意義を踏まえ、入学式や卒業式においては、国旗を掲揚すると

ともに、国歌を斉唱するとの趣旨で設けられたものと解される。そして、同条項は、『入学式、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。』と定めているにとどまり、それ以上に、国旗・国歌についてどのような教育をするかについてまでは定めていないし、国旗掲揚の実施方法や国歌斉唱の指導方法についても定めはなく、地方の実情等に合わせた国旗掲揚の実施や国歌斉唱の指導をする余地を残している、「国旗国歌条項は、法規としての性質を有する学習指導要領の一部をなすものであるうえ、同条項の趣旨及び規定内容等に照らして、普通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な大綱的基準を定めたものと解することができるから、法的拘束力を有する」というように、指導要領により法的な効力を認めている。H-22.5.24〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島高判、H-21.3.19〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京地判は同旨。H-22.4.21〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京高判は、若干、特殊な表現をしており⁴⁾、H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判には記述がない。

(f) その他

(ア) 社会生活不成立テーゼ

21.3.19〔起立(戒告)/取消・国賠〕東京地判は、「原告らに卒業式又は入学式の国歌斉唱時における起立斉唱を命じた本件各職務命令が、直ちに原告らの有する」「世界観ないし歴史観及び信念それ自体を否定するものと断じることとはできない」、「原告らは、思想及び良心の自由のあり方は各人によって多様であり、第三者が客観的な見地から判断する問題ではないと主張するが、各人が自己の内心に反すると独自に考え、主張することによって、外部的行為を強制されない自由が一般的に認められるならば、社会生活が成り立たないことは自明の理であり、ある外部的行為を強制することが思想及び良心の自由を侵害することになるか否かは、その外部的行為自体を客観的な見地から判断するのは当然である」という。

(イ) 「不当な支配」でないテーゼ⁵⁾

(ウ) 教育の自由侵害でない(チーゼ⁶⁾)

(3) 司法哲学

積極的な司法観とはいえない。

D このアプローチをめぐる

(1) H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判は、19年ピアノ判決を援用し、再雇用拒否処分を肯定した。本判決について、「定年によりいったん退職しながらさらに再雇用を求める者については、特に禁反言やクリーンハンドの法理の基本である法におけるフェア・プレーの精神を重視する」とする立場から、原告は「自己の思想・良心を不当に拘束したと主張する」被告に「わざわざ再雇用されることを求めたものとして、事案の性質上も同情に値するケースとはいいがたい⁷⁾」という好意的コメントがある。

注

- 1) Aタイプの訴訟。東京都の公立学校教員である原告らがそれぞれ卒業式または入学式の国歌斉唱時において校長の職務命令に従わないで起立しなかったことを理由に、都教育委員会からそれぞれ戒告処分を受けたため、各職務命令は、原告らの思想及び良心の自由等を侵害する違憲、違法なものであり、各処分は違憲、違法であると主張して、都に対し、各処分の取消し、併せて、本件各職務命令による思想及び良心の自由の侵害並びに都教委の事情聴取及び服務事故再発防止研修を受講させられたことによる精神的損害等を主張して、国家賠償を求めた。
- 2) 原告が糾問的と主張する都教委の事情聴取に対する損害賠償請求については、「事情聴取の過程でいかなる違法行為がされたかについて具体的な主張、立証がない」として斥ける。
- 3) Aタイプの訴訟。卒業式又は入学式において校長の職務命令に従わず、国歌斉唱の際に起立しなかったため、教育委員会から戒告処分を受け広島県立学校の教職員らが、職務命令は憲法19条に違反するなどと主張し、戒告処分の取消しを求めた。
- 4) 本判決は、「国家の象徴である国旗、国歌の尊重は、真意からの敬意等の表明や特定の事実又は行為への賛同等とは異なり、国家間の相互の主権の尊重と協力との関連で国際儀礼として、その象徴を相互に尊重するものということができ(体育競技の開始式や優勝者の表彰においてされる国旗掲揚及び国歌演奏(斉唱)は、国旗、国歌への一般的尊重を示し、あるいは、優れた選手の健闘を称え、その属する国と

国民への一般的敬意を示すものであり、当該国の過去又は現在の個別的事実や行為への協賛、賛同を示すものではない。)、自国の国旗、国歌についても、式典等の場においてこれを尊重する儀礼を学ぶことは、国家及び社会の形成者として、また、国際社会においても活躍し得る個人として必要とされる基本的資質を養う上でも、教育の目的に適うものということができ、その意味で、『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』ことを求める学習指導要領の国旗、国歌条項は合理的なもの』という。

- 5) H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判、そして、その原審のように、「不当な支配」に言及しない判例もあるが、「不当な支配でない」とする判例は、学テ最高裁判決を援用しつつ、① 戦前の教育への反省や教師の自由な創意と工夫の余地の必要性に言及すると同時に、② 地方教育行政機関による介入は、大綱的基準にとどめなければならないとする根拠はないという。例えば、H-21.3.19〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京地判は、①について、「旧教育基本法10条は、戦前の我が国の教育が、国家による強い支配の下で、軍国主義的又は極端な国家主義的傾向を帯びる面があったことに対する反省に基づき、同条1項で『教育は、不当な支配に服することなく、国民全体に対し直接責任を負って行われるべきものである』と定めているから、教育本来の目的をゆがめるような不当な支配と認められる限り、地方公共団体の教育行政機関の法令に基づく行為にも適用がある」、「国の教育行政機関が法律の授權に基づいて義務教育に属する普通教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、生徒の教育は、教師と子どもとの間において、弾力的に行わなければならないから、教師の自由な創意と工夫の余地が要請される」とし、②について、「教育に関する地方自治の原則」を考慮し、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な範囲にとどめられるべきものであるが、地方公共団体が設置する教育委員会が、教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、公立学校を所管する行政機関として、その管理権に基づき、学校の教育課程の編成や学習指導等に関して基準を設定し、一般的な指示を与え、指導、助言を行うとともに、必要性、合理性が認められる場合には、具体的な命令を発することもできる」、「国の教育行政機関と地方公共団体の教育委員会の機能の違いを考慮すれば、地方公共団体の教育行政機関が、許容される目的のために必要かつ合理的と認められる定めを置くことは禁止されておらず、かつ、大綱的基準にとどめなければならないとする根拠はない」という。表現は異なるが、H-20.12.15〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠〕福岡高判(①の視点が弱い)、H-22.4.21〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京高判、H-22.5.24〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島高判、H-22.5.24〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島高判も同旨。
- 6) H-20.12.15〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠〕福岡高判、H-21.10.15〔起立斉唱

(再雇用不合格)/国賠]東京高判, H-22.5.24 [起立斉唱(戒告)/取消]広島高判は, 教育の自由(憲法23条)侵害でないとする判決もある。H-21.3.19 [起立斉唱(戒告)/取消・国賠]東京地判は, 「普通教育の教師である原告らは, 公権力によって特定の意見のみを教授することを強制されず, 教授の具体的方法及び内容につき, ある程度自由な裁量が認められているという意味において, 教授の自由が保障されているといえるが, 児童生徒に教授内容を批判する能力がなく, 教師が強い影響力を有すること, 子どもの側に学校や教師を選択する余地が乏しく, 教育の機会均等の見地から全国的に一定水準を確保すべき要請が高いこと等に照らし, 完全な教授の自由を認めることはできない」, 「校長には, 校務の1つである卒業式等を遂行するための監督権限として具体的な職務命令を発令する権限があるから, 原告らは, 卒業式等において, 校長が国旗, 国歌条項の趣旨を一層充実させるべく発令した本件各職務命令に従うべき立場にあるのであって, これに背いて自由に卒業式等を執り行うことができる権利があると解することはできない」, 「卒業式等の国歌斉唱の際に起立斉唱する行為は, 客観的に見て, 特定の思想の外部への表明と評価することはできず, 本件各職務命令が, 原告らに対し, 一方的な思想や理念を生徒らに教え込むことを強制するものと見ることができないのであるから, 原告らの教授の自由を侵害するものと評価することはできない」という。H-22.4.21 [起立斉唱(戒告)/取消・国賠]東京高判は, 「国の教育行政機関の設けた基準の範囲内で, より具体的に国の実施指針の実現を図るという地方公共団体の教育委員会の機能を考慮すれば, 地方公共団体の教育行政機関の定めは, 国と同様の大綱的基準に限定されるものではなく, 許容される目的のために必要かつ合理的と認められる命令であれば, たとえ教育の内容及び方法に関するものであっても, 単に個別具体的な基準を定めたものであるというだけでは, 同項の禁止するところではなく, そのような命令により結果として教職員の自由な創意と工夫の余地が狭められたとしても」, 「教職員の教育の自由が侵害されたということはない」という。

7) 花見・前出《消極主義I》(→)注4) 135頁。

(五) 「信念(19条保護)・信念と不可分に結び付かない・思想の表明ではない・全体の奉仕者/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ

A 概要

これは, 既に述べた(三)「信念・信念と不可分に結び付かない・思想の表

明，強制，禁止，告白の強制ではない/裁量権の逸脱，濫用なし」アプローチを基にしつつ，原告の信念が19条で保障されると捉え，独特の全体の奉仕者論を展開し，原告の主張を斥けるアプローチである。教員の思想・良心の自由を強く意識するが，対抗価値へのコミットはそれをはるかに上回る。

B 裁判例

(1) H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判的那須補足意見は、「本件職務命令が憲法19条に違反しないとする多数意見にくみする」とし、【信念と不可分に結び付かず，歴史観自体を否定するものでないテーゼ】(後述C(2)(a)参照)，【儀式的行事において期待され，外部表明行為と評価できないテーゼ】(後述C(2)(b)参照)に同意するが、「若干の補足をする必要がある」とし，次のようにいう。「本件の核心問題は、『一般的』あるいは『客観的』には上記のとおりであるとしても，上告人の場合はこれが当てはまらなると上告人自身が考える点にある。上告人の立場からすると，職務命令により入学式における『君が代』のピアノ伴奏を強制されることは，上告人の「歴史観や世界観を否定されることであり，さらに特定の思想を有することを外部に表明する行為と評価され得ることにもなるものではないか」，「本件で問題とされているピアノ伴奏は，外形的な手足の作動だけでこれを行うことは困難であって，伴奏者が内面に有する音楽的な感覚・感情や知識・技能の働きを動員することによってはじめて演奏可能となり，意味のあるものになる」，「上告人のような信念を有する人々が学校の儀式的行事において信念に反して『君が代』のピアノ伴奏を強制されることは，演奏のために動員される」「音楽的な内心の働きと，そのような行動をすることに反発し演奏をしたくない，できればやめたいという心情との間に心理的な矛盾・葛藤を引き起こし，結果として伴奏者に精神的苦痛を与えることがあることも，容易に理解できる」，「したがって，本件職務命令と『思想及び良心』との関係を論じるについては，上告人が「心理的矛盾・葛藤や精神的苦痛にさいなまれる事態が生じる可能性があることを前提として，これをなぜ甘受しなければなら

ないのかということについて敷衍して述べる必要がある」とし、独特の【全体の奉仕者テーゼ】（後述C(2)(c)参照）を展開し、「小学校において、入学式における国歌斉唱を行うことが組織として決定された後は」、上告人のような信念を有する人々「もこれに協力する義務を負うに至ったというべきであり、本件職務命令はこの義務を更に明確に表明した措置であって、これを違憲、違法とする理由は見だし難い」という。

(2) H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕最3判の那須補足意見は、19年ピアノ判決の「補足意見で述べた基本的な考え方については」、「これを維持する」としつつ、「本件においては教諭の起立斉唱が問題となっており、ピアノ伴奏とは異なる面もある」という。そして、「公立中学校等の入学式及び卒業式等における国歌の斉唱に際し、教諭ないしその他の教員が起立斉唱する趣旨には、『教員が、起立斉唱することによって、国旗及び国歌に対し、参加者の一員として自らの敬意を表明しあるいは礼譲の姿勢を示すこと』、『教員が、起立斉唱することによって、生徒らの国旗及び国歌への敬意の表明ないし礼譲の姿勢を示すための模範となり、生徒らを指導すること』の二つが含まれ」、前者は、「敬意の表明に関する点は、正に個人としての思想及び良心の自由に関する問題であって」、「これが上告人ら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制約の態様等を総合的に較量すれば、その必要性及び合理性が認められる」、後者は、「入学式ないし卒業式等における国歌斉唱に際し、生徒らに対し模範を示し指導することに関する点は、個人としての思想及び良心の自由というよりも、教師ないし教育者の在り方に関わる、いわば教師という専門的職業における思想・良心の問題とも考えられる。自らは国歌斉唱の際に起立して斉唱することに特に抵抗感はないが、多様な考え方を現に持ち、あるいはこれから持つに至るであろう生徒らに対し、一律に起立させ斉唱させることについては教師という専門的職業に携わる者として賛同できないという思想ないし教育上の意見がその典型例である。しかし、この職業上の思想・良心は、教育の在り方や教育の方法に関するものである点で、教

員という職業と密接な関係を有し、これに随伴するものであることから、公共の利益等により外部的な制約を受けざるを得ない点においては、個人としての思想及び良心の自由よりも一層その度合いが強いと考えられ、「生徒らに対して模範を示して指導するという点からも、制約の必要性と合理性は是認できる」という。

(3) H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最3判の那須補足意見は、H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕最3判の「補足意見で示したところが基本的に当てはまる」という。

C このアプローチを支える思想

(1) 教員の思想・良心への積極的(プラスの)コミット・対抗価値への消極的(マイナスの)コミット

(a) 【思想・良心の自由に対する制約の問題を生じさせる可能性テーゼ】

H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判の那須補足意見は、「本件職務命令は、上告人に対し」「心理的な矛盾・葛藤を生じさせる点で、同人が有する思想及び良心の自由との間に一定の緊張関係を惹起させ、ひいては思想及び良心の自由に対する制約の問題を生じさせる可能性がある」という。

(2) 対抗価値への積極的(プラスの)コミット・人権への消極的(マイナスの)コミット

(a) 【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】

H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判の那須補足意見は、多数意見のこのテーゼに同意する。

(b) 【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できないテーゼ】

H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判の那須補足意見は、「客観的に見ても、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、その

伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するというを外部に表明する行為であると評価することが困難である」とする多数意見に同意する。もっとも、那須補足意見では、このテーゼの後半部【特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでない】が欠落している。

(c) 【全体の奉仕者テーゼ】

H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判の那須補足意見は、多数意見に見られる【全体の奉仕者テーゼ】を、「君が代」斉唱に批判的な信念をもつ教師の思想・良心の自由との関係において、より具体的に検討する。まず、「入学式におけるピアノ伴奏は、一方において演奏者の内心の自由たる『思想及び良心』の問題に深く関わる内面性を持つと同時に、他方で入学式の進行において参列者の国歌斉唱を補助し誘導するという外部性をも有する行為である。その内面性に着目すれば、演奏者の『思想及び良心の自由』の保障の対象に含まれ得るが、外部性に着目すれば学校行事の一環としての『君が代』斉唱をより円滑かつ効果的なものにするに必要な行為にほかならず、音楽専科の教諭の職務の1つとして校長の職務命令の対象となり得る性質のものである。このような両面性を持った行為が、『思想及び良心の自由』を理由にして、学校行事という重要な教育活動の場から事実上排除されたり、あるいは各教師の個人的な裁量にゆだねられたりするのでは、学校教育の均質性や組織としての学校の秩序を維持する上で深刻な問題を引き起こし、ひいては良質な教育活動の実現にも影響を与えかねない」とする。次に、「入学式における『君が代』の斉唱については、学校は消極的な意見を有する人々の立場にも相応の配慮を怠るべきではないが、他方で斉唱することに積極的な意義を見いだす人々の立場をも十分に尊重する必要がある。そのような多元的な価値の併存を可能とするような運営をすることが学校としては最も望ましいことであり、これが『全体の奉仕者』としての公務員の本質（憲法15条2項）にも合致し、また『公の性質』を有する学校における『全体の奉仕者』としての教員の在り方（平成18年法律第120号による全部改正前の教育基本法6条1項及び2項）にも調和する」、「他面において、学校行事とし

での教育活動を適時・適切に実践する必要上、上記のような多元性の尊重だけではこと足りず、学校としての統一的な意思決定と、その確実な遂行が必要な場合も少なくなく、この場合には、校長の監督権（学校教育法 28 条 3 項）や、公務員が上司の職務上の命令に従う義務（地方公務員法 32 条）の規定に基づく校長の指導力が重要な役割を果たすことになる。そこで、前記のような両面性を持った行為についても、行事の目的を達成するために必要な範囲内では、学校単位での統一性を重視し、校長の裁量による統一的な意思決定に服させることも『思想及び良心の自由』との関係で許される」という。H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最 3 判の那須補足意見は、「学校教育において生徒に一律の行動をとることを求める必要があることは、教室の内外を問わず、日常広く認められ」、「それだけでなく、程度の問題はあれ、集団行動への順応性を高めることを積極的に評価する面さえあることは、教育関係者だけでなく、社会一般に広く認識され、容認されてもいる。学校教育におけるこのような側面を直視することなくしては、学校教育そのものが成り立たないか、そうでなくても重要な部分に深刻な欠落が生じる懸念があることは否定し難い。そうすると、入学式及び卒業式等の式典において生徒らに一律の起立斉唱を求めても、これに応じない生徒らに対する懲罰等の不利益を伴う場合は別として、厳密な意味での強制に当たるともいえない本件のような場合に関する限り、教育上、特に禁止される違法・不当な性質のものとして認めることもできない」という。

(3) 司法哲学

積極的な司法観とはいえない。

D このアプローチをめぐる

(1) H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最 3 判の那須補足意見は、多数意見について、「『一般的』あるいは『客観的』には」そうであるとしても、「本件の核心問題は」、「上告人の場合はこれが当てはまらないと上告人自身が考

える点にある」とした。この点、「補足意見による指摘は適切である」¹⁾、「多数意見は制約がそもそもないとしており、那須裁判官は、自由制約はあってもそれが正当化されるとしているように推察される。このように両者の論理がくいちがうとすれば、那須裁判官の論ずるところは『補足意見』というより『意見』なのではないか、と思われる」²⁾という指摘がある。

注

- 1) 渡辺・前出一注 12) 34 頁。
- 2) 安西・前出《消極主義 III》(三)注 5) 173 頁。

(六) 「信念・信念と不可分に結び付かない・核心部分の侵害でない/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ

A 概 要

これは、職務命令が原告の信念と不可分に結び付かないという点において既に述べた(三)「信念・信念と不可分に結び付かない・思想の表明, 強制, 禁止, 告白の強制ではない/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ, (四)「信念(19条保護)・信念と不可分に結び付かない・思想の表明, 強制, 禁止, 告白の強制ではない/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチと共通するが、原告の信念が19条の保護範囲であるとはいわない点で(三)のアプローチと同じくし、(四)のアプローチと異なる。また、(三)(四)のアプローチが、「思想の表明・強制, 禁止, 告白の強制ではない」とするのに対し、本アプローチは、職務命令が「思想良心の自由の核心部分を侵害しない」と明確な表現を使う点で異なる。教員の思想・良心の自由へのコミットは弱く、対抗価値へのコミットは強い。

B 裁判例

(1) H-21.2.26〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島地判平成21年2月26日(LEX/DB, ②→H-22.5.24〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島高判, ③→H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/

取消) 最3判) は、職務命令は原告らの思想良心の自由を侵害し、憲法 19 条に違反するかについて、【信念テーゼ】(後述 C(1)(a)参照)、【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】(後述 C(2)(b)参照)に言及する。そして、「一般に国歌斉唱に際して起立するという事は当該国歌に対して敬意を表するという限度で行為者の態度ないし意思を表明するものであるにとどまり、当該国歌の内容ないしはその特定の解釈に賛同することを意味するわけではなく、「各職務命令は原告らの歴史観ないし世界観という内心の核心部分を直接否定する外部的行為を強制するものではない」という。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対する否定的評価及びこのような行動に自分は参加してはならないという原告の信条を侵害するとの主張については、【社会生活不成立テーゼ】(後述 C(2)(f)(7)参照)を述べ、「原告らはいずれも地方公務員の地位にあり、その職務として儀式的行事に参加し、しかも国歌斉唱の際に起立することが原告らの内心の核心的部分に反する外部的行為に当たらない」という。さらに、【周知の事実テーゼ】(後述 C(2)(a)参照)をいい、「教職員らがその職務として卒業式等に参加していることは客観的に明らかであるから、国歌斉唱の際に一斉に起立するという儀礼的行為をすることについて他の参加者から原告ら個人に関わる私的な表現行為と見られることは通常ありえないのであって、ひいてはこのような儀礼的行為にとどまるものについて職務命令を発したからといって、そのことによって原告らの内心の自由を侵害する性質を有するとはいえない」、「客観的な性質・効果に照らしても」「各職務命令は原告らの内心の核心部分を直接否定するようなものではない」とする。さらに、【全体の奉仕者テーゼ】(後述 C(2)(d)参照)、【指導要領テーゼ】(後述 C(2)(e)参照)に言及し、沈黙の自由侵害ではない⁴⁾という。かくして、「各職務命令は憲法 19 条の保障する思想及び良心の自由の制約には当たらず、本件各処分において裁量権の逸脱又は濫用があったとは認めることができない、として棄却する。

C このアプローチを支える思想

(1) 教員の思想・良心への積極的（プラスの）コミット・対抗価値への消極的（マイナスの）コミット

(a) 【信念テーゼ】

H-21.2.26〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島地判は、「国歌『君が代』が天皇制を讃えるための歌であり、大日本帝国が他国を侵略するにあたり超国家主義の思想を徹底させる必要から学校教育を通じて普及させられたものであるという歴史観」、「君が代は皇国史観又は身分差別につながるものとして現行憲法下では排斥される必要があり、憲法は君が代を忌み嫌う考え方を尊重することこそ予定しており、天皇制は民主主義の論理と一貫していない又は基本的人権の保障にとっての妨げになるという思想」は、「君が代に関する原告らの歴史観及びこれに由来する原告らの思想を述べるものである」というが、その思想が憲法19条の保護内にあるとはいわない。

(2) 対抗価値への積極的（プラスの）コミット・人権への消極的（マイナスの）コミット

(a) 【周知の事実テーゼ】

H-21.2.26〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島地判は、「各職務命令がされた当時、全国の公立学校における卒業式や入学式において、国歌斉唱が従来から広く実施されており、その際に出席者が起立していたことは公知の事実であり、客観的にみて、卒業式及び入学式の国歌斉唱の際に起立するという行為は教職員を含む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社会的儀礼であった」という。

(b) 【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】

H-21.2.26〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島地判は、「卒業式等の儀式において国歌斉唱の際に起立することは、社会的儀礼としての意味があるとともに、国歌に敬意を表する態度を示す外部的行為である。したがって、学校の

儀式的行事において国歌斉唱の際に起立しないということが原告」の「歴史観及び思想に基づく1つの選択であるとはいうことはできる」が、「国会による民主主義的な政治過程を通じて成立した国旗及び国歌に関する法律により国歌は君が代であると定められ、国旗国歌条項に基づく指導が必要かつ合理的なものであり、「これらのことを前提とすれば、君が代に関する歴史観や思想はさておいて、卒業式等の儀式的行事における国歌斉唱の際に起立する限度で敬意を示すという選択をすることも一般的に十分ありうることであり、これを拒否するということが原告らの主張する歴史観及び思想と論理必然なものとして、不可分に結びつくものであるとはいえない」、「一般に国歌斉唱に際して起立するという事は当該国歌に対して敬意を表するという限度で行為者の態度ないし意思を表明するものであるにとどまり、当該国歌の内容ないしはその特定の解釈に賛同することを意味するわけではなく、「各職務命令は原告らの歴史観ないし世界観という内心の核心部分を直接否定する外部的行為を強制するものではない」という。

(c) 【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できず、特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでないテーゼ】

H-21.2.26〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島地判は、「教職員らとその職務として卒業式等に参加していることは客観的に明らかであるから、国歌斉唱の際に一斉に起立するという儀礼的行為をすることについて他の参加者から原告ら個人に関わる私的な表現行為と見られることは通常ありえないのであって、ひいてはこのような儀礼的行為にとどまるものについて職務命令を発したからといって、そのことによって原告らの内心の自由を侵害する性質を有するとはいえない」、「各職務命令は単に国歌斉唱の際に起立することを命じたものであって、原告らに対し、例えば、『君が代』は国民主権・平等主義に反し、天皇という特定個人又は国家神道の象徴を賛美するものであるという原告らの考えは誤りである旨の発言を強制するなど、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て原告らの内心における精神的活動を否定したり、原告らの思想信条に反する特定の精神的活動を強制

したりするものではない。また、原告らが主張するような君が代に関する特定の解釈を前提としてそれに対する敬意を求めるものでもなく、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告白させる行為であるとも評価することはできず、「客観的な性質・効果に照らしても」、「各職務命令は原告らの内心の核心部分を直接否定するようなものではない」という。

(d) 【全体の奉仕者テーゼ】

H-21.2.26〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島地判は、19年ピアノ判決と同旨の【全体の奉仕者テーゼ】に言及する。

(e) 【指導要領テーゼ】

H-21.2.26〔起立(戒告)/取消〕広島地判は、次のように述べ、19年ピアノ判決より強く指導要領における国旗国歌条項にコミットする。「国旗国歌条項は、人格の完成を目指し平和的な国家及び社会の形成者としての国民を育成することに資するものであり、教育の内容及び方法に関するものであるとはいえ、その内容は許容される目的のために法令に適合した必要かつ合理的なものでないとはいえず、教育における機会均等の確保と全国的な一定の教育水準の維持という観点から全国一律に定める必要性がある。さらに、国旗国歌条項は、そこで規定されている内容以上に国歌斉唱の具体的方法等について何ら指示するものではなく、教師による創造的かつ弾力的な教育の余地や地方ごとの特殊性を反映した個別化の余地を残している。また、国歌等に対して敬意を表する態度を育てることは、国歌の歌詞について特定の解釈を基にその内容に対して賛意を表明させることを求めるものでないことはもとより、教職員に対して国歌について一方的な一定の理論を生徒に教え込むことを強制するものではない。そして、教師が国歌をめぐる歴史的背景や国歌の歌詞に関して様々な見解があることを教えることについても、特定の見解に著しく偏るようなものでないかぎり禁止するものではない」、「国旗国歌条項は大綱的基準として、内容的にも一方的な一定の理論や理念を生徒に教え込むことを教師に強制するものともいえないから、憲法及び教育基本法に反するものではなく、さらに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な基準を設定したものとして、法的効力を有するというべきである。もともと、国旗国歌条項が『……ものとする』という表現を採ったことから、法令用語の通常用語例に照らして、これを原則ないし方針とするにとどめるものであることが明らかである」という。

(f) その他

(ア) 社会生活不成立テーゼ

H-21.2.26〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島地判は、「地方公務員である原告らにおいてその主張するようなおおよそ内心に反する義務を強制されない自由が一般に認められるならば法治国家は成り立たなくなるから、そのような信條に基づき義務を否定することが憲法 19 条による保障の対象となるとは解することができない」という（本判決では、社会生活ではなくて法治国家という語が用いられている）。

(イ) 「不当な支配」でないテーゼ²⁾

(3) 司法哲学

積極的な司法観とはいえない。

D このアプローチをめぐる

コメントは、特に見られない。

注

- 1) 本判決は、国歌斉唱時に起立するという行為について、「起立をしたからといって、そのことによって国歌の意味するところに賛同することになるわけではない」、「各職務命令は原告らの思想や信仰の内容を推知する目的でされたものでないことについては当事者間で争いがなく」、「各職務命令が原告らの沈黙の自由を侵害するものと評価することもできない」という。
- 2) H-21.2.26〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島地判は、前出・《消極主義 III》(四注 5) で見た諸判決と同旨。

(七) 「信念（19条保護）・信念と不可分に結び付かない・核心部分でないとしても必要性や合理性必要／裁量権の逸脱，濫用なし」アプローチ

A 概要

これは、基本的に(六)「信念（19条保護）・信念と不可分に結び付かない・核心部分の侵害でない／裁量権の逸脱，濫用なし」アプローチと同一であるが、「核心部分でないとしても」とし、核心部分の周辺部も必要性や合理性が必要とする点で異なる。

B 裁判例

(1) H-21.3.26-242〔起立斉唱(停職3月,1月)/取消・国賠〕東京地判平成21年3月26日¹⁾(LEX/DB, ②)→H-23.3.25-242〔起立斉唱(停職3月,1月)/取消・国賠〕東京高判平成23年3月25日, ③)→H-24.1.16-242〔起立斉唱(停職3月)/取消・国賠〕最1判, H-24.1.16-242〔起立斉唱(停職1月)/取消・国賠〕最1判)は、本件各職務命令及び本件各処分は憲法19条に反するかについて、【信念テーゼ(19条保護)】(後述C(1)(a)参照)をいう。そして、原告らに起立斉唱を命じることは、「原告らの思想や良心の自由を侵害するといえるかどうか、思想や良心の自由を制約しあるいは思想や良心の自由と抵触するとしても、それが許されるか」について、後述の【社会生活不成立テーゼ】(後述C(2)(f)(㉞)参照)を述べ、「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19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19条違反の問題が生じる余地があるが、「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 19 条違反とはならない」という。そして、【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】(後述 C(2)(b)参照)、【周知の事実テーゼ】(後述 C(2)(a)参照)、【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できず、特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでないテーゼ】(後述 C(2)(c)参照)に言及する。そして、「本件各職務命令は、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、本件各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」「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、本件各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、本件各職務命令が、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」、「本件各職務命令は、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」という。そして、【全体の奉仕者テーゼ】(後述 C(2)(d)参照)、【指導要領テーゼ】(後述 C(2)(e)参照)を述べ、「本件各職務命令及び処分は、原告ら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」という²⁾。さらに本件各職務命令及び本件各処分は旧教育基本法 10 条に反し教師の教育の自由を侵害するという原告の主張を斥け、原告両名に対する都教委の本件各処分は、裁量権を濫用したものとはいえない、として棄却する。

(2) H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京地判平成 21 年 3 月 26 日³⁾(判タ 1314 号 146 頁, ②→H-23.3.10-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京高判, ③→H-24.1.16-263〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕最 1 判, H-24.1.16-263〔起立斉唱・伴奏(減給)/取消・国賠〕最 1 判)は、戒告処分を受けた後、訴訟係属中に退職した者に処分の取消しを求める訴えの利益があると⁴⁾、H-21.3.26-242〔起立斉唱(停職 3 月, 1 月)/取消・国賠〕東京地判と同様の論理で、本件職務命令及び本件各処分には違憲性、違法性は認められな

いから、これらを受けたことによる精神的ないし経済的損害の賠償を求める原告らの請求はいずれも理由がなく、処分に裁量の逸脱がないとして棄却した。

C このアプローチを支える思想

(1) 教員の思想・良心への積極的（プラスの）コミット・対抗価値への消極的（マイナスの）コミット

(a) 【信念テーゼ（19条保護）】

H-21.3.26-242〔起立斉唱（停職3月, 1月）/取消・国賠〕東京地判は、原告らの信念について、「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ついての原告らの歴史観ないし世界観又は教員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」という。H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏（戒告・減給）/取消・国賠〕東京地判も同旨⁵⁾。

(2) 対抗価値への積極的（プラスの）コミット・人権への消極的（マイナスの）コミット

(a) 【周知の事実テーゼ】

H-21.3.26-242〔起立斉唱（停職3月, 1月）/取消・国賠〕東京地判は、「本件各職務命令が発出されるより前から、都立学校の卒業式等において、国旗掲揚及び国歌斉唱は広く実施され始めており、全国の公立学校の卒業式等においても広く実施されていた」という。H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏（戒告・減給）/取消・国賠〕東京地判も同旨。

(b) 【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】

H-21.3.26-242〔起立斉唱（停職3月, 1月）/取消・国賠〕東京地判は、本件各職務命令は「原告らに対し、例えば、日の丸や君が代は国民主権、平等主

義に反し天皇という特定個人又は国家神道の象徴を賛美するものであるという考えは誤りである旨の発言を強制するなど、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たり、思想や良心の内容を確かめるための行為を命じるものではなく、また、卒業式等の儀式的場で行われる式典の進行上行われる出席者全員による起立及び斉唱であることから、「歴史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とはできない」という。H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京地判は同旨。

(c) 【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できず、特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでないテーゼ】

H-21.3.26-242〔起立斉唱(停職3月,1月)/取消・国賠〕東京地判, H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京地判も19年ピアノ判決と同旨。

(d) 【全体の奉仕者テーゼ】

H-21.3.26-242〔起立斉唱(停職3月,1月)/取消・国賠〕東京地判, H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京地判は、19年ピアノ判決と同旨。

(e) 【指導要領テーゼ】

H-21.3.26-242〔起立斉唱(停職3月,1月)/取消・国賠〕東京地判, H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京地判も、19年ピアノ判決と同旨。

(f) その他

(ア) 社会生活不成立テーゼ

H-21.3.26-242〔起立斉唱(停職3月,1月)/取消・国賠〕東京地判は、「一般に、自己の思想や良心に反するというを理由として、およそ外部行為を拒否する自由が保障されるとした場合には、社会が成り立ちがたいことは

明らかであり、これを承認することはできない」という。H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京地判も同旨。

- (イ) 「不当な支配」でないテーゼ⁶⁾
- (ウ) 教育の自由を侵害しないテーゼ⁷⁾
- (エ) 条約違反でないテーゼ⁸⁾

(3) 司法哲学

このアプローチも、積極的な司法観とはいえない。

D このアプローチをめぐって

(1) H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京地判が、「本件各職務命令は、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」と述べながら、【全体の奉仕者テーゼ】、【指導要領テーゼ】を援用し、「職務命令の目的・内容に合理性があるから、『原告ら自身としては思想および良心の核心部分を直接否定するものであると受け止めたのだとしても、そのことによってただちに、本件職務命令が原告らの思想および良心の自由を制約するものである、あるいはその制約は許されないものであるということとはできない』としている」点について、「『なぜ個別の思想・人権の問題に“一般的に”という理屈を持ち込むのか』という最高裁判決に対するもっとも有力な批判に応えようとしたものと思われるが、結局、職務命令が思想良心の自由の侵害になりえないということなのか、あるいは当たりうるとしたうえで、その正当化根拠を述べたものなのか、論旨不明確である。やはり個別の思想良心の問題に一般的という視点を取り込む論理に無理があることを露呈している」⁹⁾という批判がある。

注

- 1) Aタイプの訴訟。都立の養護学校、公立中学校の教諭兩名が、卒業式等において国歌斉唱時に起立しなかったことを理由に都教育委員会からそれぞれ3月、1月の停職処分を受け、各処分は、憲法19条、旧教育基本法10条に反するなど主張し

て、各処分取消しと国家賠償を請求した。本件各職務命令は、平成15年10月23日付けの都教委の通達及び同内容の立川市教委の通達に基づいてそれぞれの校長から発出された（停職期間の長短により判決の結論が異なることがあるので、以下、判決の冒頭において、（停職3月、1月）、（停職3月）、（停職1月）と表記する）。本判決は、H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏（戒告・減給）/取消・国賠〕東京地判と同日に判決が下されており（裁判長も同じ）、また、本判決の最高裁判決であるH-24.1.16-242〔起立斉唱（停職1月）/取消・国賠〕最1判、H-24.1.16-242〔起立斉唱（停職3月）/取消・国賠〕最1判は、H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏（戒告・減給）/取消・国賠〕東京地判の最高裁判決であるH-24.1.16-263〔起立斉唱・伴奏（戒告・減給）/取消・国賠〕最1判と同日に判決が下されている。両事件を区別するため、判決日に続けて最高裁での事件番号である242と263を記す。

- 2) 本判決は、「本件各職務命令は、原告らの思想及び良心の自由を制約するものであるとはいえ、また、その制約は許されないものであるともいえないから、本件各職務命令と同様の職務命令に違反するたびに従前よりも重い処分がされても、それによって思想及び良心の自由が制約されることになったり、制約が許されなくなるものではなく、累積加重処分がされたことをもって、本件各処分が違憲となるとはいえない。また、再発防止研修についても、これが原告らの思想及び良心の放棄や転向を迫り、日の丸、君が代に対する忠誠を強要するものであったと認めるに足りる証拠はないし、そもそも事後的に再発防止研修がされることにより、本件各処分等の懲戒処分が違憲となる関係にあるとは解されないから、この点から、本件各処分が違憲となるともいえない。もっとも、本件各職務命令と同様の職務命令に違反するたびに従前よりも重い処分がされる場合に、当該処分が、非違行為の内容等からして重すぎると評価される場合はあり得る」という。
- 3) 都立の高等学校又は養護学校の教職員であった原告らが、卒業式等に際して、各所属校の卒業式、入学式又は記念式典において起立斉唱すること又は国歌のピアノ伴奏を行うことを命ずる各校長の職務命令に従わなかったとして、都教育委員会から懲戒処分（1名は減給処分、その余は戒告処分）を受けたため、上記職務命令は違憲、違法であり上記各処分は違法であるなどとして、都に対し、各処分の取消し及び国家賠償を求めた。
- 4) 本判決は、退職した原告らについて、「本件処分が取り消されれば」、「昇給予定時期に昇給することが期待できた地位や再任用されることを期待しうる地位を回復することになり」、「これらの地位は、一定の法的保護に値するものであり、退職によって当然に失われるものとはいえないから、退職原告らについても本件処分の取消しを求める法律上の利益がある」という。
- 5) もっとも、本事件の場合、「原告らは、[1] キリスト教を信仰するという宗教上の理由、[2] 過去日本から侵略されたという歴史を有する韓国や朝鮮の国

籍を有するという民族的な理由，〔3〕過去の戦争への思いや平和主義思想を有するという理由，〔4〕様々な価値観を認めず一律に強制を行うことに反対するという理由といった，思想，信条から，又は，〔1〕学校教育における国旗・国歌の画一的統制は，軍国主義教育のもと，教え子たちを戦場に送り出してしまった過去の歴史を繰り返す危険を有するとの理由，〔2〕これまで人権の尊重，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理由，〔3〕多様な国籍，民族，信仰，家庭的背景を有し，国旗・国歌に対し様々な価値観を有する生徒にとって，教師全員が起立することは，生徒に対しても自己の思想及び良心に反する行動を強制することとなるという理由，〔4〕障害や発達段階に応じた教育や配慮を要する障害児教育に一律の強制はなじまないという理由など〕で，他の事例と若干異なる。

- 6) H-21.3.26-242〔起立斉唱(停職3月,1月)/取消・国賠〕東京地判，H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京地判は，前出・《消極主義III》(四)注5)で見た諸判決と同旨。
- 7) H-21.3.26-242〔起立斉唱(停職3月,1月)/取消・国賠〕東京地判，H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京地判は，前出・《消極主義III》(四)注6)で見た諸判決と同旨。
- 8) H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京地判は，前出・《消極主義III》(二)注7)で見た判決と同旨。
- 9) 雪竹奈緒・労働法律旬報1709号22頁(2009)。

(六) 「信念(19条保護)・信念と不可分に結び付かない・ 核心部分の侵害でない/裁量権の逸脱，濫用なし」 アプローチ

A 概要

これは，原告の信念が19条の保護範囲であるという点においてのみ，(六)「信念・信念と不可分に結び付かない・核心部分の侵害でない」アプローチと異なる。

B 裁判例

- (1) H-22.1.28〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判平成22年1月28日¹⁾(LEX/DB，①→H-20.2.7〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京地判，③→H-23.6.6

〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最1判〕は、教職員らに国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを命じる都教委教育長発出の平成15年10月23日付通達及び本件職務命令は、儀式的行事において教職員として儀礼的な行為を強制するものであって、まさに原告ら各人の内心における思想及び良心の自由そのものに対する直接的抑圧となるという原告らの主張について、【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】(後述C(2)(b)参照)を展開する。そして、「人は、その内心における思想や良心に反するという主観的な理由により法規制に従った外部行為をすることを拒むことは許されないとしても、その思想及び良心の本質又は核心にあるものときわめて密接な関係を有するものとみるべき外部的な行為に限っては、法規制をもってこれを強制されることを拒み得る」、「憲法19条は、『思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。』と定めるものであって、人の内心における精神活動が外部に現われる外部行為を保障するものではないが、人の思想及び良心の自由ときわめて密接な関係を有するものである外部的な行為を保障しないものとは解されない」としつつも、「本件職務命令は、1審原告らの有する思想及び良心の自由そのものを直接否定するものとは認められず、また、1審原告らが各有する思想及び良心という内心の自由の本質又は核心ときわめて密接な関係にあるとみるべき外部的な行為を命ずるものであるとも認められない²⁾」という。そして、都教委の不合格処分について、「裁量権の著しい濫用ないし逸脱に当たるとまでいうことはでき」ず、「不法行為を構成すると解することはできない」として棄却する。

(2) H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判平成23年1月28日(判時2113号30頁、①→H-18.9.21〔起立斉唱・伴奏/義務不存在確認・処分差止・国賠〕東京地判、③→H-24.2.9〔起立斉唱・伴奏/義務不存在確認・処分差止・国賠〕最1判³⁾)は、都教委の通達と本件職務命令との不可分一体性を肯定し⁴⁾、本件通達は、被控訴人らの教育の自由を侵害して憲法26条、23条に違反しない、都教委の本件通達は、旧教育基本法10条1項、新教育基本法16条1項の禁止する「不当な支配」に当たらないという。そして、本件通達が、被控訴人らの思想・

良心の自由を害し、憲法 19 条に違反するかについて、「人の思想・良心は、外部的行為と密接な関係を有するものであり、思想・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・良心の核心部分を否定することにほかならないから、憲法 19 条が保障する思想・良心の自由の侵害が問題になる」としつつ、【社会生活不成立テーゼ】(後述 C(2)(f)(㊦参照)に言及する。そして、都教委の通達と職務命令の合憲性について、19 年ピアノ判決を援用しながら、【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】(後述 C(2)(b)参照)、【周知の事実テーゼ】(後述 C(2)(a)参照)、【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できないテーゼ】(後述 C(2)(c)参照)をいい、「本件通達は、被控訴人らに対して、憲法 19 条の問題となることはない」とする。しかし、「被控訴人らの各人の陳述書」「及び弁論の全趣旨によれば、本件通達が自己の内心の核心部分を否定するものと受け止め、本件通達は自己の信念に反する不合理な行為を強制すると考えていることが認められ」、「本件通達は、被控訴人らの思想・良心の自由との抵触が生じる余地がある」としつつ、【全体の奉仕者テーゼ】(後述 C(2)(d)参照)、【指導要領テーゼ】(後述 C(2)(e)参照)に言及し、「諸事情を併せ考慮すると、本件通達は、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」、「被控訴人らの思想・良心の自由の侵害を認めることはできない」として国賠請求を認容した原判決を取り消す。

(3) H-23.3.25-242〔起立斉唱(停職 3 月, 1 月)/取消・国賠〕東京高判平成 23 年 3 月 25 日 (LEX/DB, ①→H-210326-242〔起立斉唱(停職 3 月, 1 月)/取消・国賠〕東京地判平成 21 年 3 月 26 日, ③→H-24.1.16-242〔起立斉唱(停職 3 月)/取消・国賠〕最 1 判, H-24.1.16-242〔起立斉唱(停職 1 月)/取消・国賠〕最 1 判) は、本件各職務命令は、控訴人らの思想及び良心の自由を侵害し、憲法 19 条に違反するかについて、【信念テーゼ (19 条保護)】(後述 C(1)(a)参照)に言及するが、「思想及び良心に反することを理由に外部的行為を強制されない自由があるとしても、それは外部的行為の強制がその者の思想及び良心の核心的部分を侵害する結果となる場合に限られる」、「思想及び良心の自由の保障と外部的行為の

強制・拒否との関係について、社会の成り立ち及び社会秩序の維持の重要性・必要不可欠性という観点から原理的考察を加えるならば、以上のように解することが相当である」、「当該外部的行為の強制が思想及び良心の自由の核心的部分の侵害に当たるか否かの判断に当たっては、ピアノ伴奏事件最高裁判決の判旨にかんがみ、思想及び良心の自由の保障の原理的意義に照らし、次のような基準を設定した上、手順を踏んで検討していくことが相当」という。そして、「第1に『外部的行為を拒否すること』とその者が有する『思想及び良心の核心的部分の保持』との間に不可分に結び付くものと評価し得るような密接な関係があるといえるか否かが検討されるべきである」、「このような関係性の有無の判断に際してその者の主観によるとすると、結果的に外部的行為を強制されない自由を一般的に認めることと同様になるから、その判断は客観的な観点からされることが要請される」とし、【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】(後述C(2)(b)参照)に言及し、「本件においては、控訴人らの思想及び良心の核心的部分の保持と外部的行為として命じられた行為の拒否とが客観的に密接不可分に結びつくものと評価することはできない」とする。ついで、「第2に『外部的行為』自体が、控訴人ら教諭等にとって通常想定され、期待されるものであるか否か、これを行うことにより特定の思想を有するというを外部に表明する行為と評価されるものであるか否かが検討されるべきである」とし、【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できないテーゼ】(後述C(2)(c)参照)を述べ、「控訴人らがこれを行うことにより特定の思想を有することを外部に表明する行為であると評価されるものと解することはできない」という。さらに、「第3に『外部的行為』を強制する職務命令の目的及び内容が、不合理であるか否かが検討されるべきである」とし、【全体の奉仕者テーゼ】(後述C(2)(d)参照)、【指導要領テーゼ】(後述C(2)(e)参照)に言及し、「この職務命令の目的と内容は、高等学校の学習指導要領の定め趣旨にかなうとともに、かつ、現代における国旗・国歌の尊重という国際慣習とも整合するものであって、平成18年当時の都立高等学校や公立学校に

おける実施状況に照らし、決して不合理なものと評価することはできない」という。かくして、「本件各職務命令は、控訴人らの思想及び良心の自由を侵すものであり憲法 19 条に違反するとはいえない」とする。さらに、本件各通達及び本件各職務命令は、旧教育基本法 10 条 1 項にいう「不当な支配」に当たるとの主張、本件各職務命令は、控訴人らの教師としての教育の自由を侵害するとの主張を斥け、控訴人兩名に対する処分について、「都教委に裁量権の逸脱、濫用があると認めることはできない」として、控訴を棄却する。

C このアプローチを支える思想

(1) 教員の思想・良心への積極的（プラスの）コミット・対抗価値への消極的（マイナスの）コミット

(a) 【信念テーゼ（19 条保護）】

H-22.1.28〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判は、「本件職務命令は、1 審原告らの有する思想及び良心の自由そのものを直接否定するものとは認められず……」と表現する程度であるが、H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判は、「本件通達が自己の内心の核心部分を否定するものと受け止め、本件通達は自己の信念に反する不合理な行為を強制すると考えていることが認められる。そうすると、本件通達は、被控訴人らの思想・良心の自由との抵触が生じる余地がある」と述べ、被控訴人らの信念が思想・良心の自由の保護範囲内にあることを示唆する。H-23.3.25-242〔起立斉唱(停職)/取消・国賠〕東京高判は、「控訴人らの主張する思想及び良心の内容は」、「控訴人らの歴史観ないし世界観及びそれぞれの人生経験や教育経験等に基づき多角的に形成された信条や信念等であるから、このような控訴人らの信条や信念等が憲法 19 条の『思想及び良心』に当たり、同条により保障されることは明らかである」と明確にいう。

(2) 対抗価値への積極的 (プラスの) コミット・人権への消極的 (マイナスの) コミット

(a) 【周知の事実テーゼ】

H-22.1.28〔起立(再雇用拒否)/国賠〕東京高判は、19年ピアノ判決と同旨。H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判は、「平成11年の国旗及び国歌に関する法律の制定、平成11年10月19日付けの『入学式及び卒業式における国旗掲揚及び国歌斉唱の指導について(通達)』が発出されて4年が経過した時点において、完全な実施とはいえないにしても、都立学校の入学式、卒業式等において、国旗である日の丸が壇上に掲揚されたり、国歌斉唱として君が代が斉唱されたり、ピアノ伴奏がされており、また、全国の公立高校では、入学式、卒業式等における国旗掲揚、国歌斉唱及びピアノ伴奏は従来から広く実施されている上、スポーツ観戦等における自国ないし他国の国旗掲揚、国歌斉唱に当たって観衆等が起立することは一般に行われている」という。H-23.3.25-242〔起立(停職)/取消・国賠〕東京高判も同旨。

(b) 【信念と不可分に結び付かず、歴史観自体を否定するものでないテーゼ】

H-22.1.28〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判は、「起立・斉唱というものは、教職員として高等学校学習指導要領に基づき行う儀式的行事における学校職員という社会的な立場における行動にすぎず、一般的に一審原告ら個人の内心における国旗及び国歌に対する特定の思想や信条と不可分的に結び付けられたものと認められる類型の外部的な行為ではない」という。H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判は、「日の丸や君が代は国民主権、平和主義に反し天皇という特定個人又は国家神道の象徴を賛美するものであるという考えが誤りである旨の発言等を強制するなど直接的にその歴史観等を否定する行為を強制するものではないから、客観的には」原告の「歴史観等と不可分に結び付くものということとはできない」という。H-23.3.25-242〔起立(停職3月,1月)/取消・国賠〕東京高判は、「戦後半世紀以上にわたり、憲法の花神に從った民主的で文化的な国家建設が行われ、個人の尊

厳を重んじ、真理と平和を希求する人間の育成を期するところの普遍的かつ個性豊かな文化の創造をめざす教育が実践されて来ており、現代において、皇国思想や軍国主義的又は極端な国家主義的傾向又はそのような価値観を一方的に押しつける教育は少なくとも公立学校の教育現場には存在しない」、「そうすると、外部的行為である『国旗に向かって起立し国歌を斉唱すること』の目的が上記のようなものであり、かつ一定の普遍性のある儀礼的なものである以上、これが命じられたとしても控訴人らの思想及び良心の」「核心的部分と直接抵触し、これらを否定することにはなり得ない」、「本件においては、控訴人らの思想及び良心の核心的部分の保持と外部的行為として命じられた行為の拒否とが客観的に密接不可分に結びつくものと評価することはできない」という。

(c) 【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できず、特定の思想の強制・禁止・告白を強制するものでないテーゼ】

H-22.1.28〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判は、「高等学校の卒業式等の学校行事において教職員として起立・斉唱を行うことが直ちに国旗及び国歌に対する多様な意見のうちの特定の考えを体現するものであるとはいえない」という。H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判は、19年ピアノ判決を援用し、「客観的にみて」、「君が代を斉唱し、ピアノ伴奏をするという行為は、入学式、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、これを行う教職員が特定の思想を有するという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。特に、職務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」と述べ、表題に記したテーゼの前半部分【儀式的行事において期待され、外部表明行為と評価できないテーゼ】をいうにとどまるが、H-23.3.25-242〔起立(停職3月、1月)/取消/国賠〕東京高判は、「本件各職務命令は、公立学校の教諭である控訴人らに対し、国旗に向かって起立し国歌を斉唱することという、いわば一定の普遍性のある儀礼的行為を命ずるものであり、「控訴人らに対し、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い。職務として行うものであって、個人の思想、信条に基づいて行うものではないから、控訴人らに対し、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い。ましてや、生徒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でもなく、「控訴人らがこれを行うことにより特定の思想を有することを外部に表明する行為であると評価されるものと解することはできない」という。

(d) 【全体の奉仕者テーゼ】

H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判、H-23.3.25-242〔起立斉唱(停職3月,1月)/取消・国賠〕東京高判は19年ピアノ判決と同旨。H-22.1.28〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判は、このテーゼに言及しないが、引用する原判決は触れている。

(e) 【指導要領テーゼ】

H-22.1.28〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判は、「起立・斉唱というものは、教職員として高等学校学習指導要領に基づき行う儀式的行事における学校職員という社会的な立場における行動にすぎず」というくらいであるが、H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判は、学テ最高裁判決(最大判昭和51年5月21日)を援用し、「学習指導要領は、学校教育法(平成19年法律第96号に基づく改正前のもの)43条,73条,学校教育法施行規則(平成19年文部科学省令第40号による改正前のもの)57条の2,同規則(同第5号による改正前のもの)73条の10に基づいて定められ、普通教育である高等学校並びに盲、ろう及び養護学校高等部の教育の内容及び方法についての大綱的な遵守基準を設定したもので、法的拘束力を有する」としつつ、「現行学習指導要領の国旗・国歌条項は法的拘束力を有するので、君が代が我が国の国歌であることは、国旗及び国歌に関する法律制定前において、国民の法的確信が成立し、慣習法になっていた」という。H-23.3.25-242〔起立斉唱(停職3月,1月)/取消・国賠〕東京高判は言及しないが、原判決は言及する。

(f) その他

(ア) 社会生活不成立テーゼ

H-22.1.28〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判は、「思想及び良心の自由と」「外部的行為との不可分性について、本人の主観を考慮要素に入れて判断すると、その不可分性の有無が、結局、本人の判断に委ねられてしまい、各人が、自己の内心における思想や良心に反すると主観的に考えるか否かによって、当該外部的な行為について憲法19条違反の問題が生じ得るか否かが決定されることとなる」、「各人が、その内心における思想や良心に反するという主観的な理由から外部行為を拒否する自由が保障されるとした場合には、社会の秩序は成立し得ず、憲法19条がかかる趣旨の保障規定であると解することはできない。純粹に内心の自由の外においても、憲法19条の保障を認めるべきであるという判断は、自己の内心における思想及び良心の本質又は核心にあるものときわめて密接に関係するとみるべき類型的な外部的な行為に属するかどうかという一般的、客観的な観点を中心として判断されるべきである」という。H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判、H-23.3.25-242〔起立斉唱(停職)/取消・国賠〕東京高判は同旨。

(イ) 「不当な支配」でないテーゼ⁵⁾

(ウ) 教育の自由を侵害しないテーゼ⁶⁾

(エ) 信教の自由を侵害しないテーゼ⁷⁾

(3) 司法哲学

このアプローチも、積極的な司法観とはいえない。

D このアプローチをめぐる

(1) H-22.1.28〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京高判について、「裁判所の判断枠組みは」、19年ピアノ判決「の論理をほぼ踏襲したのと言ってよい」、「このようなとらえ方は、そもそも『思想良心の自由』が、『一般的』とされる多数派が民主制を悪用して少数派の内心領域に踏み込み同調を迫る

ことを、むしろ防ぐものとして保障されたことの意義を軽視したものと言わざるをえない、「確かに、『思想良心の自由』を理由に、あらゆる公的義務の免除が認められるべきでないことは言うまでもない。けれども、日本国憲法が基調とする価値の多元性の伝達が、教育という営みの重要な位置に据えられるとすれば、教師には、子どものそうした『教育を受ける権利』への侵害を排除する防波堤としての役割が期待されることになるであろう。そしてそのときにこそ、教師の『思想良心の自由』が、初めて意義をもつことになるのではないだろうか⁸⁾」という批判がある。

(2) H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏義務/国賠〕東京高判は、第1審の原告ら全面勝訴の判決を取り消した。本判決が、「本件通達は、被控訴人らの思想・良心の自由との抵触が生じる余地がある」としながらも、【全体の奉仕者テーゼ】、【指導要領テーゼ】に言及して制約を正当化した点について、「公務員の人権制約に関する国際的立法動向、ピアノ最高裁判決の藤田裁判官の少数意見などからしても」、「一律制約は合理的根拠がなくなっていることは明らか⁹⁾」という批判がある。

注

- 1) Cタイプの訴訟。校長の職務命令に従わず、卒業式等の式典において起立斉唱しなかったため、平成16年度又は平成17年度の東京都公立学校再雇用職員の採用選考において、不合格となった都立高校の教職員らが、都教委が職務命令違反を理由として不合格としたのは、違憲、違法であるとし、都に対し、国家賠償を求めた。
- 2) 本判決は、「たしかに、起立は、一般的に起立の対象に対して敬意を表す行為であり、歌唱は、一定の思想、感情を言語で表現した歌詞を歌うものであって、ピアノによる伴奏行為とは、思想外部表明性の評価の点において相違が全くないとはいえない。もつとも、それはなお相対的なものであるともみ得ると解される点はしばらく措き、高等学校の卒業式等の学校行事において教職員として起立・斉唱を行うことが直ちに国旗及び国歌に対する多様な意見のうちの特定の考えを体現するものであるとはいえず、「国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを命ずることが、1審原告らの思想及び良心の自由を直ちに否定するものであるということとはでき」ない、という。
- 3) 本判決は、公的義務不存在確認請求に係る訴え及び本件差止請求に係る訴えを却下するが、「審理の経過及び争点の共通性にかんがみ」、「国家賠償請求訴訟のみなら

ず]、「無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟及び本件差止訴訟についても本案の判断をするのが相当であるので」、「本件通達が、被控訴人らの教育の自由を侵害して憲法 26 条、23 条に違反し、また旧教基法 10 条 1 項、新教基法 16 条 1 項の禁止する『不当な支配』に当たり、更には思想・良心の自由及び信仰の自由を害し、憲法 19 条、20 条に違反するから、明白かつ重大な瑕疵があり、違法無効か否かについて検討する」とし、違法無効でないという。

- 4) 本判決は、「一連の経緯に照らせば、校長は何らの裁量の余地なく本件通達に従って本件職務命令を発令したものと推認される。したがって、本件通達と本件職務命令との間には事実上の不可分一体性が認められる」という。
- 5) H-22.1.28 [起立斉唱(再雇用拒否)/国賠] 東京高判, H-23.1.28 [起立斉唱・伴奏/国賠] 東京高判, H-23.3.25-242 [起立(停職 3 月, 1 月)/取消・国賠] 東京高判は、前出・《消極主義 III》(四)注 5) で見た諸判決と同旨。
- 6) H-23.1.28 [起立斉唱・伴奏義務/国賠] 東京高判は、前出・《消極主義 III》(四)注 6) で見た諸判決と同旨。
- 7) H-23.1.28 [起立斉唱・伴奏義務/国賠] 東京高判は、「国旗及び国歌に関する法律では、国旗を日章旗、国歌を君が代とすることが明確に定められており、現時点での一般的な社会通念に照らせば、国旗である日の丸及び国歌である君が代が国家神道と不可分ないし密接な関係にあると認識されているとは認められないので、都立学校における入学式、卒業式等が宗教上の行為等に当たるとは認められず、都立学校における入学式、卒業式等において起立して国旗掲揚・国歌斉唱することが聖書にいうキリスト以外の神を拝む行為」「や賛美歌(キリスト教における宗教歌)に該当すると認めることはできないから、被控訴人らのうちのキリスト教徒の信仰上の教義に直接反するものともいえない」という。
- 8) 三宅裕一郎・法セミ 666 号 118 頁(2010)。
- 9) 加藤文也・労働法律旬報 1746 号 12 頁(2011)。同コメントは、本判決が、現行学習指導要領に基づいて、国旗掲揚、国歌斉唱の通達を発出すべき必要性和合理性が認められるとした点について、「養護学校などでは、障がいをもって、卒業式には出席できるが、起立することができず、常に介護が必要な卒業生も存するのである」、卒業式等は、「事柄の性質上、本来的に教職員において個別に又は独自にこれを行うことが困難かつ不適当な性格のもの」ということはできず、また、儀式であるからといって、一律に実施する必要性がでてくるものでないことは明らかである」と批判する。11-12 頁。