

論 説

君が代斉唱をめぐる
司法消極主義と積極主義 (三)

—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適法として却下」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」アプローチ
(以上、36 卷 3・4 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, 前号)
- (九) 「信念 (19 条保護)・間接的制約・総合的較量/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ
- (十) 「信念 (19 条保護)・間接的制約・総合的較量・52 年 2 年/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]

- (九) 「信念 (19 条保護)・間接的制約・総合的較量/裁量権の逸脱, 濫用なし」アプローチ

A 概要

これは、まず、19 年ピアノ判決における、前出《消極主義 III》(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」アプローチを採用し、職務命令は憲法 19 条侵害でないとしつつ、それに続けて、職務命令は間接的制約となりうるとし、総合的較量の結果、職務命令には合理性があり、裁量権の逸脱, 濫用ないとして、原告の訴えを斥けるアプローチである¹⁾。対抗価値へのコミットは強いが、教員の思想・良心の自由へもある程度コミットする。

B 裁判例

(1) H-23.5.30 [起立斉唱(再雇用拒否)/国賠] 最 2 判平成 23 年 5 月 30 日²⁾ (民集 65 巻 4 号 1780 頁, ①→H-21.1.19 [起立斉唱(再雇用拒否)/国賠] 東京地判, ②→H-21.10.15 [起立斉唱(再雇用拒否)/国賠]) は、職務命令が憲法 19 条に違反するかについて、19 年ピアノ判決の用いた前出《消極主義 III》(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」アプローチを援用した後、「本件職務命令に係る起立斉唱行為は」、「上告人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ものに対する敬意の表明の要素を含むものであることから、そのような敬意の表明には応じ難いとする上告人にとって、そ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となる」、「この点に照らすと、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」（【間接的制約テーゼ】〔後述C(1)(b)参照〕という³⁾。そして、「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」、「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、「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」、「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」「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」とし、その総合的較量において、【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）に言及する。かくして、「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り、「外部的行動の制限を介して上告人の思想及び良心の自由について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」「制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量すれば」、「制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められ」、憲法 19 条に違反するとはいえない、として上告を棄却する（4 先例「の趣旨に徴して明らか」ともいう）。以下、本判決を 23 年 5 月判決とよぶ。

(2) H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最 1 判平成 23 年 6 月 6 日⁴⁾ (判時 2123 号 18 頁, ①→H-20.2.7〔起立斉唱(再雇用)/国賠〕東京地判, ②→H-22.1.28〔起立斉唱(再雇用)/国賠〕東京高判) は、起立斉唱の職務命令の合憲性に関し、23 年 5 月判決と同旨を展開し、「本件各職務命令は、上告人ら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」とし（4 先例を援用）、上告を棄却する。

(3) H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕最 3 判平成 23 年 6 月 14 日⁵⁾ (判時 2123 号 23 頁, ①→H-21.3.19〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京地判, ②→H-22.4.21〔起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京高判) は、起立斉唱の職務命令の合憲性に関し、23 年 5 月判決と同旨を展開し（4 先例を援用）、処分の取消請求、国賠請求を棄却し、都人事委員会のした裁決の取消請求は却下する。

(4) H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最 3 判平成 23 年 6 月 21 日⁶⁾ (判時 2123 号 35 頁, ①→H-21.2.26〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島地判, ②→H-22.5.24〔起立斉唱(戒告)/取消〕広島高判) は、起立斉唱の職務命令の合憲性に関し、23 年 5 月判決と同旨を展開し、上告を棄却する（4 先例の他、H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消, 国賠〕最 3 判, H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用)/国賠〕最 2 判, H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用)/国賠〕最 1 判を援用）。

(5) H-23.7.4-62〔起立斉唱(不明)/取消〕最 2 判平成 23 年 7 月 4 日⁷⁾ (LEX/DB, ①→不明, ②→〔起立斉唱(不明)/取消〕東京高判平成 22 年 11 月 10 日〔判例集未登

載))は、起立斉唱の職務命令の合憲性を肯定し、上告を棄却する(4先例の他、H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最2判、H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最1判、H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消、国賠〕最3判、H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最3判を援用)。

(6) H-23.7.4-431〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消〕最2判平成23年7月4日⁸⁾(LEX/DB、①→不明、②→H-22.8.19〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消〕東京高判〔判例集未登載])は、起立斉唱の職務命令の合憲性を肯定し、上告を棄却する(4先例の他、H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最2判、H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最1判、H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消、国賠〕最3判、H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最3判を援用)。

(7) H-23.7.14〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠〕最1判平成23年7月14日⁹⁾(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、②→H-20.12.15〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠〕福岡高判)は、起立斉唱の職務命令の合憲性を肯定し(4先例の他、H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用)/国賠〕最1判、H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用)/国賠〕最2判、H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消、国賠〕最3判、H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最3判を援用する)、教育委員会による戒告処分、減給処分とも違法でないとして、上告を棄却する。

(8) H-24.2.6〔起立斉唱(訓告)/国賠〕大阪地判平成24年2月6日(LEX/DB、②→H-24.10.18〔起立斉唱(訓告)/国賠〕大阪高判)は、訓告の取消しを求める訴えについては、既に、H-24.2.6〔起立斉唱(訓告)/取消〕大阪地判で見たように、不適法として却下したが、職務命令が国賠法上の違法に当たるか否かの検討において、思想・良心の自由との関係を検討し、H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最2判、H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最1判、H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最3判を援用し、総合的衡量を展開する。そして、「本件指導は、原告の思想及び良心の自由を侵害し憲法19条に違反するとはいえない」とし、「原告は、校長からの本件指導に従わず、本件着席を行ったのであるから、服務監督権限を有する市教委が本件訓

告を行うことにより将来を戒める事実上の措置を取る必要性はあった」, 「訓告には理由があり, 事情聴取についても違法な点はないから, 被告門真市に対する国賠請求は, 理由がない」として斥ける。

(9) 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判平成24年2月9日¹⁰⁾(民集66巻2号183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, ②→H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/義務不存在確認・処分差止〕東京高判, H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判)は, まず, 職務命令の合憲性について, 4先例を援用し, さらに, 起立斉唱行為に係る職務命令については, H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最1判, H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最2判, H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消, 国賠〕最3判, H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最3判を援用し, 伴奏行為に係る職務命令につき, 19年ピアノ判決を援用し, 本件職務命令は憲法19条に違反するものではないとする。ついで, 本件通達とそれに基づく職務命令の処分性を否定する。そして, 国歌斉唱の際に国旗に向かって起立しないこと若しくは斉唱しないこと又はピアノ伴奏をしないことを理由とする懲戒処分の差止めの訴えのうち, 免職処分の差止めを求める訴えについては, 当該処分がされる蓋然性を欠き, 不適法とするが, 停職, 減給又は戒告の各処分の差止めを求める訴えの適法性については, 「処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ, その回復の困難の程度等に鑑み, 本件差止めの訴えについては上記『重大な損害を生ずるおそれ』があると認められる」とし, いずれも適法とするものの, 「本件職務命令が違憲無効であってこれに基づく公的義務が不存在であるとはいえないから, 当該差止請求は上記の本案要件を満たしているとはいえない」という。ついで, 卒業式等において, 起立斉唱する義務のないこと及びピアノ伴奏をする義務のないことの確認の訴えの適法性について, 「公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは, 行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては, その目的に即した有効適切な争訟方法であるということがで

き、確認の利益を肯定することができる」とするが、「本件職務命令が違憲無効であってこれに基づく公的義務が不存在であるとはいえないから」、「請求は理由がない」とする。かくして、差止めを求める訴えを不適法として却下した原審の判断、確認の訴えを不適法として却下した原審の判断には、「法令の解釈適用を誤った違法があるが、両請求は、「理由がなく棄却を免れないものである以上、不利益変更禁止の原則」により、「上告を棄却することと定める」という。また、「本件賠償請求を棄却した原審の判断は、是認することができる」とし、上告を棄却する。

(10) H-24.10.18〔起立斉唱(訓告)/国賠〕大阪高判平成24年10月18日 (LEX/DB, ①→H-24.2.6〔起立斉唱(訓告)/国賠〕大阪地判) は、控訴を棄却する(原判決と基本的に同旨)。

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-23.5.30〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最2判は、後述のように、【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】に言及した後、「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」(傍点筆者)とし、このような表現をしない19年ピアノ判決と異なる。

(b) 【間接的制約テーゼ】

H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最2判は、さらに、「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」、「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する者が、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」とし、【間接的制約テーゼ】を展開する。他の判決も同旨。

(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】、【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】、【指導要領テーゼ】については、H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用)/国賠〕最2判は、前出《消極主義III》(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」アプローチを用いた19年ピアノ判決と同旨。他の判決も同じ。

(3) 司法哲学

このアプローチは、前出《消極主義III》(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」アプローチよりも、より積極的な司法観といえる。

D このアプローチをめぐる

(1) H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用)/国賠〕最2判にはじまり、H-23.7.14

〔起立斉唱(戒告・減給)/取消・国賠〕最1判に至る最高裁の平成23年の諸判決は、間接的制約であることを認めながらも総合的較量で合憲とし、処分にも裁量権の逸脱、濫用はないとした。このアプローチについて、『良心的拒否』の自由が雇用契約の性質によって制約されるという、欧米ではほぼ共通のコンセンサスが得られている考え方が、本件判決とこれに続く約1カ月半の間に相次いで出された計7つの最高裁判決によって、ようやく我が国の判例法理としてまがりなりにも認められたものと評価しうる¹¹⁾という積極的評価の他、「ピアノ判決では直接的制約がないことのみが述べられたのに対し、起立斉唱判決では直接的制約はないが間接的制約はある、とされた」、「起立斉唱の職務命令が思想・良心の自由に対する間接的制約となることを最高裁が認めたことには、大きな意義がある」、「職務命令が思想・良心の自由に対する間接的制約となる可能性を認めた若干の下級審判決においても、その正当化をいかに判断するかについて、一般的な枠組みを提示した例はなかった。それだけに、この判決が審査枠組みを設定した上で当該職務命令の合憲性判断をしたことには、重要な意義がある」、「比較較量論は、憲法上の権利に対する制約の正当化に関して、最高裁が採用する一般的な審査枠組みである。それが起立斉唱判決」¹²⁾「によって、思想・良心の自由の領域にも導入されたこと自体は」、「下級審の状況に鑑みると、理論的な進展である¹²⁾という好意的評価がある。

他方、「本判決がこの制約を『間接的』としたことには疑問がある。本判決が『間接的』と解した理由は、世界観とは異なる外部行為の要求が世界観そのものを否定するわけではなく、また、思想の制約が『一般的、客観的』に生ずるのではなく、特定の者との関係で生ずるとみただからである。しかし、不起立教員にとっては、まさに自己の思想に反する行為を要求されているのであるから、それは『(直接的)制約』というべきである。思想の自由の『制約』にあたるかどうかは、規制を行う者の意図によるのではなく、強制される外部行為と内面の思想との関連性によるのであって、規制者の意図は何であれ、思想の核心を抑圧するものであれば、『(直接的)制約』となる、

「本判決の比較衡量の手法について、それが目的手段の均衡を測るという比例原則に近いものとみなすことができるのであれば、その審査方法はあながち不当とはいえない。しかし、その場合でも、思想の自由に重点を置いた衡量でなければならない。ところが実際になされた衡量では、教育上の行事の円滑な進行、学校教育法での国家の現状と伝統の正しい理解と国際協調の精神の修養という目標、学習指導要領での国旗国歌条項、国旗国歌法の規定、公務員の地位の性質と職務の公共性などが一方的に強調された。他方、思想の重要性が『間接的制約』として相対化されたほか、① 起立斉唱を職務命令をもって強制する必要性は乏しい、② 不起立が行事に混乱を起こしていない、③ 職員不採用等という不利益が重すぎる、④ 起立斉唱の強制が許されない生徒との関係で、教師の不起立は盾としての意味をもつ、などの点は考慮されていない、君が代訴訟の中心的論点は、不起立教員の態度の評価にあるのではなく、起立斉唱を強制する職務命令、ひいては起立斉唱を一律に命ずる都教委の通達が教育への強権的な国家介入と『君が代』の起立斉唱の強制をもたらしている点にこそある。そうであれば、本件職務命令は『必要性、合理性に欠ける』という結論に傾くべきであったように思われる」¹³⁾という批判がある¹⁴⁾。

(2) 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判については、行政法学からのコメント参照¹⁵⁾。

注

- 1) 後述の、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判は、予防訴訟と呼ばれるように、具体的な処分を争う訴訟ではないが、職務命令の合憲性の判断に鑑み、ここで扱う。
- 2) 多数意見→須藤正彦(補足意見), 古田佑紀, 竹内行夫(補足意見), 千葉勝美(補足意見)。
- 3) 本判決は、「個人の歴史観ないし世界観との関係に加えて、学校の卒業式のような式典において一律の行動を強制されるべきではないという信条それ自体との関係でも個人の思想及び良心の自由が侵される」という上告人の主張については、「そのような信条との関係における制約の有無が問題となり得るとしても」、「外部的行為が求められる場面においては、個人の歴史観ないし世界観との関係における間接的な

制約の有無に包摂される事柄というべき」という。

- 4) 多数意見→白木勇, 櫻井龍子, 金築誠志 (補足意見), 横田尤孝, 反対意見→宮川光治。
- 5) 多数意見→寺田逸郎, 那須弘平 (補足意見), 岡部喜代子 (補足意見), 大谷剛彦 (補足意見), 反対意見→田原睦夫。
- 6) 多数意見→寺田逸郎, 那須弘平 (補足意見), 岡部喜代子 (補足意見), 大谷剛彦 (補足意見), 反対意見→田原睦夫。那須補足意見は, H-23.6.14 [起立斉唱(戒告)/取消, 国賠] 最3判の那須補足意見と同旨。
- 7) 多数意見→須藤正彦, 古田佑紀, 竹内行夫 (補足意見), 千葉勝美 (補足意見), 須藤正彦 (補足意見)。
- 8) 多数意見→須藤正彦 (補足意見), 古田佑紀, 竹内行夫 (補足意見), 千葉勝美 (補足意見)。
- 9) 多数意見→白木勇, 櫻井龍子, 金築誠志 (補足意見), 横田尤孝, 反対意見→宮川光治。
- 10) 多数意見→櫻井龍子 (補足意見), 金築誠志 (補足意見), 横田尤孝 (補足意見), 白木勇, 反対意見→宮川光治。
- 11) 花見忠・ジュリ 1444 号 127 頁 (2012)。
- 12) 渡辺・前出《消極主義 III》(三)注 4) 112 頁, 114 頁。本コメントは, 「今後の課題は, この審査を目的・手段審査に再編し, 比例原則の思考を基礎に置く審査を行うことである。当該職務命令については, 仮にそれが直接的制約に当たらないと理解されたとしても, 問題となっている思想・良心の自由の重要性や職務命令による制約の実際上の重大性に鑑みて, 審査の密度はより厳格であるべきだった」という。114 頁。
- 13) 戸波江二・ジュリ臨増 1440 号 18 頁 (2012)。
- 14) その他, 「起立斉唱判決はピアノ判決と事案を区別していた。しかし起立斉唱判決が間接的制約というカテゴリーを認めたことから, 翻ってピアノ判決の事案でも少なくとも間接的制約はあったと見るべきではないか, という疑問は当然に生じうる。他方で, 間接的制約の存在を認めたこの判決が, 先行判例の 1 つとして謝罪広告判決を挙げたままにしている意味も, 再び問われる」(渡辺・前出《消極主義 II》(三)注 4) 114 頁), 平成 23 年 5 月 30 日判決は, 「式典において一律の行動を強制されるべきではないという信条それ自体との関係で思想・良心の自由が侵されたという」原告の「主張に対して, 外部的行為が求められる場面では, 個人の歴史観・世界観との関係における間接的制約の有無に包摂されるとした。しかし, これでは」19 年ピアノ判決で「藤田裁判官反対意見が示した考え方も意味をなさない」(榎透・法セミ 681 号 128 頁 [2011]) 等の批判がある。
- 15) たとえば, 「本判決について注目すべきは, 予防訴訟に関する救済の方法として処

分差止め訴訟と公法上の当事者訴訟（確認訴訟）を活用できることを最高裁が示した点である。特に、本判決が行政事件訴訟法 37 条の 4 第 1 項の『重大な損害を生ずるおそれ』という訴訟要件に関する判断基準を最高裁として初めて示したこと、および予防訴訟に関する確認の利益の判断基準を示したことは、重要である。『本判決が予防訴訟に関する救済の方法を明示した点については積極的に評価できるが、差止め等の本案の請求を棄却した点については賛同できない。『危険が現に存在する状況』（本判決）を前提とすれば、減給・停職処分の差止めを認容する判断もありえた』（岡田正則・法教 390 号別冊付録〔判例セレクト 2012-2〕9 頁）というコメント、本判決が、差止め訴訟要件における損害の重大性について一般的判断基準を示した点につき、「重要な先例となる」とし、公法上の当事者訴訟の一類型である公法上の法律関係に関する確認の訴えとして位置付けた点について、「処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大する危険が現に存在する状況下で事後的な損害の回復が著しく困難になることを踏まえて、確認の利益を肯定しているが、このレベルが確認の利益肯定の十分条件であるとしても、必要条件とまで考える必要はなかろう。特に本件では『起立斉唱』を強要すること自体が思想良心の自由を侵害する行為であるので、制裁行為を予防するためでなく、起立斉唱強要を予防すること自体に公法上の確認訴訟の適法性を認めるべきではなかったと考える」（石崎誠也・別冊ジュリ 212 号 441 頁〔2012〕）とするコメントがある。

(十) 「信念（19 条保護）・間接的制約・総合的較量・52 年 2 年/裁量権の逸脱，濫用なし」アプローチ

A 概 要

これは、前出《消極主義 III》(九)「信念（19 条保護）・間接的制約・総合的較量/裁量権の逸脱，濫用なし」アプローチに、公務員の懲戒処分に関する最 3 判昭和 52 年 12 月 20 日（民集 31 卷 7 号 1101 頁，以下，52 年判決とよぶ）、最 1 判平成 2 年 1 月 18 日（民集 44 卷 1 号 1 頁，以下，2 年判決とよぶ）の判断枠組を付け加え、裁量権の逸脱，濫用なし，と結論づけるアプローチである。対抗価値へのコミットは強いが、教員の思想・良心の自由へもある程度コミットする。

B 裁判例

(1) H-23.7.25〔伴奏・起立斉唱(戒告・減給・停職)/取消・国賠〕東京地判平成23年7月25日¹⁾(LEX/DB, ②→H-24.10.31〔伴奏・起立斉唱(戒告)/取消・国賠〕東京高判, 24.10.31〔伴奏・起立斉唱(減給・停職)/取消・国賠〕東京高判, ③→H-25.9.6〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給・停職)/取消・国賠〕最2判)は、本件通達、本件各職務命令及び本件各処分が、憲法19条違反かについて、23年5月判決と同旨を述べ、「外部的行動の制限を介して原告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はあるものの、本件通達及び本件各職務命令の目的及び内容並びに」「制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に衡量すれば」、「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」という。信教の自由違反、憲法13条、23条及び26条違反の主張も斥ける。そして、52年判決、2年判決を援用し、都教委が原告らに対して行った本件各処分が裁量権を逸脱又は濫用したものということとはできないとする。損害賠償請求も斥ける。

(2) H-24.1.16-242〔起立斉唱(停職3月)/取消・国賠〕最1判平成24年1月16日²⁾(裁判所時報1547号3頁, ①→H-21.3.26-242〔起立斉唱(停職3月, 1月)/取消・国賠〕東京地判, ②→H-23.3.25-242〔起立斉唱(停職3月, 1月)/取消・国賠〕東京高判)は、起立斉唱の職務命令の合憲性に関し、4先例の他、H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最1判, H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最2判, H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消, 国賠〕最3判, H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最3判を援用し、起立斉唱の職務命令の合憲性に関し、「本件職務命令が憲法19条に違反するものでない」という。そして、公務員の懲戒処分に関する52年判決、2年判決の枠組を援用し³⁾、不起立等の動機、原因は、個人の歴史観ないし世界観等に起因すること、本件不起立等は、卒業式等の進行を物理的に妨げるものではないとしつつ、積極的な妨害行為をしたとして複数の懲戒処分を受けていた原告については、「停職処分を選択した都教委の判断は、停職期間(3月)の点を含め、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くものとはいえず、上記停

職処分は懲戒権者としての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⁴⁾とし、上告を棄却する（もともと、1月の停職処分については、後述の、H-24.1.16-242〔起立斉唱(停職1月)/取消、国賠〕最1判は、裁量権の範囲を超えるものとして取り消す)。

(3) H-24.1.16-263〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕最1判平成24年1月16日⁵⁾(判時2147号127頁、①→H-21.3.26-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京地判、②→H-23.3.10-263〔起立斉唱・伴奏(戒告・減給)/取消・国賠〕東京高判)は、起立斉唱行為に係る職務命令の憲法19条違反の主張については、4先例の他、H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最1判、H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最2判、H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消、国賠〕最3判、H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最3判を援用し、また、伴奏行為に係る職務命令については、19年ピアノ判決を援用し、斥ける。そして、公務員の懲戒処分に関する52年判決、2年判決をもとに種々検討し、「本件職務命令の違反を理由として、第1審原告らのうち過去に同種の行為による懲戒処分等の処分歴のない者に対し戒告処分をした都教委の判断は、社会観念上著しく妥当を欠くものとはいえず」、「戒告処分は懲戒権者としての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」とし、原審が1審原告らの戒告処分の取消請求を認容すべきものとした部分を破棄する（もともと、後述の、H-24.1.16-263〔起立斉唱(減給)/取消・国賠〕最1判は、減給処分を取り消す)。

(4) H-24.4.19〔起立斉唱(戒告)/取消〕東京地判平成24年4月19日⁶⁾(労働判例1056号58頁)は、起立斉唱の職務命令の合憲性に関し、H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最1判、H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕最2判、H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消、国賠〕最3判、H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最3判を援用し、「同命令は、原告の思想及び良心の自由を侵すものとして憲法19条に違反するものとはいえない」とし、教師の教育の自由(憲法23条、26条)を侵害するものとは認められず、国旗掲揚及び国歌斉唱に関する都労委の通達が、教育に対する不当な支配に該当するとは認め

られないとし、H-24.1.16-242〔起立斉唱(停職3月)/取消・国賠〕最1判を援用しつつ、都教委が、元教員の本件第1処分において、懲戒処分の中で最も軽い戒告処分を選択したことは、懲戒権者としての範囲を超えるものではないとする⁷⁾(もっとも、後述の、H-24.4.19〔起立斉唱(減給・停職)/取消・国賠〕東京地判は、減給・停職処分を取り消す)。国賠請求も斥ける。

(5) H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕東京高判平成24年10月31日(LEX/DB, ①→H-23.7.25〔伴奏・起立(戒告・減給・停職)/取消・国賠〕東京地判, ③→H-25.9.6〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕最2判)は、H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用)/国賠〕最1判を援用し、【指導要領テーゼ】(後述C(2)(a)参照)、【全体の奉仕者テーゼ】(後述C(2)(a)参照)に言及し、本件通達、本件各職務命令及び本件各処分は、憲法20条、13条、23条及び26条、自由権規約18条に違反しないという。そして、不起立等に対する懲戒処分における懲戒権者の裁量について、52年判決、2年判決を援用し、「本件各処分の中の戒告処分の取消請求は理由がないから」、「各処分は適法であり、懲戒権者が、上記各処分をするに当たり、職務上通常尽くすべき注意義務を怠ったことを基礎付ける事実は何ら認められない」とし⁸⁾、控訴を棄却する(もっとも、後述の、H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏(減給・停職)/取消・国賠〕東京高判は、減給・停職処分を取り消す)。

(6) H-25.9.6〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕最2判平成25年9月6日⁹⁾(①→H-23.7.25〔伴奏・起立斉唱(戒告・減給・停職)/取消・国賠〕東京地判, ②→H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕東京高判, H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏(減給・停職)/取消・国賠〕東京高判)は、職務命令の憲法19条違反をいう部分について、4先例と、H-23.5.30〔起立斉唱(再雇用)/国賠〕最2判, H-23.6.6〔起立斉唱(再雇用)/国賠〕最1判, H-23.6.14〔起立斉唱(戒告)/取消, 国賠〕最3判, H-23.6.21〔起立斉唱(戒告)/取消〕最3判, H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判を援用し、「本件職務命令が憲法19条に違反するものでない」とし、本件上告を棄却する¹⁰⁾。

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】

前出《消極主義 III》(九)「信念（19 条保護）・間接的制約・総合的較量/裁
量権の逸脱，濫用なし」アプローチ参照。

(b) 【間接的制約テーゼ】

前出《消極主義 III》(九)「信念（19 条保護）・間接的制約・総合的較量/裁
量権の逸脱，濫用なし」アプローチ参照。

(c) 【個人の歴史観ないし世界観等に起因テーゼ】

H-24.1.16-242〔起立斉唱(停職3月)/取消・国賠〕最1判は、「不起立行為
の動機，原因は，当該教員の歴史観ないし世界観等に由来する『君が代』や
『日の丸』に対する否定的評価等のゆえに，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，個人の歴史観ないし世界観等に起因するものである」という。
H-24.1.16-263〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕最1判，H-24.4.19〔起立
(戒告)/取消〕東京地判，H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕東
京高判も同旨。

(d) 【卒業式等の進行に支障なしテーゼ】

H-24.1.16-242〔起立斉唱(停職3月)/取消・国賠〕最1判は，不起立行為
の性質，態様について，「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」（後述(2)(b)参照）が，「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」，「当該行為のこのような性質，態様に鑑
み，当該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（原審の認定によれば，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。）」という。H-24.1.16-263〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕
最1判，H-24.4.19〔起立(戒告)/取消〕東京地判，H-24.10.31〔起立斉唱・伴

奏(戒告)/取消・国賠]東京高判は同旨。

(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】、【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】、【指導要領テーゼ】¹¹⁾については、前出《消極主義 III》(九)「信念(19条保護)・間接的制約・総合的較量/裁量権の逸脱、濫用なし」アプローチ参照。

(b) 【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テーゼ】

H-24.1.16-242 [起立斉唱(停職3月)/取消・国賠]最1判は、「不起立行為の性質、態様は、全校の生徒等の出席する重要な学校行事である卒業式等の式典において行われた教員による職務命令違反であり、当該行為は、その結果、影響として、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」という。H-24.1.16-263 [起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠]最1判、H-24.10.31 [起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠]東京高判は同旨。

(c) その他

(ア) 社会生活不成立テーゼ¹²⁾

(イ) 「不当な支配」でないテーゼ¹³⁾

(ウ) 信教の自由違反でないテーゼ¹⁴⁾

(エ) 条約違反でないテーゼ¹⁵⁾

(オ) 慣例上の儀礼的所作であり、国家に対する忠誠を示す意味はないテーゼ¹⁶⁾

(カ) 沈黙の自由侵害でないテーゼ¹⁷⁾

(3) 司法哲学

このアプローチは、前出《消極主義 III》(九)「信念(19条保護)・間接的制約・総合的較量/裁量権の逸脱、濫用なし」アプローチよりも、より積極的な司法観を内在させているといえる。

D このアプローチをめぐる

(1) H-24.1.16-242〔起立斉唱(停職3月)/取消・国賠〕最1判は、職務命令の合憲性だけでなく、処分の選択自体に目を向けた。この点、「これまで国旗国歌をめぐる一連の最高裁判決の中では、懲戒処分の裁量論に関する判断が示されることがなかった」、「本判決は、教職員に起立斉唱等を命ずる職務命令が合憲であることを先例を引用して簡単に述べた上で、裁量論に関する法的判断を、最高裁として初めて示した。総合衡量をなしつつも明瞭に比例原則を適用した点に特徴を有しており、それは平成23年判決が思想良心の自由に対する『間接的制約論』を採ったことの帰結といえる」¹⁸⁾というコメントがある。

(2) H-24.1.16-263〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕最1判について、「本判決が憲法判断において、昨年の合憲判決を維持したこと、原告ら教職員の大部分を占める『戒告』が懲戒権の逸脱・濫用にならないとしたことは非常に残念であるし不当と考えるが、少なくとも、これまで都教委が行ってきた、1回ごとに累積過重する懲戒処分を課す『国旗・国歌強制システム』につき、明確に違法であるとして否定したことは、都教委の暴走に一定の歯止めをかけたものとして評価できよう。都教委としても、これまで取ってきた懲戒処分方針を見直さざるを得ないであろう。もっとも、最高裁の判示では、減給・停職についても、過去の処分歴等の個別の事情によっては裁量権逸脱・濫用とならない余地を残しており、また同種の職務命令違反を何回か繰り返せば減給、停職も許容されると判断される余地も残している。どのような場合に、減給・戒告が許容される『具体的な事情』があるといえるのか、後続の裁判等を慎重に見ていく必要がある」¹⁹⁾、「本件では、新たなひ

とつの展開路が開かれた。それは、処分内容が軽い順に戒告・減給・停職・免職とある懲戒処分の内、減給以上の重い懲戒処分を科すためには、『事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要』とされたことである。つまり、教職員の過去に科された処分歴や不起立前後の態度等を勘案しつつ、学校の規律や秩序を維持する必要性と処分によってもたらされる教職員の不利益とを比較衡量して、それでもなお当該処分を選択しなければならないほどの『具体的な事情』が存在しない限り、減給以上の懲戒処分を科すことは許されないとされたのであった。換言すれば、懲戒処分の選択に関する懲戒権者の裁量権を前提としても、このような事案で減給以上の懲戒処分に関する裁量権を適法に行使できる余地は実質的に狭められるということであり、これは裁判所による一定の裁量統制の道筋が示されたということでもある。もっとも、本件で問われているのは、依然として、価値の多元性を子どもに伝達するという職責を担う教職員の思想良心の自由であることを忘れてはならないであろう。最高裁は、職務命令に基づき教職員が起立して『国歌斉唱』を行うことは、『必要性』と『合理性』を備えた許容される『間接的制約』であって憲法19条には反しないという姿勢を崩してはいない。注意しなければならないのは、本件で打ち出された裁判所による裁量統制の意義を強調するあまり、原点にある問題の本質がぼやけてしまうことである。懲戒権者の裁量権に対する裁判所の統制は、決して教職員の思想良心の自由への疑義ある『間接的制約』の『代償』となるものではない²⁰⁾等のコメントがある。

注

- 1) Aタイプの訴訟。都立高校または都立養護学校の教職員であった原告ら66名が、卒業式または入学式において、各所属校校長から、事前に、起立斉唱、ピアノ伴奏の職務命令を受けていたにもかかわらず従わなかったとして、都教育委員会により、1か月間給料10分の1を減じる処分、6か月間給料10分の1を減じる処分、1か月間の停職処分等を受けたため、被告都に対し、処分の取消し及び国家賠償を請求した。本判決は、「日の丸・君が代に関わる原告らの歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上ないし教育上の信念等から、卒業式等における国歌斉唱時に起立斉唱等をする事ができないという考えが不可分に導き出されるものではない

- し、原告らの真摯さの程度等にかかわらず、そのような考えが思想・良心の本質又は核心部分であると解することはできない」とし、核心的部分という表現を用いている。
- 2) 多数意見→金築誠志（補足意見）、櫻井龍子（補足意見）、横田尤孝、白木勇、反対意見→宮川光治。
 - 3) 本判決はH-24.1.16-242〔起立斉唱(停職3月)/取消・国賠〕最1判は、「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」とする。
 - 4) 本判決は、「過去に、不起立行為以外の非違行為による3回の懲戒処分及び不起立行為による2回の懲戒処分を受け、前者のうち2回は卒業式における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行為に係るものである上、更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の生徒への配布等により2回の文書訓告を受けており、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」という。
 - 5) 多数意見→金築誠志（補足意見）、櫻井龍子（補足意見）、横田尤孝、白木勇、反対意見→宮川光治。
 - 6) Aタイプの訴訟。市立中学校に勤務していた元教員が、校長から、卒業式において起立斉唱を命ずる職務命令を受けていたにもかかわらず、3か年にわたって起立しなかったとして、戒告処分、2度の減給処分及び停職処分を受け、処分の取消しと国家賠償を求めた。
 - 7) 本判決は、「原告は、平成17年度卒業式において国歌斉唱時に起立せず斉唱もしなかったことについて、市教委教育長から国歌斉唱時の不起立が信用失墜行為だから今後同様の行為をしないこと」、「校長の指導を受けて服務に専念し、職務命令に従うことを内容とする注意指導を受け、また、平成19年3月19日に開催された平成18年度卒業式において」、「校長から、予め、国歌斉唱時の起立・斉唱に係る」 「職務命令を受けたにもかかわらず」、「注意指導及び」 「職務命令を遵守しないで、起立も斉唱もせず」、「副校長から起立を促されたがなおもこれに従わなかったので

あるから、都教委が、原告の「職務命令違反の非違行為を理由に、懲戒処分の中で最も軽い戒告処分を選択したことについては、社会観念上著しく妥当を欠くものとはいえない」という。

- 8) 本判決は、「本件不起立等に対する懲戒において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、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮を必要とする事情であるとはいえるものの、このことを勘案しても、本件各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、本件各職務命令の違反に対し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」、「このように過去に処分歴のない者に対してされた戒告処分であっても、社会観念上著しく妥当を欠くものとはいえず、上記控訴人らに対する各戒告処分は、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したものとして違法であるとはいえない」という。
- 9) 多数意見→鬼丸かおる（補足意見）、千葉勝美、小貫芳信、竹内行夫。
- 10) 本判決は、52年判決、2年判決に言及していないが、原審（H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏（戒告）/取消・国賠〕東京高判、H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏（減給・停職）/取消・国賠〕東京高判）が、「最高裁平成24年両判決によれば」としていることを前提とする（本最高裁判決は、前者にかかわる）。鬼丸補足意見は、「個人の思想及び良心の自由は憲法19条の保障するところであるから、その命令の不服従が国旗国歌に関する個人の歴史観や世界観に基づき真摯になされている場合には、命令不服従に対する不利益処分は、慎重な衡量的な配慮が求められる」とし、「求められる配慮としては、[1] 当該教諭の国旗国歌に関する思想についての従前からの表明の有無、[2] 不服従の態様、程度、[3] 不服従による式典や生徒への影響の内容、程度、[4] 当該職務命令の必要性と代替措置配慮の有無、[5] 不利益処分が当該教諭や生徒に与える影響度、[6] 当該職務命令や不利益処分がされるに至った経緯などの事情があり得るところ、これらの事情を総合的に勘案した結果、当該不利益処分を課することが裁量権の濫用あるいは逸脱となることもあり得るところであり、これらの事情に配慮した謙抑的な対応が教育現場における状況の改善に資するものというべきである。しかし、本件の事実関係及び訴訟経過等の下においては、これらの視点から結論が左右されるような事情はうかがわれない」と付加している（傍点筆者）。
- 11) H-23.7.25〔伴奏・起立（減給・停職）/取消・国賠〕東京地判は、「主権国家を主体として構成されている国際関係の下では、国旗・国歌はそれぞれの国又は国民全体の象徴として扱われ、相互にこれを尊重し、儀礼の場において、国家又は国民全体へ

の一般的敬意を表すものとして国旗・国歌を尊重することが国際慣習となっていることは周知の事実である」(傍点筆者)、「他方、卒業式等の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」、「学校教育法は、小・中・高等学校における教育目標として、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(18条2号, 36条1号, 42条1号)、国旗国歌条項も学校の儀式的行事の意義を踏まえて国旗掲揚及び国歌斉唱による教育指導を行う旨を定めており、国旗国歌法は、従来の慣習を法文化して、日の丸を国旗とし、君が代を国歌とする旨を定めている。そして、卒業式等における国歌斉唱時の起立斉唱は、教員が日常担当する教科等や日常的に従事する業務ではないものの、児童・生徒に対する学習指導要領(国旗国歌条項)に沿った教育指導の一つとして行われるものである以上、その実行が求められる」、「学習指導要領(国旗国歌条項)は、普通教育の内容及び方法について遵守すべき大綱的基準として拘束力を有するものであり、その適正実施のための通達や職務命令の発出、発令根拠となる」という。

- 12) このテーゼは、多数意見には見られないが(補足意見に見られる〔終章参照〕、H-23.7.25〔伴奏・起立(戒告・減給・停職)/取消・国賠〕東京地判、H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕東京高判に見られる(前出の、H-21.3.19〔起立(戒告)/取消・国賠〕東京地判の「社会生活不成立テーゼ」(《消極主義 III》(四)C(2)(f)(ア)と同旨)。
- 13) H-23.7.25〔伴奏・起立斉唱(戒告・減給・停職)/取消・国賠〕東京地判、H-24.4.19〔起立斉唱(戒告)/取消〕東京地判、H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏(戒告)/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。
- 14) H-23.7.25〔伴奏・起立斉唱(戒告・減給・停職)/取消・国賠〕東京地判は、「卒業式等における起立斉唱等は、儀式的行事における学校職員という社会的な立場にある者としての行動にすぎず、本件通達及び本件各職務命令が、原告らの「有する信仰を否定したり、その信仰の有無について告白を強要したりするものであるということとはできない」という。H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕東京高判は、「卒業式等における起立斉唱等は、儀式的行事における都立学校職員という社会的な立場にある者としての行動にすぎず、本件通達及び本件各職務命令が、同控訴人らの有する信仰を否定したり、その信仰の有無について告白を強要したりするものであるということとはできないし、また、卒業式等における国歌斉唱時の起立斉唱は、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素が含まれることは否定できないものの、一般的、客観的に見て、儀式的行事における儀礼的所作に当たる行為であり、それを超えて、宗教的意味合いを持つ行為であるということとはできない」という。
- 15) H-24.4.19〔起立斉唱(戒告)/取消〕東京地判は、前出《消極主義 III》(二)注7)で見た判決と同旨。

君が代斉唱をめぐる司法消極主義と積極主義 (三)

- 16) H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕東京高判は、「卒業式等において起立斉唱する行為は、一般的、客観的に見て、出席する教職員にとって通常想定される行為であり、卒業式等における慣例上の儀礼的所作としての性質を有する行為ということができ、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って、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素が含まれることを否定することはできないものの、国家に対する忠誠を示す意味があるとまでは認められない」とし、「バーネット判決と本件とでは事案が異なる」という。
- 17) H-23.7.25〔伴奏・起立斉唱(戒告・減給・停職)/取消・国賠〕東京地判は、「本件通達及び本件各職務命令は、学校教育における儀式的行事として行われる卒業式等において、教職員である原告らに対し、儀礼的所作としての行為である国歌斉唱時の起立斉唱を求めるものであることからすると、原告らの信念等の表明を迫るものと解することはできない、という。H-24.10.31〔起立斉唱・伴奏(戒告)/取消・国賠〕東京高判は、同旨。
- 18) 青井未帆・ジュリ臨増 1453号 21頁 (2013)。
- 19) 雪竹奈緒・法と民主主義 466号 72頁 (2012)。
- 20) 三宅裕一郎・法セミ 692号 126頁 (2012)。