

Title	人格と虚像：君が代起立斉唱事件判決を読み直す
Sub Title	Personality and social image
Author	堀口, 悟郎(Horiguchi, Goro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2014
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.30 (2014. 10) ,p.37- 69
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20141006-0037

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

人格と虚像

——君が代起立斉唱事件判決を読み直す——

堀 口 悟 郎

- 序
- I 人格の実像と虚像
- II プライバシー権と虚像
- III 思想・良心の自由と虚像
- IV 君が代起立斉唱事件判決・再読
- 結

序

思想・良心の自由に関する近年の最重要判例である、君が代起立斉唱事件判決（最判平成 23 年 5 月 30 日民集 65 卷 4 号 1780 頁）には、学説からも最高裁側からも明確な説明を与えられていない、「奇妙」な説示が含まれている。

「上記の起立斉唱行為は、その外部からの認識という点から見ても、特定の思想又はこれに反する思想の表明として外部から認識されるものと評価することは困難であ〔る〕」というのが、それである¹⁾。

この説示は、「本件職務命令は、……個人の思想及び良心の自由を直ちに制約するものと認めることはできない」という判断の理由として、位置づけられている。本判決は、上記説示において、思想・良心の自由に対する直接的制約の有無を、「外部からの認識」という観点から、判断したのである²⁾。

換言すれば、上記説示は、起立斉唱行為が「特定の思想又はこれに反する思

想の表明として外部から認識される」場合、その起立斉唱行為を求める職務命令は、思想・良心の自由に対する直接的制約となる、という規範を提示したものと見える。

しかし、なぜ、外部からの認識が、思想・良心の自由に対する直接的制約を導くのか。

従来の学説は、思想・良心の自由を外部からの認識と結びつけてはこなかった。すなわち、有力な学説によれば、外部的行為の強制が思想・良心の自由を侵害するか否かは、その行為が「個人の人格的自律の基盤を破壊するがゆえに人格的に受容不可能な行為」³⁾と評価できるか否かによって判断される。そして、その判断においては、外部からの認識は意味をもたない。「人格的に受容不可能な行為」というものは、「人が見ていなくてもできないこと」⁴⁾だからである。

それでは、なぜ本判決は、外部からの認識が直接的制約を導くと解しえたのか。その解釈を可能とする論理は、いかなるものなのか。本判決には多数の解釈が存在するが、この「謎」を明確に解明したものはない。

本稿は、これを解き明かす。ただし、その道は遠回りになる。

まず、思想・良心の自由が保護する根元的価値とされる「人格」について、他者から見た人格、すなわち、人格の「虚像」という視座を得る（Ⅰ）。次に、

1) 当然のことながら、本判決後の一連の君が代訴訟最高裁判決にも、ほぼ同一の説示が見られる（最判平成23年6月6日民集65巻4号1855頁、最判平成23年6月14日民集65巻4号2148頁、最判平成23年6月21日集民237号53頁等）。

また、本判決に先立つ、君が代ピアノ伴奏事件判決（最判平成19年2月27日民集61巻1号291頁）においても、「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[る]」という同様の説示がなされている。本稿が、時期的に先行する同判決ではなく、君が代起立斉唱事件判決を扱うのは、後者の方が、本稿が探究する憲法理論を、より明確に提示しているからである。

2) 岩井伸晃＝菊池章「判解」ジュリ1461号（2013年）96頁。

3) 西原博史「思想・良心の自由を今、考える」ジュリ1395号（2010年）118-119頁。

4) 西原博史ほか「座談会 思想・良心の自由」ジュリ1395号（2010年）133頁〔西原博史発言〕。

プライバシー権の領域において蓄積されてきた、虚像に関する議論を見る(Ⅱ)。そのうえで、思想・良心の自由と虚像の関係について考察する(Ⅲ)。そして、それらの知見をもって、君が代起立斉唱事件判決を再読する(Ⅳ)。

このような遠回りを強いられるのは、上記説示に秘められた憲法理論が、思想・良心の自由に関する従来 of 学説では到底説明しえないほど「異質」であり、しかし、「異端」として排斥しえないほど重要だからである。

I 人格の実像と虚像

思想・良心の自由は、突き詰めれば、「人格」を保護するための自由である。このことに異論はないだろう。先に引用した、「個人の人格的自律の基盤を破壊するがゆえに人格的に受容不可能な行為」の強制を違憲とする学説も、その理を端的に表明している。憲法学説は、思想・良心の自由の意義を、人格という根元的価値から説き起こしてきた。

しかし、にもかかわらず、思想・良心の自由に関する従来 of 学説は、人格という概念を把握し切れてはいなかった、といわなければならない。それは、人格の「実像」を鋭く考察する反面、その「虚像」への着眼を欠いていた。

ここでいう人格の「実像」とは何か。それは、自己が思う自己、自己が定義する自己である。では、人格の「虚像」とは何か。それは、他者が思う自己、他者が定義する自己である。

「近代になるまで、あるいは近代のある時代までは、個人が何であるかは社会によってかなり動かし難く規定されていた」が、「近代になると、個人にとっての〈私〉は、生まれつき決められたものから、自分の手で作り出すものへと変わっていく」⁵⁾。そして、現実には「弱い個人」が、「自分のことは自分で決める」という「強い個人」であるために⁶⁾、人格の「自己定義」の根幹を「自己決定権」によって保護すべき必要が生じる⁷⁾。

5) 阪本俊生『ポスト・プライバシー』(青弓社、2009年)86頁。

しかし、そのような「自家製の〈私〉」、つまり人格の実像は、自己の心の中にある観念に過ぎず、「不安定」で「脆弱」である⁸⁾。そこで、人格を確固たるものとするために、他者による自己の定義が必要となる。他者による自己の定義が、自己による自己の定義を裏づけるとき、初めて人格は安定する。この意味において、「誰か他者との関係において、また、関係を通して、自己というアイデンティティは現実化される」のであり、「〈アイデンティティ〉にはすべて、他者が必要である」といえる⁹⁾。このような虚像による人格の安定は、一般に、他者による人格の承認という定式で語られている。

この「承認」を、誰よりも広く与えたのは、ほかでもない近代国家である。すなわち、近代国家は、人間をすべて「均質で平等な『国民』」として「承認」することで、すべての人間を（法律上「物」として扱われる「奴隷」ではなく）「人」、つまり「法人格」を有するものとした。それにより、人は、「人」とい

6) 樋口陽一『国法学——人権原論〔補訂〕』（有斐閣、2007年）第1部第2章参照。樋口の「強い個人」像に対しては、現実の人間とかけ離れた擬制に過ぎないとの批判がなされることがあるが、それは的を外している。樋口も、「実在する生身の人間たちは、もとより、それほど『強い個人』ではない」（同書54頁）のであり、「強い個人」という人間像は「擬制=フィクション」（同書68頁）である、ということを知っている。にもかかわらず、樋口が、「強い個人」像にこだわるのは、むしろ、人間が現実には「弱い個人」であるからにはかならない。すなわち、「ほんとうに強い者は、権力を持っている」のであり、「私人相互間であれ、まして公権力との関係で権利を主張する必要にせまられるのは、弱者である」が、「弱者が弱者のままでは、それによって担われる『権利』は、恩恵的、慈恵的な性格にとどまる」（同書68頁）。それゆえ、『「権利の闘争」を担おうとする弱者』は、「強者であろうとする弱者」でなければならないのである（同書69頁）。なお、山元一は、樋口説のかかる意義を理解しながらも、人間の「vulnerability」（脆弱性）を重視し、弱者に「強者であろうとする」ことを求めない、という道を選び取っている（山元一「現代における人間の条件と人権論の課題」憲法問題23号（2012年）7頁以下）。関連して、蟻川恒正「憲法学に『個人』像は必要か」憲法問題23号（2012年）69頁以下参照。

7) このような、「自由」一般に還元されえない「自己決定権」の意義を明らかにしたのが、蟻川恒正「自己決定権」高橋和之=大石眞編『憲法の争点〔第3版〕』（有斐閣、1999年）74頁以下である。関連して、同「身体的自由」法時71巻2号（1999年）78頁以下、同「自己決定権の『思想』をさぐる」AERA Mook 59号（2000年）97頁以下参照。

8) 阪本・前掲注5）87頁。

う属性から自動的に発生する諸々の人格的法益を享受することとなった¹⁰⁾。

しかし、このような「国家による一括承認」のみでは、人格の安定には全く不足であった。すなわち、「人間の『人格』の『社会』における不承認状態が依然として解消されていないことは、明らかであった」のであり、その「典型」が「『差別』問題」であった¹¹⁾。社会における人格の不承認が、いかに人を傷つけるか。自我論と関係論を探究してきた石川健治が述べるように、「いわゆる『連帯』の文脈において、その人間がようやく獲得した自己実現の形の社会価値が、無惨に否定され、人格が侮辱され蔑視され貶められる、という心の傷」は、「喩えようもなく大きいものであり得」、そして、「その痛みは、そうした他者との関係を念頭に置くことによってはじめて、理解できるものである」¹²⁾。

他者による自己の定義、すなわち人格の虚像は、しかし、常に人格の実像を裏づけるわけではない。虚像は、当然、実像と乖離しうる。そして、実像と虚像の乖離は、実像の不承認と同じく、人に深い傷を与えうる。なぜならば、他者の目に映る、社会における自己が、実像とかけ離れているということは、社会から「自己の思う自己」が消されてしまうことにはかならないからである¹³⁾。

それは、直接的には社会における消失にとどまるが、やがては自己の内面を

9) R.D. レイン (志貴春彦=笠原嘉訳) 『自己と他者』 (みすず書房、1975年) 94頁。なお、「人格」と「アイデンティティ」とは、同義で用いられることも多いが、厳密には異なる概念として把握しうる。アイデンティティとは、「自己同一性」という訳語が示すように、「それによって、この時この場所でも、あの時あの場所でも、過去でも未来でも、自分が同一人物だと感じるところのもの」を意味する (同書 100頁)。つまり、人格が「点」だとすれば、アイデンティティはそれらの点を結ぶ「線」である。そして、複数の「点」を結ぶ「線」は一様ではなく、どのような線を引くかは、線を引く者の考え次第である。レインは、これを捉えて、「自己のアイデンティティとは、自分が何者であるかを、自己に語って聞かせる説話である」 (同書 110頁) と表現している。

10) 石川健治「人格と権利——人権の観念をめぐるエチュード」ジュリ 1244号 (2003年) 26-27頁。その基盤の一つをなすヘーゲルの承認論については、高田純『承認と自由——ヘーゲル実践哲学の再構成』 (未来社、1994年) 参照。

11) 石川・前掲注 10) 27頁。

12) 石川・前掲注 10) 29頁。

も侵食しうる。すなわち、他者によって実像と異なる存在として扱われ続け、実像と虚像の乖離に苦しめられた者は、虚像を実像に合致させることを諦めたとき、実像を虚像に合わせることを余儀なくされる。人は他者との関わりの中で人格を形成するといわれるが、それは負の意味を帯びることもある。その最たるものが、虚像の型に合わせた、実像の改鑄である。

もっとも、虚像と実像が合致していない状態が、常に人を傷つけるわけではない。むしろ、人は、自ら積極的に実像と異なる虚像を作り出してもいる。アーヴィング・ゴッフマンが論じたように、人は、いわば「舞台」ごとに異なる自己を演じる「パフォーマー」である。顧客、上司、同僚、友人、家族、恋人——それぞれの「観客」に向かった自己は、必ずしも同一の自己ではない。人は、「舞台」・「観客」に応じて異なる役割を演じることによって、自己の印象を操作している。

このような役割の演じ分けを成し遂げるためには、「パフォーマーが自分のオーディエンス〔観客〕を分離して、自分のたくさんの役割のうちの一つを演ずるところを目撃する人びとと、別の役割を演ずるところを目撃する人びとを別にすること」¹⁴⁾が重要である。そうしなければ、「パフォーマーはそれぞれの時点でどういう役柄を投企しなければならないのかわからないという立場に立つことになり、ついにはどの時点での役柄においても演出上の成功を得にくくなる」¹⁵⁾からである。

また、様々な役割（虚像）を演じながらも、人格の実像を保持するためには、

13) この点に関連して、フランス憲法学における「自己像の同一性に対する権利」の議論は、注目に値する。内野正幸「プライバシー権についての控え目な考察——フランス法をひとつの手がかりにして」公法研究 58 号（1996 年）80 頁以下、同「プライバシー権論の一断面——フランスの場合」『表現・教育・宗教と人権』（弘文堂、2010 年）第 2 章第 4 節、曾我部真裕「『自己像の同一性に対する権利』について」『反論権と表現の自由』（有斐閣、2013 年）第 5 章参照。

14) E. ゴッフマン（石黒毅訳）『行為と演技——日常生活における自己呈示』（誠信書房、1974 年）159 頁。

15) ゴッフマン・前掲注 14) 159-160 頁。

虚像と実像との距離、すなわち「役割距離」¹⁶⁾を確保することが重要である。「役割〔虚像〕と自己〔実像〕のあいだに楔を打ち込み、役割から少し距離をとることによって、人は役割を演じつつ自己でもあり続け、役割を維持し続けることができる」¹⁷⁾。役割距離を確保できない「生真面目な」¹⁸⁾人々は、場面ごとの自己が相互に矛盾することに苦悩することとなる。

以上のとおり、人格の虚像は、その実像を、時に支え、時に圧迫し、そして時に覆い隠す。人は、一方で、虚像による承認を求め、実像と虚像との乖離に苦悩し、しかし他方で、実像と異なる虚像を演じ分ける。このような実像と虚像との複雑な相互関係への着眼がなければ、人格という概念の全体を掴み取ることはできない。

II プライバシー権と虚像

従来の憲法学においても、例外的に、人格の虚像に関する議論が蓄積されてきた領域があった。それが、プライバシー権論である。

プライバシー権の領域において今日でも通説的地位を維持している、佐藤幸治の「自己情報コントロール権」説は、人格的自律権を中核とする憲法理論体系を完成させた佐藤の学説であるだけに、専ら人格の実像に着目した理論であった。

すなわち、佐藤は、人が自己情報をコントロールすべきであるのは、「個人が自律的存在として人格的統一を図る上で必要な道徳的・良心的決定過程を保全するために必要不可欠のものであるから」¹⁹⁾だと説く。「人は誰でも完全ではない」のであり、「人を愛したり、憎んだり、信じたり、迷ったり、等々

16) E. ゴッフマン（佐藤毅＝折橋徹彦訳）『出会い——相互行為の社会学』（誠信書房、1985年）115頁。より厳密には、「役割距離」とは、「人が自分が遂行している役割から、あるパフォーマンスが、ある種の軽蔑的な離脱をしていることを効果的に伝達する行為」を指すものである（同書118頁）。

17) 奥村隆『反コミュニケーション』（弘文堂、2013年）130頁。

18) ゴッフマン・前掲注14）20頁。

様々な思いをもつ」が、「人の人たるゆえんは、そうした様々な思い——善きものも、悪しきものも——の葛藤の中で、悪しきものを克服しながら、善きものに向けて努力し、彼（彼女）ならではの統一性をもった自律的存在として生を全うしようとするところにある」。「それなのに、日々のそういう努力の過程が他者によってのぞきみられ、あるいはその過程の断片が全体的脈絡抜きに探られ、流布せしめられるとき、自律的存在性が危機にさらされることになる」。そのため、「ダイナミックな人間の道徳的・良心的決定過程を保護する装置」たる「persona（仮面）」が必要となる²⁰⁾。様々な「仮面」を被って生きるという人間像は支持しないが、統一性をもった自律的存在として生を全うするには、相手に応じて自己情報を開示する範囲を選択するために、「仮面」で素顔を隠す権利が不可欠である。そして、その権利こそが、自己情報コントロール権としてのプライバシー権にはかならない²¹⁾。

このような、実像を隠すための「仮面」というプライバシー権の捉え方は、佐藤説に対する有力な反対説となった阪本昌成のプライバシー権論²²⁾にも、基本的に受け継がれているといえる。

阪本は、佐藤の「自己情報コントロール権」説を、「本来コントロールできない性質をもつ知識・情報をプライバシー概念に取り入れようとしているところに、本質的欠陥をもつ」と批判した²³⁾。そして、プライバシー利益に対する侵害の本質は、個人情報に「知覚」されること自体ではなく、その情報が「他者による評価」の基礎とされる可能性にあるのだから²⁴⁾、「プライバ

19) 佐藤幸治「プライバシーの権利と個人情報の保護」『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）485頁。

20) 佐藤・前掲注19) 486頁。

21) 佐藤・前掲注19) 487-490頁。

22) 刑法学の立場から、阪本昌成と同様の見解を提示したものとして、佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護（一）～（四・完）」法協101巻7号1頁以下、8号22頁以下、9号88頁以下、11号1頁以下（1984年）参照。

23) 阪本昌成「プライバシー権」『プライバシー権論』（日本評論社、1986年）8頁。

24) 阪本・前掲注23) 6頁。

シー利益」は「評価の対象となることのない生活状況または人間関係が確保されている状態に対する正当な要求または主張」に絞り込むべきであり、「このうち、法的承認をうけるに値する利益がプライバシー権である」、と論じた²⁵⁾。

人は、社会から評価を受ける状況においては、印象を操作するために虚像を作り上げる。そして、その虚像が実像と異なることを気づかれないように、細心の注意を払う。そのようなゴッフマンの理論に引きつけられれば、阪本説は次のように整理できる。「評価の対象となることのない生活状況または人間関係」において、人は、虚像を演じず、実像のまま生きている。社会的評価の対象とならないからこそ、安心して実像をさらけ出せる。にもかかわらず、突如、その生活状況または人間関係が社会的評価の対象とされたならば、人は、印象操作に失敗せざるをえず、平穏な生活を破壊されてしまう。そのような事態を防ぐために保障されるのが、プライバシー権である。

このように、阪本説は、他者からの評価という視点を導入した点では、人格の虚像への意識が見られるが、評価の対象とならない領域を確保することに重点を置いている点では、実像を隠すための「仮面」というコンセプトを佐藤説と共有しているといえる。

佐藤説・阪本説における「仮面」は、いわば、顔が描かれている必要のない仮面である。仮面によって素顔を隠すことさえできればよいのであり、その仮面が他者からどのように見られるかは、問題ではない。それに対して、仮面に描かれた顔（虚像）を重視したのが、棟居快行の「自己イメージコントロール権」説である。

棟居は、ほかならぬゴッフマンの理論を基礎として、「人が、その時々这个社会状況に応じて形成する役割イメージの多様性は、生の個人情報の選択的開示ではなくて、むしろシンボル、印象、記号の解釈、操作によって達成される」という命題や、「演技者としての人が、多様な社会関係、社会集団に帰属しつ

25) 阪本・前掲注 23) 9頁。

つシンボリックな相互作用をなすにあたっては、社会関係の多様性に対応した多様な役割イメージ（『マスク』、『仮面』）を使い分けることが許されている」という命題を立て、それらの命題から、プライバシー権を「人間が自由に形成しうるところの社会関係の多様性に依じて、多様な自己イメージを使い分ける自由」と定義する²⁶⁾。

この定義は、プライバシー権侵害と名誉権侵害を区別するうえでも有益であるとされる。それによれば、「プライバシー権侵害が、相異なる社会関係 I_1 および I_n に応じて、多様なイメージ I_1 および I_n の使い分けに対する侵害、すなわち両関係それぞれの『観衆の混交』に他ならないのに対して、名誉侵害はたとえば I_n という同一の社会関係の内部での、 I_n および I_n という役割イメージの対立と見ることが出来る」。名誉権侵害の場合にのみ「真実性の証明」が制度上可能となるのも、「同一の社会関係における複数の役割イメージの矛盾」であるために、「役割イメージの『真偽』（正確には役割期待に即した役割遂行が、演技としてそもそも成り立たないことを、矛盾する役割イメージを明るみにする事実をもって証明することの可否）が論理的に問題になりうるから」である²⁷⁾。

このように役割イメージとしての「仮面」の使い分けを強調する棟居説は、プライバシー権を社会関係ごとの「虚像の自己決定権」として把握するものといえる。自己決定権はプライバシー権の一内容をなすといわれることがあるが、それは、この意味において、正当である。

では、プライバシー権の保護領域は、そのような虚像の自己決定権にとどまるのか。それに「否」と答えるのが、石川健治である。

「ひとは、家庭でも強要される演技の果てに、そうした役柄を脱ぎ捨てて本来の自己に戻る、純粋に〈私〉的空間なしに、生きられるのだろうか。さらに進んで、既存の倫理的空間——市民的〈公共〉であれ、「世間」であれ——から遮断された〈私〉的空間において、真に実存的な決断を下すことが出来るのではないだろうか」。そう思索する石川は、「伝統的なプライバシー領域から、

26) 棟居快行「プライバシー」『人権論の新構成』（信山社、1992年）185-192頁。

27) 棟居・前掲注26) 192頁。

自己イメージを造形する権利まで含めた自己決定の圏域を控除したあとにも、おそらく何か純粋に〈私〉的な圏域がのこされるはずであり、関係そのものからの自由こそが、真にプライバシーと呼ぶに値するものであるように思われる」と指摘する²⁸⁾。

虚像は、人が生きるうえで不可欠の仮面といえるが、あくまでも仮面であり、素顔ではない。いくら仮面の顔を自在に描いたとしても、素顔の表情は変わらない。自己の素顔と向き合うためには、演技を止め、仮面を外すことが必要である。その仮面を外せる空間こそ、石川のいう「純粋」な「〈私〉的空間」であろう。

棟居は、虚像を演じ分ける自由として、プライバシー権を捉えた。それに対して、石川は、虚像を演じなくてよい領域に、真のプライバシーを見た。しかし、プライバシー権と虚像をめぐる問題は、それらに尽きるものではない。他者によって自己の意に反する虚像を作出されてしまう、という深刻な問題が残されている²⁹⁾。

この問題に早くから取り組んできた野村武司は、次のように指摘する。「現代社会では、本人が好んであるいは何気なく提供したデータも含めて、知らぬ間に個人情報がいちいち集積され、自己の支配の及ばないところで個人について少なからずプロフィール（虚像）が作られて」おり、「しかも、

28) 石川健治「イン・エゴイストス」長谷部恭男＝金泰昌『公共哲学 12 法律から考える公共性』（東京大学出版会、2004年）202頁。他者の目が、人格の自己決定において、いかに重い桎梏となるか。この点に関して、永山則夫事件を考察した見田宗介の、「N・N〔永山則夫〕が、たえずみずからを超出してゆく自由な主体性として〈尽きなく存在し〉ようとするかぎり、この他者たちのまなざしこそ地獄であった」という指摘は、示唆に富む（見田宗介「まなざしの地獄——現代社会の実存構造」『現代社会の社会意識』（弘文堂、1979年）28頁）。

29) もちろん、棟居らがこの問題を意識していなかったというわけではない。たとえば、棟居快行「情報化社会と個人情報保護」ジュリ 1215号（2002年）36頁は、「情報化社会においては、マスメディアが個人の虚像（あるいは断片的情報に基づく一面の実像）をあたかも全人格であるかのようにリアルに見せる力を持ちはじめ、またコンピュータによる情報処理は個人情報を大量に収集・加工・分析することを可能にしている」と指摘している。

情報化が進む現代社会では、本人の『実像＝現実の私生活』よりも、情報によって描かれたプロフィール（虚像）をむしろ信頼して社会関係が作られる傾向にあり、これが現実の生活に脅威を与えるようになった」。そのため、「このプロフィール（ないしはこれを構成する個人情報）に、本人が影響を与えることができなければ、現代社会（情報化社会）において、もはや『人格』は保持できず、捉えきれない自分の虚像の実体に怯えるという委縮の効果も含めて、幸福を追求することがきわめて難しくなっている」³⁰⁾。

このような現実を前にして、阪本俊生は、プライバシー観を「個人の秘密や隠蔽」から「個人の社会的な自己に関する情報の生産」へと転換すべきだと促す³¹⁾。すなわち、「プライバシーはこれまで、ほとんどの場合、個人が自らの情報を守ったりコントロールするというかたちで、プライバシーの主体の側から考えられてきたが」、そうではなく、「逆にプライバシーを侵害する側から見ていく」必要がある³²⁾。この観点から見れば、「プライバシー侵害の根底にあるのは個人のダブル（分身）の生産」であり、「プライバシー問題の核心」は、「〈私づくり〉の主導権を誰が握るかという問題」にあるということになる³³⁾。そして、「近代社会では、このイニシアティブは基本的に各個人にある」から、他者による自己の意に反する虚像の作出は、「私づくり」の主導権を奪うがゆえに、プライバシー権侵害となる³⁴⁾。

以上のとおり、プライバシー権に関する学説は、人格の虚像に関する議論を蓄積してきた。判例も、そのような虚像への視座を、学説と共有している。といっても、判例が学説を追ったのではない。判例は、学説に先んじていた。

30) 野村武司「自己情報コントロール権の法的性質と権利侵害——『監視ファイル訴訟』意見書」獨協ロー・ジャーナル5号（2010年）109-110頁。また、関連して、同「情報技術の進展と個人データ保護法制——西ドイツの議論を素材にして」東京都立大学法学会雑誌29巻2号（1988年）181頁以下、同「情報と安全——個人情報保護をめぐる諸相」公法研究69号（2007年）190頁以下参照。

31) 阪本・前掲注5）20-21頁。

32) 阪本・前掲注5）45頁。

33) 阪本・前掲注5）84頁。

いつから判例は虚像に着眼したプライバシー権論の構築を始めたのか。それは、プライバシー権に関する最初の裁判例とされる、「宴のあと」事件判決（東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁）からである。つまり、判例は、その出発点において既に、プライバシー問題の背後に虚像の姿を捉えていたのである。

一般に、「宴のあと」事件判決は、私生活上の事実の公開をプライバシー権侵害と判断したものだといわれている。しかし、それは誤りである。なぜならば、同判決は、「原告がプライバシーの侵害として挙示する描写はいずれも原告の現実の私生活を写したのではなく、被告平岡のフィクションになるものと認められ、そのかぎりでは『宴のあと』が原告の私生活を暴露、公開したとはいえない」と明言しているからである。

では、何がプライバシー権侵害とされたのか。同判決は、続けて、次のように述べる。「しかしモデル小説の一般の読者にとって、当該モデル小説のどの叙述がフィクションであり、どの叙述が現実に生じた事実³⁴に依拠しているものであるかは必ずしも明らかではないところから、読者の脳裏にあるモデルに関する知識、印象から推して当該小説に描写されているような主人公の行動が現実にあり得べきことと判断されるかぎり、そのあり得べきことに関する叙述が現実に生じた事象に依拠したものすなわちフィクションではなく実際にもあつた事実と誤解される危険性は常に胚胎しているものとみななければならない」。そして、「たとえ小説の叙述が作家のフィクションであつたとしてもそれ

34) 阪本・前掲注5) 85頁。阪本俊生のプライバシー研究の本領は、「ダブル」（虚像）を、マスメディアや覗き趣味などの従来のプライバシー問題に関わる「ファンタジー・ダブル」と、個人情報問題に関わる「データ・ダブル」とに区分したうえで、人々が「ファンタジー・ダブル」には強く反発しながら、「データ・ダブル」にはむしろ積極的に「私づくり」を委ねている（「データ・ダブル」が作られること自体は問題にせず、その「誤り」や「悪用」等を問題にしている）、という現状を炙り出した点にあるといえる。「データ・ダブル」問題への憲法的対応については、特に、山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリ1412号（2010年）80頁以下、小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論ジュリ1号（2012年）118頁以下参照。

が事実すなわちモデルの私生活を写したものではないかと多くの読者をして想像をめぐらせるところに純粋な小説としての興味以外のモデル的興味というのが発生し、モデル小説のプライバシーという問題を生む】。

この説示から明らかなように、同判決においてプライバシー権侵害とされたのは、私生活上の事実の公開ではなく、フィクションが私生活上の事実と「誤解される危険性」の惹起である。周知のとおり、同判決は、プライバシー権侵害に対して法的救済が与えられるための要件の一つとして、公開された内容が「私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること」を挙げているが、本件で問題となったのは、このうちの後者なのである。

もっとも、同判決によれば、「私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがら」の公開であっても、それが「一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立つた場合公開を欲しないであろうと認められることがら」でない限りは、プライバシー権侵害とはならない。では、私生活上の事実と誤解されるおそれのある事柄で、人が最もその「公開を欲しない」ものは、何か。それは、自己の人格に関する誤解を生じさせる事柄、すなわち、自己の意に反する虚像を作り上げる事柄にほかならないだろう。

実際、同判決が認定しているように、原告は、「なかんずく原告が憲法擁護国民連合に関与していたこともあつて」、「女性を足にかけるような描写にはとくに強い憤満を感じた」という。原告が、私生活に関する多数の描写の中で、特に「女性を足にかけるような描写」に「強い憤満を感じた」のは、それが、「憲法擁護国民連合」にまで関与していた原告にとって、人格の実像とかけ離れた虚像を作り出される（つまり、読者に原告の人格の根幹を誤解させる）おそれのある描写であったがゆえであろう。同判決も、その描写が「一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立つた場合公開を欲しないであろう」ことを認めている。

このように、「宴のあと」事件判決は、モデル小説によるプライバシー権侵害の核心を、他者による自己の意に反する虚像（実像とかけ離れた虚像）の作

出に見た。そうすることで、私生活上の事実だけでなく、私生活上の事実と誤解される危険性のあるフィクションの公開をも、プライバシー権の射程に取り込むことに成功した³⁵⁾。

それに対して、自己が作り上げてきた虚像の破壊を、プライバシー権侵害としたのが、「逆転」事件判決（最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁）である³⁶⁾。

同判決が解決を迫られたのは、前科の公表がプライバシー権を侵害するか、という問題であった。前科は、過去に有罪判決を受けて服役したという事実であり、当時の人格に深く関わる事実といえる。その前科を秘匿し、周囲の者に対して、「犯罪を行わない人間」という印象を与えることは、まさに自ら虚像

35) 同判決のこのような意義は、当時ほとんど認識されていなかったが、我が国のプライバシー権研究の先駆者である伊藤正己の慧眼は、それを見逃さなかった。

伊藤は、同判決が出る前から、「わたくしは、わが国ではじめてこの問題〔プライバシー権の問題〕を法が処理する事件として、この『宴のあと』事件は、プライバシー権という新しい内容をもつ権利をわが国の法のうちに成熟させる見地からみるときは、必ずしも適切な事件であるとは思わない」と述べていた。なぜかといえば、『『宴のあと』事件は、異常な困難な法律問題を含むものであり、それだけに法的に興味深い論点を蔵しているといえるが、……アメリカにおいて、多数の判例をつみかさねて、長い期間を要して徐々に、かつ具体的に形成された法理によって解決されてきた諸問題の多くが、一挙にここで解決をせまられるといってもよく、それだけに裁判所に加えられる困難は大きい』からである（伊藤正己『プライバシーの権利』（岩波書店、1963年）4-5頁）。この発言から明らかなように、伊藤の目には、同事件は、私生活上の事実の公開という典型的なプライバシー事案とは映っていなかった。

そして、同判決がこの困難な法律問題を何とか解決したのを見た伊藤は、直ちに、「本件の判旨は、モデル小説においては事実の部分とフィクションの部分が混在し、読者がフィクションの部分をも事実と誤認するおそれがあり、ここでは私生活の描写はフィクションの部分に属しながら、誤認の結果その公開を通じて原告に精神的苦痛を与えたことに、結論をひきだす重点がおかれている」と指摘した（伊藤正己『『宴のあと』事件判決の問題点』ジュリ309号（1964年）51頁）。これは、同判決の核心が「誤認」（実像とかけ離れた虚像）の問題にあったことを的確に摘示したものと見える。

なお、阪本・前掲注5）47-49頁も、「宴のあと」事件のような「モデル小説」によるプライバシー権侵害の核心は、「ファンタジー・ダブル」（自己の意に反する虚像）の作出にある、と指摘している。

を作出することにほかならない。ここに、虚像の自己決定権としてのプライバシー権の問題が生じる³⁷⁾。

この問題について、同判決は、本件前科にかかる事件・裁判が「当時、沖縄では大きく新聞報道された」こと、前科等に関わる事実は「刑事事件ないし刑事裁判という社会一般の関心あるいは批判の対象となるべき事項にかかわるものである」ことを認めながらも、結論として、前科の公表を不法行為と断じた。

その判断において重きを置かれたのは、「本件事件及び本件裁判から本件著作が刊行されるまでに12年余の歳月を経過して」おり、「その間、被上告人が社会復帰に努め、新たな生活環境を形成していた」ことである。これは、原告が長年かけて虚像を作り上げてきたという事実にはほかならない³⁸⁾。

もっとも、同判決が述べるように、前科に関する事実が社会一般の関心・批判の対象となるべき事項に関わることに鑑みれば、「事件それ自体を公表する

36) 同判決は「プライバシー」という表現を用いていないが、調査官解説によれば、それは、「プライバシーという概念は、……多義的で、したがって、なお流動的であるといわなければならない上、不法行為の成否が問題となっている場面においては、本件もそうであるが、不法行為の被侵害利益として法的保護に値するものであるか否かを判断すれば足りるという配慮によるものと窺われるのであって、本判決にいう前科等をみだりに公表されない利益がプライバシーの権利ないし利益の一つであることを否定する趣旨ではない」（滝澤孝臣「判解」最判解民事篇平成6年度130頁）。

37) これに対して、棟居快行は、同事件の問題の所在を、次のように把握している。「犯罪を行うことによって自ら社会公共（本件では沖縄全体にとどまる）の関係において犯罪者という役割イメージを引き受けた者が、服役によって罪を償い、他処へ赴いて前科を秘匿したうえで職場や家庭での役割イメージを形成する（職も得、結婚もしている）に至り、更に時の経過により当該役割イメージ（真面目な勤労者・夫であるという）を前提として様々の生活事実を派生させてきている」場合に、「過去の社会公共関係における役割イメージを今日の職場ないし家庭というコンテクストに入り込ませることにより、職場や家庭での従来の役割イメージの欺瞞性をあばき、それを破壊するという表現行為は許されてしかるべきかが問われている」（棟居・前掲注26）214頁）。この見解は、前科に関する事実を、当時の実像に関わる事実としてではなく、一つの「役割イメージ」（虚像）として捉える点が、私見と異なっている。なお、関連して、水野謙「プライバシーの意義に関する序論的考察——人は自分の姿とどのように向き合うのか」学習院大学法学会雑誌45巻2号（2010年）1頁以下参照。

ことに歴史的又は社会的な意義が認められるような場合」や、「その者の社会的活動の性質あるいはこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度」が高い場合、また「その者が選挙によって選出される公職にある者あるいはその候補者など、社会一般の正当な関心の対象となる公的立場にある人物である場合」等においては、前科の公表を違法と判断することに慎重にならざるをえない。そこで、同判決は、上記事実の摘示に続けて、「被上告人は、地元を離れて大都会の中で無名の一市民として生活していたのであって、公的立場にある人物のようにその社会的活動に対する批判ないし評価の一資料として前科等にかかわる事実の公表を受忍しなければならない場合ではない」と付言した。公的立場にない原告には前科を隠す虚像の作出が許される（つまり、原告が作り上げた当該虚像は法的保護に値する）と判断したのである。

このように、同判決は、同事件における問題の核心を、他人に知られたくない私事の暴露それ自体というよりも、原告が作り上げてきた虚像の破壊に見た。そのことは、同判決の担当調査官による以下の指摘にも現れている。

「前科等にかかわる事項を他人に知られたくない私事として把握することは、古典的なプライバシー概念の下では、その法的保護に特に欠けることはないかも知れないが、そのような意味での前科等の社会生活に対する消極的な私事性を強調することは、プライバシー概念が変容していく今後においては、必ずしも妥当ではなく、本判決が、前科等にかかわる事項の公表が許されないのは、新しく形成している社会生活の平穩を害されその更生を妨げられない利益があるからであるとして、前科を進んで秘匿し得るという意味での前科等の社会生活に対する積極的な私事性に着目していることも、その点を慮ってのことと窺われる」³⁹⁾。

純然たる私生活上の事実とは異なり、社会的評価の対象とされるべきことの

38) 念のために付記しておくが、ここでいう「虚像」は、あくまでも「他者が定義する自己」という意味にとどまり、「実像と異なる自己像」ということまでを意味するものではない。つまり、本文において、「虚像を作り上げてきた」と述べたのは、原告がその実像をも「犯罪を行わない人間」に変化させてきた可能性を、否定する趣旨ではない。

多い前科に関する事実について、その公表を不法行為と断じた同判決は、「社会生活」を「形成」するうえでの虚像の重要性に十分に配慮した判決と評価することができる⁴⁰⁾。

以上のおお、判例は、プライバシー権の領域において、学説に先んじて、人格の虚像に着眼した理論を構築してきた。

Ⅲ 思想・良心の自由と虚像

前章で見たように、プライバシー権は、人格の虚像をめぐる問題を広くその射程におさめている。しかし、それでもなお、取りこぼされる問題がある。その一つが、自己の意に反する虚像、とりわけ実像とかけ離れた虚像を、自ら作出することの、強制である。

「宴のあと」事件判決が明らかにしたように、プライバシー権は、他者が実像とかけ離れた虚像を作出することを禁じうる⁴¹⁾。しかし、その射程は、か

39) 滝澤・前掲注36) 141頁。なお、同判決におけるこのような虚像の保護を、プライバシー権ではなく名誉権の問題として把握する学説もあるが、調査官解説が述べるように、「前科等を公表されない事実は、それが真実であるからこそ問題となるのであって、その公表した事実が真実であれば、一定の要件の下に免責が認められる名誉毀損の問題とは、一線を画されるべき問題」（同129頁）であるといえる。

40) 学説の多くは、同判決を、かつては公開されていた（つまり非プライバシーであった）前科情報も、「時の経過」があれば、プライバシーへと変化する、という論理を採ったものと評価するが、それは正確ではない。同判決が検討したのは、あくまでも、法的保護に値する虚像が作り上げられていたか否かであり、「時の経過」は、それを推測させる一つの事情に過ぎない。時が経過せずとも、法的保護に値する虚像が作出されることはありうるし、反対に、いくら時が経過しても、かかる虚像が作出されないこともありうる。それゆえ、「時の経過」を要件として位置づけることはできない。調査官解説も、「前科を公表されたくないという法的利益は、極論すれば、時の経過を待たずに生ずるものでもあるし、他面、時の経過にかかわらず、前科が公表されるべき場合もあることを認めなくてはならず、時の経過による前科のプライバシー性を肯定するとしても、それは、結局、前科の公表又は秘匿の当否が問題となる具体的な場面において、当該前科のプライバシー性と非プライバシー性と、そのいずれを保護すべき事案であるかを判断する際の一つの事情として検討するしかない問題であると解される」（滝澤・前掲注36) 132頁）と指摘している。

かる虚像を自ら作出させられる場面には及ばない。他者による情報の収集・加工・公開等の場面をその本来的領分とするプライバシー権では、己の手によって実像とかけ離れた虚像を作出させられる者の苦境を捉え切ることが、難しいからである。

しかし、だからといって、この苦境を無視することはできない。実像とかけ離れた虚像を、ほかならぬ己の手で作出させられることが、いかに人を苦しめるか。

もちろん、虚像を定義するのが他者である以上、人は、常に思い通りの虚像を作れるわけではない。虚像を実像と完全に合致させられること、すなわち人格の実像を他者に正確に理解してもらえることなど、ほとんどないといってよい。ハンナ・アレントが指摘するように、「人びとは活動と言論において、自分がだれであるかを示し、そのユニークな人格的アイデンティティを積極的に明らかにし、こうして人間世界にその姿を現す」⁴²⁾ が、「自分たちが活動によって始めた過程については、どんなものでもそれを元に戻すことはできず、それどころか、その過程を安全にコントロールすることさえできない」⁴³⁾ のであり、「自分の意図もせず予見さえしなかった帰結についても必ず『有罪』となる」⁴⁴⁾。

しかし、否、だからこそ、人は、自己の実像を理解してもらおうと、何度も何度も他者の前に現れる。人が、危険を冒してまで、あえて自己を他者に表出するのは、実像への理解をそれほど強く希求しているからにほかならない。

それゆえに、己の手で実像とかけ離れた虚像を作出させられることは、深刻な苦境となる。それは、実像を理解される可能性のない現れであるどころか、実像を誤解させるための作為であり、いわば社会における人格の「自殺」に等

41) もちろん、他者が個人的に実像とかけ離れたイメージを抱くことは、プライバシー権侵害とはならない。プライバシー権侵害となりうるのは、他者が第三者にそのようなイメージを植えつけようとする場合である。

42) ハンナ・アレント（志水速雄訳）『人間の条件』（筑摩書房、1994年）291頁。

43) アレント・前掲注42）365頁。

44) アレント・前掲注42）366頁。

しいのである。

では、このような苦境に対して、憲法はいかなる解決策を提示しうるのか。実像とかけ離れた虚像の作出を強制されない自由は、憲法上のいかなる権利によって保護されるのか。

この問題は、その重要性にもかかわらず、学説において、ほとんど認識すらされてこなかった。そして、ここでも、判例は学説に先んじていた。判例が、この問題について、思想・良心の自由によって保護されるという見解を示唆したのは、1956年の謝罪広告事件判決（最大判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁）においてであった。

周知のとおり、従来の学説は、謝罪広告事件判決を、憲法19条によって保護される「良心」の意義に関する判例として取り扱ってきた。つまり、同判決を、「狭義説の田中耕太郎補足意見」対「広義説の藤田八郎反対意見」という対立図式で、把握してきた。しかし、蟻川恒正が喝破したように、同判決における真の対立は、田中補足意見と藤田反対意見との間ではなく、田中補足意見・藤田反対意見と入江俊郎意見との間にある⁴⁵⁾。

田中補足意見と藤田反対意見は、共に、謝罪広告を命ずる判決における憲法19条問題を、内心に反する外部的行為を命じられることによる心理的葛藤に見出す。そのような共通の前提に立ったうえで、田中補足意見は、判決は謝罪広告を掲載するという外部的行為を要求しているだけであって、謝罪の意思を抱くことまで要求するものではないから、憲法19条に違反しないと判断し、藤田反対意見は、心にもない陳謝の念を表示しなければならないことによる心理的葛藤を重視して、憲法19条違反という判断を下す。

それに対して、入江意見は、謝罪広告を命ずる判決それ自体ではなく、その

45) 蟻川恒正「署名と主体」樋口陽一ほか編著『国家と自由——憲法学の可能性』（日本評論社、2004年）107頁以下。また、関連して、同「近代法の脱構築」法社会学58号（2003年）29頁以下、同「判批」堀部政男＝長谷部恭男編『メディア判例百選』（有斐閣、2005年）142頁以下、西村裕一「まなごしの憲法学」木村草太＝西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣、2014年）134頁以下参照。

判決の強制執行に、憲法 19 条問題を見出す。すなわち、謝罪広告を命ずる判決は、その強制執行が許されないと解する限りで、憲法 19 条に違反しない、と説く。注目すべきは、この入江意見の論理である。

入江意見は、なぜ、謝罪広告を命ずる判決は憲法 19 条に違反しないとしながら、その強制執行を憲法 19 条違反と断じえたのか。謝罪広告を命ずる判決が合憲ならば、その強制執行も当然合憲となるはずではないのか。

この点について、入江意見は次のように論じる。「若しこのような上告人名義の謝罪広告が新聞紙に掲載されたならば、それは、上告人の真意如何に拘わりなく、恰も上告人自身がその真意として本件自己の行為が非行であることを承認し、これについて相手方の許しを乞うているものであると一般に信ぜられるに至ることは極めて明白であつて、いいかえれば、このような謝罪広告の掲載は、そこに掲載されたところがそのまま上告人の真意であるとせられてしまう効果（表示効果）を発生せしめるものといわねばならない」。

この説示から明らかなように、入江意見が問題にするのは、内心に反する外部的行為を強制されることによる心理的葛藤ではなく、被告名義の謝罪広告が掲載されることによって、被告が謝罪の意思を抱いているのだと他者から誤解されることである。

そのような誤解は、判決で謝罪広告を命じられるだけであれば、任意履行を拒む限り、生じない。しかし、それにとどまらず、かかる判決が強制執行されたならば、誤解の発生は避けられない。謝罪広告に「裁判所の関与の痕跡が、——謝罪広告の文面と名義の両面に互って——徹底的に消去されている」ために、それを読んだ者が「そこに、訴訟の介在や、まして文案の作成者が裁判所であることを探知することは不可能である」からである⁴⁶⁾。だからこそ、入

46) 蟻川・前掲注 45)「署名と主体」116 頁。同判決の調査官解説が指摘するように、「謝罪広告の末尾に『本広告は、判決に基く強制執行として、原告何某の申込によるものである』旨附記することになれば、疑義は解消する」が、「しかし、判決主文に、かかる『附記』があれば問題はないが、執行の段階で右の如き『附記』を命じ得るかは疑問である」(土井王明「判解」最判解民事篇昭和 31 年度 113 頁)。

江意見は、謝罪広告を命ずる判決自体は憲法 19 条に違反しないとしながら、その強制執行を憲法 19 条違反と断じたのである。

このような入江意見が、思想・良心の自由によって、実像とかけ離れた虚像を自ら作出することの強制を禁じようとしたものであることは、もはや明らかであろう⁴⁷⁾。謝罪広告を命ずる判決の強制執行は、被告の負担によって行われる。そこにおいて、被告は、虚像の作出への関与を強いられる。つまり、当該強制執行には、実像とかけ離れた虚像をほかならぬ己の手で作出させられる、という側面がある。それを危険視した入江意見は、思想・良心の自由を、実像とかけ離れた虚像の作出を強制されない自由として鍛え直すことによって、かかる事態の発生を封じようとしたのである。

入江意見は、強制執行を否定したがゆえに、形式上は「意見」にとどまっているが、しかし、その判断枠組みについては、限りなく多数意見に近いといえる。なぜならば、多数意見も、謝罪広告を命ずる判決自体ではなく、その強制執行を問題としているからである。

すなわち、多数意見は、「謝罪広告を命ずる判決にもその内容上、……時にはこれを強制することが……良心の自由を不当に制限することとなり、いわゆる強制執行に適さない場合に該当することもありうるであろうけれど、単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のものにあつては、これが強制執行も代替作為として民訴 733 条の手続によることを得る⁴⁸⁾ものといわなければならない」としたうえで、「上告人名義を以て被上告人に宛て『右放送記事は真相に相違しており、貴下の名誉を傷け御迷惑をおかけいたしました。ここに陳謝の意を表します』なる内容」の本件謝罪広告を新聞紙に掲載すべきことを命ずる原判決は、「上告人の有する倫理的な意思、良心の自由を侵害す

47) これに対して、蟻川・前掲注 45)「署名と主体」119 頁は、入江意見における「内心の自由」を、「『外形』たる自己の意思表示を他者によって作成されない自由」として把握する。この蟻川の見解は、謝罪広告の内容が他者によって決定されることのみを問題とするものといえるが、しかし、それに加えて、その謝罪広告の掲載が自己の負担において行われることまでを考慮に入れないならば、その強制執行を禁ずる権利がプライバシー権ではなく思想・良心の自由でなければならないことの論証は、困難であろう。

ることを要求するものとは解せられない」と述べている。

この判示から明らかのように、多数意見は、入江意見の判断枠組み自体を否定してはいない。むしろ、それを共有しながら、本件謝罪広告によって実像とかけ離れた虚像が作出されるおそれがあるか否かという点でのみ、入江意見と評価を異にした⁴⁹⁾、と見ることができる。換言すれば、謝罪広告事件判決は、多数意見にあっても、実像とかけ離れた虚像の作出を強制することが思想・良心の自由の侵害となりうることを、示唆しているといえる。

その証左として、同判決の調査官解説も、「謝罪広告は、正に社会一般の心理現象において、本人自身が実際に文書で謝罪意思を表示したのものとして認識

48) 債権者が謝罪広告を掲載し債務者がその費用を負担させられる「代替執行」と、債務者が自ら謝罪広告を掲載しなければ間接強制金を課される「間接強制」の、どちらが、債務者の思想・良心の自由に対するより重大な制約となるかは、自明ではない。この点、土井・前掲注46) 110頁は、「間接強制……の場合は、相当の威圧が加えられるが、それにしても、債務者が、事実上これを拒否する自由は、なお残されている」として、代替執行の方がより重大な制約であることを示唆している。しかし、債務者の経済状態等により、間接強制金を支払うことが困難な場合には、間接強制は代替執行以上に重大な制約となりうるだろう。この点、謝罪広告事件判決の多数意見は、謝罪広告の掲載は不代替行為ではない（債権者が代わりに行っても同一の効果が得られる）から、間接強制ではなく代替執行によることが可能である、と述べるにとどまっており、間接強制と代替執行のいずれがより重大な制約であるかについては、評価を示していない。

49) 多数意見が、本件謝罪広告によって実像とかけ離れた虚像が作出されるおそれはないと評価した理由は、明らかではない。一方で、「単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のものにあつては」という説示は、そのような内心は人格の根幹に関わるものではなく、それゆえ、仮に本件謝罪広告によって虚像が作出されるとしても、その虚像は実像とかけ離れたもの（人格の根幹において実像と乖離したもの）とはいえない、という判断を示しているようにも読める。しかし、他方で、上記説示の前に「民法723条にいわゆる『他人の名誉を毀損した者に対して被害者の名誉を回復するに適当な処分』として謝罪広告を新聞紙等に掲載すべきことを加害者に命ずることは、従来学説判例の肯認するところであり、また謝罪広告を新聞紙等に掲載することは我国民生活の実際においても行われているのである」という指摘がなされていることからすれば、判決等によって謝罪広告を強制されうることは一般に認識されているため、謝罪広告の掲載によって、その名義人が真に謝罪の意思を抱いていると誤解されるおそれ（虚像が作出されるおそれ）はない、と判断した可能性も否定しえない。

せられる」ところ、「これは恰かも人の自由を完全に抑圧して、公衆の面前で、心にもない謝罪の言葉を発せしめるのと選ぶところはなく（かゝることは、気骨と節操を尚ぶ人の堪え得るところではない）、果してそれが良心に関する『沈黙の自由』と無関係であるといひ得るかどうかが、「本件における最大の問題点」であるとし⁵⁰⁾、実像とかけ離れた虚像を自ら作出することの強制こそが同事件の核心的問題であったことを認めている。そして、的確にも、「多数意見も傍論ではあるが『謝罪広告を命ずる判決も（内容によつては）強制執行に適しない場合』もあり得べきことを示唆するに至つた点で注目を惹くものがある」として⁵¹⁾、当該強制が思想・良心の自由の侵害とされる可能性を示唆したところに、同判決多数意見の意義を見出している。

ここで、調査官が、実像とかけ離れた虚像の作出を強制されない自由を、「沈黙の自由」として把握していることは、正当である。ただし、それは、狭義の「沈黙の自由」、すなわち人格（思想・良心）の実像を沈黙する自由ではない。実像とかけ離れた虚像を沈黙する自由である⁵²⁾。思想・良心の自由は、実像表出の強制を禁ずる「沈黙の自由」という領分を有していたがゆえに、虚像作出の強制をも、その射程に取り込むことができたのである。

以上のとおり、謝罪広告事件判決は、実像とかけ離れた虚像の作出を強制することが、思想・良心の自由の侵害となりうる、という憲法理論を示唆した。

もともと、同判決の多数意見は、当該謝罪広告によっては、実像とかけ離れた虚像が作出されるおそれはない、と判断した。そのため、上記理論の示唆は、示唆にとどまった。そして、学説の大半は、同判決の意義を正確に把握しえなかったことから、この理論の示唆に気づくことすらできなかった。そうして、同判決によって示唆された理論は、発展を遂げることなく、長らく放置されて

50) 土井・前掲注 46) 109 頁。

51) 土井・前掲注 46) 112 頁。

52) 調査官自身、「沈黙の自由とは、本来は、内心の状態そのものについて告白を強制されないことを指称するが、この自由は、自己の内心に反したことを強制的に表白せしめられないことにも当然推及せられるべきであらう」と述べている（土井・前掲注 46) 109 頁）。

きた。

しかし、同判決から半世紀以上が経過した後、ある判例の登場によって、この理論は再び動き出す。その判例とは、本稿の主役、君が代起立斉唱事件判決である⁵³⁾。

IV 君が代起立斉唱事件判決・再読

本稿の冒頭に引用した、君が代起立斉唱事件判決の「奇妙」な説示を、ここで再び引こう。

「上記の起立斉唱行為は、その外部からの認識という点から見ても、特定の思想又はこれに反する思想の表明として外部から認識されるものと評価することは困難であ[る]」。

この説示が「奇妙」に見えるのは、それが従来の学説では到底説明のつかないものだからである。従来の学説は、思想・良心の自由を、「外部からの認識」と結びつけてはこなかった。それに対し、上記説示は、起立斉唱行為が「特定の思想又はこれに反する思想の表明として外部から認識される」場合、それを強制する職務命令が、思想・良心の自由に対する直接的制約に当たるという。

なぜ、本判決は、外部からの認識が直接的制約を導くと解しえたのか。その解釈を可能とする論理は、いかなるものなのか。これが、本稿が解き明かそうとした「謎」であった。

今、それに解答を与えよう。本判決において、「外部からの認識」を思想・良心の自由に対する直接的制約と結びつけたものは、「虚像」の論理である。

すなわち、上記説示は、起立斉唱行為が、原告の人格（思想・良心）の実像とかけ離れた虚像を作出するものである場合、それを強制する職務命令は、思想・良心の自由に対する直接的制約となる、という憲法理論を提示したものである。本判決は、謝罪広告事件判決によって示唆されていた当該理論を、明示

53) 注1) で述べたとおり、厳密には、本判決に先立つ君が代ピアノ伴奏事件判決において、既に当該理論は提示されていた。

的に認めたのである。

なぜ、そういえるのか。その論拠は、本判決が、思想・良心の自由に関する多数の判例のうち、ほかならぬ謝罪広告事件判決だけを引用していることに、求められる⁵⁴⁾。

本判決が、本事件と全く事案を異にし、国歌斉唱とは何のつながりもない謝罪広告事件判決を、あえて引用した意図は、何か。それは、同判決が前提にしていた判断枠組み、すなわち上記理論の継承を措いてほかにない。

現に、上記説示と同様の説示を含む「君が代ピアノ伴奏事件判決」の調査官解説は、謝罪広告事件判決の調査官解説を引用したうえで、「沈黙の自由が、内心の思想及び良心に反したことを告白するよう強制されない自由を含むとすれば、本判決が検討しているとみられる『特定の思想を有することを表明する行為と評価されるような外部的行為の強制』がされた場合には、実質的には、内心の思想及び良心に反したことを告白することが強制され、沈黙の自由が侵されたものと評価することができる場合が多いのではないかと指摘している⁵⁵⁾。これは、謝罪広告事件判決からの、「虚像の沈黙の自由」という概念の継承を、強く示唆するものといえる。

しかも、君が代ピアノ伴奏事件判決における、「特定の思想を有するということを外部に表明する行為であると評価することは困難」という説示は、本判決において、「特定の思想又はこれに反する思想の表明として外部から認識されるものと評価することは困難」という表現に修正されている（傍点堀口）。

54) 本判決は、ほかに、猿払事件判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）、旭川学テ事件判決（最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁）、岩教組事件判決（最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号1178頁）をも引用しているが、それらは、思想・良心の自由に関する判例ではなく、それゆえ上記説示を基礎づけるものではありえない。

55) 森英明「判解」最判解民事篇平成19年度（上）166頁。この意味での「沈黙の自由」の侵害が、どれほど人を苦しめるか。この点について、同調査官解説は、強制された「行為が、客観的にみて行為者がある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されるようなときには、当該行為の客観的な性質、効果等にかんがみ、その強制を受けた者に対して、いわば内心の核心部分を直接否定することにも比肩し得るような内心の自由を侵害する作用を及ぼすことがある」、と述べている（同154頁）。

当該修正は、ここで問題となる思想が、自己の内心にある思想（実像たる思想）ではなく、それ「に反する」思想（実像とかけ離れた思想）であり、かつ、「外部から認識される」思想（虚像）であるということ、明らかにするものといえる。つまり、本判決は、かかる修正を加えることによって、思想・良心の自由（沈黙の自由）が、内心にある思想の表明の強制を禁ずるばかりでなく、それ「に反する」思想の表明「として外部から認識される」行為の強制をも禁ずるものであることを、明確にしたのである⁵⁶⁾。

このように、本判決は、謝罪広告事件判決が示唆した憲法理論を、半世紀以上の時を越えて継承した。それを可能としたのは、虚像への着眼の堅持である。判例は、謝罪広告事件判決から本判決までの長きにわたって、虚像への着眼を怠らなかつた。その意味で、この間に出された「宴のあと」事件判決や「逆転」事件判決等も、本判決の基盤をなすものといえる。

上記理論の重要性については、もはや論を俟たないであろうが、それが君が代起立斉唱事件においていかなる意義を有するののかについては、説明が必要かもしれない。

本事件においては、上記理論は、違憲判断を導かなかつた。「本件職務命令当時、公立高等学校における卒業式等の式典において、国旗としての『日の丸』の掲揚及び国歌としての『君が代』の斉唱が広く行われていたことは周知の事実」であつたため、「学校の儀式的行事である卒業式等の式典における国

56) なお、君が代ピアノ伴奏事件判決の調査官解説は、「特定の思想を有することを表明する行為と評価されるような外部的行為を内心に反して強制する」ことは、沈黙の自由を侵害するだけではなく、「特定の思想の禁止や強制に当たりかねないという点においても、同条〔憲法19条〕違反を生じさせる可能性がある」と指摘する（森・前掲注55）154-155頁）。同判決や君が代起立斉唱事件判決において、「特定の思想又はこれに反する思想の表明として外部から認識されるものと評価することは困難である」旨の説示から、「特定の思想の有無について告白することを強要する」ものではないという判断だけではなく、「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い」という判断まで導かれているのは、そのためであろう。このような説示は、論理の明確性に問題を残すものの、虚像と実像の複雑な相互関係を鑑みれば、必ずしも不当とはいへない。

歌斉唱の際の起立斉唱行為は、……これらの式典における慣例上の儀礼的な所作……として外部からも認識される」といえ、しかも本件では「職務上の命令に従ってこのような行為が行われる場合」であったから、それを「特定の思想又はこれに反する思想の表明として外部から認識されるものと評価することは困難」だったのである。

しかし、だからといって、上記理論が本事件において無意味だったわけではない。本判決は、この理論によって、起立斉唱の強制が思想・良心の自由の侵害となる場面の一つを示唆し、教育行政等に警告を発することで、その発生を未然に封じているからである。

その場面とは、教育行政等が、一般的には国旗掲揚・国歌斉唱を行わない場（たとえば国旗・国歌指導の必要性に乏しい授業等）を利用して、実際には教員に起立斉唱を強制しながら、あたかも教員が自発的に起立斉唱をしているかのような外観を作り出す、という事態である。

これは、教員の思想・良心の自由ばかりでなく、児童・生徒の思想・良心の自由にとっても、極めて深刻な事態といえる。なぜならば、それは、児童・生徒に、教員の人格を根本的に誤解させる⁵⁷⁾だけでなく、教育行政等が主体となった「マインド・コントロール」を、教員との「直接の人格的接触」⁵⁸⁾と信

57) この点に関しては、駒村圭吾の、「義務付けに代わって任意の自発的な起立斉唱要請を導入」した場合には、「任意の自発的なものであるだけに、式の現場はそれぞれ純粹な思想表明の場となり、「職務命令の言い訳がきかない」という指摘が、参考になる（駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013年）154-155頁）。ここで駒村が危惧するのは、自発的な起立斉唱を求めることが一種の「踏み絵」となる危険性であるが、その「自発的」な起立斉唱が事実上強制された場合には、それに加えて、虚像作出の強制という問題が生じるであろう。他者からの誤解という問題に関する限り、「自発的」という形式は、義務づけよりも危険なのである。関連して、儀式への参加が義務づけられていないこと、すなわち退出の自由が認められていることが、単なる参加をも一種の「言論」として外部に認知させることになり、かえって「沈黙の自由」を掘り崩すとの見解（ルイス・サイドマン）を紹介・検討する、金澤孝「『沈黙の自由』について——Louis Michael Seidman “Silence and Freedom” を導きの糸として」比較法学 45 巻 1 号（2011年）29頁以下参照（そこでいう「沈黙の自由」は、「外部観察者」から見たそれであり、本稿における「虚像の沈黙の自由」とほぼ同義である）。

じ込ませて受容させるおそれがあるからである⁵⁹⁾。

このように、上記理論が本事件において果たした役割は、決して小さなものではなかった。

結

以上のとおり、本稿は、君が代起立斉唱事件判決に含まれた「奇妙」な説示が、人格の虚像に着眼した憲法理論の一つであることを、明らかにした。しかし、それは、人格概念をめぐる重厚な議論のごく一部を照らし出したに過ぎな

58) 旭川学テ事件判決（最大判昭和 51 年 5 月 21 日刑集 30 卷 5 号 615 頁）。ただし、当然のことながら、学校教育における「直接の人格的接触」の要請は、教員による児童・生徒への「マインド・コントロール」までもを許容するものではない。そして、「学校には国旗・国歌に対してさまざまな考えを有し、また形成しつつある児童・生徒がいる以上、彼らへの『強制』は教師によっても行われるおそれがあることにも留意しなければならない」（斎藤一久「国旗・国歌の強制」日本教育法学会編『教育基本法改正批判』（日本評論社、2004 年）47 頁）。なお、旭川学テ事件判決の意義については、堀口悟郎「教育権論再考——『公共性』論から『秩序』論へ」慶應法学 21 号（2011 年）157 頁以下で私見を提示した。

59) これは、いわゆる「政府の言論」とも関係する問題である。すなわち、仮に、教育行政等による国旗・国歌に関する言論を、「政府の言論」と評価するならば、ここでの教員は「政府の言論」を伝達する「個人Ⅰ」であり、児童・生徒はそれを受け取る「個人Ⅱ」ということになろう（蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座・憲法学 第 3 卷 権利の保障』（日本評論社、1994 年）第 4 章、同「対抗を読む（3）」法セ 675 号（2011 年）59 頁以下参照）。しかし、そもそも、教育行政等という主体を秘して発せられる当該言論を、表現内容中立性要請が緩和される「政府の言論」と評価すべきか。この点に関して、横大道聡は、「『意に反する表現の帰属』〔本稿のいう「虚像の作出」に近い〕が生じているということは、当該表現は政府の表現ではなく、私人の表現であると一般に認識されているということの意味する」ため、「それにより、実際は政府の表現であるということ聴衆が認識できなくなり、結果、政府言論の正当化根拠であるところの民主的政治過程による当否の判断が望めなくなる、したがって、政府言論には該当しない」という注目すべき見解を提示している（横大道聡「表現しない自由と表現の『帰属』」『現代国家における表現の自由——言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』（弘文堂、2013 年）325-326 頁。ただし、横大道は、「意に反する表現の帰属」を、思想・良心の自由ではなく、「表現しない自由」の問題として把握する）。

いばかりでなく、当該判決の意義を語り切ってすらない。

周知のとおり、君が代起立斉唱事件判決は、上記理論のほかにも、多数の注目すべき内容を含んでいる。なかでも、①「起立斉唱行為」が「上告人の有する歴史観ないし世界観を否定することと不可分に結び付く」場合には、それを求める職務命令は、「上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するもの」であり、思想・良心の自由に対する直接的制約になる、②「起立斉唱行為」が、世界観ないし歴史観の否定と不可分に結びつくとまではいえないものの、「歴史観ないし世界観に由来する行動……と異なる外部的行為」である場合には、それを求める職務命令は、思想・良心の自由に対する間接的制約となる、③「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」という各説示は、学説における議論の蓄積が必ずしも十分とはいえなかった⁶⁰⁾ 領域に関するものであるだけに、学説から大きな注目を浴びている⁶¹⁾。

実像とかけ離れた虚像の作出を強制されない自由（「虚像の沈黙の自由」）は、思想・良心の自由の重要な一内容ではあるが、しかし、そのすべてではない。むしろ、特定の思想・良心を禁止または強制されない自由⁶²⁾、内心にある思想・良心の表出を強制されない自由（狭義の沈黙の自由）、思想・良心に反する行為を強制されない自由⁶³⁾ 等の、人格の実像に直結する自由こそが、思想・良心の自由の主領域であるといえる。ゆえに、虚像への着眼は、実像の軽視を伴うものであってはならない⁶⁴⁾。その意味で、学説が、人格の実像に関わる上記各説示に注目すること自体は、いうまでもなく正当であり、重要である。

60) ただし、いうまでもなく、少数ながらも重要な研究は存在していた。代表的なものとして、巖川恒正『憲法的思惟——アメリカ憲法における「自然」と「知識」』（創文社、1994年）、西原博史『良心の自由〔増補版〕』（成文堂、2001年）〔初版1995年〕、佐々木弘通『「人権」論・思想良心の自由・国歌斉唱』成城法学66号（2001年）1頁以下、土屋英雄『自由と忠誠——「靖国」「日の丸・君が代」そして「星条旗」』（尚学社、2002年）参照。

- 61) たとえば、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』をめぐる」世界821号(2011年)112頁以下、青野篤「判批」大分大学経済論集63巻4号(2011年)169頁以下、金井光生「判批」法教377号(2012年)49頁以下、奥野恒久「教育と思想・良心の自由——『君が代』訴訟最高裁判決を手がかりに」龍谷法学44巻4号(2012年)127頁以下、戸波江二「判批」重判平成23年度(2012年)18頁以下、阪口正二郎「猿払事件判決と憲法上の権利の『制約』類型」論ジュリ1号(2012年)18頁以下、渡辺康行「『日の丸・君が代訴訟』を振り返る——最高裁諸判決の意義と課題」論ジュリ1号(2012年)108頁以下、佐々木弘通「思想良心の自由、信教の自由」辻村みよ子編著『ニューアングル憲法——憲法判例×事例研究』(法律文化社、2012年)第5章、花見忠「判批」ジュリ1444号(2012年)124頁以下、安藤高行「最近の最高裁の君が代訴訟判決の検討——若干の疑問を込めて」九州国際大学法学論集19巻3号(2013年)63頁以下、竹中勲「憲法一九条適合性の判断枠組み・違憲審査基準——国旗国歌起立斉唱事件を中心的検討素材として」同志社法学65巻3号(2013年)1頁以下、蟻川恒正「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』(有斐閣、2013年)85頁以下、駒村圭吾「国家・教師・生徒——国旗国歌起立斉唱事件『意見書』補遺」法学研究87巻2号(2014年)47頁以下参照。
- 62) 君が代起立斉唱事件判決の千葉勝美補足意見が指摘するように、実際には、特定の思想・良心自体が禁止または強制される事態は、「性質上余り想定し難い」。強大な国家権力であっても、人の心を変えることは難しいからである。ただ、同補足意見が続けて述べるように、「個人の思想を強制的に変えさせるための思想教育」は、その重大な一例といえる。
- 63) ただし、この自由を「一般的に承認するならば、おそらく政治社会は成り立たない」(佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)222頁)のであり、そこにこそ君が代訴訟の難しさがある。関連して、公務員が憲法上の権利によって職務上の義務を免れることの困難性を指摘する、木村草太「判批」自治研究84巻12号(2008年)137頁以下、思想・良心を理由として法的義務を個別的に免除することの困難性を指摘する、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年)75頁以下参照。
- 64) 仮に、起立斉唱強制的憲法適合性を、虚像の論理のみによって判断しようとするれば、それは、「強制が強ければ強いほど内心の自由侵害にはならなくなる、という転倒した結論」(結城洋一郎「君が代伴奏拒否戒告処分事件」石村修ほか編著『時代を刻んだ憲法判例』(尚学社、2012年)378頁)に至りかねないだろう。なぜならば、強制的事実が外部に認識されていれば、起立斉唱行為によって思想・良心を誤解されるおそれは低くなるどころ、一般的に、強制的事実、強制的程度が強まれば強まるほど、外部に認識されやすくなるといえるからである(ただし、謝罪広告命令のように、強度の強制行為であっても、それを外部から認識することが困難な場合はありうる)。同様の指摘として、棟居快行「『君が代』斉唱・伴奏と教師の思想の自由」自由人権協会編『市民的自由の広がり——JCLU人権と60年』(新評論、2007年)83頁参照。

それにもかかわらず、本稿が上記理論に考察対象を絞った⁶⁵⁾のは、この理論が注目されぬまま埋没していくことを、危惧したからである。

実際、この理論は、謝罪広告事件判決において既に示唆されていたが、学説の大半は、それにほとんど目を向けず、内心に反する外部的行為を強制されることによる心理的葛藤に関する、田中補足意見と藤田反対意見との対立に、関心を集中させた。そして、君が代起立斉唱事件判決に関しても、学説の関心は、かかる心理的葛藤に関する間接的制約論に集中しており、上記理論はほとんど注目されていない⁶⁶⁾。こうして、上記理論は、再び学説から放置され、埋没していこうとしている。

謝罪広告事件判決が蒔いた種は、君が代起立斉唱事件判決において萌芽した。この芽が、大きく育ち花を咲かせるか、ただ無惨に枯れていくかは、今後の学説の対応によるだろう。上記理論に関して議論すべき問題はあまりに多く⁶⁷⁾、本稿になしえたのは、その議論を始めるための粗野な問題提起に過ぎない。

65) 上記各説示のほか、起立斉唱強制が教員の「教育の自由」を侵害しないかという問題についても、本稿で扱うことはできなかった。この問題に関する近年の論考として、たとえば、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（2008 年）78 頁以下、世取山洋介「東京高等裁判所平成 20 年（ネ）第 1430 号損害賠償請求控訴事件（『君が代』嘱託再雇用拒否事件）に関する意見書」法政理論 42 巻 1 号（2009 年）115 頁以下、市川須美子「最高裁学テ判決と『日の丸・君が代』強制」獨協法学 81 号（2010 年）1 頁以下、青井未帆「演習 憲法」法教 374 号（2011 年）156 頁以下、巻美矢紀「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」千葉大学法学論集 28 巻 1・2 号（2013 年）93 頁以下、中川律「教師の教育の自由」法セ 59 巻 5 号（2014 年）18 頁以下参照。なお、安原陽平「公立学校教員と全体の奉仕者——国旗国歌訴訟における全体の奉仕者の機能と新たな解釈の可能性」聖学院大学総合研究所紀要 55 号（2013 年）441 頁以下は、「『教育ロボット化の拒否』を保障する教育の自由が実効的であるためには、教育の自由が保障されるからロボット化は許されないという立論ではなく、教師はロボットたる地位にはないということをまず示し、その上で自由を主張する立論という流れになるのではないか」（同 455 頁）として、「教師の地位」を考察する「地位アプローチ」を提唱している。

66) 西原博史「『君が代』裁判と外部的行為の領域における思想・良心の自由の意義」労働法律旬報 1709 号（2009 年）6 頁以下は、例外的に、この理論を比較的詳細に検討しているが、結論として、「思想・良心の自由は、個人の人格的自律を支える核に対する国家に

よる直接の侵害が存在しないことを保障した個人主義的な権利であり、他者との関係性のなかで自己がどう見られているかに関わる相対的な権利へと墮落していったよいものではない」(同 10 頁) という、否定的な評価を下している。

このような西原の見解は、人格の実像を徹底的に保護しようとする堅固な理論と評価できるが、しかし、思想・良心の自由が虚像の問題をも射程に取り込むことは、実像を保護するという従来の役割を放棄することと論理的に結びつくものではなく、それゆえ、「相対的な権利へと墮落」することにはならないのではないか、という疑問が生ずる。

現に、君が代ピアノ伴奏事件判決の調査官解説は、同判決の結論が、本件ピアノ伴奏拒否は「一般的には、これ〔上告人の歴史観ないし世界観〕と不可分に結びつくものということはできず、……本件職務命令が、直ちに上告人の有する上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものと認めることはできない」等の実像の論理に基づく判断要素と、「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、……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」であるという虚像の論理に基づく判断要素とを、「個別的、分析的に検討した結果としての判断」であり、「各判断要素を全体的、総合的に考慮した結果としての判断」ではないと述べ(森・前掲注 55) 157 頁)、虚像の論理による判断と実像の論理による判断とが独立したものであることを確認している。

- 67) 君が代訴訟において、「他人から、社会的に『君が代』に賛成している人間だと思われることを内面化して、それが自分のアイデンティティーと矛盾するということを、思想・良心の自由の侵害として主張していく」場合、「別のアイデンティティーを持っている人、例えば校長が、私はそういう音楽教諭のピアノ伴奏拒否行為を認める人間と思われるのが嫌だ、と言い出したらどうなるのか」、「アイデンティティー同士が社会の中に噴出してきてぶつかり合い、承認を求める闘争の世界になっていくのではないか」(西原ほか・前掲注 4) 132-133 頁〔宍戸常寿発言]) という問題も、その一つといえよう。