慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	国家・教師・生徒：国旗国歌起立斉唱事件「意見書」補遺
Sub Title	State, teachers, and students: reprise of my brief for the national flag and anthem case
Author	駒村, 圭吾(Komamura, Keigo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.2 (2014. 2) ,p.47- 85
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	小林節教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140228-0047

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.

国家・教師・生徒

――国旗国歌起立斉唱事件「意見書」補遺――

駒村圭吾

はじめに
Ⅰ．起立斉唱事件最判に対する評価と疑問
Ⅱ．見解1――そもそも国家は公務員を含む国民に敬意の表明を求めることはできない
Ⅲ．見解2――職務命令の目的は正当であっても、手段は合理的ではない
Ⅳ．見解3――教育公務員の特殊性からして強制はできない
おわりに

はじめに

本論稿は、懲戒処分取消等請求控訴事件（平成二三年（行コ）第二七九号）――いわゆる東京「君が代」裁判第二次訴訟――についての東京高裁平成二四年一〇月三一日判決[1]に対する上告に際して、筆者が提出した意見書を

もとにしたものである。

この東京高裁判決は、大要、卒業式・入学式において国旗（日の丸）に向かって起立し、国歌（君が代）を斉唱することを教職員に義務付ける職務命令に違反したことを理由に下された懲戒処分のうち、停職処分および減給処分についてはそれらを取消し、他方で、戒告処分については請求を棄却した（損害賠償請求についてはすべて斥けた）。これは、類似事案で減給処分を違法とした最高裁先例である最一小判平成二四年一月一六日[2]（以下、懲戒処分違法最判と略す）を踏襲する判断であり、憲法上の権利に関する実体的判断や職務命令の合憲性については、平成二三年五月三〇日第二小法廷判決より始まる一連の起立斉唱事件最高裁各小法廷判決[3]（以下、起立斉唱事件最判と総称する）の内容を基礎にしているものと思われる。

本件東京高裁判決に対する上告受理の申立てにあたって、意見書の執筆を依頼された筆者は、上告人等が有していると思われる「日の丸」「君が代」に対する歴史的・思想的評価に関し、おそらくほとんど対極的な位置に立つ独自の見解を有する者である。しかし、そのことを弁護団に確認した上で、執筆を引き受けたのは、一連の起立斉唱事件において、日の丸・君が代にどのような歴史的・思想的評価をするかということと、起立斉唱強制がはらむ違憲の疑いとは直接の関係を持たないのではないか、と考えるからである。つまり、一連の事件で設定された中心的争点は、教師の憲法一九条上の権利であることは確かであるが、核心的争点はそこにはないように思えたのである。

幸い弁護団との打ち合わせを重ねるうちに、筆者の考えと弁護団の要望とにそう大きな懸隔はなさそうであることが徐々に明らかになった。確認された基本方針と筆者の意見書の方向性は次の諸点で一致したと筆者自身は認識した。まず、起立斉唱を義務付ける職務命令は教師の憲法一九条上の権利を侵害するものではないとする判例は、先に触れた一連の最高裁各小法廷判決で固まりつつあること、しかし、その上で、訴訟の諸請求は一九条

上の権利侵害を根拠に行われるのが既に〝定番〟となっており、それ自体を変更はしにくいこと、したがって、教師の憲法一九条上の権利を訴えの軸に据えるも、それを超えた違憲事由、あるいは、それに隠れて見えにくくなっている違憲事由、を提示すること、の諸点である。弁護団は一貫して「この際、一連の最高裁各小法廷判決が言及していない〝そもそも論〟も含めて、問題提起をお願いしたい」との要望を明らかにされていたので、以上の方向性の下、最高裁判所がまだ直接に言及していないと思われる論点を中心に、次にあげる視点から、意見書を作成することとした。

第一に、憲法一九条上の権利侵害を持ち出すまでもなく、国旗国歌に対する敬意の表明を国家が要求することが憲法的に許されるのか（Ⅱで後述する【見解1】を参照）、第二に、そもそも国旗国歌に敬意の表明を要求することによって公教育は何を達成しようとしているのか、最高裁多数意見において明確に掘り下げられていない政府目的を特定し、それと起立斉唱の義務付けという手段は果たして合理的関連性を有するのか（Ⅲで後述する【見解2】を参照）、第三に、各教員の主観的権利の観点からではなく、教育公務員の特殊性故に起立斉唱の義務付けは違憲になるのではないか（Ⅳで後述する【見解3】を参照）、の三点である。

以下、本稿では、先に提出した拙意見書を部分的に引用しながら、それについて最低限の補遺を施すことにしたい。なお、当初、意見書そのものをシンプルに掲出することも考えたが、訴訟戦略を勘案した筆致の特殊性や、また、それと関連して余剰や不足も多々あることから、関連性のある個所についてのみ部分的に引用し、また、若干の形式的修正を施して、論文調の構成に収まるようにアレンジしたことをお断りしておきたい。

Ⅰ．起立斉唱事件最判に対する評価と疑問

まず、本論に入る前に、一連の起立斉唱事件最判について、評価すべき点と（それと表裏一体ではあるのだが）問題と思われる点を、筆者なりの観点から、整理することから意見書を書き起こした。本節における記述はある意味で、既に広く知られていることでもあるので、拙意見書の内実にのみ関心のある読者は、読み飛ばしていただいて、Ⅱ以降にお進みいただきたい。

1．思想・良心の自由の保障射程の拡大

(1) 起立斉唱事件判決の憲法一九条解釈

周知のように、一連の起立斉唱事件最判は、憲法一九条の保障する思想・良心の自由に関する実体的判断を次のような理路によって行った。

まず第一に、判決は、上告人教職員らが起立斉唱を拒否する理由、すわなち「日本の侵略戦争の歴史を学ぶ在日朝鮮人、在日中国人の生徒に対し、『日の丸』や『君が代』を卒業式に組み入れて強制することは、教師としての良心が許さないという考え」について、かかる考えは、「『日の丸』や『君が代』が戦前の軍国主義等との関係で一定の役割を果たしたとする上告人自身の歴史観ないし世界観から生ずる社会生活上ないし教育上の信念等ということができる」と判断した。このくだりは、「上告理由第二のうち職務命令の憲法一九条違反をいう部分について」との表題の下に展開されている以上、教職員らの拒否理由は憲法一九条（思想・良心の自由の保障）による保護を受ける「歴史観ないし世界観」、およびそれに由来する「信念」に基づくものであることを是認するものである。つまり、教職員らのかかる歴史観・世界観・信念そのものは憲法上の保護を受ける〝思想〟あるい

は〝良心〟に該当することを明らかにしたわけである。

次に第二に、判決は、本件起立斉唱行為は、「一般的、客観的に見て」、式典における「慣例上の儀礼的な所作としての性質を有するもの」と外部から認識されるから、教職員の「歴史観ないし世界観」それ自体を否定するものではない、と判示した。要するに、歴史観等は一九条の保護範囲に入るが、求められる行為の外部認識は「儀礼的な所作」としてのそれなので、歴史観等それ自体を否定するという態様での制限がそもそも加えられていない、との判断が下されたものと思われる。

さらに第三に、判決は、本件起立斉唱行為は、「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」り、「職務上の命令に従ってこのような行為が行われる場合には、上記のように評価することは一層困難である」から、特定の思想・良心の表明強制には当たらないとした。ここでも、判決は、歴史観等が一九条の保護範囲に入ることを前提としながら、表明強制という態様での制限はそもそもなされていない、と判断したと思われる。

こうして、起立斉唱事件判決は、本件職務命令について、それは、①「特定の思想を持つことを強制したり、これに反する思想を持つことを禁止したりするものではなく」、②「特定の思想の有無について告白することを強要するものということもできない」と判断し、結論として、「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）と述べて、①②の事態に関する限り、保護範囲に属する各自の歴史観等に対して〝直接的な制限〟が加えられていないこと理由に、憲法一九条上の疑義は存在していない、としたのである。

上述の①②は、①《特定の思想を持つ（持たない）自由》、②《思想の露顕を強制されない沈黙の自由》という、従来、支配的学説が指摘してきた一九条の代表的な保障内容に符合するものである。[4] しかし、起立斉唱事件

判決は、これらの①②に対して、一般的・客観的視点からすれば、制限自体が認定できないと判断したものであり、その意味では、学説が提供してきた代表的な一九条解釈論では、この事案に切り込むことに限界があることを示唆しているのである。

(2) 内心と外部的行為の連関―間接的制約論―

ところが、起立斉唱事件判決は、以上に続けて、別の角度から一九条解釈を展開したのである。それは次の判示部分であった。

「もっとも、上記の起立斉唱行為は、…、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ということができる。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考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、その行為が個人の歴史観ないし世界観に反する特定の思想の表明に係る行為そのものではないとはいえ、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、その限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があることは否定し難い。」（一部省略、傍点筆者）

ここで、判決は、（個人的な認識の問題ではなく）「一般的、客観的」な視点に立っても、起立斉唱行為には「国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素」が含まれるとした。かかる要素が含まれる以上、自らの歴史観等を理由に否定すべき評価対象に対して、敬意の表明につながる行為を要求することは、個人の歴史観に即した行為と異なる行為を強制されることになり、その限りにおいて、憲法一九条上の権利に対する「間接的な制約」になるとした。つまり、判決は、社会的な意味秩序が当該行為に付与する「敬意の表明の要素」を媒介として、教職員の

〝内心の自由〟と〝外部的行為〟を、間接的にではあるが、連結したのである。

このように、判決は、外部的行為に含まれる社会的意味を媒介に内心領域に対する間接的な国家介入を俎上にのせることとなった。そこには、(1)で見た①②の憲法一九条の保障内容（あるいは発現形態）と異なり、③《個人の思想に反する外部的行為の強制を受けない自由》とでも定式化し得る保障内容を前提とするかのような憲法解釈を提示したのである。[5] こうして、先述の①②の文脈において「制約がない」と判断された思想・良心の自由について、③の文脈において「制約がある」ことが認められたのである。そして、このような認定に続いて、判決は、かかる（間接的な）制約が果たして正当化されるかどうかの検討を総合較量の審査枠組によって行っている。

(3) 評価

上述の③の権利定式、すなわち、思想に反する行為の強制からの自由を前提とするかのような論理を最高裁が採用した意義は大きい。従来、学説は、内心の自由の構成要素として、①思想を持つ（持たない）自由、②思想の露顕を強制されない自由、を強調してきたが、これらについては、既にみたように、職務命令による制約そのものが認められなかった。他方、従来、少なくとも初期学説が必ずしも正面から捉えてこなかった③の権利定式の存在をほのめかしつつ、最高裁は、行為の社会的意味を媒介に、内心と外部的行為の連関を「間接的制約」として認めたのである。

このような対照が生じた背景には、支配的学説が、思想・良心の自由を《内心の自由》と位置づけ、思想・良心が「内心の領域にとどまる限りは絶対的に自由であ」る、[6] と説いてきたことと関係があるのではないか。内心領域と外的行為を間接的にでも結合させてしまうと、内心での絶対的な自由が外的行為においてもその絶対性を発揮し、その勢いの赴くところ、様々な社会規範・社会秩序と衝突し、社会生活そのものが成り立たなくなると

いう、いわば論理的因果の展開をおそれたからであると推測される。もちろん、外部的行為と連関を持つ限りで当該思想・良心は内心領域にとどまっていないと見て、保障の絶対性を遮断し、外部的行為固有の法理を立てることも可能であろう。内心領域の絶対保障を橋頭堡としつつ、内心と外部的行為の連関において一九条の保障内容をどのように組み立てるかについて、学説は必ずしも確立した法理を提供できていなかったと言えよう。(7)

いずれにしても、学説が出遅れていた《内心と外部的行為の連関》という、一九条解釈の潜在的フロントラインを、「間接的制約」論として、最高裁が浮上させたことは、その限りでは、とりあえず歓迎すべきことである。

(4) 問題点

学説が危惧したと思われる、内心領域における自由の絶対性が外部世界に惹起する規範衝突問題は、起立斉唱事件判決においてどのように処理されたのであろうか。

この点、判決は、個人の歴史観等には「多種多様なものがあり得る」ことを前提に、「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」と述べ、社会規範との際限なき抵触を回避すべきことを示唆しながら、「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ものというべきである」として、「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」（傍点筆者）するという審査枠組を設定した。こうして、〝総合的較量〟という緩やかな審査枠組が採用され、③の権利定式については、絶対的自由の論理は適用されず、広汎な制約を正当化しやすいようにすることが原則とされたと言ってよいだろう。要するに、最高裁は、思想・良心の自由について、内心にとどまる限りは、保障を高度なものと見るが、内心を超えて外部的行為としてその保障を求める場合は、制限の可能性を広く認めるというバランスをとっているのである。

筆者は、このような最高裁のバランスのとり方も一定の評価に値すると考える。しかし、その上で、重大な疑問点もある。③の権利定式について、如上のごとき、広汎な制約可能性を基礎づけているのは、間接的制約論と総合較量である。これら二つの理論装置によって緩衝を設けておかなければ、内心の自由に対する保障の絶対性を説いた学説との折り合いがつきにくかったという事情があるのかもしれないが、この二つの装置の陰に隠れて見えにくくなった問題があるのではないか、その点こそ、最高裁にさらに立ち入った判断を求めざるを得ない未解決の論点を提起するものである。それは以下の問題群である。

【問題点1】 憲法上の権利に対する制約を認めた以上、間接的であるにせよ、権利侵害の正当化についてより立ち入った分析が必要ではないか。特に、「慣例上の儀礼的な所作」を求めるものとはいえ、何故「敬意の表明」の強制が許されるのか、の説明が不十分である。特に、いかなる「対象」に対して「敬意」を要求するのか、を明らかにしなければ最低限の合理性も担保されないだろう。本件において、究極の敬意表明対象は「国家」であると理解しなければならない。この点を明らかにした上で、なお、そもそも果たして国家は敬意の表明を国民に強制することができるか、という根本問題にさかのぼって検討することが必要であった。憲法上の権利の侵害が疑われる以上、そのような射程での議論が必要である。

思想・良心に反する行為の強制からの自由（権利定式③）に広い制約可能性の余地を開いているのは、間接的制約という論法である。外部的行為の社会的意味（敬意の表明）を媒介に、国家介入は、内心領域における〝絶対的自由〟に対して直接的ではなく間接的にしか制約を及ぼしていない、とする思考様式がそれである。また、内心と行為の連結も、権利保持者の主観的判断に基づいて直ちに承認されるわけではなく、おそらく一般的・客観的に存在していると最高裁が想定している〝意味の秩序〟を裁判官が解釈することによって明らかになる、起

立斉唱行為の敬意表明性を媒介とすることが条件とされている。

しかし、間接であろうが、直接であろうが、制約は制約である。最高裁は、起立斉唱が、憲法上の権利の制約にあたることを認めたのであるが、憲法上の権利であることの重みがやや軽視されてはいまいか。

また、間接的制約論の陰に隠れて、争点化されていないが、そもそも「敬意」という道徳的評価の強制そのものがなぜ許されるのか。「儀礼的所作」を求めるに過ぎないから「敬意」を強制してもいいという論法は成立するのか。そもそも、起立斉唱の強制は「儀礼的所作」を求めているに過ぎないのだろうか。儀礼的所作を通じての敬意表明であるからといって道徳的に中立的な要求になるわけではない。この肝心要の論点が、間接的制約論による制約可能性の拡大の論旨の中に、埋没してしまってはいまいか。

【問題点2】 総合衡量という審査手法はあまりにもあいまいであり、憲法上の権利に対する制約の審査としては緊張を欠く。特に、「国旗国歌に対する敬意の表明」を強制することによって得られる公益が何であり、それを強制で達成することが合理的かどうかの検討が不十分である。

上記の【問題点1】とも関連するが、憲法上の権利の制約を論ずる際に、本来求められる緊張を欠いた論旨が、制約の正当化論証において選択した審査枠組は、総合較量の手法であった。この手法は、いわゆる違憲審査基準論によって学界がそのあいまいさを掣肘しようとした「比較衡量」の手法である。否、比較衡量が、制約によって得られる利益と失われる利益をその対抗的関係において明示的に衡量するのに対して、本件で用いられた総合衡量はかかる対抗的な衡量を伴わない、文字通りの総合判断になっていると言わざるを得ない。

そのことがもたらしたものは、本件職務命令の必要性と合理性についての極めて不十分な検証である。国旗国歌に対する敬意の表明を強制することがもたらす利益とは何であったか（いかなる公共的目的のために本件措置は

行われたのか）、その利益は憲法上の権利の制約をも凌駕するほどのものであったのか。この「国旗国歌に対する敬意の表明」がなぜ必要なのか、という肝心要の問題が、憲法上の権利に対する制約を正当化するにふさわしい水準で解明されないままになっているのは、重大な論点回避ではないだろうか。

2．全体の奉仕者論の論証上の位置づけ

(1) 猿払事件判決との対比

憲法一九条の保障射程の拡大のほかに、起立斉唱事件判決でもうひとつ特徴的なのは、憲法一五条二項に定める「全体の奉仕者」の論証上の位置づけである。

公務員の権利制限事案としては、言うまでもなく、猿払事件判決（最大判昭四九・一一・六刑集二八巻九号三九三頁）が代表的先例であるが、同判決は、まずその冒頭で、政治的活動の自由が、意見表明の要素を有する限り、憲法二一条一項の表現の自由として保護されること、ならびに、かかる権利が国民との関係で制限されれば違憲の問題が生じること、を宣言した。ところが、これに続いて同事件の規制客体が公務員であることから、「全体の奉仕者」論を援用し、それを通じて議会制民主主義の維持という統治の論理が前面に出てくることになり、表現の自由という権利の論理が後退することになった。このように「全体の奉仕者」論を援用することによって、本来国民との関係では厳格な審査が期待できるはずのものが本件では妥当せず、いわゆる「猿払三基準」と言われる緩やかな審査枠組が採用されることになったのである。いずれにせよ、猿払判決の手法では、「全体の奉仕者」論は、当事者の享受する権利性を相対化し、正当化の論証で用いる審査枠組ないし審査基準の設定に影響を与え、それを緩やかにする役目を果たしたのである。

他方、起立斉唱事件最判では、憲法一九条上の権利とそれに対する制限態様に関する考察に基づいて、審査枠

組（総合較量）を設定し、あてはめ（正当化の論証）に進んでいる。注意すべきなのは、権利の性質・重要性と制限の有無・強度をかけあわせて検討する過程で、「全体の奉仕者」である権利保持者の特殊性はまったく言及されていない点である。「全体の奉仕者」論（本事案では「住民の奉仕者」）が顔を出すのは、あてはめ（正当化の論証）の段階における一考慮要素としてである。これは、審査枠組・審査基準に先立って、権利主体の特殊性が勘案された猿払事件判決との大きな違いである。起立斉唱事件判決では、当事者の保持する権利に関する考察過程において「全体の奉仕者」論が援用されないので、それによる権利の相対化・割引が生じず、また、法令等を審査する枠組・基準の設定が「全体の奉仕者」論によって影響を受けることもない。その意味で、憲法上の権利にとって〝有利な〟論証形式をとっており、その限りでは、一定の評価が加えられる可能性はあろう。

(2) 問題点

しかし、起立斉唱事件判決の「全体の奉仕者」論（本事案では「住民の奉仕者」）も、ある意味で猿払事件判決以上の問題点を抱えているように思われる。

【問題点3】猿払判決では、「全体の奉仕者」論を導入することによって緩やかな審査枠組を単純に設定したわけではなく、その前提として、権利制限を正当化する一定の統治原則や公共的必要を論証し、その重大性を論拠に審査枠組を組み立てていたが、起立斉唱事件判決では、単なる上意下達の論理として用いられるにとどまっている。本件では、いかなる統治原理ないし公共的必要に、教員は従わなければならないのか、上級者の命令が依拠しているはずの統治原理ないし公共的必要は何なのか、そういった実体的内容に言及がなされていない。

まず第一に、「全体の奉仕者」であることが、職務命令の内実を問わず、上意下達の命令秩序を形式的に妥当させるためだけに用いられている点が挙げられる。判決は、次のように言う。

「住民全体の奉仕者として法令等及び上司の職務上の命令に従って職務を遂行すべきこととされる地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性（憲法一五条二項、地方公務員法三〇条、三二条）に鑑み、公立高等学校の教諭である上告人は、法令等及び職務上の命令に従わなければならない立場にある」。

猿払事件判決において、「全体の奉仕者」論の援用は、《議会制民主主義の維持⇓公務の政治的中立性》という統治原理が妥当することを論証するためのものであり、権利の論理に対抗する〝憲法上の統治の論理〟を導出する役割を果たしていた。かかる統治の論理をかなり立ち入って論証しているのが猿払判決の特徴のひとつであると言ってよいほどである。[8] ところが、起立斉唱事件最判では、審査枠組のあてはめ（正当化の論証）の段階で、職務命令に従うべき存在として公務員を描き出すのみであり、職務命令を基礎づける統治上の必要や原理を特に論じていない。加えて言うならば、判決は、確かに、「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」や「高等学校教育の目標として国家の現状と伝統についての正しい理解と国際協調の精神の涵養」といった起立斉唱要求の目的（つまり実質的根拠）を列挙はしているが、これは1(4)【問題点1】【問題点2】で指摘したように、憲法上の権利制限の問題であることの緊張に欠ける論証であるため、ほとんどそれらを形式的に列挙するのみで、その中身に立ち入る検討は欠落している。

【問題点4】 本事案の公務員は「教育公務員」であり、その特性を、最高裁先例が言及してきたところに照らして、斟酌すべきである。

第二に、仮に本件教職員に「全体の奉仕者」論（＝「住民の奉仕者」論）を適用するとしても、本件公務員が

「教育公務員」であることがまったく考慮されていない。実際、判決多数意見が認定しているように、本件の上告人たちは、「起立斉唱行為を拒否する理由について、……教師としての良心が許さないという考えを有している旨主張」（傍点筆者）したのであって、かかる主張を「『日の丸』や『君が代』が戦前の軍国主義等との関係で一定の役割を果たしたとする上告人自身の歴史観ないし世界観から生ずる社会生活上ないし教育上の信念等」（傍点筆者）の問題に還元してしまった多数意見の論理は、本件にひそむ、教員の職責論およびそれに基づく拒否理由の吟味に途を閉ざすことになったと言えよう。

さらに、後述するように、かつての最高裁先例においても、教育公務員ないし教育については、その特殊性が考慮されてきたのであって、起立斉唱事件における最高裁が、自らがかつて述べた教師像等を中心とする公教育の客観的諸原則に言及せずに判断を下したのは、重大な応答責任の回避にあたるのではあるまいか。

＊

かくして、憲法一九条違反を論拠に訴訟を提起する〝定型〟に依拠しながらも、個人の主観的権利侵害性については全小法廷共通の確固たる判示が存在している事情を念頭におくと、「はじめに」で触れたように、主観的権利としての一九条論では見えにくくなっている、あるいはそれに還元し尽くされない、憲法上の論点について、最高裁に応答を迫りたいとの趣旨から、後に引用する意見書は書かれた。以上で指摘した諸点について、**【問題点1】**についての筆者の見解は、後述Ⅱの「見解1」において、**【問題点2】**についてのそれは、後述Ⅲの「見解2」において、**【問題点3】**【問題点4】についてのそれは、後述Ⅳの「見解3」において、それぞれ述べることにしたい。

Ⅱ．見解1――そもそも国家は公務員を含む国民に敬意の表明を求めることはできない

1．権利侵害論以前に、公権力の無権限問題を検討しなければならない

【問題点1】【問題点2】で述べたように、憲法上の権利の制限問題として本事案を捉えた以上、それが間接的であったとしても、すなわち、高度の厳格な審査を用いることが適当でないとしても、一定の水準での立ち入った必要性と合理性の検証が行われなければならない。そうでなければ、憲法上の権利を保障する意味はほとんどなくなってしまうだろう。

さて、権利侵害の合憲性を論証するプロセスは、通常、①権利の性質ないし重要性はどのようなものなのか、②かかる権利に制限が加えられているのか、加えられているとしたらどのような強度の制限なのか、③権利の重要性と制限の強度に応じて、どのくらいの審査密度を伴った審査枠組（審査基準）を設定するか、④それを事案に当てはめて、権利制限の合理性と必要性を審査する、という諸要素からなる。

以上の①から④は、通常、国家が当該権利制限をなし得ることを前提とする〝実質的な正当化論証〟である。しかし、実は、この実質的な論証に入る前に問われなければならない問題がある。それは、そもそも公権力は当該措置を行う権限をもっているのか、という問題である。これは、さらに二局面に分かれる。つまり、まず、権利制限にはそもそも法令上の根拠があるのか、という従来「法律の留保」の文脈で問題となる局面である。もうひとつは、そもそも問題となる措置を国家がやれるのか、という問題である。後者の視点は、憲法そのものが当該措置を禁止している場合や、国家存在に内在する限界に当たる場合が考えられるが、いずれにしても、当該措置について国家は無権限であるケースである。こういった問題をクリアできなければ、事案は、いわば無権限問題となり、実質的な正当化には進むことはできず、その時点で違憲となる。したがって、このような論証は、

〝実質的な正当化論証〟に対比すると、〝形式的な正当化論証〟と呼べよう。

本件においては国旗国歌法や学習指導要領等をはじめとする関連法令が存在しており、職務命令には法令上の根拠が一応存在していると言えよう。その意味では、法律の留保の要請は満たしてはいる。しかし、憲法上あるいは国家論上、そもそも当該措置を採る権限が日本国にあるのか、という問題は検討を要するものであり、それは主観的権利論以前の近代的統治の本質論ないし客観法的原則に関わる問題として本件の核心を構成する論点である。

2．形式的正当化論証（無権限問題）についての意見

起立斉唱事件最判は、あたかも「儀礼的所作」の要求（しかも敬意表明の強制を伴うそれ）であれば、もとより国家が行い得るものであることを所与としているかのような論旨を展開してきた。しかし、「儀礼」という営為は、何かより濃厚なものを希釈化ないし世俗化させる含意を担わされているし、実際そのような用法で用いられたことのある概念であった。端的に言えば、「儀礼」の言葉で希釈化されたのは、その「忠誠要求」的含意である。そのような要求が、憲法上、百歩譲って許容されるとしたら、〝憲法〟への忠誠のそれであろう。

以下、意見書からの引用

(1)　忠誠要求が認められるとしても、それは「憲法に対する忠誠」に限られる。

なぜ教師に起立斉唱を求めるのか、その実質的理由は何か。起立斉唱事件判決から読み取れるのは、次の二点である。

―①教育上の行事にふさわしい秩序を維持するための「儀礼的所作」を求めるものであるから

―②「高等学校教育の目標として国家の現状と伝統についての正しい理解と国際協調の精神の涵養」を実現する必要

があるから

しかし、国旗と国歌に対する起立斉唱を強制する措置が、単なる「儀礼的所作」の要請と考えることは困難である。それは、最高裁も認めるように、少なくとも君が代・日の丸に対する敬意表明の強制である。そして、この種の試みは、古今東西、「忠誠要求」と理解されてきた。アメリカにおいてもドイツにおいても、旗の前で起立・敬礼し、宣誓文を朗誦するなどの「発話的行為」を求めるのは、典型的な「忠誠宣誓」と理解されている（pledge of allegiance; Gelöbnis）。

もちろん、我が国でも、「忠君愛国」や「軍国主義教育」の手段として国旗と国歌が用いられてきたことはもはや説明を要しない史実であろう。(9)

問題となる国家の措置をその過去の来歴にさかのぼって特徴づけることは、必ずしも裁判になじみにくいものではない。また、世上、儀礼と思われている社会慣行の儀礼性を疑うことも、裁判の役割のひとつである。実際、かかる戦前戦中の明治憲法下における歴史的事実に照らして、問題となる措置の「儀礼性」を否定することは、最高裁判決でも既に愛媛県玉串料事件判決（最大判平成九年四月二日民集五一巻四号一六七三頁）で行ったところである。同判決は次のように述べている。

「被上告人らは、本件支出は、遺族援護行政の一環として、戦没者の慰霊及び遺族の慰謝という世俗的な目的で行われた社会的儀礼にすぎないものであるから、憲法に違反しないと主張する。確かに、靖國神社及び護國神社に祭られている祭神の多くは第二次大戦の戦没者であって、その遺族を始めとする愛媛県民のうちの相当数の者が、県が公の立場において靖國神社等に祭られている戦没者の慰霊を行うことを望んでおり、そのうちには、必ずしも戦没者を祭神として信仰の対象としているからではなく、故人をしのぶ心情からそのように望んでいる者もいることは、これを肯認することができる。そのような希望にこたえるという側面においては、本件の玉串料等の奉納に儀礼的な意味合いがあることも否定できない。しかしながら、明治維新以降国家と神道が密接に結び付き種々の弊害を生じたことにかんがみ政教分離規定を設けるに至ったなど前記の憲法制定の経緯に照らせば、たとえ相当数の者がそれを望んでい

るとしても、そのことのゆえに、地方公共団体と特定の宗教とのかかわり合いが、相当とされる限度を超えないものとして憲法上許されることになるとはいえない。」（傍点筆者）

上記の論旨が、本件で問題となる国旗国歌を用いた愛国心発揚・忠誠要求の歴史、そして思想良心の自由の問題には当てはまらないということは考えにくい。そして、国歌国旗を用いた愛国心発揚と忠誠要求が明治体制下で行われていたことが、上記の愛媛県玉串料判決のように参酌されるのであれば、本件職務命令を「儀礼的所作」の要求と見ることは適切ではなく、国家による忠誠要求行為と理解しなければならない。

では、忠誠要求を求めることはできるのか。これを日本国憲法の解釈論の水準で考察するのであれば、ひとつの可能性は憲法九九条であろう。同条は、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」と定めている。これを解釈した場合、公務員には憲法尊重擁護義務の一環として、ある種の忠誠宣誓を課すことも可能であるかもしれない。しかし、そのような立場をとったとしても、それは、条文上、最高法規たる「憲法」への忠誠に限定される。他方で、言うまでもなく、日の丸・君が代は、国旗国歌法上の国旗であり国歌である。したがって、それが象徴しているものは、「国」であって、「憲法」ではない。九九条からする忠誠要求が仮にあり得るとしても、それは国旗国歌への敬意表明強制を正当化することはできない。要するに、忠誠要求の歴史的沿革と九九条の文言からすると、現行憲法は可能な忠誠要求を限定していると解すべきであろう。

この点、公務員の「全体の奉仕者」論を持ち出して、国家への忠誠を要求することも可能であるとの反論がなされる可能性もあるだろう。しかし、「全体の奉仕者」であるからといって、憲法の限定を無視して制限を加えてよいわけではない。そのような発想は、悪しき特別権力関係論の復活である。現代の通説では、公務員の権利制限については、特別権力関係論ではなく、いわゆる「憲法秩序構成要素」説に従って考えることとされている。[10] であれば、「全体の奉仕者」を持ち出しても、憲法の想定する秩序の中での制限しか認められないはずである。そうである以上、憲法九九条の条文規定にそった解釈がやはり求められるだろう。

儀礼的所作と言われる起立斉唱が、なぜ〝国旗・国歌〟という国家象徴に対する〝敬意〟の表明の要素を伴うのかと言えば、それは国家そのものに対する忠誠要求の伝統との結びつきを否定できないからに他ならない。儀礼や所作という言葉によって希釈化されたのは、祭祀を通じての忠誠要求的性格である。明治体制以来、諸宗派および教派神道の宗教性から分離された〝祭祀〟を国家管理の下に置き、他方で、信教の自由を明文化するという、我が国独自の政・祭・教の一致／分離の伝統[11]において、〝祭祀〟が日常における行為の型（つまり日常的な儀礼と一定の所作）を求め、それを通じて国家神道を形成・維持した、その伝統と経験を抜きにすることは、起立斉唱が国家象徴に対する敬意表明の要求としてなされる以上、無視することはできないはずである。

敬意の表明を通じての忠誠要求が、法制上強制できるとしたら、一つの可能性は憲法忠誠であるが、仮にその立場をとるにしても、現行憲法の条文解釈としては、「憲法」の忠誠である必要があるのであって、国旗と国歌が憲法を象徴するものではない以上、国家には無権限な問題なのではないか、というのがここでの主張である。

以上のような議論を超えて、なお国家に対する敬意表明をなし得る権限を政府に認めることはできるであろうか。この点、筆者は、以下の理由から、それは無理ではないかと考えた。

以下、意見書からの引用

(2) 国家が自らに敬意を求めることは背理である。

日本国憲法九九条の解釈として、忠誠要求をなし得るとしても、それは憲法に対するそれに限定され、国家に対するそれを要求することができないと解すべきことには、次のような実質的理由がある。

まず、第一に、国旗国歌に対する起立斉唱を求めることは、国旗国歌が象徴する「国」への敬意表明の要求であるが、そもそも、国家が自らに敬意の表明を求めることが果たしてできるのだろうか。国家は唯一の公権力主体として、国民の権利を制限し、義務を課す法的な力を有している。その国家が、自らに対する敬意の表明を、懲戒処分という法的制

裁を伴って、強制できるのか。規制権限を持つ国家は問答無用の力を持つ。その国家が、まさにその規制権限を行使して、自らに敬意の表明を求めることができるのか。これらは背理であって、敬意のねつ造をもたらすだけでなく、敬意の対象になるべく努力することを国家に放棄させてしまうだろう。やはり、憲法一九条を持ち出すまでもなく、この種の措置について国家は無権限である。

さらに、第二に、国民主権の原理（憲法一条）からしても、国家が主権者たる国民に敬意の表明を求めることは背理なのではなかろうか。日本国憲法の前文には次のような一文がある。

「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。」（傍点筆者）

ここには、「権威」の源泉である主権者国民と「権力」の主体である代表者（国会とその正統性に基礎を置く政府）を区別する統治の根本原則が述べられている。敬意の対象になり得るのが「権威」であるとすれば、「権力」が国に対して、権力を用いて、敬意表明を要求することは「権威」の簒奪であり、この根本的区分を破壊するものになりはしまいか。権威の存在である国民自身に、その奉仕者であるところの権力が敬意表明を権力的に強制するのはやはり背理であろう。

これに対しては、やはり「全体の奉仕者」論の観点からの反論が予想される。すなわち、公務員は国民ではない、権力機構内部の一員たる公務員にまさに権威に対して畏敬の念を払わせるべく起立斉唱を要求するのだと。しかし、この反論もおかしい。既に述べたように、公務員に忠誠要求ができるとしてもそれは憲法九九条の場合に限られるのであり、同条が許容しているのは「憲法を尊重し擁護」することなのであって、「国」に対する忠誠要求を憲法は認めていないからである。また、「全体の奉仕者」であることが公務員からまるごとその「国民」性を奪うと考えるのもおかしい。平成二四年末に下された、いわゆる宇治橋事件・堀越事件の二件に対する国公法違反被告事件最高裁第二小法廷判決（最二小判平成二四年一二月七日刑集六六巻一二号一七二二頁・刑集六六巻一二号一三三七頁）では、「全体の奉仕者」

である公務員に「国民としての政治活動の自由」を認めている。公務員であるからと言って、個人として尊重される国民としてのステータス（憲法一三条）を一切否定されるわけではないのである。

ここでの主張は、国・国家と国民を対極におく観点から述べられている。両者を緊張した対抗関係と見る点や、国・国家、政府（内閣・政府）、公権力を同視する論理には、異論もあるところであろう。国民という観念は、国・国家に対する対抗的契機と統合的契機の双方を含む。しかし、憲法一三条がすべての「国民」に「個人」というステータスを承認した以上、国家と国民＝個人を作為的に対抗する緊張関係に立たせるのが近代立憲主義の基本的構成である。これに対し、国民とは区別される「公務員」は、国・国家の名の下に行動する統治組織の構成要素そのものであり、彼らに公権力内部での倫理的服務規律を求めることは、上記の国・国家と国民の対抗関係の問題ではないから、正当化し得るとの意見もあるかもしれない。しかし、繰り返しになるが、その理路に乗るとしても、憲法九九条の条文が示唆する〝憲法忠誠〟に限定されるはずである。仮にこの理路を一定限度で受容するとしても、教育公務員を統治組織の構成要素と見立てることが果たしてできるのかという論点が残るはずである（後述Ⅳ参照）。

Ⅲ．見解2——職務命令の目的は正当であっても、手段は合理的ではない

起立斉唱事件最判が提示する総合衡量によるとしても、衡量の秤に置かれる要素は少なくとも〝合理的〟でなければならない。多数意見は、衡量に際して、「職務命令の目的および内容」を検証すると述べているが、それは果たして、いかなる目的に出たもので、また、それは合理的であるのか、の点において十分であったのだろう

か。この点、最判は、職務命令の目的として、どうやら、①「学校の卒業式や入学式等という教育上の特に重要な節目となる儀式的行事においては、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序を確保して式典の円滑な進行を図ることが必要である」こと、②「法令等においても、学校教育法は、高等学校教育の目標として国家の現状と伝統についての正しい理解と国際協調の精神の涵養を掲げ（同法四二条一号、三六条一号、一八条二号）」ていること、の二点を想定しているようである。

しかし、これだけでは、〝国旗・国歌〟に表象される対象に〝敬意表明〟を強制することと①②の目的がどのように関連するのか不分明であるし、したがってまた、目的手段の連関が合理的なのかどうかも分からない。合理性を検討した形跡は、判旨の中には見当たらないのである。筆者は、須藤裁判官の意見の中に、上記の問題意識への回答があると見立てて、以下のような意見を述べた。

以下、意見書からの引用

起立斉唱事件判決は、職務命令の憲法適合性を判断するために、総合衡量という手法を採用している。本来、権利制限の実質的正当化論証は、権利の性質と制限の態様を掛け合わせ、そこから帰結される審査密度に応じて、規制の合理性と必要性を審査する論証過程である。既に述べたように、憲法上の権利に対する（間接的であろうが）制限である以上、総合衡量ではあまりにも事態を軽く見すぎている。もちろん、かと言って厳格審査で即違憲というのも極論であろうが、少なくとも目的と手段の合理的関連性を問う審査が採用されるべきであろう。

では、起立斉唱強制の目的とは何か。憲法上の権利が問題となっている以上、それは、儀礼的所作の要求であるという表面的な理由ではなく、最高裁自身が明らかにしているようにかかる所作が含む〝敬意の表明〟について、しかも国旗と国歌に対する敬意の表明について、政府がどのような公益の実現を期待しているのか、を説明できる理由でなければならない。

この点、実質的理由を詳細に描き出しているのは、起立斉唱事件判決（最二小判平成二三年五月三〇日）における須藤正彦裁判官の補足意見である。同裁判官は、起立斉唱強制の背後にある公益・公共的目的を次のように述べている。少々長くなるが引用する。

「教育基本法（平成一八年法律第一二〇号による改正前のもの。以下同じ。）一条は、教育は、『平和的な国家及び社会の形成者として』の国民育成を期して行わなければならないと規定し、学校教育法一八条二号は、小学校教育の目標として、『郷土及び国家の現状について、正しい理解に導き、進んで国際協調の精神を養うこと』と、同法三六条一号及び四二条一号は、それぞれ、中学校教育、高校教育の目標として、小学校、中学校の教育の基礎の上に、『国家及び社会の形成者として必要な資質を養うこと』、『国家及び社会の有為な形成者として必要な資質を養うこと』と規定しているところである。実際、高校生は、やがて、国の主権者としての権利を行使し社会的責務を負う立場になるのであり、また、自らの生活や人生を国によって規定されることは避けられない。公共の最たるものが国であり、国は何をする存在なのかを知り、国が自分のために何をしてくれるのかを問いかけることも、自分が国のために何をなし得るのかを問いかけることも、大切なことと思われる。そして、そのためには、自国の歴史の正と負の両面を虚心坦懐に直視しなければならない。そうすると、職務命令において、高校生徒に対していわば率先垂範的立場にある教員に日常の意識の中で自国のことに注意を向ける契機を与える行為を行わしめることは当然のこととも いえる。他方、国民は普通教育を受けさせる義務（責務）を負うところ（憲法二六条二項）、上告人が従事していた高校教育も、その段階の一つである（学校教育法五〇条）。そして大切なことは、その義務（責務）を果たすことの前提として、国民は、教育を受ける権利を基本的人権として保障され（憲法二六条一項）、法律に定められた内容において普通教育、専門教育についての高校教育の提供を要求する権利を有するものである。そうすると、国民は、日常の意識の中で自国のことに注意を向ける契機を与える教育について、その提供を受ける権利を有するということができ、国はこれに対応してそのような教育の提供をする義務があるともいえるのであるから、教育関係者がその実践に及ぶことはその観点からしても当然のことといえる。」（傍点筆者）

須藤裁判官は、多数意見が過度に簡略化した起立斉唱強制の実質的理由を極めて真摯に詳述してくれた。関連法令は、教育の目標として、「国家及び社会の形成者として必要な資質を養うこと」、「国家及び社会の有為な形成者として必要な資質を養うこと」を定めており、それを養うためには、生徒を指導する教員に、「日常の意識の中で自国のことに注意を向ける契機を与える」ことが必要であるとされるのである。筆者はここに述べられた実質的理由にはまったく異存はない。

問題は、これを達成する手段として、なぜ日の丸と君が代、そしてそれに対する起立斉唱を求めるか、である。この点は、起立斉唱事件最判にはまったく説明されていない。そして、それをきちんと説明しようとしているのも、須藤補足意見である。以下に引用する。

「上記の契機を与えるための教育の手段としては、様々なものがあり得るから、『日の丸』や『君が代』を用いてこれに対して敬意の表明の要素を含む行為をさせることは唯一の選択肢ではないものの、これらは、国旗、国歌として国を象徴するものであるがゆえに、直截で分かりやすく、これに敬意の表明の要素を含む行為をすることが、日常の意識の中で自国のことに注意を向ける契機となるものと思われる。」（傍点筆者）

須藤裁判官によれば、要するに、君が代・日の丸が国家の象徴として「直截でわかりやすい」から、国家を考える契機として有効である、というものである。

この点について、筆者は次のような違和感を抱かざるを得ない。次代を担う若者がこの国のことを考える機会を持つこと、最高裁多数意見の言を借りれば、「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」をすること、はとても大切なことであり、ぜひとも実現すべき公益である。しかし、国家を考えるということはとても複雑な営為であり、一面的になし得るものではない。そうである以上、国家を考える契機も単線的なものではなく、多面的な機会を丁寧に提供することに努めなければならないだろう。本来そのような複雑で多面的かつ精妙な営みを、「直截でわかりやすい」象徴を利用し、しかもそれへの敬意表明を起立斉唱行為として、いわば身体知のレベルで、強制すること

は、多様な意見や感情が錯綜する教育課題を短絡することにならないか。わかりやすいからと言って考察対象に対する「敬意」だけをイージーに調達することは、国家や世界を考えるプロセスに空洞化をもたらすことにならないか。

本来、複雑な検討や広汎な考察が必要な「国家」の問題を、教育現場のいろいろな局面で丁寧に教えていくことを誠実に試行していくこととは別に、また、生徒がそのような課題をゆっくりとしかし誠実に考察していく前に、まずは敬意の対象であることを身体に教え込むのは、思考停止あるいはショートカットを生む。[12] 要するに、本件命令の目的が先述の諸点にあるとしたら、君が代・日の丸は、「直截でわかりやすい」から使うのではなく、「直截でわかりやすい」から使用すべきではないのである。

このように考えた時、起立斉唱の「目的」は正当であるが、「手段」はそれと合理的に関連するものではない。

懲戒を伴う職務命令を正当化する論拠として、儀礼的所作の強調のみでは説得力に欠ける。儀礼的所作という言葉に含まれた通念性（当たり前の…）・形式性（形ばかりの…）に訴えるだけでは、懲戒の可能性を担保され、かつ憲法上の権利との間接的抵触が疑われる、職務命令を正当化できない。なぜなら、問題の核心は、最高裁も認めるように、この儀礼的所作が教員に対して「敬意の表明」を強制するものであり、かかる敬意の対象が何であって、いかなる公共的目的のためにその表明を求めるのか、にあるからである。

そうであれば、合憲・違憲の結論はともかく、敬意の表明についてその対象とその目的が構造的に分析されなければならないはずである。これは、審査の厳格さ云々という議論ではなく、憲法上の疑義が寄せられた国家行為の「合理性」を描出するための最低限の論証である。目的手段の連関を審査に持ち込むことを企図した、いわゆる違憲審査基準がなそうとしたことの一端がここにある。近時、評判の芳しくない審査基準論であるが、実際、最高裁判決においても比較衡量への回帰が顕著であるとしても、[13] 審査基準論が比較衡量を掣肘しようとした原点がその点にあったことはやはり見逃せないのではないか。そして、審査基準か比較衡量かという陣取り合戦を超

えて――つまり、目的手段という連関の上に違憲審査を構想するかしからざる方法によるのかは別論するにしても――国家行為の合理性を弁証するに際して、国家行為の目的（何のためにやるのか、どういう公益を実現させようとしているのか）を明らかにして、権利制限を正当化しようとする論理の構造分析とその合理性の検証が憲法訴訟のミニマムとなるはずである。中空に漂う考慮要素を表面的に羅列するだけでは、かつてよく指摘された「裁判官の恣意」を再び取り沙汰されてもやむを得ないだろう。

このような不足を誠実に補い詳述したのが、上に述べたように、須藤補足意見であった。同補足意見は、起立斉唱強制によって達成される目的を明示し、その目的のために国旗・国歌を用いることの理由を詳しく述べている。しかし、それは、上述のごとく、問題をはらむものであり、目的と手段の間に合理的関連性が存在することを十分に示しているとは言い難いものであった。

さて、須藤補足意見の重要な点はもうひとつある。同補足意見は、「自国の歴史の正と負の両面を虚心坦懐に直視」することの教育的意義を強調し、その観点から、「職務命令において、高校生徒に対していわば率先垂範的立場にある教員に日常の意識の中で自国のことに注意を向ける契機を与える行為を行わしめることは当然のこととともいえる」としていた。このくだりは、国旗・国歌への敬意の表明の要請とそれを通じての国家の意識化の真の対象は、直接的に強制を受けている教員の背後に存在する「生徒」であることを示唆している。最後にこの点に関する見解を述べることにしたい。

Ⅳ．見解3――教育公務員の特殊性からして強制はできない

筆者の見解との関連で、注目すべき意見として、懲戒処分違法最判における宮川光治裁判官の反対意見がある。

本反対意見は、①職務命令が憲法一九条に違反するものであること、②（職務命令および懲戒処分の憲法適合性を保留するとしても）当該事件でなされた戒告処分は裁量権の逸脱・濫用に当たり違法であること、から成るものであった。

②に関する宮川反対意見は、大要、「多数意見がいう不起立行為等の性質、態様、影響を前提としても、不起立行為等という職務命令違反行為に対しては、口頭又は文書による注意や訓告により責任を問い戒めることが適切であり、これらにとどめることなくたとえ戒告処分であっても懲戒処分を科すことは、重きに過ぎ、社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものであって、是認することはできない」（傍点筆者）とするものであった。要するに、職務命令違反があったとしても懲戒処分に出ること自体が違法であるとするものである。このような処理は一見奇異に映るが、最高裁の先例の中にも見られるものであり、決して馴染みのないものではない[14]。

さて、本稿において注目したいのは、①の主張である。宮川裁判官が、「第一審原告らの上告理由のうち本件職務命令が憲法一九条違反をいう部分は理由がある」と判断したのは、「第一審原告らは、地方公務員であっても、教育をつかさどる教員であるからこそ、一般行政に携わる者とは異なって、自由が保障されなければならない側面があると考え」たからである。教師の特殊性を強調する宮川反対意見は、教師に求め得るのは、国旗掲揚・国歌斉唱からなる式典の準備・進行を「妨害する行為」を行わないことにとどまるのであって、「それ以上に……、自らの思想及び良心の核心に反する行為を求められることはないというべきである」と断じている。かかる教育公務員の特殊性が、教師に「特別の自由が保障されている」ことの論拠になっているが、この点について、宮川反対意見が前提とする考え方は次のようなものであった。

「第一審原告らは、地方公務員ではあるが、教育公務員であり、一般行政とは異なり、教育の目標に照らし、特別の自由が保障されている。すなわち、教育は、その目的を実現するため、学問の自由を尊重しつつ、幅広い知識と教養を身に付けること、真理を求める態度を養うこと、個人の価値を尊重して、その能力を伸ばし、創造性を培い、自主及び自律の精神を養うこと等の目標を達成するよう行われるものであり（教育基本法二条）、教育をつかさどる教員には、こうした目標を達成するために、教育の専門性を懸けた責任があるとともに、教育の自由が保障されているというべきである。もっとも、普通教育においては完全な教育の自由を認めることはできないが、公権力によって特別の意見のみを教授することを強制されることがあってはならないのであり、他方、教授の具体的内容及び方法についてある程度自由な裁量が認められることについては自明のことであると思われる（最高裁昭和四三年（あ）第一六一四号同五一年五月二一日大法廷判決・刑集三〇巻五号六一五頁参照）。上記のような目標を有する教育に携わる教員には、幅広い知識と教養、真理を求め、個人の価値を尊重する姿勢、創造性を希求する自律的精神の持ち主であること等が求められるのであり、上記のような教育の目標を考慮すると、教員における精神の自由は、取り分けて尊重されなければならないと考える。」（傍点筆者）

宮川反対意見の上記部分で注目すべきは、教師の特別の自由が「教育の専門性を懸けた責任」とともに語られている点である。宮川裁判官がどれほどそれを意識していたかは不分明であるが、このくだりは、教員の起立斉唱に対する拒否は、もはや個人の主観的な権利主張ではなく、教員固有のある種の職責論として成立する余地があることを示唆している。この点につき、筆者は、上記宮川反対意見が引用する旭川学テ事件最高裁大法廷判決を改めて参照し、次のような見解を示した。

以下、意見書からの引用

さて、仮に公務員に対して国旗国歌に対する敬意表明の強制がなし得るという立場に立ったとしても、本件職務命令

の対象となっている〝教育公務員〟の特質ないし起立斉唱が求められる現場となっている〝教育過程〟の特質に照らした場合、「全体の奉仕者」論がそのまま妥当すると考えるのは妥当ではない。

この問題を考えるには、子供の学習権と公教育の関係について詳細な論旨を展開した、旭川学力テスト事件判決（最大判昭和五一年五月二一日刑集三〇巻五号六一五頁）が重要先例として参照されなければならない。同判決は、公教育における教育内容の決定権につき、いわゆる国家教育権説と国民教育権説の両方を「いずれも極端かつ一方的であり、そのいずれをも全面的に採用することはできない」と判断した。その上で、「国は、国政の一部として広く適切な教育政策を樹立、実施すべく、また、しうる者として、憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有する」との立場を明らかにしつつも、国家介入の歯止めとして次のように判示していた。

「もとより、政党政治の下で多数決原理によつてされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的要因によつて左右されるものであるから、本来人間の内面的価値に関する文化的な営みとして、党派的な政治的観念や利害によつて支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険があることを考えるときは、教育内容に対する右のごとき国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、殊に個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤つた知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法二六条、一三条の規定上からも許されないと解することができる」。（傍点筆者）

子供の「自由かつ独立の人格」の尊重を国家介入の歯止めとして、本判決が強調した背景には、それに先だって述べられた最高裁の教育像・教師像が存在する。最高裁は、公教育における教師ないし教育の本質について次のように述べている。

「確かに、憲法の保障する学問の自由は、単に学問研究の自由ばかりでなく、その結果を教授する自由をも含むと解されるし、更にまた、専ら自由な学問的探求と勉学を旨とする大学教育に比してむしろ知識の伝達と能力の開発を主とする普通教育の場においても、例えば教師が公権力によつて特定の意見のみを教授することを強制されないという意味において、また、子どもの教育が教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならないという本質的要請に照らし、教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量が認められなければならないという意味においては、一定の範囲における教授の自由が保障されるべきことを肯定できないではない。」

ここで注目すべきは、最高裁が、教師の自由が一定範囲で認められるべき理由として、子供の教育が「教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われ」るべきことを挙げ、かつ、それが教育の「本質的要請」であるとする点である。教師が生徒に「人格的接触」を行う以上、現場において接触する教師に対し子供の個性に応じた対応を可能にする自律性を与えなければならない、という論理である。

対して、最高裁は、上記に続けて、教育ないし教師のもうひとつの特質を、次のように、指摘する。

「しかし、大学教育の場合には、学生が一応教授内容を批判する能力を備えていると考えられるのに対し、普通教育においては、児童生徒にこのような能力がなく、教師が児童生徒に対して強い影響力、支配力を有することを考え、また、普通教育においては、子どもの側に学校や教師を選択する余地が乏しく、教育の機会均等をはかる上からも全国的に一定の水準を確保すべき強い要請があること等に思いをいたすときは、普通教育における教師に完全な教授の自由を認めることは、とうてい許されないところといわなければならない。」

ここでは教師が生徒に対して、「強い影響力、支配力」を有すること等にかんがみ、教師には「完全な教授の自由」は認められないとされている。強い影響力・支配力を行使できる立場にいる教師とは、子供にとっては〝権力〟として

立ち現れるということである。

つまり、上述のふたつの教師像を合成すれば、教師は、〝権力〟的な存在として、子供たちと〝人格的接触〟を行うという、極めて緊張を要する二重性を背負っていることになろう。かくして、教師と生徒は一心同体的な存在として、ともにその自律性を尊重されるべき主体となる。確かに、教師に完全な自由は与えられない。完全な自由は、単なる〝権力〟ではなく、専制権力に教師をしてしまいかねない。しかし、他方で、教師の〝権力〟的側面だけに着目して、多数決の要請をこのチャンネルを通じて一方的に刷り込むことは、〝人格的接触〟という回路を破壊することにもつながりかねない。

要するに、教育公務員には、「全体の奉仕者」論をそのまま適用することは、最高裁先例に照らして、不当であるということである。国に対する敬意表明の教師に対する強制は、権力者として生徒と人格的接触を行う教師を通じて、生徒自身の「自由かつ独立の人格」に対する尊重を損う危険性を十分に視野に入れたものなのだろうか。既に述べた起立斉唱にまつわる如上の問題点にかんがみれば、やはり、教師の自律性をこの局面においては最大限に尊重した施策に転じる必要が不可欠であると言えよう。

生徒たちにとって〝権力〟である存在が、同時に、生徒たちと〝人格的接触〟を取り結ぶという、極めて緊張を強いられる――より直感的に言えば危険でさえある――関係に立たざるを得ない教師の二律背反を解きほぐすには、いくつかの方途が考えられよう。

ひとつは、この二重性を局面に応じて精密に仕分けることである。広い意味での政府言論の場である公教育の末端に位置する教師が、まさに権力としてふるまう場面と、生徒との人格的接触を図る、友人・兄姉・父母・先輩のごとくふるまう場面とを、峻別するのである。

しかし、権力としてふるまう側面と人格的接触を行う側面を峻別することはむずかしい。むしろ、両者が分かちがたく結びついている。そうであるからこそ、教育が成立するとさえ言い得るだろう。そうであるとすれば、

教師を教育行政権の執行現場に立つ権力装置の一部とおき、起立斉唱を演じさせることによって、ありふれた儀礼的所作の遵守を促しているだけであると見たとしても、日頃学校で教師と人格的接触を行っている生徒たちは、それをどう受け止めるのであろうか。統治機構の内部の服務規律がしからしむるところと割り切って事態を峻別し、人格的接触をその限りで切断して理解するだろうか。そのように考えるのは困難であろう。権力作用と人格的接触が同居する地点で行われざるを得ない教育の宿命を都合よく裁断するわけにはいかないからである。

もうひとつの途は、権力性と人格的接触性が分かちがたいことを前提に、生徒の「自由かつ独立の人格」の成長に関わる局面においては教師にも「自由かつ独立の人格」を認めることである。この場合、起立し斉唱するか否かは、教師のそれこそ人格的自律に基づく判断に委ねられることになりそうである。つまり、式場で起立する教師もいれば、座ったままの教師も出てくることになる。そういった風景から、子供たちが何を感得し、また、教師が自らの行動に関してどのような説明責任を果たすのか。このような攻めの教育の在り方にも大きな意義を認めることができるかもしれない。

しかし、このもうひとつの途は、必ずしも教師に自身の人格的判断に基づく自由な行動を認めるものではない。この方途は、自由論として構成できるが、他方で、職責論としても構成できる。教師に「自由かつ独立の人格」を認めるというのはあくまでも生徒たちの「自由かつ独立の人格」の成長を擁護するためである。したがって、ここでの教師の自由と独立は、生徒の「自由かつ独立の人格」を侵す教育行政上の職務命令に抵抗する責務として解されなければならない。この場合、おそらく教師である以上、全員が起立斉唱を拒むというのが、もたらされる帰結となろう。

ここでは、旭川学テ判決を使って、教師の自由論と職責論の双方の可能性を見たが、教師の緊張した二重性を前提に考えると、「自由かつ独立の人格」を教師の主観的自由に還元して考えるのは困難であると思われる。ま

た、教師の自由と独立の基礎を生徒の「自由かつ独立の人格」の擁護に求めるとしても、それは、生徒の憲法上の権利を教師がその自由と独立の名の下に援用（第三者の権利侵害の援用）するものなのか、あるいは、教師自身の憲法上の権利問題として主張するのか。この点、職責論に立った場合、いずれにしても主観的権利としての一九条論ではなく、憲法上の公教育制度に内在する客観法的原則に基づく主張として立論されることになるのかもしれない。意見書ではこのあたりの訴訟戦略についてはオープンにしておいた。起立斉唱強制の事案では、原告が「客観違憲」を主張した例もあるが、その辺の構成の仕方についても最高裁の工夫を期待したいところである。

おわりに

以上、起立斉唱強制問題について、無権限論、不合理論、職責論、それぞれの可能性を見てきた。

これらは従来の憲法一九条では捉えきれなかった論点として拙意見書が提案したものである。拙意見書を提出した先の最高裁第二小法廷は、平成二五年九月六日に判決を下した（平成二五年（行ツ）一四〇号（判例集未登載））が、拙意見書で指摘した論点には応答することなく、上告をあっさりと棄却した。しかし、単なる三行半ではなく、裁判長である鬼丸かおる裁判官の次のような補足意見が付された。

「……卒業式における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し国歌を斉唱すること等を命じた職務命令は、「日の丸」「君が代」に関する当該教諭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を求められることとなる面があり、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り得る面の存在することは否定し難いものである。個人の思想及び良心の自由は憲法一九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いうべきである。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。」

このような鬼丸補足意見において、憲法一九条問題であることが、職務命令のみならず、処分の段階でも効いてきて、不利益処分の審査には「慎重な衡量的な配慮」が要請されることが改めて確認された意義は大きい。また、その配慮事項として六点を挙げ、〔2〕と〔5〕で「生徒」への影響が指摘されているのは、従前から述べられてきたこととはいえ、やはり重要である。しかし、いずれも、式典を破壊するような行為がもたらす生徒への影響、懲戒処分により授業に支障を来すこと等がもたらす生徒への影響、が想定されているように思われ、起立斉唱の強制自体の生徒への影響については、考慮されていないように思われる。

本稿（拙意見書）は、その点を、教師と生徒の関係性についての最高裁先例に依拠して剔出したつもりである。上告人の教師たちは、最高裁も認めているように、次のように主張してきた（最二小判平成二三年五月三〇日民集六五巻四号一七八〇頁）。

「上告人は、卒業式における国歌斉唱の際の起立斉唱行為を拒否する理由について、日本の侵略戦争の歴史を学ぶ在日朝鮮人、在日中国人の生徒に対し、『日の丸』や『君が代』を卒業式に組み入れて強制することは、教師としての良心

が許さないという考えを有している旨主張する。」（傍点筆者）

ここで強調された「教師としての良心」とは何であったか。それは、「自分の良心」でも「教師の自由」でもない。ましてや、「自分の自由」ではない。本稿（拙意見書）で述べたかったのは、要するに、起立斉唱強制事件で問われた（問われるべきだった）のは、「やりたくないからやらない」という自由論ではなく、「やってはならないからやらない」という職責論であった、という点である。

（1）LEX/DBインターネット判例データベース（判例総合検索）文献番号25483345。

（2）減給処分を違法とした平成二三年（行ツ）二六三号事件・平成二三年（行ヒ）二九四号事件に対する判決（裁時一五四七号一〇頁・集民二三九号二五三頁）、および、停職処分を違法とした平成二三年（行ツ）二四二号事件・平成二三年（行ヒ）二六五号事件に対する判決（裁判所時報一五四七号三頁・最高裁判所裁判集民事二三九号一頁）。

（3）高裁判決が直接的に依拠するのは、第一小法廷の最一小判平成二三年六月六日民集六五巻四号一八五六号である。念のため、それ以外の判決も列挙しておく。最二小判平成二三年五月三〇日民集六五巻四号一七八〇頁、最三小判平成二三年六月一四日民集六五巻四号二一四八頁、最三小判平成二三年六月二一日（平成二二年（行ツ）三七二号事件）（集民二三七号五三頁）、最二小判平成二三年七月四日（平成二二年（行ツ）四三一号事件）（判例集未登載）、最二小判平成二三年七月四日（平成二三年（行ツ）六二号事件）（判例集未登載）、最一小判平成二三年七月一四日（平成二二年（オ）一二六二号事件）（判例集未登載）、最一小判平成二三年七月一四日（平成二一年（行ツ）一一一号事件）（判例集未登載）、最三小判平成二三年七月一九日（平成二三年（行ツ）五号事件）（判例集未登載）。

（4）芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第五版〕』（二〇一一年、岩波書店）一四七頁は、思想・良心の自由の「保障の意味」として二点を挙げている。それは、第一に、思想が「内心の領域にとどまる限りは絶対的に自由であり、国家権力は、内心の思想に基づいて不利益を課したり、あるいは、特定の思想を抱くことを禁止することができない」

ことを保障し、第二に、「国民がいかなる思想を抱いているかについて、国家権力が露顕（disclosure）を強制することは許されないこと、すなわち、思想についての沈黙の自由」を保障する、と説く。

（5） 憲法一九条の保障内容の類型について、本稿では、①特定の思想を持つ（持たない）自由、②思想の露顕を強制されない沈黙の自由、③個人の思想に反する外部的行為の強制を受けない自由、の三つを区別している。この点、最高裁が想定している区別ないし保障類型は、やはり、①と②であって、ピアノ伴奏判決を含め最高裁が否定したのは、①と②に対する〝直接的制約〟であって、③の定式を示唆したかに見える判示は、別途、①と②に対して〝間接的制限〟がなされていることを認めたに過ぎない、との見方もあろう。確かに、一九条の解釈論は、直接／間接規制論、内容／内容中立規制論、といった従来二一条との関連で議論されてきた諸法理を応用する視点から再整理する必要があると思われる。しかし、本稿では、内心作用と外部的行為の連関をどのように構想するかという問いに対して、日本司法が、行為の社会的意味論を媒介にしてこれに応じている点を重視し、とりあえず③の類型を設定しておくことにしたい。

（6） 芦部・前掲注（4）一四七頁。

（7） この点、一九条の保障内容を制約類型によって類型化して新たに提案する佐々木弘通の見解が興味深い。芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール・憲法』「一九条」（佐々木弘通執筆）（二〇一一年、日本評論社）参照。

（8） この点、同じく「全体の奉仕者」論を援用した、〝平成の猿払事件〟と言われる二つの国公法違反被告事件最高裁第二小法廷判決（最二小判平成二四年一二月七日刑集六六巻一二号一三三七頁（いわゆる堀越事件判決）、最二小判平成二四年一二月七日刑集六六巻一二号一七二二頁（いわゆる宇治橋事件判決））においても、単純な「全体の奉仕者」論に出ることなく、それによって権利制限を正当化しうる統治原則や公共的必要にきちんと言及しているところである。しかも、同判決は、「全体の奉仕者」であるところの職員にも、表現の自由が保障されることを十分考慮して、「国民としての政治活動の自由」という表現を用いて、「全体の奉仕者」論としっかりと対抗させ、憲法レベルでの衡量を行っている。これは、公務員も憲法上その尊厳が尊重される「ひとりの国民」であることを最高裁が認識したためであると思われる。起立斉唱事件においても、そのような観点から、事案を分析されることを切願する次第

である（なお、猿払事件判決と平成二四年国公法違反被告事件判決の比較についての筆者の分析として、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、二〇一三年）23講、駒村圭吾「さらば、香城解説!?」長谷部恭男・安西文雄・宍戸常寿・林知更編『現代立憲主義の諸相―高橋和之先生古稀記念』（有斐閣、二〇一三年）所収、参照）。

（9）例えば、入江曜子『日本が「神の国」だった時代』（二〇〇一年、岩波書店）四八、五八頁、大槻健・松村憲一編『愛国心教育の史的研究』（一九七〇年、青木書店）二一七－二七五頁、久保義三『天皇制と教育の史的展開』（一九九四年、三一書房）二五－二七頁、西島央「学校音楽はいかにして〝国民〟をつくったか」小森陽一他編『岩波講座5 近代日本の文化史編成されるナショナリズム』（二〇〇二年、岩波書店）二五五－二六〇頁、参照。なお、歴史学者の井上清は、戦中の君が代を用いた教育は、天皇制イデオロギーや軍国主義を支えるものであって、いわゆる「愛国心教育」とは異なること指摘している（「君が代」訴訟を進める会編『資料「君が代」訴訟』（一九九九年、緑風出版）三七六－三七七頁）。いずれにしても、広い意味で、国旗国歌に対する敬意表明の要請が、単なる儀礼ではなく、国や君主（あるいはそれに象徴されるイデオロギー）に対する敬意や忠誠を求める手段として用いられていたことには変わりはない。

（10）芦部・前掲注（4）一〇八頁。

（11）この経緯と意味については、島薗進『国家神道と日本人』（二〇一〇年、岩波書店）第一章参照。

（12）蟻川恒正『憲法的思惟』（創文社、一九九四年）二七七頁参照。

（13）前掲注（8）に掲げた二つの駒村論文参照。

（14）一切の処分をやめ、緩やかな説得を通じた自発的回心に事態を委ねる。こうした方策は、既に最高裁判例の中に見られるものである。三井美唄炭鉱労組事件判決（最大判昭和四三年一二月四日刑集二二巻一三号一四二五頁）は次のように述べていた。

「労働組合は、その目的を達成するために必要な政治活動等を行なうことを妨げられるわけではない。したがつて、本件の地方議会議員の選挙にあたり、いわゆる統一候補を決定し、組合を挙げて選挙運動を推進することとし、統一候補以外の組合員で立候補しようとする組合員に対し、立候補を思いとどまるように勧告または説得するこ

とも、その限度においては、組合の政治活動の一環として、許されるところと考えてよい。また他面において、労働組合が、その団結を維持し、その目的を達成するために、組合員に対し、統制権を有することも、前叙のとおりである。しかし、労働組合が行使し得べき組合員に対する統制権には、当然、一定の限界が存するものといわなければならない。殊に、公職選挙における立候補の自由は、憲法一五条一項の趣旨に照らし、基本的人権の一つとして、憲法の保障する重要な権利であるから、これに対する制約は、特に慎重でなければならず、組合の団結を維持するための統制権の行使に基づく制約であつても、その必要性と立候補の自由の重要性とを比較衡量して、その許否を決すべきであり、その際、政治活動に対する組合の統制権のもつ前叙のごとき性格と立候補の自由の重要性とを十分考慮する必要がある。

原判決の確定するところによると、本件労働組合員たる後藤健治が組合の統一候補の選にもれたことから、独自に立候補する旨の意思を表示したため、被告人ら組合幹部は、後藤に対し、組合の方針に従つて右選挙の立候補を断念するように再三説得したが、後藤は容易にこれに応ぜず、あえて独自の立場で立候補することを明らかにしたので、ついに説得することを諦め、組合の決定に基づいて本件措置に出たというのである。このような場合には、統一候補以外の組合員で立候補しようとする者に対し、組合が所期の目的を達成するために、立候補を思いとどまるよう、勧告または説得をすることは、組合としても、当然なし得るところである。しかし、当該組合員に対し、勧告または、説得の域を超え、立候補を取りやめることを要求し、これに従わないことを理由に当該組合員を統制違反者として処分するがごときは、組合の統制権の限界を超えるものとして、違法といわなければならない。」（傍点筆者）

右の判旨の対比で言えば、思想良心の自由も「基本的人権の一つとして、憲法の保護する重要な権利である」ことは間違いがなかろう。だとすれば、右判決のロジックに従って、「勧告または説得の域を超え、起立斉唱することを要求し、これに従わないことを理由に当該教師を職務命令違反者として処分するがごときは」違法となるのではないだろうか。もちろん、右判決は労働組合員に対して述べられた判旨であって、本件の処分対象者である教育公務員とは異なる。しかし、公務員も「国民として」権利を有する面があること（国公法違反被告事件最高裁判決）、

また、後述するように、他の公務員と違い、教育公務員については通常の「全体の奉仕者」論が成立しないこと、を十分に勘案すべきである。

【謝辞】平成二五年度をもって小林節先生が定年退職となります。思えば、学部二年生のころからのお付き合いで、親兄弟に次ぐ長い時間を一緒に過ごさせていただきました。先生について語るべきことはあまりに多く、また、先生と過ごさせていただいた、この三〇数年間はあまりにも起伏に富み、きわめて波瀾万丈でしたので、ここは端的に謝辞のみを述べて、拙稿を捧げさせていただきます。「小林節先生、本当にありがとうございました。駒村圭吾」