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

Title	行政裁量と人権：君が代懲戒処分事件判決における人権論の領分
Sub Title	Administrative discretion and human rights
Author	堀口, 悟郎(Horiguchi, Goro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.1 (2018. 1) ,p.479- 506
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	大沢秀介教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180128-0479

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.

行政裁量と人権

——君が代懲戒処分事件判決における人権論の領分——

堀口悟郎

序
一　人権制限の有無というメルクマール
　1　人権に基づく行政裁量の限定
　2　享有主体性が否定される場合
　3　狭義の保護範囲が否定される場合
二　制裁と人権制限
　1　禁止・強制と制裁の区分論
　2　禁止と制裁の区分論——もう一つの「香城理論」
　3　強制と制裁の区分論——エホバの証人剣道実技拒否事件判決を読み直す
三　君が代懲戒処分事件判決・再読
　1　再読の視角
　2　再読
　3　補論——二審判決からの推察
結

序

法科大学院制度が発足し、新司法試験において憲法と行政法が「公法」という分野で括られると、学界においても憲法学と行政法学の「融合」が志向されるようになった。そのなかで重要な研究対象の一つとされたのが、両学問領域に跨る「行政裁量と人権」というテーマである。行政裁量論において人権はいかなる機能を果たすのか。この点に関する研究は、以前からその必要性を指摘されてきたものの[1]、少なくとも憲法学においては、ほとんどなされてこなかった。それが、法科大学院制度の発足を契機として、急速な進展をみたのである。

こうした流れのなかで、君が代懲戒処分事件判決（最判平成二四年一月一六日集民二三九号二五三頁）が下された。本判決は、公立学校の教員に対して卒業式等での国歌斉唱時に起立・斉唱すること等を求める職務命令について、思想・良心の自由を侵害せず、合憲であると判断した。が、他方で、当該職務命令に違反したことを理由とする懲戒処分の一部について、裁量権の逸脱・濫用に当たり違法であると断じた。

懲戒処分の一部を違法とした理由について、本判決は次のように説いている。すなわち、「不起立行為等の動機、原因は、当該教職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」。これらの「事情[2]によれば、不起立行為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は、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となる」。具体的には、「過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為等の前後における態度等……に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から当該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認められる場合であることを要する」。だが、本件で

はそのような「具体的な事情があったとまでは認め難いというべきである」、と。

学説の多くは、これらの説示について、思想・良心の自由に基づいて懲戒処分に係る行政裁量が限定された、すなわち、本件職務命令および懲戒処分が思想・良心の自由に対する間接的制約に当たることを理由として、懲戒処分の裁量審査の密度が高められたのだと解した。[3] そして、本判決を、人権に基づく行政裁量統制を示した貴重な判例として、高く評価した。

しかしながら、本判決自身は、そのようなことを明言してはいない。それどころか、裁量審査において憲法や思想・良心の自由に言及してすらいない。そうである以上、上記判例解釈は、あくまでも一つの「解釈」にとどまる。とすれば、本判決の意義を精確に見極めるには、既に通説的といってよい当該解釈をあえて批判的に検討することも重要であろう。

本稿は、このような問題意識のもと、本判決は思想・良心の自由に基づいて懲戒処分に係る行政裁量を限定したものではない、という解釈の可能性を試論的に提示するものである。[4]

一　人権制限の有無というメルクマール

1　人権に基づく行政裁量の限定

そもそも、本稿でいう「人権に基づく行政裁量の限定」とは何か。この点の説明から本論を始めよう。

第一に、「人権」とは、憲法によって保障された権利（憲法上の権利）のことを意味する。憲法に根拠をもたず、法律で認められたに過ぎない権利は、「人権」には当たらない。

第二に、「行政裁量」については、さしあたり、法律が行政機関に与えた独自の判断の余地と定義しておく。

行政作用のどの点にどの程度の裁量が認められる（あるいは認められない）のか、つまり行政裁量の所在と有無・広狭は、行政作用の根拠規定たる法律の解釈によって決せられる。この解釈においては、「① 処分の目的・性質、対象事項、② 処分における判断の性質、③ 処分の根拠法規の定め方など」を考慮し、それらを「総合的に判断して、根拠法規の趣旨とするところを見出すべき」である。(5)

そのうえで、第三に、人権に基づく行政裁量の「限定」とは、行政作用が人権を制限するものである場合に、当該行政作用に係る裁量の幅が狭く解され、その結果として裁量審査の密度（厳格度）が向上することを意味する。すなわち、権利・利益を制限する行政作用（侵害的処分）については、原則として、行政裁量を否定するか、それを認めるにしても裁量の幅を狭く解すべきであると考えられている。これは比例原則的な思考であり、(6) 裁量の幅をどの程度狭く解すべきかは、当該権利・利益の重要性や、権利・利益に対する制限の程度等による。(7) この点、制限を受ける権利が憲法上の人権である場合には、憲法が最高法規であり、それゆえ法律の条文は憲法に適合的に解釈されなければならないことに鑑み、法律上の権利・利益が制限されているに過ぎない場合よりも、一層行政裁量を限定的に解すべき要請が強いと考えられるのである。(8)

以上の整理を前提にすれば、人権に基づく行政裁量の限定は、行政作用が人権を制限している場合にしかなされえないことになる。換言すれば、行政作用が人権を制限していることが、人権に基づく行政裁量の限定が行われるための条件の一つであるといえる。

それでは、行政作用が人権を制限していない場合とは、どのような場合か。相手方に利益を供与する授益的処分の場合は基本的にそれに当たるだろうが、君が代懲戒処分事件で問題となったのは相手方の権利・利益を制約する侵害的処分である。では、侵害的処分であるにもかかわらず人権を制限していないと評価されるのは、いかなる場合か。それは、いわゆる三段階審査において「正当化」の段階まで進まない場合、すなわち、行政作用に

よって制約された権利・利益が人権の「保護範囲」外である場合や、当該制約が人権に対する「制限」に当たらない場合であるといえる。[9] なお、このうち保護範囲については、人権の客観的範囲を意味する「狭義の保護範囲」と、人権の主観的範囲（「人的保障対象」）[10] を意味する「享有主体性」とに分けることができる。

以下では、判例の検討を通して、これらの場合に人権に基づく行政裁量の限定がなされないことを確認したい。ただし、侵害的処分に行政裁量が認められる場合において、当該処分によって制約された権利・利益が人権の保護範囲に含まれるにもかかわらず、当該制約が人権に対する制限に当たらないとされた判例は、管見の限りほとんど存在しない。そのため、ここでは享有主体性および狭義の保護範囲に関する判例のみを検討する。

2　享有主体性が否定される場合

行政作用の相手方に人権の享有主体性が認められない場合に、人権に基づく行政裁量の限定がなされないことは、旅券発給拒否事件判決（最判昭和四四年七月一一日民集二三巻八号一四七〇頁）とマクリーン事件判決（最大判昭和五三年一〇月四日民集三二巻七号一二二三頁）を対比することで理解できる。

まず、旅券発給拒否事件判決は、旅券発給拒否処分について、外務大臣の裁量権を狭く解した。その理由について、同判決の調査官解説では、「行政処分によって国民の権利が侵害されたときには、その被害者の権利の救済について（訴訟が提起されたときには）裁判所も責任を有し、したがって、その処分の判断の適否について広く判断権を有しなければならない」と説明されている。[11] つまり、当該判決は、旅券発給拒否処分が国民の「海外渡航の自由」を制限することを考慮して、それに係る外務大臣の裁量権を限定したということである。

これに対して、マクリーン事件判決は、外国人の在留期間更新の許否について、法務大臣に広範な裁量権を認めた。同判決が、旅券発給拒否事件と同じく出入国管理行政の事案であるにもかかわらず、法務大臣の裁量権を

広く解したのは、外国人である原告に「在留の自由」の享有主体性が認められなかったためであると解される。[12] すなわち、旅券発給拒否事件判決では、「海外渡航の自由が基本的人権に属することから、これを制限する行政処分を行うについての裁量の幅は狭いものと考え」[13]られたのに対し、マクリーン事件判決では、処分の相手方に在留の自由の享有主体性が認められなかったために、行政裁量の限定がなされなかったのである。

3　狭義の保護範囲が否定される場合

次に、行政作用によって制約された権利・利益が人権の保護範囲外である場合に、人権に基づく行政裁量の限定がなされないことは、泉佐野市民会館事件判決（最判平成七年三月七日民集四九巻三号六八七頁）と広島県教組教研集会事件判決（最判平成一八年二月七日民集六〇巻二号四〇一頁）を対比することで理解できる。

まず、泉佐野市民会館事件判決は、市民会館を本来の目的である集会のために使用することについて、「管理者が正当な理由なくその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれが生ずることになる」ため、使用不許可事由を定めた「本件条例七条一号及び三号を解釈適用するに当たっては、本件会館の使用を拒否することによって憲法の保障する集会の自由を実質的に否定することにならないかどうかを検討すべきである」と説き、同条例七条一号の「公の秩序をみだすおそれがある場合」という文言に合憲限定解釈を施した。同判決が、係争処分について行政裁量を認めず[14]、さらに使用不許可事由の合憲限定解釈を行ったのは、市民会館を本来の目的である集会のために使用する行為について、集会の自由の保護範囲に含まれると解したためであると考えられる。[15]

これに対して、広島県教組教研集会事件判決は、「学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられているものと解するのが相当である」と説いた。そして、学校施設の使用不許可処分

は原告による集会を制限する結果となるにもかかわらず、泉佐野市民会館事件判決とは対照的に、その裁量審査において集会の自由や憲法二一条には一切言及しなかった。これは、「集会目的での公立学校施設の使用は、集会の自由の保護領域に含まれ」ず、[16]したがって、その不許可処分に係る行政裁量が集会の自由に基づいて限定される余地はないと解したものと考えられる。[17]

二　制裁と人権制限

1　禁止・強制と制裁の区分論

上述のとおり、行政作用が人権を制限していない場合には、人権に基づく行政裁量の限定はなされえない。とすれば、次に検討すべきは、君が代懲戒処分事件における懲戒処分は人権を制限しているか、という点である。

最高裁は、起立・斉唱を求める職務命令が思想・良心の自由に対する制限（間接的制約）に当たることを、明示的に認めている。[18]ならば、当該職務命令に違反したことを理由とする懲戒処分も、当然、思想・良心の自由に対する制限に当たるはずである。なぜなら、本件懲戒処分は、本件職務命令と同様、いやそれよりも強力に、教員に対して起立・斉唱行為を「強制」するものだからである。これが学説における一般的な考え方であろう。

ところが、最高裁はそのような考え方をしていない可能性が高い。というのも、最高裁は、かねてより「禁止・強制と制裁の区分論」と呼ぶべき理論を採ってきたからである。

この理論はいかなるものか。まず、ここでいう「禁止」は不作為を命じること、「強制」は作為を命じることを意味する（特に「強制」が行政上の義務履行確保を意味するものではないことに注意されたい）。禁止は行為等を「する自由」を制限し、強制は行為等を「しない自由」を制限する。相手方がこれらの禁止・強制に背くことは

事実上可能であるが、その場合には刑罰や懲戒処分等の「制裁」が科されることが多い。学説上、かかる禁止・強制と制裁は、たとえば「刑罰を伴う禁止」というように、一体的に把握される傾向にある。換言すれば、制裁は、禁止・強制による人権制限の程度に関する一要素として認識されており、制裁を伴う禁止・強制は、単なる禁止・強制よりも人権制限の程度が高いと評価されている。しかしながら、最高裁はそのような考え方を排斥し、禁止・強制と制裁とを切り離して捉えている。そして、禁止・強制が人権として保護される自由を制限している場合において、その人権制限が正当化されたときは、当該自由はもはや憲法上の権利性を否定されると解している。そのため、当該禁止・強制違反を理由とする制裁は、当該自由を制限しないものとみなされる。以上が「禁止・強制と制裁の区分論」の内容である。

この理論に従えば、本事件における懲戒処分は、思想・良心の自由としての「起立・斉唱しない自由」を制限していないことになるだろう。なぜならば、起立・斉唱を求める職務命令（強制）による「起立・斉唱しない自由」の制限が合憲である以上、その職務命令に違反したことを理由とする懲戒処分（制裁）の合憲性審査において、「起立・斉唱しない自由」は憲法上の権利性を否定されるからである。

君が代懲戒処分事件判決自体の検討は三に回し、以下では判例が上記理論を採っていることを確認したい。

2　禁止と制裁の区分論――もう一つの「香城理論」

(1)　猿払事件判決

まず、禁止と制裁の区分論を示した判例としては、何よりも猿払事件判決（最大判昭和四九年一一月六日刑集二八巻九号二九三頁）が重要である。

同事件の一審判決は、禁止と制裁の区分論を採らず、「このような行為自身が規制できるかどうか……はとも

かくとして、三年以下の懲役又は一〇万円以下の罰金という刑事罰を加えることができる旨を法定することは、行為に対する制裁としては相当性を欠き、合理的にして必要最小限の域を超えているものといわなければならない」と判示した。つまり、当該行為を単に禁止するだけならばともかく、その禁止違反に対して刑事罰まで科すことは、表現の自由に対する過剰な制限だと判断したのである。

それに対して、最高裁は、判決文の項目立てにおいて、「一　本件政治的行為の禁止の合憲性」と「二　本件政治的行為に対する罰則の合憲性」を明確に区別した。そして、後者の点について、「公務員の政治的行為の禁止が国民全体の共同利益を擁護する見地からされたものであつて、その違反行為が刑罰の対象となる違法性を帯びることが認められ、かつ、その禁止が……憲法二一条に違反するものではないと判断される以上、その違反行為を構成要件として罰則を法定しても、そのことが憲法二一条に違反することとなる道理は、ありえない」と説いた。同判決の調査官を務めた香城敏麿によれば、この説示は、「政治的行為の禁止が憲法二一条に違反しない場合であっても、これに対し刑罰を科すことが憲法二一条に違反するときがあるか」という問題について「消極に解し」、「もし一定の表現行為を禁止する法律が同条の自由を不当に制約するものではなく、したがって表現の自由を侵害するものではないと判断されるならば、その禁止行為に対しどのような制裁規定を設けても、憲法の他の条項の保護する価値〔罪刑の均衡など〕を侵害して違憲とされることがあるのは格別、それによりもはや憲法二一条の保護する自由を侵害する余地はない結果として同条に違反するものと判断されることはありえない」という見解を示したものであるという。[19]

香城は、この見解を次のように敷衍している。「重い制裁を伴う禁止であれば表現の自由を侵害するが、軽い制裁を伴う禁止であれば表現の自由を侵害しないというのは、否定された自由も自由であるというのに等しく、その意味で、憲法二一条違反の有無の判断の際に制裁の程度を問題とするのは妥当でないことになる」。[20] つまり、

政治的行為の禁止が合憲である以上、もはや「政治的行為をする自由」は「否定」されるのであるから、その禁止違反に対していかなる制裁を加えようと、その制裁が「政治的行為をする自由」を侵害することはありえない、というのである。学説においては、制裁を伴う禁止は単なる禁止よりも人権に対する制限の程度が高いという考え方が支配的であるが、そのような考え方はここで明確に否定されている。

なお、かかる猿払事件判決の見解は、同判決を実質的に一部修正したと評されることの多い堀越事件判決（最判平成二四年一二月七日刑集六六巻一二号一三三七頁）においても、変更されてはいない。すなわち、同判決は、問題の規定について、まず専ら禁止の側面に着目し、その政治活動の自由に対する「制限は必要やむを得ない程度にとどまり」、当該規定の「目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである」という結論を下した。そして、その後に制裁の側面に着目し、「なお、このような禁止行為に対しては、服務規律違反を理由とする懲戒処分のみではなく、刑罰を科すことをも制度として予定されているが、……刑罰を含む規制であることをもって直ちに必要かつ合理的なものであることが否定されるものではない」と付言した。これらの判示は、猿払事件判決ほど明確に禁止と制裁を区別してはいないものの、少なくとも上記見解の変更を明示するものとはいえない。堀越事件判決の調査官解説も、「この判示からは、本判決が、違反に対する制裁が懲戒処分によるか刑罰によるかで公務員の政治的行為の規制が憲法上是認され得る範囲が異なるとするかどうかは定かでない」と指摘しているところである。[21]

(2) 全逓名古屋中郵事件判決

禁止と制裁の区分論は、同じく香城が調査官を務めた全逓名古屋中郵事件判決（最大判昭和五二年五月四日刑集三一巻三号一八二頁）においても採られている。

同判決によって判例変更された全逓東京中郵事件判決（最大判昭和四一年一〇月二六日刑集二〇巻八号九〇一頁）は、公共企業体等の職員の争議行為を禁止する公労法一七条一項を合憲としつつも、同法三条が正当な団体交渉等の違法性阻却について定めた労働組合法一条二項の適用を除外していないのは、「憲法二八条の保障する労働基本権尊重の根本精神にのつとり、争議行為の禁止違反に対する効果または制裁は必要最小限度にとどめるべきであるとの見地から、違法な争議行為に関しては、民事責任を負わせるだけで足り、刑事制裁をもつて臨むべきではないとの基本的態度を示したものと解することができる」と説いた。[22] 同判決の調査官解説が指摘するように、この説示の基底には、争議行為を禁止すること自体は合憲であるが、「争議行為禁止違反に対して刑罰を科するのは違憲の疑いがある、という見解」があると考えられる。[23] つまり、同判決は禁止と制裁の区分論を採ってはいなかったのである。

それに対して、全逓名古屋中郵事件判決は、「公労法一七条一項による争議行為の禁止が憲法二八条に違反しておらず、その禁止違反の争議行為はもはや同法条による権利として保障されるものではないと解する以上、民事法又は刑事法が、正当性を有しない争議行為であると評価して、これに一定の不利益を課することとしても、その不利益が不合理なものでない限り同法条に抵触することはない」と説いた。当該説示は、猿払事件判決と同様、禁止と制裁の区分論を採ったものといえる。[24] この点について、香城は、「憲法二八条の保障する争議権は、憲法二一条の表現の自由のような自由権とは性質を異にしているが、いったんその憲法上の権利性が否定された以上、刑罰の適用に関してのみ権利性を持続すると解するのは困難であるから、本件の場合にも右〔猿払事件判決〕と同様の解釈がとられたのはむしろ当然というべきであったであろう」と指摘している。[25]

(3) 禁止と制裁を区別することの積極的な意義

かかる禁止と制裁の区分論は、猿払事件一審判決・全逓東京中郵事件判決という当時学説から高く評価されていた判例を覆し、問題の法令を合憲とする理由として提示された[26]。そのため、この理論は、人権保障にとって消極的な意味をもつように思われるかもしれない。しかし、それは正当な評価ではない。というのも、禁止と制裁を区別せず、「制裁を伴う禁止」として一体的に把握した場合には、「制裁を伴う禁止」に裁量が認められると、もはやその合憲性を厳格に審査することが困難になる（特に、刑事罰については、憲法三一条が罪刑法定主義を定めていることから、人権制限を考慮してもなお立法裁量が認められやすい）。それに対して、禁止と制裁を区別し、禁止の合憲性を裁量が認められやすい制裁の合憲性から切り離して検討すれば、裁量論に搦めとられることなく、禁止の合憲性を厳格に審査することが可能となる。この点で、禁止と制裁の区分論は、人権保障にとってむしろ積極的な意味をもつ面があるのである。

そのことを理解するうえで格好の素材といえるのが、立川テント村事件判決（最判平成二〇年四月一一日刑集六二巻五号一二一七頁）である。

同事件の一審判決は、自衛官宿舎への被告人の立入行為について、表現の自由の重要性等を考慮し、いわゆる可罰的違法性を否定した。当該立入行為を禁止することは合憲だが、その禁止違反に対して刑罰を科すことは表現の自由に対する過剰な制限だと判断したのである。かかる判示は、無罪という結論を導いていることもあり、一見すると表現の自由を可及的に尊重したものであるかのように思える。だが、刑法学上、「可罰的違法性が否定されるのは、その構成要件が予定している法定刑の下限を科しても、なお厳しすぎる場合と理解されて」おり、同事件が「罰金刑の下限である一万円を科すにすら値しない事案とは、いいがたい」と指摘されている[27]。このように可罰的違法性が極めて例外的な場合にしか否定されないのだとすれば、そこに表現の自由論を位置づけた一

審判決は、むしろ人権保障にとって不利な土俵を選んだものといわなければならないだろう。

これに対して、最高裁は、端的に「被告人らの行為をもって刑法一三〇条前段の罪に問うこと」の憲法二一条適合性を審査した。これは、可罰的違法性の有無という制裁の問題[28]と、そもそも当該立入行為を禁ずることが許されるかという禁止の問題とを区別し、後者に表現の自由論を位置づけたものといえる。最高裁のかかる判断は、まさに「本件における違憲論の対象（『行為を禁止すること』）を、国会が広範な立法裁量を有する『刑事罰を科すこと』の合憲性判断から切り離すことによって、違憲主張が成り立つための基盤を最低限保守する意義を持った（もし『刑事罰を科すこと』の合憲性判断と分離不可能な形でしか違憲主張をしえないとしたら、主張が認容される余地は限りなく乏しい）と評価することができる」[29]だろう。

3　強制と制裁の区分論――エホバの証人剣道実技拒否事件判決を読み直す

(1)　エホバの証人剣道実技拒否事件判決

前述のとおり、強制と制裁の区分論は、禁止と制裁の区分論と同じ理屈によるものである。したがって、最高裁が禁止と制裁の区分論を採っているならば、強制と制裁の区分論をも採るのでなければ、理論的に一貫しない。しかしながら、判例のなかには、一見すると強制と制裁の区分論を採っていないかのように思えるものがある。それが、エホバの証人剣道実技拒否事件判決（最判平成八年三月八日民集五〇巻三号四六九頁）である。

周知のとおり、同判決は、エホバの証人である高等専門学校の学生に対する原級留置処分・退学処分（以下、両者をあわせて「本件各処分」という）について、比較的密度の高い裁量審査を行い、結論としてそれらを違法と断じた。学説の多くは、同判決が裁量審査の密度を高めた理由を、本件各処分が学生の信教の自由を制限するものであるという点に求めている。つまり、同判決は人権に基づく行政裁量の限定を行ったのだと解しているので

ある。仮にこの解釈が正しいとすれば、同判決は強制と制裁の区分論を採用していない可能性が高い。なぜなら、当該理論に従えば、信教の自由に対する制限と評価されるのは、信仰に反する行為を強制した剣道実技履修の義務づけであり、その義務づけが違憲と判断されない限り、当該義務違反を（根本的な）理由とする制裁である本件各処分は、信教の自由に対する制限には当たらないはずだからである。

学説上、同判決において人権に基づく行政裁量の限定が行われたと指摘されている箇所は、二つある。一つは、「退学処分は学生の身分をはく奪する重大な措置であり、学校教育法施行規則一三条三項も四個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に除外することが教育上やむを得ないと認められる場合に限って退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要する」[30]という説示であり、もう一つは、「本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであ」り、「本件各処分が右のとおりの性質を有するものであった以上、上告人は、前記裁量権の行使に当たり、当然そのことに相応の考慮を払う必要があったというべきである」という説示である。一つ目の説示は退学処分の選択に「特に慎重な配慮」を求めるもの、二つ目の説示は学生の信仰に対する「相応の考慮」を求めるものと整理することができるだろう。

以下では、同判決を読み直すことにより、通説的な理解とは異なり、これらの説示は人権に基づく行政裁量の限定を行ったものではないということを明らかにしたい。

(2) 退学処分の選択に「特に慎重な配慮」を求めた理由

まず、退学処分の選択に「特に慎重な配慮」を求めた説示を読み直そう。

この説示においては、信教の自由や憲法一九条に対する言及は一切みられない。ここで退学処分の選択に「特に慎重な配慮を要する」理由として挙げられているのは、「退学処分は学生の身分をはく奪する重大な措置であること、および「学校教育法施行規則一三条三項も四個の退学事由を限定的に定めていること」のみである。とすれば、当該説示は、信教の自由を考慮したものではないと解すべきだろう。(31)

実際、その後の裁判例では、信教の自由と無関係な事件においても、退学処分の選択に「特に慎重な配慮」を求める上記説示が引用されている。たとえば、東京地判平成一七年九月二七日判自二七五号一〇頁は、公立高校の生徒が授業を妨害したり教職員や他の生徒に対し暴力行為を繰り返したりしたことを理由として退学処分を受けた事件で、学校教育法施行規則が「退学処分についてのみ四個の具体的な処分事由を定めて」いること、および「退学処分が、他の懲戒処分と異なり、生徒の身分をはく奪する重大な措置であること」を考慮し、「退学処分を行うに当たっては、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を有する」と述べている。また、広島高判平成二八年八月二五日判例集未登載は、私立高校の生徒がいじめ行為に関与したことを理由として退学処分を受けた事件で、「退学は生徒の身分を剝奪する重大な措置であり、学校教育法施行規則二六条三項も四個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該生徒を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限って退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである」と述べている。このように、裁判実務においても、上記説示は、信教の自由とは関係なく、退学処分の選択一般に妥当するものとして理解されているのである。

(3) 信仰に対する「相応の考慮」を求めた理由

次に、信仰に対する「相応の考慮」を求めた説示を読み直そう。

ここでは、本件各処分について、「被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有する」ことが指摘されている。学説の多くは、この説示を、本件各処分が信教の自由に対する間接的制約に当たることを指摘したものだと解している。たしかに、当該説示のみに着目すれば、そのように解するのが自然だろう。しかし、同事件の一審判決を読み解いたうえで当該説示を読み直せば、かかる解釈が妥当でないことを理解することができる。

一審判決は、強制と制裁の区分論を採っていた。すなわち、「本件処分が違法かどうか」という争点について検討する「前提として、①剣道を必修としたことの可否、②被告が原告の体育の単位を認定しなかったことの可否、③被告が〔体育の単位の不認定に際して〕原告に対し代替措置をとらなかったことの可否、が問題になる」と述べ、本件各処分という制裁の問題と、剣道実技履修の義務づけという強制の問題（上記①～③）[32]を区別した。そのうえで、「神戸高専が原告に対して剣道実技の履修を求めることは、格技を禁ずる教義に反する行動を求めるのと事実上同様の結果となり、そのため、原告の信教の自由が一定の制約を受けたことは否定することができない」（傍点引用者）として、信教の自由論を強制の問題に位置づけた。そして、当該強制を適法と判断した後は、本件各処分（制裁）の適法性を審査するに当たって、信教の自由に一切言及しなかった。

では、なぜ上告審判決では強制と制裁の区別がみえなくなったのか。それは最高裁が当該理論を棄てたためではない。上告審において、剣道実技履修の強制の適法性が争点から外されたためである。すなわち、神戸高専は、本件各処分を決定するに当たり、原告に対する代替措置を検討すらしていなかった。そのため、本件各処分が違法であるという結論を下すには、その代替措置の不考慮が裁量権の逸脱・濫用に当たると判断すれば足り、原告

に対する剣道実技履修の強制を違憲ないし違法と判断する必要はなかった。[33] そこで、最高裁は、剣道実技履修の強制の適法性については審査せず、本件各処分（制裁）の適法性だけを審査した。その結果、信教の自由論は、強制の可否という本来の土俵を失い、制裁の可否という争点の「背景」[34]へと退くことになったのである。[35]

この観点から上告審判決を読み直すと、「本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえない」という説示は、本件各処分自体が信教の自由に対する制限に当たるわけではない、という意味に解することができる。実際、同判決の調査官解説も次のように述べている。「本件において、原告Xは、本件各処分につき、信教の自由を侵害するとして、信教の自由の制約が許されるかどうかを中心として論じている。しかしながら、本件は、剣道実技の履修を義務付け強制する措置の当否を直接的に問題とするものではない。……本件における中心的な問題は、信仰上の理由から剣道実技を履修しないという事態を成績評価、原級留置、退学処分といった場面でどう評価するかということであり、教育的裁量判断に係る問題である」[36]（傍点引用者）。これは、同判決が、信教の自由論の本来の土俵が本件各処分（制裁）ではなく剣道実技履修の義務づけ（強制）の可否にあると認識していたことを示唆しており、上記読解を裏づけるものといえよう。

かかる理解を前提にすれば、本件各処分が「被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有する」ことに「相応の考慮を払う必要があった」という上告審判決の説示は、履修拒否の動機の真摯さを基礎づける「生の事実」として原告の信仰を考慮したに過ぎず、信教の自由という人権の憲法的価値を考慮したものではないと解することができる。すなわち、原告は、決して怠学をしたわけではなく、自身の信仰によりやむをえず剣道実技の履修を拒否したのであるから、本件各処分をするか否かを決定する際には、剣道実技に代わる措置を検討するな

どの配慮をすべきだ、というのが同説示の意味だと考えられる。ここで原告の信仰が考慮されているのは、それが剣道実技の履修を拒否する真摯な動機といえるからであり、その信仰が信教の自由によって保護されているからではない。つまり、信教の自由に基づいて履修拒否の動機ないし代替措置の是非等の考慮事項が重みづけされたわけではないと考えられる。

以上のとおり、エホバの証人剣道実技拒否事件判決は、強制と制裁の区分論を否定してはおらず、本件各処分に係る行政裁量を信教の自由に基づいて限定してはいないと解しうる。

三　君が代懲戒処分事件判決・再読

1　再読の視角

これまでの検討によって得られた知見をまとめよう。第一に、人権に基づく行政裁量の限定は、行政作用が人権を制限している場合にのみなされうる。行政作用によって制約された権利・利益が人権の「保護範囲」外である場合や、その制約が人権に対する「制限」に当たらない場合には、人権に基づく行政裁量の限定はなされえない。第二に、最高裁は、「禁止・強制と制裁の区分論」を採っている。それによれば、禁止や強制により、人権として保護される自由が制限されている場合において、その人権制限が正当化されたときは、当該自由はもはや憲法上の権利性を否定される。したがって、当該禁止・強制違反を理由とする制裁は、憲法上の権利としての当該自由を制限しないと解される。それゆえ、第三に、禁止・強制による人権制限が合憲である場合には、その禁止・強制違反を理由とする制裁に係る行政裁量が当該人権に基づいて限定されることはない。

これらの知見をもとに君が代懲戒処分事件をみると、本事件は、エホバの証人剣道実技拒否事件と同様、「強

制と制裁」の事案であるといえる。すなわち、起立・斉唱を求める職務命令が「強制」に当たり、当該職務命令違反を理由とする懲戒処分が「制裁」に当たる。そして、本判決において、当該職務命令による思想・良心の自由の間接的制約（いわば「起立・斉唱しない自由」の制限）は、合憲であると判断されている。とすれば、当該職務命令違反を理由とする懲戒処分は、思想・良心の自由（「起立・斉唱しない自由」）を制限するものではないといえる。したがって、その懲戒処分に係る行政裁量が当該自由に基づいて限定されることはないと考えられる。以下、かかる観点から本判決を読み直したい。

2　再読

第一に、「不起立行為等の動機、原因は、当該教職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」という説示について。学説の多くは、当該説示を、本件懲戒処分が思想・良心の自由に対する間接的制約に当たることを指摘したものと解している。しかし、当該説示では、「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」（傍点引用者）と述べられている。したがって、仮にこれを思想・良心の自由に対する間接的制約性を指摘したものだと理解するにしても、そこで間接的制約に当たるとされているのは、あくまでも「本件職務命令」であり、本件懲戒処分ではないはずである。[37] また、当該説示においては、本件職務命令の合憲性に関する判示とは対照的に、憲法や思想・良心の自由への言及が一切みられない。このことは、エホバの証人剣道実技拒否事件判決における信仰の考慮がそうであったように、当該説示が、不起立行為等の動機の真摯さを基礎づける「生の事実」として原告の思想・良心を考慮したに過ぎないことを示唆している。つまり、

当該説示において指摘された事情は減給以上の処分の選択に「慎重な考慮」を要求する理由の一つとされているが、それはただ「不起立行為等は、職務怠慢等によるものではなく、真摯な動機によるものであるから、それに対して減給以上の重い処分を下すのは慎重にしなければならない」という意味に過ぎず、思想・良心の自由に基づいて不起立行為等の動機・原因という考慮事項が重みづけされたわけではないと解しうる。

第二に、「不起立行為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は、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となる」という説示について。学説の多くは、ここで「慎重な考慮」が求められたのは、本件懲戒処分が思想・良心の自由に対する間接的制約に当たるからだと解している。しかし、仮にそうだとすれば、同じく思想・良心の自由に対する間接的制約に当たるはずの戒告処分にはなぜ「慎重な考慮」が要求されないのか、説明が困難である。減給以上の処分には「慎重な考慮」が要求され、戒告処分にはそれが要求されないのだとすれば、「慎重な考慮」が要求された理由は、学説の多くが両処分に共通して認める間接的制約性ではなく、むしろ両処分の差異、つまり経済的不利益の程度にあると考えるのが合理的だろう。つまり、上記説示は、エホバの証人剣道実技拒否事件判決が信教の自由ではなく退学処分による不利益の重大性等を理由として「特に慎重な配慮」を要求したのと同様に、思想・良心の自由ではなく、主に減給以上の処分による経済的不利益の重大性を理由として、「慎重な考慮」を要求したものと解しうる。

第三に、「不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えて減給の処分を選択することが許容されるのは、過去の非違行為による懲戒処分の処分歴や不起立行為等の前後における態度等……に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から当該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認められる場合であることを要する」という説示について。これは、秤の一方に「学校の規律や秩序の保持等の必要性」、他方に「不利益の内容」を載せた比例原則的な規範を示したものと評価しうる。問題は、

ここでいう「不利益の内容」に、給与の不支給等の経済的不利益のみならず、思想・良心の自由に対する制限という要素（憲法的価値）が含まれているか否かである。学説の多くはそれを肯定する。しかし、当該規範は、減給処分による不利益の内容を考慮したうえで示されたものであるところ、その内容として指摘されているのは、「処分それ自体によって教職員の法的地位に一定の期間における本給の不支給という直接の給与上の不利益が及び、将来の昇給等にも相応の影響が及ぶ」ことなど、専ら経済的な不利益に限られている。とすれば、ここでいう「不利益の内容」には、思想・良心の自由に対する制限という要素は含まれていないと読むべきだろう。

以上のとおり、本判決は、学説における一般的な理解とは異なり、思想・良心の自由に基づいて本件懲戒処分に係る行政裁量を限定したものではないと解しうる。

3　補論——二審判決からの推察

既に本稿の結論は出たが、その補足として、君が代懲戒処分事件の二審判決を読み直したい。二審判決は、減給処分のみならず、上告審判決が適法とした戒告処分をも違法と断じた。では、その裁量審査において、どれほど思想・良心の自由が考慮されたのかといえば、実のところ、全く考慮されてはいなかったと考えられる。

というのも、二審判決は、懲戒処分の裁量審査に先立って、「本件通達及び本件職務命令は、控訴人らの思想及び良心の自由を侵すものではなく、憲法一九条に違反するとはいえず、同様の理由で憲法二〇条にも違反しないと解するのが相当である。したがって、本件職務命令違反を理由にされた本件処分も、憲法一九条及び二〇条に違反するということはできない」（傍点引用者）と判示している。この判示は、本件懲戒処分の憲法一九条・二〇条適合性審査がここで終了していること、すなわち、その後の裁量審査がかかる人権論とは切り離されていることを、明示するものといえる。また、この判示においては、本件懲戒処分が憲法一九条・二〇条に違反しない

理由として、本件通達および本件職務命令が当該各条文に違反しないという点のみが挙げられており、懲戒処分による不利益の程度すら一切考慮されていない（合憲判断の理由づけは「したがって」の一言のみである）。このことは、二審判決が、強制（職務命令）による人権制限が合憲である以上、その強制違反を理由とする制裁（懲戒処分）は当該人権に対する制限に当たらないという見解、すなわち強制と制裁の区分論を採っていることを、強く示唆するものといえる。

また、二審判決は、たしかに裁量審査において原告の思想・良心を考慮したが、その考慮の仕方は、「控訴人らの不起立行為等は、自己の個人的利益や快楽の実現を目的としたものでも、職務怠慢や注意義務違反によるものでもなく、破廉恥行為や犯罪行為でもなく、生徒に対し正しい教育を行いたいなどという前記のとおりの内容の歴史観ないし世界観又は信条及びこれに由来する社会生活上の信念等に基づく真摯な動機によるものであり、少なくとも控訴人らにとっては、やむにやまれぬ行動であった」というものである（傍点引用者）。先に、本事件の上告審判決による思想・良心の考慮は、「不起立行為等は、職務怠慢等によるものではなく、真摯な動機によるものであるから、それに対して減給以上の重い処分を下すのは慎重にしなければならない」という意味に過ぎないと解したが、上記説示からは明らかにこのようなニュアンスを読みとることができるだろう。

以上のとおり、二審判決は、懲戒処分の裁量審査において思想・良心の自由を考慮してはいないと解される。少なくとも二審判決を担当した裁判体にとって、懲戒処分のなかで最も軽い戒告処分をも違法とする判断は、思想・良心の自由という人権の価値を考慮せずとも下しうるものだったのである。このことは、上告審判決が人権に基づく行政裁量の限定を行っていないことの、一種の情況証拠といえるだろう。

結

本稿では、君が代懲戒処分事件判決について、人権に基づく行政裁量の限定を行ったものではないという解釈を提示した。この解釈を支える理由づけは、決して盤石なものではない。当該解釈は、判決文から明確に読みとれるとまではいえず、その基盤をなす強制と制裁の区分論も、最高裁が明示した理論とまではいえない。それゆえ、当該解釈もまた、将来最高裁によって否定される可能性のある、一つの「解釈」にとどまる。

ならば、かかる解釈を提示することに、どのような意味があるのか。君が代懲戒処分事件判決の意義を小さく見積もることで、人権に基づく行政裁量統制の可能性を狭めたいのか。そうではない。本判決は、戒告処分について「慎重な考慮」を要求せず、「過去の同種の行為による懲戒処分等の処分歴の有無等にかかわらず、基本的に懲戒権者の裁量権の範囲内に属する事柄」だと断じた。また、減給以上の処分についても、過去の処分歴等によっては適法とされる余地を認めており、実際、以後の判例ではそのような判断が下されている。仮にこれが思想・良心の自由を考慮したうえでの結果なのだとすれば、当該人権が行政裁量統制において果たした役割は、全くもって小さなものであったといわねばならないだろう。それに対して、本判決の行政裁量論には人権論の領分が存在しなかったのだと解せば、人権に基づく行政裁量統制は、将来の可能性として残されていることになる。本稿が当該解釈を提示したのは、その可能性に賭けたかったからにほかならない。

では、「君が代訴訟」の行政裁量論において人権論の領分を切り拓くには、いかなる方策が考えられるか。[38] 詳細な考察は別稿に譲らざるをえないが、ここで一つだけその候補を挙げておきたい。それは、職務命令の合憲判断によって否定されていない自由を、懲戒処分の裁量審査において考慮することである。たとえば、起立・斉唱を求める職務命令が合憲と判断された場合に憲法上の権利性を否定されるのは、当該職務命令によって強いられ

た行為をしない自由、すなわち「起立・斉唱しない自由」に限られる。したがって、懲戒処分がその他の自由を制限しているのであれば、そこに人権論の領分を見出すことができるのである。

この点で参考になるのが、最近の「君が代訴訟」の裁判例である東京高判平成二七年五月二八日判時二二七八号二一頁である。[39] 同判決は、君が代懲戒処分事件判決とは異なり、懲戒処分の裁量審査において人権に明示的に言及した。すなわち、第一に、校長の職務命令や前回の停職処分について原告が抗議活動を行ったことを、懲戒処分の加重を基礎づける具体的事実として大きく考慮することについて、「思想及び良心の自由や表現の自由を保障する日本国憲法の精神に抵触する可能性があり、相当ではない」と説いた。これは、抗議活動をする自由という、職務命令の合憲判断によって否定されていない人権を、裁量審査において考慮したものといえよう。第二に、不起立行為等による職務命令違反の回数を重ねるごとに、懲戒処分を一律かつ機械的に加重するという方針について、「日本国憲法が保障している個人としての思想及び良心の自由に対する実質的な侵害につながるものであり、相当ではない」とした。これは、当該方針を思想・良心に基づく不利益取扱いと評価したものと解しうる。すなわち、同判決が説いているように、不起立行為等による職務命令違反を理由とする懲戒処分の場合には、体罰など他の原因による懲戒処分の場合とは異なり、個別事情を十分に考慮することなく、職務命令違反の回数のみで一律かつ機械的に処分を加重する方針が採られている。同判決は、そこに、思想・良心に基づく不利益取扱いを看取したのだと考えられる。[40]

同判決に対する評価も含めて、人権に基づく行政裁量統制の手法については、今後の課題としたい。道徳が「教科化」されるなど、学校現場において「教員としての義務」と「個人としての思想・良心」との衝突がますます深刻化しつつある今日、これは喫緊の課題といわねばならないだろう。

（1）　たとえば、宮田三郎「行政裁量」公法研究五五号（一九九三年）一三六頁以下参照。

（2）　ここでいう「事情」には、本文で引用した「不起立行為等の動機、原因」が「個人の歴史観ないし世界観等に起因するものである」ことのほか、「不起立行為等の性質、態様」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」ことや、「不起立行為等の結果、影響」として「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に評価の困難な事柄である」こと等が含まれている。

（3）　たとえば、渡辺康行「憲法上の権利と行政裁量審査――判例状況の分析と今後の方向性」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相〔上〕』（有斐閣、二〇一三年）三二五頁以下、青井未帆「適用上違憲と処分違憲に関する一考察――起立斉唱命令違反を理由とする懲戒処分の『合憲性』を主な素材に」同上書四八一頁以下、田中謙「判批」判自三六五号（二〇一三年）五〇頁以下、原島啓之「判批」法政研究七九巻四号（二〇一三年）六五頁以下参照。

（4）　理由づけは異なるが、本稿と同様の結論を採るものとして、森口千弘「平成二四年一月一六日判決における『思想・良心の自由』の意義」Law & Practice 七号（二〇一三年）一七九頁以下がある。

（5）　川神裕「裁量処分と司法審査（判例を中心として）」判時一九三二号（二〇〇六年）一一頁。

（6）　高木光「比例原則の実定化――『警察法』と憲法の関係についての覚書」芦部信喜先生古稀記念『現代立憲主義の展開〔下〕』（有斐閣、一九九三年）二三一頁が指摘しているように、「比例原則は元来私人の側の権利自由をできる限り尊重することをめざしており、その厳格な適用は……裁量の否定につながる可能性を有しているが、そのように解される領域は比較的限定されており、一定の裁量を認めつつその限界を画するという機能を有することが期待されている場面が多いように思われる」。

（7）　村田斉志「行政法における比例原則」藤山雅行＝村田斉志編『行政争訟〔改訂版〕』（青林書院、二〇一二年）八六頁参照。

（8）　たとえば、山本隆司「日本における裁量論の変容」判時一九三三号（二〇〇六年）一四頁参照。なお、行政裁量ではなく立法裁量に関する判例であるが、夫婦同氏制事件判決（最大判平成二七年一二月一六日民集六九巻八号二五八六頁）は、裁量論において「憲法上の権利」とそれに至らない「人格的利益」を明確に区別している。詳しくは、畑佳秀「判解」曹時六八巻一二号（二〇一六年）二三八－二四八頁参照。

（9）三段階審査に馴染まない権利については別途検討が必要であるように思われるが、その点には立ち入らない。
（10）小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第三版〕』（尚学社、二〇一六年）三四頁。
（11）奈良次郎「判解」最判解民事篇昭和四四年度（下）一〇三四頁。
（12）山本・前掲注（8）一四頁、宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究七一号（二〇〇九年）一〇三頁、渡辺・前掲注（3）三三五頁など参照。
（13）大橋弘「判解」最判解民事篇平成九年度（下）一〇四三頁。
（14）亘理格「公立学校施設とパブリック・フォーラム論――憲法・行政法の共振回路としての公共施設法」法教三二九号（二〇〇八年）四六－四七頁参照。
（15）小山・前掲注（10）一九六頁。
（16）小山・前掲注（10）一九八頁。
（17）川神裕「判解」最判解民事篇平成一八年度（上）二三〇頁参照。なお、同判決が判断過程審査を行ったことをもって審査密度の向上（行政裁量の限定）と捉え、その根拠を集会の自由に求める論者も少なくないが、かかる解釈は次の理由により首肯し難い。第一に、市民会館の使用不許可処分が集会の自由を制限していないにもかかわらず、なぜ集会の自由に基づいて当該処分に係る行政裁量が限定されるのか、その理由が不明である。第二に、判断過程審査は、審査手法の一つに過ぎず、「中程度の審査密度」（比較的高い審査密度）を意味するものではないと解される（村上裕章「判断過程審査の現状と課題」法時八五巻二号（二〇一三年）一四頁、藤田宙靖ほか「藤田宙靖先生と最高裁判所（三・完）」法教四〇二号（二〇一四年）四五－四六頁〔中川丈久、藤田宙靖発言〕など参照）。したがって、判断過程審査の採用をもって審査密度の向上と捉えることは、そもそも妥当でない。
（18）本事件においては、起立・斉唱を求める職務命令だけでなく、ピアノ伴奏を求める職務命令もなされていたが、本判決が後者についても思想・良心の自由に対する間接的制約性を認めているのかは不明である。そのため、本稿では、ピアノ伴奏を求める職務命令は基本的に考察の対象外とする。
（19）香城敏麿「判解」最判解刑事篇昭和四九年度二二一－二二二頁。
（20）香城・前掲注（19）二二二頁。

(21) 岩﨑邦生「判解」最判解刑事篇平成二四年度五〇七頁。
(22) これは公労法を憲法二八条に適合的に解釈したものといえる（宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、二〇一二年）七〇－七一頁参照）。
(23) 中野次雄「判解」最判解刑事篇昭和四一年度二四七頁。
(24) 厳密には、全逓名古屋中郵事件判決は、禁止違反に対する不利益が「不合理」である場合には憲法二八条違反になる余地を認めていると読むことができ、その点で猿払事件判決とは若干の相違があるようにも思われるが、判決も調査官解説もこの点については特に説明していない。
(25) 香城敏麿「判解」最判解刑事篇昭和五二年度一五七頁。
(26) こうした判例の変遷を、政治部門に対する司法のあり方という観点から分析したものとして、大沢秀介「最高裁判所と憲法裁判」同『司法による憲法価値の実現』（有斐閣、二〇一一年）一五八－一六〇頁参照。
(27) 山下純司ほか『法解釈入門』（有斐閣、二〇一三年）一九八頁〔島田聡一郎執筆〕。
(28) なお、可罰的違法性が制裁の問題であるということは、違法性がすべて制裁の問題であるということを意味しない。たとえば、正当業務行為を理由とする違法性阻却（刑法三五条）は、「その行為を禁止してもよいが、罰してはならない」と判断するものではなく、「その行為を禁止してはならない」と判断するものである以上、禁止の問題であるといえる。したがって、西山記者事件決定（最決昭和五三年五月三一日刑集三二巻三号四五七頁）が、被告人の取材行為が刑罰法規の構成要件に該当することを認めたうえで、正当業務行為を理由とする違法性阻却の検討において「取材の自由」を考慮したのも、制裁ではなく禁止の問題において取材の自由論を展開したものであり、禁止と制裁の区分論と矛盾しないといえる（同決定が構成要件の合憲限定解釈という手法を採らなかった理由については、堀籠幸男「判解」最判解刑事篇昭和五三年度一六一－一六五頁参照）。なお、同決定は、「報道機関の取材行為については、その行為が『そそのかし』罪の構成要件該当性がある場合であっても、その社会的相当性のゆえに、その違法性推定機能が働かない」と解している（同一七〇頁）。そのため、同決定が取材の自由論を違法性阻却の検討に位置づけたことは、人権保障にとって不利な土俵を選んだことにはならない。
(29) 蟻川恒正「立川ビラ事件最高裁判決を読む」法教三九二号（二〇一三年）一〇八－一〇九頁。

(30) なお、原級留置処分についても同様の配慮が必要だと説かれている。
(31) この点を早期に指摘したものとして、宍戸・前掲注（12）一〇五－一〇六頁参照。
(32) 原告の体育の単位を認定しなかったことは、強制ではなく制裁として把握するのが自然であるようにも思われるが、一審判決は、「剣道実技を履修しなくとも体育の単位を認定した場合には、代替措置を認めた場合と同様、原告に対して剣道実技の履修を強制したことにはならない」と考えたのであろう。
(33) また、「本件各処分は、……剣道実技に参加しなかったという事態を学業成績の一つとして評価して、校長の裁量判断の結果採られた措置であって、法令上剣道実技の履修拒否から当然導かれる効果ではない」（川神裕「判解」最判解民事篇平成八年度（上）一八四－一八五頁）という点も考慮されたものと思われる。
(34) 川神・前掲注（33）一八五頁も、「本判決は、……信教の自由が背景にあることを十分考慮に入れるべきものとしつつ、裁量権の逸脱濫用に当たるかどうかという観点から判断をしたものである」（傍点引用者）と述べている。
(35) 神橋一彦「憲法と行政法――行政法における基本権『侵害』の意義を中心に」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法の基礎理論』（日本評論社、二〇一六年）七九頁も、このような解釈の可能性を指摘している。
(36) 川神・前掲注（33）一八四－一八五頁。
(37) もっとも、仮に「本件職務命令が思想・良心の自由を制限している以上、それを理由として不起立行為等の動機・原因という考慮事項の重みづけがなされうる」と解するならば、本件懲戒処分自体が思想・良心の自由を制限しているか否かは重要ではなくなる。しかし、かかる解釈に対しては、なぜ合憲とされた人権制限を理由として考慮事項の重みづけがなされるのか、という疑問が残る。
(38) 個人の「尊厳」という観点からこの問題を探究したものとして、蟻川恒正「『命令』と『強制』の間――最高裁判例に潜在する『個人の尊厳』」同『尊厳と身分――憲法的思惟と「日本」という問題』（岩波書店、二〇一六年）一八五頁以下参照。
(39) 同判決の評釈として、榎透「判批」重判平成二七年度一八頁以下、西原博史「判批」判時二三〇二号（二〇一六年）一四八頁以下など参照。
(40) 森口・前掲注（4）一八七－一八八頁は、このような形で人権論の領分を切り拓く可能性を早期に指摘していた。