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

Title	思想・良心の表出としての消極的外部行為と司法審査
Sub Title	
Author	青柳, 幸一(Aoyagi, Kouichi)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 公法I : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.63- 92
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000001-0063

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.

思想・良心の表出としての消極的外部行為と司法審査

青柳幸一

一　問題の所在
二　内面的精神活動と積極的外部行為
三　「君が代」ピアノ伴奏拒否事件上告審判決
四　消極的外部行為と司法審査

一　問題の所在

「国旗及び国歌に関する法律」（以下「国旗・国歌法」と略称）が公布・施行（一九九九年八月一三日）される以前から、学習指導要領には「日の丸」・「君が代」に関する規定が置かれていた。始まりは、一九五八年の、国旗を掲揚し、国歌を斉唱することが「望ましい」と規定した学習指導要領改訂である。一九七七年の学習指導要領改訂では、法律に先立って「君が代」が国歌と規定された。「入学式及び卒業式において、国旗の掲揚や国歌の斉唱を行わない学校があるので、その適切な取り扱いについて徹底する」ことを求める一九八五年八月二八日付通知（文初小第一六二号）によって、国旗の掲揚・国歌の斉唱の指導が強化されていく。そして、国旗・国歌法制定の前年、一九九八年三月一五日付文部省告示二五号により改定された中学校学習指導要領は、「入学式や卒業式などにおいてはその意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする」と規定した。

「学校における『国旗・国歌』の指導は内心にわたって強制するものではない」という一九九四年の政府統一見解や、国旗・国歌法の制定過程での政府答弁で「政府としては、今回の法制化に当たり、国旗の掲揚等に関し義務づけを行うことは考えておらず、したがって、国民の生活に何らの影響や変化が生ずることとはならないと考えている」（一九九九年六月二九日衆議院本会議での小渕内閣総理大臣の答弁）[1]等と説明されていたこととは異なる状況が、学校現場では進行していった。指導の徹底を担保するのは、違反への処分である。[2]学校現場における国旗掲揚や国歌斉唱をめぐって、多くの訴訟が提起されている。二〇〇七年二月二七日、最高裁判所（以下「最高裁」と略称）第三小法廷は、「君が代」訴訟に関する初めての判断を下した。東京都日野市立小学校の入学式で国歌斉唱のピアノ伴奏を拒否して戒告処分を受けた音楽教諭が都教育委員会に処分取り消しを求めた訴訟で、最

高裁は、「伴奏を命じた校長の職務命令は合憲」と判断し、教諭側の上告を棄却した（民集六一巻一号二九一頁）。

一連の「日の丸」・「君が代」訴訟における核心的争点のひとつは、「思想及び良心」の表出としての積極的あるいは消極的外部行為の保障あるいは制約である。

憲法一九条は、「思想及び良心」と明記しつつ、内面的精神活動の自由を保障している。[3] それは、個々人の内心への権力による介入を禁止する。内心への権力による介入の最たるものは、人間の内心そのものを直接、かつ物理的にコントロールすることである。そもそもそれが不可能なことであるならば、人間の内心そのものは本来的に自由といえる。もし科学技術（精神医学）の発達によって人間の内心そのものを直接コントロールすることが可能になれば、憲法一九条の保障は独自の意義を有することになる。

憲法一九条のもとで、内心の告白の直接的あるいは間接的強制が問題となる。しかし、憲法一九条の保障をめぐる問題は、それだけにとどまらない。三菱樹脂事件上告審判決（最大判一九七三［昭和四八］年一二月一二日民集二七巻一一号一五三六頁）も述べているように、「元来、人の思想、信条とその者の外部的行動との間には密接な関係があ」る。内面的精神活動は、内面に留まり続けるわけではなく、それが外面的精神活動として具体化されもする。内心の表出としての外部行為の制約の場合に、「思想及び良心」の自由自体への侵害も問題になる。それは、とりわけ、当該制約が外面的精神活動の制約にとどまらず、特定の思想や良心を有していること自体の否定でもある場合である。そこまでの制約に至らない場合には、「思想及び良心」と当該外部行為とのかかわりが問われつつ、基本的には憲法二〇条、二一条、二三条の問題として論じられる。むしろ、憲法一九条にとって一つの実践的保障の問題となるのは、内心の表出としての消極的外部行為である。その場合、鍵を握るのは、「思想及び良心」の定義であり、消極的外部行為と思想・良心の関係である。

謝罪広告事件（最大判一九五六［昭和三一］年七月四日民集一〇巻七号七八五頁）において、田中耕太郎裁判官補

足意見は、良心を「世界観や主義や思想や主張をもつこと」と捉えることによって、思想と良心の概念上の相違を否定した。確かに、保障の程度という観点からすると思想と良心とを区別する意義はない。しかし、文脈的には、両者を区別する意義はあると思われる。なぜなら、思想と良心を区別しないことによって、倫理的なことにかかわる良心の意義が無視あるいは軽視されているように思われるからである。

本稿では、「思想及び良心」と外部行為の関係という視点から憲法一九条をめぐって争われた関連判例を、その判断枠組および事実評価に焦点を合わせつつ、概観する。そのうえで、思想・良心の表出である消極的外部行為が問題となる「君が代」ピアノ伴奏拒否事件上告審判決における法廷意見、補足意見、そして反対意見の相違に注目する。なぜなら、そこには、判断枠組および事実評価の相違に止まらず、司法審査のあり方の相違が存在するからである。本稿の目的は、「君が代」訴訟をめぐる裁判例や学説の動向の分析[4]ではない。本稿の目的は、司法審査のあり方という視点から当該判決を分析し、内心の表出としての消極的外部行為の保障について、いわば実践的に検討するものである。それは、学説における審査基準論の「行き詰まり」を打破するためにも一定の意味を有すると思われる。

（1）日本弁護士連合会『公立の学校現場における「日の丸」・「君が代」の強制問題に関する意見書』二〇〇七年二月一六日参照。

（2）例えば、東京都教育委員会は、二〇〇三年一〇月二三日付で、国旗掲揚・国歌斉唱の実施に当たり、校長の職務命令に従わない教職員は服務上の責任を問われることを周知すべきことを通達し、この通達に基づく処分者数は、二〇〇八年三月三一日までで延べ四〇八名となっている。

また、教育委員会が学校行事での君が代斉唱の際に起立しない教職員名を報告させることも行われている。この報告をめぐって、神奈川県個人情報保護審査会は、二〇〇七年一〇月二四日、県教育委員会の「不起立情報は客観的事実であり、思想・

信条には該当しない」という主張を退け、当該行為は「神奈川県個人情報保護条例が禁止する思想・信条に関する個人情報の収集」にあたるとして、県教委に個人情報の収集や保管をやめるよう答申した。二〇〇八年一月一七日、神奈川県個人情報保護審議会も、同様の判断を示した。なお、国歌斉唱時に起立しなかった教職員の氏名等を記載した文書における非削除決定取消等請求事件の判決として、枚方市不起立教員調査情報削除請求事件（大阪地判二〇〇七［平成一九］年四月二六日判タ一二六九号一三二頁、大阪高判二〇〇七［平成一九］年一一月三〇日（判例集未搭載））がある。

（3）憲法一九条に関する文献として、「特集　憲法における思想・良心の自由」法律時報二九巻一号（一九五七年）、久保田きぬ子「思想・良心・学問の自由」清宮四郎／佐藤功編『憲法講座2』一〇六頁（一九六三年）、宮田豊「日本国憲法一九条序説」法学論叢七四巻五・六号一六頁（一九六四年）、種谷春洋「良心の自由の概念」法学セミナー一九七四年四月号五二頁（一九七四年）、同「内面的精神活動の自由」芦部信喜編『憲法Ⅱ人権(1)』二五三頁（一九七八年）、長谷川正安『思想の自由』（一九七六年）、法学セミナー増刊『思想・信仰の自由と現代』（一九七七年）、西原博史『良心の自由』（一九九五年）、小林宏晨『良心の自由と国家』（一九九五年）等がある。

（4）「君が代」訴訟に関わる裁判例と学説の動向を分析するものとして、渡辺康行「『思想・良心の自由』と国歌の心情的中立性（一）」法政研究七三巻一号一頁以下（二〇〇六年）等がある。

二　内面的精神活動と積極的外部行為

1　特定の措置の強制と良心の自由―謝罪広告事件

憲法一九条をめぐるリーディング・ケースは、周知のように、謝罪広告事件である。そこで争われたのは、「謝罪」という行為を強制されることが憲法一九条が保障する良心の自由を侵害するか否か、である。多数意見は、田中耕太郎裁判官補足意見が指摘するように、「憲法一九条にいわゆる良心は何を意味するかについて立ち

入るところがない」まま、「謝罪」を「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」と捉え、それは「上告人に屈辱的若くは苦役的労苦を科し、又は上告人の有する倫理的な意思、良心の自由を侵害することを要求するものとは解せられない」と判示した。多数意見が「倫理的な意思、良心の自由」と述べているところで、この読点を「すなわち」の趣旨と読めば、多数意見も「倫理的な意思」＝「良心の自由」と捉えているとも解される。しかし、いずれにしても、多数意見の結論を導き出した理由は、謝罪の定義であった。

謝罪という行為が思想・良心と結びつくのか否かは、田中補足意見・栗山茂裁判官補足意見と入江俊郎裁判官意見・藤田八郎裁判官反対意見・垂水克己裁判官反対意見との思想および良心の定義をめぐる対立と関連して、問題となる。

本件は自然人に対する謝罪広告命令が問題となった事案であり、自ら悪いとも謝りたいとも思っていないにもかかわらず、強制的に広告という形で謝罪させられる点で、端的に憲法一九条の問題となる。

謝罪や陳謝には、「単に事態の真相を告白」するに止まらず、「一定の倫理的意味があ」る。[5]「良心」と「思想」とを概念上区別すれば、「良心」は倫理的意味にその特質を見出す概念であるように思われる。それゆえ、概念定義という視点からすれば、「良心」を「事物に関する是非弁別の判断」あるいは倫理的判断ないし意思と捉える入江裁判官らの見解が妥当といえる。悪いとも思っていない、謝る気持ちもない人に謝罪や陳謝を強制した場合、本人にとってみれば心外であろうし、「対社会的には本人がかかる広告を出したと受けとられる」可能性があり、それゆえ「本人にとって一定の屈辱的意味を持つことは否定できない」[6]と思われる。良心への侵害と感じさせる可能性を有する本件謝罪広告は、上告人の積極的な表現行為による他者の名誉権の侵害に対する制裁の一つとして課せられたものである。それゆえ、謝罪広告が憲法一九条に対する違憲な制約といえるためには、多数意見の判示を用いて言えば、それが「上告人に屈辱的若しくは苦役的労苦を科」すといえる程度でなければなら

ないことになる。「屈辱的若しくは苦役的」か否かは事実評価にもかかわるので、見解が分かれ得る。それゆえ、この問題は、別の視点から検討することが有意義であるように思われる。つまり、名誉回復の手段としての必要性である。この視点からすると、重要なのは、「間違いであった」という事実の表明であるように思われる。自己の行ったことが悪いとも思ってもいない人に強制的に「謝罪」をしてもらうことは、名誉を回復するための必要不可欠な措置とはいえないように思われる。

多数意見も、すべての謝罪広告について代替執行による強制が許されるとしているのではなく、「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」についてだけ代替執行による強制を認めている。しかし、多数意見は、本件が代替執行による強制が認められる場合であるか否かについて、個別的・具体的に検討しているとは言い難い(7)。

2　外部行為の記述による思想・良心の了知

本稿のテーマにとって重要であるのは、外部行為と「思想及び良心」の関係をめぐる事案である。そのリーディング・ケースとして、三菱樹脂事件判決を挙げることができる。

(一)　三菱樹脂事件判決

本判決は、企業が採用応募者に対して申告を求める事項のうち在学中における団体加入や学生運動参加の事実の有無は、「直接その思想、信条そのものの開示を求めるものではないが、さればといって、その事実がその者の思想、信条と全く関係のないものであるとすることは相当でない。元来、人の思想、信条とその者の外部的行動との間には密接な関係があり、ことに本件において問題とされている学生運動への参加のごとき行動は、必ずしも常に特定の思想、信条に結びつくものとはいえないとしても、多くの場合、なんらかの思想、信条とのつな

がりをもつていることを否定することができない」のであり、問題となっている事項に関する調査は、「被上告人の政治的思想、信条に全く関係のないものということはできない」、と判示している。

(二) 麹町中学内申書事件（最二判一九八八［昭和六三］年七月一五日判時一二八七号六五頁）

本件では、高校入学試験の判断資料とされている調査書（内申書）の備考欄および特記事項欄における記述が問題となった。そこ「にはおおむね『校内において麹町中全共闘を名乗り、機関紙『砦』を発行した。学校文化祭の際、文化祭粉砕を叫んで他校生徒と共に校内に乱入し、ビラまきを行つた。大学生ML派の集会に参加している。学校側の指導説得をきかないで、ビラを配つたり、落書をした。』との記載が、欠席の主な理由欄には『風邪、発熱、集会又はデモに参加して疲労のため』という趣旨の記載がされていた」。本判決は、問題となった「いずれの記載も、上告人の思想、信条そのものを記載したものでないことは明らかであり、右の記載に係る外部的行為によっては上告人の思想、信条を了知し得るものではない」、と判示した。

(三) 事実の記述と思想

外部行為と内心の関係という点での、「人の思想、信条とその者の外部的行動との間には密接な関係があ」ることを肯定し、在学中における団体加入や学生運動参加の事実の有無に関する調査が「被上告人の政治的思想、信条に全く関係のないものということはできない」とする、三菱樹脂事件判決の判断枠組および評価は妥当なものといえる。他方で、麹町中学内申書事件判決の評価には問題がある。かりに記載されていることがすべて客観的事実であるとしても、三菱樹脂事件判決の評価の仕方からすれば、「校内において麹町中全共闘を名乗り、機関紙『砦』を発行した」とか、「大学生ML派の集会に参加している」等の記述は、当該生徒の思想や信条を了知させうるものといえる。

なぜ、麹町中学校内申書事件判決は、事実の記載と内心との関係について三菱樹脂事件判決とは異なる評価を

行ったのであろうか。これは推測にすぎないが、当該中学生が行った行為に対する否定的評価、中学生がこのような思想をもつことは不適切であるという価値判断等が、当該評価の背景にあるように思える。もしそうであるとすると、そのような評価や価値判断の妥当性自体が、子どもの人権の観点から検討される必要がある。

3　団体による組織的決定と構成員の「思想及び良心」の自由

思想および良心の自由の侵害が主張された一連の事案として、団体の決定に基づく構成員の協力義務の限度をめぐる問題がある。

(一)　国労広島地本事件（最三判一九七五〔昭和五〇〕年一一月二八日民集二九巻一〇号一六九八頁）

本件では、「組合に加入していることが労働者にとって重要な利益で、組合脱退の自由も事実上大きな制約を受けている」労働組合における政治的活動のための資金への協力義務が問題となった。この点に関する本判決の判断枠組は、「一般的にいえば、政治的活動は一定の政治的思想、見解、判断等に結びついて行われるものであり、労働組合の政治的活動の基礎にある政治的思想、見解、判断等は、必ずしも個々の組合員のそれと一致するものではない」ので、政治的団体とは異なる労働組合が「多数決による政治的活動に対してこれと異なる政治的思想、見解、判断等をもつ個々の組合員の協力を義務づけることは、原則として許されないと考えるべきである。かかる義務を一般的に認めることは、組合員の個人としての政治的自由、特に自己の意に反して一定の政治的態度や行動をとることを強制されない自由を侵害することになる」、というものである。「総選挙に際し特定の立候補者支援のためにその所属政党に寄付する資金である」政治意識昂揚資金に関する部分でも、「選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかは、投票の自由と表裏をなすものとして、組合員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断ないしは感情等に基づいて自主的に決定すべき事柄である」と判示している。

本判決のポイントは、政治的自由であり、投票の自由であって、思想の自由そのものではない。政治的問題や誰に投票するか等の判断は「個人的な政治的思想等に基づいて自主的に決定すべき事柄である」という文脈において、思想が挙げられているだけである。

(二) 南九州税理士会政治献金事件（最三判一九九六［平成八］年三月一九日民集五〇巻三号六一五頁）

本判決の判断枠組の基礎にあるのは、税理士会が強制加入団体であり、実質的に会員には脱退の自由がないことである。そこから、本判決は、「構成員である会員には、様々の思想・信条及び主義・主張を有する者が存在することが当然に予定されている」ので、「会員に要請される協力義務にも、おのずから限界がある」とする。本件における寄付の目的は税理士法の改正にかかわる運動であるので、そのこと自体は税理士会の「目的の範囲内」ともいえるものである。しかし、本判決は、政治資金規正法上の政治団体への寄付であることを問題とした。なぜなら、「これらの団体に金員の寄付をすることは、選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかに密接につながる問題」と捉えたからである。それは、国労広島地本事件判決が述べているように、「選挙における投票の自由と表裏を成すもの」であり、それは本来「会員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄であるというべきである」ので、「このような事柄を多数決原理によって団体の意思として決定し、構成員にその協力を義務付けることはできない」。

本判決のポイントも、国労広島地本事件判決同様、投票の自由であり、思想の自由そのものではない。本件で鍵を握るのは、「本件寄付を投票の自由と表裏を成すもの」という位置づけである。

(三) 群馬司法書士会事件（最一判二〇〇二［平成一四］年四月二五日判時一七八五号三一頁）

本件では、阪神・淡路大震災により被災した司法書士会に対する復興支援拠出金のための特別会費の徴収が問題となった。多数意見の判断枠組は、「被上告人は、本件拠出金の調達方法についても、それが公序良俗に反す

るなど会員の協力義務を否定すべき特段の事情がある場合を除き、多数決原理に基づき自ら決定することができる」というものであり、そして本件に関しては被上告人が強制加入団体であることを考慮しても、「特段の事情があるとは認められない」として協力義務を肯定した。その理由は、「本件負担金の徴収は、会員の政治的又は宗教的立場や思想信条の自由を害するものではなく、また、本件負担金の額も、登記申請事件一件につき、その平均報酬約二万一〇〇〇円の〇・二％強に当たる五〇円であり、これを三年間の範囲で徴収するというものであって、会員に社会通念上過大な負担を課するものではない」ということである。

本件は、個々人が内面に抱く倫理感に基づく消極的外部行為にかかわる事案であり、良心の自由の侵害が問題となる事案であった。しかし、本判決は、本件をそのように位置づけなかった。本判決のポイントは、復興支援のための特別会費の徴収は思想および良心の自由を侵害するものではないという評価である。

㈣　善き行いと良心

判例は、投票や政治的見解とかかわる場合に、それは構成員各個人が自律的に決定すべき問題であり、団体が強制するものではないと考えている。それは、「目的の範囲内」か否かに関する判断として、ひとつの道理に適った判断枠組といえよう。しかし、それらは、既に確認したように、思想および良心の自由の侵害そのものをめぐる問題ではない。思想および良心の自由そのものにかかわるのは、義援金のため特別会費の徴収をめぐる群馬県司法書士会事件である。同第一審判決（前橋地判一九九六［平成八］年一二月三日判時一六二五号八〇頁）は災害復興支援活動を「目的の範囲外」と判示したが、それは必ずしも適切な判断とは言えない。八幡製鉄事件上告審判決が述べているように、ある団体が慈善活動を行うことは、定款で書かれていなくとも、強制加入団体であっても、「目的の範囲内」と言い得るからである。したがって、当該事件での復興支援金の支出自体が違法と評価されるわけではない。しかし、「群馬県司法書士事件における核心的争点は、一般に倫理的に善いことと評価さ

れることを強制することができるのか否かである。そこにどのような人権侵害があるのか疑問視する判例評釈もあるが、しかし、それはまさにリベラリズムの根幹にかかわる問題を提起する。国家、社会あるいはより小さな『共同体』において、多くの人々が『善い』と思う生き方だからといってそれを他の人に強制することはできない。一般に倫理的に善いと思われる行いであっても、人道的と一般には賞賛される行いであっても、それにコミットメントしないという個々の人の生き方を否定することはできない。小さな事柄と思われるような事案であればあるほど、リベラリズムの真髄が試されるように思われる[8]」。

本件の憲法上の核心的問題は、拠出を強制される金額が「社会通念上過大な負担を課する」ものであるか否か、ではない。核心的問題は、「善き行い」と一般的に評価される行為であるからといって、それを強制することまで正当化されるわけではない、と考えることが憲法一九条によって保障され得るのか否か、である。そのような考え自体は異常なことではないし、ありえることである。なぜなら、「善き行い」それ自体が各人の「心」にかかわる事柄である以上、「心」を強制することには、「個人の尊重」を基本原理とする日本国憲法において決して小さくない問題が存在するからである。災害被害のための義援金に賛成する会員有志による拠出であっても、強制加入団体である会の「心」は、十分に伝わるように思われる。

（5）宮沢俊義『憲法Ⅱ［新版］』三四五頁（一九七一年）。

（6）初宿正典「良心の自由と謝罪広告の強制」憲法判例百選Ⅰ［第四版］七九頁（二〇〇〇年）。

（7）最高裁は、「ポスト・ノーティス」事件（最判一九九五［平成七］年二月二三日民集四九巻二号三九三頁）でも、個別的・具体的検討を十分に行っているとはいえない。

（8）青柳幸一「団体の自律と個人の自由」同『人権・社会・国家』一四〇頁注3（二〇〇二年）。本判決の深澤武久裁判官反対

意見および横尾和子裁判官反対意見も、良心の自由への侵害を問題にしているわけではない。

三　「君が代」ピアノ伴奏拒否事件上告審判決

1　「日の丸」・「君が代」訴訟

内心と外部行為の関係という本稿のテーマにとって重要なのは、近時の一連の「日の丸」・「君が代」訴訟である。一連の日の丸・君が代訴訟[9]をめぐって下級審判決の判断が分かれているが、積極的外部行為ばかりでなく、消極的外部行為が問題となった事案でも、多くの下級審判決は、職務命令を適法とし、処分を是認している。

教師に日の丸を掲揚する卒業式等に出席する義務は「教師に内心の世界観等の告白を強制するものでないかぎり、思想及び良心の自由の侵害に当たらない」（大阪市立鯰江中学校日の丸事件控訴審判決［大阪高判一九九八（平成一〇）年一月二〇日労働判例七〇一号六一頁］）、学習指導要領の国旗条項は「一方的な一定の理論や理念を生徒に教え込むことを教師に強制するものとはいえない」（大津日の丸事件［大津地判二〇〇一（平成一三）年五月七日判タ一〇八七号一一七頁］）等と判示されている。消極的外部行為に関する事案でも、当該行為の性質に関する検討はなされていない。卒業式欠席を理由とする懲戒処分の取消を求める訴訟で、懲戒処分は「思想、信条を侵害し、正当な組合活動に対し圧力をかける目的でなされたものではない」（三郷市立南中学校事件［浦和地判一九九九（平成一一）年四月二六日判例地方自治一九七号四八頁］）として、懲戒処分が是認されている。

そのようななかで注目されるのは、起立斉唱義務不存在確認訴訟第一審判決（東京地判二〇〇六［平成一八］年九月二一日判時一九五二号四四頁）と北九州市国歌斉唱不起立事件第一審判決[10]（福岡地判二〇〇五［平成一七］年四月二六日）である。前者は、「少数者の思想・良心の自由を侵害する行き過ぎた職務命令は違憲」と判断している。

後者は、「実際に式の進行に混乱が生じたこともなく、不起立行為が一定の思想、良心を背景に持つものであることなどからも、被告の裁量の範囲を超える」として、減給処分を取消している。下級審判決のこのような状況のなかで、「君が代」訴訟に関する最初の最高裁判決が下された[11]。

2 「君が代」ピアノ伴奏拒否事件上告審判決の判断枠組と事実評価

(一) 事案の概要

上告人は、一九九九年四月一日から日野市立A小学校に音楽専科の教諭として勤務していた。A小学校では、一九九五年三月以降、卒業式から（以降各年度の入学式・卒業式において）、音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で「君が代」の斉唱が行われてきており、同校の校長は、一九九九年四月六日に行われる入学式においても、音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で「君が代」を斉唱することとした。

四月五日、A小学校において本件入学式の最終打合せのための職員会議が開かれた際、上告人は、校長から国歌斉唱の際にピアノ伴奏を行うよう言われたが、自分の思想、信条上、また音楽の教師としても、これを行うことはできない旨発言した。校長は、上告人に対し、本件入学式の国歌斉唱の際にピアノ伴奏を行うよう命じたが、上告人は、これに応じない旨返答した。校長は、入学式当日にも入学式開始前に、校長室において上告人に対し、改めて、入学式の国歌斉唱の際にピアノ伴奏を行うよう本件職務命令を言い渡した。しかし、上告人は、これに応じない旨返答した。本件入学式が開始され、「国歌斉唱」となったが、上告人はピアノの椅子に座ったままであった。校長は、約五ないし十秒間待った後、あらかじめ用意しておいた「君が代」の録音テープにより伴奏を行うよう指示し、これによって国歌斉唱が行われた。

東京都教育委員会は、同年六月一一日付けで、上告人が本件職務命令に従わなかったことが地方公務員法三二

条及び三三条に違反するとして、地方公務員法（平成一一年法律第一〇七号による改正前のもの）二九条一項一号ないし三号に基づき、上告人を戒告処分に処した。

(二)　多数意見の判断枠組と事実評価

多数意見は、謝罪広告事件判決をはじめとして、四つの先例[12]を挙げている。そのなかでも、多数意見の判断枠組に影響を与えているのは、変形されてではあるが、公務員の表現の自由への付随的・間接的規制に関する猿払事件判決（最大判一九七四［昭和四九］年一一月六日刑集二八巻九号三九三頁）の判断枠組[13]である。

まず、多数意見は、「君が代」ピアノ伴奏拒否という消極的外部行為が憲法一九条の保障のもとにあることを、一般的には否定する。

多数意見は、「『君が代』が過去の日本のアジア侵略と結び付いており、これを公然と歌ったり、伴奏することはできない、また、子どもに『君が代』がアジア侵略で果たしてきた役割等の正確な歴史的事実を教えず、子どもの思想及び良心の自由を実質的に保障する措置を執らないまま『君が代』を歌わせるという人権侵害に加担することはできない」という上告人の「おもい」を、「『君が代』が過去の我が国において果たした役割に係わる上告人自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上の信念等」と位置づけ、さらに、本件入学式の国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することが上告人にとってその「歴史観ないし世界観に基づく一つの選択」であることを認める。ただし、多数意見は、結局は、「一般的には」、ピアノ伴奏拒否が歴史観ないし世界観「と不可分に結び付くものということはでき［ない］」（［　］内は、青柳）とする。

次に、本件の場合においても、多数意見は、本件職務命令が上告人の「思想および良心」を侵害するものではないとする。多数意見によれば、「上告人に対して本件入学式の国歌斉唱の際にピアノ伴奏を求めることを内容とする本件職務命令が、直ちに上告人の有する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」。その理由は、「本件職務命令当時、公立小学校における入学式や卒業式において国歌斉唱として『君が代』が斉唱されることが広く行われていたことは周知の事実であり、客観的に見て、入学式の国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏をするという行為自体は、音楽専科の教諭等にとって通常想定され期待されるものであって、上記伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するという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なものであり、特に、職務上の命令に従ってこのような行為が行われる場合には、上記のように評価することは一層困難であるといわざるを得ない」からである。

他方で、多数意見は本件職務命令の正当性を、憲法一五条二項の「全体の奉仕者」条項を援用して、公務員の「地位の特殊性及び職務の公共性」を根拠に、地方公務員法三〇条、三二条を位置づけ、さらに入学式等において音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で国歌斉唱を行うことは、学校教育法一八条二号、二〇条、学校教育法施行規則（平成一二年文部省令第五三号による改正前のもの）二五条に基づいて定められた小学校学習指導要領（平成元年文部省告示第二四号）第四章第二D（1）、同章第三の三の「趣旨に適うものであり、……その目的及び内容において不合理であるということはできないというべきである」として、是認する。こうして、多数意見は、本件職務命令は「上告人に対して、特定の思想を持つことを強制したり、あるいはこれを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものでもなく、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制するものとみることもできない」のであって、「本件職務命令は、上告人の思想及び良心の自由を侵すものとして憲法一九条に反するとはいえない」と結論づける。

㈢　那須弘平裁判官補足意見の判断枠組と事実評価

那須補足意見は「本件の核心問題」を、「職務命令により入学式における『君が代』のピアノ伴奏を強制されることは、上告人の……歴史観や世界観を否定されることであり、さらに特定の思想を有することを外部に表明

する行為と評価され得ることにもなるものではないか」という心理的な矛盾・葛藤を生じさせる点で、本件職務命令と上告人の思想・良心の自由との間に「一定の緊張関係を惹起させ、ひいては思想及び良心の自由に対する制約の問題を生じさせる可能性」と捉える。

そして、補足意見は、次の二点を検討する。第一は、入学式におけるピアノ伴奏の有する両面性、すなわち、内面性（演奏者の思想・良心の自由に深くかかわるという側面）と外部性（入学式の進行において参列者の国歌斉唱を補助し誘導するという行為という側面）のバランスである。ここで、補足意見は外部性を重視する。なぜなら、当該教員の内面性を優先させると「学校教育の均質性や組織としての学校の秩序維持に深刻な問題を引き起こし、ひいては良質な教育活動の実現にも影響を与えかねない」し、「少なくとも、入学式等の学校行事については、学校単位での統一的な意思決定とこれに準拠した整然たる活動」が必要であるからである。第二の検討は、多元的な価値の併存を可能にする運営に関することである。つまり、入学式における「君が代」の斉唱について消極的な意見を有する人々の立場と斉唱することに積極的な意義を見いだす人々の立場の併存である。補足意見は、この点に関しても、「学校としての統一的な意思決定と、その確実な遂行が必要な場合」における「校長の監督権（学校教育法二八条三項）や、公務員が上司の職務上の命令に従う義務（地方公務員法三二条）の規定に基づく校長の指導力」を重視する。

なお、補足意見は、代替措置についても言及しているが、テープ演奏では「伴奏の必要性を十分に満たすものとはいえない」として、「音楽専科の教諭に伴奏させることは極めて合理的な選択であ」るとする。

㈣　藤田宙靖裁判官反対意見の判断枠組と事実評価

藤田反対意見は、「本件における真の問題」に関して多数意見や補足意見とは異なって把握し、さらに多数意見および補足意見の思考が「余りにも観念的・抽象的に過ぎる」と批判する。反対意見によれば、「本件におけ

る真の問題」は、「『君が代』が果たしてきた役割に対する否定的評価という歴史観ないし世界観それ自体」の侵害の問題もさることながら、「むしろ、入学式においてピアノ伴奏をすることは、自らの信条に照らし上告人にとって極めて苦痛なことであり、それにもかかわらずこれを強制することが許されるかどうかという点にこそあ」り、「後者の側面こそが、本件では重要なのではないかと考え」られるし、「このような信念・信条を抱く者に対して公的儀式における斉唱への協力を強制することが、当人の信念・信条そのものに対する直接的抑圧となることは、明白であるといわなければならない。そしてまた、こういった信念・信条が、……国民一般に到底受入れられないようなものであるのではなく、自由主義・個人主義の見地から、それなりに評価し得るものであることも、にわかに否定することはできない」。それゆえ、「そのような信念・信条に反する行為（本件におけるピアノ伴奏は、まさにそのような行為であることになる。）を強制することが憲法違反とならないかどうかは、仮に多数意見の……考えを前提とするとしても、改めて検討する必要がある」と主張する。

反対意見のこのような「本件における真の問題」把握の背景には、「『君が代』に対する評価に関し国民の中に大きな分かれが現に存在する以上、公的儀式においてその斉唱を強制することについては、そのこと自体に対して強く反対するという考え方も有り得るし、また現にこのような考え方を採る者も少なからず存在する」という社会的事実に対する評価が存在する。

右記のような問題把握から、反対意見は、個別的・具体的に「更に慎重な検討」を行う。

まず、反対意見は、君が代斉唱の目的に関して、「子供の教育を受ける利益の達成」という学校行政の究極の目的のために「入学式における『君が代』斉唱の指導」という中間目的が設定され、それを実現するために「入学式進行における秩序・紀律」及び「（組織決定を遂行するための）校長の指揮権の確保」を具体的な目的とした「『君が代』のピアノ伴奏をすること」という職務命令が発せられるという構造と捉える。しかし、反対意見によ

れば、これらの究極目的や中間目的が直接にあるいは当然に「君が代」のピアノ伴奏を強制することの「不可欠性を導くものでもない」。究極目的――中間目的――職務命令による強制という「この重層構造のそれぞれの位相に対応して慎重に検討されるべきであ」り、「入学式進行における秩序・紀律」及び「校長の指揮権の確保」という具体的な目的との関係において考量されることが必要である。前者に関して、反対意見は、「上告人は、当日になって突如ピアノ伴奏を拒否したわけではなく、また実力をもって式進行を阻止しようとしていたものでもなく、ただ、以前から繰り返し述べていた希望のとおりの不作為を行おうとしていたものにすぎなかった」という「争いのない事実」から、「校長は、このような不作為を充分に予測できたのであり、現にそのような事態に備えて用意しておいたテープによる伴奏が行われることによって、基本的には問題無く式は進行している」という事実評価を導き出す。

さらに、反対意見は、業務の性質と伴奏の代替可能性それ自体に関しても論ずる。反対意見は、「入学式におけるピアノ伴奏が、音楽担当の教諭の職務にとって少なくとも付随的な業務であることは否定できないにしても、他者をもって代えることのできない職務の中枢を成すものであるといえるか否かに」ついても、個別・具体的な検討を求める。この点、反対意見は、「付随的な業務であるからこそ、本件の場合テープによる代替が可能であったのではないか」、「仮にテープを用いた伴奏が吹奏楽等によるものであった場合、生のピアノ伴奏と比して、どちらがより厳粛・荘厳な印象を与えるものであるかには、にわかには判断できない」と述べている。

こうして、藤田反対意見は、本件の真の問題の内容に関して「更に詳細な検討を加える必要があり」、また思想および良心の自由と職務命令との考量に関しても「本件事案の内容に即した、より詳細かつ具体的な検討がなされるべきである」として、原判決を破棄し、原審に差し戻す必要があるとする。

（9）　一連の訴訟に関しては、大阪教育法研究会「日の丸・君が代訴訟事例集」<http://kohoken.hp.infoseek.co.jp/lib/khk194a2.htm#19720428> 参照。

（10）　判決文は、LEX/DB 文献番号二八一〇一六九で読むことができる。本判決の評釈として、西原博史・ジュリスト一二九四号一〇〇頁（二〇〇五年）、同・季刊教育法一四六号八八頁（二〇〇五年）、大津尚志・月刊高校教育三八巻一二号八八頁（二〇〇五年）、松田浩・法学セミナー六一四号一二〇頁（二〇〇六年）がある。

（11）　本判決の判例評釈として、羽根一成・地方自治職員研修四〇巻五号六三頁（二〇〇七年）、多田一路・法学セミナー五二巻六号一一二頁（二〇〇七年）、門田孝・法学セミナー増刊『速報判例解説 Vol. 1』三三頁（二〇〇七年）、田中孝男・同上七五頁、森英明・ジュリスト一三四四号八三頁、安西文雄・判時一九八一号一七〇頁、渡辺康行・ジュリスト一三三七号三二頁（二〇〇八年）、同・法律のひろば六一巻一号六〇頁（二〇〇八年）、同・判例セレクト'07（法学教室三三〇号別冊付録）五頁、井上典之『憲法判例に聞く』七七頁（二〇〇八年）等がある。

（12）　多数意見が挙げる先例は、謝罪広告事件判決および猿払事件判決のほかに、教師の教授の自由の点で旭川学テ事件（最大判一九七六［昭和五一］年五月二一日刑集三〇巻五号六一五頁）、そして地方公務員の労働基本権の点で岩手教組学テ事件（最大判一九七六［昭和五一］年五月二一日刑集三〇巻五号一一七八頁）である。

（13）　猿払事件判決の審査方法の問題性については、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』第Ⅴ論文、第Ⅵ論文（一九八一年）等参照。

四　消極的外部行為と司法審査

1　判断枠組の精緻化と事案の個別的・具体的検討の必要性

(一)　抽象的・観念的議論からの脱却

多くの学説は、人権制約法令の合憲性の「審査」に関して、精神的自由を経済的自由に比べて手厚く保護する

「二重の基準」論を基礎においた「三種の基準」論として具体化している。[14] しかし、学説は、残念ながら、審査基準論を深めてきているとは言えない状況にある。何が「必要不可欠の目的」であるのか、何が「重要な目的」であるのか、詰めた議論は行われていない。また、目的と手段の関係に関しても、どのような場合に「実質的関連性」があるといえるのか、必ずしも究明されていない。また、判例の読み方や判例評釈における立法事実および司法事実の徹底的な分析の点でも、問題が残されているように思われる。[15]

「二重の基準」論、「三種の基準論」の母国であるアメリカでも、変化がみられる。まず、明白の原則と結びついた、最も緩やかな審査基準である「単なる合理性の基準」に関する変化である。連邦最高裁は、一九八五年に、障碍をもつ人たちのグループ・ホーム建設許可申請を不許可にした市の処分が争われた City of Cleburne v. Cleburne Living Center 判決（473 U. S. 432）[16]において、「合理性の基準」を用いつつも、事案の内容に即した個別・具体的に事実を検討し、不許可処分を違憲とした。その審査基準は、「威力のある（with teeth）合理性に基準」といえるもので、「合理性の基準」の際の抽象的・観念的な手段審査から離脱する方向を指摘できる。

他の一つは、「理論上は厳格な、事実上は致命的な審査」[17]と言われていた「厳格審査の基準」に関してである。ロー・スクールにおける人種を考慮した入学選抜方法の合憲性をめぐる判決において、連邦最高裁は、「厳格審査の基準」を「致命的ではない」[18]と明言した。その明言は、手段審査において「文脈」による判断を組み込んだことに起因する。その「文脈」の取り込み方には問題があるが、「厳格審査の基準」＝違憲判決という硬直化から脱し、当該事案の内容に即して具体的な検討をする方向性それ自体は、評価されてよいであろう。

日本の判例（多数意見）にも、若干の変化を見出すことができる。最高裁大法廷は、二〇〇八年六月四日、国籍法三条一項が定める国籍取得に関する婚姻要件を違憲とした（裁判所時報一四六一号三頁）。従来、差別問題に関して、最高裁は、審査基準といえるものを立ててきたわけではない。嫡出子性の有無による法定相続分差別が

問題となった事件[19]でも、多数意見は、立法目的との関係で別異に扱うことが「著しく不合理であ」るか否かで判断した。それは、審査基準に引き寄せていえば、「単なる合理性の基準」といえる[20]であろう。そこでは、目的と手段の間に抽象的・観念的な関連性があれば、合憲とされる。それに対して、国籍法三条一項違憲判決は、目的と手段の「合理的関連性」の有無を問い、かつ、それを社会的事実の変化を踏まえて具体的に検討し、合理的関連性がないと結論づけた。当該判決の「合理的関連性」は、審査基準に引き寄せて言えば、「威力のある合理性の基準」といえよう。

国籍法三条一項違憲判決は、第三者所有物没収事件判決を処分違憲（あるいは適用違憲）と捉える多数説[21]に従えば、八件目の法律違憲判決となる。これらの法律違憲判決における大きな特徴の一つは、そのなかに表現の自由を規制する法律に関する違憲判決が一件もないことである。その主要な原因は、表現の自由規制立法の合憲性に関して、猿払事件判決や成田新法事件判決（最大判一九九二［平成四］年七月一日民集四六巻五号四三七頁）等が採用する「単純な比較衡量」論にある。そこでは、目的と手段の合理的関連性が合憲性推定原則と結びついた、抽象的・観念的な合理性で充足される[22]。

そもそも、抽象的で観念的な比較衡量は、その比較衡量の前提に存在する一般的な判断枠組（価値秩序・価値衡量）が結論の鍵を握ることになる。すなわち、価値や価値序列を引き合いに出すことによって合理的基礎づけの要請を回避させ、実際に行われた比較衡量の決定に「合理的な外観」を与える[23]。それゆえ、「単純な比較衡量」論にも、現実的基礎づけなしに結論を導き出すという批判が当てはまることとなる。個別的比較考量論や単純な比較衡量論は、規制に、すなわち、権力側に有利な価値判断が先行しており、それゆえに規制を支持する衡量になりがちである点で問題を内在させている[24]からである。

抽象的な価値秩序・価値衡量論の問題性は、予め価値あるいは原理の優先関係を確定する「二重の基準」論に、

そしてそれを基礎にした「三種の基準」論にも当てはまる。とりわけ、ドイツでは、人権カタログにおける価値序列（「表現の自由の優越的地位」論は、否定されている。[25]この点について詳論する紙幅はすでにないが、私見によれば、精神的自由の優越的地位論の論拠を人権としての価値の高さに求めることは「神々の争い」に陥り、民主主義との関係に求めることは道具あるいは手段としての精神的自由論になりかねない。日本国憲法では制約の可能性の「幅」の点で精神的自由と経済的自由には条文上の違いがある。それ以外の、精神的自由を制約する法令の合憲性を厳格度を高めた基準で「審査」する根拠を求めると、精神的自由を規制する法律は政治的過程それ自体を歪めるものであり、それゆえ政治過程では治癒し難いので、裁判所による救済が強く求められる点にあると思われる。[26]

(二)　事案の内容に即した個別的・具体的検討の必要性

価値秩序論や比較衡量論をめぐる根源的問題を解消するためにも、判断枠組のより精緻な構成および審査基準論の内容・意義に関する正確な理解ばかりでなく、事案の内容に即した個別的・具体的に検討することが必要不可欠である。事案に即した検討における個別的・具体的比較衡量においては、「制約される人権を侵害する程度が大きければ大きいほど、保護される権利や利益は重要でなければならない」[27]という原則は、有益であるように思われる。

法解釈によって導き出される判断枠組を事案に「あてはめ」れば、答えが自動的に出てくるわけではない。また、審査基準を確定し、それを事案に「あてはめ」れば答えが自動的に出てくるわけではない。そもそも、人権制約をめぐる問題は、法解釈よって導き出される判断枠組だけで問題が解決できることはほとんどなく、基本的に、当該事件に関する立法事実および司法事実に関する徹底的な分析が必要不可欠である。[28]したがって、結論先取り的という意味で硬直化した審査は、それが最も厳格度の高い「厳格審査の基準」のもとであろうと、最も緩

やかな「単なる合理性の基準」のもとであろうと、本来的に適切なものとはいえない。「審査基準」のネーミングが、重要なのではない。「審査基準」が確定できたとしても、その基準のもとで「事案の内容に即した、詳細で具体的な」検討を行わなければ、当該事案に関する説得力のある結論を導き出すことはできない。

2 「君が代」ピアノ伴奏拒否事件における個別的・具体的検討

(一) 判断枠組

法律で国歌とされている「君が代」に対して否定的評価を抱くことは、憲法上人権として保障されるのであろうか。対象が何であろうと、それに対して否定的評価を抱くこと自体は、個々人の内心の自由であり、憲法一九条によって保障される。「君が代」が大日本帝国の諸々の行為と結びついて果たさせられてしまった役割をも含めた否定的評価は、多数意見も認めるように、「歴史観ないし世界観」という思想および良心に基づくものいえる。確かに、一般的・抽象的には、多数意見が述べるように、ピアノ伴奏拒否が歴史観ないし世界観「と不可分に結び付くものということはでき」ないであろうし、「『君が代』のピアノ伴奏をするという行為自体は、音楽専科の教諭等にとって通常想定され期待されるものであ」ろうし、「君が代」のピアノ「伴奏を行う教諭等が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」であろう。しかし、本件の事案の内容に即して個別的・具体的に検討すると、異なる判断も導き得る。本件で上告人は、校長との話し合いのなかで、「君が代」のピアノ伴奏をすることと自己の「思想及び良心」との密接な関連性について伝えている。本稿の基本的視座からすると、多数意見の見解にはなお個別的・具体的検討の点が不十分であるように思われる。

確かに、校長の職務命令は学校教育法に基づく権限であり、学習指導要領の法的拘束力を肯定すれば、「君が代」ピアノ伴奏を上告人に命じることは「その目的及び内容において不合理であるということはできない」とい

えるであろう。しかし、学習指導要領の法的拘束論はおくとしても、国旗の掲揚や国歌の斉唱を義務づけるものではないと説明されていた国旗・国歌法との整合性は問題になる。そして、なによりも、憲法一五条二項の「全体的奉仕者」を公務員の権利・自由の制約根拠とすることは、藤田反対意見が述べているように、憲法論として問題がある。

藤田反対意見は、「君が代」への反対という「信念ないし信条」を告白しても「『踏み絵』の場合のように……そのこと自体によって、処罰されたり懲戒されたりする恐れがあるわけではない」とする。確かに、「君が代」への反対という「信念ないし信条」告白によって直接的な制裁はないのかもしれない。しかし、日本の状況は、私の主観的な印象にすぎないのではあるが、そのような告白によって間接的な、あるいは隠微な形の「制裁」はありうるようにも思われる。そうであるとすると、藤田反対意見が本件における「真の問題」とされる、本人の思想および良心に照らして「極めて苦痛」であることへの侵害の問題を検討する前に、「君が代」ピアノ伴奏が上告人の「歴史観ないし世界観」の侵害でもあるとした場合におけるその合憲性について、検討することも意味があるように思われる。後者の問題性が是認されるならば、藤田反対意見の指摘する「真の問題」でも認められることになろう。

個々人の「歴史観ないし世界観」に基づく「君が代」に対する評価は、藤田反対意見が述べるように、「国民の中に大きな分かれが現に存在する」し、「公的儀式においてその斉唱を強制することについては、そのこと自体に対して強く反対するという考え方も有り得るし、また現にこのような考え方を採る者も少なからず存在する」。このような事実認識が正しいならば、「君が代」に対する肯定・否定いずれの評価も、それ自体が誤りであるとされるものではなく、いずれの評価も個々人の「思想及び良心」にかかわる内心の自由として保障される。問題は、そのような評価が消極的外部行為として表出した場合である。そこでは、自己の「思想及び良心」と

「君が代」ピアノ伴奏を命ずる校長の職務命令との、いわば「義務の衝突」が生じている場合に、職務命令よりも自己の「思想及び良心」を優先させて、当該命令を拒否する行為の憲法適合性が問われている。

(二) 事案の内容に即した個別的・具体的検討

上告人は地方公務員であるが、公務員であるからといって、人権がすべて否定されるわけではない。例えば、藤田補足意見が正当に指摘しているように、公務員が「『全体の奉仕者』であるということからして当然に、公務員はその基本的人権につき如何なる制限をも甘受すべきである、といった一般論により、具体的なケースにおける権利制限の可否をきめることができない」。ここでも、権利制限の可否を決定するためには、事案の内容に即した個別的・具体的検討が必要不可欠である。

本件における個別的・具体的検討において、まず問題となるのは、学校行事という「文脈」である。学校行事にとって、入学式や卒業式は重要なものといえる。それゆえ、入学式や卒業式が円滑に行われることは、必要といえよう。そもそも、入学式や卒業式で「君が代」を歌わなければならないのかが、問われる。それについては、見解が分かれるであろう。憲法論からすると、国歌であることから「君が代」の斉唱の強制が正当化されるわけではないが、他方で「君が代」の斉唱自体が違憲となるわけでもない。上告人が行ったのは、式典の遂行を妨害する積極的な行為ではなく、ピアノ伴奏の拒否という消極的な行為である。したがって、問題は、拒否によって式典の円滑な運営が阻害されたか否かである。そこにおける核心的な争点は、ピアノの生演奏の方がテープ演奏よりも良いか否かではなく、ピアノの生演奏でないと式典が円滑に運営できないのか否か、である。

本件における職務命令に至る状況を具体的にみると、校長は上告人に対して何度か説得を試みており、他方で、上告人も伴奏できないことをその理由とともに校長にその都度伝えている。校長の職務命令に至る手続が不適正であるとはいえない。他方で、この両者のやりとりのなかで、校長は上告人による拒否を想定し、準備すること

は可能であった。そして、校長は「現にそのような事態に備えて」テープを用意していた（藤田反対意見）。そして、入学式当日も、テープによる伴奏が行われ、「基本的には問題無く式は進行している」（藤田反対意見）。そうであるとすると、本件では、ほぼ円滑に入学式は運営されたといえるのではなかろうか。そもそも、式典において必要不可欠であるのは「君が代」の斉唱であり、それがピアノ伴奏によって行われることが入学式の円滑な運営にとって必要不可欠とまで断言することはできないであろう。

次に、代替措置の、いわば有効性が問題となる。テープによる伴奏は、ピアノによる伴奏よりも上告人にとってその「思想及び良心」を制約しない手段であることは明らかである。争点は、テープ演奏では「伴奏の必要性を十分に満たすものとはいえない」（那須補足意見）のか、それとも「仮にテープを用いた伴奏が吹奏楽等によるものであった場合、生のピアノ伴奏と比して、どちらがより厳粛・荘厳な印象を与えるものであるか」（藤田反対意見）である。この問題は、まさに主観的な印象の問題なので、藤田反対意見がいうように「にわかには判断できない」。円滑な運営が「厳粛・荘厳な」式典であることまで含むか否かは、議論が分かれるであろう。式典として「厳粛・荘厳」であることが望ましいと思う人もいるであろうが、円滑な運営ということ自体は、式次第が順調に進行することを意味すると思われる。そうであるとすると、テープ伴奏でも、式典の円滑な運営は実現可能であるように思われる。

最後に、個別的・具体的問題として、藤田反対意見が指摘するように、「君が代」以外はピアノ伴奏が行われていたのに、「君が代」だけがテープ演奏であったことによって、参加者に「違和感」を抱かせることはありえよう。しかし、そうであるとしても、「違和感」は、人権を制約する、道理に適った正当化理由とは言い難い。

事案の内容に即した個別的・具体的検討によれば、上告人の行為は、サボタージュでもエゴイズムから出たものでもなく、上告人の「世界観ないし人生観」の真摯な表出といえる。上告人の「君が代」ピアノ伴奏拒否とい

う行為は、「実力をもって式進行を阻止しようとしていたものでもなく、ただ、以前から繰り返し述べていた希望のとおりの不作為を行おうとしていたものにすぎなかった」（藤田反対意見）消極的外部行為である。そして、テープ伴奏への切り換えで滞った時間は五秒ないし十秒ということであるので、「基本的には問題無く式は進行している」（藤田反対意見）といえるであろう。「思想及び良心」の真摯な表出である本件のような消極的外部行為を、懲戒処分によって制裁するのではなく、むしろ個人の内心を尊重してそれを「受け容れる」[29]社会が、日本国憲法が描いている社会ではないであろうか。

（14）青柳幸一「公共の福祉」同『個人の尊重と人間の尊厳』三一九頁以下（一九九六年）参照。

（15）青柳幸一「憲法判例における主論」筑波ロー・ジャーナル創刊号一頁以下（二〇〇七年）参照。

（16）本判決については、青柳幸一「知的障害者の権利と平等保護」同『個人の尊重と人間の尊厳』四一二頁以下（一九九六年）参照。

（17）Gunther, The Supreme Court 1971 Term – Forward, 86 Harv. L. Rev. 1, 8 (1972).

（18）Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306 (2003). 本判決については、安西文雄「ミシガン大学におけるアファーマティブアクション」ジュリスト一二六〇号一二二頁（二〇〇四年）等が紹介している。

（19）本判決については、青柳幸一「嫡出性の有無による法廷相続分差別」憲法判例百選Ⅰ［第五版］五四～五五頁（二〇〇七年）参照。

（20）五名の反対意見は、多数意見のそれを、正当にも、「単なる合理性」と指摘している。

（21）第三者所有物違憲判決に関して、私見は実質的な法律違憲判決と捉えている（青柳幸一「法令違憲・適用違憲」同『個人の尊重と人間の尊厳』四三八頁以下（一九九六年）参照。

（22）確かに、市民会館の使用拒否処分の合憲性が争われた泉佐野市市民会館事件判決（最三判一九九五［平成七］年三月七日

民集四九巻三号六八七頁）は、集会への使用を認めないためには当該集会によって「明らかに差し迫った危険の発生が具体的に予見されること」を要求し、実質的に厳格度を高めた審査をしたと評価することができる。しかし、「単純な比較衡量」論を採りつつ「明らかに差し迫った危険」という厳格度の高められた基準を語る点で、内容の首尾一貫性という問題が残る。

(23) Vgl. H. Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz, 1973, S. 64; E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1534.

(24) 青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」同『個人の尊重と人間の尊厳』三三七頁以下（一九九六年）参照。価値序列の否定に関しては、さらに、R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S. 134ff.; E. Klein, Preferred Freedoms-Doktrin und deutsches Verfassungsrecht, in: Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Ernst Benda, 1995, S. 135-152.; Ders., Gibt es seine Hierarchie der Menschenrechtsnormen?, 2008（二〇〇八年三月に開催された日独共同研究での報告原稿）等参照。

(25) 個別的比較衡量論に対する批判については、奥平康弘「表現の自由」宮沢俊義先生暦記念・日本国憲法体系七巻一〇六～一一八頁（一九六五年）、芦部信喜「現代における言論・出版の自由」同『現代人権論』一七〇～一八〇頁（一九七四年）等参照。

(26) なお、経済的自由に関する司法消極主義の論拠の一つである経済政策に関する裁判所の判断能力の不足論を強調しすぎることには問題がある。経済的自由を規制する法令の合憲性審査においても、規制目的に関しては精神的自由を規制する場合よりも広いが、目的と手段の関連性に関しては事実に基づいた審査が必要である。

(27) Vgl. Alexy, a. a. O.［Anm. 23］, S. 146ff.

(28) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』一一七頁以下（一九七三年）参照。

(29) ここでいう「受け容れる」（受容）は、J. Derrida が説く「寛容」と対立する「歓待」（ハーバーマス／デリダ／ボッラドリ［藤本一勇／澤里岳史・訳］『テロルの時代と哲学の使命』一九二～二〇四頁［二〇〇四年］参照）と同趣旨のものである。「歓待」という日本語が惹起しかねない誤解を避け、かつ「寛容」という言葉がもつ差別性の問題を認識して、「寛容」を超える意味で「受け容れる」とした。