

論 説

「君が代」ピアノ伴奏拒否に対する 戒告処分をめぐる憲法上の問題点

戸 波 江 二

はじめに

1. 思想・信仰と義務の免除
 2. 思想・信仰の自由と社会的義務の対立に関する司法審査の基本的なあり方
 3. 「君が代」ピアノ伴奏を命ずる職務命令と思想の自由の対立にあたって基本的に考慮すべき要素
 4. 校長によるピアノ伴奏の職務命令による上告人の思想・良心の自由の制限の合憲性・適法性
 5. 君が代の伴奏を拒否した音楽教師に対する戒告処分の適法性
- おわりに

はじめに

本件では、入学式における君が代斉唱のためのピアノ伴奏を命ぜられた音楽教師が自己の思想・良心に基づいて伴奏を拒否し、それを理由にして校長のした戒告処分の違法性が争われている。1 審判決（東京地判平15・12・3 判時1845号135頁）は、職務命令および戒告処分の適法性について、被告の主張をすべて認めて原告の訴えを斥け、控訴審判決（東京高判平16・7・7 判例集未登載）もほぼ同様の結論を下した。しかし、本件訴訟は、基本的に重要な憲法問題を含む憲法事件であり、これらの判決は憲法上の論点を軽視し、結論において不当な判断を下している。本意見書は、⁽¹⁾

（1） 本稿は、2005年1月10日、君が代ピアノ伴奏拒否事件の最高裁審理にあたって

本件「君が代」ピアノ伴奏訴訟がきわめて重要な憲法事件であるという前提から、そこで論ぜられるべき憲法上の論点について意見を述べ、それを通じて最高裁判所に本事件について明快かつ重要な憲法判断を下すことを希望するものである。⁽²⁾

本件での重要な憲法上の特徴ないし論点としては、①本件が思想良心の自由に基づく「社会的義務の免除」を要求するという、現代社会に顕著にみられるようになってきた個人の思想・信仰・表現の自由と社会秩序の対立という基本的な図式に基づくものであること、②「君が代」の斉唱を強制によって義務づけることが憲法上許されるか、とくに入学式に際して校長が君が代の伴奏を音楽教師に命ずることができるかという重要な社会・教育問題が問われていること、③君が代の伴奏を拒否した音楽教師を戒告処分⁽³⁾に付することに正当な理由があるかどうか、校長の処分が思想・良心の自由を侵害するものではないかどうかに関して、校長の権限行使の違法性を行政の適正な権限行使という視点から慎重に審査する必要があること、④本件を審理する裁判所は、問題の核心が人権保障規定のなかでも基本をなす「思想・良心の自由」の侵害にかかわる憲法事件であること、という諸点がある。本件について判断を下すにあたっては、これらの諸点の重要性を十分に認識し、憲法問題を適切に解決するために有効な法律論を構成して事件の解決を図るべきである。

1. 思想・信仰と義務の免除

従来の日本の社会では、自己の思想や信仰に基づいて独自に行動し、そ

提出された鑑定意見書を加筆補充したものである。意見書を書く機会を与えてくださった上告人弁護団の吉峯啓晴弁護士、および、作成した意見書を精読して貴重な助言をくださった高橋拓也弁護士にお礼を申し上げる。

(2) 1 審判決の評釈として、小野方資『「君が代」ピアノ伴奏強制事件」季刊教育法141号(2004年)93頁以下がある。また、君が代問題に関する詳細な検討として、西原博史『学校が「愛国心」を教えるとき』(日本評論社、2004年)参照。

れによって社会一般の行動様式とは異なる態度を示すということは、あまりみられなかった。しかし、最近では、思想や信仰に基づいて積極的に自己の考えや行動を主張し、とりわけ社会一般に課せられている義務の遵守を拒否し、あるいは、義務の免除を求めるという紛争が多くみられるようになってきた。外国の例では、1990年前後から続いているフランスの小学校でのチャドル⁽³⁾事件があり、ドイツでも、イスラム教の信者の教師採用の拒否の例がある。日本では、神戸高専で体育必修科目の剣道受講を拒否した「エホバの証人」信者の学生に対する原級留置、退学処分の取消しが争われた訴訟（最判平成8・3・8民集50巻3号469頁）がある。また、団体内部での思想の自由が争われた南九州税理士会事件（最判平成8・3・19民集50巻3号615頁）や群馬司法書士会事件（最判平成14・4・25判時1785号31頁）も同様の系列に属する。

自己の思想・信仰・信念に基づいて、それに反する義務の免除を求めるという訴訟は、今後ますます増えていくものと推測される。それは、個人の自律と自己決定が人間の生き方の基本に置かれる自由な社会のなかで、個人のアイデンティティを自己の内面の思想に求める生き方が増えていくからであり、社会の側でも、個人の思想や信仰に根ざした生き方を尊重することが必要になるからである。また、社会生活上の義務が個人の思想・信仰を圧迫し、個人の自由な意思に反した行動を要求するとき、個人の側でその義務履行の強制に対して異議を唱え、それを裁判で争うことが

(3) イスラム教のシンボルのスカーフ（チャドル）を着用して登校した生徒に対して、校長が学校内での宗教活動の禁止の原則に反するとして、懲戒処分をくだし、その当否が裁判で争われた。事件はフランスのなかの異文化の許容と排除、移住外国人の受容と反感という多文化社会の基本対立とも関係して、全国的な議論となった。この問題については、樋口陽一『近代国民国家の憲法構想』（東京大学出版会、1994年）114頁以下、小泉洋一『政教分離と宗教的自由』（法律文化社、1998年）201頁以下参照。また、フランスで2004年に公立学校でのスカーフの着用を禁止する法律が制定されている。さらに、多文化社会のなかでの少数の信仰者の諸問題について、石村修「公立学校における宗教的少数者」法律時報69巻7号78頁以下（1997年）参照。

多くなると推測されるからである。

このような思想・信仰に基づく異議申し立てを争う裁判において、裁判所のとるべき役割はきわめて重要なものとなる。裁判所の基本的な立場は、社会のなかで自己の思想・信仰にこだわり、それに固執して義務の免除を求める人々に対して、その要求を否定することではなく、むしろ、その要求を尊重し、社会のなかでの調和を図ることに向かわなければならない。現代における思想・信仰は、総じて自己の思想・信仰にこだわる個人ないし少数者によって主張されるのであって、したがって、それらの思想・信仰に基づく要求を保護することこそが、個人の人権保障を貫く裁判所の使命であり、また、自由な社会を成り立たせるための必要条件であるからである。

以上の意味で、裁判所は、本件での基本的な問題視角を、個人の思想・信仰の自由と社会的義務と対立の調整ととらえ、思想・信仰の自由を尊重しながら適切な調整を行うということに置かなければならない。

2. 思想・信仰の自由と社会的義務の対立に関する 司法審査の基本的なあり方

(1) 対立の調整の難しさ

思想・信仰の自由と社会的義務の衝突にあって、それを適切に調整して妥当な結論を導き出すことは、とりわけ2つの点できわめて困難である。一つは、思想・信仰と社会的義務の衝突の事例が、さまざまな場面において、さまざまな社会的義務とその免除要求とをもって生ずるために、その調整は概括的・一般的に行うことができず、個々の具体的な事情の細かな考慮が不可欠であることである。このことは、公立学校のなかでの生徒の信仰ないし宗教活動に対する許容性の問題を考えると明らかになる。すなわち、宗教的中立性の原則を遵守すべき公立学校において、生徒ないし学生が信仰上の理由から特別の義務の免除を要求するという場合であって

も、教会学校に出席するために日曜参観授業について「欠席」の記載をしないことを求めた生徒の要求を認めなかった校長の判断を支持した判決（東京地判昭和61・3・20行集37巻3号347頁）もあれば、「エホバの証人」剣道拒否事件のように信仰に基づく剣道実技の免除要求を認めずに原級留置・退学処分にした校長の措置を支持した1審判決（神戸地判平成5・2・22判時1524号20頁）、それを覆した2審判決（大阪高判平成6・12・22判時1524号8頁）および最高裁判決（最判平成8・3・8民集50巻3号469頁）もある。学校のなかでの生徒の宗教的活動の許容性が争われる場合はさまざまであり、その信仰に基づく要求がさまざまであるばかりでなく、義務の拒否に対して学校のとる措置（不利益処分）の内容・程度もさまざまである。ここにおいて、どのような判断枠組みで、どのような要素を重視して行うかが重要な問題となる。

他の一つは、思想・信仰と社会的義務の衝突の調整にあっては、個人の思想・信仰という人格の本質的部分が関連するものである以上、思想・信仰に優位を認めるにせよ社会的義務を優先させるにせよ、きわめて困難な判断を強いられるということである。その例として、ドイツ基本法の定める良心的兵役拒否が挙げられる。⁽⁴⁾ 基本法4条3項は、「何人も、その良心に反して、武器をもってする軍務を強制されてはならない」と規定し、良心に基づく兵役義務の免除を定めている。一般に、社会的義務に関する免除を認めることの当否については、その社会的義務の遵守が国家・公共生活にとって必要であるという前提に立つものであり、義務の免除はなるべく認めるべきではないという点でも、また、社会的な義務の免除を特定の者にのみ認めると不平等な取扱いとなるという点でも、義務の免除を安易に容認することは妥当ではない。とりわけ、国家ないし国民の対外的安全の確保のために課される兵役義務においては、国家の存立に関する基本的な制度であり、国民一般にあまねく遵守を要求されるべきものであって、

（4） ドイツ基本法の良心的兵役拒否について、初宿正典「良心的兵役拒否の自由と平等原則」佐藤＝初宿編『人権の現代的諸相』（有斐閣、1990年）112頁以下参照。

兵役義務の免除はその制度趣旨からして認める余地がないとも考えられる。しかし、それにもかかわらず、ドイツ基本法は良心的兵役拒否を認めたのである。それは、思想・信仰という個人の内面の自由、個人の世界観や価値観という精神作用が、人間が人間として生きていくうえで最重要であることを承認したことにほかならない。兵役義務という最高度に遵守が要求される義務と、戦争や死をもたらす争いに参加しないという良心に基づく決定との対立の調整は困難である。そのなかで、ドイツ基本法は良心的兵役拒否という制度を憲法上明示することによって、個人の良心の尊重へと価値決定を下したのである。そこで問題になるのは、国民に兵役義務を課している国家において、良心に基づく兵役拒否を求める者が現れたとき、憲法上良心的兵役拒否を明示的に定める規定がなくとも、憲法の思想・良心の自由の保障規定を根拠に兵役義務の免除を認めることができるかどうか、そしてとくに、兵役義務の免除を求める請求が裁判所に提起されたときに、裁判所は良心的兵役義務を認めるという毅然とした判断を下すことができるかどうか、である。このような問題設定は、本件での君が代伴奏拒否の思想・良心について裁判所がどのように判断すべきかということに連なることにある。

(2) 義務の免除の要求における思想と信仰の関係

通常、社会的義務の免除の要求がなされる場合に、その多くは信仰を根拠にしている。前述の「エホバの証人」剣道拒否事件がその例である。信仰に基づく免除が認められるのは、信仰が人々の心の拠りどころとなり、人々の心のなかで強い信念となってその行動を規定していることが、すでに長い歴史のなかで無数の事例によって人々に知られているからである。信仰は、それに基づく行動が社会一般の常識ないし慣習に反するものであっても、当該行為を正当化する根拠となるのであって、このことは社会的にすでに広く承認されている。

これに対して、思想・良心の自由は、個人の内心における世界観・宗教

観・イデオロギーなどの精神作用の自由を保障しており、その範囲は信仰を含む広い概念である。信仰と対比すると、思想・良心はさまざまな考えを含むため、その範囲は広い。そこで、思想・良心に基づく義務の免除が認められるかどうかについて、思想・良心の内容に応じて検討することが必要となる。その際に、思想・良心といっても、単なる思いつきや嗜好に基づく表面的な考えに対して、義務の免除を認めることは一般に難しいであろう。しかし、思想・良心についても、少なくともそれが信仰に匹敵する強い信念や世界観的信条に裏打ちされているものであれば、義務の免除の根拠となると解すべきである。信仰には義務の免除を認め、思想・良心には認めないとするのは論理的に一貫しない。真摯な思想・良心に対しては信仰と同様の保護が与えられなければならない。

（3）司法審査のあり方

本件のような思想・良心と社会的義務との衝突において、いかなる違憲審査の枠組みないし違憲審査基準が用いられるべきか。まず第一に、問題の核心が思想・良心の自由に基づく義務の免除の当否にあり、しかも、公立学校での校長の教師に対する職務命令と命令違反による懲戒が問題になっている以上、憲法問題として考察されるべきである。この点で、信仰に基づく剣道実技の拒否の当否について校長の裁量権の逸脱・濫用の論理枠組みをとったエホバの証人剣道拒否事件最高裁判決は妥当とはいえない。第二に、違憲審査基準としては、思想・良心の自由が精神的自由に属するものであるので、アメリカの判例で確立され、日本の憲法学の通説となっている二重の基準の理論にしたがって、厳格な審査基準が採用されるべきである。この点に関連して、第三に、判例とりわけ最高裁判例の憲法問題ないし憲法訴訟に対する取り組みは従来きわめて消極的であったが、その態度は見直されるべきである。裁判所は、憲法裁判に積極的に取り組み、理論的で説得的な違憲審査の基準・方法論をつくり出し、憲法訴訟を活性化して「憲法の番人」としての任務を果たしていかなければならない。日

本の違憲審査のレベルが他国と比較して低いことは周知の事実であるが、その克服は最高裁判所の年来の課題であり、本件は憲法問題に取り組む姿勢を示す好機といわなければならない。

3. 「君が代」ピアノ伴奏を命ずる職務命令と思想の自由の対立にあたって基本的に考慮すべき要素

(1) 思想・良心に基づく義務の免除に関して考慮すべき基本的要素

思想・信仰に基づく社会的義務の免除の問題はさまざまな場面で登場するので、それらを個別的に検討することが必要である。もっとも、思想・信仰と社会的義務との対立を調整するにあたって共通して考慮されるべき要素がある。そのようなものとして、①課される社会的義務の内容・特質・必要性、②社会的義務と思想・信仰との対立が生ずる状況、③主張された思想・信仰の内容、社会的義務によって被る思想・信仰の制約の程度・態様、④社会的義務を拒否することによって与えられる不利益の程度、を挙げることができる。

(2) 「君が代」の伴奏の義務、および、その前提としての学校行事での国歌斉唱の「義務」の特質

(a) 君が代伴奏義務の前提としての君が代の斉唱の義務

本件で問題となっているのは、高等学校の学校行事である入学式で「君が代」のピアノ伴奏を義務づける校長の職務命令の適法性である。そこでは、「君が代」伴奏の職務命令の意義、特質、必要性が検討されるべきであるが、それとともに、職務命令の前提をなす「君が代」の斉唱の強制についても、その意義と問題点を検討することが必要になる。

「日の丸」「君が代」の掲揚・斉唱は、1989年の学習指導要領のなかで「入学式、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、国歌を斉唱するものとする」と定められて以来、多くの公立学校

で実施されてきたが、同時に、日の丸・君が代を拒否する教員の意見も有力であり、教育現場では各地で紛争が生じてきた。その紛争の一つの原因に、何が国旗・国歌かが法的に定められていないという批判があり、そこで政府は、1999年に「日章旗を国旗とする」「日の丸を国歌とする」という国旗国歌法を国会に提出して成立させた。⁽⁵⁾国会での審議過程で、政府は繰り返し、「この法律は国旗・国歌について強制をとまなうものではない」と答弁したものの、結果的にはこの法律は日の丸の掲揚、君が代の斉唱を推進することに力を発揮することになった。つまり、この法律によって、卒業式・入学式での国旗掲揚・国歌斉唱を実施し、そのために教職員に対して職務命令を発することを法的に根拠づけることになったのである。

しかし、国旗国歌を法的に強制することには、多くの点で重大な疑問がある。

(b) 学校での君が代の強制の問題点

まず、一般論として、国家が法律で国民のすべてに国旗の掲揚、国歌の斉唱を義務づけることは、憲法上許されないと考えられる。たとえば、祝日に日の丸を門前に掲揚し、国歌を斉唱することを国民に要求する法律は、国民の思想・良心の自由を侵害し、違憲となろう。人は国家に対する敬愛の念を示すことを強制されるいわれはないからである。もちろん、国民のなかには国旗・国歌に愛着を感じ、率先して日の丸の掲揚、君が代の斉唱に努める人もいよう。しかし、およそ日の丸を掲げるかどうか、君が代を歌うかどうかは個人の自由に属し、それを法的に強制することは個人の内心の自由を侵害することになる。

学校での国旗国歌の強制についても、法的にみていくつか重大な問題がある。

第一に、国旗掲揚・国歌斉唱を教育の場で実施させることにそもそも重

(5) 国旗国歌法について、西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト1166号44頁以下(1999年)、成嶋隆「『国旗・国歌法』の憲法・教育法的検証」杉原古稀記念『21世紀の立憲主義』（勁草書房、2000年）369頁以下参照。

大な問題がある。教育とは、生徒の人格的な成長を保障し、その成長の過程を学校教育において確保することを目的とするものであって、そこで国家意識の高揚、国家への帰属意識の注入を図ることは本来教育にはなじまないものである。教育はあくまでも生徒の学習を通じての成長をめざすものであって、国家への愛着心の育成を図る場ではない。教育において国家への愛着を育成しようとする事自体が場違いなのである。

第二に、国旗国歌の教育の場での実施が、強制の契機をもって実施されていることが批判されなければならない。たとえ国旗の掲揚、国歌の斉唱を実施する場合でも、それはあくまでも自発的で任意の意思に基づくべきである。それは国旗への忠誠や国歌の斉唱の強制を伴うものであってはならず、また、生徒や父兄の反対を無視して強引に実施されるべきものでもない。国旗国歌の強制については、政府もまた国旗国歌法の審議に際して、「国旗国歌法は国旗の掲揚や国歌の斉唱を強制するものではない」と再三再四強調した。また、2004年10月28日に開催された天皇主催の園遊会で、国旗国歌の実施を強引に押し進める東京都で、教育委員として推進施策を支持している棋士米長邦雄が「日本中の学校で国旗を掲げ、国歌を斉唱させることが私の仕事でございます」と話しかけた際に、天皇は「やはり、強制になるということではないことが望ましい」と答えたと伝えられている（10月29日付朝日新聞、毎日新聞等）。国旗国歌を「強制」によって実施することは、根本的に改められなければならない。

第三に、教育の現場に国旗の掲揚、国歌の斉唱を持ち込んだ学習指導要領⁽⁶⁾の法的性格についても、重大な問題がある。学習指導要領の法的拘束力

(6) 学習指導要領の法的拘束力について概観した論稿として、市川須美子「学習指導要領の法的拘束力をめぐる学説」法律時報62巻4号12頁以下（1990年）、成嶋隆「新学習指導要領の法的問題点」法律時報同号38頁以下等参照。学習指導要領の法的拘束力については、旭川学テ最高裁判決（最大判昭和51・5・21刑集30巻5号615頁）が大綱的基準説を採用しながらも、大綱的基準の範囲を広く認定し、さらに、伝習館高校事件最高裁判決（最判平成2・1・18民集44巻1号1頁）が法的拘束力を全面的に認めて以来、実質的に教育内容について広汎に、しかも法的拘束力

については、大綱的基準を超える部分については指導助言の文書にすぎないとする学説の通説的見解と、全面的に法的拘束力を認める行政実務との間で対立があり、最高裁判所は基本的に大綱的基準の範囲内で法的拘束力を認めた（旭川学テ事件最高裁判決（最大判昭和51・5・21刑集30巻5号615頁）、伝習館訴訟最高裁判決（最判平成2・1・18民集44巻1号1頁）参照）。学習指導要領は、文部科学大臣が策定する教育課程の基準であり、学校教育において教えられるべき教育内容に関する統一的な基本文書である。教育課程の基準の定めは、教育の全国水準の確保の観点からして、その必要性を一定の限度で認めることができる。しかし、学習指導要領の法的拘束力を全面的に認めることは妥当ではない。それは、教育の内容は、子どもの教育にとって何が必要かという専門的な判断に基づいて決定されるべきであって、国の行政機関である文部科学省ないし文部科学大臣が一方的に決定すべきではないからである。さらに、学習指導要領の作成にあたって、その内容について国会で議論がなされておらず、文部科学大臣がコントロールを受けずに作成したものであって、それを「法的拘束力」があるとして学校・教師に実施を義務づけているという重大な問題がある。とりわけ、「入学式、卒業式などにおいて、国旗を掲揚し、国歌を斉唱するものとする」という学習指導要領の定めは、教科教育の内容としてではなく、学校行事の一環として定められており、そこに「国家への忠誠」ないし「愛国心」の涵養という要素が加えられているのである。このような教育にとってふさわしくない政治的決定が、国会での議論なしに、文部科学

をもつものとして扱われてきている。しかし、教育内容に関することがらを文科大臣が何の留保もなく一方的かつ広汎に定めることがなぜできるのか、根本的に疑問がある。教育内容について法的拘束力をもって定めるものであれば、その法令上の根拠は明確であるのか（学校教育法20条は法的根拠として不十分ではないか）、文科大臣が法規範を任意に策定できるとするのは国会中心立法の原則に違反しないか、教育の中立性を害することにならないか、など重大な疑問がある。そもそも教育のあり方として、文科大臣の作成する学習指導要領が教育の指針とされることに根本的な問題があるというべきである。

大臣の一方的な決定によって学習指導要領のなかに取り込まれ、学校での実施が法的に義務づけられているのである。⁽⁷⁾

もっとも、「強制」の有無に関して、単に日の丸を掲揚し、君が代を斉唱する機会を設けるのみであれば、強制の要素はないのではないかという疑問もありえよう。たしかに、街並みのどこかに国旗が飾られ、街角で人々が任意で国歌を歌っているのであれば、強制の要素は見出されない。しかし、学校の校内で、式典の重要な要素として、式典の進行にあわせて、式典に参加しているすべての関係者に働きかけるかたちで、国旗の掲揚、国歌の斉唱が実施されるのであれば、そこに参加している人々に対して「強制」として機能するといわなければならない。この点に関連して、ドイツ連邦憲法裁判所のキリスト十字架決定 (BVerfGE 93, 1 (1995)) は、⁽⁸⁾ 小学校のすべての教室に十字架を設置しなければならないと定めたバイエルン州学校規則が信教の自由の保障 (基本法 4 条 1 項) に違反すると判示している。ここでは、単に十字架を教室内に飾ることのみによって、教室で学ぶ少数者の生徒の信教の自由が侵害された、と判断したのである。

(c) ピアノ伴奏の義務

本件で問題となったのは、君が代のピアノ伴奏の義務である。ピアノ伴奏が必要とされるのは、被上告人の主張によれば、「子どもたちが歌いやすいようにピアノの生伴奏を実施する」ためであるとされている。その前提には、入学式において君が代の斉唱を伴う式典を円滑に厳かに実施するという目的があると考えられる。

君が代のピアノ伴奏の義務の前提となる君が代の斉唱それ自体が、自発的であるべき君が代の斉唱を強制し、もって教育において国家主義を生徒に注入し、生徒の自由な思想・信条の形成を侵害するものとして違憲・違

(7) なお、この点に関して、国旗国歌法は1999年8月に施行されたが、本件入学式でのピアノ伴奏に関する事件が生じたのは1999年4月であり、国旗国歌法の適用はなかったことにも留意すべきである。

(8) ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』(信山社、1998年)〔石村修執筆〕98頁以下参照。

法となりうることは前述した。そして、このように解するならば、君が代の斉唱を補助するためにピアノ伴奏を強制することもまた違憲・違法な職務命令と解することができよう。

君が代の斉唱の義務が学習指導要領によって根拠づけられるとしても、そこから君が代をピアノ伴奏すべき義務が当然に出てくるわけではない。否、むしろ君が代の斉唱の義務と、それをピアノ伴奏すべき義務とは関連性がないといわなければならない。本件での根本問題、つまり、なぜピアノ伴奏が必要なのか、そして、音楽教師とはいえ本人が思想・良心に基づいて拒否しているものをなぜ職務命令でさせるのか、という問いに対して、「学習指導要領」の「国歌を斉唱するものとする」という規定によって職務命令を正当化することはできない。君が代のピアノ伴奏の義務は、学習指導要領からは正当化することができず、その意味で、職務上の義務として職務命令を発することの正当化が困難になるのである。

君が代の伴奏を命ずること自体が内容的に違法な行為を義務づけているとはいえないとしても、次の2点において職務命令が違法となると解することができる。

第一は、命令の内容であるピアノの伴奏が、職務命令によって職務上実施を要求するだけの内実をもっていないということである。その当時学校の式典においてピアノ伴奏が職務命令として命ぜられた例は皆無であり、ピアノ伴奏が学習指導要領に記載されているわけでもなく、なぜピアノ伴奏という些細なことがらが職務命令の対象足りうるのかはまったく不明である。ピアノ伴奏が入学式の実施に対して貢献するところはほとんどなく、ピアノ伴奏のないままにテープで君が代の伴奏を流すことも可能であるし、そのように実施している学校も多数存在していた。いかに職務上必要であるとはいえ、「お茶を汲め」、「朝のあいさつをせよ」など、自発的になされるべき常識的行為にまで職務命令を発することは職務命令の許容範囲を超えていると解されるが、これと同様の意味で、式典の実施にとって真に必要とはいえない行為に対してまで職務命令を発して履行させよう

とした点で、それは職務命令の濫用というべきである。校長としては、せいぜいピアノ伴奏を「依頼」し、依頼が拒否された場合に別案を考えるとというのが通常の責任者のとるべき態度である。本件でのピアノ伴奏の職務命令は、入学式の円滑な実施という目的とは関連せず、職務命令をもって実施を義務づけるにはあまりにも些細な行為であって職務命令になじまず、それにもかかわらずそれを命ずる職務命令は違法であると解される。

第二は、とりわけ本件では、上告人が自己の思想・良心と抵触することを理由にピアノ伴奏を明確に拒否していることである。仮に一般にピアノ伴奏の職務命令が適法であるとしても、したがって、君が代の伴奏を思想的に拒絶する意思のない人との関係では適法であるとしても、真摯な思想・良心に基づいて君が代のピアノ伴奏を拒否している上告人との関係では違法となる。この点は、後述(4)において詳しく述べる。

以上のところからして、入学式の実施にとって必要とはいえない些細な事務である君が代のピアノ伴奏を、思想上の理由から拒否している教員に対して、職務命令によって職務上の義務として命ずることは、上告人に対する不必要で不相応に過剰な要求であり、違法といわざるをえない。

(3) 君が代伴奏の義務が課せられている状況

(a) 職務上の義務

社会的義務に対する思想・信条の自由からの免除要求の可否を考える際には、その義務がどのような状況で生じているかに留意しなければならない。本件では、君が代伴奏義務は、学校内で、学校行事たる入学式でのピアノ伴奏を義務づける校長の職務命令に基づいている。

まず、学校行事に際してであっても、国旗の掲揚、国歌の斉唱を生徒に対して義務づける場合には、直ちに違憲問題が生ずる。前述のように、生徒は国旗の掲揚や国旗に対する敬礼や国歌斉唱の義務を負わず、それを法的に強制することは生徒の思想・信条の自由の侵害となるからである。したがって、学校としては、君が代の斉唱に際して歌うかどうかはあくまで

も生徒個人の自由意思に委ねなければならない、強制的に歌わせることは許されない。国旗の掲揚、国歌の斉唱を行う式典に生徒が出席したくないという場合には、欠席・退席の自由が認められ、着席のままでいることも許されなければならない。

これに対して、教師の場合には、職務上の義務を履行すべき責任があるために、事情はやや異なる。卒業式・入学式は学校行事であり、その行事の円滑な遂行は基本的に教員の重要な職務に属する。したがって、一般論としては、教員には卒業式・入学式の実施のための職務に専念し、校長の指示にしたがって任務を遂行する義務がある。

もっとも、職務上の義務においても、その義務ないし職務命令の内容との関係で、職務命令に従わないことが許される場合がある。前述(a)で述べたように、第一に、その義務が違法なものであれば義務に従う必要はなく、義務を履行しないことについて責任を追及されるいわれはない。このことは、たとえば上司から収賄の証拠隠滅の指令を受けた公務員が指令に従う必要はなく、むしろ従ってはならないことを想起すれば明らかである。第二に、義務が違法なものでないとしても、職務命令をもって義務づけるほどの必要性ないし重要性が認められない事務について、職務命令によって実施を義務づけ、従わなかったことを理由に処分に付することは違法となる場合がある。本件の君が代ピアノ伴奏がその例であり、ほとんど不必要な事務を職務命令によって課している点で、違法と解することができる。

それでは、より一般に、職務上の義務と被備者の思想・良心との対立が勤務関係において生じた場合に、それをどのように調整すべきか。一般に職務命令による義務づけとその不履行に対する不利益処分の可否を判断するにあたっては、勤務関係の特質、義務の内容・必要性、拒否の理由、処分の必要性など、さまざまな衡量が必要となる。

(b) 職務上の義務と思想・信仰の自由の対立——ドイツの例

公務員関係や民間会社での勤務関係において、職務上の義務と被備者の

思想・信仰の自由とが対立するという例はしばしばみられるところである。宗教上の安息日と勤務が重なった場合に欠勤できるか、宗教上の紋章・記章・装飾品を身につけて勤務に就くことができるか、思想・信仰を理由に業務の一部の就業を拒否できるか、などである。総じて、勤務上の関係では職務命令が優先され、その命令にしたがうかどうかは、拒否した場合の不利益を引き受けることをも含めて、自己の責任において被傭者が決定することになる。しかし、被傭者に特別の義務の免除ないし不利益処分の回避が認められることもある。

この点に関して、イスラム教信者の教師の学校内でのスカーフ着用の可否が争われたドイツ連邦憲法裁判所の最近の判決が参考になる。イスラム教信者のドイツ人 X が教員の任用に応募したところ、授業中もイスラム教のスカーフを着用する意思があるという理由で任用拒否され、連邦行政裁判所も任用拒否を正当と判示したので、X は連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所 (BVerfGE 108, 282 (2003)) は、任用拒否処分およびそれを適法とした連邦行政裁判所判決が基本法 4 条 (信教の自由)、33条 2 項 (公務就任権)、3 項 (公務における思想・信条による差別禁止) に違反すると判示しつつ、教師の積極的信仰の自由、生徒の消極的信仰の自由、宗教的中立への国家の義務の間の緊張関係を解決することはラント立法者の責務であるとして、具体的な解決を立法者に委ねるという判断を下した⁽⁹⁾。判決の論理は複雑な争点がかからみあっているためにかなり難解であるが、いずれにせよ注目されるのは、学校のなかでの教師の積極的信仰の自由について十分配慮しており、職務上の行為であるという理由で一方的に信仰を否定するという態度をとっていないことである。判決は、職務行為に際しても教師がスカーフを着用して授業を行うことを原則として是認しているのであって、単純に職務を優先させてはいないのである。

イスラム教のスカーフの着用については、ドイツでは民間の企業でも間

(9) この判決について、渡辺康行「公教育の中立性・宗教的多様性・連邦的多様性」自治研究80巻10号141頁以下(2004年)参照。

題となっている。トルコ生まれの原告 X は、10年以上被告 Y デパートの店員として働いていたが、信仰に対する意識の変化を理由に勤務時間中もスカーフを着用したいと Y に申し出て解雇され、労働裁判所に出訴した。ラント裁判所で敗訴したのち、連邦労働裁判所（BAG v. 10. 10. 2002, NJW 2003, 1685）は、X の主張を認めて原判決を破棄した。連邦労働裁判所が重視したのは信教の自由の保障が高い価値をもつことであり、したがって、Y デパート側が被る経営上の損失は単に抽象的なおそれのみでは足りず、現実の危険を具体的にもたらすことを証明しなければならないとした。連邦労働裁判所の判決に対して、Y らは憲法異議を提起したが、連邦憲法裁判所は上告を不受理とし、それによって連邦労働裁判所の判決を支持した。⁽¹⁰⁾

この二つの判決ともに、勤務関係、雇用関係においても被傭者の信教の自由に対して十分に配慮するという基本的な立場から、被傭者に有利な判断を下していることが注目される。勤務関係では被傭者の信仰に基づく行為が否定されるというのではなく、むしろ、勤務関係でも被傭者の信仰の保護が必要であると説いているのである。この判決の背景には、外国人在留者を数多く抱えるドイツの多文化社会のなかで、思想・信仰の調和を志向するというドイツ独特の政治・社会状況があるが、他方、勤務関係における少数者の思想・信仰の保護という点では、日本にも通ずる重要な示唆を提供している。

（c）職務上の義務と思想・信仰の自由の対立——アメリカの例

アメリカにおいても、職務上の義務と思想・信仰とが対立したという例は数多くみられる。代表的なものは、土曜日を宗教上の安息日とする宗派の信者が土曜日の就業を拒否したため解雇され、失業保険を申請したが支給を拒否されたのでそれを争ったという事案で、合衆国最高裁判所（*Sherbert v. Verner*, 374 U. S. 398 (1963)）は、失業保険の支給拒否が信教の

(10) これら判決については、渡辺康行「私人間における信教の自由」樋口古稀記念『憲法論集』（創文社、2004年）117頁以下参照。

自由な行使を実質的に侵害することになり、その正当化には必要不可欠の利益 (compelling interest) がなければならないが、それは認められないと判示した。同様に、エホバの証人の信者が兵器関連工場に配転されたために宗教上の理由で労働を拒否し、失業補償を受給できなかったという事案で、最高裁 (Thomas v. Review Board of Indiana Employment Security Devison, 450 U. S. 398 (1981)) は、Sherbert 判決を踏襲して、請求を認めている。他方、ユダヤ教のヤムルカ (小頭巾) を着用したユダヤ教信者が、制服着用を義務づけた軍隊服装規則違反を理由に懲戒処分を受けたという事案で、最高裁 (Goldman v. Weinberger, 475 U. S. 503 (1986)) は、集団的統制のために制服着用が必要な軍隊内での規則によって信教の自由が付随的に制限されることは許されると判示している。これらの判決は、勤務関係において信仰に基づく行為を決定的に優先したというものではないが、しかし、勤務関係においても信仰に基づく行為には十分に配慮がなされなければならないとしていることが注目されるべきである。

アメリカの判例では、とくに1970年代に、国旗への敬礼拒否、忠誠宣誓拒否事件についていくつかの下級審判決が下されているので、参考になる。①小学校教師 X が国旗敬礼と忠誠宣誓を拒否し、忠誠宣誓の時間に忠誠宣誓を生徒に代行させ、X は着席していたことで、有給停職処分を受け、それが争われた事件で、連邦地方裁判所は、忠誠宣誓を拒否して沈黙をまもることが修正 1 条の保障する表現の自由に含まれるとし、単なる混乱が生ずる懸念があるというだけでは制限は正当化されないと判示した (Hanover v. Northrup, 325 F. Supp 170 (1970))。②高校社会科教師が生徒に愛国主義を強要することは自己の良心に反するとして国旗敬礼・忠誠宣誓を義務づける法律を無効とする宣言判決を求めて出訴した事件で、州控訴裁判所は、バーネット判決およびティンカー判決を引用しながら、国旗敬礼を強制することは許されないとし、当該法律を違憲無効とする宣言的判決を下した (Maryland v. Lundquist, 262 Md. 534, 278 A. 2d 263 (1971))。③実習教員 X が担当時間に忠誠宣誓の朗読がはじまると、起立して国旗

に注目するのみで宣誓の朗誦も国旗への敬礼も行わなかったために解雇された事件で、連邦控訴裁判所は、国旗敬礼と忠誠宣誓を拒否することは表現の自由によって保障され、表現の自由の権利は学校内の教師にも保障されるとして X の主張を認め、下級審判決を破棄差し戻した（Russo v. Central School District, 469 F. 2d 623 (2d Cir. 1972)）。④エホバの証人の信者である公立幼稚園の見習い教師 X が、愛国心について教えることを宗教的信念に基づいて拒否して解雇された事件で、連邦控訴裁判所は、国家的・国民的遺産についての基本的な知識を教えることは必要であり、適切なカリキュラムを選択し遵守していくことには必要不可欠な政府利益（compelling state interest）が存するとして、解雇を有効と判示した（Palmer v. Board of Education of Chicago, 603 F. 2d 1271 (7th Cir. 1979)⁽¹¹⁾）。

以上のように、70年代の下級審判決では、国旗敬礼や忠誠宣誓の拒否が憲法上の表現の自由の保護を受け、国旗敬礼のホームルームの時間での拒否であっても、不利益措置を受けないことが認められている（幼稚園での建国の英雄の伝記の教育を拒否した、他の事案とはやや異なる④事件では、請求棄却）。アメリカ憲法判例において、学校内での国旗敬礼に反対する思想・表現活動が憲法上保護されていると判示される根底にあるのは、二つの連邦最高裁判決である。すなわち、国旗への敬礼の強制を表現の自由の問題ととらえて、修正 1 条に違反すると判示したバーネット判決（West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U. S. 624 (1943)、ベトナム戦争反対の意思表示として黒い腕章をつけて登校した生徒が懲戒を受けたという事案で、学校のなかにも憲法上の権利の保障は及び、教師および生徒の表現の自由は保障されるとして懲戒処分を取り消したティンカー判決（Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U. S. 503 (1969)）である。この 2 つの判決は、上記の国旗敬礼・忠誠宣誓に関する判決の基礎になっており、そこでは思想・信仰の自由が学校のなかでも保障され、職

(11) これらの判決を概観した論稿として、江波遼「アメリカとドイツの国旗・国歌法制」季刊教育法1999年9月号43頁以下参照。

務上の行為であっても思想・信仰に基づいて拒否できるとされていることがとくに注目される。

以上のドイツ・アメリカの判例をみると、「学校内での職務上の行為については思想・良心を理由とする拒否は認められない」とはとうていえないことが明らかになる。日本の判例においても、思想・信仰に対する配慮は必要不可欠であり、とりわけ本件において、「君が代伴奏は入学式に必要な職務行為である」などの理由で、上告人に対する職務命令の適法性が簡単に認定されることがあってはならない。

(4) 主張された思想・信仰の内容、社会的義務による思想・信仰の制約の程度・態様

(a) 思想・良心の自由の意義

思想・良心に基づく社会的義務の免除が是認されるべきかどうかの判断にあたって、援用される思想・良心の自由の意義、社会的義務の免除の主張との関連性および正当化事由たりうる可能性など、思想・良心の自由の側からの具体的事情の考察もまた不可欠である。本件との関係では、上告人である音楽教師が義務の免除の根拠として援用する思想・信条の自由について、それがどのような権利の内容をもち、どの程度主張可能なものか、本件のピアノ伴奏拒否の根拠として十分なものか、などが問題になる。

憲法19条の思想・良心の自由は、内心における世界観・信条を自由にもつことを保障している。それは、人間が人間として生きていくうえでの存在証明ともいえる自己の内面で抱く思想・良心の形成と維持の自由を保障するものである。人間は内面の思想によって自己の生き方を決定し、自己の生活を形成し維持していくのであり、この意味で、思想・良心の自由は人間の精神生活の根本を支える権利として十分に保障されなければならない。

思想・良心の自由は、それが内面にとどまるかぎりほぼ絶対的な保障を

受けるが、しかし、それでもその保障については、二つの留保がある。一つは、思想・良心が外部の行動に表れたときに、その行動は制約を受けることである。たとえば、「女性は男性に劣る」という思想に基づいて実際に行動した場合に、その行動が女性差別として違法と評価されることがありうる。他の一つは、内心の思想・良心といっても多様であり、個人の信念や信条、強い道徳観などのように強く保護されるべきものから、嗜好や趣味、好き嫌いなどのように内心の思想・良心の周辺部分での思考・感情に至るまで、さまざまなものがあることである。したがって、思想・良心に基づく義務の免除が認められるかどうかは、そこで問題となった思想がどのようなものかに依存しており、一般には、内心の核心の思想・良心であって本人の世界観に密接に結びついているものについては、強い保護を受けると解される。

(b) 反戦の思想と君が代との関係

本件での上告人の思想は、日の丸・君が代が戦前の日本の軍国主義とアジア諸国への侵略を支援したことを踏まえた、日本の歴史を反省するとともに戦争と国家忠誠に反対する思想であり、平和を志向する思想である。また、学校の現場で教え子を戦争に送ることに反対し、子どもたちの教育に日の丸・君が代を持ち込むことを否定する思想である。このように、戦前の日本の軍国主義国家の下での戦争を否定し、それとの関係で日の丸・君が代を消極的に評価する思想は、戦後の政治思想、社会哲学の分野でも有力な思想であり、それは人間の思想の核心を形成する世界観といえるのであって、その思想に基づく行動は十分尊重されなければならない。

もっとも、日の丸・君が代に対する感情としては、上告人と異なって、日本国の一種の象徴として積極的に支持していくと考える人々もあろう。そのような思想は当然に思想の自由として保障されるし、そのように考える人々にとっては日の丸の掲揚、君が代の斉唱は思想の自由の侵害をもたらさない。しかし、上告人のように考える人々にとっては、日の丸・君が

代の強制は思想の自由の侵害と映り、また、思想の自由の侵害として機能するのである。ましてや、日の丸、君が代の学校内での強制が教育の基本思想に適合せず、その実施自体が憲法違反の疑いがある場合にはなおさらである。

(c) 反戦の思想とピアノ伴奏の拒否との関係

君が代のピアノ伴奏の拒否が反戦の思想を根拠にする意見表明であり、したがって、両者の間には直接的な関係があることは明らかである。ここでは、ピアノ伴奏の拒否という意見表明の形態が思想の表明として強く保護されるべきことについて論じたい。

君が代の拒否が反戦の思想と強く結びつくとしても、君が代に反対する意見表明の方法はさまざまありうる。そして、日の丸、君が代の反対の意思表示として、積極的な反対行動をとって式典を混乱させることになれば、それは反対の意思表示として過剰であって、そのような行為まで法的に保護されるとは考えにくい。たとえば、「日の丸」掲揚に反対する旨の文書を生徒に配布し、生徒を帰宅させて卒業式前日の予行演習の前に生徒を帰宅させる行為（東京高判平成13・5・30判時1778号34頁）、日の丸掲揚台から日の丸を取り外して隠す行為（東京高判平成14・1・28判時1792号52頁）などは、思想に伴う積極的の行為が学校内の秩序を乱すものとなっており、その正当化は難しいであろう。これに対して、君が代斉唱の際の不起立や不唱和などの消極的な意思表示は、式典の運行を乱すものではない限りで、許される行為とみなされるべきである。また、国旗国歌について生徒に戦争との関係について客観的に説明したり、式典での生徒の思想・良心の自由について説いたりすることもまた、違法とされるべきではない。

本件の君が代のピアノ伴奏の拒否については、ピアノ伴奏の拒否という思想表明の形態がとくに上告人の思想の表明として許容される種類のものではあったことが指摘されなければならない。上告人は、校長からのピアノ伴奏の依頼ないし命令に対して、自己の思想・良心に基づいて、「ピアノ伴奏はできません」と回答し、実際に入学式の際にピアノ伴奏をしなかつ

た。しかし、上告人はそれ以上に特別の積極的行為をとっていない。入学式に列席し、ピアノの伴奏を行っており、特別に式を混乱させるような行為をしてはいない。ただ、事前に校長に「君が代のピアノ伴奏はできない」と申し出た通り、君が代のピアノ伴奏をしなかったにとどまる。その行動は上告人の思想・信条に基づいて発せられた態度表明の実行であった。このように、ピアノ伴奏の拒否は上告人の思想・良心の表明として許されるべきものと考えられるが、これを校長の措置という点からみれば、ピアノ伴奏の職務命令は上告人の内心の思想・良心に踏み込み、その思想・良心を侵襲するものとなっていることでもある。校長の職務命令は、上告人の思想・良心に踏み込んで、上告人が明示的に拒否している行為を命ずるものであって、その形態はまさに上告人の思想・良心を直接に抑圧し、上告人の内心の自由を侵害するものとなっている。

本件での校長の上告人への職務命令は、前述のように、職務命令が命令に値しない些細なものであり、また、上告人の抱えている君が代に対する否定的思想が真に上告人の思想信条に基づく保護に値するものであるが、これらの事情とも相まって、ピアノ伴奏の職務命令が上告人の内心へ踏み込んでその思想・良心を抑圧するものであるという点で、それは思想・良心の自由を直接に侵害するものといわなければならない。

(5) 上告人の被った不利益の程度

思想・信仰を理由に義務の履行を拒否することが正当かどうかを判断するにあたって、その義務違反に対する不利益がどのようなものかについて考えることも重要である。そして、義務違反に対する制裁が厳しいものである場合には、義務の賦課が必要不可欠なものでなければならず、義務を甘受すべき必要性が大きくなければならない。

本件では、職務命令に反して君が代のピアノ伴奏をしなかったことに対して、戒告処分がなされている。この戒告処分の違憲・違法性については後述することとし、ここではとくに戒告処分が不当に重い措置であること

を、二つの点から指摘しておきたい。

第一に、これまで縷々述べてきたように、職務命令が違法である場合はもちろんのこと、適法であっても重要性の低い義務を課すにとどまるものであるため、職務命令違反に対して懲戒をすることは是認されないと解される。君が代のピアノ伴奏を命ずる職務命令に上告人が従わなかったことがなぜ懲戒の対象となるのか不明であり、懲戒を課するだけの実質的な違法性は認められないというべきである。

第二に、本件で上告人に課せられた処分は戒告処分であり、法の定める懲戒処分のうちで最も軽微なものである。しかし、戒告処分は、処分歴として履歴に残るほか、昇給の3ヶ月延伸、勤勉手当の10分の1のカット、さらには、賞与の支給金額の減少、将来受け取る退職金や年金の支給額にまで影響を及ぼすものである。この意味で、戒告処分は実質的には決して軽微ではなく、重大な不利益を課す処分であるといわなければならない。本件の事案に即して考えるならば、職務命令違反の責任は訓告や口頭注意によって十分に問うことができるのであって、戒告処分に付するまでの必要性はとうてい認められない。

4. 校長によるピアノ伴奏の職務命令による上告人の 思想・良心の自由の制限の合憲性・適法性

(1) 職務命令と戒告処分の合憲性審査と裁量統制審査の2類型

以上述べてきた基本的考察に基づいて本件の職務命令の合憲性・適法性について考える場合に、審査の枠組みには二つの選択肢がある。一つは、本件の事例を校長の職務命令が上告人の思想の自由を侵害するものとして違憲となるかどうかについて判断していく違憲審査の方法である。もう一つは、校長の職務命令が裁量権の逸脱濫用にあたらぬかどうかを審査する行政法レベルでの裁量審査の方法である。前述のように、本件はピアノ伴奏の職務命令が上告人の思想・良心の自由を侵害するものではないかど

うかという憲法19条違反の観点から、憲法問題として扱うのが妥当である。しかし、従来の判例では、このような憲法問題とみられる事案であっても、あえて憲法ないし人権に論及することなく事案を処理するという傾向が強くみられるので、ここでは、校長の職務命令の裁量権の逸脱濫用の法理による審査についても考えてみることにする。

（2）君が代のピアノ伴奏の職務命令の合憲性

（a）憲法問題として扱うことの必要性

本件を憲法事件として扱うことがなぜ必要かということについては、これまでさまざまな観点から論じてきた。ここでは、まず、日本の違憲審査制の司法消極主義の傾向と、それを克服する必要性という観点から意見を述べたい。⁽¹²⁾

違憲審査制は、世界レベルではきわめて隆盛である。長い歴史をもつ欧米諸国ではもちろんのこと、1980年代から90年代にかけて新たに違憲審査制を導入した東欧諸国でも、政治の民主化が進んでいるアジア諸国でも、違憲審査制は政治・社会の現状を憲法に照らして統制し、人権保障を有効に保護し発展させる有効な制度としてその重要性が認められ、実際に各国で憲法政治の発展にとって重要な機能を果たしてきている。これに対して日本では、違憲審査制は十分に機能していない。

日本の違憲審査制の機能不全の典型例として、最高裁判所が憲法事件への取り組みに消極的であって、憲法判例の形成と発展の任務を果たしていないことを挙げなければならない。下級審判決での違憲判決の発展の芽を摘み取り、違憲審査の活性化と発展にブレーキをかけてきたとさえいうことができる。最高裁判所の違憲審査権の行使が消極的な理由としては、人

(12) なお、違憲審査制に関する私見として、戸波「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」法曹時報51巻5号1頁以下（1999年）、「憲法訴訟論の課題」法学教室235号14頁以下（2001年）、「憲法裁判の発展と日本の違憲審査制の問題点」ドイツ憲法判例研究会編『憲法裁判の国際的発展』（信山社、2004年）37頁以下がある。

的要因と制度的要因がある。人的には、最高裁判所裁判官は長年民事の裁判に関与してきた裁判官ないし弁護士出身の裁判官が多数を占め、また、学識経験者として行政官・検察官・外交官という憲法を専門的に扱っていない政府関係者が選ばれ、学者出身者も憲法に通暁した人物はほんのわずかしが選任されていない。憲法の専門的判断のできる裁判官はほとんど存在せず、しかも着任から平均 6、7 年という短期で最高裁判所裁判官の地位を退くために、勢い過去の消極的な憲法判例に追従する判決を下しがちになり、新しい憲法判例を創造していくという気概をもたないままになっている。制度的にも、最高裁判所は統一的な裁判所組織の頂点に立ち、すべての裁判の上告審裁判所としての任務をもつが、その結果、最高裁判所はもっぱら上告審裁判所として機能し、憲法事件と違憲審査制はいわば片隅に追いやられてしまっている。最高裁判所がいかに粗雑な憲法判例を示そうとも、それを是正する制度は皆無であり、ここでも、勢い最高裁判所の低次元の憲法判例が積み重ねられることになる。国際人権規約自由権規約の選択議定書の個人通報制度を批准すれば、最高裁判決が国連人権規約委員会によってレビューされることになるが、個人通報制度の批准について、政府は「司法権の独立が害される恐れがある」などという奇妙な理屈を立てて選択議定書を批准していない。このようにみえてくると、日本の違憲審査制は人的にも制度的にも十分に機能する素地がないということが出来る。日本の裁判所の違憲審査は世界レベルに達しておらず、相当に低次元にとどまっている。

私は、日本の貧困な現状に照らしても、世界の憲法裁判の発展傾向からみても、憲法裁判所を設置すべきであると考えている。⁽¹³⁾そこでは、憲法問

(13) 憲法裁判所の導入論は、近年では、伊藤正己元最高裁判官が、憲法裁判所の違憲審査がヨーロッパおよび韓国で活発であることを評価し、日本でも「憲法裁判所の活性化のためには、大陸型の憲法裁判所の制度にきりかえる必要がある」(『裁判官と学者の間』(有斐閣、1993年) 137頁)と指摘したことに始まる。憲法裁判所の設置に関する私見として、戸波「司法権・違憲審査制の50年」樋口＝森＝高見＝辻村編『憲法理論の50年』(日本評論社、1996年) 109頁以下参照。

題について専門の管轄をもち、憲法問題に習熟した裁判官によって、違憲審査権が有効適切に行使され、論理の通った憲法判例が形成・蓄積されていくのであり、それによってこそ憲法による政治・社会のコントロールが実現可能なものとなる。日本の統一的・一元的な裁判所制度の下で、通常の民刑事事件に付随して通常裁判所が違憲審査権を行使するという制度は、残念ながら違憲審査権を有効適切に行使するには適していない。とはいえ、憲法裁判所制度を創設するためには憲法改正が必要であり、憲法改正が政治的対立をともなった重大な政治課題となる日本の現状において、憲法裁判所制度の導入という憲法改正が現実のものとなるには相当の年月がかかる。この点で、憲法裁判を専門に扱う「憲法部」を最高裁判所の内部に設置することは法律改正によっても実現されようが、近時の司法改革において論点にさえ上らなかった違憲審査制の活性化や最高裁判所の組織改革について、早急に合意が形成されて制度改正法が成立するとも思われない。したがって、違憲審査制の活性化については、付随的審査制の制度を前提に、現状の最高裁判所の下で、その活性化の方途を考えていかざるをえない。

最高裁判所の違憲審査制の不活性は、憲法学の発展にも重大な影響を与えている。1970～80年代にかけて憲法学説では憲法訴訟論が隆盛になり、違憲審査基準、憲法判断の方法、違憲判決の効力などの理論が展開した。そして、違憲審査権の行使のあり方について、アメリカ憲法判例をはじめとする外国の違憲審査制との比較において、さまざまな議論や提言が行われた。しかし、最高裁判所は、このような学説での議論を基本的に参照せず、基本的に独自の司法消極主義の憲法判断を続けてきている。そこでは、違憲審査基準論ではなく、「立法裁量」論に依拠した合憲判決が続いている。また、人権擁護の判決であっても、憲法・人権問題としてではなく、行政裁量論などの論理で処理され、あるいは、人権の私人間効力が問題となる場合も、多くは民法709条の不法行為の問題として処理され、憲法問題として扱うことには積極的ではない。憲法事件の解決では、解決そ

のものが優先され、不十分な論理の場合当たりのな判決が下されることになる。その結果、論理の一貫した説得的な判例や過去の判例を見直して将来に向けての指針となる憲法判例はつくられず、憲法訴訟論や違憲審査基準論が判例上形成されないままになっている。このような状況において、学説がいかに憲法訴訟を扱い、審査基準論や審査方法論について提言をしても、裁判所はそれを取り上げず、憲法問題を重視しないために、学説でも憲法訴訟に関する「定説」がつかれないままになっている。このような学説と判例の憲法訴訟論、違憲審査制論の停滞した現状のために、憲法学の学問的レベルもまた、諸外国との間で相当の格差が生じてきている。たとえば韓国の憲法学説と判例の進展はすさまじく、現在では日本の学説・判例の水準を超えているとさえみなされる状況にある。

以上の意味で、最高裁判所の違憲審査権の行使に関して、憲法問題について正面から取り組み、憲法判例として違憲審査の基準と方法を自覚的に形成し、憲法訴訟論を精緻化して憲法判例を体系的に形成していくことが強く望まれる。

(b) 違憲審査の基準

本件での憲法問題は、本件職務命令が上告人の思想・良心の自由を侵すかどうかである。そして、その違憲審査の基準ないし方法としては、二重の基準論が採られるべきである。もっとも、二重の基準論を採用するにあたって、なお検討すべきいくつかの論点がある。

まず、二重の基準論が日本の学説・判例においてどのようにとらえられているかが問題になる。二重の基準論とは、憲法上の自由を制限する法律の合憲性の審査にあたって、精神的自由と経済的自由とを分け、それに対応して厳格な違憲審査基準とゆるやかな違憲審査基準を適用する理論であり、アメリカ憲法判例において修正 1 条の権利に特別の保護を与える基準論として発展してきた。日本でも、1960年代から憲法訴訟の基本理論として提唱されてきており⁽¹⁴⁾、学説では広く支持されている。判例でも、たとえ

(14) 伊藤正己『言論・出版の自由』（岩波書店、1958年）がその代表である。また、

ば、「職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請が強い」と指摘した薬事法距離制限違憲判決（最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁）、「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもつて自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならない」と説いた北方ジャーナル事件最高裁判決（最大判昭和61・6・11民集40巻4号87頁）などで、基本的な考え方が示されている。もっとも、二重の基準論によって精神的自由に関して厳格な審査を行って違憲判断を下した最高裁判例は存在しないので、判例上、二重の基準論が違憲審査基準論として確立しているとはいえない状況にある。

日本の憲法判例において、二重の基準論の考え方が明確に採用されるべきである。従来憲法判例のように、「立法裁量」論を展開して国会の判断を過度に尊重し、ゆるやかな審査によって合憲判決を下すという態度は、違憲審査制の展開を著しく阻害し、司法に対する国民の信頼をも失うことになる。違憲審査権を適切に行使することこそが強く求められるのであり、そのためには、二重の基準論が違憲審査の基本的枠組みとして採用されなければならない。

もっとも、二重の基準論およびそれに基づく違憲審査基準論については、学説でも必ずしも一致した意見があるわけではない。現在、学説で最も有力な見解は、二重の基準論を、基本とし、さらにアメリカの憲法判例

芦部信喜「言論の自由」清宮＝佐藤編『憲法講座II』（有斐閣、1963年）155頁以下、芦部・後出・注（15）『憲法学II』213頁以下参照。二重の基準論およびその日本の判例での展開について、さしあたり戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2000年）188頁以下参照。

の展開を参考にしてつくられた 3 段階審査⁽¹⁵⁾である。これは、表現の自由について、言論の内容規制と内容中立的規制（時・所・方法規制）とを分け、それに対応して違憲審査基準を厳格な基準と厳格度のやや低い基準によって対応させるとともに、他方で、経済的自由について積極目的・消極目的二分論を用いて、積極目的規制には合理性の基準、消極目的規制には厳格な合理性の基準を適用する。そして、言論の内容中立的規制と経済的自由の消極目的規制とを同列に置いて厳格な合理性の基準を適用することとし、その上には言論の内容規制に関する厳格審査、その下には経済的自由の積極目的規制に関する合理性審査を配するというものである。この 3 段階審査は、アメリカ憲法判例での平等審査において、合理性の基準と「疑わしい区別（suspect classification）」、そしてその中間審査基準という 3 段階審査がとられていることにも対応するものであり、違憲審査基準論として体系的であり、論理は通っている。

しかし、私は、3 段階審査ではなく、二重の基準の基本論理である 2 段階審査をまず導入すべきであると考ええる。3 段階審査は、アメリカ憲法判例において、1970 年代以降の連邦最高裁判所の保守化の下での違憲審査基準の多様化、人種差別の平等審査における厳格審査など、アメリカ特殊の政治・社会状況に基づいて展開してきたものであって、そのまま日本の憲法判例に取り入れるのは妥当とはいえない。むしろ、違憲審査基準論が確立していない日本の判例の現状を踏まえれば、二重の基準の基本思想にある精神的自由⁽¹⁶⁾に関して厳格審査を行うという審査方法を確立することこそが重要である。3 段階審査その他の違憲審査の多様化は、二重の基準論の

(15) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）227頁以下、同『憲法判例を読む』（岩波書店、1987年）102頁以下参照。

(16) 高橋和之「司法制度の憲法的枠組」公法研究63号24頁（2001年）は、二重の基準論をとらえ直しつつ、「通常審査」を基本として、それよりも厳格な審査を行う「厳格審査」、より緩やかな審査を行う「敬讓審査」の 3 区分を提唱される。ここでの「敬讓審査」がどのような場面でなされるのかなお不明であり、この審査はそもそも不必要ではないかという疑問があるが、その点を除外すれば、「通常審査」を

2段階審査が確立した後に、その後の判例の展開に委ねるべきであろう。

2段階審査における違憲審査基準として、いかなる基準が用いられるべきか。経済的自由規制立法については一般に合理性の基準が用いられるが、森林法違憲判決（最大判昭和62・4・22民集41巻3号408頁）の採用した基準、つまり、「立法の規制目的が公共の福祉に合致しないことが明らかであるか」、および、「規制手段が規制目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであって、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものか」という基準に依拠しながら、立法事実を綿密に審査するという方法が妥当である。かつて最高裁判例が展開した職業の自由に関する積極目的・消極目的二分論（小売市場最高裁判決、薬事法最高裁判決参照）は、1990年代以降の判例ではすでに用いられおらず、また、なぜ政府の規制目的によって違憲審査基準が異なってくるのかについて合理的な説明をすることができず、この基準によって導出された結論も必ずしも常に妥当なものということができないのであって、したがって、判例上すみやかに廃棄すべきものとする。

これに対して、精神的自由規制立法に対する厳格審査の基準としては、さまざまなものが考えられる。1980年代までの憲法学説では、事前抑制禁止の基準、明確性の基準、明白かつ現在の危険の基準、LRAの基準などが提唱されていた。しかしその後、アメリカの憲法判例が厳格審査基準として「必要不可欠な（やむにやまれぬ）政府利益」（compelling state interest）を要求し、他方で、中間審査基準として実質的関連性（substantive relationship）を要求するという審査基準をとっていることを参考にして、前述の3段階審査を提唱する学説は、厳格審査では立法目的と達成手段がともに必要不可欠でなければならないとする基準（「必要不可欠の基準」）が、中間審査では実質的関連性の基準ないしLRAの基準が、それぞれ妥当すると説いている。⁽¹⁷⁾ 私見のように二重の基準論の原義に沿って2段階審

ベーシックな審査とし、少数派の人権侵害が問題となるところでは「厳格審査」を行うという基本的な論理枠組みは支持されよう。

査の確立を説く場合、どの基準を主たる厳格審査基準とするかが問題になる。この選択は、違憲審査基準の意義とも関連して相当に難しいが、基準としては「実質的関連性」の基準を中心に置いて、規制目的との実質的関連性の判断にあたって規制の必要性・合理性を厳密に検討すると同時に、LRA の基準（他の代替手段がないか）や比例原則（ドイツ連邦憲法裁判所の採用している違憲審査基準で、とくに目的と手段とが釣り合っているか）の視点を加味して合憲性を審査することが妥当であると考ええる。なお、2段階審査において、「合理性」の基準と「実質的関連性」の基準とを対置させるという方法は、非嫡出子法定相続分差別事件最高裁決定（最大決平成7・7・5民集49巻7号1789頁）においてすでに示されている。すなわち、民法900条4号但書を合憲とした多数意見は立法裁量論に基づくゆるやかな審査基準を用いたのに対して、違憲とすべきであると主張した反対意見は「実質的関連性」の基準を用いている。ここでは、平等審査に関して、合理性のゆるやかな審査か、実質的関連性の厳格な審査かという対立がみられるが、この対立のうちに、二重の基準論の発想をみてとることができる。つまり、平等審査では、一般には合理性の基準によるが、憲法14条1項後段の「人種、信条、性別、社会的身分、門地」という5つの例示に関する異なった取り扱いについては、合理性審査よりも厳格に実質的関連性を審査するという方法である。そして、この方法が精神的自由に関する二重の基準論に接合されると、思想・信仰・表現に関する制限が問題となる場合には、通常の人権侵害よりもより厳格に実質的関連性の有無を審査し

(17) 芦部・前出注(15)『憲法学Ⅱ』228頁以下、233頁以下参照。なお、芦部は、そこで違憲審査基準について説明する際に、その一類型として文面判断のアプローチと事実判断のアプローチの区別をあわせて挙げている。しかし、この文面判断と事実判断という観念は、法律の合憲性を判定する「違憲審査基準」ではなく、違憲審査基準を事案にあてはめて審査を行う際の「方法」の問題であって、違憲審査として掲記することは妥当ではない。この点に関連して、一般に「文面審査」の典型とされる「検閲」ないし「事前の抑制」の基準でさえも、事実判断のアプローチがとられるべき場合がある（戸波「検閲概念の再検討」高見＝岡田＝常本編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004年）169頁以下参照）。

ていくという方法となる。

なお、ここで厳格審査といっても、アメリカ判例のように、compelling interest の基準が持ちだされるとほぼすべての場合に違憲の結論が導き出されるというような、結論誘導的な違憲審査基準であってはならない。むしろ、合理性審査と厳格な審査という2段階の違憲審査基準の双方において、合理性の基準が用いられるゆるやかな審査に拠っても不必要・不合理な立法は違憲と判断されるし（森林法違憲判決がその例）、実質的関連性の基準による厳格審査に拠っても規制がどうしても必要であると考えられる場合には合憲と判断されることがあるのである。この意味では、違憲審査基準は合憲・違憲を判断するための基準であるといっても、法律の合憲違憲の結論を切り分ける鋭い論理ではなく、違憲審査にあたって規制立法にどの程度の必要性・合理性を求めるかの尺度を示すもの、いわば合憲か違憲かの「めやす」を示すものととどまる。したがって、違憲審査の基準は、法律の合憲性の判断にあたっての判断枠組みであるにとどまり、当該法律が合憲か違憲かは、当該法律の規制の目的・趣旨、規制手段の概要、程度、規制される人権の種類、規制の程度などを（厳格かゆるやかかという審査枠組みの下で）審査することによって決定されるというべきである。

（c） 処分の違憲性の審査基準

ところで、上記の違憲審査基準論は、人権を制限する法律の合憲性審査を問題としていた。ところが、本件で問題となっているのは、校長のピアノ伴奏の職務命令の合憲性であり、その人権制限は行政処分によるものである。そのため、行政処分の合憲性に関する違憲審査基準がどのようなものであるべきかがさらに問題になる。

この点について結論的にいえば、行政処分の違憲審査基準もまた、同種の法律に対する違憲審査基準を用いるのが妥当であると解される。従来の行政処分による人権侵害の合憲性が問題となった事件をみても、そのように判断されている。たとえば、よど号ハイジャック事件新聞記事抹消事件

(最大判昭和58・6・22民集37巻5号793頁)では、新聞記事を読ませることによって監獄内に秩序の混乱がもたらされるという「相当の蓋然性」があるかどうかという違憲審査の基準を用いて、閲読制限の根拠となった法令の合憲性ととも、この事件での拘置所長の閲読禁止処分の合憲性が審査されている。また、泉佐野市民会館事件(最判平成7・3・7民集49巻3号687頁)でも、「付近住民等の生命、身体、財産が侵害される事態の生ずることが具体的に明らかに予見される」かどうかという基準によって、市民会館利用に関する条例の合憲性ととも、市民会館利用申請の拒否処分の合憲性が審査されている。本件の場合には、職務命令の根拠となった学校教育法学校教育法28条、地方公務員法32条それ自体が合憲であることについては争いがないために、君が代のピアノ伴奏を命ずる職務命令(処分)の合憲性のみが問題になるが、それに対する違憲審査は、法律に対する違憲審査とほぼ同様に、職務命令の規制目的の重要性ないしは必要不可欠性と、規制手段の目的との実質的関連性の有無について審査するのが妥当である。

(d) 本件での違憲審査の対象

本件での違憲審査の対象は、君が代のピアノ伴奏の職務命令および戒告処分の合憲性であるが、その前提問題として、君が代の斉唱の実施の合憲性も対象となりうる。しかし、本件では、入学式の際の君が代の斉唱の実施の合憲性については憲法判断に立ち入らないことが妥当であるように思われる。それは、本件では君が代の斉唱に対する拒否が争われているわけではなく、上告人も君が代斉唱自体に反対しているわけではないからである。そして、君が代の斉唱の実施については、今後必ずや裁判で争われる適例(たとえば君が代の斉唱に対する拒否、不斉唱ないし斉唱の制止行為に対する懲戒処分を争う訴訟)においてこそ正面から取り上げるのが妥当であるからである。そして、本件での審理を、君が代ピアノ伴奏の職務命令とその拒否に対する戒告処分の合憲・適法性の論点にしばるならば、その「職務命令」の「異常さ」、「奇妙さ」が浮き彫りになり、その点に限定し

て違憲・違法という結論を導き出すことが容易にできることになる。

もっとも、本件職務命令を合憲・適法と判断する場合には、職務命令の適法性に関連して君が代斉唱の実施とその根拠となっている学習指導要領の違憲・違法性についても判断せざるをえないことになる。しかし、その場合でも、憲法判断の回避の手法などを参考にして、君が代の斉唱自体の合憲性については判断しないという方途を考えるべきであるように思われる。そのような行き方が妥当であるのは、本件が君が代の斉唱の強制が問題となっている事案ではないということのほか、「日の丸・君が代」訴訟に対して裁判所、とくに最高裁判所がどのような態度決定をするかということに密接に関係するからである。

日の丸、君が代の実施については、多数の国民がその賛成の程度はともかくとして支持しているが、しかし、一部の国民が強く反対していることも事実である。また、日の丸・君が代に賛成している人のなかにも、反対の人々の意思を尊重すべきであると考えている人、あるいは、強制はよくないと考えている人も少なくない。このように考えると、日の丸・君が代を学校の中で強制的に実施させようとしている政府や一部地方公共団体（東京都等）の方針が国民の間でどれだけ支持されているか、疑問である。さらに、日の丸・君が代問題には、前述のように、そもそも学校のなかに国家主義や「愛国心」を持ち込むこと自体が不当ないし不適切ではないかという根本的問題がある。そこで、今後日の丸・君が代訴訟が提起された場合に、裁判所がどのような態度をとるか国民の注目を浴びることになる。すなわち、政府の強引な実施を全面的に肯定するか、「日の丸・君が代」の実施にブレーキをかけるかである。

以上のように考えると、本件の事案がきわめて重要であることがわかる。本件は、君が代のピアノ伴奏という些細な職務の依頼を、自己の思想・良心に基づいて拒否した上告人に対して、職務命令という強権手段によって強制し、その拒否に対して懲戒処分を課したという事案である。それは、一般国民の市民感情からみても、校長の職務命令はどうみても行き

過ぎの命令であると考えざるをえないものであり、したがって、裁判所としては、さしあたり本件に限って職務命令を違憲・違法とする判断を下すことが可能であり、必要であると解される。逆に、本件について上告人を敗訴させることになれば、今後の「日の丸・君が代」訴訟はすべて国・地方自治体側の主張を容れた合憲・適法判決となることは必定であるが、それは「憲法の番人」としての裁判所にとってふさわしくないばかりでなく、国民の批判を招くことになろう。

また、違憲審査権の行使という点でも、本件は違憲の結論を導き出すことに適した事案である。すなわち、本件で問題となっているのは、法律ではなく、処分であるからである。法律の違憲判断については、それが国会に向けられたものである点でも、広い範囲の国民に関係するという点でも、裁判所としては違憲判断に慎重にならざるをえない。しかし、行政庁の処分については、それが個別の判断に関するという点でも、行政庁の個別の判断に誤りがしばしば生じうるという点でも、さらに、個別の判断を取り消した場合の法的な影響が比較的狭いという点でも、違憲判断を躊躇するには及ばない。むしろ、行政庁の違法な決定を司法権が是正するものであるので、本来の司法の行政統制の実を示すことができる。本件の事例では、上告人が拒否しているにもかかわらずピアノ伴奏の職務命令を発した校長の措置、および、必要性の認められないピアノ伴奏の職務命令に従わなかった上告人を形式的・機械的に戒告処分に付した東京都教育委員会の措置が問題とされているのであって、それを違憲・違法と判示することの法的影響は、法律の違憲判決と比較すればきわめて小さいものである。また、法律の違憲判決に関して持ちだされる「裁判所の違憲判決の民主的正当性」という議論、つまり、「国民の選挙によって選ばれた国会の民主的決定によって制定された法律に対しては、裁判所は国会の民主的決定を尊重して、違憲審査権の行使を控えるべきである」という司法消極主義の議論は、こと本件のような行政処分に関しては妥当しない。むしろ、司法審査に課せられた本来の重要な任務である司法による行政統制という任務

こそが、果たされなければならないのである。この意味で、本件は、積極的に憲法判断を行うべき適例というべきである。

(e) 職務命令および戒告処分の合憲性

本件職務命令の合憲性について厳格な審査を行う場合には、職務命令の目的が重要なし必要不可欠かどうか、職務命令による君が代ピアノ伴奏の命令が目的と実質的に関連しており、その必要性・合理性が十分に認められるかどうか、とくに他により制限的でない手段が存在しないかどうか、目的との関係でピアノ伴奏命令が均衡しているかどうか、が審査される。

まず、規制目的については、ピアノ伴奏の職務命令の目的は、被上告人の主張によれば「子どもたちがその場の雰囲気に合わせて歌いやすいという教育的効果をあげる」ことにあり、原審判決によれば「君が代斉唱の指導を円滑に行うために一定程度有効である」とされる。また、学習指導要領によれば、儀式的行事において、「学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳粛で清新な気分を味わい、新しい生活の展開への動機付けとなるような活動を行うこと」とされ、国旗掲揚と国歌斉唱を指導すべきこととされている。学校行事について「厳粛で清新な気分を味わう」ものとすることには、一定の意義がある。しかし、この目的は君が代の斉唱との関係で登場するものであり、ピアノ伴奏とは直接には結びつかない。さらに、日の丸の掲揚、君が代の斉唱をめぐる教育の現場で混乱が生じている状況の下では、日の丸・君が代を式典に際して強制的に実施することこそが、「式典の円滑な実施」を阻害するとさえいうことができる。「厳粛な式の実施」という目的との関係では、日の丸・君が代の強制的な実施それ自体が規制目的と矛盾している⁽¹⁸⁾のである。

(18) 国旗国歌の強制的な実施に関連して、東京都教育委員会は、2003年10月23日に通達「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱に関する実施指針」を発し、入学式等での国旗国歌を厳正に行うべきこととし、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通知した。そして、この通達に従って、東京都で

本件の君が代のピアノ伴奏の職務命令の目的としては、「子どもたちに歌いやすいように教育的効果をあげること」が挙げられている。そして、「歌いやすくするという教育的効果」についても、それがどこまで正当な目的となりうるか疑問なしとしないが、それでも一定の限度で正当性が認められるとしても、それは式典の円滑な実施にとって必要ないし重要なものとは解されない。ましてや、職務命令をもってピアノ伴奏を強制するに足りる目的とみなすことはきわめて困難である。とくにピアノ伴奏を明示的に拒否している上告人に対する職務命令としては、正当な目的とは到底いえないように思われる。

規制手段の審査では、規制目的との間に実質的関連性が存在するかどうかの問題となるが、とくに職務命令の必要性和合理性、他の代替手段の有無、規制目的と職務命令との均衡などが綿密に検討されるべきである。そして、前述のように、規制目的に重要性が認められないことは、職務命令による強制という手段に必要性・合理性が認められないことを帰結しよう。すなわち、「歌いやすくするという教育的効果」を達成するために、君が代のピアノ伴奏は必要ではないし「必要不可欠」とは到底いえず、せいぜいのところ「ピアノ伴奏があってもよい」という程度にとどまる。このことは、自己の思想・良心に反するとしてピアノ伴奏を拒否している上告人に対してピアノ伴奏を命令すること自体が正当な理由をもたないことを意味する。この点を踏まえて具体的に検討すると、①本件の職務命令は、「君が代」斉唱の実施という一般的な義務ではなく、「ピアノ伴奏」という入学式の挙行とは必然的に結びつかない派生的で特殊な義務を課するものであること、②ピアノ伴奏の義務は上告人の内心に直接踏み込んでそ

は国旗国歌の実施が強力に押し進められており、他方で、卒業式等で起立しない教職員に対する処分が相次ぎ、人事委員会等で争われている。東京都10・23通達が過度に厳しい内容となっており、東京都教育委員会の強権的独走が目立っている。国旗国歌の実施は、学校制度的自治の原則に基づき、基本的には各学校での決定に委ねられているというべきであり、都県教育委員会からの通達によって実施を強制することは、教育委員会の権限の逸脱といわざるをえない。

の思想・良心を抑圧するものであること、③上告人があらかじめピアノ伴奏を拒否する態度表明をしていたにもかかわらず、それを無視するかたちで職務命令が出されており、本件職務命令はまさに特定の個人に対してその思想・良心を直接に抑圧するものとなっていること、④上告人の入学式での伴奏拒否の態度は、入学式を積極的に妨害するようなものではなく、消極的に伴奏しないという態度をとったにすぎないこと、⑤君が代の伴奏はピアノ伴奏ではなく、録音テープなどの他の手段によって実施することができること、⑥ピアノ伴奏を拒否している上告人に対してではなく、他の教師に伴奏を依頼することが可能であること、などの要素を見いだすことができる。総じて、職務命令に十分な必要性を認めることはすこぶる困難であり、他に選択可能な代替措置もあるのであって、全体として、目的との関係で実質的関連性を見出すことはできない。

（2）裁量統制としての裁量権の逸脱濫用

（a）裁量権の逸脱濫用の法理

これまで、本件が重要な憲法問題であるという前提から議論をしてきた。しかし、従来の判例では、本件のような事案について裁量権の逸脱濫用の法理によって論じられることも少なくなかった。一連の教科書裁判事件のうち、その典型として第三次訴訟最高裁判決（最判平成9・8・29民集51巻7号2921頁）、エホバの証人剣道拒否事件がその例である。とりわけ、信仰に基づく剣道受講義務の免除を認めた後者は、本件に類似する事案であり、参考になる。

エホバの証人剣道拒否事件では、格闘技を禁ずる宗教教義を信仰している神戸高等専門学校の学生が必修科目である剣道実技を行わず、そのために体育の単位を取得できず、原級留置となり、2年目に退学処分を受けたことが争われ、最高裁は、原級留置・退学処分について、校長の裁量権の逸脱濫用があったと判示した。その判断にあたって判決が重視したのは、①剣道実技の履修が必須とまではいえず、他の体育種目の履修などの代替

的方法によって行うことができること、②剣道実技の拒否の理由は信仰の核心部分に密接に関連する真摯なものであったこと、③原級留置や退学という不利益がきわめて大きいこと、④校長の処分は原告学生の信教の自由の制限をとくに目的とするものではないが、原告が受ける不利益を拒否するためには、自己の信仰上の教義に反する行動をとらざるをえなかった以上、校長は処分にあたり当然そのことに相応の考慮を払う必要があったこと、などである。

以上の諸点と対比して本件の事案を検討すると、①君が代のピアノ伴奏は職務上必須とはいえず、仮に実施するとしても他の教員による伴奏という代替措置があること、②君が代を拒否する思想は、上告人の歴史観、世界観に基づく真剣なものであり、憲法19条の思想・良心の自由によって強く保護されるべきものであること、③上告人の受けた戒告処分は公務員の懲戒処分のなかでも軽微なものであるが、思想・良心に基づくピアノ伴奏の職務命令の拒否に対する不利益としては過度に重いこと（後述）、④校長の職務命令は、君が代のピアノ伴奏を明確に拒否している上告人に対してことさらに伴奏を義務づけるものであり、とりわけ、校長は上告人の思想・良心に基づく拒否の意思表示を聞いたにもかかわらず、それを無視してあえてピアノ伴奏を命じていること、という諸点が指摘される。これらをまとめると、校長は、君が代のピアノ伴奏に対して真摯な思想・良心に基づいて反対している上告人に対して、必ずしも式典の実施にとって必要ではない君が代のピアノ伴奏を、職務命令によって強制的に命じており、しかも、命令に従わないことに対して機械的に懲戒処分を課したものであって、この過程を総合すれば、校長の職務命令および戒告処分は懲戒権の濫用というべきである。

これに対して、校長の職務命令を支持する要素としては、入学式の円滑な実施と「子どもたちが歌いやすくするという教育的効果」のために職務命令が出されたことが挙げられる。しかし、入学式にあたって君が代の斉唱が許されるかどうかという根本問題はさておくとしても、君が代の伴奏

は式の雰囲気にとって有用であるとしても必須のものではなく、職務命令をもってして伴奏を義務づけるほどのものではないことはすでに前述した通りである。この点に関して、原審判決は、これまで5年間にわたって音楽教師によるピアノ伴奏が行われてきたことを指摘しているが、新たな教員が思想上の理由からピアノ伴奏を拒否しているという新たな状況の下では、5年間の実施を強調するのは妥当ではない。ピアノ伴奏は、その本来の性質上、仮に職務上の行為とされとしても、職務命令によって強制的に行わせることに適した職務ではなく、5年間実施されていたことも前任教員の任意の了解のうえに成り立っていたと考えるべきである。思想・良心を理由に拒否している上告人に対してピアノ伴奏を職務命令で義務づけることを「これまで5年間実施されていた」ことで正当化することはできないというべきである。

さらに根本的に問題なのは、校長がピアノ伴奏を行わせようとする姿勢である。校長は、明確な意思表示によってピアノ伴奏を拒否した上告人に対して、強制的に職務命令を発してピアノ伴奏を義務づけ、ピアノ伴奏をしなかった上告人を戒告処分に付した。そこには是が非でもピアノ伴奏をさせるという強い姿勢をみてとることができ、その姿勢こそが上告人の思想・良心の自由の表明としてのピアノ伴奏の拒否に対する過剰で過大な義務づけとなっているのである。仮に校長が入学式の円滑な実施を望むのであれば、ピアノ伴奏を職務命令によって強制するのではなく、上告人の真摯な拒否を踏まえて、テープ伴奏その他の代替措置によって対処すべきであったし、そのように対処することができたのである。本件でも、校長は入学式の君が代斉唱に際して、上告人が伴奏しなかった場合に備えて、周到にもテープを準備している。それならば、そのような事態の生ずることを予測しながらも、なぜ職務命令を発してピアノ伴奏を強制するのか、理由に苦しむところである。職務命令は、過剰な要求というべきである。

5. 君が代の伴奏を拒否した音楽教師に対する 戒告処分の適法性

(1) 戒告処分の適法性と裁量統制

本件では、校長のピアノ伴奏の職務命令に従わなかった上告人に対して、被上告人である東京都教育委員会が戒告処分を行い、その処分の取り消しが争われている。ここでまず問題となるのは、戒告処分の根拠となった職務命令の違法性であるが、仮に職務命令が適法であるとしても、職務命令に違反したことを理由としてなされた戒告処分の違法性が別途問題になる。そして、戒告処分を行ったことについては種々の重大な疑問があり、さらには、被上告人による戒告処分の適法性に関する裁判所の裁量統制のあり方という点でも判例法理の再検討が必要であると考えられる。

(2) 裁量論と人権侵害の違憲審査との関係

ある行政処分によって人権侵害がもたらされる場合に、それが憲法問題として合憲性が審査される場合と、憲法問題は背後に退いて行政処分の違法性の問題として審査される場合とがあること、そしてまた、本件職務命令の審査においては、思想・良心の自由の侵害の問題として合憲性審査の方法がとられるべきこと、は前述した。このことは戒告処分の適法性の審査においても同様に妥当する。戒告処分の適法性の審査においても、違憲審査のアプローチと行政法上の裁量統制の審査のアプローチがありうるが、戒告処分の対象となる上告人の行為が思想・良心に基づく君が代のピアノ伴奏の職務命令の拒否である以上、思想・良心の自由の観点からの合憲性審査のアプローチがとられるべきである。その審査の過程および結論は、職務命令の合憲性審査のところで論じたところとほぼ同様になる。

もっとも、従来の判例では、懲戒処分の適法性の審査においては、後述のように、裁量権の逸脱・濫用の有無の観点から審査がなされてきてい

る。そして、そこでは懲戒処分による人権制限という論点は軽視ないし無視され、裁量統制の観点のみがとりあげられる傾向にある。そのため、精神的自由の制約を伴うために厳格な審査がなされるべき事案であっても、「裁量権の逸脱・濫用」という審査方法がとられる結果、あたかもゆるやかな審査基準によって違憲審査がなされ、処分が適法とされることになりがちである。

裁量処分による違憲審査と裁量統制審査との併存をどのように調整するかは、憲法学と行政法学との狭間の未調整の難問であるが、事案のうえで人権侵害が問題となっている以上、違憲審査のアプローチを優先させ、人権制限の合憲性の審査がなされるべきであると解される。それによってこそ違憲審査と人権救済という裁判所の任務が達成されるからである。あるいは、裁量権の逸脱・濫用の法理に依拠するとしても、そこでの処分が人権を制約していることに鑑みて、処分の適法性を違憲審査の論理によって、したがって、本件の場合には思想・良心の自由の侵害として厳格に審査すべきであり、もっぱら裁量権の逸脱・濫用の法理によって審理判断することは妥当ではない。

（3）懲戒処分の適法性に関する裁判所の審査方法

懲戒処分の適法性に対する裁判所の審査方法について、神戸税関事件最高裁判決（最判昭和52・12・20民集31巻7号1101頁）は、「公務員につき、国公法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されている」と説き、さらに、「懲戒処分の適否を審査するにあたっては、懲戒権者と同一の立場に立って懲戒処分をすべきであったかどうか又はいかなる処分を選択すべきであったかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく、懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべきものである」と判示している。この審

査方法は裁量濫用統制型とも呼ばれ、処分権者の判断に広い裁量性を認めるものであり、その後の懲戒処分の審査法理の先例となっている。また、懲戒処分以外の処分についても、たとえば拘置所内での秩序維持のための新聞記事閲覧禁止処分が争われたよど号ハイジャック事件新聞記事抹消事件最高裁判決（最大判昭和58・6・22民集37巻5号793頁）では、新聞記事を抹消した拘置所長の措置を適法と判断する際に用いられている。

判例の採用している裁量濫用統制型の審査方法は、処分権者の判断を過度に尊重するものであって、判例法理として不当であると考える。そもそも懲戒処分においては、処分に関して処分権者と処分される者との対立があり、その下で処分権者の懲戒処分の適否が争われているのであり、その際に一方当事者でしかも処分権を行使した者の裁量を尊重するという審査態度は、それが行政の判断権を尊重するものとはいえ、基本的に公正を欠き不当であるといわなければならない。行政訴訟は、行政権による違法な行政行為から市民の権利を保護するとともに、裁判所が行政権の行使を統制することを目的とするものであるものであって、それにもかかわらず処分権者の裁量が妥当であることを前提とする審査方法は、いかに公務員の懲戒処分とはいえ、司法による行政統制の効果を著しく減殺するものである⁽¹⁹⁾。

もっとも、神戸税関事件の裁量濫用統制型の審査方法に依拠した場合でも、処分の当否を慎重に判断して違法の結論が導き出されることはありうる。その典型が先に引用したエホバの証人剣道拒否事件最高裁判決であり、そこでは、原級留置処分および退学処分を行った高等専門学校校長の教育的裁量を重視して裁量濫用統制型の審査を行うと説きつつ、結論的に

(19) 神戸税関事件では、争議行為を行った公務員に対する懲戒免職処分の効力が争われ、多数意見は懲戒権者の広汎な裁量を是認した。しかし、環反対意見は、公務員関係の多様性を前提に懲戒が必要最小限度にとどまるべきであるとし、とりわけ懲戒免職処分は労使間の信頼関係が失われその回復が至難であることが客観的に十分な合理性をもつて肯認できる場合でなければならないとしており、この見解こそが支持されなければならない。

校長の退学処分について裁量権の逸脱・濫用を認めている。しかし、この判決はむしろ例外で、裁量濫用統制型審査方法が採られると処分の内容を具体的に検討しないままに、裁量権の逸脱・濫用がないと結論づけられることが圧倒的に多い。その例が原審判決であり、判決は、懲戒処分を行うかどうか、いかなる処分を選ぶかは、「平素から組織内の事情に通曉し、職員の指揮監督の衝に当たる懲戒権者の裁量に任されており」、「裁判所が懲戒処分の適否を審査するに当たっては、…懲戒権者の裁量権に基づく処分が社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべきものである」と説いたのち、具体的な検討としては、①上告人が「本件職務命令を受けながらこれに従わなかったこと」、②「入学式には児童、保護者、来賓等出席者が多数おり、その面前での公然とした職務命令違反を放置すれば、公務員関係の秩序維持に少なくない影響を及ぼすおそれがあること」という2点を挙げるのみで、それ以外に何の検討もないままに裁量権の濫用はなかったと結論している。これでは、裁判所は何の審査もせずに処分の適法性を認めたことと同じことになる。ここにみられるように、裁判所が懲戒処分の適法性審査の職責を放棄するに等しい審査方法をとることができることとなる原因の一つに、神戸税関事件最高裁判決の裁量濫用統制型の審査方法の説示があるのであって、したがって、この判例法理は直ちに改められるべきである。

懲戒処分の裁量統制の審査では、少なくとも懲戒処分を行ったことが妥当かどうかについては、懲戒処分の発動自体がまさに被処分者に対する権力的な不利益措置であるので、裁判所は密度の濃い審査をしなければならない。そしてまた、裁量統制のあり方について、神戸税関事件の法理を見直して、より審査密度の濃い審査を行うことと決定した場合には、のちの懲戒事件を扱う裁判所に指針を明示するという意味で、最高裁判所は新たにつくられた裁量統制に関する判例法理を判決のなかで明言すべきである。過去の判例法理を見直し、将来に向けての先例としてよりよい判例法理を形成していくことは、最高裁判所の重要な任務であり、その意味で、

「黙示の判例変更」⁽²⁰⁾ はとるべきではない。

(4) 本件での戒告処分 of 適法性

(a) 裁量権 of 逸脱・濫用 of 統制

それでは、本件で東京都教育委員会が行った戒告処分は、裁量権を逸脱するものではないか。原審判決は、先に引用したように、①上告人が本件職務命令を受けながらこれに従わなかったこと、②児童、保護者、来賓等出席者が多数出席している入学式での職務命令違反を放置すれば、公務員関係の秩序維持に少なくない影響を及ぼすおそれがあること、という二つの理由を挙げて、さらに、上告人の思想・良心の自由の侵害という要素を重視せず、また、大阪府教育委員会が「国歌斉唱の際に教職員が無許可で学校の方針と異なる発言をしたなどの信用失墜行為について、1 回目の行為については嚴重注意又は訓告に止めている」という事例を参考にせずに、戒告処分が裁量権を逸脱していないと判断した。しかし、この判断は、処分権者の裁量的判断を過度に尊重し、職務命令違反があれば直ちに懲戒処分を行うことを肯定するものとなっており、他方で、上告人が職務命令を拒否した具体的事情について考慮しておらず、不当な判断といわなければならない。

懲戒処分の適法性を判断するにあたって、裁量権 of 逸脱・濫用 of 統制の際の違法事由として、①重大な事実誤認、②目的違反ないし動機違反、③⁽²¹⁾ 平等違反、④比例原則違反が挙げられる。本件 of 戒告処分について、② of

(20) 「黙示 of 判例変更」について、戸松秀典「憲法判例 of 明示の変更と黙示の変更」ジュリスト 1037 号 22 頁以下 (1994 年) 参照。また、最高裁判所 of 憲法判例 of 問題点について、とくに、戸松秀典「最高裁判所 of 憲法判例における先例 of 扱い方について」高柳古稀記念『現代憲法 of 諸相』(専修大学出版局、1992 年) 197 頁以下、米沢広一「最高裁と下級審」佐藤＝初宿＝大石編『憲法 50 年 of 展望Ⅱ——自由と秩序』(有斐閣、1998 年) 143 頁以下、戸波・前出注 (12)「最高裁判所 of 憲法判例」4 頁以下参照。

(21) 塩野宏『行政法Ⅰ [第 3 版]』(有斐閣、2003 年) 117 頁。

動機違反、および、④の比例原則違反が問題となる。

(b) 職務行為違反と懲戒処分との関係

まず、動機違反については、君が代の実施を是が非でもすべての教員に認めさせるために、職務命令違反であれば一律に懲戒処分に付するという事になれば、君が代の強制的実施のために懲戒処分を濫用しているのではないかが問題になる。一般に職務命令違反行為があった場合でも、それが直ちに懲戒処分の発動をもたらすものではなく、処分権者は、職務命令の内容、職務命令に違反した理由、職務命令に違反した結果として生じた弊害、懲戒処分の必要性などについて十分に検討し、処分の必要性を認めてはじめて懲戒処分を課することができると解される。この点で、君が代ピアノ伴奏の職務命令違反に対して懲戒処分を直結させることは、君が代斉唱を強制的に実施するためのものであって、許されないと解することができる。

学校教育においては、生徒・保護者と教師・学校との信頼関係と人格的な交流があってはじめて心の通った教育が成立する。教師の意見や考えを無視して一方的にものごとを決定して命令し、従わない教師を直ちに懲戒処分に付するという方法は、教育という創造的な営みを破壊し、学校での教育を著しく損なうものである。とりわけ教育の場では、懲戒処分の行使には慎重でなければならず、したがって、処分権者たる教育委員会は、明らかに非違行為があった場合は別として、職務上の義務違反が懲戒処分に値するかどうかを慎重に判断すべきであり、そしてまた、裁判所は、懲戒処分の適法性の審査にあたって、職務命令違反の事実を具体的に審査し、それが懲戒処分の発動を許すものかどうかについて密度の高い審査を行うべきである。この意味で、教育公務員に対する懲戒処分の適否は、一般の公務員の懲戒処分の事案とは別に、特別の配慮が要請されることができると考えることができる。

今後、文部科学大臣、教育委員会は、学校の式典での国旗掲揚、国歌斉唱の実施をいっそう強く求めるであろう。校長はその実施について職務命

令を発し、従わない教職員に対しては懲戒処分がなされることになろう。⁽²²⁾ その懲戒処分に対して、裁判所が「平素から組織内の事情に通曉し、職員
の指揮監督の衝に当たる懲戒権者」の裁量を広汎に認め、職務行為違反に
対する懲戒処分を安易に是認するのであれば、国旗国歌の強行的な実施は
いともたやすく貫徹されることになる。「国旗国歌は強制されてはならな
い」ということは、政府も認めている基本的な要請であったはずである。
それにもかかわらず、「職務命令→拒否に対する懲戒処分」という機械的
な連携によって、国旗国歌の実施は強制されることになる。裁判所は、少
なくとも、職務命令の内容を十分に検討して、職務命令として実施を要求
するに足りる内実があるかどうか、当該職務命令違反行為に対して懲戒処
分を課することが妥当かどうかについて、裁判所の立場から公正に審査し
なければならない。

とくに、本件での上告人の職務命令違反行為に対する戒告処分は、次の
(c)で詳述するように、懲戒処分を行うこと自体に正当性の認められないも
のである。本件の事案について懲戒処分の発動を裁判所が是認するなら
ば、まさに、「職務命令→懲戒処分」による国旗国歌の強制的実施という
方法が教育の現場で横行することになりかねない。本件での懲戒処分の賦
課が不当ではないか、最高裁判所が慎重に判断すべきことが強く求められ
る。

(c) ピアノ伴奏の職務命令の拒否と戒告処分との不均衡

次に、比例原則違反に関しては、君が代のピアノ伴奏の職務命令違反行
為に対して戒告処分が課せられたことが著しく不均衡であり、不当に重い
処分になっていることが問題になる。

これまで種々の観点から指摘してきたように、本件での校長の職務命令
には相当の無理があり、また、上告人の君が代のピアノ伴奏の拒否は思
想・良心に基づくものであるので、その職務命令違反に対して公務員法上

(22) 前出・注 (18) 参照。

の懲戒処分を課するのは過剰であるというべきである。本件での考慮すべき事情としては、やや繰り返しになるが、①ピアノ伴奏の職務命令が職務命令をもって義務づけるほどの内実をもっていないこと、②上告人はピアノ伴奏の拒否の意思表示を事前に行っており、しかも、その態度表明は消極的なものであって、積極的に君が代斉唱を妨害するというものではなかったこと、③自己の思想・良心に基づいて拒否しており、それは憲法上保護されるべきこと、④テープ伴奏や他の教員によるピアノ伴奏などの他の代替手段をとることができたこと、などをあげることができる。上告人の職務命令の拒否は、戒告処分をもってしてまで責任を問うほどのことではない。それにもかかわらず、東京都教育委員会は上告人を戒告処分に付し、原審判決は、職務命令違反があったことをほぼ唯一の理由として戒告処分の適法性を是認したのである。本件の事案で職務命令違反に対して戒告処分を付するのは過剰な不利益付加であって、比例原則違反といわなければならない。

なお、原審判決は、入学式の際の君が代のピアノ伴奏について、「公然とした職務命令違反を放置すれば、公務員関係の秩序維持に少なくない影響を及ぼすおそれがある」と説いている。しかし、この説示は、職務命令の内容について検討しておらず、職務命令違反を形式的にとらえている点で不当である。また、とくに上告人が君が代のピアノ伴奏をしなかったことによって、混乱が生じたわけではないことが留意されるべきである。たしかに、テープ伴奏の準備という校長の周到な配慮があったが、それはとりもなおさずピアノ伴奏の職務命令に無理があったことの証左というべきである。

また、原審判決は、上告人に課された戒告処分が「懲戒処分としては最も軽い処分である」ことにも言及している。戒告処分は、たしかに地方公務員法29条1項が規定する処分のなかでは最も軽いが、しかし、それは地方公務員法上の処分であることには変わりはない。そして、実際には、戒告処分であっても、上告人にとっては処分歴として履歴に残るほか、昇給

の3ヶ月延伸、勤勉手当の10分の1のカット、さらには、賞与の支給金額の減少、将来受け取る退職金や年金の支給額にまで影響を及ぼすものであって、重大な不利益を課す処分であることは否めない。

そもそも、本件の上告人の職務命令違反行為に対して、地方公務員法上の懲戒処分を課すること自体が過剰な制裁というべきである。上告人の行為が職務命令違反行為として非難されるときも、訓告や嚴重注意によっても十分に責任を問うことができるものである。他の戒告処分の事案と比較してもきわめて軽微な本件事案において、上告人に戒告処分を課するのは比例原則に違反しており、東京都教育委員会の戒告処分は、社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量権を濫用したものというべきである。

おわりに

本件訴訟は、今後の最高裁の司法審査のあり方を展望するうえで、重要な試金石となる。それは、次の3点に要約できる。

第一は、違憲審査権の行使のあり方に関する。本件では、君が代ピアノ伴奏の職務命令が上告人の思想・良心の自由を侵害することが問題となっており、それはまさに人権侵害に関する憲法訴訟であり、違憲審査による人権侵害の救済が求められている。しかも、そこでは思想・良心の自由という精神的自由の制限の合憲性が争われている。そこで、本件にかかる最高裁判決は、違憲審査基準論としての二重の基準論を明示的に提示し、思想・良心の自由を制限する職務命令を厳格に審査し、人権の救済を図るとともに、それらを最高裁判所の憲法判例として積極的に形成することができる。本件にかかる最高裁判決が憲法訴訟ない人権救済訴訟として違憲判決を下すことができれば、それは違憲審査のあり方に関する重要な先例となり、日本の将来の違憲審査制の発展に大きく寄与することになる。

第二は、日の丸・君が代訴訟としての先例的価値である。政府・教育委員会は学校の式典での国旗掲揚・国歌斉唱の実施を強制的に実施しようと

しており、他方、それに対して教職員や国民の一部は国旗国歌の実施に直接反対し、あるいは、多くの国民は国旗国歌の強制に対して疑問をもっている。今後さまざまな「日の君」訴訟が提起され、最高裁判所の判断が求められ、判決が注目を集めることになる。本件訴訟はその第一歩であり、政府の国旗国歌の強制的実施を丸ごと容認するかどうかの重要な分岐点と位置づけられる。最高裁判所の熟慮された慎重な判断が求められており、政府の強制的な実施に安易に加担するものとなってはならない。

第三は、上告人の権利救済の必要性である。本件での上告人は強引な君が代ピアノ伴奏の職務命令を消極的に拒否したにとどまるが、それにもかかわらず、戒告処分を受けた。このことは、上告人が政府・教育委員会・校長の君が代の強権的な実施方針のいわば犠牲者となっていることを意味する。一連の「日の君」訴訟のなかでも、戒告処分を争う上告人の主張は正論であり、上告人を救済すべき必要性はすこぶる高い。本件にかかる最高裁判決では、上告人の救済を原点に置き、違憲審査の活性化の方針の提示、「日の君」訴訟への展望を踏まえた判決の形成に、意を注ぐべきである。

総じて、本件訴訟は、憲法事件全般に関する最高裁判所の従来の審理のあり方を見直すきっかけとなりうる。最高裁判所の憲法事件の審理判断は、違憲審査基準の点でも、人権救済への熱意の点でも、不十分にしか取り組まれてこず、論理的で体系的な憲法判例理論は形成されてこなかった。憲法によって最高裁判所に違憲審査権が与えられているにもかかわらず、違憲審査制が機能不全に陥っており、違憲審査の任務が十分果たされてこなかった。しかし、それでは、違憲審査権をもつ最高裁判所の存在意義が問われることになる。このような消極的態度は早晩改められなければならない、憲法・行政判例のあり方とそれに対する最高裁判所の自覚的な取り組みが求められている。

私は、これまで日本の違憲審査制の活性化をどのようにして実現するか、最高裁判所の憲法判例を質量とも向上させるためにはどうすべきかに

ついて考えてきた。そして、とくに1999年に司法制度改革審議会で司法改革に関する審議が開始されたときにも、憲法・行政訴訟の観点からの活発な審議を期待すると論じた⁽²³⁾。ところが、司法制度審議会の審議では、違憲審査制の活性化に関する議論はほとんどなされず、最高裁判所の機構改革についても論じられずに終わった。審議会で議論がなされなかった理由として、①最高裁判所の機構改革や違憲審査制のあり方という論点は余り喫緊の課題とされず、論点整理でも取り上げるべき論点として出てこなかった、②司法改革を審議する司法改革制度審議会で最高裁や違憲審査について議論するのはふさわしいとはいえないと考えられた、と指摘されて⁽²⁴⁾いる。このようにして、違憲審査制の活性化のための制度改革のチャンスは失われた。

残るは、最高裁判所内部での自主改革があるのみである。最高裁判所は、違憲審査権の活性化が自らの任務のうちで最重要の課題の一つであることを深く認識し、自主的に改革に取り組んでいただきたい。最高裁判所裁判官会議で議論することが考えられてよいが、独自の審議会をつくって今後の方向について審議することもありうる。そして、何よりも最高裁判所が判決のなかで、違憲審査権の行使について十分配慮し、違憲審査基準論を展開し、実際に違憲判決を下していくことが望まれるのである。とくに「筋のよい事件」が最高裁判所に係属したときには、ぜひ憲法判断を積極的に示していただきたい。本件訴訟はその絶好の好機である。

最近の最高裁の憲法判例をみると、憲法事件に積極的に取り組み、人権保障をめざす判決がいくつかみられる。また、裁判官のなかにも、違憲審査権の行使の重要性について深く認識し、自覚的に違憲審査の論理を展開

(23) 戸波「憲法・行政法分野からみた司法改革の課題」月刊司法改革1999年10月号40頁以下。

(24) 大野正男＝竹下守夫＝戸波江二「鼎談・司法制度改革審議会意見書をめぐって・意見書の論点、裁判官制度・法曹一元・最高裁判所」ジュリスト1208号81頁(2001年)での竹下守夫発言。

している方がおられる。最高裁裁判官の多くの方が憲法訴訟になじみのない分野から最高裁裁判官になられたとはいえ、日本の最高裁判所の違憲審査権の行使が日本の裁判制度のなかで重要な役割をもっていることに思いを致し、ぜひ積極的に違憲審査の課題に取り組んでいただきたい。世界各国で違憲審査制が憲法政治のなかで重要な役割を果たし、裁判制度のなかでもひととき重みをもってきているという環境のなかで、日本の違憲審査制⁽²⁵⁾だけが低水準にとどまっていることは、あってはならないことである。

(25) 本稿は、2005年3月末日をもって早稲田大学法学部を退職される浦田賢治、樋口陽一両教授に献呈される。本稿注（1）に記したように、本稿は最高裁判所に提出した鑑定意見書である。その論稿をさらに浦田・樋口両教授の退職にあたっての献呈論文とすることには躊躇がある。しかし、現在、別に論稿を執筆するだけの余裕をもつことができず、また、本稿は内容的に人権保障の意義、信教の自由の保障の必要性、憲法訴訟・行政訴訟上の諸問題、最高裁判所の違憲審査権の行使のあり方など、基本的な論点についてさまざま考慮しながら私見を披瀝したものであるので、献呈論文とすることをお許しいただきたい。

浦田賢治教授には、憲法学の先達として多大のお教えをいただいたほか、とりわけ1996年4月に早稲田大学法学部に赴任して以来、多大のご指導とご厚情を賜った。厚くお礼申し上げます。また、樋口陽一教授には、憲法学・比較憲法学の膨大な業績を通じて多くのお教えを受けた。また、国際憲法学会をはじめ、さまざまな機会に懇意にいただいた。早稲田大学での同業の期間は短かったものの、これまでの学恩に心よりお礼申し上げます。

浦田、樋口両教授とも、今後ますますご活躍され、憲法学をさらに進展させていただくとともに、後進に対して一層のご教示とご指導とをお願いしたい。