

## 君が代問題の考察①

(社会科学教育講座) 中曾久雄

## The Problem of Freedom of Thought and Conscience

Hisao NAKASO

(平成30年6月21日受理)

## 1 はじめに

事の始まりは、1958年の学習指導要領改訂である。ここでは、日の丸を掲揚し、君が代を斉唱することが「望ましい」と規定され、1977年の小中学校の学習指導要領では君が代が国歌とされた。その後、1985年に文部省初等中等教育局長は、「入学式及び卒業式において、国旗の掲揚や君が代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」ことを求める通達を出した。このことにより、教育現場においては、国旗の掲揚や君が代の斉唱の指導が強化されていくことになった。国旗国歌法制定<sup>1</sup>の前年（1998年）の小中学校の学習指導要領は、「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。国旗国歌法の制定後、さらに、日の丸の掲揚・君が代の斉唱の指導が徹底され、違反者への処分が行われることになる。日の丸掲揚や君が代斉唱をめぐることは、多くの訴訟が提起されることになる<sup>2</sup>。そして、2007年2月27日に、最高裁判所は、

君が代訴訟に関する初めての判断を下した。東京都日野市の公立小学校における入学式で、君が代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東京都教育委員会に処分取り消しを求めた訴訟で、最高裁は当該職務命令を合憲とし、教諭の上告を棄却した。この判決は君が代訴訟における初の最高裁判決であり、その後の判例の展開、さらには、教育現場にも大きな影響を及ぼすことになった<sup>3</sup>。本稿では、この最高裁判決およびそれに関する学説の分析を通じて、君が代ピアノ伴奏（以下、ピアノ伴奏）拒否の問題を指摘し、それを考察する。

## 2 ピアノ伴奏拒否事件

## 2-1 事案の概要

上告人は、1999年4月1日から日野市立の小学校の音楽専科の教諭として勤務していた。この小学校では、1995年3月の卒業式以降、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た。同校の校長は、1999年4月6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。同年の4月5日、本件入学式の最終打合せのための

<sup>1</sup> 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（1999年）44頁。「この国旗・国歌法の裏には、法制化された以上この旗、この歌が尊重に値するというような、言葉の魔力が期待されていた」と指摘する。

<sup>2</sup> 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）199頁（木下智史担当）、本秀紀編『憲法講義』（日本評論社、2015年）342頁（塚田哲之担当）、青柳幸一「思想・良心の表出としての消極的外部行為と司法審査」『慶応の法律学公法I』（慶応義塾大学出版会、2008年）65頁。なお、大多数の訴訟は、教師が原告となり、

君が代斉唱や伴奏に反対する行為を理由とする処分の取消や、処分に対する損害賠償を求めるものであった。

<sup>3</sup> 森脇敦史「象徴的言論—象徴への態度が示すもの」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由I 状況へ』（尚学社、2011年）231頁。なお、本判決に対する学説の評価は否定的なものが多いとされている。結城洋一郎「君が代伴奏拒否戒告処分事件」石村修・浦田一郎・芹沢斉編『時代を刻んだ憲法判例』（尚学社、2012年）376頁。

職員会議が開かれた際、上告人は、校長から君が代斉唱の際にピアノ伴奏を行うよう言われたが、自らの思想、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。そこで、校長は、上告人に対し、本件入学式の君が代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、入学式開始前に、校長室において上告人に対して、入学式における君が代斉唱に際してピアノ伴奏を行うよう本件職務命令を発した。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、君が代斉唱となったが、上告人はピアノの椅子に座ったままであった。校長は、約 5 ないし 10 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の伴奏により、君が代斉唱が行われた。東京都教育委員会は同年 6 月 11 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 32 条および 33 条に反するとして、地方公務員法 29 条 1 項 1 号ないし 3 号に基づき、上告人を戒告処分に処した。

#### 2-2 一審判決<sup>4</sup>

東京地裁は、「本件職務命令は、本件入学式において音楽専科の教諭である原告に『君が代』のピアノ伴奏を命じるというものであり、そのこと自体は、原告に一定の外部的行為を命じるものであるから、原告の内心領域における精神的活動までも否定するものではない」とする。東京地方裁判所は内心と外部的行為は別であり、外部的行為の強制は思想・良心の侵害とはならないとする。また、「地方公務員は、全体の奉仕者であって（憲法 15 条 2 項）、公共の利益のために勤務し、かつ、職務の遂行に当たっては、全力を挙げて専念する義務があるのであり（地方公務員法 30 条）、思想・良心の自由も、公共の福祉の見地から、公務員の職務の公共性に由来する内在的制約を受けるものと解するのが相当」であり、「公務員の職務の公共性に由来する内在的制約を受けることからすれば、本件職務命令が、教育公務員である原告の思想・良心の自由を制約するものであっても、原告において受忍すべきもので、これが憲法 19 条に違反するとまではいえない」とした。さらに、職務命令についても、「明らかに不当な目的に基づくものであるとか、内容が著しく不合理であるとまではいえないから、本件職務命令が校

長の管理権ないし校務掌理権を濫用したとまではいえない」とし、音楽教諭の請求を棄却した。

#### 2-3 二審判決<sup>5</sup>

東京高等裁は、「思想・良心の自由も、公教育に携わる教育公務員としての職務の公共性に由来する内在的制約を受けることからすれば、本件職務命令が、教育公務員である控訴人の思想・良心の自由を制約するものであっても、控訴人においてこれを受忍すべきものであり、受忍を強いられたからといってそのことが憲法 19 条に違反するとはいえない」とする。しかも、「『君が代』に思想的な嫌悪感を抱いていたにしても、控訴人が、学校教育の内容及び方法についての全国的な大綱的基準として定められた前記学習指導要領による教育をつかさどる教諭である以上、控訴人は、その個人的な思想や好悪の感情いかにかわからず、職業人としてこの学習指導要領による教育を行う立場にあるといわざるを得ない」としている。そして、処分についても、「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を考慮すれば、結果的に本件入学式に大きな混乱が生じなかったこと、控訴人は自らの思想・良心を理由に本件行為に及んだものであること、控訴人にはこれまで処分歴がないこと…本件処分により控訴人が被る不利益の程度…を考慮しても」、「本件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まで認めることはできない」として、音楽教諭の主張を棄却した。

#### 2-4 最高裁判決<sup>6</sup>

##### 多数意見の判断枠組

多数意見は、謝罪広告事件判決（最大判 1956 年 7 月 4 日民集 10 巻 7 号 785 頁、猿払事件判決（最大判 1974 年 11 月 6 日刑集 28 巻 9 号 393 頁）、旭川学テ事件判決（最大判 1976 年 5 月 21 日刑集 30 巻 5 号 615 頁）、岩手教祖学テ事件判決（最大判 1976 年 5 月 21 日刑集 30 巻 5 号 1178 頁）を先例として挙げている。まず、多数意見は、ピアノ伴奏拒否という消極的外部的行為が憲法 19 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

<sup>5</sup> 平成 16 年 7 月 7 日判例集未登載。

<sup>6</sup> 平成 19 年 2 月 27 日民集 61 巻 1 号 291 頁。

<sup>4</sup> 平成 15 年 12 月 3 日判例時報 1845 号 135 頁。

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」ということについて、『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」と位置づける。さらに、本件入学式の君が代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「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。しかしながら、多数意見は、「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とはできない」とする。本件の場合、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。「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」。

他方で、職務命令の妥当性については、憲法 15 条 2 項、地方公務員法 30 条・32 条、学校教育法 18 条 2 号・20 条、学校教育法施行規則（平成 12 年文部省令第 53 号による改正前のもの）25 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 24 号）第 4 章第 2 D(1)・同章第 3 の 3 を挙げる。「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、これらの規定の趣旨にかなうものであり、A 小学校では従来から入学式等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たことに照らしても、本件職務命令は、その目的及び内容において不合理であるということとはできないというべきである」と結論づけた。

#### 那須弘行裁判官の補足意見の枠組み

那須裁判

官によれば、「本件の核心問題は、『一般的』あるいは『客観的』には上記のとおりであるとしても、上告人の場合にはこれが当てはまらないと上告人自身が考える点にある。上告人の立場からすると、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、上告人の前記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もなるものではないか」という。「上告人のような信念を有する人々が学校の儀式的行事において信念に反して『君が代』のピアノ伴奏を強制されることは、演奏のために動員される上記のような音楽的な内心の働きと、そのような行動をすることに反発し演奏をしたくない、できればやめたいという心情との間に心理的な矛盾・葛藤を引き起こし、結果として伴奏者に精神的苦痛を与えることがあることも、容易に理解できることである」とする。そして、「心理的な矛盾・葛藤を生じさせる点で、同人が有する思想及び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がある」と指摘する。その上で、那須裁判官は、以下の 2 点を検討する。まず、伴奏の二面性、すなわち、「その内面性に着目すれば、演奏者の『思想及び良心の自由』の保障の対象に含まれるが、外部性に着目すれば学校行事の一環としての『君が代』斉唱をより円滑かつ効果的なものにするに必要な行為にほかならず、音楽専科の教諭の職務の一つとして校長の職務命令の対象となり得る性質のものである」ということである。この点について、「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意思決定とこれに準拠した整然たる活動（必ずしも参加者の画一的・一律の行動を要求するものではないが、少なくとも無秩序に流れることにより学校行事の意義を損ねることのない態様のものであること）が必要とされる面があって、学校行事に関する校長の教職員に対する職務命令を含む監督権もこの目的に資するところが大きい」という。次に、『君が代』の斉唱については、学校は消極的な意見を有する人々の立場にも相応の配慮を怠るべきではないが、他方で斉唱することに積極的な意義を見いだす人々の立場をも十分に尊重する必要がある」という。この点について、「校長の監督権（学校教育法 28 条 3 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 32

条)の規定に基づく校長の指導力が重要な役割を果たすことになる。そこで、前記のような両面性を持った行為についても、行事の目的を達成するために必要な範囲内では、学校単位での統一性を重視し、校長の裁量による統一的な意思決定に服させることも『思想及び良心の自由』との関係で許されると解する」とした。

**藤田宙靖裁判官の反対意見の枠組み** 藤田裁判官の反対意見は、「本件における真の問題は、校長の職務命令によってピアノの伴奏を命じることが、上告人『君が代』に対する否定的評価』それ自体を禁じたり、あるいは一定の『歴史観ないし世界観』の有無についての告白を強要することになるかどうかというところにあるのではなく（上告人が、多数意見のというような意味での『歴史観ないし世界観』を持っていること自体は、既に本人自身が明らかにしていることである。そして、『踏み絵』の場合のように、このような告白をしたからといって、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。）、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」であるという。その上で、「本件において問題とされるべき上告人の『思想及び良心』としては、このように『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』もさることながら、それに加えて更に、『君が代』の斉唱をめぐる、学校の入学式のような公的儀式の場で、公的機関が、参加者にその意思に反してでも一律に行動すべく強制することに対する否定的評価（従って、また、このような行動に自分は参加してはならないという信念ないし信条』といった側面が含まれている可能性があるものであり、また、後者の側面こそが、本件では重要なのではないかと」する。そして、「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、仮に多数意見の上記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」という。

この問題意識のもと、藤田裁判官は「更に慎重な検討」を行う。まず、目的について、学校行政の究極的的は「子供の教育を受ける利益の達成」であるが、「そのこと

から直接に、音楽教師に対し入学式において『君が代』のピアノ伴奏をすることを強制しなければならないという結論が導き出せるわけではなく、究極的目的のために、『入学式における「君が代」斉唱の指導』という中間目的が（学習指導要領により）設定され、それを実現するために、いわば、『入学式進行における秩序・規律』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』になっているという。そして、そのことが当然に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という。「本件の場合、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お不作為を行おうとしていたものにすぎなかった。従って、校長は、このような不作為を十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」と指摘する。さらに、代替手段について、「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核を成すものであるといえるか否かには、なお疑問が残るところで」とあるという<sup>7</sup>。

以上の検討から、「本件において本来問題とされるべき上告人の『思想及び良心』とは正確にどのような内容のものであるのかについて、更に詳細な検討を加える必要があり、また、そうして画定された内容の『思想及び良心』の自由とその制約要因としての公共の福祉ないし公共の利益との間での考量については、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。このような作業を行ない、その結果を踏まえて上告人に対する戒告処分の適法性につき改めて検討させるべく、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻す必要があるものとする」と結論づけた。

## 2-5 最高裁判決の射程

<sup>7</sup> 藤田裁判の反対意見の枠組みは、猿払事件の一審判決を応用したという指摘がある。小泉良幸「思想・良心に基づく外部的行為の自由の保障のあり方」法学セミナー634号（2007年）51頁。

多数意見は、「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」ことや「特定の思想の有無について告白することを強要する」ことが憲法 19 条に違反する可能性のあることを認めている。しかしながら、多数意見は、君が代のピアノ伴奏それ自体について、一般的には音楽教師の歴史観・世界観と不可分に結びつかないとして、思想・良心の自由と外部的行為を遮断している<sup>8</sup>。多数意見は、『ピアノ伴奏』を、個人の視点から離れて」いるのであって、思想・良心の自由と外部的行為が遮断されるのは当然なのである<sup>9</sup>。この枠組みによれば、音楽教師が君が代のピアノ伴奏することを職務として「通常想定され期待され」るものであり、ピアノ伴奏をしてもそれが特定の思想を有することを外部的に表明する行為とは評価できず、また、職務命令に従ってピアノ伴奏を行っても、それにより君が代に賛同の意思を有しているとは考えられないことになる。したがって、ピアノ伴奏の強制は通常は考えられないであろうという点に、思想・良心の自由の侵害は存在しないのである。この枠組みは下級審においては、拡大して適用されることになる。例えば、再雇用職員地位確認請求事件<sup>10</sup>では、

「国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを拒否することは、全原告らにとっては、上記のような社会生活上の信念に基づく一つの選択ではあり得るものの、一般的には、これと不可分に結び付くものではないから、本件職務命令が全原告らの上記のような精神活動それ自体を否定するものとはいえない」として、職務命令違反に基づく再雇用の取消に裁量権の濫用はないとした。また、再雇用の採用選考において、東京都教育委員会が卒業式の君が代斉唱に関する職務命令に違反したことを理由に不合格としたことが争われ事案<sup>11</sup>では、「本件職務命令は、原告らの思想及び良心の自由との抵触が生じる余地」があるとしつつも、全体の奉仕者としての公務員の地位、「卒業式等における国旗掲揚や国歌斉唱は、全国的には従前から広く実施されていたものである」ことに鑑みると、職務命令には合理性・必要性が認められるとした。

### 3 思想・良心の自由からのアプローチ

ピアノ伴奏拒否の憲法上の問題を検討するに際して、これまで活発に議論されてきたのは、憲法 19 条の思想・良心の自由との関係についてであった<sup>12</sup>。一般に、思想・良心の自由は、「社会における世界観や思想の多元性を前提とし、そのうちいずれを選ぶかは、各人の判断に任されているとの考え」のもとに、「人の精神活動の中核となる内面の精神活動」を保障するものとされている<sup>13</sup>。そして、思想・良心の意味について、良心は「人の精神作用のうち倫理的側面」に、思想は「それ以外の側面」にかかわり、その意味で良心は思想よりも「より根源的」と理解する余地はあるが、19 条が両者を包摂して保障する以上、両者を区別する実益はないとされている<sup>14</sup>。次に、「侵してはならない」ということについてである。これには 2 つの意味があり、第 1 の意味は、国民がいかなる思想・良心を持っていても、それが「内心にとどまっているかぎり、それは絶対的に自由」であるということである。したがって、国家は、特定の考え方を国民に対

<sup>8</sup> 西原博史「思想・良心の自由—侵害された個人の痛みを敏感な解釈論に向けて—」『法曹実務にとっての近代立憲主義』（判例時報社、2017 年）40 頁、渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法 I 基本権』（日本評論社、2016 年）166 頁（渡辺康行担当）、橋本基弘「君が代伴奏職務命令と思想良心」高橋和之編『新・判例ハンドブック』（日本評論社、2013 年）86 頁、安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本』（有斐閣、2012 年）113 頁（安西文雄担当）、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I 第五版』（有斐閣、2012 年）314 頁（中村睦男担当）、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第 2 版』（有斐閣、2010 年）137 頁、松井茂記『日本国憲法 第三版』（有斐閣、2007 年）164 頁、早瀬勝明「10.23 通達以前の君が代ピアノ伴奏命令を合憲とした最高裁判決（最判平成 19 年 2 月 27 日）」山形大学紀要（社会科学）第 38 巻第 1 号（2007 年）64 頁。

<sup>9</sup> 小島慎司『「君が代」ピアノ伴奏の強制の合憲性』憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法 増補版』（信山社、2014 年）77 頁、門田孝「法学セミナー増刊・判例速報解説 I」（日本評論社、2007 年）34 頁、なお、調査官解説では、多数意見は「内心の核心部分を直接否定するような外部的行為を強制することが憲法 19 条の問題となり得るものであるということを前提として」いるとしつつも、本件の場合それには該当しないとす。森英明「時の判例：市立小学校の校長が音楽専科の教諭に対し入学式における国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏を行うよう命じた職務命令が憲法 19 条に違反しないとされた事例」ジュリスト 1344 号（2007 年）84 頁。

<sup>10</sup> 東京地方裁判所平成 19 年 6 月 20 日判例時報 2001 号

136 頁。

<sup>11</sup> 東京地方裁判所平成 20 年 2 月 27 日判例時報 2007 号 141 頁。

<sup>12</sup> 井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、2008 年）82 頁。

<sup>13</sup> 長谷部恭男『憲法第 5 版』（新世社、2011 年）181～182 頁。

<sup>14</sup> 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）217 頁。

して強制することは許されない。第2の意味は、国民の有する思想に基づいて、「国家権力が差別的な、もしくは不利益な取扱いを行うこと」は許されないということである<sup>15</sup>。

ここでの論点は、自らの思想・良心に基づきある行為を拒否することが、思想・良心によって保障されるか否かである。多くの学説は、思想・良心の自由に基づく外部的行為に対しても19条の保障を及ぼそうとする<sup>16</sup>。その中でも、19条を精緻化し、どのような形で外部的行為に対して19条の保障が及ぶのかについて精力的な検討を加えるのが佐々木弘通教授である。

佐々木教授は、19条について、2つの解釈を提示する。1つは「外面的行為の強制」の禁止をその本質とする解釈である。その内容は、「公権力が、特定内容の『内心に有るもの』を侵害する意図なしに、一般的な規制措置を行う場合に、その規制による『外面的行為の強制』が或る個人の保持する特定内容の『内心に有るもの』と深いレベルで衝突するとき、同規制からその個人を免除することが憲法上の要請である」というものである<sup>17</sup>。ここでは、国家が内心の強制の意図はなく、それ自体として違憲となるものではない。この外面的行為の強制の有無については二段階審査が行われることになる。第一段階の審査においては、衝突審査で個人の側が個別具体的に自己にとっての深刻な負担か否かが審査されることになる。次に、衝突が明らかであれば、第二段階の審査となる。第二段階の審査では、「公権力側がそれにもかかわらずその個人を当該規制措置から免除すれば実現できないか否か、すなわち、公益の有無が問われることになる。

ここでの公益審査は厳密に行われることになる。この外面的行為の強制は、「公権力が、特定内容の『内心に有るもの』を侵害する意図をもって、その特定内容の『内心に有るもの』を保持する個人を、正にそれを内心に保持するゆえをもって、不利益に取扱うこと」を禁止する「不利益取扱い」型と、「車の両輪」をなす関係にある<sup>18</sup>。

今1つは、「自発的行為の強制」型の解釈である。人間の行為一般の大部分は「外面的行為」だが、なかには「自発的行為」と見るべきものもあるという。自発的行為とは、「行為者の自発性・自主性に基づいてはじめて、意味がある」ものである。これに対して、「外面的行為」とは、「本人の自発性に基づいていなくてもその行為が現実に行われること自体に価値があるという」ものである。「自発的行為の強制型」の解釈は、「自発的行為を公権力が強制的に個人に行わせることは憲法上許されない」という帰結をもたらすものである<sup>19</sup>。そして、音楽教諭がピアノを弾く行為については、「外面的行為」であるが、「国歌の斉唱」行為それ自体は、強制の許されない「自発的行為」であるという<sup>20</sup>。

さらに、この佐々木説を発展させたのが、棟居快行教授である。棟居教授は、佐々木説に賛同しつつ、以下の19条の解釈論を提示する。棟居教授は、「思想の自由の侵害が唱えられるケースの大半にあっては、国が何らかの行政目的を実現しようとして（一部の）国民に何らかの外面的行為を強制し、それが当該国民からすれば内心の有り様に間接的ないし事実上の影響を及ぼすことから、そのような場合に一九条はどのように・どの範囲で当該国家作用を統制しうるか」に焦点を当てる<sup>21</sup>。もっとも、自由と規制との境界設定を行うことは困難であり、2つの要素を同時に勘案する必要があるという<sup>22</sup>。第1の要素は「内心の保障の絶対性を貫くべき」であり、第2の要素は「一律の行政目的の実現のための手段が、内心に直接の規制を及ぼすのではなく間接的ないし事実上の制

<sup>15</sup> 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)[増補版]』（有斐閣、2000年）106頁、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅰ』（青林書院、1994年）380頁（浦部法穂担当）、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）312頁。

<sup>16</sup> 横大道聡「出たかった卒業式」宍戸常寿編『憲法演習ノート』（弘文堂、2015年）131頁、渡辺康行『「思想・良心の自由」と『国家の信条的中立性』(一)—『君が代』訴訟に関する裁判例および学説の動向から』法政研究73巻1号（2006年）17頁。

<sup>17</sup> 中野雅紀『「君が代」ピアノ伴奏命令と教師の思想・良心—「君が代」ピアノ伴奏拒否事件』工藤達明編『憲法判例インデックス』（商事法務、2014年）97頁、佐々木弘通「思想良心の自由、信教の自由」辻村みよ子編『ニューアングル憲法』（法律文化社、2012年）93頁、佐々木弘通『「国歌の斉唱」行為の強制と教師の内心の自由』法学セミナー259号（2004年）42頁。

<sup>18</sup> 佐々木・前掲注(17)（『「国歌の斉唱」行為の強制と教師の内心の自由』）42～43頁。

<sup>19</sup> 佐々木・前掲注(17)（『「国歌の斉唱」行為の強制と教師の内心の自由』）44頁。

<sup>20</sup> 佐々木弘通「思想及び良心の自由」辻村みよ子・山元一・佐々木弘通編『憲法基本判例—最新の判決から読み解く』（尚学社、2015年）140頁。

<sup>21</sup> 棟居快行『憲法学の可能性』（信山社、2012年）336頁。

<sup>22</sup> 棟居・前掲注(21) 337頁。

約が及ぶにとどまる場合には、信教の自由や思想の自由と当該規制とが真に衝突しているのかを、よく見定める必要がある」という<sup>23</sup>。こうした観点から、以下の審査を提示する。まず、行政目的の審査についてである。行政目的が、「別の代替手段によっても同様に実現されうるのであれば、そもそも自由と規制との真の衝突は存在」せず、「その場合には、規制の側が、見せかけの衝突を回避し、代替措置を用意しなければならない」という。そうでなければ、「行政目的を実現するための必要最小限度の規制とはいえず、そればかりか、およそ目的と手段との合理的なつながりを欠くこととなる」という<sup>24</sup>。次に、規制の審査についてである。外面的行為のレベルでの規制がなされたからといって当然に内心の絶対的保障が侵害されるというわけではない。「外面的行為の強制」が、内心の信仰や思想の核心を侵害する場合に限り、違憲であるという<sup>25</sup>。もっとも、一部の外面的行為について、「第三者から見れば、単なる外面だけの行為ではなく、内面の信仰や思想を当然に伴う行為」であるように見える場合がある<sup>26</sup>。君が代斉唱は「内向の思想を推測させる象徴的意味を帯びる（だからその強制は違憲となりうる）のに対して、ピアノ伴奏はそうした象徴的性格を有さず、むしろ儀礼的慣習的ないし教師の職責としての行為であるとして教師の内面と結びつけずに捉えられる（したがって原則としては違憲とならない）」という<sup>27</sup>、逆に「ある行為の強制により、特定の信仰や思想を持っていないのに持っていると思われてしまう場合もある」という<sup>28</sup>。この場合、「内面を伴わないにもかかわらず」、特定の行為を強制されることで演出され、第三者に誤解を与えてしまう。このような自発的行為の強制は、一般的な外面的行為の強制とは区別されるべきであり、直ちに思想・良心の自由の侵害になる<sup>29</sup>。こうした観点から、最高裁判決は、「卒業式・入学式における『君が代』斉唱は広く行われており、その伴奏を音楽専科の教師が行うことは『通常想定され期待されるもの』だから、伴奏を

命じても特定の思想の強制や、思想の告白の強制には当たらない」として、職務上の義務が外面のレベルで思想の自由に優先するとし、そうであれば思想の自由といってもその外面における保障の範囲を問題としているという<sup>30</sup>。

憲法 19 条の保障する思想良心の自由については、別のディメンションが存在している。思想・良心の自由が外面的行為について憲法上の保護を及ぼすならば、「自己の思想・良心に基づいて、一般的義務を拒否し、その義務の免除を求めることができるのか」という問題である<sup>31</sup>。個人の自律や自己決定が尊重される社会においては、公務員の職務上の義務の拒否以外の場合であっても、義務の免除が認められるか否かを検討する必要性は十分にある。例えば、エホバの証人剣道拒否事件<sup>32</sup>のように、信仰に基づく剣道実技の免除の要求を認めずに原級留置・退学処分にした校長の措置が違法であるとされた事案が存在している。

そうすると、ピアノ伴奏拒否に含まれる問題は、思想・良心の自由に基づく「社会的義務の免除」と社会秩序の対立をいかに考えるかという問題が含まれている。この点について、戸波江二教授は、思想・良心の自由と社会的義務の衝突において、それを適切に調整するために、以下の 2 点を考慮する必要があるとする<sup>33</sup>。1 つは、思想・良心と社会的義務の衝突の調整に際しては、概括的・一般的に行うことができないので、個々の具体的な事情について細かな考慮を行うことが不可欠ということである。個人の抱く思想・良心の内容も様々であり、同時に、義務の拒否に対して行われる措置の内容・程度も様々であるので、どのような判断枠組みで、どのような要素を重視するかが重要となる<sup>34</sup>。今 1 つは、思想・良心と社

<sup>30</sup> 棟居・前掲注(21) 339 頁。

<sup>31</sup> 赤坂正浩 『憲法講義(人権)』(信山社、2011 年)111 頁、榎透 『『君が代』ピアノ伴奏拒否事件にみる思想・良心の自由と教育の自由』専修大学社会科学年報第 44 号(2010 年) 75 頁。

<sup>32</sup> 一審判決(神戸地判 1993 年 2 月 22 日判時 1524 号 20 頁)では、原級措置・退学処分に違法性はないとしたが、二審判決(大阪高判 1994 年 12 月 22 日判時 1524 号 8 頁)は一審判決を覆し、最高裁判決(最判 1996 年 3 月 8 日民集 50 卷 3 号 469 頁)もそれを支持している。

<sup>33</sup> 戸波江二 『『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』早稲田法学 80 卷 3 号(2005 年) 108 頁。

<sup>34</sup> 戸波・前掲注(33) 108~109 頁。

<sup>23</sup> 棟居・前掲注(21) 337 頁。

<sup>24</sup> 棟居・前掲注(21) 337 頁。

<sup>25</sup> 棟居・前掲注(21) 337~338 頁。

<sup>26</sup> 棟居・前掲注(21) 338 頁。

<sup>27</sup> 棟居・前掲注(21) 338~339 頁。

<sup>28</sup> 棟居・前掲注(21) 339 頁。

<sup>29</sup> 棟居・前掲注(21) 338~339 頁。

会的義務の衝突の調整に際しては、個人の人格の本質的部分に関わるものである以上、いずれを優位させるにせよ、極めて困難な判断を強いられることになるということである<sup>35</sup>。また、思想・信仰と社会的義務の衝突の調整についても同様に、「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<sup>36</sup>。そして、思想・良心の自由との関係についていえば、「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」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ことができるのであって、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」こと<sup>37</sup>、ピアノ伴奏拒否という行為は反戦の思想を根拠にした意見表明であり、そうした意思表明とピアノ伴奏拒否には直接的関係が存在することになる<sup>38</sup>。したがって、本件における職務命令は、音楽教師の思想・良心に踏み込み、音楽教師が拒否している行為を強制するものであって、まさに音楽教師の思想・良心を直接に抑圧するものとなっている<sup>39</sup>。また、ピアノ伴奏は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は存在せず、これらの事情とも相まって、職務命令が音楽教師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、思想・良心の自由を直接に侵害しているという<sup>40</sup>。

もっとも、思想・信仰を理由に基づく義務の免除が許容されるか否かは、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も考慮する必要がある。この点については、そもそも、本件の場合重要性の低い職務命令を発しており、しかも、本件において下れた戒告処分は実質的には軽微な処分といい難い。本件の事案に即するならば、職務命令違反の責任は訓告や口頭注意で十分であ

り、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のである<sup>41</sup>。

#### 4 教育の自由からのアプローチ

教育の自由については、憲法上の直接的な明文の規定は存在しない。しかし、一般的に、教育の自由は、憲法23条や26条のもとで保障されるとされている。教育の自由の内容は一様ではなく、その享有主体によって内容は異なるとされている<sup>42</sup>。親が有する教育の自由は、子どもの学習権に仕える自由であり、公権力からの自由である。これに対して、教師の有する教育の自由は、子どもの学習権に仕える限度での自由である<sup>43</sup>。しかし、教育の自由の通用性を考えた場合に、旭川学テ最高裁判決では「国は、国政の一部として広く適切や教育政策を樹立、実施すべく、また、しうる者として、憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有する」として教育内容の決定権が国家にあることを認めており、学習指導要領の法的拘束力も一応認められ、実際の教育では学習指導要領に沿った教育が行われている<sup>44</sup>。このような状況のなかで、君が代の実施が国の教育内容への不当な介入であって、教育の自由の侵害であるという主張は妥当しないのではないかと考えられてきたからである<sup>45</sup>。そのために、教育の自由からのアプローチは、思想・良心の自由に比べて活発に議論されているとは言い難い<sup>46</sup>。しかし、少なくとも、ピアノ伴奏の強制の問題は、「教育のありかたに関する教育専門職としての判断が根底」に

<sup>41</sup> 戸波・前掲注(33) 128頁。

<sup>42</sup> 榎・前掲注(31) 80頁。

<sup>43</sup> 榎・前掲注(31) 80頁。

<sup>44</sup> 学習指導要領の法的拘束力の問題については、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(1990年)12頁。なお、周知のように、伝習館高校事件最高裁判決(最判1990年1月18日民集44巻1号1頁)では、「高等学校学習指導要領(昭和35年文部省告示第94号)は法規としての性質を有するとした原審の判断は、正当として是認することができ、右学習指導要領の性質をそのように解することが憲法23条、26条に違反するものでない」としている

<sup>45</sup> 座談会「戦後教育制度の変遷—戦後教育の軌跡と状況、将来の課題」(戸波江二発言)ジュリスト1337号(2007年)28頁。

<sup>46</sup> 榎・前掲注(31) 80頁。

<sup>35</sup> 戸波・前掲注(33) 109頁。

<sup>36</sup> 戸波・前掲注(33) 109頁。

<sup>37</sup> 戸波・前掲注(33) 125頁。

<sup>38</sup> 戸波・前掲注(33) 126頁。

<sup>39</sup> 戸波・前掲注(33) 127頁。

<sup>40</sup> 戸波・前掲注(33) 127頁。こうした点が思想・良心の意義と関わるという指摘として、蟻川恒正「プライベートと思想の自由」樋口陽一・山内敏弘・辻村みよ子・蟻川恒正『新版 憲法判例を読みなおす』(日本評論社、2011年)95頁。

存在している<sup>47</sup>。ピアノ伴奏強制の問題は、教育の自由はリンクしており、思想・良心の自由の観点のみならず、教育の自由の観点からの考察も必要とするものである<sup>48</sup>。以下では、教育の自由の観点からピアノ伴奏強制の問題を考察する。

ピアノ伴奏の強制は、子どもの人格形成の保障という教師の専門職としての判断を阻害することになる<sup>49</sup>。また、ピアノ伴奏強制といった「国家シンボルの強制」は、公教育の在り方と関連する<sup>50</sup>。ここで問われているのは、公教育において学校のなかに愛国心教育を持ち込むことが許容されるかである。仮に、それが許容されるとしても、それが社会科などの教科教育の場での知識伝達としてではなく、卒業式や入学式といった学校儀式という「周囲との共同行為を仕掛けることによって一体感を得られるようにする仕組み」のもとに、「形から入る格好で国家シンボルへの帰依の心情・態度を養おうとするようなやりかたで行われるとすれば」、それが憲法上許容されるかは疑わしい<sup>51</sup>。こうした点は、このような教育の在り方に疑問を抱き、教育者としての良心から異議を唱える教師が、斉唱・ピアノ伴奏を拒否することの正当性を強く裏づけることになる<sup>52</sup>。

また、ピアノ伴奏強制は、教師の個人の自由<sup>53</sup>、教師集団の教育の自由を侵害するのみならず<sup>54</sup>、教育基本法上の「不当な支配」に抵触する可能性がある<sup>55</sup>。教師の意識は「アトムとしての個人ではなく、子どもとの関係性」により規定されるものであり<sup>56</sup>、教師の意思に反してピアノ伴奏を行うことは自らの教育実践に対する裏切りとなる<sup>57</sup>。また、それは同時に、子どもの思想・良心の自由の侵害に加担することにもなりかねない。このように、ここで問われているのは、教師の職務活動における「人間としての資質並びに人間としての主体性・自立

性」である。この点について旭川学テ判決では「子どもの教育が教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならないという本質的要請」を教師の教育の自由の条理的根拠を示している<sup>58</sup>。教師には人格的主体性ないし人間的主体性が保障されなければならない、「教師を、国や教育委員会が定めた教育内容の単なる伝達機関、教育ロボット化することは許されない」のである<sup>59</sup>。そして、「常に人間性全体をさらけ出さざるを得ない教育活動」において、そのアイデンティティを否定するような義務を強制されるならば、教師としてのアイデンティティは損なわれることになる<sup>60</sup>。しかも、それは単に教師のアイデンティティだけではなく、市民的自由をも否定することにつながる<sup>61</sup>。

以上検討してきた教育の自由からのアプローチの主眼は、教師と生徒との関係性に焦点を当てることにある。教師として自己の意思に反してピアノ伴奏をすることは自らの教育実践に対する裏切りであり、生徒の思想・良心の自由の侵害に加担することになる。教師が自己の意思に反することを強制されたり、それに従わない教師に対して処分が科されたりすることは、生徒の人格形成にとって悪影響を及ぼすことになる<sup>62</sup>。

## 5 客観法からのアプローチ

そもそも、ピアノ伴奏の強制を思想・良心の自由、あるいは、教育の自由の観点から捉えることは果たして妥当であろうか。最高裁は、職務命令が憲法で保障される思想・良心を侵害したものではないと判断している。また、学説のレベルにおいても、ピアノ伴奏拒否という文脈において、そこで保障されるべき思想・良心の自由の内容、強制行為の合憲性を判断する審査基準および判断すべき考慮要素などが必ずしも確立したとはいえない<sup>63</sup>。そうすると、裁判所には思想・良心の自由が抽象的人権として写っているのである<sup>64</sup>。しかし、より根源的な問題は、「適法な職務命令に対し公務員が自らの自由権を理由に対抗できる」のかということである。正当で適法な

47 成嶋隆 「『日の丸・君が代』訴訟における思想・良心の自由と教育の自由」法律時報 80 卷 9 号（2008 年）78 頁。

48 成嶋・前掲注(47) 78～79 頁。

49 成嶋・前掲注(47) 79～80 頁。

50 成嶋・前掲注(47) 82 頁。

51 成嶋・前掲注(47) 82 頁。

52 成嶋・前掲注(47) 82 頁。

53 市川須美子 「教師の日の丸・君が代拒否の教育の自由からの立論」法律時報 80 卷 9 号（2008 年）73 頁。

54 市川・前掲注(53) 73～74 頁。

55 市川・前掲注(53) 75 頁。

56 市川・前掲注(53) 76 頁。

57 市川・前掲注(53) 76 頁。

58 市川・前掲注(53) 76～77 頁。

59 市川・前掲注(53) 77 頁。

60 市川・前掲注(53) 77 頁。

61 市川・前掲注(53) 77 頁。

62 榎・前掲注(31) 81 頁。

63 榎・前掲注(31) 78 頁。

64 宍戸常寿 「日本型違憲審査制の現在」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』（三省堂、2015 年）263 頁。

職務において、公務員の自由権が制約されるべきことは明らかであり、職務命令の拒否を認めるためには、当該命令が客観法の次元において違法であることを主張する必要がある<sup>65</sup>。そこで、近年、客観法の次元に焦点を当てた議論が展開されている。

まず、国家の中立性に着目する見解である。現在の社会において、人によって何が善き生かかは異なり、意見の一致は存在しない。それゆえに、国家は国民に対して、特定の価値を押しつけることはできない。国家は可能な限りに多様な価値に対して中立性を維持しなければならない<sup>66</sup>。こうした観点でピアノ伴奏拒否の問題を考察すると、どのような帰結をもたらすのか。この点について、棟居快行教授によれば、ピアノ伴奏の強制を思想・良心の問題としつつも、国家と特定思想の癒着を断ち切ることの重要性を指摘する<sup>67</sup>。ピアノ伴奏の強制の問題は、「単純に公教育を遂行しようとする学校管理者とそれを邪魔する頑固な教師の対立という図式では捉えられない」<sup>68</sup>という。卒業式や入学式のような公的な場において、生徒や児童は、どのような価値判断に基づいて、そして、どのように振る舞うか、という「一人の公的存在としての身仕舞い」について、「自分自身や親との葛藤を通じて獲得してゆく」途上にある。それは、生徒・児童の人格の核心にかかわる自己決定であり、それは本人や保護者に完全に委ねられるべきものである<sup>69</sup>。もともと、生徒・児童がいかなる価値観を持つ大人になるかは、公教育の側からも大きな関心事である。しかしながら、公教育の側が独占的に生徒の人格形成を行うことは、「公教育の管轄を超えるし、むしろ公的人格の形成にとっても背理」である。個人は「多様な生活体験のなかから多様な公的な価値判断をおのおの抽出し、民主主義の公的な空間でそれぞれの価値観をぶつけあい学びあうというプロセス（いわば多元的な価値観の統合プロセス）」が保障されて、はじめて良き公共空間は形成される<sup>70</sup>。にもかかわらず、

公教育の側が特定の価値観を押しつけるならば、公共空間の形成の実現は困難となる。「多様な家庭環境のなかでの保護者との葛藤を通じた個人の成長の悩み・苦しみこそ、未来の良き主権者を育てる土壌であり肥料」である。また、現時点での民主主義における多数派の意思から中立的とはいいがたい「公民教育」は、「たまたま現状においてそう信じられているところの『公共性』の劣化コピー」を次世代に押しつけるものであり、未来の「公民」をおよそ「公民」にふさわしくない存在としてしまうのである<sup>71</sup>。このように、ピアノ伴奏の「真の問題は、教師の思想の自由という内面の保障にあるのではなく、そもそも公教育ひいては国家が個人の価値観の根幹にかかわる論点につき、未熟な生徒に対して、儀式などの肯定的雰囲気を利用して、一定の解答を刷り込むことが許されるのか、という点にある。問われているのは、国家の思想的中立性からの逸脱の有無如何である」とする<sup>72</sup>。そして、この要請に反する職務命令それ自体が憲法 19 条に反する<sup>73</sup>。また、そもそも、個人の内心に深くかかわるテーマは画定的な強制になじまないという<sup>74</sup>。

また、西原博史教授も客観法の観点に着目して、「国民個人の思想・良心の自由を保障する国家は、特定の思想、道徳、世界観を、それ自体として『正しい』ものであると信奉する資格をもた」ず、国家に対しては信条的中立性の義務が課されているという<sup>75</sup>。こうした観点からすれば、ピアノ伴奏の強制、さらに、君が代の斉唱を指導するということは、「特定の国家像」を生徒・児童に受け容れさせるものであり、また、国家に対する忠誠心を持たせようとするものである。もともと、国家像を受け入れるか否か、あるいは、国家に対する忠誠心を持つか否かは最終的には個々人が判断すべきことである。しかし、そのような中において、君が代の斉唱指導が、児童・生徒に対して有無をいわせずに特定の国家観あるいは価値観を植え付けることを狙って行われるのであれば、それは信条的中立性を義務づけられた国家に許された範囲を越えているということになる<sup>76</sup>。

<sup>65</sup> 木村草太「表現内容規制と平等条項—自由権から(差別されない権利)へ」ジュリスト 1400 号(2010 年) 99 頁。

<sup>66</sup> 阪本昌成『憲法 2 基本権クラシック第四版』(有信堂、2011 年) 128 頁、阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量：『シールド』としての権利と『切り札』としての権利」一橋法学 9 巻 3 号(2010 年) 53 頁。

<sup>67</sup> 棟居・前掲注(21) 343 頁。

<sup>68</sup> 棟居・前掲注(21) 329 頁。

<sup>69</sup> 棟居・前掲注(21) 328 頁。

<sup>70</sup> 棟居・前掲注(21) 328 頁。

<sup>71</sup> 棟居・前掲注(21) 328~329 頁。

<sup>72</sup> 棟居・前掲注(21) 329 頁。

<sup>73</sup> 棟居・前掲注(21) 343 頁。

<sup>74</sup> 棟居・前掲注(21) 343~344 頁。

<sup>75</sup> 西原博史『「君が代」斉唱の強制と思想・良心の自由」早稲田社会科学 51 号(1995 年) 95 頁。

<sup>76</sup> 西原・前掲注(75) 95~96 頁。

このように、国民の思想・良心形成の自由を保障する中において、国家は、国民の間で様々な見解が成立してくるような思想・良心の対象となる問題に関して、中立性を義務づけられ、「国家の側から一定の立場を『正しい』ものとして提示する判断権は、思想・良心の自由を保障するために中立を義務づけられている国家にはない」ことになる<sup>77</sup>。また、国家の信条的中立性という原理のもと、「何らかの価値観を含んだ教育内容を、他の選択肢を排除しながら一面的に提示して、特定の態度を生じさせようとするイデオロギー的教化は」憲法 19 条の客観法的意義に反する<sup>78</sup>。こうした観点からすれば、個人の信条に関わるようなテーマについては、「原則として親を中心とした市民社会の側が国家・学校に優先して子どもに対する教育権を有する」ことになる<sup>79</sup>。

## 6 差別動機からのアプローチ

客観法の観点からのアプローチには国家中立性以外にもう 1 つのアプローチは存在する。それは、国家機関の差別動機に着目するアプローチである。こうしたアプローチは、「国家機関が特定の思想・信条を持つ者に対する嫌悪感や蔑視感情から権力を濫用する危険の存在」、すなわち、特定の見解を狙い撃ちにしようとする国家機関の邪まな動機の内容を指摘するものである<sup>80</sup>。

このアプローチは近年において支持を集めている。この点について、浅野博宣教授によれば、ピアノ伴奏拒否の事案は「伴奏を拒絶することによって入学式における『君が代』斉唱に反対する意思を表明する積極的表現の自由」が、その『内容を理由として制約』された事案として捉えなおすことができる」という。この事案を君が代斉唱に対しての音楽教師の反対の意思表示という表現の自由の問題として捉えた場合に、仮にそれが内容中立規制であったとしても、それが偽装された内容規制ではないかを疑って、目的と手段の関連性を厳格に審査する必要があると指摘する<sup>81</sup>。この指摘が示唆するのは、当

該職務命令が音楽教諭の思想を排除するという差別動機を有するというのである。そして、ここで審査されているのは、国家の行為の正当化事由がいかなるものである<sup>82</sup>。

私見はこのアプローチを支持する。この観点で本件を考察すれば、果たして、職務命令を発する必要性があったかどうか重要な問題となる<sup>83</sup>。ピアノ伴奏の職務命令の目的としては、教育的効果をあげることが挙げられている。しかし、それは君が代の斉唱と関係するものであり、ピアノ伴奏とは直接には結びつかない<sup>84</sup>。それはせいぜいピアノ伴奏があってもよいという程度にとどまるものである<sup>85</sup>。また、藤田裁判官の反対意見が指摘するように、「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」。そのために、ピアノ伴奏の強制が教育目的を実現する最善の手段とは言い難い<sup>86</sup>。さらに、校長は、テープによる代替が容易であり音楽教師が伴奏をしないことも予想していた<sup>87</sup>。その他にも、ピアノ伴奏を他の教師に伴奏を依頼するという代替手段も存在する<sup>88</sup>。このように、はじめから校長は音楽教師がピアノ伴奏を拒否することを知りつつ<sup>89</sup>テープを用意した上で<sup>90</sup>、職務命令に違反すると予想される音楽教師を処分している<sup>91</sup>。

部分的行為から実質的な弊害が生じたわけではないような場合には、裁判所は、本当は思想内容を理由とする不利益処分ではないかを疑って、規制目的と手段との実質的関連性を厳格に審査する必要があるように思われる。藤田裁判官の反対意見が音楽教師の思想内容としてとらえ直した上で『「君が代」の斉唱をめぐる、学校の入学式のような公的儀式的場で、公的機関が、参加者にその意思に反してでも一律に行動すべく強制することに対する否定的評価』こそ、本件戒告処分が抑圧を狙ったと疑い得るものであり、同反対意見はそのような観点から読み直されるべきではないかと思われる。

<sup>82</sup> 中曾久雄「憲法 14 条と動機審査」愛媛大学教育学部紀要 59 巻（2012 年）229 頁。

<sup>83</sup> 木村草太『憲法の創造力』（NHK 出版、2013 年）44 頁、初宿正典「思想・良心の自由」初宿正典・大石眞編『憲法 Cases and Materials 人権第 2 版』（有斐閣、2013 年）231 頁。

<sup>84</sup> 戸波・前掲注(33) 141 頁。

<sup>85</sup> 戸波・前掲注(33) 142 頁。

<sup>86</sup> 木村・前掲注(83) 44 頁。

<sup>87</sup> 藤井俊夫『学校と法』（成文堂、2007 年）262 頁。

<sup>88</sup> 戸波・前掲注(33) 143 頁。

<sup>89</sup> 木村・前掲注(65) 102 頁。

<sup>90</sup> 戸波・前掲注(33) 145 頁。

<sup>91</sup> 藤井・前掲注(87) 262～263 頁。

<sup>77</sup> 西原・前掲注(75) 96 頁。

<sup>78</sup> 西原・前掲注(75) 102 頁。

<sup>79</sup> 西原・前掲注(75) 96 頁。

<sup>80</sup> 木村・前掲注(65) 101 頁。

<sup>81</sup> 浅野博宣「君が代ピアノ伴奏職務命令拒否事件」ジュリスト 1354 号（2008 年）13 頁。さらに、以下の指摘も非常に重要である。「思想・良心の内容を理由として不利益を課すことは許されず、外部的行為を理由に規制している場合でも、少なくとも、本件のように政治的な思想内容の現れであり、外

そうすると、本件には、思想良心の自由の侵害というよりも（単に本人が嫌がっているという理由ではなく）、むしろ、音楽教師に対する「いじめ」<sup>92</sup>、「ハラスメント」<sup>93</sup>、「個別的制裁」<sup>94</sup>の構図が存在しているのである<sup>95</sup>。こうした校長の行為は<sup>96</sup>、音楽教師の有する「思想は誤っており禁圧すべきだ」という思考を表明するものと読み取られてしまうことになるのである<sup>97</sup>。また、そこには校長と特定思想との癒着も存在している<sup>98</sup>。より厳密に言えば、校長の実際の動機がどうであれ、それを否定する十分な根拠がない限り、職務命令の目的は特定の思想を排除するものであると受け取られても仕方があろう<sup>99</sup>。

このように、ピアノ伴奏強制における問題の本質は、特定の考えを持つ人を抑圧し、特定の考えの押しつけを目的とする国家機関の権限濫用、すなわち、差別動機ということになろう<sup>100</sup>。この差別動機に着目すれば、校長の発した職務命令は端的に違法ということになる<sup>101</sup>。

ピアノ伴奏拒否を思想・良心の自由の観点から捉えるとなると、ピアノ伴奏拒否が「あまりにも強い効果を主観的な」事情に関連するために、裁判所が「思想・良心と行動との結び付きを『一般的』な観点から判断すべきことを強調し」義務の免除に対して消極的な姿勢を示すのは、やむを得ないであろう<sup>102</sup>。また、職務命令に対して公務員の自由権を理由にして対抗できるとするのは妥当ではないであろう<sup>103</sup>。ピアノ伴奏拒否において問題となるのは、思想・良心の問題ではない。これまでの検討から明らかなように、目的と手段には明らかに関連性が

なく<sup>104</sup>、職務命令を拒否した者に対する差別<sup>105</sup>、特定の見解を有する者を迫害、という動機<sup>106</sup>である。思想・良心の自由ではなく、むしろ、こうした見方が妥当であるというべきであろう<sup>107</sup>。

## 7 結び

以上、ピアノ伴奏拒否をめぐる裁判例・学説を概観してきた。学説レベルにおいては、外部的行為に対して、思想・良心の自由の保障を及ぼそうと活発に議論してきた<sup>108</sup>。そして、近年、最高裁は変化の傾向が見られる<sup>109</sup>（ただ、そこでは思想良心に対する直接制約を認められていない）<sup>110</sup>。しかし、その一方で、思想・良心の自由からのアプローチには限界があり<sup>111</sup>、差別動機に着目す

<sup>104</sup> 代替手段の存在、式の進行に影響がないことに鑑みれば、比例原則を充足していないことになる。大日方信春『憲法Ⅱ基本権論』（有信堂、2014年）117頁。

<sup>105</sup> 木村草太「自由と公共の距離—西村裕一『人権と公共性』論・再考—」木村草太・西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣、2014年）197頁。

<sup>106</sup> 西村裕一「まなざしの憲法学(1)」木村・西村・前掲注(105)147～148頁。

<sup>107</sup> それは君が代の起立斉唱命令も同様である。毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権』（有斐閣、2013年）131頁（小泉良幸担当）。

<sup>108</sup> 新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ人権』（日本評論社、2016年）87頁（佐々木くみ担当）。

<sup>109</sup> 公立高等学校の校長が同校の教諭に対し卒業式における君が代斉唱の際に日の丸に向かって起立し君が代を斉唱することを命じた職務命令が争われた事案での最高裁判決（最判2011年5月30日）では、起立斉唱を命じる職務命令が合憲であるとしても、命令違反に対する不利益処分の方が不利で、その程度によっては、違法となる場合もあり得ることを示している。新岡昌幸『『君が代』起立斉唱命令と思想・良心の自由：公立高等学校の校長が同校の教諭に対し卒業式における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを命じた職務命令が憲法19条に違反しないとされた事例（最二小判2011.5.30）を中心に』北海道大学大学院教育学研究院紀115号（2012年）132頁。その後、最高裁は、立続けに、同種の事案において合憲判決を出しているのが、いずれも間接制約の可能性に言及している。最高裁判決に対する批判として、林知更「思想の自由・良心の自由」南野森編『憲法学の世界』（日本評論社、2013年）202頁。これに対して、最高裁が司法審査基準に着目したことによって一定の意義を見いだす見解もある。泉徳治『私の最高裁判所論 憲法の求める司法の役割』（日本評論社、2013年）166頁。

<sup>110</sup> 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』（日本評論社、2014年）42頁、市川正人『基本講義 憲法』（新世社、2014年）118頁、渋谷秀樹『憲法 第2版』（有斐閣、2013年）339頁、大石眞『憲法講義Ⅱ 第2版』（有斐閣、2012年）142頁。なお、直接制約であるならば、直ちに違憲になる。千葉勝美『違憲審査 その焦点の定め方』（有斐閣、2017年）126頁。

<sup>111</sup> 木村・前掲注(65)99頁

<sup>92</sup> 藤井・前掲注(87)263頁。

<sup>93</sup> 木村・前掲注(83)48頁。

<sup>94</sup> 駒村圭吾「信教の自由と法令上の義務」LS研究会編『プロセス演習憲法 第4版』（信山社、2012年）55頁。

<sup>95</sup> この点に関連して、戸波教授は、本件の場合、職務命令の「異常さ」「奇妙さ」は明確であると指摘する。戸波・前掲注(33)138頁。

<sup>96</sup> 藤井・前掲注(87)263頁。

<sup>97</sup> 木村・前掲注(65)102頁。

<sup>98</sup> 棟居・前掲注(21)343頁。

<sup>99</sup> 木村・前掲注(65)102頁。

<sup>100</sup> 木村・前掲注(65)102頁。

<sup>101</sup> 木村・前掲注(83)48頁。

<sup>102</sup> 木村草太「音楽専科教諭の『君が代』ピアノ伴奏拒否に対する戒告処分取消訴訟上告審判決」自治研究84巻12号（2008年）143頁。

<sup>103</sup> 木村・前掲注(65)99頁。

るアプローチが有力に主張されている<sup>112</sup>。このアプローチからすれば、真の問題は思想内容を理由とする弾圧・迫害ということになる<sup>113</sup>。ピアノ伴奏拒否の問題を検討するに際しては、思想・良心の自由ではなく、こうした点を問題とすべきであるように思われる。

---

<sup>112</sup> 客観的目的を意識して権利の射程を考えると、実際に人権侵害されている個人の葛藤を見失う可能性が指摘されている。西原・前掲注(8) 9頁

<sup>113</sup> これは君が代斉唱を強制する事案においても同様である。君が代斉唱を求める職務命令自体が「実際には学校という空間の中でのヘゲモニー争いであり、教育委員会に対する忠誠よりも自らの理解する子どもの利益を優先させようとする教師をあぶり出し、排除するための手段であった」とされている。西原・前掲注(8) 9頁。関連して、1つの外面行為を強制する入学式それ自体が不適切であるとされている。小島慎司「教育の自由」安西文雄・青井未帆・浅野博宣・岩切紀史・木村草太・小島慎司・齊藤愛・佐々木弘通・宍戸常寿・林知更・巻美矢紀・南野森『憲法学の現代的論点 第2版』(有斐閣、2009年) 49頁。

