

【判例評釈】

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

(2007(平成19)年2月27日最高裁判所第三小法廷判決 平成16(行ツ)328)

早瀬 勝明

(人文学部 法経政策学科)

事案の概要

本件は、2003(平成15)年の東京都教育委員会通達(いわゆる10.23通達)以前の事例である。

原告・控訴人・上诉人 市立小学校の音楽専科教諭(以下、X)
被告・被控訴人・被上诉人 東京都教育委員会(以下、都教委)
請求 東京都教育委員会がXに対して行った戒告処分の取消し

本件戒告処分の理由は、音楽専科の教諭であるXが校長の職務命令に従わなかったことである。すなわち、校長からXに対して、1999(平成11)年4月6日実施の小学校入学式において、国歌斉唱の際にピアノ伴奏を行うよう、同年4月5日の職員会議及び6日の朝に職務命令が出されたにもかかわらず、Xがその命令に従わなかった。このことは、地方公務員法32条及び33条に違反する、と。

Xは、思想・良心の自由に関して、次のように主張した。ピアノ伴奏命令の拒否は、Xの思想、信条、すなわち、「君が代」は過去の日本のアジア侵略と密接に結びついており、これを公然と歌ったり、伴奏することはできないなどの考えに基づくものである。そのような思想・良心を有するXに、その思想・良心に反する命令を行い、命令に違反したことを理由として処分を行うことは、Xの思想・良心の自由を侵害するものであり、憲法19条に違反する。

一審、二審ともにXの請求を棄却した¹⁾ので、Xが上告した。

最高裁の判断 上告棄却

¹⁾ 東京地判2003(平成15)・12・3判時1845号135頁、東京高判2004(平成16)・7・7(判例集未掲載)。

第一審、二審の評釈として、小野方資『『君が代』ピアノ伴奏強制事件』季刊教育法141号93頁(2004)、坂田仰「入学式における君が代伴奏拒否と懲戒処分の適法性」月刊高校教育37巻11号62頁(2004)、西原博史『『君が代』ピアノ伴奏拒否事件と教師の良心の自由』受験新報636号8頁(2004)、吉峯啓晴「日野市『君が代』ピアノ伴奏強要事件について」季刊労働者の権利259号70頁(2005)。この訴訟を取り上げている論考として、例えば、井上典之「外部的行為と思想・良心の自由」法学セミナー610号80頁(2005)、佐々木弘通『国歌の斉唱』行為の強制と教員の内心の自由』法学セミナー595号42頁(2004)、佐々木弘通「思想良心の自由と国歌斉唱」自由人権協会編『憲法の現在』(信山社、2005)287頁、澤藤統一郎「思想良心の自由をいかに獲得するか」世界2007年1月号113頁、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巻3号124頁(2005)、新聞昌幸「教師の『人権』と職務命令」季刊教育法142号71頁(2004)、米沢広一『憲法と教育15講』(北樹出版、2005)58頁、渡辺康行『『思想・良心の自由』と『国家の信教的中立性』(一)』法政研究73巻1号1頁(2006)。

多数意見（上田豊三、堀籠幸男、田原睦夫）

本件の中心的な論点は、本件ピアノ伴奏命令と命令拒否を理由とした懲戒処分がXの思想・良心の自由を侵害するかどうか、という点である。多数意見は、本件職務命令について次のように述べ、憲法19条に違反しないと結論している。

- （1）本件職務命令は、Xの歴史観ないし世界観それ自体を否定するものではない
- （2）本件職務命令は、特定の思想の強制、禁止、告白の強要のいずれにも当たらない
- （3）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
したがって、本件職務命令は、憲法19条に違反しない

（1）本件で問題となる「思想・良心」とは、Xの次のような考えである。「君が代」は「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』を歌わせるといふ人権侵害に加担することはできない」。

このような考えについて、多数意見は以下のように述べる。Xの上記のような「考えは、『君が代』が過去の我が国に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いうことが出来る。しかしながら、学校の儀式的行事において『君が代』のピアノ伴奏をすべきでないとして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は、上告人にとっては、上記の歴史観ないし世界観に基づく一つの選択ではあろうが、一般的には、これと不可分に結び付くものということとはできず、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というべきである。」

（2）次に、多数意見は、「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、...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いっそう困難である」と述べ、以下のように続ける。「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ができない。」

（3）そしてまた、多数意見は、次のように言う。「憲法15条2項は、『すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。』と定めており、地方公務員も、地方公共団体の住民全体の奉仕者としての地位を有するものである。こうした地位の特殊性及び職務の公共性から、地方公務員法30条、32条などが規定されている。

そして、小学校教育の目標として「郷土及び国家の現状と伝統について、正しい理解に導き、進んで国際協調の精神を養うこと。」を定める学校教育法18条2号や、同法20条等に基づき定められた小学校学習指導要領の存在が指摘される。その上で、多数意見は、「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、南平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」と述べる。

(4) 結論。「以上の諸点にかんがみると、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19条に反するとはいえないと解するのが相当である。」(アンダーライン原文)²

解説

1. 分析枠組

国歌斉唱、ピアノ伴奏命令を違憲と判断した東京地裁2006(平成18)年9月21日判決³では、憲法上の権利の保護範囲に含まれる自由が、侵害(制約)され、しかもその侵害は正当化されない、といったかたちの判断が行われていた⁴。本判決についても、「保護範囲・侵害・正当化」の分析枠組にしたがって、分析・検討を行う。那須補足意見及び藤田補足意見については、以下の分析の中で順次触れていくこととする。

² 以上は、次の最高裁判決の趣旨に徴して明らかであるとされる。

- ・ 最大判1956(昭和31)年7月4日民集10巻7号785頁(謝罪広告事件)
- ・ 最大判1974(昭和49)年11月6日刑集28巻9号393頁(猿払事件)
- ・ 最大判1976(昭和51)年5月21日刑集30巻5号615頁(旭川学力テスト事件)
- ・ 最大判1976(昭和51)年5月21日刑集30巻5号1178頁(岩手県教組学力テスト事件)

³ 裁判所ウェブサイト: <http://www.courts.go.jp/>(裁判例情報)

⁴ 東京地裁の判断は大要以下のようなものであった。

- | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none">・ 公立学校の入学式、卒業式等の式典において、国旗掲揚、国歌斉唱をすることに反対する考えも、思想・良心の自由に含まれる〔保護範囲に含まれる〕・ 国歌斉唱等に反対する考えを有する教職員に対し、国旗に向かって起立すること、国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をすることを義務づけるのは、思想良心の自由に対する制約になる〔侵害が存在する〕・ 原告ら教職員が国歌斉唱やピアノ伴奏を拒否する行為を、本件通達及びこれに基づく各校長の職務命令によって制約することは、公共の福祉による必要かつ最小限度の制約を超えるものであり、憲法19条に違反する〔侵害は正当化されない〕 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

詳細は、拙稿「国歌斉唱・ピアノ伴奏命令の違憲性」法政論叢39号47頁(2007)。また、この分析枠組については、渡辺・前掲注1を参照。

本判決では、大雑把に言えば、次のような判断が行われていると考えられる。

多数意見（上田豊三、堀籠幸男、田原睦夫）

君が代に関わるXの歴史観・世界観は思想・良心の自由の保護範囲に含まれる
しかし、ピアノ伴奏の職務命令は、Xの思想・良心の自由を侵害しない
したがって、憲法19条に違反しない

那須弘平補足意見

君が代に関わるXの歴史観・世界観は思想・良心の自由の保護範囲に含まれる
そして、ピアノ伴奏の職務命令は、Xの思想・良心の自由を侵害する（可能性がある）
しかし、その侵害は正当化される
したがって、憲法19条に違反しない

藤田宙靖反対意見

君が代に関わるXの歴史観・世界観、及び、公的儀式における君が代斉唱の一律強制に
反対する考えは、思想・良心の自由の保護範囲に含まれる
そして、ピアノ伴奏の職務命令は、Xの思想・良心の自由を侵害する
さらに、その侵害が正当化されるか否かについては未だ疑問が残る
より詳細かつ具体的な検討が必要であり、原審に差し戻す必要がある

2. 保護範囲

多数意見は、先に見たように、Xの君が代に関する考えは、「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いうことができる」と述べる。そして、この歴史観・世界観が否定されるか否かを問題としていることから、Xの「君が代」は「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」等のXの歴史観・世界観は、思想・良心の自由の保護範囲に含まれると理解されている。この点は、那須補足意見も同じである。

これに対して、藤田反対意見は、次のように、問題となる「思想・良心」を上記の歴史観・世界観以外のものも含めて論じている。

「(Xの歴史観、世界観に)加えて更に、『君が代』の斉唱をめくり、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考える。」

なお、少なくとも多数意見及び那須意見においては、国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否する「行為」は、思想・良心の自由の保護範囲に含められて考えられてはいないように思われる。

思想・良心の自由の「侵害」の有無の問題は、命令を下すことがXの内心の自由を制約することになるか否かの問題として論じられており、ピアノ伴奏の拒否という外部的行為が直接思想・良心の自由の行使として捉えられているわけではない。ここでは、思想・良心の自由はあくまで内心の自由であると捉えられているように思われる。

3. 侵害

(1) 多数意見は、以下のような論拠を挙げ、Xの思想・良心の自由の侵害の存在を否定している。

入学式において国会斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することは、「一般的には」Xが有するような歴史観ないし世界観と不可分に結び付くものではないから、ピアノ伴奏を求める職務命令はXの有する「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」。また、「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、思想を表明する行為ではない。そして、国歌斉唱はXの勤務先小学校で従前から行われていたものであり、本件職務命令は音楽専科の教諭にピアノ伴奏を命ずるものである。したがって、本件職務命令は特定の思想の強制、禁止、告白の強要のいずれにも当たらない。

以上のような判断の前提には、特定の思想を強制する、特定の思想を禁止する、いかなる思想を抱いているかについて告白を強制する、という三種類を、思想・良心の自由の侵害の類型として捉える理解があると考えられる。そして、このような理解は、学説上でも通説的理解と言ってもよい⁵。

しかし、上田、堀籠、田原裁判官（多数意見）の論理構成には、欠陥がある。

第一に、彼らは、少数派が多数派に対して思想の自由を主張することができる、という憲法19条の意義を捉えそこなっている。ある考えと行為が「一般的には」結び付かないとしても、ある個人にとって密接に結び付いている場合は存在する。そして、思想・良心の自由とは、一般的でない（あるいは、多数派に属しない）考えや行為も、個人の権利として保障するものであるはずである。「一般的」、「客観的」な視点は、個人の思想・良心の自由の侵害状況を判断するために用いるべきではない。

第二に、彼らは、君が代のピアノ伴奏という外部的行為と君が代に関わるXの内心とを、形式的に分断してしまっている。職務命令は、「を信じろ」とか「お前の考えは間違っている」と言っているわけではない。あくまで「ピアノを弾け」と言っているだけだ。心の中でどれだけ入学式や命令権者を罵ってもいいが、君が代のピアノ伴奏はきちんとやれ…。

⁵ 例えば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第4版〕』（岩波書店，2007）143-144頁，渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1 人権〔第3版〕』（有斐閣，2007）125頁。

憲法19条は、心の中で反対を唱え続ける自由のみを保障しているのだろうか。一定の行為を命じることが思想・良心の自由の侵害となることはないのだろうか。入学式において君が代のピアノ伴奏をすべきでないという考えは内心の問題である。すべきでないと考えている行為を命じるとはその内心そのものを否定するわけではない。そのように形式的に割り切れる問題なのだろうか。

ここで、思想・良心の自由の侵害の例としてよく持ち出される「踏み絵」について考えてみよう。多数意見の論理構成では、踏み絵も現行憲法下で合憲とされる可能性がある。キリスト教信者が少数派である状況下では、イエス・キリストや聖母マリアが彫られた板や絵を踏むことは、「一般的」「客観的」には、個人の思想と不可分に結び付くわけではなく、個人の思想・良心の自由（信仰の自由）を侵害するものではない。また、職業上の義務として、つまり仕事のためにキリストが彫られた板を踏むことは、内心にあるキリスト教信仰を禁止したり、信仰の告白を強制したりするものではない、と。

このような比喩に対しては、君が代に関わる世界観や歴史観とキリスト教信仰、あるいは踏み絵とピアノ伴奏命令とは性質が違う、との反論も考えられる。もちろん、このような反論の可能性は十分にあるし、性質が違うか違わないか、それはどの点で、あるいはどの程度なのか、といった検討は必要となろう。しかし、少なくとも、このような反論は、多数意見が用いるような一般的、客観的な視点は、個人の思想・良心の自由の侵害の有無を判断するにはふさわしくない、ある外部的行為を行わせることは内心の自由の侵害となりうる、ということ否定できるものではない⁶と思われる。そして、以上のような問題を看過している点で、上田、堀籠、田原裁判官の論理構成には、欠陥があるのである。

(2)この点、那須補足意見では、一般的、客観的は解釈がXには当てはまらなないと、X自身が考えていること、ピアノ伴奏は単に外形的な手足の動きでは行えず、音楽的な感覚・感情等の内面の働きも重要であることが、指摘されている。その上で、以下のようなかたちで、「侵害」の存在が認められている。すなわち、「X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』のピアノ伴奏を強要されることは、X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を評価されうることにもなる。」また、「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(...)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。」したがって、「本件職務命令は、Xに対し上述の意味で心理的な矛盾・葛藤を

⁶ この点、第一審の被告の主張において、「人の内面の精神的活動は外部的行為と密接不可分であるから、外部的行為の規制を通じて内心の自由が制約される場合がある」と述べられている（判例時報1845号137頁）。

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。」

(3) 藤田反対意見では、先に見たように、公的儀式における君が代斉唱の一律強制に反対する考えも、思想・良心の自由の保護範囲に入るものとして問題とされている。そして、「この考え方は、それ自体、上記の歴史観ないし世界観とは理論的には一応区別された一つの信念・信条であるということができ、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」と述べ、思想・良心の自由の侵害の存在が認められている。

(4) なお、侵害はどの時点で起こるのか、または、侵害「行為」はどのようなものかについては、詳細な議論は行われていない(これは多数意見に限らず、補足意見も反対意見もそうである)。すなわち、思想・良心の自由の「侵害」は職務命令の時点なのか、それとも、職務命令に従わなかったことを理由とする不利益処分時点なのかは、論じられていないのである。ただし、これは、侵害自体が生じていないとする多数意見の立場からすれば、当然の処理であるとも言える。すなわち、生じていない侵害の時点の問題にする必要はない、と。

4. 正当化

(1) 思想・良心の自由の侵害が存在しないとすれば、侵害が正当化されるか否かを論じる必要はないことになるし、実際、上田、堀籠、田原裁判官(多数意見)は、そのような問題は論じていない。先に見たように、多数意見においては、職務命令の目的・内容における合理性の問題が扱われているのであるが、ここでは、本件職務命令に法令の根拠がきちんとあるかどうか、という程度の議論が行われているだけである。彼らとしては、職務命令が思想・良心の自由を侵害するかどうかについては、すでに決着済みであり、あとは校長の裁量権に法令の根拠があるかどうかを問題とすればいいということになる。

(2) これに対して、補足意見を書いた那須裁判官は、先に見たとおり、思想・良心の自由の侵害の存在を認めている。その上で、「本件職務命令と『思想及び良心』との関係を論じるについては、Xが上記のような心理的矛盾・葛藤や精神的苦痛にさいなまれる事態が生じる可能性があることを前提として、これをなぜ甘受しなければならないのかということについて敷衍して必要がある」と述べる。

本件では侵害が存在する(可能性がある)。それは正当化されるか否か。正当化される、というのが那須裁判官の回答である。その理由を彼はいくつも挙げているが、要約すれば、君が代のピアノ伴奏を思想・良心の自由を理由として拒否できるとすれば、様々な不都合が起こることである。例えば、「学校教育の均質性や組織としての学校の秩序を維持する上で深刻な問題を引き起こし、ひいては教育活動の実現にも影響を与えかねない」とされる。

那須裁判官は、学校における多元的価値の併存が最も望ましいこととしながらも、「学校行事としての教育活動を適時・適切に実践する必要上、(...)多元性の尊重だけではこと足りず、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も」少なくないと述べ、以下のように言う。ピアノ伴奏は内面性も外面性も有するが、このような「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。

彼は、制約を正当化しようと、次々に「思想・良心の自由を理由としたピアノ伴奏の拒否を許した場合の不都合」を挙げようと試みる。例えば、「思想・良心の自由を理由にして職務命令を拒否することを許しては、職場の秩序が保持できない」とか、「入学式において『君が代』の斉唱を行うことに対する上告人の消極的な意見は、これが内面の信念にとどまる限り思想・良心の自由の観点から十分に保障されるべきものではあるが、この意見を他に押しつけたり、学校が組織として決定した斉唱を困難にさせたり、あるいは学校が定めた入学式の円滑な実施に支障を生じさせたりすることまでが認められるものではない」とか。

このような議論によって、本件職務命令を「違憲、違法とする理由は見だし難い」と彼は言う。しかし、那須裁判官のこのような議論には、論理的な欠陥、飛躍がある。

本判決の理由の冒頭で確認された事実関係。司会者が「『国歌斉唱』と言ったが、Xはピアノの椅子に座ったままであった。校長は、Xがピアノを弾き始める様子がなかったことから、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。」

このような状況でのXの行為が、いつ、どのようにして、学校教育の均質性や学校の秩序に深刻な問題を引き起こしたり、教育活動の実現に影響を与えたのか。Xがいつ、どのようにして、自分の意見を他に押しつけたり、斉唱を困難にさせたり、入学式の円滑な実施に支障を生じさせたのか。

那須裁判官が使っているのは、一般論を述べ、その妥当性を納得させておいて、一気に具体論の結論を導くというテクニックである。一般論の部分は妥当に思われるので、一見したところ、具体的事案の結論の妥当性が根拠づけられているかのように思えるかもしれないが、何のことはない、ただの論理の飛躍である。少なくとも高等テクニックではない。

各教員の自由に任せることで深刻な問題が起こることは避けるべきかもしれないが、本件でその「深刻な問題」が起こったかどうかは、また別の問題である。

(3) 以上のような問題は、藤田裁判官によって、指摘されている。彼は、原審、多数意見及び補足意見の思考は、「あまりに観念的・抽象的に過ぎる」と批判する。

藤田反対意見では、次のような2点がきちんと扱われている。すなわち、公務員の基本的

人権が制約可能であることと、どの程度制約が可能なのは別の問題である、ある公共の利益が重要だとしても、どのような行為がその利益を損なうのかは、また別の問題である、と。このことは、次のように表現されている。

「ところで、公務員が全体の奉仕者であることから、その基本的人権にそれなりの内在的制約が伴うこと自体は、いうまでもなくこれを否定することができないが、ただ、逆に、「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、といったレヴェルの一般論により、具体的なケースにおける権利制限の可否を決めることができないことも、また明らかである。本件の場合にも、ピアノ伴奏を命じる校長の職務命令によって達せられようとしている公共の利益の具体的内容は何かが問われなければならない、そのような利益と上記に見たようなものとしてのXの『思想及び良心』の保護の必要との間で、慎重な考量がなされなければならないものとする。

ところで、学校行政の究極的目的が『子どもの教育を受ける利益の達成』でなければならないことは、自明の事柄であって、それ自体は極めて重要な公共の利益であるが、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かれるわけではない。」

本件の場合、子どもの教育を受ける利益の達成 入学式における「君が代」斉唱の指導 入学式進行における秩序・規律、（組織決定を遂行するための）校長の指揮権の確保 「君が代」のピアノ伴奏をすることという職務命令、という段階的な「目的 手段」の関係がある。しかし、「仮に上記の中間目的が承認されたとしても、そのことが当然に『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。」

そして、藤田裁判官は、「本件の場合、何よりも、上記の『入学式進行における秩序・規律』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」と述べ、検討を行っている。まず、 については以下のように述べる。X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、拒否の意向を以前から繰り返し校長に述べていたことから、校長はそのような不作為を予測できたし、現にテープによる伴奏が行われ、式は問題なく進行している。残るのは、君が代に限ってピアノ伴奏が行われないことについての参列者の「違和感」であるが、このような「違和感」が、Xの思想・良心の直接的な表現を制約するに充分な公共の福祉ないし公共の利益といえるか否かは、疑問である。

次に、 について。「仮にこういった目的のために校長が発した職務命令が、公務員の基本的人権を制限するような内容のものであるとき、人権の重みよりもなおこの意味での校長の指揮監督権の方が重要なのか、が問われなければならない。」

以上より、藤田裁判官は、下のように述べ、「原判決を破棄し、本件を原審に差し戻す必要がある」と結論づけている。

「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、そうして確定された内容の「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。」

5. 今後のこと

(1) 以上見たように、多数意見の上田、堀籠、田原裁判官、補足意見の那須裁判官の議論は、論理的に欠陥がある。多数意見は、第一に、個人の憲法上の権利の問題を一般的、客観的な視点から論じている点で誤っている。第二に、ある外部的行為を行わせることが内心の自由の侵害となりうることを、看過してしまっている。どちらも、体系書・基本書だけでなく、資格試験予備校のテキストにも載っている基本的な憲法19条理解であるはずであるが、彼らは、それを見過ごしている。そのような論理で、思想・良心の自由の侵害の存在を否定している。

那須裁判官は、侵害の存在を認めるものの、正当化の段階で論理の飛躍がある。彼は、公務員の基本的人権が制約可能だということと、どの程度制約が可能なのかは別の問題であること、及び、ある公共の利益が重要だとしても、どのような行為がその利益を損なうのかは別の問題であることを、見過ごしている（例えば、音楽の授業で教えないことと式典でピアノ伴奏をしないことに、質的な違いはないのだろうか）。

多数意見、補足意見（及び原審）ともに、結論に至るまでの論理に不足がある。これが、学生のレポートなら、仮に結論に賛成するとしても（しないが）私には高い点数をつけることはできないだろう。法学は結論に至るまでの論理構成が重要だ、と教えているからである。

(2) とは言え、最高裁判決は出てしまった。考えなければならないのは、今後のことである。特に、国歌斉唱、ピアノ伴奏命令を違憲とした2006年の9月21日東京地裁判決であるが、この判決は控訴審あるいは上告審で覆されてしまうのだろうか。君が代のピアノ伴奏の職務命令は合憲である。だとすれば、9月に地裁で違憲と判断された斉唱命令や伴奏命令も合憲である、と。

このような事態を避けるとすれば、まず考えられるのは、本件判決が変更されることである。しかし、最高裁判決が大した時間的間隔も空けずに変更されることは考えにくい。では、どうすれば良いのか。

2006年9月の東京地裁判決が覆されないための一つの手法として考えられるのは、本件と東京地裁判決の事例とは異なる事例だとすることであろう。つまり、判例の拘束力とは、同様の事例を同様に判断することであるが、異なる事例に対して同様の判断をする必要はない。

違いは、ある。2003（平成15）年10月23日の通達と、その後の東京都教育委員会の行動である。通達後の君が代斉唱、ピアノ伴奏命令は、もはや校長の裁量に基づくものではなく、しかも命令が有する圧力は非常に大きい。教職員は命令に従うか退職するまで、懲戒処分、再発防

止研修を受けなければならない。そして、命令違反状況は、座席指定、都教委職員による監視により確実に把握される⁷。

	本件	2006年9月21日東京地裁判決
命令が下された場所	特定の小学校1校	都立学校すべて
命令の主体	校長	教育委員会
各校の校長の裁量	あり	なし
命令への服従状況の把握	校長による確認	徹底した監視（座席表の提出、都教委職員の式典出席など）
命令不服従に対する処分	1回の戒告処分	命令に従うか退職するまで続く懲戒処分、再発防止研修、再雇用拒否

また、本件と東京地裁判決は、そもそも訴訟の類型が異なる。本件は事後的な取消訴訟であるが、地裁判決は事前的な抗告訴訟（公的義務の不存在確認請求、予防的不作為請求）である。

（3）訴訟の類型の問題は別にして、本判決を前提にして、東京地裁の結論を維持するためには、異なる事例であるとの主張を通すこと、思想・良心の自由の侵害が存在することを認めさせること、正当化の段階で論理の飛躍を許さないことが、最低限必要となるだろう。

2006年9月の東京地裁判決では、外部的行為の強制によって内心の自由が侵害されうること、教職員の権利・自由の制約が許されるということとどの程度の制約が許されるかは別であることが、明確に意識されていた。この点で、少なくとも、論理性という点では、東京地裁判決の方が本判決の原審よりも精密である。したがって、もし地裁判決を覆すとすれば、本判決のような論理的欠陥を抱える判決文を書くわけにはいかない。異なる結論を出すにしても、下級審の論理構成をきちんと踏まえる必要がある。下級審の判断アプローチと同様のアプローチを用い、その中で異なる論理を提示するか、それとも、その判断アプローチ自体を批判し、自分達がそれとは異なる判断アプローチを用いることを論理的に正当化することが求められる。議論を避けたり、論理的な欠陥を抱えた判決文は書くべきではない。

判決文を書くことは、歴史に名前を残すことである。論理的におかしな判決文を書いたという人。そんな名前の残し方、したくないでしょ。

⁷ 詳しくは、宮村博「教育における強制」季刊教育法141号52頁（2004）、澤藤統一郎『「日の丸・君が代」を強制してはならない』（岩波ブックレット、2006）。