論 説

不起立不斉唱訴訟における思想良心の自由論 大塚 翔 吾

第1 はじめに

最高裁は、最二小判2011年(平成23年)5月30日民集65巻4号1780頁(以下、「2011年判決」という。)にて、起立斉唱を求める職務命令が教員の思想良心の自由の間接的制約になることを認めたものの、制約を許容し得る程度の必要性及び合理性があるかという緩やかな審査基準にて制約の合憲性を認めた。その後も、教員が受けた懲戒処分の軽重にかかわらず、同様の緩やかな審査基準にて制約の合憲性を認める判決が続いている。

そこで、以下では、最高裁判決が示した間接的制約論の問題点を論じるとともに、停職6月の懲戒処分が下された最一小決2019年(令和元年)10月31日(以下、「2019年最決」という。)の事案 (1) では、決して正当化できない思想良心の自由への強度の「制約」に至っているから違憲である旨を論じる。

第2 最高裁判例における19条論

1 直接的制約の否定

最高裁は2011年判決において、以下の通りまず、起立斉唱を求める職務命令が、教員の思想良心の自由の直接的制約になることを否定している(下線部は筆者)。

「本件職務命令当時、公立高等学校における卒業式等の式典において、国旗としての『日の丸』の掲揚及び国歌としての『君が代』の斉唱が広く行われていたことは周知の事実であって、学校の儀式的行事である卒業式等の式典における国歌斉唱の際の起立斉唱行為は、一般的、客観的に見て、これらの式典における慣例上の儀礼的な所作としての性質を有するものであり、かつ、そのような所作として外部からも認識されるも

のというべきである。|

「したがって、上記の起立斉唱行為は、その性質の点から見て、上告人の有する歴史観ないし世界観を否定することと不可分に結び付くものとはいえず、上告人に対して上記の起立斉唱行為を求める本件職務命令は、上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものということはできない。また、上記の起立斉唱行為は、その外部からの認識という点から見ても、特定の思想又はこれに反する思想の表明として外部から認識されるものと評価することは困難であり、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えるのであって、本件職務命令は、特定の思想を持つことを強制したり、これに反する思想を持つこと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ということもできない。そうすると、本件職務命令は、これらの観点において、個人の思想及び良心の自由を直ちに制約するものと認めることはできない」。

2 間接的制約の肯定

2011年判決は上記のように起立斉唱を求める職務命令が、教員の思想良心の自由の直接的制約になることは否定しつつも、以下の通り、同自由の間接的制約になることを認める(下線部は筆者)。

「もっとも、上記の起立斉唱行為は、教員が日常担当する教科等や日常従事する事務の内容それ自体には含まれないものであって、一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるということができる。そうすると、自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる「日の丸」や「君が代」に対して敬意を表明することには応じ難いと考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、その行為が個人の歴史観ないし世界観に反する特定の思想の表明に係る行為そのものではないとはいえ、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動(敬意の表明の拒否)と異なる外部的行為(敬意の表明の要素を含む行為)を求められることと

なり、その限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての<u>間接</u>的な制約となる面があることは否定し難い。|

3 審查基準

そして、間接的制約の合憲性を判断する際の審査基準としては、以下の通り、同制約を許容し得る程度の必要性及び合理性があるかという比較的緩やかな審査基準を用いている(下線部は筆者)。

「このような間接的な制約について検討するに、個人の歴史観ないし世界観には多種多様なものがあり得るのであり、それが内心にとどまらず、それに由来する行動の実行又は拒否という外部的行動として現れ、当該外部的行動が社会一般の規範等と抵触する場面において制限を受けることがあるところ、その制限が必要かつ合理的なものである場合には、その制限を介して生ずる上記の間接的な制約も許容され得るものというべきである。|

「そして、職務命令においてある行為を求められることが、個人の歴 史観ないし世界観に由来する行動と異なる外部的行為を求められること となり、その限りにおいて、当該職務命令が個人の思想及び良心の自由 についての間接的な制約となる面があると判断される場合にも、職務命 令の目的及び内容には種々のものが想定され、また、上記の制限を介し て生ずる制約の態様等も、職務命令の対象となる行為の内容及び性質並 びにこれが個人の内心に及ぼす影響その他の諸事情に応じて様々である といえる。」

「したがって、このような間接的な制約が許容されるか否かは、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量して、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かという観点から判断するのが相当である。」

第3 間接的制約論の問題点

1 以上の通り、2011年判決は起立斉唱を求める職務命令が、教員の思

想良心の自由の間接的制約にとどまり、制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるのであれば合憲であるという判断枠組みを採用している。2011年判決は、戒告処分の事例であったが、この判断枠組みはその後、減給処分や停職処分といった戒告処分より重い処分の事例の判決においても引用され、制約の合憲性が認められている。とりわけ、停職6月という後述するような極めて重い処分が下された2019年最決のような事案においても、最高裁は、上記判断枠組みを引用し、思想良心の自由に反しないとした原判決及び原々判決を是認している(2)。

しかし、このような判決は事案を全く見ておらず、「間接的制約」とさ えいえばいかなる事案でも思想良心の自由に対する制約を緩やかな基準で 判断することに他ならない。

以下では、まず、間接的制約論のそもそもの問題点について述べ、続いて、少なくとも2019年最決のような停職6月の処分が科された事案については、思想良心の自由の直接的制約をはじめとする強度の制約になっていることから、厳格な審査基準によって判断すべきであり、違憲であることについて述べる。

2 2011年判決が示す間接的制約論

2011年判決及びこれを引用する各判決は、上記のように直接的制約を「特定の思想を持つことを強制したり、これに反対する思想を持つことを禁止したり」、「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」というような表現を用いて、思想良心の自由を直接的かつ意図的に制約することに求めているといえる。

一方、間接的制約について2011年判決及びこれを引用する各判決は、上記のように、起立斉唱行為が「一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるということができる」から、「自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる『日の丸』や『君が代』に対して敬意を表明することには応じがたいと考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められる(強制される)ことは、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動と異なる外部的行動を求められる(強制される)こととなる限りにおいて、その者の思想及

び良心の自由についての間接的な制約となる面があることは否定し難い」 としている⁽³⁾。

ここで間接的制約に関する過去の判例を以下で見てみることにする。

3 間接的制約に関する過去の判例

(1) オウム真理教解散命令事件最高裁決定

「間接的制約」概念を単独に用いた過去の判例としては、宗教法人の解散命令が信教の自由を侵害するか否かが争われたオウム真理教解散命令事件最高裁決定⁽⁴⁾ がある。

同決定は、「解散命令は、信者の宗教上の行為を禁止したり制限したりする法的効果を一切伴わないのである。もっとも、宗教法人の解散命令が確定したときはその清算手続が行われ、その結果、宗教法人に帰属する財産で礼拝施設その他の宗教上の行為の用に供していたものも処分されることになるから、これらの財産を用いて信者らが行っていた宗教上の行為を継続するのに何らかの支障(※「制約」の意味:筆者注)を生ずることがあり得る」として、解散命令の事実上の効果として、信教の自由が「制約」されることを認めた。

しかし、一方で「宗教法人の解散命令の制度は、・・・専ら宗教法人の世俗的側面を対象とし、かつ、専ら世俗的目的によるものであって、宗教団体や信者の精神的・宗教的側面に容かい(※「介入」の意味:筆者註)する意図によるものではな」いとして、規制(解散命令)の目的が、直接的には信教の自由への侵害にないことを指摘した。そして、「解散命令によって宗教団体であるオウム真理教やその信者らが行う宗教上の行為に何らかの支障を生ずることが避けられないとしても、その支障は、解散命令に伴う間接的で事実上のものであるにとどまる」として、解散命令の信教の自由への制約が「間接的」で「事実上」のものにとどまるから、解散命令は「必要でやむを得ない法的規制」とした。

(2) エホバの証人剣道受講拒否事件最高裁判決

オウム真理教解散命令事件最高裁決定からわずか約1か月後に判決が下されたエホバの証人剣道受講拒否事件最高裁判決 ⁽⁵⁾ も間接的制約論を用いている。

同判決は、まず、原級留置処分又は退学処分といった「本件各処分は、 その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じ たものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約 するものとはいえない」と信教の自由の直接的制約を否定した。

その上で同判決は、「被上告人がそれらによる重大な不利益を避ける ためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採る ことを余儀なくさせられるという性質を有する」として信教の自由への 間接的制約を認めた。

(3) 2011年判決も含めた以上の判例からすれば、2011年判決及びこれを引用する種々の下級審判決がいうところの「間接的制約」とは、「規制の目的が、憲法上の権利を直接的に制限する意図に出たものでないが(非直接性)、事実上の効果としてその権利が制約されることがあり得、それが一般的・客観的見地から事前にある程度予測され得る場合」をいうと解される。

4 間接的制約論の問題点

(1) ここで考えなければならないのは、上記判例で問題となった思想良心の自由や信教の自由といった内心の自由は、戦前、治安維持法などにより特定の思想を禁圧してきた歴史的過程から明らかなとおり、国家権力によって容易に蹂躙される脆弱なものであるということである。しかも、国家権力側はこれらの内心の自由に介入し、権力者にとって都合の良いように思想統制を図るという危険性が常にある自由ということであることも忘れてはならない。そして、思想良心の自由や信教の自由といった内心の自由が憲法において明確に規定された日本国憲法下においては、国家権力があからさまに市民の内心の自由を直接的、意図的に制約するような規制を課すことはまず考えられない。そうすると、国家権力が市民の内心の自由を侵害しようとする目的(真の目的)を持って規制を行う場合には、以上のような間接的制約を伴う規制を行うのである。

この点については巻美矢紀教授も、「立憲主義が確立した国家においては、もはやそのようなあからさまな野蛮な侵害が行われることは考えにくい。もっとも、留意すべきことは、規制の表向きの理由としては、もっともなものが掲げられていたとしても、規制の実際の動機あるいは真の目的

が、思想・良心それ自体を否定することにあるという、巧妙な侵害の危険 性は、高い」と指摘するところである⁽⁶⁾。

(2) 上記各判決が示した間接的制約論では、国家権力の真の目的がどうかということにかかわらず、比較的緩やかな基準で思想良心の自由に対する規制の合憲性を判断することになる。これでは、国家権力の真の目的を見抜けず、上記脆弱性を持った思想良心の自由や信教の自由といった内心の自由への侵害を容易に許してしまう。ここに間接的制約論の問題点があるのである。

間接的制約では、思想良心の自由を間接的にしろ「制約」することに変わりない。この点に重きを置くべきである。この点については、日本の憲法学に大きな影響を及ぼしているドイツでは、間接的制約を制約があることの根拠として用いていることからも明らかである。斎藤一久教授が指摘するところによると、「ドイツにおける間接的制約とは、規範の名宛人に向けられた負担的な効果が第三者に及ぶ場合であるとされて」おり「、「ドイツの基本権の間接的制約の枠組みと比較すると最高裁の『間接的制約』は思想・両親の自由の核心への制限ではないという意味にしかすぎず、『間接的』という本来的意味を見誤っている」(8)。そうすると、間接的「制約」であっても、上述のように脆弱性があり、しかも、国家権力が真の目的を秘して制約を行うことが考えられる内心の自由が「制約」されていることに変わりないことに重きを置いてその制約の合憲性を考えるべきである。

後に詳細を述べるが、2011年判決に裁判官として関わった千葉勝美元最高裁裁判官も、一律に「間接的制約である」と解すべきではなく、「思想・信条の自由に及ぼす制約の程度」を事案ごとに検討し、思想良心の核心部分への関連性を考慮すべきであるとしている⁽⁹⁾。

以上の考察からすると、思想良心の自由への制約が認められる場合には、まず、国家権力の意図を見破るためにその規制について憲法上の権利を制約するというような他の目的(真の目的)が認められるかどうか検討した上で、その規制から生じる憲法上の権利に対する制約の程度を事案ごとに検討し、思想良心の核心部分に関連しているか慎重に吟味を行うべきである。その上で、その規制の真の目的が憲法上の権利を規制することにあると認められたり、事実上生じる憲法上の権利への制約の程度が思想良心の

核心部分に関連しているといえる場合には、その規制は直接的制約であるから違憲と判断すべきであるし、少なくともこのような規制の場合には、目的がやむを得ないものであり、かつ規制手段が目的を達成するために必要最小限といえるかなどという厳格な審査基準で合憲性を判断するべきである。

そして、その規制について憲法上の権利を制約するというような他の目的(真の目的)が認められるかどうかという審査を行う際には、その目的を正当化するに足る社会的事実(いわゆる立法事実)の有無を慎重に吟味することが必要である。なぜなら、このような立法事実が認められない場合は、外見上、その規制の目的が一見正当なものであっても、その裏に隠された「真の目的」が存在する蓋然性が極めて高いといえるからである。

5 以上の通り、上記2011年判決をはじめとする各最高裁判決が指摘するような間接的制約といえども、思想良心の自由が「制約」されているという観点から、その規制について憲法上の権利を制約するというような他の目的(真の目的)が認められるかどうか検討した上で、その規制から生じる憲法上の権利に対する制約の程度について慎重に吟味することになる。

本論考では、制約の真の目的についての検討は他に譲り、憲法上の権利に対する制約の程度について、2019年最決のような停職6月処分では、思想良心の自由に対する極めて強度の「制約」になることを以下で論じたい。

第2 停職6月処分は思想良心の自由に対する極めて強度の 「制約」であり、違憲であること

1 停職6月の処分が下された2019年最決の事案における思想良心の自由の「制約」は、間接的制約にとどまらない極めて強度の「制約」となっている。このことは、2019年最決の一審である東京地判2018年(平成30年)5月24日等において提出された故西原博史教授の鑑定意見書⁽¹⁰⁾及び斎藤一久教授の鑑定意見書でも述べられているところである。

そして、前述のように2011年判決に裁判官として関わった千葉勝美元最高裁裁判官は、一律に「間接的制約である」と解すべきではなく、「思想・信条の自由に及ぼす制約の程度」を事案ごとに検討し、思想良心の核心部分への関連性を考慮すべきであるとする (11)。

以下では、2019年最決の事案を示した上で、千葉元最高裁裁判官、 斎藤、西原両教授の指摘を中心に、2019年最決の事案においては、教 員の思想良心の自由を極めて強度に「制約」しており、違憲であることに ついて述べる。

2 2019年最決の事案について

(1) 2019年最決の事案の概要は以下の通りである。

東京都内養護学校の教員であった原告Aは、東京都教育委員会(以下、「都教委」という。)から、2008年(平成20年)3月に同養護学校において挙行された卒業式において、校長の職務命令に違反し、国歌斉唱の際、起立しなかったこと、また、Aは2007年(平成19年)10月以降、勤務時間中に、左胸及び背部に「強制反対 日の丸 君が代」又は「OBJECTION HINOMARU KIMIGAYO」等と印刷されたトレーナーを着用し、校長の職務命令に違反して本件トレーナー等の着用を続けたことが地方公務員法32条、33条及び35条に違反し、同法29条1項各号に該当するとして、停職6月の懲戒処分(以下、「本件停職処分」という。)を受けた。

Aはこれまで都教委から、本件停職処分を受けるまでに、以下の通り、合計7回の懲戒処分⁽¹²⁾ 及び2回の訓告を受けていた。

- ①1994年(平成6年)4月、当時の所属校の同年3月の卒業式において、校長が国旗を掲揚するのを妨害し、掲揚された国旗を引き降ろしたとして減給1月の処分を受けた。
- ②1995年(平成7年)11月、当時の所属校における同年3月の朝の学級活動等の時間に、校長が卒業式において国旗を掲揚したことに抗議する内容の印刷物を生徒に配布して読み上げるなどしたとして、文書による訓告を受けた。
- ③1999年(平成11年)8月、当時の所属校の同年2月の家庭科の授業時間に、国旗や国歌に関する校長の指導があたかもオウム真理教と同じマインドコントロールされた命令と服従の指導であるなどと記載したプリントを配布し、職員会議の内容を生徒に示し、校長の学校運営方針を批判するに等しい授業を行ったとして、文書に

よる訓告を受けた。

- ④2002年(平成14年)3月、当時の所属校において、校長から 教育委員会の指導主事の授業参観後の協議会に出席することを命ぜ られたにもかかわらず出席しなかったとして、減給3月の処分を受 けた。
- ⑤2005年(平成17年)3月、当時の所属校の卒業式において、 国歌斉唱の際は式場内の指定された席で国旗に向かって起立し、国 歌を斉唱すること及び司会から着席の指示があるまで起立している ことを命ずる旨の職務命令を受けていたのに、国歌斉唱の際、一旦 起立したが途中で着席し、その後に教頭から起立してくださいと言 われ一度起立したが再び着席したとして、減給6月の処分を受けた。
- ⑥2005年(平成17年)5月、当時の所属校の同年4月の入学式 において、上記⑤と同じ内容の職務命令を受けていたのに、国歌斉 唱の際に起立しなかったとして、停職1月の処分を受けた。
- ②2005年(平成17年)12月、上記⑥の不起立行為を契機に受講を命ぜられて同年7月に受講した服務事故再発防止研修において、日の丸、君が代強制反対と書かれたゼッケンを着用し、同研修の担当者から再三ゼッケンを取るよう言われたにもかかわらず、これを着用し続け、同研修の担当者に対し、ゼッケンを取るようにとの発言を撤回せよ等の発言を繰り返し、同担当者席に居座るなどして、同研修の進行を妨げたとして、減給1月の処分を受けた。
- ⑧2006年(平成18年)3月、当時の所属校の卒業式において、 国歌斉唱の際は指定された席で国旗に向かって起立し国歌を斉唱す ることを命ずる旨の職務命令を受けていたのに、国歌斉唱の際、起 立しなかったとして、停職3月の処分を受けた (13)。
- ⑨2007年(平成19年)3月、当時の所属校の卒業式において、 国歌斉唱の際は職員席で国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること及び司会から合図があるまで着席しないことを命ずる旨の職務命令を受けていたのに、国歌斉唱の際、起立しなかったとして、停職6月の処分を受けた(14)。
- (2) 同事案において2019年最決が是認した原判決の東京高判2019年

(平成31年)3月14日は、「本件職務命令・・・は、式典における慣例上の儀礼的な所作とされる作為を求めるものであって、思想・良心の自由との関係では、これに対する間接的な制約にとどまる」から、「その規制の合憲性の判断について、・・・厳格な基準によらなければならないものと解することはできない」と判示し、制約の合憲性を認めた。

しかし、このような停職 6 月処分が下された事案においては、以下で述べるとおり、教員の思想良心の自由に対する決して正当化できない極めて強度の「制約」となるから違憲である。

3 職務命令が、教員の思想良心の自由の極めて強度の「制約」と なること

(1) 千葉勝美元最高裁裁判官の指摘

千葉勝美元最高裁裁判官は、自身が裁判官として参加した2011年判決を解説する中で、思想良心の自由の制約における違憲審査基準について、以下のように解説している (15) (下線部は筆者)。

思想良心の「核心の周辺部分への間接的な制約の中でも、核心部分に近いものについては、核心部分への関連性が高いものとして、これを正当化し得る必要性・合理性には相当高度のものが求められるが、核心部分から遠いものについては、関連性が低いものとして、必要性・合理性についてはより緩やかに解することとなろう。」

千葉元最高裁裁判官の上記指摘によるとたとえ間接的制約だとしても、「思想・信条の自由に及ぼす制約の程度」に応じて、「核心部分に近いものについては、核心部分への関連性が高いものとして、これを正当化し得る必要性・合理性には相当高度のもの」すなわち、厳格な審査基準により判断すべきことが求められるということになる。そうすると、起立斉唱が問題となった事案ごとの特殊性を考慮しないまま、間接的制約であるから緩やかな基準で判断すれば良いと一律に考えるのは最高裁判例の解釈として誤りである。事案ごとに「思想・信条の自由に及ぼす制約の程度」を慎重に検討すべきである。

以下では、2019年最決の事案では、職務命令の前提となる都教委の2006年10月23日通達 (16) (以下、「10.23通達」という。)、そして職務命令違反による停職6月処分、再発防止研修等の一連の行為によってなされている思想良心の自由に対する強度の「制約」であり、千葉元最高裁裁判官がいうところの核心部分あるいはこれに近い部分の制約であることについて、斎藤教授及び西原教授の意見書を中心に述べる。

(2) 2019年最決の事案では、職務命令の前提となる10.23通達、そして職務命令違反による停職6月処分、再発防止研修等の一連の行為によってなされていることについて

斎藤教授は、最高裁2011年(平成23年)6月6日第1小法廷判決・民集65巻4号1855頁)における宮川光治裁判官の指摘をあげながら、職務命令が、職務命令の前提となる通達、そして職務命令違反による処分、再発防止研修等の一連の行為によってなされていると述べる (17)。宮川元最高裁裁判官は、職務命令の合憲性の判断に当たっては、10.23通達やこれに基づく2019年最決の事案の各職務命令をめぐる諸事情を的確に把握することが不可欠であるとし、これらを一連の行為として合憲性を判断すべきとしているのである。この宮川元最高裁裁判官の指摘は、西原教授も取り上げるところである (18)。

また、東京高判2015年(平成27年)5月28日判時2278号21頁(最三小決2016年(平成28年)5月31日の原判決。以下、「2015年東京高判」という。)においても、以下のように動態的な審査手法が行われている(※注及び下線は筆者)。

「被告(注:教員)都教委は、不起立者をなくすという方針に基づいて、校長らをして職務命令を出させ、処分、研修等の一連の行為に及ばせたものであって、原告らとしては教員を退職するか、自己の思想、信条を変えない限り、このような取扱いを受け続けることになる。したがって、本件都教委通達及びこれに基づく各行為は、被告都教委の君が代斉唱時の不起立者をなくすという方針に基づいてなされた一連のものであって、間接的に転向を強要するものであるから、原告らの思想、信条の自由を侵害する行為に当たるというべきである。

このような観点は、西原教授も後述するように機械的な累積加重処分、 再発防止研修等を一連の行為と捉えて「意図的排除システム」と称している (19)。

以上の斎藤、西原両教授及び2015年東京高判の指摘からすれば、教 員への君が代起立斉唱を命じる校長の職務命令は、10.23通達、機械 的累積加重処分、再発防止研修等といった一連の行為の連続性の中で捉え られるべきである。

(3) 間接的制約以上の「制約」となること

ア 西原教授の見解

西原教授によると、以下のように、2019年最決の事案における、10.23通達、各職務命令、機械的累積加重処分、再発防止研修等といった一連の行為が、日の丸・君が代に反対する思想信条を持つ特定の教職員に対する意図的排除行為に至っているという⁽²⁰⁾(※下線は筆者)。

「本件処分を見た段階で、処分量定を行う都教委の判断過程において、法的な枠組を踏まえた場合に当然に想定されて然るべき、不起立の態様や式典への影響等を『個別具体的』に認定して行われる慎重な検討が、組織的・継続的に排除されてきた事態が明白に認定可能である。ここには、君が代斉唱に精神的違和感を持たないものに対する状況を含んだ一般的状況における職務命令の許容可能性をもって正当化できるような性質のものとは異なる、特定の教職員に対する意図的な弾圧作用が見て取れる。そうであるとするならば、ことがらは、間接的制約ではなく、『歴史観ないし世界観を否定することと不可分に結び付』いた意図的排除行為であることになる。

そして、西原教授は、斎藤教授が引用した上記宮川光治裁判官補足意見を引用した上で、「この判決当時の状況に加え、本件のように、信条に反する行為ができない教職員を、具体的に、直後に迫り来る免職のおそれをもって排除しようとすることは、まさに意図的排除行為にほかなら」ず、この行為の「正当化の余地は極めて狭い」と述べている(21)(※下線は筆者)。

さらに、西原教授は、2019年最決の事案の各職務命令、これに伴う機械的な累積加重処分、再発防止研修等を一連の行為と捉えて「意図的排除システム」と表現し、これが思想良心の自由に対する「侵害」にまで至っていることについて以下の通り述べる⁽²²⁾ (※下線は筆者)。

「都教委の立場から見て好ましい思想・信条を各教員が有するかを判定するための踏み絵を踏ませ、その踏み絵を踏まなかった者に対して『歴史観ないし世界観』の変更を促す形で有形無形の圧力を重ね、実際には本件のように、都教委が、あたかも処分量定の自由裁量を有するかのようにふるまう中で『次は免職』というプレッシャーをかけながら何度も停職6月の処分を加えていく事態は、もはや、思想・良心の自由に対する『間接的制約』と呼べるものではない。処分者都教委の意図においても、実務の構造においても、『歴史観ないし世界観を否定することと不可分に結び付くもの』にほかならない。そのような制約を加えなければ重大な実害が発生するが如き事態が全く明らかにされていない本件の事実状況の上において、そのような思想・良心の自由に対する侵害は許容される余地はない。|

この指摘を、前述した千葉勝美元最高裁裁判官の指摘を踏まえて考察すると、まさに核となる思想信条(良心)自体の直接的な「制約」となっているといえる。

イ 斎藤教授の見解

2019年最決の事案の各職務命令を連続性の中で動態的に捉えている 斎藤教授の見解からしても、千葉勝美元最高裁裁判官の指摘においては、 真ん中の「核となる思想信条等(歴史観等)」に最も近いところに位置す ることになる。

そうだとすれば、本件職務命令による教員の思想・良心の自由に対する 制約は、間接的制約以上の強度の「制約」が認められる。

ウ 本件処分自体の重さからしても思想良心の自由の制約の程度は極めて強 度であること 2019年最決の事案の各職務命令、機械的累積加重処分、再発防止研修を一連の行為とみると、その思想良心の自由に対する制約の程度は非常に強度なものになることは、以上の通り、千葉元最高裁裁判官、斎藤教授及び西原教授の見解から明らかである。

しかも、2019年最決の処分自体は、停職6月という停職処分の中では最も重いものである。同処分は、教員としての立場でいられる中では最も重い処分である。そして、戒告から減給、減給から停職へと機械的に一律にその処分を加重していくという機械的加重処分においては、次に控えているのは、教員としてとどまることはできなくなる懲戒「免職」処分だけである。そうだとすれば、一度停職6月の処分を受けると、懲戒「免職」処分を下すかは、処分権者である都教委のさじ加減に委ねられることになり、被処分者はいつ免職となってもおかしくない状況に置かれるのである。このような状況に置かれると、免職を避けるために、被処分者は、自己の思想信条に反する行為を強いられるという強い心理的圧迫を受けるといえる。

このように、2019年最決の事案の各職務命令に基づく停職6月という処分は、これだけを見ても思想良心の自由の強い「制約」となるのである。このことは、2015年東京高裁判決も以下の通り、思想良心の自由の実質的侵害につながるという表現で認めている(※下線は筆者)。

「戒告から減給、減給から停職へと機械的に一律にその処分を加重していくとすると、教職員は、2、3年間不起立を繰り返すだけで停職処分を受けることになってしまい、仮にその後にも不起立を繰り返すと、より長期間の停職処分を受け、ついには免職処分を受けることにならざるを得ない事態に至って、自己の歴史観や世界観を含む思想等により忠実であろうとする教員にとっては、自らの思想や信条を捨てるか、それとも教職員としての身分を捨てるかの二者択一の選択を迫られることとなり、そのような事態は、もともとその者が地方公務員としての教職員という地位を自ら選択したものであることを考慮しても、日本国憲法が保障している個人としての思想及び良心の自由に対する実質的な侵害につながる」。

エ 以上のように、2019年最決の事案の停職6月処分を伴う各職務命令

は、思想良心の自由に対する強度の「制約」となるといえる。

3 2019年最決の事案の各職務命令は正当化できない思想良心 の自由に対する「制約」であること

そして、西原教授の見解によれば、2019年最決の事案の各職務命令は、思想良心の自由の「侵害」、言い換えれば核となる思想信条自体の「直接的制約」となるので、正当化される余地は全くないことになる。

また、斎藤教授の見解からすると、2019年最決の事案の各職務命令は、間接的制約以上の直接的制約に「相当する」程度の「制約」となるので、わずかだが正当化し得る余地がある。しかし、斎藤教授は、2019年最決の事案の各職務命令は、2011年最高裁判決等で示された「学校の卒業式や入学式等という教育上の特に重要な節目となる儀式的行事においては、①生徒等への配慮を含め、②教育上の行事にふさわしい秩序を確保して③式典の円滑な進行を図ることが必要」(①ないし③教員)か否かという基準を厳格に審査し正当化できないと述べている⁽²³⁾。これまで述べた千葉元最高裁裁判官の見解からしても、2019年最決の事案の各職務命令は、内心の核心部分あるいはその周辺部分への「制約」であるから、このような3つの審査基準については厳格に審査すべきことになる。

よって、2019年最決の事案の各職務命令は、決して正当化できない 思想良心の自由に対する極めて強度の「制約」といえるから違憲である。

4 以上から、2019年最決の事案の各職務命令は、正当化できない教員の思想良心の自由に対する極めて強度の「制約」となっており、違憲といえる。

第3 結語

以上の通り、2019年最決の事案の各職務命令は、正当化できない教員の思想良心の自由に対する極めて強度の「制約」となっているから、教員の思想良心の自由を「侵害」し、違憲である。

国旗国歌不起立不斉唱事件における憲法19条論を既に解決したものと考えるべきではなく、上述のように2019年最決の事案の各職務命令が、思想良心の自由に対する極めて強度の制約となっているという具体的事実を踏まえて今一度考え直すべきである。

- (1) 最一小決2019年(令和元年)10月31日判例集未搭載。原審:東京高判2019年 (平成31年)3月14日LEX/DB搭載。原々審:東京地判2017年(平成29年) 5月22日LEX/DB搭載。なお、筆者は原告ら訴訟代理人弁護士として参加した。
- (2) 同上。
- (3) なお、東京地判2017年(平成29年)5月22日LEX/DB搭載は、「国歌斉唱の際の起立斉唱行為は、一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるから、自らの歴史観ないし世界観との関係で「日の丸」や「君が代」に否定的な評価を持つ者にとっては、その歴史観ないし世界観に由来する行動(敬意の表明の拒否)と異なる外部的行動(敬意の表明の要素を含む行為)を求められるという意味において本件職務命令①は、これらの者の思想及び良心の自由についての制約となる」と「間接的」という言葉を用いずに判断している。しかし、上記判示が2011年判決とほぼ同じ文脈で「制約」という言葉を用いていることからすると同判決にいう「制約」の意味は間接的制約の意味であると理解することができる。
- (4) 最一小決1996年 (平成8年) 1月30日民集50巻1号199頁
- (5) 最二小判1996年(平成8年)3月8日民集50巻3号469頁
- (6) 巻美矢紀著「起立斉唱訴訟における問題の本質(1)」千葉大学法学論集第28巻第1・2号 564頁以下。
- (7) 斎藤一久著「鑑定意見書」(以下、「斎藤意見書」という。※同意見書は、東京地判2018年(平成30年)5月24日LEX/DB搭載及び東京高判2019年(平成31年)3月14日LEX/DB搭載(2019年最決の原審)に提出されたものである。)
- (8) 斎藤一久著「スティグマをめぐる基本権理論の構築」科学研究費助成事業(科学研究費助成金)研究結果報告書「4.研究成果」欄記載
- (9) 千葉勝美著『違憲審査 その焦点の定め方』 1 2 5 頁以下
- (10) 西原博史著「鑑定意見書」(以下、「西原意見書」という。※同意見書は、東京地判2018年(平成30年)5月24日LEX/DB搭載及び東京高判2019年(平成31年)3月14日LEX/DB搭載(2019年最決の原審)に提出されたものである。)
- (11) 千葉勝美著『違憲審査 その焦点の定め方』 1 2 5 頁以下
- (12) 地公法29条1項に定める戒告、減給、停職又は免職の処分のことをいう。
- (13) 最一小判2012年(平成24年)1月16日集民239号1頁の事案。なお、同判決は、原告Aの処分の取り消しは認めなかったが、不起立行為のみを繰り返して停職1月の処分が下された教員については処分の取り消しを認めている。
- (14) 最三小決2017年(平成28年)5月31日LEX/DB搭載(原審:東京高判2015年(平成27年)5月28日判時2278号21頁)の事例。
- (15) 千葉勝美著『違憲審査 その焦点の定め方』 1 2 5 頁以下。
- (16) 15教指企第569号
- (17) 斎藤意見書8頁以下
- (18) 西原意見書11頁以下
- (19) 西原意見書12頁以下

駒澤法曹第16号 (2020)

- (20) 西原意見書11頁
- (21) 西原意見書12頁
- (22) 西原意見書12頁以下
- (23) 斎藤意見書11頁以下