

公務員の任用に際しての「意向確認」と 思想・良心の自由

高 作 正 博

目 次

序——問題の所在

第1 公務員関係の法的性質論と憲法の直接適用性

第2 「君が代」斉唱をめぐる裁判と最高裁の憲法解釈論

第3 本件意向確認の違憲性と思想・良心の自由

結——本件意向確認の違憲性と判決の効果予測

序——問題の所在

民主制にとって必要なのは、個人が自由な意見表明や表現行為を保護されること、また、表明すべき意見を形成するに際しての内心の自由や私生活の自由をも保護されることである。内心の自由には、思想・良心の自由や信教の自由といった精神作用の自由が含まれ、私生活の自由には、思想傾向や主義・主張といった個人情報を国家機関から推知されることなく秘匿しうることの保障が含まれている。こうして、精神的自由権からプライバシーの権利に及ぶ精神と情報の自由が民主制との関わりで主題化されることとなる。

本稿は、2016年度末で大阪府（以下「被告」という。）の公立学校教員を定年退職した原告が、大阪府教育委員会（以下「府教委」という。）に対して再任用の選考を申し込んだところ、2017年1月24日、卒入学式における君が代斉唱の命令を含む上司の職務命令に従うかどうかにつき意向確認（以下「本件意向確認」という。）を受けたこと、また、同年4月1日付けで府教委に定年後の再任用を拒否されたことが違法であるとして、被告に対して国家賠償を請求する訴訟を起こした事件（平成30年（ワ）第1661号 国家賠償請求事件）につ

き、本件意向確認が憲法第19条で保障された思想・良心の自由を侵害し違憲であることを主張するものである¹⁾。

以下では、公務員の任用行為には、憲法上の基本的人権の規定が直接適用されることを確認し（第1）、卒入学式における「君が代」斉唱をめぐる生じてきた訴訟についての判例の立場を整理すると同時に、その問題点についても指摘し（第2）、先例の事案と本件との区別を行いながら、本件意向確認の違憲性を検討する（第3）。

第1 公務員関係の法的性質論と憲法の直接適用性

1 公務員の労務関係の法的性質

(1) 本件意向確認が、思想・良心の自由を侵害し違憲と判断されるかどうかを考える前提として、憲法上の基本的人権の規定が直接適用されることを確認する。公務員の多くは「勤労者」（憲法第28条）ではあるが、他方で、憲法上の諸規定の帰結として、「民間企業労働者には見られない法的規律を受け、その結果として特殊な労働者であるべき」とされる²⁾。その根拠として、①憲法は、全ての公務員を「全体の奉仕者」（第15条第2項）であり、その選定罷免権を国民固有の権利とすること（同条第1項）、②公務員の給与についてはその財源が公金であり、また、それ故に憲法の定めに基づく財政民主主義の要請により議会の統制が及ばなければならないこと（第83条）が挙げられる。このような公務員の勤務関係について、その法的性質をどのように解するかをめぐっては次のような議論がある。

(2) まず、明治憲法下では、特別権力関係論によって公務員の勤務関係を捉える見解が見られた。これが日本国憲法の下で否定されるようになる³⁾、労

1) 本稿は、大阪地方裁判所に提出した意見書に大幅に加筆改稿したものである。

2) 下井康史『公務員制度の法理論——日仏比較公務員法研究』（弘文堂、2017）123頁。

3) 例えば、高田敏編『新版行政法』（有斐閣、2009）27、112頁〔高田敏、佐藤英世執筆〕等参照。もっとも、日本国憲法の下にあっても特別権力関係論の影響は見られた。「専従休暇の承認に関する処分は、元来、特別権力関係に立つ職員の勤務」

働契約関係として理解する学説が主張されるようになる。この説を提唱する室井力は、次のように述べている。「公務員関係が、職務命令権および懲戒権を含む点において、一種の支配服従関係を含んでいることは否定できないところである。しかしそのような意味での支配服従関係そのものは、私的労働契約関係にも存在する」。それ故、「公務員関係は、法原理の本来としては、対等当事者間の労働契約関係なのであり、本来の公法的権力関係が不対等当事者間の公権力の発動関係であるのと区別される性格をもっているのである」⁴⁾。

また、同様に労働契約関係説に立つ下井康史は、公務員法制と民間雇用法制との適切な「距離」を確保することが必要であると、「勤務条件法定主義」⁵⁾に基づく法律事項以外については、「本来の性質たる契約関係に即した、労使自治による勤務条件決定を実質的に実現する制度の構築が要請される」と述べる。「必ず法律で定めるべき事項（必要的法律事項）と、法律による規律の要否が立法裁量に委ねられる事項（任意的法律事項）とを画定し、これら両法律事項以外の事項——立法者の判断で法律事項から除外された任意的法律事項も含まれる——は協約事項——少なくとも労使自治による勤務条件決定が実質的

に関するいわば特別権力関係内部の行為」であるとする最高裁昭和40年7月14日大法廷判決・民集19巻5号1198頁、「わが国においては、公務員関係を、特別権力関係の一種と解するのが通説である」と述べる今村成和「職務命令に対する公務員の服従義務について」杉村章三郎先生古稀記念『公法学研究上』（有斐閣、1974）69頁等参照。

- 4) 室井力『特別権力関係論』（勁草書房、1968）381、382頁。また、「労働契約関係が公務員の場合にはその特殊性から行政処分等の公法的特例を伴うので、“公法上の労働契約関係”と解するのが妥当」とするものとして、兼子仁『行政法学』（岩波書店、1997）277頁。同旨の見解として、鶴岡信成『公務員法【新版】』（有斐閣、1980）77頁参照。また、今村は、「職務命令に対する公務員の服従義務に関しては、公務員が、行政組織の人的構成要素であると共に、公務員労働関係の当事者であるという二つの側面を総合して考える必要がある」とし、後者の側面については「対等当事者間の労働契約関係として把握すべき」と述べている。今村・前掲（3）97頁、98頁。
- 5) 全農林警職法事件に関する最高裁昭和48年4月25日大法廷判決・刑集27巻4号547頁、岩手教組学テ事件に関する最高裁昭和51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号1178頁、全通名古屋中郵事件に関する最高裁昭和52年5月4日大法廷判決・刑集31巻3号182頁参照。

には可能な事項——として、法律による規律を排する法制度が望ましい⁶⁾。

(3) しかし、以上のような労働契約関係説には問題がある。「現行法上例えば分限処分・懲戒処分等、雇用者側の行為の多くが行政処分とされ、抗告訴訟の対象とされていることに鑑みるならば、少なくとも解釈論上、これを権力関係ではない、と主張することには、相当の無理が伴うことは否定できない⁷⁾。そこで、公務員の勤務関係の法的性質について、公法上の勤務関係と捉える見解がある。橋本勇は、法律関係の内容を当事者ではなく法律で定めている分野においては、「行政の優越性を認めるための要件を法定しているのが通例であり、そこでは、行政庁と相手方の意思によって法律を離れた自由な法律関係を設定することは認められていない。その意味で、このような法分野を公法と称することを否定する必要はない」と述べ、公務員の勤務関係を公法関係と指摘する⁸⁾。

さらには、公務員関係には法令の支配が広く及んでいることから、法的性質論それ自体に疑義を呈する見解もある。塩野宏は、「現行法の解釈論の基礎としては、法令によってひろくカバーされた関係であることを前提として、法律の趣旨目的の合理的解釈でこと足りると思われる。解釈論の場面においても、特別権力関係とか労働契約関係というカテゴリーではなく、労働者性、公益性という価値原理によるので十分と思われる」とする⁹⁾。

(4) この点、判例は、現業公務員に対する懲戒処分の効力が争われた事案において、「国公法が全面的に適用されるいわゆる非現業の国家公務員のそれとは異なり、ある程度当事者の自治に委ねられている面があるということが出来る」としても、「結局は国公法及び人事院規則による強い制約のもとにあるか

6) 下井・前掲(2)129頁。同様に、「勤務条件法定主義とは、勤務条件詳細法定主義を意味するものではない」とし、勤務条件決定主体がその権限の範囲内で行う限り、「労使間で『共同決定』すること」も可能と指摘するものとして、渡辺賢『公務員労働基本権の再構築』(北海道大学出版会、2006)132、133頁。

7) 藤田宙靖『行政組織法』(有斐閣、2005)297頁。

8) 橋本勇『新版逐条地方公務員法〔第4次改訂版〕』(学陽書房、2016)30頁。また、宇賀克也『行政法概説Ⅲ〔第4版〕』(有斐閣、2015)365頁以下参照。

9) 塩野宏『行政法Ⅲ〔第4版〕』(有斐閣、2012)282頁。

ら、これをもって、現業公務員の勤務関係が基本的に公法上の関係であることを否定することはできない」と判示し¹⁰⁾、労働契約関係説を排し、公法上の勤務関係説ないし塩野の実定法の合理的解釈論の立場に立った判断をしている¹¹⁾。

2 公務員の任用行為の法的性質

(1) では、公務員の任用行為の法的性質については、どのように考えるべきであろうか。公務員の勤務関係を労働契約関係と捉える見解は、任用行為についても労働契約と理解する。他方、公法上の勤務関係説は、任用行為についても相手方の受諾を要する行政行為と解している。橋本は、「実定法からみた場合には、公務員の身分は分限および懲戒に関する規定によって保障され、自由な合意、契約としての取扱いがなされていないこと……、労使対等の原則の適用がないこと……、服務上の義務が法定されていること、任用の根拠となる法律……が任命または任免という用語を使用していること、任用について行政不服審査および行政訴訟が認められていることなどから判断して、公務員の採用は、行政行為であると解するのが妥当と思われる」としている¹²⁾。

任用行為を行政行為と解する場合、不採用決定の性質もまた、行政行為と捉えるべきこととなる。この点は、実定法の合理的解釈論からの帰結も同様である。塩野は、「採用が拒否されたときにも、これを争うための訴訟形式が検討されねばならない」が、「制定法には直接の手掛かりがない」ことから次のように解すべきとする。国家公務員法第90条第1項、同法第92条の2、地方公務員法第49条の2第1項、同法第51条の2に見られるように、「勤務関係の消滅(免職)に関しては制定法上に処分的構成が取られていること……からすると、

10) 最高裁昭和49年7月19日判決・民集28巻5号897頁。

11) 塩野・前掲(9)282頁は、「最高裁判所の判例も基本的にはかかる考え方にたっていると思われる」と述べ、自らの立場に引きつけて判例を捉えている。なお、公務員の勤務関係に関する判例を素材に、特別権力関係論や労働契約関係説が、判例上どのような形で現れているか、学説とどのような関係にあるかを検討するものとして、塩野宏『行政組織法の諸問題』(有斐閣、1991)181頁以下参照。

12) 橋本・前掲(8)221、222頁。

制定法は、この関係の早期安定性の確保を期待していると考えられ、その意味では、消滅行為と同様に成立行為も処分として構成していると解するのが素直であろう¹³⁾。藤田もまた、「毎年多数の新規採用がなされ、行政組織の陣容が形成されて行くことに鑑みれば、一定期間を限ってこれを争わせる（出訴期間）ということも、必ずしも全く不合理であるとは言えまい」として、行政行為説を補強する¹⁴⁾。

(2) この点、判例はどのような立場に立っているのでしょうか。採用内定の法的性質が争われた事案について、民間の労働者の場合と比較する。まず、民間の労働関係の場合、採用内定は始期付労働契約であり、始期が到来すれば労働契約が開始することとなる。採用内定の法的性質について争われた事案において、最高裁は、「上告人からの募集（申込みの誘引）に対し、被上告人が応募したのは、労働契約の申込みであり、これに対する上告人からの採用内定通知は、右申込みに対する承諾であつて、被上告人の本件誓約書の提出とあいまって、これにより、被上告人と上告人との間に、被上告人の就労の始期を昭和44年大学卒業直後とし、それまでの間、本件誓約書記載の5項目の採用内定取消事由に基づく解約権を留保した労働契約が成立したと解するのを相当とした原審の判断は正当であつて、原判決に所論の違法はない」と判示した¹⁵⁾。

他方、公務員の事案では、判例は、採用内定通知の法的性質が問題になった事例で、「本件採用内定の通知は、単に採用発令の手續を支障なく行うための準備手続としてされる事実上の行為にすぎず、被上告人東京都と上告人との間

13) 塩野・前掲(9)286頁。宇賀・前掲(8)373頁も同旨。他方、公務員の免職を不利益処分とする規定はあるが、「採用の方は処分とする規定もないので、契約と解して、採用内定も、始期付き採用契約と解釈すべきではないか。公務員関係を包括的に行政処分の関係として契約法理が適用されないとする理由もない」とする見解もある。阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣、2008）138頁。しかし、塩野の見解は、「公務員関係を包括的に行政処分の関係として」捉えているのでないことは明らかであり、この指摘は塩野説には当たらないものと解される。

14) 藤田・前掲(7)280頁。

15) 最高裁昭和54年7月20日判決・民集33巻5号582頁。また、最高裁昭和55年5月30日判決・民集34巻3号464頁も同旨。

で、上告人を東京都職員（地方公務員）として採用し、東京都職員としての地位を取得させることを目的とする確定的な意思表示ないしは始期付又は条件付採用行為と目すべきものではなく、したがって、右採用内定通知によつては、上告人が、直ちに又は昭和46年4月1日から被上告人東京都の職員たる地位を取得するものではなく、また、被上告人東京都知事において上告人を職員として採用すべき法律上の義務を負うものでもないと解するのが相当である」と判示した。本判決は、採用内定を解約権留保付始期付労働契約ではなく、採用のための準備手続としてなされる事実行為とみなしており、相手方の受諾を要する行政行為とみる説に近い立場であるといえるであろう¹⁶⁾。

(3) 非正規公務員の任用行為をめぐり、1970年代中葉までの下級審判決では、公法上の契約関係と捉えるものも見られたが、それ以降、行政行為と捉える立場へと変更している。中でも、次の判決は、公務員の任用行為を行政行為であるとした判断が最高裁判所で確定したものとして、注目すべきである。繰り返し任用された国家公務員の非常勤職員が雇用打切りの通告を受けたため、その地位の確認を求めた長野県農事試験場事件で、第1審判決は、「期限付任用と『任期の定めのない任用』とは性質を異にする別箇の任用行為であり、特に後者は厳格な要式行為であるから、任命権者による任期の定めのない職員への任命行為がない以上、期限付任用がいかにか長期間更新されたとしても、期限付任用としての性質を変じ、任期の定めのない任用に転換するものではない」として、「解雇権の濫用にあたり無効である」とする原告の主張を退けた¹⁷⁾。この判断は、控訴審判決でも維持され¹⁸⁾、最高裁でも「上告人は、いわゆる日々雇用の非常勤職員に任用されたものであって、その任用予定期限の経過をもって当然退職したとする原審の判断は、正当として是認することができる」と判示された¹⁹⁾。

16) 最高裁昭和57年5月27日判決・民集36巻5号777頁。

17) 長野地裁昭和56年2月26日判決・判時1014号132頁。

18) 東京高裁昭和58年12月21日判決・判時1113号137頁。

19) 最高裁昭和62年6月18日判決・労判504号16頁。

判例における任用行為の法的性質の判断変更、即ち、公法上の契約説から行政行為説への変更の理由について、上林陽治は、「公務員の勤務関係を『公法上の契約』とし、任用行為を契約行為とする考え方を維持すると、繰り返し任用により勤務期間が長期に及ぶ非正規公務員に、解雇権濫用法理を類推適用することにもなり、公務員制度の根幹を揺るがす事態が生じることも想定」されたこと等の事情があったと指摘している²⁰⁾。

3 憲法上の基本的人権の直接適用性

(1) 以上見てきたように、公務員の勤務関係、任用行為のいずれについても公法上の行為と見る見解が定着しており、この基本的な方向性を疑わせるような状況はない。ここからすれば、公務員も、憲法上の労働基本権のみならず「一人の人格として、思想・表現の自由などの基本的人権の主体である。通常の雇用関係において、被用者の自由に対する使用者側の規律は、通説・判例に従えば憲法の人権保障規定の間接適用の問題として処理されるが……、公務員の場合には、その規律の仕方とも関係して、基本的人権の直接適用の問題として取り上げられることになる」²¹⁾。

(2) このような理解は、判例の立場とも一致する。国を一方の当事者として締結された売買契約の違憲性が争われた百里基地訴訟において、最高裁は、憲法第98条第1項の「国務に関するその他の行為」の解釈と関連させて次のように判示した²²⁾。①「憲法98条1項は、憲法が国の最高法規であること、すなわち、憲法が成文法の国法形式として最も強い形式的効力を有し、憲法に違反するその余の法形式の全部又は一部はその違反する限度において法規範としての本来の効力を有しないことを定めた規定であるから、同条項にいう『国務に関するその他の行為』とは、同条項に列挙された法律、命令、詔勅と同一の性質

20) 上林陽治『非正規公務員の現在——深化する格差』（日本評論社、2015）191、192頁。

21) 塩野・前掲（9）306頁。

22) 最高裁平成元年6月20日判決・民集43巻6号385頁。

を有する国の行為、言い換えれば、公権力を行使して法規範を定立する国の行為を意味し、したがって、行政処分、裁判などの国の行為は、個別的・具体的ながらも公権力を行使して法規範を定立する国の行為であるから、かかる法規範を定立する限りにおいて国務に関する行為に該当するものというべきである」。

②「国の行為であつても、私人と対等の立場で行う国の行為は、右のような法規範の定立を伴わないから憲法98条1項にいう『国務に関するその他の行為』に該当しないものと解すべきである」。また、「憲法9条は、その憲法規範として有する性格上、私法上の行為の効力を直接規律することを目的とした規定ではなく、人権規定と同様、私法上の行為に対しては直接適用されるものではないと解するのが相当であり、国が一方当事者として関与した行為であつても、たとえば、行政活動上必要となる物品を調達する契約、公共施設に必要な土地の取得又は国有財産の売払いのためにする契約などのように、国が行政の主体としてでなく私人と対等の立場に立つて、私人との間で個々の締結する私法上の契約は、当該契約がその成立の経緯及び内容において実質的にみて公権力の発動たる行為となら変わりがないといえるような特段の事情のない限り、憲法9条の直接適用を受けず、私人間の利害関係の公平な調整を目的とする私法の適用を受けるにすぎないものと解するのが相当である」。

(3) 公務員の任用行為について、公法関係たる公務員関係の設定を図る行政行為と解し、また、成立行為を処分として構成する立場からすれば、これは、「私人と対等の立場で行う国の行為」ではなく、「個別的・具体的ながらも公権力を行使して法規範を定立する国の行為である」ため、憲法第98条第1項にいう「国務に関するその他の行為」に該当する行為といえる。それ故に、憲法の人権規定の直接適用を認められるべき法関係と捉えるべきものである。

第2 「君が代」斉唱をめぐる裁判と最高裁の憲法解釈論

1 ピアノ伴奏と起立斉唱行為の強制

(1) 卒入学式における「君が代」斉唱をめぐることは、既に最高裁において次

のような判例が出されている。まず、市立小学校の音楽専科の教諭が、入学式の国歌斉唱の際に君が代のピアノ伴奏を行うことを内容とする校長の職務上の命令に従わなかったことを理由に戒告処分を受けた事件（以下「ピアノ伴奏拒否事件」という。）で、最高裁は、次のように述べた²³⁾。

第1に、『君が代』が過去の日本のアジア侵略と結び付いており、これを公然と歌ったり、伴奏することはできない、また、子どもに『君が代』がアジア侵略で果たしてきた役割等の正確な歴史的事実を教えず、子どもの思想及び良心の自由を実質的に保障する措置を執らないまま『君が代』を歌わせるという人権侵害に加担することはできないなど」という考えは、「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出来る」。しかし、入学式の国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することは、「一般的には、これと不可分に結び付くものということではできず、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」。

第2に、「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もできない」。

この判決は、ピアノ伴奏の強制が「歴史観ないし世界観」「信念」に関わるもので、思想・良心の自由の保護範囲に含まれる問題であることを認めつつも、

23) 最高裁平成19年2月27日判決・民集61巻1号291頁。

自由に対する「制約」自体が存在しないとして、合憲判断を行うものである。ここで、本件職務命令が、思想・良心の自由に対する「制約」に当たらないとされたのは、①直ちに歴史観ないし世界観それ自体を否定するものとは認められないこと、また、②特定の思想の強制でも禁止でもなく、特定の思想の有無についての告白の強要でもなく、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことの強制でもないことによる。

(2) また、都立高校の教諭が、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ずる旨の職務命令に従わなかったところ、非常勤の嘱託員等の採用試験において不合格とされたため、損害賠償を求めた事件（以下「起立斉唱拒否事件」という。）では、最高裁は、日本の侵略戦争の歴史を学ぶ在日朝鮮人、在日中国人の生徒に対し、「日の丸」や「君が代」を卒業式に組み入れて強制することは、教師としての良心が許さないという考えを、「日の丸」や「君が代」が戦前の帝国主義等との関係で一定の役割を果たしたとする教諭自身の歴史観ないし世界観から生ずる社会生活上ないし教育上の信念等ということができるとした上で、次のように判断する²⁴⁾。

第1に、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では、「日の丸」の掲揚と「君が代」の斉唱が広く行われていたことは「周知の事実」であり、学校の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とはできない」。

24) 最高裁平成23年5月30日判決・民集65巻4号1780頁。また、最高裁平成23年6月6日判決・民集65巻4号1855頁、最高裁平成23年6月14日判決・民集65巻4号2148頁、最高裁平成23年6月21日判決・判時2123号35頁同旨。

「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というべきである」。

もっとも、第2に、「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出来る」。「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間接的な制約となる面があることは否定し難い」。「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に、本件職務命令は、「慣例上の儀礼的な所作として国歌斉唱の際の起立斉唱行為を求めることを内容とするものであって、高等学校教育の目標や卒業式等の儀式的行事の意義、在り方等を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿い、かつ、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえた上で、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに当該式典の円滑な進行を図るものであるということが出来る」。「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すれば、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ものというべきである」。

2 判例の解釈論の基本構造——「慣例上の儀礼的な所作」と「間接的制約」

(1) 起立斉唱拒否事件の判決は、卒入学式における「日の丸」「君が代」の強制が、「歴史観ないし世界観」「信念」に関わるもので、思想・良心の自由の保護範囲に含まれる問題であると判断しており、この点で、ピアノ伴奏拒否事件の判決と同旨である。しかし、音楽専科ではない教諭にとって、起立斉唱行為は、「国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為」であり、それを求められることは、「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間接的な制約となる」と述べ、ピアノ伴奏拒否事件の判決とは異なり「間接的制約」となることを認めた²⁵⁾。この論理がどのように説明されうるのかについて、検討する。

25) 両判決の比較については、前掲最高裁判平成23年6月14日判決における那須弘平裁判官の補足意見参照。なお、本稿は、思想・良心に反する外部的行為の強制が憲法第19条違反となるかどうかという観点から検討するものであるが、これ以外に、一般的な法義務からの免除を承認しうるかどうか、という観点から検討する余地もある。これについては、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）222頁以下、佐々木弘通『『人権』論・思想良心の自由・国歌斉唱』『成城法学』66号（2001）46頁以下、同『『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（2004）42頁（「外面的行為の強制」型として義務の免除を説明する）、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（2005）105頁以下、森口千弘「宗教条項の再定位——アメリカにおける世俗の良心の保護理論』『早稲田法学会誌』65巻2号（2015）359頁以下、同「良心・信仰への間接的な制約と保護——法義務免除の可能性と平等」浅倉むつ子・西原博史編『平等権と社会的排除——人権と差別禁止法理の過去・現在・未来』（成文堂、2017）157頁以下、同「思想・良心の自由に基づく法義務免除」憲法理論研究会編『岐路に立つ立憲主義』（敬文堂、2018）155頁以下等参照。また、「国旗・国歌強制の問題」は「第一義的には子どもの良心の自由に関わる」とし、教師の不起立の権利も「子どもの基本的人権を侵害する職務命令の違法性を前提に、その違法な命令に従わない教師の権利という構図」として捉える見解もある。西原博史『『君が代』裁判と憲法』『法学セミナー』562号（2001）40頁。これは、一般的法義務からの免除を認める根拠を、教師自身ではなく子どもの良心の自由にある点に特徴がある。

まず、思想・良心の自由について、内心だけでなく外部的行為にもその保障が及ぶかどうかが問題となりうる。この点については、内心の精神活動と外部的行為とが密接不可分であり、内心の核心部分に係る行為が否定されることが特定の思想の否定と評価しうる場合も存するため、外部的行為にもその保障が及ぶ場合があると解すべきであろう²⁶⁾。それ故、内心に反する外部的行為の強制も、憲法第19条違反となりうると思えるべきである²⁷⁾。判決も、ピアノ伴奏行為や起立斉唱行為の強制が思想・良心の自由に対する侵害となるかどうかを検討しており、憲法第19条の保障が外部的行為にも及びうることを認めている。

(2) また、判決が「間接的制約」という構成を採用した点に関し、そこから読み取ることができる制約類型論を整理する。第1に、思想・良心の自由を

26) 渡辺康行「『思想・良心の自由』と『国家の宗教的中立性』(一)」『法政研究』73巻1号(2006)26頁、44頁[渡辺康行『「内心の自由」の法理』(岩波書店、2019)所収]、野坂泰司『憲法基本判例を読み直す[第2版]』(有斐閣、2019)170頁等参照。もっとも、最高裁は、麴町中学内申書事件において、「大学生ML派の集会に参加している」等と記載された調査書であっても、「上告人の思想、信条そのものを記載したものでないことは明らかであり、右の記載に係る外部的行為によっては上告人の思想、信条を了知し得るものではないし、また、上告人の思想、信条自体を高等学校の入学選抜の資料に供したものと到底解することができない」として、違憲の主張を退けていた。最高裁昭和63年7月15日判決・判時1287号65頁。

27) 西原博史『良心の自由[増補版]』(成文堂、2001)23頁以下、430頁以下、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(2005)84頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法[第3版]』(有斐閣、2013)170頁以下、渡辺・前掲(26)19頁等参照。また、内心に反する外部的行為の強制を沈黙の自由との関連で捉える理解もあり得る。「沈黙の自由が、内心の思想及び良心に反したことを告白するよう強制されない自由を含むとすれば、本判決が検討しているとみられる『特定の思想を有することを表明する行為と評価されるような外部的行為の強制』がされた場合には、実質的には、内心の自由及び良心に反したことを告白することが強制され、沈黙の自由が害されたものと評価することができる場合が多いのではないかと思われる」。森英明「最高裁判所判例解説」『法曹時報』61巻11号(2009)265頁。しかし、このような見解に対しては、「良心の自由の下で良心を侵害する法的義務からの解放可能性を認めるドイツなどの判例・学説は、この権利を行使することによって良心内容が明らかになることには問題がないとしている」と指摘し、沈黙の自由から理論構成しようとする見解を批判する見方もある。西原・前掲427頁参照。

「直ちに制約するものと認める」類型である。判決によれば、この直接的制約に該当するのは、「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」、「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」（沈黙の自由に対する侵害）である。このような思想・良心の強制・禁止、思想告白の強要は、絶対的な保障が認められるべき内心に対する直接的制約として、即憲法違反と評価されるべきものである。第2に、「思想の表明に係る行為」に対する制約である。判決が、次に挙げる「敬意の表明の要素を含む行為」を「思想の表明に係る行為」から区別して間接的制約と構成していることからすれば、「思想の表明に係る行為」の制約も直接的制約と位置づけることを前提とするもののように思われる。第3に、「思想の表明の要素を含む行為」に対する制約である。起立斉唱拒否事件の判決は、「思想の表明に係る行為そのもの」ではなく、「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」を「思想及び良心の自由についての間接的な制約」と位置付けた。

それでは、卒入学式における起立斉唱行為が、「思想の表明」についての「係る行為」ではなく「要素を含む行為」と評価されたのは何故であろうか。まず、思想・良心と外部的行為とが密接不可分の関係を有する場合には、外部的行為の直接的な制約ないし内心に反する外部的行為の強制と見なされ、憲法第19条の絶対的禁止の規範的要請に従い違憲と解される。他方、思想・良心と外部的行為とが密接不可分の関係を有するとまではいえない場合には、「間接的制約」と見るか（起立斉唱拒否事件判決）、そもそも「制約」ではないと見ることとなる（ピアノ伴奏拒否事件判決）。この思想と行為との密接性を否定する理解を支えているのが、「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」とする判示部分である。式典における起立斉唱行為は、「一般的」「客観的」に見ると「慣例上の儀礼的な所作」であり、「思想の表明」についての「係る行為」ではなく「要素を含む行為」にとどまるとされたものと捉えることができよう。

この見方の根拠となるのは、外部的行為が、思想についての「係る行為」か「要素を含む行為」かを判断する際に、当該本人の主観的な受け止め方を基準に判断するのではなく、一般的・客観的な認識等の要素で判断すべきとする理解である。金築誠志裁判官の補足意見は、「思想等の保有者の主観的判断」に委ねると、それに基づいて「社会的に必要とされる多くの行為が思想及び良心の自由を侵害するものとして制限を受けたり、他の者の表現の自由を著しく制限することになりかねない。こうした事態は、法の客観性を阻害するものというべきであろう」と述べている²⁸⁾。

(3) 起立斉唱拒否事件の判決は、「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」と述べた。職務命令の「目的」「内容」「制約の態様等」を衡量し、「必要性」「合理性」が認められるかどうかという利益衡量論の立場を採用したものである。これまで、「集会の自由の制約は、基本的人権のうち精神的自由を制約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下にされなければならない」とする判例もあるものの²⁹⁾、基本的な利益衡量論の判断枠組みを精神的自由権に関しても採用している³⁰⁾。本判決は、近時の判例の動向も踏まえ、「外部的行動の制限を介して生ずる思想及び良心の自由についての間接的な制約の性質等に加え、問題となる職務命令の目的及び内容には種々のものが想定され、上記の間接的な制約の態様等も個々の事情に応じて様々であること等に鑑み、具体的な事案に応じたその処理に関する基準として」利益衡量論を採用したのである³¹⁾。

28) 前掲最高裁平成23年6月6日判決参照。

29) 泉佐野市民会館事件に関する最高裁平成7年3月7日判決・民集49巻3号687頁。

30) よど号記事抹消事件に関する最高裁昭和58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁、成田新法事件に関する最高裁平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437頁等参照。

31) 岩井伸晃・菊池章「最高裁判所判例解説」『法曹時報』66巻9号(2014)241頁。

以上の観点から、命令の「内容」として「慣例上の儀礼的な所作として国歌斉唱の際の起立斉唱行為を求めること」、「目的」として「教育上の行事にふさわしい秩序の確保」、「当該式典の円滑な進行を図る」こと、学校教育法で教育目標として掲げられた「国家の現状と伝統についての正しい理解と国際協調の精神の涵養」を指摘し、加えて、「関係法令等の諸規定の趣旨に沿い」、「地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえ」、必要性・合理性が認められると判断している。

3 判例の解釈論の問題点

(1) 以上の判決に対しては、思想・良心の自由という内心にかかわる人権について、「一般的」「客観的」という標識を持ち出してその合憲性を判断することに問題はないのか、という疑念が生じる。「思想・良心の自由は、『一般的』な評価や『客観的』な見方と合致した信条のみを保護するものではない。ところが多数意見は、思想・良心のあり方が個人によって多様であるという出発点を無視する。基本的人権が保障されることの意義を無に帰せしめる暴論である」³²⁾。個人の人格の固有性を重視する考え方は、ノース・カロライナ州の死

32) 西原博史「『君が代』伴奏拒否訴訟最高裁判決批判」『世界』764号(2007年5月)141頁。同様の指摘として、西原博史「思想・良心の自由——侵害された個人の痛みに敏感な解釈論に向けて」判例時報臨時増刊『法曹実務にとっての近代立憲主義』(2017)39頁以下、青野篤「『君が代』起立斉唱命令と教師の思想・良心の自由」『大分大学経済論集』63巻4号(2011)185頁以下、多田一路「最新判例演習室」『法学セミナー』630号(2007)112頁、金井光生「国旗国歌職務命令訴訟最高裁判決」『法学教室』377号(2012)52頁以下等参照。また、「本件の核心問題」は、「一般的」「客観的」な見立てが自分には「当てはまらないと上诉人自身が考える点にある」のであり、上诉人にとって「君が代」のピアノ伴奏を強制されることは、「歴史観や世界観を否定されることであり、さらに特定の思想を有することを外部に表明する行為と評価され得ることにもなる」とする指摘(前掲最高裁平成19年2月27日判決における那須弘平裁判官の補足意見)、『一般的』という議論の仕方はいずれも適切ではないと思われるが、仮にその類の論理を用いるとしても、一般人が当該個人の立場であればどう考えるか、といった基準に拠るべきであろう」とする指摘(渡辺康行「公教育における『君が代』と教師の『思想・良心の自由』——ピアノ伴奏拒否事件と予防訴訟を素材として」『ジュリスト』1337号(2007) 7

刑制定法を違憲と判断した連邦最高裁判決にもみられるものである。この判決は、犯罪者一人ひとりの性格や経歴、個別的な犯罪状況といった「減刑の要素の可能性をいっさい斟酌しないこと」が、「特定の犯罪で有罪を宣告されたすべての人を、この世にたった一人しかいない個人としてではなく、やみくもに死刑を科せられる、顔の見えない没個性な大衆の一員として扱っているのである」と判示している³³⁾。

こうした見解は、起立斉唱拒否をめぐる判決に付された宮川光治裁判官の反対意見にも表れている³⁴⁾。「上告人らが起立斉唱しないのは、式典において『日の丸』や『君が代』に関わる自らの歴史観ないし世界観及び教育上の信念を表明しようとする意図からではないであろう。その理由は、第1に、上告人らにとって『日の丸』に向かって起立し『君が代』を斉唱する行為は、慣例上の儀礼的な所作ではなく、上告人ら自身の歴史観ないし世界観等にとって譲れない一線を越える行動であり、上告人らの思想及び良心の核心を動揺させるからであると思われる。第2に、これまで人権の尊重や自主的に思考することの大切さを強調する教育実践を続けてきた教育者として、その魂というべき教育上の信念を否定することになると考えたからであると思われる。そのように真摯なものであれば、本件各職務命令に服することなく起立せず斉唱しないという行為は上告人らの思想及び良心の核心の表出であるとみることができ、少なくともこれと密接に関連しているとみることができる」。「多数意見は、式典において国旗に向かって起立し国歌を斉唱する行為は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、その性質の点から見て、上告人らの有する歴史観ないし世界観それ自体を否定するものではないとしている。多数意見は、式典における起立斉唱行為を、一般的、客観的な視点で、いわば多数者の視点でそのようなものであると評価しているとみることができる。およそ精神的自由

↘34頁注(8) [渡辺康行『「内心の自由」の法理』(岩波書店、2019)所収]があるが、いずれも適切な指摘である。

33) Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280, 303(1976). マーサ・ヌスパウム、河野哲也監訳『感情と法』(慶應義塾大学出版会、2010) 26、27頁参照。

34) 前掲最高裁平成23年6月6日判決参照。

権に関する問題を、一般人（多数者）の視点からのみ考えることは相当でないと思われる」。

(2) また、当該事案の個別的・具体的な事情に照らして、起立斉唱行為の強制が思想との関連で中立的なものではなく、まさに特定の思想の否定であり、それに反する行為の強制に該当するとする指摘もある。宮川光治裁判官の前掲反対意見の次の指摘は、この点を検討するものとして注目されるべきである。「国旗及び国歌に関する法律施行後、東京都立高等学校において、少なからぬ学校の校長は内心の自由告知（内心の自由を保障し、起立斉唱するかしないかは各教職員の判断に委ねられる旨の告知）を行い、式典は一部の教職員に不起立不斉唱行為があったとしても支障なく進行していた」。「こうした事態を、本件通達は一変させた。本件通達が何を企図したものかに関しては記録中の東京都関連の各会議議事録等の証拠によれば歴然としているように思われるが、原判決はこれを認定していない。しかし、原判決認定の事実によっても、都教委は教職員に起立斉唱させるために職務命令についてその出し方を含め細かな指示をしていること、内心の自由を説明しないことを求めていること、形から入り形に心を入れればよい、形式的であっても立てば一歩前進などと説明していること、不起立行為を把握するための方法等について入念な指導をしていること、不起立行為等があった場合、速やかに東京都人事部に電話で連絡するとともに事故報告書を提出することを求めていること等の事実が認められるのであり、卒業式等にはそれぞれ職員を派遣し式の状況を監視していることや、その後の戒告処分状況をみると、本件通達は、式典の円滑な進行を図るという価値中立的な意図で発せられたものではなく、前記歴史観ないし世界観及び教育上の信念を有する教職員を念頭に置き、その歴史観等に対する強い否定的評価を背景に、不利益処分をもってその歴史観等に反する行為を強制することにあるとみることができると思われる」。

他方、ピアノ伴奏拒否事件の判決には藤田宙靖裁判官の反対意見が付されており、そこでは、別の点からもその違憲性が問われなければならないと指摘する。藤田反対意見は、本件における真の問題が、「『君が代』に対する否定的評

価」の禁止でも、「歴史観ないし世界観」の有無についての告白強要でもなく、「入学式においてピアノ伴奏をすることは、自らの信条に照らし上告人にとって極めて苦痛なことであり、それにもかかわらずこれを強制することが許されるかどうかという点にこそある」として次のように述べる。①本件で問題とされるべき「思想及び良心」としては、「『君が代』が果たしてきた役割に対する否定的評価という歴史観ないし世界観それ自体」に加えて、「『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）」といった側面があり、後者こそが本件では重要である。②後者の考え方は、「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。そしてまた、こういった信念・信条が、……自由主義・個人主義の見地から、それなりに評価し得るものであることも、にわかに否定することはできない」³⁵⁾。

(3) 起立斉唱拒否事件の判決で採用された違憲審査基準については、思想・良心の自由の領域において「判例法理における一般的な正当化審査の手法」が採用されたとし、「信教の自由の領域においても、正当化審査に関する一般的な定式化はなされていないだけに、このことは重要な意義をもつ」と指摘され

35) このような観点から、藤田反対意見は、職務命令によって達成されようとしている公共の利益と、思想・良心の保護の必要性との間で慎重な考量が必要とし、規制目的及びそれと手段との関連性に関する審査方法について、「①『入学式進行における秩序・紀律』及び②『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」と指摘する。実際に、本件では事前に用意していたテープによる伴奏が行われていたのであり、「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」と指摘している点は適切であると解される。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)52頁は、反対意見による「利益衡量の過程の『構造』化」を「LRAの基準に接近する」ものと指摘する。

ることもある³⁶⁾。但し、審査基準については最高裁判所内部でも異論があったことが注目されるべきである。田原睦夫の反対意見は、「本件各職務命令は、『起立して斉唱すること』を一体不可分のものとして発せられたものと解されるところ、上告人らの主張する歴史観ないし世界観に基づく信条との関係においては、本件各職務命令のうち『起立』を求める部分については、その職務命令の合理性を肯認することができるが、『斉唱』を求める部分については上告人らの信条に係る内心の核心的部分を侵害し、あるいは、内心の核心的部分に近接する外縁部分を侵害する可能性が存するものであるといわざるを得ない」として、原審に差し戻すのが相当と述べた³⁷⁾。

宮川光治裁判官の反対意見も、「本件各職務命令は、直接には、上告人らに対し前記歴史観ないし世界観及び教育上の信念を持つことを禁止したり、これに反対する思想等を持つことを強制したりするものではないので、一見明白に憲法19条に違反するとはいえない。しかしながら、上告人らの不起立不斉唱という外部的行動は上告人らの思想及び良心の核心の表出であるか、少なくともこれと密接に関連している可能性があるので、これを許容せず上告人らに起立斉唱行為を命ずる本件各職務命令は憲法審査の対象となる。そして、上告人らの行動が式典において前記歴史観等を積極的に表明する意図を持ってなされたものでない限りは、その審査はいわゆる厳格な基準によって本件事案の内容に

36) 渡辺康行「『思想・良心の自由』と『信教の自由』——判例法理の比較検討から」樋口陽一他編『国家と自由・再論』（日本評論社、2012）150頁 [渡辺康行「『内心の自由』の法理』（岩波書店、2019）所収]。他方で、渡辺は、「当該職務命令については、仮にそれが直接的制約に当たらないと理解されたとしても、問題となっている思想・良心の自由の重要性や職務命令による制約の実際上の重大性に鑑みて、審査の密度はより濃くあるべきだった」として、最高裁判決を批判している。渡辺康行「『日の丸・君が代訴訟』を振り返る——最高裁諸判決の意義と課題」長谷部恭男編『論究憲法——憲法の過去から未来へ』（有斐閣、2017）290頁 [渡辺康行「『内心の自由』の法理』（岩波書店、2019）所収]。適切な指摘であろう。同様に、最高裁判決の判断枠組や審査手法を批判するものとして、青井未帆「演習」『法学教室』373号（2011）157頁、倉田原志「判例解説」法学セミナー増刊『速報判例解説』10号（2012）16頁、青野・前掲(32)187頁以下等参照。

37) 前掲最高裁平成23年6月14日判決参照。

即して具体的になされるべきであると思われる。本件は、原判決を破棄し差し戻すことを相当とする」と述べる³⁸⁾。

また、仮に判例の採る利益衡量論に従い、必要性・合理性を問う視点からしても問題は残る。まず、職務命令の目的についての疑義である。判決は、職務命令の「目的」として、①「教育上の行事にふさわしい秩序の確保」と「当該式典の円滑な進行を図る」こと、②学校教育法で教育目標として掲げられた「国家の現状と伝統についての正しい理解と国際協調の精神の涵養」を挙げるものの、これが起立斉唱を通じた敬意の表明の強制及び命令違反の場合の懲戒処分を正当化できるものとは思われない。駒村圭吾も、「これだけでは、「国旗・国歌」に表象される対象に「敬意表明」を強制することと①②の目的がどのように関連するのか不明であるし、したがってまた、目的手段の連関が合理的なのかどうかも分からない」と指摘している³⁹⁾。

他方、目的の捉え方について、須藤正彦裁判官の補足意見は、「国家及び社会の形成者として必要な資質を養うこと」、「国家及び社会の有為な形成者として必要な資質を養うこと」、そのためには、「教員に日常の意識の中で自国のことに注意を向ける契機を与える行為を行わしめることは当然」と指摘する⁴⁰⁾。これに対し、駒村は、「ここで述べられた実質的理由にはまったく異存はない」としながらも、須藤補足意見が、君が代・日の丸は「国旗、国歌として国を象徴するものであるがゆえに、直截で分かりやすく、これに敬意の表明の要素を含む行為をすることが、日常の意識の中で自国のことに注意を向ける契機となるものと思われる」と述べる部分については、「起立斉唱の『目的』は正当であるが、『手段』はそれと合理的に関連するものではない」と述べる。「国家を考えるとということはとても複雑な営為であり、一面的になし得るものではない。そうである以上、国家を考える契機も単線的なものではなく、多面的な機会を

38) 前掲最高裁平成23年6月6日判決参照。同様に、厳格審査の必要性を指摘するものとして、戸波・前掲(25)132頁以下等参照。

39) 駒村圭吾「国家・教師・生徒——国旗国歌起立斉唱事件『意見書』補遺」『法学研究』87巻2号(2014)68頁。

40) 前掲最高裁平成23年5月30日判決。

丁寧を提供することに努めなければならないだろう。本来そのような複雑で多面的かつ精妙な営みを、『直截で分かりやすい』象徴を利用し、しかもそれへの敬意表明を起立斉唱行為として、いわば身体知のレベルで、強制することは、多様な意見や感情が錯綜する教育課題を短絡することにならないか。わかりやすいからと言って考察対象に対する『敬意』だけをイーージーに調達することは、国家や世界を考えるプロセスに空洞化をもたらすことにならないか。……要するに、本件命令の目的が先述の諸点にあるとしたら、君が代・日の丸は、『直截でわかりやすい』から使うのではなく、『直截でわかりやすい』から使用すべきではないのである⁴¹⁾。

目的と手段との関連性については、次の点も重要と解される。職務命令違反とされる行為が積極的な作為ではなく、その場でただ起立しないという不作為によるものであるという点である。作為を強要する場合と不作為を強要する場合とは異なる。作為を求められたにもかかわらず何もしないという場合よりも、不作為を求められたにもかかわらず行為に及ぶ場合の方が、他の利益と衝突する可能性は高い。職務命令の目的のうち、①「教育上の行事にふさわしい秩序の確保」と「当該式典の円滑な進行を図る」ことについて、積極的な作為が秩序を乱したり、式典の円滑な進行を妨げることは容易に想定できるところではあるが、不作為が作為と同じ程度で同様の弊害をもたらし得るとは考え難い。また、②「国家の現状と伝統についての正しい理解と国際協調の精神の涵養」は、式典のみで実現できるものではなく、基本的には日常の教育活動の中で育まれていくものであり、「正しい理解」と「精神の涵養」を作為によって妨げるのと同じ程度で不作為を評価しうるわけではない。これは、卒入学式の場面であっても同様であろう。そのため、不作為によって職務命令に違反した場合、作為による場合と同視しうる場合でなければ、違反した場合の処分は目的と合理的に関連するものとは認められない。この理は、刑法における不真正不作為犯の可罰性について、作為との同視可能性ないし同価値性を求めていること⁴²⁾

41) 駒村・前掲(39)70、71頁。

42) 山口厚『刑法 [第3版]』(有斐閣、2015)45頁、曾根威彦『刑法の重要問題』

と整合する。その意味で、何もしないという自由は、個人に残された最後の砦である。起立せよ、という作為要求に対し、ただその場で座り続けるという対応をすることは、この最後の砦としての自由に含まれるのであり、それが思想に係る行為の作為要求であれば、思想・良心の自由を直ちに侵害する。

第3 本件意向確認の違憲性と思想・良心の自由

1 「行為強制型」と「告白強制型」

(1) 以上、見てきた通り、ピアノ伴奏拒否事件及び起立斉唱強制事件における最高裁判決には裁判所内からも強い異論があり、また、学説上多くの疑念も指摘されているところでもある。そのため、その先例的価値を安易に肯定することなく、常に判例変更の可能性があることを念頭に置きつつ再検証しなければならない⁴³⁾。また、これらの判決の事案は、どちらも「思想の表明」についての「要素を含む行為」を強制するものであった。これを「行為強制型」と呼ぶとすれば、本件意向確認をめぐる問題は、過去又は将来の行為についての態度の開示を迫るものであり、行為を通じた思想の告白を求める「告白強制型」という。両者の事案の違いに着目する場合には、一方の判決を他の事案に当然に妥当するものと解されてはならない。

(2) それでは、「告白強制型」に属する判例は、どのような判断を示してきたのであろうか。この点で、謝罪広告事件に言及する必要がある。民事の名誉毀損事件で、裁判所は、民法第723条に基づき新聞紙上に謝罪広告の掲載を命じることがあるが、この謝罪広告の強制が思想・良心の自由、特に沈黙の自由

〔総論〕[第2版]』(成文堂、2005) 237頁、西田典之『刑法総論 [第2版]』(弘文堂、2010) 125頁等参照。

43) 非嫡出子の相続分差別について、過去の判例で反対意見や個別意見が繰り返し述べられていたことも踏まえ、合憲判断(最高裁平成7年7月5日大法廷決定・民集49巻7号1789頁)を変更して違憲と判断したものとして、最高裁平成25年9月4日大法廷決定・民集67巻6号1320頁。また、女性にのみ再婚禁止期間を設ける規定について、既に出されていた合憲判決(最高裁平成7年12月5日判決・判時1563号81頁)を変更して違憲としたものとして、最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁。

に反しないかが問題とされた。最高裁は、内容によっては謝罪広告が「債務者の人格を無視し著しくその名誉を毀損し意思決定の自由乃至良心の自由を不当に制限することとな」としつつ、「単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のもの」の強制執行は合憲とした⁴⁴⁾。最高裁の多数意見は、思想・良心の自由の範囲について明確な判断を示していないものの、「憲法19条の『良心』というのは、謝罪の意思表示の基礎としての道徳的反省とか誠実さというものを含まない」と述べる田中耕太郎裁判官の補足意見と併せて読む限り、道徳上の反省や誠実さ、善悪の判断などは思想・良心に含まれないとの立場を採ったものと解される。この事案では、「告白強制型」の制約自体が生じていないだけでなく、思想・良心についてのいわゆる狭義説（信仰に準ずべき世界観、人生観等、個人の人格形成の核心をなすものと解する見解。信条説又は人格核心説ともいう。）⁴⁵⁾を前提として、思想・良心の自由の保障外の事件として処理された。

また、同様に謝罪広告の合憲性が問われた事件としては、ポスト・ノーティス命令事件がある。労働組合法では、使用者による不当労働行為に対して、労働委員会が救済命令を発する権限が認められている（第7条、第27条の12）。その1つに、使用者側に謝罪広告を命ずるポスト・ノーティス命令があり、これが思想・良心の自由に違反しないかが問題となる。最高裁は、「当社団が行った次の行為は、神奈川県地方労働委員会により不当労働行為と認定されました。当社団は、ここに深く反省するとともに今後、再びかかる行為を繰り返さないことを誓約します。」と書かれた掲示を上告人経営の病院の建物入口附近に掲示するよう命じたポスト・ノーティス命令について、「労働委員会によって上告人の行為が不当労働行為と認定されたことを関係者に周知徹底させ、同種行為の再発を抑制しようとする趣旨のものであることは明らかであ

44) 最高裁昭和31年7月4日大法廷判決・民集10巻7号785頁。

45) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）[増補版]』（有斐閣、2000）103頁、長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣、2017）266頁〔駒村圭吾執筆〕、佐藤（幸）・前掲(25)217頁等参照。

る」。揭示文は、「同種行為を繰り返さない旨の約束文言を強調する意味を有するにすぎないものであり、上告人に対し反省等の意思表示を要求することは、右命令の本旨とするところではないと解される。してみると、右命令は上告人に対し反省等の意思表示を強制するものであるとの見解を前提とする憲法19条違反の主張は、その前提を欠くというべきである」と判断した⁴⁶⁾。この判決は、謝罪命令が倫理的な判断の開示を求めるものでしないと判断しており、謝罪の強制自体を、思想・良心の自由の範囲如何に関わらず、そもそも憲法第19条に関係する問題ではないとしたものと解される。「告白強制型」の判例は、以下に見るように、人権の私人間効力に関わる訴訟を通じて明らかにされていった。

2 「告白強制型」の労働判例

(1) 富士通信機事件は、富士通信機製造株式会社が、新規採用者選考試験に際して政党や政治活動の経歴を偽って入社した社員につき、経歴詐称を理由に懲戒解雇した事件である。東京地裁は、本件懲戒解雇を無効とし、原告が雇用契約に基く権利を有することを確認する判断を述べた⁴⁷⁾。第1に、原告の思想、信条を推知すべき事実を秘匿した行為は、形式的にみる限り会社の就業規則違反に該当する。しかし、「会社が原告を解雇するに至った根本的理由は原告が日本共産党員であること、すなわち、その政治的思想、信条にあつたものと認めるのが相当である」ため、「会社の原告に対する解雇の意思表示は明らかに労働基準法第3条に抵触し、公序に違反するから、……その効力を生じるに由がないものというべきである」。

第2に、会社としては、原告を「身上調査において秘匿された経歴のない人物であると信じて雇入れた」のであり、かような錯誤がなかつたとしたらおそらく雇入の意思表示をしなかつたであろう。しかし、「元来、錯誤が法律行為

46) 最高裁平成2年3月6日判決・判時1357号144頁。また、最高裁平成3年2月22日判決・判タ765号174頁、最高裁平成7年2月23日判決・民集49巻2号393頁同旨。

47) 東京地裁昭和42年4月24日判決・判時482号35頁。

の要素について生じたか否かは錯誤者の利益だけによつて決すべきものではなく、社会観念上、錯誤者が当然その危険において受忍すべき事項に関するときは、これを理由として意思表示の効力を否定することは許されないと解するのが相当であり、「労働力の取引につき労働者を、その思想信条によつて差別することは憲法14条、労働基準法3条の法意に照らして許されない以上労働者を企業の幹部要員として雇入れるにあつても、思想信条という、その労働者の属性に関する錯誤は使用者の当然受忍すべきものというべきであるから、会社は原告の右経歴に錯誤があつたことを理由として、その雇入契約の効力を否定し得るものではない」。

第3に、「日本国民がその思想、信条を表明することもまた、これを秘匿することも、その自由として憲法14条、19条の保障するところであり、この理は国家と国民との間のみならず、国民相互の間にも妥当すると解され、かつ本件においては右自由の制限を許容すべき特別の事情があるとも認め難いから、原告が右契約においてなした政治的思想、信条に関する欺罔行為は違法性がないものというべきである。従つて、右欺罔行為によつて会社が取消権を取得する筋合はないから、右取消の意思表示は効力がない」。

本判決では、思想自体と思想に「係る行為」の区別や人権の私人間効力の問題に関する考え方が明確ではないものの、思想、信条の秘匿を憲法の保障の下に置き、思想・良心の自由や平等権の保障を貫いた判断として評価され得る。人権の私人間効力に関する判例の立場が示されるには、次の三菱樹脂事件判決まで待たなければならなかった。

(2) 三菱樹脂事件では、三菱樹脂株式会社が、採用試験の際に、団体加入や学生運動参加の事実を秘匿して3ヶ月の試用期間を設けて採用された者に対し、試用期間満了直前に、期間満了とともに本採用を拒否する旨の告知を行った行為の違法性が争われた事件である。最高裁は、個人の自由や平等に対する侵害の「態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは……民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によつて……適切な調整を図る方途も存する」として、人権の私人間効力の問題について間接適用説を採用し、法

令の解釈、適用を誤って審理を尽くさなかった原判決を破棄し、原審に差し戻した⁴⁸⁾。その判示の中で、思想ないし思想に「係る行為」の露顕を求める行為の可能性について、次のように述べている。

第1に、本採用拒否の理由とされた秘匿事実につき、これが思想、信条に関係のある事実とどういうかどうかである。「団体加入や学生運動参加の事実の有無について申告を求めることは、……直接その思想、信条そのものの開示を求めるものではないが、さればといつて、その事実がその者の思想、信条と全く関係のないものであるとすることは相当でない。元来、人の思想、信条とその者の外部的行動との間には密接な関係があり、ことに本件において問題とされている学生運動への参加のごとき行動は、必ずしも常に特定の思想、信条に結びつくものとはいえないとしても、多くの場合、なんらかの思想、信条とのつながりをもっていることを否定することができないのである」。

第2に、入社希望者からその政治的思想、信条に関係のある事項について申告を求めることが許されるのかについてである。企業者は、憲法第22条、第29条等で保障された「経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであつて、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもつて雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできない」。また、「企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためその者からこれに関連する事項についての申告を求めることも、これを法律上禁止された違法行為とすべき理由はない」。しかも、本件で問題とされた調査が、「思想、信条そのものについてではなく、直接には被上告人の過去の行動についてされたものであり、ただその行動が被上告人の思想、信条となんらかの関係があることを否定できないような性質のものであるこというにとどまるとすれば、なおさらこのような調査を目して違法とすることはできない」。

48) 最高裁昭和48年12月12日大法廷判決・民集27巻11号1536頁。

本判決は、「思想、信条そのもの」と思想、信条と「つながりをもっている」行為との区別を行いながら、前者を理由に雇い入れを拒否することまでも可能と判断している。但し、本件は、企業者が、管理職要員としての適格性の有無を、解約権留保付の雇用契約の下で調査しようとした事案であり、ここで述べられた判断も、本件の事案の特徴を前提としてその射程を限定して受け止める必要がある。「企業経営に関する高度の判断力や指導力を必要とされるという点で世界観が職業的関連性を有していた幹部要員の採用事案における判旨と理解すべき」とする指摘が参照されるべきである⁴⁹⁾。また、本件が、思想、信条と「つながりをもっている」行為のうちでも「過去の行動」の申告が求められた事案であった点については、「直接に思想・信条に触れる調査である場合には別の判断があり得たのかもしれない」とする指摘にも留意すべきである⁵⁰⁾。

(3) 東京電力塩山営業所の所長が労働者に対し、共産党員であるかどうか質問し、さらにそうでない旨の書面の提出を求めたことの違法性が争われた事件で、最高裁は、返答も書面提出も強要にわたるものではなかったことを理由に、「社会的に許容し得る限界」を超えるものではないと判断した⁵¹⁾。第1に、所長が「本件話合いをするに至った動機、目的は、本件営業所の公開されるべきでないと言われていた情報が外部に漏れ、共産党の機関紙『赤旗』紙上に報道されたことから」、所長が、「その取材源ではないかと疑われていた上告人から事情を聴取することにより、本件話合いは企業秘密の漏えいという企業秩序違反行為の調査をするために行われたことが明らかであるから」、所長が「本件話合いを持つに至ったことの必要性、合理性は、これを肯認することができる」。

第2に、所長が「右調査目的との関連性を明らかにしないで、上告人に対して共産党員であるか否かを尋ねたことは、調査の方法として、その相当性に欠ける面があるものの、前記赤旗の記事の取材源ではないかと疑われていた上告人に対し、共産党との係わりの有無を尋ねることには、その必要性、合理性を

49) 菅野和夫『労働法 [第8版]』(弘文堂、2008) 127頁注(9)。

50) 長谷部編・前掲(45)276頁 [駒村執筆]。

51) 最高裁昭和63年2月5日判決・労判512号12頁。

肯認することができないわけではなく、また、本件質問の態様は、返答を強要するものではなかったというのであるから、本件質問は、社会的に許容し得る限界を超えて上告人の精神的自由を侵害した違法行為であるとはいえない。

第3に、所長が、共産党員ではない旨の返答をした上告人に対し書面交付の要求を繰り返した点について、「企業内においても労働者の思想、信条等の精神的自由は十分尊重されるべきであることにかんがみると」、所長の行為は「慎重な配慮を欠いたものというべきであり、調査方法として不相当な面があるといわざるを得ない」が、本件書面交付の要求は「強要にわたるものではなく」、また、所長が上告人に対し、「本件書面交付の要求を拒否することによって不利益な取扱いを受ける虞のあることを示唆したり、右要求に応じることによって有利な取扱いを受け得る旨の発言をした事実はなく、さらに、上告人は右要求を拒否した、というのであって、右事実関係に照らすと」、「本件書面交付の要求は、社会的に許容し得る限界を超えて上告人の精神的自由を侵害した違法行為であるということとはできない」。

この判決は、参照判例としては挙げないものの、三菱樹脂事件判決を踏まえて「社会的に許容し得る限度」かどうかを判断しており、それを必要性・合理性の観点から検討している。また、返答や書面提出が強要にわたるものであった場合には、私人間であっても違法となりうることを示唆している点で重要な判例である。

3 本件意向確認の特徴と違憲性

(1) 思想・良心がどのような内容のものであれ、それが内心に止まる限り絶対的に保障されるべきである。また、国家権力ではなく、私的団体による会員の思想・良心の自由の侵害も原則として無効と解すべきである。富士通信機事件判決は、この趣旨を明確に述べたものであり、政党加入・政治活動の経歴という、思想に「係る行為」の秘匿を憲法第19条によって保障されるべきものとし、その露頭の要求に従わなかったことを理由とする解雇を無効としている。但し、これは下級審判決であり、判例全体の傾向を示すものとは言い難い。他

方、三菱樹脂事件判決は、特定の思想、信条を有する者を雇い入れることを拒否することも可能とし、また、そのために、思想、信条を調査したり、思想に「係る行為」の申告を求めることもできると述べた。しかし、この事例は、試用期間中に管理職要員として不適格であると認めるときは解約できるという旨の特約上の解約権が留保されていたという特徴を有するのであり、管理職要員としての適格性の有無に関連する調査であったがために、広い解雇の自由が正当化されうるものであった。この判決の趣旨を、管理職要員の採用の場合を超えて広く一般的に適用することはできないものと解される。さらに、東京電力塩山営業所判決では、共産党との係わりの有無の返答が要求され、また、共産党員でない旨の書面交付も要求された事案であった。これこそ、思想それ自体の告白を強要するものといえるのであり、私人間であっても違法性が推定されてしかるべきであるが、返答や書面提出が「強要」ではないとして違法性が否定された。このように見てくると、民間企業における「告白強制型」の判例も、明確な判断を示しているわけではない。

(2) 本件意向確認の違憲性を問う本件訴訟では、参照されるべき明確な先例の乏しい中で、事案の特徴を明らかにし、事案に即して審査しなければならない。ここでは、次の点を本件事案の特徴として挙げておきたい。第1に、本件意向確認は、「慣例上の儀礼的な所作」ではないという点である。卒入学式における君が代斉唱の命令が、思想・良心の自由に関わる問題であることは判例も認めている。また、厚生労働省による「公正な選考の基本的な考え方」では、「人生観、生活信条に関すること」や「思想に関すること」を質問すべきではないとしている。以上から、式典の場を離れて、採用試験の面接において思想に関わる質問を行うことが「一般的、客観的に見て」当たり前に行われているものと理解することはできない。それ故、再任用の選考において、君が代斉唱の命令を含む上司の職務命令に従うかどうかにつき意向確認を行うこと（また、それに答えないことをもって不採用となること）は、「慣例上の儀礼的な所作」とはいえない。

第2に、本件意向確認は、思想・良心の自由に対する「間接的制約」にとど

まるものではないという点である。それは、「慣例上の儀礼的な所作」に該当しないことに加え、「思想の表明」についての「要素を含む行為」とどまるものでもないからである。仮に、意向確認が「上司の命令に従うか」と問うものであれば、これは、地方公務員法第32条で規定された法令上の義務に従うことの確認を行う質問であるため、特に問題とはならない。しかし、これに加え、「卒入学式における国歌に対する起立斉唱を含む上司の職務命令に従うか」と、殊更に式典における起立斉唱について問うのは、価値中立的な意図で発せられたものではもちろんなく、特定の「歴史観ないし世界観及び教育上の信念を有する教職員」を学校教育の現場から排除しようとする意図に基づくものと見ることができるといえる。卒入学式における起立斉唱行為が、「思想の表明」についての「係る行為」ではなく「要素を含む行為」と評価されうるとしても、本件意向確認も「要素を含む行為」とどまることにはならない。むしろ、本件意向確認をめぐっては、「係る行為」から「要素を含む行為」を区別すること自体が意味を失うものと考えらるべきであろう。

第3に、本件意向確認は、「告白強制型」であると同時に、「思想強制型」でもあるという点である。本件で原告は、思想に係る行為をするかどうか回答せよ、という作為要求に対し、当該行為をしないという回答ではなく、思想に関わるため「答えることはできない」と回答した。その不回答に対して、府教委は、「上司の職務命令や組織の規範に従う意識が希薄であり、教育公務員としての適格性が欠如して」いるとして、再任用を「否」としたのである。こうした対応は、思想に係る質問について、「はい」「いいえ」「どちらでもない」という3つの選択肢のうち、「はい」という選択肢のみを強要するものと言っているのであり、特定の思想を持つことを強制し、これに反する思想を持つことを禁止したものと評価されるべきものと解される。これは、判例を前提としても、直接的制約と評すべき規制である。佐々木弘通は、「思想強制型」について、「説得的に理論構成することそれ自体が難問である。『特定思想の強制』と言われれば、誰もがそれを内心の自由にとって深刻な脅威であると感じるだろうものの、具体的にどんな国家行為がこの類型に該当するのか、その定義を明確か

つ説得的に行うのは難しい」し、また、「こういう強制を公権力が行う状況自体、なかなか想定しがたい」と述べているが⁵²⁾、まさに、本件が、佐々木のいう「想定しがたい」ような異常な事件であると特徴付けることができよう。

(3) 以上から、本件意向確認の違憲性について検討する。まず、本件意向確認による思想・良心の自由に対する規制について、その規制態様は、思想に「係る行為」の強制を通じた思想内容の露顕を求める「告白強制型」であると同時に、特定の思想を持つことを強制・禁止する「思想強制型」でもあると解される。起立斉唱強制事件における判例が採用した間接的制約論及び利益衡量論は、以上の理由から適用され得ないと解すべきである。「思想強制型」の規制は、思想・良心の自由に対する直接的規制であり、また、絶対的保障が認められるべき内心の自由を侵害するものとして、それ自体憲法違反と解されなければならない。西原が指摘するように、「最高裁のいう憲法19条の領域における直接的制約は、ある者の思想・良心が内容的に不適切なものとする権力の意味により、その改変や、そうした不適切な信条を持つ者の排除・抹殺を狙った意図的な権力行使、あるいは差別的な取扱いによる加害を指す形になる」が、「もちろん、こうした思想弾圧型・思想差別型の権力行使が憲法上許されないことは多言を要しない」⁵³⁾。

それでは、思想に「係る行為」についての「告白強制型」の側面についてはどうであろうか。この点、内心の状態や思想・良心の内奥を推知されない権利、また、特定の思想の表明を強制されない権利を「沈黙の自由」として構成する見解が主張されている⁵⁴⁾。この権利も絶対的保障が認められるべきものと解されており、「沈黙の自由」の侵害とする構成によってもまた、直ちに憲法違反と解される。他方、特に特定の思想の表明を強制されない権利としての「沈黙

52) 佐々木弘通「内面的精神活動の自由」宍戸常寿・林知更編『総点検日本国憲法の70年』(岩波書店、2018) 113、114頁。

53) 西原・前掲(32) [判時臨増] 38、39頁。

54) 芦部・前掲(45) 111頁、佐藤功『日本国憲法概説 [全訂第5版]』(学陽書房、1996) 193頁、宮沢俊義『憲法Ⅱ [新版]』(有斐閣、1974) 340頁、佐藤(幸)・前掲(25) 218頁、高橋・前掲(27) 172頁等参照。

の自由」につき、「内心における思想・良心を侵害する行為を強制されない権利が憲法19条に含まれるとする立場を採りながら、そうした思想的・良心的行為の自由の一環として位置づけていった方が整合性が取りやすい」とする立場⁵⁵⁾に従えば、思想・信条に伴う行為の開示強制の合憲性として取り扱うこととなる。この場合であっても、特定の政治団体への加入や学生運動等の行為と同様、本件意向確認で回答を求められた式典における行為は、思想・信条とのつながりが明らかであるため、そのような場合には行動の開示の強制も思想・良心の自由に違反すると解すべきであろう⁵⁶⁾。

なお、思想に「係る行為」を思想・良心と分離しようと解する場合には、表現の自由や集団行動の自由等と同様、外面的精神活動の自由として必要最小限度の制約に服し得ると解することもできる。本件意向確認により再任用を拒否した府教委の行為は、思想・良心の自由の外面的精神活動の自由に対する必要最小限度の制約の範囲内に収まっているかどうか問われなければならない。本件意向確認の目的も、起立斉唱拒否事件の場合と同様、「教育上の行事にふさわしい秩序の確保」、「当該式典の円滑な進行を図る」こと、「国家の現状と伝統についての正しい理解と国際協調の精神の涵養」であるとすれば、本件意向確認を正当化するには、これらの利益を害するおそれが必要となる。しかも、このおそれは、「単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である」⁵⁷⁾。本件意向確認が、再任用の選考に際して行われたものであり、その段階で、上記目的を阻害する「明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見」されていたとは考えられない。したがって、このような観点からも、本件意向確認は正当化し得ず、違憲と解されなければならない。

55) 西原・前掲(27)428頁。

56) 芦部・前掲(45)108頁、佐藤(幸)・前掲(25)220頁。

57) 前掲最高裁平成7年3月7日判決。

結——本件意向確認の違憲性と判決の効果予測

以上述べてきた通り、本件意向確認の違憲性を審査する場合には、ピアノ強制拒否事件や起立斉唱拒否事件の判例の論理をそのまま用いて判断することのないようにしなければならない。本件訴訟では、本件意向確認の特徴、すなわち、第1に、「慣例上の儀礼的な所作」ではないこと、第2に、思想・良心の自由に対する「間接的制約」にとどまるものではないこと、第3に、思想に係る行為の告白を強制するだけでなく、特定の思想を持つことを強制・禁止したものと評価されるべきことを踏まえて、憲法適合性の判断が為されなければならない。

そこで、①「思想強制型」の規制と捉えた場合、②「告白強制型」の規制として「沈黙の自由」に対する制約と捉えた場合、③「告白強制型」の規制として思想に「係る行為」の規制と捉えた場合、いずれの場合でも、内心の自由の絶対的保障の効果として、本件意向確認は直ちに憲法違反と解される。また、思想に「係る行為」に対する規制を表現の自由や集団行動の自由等と同様、外面的精神活動の自由と解する場合でも、それに対する制約は必要最小限度でのみ許されるのであり、表現の自由に関する判例で採用された厳格な審査基準を用いて判断してやはり憲法違反と解すべきであろう。

なお、裁判所が以上のような判断を行ったとしても、判決が実務に与える影響は大きくはない。本件意向確認のような行為が多くの地方公共団体で行われていることを示す資料はなく、本件でも、2017年1月に意向確認が行われた教職員は2名であった（被告側「準備書面（1）」（平成30年（ワ）第1661号、同年9月7日）8頁）。他方で、労働法制においては、間接的ではあっても差別を禁止する法理が確立・導入されており（「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律」（男女雇用機会均等法）第7条等⁵⁸⁾、公

58) 日本法における間接差別禁止法理については、浅倉・西原編・前掲(25)掲載の浅倉むつ子「包括的差別禁止立法の検討課題——雇用分野に限定して」3頁以下、西原博史「社会的排除と差別——剥奪センシティブな人権理論に向けて」19頁以下

務員の任用において、思想に「係る行為」の告白を強制しても違法でないとする
ことは、雇用関係における人権保障の徹底を図ろうとする法秩序全体の中で
異質なものであるだけでなく、法秩序自体を掘り崩す危険もある。判決の効果
や影響を考慮に入れつつ、本件についての憲法判断を行う必要がある。

【付記】 本稿は、JSPS 科研費 18K01267 の助成を受けたものである。

↘等参照。