論　説

国旗国歌職務命令訴訟最高裁判決判例評釈（裏）：憲法哲学への勧誘
－Fukushimaより＜愛＞を込めて

金　井　光　生

＊本稿は、拙稿「判例クローズアップ：国旗国歌職務命令訴訟最高裁判決」法学教室377号（有斐閣、2012年２月号）の補遺かつ続編である。

目　　次

序　福島、フクシマ、Fukushima
一．本判決群の背景
二．個別意見について
三．憲法哲学への勧誘
跋　Sapere aude！
【参考文献】

序　福島、フクシマ、Fukushima

2011年３月11日14時46分に発生した東北地方太平洋沖地震に伴う東日本大震災以来、被災し被曝し風評被害を受け、国家に裏切られ続けている福島。鈴木安蔵、松川事件、そして今回の震災等々、日本史と日本国憲法を語るのに外すことのできないこのFukushimaの地から、震災の混乱の中５月30日以降立て続けに下されている国旗国歌職務命令訴訟最高裁判決について問いたいと思う。

一．本判決群の背景

国旗国歌に関する経緯について簡単に触れておく。従来、教育現場では「日の丸」・「君が代」の実施をめぐる争いが「教育権論争」と相まって―主に、「文部省（文科省）・対・日教組」という対立図式において―続いてきた。国は、天皇代替わりの年である1989年に学習指導要領を改訂して、「国民の祝日などにおいて儀式などを行う場合には、…国旗を掲揚し、国歌を斉唱させることが望ましい」から「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」とし、平成天皇在位10年記念式典の年である1999年に「国旗及び国歌に関する法律」（国旗国歌法）[1]を制定して、従来争いがあった「日の丸」・「君が代」を国旗国歌として法定し、2006年に教育基本法を全面改定して、「伝統と文化を尊重し、それらをはぐくんできた我が国と郷土を愛する…態度を養うこと」（２条５号）等を規定した。他方で、石原慎太郎都知事下の東京都教育委員会（都教委）は教育現場への多方面での管理・統制を厳しく行っており、2003年には平成15年10月23日付通達（いわゆる「10.23通達」）を発し、式典において国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを命じる職務命令を、その所管する全教職員に対して発出するよう都立校の各校長に命じており、実際に通達どおりに式典が行われているか監視するために職員を派遣するなどの露骨な強権的手段にまで出ている。そして東京都を中心に各地で「君が代」起立斉唱を拒否した教職員が再任用拒否や懲戒処分の不利益処分を受け、それに対する多くの闘争や訴訟が行われている[2]。さらに、2011年６月13日には、橋下徹府知事下で大阪府国旗国歌条例も成立した。「日の丸」・「君が代」に歴史的に付いて回る悪しきイデオロギー像を現行日本国憲法下では受け入れ難いとする教育公務員からすれば、「個人としての良心」の問題だけではなく、国家イデオロギーの「政府言論（government speech）」[3]の道具として批判能力の未成熟な生徒に思想統制を

行ってしまうことへの拒否という「教師としての良心」および「教育の自由」(権限か権利か争いがあるが) の問題からも、国旗国歌儀礼の公権的強制は許し難いものとなる。

このような状況の中で下された今回の一連の最高裁判決は、国旗掲揚の下で挙行される公立学校の式典において国歌斉唱の際に起立・斉唱すること（以下、「本件起立斉唱行為」という）を命じた校長発出の職務命令（以下、「本件職務命令」という）に違反し不利益処分を受けた教員等が本件職務命令の憲法適合性を争ったものである。本稿では、５月30日（二小）判決・６月６日（一小）判決・同14日（三小）判決・同21日（三小）判決（以下、それぞれ「①判決」・「②判決」・「③判決」・「④判決」、あるいは、一括して「本判決群」という）[4]を取り上げる。すでに2007年には、東京都日野市立の小学校の音楽専科の教員に対して入学式での「君が代」ピアノ伴奏を命じる校長の職務命令を憲法19条に違反しないと判断した最高裁（三小）判決（以下、「ピアノ伴奏事件判決」という）[5]が下されているが、式典における「君が代」起立斉唱そのものを命じる職務命令に関する最高裁の判断は今回が初となる。本判決群の判旨はほぼ①判決の引き写しであり、結論としては、本件職務命令は、上告人の思想・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」[6]が「間接的な制約」となる面を有するとしつつ、総合的に較量して制約を許容しうる程度の「必要性および合理性」が認められるがゆえに憲法19条に違反していないとして、上告を棄却した。ピアノ伴奏事件判決を援用していない点から見て事案を自覚的に区別しているようだが（③・④判決第１の３(2)を参照)、判示内容は「間接的制約」を認めた点を除けばほとんど同じである。しかし、多くの個別意見が付されているのが大変特徴的である。

本稿の前編である『法学教室』誌上の判例評釈（以下、「前編判例評釈」という）[7]では、紙幅の制約上、主に①判決の多数意見を中心に援用判例等と比較しながらできる限りテキスト内在的に読解・分析を行ったうえ[8]、判決が強調する「一般的、客観的」観点と「公務員一般の契約関係」論理に対抗して、

個人の観点からの(1)「内心/外部的行為」区分論[9]と起立斉唱行為の儀礼化、教師の観点からの(2)公務員の権利制限と教育公務員の特殊性、それらの総合としての個人および教師の観点からの(3)公教育におけるシンボリズムと人格的コミュニケーション、という３点から簡単に検討を加えた。本稿では、前編判例評釈の続編として、主に各判決の個別意見に焦点を絞り検討を加えたうえで、私の憲法哲学の観点から自由に論じたい。

二．個別意見について

従来、個別意見が少ないと批判されてきた日本の最高裁だが[10]、最近の体質の変化の流れからか、本判決群には、計７裁判官による補足意見と２裁判官による反対意見が付されている。①判決などは４名で構成された第二小法廷のうち３名が補足意見を出すという異例の事態になっている。最高裁内部で、本件に関して白熱した議論が戦わされたに違いない。立法府や行政府には、合憲という結論だけで満足することなく、その意味するところをしっかりと受け止めて善処する義務がある。そのためにも、各個別意見が検討されなければならない。

§補足意見

１．竹内行夫裁判官（①判決）

竹内行夫裁判官の①判決補足意見１・２（以下、数字は個別意見の原文に付された見出し番号を示す）は、多数意見に加えて、上告人本人の「心理的矛盾や精神的な痛み」を顧慮して間接的制約を認め、思想・良心に対する「事実上の影響を最小限にとどめるように慎重な配慮がなされるべき」ことを説く。３では、国旗国歌儀礼を慣例上の儀礼的な所作としてごく自然なものであるだけでなく、他国の国旗国歌への敬意表明も国際常識・国際マナーとなっているので学校教育で配慮されるのは当然であるし、生徒の指導・模範となるべき教員

が職務として服するのも当然であると、いかにも元外交官らしい説示を行っている。しかし、法律論としては重要でない。かりに国際常識・国際マナーだったとしても、法と道徳の区別といった大上段の議論を持ち出すまでもなく、公権力的に不利益処分まで伴って式典において強制することの法的な是非は別問題であるし、事実問題としても、国旗国歌儀礼を重視する他国といえども公権的に強制している国は多くはない。また、国際常識やマナーを言うならば、国旗掲揚の際でもないのに、講演者が壇上に上がる際に舞台正面の虚空に向かって一礼する不思議な—と言ったが、その実は、「日の丸」に対する、「日の丸」を通じた象徴天皇制国家への礼拝と、「日の丸」を後光とした権威づけであるが —呪術的行為を行う日本人の国際感覚こそ問われるべきである、という応答も可能であろう。いずれにせよ、マナーをマナーとして教育することと、不利益処分をもって公権的に式典で強制することとは別次元の話であって、こうした法的常識・法的思考が国際常識と言えよう。

ちなみに、本判決群とは別の同種の「君が代」不起立等事件の東京高裁判決についての「匿名解説」が、数学者藤原正彦氏の著作から愛国心の擁護・育成を当然なものとする一節[11]を引いているが[12]、この数学者も、アメリカ合衆国の国旗国歌儀礼の存在とともに、それを憲法上の権利として否定することを認めたバーネット判決（後述）その他の判決の存在を当然に知っているはずであろうし、ナショナリズムとパトリオティズムを区別して後者を鼓舞するものの、それを法的に強制すべしとは一言も説いていない。この論者は、自由主義や民主主義を懐疑し、個人主義と新自由主義とを直結させて批判し、アメリカによる押しつけの自虐史観と現行日本国憲法を否定し、日本的<和>を誇るべき日本人の美徳としながら軍備を整えるべしと主張するが、「言論の自由、とりわけ権威とか権力を批判する自由だけは、地球上のすべての人間が無条件で保障されなければいけないものと思います」[13]と従来から主張しており、この主張からすれば、公権力による国家シンボルの強制に異議申立てすることにはやはり肯定的になるはずである。

２．須藤正彦裁判官（①判決）

須藤正彦裁判官の①判決補足意見１は、「内心/外部的行為」区分論に基づいて間接的制約を憲法自身が内在的制約として認めている場合があるとして、憲法13条の公共の福祉論と関連づけて論じているが、内在的制約と呼べる程度の論証がどれほどなされているかは不明である。３での立論によれば、「本件職務命令の趣旨、目的は、高校生徒が、起立斉唱という国旗、国歌への敬意の表明の要素を含む行為を契機として、日常の意識の中で自国のことに注意を向けるようにすることにあり、そのために、卒業式典という重要な儀式的行事の機会に指導者たる教員に、いわば率先垂範してこれを行わしめるものといえる」と述べて、教員の率先垂範性を強調する。そして、この率先垂範性の対象が国旗国歌儀礼であることの理由づけとして、国際化の進展の中での自国の伝統文化に対する理解と他国の尊重等を挙げて、「高校生は、やがて、国の主権者としての権利を行使し社会的責務を負う立場になるのであり、また、自らの生活や人生を国によって規定されることは避けられない。公共の最たるものが国であり、国は何をする存在なのかを知り、国が自分のために何をしてくれるのかを問いかけることも、自分が国のために何をなし得るのかを問いかけることも、大切なことと思われる。そして、そのためには、自国の歴史の正と負の両面を虚心坦懐に直視しなければならない。そうすると、職務命令において、高校生徒に対していわば率先垂範的立場にある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のこととともいえる」と言う。このことを法的に根拠づけるために、教育基本法や学校教育法を挙げるだけでなく、「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持」すべしという憲法前文の一節と、「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教育について、その提供を受ける権利」としての教育を受ける権利（憲法26条１項）を持ち出してくる。竹内補足意見とは異なり法律論として立論しようとする態度は裁判官として正当であるが、このよう

な憲法前文と教育権の独特の意味内容の付与は寡聞にして知らない。「一般的には、『日の丸』・『君が代』がメッセージしているのは、特定の国家像などが前提とされていない国であり」、起立斉唱行為もことさら忠誠を表明するようなものでもないとして、愛国心教育の危険性を回避しようとはしているように見えるものの、上告人の穏便な拒否行為を、「それは、結局、対立する考え方を公平かつ平等に紹介するというよりも、自己が絶対視した価値観を一方的に教育の場に持ち込むということになろう」と指摘して、その強い影響力ゆえに、批判能力が不充分な「生徒の自由な思想の形成を損なう」虞があると言う。上告人個人としての思想・良心の自由のほかに、生徒の思想・良心の自由を守るために起立斉唱行為を拒否するという教師の自由の理屈を逆手に取った主張である。しかしながら、この須藤補足意見が説得的であるとは思われない。須藤補足意見の論理は、上告人の価値観のみを問題視して公権力側の政府言論の問題性を等閑に付すばかりか、先引の「自国のことに注意を向ける契機」を教員の国旗国歌儀礼の忠実な遂行にのみ見ることで、公権的なシンボリズムの short-cut 性による人格的コミュニケーションの萎縮化・歪曲化・不在化の危険性を一顧だにしていない。自発的にであれ嫌々にであれ、公権力の命令どおり起立斉唱行為に圧倒的多数の生徒が黙従するような空気の中にあって（むしろ多くの生徒は、国旗国歌儀礼を拒否する教員に冷ややかですらありえる)、暴動や破壊行動をすることもなく混乱も発生させず平穏裡に着席し続けるという窒息死しそうな異議申立て—しかも、個人的なわがままや怠惰ではなく、正当に説明責任を果たしうる公的言論—に、有無も言わせず公権力が一方的に不利益処分を課すことのほうが、弱い者いじめ・異端者の排除という不正義の点で大きな悪影響を未成熟で多感な生徒に与えかねず、「イヤなら辞めろ」という不寛容な教育効果しか生まないだろう。国際化どころの話ではない。しかしこのことは、補足意見を執筆した本人が一番自覚していることであり、須藤裁判官の真意は、政府と判例と憲法との間で板挟みの苦しみの末尾に集約されているのだろう。

最も肝腎なことは、物理的、形式的に画一化された教育ではなく、熱意と意欲に満ちた教師により、しかも生徒の個性に応じて生き生きとした教育がなされることであろう。本件職務命令のような不利益処分を伴う強制が、教育現場を疑心暗鬼とさせ、無用な混乱を生じさせ、教育現場の活力を殺ぎ萎縮させるというようなことであれば、かえって教育の生命が失われることにもなりかねない。教育は、強制ではなく自由闊達に行われることが望ましいのであって、上記の契機を与えるための教育を行う場合においてもそのことは変わらないであろう。その意味で、強制や不利益処分も可能な限り謙抑的であるべきである。のみならず、卒業式などの儀式的行事において、「日の丸」、「君が代」の起立斉唱の一律の強制がなされた場合に、思想及び良心の自由についての間接的制約等が生ずることが予見されることからすると、たとえ、裁量の範囲内で違法にまでは至らないとしても、思想及び良心の自由の重みに照らし、また、あるべき教育現場が損なわれることがないようにするためにも、それに踏み切る前に、教育行政担当者において、寛容の精神の下に可能な限りの工夫と慎重な配慮をすることが望まれるところである。

ちまたでしばしば聞かれる、国際化の中での「尊敬される日本人」の育成を企てたいのであれば、国旗国歌儀礼の公権的強制の他にもっとやりようがあろう。代替手段の点から検討しても正当化は困難である。むしろ、「尊敬される日本人」を言うならば、平気で公約を破り嘘をつき、数々の不祥事や不正行為を行っても図太く権力の座にある政治家たちの noblesse oblige を何とかするほうが、はるかに重要であるように思えてくる。

３．千葉勝美裁判官（①判決）

千葉勝美裁判官の①判決補足意見１は、憲法19条の保護範囲に、個人の人格

形成の核心をなす内心のみならず、それらと不可分一体の外部的行為も含ませることを明言する点で画期的であるが、「客観的、一般的」に見て、ピアノ伴奏の拒否と比べて起立斉唱行為の拒否のほうが核心的内心との関連性が強いことを認めつつ不可分一体とまでは言えないと説示し、「間接的制約」を認定しながらも本件職務命令を合憲とする。この行論は、核心的内心との関連性の強さを認めつつ不可分一体とまでは言えないという点の説得的な論証がなされていないという問題だけでなく、多数意見と同様、直接的制約でない間接的制約を根拠とする制限の恣意的な拡大化を招来する危険性を内包している。絶対的保障を受ける内心の「核心部分との遠近によって、関連性の程度に差異が生ずる」として、距離が遠くなれば厳格審査基準でなくてよいという指摘はさらにこの危険性を増大させよう。核心的内心部分から流出（emanatio）する距離による階層化ではなく、原則的に思想・表現の自由を中核とする精神的自由権に該当する問題であれば、二重の基準論に基づいて厳しく審査するというのが厳格審査の本義であったはずである。しかも、それが「日の丸」・「君が代」という歴史的に論争的な争点に関わるものであるとするならば、なおさらデリケートな配慮が求められるはずである。その点を考慮してであろう、２で千葉裁判官は、自ら同調した多数意見の合憲判決を否定しかねない論調で、教育行政の行き過ぎに戒めを与えている。

> 司法が職務命令を合憲・有効として決着させることが、必ずしもこの問題を社会的にも最終的な解決へ導くことになるとはいえない。…我が国においては、「日の丸」・「君が代」…について、歴史的な経緯等から様々な考えが存在するのが現実である。/ 国旗及び国歌に対する姿勢は、個々人の思想信条に関連する微妙な領域の問題であって、国民が心から敬愛するものであってこそ、国旗及び国歌がその本来の意義に沿うものとなるのである。そうすると、この問題についての最終解決としては、国旗及び国歌が、強制的にではなく、自発的な敬愛の対象となるような環境を整えることが

何よりも重要であるということを付言しておきたい。

これは至言である。公権力担当者が実直で憲法に則り人々のRechtを実現する使命を全うするがゆえに人々が「自発的な敬愛」をも自然に持ちうる国家のはずが、戦後の反日本国憲法主義の政権与党の政策のもとにその使命がなおざりにされてきた事実に加え、特に、東日本大震災の原発事故等をも人災として悲劇化させ、数々の情報隠蔽と情報操作で人々を裏切り、挙句の果てに、日本国憲法が緊急事態に備えた規定がないことに責任転嫁するような国辱的な政治状況（その点は自民党も民主党も変わらない）にあっては、「他者への愛」より「我が国と郷土への愛」（2006年改定教育基本法２条５号）を優先させて教育し、国家シンボルを公権力的に強制することで将来を担う世代の批判的思考を滅却して国家志向的コンフォーミズムを調達しようなどというのは本末転倒も甚だしいのだから。この説示は、国家性善説に立つ元首相安倍晋三氏のようなナイーブで楽観主義的な国家親愛主義[14]をこの期に及んでも支持するような潮流に対する、痛烈な批判であると評価されよう。保守主義者が標榜するような「（天皇に象徴される）国家のみをあらゆる価値の究極的源泉」とするような思考は、そもそも、日本国憲法前文が宣言する「人類普遍の原理」としての「権威は国民に由来」することに根本的に違反している。

４．金築誠志裁判官（②判決）

金築誠志裁判官の②判決補足意見１は、本件を「一般的、客観的」観点からアプローチすべきことを強調し、唯一その理由を「法の客観性」に求めたものである。すなわち、批判的意見にあるような本人の主観からのアプローチは、その主観がたとえ真摯的なものであろうと、本人の「主観的判断に基づいて、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」という。この説示の前半はごく常識的なことを述べている。しかし問題は、そ

の常識と緊張関係を生む状況が「切り札」としての憲法上の権利には必然的に伴いうるという常識が欠落している点である。民主的多数決によっても侵すことができない、すべての人間に共通するものと観念されているのが基本的人権なのだから。それを単に「一般的、客観的」観点から評価するだけでは、少数者の人権としての価値は喪失してしまうだろう[15]。この点を至極当然に論じたのが後述の宮川反対意見であった。先引説示の後半の意味はよく判らない。広く一般に、表現物と名誉・プライバシー権との衝突のようなケースを言っているのだろうか。あるいは、本件に限定して、国旗国歌儀礼という表現行為を行いたい人の自由と上告人の拒否権との衝突ということなのだろうか。しかし、本件で問題となっているのは、上告人の思想・良心の自由と政府言論という表現の衝突なのであって、一般私人を想定した意味での「他の者の表現の自由を著しく制限する」という話ではない（式典参加者の大部分は起立斉唱しているのだから)。もともと統制的にも構成的にも本来的自由や人権を有することのない公権力の政府言論はむしろコントロールされてしかるべきであり、先に述べたように、人々の人格的コミュニケーションの実現・保障という意味での表現の自由が優先すべきなのは論理必然的である。２では、教育公務員たる上告人には「法令やそれに基づく職務命令に従って学校行事を含む教育活動に従事する義務」があるので生徒への強制の場合とは異なることが指摘される。しかしながら、通常の教科教育とは異なる生徒の入学・卒業等を祝う式典における国旗国歌儀礼の強制を一括りに「教育活動」と短絡させるのは疑問である。ただし、「もっとも、教職員に対する職務命令に起因する対立であっても、これが教育環境の悪化を招くなどした場合には、児童・生徒も影響を受けざるを得ないであろう。そうした観点からも、全ての教育関係者の慎重かつ賢明な配慮が必要とされることはいうまでもない」という結びは、過熱する教育行政に冷水を浴びせる一方で、生徒との関係性も配慮されなければならない教育公務員の特殊性に目を向けさせる提言ともなっており重要である。

５．那須弘平裁判官（③・④判決）

ピアノ伴奏事件判決でも補足意見を執筆していた那須弘平裁判官の③判決補足意見１・２は、ピアノ伴奏事件判決の趣旨を踏まえたうえで、ピアノ伴奏行為と起立斉唱行為に「外形的相違を超えた相違点」があるとし、後者に国旗国歌に対する自己の敬意の表明という意味を見て思想・良心の自由との関係が複雑になることを認める一方で、「いずれも入学式等の儀式において公立学校の教諭としての職務の一つとして求められている行為であること、その職務として行う行為の中に、濃淡、直接・間接の差はあっても、一定の敬意表明の要素が含まれるか、少なくともそう解される可能性が存在することなど、重要な共通点も存在する」という。そして３で、起立斉唱行為には、主に、国旗国歌に対する自己の敬意の表明という意味と、生徒が国旗国歌に対する敬意の表明を示すための模範・指導となるという意味があるとして、前者については、上告人の思想・良心の自由への「間接的制約」となる面はあるものの総合的に較量して本件制約の必要性・合理性を是認し、後者については、それを「教師という専門的職業における思想・良心」に関わる問題としたうえで、職業上の思想・良心は教員という職業と密接な関係を有し、これに随伴するものであることから、「公共の利益等により外部的な制約を受けざるを得ない点においては、個人としての思想及び良心の自由よりも一層その度合いが強いと考えられる」とし、本件制約の必要性・合理性を是認し、最終的には、ピアノ伴奏事件判決の補足意見でも述べていたように、組織として決定した学校全体の行事については「校長を中心として組織的・統一的に実施」することの必要性を説く。那須補足意見は全体として事案の本質を掴みかけているにもかかわらず、残念ながら、それが充分に展開されていない。すなわち、ピアノ伴奏と起立斉唱行為の相違をせっかく長く述べておきながら、先引の「いずれも入学式等の儀式において…重要な共通点も存在する」と簡単に述べられた共通点を結局は本件職務命令の正当化の有力根拠としてしまったり、個人としての思想・良心の自由とは異なる教師としての思想・良心の自由の問題にせっかく目を向けながら、そ

れを短絡的に外部的な制約の根拠としてしまったりと、多数意見の結論を正当化すべく説得力を持たせようとしたはずの補足意見が、かえって多数意見の不充分さを露呈してしまっているような内容となっている。また、学校運営の組織的・統一的実施という根拠[16]について言えば、それは、公私問わずいかなる組織体にも当てはまる常識であって、ここでの問題は、そのうえでなお、「切り札」としての憲法上の権利の主張の正当性がいかなるものかを憲法の側から吟味することであるはずである。あるいは、前編判例評釈で論じたように、憲法尊重擁護義務（憲法99条）を負う公務員は、「全体の奉仕者」（憲法15条２項）性ゆえに、立憲主義体制全体を守るために憲法上疑義ある職務命令に対して憲法の名の下に拒否することも憲法上正当化できるという立論も可能であろう。これに関連して、「公立学校の教員なのだから国旗国歌儀礼が強制されて当然だ、イヤなら私立へ行け」、「イヤなら公務員を辞めろ」という感情論がたまに聞かれるが、少し考えてみれば奇妙である。私立学校なら、それぞれの学校の理念として特定の価値観や宗教観によって拘束されるのは当然であり、それに伴う負担も合理的である限りは甘受しなければならず、「それがイヤなら他校へ行け」という理屈も比較的成り立ちやすいが、公立学校とはまさに public の多義性において多様な価値観・世界観・宗教観・人種・国籍等々からなる人材を迎え入れることを前提とした多元社会であるはずである[17]。いわば、公教育の価値中立性が保持されなければならない空間で国旗国歌儀礼が強制されておきながら、「イヤなら私立に行け」、「イヤなら公務員を辞めろ」というのは異質な他者に対する共感と想像力と寛容性を著しく欠いた―まさに国旗国歌儀礼の無意識の強制によって洗脳された結果としての―イジメ・差別・排除の論理にほかならない。このような人格的コミュニケーションの不在化とそれによる人間性の欠如化を憲法が許容しているとは到底思われない。なお、④判決同補足意見では、上告理由に関連して、学校の式典で一律に行動を強制すること自体に対しても、それが「君が代」斉唱であろうとなかろうと、学校教育においては日常的なことであり、公共の利益との比較考量から制約は是認される旨

が付言されているが、③判決補足意見についてコメントしたところと同じく、やはり何のための憲法上の権利の主張なのかという問いに真摯に向かい合っていないと言わざるをえない。

６．岡部喜代子裁判官（③・④判決）

岡部喜代子裁判官の③・④判決補足意見は短いので、以下全文を引用する。

多数意見の述べるとおり、起立斉唱行為を命ずる旨の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ことは否定し難いものであり、思想及び良心の自由が憲法上の保障であるところからすると、その命令が憲法に違反するとまではいえないとしても、その命令の不履行に対して不利益処分を課すに当たっては慎重な衡量が求められるというべきである。その命令の不履行としての不起立が個人の思想及び良心に由来する真摯なものであって、その命令に従って起立することが当該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場合には、①当該命令の必要性の程度、②不履行の程度、態様、③不履行による損害など影響の程度、④代替措置の有無と適否、⑤課せられた不利益の程度とその影響など諸般の事情を勘案した結果、当該不利益処分を課すことが裁量権の逸脱又は濫用に該当する場合があり得るというべきである。本件においてはその旨の主張はなされていないので、付言するにとどめる。

この補足意見は元法学者らしい抑えられた筆致ではあるが、多数意見に与しつつ不利益処分に係る「慎重な衡量」を求めて実質的に審査密度を高めようとしていることが判る。また多数意見では言及されなかった本人の主観の「真摯」さも考慮要素としている点も注目される。ただ、本件の憲法上の重大性にかんがみれば、やはり正面から職務命令自体に対する憲法論としての厳格審査を提言すべきであったろう。

7．大谷剛彦裁判官（③・④判決）

大谷剛彦裁判官の③・④判決補足意見は、ピアノ伴奏事件判決との異同に着目しつつ、ピアノ伴奏行為よりも本件起立斉唱行為のほうが「客観的に見ても」国家への敬意という要素が強いこと、音楽教員のピアノ伴奏行為とは異なって本件起立斉唱行為は一般教員の当然の職務行為とは言い難いことに留意しなければならず、本件職務命令は思想・良心の自由への「間接的制約」となるとしてその必要性・合理性の審査を要請するが、本件が国旗国歌法制定後の事件であり、「国歌としての法定は、国歌斉唱の強制を肯定するものではなく、それ自体で職務命令の必要性を導くものではないが、その目的、内容の必要性、合理性を検討する際の一事情として考慮することは認められよう」と説示する。この引用部は、国旗国歌法を背景のひとつとして本件職務命令を正当化した多数意見の補足にもなっている反面、国旗国歌法がそのまま国歌斉唱強制の法的根拠となりえないという牽制にもなっている点に注目すべきである（もとより、国旗国歌法制定時以来の政府見解は「新たに国民に義務を課すものではない」というものであった)。そして、大谷補足意見も、①判決の須藤・千葉各裁判官の補足意見と同様に、その末尾で教育行政の行き過ぎへの苦言と強制への疑問を呈する。

このような法的な解決もさることながら、儀式における国歌斉唱などは、国歌への敬愛や斉唱の意義の理解に基づき自然に、また自発的になされることこそ望ましいに違いない。国の次代を担う生徒への学校教育の場であればなおさらであろう。過度の不利益処分をもってする強制や、他方で殊更に示威的な拒否行動があって教育関係者間に対立が深まれば、教育現場は混乱し、生徒への悪影響もまた懸念されよう。全体で行う学校行事における国歌斉唱の在るべき姿への理解も要するであろうし、また一方で個人の内心の思想信条に関わりを持つ事柄として慎重な配慮も要するであろう。

教育関係者の相互の理解と慎重な対応が期待されるところである。

ただし、過度でない不利益処分を伴う強制を認めることや、国歌斉唱のあるべき姿への理解を求めることなどについて大した理由づけもしていない点は、これまで本稿が述べてきた理由により問題である。しかも、国旗国歌法それ自体が本件職務命令の直接の正当化根拠にはならないことを自覚的に示している以上は、公立学校での国旗国歌儀礼の強制の是非を憲法の理念と教育の目的から根本的に検討し、説明責任を果たすだけの議論を展開すべきであったろう。

§反対意見

１．宮川光治裁判官（②判決）

宮川光治裁判官の②判決反対意見は、本件を「少数者の思想及び良心の自由に深く関わる問題」であるとして、１で、国旗国歌儀礼は多くの人にとってはマナーであるかもしれないが、そうではない人々が相当数存在しており、「それらの人々は『日の丸』や『君が代』を軍国主義や戦前の天皇制絶対主義のシンボルであるとみなし、平和主義や国民主権とは相容れないと考えている。そうした思いはそれらの人々の心に深く在り、人格的アイデンティティをも形成し、思想及び良心として昇華されている。少数ではあっても、そうした人々はともすれば忘れがちな歴史的・根源的問いを社会に投げかけているとみることができる」という。上告人にとって起立斉唱行為は「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」ものであり、人権の尊重や自主的に思考することの大切さを教えてきた「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」のであって、「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」とする。また、教

科教育とは異なる国旗国歌儀礼に関して、本件職務命令が基づく都教委「10.23通達」の意図するところは特定の歴史観・世界観等を有する教職員に不利益処分をもって当該歴史観等に反する行為を強制するものとみることができるとし、本件職務命令は、上告人の歴史観等を直接禁止したり特定の歴史観等を強制したりするものではないので一見明白に憲法19条に違反するとは言えないが、憲法審査の対象となり、上告人の行動がその「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即して具体的になされるべきである」と説示する。２では、「一般的、客観的」観点、「いわば多数者の視点」から本件起立斉唱行為を評価する多数意見に対して、「およそ精神的自由権に関する問題を、一般人（多数者）の視点からのみ考えることは相当でない」とし、国旗国歌儀礼の一般的実施は合憲性の判断にはいささかも関係しないとして、３で、上告人の「真摯性」が認められる限り、本件職務命令には厳格審査が要請されるという。４では、国旗国歌法は国旗国歌儀礼の義務付けや強制の契機が存在しない限りにおいて憲法適合的であるとし、学習指導要領も国旗国歌儀礼強制の職務命令の根拠にはならないとしたうえで、都教委「10.23通達」は諸事実に照らして「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、[本件上告人が有するような特定の― 引用者注] 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」とする。そして、５で、厳格審査の枠組みを提示する。

本件各職務命令の合憲性の判断に関しては、いわゆる厳格な基準により、本件事案の内容に即して、具体的に、目的・手段・目的と手段との関係をそれぞれ審査することとなる。目的は真にやむを得ない利益であるか、手段は必要最小限度の制限であるか、関係は必要不可欠であるかということをみていくこととなる。結局、具体的目的である「教育上の特に重要な節

目となる儀式的行事」における「生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序を確保して式典の円滑な進行を図ること」が真にやむを得ない利益といい得るか、不起立不斉唱行為がその目的にとって実質的害悪を引き起こす蓋然性が明白で、害悪が極めて重大であるか（式典が妨害され、運営上重大な支障をもたらすか）を検討することになる。その上で、本件各職務命令がそれを避けるために必要不可欠であるか、より制限的でない他の選び得る手段が存在するか（受付を担当させる等、会場の外における役割を与え、不起立不斉唱行為を回避させることができないか）を検討することとなろう。

おそらく、現行日本国憲法下の法体系の合理的解釈のうち、現在の最高裁においてRechtの精神と法の賢慮に基づいて述べることができる最大限の良心的な法的推論はすべてこの宮川反対意見にあると言っても過言ではないだろう。すべてを「公務員一般の雇用契約関係の論理」に収斂させて問題を解決させたいという現代版特別権力関係説とも言うべき立場に対する直接的な反論がない点は弱いが、「少数者の人格的アイデンティティ」と「真摯性」の指摘が、本件を「公務員一般の雇用契約関係の論理」を突き破る局面に位置するものであることの説明となっているのだろう。ただ、教育と教育公務員の特殊性に基づいて、「教師の思想・良心の自由」と「教育の自由」の観点ももっと打ち出せば、さらに説得力が増したように思う。いずれにせよ、宮川反対意見は奇異なものではなく、たとえば、有名な自衛官合祀訴訟判決（1988年）における故伊藤正己裁判官の反対意見が想起される。

私は、基本的人権、特に精神的自由にかかわる問題を考える場合に少数者の保護という視点に立つことが必要であり、特に司法の場においてそれが要求されると考えている。多数支配を前提とする民主制にあつても、基本的人権として多数の意思をもつても奪うことのできない利益を守ることが

要請されるのはこのためである。思想や信条の領域において、多数者の賛同するものは特に憲法上の保障がなくても侵害されるおそれはないといつてもよく、その保障が意味をもつのは、多数者の嫌悪する少数者の思想や信条である[18]。

おそらく、この英米法と憲法の碩学裁判官の脳裡には、著名な O. W. ホームズ裁判官の「思想の自由とは…同調者の思想のためのものではなく、嫌悪されるべき思想のための自由である」[19]という名高い反対意見の一節が浮かんでいたに違いない。宮川反対意見もこの系譜に連なるものであると評価できよう。

2．田原睦夫裁判官（③判決）

ピアノ伴奏事件判決で多数意見に与していた田原睦夫裁判官の③判決反対意見は、多数意見が「起立して斉唱すること」を命ずる本件職務命令の内容を「起立斉唱行為」として一括りにしている点を批判して、「起立行為」を命ずる「起立命令」と「斉唱行為」を命ずる「斉唱命令」の二つの職務命令であると考えてそれぞれ検討すべきことを主張する。そして、起立行為については、多数意見同様、「一般的、客観的に見て」、「慣例上の儀礼的な所作」であって間接的制約には当たるが総合的に較量すれば、「なお、若干の疑念は存するものの」、許容されるという。斉唱行為については、儀礼的行為と割り切ることはできず、しかも音楽専科教員によるピアノ伴奏とは異なり教員に職務上当然に期待されている行為だと言うこともできず（しかも本件上告人は式典への出席という本来的職務自体は滞りなく遂行していた)、学習指導要領からも斉唱命令は根拠づけられないゆえに、職務命令で斉唱行為を強制することは上告人の「思想、信条に係る内心の核心的部分を侵害するものである」と評価しうるという。本件では上告人への不利益処分が不斉唱ではなく不起立を理由として行われているが、上告人の内心の侵害度という点では起立命令と斉唱命令は異なるけれども両者が不可分一体のものとして発出されたと認識されるような状況

にあっては、上告人が斉唱行為を回避するために起立行為を拒否したと解しうる余地があるにもかかわらず、この点について原審までに充分に審理が尽くされていないとする。加えて、本件論旨では裁量権問題は提起されていないが、「校長が、通常は相手方に対する指導をもって対応すれば足りる行為につき職務命令を発令したときには、裁量権の濫用が問題となり得る。殊に、職務命令の対象とされる行為が、その相手方の思想及び良心の自由に直接関わる場合には、職務命令を発令すること自体、より慎重になされるべきである」とし、また、「校長が、学校における校務運営上発令することができる職務命令のうち、通常は、教職員に対する指導をもって十分に対応することができるものの、職務命令を発令しても違法ではないという程度の職務命令に対する違反行為については、その違反の内容がその質において著しく到底座視するに耐えないものであるとか、その違反行為の結果、校務運営に相当程度の支障を生じさせるものであるなどの事情が認められない限り、かかる職務命令に違反したとの一事をもって懲戒処分をなすことは、原則として裁量権の濫用に当たるものといえよう。殊に、職務命令の対象行為が、職務命令を発する相手方の思想及び良心の自由に関わる場合には、なおさらであろう。次に、その職務命令を発令することは適法であり、その発令の必要性が肯定される場合であっても、その職務命令の内容が相手方の思想及び良心の自由に直接関わる場合には、懲戒処分の発令はより慎重になされるべきであり、かかる場合に職務命令の必要性やその程度、職務命令違反者が違反行為をなすに至った理由、その違反の態様、程度、その違反がもたらした影響等を考慮することなく、職務命令に違反したことのみを理由として懲戒処分をなすことは、裁量権の濫用が問われ得るといえよう」と重要な付言をしている。なお、④判決同反対意見も同一趣旨であるが、事案上、「起立命令」のみを受けた者と「起立斉唱命令」を受けた者がおり、後者について原審差戻しを主張している。田原反対意見はなかなか興味深いものであるし慎重な憲法的判断を下そうとしているように見え一定の評価ができるが、起立命令と斉唱命令が概念上分離可能であるとしても、比喩的に言えば、報道

とその前提としての取材の関係のように、起立と斉唱は継起的連続性を有した一連の行為であり、「起立命令」だけの場合でも、この一連性の推定ゆえに職務命令全体の思想・良心の自由への侵害度が一層強まり違憲性も高くなるのではないだろうか。これとの関連で、起立命令について多数意見に同調する際に存した「若干の疑念」こそを、もっと深く掘り下げて検討すべきであったろう。その他特筆に値する点には、憲法19条の保護範囲に、内心の核心部分を形成する思想等に反する行為を強制されないことだけでなく、「自らの思想、信条に反する行為を他者に求めることを強制されない自由も含まれると解すべきもの」とし、さらには、「その延長として、第三者が他者に対して、その思想、信条に反する行為を強制的に求めることは許されるべきではなく、その求めている行為が自らの思想、信条と一致するか否かにかかわらず、その強制的行為に加担する行為（加担すると外部から捉えられる行為を含む。）はしないとする強い考え、あるいは信条を有することがあり得る」場合をも憲法19条の問題になりうることを指摘していることが挙げられよう。なお、本稿の範囲ではないが、本件とは区別されたピアノ伴奏事件判決において式典でのピアノ生伴奏を音楽専科教員の当然の職務として割り切る思考に関して、やはり音楽の授業ではない式典において何故に生伴奏の強制が許されるのかという点について、教育の理念や目的の観点から再考される余地があろうと思う。

三. 憲法哲学への勧誘

以上、本判決群の個別意見を吟味してきた。前編判例評釈と合わせて総括しつつ憲法哲学的な観点から私見を述べることで、読者の憲法的思惟のための素材としたい。

1. animal symbolicum

人間という存在が、表現どおりの≪人 - 間≫であるとしたら、私の認識およ

び判断は、複数形の人々の間の言語表現との関連の中で形成される。それはとりもなおさず、私という人格的現存在が他者との間主観 - 身体的なコミュニケーションを通じた交わりつつも決して同一化しない存在の中で贈与されるものである、ということにほかならない。思惟・言語・表現・学藝等々なんであれ、その人格的コミュニケーションは、すでにわれわれの意味の体系としての記号的推論過程の連鎖のうちにある以上、世界そのものを直接的に受容するのではなく、シンボルの表象作用によって媒介されつつ世界に動態的に参与する仮説的な形式であらざるをえない。しかもそのシンボル作用は、人類の思考と文化の発展に伴って、その内部にいくつもの複雑性を抱え込みながら、非合理主義的な「神話的思考」を古層的に基底にしてその上に合理主義的な「科学的思考」を重層的に折り重ねているものである。二つの思考は相互触発的な生成的関連にあり、中世のオカルトが科学をも生み出し、近代の合理主義が全体主義をも生み出したように、人間の現実存在が有限で可謬的である限りは、一方が他方を根絶することができないものである。と同時に、このシンボル作用こそは再現（前）化（re-presentation）と仮説形成（abduction）を通じて、人間を他の存在者とは異にして人間たらしめている能力そのものであって、シンボル作用の循環のうちに、個人としての私は生成する。人間はシンボルを操り、すべてをシンボル化することで繋がり合うことを通じて、自己存在の記号的顕現を遂行しているのである。したがって、人間とは、E. カッシーラーの言う「象徴的動物（animal symbolicum）」[20] であり、もっと言えば、C. S. パースの言うように「シンボル（symbol）」（CP. 7. 583. [21]）そのものである。

> 人間の意識のどんな要素であれ、それに対応するものを言葉のうちに有していないものなどない。人間の使用する言葉ないしシンボルは人間自身であるのだから。というのも、あらゆる思考はシンボルであるという事実は、人間の生は思考の連続であるという事実と一緒に考えてみれば、人間がシンボルであることを証明するから。それゆえ、すべての思考が外的なシン

ボルであるということは、人間が外的なシンボルであることを証明する。すなわち、「ヒト (homo)」と「人 (man)」という単語が同一であるという意味において、人間と外的なシンボルとは同一である。したがって、私の言語は私の自我の総体である。というのも、人間は思考であるから (CP. 5. 314.)。

かのホームズ裁判官も指摘するように、「われわれはシンボルによって生きている」[22]。すなわち、シンボルのコントロールは人間のコントロールである。だから、人間の政治的共同体である国民国家 (nation state) は—その本性が善であれ悪であれ—統合作用と統治技術のための政治的シンボル操作を必然的に欲する。「権力の行使は、つねに象徴上の実践を必要とする。政体がいかに非神秘的に、あるいは非呪術的にみえようとも、儀式やシンボルを必要としない政体はない。ことばによらない多くの仕方で統治の正当性をつたえ再確認する物語や記号やシンボルがなくては、統治は不可能なのだ。ある意味では、正当性とは、記号やシンボルにかんする世間一般の同意なのである」[23]。それゆえ、この同意を取り付けるために、公権的シンボリズムは、潜在的可能性としては無限であるが現実存在としては有限で可謬的な人間を、いとも容易く盲目的に誘導して限定づけようとするのであり、この実践の場として、特に未成熟で批判能力に乏しい児童・生徒に対する公教育の場は好都合なのである。だが、この人間的無限性の剥奪という点で、公権的シンボリズムとは人間と世界にとって極めて実用的であるがゆえに危険な実験である。この危険性を、太平洋戦争中にもかかわらず、あるいは、そうであるからこそ、充分に自覚していたアメリカ合衆国最高裁は、州による公立学校における国旗敬礼および忠誠宣誓の強制を違憲とした有名なバーネット判決[24]で、こう述べたのであった。

国旗敬礼が忠誠宣誓とともに発語の一形式であることは疑いない。シンボリズムは、観念をコミュニケートするための原始的ではあるが効果的な一

方法である。なんらかの体系、観念、制度または人格をシンボル化するために紋章や旗を使用することは、心から心への近道（a short-cut from mind to mind）である。国家シンボルは、宗教的シンボルが神学的観念を伝達するように、しばしば政治的観念を伝達する（319 U.S. 632）。

奇しくも宗教に言及されているように、おそらくこのシンボリズムは宗教と同じく、いくら合理主義的な科学的思考が人間生活を覆ったとしても、逃れることも棄て去ることもできないものである。幸か不幸か無宗教者の立場から客観視したとしても、あらゆる宗教というものには、「魂の救済」とか「奇跡」とかいったもの以上に、否定しえないある普遍的な意義が人間存在にとって実在している。つまりそれは、超越的観念のリアリティを原始的ではあるが効果的な形でわれわれのうちに表現している、ということである。「神」、「魔」、「霊魂」、「彼岸」などといったものが—たとえそれがフィクションあるいはファンタジーにすぎないものであったとしても、それどころかそのことを自覚していたとしても—なんらかのシンボルを通じてアクチュアルな形姿のイメージとして信仰者の心身に生き生きと血肉化しており、ハビトゥスとして彼（女）の振る舞いをリアルに規整しているということ、そしてそれゆえ、その超越的観念が理念的極限だとしても、きっといずれは到達できるであろうという確信または希望、つまり信念＝信仰（belief）がどうしようもなく人間の生を拘束しているということ、これらは単に「信教の自由」といった限定的な領域を超えて、Recht 概念との関係で法と法学の全体にとって欠くことができない重要な教訓を示してくれる[25]。この belief 共同体とシンボリズムの問題は、日本においても、かつては「神」や「仏」などを、戦前戦中は「現人神」などを、そして敗戦による超越的価値の崩壊と学生運動の挫折を経由して経済的グローバリゼーションと新自由主義改革による社会的不安定化と自己実存的不安化を経験した現代では「象徴天皇」や「カルト宗教」やひょっとしたら「アニメ」や「ゲーム」などを、自己のシンボルとして人々の精神が欲している現実を見る

とき、無視することができないものである。世界の異質性と不確定性が顕著になり多様な価値観が分化する現代になるにつれて、個体化が普遍の特定の照射であるように、ますます人々は自己の実存の寄る辺としての共同性を境界づけるシンボル性を欲し、その欠如は年間３万人以上もの人々の世俗的身体を自己消去することで直接的な神秘的合一へと短絡させているほどである。まして、未曾有の不幸に見舞われた人々にとっては、シンボリズムの救済または約束は、合理的思考を超えた希望という belief としてハビトゥスに根ざす感性的＝身体的欲求であろう。まさに、こうした生理的・社会的欲求を公権力は利用して、上からのアイデンティティ・ナラティブを創出したがる―往々にして神としてのシンボルや強い指導者を便宜的に与えて超越的観念のリアリティと人々の心身を short-cut 的に同一化させることで、同時に、下からの声を剥奪し人格的コミュニケーションを short-cut して<交わりつつ同一化せぬペルソナ>[26]としての個人を否定するという代償を払うことで[27]。しかし、本来、神たるシンボルと信仰者との間には絶対的自由としての<選び取り―選び取られ関係>が祈り＝対話（oratio）のうちに自存しているのであって、belief は公権力によって与えられるのではない。だから、立憲主義的憲法は「思想の自由市場」を保障して、このトーテム的シンボリズムの公権力による簒奪と、それによる人格的コミュニケーションの不在化および個人の喪失を、タブーとして原理的に禁止するのである。憲法上の諸権利はすべてこの根本的禁令のコロラリーにすぎない。シンボリズムは人格的コミュニケーションと人間的生にとって不可欠の紐帯であるがゆえに人々の自由に委ねられておかなければならないのであり、そうであってこそ、ひいては、国家共同体の生き生きとした存立にも仕えるものとなろう。

バーネット判決が喝破した公権的シンボリズムによる思想・言論の short-cut が、つまるところ、人間性の、あるいは人格の cut-short にほかならず、人-間的存在を、政府言論を無批判に直接的に受容する「囚われの聴衆」のみに切り詰めることで、被治者を被治者として関係的に固定化しつつ国家権力を盲

目的に暴走させてしまうことは、歴史上幾度か再演されてきたことである—特に、危機の時代には[28]。それは、本来、単なる知識とは異なって、個人の自由な討議と自律的な選択に委ねられるべき個人と国家をめぐる高度に政治的かつ人格的な争点を short-cut して感性的に直接的にひとつの解のみをハビトゥス化させる。ここにあるのは、人格的コミュニケーションの不在化であり、国家のアイデンティティの分与としての個人の存立としての、異議を挟ませぬ「分」とでも言うべき関係性の絶対的な固定化なのであり、端的に言って、目的であるはずの可能的人格のモノ化である。これは、「思想・良心の自由」・「表現の自由」の問題であり、もっと言えば「言語権」[29]の問題であり、ゆえに究極的には立憲主義と国家正統性の原理論の問題なのである。それゆえ、バーネット判決は、その結尾を飾る印象的な不朽の一節で、公権的シンボリズムによる立憲主義の危機に警鐘を鳴らしたのであった。

> 意見を異にする自由は、些事に限られるものではない。ただそれだけのものだとしたら、それは単なる自由の影にすぎないだろう。自由の実質を判断するテストは、現行秩序の核心に触れるような事柄に関して意見を異にする権利の保障如何にかかっている。われわれの憲法上、きらめく星々の集まりの中に不動の恒星があるとすれば、それは、地位の如何にかかわらず公職者は誰であれ、政治、ナショナリズム、宗教、その他、意見に関わる問題について、何が正統であるかを規定したり、市民が有する信条を言葉や行為によって強制的に告白させたりしてはならない、ということである（319 U.S. 642）。

行政の首長にせよ、文科省にせよ、教育委員会にせよ、論争的な意見に関わる問題について、公権的シンボリズムによって教育過程における思考と議論を麻痺させることは許されないのであり、これは、行政の多数決型民主的決定の重視と責任の所在の明確化などといった問題とは次元を異にする話である。と

りわけ、「人格の完成」を教育の目的として掲げる教育基本法（旧新１条）の下、将来の一般社会における思想言論市場に参与する自律的人格を形成する段階に当る教育の場においては、安易な short-cut をあえて迂回するために異見との接触による試行錯誤が不可欠なのであり、いくつかのアメリカ判例で言及されているように、ホームズ裁判官に由来する「思想の自由市場(free marketplace of ideas)」[30]という理念モデルは基本的に学校現場にも妥当するものである。このことは、アメリカ合衆国判例自体が「教室は、思想の自由市場である。ゆえに第１修正は、教室を正統性のとばりで覆うような法律を認めない」[31]と認めており、さらに有名なティンカー判決において、「第１修正上の権利は、学校という特殊な環境で適用される場合、教師と生徒に享有される。生徒か教師は校門を境に自己の憲法上の言論ないし表現の自由を放棄するべしという主張などありえない」[32]と判示することで確認している。本判決群とは別の同種の事件の東京高裁判決が、国旗国歌儀礼で敬礼と忠誠宣誓を行うバーネット判決のケースは日本国憲法下でも違憲であると言えても、日本の起立斉唱行為はそれとは質的に異なるためバーネット判決は参考にならないとしているが[33]、この発想は、のちに下される本判決群が起立斉唱行為を「慣例上の儀礼的な所作」にすぎないとして価値中立性を強調する論調に連なる。東京高裁が、バーネット判決を外国の例にすぎないとか単に古臭い先例だとして退けたり、また、バーネット判決を公立学校の生徒に関わるものであって教育公務員としての雇用契約関係にある教師とは無関係のケースであると形式的に切り捨てたりする態度を採らなかった点は憲法上の権利論に配慮すべき事案の本質を捉えており健全であるが、外的観点から見て単なる儀礼的所作と見なせるかどうかも問題であるし、たとえそう見なせたとしてもなお、当該受命教員の内的観点からの侵害の質と量とを検討して「事の性質（事物の本性)」をきちんと洞察すべきであったろう[34]。教員本人にとっては、まさに自己の人格的アイデンティティが外的行為の公権力的強制によって崩壊しかねないギリギリの一線であるという点においては、バーネット親子と変わらないのであって、

他人の権利自由を明白に侵害しない限り、「個人の尊重」を原理とする日本国憲法体系にあっても、外国における「良心的兵役拒否」のケースと類比的に考えられてよい[35]。こうした問題の本質に着眼すれば、日本の憲法判例における最高裁の往々にして意味不明で杜撰な判例援用に比べたら、バーネット判決その他の外国判例の参照はかなり合理的で説得力を持つだろう。もしも、本判決群が援用した猿払事件判決が示したように、「各国の憲法の規定に共通するところがあるとしても、それぞれの国の歴史的経験と伝統はまちまちであり、国民の権利意識や自由感覚にもまた差異があるのであって、基本的人権に対して加えられる規制の合理性についての判断基準は、およそ、その国の社会的基盤を離れて成り立つものではないのである」[36]として外国の重要判例の参照を逃れるというなら、日本国憲法が比較憲法的に珍しく、思想・良心の自由を独立した条項として規定した固有の独自性の重みゆえにこそ、本判決群のようなケースに憲法的保護が与えられるべきであるという立論も成り立つはずである。それは一般国民の話であって教育公務員は別であるという、お馴染みの「全体の奉仕者」性に基づく公務員の雇用契約関係を理由とする食傷気味の猿払テーゼ[37]についてはそれ自体に多くの異論反論が寄せられてきたところであるが、少なくとも、教育の目的と生徒との繊細な関係性を考慮せざるをえない点で公務員一般とは異なる教育教務員の特殊性からして、このテーゼが無条件に形式的に妥当するわけではない。むしろ「全体の奉仕者」性を言うなら、それは教育公務員の場合、教育が時々の政府の政治道具と化さないように、人格的教育の目的という普遍的な理念に仕えることでなければならないはずである。「司法権の独立」に準えて「教育権の独立」を主張し続けてきた、文部大臣・最高裁判所長官・国際司法裁判所裁判官等を歴任し1947年（旧）教育基本法の制定にも関わった商法学者田中耕太郎も、戦後教育の出発点でこう述べていた。

人間の使命が何所にあるかを考え、真理の探求、真理への奉仕、殊に良き人間になる事、即ち正邪善悪の観念が道徳の理念に適合する様な真の人間

を育て上げるという使命に置かれるのが教育であるなら、この教育は永遠なものであって一時的なものではない。一般的な政治の変動によって影響されるべきものではない。政府が進歩政策を採ろうと保守政策を採ろうと、不変の真理を求め且つ教えて行く教育は影響されてはならない。我が邦の教育制度も斯の如くに樹立されなければならない。教育の過去を考えると一時は軍国主義的となり又政党政治の時代にあっては政党の影響を受ける弊害があった。これでは教育者の地位は危殆に瀕するではないか。かかる状勢の中で真理に随うことは百年河清をまつに等しい[38]。

田中は、教員を裁判官と同じく臨床医的役割を果たす職としてその自律性を常々主張していたが[39]、当然ことながら、公教育において、なんでも思想・良心の自由や教育の自由を持ち出しさえすれば一般的法義務が免除されるべきだというような暴論は許されない。しかし、本務たる教科教育において教えるべきことを教えないなどといったことならいざ知らず、本判決群で問題となっているのは、厳密に教科教育に関わるものではない（そしておそらく真理とは無関係な）国旗国歌儀礼の忠実な遂行という学校の儀式的行事に関わることなのであって（しかも不利益処分を伴う)、教育の目的に照らして本件職務命令の正当性への疑念は強まる。というのも、そもそも、生徒の入学や卒業等を祝福する場で何故に国旗国歌儀礼を強制できるのか意味不明であるし、強制を正当化するほどの強力な公的利益も見出しがたく、国旗国歌儀礼強制による理不尽な事態も生じているからである[40]。ただでさえ、最高裁自身判例で二重の基準論を認めてきたところである以上、法的には、本判決群でも精神的自由権に関わる憲法的大事件として、②判決宮川反対意見が正当に指摘したように厳格審査が行われるべきだったのであり、職務命令にせよ不利益処分にせよ、審査密度を高めれば違憲判断を導くことも可能であったろう[41]。もとより、本判決群は、大法廷を開いてもおかしくない日本国憲法史上に残る大事件であった。私見からは違憲判決が出てしかるべき重大事例だと思われるので大法廷によるべ

きだということになるが、たとえ本判決群のように合憲判決を下す場合であっても、素直に考えて、本判決群のような憲法裁判のケースは今回が初であったと言えよう。対して、本判決群は援用された４つの判例で処理できると考えたわけだが、この場合でも、すでに前編判例評釈で内在的に読解しつつズラして示したように、本件は、これら援用判例の本来の射程の範囲で処理するのは困難な事案であって、その意味で実質的に判例変更に当たるケースだと言え、やはり大法廷審理で充分慎重に精査されるべきであった。最高裁の態度は伝統的ないわゆる司法消極主義体質の現れであろうと思われるが、かつての旧体質からかなり良くなったと評価される最近とはいえ、本件の重大性を無視していると言われても仕方ないだろう。いずれにせよ、多くの学者が批判してきたように、判例への無批判的な盲従、それどころか意図的な判旨の曲解による援用は、殊に憲法上の権利に関わる判断に当たっては厳に戒められるべきであろう。法的安定性が重要な原理のひとつであるし、人格や国家がその自己同一性をシンボリックなナラティブに求めるように、裁判所もまたその自己同一性を「連鎖小説（chain novel)」（R. ドゥオーキン）としての先例に求めるのも当然の理であろうが、法的安定性とは先例への固執主義や追従主義と同義ではなく、ましてや思考の short-cut のためでもなく、Recht に根ざす改良進歩を含む、先例との反省的対話を通じた法全体の動態的安定性のことであり、その命脈は最終的に憲法の全体構造との整合的な一貫性にあるはずである。日本は欧米とは異なり先例拘束性は法的なものではなく事実上のものに留まるというのが通説であるが、憲法判断に関して、法的拘束性を認める国以上に憲法の実質を重視するよりも先例に盲目的に固執しているように見えるのはいかがなものか。それこそ、司法におけるシンボリズム信仰なのだろうか。判例変更の場合はもとより、判例に従う場合にも、憲法に照らして説得力ある理由を提示して、「憲法の番人」としての説明責任が果たされなければならない[42]。

しかし見方を変えれば、本判決群は、猿払事件判決以来の公務員一般の雇用契約関係についての「全体の奉仕者」論の射程を限定し、教育公務員に限って

は一定の場合は「思想良心の自由への間接的制約に当たる」としたものと好意的に読むこともできよう。とはいえ、思想・良心の自由というセンシティブな問題が争点となっている本判決群は、前編判例評釈で示したように、もっと憲法上の権利に配慮すべきであった。本稿で見てきたように、「補足意見花盛り」[43]で、「実質的に違憲判決に近くなった印象」[44]すらある以上、多数意見自体の憲法論的な説得力は充分でなく、その先例拘束性はそれほど強くはない。

2．Noli me tangere.

「我ニ触レルナ」、この禁令は神の子だけの特権ではなく、すべてナマの顔を持つ人間性そのものから発せられる普遍的な倫理命題である。それは、<交わりつつ同一化せぬペルソナ>としての関係的人格としての主体的個人を成立させている統制的原理にして構成的原理である。人－間は繋がりうるがゆえに決して同一化せず、同一化せぬがゆえに繋がりうるという関係性にある。すべてが同一化・一体化したところには我と汝はいない。だから、古今東西で行われていたカニバリズム（「食べちゃいたいほど好きだ」という欲求の儀礼化）[45]は原理的に禁止されたのである。イエスが処刑され復活する前夜に、弟子たちに自己の血と肉を食させたのは、その最後の宗教的表象（まさしく「最後の晩餐」）であったと言えよう。

国旗国歌儀礼の公権的強制とは、「我が国と郷土への愛」（教育基本法２条５号）に典型的に見られるように、パトリオティズムとナショナリズムを同一線上に置き、郷土愛から国家愛への愛国心の一元的な短絡的拡大を目指す―それは戦時中の宗家たる皇室を頂点とする「家族国家」観（穂積八束など）の保守主義的再演である―ための媒介装置としてのシンボリズムでもある。それは本来的に多様な解釈に開かれているはずの歴史と伝統の連続性を一元的・単線的にミメーシスしているかのように強制的に装わせることで、かつての明治政府によるアマテラスの政治シンボルとしての運用が多様なアマテラス像を排斥して特定のアマテラス像（現代のわれわれがイメージを刷り込まれている女神ア

マテラス像）のみを正統化していったように[46]、国家アイデンティティのための公定物語を政府言論として語らしめ、フィクショナルにすぎない共同幻想であるはずの国家のリアルな実体的固定化を図る。こうして、国家は人々に「呼びかけ（interpellation）」[47]ることで、個人と国家の間の多元性・複雑性をすべて捨象し、シンボルを媒介として、神秘主義的な神人合一・梵我一如の境地のごとく、個人と国家をshort-cut的に一足飛びに国民として同一化させる。①判決の須藤補足意見は、「日の丸」・「君が代」は特定の国家像を前提としていないと言い張る。だが、「日の丸」・「君が代」を「国民」の象徴などと割り切れる者や面従腹背できる者はよいが、解釈の歴史負荷性からして、「日の丸」・「君が代」という国家シンボルが、「日の丸―太陽（鏡）―アマテラス―天皇」[48]と「君が代―天皇」というイメージと、「日の丸」に一礼しつつ「日の丸」を背景にして語る権威者の「祀り祀られる神」（和辻哲郎）のごときイメージの下で、特定の政治的メッセージを発し国家統合作用を営んでいるという信念を持ち、自己の人格権が侵害されていると考える者がいても、一般的、客観的に見て、強弁や詭弁とは言えないだろう。いずれにせよ、保守主義者たちからすれば、国旗国歌儀礼のようなシンボリズムと愛国心教育を実施してこそ、戦後嘆き続けた国家意識の衰退は守られることになる[49]。

―だが、はたして、そうだろうか？こうした保守主義の議論は、若者の規範意識の希薄化を嘆くゆえに国旗国歌儀礼の教育を推進すべしという類のおよそ意味不明で理解不能な感情論に比べれば、はるかにまともな議論だとは言えよう。しかし、シンボリズムが表象を直接的に心身にハビトゥス化することで人格的コミュニケーションを不在にし知性と精神の思考停止に陥らせるのだとしたら、シンボルとはアーキテクチャ[50]としてその自覚化自体を放棄させるものであり、結局は表象それ自体をやはり脱－意識化してしまうのではないだろうか。そこではもはや、かりに「国家の自己保存機能」としての国家の教育権に基づく立場[51]を採ったとしても、その自覚的実践主体自体が麻痺し、国民国家（nation state）の概念実在性自体が崩壊してしまう。「神ながら言挙げせぬ国」

とはよく言ったものである。それは、バーネット判決が看破したように、人間の「知性と精神の領域への侵犯」（319 U. S. 642）であり、神話の理念化または理念の神話化である。ならば、国民国家を前提とする限りどのような立場の者であれ、国旗国歌儀礼その他の国家シンボルの公権的強制は（公務員に対してであれ）許されないものとなるはずであり、そのことを現行憲法は、象徴機能を天皇のみに限定して国旗国歌等の条項を規定せず、三大義務以外の義務を規定せず、思想・良心および表現の自由を規定することで構造的に示しているのだと理解できる。そこでは、伝統や神話というミュトス的思考を媒介としたナショナル・アイデンティティによるエトノス（民族）的共同体を馴致して、普遍的人権というロゴス的思考を媒介としたシティズンシップによるデモス（国民）的共同体として国民国家を定立することが自覚的に選択されているのである[52]。しかしながら、人間が人格的コミュニケーションを通じて人格の完成へと向かうとき、その潜在的可能態としての質的無限性と現実態としての有限性・可謬性との間（本当の自分と現実の自分との間、あるいは、叡智的存在者と感性的存在者のとの間、などと言い換えてもよい）には本来的にズレがある以上、その人間に由来する共同幻想としての人為的な国民国家も、正しくは、「国民＝国家」ではなく（もちろん「民族」ともズレる）、nation の多義性のごとく「国民≒国家」という仮説でしかありえず、人間存在は共通してハビトゥスに根づくものに定位しつつそこからすでにつねに溢れ出ている。国家に回収されることのないこの余剰は、個人と国家共同体との「矛盾的自己同一」（西田幾多郎）の場を公権的シンボリズム―それが表現するのが全体主義や軍国主義であれ、自由主義や民主主義であれ―によって実体化しようとする企てを必然的に乗り越えているものなのである[53]。そもそも、「良心（conscience ; Gewissen）」の語源が「共に - 知ること（con - scientia）」ならば[54]、パースが言うように、共同知としての良心は普遍的真理に関わっているはずであって（CP. 1. 55.）、それはコミュニケーション（communicatio）を通じて培われる。その「共に（con / com）」とは、外的他者との反省によって獲得される自己

内他者（もう一人の自分）と共に知ることであり、同様の自己内他者によって媒介される外的他者と共に知ることである。よく言われる「良心の声」とは自己内他者からの真の呼びかけにほかならない。この真の呼びかけに呼応する間主観‐身体的対話関係の共同知の中から公共性が生まれ、複数形の個人と共同体（国家はその一形相である）も成立するのであって、国家が「呼びかけ」[55]るのではない。看過されてならないのは、個人と共同体の成立には、共感作用を超えて、異質な他者が原理的に内包されているということであり、「ひょっとしたら自分がその異質者であったかもしれない」という契機の不可避性、すなわち異質な他者への対話を通じた寛容と配慮なのである[56]。これらを育む実験場こそ教育の場にほかならない。逆説的に言えば、もし国家を前提とせざるをえないとするならば、むしろこの国家の内と外への開かれとしての相対化の契機そのものに国家の存立可能性が繋留されていることを―思想の自由市場を通じて―自覚していくしかない。日本国憲法が国家法の最高法規でありながら、前文で「諸国民」や「全世界の国民」について言及し、「人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚する」ことを宣言し、あるいは、22条で国民ではなく「何人」の国内・国外移住と国籍離脱の自由を確認しているのも、普遍主義にコミットすることで、公権的シンボリズムによる閉鎖圏としてではなく、まさに内と外とに開かれている人格的コミュニケーション（武力や暴力ではなく言論によって―平和的生存権）の充溢ゆえに正当に存立しうる国家の本質を言い当てているわけである。人－間は、シンボル形式としての言語を有した瞬間から必然的に普遍化的性向を有したのであり（発語とはすでにつねに普遍的仮説の投企でしかない）、段階と程度こそあれ、政治および文化双方の閉鎖圏（排他的ナショナリズム）はもちろん、一方のみ開放する半閉鎖圏（『国体の本義』[1937年] など）も破綻せざるをえず、個人と国家は自己の正統性と正当性を―パースが「無限定のコミュニティの未来の思考」（CP. 5. 311, 316, 407, 408.）に真理を賭けたように―最終的には人格的コミュニケーションを通じた普遍化可能性に賭けていくよう運命づけられている。国境という境

界線の位置がアプリオリなものではない[57]のと同様、公権的シンボリズムとそれによる個人と国家の位置もアプリオリなものではないし[58]、個人と国家の同一化も原理的にありえないし、あってはならない。希望は、あるいは救いは、われわれの合理的熟議（deliberation）の中で、境界線からやって来る。

3．Eichmann complex

東日本大震災以後、「東北の人たちは偉い。あんな大災害に遭遇しても、文句も暴動もなさず黙々と一生懸命頑張っている」と言われる。確かにその通りなのだが、このシンボル化されたフレーズの独り歩きは同調圧力を増幅し、かえって「言うべきことが言えない」抑圧状況を生んではいないか？このシンボルが、公権力による被災者救済や被災地復興の遅延と不充分さの隠蔽装置となってはいないか？シンボルの押しつけによる「立派な Fukushima 人」像が強制されてはいないか？…シンボリズムは良くも悪くも、個々人の人格形成と生に不可避の刻印となる。そして、烙印（stigma）ともなりうる。Fukushima シンボルは公権的なものではないが、これがもし強制を伴う公権的シンボリズムだった場合、言うまでもなく一大事である。3.11 以来、政府言論に振り回されている Fukushima 人は、その恐ろしさと危険性をイヤというほど肌身に知らされてきた。

パースにせよ、ソシュールにせよ、記号論の区分の中でシンボルというものの典型が人間の「言語」であることからすれば、真のシンボリズムとは、無限の解釈運動の記号過程（パース）に開かれた人々の言葉、まさに「思想の自由市場」における自由な人格的コミュニケーション体系（その統治形態の顕現としての民主制）そのもののハビトゥス化にほかならないことに気づかされるだろう。その中での人々の自由な対抗言論によってこそ、欺瞞にであれ風評にであれ、人は人間的に強く立ち上がり対抗もできるし希望も持てるというものである。思想の自由市場という理念モデルを体系化したと考えられる憲法により構成および統制される国家のここでの使命は、自由な人格的コミュニケーショ

ン過程の対等な保障・実現なのであって、シンボリズム強制によるその不在化ではない（言うまでもないが、公権力は、「日の丸」・「君が代」の強制だけでなく、それらの拒否の強制や禁止も行ってはならない）。その不在化を告発し異議を申し立てる憲法人は、一般人だろうと、まして憲法尊重擁護義務を課されている公務員だろうと変わらない。かつて棋士の米長邦雄東京都教育委員（当時）が園遊会に招待されて、「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」と天皇に話したところ、「やはり、強制になるということではないことが望ましい」と応答されて狼狽したという有名なエピソードがあるが[59]、教育公務員として生徒に大きな影響を与える立場の人間が憲法上疑義ある公務を命令されたとき、あくまで粛々と公務を遂行して何百万人ものユダヤ人を強制収容所送りにした悪名高き優秀な公務員アドルフ・アイヒマン（Karl Adolf Eichmann）[60]となるのか、それとも憲法人となるのか、まさに「良心」が問われている。それは、「理不尽で強圧的な行政の後始末を押しつけられた」[61]裁判官も同じである。公務員は国家の下僕ではなく、国民全体への奉仕者である。

かりに愛国心的なものが必要だとするなら、それは、人格的コミュニケーション体系を保障する憲法についての、いわば「憲法パトリオティズム（Verfassungspatriotismus）」（J. ハーバーマス）[62]とでも言ったもののはずである。日本的＜和＞という「空気」（山本七平）の支配による盲目的な先例依存と同調圧力（「言挙げせぬ国」という言霊の呪縛）が伝統的に強いわが国の風土にあっては、故伊藤正己裁判官が信条とした「和而不同（和して同ぜず）」（『論語』）という教えは、国旗国歌儀礼においても裁判官合議においても肝に銘じられるべきものであるのかもしれない。それは異議申立てであろうと沈黙的拒否であろうと、下から発する憲法的良心の声である。法と道徳・感情を原則的に区別することは法学の基本的常識だが、国旗国歌儀礼の道徳的善悪如何にかかわらず、また、国旗国歌の内容如何を問わず、日本国憲法体系に照らして合理的リーガル・マインドでもって儀礼行為の公権的強制の法的正義が問わ

れなければならない。わけても、教育の場については、本判決群が援用する旭川学テ事件判決の核心を風化させてはならない。

もとより、政党政治の下で多数決原理によつてされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的要因によつて左右されるものであるから、本来人間の内面的価値に関する文化的な営みとして、党派的な政治的観念や利害によつて支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険があることを考えるときは、教育内容に対する…国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、殊に個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤つた知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法二六条、一三条の規定上からも許されない[63]。

他人の権利自由を明白に侵害しない限りで、下からの憲法的良心の声を発すること、この声に耳を傾けること、この声に応答すること、この人格的コミュニケーションの中での<交わりつつ同一化せぬペルソナ>としての関係的人格を尊重すること、この自由こそ日本国憲法全体のプロジェクトなのである[64]。「[「日の丸」・「君が代」に反対する人間は－引用者注] 徹底的につぶさないと禍根が残る。特に半世紀巣食ってきているガンだから、痕跡を残しておくわけにいかない」[65]という鳥海巌東京都教育委員（当時）の発言は、およそ教育的とは言えず、許されるものではないだろう。日本国憲法のプロジェクトを遂行実現する代わりに公権的シンボリズムによる国民＝国家同一化による黙従と異分子の排除を強制するような国家には魔力はあっても魅力はない。

日本国憲法第１章に規定されている「象徴天皇制」ですら時々の政権によって恣意的とも言えるような様々な解釈・運用によって膨張させられてきたので

ある[66]。まして憲法上明記されていない国旗国歌のシンボリックな強制力と萎縮効果は―法制化の当初から予見できたことではあるが[67]―ますます暴走の虞がある。われわれは、デモーニッシュな公権力を適正にコントロールするために、非合理的思考の不可避性を自覚しつつ絶えず合理的思考のメスを批判的に入れ続けていかなくてはならない。事柄を風化させることなく、下からの憲法的良心の声を発し続けなければならない。公権的シンボリズムに人格的コミュニケーション体系という原-シンボリズムで揺さぶりをかけ、そのシンボル形式のうちに多様性を統一しつつ、神秘的合一（unio mystica）という同一性の管理的暴力を馴致していかなければならない。それは同時に、われわれの内に潜む異質性排除の情念としての無自覚の宗教性を、「内なる天皇制」[68]と公権的シンボリズムを自覚化し相対化して、共生の論理へと自己を開いていくことでもある。スポーツ基本法の成立（2011年）、中学校武道必修化（2012年）等の流れも加わる中、学校教育における「日の丸」・「君が代」強制問題が今後どうなっていくのか、主権者としてのわれわれ自身が問われているのだ。われわれの幸福な未来は、われわれ自身の手による日々の憲法文化の創造にかかっている。備えあれば患えなし。公権的シンボリズムが暴走して取り返しのつかない人災が生じてから、「想定外の事態だった」と言っても、もう遅い。

> 成文憲法とか法文化された憲章は、それが市民の心のうちに書かれた憲法の表現でないかぎりは、真の拘束力をもたないのである。この道徳的支柱がないならば、まさに国家の強さそのものが、それに先天的に内在する危険となるのである。…人間文化の世界は…暗黒の神話が戦いとられ、征服されるまでは、現われることができなかった。しかし、神話的怪物は完全には破壊されなかった。それは新しい世界創造のために用いられたが、なお、この世界のうちに生きながらえているのである。神話の威力は、より優れた勢力によって阻止され、服従させられた。こうした勢力、知的・倫理的および芸術的勢力が十分な力をもっているかぎりは、神話は馴らされ、

従わされる。しかし、ひとたび、それらの勢力が力を失い始めると、混沌がふたたび到来する。そのとき、神話的思惟がふたたび現われ、人間の文化的・社会的生活の全体を支配し始める[69]。

跋 Sapere aude !

立憲主義よりもポピュリズムを盾にして大阪維新の会が国旗国歌関連条例を推進する一方、2012年１月16日には最高裁第一小法廷で、本判決群と同種のケースにつき、本判決群を参照して職務命令を合憲としながらも懲戒処分を受けた171名のうち停職処分と減給処分を受けた２名について裁量権逸脱により違法として取り消す判決が出された（本件でも宮川光治反対意見のみが職務命令自体を憲法19条違反としている）[70]。行政の行き過ぎへの叱責や裁量権問題を指摘した本判決群の補足意見の可能性が活かされた形となっている。ギリギリのところで、健全な Recht 思考と良心を有する裁判官たちの面目を守った判決が下されたと評価してよいが、②判決宮川反対意見に示されたような憲法上の権利と国旗国歌職務命令とをめぐる一層の深い洞察が多数意見となる希望を将来に託しつつ擱筆したい。「伝統と文化を尊重」（教育基本法２条５号）すべしと言うなら、われわれが尊重していくべきは、いまや大日本帝国憲法よりも永く命脈を保つに至った、われわれの日本国憲法の伝統と文化なのであろう。

―Fukushima の未来ある学生諸君、就中公務員を目指す君に捧ぐ

【参考文献】

蟻川恒正『憲法的思惟』（創文社、1994年）
石川健治『自由と特権の距離（増補版）』（日本評論社、2007年）
石川文康『良心論』（名古屋大学出版会、2001年）
市川須美子『学校教育裁判と教育法』（三省堂、2007年）

伊藤述史『現代日本の保守主義批判』（御茶の水書房、2008年）
伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）
内野正幸『教育の権利と自由』（有斐閣、1994年）
遠藤比呂通『人権という幻』（勁草書房、2011年）
奥平康弘『「表現の自由」を求めて』（岩波書店、1999年）
小熊英二『日本という国（増補改訂）』（イースト・プレス、2011年）
小田切信夫『国歌君が代講話』（共益商社書店、1929年）
柿沼昌芳ほか編著『「愛国心」の研究』（批評社、2004年）
勝野尚行『教育基本法の立法思想』（法律文化社、1989年）
金井光生「憲法哲学の執拗低音（全３回）」行政社会論集（福島大学）21巻３号、21巻４号、22巻１号（2009年）
兼子仁『教育法（新版）』（有斐閣、1978年）
木村素衛『国家に於ける文化と教育』（岩波書店、1946年）
駒村圭吾ほか編著『表現の自由Ｉ』（尚学社、2011年）
今野健一『教育における自由と国家』（信山社、2006年）
杉原泰雄『憲法と公教育』（勁草書房、2011年）
高橋哲哉『教育と国家』（講談社現代新書、2004年）
千葉慶『アマテラスと天皇―＜政治シンボル＞の近代史』（吉川弘文館、2011年）
土屋英雄『「日の丸・君が代裁判」と思想・良心の自由』（現代人文社、2007年）
永井憲一『教育法学の原理と体系』（日本評論社、2000年）
西田幾多郎『日本文化の問題』（岩波新書、1940年）
西原博史『良心の自由（増補版）』（成文堂、2001年）
日隅一雄ほか『検証福島原発事故・記者会見』（岩波書店、2012年）
山本七平『「空気」の研究』（文春文庫、1983年）
和辻哲郎『日本倫理思想史（全４巻）』（岩波文庫、2011－12年）
R. イェーリング（村上淳一訳）『権利のための闘争』（岩波文庫、1982年）

E. カッシーラー（生松敬三ほか訳）『シンボル形式の哲学（全４巻）』（岩波文庫、1989－97年）

W. ジェイムズ（伊藤邦武編訳）『純粋経験の哲学』（岩波文庫、2004年）

C. S. パース（伊藤邦武編訳）『連続性の哲学』（岩波文庫、2001年）

R. バルト（下沢和義訳）『現代社会の神話』（みすず書房、2005年）

J. S. ミル（塩尻公明ほか訳）『自由論』（岩波文庫、1971年）

「君が代」訴訟をすすめる会編『資料「君が代」訴訟』（緑風出版、1999年）

日野「君が代」処分対策委員会ほか編『日野「君が代」ピアノ伴奏強要事件全資料』（日本評論社、2008年）

1　田中伸尚『日の丸・君が代の戦後史』（岩波新書、2000年）、西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト1166号（1999年）、同「『国旗・国歌法』と思想・良心の自由」法学セミナー541号（2000年）など。倉持孝司「『元号・君が代・日の丸』を見て歩く」法学セミナー538号（1999年）は問題を概観するのに便利である。

2　土肥信雄『それは、密告からはじまった』（七つ森書館、2011年）は必読。ほかに、市川須美子「日の丸・君が代の訴訟の争点」日本教育法学会年報38号（2009年）、岡村達雄『処分論』（インパクト出版会、1995年）、佐々木健次「国旗・国歌の強制問題の現状について」自由と正義58巻12号（2007年）、高橋・後掲参考文献第５章、早瀬勝明「国家斉唱・ピアノ伴奏命令の違憲性」法政論叢39号（2007年）68頁以下、宮村博「教育における強制」季刊教育法141号（2004年）などを参照。

3　「政府言論」については、蟻川恒正氏の一連の業績を参照。葛島夏木「教育領域に潜むガバメントスピーチ」立命館法政論集６号（2008年）も参照。

4　順に、平成22年（行ツ）第54号再雇用拒否処分取消等請求事件（民集65巻４号1780頁、判時2123号３頁（①事件））、平成22年（オ）第951号損害賠償請求事件（判時2123号３頁（②事件））、平成22年（行ツ）第314号戒告処分取消等、裁決取消請求事件（判時2123号３頁（③事件））、平成22年（行ツ）第372号戒告処分取消請求事件（判時2123号３頁（④事件））。

5　最判平成19・２・27民集61巻１号291頁。これは、国旗国歌法および都教委

「10.23通達」以前のケースである。ピアノ伴奏事件判決については、森英明「調査官解説」曹時61巻11号（2007年）のほか、蟻川恒正・佐々木弘通・土屋英雄・西川博史・渡辺康行各氏ら重要な文献の枚挙に遑がない。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44号（2010年）は、関連文献が網羅され議論状況がよく整理されており参考になる。

6　「直ちに～ない」とは便利な語法である。いわく、「この程度の放射線量ならば、直ちに健康に影響を及ぼすものではない」。

7　拙稿「判批」法学教室377号（2012年）の高覧を先に乞う。主要な参考文献についても、そこで引用されたものを参照。拙稿脱稿後の文献として、渡辺康行「判批」判例セレクト2011－1（有斐閣、2012年）など。

8　中世普遍論争で有名なカトリック神学者D. スコトゥスいわく、「『私は［他人の］言葉にできるだけ理屈の通った解釈を与えたいのである』。このような本質的に非論争的な方法によってのみ、論証に本質的に内在する弱さを示すことができるのである」（H. アーレント［佐藤和夫訳］『精神の生活（下）』［岩波書店、1994年］154頁）。

9　仮の命名。ピアノ伴奏事件判決でも見られた、「内心」と「外部的行為」との内的連関を極めて限定的なケースでしか重視しない見方である。「内心」については絶対的保障を認める一方、それが外部的行為として表明される場合には社会一般の規範等との調整から制約を認める立場であるが、「内心に反する外部的行為を強制されるだけならば、直ちに内心自体を侵害するものでない」という論理になりがちである。

10　伊藤正己・後掲参考文献70頁以下、滝井繁男「個別意見」法学セミナー685号（2012年）。個別意見制は、最高裁の対内的および対外的な合理的対話性の確保と「将来の時代の知性への訴え」として重要な制度である（伊藤正己「少数意見について」『憲法の研究』［有信堂、1965年］を参照）。

11　藤原正彦『日本人の誇り』（文春新書、2011年）93－94頁。

12　判例時報2113号（2011年）33頁。

13　藤原・前掲書注11・87頁。同『国家の品格』（新潮新書、2005年）67頁も参照。多数派による少数派へのイジメや排除といった卑怯な振舞いは、「武士道精神」からして以ての外だろう。

14　安倍晋三『美しい国へ』（文春新書、2006年）。

15 西原博史「『君が代』不起立訴訟最高裁判決をどう見るか」世界821号（2011年）117－118頁も参照。

16 ピアノ伴奏事件判決に関するものだが、坂田仰「君が代伴奏職務命令の妥当性」月刊高校教育40巻９号（2007年）も参照。

17 実際、①判決の上告理由では、在日朝鮮人や在日中国人の生徒に対して国旗国歌儀礼を強制することになるから許されない旨を主張していた。

18 最大判昭和63・６・１民集42巻５号311頁。

19 United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644, 655 (1929).

20 E. カッシーラー（宮城音弥訳）『人間』（岩波文庫、1997年）66頁。最新の研究書として、齊藤伸『カッシーラーのシンボル哲学』（知泉書館、2011年）、馬原潤二『エルンスト・カッシーラーの哲学と政治』（風行社、2011年）。

21 哲学者・記号論者パースの引用は、COLLECTED PAPERS OF CHARLES SANDERS PEIRCE vols. 1-8 (Charles Hartshorne et al. eds., Harvard University Press, 1931-58) による。慣例として、CP.7.583.は本著作集第７巻583パラグラフを示す。最新の研究書として、新茂之『パース「プラグマティズム」の研究』（晃洋書房、2011年）。

22 OLIVER WENDELL HOLMES, THE COLLECTED WORKS OF JUSTICE HOLMES 3 (Sheldon M. Novick ed., The University of Chicago Press, 1995) at 502. ホームズ裁判官とシンボリズムについては、拙稿「国旗敬礼強制拒否事件判決における<シンボリズム>に関する覚書」行政社会論集（福島大学）22巻３号（2010年）を参照。

23 L. ハント（松浦義弘訳）『フランス革命の政治文化』（平凡社、1989年）80頁。C. E. メリアム（斎藤真ほか訳）『政治権力（上）』（東京大学出版会、1973年）特に第４章、「統合」下中彌三郎編『政治学事典』（平凡社、1954年）989－990頁なども参照。

24 West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943). 同判決については、拙稿前注22のほか、蟻川・後掲参考文献、瀧澤信彦『信教の自由』（信山社、2001年）、土屋英雄『自由と忠誠』（尚学社、2002年）などを参照。

25 拙稿「憲法哲学の夜想曲『正義の女』」行政社会論集（福島大学）23巻３号（2011年）。

26 拙稿前注25。稲垣良典『人格≪ペルソナ≫の哲学』（創文社、2009年）も参照。

27 「ファシズムは、大衆に（権利を、ではけっしてなくて）表現の機会を与えることを、好都合と見なす」（W. ベンヤミン［野村修編訳］『ボードレール』［岩波文庫、1994年］107頁）。

28 「人間が異常な、危険な状況に直面しなければならないときに、神話はそのまったき支配力をもつにいたる」（E. カッシーラー［宮田光雄訳］『国家の神話』［創文社、1960年］368頁）。馬原・前掲書注20も参照。

29 まだ新しい「言語権」という観念は、主に少数言語の保護という多文化主義的な文脈に由来しているが（大江洋「言語を権利と捉えること」立教法学55号［2000年］、言語権研究会編『ことばへの権利』［三元社、1999年］、特集「言語権とは何か」月刊言語 37 巻２号 ［2008 年］など）、コミュニケーション不全やハンディキャップを負っている人間の個人権としての構築も重要である。ろうあ者問題を論じるものとして、小林武「言語権（１・未完）」法経論集（愛知大学）182号（2009年）。

30 ホームズ裁判官と「思想の自由市場」論については、拙著『裁判官ホームズとプラグマティズム』（風行社、2006年）、同「拙著『裁判官ホームズとプラグマティズム』義解」アメリカ法2007－１号（2007年）、同「表現空間の設計構想（アメリカ）」駒村ほか編著・後掲参考文献の三部作およびL. メナンド（野口良平ほか訳）『メタフィジカル・クラブ』（みすず書房、2011年）などを参照。貴重なマイクロフィルム一次資料として、福島大学附属図書館所蔵の The Oliver Wendell Holmes, Jr. Papers (University Publications of America, 1985)。

31 Keyishian v. Board of Regents, 385 U.S. 589, 603 (1967).

32 Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U. S. 503, 506 (1969).

33 東京高判平成23年３月10日判時2113号62頁、94頁。

34 花見忠「判批」ジュリスト1397号（2010年）も参照。教員の職務と思想・良心の自由に関するアメリカ合衆国憲法判例の重要な研究として、長峯信彦「教師の国旗敬礼拒否・忠誠宣誓拒否（１）－（３・完）」法経論集（愛知大学）173号、175号、179号（2007－2008年）など。

35 西原博史・後掲参考文献431頁。百地章「思想・良心の自由と国旗・国歌問題」日本法学73巻２号（2007年）の理路からしても、論者の主張とは反するが、拙稿群が述べてきた理由から例外的に国旗国歌儀礼職務命令の拒否が認められうるのではないか？

36 最大判昭和49年・11・6刑集28巻9号406－407頁。

37 関連して、大西斎「思想・良心の自由と国旗掲揚・国歌斉唱」憲法研究41号（2009年）。

38 田中耕太郎「教育の理念と政策」信濃教育716号（1946年）6頁（適宜、現代表記に改めた）。

39 田中耕太郎『教育基本法の理論』（有斐閣、1961年）686頁以下など。「教育行政の一つの特色とするところは、一般行政において行われるような官僚的指揮監督の排除でなければならない」（同書870頁）。

40 国旗国歌儀礼の強制に伴って、生徒と教員が協力して創り上げて来た卒業式が廃止されたり、卒業式が生徒や教職員が同じ目線で行うフロア式（対面式）から壇上との差異化を図るステージ式に改めさせられたり（それにより、障がいを持つ生徒等に不利益も生じている）している。また、土肥・前掲書注2によれば、卒業式での国旗国歌儀礼の実施を監視するために派遣された教育庁職員の遅刻のために卒業式自体を遅らせるべき旨の発言が都教委からあっただけでなく、国旗国歌儀礼の個別的職務命令発出と卒業式を適正に行うこととでは前者のほうが重要であると都教委に言われたそうである（同書20頁以下、66頁以下を参照）。

41 不利益処分の行政裁量審査については、行政法上の裁量統制論から逸脱・濫用を問うアプローチがなされるのが通例であるが、本件のような憲法上の権利に深刻に関わるケースでは違憲審査のアプローチによる憲法理論的可能性も模索されるべきだろう。この点につき、太田健介「憲法学から見た行政裁量とその統制」東京大学法科大学院ローレビュー5号（2010年）、宍戸常寿「人権論と裁量論」公法研究71号（2009年）、須藤陽子「比例原則と違憲審査基準」立命館法学321・322号（2008年）、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年）特に146頁以下など。なお、佐々木弘通「『表現の自由』訴訟における『憲法上保護された行為』への着目」長谷部恭男ほか編著『憲法の理論を求めて』（日本評論社、2009年）も参照。

42 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟3』（有斐閣、1987年）も参照。

43 奥平康弘「君が代訴訟判決に補足意見花盛り」朝日新聞2011年6月28日付夕刊3頁。

44　①判決について、奥平康弘氏は、「３人の補足意見を見ると、『起立命令の合憲性はぎりぎりだ』という悲鳴が聞こえてくるようだ。結論はピアノ訴訟と同じだが、裁判官たちの判断の経緯に苦労がうかがえ、実質的に違憲判決に近くなった印象を受ける」とコメントしている（毎日新聞2011年５月31日付朝刊３頁）。

45　大和岩雄『魔女論』（大和書房、2011年）を参照。つとに私の憲法哲学が一見法学的でない〈魔女〉を重視してきたのは、その境界的存在が、近代主権国家樹立のための異端排除システムへと極めて政治的に祀り上げられた供犠だからである（福田真希「フランスにおける魔女と国家」思想1054号［2012年］も参照）。

46　謎の多いアマテラスについては、拙稿前注25のほか、佐藤弘夫『アマテラスの変貌』（法蔵館、2000年）、千葉・後掲参考文献、溝口睦子『アマテラスの誕生』（岩波新書、2009年）などを参照。

47　L. アルチュセール（西川長夫ほか訳）『再生産について（下）』（平凡社ライブラリー、2010年）88頁以下。

48　「元首の大権は憲法の正条を以て之を制限するの外及ばざる所なきこと宛も太陽の光線の遮蔽の外に映射せざる所なきが如し」（伊藤博文［宮沢俊義校註］『憲法義解』［岩波文庫、1940年］43頁）。「日の丸」が太陽のみならずアマテラスをも表現するという公定的な解釈は歴史的にも一般的ではないと言われるが（横田耕一「『日の丸』『君が代』と『天皇制』」法学セミナー541号［2000年］62頁）、これほど日神の aura を見事に表示したものもなく、この下で、政府関係者らの毎年恒例の伊勢神宮参拝も再演されているわけである。

49　西村真悟教育基本法改正促進委員（当時）は設立総会の挨拶で、「お国のために命を投げ出しても構わない日本人を生み出す。お国のために命をささげた人があって、今ここに祖国があるということを子どもたちに教える。これに尽きる」と述べた（朝日新聞2004年２月26日付朝刊４頁）。ここにはもはや、かつてカントが生涯をかけて訴えた、「目的としての人間性」という自律的人間の尊厳の思想は無に帰されている。なお、新右翼の代表的存在である、鈴木邦男（インタビュー）「誰が愛国心を教えるのか」季刊教育法150号（2006年）は興味深い。

50　規制権力としてのアーキテクチャと自由をめぐる問題について、大屋雄裕『自由とは何か』（ちくま新書、2007年）を参照。

51 高乗智之「思想・良心の自由と公務員の人権」公法学研究（駒澤大学）34号(2008年)。同『憲法と教育権の法理』（成文堂、2009年）も参照。「教師の教育の自由」をめぐる「権限」説と「権利」説の対立という周知の理論的論争を措くとしても、私見では、少なくとも、教育において人格的コミュニケーションを公権力が侵害するというような立憲主義の生命線に触れる場合に限っては、教員は半ば教育公務員半ば国民という境界線に立つ者として憲法の名の下に公権力に対峙することになる。

52 小泉良幸「国民の義務と、愛国心」ジュリスト1289号（2005年）も参照。もちろん、神秘主義そのものを人間世界から払拭することはできないし、おそらくは払拭すべきでもない。克服すべきは盲目的な悪しき神秘主義なのであって、人間の現実存在の有限性と可謬性を自覚するための批判的精神の糧としての健全な神秘主義ではない。「すべて賢人は根底において神秘主義者である。彼は自己の極限が宇宙の極限ではないという蓋然性を承認するのである」（Letter from O. W. Holmes to C. P. A. Sheehan [October 27, 1912].）。

53 重要な文献として、嘉戸一将『西田幾多郎と国家への問い』（以文社、2007年）。

54 石川文康氏は、conscience の訳語である「良心」は明治期の翻訳の際に『孟子』から借用されたが、西欧語の原義に善良の意味はなく善悪の判定基準という意味で中立的であること、また、デカルトの cogito も co-agito（共に-議論・思考する）に由来していることを指摘している（石川文康・後掲参考文献65頁以下および111頁以下を参照）。なお、J. ブレント（有馬道子訳）『パースの生涯』（新書館、2004年）512頁も参照。

55 アルチュセール・前掲書注47を参照。

56 この自覚化は革新派のみならず、岩屋に引きこもったアマテラスが八咫鏡に映る自己内他者の姿を見出すことで自律したという神話に表象されているように、保守派にとっても共有せざるをえない前提である。

57 石川健治・杉田敦（対談）「法・文化・境界線」世界755号（2006年）、杉田敦『境界線の政治学』（岩波書店、2005年）を参照。

58 この点で、現在でも影響力のある和辻哲郎の「間柄」の思想には功罪がある。私見では、天皇親政主義や国民道徳論を斥けて、他者関係的コミュニケーション体系を日本倫理学の基盤に据えた点は評価できる反面、天皇を「国民全体性の表現者」として絶対無の通路に措定し、天皇に独占される公共性への滅私奉公として「分」という役割関係に臣民を風土的に固定化すると同時に、「世間」

という外的他者の目による心身規律化に重点を置くことで、内外に開かれた動態的な人格的コミュニケーション体系を不在化させて、自己内他者を通じた＜交わりつつ同一化せぬペルソナ＞の主体性を無化してしまう点は致命的な欠陥である（和辻哲郎『倫理学（全４巻）』[岩波書店、2007年] を参照）。しかし恐ろしいのは、この太平洋戦争中の思考様式の変奏が無自覚のうちに日本国憲法下の日本人の心性にも残響しているのではないか？ということであり、われわれの法文化の成熟度を測る試金石が国旗国歌問題と象徴天皇制問題なのである。私の法学者としての任務のひとつは、人々の Recht のために和辻体系を私の憲法哲学の観点から内在的に克服することにある。

59　朝日新聞2004年10月29日付朝刊38頁。

60　言うまでもなく、H. アーレント（大久保和郎訳）『イェルサレムのアイヒマン（新装版）』（みすず書房、1994年）、G. アンダース（岩淵達治訳）『われらはみな、アイヒマンの息子』（晶文社、2007年）などが必読。

61　奥平・前掲新聞注43。

62　J. ハーバーマス（高野昌行訳）『他者の受容』（法政大学出版局、2004年）142頁など。毛利透『民主政の規範理論』（勁草書房、2002年）特に第１章も参照。

63　最大判昭和51・５・21刑集30巻５号636頁。

64　憲法12条もこうした観点から解釈されうる。なお、刑法上、日本の国旗等に対する罪が規定されていないのは、国民からの国家に対する異議申立てとしての政治的な象徴的言論（symbolic speech）という下からの憲法的良心の声を保護しようとする現れと見ることができる。外国国章損壊等罪（刑法92条）はあるが、侮辱目的に限られ、器物損壊罪（刑法261条）より刑が軽いうえに、外国政府からの請求がない限り公訴されない。世界の国々でも、政治的異議申立てとして国旗を毀損したり焼却したりする表現行為はよく見られる。アメリカ合衆国で、その種の行為を象徴的表現として表現の自由の保護範囲内と認めた有名な判例として、Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989) がある。国旗国歌儀礼と象徴的表現については、森脇敦史「象徴的言論」駒村ほか編著・後掲参考文献を参照。

65　毎日新聞2004年４月９日付朝刊22頁。

66　象徴天皇制と人格的コミュニケーション体系について、拙稿「八咫鏡に映るオイディプス」名和田是彦編著『社会国家・中間団体・市民権』（法政大学出版局、2007年）を参照。

67 国旗国歌法制化を断行した張本人が強制・処分の現状に疑問を呈するのは無責任この上ない（野中広務「君が代起立条例」朝日新聞2011年６月28日付朝刊15頁)。

68 奥平康弘「日本国憲法と『内なる天皇制』」世界523号（1989年)。

69 カッシーラー・前掲書注 28・92頁、394－395頁。寺田寅彦『天災と国防』（講談社学術文庫、2011年）も参照。

70 平成23年（行ツ）第242号停職処分取消等請求事件、平成23年（行ツ）第263号懲戒処分取消等請求事件。これらの宮川反対意見では、教育公務員の特殊性および「教育の自由」の論点と、不利益処分自体の違憲の可能性も言及されている。その後、２月９日に第一小法廷は、平成23年（行ツ）第177号国歌斉唱義務不存在確認等請求事件につき、行政訴訟法上の訴えの適法性は認めたものの、請求に理由がないとして棄却した。本件でも唯一職務命令自体を違憲とした宮川反対意見の末尾の印象深い重要な示唆は、傾聴に値する。