

■ 2019 年度 B 日程 一般入試 法律科目試験

「憲法」問題の出題趣旨・解説

【出題趣旨・解説】

近年、思想及び良心の自由に関する判例法理を大きく進展させた公立学校における国歌の起立斉唱を命ずる職務命令と命令違反に対する懲戒処分についての事例問題である。

問 1 は、事案を検討する前提となる思想及び良心の自由の内容についての知識を確認するものである。

最 1 小判 2011（平成 23）年 6 月 6 日民集 65 卷 4 号 1855 頁によれば、国歌斉唱にあたって起立斉唱を求める職務命令は、「特定の思想を持つことを強制したり，これに反対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，本件各職務命令は，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。」とされている。

ここから、判例は、①特定の思想を持つよう強制してはならないこと、②特定の思想に反対する思想を持つことを禁止してはならないこと、③特定の思想の有無について告白することを強要してはならないことを、思想・良心の自由を「侵してはならない」の意味としてとらえていることが読み取れる。

さらに、先の判決によれば、「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」行為の強制が、歴史観ないし世界観の否定となりうること、「特定の思想又はこれに反対する思想の表明として外部から認識されるもの」の強制が思想の有無の告白の強制となりうるとされる。ここから、④特定の歴史観・世界観を否定することと不可分に結び付く行為の強制の禁止、⑤特定の思想又はこれに反対する思想の表明として外部から認識される行為の強制の禁止も思想・良心の自由を「侵してはならない」の内容とというる。

また、先の判決は、「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こと」が「思想及び良心の自由についての間接的な制約」となることも認めた。ここから、判例は、⑥制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められないような、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ことも、思想・良心の自由を「侵してはならない」の内容とというる。

問 2 については、職務命令違反の違憲性と懲戒処分 of 違憲性の二段階に分けて論ずることができる。

国歌の起立斉唱を求める職務命令については、最高裁は、「一般的、客観的にみて、」特定の世界観、歴史観と不可分に結びつくものではないとして、特定の思想をもつことを強制したり、特定の思想の有無について告白することを強制するものとはいえないとして、思想及び良心の自由の侵害を認めなかった。解答にあたっては、思想及び良心の問題を「一般的、客観的」にみるのが多数者の観点からの判断となることなどを指摘して批判し、思想及び良心の自由の直接的な制約と言おうとの主張を展開することが考えられる。

また、職務命令違反に対して減給処分が下されたことについては、仮に職務命令が思想及び良心の自由を直接的に制約するものとはいえないとしても、判例上も個人の世界観・歴史観と矛盾する外部的行動の強制として、思想及び良心の自由の間接的な制約になるとされており、国歌の起立斉唱を命ずる職務命令違反を繰り返したことを理由に減給処分という重い懲戒処分を下すことは、特定の思想をもつことを理由に重大な不利益を与えることになり、裁量権の濫用にあたるとの主張が考えられる（最 1 小判 2012（平成 24）年 1 月 16 日判時 2147 号 127 頁参照）。

以 上