

国旗・国歌起立斉唱命令事件判決に対する国際人権法からの序説的検討

藤 本 晃 嗣

目 次

- 一 はじめに
- 二 原判決の概要
  - (一) 自由権規約一八条と日本国憲法一九条・二〇条との関係
  - (二) 職務命令の合憲性判断
  - (三) 補足的な職務命令の自由権規約一八条適合判断
- 三 本件への自由権規約一八条のあてはめ
  - (一) 自由権規約一八条の条文構造
  - (二) 自由権規約一八条二項の解釈と原判決の問題点
    - 1. 原判決の自由権規約一八条二項解釈と憲法一九条及び二〇条解釈
    - 2. 自由権規約一八条二項の解釈
    - 3. 原判決の自由権規約一八条二項解釈の問題点と同条に基づく人権保障の程度
  - (三) 自由権規約一八条三項の解釈と原判決の問題点

四

1. 原判決の憲法一九条及び二〇条解釈と自由権規約一八条三項解釈
  2. 自由権規約一八条三項の解釈
  3. 原判決の自由権規約一八条三項解釈の問題点と同条に基づく人権保障の程度
- 結びに

一 はじめに

本稿の三は、「東京都立高校再雇用拒否事件」の第三次訴訟（以下、「本件」）の審理が行われた東京高等裁判所に甲五五号証として控訴人側の意見書<sup>①</sup>として提出したものを改訂したものである。本件は、学校行事での国歌斉唱の際に強制される起立・斉唱をめぐる、教職員が提訴した一連の「国旗・国歌起立斉唱命令事件」の一つである。

本件の控訴人（原告）3名は、いずれも東京都立学校の教員であった際に、定年退職に先立ち申し込んだ非常勤教員の採用候補者選考において、東京都教育委員会から、控訴人らが卒業式における国歌斉唱の際に国歌に向かつて起立し国歌を斉唱することを命じた各校長の職務命令に従わなかったことを理由に不合格とされたため、当該職務命令と不合格の処置などが違法であると主張した。控訴人らが職務命令に従わなかったのは、「日の丸」「君が代」がアジア諸国への侵略戦争の象徴であったことや多様な価値観を認めない一律強制には反対するなどの各人の思想・良心及び信仰に基づく<sup>②</sup>。

本件は、職務命令の違法性を「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（以下、「自由権規約」）一八条に照らして控訴人側が原審から主張してきた国際人権訴訟でもある。原審の東京地方裁判所は判決（以下、「原判決」<sup>③</sup>）で、原告の請求のいずれも棄却した。そのため、意見書では、原判決の自由権規約一八条に関する解釈等の問題点を明らかにし、当該職務命令が同一八条一項、二項及び三項に違反していることを立証することを主眼とした。これらの規定は次の通りである。

一 すべての者は、思想、良心及び宗教の自由についての権利を有する。この権利には、自ら選択する宗教又は信

念を受け入れ又は有する自由並びに、単独で又は他の者と共同して及び公に又は私的に、礼拝、儀式、行事及び教導によってその宗教又は信念を表明する自由を含む。

二 何人も、自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由を侵害するおそれのある強制を受けない。

三 宗教又は信念を表明する自由については、法律で定める制限であつて公共の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又はほかの者の基本的な権利及び自由を保護するために必要なもののみを課することができる。

本稿においてかかる意見書を掲載する目的は、国旗・国歌起立斉唱命令事件に対する国際人権法からの検討の視点を提供することにある。既にこうした試みは、いくつかの先行研究<sup>(4)</sup>よつてはじめておられ、本稿はそうした試みにより進展する一助となる意義をもつ。本稿は、二で原判決を本稿に必要な範囲で紹介し、三で意見書に記載した概要を示し、四で本稿を結ぶこととする。

なお、東京高等裁判所は本件で、原判決をほぼ追認する形で控訴をすべて棄却した<sup>(5)</sup>。これを受けて、控訴人は最高裁判所に上告したが、最高裁の第一小法廷は二〇一八年七月一九日に上告棄却の決定を下した<sup>(6)</sup>。第一小法廷は同日に、東京都立高校再雇用拒否事件の第二次訴訟に対して上告棄却の判決を下し、原審の東京高等裁判所が行つた不合法の処置が違法との判断を覆した<sup>(7)</sup>。本件とこれらの事件との関係性や国際人権法からの分析については、別稿で論じることとしたい。

山崎公士先生には、私が新潟県に赴任してから現在までの長きにわたり、親身なご指導を頂いた。また、困難な状況下でも研究を継続するよう絶えず温かく励まして下さつた。深謝の意を表するための寄稿として、本稿はあまりに

もささやかであるが、お許し頂ければ幸いです。

## 二 原判決の概要

### (一) 自由権規約一八条と日本国憲法一九条・二〇条との関係

原判決は、職務命令が自由権規約一八条に違反するかどうかの判断をするに先立ち、同条が、「わが国内における直接適用が可能なもの」であることを確認した。そして、日本国憲法一九条・二〇条との関係について次のように述べ、憲法違反ではないと解される場合自由権規約18条違反の事実も認められないとしている。

「我が国の法制上、条約の国内法的効力は憲法に劣後するが、憲法の解釈上、例えば、我が国が憲法の定める人権保障よりも高度な人権保障を定めた条約を締結し、条約の規定の直接適用の方法で国内的に実施することが憲法により禁止されているわけではないと考えられる。…しかし、両者の規定が設けられている趣旨及び人権として有する原理は同じであり、憲法19条及び憲法20条の定める人権保障の内容及び程度は普遍的なものと考えられるから、これらの規定の定める人権保障の程度が自由権規約18条に定める人権保障の程度よりも低いレベルにあるもの（逆にいえば、自由権規約18条が憲法により保障されているよりも高度の人権保障を定めたもの）とあえて解すべき根拠は見当たらない。したがって、…憲法19条及び憲法20条違反でないと解される場合には、自由権規約18条違反の事実も認められないと解される。」（下線は筆者の挿入、以下同じ。）

原判決はこのように述べて、結局、職務命令が日本国憲法一九条及び二〇条に違反するかどうかの審査を詳細に行った後に違反はないとの結論を得て、この結論をもって職務命令は自由権規約一八条にも違反しないとの判断を下した。もつとも、原告は職務命令の違法性を自由権規約一八条に基づいてのみ主張しているため、日本国憲法一九条及び二〇条の援用は裁判所の職権で行われている。

なお、原判決のこの判断枠組み（特に下線部）に従えば、「自由権規約一八条が憲法により保障されているよりも高度の人権保障を定めたもの」と解すべき根拠がある場合は、「憲法一九条及び憲法二〇条違反でないと解される場合には、自由権規約一八条違反の事実も認められない」という結論には至らないことになる。つまり、本件では、職務命令は憲法違反ではないが、自由権規約違反であるとの結論が導かれる可能性がある。そこで、意見書では、「自由権規約一八条が憲法により保障されているよりも高度の人権保障を定めたもの」であることの立証に特に主眼が置かれることになった。

## (二) 職務命令の合憲性判断

原判決は、職務命令が憲法一九条及び憲法二〇条に違反しないと判断するに際して、一連の国旗・国歌起立斉唱命令事件における最高裁の判断を概ね踏襲し、次に紹介する通り、「不可分的行為」の理論を踏まえた考え方と、間接的制約の概念を用いて判断したと評価できる。<sup>9)</sup>「不可分的行為」の理論を踏まえた考え方とは、信条と一般的に不可分に結びつかないと評価できる行為の強制による制約を容認することを指す。

### 〔職務命令と憲法一九条〕

まず、国歌の起立斉唱行為が、「一般的、客観的に見て、…慣例上の儀礼的な所作としての性質」を有し、そのよう

に「外部からも認識されることになるから」、「原告ら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つくものではない」。起立斉唱行為は、「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と評価することは困難」で、それは「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」なおさらのことである。したがって、職務命令は特定思想を持つことを強制したり、特定思想の有無の告白を強要するなどのものでないから、「個人の思想及び良心の自由を直ちに制約するものではない。」

但し、起立斉唱行為は、「一般的、客観的に見ても、国旗及び国家に対する敬意の表明の要素」を含むので、原告らの歴史観や世界観に由来する行動と異なる「外部的行動（敬意の表明の要素を含む行為）」が求められる。この限りで、職務命令が、「思想及び良心の自由についての間接的な制約」であることは否定できない。この間接的な制約が許容されるかどうかは、「職務命令の目的及び内容」と「制約の態様等を総合的に較量」し、職務命令に間接的な制約を「許容し得る程度の必要性及び合理性」がある場合であるが、本件ではそれが認められる。なお、そのような判断に至った要素は、三（三）1. で後述する。

〔職務命令と憲法二〇条〕

職務命令が求める行為は、「一般的、客観的に見て」、「儀礼的行事における儀礼的所作に当たる行為」であり、「それを超えて宗教的意味合いをもつ行為」とは言えないので、「その性質上、個人の信教の自由を直ちに制約するものとは言えない」。また、職務命令が求める行為は、「信仰に由来する行動（敬意の表明の拒否）」と異なる外部的行動を認められることとなり、「間接的な制約」となるが、「そ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こと」の理由は、上記の憲法一九条に関する判断と同様である。

### (三) 補足的な職務命令の自由権規約一八条適合判断

原判決は、職務命令の合憲性を上記のように判断したのち、「なお補足するに、<sup>10)</sup>」と述べて、若干の自由権規約18条に関する実体判断を行っている。長くはないので、該当箇所を引用する。

「職務命令は、…儀式的行事における儀礼的所作を命じるものすぎず、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でもないから、自由権規約一八条二項の『自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由を侵害するおそれある強制』をしていないものではないし、同条三項の『宗教又は信念を表明する自由』の制限にも該当しない。仮に、本件職務命令が思想良心の自由及び信教の自由に対する間接的な制約となるという側面を有することをもって『宗教又は信念を表明する自由』の制限に該当すると解した場合であっても、…本件職務命令は、同項の法律で定める制限であつて公の秩序のために必要なものとして許容されるというべきである。<sup>11)</sup>」

### 三 本件への自由権規約一八条のあてはめ

#### (一) 自由権規約一八条の条文構造

本件への自由権規約一八条の適用を検討する前提作業として、同条の条文構造を確認しておこう。一八条一項は、「思想、良心及び宗教の自由についての権利」を保障する条文で、人の内心領域を保障するものである。それゆえ、同



規約の履行監視機関である自由権規約委員会 (Human Rights Committee、以下、文脈上明らかな場合は単に「委員会」とする) の一般的意見二二がこの権利を「広大で深遠な権利」であるとし、「あらゆる事柄についての思想、個人的確信及び宗教又は信念への関与の自由を包含する」と位置づける点<sup>(12)</sup>には疑義を差し挟む余地がない。つまり、控訴人らの職務命令に従わなかった原因となる世界観・歴史観・教育観等は一八条一項の保障の射程に含まれる。

一方、一八条一項は後段で、「思想、良心及び宗教の自由についての権利」には、「自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由」と「その宗教又は信念を表明する自由」が含まれると定める。条文中、前者の自由が一八条二項で規定され、この自由を侵害するおそれのある強制が禁止されている。そして、後者の自由は、一八条三項が定める方式であれば制約することが可能であるとされている。

この点については、準備作業でなされた次の合意を確認しておく必要がある。

「本条の討論の間、思想、良心および宗教の自由は、しばしば『絶対的』、『神聖な』および『不可侵の』として性格づけられた。従って、本条第一項『の第一文』は、明白かつ単純な文言で、しかも、無条件で、『すべての者は、思想、良心及び宗教の自由についての権利を有する』と宣言した。人の内的思想や道徳的良心または宇宙やその創造主に対する人の態度に対しては法的性格をもつかなくなる制約も課しえず、宗教や信念の外的表現のみが正当な制約に服することがあるということにつき一般的な合意があった。<sup>(13)</sup>」

つまり、思想、良心及び宗教の自由についての権利は、一切の制約を受けないという意味で絶対的な権利であることが大前提であることが、起草者の意思であり、この意思が条文構造にも表れている。即ち、二項で定められた「自

ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由」への強制の禁止とは、一項の第一文を重ねて規定したものと評価することができ、<sup>14)</sup>それ故、この自由に対する絶対的な禁止が強調されているのである。

自由権規約委員会も一般的意見二二でこのような立場に立つており、「思想及び良心の自由、又は自己の選択による宗教又は信念を受け入れ又は有する自由に対していかなる制約も許容しない。かかる自由は、…無条件で保護される<sup>15)</sup>。」としている。

## (二) 自由権規約一八条二項の解釈と原判決の問題点

### 1. 原判決の自由権規約一八条二項解釈と憲法一九条及び二〇条解釈

原判決は、自由権規約一八条二項が保障する「自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由」に対する制約が本件では、そもそも存在しないとの前提をとっていることが、二(3)で引用した同条項に関する記述から分かる。つまり、本件職務命令に基づく起立斉唱行為の性質が「儀礼的所作」を命じるものに過ぎないとすること、そうした性質しか有しない本件職務命令が、「自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由を侵害する」ことは起こり得ないという考え方である。

そして、こうした考え方は、二(2)でみた憲法一九条に基づく判断と同一である<sup>16)</sup>。そこでは、「儀礼的所作」の性質しか有さない命令が、「思想及び良心の自由」を侵害することになる場合があり、それは、かかる命令によってそうした侵害の発生が「不可分に」生じる場合のみであるとの解釈が示されていた。

## 2. 自由権規約一八条二項の解釈

次に、自由権規約一八条二項を解釈し、同条項に基づく人権保障の程度を明らかにしよう。まず一般的意見二二の第五パラグラフは、自由権規約一八条二項が禁止する「強制」についての解説を次のように行っている。

「かかる強制には、信者又は無信仰者にその宗教的信仰及び宗派にとどまること、自己の宗教又は信念を撤回すること又は改宗することを強要するために用いられる暴力の行使又は刑事罰の使用もしくはそれによる脅迫が含まれる。同一の意図又は効果を持つ政策又は慣行も同様に第一八条第二項と矛盾する。かかる政策又は慣行として、教育又は医学的治療を受ける権利、雇用を得る権利又は第二五条及び規約の他の規定で保障されている権利の行使を制約するなどがある。非宗教的な性格のあらゆる信念を有する者にも同じ保護が与えられる。」<sup>17)</sup>

ここで第一文が指摘する禁止される「強制」とは、原判決の言葉を借りると「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」<sup>18)</sup>するものであり、憲法学でいうところの「直接的制約」<sup>19)</sup>である。

そして次の第二文は、問題となる政策や慣行が、第一文が禁止する強制と「同一の意図または効果」があるのであれば、そうした政策や慣行も禁止される強制になるとしている。そうした例として、「教育を受ける権利」「雇用を得る権利」などへの制約が挙げられている。ここで挙げられた制約は、「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」するものではない。むしろ、「特定の思想」や「これに反対する思想」とは一見関係性のない権利を制約する措置であったとしても、それに第一文が禁止している強制と「同一の意図又は効果」が認められるのであれば、一八条二項に違反する措置として禁止されるとの解釈なのである。

この強制の意味を幅広くとる解釈の正当性は、一八条二項の文言解釈から確認できる。つまり、同項が禁止してい

るのは、

「自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由を侵害するおそれのある強制 (coercion which would impair)」

であつて、

「自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由を侵害する強制 (coercion which impair)」

ではないからである。一八条二項が後者の条文を採用しているのであれば、同項が禁止している強制は、上記の一般的意見二二の第一文の禁止のみとなる。しかし、一八条二項の条文は、推量や可能性を示す助動詞 *would* を用いて「侵害するおそれのある強制 (coercion which would impair)」を禁止しているのであるから、「自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由」を侵害する危険性がある措置をも禁止していると解することができる。

準備作業においては、ここで用いられた動詞が *“deprive”* でなく、*“impair”* が用いられている点から、上記で示したように強制の意味を幅広く解釈することができるので好ましい用語の選択であるとの意見が示されている。<sup>(20)</sup> *“impair”* の本来の意味が「価値を減じる」<sup>(21)</sup> の意であることを想起すれば、この意見の理解は容易である。

以上から、上記の一般的意見二二の第二文は、こうした条文解釈に基づいた正当なものであり、侵害の危険性の判定を、当該措置の「意図または効果」で判断しようとしている。

こうした解釈は、個人通報の事例である *Raiton Hudojberganova v. Uzbekistan* (Communication No. 931/2000) 事案に対する自由権規約委員会の見解<sup>(22)</sup>でも踏襲され、一八条二項違反認定が示された本案審査において、次のようにより明確に示されている(特に下線部)。

「公共のまたは私的な場所で宗教的服装の着用を妨げることは、個人が宗教を受け入れ又は有する自由を侵害するおそれのある強制を禁止した一八条二項に違反する。一般的意見二二の第五パラグラフで示された通り、直接の強制 (direct coercion) と同一の意図または効果をもつ政策または慣行 (その例として、教育に対する権利への制約) も、一八条二項と矛盾する。」<sup>(23)</sup>

なお、本件は、女性である通報者 (Rahon Hudoyberganova 氏) が、宗教 (イスラム教) 上の理由からヘッドスカーフ (headscarf) をまとう、これを着用しないようにとの大学当局からの指示を拒否したことが原因で、大学を退学処分となったことをもって一八条違反を個人通報した事例である。<sup>(24)</sup> 自由権規約委員会は本件において、上記のとおり一八条二項違反を2点において認定した。即ち1点目は、上記の第一文が示す通り、通報者が大学においてヘッドスカーフの着用が妨げられたことに対する違反認定である。そして2点目は、第二文が示す通り、通報者が退学処分を受けたことに対する違反認定である。通報者は、退学処分の原因が自身のヘッドスカーフの着用にあると主張しているが、ウズベキスタンは当該処分の理由が「数々の警告をした後も、通報者が教員に対して乱暴で不道徳な態度をとり、大学の学内規則に違反したこと」<sup>(25)</sup>にあると反論していた。通報者は先の主張を展開しながらも、このウズベキスタンの反論の内容を概ね認めている。<sup>(26)</sup> こうしたことから、通報者の主張は退学処分が自身の信仰と不可分の関係にあるとの主張であり、ウズベキスタンの主張は該処分は通報者の信仰とは不可分の関係にないとする主張であると理解できる。自由権規約委員会は本案審査でこの点についての事実の確定を行わずに、一八条二項違反の認定を行った。これは、当該措置 (政策または慣行) が、通報者の「自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由」を侵害する強制と「同一の効果」<sup>(27)</sup>があるとの認識に基づいてなされた判断だと考えられる。

### 3. 原判決の自由権規約一八条二項解釈の問題点と同条に基づく人権保障の程度

さて、原判決は、起立斉唱行為の職務命令は「慣例上の儀礼的な所作としての性質」を有するので、これ自体は「選択する宗教または信念を受け入れ又は有する自由」への制約に成り得ないと考えている。この前提に立つたとしても、自由権規約一八条二項に基づく解釈に従えば、同条項違反の判断は免れない。即ち、この命令に対して、「原告らの有する歴史観ないし世界観」つまり「自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由」に基づいて従わなかった原告らに対しては、本件不採用という措置（政策）がとられている。そのため、この措置は「直接の強制と同一の効果をもつ」ととらえることができ、一八条二項が禁止する措置に該当するのである。

この問題に関する憲法の人権保障の程度は、原判決が明らかにしているように、「儀礼的所作」の性質しか有さない命令が、憲法一九条違反となり、原告らの人権が保障・救済されることになるのは、かかる命令が「思想及び良心の自由」への侵害が「不可分に」生じる場合のみと限定的である。自由権規約一八条二項の人権保障の程度は、これを含むより高いレベルにある。

### (三) 自由権規約一八条三項の解釈と原判決の問題点

#### 1. 原判決の憲法一九条及び二〇条解釈と自由権規約一八条三項解釈

原判決は、起立斉唱行為は「儀礼的所作」にしかすぎないとしながらも、そこに「敬意の表明の要素」がある点を認め、それゆえに原告らに対して敬意の表明の要素を含む外部的行為が求められているとする。よって、本件職務命令が原告らの思想及び良心の自由についての「間接的な制約」になるとしていた。もつとも、こう判断する際には、

間接的な制約が許容されるか否かの基準を次のように示している。

「本件職務命令の目的及び内容並びにこれによってもたらされる「間接的な」制約の態様等を総合的に較量して、本件職務命令に「間接的な」制約を許容し得る程度の必要性およ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。」<sup>(28)</sup>（「」は筆者の挿入）

そして、次のものが検討の要素として挙げられている。それらは大意、①学校の卒業式や入学式等の教育上の特に重要な節目となる儀式的行事においては、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必要であること、②教育の目的が、学校教育法などから、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にあること、③国旗国歌に関する学習指導要領は、入学式や卒業式での国旗掲揚と国歌斉唱を指導する趣旨を、生徒に国旗及び国家に関する正しい認識を持たせ、それを尊重する態度を育てること等としていること、④従来慣習を法文化した国旗及び国家に関する法律の存在、⑤原告ら地方公務員の法令等及び職務上の命令に対する遵守の必要性の5点である。<sup>(29)</sup>なお、原判決は、本件職務命令の趣旨を「式典の場において教員らが…、国旗及び国歌として定められたものを尊重する態度を示すことにより、生徒らにも同様の態度が涵養され、学習指導要領の内容が実現されることを効果として期待した」<sup>(30)</sup>点に求めている。

原判決は、これらの要素を具体的にどのように較量したのかは明示していないが、間接的な制約の目的は、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（①）と、国旗及び国歌として定められたものを尊重する態度を生徒に涵養させ、正しい認識を持たせること（③及び本件職務命令の趣旨）とまとめることができよう。

そして、②と④は本件職務命令の正当性を支える状況であり、⑤は本件職務命令そのものの正当性と言えよう。

なお、ここで示された間接的な制約が許容されるか否かの基準とこの基準に基づく判断は、本件職務命令が憲法一九条及び二〇条に適合するとの結論を導く際に用いられたものだが、原判決は、これを自由権規約一八条に適合するかどうかの判断でも用いられるものと考えている。そして間接的な制約となる職務命令は、一八条三項の「法律で定める制約であつて公の秩序のために必要なものとして許容されるべきである」として、同条項に適合するとの判断を示している。

## 2. 自由権規約一八条三項の解釈

自由権規約一八条三項に基づいて「宗教又は信念を表明する自由」に対して許容される制約は、同条項の文言解釈から、①法律で定められていること、②「公共の安全」や「公の秩序」など定められた制約事由を保護する目的のものであること、③かかる制約事由の保護のために必要なものであることの三つの条件を満たすものであることが分かる。

ところで、自由権規約には、こうした制約形式を定めた条文が他にも四つあり、それらは次の通りである。

一二条三項後段（移動の自由などに対する制約）

一九条三項（表見の自由の行使に対する制約）、

二二条第二文（平和的な集会の権利に対する制約）、

二二条二項（結社の自由に対する制約）

こうした条項の中でも一八条三項は、掲げられた制約目的の範囲が限定されており、宗教又は信念を表明する自由



に対する制約可能な範囲が他の条項と比べて狭められていると評価できる。その理由として、①一八条三項は他の四つのすべての制約条項が制約目的として掲げる「国の安全」を掲げていないこと、②制約目的として「他の者の権利及び自由」を定める条項は、一八条三項の他にも一二条三項、二二条一項、二二条二項とあるが、後者の三条項と異なり、一八条三項は制約目的を実際は、「他の者の基本的な権利及び自由」と限定し、制約目的として許容される範囲を狭めていること、③ここで挙げた五つの制約事由をもつ制約条項はすべて、制約事由として「公の秩序」をもつが、この用語の英語正文は一八条三項が“public order”であるのに対して、他の四条項は“public order (ordre public)”であることが挙げられる。<sup>(32)</sup>

③については、括弧内の語はフランス語であり、英語正文にフランス語の単語があえて挿入されている。つまり、“public order”と“ordre public”とは意味が異なると理解でき、この点は準備作業の議論からも確認できる。一八条三項の公の秩序に基づいて宗教又は信念を表明する自由に制約を課す場合、“ordre public”が有する意味で制約してはならず、“public order”の意味でのみ制約を課することができることになる。<sup>(34)</sup>

以上から、次のようなことが言えよう。宗教又は信念を表明する自由に制約を課し、それが一八条三項に適合するかどうかを判断する際には、少なくとも緩やかな基準で判断することはできない。むしろ、一八条三項に適合するかどうかの判断基準は、上記で挙げた四つの各条項に適合するかどうかを判断する際の基準より厳しいことが求められることになるのであるから、文言解釈の帰結として厳格な基準が求められていると考えられる。

次に、自由権規約委員会の解釈を検討しよう。一般的意見二二は、一八条三項に関して、次のように述べている。

「課される制約は、法律で定められなければならない、一八条が保護する権利を無効にするような方法で適用されて

はならない。自由権規約委員会は、一八条三項は厳格に解釈されなければならないとの意見である。即ち、制約は、たとえそれが、国の安全など自由権規約が保護する他の権利への制約事由として認められるものであっても、一八条三項で定められていないものを制約事由としては認められない。制約は、定められた目的のためにのみ適用され、制約の根拠となる明示された必要性と直接関連し、かつ、これと均衡 (Proportionate) しなければならぬ。制約は、差別的な目的又は差別的な方法で適用されてはならないのである。<sup>36)</sup>

ここで自由権規約委員会は一八条三項を「厳格に解釈」すると述べている。この点は、上記の条文解釈から首肯でき得る姿勢である。問題はどの程度「厳格」なものとするのかであろう。ところで、「厳格に解釈」するためには、一八条三項には条文構造上問題がある。それは、掲げられた制約事由の意味が曖昧であるという点である。この点を治癒するために、国際法律化委員会などが国際法の専門家を招集して討議させた上、公表させた一九八四年のシラクサ原則は、自由権規約の制約事由を定義しようと試みた。しかし、国家は、人権侵害の批判をかわすために、制約を課す際には通常もつもらしい理由付けをするため、それは自由権規約が列挙する制約事由に容易に該当することが考えられる。実際、個人通報制度において自由権規約委員会は、人権制約を課した締約国が示した当該制約の理由・目的が、自由権規約の当該制約条項が定める制約事由に該当しないと判断した例はほとんどない。<sup>37)</sup>そこで、条文解釈から求められる「厳格な解釈」に基づいて一八条三項を適用する場合、一般的意見二二が上記でいうように、「制約は、定められた目的のためにのみ適用され、制約の根拠となる明示された必要性と直接関連し、かつ、これと均衡しなければならぬ」ことが求められる。これは、一八条三項が列挙する制約事由に該当する制約理由・目的と制約手段との関連が厳格であることを求めていると考えられる。自由権規約委員会がこの厳格さをどの程度求めているのかを明

らかにするために、一八条三項違反が争われ、良心的兵役拒否者に課される兵役が問題となった個人通報の事例、*Yeo-Bum Yoon and Myung-Jin Choi v. Republic of Korea* (Communications Nos. 1321/2004 and 1322/2004)<sup>38</sup> を検討しよう。

大韓民国（以下、「韓国」）の国民である通報者らは、兵役が可能な年齢に達した後、韓国政府から兵役に就く要請を受けた。しかし、通報者らは宗教的信念と良心から拒否したため、逮捕され、韓国国内法に基づいて禁固一年半の有罪判決を同国の裁判所から受けた。そこで、通報者らは、韓国において刑事訴追と禁固刑の脅しがある中で、強制的な兵役を代替する役務がないことは、自由権規約一八条に基づく権利の侵害であると通報した<sup>39</sup>。この主張に対する自由権規約委員会の本案審査での結論は次のとおりで、一八条違反を認定した。

「委員会は、韓国の法律では、兵役に対する良心的拒否を認める手続きが存在しないことに留意する。韓国は、こうした制約は公共の安全のため、即ち国の防衛能力を維持するためであり、社会の団結を保つために必要であると主張する。委員会は、韓国の国の安全保障という特殊な背景に関する主張に留意するとともに、国内人権機関が立案した良心的拒否に対する国民的な活動計画に基づいて活動する同国の意図にも留意する。委員会はまた、兵役を義務として課す自由権規約の締約国の中で、強制的な兵役の代替の役務を導入している国の数が増えていることに留意する。韓国は、通報者の一八条に基づく権利が完全に尊重された場合、自国にどういった特別な不利な状況が生じるのかを立証していないと考える。社会の団結と衡平性の問題に関して、委員会の考えは、良心的な信念とその表明に対する韓国による尊重は、それ自体、社会における団結と安定した多元主義を確保する際の重要な要素であるというものである。委員会は同様に、国民皆兵原則の基礎を損なうことなく、強制

的な兵役に従事する者と代替の役務に従事する者との間にある不公平な相違を撤廃していくことで、同等な社会的利益を示し、かつ、個人への要請を同等のものとする強制的な兵役への代替を立案することは原則可能であり、こうした実行は共通してみられるとの意見である。以上より、委員会は、韓国が本件において問題となった制約が自由権規約一八条三項の意味において必要であることを立証できていないと考える<sup>(40)</sup>。」

この審査手法はまず、韓国が当該制約（兵役に就かないことを認める手続きを良心的兵役拒否者に用意していないこと）の理由・目的として挙げた国の防衛能力の維持で社会の団結が一八条三項の公共の安全に該当することを認めただ点から始まっていると考えられる。

もつとも、韓国は委員会に対して、国の防衛能力に関しては、兵役への例外を認めることは、あらゆる手段を用いてそれを逃れようとする社会的傾向があることから国民皆兵制度の崩壊につながり、その崩壊を防ぐためにも、良心的兵役拒否者は数が少ないが処罰すると説明している<sup>(41)</sup>。また、韓国は、自国に敵対的な朝鮮民主主義人民共和国と直面していることにより国民皆兵制を採っていることから、それ故兵役の義務と責任に関する平等原則が大きな意味を韓国ではもち、兵役に対する例外を認めることは社会の統一性を損なうと主張している<sup>(42)</sup>。

しかし、委員会は本案審査において、「韓国は通報者の一八条に基づく権利が完全に尊重された場合、自国にどういった特別な不利な状況が生じるのかを立証していない」（上記下線部）と述べて、当該制約がなかった場合、こうした制約理由・目的が保護されないのが韓国によって十分に立証されていないとする。つまり、上記の韓国の自由権規約委員会に対する説明では、一八条三項に基づく正当な制約とはみなされないという判断なのである。立証できていないとされた点は、①社会の団結についてで、上記下線部以降の記述で、特に制約を課さない方がより「社会におけ

る団結と安定した多元主義」に寄与するとの考え方が示されている。また、②国の防衛能力についても立証されていないとされており、①と同様に、「強制的な兵役に従事する者と代替の役務に従事する者との間にある不公平な相違を撤廃」することで国民皆兵原則を損なわないとの指摘がなされている。

そこで、これらの点について検討を加えてみる。まず①に関して、制約理由・目的として韓国が挙げている社会の団結と委員会が述べている社会の団結とはその内容が異なることが分かる。つまり、韓国のいう社会の団結とは、委員会への上述の説明で「兵役の義務と責任に関する平等原則が大きな意味を韓国ではもつ」としていることから、兵役の国民間での平等負担のため良心的兵役拒否者の存在を認めないという韓国国内で多数を占める考えに立って達成されるものである。委員会の考える社会の団結とは多元主義に基づく社会の団結である。多元主義は、さまざま考えや思想をもつ個人が互いにそうした存在であることと認めあうことで、確固とした民主社会をもたらすという考え方であるから、韓国の主張する社会の団結の内容とは正反対のものと見えよう。つまり、ここで委員会は韓国の主張する制約理由・目的である社会の団結が一八条三項の制約事由「公共の安全」に該当しないと判断を下していると考えられる。自由権規約は前文で、人権の享有主体である人のことを「自由な人間」と表現し、自由な人間が「市民的及び政治的自由」を享受するものであると述べている。自由な人間が自由でいられるためには、上記の多元主義が必要となる。したがって、社会で多数を占める一定の考え（本件では、良心的兵役拒否者の存在を認めないというもの）に基づき、それ以外の考え方を認めない状態で作られる社会の団結とそれの保護は自由権規約上、容れられるものではないと考えられる。したがって、委員会が韓国の主張する社会の団結が「公共の安全」に該当しないと判断を下した背景には、この制約理由・目的が自由権規約上認められないと考えていたことがあると考えられる。

②に関しては、当該制約がなかったとしても、別の方法で制約理由・目的は保護され得るとの考え方が違反認定の

基礎となつてゐることが示されている。この別の方法とは、もちろん兵役を代替する役務で、兵役との不公平な相違が生じないものの実施であるが、これは通報者らの思想又は信念を表明する自由に対する制約としては、現行のものよりも緩やかなものである。つまりここでは、LRAの基準が実施されていると考えられる。LRAの基準とは周知の通り、アメリカ連邦最高裁判所で発展した表現の自由に関する審査基準であつて、制約目的を達成するために必要最小限度の規制手段を要求する基準であり、<sup>(43)</sup>できる限り表現の自由の保障に重点を置くものであると評価されている。<sup>(44)</sup>したがつて、自由権規約委員会は、制約理由・目的と制約手段との関連の厳格さをLRAの基準を用いることで達成していると考えられる。なお、一八条三項の宗教又は信念を表明する自由は、内心の外的表現という点で表現の自由と性質を一にするので、この条文に基づく審査においてLRAの基準が用いられることに不合理性はないし、むしろ正当である。

以上から、自由権規約の一八条三項に基づく審査手法としては、①制約事由に該当する制約理由・目的が自由権規約に該当していること、そして②制約理由・目的が制約事由に該当したとしても、宗教又は信念を表明する自由に制約を無条件に加えられる訳ではなく、制約理由・目的と制約手段が厳格に均衡していなければならない、③かかる均衡をはかる手法としてLRAの基準が用いられるとまとめることができる。なお、この審査手法は、*Eunin Jung et al. v. The Republic of Korea* (Communications Nos. 1593 to 1603/2007)<sup>(45)</sup>でも踏襲されており、<sup>(46)</sup>確立したものとなつて<sup>(47)</sup>いる。

### 3. 原判決の自由権規約一八条三項解釈の問題点と同条に基づく人権保障の程度

原判決は、本件での制約事由を「公の秩序」としている。そして、これに該当する制約理由・目的は、式典の円滑

な進行と国旗及び国歌として定められたものを尊重する態度を生徒に涵養させ、正しい認識をもたせることとしている。「公の秩序」について、委員会は一八条三項に基づいて、その意味内容を十分に明らかにしてきていないが、C<sub>o</sub>riel et al. v. The Netherlands 事件 (Communication No. 453/1991)<sup>48</sup> で、氏名及びその変更に関する規制が公の秩序に該当するとしている。つまり、社会保障などの制度を維持していくために重要な社会的及び法的機能が公の秩序に該当することを示唆している。<sup>49</sup> 一八条三項の準備作業では、公の秩序は、公の治安が維持されないことの回避 (the absence of public disorder) を意味するものであるとの主張がなされている。<sup>50</sup> シラクサ原則ではその二二パラグラフで、公の秩序を「社会が機能することを確保するための規範の集積または社会を成り立たせている一連の基本原則」としている。つまり、一八条三項の公の秩序に該当する制約理由・目的は、国際社会では社会全体に関する秩序を維持する内容でなければならないと考えられる。また、「public order」の「public」の用語の意味は、「共同体、国家または国民全体に関連すること、またはそれらに帰属するもの」<sup>52</sup> であるから、こうした理解は正当である。

さて、原判決が公の秩序に該当すると考える「式典の円滑な進行」は、当該学校における秩序の維持であるから、社会全体に関する秩序に該当するとみなすのは無理がある。次に、「国旗及び国歌として定められたものを尊重する態度を生徒に涵養させること」が公の秩序に該当するか検討しよう。かかる態度を生徒に涵養させることについては、「生徒が将来、国際社会において尊敬され、信頼される日本人として成長していく」ことを目的とし、生徒が「学校、社会、国家など集団への所属感を深めるうえで良い機会になる」という教育的な目的が示されている。<sup>53</sup> どちらも、社会全体に関する秩序の維持に該当するとみなすのは困難である。そもそも、この目的は、「定められたものを尊重する」態度を生徒に求めるものであり、自由権規約が実現しようとする自由な人間像を前提とした多元主義とは相容れないものである。

次に、仮に制約理由・目的が公の秩序に該当するとして、本件職務命令という制約手段がこの制約理由・目的と厳格に均衡するのかを検討しよう。この点、原告の控訴理由書には、「国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを拒否することによって、式典の進行や国歌斉唱が妨害されることはなかった」として、本件職務命令という制約手段がなかった時代でも、「式典の円滑な進行」という目的は達成できていたことが指摘されている。また、控訴理由書が提起する「国旗・国歌を尊重する態度を育てる目的を達成するためには、本主に教職員全員が一人の例外もなく起立・斉唱等を行うことが必要なのか」という問題については、原判決からは「入学式・卒業式という式典の場において教員らが、国旗及び国歌として定められたものを尊重する態度を示すことにより、生徒らにも同様の態度が涵養され、学習指導要領の内容が実現されることを効果として期待したものと解される」という記述以外、有意な解答を導き出せない。つまり、一部の教員が式典の場において起立斉唱を拒否している状態では、生徒の国旗・国歌を尊重する態度を育てられないとの論証はなされていないので、本件職務命令の必要性はないと考えられる。また、生徒の国旗・国歌を尊重する態度の涵養を行う場が、原告らに起立と斉唱を求める場となる式典以外にもあるのではないかと考えられるが、こうした点も検討されていない。このように考えると、制約理由・目的を達成するためには、本件職務命令の必要性はなく、原告らの宗教又は信念を表明する自由への制約を必要最小限度にする代替手段が考えられる余地がある。

以上の検討をまとめると、本件職務命令が有する制約理由・目的は、一八条三項の制約事由に該当しない。仮に公の秩序に該当するとみなしたとしても、本件職務命令の必要性は制約理由・目的に照らして必要性が認められないし、本件職務命令に代替する手段も考えられる。したがって、この点でも一八条三項違反との判断は免れない。これは、自由権規約一八条三項の要求する人権保障の程度が高いことの裏付けとなろう。



#### 四 結び

本件の控訴審である東京高等裁判所は、既述の通り、原判決をほぼ追認する形で、控訴をすべて棄却した。自由権規約一八条に関しては、自由権規約委員会の一般的意見二二を引用するなど、原判決と比べれば、一見条約解釈を独自に行ったようにも見える。しかし、実際は、一連の国旗・国歌起立斉唱命令事件で最高裁が示してきた判断枠組み（「不可分的行為」の理論を踏まえた考え方と間接的制約の概念）で自由権規約一八条を解釈しているにすぎない。ここに、国際人権条約である自由権規約がいかに国際社会で普遍的に運用・解釈されていようと、それが日本に適用される際は、日本社会の方法で運用・解釈されなければならないという東京高等裁判所の強い意思を垣間見ることができらる。

東京高等裁判所は、本稿の二（二）で引用した原判決の下線部を自身の判決でも維持している。しかし、日本の裁判所が培ってきた憲法解釈を国際人権条約に適用し、その人権の保障水準を憲法解釈によって得られた水準に引き付けることは、日本が「憲法の定める人権保障よりも高度な人権保障を定めた条約」を批准しても、裁判所によってその人権条約が求める「高度な人権保障」が維持されないという事態を招く。結局、東京高裁は、本稿の二（一）の引用の下線部を、国際人権条約と日本国憲法との関係を検討する際の前提としながら、結果として前提としておらず、「条約の国内法的効力は憲法に劣後」する点のみを前提とした自由権規約の解釈を行ったと評価できよう。

なお、最後に、この控訴審判決と原判決が、本稿が扱った別の争点、すなわち、職務命令などが教育の自習性尊重や教育内容に対する過度の国家的介入・統制の禁止の法理に反するかどうかの争点に関する判断の一部を紹介してお

きたい。そこでは、学習指導要領の国旗や国歌を尊重する態度を育てる考え方が、国旗及び国歌に関する法律が立法されている以上、一方的な観念を子供に植え付けるような内容の教育の強制などとは評価できないと論じたのちに、括弧書で次のように述べている。

「(なお、学習指導要領が前提としている国旗及び国家：は、日本国民が過去の戦争を反省し、『政府の行為によって再び戦争の惨禍がおこることのないやうにすることを決意し』、かつ、『恒久の平和を念願』(憲法前文)して制定した憲法が定める国家体制を体现するものとしての国旗及び国歌であることはいうまでもない。)<sup>(56)</sup>」

控訴審判決と原判決は、国旗・国歌の性質を日本国憲法の平和主義と結びつけることで、国旗・国歌に反対する意見を日本国憲法に反するものとみなせるようにして、かかる意見を社会から排除しようとしていると姿勢を見せているといえるだろう。こうした国旗・国歌に関する一定の価値を形作り、それを正当とする論調を司法機関が率先して行うことには、その法原理機関としての性質から大きな疑問を感じざるを得ない。国際人権法は、本稿の三(三)2.で示した通り、自由な人間像を前提とした多元主義の実現に大きな価値を置く。そのためには、多様な意見や価値観の存在を認めることが出発点となるが、こうした観点は、本件の控訴審判決と原判決にはなかったと評価することができる。

注

(一)「損害賠償事件(平成28年(ホ)第2857号)意見書」(甲55号証)、二〇一六(平成二八)年九月五日。本意見書は、東京「再雇用

- 拒否」第三次訴訟原告団「東京「再雇用拒否」第三次訴訟の記録 二〇一四年一月一日〜二〇一八年七月一日の闘い」未公開、二〇一九年、一三九―一五六頁に再掲されている。
- (2) 原判決、一七―一八頁。
- (3) 東京地判二〇一六(平成二八)年四月一八日、公刊物未搭載。原告側は、子どもの権利に関する条約一二条から一四条と経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約二三条を、原告が主張する職務命令が教育の自主性尊重や教育内容に対する過度の国家的介入の禁止の根拠となるものとして援用している。この主題は、意見書が扱わないものであり、本件でこれらの条約解釈が主たる争点にはなっていないので、本稿ではこれらの条約に関する論点を扱わない。
- (4) 戸田五郎「校長の職務命令に従わなかったことを理由とする懲戒処分の一部が違法とされた事例」『新・判例解説 Watch (法学七ミナー増刊)』一一号、日本評論社、二〇二二年、三一九―三二二頁。水口洋介「国旗・国歌起立斉唱命令事件最高裁判決について」『国際人権』二三号、信山社、二〇二二年、九五―九八頁。西原博史「君が代訴訟再訪：比較人権法・国際人権法の視点を加えて」『国際人権』二四号、信山社、二〇二三年、三一九頁。
- (5) 東京高判二〇一七(平成二九)年四月二六日、D1-law.com 判例体系判例 ID: 28261483。
- (6) 最一小決二〇一八(平成三〇)年七月一九日、公刊物未搭載。
- (7) 最一小判二〇一八(平成三〇)年七月一九日、『裁判所時報』一七〇四号四頁、LEX/DB 文献番号 25449587。
- (8) 原判決、二八頁。
- (9) 原判決、二九―三二頁。
- (10) 原判決、三二頁。
- (11) 同上。
- (12) General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of thought, conscience or religion), U. N. Document, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 1993, para. 1.
- (13) 芹田健太郎編訳『国際人権規約草案註解』有信堂高文社、一九八一年、一〇四―一〇五頁。
- (14) 村上愛三「コンメンタールB規約第一八条思想・良心及び宗教の自由」『法学セミナー』5月号臨時増刊号』日本評論社、一九七九年、一九五頁。
- (15) General Comment No. 22, *op. cit.*, para. 3.
- (16) 原判決、二九―三〇頁。原判決は、憲法20条に基づく判断は憲法19条に基づくものと同一と考えている。原判決、三二頁。

- (17) General Comment No. 22. *op. cit.*, para. 5.
- (18) 原判決、二九頁。
- (19) 蟻川恒正「君が代」起立・斉唱の職務命令と思想・良心の自由」『憲法判例百選Ⅰ(第六版)』有斐閣、二〇一三年、八五―八七頁。
- (20) U. N. Document A/4625, 1960, para. 52.
- (21) *Black's Law Dictionary*, 8th ed., Bryan A. Garner (ed.), 2004, p. 767.
- (22) U. N. Document CCPR/C/82/D/931/2000, 2005.
- (23) *Ibid.*, para. 6.2.
- (24) *Ibid.*, para. 3.
- (25) *Ibid.*, 4.3.
- (26) *Ibid.*, 2.4.
- (27) 本件において、大学当局やウスベキスタンに「強制と同一の意図」があると立証するのは、通報者が委員会に提出した事実に関する証拠からは困難だと思われる。
- (28) 同上、三〇頁。
- (29) 原判決、三〇―三二頁。
- (30) 原判決、二六―二七頁。③については、原判決が、学習指導要領で、入学式卒業式で国旗を掲揚し国歌を斉唱するように指導する趣旨として被告が挙げている内容を認めているので、その内容を「」ではままとめている。
- (31) 原判決、三三頁。
- (32) KARL JOSEF PARTSCH, Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms, *The International Bill of Rights*, Louis Henkin ed., Columbia University Press, 1981, pp. 212-213.
- (33) 芹田前掲編訳書、一〇六―一〇七頁。
- (34) Manfred Nowak, U. N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary, 2nd edition, N. P. Engel Publisher, 2005, p. 428.
- (35) General Comment No. 22. *op. cit.*, para. 8.
- (36) The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 7, 1985, pp. 3-14.
- (37) 拙稿「自由権規約の制限条項に対する一考察(二・完)」『国際公共政策研究』第八巻第一号、二〇〇三年、一六一頁。

- (38) U. N. Document, *CCPR/C/88/D/1321-1322/2004*, 2007.
- (39) *Ibid.*, paras. 1-3.
- (40) *Ibid.*, para. 8.4.
- (41) *Ibid.*, para. 4.3 & 6.3.
- (42) *Ibid.*, para. 4.3.
- (43) 芦部信喜『憲法(第五版)』岩波書店、二〇一一年、二〇二頁。
- (44) 芦部信喜『憲法判例を読む』岩波新書、一九八七年、一〇七頁。
- (45) U. N. Document, *CCPR/C/98/D/1593 to 1603/2007*, 2010.
- (46) *Ibid.*, paras. 7.1-7.4.
- (47) ついで紹介した良心的兵役拒否の事例と本件とは慎重な比較が必要であるとの指摘があり、留意すべきである。戸田、前掲論文、三二一―三三三頁。
- (48) U. N. Document, *A/50/40*, Vol. II, 1999, pp. 21-31.
- (49) *Ibid.*, para. 6.1.
- (50) 芹田前掲編訳書、一〇七頁。
- (51) *Human Rights Quarterly*, Vol. 7, 1985, p. 5. *ἡ ἐστὶν ἡ* の定義は“public order (ordre public)” の定義であり、“public order” の定義は *ἡ ἐστὶν* 。
- (52) *Black's Law Dictionary*, 8th ed., Bryan A. Garner (ed.), 2004, p. 1264.
- (53) 原判決、二五頁。
- (54) 控訴理由書、第 4 2 (6) マ (キ)。
- (55) 同上。
- (56) 原判決、二六頁。