

行政裁量統制における憲法上の権利と 憲法的価値に関する序論的考察

栗 田 佳 泰

一 はじめに

「憲法上の権利が侵害されたという原告側の主張に対して、裁判所が行政裁量審査の枠組みで判断した事例は少なくない。また伝統的には、そうした事例における行政裁量の審査密度は浅いものだった…憲法学の観点からは、そうした行政裁量審査への重点移行という審査のあり方自体を疑問とすることができるが、行政裁量審査の枠組みの中で、憲法上の権利が保障されている意義を活用しようとするのも重要である。近年の行政裁量審査は…密度が深化する場合が増えつつある…憲法上の権利は、こうした傾向のために寄与しているし、そうあるべきである」¹（傍点は筆者）。

上に引用した箇所は、近年、「大きな注目を集めている」²とされる行政裁量の判断過程審査（後述）を憲法学の体系的教科書のなかで扱う特徴的な節の導入部分である。そこには同時に、そのような憲法上の権利と憲法的価値に関する理論的課題も示唆されている。

まず、上の引用箇所中の「行政裁量審査への重点移行という審査のあり方自体を疑問とする」というところについて敷衍しよう。すなわちそれ

1 渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016）90-91頁〔渡辺康行〕。

2 山本龍彦「行政裁量と判断過程審査」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』（日本評論社、2012）39頁。

は、「憲法上の権利が侵害されたという原告側の主張に対して、裁判所が行政裁量審査の枠組みで判断した事例」で、憲法上の権利「が効果的に作用すれば、そもそも行政裁量の適法性を審査する必要はなかった」のであるから、裁判所は、憲法上の権利を「効果的に」「作用」させて行政裁量審査を排除すべきであり、「行政裁量審査への重点移行」は妥当でないという主張である³。

次に、「行政裁量審査の枠組みの中で、憲法上の権利が保障されている意義を活用」するということについて敷衍しよう。近時の判例・裁判例は、「行政決定に係る考慮要素を解釈論的に抽出した上で、それらの考慮のされ方に着目しながら、当該決定に至る判断形成過程の合理性につき追行的に審査するという解釈技術的特色を持つ裁量統制手法」であるところの「判断過程統制（判断過程審査）」を「急速に発展させ、一定の場合に行政裁量に係る審査密度を高めるという傾向」をもつとされる⁴。これを好意的に評価しつつ、憲法上の権利が明に暗に制約される場合は、密度の高い「判断過程統制」のような手法で行政裁量審査が行われるべきというのが、ここでいう「憲法上の権利が保障されている意義」の「活用」である⁵。

つまり冒頭に引用した箇所には、行政裁量統制（行政裁量に対する裁判所のコントロール）が問題となる事例で、裁判所は憲法上の権利を「効果的に」「作用」させて行政裁量審査を排除すべきという規範的主張と、行政裁量審査が行われる場合に、裁判所は憲法上の権利を「効果的に」でなく「作用」させて審査の密度を高めるべきという規範的主張が併存している。もっとも、これら二つの主張は二律背反の関係にはない。裁判所が行政裁

3 渡辺康行「憲法上の権利と行政裁量審査」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相（上）』（有斐閣、2013）358頁。

4 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009）145、149-150頁。

5 渡辺ほか・前掲注1）94-95、180-181頁〔渡辺康行〕。

量審査を行った事案につき、それを行うべきではないとする判決の外側からの規範的主張と、それを行ったのであれば密度を高めるべきであるとする判決の内側からの規範的主張とは両立する⁶。具体的にいえば、「人権制限が問題であるように見えるにもかかわらず、明示的に憲法何条（違反）と挙げることなく、行政裁量の踰越・濫用の枠組みで事案を処理した一連の判例」の代表的なものであるとされる剣道実技拒否事件最高裁判決（最判平成8・3・8民集50巻3号469頁）について⁷、信教の自由という憲法上の権利が「効果的に」「作用」させられなかった結果、行政裁量の内側で憲法的価値（これを「基本権の客観法的側面」⁸というか否かは措く）として考慮要素の一つとなったと読み⁹、裁判所が憲法上の権利を「効果的に」「作用」させず行政裁量審査を排除しなかったと指弾する一方、他方では「効果的に」でなく「作用」させて行政裁量審査の密度を高めたと歓迎する¹⁰。

憲法的価値の実現が裁判所による法令等の解釈において担保されること¹¹、また、それを可能にする密度の高い行政裁量審査を歓迎すべきこと

6 こうしたあわせ技は、「比較的厳密な審査」のなかで「憲法規範」が「実質的な役割を果たしていると言える」限り「裁量を前提とした違憲審査の一手法として捉える余地」を認めつつ、「裁量を前提としない裸の違憲審査（「比例原則の厳格な適用」）を行い、正面から「処分違憲」判断を行うべき、とする見解」を「傾聴に値する」とする見解にまず看取される。山本・前掲注2）40-44頁。また、原田大樹「行政裁量」法学教室443号（2017）84頁も参照。

7 宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究第71号（2009）100頁。

8 渡辺はか・前掲注1）21-22頁〔工藤達朗〕。もっともここでいう憲法的価値は、必ずしも憲法上明文の規定のある「基本権」に内包されるものばかりとは限らない。

9 高橋和之は、この点につきより明確に、「人権が裁量における一考慮要素に格下げされる」と表現している。高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、2017）282-283頁。

10 渡辺・前掲注3）357-358頁。

11 行政法学では、塩野宏『行政法Ⅰ〔第二版〕』（有斐閣、1994）50頁から、次のように主張されてきた。「個別行政法令の仕組みは、条文相互の技術的

に異論はなさそうである。憲法学においても行政法学においても、裁判所にそのような傾向があるのであれば、それを後押しすべく何らかの規範的主張がなされるのは当然ともいえよう。しかし、行政裁量統制の場面で、裁判所は憲法上の権利を「効果的」に「作用」させて行政裁量審査を排除すべきであるという主張と、裁判所はそれと同じ憲法上の権利を「効果的」ではないにしても「作用」させて密度の高い行政裁量審査で憲法的価値を実質的に担保すべきであるという主張とを並存させれば、同じ憲法上の権利について、一方ではその「作用」を強く主張し、他方では弱く主張することになる。これを言い換えれば、行政裁量統制において問題となる憲法上の権利は、「効果的」に「作用」して行政裁量審査を排除する場合と、「効果的」でなく「作用」して行政裁量の内側で考慮要素の一つとなる場合との両方の場合がありうるということになる。

そのような憲法上の権利は、いわゆる「切り札」としての「人権」ではありえない。「切り札」としての「人権」は、「個人の人格の根源的な平等性」をその核心として有し、公益の観点から制約されえないものであって¹²、行政裁量の内側の考慮要素の一つにはなりえないからである。

それでは、「切り札」でない憲法上の権利はどうか¹³。そのような憲法上の権利は、公益との比較衡量を前提としているが、憲法上明文の個別的规定をもつ場合、自由一般からあえて括り出された意味に鑑み、行政裁量統制の場面では、行政裁量審査を排除することもありえよう。もっとも、そ

操作だけでは十分に理解できない。当該法律が奉仕する目的乃至価値との関連にも注意しなければならない。その際には、もちろん、憲法的価値も考慮にいれなければならない」。そこでの憲法的価値は、必ずしも法令等によって具体化されているとは限らないものとされ、いわゆる「仕組み解釈」として、裁判実務・判例実務上の法令解釈に憲法的価値が反映させられるべきと主張されることになる。橋本・前掲注4) 2-5頁。

12 長谷部恭男『憲法 第6版』（新世社、2014）109-110頁。

13 憲法上の権利には、「切り札」としての「人権」と、「公共の福祉に基づく権利」の2種類があるとされる。長谷部・前掲注12) 111頁。

のような憲法上の権利であったとしても、行政裁量の内側で考慮要素の一つとなるといってしまえば、その意味は相対的なものとなる。これを敷衍すれば、憲法上の権利侵害の有無に明示的に触れるか否かにかかわらず、その価値（理論上、憲法をはじめ法令等に明定されているとは限らない¹⁴⁾）を行政裁量の内側で考慮要素の一つとして斟酌しつつ裁判所が行った行政裁量統制を憲法上の権利の保障の一つの在り方と読むことは、憲法上の権利が人権と重なる限りで¹⁵⁾、「人権対法律、ないし人権対公益の対立に裁判所が判定を下すという本来的な憲法訴訟ではない」、「人権・人権侵害の意味の縮減傾向を前提」とした「人権条項なき憲法訴訟」に、人権が「効果的」でなく「作用」する憲法訴訟という位置づけを与えることになる。そのような人権は、「憲法学が想定する、立法をも拘束する人権のイメージとは容易に整合し」ない¹⁶⁾。さらに、問題は、一見したところとは異なり、憲法上の権利（人権）侵害があると明示的に認められつつ、それでもなお行政裁量審査が行われるような場合に、より深刻となる。それはまさしく、憲法上の権利（人権）の「効果的」でない「作用」を明示すると同時

14 橋本・前掲注4) 3頁は、「行政法令の「仕組み解釈」にあたり、法の奉仕する目的・価値を考慮しなければならず、そこには、法令上は必ずしも明文化されていない「憲法的価値」たる法規範も入る」としている。理論的には、「憲法的価値」のすべてが憲法典中に明文で規定されているわけではないというのが憲法学の一般的理解である以上（「人権が個人尊重の原理を根拠とし、人間性に基づいて認められるものだ」とすれば、保障される人権は憲法に列挙されたものに限定されるわけではない」（芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994）59頁。なお、そこでの「人権」は「広く参政権および社会権を含む」とされていることに注意する必要がある。同50頁。）、本文のように述べることはできよう。

15 「人権理念」そのものではなくそれが実定法化されたものとしての「憲法上の権利」がここでの解釈論の対象となることについて、宍戸常寿「「憲法上の権利」の解釈枠組み」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点 第2版』（有斐閣、2009）233頁。

16 宍戸・前掲注7) 106・107頁。

に、憲法上の権利を行政裁量の内側で相対化する司法裁量¹⁷、すなわち裁判所における「人権・人権侵害の意味の縮減傾向」そのものを明示するからである¹⁸。ようするに、裁判所が行政裁量の内側で憲法的価値を担保するのを好ましい憲法判断とみなし歓迎するとしても¹⁹、そこに憲法上の権利（人権）の「効果的」でない「作用」を見出すならば、「人権・人権侵害の意味の縮減傾向」を追認する、「意味の縮減された人権」をつくりだすことになる。

裁判所による行政裁量審査の深化に伴う憲法的価値の担保を憲法上の権利（人権）の「作用」として位置づけることが、「意味の縮減された人権」をつくりだし、逆説的に裁判所における「人権・人権侵害の意味の縮減傾向」を追認することになるというのは、看過すべきでない問題のように思われる。そこで、「意味の縮減された人権」の観念を用いることなく、行政裁量審査の密度の高まりに伴う憲法的価値の担保を憲法学的に理論化することが課題として浮上する。

本稿では、まず、憲法上の権利（人権）が「効果的」に「作用」することが期待されるものの²⁰、憲法上の権利侵害には触れられず、行政裁量審

17 神戸税関事件最高裁判決（最判昭和52・12・20民集31巻7号1101頁）をはじめ、判例の採用するいわゆる「裁量濫用審理型」審査では、実際には、司法裁量が大幅に自認されているという。阿部泰隆『行政の法システム（下）[新版]』（有斐閣、1999）662頁。なお同判決は、剣道実技拒否事件最高裁判決でも引用されている。最判平成8・3・8民集50巻3号469頁（476頁）。

18 この点、穴戸常寿は、「近時の判例における統制密度の深化は、憲法の観点からは、司法が、人権・人権侵害の意味を縮減することを通じて、人権に拘束されずにした自由な判断によるもの」とはっきりと指弾している。穴戸・前掲注7）107頁。

19 教科書として、前掲注1）書のほか、例えば、毛利透ほか『憲法Ⅱ 人権』（日本評論社、2013）146-148頁〔小泉良幸〕。

20 渡辺・前掲注3）330、343頁注(7)・注(13)、358頁。なお、同箇所では老齢加算廃止違憲訴訟（最判平成24・2・28民集66巻3号1240頁〔東京訴訟〕）

査が行われた剣道実技拒否事件最高裁判決から、憲法上の権利（人権）ではない憲法的価値を析出する（二）。次に、同様に憲法上の権利が「効果的」に「作用」することが期待されるものの、そう「作用」せず「間接的な制約」が認められ、後述する「三段階審査」が行われた起立斉唱拒否事件最高裁判決（最判平成23・5・30民集65巻4号1780頁）を取り上げ、その須藤正彦裁判官補足意見から判例に親和的な憲法上の権利（人権）の「作用」可能性を析出する（三）。最後に、若干のまとめを行う（四）。

二 「合理的配慮の法理」

1 剣道実技拒否事件下級審

公立高等専門学校の学生が、体育科目の剣道実技を拒否し、結果、同科目が不認定となり、進級拒否・退学処分へと至ったことが争われた事件で、最高裁は、信教の自由に触れることはほぼなかった（もっとも、直接的な制約を否定する文脈で、そのことば自体は登場する²¹⁾）。ところが下級審は、第一審、控訴審ともに信教の自由に触れている。

第一審判決（以下、この事件に関しては、特記なき限り、第2次進級拒否・退学処分事件判決を指す）は、京都府立医科大学事件最高裁判決で示された、懲戒権者の裁量に重みづけを行う「通暁論」²²⁾とほぼ同じ表現（た

なども挙げられている（同341、346頁注(44)）が、本稿では、同種の類型（「内心の自由」）に一般に類別される信教の自由と思想・良心の自由とは異なり、生存権が問題となるとされる同訴訟は割愛した。山本・前掲注2）44-45頁も同訴訟を区別している。

21 最判平成8・3・8民集50巻3号469頁（478頁）。そこに間接的な制約の示唆をみることは可能だが、例えば起立斉唱拒否事件最高裁判決は間接的な制約に明示的に触れており、その差異は看過できない。

22 当該行為に対し懲戒処分を発動するにあたっては、「当該行為の軽重のほか、本人の性格および平素の行状、右行為の他の学生に与える影響、懲戒処

だし、同審は「精通」と表現している）を用いて「社会観念審査」²³の採用を明言している²⁴。また、（信教の自由のような）「原告らが主張する諸要素は、この処分について校長に裁量権の逸脱又は濫用があるかどうかの判断の諸要素の一部として考慮するのが相当」（以下、「人権＝考慮要素」論という。）とし²⁵、「信教の自由と高等専門学校における教育及び学校長が有する裁量権との調整」の問題と捉えていた²⁶。そのうえで、他科目の成績がいくらよくても一科目でも単位を落とせば「学力劣等」とすることは不合理でなく、剣道実技拒否やそれに対する「優遇措置」の招来する学生間の「不公平感や動揺」が「決して、軽微なものということとはできないことから、「要考慮事項を考慮しなかった」とはいえないとした。また、

分の本人および他の学生におよぼす訓戒的效果等の諸般の要素を考量する必要がある、これらの点の判断は、学内の事情に通じようし直接教育の衝に当るものの裁量に任」されるべきとする考え方。京都府立医科大学事件最高裁判決（最判昭和29・7・30民集8巻7号1463頁（1465頁）第一事件、同号1501頁（1503頁）第二事件）。

23 「社会観念上著しく妥当を欠」かない限り、裁量の範囲内とするもの。京都府立医科大学事件最高裁判決（最判昭和29・7・30民集8巻7号1463頁（1465頁）第一事件、同号1501頁（1503頁）第二事件）。

24 神戸地判平成5・2・22行集45巻12号2134頁（2144-2145頁）第2次進級拒否・退学処分事件。なお、第1次進級拒否処分事件（神戸地判平成5・2・22行集45巻12号2108頁（2119頁））は、退学処分を扱っていないためか、「通曉論」に相当する判示部分をもたない。もっとも「社会観念審査」の採用を明言する部分は両判決に共通している。

25 第1次進級拒否処分事件（神戸地判平成5・2・22行集45巻12号2108頁（2119頁）、神戸地判平成5・2・22行集45巻12号2134頁（2145頁）第2次進級拒否・退学処分事件に共通する判示である。

26 神戸地判平成5・2・22行集45巻12号2134頁（2152頁）。なお、第1次進級拒否事件判決は、本件については、「学校という一つの社会」における「宗教的信条に基づく行為と、他者の行為との調整が問題」であり、「宗教上の少数派」が「多数派」の社会通念等に従わなければならないことは、「その権利に内在する制約」であるとした。神戸地判平成5・2・22行集45巻12号2108頁（2126頁）。

義務教育ではない高等専門学校に剣道必修を承知のうえ自由意志で入学した以上、「信教の自由に対する不利益の程度は低い」とした。これらから、当該各処分は裁量逸脱・濫用はないものとされた²⁷。

控訴審判決は、「通曉論」にもそこから導かれる「社会観念審査」にも触れていない。少し長いが引用しよう。「憲法が保障する信教の自由は、それが内心の信仰にとどまる限りは、これを制約することは許されないが、信仰が外部に対し積極的又は消極的な形で表される場合に、それによって他の権利や利益を害するときは、常にその自由が保障されるというものではない。そして、このような場合には、信教の自由を制約することによって得られる公共的利益とそれによって失われる信仰者の利益について、それぞれの利益を法的に認めた目的、重要性、各利益が制限される程度等により、その軽重を比較考量して、信教の自由を制限することが適法であるか否かを決すべきである」²⁸。この判示部分は、当該剣道実技拒否が信教の自由の保護範囲にあり、剣道実技必修が信教の自由を制約することを認めているように読める。しかし、実際には控訴審は、信教の自由に対する侵害の有無を明言することなく、当該各処分は「その処分理由及び処分の必要性の判定において行使されるべき裁量権を著しく逸脱し」として違法とされた²⁹。もっとも、「体育科目として剣道種目を採用したことに不合理なところはな」としつつ（「適合性」充足）、「代替措置では体育の教育効果をあげることができないとまではいうことができない」（「必要性」不充足）とし、また「予定されている授業を受けるなど施設利用について十分な機会を与えるための教育的配慮をする義務」を学校側に認め、学生側には「信仰の核心的部分と密接不可分」である剣道実技拒否が当該公立高等専門学校で「教育を受ける機会を全く剥奪する処分」を招来

27 神戸地判平成5・2・22行集45巻12号2134頁（2157-2158頁）。

28 大阪高判平成6・12・22行集45巻12号2069頁（2101頁）。

29 大阪高判平成6・12・22行集45巻12号2069頁（2107頁）。

することに着目してその不利益を「甚大」とし、「教育施設としての公共的な利益」との「比較考量」の結果、校長には何らかの代替措置をとる義務があったとした（狭義の比例性の不充足）³⁰。つまり、実際に行われた審査手法は、いわゆる「三段階審査」³¹類似とみることができる。ただし、その構造は特殊である。まず剣道実技必修を実質的な信教の自由制約とみなしてそれにつき「三段階審査」を行い、「必要性」不充足を認定したうえで、次に法令等の解釈から学校側に教育的配慮義務を認定し、さらに学生側の不利益を「甚大」とし、こうしたことを裁量審査のなかで考慮要素としたのである。このため同判決は、信教の自由侵害を認めた「三段階審査」が行われたようにみえるものの、実際には裁量審査を行い、そのなかで憲法上の権利（人権）であるところの思想・良心の自由の制約としての必要性不充足を一つの考慮要素としている点で、隠れた「人権＝考慮要素」論になってしまっている。「三段階審査」を貫徹させるならば、まず間接的なものであれ（最高裁の認定によれば、本件では「間接的」なものであ

30 大阪高判平成6・12・22行集45巻12号2069頁（2102-2105頁）。

31 当該行為が、憲法上の権利の「保護領域」に入るか否か、入る場合、それへの「制限」となるか否か、そうなる場合、それが「正当化」されるか否かの三段階に分節化された審査手法。「制限」が認められれば、「正当化」の段階の審査が行われることになる。そこでは、「形式的正当化と実質的正当化」の審査が行われ、前者は「基本権制限が憲法の要求する形式を備えているかどうか」、後者は「基本権制限が内容の点で憲法の要求を満たしているかどうか」の審査であるとされる。そのうち、後者において行われる「比例原則」審査は、「規制手段が規制目的と合理的に関連すること（適合性）」、「規制手段が規制目的の達成にとって必要最小限度であること（必要性）」、「規制手段の投入によって得られる利益と失われる利益のバランスが均衡を保っていること（狭義の比例性）」が審査される。渡辺ほか・前掲注1）60-78頁〔松本和彦〕。なお、「保護領域」に入るか否かの判断と「制限」となっているか否かの判断が実質的に接着することが多いことを考えれば、「人権制限の存在の確認と人権制限の正当化」の二段階審査ともいいうる。高橋・前掲注9）221、239-240頁。

る可能性が高い)、直接的なものであれ、信教の自由侵害につき明言したうえで、行政裁量を否認し、端的に必要性不充足を理由に剣道実技必修につき違憲としたうえで、当該各処分につき「処分違憲」³²を宣言すべきであった。

2 剣道実技拒否事件最高裁

最高裁判決は、京都府立医科大学事件最高裁判決、昭和女子大事件最高裁判決（最判昭和49・7・19民集28巻5号790頁）、神戸税関事件最高裁判決（最判昭和52・12・20民集31巻7号1101頁）を引用して「社会観念審査」の採用を明言したのち、再度、昭和女子大事件最高裁判決を引用して、進級拒否や退学の処分には「慎重な配慮」が求められるとし（「慎重な配慮」論）³³、「剣道実技の履修が必須のものとはいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代替的方法によってこれを行うことも性質上可能」であり、「本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられる」ものであったとし、体育科目の不認定について、「信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別する

32 穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開【第2版】』（日本評論社、2014）313-313頁、高橋・前掲注9）282-283、326-328頁。なお本稿の立場からすれば、この控訴審判決を「信教の自由条項の本来的な趣旨に大筋で沿う」（土屋英雄「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ【第5版】』（有斐閣、2007）95頁）ものと評価する場合、そこでの信教の自由は、憲法上の権利（人権）ではなく、憲法的価値（「本来的な趣旨」）を意味するものと読むことになる。

33 最判平成8・3・8民集50巻3号469頁（476頁）。

ことなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもな」かったと結論づけ、当該各処分につき、「考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく」、「裁量権の範囲を超える違法なもの」とした³⁴。この最高裁判決は、「合理性」と「妥当」性という実体的判断の要素を加えた「判断過程統制」の嚆矢に位置づけられる³⁵。なお、信教の自由侵害については触れていないが、剣道実技拒否を「信仰の核心部分と密接に関連する真しなもの」³⁶とする点は控訴審判決に影響を受けている（ただし、控訴審とは異なり「不可分」とまではしていない）。

34 最判平成8・3・8民集50巻3号469頁（477-480頁）。

35 「判断過程審査」とは、判例上、「本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、容易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽くさず、または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し」、それによって行政庁の判断が左右された場合、「裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして、違法となる」とした日光太郎杉事件（東京高判昭和48・7・13行集24巻6・7号533頁（564頁））を代表的裁判例として下級審において展開し、最高裁では、小田急高架訴訟最高裁判決において、「その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となる」（最判平成18・11・2民集60巻9号3249頁（3259頁））とされることで、従来の枠組みに統合されたと評価される。剣道実技拒否事件最高裁判決は、それに先立つものである。塩野宏『行政法Ⅰ〔第六版〕』（有斐閣、2015）149-152頁。

36 最判平成8・3・8民集50巻3号469頁（477頁）。

3 検討

上の分析でえられた観点から、これらの下級審及び最高裁判決の相互関係を検討すると次のようである。第一審判決は、「通暁論」、「社会観念審査」、「人権＝考慮要素」論から構成されている。控訴審判決は、隠れた「人権＝考慮要素」論である。そして最高裁判決は、「慎重な配慮」論、「社会観念審査」、「判断過程統制」から構成されている。こうみると、最高裁が下級審判決から消去したのは、「通暁論」と「人権＝考慮要素」論であることが分かる。

最高裁判決が「通暁論」を消去したことの意味については、既に指摘されるところである。すなわち、人権との比較で裁量に重みづけを与える要素としての「通暁論」の消去と、審査密度を高める「慎重な配慮」論の採用のあわせ技が、「判断過程統制」を呼び込んだというのである³⁷。

最高裁が消去したのは「通暁論」だけではない。第一審と控訴審は、人権と裁量との比較衡量を行ったという点では変わるところがない。その違いは、「通暁論」で裁量側に傾くか（第一審判決）、人権に傾くか（控訴審判決）というところにあった。両判決ともに「人権＝考慮要素」論を採用し、憲法上の権利（人権）の「効果的」でない「作用」を、程度の差こそあれ、承認していた。こうした下級審との比較で最高裁は、そのような「作用」抜きで「判断過程統制」を行うことで事案を処理したといえる。

ところで、この最高裁判決に信教の自由の「効果的」でない「作用」を認める立場の背景には、最高裁が密度の高い「判断過程統制」を引き出したのは「慎重な配慮」論からであって信教の自由からではなかったとしても³⁸、「判断過程統制」のなかで当該剣道実技拒否を「信仰の核心部分と密

37 渡辺・前掲注3) 330頁。

38 宍戸・前掲注7) 105-106頁。

接に関連する真しなもの」³⁹とし、体育科目の不認定から進級拒否処分を経て退学処分へと連なる当該学生の不利益に「重み」を与え、代替措置の探求義務（実際には代替措置義務といってよい。代替措置がおよそ不可能であればそのような義務を認めえない）を引き出したことをもって、信教の自由の「効果的」でない「作用」とする思考がある⁴⁰。

この点、信教の自由があってはじめて、当該剣道実技拒否に正当な理由を見出せるというわけではない。「単なる怠学のための口実」⁴¹であるか否かを判断するのに、信教の自由という憲法上の権利（人権）を「作用」させる必要はない。学校は、学生や生徒が授業に参加しないたびに、日常的にその種の判断をしているといっても過言ではないし、その種の判断のために、わざわざ憲法上の権利（人権）を引き合いに出す必要があるとは思えない。実際、控訴審は、代替措置義務を引き出す前提として、「予定されている授業を受けるなど施設利用について十分な機会を与えるための教育的配慮をする義務」を学校側に認めていた。敷衍すると、これは法令の解釈上（具体的には、当時の教育基本法1条及び2条、学校教育法70条の2（現115条））から引き出される⁴²。ほぼ同様の論理で代替措置義務を肯定した最高裁も、暗黙のうちにそのような義務を肯定していると読むことは、そう不自然ではない。少なくとも、信教の自由に対する制約を明示的に認めず「三段階審査」を行わない行政裁量審査において、当該憲法上の権利（人権）が「効果的」でなく「作用」したと読むよりは自然であろう。

39 最判平成8・3・8民集50巻3号469頁（477頁）。

40 渡辺・前掲注3）355-356頁。関連して、この最高裁判決を「信仰の自由の重要度に鑑みて、比較的密度の濃い実体法的審査が行われた例」とするものとして、亘理格「行政裁量の法的統制」芝池義一ほか編『行政法の争点〔第3版〕』（有斐閣、2004）118-119頁。また参照、山本・前掲注2）43頁。

41 最判平成8・3・8民集50巻3号469頁（479-480頁）。

42 これは控訴審において信教の自由から引き出されているわけではない。大阪高判平成6・12・22行集45巻12号2069頁（2102頁）。

もつとも、抽象的な「教育の目的」や教育の方針（現・目標）、学校の設置目的から具体的な「教育的配慮義務」を引き出すには（上告理由でも指摘されたように⁴³⁾）別の理論立てが本来必要である。だとすれば、最高裁が代替措置義務を引き出したところに、「一般に適用される規則や法律など（以下、単に法規範とする）が特定の個人及び集団が持つ属性——宗教、性別、障害など——ゆえに、当該個人らに負担を課すのであれば、当該法規範の厳格な適用を緩和する（典型例は法規範の適用免除）」という「合理的配慮の法理」を見出すことができるであろう⁴⁴⁾。宗教的少数者への配慮が信教の自由の背景にある憲法的価値に含まれるとしても、まずは同法理から教育的配慮義務が引き出されるのである。こう読めば、判決文中のことばどおり、最高裁は本件で信教の自由という憲法上の権利（人権）

43 最判平成8・3・8民集50巻3号469頁（496-497頁）。

44 カナダでは、法の重要な解釈基準とされる。この法理はアメリカに端を発し、カナダでは連邦法あるいは州法である人権法の間接差別禁止条項の解釈において用いられ発展してきた。（山本健人「カナダにおける信教の自由と合理的配慮の法理」法学政治学論究第110号（2016）210、214-218頁。*Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S. C. R. 256でカナダ最高裁は、この法理を行政上の決定に対する違憲審査で用いた。この事件の事実関係とカナダ最高裁の結論は剣道実技拒否事件最高裁判決に似るものの、信教の自由に対する侵害を認めたカナダ最高裁の理由づけは、後述する起立斉唱拒否事件最高裁判決須藤裁判官補足意見に近い。なお、憲法上の権利（人権）としての「作用」ではないとしても、その背景にある憲法的価値が考慮されているのは確かである。最高裁調査官解説も、「信教の自由が背景にある」（最高裁判所判例解説民事篇（平成八年度）（上）185頁（川神裕）、傍点は筆者）と述べており、そのように読むことができる。また同時に、「教育を受ける権利」に内包される憲法的価値も考慮されているとも考えられる。当該事案につき、阿部泰隆『行政法再入門（上）〔第2版〕』（信山社、2016）270頁は、「そもそも、剣道を必修と定めること自体、憲法上の教育を受ける権利を侵害して、合理的な考慮を欠く違法がある」と指摘している。「仕組み解釈」と剣道実技拒否事件最高裁判決については、橋本・前掲注4）163-164頁。

を「作用」させていないため、その意味は縮減していない。最高裁が下級審の判断から「人権＝考慮要素」論を消去したことに、「意味の縮減された人権」を認めることに対する慎重な態度を看取するのはあながち的外れではないように思われる。

そうすると、剣道実技拒否事件最高裁判決は、信教の自由という憲法上の権利（人権）が「効果的」でなく「作用」した判例と読むべきではなく、「合理的配慮の法理」が認められた判例と読むべきである。裁判所はそもそも信教の自由という憲法上の権利（人権）を直接的には問題にしていないのであるから⁴⁵、このような事案においては、「憲法上の権利（人権）をしかるべく取り扱うように」という趣旨の主張は判例の内側に入らない。もっとも、実際には、下にみていくように、憲法上の権利（人権）が行政裁量の外側からそれを統制——「三段階審査」の手法で——することもあるのであって、問題なのは、そうした場合に、緩やかな審査が行われる傾向である。「人権・人権侵害の意味の縮減傾向」は、まさにそのような判例においてははっきりと見出される。

三 「慎重な配慮」義務違反という憲法上の権利（人権）侵害

1 起立斉唱拒否事件下級審・ピアノ伴奏拒否訴訟

公立高等学校の教諭が、卒業式における国歌斉唱の際に起立斉唱を命じる校長の職務命令に従わず戒告処分を受け、それを理由に嘱託員等の採用選考で不合格となったことが争われた事件で、最高裁は、当該職務命令に

45 原告が人権侵害を主張すれば、必ずこの意味で人権の問題として裁判所が当該事案を扱うべきということにはならない。剣道実技拒否事件の下級審は原告の主張通り信教の自由の問題として事件を扱ったが、最高裁はそうしなかった。

つき、「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」としつつ、上にみた剣道実技必修に対するのとは異なり、それが「間接的な制約」となることを明言した⁴⁶。その第一審・控訴審ともに（控訴審はピアノ伴奏拒否訴訟最高裁判決（最判平成19・2・27民集61巻1号291頁）を明示的に引用している）、「間接的な制約」を認めず、当該職務命令の合理性の有無の判断のみを行っていた⁴⁷。そこで、下ではピアノ伴奏拒否訴訟を下級審から簡単に振り返る。

ピアノ伴奏拒否訴訟は、次のようなものであった。公立小学校の音楽専科の教諭が入学式における国歌斉唱の際にピアノ伴奏を命じる職務命令に従わなかったことで戒告処分を受けたことが争われた事件で、第一審は、当該ピアノ伴奏拒否行為が思想・良心の自由の保護領域にあることを認めて、「本件職務命令が、教育公務員である原告の思想・良心の自由を制約するものであっても」、①（小学校学習指導要領上）「入学式において、国歌（『君が代』）斉唱の指導が求められていること」、②「『君が代』斉唱の指導を円滑に行うためには斉唱の際にピアノ伴奏をすることが一定程度有効であること」の2点から当該ピアノ伴奏を命じる職務命令の「必要性」を肯定し、①他教科の教諭よりも音楽専科の教諭の方がピアノ伴奏をする者としては適当、②本件まで5年間、入学式では音楽専科の教諭によるピアノ伴奏が行われてきたこと、③校長に裁量権があることの3点から目的・手段を「合理的な範囲内」と判断し、「憲法19条に違反するものとまではいえない」とした⁴⁸。控訴審では、上記「必要性」を「少なくとも選択肢の一つとして」の「相当性」と言い換える以外は、ほぼ同じ判断が繰

46 最判平成23・5・30民集65巻4号1780頁（1786頁）。

47 両判決では、起立斉唱行為は「出席する教職員らに通常想定される行為」とされた。東京地判平成21年1月19日民集65巻4号1833-1834頁、東京高判平成21年10月15日65巻4号1780頁（1849-1850頁）。

48 東京地判平成15・12・3民集61巻1号291頁（448-450頁）。

り返された⁴⁹。上記の判断は、実質的には「三段階審査」における正当化の段階といえよう⁵⁰。だとすると、思想・良心の自由に対する制約を認めながら、緩やかな比例原則審査が行われていることになる。控訴審が注意深く言い換えているように、第一審は「必要性」ということばを少なくとも比例原則におけるそれとは異なる用法で用いている。このような比例原則審査における「必要性」の消失（もっとも、上記箇所には狭義の比例性の審査が行われた形跡もない。「相当性」が肯定されれば自明ということであろうか）が、思想・良心の自由侵害が「間接的」であることにより引き出されているとすると、確かにそれは「意味の縮減された人権」の裁判所におけるあらわれ方といえよう。ところが最高裁は、ピアノ伴奏拒否行為は「歴史観ないし世界観」と「不可分」とはいえず、ピアノ伴奏行為は「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」であり、「入学式等において音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で国歌斉唱を行うこと」は法令等の趣旨にかなっているとして、これら下級審とは異なり、思想・良心の自由を侵害するものとは認めないまま、結論としては変わらずピアノ伴奏を命じる職務命令を不合理でないものとした⁵¹。

2 起立斉唱拒否事件最高裁

起立斉唱拒否事件最高裁判決は、「歴史観ないし世界観」そのものとそれに由来する行動を分け、起立斉唱行為が「慣例上の儀礼的な所作としての性質を有する」ところから「歴史観ないし世界観」と「不可分」とはいえないとして、卒業式の国歌斉唱時に起立斉唱を命じる職務命令が思想及

49 東京高判平成16年7月7日民集61巻1号291頁（465-468頁）。

50 渡辺康行「『日の丸・君が代訴訟』を振り返る」論究ジュリスト1号（2012）109頁。

51 最判平成19・2・27民集61巻1号291頁（294-296頁）。

び良心の自由に対する直接的な制約となることを否定しつつ（可分性が直接的な制約の否定を引き出している）、起立斉唱行為が「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」ものである、それを求めることが「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」ることになる限りにおいて「間接的な制約」となることは認めつつ（「敬意の表明の要素」が「間接的な制約」の肯定を引き出している）、「本件職務命令は、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」であるとして、当該「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」を判断し、それらの必要性及び合理性を認めた⁵²。

3 検討

起立斉唱行為もピアノ伴奏行為も「思想」の「表明」とみなすことは「困難」とされた点では共通するが⁵³、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

52 最判平成23・5・30民集65巻4号1780頁（1785-1787頁）。

53 起立斉唱行為について、最判平成23・5・30民集65巻4号1780頁（1786頁）、ピアノ伴奏行為について、最判平成19・2・27民集61巻1号291頁（294-295頁）。

む」⁵⁴とされたのに対し、ピアノ伴奏行為は「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」とされた点が異なり⁵⁵、この相違が「間接的な制約」の有無の判断を分けたと考えられる⁵⁶。この点、ピアノ伴奏拒否訴訟判決に付された藤田宙靖裁判官の反対意見は次のように述べて直接的な制約と捉えるべきと主張した。すなわち、「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」こそが「真の問題」であり、「思想及び良心」には「『君が代』の斉唱をめぐり、学校の入学式のような公的儀式的場で、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）」といった側面が含まれている可能性がある⁵⁷。そして、当該職務命令と思想・良心の自由との関係につき「慎重な検討」や「ピアノ伴奏を命じる校長の職務命令によって達せられようとしている公共の利益」と「思想及び良心」の保護の必要」とのあいだに「慎重な考量」が必要であると主張した⁵⁷。多数意見の認めた「歴史観ないし世界観」に加えて上記の「信念ないし信条」を認めることで、それらに不可分の行動としての性格を起立斉唱拒否行為に与え、直接的な制約とみなしているといえる。

ところで、起立斉唱やピアノ伴奏を命じる職務命令の合憲性審査は、これら最高裁判決多数意見をことばどおり読む限り、裁量逸脱・濫用審査ではない。憲法上の権利侵害が何ら認められなかったピアノ伴奏拒否訴訟最

54 最判平成23・5・30民集65巻4号1780頁（1786頁）。

55 最判平成19・2・27民集61巻1号291頁（294頁）。

56 渡辺・前掲注50）112頁、蟻川恒正「判批」長谷部恭男ほか『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2013）87頁。

57 最判平成19・2・27民集61巻1号291頁（302-303頁）〔藤田裁判官反対意見〕。

高裁判決も、「三段階審査」の第一の段階である保護領域内外の審査において、保護領域外とされたとみることはでき⁵⁸、起立斉唱拒否事件最高裁判決は、その制約が間接的なものとされたことにより、その第三の段階である正当化の段階で緩やかな審査が行われたものと読むことができる。実際、両最高裁判決はそうのように読まれうる猿払事件最高裁判決（最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁）を引用している⁵⁹。こうみえてくと、上の藤田裁判官反対意見は、多数意見が「間接的な制約」とみなしたピアノ伴奏を命じる職務行為につき、「直接的な制約」とみなすことで厳格な審査を引き出そうとするものであるといえ、多数意見との距離は相当にある。

裁量審査の手法がとられなかったからといって、ピアノ伴奏拒否訴訟最高裁判決多数意見において、当該職務命令の正当化がまったく行われなかったわけではない。ただし、その理由づけは極めて簡素であった。そこで同判決に付された那須弘平裁判官の補足意見をみると、次のような箇所がある。「学校が組織として国歌斉唱を行うことを決めたからには、これを効果的に実施するために音楽専科の教諭に伴奏させることは極めて合理的な選択であり、その反面として、これに代わる措置としてのテープ演奏では、伴奏の必要性を十分に満たすものとはいえないことから…職務命令によって職務上の義務としてこれを行わせる形を採ることも、必要な措置として憲法上許される」。「思想・良心の自由を理由にして職務命令を拒否することを許しては、職場の秩序が保持できないばかりか、子どもたちが入学式に参加し国歌を斉唱することを通じ新たに始まる学年に向けて気持ちを引き締め、学習意欲を高めるための格好の機会を奪ったり損ねたりすることにもなり、結果的に集団活動を通じ子どもたちが修得すべき教

58 渡辺康行「憲法訴訟の現状」法政研究（2009）第76巻第1・2号36頁。

59 猿払事件最高裁判決と「三段階審査」における「正当化」の段階との関係については、さしあたり渡辺ほか・前掲注1）66-67頁【松本和彦】

育上の諸利益を害することとなる」⁶⁰（傍点は筆者）。これらの箇所は（とくに筆者が傍点を付した部分）暗に職務命令の適法性を代置的に判断しているように読める⁶¹。

この点、起立斉唱拒否事件最高裁判決の須藤正彦裁判官の補足意見が、「念のため」の「付言」として述べた次の箇所は示唆的である。「職務命令違反を理由とする不利益処分に係る裁量論の領域で、日常の意識の中で国のことに注意を向ける契機を与えるために、起立斉唱がどれほど必要なのか、卒業式はその性格からしてそれを行う機会としてふさわしいのかなどの方法論や、不起立によってどのような影響が生じその程度はいかほどか、不利益処分を行うこととその程度は行過ぎではないかといった点を考量した上で、当該処分の適法性を基礎付ける必要性、合理性を欠くがゆえに、当該処分が裁量の範囲を逸脱するとして違法となるということはある得る」⁶²（傍点は筆者）。上の傍点部分は、職務命令の適法性に強く関連しているように読める。このような議論は、司法裁判所の判断が行政の判断に実質的に代置されるような場合にも参照されるべきであろう。例えば、音楽専科の教諭以外の者によるピアノ伴奏（あるいはテープ演奏）では、国歌斉唱時の伴奏の必要性を十分に満たすものとはいえないのか否か、入学式における国歌斉唱時のピアノ伴奏が拒否されることによって職場の秩序が保持できなくなったり、子どもたちの学習意欲が削がれたりするような「影響」がいかなる「程度」もたらされるのかなどの点の「考量」は、

60 最判平成19・2・27民集61巻1号291頁（300頁）〔那須裁判官補足意見〕

61 「実体法上の行政の判断に裁判所の判断を置き換える」「実体的判断代置主義」は、「裁量性のある要素については、一見司法審査をさらに進めるようにみえるが、裁判所が処分庁に成り代わるもので、行きすぎであるし、実際にも、裁判所の直感で（丁寧な検討なしに、いわば予断で）、被処分者の行為がひどいと思ひ込む結果、行政の判断過程の不合理的を見逃し、結果オーライ的な発想になるので、不適切である」とされる。阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣、2008）374頁。

62 最判平成23・5・30民集65巻4号1806頁（1795頁）〔須藤裁判官補足意見〕。

行政のみならず司法にも要請されよう⁶³。

上の須藤裁判官の裁量論は、次のような憲法論と対になっている。事案の処理にあたっての「基本的視点」の中核を占める箇所なので、少々長いが引用しよう。思想及び良心の自由に対する間接的制約等（「外部的行為の要求が一律に強制される場合、当該要求が一律に強制されるべきではないという信条」の制約を含む⁶⁴）「を許容し得る程度の必要性や合理性は飽くまで憲法論におけるそれである以上、その必要性、合理性の根拠はできるだけ憲法自体に求められるのが望ましいと思われる。同時に、必要性や合理性は広い意味に捉え得るので、特に外部的行為の方法、態様などの点に関しては、憲法論で捉えるよりも、裁量統制の観点から、当該外部的行為の拒否を理由とする不利益処分が裁量の範囲を逸脱するものとして違法と評価されるか否かとの判断方法で捉える方が適切であるという場合も現実には多いと思われ、その意味で一種の棲み分けがなされることになろう。もっとも、例えば、対象となる当人の歴史観等に係る間接的制約等が容易に予見される状況であるのに、これを最小限にとどめるような慎重な配慮を著しく欠くという場合や、違反に対する制裁が初めから過度に重いものしか定められていないような場合などは、憲法的価値そのものを否定するものとして、制約を許容し得る程度の必要性、合理性は認められないといえよう」⁶⁵（傍点は筆者）。傍点部分から明らかなように、須藤裁判官は、「憲法論」と「裁量論」との「棲み分け」を前提としながら、「歴史観

63 「行政処分の適法性が問題である限り、行政の行動基準と裁判所のコントロール基準は同一であり、したがってコントロール密度が緩和されることはないというべき」（宮田三郎『行政裁量とその統制密度（増補版）』（信山社、2012）326頁、傍点は筆者）である。ただし実際には、裁判所が代置的な判断を行ってもコントロール密度が緩やか、あるいはコントロールそのものが不適切なときはありうる（参照、阿部・前掲注61）。

64 最判平成23・5・30民集65巻4号1780頁（1795頁）〔須藤裁判官補足意見〕。

65 最判平成23・5・30民集65巻4号1780頁（1797頁）〔須藤裁判官補足意見〕。

等に係る間接的制約等」が「容易に予見される状況」においてそれを「最小限にとどめるような慎重な配慮を著しく欠く」場合、「憲法的価値そのものを否定するものとして」当該制約は許容されえず違憲となるとしている。これは、多数意見と齟齬することなく、間接的な制約であっても違憲とされるような、憲法上の権利（人権）に対応する「慎重な配慮」義務を認めるものといえよう。

なお関連して、起立斉唱・ピアノ伴奏を命じる職務命令に違反したことを理由になされた懲戒処分 of 適法性が争われた事件で、最高裁は、上記の起立斉唱拒否事件最高裁判決を引用しつつ、起立斉唱を命じる職務命令が思想・良心の自由に対する「間接的な制約」となることを認めた部分と同趣旨の文章（ただし、「間接的な制約」ということばは用いられていない）を置き、起立斉唱拒否行為が式次第の遂行を積極的に妨害するものでなく、その影響等も客観的評価が困難であることを指摘しつつも、「不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについて、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮を必要とする事情であるとはいえるものの、このことを勘案しても、本件職務命令の違反に対し懲戒処分の中で最も軽い戒告処分をすることが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるとは解し難い」とした⁶⁶。思想・良心の自由の制約が（間接的であるとしても）認められ、「慎重な考慮」が必要とされているのにもかかわらず、「懲戒処分の中で最も軽い」戒告処分がなぜ許容されるのか、明らかではない。これは、結局のところ、義務賦課行為それ自体の合憲性と、当該義務不履行を理由に課される不利益の程度の合法性の問題を混淆するもののように思われる。「憲法論」と「裁量論」の「棲み分け」は、この点からも必要と解されよう。また、ピアノ伴奏や起立斉唱を命じる職務命令によって課された義務の不存在確認と複数の懲戒処分の差止めが求められた事件で最高裁は、免職処分の差止めに関してはその

66 最判平成24・1・16判例時報2147号127頁（①事件134・135頁）。

処分がなされる蓋然性を欠くとして不適法としたが、それ以外については蓋然性があり、「毎年度2回以上の各式典を契機として…懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になる」として、行政事件訴訟法37条の4第1項のいう「重大な損害を生ずるおそれ」があると認めて差止めの訴えの要件を満たすとし、また、「勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という」「処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮」すると、「行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴え」として公法上の当事者訴訟としての義務不存在確認訴訟の要件を満たすとした⁶⁷。この点、上に示した立場から、裁判所は「憲法論」を作用させ、「制裁行為」の予防ではなく、「起立斉唱強要」の予防のために公法上の確認訴訟の適法性を認めるべきであったと考えることもできよう⁶⁸。

四 おわりに

本稿は、まず、剣道実技拒否事件最高裁判決を信教の自由に明示的に言及がないにもかかわらず暗に信教の自由に対する間接的制約を認めたものと読むことが「人権・人権侵害の意味の縮減傾向」につながると指摘した。

67 最判平成24・2・9民集66巻2号183頁（196、201-202頁）。なお、同判決に付された宮川光治裁判官の反対意見は、そのような職務命令それ自体が「憲法19条に違反する可能性」が「高度」であることから差止め請求と確認の訴えを認容すべきと主張していた（同（217-218頁）〔宮川裁判官反対意見〕）。

68 石崎誠也「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ〔第6版〕』（有斐閣、2012）441頁は、「『起立斉唱』を強要すること自体が思想良心の自由を侵害する行為であるので、制裁行為を予防するためでなく、起立斉唱強要を予防すること自体に公法上の確認訴訟の適法性を認めるべき」としている。

そのうえで、最高裁は、「判断過程審査」のなかで信教の自由の背景にある憲法的価値を「重み」として扱ったとしても、まず「合理的配慮の法理」を用いたものと読むべきと主張した。少数者への配慮義務（それに対応する少数者の権利）は、行政裁量審査のなかの考慮要素の一つでありうる⁶⁹。また、起立斉唱拒否事件最高裁判決は、「間接的な制約」を認めたものの緩やかな正当化の審査を行ったため、「人権・人権侵害の意味の縮減傾向」の例証となっているといえる。もっとも、同判決に付された須藤裁判官補足意見が、間接的な制約であっても違憲となる「慎重な配慮」義務違反という類型を提出していることは、注目に値する。「間接的制約等が容易に予見される状況であるのに、これを最小限にとどめるような慎重な配慮を著しく欠く」場合には「憲法的価値そのもの」を否定するものとして（違反に対する制裁の大小とは別に）当該制約は違憲となるというのである。これを「憲法上の権利（人権）として配慮を求める権利」と名づけてもよいように思われる。この区別を前提とすれば、剣道実技拒否事件最高裁判決のような密度の高い「判断課程統制」の発展を、「人権・人権の意味の縮減傾向」として捉える必要はない。それでも、例えば一定の場合に、「信仰上の理由」から剣道実技を拒否する学生に剣道実技を必修としたり、「歴史観ないし世界観」からピアノ伴奏や起立斉唱を拒否する教師にそれらを義務づけたりすることが、「間接的制約等が容易に予見される状況であるのに、これを最小限にとどめるような慎重な配慮を著しく欠く」場合に該当すると主張することは（判例との距離は措くとして）可能である⁷⁰。また、それらの義務賦課行為の合憲性は、それらに従わないこ

69 宗教的あるいは文化的少数者への配慮を求める権利が憲法13条に根拠づけられうることについて、栗田佳泰「「新しい人権」と「一般的行為自由」に関する一考察」阪本昌成先生古稀記念『自由の法理』（成文堂、2015）607頁以下。

70 例えば、参照、剣道実技必修について、小林武「判批」民商法雑誌115巻6号（1997）167頁以下、ピアノ伴奏について、ピアノ伴奏拒否訴訟最高裁

とによって課される不利益とは別個の問題として観念される。それらの義務に従わないことによって課される不利益が大きければ、行政裁量審査における「慎重な配慮」を引き出すかもしれないが、本来それらの義務賦課行為の合憲性審査は、そうした行政裁量審査に先立ち別個に行われているはずである。裁判所に対しては、こうした憲法上の権利（人権）の「作用」を明確にするよう主張すべきこととなろう。

「憲法と裁量理論との相互関係についての研究の不足」が指摘されて久しい⁷¹。起立斉唱拒否事件最高裁判決の須藤正彦裁判官の補足意見で示された「棲み分け」は、一つの方向性として支持しうるものである。本稿で示したのは、そうした「棲み分け」の可能性である。

※ 本研究はJSPS科研費15K16918の助成を受けたものである。

判決藤田宙靖裁判官反対意見、起立斉唱について、最判平成23・6・6民集65巻4号1855頁宮川光治裁判官反対意見。

71 宮田・前掲注63) 327頁。同箇所の初出は、同「行政裁量」公法研究55号(1993) 136頁以下。