

〈判例評釈〉都立板橋高校卒業式事件[最高裁 第一小法廷平成23.7.7判決]

田代, 正彦

(出版者 / Publisher)

法政大学大学院

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

大学院紀要 = Bulletin of graduate studies / 大学院紀要 = Bulletin of graduate studies

(巻 / Volume)

71

(開始ページ / Start Page)

135

(終了ページ / End Page)

157

(発行年 / Year)

2013-10

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00009981>

《判例評釈》

都立板橋高校卒業式事件

法学研究科 法律学専攻

博士後期課程 2011 年度満期退学 田代正彦

威力業務妨害被告事件

平成 20 年（あ）第 1132 号

最高裁第一小法廷判決平成 23 年 7 月 7 日 / 刑集 65 卷 5 号 619 頁

判例時報 2130 号 144 頁 / 判例タイムズ 1358 号 73 頁

【上告人】 被告人 X 代理人 加藤 文也ほか

【第 1 審】 東京地判平成 18 年 5 月 30 日（刑集 65 卷 5 号 811 頁）

【第 2 審】 東京高判平成 20 年 5 月 29 日（判例時報 2010 号 47 頁 / 判例タイムズ 1273 号 109 頁）

判示事項

卒業式の開式直前に保護者らに対して大声で呼び掛けを行い、これを制止した教頭らに対して怒号するなどし、卒業式の円滑な遂行を妨げた行為をもって刑法 234 条の罪に問うことが、憲法 21 条 1 項に違反しないとされた事例

目次

- | | |
|--------------------------|--------------------------|
| I . 事実の概要 | (ii) 憲法 21 条 1 項との関係に関して |
| II . 判旨 | ① 前提問題としての思想及び良心の自由 |
| (i) 刑法 234 条の罪の成立に関して | ② 内容規制としての適用違憲性 |
| (ii) 憲法 21 条 1 項との関係に関して | ③ 内容中立規制としての適用違憲性 |
| III . 研究 | IV . 本判決の意義 |
| (i) 刑法 234 条の罪の成立に関して | |
| ① 威力業務妨害罪の罪質ないし保護法益 | |
| ② 威力業務妨害罪の構成要件該当性 | |
| ③ 威力業務妨害罪の違法性 | |

I . 事実の概要

原判決及びその是認する原々審判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係は、次の通りである。

(1) 通達の発出

平成 15 年 10 月 23 日に東京都教育委員会教育長が都立高等学校長等に対して発出した「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について」（平成 15 年教指企第 569 号）と題する通達（以下「本件通達」）を受けた都立板橋高等学校校長 Y は、平成 16 年 3 月 11 日実施予定の同校の卒業式（以下「本件卒業式」）において、国歌斉唱の際、生徒、教職員を始め、来賓や保護者にも起立を求めるとし、同日午前 10 時に本件卒業式が開式となる旨、及び、全員が起立して国歌を斉唱する旨等が記載された実施要綱を平成 16 年 3 月 9 日に作成している。

(2) 出席の承諾

平成 7 年 4 月から平成 14 年 3 月の退職まで都立板橋高校に社会科教員として 7 年間勤務した被告人 X

は、在職中から卒業式等における国旗掲揚に反対の立場であったことなどから、本件卒業式の実施に関心を抱き、式への出席を希望するに至り、平成16年3月4日頃、校長Yに電話を掛け、本件卒業式に来賓として出席することの承諾を得ている。

また、平成16年3月9日頃、校長Yは、テレビ局から卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の推進派である都議会議員Aが本件卒業式に来賓として出席する様子取材したいとの申し入れを受け、了承している。他方で、校長Yは、同校教頭Zから、被告人Xが国旗等の取り扱いに関する都教委の方針に批判的な人物であるとの報告を受け、不測の事態を懸念し、東京都教育庁指導部にその旨の報告をした。

(3) ビラの配布

平成16年3月11日の本件卒業式当日、被告人Xは、午前8時15分頃、セーター姿で板橋高校に到着すると、午前9時頃、卒業生の教室を順に訪ね、待ち時間を過ごす卒業生に対し、国歌斉唱時の不起立を促す発言をして回っている。

午前9時30分頃、本件卒業式が実施される体育館に赴き、本件卒業式の開式前に、体育館の中央付近に配置された保護者席を歩いて回り、開式を待つ保護者に対し、用意しておいたビラを配り始めた（以下「本件ビラ配布行為」）。本件ビラ配布行為によって配布されたビラには、「東京都教委が強いる『寒々とした光景』」という見出しで、職務命令違反を理由に戒告処分を受けた教員の発言等を掲載した週刊誌の記事の写しが印刷されていた¹。

(4) 呼掛け及び怒号

その頃、校長Y及び教頭Zは、校長室から体育館に移動を始めたところであったが、他の教員らから、被告人Xが本件ビラ配布行為に及んでいる旨の報告を受けたため、教頭Zが、校長Yより先に体育館に向かった。体育館に到着した教頭Zは、保護者席内にいた被告人Xに近づいて本件ビラ配布行為をやめるよう比較的小声で求めたが、被告人Xは、これに従わずに本件ビラ配布行為を終え、同席の最前列中央まで進んで保護者らの方を向いて、簡単に自己紹介をした上、同日午前9時42分頃、校長Yらに無断で、「今日は異常な卒業式で、国歌斉唱のときに、教職員は必ず立って歌わないと、戒告処分、30代なら200万円の減収になります。ご理解願って、国歌斉唱のときは、出来たらご着席をお願いします」などと大声で保護者らに呼び掛け、その間、教頭Zから制止されても呼掛け行為をやめなかった（以下「本件呼掛け行為」）。

また、被告人Xをその場から移動させようとした教頭Zに対し、「触るんじゃないよ、おれは一般市民だよ」と怒号するなどしたため、一時、教頭Zと被告人Xとの間で怒鳴り合いとなる。さらに、遅れて体育館に入場した校長Yも、被告人Xの近くに来て退場を求めるとし、教頭Zも退場を促したところ、被告人Xは、「ここで退職した教員を何で追い出すんだよ」、「板橋高校の教員だぞ、おれは」など怒鳴り声を上げて抵抗したものの（以下「本件怒号行為」）、午前9時45分頃、体育館から退場し、体育館に隣接する格技棟廊下へと歩いていった。

(5) 抗議と退出

その折、被告人Xの言動に憤慨した保護者の男性Bが、「馬鹿野郎、ぶっ殺すぞ」、「おれは保護者だよ、大事な卒業式だろ、あんた」など怒鳴り声を上げ、被告人Xに詰め寄ったため、被告人Xは、格技棟廊下で反論や抗議を続けた。

校長Yが、被告人Xに対し、校外に退出するよう求めたところ、被告人Xはこれに応じる様子がなかったが、入場のために待機していた卒業生の担任教諭Cが、校長Y及び被告人Xに対して卒業式の開式を促すなどしたことを契機に、被告人Xは校外に向かい、その様子を見た校長Y及び教頭Zは体育館内

1 原々審判決（刑集65巻5号815頁）の記述から配布されたビラには、雑誌『サンデー毎日』（2004.3.7）142-145頁に掲載されている堀和世「東京都教委が強いる『寒々とした光景』」がB4版で印刷されていたことが分かるが、同記事の一部が印刷されていたのか、全部であるのか、また片面であるか、両面であったのかは定かではない。

に戻った。そして、卒業生が予定より遅れて入場し、本件卒業式は約2分遅れの午前10時2分頃、開式となった。

その後、被告人Xの一連の行為が都議会予算特別委員会などで問題とされ²、平成16年3月26日には、東京都教育委員会と板橋高校から被害届が提出され、刑事訴訟法所定の一連の手続きに従って、威力業務妨害罪（刑法234条）で在宅起訴された。

刑法233条（信用毀損及び業務妨害）

「虚偽の風説を流布し、又は偽計を用いて、人の信用を毀損し、又はその業務を妨害した者は、三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。」

刑法234条（威力業務妨害）

「威力を用いて人の業務を妨害した者も、前条の例による。」

本件の訴訟経過は、概ね以下の通りである。

【第1審】東京地判平成18年5月30日

<判旨>

東京地裁は、被告人Xが卒業式開式直前に都教委の施策に反対する立場への賛同を呼び掛けた上、教頭Zからの制止や校長Yからの退場要求があったにもかかわらず、これを無視して呼び掛けを行い、或いは、怒号に及んだことにより校長Yらに一定期間継続して対応することを余儀なくさせ、卒業式を執り行うとする校長Yら「関係者の意思を制圧するに足りる勢力の行使として、威力業務妨害罪の『威力』に該当性することは明らかである」として、「威力」該当性を肯定し、また、被告人Xによって卒業生の入場の遅れが生じた結果、「約2分遅れで卒業式が挙行された」と認定し、「卒業式の遂行業務が現実に妨害された」と判示した。

さらに、「一定の意見の表明が言論の自由として保障されるとしても、そのために他人の業務を妨害してよいということにはならない」とした上で、被告人Xの保護者に対する呼掛けは、「それ自体が威力に該当する行為であって、明らかに手段の相当性を欠くもの」であり、その結果、「一連の業務妨害の事態が現実に発生し、これが社会的に許されない異常事態であることは明らかであって、その法益侵害の程度は軽微なものとはいえない」と判示し、可罰的違法性を肯定している。

他方で、「本件卒業式の妨害を直接の動機目的としたものではないこと、実際に妨害を受けたのは短時間であり、開式の遅延時間も問題視するほどのものではなく、その後、本件卒業式はほぼ支障なく実施されたこと」、被告人Xが「熱意ある教員として、定年退職までその職責を果たしてきたものであることなどの諸事情を考慮」し、検察官の求刑懲役8月に対し、被告人Xを罰金20万円に処した。尚、「その罰金を完納することができないときは、金5000円を1日に換算した期間被告人を労役場に留置する」としている³。

これを不服とした被告人Xは、ビラ配布時の制止行為の不存在といった事実誤認や、構成要件該当性及び違法性阻却事由に関する判断についての法令適用の誤り、公訴権濫用論などを主張して、即日控訴している。

2 東京都議会予算特別委員会速記録第四号（平成16年3月16日）参照。本件卒業式に出席した都議会議員Aの質問に対する都教育長の答弁として、「校長などの制止にかかわらず元教員が週刊誌の記事のコピーを保護者に配布して、この卒業式は異常であるなどと大声で叫んだことは、卒業式に対する重大な業務妨害行為でございまして、法的措置をとります」と明言されていることが確認できる。東京都議会 HP:<http://www.gikai.metro.tokyo.jp/record/yotoku/2004/d6214412.html> [visited May. 31. 2013]

3 原々審東京地裁判決に関する評釈として、加藤文也「卒業式は誰のためにあるのか—都立板橋高校卒業式事件東京地裁判決について—」法学セミナー No.621（2006.9）4-5頁、また、原々審での弁護方針をまとめ、紹介するものとして、小沢年樹「板橋高校事件の審理展開と刑事訴訟法改正」法と民主主義 No.408（2006.5）29-31頁などがある。

【第 2 審】東京高判平成 20 年 5 月 29 日

＜判旨＞

東京高裁は、被告人 X のビラ配布、呼掛け、怒号、抗議という各行為を「一連の行為」と評価し、この一連の行為を「呼びかけ」と「その後の防御的行為」とに分断し、後者に関しては校長 Y らが招来した事態であるなどとする弁護側の主張は到底採用できないと断じた上で、被告人 X の一連の行為により、卒業式の遂行業務に携わる校長 Y らに対し、予期していなかった対応を余儀なくさせ、開式前の卒業式会場を「喧噪状態」に陥れたとし、被告人 X の一連の妨害行為により「開式が 2 分遅れたと認められる以上、開式の遅れを業務妨害の結果と認定した」原々審東京地裁判決に誤りはないと判示している。

また、被告人 X の一連の行為は、卒業式を円滑に執り行おうとする校長 Y ら「関係者の意思を制圧するに足る勢力の行使として、威力業務妨害罪の『威力』に該当すると評価することができる」として「威力」該当性を肯定する一方、「手段が社会的相当性を欠くことは明らかである」として「正当行為」該当性を否定し、保護者には国歌斉唱時の起立・斉唱が法的にも事実上も強制されていないとして「正当防衛」該当性も否定し、この点においても、原々審東京地裁判決に「誤りはない」と判示している。

さらに、憲法 21 条の保障する表現の自由が優越的地位を有するとしても、「憲法 21 条は、表現の自由を絶対無制限に保障したものではなく、公共の福祉のために必要かつ合理的な制限に服することを是認するものであって、たとえ思想を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の財産権、管理権等の権利を不当に害することは許されないとわなければならない」とし、被告人 X は、「卒業式開式の直前に、その会場で、卒業式の開式を待つ保護者に対して、明らかにその場の状況にそぐわない大声で呼びかけを行い、卒業式会場を喧噪状態に陥れたばかりか」、校長 Y らに対して「予期していなかった対応を余儀なくさせ、卒業式の円滑な進行を現に阻害した」のであるから、「刑法 234 条を適用してこれを処罰しても、憲法 21 条に違反するものではない」と判示している。

東京高裁は、その他、公訴権濫用論などを全て斥け、原々審判決を維持し、控訴を棄却した⁴。

これに対して、被告人 X は、憲法 21 条 1 項違反や判例違反、事実誤認、法令適用の誤りなどを主張し上告しており、本判決はこれに応えたものである。

Ⅱ．判旨

上告棄却。

（i）刑法 234 条の罪の成立に関して

「事実関係によれば、被告人が大声や怒号を発するなどして、同校が主催する卒業式の円滑な遂行を妨げたことは明らかであるから、被告人の本件行為は、威力を用いて他人の業務を妨害したものとすべきであり、威力業務妨害罪の構成要件に該当する。」

（ii）憲法 21 条 1 項との関係に関して

「所論は、被告人の本件行為は、憲法 21 条 1 項によって保障される表現行為であるから、これをもって刑法 234 条の罪に問うことは、憲法 21 条 1 項に違反する旨主張する。」

被告人がした行為の具体的態様は、上記のとおり、卒業式の開式直前という時期に、式典会場である体育館において、主催者に無断で、着席していた保護者らに対して大声で呼び掛けを行い、これを制止した教頭に対して怒号し、被告人に退場を求めた校長に対しても怒鳴り声を上げるなどし、粗野な言動でその場を喧噪状態に陥れるなどしたというものである。表現の自由は、民主主義社会において特に重

⁴ 原審東京高裁判決に関する評釈として、中川律「公立学校の卒業式における来賓の表現の自由—都立板橋高校威力業務妨害罪事件控訴審判決—」季刊教育法 No.160 (2009.3) 96-101 頁、本庄武「都立高校の卒業式で、国歌斉唱時に着席するよう保護者らに呼びかけるなどした行為が威力業務妨害罪に当たるとした一審判決を肯定した事例」速報判例解説 Vol.5 (2009.10) 167-170 頁などがある。

要な権利として尊重されなければならないが、憲法 21 条 1 項も、表現の自由を絶対無制限に保障したのではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ意見を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されない。被告人の本件行為は、その場の状況にそぐわない不相当な態様で行われ、静穏な雰囲気の中で執り行われるべき卒業式の円滑な遂行に看過し得ない支障を生じさせたものであって、こうした行為が社会通念上許されず、違法性を欠くものでないことは明らかである。したがって、被告人の本件行為をもって刑法 234 条の罪に問うことは、憲法 21 条 1 項に違反するものではない。このように解すべきことは、当裁判所の判例（昭和 23 年（れ）第 1308 号同 24 年 5 月 18 日大法廷判決・刑集 3 卷 6 号 839 頁、昭和 24 年（れ）第 2591 号同 25 年 9 月 27 日大法廷判決・刑集 4 卷 9 号 1799 頁、昭和 42 年（あ）第 1626 号同 45 年 6 月 17 日大法廷判決・刑集 24 卷 6 号 280 頁）の趣旨に徴して明らかである（最高裁昭和 59 年（あ）第 206 号同年 12 月 18 日第三小法廷判決・刑集 38 卷 12 号 3026 頁参照）。被告人の本件行為について同罪の成立を認めた原判断は正当であり、所論は理由がない。」

尚、以上の多数意見（法廷意見）に対し、本判決には、主として（ii）に関して、宮川光治裁判官の補足意見が付されている。

宮川光治裁判官の補足意見

「東京都教育委員会教育長の通達（以下「本件通達」という。）及びこれに基づく校長の教職員に対する職務命令等は、教職員の思想及び良心の核心に反する行為を行うことを強制することになり、憲法 19 条（思想及び良心の自由）に違反する可能性があると考える」（最高裁平成 22 年（オ）第 951 号同 23 年 6 月 6 日第一小法廷判決・裁判所時報 1533 号 3 頁における宮川光治裁判官の反対意見参照）、「被告人の本件行為が威力業務妨害罪の構成要件を充足し違法であることは疑いがなく、検察官の求刑懲役 8 月を罰金 20 万円にとどめて有罪とした 1 審判決を維持した原判断は是認できると考える」。

「被告人が、本件卒業式には違憲違法な本件通達に基づく『君が代斉唱時の起立斉唱』の強制が組み込まれていると考え、その事実を、ビラを配布したりして本件卒業式に参加する保護者等に知ってもらうとともに、国歌斉唱時に着席したままであることに協力してもらいたいと呼び掛けをすることは、それがいわゆるパブリック・フォーラム（最高裁昭和 59 年（あ）第 206 号同年 12 月 18 日第三小法廷判決・刑集 38 卷 12 号 3026 頁における伊藤正己裁判官の補足意見参照）たる性質を有する場所、例えば校門前の道路等で行われるのであれば、原則として、憲法 21 条 1 項により表現の自由として保障される。また、本件卒業式が実施される体育館に赴いて、本件卒業式の開始前に、保護者席を歩いて回り、ビラを配布した行為は、威力を用いて卒業式式典の遂行業務を妨害したとは評価できない。しかし、続く被告人の行為が、本件卒業式が行われる体育館という場で、かつ、式の開始の直前（約 18 分前）に、大声を上げて呼び掛けをするという態様のものであれば、静穏かつ厳粛に本件卒業式を円滑に執り行うという業務を妨害するおそれがあるものとなるといえる。しかも、本件では、被告人は、保護者席の前方中央に立ち、保護者に対し大声で呼び掛けを行い、これに対し教頭や校長が制止したり退場を求めたりしたことは必要かつ合理的な行為であるというべきところ、これに従わず両名に対し怒号を浴びせ、その結果、会場内を一時喧噪状態に陥れ、本件卒業式の開式も遅れたという事実が認定できるのであるから、こうした一連の行為について、威力業務妨害罪の成立を認めても、憲法 21 条 1 項に違反するものではない。

また、本件は、場所、時を選ばずなされた行為の態様が問題なのであるから、正当行為及び正当防衛の主張に理由がないことは明らかである。」

Ⅲ．研究

本件は、事案の性質上、刑法学及び憲法学のそれぞれの論点を内包するものであるが、以下、それぞれについて重要と思われる論点を中心に確認することとする。

(i) 刑法 234 条の罪の成立に関して

被告人 X の本件行為につき、威力業務妨害罪（刑法 234 条）を成立させることの是非を検討する為に、次の 3 点につき特に確認しておきたい。

① 威力業務妨害罪の罪質ないし保護法益

現行刑法では、業務妨害罪に関する規定が第 35 章「信用及び業務に対する罪」の中に置かれ、且つ、その行為手法により、偽計業務妨害罪（刑法 233 条後段）と威力業務妨害罪とに二分され、それぞれが別条に規定されている。

尚、旧刑法（明治十三年七月十七日太政官布告第三十六号）では、第 2 編第 8 章「商業及ヒ農工ノ業ヲ妨害スル罪」として、全 6 ヶ条が設けられ、特定の経済活動に限定する方式で業務妨害罪が規定されていた。

旧刑法第 267 条

① 「偽計又ハ威力ヲ以テ穀類其他衆人ノ需用ニ欠ク可カラサル食用物ノ売買ヲ妨害シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ処シ三円以上三十円以下ノ罰金ヲ附加ス」

② 「前項ニ記載シタル以外ノ物品ノ売買ヲ妨害シタル者ハ一等ヲ減ス」

旧刑法第 268 条

「偽計又ハ威力ヲ以テ競売又ハ入札ヲ妨害シタル者ハ十五日以上三月以下ノ重禁錮ニ処シ二円以上二十円以下ノ罰金ヲ附加ス」

旧刑法第 269 条

「偽計又ハ威力ヲ以テ農工ノ業ヲ妨害シタル者ハ亦前条ニ同シ」

旧刑法第 270 条

「農工ノ雇人其雇賃ヲ増サシメ又ハ農工業ノ景況ヲ変セシムル為メ雇主及ヒ他ノ雇人ニ対シ偽計威力ヲ以テ妨害ヲ為シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ処シ三円以上三十円以下ノ罰金ヲ附加ス」

旧刑法第 271 条

「雇主其雇賃ヲ減シ又ハ農工業ノ景況ヲ変スル為メ雇人及ヒ他ノ雇主ニ対シ偽計威力ヲ以テ妨害ヲ為シタル者ハ亦前条ニ同シ」

旧刑法第 272 条

「虚偽ノ風説ヲ流布シテ穀類其他衆人需用物品ノ価直ヲ昂低セシメタル者ハ十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス」

この様な旧刑法の規定方式を改め、保護される業務内容を一般化ないし拡張させ、包括的且つ概括的な規定方式を採用したものが現行刑法である。その立法趣旨にも、旧刑法の規定方式では保護される業務の範囲が狭きに失するため、これを拡張させるための改正である旨が確認できる⁵。

刑法改正政府提出案理由書

「理由 本章ハ現行法第二編第八章ヲ改正シタルモノナリ

本章改正ノ主要ナル點ヲ擧クレハ左ノ如シ

一 現行法第二編第三章ハ商業及ヒ農工ノ業ヲ妨害スル罪ト題シ其適用ノ範囲狭キニ失スルヲ以テ本案ハ廣ク信用及ヒ業務ニ對スル罪ト題シ總テ人ノ信用ヲ毀損シ又ハ其業務ヲ妨害スル場合ヲ包含スルコトトセリ

二 現行法ハ數条ヲ設ケ種々ノ場合ヲ分別シテ規定スルモ本案ハ概括的ノ規定ヲ設ケ一切ノ場合ニ應スルコトトシ脱漏ノ虞ナカラシム」

（倉富他監修『増補刑法沿革綜覧』2209 頁）

5 倉富勇三郎他監修（松尾浩也増補解題）『増補刑法沿革綜覧』（信山社/1991）2209 頁。

もともと、現行刑法の様に信用毀損罪（刑法 233 条前段）と偽計業務妨害罪（刑法 233 条後段）とを同一条文中に規定し、威力業務妨害罪（刑法 234 条）については別条に規定するという規定方式が採用されていることに関しては、明確な根拠や積極的な理由が示されている訳ではなく⁶、立法者が業務妨害罪の罪質ないし保護法益をどの様なものと想定しているのかは判然とせず、これをどの様に解すべきかに関して、主として3つの学説が対立している。

まず、業務妨害罪を専ら財産に対する罪と解する見解であるが、当該見解は、現行刑法上、業務妨害罪が信用毀損罪とともに規定されていること、犯罪の客体たる「業務」に経済的色彩が強いものが多いこと、業務妨害罪に財産犯の規定を補完する機能が認められることなどを根拠とするものと言える⁷。

しかしながら、旧刑法から現行刑法への改正理由を勘案すれば、業務妨害罪を財産に対する罪とのみ理解するのは、狭きに失するということになるだろう。とりわけ、粗暴犯的色彩の強い威力業務妨害罪の場合には、自由に対する犯罪としての性格が顕著なものも多いこと、また、本件事案のように純粹には経済的業務と言いつても保護範囲に含むべきことなどに関しては、説明を要しないであろう。

次に、業務妨害罪を自由に対する罪と解する見解であるが、当該見解は、偽計又は威力によって業務者ないし業務執行者の意思活動の自由を侵害すること、即ち、人の社会生活上の地位における人格的活動（社会的活動）の自由をその保護法益と解する見解であり、その根拠を旧刑法から現行刑法への改正理由や経済的業務以外の業務保護の必要性などに求めるものである⁸。

もともと、当該見解に対しても、業務者の意思にさえ反すれば業務妨害罪の成立を認めるとすると、その処罰範囲が際限なく拡張される恐れがあること、また逆に、業務者の意思活動の自由が侵害されなくとも、業務妨害罪を成立させるべき事案も考えられ得ることなどの批判が存在する。

最後に、業務妨害罪を財産に対する罪と自由に対する罪という2つの性格を併有するものと解する見解であるが、当該見解は、いわば折衷説の見解であり、業務妨害罪を規定する第35章「信用及び業務に対する罪」が、第34章「名誉に対する罪」とともに自由に対する諸犯罪と、第三十六章「窃盗及び強盗の罪」に始まる財産に対する諸犯罪との間に位置付けられていることなどをもって、その論拠とするものである⁹。

本判決においては、被告人Xが「主催者に無断で、着席していた保護者らに対して大声で呼び掛けを行い、これを制止した教頭に対して怒号し」、「退場を求めた校長に対しても怒鳴り声を上げるなどし、粗野な言動でその場を喧噪状態に陥れるなどした」と述べられており、被告人Xの表現行為が、業務執行者の意思に反したものであったことが確認されている。

どちらかと言えば、本判決は、自由に対する罪と解する見解に与しているかの様な印象を与えるものであるが、それは、本件事案の対象たる「卒業式」という業務に経済的色彩が薄いこと、また、威力業務妨害罪の成否という本件事案の特質によるものであると考えられよう。

② 威力業務妨害罪の構成要件該当性

本判決を検討するため、威力業務妨害罪における構成要件該当性の問題として、本稿では、(ア) 客体たる「業務」、(イ) 手段たる「威力」、(ウ) 結果たる「妨害」の3点を挙げ、それぞれを確認しておく。

6 同様の指摘を行うものとして、大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣/2005）153頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第3版〕』（成文堂/2009）136頁などがある。また、その由来に関して、フランス刑法に求めるものとして、藤野豊「公務執行妨害罪と威力業務妨害罪との関係」法律のひろば第9巻第12号（1956.12）16-21頁、イタリア刑法との近縁性を指摘するものとして、内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（青林書院/1996）181頁がある。

7 代表的な論者として、宮本英脩『刑法大綱（各論）』（弘文堂書房/1934）410-411頁、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂/1976）249頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣/2010）155頁などが挙げられる。

8 代表的な論者として、木村亀二『刑法各論』（青林書院/1957）76頁、平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会/1977）185頁、大谷『刑法講義各論〔新版第3版〕』137頁などが挙げられる。

9 代表的な論者として、大塚『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』154頁、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』（成文堂/2009）209頁などが挙げられる。

(ア) 客体たる「業務」

威力業務妨害罪を含む「業務妨害罪」における「業務」とは、「職業その他の社会生活上の地位に基づき継続して行う事務又は事業」を意味し、威力業務妨害罪も、広く人の社会生活上の活動を保護するものと解するのが通説・判例の立場である¹⁰。

この様な「業務」の定義に従い、その該当性を検討する場合、通例、「継続性」の要件と「適法性」の要件という2つの要件で判断されることになる。

まず、前者の「継続性」の要件とは、業務妨害罪で保護される「業務」である為には、「継続して行う事務又は事業」であることが必要であり、一回的ないし一時的に行われた事務又は事業は保護の対象とはならず、仮にこれを妨害したとしても、業務妨害罪は成立しないという要件である。

確かに、判例の中には、その性質が一回的ないし一時的であることを理由として継続性を否定し、「業務」該当性を認めなかった高裁判例があるが¹¹、何故、一回的ないし一時的に行われた事務又は事業は保護に値しないのかという点などから、その妥当性を疑問とする見解がかねてより有力であった¹²。

この様に「継続性」の要件を疑問とする見解は、「継続性」の要件について、「保護の目的である人の社会生活そのものが果たして保護に値するか否かを判断する際にはじめて要求されるに留まり、人の社会生活が、例えば、会社、大学、一般商店等のように、その社会的存在そのものとして当然保護の目的に値すると見得る場合には個々の業務において継続性をとりたてて問題にする必要がない」と判示した地裁判例を支持し¹³、「継続性」の要件不要論に傾くが、学説上も、これを支持する見解が多いと言える¹⁴。

いずれにしろ、本件事案で問題となる都立高校の卒業式の場合には、一回的ないし一時的な性質なものであるとは言えず、「継続性」の要件という観点からは、「威力業務妨害罪」における「業務」とみて差し支えないと言えよう。

次に、後者の「適法性」の要件とは、業務妨害罪で保護される「業務」である為には、「継続して行う事務又は事業」が適法なものでなければならず、違法に行われている「業務」は保護の対象外であり、仮にこれを妨害したとしても、業務妨害罪は成立しないという要件である。

もっとも、「業務」の違法性を理由に業務妨害罪の成立を否定した裁判例もない訳ではないが¹⁵、違法な業務であっても、なお刑法上の保護に値し、且つ、事実上平穏に行われている業務であれば、業務妨害罪の客体たる「業務」に成り得るとするのが判例の立場と言え¹⁶、学説にもこれを支持するものがある¹⁷。

さらに、この点に関する近時の有力説には、単に当該業務が事実上平穏に行われているか否かのみならず、当該業務の反社会性ないし違法性の程度を勘案し、それ自体が犯罪を構成する行為のような当座の保護に値しない行為は、業務妨害罪の客体には当たらないと解すべきと主張するものもある¹⁸。

仮に、この様な見解に被告人Xが立脚すれば、事実上平穏に行われようとしていた本件卒業式であっても、当該業務の反社会性ないし違法性をもって当座の保護には値しない行為であると主張し、たとえこれを妨害したとしても、業務妨害罪の客体には当たらない「業務」であるから、威力業務妨害罪は成立しないとする主張も可能であると考えられるが、上告趣意においては、この様な論理展開を読み取るこ

10 株式会社創立事業妨害事件大審院判決（大審院判大10年10月24日刑録27輯643頁）。

11 大韓民国青年団支部結成式妨害事件東京高裁判決（東京高判昭30年8月30日高刑集8巻6号860頁）。

12 平野『刑法概説』186頁など参照。

13 学園紛争改革結集集会妨害事件神戸地裁判決（神戸地判昭49年10月11日刊月6巻10号1031頁）。

14 代表的論者として、伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第2版〕』（成文堂/2002）97頁、山口『刑法各論〔第2版〕』155頁などが挙げられる。

15 時間外労働強制抵抗事件名古屋地裁判決（名古屋地判昭39年2月20日下刑集6巻1=2号80頁）。

16 古くは、無権利者耕作妨害事件東京高裁判決（東京高判昭24年10月15日高刑集2巻2号171頁）や、無権利者公衆浴場営業妨害事件東京高裁判決（東京高判昭27年7月3日高刑集5巻7号1134頁）など、また比較的最近のものとしては、パチンコ店「景品買い」妨害事件横浜地裁判決（横浜地裁昭61年2月18日判例時報1200号161頁）、段ボール小屋行政代執行妨害事件最高裁決定（最一小決平14年9月30日刑集56巻7号395頁）などが挙げられる。

17 代表的なものとして、大谷『刑法講義各論〔新版第2版〕』137-138頁が挙げられる。

18 例えば、西田典之『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂/2010）124頁、前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』（東京大学出版会/2011）206-207頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』155頁などが挙げられる。

とはできない¹⁹。

本判決の法廷意見もまた、この点に関する検討なく、威力業務妨害罪の成立を認めるものであり、「業務」である本件卒業式の前提たる本件通達につき、「憲法 19 条（思想及び良心の自由）に違反する可能性がある」という指摘を加える宮川光治裁判官補足意見（以下「宮川補足意見」）においても、この点に関しては特に言及がなされていない。

尚、威力業務妨害罪の罪質ないし保護法益の問題で扱ったように、「業務」の性質をいかに解するかという問題があるが、「業務」を経済的業務に限定せず、人の社会生活上の活動全般と捉える折衷説的見解に立脚すれば、経済的活動であるか、文化的ないし人格的活動であるかを問わず、且つまた、当該業務に対する報酬の有無とも関係がないということになるため、本件卒業式の「業務」該当性も肯定されることは言うまでもない。

また、本件で成否が問題となる威力業務妨害罪に関しては、公務執行妨害罪（刑法 95 条 1 項）との関係から、威力業務妨害罪でいう「業務」に「公務」が含まれるか否かという問題が一つの大きな論点となるが、「強制力を行使する権力的公務」でない限り「公務」として行われた行為も「業務」に含まれるとする判例が確立しており²⁰、本件卒業式に関しては、この点からも「業務」該当性も肯定されることとなる。

（イ）手段たる「威力」

威力業務妨害罪でいう「威力」とは、判例上、「犯人の威勢、人数及び四圍の状況よりみて、被害者の自由意思を制圧するに足る犯人側の勢力」と解されており、また、「勢力は客観的にみて被害者の自由意思を制圧するに足るものであればよいのであつて、現実に被害者が自由意思を制圧されたことを要するものではない」とも解されている²¹。

もっとも、判例は、意思に対する働きかけがなく、物理的に業務を妨害したに過ぎない事例に関しても、威力業務妨害罪の成立を認めている²²。

この様に意思に対する働きかけが存在しない場合にも、業務妨害の結果が存在すれば威力業務妨害罪の成立を認める判例のような立場に立脚した場合には、威力業務妨害罪における「威力」と、偽計業務妨害罪（刑法 233 条後段）における「偽計」との相違は、単に手段が公然であるか、非公然であるのかにしか認められなくなるという指摘も学説上なされている²³。

本件事案は、被告人 X が物理的に業務を妨害した事案ではなく、本判決も、被告人 X が「大声や怒号を発するなど」した行為を「威力」の行使とみているが、これらの表現行為が校長 Y らの意思に作用し、圧迫する恐れがある点にその根拠を求めているというよりも、会場を喧騒状態に陥れ、静穏な雰囲気の中で執り行われるべき卒業式の円滑な遂行に看過し得ない支障を生じさせた点を重視し、「威力」該当性を肯定したものと解される²⁴。

その様な意味において、本判決もまた、従来判例の傾向と軌を同じくするものと位置付けられるが、威力業務妨害罪の成立範囲ないし本判決の射程範囲という点に関しては、なお考察すべき課題を残す判決であると言えよう。

19 弁護士加藤文也ほかの上告趣意（刑集 65 巻 5 号 625-811 頁）。むろん、この様な主張が上告趣意で展開されていたとしても、従来の判例の立場を勘案すれば、主張が認められる見込みは低いと言えよう。

20 県議会委員会妨害事件最高裁判決（最一小決昭 59 年 3 月 29 日刑集 41 巻 2 号 140 頁）。

21 労組威力業務妨害事件最高裁判決（最二小判昭 28 年 1 月 30 日刑集 7 巻 1 号 128 頁）。

22 積載石炭落下事件最高裁判決（最一小判昭 32 年 2 月 21 日刑集 11 巻 2 号 877 頁）。

23 例えば、藤木『刑法講義各論』252 頁、西田『刑法各論〔第 5 版〕』128 頁などが挙げられる。

24 同様の見方を示すものとして、鎮目征樹「威力業務妨害罪の成立要件—都立板橋高校事件—」法学教室 377 号別冊付録判例セレクト 2011（2012.2）31 頁が挙げられる。

(ウ) 結果たる「妨害」

威力業務妨害罪における「妨害」に関して、特に現実に「妨害した」ことを必要とするか否か、換言すれば、本罪を「侵害犯（実害犯）」とみるか、「危険犯（危険犯）」とみるかにつき対立が存在している。

まず、侵害犯説であるが、当該見解は、明文で「業務を妨害した」と規定されていることや、処罰範囲の限定要件として機能し得ることなどを根拠として、威力業務妨害罪を「侵害犯」と捉え、その成立に対し、業務の運営が実際に害されたという結果の発生を求める見解であり、学説上は、当該見解を支持するものが多い²⁵。

確かに、侵害犯説がその論拠とする業務妨害罪の「業務を妨害した」という文言に着目する解釈手法には、一定の説得力が認められる。他の立法例を管見すれば、業務妨害罪の特別法の中には、「妨害した」という文言ではなく、「害すべき行為をした」という文言が用いられたものもあり、立法者がそれぞれの文言を通じて、侵害犯たる業務妨害罪と、具体的危険犯たる業務妨害罪とを書き分けているとも読めるのである²⁶。業務妨害罪の特別法で「害すべき行為をした」という文言が用いられているものの例としては、競馬法32条の5などが挙げられる²⁷。

競馬法第32条の5

「偽計又は威力を用いて競馬の公正を害すべき行為をした者は、三年以下の懲役又は二百万円以下の罰金に処する。」

これ対して、判例は一貫して、具体的危険犯説に立脚しており²⁸、この点はほぼ確立した判例理論と言える。当該見解によれば、現実に業務が妨害されたことを必要とせず、妨害の危険が生ずれば足り、妨害の結果を発生させる恐れのある行為をもって「妨害した」と言えることとなる。

通説と判例とのこの様な齟齬は、業務妨害罪における「妨害」という結果の特殊性に起因するものと思われる。殺人罪（刑法199条）や傷害罪（刑法204条）、窃盗罪（刑法235条）などの他の犯罪とは異なり、業務妨害罪における「妨害」という結果は、多分に曖昧な周辺部分を含まざるを得ず、種々の事案に応じ多種多様なものとなるのが必至である。

例えば、偽計又は威力により、飲食店の業務が妨害されたというような事案においては、妨害行為によって飲食店が具体的にいくらの損害を被ったかを常に立証できる訳ではなく、妨害行為から一定の被害結果を推定せざるを得ない場面が生じることは想像に難くない。

それ故にこそ、具体的危険犯説では、妨害の結果を発生させる恐れのある行為をもって「妨害した」とすべきとするのであって、いわば文理解釈による帰結の無理を修正しようとする論理解釈による試みとも評価することができよう。

むろん、条文文言上、「侵害犯」と表現されている犯罪規定を「危険犯」と読み替えることにより、侵害犯説が危惧する処罰範囲の無限定な拡大に繋がる危険性も完全には否定し得ないが、「危険犯」の中でも「具体的危険犯」と解すること、即ち、妨害の結果を発生させる恐れのある行為までを要求することにより、一定程度の処罰範囲の限定を期待することもできよう。

原々審東京地裁判決及び原審東京高裁判決では、開式が2分遅れたことに言及がなされ、卒業式の遂

25 平野『刑法概説』188頁、大谷『刑法講義各論〔新版第2版〕』139頁、山口『刑法各論〔第2版〕』165頁、西田『刑法各論〔第5版〕』128頁などが挙げられる。

26 この様な読み方を示すものとして、佐伯仁志「刑法各論の考え方・楽しみ方 第8回 業務妨害罪」法学教室No.363(2010.12) 90頁が挙げられる。

27 その他の例としては、自転車競技法64条、小型自動車競走法第69条、モーターボート競走法第76条が挙げられ、競馬法32条の5中の「競馬」という箇所には各競走競技名が入るほか、いずれも法文構成は同一である。

28 誹謗文書送付事件大審院判例（大審院判昭11年5月7日刑集15巻573頁）、違法団体交渉事件最高裁判決（最二小判昭28年1月30日刑集7巻1号128頁）。もっとも、判例上、「妨害」につき、「現に業務妨害の結果の発生を必要とせず、業務を妨害するに足る行為あるをもつて足る」と表現され、業務を妨害する「恐れのある行為」とは表現されていない点を捉え、判例が抽象的危険説に立脚しているとする見解として、前田『刑法各論講義〔第5版〕』215頁がある。

行業務が「妨害されるおそれ」が生じただけでなく、現実にも「業務妨害の結果が生じた」という理論構成が採用されている²⁹。

これに対して、本判決の法廷意見では、卒業式の具体的な遅延に関しては言及がなされず³⁰、被告人Xが「大声や怒号を発するなど」したことによって、「卒業式の円滑な遂行を妨げたこと」が明白であるから、これをもって「威力を用いて他人の業務を妨害したものであるべき」という法的評価がなされ、「威力業務妨害罪の構成要件に該当する」と結論付けられている。

また、宮川補足意見では、「本件卒業式が行われる体育館という場で、かつ、式の開始の直前（約18分前）に、大声を上げて呼び掛けをするという態様のものであれば、静穏かつ厳粛に本件卒業式を円滑に執り行うという業務を妨害するおそれがあるものとなるといえ、実際に、「会場内を一時喧噪状態に陥れ、本件卒業式の開式も遅れたという事実が認定できるのであるから、こうした一連の行為について、威力業務妨害罪の成立を認めても、憲法21条1項に違反するものではない」というより丁寧な説明が確認できる。

③ 威力業務妨害罪の違法性

威力業務妨害罪はその性質ゆえに、労働争議の場面において成否が問題となることが多いが、日本国憲法28条で労働基本権（団結権、団体交渉権、団体行動権）が保障されている関係上、より具体的には違法性阻却事由たる正当行為（刑法35条）や正当防衛（刑法36条1項）の成立如何が検討されることとなる³¹。

日本国憲法第28条

「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する。」

刑法第35条（正当行為）

「法令又は正当な業務による行為は、罰しない。」

刑法第36条（正当防衛）

①「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。」

本件事案においては、被告人Xが既に退職した元教員であり、かつての勤務先である都立高校の卒業式に赴いて、本件通達に基づく、国歌斉唱時の全員起立斉唱の方針に反対する為に、ビラ配布、呼掛け、怒号、抗議といった一連の行為に及んだものであり、既に労働者としての地位を喪失している為に、労働争議とは言えないことは至極当然であるものの、その本質において、と言うよりは、少なくとも被告人Xの主観的心情においては、労働争議に類似する性格を有するものである点に特質が認められよう。

この様な特質故に、本件事案においても、威力業務妨害罪の構成要件該当性を争った後、仮に威力業務妨害罪の構成要件に該当するとしても、本件通達、及び、それに基づく国歌斉唱時の起立斉唱の要求が、教職員や保護者、学生らの思想良心の自由を侵害する違憲ないし違法なものであるとして、これを防ごうとする被告人Xの行為をもって刑法上の正当行為、或いは、正当防衛に該当する旨の主張が控訴審以降、弁護側により展開されている。

29 大幅な遅延には至っていないにも関わらず、「妨害」の結果を認めるのは不当であるとする批判として、加藤「卒業式は誰のためにあるのか—都立板橋高校卒業式事件東京地裁判決について—」5頁、本庄「都立高校の卒業式で、国歌斉唱時に着席するよう保護者らに呼びかけるなどした行為が、威力業務妨害罪に当たるとした一審判決を肯定した事例」170頁が挙げられる。また、最高裁判決につき、同様の観点から批判を加えているものとして、長峯信彦「保護者への国歌斉唱時の着席要請発言等と威力業務妨害罪」新判例解説 Watch 憲法 Vol.11 (2012.10) 30頁がある。

30 時間的遅延の程度に言及がなされていない理由として、被害者に及ぼされた有形無形の影響が考慮されているためと推察し、大幅な遅延に至っていない点をもって、威力業務妨害罪の成立を否定すべきとする批判を否定するものとして、照沼亮介「卒業式前に保護者らに大声で呼び掛けるなどの行為と威力業務妨害罪の成否」ジュリスト臨時増刊 No.1440 平成23年度重要判例解説 (2012.4) 156頁がある。

31 差し当たり、大塚仁他『大コンメンタール刑法〔第2版〕』（有斐閣/2000）第12巻134頁以下（佐々木正輝執筆）参照。

東京高裁は、被告人 X の「手段が社会的相当性を欠くことは明らかである」として、正当行為の成立を否定し、また、校長 Y らの業務遂行により、出席者たる保護者に国歌斉唱時の起立及び斉唱が法的にも事実上も、強制されないとして、正当防衛の成立も否定している。

この点につき、本判決の法廷意見には言及がなされていないものの、宮川補足意見では、「本件は、場所、時を選ばずなされた行為の態様が問題なのであるから、正当行為及び正当防衛の主張に理由がないことは明らかである」として、いずれの違法性阻却事由の成立も否定されている。

(ii) 憲法 21 条 1 項との関係に関して

本判決では、法廷意見において「表現の自由」(憲法 21 条 1 項)、宮川補足意見において「思想及び良心の自由」(憲法 19 条) という 2 つの憲法上の問題に関する判断が展開されているが、本稿では、「表現の自由」の前提問題として、「思想及び良心の自由」に関する問題から確認していくこととする。

① 前提問題としての思想及び良心の自由

日本においてはその歴史的沿革ないし思想的淵源などから、予てより「日の丸」及び「君が代」に対する反対論が根強く、国旗及び国歌に関する法律が未制定であった頃には、特に公立学校という教育現場における起立した上での「日の丸」掲揚や「君が代」斉唱に対して、果たしてそれが国旗及び国歌という法的根拠はどこにあるのか、各人に起立や斉唱を求め、強制することが認められるのかといった点での争いが絶えなかったことは、周知の通りである³²。

そこで、この様な混乱に終止符を打つ目的で制定されたのが、「国旗及び国歌に関する法律」(平成十一年八月十三日法律第百二十七号)であり(以下「国旗国歌法」)、同法により、「日の丸」が国旗とされ、「君が代」が国歌として法定されることとなった。

もっとも、同法が制定され、法的根拠が与えられた後の教育現場等においても、「日の丸」掲揚時の起立や「君が代」斉唱の強制等が問題とされなくなった訳ではなく、法的には特に憲法 19 条で保障されている「思想及び良心の自由」との関係で問題とされている³³。

日本国憲法第 19 条

「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。」

憲法 19 条の「思想及び良心の自由」は、精神的自由権の中でも最も根本的なものと考えられ、「表現の自由」や「信教の自由」、「学問の自由」の土台を成すものと位置付けられるが、「思想・良心の自由」によって具体的に保障される内容は、主として 2 つである。

まず、いかなる制約にも服さないという「絶対権」としての側面であるが、この側面は、国民がいかなる世界観、国家観、人生観を持つとも、それが内心の領域に留まる限りは絶対的に自由であり、公権力がそれに干渉することはあってはならないという内容である³⁴。

次に、いわゆる「沈黙の自由」としての側面であるが、この側面は、国民がいかなる思想を抱いているかについて、国家権力がその露顕を強制することは許されないという内容である³⁵。

憲法 19 条で「思想及び良心の自由」が保障されていることにより、国家権力には特定の思想や価値観ない

32 この問題に関しては、差し当たり、田中伸尚『日の丸・君が代の戦後史』(岩波新書/2000)が挙げられる。

33 この点に関しても、多くの論稿が刊行されているが、差し当たり、西原博史『良心の自由と子どもたち』(岩波新書/2006)や、土屋英雄『「日の丸・君が代裁判」と思想・良心の自由—意見書・証言録—』(現代人文社/2007)が挙げられる。また最近のものとして、高乗智之「国旗国家問題と教員の思想良心の自由」憲法研究第 44 号(2012) 79-106 頁もある。

34 但し、あくまで对国家との関係において絶対的に保障される「絶対権」であって、私人間においては、公序良俗規定(民法 90 条)などの私法の一般条項との間接適用によって、その保障の程度が弱まり、「相対権」となる場合もあり得る点は注意を要する。この例として、三菱樹脂事件最高裁判決(最大判昭 48 年 12 月 12 日民集 27 卷 11 号 1536 頁)などが挙げられる。

35 もっとも、必ずしも思想と関連しない単なる知識や事実の知不知には、原則として、沈黙の自由が及ばないと解されており、従って、例えば、裁判において証人に証言義務を課すことが憲法 19 条違反になるとは考えられていない。差し当たり、樋口陽一・佐藤幸治ほか『注釈 日本国憲法 上巻』(青林書院/1984) 392 頁(浦部法穂執筆)など参照。

しは事物の是非、善悪の判断の強制が禁止され、特定の思想を有していること、逆にまた、有していないことを理由として不利益の取扱いを行うことも禁止されることとなる。

主として、この様な「思想及び良心の自由」の保障という前提のもとに、教育現場、とりわけ公立学校における式典での「日の丸」掲揚時の起立、及び、「君が代」斉唱の強制等が推進派と反対派の対立を招いているのであるが、事件の発端となった本件通達は、国旗国歌法制定後も続く、この対立に決着を付けることを目的として、都教委教育長が都立高等学校長等に対して発出した行政規則と言える。もっとも、本件通達は行政規則ではあるものの、本稿では重要性の高いものと判断されるため、本稿末に〔資料1〕として掲載しておく³⁶。

本件通達、及び、これに基づく職務命令等の学校側の各種対応をめぐっては、多くの訴訟が提起されているが、これらのうち本稿を執筆している現時点で、最高裁判決が下されているものだけをまとめれば、〔資料2〕のようになる。

さて、憲法19条で保障されている「思想及び良心の自由」の観点から、公立学校における式典での「日の丸」掲揚時の起立、及び、「君が代」斉唱の強制等がどの様に理解されるかという点に関しては、大きく二分することができよう。

まず、合憲説であるが、当該見解は、「日の丸」及び「君が代」が古くから国旗及び国歌として慣習上定着してきているものであるとし、また、「君が代」の歌詞の内容も、日本国の象徴であり、且つ、日本国民統合の象徴である天皇の治世を通じて日本の繁栄を願うものであるとし、憲法上、象徴天皇制が認められている以上、「日の丸」掲揚時の起立、及び、「君が代」斉唱の強制を行っても、「思想及び良心の自由」には反しないとする立場である。

これに対して、違憲説であるが、当該見解は、憲法19条に「思想及び良心の自由」が明記されている意義の一つを、明治以来、天皇が政治的世界における絶対的権威とされてきただけでなく、精神的ないし道徳的世界においても絶対的な権威とされてきた経緯があるとして、この様な天皇の精神的ないし道徳的権威性を否定することに求め、その歴史的沿革ないし思想的淵源を共通とする「日の丸」掲揚時の起立、及び、「君が代」斉唱の強制を違憲と解する立場である。

学説上、違憲説を支持するものが多く、本判決における宮川補足意見もまた、違憲説に近い立場であると分類できるが、宮川補足意見でも「違反する可能性がある」と述べられているように、国歌斉唱時に起立を求めることや、斉唱を求めることのみで違憲であるとする見解は稀であり、強制の方式や程度がどの様な態様で行われ、どの程度のものであるか等によって合憲か、違憲かの結論を分ける見解が多数であることは言を俟たない。

② 内容規制としての適用違憲性

本件事案は、被告人Xの呼掛け、怒号、抗議という「一連の表現行為」を、威力業務妨害罪（刑法234条）に問うことが認められるか否かというものであり、換言すれば、被告人Xの行った一連の行為につき威力業務妨害罪を適用することが、「表現の自由」を保障する憲法21条1項に違反するか否かという適用違憲の問題である。

憲法21条1項では「一切の表現の自由」が保障されており、被告人Xの卒業式開式前の本件ビラ配布行為、及び、本件呼掛け行為、本件怒号行為のいずれもが、「表現の自由」の保障範囲に含まれることとなる。

他方で、威力業務妨害罪は、本来、表現活動そのものを規制する趣旨のものではなく、ビラ配布、呼掛け、怒号、抗議といった表現行為を行えば同条により規制されるというものではない。従って、威力業務妨害罪を規定する刑法234条が文面上、「表現の自由」を保障する憲法21条1項に違反するということにはならない。

しかしながら、仮に被告人Xの行った行為では、「卒業式の円滑な遂行に看過し得ない支障を生じさせ

36 東京都教育例規集（REIKI-BASE インターネット版）：
http://www.kyoiku.metro.tokyo.jp/kohyojoho/reiki_int/reiki_honbun/ag10135871.html [visited May. 31. 2013]

た」とは言えない様な場合まで、当該行為をもって威力業務妨害罪に問うとすれば、憲法学上は、適用違憲の可能性を検討せねばならなくなるのである³⁷。

本件事案に刑法 234 条を適用することが適用違憲となるか否かを判断するに際しては、まず、「表現の自由」の重要性ないし優越性が確認されなければならない。

通例、「表現の自由」の意義ないし保障目的としては、個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるという個人的な価値である「自己実現の価値」と、言論活動により国民が政治的意思決定に関与するという民主政に資する社会的な価値である「自己統治の価値」の 2 つが挙げられる³⁸。

とりわけ、被告人 X の行った一連の行為のような表現活動は、特定の事項に関する政府方針に反対するための「表現の自由」の行使と言えるものであり、その意味においては、社会的な価値である「自己統治の価値」としての側面が強い表現行為であると言えよう。

通説的理解の認める「表現の自由」の 2 つの価値のうち、特に民主政と密接不可分であると考えられる「自己統治の価値」が認められるが故に、人権体系論の領域では、「表現の自由」が各種の人権の中でも優越的な地位を占める重要な人権であると考えられている。

また、違憲審査基準論の領域では、この様な「表現の自由」の優越性を前提として、表現の自由を中核とする精神的自由権を規制する立法の合憲性判断は、経済的自由権を規制する立法の合憲性判断よりも、厳格な基準によって審査されなければならないという「二重の基準論」が導き出される。

もっとも、「表現の自由」は重要な人権ではあるが、外面的精神活動の自由であるため、絶対的に無制約又は無制限に保障される権利ではあり得ず、他の人権ないし利益と衝突するような場面においては、法律等によって一定の制約・規制を課さねばならない権利であることもまた、この人権の特性の 1 つである。

本判決においても、「表現の自由は、民主主義社会において特に重要な権利として尊重されなければならない」という文言で、「表現の自由」の重要性が確認された後、「憲法 21 条 1 項も、表現の自由を絶対無制限に保障したのではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ意見を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されない」という文言で、その限界が示されている。

問題となるのは、限界を画する違憲審査基準として何を以るべきかという点である。むろん、「二重の基準論」に従えば、本件において用いられるべき審査基準が厳格なものでなければならないことは明白であるものの、具体的にどのような審査基準によって考察されるべきであるのかという点に関しては、なお考察を要する問題として残るのである。

この問題について、現在の憲法学における通説的理解を整理しておくとして、まず、威力業務妨害罪の規定ないしその適用を「表現内容規制」とみるか、「表現内容中立規制」とみるかが問題とされることとなる³⁹。

本件の上告趣意においても展開されているように、本件ビラ配布行為、及び、本件呼掛け行為を制止しようという試みや、都教委の推進する政策に対する反対運動の側面を有する本件のような事案に限って立件・起訴する方針は、特定の表現行為のみを狙い撃ちにしているものであるという評価に基づいて、これを見るならば「表現内容規制」とみることができなくはない⁴⁰。

37 弁護士加藤文也ほかの上告趣意（刑集 65 巻 5 号 679-683 頁）でも、同様の論理展開が確認できる。

38 元来的な説明では、表現の自由は、①個人の自己実現に仕え（「自己実現の価値」）、②自由な意見の交換を通じて真理の到達に寄与し（「思想の自由市場」）、③政治過程への参加保障により民主主義を支え（「自己統治の価値」）、④言いたいことを言わせることにより社会の安全弁として機能（「社会の安全弁としての価値」）が認められるとされていた点に関しては、T.I. エマースン＜小林直樹・横田耕一訳＞『表現の自由』（東京大学出版会 /1972）1-22 頁参照。現在の通説的理解では、これら 4 つの価値のうち、2 つの価値のみが残されている。

39 弁護士加藤文也ほかの上告趣意（刑集 65 巻 5 号 672-679 頁）。もっとも、学説上は、この様な二分論を否定し、表現内容中立規制にも比較的厳格な審査がなされるべきと主張する見解も有力である。例えば、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社 /2003）207-232 頁などがある。尚、学説の分類については、拙稿『判例評釈』葛飾区マンション政治ビラ投函事件』法政学第 28 号（2012.3）59 頁参照。

40 例えば、仮に被告人 X の主張内容が本件とは正反対に国歌斉唱時の起立及び斉唱を求めるものであった場合、校長 Y ら学校側による制止行動がなされたか否かという仮定は、特定の表現行為のみを狙い撃ちにした「表現内容規制」と見る見方に一定の説得力を与えよう。この様な仮定を示すものとして、文脈は異なるものの、坂田仰「卒業式におけるビラの配布と表現の自由」学校事務（2012.1）46 頁が挙げられる。

仮に、本件を「表現内容規制」とみるならば、適用審査においても原則として認められない規制であるという前提に基づいた「厳格な審査基準」による審査が要求されることとなる。

本件のような場合において、具体的にどのような審査基準が妥当するかに関しては学説上の一致が認められる訳ではないが、本件で問題とされている被告人 X の一連の行為が都教委の政策に対する反対運動の側面を有し、とりわけ、本件ピラ配布行為、及び、本件呼掛け行為に関して言えば、卒業式に参加する保護者へのある種の煽動行為とも評価し得る点を鑑みれば、厳格な審査基準として「明白且つ現在の危険の基準 (clear and present danger test)」⁴¹、或いは、それを発展させた「ブランデンバーグ・テスト (Brandenburg test)」を採用すべきであるという主張には一定の説得力が認められよう⁴²。

本件の上告趣意においても、「表現内容による規制の合憲性審査基準は、厳格な基準と呼ばれる『やむにやまれぬ公共的利益』の基準ないし『明白かつ現在の危険』の基準が用いられるべきである」として、表現内容規制が許容されるためには、公権力側で、①「表現者が煽動を主観的に意図したこと」、②「用いられた表現が、その時の状況において、差し迫った違法行為を生ぜしめる蓋然性があったこと」、③「表現者の用いた表現が、煽動を客観的に助長し駆り立てるものであったこと」の3点を証明しなければならないという「ブランデンバーグの法理」が参考にされるべきであるとの主張が展開されている⁴³。

もっとも、現在までのところ、最高裁が真正面から「明白且つ現在の危険の基準」ないし「ブランデンバーグ・テスト」を採用したという判例は存在せず、本判決もまた、その例外を形成するものではなかった。

まず、原審東京高裁判決では、憲法 21 条で保障されている表現の自由の優越的地位が認められつつも、絶対無制限に保障されたものではなく、「公共の福祉のために必要かつ合理的な制限に服することを是認するものであって、たとえ思想を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の財産権、管理権等の権利を不当に害することは許されない」とされ、被告人 X の表現行為が校長 Y の有していた本件卒業式を円滑に執り行う法律上の権利を不当に害するものであったと認定され、「刑法 234 条を適用してこれを処罰しても、憲法 21 条に違反するものではない」と判示されている。

詰まる所、原審東京高裁判決では、所論として、弁護側の主張が要約されているものの、内容規制としての側面からの適用違憲性の検討はなされていないのである。

本判決でもまた、違憲審査基準には一切触れずに、表現の自由が「民主主義社会において特に重要な権利として尊重されなければならないが、憲法 21 条 1 項も、表現の自由を絶対無制限に保障したのではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ意見を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されない」とされ、被告人 X の一連の行為が、「その場の状況にそぐわない不相当な態様で行われ、静穏な雰囲気の中で執り行われるべき卒業式の円滑な遂行に看過し得ない支障を生じさせたものであって、こうした行為が社会通念上許されず、違法性を欠くものではないことは明らかである」と判示され、これをもって「刑法 234 条の罪に問うことは、憲法 21 条 1 項に違反するものではない」と結論付けられている。

本判決においても、内容規制としての側面からの適用違憲性の検討はなされておらず、この点は、原審東京高裁判決と同じであると言えよう。

41 Schenk v. United States, 249 U. S. 47 (1919) において、ホームズ裁判官 (Oliver Wendell Holmes, 1841-1935) により初めて提唱された基準であるが、その後の変遷に関しては、伊藤正巳『言論・出版の自由』(岩波書店/1959) 219-278 頁や、久保田きぬ子「言論の自由に関するアメリカ判例の一考察 - 『明白かつ現在の危険』の原則を中心として -」宮沢俊義先生古稀記念『憲法の現代的課題』(有斐閣/1972) 237-281 頁等に詳しい。それらを読めば、同基準が当初から表現の自由を擁護する「厳格な基準」と評価し得るものではなく、また、いくつかの問題を包摂する基準であることが分かる。

42 Brandenburg v. Ohio, 395 U. S. 444, 452-56 (1969) において、「明白且つ現在の危険の基準」を最後まで擁護していたブラック裁判官 (Hugo La Fayette Black, 1886-1971) とダグラス裁判官 (William Orville Douglas, 1898-1980) により放棄され、代わりに提唱された基準である。また、同基準の理解の仕方としては、「明白且つ現在の危険の基準」と、Masses Pub. Co. v. Patten, 244 Fed. 535 (S.D.N.Y. 1917) において、ハンド裁判官 (Learned Hand, 1872-1961) により提唱された「直接煽動テスト」との合成と見る見方もある。例えば、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂/1995) 25 頁などが挙げられる。

43 弁護人加藤文也ほかの上告趣意 (刑集 65 卷 5 号 672-676 頁)。尚、「やむにやまれぬ公共的利益」の基準に関しては、「やむにやまれぬ政府利益」の基準として、松井茂記『日本国憲法 [第 3 版]』(有斐閣/2007) 118 頁等に詳しい説明があるが、本件上告趣意における同基準の理解ないし位置付けもまた、概ねその説明に依拠するものと推察される。

③ 内容中立規制としての適用違憲性

もっとも、本件における被告人Xの表現行為につき、威力業務妨害罪に問うことを「表現内容規制」と「表現内容中立規制」のいずれと見るかという問題に関しては、威力業務妨害罪の性質を踏まえるならば、これを「表現内容中立規制」と見る方が、むしろ素直な見方であるとも言える。

この様に、本件を表現内容に着目した規制ではなく、時間・場所・方式に着目した「表現内容中立規制」であると見る立場に立脚する場合、憲法学の通説的理解によるならば、「LRAの基準」、即ち、「より制限的でない他の選ぶる手段（less restrictive alternatives）の基準」を適用すべきということとなる。

周知の通り、「LRAの基準」は、表現の自由を規制する法令については、立法目的は正当であっても、その規制手段について、立法目的を達成するために「より制限的でない他の選ぶる手段」を利用することが可能であると判断される場合には、当該規制立法を違憲と判断するという違憲審査基準である。

この「LRAの基準」によれば、規制法令たる威力業務妨害罪について、まず、その立法目的の正当性が判断され、正当であると認められた場合、次に、規制手段について立法目的を達成するために「より制限的でない他の選ぶる手段」を利用することが可能であるか否かが判断され、「より制限的でない他の選ぶる手段」の利用が認められる場合に、威力業務妨害罪の適用が違憲と判断することになる。

この様な二段階の審査のうち、後半の達成手段の審査が特に厳しく、これを本件に用いた場合にも、立法目的を達成するための「より制限的でない他の選ぶる手段」の利用が否定される見込みは極めて低いと言わざるを得ず、適用違憲の判断が下される可能性が高いと言えよう。

もっとも、「LRAの基準」は、下級審においてこそ、この種の領域においてこれを採用した判例がいくつか確認されるものの、最高裁においては、その厳格性故に、これを採用した判例は皆無である。

有名な猿払事件においては、一審旭川地裁が「LRAの基準」を採用して、刑事罰を定めた国家公務員法102条1項及び人事院規則14-7（政治的行為）の規定は必要最小限度の制限とは言えないとして適用違憲と判示し、続く二審札幌高裁も一審判決を支持したが、最高裁は、「合理的関連性の基準」を違憲審査基準として採用し、当該法規の立法目的の正当性を認めた上で、目的と規制手段の間には合理的関連性があるとし、比較衡量によって規制によって得られる利益が失われる利益を上回ることを認めて、合憲判断を下している⁴⁴。

猿払事件最高裁判決で採用されている「合理的関連性の基準」とは、①規制目的は正当なものであるか、②規制手段と規制目的との間に合理的関連性はあるか、③規制によって得られる利益と失われる利益との間の均衡が保たれているかを検討し、全ての要件が満たされれば、当該規制立法を合憲とする違憲審査基準である。

この様な判例の立場に従えば、「内容中立規制」と見る場合、学説上、有力に主張されている「LRAの基準」ではなく、「合理的関連性の基準」によって判断することになるが、本件においては、①規制目的の正当性、及び、②規制手段と規制目的との間の合理的関連性については、いずれも容易に肯定されることが予想されるため、実際に問題となるのは、③比較衡量（利益衡量）であろう。

比較衡量を試みる場合、若干の考察を要すると考えられるのは、本件において、被告人Xの享有する「表現の自由」と衝突すると考えられている対立利益は何かという問題である。この点に関しては、少なくとも次の3つの利益が不可欠のものとして挙げられよう。

まず、校長Y及び教頭Zらの卒業式執行権限或いは執行責任という対立利益である。制止しようとする教頭Zに対する被告人Xの本件怒号行為や、校長Yらが求めた退場に対する抗議などの表現行為は、とりわけ、自校の卒業式を滞りなく、円滑に行うために認められる校長Y及び教頭Zらの卒業式執行権限或いは執行責任と対立するものであると考えられる⁴⁵。

次に、全ての出席者が享受する卒業式の静謐な雰囲気ないし円滑な進行という対立利益も当然に挙げられよう。本件卒業式の主催者である校長Yに無断で行われた保護者らへの大声での呼び掛け行為を含めた被告人Xの一連の表現行為は、それがどの程度の侵害であったかはさておき、全ての出席者が享受すると考えられる

44 猿払事件最高裁判決（最大判昭49年11月6日刑集28巻9号393頁）。

45 旧学校教育法第51条（現行62条）で準用されていた同28条3項（現行37条4項）、及び、旧東京都立学校の管理運営に関する規則第7条（現行7条）では、校長の職務権限が法定されている。

卒業式の静謐且つ厳粛な雰囲気のみならず、円滑な進行という利益と対立するものであることは否定できない。

最後に、卒業式の主役たるべき卒業生の感情ないし期待といった対立利益である。卒業式の主役である卒業生にとっては、自らの卒業式が被告人Xの一連の表現行為によりもたらされた混乱により、不快ないし遺憾なものと記憶されかねない点も対立利益として当然に勘案すべきであろう。

これら3つの利益のうち、比較衡量においては、第一及び第二の対立利益の方がより形式的な法的判断に馴染む性質のものであると考えられ、本件における被告人Xの一連の表現行為を検討する際の対立利益として、想定し易い性質のものであると解されるが、本件における核心的な対立利益としては、むしろ、第三の対立利益を想定することが妥当であるようにも考えられる⁴⁶。

もっとも、卒業生一人ひとりによって、被告人Xの一連の表現行為を含めた本件卒業式に対する感想及び評価が異なることは十分に予想されるところであり、その様な意味においても、第三の対立利益は法的な判断には馴染み難い対立利益であると言わざるを得ない。

いずれにしろ、これらの3つの利益が、被告人Xの行使した「表現の自由」と衝突する主な対立利益であり、比較衡量を試みる場合には、最低限の配慮が払われなければならない利益であると言える。

比較衡量を行う際には、対立利益のみならず、被告人Xの「表現の自由」がいかなる状況及び態様で行われたものであるかという被告人Xによってなされた一連の表現行為の具体的な行為態様も検討しておく必要がある。

まず、表現行為が行われた時期と場所であるが、本件においては、被告人Xの表現行為が、卒業式の開式直前という時期、より具体的に言えば、本件ビラ配布行為が開式の約30分前、本件呼掛け行為に至っては開式の約18分前に行われたものであり、また、当該表現行為が行われた場所も、式典会場である体育館であった点は、特筆に値しよう。

むろん、被告人Xの表現行為が卒業式の開式直前に式典会場である体育館において行われたものであることに加え、主催者である校長Yらに無断で行われたものである点もまた見逃すことができない具体的な行為態様の1つである。

これらの点のみでも、被告人Xの表現行為を他の対立利益に優先させ、保護することは難しいと言えるが、さらに、本件呼掛け行為の音量は、着席していた保護者らに対して大声でなされ、且つ、教頭Zらの制止に対し粗野な言動でなされた本件怒号行為も加えられていることは、表現の自由を保護させるためには、ほとんど絶望的と言わざるを得ない。

尚、本判決に付されている宮川補足意見では、吉祥寺駅ビラ配布事件最高裁判決に付されている伊藤正己裁判官の補足意見で展開された「パブリック・フォーラムの理論」が言及されている点が注目し値しよう⁴⁷。

ここでいう「パブリック・フォーラムの理論」とは、「表現の自由」を保障するには、その表現の場、特に物理的な場所が必要となることを重視し、道路・公園・広場など一般公衆が自由に出入りを許されている場所に関しては、それぞれの本来の利用目的を備えていると同時に、「表現の自由」行使の場として役立つことが多い点を踏まえ、これらを「パブリック・フォーラム」と捉えつつ、この様な「パブリック・フォーラム」において「表現の自由」が行使された場合には、所有権や管理権に基づく制約を受けざるを得ないとしても、その機能に鑑み、「表現の自由」の保障を可能な限り認めるべきとする理論である⁴⁸。

46 原々審及び原審判決の事実認定において確認される被告人Xの言動に憤慨した保護者の男性Bによる「大事な卒業式だろ」などの怒鳴り声は、主として第三の対立利益を守ろうとするためになされたものであるようにも解されよう。

47 吉祥寺駅ビラ配布事件最高裁判決（最三小判昭59年12月18日刑集38巻12号3026頁）。

48 同理論は元来、米国判例上で展開されてきた理論であるが、日本におけるそれは米国のものとはだいぶ異なる。米国での展開を検討するものとして、長岡徹「アメリカ合衆国におけるパブリック・フォーラム論の展開」香川大学教育学部研究報告第1部64巻（1985.3）53-83頁、他方、日本での展開を検討する近時の論稿として、中林暁生「パブリック・フォーラム」駒村圭吾ほか編著『表現の自由Ⅰ－状況へ』（尚学社/2011）197-220頁が挙げられる。尚、この相違については、この理論を導入した伊藤自身も認めている。伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣/1993）194-195頁参照。

宮川補足意見でも述べられているように、仮に、本件における被告人 X の呼掛けが、「例えば校門前の道路等で行われるのであれば、原則として、憲法 21 条 1 項により表現の自由として保障される」こととなり、これを業務妨害罪に問うことは難しいことになる。

この様な「パブリック・フォーラムの理論」は、特に表現行為が行われた場所という態様に着目して「表現の自由」を擁護するために展開される理論であるが、本件事案のように開式直前の卒業式会場たる体育館においてなされている表現行為に関しては、「パブリック・フォーラムの理論」では擁護し難いこととなる。

もっとも、宮川補足意見では、「パブリック・フォーラムの理論」のみではなく、純粋なビラ配布行為の「威力」該当性の否定にも触れられており、「卒業式が実施される体育館に赴いて、本件卒業式の開始前に、保護者席を歩いて回り」、本件ビラ配布行為は、「威力を用いて卒業式式典の遂行業務を妨害したとは評価できない」というくだりが確認できる。

それにも関わらず、本件において威力業務妨害罪の成立が認められるのは、ビラ配布行為に続いて行われた開式直前の式典会場における大声での呼び掛け行為がなされているからであり、当該行為をもって「業務を妨害するおそれがあるものとなるといえる」とされ、且つまた、教頭 Z や校長 Y に対し「怒号」を浴びせたことにより、「会場内を一時喧噪状態に陥れ、本件卒業式の開式も遅れたという事実が認定できるのであるから、こうした一連の行為について、威力業務妨害罪の成立を認めても、憲法 21 条 1 項に違反するものではない」という結論が導かれることとなる。

宮川補足意見の論理構成では、特に声量及び怒号という行為態様が、本件における被告人 X の行為を違法とし、これにつき適用合憲の結論を導く際の決め手として重視されていることが確認できよう。

他方、原々審東京地裁判決及び原審東京高裁判決、最高裁法廷意見においては、「合理的関連性の基準」のみならず、比較衡量すら行われている形跡が認められない。唯一、これらの 3 つの対立利益のうち、校長 Y らの卒業式執行権限に関する言及が原審東京高裁判決において確認できるのみである。

原審判決では、校長 Y が「実施要綱に基づき本件卒業式を円滑に執り行う法律上の権利を有していた」ことが確認された後、被告人 X が、「保護者に対して、明らかにその場の状況にそぐわない大声で呼びかけを行い、卒業式会場を喧噪状態に陥れたばかりか」、校長 Y 及び教頭 Z らに対して「予期していなかった対応を余儀なくさせ、卒業式の円滑な進行を現に阻害した」と認定されており、校長 Y 及び教頭 Z らの卒業式執行権限或いは執行責任という対立利益が勘案されていることが確認できる。

これに対して、上告審たる本判決では、「たとえ意見を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなのは許されない」とは述べられているものの、そこでいう「他人の権利」が本件においては具体的に何であるかは明確にされていない。

IV. 本判決の意義

威力業務妨害罪と表現の自由との関係性に関する最高裁判例としては、長崎干拓事業妨害事件最高裁決定と吹田事件最高裁決定の 2 件が挙げられるが⁴⁹、いずれの事案においても憲法 21 条 1 項違反の主張は簡単に斥けられている。

本判決は、威力業務妨害罪を成立させることが憲法 21 条 1 項違反となるとする主張に対して、最高裁が「正面から合憲判断を行った最初のもの」としての評価が与えられる一方⁵⁰、威力業務妨害罪の成否に関する従来の判例の立場を覆すものでも、また新たな問題を提起するものでもなく、従来の基本線に沿って判断が下されたに過ぎない事例判断の 1 つであるとも言えよう。

また、〔別表 1〕にまとめたように、本件通達に関する一連の訴訟の 1 つと位置付けることもできるが、そ

49 長崎干拓事業妨害事件最高裁決定（最一小決昭 43 年 3 月 07 日集刑 166 号 387 頁）、吹田事件最高裁決定（最一小決昭 47 年 3 月 16 日集刑 183 号 395 頁）。

50 判例時報 2130 号 145 頁、判例タイムズ 1358 号 74 頁。尚、双方とも評釈は同一のものである。

これらの訴訟との異同から認められる本判決の意義は、次の3点にまとめることができる。

まず、本判決は、その他の全5件の判例中、最高裁第一小法廷で扱われた4件と同様、憲法19条の思想及び良心の自由につき、宮川光治裁判官の少数意見が付されているものの、他の4件ではいずれも反対意見であったの対し、本判決は結論においては一致する補足意見が付されているに留まる点である。

この点はまた、本件事案における被告人Xの表現行為がほとんど疑いなく威力業務妨害罪に問われるべきものであったことに起因するものであると解されるが、補足意見においても、本件通達に関しては、憲法19条に違反する可能性がある旨が述べられている。

次に、本判決は、その他の全5件の判例が民事事件ないし行政事件という訴訟形態で争われ、その末に下されたものであるのとは異なり、唯一の刑事事件であり、且つ、有罪判決が下されている点である⁵¹。

この点は、本件事案の被告人Xが既に退職している元教員であることと無関係であるとは言えず⁵²、仮に現職教員であれば、公務員としての懲戒処分で済まされた事案である可能性は否定し得ない。

最後に、本判決は、憲法19条の思想及び良心の自由の違反するか否かが争われたその他の全5件の判例と異なり、憲法21条の表現の自由の違反するか否かが争われた唯一の訴訟において下されたものである点である。

言うまでもなく、この点は、本件事案が、被告人Xの行為につき、威力業務妨害罪の成否を争うものであった為であり、その他の全5件の判例と異なり、唯一の刑事事件であったことと関連する。

もっとも、本件事案における被告人Xの表現行為をもって、威力業務妨害罪の否定することは、これまでに縷々述べてきたように困難であると言わざるを得ない。この様な認識を前提として、本判決を論ずる意義を見出そうとするならば、それは自ずと、その射程範囲をどこに設定し、類似事案における威力業務妨害罪と表現の自由との限界線を明確に画する作業に求められることになろう。

さて、本判決の射程範囲であるが、決して広く解すべきものとは言えず、特異性の強い本件事案をもって威力業務妨害罪の成否に関する判断が一般化されることに対しては強く警戒しなければならないことは言を俟たないであろう。本判決は、あくまでも特殊性の強い事案につき、事案の性質を踏まえた判断が示された判例として理解されるべきものであると考える。

とりわけ、被告人Xの表現行為がなされた時期及び場所、状況等は特異である。本件における被告人Xの表現行為がなされたのは、開式直前の卒業式会場という「静穏な雰囲気」が特に強く要求されることが社会通念上、首肯される環境であり、本判決は、あくまでもこのような非日常的な環境下において、どの程度、また、どの様な態様の表現行為が刑事法上の処罰対象となるかという問題に関する一つの事例判断に過ぎない。

また、この点に関連して、本件事案における被告人Xの「一連の表現行為」のうち、本件ビラ配布行為、及び、呼掛け行為、怒号行為のいずれが威力業務妨害罪を成立させるものであるか、換言すれば、どこまでの表現行為であれば、「威力」を用いて卒業式式典の遂行業務を妨害したと評価されず、その他の法的規制にも抵触せずに⁵³、認められる行為と言えるのが検討されるべき問題の1つとなる。この問題に関しては、原審判決と本判決の法廷意見では多少の相違が認められる。

原審東京高裁判決では、被告人Xのビラ配布、呼掛け、怒号、抗議という各行為が「一連の行為」と評価され、この一連の行為によって業務妨害の結果がもたらされたと結論付けられている関係上、本件ビラ配布行為、及び、呼掛け行為、怒号行為のうち、どこまでの表現行為が威力業務妨害罪としての処罰に値する実行行為であるのかが判然としない。

他方、本判決の法廷意見では、被告人Xが「大声や怒号を発するなどして、同校が主催する卒業式の円滑

51 本件事案における被告人Xの表現行為に一定の違法性を認めつつも、刑事罰を科す必要性につき懐疑するものとして、長尾英彦「卒業式場で『君が代』を歌わないよう呼びかけた元教員に有罪判決」中京法学第46巻第3・4号合併号(2012.3)208頁がある。

52 同様の指摘を行うものとして、早瀬勝明「卒業式前の意見表明行為に刑法234条を適用することと表現の自由」ジュリスト臨時増刊No.1440平成23年度重要判例解説(2012.4)23頁がある。

53 その他の刑事規制としては、例えば、軽犯罪法1条三十一号の規制などが考えられよう。

な遂行を妨げたことは明らかである」とされ、本件呼掛け行為及び怒号行為をもって、威力業務妨害罪の構成要件該当性が肯定されている関係上、本件ビラ配布行為が威力業務妨害罪としての処罰に値する実行行為に含まれているのか否かが判然としないのである。

この点を明確にしているのが、本判決に付されている宮川補足意見であるが、これによれば、「本件卒業式が実施される体育館に赴いて、本件卒業式の開始前に、保護者席を歩いて回り、ビラを配布した行為は、威力を用いて卒業式式典の遂行業務を妨害したとは評価できない」ということであるから、本件ビラ配布行為は、少なくとも威力業務妨害罪としての処罰に値する実行行為の中には含まれていないということになる⁵⁴。

また、宮川補足意見で展開されている「パブリック・フォーラムの理論」は、吉祥寺駅ビラ配布事件最高裁判決で付されている伊藤正巳裁判官の補足意見と同様、パブリック・フォーラムたる性質を有する場所での表現の自由の行使に関しては可能な限り、その保障を認めようとするものと言え、本件事案において被告人Xが意図する様な表現活動に関しては、「例えば校門前の道路等で行われるのであれば、原則として、憲法21条1項により表現の自由として保障される」と述べられている。

これらの点を踏まえると、その限界線が明瞭であるとは尚言い難いものの、原審判決と本判決の法廷意見よりも、宮川補足意見の方が、類似事案における威力業務妨害罪と表現の自由との限界線を一定程度明確にするものとして評価できよう。

本判決では、「表現の自由」の重要性が確認されつつも、それが「絶対無制限に保障したものではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ意見を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されない」とする従来判例の立場が維持されていることが確認できる。

またその上で、被告人Xの表現行為を、「その場の状況にそぐわない不相当な態様で行われ、静穏な雰囲気の中で執り行われるべき卒業式の円滑な遂行に看過し得ない支障を生じさせたものであって、こうした行為が社会通念上許されず、違法性を欠くものでないことは明らかである」として、本件を刑法234条の罪に問うことが、憲法21条1項に違反するものではないという極めて安易な適用合憲の判断が下されているが、この様な「表現の自由」に関する憲法判断も、近時の判例である立川自衛隊宿舎ビラ投函事件最高裁判決や、葛飾区マンション政治ビラ投函事件最高裁判決と同一の傾向のものとして位置付けることができよう⁵⁵。

以上。

54 この点につき、構成要件該当性を否定したものとするものとして、齊藤愛「卒業式における威力業務妨害と表現の自由」法学教室377号別冊付録判例セレクト2011(2012.2)11頁が挙げられる。

55 立川自衛隊宿舎ビラ投函事件最高裁判決(最一小判平20年4月11日刑集62巻5号1217頁)、葛飾区マンション政治ビラ投函事件最高裁判決(最一小判平21年11月30日刑集63巻9号1765頁)。

〔資料 1〕

入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について

平成 15 年 10 月 23 日
 15 教指企第 569 号
 都立高等学校長
 都立盲・ろう・養護学校長

東京都教育委員会は、児童・生徒に国旗及び国歌に対して一層正しい認識をもたせ、それらを尊重する態度を育てるために、学習指導要領に基づき入学式及び卒業式を適正に実施するよう各学校を指導してきた。

これにより、平成 12 年度卒業式から、すべての都立高等学校及び都立盲・ろう・養護学校で国旗掲揚及び国歌斉唱が実施されているが、その実施態様には様々な課題がある。このため、各学校は、国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について、より一層の改善・充実を図る必要がある。

ついては、下記により、各学校が入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱を適正に実施するよう通達する。

なお、「入学式及び卒業式における国旗掲揚及び国歌斉唱の指導について」（平成 11 年 10 月 19 日付 11 教指高第 203 号、平成 11 年 10 月 19 日付 11 教指心第 63 号）並びに「入学式及び卒業式などにおける国旗掲揚及び国歌斉唱の指導の徹底について」（平成 10 年 11 月 20 日付 10 教指高第 161 号）は、平成 15 年 10 月 22 日限り廃止する。

記

- 1 学習指導要領に基づき、入学式、卒業式等を適正に実施すること。
- 2 入学式、卒業式等の実施に当たっては、別紙「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱に関する実施指針」のとおり行うものとする。
- 3 国旗掲揚及び国歌斉唱の実施に当たり、教職員が本通達に基づく校長の職務命令に従わない場合は、服務上の責任を問われることを、教職員に周知すること。

別紙

入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱に関する実施指針

1 国旗の掲揚について

入学式、卒業式等における国旗の取扱いは、次のとおりとする。

- (1) 国旗は、式典会場の舞台壇上正面に掲揚する。
- (2) 国旗とともに都旗を併せて掲揚する。この場合、国旗にあっては舞台壇上正面に向かって左、都旗にあっては右に掲揚する。
- (3) 屋外における国旗の掲揚については、掲揚塔、校門、玄関等、国旗の掲揚状況が児童・生徒、保護者その他来校者が十分認知できる場所に掲揚する。
- (4) 国旗を掲揚する時間は、式典当日の児童・生徒の始業時刻から終業時刻とする。

2 国歌の斉唱について

入学式、卒業式等における国歌の取扱いは、次のとおりとする。

- (1) 式次第には、「国歌斉唱」と記載する。
- (2) 国歌斉唱に当たっては、式典の司会者が、「国歌斉唱」と発声し、起立を促す。
- (3) 式典会場において、教職員は、会場の指定された席で国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する。
- (4) 国歌斉唱は、ピアノ伴奏等により行う。

3 会場設営等について

入学式、卒業式等における会場設営等は、次のとおりとする。

- (1) 卒業式を体育館で実施する場合には、舞台壇上に演台を置き、卒業証書を授与する。
- (2) 卒業式をその他の会場で行う場合には、会場の正面に演台を置き、卒業証書を授与する。
- (3) 入学式、卒業式等における式典会場は、児童・生徒が正面を向いて着席するように設営する。
- (4) 入学式、卒業式等における教職員の服装は、厳粛かつ清新な雰囲気の中で行われる式典にふさわしいものとする

[資料2]

<判例①>再雇用拒否処分取消訴訟（最二小判平 23 年 5 月 30 日民集 65 卷 4 号 1780 頁）

裁判結果：上告棄却

少数意見：竹内行夫裁判官補足意見、須藤正彦裁判官補足意見、千葉勝美裁判官補足意見

判示事項：

公立高等学校の校長が教諭に対し卒業式における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを命じた職務命令が憲法 19 条に違反しないとされた事例

<判例②>職務命令損害賠償訴訟（最一小判平 23 年 6 月 6 日民集 65 卷 4 号 1855 頁）

裁判結果：上告棄却

少数意見：金築誠志裁判官補足意見、宮川光治裁判官反対意見

判示事項：

公立高等学校の校長が教職員に対し卒業式等の式典における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを命じた職務命令が憲法 19 条に違反しないとされた事例

<判例③>懲戒処分取消訴訟（最一小判平 24 年 1 月 16 日集民 239 号 1 頁）

裁判結果：一部破棄自判、一部破棄差戻、一部棄却

少数意見：櫻井龍子裁判官補足意見、金築誠志裁判官補足意見、宮川光治裁判官反対意見

判示事項：

1 公立養護学校の教員が同校の記念式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱することを命ずる旨の校長の職務命令に従わなかったことを理由とする停職処分が、裁量権の範囲を超えるものとして違法であるとされた事例

2 公立中学校の教員が卒業式において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱することを命ずる旨の校長の職務命令に従わなかったことを理由とする停職処分が、裁量権の範囲を超え又はこれを濫用するものとして違法であるとはいえないとされた事例

<判例④>伴奏懲戒処分取消訴訟（最一小判平 24 年 1 月 16 日集民 239 号 253 頁）

裁判結果：一部破棄自判、一部棄却

少数意見：櫻井龍子裁判官補足意見、金築誠志裁判官補足意見、宮川光治裁判官反対意見

判示事項：

1 公立の高等学校又は養護学校の教職員が卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱すること又は国歌のピアノ伴奏を行うことを命ずる旨の校長の職務命令に従わなかったことを理由とする戒告処分が、裁量権の範囲を超え又はこれを濫用するものとして違法であるとはいえないとされた事例

2 公立養護学校の教職員が卒業式において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱することを命ずる旨の校長の職務命令に従わなかったことを理由とする減給処分が、裁量権の範囲を超えるものとして違法であるとされた事例

<判例⑤>義務不存在確認訴訟（最一小判平24年2月9日民集66巻2号183頁）

裁判結果：上告棄却

少数意見：櫻井龍子裁判官補足意見、横田尤孝裁判官補足意見、金築誠志裁判官補足意見、
宮川光治裁判官反対意見

判示事項：

1 処分の差止めの訴えについて行政事件訴訟法37条の4第1項所定の「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められる場合

2 公立高等学校等の教職員が卒業式等の式典における国歌斉唱時の起立斉唱等に係る職務命令の違反を理由とする懲戒処分の差止めを求める訴えについて行政事件訴訟法37条の4第1項所定の「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められた事例

3 公立高等学校等の教職員が卒業式等の式典における国歌斉唱時の起立斉唱等に係る職務命令に基づく義務の不存在の確認を求める訴えについていわゆる無名抗告訴訟としては不適法であるとされた事例

4 公立高等学校等の教職員が卒業式等の式典における国歌斉唱時の起立斉唱等に係る職務命令に基づく義務の不存在の確認を求める訴えについて公法上の法律関係に関する確認の訴えとして確認の利益があるとされた事例