

国旗国歌訴訟の一断面

—東京地方裁判所2015（平成27）年5月25日判決をめぐって—

横 田 守 弘

はじめに

- 一 本件一審判決の内容
 - 二 本件一審判決の検討
 - 三 本件控訴審判決の検討
 - 四 2つの下級審判決との比較
- むすびにかえて

はじめに

東京地方裁判所2015（平成27）年5月25日判決（平成21年（ワ）第34395号損害賠償請求事件，裁判所ウェブサイト，LEX/DB文献番号25540412。以下，「本件一審判決」という。）は，東京都立高等学校（以下，「都立高校」という。）の卒業式等において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して国歌を斉唱するように教職員に命ずる職務命令に違反したことを理由として，東京都教育委員会（以下，「都教委」という。）が当該教職員の東京都公立学校再雇用職員等への採用を拒否したことを，裁量権の逸脱又は濫用に当たり，国家賠償法上違法であると判断し，原告らの損害賠償請求を一部認容した。控訴審判決である東京高等裁判所2015（平成27）年12月10日判決（平成27年（ネ）第3401号損害賠償請求控訴事件，裁判所ウェブサイト，LEX/DB文献番号25541917。以下，「本件控訴審判決」という。）は，控訴人（一審被告。東京都）の控訴を棄却した。

筆者は別に本件一審判決について評釈を執筆する機会を得た¹⁾が、そこでは字数の制限もあり、本件一審判決に関して筆者が検討したことを十分に取りあげることができなかった。また、旧稿脱稿後に本件控訴審判決に接したため、旧稿において本件控訴審判決を検討することができなかった。本稿は、旧稿における本件一審判決に対する筆者の見解を補うとともに、本件控訴審判決をあわせて検討しようとするものである。

東京都においては、都教委の教育長が2003（平成15）年10月23日にすべての都立学校及び都立盲・ろう・養護学校の校長に対し、「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（通達）」を発したこと（以下、「10・23通達」という。とくに本件一審判決・本件控訴審判決の事案の説明をする文脈においては「本件通達」という。）を受けて、都立高校等においては、10・23通達及びその実施指針に従い、卒業式等における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱をすることなどを求める各校長の職務命令が出され、これに従わなかった教職員が懲戒処分を受け、さらに退職後の再雇用等を拒否される²⁾という事例が多数生じた。この一連の流れのなかから、懲戒処分の取消しあるいは懲戒処分による損害の賠償を請求する訴訟、再雇用等の拒否による損害の賠償等を請求する訴訟が数多く提起されてきたところである。さらに東京都下の公立小・中学校や他府県の公立学校を舞台にした同種の事例もあり、同じく懲戒処分の取消しあるいは懲戒処分による損害の賠償を請求する訴訟が提起されてきた。これらの訴訟（以下、総称して「国旗国歌訴訟」という。）においては、上記のような職務命令（以下、本稿では10・23通達を受けて発せられた職務命令を「職務命令」という。）が憲法19条その他に違反しないか、懲戒処分さらには再雇用等の拒否は裁量権の逸脱・濫用に当たり違法ではないかといった

1) 横田守弘「判批」新・判例解説Watch 文献番号z18817009-00-011021260（Web版2015年9月4日掲載）、同「判批」新・判例解説Watch（法セ増刊）18号（2016年）23頁以下。以下、本稿ではこれらを「旧稿」という。なお、本件一審判決への評釈として、堀口悟郎「判批」法セ730号（2015年）124頁がある。

2) 本稿では、ここでとりあげられる東京都における教職員の再雇用、非常勤教員、再任用を合わせて「再雇用等」、再雇用等の不合格と合格取消しを合わせて再雇用等の「拒否」という。

憲法・行政法上の争点が扱われてきた。

本件も国旗国歌訴訟の一環である。本件一審判決は、最高裁判所が2011年から2012年にかけての小法廷判決において憲法・行政法上の争点について判断を示した後に、下級審判決として初めて再雇用等の拒否を国家賠償法上違法であると判断したものである。その結論が注目されるのはいうまでもないが、結論に至る理由付けにおいても、原告側が提起した憲法上の争点にふれていないことなど、注目すべき特徴がある。本件控訴審判決は本件一審判決の結論を支持しただけでなく、本件一審判決における理由付けをさらに展開したといえる判示を行っている。両判決を検討することによって、国旗国歌訴訟が现阶段において提起するものを明らかにしてみたい。

以下では、まず一において事実の概要と本件一審判決の判旨を紹介し、二において本件一審判決の検討を行い、三において本件控訴審判決を検討した後に、四において両判決と対比すべき2つの下級審判決を取りあげる。

一 本件一審判決の内容

〔事実の概要〕

原告ら（X 1～X 22）は、平成18年度末、平成19年度末あるいは平成20年度末に（すなわち、2007年3月末、2008年3月末あるいは2009年3月末に）都立高校の教職員を定年退職又は勸奨退職した者である。原告らは、その在職中に、勤務する都立高校の卒業式又は入学式の会場において指定された席で国旗に向かって起立して国歌を斉唱することという職務命令（以下、「本件職務命令」という。）を受けていたが、起立しなかったため（式場内に入らなかった、途中で着席した等の行為も含む。以下、「本件不起立等」という。）、懲戒処分を受けた。具体的には、原告ら22名のうち18名は、不起立等1回に対して戒告処分1回を受けたにとどまる。X 2・X 16・X 17・X 22の4名は不起立等が2回あり、これに対して第1回目が戒告処分、第2回目が減給10分の1（1ヶ月）の処分であった。さらにX 16は、服務

事故再発防止研修におけるゼッケン着用を理由にした戒告処分を1回受けている。

原告らのうち21名は、在職中に実施された東京都公立学校再雇用職員（嘱託員。以下、「再雇用職員」という。）採用候補者選考又は非常勤教員採用候補者選考への申し込みをし、残りの1名は、非常勤教員採用候補者選考及び再任用職員採用候補者選考への申し込みをした。しかし、選考の結果、19名は不合格となり、他の3名は一旦合格とされた後、その合格を取り消された（以下、「本件不合格等」という。）³⁾。

原告らは、本件職務命令に違反したことを理由とする本件不合格等は違憲、違法な措置であるとして、東京都を被告として国家賠償法1条1項に基づき損害賠償（逸失利益、弁護士費用、2種類の精神的苦痛への慰謝料〔本件不合格等による憲法上の権利侵害によるもの、本件不合格等により再雇用職員又は非常勤教員として採用されるという期待を裏切られることなどによるもの〕）を請求した。なお原告らは、精神的苦痛への慰謝料として、憲法上の権利侵害による精神的苦痛と採用への期待を裏切られることによる精神的苦痛のそれぞれについて、原告ら一人ひとりにつき、各1円を請求した。

本件不合格等の違憲性、違法性について、原告らは次のように主張した。（争点1）本件不合格等は「信条」による別異な取り扱いであって、憲法14条に違反する。（争点2）本件通達は原告らの思想及び良心の自由を直

3) 「一旦合格とされた後、その合格を取り消された」というのは、例えば、平成18年度末に退職のX6の場合、平成18年度に実施された再雇用職員採用候補者選考において一旦合格とされ（2007〔平成19〕年1月18日）、2007（平成19）年2月26日に本件職務命令を受け、同年3月10日の卒業式において国歌斉唱の際に起立しなかったため、同年3月29日付で戒告処分を受け、同日に選考合格を取り消されたということである。他方で、「一旦合格とされた後、その合格を取り消された」3名を除く19名の原告について本件一審判決の別紙3をみると、いずれも、本件不起立等に該当する行為がなされたのは当該原告らが退職した年度よりも前の年度においてであることがわかる。すなわち、本件不起立等に対する懲戒処分がなされた後、退職するまでの間は、卒業式等において国歌斉唱時に起立して国歌を斉唱したとも推測されるのである。ただし、本件一審判決はこの点にはふれていない。

接に侵害するなど憲法 19 条に違反し、本件不合格等は不利益取扱いの禁止を定めた憲法 19 条違反に該当する。(争点 3) 本件通達及び本件職務命令は教師の教育の自由を侵害し憲法 26, 13, 23 条に違反し、また、教育基本法 16 条が禁止する「不当な支配」に該当する。(争点 4) 本件通達及びそれに基づく本件職務命令、都教委によるその後の一連の指導、教職員らに対する懲戒処分並びにこれを理由とする本件不合格等という一連の仕組みは、市民的及び政治的権利に関する国際規約(以下、「人権 B 規約」という。) 18 条 2 項が規定する「強制」にあたり、同条 1 項が保障する「自由」を侵害する⁴⁾。また、児童の権利に関する条約 14 条等に違反する。(争点 5) 本件不合格等は都教委の採用選考における裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものである。なお、(争点 6) として損害についても争われている。

【判旨】

一部認容、一部棄却

「本件においては、事案に鑑み、まず争点 (5) について判断する。」

1 争点 5 (本件不合格等が都教委の採用選考における裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として違法であるか) について

(1) 採用候補者選考における都教委の裁量権

再雇用職員、非常勤教員、再任用職員(以下、「再雇用職員等」という⁵⁾。) について、「都教委における再雇用職員等への任命が、書類審査及び面接等

4) 人権 B 規約 18 条 1 項「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。」同 2 項「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。」3 項、4 項略

5) この略語は本稿筆者によるものである。本件一審判決は、再雇用職員、非常勤教員、再任用職員を合わせて「再雇用職員等」と呼ぶと明示して述べているわけではない。それゆえ、本件一審判決が本文のような意味で「再雇用職員等」という言葉を使っていると断定してよいかは留保の必要がある。しかし、本文のような意味で「再雇用職員等」を用いているとみても誤りとまではいえないだろう。

の結果を総合的に判定し採否を決して行われるものとされていること」などからすれば、「採用候補者選考の合否及び採否の決定に当たっては、都教委にはその限りで広範な裁量権がある」。「したがって、本件不合格等については、都教委において上記の裁量権の範囲の逸脱又は濫用がない限り、違法の問題は生じない。」

(2) 原告らの採用に対する期待と都教委の裁量権との関係

再雇用制度、非常勤教員制度、再任用制度（以下、「再雇用制度等」という⁶⁾。）の意義（趣旨）、実際の運用、採用実績からすると、再雇用制度等は、「退職前の地位と密接に関連し、これに付随して一定の条件の下に将来の地位を提供する機能を有していたとみることができ、少なくとも教職員において、退職前後の地位に一定の関連性・継続性があるものとみて、恣意性を排した客観的かつ合理的な基準に従ってその選考が行われるものと期待することには十分な理由があった」。「再雇用職員等の採用候補者選考に申込みをした原告らが、再雇用職員等として採用されることを期待するのは合理性があるというべきであり、当該期待は一定の法的保護に値する」。「採用候補者選考の合否及び採否の判断に当たっての都教委の裁量権は……広範なものではあっても、一定の制限を受けると解するのが相当であり、本件不合格等の理由が著しく不合理である場合や恣意的である場合など、本件不合格等の判断が客観的合理性や社会的相当性を著しく欠く場合には、都教委による裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として、当該判断は違法と評価されるべきで」ある。

(3) 本件不合格等が裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるか否か

ア 採用候補者選考の合否・採否の判断方法について

6) この略語も本稿筆者によるものである。本件一審判決は、再雇用制度、非常勤教員制度、再任用制度を合わせて「再雇用制度等」と呼ぶと明示して述べているわけではない。むしろ、本件一審判決による「再雇用制度等」という言葉の使い方をみると、それが再雇用制度、非常勤教員制度、再任用制度の3つすべてを指している場合と、再雇用制度と非常勤教員制度の2つを指しているようにみえる場合とがある。それゆえ、本件一審判決が本文のような意味で「再雇用制度等」という言葉を使っていると断定してよいかは問題である。しかし、ここでは判旨の流れを紹介する便宜を優先した。後掲注19)に対応する本文も参照されたい。

「再雇用職員等の希望者の合否・採否については、いずれも、希望者の申込書、所属長の推薦書等の書面審査及び面接の結果により、勤務実績、適性、健康状態、意欲、意向等を総合的に考慮して判断することとされていると認められる」。

イ 本件不合格等の理由について

被告は、「勤務成績等の総合的判断において、本件職務命令違反の事実以外にいかなる事情を考慮したのかについては、具体的に主張していない」。「都教委は、原告らの本件不起立等が重大な非違行為に当たるとの評価のみをもって、勤務成績が良好であるとの要件を欠くと判断したものと認められる」。

ウ 国旗掲揚・国歌斉唱の実施に向けた都教委の指導と再雇用職員等の希望者の採否・合否の実態との関係について

「本件通達発出以前は、国旗掲揚及び国歌斉唱の実施に関して、……国歌斉唱時に起立しない教員がいるなどの実態自体は存したものの、……本件職務命令と同趣旨の命令が発令されることはなく、したがって、教職員の不起立等があっても、これを理由に懲戒処分の対象とされる者はいなかったものと考えられる」。「本件通達発出以前は、不起立等があっても、そのことから直ちに、勤務成績が良好であるとの要件を満たさないと判断されることはなく、不合格とされる者はいなかったものと推認することができる」。したがって、「不起立等の事実が存する場合に、一律に『勤務成績が良好であるとの要件を欠く』として不合格等とされるようになったのは、本件通達が発出され、本件通達に基づく本件職務命令が発令され、不起立等が職務命令違反と評価されるようになって以降のことと認めることができる」。

エ 不起立等に対する評価

「本件通達は、学習指導要領が要請する国旗国歌の指導という目的のより一層の改善・充実を図るために発出されたものである」ところ、「本件通達により達成しようとした目的は、本件通達以前から存在していたものであり、その目的に反するという意味に限ってみると、不起立等という行為に

対する評価は、本件通達発出の前後で質的に異なるものと考えられる」。[不起立等という行為自体を、その性質上、直ちに再雇用職員等としての採用を認めるべきではないとするほどに非違性が重い行為であるとするのは、……平成14年度までの取扱いと著しく権衡を欠いており、そうした評価は困難である]。「本件不起立等により、卒業式等の進行が阻害され、又は混乱するような事態が生じたものであるとまでは認められず、さらに原告らの多くは本件職務命令違反（不起立等）が1回のみであり、そうでない原告らの場合も2回にとどまっている」。「そうすると、本件通達発出後、都教委は、本件職務命令違反が1回でもある場合には、その事実のみで勤務成績が良好であるとの要件を満たさないと判断し、本件不合格等としていたものと解さざるを得ないところ、不起立等という行為自体に違いがないにもかかわらず、本件通達発出前後で、再雇用制度等の採用候補者選考の結果に上記のような違いが存する理由は、本件職務命令が発令され、それに違反した事実があるかないかという点に求めるほかない」。

オ 本件職務命令違反の非違性の程度について

「学習指導要領において定められた特別活動のうちの学校行事の一つである儀式的行事の内容や、国旗・国歌条項の全体における位置付けに加え、他の特別活動（ホームルーム活動、生徒会活動、各種学校行事）についてもそれぞれ目標や狙いが具体的に定められており、いずれの活動又は行事についてもその重要性に関して特段の軽重が設けられていないこと……からすれば、学習指導要領のうち特別活動に限定してみても、入学式及び卒業式（儀式的行事）の実施や国旗国歌条項が、他の特別行事の実施や配慮すべき事項の内容と対比して特段区別した位置付けが与えられているとまでは認められない」。「本件職務命令についても、学習指導要領に従って編成された他の教育課程に関する職務命令と対比して特段区別した位置付けが与えられているとまでは」認められず、「本件職務命令違反それ自体を当該教職員の従前の勤務成績を決定的に左右するような内容のもの……とする位置付けが与えられているものと評価することは困難というべきである」。「本件不起立等の態様が、他の教職員や生徒らに不起立を促すものでも、

卒業式等の進行を阻害し、又は混乱させるようなものでもなく、……卒業式等（儀式的行事）の狙いを大きく阻害するなどの影響を与えたとまでは認められないことを考慮すれば、原告らの本件職務命令違反の非違性の程度が特に重いものであるとは認められないというべきであり、原告らの本件職務命令違反（1回目）に対する懲戒処分が最も軽い処分である戒告にとどめられているのも」その現れである。

「被告は、事前に発出された本件職務命令の内容を認識しながら、あえてこれに違反する行為に及んだことが非違性の重大性を基礎付ける事情であると主張しているものとも理解できる。しかし、原告らの本件不起立等の動機、原因は、その歴史観又は世界観等に由来する君が代や日の丸に対する否定的評価等のゆえに、本件職務命令により求められる行為と自らの歴史観又は世界観に由来する外部的行動とが相違することにあり、個人の歴史観又は世界観等に起因するものであると認められるところ（弁論の全趣旨）、本件職務命令が原告らのこうした歴史観又は世界観等を含む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できず、その思想信条等に従ってされた行為を理由に大きな不利益を課すことには取り分け慎重な考慮を要するのであって、上記の点は非違行為の重大性を根拠付ける理由としては不十分というべきである（最高裁平成23年5月30日第二小法廷判決・民集65巻4号1780頁等、最高裁平成24年1月16日第一小法廷判決・裁判集民事239号1頁等参照）。

「すでに教職員という身分を有する者に対して懲戒処分を行う場合と、一旦その身分を失った者を新たに再雇用職員等として任用する場合とでは、本件職務命令違反に対する非違行為としての軽重に係る評価が異なってしかるべきであるとの考え方もあり得る」。しかし、再雇用職員等への採用を全く新規に採用する場合と同列に考えるのは相当でない。「再雇用職員等への採否が退職者の退職後の生活の安定に直接関係するものであり、その不合格等が多大な経済的不利益をもたらし得るところ、……本件職務命令の性質に鑑みれば、その違反を理由にして大きな不利益を課すことには慎重な考慮を要し、その限りでは現に教職員という身分を有する者に懲戒処分

を課す場合と別異に扱うのは相当でない」。

(4) 小括

「……本件不合格等は、他の具体的な事情を考慮することなく、本件職務命令に違反したとの事実のみをもって重大な非違行為に当たり勤務成績が良好であるとの要件を欠くとの判断により行われたものであるが、このような判断は、……本件職務命令に違反する行為の非違性を不当に重く扱う一方で、原告らの従前の勤務成績を判定する際に考慮されるべき多種多様な要素、原告らが教職員として長年培った知識や技能、経験、学校教育に対する意欲等を全く考慮しないものであるから、定年退職者の生活保障並びに教職を長く経験してきた者の知識及び経験等の活用という再雇用制度、非常勤教員制度等の趣旨にも反し、また、本件通達発出以前の再雇用制度等の運用実態とも大きく異なるものであり、……法的保護の対象となる原告らの合理的な期待を、大きく侵害するものと評価するのが相当である。したがって、本件不合格等に係る都教委の判断は、客観的合理性及び社会的相当性を欠くものであり、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たる」。

2 争点6 (損害) について

原告らが再雇用職員等に採用されて1年間稼働した場合に得られる報酬額の範囲内に限り、都教委の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用による原告らの期待権侵害と相当因果関係にある損害と認める。期待権の侵害による精神的苦痛については報酬相当額の賠償により慰謝されると解する。

二 本件一審判決の検討

1 国旗国歌訴訟における本件一審判決の位置

「はじめに」において述べたように、本件一審判決は、国旗国歌訴訟について最高裁判所小法廷が2011年から2012年にかけて判断を示した後に、東京都における再雇用等の拒否を違法と判断した最初の下級審判決である。ここで、2011年から2012年にかけての小法廷判決をあらためて振り返っ

ておこう。

まず、最二小判2011（平23）・5・30民集65巻4号1780頁、最一小判2011（平23）・6・6民集65巻4号1855頁、最三小判2011（平23）・6・14民集65巻4号2148頁、最三小判2011（平23）・6・21判時2123号35頁（以下、「2011年4判決」と総称する。）が、職務命令は思想・良心の自由についての「間接的な制約となる面」があるが憲法19条に違反しない旨判示した。なお、職務命令の合憲性については、同じ年の7月にも最一小判2011（平23）・7・14判例集未掲載（LEX/DB文献番号25472503）などの判決がある。いずれも、2011年4判決を参照し、職務命令が憲法19条に違反するものではないことは最高裁大法廷判決の趣旨に徴して明らかであるとする簡単な判示で終わっている⁷⁾。次に、最一小判2012（平24）・1・16裁判集民239号253頁（判時2147号127頁）及び最一小判2012（平24）・1・16裁判集民239号1頁（判時2147号139頁）が、不利益の程度と不利益を課す必要性との権衡という意味での比例原則に基づき、過去の1回の不起立行為等による処分歴のみでは直ちに減給処分の相当性を基礎付けるには足りないなどとして、減給以上の懲戒処分が裁量権の逸脱・濫用となりうることを示し、減給以上の懲戒処分に歯止めをかけた（以下、2つの判決を合わせて「2012年1月判決」、前者を「2012年1月甲判決」、後者を「2012年1月乙判決」という。）⁸⁾。最後に、いわゆる予防訴訟最一小判2012（平24）・2・9民集66巻2号183頁が、職務命令違反を理由とする懲戒処分の差止めを求める訴えのうち免職処分以外の懲戒処分の差止めを求める訴えを適法とし、また、職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める訴えを公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法とした（ただし、どちらの訴えについても「理由がない」とした）。

その後も、職務命令違反を理由とする懲戒処分についてその取消しや損

7) 本文にあげたものの他に管見の限りで、最二小判2011（平23）・7・4判例集未掲載（LEX/DB文献番号25472450）、最二小判2011（平23）・7・4判例集未掲載（LEX/DB文献番号25472451）、最一小判2011（平23）・7・14判例集未掲載（LEX/DB文献番号25472449）、最三小判2011（平23）・7・19判例集未掲載（LEX/DB文献番号25472448）がある。

害賠償を請求する訴訟が次々と提起されており、そこでは2012年1月判決の論理を前提に、減給以上の処分を選択することの「相当性を基礎付ける具体的な事情」の有無が判断されている。それでは、たとえば過去1回の不起立行為等がありそれに対して戒告処分がなされたことを理由として再雇用等が拒否されたとしたら、不利益を課す必要性和不利益の程度との間の権衡を欠くといえないのだろうか⁹⁾。本件一審判決は、再雇用等の拒否を国家賠償法上違法として原告らの請求を認容し、その際に「間接的な制約となる面」という見方と比例原則を活用した。ここに注目すれば、本件一審判決は2011年4判決と2012年1月判決を引き継いだものであるといえそうである。

8) 2012年1月判決の判断枠組みについては、比例原則を持ち込んだものではあるが最小限審査の域を脱していない(常岡孝好「職務命令違反に対する懲戒処分と裁量審査(二・完)——最判2012年1月16日集民第239号1頁を素材として」自研89巻9号[2013年]32頁以下)、判断過程統制ではなく処分の結果に着目する社会観念審査の枠組みが用いられた(原島啓之「判批」法政79巻4号[2013年]1011頁以下)、神戸税関事件最三小判1977(昭52)・12・20民集31巻7号1101頁を踏襲する形をとりながら判断過程統制の手法を応用し法的権衡を重視することにより、神戸税関事件判決が本来意図していたと思われるものからは相当程度離れた展開をすることに成功している(倉科直文「公務員懲戒事案における行政裁量の統制に関する法理の展開について——最高裁平成24年1月16日判決を素材に——」明治大学法科大学院論集第12号[2013年]266頁)などと評されている。渡辺康行「『日の丸・君が代訴訟』を振り返る——最高裁諸判決の意義と課題」論究ジュリ1号(2012年)116頁以下は、「比例原則の思考を基礎に据えた総合衡量の手法を裁量審査に導入したように見える」とするとともに、「判断過程統制的な側面がある、と読むことも可能かもしれない」という。

9) 2012年1月判決は東京都における戒告処分を適法とする際に、戒告処分がもたらす不利益・影響として再雇用等の拒否をあげていない。これに対して、宮川光治裁判官反対意見は戒告処分の不利益を過小評価すべきでないとし、その理由として戒告処分が再雇用の拒否をもたらすことを指摘していた。一方で戒告処分がもたらす不利益・影響のなかに再雇用等の拒否を数え入れることを拒否しておきながら、他方で戒告処分を理由とする再雇用拒否を認めてしまうとしたら、それは2012年1月判決の論理と矛盾するのではないか。これは、岡田正則「教育公務員の再雇用における行政裁量の限界——東京都教職員再雇用拒否事件を例として——」南山38巻3・4号(2015年)430頁,441頁が指摘する点である。同論文は、本件が係属した東京地裁民事第36部に提出された鑑定意見書を補訂して作成されたものである。

もともと、「再雇用等の拒否を違法とする本件一審判決の結論は、2011年4判決と2012年1月判決からの当然の帰結である」とまではいえない。本件一審判決は、(a) 都教委の広範な裁量権から出発しながらも、原告らの採用への期待を法的保護に値するものとして都教委の裁量権を限界づけた(判決の要旨1(2))。また、(b) 再雇用等の要件である「勤務成績が良好であること」の判断にあたって、都教委には従前の勤務成績判定に際して多種多様な要素の考慮が求められるという前提に立つ(判決の要旨1(3)ア)。(a)・(b)は、本件一審判決が裁量権の逸脱・濫用に関する審査密度を高めるための不可欠の土台である。しかし、(a)・(b)は2011年4判決と2012年1月判決から導かれるものではない。この点については2以下において確認していくことにする。

ところで、10・23 通達に端を発した再雇用等の拒否について原告が損害賠償を請求した訴訟のうち、本件一審判決以前の下級審判決として、管見の限りで以下のものがある。すなわち、判決年月日順に、①東京地判2007(平19)・6・20判時2001号136頁(前記最一小判2011[平23]・7・14の一審判決〔再雇用〕)、②東京地判2008(平20)・2・7判時2007号141頁(前記最一小判2011[平23]・6・6の一審判決〔再雇用〕)、③東京地判2009(平21)・1・19判時2056号148頁(前記最二小判2011[平23]・5・30の一審判決〔再雇用・再任用〕)、④東京高判2009(平21)・10・15判時2063号147頁(③の控訴審)、⑤東京高判2010(平22)・1・28判時2086号148頁(②の控訴審)、⑥東京高判2010(平22)・2・23判例集未登載(LEX/DB文献番号25472455, ①の控訴審)、⑦東京地判2010(平22)・2・25判例集未登載(LEX/DB文献番号25471342〔再任用〕)、⑧東京地判2011(平23)・4・18判例集未登載(LEX/DB文献番号25471050〔非常勤・小学校教員〕)である。

このうち、再雇用等の拒否を違法としたのは②③の2判決にとどまる。そして、本件一審判決の論理には、2011年4判決よりも前の②③の論理に類似するところが多くみられるのである。本稿は②③の内容に言及するとともに、本件一審判決及び②③と対比するために、②③以外の下級審判決

にも言及する。

また、国旗国歌訴訟ではないが、東京都における非常勤教員としての採用が拒否された事例として土肥校長事件があり、⑨東京地判2012(平24)・1・30判タ1402号85頁とその控訴審⑩東京高判2013(平25)・2・7判自373号42頁の両判決とも、東京都における再雇用制度等の法的位置づけに言及している¹⁰⁾。本稿は⑨⑩の2判決にも適宜言及することにする。

なお、本件一審判決・本件控訴審判決よりも後に出された下級審判決については、四において扱う。

2 判断枠組み(1)

本件一審判決は、再雇用等における合否・採否決定に関する都教委の広い裁量権を認めつつ、原告らの採用への期待を法的保護に値するものとして、都教委の裁量権に一定の限界を設定した(上記(a))。これは、「客観的合理性や社会的相当性を著しく欠く場合に……違法と評価される」とする点も含めて、再雇用等を違法とした②③においてすでにみられた判断である。本件一審判決が都教委の裁量権に一定の限界を設定したことは、裁量権の逸脱・濫用の有無の審査をする際の審査密度を高めることにつながっており、この点も②③に共通する。

2012年1月判決は、神戸税関事件最三小判1977(昭52)・12・20民集31巻7号1101頁と伝習館事件最一小判1990(平2)・1・18民集44巻1号1頁を参照して懲戒処分に対する司法審査のあり方を述べていた。(a)に関する本件一審判決の〔判旨〕1(1)(2)は、2012年1月判決のこの判示と同様の意義を有するといえよう。2012年1月判決は、神戸税関事件最高

10) ⑩に対して控訴人(一審原告)から上告及び上告受理の申立てがあった。最三小決2015(平27)・2・17判例集未登載(LEX/DB文献番号25505888)は、上告を棄却し、また、申立てを受理しなかった。その理由は、上告理由の実質は事実誤認又は単なる法令違反を主張するものであって民訴法に規定する上告理由に該当しない、上告受理申立ての理由によれば「本件は、民訴法318条1項により受理すべきものとは認められない」、とする簡単なものである。

裁判決と伝習館事件最高裁判決を引用する際に、両判決が述べた定式のなかで懲戒権者の広い裁量権につながる部分（「平素から庁内の事情に通暁し……期待することができない」あるいは「懲戒権者と同一の立場に立って……その軽重を論ずべきものではなく」）を省いていた¹¹⁾。そのことが、減給以上の懲戒処分に歯止めをかけることを導く伏線となっていた。

本件一審判決が原告らの期待を法的保護に値するとする理由としてあげるのは、〔判旨〕1(2)にあるように、再雇用制度等の意義（趣旨）、実際の運用、採用実績の3点である。そしてこれは、本件一審判決と②③の共通するところである。

3点のうち、再雇用制度の意義（趣旨）としては、教職員の定年後（退職後）の雇用を確保し生活の安定を図るということにあるとされる。

実際の運用については、具体的には次のように指摘されている。すなわち、再雇用職員の場合、「東京都公立学校再雇用職員設置要綱」（以下、「要綱」という。）において、勤務成績が良好であること、必要な知識及び技能を有していること、健康でかつ意欲をもって職務を遂行すると認められることという3点のみが要件とされている。選考方法については「東京都公立学校再雇用職員設置要綱の運用について」（以下、「運用内規」という。）において、退職又は任期満了前の勤務実績、適性及び健康状況について所属長の推薦書及び希望者の申込書を徴し、希望者の意欲及び意向を確認するため面接を行い、面接、推薦書及び申込書により希望者を総合的に判定し、採用を決定するとされている。そして、改めて筆記試験が実施されることはなく、教員としての能力・技能等について検定を行うことは予定されていないとされる、というのである。重要なのは、書類審査と面接結果以外には改めて筆記試験等が実施されないということであり、非常勤教員及び再任用職員の場合も同様とされる。

採用実績としては、再雇用職員等の新規の希望者のうち、おおむね90%から95%程度以上が採用されているという実態であったと認められること

11) 渡辺・前掲注8) 116頁、下井康史「判批」地方自治判例百選〔第4版〕(2013年)133頁。

があげられている¹²⁾。

以上をまとめて本件一審判決は、退職する教職員が再雇用職員等として採用されることを希望する場合には、再雇用制度等の趣旨を踏まえて、基本的に職員の希望を尊重し特段の支障のない限り再雇用職員等として積極的に採用する形で運用されていた、と解している。このことは、本件一審判決が〔判旨〕1(3)オにおいて本件職務命令違反の非違性を評価する際に、再雇用職員等の採用を新たな職員の採用と同列に考えなかったこと、不合格等がもたらす多大な経済的不利益に注目したことにつながっていく。また、本件一審判決は、選考申込をした者について一定の法的保護が及ぶ対象を、単なる採用への期待ではなく、客観的かつ合理的な基準による選考への期待としている。これは②③にはみられなかった点であり、上記(b)につながる意義を有するものと思われる。

他方で、②③以外の国旗国歌訴訟下級審判決をみると、⑧を除いて、再雇用等における合否・採否決定に関する都教委の裁量権に一定の限界を付そうとする考え方は採用されていない。例えば、④は期待権にふれることなく都教委に広い裁量権を認め、⑤⑦は期待を事実上のものにすぎないとして都教委に広い裁量権を認めていた。①⑥は申し込みをした者の期待を法的保護に値するとしたが、②③のように都教委の裁量権の範囲を限定することはしていない。⑦は、再任用職員採用選考申し込み者の期待を事実上のものにとどまるとする際に、平成14年度から平成18年度までの再任用職員の合格率が44.2パーセントから72.9パーセントの間にとどまっていることをあげている。

⑧は、「仮に本件合格取消の理由が著しく不合理であったり、恣意的である等、客観的合理性や社会的相当性を著しく欠く場合には、裁量権を逸脱、濫用したものとして違法との評価を受け、原告の前記期待を侵害するものとして、期待権侵害による損害賠償責任が生じ得るといふべきである」と述べており、その限りでは本件一審判決及び②③と共通する。その理由と

12) 岡田・前掲注9) 410頁～419頁は、再雇用制度等の3つの制度を考察し、いずれも東京都が負う雇用確保措置の義務の履行にほかならないとする。

して⑧があげるところも、本件一審判決が原告らの期待を法的保護に値するとする理由としてあげた前記の3点と類似する（ただし、非常勤教員に限定しての判示である点が異なる）。しかし、⑧は、「少なくとも原告を含む平成19年度選考実施当時の採用選考申込者にとっては」という留保を付けて「東京都公立学校非常勤教員制度は、定年退職等に際しての生活保障の受け皿として、従前までの再雇用制度の代替的な役割を有していた」とし、さらに「とりわけ原告については、いったん非常勤教員の採用選考に合格した旨の通知を受け、平成20年度の勤務予定校が示され、同校との間で翌年度の勤務について意思連絡をしていたものであって、遅くとも当該時点においては、原告が、非常勤教員として採用されることについて有していた期待は合理性を有し、一定の法的保護に値するものというべきである」と述べている。すなわち、当該事件の原告の個別的具体的事情を重視して「期待は合理性を有し、一定の法的保護に値するものというべきである」としているのであって、再雇用制度等に含まれる3つの制度に共通する理解として語る本件一審判決とは異なる理由付けになっている。また⑧は、都教委による裁量権の逸脱・濫用の有無の判断の際に、不合格等（同判決の事案においては合格取消）がもたらす経済的不利益に注目するということがない。

国旗国歌訴訟ではない⑨⑩に目を転じてみよう。⑨は、期限付き任用に係る非常勤の国家公務員である日々雇用職員に関する事例を扱った最一小判1994（平6）・7・14判時1519号118頁を参照して、「地方公共団体の嘱託員で任用期間の定めのあるものの職に任用された者は、任用期間の満了後に再び任用される権利若しくは任用を要求する権利を有する又は再び任用されることを期待する法的利益を有するということとはできないが、任命権者が、当該職員に対して、任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障するなど、上記期間満了後も任用が継続されると期待することが無理からぬものとみられる行為をしたというような特別の事情がある場合には、職員がそのような誤った期待を抱いたことによる損害につき、国賠法に基づく賠償を認める余地があり得る」とする。そして、「当該地方

公共団体において、定年退職後も再任用ないし再雇用する制度が設けられて、その制度を周知させ、かつ、当該申込者は原則として、再任用ないし再雇用するという運用が行われていた場合においては、形式的には新規任用ないし雇用といえども、職員がそのような任用ないし雇用されるという期待を抱いたことによる損害につき、国賠法に基づく賠償を認める余地があり得る」とする。東京都の非常勤教員制度については、再任用制度と再雇用制度を一本化しようとしたものの教員にあっては困難な事情があったことから新たに非常勤教員制度が設けられたこと、同制度の趣旨、合格率、同制度導入の経緯などを指摘して、「少なくとも、本件選考時においては、被告において、教員を定年退職後も再任用ないし再雇用する制度が設けられて、その制度を周知させており、かつ、当該申込者は非常に高い確率……で、再任用ないし再雇用するという運用が行われていたと評価することが相当である」とする。ただし、非常勤教員の任用について都教委には合否及び任用の判定につき広範な裁量権があることを理由に、「被告における非常勤教員制度においては、個別具体的な事情の下、同制度における申込者に対し、著しく合理性、社会的相当性を欠く理由により不合格・不任用とした場合に限り、都教委に裁量権の範囲の逸脱、濫用があるとして、国賠法上違法と評価する余地があると解するのが相当である」とした¹³⁾。

これに対して⑩は、非常勤教員制度について、「法令上は、高齢者の雇用確保のための制度ということではできず、かつ、非常勤教員の選考について具体的な考慮要素を定める法令の規定がない以上、控訴人において定年退

13) ⑨における原告は、非常勤教員制度における採用時の合否判定に関する都教委の裁量権は限定的なものであり、高度の客観的合理性と高度の社会通念上の相当性が認められない限り、申込者を不合格・不採用とすることは裁量権を濫用、逸脱したものととして違法となるというべきであると主張していた。なお、当該事件において原告が非常勤教員に不合格となったことが著しく合理性、社会的相当性を欠く理由によるものか否かについて、⑨は、面接評定票と推薦書兼業績評価書を基本とした不合格理由の判断が人事評価としての裁量権の範囲を超えた不合理な評価であるといえるかに帰着するとし、結局、原告についての人事評価（本件不合格理由）は評価権者の裁量権の範囲を超えた不合理な評価であるということではできない、この人事評価をもとに原告を不合格と判断したことは、都教委が、著しく合理性、社会的相当性を欠く理由により不合格・不任用としたものとはいえないとした。

職後は非常勤教員に採用されることを期待していたとしても、それは事実上の期待にすぎないというべきであって、任命権者である都教委には、本件選考にあたり、どのような考慮要素をどの程度重視するのかを含む広い裁量権が認められる」とした。ここで⑩は、非常勤教員への採用の期待を事実上のものにすぎないとする際に、非常勤教員の採用基準について、再任用制度に関する地方公務員法 28 条の 4 及び 28 条の 5 の規定のように対象を定年退職者等に限ることを定めた法令上の規定や、従前の勤務実績等に基づく選考によることを定めた法令上の規定がないことを理由としている¹⁴⁾。¹⁵⁾

以上をまとめると、②③以外の下級審判決は、おおむね再雇用等における合否・採否決定に関して都教委に広い裁量権があることを前提としており、②③ほどに明確に裁量権の限界を語るものはなかったといえる。また、東京都における再雇用制度等における採否に関して依るべき最高裁判例がなかったことにも留意しておこう。

裁量論に関連して、最二小判 2011 (平 23)・5・30 (③の上告審) についての調査官解説は、「退職後の任用の採否の裁量論に係る論点についても、各事案の任命権者の裁量判断を適法とする判断 (退職者の新たな任用の採否に係る任命権者の広範な裁量権を踏まえて当該各事案における様々な事情を認定し総合考慮した上での事例的判断) で高裁段階は統一されていた」とする¹⁶⁾。国旗国歌訴訟において「退職後の任用の採否の裁量論に係る論点」について判断した高裁段階の判断としてあげることのできるのは、上記の④⑤⑥である¹⁷⁾。④⑤⑥はたしかに任命権者の広範な裁量権を語っており、いったん退職して職員の身分を失った地方公務員を新たに採用する制度で

14) もっとも⑩は、「都教委がその裁量により決定し、適用した判定基準が不合理なものであってはならないことは当然であり、これらの点に裁量権の逸脱・濫用がある場合には、国賠法上の違法性の存在が認められる余地がある」とする。しかし、この事件において採用された判定基準は不合理なものということではできないとした。また、この事件における選考に当たって「組織内において上司の指示を理解し、これに従って行動する能力があるか否かという点を」考慮要素とし、不合格としたことも違法とは認められないとした。

あること（採用前後で身分上の継続性がないこと）、都教委が申込者を必ず合格させなければならないわけではなく合格者を必ず採用しなければならないわけではないこと（希望者を全員採用しなければならない義務を負うものではないこと）などがその理由となっていると解される点でも共通する。もっとも、④が期待権にふれない、⑤が期待を事実上のものにすぎない

- 15) 国旗国歌訴訟ではないが、都立高校教員の職を定年退職した後に再任用された者が2回目の更新を拒否されたという事例がある。採用そのものの拒否ではなく更新の拒否であるという点で事案の違いがあるが、ここで紹介しておく。一審東京地判2014(平26)・3・6判時2249号94頁は⑨と同じ裁判長によるものであり、「地方公共団体の任用期間の定めのあるものの職に任用された者」について、⑨と同じように最一小判1994(平6)・7・14を参照した判断を示して、再任用制度導入の趣旨、合格率の実態、勤務実績を重視した簡素な手続による選考などの事情をあげて、「再任用の更新の申込みをした原告において、再任用期間満了後も任用が継続されると期待することが無理からぬ事情があるというべきであり、そのような期待を抱いたことによる損害につき、国賠法に基づく賠償を認める余地がある」とする。ただし、再任用の更新を申し込んだ者についての合否の判定及び採否の決定については都教委に広範な裁量権があるというべきであるので、「都教委が、再任用の更新の申込みをした者に対し、著しく合理性、社会的相当性を欠く理由により不合格とした場合に限り、都教委に裁量権の範囲の逸脱、濫用があるとして、国賠法上違法と評価する余地があると解するのが相当である」とした。判決文における当事者主張を読む限り、原告は再任用更新についての期待権を主張してはいるが、⑨の原告が主張したような「高度の客観的合理性と高度の社会通念上の相当性」により裁量権を枠付ける主張はしていない。判決は、当該事件における再任用不合格は推薦書と面接評定票における判断に依拠しているところ、その推薦書と面接評定票における評価の根拠とされることころの事実認識及びその評価は著しく合理性、社会的相当性を欠く判断というべきであるなどと指摘して、当該推薦書及び面接評定票に依拠してなされた都教委の本件再任用不合格もまた、著しく合理性、社会的相当性を欠くものと判断せざるを得ず、都教委には、裁量権の範囲の逸脱、濫用があり、再任用不合格は、国賠法上違法と評価すべきであるとした。控訴審東京高判2014(平26)・10・30判自402号20頁は、「本件の事情の下においては、再任用の更新の申込みをした被控訴人において、再任用期間満了後も任用が継続されると期待することが無理からぬ事情があり、そのような期待を抱いたことによる損害につき、国賠法に基づく賠償を認める余地がある」とし、「都教委には、裁量権の範囲の逸脱、濫用があり、本件再任用不合格は、国賠法上違法と評価すべき」とした。そして、推薦書と面接評定票における評価の根拠とされることころの事実認識及びその評価は著しく合理性、社会的相当性を欠くとするなど、結論において一審判決と同様の判断をしている。ただし控訴審判決は、一審判決及び⑨が参照していた最一小判1994(平6)・7・14について、「期限付任用に係る非常勤の国家公務員である日々雇用職員についての判断であり、本件とは事案を異にするものである」として、先例として依拠することを拒否している。

いとすることに対して、⑥が期待を法的保護に値するとしたという点に注目すると、④⑤と⑥の間に差異があることになりそうである。しかし、④⑤(すなわち③②)の事案が不合格であったのに対して、⑥(すなわち①)の事案は一旦合格通知が発せられすでに手続きが進められていた後の合格取消しであり(つまり定年退職直前の卒業式における不起立を理由にした懲戒処分と合格取消し)、⑥(及び①)は期待を法的保護に値するとする際に、合格通知後の取消しである点を考慮している¹⁶⁾。したがってその限りでは、④⑤⑥については、上記調査官解説が述べるように「当該各事案における様々な事情を認定し総合考慮した上での事例的判断」であるということもできそうである。先にみたように、地裁判決である⑧も期待を一定の法的保護に値するとするが、⑧が扱った事案も合格通知を受けた後の取消しにかかわるものである。

不合格か合格取消しかという点の他に事案の違いとして考えられるのは、再雇用等拒否の理由となった不起立行為や懲戒処分の内容であろう。後に6においても述べるが、①⑥の原告4名、②⑤の原告13名のうち12名、③④の原告1名はいずれも不起立1回に対する戒告処分が1回という内容であり、この点での違いは見られない。地裁判決である⑦⑧の事案も同様である。

16) 岩井伸晃 = 菊池章「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成23年度(下)(2014年)485頁以下(注12)。なお、最二小判2011(平23)・5・30及び最一小判2011(平23)・6・6においては、都教委による再雇用等の拒否が裁量権を逸脱・濫用するものであるか否かという争点は扱われていない。最二小判2011(平23)・5・30における上告理由は、職務命令の憲法19条違反、不合格の憲法14条、22条1項違反を主張するものであり、最一小判2011(平23)・6・6における上告理由は、職務命令の憲法19条、26条、13条、23条違反を主張するものであった。上記「判解」の同箇所によると、最二小判2011(平23)・5・30及び最一小判2011(平23)・6・6(②の上告審)の各事件における上告受理申立て(退職後の任用の採否の裁量論等に係る論旨)については、それぞれ不受理決定がなされている。

17) 岩井 = 菊池・前掲注16)485頁以下(注12)は、本稿のいう2011年4判決、すなわち、同調査官解説のいう「本判决等及び前掲最三小判平成23・6・21」が扱った4事件を念頭に置いているかのようにも見えるが、2011年4判決の扱う4事件のうち再雇用等の拒否にかかわる事件は2つだけなので(高裁判決としては④⑤)、本稿では⑥もとあげた。

18) 後掲注34)も参照。

国旗国歌訴訟ではない高裁判決である⑩をみると、非常勤教員に関して採用への期待を事実上の期待にすぎないとする点では⑤と同じである。また、次の3において指摘するように、⑤は再雇用制度における任用の要件を定めた要綱が法律の規定とは異なる内部的なものであることを指摘しており、この点は、非常勤教員の採用基準についての法令の規定がないことに注目する⑩の着眼点と類似する。

こうしてみると、不起立1回と戒告処分1回で不合格となった事案についてのそれまでの高裁段階の諸判決では都教委に広い裁量権を認める判断がなされていたなかで、本件一審判決の(a)が②③と同様に都教委の裁量権に一定の限界を設定したことは、注目に値する。本件の原告ら22名のうち一旦合格とされた後に合格を取り消された者は3名だけであり、22名中の18名の不合格等の理由は不起立1回に対する戒告処分1回であったから、それまでの高裁段階の判断と本件一審判決の判断の違い、すなわち(a)を事案の特殊性によって説明するのは難しい。しかし、このことは同時に、本件一審判決の時点では高裁段階において(a)が引き継がれると断言できる状況にはなかった、ということも意味する。

なお、本件一審判決は、再雇用、非常勤教員、再任用という3つの仕組みの違いをとくに指摘することなく再雇用制度等としてまとめて判断しているように思われる¹⁹⁾。これに対して、⑦はとくに再任用職員の合格率に注目しており、⑩は非常勤教員と再任用制度との違いに注目する。再雇用、非常勤教員、再任用という3つの仕組みの違いを意識する⑦と⑩の立場からは、本件一審判決に対して疑問がありうところである。もっとも、本件の原告ら22名のうち、再任用職員選考に申し込みをした者は1名だけであり、この1名も非常勤教員及び再任用職員の選考に申し込んで不合格となったというのであるから、本件一審判決としては少なくとも再雇用・非常勤教員と再任用との違いを意識する必要はなかったとはいえよう。

19) 前掲注5)及び6)を参照されたい。

3 判断枠組み(2)

本件一審判決の(b), すなわち多種多様な要素の考慮という要請は, 本件一審判決が本件における裁量権の逸脱・濫用の有無を具体的に審査するに先立ち, [判旨] 1(3)アにおいて述べられている。[判旨] 1(4)は [判旨] 1(3)アに対応したまとめになっており, (b)も裁量権の逸脱・濫用の有無を審査する際に審査密度を高めるのに寄与している。

(b)について②③をみると, まず, ②は, 「本件職務命令違反をあまりにも過大視する一方で, 原告らの勤務成績に関する他の事情をおよそ考慮した形跡がない」として裁量権を逸脱又は濫用したという結論を述べている。それゆえ, ②は判断過程統制の手法をとった, と評することができそうである。同時に②は審査の過程において, 「原告らの勤務成績に関する事情を総合的に考慮して再雇用の可否を判断した形跡は全くみられない」とも述べており, 本件一審判決同様に, 勤務成績判定の際に多種多様な要素の考慮が要請されることを前提にしているということもできよう²⁰⁾。③は, ②ほどに明確ではないが, 「本件職務命令に違反した本件不起立を過大視する余り, 現実に本件不合格を告知された原告に関して……具体的事情を一切顧みない結果となっているに等しい」と述べているところから, 判断過程統制に匹敵する手法をとったと評してよいと思われる。他方で, 勤務成績判定の際に多種多様な要素の考慮が要請されることを明示的には述べていない。

こうしてみると, 本件一審判決は審査に先立って(b)を明示的に述べて審査密度を高めている点で, ②③をさらに進めているという評価が可能である。本件一審判決が(b)の手がかりとして参照するのは, 原告らの期待を法的保護に値すると判断した際にあげていた再雇用制度等の実際の運用である。とくに, 要綱の定めとともに運用内規の定めが重視されているよ

20) 戸部真澄「判批」速報判例解説(法セ増刊)3号(2008年)59頁は, ②を判断過程統制によって審査密度を上げたものとする。また, 同60頁は, ②が「任用権者に当該教職員の既往の勤務状況を偏りなく考慮する総合考慮義務を課した」と評している。

うに思われる²¹⁾。

しかし、②③を除く下級審判決は、(b)の点においても本件一審判決とは異なる判断をしていた。すなわち、⑤は成績要件についての考慮要素の重点変化も許容されるとし、⑦⑩は多様な考慮要素のうち何をどのように重視するかも含めて都教委に広い裁量権があるとしていた。とくに⑩は、本件一審判決との事案の違いはさておくとしても、上司の指示や組織への協力を判定基準とすることも不合理ではないと踏み込んでいた²²⁾。また、本件一審判決が要綱や運用内規を重視していたのに対して、⑤は、要綱は地方公務員法の規定とは異なる内部的なものにすぎず規範性を有するものではないとして、成績要件についての評価及び判断に係る裁量権はかなりの程度広いとしている²³⁾。

それゆえ、本件一審判決の時点では、高裁段階において(b)が引き継がれると断言できる状況にはなかったといえる。

4 具体的判断(1)——「本件職務命令違反の非違性の程度について」の判断に至るまで

以上の判断枠組みの下で、本件一審判決が具体的にどのような判断をしたかみてみよう。まずは、「本件職務命令違反の非違性の程度について」の判断に至るまでの過程である。ここでは大きく2つを指摘することができる。

21) 岡田・前掲注9) 438頁以下は、要綱等について裁量権行使の合理性を担保する裁量基準が存在しないことを指摘し、また、同443頁は公務員任用の大原則である成績主義に言及する。

22) 前掲注15)の2判決には考慮要素に関する判示はない。この2判決の扱った事案においては、更新拒否が推薦書と面接評定票における判断に依拠していたとされ、その推薦書及び面接評定票における校長らの評定の根拠となる事実認識及びその評価が争点となった。それゆえ、そもそも多種多様な要素の考慮が求められるのか、どのような要素を考慮することも裁量権の範囲内なのかには言及がなされなかったであろう。

23) 岡田・前掲注9) 434頁以下は、⑤が要綱に規範性がないことを理由とする点などを批判する。

第一に、本件一審判決は〔判旨〕1(3)イにおいて、都教委は原告らの本件不起立等が重大な非違行為に当たるとの評価のみをもって「勤務成績が良好である」との要件を欠くと判断した、と認定している。この認定は〔判旨〕1(4)に至るまでの間に何度も登場するものであり、(b)と相まって、本件不合格等を裁量権の逸脱・濫用とする結論を導くのに大きく寄与している。

②③も、不合格は職務命令違反や戒告処分を受けたことのみを理由とするものであるという認定を出発点にしていた。ここにも本件一審判決と②③の共通点がみられる。もっとも、本件一審判決と②③との判決文からは、不合格の理由が職務命令に違反して懲戒処分を受けたことのみにあるということについて、被告側が積極的に争ったこととはうかがわれない。

第二に、本件一審判決は〔判旨〕1(3)ウ・エの過程を踏むことによって、本件通達発出後に不起立等を理由として一律に再雇用職員等としての採用が認められなくなるのは、不起立等という行為を学習指導要領の要請する目的の改善・充実という点から評価したからではなく、本件職務命令に違反したという事実への評価のゆえであるとして、論証の焦点を本件職務命令違反の非違性の程度に絞っていく。

先にふれたように、②は「本件不合格は……本件職務命令違反をあまりにも過大視する」とし、③は「本件職務命令に違反した本件不起立を過大視する余り」としており、ともに職務命令違反という事項をどの程度考慮するかに注目している。その意味では本件一審判決と②③は共通しているようにもみえる。しかし、本件一審判決には、論証の焦点を本件職務命令違反の非違性の程度という点に絞ることにより、次の〔判旨〕1(2)オにおいて用いられる比例原則（2012年1月判決が処分の選択にあたり規律や秩序の保持等の必要性の高さと不利益の内容との権衡を求めたことに対応する）の適用に至る道筋を用意しているという点に特色がある。

ところで、本件一審判決は、論証の焦点を本件職務命令の非違性の程度に絞る際に以下の点を指摘している。すなわち、(p) 不起立等の事実が存する場合に一律に再雇用職員等に不合格等となるのは本件通達に基づく本件職務命令が発せられて以降であること、(q) 本件通達により達成しようと

した目的は本件通達以前から存在しており、その目的に反するという意味に限ると、不起立等という行為への評価は本件通達の前後で質的に異なること、(r) 不起立という行為自体を非違性が重い行為とすることと不起立等の行為を行った教職員も平成14年度までは採用されていたこととの権衡、(s) 本件不起立等により卒業式等の進行が阻害されたりしていないこと、(t) 原告らの多くは本件職務命令違反が1回のみであり、そうでない原告も2回にとどまること、以上である。

(p)～(t)が②③においてどのように扱われたかみてみよう。②は、(r)と(s)に加えて「本件職務命令が、他の職務命令と比較して、とりわけ重大なものとはいえないし、これのみで教職員の勤務成績を決定的に左右されるものとも解されない」ことをあげて、「不起立と国歌斉唱をしなかったという行為自体」が採用を否定すべき程度の非違行為とするのは疑問とする。それとは別に、本件職務命令違反以外の考慮すべき事情として、(t)と、原告のうち1名が一回職務命令に違反した後は職務命令に従っていること、争議行為で二度の停職処分を受けた職員が採用された例もあったことなどをあげて、都教委が職務命令違反を過大視するものとする。

③は、(q)を指摘して、10・23通達発出前に不起立から直ちに勤務成績良好という選考要件を満たさないと評価していなかったことには合理性があるとし、また、「起立斉唱を命じる職務命令は……教育課程に関する他の職務命令に比べて重要な特別の意味合いをもつとは考えられない」ことにふれて、1回目の不起立の非違性の程度が戒告処分相当とされていることに合理性があるとする。これに加えて(s)、さらに原告が戒告処分の後には職務命令に従っていたことを指摘する。そして、懲戒処分の対象としては非行の程度が軽いと評価しながら、採用選考の際には不合格となるほどの重大な非違行為に当たる評価することを不合理と評価せざるを得ないとし、これに原告の具体的事情を総合して考慮して結論を導いている。

こうしてみると、本件一審判決が考慮した(p)～(t)の諸点は、そのすべてとはいわないが、ほぼ②③も審査の際に考慮に入れているものである。ただし、本件一審判決が論証の焦点を本件職務命令違反の非違性の程度に

絞るために (p) ~ (t) を考慮したのに対して、②③は職務命令違反の非違性の程度を判断する際の材料として (p) ~ (t) を用いたという違いがある。ここに、本件一審判決と②③との論理の手順の違いが現れている。

本件一審判決が不起立等の行為そのものではなく、本件職務命令及び本件職務命令違反の非違性に注目したことは、単に②③との論理の手順の違いを示すだけではなく、2011年4判決及び2012年1月判決との関係を考えさせるものでもある。

すなわち、2011年4判決は、10・23通達を受けて発せられた職務命令を憲法19条に違反しないとする際に、卒業式等において「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱が広く行われていたことは周知の事実であるとしたうえで、学校の儀式的行事である卒業式等の式典における国歌斉唱の際の起立斉唱行為を、一般的、客観的に見て、式典における慣例上の儀礼的な所作としての性質を有するものととらえているのである。そして、式典における慣例上の儀礼的な所作として国歌斉唱の際の起立斉唱行為を求めることを内容とする職務命令について、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（具体的には学校教育法と高等学校学習指導要領）の趣旨に沿うと評価している。その前提には、教職員が卒業式等において国旗に正対して国歌を斉唱することは、10・23通達より以前から期待されていたことであるはずであるという評価がある。

この点は②にあっても同様である。すなわち②は、職務命令を憲法19条に反するとは言えないとする際に、「本件職務命令が発出された当時、都立高等学校の卒業式等において、国旗である『日の丸』を壇上に掲揚したり、国歌斉唱として『君が代』を斉唱することは広く実施され始めて」いること、「全国の公立高等学校では、卒業式等における国旗掲揚や国歌斉唱は従来から広く実施されていること」にふれており、また、10・23通達が旧教育基本法10条1項の「不当な支配」に該当しないと判断する際に、平成元年の高等学校学習指導要領改定以降の国旗掲揚・国歌斉唱の実施状況に言及したうえで、10・23通達の合理性と必要性を肯定していた。②の控訴審判決である⑤もこれらの判示を受け継いでいる。2011年4判決及び②のこのよ

うな判示は、10・23 通達及びそれを受けて発せられた職務命令に、それまでの都教委による指導とは異なる独自の意義があることを認めないものであると解される。そのため、最一小判 2011（平 23）・6・6 における宮川光治裁判官反対意見は、「本件通達は、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、前記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おき、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ところにあるのは明らか」であると批判したのである²⁴⁾。そして、10・23 通達に独自の意義を認めて改正前教育基本法 10 条 1 項の「不当な支配」に該当するとしたのが、予防訴訟一審判決東京地判 2006（平 18）・9・21 判時 1952 号 44 頁であった²⁵⁾。

以上を前提に考えると、再雇用等の拒否との関係を語る文脈においてとはいえ、本件一審判決のように論証の焦点を本件職務命令違反の非違性に絞っていくことは、実質的には本件職務命令の独自の意義に目を向けさせる契機となるように思われる。すなわち、本件一審判決の趣旨は「2011 年 4 判決とそれを前提とする 2012 年 1 月判決の見方からすれば、本件通達と本件職務命令は儀式的行事における儀礼的な所作について以前から要請されていたことを内容とするにすぎないものであるはずである。本件職務命令違反の非違性の程度を過度に高く見積もることは、本件通達・本件職務命令の独自の意義を強調することになるのであって、2011 年 4 判決の論理と整合性がないのではないか。」というところにあるのではないだろうか。

これに関連して、本件一審判決は前提事実を述べる際に、本件通達に至る前の都教委による種々の通達や国旗掲揚・国歌斉唱の実施率に詳しくふれることなく、1999（平成 11）年に都教委通達が発出されたことと都教委

24) 2011 年 4 判決に対して学説から、職務命令は思想及び良心の自由への間接的制約ではなく直接的制約・直接的侵害であるという指摘がなされている。例えば、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）123 頁。この指摘も宮川裁判官反対意見と同じ問題点をつくものである。

25) ただし、そのことと憲法 19 条違反との関係など、同判決には論理的には解明を要する点があるが、本稿では扱わない。

の指導に従わない実情があったことにごく簡単に言及するにとどめている。それは、後に述べるように本件一審判決が本件通達や本件職務命令の合憲性について何ら判示をしていないことと関係があるかもしれない。しかし、それだけではなく、本件通達及び本件職務命令の存在を際立たせる結果になっているように思われる。

なお、③は、職務命令が思想及び良心の自由を侵害しないとする際に、全国の公立高等学校において卒業式等における国旗掲揚・国歌斉唱が従来から広く実施されていること、職務命令が学習指導要領の目的にかなうことなどにふれている。しかし、「前提事実」においても「当裁判所の判断」においても、10・23通達に至る前の都教委による種々の通達や国旗掲揚・国歌斉唱の実施率について詳しくふれることはなく、わずかに「平成9年度卒業式と平成10年度入学式での国旗掲揚、国歌斉唱の実施率は、東京都以外の多くの地方公共団体の公立高等学校では100%であった」と述べるに過ぎない。他方で、不合格を裁量権の逸脱、濫用とする際に「起立斉唱を命じる職務命令によって達成しようとした目的は、本件通達前からすでに存在していたのであり、この目的に反するという意味では、不起立に対する評価は、本件通達発出の前後で質的には変わりはないというべきである」とする。ここには、本件一審判決の手法に通じるものがある。

5 具体的判断(2)——「本件職務命令違反の非違性の程度について」その1

本件職務命令違反の非違性の評価に関する〔判旨〕1(3)オには、本件不起立等の態様を指摘する点で②③に共通するところがあるものの、②③にはみられない特徴も認められる。その1つは、学習指導要領の援用の仕方である。

最二小判2011(平23)・5・30は、高等学校学習指導要領(平成11年文部省告示第58号。平成21年文部科学省告示第38号による特例の適用前のもの。以下、特記なき限り本稿においてもこれを「高等学校学習指導要領」と呼ぶ。)第4章第2C(1)が「教科」とともに教育課程を構成する「特別

活動」の「学校行事」のうち「儀式的行事」の内容について、「学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳粛で清新な気分を味わい、新しい生活の展開への動機付けとなるような活動を行うこと。」と定めていることを受けて、同章第3の3が「特別活動」の「指導計画の作成と内容の取扱い」において「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。」と定めていることを国旗国歌条項と呼び、この国旗国歌条項を、職務命令による思想及び良心の自由への「間接的な制約となる面」を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるとする際に援用した²⁶⁾。

これに対して本件一審判決は、高等学校学習指導要領の「第4章 特別活動」のなかの第4章第2C(1)と同章第3の3だけを参照するのではなく、「第4章 特別活動」の内容を通覧し、「特別活動」の内容が「ホームルーム活動、生徒会活動及び学校行事」の大きく3つに分けられていること、「学校行事」の内容として「儀式的行事」を含む5つがあげられていること、「儀式的行事」だけではなく他の「4つの学校行事」についてもそれぞれの「狙い」が記載されていることなどにふれたうえで、〔判旨〕1(3)オにみられるような国旗国歌条項や本件職務命令への評価に至っている²⁷⁾。他の職務命令と比較して重大ではないという評価そのものは、②③においてもなされていたところである。本件一審判決の特徴は、本件職務命令及び本件職務命令違反の非違性への評価を、高等学校学習指導要領の「特別活動」に関する定めを広く視野に入れて行ったところにある。

26) 同じく都立高校が舞台となった事件を扱った、最一小判2011(平23)・6・6も同様である。東京都下の中学校が舞台となった事件を扱った最三小判2011(平23)・6・14においては中学校学習指導要領(平成10年文部省告示第176号。平成20年文部科学省告示第99号による特例の適用前のもの。)第4章第2D(1)、同章第3の3が引用されている(いずれも高等学校学習指導要領とほぼ同じ内容である)。広島県立の高等学校ないしろう学校が舞台となった事件を扱った最三小判2011(平23)・6・21においては、本文に掲げた高等学校学習指導要領が参照されるとともに、盲学校、聾学校及び養護学校高等部学習指導要領(平成11年文部省告示第62号。平成19年文部科学省告示第46号による改正前のもの。)第4章「特別活動の目標、内容及び指導計画の作成と内容の取扱いについては、高等学校学習指導要領第4章に示すものに準ずる」が参照されている。

学習指導要領に内在する論理に依拠したともいえるこの手法は、本件においては原告の主張を容れる方向に働いており、その限りにおいては有益であろう。また、4においてふれたのと同様に、本件職務命令の独自の意義を浮かび上がらせる結果となっている²⁸⁾。しかし、そもそも学習指導要領の法的拘束力を消極的に解する立場からは、この手法に対して批判がありうる。また、今後、学習指導要領の内容が改められ、いわゆる国旗国歌条項が他よりも上に位置付けられるようになったらどうなるのか、という問題をはらんでいる。

6 具体的判断(3)——「本件職務命令違反の非違性の程度について」その2

もう1つの、そしてより大きな特徴は、本件一審判決が2011年4判決と2012年1月判決を参照して、①本件職務命令が思想及び良心の自由についての「間接的な制約となる面」がある、②思想信条等に従ってされた行為を理由に大きな不利益を課すことには慎重な考慮を要する、と指摘したことである。①はいうまでもなく2011年4判決を踏まえたものである。②については、2012年1月判決が裁量権の逸脱・濫用について判断する際に、不起立行為等の動機、原因について個人の歴史観ないし世界観等に起因することを指摘し、不起立行為が積極的な妨害等の作為ではないことなどと合わせて、「減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となる」としていたことが想起される。

2012年1月判決と比較してみると、本件一審判決は、①の指摘に続けて

27) 本件一審判決は本文の意味での高等学校学習指導要領だけではなく、それ以前のものも含めて、およそ高等学校学習指導要領一般を「学習指導要領」と呼んでいる。〔判旨〕1(3)オにおいて参照されている学習指導要領は、本件一審判決のいう「平成11年3月に告示された学習指導要領」すなわち本文の意味での高等学校学習指導要領であると解される。

28) 本件一審判決は、〔判旨〕1(3)エにおいて「学習指導要領の国旗・国歌条項は、平成元年3月15日改訂の学習指導要領から存在したのであるから、……不起立等という行為に対する評価は、本件通達発出の前後で質的に異ならない」とする。本文にふれた箇所だけではなく、ここにも一種の学習指導要領内的な思考が現れている。

直ちに②を述べており、「慎重な考慮」を求めることと思想・良心の自由についての「間接的な制約となる面」とのつながりがより明確になったともいえる。さらに①②は、[判旨] 1(3)オのなかで、「非違行為が重大なものでなければ、大きな経済的不利益をもたらしうる不合格等の判断をしてはならない」という意味での比例原則としても活用されている。

ここに、本件一審判決が単に②③の判断枠組みを引き継ぐにとどまるのではなく、2011年4判決と2012年1月判決をも支えとしているということが、端的に表れている。そのことは、本件職務命令違反の非違性について判断する際にあげられている考慮要素からもうかがわれる。②③と本件一審判決を比較してみよう。

まず②は、13名の原告が卒業式又は創立記念式典において起立斉唱をしなかったという事案であるが、13名のうち1名は不起立を2回行い、1回目に戒告処分、2回目に減給処分(10分の1を1ヶ月)を受けたのに対して、他の12名は不起立1回に対して戒告処分を1回受けたにとどまる。これらを理由にした再雇用不合格について裁量権の逸脱・濫用があったとする際に②は、12名の職務命令違反が1回だけであったこと、再発防止の研修を受講していること、とくに1名はその後職務命令に従っていることなどを都教委が考慮した様子がみられないとしていた。しかし、②による裁量権の逸脱・濫用の有無を審査をみると、思想・良心の自由への制約に言及する判示はなく、不起立行為が原告らの歴史観ないし世界観等に起因するものであることを指摘する判示もない。

そこで、②が職務命令の憲法19条適合性についてどのような判断をしたのか振り返っておこう。その際には、公立小学校の入学式の国歌斉唱の際にピアノ伴奏を行うよう音楽専科教諭に命ずる校長の職務命令を「思想及び良心の自由を侵すものとして憲法19条に反するとはいえない」としたピアノ伴奏拒否事件第三小判2007(平19)・2・27民集61巻1号291頁(以下、「2007年判決」という。)との関係が焦点となる。②を含む①～⑧の判決は2007年判決の後のものであり、かつ、2011年4判決よりも前のものであるため、①～⑧は、自ら担当する事件の事案と2007年判決の事案とを

区別するか否か、2007年判決の判旨をどのように理解するかという問題に直面した。2007年判決は、[A] ピアノ伴奏拒否は一般的には当該教諭の歴史観ないし世界観と「不可分に結びつくものということは」できない、職務命令が当該教諭の「歴史観ないし世界観それ自体を否定するものと認めることはできない」、[ピアノ伴奏をするという行為自体は、……教諭等が特定の思想を有するというを外部に表明する行為であると評価することは困難なものであり]、「特定の思想を持つことを強制したり、あるいはこれ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く、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制するものとみることでもできない」とする判示に続けて、[B] 憲法15条2項、さらに地方公務員法、学校教育法、小学校学習指導要領の規定を参照して「本件職務命令は、その目的及び内容において不合理であるということとはできない」という判示を行っていた。そこで、[A]と[B]の関係は①～⑧がどのように理解したのかが注目される。[A]・[B]はともに思想・良心の自由への制約の存在自体を否定しているのか、あるいはとくに[B]は何らかの制約の存在を肯定してその必要性合理性までも肯定したものなのか、学説における解釈が分かれていた²⁹⁾。

さて、②はまず、[I] 職務命令は思想及び良心の核心部分を直接否定するものとは認められないとする。その理由付けは、2007年判決を直接に参照してはいないものの、2007年判決の[A]の論理を受けたものである。これに続けて②は、[II] 国旗に向かって起立して国歌を斉唱することが原告らの歴史観ないし世界観又は信条と緊張関係にあること、原告ら自身は職務命令が原告らの思想及び良心の核心部分を否定するものであると受け止めて不起立不斉唱の行動をとったとも考えられることをあげて、職務命令と原告らの思想及び良心の自由との抵触が生じる余地があるとする。しかし、職務命令の合理性、必要性が認められるとして、「原告らの……歴史観ないし世界観又は信条と緊張関係にあるとしても、あるいは、原告ら自

29) 岩井 = 菊池・前掲注16) 476頁。筆者の見解については、横田守弘「判批」季教158号(2008年)84頁。

身としては思想及び良心の核心部分を直接否定するものであると受け止めたのだとしても、そのことによってただちに、本件職務命令が原告らの思想及び良心の自由を制約するものである、あるいはその制約は許されないものであるということとはできない]としていた。

[Ⅱ]の判示は、「思想・良心の自由に対する直接的制約はないとしつつも……間接的制約となりうることを認めた上で、それも正当化される、と論じた」ものとして、学説から注目されている³⁰⁾。とはいえ、[Ⅱ]のまとめの部分を見る限り、それは何らかの「制約」の存在を否定するものなのか、あるいは「制約」の存在を肯定してそれを正当化するものなのか、なお留保があるように思われる。②が裁量権の逸脱・濫用の有無を審査する際に思想・良心の自由への制約に何ら言及していないのは、このことも関連しているであろう。

次に③は、原告が卒業式における不起立1回に対して戒告処分を1回受け、これを理由にして再雇用・再任用が不合格となったという事案である。③は、裁量権の逸脱・濫用があるとする際に、原告が戒告処分に対して不服を申し立てず、再発防止研修を受講し、その後毎年起立斉唱を行ってきたことをとりあげている。しかし③も、裁量権の逸脱・濫用の有無を審査する際に、思想・良心の自由への制約に何ら言及するところがなく、不起立行為が原告らの歴史観ないし世界観等に起因するものであるという指摘もしていない。

職務命令の憲法19条適合性に関して③は、2007年判決を直接参照することはしないものの、2007年判決の[A]を思わせる判示に続けて、[B]を簡略化したような判示をつなげて、結論として、職務命令は思想及び良心の自由を侵害するものとはいえないとしていた。③は思想及び良心の自由への制約の存在をはっきりとは語っていないのであり、裁量権の逸脱・

30) 渡辺・前掲注8) 111頁。渡辺康行「職務命令および職務命令違反に対する制裁的措置に関する司法審査の手法——『君が代』ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決以降の下級審判決の論理——」法政76巻1・2号(2009年)1頁以下は、2007年判決との対比を念頭において①と②を比較検討している。

濫用の有無を審査する際に思想・良心の自由への制約に何ら言及していないのは、無理からぬところであったと言えるだろう³¹⁾。

さて、本件一審判決の事案においては、原告ら 22 名のうち 18 名は不起立等を 1 回に対して戒告処分を 1 回受けたにとどまっており、他の 4 名も不起立等は 2 回にとどまっている。しかし、この点について、職務命令違反の非違性の程度を判断している〔判旨〕1(3)オにおいては明示的な言及はない³²⁾。職務命令の内容を認識しながらあえてこれに違反する行為に及んだとする被告主張への応答として①②が述べられているという文脈を合わせて考えると、本件一審判決が「不起立等 1 回に戒告処分 1 回だから非違性の程度が重いとはいえない」のではなく「思想及び良心の自由への間接的な制約となる面がある職務命令への違反ゆえに非違性が重いとはいえない」という判断をしているとみることも可能に思われる。

そうであるとすれば、2011 年 4 判決と 2012 年 1 月判決から①②を導いたことは、本件一審判決が裁量権の逸脱・濫用の有無を判断する際に審査密度を高めたことに結びつき、本件一審判決の結論を導くに際して不可欠のものであったということになる。筆者は旧稿では、本件一審判決においては 2011 年 4 判決と 2012 年 1 月判決の論理は職務命令違反の非違性の程度を評価する際に活かされているにとどまるが、本件一審判決が思想・良心の自由についての「間接的な制約となる面」に言及することにより裁量権の逸脱・濫用となる理由が補強されたとした。しかし、本件一審判決による「間接的な制約となる面」への言及にはより積極的な意義があると評するべきであろう。

念のため、裁量権の逸脱・濫用を認めなかった①、④～⑧をみておこう。

②の控訴審である⑤は、広い裁量権を前提にして簡単に裁量権の逸脱・濫用を否定し、職務命令違反の事実を重く見たことをもって不合格が不法行為をなすとはいえないとした。職務命令の憲法 19 条適合性については、

31) ③に対して花見忠「判批」ジュリ 1397 号 (2010 年) 113 頁は、思想・良心の自由の制約に当たることを正面から認めたくえで論ずるべきという趣旨の批判をしている。

32) 前掲注 3) も参照されたい。

②を引用する形を取っているが、[I]の部分において、前提部分を、思想及び良心の本質又は核心ときわめて密接な関係を有するとみるべき外部的行為については法規制をもってこれを強制することを拒みうるとすると修正し、これに対応するまとめの部分を、職務命令は一審原告らの思想及び良心の自由を直接否定するものとは認められず、内心の自由ときわめて密接な関係にあるとみるべき外部的行為を命ずるものとも認められないと修正した。また、②の[II]の判示については、引き継ぐことなく削除した³³⁾。

③の控訴審である④は、都教委の広範な裁量権を前提にしたうえで、裁量権の逸脱・濫用とまではいえないとした。これに加えて、10・23通達以降懲戒処分を受けた者で再雇用・再任用に合格した者はいないこと、職務命令は憲法19条に違反せず一審原告にはこれに従うべき職務上の義務があったにもかかわらずあえてこれに従わなかったこと（個々の教諭が自己の心情や信念のみに従って行動していたのでは学校教育は成り立たず、また、都立高校教諭という職業を選択した以上は心情や信念を後退させることを余儀なくされることは当然に甘受すべきという。）などに言及している。職務命令が憲法19条に違反しないとする理由は③を引用したものであり、加えて2007年判決を参照している。

①は、4名の原告がいったん再雇用の合格通知を受けた後に卒業式において起立斉唱をしなかったため戒告処分を受け、再雇用の合格取消し等に至ったという事案である³⁴⁾。①は都教委の裁量判断が社会通念に照らして著しく不合理であるとまでいうことはできないとしたが、その際には原告らが（定年退職直前に）戒告処分を1回受けたにすぎないことへの言及はなく、むしろ、原告らの非違行為について、「その信念に根ざすものであること」などを理由に繰り返される可能性も高いと評していた。また、①は、原告らの不起立行為を「国旗・国歌条項の実施についての都教委の関与・介入に対する抗議としての一種の示威行為とも評価し得る」としていた³⁵⁾。

33) ⑤は、本文で紹介したところとは別に「一審原告らの当審主張について」として、2007年判決の[A]を思わせる判断をし、また、2007年判決の事案と区別しようとする一審原告の主張も退けている。

職務命令の合憲性については、まず、2007年判決をはっきりと参照し、その[A]に相当する判示をした。注目すべきは、さらこれに加え、「本件職務命令の命ずる行為が全原告らの内心領域における精神活動にも影響を与えることは否定できないとしても」として、憲法、地方公務員法等の法令、大綱的基準としての学習指導要領にふれて「本件職務命令は、公務員の職務の公共性に由来する必要かつ合理的な制約として許容される」としていることである。2007年判決の[II]を思わせるこの判示は、2007年判決の判示にはみられない、そして②においては留保のあった「制約」の存在を認めている。しかし、そのことは裁量権の逸脱・濫用についての判断に影響を及ぼしていない。

①の控訴審である⑥は、裁量権の逸脱・濫用についての判断枠組みが若干①と異なるものの、その適用における判断は①と基本的に同じである。職務命令の合憲性についての判断も①と基本的に同じ論理の流れをとる。ただし、「本件職務命令は、全控訴人らの思想及び良心の自由という精神活動自体を侵害ないし制約するものではなく、憲法19条に反するとはいえない」というまとめになっており、「制約」の存在は①ほどに明確ではない。

⑦は、原告が卒業式において起立しなかったことに対して戒告処分を受け、その他に懲戒処分を受けたことはなかったが、3年後に再任用の不合格通知を受けたという事案である。⑦は、不合格が裁量権を逸脱・濫用するものということではできないとする際に、戒告処分1回にとどまることには言及せず、むしろ、原告が職務命令にあえて従わなかったこと、不起立により懲戒処分を受けた者であって再雇用・再任用に合格した者はいない

34) 正確には、4名中2名は都立高校教諭として在職中に再雇用職員としての採用合格通知を受けたものの、その後の卒業式における不起立を理由に戒告処分を受け、同時に合格取消しとなった。他の1名は再雇用職員(雇用期間1年)として勤務していた期間に、翌年度の再雇用職員としての採用合格通知を受けたものの、その後の卒業式における不起立を理由に、合格取消しとなった。残りの1名は、都立高校教諭として在職中に再雇用職員としての採用合格通知を受けたものの、一旦合格を辞退し、以後講師(非常勤)としての採用手続がすすんだものの、卒業式における不起立を理由に戒告処分を受け、以降の手続をすすめることを断念した。

35) ⑥にも同様の判示がある。

ことなどに言及する。職務命令の憲法 19 条適合性についての判断は、2007 年判決の [A] を意識したと思われる簡単なものとどまる。

以上の①, ④～⑦は、再雇用等における合否・採否の決定に関する都教委の裁量権について、本件一審判決のように一定の限界を画そうとする考え方を採用していない。そして④⑤⑥⑦は、思想及び良心の自由への「制約」の存在を認めていない。曲がりなりにも「制約」の存在を認めていると思われるのは①であるが、不起立行為を示威運動とみる①の見方からすれば、「制約」の存在が慎重な考慮を要請することにはならないであろう。もちろん、2011 年 4 判決と 2012 年 1 月判決の立場からは、不起立行為を示威運動とみて済ますことはできないはずである。

これに対して⑧は、上記 4 においてみたように、裁量権の逸脱・濫用の有無を判断する際に本件一審判決と類似する枠組みを採用している。⑧は、非常勤教員の採用通知を受けた後に卒業式において起立斉唱をしなかったために戒告処分を受け、さらに合格決定が取り消されたという事案である。戒告処分の直接の理由となった不起立に至るまでに卒業式において不起立行為を継続していたが、職務命令発令までは指導や処分を受けたことはないとされている。また、戒告処分の半年ほど前から他の教員の処分に反対する集会に参加するなどしていたとされる。⑧は、都教委の裁量判断が客観的合理性や社会的相当性を著しく欠くとまではいうことはできないとする際に、原告が職務命令にあえて従わなかったこと、原告が不起立行為に及んだのが個人的な歴史観、世界観に基づく信念に根ざすものでさらに繰り返される可能性が高いこと、他の教員に懲戒処分が見込まれることを認識していたことなどに言及している。職務命令の憲法 19 条適合性については、2007 年判決の [A] と [B] にならった形で合憲としている³⁶⁾。裁量権の逸脱・濫用の有無についての判断枠組みの点で本件一審判決と類似であったとしても、思想及び良心の自由への「制約」の存在を認めていないうえに、歴史観・世界観に基づく行為であるがゆえにむしろ悪質であるかのような評価となっており、やはり慎重な考慮が求められなかったのは無理もないということであろう。なおこの点は、先に述べたように、⑧が都

教委による裁量権の逸脱・濫用の有無を判断する際に、不合格等（⑧の事案においては合格取消し）がもたらす経済的不利益に注目するということがないということとも関連しているだろう。

以上の検討から、本件一審判決における(a)・(b)と「間接的な制約となる面」への言及は、両者が相まって審査密度を高めることにつながり、原告勝訴の結論をもたらす大きな要因になったと評することができる。

国旗国歌訴訟に関して、剣道実技受講拒否事件最二小判 1996（平8）・3・8民集 50 卷 3 号 469 頁における判断過程統制の手法の採用を説く試みが注目されてきた³⁷⁾。同判決は、高等専門学校学生に対して退学処分等を行うかについての校長の合理的な教育的裁量を出発点としながら、退学処分が重大な措置であることや学校教育法施行規則の文言を根拠にして退学処分の要件認定につき「慎重な配慮」を要するとし、退学処分等が「信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、……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という性質を有するものであったこと」などに言及して、上告人の措置を「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……裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない」とした。本件一審判決の判旨の大きな流れをみると、再雇用等の合否・採否の決定における都教委の裁量権を認めるとともに、それに一定の限界を設定し、不合格のもたらす不利益の大きさや原告ら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」などを指摘して、ある事項を不当に重く扱う一方で、別の事項を全く考慮しなかったがゆえに都教委の判断を裁量権の逸脱・濫用と判断した、と把握することができる。それゆえ、本件一審判決において剣道実技拒否事件最高裁

36) ただし、[A]に相当する部分の手順において2007年判決と異なる点がある。また、職務命令の目的及び内容の合理性について判示するなかで「不起立行為という外部的行為に及ぶ以上は制約を受けるのは当然であるし、職務命令に従わないで不起立行為に出ることが、原告の歴史観、世界観それ自体を否定するとはいえないというべきである」という一節がある。

37) 渡辺・前掲注8) 116頁。

判決の判断過程統制の手法が活用された、と評することも可能であろう。

しかし、判断過程統制の手法そのものが本件一審判決の結論をもたらしたわけではない。重要なのは、考慮すべき事項ないし考慮されるべきでなかった事項とは何で、それが判断過程統制のなかでどのような役割を果たしているかであろう。とりわけ、剣道実技拒否事件最高裁判決が原審の適法に確定した事実関係を踏まえて指摘した「信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、……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という性質を有するものであったこと³⁸⁾」と比較して、本件一審判決のいう「間接的な制約となる面」とはどのようなものか、それは剣道実技拒否事件最高裁判決の指摘したことに匹敵するものなのか、関心を引くことになる。

7 憲法上の争点の取扱い

以上において確認したように、本件一審判決が2011年4判決を参照しながら本件職務命令には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」としたことは、本件一審判決の結論を導く際に不可欠の役割を果たしている。しかし、本件一審判決は原告側が提示した憲法上の争点を含む争点1～4には一切判断を示すところがなく、争点5についてだけ判断をした。また、争点5に対して判断をした上記〔判旨〕1のなかでは、原告らの歴史観ないし世界観とはどのようなものなのか、それが思想及び良心の自由の保護の対象となるのか、本件職務命令にどのような意味で「間接的な制約となる面」があるといえるのか、その「間接的な制約となる面」

38) 剣道実技拒否事件最高裁判決の調査官解説は、「本件では、剣道実技の履修自体が原告の信仰上の教義に直接反するものであり、また、確かに結果的に剣道実技の履修を強制されたということはないが、剣道実技を履修しなかった結果、原級留置（進級拒否）、更には退学という措置を採られたものであって、具体的な不利益の程度が極めて大きいものと言える」という。川神裕「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成8年度（上）（1999年）186頁。

がなぜ合憲なのかについて、事案に即して手順を追って判断されているわけではない。

後者に関して、本件一審判決は、上記①を指摘する直前に「原告らの本件不起立等の動機、原因は、その歴史観又は世界観等に由来する君が代や日の丸に対する否定的評価等のゆえに、本件職務命令により求められる行為と自らの歴史観又は世界観に由来する外部的行動とが相違することであり、個人の歴史観又は世界観等に起因するものであると認められるところ(弁論の全趣旨)」としている。これは、懲戒処分が裁量権の逸脱・濫用になるか否かを判断する際に2012年1月判決によって述べられていた指摘と同じ表現であり、2011年4判決による「間接的な制約となる面」のとらえ方を引き継いだものである。それゆえ、本件一審判決は①の前後において「本件原告らの歴史観・世界観との関係で本件職務無命令は原告ら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』を有するものの、憲法19条に違反しない」と判断したのだ、と解することもできるかもしれない。とはいえ、原告らの歴史観又は世界観等の内容その他の具体的事情を抜きにして「間接的な制約となる面」を語ることに違和感が残る。

ただし、本件一審判決が自らの判断のなかで原告らの歴史観又は世界観等に言及していると思われる箇所が、争点6についての判示のなかにある([判旨]2においては省略した)。それは、「原告らがそれぞれの思想信条、すなわち多種多様な価値観の尊重やそれを教育の場で実践することを重視する考え、日の丸及び君が代の歴史的意義に対する考え、国旗掲揚・国歌斉唱を一律に強制することに反対する考え等に基づいて本件職務命令に従わなかったことにより、戒告処分等の懲戒処分のみならず、最終的には、本件不合格等とされ、再雇用職員等として都立高校の教壇に再び立つ機会を不当に奪われた(期待を裏切られた)という点にあると認めるのが相当であり、本件不合格等に至るまでの過程における本件通達その他都教委の対応に係る原告らの個々具体的な心情等を、上記の精神的損害とは切り離して別途独立の損害として認めることは相当でない」という箇所である。この判示は、原告らが精神的損害の内容を語る際に、(本件通達に基づく本

件職務命令に違反したことを理由として本件不合格となったという点での「憲法上の権利侵害による慰謝料」と（採用されるという期待を裏切られ、適正・公正な審査を受けられなかったという点での）「本件不合格等による慰謝料」の2つをあげていたことに対して、本件一審判決が2つをまとめる形で損害を認定するためになされたものである。そこでは「多種多様な価値観の尊重やそれを教育の場で実践することを重視する考え、日の丸及び君が代の歴史的意義に対する考え、国旗掲揚・国歌斉唱を一律に強制することに反対する考え」があげられている。本件一審判決によれば、これらの「考え」は「思想信条」であるということになる。

ここであげられている3つの「考え」のうち、「国旗掲揚・国歌斉唱を一律に強制することに反対する考え」は、2007年判決における藤田宙靖裁判官反対意見が「本件における真の問題」を語るなかで「後者の側面こそが、本件では重要なのではないかと指摘する際にあげていた信念・信条と同じものといってよい。しかし、最二小判2011(平23)・5・30は、「そのような信条との関係における制約が問題となり得るとしても、個人の歴史観ないし世界観との関係における間接的な制約の有無に包摂される」としている。また、最三小判2011(平23)・6・21は、このような信条との関係での主張も「『君が代』に対する歴史観ないし世界観と密接に関連するものとして主張されているのであり、上記の式典において上記のような外部的行動を求められる場面における個人の思想及び良心の自由についての制約の有無は、これを求められる個人の歴史観ないし世界観との関係における間接的な制約の有無によって判断されるべき事柄であって、これとは別途の検討を要するものとは解されない」とする。したがって、2011年4判決の立場からは、「国旗掲揚・国歌斉唱を一律に強制することに反対する考え」がおおよそ「歴史観ないし世界観」ではないということになるかはともかくとして、少なくとも「国旗掲揚・国歌斉唱を一律に強制することに反対する考え」に基づく思想及び良心の自由の侵害の主張は、これと並んで主張されている「歴史観ないし世界観」に基づく主張と区別して扱う必要はないということになりそうである。

「多種多様な価値観の尊重やそれを教育の場で実践することを重視する考え」は、最一小判 2011(平 23)・6・6 が上告人らによる起立斉唱行為拒否の前提となっている「考え」としてあげる 6 つのうちの、「③個人の尊重の理念から、多様な価値観を認めない一律強制や国家主権に反対するという考え、④教育の自主性を尊重し、教え子たちを戦場に送り出してしまった戦前教育と同様に教育現場に画一的統制や過剰な国家の関与を持ち込むことに反対するという教育者としての考え、⑤これまで人権の尊重や自主的思考及び自主的判断の大切さを強調する教育実践を続けてきたことと矛盾する行動はできないという教育者としての考え、⑥多様な国籍、民族、信仰、家庭的背景等から生まれた生徒の信仰や思想を守らなければならないという教育者としての考え」に相当すると思われる。最一小判 2011(平 23)・6・6 はこの 4 つを含む 6 つの「考え」を『『日の丸』や『君が代』が過去の我が国において果たした役割に関わる上告人ら自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上ないし教育上の信念等』ということができる」とまとめている³⁹⁾。したがって、2011 年 4 判決が職務命令の憲法 19 条適合性を判断する際に「歴史観ないし世界観」として念頭に置いているのは、あくまでも『『日の丸』や『君が代』が過去の我が国において果たした役割に関わる上告人ら自身の歴史観ないし世界観』であって、上記の 4 つの「考え」、「教育者としての考え」そのものではないと解される。それゆえ、本件一審判決のいう原告らの「多種多様な価値観の尊重やそれを教育の場で

39) 2011 年 4 判決がそれぞれの事件における上告人が起立斉唱拒否に至った理由としてあげている「考え」は、各事件ごとに異なっている。こうした「考え」をまとめる際に、最一小判 2011(平 23)・6・6 以外の 3 判決も、最一小判 2011(平 23)・6・6 と同じようなまとめをしている。『『日の丸』や『君が代』が戦前の軍国主義等との関係で一定の役割を果たしたとする上告人自身の歴史観ないし世界観から生ずる社会生活上ないし教育上の信念等』(最二小判 2011(平 23)・5・30)、「我が国において『日の丸』や『君が代』が戦前の軍国主義や国家体制等との関係で果たした役割に関わる上告人ら自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上ないし教育上の信念等』(最三小判 2011(平 23)・6・14)、「我が国において『日の丸』や『君が代』が戦前の軍国主義や皇国史観等との関係で果たした役割に関わる上告人ら自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上ないし教育上の信念等』(最三小判 2011(平 23)・6・21)。

実践することを重視する考え」も、2011年4判決の立場からは、それがおよそ「歴史観ないし世界観」ではないとされるかはともかく、これと並んで主張される「歴史観ないし世界観」と区別して扱う必要はないということになるだろう。

そうすると、本件一審判決のあげる原告らの3つの「考え」の中の「日の丸及び君が代の歴史的意義に対する考え」が、原告らの「歴史観ないし世界観」を語る際に欠かすことのできないものと位置付けられる。しかし、「日の丸及び君が代の歴史的意義に対する考え」というだけでは、裁量権の逸脱・濫用の有無を判断する際の鍵となる「歴史観ないし世界観」、そして思想及び良心の自由についての「間接的な制約となる面」を導くだけの力が不足すると思われる⁴⁰⁾。

裁判所としては、2012年1月判決が不起立等の動機、原因を一つの理由として比例原則を導いており、東京都を舞台とした国旗国歌訴訟について2012年1月判決の比例原則を参考にして判断するのであるから、いまさら不起立等の動機、原因を詳しく述べる必要はないと考えたのかもしれない。あるいは、不起立等の動機、原因を詳しく認定することは、何が「歴史観ないし世界観」に該当するかの判断（憲法19条によって保護される「思想及び良心」とは何かの判断につながる）など困難な問題を招来するから、裁判所はそれを避けたのかもしれない。しかし、およそ当事者の「歴史観ないし世界観」にふれないままに、「間接的な制約となる面」を事案に即して語るのではなく、一般的に語るにとどめておき、しかもそれを再雇用等における合否・採否決定の際の都教委の裁量権の逸脱・濫用の有無の審査に活かすことは、論証の説得力を弱めることにならないのだろうか。

40) なお、本件一審判決がまとめた「争点に対する当事者の主張」のなかの争点2についての「原告らの主張」をみると、「原告らは、その人生経験、歴史認識、教師としての職業意識等によってそれぞれ多面的に形成された思想及び良心を有しており、原告らは、入学式及び卒業式等で一律に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを教職員に強制することは許されないという思想及び良心を有する」とされている。このなかから2011年4判決さらには2012年1月判決のいう「歴史観ないし世界観」に相当するものを直ちに抽出することは、困難であろう。

もっとも、2011年4判決は「起立斉唱行為の拒否が当該教諭の私的な考えの発露であるか、それとも『教師としての良心』ないしは職責意識に由来するのかの差異には無頓着」であると指摘される⁴¹⁾。2011年4判決においては、当事者によって主張されていた歴史観・世界観が信条説からも保護されるので、内心説・信条説の対立を問題にする必要はないともいわれる⁴²⁾。2011年4判決が明確な保護領域判断を行っていない（当該の不起立不斉唱という消極的行為が19条の保護領域に入るかは明確には判断されない）ともいわれている⁴³⁾。そして、2011年4判決のいう「間接的な制約となる面」の意味については、学説において複数の解釈があるところである⁴⁴⁾。2011年4判決がもつこのような一種のあいまいさに（あるいは包括性）照らすと、「間接的な制約となる面」について事案に即して説明するよう本件一審判決に求めることはそもそも筋違いであり、むしろ本件一審判決は2011年4判決の枠内において、下級審裁判官として可能な事件処理を目指した結果であると評すべきなのかもしれない。

たしかに、本件一審判決は、「間接的な制約となる面」が当事者にとって負担であることを強調する方向で2011年4判決を参照、利用し、事件を処理した。しかし、「歴史観ないし世界観」やそれに基づく信念等をふまえて事案に即して「間接的な制約となる面」を語るということを省いてしまうと、「間接的な制約となる面」が、その意味を明らかにされないままにかえて形式的・機械的に用いられる可能性も排除できない。その場合には、「間接的な制約となる面」をむしろ「とるにたらないもの」であるととらえて事件を処理することも起こりうる。このように「間接的な制約となる面」の扱いに差異が生じるのは、2011年4月判決が下級審裁判官をして「間接的な制約となる面」とは何なのかという問題に直面させているからであろう。本件一審判決はこの問題に自ら解答することをしないまま、「間接的な制約

41) 蟻川恒正「判批」憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕(2013年)87頁。同「起家講義憲法第11回 不起立訴訟最高裁判決で書く」法学教室403号(2014年)120頁以下、渡辺・前掲注8)113頁も参照。

42) 御幸聖樹「判批」論叢175巻2号(2014年)127頁。

43) 渡辺・前掲注8)112-113頁

となる面」に大きな役割を負わせる形となった。

本件一審判決は、原告側が提示した憲法上の争点を含む争点1～4には一切判断を示さなかった。たしかに争点1～4のなかには、「本件職務命令が憲法19条に違反するか」という項目はない。しかし、本件一審判決のまとめる「争点に対する当事者の主張」の内容をみると、本件通達と本件不合格等の憲法19条違反をとりあげる争点2は、実質的には本件職務命令の憲法19条適合性の問題を含むものといえる⁴⁵⁾。また、人権B規約18条違反を内容とする争点4については、同条の保障する権利の内容を日本国憲法20条・19条の保障内容と同じとみて判断することも可能である⁴⁶⁾。そうすると、本件一審判決は、当事者の提示する憲法上等の争点のなかで思想及び良心の自由についての「間接的な制約となる面」について事案に即して語る事が可能であったにもかかわらず、それをしなかったということになる。

本件一審判決が憲法上の争点について判断しなかったことは、本件控訴審判決においても取り上げられている。そこで、さらに三五において詳し

44) 2011年諸判決による間接的制約と直接的制約の区別に関する見解について、渡辺・前掲8) 113頁以下、御幸・前掲注42) 129頁以下。2011年諸判決が「間接的な制約」ではなく「間接的な制約となる面」としていることに注意を促すものとして、蟻川恒正「起家講義憲法第1回 最高裁判決を読む」法教391号(2013年)118頁以下。なお、岩井=菊池・前掲注16) 478頁、483頁以下(注8)は、2011年4判決が「外部的行動の内心の自由との関連性に鑑み、外部的行動の制限が内心の自由についての間接的な制約となる場合があり得ることを肯定した上で、職務命令による一定の外部的行動の制限が、それ自体としては内心の自由を制約する目的はなく、個人の思想とは関係のない事柄を目的とするものであっても、個人の歴史観ないし世界観において否定的な評価の対象となるものに対する敬意の表明の要素を含むものと一般的、客観的な見地からも認められる事例においては、個人の歴史観ないし世界観に由来する外部的行動が社会一般の規範等と抵触する場面の一例として、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と評価され得るとの判断をした」、「当該行為に含まれる敬意の表明の要素を媒介として個人の歴史観ないし世界観との関係における間接的な制約の存在を基礎付けている」と述べている。そこからは、「間接的な制約となる面」の有無を判断する際に、内心と外部的行動の区別を前提に、外部的行動を制限する場合の目的(内心の自由を制約する目的か、思想とは関係のない目的か)、個人の歴史観ないし世界観において否定的な評価の対象となるものに対する敬意の表明の要素の有無、一般的・客観的な見地からみてどのように評価されるか、社会一般の規範等との抵触、といった諸点が重要になることがわかる。

く検討したい。

三 本件控訴審判決の検討

本件一審判決に対して一審被告が控訴したところ、東京高裁は「被控訴人らの請求を一部認容した原判決は相当であって、本件控訴は理由がない」として控訴を棄却した。本件控訴審判決は、ごく一部の語句修正を除いて本件一審判決をそのまま引用するとともに、それに加えて、本件一審判決を批判する控訴人主張に答える形で、自らの見解を示している。控訴人主張とそれへの応答のなかには、筆者が二において指摘した本件一審判決の重要点が反映されている。

1 都教委の裁量権の限界と多様な要素の総合考慮

まず、本件一審判決が裁量権の逸脱・濫用の有無について審査する際に審査密度を高める前提となっていた(a)・(b)について、本件控訴審判決がどのような判断をしたかを確認しておく。

(a)に関して控訴人は、再雇用制度等は一旦退職した者を新たに任命する制度であり、その前後において身分上の連続はないことなどを理由に、都教委は採用選考にあたって広範な裁量権を有するとし、採用選考希望者の

-
- 45) 争点2についての「原告らの主張」は、本文で紹介した「思想及び良心」を前提にして、「本件通達は、全ての教職員に対して職務上の責任追及をもって『国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する』ことを強制するものであるから、原告らの思想及び良心の自由を直接に侵害し、憲法19条に違反する」と主張している。もっとも、それに続けて、「国旗に向かって起立し国歌を斉唱する行為は、国家に対して積極的な価値を認めることを内容とする思想の表明としての意味を客観的に有するのであり、思想的に中立な行為ではない」と述べられている。君が代や日の丸に対する否定的評価は述べられていない。このことからもうかがわれるように、原告らの主張はおよそ「国旗に向かって起立し国歌を斉唱する行為」を問題にしているようにも理解できる。
- 46) そのような判断をした例として、四1において検討する東京地判2016(平28)・4・18判例集未登載(LEX/DB文献番号25542798)がある。

期待は主観的な事実上のものであり、一定の法的保護に値するものとは認められないと主張した。これに対して本件控訴審判決は、本件一審判決を引用するとともに、これに加えて、あらためて再雇用制度等の目的、採用の実態（実績）、運用をあげて「職員は、裁量権の逸脱濫用のない公正な選考を受け、再雇用制度等により設けられた雇用の機会が得られることについて、法的な利益（期待権）が認められる」とした⁴⁷⁾。

また、控訴人は、(a)を含む本件一審判決の判断全体・結論への批判として、本件一審判決は同種事案に対する従来の高裁判決に反していると主張し、④⑤⑥の各高裁判決を先例としてあげるとともに、これらがいずれも最高裁判決で是認されていると主張した。上記二二において取り上げた最二小判 2011（平 23）・5・30 についての調査官解説が想起される⁴⁸⁾。これに対して本件控訴審判決は、④⑤⑥の上告審では裁量論に係る論点は判断されていないこと、そして、④⑤⑥が懲戒処分における裁量論について判断した 2012 年 1 月判決以前の判断であること、本件職務命令違反の非違性の評価に関して異なる理解をしていることを指摘して、控訴人主張を退けた。二二においてふれた下級審判決の状況からすれば、本件一審判決の (a) が本件控訴審判決において維持されるという保証はなかった。本件控訴審判決は、上記調査官解説が語っていたかつての高裁段階の判断の状況を意識的に超えようとするものであり、注目されよう。

次に、本件一審判決の (b) に関して、控訴人は、「いかなる要素を重要な要素として考慮するかという点については、都教委の裁量の範囲というべきである」とするとともに、「都教委は、多種多様な要素を考慮した上で、それでも被控訴人らが本件職務命令に違反したという事実を最も重要な要素として判断したのである」と主張した。これに対して本件控訴審判決は、「控訴人は、……採用希望者の申込書及び所属長による推薦書並びに面接結

47) 本件控訴審判決は本件一審判決を引用する際に、「恣意性を排した客観的かつ合理的な基準に従ってその選考」とある箇所（〔判旨〕1(2)）を「裁量権の逸脱や濫用のない公正な選考」に改めている。

48) 前掲注 16) 17) とそれに対応する本文を参照。

果等における被控訴人らにおける有利な事情あるいは不利な事情も考慮したとはしているものの、個々にどのような事情を考慮したのかについては、主張立証がない」などとして、「都教委は、被控訴人らの本件不起立行為等が重大な非違行為に当たるとの評価のみをもって、勤務成績が良好であるとの要件を欠くと判断したと推認するほかない」とした。

ただし、本件控訴審判決は、控訴人主張のなかの「いかなる要素を重要な要素として考慮するかという点については、都教委の裁量の範囲というべきである」とする点は認めている。したがって、(b)に関しては本件一審判決よりもむしろ⑦⑩に近いと思われる（二三参照）⁴⁹⁾。そうになると、裁量権の逸脱・濫用の有無について審査する際に審査密度を高めるための理由という点では、本件控訴審判決は本件一審判決よりも弱くなったことになる。審査密度を高める理由として思想及び良心の自由についての「間接的な制約となる面」への言及が注目されるが、この点については後に述べる。

2. 本件職務命令違反の非違性の評価に焦点を絞ること

本件一審判決は、裁量権の逸脱・濫用の有無を具体的に判断する際に、(p)～(t)の諸点をあげて、論証の焦点を不起立という行為ではなく本件職務命令の非違性の程度に絞っていた。このうち(q)について控訴人は、職務命令が発出されていたにもかかわらず不起立という行為に及んだことと職務命令が発出されていない場面における不起立行為とは質的に異なると主張した。しかし、本件控訴審判決は、控訴人の主張は「判文の趣旨を読み違えている的確とはいえない」とするとともに、「本件職務命令に違反したとの事実の有無が、本件通達発出前後の採用候補者選考の判断において合格か不合格かという違いを生じさせていることから、本件職務命令違反について、かかる違いを正当化し得る程度にその非違性が重いと評価することができるか否かを検討すべきであることは、原判決の説示のとおりであ

49) 前掲注47) に示した本件一審判決の訂正もこの点に関わっていると思われる。

る」と述べた。この点は、不起立という行為ではなく本件職務命令の非違性の程度に論証の焦点を絞るという本件一審判決の特徴を明示的に引き継ぐものであり、重要である。

なお、控訴人は(s)について、単に物理的な妨害がなかったということであって、学習指導要領の教育目標の阻害、生徒に及ぼす影響、来賓・保護者の嫌悪感・不快感などがあると主張した。本件控訴審判決は、控訴人主張について「否定し難い」としつつも、2012年1月判決を参照して、不起立行為等の動機、原因は個人の歴史観ないし世界観等に起因するものであること、不起立行為等の結果、影響が当該式典の進行に具体的にどの程度の支障や混乱をもたらしたかは客観的な評価の困難な事柄であるといえるものであることを指摘する⁵⁰⁾。そして、「このことは、上記のとおり控訴人が具体的な弊害、害悪として主張する諸点についても同様であると考えられるのであって、控訴人の主張する諸点は、確かに、観念上そのような懸念が生じる余地があることは否定し難いところであるが、反面において、非違行為としての重大性をどの程度基礎付けるのか客観的に評価することのできない性質のものである。したがって、控訴人が本件不起立等の弊害、害悪として主張する上記の諸点から、本件職務命令違反の非違性が、客観的な意味において重大であるなどと評価することはできないものである」とした。本件一審判決における(s)の指摘は、不起立等に対する評価の文脈と、本件職務命令違反の非違性の程度を判断する文脈の2カ所で述べられていた。本件控訴審判決も、不起立等に対する評価の文脈と本件職務命令違反の非違性の程度を判断する文脈の双方に関して控訴人主張を退けたわけである。本件控訴審判決自身の判断を示す箇所において、「個人の歴史観ないし世界観」にふれた2012年1月判決の判示が参照されていることも重要である。

50) この2点を2012年1月判決は、「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は、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮を必要となる」ということを導く事情の1つとして指摘している。

3. 本件職務命令違反の非違性の程度への評価(1)

控訴人は、高等学校学習指導要領の「特別活動」に関する定めの中での取扱いの軽重は明白であると主張した。「特別活動」の中での「第3『指導計画の作成と内容の取扱い』において明らかなように、第1項、第2項は『……配慮するものとする。』との表現にとどまっているものの、第3項は『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。』として、明らかにその指導については具体的かつ明示的な表現を採って」いることなどが理由としてあげられている⁵¹⁾。

これに対して本件控訴審判決は、指摘される表現の違いなどからは、「指導の仕方がより具体的になっていると理解することはできるが、第1項、第2項においても、その中の各号の内容については指導という言葉が用いられているのであり、その違いは指導内容が具体的に表現できないものも含んでいるかどうかという点から生じているものとも考えられるから、そのことで直ちに他の指導項目と比較したときの国旗・国歌に関する指導の重要性が有意に異なるとまでは解することができない」として、「学習指導要領上、入学式及び卒業式（儀式的行事）の実施や国旗・国歌条項が、他の特別行事の実施や配慮すべき事項の内容と対比して特段区別した位置付

51) 第1項は、「指導計画の作成に当たっては、次の事項に配慮するものとする。」として(1)から(4)の4つの事項をあげている。そのなかの(1)をみると、「学校の創意工夫を生かすとともに、学校の実態や生徒の発達段階及び特性等を考慮し、教師の適切な指導の下に、生徒による自主的、実践的な活動が助長されるようにすること。その際、ボランティア活動や、就業体験など勤労にかかわる体験的な活動の機会をできるだけ取り入れるとともに、家庭や地域の人々との連携、社会教育施設等の活用などを工夫すること。」となっている。第2項は、「内容の取扱いについては、次の事項に配慮するものとする。」として(1)から(4)の4つの事項をあげている。そのなかの(1)をみると、「ホームルーム活動については、学校や生徒の実態に応じて取り上げる指導内容の重点化を図るようにすること。また、個々の生徒についての理解を深め、信頼関係を基礎に指導を行うとともに、指導内容の特質に応じて、教師の適切な指導の下に、生徒の自発的、自立的な活動が助長されるようにすること。」となっている。

けが与えられているとまでは認められない」とした。

本件控訴審判決もまた、本件一審判決同様の学習指導要領内在的な理解を示したものといえる。同時にここでは、学習指導要領の文言を法令の規定と同じような手法で解釈することの難しさも現れている。

4. 本件職務命令違反の非違性の程度への評価(2)

本件一審判決の〔判旨〕1(3)オは、「現に教職員という身分を有する者に懲戒処分を課す場合と別異に扱うのは相当でない」としていた。これに関して控訴人は、「再雇用制度等の採用選考における『勤務成績が良好であること』との要件に関する判断と、懲戒処分の対象としての評価とは、それぞれの視点から別個に行われるべきことであり、その判断は、必ずしも同じになるものではない」と主張した。しかし、この主張は本件一審判決とうまくかみあっていないように思われる。本件一審判決の前記判示は、再雇用制度等の採用選考における「勤務成績が良好であること」との要件に関する判断と懲戒処分の対象としての評価とを一般論として同一に考えるという趣旨ではなく、東京都における再雇用制度等の実態と本件職務命令の性質を前提にしたとき、再雇用制度等の採用選考において本件職務命令違反の非違性の程度を評価する際に、非違性の程度と不合格等による不利益の権衡を考慮すべきという点で、懲戒処分を課す場合と別異に扱うのは相当でないという趣旨であろう。

本件控訴審判決も、再雇用制度等の採用選考における「都教委の裁量については、全く新規に採用する場面と同列に考えるのは相当でないといえる」こと、本件不起立等の動機、原因が個人の歴史観ないし世界観等に起因するものであり「本件職務命令が被控訴人ら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」ことを指摘したうえで（ここで本件控訴審判決は最二小判2011(平23)・5・30等を参照している）、「本件職務命令は、それ自体に必要性及び合理性が認められるが、反面において、憲法上の上記自由の間接的な制約となることに鑑みると、その違反を理由に

して、非違性を重大であると評価して大きな不利益を課すことに慎重な考慮を要するという点で、懲戒処分を科す場合と基本的には類似する状況にあるものである」とした。「間接的な制約となる面」を指摘する際に2011年4判決を参照したこの判示は、本件一審判決と同様に、比例原則と「思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面」とのつながりを明瞭にしたものといえよう。

また、控訴人は、「都教委は、多種多様な要素を考慮した上で、それでも被控訴人らが本件職務命令に違反したという事実を最も重要な要素として判断したのである」という主張（上記1）との関連で、本件通達及び本件職務命令の重要性を強調して、都教委の判断には裁量権の範囲の逸脱・濫用はないと主張した。そこでは、「国旗・国歌の指導に係る不適正な実態」があったために本件通達が発出されたこと、本件職務命令は本件通達に基づく教育課程の実施に関する重要な職務命令であること、被控訴人らが全体の奉仕者である地方公務員として（憲法15条2項）地方公務員法30条・32条の義務を負っていること、学習指導要領及びその具体化として発せられる校長の職務命令を遵守すべきことが強く要請されることなどが指摘されている。

これに対して本件控訴審判決は、不起立行為等の結果や影響が「結局は客観的な評価ができないもので、少なくとも客観的な見地から非違性が重大であると結論づけることは困難であること」（上記2も参照）、「本件不起立等の行為が1回であり多い者でも2回であったこと」に加えて、「本件職務命令が被控訴人ら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り、本件職務命令違反に対して過大な不利益が課せられることになるとこれらの自由の侵害になり得るものである」とする。また、「本件通達発出後にされた本件職務命令違反により戒告処分となった場合は、1件も再任用された例がないなど再雇用制度等の選考において画一的な運用がされていることから、再雇用制度の選考において不合格とされ、同制度による雇用の機会が得られないことが本件職務命令違反に伴って生じる、懲戒処分に加えての事実上の不利益処分となっている」とする。その結果、「本

件職務命令違反を重大な非違行為であるということを支持し難いのに対し、本件不合格等により再雇用等の機会が得られなくなる不利益は少なくないのであって、これに加えて、現状の運用自体も憲法上の自由との関係で問題があるものである」との評価を示して、本件一審判決の結論を支持している。

このように、本件控訴審判決は、職務命令違反に対する過大な不利益と画一的運用を結びつけて、不合格とされることを懲戒処分に加えての「事実上の不利益処分」とみる。これは、2012年1月判決が戒告処分について「法律上、処分それ自体によって教職員の法的地位に直接の職務上ないし給与上の不利益を及ぼすものではない」として、再雇用等の拒否を法的地位への「直接の職務上ないし給与上の不利益」とみななかったことを意識したものである。その意味で、本件控訴審判決は2012年1月判決の論理から外れることを避けようとしている。しかし、この判示はむしろ、実質的には、2012年1月判決における宮川光治裁判官反対意見を活かそうとするものであるといえるだろう⁵²⁾。さらに、思想及び良心の自由についての「間接的な制約となる面」の指摘が複数回登場するとともに、「自由の侵害になり得る」とまで述べているところからは、本件控訴審判決が本件における「間接的な制約となる面」について本件一審判決よりも厳しい見方をしていることがうかがわれる。

控訴人の主張は、本件通達と本件職務命令の重要性を強調して本件職務命令違反の非違性の程度を強めようとする。しかし、本件一審判決の趣旨が二四において筆者が指摘したところにあるとするなら、控訴人主張は本件一審判決への批判として必ずしも正鵠を射ていないように思われる。

5. 憲法上の争点の取扱い

控訴人主張は、本件一審判決が争点1～4について判断していないことをとらえて、本件不合格等が憲法の各条文や教育基本法16条に違反しているが、いまいが、「そのようなことは関係ないこととして、本件不合格等に

52) 前掲注9) 参照

係る都教委の判断が、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たると一方的に断定」するものであるとして、本件一審判決は、「本件職務命令がおよそ憲法のどの条文等にも違反するものではないこと」などを全く理解していないと批判した。要するに、本件職務命令が憲法に違反しないものであるにもかかわらず、そのことが裁量権の逸脱・濫用の有無に関する判断に反映されていない、というのである。

この主張は、二七において筆者が検討した視点とは異なる視点からのものであるが、本件職務命令が憲法に違反しないという判断を示すべきであるという主張を含むものである。そして、本件における事案に即して「間接的な制約となる面」の意味を明らかにするよう求めることにつながるものである。

上記控訴人主張に対して本件控訴審判決は、(ア)「本件訴訟における訴訟物……は国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求権であり、本件の各争点は本件不合格等の違法性に関する請求原因の一部を構成するものであって、それぞれは選択的であり、そのうちのどれか一つで違法性が認められれば請求が認容される関係にある」こと、(イ)「他の争点については、本件訴訟が原審に係属中に、不起立行為等が問題となった累次の裁判において最高裁判所の判決がされ、裁判所の判断がおおむね確立するに至った」こと、この2点をあげて、本件一審判決が争点5についてのみを判断して判決をしたことは、裁判所の判断として必要十分であったものであり、控訴人の主張は失当であるとした。

ところで、本件一審判決・本件控訴審判決には、訴訟において憲法問題が争点になっていたにもかかわらず、それにふれることなく請求を認容したといえるのではないかという点で、「憲法問題回避の準則」を想起させるところがある。そこで、上記(ア)・(イ)について検討する前に、「憲法問題回避の準則」について確認しておこう。

ここで取り上げるべきなのは、「憲法問題回避の準則」のなかの、文字通りの憲法判断の回避を意味する「狭義の憲法判断の回避」である。「狭義の憲法判断の回避」は、ブランダイスのあげる7準則のうちの第4準則（憲

法問題が記録によって適切に提出されているとしても、その事件を処理することのできる他の理由がある場合には、憲法問題について判断しない)にかかわるものとされる⁵³⁾。そして、学説においては「裁判所は憲法判断をするか否かにつき裁量を有しており、事件の重大性や違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題にされている権利の性質等を総合的に考慮し、十分理由があると判断した場合は、回避のルールによらず、憲法判断に踏み切ることができる」とする憲法判断裁量説が多数の支持を集めているとされる⁵⁴⁾。

「狭義の憲法判断の回避」を行った裁判例として、刑事事件から恵庭事件札幌地判1967(昭42)・3・29下刑集9巻3号359頁が、そして民事・行政事件から第二次家永訴訟控訴審東京高判1975(昭50)・12・20行集26巻12号1446頁があげられてきた。

恵庭事件判決は、被告人が自衛隊法121条違反で起訴された事件において、被告人側から自衛隊法全般ないし自衛隊等の違憲性が主張されたにもかかわらず、自衛隊法121条の文言を解釈した結果として被告人の行為は同条の構成要件に該当しないとして無罪の判決を言い渡し、自衛隊法等の合憲性について判断を示さなかった。この事例は、被告人に科されようとしている刑罰の根拠となる法律の規定を狭く解釈することにより、その規定についての憲法判断を回避した事例といえるが、自衛隊法121条と自衛隊法全体とが可分か不可分かという問題もかかわっている⁵⁵⁾。

第二次家永訴訟は、原告が文部大臣を被告として、自らの執筆した教科書についての検定不合格処分(新規に検定申請をしたのではなく、また、検定済教科書を全面改訂して検定申請をしたのでもなく、検定済教科書の4分1未滿を改訂して検定申請をしたものである)の取消しを請求した事件であり、原告は教科書検定制度が違憲であるなどと主張した。一審東京

53) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂,2011年)649頁,高橋和之「憲法判断回避の準則」芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』(有斐閣,1987年)14頁(高橋和之『憲法判断の方法』[有斐閣,1995年]所収,67頁)。

54) 市川正人『憲法』(新世社,2014年)367頁。

55) 高橋・前掲注53)『講座憲法訴訟』8頁。

地判 1970 (昭 45)・7・17 行集 21 卷 7 号別冊 1 頁は、教科書検定制度は憲法に違反しないが、原告への検定不合格処分は憲法 21 条 1 項の禁止する検閲に該当するとして請求を認容した。文部大臣が控訴したところ、控訴審判決は、「本件各改訂検定不合格処分は、……検定基準の定めによらず、裁量の範囲を逸脱し、かつ、前後の一貫性を欠く気ままに出た行政行為である」として控訴を棄却したが、検定不合格処分が違法との判断がなされて、これを取り消すべきものとされた以上、教科書検定制度の憲法違反の有無について審理判断する必要はないとした⁵⁶⁾。

第二次家永訴訟控訴審判決には、恵庭事件判決による「狭義の憲法判断の回避」と比べたとき、次のような特徴がある。

まず、厳密にみると同控訴審判決には、「当事者は処分の根拠規定が違憲であると主張したにもかかわらず、当該根拠規定からみても処分は違法であると判断することによって、当該根拠規定の憲法判断を回避したものである」とはいえない面がある。第二次家永訴訟の事案においては、恵庭事件のようにある法令の特定の規定に要件なり刑罰（効果）が定められているのではなく、教科書の意義、教科書検定の権限及び組織、教科書検定の基準、教科書検定の手続きなどについて種々の法律、政令、省令、告示の規定があり、それらの運用により不合格処分がなされた、という実態がある。そのことは、被控訴人（一審原告）が、「教科書検定制度が憲法に違反する」と主張しているところにも現れている⁵⁷⁾。また、同控訴審判決が、処分を「検定基準の定めによらず、裁量の範囲を逸脱し、かつ、前後の一貫性を欠く気ままに出た行政行為である」とするに当たっては、「学習指導要領を含む教科書検定基準その他検定の準拠となるものになんらの改定ないし変更が

56) そのため、この判決は、「自衛隊法 121 条の構成要件に該当しないとの結論に達した以上、もはや、弁護人らの指摘の憲法問題に関し、なんらの判断をおこなう必要がないのみならず、これをおこなうべきでもないのである」とした恵庭事件判決とともに、「狭義の憲法判断の回避」の問題について憲法判断禁止説にたつと位置付けられている。市川・前掲注 54) 366 頁。

57) 一審判決は行政事件裁判例集の約 8 頁分を費やして「現行教科書検定制度の概要」を記述している。

行われていない], 教科書の新規検定・全面改訂検定と部分改訂検定は制度の目的, 趣旨を同じくするものである⁵⁸⁾, との判断が前提にされている。これらの判断は, 特定の法令の規定の解釈をした結果ではない⁵⁹⁾。

次に, 「第二次家永訴訟控訴審判決は憲法判断を全く行っていない」とはいえないのではないかという指摘が可能である。というのも, 同控訴審判決は, 教科書検定の法的性格について, 「新規に著作する図書または発行済みの図書に, 学校教育法にもとづいて高等学校以下の学校で使用できるものと定めている教科用図書としての資格を付与するか否かを処分する行政行為」であり特許行為にあたるとしているからである。一審判決は教科書検定を事前の許可たる性格を有するものと解し, これと同時に, 「教科書を教科書として著作し, 発行することも, 基本的には憲法 21 条が表現の自由として保障している」とする見解をとっていた。控訴審判決は教科書検定を特許行為と解したことによって, 一審判決による許可制との理解を否定したことになる。これは教科書検定制度が違憲か合憲かについての解答そのものとはいえないが, 憲法判断の少なくとも一部を構成するものではある⁶⁰⁾。また, 同控訴審判決は, 「本件各検定処分が憲法違反であるのは, 教科書検定制度が憲法違反であるからであるとするのと同じである。……本件各検定処分と教科書制度を別として, 後者は憲法違反ではないが, 前者は憲法違反であるということはある」と述べている。これは, 一審判決が, 教科書検定制度の合憲性と検定処分の合憲性とを区別して, 教科書検定制度について「本来児童生徒の心身の発達段階に応じ, 必要かつ適

58) 控訴審判決は, 新規検定・全面改訂検定と部分改訂検定は趣旨, 目的を異にするというのが控訴人の主張であると理解しているのであって, 控訴審判決によれば, この控訴人主張は「格別法令上の根拠のない見解である」。

59) 戸松秀典『憲法訴訟第2版』(有斐閣, 2008年)229頁以下は, 狭義の憲法判断回避の手法として, 「合憲性に疑いがかけられている法令について限定解釈を行い, その法令を違憲と判断することを回避する」限定解釈型と, 「限定解釈を行うか否かに関係なく, 単純な法令違反の点について判断することにより, その訴訟を終結する」純粋型があるとして, 恵庭事件判決を前者の, 第2次家永訴訟控訴審判決を後者の例としてあげている。

60) 有倉遼吉「判批」昭和50年度重判解(1976年)16頁は, 教育権は国の独占とみる考え方を推知させるに足りる, という。

切な教育を施し、教育の機会均等と教育水準の維持向上を図るという国の責任を果たすためにその一環として行われるものであるから、これにより教科書の思想内容を審査することは許され」ない制度なのだととらえたうえで、そのような「現行の教科書検定制度自体が思想内容の審査にわたるもので検閲に該当すると断定するのは相当ではない」とする一方で、「本件各検定不合格処分は憲法 21 条 2 項に違反」するとした、その手法を採らないことを意味する。これもやはり、教科書検定制度が違憲か合憲かについての解答そのものとはいえないが、憲法判断の少なくとも一部を構成するものではある。

第三に、第二次家永訴訟控訴審判決は、原審である一審判決が検定不合格処分を違憲とする判断を示したにもかかわらず、憲法判断の必要はないとした。この点をとらえて、下級審での違憲判断に対する上級審の応答が直接的には何ら示されなかったことを問題視する見解がある⁶¹⁾。この見解は、もし当該上級審で判決が確定したとすると下級審での違憲判断が極めて先鋭化した形で残るという点を危惧して、下級審が違憲判断をした場合には、法律の解釈によって権利が救済されるとしても、上級審が憲法判断をすることができるとする。違憲審査権が有する憲法保障的機能に着眼した憲法判断裁量説の一種であろうが、合憲判断を示す必要性もあるという立場からの立論であることに特徴がある。他方で、第二次家永訴訟控訴審判決に対しては、控訴棄却という意味では勝訴したはずの被控訴人（一審原告）から、「行政処分の一貫性、安定性の見地からする本件不合格処分の適・違法」などは両当事者が一度も主張したことの無い事項であり、裁判所（高裁）が強度の職権主義的立場から一方的に設定したものである、との批判が出されていることにも留意する必要がある⁶²⁾。

第四に、第二次家永訴訟において教育の自由が主張されていた点に注目

61) 中島尚志「判批」ひろば 29 巻 5 号 (1976 年) 73 頁, 同「判批」民研 228 号 (1976 年) 28 頁。

62) 家永三郎「教科書裁判の控訴審判決に接して——教科書裁判第二次訴訟控訴審判決（東京高裁昭和 50・12・20）」法セ 249 号 (1976 年) 5 頁以下。

して、同訴訟控訴審判決を批判する見解がある⁶³⁾。この見解は、憲法判断裁量説に立ち、裁判所が憲法判断に踏み切るといふ例外的・積極的態度が要請される典型的事例として、精神的自由権が問題になっている場合をあげる。そして、第二次家永訴訟において「教育の自由という精神的自由が問題となっていると考えれば、裁判所の積極主義が要請される」(傍点は原著者による)という。検定制度が畏縮効果を及ぼしており、それを除去することが個別的救済とともに必要であったのではないか、というのである。

これら4点をふまえつつ、本件一審判決が憲法上の争点について判断しなかったことを、同じく民事・行政事件である第二次家永訴訟控訴審判決の場面と比較してみよう。

まず、本件は、本件職務命令に従わなかったために戒告処分などの懲戒処分を受けた原告らが、それを理由に再雇用等を拒否されたため、損害賠償を請求したという事案であり、憲法上の争点においては、懲戒処分や本件通達(さらに実質的には本件職務命令)の合憲性が争われ、これに加えて、仮にそれらが合憲であっても再雇用等の拒否に都教委の裁量権の逸脱・濫用があるのではないかが争点となっていた。ある行政処分の取消しが請求されている事案において、その行政処分の根拠となる法令(あるいは制度)の合憲性が争われるとともに、当該法令のもとでの行政処分の違法性も争点となりうる(そこでいう「違法性」が「憲法に適合するように解釈された根拠法令からみると違法である」という意味ではないことはいまでもない)、という事案ではない。すなわち、本件においては当事者に適用される法令の合憲性が争点となっているわけではない。また、第二次家永訴訟におけるように処分の根拠法令(あるいは制度)の合憲性を判断する際には、当事者の個別的具体的事情ではなく、根拠法令(あるいは制度)を支える事実(立法事実)等が考慮されるのが常であろう。これに対して本件では、懲戒処分や本件通達(さらに実質的には本件職務命令)の合憲性が争われる場合に、当事者である原告らの個別的具体的事情が踏まえらるることに

63) 高橋・前掲注53)『講座憲法訴訟』16頁以下。

なる。この個別的具体的事情は、再雇用等の採否・合否に関する都教委の裁量権の逸脱・濫用の有無の判断の際にも考慮されうるものである。

次に、第二次家永訴訟控訴審判決の判示には、憲法判断の一部を行っているといえなくもない箇所があった。本件一審判決は、本件職務命令に思想及び良心の自由についての「間接的な制約となる面」があるとしているのであるから、第二次家永訴訟控訴審判決のような憲法判断のごく一部ではなく、憲法判断の骨格部分を行っているという指摘が可能である。しかも2011年4判決を参照しているのであるから、本件職務命令を合憲と判断しているといってもよいはずである。

第三に、本件一審判決は第一審であるから、第二次家永訴訟控訴審判決のように、下級審が違憲判断を行ったにもかかわらず上級審が憲法判断を回避したという事情はない。そして、裁量権の逸脱・濫用という争点が裁判所によって一方的に設定されたという事情もない。

第四に、本件における憲法上の争点においては、思想及び良心の自由が取り上げられているから、精神的自由権が問題となっている事案であるといえる。検定制度の畏縮効果を理由に第二次家永訴訟控訴審判決を批判する先の見解は、同じく精神的自由権が問題になる公安条例に違反したとして起訴された被告人について構成要件非該当で無罪とした判決を支持している。そこでは、公安条例についての最高裁判例が合憲で定着していることを考えれば、違憲とする特別の理由もないと思われるから、憲法判断をすれば合憲以外に考えられなかった、そこで構成要件を厳格解釈して適用範囲を狭める道を選んだと思われる、合憲だが構成要件には該当せずという判決は書くべきではない、と述べられている⁶⁴⁾。

最後に、第二次家永訴訟においては教科書検定制度の合憲性が問われており、原告は「国の基本政策の憲法適否が争点の中心に存する」と考えていた⁶⁵⁾。すなわち、第二次家永訴訟においては（そして恵庭事件においても）非常に大きな政治問題が扱われていたといえることができる。これに対して、

64) 高橋・前掲注53)『講座憲法訴訟』16頁。

65) 家永・前掲注62)5頁。

本件は国旗国歌訴訟の一環であり、そこにも政治問題が関わっているといえることができるが、第二次家永訴訟におけるような制度全体の問題、「国の基本政策の適否」が争点になっているといえるかは、答えが分かれよう。そして、本件職務命令と同様の状況で発せられ同様の内容を有する職務命令の合憲性について、2011年4判決がすでに存在しているという点は、第二次家永訴訟（さらには恵庭事件）と大きく異なる事情である。

そこで、本件控訴審判決に戻り、上記の（ア）・（イ）について検討してみよう。

民事訴訟においては、請求についての判断とそれに至る他の判断とを画然と区別し、判決理由中の判断には既判力を生じないのが原則であるとされており、そのため、判決理由中において示されるところの訴訟物についての判断に至るために、その判断の道筋となるべきどの攻撃防御方法や争点を採用、検討したかという部分は、仮に当事者がこれらを複数提出しても全部を検討する必要はなく、また、検討の順位も当事者の主張に拘束されないとされている⁶⁶⁾。上記（ア）はこの見解にそったものといえる。そして、この見解は「狭義の憲法判断の回避」についての憲法判断裁量説と対立するものではない⁶⁷⁾。

しかし、問題は、本件において、争点1～4と争点5が単なる「選択的」な請求原因という関係にとどまるかである。上記4までにおいてみたように、本件控訴審判決においても本件一審判決と同様に、本件職務命令に思想及び良心の自由への「間接的な制約となる面がある」ということが裁量

66) 新堂幸司『新民事訴訟法第5版』（弘文堂、2011年）697頁以下にある「判決理由中の判断」に「既判力を生じさせない理由」についての説明を参照。この点については、西南学院大学法科大学院の濱崎録教授からご教示を得た。記して感謝申し上げる。

67) 高橋・前掲注53)『講座憲法訴訟』14頁以下は、ある事件において憲法上の争点と法律上の争点の両者が存在し、いずれの争点の判断を通じても事件の解決が可能という場合について、司法制度全体の構造が伝統的な私権保障のあり方により適合的に構成されているため、法律上の争点の領域こそ司法権の伝統的な本来の土俵であり、本来の土俵で勝負した方が無難ということになる、という趣旨の説明をしている。本件控訴審判決の（ア）及び本文に紹介した民事訴訟に関する見解は、「伝統的な私権保障のあり方」に適合的な構成を示すものといえよう。

権の逸脱・濫用があったと結論づけるにあたって不可欠の役割を果たしており、しかも本件控訴審判決においては本件一審判決以上に「間接的な制約となる面がある」ことが強調されている。「間接的な制約となる面がある」という判断は、本件職務命令の憲法 19 条適合性についての判断の骨格をなす憲法論である。少なくとも争点 1, 2, 4 への判断がなされているならば、そこで本件職務命令が被控訴人（一審原告）のどのような思想・良心との関係で、どのような意味で「間接的な制約となる面」があるのか示されるはずであった。すなわち、少なくとも争点 1, 2, 4 への判断は争点 5 についての判断よりも論理的に先行しているといえるのであり⁶⁸⁾、本件一審判決も本件控訴審判決も争点 5 についての判断のなかで争点 1, 2, 4 についての判断を実質的に行ってしまうている、と整理することもできる。争点 1, 2, 4 と争点 5 を単純に「選択的」な関係にあるとはいえないように思われる。

このように、憲法上の争点と法律上の争点が必ずしも「選択的」な関係にあるのではないということになれば、憲法上の争点について判断をするか否かは裁判所の裁量である、とはいいい切れまいであろう。そこで、問題となるのは本件控訴審判決の述べる（イ）である。たしかに、2011 年 4 判決さらに 2012 年 1 月判決が出されたのは、本件が一審に係属している間のことである⁶⁹⁾。そして、2011 年 4 判決と 2012 年 1 月判決が、その後の下級審判決の方向性を決めていたのも事実である。仮に本件一審判決・本件控訴審判決が本件職務命令の合憲性を正面から判断したとしても、憲法 19 条に違反すると判断するとは考えられないし、2011 年 4 判決の枠から外れて「間接的な制約となる面」とは異なる制約があるとするとも考えられない。しかしそれならば、裁判所が争点 1, 2, 4 についても判断をして、そのなかで本件職務命令が憲法 19 条に違反しない理由を述べればよいだけのことである。実際に、東京都を舞台にした国旗国歌訴訟のなかで、原告の懲戒処分の取消しを請求しあるいは懲戒処分による損害の賠償を請求する事例

68) ここで「先行している」というのは、「狭義の憲法判断の回避」についての「憲法判断論理的先行説」の意味での「先行」ではない。

69) 本件一審判決における事件番号は「平成 21 年（ワ）第 34395 号」である。

においては、2011年4判決と2012年1月判決以降も、職務命令が思想・良心の自由や教育の自由を侵害するものであって違憲ではないかという争点について、2011年4判決をふまえつつも、当事者の主張を受けてそれなりに自らの判断を示したうえで、その次に裁量権の逸脱・濫用の有無の争点についても判断を示す判決が圧倒的に多いのである。また、いかに最高裁判例が同種の事件について基本的な考え方を示しているとはいえ、当事者の異なる個別の事件を扱う第一審は、「間接的な制約となる面」があるか否かについて、その事件の当事者の思想・良心の内容その他の諸事情に即して判断するべきではないだろうか。

そこで、本件一審判決・本件控訴審判決が憲法上の争点について判断しなかったのは、その争点について最高裁判例があるからという単純な理由ではなく、その争点について判断するのをあえて避ける理由があったのではないかということも考えておく必要があるだろう。ここで、本件一審判決・本件控訴審判決には本件職務命令さらには本件通達の独自の意義に目を向けさせる契機がある、ということに注意したい。それは、2011年4判決と2012年1月判決が職務命令を憲法19条に違反しないとした理由に目を向けさせることにつながる。これを突き詰めていけば、2011年4判決が職務命令を憲法19条に違反しないとした論理の出発点に行き着く可能性がある。本件一審判決・本件控訴審判決がその点を意識していたかは筆者にはわからない。本件一審判決・本件控訴審判決が憲法上の争点について判断しなかったことにより、結果として、本件通達と本件職務命令の独自の意義を再考する途も塞がれることになった。

四 2つの下級審判決の検討

本件一審判決は、国旗国歌訴訟について最高裁判所小法廷が2011年から2012年にかけて判断を示した後に、東京都における再雇用等の拒否を違法と判断した最初の下級審判決である。しかし、本件一審判決・本件控訴審判決の後に、東京都における非常勤教員採用不合格を違法ではないと判断

した下級審判決がある。

また、三五の末尾に述べたように、東京都を舞台にした国旗国歌訴訟のなかで、原告の懲戒処分の取消しを請求しあるいは懲戒処分による損害の賠償を請求する事例においては、2011年4判決と2012年1月判決以降も、職務命令が思想・良心の自由や教育の自由を侵害するものであって違憲ではないかという争点について合憲とする自らの判断を示したうえで、その次に裁量権の逸脱・濫用の有無の争点についても判断を示す判決が圧倒的に多い。しかし、筆者が確認しえた範囲ではあるが、裁量権の逸脱・濫用の有無の争点についてのみ判断を示した下級審判決が1つある。

ここでそれぞれの判決について検討しておこう。

1 非常勤教員採用不合格を違法ではないとした東京地判2016(平28)・4・18

非常勤教員採用不合格について都教委の裁量権の逸脱・濫用はないとしたのは、東京地判2016(平28)・4・18判例集未掲載(LEX/DB文献番号25542798。以下、「2016東京地判」という。)である。

2016東京地判の事案は、都立高校又は都立特別支援学校の教員であった原告ら3名が、定年退職に先立ち申し込んだ平成22年度の非常勤教員の採用候補者選考において、都教委から、原告らが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ずる旨の各校長の職務命令に従わなかったことを理由として不合格とされた(不合格となった旨の通知を受けたのは2011[平成23]年1月18日頃とされる)ため、国家賠償請求訴訟を提起したというものである。判決文によると、原告ら3名には以下のような懲戒処分歴がある(いずれも卒業式における国歌斉唱の際の不起立によるものである)。原告1は、2007(平成19)年3月30日付けで戒告処分を、2011(平成23)年3月30日付けで減給10分の1(1か月)の処分を受けている。原告2は、2004(平成16)年4月6日付けで減給10分の1(1か月)⁷⁰⁾、2005(平成17)年3月31日付けで減給10分の1(6か月)⁷¹⁾、2007(平成19)年3月30日付けで停職1か月、2009(平成21)

年3月31日付けで停職3か月、2011(平成23)年3月30日付けで停職6か月の各処分を受けている。原告3は、2004(平成16)年3月31日付けで戒告処分、2008(平成20)年3月31日付けで減給10分の1(1か月)の懲戒処分⁷²⁾を受けている。

争点は、職務命令等が憲法26条、憲法13条、憲法23条等に違反するか、職務命令等が人権B規約18条に違反するか、原告らの不合格は思想良心、信仰に基づく不利益取扱いとして憲法19条及び憲法20条に違反するか、原告らの不採用に都教委の裁量権の濫用・逸脱があるか、という4点にまとめられている。

一見すると、職務命令等が憲法19条に違反するかという争点はない。しかし、2016東京地判は、人権B規約18条に違反するか否かの争点についての判断は、憲法19条及び憲法20条に違反すると認められるか否かについての判断と異なるところはないとして、人権B規約18条違反の争点についての判断のなかで、職務命令の憲法19条適合性を判断している。そして、2011年4判決を参照しながら、2011年4判決と同様の論理で「原告ら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はあるものの、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上記の制約の態様等を総合的に較量すれば、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。」とした。もっとも、その判旨の過程には2011年4判

70) 2016東京地判によれば、この処分は2012年1月甲判決により取り消されている。

71) 2016東京地判によれば、この処分を取り消した東京高判2012(平24)・10・31裁判所ウェブサイト(LEX/DB文献番号25483345、平成23年(行コ)第279号)は最二小判2013(平25)・9・6判例集未掲載(LEX/DB文献番号255017666、平成25年(行ツ)第140号)により確定した。一審判決は、東京地判2011(平23)・7・25裁判所ウェブサイト(LEX/DB文献番号25472504、平成19年(行ウ)第591号)である。

72) 2016東京地判によれば、東京地判2015(平27)・1・16裁判所ウェブサイト(LEX/DB文献番号25505706、判例自治405号57頁。平成22年(行ウ)第94号)により、その取消しが確定している。この判決には控訴審東京高判2015(平27)・12・4裁判所ウェブサイト(LEX/DB文献番号25541915。平成27年(行コ)第77号)がある。もともとの原告は50名であり、一審判決はそのうちの26名の懲戒処分を取り消した。被告は、このうち5名についての被告敗訴部分の取り消しを求めるとともに、同じ5名の請求の棄却を求めて控訴した。

決と比べて省略がある。原告の「思想及び良心」の内容は「裁判所の判断」や「事実の概要等」のなかではなく、原告主張のなかで述べられている。また、「間接的な制約となる面」の意味について一般的説明はあるが、本件の事案に即してどのように「間接的な制約となる面」があるのかの「あてはめ」の部分はなく、結論として「その限りにおいて、本件職務命令が、これらの者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」と述べられる。

原告らの不採用に都教委の裁量権の濫用・逸脱があるかについて2016東京地判は、非常勤教員の採否の判断につき都教委は広範な裁量権を有しているという前提に立っている。その際、非常勤教員の任用行為の法的性質は公務員の新規任用行為であると解されている。また、都教委は非常勤教員の希望者を全員採用しなければならない義務を負うものではないこと、候補者選考にあたり考慮すべき要素を具体的に定めた法令の規定がないことも指摘されている。さらに2016東京地判は、再雇用制度において都教委に再雇用の選考につき広範な裁量権が認められ、卒業式の国歌斉唱の際に職務命令に違反した職員について都教委が再雇用制度の選考において不合格としたことについて「客観的合理性及び社会相当性を著しく欠くものということはできないと解されている」として、④（③の控訴審）とその上告審最二小判2011（平23）・5・30をあげる⁷³⁾。そして、非常勤教員制度についても、再雇用制度の解釈と同様であり、原告らの期待は任用の実状（96%から98%の合格率など）から生じた事実上の期待に止まり、任用の実状があるからといって法的に都教委の裁量権を制約する根拠になるものとはいえないとする。

そのうえで、2016東京地判は、原告らの不採用は専ら原告らが本件職務命令に違反したということをその理由とするものと推定される、という点では本件一審判決と同様の前提に立ちながらも、原告らの不採用に裁量権

73) この点については、前掲注16)参照。そこでもふれたように、最二小判2011（平23）・5・30においては、都教委による再雇用等の拒否が裁量権を逸脱・濫用するものであるか否かという争点は扱われていない。

の濫用・逸脱はないとする。すなわち、原告らの選考は、新たに公務員として任用する者の候補者の選考であり、新たに非常勤教員として任命された者は、それぞれの職場となる学校において、上司である校長の職務命令に従う義務を負うことになるから、法令及びこれに基づく適法な職務命令を遵守し、公務を円滑に遂行することができる者を任用するという観点から、非常勤教員の選考に当たり、過去において職務命令違反の事実があったか否かを重視することがおよそ不合理であるということとはできないという。また、職務命令が憲法19条等に違反しない以上、地方公務員としての原告らは職務命令に従う法的な義務があったことは明らかであり、それにもかかわらず、職務命令に対し、故意に、かつ、公然と違反した原告らの行為について、都教委がこれを重大な非違行為であり、勤務成績が良好であるとの要件を欠くと評価することが、著しく客観的合理性及び社会相当性を欠くものであるとまではいうことができないという。

このように、2016東京地判の判示には、本件一審判決において都教委の裁量権を限定して審査密度を高める土台となった(a)・(b)がみられない。また、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」ことに言及して「大きな不利益を課すことには取り分け慎重な考慮を要する」とする本件一審判決・本件控訴審判決のような判示もみられない。すなわち、裁量権の濫用・逸脱の有無の判断枠組みが本件一審判決・本件控訴審判決のそれとは異なる。2016年判決の結論は、その当然の帰結のように思われる。

もっとも、本件一審判決・本件控訴審判決さらには②③の事案とは異なり、2016東京地判における原告らの懲戒処分歴は戒告1回にとどまらず、減給、さらには停職にも及んでいる。それゆえ、本件一審判決・本件控訴審判決も、そして2016東京地判も、いずれも都教委の広い裁量権を踏まえて当該各事案における様々な事情を認定総合考慮したうえでの事例的判断であると理解できないか、検討しておく必要がある。

たしかに2016東京地判の原告2は、判決文から窺われる限りでは、停職6か月を含む5回の懲戒処分を受けている。しかし、原告1と原告3は、

戒告処分1回に加えて減給10分の1(1か月)の合わせて2回であり、しかも判決文によれば原告3の減給処分は裁判所の判決により取消しが確定している⁷⁴⁾。他方で、本件一審判決の原告らのなかの4名も戒告処分1回と減給10分の1(1か月)1回の合わせて2回であった。したがって、2016東京地判の原告1と原告3に関しては、本件一審判決の原告らと事情が異なる、と直ちにいうことはできない。

また、「減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となる」としていた2012年1月判決の考え方を、本件一審判決と同じように再雇用等における採否・合否についての裁量権の濫用・逸脱の有無の審査に応用するのであれば、2016東京地判の原告1～3についても「慎重な考慮」の結果として裁量権の濫用・逸脱はないとすることになるだろう。しかし、裁量権の濫用・逸脱に関する2016東京地判の判断のなかには、本件一審判決の①②に該当する判示はない。むしろ2016東京地判は、2012年1月判決を引用した原告らの主張に対して、「懲戒処分は、既に当事者間に公務員関係が成立している場合における当該公務員関係の秩序維持の観点から行われるのに対し、新たな任用行為に係る選考は、これから公務員関係を成立させるにふさわしい人物を候補者として選定するという観点から行われるものである。したがって、両者の判断基準が同一であるべき必然性はないから、審査基準に関する原告らの上記主張はにわかに採用することはできない」と述べており、2012年1月判決の考え方を非常勤教員不採用の違法性を判断する際に応用することを一般論として否定しているように思われる。

2016東京地判は、憲法論にかかわる争点について判断する際には思想及び良心の自由についての「間接的な制約となる面」の存在を指摘しているが、裁量権の濫用・逸脱の有無の争点について判断する際には「間接的な制約となる面」の存在に言及せず、せいぜい「本件不起立も原告らの歴史観な

74) 判決文によれば、原告1に対する減給10分の1(1か月)の処分は2011(平成23)年3月30日づけであるから、この処分が原告1の不合格(同年1月18日頃通知された)の理由になるとは考え難い。

いし世界観等に基づく」と指摘するにとどまる。かえって2016東京地判は、「起立斉唱行為が……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く、本件職務命令が適法かつ有効な職務命令であるとの前提に立つ以上、原告らが本件不起立に至った内心の動機がいかなるものであれ」職務命令違反を非常勤教員としての選考において不利に評価されることはやむを得ないとして、裁量権の濫用・逸脱を否定している。そのため、「間接的な制約となる面」が裁量権の濫用・逸脱の有無を判断する際に「慎重な考慮」を要請するというのではなく、「間接的な制約となる面」は考慮の対象にもならず、せいぜい不起立の動機として言及されるにとどまることになる。「職務命令に対し、故意に、かつ、公然と違反した原告らの行為」という表現からは、不起立が歴史観ないし世界観等に基づくことが非違性を強化する要素となっているようにも思われる。

本件一審判決・本件控訴審判決は、「間接的な制約となる面」が当事者の内心の自由の侵害となりうることを正面から受け止めた⁷⁵⁾と評することができる。これに対して、2016東京地判は「間接的な制約となる面」を内心の自由の侵害から遠い、せいぜい動機のレベルの問題ととらえていると評することができる⁷⁶⁾。それは、二七において指摘した、「間接的な制約となる面」を形式的・機械的に利用した判示である。2016東京地判の対応は再雇用等の拒否をめぐる裁量論におけるものであるが、類似の対応は懲戒処分をめぐる裁量論においても生じうる。その一例が次に2において扱う判

75) 西原博史「法曹実務にとつての近代立憲主義【第二回】—— 思想・良心の自由 侵害された個人の痛みに敏感な解釈論に向けて——」判時2278号(2016年)5頁以下は、思想・良心の自由に対する直接的制約は実質の上で特定不可能な幻想であり、間接的な制約こそが内面的精神の自由の本質的な侵害事例ではないかと指摘する。

76) 蟻川・前掲注41) 法教403号, 119頁以下は、「第3の事案分析」という標題のもと、懲戒処分の適法性を審査するに当たり「行為の原因、動機」を重視するならば、懲戒処分の適法性を審査する外貌のもとで、謂わば周回遅れで、職務命令の憲法19条適合性を審査するに事実上匹敵する審査を行うことまでが可能となる、という。この指摘を応用するとしたら、本件一審判決・本件控訴審判決は、再雇用等の拒否が裁量権を逸脱・濫用したものかを判断するなかで、「職務命令の憲法19条適合性を審査するに事実上匹敵する審査」を行ったものである、と評価することになるのかもしれない。

決である。

なお、本件一審判決が10・23通達の独自の意義に目を向けさせる契機となる判断をしていたのに対して、2016東京地判は、10・23通達は、各都立学校の入学式・卒業式における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施状況の実態に照らし、学習指導要領に基づく国旗掲揚・国歌斉唱の指導改善のために、都教委が校長らを名宛人として、その教育目標を達成するための基準として示したものであるとする。これは、2011年4判決と同様のとらえ方である。

2016東京地判は、本件一審判決・本件控訴審判決とは異なり、憲法論も含む他の争点について先に判断を示したうえで、裁量権の逸脱・濫用の争点について判断をしている。本件控訴審における本件控訴人の主張が期待した通りの結果が、別の事件に対する2016東京地判に現れたとってよい。憲法論について正面から判断したがゆえに裁量権の逸脱・濫用がないという結論になるのか、それとも、憲法論について正面から判断しても本件一審判決・本件控訴審判決と同じ結論に至るのか。本件一審判決の(a)・(b)と同じ立場に立つかによって結論が異なりうることは、いうまでもない。また、2012年1月判決の考え方を再雇用等の拒否の事例にも応用できると考えるのかも、重要である。それと同時に、そもそも「間接的な制約となる面」とはどのようなものであるのかについての理解の違い、そして「間接的な制約となる面」をもたらした職務命令と10・23通達についての理解の違いも、一定の影響を及ぼしていると筆者は考える。

2. 憲法上の争点について判断をしなかった東京地判2013(平25)・12・19

東京地判2013(平25)・12・19判例集未登載(LEX/DB文献番号25502680。以下、「2013東京地判」という。)は、憲法上の争点に判断をすることなく、懲戒処分が裁量権を逸脱・濫用したものと否かという争点についてのみ判断した。この事件の事案は、原告が服務事故再発防止研修受講を命ずる職務命令を受けたにもかかわらずこれを受講しなかったとして減給10分の1(6か月)という処分を受けたところ、原告がこの処分の取

消しを求めて出訴したというものである。この減給10分の1(6か月)という処分には先行して、卒業式の国歌斉唱における原告の不起立行為2回とこれに対する2つの懲戒処分(1回目は戒告, 2回目は減給10分の1[1か月])があり, それらが不受講行為に対する減給10分の1(6か月)という処分量定の際に考慮されているという関係にあった⁷⁷⁾。

2013東京地判は, 原告側から起立斉唱に係る職務命令が憲法19条に違反するなどの争点が提示されていたにもかかわらず, 「事案に鑑み, 本件処分の裁量権の逸脱・濫用の有無について検討する」として, 憲法19条違反等の争点にふれることなく, 裁量権の逸脱・濫用の有無の争点についてだけ判断して事案を解決した。

2013東京地判は, 公務員の懲戒処分について裁量権の逸脱・濫用の有無を判断する基準として2012年1月判決と同じ基準を述べる。そのうえで, 不起立行為に対する懲戒処分のあり方と不受講行為に対する懲戒処分のあり方とを区別して判断している。

まず, 不起立行為に対する懲戒処分のあり方として, 不起立行為の性質, 態様が積極的な妨害等の作為ではないことなどとともに, 不起立行為の動機, 原因が「不起立行為に及ぶ教職員の歴史観ないし世界観等に由来する『君が代』や『日の丸』に対する否定的評価等に係る個人の歴史観ないし世界観等に起因するものである」ことを指摘して, 「かかる点にも照らすと, 不起立行為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

77) 2013東京地判によると, さらに原告は, 本文にあげた減給10分の1(6か月)の処分の約4か月後に, 卒業式における国歌斉唱時に起立しなかったことを理由として停職1か月の処分を受けた。原告は, この停職1か月の処分と2回目の不起立行為に対する減給10分の1(1か月)の処分について, その取消しと国家賠償法に基づく慰謝料の支払いを求める訴訟を提起した。一審東京地裁2011(平23)・7・25は請求を棄却したが, 控訴審東京高判2012(平24)・10・31は懲戒処分を取消し, 慰謝料請求を棄却した。この控訴審判決に対して, 東京都が都の敗訴部分につき最高裁に上告受理の申立てをし, 2013東京地判の原告も敗訴部分を不服として上告したが, 最高裁は, 上告受理申立てについて2013(平成25)年7月12日に上告審として受理しない旨の決定をし, 上告については同年9月6日に上告を棄却する旨の判決をした。この東京地裁2011(平23)・7・25, 東京高判2012(平24)・10・31, そして上告を棄却した最高裁判決は, 前掲注71)に掲げられているものである。

択することについては、事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となる」とする。そして、減給処分による直接の給与上の不利益、将来の昇給等への相応の影響、卒業式や入学式等の式典のたびに懲戒処分が累積して加重され短期間で反復継続的に不利益が拡大していくこと等を勘案すると、「上記のような考慮の下で不起立行為に対する懲戒において戒告を超えて減給の処分を選択することが許容されるのは、過去の処分歴等に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要する」とする。そして、「不起立行為に対する懲戒において減給処分を選択することについて、上記の相当性を基礎付ける具体的な事情が認められるためには、……過去の処分歴等が減給処分による不利益の内容との権衡を勘案してもなお規律や秩序の保持等の必要性の高さを十分に基礎付けるものであることを要するというべきである（最高裁平成24年判決参照）」とまとめている。

以上をもとにして2013東京地判は、原告による不起立行為を理由として行われた減給10分の1（1か月）の処分に関して、その不起立行為は「少なくとも減給処分の事由とするに相当でないものであったといわざるを得ない」とし、その結果、不受講行為を理由とする原告への減給処分は、「懲戒権者が処分の際、重要な要素として考慮した過去の処分歴等の評価・判断を誤ってなされたものといわざるを得ない」とした。

このように、2013東京地判は、不起立行為に対する懲戒処分の審査のあり方を一般論として述べる際に、一般論として不起立行為の動機、原因が歴史観・世界観に起因することに言及し、また、一般論としての審査のあり方を原告の不起立行為に対する減給10分の1（1か月）の処分に適用する際に、原告の不起立行為が原告個人の歴史観ないし世界観等に起因することに言及する。以上の論理展開は2012年1月判決を参考にしたものであり、2013東京地判自身も2012年1月判決を参照している。しかし、2012年1月判決における裁量権の逸脱・濫用論と同じく、思想及び良心の自由についての「間接的な制約となる面」への言及はない。

次に2013東京地判は、不受講行為を理由とする懲戒処分の審査のあり方として、「不起立行為にかかる研修の不受講行為に対する懲戒において戒告を超えて減給の処分を選択することには、……不起立行為における場合と同様、学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要する」とする。その際には、不受講行為が起立斉唱に係る職務命令違反に対する否定的評価等に係る個人の歴史観ないし世界観等とは無関係であるとは考え難いことや、懲戒処分の累積・加重、短期間での反復継続的な不利益拡大などが指摘されている。不受講行為を理由とする原告への減給10分の1(6か月)の処分について2013東京地判は、減給以上の処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であるとはいえないとした。

さて、2013東京地判は、憲法上の争点について判断することなく、懲戒処分における裁量権の逸脱・濫用の有無の争点についてだけ判断しており、この点では本件一審判決と似ている。しかし、本件一審判決は裁量権の逸脱・濫用の有無を判断する際に、職務命令に原告らの思想・良心の自由についての「間接的な制約となる面」があることにはっきりと言及しており、「原告らの本件不起立等の動機、原因は、その歴史観又は世界観等に由来する君が代や日の丸に対する否定的評価等のゆえに、本件職務命令により求められる行為と自らの歴史観又は世界観に由来する外部的行動とが相違すること」として「間接的な制約となる面」の意味の一端にも一般的な形ながら一応言及している。これに対して2013東京地判は、不起立行為の動機、原因は、「教職員の歴史観ないし世界観等に由来する『君が代』や『日の丸』に対する否定的評価等に係る個人の歴史観ないし世界観に起因するものである」とはするものの、思想・良心の自由についての「間接的な制約となる面」への言及はない。2012年1月判決が裁量権の逸脱・濫用の有無について判断する過程において不起立行為等の動機、原因を語る際にあわせて述べていた「本件職務命令により求められる行為と自らの歴史観又は世界観に由来する外部的行動とが相違すること」という一節もない。

原告が不起立行為に及んだ理由については、2013 東京地判の判決文中の原告主張のなかで「起立斉唱をできない思想」として説明されている。他方で被告側は、2012 年 1 月判決は不起立行為に係る判断であるから同判決の法理は不受講行為には適用されないとし、その際に被告は、2012 年 1 月判決は不起立行為の動機・原因が個人の歴史観ないし世界観等に起因するものであること等の当該事案の性質を踏まえたものであるのに対して、不受講行為は原告の思想良心とかわりがなく、受講をしたからといってそのこと自体が原告の歴史観ないし世界観等と相反するわけではないなどとして、2012 年 1 月判決とは事案の性質が異なる旨の主張をしている。それゆえ、不起立行為が原告の歴史観ないし世界観等に由来することだけをとってみれば、原告被告双方で争いがあるわけではない。そして、不起立行為が歴史観ないし世界観等に由来することなどを理由に減給以上の懲戒処分に歯止めをかけるという点については、裁判官としては、2012 年 1 月判決の法理に従うこと以上に特段の理由は必要ではないであろう。

こうして、2013 東京地判における懲戒処分についての裁量権の逸脱・濫用の有無の判断は、憲法 19 条論を必要とせず、「不起立行為の動機、原因」だけを指摘すればよい論理になっている。筆者の理解によれば、本件一審判決における再雇用等の採否・合否についての裁量権の逸脱・濫用の有無の判断においては、土台となる憲法論が必要である。しかし、2013 東京地判は、そもそも憲法論を必要とする論理にはなっていない。それゆえ、2013 東京地判が憲法上の争点にふれないで事案を解決したことについて、論理的な疑問は生じない。もっとも、それは「間接的な制約となる面」が単なる「動機、原因」になってしまったことも意味するのであって、実質的には 2016 東京地判による「間接的な制約となる面」の形式的・機械的な利用に近いように思われる。

なお、2013 東京地判には、職務命令さらには 10・23 通達の独自の意義に目を向けさせる契機となるような判示はみられない。2012 年 1 月判決の枠内におさまる上記の論理からすれば、それは当然のことであろう⁷⁸⁾。

むすびにかえて

本件一審判決・本件控訴審判決は、卒業式等において国旗に向かって国歌を斉唱することを求める職務命令に違反したことを理由とする再雇用等の拒否に歯止めをかけた。それは、東京都における再雇用制度等の運用の実際をふまえた判断であるという点でも、また、2011年4判決と2012年1月判決を活用したという点でも、注目すべきものである。

しかし、そもそも東京都における再雇用制度等をどのような趣旨の制度とみるのか、任用の実状等から採用希望者の期待を法的な保護に値するものといえることができるか、再雇用等における採否についての裁量権の逸脱・濫用の有無を判断する際の判断枠組みをどう構築するかなど、今後の最高裁の判断を待つべき諸点が残されている。

また、本件一審判決・本件控訴審判決と2016東京地判・2013東京地判を比較すると、2011年4判決がうちだした「間接的な制約となる面」という切り口について、その内容をどのように理解するのか、「間接的な制約となる面」があるからどうなるのか、下級審裁判官における受け止め方かなりの差異があるように思われる。それゆえ、本件一審判決のように「間接的な制約となる面」の存在を指摘して都教委の裁量権の限界を導くことが今後広く受け入れられるかは、即断を許さない。もっとも、下級審裁判官の中にあるこの差異は、2011年4判決を解釈することの難しさに起因するものというべきである。下級審裁判官はいずれの立場であれ、むしろ現場でさまざまに「間接的な制約となる面」と格闘していると評すべきであろう。

さらに、本件一審判決・本件控訴審判決には、2011年4判決と2012年1月判決の大前提にある10・23通達への理解を再考することにつながるかに

78) 2013東京地判の事案においては、損害賠償請求はなされていない。国旗国歌訴訟として懲戒処分による損害の賠償を請求する事案を扱った判決のなかには、裁量権の逸脱・濫用の有無の争点ではなく、国家賠償法上の違法性等の判断の際に、職務命令さらには10・23通達の独自の意義にかかわる判示をするものがある。これについては、別稿において扱いたい。

国旗国歌訴訟の一断面

みえる契機もある。この点についても、今後の下級審判決の動向が注目される。

最高裁による2011年4判決,2012年1月判決,そして予防訴訟判決の後も、東京都における国旗国歌訴訟は途切れることがない。それは、国旗国歌訴訟が提起する内心の自由に関する争点において、なお解決されるべき理論的実務的課題が残されていることを示している。

(2016年10月11日脱稿)

