

**「君が代」起立・斉唱の職務命令違反と再任用職員等の採用における裁量**

【文献種別】 判決／最高裁判所第一小法廷

【裁判年月日】 2018（平成30）年7月19日

【事件番号】 平成28年（受）第563号

【事件名】 損害賠償請求事件

【裁判結果】 破棄自判

【参照法令】 地方公務員法13条・15条・28条の4・28条の5

【掲載誌】 裁時1704号4頁

LEX/DB 文献番号 25449587

**事実の概要**

東京都では、定年等により一旦退職した教職員を再び任期を定めて採用する制度として、1985年度から再雇用制度を、2002年度から再任用制度を、2008年度からは非常勤教員制度を、それぞれ導入している（再雇用制度は2008年度に原則として廃止された）。いずれも、選考は従前の勤務成績等によってなされ、改めて教員としての技能等について検定を行うことは予定されていない。

東京都立高等学校の教職員であったXらは、2006年度から2008年度にかけて、これらの制度のもと再雇用職員、非常勤教員または再任用職員の採用候補者選考にそれぞれ申込みをしたところ、東京都教育委員会（以下、都教委と記す。）による選考の結果、いずれも不合格または一旦合格とされたのちにその合格を取り消された。Xらには、その在職中、1回または2回、各所属校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斉唱することを命ずる旨の職務命令に違反した経歴がある。

Xらは、都教委が上記職務命令違反を理由としてXらを不合格としたこと等について、裁量権の範囲の逸脱またはその濫用があるとして、東京都に対し国家賠償法に基づき損害賠償を求めた。

一審（東京地判平27・5・25公刊物未登載（LEX/DB25540412））は、本件不合格にかかる都教委の判断は客観的合理性および社会的相当性を欠くものであり、裁量権の範囲の逸脱またはその濫用に当たるとして、Xらの損害賠償請求を認めた。控訴審（東京高判平27・12・10公刊物未登載（LEX/DB25541917））も一審の結論を支持したため、東

京都が最高裁に上告受理を申し立てた。

**判決の要旨**

再任用制度等において「採用を希望する者を原則として採用しなければならないとする法令等の定めはなく、……採用候補者選考の可否を判断するに当たり、従前の勤務成績をどのように評価するかについて規定する法令等の定めもない。これらによれば、採用候補者選考の可否の判断に際しての従前の勤務成績の評価については、基本的に任命権者の裁量に委ねられている」。

「本件不合格等の当時、再任用職員等として採用されることを希望する者が原則として全員採用されるという運用が確立していたということとはできない。このことに加え、再任用制度等は、定年退職者等の雇用の確保や生活の安定をその目的として含むものではあるが、定年退職者等の知識、経験等を活用することにより教育行政等の効率的な運営を図る目的をも有するものと解されることにも照らせば、再任用制度等において任命権者が有する上記の裁量権の範囲が、再任用制度等の目的や当時の運用状況等のゆえに大きく制約されるものであったと解することはできない。」

「本件職務命令は、学校教育の目標や卒業式等の儀式的行事の意義、在り方等を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿って、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえ、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに式典の円滑な進行を図るものであって、このような観点から、その遵守を確保する必要があるものといえることができる（引用判例略）。そして、被上告人らの本件職務命令に違反

する行為は、学校の儀式的行事としての式典の秩序や雰囲気を一定程度損なう作用をもたらすものであって、それにより式典に参列する生徒への影響も伴うことは否定し難い。加えて……再任用職員等として採用した場合に被上告人らが同様の非違行為に及ぶおそれがあることを否定し難いものとみること、必ずしも不合理であるということとはできない。これらに鑑みると、任命権者である都教委が……本件職務命令に違反したことを……他の個別事情のいかんにかかわらず特に重視すべき要素であると評価し、そのような評価に基づいて本件不合格等の判断をすることが、その当時の再任用制度等の下において、著しく合理性を欠くものであったということとはできない。

以上によれば、本件不合格等は、いずれも、都教委の裁量権の範囲を超え又はこれを濫用したものであると違法であるとはいえない。」

## 判例の解説

### 一 「君が代」起立・斉唱と裁判所

#### 1 教育現場における国旗掲揚・国歌斉唱

公立学校の卒業式や入学式における国旗掲揚・国歌斉唱をめぐるのは、それに異を唱える声があり、長く教育現場に確執をもたらしてきた。本件の舞台である東京都では、2003年に都教委から通達「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」（以下、通達と記す。）が出され、都教委の作成した実施指針のとおり国旗掲揚・国歌斉唱を行うことが強化され、教職員が通達に基づく校長の職務命令に従わない場合には服務上の責任を問うことが徹底されるようになった。そうしたなか、その職務命令の合憲性や、それに違反した教職員になされた懲戒処分またはそれを理由とする定年後の再就労の拒否などの不利益な取扱いの適法性が、こんにちまで繰り返し法廷で争われてきている<sup>1)</sup>。

#### 2 職務命令と憲法 19 条

この問題群において、最高裁がまず取り組んだのは職務命令の合憲性についてである。2007年にはピアノ伴奏を命じる職務命令に関する判決（最三小判平 19・2・27 民集 61 卷 1 号 291 頁）が、起立斉唱については 2011 年にほぼ同一の内容の 4 つの判決<sup>2)</sup> が下され、各職務命令はいずれも憲

法 19 条に反するとはいえないと判断された。

だが、2011 年の諸判決は、特定の思想を強制するものではないこと等を理由に職務命令が思想・良心の自由の直接的侵害になることを否定する一方、2007 年判決ではあまり明確でなかった間接的制約の可能性につき、「人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行動（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなる限りにおいて、そ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」として当該職務命令が思想・良心の自由の間接的制約に当たることを認めた。その上で、その制約の許容性については職務命令の目的・内容、制約の態様等の総合的較量により必要性・合理性が認められるか否かで判断するという審査の枠組みを示した。

### 3 間接的制約を踏まえた裁量論

これに対し、2012年に下された2つの判決<sup>3)</sup>は、焦点を職務命令の合憲性から懲戒処分の適法性へと移すものだった。しかし、それにより思想・良心の自由という視座が失われたわけではない。

職務命令違反を理由とする懲戒処分の取消等を求めるこれらの事件において、最高裁は、職務命令の合憲性を簡単に認める一方で、当該懲戒処分における懲戒権者の裁量権の逸脱・濫用については事案に踏み込んだ審査を行った。最高裁はまず、公務員に対する懲戒処分について懲戒権者の裁量の余地を認める。その上で、懲戒処分の対象となった不起立行為について①「性質、態様は……式典の秩序や雰囲気を一定程度損なう作用をもたらすものであって、それにより式典に参列する生徒への影響も伴う」ものである一方、②「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」であることを認める。加えて、当該不起立行為が積極的な妨害行為でなく、生じた支障も客観的評価が困難な程度のものであったとする。

これを前提として、最高裁は次に、戒告処分とより重い処分（ここでは減給処分）に分けて論を進める。戒告処分については、「③本件職務命令が……関係法令等の諸規定の趣旨に沿って、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえ、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに式典の円滑な進行を図るものであって……遵守を確保する必要性があ

ること、および、①に示した不起立行為の性質等から相当性が基礎付けられ、基本的に懲戒権者の裁量の範囲内とする。他方、減給以上の処分については、②の事情に鑑み「事案の性質等を踏まえた慎重な考慮」が必要と述べ、減給処分をもたらす不利益の大きさ等を勘案し、その選択が許容されるには「必要性と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裏付ける具体的な事情が認められる」ことを要し、過去に同様の非違行為を行っただけでは足りないとし、都教委の判断は裁量権の範囲を超え、違法の評価を免れないとした。

2012年判決において、最高裁は、減給以上の処分に対して比例性を求めることで裁量権の統制を行った<sup>4)</sup>。これを導いたものが、2011年判決に明示された間接的制約論である。多数意見は間接的制約に直接言及はしない（なお、櫻井補足意見には明示されている。）ものの、②で2011年判決が間接的制約を肯定する文脈で用いた文言を繰り返している。戒告処分にはこうした高密度の審査は行われていないとも見えるが、②の事情が「減給以上の処分を選択することについて、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮をする事情であるとはいえるものの、このことを勘案しても」という一文が挿入されており、間接的制約論と論理的に切り離されていないことを窺わせる。

2012年判決は懲戒処分の裁量にかかる最初の最高裁判断であるが、職務命令違反を理由としたもうひとつの不利益な取扱いである再就労の拒否については、こんにちまで最高裁の判断はなされてこなかった<sup>5)</sup>。この種の事案について下級審の判断は分かれている<sup>6)</sup>。本判決は、再就労制度のもとでの採用候補者選考にかかる任命権者の裁量についての最初の最高裁判断となる。

## 二 本判決の構造——2012年判決との対照

本判決の特徴は、思想・良心の自由という視座、すなわち間接的制約論の成果を徹底して除去した点にある。論旨に職務命令の合憲性の問題は含まれず、裁量論に特化されているが、それ自体は2012年判決と径庭ない。2012年判決は戒告処分については広範に裁量を認めており、本判決をそのコロラリーと見る向きもあるかもしれない。

しかし、2012年判決は、戒告処分とより重い処分に通ずる前提として、まず懲戒処分一般の

裁量の幅および不起立行為の性質（①）・動機（②）等を論じ、その後、戒告処分について、本件職務命令を遵守する必要性（③）と不起立行為の性質（①）等からその相当性を導いている。これに対し本判決は、本件制度のもとでの任命権者の裁量の幅を示した後、不起立行為の性質・動機等を論じることなく、本件の不合格という判断が合理的か否かの検討に入る。そして、本件職務命令を遵守する必要性（③を引用）、不起立行為の性質（①と同一）およびXらが同様の非違行為に及ぶおそれがあると見ることの合理性から、不合格の判断は著しく合理性を欠くものではないと結論づける。2012年判決の特徴であり間接的制約論の表れともいえる②には言及がない。②が、当事者に大きな不利益を与える重い処分を選択する場合には「本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮をする事情である」ことへの顧慮も削除されている。

本判決は、2011年判決および2012年判決を明示的に引用しているが、引用箇所は本件職務命令を遵守する必要性にかかる部分である（2012年判決は、このうち職務命令の目的を論じる部分については2011年判決を引用している。）。2012年判決の要諦は間接的制約を踏まえた裁量論にあり、それを除去し、この箇所のみを切り取って引用することには、恣意的な感が拭えない。

なお、不合格判断が、職務命令に違反した事実一般が重大な非違行為に当たるとの判断に基づくのであれば、2012年判決とは異なり不起立行為の性質・動機を論じる必要はなかったといえるかもしれない。しかし、実際には懲戒処分歴のある者が一律不採用となっているわけではなく、本件では、本件職務命令違反を都教委が「他の個別事情のいかんにかかわらず特に重視すべき要素と評価」したことが問題とされている。本判決自身も職務命令違反行為の性質、態様（ここでは①を繰り返している。）に言及しており、不起立行為の動機を論じない理由にはならない。

## 三 定年後の再就労制度と任命権者の裁量

### 1 定年後の再就労制度の性格

とはいえ、本件が問題とするのは再就労制度のもとでの採用にかかる任命権者の裁量であって、懲戒事案における懲戒権者の裁量とは事案が異なる。一般に、公務員の採用において任命権者は「採用を希望する者を原則として採用しなければなら

ない」わけではなく、採用候補者選考にあたっては広範な裁量を有する。本判決も、それに加えて勤務成績の評価方法を規定する法令等の定めがないことを挙げて、勤務成績の評価は基本的に任命権者の裁量だとする。

しかし、本件は全く新規に採用する場面ではなく、一旦退職した教員を新たに任用する3つの制度にかかる事案であり、希望者のおおむね90%から95%程度以上が採用されていたという運用実態がある。一審および控訴審は、それに加え、これらの制度が定年後の職員の雇用の確保と生活の安定を主要な目的としていたことを理由に、Xらの期待権を認めた。これに対して本判決は、全員採用の運用が確立していたとはいえないこと、および、これら制度が雇用確保・生活の安定のほかに教育行政等の効率的な運営を図る目的をも有していたことを理由に、任命権者の裁量の範囲の制約を認めなかった。

3つの制度はいずれも再就労のための制度だが、導入の経緯および目的は異なる。この点、一審では、再雇用制度は定年制の施行に伴って制度化されたもので、退職する職員の知識・技能の活用と退職する職員に生きがいと生活の安定を与えることをその趣旨とするものとして、再任用制度およびそれを補完するために新たに設けられた非常勤教員制度は年金支給開始年齢の段階的引上げを含む年金制度の改正にあわせて導入されたもので、退職する職員の生活設計の選択肢の一つとして雇用機会を提供するという考え方によるものとして、それぞれ認定をしている。2013年以前の再任用制度<sup>7)</sup>において希望者全員に雇用を確保することが法的根拠をもって根拠づけられていないとしても、その導入の経緯に鑑みれば、少なくとも再任用制度の持つ雇用確保の目的については、別段の考慮を要したと思われる。

## 2 本件職務命令違反の性質

仮に、再就労制度のもとで任命権者に広範な裁量が認められるとしてもなお、本件事案の性質は看過されるべきではない。本判決は都教委が本件職務命令違反を「特に重視すべき要素」と評価したことに合理性がないとはいえないとしたが、一連の最高裁判決は本件職務命令が思想・良心の自由の間接的制約となることを繰り返し確認してきた。2012年判決が「より重い」処分の選択には「慎

重な考慮」が必要だとし、比例性を要求することで、本件職務命令違反を戒める必要性和思想・良心の自由の間接的制約となるそれへの不服従を理由に個人に不利益を与えることとの間のぎりぎりの権衡を図ろうとしたことに徴するなら、懲戒処分的事案ではない本件でも、不合格判断にあたり本件職務命令違反を特に重視する必要性につき、最低限「慎重な考慮」をすべきであった。

2003年の通達発出以降、都教委は本件職務命令違反に対し1回目を戒告処分とする方針を採っているとされるところ、本件控訴審が指摘するように「通達発出後にされた本件職務命令違反により戒告処分になった場合は、1件も再任用された例がない」という画一的運用がなされている。こうした運用に鑑みれば、2012年判決宮川反対意見が危惧したように戒告処分は実質的に「相当に重い不利益処分」となっている。

### ●—注

- 1) 2012年判決までの動向については、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)など。
- 2) 最一小判平25・5・30民集65巻4号1780頁、最一小判平23・6・6民集65巻4号1855頁、最一小判平23・6・14民集65巻4号2148頁、最一小判平23・6・21判タ1354号87頁。以下では、本件で引用された第一小法廷判決から判旨を引用する。
- 3) 最一小判平24・1・16〔平成23(行ツ)242等〕判タ1370号93頁および同〔平成23(行ツ)263等〕判タ1370号86頁。以下では、後者から判旨を引用する。
- 4) 渡辺・前掲注1)116頁以下、青井未帆「起立斉唱命令違反を理由とする懲戒処分の適法性」平成24年度重判解21頁など。
- 5) 4つの2011年判決のうち2つは再就労の拒否の事案であるが、裁量論に関する上告受理の申立てはなされていない。
- 6) 再就労の拒否を違法とした判決として、東京地判平20・2・7民集65巻4号2012頁以下、東京地判平21・1・19民集65巻4号1821頁以下など。裁量の範囲内とした判決として、東京高判平22・1・28民集65巻4号2068頁以下、東京高判平21・10・15民集65巻4号1840頁以下など。
- 7) 年金支給開始年齢の引上げにより60歳の定年以降無年金・無収入となる者が生じる可能性があることから、民間企業・国家公務員と同様に、東京都の再任用制度も2013年度選考以降は雇用と年金の接続を図るものと位置付けられている。