

起立斉唱命令違反を理由とする再雇用等の拒否が違法ではないとされた事例**【文献種別】** 判決／最高裁判所第一小法廷**【裁判年月日】** 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3条・13条・15条・28条の4・28条の5、国家賠償法1条**【掲載誌】** 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25449587

事実の概要

東京都立高等学校の教職員であったXらは、それぞれの退職年度（平成18年度から平成20年度）に実施された東京都公立学校の再任用職員、再雇用職員又は非常勤教員の採用候補者選考に申し込んだところ、東京都教育委員会は、入学式又は卒業式の式典会場で国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを命じる旨の職務命令（本件職務命令）に違反したことを理由として、Xらを不合格とし、または合格を取り消した（合格通知後に本件職務命令違反があった場合）（以下、不合格及び合格取消を併せて、再雇用等の拒否という）。そこで、Xらは、Y（東京都）を被告として、再雇用等の拒否が違法であるなどと主張して、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求める訴訟を提起した。

Xらの大半については本件職務命令の違反回数は1回にすぎず、多い者でも2回にとどまる。また、Xらは、本件職務命令違反を理由に、戒告又は減給の懲戒処分を受けている。

再任用職員、再雇用職員、非常勤教員は、根拠法令の違いや常勤・非常勤の別など相違点もあるが、従前の勤務成績が選考において勘案される点では共通している。例えば、再雇用職員については、①従前の勤務成績が良好であること、②職務の遂行に必要な知識及び技能を有していること、③健康かつ意欲を持って職務を遂行できることが採用要件である。

本件一審判決（東京地判平27・5・25 裁判所ウェブ

サイト）及び原審判決（東京高判平27・12・10 裁判所ウェブサイト）は、本件における再雇用等の拒否は、Xらが本件職務命令に違反したことが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と認定したうえで、当該判断は、本件職務命令違反行為の非違性を不当に重く扱う一方で、他の具体的な事情を考慮しないものであり、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たると判示した（請求一部認容）。そこで、Yが上告した。

判決の要旨**1 再任用制度等の採用候補者選考における裁量権の範囲**

「再任用制度等は、定年等により一旦退職した職員を任期を定めて新たに採用するものであって、いずれの制度についても、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とする法令等の定めはなく、また、任命権者は成績に応じた平等な取扱いをすることが求められると解されるものの（地方公務員法13条、15条参照）、採用候補者選考の合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、採用候補者選考の合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ものといえることができる。

そして、少なくとも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」。

2 本件不合格等の判断の許容性

「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性があるものといえることができる（……）。そして、X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、Xらが本件職務命令に違反してから本件不合格等までの期間が長期に及んでいないこと等の事情に基づき、Xらを再任用職員等として採用した場合にX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も、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、再任用職員等の採用候補者選考に当たり、従前の勤務成績の内容として本件職務命令に違反したことをXらに不利益に考慮し、これ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

のとして違法であるとはいえない」。

判例の解説

一 本判決の位置づけ

入学式や卒業式において、国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを命じる職務命令（起立斉唱命令）について、一定の思想信条を理由に服従しなかった教職員に対しては、懲戒処分が下されるのみならず、退職後の再雇用等の採用選考において不合格とされたり、または合格判定が取り消されることがある。そこで、当該職務命令や懲戒処分、再雇用等の拒否の違法性を主張して多くの訴訟が提起されてきた。

最高裁は、①起立斉唱命令は（思想・良心の自由に対する間接的制約となる面があるものの）適法であるが（最判平23・5・30判時2123号3頁など）、②当該職務命令違反を理由とする懲戒処分については、戒告処分は適法であるが、減給以上の処分については慎重な考慮を要し、当該処分を選択することの相当性を基礎づける具体的な事情が認められない限り、裁量権の範囲を超えるものである（最判平24・1・16判時2147号127頁など）と判断してきた。したがって、これらの最高裁判例からは、起立斉唱命令を下すこと自体は許容しつつ、違反者に具体的不利益が及ぶ段階において、裁量権の限界論に基づく救済を図る方針を見て取ることができた。ただ、最高裁は、当該職務命令違反を理由とする再雇用等の拒否が、裁量権の範囲の逸脱又は濫用に該当するかという論点については、これまで判断を下していなかった¹⁾。本判決は、この論点に関する最初の最高裁判決である。

本評釈は、起立斉唱命令違反のみを理由に再雇用等を拒否したことが、任命権者の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるかという論点に絞って検討する。

二 採用への期待と裁量権の範囲

本件一審判決及び原審判決は、再雇用制度等の趣旨（退職後の雇用を確保しその生活の安定を図るという趣旨が含まれていること）や運用実態（新規の希望者のうち概ね90%から95%程度が採用されていたこと）から、再雇用職員等として採用される

ことに対する原告らの期待は一定の法的保護に値するとした。そして、このような期待から、採用選考にあたっての裁量権は一定の制限を受けるという結論を導いた。

これに対して、本判決は、原告らの期待が法的保護に値するか否かについては触れることなく、「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」とする(判決の要旨1)。再任用制度等の目的については、退職後の雇用確保や生活の安定のみならず、退職者の知識、経験の活用による教育行政等の効率的運営という目的が含まれることを強調しているが、これは、一審・原審判決への反駁にはなっていないように思われる(一審・原審判決もこれら2つの趣旨・目的が存在することは認めているため)。また、運用状況についても、本判決は、90%から95%程度という高い採用実績を、裁量権を制限する事情ではなく、むしろ採用希望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わけではないことの根拠として位置づけているようである。

ただ、裁量権の範囲に関して、両者の間に大きな差があるといえるかは疑問である。

第1に、本件一審判決が法的保護に値すると認めたのは、正確には、「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」ことに対する期待であり、本件原審判決も、「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」について期待権を認めたにすぎない。決して、従前の勤務成績が悪くても採用されることへの期待が保護されるべきであるとされているわけではない。

「期待」の内容がこのようなもの(「公正な選考を受けることに対する期待」)である限り、それは、制度の趣旨や採用実績等によって左右されるものなのであろうか。仮に、制度の趣旨に退職後の雇用の確保や生活の安定が含まれていない場合、あるいは、採用希望者のうち採用された者の割合がそれほど高くなかった場合であっても、上記のような期待は当然に保護されるのではないだろうか。

第2に、本件一審及び原審判決において、上記の意味での期待が違法判断基準に何らかの影響を与えたのが明確ではない。例えば、本件一審判決は、「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」に裁量権の範囲の逸脱又は濫用があると述べているが、これは、ごく一般的な違法判断基準であり、任命権者の裁量権が大きく制約されたものとはいえない。

三 裁量審査のあり方

本件一審・原審判決は、①学習指導要領上は本件職務命令に特別の位置づけが与えられていないこと(本件職務命令の重要性の否定)²⁾、②違反行為の動機・原因、性質・態様、回数、結果・影響を考慮すれば、本件職務命令違反の非違性が重大とはいえないこと、③再雇用等の拒否によりXらが被る不利益は少なくないこと等を指摘し、任命権者が本件職務命令違反を過度に重視し、そのみを理由に不合格と判断したことは、裁量権の逸脱濫用に当たり違法であると評価した。これは判断過程審査の手法を採用したものと見える(適正な評価の要請)。なお、これらの判決も、本件職務命令違反を勤務成績の評価に際して考慮することが、他事考慮(考慮すべきでない事項を考慮すること)に当たり違法であると判断したわけではない。仮に採用定員が定まっており、当該定員を超える採用申込者があったため、一定の採用者を選抜する必要がある場合には、(本件職務命令が適法であるという前提に立つ限り)本件職務命令違反を理由に評価を下げることは許容されるであろう。しかし、本事案においては、「本件職務命令に違反したことのみを理由として(それ以外のマイナス要素がなくても)不合格としたこと」(いわば「レッドカード的评价」)が問題視されているのである³⁾。

これに対し、本判決は、このような判断過程審査の手法をとること自体を否定したわけではないが、判決の要旨2の通り、①本件職務命令の遵守確保の必要性、②本件職務命令違反の影響、③同様の非違行為のおそれといった、再雇用等の拒否に有利な事情を列挙したうえで、本件職務命令違反を「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不合格判定を行うことは裁量権の逸脱濫用に当たらないと判断した。

ところで、ある判断が行政機関の裁量に委ねられているという裁判所の説示がなされたとき、その説示の意味するところは、要するに、裁判所が行政機関の判断を尊重するということである。もちろん、裁量には限界があるため、裁判所は裁量権の行使を違法と評価することができるが、そのためには、裁量権の範囲を逸脱したこと又はその濫用があったことについて、説得力のある論証を行う必要がある。逆に、裁量権の範囲内であると結論づけるのであれば、行政機関の判断にそれなりの合理性があるといえは済む。したがって、一審の段階ならば、本判決のような判示で十分なのかもかもしれない。

しかし、一旦裁判所が裁量権の逸脱濫用を認定した場合、上訴審がそれを覆すためには、原審の論証に対して正面から論駁するべきであって、それを怠る場合、その説得力は大きく減殺されてしまう。

例えば、本判決の論拠の1つである「本件職務命令の遵守確保の必要性」については、本件職務命令が適法であるという前提に立つ限り、当然認められるものである。本件一審・原審判決は、遵守義務を当然の前提としたうえで、本件職務命令は、その不遵守に対してそれだけで再雇用等を拒否できるほどの重要性を持たないと説いているとみることができる。したがって、本判決は、正面から、本件職務命令の重要性を論証すべきであろう。「同様の非違行為のおそれ」についても、本件職務命令が重要であるからこそ、それを重視することが許されるものであろう。

なお、現在は、起立斉唱命令に違反した者も、希望すれば再雇用されているとのことである⁴⁾。

●—注

- 1) 下級審においては、判断は分かれていた。再雇用等の拒否を違法と判断したものと、本件一審・二審判決のほか、東京地判平20・2・7判時2007号141頁、東京地判平21・1・19判時2056号148頁。適法と判断したものと、東京高判平21・10・15判時2063号147頁、東京高判平22・1・28判時2086号148頁など。この論点に関する下級審判決を網羅的に整理・検討するものと

して、横田守弘「国歌斉唱に関する職務命令違反を理由とする再雇用等の拒否が国賠法上違法とされた事例」新・判例解説 Watch (法セ増刊) 18号(2016年)23頁、同「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」西南49巻2=3号(2017年)77頁。

- 2) 以下、やや長くなるが、本件原審判決を引用する。「学習指導要領の特別活動に関する定めの中で、入学式及び卒業式(儀式的行事)の実施や国旗掲揚及び国歌斉唱の指導についての定め(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されているものとは認められないことから、少なくとも学習指導要領上は、本件職務命令が、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別の位置付けを有しているものではなく、本件職務命令違反だけで従前の勤務成績の良否という判断を可能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できない」。
- 3) なお、本件一審・原審判決は、「要考慮事項の不考慮」も裁量権の逸脱濫用の理由として挙げている。すなわち、「X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、X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」(本件一審判決)、(本件職務命令違反の非違性を不当に重く扱う一方で)「他の具体的な事情を考慮することがなかった」(本件原審判決)という判示である。ただ、控訴審においてYは、この点につき、本件職務命令違反以外の他の事情(有利な事情も不利な事情も含む)も総合的に考慮したが、本件職務命令違反を特に重視したと主張している。筆者は、総合的考慮と特定の考慮事項の重視は矛盾するものではないと考えている(換言すれば、総合的考慮とは、すべての考慮事項を等価値なものとして考慮することを意味しない)。したがって、この点に関してはYの主張は説得的であると感じる。結局、本件職務命令違反の重視が合理的であるかという問題に行き着く。
- 4) 「社説 君が代判決 強制の追認でいいのか」朝日新聞2018年7月20日。

島根県立大学教授 岩本浩史