

日の丸・君が代に関する処分の裁量と限界

- ・ 最判平成24年1月16日平成23年(行ツ)236号
- ・ 最判平成24年1月16日平成23年(行ツ)242号
- ・ 最判平成24年1月16日平成23年(行ツ)263号

【事実】（3事件で概ね共通）

処分取消・損害賠償請求 → ← 処分・再雇用拒否
教職員Xら ————— 地方自治体Y
《伴奏拒否・不起立》

【各第一審】 処分は適法。

【各第二審】 処分は違法。

【各最高裁】 処分自体は合法。戒告処分までは裁量の範囲内。減給以上の処分については慎重な考慮が必要……他の行動により処分を複数回受けた者については合法だが、他の者は違法。

【問題点】

- ・ 各訴訟相互の関係……教職員側は立場ごとに異なる訴訟追行を意図……裁判所は事実上併合して審理
- ・ 処分の合法性と裁量の妥当性の範囲との関係……戒告と減給以上との差は？条例で明文の規定を設けた場合の妥当性の範囲は？合わせ技処分の妥当性は？
- ・ 予防訴訟との違い……現実の不利益をどう考えるか？（給与削減と再雇用拒否との違いは？）
- ・ 今後への影響……伴奏拒否、不起立は増えるか？減るか？

主文

1(1) 原判決のうち上告人X2の停職処分の取消請求に係る部分を破棄し、同部分につき第1審判決を取り消す。

(2) 東京都教育委員会が平成18年3月13日付けで上告人X2に対してした停職処分を取り消す。

2 原判決のうち上告人X2の損害賠償請求に係る部分を破棄し、同部分につき本件を東京高等裁判所に差し戻す。

3 上告人X1の上告を棄却する。

4 第1項に関する訴訟の総費用は被上告人の負担とし、前項に関する上告費用は上告人X1の負担とする。

理由

第1 本件の事実関係等の概要

1 本件は、東京都公立学校教員であり東京都の市立中学校又は東京都立養護学校の教員であった上告人らが、各所属校の卒業式又は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(以下「起立斉唱行為」ともいう。)を命ずる旨の各校長の職務命令に従わず起立しなかったところ(以下これを「不起立行為」ともいう。)、東京都教育委員会(以下「都教委」という。)からそれぞれ停職処分を受けたため、上記職務命令は違憲、違法であり上記各処分は違法であるなどとして、被上告人に対し、上記各処分の取消し及び国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めている事案である。

2 原審の適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1) 学校教育法(平成19年法律第96号による改正前のもの)38条及び学校教育法施行規則(平成19年文部科学省令第40号による改正前のもの)54条の2の規定に基づく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。以下同じ。)並びに同法43条及び同施行規則57条の2の規定に基づく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。以下同じ。)は、それぞれ、第4章第2C(1)において、「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、同章第3の3において、「特別活動」の「指導計画の作成と内容の取扱い」に

ついて、「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。また、学校教育法(平成18年法律第80号による改正前のもの)73条及び学校教育法施行規則(平成19年文部科学省令第5号による改正前のもの)73条の10の規定に基づく「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。以下、中学校学習指導要領及び高等学校学習指導要領と併せて「学習指導要領」という。)は、第4章において、「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」と定めている。

(2)ア 都教委の教育長は、平成15年10月23日付けで、東京都立高等学校及び東京都立養護学校等の各校長宛てに、「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)」(以下「本件通達」という。)を發した。その内容は、上記各校長に対し、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、式典会場の舞台壇上正面に国旗を掲揚し、教職員は式典会場の指定された席で国旗に向かって起立して国歌を斉唱し、その斉唱はピアノ伴奏等により行うなど、所定の実施指針のとおり行うものとする、③ 教職員がこれらの内容に沿った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等を通達するものであった。

イ 立川市教育委員会の教育長は、平成17年1月7日付けで、同市立小中学校の各校長宛てに、「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)」(以下「本件立川市通達」といい、本件通達と併せて「本件各通達」という。)を發した。その内容は、上記各校長に対し、上記ア①ないし③など本件通達と同内容の事項を通達するものであった。

(3)ア 上告人X1 は、昭和46年4月に東京都公立学校教員に任命され、平成16年4月1日から同18年3月31日まで立川市立A中学校(以下「A中学校」という。)に勤務していた。

同上告人は、平成18年3月15日、A中学校の校長から、本件立川市通達を踏まえ、平成17年度卒業式における国歌斉唱の際に起立斉唱行為を命ずる旨の職務命令を受けた。しかし、同上告人は、上記職務命令に従わず、同月17日に行われた同校の卒業式における国歌斉唱の際に起立しないで着席した。

都教委は、平成18年3月31日、同上告人に対し、後記イのとおり同上告人は従前も職務命令違反により懲戒処分等を受けてきたところ、同上告人の上記不起立行為は地方公務員法32条及び33条に違反し、同法29条1項各号に該当するとして、3月の停職処分をした。

イ 上告人X1 は、都教委から、上記停職処分を受けるまでに、次のとおり、5回の懲戒処分及び2回の訓告を受けていた。

平成6年4月25日、当時の所属校である八王子市立中学校の同年3月18日の卒業式において、校長が国旗を掲揚するのを妨害し、掲揚された国旗を引き降ろしたとして、給与1月の月額10分の1を減ずる減給処分を受けた。

平成7年11月16日、当時の所属校である八王子市立中学校における同年3月22日の朝の学級活動等の時間に、校長が卒業式において国旗を掲揚したことに抗議する内容の「職員会議の

決定を踏みにじった校長先生の行為を私は決して忘れはしないと題する印刷物を生徒に配布して読み上げるなどしたとして、文書による訓告を受けた。

平成11年8月30日、上記中学校の同年2月16日から同月19日にかけての家庭科の授業時間に、国旗や国歌に関する校長の指導があたかもオウム真理教と同じマインドコントロールされた命令と服従の指導であるなどと記載したプリントを配布し、職員会議の内容を生徒に示し、校長の学校運営方針を批判するに等しい授業を行ったとして、文書による訓告を受けた。

平成14年3月27日、八王子市教育委員会の指導主事による上記中学校における同上告人の授業の観察後に行われた同委員会の協議会への出席を命ずる旨の校長の職務命令に違反したとして、給与3月の月額10分の1を減ずる減給処分を受けた。

平成17年3月31日、A中学校の同月18日の卒業式において、国歌斉唱の際に起立斉唱行為及び司会から着席の指示があるまで起立していることを命ずる旨の職務命令を受けていたのに、国歌斉唱の際、一旦起立したが途中で着席し、その後に司会から起立してくださいと言われ一度起立したが再び着席したとして、給与6月の月額10分の1を減ずる減給処分を受けた。

同年5月27日、A中学校の同年4月7日の入学式において、上記と同じ内容の職務命令を受けていたのに、国歌斉唱の際に起立しなかったとして、1月の停職処分を受けた。

同年12月1日、上記不起立行為を契機に受講を命ぜられて同年7月21日に受講した服務事故再発防止研修において、日の丸、君が代強制反対と書かれたゼッケンを着用し、同研修の担当者から再三ゼッケンを取るよう言われたにもかかわらず、これを着用し続け、同研修の担当者に対し、ゼッケンを取るよとの発言を撤回せよ等の発言を繰り返すなどして、同研修の進行を妨げたとして、給与1月の月額10分の1を減ずる減給処分を受けた。

(4)ア 上告人X2 は、昭和50年4月に東京都公立学校教員に任命され、平成17年4月1日から同18年3月31日まで東京都立B養護学校に勤務していた。

同上告人は、平成18年1月20日、同校の校長から、本件通達を踏まえ、同校の同月25日の創立30周年記念式典における国歌斉唱の際に起立斉唱行為を命ずる旨の職務命令を受けた。しかし、同上告人は、上記職務命令に従わず、同日に行われた同記念式典における国歌斉唱の際に起立しなかった。

都教委は、平成18年3月13日、同上告人に対し、後記イのとおり同上告人は従前も職務命令違反により懲戒処分を受けてきたところ、同上告人の上記不起立行為は地方公務員法32条及び33条に違反し、同法29条1項各号に該当するとして、1月の停職処分をした。

イ 上告人X2 は、都教委から、上記停職処分を受けるまでに、次のとおり、過去の2年度に3回の卒業式等における不起立行為による懲戒処分を受けていた。

上告人X2 は、都教委から、① 平成16年4月6日、当時の所属校である東京都立養護学校の同年3月24日の卒業式における国歌斉唱の際に起立斉唱行為を命ずる旨の校長の職務命令に違反して起立しなかったとして、戒告処分を受け、② 同年5月25日、上記養護学校の同年4月6日の入学式における国歌斉唱の際に起立斉唱行為を命ずる旨の校長の職務命令に違反して起立しなかったとして、給与1月の月額10分の1を減ずる減給処分を受け、③ 同17年3月31日、

上記養護学校の同月16日の卒業式における国歌斉唱の際に起立斉唱行為を命ずる旨の校長の職務命令に違反して起立しなかったとして、給与6月の月額10分の1を減ずる減給処分を受けた。

(5) 都教委は、懲戒処分の量定の決定に際して、過去に非違行為を行い懲戒処分を受けたにもかかわらず再び同様の非違行為を行った場合には量定を加重するという処分量定の方針を採っており、上告人らに対する上記(3)ア及び(4)アの停職処分も、この方針に従って量定の加重がされたものである。

(6) 上告人らが上記(3)ア及び(4)アの起立斉唱行為を命ずる旨の職務命令(以下「本件職務命令」という。)に従わなかったのは、上告人らの歴史観ないし世界観等において、「君が代」や「日の丸」が過去の我が国において果たした役割が否定的評価の対象となることなどから、起立斉唱行為をすることは自らの歴史観ないし世界観等に反するもので、これをすることはできないと考えたことによるものであった。

3 原審は、本件職務命令は憲法19条等の憲法の規定に違反するものではなく違法であるとはいえないとした上で、上告人らが都教委からそれぞれ受けた停職処分は懲戒権者としての裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものではなく適法であるとして、上記各処分の取消し及び損害賠償請求を求める上告人らの請求をいずれも棄却すべきものとした。

第2 上告代理人和久田修ほかの上告理由について

1 上告理由のうち職務命令の憲法19条違反(同条違反に係る理由の不備・食違いを含む。)をいう部分について

原審の適法に確定した事実関係等の下において、本件職務命令が憲法19条に違反するものでないことは、当裁判所大法廷判決(最高裁昭和28年(オ)第1241号同31年7月4日大法廷判決・民集10巻7号785頁, 最高裁昭和44年(あ)第1501号同49年11月6日大法廷判決・刑集28巻9号393頁, 最高裁昭和43年(あ)第1614号同51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号615頁, 最高裁昭和44年(あ)第1275号同51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号1178頁)の趣旨に徴して明らかというべきである(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・民集65巻4号1855頁, 最高裁平成22年(行ツ)第54号同23年5月30日第二小法廷判決・民集65巻4号1780頁, 最高裁平成22年(行ツ)第314号同23年6月14日第三小法廷判決・民集65巻4号2148頁, 最高裁平成22年(行ツ)第372号同23年6月21日第三小法廷判決・裁判集民事237号53頁参照)。所論の点に関する原審の判断は是認することができ、原判決に所論の違法はない。論旨は採用することができない。

2 その余の上告理由について

論旨は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反をいうものであって、民訴法312条1項及び2項に規定する事由のいずれにも該当しない。

第3 上告代理人和久田修ほかの上告受理申立て理由書(2)記載の上告受理申立て理由について

1(1) 公務員に対する懲戒処分について、懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為

の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の上記行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきかを決定する裁量権を有しており、その判断は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合に、違法となるものと解される(最高裁昭和47年(行ツ)第52号同52年12月20日第三小法廷判決・民集31巻7号1101頁、最高裁昭和59年(行ツ)第46号平成2年1月18日第一小法廷判決・民集44巻1号1頁参照)。

(2)ア 本件において、上記(1)の諸事情についてみるに、不起立行為の性質、態様は、全校の生徒等の出席する重要な学校行事である卒業式等の式典において行われた教員による職務命令違反であり、当該行為は、その結果、影響として、学校の儀式的行事としての式典の秩序や雰囲気等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。

イ 他方、不起立行為の動機、原因は、当該教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ないし世界観等に由来する外部的行動とが相違することであり、個人の歴史観ないし世界観等に起因するものである。また、不起立行為の性質、態様は、上記アのような面がある一方で、積極的な妨害等の作為ではなく、物理的に式次第の遂行を妨げるものではない。そして、不起立行為の結果、影響も、上記アのような面がある一方で、当該行為のこのような性質、態様に鑑み、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(原審の認定によれば、本件では、具体的に当該卒業式又は記念式典の進行に支障が生じた事実は認められないとされている。)

2(1) 本件職務命令は、前記第2の1のとおり憲法19条に違反するものではなく、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(前掲最高裁平成23年6月6日第一小法廷判決等参照)、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ふことができ、このことに加え、前記1(2)アにおいてみた事情によれば、本件職務命令の違反に対し、学校の規律や秩序の保持等の見地から重きに失しない範囲で懲戒処分をすることは、基本的に懲戒権者の裁量権の範囲内に属する事柄といふことができると解される。

他方、同イにおいてみた事情によれば、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ものといえる。そして、停職処分は、処分それ自体によって教職員の法的地位に一定の期間における職務の停止及び給与の全額の不支給という直接の職務上及び給与上の不利益が及び、将来の昇給等にも相応の影響が及ぶ上、本件各通達を踏まえて毎年度2回以上の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ると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、

減給を超えて停職の処分を選択することが許容されるのは、過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為の前後における態度等(以下、併せて「過去の処分歴等」という。)に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の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解すべきである。したがって、不起立行為に対する懲戒において停職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、例えば過去の1、2年度に数回の卒業式等における不起立行為による懲戒処分の処分歴がある場合に、これのみをもって直ちにその相当性を基礎付けるには足りず、上記の場合に比べて過去の処分歴に係る非違行為がその内容や頻度等において規律や秩序を害する程度の相応に大きいものであるなど、過去の処分歴等が停職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。

(2) これを本件についてみるに、前記第1の2(4)イのとおり、上告人X2 については、都教委において、過去の懲戒処分の対象とされた非違行為と同様の非違行為を再び行った場合には量定を加重するという処分量定の方針に従い、過去に同様の非違行為による懲戒処分を繰り返し受けているとして、量定を加重して1月の停職処分がされたものである。しかし、過去の懲戒処分の対象は、いずれも不起立行為であって積極的に式典の進行を妨害する内容の非違行為は含まれておらず、いまだ過去2年度の3回の卒業式等に係るものとどまり、本件の不起立行為の前後における態度において特に処分の加重を根拠付けるべき事情もうかがわれないこと等に鑑みると、同上告人については、上記(1)において説示したところに照らし、学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から、なお停職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あったとは認め難いというべきである。そうすると、上記のように過去2年度の3回の卒業式等における不起立行為による懲戒処分を受けていることのみを理由に同上告人に対する懲戒処分として停職処分を選択した都教委の判断は、停職期間の長短にかかわらず、処分の選択が重きに失するものとして社会観念上著しく妥当を欠き、上記停職処分は懲戒権者としての裁量権の範囲を超えるものとして違法の評価を免れないと解するのが相当である。

(3) これに対し、前記第1の2(3)イのとおり、上告人X1 は、過去に、不起立行為以外の非違行為による3回の懲戒処分及び不起立行為による2回の懲戒処分を受け、前者のうち2回は卒業式における国旗の掲揚の妨害と引き降ろし及び服務事故再発防止研修における国旗や国歌の問題に係るゼッケン着用をめぐる抗議による進行の妨害といった積極的に式典や研修の進行を妨害する行為に係るものである上、更に国旗や国歌に係る対応につき校長を批判する内容の文書の生徒への配布等により2回の文書訓告を受けており、このような過去の処分歴に係る一連の非違行為の内容や頻度等に鑑みると、同上告人については、上記(1)において説示したところに照らし、学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から、停職期間(3月)の点を含めて停職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あったものと認められるというべきである。そうすると、上記のように同種の問題に関して規律や秩序を害する程度の大きい積極的な妨害行為を非違行為とする複数の懲戒処分を含む懲戒処分5

回及び上記内容の文書の配布等を非違行為とする文書訓告2回を受けていたことを踏まえて同上告人に対する懲戒処分において停職処分を選択した都教委の判断は、停職期間(3月)の点を含め、処分の選択が重きに失するものとして社会観念上著しく妥当を欠くものとはいえず、上記停職処分は懲戒権者として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と解するのが相当である。

3(1) 以上によれば、上告人X2 の停職処分が適法であるとして同上告人の請求をいずれも棄却すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。この点に関する論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原判決のうち同上告人の請求に係る部分は破棄を免れない。そして、同上告人の停職処分の取消請求は理由があるから、同部分につき第1審判決を取り消して上記請求を認容すべきであり、また、同上告人の損害賠償請求については、都教委の過失の有無、慰謝すべき損害の有無等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すのが相当である。

(2) 他方、以上によれば、上告人X1 の停職処分が適法であるとして同上告人の請求をいずれも棄却すべきものとした原審の判断は、是認することができ、原判決のうち同上告人の請求に係る部分に所論の違法はない。この点に関する論旨は採用することができない。なお、その余の上告受理申立て理由は、上告受理の決定において排除された。

第4 結論

以上のとおりであるから、原判決のうち上告人X2 の請求に係る部分を破棄し、同部分のうち、停職処分の取消請求に係る部分につき第1審判決を取り消して上記請求を認容し、損害賠償請求に係る部分につき本件を原審に差し戻すとともに、上告人X1 の上告を棄却することとする。

よって、裁判官宮川光治の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官櫻井龍子、同金築誠志の各補足意見がある。

裁判官櫻井龍子の補足意見は、次のとおりである。

1 事案の性格に鑑み、若干の補足意見を述べておきたい。

公務員の懲戒処分制度は、国民全体の奉仕者として公共の利益のために勤務することをその本質的な内容とする勤務関係の見地において、公務員としてふさわしくない非行がある場合に、その責任を確認し、公務員関係の秩序を維持するために課される制裁である(多数意見の引用するいわゆる神戸税関事件に係る最高裁昭和52年12月20日第三小法廷判決参照)。一方、懲戒処分は、職員にとってその身分や勤務条件に重大な不利益をもたらすものであるため、懲戒の事由、手続等があらかじめ法定、周知されているべきであるのみならず、公正原則、平等取扱い原則、比例原則などの公務員の服務に関する諸原則を踏まえ、個々の事案に即して謙抑的に行使されるべきものである。神戸税関事件に係る上記最高裁判決の判示は、このような公務員の懲戒制度の基本的枠組みを踏まえた上で、当該行政組織の秩序の維持、職員の服務に第一次的な責任を有する懲戒権者の裁量を尊重するという、司法判断の基本的スタンスを画したものである。したがって、同判決も述べるように、当該懲戒処分が社会観念上著しく妥当を欠き、当該懲戒権者がその裁量権を適切に行使しているとはいえない事案については、司法がこれに制約を

加えることが必要となるものである。

そこで、多数意見は、本件の懲戒処分のうち、過去の処分歴等を理由に量定を加重される処分（以下「加重処分」という。）については、過去の処分歴等が停職などの加重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して、過去の3回の不起立行為による処分歴のみを理由とする加重処分として課された停職処分を裁量権の範囲を超えるものと判断したものである。

2(1) 公務員の懲戒制度における処分の加重については、制度的に加重の在り方を定める法令上の根拠はないため、過去の処分歴等を個別事案の情状として考慮するのみとする考えも見られるところであり、加重処分そのものが裁量の範囲内といえるためには、懲戒の対象行為の態様や影響と加重処分による不利益の内容との権衡、公務秩序維持のための必要性などについて、上記に述べた懲戒処分制度の基本的枠組みを踏まえ、より慎重な判断が要求されるといわなければならない。

東京都（東京都教育委員会）における懲戒処分の処分量定については、入学式や卒業式等での国歌斉唱時における不起立という職務命令違反の行為に対し、1回目は戒告処分とし、2回目以降からは加重処分を行うこととし、2回目で減給1か月、3回目で減給6か月、4回目以降は停職処分にする方針が採られていることがうかがわれる。

(2) これらの懲戒処分のうち最も軽い戒告処分と、その上の減給処分の差は大きく、更にその上の停職処分との間には大きな差がある。戒告処分は、職員の規律違反の責任を確認してその将来を戒める処分であって、勤勉手当の減額という条例上の不利益や将来の昇給等への間接的な影響はあるものの、法律上は直接的な給与上ないし職務上の不利益を含む処分ではないのに対し、減給処分は、法律上の不利益として給与そのものが直接的に減額されるのみならず、その結果が期末手当、退職金、年金等にも影響するなど給与上の多大な不利益を伴う処分である。さらに、停職処分は、法律上の不利益として停職中の給与が全額支給されないことによる大きな給与上の不利益に加え、教師の場合は停職期間中教壇に立てないことについての本人の職務上の不利益も大きく（生徒への教育上の影響なども無視できない。）、極めて厳しい重大な処分であることが明らかである。したがって、東京都における上記(1)のような一律の加重処分の定め方、実際の機械的な適用は、そのこと自体が問題であるといわなければならない。また、懲戒の対象行為との関係における相当性が問題である。

本件の不起立行為は、既に多数意見の中で説示しているように、それぞれの行為者の歴史観等に起因してやむを得ず行うものであり、その結果式典の進行が遅れるなどの支障を生じさせる態様でもなく、また行為者も式典の妨害を目的にして行うものではない。不起立の時間も短く、保護者の一部に違和感、不快感を持つものがあるとしても、その後の教育活動、学校の秩序維持等に大きく影響しているという事実が認められているわけではない。

このような行為が繰り返し行われた場合に加重処分をすることは、それが相当性を欠くものでなければ許容されるものではあるものの、上記のように多大な給与上ないし職務上の不利益や影響をもたらす減給ないし停職の処分を前記(1)のように一律に機械的に加重処分として課すことは、

行為と不利益との権衡を欠き、社会観念上妥当とはいえないものというべきである。

3 さらに、本件が、さきに当小法廷が判示した起立斉唱に係る職務命令の合憲判断に関する判決(多数意見の引用する平成23年6月6日判決)に関係するものであるので、以下の点を付言しておきたい。

さきの上記判決において、多数意見は上記職務命令の合憲性を是認しつつ、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認めたものであり、そのことは、上記職務命令に従って起立斉唱することに自らの歴史観、世界観等との間で強い葛藤を感じる職員が存在することを踏まえたものといえ、処分対象者の多くは、そのような葛藤の結果、自らの信じるところに従い不起立行為を選択したものであろう。式典のたびに不起立を繰り返すということは、その都度、葛藤を経て、自らの信条と尊厳を守るためにやむを得ず不起立を繰り返すことを選択したものと見ることができる。前記2(1)の状況の下で、毎年必ず举行される入学式、卒業式等において不起立を行えば、次第に処分が加重され、2、3年もしないうちに戒告から減給、そして停職という形で不利益の程度が増していくことになるが、これらの職員の中には、自らの信条に忠実であればあるほど心理的に追い込まれ、上記の不利益の増大を受忍するか、自らの信条を捨てるかの選択を迫られる状態に置かれる者がいることを容易に推測できる。不起立行為それ自体が、これまで見たとおり、学校内の秩序を大きく乱すものとはいえないことに鑑みると、このように過酷な結果を職員個人にもたらす前記2(1)のような懲戒処分の加重量定は、法が予定している懲戒制度の運用の許容範囲に入るとは到底考えられず、法の許容する懲戒権の範囲を逸脱するものといわざるを得ない。

4 最後に、本件の紛争の特性に鑑みて付言するに、今後いたずらに不起立と懲戒処分の繰り返しが行われていく事態が教育の現場の在り方として容認されるものではないことを強調しておかなければならない。教育の現場においてこのような紛争が繰り返される状態を一日も早く解消し、これまでも増して自由で闊達な教育が実施されていくことが切に望まれるところであり、全ての関係者によってそのための具体的な方策と努力が真摯かつ速やかに尽くされていく必要があるものというべきである。

裁判官金築誠志の補足意見は、次のとおりである。

本件職務命令が憲法19条に違反しないとする多数意見に賛成する立場からこれに付加する私の意見は、多数意見の引用する最高裁平成23年6月6日第一小法廷判決において私の補足意見として述べたとおりである。

裁判官宮川光治の反対意見は、次のとおりである。

多数意見は、本件職務命令は憲法19条(思想及び良心の自由)に違反せず、また、上告人X1に対し停職処分をした都教委の判断は懲戒権者としての裁量権の範囲にあるとするが、私は、そのいずれについても同意できない。なお、上告人X2に対する停職処分を裁量権の範囲を超えるものとした結論には同意できるが、理由を異にする。

第1 本件職務命令の憲法適合性について

1 原審は、上告人らがそれぞれ所属校の各校長から受けた本件職務命令に従わなかったの

は、「君が代」や「日の丸」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の歴史観ないし世界観及び教育上の信念に基づくものであるという事実を、適法に確定している。そのように真摯なものである場合は、その行為は上告人らの思想及び良心の核心の表出であるか少なくともこれと密接に関連しているとみることができる。したがって、その行為は上告人らの精神的自由に関わるものとして、憲法上保護されなければならない。上告人らとの関係では、本件職務命令はいわゆる厳格な基準による憲法審査の対象となり、その結果、憲法19条に違反する可能性がある。このことは、多数意見が引用する最高裁平成23年6月6日第一小法廷判決における私の反対意見で述べたとおりである。なお、そこでは、国旗及び国歌に関する法律と学習指導要領が教職員に起立斉唱行為等を職務命令として強制することの根拠となるものではないこと、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、その意図は、前記歴史観等を有する教職員を念頭に置き、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ことにあるとみることができ、職務命令はこうした本件通達に基づいている旨を指摘した。本件では、さらに多数意見が指摘する「地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性」について、私の意見を付加しておくこととする。

2 上告人らは、地方公務員ではあるが、教育公務員であり、一般行政とは異なり、教育の目標に照らし、特別の自由が保障されている。すなわち、教育は、その目的を実現するため、学問の自由を尊重しつつ、幅広い知識と教養を身に付けること、真理を求める態度を養うこと、個人の価値を尊重して、その能力を伸ばし、創造性を培い、自主及び自律の精神を養うこと等の目標を達成するよう行われるものであり(教育基本法2条)、教育をつかさどる教員には、こうした目標を達成するために、教育の専門性を懸けた責任があるとともに、教育の自由が保障されているというべきである。もともと、普通教育においては完全な教育の自由を認めることはできないが、公権力によって特別の意見のみを教授することを強制されることがあってはならないのであり、他方、教授の具体的内容及び方法についてある程度自由な裁量が認められることについては自明のことであると思われる(最高裁昭和43年(あ)第1614号同51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号615頁参照)。上記のような目標を有する教育に携わる教員には、幅広い知識と教養、真理を求め、個人の価値を尊重する姿勢、創造性を希求する自律的精神の持ち主であること等が求められるのであり、上記のような教育の目標を考慮すると、教員における精神の自由は、取り分けて尊重されなければならないと考える。

個々の教員は、教科教育として生徒に対し国旗及び国歌について教育するという場合、教師としての専門的裁量の下で職務を適正に遂行しなければならない。したがって、「日の丸」や「君が代」の歴史や過去に果たした役割について、自由な創意と工夫により教授することができるが、その内容はできるだけ中立的に行うべきである。そして、式典において、教育の一環として、国旗掲揚、国歌斉唱が準備され、遂行される場合に、これを妨害する行為を行うことは許されない。しかし、そこまでであって、それ以上に生徒に対し直接に教育するという場を離れた場面においては、自らの思想及び良心の核心に反する行為を求められることはないというべきである。音楽専科の教員についても、同様である。

このように、私は、上告人らは、地方公務員であっても、教育をつかさどる教員であるからこそ、一般行政に携わる者とは異なって、自由が保障されなければならない側面があると考えているのである。

3 以上のとおり、上告人らの上告理由のうち本件職務命令が憲法19条違反をいう部分は理由がある。

第2 懲戒処分の裁量審査について

1 多数意見は、本件職務命令の違反を理由として、重きに失しない範囲で懲戒処分をすることは、基本的に懲戒権者の裁量権の範囲にあるという。そこで、私も、本件職務命令の憲法適合性に関する判断を留保し、また、本件の懲戒処分自体も憲法19条に違反する可能性があるが、その判断を留保し、その上で、懲戒処分の裁量審査に関し、私の反対意見を述べる。私は、上告人らの不起立行為について、職務命令違反を理由として、懲戒処分を科することは相当でないと考えている。以下、2において考慮すべき諸事情のうち上告人らの行為の原因、動機及び行為の態様と法益の侵害の程度について述べ、3において本件では不起立行為に対する懲戒処分は、仮に戒告処分であっても、実質的にみると重い不利益処分であることを指摘し、4において他の非違行為に対する処分及び他地域の処分例と比較すると不公正であることを述べる。

2 上告人らの不起立行為は、「日の丸」や「君が代」は軍国主義や戦前の天皇制絶対主義のシンボルであり平和主義や国民主権とは相容れないと考える歴史観ないし世界観、及び人権の尊重や自主的に思考することの大切さを強調する教育実践を続けてきた教育者としての教育上の信念に起因するものであり、その動機は真摯であり、いわゆる非行・非違行為とは次元を異にする。また、他の職務命令違反と比較しても、違法性は顕著に希薄である。

上告人らが抱いている歴史観等は、ひとり上告人ら独自のものではなく、我が国社会において、人々の間に一定の広がりをもつ、共感が存在している。また、原審も指摘しているが、憲法学などの学説及び日本弁護士連合会等の法律家団体においては、式典において「君が代」を起立して斉唱すること及びピアノ伴奏をすることを職務命令により強制することは憲法19条等に違反するという見解が大多数を占めていると思われる。確かに、この点に関して最高裁は異なる判断を示したが、こうした議論状況は一朝には変化しないであろう。

上告人らの不起立行為は消極的不作為にすぎないのであって、式典を妨害する等の積極的行為を含まず、したがって、式典の円滑な遂行に物理的支障をいささかも生じさせていない。法益の侵害はほとんどない。

3 仮に戒告処分であっても、その処分が上告人らに与える不利益については過小評価されるべきではないと思われる。確かに、戒告処分は法の定める懲戒処分の中では最も軽いだが、処分を受けると、履歴に残り、勤勉手当は当該支給期間(半年間)において10%の割合で減額され、昇給が少なくとも3か月延伸される可能性があり、その延伸によりひいては、退職金や年金支給額への影響もあり得る。そして、東京都の教職員は定年退職後に再雇用を希望するとほぼ例外なく再雇用されているが、戒告処分を受けるとその機会を事実上失い、合格通知を受けていた者も合格は取り消されるのが通例であることがうかがわれる。

都教委は、不起立行為をした教職員に対し、おおむね1回目は戒告処分、2回目は1か月間月額給与10分の1を減ずる減給処分、3回目は6か月間月額給与10分の1を減ずる減給処分、4回目は停職1か月の停職処分等という基準で懲戒処分を行っていることがうかがわれる。毎年度2回以上の卒業式や入学式等の式典のたびに懲戒処分が累積加重されるのであるから、短期間で反復継続的に不利益が拡大していくのである。戒告処分がひとたびなされると、こうした累積処分が機械的にスタートする。

以上のとおり、実質的にみると、本件では、戒告処分は、相当に重い不利益処分であるというべきである。

4 教職員の主な非行に対する標準的な処分量定(東京都教育長決定)に列挙されている非行の大半は、刑事罰の対象となる行為や性的非行であり、量定上それらに関しても戒告処分にとどまる例が少なくないと思われる。原審は、別件判決(東京高等裁判所平成21年(行コ)第181号同23年3月10日判決)において、体罰、交通事故、セクハラ、会計事故等の服務事故について都教委の行った処分等の実績をみると、平成16年から18年度において、懲戒処分を受けた者が205人(うち戒告が74人)であるのに対し、文書訓告又は口頭注意といった事実上の措置を受けた者が397人、指導等を受けた者が279人となっており、服務事故(非違行為)と認められた者のうち懲戒処分を受けたのは4分の1にも満たないとし、これによれば、戒告処分であっても、一般的には、非違行為の中でもかなり情状の悪い場合にのみ行われるものといえることができるとしている。

さらに、不起立行為に関する懲戒処分の状況を全国的にみると、懲戒処分まで行っている地域は少なく、例えば神奈川県や千葉県では、不起立行為があっても、またそれが繰り返されていても、懲戒処分はされていないことがうかがわれる。

このように比較すると、戒告処分であっても過剰に過ぎ、比例原則に反するというべきである。

5 以上を総合すると、多数意見がいう不起立行為の性質、態様、影響を前提としても、不起立行為という職務命令違反行為に対しては、口頭又は文書による注意や訓告により責任を問い戒めることが適切であり、これらにとどめることなくたとえ戒告処分であっても懲戒処分を科すことは、重きに過ぎ、社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものであって、是認することはできない。

上告人X2は最初の不起立行為で戒告処分を受け、二度目、三度目の不起立行為で減給処分を受け、本件四度目の不起立行為で1月の停職処分がされたものであるところ、多数意見は、なお停職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あったとは認め難いとして、上記停職処分は裁量権の範囲を超えると判断している。その結論に関しては、同意できるが、私は、上記のとおり、消極的不作為にすぎない不起立行為が繰り返されたとしても、これにたとえ戒告処分であっても懲戒処分を科すことは、懲戒権者の裁量権の範囲を逸脱すると考えるので、上記停職処分は当然に是認できない。

上告人X1の平成6年から平成17年の処分歴に係る一連の非違行為の内容や態度には一部許されないものがあるが、本件は、単なる不起立行為にすぎないのであるから、これにたとえ戒告

処分であっても懲戒処分を科すことは、懲戒権者の裁量権の範囲を逸脱すると考えるので、停職処分(3月)は是認できない。

(裁判長裁判官 金築誠志 裁判官 宮川光治 裁判官 櫻井龍子 裁判官 横田尤孝 裁判官 白木勇)

c 2012 Westlaw Japan K.K., all rights reserved

主文

- 1 平成23年(行ツ)第263号上告人らの上告を棄却する。
- 2 原判決のうち平成23年(行ヒ)第294号被上告人X4以外の同号被上告人らの戒告処分の取消請求に係る部分を破棄する。
- 3 前項の部分につき、平成23年(行ヒ)第294号被上告人X4以外の同号被上告人らの控訴を棄却する。
- 4 平成23年(行ヒ)第294号上告人のその余の上告を棄却する。
- 5 第1項の部分に関する上告費用は、平成23年(行ツ)第263号上告人らの負担とし、第2項及び第3項の部分に関する控訴費用及び上告費用は、平成23年(行ヒ)第294号被上告人X4以外の同号被上告人らの負担とし、前項の部分に関する上告費用は、同号上告人の負担とする。

理由

第1 本件の事実関係等の概要

1 本件は、東京都立高等学校又は東京都立養護学校の教職員であった平成23年(行ツ)第263号上告人及び同年(行ヒ)第294号被上告人(以下、双方を兼ねる者を含め、「第1審原告」ともいう。)らが、各所属校の卒業式、入学式又は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(以下「起立斉唱行為」ともいう。)又は国歌のピアノ伴奏を行うこと(以下「伴奏行為」ともいう。)を命ずる旨の各校長の職務命令に従わなかったところ、東京都教育委員会(以下「都教委」という。)からそれぞれ懲戒処分(1名は減給処分、その余は戒告処分)を受けたため、上記職務命令は違憲、違法であり上記各処分は違法であるなどとして、平成23年(行ツ)第263号被上告人・同年(行ヒ)第294号上告人(以下「第1審被告」ともいう。)に対し、上記各処分の取消し及び国家賠償法1条1項に基づく損害賠償(ただし、第1審原告X2は上記損害賠償のみ)を求めている事案である。

2 原審の適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1) 学校教育法(平成19年法律第96号による改正前のもの)43条及び学校教育法施行規則(平成19年文部科学省令第40号による改正前のもの)57条の2の規定に基づく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。以下同じ。)は、第4章第2C(1)において、「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、同章第3の3において、「特別活動」の「指導計画の作成と内容の取扱い」について、「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。また、学校教育法(平成18年法律第80号による改正前のもの)73条及び学校教育法施行規則(平成19年文部科学省令第5号による改正前のもの)73条の10の規定に基づく「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。以下、高等学校学習指導要領と併せて「学習指導要領」という。)は、第4章において、「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」と定めている。

(2) 都教委の教育長は、平成15年10月23日付けで、東京都立高等学校及び東京都立養護学校等の各校長宛てに、「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)」(以下「本件通達」という。)を發した。その内容は、上記各校長に対し、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、式典会場の舞台壇上正面に国旗を掲揚し、教職員は式典会場の指定された席で国旗に向かって起立して国歌を斉唱し、その斉唱はピアノ伴奏等により行うなど、所定の実施指針のとおり行うものとする、③ 教職員がこれらの内容に沿った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等を通達するものであった。

(3)ア 平成15年10月頃ないし同16年5月頃の当時、第1審原告らは、それぞれ、第1審判決別紙処分一覧表「所属校」欄記載の東京都立高等学校又は東京都立養護学校に勤務する教職員であった。

本件通達が発出された後、第1審原告らの所属校の各校長は、平成15年11月8日から同16年4月9日までに各所属校において行われた平成15年度の卒業式、平成16年度の入学式又は平成15年度の記念式典(創立周年記念式典等)に先立ち、音楽科の教員であった第1審原告X5及び同X6 に対しては国歌斉唱の際に伴奏行為を命ずる旨の職務命令を、その余の第1審原告らに対しては国歌斉唱の際に起立斉唱行為を命ずる旨の職務命令をそれぞれ發した(以下、これらの職務命令を併せて「本件職務命令」という。)

イ 第1審原告らは、上記の卒業式や入学式等の式典において、本件職務命令に従わず、第1審原告X5 及び同X6 は国歌斉唱時に伴奏行為を行わず(以下「伴奏拒否」という。)、第1審原告X7、同X8 及び同X9 は式場に入場せず、第1審原告X10 は卒業式に出席せず、第1審原告X11 は国歌斉唱の途中で着席し、第1審原告X12 及び同X13 は国歌斉唱の際に式場から退席し、第1審原告X14 は一度起立したがすぐに着席してその後起立せず、第1審原告X4 を含むその余の第1審原告らは国歌斉唱の際に起立しなかった(以下、伴奏拒否以外のこれらの行為を「不起立行為」といい、伴奏拒否と併せて「不起立行為等」という。)

ウ 都教委は、平成16年2月17日、同年3月30日、同月31日、同年4月6日及び同年5月25日、第1審原告X4 を除くその余の第1審原告らに対し、各所属校の平成15年度の卒業式若しく

は平成16年度の入学式又は平成15年度の記念式典における不起立行為等(第1審原告X5及び同X6については伴奏拒否,その余の第1審原告らについては不起立行為)はそれぞれ地方公務員法32条及び33条に違反するとして,戒告処分をした。これらの第1審原告らには,過去に同種の行為による懲戒処分等の処分歴はなかった。

エ また,都教委は,平成16年4月6日,第1審原告X4に対し,その所属する養護学校の平成15年度の卒業式における不起立行為は地方公務員法32条及び33条に違反するとして,給与1月の月額10分の1を減ずる減給処分をした。同第1審原告について戒告処分ではなく減給処分がされたのは,平成14年4月9日に行われた平成14年度入学式の際の服装及びその後の事実確認に関する校長の職務命令に従わなかったことが地方公務員法32条及び33条に違反するとして同年11月6日に戒告処分を受けていたことを踏まえ,過去に非違行為を行い懲戒処分を受けたにもかかわらず再び同様の非違行為を行った場合には量定を加重するという処分量定の方針によるものであった。

(4) 第1審原告らが本件職務命令に従わなかったのは,第1審原告らの歴史観ないし世界観等において,「君が代」や「日の丸」が過去の我が国において果たした役割が否定的評価の対象となることなどから,起立斉唱行為や伴奏行為をすることは自らの歴史観ないし世界観等に反するもので,これを行うことはできないと考えたことによるものであった。

(5) なお,東京都立学校の教職員については,学校職員の給与に関する条例(昭和31年東京都条例第68号)の委任を受けた学校職員の勤勉手当に関する規則(昭和54年東京都教育委員会規則第16号。平成18年東京都教育委員会規則第3号による改正前のもの)4条により,戒告処分は勤勉手当の減額事由とされ,支給期間において戒告処分を受けた教職員は,当該支給期間(半年間)における所定の支給割合による支給額から10%の割合で勤勉手当を減額されるものとされていた。

3 原審は,本件職務命令は憲法19条等の憲法の規定に違反するものではなく違法であるとはいえないとした上で,第1審原告らが都教委からそれぞれ受けた戒告処分及び減給処分は懲戒権者としての裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものとして違法であるとして,第1審原告X2以外の第1審原告らの上記各処分の取消請求をいずれも認容すべきものとし,同第1審原告らが上記各処分を受けたことにより被った精神的損害はこれらが取り消されることをもって慰謝されるなどとして,第1審原告らの損害賠償請求をいずれも棄却すべきものとした。

第2 平成23年(行ツ)第263号上告代理人尾山宏ほかの上告理由について

1 上告理由のうち職務命令の憲法19条違反(同条違反に係る理由の不備・食違いを含む。)をいう部分について

原審の適法に確定した事実関係等の下において,本件職務命令が憲法19条に違反するものでないことは,当裁判所大法廷判決(最高裁昭和28年(オ)第1241号同31年7月4日大法廷判決・民集10巻7号785頁,最高裁昭和44年(あ)第1501号同49年11月6日大法廷判決・刑集28巻9号393頁,最高裁昭和43年(あ)第1614号同51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号615頁,最高裁昭和44年(あ)第1275号同51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号1178頁)の

趣旨に徴して明らかというべきである(起立斉唱行為に係る職務命令につき、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・民集65巻4号1855頁、最高裁平成22年(行ツ)第54号同23年5月30日第二小法廷判決・民集65巻4号1780頁、最高裁平成22年(行ツ)第314号同23年6月14日第三小法廷判決・民集65巻4号2148頁、最高裁平成22年(行ツ)第372号同23年6月21日第三小法廷判決・裁判集民事237号53頁参照。伴奏行為に係る職務命令につき、最高裁平成16年(行ツ)第328号同19年2月27日第三小法廷判決・民集61巻1号291頁参照)。所論の点に関する原審の判断は是認することができ、原判決に所論の違法はない。論旨は採用することができない。

2 その余の上告理由について

論旨は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反をいうもの又はその前提を欠くものであって、民訴法312条1項及び2項に規定する事由のいずれにも該当しない。

第3 平成23年(行ヒ)第294号上告代理人石津廣司ほかの上告受理申立て理由について

1(1) 公務員に対する懲戒処分について、懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の上記行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきかを決定する裁量権を有しており、その判断は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合に、違法となるものと解される(最高裁昭和47年(行ツ)第52号同52年12月20日第三小法廷判決・民集31巻7号1101頁、最高裁昭和59年(行ツ)第46号平成2年1月18日第一小法廷判決・民集44巻1号1頁参照)。

(2)ア 本件において、上記(1)の諸事情についてみるに、不起立行為等の性質、態様は、全校の生徒等の出席する重要な学校行事である卒業式等の式典において行われた教職員による職務命令違反であり、当該行為は、その結果、影響として、学校の儀式的行事としての式典の秩序や雰囲気や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。

イ 他方、不起立行為等の動機、原因は、当該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ないし世界観等に由来する外部的行動とが相違することであり、個人の歴史観ないし世界観等に起因するものである。また、不起立行為等の性質、態様は、上記アのような面がある一方で、積極的な妨害等の作為ではなく、物理的に式次第の遂行を妨げるものではない。そして、不起立行為等の結果、影響も、上記アのような面がある一方で、当該行為のこのような性質、態様に鑑み、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(原審によれば、本件では、具体的に卒業式等が混乱したという事実は主張立証されていないとされている。)

2(1) 本件職務命令は、前記第2の1のとおり憲法19条に違反するものではなく、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(前掲最高裁平成23年6月6日第一小法廷判決等参照)、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。このことに加え、前記1(2)アにおいてみた事情によれば、本件職務命令の違反に対し、教職員の規律違反の責任を確認してその将来を戒める処分である戒告処分をすることは、学校の規律や秩序の保持等の見地からその相当性が基礎付けられるものであって、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ことも併せ考慮すると、将来の昇給等への影響や前記第1の2(5)の本件における条例及び規則による勤勉手当への影響を勘案しても、過去の同種の行為による懲戒処分等の処分歴の有無等にかかわらず、基本的に懲戒権者の裁量権の範囲内に属する事柄といえることができると解される。前記1(2)イにおいてみた事情に関しては、不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについて、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮を必要とする事情であるとはいえるものの、このことを勘案しても、本件職務命令の違反に対し懲戒処分の中で最も軽い戒告処分をすることが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるとは解し難い。また、本件職務命令の違反に対し1回目の違反であることに鑑みて訓告や指導等にとどめることなく戒告処分をすることに関しては、これを裁量権の範囲内における不当の問題として論ずる余地はあり得るとしても、その一事をもって直ちに裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として違法の問題を生ずるとまではいい難い。なお、原審は、本件職務命令の合憲性を否定する有力な見解があったことを指摘するが、その合憲性については前記第2のとおりであって、その他原審の指摘する事情はいずれも上記の判断を左右するものとはいえない。

(2) 以上によれば、本件職務命令の違反を理由として、第1審原告らのうち過去に同種の行為による懲戒処分等の処分歴のない者に対し戒告処分をした都教委の判断は、社会観念上著しく妥当を欠くものとはいえず、上記戒告処分は懲戒権者として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と解するのが相当である。

3(1) 他方、前示のように、前記1(2)イにおいてみた事情によれば、不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となるものといえる。そして、減給処分は、処分それ自体によって教職員の法的地位に一定の期間における本給の一部の不支給という直接の給与上の不利益が及び、将来の昇給等にも相応の影響が及ぶ上、本件通達を踏まえて毎年度2回以上の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ると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等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、過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為等の前後における態度等(以下、併せて「過去の処分歴等」という。)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解すべきである。したがって、不起立行為等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、例えば過去の1回の卒業式等における不起立行為等による懲戒処分の処分歴がある場合に、これのみをもって直ちにその相当性を基礎付けるには足りず、上記の場合に比べて過去の処分歴に係る非違行為がその内容や頻度等において規律や秩序を害する程度の相応に大きいものであるなど、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。

(2) これを本件についてみるに、前記第1の2(3)エのとおり、第1審原告X4 については、都教委において、過去の懲戒処分の対象とされた非違行為と同様の非違行為を再び行った場合には量定を加重するという処分量定の方針に従い、過去に同様の非違行為による戒告処分を受けているとして、量定を加重して減給処分がされたものである。しかし、過去の懲戒処分の対象は、約2年前に入学式の際の服装及びその後の事実確認に関する校長の職務命令に違反した行為であって積極的に式典の進行を妨害する行為ではなく、当該1回のみに限られており、本件の不起立行為の前後における態度において特に処分の加重を根拠付けるべき事情もうかがわれないうこと等に鑑みると、同第1審原告については、上記(1)において説示したところに照らし、学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から、なお減給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あったとまでは認め難いというべきである。そうすると、上記のように過去に入学式の際の服装等に係る職務命令違反による戒告1回の処分歴があることのみを理由に同第1審原告に対する懲戒処分として減給処分を選択した都教委の判断は、減給の期間の長短及び割合の多寡にかかわらず、処分の選択が重きに失するものとして社会観念上著しく妥当を欠き、上記減給処分は懲戒権者としての裁量権の範囲を超えるものとして違法の評価を免れないと解するのが相当である。

4(1) 以上によれば、第1審原告X4 及び同X2 以外の第1審原告らの戒告処分の取消請求を認容すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。この点に関する論旨は理由があり、原判決のうち上記請求に係る部分は破棄を免れない。

(2) 他方、以上によれば、第1審原告X4 の減給処分が違法であるとして同第1審原告の同処分の取消請求を認容すべきものとした原審の判断は、是認することができ、原判決のうち上記請求に係る部分に所論の違法はない。この点に関する論旨は採用することができない。

第4 結論

以上のとおりであるから、平成23年(行ツ)第263号上告人らの上告を棄却するとともに、原判決のうち平成23年(行ヒ)第294号被上告人X4 以外の同号被上告人らの戒告処分の取消請求に係る部分を破棄し、同部分につき同被上告人らの控訴を棄却することとし、同号上告人のその余の上告を棄却することとする。

よって、裁判官宮川光治の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官櫻井龍子、同金築誠志の各補足意見がある。

裁判官櫻井龍子の補足意見は、次のとおりである。

1 事案の性格に鑑み、若干の補足意見を述べておきたい。

公務員の懲戒処分制度は、国民全体の奉仕者として公共の利益のために勤務することをその本質的な内容とする勤務関係の見地において、公務員としてふさわしくない非行がある場合に、その責任を確認し、公務員関係の秩序を維持するために課される制裁である(多数意見の引用するいわゆる神戸税関事件に係る最高裁昭和52年12月20日第三小法廷判決参照)。一方、懲戒処分は、職員にとってその身分や勤務条件に重大な不利益をもたらすものであるため、懲戒の事由、手続等があらかじめ法定、周知されているべきであるのみならず、公正原則、平等取扱原則、比例原則などの公務員の服務に関する諸原則を踏まえ、個々の事案に即して謙抑的に行使されるべきものである。神戸税関事件に係る上記最高裁判決の判示は、このような公務員の懲戒制度の基本的枠組みを踏まえた上で、当該行政組織の秩序の維持、職員の服務に第一次的な責任を有する懲戒権者の裁量を尊重するという、司法判断の基本的スタンスを画したものと見える。したがって、同判決も述べるように、当該懲戒処分が社会観念上著しく妥当を欠き、当該懲戒権者がその裁量権を適切に行使しているとはいえない事案については、司法がこれに制約を加えることが必要となるものである。

そこで、多数意見は、本件の懲戒処分のうち、戒告処分については適法と認められるが、過去の処分歴等を理由に量定を加重される処分(以下「加重処分」という。)については、過去の処分歴等が減給などの加重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して、過去の1回の不起立行為と同様の行為による処分歴のみを理由とする加重処分として課された減給処分を裁量権の範囲を超えるものと判断したものである。

2(1) 公務員の懲戒制度における処分の加重については、制度的に加重の在り方を定める法令上の根拠はないため、過去の処分歴等を個別事案の情状として考慮するのみとする考えも見られるところであり、加重処分そのものが裁量の範囲内といえるためには、懲戒の対象行為の態様や影響と加重処分による不利益の内容との権衡、公務秩序維持のための必要性などについて、上記に述べた懲戒処分制度の基本的枠組みを踏まえ、より慎重な判断が要求されるといわなければならない。

東京都(東京都教育委員会)における懲戒処分の処分量定については、入学式や卒業式等での国歌斉唱時における不起立(ピアノ伴奏の拒否を含む。本意見において以下同じ。)という職務命令違反の行為に対し、1回目は戒告処分とし、2回目以降からは加重処分を行うこととし、2回目で減給1か月、3回目で減給6か月、4回目以降は停職処分にする方針が採られていることがうかがわれる。

(2) これらの懲戒処分のうち最も軽い戒告処分と、その上の減給処分の差は大きく、更にその上の停職処分との間には大きな差がある。戒告処分は、職員の規律違反の責任を確認してその将来を戒める処分であって、勤勉手当の減額という条例上の不利益や将来の昇給等への間接的な影響はあるものの、法律上は直接的な給与上ないし職務上の不利益を含む処分ではないのに対し、減給処分は、法律上の不利益として給与そのものが直接的に減額されるのみならず、その結果が期末手当、退職金、年金等にも影響するなど給与上の多大な不利益を伴う処分である。さ

らに、停職処分は、法律上の不利益として停職中の給与が全額支給されないことによる大きな給与上の不利益に加え、教師の場合は停職期間中教壇に立てないことについての本人の職務上の不利益も大きく(生徒への教育上の影響なども無視できない。)、極めて厳しい重大な処分であることが明らかである。したがって、東京都における上記(1)のような一律の加重処分の定め方、実際の機械的な適用は、そのこと自体が問題であるといわなければならない、また、懲戒の対象行為との関係における相当性が問題である。

本件の不起立行為は、既に多数意見の中で説示しているように、それぞれの行為者の歴史観等に起因してやむを得ず行うものであり、その結果式典の進行が遅れるなどの支障を生じさせる態様でもなく、また行為者も式典の妨害を目的にして行うものではない。不起立の時間も短く、保護者の一部に違和感、不快感を持つものがあるとしても、その後の教育活動、学校の秩序維持等に大きく影響しているという事実が認められているわけではない。

このような行為が繰り返し行われた場合に加重処分をすることは、それが相当性を欠くものでなければ許容されるものではあるものの、上記のように多大な給与上ないし職務上の不利益や影響をもたらす減給ないし停職の処分を前記(1)のように一律に機械的に加重処分として課すことは、行為と不利益との権衡を欠き、社会観念上妥当とはいえない難いものというべきである。

3 さらに、本件が、さきに当小法廷が判示した起立斉唱に係る職務命令の合憲判断に関する判決(多数意見の引用する平成23年6月6日判決)に関係するものであるので、以下の点を付言しておきたい。

さきの上記判決において、多数意見は上記職務命令の合憲性を是認しつつ、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認めたものであり、そのことは、上記職務命令に従って起立斉唱することに自らの歴史観、世界観等との間で強い葛藤を感じる職員が存在することを踏まえたものといえ、処分対象者の多くは、そのような葛藤の結果、自らの信じるところに従い不起立行為を選択したものであろう。式典のたびに不起立を繰り返すということは、その都度、葛藤を経て、自らの信条と尊厳を守るためにやむを得ず不起立を繰り返すことを選択したものと見ることができる。前記2(1)の状況の下で、毎年必ず举行される入学式、卒業式等において不起立を行えば、次第に処分が加重され、2、3年もしないうちに戒告から減給、そして停職という形で不利益の程度が増していくことになるが、これらの職員の中には、自らの信条に忠実であればあるほど心理的に追い込まれ、上記の不利益の増大を受忍するか、自らの信条を捨てるかの選択を迫られる状態に置かれる者がいることを容易に推測できる。不起立行為それ自体が、これまで見たとおり、学校内の秩序を大きく乱すものとはいえないことに鑑みると、このように過酷な結果を職員個人にもたらす前記2(1)のような懲戒処分の加重量定は、法が予定している懲戒制度の運用の許容範囲に入るとは到底考えられず、法の許容する懲戒権の範囲を逸脱するものといわざるを得ない。

4 最後に、本件の紛争の特性に鑑みて付言するに、今後いたずらに不起立と懲戒処分の繰り返しが行われていく事態が教育の現場の在り方として容認されるものではないことを強調しておかなければならない。教育の現場においてこのような紛争が繰り返される状態を一日も早く解消し、

これまでも増して自由で闊達な教育が実施されていくことが切に望まれるところであり、全ての関係者によってそのための具体的な方策と努力が真摯かつ速やかに尽くされていく必要があるものというべきである。

裁判官金築誠志の補足意見は、次のとおりである。

本件職務命令が憲法19条に違反しないとする多数意見に賛成する立場からこれに付加する私の意見は、多数意見の引用する最高裁平成23年6月6日第一小法廷判決において私の補足意見として述べたとおりである。

裁判官宮川光治の反対意見は、次のとおりである。

多数意見は、本件職務命令は憲法19条(思想及び良心の自由)に違反せず、また、第1審原告X4を除くその余の第1審原告らに対し戒告処分をした都教委の判断は懲戒権者としての裁量権の範囲にあるとするが、私は、そのいずれについても同意できない。なお、第1審原告X4に対する減給処分を裁量権の範囲を超えるものとした結論には同意できるが、理由を異にする。

第1 本件職務命令の憲法適合性について

1 原審は、第1審原告らがそれぞれ所属校の各校長から受けた本件職務命令に従わなかったのは、「君が代」や「日の丸」が過去の我が国において果たした役割に関わる第1審原告らの歴史観ないし世界観及び教育上の信念に基づくものであるという事実を、適法に確定している。そのように真摯なものである場合は、その行為は第1審原告らの思想及び良心の核心の表出であるか少なくともこれと密接に関連しているとみることができる。したがって、その行為は第1審原告らの精神的自由に関わるものとして、憲法上保護されなければならない。第1審原告らとの関係では、本件職務命令はいわゆる厳格な基準による憲法審査の対象となり、その結果、憲法19条に違反する可能性がある。このことは、多数意見が引用する最高裁平成23年6月6日第一小法廷判決における私の反対意見で述べたとおりである。なお、そこでは、国旗及び国歌に関する法律と学習指導要領が教職員に起立斉唱行為等を職務命令として強制することの根拠となるものではないこと、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、その意図は、前記歴史観等を有する教職員を念頭に置き、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ことにあるとみることができ、職務命令はこうした本件通達に基づいている旨を指摘した。本件では、さらに多数意見が指摘する「地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性」について、私の意見を付加しておくこととする。

2 第1審原告らは、地方公務員ではあるが、教育公務員であり、一般行政とは異なり、教育の目標に照らし、特別の自由が保障されている。すなわち、教育は、その目的を実現するため、学問の自由を尊重しつつ、幅広い知識と教養を身に付けること、真理を求める態度を養うこと、個人の価値を尊重して、その能力を伸ばし、創造性を培い、自主及び自律の精神を養うこと等の目標を達成するよう行われるものであり(教育基本法2条)、教育をつかさどる教員には、こうした目標を達成するために、教育の専門性を懸けた責任があるとともに、教育の自由が保障されているというべきである。もっとも、普通教育においては完全な教育の自由を認めることはできないが、公権力

によって特別の意見のみを教授することを強制されることがあってはならないのであり、他方、教授の具体的内容及び方法についてある程度自由な裁量が認められることについては自明のことであると思われる(最高裁昭和43年(あ)第1614号同51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号615頁参照)。上記のような目標を有する教育に携わる教員には、幅広い知識と教養、真理を求め、個人の価値を尊重する姿勢、創造性を希求する自律的精神の持ち主であること等が求められるのであり、上記のような教育の目標を考慮すると、教員における精神の自由は、取り分けて尊重されなければならないと考える。

個々の教員は、教科教育として生徒に対し国旗及び国歌について教育するという場合、教師としての専門的裁量の下で職務を適正に遂行しなければならない。したがって、「日の丸」や「君が代」の歴史や過去に果たした役割について、自由な創意と工夫により教授することができるが、その内容はできるだけ中立的に行うべきである。そして、式典において、教育の一環として、国旗掲揚、国歌斉唱が準備され、遂行される場合に、これを妨害する行為を行うことは許されない。しかし、そこまでであって、それ以上に生徒に対し直接に教育するという場を離れた場面においては、自らの思想及び良心の核心に反する行為を求められることはないというべきである。音楽専科の教員についても、同様である。

このように、私は、第1審原告らは、地方公務員であっても、教育をつかさどる教員であるからこそ、一般行政に携わる者とは異なって、自由が保障されなければならない側面があると考えているのである。

3 以上のとおり、第1審原告らの上告理由のうち本件職務命令が憲法19条違反をいう部分は理由がある。

第2 懲戒処分 of 裁量審査について

1 多数意見は、本件職務命令の違反を理由として、過去に同種の行為による懲戒処分等の処分歴のない第1審原告らに対してなされた戒告処分(以下「本件戒告処分」という。)は、懲戒権者としての裁量権の範囲を超え又はこれを濫用したものとはいえないという。そこで、私も、本件職務命令の憲法適合性に関する判断を留保し、また、本件戒告処分自体も憲法19条に違反する可能性があるが、その判断を留保し、その上で、本件の懲戒処分に係る裁量審査に関し、私の反対意見を述べる。以下、2において考慮すべき諸事情のうち第1審原告らの行為の原因、動機及び行為の態様と法益の侵害の程度について述べ、3において本件では戒告処分は実質的にみると重い不利益処分であることを指摘し、4において他の非違行為に対する処分及び他地域の処分例と比較すると不公正であることを述べる。

2 第1審原告らの不起立行為等は、「日の丸」や「君が代」は軍国主義や戦前の天皇制絶対主義のシンボルであり平和主義や国民主権とは相容れないと考える歴史観ないし世界観、及び人権の尊重や自主的に思考することの大切さを強調する教育実践を続けてきた教育者としての教育上の信念に起因するものであり、その動機は真摯であり、いわゆる非行・非違行為とは次元を異にする。また、他の職務命令違反と比較しても、違法性は顕著に希薄である。

第1審原告らが抱いている歴史観等は、ひとり第1審原告ら独自のものではなく、我が国社会に

において、人々の間に一定の広がりや共感を有し、共感が存在している。また、原審も指摘しているが、憲法学などの学説及び日本弁護士連合会等の法律家団体においては、式典において「君が代」を起立して斉唱すること及びピアノ伴奏をすることを職務命令により強制することは憲法19条等に違反するという見解が大多数を占めていると思われる。確かに、この点に関して最高裁は異なる判断を示したが、こうした議論状況は一朝には変化しないであろう。

第1審原告らの不起立行為等は消極的不作為にすぎないのであって、式典を妨害する等の積極的行為を含まず、したがって、式典の円滑な遂行に物理的支障をいささかも生じさせていない。法益の侵害はほとんどない。

3 第1審原告らは、最初の不起立行為等で本件戒告処分を受けたのであるが、その処分が第1審原告らに与える不利益については過小評価されるべきではないと思われる。確かに、戒告処分は法の定める懲戒処分の中では最も軽いですが、処分を受けると、履歴に残り、多数意見も認めるとおり勤勉手当は当該支給期間(半年間)において10%の割合で減額され、昇給が少なくとも3か月延伸される可能性があり、その延伸によりひいては、退職金や年金支給額への影響もあり得る。そして、東京都の教職員は定年退職後に再雇用を希望するとほぼ例外なく再雇用されているが、戒告処分を受けるとその機会を事実上失い、合格通知を受けていた者も合格は取り消されるのが通例であることがうかがわれる。

都教委は、不起立行為等をした教職員に対し、おおむね1回目は戒告処分、2回目は1か月間月額給与10分の1を減ずる減給処分、3回目は6か月間月額給与10分の1を減ずる減給処分、4回目は停職1か月の停職処分等という基準で懲戒処分を行っていることがうかがわれる。毎年度2回以上の卒業式や入学式等の式典のたびに懲戒処分が累積加重されるのであるから、短期間で反復継続的に不利益が拡大していくのである。戒告処分がひとたびなされると、こうした累積処分が機械的にスタートする。

以上のとおり、実質的にみると、本件では、戒告処分は、相当に重い不利益処分であるというべきである。

4 教職員の主な非行に対する標準的な処分量定(東京都教育長決定)に列挙されている非行の大半は、刑事罰の対象となる行為や性的非行であり、量定上それらに関しても戒告処分にとどまる例が少なくないと思われる。原審は、体罰、交通事故、セクハラ、会計事故等のサービス事故について都教委の行った処分等の実績をみると、平成16年から18年度において、懲戒処分を受けた者が205人(うち戒告が74人)であるのに対し、文書訓告又は口頭注意といった事実上の措置を受けた者が397人、指導等を受けた者が279人となっており、サービス事故(非違行為)と認められた者のうち懲戒処分を受けたのは4分の1にも満たないとし、これによれば、戒告処分であっても、一般的には、非違行為の中でもかなり情状の悪い場合にのみ行われるものということができるとしている。

さらに、不起立行為等に関する懲戒処分の状況を全国的にみると、懲戒処分まで行っている地域は少なく、例えば神奈川県や千葉県では、不起立行為等があっても、またそれが繰り返されていても、懲戒処分はされていないことがうかがわれる。

このように比較すると、本件戒告処分は過剰に過ぎ、比例原則に反するというべきである。

5 以上を総合すると、多数意見がいう不起立行為等の性質、態様、影響を前提としても、不起立行為等という職務命令違反行為に対しては、口頭又は文書による注意や訓告により責任を問う戒めることが適切であり、これらにとどめることなくたとえ戒告処分であっても懲戒処分を科すことは、重きに過ぎ、社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものであって、是認することはできない。この点に関する原審の判断は相当である。

第1審原告X4 については、多数意見は減給処分の取消請求を認容した原審の判断を是認することができるとしており、結論において同じとなるが、上記のとおり、私の意見は理由を異にする。なお、多数意見は、過去の処分歴に係る非違行為がその内容や頻度等において規律や秩序を害する程度の相応に大きいものであるなどの場合は、減給処分が裁量の範囲にあるものとされる可能性を容認していると思われる。そうであるとする、前述のとおり式典は毎年度2回以上あり、不起立行為等を理由とする戒告処分は短期間に累積されていくのであるから、ある段階では減給処分がなされる可能性がある。多数意見は、起立斉唱行為に係る職務命令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ことを認めていることに鑑みると、ただ単に不起立行為等が累積したにすぎない場合に減給処分が裁量の範囲にあるものとされる可能性を容認することは、相当でないと思われる。

(裁判長裁判官 金築誠志 裁判官 宮川光治 裁判官 櫻井龍子 裁判官 横田尤孝 裁判官 白木勇)

平成 23 年 3 月 10 日東京高裁判決平21(行コ)181号懲戒処分取消等請求控訴事件

当事者の表示

別紙当事者目録記載のとおり

主文

一 原判決を次のとおり変更する。

(1) 東京都教育委員会が別紙処分一覧表「処分日」欄記載の日付けで控訴人X2を除く各控訴人ら(控訴人X3については訴訟被承継人亡X4)に対して行った同一一覧表「処分」欄記載の各懲戒処分をいずれも取り消す。

(2) 控訴人X2の請求及びその余の控訴人らのその余の請求をいずれも棄却する。

二 訴訟費用は、第一、二審を通じてこれを二分し、その一を控訴人らの、その余を被控訴人の負担とする。

事実及び理由

第一 控訴の趣旨

一 原判決を取り消す。

二 主文一(1)と同旨

三 被控訴人は、控訴人らに対し、各五五万円及びこれに対する平成一九年二月二四日から支払済みまで年五%の割合による金員を支払え。

第二 事案の概要

一 本件は、都立学校(高等学校又は養護学校)の教職員である控訴人ら(うち一部の者は既に退職。)が、平成一五年一〇月二三日に東京都教育委員会(都教委)委員長が「入学式、卒業式等における国歌斉唱はピアノ伴奏等により行い、教職員は国旗に向かって起立して国歌を斉唱すること」等を内容とする「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」と題する通達(本件通達)を発した後、同年一一月八日から平成一六年四月九日までに都立学

校で行われた卒業式、入学式又は創立周年記念式典(卒業式等)に際して、事前に、控訴人らの所属する各学校の校長から、「国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること」又は「国歌斉唱に際しピアノ伴奏をすること」を内容とする職務命令(本件職務命令)が発せられていたにもかかわらず、これに従わなかったため、これを理由として、都教委から、別紙処分一覧表「処分日」欄記載の日に、同表「処分」欄記載の懲戒処分(以下、個別に又はまとめて「本件処分」ということがある。)を受けたことに関し、① 本件通達及び本件職務命令は、平成一八年法律第一二〇号による改正前の教育基本法(旧教育基本法)一〇条一項にいう「不当な支配」に該当し、控訴人らの思想及び良心の自由を侵害するなど、違憲、違法なものであったから、都教委が控訴人らに対して行った懲戒処分も違憲、違法であるなどと主張して、本件処分の取消しを求めるとともに、② 違憲、違法な本件通達に基づく各校長による本件職務命令を受け、引き続きこれに違反したことを理由とする本件処分を受けたことにより精神的苦痛を被ったと主張して、都教委の設置者である東京都に対して、国家賠償法に基づき、それぞれ慰謝料五〇万円及び弁護士費用五万円の賠償を求める事案である。

二 控訴人らは、本件処分の取消し理由として、以下のように主張した。

(1) 本件通達、本件職務命令及び本件処分は、控訴人らの思想及び良心の自由を侵害し、憲法一九条、二〇条に違反する。

控訴人らは、いずれも、① 日本の近代の侵略の歴史において日の丸、君が代が果たした役割等といった歴史認識から、かつての天皇制国家の象徴である日の丸・君が代を日本国の象徴とすることに賛成できない、② これまでの教育実践の中で、正義を貫くこと、自主的判断の大切さを強調していたのに、これに反する行動はできないなどの思いから、国旗に向かって起立し、国歌斉唱できないという信念を有するものである。このような信念は、控訴人らの人格形成の核心をなす信仰それ自体として、又は信仰に準ずる思想・信条として憲法一九条、二〇条の絶対的保障を受けるものである。本件通達及びこれに基づく本件職務命令は、控訴人らのこのような信念を否定し、控訴人らの沈黙の自由を侵害し、控訴人らに自らの思想と抵触する行為を強制するものであって、憲法一九条、二〇条に違反するものである。

憲法一九条の絶対的保障は、内心それ自体だけでなく、自己の思想及び良心の自由に不可欠な一定の外部的表出をも一体的にその保障対象として含むと解すべきであるから、本件通達及び本件職務命令によって思想及び良心の自由又は信教の自由を制約する行為が強制される場合に、防衛的、受動的に取られる拒否の外部的表出には、内心に対する保障と同等又はこれに準じる絶対的保障が与えられるべきであり、仮に一定の制約が許される場合があるとしても、人権における思想及び良心の自由の優越的地位からすると、その制約には極めて厳格な違憲審査基準が妥当し、その制約は、他者の人権との矛盾、衝突がある場合に限られ、具体的根拠が必要であるところ、控訴人らの不起立行為、ピアノ伴奏拒否(以下、まとめて「不起立行為等」ということがある。)は、他者の人権に対して何ら現実的、具体的な害悪をもたらすものではないから、これを制約する理由はない。

教育公務員である控訴人らが子どもたちの学習権にこたえる責務を負っているということにかん

がみれば、職務の公共性や全体の奉仕者性を理由に控訴人らの思想及び良心の自由の制約を正当化することは許されない。

本件処分は、職務命令違反を口実に行われているが、その実は、控訴人らの有する、自らの世界観・歴史観・教育観等からどうしても起立(ピアノ伴奏)できないという思想・信条を理由として行われた不利益取扱いにはかならない。

(2) 本件通達及びその後には都教委が各校長に行った指導は、旧教育基本法一〇条一項にいう「不当な支配」に該当し、違法である。

旧教育基本法一〇条が制定された経緯・趣旨に照らせば、教育行政機関による教育の内的事項(内容及び方法)に関する介入が「不当な支配」に該当しないためには、当該介入が、許容される目的のために必要かつ合理的な大綱的基準の設定にとどまるものであることが必要である。教育委員会は、教育の自主性との関係では、国家権力の一部と扱われることは明らかであるから、教育委員会による教育への介入についても大綱的基準にとどまるものであることが必要である。

都教委による本件通達及びその後の各校長に対する一連の指導名下の強制は、卒業式等での国旗掲揚・国歌斉唱の具体的実施方法等について各学校ごとの弾力化・個別化・創意工夫の余地を奪い、目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的な基準を逸脱しているから、「不当な支配」に該当するものとして違法である。

そして、本件職務命令は、各校長が都教委による「不当な支配」を受け、完全に裁量の余地を奪われた状態で発令されたものであるから、本件通達等と一体の不当な支配として、旧教育基本法一〇条一項に違反する違法なものである。

(3) 控訴人らは、憲法二三条、二六条に基づき、教職員としての専門職上の自由(教育の自由)を有しているところ、本件通達は、創意工夫や裁量の余地を奪い、卒業式等の内容について学校現場の教師の専門的判断を一切認めない点で、教師の専門職上の自由(教育の自由)を侵害するものである。

(4) 本件通達は、思想及び良心の自由等を保障する市民的及び政治的権利に関する国際規約(自由権規約)一八条、児童の権利に関する条約一二条、一四条に違反し無効であるから、これに基づく本件職務命令も同条に違反し無効である。

(5) 控訴人らの不起立行為等は地方公務員法(地公法)三二条、三三条に反しない。

旧教育基本法一〇条及び学校教育法(平成一九年法律第九六号による改正前のもの。以下同じ。)二八条六項、五一条、七六条の解釈によれば、校長に教師の教育活動の内容にかかわる職務命令を出す権限はないから、本件職務命令は違法であり、また、上記のとおり本件職務命令は憲法一九条、二〇条、自由権規約及び児童の権利に関する条約等に反する違憲、違法なものである。このように違憲、違法で無効な職務命令に服従する義務はないから、控訴人らの不起立行為等は地公法三二条が定める職務命令に従う義務の違反に当たらない。

また、地公法三三条が定める信用失墜行為は、具体的には、酒の上での大げんか、交通事故、乱闘騒ぎなどがその例であり、控訴人らの不起立行為等はこれらとは明らかに性質を異にし、卒業式等において君が代の起立斉唱を強制することには反対の考えのほうが多くなり、不

起立行為等は決して世間のひんしゅくを買っているわけではないから、信用失墜行為に当たらない。

(6) 本件処分には適正を欠く手続の違法がある。

憲法三一条の適正手続の保障は、刑事手続に限定されるものではなく、その趣旨に照らして、公務員に対する懲戒処分についてもその手続的な適正・公正が確保されなければならないところ、本件処分に先立つ都教委の事情聴取では告知・聴聞の機会が十分になかった。また、本件処分は拙速に行われ、特に教職員懲戒分限審査委員会の会議は行われず、回覧協議で体裁が整えられ、処分の審査の過程で個別の事情が一切考慮されず、一律・画一の処分になっているから、手続的適正を欠いている。

(7) 仮に、本件通達及び本件職務命令が違憲、違法でないとしても、本件処分は社会観念上著しく妥当を欠く過酷なものであって、行政裁量の恣意的な行使であり、比例原則にも反し、裁量権を逸脱した違法なものである。

三 被控訴人は、本件処分を受けた後、原審口頭弁論終結時までには退職した控訴人らには、本件処分の取消しを求める訴えの利益がないという本案前の主張をしたほか、控訴人らの上記主張に対し、以下のように主張した。

(1) 本件通達、本件職務命令及び本件処分は、以下のとおり、控訴人らの思想及び良心の自由を侵害するものではなく、憲法一九条、二〇条に違反しない。

ア 憲法一九条による思想及び良心の自由の保障は、国民がいかなる世界観、人生観を持っていても、それが内心の領域にとどまる限りは絶対的に自由であり、公権力が、特定の思想を内心に抱くことを強制したり、思想の露見を強制することは許されないことなどを内容とする。本件通達及び本件職務命令は、卒業式等の国歌斉唱時に、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱し、又はピアノ伴奏をするという外部的行為を命ずるものであって、控訴人らの内心における精神活動の自由や信仰を否定したり、その思想及び良心に反する精神活動を強制したり、控訴人らの考え方や思いの告白を強制したり、特定の思想の表明や宗教的行為を迫るものではないから、憲法一九条、二〇条に違反するものではない。

イ 仮に、外部的行為についても、思想及び良心の自由の保障が及ぶ場合があると解するとしても、外部的行為である以上、それは絶対的保障ではなく、一定の制約を受けることは明らかであり、信教の自由についても同様である。

(ア) まず、控訴人らは全体の奉仕者である地方公務員であり(憲法一五条二項)、公教育という公共の利益のため、職務の遂行に当たっては、全力を挙げてこれに専念すべき義務を負っているから(地公法三〇条)、本件職務命令を受け、これに沿った義務を負うことで、その思想及び良心の自由が制約されるとしても、職務の公共性に由来する内在的制約として、当然受忍すべきものである。

(イ) また、控訴人らの不起立行為等は、児童・生徒に国旗・国歌に対する正しい知識を持たせ、これを尊重する態度を育てるという学習指導要領の教育目標を阻害しているほか、児童・生徒が学校教育法や学習指導要領に基づく教育、指導を受けられないという意味で、児童・生徒の

教育を受ける権利を侵害し、卒業式等に参列する来賓や保護者等に不信感を抱かせるなど、他者の権利、利益を著しく害しているのであるから、公共の福祉(憲法一二条、一三条)の観点からの内在的制約として、本件職務命令による思想及び良心の自由の制約を受忍すべきである。

(ウ) さらに、控訴人ら教育公務員は、教育の全国一定水準の確保と教育の機会均等という強い要請から、法規たる学習指導要領やその具体化として発せられた本件職務命令を遵守すべきことが強く要請され、これらの義務を履行することは、教育公務員の法律関係の存立目的に照らし必要不可欠のことであり、その義務の履行により思想及び良心の自由が制約されても、それは自らの自由意思でそのような法律関係に入った控訴人らにとって、やむを得ない制限であり、受忍すべきものである。

ウ 本件処分は、職務命令違反及び信用失墜行為を理由として行われたものであり、その思想・信条に基づく不利益取扱いではない。

(2) 本件通達及びその後に関都教委が各校長に行った指導は、旧教育基本法一〇条一項にいう「不当な支配」に該当しない。

ア 国の教育行政機関と異なり、学校設置者たる地方公共団体の教育委員会にあっては、教育の地方自治の原則の下、国の設定した大綱的な基準の範囲で、より具体的かつ詳細な基準を設定し、必要な場合には具体的な命令を発して、普通教育の内容及び方法を決定できるのであり、その限界は、子ども自身の利益擁護のため、また子どもの成長に対する地域社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ合理的と認められる範囲であって、大綱的基準であることをその限界とするものではない。

イ 卒業式等における国旗・国歌の指導は、子どもの学習権を充足する上からも、また明日の我が国を担う子どもの成長の上からも、重要な教育活動であり、その適正な実施を図ることは正に許容された目的である。それにもかかわらず、当時、都立学校では卒業式等における国旗・国歌の指導が適正にされていなかったから、その改善を図るため、都教委教育長において本件通達を各都立学校の校長に対して発する必要も十分に存していた。

また、本件通達の内容も、ごく常識的かつ自然な指導方法であり、これが児童・生徒に一方的な理念や観念を教え込むことにならないことは明らかである。したがって、本件通達やその後に関都教委が本件通達に関して校長に行った指導は、旧教育基本法一〇条一項にいう「不当な支配」に該当しない。

ウ なお、仮に本件通達が違法であるという控訴人らの主張を前提としても、校長が本件通達に応じてその内容に沿った卒業式等の実施内容を決定し、これを各教職員に分掌させた上、その実施に必要な職務命令を発した場合には、法律的にみれば、それは各校長が自らの判断と考へに基づき実施に関する職務命令を発したということに帰着し、手続上も実質上も違法とはならないから、これに基づく本件職務命令が当然に違法となるというものではない。

(3) 控訴人らには、教育の専門家として、一定範囲の教授の自由が認められるにすぎず、教育の内容については、教育の機会均等と全国的な一定水準を確保するため、学校現場の教師としては、学習指導要領の内容に従って子どもたちに対して教育を行う責務がある。本件通達は、

卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施を適正にするために発出されたものであって、卒業式等の運営実施の全般に関して発出されたものではない。その意味において、卒業式等のその他の運営実施方法等に関して、学校現場における創意工夫や裁量の余地が残されており、上記の意味での教授の自由を侵害するものではない。

(4) 本件通達は、思想及び良心の自由、信教の自由を侵害するものでないと同様、自由権規約一八条に違反しない。児童の権利に関する条約に違反するとの主張は、控訴人らの権利・利益を保護する趣旨で設けられたのでない法規違反をいうものであって、本件各処分取消事由として主張することはできない(行政事件訴訟法一〇条一項)。

仮に本件通達が条約に違反して無効であっても、校長は学校教育法上認められた固有の権限に基づいて本件職務命令を発したのであるから、本件通達が無効であることによって本件職務命令が無効となるいわれはない。

(5) 控訴人らの不起立行為等は地公法三二条、三三条に反する。

学校教育法五一条、七六条、二八条三項は、高等学校及び養護学校における校務はその校長がつかさどるものとしており、その「校務」とは、教諭のつかさどる教育を含む学校の果たすべき仕事全体すなわち学校教育の事業を遂行するため必要とする一切の事務を指し、学校教育法施行規則等を受けて制定された学習指導要領に基づく教育課程の計画及び実施についての責務と権限も当然に含まれるものである。控訴人ら教職員は、「教育をつかさどる者」(学校教育法二八条六項、五一条、七六条)として、児童・生徒に対し、国旗掲揚・国歌斉唱に関する指導を行う義務を負うから、控訴人らの所属校の各校長は、校務の一環として卒業式等の具体的実施内容を決定し、その実施のための諸活動を各教職員に分掌させて本件職務命令を発したのであり、控訴人らは、当然に当該職務命令に従って職務を遂行しなければならず、これに従わなかった控訴人らの行為は地公法三二条に違反する。

また、同法三三条が「その職の信用を傷つけ、又は職員の職全体の不名誉となるような行為をしてはならない」と規定する趣旨は、公務員が全体の奉仕者として公共の利益のために勤務すべき地位にあり、そこから公務員に高度の行為規範を求め、それを法規範として定めたことにあることに照らせば、信用失墜行為に当たるか否かはその行為自体を社会観念に照らして判断すれば足り、具体的に失墜された結果が生じることは要件ではなく、控訴人らの不起立行為等の非違行為は、校長の教育課程にかかわる職務命令に違反して、卒業式等の重要な学校行事において児童・生徒、保護者、来賓の面前で行われたものであり、教育公務員の職に対する信用を傷つける行為であるから、同条の信用失墜行為に該当することは明らかである。

(6) 本件処分には適正を欠く手続の違法はない。

公務員の懲戒処分については、刑事手続に関する憲法三一条の保障が直接的に及ぶものではないし、行政手続法の聴聞ないし弁明の機会の付与に関する規定は適用除外とされており、地公法等に告知、聴聞の規定はなく、公務員の懲戒処分の手続は任命権者の裁量に委ねられている。都教委は、本件処分を行うに当たって事情聴取を行うなどしており、手続は公正に行われた。控訴人らの中には、事情聴取における弁護士の立会等に固執し、結果として事情聴取が

できなかった者もあったが、事情聴取を行った者の聴取書は事実確認及び量定案検討の資料となり、これを踏まえて個々の処分がされた。処分発令までの期間が短いことや、結果として控訴人らについて基本的に同内容の処分量定となったことをもって、処分が違法になるものではない。

(7) 控訴人らが行った職務命令違反は、公務の適正な遂行を妨げるものであり、職場内の秩序維持の観点からも看過できない非違行為であり、本件処分の処分量定は適正であり、比例原則にも反さず、裁量の逸脱はない。

四 原審は、被控訴人の本案前の主張については、退職した控訴人らは、本件処分が取り消されれば、昇給予定時期に昇給することが期待できた地位や再任用されることを期待し得る地位を回復することになり、これらの地位は、一定の法的保護に値するものであり、退職によって当然に失われるものとはいえないから、退職した控訴人らについても本件処分の取消しを求める法律上の利益があるというべきであると判断した上、本案について以下のように判断して、控訴人らの請求をいずれも棄却した。

(1) 以下のとおり、本件通達、本件職務命令及び本件処分は、控訴人らの思想及び良心の自由を侵すものではなく、憲法一九条、二〇条に反するとはいえないと解するのが相当である。

ア 控訴人らが不起立行為等をするに至った思いや信念は、「日の丸」や「君が代」が過去に我が国において果たした役割に係る、控訴人らの歴史観ないし世界観又は教職員としての職業経験から生じた信条及びこれに由来する社会生活上の信念であるといえるものであり、このような考えを持つこと自体は、思想及び良心の自由として保障されることは明らかである。しかしながら、一般に、自己の思想や良心に反するというを理由として、およそ外部行為を拒否する自由が保障されたとした場合には、社会が成り立ち難いことは明らかであり、これを承認することはできない。

もとより、人の思想や良心は外部行為と密接な関係を有するものであり、思想や良心の核心部分を直接否定するような外部行為を強制することは、その思想や良心の核心部分を直接否定することにほかならないから、憲法一九条が保障する思想及び良心の自由の侵害が問題になるし、そうでない場合でも、思想や良心に対する事実上の影響を最小限にとどめるような配慮を欠き、必要性や合理性がないのに、思想や良心と抵触するような行為を強制するときは、同条違反の問題が生じる余地があるといえるが、これらに該当しない場合には、外部行為が強制されたとしても、同条違反とはならないと解される。

イ これを本件についてみると、本件職務命令は、直接的に控訴人らの歴史観ないし世界観又は信条を否定する行為を命じたり、思想や良心の内容を確かめるための行為を命じるものではなく、また、卒業式等の儀式の場で行われる式典の進行上行われるピアノ伴奏又は出席者全員による起立及び斉唱を命じるものであることから、前記のような歴史観ないし世界観又は信条と切り離して、不起立行為等には及ばないという選択をすることも可能であると考えられ、一般的には、卒業式等の国歌斉唱時に不起立行為等に出ることが、控訴人らの歴史観ないし世界観又は信条と不可分に結び付くものということとはできない。加えて、本件職務命令が発出された当時、客観的にみて、卒業式等の国歌斉唱の際に「日の丸」に向かって起立し、「君が代」を斉唱するという

行為やピアノで伴奏する行為は、卒業式等の出席者にとって通常想定され、かつ、期待されるものといえることができ、一般的には、これを行う教職員が特定の思想を有するというを外部に表明するような行為であると評価することは困難であるから、本件職務命令は、控訴人らに対し、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い。

ウ もっとも、一般的には、本件職務命令が控訴人らの歴史観ないし世界観又は信条自体を否定するものといえないにしても、控訴人ら自身は、本件職務命令が、控訴人らの歴史観ないし世界観又は信条自体を否定し、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たとも考えられ、そうだとすると、本件職務命令は、控訴人らの思想及び良心の自由との抵触が生じる余地がある。

しかしながら、憲法一五条二項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。」と定めており、地公法三〇条、三二条によれば、都立学校の教職員である控訴人らは、法令等や上司の職務上の命令に従わなければならない立場にあり、校長から学校行事である卒業式等に関して、それぞれ本件職務命令を受けたものであること、卒業式等に参列した教職員が、国歌斉唱時に国旗に向かって起立して、国歌を斉唱すること、国歌をピアノ伴奏することは、日の丸を国旗とし、君が代を国歌とする旨を明確に定めた国旗及び国歌に関する法律（国旗・国歌法）や学校教育法四三条、七三条等に基づき定められた学習指導要領の趣旨にかなうものであること、本件職務命令は卒業式等の儀式を行うに際して発出されたものであり、このような儀式においては、出席者に対して一律の行為を求めること自体には合理性があるといえるし、卒業式等における国旗掲揚や国歌斉唱は、全国的には従前から広く実施されていたものであること等の事情を総合すると、本件職務命令には、その目的及び内容において合理性、必要性が認められるというべきである。

エ したがって、控訴人ら自身としては、本件職務命令をもって、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、そのことによって直ちに、本件職務命令が控訴人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。

(2) 以下のとおり、本件通達及びその後に都教委が各校長に行った指導は、旧教育基本法一〇条一項にいう「不当な支配」に該当するとは認められない。

ア 本件職務命令は、学校教育法五一条、七六条により準用される同法二八条三項の、校長の所属職員に対する監督権限に基づいて発せられたものである。他方、本件通達は、地方教育行政の組織及び運営に関する法律（地教行法）二三条五号の、教育委員会の教育課程に関する管理、執行権限に基づいて発せられたものであり、本件職務命令とは異なる法的根拠を有する別個の行為であつて、本件通達の違法性は、当然に本件職務命令に承継されるものではない。

しかしながら、本件については、形式的には、本件職務命令を発すべき必要性の判断は各校長がしていたとしても、事実上、本件通達やその後に都教委が行った指導により、校長にその裁

量を働かせる余地はなく、本件職務命令を発することを余儀なくされていたものと評価するのが相当であるから、本件職務命令の発出は、実質的には都教委が行ったものと評価することができ、本件通達やその後に都教委が各校長に対して行った指導と一体のものということができるから、本件通達の発出が旧教育基本法一〇条一項にいう「不当な支配」に該当するか否かは、本件職務命令の違法性に影響する余地があるというべきである。

イ そこで、以下、本件通達の発出が「不当な支配」に該当するかどうかを検討する。

(ア) 憲法上の国の権能及び旧教育基本法が制定された経緯、趣旨に照らすと、旧教育基本法一〇条一項は、国の教育統制権能を前提としつつ、教育行政の目標を教育の目的の遂行に必要な諸条件の整備確立に置き、その整備確立のための措置を講ずるに当たっては、教育の自主性尊重の見地から、教育が国民の信託にこたえて自主的に行われることをゆがめるような「不当な支配」となることのないようにすべき旨の限定を付したところにその意味があるもので、許容される目的のために必要かつ合理的と認められる介入は、たとえ教育の内容及び方法に関するものであっても、必ずしも同条の禁止するところではなく、排斥しているのは、教育が国民の信託にこたえて自主的に行われることをゆがめるような「不当な支配」であり、そのような支配と認められる限り、その主体のいかんは問うところでないので、ここには、教育行政機関や地方公共団体も含まれると解するのが相当である。

(イ) そして、国の教育行政機関が、法律の授権に基づいて、義務教育に属する普通教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、子どもの教育は、教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、子どもの個性に応じて弾力的に行わなければならないから、教師の自由な創意と工夫の余地が要請されることを考慮した上で、教育に関する地方自治の原則を考慮し、教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的な範囲にとどめられるべきものであるが、地方公共団体が設置する教育委員会が、教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、公立学校を所管する行政機関として、その管理権に基づき、学校の教育課程の編成や学習指導等に関して基準を設定し、一般的な指示を与え、指導、助言を行うとともに、必要性、合理性が認められる場合には、適正かつ許容される目的のために必要かつ合理的と認められる範囲内において、具体的な命令を発することもできると解される。このことは、文部科学大臣が地教行法四八条二項二号により学校の組織編制や教育課程等について指導、助言又は援助をすることができることとされているのに対し、教育委員会は同法二三条五号により学校の組織編制、教育課程、学習指導等に関して管理、執行するとされていることから根拠づけられる。

(ウ) 本件通達について、これを発出すべき必要性、合理性があったと認められるか否かを検討すると、以下のとおり、必要性は認められ、合理性を欠くとはいえない。

認定に係る本件通達を発出するに至った経過に照らせば、学習指導要領に基づく卒業式等を実施するよう改善、充実を図るという本件通達の目的には合理性があるといえるし、これを実現するため、卒業式等における国旗掲揚・国歌斉唱の実施方法等を定める通達を特に発すべき必要性もあったといえる。また、その内容も、卒業式等において教職員が国旗に向かって起立をし、国

歌を斉唱し、又はピアノで国歌を伴奏するようにするため、この通達に基づいて各校長に対して職務命令を発出することを求めることを内容とするものであるが、このような職務命令が思想及び良心の自由を侵害するものとはいえないことは、前に説示のとおりであるし、本件通達は、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みを定めるものであって、教職員が児童・生徒に対して「日の丸」「君が代」に関する歴史的な事実等を教えることを禁止するものではなく、教職員に対し、国旗・国歌について、一方的に一定の理論を児童・生徒に教え込むことを強制するものとはいえず、後記のとおり、教職員に認められる教授の自由ないし教職員としての専門職上の自由(教育の自由)を侵害するともいえないし、教育活動を阻害するとも認められないので、合理性を欠くとはいえない。

(エ) よって、本件通達は、旧教育基本法一〇条一項にいう「不当な支配」に該当するとは認められない。

(3) 控訴人らには一定の範囲で教職員としての専門職上の自由(教育の自由)が認められるが、本件通達及び本件職務命令がこれを侵害するとは認められない。

高等学校等の普通教育の場面においても、教師について、一定の範囲における教授の自由が保障されるべきであるといえるが、大学の教育の場合には、学生が一応教授内容を批判する能力を備えていると考えられるのに対し、普通教育においては、児童・生徒にこのような能力はなく、教師が児童・生徒に対して強い影響力、支配力を有していることや、普通教育では、児童・生徒の側に学校や教師を選択する余地が乏しく、教育の機会均等を図る上からも全国的に一定の水準を確保すべき要請があることなどからすると、普通教育において、教師に完全な教授の自由を認めることはできないと解するのが相当である。

そして、「日の丸」や「君が代」に係る歴史観ないし世界観については、様々な意見があることは公知の事実であるが、公立学校の卒業式等の儀式的行事において、教職員に対して、国歌斉唱時に「日の丸」に向かって起立し、「君が代」を斉唱することを求めることが、児童・生徒に対して特定の思想のみを教授することを強制する性質を有するものであるとはいえないし、教職員や児童・生徒、保護者や来賓等多数の人が参列する集团的行事である卒業式等において、校長がその権限に基づき、国歌斉唱を含む式次第やその進行をあらかじめ一律に定め、これを実施しようとすることは、儀式としての性質上その必要性はあるといえるから、本件通達及び本件職務命令が、控訴人らに認められる教授の自由ないし教職員としての専門職上の自由(教育の自由)を侵害するものであるとは認められない。

(4) 本件通達及び本件職務命令が国際条約(自由権規約、児童の権利に関する条約)に違反して無効であるとはいえない。

本件通達及び本件職務命令が、憲法一九条、二〇条に違反するところがないことは前に判断したとおりであるから、これらが自由権規約一八条に違反するとの控訴人らの主張は採用できない。また、本件通達に基づく国旗・国歌の指導が、児童・生徒の思想及び良心の自由、信教の自由を侵害するものでないこと、国旗・国歌について一方的な一定の理論を児童・生徒に教え込むことにはならないことは、前示の判断に照らしても明らかであるから、児童の権利に関する条約一二

条、一四条にも違反しない。

(5) 控訴人らの不起立行為等は地公法三二条、三三条に反する。

ア 地公法三二条は、「上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない」と規定しているところ、本件職務命令は、学校教育法五一条、七六条により準用される同法二八条三項の校長の所属職員に対する監督権限に基づいて発せられたものであり、前に説示したとおり、本件職務命令は、憲法一九条、二〇条に違反するものではなく、教師の専門職上の自由を侵害せず、国際条約に違反するものでもなく、適法なものというべきであるから、控訴人らが、このような職務命令に従わず、不起立行為等に及んだことは、地公法三二条違反の行為というべきである。

イ 控訴人らは、不起立行為等はひんしゆくを買う行為ではないとして、地公法三三条違反に当たらないと主張する。しかし、控訴人らが、教育公務員として、学習指導要領に沿った指導を行うべきであるにもかかわらず、上司である校長が控訴人らに対して学習指導要領の「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。」という条項(国旗・国歌条項)の趣旨にかなった指導を命じた本件職務命令に、公然と、しかも、児童・生徒及びその保護者の面前で違反したことは、その職の信用を傷つける行為であることは明らかであり、同条に違反する行為である。

ウ したがって、控訴人らが本件職務命令に従わず不起立行為等に及んだことは、地公法三二条、三三条に反する行為といわざるを得ない。

(6) 以下のとおり、本件処分に手続的違法はない。

ア 行政手続法三条一項九号は、公務員又は公務員であった者に対してその職務又は身分に関してされる処分については、告知、聴聞の機会を与える規定(同法一三条、一五条)、聴聞に関する一切の行為をすることができる代理人を選任できる旨を定めた規定(同法一六条)の適用を除外しているから、被処分者に対しそのような機会を与えなければならないものではない。上、事情聴取に弁護士代理人の立会いを認めなければならないものではない。また、地公法上の処分に先立つ事実確認のための事情聴取に憲法三一条の要請する適正手続の保障が及ぶ余地があるとしても、事実関係の確認のための事情聴取において、弁護士の立会いを求めることやメモをとることが同条によって当然の権利として認められるものではない。

本件処分については、控訴人らに対して事前に都教委による事情聴取が行われており、実質的に告知と弁明の機会が与えられていたというべきであるし、前記のとおり、控訴人らには弁護士代理人の立会いを求める権利やメモを取る権利はないから、都教委がその立会いを認めなかったことに違法はなく、メモをとることを許さなかったとしても違憲、違法の問題は生ぜず、手続は公正・適正に行われたというべきである。

イ 処分に先立つ教職員懲戒分限審査委員会への諮問、答申は、法令、条例、規則等に定められたものではなく、処分する側の内部手続であるから、同審査が回覧協議で行われたことがあったとしても、手続上の違法事由とはいえない。

ウ 本件処分発令に至る手続の経緯に照らしても、手続が拙速に行われたといった批判は当たらない。また、控訴人らは、控訴人らに対する処分量定が同一であることをもって、個別の事

情が一切考慮されていないと批判するが、控訴人らそれぞれについて事実確認のための事情聴取が実施されていることから、個別の事情が一切考慮されていないとは認められず、後に説示するとおり、同一内容の職務命令違反行為について、過去に処分歴等がない控訴人らについて、懲戒処分のうち最も軽い処分である戒告処分という同一の処分量定となることは理由があると考えられ、論理的にも処分量定が同一であるから個別の事情が一切考慮されていないといえるものでもないから、控訴人らの上記批判は採用できない。

その他本件処分の手続の違法を窺わせる事情は見当たらない。

(7) 本件処分に裁量の逸脱はない。

ア 公務員に対する懲戒処分は、公務員としてふさわしくない非違行為がある場合に、その責任を確認し、組織内部の秩序を維持するために科される制裁である。このような懲戒処分制度の趣旨に照らすと、懲戒権者には、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因等諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきかについて裁量権が認められ、当該処分が社会観念上著しく妥当を欠き裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法と判断すべきものである。

イ 地公法によれば、懲戒処分は、軽い順に、戒告、減給、停職及び免職の四種類であるところ、本件処分は、控訴人番号七二を除く控訴人らについては、いずれも最も軽い戒告処分である。

同控訴人らは、ただ静かに座席に座っているという消極的な対応に対して、文書訓告、注意等を選択することなく、経済的不利益を伴う戒告処分を科すのは不利益の程度が重すぎると主張するが、前に説示したとおり、上司である校長が控訴人らに対して学習指導要領の国旗・国歌条項の趣旨にかなった指導を命じた本件職務命令に、公然と、しかも、児童・生徒及びその保護者の面前で、違反したことは、相当に非難される行為であるから、控訴人番号七二を除く控訴人らに過去に処分歴がないことを考慮しても、懲戒処分の中で最も軽い処分である戒告処分を科したことが、過酷であるとか過重であるとはいえず、比例原則や平等原則等に反すると窺われる事情もなく、裁量権を濫用したものとは認められない。

また、控訴人番号七二の控訴人は、平成一四年四月九日に開催された平成一四年度入学式の際に、その服装に関する校長の職務命令及びその後の事実確認に関する校長の職務命令に従わなかったため、これが職務命令違反及び信用失墜行為に当たるとして、同年一月六日に戒告処分を受けていることから、同控訴人に対しては、過去に非違行為を行い懲戒処分を受けたにもかかわらず、再び同様の非違行為を行った場合には量定を加重するという処分量定の考え方により、本件処分として一か月間給料一〇分の一を減じる懲戒処分(減給一〇分の一・一月)を科したことが認められる。

同種の非違行為による懲戒処分が重ねて行われる場合に、過去の懲戒処分歴に応じ、より重い懲戒処分を科すという考え方は相当と認められ、選択されたより重い処分も、戒告処分の次に軽い減給処分であり、量定として一日以上六月以下の範囲で給料及び暫定手当の合計額の五分の一以下を減ずることができる(職員の懲戒に関する条例三条)という幅のある減給処分の

中でも、一か月間の給料の一〇分の一を減ずるといった比較的軽い処分であり、処分による不利益は過酷なものとはいえないことにかんがみれば、同控訴人に対する本件処分も、比例原則に反しているものといえることはできず、社会観念上著しく妥当を欠き裁量を逸脱したものとまではいえない。

なお、控訴人らは、他の地方公共団体に比較して、東京都のみが突出して処分が多いとして、本件処分が社会観念上著しく妥当を欠く過酷な処分であると主張するが、他の地方公共団体における事実関係について何ら明らかでない以上、控訴人らの主張は議論の前提を欠くもので採用できない。

五 以上のような原判決に対し、これを不服として、控訴人らが控訴した(ただし、X4は当審係属中に死亡し、X3が同人を承継した。)。なお、原審原告は一七二名であったが、うちC、D及びEの三名は控訴せず、また、Fは控訴したが当審で訴えを取り下げたため、当審口頭弁論終結時における控訴人は一六八名である。

六 前提事実、争点及びこれに関する当事者の主張は、原判決一四頁一六行目の「思想及び良心の自由を」を「思想及び良心の自由の制約を」と、同一八頁七行目の「本件職務命令」を「本件通達」と、同二二頁二四行目の「不十分でなく」を「十分でなく」とそれぞれ改め、後記七のとおり当審における控訴人らの主張を、後記八のとおり当審における被控訴人の主張を付加するほかは、原判決の「事実及び理由」欄の第二の一ないし三に記載のとおりであるから、これを引用する。

七 当審における控訴人らの主張

(1) 本件における控訴人らの主張の中核は、「日の丸」・「君が代」が今でもその評価に多くの議論が伴うものであって、政治的・宗教的に価値中立的なものとはいえないのであるから、このように価値中立的ではない「日の丸」・「君が代」に対する起立・斉唱を、本件通達のようなやり方で一律に学校に導入し、個々の教職員や生徒に強制することは許されないということである。

卒業式や入学式などの学校の儀式的行事において、国旗に向かって起立して国歌を斉唱することを求めることは、一般的客観的に、国旗や国歌が、国家に対する政治的統合のシンボルとして、国民に国家への統制や国家に対する忠誠を求める政治的機能を有しており、国民の歴史観ないし世界観又は信条に基づく行為と不可分に結び付くものであって、職務命令によりこれを強制することは、国家に対する忠誠と愛国心を強制するもので、特定の思想(国家に対する忠誠や愛国心)を持つことを強制したり、これを有することを外部に向かって表明することを強制する行為であり、このようなことは、儀式における儀礼的行為であるがゆえに、むしろその意味を増すものである。

これらの点に関する原審の判断は誤っている。原審は、国旗・国歌が、近代国家成立とともに始まり、ナショナリズムを鼓舞して、国民に国家への同一意識、統一の意識を生み、国家に統合する政治的シンボルとして政治的に活用されてきたという歴史的事実から認められる、国旗・国歌が持つ国民の国家統合及び国家忠誠への思想的政治的機能を見落としている。

特に、我が国の歴史において、「日の丸」及び「君が代」がどのように利用されてきたかという事

実を認識する必要がある。戦前においては、「日の丸」・「君が代」を国旗・国歌とする法律は存在しなかったが、学校教育を通じて、「日の丸」が国旗であり、「君が代」が国歌であるという概念が、国民の間に広められていった。そして、学校儀式を中心とする学校教育が、皇国思想及び軍国主義思想を定着させる機能を果たし、「日の丸」・「君が代」がその精神的支柱の役割を担った。戦後は、学校において「日の丸」を掲揚し、「君が代」を斉唱することはなくなり、その状況がしばらく続いたが、昭和三年の小中学校学習指導要領において、「国民の祝日などにおいて儀式などを行う場合には……国旗を掲揚し、君が代を斉唱させることが望ましい。」と規定され、平成元年に改定された学習指導要領により、「国旗を掲揚し、国歌を斉唱するよう指導するものとする。」と改められ、国旗掲揚・国歌斉唱の指導が徹底されるようになった。しかし、その後も、国民世論は義務づけに反対し、教育現場では強制に伴う危険性を回避する工夫が行われていた。そのような中で、本件通達は、国旗・国歌を強制することにより、入学式、卒業式等を新たな国民教化の場にして、皇室を国民統合の中心とする国家への国民の忠誠を求める役割を果たさせようとしているものである。

(2) 本件は、国旗・国歌という国家的シンボルの強制が問題になっている事案であり、種々の法的論点が検討される場合にも、漠然と、「思想・良心の自由を理由にして職務命令を拒否することができるか」という一般的な問題設定をしたのでは、本件とはおよそ無縁な議論に陥ってしまうことが意識されなければならない。

国家的シンボルの強制という点に焦点を絞った検討をするに当たっては、日本国憲法とその基本構造や基本原理を共通とする連邦憲法を有するアメリカの憲法判例が参考とされるべきである。アメリカ連邦裁判所は、一九四三年以来、国家的シンボルとしての国旗・国歌に対する特定の行為(国旗に対する起立や敬礼、忠誠の誓いや国歌の斉唱等)の強制については、これを強制された当該個人の思想・良心、信仰の内容の妥当性や適切性の問題に立ち入ることなく、その「国家的シンボルの強制」という事実に着目して、連邦憲法修正一条に違反するとの判断を貫いている。それは、国旗・国歌には、一つの国家の下に国民を統合する機能があり、この国家的・国民的統合機能は、当然に一定の思想性、政治性と不可分とならざるを得ないことから、国旗・国歌に対する儀礼的行為を儀式として実施することは許容されるとしても、これを「強制」することは本来的に個人の思想・良心、信仰の自由を侵害することにならざるを得ないことによるのである。

原審が、起立斉唱命令の拒否やピアノ伴奏命令拒否と個々人の思想、信条、良心、信仰との間の「不可分の結び付き」を否定し、これらを切り離れた判断をしたことと、アメリカ憲法判例が、拒否の理由や適法性を審査することなく、したがって拒否と思想との「一般的な不可分の結び付き」を検討することもなく、その強制が思想・良心の自由の侵害になることを一貫して認めてきたこととの違いは、民族性や国民性の違いで説明できるものではない。それは、原審が、本件事件を、ただ単に、「日の丸という嫌な旗に向かって君が代という嫌な歌を歌うことを強制された事件」ととらえ、「国家的シンボルの強制の拒否」であることに焦点を絞りきれなかったことの顕れであり、このような理解は誤っている。

被控訴人は、教職員は生徒と異なり職務命令に服する義務等を負うから、教職員は思想・良心

の自由への制約を受忍すべきであると主張するが、全くの誤りである。アメリカの憲法判例は、全く対極の考え方に立ち、憲法の権利は生徒のみならず教師にも認められるべきものであることを繰り返し確認してきた。また、公務員にも思想・良心の自由が認められることは、我が国の判例でもある。

(3) 原審は、国旗・国歌法の制定経過やその趣旨に何ら目をやることのないまま、「国旗・国歌法は、日の丸を国旗とし、君が代を国歌とする旨明確に定め、また、学校教育法四三条及び同法七三条等に基づき定められた学習指導要領は『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。』と定めているところ、卒業式等に参列した教職員が、国歌斉唱時に国旗に向かって起立して、国歌を斉唱するということ、国歌をピアノ伴奏することは、これらの規定の趣旨にかなうものである。」と判示し、国旗・国歌法の存在が本件通達を正当化する根拠の一つであるかのように述べているが、同法の立法経緯を詳細に検討すれば、同法が決して本件通達を正当化するものとなり得ないことは明らかである。そればかりか、同法は、国旗・国歌が政治的な機能を有しているがゆえに持つ国民の思想信条を侵害する危険性に配慮し、立案過程で存在していた尊重を義務づける条項をあえて入れておらず、制定時の政府答弁も、「政府としては、今回の法制化に当たり、国旗掲揚等に関し義務づけを行うことは考えておらず、したがって、国民の生活に何らかの影響や変化が生ずることとはならないと考えている」、「学校における国旗と国歌の指導は……義務づけを行うことは考えておらず、したがって、現行の運用に変更が生ずることにはならないと考えております。」(G内閣総理大臣)、「人によって、式典等においてこれを、起立する自由もあれば、また起立しない自由もあろうかと思うわけでございますし、また、斉唱する自由もあれば斉唱しない自由もあると思うわけでございまして、この法制化はそれを画一的にしようというわけではございません。」(H内閣官房長官)、「本法案は、これによって国旗・国歌の指導にかかわる教員の職務上の責務について変更を加えるものではございません。」(I文部大臣)というものであったことからすれば、同法の制定前と後で、異なる「指導」、「責務」を教育現場に課することは許されないことになる。したがって、本件通達は、国旗・国歌法の立法趣旨に完全に逆行するものであって、原審が、国旗・国歌法により本件通達が正当化されるように認定したことが誤りであることは明白である。

(4) 原審は、まず平成元年の学習指導要領改訂から筆を起し、これを受けて文部科学省や都教委が出した日の丸・君が代の扱いに関する通知や実施状況調査の結果を時系列的に沿って挙げ、本件通達発出に至る経緯及びその後の都教委の指導について認定し、それらの認定事実から、本件通達が思想・良心の自由に抵触するか否かについての法的評価や、不当な支配の判断における本件通達の目的の合理性・必要性を導いている。

しかしながら、本件通達発出に至る経緯は原審が認定するようなものではない。原審の認定は、都教委の立てた、「控訴人らは、平成元年学習指導要領改訂後に強まった教職員組合による国旗・国歌反対闘争を引き継ぐものであり、教育現場にイデオロギーを持ち込むものである。」との決めつけを前提とした、「平成元年学習指導要領改訂後、国旗・国歌条項の適正実施のために、文部科学省ないし都教委は様々な指導や通達を行ったが、教職員組合を中心とした現場教職員

の激しい抵抗により適正実施に至らなかったため、やむを得ず本件通達を発して詳細な指導をせざるを得なかった。」というストーリーに引きずられたもので、誤っている。

本件通達前の文部省なり都教委による「指導」は、決して本件通達のように、個々の教職員や生徒の「集団行動への参加」を問題にしているわけではなく、あくまでも各学校ごとに集団行動としての「国旗掲揚・国歌斉唱」を実施するということであり、このような「指導」により、都立学校における国旗掲揚・国歌斉唱の「実施率」は、平成一二年度卒業式以降一〇〇%となっており、都教委は、これを平成一三年四月の教育委員会定例会で誇らしげに報告していたのであって、本件通達の約二年前までは、個々の教職員が立つとか立たないとか、ピアノ伴奏については、「課題」だとは考えていなかったのである。しかるに、都教委は、平成一五年四月ころからの委員や一部都議会議員らの追及や政治的圧力によって、これに迎合する形で都教委の方針を転換し、① 都教委から校長、教師、そして果ては生徒にまで至る「命令」、「上意下達」の教育現場を作り上げ、② 命令に従わない教職員らを廃除し、③ それらにより教職員から生徒に至るまでの思想を統制、支配することを目論み、本件通達を出したのであり、その後の指導や処分も含め考えれば、教育現場において「個別に命令を出させること」自体が目的の一つであったのであり、個々の教職員を「職務命令違反」で懲戒処分するための前提事実を作るためのものであるとともに、上からの命令によって管理職、教職員から最後は生徒まで従わせるという仕組みの構造だったのである。

都教委は、本件通達による国旗掲揚・国歌斉唱という行為の強制により、一部都議会議員の持つ特殊なイデオロギーを実現するために、本件通達を発出したのであって、実際には、都教委が立てたストーリーとはかけ離れた経過であったことは明らかであり、本件通達の違憲、違法は、このような経過を前提に判断されなければならない。

(5) 本件職務命令の根拠は本件通達であり、都教委が本件通達の合法性の根拠とするのは学習指導要領の国旗・国歌条項である。しかし、学習指導要領が定め得るのは大綱的基準に限られること、及び「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に指導するものとする」と定めており、「しなければならない」という明確な義務を表す用語とは区別された用語を用いていることに照らせば、学習指導要領の国旗・国歌条項は、法的拘束力がないか、あっても、その義務の程度は明らかに低く、原則としてはすべきであるが、合理的な例外を認める趣旨である。したがって、裁判所は、本件職務命令に従わなかったことが合理的な例外に当たるかどうかを審理しなければならず、その場合、怠惰からではなく、自己の思想・良心を理由にこれに従うことができないとする者は、合理的な例外に当たると解すべきである。

本件通達は、「別紙実施指針のとおり行うものとする」として、例外を認めることなく全都一律に画一的な国旗・国歌の強制を行っている。しかし、憲法四一条は、国民の権利を制約するには、国会で成立した法律によることを要するとしており、これを潜脱する白紙委任は許されない。本件通達の根拠である学習指導要領は、学校教育法四三条に基づくものであるが、ことを国旗掲揚・国歌起立斉唱・ピアノ伴奏による教育に限定する限り、同法において、文部科学大臣に国旗・国

歌の強制を定めることは委任されていないというほかない。少なくとも、思想・良心に反することを理由として国旗・国歌の強制を受け入れ難いとする教員にも義務づけるという、例外を許さない定めを置くことまで、同法から読み取ることは不可能である。学習指導要領に法律の授権による国旗・国歌の強制があり得ないことは、国旗・国歌法が国民に対する一切の義務づけがないものとして制定された趣旨からも根拠づけられる。法律ではない下位の法形式の学習指導要領が、いかなる態様であれ、国旗・国歌を国民に義務づけることは背理である。したがって、「ものとする」という文言を一律強制が可能との趣旨と読めば、学習指導要領に法律の授権がないことにより、本件通達は根拠を欠き、その法的効果を失うのである。

(6) 本件では、論理的先後関係として、まず、最初に判断されなければならないことは、本件通達とそれに基づく本件職務命令が旧教育基本法一〇条一項の「不当な支配」に当たるか否かである。なぜなら、それらが「不当な支配」に当たり違法であれば、控訴人らに対する個別の人権侵害の問題を検討するまでもなく、控訴人らのこれに従うべき義務の不存在を確認でき、控訴人ら個人の教育の自由や思想・良心の自由の問題、また、それに対する公共の福祉による制約の問題を論ずる必要はないからである。原審は、判断の順序を根本的に誤っている。

(7) 本件通達及び本件職務命令は、旧教育基本法一〇条一項の禁止する「不当な支配」に当たるものであって違法であり、かつ重大・明白な瑕疵があるものとして無効でもある。

ア 以下のとおり、旧教育基本法一〇条一項によれば、教育委員会による教育の内容や方法に関する介入についても大綱的基準によるべきところ、本件通達はこれに反している。

(ア) 原審は、「国の教育行政機関が法律の授権に基づいて義務教育に属する普通教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、子どもの教育は、教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、子どもの個性に応じて弾力的に行われなければならないから、教師の自由な創意と工夫の余地が要請されることを考慮した上で、教育に関する地方自治の原則を考慮し、教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的な範囲にとどめられるべきものであるが、地方公共団体が設置する教育委員会が、教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、公立学校を所管する行政機関として、その管理権に基づき、学校の教育課程の編成や学習指導等に関して基準を設定し、一般的な指示を与え、指導、助言を行うとともに、必要性、合理性が認められる場合には、適正かつ許容される目的のために必要かつ合理的と認められる範囲内において、具体的な命令を発することもできると解される。」とし、教育委員会による教育の内容や方法に関する介入を大綱的基準の設定にとどめるべき理由がないこととして、教育委員会は、地教法二三条五号により、学校の組織編制、教育課程、学習指導等に関して管理、執行するとされているのに対し、文部科学大臣は、同法四八条二項二号により、学校の組織編制や教育課程等について指導、助言又は援助をすることができることとされているにとどまることを指摘する。

(イ) しかしながら、国の教育行政機関が基準を設定するのは大綱的な範囲にとどめられるべきなのは、第一に、子どもの教育について、教師の自由な創意と工夫の余地が要請されるからであり(最高裁昭和五一年五月二一日大法廷判決・刑集三〇卷五号六一五頁(以下「最高裁学テ

大法廷判決」という。))、そのことは、国であろうと地方であろうと、教育行政機関一般について、その介入を制限する根拠となる。また、地教行法四八条は、文部科学大臣が教育関与権限がある事務について、同大臣と教育委員会との関係を定めたものであり、指導、助言又は援助となっているのは、同大臣と教育委員会が行政組織的に上下関係にはないからであり、同大臣の教育内容の介入権限について根拠となる規定は、小学校については現行学校教育法三三条、中学校については同法四八条、高等学校については同法五二条であり、地教行法四八条ではない。現行学校教育法三三条等に基づき、同法施行規則五二、七四条で委任立法が具体化され、その再委任により学習指導要領が定められているのである。原判決における対比は根本的に誤っており、誤った条文を比較して教育委員会の介入権限が同大臣より広いとする原判決は、教育法制に対する理解を根本的に誤ったものであり、教育委員会による教育の内容及び方法に対する介入についても、大綱的基準にとどまると解すべきである。

(ウ) また、教育委員会は、教師に対する人事権を有することにより、国の教育行政機関が抽象的なレベルで教育内容基準を策定するよりも、一層直接に介入し得る危険があるのであるから、教育委員会の介入に関する「不当な支配」の審査基準が、国の介入の場合のそれより緩和される理由は全くないのである。

(エ) 設置者の執行機関として学校を管理する教育委員会と学校との関係を規律している地教行法三三条一項は、「教育委員会は、法令又は条例に違反しない限度において、その所管に属する学校その他の教育機関の施設、設備、組織編制、教育課程、教材の取扱その他学校その他の教育機関の管理運営の基本的事項について、必要な教育委員会規則を定めるものとする。」と規定している。これは、各学校の判断によって自主的・自立的に特色ある学校教育活動を展開できるようにするという学校の裁量権限拡大の観点から、同法二三条五号に列挙された事項についての第一次的な裁量権は教育機関である学校(校長)にあり、教育委員会が関与できるのは、あくまで「基本的事項」や「基本方針」といった大綱的基準に限られることを示している。

(オ) 最高裁学テ大法廷判決が「教育に関する地方自治」を挙げた趣旨は、国の教育行政機関の介入を「教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的な「大綱的な」基準にとどめることによって、国の介入を制限し、各地方の実情に適応した学習権を子どもに保障する根拠となるものであって、これを地方教育行政機関の介入を拡大する根拠とするのは誤りである。また、国旗・国歌の指導に関し、地域性などはない。

イ 本件通達とそれに基づく本件職務命令は、特別活動として一般教科以上に学校ごとの創意工夫が要請される卒業式等の実施について、学校ごとの「創造的かつ弾力的な教育の余地」及び学校ごとの「特殊性を反映した個別化の余地」を「十分に」残したもとはなっておらず、また、国家を肯定的に受容するのか、あるいは、批判、否定するのか、又は、無関心となるのかは、各人により、様々なスタンスがあり得、そのような国家観と関連して、国家のシンボルである国旗や国歌に対する考え方も、人によって多様であるにもかかわらず、教職員に対し、一方的な一定の理論ないし観念を生徒に教え込むことを強制するものであり、かつ、教育内容決定が具体的レベルにまで達しており、それが事前に決定されているという点で、非常に強制度が強いものであるから大

綱的基準の範囲にとどまらないものとして違法である。

ウ(ア) 最高裁学テ大法廷判決は、教育委員会は「特に必要な場合には」具体的な命令を発することができるとしている。しかし、原審が説示するように、教育委員会は「必要性、合理性が認められる場合には、適正かつ許容される目的のために必要かつ合理的と認められる範囲内において、具体的な命令を発することもできる」とするのは、同判決に反する。本件通達及び本件職務命令による教育活動への甚大な影響にかんがみれば、「必要かつ合理的」というだけで、具体的な命令を発することができるとするのは、誤りである。

(イ) 仮に、原審の判断基準を前提にしても、これが旧教育基本法一〇条一項の「不当な支配」に該当するか否かの審査基準としては、次の①～⑦などの点に照らして決すべきである。

① 具体的な命令の目的が、教育委員会の所掌とされている事項と合理的関連性を有するか。

② 是認される目的達成のために、命令の必要性を肯定することができるか。

③ 教育活動そのものに対する具体的な命令として、教育行政主体の教育活動となるものではないか。また、教育活動そのものではないとしても、教育活動と一定のかかわりを有する場合に、指導・助言的性格を超えて、教師に一定の教育活動を強制する性質を有するものではないか。

④ 具体的な命令による教育内容及び方法に対する介入が、日常的教育活動に重大な影響をもたらすものではないか。

⑤ 具体的な命令が、学校及び教師に学習指導要領等の教育内容に係る基準の遵守を直接間接に強制するものではないか。

⑥ 具体的な命令が、教師の自由で創造的な教育活動を阻害するおそれはないか。

⑦ 教師に対し一方的な理論ないし観念を生徒に教え込むことを強制するものではないか。特定の意見(政治的見解)の教授を教師に強制するものではないか。

(ウ) そうすると、次の①～④のとおり、本件通達とそれに基づく本件職務命令は旧教育基本法一〇条一項の「不当な支配」に該当し、具体的な命令を発する必要性及び合理性は認められないものとして違法である。

① 国家のシンボルである国旗・国歌の問題が、その指導に関して、地方の実情に適応した子どもの学習権を保障するために、全国的一定水準としての学習指導要領の国旗・国歌条項より個別具体的な指示を出す必要性及び合理性が存するという事は考えられないから、本件通達発出の必要性及び合理性を「教育に関する地方自治の原則」に求めることはできない。

② 学習指導要領の国旗・国歌条項は、国旗掲揚及び国歌斉唱の具体的な在り方を何ら指示するものではないところ、本件通達発出当時、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施率が一〇〇%となっていたのであるから、「学習指導要領に基づく卒業式等を実施するよう改善、充実を図る」必要性も合理性もなかった。

③ 学習指導要領の定めは、国旗・国歌条項のほかには、「儀式的行事」の「内容」に関する「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」という定めのみであり、卒業式等は、学校ごとの創意工夫

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たものでなければならないのに、本件通達及び本件職務命令は、創造的かつ弾力的な教育の余地及び学校ごとの特殊性を反映した個別化の余地を十分には残していないものである。

④ 校長が個々の教職員に対し、起立斉唱又はピアノ伴奏の職務命令を発するか否かは、校長の裁量権の範囲内に属することであり、教育委員会が、すべての教職員に職務命令を発出するよう命令する必要性及び合理性は何ら存しない。国旗・国歌法制定当時の政府答弁は、教育委員会が校長に対し、すべての職員に職務命令を発出するよう命令することなど全く想定しておらず、本件通達は明らかに国旗・国歌法の立法者意思を超えている。

(8) 本件通達及び本件職務命令は憲法一九条、二〇条に違反する。

ア このうち憲法一九条違反についての控訴人らの主張は、次のとおりである。

(ア) 控訴人らは、「日の丸」・「君が代」の持つ戦前の軍国主義、皇国思想のシンボルとしての「負の歴史」に対する反省、あるいは教職員として有する教育観又は職業上の信念等を理由として、「日の丸」に向かって起立し「君が代」を斉唱できないとの信念を有しているのであるから、本件職務命令で起立斉唱(ピアノ伴奏)を強制することは、控訴人らの思想及び良心の自由を直接に侵害するものである。

(イ) 起立・斉唱しなかった控訴人らに懲戒処分を行うということは、控訴人らが有する「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思想」を貫いたがゆえに制裁を科しているのであって、これは思想・信条を理由とした不利益取扱いであり、憲法一九条に違反する。

(ウ) 国歌の起立斉唱(ピアノ伴奏)命令は、思想及び良心ゆえに起立を拒む教職員をあぶり出す効果を有しており、教職員に対して「踏み絵」としての意味を持っており、公権力が個人の「思想」を推知することを禁じた憲法一九条に違反する。

イ 原審は、憲法一九条の解釈を誤り、また、違憲審査基準を誤り、さらに、控訴人らに対する思想・良心の自由の制約を正当化する根拠の判示は、違憲審査基準の定立とその具体的検討のいずれにおいても失当であり、破棄を免れないものである。

(ア) 原審は、憲法一九条が保障する「思想」のとらえ方を誤っている。

① 原審は、控訴人らについて「教師としての思い、良心から国旗に向かって起立し、国歌斉唱できない、又はピアノで国歌の伴奏ができないという信念を有するものであると認められる。」と判示し、控訴人らが「日の丸」・「君が代」ないしその強制に関して、控訴人ら主張のような考えを持つことは思想及び良心の自由として保障されることを認めているだけでなく、控訴人らの「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」も憲法一九条の「思想」として同条の保障の対象となることを明言しながら、「思想や良心の核心部分を直接否定するような外部的行為を強制することは、その思想や良心の核心部分を直接否定することにほかならないから、憲法一九条が保障する思想及び良心の自由の侵害が問題になるし、そうでない場合でも、思想や良心に対する事実上の影響を最小限にとどめるような配慮を欠き、必要性や合理性がないのに、思想や良心と抵触するような行為を強制するときは、憲法一九条違反の問題が生じる余地があるといえるが、これらに該当しない場合には、外部行為が強制されたとしても、憲法一九条違反とはならないと解される。」とした上

で、控訴人らの不起立行為等については、「卒業式等の儀式の場で行われるピアノ伴奏又は出席者全員による起立及び斉唱である」ことを理由として、「歴史観ないし世界観又は信条とは切り離して、不起立行為等には及ばないという選択も可能であると考えられ」と断じ、「一般的には、卒業式等の国歌斉唱時に不起立行為等に出ることが、原告らの歴史観ないし世界観又は信条と不可分に結びつくものということとはできない」から、「本件職務命令は、原告らの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」と結論づけた。

しかしながら、卒業式等の儀式的行事にあつては、その進行に際して統一的な行動が望まれるとしても、当該行為が一定の思想に基づくものである限り、当該行為を強制することは、なお、思想の強制(一定の思想に基づく行為の強制)の禁止を含意する憲法一九条の問題を生じることになるのであり、儀式における起立斉唱(ピアノ伴奏)であることが、思想及び良心と外部的行為の結び付きを断絶させる理由にはならない。

控訴人らの、人格的核心に根ざした、真摯な理由による、都教委による「日の丸」・「君が代」の強制に従うことができないという思い、すなわち、「卒業式・入学式等において国旗に向かって起立し、国歌を斉唱できないという考え」あるいは、「卒業式・入学式等の国歌斉唱時にピアノ伴奏できないという考え」は、それ自体が、控訴人らの内心の核心に根ざしたものであつて、その「考え」は、その理由を形成する世界観、人生観、歴史観、教育観等の思想あるいは信条とは別途、憲法一九条の保障が及ぶ「思想・良心」である。そして、控訴人らの内心の根底にある思想・信条と「起立できない(ピアノ伴奏できない)思い」は不可分一体の関係にあるのである。

② 原審は、控訴人らの不起立行為等という外部的行為が、「思想及び良心の核心部分を否定したものであるかどうか」を判断するに当たり、「一般的には、卒業式等の国歌斉唱時に不起立行為に出ることが、原告らの歴史観ないし世界観又は信条と不可分に結びつくものということとはできない。」、あるいは、「一般的には、本件職務命令が原告らの歴史観ないし世界観又は信条自体を否定するものとはいえない」と述べている。

このような判示は、精神活動の自由が、生命・身体の自由と並んで人間の尊厳を支える基本的な条件であつて、民主主義存立の不可欠の前提であることを看過しているといわざるを得ない。

憲法一九条が「思想及び良心の自由」を保障したのは、各人によって、その思想及び良心に多様性があることを認めた上で、その多様性を尊重すべきであるからである。各人によって、思想及び良心の「核心部分」は異なっているのであつて、「一般的には……結びつかない」としても、その人にとって「核心部分」と結び付くならば、憲法一九条の保障が及ぶと解する必要がある。「一般的には」論は、「多数者から見た場合にどうか」を問題とした議論であり、そのような「一般的には」論では、人権は多数者の人権であれ少数者の人権であれ等しく平等に保障されるという人権保障の原理と正面から衝突することになる。そして、少数者の思想・良心に基づく選択が、同様の思想・良心を多数者ないし一般人が共有していない場合や、多数者から見てそのような選択が首肯できるものでない限り保障されないとすれば、人権保障の原理は根底から崩れ去ることになってしまう人権保障が全うできないことになってしまうのである。

原審は、「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を憲法一九条が保障する「思想信条」に該当す

ることを認めながら、その「思想信条」に従った態度をとることを「一般的には……結びつかない」として、「思想信条」自体が思想及び良心の自由の保障の対象とならないという矛盾を犯しているのである。

(イ) 原審は、その外部的行為を強制すること自体が内心に反する行為を強制することになるにもかかわらず、内心に反する行動を選択することが可能であるとして、内心と外部行為を分断している点で、憲法一九条の解釈を誤っている。

① およそ人の内心には国家権力が立ち入るべきではないということは近代民主主義国家の基本的理念に基づくものであり、人の内心における精神的活動は他の利益と抵触することはないから、憲法一九条で保障された思想・良心の自由は、憲法上最も強い保障を受けるものであって絶対的自由である。

そこで、憲法一九条は、思想・良心の自由を保障するため、以下のような侵害を禁止したものと解される。すなわち、同条は、(i) 特定の思想を持つ、又は持たないことを理由とする制裁等の不利益処遇の禁止、(ii) 特定の思想を持つ、又は持たないことの強制の禁止、(iii) 現に持つ思想の告白(開示)の強制又は現に持つ思想と異なる内容の告白強制の禁止、(iv) 思想・良心と密接不可分な外部的行為を行うことの強制又は禁止の禁止である。

思想・良心の自由の保障が、内心限りにとどまるか、それとも内心と密接不可分の外部的行為をも保障するものであるか問題となるところであるが、内心と外部的行為は不可分であり、これを形式的に分けることは不可能であるし、いかなる外部的行為を命じて内心を侵害することはないと解するのでは、憲法一九条は全く無内容なものになってしまい、思想・良心の自由を保障した憲法の趣旨は画餅に帰することになるから、一定の外部的行為、すなわち、思想・良心とのつながりが明らかに推知され、切り離して考えられないような不可分の外部的行為、あるいは自己の思想・良心が侵害されようとしている場合に、防衛的・受動的にとる拒否の行為(不作為)には、内心領域に対する保障と同等の絶対的保障が及ぶと解すべきである。

公権力が、特定の思想や価値観ないし事物の是非・善悪の判断を正統なものとし、国民に対してそれに従うべきことを強制することは禁止される。個人の尊厳を基本原理とする憲法の下では、人の「思想」、「価値観」、「是非・善悪の判断」が公権力により強制・干渉されることなく形成されるべきであることは、近代民主主義の基本的前提条件であるからである。

また、特定思想に結び付いた行為の強制も、その思想を支持できない者にとっては、自己の思想と抵触する行為を強制されることにほかならないから、思想・良心の自由の侵害に当たり、憲法一九条が禁止するところである。

② 原審は、自己の「思想及び良心」に反することを理由に外部的行為を拒否することができないとの結論を示し、その根拠として、これをできると解した場合には、「社会が成り立ち難い」ことが明らかであると述べる。これは、佐藤幸治教授著「憲法(第三版)」(四八八頁)に基づく解釈によったものと思われるが、判示は佐藤教授の見解を都合よく引用するものであり、曲解したものである。

また、原審が、「思想及び良心」の内容及び課せられる外部的行為の性質等を検討することなく、

「思想及び良心」に基づく外部的行為の拒否は認められないと判断したことは、「社会が成り立ち難いことが明らか」というほか理由が示されていない点は措くとしても、粗雑な憲法解釈である。

(ウ) 原審は違憲審査基準を誤っている。

控訴人らの思想及び良心の自由に対する「制約」の違憲審査においては、控訴人らの思想及び良心の自由の実現により侵害される他者の人権(対立価値)の内容と、これについて具体的にいかなる現実的・具体的害悪が生じるのか(害悪の重大性、急迫性)を明確にした上で、制約目的が必要不可欠であるか、制約の手段・方法等が必要最小限であるか、より制限的でない他の選び得る手段がないかなどについての厳格な審査がされる必要がある。

にもかかわらず、原審は、対立価値の内容と対立価値について生じる害悪の重大性・急迫性の内容を明確にせず、単に職務命令の目的・内容の必要性・合理性のみを判断して違憲審査を行っており、その判断枠組自体が失当である。

(エ) 原審が挙げた本件通達及びこれに基づく各校長の職務命令の必要性・合理性を肯定する事情は、制約が憲法上許容される根拠とならない。

①「全体の奉仕者」、「職務の公共性」等の抽象的概念から思想及び良心の自由の制約を正当化できないこと

原審は、憲法一五条二項から「地方公務員も、地方公共団体の住民全体の奉仕者としての地位を有するもの」であり、「このような地方公務員の地位の特殊性や職務の公共性にかんがみ」規定された地公法三〇条及び同法三二条から、「控訴人らは、いずれも都立高等学校の教職員等であって、法令等や上司の職務上の命令に従わなければならない立場」にあることが、本件職務命令の合憲性を基礎づける事情となる旨を判示している。

しかし、公務員であっても、「職務の公共性」や「全体の奉仕者」という抽象的概念によって人権制約が一般的・抽象的に正当化されることはない。本件で、国歌の起立斉唱命令による控訴人らの思想及び良心の自由に対する制約の合憲性を判断するに当たっては、当該公務員の人権の実現により、具体的に子どもらのいかなる学習権についてどのような現実的・具体的害悪が生じるのかを検討し、そのような対立価値との関係において、国歌の起立斉唱命令の目的が必要不可欠であるか、手段・方法等が必要最小限であるか(より制限的でない他の選び得る手段がないか)が厳格に審査されなければならないにもかかわらず、原審はその検討をしておらず、失当である。

特に、旧教育基本法六条一項は、「法律に定める学校は、公の性質をもつ」とした上で、二項で「法律に定める学校の教員は、全体の奉仕者であって、自己の使命を自覚し、その職責の遂行に努めなければならない」と定めており、「法律に定める学校」には、公立学校だけではなく、私立学校も含まれることからすれば、公立学校の教員だけでなく、私立学校の教員も「全体の奉仕者」として自己の使命を自覚し、その職務の遂行に努めなければならないとされているのである。そうすると、公務員関係を念頭に定められている憲法一五条二項と旧教育基本法六条二項の「全体の奉仕者」は同一の概念ではなく、後者は教員が公教育を行う主体であること自体から定められているものと解されなければならないのであるから、同条を含む法体系全体にかんがみれば、教育

公務員である教員と一般公務員とでは法が定める「全体の奉仕者」の趣旨も異なっているのであり、控訴人らの人権について、一般公務員と同一の根拠で人権制約を正当化することはできないというべきである。

② 本件職務命令の必要性を肯定した原審の誤り

原審は、国旗・国歌法が「日の丸」を国旗、「君が代」を国歌と明確に定めていること、高等学校学習指導要領が「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。」と定めていることから、卒業式等に参列した教職員等が、国歌斉唱時に国旗に向かって起立して、国歌を斉唱するということは、これらの規定の趣旨にかなうものであることを、本件職務命令の必要性を肯定する事情に挙げている。

しかしながら、前記のとおり、国旗・国歌法は、日の丸を国旗、君が代を国歌と規定するのみであって、国旗掲揚・国歌斉唱の実施方法等に関しては何ら規定を置いておらず、また、同法の条項及び立法趣旨に照らせば、同法が教員に対して起立斉唱(ピアノ伴奏)義務を課すものと解する余地はなく、同法により控訴人らの思想及び良心の自由の制約の必要性が肯定されると解し得ないことは明らかである。また、学習指導要領の国旗・国歌条項については、前記のとおり、校長や教職員に対して法的拘束力を有するものとはいえず、その有する意味はせいぜい「一般的指針」にとどまるものと解され、仮に、国旗・国歌条項に一定の法的効力が認められるとの解釈があり得るとしても、教員に対して国歌起立斉唱義務を課す根拠となり得るものでない。

したがって、学習指導要領の国旗・国歌条項及びその趣旨に照らしても、控訴人らに対して起立斉唱(ピアノ伴奏)義務を一律に課す必要性が肯定されると解する余地がないことは明らかであり、これらによって制約の必要性を認定した原判決は失当である。

③ 本件職務命令の合理性を肯定した原審の誤り

原審は、本件職務命令の合理性について、卒業式等の儀式においては、出席者に対して一律の行為を求めること自体に合理性があること、及び卒業式等における国旗掲揚や国歌斉唱が全国的には従前から広く実施されていたものであることを根拠に、これを肯定する。

しかし、本件職務命令の合理性は、究極目的たる子どもの学習権の充足を図る利益(又はこれを前提とする中間目的としての卒業式等における国旗掲揚・国歌斉唱の指導)を達成する上で合理的か否かという点において検討がされなければならない、そのような観点を捨象して、単に「儀式においては、出席者に対して一律の行為を求めること自体には合理性がある」と判示する原判決は失当である。そして、子どもの学習権の保障という究極目的に照らせば、教育の場である卒業式等において、なお国民の間で宗教的、政治的にみて価値中立的なものと認められるまでには至っていない日の丸・君が代について、教職員に対して思想及び良心の自由を制約してまで起立斉唱(ピアノ伴奏)を一律に強制することに合理性があるということとはできない。

④ そもそも、学校としての統一的な意思決定にすべて従うことが教師の職責とされるわけではなく、学校行事一般が厳粛に行われるべきであるといった問題を超えて、「学校行事」だから学校としての統一的行動が求められるというのだとすれば、それは、戦前の学校儀式から脈々と続いている、いわゆる「伝統的」な「儀式・儀礼とはかくあるべし」という観念に縛られたものにほかな

らず、学校行事における「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱という場面において、学校行事における儀礼、儀式は統一的であるべきであるとか、組織としての学校の秩序を維持すべきであるなどといった観念的な理由により、控訴人らの思想・良心の自由の制約を正当化することは、許されてはならない。

⑤ 被控訴人は、「卒業式等において国旗に向かって起立せず国歌を斉唱しない教職員がいるときは、その指導を受ける生徒としては、国歌斉唱の際に、国旗に向かって起立してもいいし、しなくてもいい、国歌を斉唱してもいいし、しなくてもいいと受け取ってしまうのであり、かくして児童・生徒は国旗・国歌について正しい認識を持ち、国旗・国歌を尊重する態度を学ぶことができなくなり、児童・生徒の学習権を侵害するものである。」と主張する。

しかし、子どもの学習権という視点でとらえるならば、一方的に「真理」や「結論」を押しつけ、教え込むのではなく、子どもたちが疑問を持ち、問いを続け、問いが深まり、自分という存在と、自分とは異なる他人という存在の違いや、お互いに認め合うことの意義を理解できるようになるための教育が求められることになるのであり、控訴人らの不起立行為等という、控訴人ら自らの思想・良心に従ってやむを得ずとった行動を見た子どもたちが、思想・良心によって起立する人もいれば起立できない人もいるのだと感じることはあるにしても、それ以上に、起立斉唱する子どもたちを阻害するものではなく、かえって、子どもたちに「日の丸」や「君が代」について多様な考えがあることを前提に、「日の丸」や「君が代」についての事実を学び、自ら考え、決定するという機会を与えるものであって、控訴人らの行為は、子どもたちの学ぶ権利の充足に資するものであり、子どもの学ぶ権利を阻害するものではない。

(オ) 本件通達、本件職務命令及び本件処分は憲法一九条に違反する。

① 都教委は、「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を持つ教員を排除する目的を持っていたこと

本件通達発出の真の目的は、「生徒に起立をさせて国歌を歌わせる」ことにあり、この目的の根底にある価値観、思想は、「自分の国を愛することの象徴」としての「国旗・国歌を尊重する態度」が必要であるというもので、本件通達及びその後の校長に対する一連の指導は、教職員に対し、懲戒処分の威嚇によって起立斉唱を強制し、「都教委の方針に従わず、自己の思想・信条に基づいて、日の丸に向かって起立し、君が代を斉唱しない教職員」をあぶり出した上で、これを徹底的に排除することによって、教職員の起立斉唱の完全実施を実現し、次いで生徒に対して国歌の起立斉唱を強制し、その上で「形に心を入れる」、すなわち生徒に国旗・国歌を尊重する態度を強制的に注入する目的でされたものである。

いかに被控訴人が言いつくろったところで、本件処分は、形式的な「職務命令違反」とか「地公法違反」という理由によるものと評価することはできず、控訴人らが、都教委の方針に従順に従わず、都教委の進めようとする「自分の国を愛することの象徴」としての「国旗・国歌を尊重する態度」の生徒への一方的な教え込みの道具となることを拒否し、自らの世界観・歴史観・教育観等に基づき、「国旗に向かって起立し、国歌を斉唱せよ」という職務命令を拒否したがゆえに、控訴人らに科されたものと評価すべきである。

そして、控訴人らは、例えば、平和思想を有し、過去の戦争への反省に基づき、新たな戦争への協力につながりかねない行為に協力することはできないという信念から、あるいはまた、教師として、生徒一人一人の思想・良心の自由を最大限保障しなければならない、生徒への一方的な一定の観念の教え込みはしてはならないという信念から、起立斉唱の職務命令に従わなかったものである。

このような一連の都教委の施策に関する事実経過や「国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する」という行為を強制することの性質、効果にかんがみれば、都教委が控訴人らに懲戒処分を科したことは、実質的には、控訴人らが「国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する」ことができない思想・信条を有していることによりされた、思想・信条に基づく不利益取扱いにほかならない。

したがって、「職務命令が違憲無効であるから、これに違反したことを理由とする本件処分も違憲、違法である」という論理によらなくとも、本件処分自体が、思想・信条に基づく不利益取扱いとして、それ自体直ちに憲法一九条に違反しているのであり、本件処分は直ちに取消されるべきなのである。

② 国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する行為は、自らがその国旗や国歌が象徴する国家の一員であり国民の一人であることを示すことであり、このような、国旗・国歌によって象徴される国家に忠誠を示すという行為は、まさに「国家」に積極的な価値を認める「思想」の表明にほかならないこと

このことを明確に自覚しないままに国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する人が少なくないとしても、国旗に向かって起立し国歌を斉唱する行為が国家に対する忠誠を示す意味を内包しているのは、客観的事実である。したがって、「国家」に積極的な価値を認めない「思想」を有する人にとっては、国旗に向かって起立し国歌を斉唱するという行為は、自己の思想と矛盾する行為であるから、自覚的にこれを忌避することになるのである。「国家」に積極的な価値を認めるか否かは、まさに権力から独立した個人の自立的な判断に委ねられるべき事柄であり、権力によって強制されるべき事柄ではない。そして、少なくとも「国家」に積極的な価値を認める「思想」が唯一絶対の真理ではないことは周知の事実である。

「日の丸」が国旗、「君が代」が国歌であることを法定する国旗・国歌法を制定したこと自体、日の丸・君が代を国旗・国歌とすることに反対する「思想」を否定し、日の丸・君が代を国旗・国歌として肯定する「思想」を権力的に勧奨する意味を帯びることは否めないが、同法がわずか二か条の条文を置くのみとなり、勧奨効果は最小限度にとどめられることになったのは、反対論者の思想・良心の自由が損なわれることのないように警戒することが求められた国家的議論の結果と理解されるべきである。

加えて、「君が代」の起立斉唱は「国家」を賛美する性質だけでなく、君が代の歌詞の解釈によっては「天皇」を賛美する性質を帯びることにもなるのである。

本件通達及び各校長の職務命令は、控訴人らに対し、これに従わなければ「服務上の責任を問う」ことによって、卒業式等において国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを強制しているのであり、これは、都教委及び都立学校の校長という公権力が、一定の「思想」に基づく行為を教

職員に強制しているものなのである。

このような、都教委による『日の丸』『君が代』に対する肯定的『思想』、あるいは、『国家』に積極的な価値を認めるべきだとする『思想』という一定の「思想」に基づく国歌の起立斉唱の強制は、公権力による一定の「思想」の強制・勸奨を禁じた憲法一九条に違反するものであることは明らかである。

そして、本件通達及びこれに基づく本件職務命令に従わなかったとして懲戒処分を科すことは、本件通達及びこれに基づく各校長の職務命令が前提としている『日の丸』『君が代』に対する肯定的『思想』、あるいは、『国家』に積極的な価値を認めるべきであるとする『思想』という一定の「思想」の強制であり、憲法一九条に反することになるのである。

③ 「君が代」の起立斉唱の強制は、「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を持つ者を推知する効果があり、憲法一九条に違反すること

憲法一九条が「踏み絵」を絶対的に禁止していることに異論はない。いわゆる「踏み絵」とは、公権力が「思想的な意味をもつ発言や行為を求め、特定の「思想」を有する者をあぶり出すことをいう。これには、公権力の主観的意図にかかわらず、具体的な状況の下で一定の思想を有する者をあぶり出す効果を持つものが含まれる。

「踏み絵」は、イエス像を踏むという一定の行為を強制されるものであり、強制に従いイエス像を踏んだ者がどのような宗教を信仰しているか、あるいは信仰していないかを知ることはできないが、キリスト者に対し、イエス像を踏むというその信仰に反する行為を強制すること、そしてキリスト者がそのような行為を拒否することによって、その者が「キリスト者」であるという信仰を外部に示すことになる。

本件の起立斉唱あるいはピアノ伴奏の強制も、同様に、起立斉唱している者、あるいはピアノ伴奏している者の内心がどのようなものであるかを知ることはできないが、「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を持つ者にとっては、自己の思想に従えば「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない」結果、その者が「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」という思想、信条を有していることが外部に示されることになるから、これによって、「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を持つ者があぶり出されることになるのである。

なお、いわゆる「踏み絵」は、公権力によって不都合な「思想」をあぶり出す効果があれば足り、当該「思想」を持つ者すべてを選別できなければならないわけではない。逆に、あぶり出された中に当該「思想」を有しない者が含まれていたとしても、あぶり出し効果が損なわれるわけではない。

したがって、「君が代」の起立斉唱の強制に従わない教職員が、必ずしも「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を持つ者だけではなく、中に他の理由で従わない者が存在したとしても、本件通達及びこれに基づく各校長の職務命令による「君が代」の斉唱の強制は、『君が代』を起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を持つものをあぶり出す機能を持っているといえるのである。

そして、都教委側の主観的意図が「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を持つ教職員をあぶり出して排除する意図がなかったとしても、「あぶり出し効果」は否定できないのであるから、教職員に対する「踏み絵」としての意味を否定することはできないのである。

したがって、本件通達及び本件職務命令は、教職員に対して「踏み絵」としての意味を持つのであり、公権力が個人の「思想」を推知することを禁じた憲法一九条に違反する。

(9) 本件通達及び本件職務命令は、自由権規約一八条に違反する。

本件通達及び本件職務命令は、實際上、生徒に対して、一律に日本の国旗・国歌を強制する機能を果たしており、外国籍の生徒など文化的アイデンティティが異なる生徒に対しては、その文化的アイデンティティを侵害する機能を果たしている。控訴人らは、多様な国籍を有する生徒がいる都立高校の実態から、一律強制に従えないと考えたものであり、控訴人らに一律に「国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること」を命じ、それに従わなかったことを理由に懲戒処分にしたことは、自由権規約一八条に違反する。

本論点については、原審においては判断が示されていないので、控訴審において具体的な判断を求めべく、重ねて主張する。

(10) 仮に本件処分を違憲、違法といえなくとも、本件処分は裁量権の逸脱・濫用に当たり、違法である。

ア 法は、「権利の濫用は、これを許さない」(民法一条三項)と宣言する。法が創設する権利の行使が、その実質において権利創設の目的や理念に背馳する場合に、当該権利行使の法的効果が否定されるべきことは当然である。すべての権利には、本質的に権利行使の限界が内在するのである。被控訴人が地公法上の職員に対する懲戒権の行使に関して裁量権を有しているにせよ、あらゆる権利に本質的に内在するのと同様、その権利の行使が権利創設の根拠法の立法趣旨に照らして濫用にわたることは許されず、裁量権の範囲を超え、又はその濫用があった場合には、その処分は違法なものとなり、裁判所はその処分を取り消すことができるのである。

処分権者の裁量権の範囲を超えるか否かの判断基準となるのは、当該処分が「社会観念上著しく妥当を欠く」か否かであり、ここでいう「社会観念」とは、単純に現にある社会の多数者を念頭に置いた社会の「通念」を意味するものではなく、憲法的な価値判断の視点に立脚した「規範としてあるべき良識」でなくてはならない。いうまでもなく、基本的人権という法概念は、多数決原理の限界を画するものである。社会の多数の意思によっても奪うことができない憲法価値として確立された人権が、社会「通念」という社会の多数派の意思によって奪われることがあってはならない。「処分が著しく妥当を欠く」か否かの判断の局面においても、人権や憲法的秩序などの理念の擁護をどこまで徹底するかという優れて憲法的な価値判断が求められる。

イ 裁量権濫用の判断基準

裁量権の限界を見極めるためには、まずもって法が当該権利を創設した目的や理念を確定し、その上で、当該の権利行使が、いかなる動機や目的で行われているかを、形式的にはなく実質において見極め、以下のような場合には、裁量権の行使を誤ったものとして、その処分が社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したと認められるときは、違法であると判断されるべきである。

(ア) 裁量処分が、制度の目的と関係のない目的や動機に基づいてされた場合

(イ) 考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して処分理由の有無が判断

された場合

(ウ) 処分理由の有無の判断が合理性を持つものとして許容される限度を超えた場合

ウ 本件処分は、以下の点に照らせば、被控訴人における裁量権の逸脱・濫用に当たるものとして違法を免れない。

(ア) 処分目的逸脱による裁量権濫用

① 公務員法上の懲戒処分が、懲戒権者に処分権限を付与した立法の趣旨に反して、法の想定を逸脱した目的ないし動機に基づいて行われた場合には、形式的には懲戒権の行使であっても、裁量権の逸脱・濫用として違法となる。また、あからさまに法の目的に違反したものの認定にまでは至らずとも、当該処分が法の処分権限創設の目的との十分な整合性や関連性を欠くことを認定できれば、あえて基本権の尊重という憲法の理念や公務員の身分保障を無視して処分を適法とすべき理由はない。

② 地公法が被控訴人(都教委)に付与した「公務員関係の秩序の維持のための懲戒権」の行使は、「生徒の教育を受ける権利を十全に保障する公務員秩序」の維持を目的とする限りにおいて、立法趣旨に沿うものとして合法性を有するものであるところ、被控訴人が本件通達の発出と懲戒処分の濫発をもって、都立の全校に強制したものは、国旗・国歌の尊重を個人の思想・良心の自由に優先し、国旗・国歌という国家象徴への忠誠宣誓に等しいと理解する余地のある行為の権力的強制にほかならず、あるべき公務員秩序を維持するためのものではない。

本件の処分対象となった不起立行為等の原因、動機、性質、態様、結果、影響等を吟味すれば、合理的な思考からは、これが懲戒処分をもって禁圧しなければならない秩序紊乱行為に当たらないことが一見明白である。にもかかわらず、本件のごとき過酷な処分に至っているのは、被控訴人の側に「公務員秩序の維持」を超えた不当な教育支配の意図あればこそなのである。

本件処分は、形式的には「公務員秩序の維持」を目的とするものごとくでありながら、実は教育への不当な支配を目的とする本件通達以下一連の行為の一環としての懲戒権の行使である。少なくとも、その実質において「憲法的な視点における教育現場のあるべき公務員秩序」形成に背馳するものといわざるを得ない。

(イ) 比例原則違反

懲戒処分の適法性判断においては、処分事由とされた非違行為の程度と、制裁措置としての懲戒処分の不利益の程度との、軽重の権衡の保持が必要であるところ、以下のとおり、本件各処分は著しくその権衡を失するものとして、裁量権の逸脱・濫用に当たり違法である。

① 処分事由とされた本件非違行為の類型は職務命令違反であるから、非違行為の軽重は何よりも職務命令の内容に照らして吟味されなければならない。職務命令が一見明白に違法であれば、これに従う義務のないことに異論はない。

控訴人の主位的な主張は、本件通達に基づいて各校長に強制された本件各職務命令は一見明白に違憲、違法なもので、これに従う法的義務を欠くという意味で無効というものであるが、かろうじて違憲、違法あるいは無効の評価を免れたとしても、憲法や教育基本法の趣旨に違背した不当な内容であることは明らかというべきであり、その職務命令違反を非違性重大と評価することは

できず、むしろ、生徒の教育を受ける権利に奉仕すべき教員の責務からは、教育者としての真摯な動機からの命令への不服従は憲法的保護を受け得るものであり、少なくとも非違性の程度は極めて軽度というべきである。

② また、非違行為の軽重は、各人の職務命令違反に至った動機における真摯性によって判断されなければならない。

「非違行為」とは、通例は、犯罪行為、違法行為、破廉恥行為、職務懈怠行為を意味する。しかし、控訴人らは違法な行為に及んだものでも、破廉恥な行為を行ったものでも、教員としての職務を懈怠したのものでもない。むしろ、真摯に自らの生き方を探り、教員としての良心に忠実になろうとして、本件通達や本件職務命令と義務の衝突を自覚し、これを受け入れ難いとしたものなのである。

③ さらに、控訴人らの処分対象行為は、その性質・態様において、自らの思想・良心の自由を防衛する以上の積極的行為を伴わない消極的なものにすぎず、控訴人らの本件各行為によって、具体的に卒業式等の進行に支障が生じたり、式典が混乱したなどという影響は現実には皆無である。すべての者の斉一的な行動に美的感覚を有する者の目には、多少の不快感という影響があることが考えられる。しかし、憲法的観点からは、そのような感覚は価値観の多様性の尊重というより高次の憲法理念に席を譲らざるを得ない。

④ 一方、制裁措置としての懲戒処分の不利益の程度は極めて重い。

まず、何よりも本来保障されるべき憲法上の思想・良心の保護を剥奪されたこと自体の不利益が甚大である。

控訴人らは、自己の信条に忠実になろうとすれば懲戒という不利益を受けざるを得ず、この不利益を回避しようとするれば自己の信条に反する行為を余儀なくされるという矛盾と葛藤を余儀なくされた。そのことによる精神的苦痛は極めて大きい。

さらに、経済的な不利益も極めて大きい。懲戒のうちで、戒告は最も軽微なものだから、経済的な打撃を考慮する必要はないということは大きな誤りである。一回の戒告処分がもたらすものは、精励手当のカットのみではなく、三か月の昇給延伸をもたらすものであるところ、この措置の影響は生涯ついて回ることになる。もちろん、退職金にも年金にも影響することになる。履歴として刻印され、転勤にも昇進にも影響する。のみならず、たった一回の戒告処分が定年後の再雇用や再採用拒否事由とされる。この不利益は人生設計に誤算をもたらす大きさを持つものである。

⑤ さらに、本件処分の不利益性を考慮する際には、同様の処分が例年繰り返され、累積され加重されるという特異性が考慮されなければならない。

本件処分の本質が、控訴人らの思想・良心そのものを対象とするものである以上、各控訴人が真摯な思想や良心を保持し続ける限りは、毎年の繰り返しの処分を避けることができない。「転向」か「改宗」か、あるいは屈服して面従腹背の屈辱を甘受するに至るまで、懲戒は幾度でも繰り返され、累積されて加重されることになる。戒告にとどまるのは最初の一回のみである。累積された処分は確実に加重され、停職から免職に至るものとなる。この不利益は計り知れない。

処分の累積加重は、当然に反省すべき行為者に対して、反省の足りないことに対する是正措置

として有効であり、是認可能である。しかし、良心に従った行動をとる控訴人らにおいては、「反省」とは無縁であり、「是正の効果」もあり得ない。そうであるにもかかわらず、処分は繰り返され、服務事故再発防止研修受講が強制され、さらに、見せしめとして、定年後の嘱託職員としての再雇用拒否を確実にもたらす。この不利益は限りなく甚大である。

(ウ) 要考慮事項・不可考慮事項の判断を誤った違法

懲戒処分を科すに際しては、考慮すべき価値的事項と、考慮してはならない非価値的事項とを厳密に区別し、かつ、適切に軽重を評価することが必要であるところ、都教委が本件処分をするに当たってした判断は、一方で、① 生徒や教職員の精神・信仰の自由を尊重し、② 教育に対する不当な支配を抑制することによって生徒の教育を受ける権利を擁護するという、本来最も尊重すべき事項を不当かつ安易に軽視し、他方、① 知事や一部の都議会議員などの意向という、本来考慮に入れるべきでない事項を考慮に入れ、かつ、② 卒業式の進行が妨害される抽象的可能性という、本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価した結果として、精神の自由や教育の自由という憲法的要請と、卒業式等における教育上の必要性とをいかに調和させるべきかの手段・方法の探求において、当然尽くすべき考慮を尽くさないものであり、この点の判断につき、裁量判断の方法ないし過程に過誤があるものとして、違法なものと認めざるを得ない。

(11) 控訴人らに生じた損害

ア 裁量権の濫用にわたる処分は国家賠償法上の違法行為となり、これにより各被処分者に損害が生じた場合には、慰謝料請求認容の根拠となるべきものである。

イ 控訴人らは、本件通達及び本件職務命令によって、自らが有する、卒業式等において国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること(ピアノ伴奏すること)ができない思いに反する行為を強制され、これに従わなかったために、本件処分を科された結果、自らの教師としての職業倫理を傷つけられ、あるいは破壊させられる岐路に立たされることになったものであって、これにより多大な精神的苦痛を被った。これを慰謝するには、少なくとも五〇万円を下ることはない。

そして、上記自らの精神的苦痛に対する慰謝料の支払を求めるために弁護士に依頼して本件訴訟を提起せざるを得なくなったものであるから、相当因果関係のある損害となる弁護士費用は、上記損害額の一割である五万円を下らない。

八 当審における被控訴人の主張

(1) 本案前の主張

本件処分はいずれも「戒告処分」であるところ、「戒告処分」とは「その責任を確認し、及びその将来を戒めるもの」であるから、当該公務員が公務員として在職していることが前提となっているものである。よって、本件口頭弁論終結時までに退職した控訴人ら(別紙処分一覧表「退職」欄に●と記載されている者のほか、同欄に○と記載されている原審口頭弁論終結後に退職した控訴人二三名も含む。)については、「戒告処分」は既に法的効力を有しないものとなっているから、同控訴人らには本件処分の取消しを求める訴えの利益はない。

(2) 「日の丸」・「君が代」について

ア 日本国憲法においては、平和主義、国民主権の理念が掲げられ、天皇は日本国及び日

本国民統合の象徴であることが明確に定められているのであるから、国旗・国歌法において「日の丸」・「君が代」が国旗・国歌として定められたということは、「日の丸」・「君が代」に対して、憲法が掲げる平和主義、国民主権の理念の象徴としての役割が期待されているということである。すなわち、国旗・国歌は国の象徴であり、我が国の在り方を定めた憲法が平和主義、国民主権を理念として掲げ、これを基本原理としている以上、憲法下において国民主権の原理に基づく代議制民主主義により国会が国旗・国歌法を制定したことは、主権者である国民が、「日の丸」・「君が代」に対して憲法が掲げる平和主義、国民主権の理念の象徴としての役割を期待したものと解されるのである。

イ 国際化の進展に伴い、日本人としての自覚を養い、国を愛する心を育てるとともに、児童・生徒が、将来国際社会において尊敬され、信頼される日本人として成長していくためには、児童・生徒に国旗及び国歌に対して一層正しい認識を持たせ、それらを尊重する態度を育てることが重要である。

学校において行われる行事には様々なものがあるが、この中で、卒業式等は、学校生活に有意義な変化や折り返しを付け、厳粛かつ清新な雰囲気の中で新しい生活の展開への動機付けを行い、学校、社会、国家など集団への所属感を深める上でよい機会となるものである。

このような意義を踏まえ、学習指導要領は、入学式や卒業式等においては、「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」と規定している。卒業式等における国旗及び国歌の指導に当たっては、国旗及び国歌に対する正しい認識を持たせ、それを尊重する態度を育てることが大切である。

ここでいう「国旗及び国歌に対する正しい認識」とは、次のことを理解することである。

- ① 国旗と国歌はいずれの国も持っていること。
- ② 国旗と国歌は、いずれの国もその国の象徴として大切にしており、相互に尊重し合うことが必要であること。
- ③ 我が国の国旗と国歌は、永年の慣行により「日章旗」が国旗であり、「君が代」が国歌であることが広く国民の認識として定着していることを踏まえて、法律により定められていること。
- ④ 国歌である「君が代」は、日本国憲法の下においては、日本国民の総意に基づき天皇を日本国及び日本国民統合の象徴とする我が国の末永い繁栄と平和を祈念した歌であること。

そして、「国旗・国歌を尊重する態度」とは、いずれの国においても国旗・国歌をその国の象徴として大切にしているので、我が国の国旗・国歌を国の象徴として大切にするとともに、諸外国の国旗・国歌も同様に大切にすることである。

ウ したがって、本件通達及び都教委の一連の指導並びに本件職務命令において、学校行事で国旗掲揚・国歌斉唱を実施しようとすることは、生徒らに対し、こうした国旗・国歌に対する正しい認識を持たせ、それを尊重する態度を育てるためのものであり、教育である以上、教職員が一定の教育目標に向かって子どもらを導く作業としての側面は有するが、教職員をして生徒らに日の丸・君が代について特定内容の理論や観念を教え込むものではない。

そして、その内容は、教職員に対しても敬礼や宣誓等を求めるものではなく、国旗に対する起立

と国歌の斉唱、ピアノによる伴奏を求めるなど、儀式的行事における常識的・一般的な行為を求めるものであり、控訴人らのような「一方的な一定の理論や観念を生徒に教え込むことを強制すること」ではない。

国旗掲揚・国歌演奏の際に起立することは、単に我が国における慣習であるばかりでなく、国際的な慣習というべきものである。このことは、いわば一般的な社会常識であり、国旗・国歌に対して尊崇、敬意の念を強制するというものではない。他国の状況について指摘すると、我が国が位置するアジア圏についていえば、例えば中国では特定の曜日における国歌斉唱が義務づけられているし、韓国では入学式、卒業式等の学校行事において国歌斉唱がされているのである。

エ 「日の丸」・「君が代」について個々人の歴史認識や歴史観から多種多様な解釈や異なる思いが存するのは当然であり、被控訴人としてもこれを否定するものではない。しかし、各々の多種多様な解釈や思いと、現行憲法下において国旗としての「日の丸」及び国歌としての「君が代」に対し期待される役割及び国旗・国歌を尊重する態度を養おうとすることは、本来別個の事柄である。

都教委は、平和主義、国民主権の理念を掲げる日本国憲法下において、「日の丸」を国旗、「君が代」を国歌とする慣習法があり、しかも平成十一年に制定された国旗・国歌法により「日の丸」を国旗、「君が代」を国歌とすることが明文をもって規定されたのであるから、公教育の場においては「日の丸」・「君が代」を上記ア及びイで述べた位置づけで、上記イで述べた目的のために、児童・生徒に指導することとしているのである。

(3) 本件通達及び本件職務命令は、憲法一九条(思想・良心の自由)に反しない。

ア 思想・良心の自由と外部的行為について

(ア) 憲法一九条が保障する「思想及び良心」とは、世界観、人生観などの個人の内面的な精神活動を指すものであり、事物の是非、善悪の判断などは含まない。後者を含めるときは、内面的な精神活動の自由の中でも最も根本的なもので絶対的なものであるという高位の価値を希薄にし、その自由の保障を軽くするからである。控訴人らが主張する「不起立等の信念」が、その根底にある控訴人らの思想・良心や歴史観・教育観とは別に、同条の「思想・良心」として保護されるべきかどうかについては、それらが思想・良心の核心部分とは解されないから、同条のいう「思想・良心」に該当しないというべきである。

(イ) 思想・良心の自由を「侵してはならない」とする意味は、国民がいかなる世界観、人生観を持とうとも、それが内心の領域にとどまる限りは絶対的に自由であり、特定の思想を内心に抱くこと自体を禁止することができないということの意味するほか、国家権力が思想の露頭を強制することは許されず、人の内心を強制的に告白させることはできないという、思想についての沈黙の自由を保障するものである。

しかし、思想が内部にとどまらず、外部に行動となって現れたときは、そのような外部的行為の規制の問題は、少なくとも憲法一九条が保障する思想・良心の自由の問題ではない。

確かに、外部的行為といっても、人の内心領域の精神活動と密接な関連を有することは否定できないが、外部的行為を制約することによって、人の人格の核心を形成する世界観、人生観を持

つこと自体を禁止することはないのであるから、思想・良心の自由を制約するものではないのである。法律が一定の作為、不作為を命じるときに、それに服しないことは内心にとどまらない外部的な行動となるのであり、思想・良心の自由固有の問題ではない。

イ 本件職務命令と控訴人らの思想・良心の自由

本件職務命令は、卒業式等において、児童・生徒に対し、国旗・国歌に対する正しい認識を持たせ、尊重する態度を育てるために、教職員に対し、国旗に向かって起立して国歌を斉唱し、そのピアノ伴奏をするよう命じるというものであり、そのこと自体は、一定の外部的行為を命じるとどまるものであって、控訴人らの内心における精神活動を否定したり、その思想・良心に反する精神的活動を強制するものではないし、いかなる思想を抱いているかを露顕することを強制する、いわゆる「踏み絵」などと称されるものでもないから、控訴人らの思想・良心の自由を侵害するものとはいえない。

仮に、その根底にある思想・良心に対して思想・良心の自由の保障が及ぶとしても、控訴人らによる不起立行為等は、一つの外部的行為であると考えられるので、次に公共の福祉による制約との関係が問題となる。

ウ 思想・良心の自由と公共の福祉との関係について

控訴人らは、全体の奉仕者である地方公務員であって(憲法一五条二項)、その職務である公教育を行うという公共の利益のために勤務し、かつ、職務の遂行に当たっては、全力を挙げてこれに専念する義務(地公法三〇条)、職務に専念する義務(同法三五条)並びに法令等及び上司の職務上の命令に従う義務(同法三二条)があり、サービスの宣誓(同法三一条)をして、全体の奉仕者として誠実かつ公正に職務を遂行することを約している。このように、控訴人らは、教職員として、児童・生徒に対し、国旗・国歌に対する正しい認識を持たせ、尊重する態度を持たせるよう指導すべき立場にあるから、本件通達に基づいた本件職務命令を受け、卒業式等の式典の会場に指定された席で国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務、国歌斉唱時にピアノ伴奏をする義務を負うことにより、控訴人らの思想・良心の自由が制約されるとしても、これは控訴人らにおいて受忍すべきものであり、憲法一九条に違反するものではない。

エ 自由意思による義務

さらに、控訴人らは、自らの自由意思で公立学校教職員という特別な法律関係に入った者であることを忘れてはならない。基本的人権も絶対的なものではなく、自己の自由意思に基づく特別な公法関係上又は私法関係上の義務によって制限を受けるものである。教育公務員は、法令(学習指導要領もこれに含まれる。)に基づき職務を遂行する義務を負い、かつ、上司の職務上の命令を遵守する義務を負うのである(地公法三二条)。この義務は、公務員としての基本的義務であり、学校教育が組織として行われる以上、教育公務員においても同様に基本的義務である。そして、法規たる学習指導要領が、教育の全国一定水準の確保と教育の機会均等という強い要請から制定されている以上、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ものである。そのような義務を教育公務員が履行することは、教育公務員の法律関係の存立目的に照らして必要不可欠のことであり、上記義務の履行により控訴人ら

の思想・良心の自由が制約されても、それは自らの自由意思によってそのような法律関係に入った控訴人らにとってやむを得ない制限であり、受忍すべきものである。本件通達に基づく本件職務命令は、学習指導要領に基づき入学式・卒業式等の式典における国旗・国歌の指導を適正に実施すべく発せられたものであり、しかもそれは敬礼など特別の行為を求めるものではないから、仮にこれにより控訴人らの思想・良心の自由が制約される点があったとしても、それは自らの自由意思によって教育公務員という特別な法律関係に入った控訴人らにとってやむを得ない制限であり、憲法一九条に違反するものではない。

オ 児童・生徒の国歌斉唱について指導を受ける権利の侵害

国旗掲揚・国歌斉唱に関する指導を行う義務を負う控訴人らが不起立行為等をするということは、控訴人らが国歌斉唱の指導を行うという義務を履行しないということであるから、仮に、同人らの行為が消極的な形で行われ、式典が滞りなく終了したとしても、国歌斉唱を妨害する行為に該当する。そして、国歌斉唱の指導を行うべき教職員の中に不起立行為等をする教員がいた場合、その指導を受ける生徒としては、国歌斉唱の際に、国旗に向かって起立してもいいし、しなくてもいい、国歌を斉唱してもいいし、しなくてもいいと受け取ってしまうのであり、かくて、児童・生徒は、国旗・国歌について正しい認識を持ち、国旗・国歌を尊重する態度を学ぶことができなくなるのであるから、不起立行為等は、学習指導要領の国旗・国歌条項の趣旨である、国旗・国歌に対する正しい認識を持たせ、これを尊重する態度を育てるという教育目標を阻害し、児童・生徒の学習権を侵害するものである。

カ 沈黙の自由との関係

本件通達及び本件職務命令は、卒業式等の儀礼的行事において行われる国歌斉唱に際し、国旗に向かって起立し国歌を斉唱すること、ピアノによる伴奏を行うことを命ずるものであって、控訴人らに対して、特定の思想や価値観の有無について、あるいは、控訴人らが主張するそれぞれの「考え方」や「思い」を告白することを強要するものではなく、控訴人らが主張するような、特定の思想の表明を迫るものではない。

(4) 本件通達及び本件職務命令は旧教育基本法一〇条に反しない。

ア 控訴人らは、教育委員会がする教育の内の事項に関する条件整備も、旧教育基本法一〇条により、大綱的基準に限られ、教育委員会は、学校や教師が法規や学習指導要領の定めにより明白に違反した場合には、違反の是正のために具体的命令を発することができるが、教育内容を決定するための具体的命令を発することはできないのであるから、本件通達及び本件職務命令は違法であると主張している。

しかしながら、以下のとおり、教育委員会が教育の内容及び方法に関して基準を設定する場合には、国の場合とは異なり、大綱的基準の範囲にとどめなければならない理由はなく、控訴人らの上記主張は失当である。

(ア) 旧教育基本法一〇条は、教育と教育行政との関係についての基本原理を明らかにした規定であり、その文言からすれば、国民全体に対し直接に責任を負えなくなった場合に、当該介入が同条一項の「不当な支配」に当たることになるから、同項の規定する「不当な支配」とは、国民

全体ではない一部の勢力による介入を意味し、具体的には、政党、官僚、政界、労働組合などによる介入をいうことになる。そして、これらを介した、現実的な一般政治上の意思とは別に、国民の教育に対する意思を教育に直結して反映するような組織が必要とされることから、そのような組織として、それぞれの地方に固有の権限を有する教育委員会が設置されているのである。

ところで、現行法制上、教育行政機関としては、国にあっては文部科学大臣、地方にあっては都道府県教育委員会、市町村教育委員会があるが、公立学校における教育に関する権限は、当該地方公共団体の教育委員会に属するとされ(地教行法二三条、三二条等)、地方自治に関する原則が採用されている。これは、各地方の実情に適応した教育を行わせるのが教育の目的及び本質に適合するとの観念に基づくものであって、このような地方自治の原則が現行教育法制における重要な基本原理の一つを成している。

以上を踏まえて検討するに、教育の内容に関しても、方法に関しても、文部科学大臣が基準を設定する場合においては、大綱的基準にとどめることが要請されているものであるが、公立学校を設置する地方公共団体の教育委員会は、上記地方自治の原則の下に、国が設定した大綱的基準の範囲で、より具体的かつ詳細な基準を設定することができ、また、それが要請されているものである。公立学校を設置する地方公共団体の教育行政機関たる教育委員会(本件で問題とされている都立学校にあっては都教委)は、子ども自身の利益の擁護のため、また子どもの成長に対する地域社会、公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ合理的と認められる範囲で、教育の内容及び方法に関して、国に比してより具体的な基準を設定し、必要な場合には具体的な命令を発する固有の権限を有し、その責務を負っているものであり、教育の内容及び方法に関して基準を設定する場合、国の場合とは異なり、大綱的基準の範囲にとどめなければならないものではないのである。

(イ) また、地教行法二三条五号は、学校の組織編制、教育課程、学習指導、生徒指導及び職業指導に関することを教育委員会の職務権限の一つとしており、教育委員会は、上記事項について管理し、執行することができる規定し、同法一七条一項は、教育長は、教育委員会の指揮監督下に、教育委員会の権限に属するすべての事務をつかさどると規定しており、教育長は、教育課程等に関する事項に関して、通達等により校長に対して職務命令を発することができる。職務命令は、個別具体的な職務の遂行について命ずるものであり、その内容は、ある程度細目にわたり、詳細なものでないと、遂行すべき職務が特定されないものである。

したがって、旧教育基本法一〇条一項の「不当な支配」については、地教行法二三条五項及び同法一七条一項との理論的整合性からしても、教育委員会がその権限の行使として発出する通達ないし職務命令に関する限り、大綱的基準にとどまるべきものと解することはできないのである。

(ウ) 控訴人らは、地教行法三三条一項が「教育委員会は、法令又は条例に違反しない限度において、その所管に属する学校その他の教育機関の施設、設備、組織編制、教育課程、教材の取扱その他学校その他の教育機関の管理運営の基本的事項について、必要な教育委員会規則を定めるものとする。」と規定していることを根拠に、教育委員会の関与は基本的事項(大綱的

基準)に限られると主張している。

しかしながら、地教行法三三条一項は教育委員会規則という法形式をもって定めるべき対象事項を「基本的事項」としているだけのことであって、教育委員会の関与・介入の限度を「基本的事項」に限定しているものではない。

イ 控訴人らは、仮に都教委の出す通達については大綱的基準に限られないとしても、本件通達を発する必要性及び合理性は認められないから、本件通達は旧教育基本法一〇条一項の「不当な支配」に該当し、違法であると主張する。

しかしながら、以下のとおり、本件通達には、これが発する必要性及び合理性が認められ、本件通達も本件職務命令も適法なものである。

(ア) 本件通達及び本件職務命令の各適法性の関係

本件は、控訴人らが各所属校の校長から受けた職務命令に違反したことを理由としてされた懲戒処分取消訴訟であり、懲戒事由該当性の判断に当たって直接問題となるのは、校長の職務命令の適法性であって、本件通達の適法性ではない。

ところで、控訴人らは、本件通達が無効であるから、本件通達に基づきされた校長の職務命令も違法であるというものである。

しかしながら、本件通達が無効でないことは後述のとおりであり、控訴人らの主張はその前提を欠くものであるし、仮に控訴人らの主張を前提としても、そのことから校長の職務命令が無効となるものではない。すなわち、校長は、校務をつかさどり所属職員を監督する権限を有しているのであるから(学校教育法二八条三項、五一条、七六条)、教育課程の編成等すべての校務を決定し、これを各教職員に分掌させ、必要な指導を行い、職務命令を発することができる(地公法三二条)。この校務の中には卒業式等の実施が含まれるものである。校長は、本件通達や都教委の一連の指導等によって初めて本件職務命令を発出する権限を付与されたわけではなく、校長らは、学習指導要領に基づく適正な学校行事を実施するために考えられる方策を検討したところ、現状を踏まえると、これまでの教職員に対する指導によるだけでは、卒業式等において、学習指導要領にのっとり国旗・国歌の指導を教職員に求めることは困難であり、職務命令を発するしか方法がないと判断したため、この権限に基づいて、自らの責任に基づき本件職務命令を発しているのであるから、本件通達や都教委の一連の指導等が仮に控訴人ら主張のとおり旧教育基本法一〇条一項に違反して違法であっても、これにより本件職務命令が手続的にも実質的にも違法となるものではない。

(イ) 本件通達の目的

① 学習指導要領は、既に主張したとおり、小学校、中学校、高等学校、盲・ろう・養護学校のいずれについても、「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。」としている。これは既に主張したとおり、児童・生徒に国旗・国歌に対して正しい認識を持たせ、それらを尊重する態度を育てるため、学校における普通教育の場において、国旗・国歌の指導をすべきものとしているのである。

この点について、控訴人らは、学習指導要領のうち、少なくとも国旗・国歌条項については法的

拘束力が認められないと主張しているが、根拠がない。また、控訴人らはこの学習指導要領の「指導するものとする。」との用語について、合理的な例外を認める文言であると主張するが、この用語は、「『……しなければならない』、『……とする』というような用語で表すのを適切とするのに近いが、さりとて、これらの用語を使うとニュアンスが少しどぎつく出すぎる、もう少し緩和した表現を用いる方が適当であると考えられるような場合」に用いられるものであり、一定の行為を義務づける場合に用いられるものである。

本件通達は、国旗・国歌に関する条項についていえば、都立学校において学ぶ児童・生徒に国旗・国歌に対する正しい認識を持たせ、それらを尊重する態度を育てるといった目的の下、普通教育において指導すべき国旗・国歌に関する基礎的知識を指導するため、また、その余の条項についていえば、卒業式・入学式などの学校行事(儀式的行事)を学習指導要領に則して適正に実施するために発せられたものであって、まさに学校管理機関としての都教委がその権限を行使する「許容された目的」の下に発せられているものである。

② 控訴人らは、学習指導要領の国旗・国歌条項は、国旗掲揚及び国歌斉唱の具体的な在り方を何ら指示するものではないし、個々の生徒や教師に起立斉唱を義務づけるものではないから、本件通達の目的には合理性がないと主張している。

しかしながら、学習指導要領は、上記①のとおり、小学校、中学校、高等学校、盲・ろう・養護学校を通じて、特別活動として、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している。これは、学習指導要領の国旗・国歌条項は、日本人としての自覚を養い、国を愛する心を育てるとともに、児童・生徒が、将来、国際社会において尊敬され、信頼される日本人として成長していくためには、国旗・国歌に対して正しい認識を持たせ、それらを尊重する態度を育てることが必要であり、また、学校における卒業式等は、学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳粛かつ清新な雰囲気の中で、新しい生活への展開への動機付けを行い、学校、社会、国家などへの所属感を深める上でよい機会となるものであることから、これらの学校行事式典において、国旗を掲揚し、国歌を斉唱するよう指導することとして設けられているものである。

地教行法二三条五号により都立学校の教育課程等に関する権限を有する都教委が、学習指導要領の国旗・国歌条項の具体化として、卒業式等の学校行事における国旗・国歌の指導の内容、方法を校長に指示できるのは当然のことであって、それはまさに許容された目的である。

(ウ) 本件通達の必要性及び合理性

その実施指針において、卒業式等の式典の実施方法について定めている本件通達は、以下のとおり、必要かつ合理的なものである。

① 卒業式等の式典は、特別活動のうち儀式的行事として実施されるものであるが、学習指導要領は、儀式的行事について、「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、新しい生活の発展への動機付けとなるような活動を行うこと。」と定め、また、「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。

② 本件通達は、そのような学習指導要領の趣旨、すなわち、入学式や卒業式、あるいは周年行事などの学校生活の重要な節目において、学校生活に有意義な変化や折り目を付けるために儀式的行事を行い、これによって、児童・生徒が厳粛で清新な気分を味わい、それまでの学校生活を振り返るとともに新しい生活への出発の決意と希望の意識を高められるようにし、併せて国旗・国歌について学ぶことができるようにするため、それに適した場所的環境や式の進行を定めるものであり、学習指導要領の趣旨に沿って入学式・卒業式などを実施する上で、必要かつ合理的なものである。

③ 本件で特に問題となる項目は、「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。」「式典会場においては、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。」の二項目であるが、これらは、前記のとおり、学習指導要領中に、「儀式的行事」として、「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」が規定され、また「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」と規定されていること、儀式的行事における国歌斉唱は起立して行うことが国際儀礼上の常識であって、我が国に限らず通例であり、教職員がそれに沿った行動をとるものとしても不合理なものではないことからすれば、いずれも学習指導要領の内容・趣旨に沿ったものであり、地方の実情に即した教育の実現を期待された都教委が、その判断に基づき、管理する学校について、卒業式等の式典を厳粛かつ清新なものとし、併せて国旗・国歌の指導をするための方式を示したものであるとして、必要かつ合理的な範囲を超えたものといえないことは、明らかである。

(エ) 本件通達の必要性が立証されていないとする控訴人らの主張について

① 控訴人らは、本件において都教委が具体的命令として本件通達を発する必要性が立証されていないと主張する。

しかしながら、都教委が本件通達を発出するに至った経過としては、都立学校における国旗・国歌の指導に係る次のような不適切な実態があった。

本件通達当時、都立学校にあつては、実施率こそ一〇〇%となっていたとはいえ、卒業式等における国旗掲揚・国歌斉唱の実施に関しては、職員会議において教職員から校長の決定に対して実力行使も辞さない発言が繰り返され、午後三時か四時に開始した会議が夜一〇時、一一時まで七、八時間も続いたり、教職員が「職員の意向は、国旗・国歌を実施しないというものである。このようなことなら職員会議をやる意味がない。」と述べて職員会議への出席を拒否したり、また朝の打ち合わせを二か月ボイコットして、教職員だけで別室で打ち合わせを実施する、教職員全員で「管理職が二度と国旗を掲揚しないと約束したら解除する。」と宣言し、職員室にある生徒の出席状況を記載する総計黒板に生徒の出席状況を記載しない、日直業務を拒否するなどの抗議行動を行ったり、教職員が「国旗・国歌をやるようなら式場設営をしない。」と宣言し、校長・教頭・事務長だけに三時間かけて会場設営させ、その後、「校長・教頭が並べた生徒席は整理されていなくて、生徒が座りづらそうだった。」「職員席が足りなかった。」などと批判を述べるなど、入学式・卒業式等の実施に関し様々な実態があった。そして、このような実態から、校長が学習指導要

領に沿って国旗・国歌の指導を含む適正な卒業式等の実施を具体的に決定して、これを教職員に指導ないし指示して実施しようとしても、それができず、現実の実施状況としては、国歌斉唱時に職員が起立しない、三脚で国旗を掲揚して舞台の袖の見えないところに設置する、音楽の教員がいるのに国歌のピアノ伴奏をしない、式次第に国歌斉唱と明記しない、国歌斉唱が終わってから教員が式場に入場するなど、卒業式等における国旗・国歌の適正な指導がされていない状況が引き続いてきた。

このような事態にかんがみ、卒業式等における国旗・国歌の指導は、子どもの学習権を充足する上からも、また明日の我が国を担う子どもの成長の上からも重要な教育活動であることから、その指導が適正に行われるよう、儀式的行事の在り方を明確に示す必要があったのである。

② 控訴人らは、学習指導要領の国旗・国歌条項は、国旗掲揚及び国歌斉唱の具体的な在り方を何ら指示するものではないから、舞台壇上正面に掲揚された国旗に正対して、国歌を斉唱することを指示したり、個々の教師に起立斉唱を義務づける必要性は全く存しないと主張する。

しかしながら、学習指導要領は、教育の地方自治の原則から大綱的基準を示しているのであって、教育の地方自治を担う教育委員会(都教委)がこれを具体化するのは当然のことであり、また、それは現行の教育法制上、本来的に予定された教育委員会の責務であって、控訴人らの上記主張は失当である。

③ 控訴人らは、特別活動については「学校の創意工夫を生かし、「学校の実態や生徒の発達段階及び特性等を考慮」して行われなければならないことが学習指導要領で定められているのであるから、教育委員会が特別活動の内容を決定する具体的命令を発しなければならない必要性は全く存しないと主張している。

特別活動のみならず、すべての教育活動において、生徒に生きる力をはぐくむことを目指し、各学校には、創意工夫を生かし、特色のある教育活動を展開することが求められるのは当然のことである。

しかしながら、その前提として、それが法令及び学習指導要領に基づくことは論をまたないところ、前記のとおり、本件通達発出時には、国旗及び国歌の扱いを軽視し、生徒が受けて然るべき学習指導要領に示されている学習内容が保障されていない現状があったのであるから、本件通達を発する必要があったし、本件通達によっても、学校には創意工夫の余地が十分にあり、現に様々な創意工夫がされているのであるから本件通達は、内容の合理性を欠くものでもない。

④ 控訴人らは、本件通達が「教師に対し一方的な理論ないし観念を生徒に教え込むことを強制するもの」であるから合理性がないとも主張する。

しかしながら、国旗・国歌の指導は、前述のとおり児童・生徒に国旗・国歌に対する正しい認識を持たせ、それらを尊重する態度を育てるために、国旗・国歌に関する基礎的知識を指導するものであって、我が国の国旗・国歌のみを尊重する態度を育てるために行われるものではなく、偏狭な「愛国心」や「ナショナリズム」とはおおよそ無縁の、国際社会で生きる日本人として学んでおくべき基礎的知識のための指導である。都教委は、教職員の不起立行為等は、児童・生徒に国旗・国歌を指導すべき教職員が、その指導の場である卒業式等に職務として参加しているにもかか

ならず、その指導に反する行動をとることを問題にしているのもであって、個人的な思想信条を問題としているものではないことはもとより、個人の私生活において国旗・国歌に対してどのような態度をとるかも問題としているものではないから、上記主張は理由がない。

(5) 国際条約違背の主張は理由がない。

控訴人らは、本件通達は自由権規約一八条所定の思想・良心の自由、宗教の自由を侵害するものであると主張しているが、本件通達が思想・良心の自由、宗教(信教)の自由を侵害するものではないことと同様、理由がない。

(6) 行政の裁量との関係について

ア 控訴人らは、次のような前提主張をして、本件処分が行政の裁量権の逸脱・濫用に当たると主張するが、それらの前提主張はそれぞれの箇所で述べたとおりいずれも誤りであるから、同主張は失当である。控訴人らの主張は、生徒と教師の立場を同列に論じるものであるが、生徒が授業の履修を拒否することと公立学校の教師が教育課程の実施に関する職務命令を拒否することとは、全く性質を異にするものである。

(ア) 控訴人らは、職務命令及び本件通達は違憲、違法であると主張するが、それらが違憲、違法でないことは既に上述したとおりである。

(イ) 控訴人らは、国旗・国歌に対する多様な見解のうち、特定の考えのみに基づいて本件処分を科すことは、行政の裁量権の恣意的な行使であると主張するが、我が国の教育公務員が国旗・国歌を指導することは当然のことであって、そのことが特定の考えとして非難されるべきものではない。

また、控訴人らは、「国旗・国歌条項は、国歌斉唱時に国旗に向かって起立し斉唱すること、ピアノ伴奏を行うことを義務として求めている。」と主張するが、学習指導要領の国旗・国歌条項は、「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。」と規定しているし、国歌を斉唱するときは起立して斉唱することは当然の社会常識であるし、ピアノがあればそれにより伴奏することについてもごく常識的かつ自然な指導方法である。このようなことから、校長が、卒業式等について、国歌斉唱時に教職員が起立して斉唱し、音楽担当の教員がピアノ伴奏をすることを行事実実施の方針として採用したからといって、そのことが、「特定の考え」あるいは「一定の理論や観念」として非難されるようなことにはなり得ないものである。

イ(ア) 控訴人らが行った職務命令違反は、公務の適正な遂行を妨げるものであり、職場内の秩序維持の観点からも見過ごすことができないものであって、公務員のサービスの根幹にかかわる重要な非違行為である。したがって、本件の控訴人らの非違行為は相当に重いものであり、本件処分の処分量定は適正なものである。

この点に関する控訴人らの主張は、職務命令違反の重大性を理解していないといわざるを得ない。どこの組織体においても、上司の命令を部下が拒否するようなことがあっては適正に業務が実施できず、それこそ命取りになってしまうのである。すなわち、上司の職務命令に違反する行為は、公務の適正な遂行を妨げるものであって、国民、都民に対する重大な背信行為であり、また、

当該職場にとっても職場内の秩序維持の観点から深刻な問題を惹起するものであって、決して看過することができないものである。そのことは、教育部門においても、何ら変わるものではない。公立学校の教師は、全体の奉仕者として公共の利益のために勤務するのであり、その職務の遂行に当たっては、自己の思想・良心又は信教を優先させるべきものではなく、いかにそれが真摯なものであったとしても、職務より自己の個人的事情を優先させたということになる。

控訴人らは、あたかも、「信念から職務命令違反をする場合は軽く処分されるべきである」と言わんばかりであるが、これは到底通らない議論である。信念に基づこうが、基づくまいが、職務命令違反により適正な公務の遂行が阻害されることは同じであって、信念に基づけば罪が軽くなるというような理屈はあり得ないものである。

(イ) 判例は、裁判所が懲戒処分の適否を審査するに当たっては、懲戒権者と同一の立場に立って懲戒処分をすべきであったかどうか又はいかなる処分を選択すべきであったかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではないとしている(最高裁昭和五二年一二月二〇日第三小法廷判決・民集三一巻七号一一〇一頁)。

控訴人らの非違行為は相当重いものであり、本件処分が社会観念上著しく妥当を欠くものではないことが明らかであるから、これを取り消すことはできない。

(7) 控訴人らの被った損害について

控訴人らは、損害について、J作成に係る診察意見書と同人の証言を全面的に踏まえて主張しているが、J作成の診察意見書及び同人の証言にはそもそも証人自身の中立性が欠落しており、また、意見書作成に係る調査が粗雑であるなど重大な問題点があり、到底措信できないものである。

控訴人らの損害の主張は、結局のところ、本件通達及び本件職務命令が違法であることを前提としているものであり、これらに何ら違法はないから、理由がない。

第三 当裁判所の判断

一 本件通達が発出される前における卒業式等の特別活動における国旗や国歌の指導についての学習指導要領の内容を始め、原判決が「事実及び理由」欄の「第三 当裁判所の判断」の一で認定した事実については、当裁判所も、同様の理由で同事実があると認めるので、原判決の同部分を引用する。

二 証拠によれば、その他、国旗・国歌法制定に関連した事実、平成一二～一五年度の都立学校における卒業式及び入学式における国旗掲揚・国歌斉唱の実施状況及び平成一四、一五年の教育委員会等において都教委のした説明等に関し、以下の事実が認められる。

(1) 国旗・国歌法の第一四五国会における審議の過程において、G内閣総理大臣、H内閣官房長官及びI文部大臣は、次のとおりの政府答弁をした。

ア G内閣総理大臣による答弁

「教育現場での教職員や子供への国旗の掲揚等の義務づけについてお尋ねがありました。国旗・国歌等、学校が指導すべき内容については、従来から、学校教育法に基づく学習指導要領によって定めることとされております。学習指導要領では、……国旗・国歌について子供たちが

正しい認識を持ち、尊重する態度を育てることをねらいとして指導することといたしておるものであります。……教職員や子供たちにも国旗の掲揚等を義務づけはできないのではないかとお尋ねであります。……国旗・国歌等、学校教育において指導すべき内容は学習指導要領において定めることとされており、各学校はこれに基づいて児童生徒を指導すべき責務を負うものであります。……国旗及び国歌の強制についてお尋ねがありましたが、政府といたしましては、国旗・国歌の法制化に当たり、国旗の掲揚に関し義務づけなどを行うことは考えておりません。したがって、現行の運用に変更が生ずることにはならないと考えております。」(平成十一年六月二十九日、衆議院本会議)

「学習指導要領に基づいて、校長、教員は、児童生徒に対し国旗・国歌の指導をするものであります。このことは、児童生徒の内心にまで立ち至って強制しようとする趣旨のものでなく、あくまでも教育指導上の課題として指導を進めていくことを意味するものでございます。」

(同年七月二日、衆議院内閣委員会)

イ H内閣官房長官による答弁

「児童生徒が……国旗・国歌をひとしく敬意を表する態度を育てるというのは、教育上当然のことではないかというように思うわけでございます」

(平成十一年七月一日、衆議院内閣委員会)

「学校現場におきます内心の自由というものが言われましたように、人それぞれの考え方があるわけでございまして、……それぞれ、人によって、式典等においてこれを、起立する自由もあれば、また起立しない自由もあろうと思うわけでございまして、また、斉唱する自由もあれば斉唱しない自由もあろうかと思うわけでございまして、この法制化はそれを画一的にしようというわけではございません。」

「政府といたしましては、法制化に伴いまして、国民に対し、国旗の掲揚、国歌の斉唱等に関し、義務づけを行うことは考えておらないわけでございまして、現在の運用に変更が生ずることにはならないわけでございます。法制化によりまして、先ほど申し上げましたように、内心の自由との関係で問題が生ずるとは承知をいたしておりません。」

(同日、衆議院内閣委員会文教委員会連合審査会)

「少なくとも、しかし教育公務員として公務員法に基づいて職責を得られる方は、我が国の法律に忠実であるべきだと考えております。」

(同日、衆議院内閣委員会)

「政府といたしましては、法制化に当たりまして、国旗の掲揚及び国歌の斉唱に関しまして義務づけを行うようなことは一切考えていないところでございまして、各人の内心にまで立ち入って国旗・国歌に対する思いを強制するものではないというK委員の御指摘はまさにそのとおりでございます。」

(同年八月二日、参議院国旗及び国歌に関する特別委員会)

ウ I文部大臣による答弁

「文部省といたしましては、法制化が行われた場合においても、学習指導要領に基づき、学校

におけるこれまでの国旗・国歌の指導に関する取り扱いを変えるものではないと考えており、今後とも、学校における指導の充実に努めてまいります。」

(平成一一年六月二九日、衆議院本会議)

「教員に対しても国旗に敬意を払い国歌を斉唱するよう命ずることは、学校という機関や教員の職務の特性に考えてみれば、社会通念上合理的な範囲内のものと考えられます。そういう点から、これを命ずることにより、教員の思想、良心の自由を制約するものではないと考えております。」

「校長及び各教員は、このような学習指導要領に基づきまして、国旗・国歌について児童生徒を指導すべき責務を負っていると考えております。」

(同年七月二一日、衆議院内閣委員会文教委員会連合審査会)

「本法案は、国歌・国旗の根拠について、慣習であるものを成文法として明確に位置づけるものでございます。これによって国旗・国歌の指導にかかわる教員の職務上の責務について変更を加えるものではございません。」

「指導要領を変えずに現在のままで、ただ説得するというようなことは、これはもちろん今までと同じようにさせていただくことがあります。内心の自由まで立ち入らずにちゃんとやっていきたいと申し上げている次第であります。」

「教職員指導の強化を意味するものではない……と思いますが、それでよろしゅうございますでしょうか。」という質問に対し、「おっしゃるとおりであります。それで結構です。」

「校長先生が学習指導要領に基づいて法令の定めるところに従い、所属教職員に対し本来行うべき業務を命ずることは当該教職員の思想、良心の自由を侵すことにはならないと私は思います。」

(同年八月二日、参議院国旗及び国歌に関する特別委員会)

(2) 国旗・国歌法制定直後の平成一一年九月一七日付け文部省初等中等教育局長及び高等教育局長の各都道府県教育委員会教育長等に対する通知は、「学校……における国旗及び国歌の指導については、児童生徒に我が国の国旗と国歌の意義を理解させ、これを尊重する態度を育てるとともに、諸外国の国旗と国歌も同様に尊重する態度を育てるために、学習指導要領に基づいて行われているところであり、この法律の施行に伴って、このような学校におけるこれまでの国旗及び国歌に関する指導の取扱いを変えるものではありません。学校における国旗及び国歌の指導については、これまでも適切な指導が行われるようお願いしてきたところですが、この法律の制定を機に、国旗及び国歌に対する正しい理解が一層促進されるようお願いいたします。」としている。

(3) 平成一三年四月一二日、都教委の第六回定例会で、指導部長は、平成一三年度の都立学校の入学式において国旗掲揚・国歌斉唱の実施率がほぼ一〇〇%という形を実現できたことを報告し、委員からは成果を評価する発言があったが、この時点において、教職員の不起立やピアノ伴奏など更に修正すべき「課題」があることについての説明はなかった。

(4) 都教委は、「各都道府県及び各指定都市教育委員会にあつては、引き続き、各学校において、学習指導要領に基づく国旗及び国歌に関する指導が一層適切に行われるよう指導をお願い

いします。」という記載のある平成一三年五月二五日付け文部科学省初等中等教育局長通知を受けて、同年六月一二日、都立学校長等に対し、「平成一二年度卒業式及び平成一三年度入学式においては、一定の改善が図られましたが、今後とも、各学校における国旗及び国歌の指導が一層適切に行われますよう指導の徹底をお願いします。」との記載のある「学校における国旗及び国歌に関する指導について」という通知を出した。

(5) 平成一四年四月一日、都教委の第六回定例会で、指導部長は、都立学校の平成一三年度の卒業式と平成一四年度の入学式で完全に国旗・国歌の実施ができたことを報告したが、その際、併せて、「実施上の課題については、昨年度よりはかなり改善はされておりますけれども、まだ残っているというのが現状でございます。」とした上、その例として、都立学校において国歌斉唱時に起立をしなかった学校が数校残っていること、国歌斉唱時に一部の職員や生徒が起立をしなかったという実態が残っていることや小・中学校において音楽の教師がピアノ伴奏を拒否するということが一部に起こっていることを報告し、「今後解決すべき課題が、まだかなり残っている」が、今後とも指導の徹底を図っていきたいと発言した。これに対し、委員から、子どもが見ていることなので、不起立の教員についてはきちんとした警告を発するとか、実名を公表するとかして、指導を徹底するように求める発言があり、これに対し、都教委の教育長は、「ここまで形が整った以上は、今度は中身の問題で、個別に相当強力で指導していかなければならないと考えている」旨の回答をした。

(6) 平成一四年一月一日、都教委は、都立高等学校の各校長に対し、指導部長名で「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の徹底について」という通知を出しているが、これには、都立学校の平成一三年度の卒業式と平成一四年度の入学式の国旗掲揚及び国歌斉唱の実施結果がほぼ全校での実施に至ったことを述べた上、国旗掲揚及び国歌斉唱の実施態様については、平成一一年一〇月一九日付け通達(平成一一年通達)に即していない学校もあったので、平成一四年度卒業式及び平成一五年度入学式においては、平成一一年通達に基づき、より一層の改善を図るよう願いますとの記載があった。

(7) 平成一五年三月六日、都教委は、文部科学省からこれまでと同様の国旗掲揚及び国歌斉唱の実施状況についての調査依頼があった際、初めて、同省からの調査依頼事項に加え、式典会場内の国旗掲揚場所が壇上正面か三脚か、式次第に「国歌斉唱」と記載されているか、トラブルの有無・内容・これに対する校長の対応について、都立学校全校に対する一斉調査を行った。

(8) 平成一五年四月一〇日、都教委の第七回定例会で、指導部長から、冒頭に、上記の聞き取り調査についての報告がされたが、その中で、指導部長は、国旗・国歌についてはすべての学校で実施できたが、実施上の課題はいくつか残っているとした上で、その主だったものとして、国歌斉唱時一部の教員や生徒が起立しないことを挙げ、聞き取り調査では、昨年度よりはかなり改善はしたが、まだ依然として残っており、これは、式の前等に、司会者から「国歌斉唱については憲法で保障されている内心の自由があるので、個人の判断でお願いします。」というような一言を添える学校が一部にあることから生じていると考えていると述べ、「この問題につきましてもは教育

指導上の課題といたしまして、これまでも各学校に対して指導してきたところがございますけれども、依然としてこうした実態がございますので、大きな課題として受け止めまして、今後とも引き続き指導の徹底を図ってまいりたいと考えております。」と報告した。

(9) 都教委の教育長は、都教委が都立学校卒業式・入学式対策本部(対策本部)を設置した一週間後である平成一五年七月二日、都議会本会議で、都議会議員から、卒業式や入学式の国歌斉唱時に起立しない教職員の存在について、都教委の見解を問われるとともに、自分としては式典運営指針などを制定すべきであるとするが、具体的方策はあるのかを問われたのに対し、「あつてはならないことなので、今後、卒業式、入学式における国歌斉唱の指導を適正に実施するよう、各学校や区市町村教育委員会を強く指導していく。対策本部を適正実施が図られるまで設置し、実施指針を新たに作成するなどして、卒業式等が学習指導要領に基づいて適正に実施されるよう取り組んでいく。」旨を答弁した。

(10) 平成一二～一五年度の卒業式及び入学式における国旗掲揚・国歌斉唱の実施状況は以下のようなものであった。

ア 平成一二、一三年度の実施状況

形式的に実施率一〇〇%となったが、次のような状況があり、学習指導要領の国旗・国歌条項の目的が十分に達成されたという状況ではなかった。

(ア) 国旗掲揚に関しては、会場外の人目に付かない場所に掲揚する、壇上三脚に掲揚する、カーテンの陰に隠れるように設置する、いすに座った参列者に見えないように壇上の奥や隅の方に設置する、正面掲揚と称して壇下の正面に三脚で掲揚する、ピアノの陰に三脚で掲揚するというような学校があった。式典当日に参列した保護者がいる前で校長と教頭が壇上に国旗を掲揚しているところに教員がなだれ込んできて反対し、保護者からざわめきが起こる、掲揚塔に掲揚した国旗が引き降ろされるという事態が発生した学校もあった。

(イ) 国歌斉唱に関しては、式次第に明記せず、開式の前に国歌のメロディを流すだけなどの形式的な実施というような状況であり、校長は、それをもって「斉唱した」として、都教委に報告せざるを得ない学校があった。また、式典の中で国歌斉唱を行っていても、国歌斉唱時に教員が起立しない、国歌斉唱が終わってから式場に入場する教員がいる、音楽科教員がいて校歌の伴奏はするのに国歌のピアノ伴奏はしない、国歌演奏は CD やテープレコーダーで行う、卒業式の最中に司会が国歌斉唱と発声したときに教員がやめてくださいと抗議するなどの状況がみられ、また、式典の予行演習時に生徒に対して、あるいは式典の直前に参列者に対して、国歌を歌う自由、歌わない自由があるなどということを説明する例が多くみられた。

イ 平成一四年度の実施状況

都立学校における国旗掲揚・国歌斉唱の実施率は一〇〇%と定着していた。しかし、都立高校の入学式・卒業式における国旗掲揚・国歌斉唱の実施状況は、依然として、前年度と同様、以下のようなものであった。

国旗掲揚・国歌斉唱が実施された学校においても、国歌斉唱時に起立する教職員は少なく、全員が起立しない学校、国歌斉唱終了後に教員が入場してくる学校、当初の実施案では式場配置

図に国旗が記載されず、式次第に「国歌斉唱」と記載されていないため、校長が指示なり職務命令を出して訂正させ、ようやく実施したという学校もあった。また、ピアノ伴奏はされずに録音テープによる学校が多数あった。そして、適正に実施しようとする校長の中には、卒業式前日の夕方から、式典当日の朝五時、六時まで教員からの交渉を強いられたという学校もあり、多くの学校で式典の前に国歌を歌う自由、歌わない自由があるなどという説明がされ、それにより生徒が立たないという状況があった。

ウ 平成一五年度入学式の実施状況

平成一五年度の入学式においても、基本的に平成一二、一三年度と同様、入学式の実施案の式場配置図に「国旗」が、式次第に「国歌斉唱」が記載されておらず、校長が職務命令(口頭)で訂正を指示した、国歌斉唱時にほとんどの教職員が入場しないか、式場後方に立って教職員席が空席であった、多くの教職員ないし全教員が起立しない、国歌斉唱をピアノ伴奏ができずに録音テープによる、国歌を歌う自由、歌わない自由があるなどという説明をする学校があるなどの状況が続き、状況の改善は進まなかった。

三 当裁判所は、前記引用に係る原判決摘示の「前提事実」及び上記一、二の事実に基づき検討した結果、後記四以下に述べる理由により、被控訴人の本案前の主張は理由がないものと判断した上、本件通達、その後に都教委が各校長に行った指導及び本件職務命令をもって違憲、違法ということはできず、控訴人らの不起立行為等は地公法三二条及び三三条に反すると認められるが、本件処分は懲戒権の逸脱・濫用に当たり違法であると解されるから、これらをいずれも取り消すべきであり、しかしながら、損害賠償請求はこれを認めないのが相当であると判断する。

四 本案前の争点について

当裁判所も、被控訴人の本案前の主張には理由がないものと判断する。その理由は、原判決の「事実及び理由」欄の「第三争点に対する判断」の二(2)に記載のとおりであるから、これを引用する。

五 本件通達、その後に都教委が各校長に行った指導及び本件職務命令の違法性について

(1) 本件処分は、控訴人らの不起立等の行為が本件職務命令に違反することを理由とするものである。本件職務命令は、学校教育法五一条、七六条により準用される同法二八条三項に規定する校長の所属職員に対する監督権限に基づいて発せられたものであり、本件通達は、地教行法二三条五号に規定する教育委員会の教育課程に関する管理、執行権限に基づいて発せられたものであるから、本件通達と本件職務命令とは異なる法的根拠を有する別個の行為であって、仮に本件通達が違法なものであったとしても、本来、その違法性が当然に本件職務命令に承継されるものではない。したがって、控訴人らの主張の当否を判断するに当たっては、一般的には、本件職務命令の違法性のみを問題とすれば足りるものである。

しかしながら、当裁判所も、形式的には、本件職務命令を発すべき必要性の判断は各校長がしていたが、事実上、本件通達やその後に都教委が行った指導により、校長にはその裁量により本件職務命令を発しないという行為をする余地はなく、本件職務命令は実質的には都教委が行ったものと評価することができると判断する。その理由は、原判決四四頁八～二二行目に記載のと

おりであるから、これを引用する。これによれば、本件通達の発出という都教委の行為は、基準を策定し、一般的指示をすることどまらず、各学校長に対する職務命令の実質を有するだけでなく、各学校長を通じて各教師に対し具体的な職務命令を発することを義務づける実質をも有するものというべきである。

そうすると、本件通達の発出が違法であれば、本件職務命令も違法になるという関係があるといふべきであるから、本件においては、まず、本件通達が旧教育基本法一〇条一項の規定する「不当な支配」に該当するか否かを検討する必要がある。

(2)ア(ア) 旧教育基本法の前文及び一〇条の趣旨・解釈については、当裁判所も、原判決四六頁二二行目及び同四七頁一二行目の「義務教育に属する」を削り、同七行目の「必要性」から同八行目の「範囲内において」までを「特に必要な場合には」に改め、同一九行目の「管理、執行する」から同二二行目の「異なる」までを「管理、執行するとされている」に改めるほか、原判決四五頁三行目～同四七頁二三行目に記載のとおりであると判断するので、これを引用する。

(イ) この点につき、控訴人らは、設置者の執行機関として学校を管理する教育委員会と学校との関係を規律している地教行法三三条一項が、「教育委員会は、法令又は条例に違反しない限度において、その所管に属する学校その他の教育機関の施設、設備、組織編制、教育課程、教材の取扱その他学校その他の教育機関の管理運営の基本的事項について、必要な教育委員会規則を定めるものとする。」と規定しているのは、各学校の判断によって自主的・自立的に特色ある学校教育活動を展開できるようにするという学校の裁量権限拡大の観点から、同法二三条五号に列挙された事項についての第一次的な裁量権は教育機関である学校(校長)にあり、教育委員会が関与できるのは、あくまで「基本的事項」や「基本方針」といった大綱的基準に限られることを示したものであるとして、これを根拠に、教育委員会の関与は基本的事項(大綱的基準)に限られると主張する。

しかしながら、教育委員会の権限については、地教行法二三条五号により、学校の組織編制、教育課程、学習指導等に関して管理、執行するとされているのであり、同法三三条一項は、教育委員会規則という法形式をもって定めるべき対象事項を「基本的事項」としているものであって、教育委員会の関与・介入の限度を「基本的事項」に限定しているものではないから、上記主張は失当である。

(ウ) また、控訴人らは、国の教育行政機関の教育への介入が大綱的な範囲にとどめられるべきなのは、第一に、子どもの教育は、教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、子どもの個性に応じて弾力的に行われなければならない、教師の自由な創意工夫の余地が要請されるからであり、このことは、国であろうと地方であろうと、教育行政一般に当てはまるし、教育委員会は、教師に対する人事権を有することにより、国の教育行政機関が抽象的なレベルで教育内容基準を策定するよりも、一層直接に介入し得る危険があるのであるから、教育委員会の介入に関する「不当な支配」の審査基準が、国の介入の場合のそれより緩和される理由は全くないと主張する。

確かに、教師の創意工夫の尊重等は、教育委員会による介入との関係においても考慮すべきであり、各学校における教師の創意工夫の余地を全く奪うような細目的事項について、教育委員

会が基準を設定し、指示を与えるなどすることは、「不当な支配」に当たることがあり得るというべきである。しかしながら、国の教育行政機関が法律の授権に基づいて普通教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、各地方の実情に適応した教育を行わせるのが教育の目的及び本質に適合するとの観念に基づき、現行教育法制における重要な基本原理となっている教育に関する地方自治の原則を考慮しなければならないことから、その内容が必要かつ合理的であると認められるだけでなく、大綱的な基準にとどめられなければならないとされるのに対し、地方公共団体の設置する教育委員会が当該地方公共団体内における教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、そのような考慮は不要であるというべきである。むしろ、教育委員会は、教育に関する地方自治を担う機関として設置されているものであり、その管理執行権限に基づき、国の教育行政機関との対比において、より細目にわたる事項についても、教師の創意工夫の余地を残しつつ、必要かつ合理的な範囲内で、基準を設定し、一般的指示を与えるなどすることができ、特に必要であれば具体的な命令を発することができる と解すべきである。

控訴人らは、国旗・国歌の指導に関し地域性などはないと主張するが、地域性の有無にかかわらずなく、地方自治の原則上、国の介入は大綱的な範囲にとどめられるべきものであり(そのように考えなければ、地域性のない事項については、細目にわたり国が介入することができる と解すべきことになる。)、より細目にわたる事項は、地域性のない事項であっても、地方公共団体ごとに決すべきであると解する支障になるものではない。

控訴人らの上記主張は採用することができない。

(エ) なお、控訴人らは、原審が、教育委員会による教育の内容及び方法に関する介入を大綱的な基準の設定にとどめるべき理由がないことの理由として、教育委員会は、地教行法二三条五号により、学校の組織編制、教育課程、学習指導等に関して管理、執行するとされているのに対し、文部科学大臣は、同法四八条二項二号により、学校の組織編制や教育課程等について指導、助言又は援助をすることができる とされているにとどまることを指摘した点につき、同条は、文部科学大臣が教育関与権限がある事務について、文部科学大臣と教育委員会との関係を定めたものであって、指導、助言又は援助となっているのは、文部科学大臣と教育委員会が行政組織的に上下関係にはないからであるから、これを比較して教育委員会の介入権限が文部科学大臣より広いとすることはできないと主張する。

この点については、当裁判所も上記指摘は相当である と考えるので、原判決を引用するに当たり、前記のとおり改めた。

イ そこで、次に、本件通達についてこれを発することが特に必要であったと認められるか否かを検討する。

(ア) 都教委が本件通達を発出するに至った経過は既に認定したとおりであって、その概要は次のとおりである。

平成元年に学習指導要領が改定され、「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。」と定められ、都教委は都立学

校長に対して卒業式等がこの学習指導要領に即して行われるように求めていたが、実施率が低く、文部省の調査によれば、平成九年度卒業式、平成一〇年度入学式においては、ほぼ全国最下位であったことから、都教委指導部長は、平成一〇年十一月二〇日付けで、「式典会場の正面に国旗を掲揚すること」、「式次第に『国歌斉唱』と記載すること」、「式典の司会者が『国歌斉唱』と発声すること」などを定めた卒業式等の実施指針を示す通知を発した。その結果、平成一〇年度卒業式、平成一一年度入学式についての文部省の調査によれば、その実施率は改善したものの、なお全国平均と比較して低かった。そこで、東京都教育庁は、都立学校の卒業式、入学式における国旗掲揚・国歌斉唱に伴う問題への様々な対応や学校長に対する支援を図るためとして、教育庁次長を本部長とする「卒業式・入学式対策本部」を設置し、国旗・国歌法が制定、施行された後も協議を重ね、都教委教育長は、その協議の結果を踏まえ、平成一一年通達を発するとともに、都教委指導部においては、リーフレットを作成して都立学校の全職員にこれを配布し、学習指導要領に基づく卒業式等の実施をするように更に指導に取り組んだ。その結果、平成一二年度卒業式以降、都立学校での国旗掲揚・国歌斉唱の実施率は一〇〇%となった。しかしながら、各学校へのアンケート調査の結果によれば、実際の実施状況は、「実施指針」で定められた方針どおりに国旗掲揚を行った都立学校は全体の半分にも満たず、目に付かない場所に国旗を掲揚したり、「国歌斉唱」を式次第に明記しなかったり、国歌斉唱時に教員が起立せず、司会者が起立を発声しないという学校があったというものであった。そこで、都教委は、平成一五年六月二五日、教育庁理事を本部長として、「都立学校等卒業式・入学式対策本部」(対策本部)を設置し、都立学校における卒業式等が学習指導要領に基づき実施されるための対応策を検討することとし、対策本部は、上記状況をもって学習指導要領に基づき本来実施すべき国旗掲揚・国歌斉唱の適正な実施がされていないと認識して、対応について検討を重ね、これを踏まえて、都教委教育長は、これらの課題を解決するためには、各学校で、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として、本件通達を発出した。

(イ) 本件通達が発出された経緯は以上のとおりであって、上記のような国旗掲揚・国歌斉唱の実施状況に照らせば、学習指導要領に基づく卒業式等を実施するよう改善、充実を図るという本件通達の目的には合理性があるといえるし、校長を通じて実施指針の徹底を指導したにもかかわらず、これが行われない実態が広く見られたことに照らせば、これを実現するため、卒業式等における国旗掲揚・国歌斉唱の実施方法を定める通達により具体的な命令を発することが特に必要であると判断されたことにも、相応の根拠があったといえることができる。

(ウ) この点につき、控訴人らは、学習指導要領には、「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」という国旗・国歌条項があるが、同条項は、「指導するものとする」という表現からも明らかなどおり、法的拘束力がないか、あっても合理的な例外を認める文言であるし、国旗掲揚及び国歌斉唱の具体的な在り方を何ら指示するものではないところ、本件通達発出当時、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施率が一〇〇%となっていたのであるから、「学習指導要領に基づく卒業式等を実施するよう改善、充実を図る」必要性も合理性もなかったと主張する。

しかしながら、学習指導要領は、学校教育法四三条、同法施行規則八四条に基づいて文部科学大臣が定めて公示したものであって、その定めには法的効力があるところ、「指導するものとする」という文言は、「指導しなければならない」よりは緩やかではあっても、指導することを義務づける趣旨と解すべきである(なお、法令ではなく「要領」であることも、義務づけであっても緩やかな文言を用いる理由になっていると解される。)。そして、学習指導要領の国旗・国歌条項が、「日本人としての自覚を養い、国を愛する心を育てるとともに、児童・生徒が将来、国際社会において尊敬され、信頼される日本人として成長していくためには、国旗・国歌に対して正しい認識をもたせ、それらを尊重する態度を育てることが必要であり、また学校における入学式や卒業式は、学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳粛かつ清新な雰囲気の中で、新しい生活の展開への動機付けを行い、学校、社会、国家などへの所属感を深める上でよい機会となるものであることから、これらの学校行事式典において、国旗を掲揚し、国歌を斉唱するよう指導するものとする」こととして設けられていること、既に認定したとおり、平成元年三月一五日、従前の学習指導要領では「国民の祝日などにおいて儀式などを行う場合には、児童・生徒に対してこれらの祝日などの意義を理解させるとともに、国旗を掲揚し、国歌を斉唱させることが望ましい。」と定められていたのを、「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、国歌を斉唱するものとする。」と改訂していることに照らせば、同規定は法的拘束力を及ぼす趣旨であると解すべきものである。そして、この定め自体は、大綱的基準を定めるものとして、「不当な支配」に当たるものとは解されない。

学習指導要領の国旗・国歌条項は、国旗掲揚及び国歌斉唱の具体的在り方を指示していない(これは、教育の地方自治の原則から大綱的基準を示しているものであることによると解される。)ところ、実施率は一〇〇%となつてはいても、その具体的実施状況は既に認定したようなものであったことに照らせば、地教行法二三条五号により都立学校の教育課程等に関する権限を有する都教委が、学習指導要領の国旗・国歌条項の趣旨に基づき、これを具体化して、入学式等の学校行事における国旗・国歌の指導の内容、方法を校長に指示したことをもって、必要性も合理性もなかったということとはできない。そして、儀式的行事に際して国旗を掲揚し国歌を斉唱するに当たって、国旗に向かって起立するということは、広く承認された儀礼と認められるから、学習指導要領の国旗・国歌条項に基づく具体的指導内容ないし方法として「教職員は、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する」と定めることは、国旗・国歌条項の趣旨に沿う合理的なものといえる。また、音楽科担当教員がいて会場でピアノを使用し得る場合に、参加者が国歌斉唱を行うに際して、ピアノ伴奏をするのは、ふさわしいことと考えられるから、「国歌斉唱は、ピアノ伴奏等により行う。」との定めも、同様に合理的であるといえる。

(エ) また、控訴人らは、学習指導要領の定めは、国旗・国歌条項のほかには、「儀式的行事」の「内容」に関する「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。」という定めのみであり、学習指導要領中、「特別活動」の中の「学校行事」として位置づけられる「儀式的行事」は、学校ごと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たものでなければならない

とされていることに照らせば、本件通達の実施指針の指示内容は、明らかに国旗・国歌法の立法者意思を超える内容を盛り込んだものであり、これを発する必要性及び合理性は存しないと主張する。

しかしながら、確かに、学習指導要領には、特別活動の指導計画の作成に当たっては、「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するように配慮すること」が示されているが、併せて、これと別に、特別活動のうちの一つである儀式的行事の中に位置づけられる卒業式等については、特に、「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。」としているのであるから、「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」が行われている限り、入学式や卒業式の内容については各学校に任せておけばいいというのが学習指導要領の規定する趣旨であると解することはできないのであって、上記(ア)に示したような、卒業式等において国旗を掲揚するとともに国歌を斉唱することによって子どもに学ばせようとした意義が適正に実現できない実情があった以上、本件通達を発する必要性及び合理性がなかったということとはできない。

また、国旗・国歌法は、その法文と前記認定に係る制定時における政府答弁の内容に照らせば、日の丸を国旗と、君が代を国歌としただけで、これを制定することによってそれ以上の規範を教員を含む国民に与えたものではないと解されるが、学習指導要領の国旗・国歌条項を否定する趣旨も含んではいないことが明らかである。したがって、上記のように学習指導要領の国旗・国歌条項の趣旨を実現する上において生じている必要性が、国旗・国歌法によって消滅することはないし、国旗・国歌法によって国旗及び国歌に法的根拠が備わったことにより、これらを尊重する態度を育てることの意義がより明らかになったというべきであるから、国旗・国歌法の立法者意思をもって、本件通達を発する必要性、合理性がなかったという理由にはならない。

(オ) 控訴人らは、入学式、卒業式は教育活動の一環であるところ、本件通達は、入学式、卒業式に関する学校の創意工夫の余地を奪うものであるから、本件通達には合理性がないと主張する。

しかしながら、本件通達の定める実施指針(あるいは、前記認定の実施指針に基づく都教委の指導)のうちには、教育現場における創意工夫の尊重という点から考えて、いささか詳細にすぎるとみる余地のある事項が含まれているものの、教職員が国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること及び国歌斉唱はピアノ伴奏等により行うことを定める部分については、学習指導要領の国旗・国歌条項をより具体化したものであって、合理性を否定すべき理由はない。仮に実施指針等のその余の内容に詳細にすぎるところがあるとしても、本件職務命令の適否には影響のないことというべきである。

(カ) さらに、控訴人らは、都教委は、本件通達の約二年前までは、各学校ごとの集団行動としての「国旗掲揚・国歌斉唱」を実施することを指導しており、都教委自身、平成一二年度卒業式以降その実施率が一〇〇%となったことをもって満足していたのであって、本件通達発出時において国旗掲揚・国歌斉唱の指導が実施できないほどに教職員の抵抗が激しかったということはなく、

したがって、本来は、本件通達を発出する必要はなかったが、委員や一部都議会議員らの追及や政治的圧力に迎合して、「上意下達」の教育現場を作り上げることを目論んで本件通達を発出したものであって、これを発出する必要性があったとはいえないと主張する。

確かに、前記認定事実によれば、都教委としては、平成一三年ころまでは、各学校ごとの集団行動としての「国旗掲揚・国歌斉唱」を実施することを指導しており、教職員の不起立やピアノ不伴奏を問題として挙げ、これを指導の対象とすることはしていなかったことが認められる。しかしながら、都教委がそのような対応であったのは、前記認定のように、従前、「国旗掲揚・国歌斉唱」の実施率において東京都が全国最下位であったことや前記認定の定例会での報告に照らせば、都教委としては、教職員の不起立やピアノ不伴奏に問題がないと考えていたからではなく、まずは、その実施率の上昇を目指した指導をしていたからであると認めるのが相当である。そして、平成一二年度卒業式以降はその実施率が一〇〇%となったため、平成一三年度からは、学習指導要領における「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に指導するものとする。」という国旗・国歌条項の、「入学式や卒業式など、学校生活に有意義な変化や折り返しを付け、厳粛かつ清新な雰囲気の中で新生活への展開への動機付けを行う儀礼的儀式において、子どもに、国旗及び国歌に対する正しい認識をもたせ、それを尊重する態度を育てる」という趣旨をより適正に実施するという観点からすれば、都立学校における前記の実情にはなお「課題」があることから、その点の指導に移行することが必要であると判断するようになったものであると解するのが相当である。控訴人らが主張するように、都教委が、委員や一部都議会議員らの追及や政治的圧力に迎合して、「上意下達」の教育現場を作り上げることを目論んで、必要性もないのに本件通達を発出したものであったと認めるに足る証拠はない。

この点について、控訴人らは、都教委の方針に変更が迫られることになったきっかけとみられるのが、平成一五年四月一〇日の都教委の定例会であり、そこにおいて、都教委が、国旗掲揚・国歌斉唱実施率が一〇〇%になったことを評価し、更にすべての学校に一律に指導することに消極的であったのに、一部の委員の強硬な意見により、次第に態度を変えざるを得なかったと主張している。しかし、同定例会では、冒頭において、委員の発言がある前に、指導部長が、実施率が一〇〇%になったものの、課題が残っており、主なものの一つとして、国歌斉唱時に一部の教員や生徒が起立しないことを挙げ、「この問題につきましては教育指導上の課題といたしまして、これまでも各学校に対して指導してきたところでございますけれども、依然としてこうした実態がございますので、大きな課題として受け止めまして、今後とも引き続き指導の徹底を図ってまいりたいと考えております。」と述べており、前年度の「今後解決すべき問題が、まだかなり残っている」という表現より踏み込んだ表現となっていることにかんがみても、都教委が不起立問題を次の「大きな課題」であると考えていたことは明らかである。控訴人らの上記主張は採用することができない。

(キ) そして、本件通達は、卒業式等において教職員が国旗に向かって起立し、国歌を斉唱し、又はピアノで国歌を伴奏するようにするため、各校長に対して、この通達に基づいて職務命令を発出することを求めることを内容とするものであるが、このような職務命令が思想及び良心の自由を侵害するものとはいえないことは、後に説示のとおりであり、また、本件通達は、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みを定めるものであって、教職員が児童・生徒に対して「日の丸」・「君が代」に関する歴史的な事実等を教えることを禁止するものではないし、教職員に対し、国旗・国歌について、一方的に一定の理論を児童・生徒に教え込むことを強制するものとはいえないから、後に説示するとおり、教職員に認められる教授の自由ないし教職員としての専門職上の自由(教育の自由)を侵害するとも、教育活動を阻害するとも認められないので、本件通達の内容をもって合理性を欠くということとはできない。

ウ したがって、本件通達は、旧教育基本法一〇条一項にいう「不当な支配」に該当するとは認められない。そうすると、本件通達に従って発令された本件職務命令が、同項に違反する違法なものであるということもできない。

六 本件通達、本件職務命令及び本件処分の違憲性について

(1) 憲法一九条、二〇条違反について

ア 控訴人らがどのような思い(信念)から不起立行為等をするに至ったかについては、原判決三九頁六～二四行目に記載のとおりであるから、これを引用する。

イ 控訴人らのこのような信念は、「日の丸」や「君が代」が過去に我が国において果たした役割に係る歴史的な事実を踏まえた控訴人らの歴史観ないし世界観又は教職員としての職業経験から生じた信条に由来する社会生活上の信念であるといえるものであり、このような信念を持つこと自体が、憲法一九条により思想及び良心の自由として保障されることは明らかである。

したがって、控訴人らがこのような思い、信念を持つことは、それが内心にとどまる限りは絶対的に保障され、そのような信念を持たないことを強制したり、そのような思い、信念を持つこと自体によって不利益処遇をしたり、そのような信念を持つことの告白を強制したりすることは許されない。

しかしながら、そのような信念が内心にとどまらず、これに基づく外部的行為を伴った場合には、その外部的行為にまで憲法の絶対的保障が及ぶということとはできない。なぜならば、外部的行為は、必然的に他者との関係を生じ、他者の思想及び良心に基づく外部的行為ないしは他の憲法上の権利利益との間に矛盾、抵触、侵害等を生じずにはおかず、それらをすべて絶対的に保障することは不可能といわざるを得ないからである。したがって、憲法の思想及び良心の自由に対する保障は、思想及び良心に基づく外部的行為には及ばないというのではなく、これにも保障が及ぶというべきであるが、内心の自由とは異なり、必要かつやむを得ない最小限の制約は、憲法自体がこれを許容していると解するのが相当である。当該外部的行為が思想及び良心の核心部分にかかわるものであっても、上記のような理由による制約を受ける余地は、否定されるものではない(例えば、「我が民族は、他の民族より優れており、優遇されるべき地位にある。」という思想は、内心にとどまる限り、憲法の絶対的保障が及ぶが、他民族を同等に取り扱うことを拒絶する行為は、それが上記思想の核心部分にかかわるものであるとしても、憲法一九条の保障するものではない。同様に、「輸血は、悪である。」という信条に基づいて、公立病院の医師が患者への輸血を拒否することは、許されないであろう。)。また、人の外部的行為は、思想・良心に基づく価値判断や選択に何らかのかかわりを持つことも多く、「思想・良心に基づく外部的行為」とそうでない外部的行為の区別は難しい場合があり(例えば、剣道実技の拒否の理由は、様々であり得る。)、また、

そのかかわりの程度にも様々なものがあるといわなければならない。そうすると、外部的行為の制約(禁止又は強制)に、憲法の思想及び良心の自由の保障がどのように及ぶかについては、当該外部的行為と思想及び良心とのかかわりの程度(裏返せば、外部的行為の制約が思想及び良心に及ぼす影響の程度)を考慮し、当該制約の趣旨、目的、当該外部的行為の他者に及ぼす影響等に照らして判断するのが相当である。

ウ これを本件についてみると、まず、本件通達及び本件職務命令は、控訴人らに対し、卒業式等において国歌斉唱時に国旗に向かって起立し国歌を斉唱すること、又は定められた楽譜に従ってピアノで国歌の伴奏をすることを命じるものであるから、外部的行為を命じるものである。そして、控訴人らに対して、例えば、「『日の丸』や『君が代』が皇国思想、軍国主義を賛美するものである」という考えは、誤りである。」旨の発言を強制するなど、直接的に控訴人らの歴史観ないし世界観又は信条を否定することを求めるものではない。

国旗・国歌法により国旗・国歌と定められた「日の丸」と「君が代」を卒業式等の儀式的行事において用いて、日の丸を掲揚し君が代を斉唱することは、憲法に抵触するものとは考えられず、控訴人らも、そのこと自体を問題とするものではない。前記のとおり、国旗・国歌法は、国旗及び国歌を定めるだけのものであり、国旗を掲揚し国歌を斉唱することを何人にも義務づけるものではないが、学習指導要領の国旗・国歌条項が卒業式等において国旗を掲揚し、国歌を斉唱するよう指導するものとする定めていることは、これと矛盾するものではなく、むしろその趣旨に沿うものである。そして、儀式的行事に際して国旗を掲揚し国歌を斉唱するに当たって、国旗に向かって起立するということは、広く承認された儀礼と認められるのであるから、卒業式の司会者が出席者に国歌斉唱に際し起立を促すことは、国歌斉唱の趣旨にかなうものであって、これを違法ということはできないし、参加者が起立することは、通常想定され期待される行為といえることができる。また、儀式的行事において、他国の国旗が掲揚され、その国の国歌が演奏される際に、参加者が国旗に向かって起立することが、その国に対する忠誠を誓う意味を持たないことは、明らかであることに照らせば、「君が代」斉唱に際して「日の丸」に向かって起立すること自体は、日本国に対する忠誠を誓う趣旨を含むということとはできないし、まして、皇国思想や軍国主義を肯定するなどという趣旨を含むものではない。「君が代」のピアノ伴奏をすることが、日本国に対する忠誠を誓う趣旨等を含むものではないことは、いっそう明らかである。

なお、この関係で、控訴人らが引用するアメリカ合衆国連邦最高裁判所のリーディングケースとされるバーネット事件判決は、教育委員会が、公立学校の課程の中において、国旗への敬礼を義務づけ、教員と生徒のすべてが儀式に参加すること、国旗敬礼を拒否することに対しては不服従行為としての処置(退学処分、刑事処罰等)が科されるべきことを決議し、国旗敬礼を拒否した生徒が退学処分を受けたという事例に関するもので、この儀式では、国旗への敬礼の姿勢をとる(右腕をしっかり伸ばし、掌を上に向けて挙げる行為)ほか、「私はアメリカ合衆国の国旗と、それが象徴する共和国、すなわちすべての人々に自由と正義をもたらす不可分一体の国家に対して、忠誠を誓います。」という誓約を唱和することとされていたというのである。これと同様の敬礼や誓約を生徒に義務づけ、従わない者を退学処分等にするという行為が、我が国においても憲法に

違反することは明白であるし、教師に上記の文言のような誓約を唱和するように命ずることも、同様と解すべきであるが、「君が代」を斉唱するに当たり「日の丸」に向かって起立するという行為は、上記の敬礼や誓約と質的に異なるものというべきである(なお、バーネット事件の生徒は、偶像崇拜に当たるという理由で国旗に対する敬礼と誓約を拒否したが、控訴理由書九九頁によれば、起立はしたというのであり、そうだとすると、起立は偶像崇拜に当たらない行為と考えたということになる。)。本件において、本件通達及び本件職務命令によって控訴人らに義務づけられたのは、国旗に向かって起立し国歌を斉唱することにとどまるのであるから、上記バーネット事件判決の判断は、直ちに参考になるものではない。

上記のように、控訴人らが命じられたことは、一般的には、国家に対する忠誠を誓う行為ではなく、皇国思想や軍国主義を肯定するなどという行為でもないから、控訴人らの上記歴史観ないし世界観又は信条と不可分に結び付いたものではなく、控訴人らの思想及び良心とのかかわりは希薄であるというべきである。したがって、控訴人らは、国歌斉唱に際して国旗に向かって起立するという行動をとることや、ピアノ伴奏をすることも、控訴人らの上記歴史観等と矛盾、抵触することなく、選択し得るところと解される。

一般的には以上のとおりであるが、国歌斉唱に際し国旗に向かって起立する行為が、自己の思想及び良心と密接にかかわり、これを命じられることが自己の思想及び良心を否定する意味を有すると受け止める者がいることも否定し得ないところであり、控訴人らも、上記歴史観等に由来する「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を有すると主張している。「日の丸」及び「君が代」に関する過去の歴史にかんがみれば、上記の歴史観等のみならず、そのような「思い」も、これを特異なものとして排斥することは相当でない(校長の中にも、これに理解を示す者もいる。)。そして、そのような「思い」が特異であるか否かにかかわりなく、例えば、同様の「思い」を有する生徒の保護者や来賓といった卒業式等の参列者に対し、国歌斉唱に際し国旗に向かって起立することを促すのはよいとして、これを強制することについては、憲法一九条の思想及び良心の自由の保障との関係において、問題があるといわざるを得ない。本件通達も、上記のような参列者にまで起立を強制することを考えていないことは明らかである。控訴人らも、これと同じ立場において卒業式に参加しているのであれば、起立を義務づけることは許されないものと考えられる。そうすると、以上の理由だけでは、本件通達及び本件職務命令を合憲と断ずることはできない。

しかしながら、控訴人らは、各都立学校の教師という立場において卒業式に参加しているから、他の参加者とは別の検討を要する。高等学校等の教師には限られた一定の範囲で教授の自由があることは肯定されるけれども、卒業式は、各教師が個別に担当する一般の教科と異なり、全校的な規模で執り行われる儀式的行事であるから、その基本的な進行については、個々の教師がそれぞれの創意工夫に基づいて自由に生徒を指導すればよいというものではなく、全校的に決定されたところに従って統一のとれた行動が教師に要請されるといわなければならない。そして、上記のとおり、卒業式の基本的な進行内容の一つとして、国旗を掲揚して国歌を斉唱するものとするのが組み込まれており、そのこと自体は、問題とすべきことではなく、それに際して参加者が起立することも通常想定され期待される行為であって、一般的にはその者の思想及び良

心と矛盾、抵触することのない行為であり、学習指導要領の国旗・国歌条項の定めに基づく卒業式に参加する生徒に対する指導の目的を達成するためには、卒業式に参加する教師は、生徒を指導する立場にある者として、自己の個人的な思想及び良心とかかわりがあることを理由として起立しない行動をとるのではなく、他の教師とともに、起立して斉唱する行動が求められているというのが相当である。また、ピアノ伴奏を担当することとされた教師も、自己の個人的な思想及び良心とかかわりがあることを理由としてピアノ伴奏をしない行動をとるのではなく、ピアノ伴奏をする行動が求められているというべきである。これに反して、国歌斉唱に際して起立せず、ピアノ伴奏をしない行為は、上記指導の効果を減殺するものである。

そして、憲法一五条二項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。」と定めており、地方公務員も、地方公共団体の住民全体の奉仕者としての地位を有するものである。こうした地位の特殊性や職務の公共性にかんがみ、地公法三〇条は、地方公務員は、全体の奉仕者として公共の利益のために勤務し、かつ、職務の遂行に当たっては全力を挙げてこれに専念しなければならない旨規定し、同法三二条は、地方公務員がその職務を遂行するに当たって、法令等に従い、かつ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない旨規定している。控訴人らは、いずれも都立学校の教職員であつて、法令等(学習指導要領を含む。)や上司の職務上の命令に従わなければならない立場にあり、本件通達及び本件職務命令により起立斉唱ないしピアノ伴奏を命じられたというのである。そうすると、控訴人らが自己の個人的な思想及び良心と前記の程度のかかわりがあることを理由に起立斉唱やピアノ伴奏を拒否することは許されず、その限りにおいて控訴人らの外部的行為が制約を受けることはやむを得ないものというべきである。

エ 以上の諸点にかんがみると、本件通達及び本件職務命令は、控訴人らの思想及び良心の自由を侵すものではなく、憲法一九条に違反するとはいえず、同様の理由で憲法二〇条にも違反しないと解するのが相当である。したがって、本件職務命令違反を理由にされた本件処分も、憲法一九条及び二〇条に違反するということとはできない。

オ(ア) この点につき、控訴人らは、都教委が控訴人らに懲戒処分を課したことは、実質的には、控訴人らが「国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する」ことができないという思想・信条を有していることによりされた、思想・信条に基づく不利益取扱いにほかならないから、それ自体直ちに憲法一九条に違反すると主張する。

しかしながら、前記認定事実によれば、本件職務命令は、学習指導要領に基づき卒業式等を適正に実施することを目的としていると解されるのであり、本件処分は、本件職務命令に従わなかったこと及び信用を失墜したことを理由にされたものと認められ、控訴人らの思想・信条を理由にされたものとは認められないから、控訴人らの上記主張には理由がない。

(イ) また、控訴人らは、本件の起立斉唱あるいはピアノ伴奏の強制は、起立斉唱している者、あるいはピアノ伴奏している者の内心がどのようなものであるかを知ることができないが、「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を持つ者にとっては、自己の思想に従えば「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない」結果、その者が「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」という思想、信条を有しているこ

とが外部に示されることになるから、これによって、「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を持つ者があぶり出されることになるので、「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を持つ者を推知する効果があり、憲法一九条に違反すると主張する。

確かに、控訴人らのいう「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」は、控訴人らが有する前記のような歴史観ないし世界観又は信条に由来して生じたものであって、それ自体も、内心にとどまる限りにおいては、憲法一九条の保障が及ぶといえることができる。そして、求められた行為をしないという行動は、その背後にそれを拒否ないし嫌悪する考え(怠慢等が含まれているとしても)があることを推知させるから、ある行為を義務づけることは、その義務を否定する考えないし思いを有する者に対し、そのような考えないし思いを有することを外部的に明らかにさせる効果を伴うといえることができる。しかし、そのことを理由に、ある行為を義務づけることが直ちに憲法一九条の保障する「沈黙の自由」に違反するということになるとするならば、行為を義務づけたり命じたりすることは、およそ許されないということに帰着せざるを得ないが、憲法がそのようなことまでをも求めているとは解し得ない。

前記認定事実によれば、本件通達及び本件職務命令は、学習指導要領に基づき卒業式等を適正に実施することを目的としていると解されるのであり、これらが、これに従わずに不起立ないしピアノ伴奏拒否という行動に及ぶ者が「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」を有することが外部的に明らかになる効果を伴うとしても、それはあくまで結果としてそのようになるにとどまるのであって、本件通達ないし本件職務命令がそのような思いを有する者をあぶり出すことを目的とするものと解することはできない(これに対し、「踏み絵」は、キリスト教徒をあぶり出すことを目的として行われるものである。)。そして、国歌斉唱に際し国旗に向かって起立することは、一般的には控訴人らの前記のような歴史観ないし世界観又は信条と不可分に結び付くものとはいえない行為であることにかんがみれば、これを義務づけたことが、上記のような思いを外部的に明らかにさせる効果を伴うことを理由に、控訴人らの沈黙の自由を侵害するものとして憲法一九条に違反するということとはできないと解すべきである。

なお、控訴人らのような考えを有する者は、本件通達ないし本件職務命令により起立斉唱を義務づけられないでも、卒業式の司会者が国歌斉唱に際して起立を促しさえすれば(この促す行為を違法ということができないことは、前記のとおりである。)、起立しない行動をとることになるから、それだけで、「起立斉唱できない思い」を持つ者であることは、外部的に明らかになると考えられる。ピアノ伴奏についても、同様に、本件職務命令が発せられなくても、司会者が「国歌斉唱」と発声してもピアノを弾かないという行動により、「ピアノ伴奏できない思い」を有することは、外部的に明らかになるといえることができる。

控訴人らの上記主張も、採用することができない。

(ウ) 控訴人らは、思想及び良心の自由に対する「制約」の違憲審査においては、控訴人らの思想及び良心の自由の実現により侵害される他者の人権(対立価値)の内容と、これについて具体的にいかなる現実的・具体的害悪が生じるのか(害悪の重大性、急迫性)を明確にした上で、制約目的が必要不可欠であるか、制約の手段・方法等が必要最小限であるか、より制限的でない

い他の選べる手段がないかなどについての厳格な審査がされる必要があるにもかかわらず、原審は、対立価値の内容と対立価値について生じる害悪の重大性・急迫性の内容を明確にせず、単に職務命令の目的・内容の必要性・合理性のみを判断して違憲審査を行っており、その判断枠組自体失当であると論難する。

しかしながら、本件においては、控訴人らの思想及び信条それ自体の侵害が問題となるのではなく、これとかかわりのある外部的行為の制限が問題となるのであり、その合憲性審査については、以上のように判断されるのであって、控訴人らの主張には理由がない。

(2) 憲法二三条、二六条(控訴人らの教職員としての教授の自由)違反について

この点につき、当裁判所も、控訴人ら教職員には、一定の範囲において教授の自由が保障されるべきであるが、本件通達及び本件職務命令が、控訴人らに認められる教授の自由を侵害するものであるとは認められないと判断する。その理由は、原判決四九頁二〇行目冒頭から五一頁二行目の「関係がない。」までに記載のとおりであるから、これを引用する。

七 本件通達、本件職務命令の国際条約違反について

当裁判所が本件通達及び本件職務命令は国際条約(自由権規約、児童の権利に関する条約)に違反する無効なものではないと判断する理由は、原判決五一頁二〇行目の「原告の」を「控訴人らの」と改めるほか、同一七行目～同五二頁四行目に記載のとおりであるから、これを引用する。

控訴人らは、自由権規約に違反するという主張につき原審が具体的判断を示していないと主張する。しかし、自由権規約一八条が憲法一九条及び二〇条の保障していないものをも保障する趣旨であるとは解せないところであり、控訴人らの自由権規約一八条違反の主張も、同条が憲法の保障していないことまでをも保障しているから、その部分に違反するというのではなく、憲法一九条及び二〇条違反の主張と同じ趣旨をいうものである(文化的アイデンティティの侵害をいう主張も、同様である。)。そうすると、以上のとおり本件通達及び本件職務命令が憲法に違反しないと判断される以上は、自由権規約一八条にも違反しないと解すべきこととなるのであって、控訴人らの主張は失当といわざるを得ない。

八 控訴人らの不起立行為等の地公法三二条、三三条違反、本件処分的手続的違法について

当裁判所が控訴人らの不起立行為等は地公法三二条、三三条に違反すると判断する理由は、原判決五二頁一〇行目の「三、五(1)及び六」を「六及び七」に改めるほか、原判決五二頁七～二一行目に記載のとおりであり、本件処分に手続的違法があるとはいえないと判断する理由は、原判決五三頁二六行目の「原告らの」を「控訴人らに対する」と改めるほか、原判決五二頁二五行目～同五四頁八行目に記載のとおりであるから、これらをそれぞれ引用する。

九 本件処分についての裁量権濫用について

(1) 公務員に対する懲戒処分は、公務員としてふさわしくない非違行為がある場合に、その責任を確認し、公務員関係の秩序を維持するために科される制裁である。このような懲戒処分制度の趣旨に照らすと、懲戒権者には、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、

態様、結果、影響等のほか、当該公務員の当該行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等の諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきかを決するについての裁量権が認められ、当該処分が社会観念上著しく妥当を欠き裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合に限りこれを違法と判断すべきものである(前掲最高裁昭和五二年一二月二〇日第三小法廷判決参照)。

(2) 懲戒処分には、軽い順に、戒告、減給、停職及び免職の四種類があるところ(地公法二九条一項)、本件処分の内容は、控訴人X5については、平成一四年四月九日に開催された平成一四年度入学式の際に、その服装に関する校長の職務命令及びその後の事実確認に関する校長の職務命令に従わなかったため、これが職務命令違反及び信用失墜行為に当たるとして、同年一月六日に戒告処分を受けていることから、過去に非違行為を行い懲戒処分を受けたにもかかわらず、再び同様の非違行為を行った場合には量定を加重するという処分量定の考え方により、一か月間給料一〇分の一を減じる懲戒処分(減給一〇分の一・一月)とされたものであり、その余の控訴人らについては、いずれも最も軽い戒告処分である。

この点に関し、控訴人らは、本件各処分は、形式的には「公務員秩序の維持」を目的とするもののごとくであるものの、実は教育への不当な支配を目的とする本件通達以下一連の行為の一環としての懲戒権の行使であり、その実質において「憲法的な視点における教育現場のあるべき公務員秩序」形成に背馳するものであるから、本件処分は、処分目的逸脱を理由に裁量権の濫用に当たるといふべきであると主張する。しかしながら、本件通達が発出された経緯及び本件処分がされた経緯は既に認定したとおりであって、これらの事実に基づけば、本件処分が控訴人らの主張するような目的でされたと認めることはできないから、上記主張は採用することができない。

(3) しかしながら、当裁判所は、原審と異なり、以下の点を総合すると、本件各処分は、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を逸脱し、又はこれを濫用したものとすべきであると判断する。

ア 懲戒処分の裁量権の逸脱・濫用は、「懲戒処分をすべきかどうか」の判断についても審査すべきものであるから、懲戒処分が最も軽い戒告であっても、懲戒処分をすることが裁量権の範囲を逸脱し、これを濫用したといふべき場合があることは、いうまでもないところである。そして、都教委の行った処分等の実績をみると、争議行為、卒業式及び入学式の職務命令違反並びに再発防止研修における職務専念義務違反を除く服務事故(体罰、交通事故、セクハラ、会計事故等)については、平成一六～一八年度において、懲戒処分を受けた者が二〇五人(うち戒告が七四人)であるのに対し、文書訓告又は口頭注意といった事実上の措置を受けた者が三九七人、都教委指導等を受けた者が二七九人となっており、服務事故(非違行為)と認められた者のうち懲戒処分を受けたのは四分の一にも満たない。これによれば、戒告処分であっても、一般には、非違行為の中でかなり情状の悪い場合にのみ行われるものといふことができる。

イ 控訴人らの不起立行為等は、自己の個人的利益や快樂の実現を目的としたものでも、職務怠慢や注意義務違反によるものでもなく、破廉恥行為や犯罪行為でもなく、生徒に対し正しい教育を行いたいなどという前記のとおりの内容の歴史観ないし世界観又は信条及びこれに由来

する社会生活上の信念等に基づく真摯な動機によるものであり、少なくとも控訴人らにとっては、やむにやまれぬ行動であったといえることができる。

ウ 歴史的な理由から、現在でも「日の丸」及び「君が代」について、控訴人らと同様の歴史観ないし世界観又は信条を有する者は、国民の中に少なからず存在しているとみられ、控訴人らの歴史観等が、独善的なものであるとはいえない。また、それらとのかかわりにおいて、国歌斉唱に際して起立する行動に抵抗を覚える者もいると考えられ、控訴人らも、一個人としてならば、起立を義務づけられることはないというべきであるから、控訴人らが起立する義務はないと考えたことにも、無理からぬところがある。

エ 控訴人らは、卒業式等を混乱させる意図を有しておらず、結果としても、控訴人らの不起立・伴奏拒否によって卒業式等が混乱したという事実は主張立証されていないから、なかったものと考えられる。もっとも、控訴人らが起立しなかったことにより卒業式の参加者の中には不快感を感じたものがあると考えられるが、そのことにより卒業式の円滑な進行が阻害されたとはいえないし、生徒の保護者や来賓の中に起立しない者がいても、それは容認せざるを得ないところ、その場合に生ずる不快感と大差はない。また、本件の前年までの卒業式等の状況は、前記認定のとおりであるから、控訴人らの不起立行為等が、それまでにない不快感を呼び起こしたとは考え難い。

ちなみに、この関係で、控訴人らが懲戒処分を受ける前に裁判例に現れた事例と比較すると、① 入学式当日に掲揚された「日の丸」を引き降ろしたこと等により訓告を受けた事例(大阪地裁平成八年二月二二日判決・判例タイムズ九〇四号一一〇頁)、② 卒業式において「日の丸」掲揚に抗議の発言をし、入学式において抗議のプレートを着用したことにより訓告を受けた事例(大阪地裁同年三月二九日判決・労働判例七〇一号六一頁)、③ 卒業式において国歌斉唱拒否の発言をし、退場に際しこぶしを振り上げたことにより戒告処分を受けた事例(福岡地裁平成一〇年二月二四日判決・判例タイムズ九六五号二七七頁)、④ 入学式において掲揚されていた「日の丸」を引き降ろしたことにより訓告を受けた事例(横浜地裁同年四月一四日判決・判例タイムズ一〇三五号一二五頁)、⑤⑥ 卒業式の「日の丸」掲揚に反対して、生徒を放課し予行練習等を行わなかったことにより戒告処分を受けた事例(浦和地裁平成一一年六月二八日判決・判例タイムズ一〇三七号一一二頁、同平成一二年八月七日判決・判例地方自治二一一号六九頁)、⑦ 入学式開始直前に「日の丸」を引き降ろしたことにより戒告処分を受けた事例(東京地裁同年四月二六日判決・判例タイムズ一〇五三号一二二頁。なお、この事件では、手続的違法を理由に処分が取り消されている。)、⑧ 卒業式の「日の丸」掲揚に反対の立場から校長に暴言を吐いたことなどにより戒告処分を受け、卒業式の「日の丸」掲揚を妨害したことにより減給処分を受けた事例(大津地裁平成一三年五月七日判決・判例タイムズ一〇八七号一一七頁)、⑨ 校舎落成記念式典において国旗を引き降ろして隠匿したことにより戒告処分を受けた事例(東京高裁平成一四年一月二八日判決・判例時報一七九二号五二頁)がある。これらの事例では、処分等を受けた教師が積極的に卒業式等を妨害するなどの行為に及んでおり、本件における控訴人らの行為と比較すると、より情状が悪いと考えられるが、それでも訓告しか受けていない者(①、②及び④)も

いる。

なお、都教委は、控訴人らに対する懲戒処分を量定する参考として、東京地裁平成一五年一月三日判決・判例時報一八四五号一三五頁(最高裁平成一九年二月二七日第三小法廷判決・民集六一巻一号二九一頁(以下「最高裁ピアノ判決」という。))の第一審)を参考にしたところ、これは入学式においてピアノ伴奏を拒否したことによる戒告処分の事例であるが、当該教師がピアノのいすに座ったまま、ピアノを弾き始める様子がなかったことから、校長が、およそ五～一〇秒待った後に、あらかじめ用意していた録音テープを流したことにより混乱が避けられたというものであり、同判決は、「このように他者の行為により結果的に混乱を避けることができたからといって、本件行為自体の信用失墜行為該当性が左右されるものではない」と判示している。

オ 国旗・国歌法の制定過程において、政府が国会においてした答弁は、前記認定のとおりであって、これは公立学校の教職員が卒業式等において国歌斉唱時に国旗に向かって起立することを義務づけたい趣旨を述べたものではないと解されるが、国歌斉唱の義務づけはしないことを繰り返し強調するなど、その一部を取り出してみると、控訴人らが、起立・ピアノ伴奏を義務づけられることはなく、不起立・伴奏拒否が違法とされることはないと考えたことに、それなりの根拠を与えたことは否定できない。そのことは、平成一五年四月一〇日の都教委定例会において、教育長が「そもそも国旗・国歌については強制しないという政府答弁から始まっている混乱なのです。」と述べたのに対し、委員の一人が「だから政府答弁が間違っているのです。」と応じたことから、政府答弁を教職員にも義務づけをしない趣旨を述べたものと理解することが、必ずしも控訴人らだけの著しい曲解ではないことを示している。また、答弁をしたH官房長官(当時)自身が、日本弁護士連合会「自由と正義」二〇〇七年一二月号の記事中で、「国旗・国歌法の制定によって、教育現場でどのような運用がされることを考えられていたのでしょうか。」との問いに対し、「教育委員会と教職員組合の間で、立つ、立たん、歌う、歌わんで処分までやっていくというのは、制定に尽力した私の気持ちとしては不本意で、このような争いを残念に思っています。」と述べていることも、政府答弁の上記の理解が著しい曲解とまではいえないことを裏付けるものである。

カ 入学式における国歌斉唱の際に「君が代」のピアノ伴奏を行うよう命じたという事例(上記エ参照)につき、職務命令が憲法一九条に違反しないと判断した最高裁ピアノ判決が言い渡されたのは、平成一九年二月であるところ、本件卒業式等はその約三年前の平成一六年二月～五月に行われたものであり、その時点では、エで述べたように、国旗を引き降ろしたり、抗議の発言をしたり、こぶしを振り上げながら退場したというような式を積極的に妨害した事例については、いくつもの下級審裁判例が公になっていたが、必ずしも式を妨害したとはいえない事例としては、卒業生の担任でありながら、「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱に反対するとして卒業式を欠席し、生徒の呼名をしなかったことを理由にされた減給処分が、人事委員会により処分の手続上の違法を理由に取り消されたもの(浦和地裁平成一一年四月二六日判決・労働判例七七一号四五頁)があった程度で、本件のような事案について、まだ明確な司法判断が示されてはいなかった。

キ 憲法学を始めとする学説、日本弁護士連合会等の法律家団体においては、理由づけは様々であるが、結論として起立斉唱・ピアノ伴奏の強制は憲法一九条等に違反するというのが通

説的見解であり、控訴人らの起立・ピアノ伴奏を義務づけられることはなく不起立行為等が違法とされることはないという考えは、必ずしも独自の見解ということとはできない。

ク 通常の一時的な非違行為に対する懲戒処分と異なり、卒業式、入学式等の儀式的行事における君が代斉唱時の不起立等を理由とするものは、毎年必ず少なくとも二回は懲戒処分の機会が訪れることになり、上記イで述べたとおり、控訴人らにとっては、不起立等はやむにやまれぬ行動であったといえることができるから、これを繰り返すことも考えられるため、始めは戒告という最も軽い処分であるとしても、短期間のうちに処分が累積し、より重い懲戒処分がされる結果につながるようになることが当然に予想される。しかし、上記ア～キの事情にかんがみると、そのような結果を招くほどに重大な非違行為というのは、相当でない(ちなみに、上記アに記載した都教委の行った処分等の実績によれば、争議行為、卒業式及び入学式の職務命令違反並びに再発防止研修における職務専念義務違反を除く服務事故(体罰、交通事故、セクハラ、会計事故等)については、平成一六～一八年度において、減給以上の懲戒処分を受けた者は、一三一人(処分措置を受けた者全体の約一五%)にすぎない。)

ケ なお、最高裁ピアノ判決は、当該事案におけるピアノ伴奏を行うよう命じた職務命令の憲法一九条違反の有無に限り判断を示したものであり、懲戒処分の裁量判断の適否については判断の対象とされていないから、懲戒処分の適否に関する先例とはいえない。同判決においては、懲戒処分の違憲、違法をいう上告理由については、民訴法三一二条一項及び二項に規定する事由に該当しないとされ、また、上告と同時にされた上告受理の申立てについては、不受理決定がされている。上告不受理決定は、原審の判断を是認したものではなく、法令の解釈に関する重要な事項を含むものとは認められない、換言すれば、上告審として受理して判断を示すのにふさわしいものではないとしたにすぎない。

(4) この点につき、被控訴人は、職務命令違反という非違行為の類型は、組織体において、上司の命令を部下が拒否するようなことがあっては適正に業務が実施できないから、公務の適正な遂行を妨げるものであり、公務員のサービスの根幹にかかわる重要な非違行為であって、都民に対する重大な背信行為であり、これを放置したのでは職場内の秩序維持の観点から深刻な問題を惹起するものとして、看過することができないし、そのことは教育部門でも変わりがなく、信念に基づこうが、基づくまいが、職務命令違反により適正な公務の遂行が阻害されるのは同じであって、信念に基づけば罪が軽くなるというような理屈はあり得ないと主張する。

確かに、控訴人らは、誤った憲法ないし法令の解釈に従って、有効な職務命令に従うことを拒否したものであり、また、控訴人らの行為は、自己の歴史観等や「起立斉唱(ピアノ伴奏)できない思い」に基づくものではあるが、都教委の教育現場への介入を過剰なものと決めつけて抵抗するという面を有するものであって、職務命令違反があった場合、理由のいかんを問わず、適正な公務の遂行が阻害され、職場秩序や服務規律という面からは、軽視し得ないところがあることは、被控訴人の主張するとおりである。また、教師である控訴人らの不起立行為等は、生徒の面前で行われたものであるから、学習指導要領の国旗・国歌条項に基づいて生徒に対して行われる指導の効果を減殺するものであることも、考慮しなければならない。もっとも、控訴人らの不起立行為

等の影響で生徒らが不起立等の行為に及んだという事実は、主張立証されていないから、具体的な減殺効果があったという根拠があるわけではない。そして、上記の点を考慮に入れ、被控訴人に広い裁量権があることを前提としても、上記(3)ア～クの点に照らせば、不起立行為等を理由として控訴人らに懲戒処分を科すことは、社会観念上著しく妥当を欠き、重きに失するというべきであり、懲戒権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものというのが相当である。

(5) そうすると、本件処分はいずれも不適法なものであるから、これを取り消すべきである。

一〇 控訴人らの損害の有無及びその額

控訴人らは、違憲、違法な本件通達及び本件職務命令を受け、引き続き本件処分を受けたことにより精神的苦痛を被ったと主張して、これに対する慰謝料各五〇万円の支払を被控訴人に対し請求している。

しかしながら、本件通達及び本件職務命令が違憲、違法なものでないことは既に述べたとおりである。また、本件処分は、前記のとおり違法なものであるが、本件職務命令が適法であり、控訴人らにはこれに従う義務があったものであるから、懲戒事由に該当する非違行為はあったというべきであること、懲戒処分が最も軽い戒告にとどまるものである(ただし、控訴人X5は、減給一か月一〇分の一であるが、これは戒告の処分歴があることを考慮されたものであり、不起立行為等を理由とする懲戒の量定は、他の控訴人らと同程度であると考えられる。)ことなど、本件事案の内容・性質にかんがみれば、本件処分を受けたことにより被った控訴人らの精神的苦痛は、これが取り消されることをもって慰謝されると解するのが相当である(控訴人X2は、処分の取消しを求めているから、同控訴人に対する戒告処分は取り消されないが、それは、同控訴人が審査請求を前置しなかったからであり、同控訴人についてのみ精神的苦痛が存するというのは相当ではなく、同控訴人についても、本判決によりその余の控訴人らに対する本件処分が取り消されることをもって、同控訴人が本件処分を受けたことにより被った精神的苦痛も慰謝されると解するのが相当である。また、控訴人らの中には、その後重ねて懲戒処分を受けた者や再任用を取り消された者がいるが、それらによる精神的苦痛があるとしても、それは別個の事由によるものというべきであるし、後者については職務命令違反という非違行為自体は存すること(再任用の選考基準は、「勤務成績が良好であること」である。)にもかんがみれば、本件処分による精神的苦痛を構成するものとはいえない。)。したがって、本訴請求のうち、被控訴人に対し慰謝料の支払を求める部分は理由がない。

なお、本訴に要した弁護士費用については、本件処分と相当因果関係があるものということではできないから、同様に理由がない。

一一 結論

よって、本訴請求は、控訴人X2を除く各控訴人ら(ただし、控訴人X3については亡X4)に対する本件処分をいずれも取り消すように求める限度で理由があるから、これらを認容し、その余はいずれも理由がないから、これらを棄却すべきであるところ、これと結論を異にする原判決は、一部相当でないから、これを変更することとし、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 大橋寛明 裁判官 川口代志子 裁判官 佐久間政和)

別紙 当事者目録

《住所省略》

控訴人 X1(他167名)

上記168名訴訟代理人弁護士 尾山宏 白井剣 彦坂敏尚 相磯まつ江 鳥生忠佑 青木護
坂田洋介 金井知明 堀野紀 菊池紘 大山勇一 津田二郎 平松真二郎 加藤幸 澤藤統一
郎 関島保雄 吉田榮士 松尾文彦 田中重仁 加藤文也 瀧上隆 海部幸造 杉尾健太郎 小
貫陽介 水口洋介 大竹寿幸 小山達也 井口宇乃 大迫恵美子 塚本まみ子 彦坂敏之 奥
田圭一 河村健夫 秋山直人 神原元 川口彩子 穂積匡史 島田修一 雪竹奈緒 新村響子
蟹江鬼太郎 並木陽介 酒井由美子 金哲敏 石井尚子 戸舘圭之 柿沼真利 古山弘子 山
中真人 久保光太郎 泉澤章 鈴木眞 佐藤生 榎本信行 濱野泰嘉 田部知江子 南典男 小
笠原彩子 佐藤むつみ 笹本潤 谷合周三 千葉恵子 大野裕 細田はづき 八坂玄功 杉島
幸生 吉川健司 川上詩朗 大森典子 穂積剛 宮城朗 古田典子 稲見秀登

同訴訟復代理人弁護士 山田由紀子 立松彰 市川怜美 中間陽子 山田安太郎 秋元理匡
植竹和弘 渡辺寛之 家頭恵 富吉久 大西欣也 加藤寛之 松田和哲 黒澤いつき 谷田和
一郎 長谷川弥生

控訴人X3訴訟代理人弁護士 板倉由実 松永徳宏

〈住所省略〉

被控訴人 東京都

(処分の取消しについて)

代表者兼処分行政庁 東京都教育委員会

代表者委員長 A

訴訟代理人弁護士 石津廣司 松崎勝 細田良一 津村政男 中町誠 阿部英雄

指定代理人 土田立夫(他5名)

(損害賠償について)

代表者都知事 B

指定代理人 直井春夫(他1名)

別紙 処分一覧表《省略》

平成 21 年 3 月 26 日東京地裁判決平19(行ウ)68号懲戒処分取消等請求事件

原告

別紙原告目録記載のとおり

原告ら訴訟代理人弁護士

別紙原告ら訴訟代理人目録記載のとおり

東京都新宿区〈以下省略〉

被告

東京都

(処分の取消しについて)

代表者兼処分行政庁

東京都教育委員会

代表者委員長

木村孟

訴訟代理人弁護士

石津廣司

同

松崎勝

同

細田良一

同

中町誠

同

森末暢博

同

阿部英雄

指定代理人

土田立夫

同

矢崎善朗

同

藤本清孝

同

波多尚人

同

松島正明

同

毛利友紀子

(損害賠償について)

代表者都知事

石原慎太郎

指定代理人

本多教義

同

直井春夫

同

宮崎俊郎

主文

- 1 原告らの請求をいずれも棄却する。
- 2 訴訟費用は原告らの負担とする。

事実及び理由

第1 請求

- 1 東京都教育委員会が、別紙処分一覧表「処分日」欄記載の日付けで、原告X173(原告番号173)を除く各原告らに対して行った同別紙「処分」欄記載の各懲戒処分をいずれも取り消す。
- 2 被告は、原告らに対し、各55万円及びこれに対する平成19年2月24日から支払済みまで年5パーセントの割合による金員を支払え。

第2 事案の概要

本件は、都立学校(高等学校又は養護学校)の教職員である原告ら172名(うち65名は既に退職。)が、平成15年11月8日から平成16年4月9日までに都立学校で行われた卒業式、入学式及び創立周年記念式典(以下「卒業式等」という。)に際して、事前に各校長から発令された、国歌斉唱時に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること又は国歌斉唱時にピアノによる伴奏をすることを命ずる職務命令は、原告らの思想及び良心の自由を侵害するなど違憲、違法なものであったから、これに従わなかっ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。)が原告らに対して行った懲戒処分も違憲、違法であるとして、各懲戒処分の取消しを求めるとともに、都教委の設置者である東京都に対して、国家賠償法に基づき損害賠償(逸失利益及び慰謝料)の支払を求める事案である。

1 前提事実(当裁判所に顕著な事実、当事者間に争いのない事実、弁論の全趣旨及び後掲各証拠により容易に認定できる事実)

(1)ア 原告らは、いずれも各懲戒処分の対象となった行為を行った卒業式等の当時、別紙処分一覧表「所属校」欄記載の都立学校(以下「所属校」という。)に所属していた教職員(教諭、主事、実習助手、司書)である。

原告らのうち、別紙処分一覧表「退職」欄に●と記載されている65名(以下「退職原告ら」とい

う。)は、同別紙「退職日」欄記載の日付けでそれぞれ退職した。(乙88の1・2)

イ 被告は、地方自治法180条の5第1項1号、地方教育行政の組織及び運営に関する法律(以下「地教行法」という。)2条に基づき、都教委を設置する地方公共団体である。

都教委は、地教行法23条に基づき、学校その他の教育機関の設置管理や、職員の任免等の事務を管理、執行する権限を有する行政庁である。

都教委は、その権限に属する事務を処理させるため、事務局として東京都教育庁を置いている(地教行法18条1項)。また、都教委が任命した教育長(同法16条1項)は、都教委の指揮監督の下に、都教委の権限に属するすべての事務をつかさどるほか(同法17条1項)、東京都教育庁の事務を統括し、所属の職員を指揮監督する(同法20条1項)。

(2)ア 平成11年8月13日に公布、施行された国旗及び国歌に関する法律(以下「国旗・国歌法」という。)には、次の規定がある。

1条1項 国旗は、日章旗とする。

(以下、日章旗を「日の丸」という。)

2条1項 国歌は、君が代とする。

イ 平成18年法律第120号による改正前の教育基本法(以下「旧教育基本法」という。)には、教育行政に関し、次の規定があった。

10条1項 教育は、不当な支配に服することなく、国民全体に対し直接に責任を負って行われるべきものである。

2項 教育行政は、この自覚のもとに、教育の目的を遂行するために必要な諸条件の整備確立を目標として行われなければならない。

ウ 学校教育法(平成19年法律第96号による改正前のもの。以下同じ。)には、次の規定があった。

28条3項 校長は、校務をつかさどり、所属職員を監督する。

6項 教諭は、児童の教育をつかさどる。

(同条は、同法51条で、高等学校について、同法76条で、養護学校について準用されている。)

41条 高等学校は、中学校における教育の基礎の上に、心身の発達に応じて、高等普通教育及び専門教育を施すことを目的とする。

42条 高等学校における教育については、前条の目的を実現するために、次の各号に掲げる目標の達成に努めなければならない。

1号 中学校における教育の成果をさらに発展拡充させて、国家及び社会の有為な形成者として必要な資質を養うこと。

2号 社会において果さなければならない使命の自覚に基き、個性に応じて将来の進路を決定させ、一般的な教養を高め、専門的な技能に習熟させること。

3号 社会について、広く深い理解と健全な批判力を養い、個性の確立に努めること。

43条 高等学校の学科及び教科に関する事項は、前2条の規定に従い、文部科学大臣が、こ

れを定める。

73条 盲学校、聾学校及び養護学校の小学部及び中学部の教科、高等部の学科及び教科又は幼稚部の保育内容は、小学校、中学校、高等学校又は幼稚園に準じて、文部科学大臣がこれを定める。

エ 平成11年3月告示の高等学校学習指導要領は、「特別活動」の章において「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。」(以下「国旗・国歌条項」という。)と規定している。なお、小学校及び中学校の各学習指導要領にも、同じ国旗・国歌条項が規定されている。

平成11年3月告示の盲学校・聾学校・養護学校の小学部・中学部学習指導要領及び高等部学習指導要領(以下「盲・ろう・養護学校学習指導要領」といい、前記高等学校学習指導要領と合わせて「学習指導要領」という。)は、特別活動については、小学校、中学校及び高等学校の各学習指導要領に示すものに準ずるものと規定している。(甲438、439、弁論の全趣旨)

オ 地方公務員法(以下「地公法」という。)には、次の規定がある。

29条1項 職員が次の各号の一に該当する場合には、これに対し懲戒処分として、戒告、減給、停職又は免職の処分をすることができる。

1号 この法律若しくは第57条に規定する特例を定めた法律又はこれに基く条例、地方公共団体の規則若しくは地方公共団体の機関の定める規程に違反した場合

2号 職務上の義務に違反し、又は職務を怠った場合

3号 全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあった場合

32条 職員は、その職務を遂行するに当つて、法令、条例、地方公共団体の規則及び地方公共団体の機関の定める規程に従い、且つ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない。

33条 職員は、その職の信用を傷つけ、又は職員の職全体の不名誉となるような行為をしてはならない。

(3) 都教委のD教育長(以下「D教育長」という。)は、平成15年10月23日、都立学校の校長に対し、以下の内容の「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)」(以下「本件通達」という。)を発した。

「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、国旗にあつては舞台壇上正面に向かって左、都旗にあつては右に掲揚する。
- (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。」(甲1(乙14の3))

(4)ア 本件通達が発出された後、原告らの所属校の各校長は、それぞれの所属校において別紙処分一覧表「行事」欄記載の平成15年度に行われた周年行事(深沢高等学校創立40周年記念式典、杉並高等学校創立50周年・定時制40周年記念式典、東大和南高等学校創立20周年記念式典及び高島養護学校創立30周年記念式典)や平成15年度卒業式及び平成16年度入学式に先立ち、原告番号26及び132の原告2名に対しては「国歌斉唱に際し、定められた楽譜に従ってピアノで国歌の伴奏をすること」を内容とする職務命令を、その余の原告に対しては「会場内の指定された席で国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること」を内容とする職務命令をそれぞれ発令した。(以下、これらの職務命令を合わせて、「本件職務命令」という。)

イ 原告らは、卒業式等において、本件職務命令に従わず、原告番号26及び132の原告2名は国歌斉唱時にピアノ伴奏を行わず(以下「伴奏拒否」という。)、原告番号19、46及び123の原告3名は式場に入場せず、原告番号41の原告は卒業式に出席せず、原告番号75の原告は国歌斉唱の途中で着席し、原告番号146及び155の原告2名は、国歌斉唱時に式場から退席し、原告番号158の原告は一度起立したがすぐに着席してその後起立せず、その余の原告は、国歌斉唱時に起立しなかった(以下、伴奏拒否以外の行為を「不起立行為」といい、伴奏拒否も含めて「不起立行為等」という。)

ウ 都教委は、平成16年2月17日、原告番号144ないし150及び170の原告に対し、平成15年度に行われた同原告ら各所属校の周年行事における不起立行為は、それぞれ、地公法32条違反(職務命令違反)、同法33条違反(信用失墜行為)に当たるとして、戒告処分をした。

また、都教委は、同年3月30日、原告番号6、13、15、19、60、78、87、116、及び169の原告に対し、同月31日、原告番号1ないし5、7ないし12、14、16ないし18、20ないし40、42ないし59、61ないし71、73ないし77、79ないし86、88ないし108、113ないし115、117ないし122、151ないし160、171ないし173の原告に対し、同年4月6日、原告番号72、110ないし112の原告に対し、いずれも同年3月に実施された各所属校の平成15年度卒業式での不起立行為等(原告番号26については伴奏拒否)は、地公法32条違反(職務命令違反)、同法33条違反(信用失墜行為)に当たるとして、原告番号72の原告については1か月間給料10分の1を減じる懲戒処分を、その余の原告については戒告処分をした。

さらに、同年5月25日、原告番号41、109、123ないし140、142、143、161ないし168の原告に対し、所属校の平成15年度卒業式又は平成16年度入学式における不起立行為等(原告番号132については伴奏拒否)は、それぞれ、地公法32条違反(職務命令違反)、同法33条違反(信用失墜行為)に当たるとして、戒告処分をした。

(5) 原告番号173を除く原告171名は、いずれも上記各懲戒処分(以下「本件処分」という。)を不服として、平成16年3月29日から同年7月22日にかけて、それぞれ別紙処分一覧表「審査請求日」欄記載の日付で東京都人事委員会に対し審査請求の申立てを行ったが、いずれの原告についても、審査請求の日から3か月が経過しても裁決がされず、原告らは、平成19年2月9日、本件訴訟を提起した。

2 争点

(1) 本案前の争点

戒告処分を受けた後、訴訟係属中に退職した者に処分の取消しを求める訴えの利益があるか。

(2) 本案の争点

原告らの主張に即して本案の争点を整理すると以下のとおりとなる。

ア 本件通達、本件職務命令及び本件処分は、原告らの思想及び良心の自由を侵害し、憲法19条、20条に違反するか。

イ 本件通達及びその後に都教委が各校長に行った指導は、旧教育基本法10条1項にいう「不当な支配」に該当するか。

ウ 原告らに教職員としての専門職上の自由(教育の自由)が認められるか。また、本件職務命令は、これを侵害するか。

エ 本件通達及び本件職務命令は、国際条約(自由権規約、児童の権利に関する条約)に違反して無効であるか。

オ 原告らの不起立行為等が地公法32条、33条に反するか。

カ 本件処分に手続的違法があるか。

キ 本件処分に裁量の逸脱があるか。

ク 原告らの損害の有無及びその額

3 争点に関する当事者の主張

(1) 本案前の争点(戒告処分を受けた後、訴訟係属中に退職した者に処分の取消しを求める訴えの利益があるか。)について

(被告の主張)

戒告処分は、その責任を確認し、その将来を戒めるものである以上、当該公務員が公務員として在職していることが前提となっているので、退職した者に対しては、戒告処分は法的効力を有しない。したがって、戒告処分を受けた後、退職した退職原告らについては、その戒告処分の当否を判断するまでもなく、不利益を受けない地位を回復する利益(法律上の利益)はないから、退職原告らの戒告処分の取消しを求める訴えは却下されるべきである。

(原告らの主張)

期間の経過その他の理由により処分の効果がなくなった後においてもなお当該処分により被処分者が不利益を被る可能性が法令上の仕組みとして予定されている場合等には、処分の取消しについて訴えの利益が認められる。

戒告処分を受けた教職員は、昇給延伸、勤勉手当の10パーセント削減や、解雇処分が取り消されない限り退職後の再任用又は再雇用に当たって不利益な評価・選考を受ける可能性がある等の種々の不利益を被ることが法令上の仕組みとして予定されているから、戒告処分を受けた教職員らが、退職した後においても、本件各処分の取消しを求める法律上の利益が存在する。

(2) 本案の争点ア(本件通達、本件職務命令及び本件処分は、原告らの思想及び良心の自由を侵害し、憲法19条、20条に違反するか)について

(原告らの主張)

ア 国民の基本的人権としての精神の自由の保障のもと、かつての天皇制国家の象徴である日の丸・君が代を日本国の象徴とすることに違和感をもつ思想や良心は当然に保護されなければならない。

原告らは、いずれも、①日本の近代の侵略の歴史において日の丸、君が代が果たした役割等といった歴史認識から賛成できない、②天皇を賛美する歌である君が代は立憲主義ないし民主主義の観点から賛成できない、③宗教上の理由で、神道と一体的である日の丸・君が代を承認することはできないといった考え方や思いなどから、国旗に向かって起立し、国歌斉唱できないとの信念を有するもの、又は、教師として、①学校教育における国旗掲揚、国歌斉唱の強制は、軍国主義教育のもと、教え子たちを戦場に送り出してしまった過去の歴史を繰り返す危険を有するという思い、②これまでの教育実践の中で正義を貫くこと、自主的思考、自主的判断の大切さを強調していたのに、これに反する行動はできないという思い、③信条又は民族的出自等から、1人でも国歌斉唱時に国旗に向かって起立できない生徒がいる以上、自己は少数者の側に立ちたいといった考えや思い、④個人としては、国旗・国歌そのものに異論はないが、本件通達と職務命令により教育現場においてこれを強制することはできないとの考えや思いなどから、国旗に向かって起立し、国歌斉唱できないという信念を有するものである。

この原告らの信念は、いずれも原告ら人格形成の核心をなす信仰それ自体として、又は信仰に準ずる思想・信条として憲法19条、20条の絶対的保障を受けるものである。

イ 本件通達及びこれに基づく本件職務命令は、原告らに対し、卒業式等における国歌斉唱時に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを命ずる本件職務命令は、原告らの前記信念を否定し、沈黙の自由を侵害し、自らの思想と抵触する行為を強制するものである。

憲法19条の絶対的保障は、内心それ自体だけでなく、自己の思想及び良心の自由に不可欠な一定の外部的表出をも一体的にその保障対象として含むと解すべきであるから、思想及び良心の自由又は信教の自由を制約する行為が強制される場合に、防衛的、受動的に取られる拒否の外部的表出は、内心に対する保障と同等又はこれに準じる絶対的保障が与えられるべきであり、思想及び良心の自由を制約する本件通達及び本件職務命令は、憲法19条の絶対的保障に反し、違憲である。

仮に、卒業式等における国歌斉唱時に国旗に向かって起立せず、国歌を斉唱しないという原告らの信念が、絶対的保障を受けるものではなく、一定の制約が許される場合があるとしても、人権における思想及び良心の自由の優越的地位からすると、その制約には、極めて厳格な違憲審査基準が妥当する。公共の福祉や内在的制約といった抽象的な概念でこれを正当化することは許されず、その制約は、他者の人権との矛盾、衝突がある場合に限られ、具体的根拠が必要であるところ、原告らの不起立行為等は、他者の人権に対して何ら現実的、具体的な害悪をもたらすものではないから、これを制約する理由はない。

さらに、公務員である原告らの職務の公共性や全体の奉仕者性を理由に、一般国民に比して一般的かつ広範に人権を制約することは許されないが、仮に、こうした考え方に基づいて、公務員に対する人権制約が認められるとしても、一般の公務員とは異なり、教育公務員である原告らにとっての職務の公共性や全体の奉仕者性の意義は、子どもたちの学習権に応える責務を負っているということに鑑みれば何ら具体的な制約の根拠がないから、原告らの思想及び良心の自由の制約を正当化することはできない。したがって、職務の公共性や全体の奉仕者性を理由として、原告らの思想及び良心の自由や信教の自由を制約することは許されない。

ウ また、原告らに対する懲戒処分は、職務命令違反を口実に行われているが、その実は、原告らの有する「起立できない」「ピアノ伴奏できない」という思い、すなわち、自らの世界観・歴史観・教育観等からどうしても起立(ピアノ伴奏)できないという思想・信条を理由として行われた思想・信条に基づく不利益取扱いにほかならず、憲法19条、20条に違反するものである。

(被告の主張)

ア 憲法19条による思想及び良心の自由の保障は、国民がいかなる世界観、人生観を持っていても、それが内心の領域にとどまる限りは絶対的に自由であり、公権力が、特定の思想を内心に抱くことを強制したり、思想の露見を強制することは許されないことなどを内容とする。

国旗・国歌は、日本国憲法が掲げる平和主義及び国民主義の象徴としての役割が期待されているものであって、国家神道と結びついた神的、宗教的存在としての天皇崇拜のシンボルではない。本件通達及び本件職務命令は、卒業式等の国歌斉唱時に、国旗に向かって起立し、国歌を

斉唱し、又はピアノ伴奏をするという外部的行為を命ずるものであって、原告らの内心における精神活動の自由や信仰を否定したり、その思想及び良心に反する精神活動を強制したり、原告らの「考え方」や「思い」の告白を強制したり、特定の思想の表明や宗教的行為を迫るものではないから、憲法19条、20条に違反するものではない。

イ 仮に、外部的行為についても、思想及び良心の自由の保障が及ぶ場合があると解するとしても、外部的行為である以上、それは絶対的保障ではなく、一定の制約を受けることは明らかであり、信教の自由についても、同様である。

(ア) まず、原告らは、全体の奉仕者である地方公務員であり(憲法15条2項)、公教育という公共の利益のため、職務の遂行に当っては、全力を挙げてこれに専念すべき義務を負っているから(地公法30条)、その思想及び良心の自由は、職務の公共性に由来する内在的制約を受けるものである。

原告らが、本件職務命令を受け、卒業式等の国歌斉唱時に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すべき義務又はピアノ伴奏をすべき義務を負うことで、その思想及び良心の自由が制約されるとしても、これが、教職員である原告らの職務の内容となっている以上、当然受忍すべきものである。

(イ) また、原告らが、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をすることを拒否することは、国旗・国歌に対する正しい知識を持たせ、これを尊重する態度を育てるという学習指導要領の教育目標を阻害しているほか、児童・生徒が学校教育法や学習指導要領に基づく教育、指導を受けられないという意味で、児童・生徒の教育を受ける権利を侵害している。

さらに、原告らの不起立行為等は、卒業式等に参列する来賓や保護者等に不信感を抱かせるなど、他者の権利、利益を著しく害しているのであるから、公共の福祉(憲法12条、13条)の観点からの内在的制約として、本件職務命令による思想及び良心の自由を受忍すべきである。

(ウ) さらに、原告ら教育公務員は、法令に基づき職務を遂行する義務を負い、かつ、上司の職務上の命令を遵守する義務を負っている。法規たる学習指導要領が教育の全国一定水準の確保と教育の機会均等という強い要請から制定されている以上、教育公務員には、学習指導要領やその具体化として発せられた本件職務命令を遵守すべきことが強く要請されるのである。教育公務員がこれらの義務を履行することは、教育公務員の法律関係の存立目的に照らし、必要不可欠のことであり、上記義務の履行により原告らの思想及び良心の自由が制約されても、それは自らの自由意思でかかる法律関係に入った原告らにとってやむを得ない制限であり、受忍すべきである。

ウ 原告らに対する懲戒処分は、職務命令違反及び職務失墜行為を理由として行われたものであり、その思想・信条に基づく不利益取扱いではない。

エ 以上のとおりであるから、本件通達及びこれに基づく本件職務命令は、憲法19条、20条に違反するものではない。

(3) 本案の争点イ(本件通達及びその後に関東都教委が各校長に行った指導は、旧教育基本法10条1項にいう「不当な支配」に該当するか。)について

(原告らの主張)

ア 旧教育基本法10条は、戦前の中央集権的教育行政制度が行政権力による極端な国家主義的、軍国主義的イデオロギーに基づいた教育・思想・学問統制を容易に許したことに対する真摯な反省のもと、学問の自由と教育の自主性を徹底的に確保すべく、政治勢力・官僚勢力からの教育権の独立(1項前段)と教育の直接的責任の法理(1項後段)を定め、教育行政は、教育の目的が達せられるための条件を整備することにその任務を限定すべきことを定めた(2項)規定である。

このような旧教育基本法10条の趣旨に照らせば、教育行政機関による教育への関与を、可能な限り限定する解釈がされるべきであり、教育行政機関による教育の内的事項(内容及び方法)に関する介入が「不当な支配」に該当しないためには、当該介入が、許容される目的のために必要かつ合理的な大綱的基準の設定にとどまるものであることが必要である。教育委員会は、教育の自主性との関係では、国家権力の一部と扱われることは明らかであるから、地方教育委員会による教育への介入についても、大綱的基準にとどまるものであることが必要である。

イ 教育行政機関による教育介入が、必要かつ合理的な大綱的基準の設定の範囲にとどまると認められるためには、(a)教育における機会均等の確保と全国的な一定水準の維持という憲法上許容される目的のために必要かつ合理的な内容の基準であること、(b)教師による創造的かつ弾力的な教育の余地が十分に残されていること、(c)地方ごとの特殊性を反映した個別化の余地が十分に残されていること、(d)教師に対し一方的な理論ないし観念を児童・生徒に教え込むことを強制するものではないことである必要がある。

しかし、都教委による本件通達及びその後の各校長に対する一連の指導名下の強制は、教職員に対し「日の丸・君が代はどのような歴史を背負っていようと敬意を払い尊重すべきもの」との一方的な観念、ひいては「愛国心」「ナショナリズム」等の一方的な理論や観念を児童・生徒に教え込むことを強制するものである。この点を措くとしても、本件通達及びその後の校長に対する一連の指導名下の強制は、卒業式等での国旗掲揚、国歌斉唱の具体的実施方法等について各学校ごとの弾力化・個別化・創意工夫の余地を奪い、目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的な基準を逸脱している。

よって、都教委による本件通達及びその後の各校長に対する一連の指導等は、旧教育基本法10条1項の「不当な支配」に該当するものとして違法である。

ウ そして、本件職務命令は、各校長が都教委による「不当な支配」を受け、完全に裁量の余地を奪われた状況で発令されたものであるから、本件通達及びその後の各校長に対する指導名下の強制と一体となった各校長の職務命令(本件職務命令)は、本件通達等と一体の不当な支配として、旧教育基本法10条1項に違反する違法なものである。

(被告の主張)

ア 国の教育行政機関が普通教育の内容及び方法について遵守すべきものとして設定した基準が、教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的基準を逸脱するものである場合には、旧教育基本法10条1項の

禁止する「不当な支配」にあたる。しかし、学校設置者たる地方公共団体の教育委員会にあっては教育の地方自治の原則のもと、国の設定した大綱的な基準の範囲でより具体的かつ詳細な基準を設定し、必要な場合には具体的な命令を発して、これを決定できるのであり、その限界は、子ども自身の利益擁護のため、また子どもの成長に対する地域社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ合理的と認められる範囲であって、大綱的基準であることをその限界とするものではない。

イ 卒業式等における国旗・国歌の指導は、子どもの学習権を充足する上からも、また明日の我が国を担う子どもの成長の上からも重要な教育活動であり、その適正な実施を図ることは正に許容された目的であり、都立学校では、卒業式等における国旗・国歌の指導が適正にされていなかったから、その改善を図るため都教委教育長において本件通達を各都立学校の校長に対して発する必要も十分に存していた。

また、本件通達の内容も、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、国歌を斉唱することについては、教職員において児童・生徒に国旗・国歌を尊重する態度を指導するに際して、自らこれを行うことはごく常識的かつ自然な指導方法であり、国歌斉唱はピアノ伴奏等により行うことについても、学校における音楽の指導がピアノ伴奏によって行われていることや指導の連続性から小学校、中学校、高等学校を通じて卒業式等の国歌の指導も原則としてピアノ伴奏によることがごく常識的かつ自然な指導方法であり、これが、児童・生徒に一方的な理念や観念を教え込むことにならないことは明らかである。

したがって、本件通達やその後に都教委が本件通達に関して校長に行った指導は、旧教育基本法10条1項にいう「不当な支配」に該当しない。

ウ なお、仮に、本件通達が違法という原告らの主張を前提としても、これに基づく本件職務命令が当然に違法となるというものではない。

すなわち、校長が本件通達に応じてその内容に沿った卒業式等の実施内容を決定し、これを各教職員に分掌させたうえ、その実施に必要な職務命令を発した場合には、法律的に見ればそれは各校長が自らの判断と考えに基づき実施に関する職務命令を発したということに帰着し、手続上も実質上も違法とはならないのである。

(4) 本案の争点ウ(原告らに教職員としての専門職上の自由(教育の自由)が認められるか。また、本件職務命令は、これを侵害するか。)について

(原告らの主張)

ア 原告ら教職員は、憲法23条、26条に基づき、子どもの発達を保障する責任と権限を有しており、児童の発達段階に応じて創造的な教育活動をする自由、一方的、一面的な教育指導を拒否することができる専門職上の自由(教育の自由)を有している。

イ 学校における卒業式等は、学習指導要領上特別活動として位置づけられている全校的教育活動であり、授業と同様、専門職上の自由(教育の自由)が強く保障されなければならない。特に、養護学校においては、その特殊性から、教師の専門的判断が必要である。

しかし、本件通達は、創意工夫や裁量の余地を奪い、卒業式等の内容について学校現場の教

師の専門的判断を一切認めず、教師の専門職上の自由(教育の自由)を侵害するものである。

(被告の主張)

ア 学校教育の実践の場における問題として、各教師は、教育の専門家として一定の裁量権が認められるにしても、すべてその裁量に委ねられるものではなく、一定範囲の教授の自由が認められるに過ぎない。教育の内容については、教育の機会均等と全国的な一定水準を確保するため、学校現場の教師としては、学習指導要領の内容に従って子どもたちに対して教育を行う責務がある。

イ 本件通達は、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施を適正にするために発出されたものであって、卒業式等の運営実施の全般に関して発出されたものではない。その意味において、卒業式等のその他の運営実施方法等に関して、学校現場における創意工夫や裁量の余地が残されている。また、養護学校における特殊性によっても、すべてが教師の専門的な判断に委ねられるものではない。

(5) 本案の争点エ(本件通達及び本件職務命令が国際条約(自由権規約、児童の権利に関する条約)に違反して無効であるか。)について

(原告らの主張)

ア 人権先進国においては教育現場で国旗・国歌を強制するというところか、卒業式等において国旗を掲揚し、国歌を演奏又は斉唱することは全くない。行政が通達を発して、卒業式等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令で強制する都立学校は国際標準からはずれたものである。

イ 日本国が締結し批准した条約は、内容が自動執行力のあるものであるかぎり、立法化を待たずに国内法としての効力が認められ、国内法的効力を有するに至った条約は、国内法に優位する。

本件通達は、思想及び良心の自由等を保障する市民的及び政治的権利に関する国際規約(自由権規約)18条に違反し無効であるから、これに基づく本件職務命令も同条に違反し、無効である。

また、本件通達は、卒業式等の在り方について児童・生徒の意見を反映させる余地をなくし、日の丸・君が代について1つの価値観のみを強制して、異なる意見の存在の教育を受ける権利を奪っているから、子どもに対し意見表明権、思想及び良心の自由等の権利を保障している児童の権利に関する条約12条、14条に違反する。

(被告の主張)

ア 国際社会においては、その歴史的沿革がいかなるものであろうとも、自国のものであれ、他国のものであれ、国旗・国歌は尊重されるべきものであるとの共通の認識が存在することは周知の事実である。

イ 校長が卒業式等の式典において、その部下たる教職員に対し、国歌斉唱の際に起立すること及びピアノ伴奏することを命ずる権限を有しており、同権限は学校教育法上、校長に認められた固有の権限であり、本件通達によって付与された権限ではないから、仮に原告らが主張のと

おり本件通達が条約に違反して無効であっても、各所属校の校長が発した本件職務命令が無効となるいわれはない。

本件通達が、思想及び良心の自由、信教の自由を侵害するものでないことは、前記(2)争点アについて主張したとおりであるから、市民的及び政治的権利に関する国際規約(自由権規約)18条違反をいう主張も理由がない。

児童の権利に関する条約に違反するとの主張は、原告らの権利・利益を保護する趣旨で設けられたのでない法規違反をいうものであって、本件各処分取消し事由として主張することはできない(行政事件訴訟法10条1項)。本件通達に基づく、国旗・国歌の指導は、児童・生徒の思想及び良心の自由、信教の自由を侵害するものではなく、その他児童の権利に関する条約違反もない。

(6) 本案の争点オ(原告らの不起立行為等が地公法32条、33条に反するか。)について
(原告らの主張)

ア 本件処分は、原告らの不起立行為等が地公法32条、33条違反であるとして行われた。

イ 地公法32条が規定する職員が職務命令に従う義務は、その職務命令が、憲法、教育基本法、学校教育法等に抵触しない適法なものであることを当然の前提としている。

旧教育基本法10条及び学校教育法28条6項、51条、76条の解釈によれば、校長に、教師の教育活動の内容にかかわる職務命令を出す権限はないから、校長は、国歌斉唱時の起立という問題に関し、教師に対して職務命令を発しえないから本件職務命令は違法である。また、本件職務命令は、憲法19条、20条、自由権規約及び児童の権利条約等に反する違憲、違法なものである。このように違憲、違法で無効な本件職務命令に服従する義務は原告らにはないから、原告らには、地公法32条が定める職務命令に従う義務の違反はない。

ウ 地公法33条の信用失墜行為は、具体的には、酒の上での大げんか、交通事故、乱闘騒ぎなどがその例であり、原告らの不起立行為等は、これらとは明らかに性質を異にし、信用失墜行為に当たらない。

卒業式等において君が代の起立斉唱を強制することには反対の考えのほう国民の間でも多く、不起立行為等は、決して世間のひんしゆくを買っているわけではないから、信用失墜行為に当たらない。

(被告の主張)

ア 学校教育法51条、76条、28条3項は、高等学校及び養護学校における校務はその校長がつかさどるものとしており、その「校務」とは、教諭のつかさどる教育を含む学校の果たすべき仕事全体すなわち学校教育の事業を遂行するため必要とする一切の事務を指し、学校教育法施行規則等を受けて制定された学習指導要領に基づく教育課程の計画及び実施についての責務と権限も当然に含まれるものである。

しかし、学習指導要領等は、儀式的行事を教育活動として実施することを定め、卒業式等においては、「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。」と定めており、「君が代」のピアノ伴奏を行うことも、これらの規定の趣旨にかなうものである。

教職員は、「教育をつかさどる者」(学校教育法28条6項、51条、76条)として、児童・生徒に対し、国旗掲揚、国歌斉唱に関する指導を行う義務を負うから、校長が校務の一環として卒業式等の具体的実施内容を決定し、その実施のための諸活動を各教職員に分掌させて職務命令を発すれば、個々の教職員は当然に当該職務命令に従って職務を遂行しなければならない。

イ 地公法33条が、その職の信用を傷つけ、職員の職全体の不名誉となるような行為をしてはならないと規定する趣旨は、公務員が全体の奉仕者として、公共の利益のために勤務すべき地位にあり、そこから公務員に高度の行為規範を求め、それを法規範として定めたことにある。信用失墜行為に当たるか否かはその行為自体を社会観念に照らして判断すれば足り、具体的に失墜された結果が生じることは要件ではない。

原告らの不起立行為等の非違行為は、校長の教育課程にかかわる職務命令に違反して、卒業式等の重要な学校行事において児童・生徒、保護者、来賓の面前で行われたものであり、教育公務員の職に対する信用を傷つける行為であるから、地公法33条の信用失墜行為に該当することは明らかである。

(7) 本案の争点カ(本件処分に手続的違法があるか。)について

(原告らの主張)

憲法31条の適正手続の保障は、刑事手続に限定されるものではなくその趣旨に照らして、公務員に対する懲戒処分についても、その手続的な適正・公正が確保されなければならない。原告らの多くは、都教委の事情聴取に当たって、弁護士の立会やメモをとらせること等を求めたが、拒否された。告知・聴聞の機会が不十分でなく、手続的な公正・適正が確保されていたとはいえない。

また、本件処分は、拙速に行われ、特に教職員懲戒分限審査委員会の会議は行われず、回覧協議で体裁が整えられた。処分の審査の過程で、個別の事情が一切考慮されず、一律・画一の処分になっている。

これらのことからすれば、本件処分には適正を欠く手続的違法がある。

(被告の主張)

公務員の懲戒処分について、直接には刑事手続に関する憲法31条の保障が及ぶものではない。公務員の懲戒処分については、行政手続法の聴聞ないし弁明の機会の付与に関する規定は適用除外とされており、地公法等に、告知、聴聞の規定はなく、公務員の懲戒処分の手続は任命権者の裁量に委ねられている。都教委は、本件処分を行うに当たって、事情聴取を行うなどしており、手続は公正に行われた。

原告らの中には、事情聴取において弁護士の立会等に固執し、結果として事情聴取ができなかった者もあったが、事情聴取を行った者の聴取書は、事実確認及び量定案検討の資料となり、これを踏まえて個々の処分がされた。処分発令までの期間が短いことや、結果として原告らに基本的に同内容の処分量定となったことから、処分が違法になるということはない。

(8) 本案の争点キ(本件処分に裁量の逸脱があるか。)について

(原告らの主張)

仮に、本件通達及び本件職務命令は違憲、違法でないとしても、本件処分は、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を逸脱した違法なものである。

また、国旗・国歌に対する多様な見解のうち特定の考えのみに基づいて懲戒処分を課すことは、行政裁量の恣意的な行使であり違法である。

国旗・国歌条項は、国歌斉唱時に国旗に向かって起立し、斉唱すること、ピアノ伴奏を行うことを義務としていない。わずかの間着席していた、あるいはピアノ伴奏をしなかったというだけの行為に対して、セクハラなどの非違行為と同様の処分をすることは過酷であり、比例原則に反する。

(被告の主張)

わが国の教育公務員がわが国の国旗・国歌を指導することは当然のことであり、学習指導要領にも、国旗・国歌条項がおかれている。国歌を斉唱するときは起立することは社会常識であるし、ピアノがあればそれにより伴奏することもごく常識的かつ自然な指導方法であるから、校長が、卒業式等において国歌斉唱時に教職員が起立して斉唱し、音楽担当の教員がピアノ伴奏をすることを行事実施の方針として採用したからといって、これが「特定の考え」あるいは「一定の理論や観念」として非難されるようなものではない。原告らが行った職務命令違反は、公務の適正な遂行を妨げるものであり、職場内の秩序維持の観点からも看過できない非違行為であり、本件処分の処分量定は適正である。

(9) 本案の争点ク(原告らの損害の有無及びその額)について

(原告らの主張)

原告らは、違憲、違法な本件通達に基づく各校長の本件職務命令及び同命令に違反したことを理由とする懲戒処分により、人格そのものの統合性をかけた苦悩に追い込まれたほか、服務事故再発防止研修を課されたり、特別昇給制度が適用されないなどの経済的な不利益を受け、さらには「全体の奉仕者たるにふさわしくない行為」「教育公務員としての職の信用を傷つけた」等であるとして、教師としての自尊心や誇りを真っ向から否定されるなど、筆舌に尽くしがたい精神的苦痛を被った。このような原告らの精神的苦痛損害は、原告1人あたり50万円を下らない。また、訴え提起を余儀なくされ、弁護士に訴訟遂行を委任した。相当因果関係のある弁護士費用は原告1人あたり5万円である。

(被告の主張)

争う。

第3 争点に対する判断

1 認定事実

前提事実、後掲証拠及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

(1)ア 平成元年度の前、学習指導要領では、特別活動における国旗や国歌の指導について、「国民の祝日などにおいて儀式などを行う場合には、児童・生徒に対してこれらの祝日などの意義を理解させるとともに、国旗を掲揚し、国歌を斉唱させることが望ましいこと。」と定められていたが、平成元年3月15日、学習指導要領が改訂され、特別活動において、「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。」との条項に改められた。なお、学習指導要領上、国旗として日の丸が、国歌として君が代が想定されていた。(前提事実(2)エ、甲502ないし504、乙20、23、53、54)

イ これを受け、都教委は、平成2年2月3日付け「新学習指導要領の移行措置について—入学式・卒業式における国旗・国歌の扱い—」、同月20日付け「学年末・学年始めの生活指導について(通知)」により、学習指導要領に基づく適正な指導の実施を求め、都立高校等の責任者である校長に、その職責の遂行を求めたが、平成2年から、特別活動において国旗掲揚・国歌斉唱を実施しようとする校長に対する学校現場での反発が強くなった。(乙25ないし28)

ウ 文部省は、平成6年「学校における国旗・国歌の指導について」と題し、①学習指導要領は、学校教育法の規定に基づいて、各学校における教育課程の基準として文部省告示で定められたものであり、各学校においては、この基準に基づいて教育課程を編成しなければならないものである、②学習指導要領においては、「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」とされており、校長教員は、これに基づいて児童生徒を指導するものである、③このことは、児童生徒の内心まで立ち入って強制しようとする趣旨のものではなく、あくまでも教育指導上の課題として指導を進めていくことが必要であるなどとする文書を作成、配布し、国旗や国歌の指導方針について確認した。都教委は、これをもとに、都立学校に対し、指導したりした。(乙29、30)

エ 文部省は、平成9年度卒業式及び平成10年度入学式における国旗掲揚及び国歌斉唱について、全国の実施状況を調査した。同調査によると、東京都の公立高等学校(全日制)における国旗掲揚の実施率は、平成9年度卒業式で84.0パーセント(全国最下位)、平成10年度入学式で85.0パーセント(全国最下位)、国歌斉唱の実施率は、平成9年度卒業式で3.9パーセント(全国最下位)、平成10年度入学式で3.4パーセント(全国で下位から2番目)と、その実施率は全国平均(国旗掲揚平成9年度卒業式98.1パーセント、平成10年度入学式98.1パーセント、国歌斉唱平成9年度卒業式80.1パーセント、平成10年度入学式80.6パーセント)と比較して低かった。(乙2の1)

オ 都教委指導部は、上記エの結果を受けて、指導部長名で、都立高等学校長等に対し、平成10年11月9日、「公立小・中・高等学校における入学式及び卒業式での国旗掲揚及び国歌斉唱に関する調査について(通知)」を発出し、学習指導要領に基づき、国旗・国歌に関する指導が適切に行われるように指導を徹底するよう通知し、同月20日には、「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(通知)」により、以下のとおりの「実施指針」を定めた。

「1 国旗の掲揚について

入学式や卒業式などにおける国旗の取扱いは、次のとおりとする。なお、都旗を併せて掲揚することが望ましい。

(1) 国旗の掲揚場所等

ア 式典会場の正面に掲げる。

イ 屋外における掲揚については、掲揚塔、校門、玄関等、国旗の掲揚状況が生徒、保護者、

その他来校者に十分に認知できる場所に掲揚する。

(2) 国旗を掲揚する時間

式典当日の生徒の始業時刻から終業時刻までとする。

2 国歌の斉唱について

入学式や卒業式などにおける国歌の取扱いは、次のとおりとする。

(1) 式次第に「国歌斉唱」を記載する。

(2) 式典の司会者が「国歌斉唱」と発声する。」(乙1、2の2、3)

カ 文部省は、平成10年度卒業式及び平成11年度入学式における国旗掲揚及び国歌斉唱について、全国の実施状況を調査した。同調査によると、東京都の公立高等学校(全日制)における国旗掲揚の実施率は平成10年度卒業式で92.3パーセント、平成11年度入学式で95.0パーセント、国歌斉唱の実施率は平成10年度卒業式で7.2パーセント、平成11年度入学式で5.9パーセントと、その実施率は依然として全国平均(国旗掲揚平成10年度卒業式98.8パーセント、平成11年度入学式99.0パーセント、国歌斉唱平成10年度卒業式83.5パーセント、平成11年度入学式85.2パーセント)と比較して低かった(乙1、4の1)

(2)ア このような状況のもと、平成11年6月23日、東京都教育庁は、都立学校の卒業式、入学式における国旗掲揚、国歌斉唱に伴う問題への対応や校長に対する支援を図るためとして、教育庁次長を本部長とする「卒業式・入学式対策本部」を設置した。(乙32)

イ 国旗・国歌法が、平成11年8月13日に公布、施行された。(前提事実(2)ア)

ウ 都教委教育長は、卒業式・入学式対策本部における協議を踏まえ、平成11年10月19日、都立高等学校長及び都立盲・ろう・養護学校長に対し、それぞれ「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(通達)」(以下「平成11年通達」という。)を出し、上記(1)オの実施指針の徹底を求めるとともに、以下の4点を具体的に示した。

「1 教職員に対しては、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の意義について、学習指導要領に基づき説明し、理解を求めよう努めるとともに、併せて、「国旗及び国歌に関する法律」制定の趣旨を説明すること。

2 生徒に対しては、国際社会に生きる日本人としての自覚及び我が国のみならず他国の国旗及び国歌に対する正しい認識とそれらを尊重する態度が重要であることを、十分説明すること。

3 保護者に対しては、学校教育において、生徒に国旗及び国歌に対する正しい認識や、それらを尊重する態度の育成が求められていること、並びに入学式及び卒業式において、学校は国旗掲揚及び国歌斉唱の指導を学習指導要領に基づき行う必要があることなどを、時機をとらえて説明すること。

4 校長が国旗掲揚及び国歌斉唱の実施に当たり、職務命令を発した場合において、教職員が式典の準備業務を拒否した場合、又は式典に参加せず式典中の生徒指導を行わない場合は、服務上の責任を問われることがあることを、教職員に周知すること。」

また、都教委指導部は、平成12年1月、都立学校の全教職員に対し、「入学式・卒業式の適正な実施について」と題するリーフレットを作成、配布し、国旗掲揚や国歌斉唱について、学習指導

要領の趣旨を踏まえた適切な指導の在り方を工夫し、計画的に取り組むことを求めた。(乙5、6、7、55)

エ 平成12年度の卒業式以降、都立学校の卒業式等における国旗掲揚・国歌斉唱の実施率は100パーセントとなったが、「実施指針」で定められた方針どおりに国旗掲揚を行った都立学校は全体の半数にも満たず(都立高等学校の実施率は、平成14年度卒業式が39.0パーセント、平成15年度入学式が44.3パーセント。)、国旗を舞台壇上正面に掲揚していない学校、国歌斉唱時に起立をしない教職員がいる学校や、式次第に国歌斉唱と明記しない学校、式の前に教員が内心の自由について説明する学校が相当数あったほか、肢体不自由養護学校の卒業式等において、舞台を使わずに卒業証書の授与を行う(フロア形式)学校や音楽の教員がいるのに国歌のピアノ伴奏をしないなどという状況があった。(甲354、355、乙8の1、10、66、67、70、73)

(3)ア 都教委は、平成15年6月25日、教育庁理事を本部長として、「都立学校等卒業式・入学式対策本部」(以下「対策本部」という。)を設置し、都立学校における卒業式等が学習指導要領に基づき実施されるための対応策を検討することとした。対策本部は、上記(2)エの状況を、学習指導要領に基づき本来されるべき国旗・国歌の適正な指導がされていないと認識し、対応について検討を重ねた。

D教育長は、同年10月23日、それまでの対策本部の検討を経て作成された本件通達を発出した。(前提事実(3)、乙11、12の1ないし3、70)

イ 都教委は、同日、都立学校の校長を対象に、本件通達の趣旨等を説明し、学校行事等における国旗掲揚、国歌斉唱の実施を徹底するため、都立高校等の校長を対象に、「教育課程の適正実施にかかわる説明会」を開催した。

この席上、D教育長は、入学式や卒業式をはじめ、教育課程を適正に実施することが、教育に携わる者に課せられた使命であり、保護者や児童・生徒に対する責務であると挨拶した。続いて、E指導部長(以下「E指導部長」という。)が、本件通達を読み上げた。

その後、J人事部長は、校長が職務命令を発した場合の注意事項として、①職務命令を出して、教員を従わせることが大事であること、②職務命令に関しては、いつ、どこで、誰に発したかを正確に記録すること、③国旗は舞台壇上正面に掲揚すること、④国旗掲揚の時間帯は、全日制では、8時15分から17時までとすること、⑤教職員には、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱させること、⑥教職員の座席を指定すること、⑦教職員が起立しない場合、現認確認をし、都教委に報告すること、⑧座っているところで職務命令を出すのは難しいので、必ず事前に職務命令を出すこと、⑨国歌斉唱のピアノ伴奏については、専科の教員に命ずること、⑩会場設営については、児童・生徒が正面を向くようにすること、⑪教職員が会場を設営しない場合、職務命令を出して行わせること、⑫厳粛かつ清新な雰囲気の中で行われる儀式に相応しい服装をさせること⑬職務命令についてはマニュアルを作成するので、それに従うことなどを説明した。

説明会の最後には、E指導部長から、本件通達は、都教委教育長から各校長に対する職務命令であるとの説明がされた。(甲20、22ないし24、47、303、304、乙14の1・2、38、70、72)

ウ その後、学区ごとに行われた分散会では、主任指導主事らが、各校長に対して、本件通

達に関する指導を行った。

そのうち、5学区の担当であったF主任指導主事は、①国旗は、舞台正面壇上に掲揚する、正面というのは壁面である、上からつり下げる場合を含む、三脚は不可である、②国旗、都旗は各学校の予算で購入する、国旗のサイズは、中型が1メートル四方、大型が1.5メートル四方で3000円から4000円程度であり、都旗は2万円程度である、都旗は、イチョウのものはシンボルマークであって都旗ではない、正式な都旗を使うように、松本徽章工業という業者があるので、電話番号と担当者をメモすること、注文すれば10日くらいで届く、③国歌斉唱時に起立している状況を作ればよいので、入場、起立、国歌斉唱というプログラムを作れば、ずっと立っているの、それでよい、④内心の自由を説明することで、立ちにくい、歌にくい状況を作らない、⑤教員は、式場内に可能な限り入れるようにする、⑥ピアノ伴奏は音楽教員が行う、音楽教員がいない場合でも伴奏できる者がいれば、その者に命ずる、それもできない場合は、CD等を流す場合もあるので、都教委に相談する、⑦本件通達の「入学式、卒業式等」の「等」とは、周年行事(創立記念式典)、開校式、閉校式、落成式である、⑧今後、職務命令について手順書を作成するので、それに則って行ってほしいなどと指導した。

他の学区の分散会でも、担当指導主事から、同様の説明がされた。(甲22、23、47、303、304、313)

エ また、D教育長は、同日、「適格性に課題のある教育管理職の取扱いに関する要綱」を決定し、教育管理職として必要な資質、能力の改善が見込めない場合には、管理職から一般教員への降任の勧告等の措置を講ずることを決定した。(甲49(乙63)、272)

(4)ア 平成15年11月11日、E指導部長は、都立高校校長連絡会で講話し、①卒業式等の実施態様について問題を指摘されている、都議や都民からいつまでこういう状態なんだと言われている、②本件通達は職務命令である、本件通達を適正実施のために本件通達を校長のツールとして活用していただきたい、③卒業式や入学式について、まず、形から入り、形に心を入れればよい、形式的であっても、立てば一歩前進であるなどと話した。(甲22、48、乙70)

イ 同年12月9日、東京都教育庁指導部のG高等学校教育指導課長(以下「G指導課長」という。)は、都立高校校長連絡会において、①教職員に対する職務命令は、口頭でも立会人不在でも有効だが、訴訟対策上、必ず書面で立会人をつけて行うこと、②教務主任研修会で実施指針が憲法違反ではないかと発言した教務主任がいるが、教務主任の発言として不適切であり、当該教務主任を選任した校長の責任であるから、同校長から指導してもらうこと、③校長から不協和音をださないことなどを話した。(甲22、48、54、68)

ウ 平成16年1月13日、G指導課長は、都立高校校長連絡会において、各校長に対し、同年3月中に、同年4月実施される入学式に関し、教職員に対して職務命令を出しておくように指導した。また、続いて学区ごとの分散会が開催され、そのうち5学区の分散会では、担当のK指導主事が、各校長に対し、①卒業式の実施要項の中には会場の配置図、教員の座席図、司会の進行台本、教員の役割分担表を必ず入れること、②式次第には都教委の挨拶を必ず入れること、③実施要項ができたらずぐに指導主事に提出すること、④教職員に対しては、口頭及び文書で職務

命令を出すことなどを内容とする指導を行った。(甲22、48、55)

エ 同月30日、5学区の臨時校長連絡会が開催され、G指導課長は、各校長に対し、本件通達に関するQ&Aや、「卒業式・入学式の実施に当たって(A高校の周年行事の実施例)」と題する資料を配付し、その実施例のとおりに入学者、卒業式を行うよう指導した。

上記資料には、①2週間前までに式の実施要項(会場図、座席表、式次第、役割分担表等を含む。)を作成すること、②1週間前までに教職員全体に対して口頭で包括的な職務命令を発令すること、③前日までに教職員個人に対して文書で職務命令を発令すること、④式当日は国歌斉唱状況を確認し、職務命令違反があった場合には、校長がその事実を確認し、報告書を作成することなどが記載されていた。

また、G指導課長は、同連絡会において、①職務命令には、「実施要項に従って業務を行うこと」と書く、②司会者に対しては、「進行表により司会を行うこと」と付け加える、③職務命令書は、一人一人に手渡し、④何日かかっても手渡し、⑤たとえば学校で受け取らなかった教員に、それでは家に行って手渡しと言ったら次の日の朝に学校で受け取ったという例もある、それぐらいねばり強くやる、⑥教頭は(国歌斉唱の)5分くらい前に不起立教員の現認の準備の配置に付き、国歌斉唱の間に(不起立行為を)現認する、教育委員会職員はあくまで補助である、⑦(本件実施指針にある)「国旗に向かって起立し」とは、要するに、国旗にケツを向けるなどということである、⑧国旗国歌について説明はしているが、「歌わなくて良い」などとは言ってはいけないなどと指導した。

上記Q&Aには、①教職員は、可能な限り全員会場に入れること、②教職員の参列状況や国歌斉唱時の起立状況を確認するため、座席指定が必要であること、③司会等は主幹等の教員が行い、教頭は行わないこと、④国歌斉唱時の不起立の確認は管理職が行い、教育委員会の職員は補助であることなどが記載されていたが、同連絡会終了後に回収された。(甲22、52)

オ 同年2月10日、都立高校校長連絡会に続いて学区ごとの分散会が開催され、そのうち5学区の分散会では、担当指導主事らが、各校長に対し、教職員に対する職務命令は文書で一人一人に手渡しよう指導するとともに、前記Q&Aの記載内容を変更した冊子を配布したが、卒業式等の実施に当たっては、同冊子ではなく、前記Q&Aの記載内容に基づいて行うように指示した。

なお、新たに配布された冊子では、①教職員を全員式場に入れるか否かについて、前記Q&Aの記載と異なり、学校の状況に応じて校長が判断することではあるが、できるだけ多くの教職員が、生徒の門出を心から祝福できるようにしてほしいと記載され、②座席指定は行わなければならないか否かについても、前記Q&Aの記載と異なり、本件実施指針には「教職員は、指定された座席で国旗に向かって起立し」とあるので、座席指定を行わなければならないと記載され、③司会を誰が行うのか、どのように国歌斉唱時の不起立を現認するのかなどについては項目自体が削除されていた。(甲22、48、51)

カ その後、同年2月から3月までの間、東京都教育庁の学区担当指導主事らは都立高等学校の各校長に対し、平成15年度卒業式について、直接又は電話、電子メールなどで指導を行い、事前に卒業式実施要項(式場図、進行表、教職員の座席一覧表等)を提出させるとともに、

生徒に対する不適正な指導を行わないよう指導することを求める通知や、卒業式等が終了次第、電話や所定の様式の書面により実施状況等を報告する旨の依頼を發した。

また、都教委は、都立高等学校の各校長に対し、卒業式で国歌斉唱時の不起立等の服務事故が発生した場合、速やかに都教委の人事部担当管理主事に対し、電話連絡をするとともに、人事部職員課に事故報告書を提出することなどを指示した。(甲22ないし24、68、100、219、235、乙40、59、証人H)

キ D教育長は、平成16年2月24日、都立学校長に対し、「再任用職員等の任用について(通知)」を發出し、平成15年度は、定年等により退職する教職員について、都教委で行う再任用又は嘱託員としての任用のための選考を終了し、合格発表をすませたが、仮に、合格者が退職日までに服務事故等を起こした場合には、在職期間中の勤務実績不良として、そのものを任用しないことがあるので、所属の再任用又は嘱託員合格者に対し、改めて服務指導等をお願いしたいと依頼した。(甲236)

(5) 本件通達發出後、平成15年度に実施された周年行事、平成16年3月に実施された平成15年度卒業式及び平成16年4月に実施された平成16年度入学式に関し、すべての都立学校で、各校長から教職員に対し、卒業式の式典において定められた席に着席し、国歌斉唱時には国旗に向かって起立して、国歌を斉唱すること又はピアノ伴奏をすることを命ずる本件職務命令が發せられた。(甲110、211、231の1、乙70、72、85)

(6) 都教委は、本件通達發出後、平成15年度中に実施された周年行事、平成16年3月に行われた一部島しょを除く都立学校の平成15年度卒業式にそれぞれ職員を派遣した。派遣された都教委職員は、「国歌斉唱」の式次第への記載の有無、「国歌斉唱」の發声や「起立」の号令の有無、国歌斉唱時の教職員や生徒の起立、不起立の状況等を監視して、都教委に報告した。

また、卒業式等での国歌斉唱時に起立しなかった教職員がいた都立学校では、校長が予め用意したひな型を使用して、服務事故報告書を作成し、これを都教委人事部職員課に提出した。都教委は、上記服務事故報告書の提出を受けた後、指導主事らによって国歌斉唱時に起立しない教職員がいた学校の校長等から事情聴取をした。(甲75、76、211、220、404、405、418、464の2、乙70)

(7)ア(ア) 本件通達發出後に都立学校で行われた平成15年度周年行事において不起立行為等を行った教職員10名について、事情聴取が行われ、都教委は、平成16年2月4日開催の教職員懲戒分限審査委員会に同教職員らの懲戒処分について諮問し、戒告処分が相当であるとの答申が出された。これを受けて、同月12日、都教委の定例会において審議が行われ、都教委決定議案として教育委員の合議により戒告の処分が決定され、平成16年2月17日、同教職員10名について、戒告処分が發令された。

(イ) また、平成16年3月に都立学校で行われた平成15年度卒業式において不起立行為等を行った教職員について、同年3月26日までにほとんどの事情聴取が行われた。都教委は、第一次分として、都立高等学校所属者及び平成15年度末退職予定者合計171名の懲戒処分について、同月29日に教職員懲戒分限審査委員会に諮問し、戒告処分が相当であるとの答申が出

された。これを受けて、同月30日開催の都教委の臨時会において審議が行われ、都教委決定議案として教育委員の合議により戒告の処分が決定し、同日に14名、同月31日に157名について戒告処分が発令された。また、同戒告処分を受けた現職の教職員のうち再雇用職員採用選考(新規)合格者3名について、その合格が取り消された。

(ウ) 都教委は、上記(イ)に続く第二次分として、都立盲・ろう・養護学校所属10名の処分について、平成16年4月5日開催の教職員懲戒分限審査委員会に諮問し、職務命令違反により初めての懲戒処分となる9名については戒告処分を相当とし、過去に同様の非違行為により戒告の懲戒処分の受け、再び職務命令違反を行った1名については、減給10分の1・1月の処分が相当であると答申が出された。これを受けて、同日開催された都教委の臨時会において、同教職員10名について審議が行われ、都教委決定議案として、教育委員の合議により、9名については戒告、1名については減給10分の1・1月の処分が決定され、同月6日に決定どおりの処分が発令された。

(エ) その後、平成16年4月に都立学校で行われた平成16年度入学式において、不起立行為等を行った教職員について、事情聴取が行われた。都教委は、平成16年度入学式における職務命令違反者36名と、平成15年度卒業式における職務命令違反者の第三次分の2名について、平成16年5月17日開催の教職員懲戒分限審査委員会に諮問し、初めての懲戒処分となる35名については、戒告処分相当とし、過去に同様の職務命令違反により既に戒告の処分を受けており再び職務命令に違反した3名については、減給10分の1・1月の処分が相当であると答申が出された。これを受け、同月24日に開催された都教委の定例会において審議が行われ、都教委決定議案として、教育委員の合議により、35名について戒告の処分、3名について減給10分の1・1月が決定され、同月25日に決定どおりの処分が発令された。

(甲77ないし79、82、83、乙71、証人I)

イ さらに、都教委は、平成16年6月ころ、生徒が卒業式に出席しない、教職員が生徒に事前に不適正な指導をしていた、大多数の生徒が国歌斉唱時に起立しないなどの事情が認められた都立学校の校長、副校長、当該教諭に対して、教育庁指導部長から個別に注意した。(甲87)

ウ 都教委は、その後も、卒業式等において、国歌斉唱時に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを命ずる職務命令に違反し、不起立行為等をした教職員に対して、懲戒処分を行っている。(乙71)

(8)ア 都教委は、平成16年7月15日及び同月16日、平成15年度周年行事及び卒業式並びに平成16年度入学式において服務事故が発生し、懲戒処分等が行われた学校及び生徒不起立等に係って厳重注意等が行われた都立学校の校長、副校長及び主幹を対象に、「適正な教育課程の管理に向けた研修」を実施した。(甲238ないし240)

イ 都教委は、平成16年8月2日及び同月9日、東京都総合技術教育センターにおいて、平成15年度卒業式及び平成16年度入学式において、国歌斉唱時に起立しなかったことにより戒告処分等の懲戒処分を受けた教職員に対し、服務事故再発防止研修を実施した。また、都教委は、平成16年8月30日、入学式、卒業式等の式典において、国歌斉唱時の不起立等により、懲

戒処分が2度目となり、減給処分を受けた教職員に対し、専門研修を実施した。(甲80、乙71)

2 本案前の争点に対する判断

(1) 退職原告ら65名が、それぞれ在職中に戒告処分を受けたこと、その後、別紙「退職日」欄記載の日付で退職したことは、前提事実(1)アのとおりである。

(2) 戒告処分は、職員が地公法29条1項各号に該当する場合において、その責任を確認し、及びその将来を戒めるという処分であるから、当該公務員が退職した場合になお同処分を取り消すことによって回復すべき法律上の利益が存在するかは問題となる。

しかし、都立学校の教職員は、「教員が現に受けている号給を受けるに至った時から12月を下らない期間を良好な成績で勤務したときは、その者の属する職務の級における給料の幅の中において直近上位の号給に昇給させることができる」(平成17年東京都条例143号による改正前の学校職員の給与に関する条例8条2項)とされているところ、減給又は戒告処分を受けた者は、昇給を3月延伸するとされていたため、減給又は戒告処分を受けた場合には、昇給の可能性があった直近の昇給予定時期において、昇給されることがなく、その後退職時までの昇給時期にも影響が生じることになる。

また、定年退職者等の再任用については、「従前の勤務実績等に基づく選考により」1年を超えない範囲内で任期を定めて採用できる(地公法28条の4第1項、28条の5第1項)と規定され、東京都の教職員については、東京都公立学校再雇用職員設置要綱(昭和60年3月22日付59教人職第554号)5条1項が、嘱託員の任用について「正規職員を退職又は再任用職員を任期満了する前の勤務成績が良好であること」を要件とすることなどと規定していることから、原告らは、本件処分の存在により、再雇用に当たって「勤務成績が良好」か否かの判断に当たって不利益な評価・選考を受ける可能性があることが認められるばかりでなく(認定事実(4)キ、甲236、279、280)、実際に、認定事実(7)ア(イ)のとおり平成15年度卒業式における不起立行為等が職務命令違反及び信用失墜行為に当たるとして再雇用職員採用選考(新規)の合格を取り消したことが認められる。

以上によれば、退職原告らは、本件処分が取り消されれば、上記の昇給予定時期に昇給することが期待できた地位や再任用されることを期待しうる地位を回復することになるところ、これらの地位は、一定の法的保護に値するものであり、退職によって当然に失われるものとはいえないから、退職原告らについても本件処分の取消しを求める法律上の利益があるというべきであり、被告の本案前の申立ては、いずれの退職原告らについても理由がない。

3 本案の争点ア(本件通達、本件職務命令及び本件処分は、原告らの思想及び良心の自由を侵害し、憲法19条、20条に違反するか。)について

(1) 原告が、どのような思いから不起立行為等をするに至ったかについてみる。

証拠(甲342、366、367、449の1ないし173(但し枝番11、64、123、124、141は欠番)、459の1・10、463、465の1ないし4、原告X151、同X146、同X169、同X140、同X166、同X51、同X123、同X142、同X134、同X56)及び弁論の全趣旨によれば、原告らは、いずれも、①キリスト教を信仰するという宗教上の理由、②過去日本から侵略されたという歴史を有する韓国や

朝鮮の国籍を有するという民族的な理由、③過去の戦争への思いや平和主義思想を有するという理由、④様々な価値観を認めず一律に強制を行うことに反対するという理由といった、思想、信条から、又は、①学校教育における国旗・国歌の画一的統制は、軍国主義教育のもと、教え子たちを戦場に送り出してしまった過去の歴史を繰り返す危険を有するとの理由、②これまで人権の尊重、自主的思考、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理由、③多様な国籍、民族、信仰、家庭的背景を有し、国旗・国歌に対し様々な価値観を有する生徒にとって、教師全員が起立することは、生徒に対しても自己の思想及び良心に反する行動を強制することとなるという理由、④障害や発達段階に応じた教育や配慮を要する障害児教育に一律の強制はなじまないという理由など、教師としての思い、良心から、国旗に向かって起立し、国歌斉唱できない、又はピアノで国歌の伴奏ができないという信念を有するものであると認められる。

原告らのこのような考えは、「日の丸」や「君が代」が過去に我が国において果たした役割に係る原告らの歴史観ないし世界観又は教職員としての職業経験から生じた信条及びこれに由来する社会生活上の信念であるといえるものであり、このような考えを持つこと自体は、思想及び良心の自由として保障されることは明らかである。

(2) 本件職命令は、原告らに対して、卒業式等において、国歌斉唱時に国旗に向かって起立し国歌を斉唱する行為、又は国歌斉唱に際し定められた楽譜に従ってピアノで国歌の伴奏をする行為を命じるものである。そこで、前記(1)のような考えを有する原告らに対して、このような行為を命じることが原告らの思想や良心の自由を侵害するといえるかどうか、思想や良心の自由を制約しあるいは思想や良心の自由と抵触するとしても、それが許されるかどうかが問題となる。

ア 一般に、自己の思想や良心に反するということを理由として、およそ外部行為を拒否する自由が保障されるとした場合には、社会が成り立ちがたいことは明らかであり、これを承認することはできない。

もとより、人の思想や良心は外部行為と密接な関係を有するものであり、思想や良心の核心部分を直接否定するような外部的行為を強制することは、その思想や良心の核心部分を直接否定することにほかならないから、憲法19条が保障する思想及び良心の自由の侵害が問題になるし、そうでない場合でも、思想や良心に対する事実上の影響を最小限にとどめるような配慮を欠き、必要性や合理性がないのに、思想や良心と抵触するような行為を強制するときは、憲法19条違反の問題が生じる余地があるといえるが、これらに該当しない場合には、外部行為が強制されたとしても、憲法19条違反とはならないと解される。

イ これを本件についてみると、原告らが、卒業式等の国歌斉唱時に「日の丸」に向かって起立し、「君が代」は斉唱すべきでない、又はピアノで「君が代」の伴奏をすべきでないものとして、これを拒否することは、原告らにとっては、原告らが有する前記の歴史観ないし世界観又は信条に基づく行為であろうとはいえるが、本件職務命令は、卒業式等において国歌斉唱時に国旗に向かって起立し国歌を斉唱すること、又は定められた楽譜に従ってピアノで国歌の伴奏をすることを命じるものであって、原告らに対して、例えば、「日の丸」や「君が代」は国民主権、平等主義に反

し天皇という特定個人又は国家神道の象徴を賛美するものであるという考えは誤りである旨の発言を強制するなど、直接的に原告らの歴史観ないし世界観又は信条を否定する行為を命じたり、思想や良心の内容を確かめるための行為を命じるものではなく、また、卒業式等の儀式の場で行われる式典の進行上行われるピアノ伴奏又は出席者全員による起立及び斉唱であることから、前記のような歴史観ないし世界観又は信条と切り離して、不起立行為等には及ばないという選択をすることも可能であると考えられ、一般的には、卒業式等の国歌斉唱時に不起立行為等に出ることが、原告らの歴史観ないし世界観又は信条と不可分に結びつくものということとはできない。

ウ 加えて、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」を舞台壇上に掲揚したり、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おり(認定事実(2)エ)、また、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のであるから(認定事実(1)エ、カ)、客観的にみて、卒業式等の国歌斉唱の際に「日の丸」に向かって起立し、「君が代」を斉唱するという行為やピアノで伴奏する行為は、卒業式等の出席者にとって通常想定され、かつ、期待されるものということができ、一般的には、これを行う教職員が特定の思想を有するというを外部に表明するような行為であると評価することは困難である。校長の職務命令に従ってこのような行為が行われる場合には、これを特定の思想を有することの表明であると評価することは一層困難であるといわざるを得ない。

本件職務命令は、上記のように、高等学校における卒業式等の儀式的行事において全国的に広く行われていた国歌斉唱に際し、出席者である教職員に国旗に向かって起立し、国歌の斉唱を命ずるもの、又はピアノで国歌の伴奏をすることを命ずるものであって、原告らに対し、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い。

エ 以上のおおりに、本件職務命令は、原告らの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が、本件職務命令が命じる国旗に向かって起立し国歌を斉唱すること及びピアノで国歌を伴奏することは、原告らの前記のような歴史観ないし世界観又は信条と緊張関係にあることは確かであり、一般的には、本件職務命令が原告らの歴史観ないし世界観又は信条自体を否定するものといえないにしても、原告ら自身は、本件職務命令が、原告らの歴史観ないし世界観又は信条自体を否定し、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、国旗に向かって起立し国歌を斉唱することやピアノで国歌を伴奏することは、原告ら自身の思想及び良心に反するとして、不起立行為等の行動をとったとも考えられる。そうだとすると、本件職務命令は、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。

しかしながら、憲法15条2項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。」と定めており、地方公務員も、地方公共団体の住民全体の奉仕者としての地位を有するものである。このような地方公務員の地位の特殊性や職務の公共性にかんがみ、地公法30条は、地方公務員は、全体の奉仕者として公共の利益のために勤務し、かつ、職務の遂行に当たっては全力を挙げてこれに専念しなければならない旨規定し、同法32条は、地方公務員がその職務を遂行するに当たって、法令等に従い、かつ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければ

ならない旨規定している。原告らは、いずれも都立学校の教職員であって、法令等や上司の職務上の命令に従わなければならない立場にあり、校長から学校行事である卒業式等に関して、それぞれ本件職務命令を受けたものである。そして、国旗・国歌法は、日の丸を国旗とし、君が代を国歌とする旨明確に定め、また、学校教育法43条及び同法73条等に基づき定められた学習指導要領は「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。」又はこれに準ずると定めている(前提事実(2)エ)ところ、卒業式等に参列した教職員が、国歌斉唱時に国旗に向かって起立して、国歌を斉唱するということ、国歌をピアノ伴奏することは、これらの規定の趣旨にかなうものである。他方、本件職務命令は卒業式等の儀式を行うに際して発出されたものであり、このような儀式においては、出席者に対して一律の行為を求めること自体には合理性があるといえるし、前記のとおり、卒業式等における国旗掲揚や国歌斉唱は、全国的には従前から広く実施されていたものである。このような諸事情も総合すると、本件職務命令には、その目的及び内容において合理性、必要性が認められるというべきである。

以上のとおり、本件職務命令は、その内容において合理性、必要性が認められるのであるから、原告らの前記のような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。

オ 以上によれば、本件職務命令は、原告らの思想及び良心の自由を侵すものではなく、憲法19条、20条に反するとはいえないと解するのが相当である。

4 本案の争点イ(本件通達及びその後に都教委が各校長に行った指導は、旧教育基本法10条1項にいう「不当な支配」に該当するか。)について

(1) 本件職務命令は、学校教育法51条、76条により準用される同法28条3項の校長の所属職員に対する監督権限に基づいて発せられたものである。他方、本件通達は、地教行法23条5号の教育委員会の教育課程に関する管理、執行権限に基づいて発せられたものであり、本件職務命令とは異なる法的根拠を有する別個の行為であって、本件通達の違法性は、当然に本件職務命令に承継されるものではない。

しかしながら、認定事実(3)ないし(5)のとおり、本件通達は、各校長に対する職務命令として発せられ、かつ、本件通達発出後、都教委は、各校長に対し、校長連絡会等を通じ、卒業式等の式典における国歌斉唱の実施方法、教職員に対する職務命令の発令方法等について、相当詳細かつ具体的に指示していることや、各校長は、この指示を受け、本件通達後に行われた卒業式等において、一校の例外もなく、教職員に対して、国歌斉唱時に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、又はピアノ伴奏を命ずる職務命令を発していることからすると、形式的には、本件職務命令を発すべき必要性の判断は、各校長が有していたとしても、事実上、本件通達やその後に都教委が行った指導により、校長にその裁量を働かせる余地はなく、本件職務命令を発することを余儀なくされていたものと評価するのが相当である。

このように、都教委は、本件通達を定め、都立学校における卒業式等を本件通達のとおり
に実施させるため、各校長をして、本件通達を發出させたといえるから、本件職務命令の發出に
ついて、実質的にみると、都教委が行ったものと評価することができる。

そうすると、本件職務命令の發出は、本件通達やその後に都教委が各校長に対して行った指
導と一体のものといえるから、本件通達の發出が旧教育基本法10条1項にいう「不当な
支配」に該当するか否かは、本件職務命令の違法性に影響する余地があるといえるべきである。

(2) そこで、以下、本件通達の發出が「不当な支配」に該当するかどうかを検討する。

ア 旧教育基本法は、その前文において、「われらは、さきに、日本国憲法を確定し、民主的
で文化的な国家を建設して、世界の平和と人類の福祉に貢献しようとする決意を示した。この理
想の実現は、根本において教育の力にまつべきものである。われらは、個人の尊厳を重んじ、真
理と平和を希求する人間の育成を期するとともに、普遍的にしてしかも個性ゆたかな文化の創造
をめざす教育を普及徹底しなければならない。」と規定している。これは、戦前のわが国の教育が、
国家による強い支配の下で形式的、画一的に流れ、時に軍国主義的又は極端な国家主義的傾
向を帯びる面があったことに対する反省によるものであり、この理念は、これを具体化した旧教育
基本法の各規定を解釈するに当たっても念頭に置くべきものであるといえる(最高裁判所昭和51
年5月21日大法廷判決刑集30巻5号615頁)。

イ 旧教育基本法10条は、「教育は、不当な支配に服することなく、国民全体に対し直接に
責任を負って行われるべきものである。」(1項)、「教育行政は、この自覚のもとに、教育の目的を
遂行するに必要な諸条件の整備確立を目標として行われなければならない」(2項)と規定してい
るところ、前記アのとおり、旧教育基本法が、戦前における教育に対する過度の国家的介入、統
制に対する反省から生まれたものであることに照らすと、同条は、教育に対する権力的介入、特
に行政権力による介入を警戒し、これに対して抑制的態度を表明したものと解される。

また、同条1項は、教育は、国民から信託されたものであるから、国民全体に対して直接責任を
負うように行われるべく、その間において不当な支配によってゆがめられることがあってはならない
として、教育が専ら教育本来の目的に従って行われるべきことを示したものと考えられるから、同
条項が排斥しているのは、教育が国民の信託にこたえて自主的に行われることをゆがめるような
「不当な支配」であり、そのような支配と認められる限り、その主体のいかんは問うところでない
ので、ここには、教育行政機関や地方公共団体も含まれると解するのが相当である。

しかし他方で、憲法上、国は、適切な教育政策を樹立、実施する権能を有し、国会は、国の立
法機関として、教育の内容及び方法についても、法律により直接又は行政機関に授權して、必要
かつ合理的な規制を施す権限を有するだけでなく、子どもの利益のため又は子どもの成長に対
する社会公共の利益のために規制を施すことが要請される場合も有り得るのであり、旧教育基本
法がこのような権限の行使を限定したものと解すべき根拠はない。むしろ旧教育基本法10条は、
国の教育統制権能を前提としつつ、教育行政の目標を教育の目的の遂行に必要な諸条件の整
備確立に置き、その整備確立のための措置を講ずるに当たっては、教育の自主性尊重の見地か
ら、これに対する「不当な支配」となることのないようにすべき旨の限定を付したところにその意味

があるといえる。

したがって、教育に対する行政権力の不当、不要の介入は排除されるべきであるとしても、許容される目的のために必要かつ合理的と認められる介入は、たとえ教育の内容及び方法に関するものであっても、必ずしも同条の禁止するところではないと解するのが相当である(前掲最高裁昭和51年5月21日大法廷判決)。この点は、国にだけでなく、地方公共団体においても異なるところはない。

ウ そして、国の教育行政機関が法律の授権に基づいて義務教育に属する普通教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、子どもの教育は、教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、子どもの個性に応じて弾力的に行わなければならないから、教師の自由な創意と工夫の余地が要請されることを考慮した上で、教育に関する地方自治の原則を考慮し、教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的な範囲にとどめられるべきものであるが、地方公共団体が設置する教育委員会が、教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、公立学校を所管する行政機関として、その管理権に基づき、学校の教育課程の編成や学習指導等に関して基準を設定し、一般的な指示を与え、指導、助言を行うとともに、必要性、合理性が認められる場合には、適正かつ許容される目的のために必要かつ合理的と認められる範囲内において、具体的な命令を発することもできると解される。

この点に関し、原告らは、教育委員会による教育の内容及び方法に対する介入についても大綱的な基準にとどまるべきであると主張する。しかしながら、国の教育行政機関が法律の授権に基づいて義務教育に属する普通教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、教育に関する地方自治の原則を考慮し、教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的な基準にとどめられるべきものであるが、地方公共団体が設置する教育委員会が教育の内容や方法に関して行う介入については、教育に関する地方自治の原則に反することはあり得ないし、教育委員会は地教法23条5号により学校の組織編制、教育課程、学習指導等に関して管理、執行するとされ、文部科学大臣が同法48条2項2号により学校の組織編制や教育課程等について指導、助言又は援助をすることができることとされているのとは異なることに照らすと、教育委員会による教育の内容や方法に関する介入を大綱的な基準の設定にとどめるべき理由はないというべきである。

エ そこで次に、本件通達について、これを発出すべき必要性、合理性があったと認められるか否かを検討する。

本件通達を発出するに至った経過は、認定事実(1)ないし(3)アのとおりであって、概要は次のとおりである。

平成元年に学習指導要領が改定され、「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。」と定められ、都教委は都立学校長に対して卒業式等がこの学習指導要領に即して行われるように求めていたが、実施率が低く、都教委指導部長は、平成10年11月20日付けで卒業式等の実施指針を示す通知を発した。この

実施指針では、式典会場の正面に国旗を掲揚することや、式次第に「国歌斉唱」と記載すること、式典の司会者が「国歌斉唱」と発声することなどが定められた。平成11年に国旗・国歌法が制定、施行され、都教委は、学習指導要領に基づく卒業式等の実施をするように、さらに指導に取り組んだ結果、平成12年度卒業式以降、都立学校での国旗掲揚、国歌斉唱の実施率は100パーセントとなっていたものの、人目に付かない場所に国旗を掲揚したり、「国歌斉唱」を式次第に明記しなかったり、国歌斉唱時に教員が起立せず、司会者が起立を発声しないという学校があったことなどが見られた。本件通達は、このような状況において、これらの課題を解決するためには、各学校で、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として発出された。

本件通達が発出された経緯は以上のとおりであって、上記のような国旗掲揚、国歌斉唱の実施状況に照らせば、学習指導要領に基づく卒業式等を実施するよう改善、充実を図るといふ本件通達の目的には合理性があるといえるし、これを実現するため、卒業式等における国旗掲揚、国歌斉唱の実施方法等を定める通達を特に発すべき必要性もあったといえる。原告は、国旗掲揚、国歌斉唱の指導が実施できないほどに教職員の抵抗が激しかったため本件通達を発出する必要があったとする被告の弁解は欺瞞である旨主張するけれども、本件通達が発出される前の状況は前記のとおりであり、本件通達を発出する必要性があったといえることができる。

オ そして、本件通達は、前提事実(3)のとおり、卒業式等において教職員が国旗に向かって起立をし、国歌を斉唱し、又はピアノで国歌を伴奏するようにするため、この通達に基づいて各校長に対して職務命令を発出することを求めることを内容とするものであるが、このような職務命令が思想及び良心の自由を侵害するものとはいえないことは、前記3に説示のとおりである。また、本件通達は、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みを定めるものであって、教職員が児童・生徒に対して「日の丸」、「君が代」に関する歴史的な事実等を教えることを禁止するものではないし、教職員に対し、国旗・国歌について、一方的に一定の理論を児童・生徒に教え込むことを強制するものとはいえない。本件通達は、後記5のとおり、教職員に認められる教授の自由ないし教職員としての専門職上の自由(教育の自由)を侵害するものとはいえないし、教育活動を阻害するとも認められない。したがって、本件通達が合理性を欠くものとはいえない。

カ 以上によれば、本件通達は、旧教育基本法10条1項にいう「不当な支配」に該当するとは認められない。

5 本案の争点ウ(原告らに教職員としての専門職上の自由(教育の自由)が認められるか。また、本件通達及び本件職務命令は、これを侵害するか。)について

(1) 高等学校等の普通教育の場面において、教師が公権力によって特定の意見のみを児童・生徒に教授することを強制されないという意味や、児童・生徒の教育が教師と児童・生徒との間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならないという本質的要請に照らし、教授の具体的内容及び方法について、ある程度自由な裁量が認められるという意味では、教師について、一定の範囲における教授の自由が保障されるべきであるといえるが、大学の教育の場合には、学生が一応教授内容を批判する能力を備えていると考えられるのに対し、普通教

育においては、児童・生徒にこのような能力はなく、教師が児童・生徒に対して強い影響力、支配力を有していることや、普通教育では、児童・生徒の側に学校や教師を選択する余地が乏しく、教育の機会均等を図る上からも全国的に一定の水準を確保すべき要請があることなどからすると、普通教育において、教師に完全な教授の自由を認めることはできないと解するのが相当である（前掲最高裁昭和51年5月21日大法廷判決）。

そして、「日の丸」や「君が代」に係る歴史観ないし世界観については、様々な意見があることは公知の事実であるが、公立学校の卒業式等の儀式的行事において、教職員に対して、国歌斉唱時に「日の丸」に向かって起立し、「君が代」を斉唱することを求めることが、児童・生徒に対して特定の思想のみを教授することを強制する性質を有するものであるとはいえないし、教職員や児童・生徒、保護者や来賓等多数の人が参列する集団的行事である卒業式等において、校長がその権限に基づき、国歌斉唱を含む式次第やその進行を予め一律に定め、これを実施しようとするとは、儀式としての性質上その必要性はあるといえるから、本件通達及び本件職務命令が、原告らに認められる教授の自由ないし教職員としての専門職上の自由（教育の自由）を侵害するものであるとは認められない。

(2) なお、原告らは、従前、都立盲・ろう・養護学校において、卒業式等は、児童・生徒の障害の実態や発達段階に応じた工夫の中でフロア形式等が行われてきたが、本件通達以後は、養護学校等における障害児教育の特殊性を考慮することなく、舞台壇上での卒業証書授与などを画一的に強制して各学校の裁量を否定するものであり、本件通達は、教授の自由等を侵害するものであると主張するようである。

しかし、原告ら（養護学校等に勤務するもの）は、卒業式等において国歌斉唱時に国旗に向かって起立し国歌を斉唱することという職務命令に違反したために処分を受けたものであり、卒業式等がフロア形式と舞台壇上での卒業証書授与のいずれで行われたかと本件処分とは関係がない。また、盲・ろう・養護学校に学ぶ児童・生徒も、健常者と等しく教育を受ける権利を有しており、盲・ろう・養護学校学習指導要領が特別活動については、小学校、中学校及び高等学校の各学習指導要領に示すものに準ずるものと規定していること（前提事実(2)エ）に照らせば、上記(1)の普通教育と等しく校長がその権限に基づき、国旗・国歌条項の趣旨にかなった指導として、卒業式等の実施形式を舞台壇上での卒業証書授与を行うものと定めることは、儀式としての性質上その必要性がある上、児童・生徒の教育を受ける権利を保障する趣旨に沿うものである。そして、本件通達も、その中で、校長自らが壇上から降りて卒業証書を授与したり、障害に応じた配慮や工夫を何ら禁止・制限するものではなく、各学校や教師による創造的かつ弾力的な教育の余地があり、教授の自由が否定されているともいえないから、原告らの主張は採用できない。

6 本案の争点エ（本件通達及び本件職務命令が国際条約（自由権規約、児童の権利に関する条約）に違反して無効であるか。）について

(1) 本件通達及び本件職務命令が、憲法19条、20条に違反するところがないことは、前記3に判断したとおりであるから、本件通達及び本件職務命令が、思想及び良心の自由並びに信教の自由を保障する自由権規約18条に違反するとの原告の主張は採用できない。

(2) また、原告らは、本件通達及び本件職務命令が、児童の権利に関する条約12条、14条に違反すると主張するが、本件通達は、卒業式等における各学校による裁量の余地を残していることは前記5のとおりである上、本件通達に基づく国旗・国歌の指導が、児童・生徒の思想及び良心の自由、信教の自由を侵害するものでないこと、国旗・国歌について一方的な一定の理論を児童・生徒に教え込むことにはならないことは、前記3、4の判断に照らしても明らかであるから、児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する旨を定めた同条約12条及び思想、良心及び宗教の自由について児童の権利を尊重する旨等を定めた同条約14条に違反しない。

7 本案の争点オ(原告らの不起立行為等が地公法32条、33条に反するか。)について

(1) 地公法32条は、「上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない」と規定しているところ、本件職務命令は、学校教育法51条、76条により準用される同法28条3項の校長の所属職員に対する監督権限に基づいて発せられたものであり、前記3、5(1)及び6に説示したとおり、本件職務命令が、憲法19条、20条に違反するものではなく、教師の専門職上の自由を侵害せず、国際条約に違反するものでもなく、適法なものというべきであるから、原告らが、このような職務命令に従わず、不起立行為等に及んだことは、地公法32条違反の行為というべきである。

(2) 原告らは、不起立行為等はひんしゅくを買う行為ではないとして、地公法33条違反に当たらないと主張する。しかし、原告らは、教育公務員として、学習指導要領に沿った指導を行うべきであるにもかかわらず、上司である校長が原告らに対して学習指導要領の国旗・国歌条項の趣旨にかなった指導を命じた本件職務命令に公然と、しかも、児童・生徒及びその保護者の面前で、違反したことは、その職の信用を傷つける行為であることは明らかであり、地公法33条に違反する行為である。

(3) したがって、原告らが本件職務命令に従わず、不起立行為等に及んだことは、地公法32条、33条に反する行為といわざるをえない。

8 本案の争点カ(本件処分に手続的違法があるか。)について

(1) 原告らは、都教委の事情聴取に当たって、弁護士の立会やメモをとらせること等を求めたが、拒否されるなどして、告知・聴聞の機会が十分でなく、手続的な公正・適正が確保されていたとはいえないと主張する。

しかし、行政手続法3条1項9号は、公務員又は公務員であった者に対してその職務又は身分に関してされる処分には、告知、聴聞の機会を与える規定の適用を除外しているところ、告知、聴聞の機会を与えなければならないものではない上、聴聞に関する一切の行為をすることができる代理人を選任できる旨を定めた行政手続法16条の適用はなく、事情聴取に弁護士代理人の立会いを認めなければならないものではない。また、公務員法上の処分に先立つ事実確認のための事情聴取に、憲法31条の要請する適正手続の保障が及ぶ余地があるとしても、事実関係の確認のための事情聴取において、弁護士の立会を求めるとかメモをとることが憲法31条によって当然の権利として認められるものではない。

本件処分については、認定事実(7)アのとおり、原告らに対して事前に都教委による事情聴取が

行われており、実質的に告知と弁明の機会が与えられていたというべきであって、原告らには弁護士代理人の立会いを求める権利はないから、その立会等を認めなかったことに違法はなく、メモをとることを許さなかったとしても違憲違法の問題は生ぜず、手続は公正・適正に行われたというべきである。

(2) 原告らは、本件各処分に先立って行われた教職員懲戒分限審査委員会の審査が回覧協議で行われたこと(甲275の1ないし4)は、手続上の違法事由に当たると主張する。

しかし、同委員会への諮問、答申は、法令、条例、規則等に定められたものではなく、処分する側の内部手続であるから、仮にこのような内部手続に瑕疵があったとしても、手続上の違法事由とはいえない。認定事実(7)アのとおり本件処分発令に至る手続は適正に行われたと認められ、その手続の経緯に照らしても、手続が拙速に行われたといった批判は当たらない。

(3) また、原告らは、原告らの処分量定が同一であるから、個別の事情が一切考慮されていないと批判するが、原告らそれぞれについて事実確認のための事情聴取が実施されていることから個別の事情が一切考慮されていないとは認められず、後記9に説示のとおり、同一内容の職務命令違反行為について、過去に処分歴等がない原告らについて、懲戒処分のうちもっとも軽い処分である戒告処分という同一の処分量定となることは理由があると考えられ、論理的にも処分量定が同一であるから個別の事情が一切考慮されていないといえるものでもないから、原告らの上記批判は採用できない。

その他本件処分の手続の違法を窺わせる事情は見あたらない。

9 本案の争点キ(本件処分に裁量の逸脱があるか。)について

(1) 公務員に対する懲戒処分は、公務員としてふさわしくない非違行為がある場合に、その責任を確認し、組織内部の秩序を維持するために科される制裁である。このような懲戒処分制度の趣旨に照らすと、懲戒権者には、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因等諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきかについて裁量権が認められ、当該処分が社会観念上著しく妥当を欠き裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法と判断すべきものである。

(2) 懲戒処分は、軽い順に、戒告、減給、停職及び免職の4種類とされている(前提事実(2)オ)ところ、原告番号72を除く原告らについては、いずれも卒業式等においてした不起立行為等について、戒告処分が科されている。

同原告らは、ただ静かに座席に座っているという消極的な対応に対して、文書訓告、注意等を選択することなく、経済的不利益を伴う戒告処分を科するのは不利益の程度が重すぎると主張するが、前記7(2)説示のとおり、上司である校長が原告らに対して学習指導要領の国旗・国歌条項の趣旨にかなった指導を命じた本件職務命令に公然と、しかも、児童・生徒及びその保護者の面前で、違反したことは、相当に非難される行為であるから、同原告らに過去に処分歴がないことを考慮しても、懲戒処分の中でもっとも軽い処分である戒告処分を科したことが、過酷であるとか過重であるとはいえず、比例原則や平等原則等に反するとうかがわれる事情もなく、裁量権を濫用したものは認められない。

また、原告番号72の原告についてみると、前提事実(4)ウ、証拠(乙71)及び弁論の全趣旨によれば、同原告は、平成14年4月9日に開催された平成14年度入学式の際に、その服装に関する校長の職務命令及びその後の事実確認に関する校長の職務命令に従わなかったため、これが職務命令違反及び信用失墜行為に当たるとして、同年11月6日に戒告処分を受けていること、同原告は、過去に非違行為を行い懲戒処分を受けたにもかかわらず、再び同様の非違行為を行った場合には量定を加重するという処分量定の考え方により、本件処分として1か月間給料10分の1を減じる懲戒処分(減給10分の1・1月)を受けたことが認められる。

同種の非違行為による懲戒処分が重ねて行われる場合に、過去の懲戒処分歴に応じ、より重い懲戒処分を科すという考え方は相当と認められ、卒業式等における職務命令違反及び信用失墜行為という非違行為について過去に戒告処分を受けているにもかかわらず、再度同種の非違行為を行ったという事案の性質に鑑みれば、同じ戒告処分を科すのではなく、より重い処分を選択したこと自体、妥当を欠くということとはできない。そして、選択されたより重い処分も、戒告処分の次に軽い減給処分であり、量定として1日以上6月以下の範囲で給料及び暫定手当の合計額の5分の1以下を減ずることができる(職員の懲戒に関する条例3条)という幅のある減給処分というの中でも、1か月間の給料の10分の1を減ずるといった比較的軽い処分であること、処分による不利益は過酷なものとはいえないことに鑑みれば、原告番号72の原告に対する本件処分が、比例原則に反しているものということとはできず、社会観念上著しく妥当を欠き裁量を逸脱したものとはいえない。

なお、原告らは、他の地方公共団体に比較して、東京都のみが突出して処分が多い(甲282、385の3・4)として、本件処分が社会観念上著しく妥当を欠く過酷な処分であると主張するが、他の地方公共団体における事実関係について何ら明らかでない以上、原告らの主張は議論の前提を欠くもので採用できない。

10 本案の争点ク(原告らの損害の有無及びその額)について

上記のとおり、本件職務命令及び本件各処分には違憲性、違法性は認められないから、これらを受けたことによる精神的ないし経済的損害の賠償を求める原告らの請求はいずれも理由がない。

第4 結論

以上のとおりであるから、本件処分の取消しを求める原告ら(原告番号173の原告を除く。)の請求及び国家賠償法に基づく損害賠償を求める原告らの請求はいずれも理由がないから、請求をいずれも棄却することとし、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 中西茂 裁判官 蓮井俊治 裁判官 遠藤貴子)

原告目録

東京都立川市〈以下省略〉

原告 X1

埼玉県吉川市〈以下省略〉

原告 X2

東京都品川区〈以下省略〉

原告 X3

埼玉県川口市〈以下省略〉

原告 X4

東京都世田谷区〈以下省略〉

原告 X5

東京都東村山市〈以下省略〉

原告 X6

東京都稲城市〈以下省略〉

原告 X7

東京都杉並区〈以下省略〉

原告 X8

東京都多摩市〈以下省略〉

原告 X9

東京都世田谷区〈以下省略〉

原告 X10

埼玉県川口市〈以下省略〉

原告 X11

千葉県船橋市〈以下省略〉

原告 X12

千葉県船橋市〈以下省略〉

原告 X13

東京都板橋区〈以下省略〉

原告 X14

千葉県野田市〈以下省略〉

原告 X15

東京都江戸川区〈以下省略〉

原告 X16

東京都墨田区〈以下省略〉

原告 X17

東京都台東区〈以下省略〉

原告 X18
東京都北区〈以下省略〉
原告 X19
千葉市〈以下省略〉
原告 X20
川崎市〈以下省略〉
原告 X21
東京都足立区〈以下省略〉
原告 X22
東京都江戸川区〈以下省略〉
原告 X23
川崎市〈以下省略〉
原告 AことX24
神奈川県相模原市〈以下省略〉
原告 X25
東京都港区〈以下省略〉
原告 X26
東京都品川区〈以下省略〉
原告 X27
横浜市〈以下省略〉
原告 X28
さいたま市〈以下省略〉
原告 X29
横浜市〈以下省略〉
原告 X30
東京都足立区〈以下省略〉
原告 X31
横浜市〈以下省略〉
原告 X32
さいたま市〈以下省略〉
原告 X33
東京都〈以下省略〉
原告 X34
東京都多摩市〈以下省略〉
原告 X35
東京都杉並区〈以下省略〉

原告 X36
東京都調布市〈以下省略〉
原告 X37
東京都大田区〈以下省略〉
原告 X38
東京都町田市〈以下省略〉
原告 X39
東京都三鷹市〈以下省略〉
原告 BことX40
東京都武蔵野市〈以下省略〉
原告 X41
東京都目黒区〈以下省略〉
原告 X42
東京都小平市〈以下省略〉
原告 X43
東京都中野区〈以下省略〉
原告 X44
東京都武蔵野市〈以下省略〉
原告 X45
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X46
東京都東大和市〈以下省略〉
原告 X47
川崎市〈以下省略〉
原告 X48
東京都国分寺市〈以下省略〉
原告 X49
東京都調布市〈以下省略〉
原告 X50
東京都武蔵野市〈以下省略〉
原告 X51
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X52
東京都世田谷区〈以下省略〉
原告 X53
東京都練馬区〈以下省略〉

原告 X54
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X55
東京都中野区〈以下省略〉
原告 X56
東京都武蔵野市〈以下省略〉
原告 X57
東京都中野区〈以下省略〉
原告 X58
埼玉県新座市〈以下省略〉
原告 X59
東京都板橋区〈以下省略〉
原告 X60
東京都文京区〈以下省略〉
原告 X61
東京都青梅市〈以下省略〉
原告 X62
東京都西東京市〈以下省略〉
原告 X63
埼玉県狭山市〈以下省略〉
原告 X64
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X65
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X66
埼玉県比企郡〈以下省略〉
原告 X67
埼玉県東松山市〈以下省略〉
原告 X68
東京都西東京市〈以下省略〉
原告 X69
東京都中野区〈以下省略〉
原告 X70
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X71
東京都西東京市〈以下省略〉

原告 X72
東京都墨田区〈以下省略〉
原告 X74
埼玉県春日部市〈以下省略〉
原告 X75
千葉県野田市〈以下省略〉
原告 X76
東京都葛飾区〈以下省略〉
原告 CことX77
東京都江東区〈以下省略〉
原告 X78
千葉県松戸市〈以下省略〉
原告 X79
東京都板橋区〈以下省略〉
原告 X80
千葉県我孫子市〈以下省略〉
原告 X81
千葉県船橋市〈以下省略〉
原告 X82
東京都江戸川区〈以下省略〉
原告 X83
千葉県船橋市〈以下省略〉
原告 X84
東京都武蔵村山市〈以下省略〉
原告 X85
山梨県都留市〈以下省略〉
原告 X86
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X87
東京都あきる野市〈以下省略〉
原告 X88
東京都八王子市〈以下省略〉
原告 X89
東京都日野市〈以下省略〉
原告 X90
川崎市〈以下省略〉

原告 X91
東京都小金井市〈以下省略〉
原告 X92
東京都多摩市〈以下省略〉
原告 X93
東京都小平市〈以下省略〉
原告 X94
東京都三鷹市〈以下省略〉
原告 X95
東京都小金井市〈以下省略〉
原告 X96
東京都国立市〈以下省略〉
原告 X97
東京都日野市〈以下省略〉
原告 X98
東京都町田市〈以下省略〉
原告 X99
神奈川県伊勢原市〈以下省略〉
原告 X100
横浜市〈以下省略〉
原告 X101
東京都八王子市〈以下省略〉
原告 X102
東京都多摩市〈以下省略〉
原告 X103
東京都小金井市〈以下省略〉
原告 X104
東京都青梅市〈以下省略〉
原告 X105
東京都昭島市〈以下省略〉
原告 X106
東京都昭島市〈以下省略〉
原告 X107
埼玉県入間市〈以下省略〉
原告 X108
東京都八王子市〈以下省略〉

原告 X109
東京都府中市〈以下省略〉
原告 X110
東京都町田市〈以下省略〉
原告 X111
横浜市〈以下省略〉
原告 X112
東京都八王子市〈以下省略〉
原告 X113
東京都八王子市〈以下省略〉
原告 X114
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X115
東京都立川市〈以下省略〉
原告 X116
東京都東村山市〈以下省略〉
原告 X117
東京都国分寺市〈以下省略〉
原告 X118
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X119
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X120
東京都小金井市〈以下省略〉
原告 X121
東京都西東京市〈以下省略〉
原告 X122
埼玉県入間市〈以下省略〉
原告 X123
川崎市〈以下省略〉
原告 X124
茨城県北相馬郡〈以下省略〉
原告 X125
横浜市〈以下省略〉
原告 X126
東京都文京区〈以下省略〉

原告 X127
さいたま市〈以下省略〉
原告 X128
横浜市〈以下省略〉
原告 X129
横浜市〈以下省略〉
原告 X130
東京都文京区〈以下省略〉
原告 X131
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X132
東京都杉並区〈以下省略〉
原告 X133
東京都小金井市〈以下省略〉
原告 X134
東京都府中市〈以下省略〉
原告 X135
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X136
千葉県市川市〈以下省略〉
原告 X137
神奈川県相模原市〈以下省略〉
原告 X138
東京都武蔵村山市〈以下省略〉
原告 X139
東京都東村山市〈以下省略〉
原告 X140
川崎市〈以下省略〉
原告 X141
東京都大島町〈以下省略〉
原告 X142
東京都八王子市〈以下省略〉
原告 X143
東京都世田谷区〈以下省略〉
原告 X144
東京都杉並区〈以下省略〉

原告 X145
東京都調布市〈以下省略〉
原告 X146
埼玉県所沢市〈以下省略〉
原告 X147
東京都東村山市〈以下省略〉
原告 X148
東京都東大和市〈以下省略〉
原告 X149
東京都八王子市〈以下省略〉
原告 X150
東京都目黒区〈以下省略〉
原告 X151
東京都国立市〈以下省略〉
原告 X152
東京都新宿区〈以下省略〉
原告 X153
東京都東村山市〈以下省略〉
原告 X154
川崎市〈以下省略〉
原告 X155
神奈川県厚木市〈以下省略〉
原告 X156
東京都練馬区〈以下省略〉
原告 X157
東京都昭島市〈以下省略〉
原告 X158
東京都世田谷区〈以下省略〉
原告 X159
東京都小平市〈以下省略〉
原告 X160
同所
原告 X161
東京都三鷹市〈以下省略〉
原告 X162
東京都八王子市〈以下省略〉

原告 X163

東京都三鷹市〈以下省略〉

原告 X164

川崎市〈以下省略〉

原告 X165

東京都渋谷区〈以下省略〉

原告 X166

川崎市〈以下省略〉

原告 X167

横浜市〈以下省略〉

原告 X168

東京都国分寺市〈以下省略〉

原告 X169

東京都北区〈以下省略〉

原告 X170

東京都武蔵野市〈以下省略〉

原告 X171

千葉県佐倉市〈以下省略〉

原告 X172

千葉県船橋市〈以下省略〉

原告 X173

別紙

原告ら訴訟代理人目録

原告ら訴訟代理人弁護士 尾山宏

同 堀野紀

同 菊池紘

同 澤藤統一郎

同 加藤文也

同 水口洋介

同 大竹寿幸

同 板倉由実

同 島田修一

同 雪竹奈緒

同 新村響子

同 海部幸造

同 杉尾健太郎

同 大山勇一
同 津田二郎
同 小山達也
同 河村健夫
同 井口宇乃
同 秋山直人
同 山中真人
同 久保光太郎
同 松永徳宏
同 野崎玲子
同 金哲敏
同 泉澤章
同 鈴木眞
同 佐藤生
同 神原元
同 川口彩子
同 穂積匡史
同 瀧上隆
同 大迫恵美子
同 彦坂敏之
同 石井尚子
同 鳥生忠佑
同 榎本信行
同 田部知江子
同 濱野泰嘉
同 南典男
同 小笠原彩子
同 佐藤むつみ
同 笹本潤
同 谷合周三
同 千葉恵子
同 大野裕
同 白井劍
同 細田はづき
同 中村欧介
同 八坂玄功

同 杉島幸生

同 吉川健司

同 川上詩朗

同 大森典子

同 穂積剛

同 宮城朗

同 古田典子

同 稲見秀登

原告X169及び同X170訴訟代理人弁護士兼その余原告ら訴訟復代理人弁護士 関島保雄

同 吉田榮士

同 松尾文彦

同 青木護

同 坂田洋介

原告ら訴訟復代理人弁護士 彦坂敏尚

同 相磯まつ江

同 田中重仁

同 奥田圭一

同 塚本まみ子

同 平松真二郎

同 酒井由美子

同 並木陽介

同 蟹江鬼太郎

同 小貫陽介

同 大久保佐和子

同 戸館圭之

同 加藤幸

同 柿沼真利

同 古山弘子

〈以下省略〉