

---

---

論 説

---

---

# 君が代斉唱をめぐる 司法消極主義と積極主義 (一)

——外部行為の強制と教員の思想・良心の自由——

中 谷 実

- 一 はじめに
- 二 消極主義のアプローチ
  - 《消極主義 I》
    - (一) 「処分性を欠くゆえ不合法として却下」アプローチ
    - (二) 「損害を避けるため他に適当な方法があり、訴訟要件を欠くゆえ却下」アプローチ
  - 《消極主義 II》
  - 《消極主義 III》
    - (一) 「職務の公共性に由来する内在的制約」アプローチ (以上、本号)

## 一 はじめに

平成元年、小学校、中学校、高等学校の各学習指導要領の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。」と記された(以降も同じ)<sup>1)</sup>。平成 11 年 8 月 13 日、国旗及び国歌に関する法律が公布、施行され、「国旗は、日章旗」(1 条 1 項)、「国歌は、君が代」(2 条 1 項)とされ<sup>2)</sup>、その後、文部省は、平成 11 年 9 月 17 日付けで「学校における国旗及び国歌に関する指導について(通知)」を発した<sup>3)</sup>。この流れの中で、主として東京

都の公立学校の入学式、卒業式において、教員に起立斉唱、音楽科の教員にピアノ伴奏を命じる校長の職務命令<sup>4)</sup>が発せられることになる。そして、職務命令に従わなかったために懲戒処分を受け<sup>5)</sup>た者が、職務命令は、外部的行為の公権力による強制であって、思想・良心の自由を保障する憲法19条に反すると訴訟を提起した<sup>6)7)</sup>。これが、いわゆる「君が代訴訟」である(未だ、懲戒を受けていない者が職務命令の合憲性を争うこともある)。

本稿は、この「君が代訴訟」を素材に、最高裁の法廷(多数)意見、補足意見、意見、反対意見、下級審に見られる様々な憲法判断のアプローチを、筆者の消極主義、積極主義の枠組<sup>8)</sup>をもって整理・分析し、さらに、各アプローチを支えていると思われる思想や司法哲学<sup>9)</sup>を抽出するとともに学説の対応<sup>10)</sup>も検討しようとするものである。

以下、対象とする判例を、A、B、Cの3つのタイプに分け、各判例を表記する際、判例の冒頭に次のような略記を付す<sup>11)</sup>。

Aタイプ〔伴奏・起立斉唱(訓告・戒告・減給・停職)/取消・国賠〕これは、校長から卒業式、入学式における君が代斉唱の際、ピアノ伴奏、起立斉唱するように職務命令を受けた教員が(ピアノ伴奏、起立斉唱双方の職務命令を受ける場合もあれば、ピアノ伴奏のみ、起立斉唱のみの場合もある)、職務命令に従わなかったとして、教育委員会から訓告・戒告・減給・停職等のいずれかの処分を受けたため職務命令の合憲性を争い、処分の取消しや国賠を求めたことを意味する(各事件において、処分の取消し、国賠双方が求められることも、片方だけ求められることもある)。

Bタイプ〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け・国賠〕これは、かつて、卒業式又は入学式における君が代斉唱の際、職務命令に違反して起立斉唱しなかったため、戒告処分を受けた教員が、定年退職後、再雇用職員(再任用職員)の採用選考の申込みをしたところ、教育委員会により不合格とされたため、懲戒処分の根拠となった職務命令の合憲性を争い、不合格処分の取消、無効確認、採用の義務付け、国賠等を求めたことを意味する(各事件において、処分の取消し、無効確認、採用の義務付け、国賠のすべてが求められて

いるわけではない。

Cタイプ〔起立斉唱・伴奏/義務不存在確認・懲戒処分差止・国賠〕これは、都教委教育長が、都立学校の各校長に対し、入学式、卒業式等において、教職員らが国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、国歌斉唱はピアノ伴奏等により行うこと、教職員が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を内容とする通達をしたことに対し、在職中の教職員らが、国歌の起立斉唱、ピアノ伴奏の強制の合憲性を争い、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務、そして、ピアノ伴奏をする義務のないことの確認、さらに、これらの義務違反を理由とする処分の事前差止めを求めるとともに、通達及びこれに基づく各校長の職務命令等によって精神的損害を被ったと主張し、国賠を求めたことを意味する。

学校の儀式的行事において、教員に君が代斉唱・ピアノ伴奏を求める職務命令の合憲性を争う「君が代訴訟」は、かつての謝罪広告拒否事件（最大判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁）において問題になった外部的行為の公権力による強制と思想・良心の自由というテーマを本格的に問うことになっただけでなく、『日の丸・君が代』といった象徴によって国民を統合しようとするこの意味とその限界、『グローバリゼーション』や『規制緩和』の時代における新たな国家像と『日の丸・君が代』との関係といった「大きな問題」を背後にもっている<sup>12)13)</sup>。本稿は、「君が代訴訟」を通じて思想・良心の自由の現代的課題を考えるとともに、憲法訴訟の全体像を明らかにしようとする筆者の消極主義、積極主義シリーズの一部をなすものである。

#### 注

- 1) 改正前の学習指導要領（昭和37年、小・中の学習指導要領の2度目の全面改定以降）では、「国民の祝日などにおいて儀式を行う場合には、生徒に対して、これらの祝日の意義など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」とされていた。
- 2) 例えば、後述のH-17.4.26〔起立(減給)/取消・国賠〕福岡地判は、「君が代の歌詞

は、古今和歌集に由来するものであるが、その楽曲は明治13年ころにつけられたものである。君が代の『君』については、その由来となった賀詞の解釈自体も、相手を指すものであったという見解と当初から天皇を指すものであったという見解とがあるが、大日本帝国憲法（明治憲法）による治世の下においては、『君』は天皇を指すものであり、天皇の治世が永く限りなく栄えるようにという意味の歌であるとの解釈のもと、学校や軍隊等において、君が代が唱歌として歌うよう指導されるようになり、明治26年には祝日大祭日唱歌として告示され、国民の間で歌詞及び楽曲が広く周知されるとともに、紀元節、天長節の儀式等行事の際に歌われる歌として認識されていった。その後、昭和12年ころになると、修身の教科書に、君が代が国歌として掲載され、天皇陛下の御代万歳を祝し奉る歌であると指導されるようになり、軍国主義思想や皇国思想を涵養する手段として利用された側面もあった」、 「第2次世界大戦後、日本国憲法によって主権が国民にあることが宣言されると、君が代について、上記のような側面を踏まえ、国歌としてふさわしくないという議論もされ、新たに国歌を作るとの動きもあったが、君が代以外の歌が国歌として選定され、定着することはなく、日本国内においても、オリンピックなどの国際的儀式においても、依然として広く君が代が国歌として扱われていた」と認定する。その他、山田孝夫『君が代の歴史』（1979）参照。

- 3) 後述のH-18.9.21〔規律斉唱・伴奏/義務不存在確認・懲戒処分差止・国賠〕東京地判は、この経緯を、次のように捉える。「文部省は、平成10年春、全国の公立小・中・高等学校の同9年度卒業式及び同10年度入学式における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施状況に関する調査を行ったところ、同7年春の調査に比べて全体として実施率が上昇しているものの、一部の都道府県において依然として実施率が低い状況にあった。文部省初等中等教育局長」は、前記調査結果を受けて、平成10年10月15日、各都道府県、政令指定都市教育委員会教育長に対し、『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）』を発し、学習指導要領に基づき入学式及び卒業式における国旗掲揚及び国歌斉唱について指導を徹底するよう通知した」。
- 4) 校長は、学校教育法28条3項（「校長は、校務をつかさどり、所属職員を監督する」）に基づき、教育課程の編成を含む学校の管理運営上必要な事項をつかさどるとされており、所属教職員に対し校務を分担させるとともに、校務の処理について職務命令を発することができる。なお、地教法23条5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1つとしており、教育委員会は、これらの事項について管理し、執行することができる」と規定している。また、同法17条1項は、教育長は、教育委員会の指導監督の下に、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

ことができるとする。

- 5) 地方公務員法 29 条 1 項は、「職員が」「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」、「職務上の義務に違反し、又は職務を怠った場合」、「全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあった場合」「においては、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」と規定する。さらに、30 条において、「すべて職員は、全体の奉仕者として公共の利益のために勤務し、且つ、職務の遂行に当っては、全力を挙げてこれに専念しなければならない」としてサービスの根本基準を、32 条において「職員は、その職務を遂行するに当って、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」として法令等及び上司の職務上の命令に従う義務を、33 条において「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」として信用失墜行為の禁止等の規定をおく。
- 6) 後述の H-20.2.7〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京地判を例にとれば、原告らは、職務命令につき、「〔1〕戦前の日本の軍国主義、アジア諸国への侵略戦争とこれに加功した『日の丸』、『君が代』に対する痛烈な反省に立って、平和を志向する思想、〔2〕国民主権、平等主義等の理念から、天皇という特定個人又は国家神道の象徴を賛美することに反対する思想、〔3〕個人の尊重の理念から、多様な価値観を認めない一律強制や国家主権に反対する思想、〔4〕教育の自主性を尊重し、教員たちを戦場に送り出してしまった戦前教育と同様に教育現場に画一的統制や国家の過剰な関与を持ち込むことに反対するという教育者としての良心、〔5〕これまで人権の尊重や自主的思考、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とれないという教育者としての良心、〔6〕多様な国籍、民族、信仰、家庭的背景等から生まれた生徒の信仰、思想を守らなければならないという教育者としての良心など、人格形成の核心をなす思想や良心を有しているところ、卒業式や創立記念式典」「の国歌斉唱時に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱するという行為は、『日の丸』、『君が代』に尊重の意を表するものであって」、「原告らは、これらの行為を行うことができないという強い信念を有している。この信念は、原告らの人生経験、教育経験等に基づき人格的發展とともに形成された真摯なものであり、信仰に準ずるような人間の思想の核心を形成する世界観、人生観、教育観等として、憲法 19 条で保障されている」と主張する他、旧教育基本法 10 条 1 項、新教育基本法 16 条 1 項違反（「不当な支配」に該当）、憲法 23 条、26 条違反がいわれ、他の「君が代訴訟」では、信教の自由、表現の自由違反の主張も見られる。さらに、子ども及び保護者の権利侵害も主張される（二《消極主義 III》(一)注 1) 参照)。
- 7) 他方、懲戒処分を行う被告側も、H-20.2.7〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京地

判を例にとれば、「職務命令は、卒業式等の国歌斉唱時において、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱するという外部的行為を命ずるものに過ぎず、原告らの内心における精神活動の自由を否定したり、その改変を迫るものではないから、憲法19条に違反するものではない」、「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る」と反論する他、地方公務員という立場にある者の職務の公共性に由来する内在的制約、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する等主張する。

- 8) 消極主義、積極主義という概念は、憲法訴訟の現実を記述する概念として、また、あるべき司法像を記述する概念としても用いられ、定義も一様でない。本稿では、現実を記述し、分析するための道具として用いる。各判例のアプローチを分類する枠組として、まず、消極主義と積極主義とに二分し、これをさらに細分していく。中谷実著『憲法訴訟の基本問題』20頁(1989)参照。憲法判例は、種々の分類が可能であろうが、その当事者の観点から、A〔国民〕対〔公機関〕、B〔団体の構成員〕対〔団体〕、C〔国民(私人)〕対〔国民(私人)〕に分類できる。本稿で対象とする君が代訴訟は、Aのカテゴリーに入る。Aのカテゴリーに入る場合、公機関の行為の合憲性のみが問題になる場合と公機関の行為の根拠となる法令の合憲性が問題になる場合がある。君が代訴訟は前者に該当する。

《消極主義Ⅰ》これは、起立斉唱、ピアノ伴奏という職務命令の合憲性が問題になる場合、訴訟要件を欠くとして却下すること等、本案判断に入らず、訴えを斥けるアプローチである。

《消極主義Ⅱ》これは、職務命令の合憲性が争われる場合、本案判断に入るが、憲法判断に入ることなく事件を処理する場合に用いられるアプローチである。君が代訴訟の場合、《消極主義Ⅱ》に該当するアプローチは、見られない。

《消極主義Ⅲ》これは、職務命令の合憲性判断において、憲法判断に入り、その行為が違憲でないとし、懲戒処分も違法でないとするアプローチである。

《積極主義Ⅰ》これは、職務命令の合憲性判断において憲法判断に入り、明示的に違憲の判断をするアプローチである(βタイプ)。なお、以下で扱う反対意見に見られるように、違憲と断言せず、原審に差し戻すべきとするアプローチも、その実質を考え、このタイプに類別する)。さらに、職務命令は違憲とは判断しないが、懲戒処分を違法と判断する場合において、その判断に違憲判断が潜在すると考えられる場合(αタイプ)も、《積極主義Ⅰ》に類別する。

《積極主義Ⅱ》これは、職務命令に違憲判断をするが、最終的には訴えを斥ける場合に用いられるアプローチである。君が代訴訟の場合、この類型に該当するアプローチは、見られない。

## 君が代斉唱をめぐる司法消極主義と積極主義 (一)

《積極主義 III》 君が代訴訟は、公機関の行為の根拠となっている法令の合憲性が争われる場合でないので、このアプローチは、存在しない。

- 9) 司法哲学という概念のもとに、筆者は、議会制民主主義において違憲審査権をもつ司法権をどのように位置づけるべきかという大局的なスタンス、訴えを裁判所に取り込むべきか否か、憲法判断に入るべきか否か、個々の審査基準や救済の方法等の判断に内在する司法自身の抱く役割観や憲法解釈観を考えている。
- 10) 学説は、当然のことながら、筆者の目についた主要なものに限られる。
- 11) 筆者は、これまで、判例冒頭の略記法として、〈 〉を用いてきたが、公機関の行為の合憲性が争われる場合は、[ ]を用いる。
- 12) 渡辺康行・ジュリ 1337号 39頁 (2007)。
- 13) 平成 23 年 6 月 3 日、「大阪府の施設における国旗の掲揚及び教職員による国歌の斉唱に関する条例」が制定された。その 1 条は、「この条例は、国旗及び国歌に関する法律……及び学習指導要領の趣旨を踏まえ、府の施設における国旗の掲揚及び教職員による国歌の斉唱について定めることにより、府民、とりわけ次代を担う子どもが伝統と文化を尊重し、それらを育んできた我が国と郷土を愛する意識の高揚に資するとともに、他国を尊重し、国際社会の平和と発展に寄与する態度を養うこと並びに府立学校及び府内の市町村立学校における服務規律の厳格化を図ることを目的とする」とし、3 条は、府の施設における国旗の掲揚を、4 条は、「府立学校及び府内の市町村立学校の行事において行われる国歌の斉唱にあっては、教職員は起立により斉唱を行うものとする」とする。大阪府は、平成 24 年 2 月 29 日、府と同様の君が代条例を制定した。

## 二 消極主義のアプローチ

### 《消極主義 I》

#### (一) 「処分性を欠くゆえ不適法として却下」アプローチ

##### A 概要

これは、被告、教育委員会の行為に処分性がないとし不適法として却下するアプローチである。

## B 裁判例

(1) H-21.1.19〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京地判平成21年1月19日<sup>1)</sup>(判時2056号148頁, ②→H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京高判)は, 処分の取消, 無効確認の原告の請求につき, 不合格処分の処分性<sup>2)</sup>について検討し, 「本件再雇用, 本件再任用制度は, 定年等によりいったん退職した一般職の地方公務員を, 新たに選考の上, 特別職の非常勤職員(本件再雇用職員)や1年以内の任期付き職員(本件再任用職員)として採用するものであるから, 被告東京都教育委員会は, 「採用選考申込みがあれば合格させて採用する法的義務を負うわけではなく, 採用選考申込者に職員としての採用を求める法的権利が与えられていると解することはできない。そうすると, 不合格とされ, 採用されなかったこと自体からは, 原告の権利又は法律上の地位には変動が生じないという他ないから, 本件不合格に処分性を認めることはできず, その取消や無効確認を求める訴えは不適法である」とする。また, 本件再雇用, 本件再任用職員として採用することの義務付けの訴えについては, 行政事件訴訟法「3条6項2号の義務付けの訴えは, 一定の処分を求める法令上の申請権に基づく申請が要件であり, 本件再雇用, 本件再任用職員の採用選考申込者には, 職員として採用することを求める法的権利が与えられていないのであるから, 原告には一定の処分を求める法令上の申請権があるとは認められず, 「義務付けの訴えは不適法である」とし, 原告の求める訴えは, いずれも不適法で却下を免れないとする。もっとも, 後述のように, 国賠の訴えについては, 《積極主義I》のアプローチを用いる。

(2) H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京高判平成21年10月15日(判時2063号147頁, ①→H-21.1.19〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京地判)は, 処分の取消, 無効確認及び義務付けを求める訴えは, いずれも却下すべきとする(1審と同旨)。もっとも, 後述のように, 国賠の訴えについては, 1審と異なり, 《消極主義III》のアプローチを用いる。



(3) H-24.2.6〔起立斉唱(訓告)/取消〕大阪地判平成24年2月6日(REX/DB)<sup>3)</sup>は、訓告の取消しを求める訴えについて、「行訴法3条2項所定の『処分の取消しの訴え』により取消しを求めることのできる行為は、『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』（処分）に限られ」、「この『処分』とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確認することが法律上認められているものをいう」とする。そして、「訓告は、法令、規則に明文をもって定められている処分ではなく、職員が職務上の義務に違反した場合に、任命権者又は上司が当該職員に対する指揮監督権に基づいて同義務違反について注意を喚起し、将来を戒めるための事実上の行為にすぎず、制裁的実質を有せず、また、法的地位に変動を生じさせるものではなく、何らの法的効果をも伴わない措置である」、「本件訓告は行訴法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』（処分）には当たらない」とし、取消請求に関する部分は不適法として却下する。後述のように、国賠の訴えについては、《消極主義III》のアプローチを用いる。

### C このアプローチを支える思想

- (1) 教員の思想・良心の自由への積極的（プラスの）コミット・対抗価値への消極的（マイナスの）コミット

H-21.1.19〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京地判は、H-21.1.19〔起立斉唱(再雇用拒否)/国賠〕東京地判を見ると、教員の思想・良心の自由を実質的にはかなりコミットしていると思われる。H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京高判、H-24.2.6〔起立斉唱(訓告)/取消〕大阪地判の教員の思想・良心の自由へのコミットは弱い。

(2) 対抗価値への積極的（プラスの）コミット・人権への消極的（マイナスの）コミット

H-21.1.19〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京地判は、対抗価値にコミットしているが、H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京高判、H-24.2.6〔起立斉唱(訓告)/取消〕大阪地判は、より積極的にコミットする。

(3) 司法哲学

H-21.1.19〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京地判はともかく、総じて、消極的な司法哲学といえる。

D このアプローチをめぐる

(1) H-21.1.19〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京地判、H-21.10.15〔起立斉唱(再雇用拒否)/取消・無効確認・義務付け〕東京高判とも「処分性を欠くゆえ不適法として却下」アプローチを用いた。このアプローチについて、「判旨は、これまでの判例の大勢を基本的に踏襲しつつ、さらに進んで『選考の申込者を必ず合格させなければならないわけではなく、また、合格者を必ず採用しなければならないわけでもない』という文言に見られるように、特に行政による採否の自由の立場から、不採用措置の『処分性』を否定するとともに、行政事件訴訟法の解釈として、不採用に対する『義務付けの訴え』の適法性を否定したものである。一般にわが国においては、私企業に関するかぎり採用の自由は、財産権の行使、営業その他の経済活動の自由などの基本的な人権の内容として保障されているとされており、このことは」三菱樹脂事件最高裁判決「によっても認められている。同様に公務員の採用の自由も基本的には憲法15条の公務員の選定罷免権の保障の内容として認められるべきものであり、ただ国や地方公共団体が使用者であることから、平等原則などの憲法原理に基づく法的制約が、私企業の場合と比べ、特別の立法又は公序良俗法理の援用を要せず当然に認められるな

どの相違があるにすぎない。この意味で」本判決が「不採用の行政処分性と『義務付けの訴え』の適否の判断において、採用の自由の観点を指摘した意義は大きい。この点、学問の自由といった憲法原理などを拠りどころとして不採用の行政処分性を主張する一部の学説の存在から見て」、判決が「採用の自由の原理に依拠して不採用の行政処分性を否定したことは」、「裁量権の逸脱、濫用の有無の争点について原判決を破棄した」と相俟って、本件判決が評価される所以である<sup>4)</sup>との好意的なコメントがある。

#### 注

- 1) Bタイプ の訴訟。都の公立学校教員であった原告は、かつて、卒業式における国歌斉唱の際、職務命令に違反して起立せず、都教委から、戒告処分を受け、服務事故再発防止研修を命じられ、受講した(在職中、同戒告処分以外に懲戒処分を受けたことはない)。その後、都立高校教諭の職を定年退職した後、再雇用職員及び再任用職員の選考採用の申請をしたところ、不合格となった。そこで、都教委が、原告を不合格としたことについて、「本件不合格は、その判断過程に見過ごし難い過誤があり、本件再雇用、本件再任用制度の目的を無視して、不起立者を排除するという不法な動機から報復的に行われたものであるから、裁量権の逸脱、濫用がある。本件不合格は、本件職務命令違反を理由とするものであるが、日本の侵略戦争の歴史を学ぶ在日朝鮮、中国人の生徒に対し、日の丸や君が代を卒業式に組み入れて強制することは、教師としての原告の良心が許さない。したがって、このような原告に起立斉唱を命じた本件職務命令は、原告の思想及び良心の自由(憲法19条)を侵害する違憲、違法なものであり、本件職務命令違反を理由とする不合格は裁量権の逸脱、濫用に当たる。仮に、本件職務命令が適法であるとしても、本件不起立は、卒業式の進行を阻害したり、混乱に陥らせるような態様ではないこと、懲戒処分の中で最も軽い戒告処分とされていること、原告は本件戒告以外に懲戒処分を受けたことがなく、本件戒告後、研修を受講し、その後、定年退職するまでの間、校長の職務命令に従い、起立し続けたこと、原告は生徒にとって良き教育者であり、教育技能に優れ、教育熱心であることからすると、本件不起立のみを理由に、勤務成績が良好でない」と判断したことは、客観的合理性、社会的相当性を著しく欠いて」とし、不合格処分の取消(主位的請求)又は無効確認(予備的請求)、再雇用職員又は再任用職員として採用せよとの義務付け及び国家賠償法に基づく損害賠償(再任用職員として1年間に得られるはずであった給与、教師の職を奪われたことによる精神的苦痛の慰謝料等)を求めた。国賠の請求は別に扱う。
- 2) 原告は、本件不合格処分の取消し又は無効確認、再雇用職員又は再任用職員とし

て採用せよとの義務付けの請求について、「採用選考に合格すれば特段の事情がない限り職員として採用され、不合格になれば採用されることはないから、採用選考の合否の通知は、4月1日を始期とし、服務事故を起こすことを解除条件とする採用行為と解すべきである。そうすると、本件不合格は、本件再雇用、本件再任用拒否処分に他ならず、抗告訴訟で争うことのできる行政庁の処分当たる」とし、「本件不合格は、法令に基づき原告の申請を却下する処分に当たるのであり、本件不合格は取消し得べき又は無効なものであるから、東京都再雇用職員又は東京都再任用職員として採用せよとの義務付けの訴え（行政事件訴訟法37条の3第1項2号）が認められるべきである」と主張する。他方、被告は、「本件再雇用、本件再任用職員の勤務関係は、都教委による任命という行政処分によって成立し、採用選考に合格したからといって直ちに職員たる地位が生じるわけではないから、合否の決定と任命行為とは別個の行為である。都教委が原告に通知したのは、採用選考における不合格の結果であり、本件再雇用や本件再任用の拒否といった処分は存在しないから、その取消や無効確認を求める訴えは不適法であり、適法な取消訴訟等との併合提起という要件を満たさない義務付けの訴えも不適法である」と反論する。

- 3) Aタイプの訴訟。門真市立中学校の教員であった原告が、平成19年度の卒業式において、国歌斉唱時に着席したこと及びこれについて門真市教育委員会による事情聴取に出席するよう命じる校長の職務命令に違反したとして、市教委から文書訓告を受けた（市教委は、原告が卒業式の国歌斉唱の際に着席したことが卒業式において中学校学習指導要領に基づき国歌斉唱を生徒に指導すべき立場にある公立学校教員として不適切であるとともに、職務命令に違反したことが、学校教育に携わる公立学校教員として、その職の信用を著しく失墜させるものであるとした）。原告は、◎指導要領は、ミニマムスタンダードであり、「君が代」に対しては、生徒をも含めて各自の経験や我が国の過去に対する歴史観や平和に対する意識等を踏まえた各々の信念、信条が形成されているのであるから、それを無視して、その信念、信条に反する行為を強制することになる「君が代」斉唱及び起立を、一律に求めることは、一定の観念を教え込むことにはかならない、◎本件訓告は原告の思想・信条の自由、表現の自由を侵害し、違法な処分である、◎本件訓告は、教員は自分の処分を免れるためには、生徒を生徒の意に反してでも立たせざるを得ないこととなり、結局は生徒に対して起立を強制することになり、実質的には生徒の思想・良心の自由を侵害する、◎本件訓告は、第三中学校の学校方針とそれに基づく教育活動への不当な支配であり、教育基本法16条に反し違法である、等主張し、訓告の取消しを求めるとともに、門真市及び大阪府に対し、訓告及びこれに関する事情聴取が違法であるとして、国賠法1条1項に基づき、原告が被った精神的苦痛に相当する慰謝料等の支払いを求めた。

- 4) 花見忠・ジュリ1412号132頁(2010)。

## （二）「損害を避けるため他に適当な方法があり、 訴訟要件を欠くゆえ却下」アプローチ

### A 概 要

これは、損害を避けるための他に適当な方法がないとはいえないとして、訴訟要件レベルで訴えを斥けるアプローチである。

### B 裁 判 例

（1） H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/義務不存在確認、懲戒処分差止〕東京高判平成23年1月28日<sup>1)</sup>（判時2113号30頁，①→H-18.9.21〔起立斉唱・伴奏/義務不存在確認・懲戒処分差止〕東京地判，③→H-24.2.9〔起立斉唱・伴奏/義務不存在確認・懲戒処分差止〕最1判）は、起立斉唱・伴奏義務不存在確認の訴えについて、「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」という都教委の通達と校長による「職務命令との間には事実上の不可分一体性が認められる」とし、「無名抗告訴訟として適法」<sup>2)</sup>とするが、「無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟において確認の利益が認められるためには」、1審原告らの「法的地位に何らかの不安、危険が生じているだけでは足りず、重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないことが必要である」、「本件通達は、」1審原告「らにおいて知悉されており、内容も具体的であり、取消訴訟又は無効確認訴訟並びに執行停止による救済という事後審査が適切かつ実効的な救済手段と考えられる」とし、1審原告らの「提起する無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟は、重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないとはいえないので、確認の利益が認められない」とする。差止めの訴えの適法性については、改正法の施行に伴い、行訴法上の差止めの訴えに転化しているとし、法定抗告訴訟とするが、「差止訴訟は、『その損害を避けるため他に適当な方法があるとき』（行政事件訴訟法37条の4

第1項ただし書)には不適法となる」, 1審原告らが、「差止めを求めるのは地方公務員法29条1項, 地教行法23条3号に基づく都教委の行う懲戒処分であるが, その前提」「となる処分として都教委が発出した本件通達が存在し, それは継続的に通用力を有するから, その取消訴訟又は無効確認訴訟を提起すれば, 同被控訴人らの主張する損害を避けることができる」, 「本件差止訴訟は, 『その損害を避けるため他に適当な方法があるとき』」だとし, 不適法として斥ける。

### C このアプローチを支える思想

#### (1) 教員の思想・良心への積極的(プラスの)コミット・対抗価値への消極的(マイナスの)コミット

H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/義務不存在確認, 懲戒処分差止〕東京高判は, 1審原告「らの無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認の訴え及び本件差止の訴えは, 不適法であるから, いずれも却下すべきであるが, 審理の経過及ぶ争点の共通性にかんがみ」, 1審原告「らの国家賠償請求訴訟のみならず」「被控訴人らの無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟及び本件差止訴訟についても本案の判断をするのが相当である」とし, 本案判断をしている。後述のH-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判において見るように, 教員の思想・良心へのコミットは, 弱い。

#### (2) 対抗価値への積極的(プラスの)コミット・人権への消極的(マイナスの)コミット

(a) H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/義務不存在確認, 懲戒処分差止〕東京高判は, 後述のH-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判において見られるように, 対抗価値へのコミットは強い。

#### (3) 司法哲学

消極的な司法観といえよう。

D このアプローチをめぐって

(1) H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/義務不存在確認, 懲戒処分差止〕東京高判については、後述する H-23.1.28〔起立斉唱・伴奏/国賠〕東京高判のとこ  
ろで扱う。

注

- 1) 東京都教育委員会は、都立高等学校長らに対し、平成 15 年 10 月 23 日付けで、「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について（通達）」を發した。その内容は、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。都立学校に勤務する教職員である原告らが、本件通達に基づく校長の職務命令により、都立学校の入学式、卒業式等の式典において国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、国歌斉唱の際にピアノ伴奏をすることを強制されることは、原告らの思想・良心の自由、信教の自由、表現の自由、教育の自由等を侵害するとして、被告都教委らに対し、上記各義務がないことの確認、これらの義務違反を理由とする処分の事前差止め及び国賠法 1 条 1 項に基づき、慰謝料の支払を求めた。
- 2) 本判決は、「本件通達は、あくまで校長に対する内部行為（職務命令）ではあるものの、都教委は、校長が所属教職員に対し、本件通達に基づく本件職務命令を發することを予定し、かつ教育機関の職員の任免その他の人事に関する事務を管理し、執行しているので（地教行法 23 条 3 号）、本件職務命令に違反した教職員に対し懲戒処分（地方公務員法 29 条 1 項）の実施を予告する意思を確定的に示している」、「しかも、その対象者は、現に都立学校に勤務する教職員であり、校長から本件職務命令を受けた特定の者に限られる。結局、本件通達は、特定の教職員に条件付きで懲戒処分を受けるという法的効果を生じさせるものである。すると、同被控訴人らが判決によって回復しようとする権利利益を侵害している行政の活動、作用等は、本件通達であり、それは処分性を有するものと解される」という。

## 《消極主義 II》

ここに類別されるアプローチは、見られない。

## 《消極主義 III》

### (一) 「職務の公共性に由来する内在的制約」アプローチ

#### A 概 要

これは、職務命令は、原告に一定の外部的行為を命じるものであるから、原告の内心領域における精神的活動までも否定するものではないとする。しかし、人の内心領域における精神的活動は外部的行為と密接な関係を有し、ピアノ伴奏を命じることは、原告の思想・良心に反する行為を行うことを強いるものと捉えるが、公務員の職務の公共性に由来する内在的制約として合憲性を肯定するアプローチである。教員の思想・良心の自由へのコミットは弱く、対抗価値へのコミットは強い。

#### B 裁判例

(1) H-15.12.3〔伴奏(戒告)/取消〕東京地判平成15年12月3日<sup>1)</sup>(判時1845号135頁, ②→H-16.7.7〔伴奏(戒告)/取消〕東京高判, ③→H-19.2.27〔伴奏(戒告)/取消〕最3判)は、まず、職務命令の不存在をいう原告の主張を斥け、ピアノ伴奏は原告の職務に関する事項であるとし、職務命令の適法性について検討する。憲法19条違反の主張について、原告は、『君が代』は過去の日本のアジア侵略と密接に結びついており、これを公然と歌ったり、伴奏することはできない……』という「思想・良心を有していることが認められる」とし(後述のC(1)(a)【信念テーゼ】)、公務員であっても思想・良心の自由は尊重されなければならないとするが(後述のC(1)(b)【公務員であっても……テーゼ】)、  
「本件職務命令は、本件入学式において音楽専科の教諭である原告に『君が代』のピアノ伴奏を命じるというものであり、そのこと自体は、原告に一定の外部的行為を命じるものであるから、原告の内心領域における精神的活動までも否定するものではない」という。しかし、一転、「人の内心領域における精神的活動は外部的行為と密接な関係を有するものといえるから、『君



が代』を伴奏することができないという思想・良心を持つ原告に『君が代』のピアノ伴奏を命じることは、この原告の思想・良心に反する行為を行うことを強いるものであって、「憲法 19 条に違反するのではないかが問題となる」という。そして、後述の C (2) (a)【全体の奉仕者テーゼ】、C (2) (b)【指導要領テーゼ】を援用し、「校長が音楽専科の教諭である原告に対し、『君が代』斉唱の際にピアノ伴奏を命じる内容の本件職務命令を発する必要性はあった」とし、「思想・良心の自由も、公務員の職務の公共性に由来する内在的制約を受けることからすれば、本件職務命令が、教育公務員である原告の思想・良心の自由を制約するものであっても、原告において受忍すべきもので、これが憲法 19 条に違反するとまではいえない」とする。その他、判決は、子ども及びその保護者の権利を侵害していない<sup>2)</sup>、憲法 1 条に違反しない<sup>3)</sup>、憲法 99 条に違反しない<sup>4)</sup>とする他、校長の管理権ないし校務掌理権の濫用でない<sup>5)</sup>、「原告のした本件行為は、地方公務員法 32 条、33 条に違反するものであり、少なくとも同法 29 条 1 号、2 号に該当し、「懲戒権の濫用は無い」<sup>6)</sup>、「本件処分は違法であるとまではいえず、適法である」と述べ、訴えを棄却する。

(2) H-16.7.7 [伴奏(戒告)/取消] 東京高判平成 16 年 7 月 7 日 (①→H-15.12.3 [伴奏(戒告)/取消] 東京地判, ③→H-19.2.27 [伴奏(戒告)/取消] 最 3 判) は、1 審と同旨を述べ、棄却する。

## C このアプローチを支える思想

(1) 教員の思想・良心の自由への積極的 (プラスの) コミット・対抗価値への消極的 (マイナスの) コミット

### (a) 【信念テーゼ】

H-15.12.3 [伴奏(戒告)/取消] 東京地判は、原告は、「『君が代』は過去の日本のアジア侵略と密接に結びついており、これを公然と歌ったり、伴奏することはできない……」(一注 6) 参照) という「思想・良心を有していることが認められ」、「校長は、原告が思想・良心から、また音楽教諭としての立場

からも、本件入学式において『君が代』の伴奏をすることはできないということを知っていた」という。

(b) 【公務員であっても……テーゼ】

H-15.12.3〔伴奏(戒告)/取消〕東京地判は、「もとより公務員であっても思想・良心の自由はあるから、原告が内心においてそのような思想・良心を抱くことは自由であり、その自由は尊重されなければならない」という。

(2) 対抗価値への積極的(プラスの)コミット・人権への消極的(マイナスの)コミット

(a) 【全体の奉仕者テーゼ】

H-15.12.3〔伴奏(戒告)/取消〕東京地判は、「原告のような地方公務員は、全体の奉仕者であって(憲法15条2項)、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、全力を挙げて専念する義務があるのであり(地方公務員法30条)、思想・良心の自由も、公共の福祉の見地から、公務員の職務の公共性に由来する内在的制約を受けるものと解するのが相当である(憲法12条、13条。)」という。H-16.7.7〔伴奏(戒告)/取消〕東京高判も同旨。

(b) 【指導要領テーゼ】

H-15.12.3〔伴奏(戒告)/取消〕東京地判は、「学校教育法20条及び同法施行規則25条に基づき規定された小学校学習指導要領は、『入学式・卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、(中略)国歌を斉唱するよう指導するものとする。』『(1)儀式的行事 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』としているところ」という。

(c) 【音楽専科教諭による長年にわたるピアノ伴奏テーゼ】

H-15.12.3〔伴奏(戒告)/取消〕東京地判は、「小学校では、本件入学式に至るまで5年間にわたって、入学式・卒業式においては国歌(「君が代」)斉唱の際に音楽専科の教諭によるピアノ伴奏が行われていたこと」「からすれ

ば、ピアノ伴奏による『君が代』斉唱指導の有効性は一概に否定できるものではないし、本件入学式では新入生の入場に当たっては入場曲をピアノ伴奏するのであるから「これに引き続く『君が代』斉唱もピアノ伴奏で行う方が、式の流れからも自然である」、「音楽専科の教諭の職務が主として児童の音楽教育を司ることにあることからすれば、『君が代』のピアノ伴奏をするのは、他教科の教諭よりも音楽専科の教諭の方が適当である」、「発出された職務命令自体は、その目的、手段も、合理的な範囲内のもの」という。

### (3) 司法哲学

積極的な司法観とはいえない。

#### D このアプローチをめぐる

(1) H-15.12.3〔伴奏(戒告)/取消〕東京地判、H-16.7.7〔伴奏(戒告)/取消〕東京高判が、『君が代』のピアノ伴奏を職務命令によって命じることは、「原告に一定の外部的行為を命じるものであるから、原告の内心領域における精神的活動までも否定するものではない」とした点について、「具体的な外部的行為を行えないとする良心を持つ者に、その外部的行為を行なうように命令することは『構造上、内心領域における精神活動までも否定する』のと同じ意味をもつ」<sup>7)</sup>という批判、他方、判決が、「人の内心領域における精神的活動は外部的行為と密接な関係を有する」、「『君が代』を伴奏することができないという思想・良心を持つ原告に『君が代』のピアノ伴奏を命じることは、この原告の思想・良心に反する行為を行うことを強いるものであるから、憲法 19 条に違反するのではないかが問題となる」としつつも、原告の思想・良心の自由は、公務員の職務の公共性に由来する内在的制約を受けるとした点については、「精神的自由が侵されては、一般の公務員と異なった教師の専門の職務の遂行は不可能である。また、『君が代』を認めない思想・良心を持つ子どもが入学式に出席していることは十分考えうる」、「このような子どもに対しても教師が専門的責務を持つのは当然である。か

ような場で教師に「君が代」の演奏を命令するのは、式というものの特徴、即ち一斉性や集団性を考えると、子どもの成長発達を守ることを責務とする教師に、子どもの思想・良心の自由の侵犯を強いることになる」、「本件職務命令は、教師の思想・良心の自由を侵すものであり、また原告教師に期待される職務、即ち入学式で子どもの思想・良心の自由を守り発達に寄与するという責務にも反すると考えられ、本件処分を適法とした判旨には重大な疑問がある」<sup>8)</sup>という批判がある。

#### 注

- 1) Aタイプの訴訟。市立小学校の音楽専科の教諭である原告が、校長から入学式の国歌斉唱の際、ピアノ伴奏を行うよう職務命令を受けたが、その命令に従わなかったとして、教育委員会から戒告処分を受け、同処分の取消しを求めた（同入学式では、テープ伴奏により国歌斉唱が行われた）。原告は、職務命令について、一般的な主張（一注6）参照）を行う他、「子どもに対し、自発性の告知等の思想・良心の自由を実質的に保障する措置がとられずに、入学式等の公式行事において『君が代』斉唱を実施することは、子どもの思想・良心に対する侵害となる」、原告の勤務する「小学校においては、かかる措置はとられないまま、『君が代』斉唱が強制的に実施されており、そのような状況下で『君が代』斉唱のピアノ伴奏をすることは、子どもに対する強制に手を貸す手段ないし強制のための補助手段に他ならないから、本件職務命令は子ども及びその保護者の思想・良心の自由を侵害する具体的な実行行為を内容とするもので、憲法19条に違反し、違法である」とも主張する。
- 2) 本判決は、「仮に原告主張のように子どもに対し思想・良心の自由を実質的に保障する措置がとられない『君が代』斉唱を実施することが子どもの思想・良心の自由に対する侵害となるとしても、そのことは『君が代』斉唱実施そのものの問題であり、校長が教諭に対して『君が代』のピアノ伴奏をするよう職務命令を発したからといって、それによって直ちに原告主張の子ども及びその保護者の思想・良心の自由が侵害されるとまではいえない」という。
- 3) 本判決は、「天皇は日本及び日本国民統合の象徴であるから（憲法1条）、『君が代』の『君』が天皇を指すからといって、直ちにその歌詞が憲法1条を否定することには結び付かず、『君が代』のピアノ伴奏を命じた本件職務命令が憲法1条に違反するということはできない」という。
- 4) 本判決は、「本件職務命令は憲法に違反するものではないから、その発出が公務員の憲法尊重擁護義務を定めた憲法99条に違反するとはいえない」という。
- 5) 本判決は、「原告は、本件職務命令は」「校長の管理権ないし校務掌理権の濫用に

あたる旨主張するが、職務命令は、職務上の上司が受命者の職務に関して発する命令であり、それが法律上または事実上の不能を命じるものでないときは有効であると解すべきであるから、これらを満たしている職務命令がなお命令権者の権限の逸脱ないし濫用にあたるというためには、当該職務命令が明らかに不当な目的に基づくものであるとか、内容が著しく不合理であるという場合に限定される」、「本件職務命令は、上記の職務命令発出の要件を満たしているといえるし、かつ、他により望ましい選択肢があるかどうかはともかくとして、本件入学式における『君が代』のピアノ伴奏を命じた本件職務命令自体が、明らかに不当な目的に基づくものであるとか、内容が著しく不合理であるとまではいえないから、本件職務命令が校長の管理権ないし校務掌理権を濫用したとまではいえない」という。

- 6) 本判決は、「公務員に対する懲戒処分は、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科される制裁である。したがって、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、当該公務員のその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、を決定することができるもので、公務員につき、地方公務員法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されている」、「したがって、懲戒権者の裁量権の行使としての懲戒処分は、それが社会観念上著しく妥当性を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合でない限り、その裁量権の範囲内にあるものとして違法とならない」、「裁判所が懲戒処分の適否を審査するにあたっては、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く、懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべき」とし、「裁判所が懲戒処分の適否を審査する上記の判断基準に照らせば、戒告という、文書訓告や口頭注意よりは重いけれども懲戒処分としては最も軽い形式による本件処分が社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量権を濫用したとまで認めることはできない」という。
- 7) 西原博史『『君が代』ピアノ伴奏拒否処分と教師の良心の自由』受験新報 636 号 9 頁 (2004)。
- 8) 小野方資・季刊教育法 141 号 97 頁 (2004)。