

掲揚・国歌斉唱の実施率が100パーセントになった中で、① 国旗を舞台壇上正面へ掲揚するのではなく三脚で掲揚する高校があったこと、② 卒業式等に先だっていわゆる内心の自由が説明されたこと、③ いわゆるフロア方式で卒業式が行われていたこと、④ 国歌斉唱の際に起立しない教職員がいたことはあったものの、これらの事実は、何ら「混乱」でも、解決すべき「課題」にも当たらず、決して、一審被告が主張するような、「本来なされるべき国旗及び国歌の適正な指導がなされていないという事態を改善すべく、本件通達を発出せざるを得ない」というような状況ではなく、教育現場の実態から特に必要性に迫られて本件通達発出に至ったというような経過ではない。ところが、都教委において、当初はごく一部の突出した意見にすぎなかった強硬派委員の意見が受け入れられるところとなり、平成11年通達後に行われていた国旗掲揚・国歌斉唱に関する施策を急激に転換させ、本件通達の発出に至った。

なお、国旗・国歌法には、義務付け条項・尊重条項が入っていないが、その制定過程における政府答弁等に照らせば、義務付けをしてはならないとの立法者意思があったからであり、同法は、君が代を歌いたくなければ歌わずに済むことを保障する意思を含めて制定されたものである。それにもかかわらず、都教委は、この立法趣旨をあえて無視して、それを逸脱した本件通達発出に踏み切った。

したがって、本件介入が「不当な支配」に当たるか否かを検討するにあたって、「平成15年当時の国旗掲揚・国歌斉唱の実施状況からして、本件通達の目的に合理性があり、本件通達を特に発すべき必要性があった。」旨の原判決の判断は、事実に基づかない誤ったものである。

(3) 争点オ（本件不合格について、都教委に裁量権の逸脱、濫用があるか）について

ア 本件通達や本件職務命令が一部の政治勢力に迎合する形で進められたこ

とや、本件通達が特有の国旗・国歌観を有していること、入学式・卒業式でのいわゆる不起立教職員に対する大量処分や内心の自由の説明禁止、生徒の不起立を理由とする担任教師に対する「嚴重注意」等の実質的処分等、本件職務命令を発出した前後の経過にかんがみれば、本件通達や本件職務命令の真の趣旨・目的は、単に教職員の外部的行為の規制を狙うものではなく、特定の信念を有する教職員をあぶり出し、外部的行為の規制違反を口実として処分を加えようとしたものであり、本件不合格は、単に不起立行為という外部的行為を理由としたものではなく、一審原告らが起立・斉唱しない（できない）という信念を有していたことを真の理由とするものである。

イ 都教委は、要綱上の本来の選考資料である推薦書及び面接票における評定が仮に全てAであろうと、不起立行為という本件職務命令違反1回のマイナス評価が他の有利な事情によるプラス評価を上回ると判断し、同違反1回のみで不合格としていた。このことから、本件不合格は、従前の再雇用選考における判断と大きく異なり、本件職務命令違反を極端に過大視する一方で、一審原告らの勤務成績に関する他の事情をおよそ考慮した形跡がないのであって、客観的合理性や社会的相当性を著しく欠くものであることは明白である。

ウ 本件のような再雇用拒否が違法であるか否かを判断する基準は、第1に、身分の得喪をもたらす裁量判断の過程において考慮すべき事項あるいは考慮することのできる事項は、当該裁量を付与した制度の趣旨及び目的並びに当該制度の根拠法規の定め方によって規定されていること、第2に、このようにして規定された考慮事項のうち、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に入れて判断すれば、当該判断は違法であること、第3に、考慮事項が広範に及ぶ場合など、考慮事項に基づく判断がなされたと認め得る場合であっても、これにより生じる不利益の大きさ等に

照らして、その判断のもたらす結果が著しく不合理であれば、当該判断は違法であることである。

本件再雇用制度の趣旨及び目的は、退職教職員の生活の安定とその知識及び技能の活用であるとされており、その採用選考に当たっては、東京都公立学校再雇用職員設置要綱（以下「本件要綱」という。乙1）において、「勤務成績」、「知識及び技能」、「健康」及び「意欲」を判断の基準とすることが定められており、教育庁人事部長が定める「東京都公立学校再雇用職員設置要綱の運用について」（以下「本件運用内規」という。甲7）により、これらは申込書、推薦書及び面接結果の三点資料を判断資料として用いて判断されるべきものであるとされている以上、本件再雇用制度の下では、上記の判断基準及び判断資料が、裁量判断の過程において考慮すべき事項あるいは考慮することのできる事項の範囲を画することになる。したがって、これらの考慮事項に基づくことなく判断した場合や、これらと異なる他の事情を考慮して判断した場合には、当該判断は違法であることを免れない。そして、退職教職員の採用拒否が一方的に身分の喪失という重大な不利益をもたらすことに照らせば、その違法性の審査は、厳密かつ慎重でなければならない。

しかるに、本件不合格は、起立・斉唱しない（できない）との信念を有する者の排除を目的としてされたものであり、その採用選考判断においては、上記三点資料とは別に、都教委人事部選考課が、職員の服務事故に関する事務を所管する職員課に対して、国歌斉唱時の不起立の有無について特に情報提供を求め、一審原告らの思想及び良心に関わる問題であることについての相応の考慮をしておらず、また、採用拒否の判断において、本件職務命令違反以外の事実を考慮していない。そして、一審被告は、他の評定がすべてAである等一審原告らに有利な事情を斟酌しても、本件職務命令違反行為という非違行為のマイナス評価が有利な事情に対するプラス

評価を上回るとの判断の下に、本件職務命令違反行為のみで不採用としており、国歌斉唱時の職務命令違反を余りにも過大視する一方で、本来当然に考慮すべき、一審原告らの勤務成績に関する事情をおよそ考慮していない。その上、過去における選考合格の実例と比較しても不平等であること、一審原告らの不利益が甚大であり、比例原則の観点からも、本件不合格が不相当に過酷な措置であることにもかんがみると、都教委による本件不合格は、考慮すべき事項を考慮しておらず、また、考慮された事実に対する評価が著しく不合理であり、その結果、客観的合理性や社会的相当性を著しく欠くものであって、都教委の裁量権を逸脱、濫用したものとして違法であり、不法行為を構成することが明らかである。

エ 一審被告は、控訴審の弁論終結近くになって、平成4年度から平成9年度における再雇用につき相当数の不合格者があったことを示す資料として乙62の1及び2を提出してきたが、その成立の真正は認められず、公印も発番もない文書で作成経緯も不明であって、少なくとも公文書とは認められず、また、そこに記載された数字も、新規に再雇用職員に採用されることを申し込んだケースと、既に再雇用職員に採用されており、その更新を申し込んだケースとを区別しておらず、選考の運用において実情の異なる小中学校と都立学校（都立高校及び都立盲ろう養護学校）とを区別していないというものであり、一審原告らの期待権の要保護性を判断する基礎資料として意味に乏しい。客観的資料から明らかな本件再雇用職員制度の採用選考合格者数、不合格者数は、原判決別紙2に記載の平成12年度から平成17年度の数字であり（ただし、平成16年度以降の不合格者数には一審原告らが含まれる。）、これを基礎に期待権の要保護性の判断がなされるべきである。

5 一審被告の当審主張

(1) 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

原判決は、本件職務命令について、「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、本件通達やその後の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。」「都教委は、本件通達を定めたうえ、都立高等学校における卒業式等を本件通達のとおり実施させるため、各校長をして、本件職務命令を発出させたといえるから、本件職務命令の発出についても、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。」旨判示しているが、これは誤りである。本件通達の名宛人は都立学校の各校長であって、教職員ではなく、また本件通達では各校長に教職員に対する職務命令の発出を義務付けていないことは本件通達の文辞上明らかである(乙44の3)。都教委は、地教行法23条5号に基づき都立学校の教育課程、学習指導を管理・執行する権限を有するのであって、都立高校における卒業式等の式典における国旗及び国歌についての指導が適正に実施できるようその一環として国歌斉唱の実施方法について校長に対し指導助言できることは当然のことであるし、各都立学校が国旗及び国歌についての適正な指導のために校長において教職員に対し職務命令を発する必要がある状況であれば、その旨の指導助言をすることも当然である。また、都教委は都立学校の教職員の任命権者であり、教職員が校長の職務命令に反する事態が万一発生した場合には、当然のことながら教職員の服務上の責任の問題となるのであるから、管理上、これに備えて、校長が自らの責任と判断のもとに職務命令を発する場合の発令方法の留意点、教職員の職務命令違反行為確認の留意点、都教委への報告方法等を各校長に指導助言し、周知しておくことは当然のことである。また、本件職務命令を発したのは、校長が学校現場の状況にかんがみて、本件通達どおりに卒業式及び入学式を適正に実施するには本件職務命令を発するしか方法がないと自

ら判断したからにはほかならない。本件職務命令の発出を実質的に都教委が行ったものとする上記判示部分は、この点について事実誤認があるといわざるを得ない。

(2) 争点オ（本件不合格について、都教委に裁量権の逸脱、濫用があるか）について

ア 本件においては、公教育を担う教育公務員であった一審原告らが、学校行事である卒業式の場合において、公教育の根幹である高等学校学習指導要領に基づく教育課程を適正に実施するために発出された本件職務命令に反するという重大な非違行為を行い、しかも、それが生徒、保護者及び来賓の面前において公然となされ、生徒に対する教育効果が著しく減殺されるとともに、教育公務員に対する信用を大きく損なう恐れがある行為がされた。式典の主催者側である学校の教職員が起立しなかったことで、式典の厳粛さは大きく損なわれ、式に参列する来賓や保護者に対し、不信感を抱かせたり、嫌悪感や不快感を覚えさせただけでなく、厳粛で清新な気分を味わおうとして式典に臨んだ際に抱いていた期待も大きく損なわせ、さらには、職務命令違反、信用失墜行為という服務規律に係る事故が発生したことになるのであるから、公務員の服務上の規律が害されたことになる。本件の不起立行為は、国旗・国歌条項の実施についての都教委の関与・介入に対する抗議としての一種の示威行為とも評価し得るものであって、その態様は決して消極的かつ受動的な性格のものではない。このような不起立行為の性質、効果等にかんがみれば、任命権者である都教委が、一審原告らの勤務成績が良好でないとして判断して、再雇用選考につき不合格としたことは、少なくとも社会通念上著しく不合理であるとは到底解されないところであり、本件不合格が国家賠償法上違法とされる余地がないことは明らかである。

イ 本件は、公務員の採用における任命権者の権限（裁量権）行使の問題で

ある。しかるに、原判決は、一審原告らを公務員として採用しなかったことが、あたかも、任命権者である行政庁が一審原告らに不利益処分を行った場合の取消訴訟における裁量統制論と同様な審査方式を採用して判断していると考えられるものである上、「当該申込者について不合格と判断した理由が著しく不合理である場合や、全くの恣意的な理由で不合格とした場合」などに裁量権の濫用、逸脱になると判示しながら、実質的には、任命権者の裁量の範囲を著しく狭め、実体判断代置方式、すなわち、任命権者の選考不合格という判断結果と裁判所の判断する結果とが一致しない場合には、裁判所の判断を優先させ、いわば、任命権者の判断に代置する形で、そのその採否に係る判断を違法とする方式による審査をしたに等しいほど、任命権者の判断を軽視しているものであって、誤りである。

ウ 本件再雇用制度の嘱託員は、特別職の地方公務員であり、そうである以上、任命権者の行政処分である任命行為により初めてその地位が与えられるのであって、それ以前に、契約（合意）等により嘱託員の地位を保障することが許されないことはもとより、制度としても、嘱託員の希望者に対してその地位を付与することを予め保障することなどできない。再雇用職員の任用については、勤務成績等の要件を備えている者の中から選考を行った上で、都教委が任命することとされており、決して、本人が希望しさえすれば採用される制度とはなっていない。したがって、嘱託員の申込者が選考に不合格となったとしても、これにより何ら任用に係る権利が侵害されたものということできないのである。選考に当たって、特定の申込者が、任用要件の判断等について任命権者から不当な差別的取扱いをされたなどの事情があれば、人格的利益を侵害するものとして違法となることはあろうが、任用される権利又は任用されることに係る「期待」が侵害されたものとみることはできない。そうだとすれば、再雇用の申込者が任用されるとの期待を抱いたとしても、その期待は主観的な事実上のものにすぎ

ず、この期待が法的保護に値する程度にまで高められた期待権であるということはできない。

エ 近年、判例及び行政法理論において、国民の行政に対する信頼は保護されなければならないという法理（信頼保護原則）が形成されてきている（昭和56年1月27日最高裁判所第三小法廷判決・民集35巻1号35頁）が、この信頼保護原則を適用するに当たっては、まず国民が信頼する契機となるような行為を行政が行ったということがなされなければならない、それに加えて、行政の措置等を信頼する国民の側に、そのような行政の行為を信頼するのは当然であるという客観的状況あるいは保護すべき信頼が客観的な基盤を有するものとして存在していたことが必要とされており、この二つの要件を満たしているときに国民の信頼保護が問題になるとされている。

しかし、本件において、一審原告らは最初から不合格とされたのであり、嘱託員として採用又は更新されることを期待するような事情は全く存在しておらず、本件再雇用の制度趣旨や過去の状況から、直ちに申込者全員に対して一律に期待権の成立を認めることはできない。また、本件通達の発出により、教職員が本件職務命令に従わない場合には服務上の責任が問われることが周知されていたのであり、懲戒処分を受ければ、昇給や昇格等において不利益を受けることは公務員にとっては常識ともいうべきであって、再雇用選考にも影響があることについて、一審原告らは当然認識していたというべきである。したがって、上記二つの要件はいずれも認められず、本件について信頼保護原則の適用も認められない。

オ 原判決は、再雇用制度の過去の運用状況として、「平成12年から平成14年まで、都立学校の再雇用職員に申し込んだ者（3122名）は、全員選考に合格し、その後も圧倒的に多数は合格していたから、選考の結果、不合格とされるのはごくごく例外的な場合であったと考えられる。」と判

示するが、これは、都教委が原則全員採用するようにことさら制度を運用してきたからではなく、毎年の選考の結果の積み重ねにすぎない。加えて、平成4年から平成9年の間に実施された採用選考においては、年平均で5.7人（平成8年度は9名）が不合格になっており、希望者全員が合格しているとまではいえない（乙6，62の2）。

第4 当裁判所の判断

1 当裁判所は、一審原告らの請求はいずれも理由がないと判断する。その理由は、後記3において一審原告らの当審主張に対する判断を、後記4において一審被告の当審主張に対する判断をそれぞれ加えるほかは、原判決の「事実及び理由」中の「第3 争点に対する判断」の1から5に記載のとおりであるから、これを引用する。ただし、原判決を次項のとおり改める。

2(1) 原判決40頁12行目冒頭から同23行目末尾までを次のとおり改める。

「ア 憲法19条は、『思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。』と定めるものであって、人の内心における精神活動が外部に現われる外部行為を保障するものではないが、人の思想及び良心の自由ときわめて密接な関係を有するものである外部的な行為を保障しないものとは解されない。したがって、人は、その内心における思想や良心に反するという主観的な理由により法規制に従った外部行為をすることを拒むことは許されないとしても、その思想及び良心の本質又は核心にあるものときわめて密接な関係を有するものとみるべき外部的な行為に限っては、法規制をもってこれを強制されることを拒み得るものと解するのが相当である。」

(2) 原判決42頁7行目の「児童」を「生徒」と改める。

(3) 原判決42頁9行目の「以上によれば」から同43頁23行目末尾までを、「以上によれば、本件職務命令は、一審原告らの有する思想及び良心の自由そのものを直接否定するものとは認められず、また、一審原告らが各有する思想及び良心という内心の自由の本質又は核心ときわめて密接な関係にある

とみるべき外部的な行為を命ずるものであるとも認められない。」と改める。

(4) 原判決45頁13行目の「本件通達」を「本件職務命令」と改める。

(5) 原判決52頁14行目末尾の次に改行して以下のとおりを加える。

「6 争点オ（本件不合格について、都教委に裁量権の逸脱、濫用があるか）
について

(1)ア 本件再雇用制度は、定年退職等によりいったん退職した一般職の地方公務員を地方公務員法3条3項3号に定める特別職の非常勤公務員として新たに任用する制度であり、その前後で身分上の連続性はなく、都教委は、地教行法34条に基づき、一定の基準の下に再雇用の希望者を選考した上で再雇用職員（嘱託員）として任命する権限を有しているものであって、再雇用の希望者を全員採用しなければならない義務を負うものではなく、都教委は、この採用許否の判断につき、広範な裁量権を有していると解される。

再雇用を希望する者に対する不採用に当たり、上記の裁量権について著しい濫用ないし逸脱があった場合に、それが不法行為を構成する余地のあり得ることはいうまでもない。しかし、再雇用は、新たに公務員として任用する行為であって、現に公務員の身分を有する者についてその身分を失わせる懲戒免職のような処分とは異なる上、前記第2の1(5)イ、ウに記載のとおり、任命の要件として成績要件等を定めた本件要綱も、一般職の地方公務員の任用についての地方公務員法15条等とは異なる内部的なものにすぎず、規範性を有するものではないから、この成績要件についての評価及び判断に係る裁量権は、かなりの程度に広いものであり、その不採用が上記のように不法行為を構成するのは、例外的な場合であるといわざるを得ない。

イ ところで、証拠（甲16の2、26の1及び2、甲85）によれ

ば、本件再雇用制度は、地方公務員法の改正により、それまで定年退職制度がなかった東京都の職員について、昭和60年3月から60歳定年制が導入された際、東京都教職員組合や東京都高等学校教職員組合等の連合組織である東京都労働組合連合会から、定年制導入の代償措置として、定年後の教職員の雇用の確保の要請を受け、同連合会との交渉を経て導入された制度であること、本件再雇用制度は、定年退職者やこれに準ずる者等を対象としていること、導入時に定められていた最長3年間という雇用期間は、当時の年金制度では、63歳から年金受給を開始すると、その最高額が受給できたという事情によるものであったことなどの事実が認められる。また、前記第2の1(5)エに記載のとおり、東京都教育庁人事部が作成した手引にも、本件再雇用制度の制度趣旨について、『高齢化社会に対応し、退職する職員に生きがいと生活の安定を与えるとともに、長年都に在職して培った豊富な知識や技能を退職後も都に役立てることにある。』と記載され、退職後の職員の生活安定に資するための制度であることが明記されている。これらを併せ考慮すると、本件再雇用制度が教職員の定年後の雇用を確保するという意義を有することは明らかであるといえる。また、前記第2の1(6)に記載のとおり、平成12年から平成14年まで、都立学校の再雇用職員に申し込んだ者(3132名)が全員選考に合格し、その後も圧倒的多数は合格していたのであるから、選考の結果、不合格とされるのは例外的な場合であったと考えられる。しかしながら、これらの事情は、制度の機能及び事実上の運用を述べたにすぎず、これらの事情があるからといって、再雇用を希望する者が採用されることについて抱く期待というものは、事実上のものであって、これが法的保護を受ける期待権に当たると解することは困難である。

ウ 本件において、一審原告らは、前記認定事実のとおり、適法な本件職務命令に違反するという非違行為を行った上、これにより戒告処分を受けたのであり、そのことは、本件要綱が要件として定める勤務成績について低い評価をもたらすことはやむを得ないことといふべきである。

なお、前記6(1)に記載の認定事実を照らせば、従前、不起立行為を理由として再雇用につき不採用となった例はみあたらず、少なくとも、そのような事実のみを理由として不採用とされたのは、一審原告らが初めてであったと認められる。また、証拠（甲20の1及び2、甲21、24、243、271、274の1及び2）によれば、従前は、退職前に戒告処分を受けた者のみならず、地方公務員法上の争議行為禁止規定違反を理由に停職処分を2回受けた者や、交通事故を理由に懲戒処分を受けた者が再雇用で採用されていたことが認められる。しかし、前示のとおり、再雇用に当たっては、都教委は、免職処分や一般職地方公務員の任用の場合に比して広範な裁量権を有しているものと解さざるを得ず、また、その多様な考慮要素群の中における各考慮要素についても、常に一律不変の重点を置かなければならないものとまではいいがたく、その時々によりその比重が変化することも許容され得るところであって、上記のような事実があるからといって、前記アで判示したような性質を有する再雇用における本件不合格が、裁量権の著しい濫用ないし逸脱に当たるとまでいうことはできない。

エ したがって、本件不合格が不法行為を構成すると解することはできないといふべきである。」

3 一審原告らの当審主張について

(1)ア 一審原告らは、一審原告らの思想及び良心には、高等学校における卒業

式等の儀式的な学校行事において、国民の間で価値中立的な存在となっていない国旗及び国歌を強制してはならないという思想、信条が含まれている以上、教職員である一審原告らに対して国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを命じる本件通達及び本件職務命令は、儀式的行事において教職員として儀礼的な行為を強制するものであって、まさに一審原告ら各人の内心における思想及び良心の自由そのものに対する直接的抑圧となる旨主張する。

検討するに、憲法19条は、人の内心における思想及び良心の自由を保障するものであって、これに基づく外部行為の自由まで保障するものではないが、個人の内心の自由の本質又は核心にあるものときわめて密接な関係にあるとみるべき外部的な行為、すなわち、一般的に人の内心の自由と不可分に結び付けられたものと認められる外部的行為に限り、なお憲法19条の保障するところであると解されるべきことは、前示のとおりである。

しかるとき、一審原告らは、教職員として卒業式等の儀式的行事において国旗に向かって国歌を斉唱することが全国民の間で価値中立的な存在となっていない以上、上記の起立・斉唱を強制してはならないという考えに基づき、卒業式等において不起立行為を行ったものであるが、上記の起立・斉唱というものは、教職員として高等学校学習指導要領に基づき行う儀式的行事における学校職員という社会的な立場における行動にすぎず、一般的に一審原告ら個人の内心における国旗及び国歌に対する特定の思想や信条と不可分的に結び付けられたものと認められる類型の外部的な行為ではない。

したがって、一審原告らに対する本件職務命令が、一審原告らの思想及び良心そのものに対する直接的な侵害となる旨の主張と解される一審原告らの上記主張は、採用することができない。なお、本件通達は、校長に対して発せられたもので、一審原告らに直接何らかの義務付けをするもので

はなく、それ自体としては、一審原告らの思想及び良心の自由を侵害するものではない。

イ(ア) 一審原告らは、原判決が、本件職務命令が思想及び良心の侵害とならない理由について、一審原告ら自身の主観からみた思想及び良心と拒否行為との不可分性及び真摯性について考察することなく、「一般的には」との一言で思想及び良心と拒否行為との結び付きを否定したことを非難し、かつ、一審原告らは、自己の思想及び良心の領域が侵害されることを防衛するために、極めて消極的な拒否態様により自らの思想及び良心を防衛すべく不起立行為に及んだにすぎず、かかる行為は憲法19条の保障を受ける旨主張する。

しかし、思想及び良心の自由と上記した外部的行為との不可分性について、当人の主観を考慮要素に入れて判断すると、その不可分性の有無が、結局、当人の判断に委ねられてしまい、各人が、自己の内心における思想や良心に反すると主観的に考えるか否かによって、当該外部的な行為について憲法19条違反の問題が生じ得るか否かが決定されることとなる。また、一審原告らは、そのような主観的要素として、真摯性を考慮すべきである旨もいうが、各人の内心における思想及び良心が真摯なものであるか否かの判断自体、当人の主観によるとするならば、結局、上記と同様の理となる。しかし、各人が、その内心における思想や良心に反するという主観的な理由から外部行為を拒否する自由が保障されるとした場合には、社会の秩序は成立し得ず、憲法19条がかかる趣旨の保障規定であると解することはできない。純粋に内心の自由の外においても、憲法19条の保障を認めるべきであるという判断は、自己の内心における思想及び良心の本質又は核心にあるものときわめて密接に関係するとみるべき類型の外部的な行為に属するかどうかという一般的、客観的な観点を中心として判断されるべきであると解するのが相当であ

る。

したがって、一審原告らの上記主張は、採用することができない。

(イ) 一審原告らは、卒業式等のような公的な儀式的行事において、国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを強制することは、それに反対する信念を直ちに否定するものであるし、国旗に向かって起立して国歌を斉唱する行為は、国旗及び国歌に賛成できない思想、信条を否定する意味の思想を外部に表明させる種類の行為にほかならないから、一審原告らの思想及び良心の自由を直ちに否定するものであって、本件通達及びこれに基づく本件職務命令は、ピアノ伴奏事件最高裁判決（最高裁平成16年第(3)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）の判断枠組みの下でも、一審原告らの思想及び良心の自由を制約していると判断される旨主張する。

たしかに、起立は、一般的に起立の対象に対して敬意を表す行為であり、歌唱は、一定の思想、感情を言語で表現した歌詞を歌うものであって、ピアノによる伴奏行為とは、思想外部表明性の評価の点において相違が全くないとはいえない。もっとも、それはなお相対的なものであるともみ得ると解される点はしばらく措き、高等学校の卒業式等の学校行事において教職員として起立・斉唱を行うことが直ちに国旗及び国歌に対する多様な意見のうち特定の考えを体現するものであるとはいえないことは前示のとおりである。

したがって、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを命ずることが、一審原告らの思想及び良心の自由を直ちに否定するものであるといふことはできず、一審原告らの上記主張は、採用することができない。

ウ 一審原告らは、猿払事件最高裁判決（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）を援用して、本件通達及び本件職務命令による一審原告らの思想及び良心の自由に対す

る制約は正当化されるものではない旨主張する。

しかし、上記最高裁判決は、本件と事案を異にする上、前示のとおり、本件職務命令は、一審原告らの思想及び良心の自由を侵害するものではないと解されるから、一審原告らの上記主張は、採用することができない。

エ 一審原告らは、本件職務命令は、実質的には生徒に対して向けられた、生徒の内心の自由を侵すものであって、この点からも憲法19条に違反する旨主張する。

しかし、本件通達や本件職務命令が、偏狭なナショナリズムや愛国心などの特定の観念・思想を一方的に子どもに植え付けようとするものであるとは認められないことは、原判決の「事実及び理由」中の「第3 争点に対する判断」の2(2)ウに記載のとおりであって、卒業式等の学校行事において起立・斉唱という儀式的行為を命ずること（しかも、本件職務命令の名宛人は、教職員であって生徒ではない。）が、生徒の内心の自由を侵し、憲法19条に違反すると解することはできない。

したがって、一審原告らの上記主張は、採用することができない。

(2)ア 一審原告らは、都教委の本件通達以降の一連の施策は、校長を通じて教育現場に旧教育基本法10条1項が禁ずる「不当な支配」を及ぼしたものに他ならず、これにより発出された本件職務命令は、本件通達と一体のものであり、「不当な支配」の下になされたものであって違法・無効である旨主張する。

当裁判所も、原判決の「事実及び理由」中の「第3 争点に対する判断」の3(1)に記載のとおり、本件職務命令の発出は、本件通達やその後に関係する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、この発出が旧教育基本法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判断する。ただし、当裁判所も、同3(1)に記載のとおり、結局、本件通達は「不当な支配」に該当しないと判断す

るものである。

イ 一審原告らは、都教委が、本件通達後の「内心の自由の説明」を禁止したこと、平成15年度の卒業式等における生徒の不起立について、平成16年6月、合計67名の管理職及びクラス担任教員に対し、「指導不足による生徒の不起立」、「不起立を促す教員の不適切な言動」等を理由として嚴重注意等を行ったこと、校長に本件職務命令を出させ、従わない場合に懲戒処分を科したこと等は、憲法26条、23条、13条に違反し、かつ、旧教育基本法10条1項の「不当な支配」に当たる旨主張し、原判決が、上記「内心の自由の説明」の禁止について認定事実部分で軽く触れているのみであること及び上記「嚴重注意」等の実質的処分について憲法26条、23条、13条に違反し、かつ、旧教育基本法10条1項の観点から検討を加えていないことを非難する。

しかし、これらの点に関する判断は、争点イ（本件通達及びその後に関し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）及びウ（一審原告らに教職員としての専門職上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）について直接影響を及ぼすものではなく、当裁判所において判断の限りではない。

ウ 一審原告らは、旭川学テ事件最高裁判決（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）を援用し、都教委の教育内容・方法への介入も、大綱的基準の範囲にとどめられなければならないことを前提として、本件介入、すなわち、都教委による校長に対する本件通達とその後の一連の指導が、憲法26条、23条及び旧教育基本法10条に違反するものとして違憲（違法）無効である旨主張する。

旧教育基本法10条1項の「不当な支配」の主体には国、地方公共団体を問わず、その教育行政機関も含まれると解される。しかし、国の教育行政機関による介入は、大綱的基準の程度に止められるべきであるとしても、

地教委の介入については、教育の地方自治の理念や、地教行法23条5号において、地教委が学校の組織編制、教育課程、学習指導等に関して管理、執行する旨定められていることにも照らすと、必ずしも大綱的基準に止められる必要はなく、必要性、合理性が認められる場合に、地教委が、卒業式の在り方等について具体的に介入することが、上記不当な支配に当たるとは解されない。なお、地教行法23条について、上記と異なる解釈を述べる一審原告らの主張は、同条の文理にも反することなどにかんがみて、採用することができない。

また、上記最高裁判決における大綱的基準論は、もっぱら、国（文部大臣）の介入について述べられたものであることは判文上明らかであり（なお、同最高裁判決は、大綱的基準論を述べつつも、「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、必ずしも旧教育基本法10条の禁止するところではないと解するのが相当である。」旨判示して、全国中学校一斉学力調査自体は、不当な支配に当たらないと結論付けている。）、むしろ、同最高裁判決は、地教委の介入については、「市町村教委は、市町村立の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について基準を設定し、一般的な指示を与え、指導、助言を行うとともに、特に必要な場合には具体的な命令を発することもできると解するのが相当である。」旨判示しているのである。なお、一審原告らが、この判示部分をもって、単に手続上の適法性に関するものにすぎない旨主張する点は、採用することができない。

したがって、その余の点について判断するまでもなく、本件介入、すなわち、都教委による校長に対する本件通達とその後の一連の指導が、憲法26条、23条及び旧教育基本法10条1項に違反するものとして違憲（違

法) 無効である旨の一審原告らの上記主張は、採用することができない。

エ 一審原告らは、平成13年3月以降の卒業式等の状況について、教育現場の実態から特に必要性に迫られて本件通達発出に至ったというような経過ではなく、原判決が、本件介入が不当な支配に当たるか否かを検討するに当たって、平成15年当時の国旗掲揚・国歌斉唱の実施状況からして、本件通達の目的に合理性があり、本件通達を特に発すべき必要性があった旨判断したことは、事実に基づかない誤ったものである旨主張する。

しかし、本件通達を発出することを必要とする状況が認められることは、原判決の「事実及び理由」中の「第3 争点に対する判断」の3(2)エに記載のとおりであって、一審原告らが上記主張の証拠として提出する校長等の陳述書や証人尋問調書(甲214, 215の1, 甲222から224, 234, 246, 283等)は、いずれも、一部の高校の状況を証するものにすぎず、この認定を必ずしも妨げるものではない。加えて、証拠(乙54の1, 乙55の1, 乙56, 57の1, 乙58から61)によれば、平成11年通達の発出後から本件通達の発出までの間においては、一部の高校で、入学式実施要領に「国歌斉唱」が記載されておらず、校長の職務命令で記載させたこと、卒業式等に関して話し合われた職員会議で、国旗の掲揚や国歌斉唱に反対する教員が長時間にわたり執拗に反対したり、怒号が飛んで騒然となったこと、あるいは、卒業式等で、司会の教頭が「国歌斉唱」と発声したところ、ある教員が「やめて下さい。」と言ったことについて、保護者から苦情があったこと等が認められるのである。

したがって、一審原告らの上記主張は、採用することができない。

(3)ア 一審原告らは、本件不合格は、単に不起立行為を理由としたものではなく、一審原告らが起立しない(できない)、斉唱しない(できない)という信念を有していたことを真の理由とするものである旨主張する。しかし、再雇用を申し込んだ退職者で、国旗に向かって起立したものの、内心にお

いては上記の信念を有していた者、国歌を斉唱したものの、内心においては上記の信念を有していた者などが採用されなかった事実は、本件全証拠によるも認められず、本件不合格は、不起立行為という外部行為をしたことを理由に本件権職務命令違反という勤務成績に関する低い評価を受けたことによるものであると認められる。

したがって、一審原告らの上記主張は、採用することができない。

イ 一審原告らは、本件不合格は、従前の再雇用選考過程における判断と大きく異なり、本件職務命令違反を極端に過大視する一方で、一審原告らの勤務成績に関する他の事情をおよそ考慮した形跡がなく、客観的合理性や社会的相当性を著しく欠く旨主張する。

しかし、前示のとおり、公務員の身分を有している者についてその身分を失わせる処分とは異なり、いったん退職した者について新たに採用、不採用を決定する場合には、採用権者としては広範な裁量権を有していると解するほかはなく、また、その際の多種多様な考慮要素のうちどの点を重視するかについても、その時々的人事政策をめぐる諸条件の変容に応じて変わり得るものであるといわざるを得ない。本件不合格に至る経緯は、前示のとおりであって、本件不合格は、勤務成績の評価において本件職務命令違反の事実を重くみたことによるものであることは明らかであるが、そのことをもって、本件不合格が一審原告らに対する不法行為を構成するとまで解することは困難である。

したがって、一審原告らの上記主張は、採用することができない。

ウ 一審原告らは、本件不合格は、考慮された事実に対する評価が著しく不合理であり、その結果、客観的合理性や社会的相当性を著しく欠くものであって、都教委の裁量権を逸脱、濫用したものとして違法であり、不法行為を構成する旨を主張する。

しかし、まず、本件不合格が、起立斉唱しない（できない）との内心に

おける信念を有する者の排除を目的としてされたものであることを認めるに足りないことは、前示のとおりである。

また、本件要綱上、本件再雇用制度における採用選考に当たっては、「勤務成績」、「知識及び技能」、「健康」及び「意欲」を判断の基準とすることが定められており、本件運用内規により、これらは申込書、推薦書及び面接結果の三点資料を判断の資料として判断されるものとされていることは、原判決の「事実及び理由」中の「第2 事案の概要」の1(5)に記載のとおりである。しかし、本件運用内規における三点資料の定めは、本件要綱上の上記基準を判断する際の資料について定めたものであって、上記の「勤務成績」の基準についての評価に当たり、上記三点資料以外の資料や情報を参酌したからといって、考慮すべき事項以外の事項を考慮したことにならないことは明らかである。

その他、一審原告らが主張するところは、前示したところに照らし、いずれも採用することができない。

4 一審被告の当審主張について

一審被告は、各校長が本件職務命令を発したのには、本件通達どおりに卒業式等を適正に実施するには同命令を発するしか方法がないと自ら判断したからである旨主張し、同命令の発出を実質的に都教委が行ったものとする原判決の認定判断を非難する。しかし、当裁判所も、原判決の「事実及び理由」中の「第3 争点に対する判断」の3(1)に記載のとおり、この点については原判決と同様に認定・判断するものである。証拠（乙54の1、乙55の1及び2、乙56、乙57の1及び2、乙58から61）によれば、一部の校長が、自らの意思により職務命令を発したことが認められるが、このことは、前記引用に係る原判決の判示にも照らすと、一審原告らに対する本件職務命令が、全体的にみて、実質的に都教委が行ったとの認定判断を妨げるものではない。

したがって、一審被告の上記主張は理由がない。

第5 結論

以上によれば、一審原告らの請求はいずれも棄却すべきである。よって、原判決中一審原告らの請求をそれぞれ一部認容した部分は不当であるから、一審被告の控訴に基づきこれを取り消し、一審原告らの請求をいずれも棄却し、一審原告らの控訴はいずれも理由がないからこれを棄却することとして、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第4民事部

裁判長裁判官 稲 田 龍 樹

裁判官 原 啓 一 郎

裁判官 内 堀 宏 達