

していることは明らかであり、それを慰謝するの損害額は1人当たり3万円を下らない。

(控訴人らの主張)

本件通達は、都立学校の各校長に対して発出されたものであり、被控訴人らは、本件通達により直ちに職務上の義務を負うものではないから、本件通達により権利侵害を受けることはなく、また、本件通達及び本件職務命令は、違憲違法なものではないから、これによる損害の発生はない。

本件通達は、都立学校の校長に対して発出されたものであり、被控訴人らは、本件通達により直ちに職務上の義務を負うものではないから、本件通達により権利侵害を受けることなく、これによる損害の発生はない。

また、本件通達及び本件職務命令は、違憲違法なものではないから、控訴人東京都が損害賠償の責を負うこともなく、これらによる損害の発生はない。

さらに、被控訴人らには本件通達あるいは本件職務命令の発出による具体的な損害の主張立証のない者が存する。不快感等主観的思いは、損害とはいえない。

第3 当裁判所の判断

1 認定事実

当事者、本件通達及び本件職務命令並びに事実経過は、前記争いのない事実に記載したとおりである。それに加え、争いのない事実、後掲証拠及び弁論の全趣旨によれば、国旗及び国歌に関する法律の公布、施行以降の事実経過として、以下のとおりの事実が認められる。

- (1) 平成11年3月に現行学習指導要領が告示され、同年8月13日に国旗及び国歌に関する法律が公布、施行された。そこで、文部省は、同年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)」を発出し、東京都教育庁は、同年10月1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)」を发出し、都教委は、同月19日付けで「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について(通達)」を发出し、東京都教育庁は、都立学校の教職員に向けたリーフレットを作成し、配布した。その後、文部省は、平成13年5月25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)」を发出し、都立高校(全日制)の国旗掲揚率及び国歌斉唱率が平成12年卒業式及び同13年度入学式のいずれも100%であると通知した。

- (2) しかし、実際は、国旗が人目に付かない場所に掲揚されたり、国歌斉唱が式次第に明記されないなど前記実施指針(平成10年11月20日付10教指高第161号)で定めた内容どおりに実施されず、また国歌斉唱時に教職員が起立しない、音楽科担当の教職員がいるのに国歌のピアノ伴奏をしない、国歌斉唱の指導を行う際に児童・生徒に内心の自由を説明するなどという状況がみられた。都教委は、このような状況が現行学習指導要領に基づいた生徒に対する適正な指導とはいえないと考えた。(甲268, 乙36, 37, 53, 59, 61, 64, 82, 原審証人巽公一)
- (3) そこで、東京都教育庁は、指導部長名にて都立学校長等に宛て、平成13年6月12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)」を发出した。その後、文部省は、平成15年3月5日付けで「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取扱いについて(照会)」を发出したので、それに基づき、東京都教育庁の指導部長は、区市町村教育委員会教育長に宛て独自の項目を加えた質問紙による調査の実施を依頼した結果報告等を受け、同年5月22日の都教委平成15年第9回定例会において、卒業式、入学式が現行学習指導要領に基づいて適正に実施されるよう、今後とも指導していきたい旨を述べた。そして、東京都教育庁は、同年6月25日施行の「都立学校等卒業式・入学式対策本部設置要項」に基づき、都立学校等における卒業式及び入学式が現行学習指

導要領に基づき、より適正に実施されるために本件対策本部を設置し、本件対策本部に幹事会を置き、各3回の本件対策本部及び幹事会の会合を開催し、入学式及び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検討した。

- (4) そして、東京都教育庁の指導部長は、平成15年10月23日の都教委第17回定例会において、本件対策本部における検討方針を本件通達案として取りまとめたとして、その内容を報告し、都教委は、同日付けで本件通達（職務命令の性質を有する。）を発出した。なお、都教委は、同日、「教育課程の適正実施にかかわる説明会」を開催し、横山教育長、近藤指導部長及び臼井人事部長が出席した。この説明会は、都立学校の校長を対象としたものであり（ただし、当日校長に代わり教頭が出席していた都立学校もあった。）、全体会において、横山教育長は、① 教育改革は進んでいるが、日本人としてのアイデンティティの課題が残っている、② 卒業式、入学式等で着席のままの教職員がいるが、これは運営の妨げである、③ （卒業式等の適正実施は）儀式的行事の問題にとどまらず、学校経営の問題であるなどと挨拶した。また、臼井人事部長は、① 教職員を職務命令に従わせることが大事であること、② 職務命令を出すに当たっては、いつ、どこで、誰に向かって発したか記録すること、③ 国旗は舞台壇上正面に掲揚すること、④ 屋外の国旗掲揚の時間帯は、始業時から終業時まで、全日制であれば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、現認し、報告すること、⑧ （国歌斉唱時に）座っている人にその場で職務命令を出すのは難しいから、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、専科の教職員に命ずること、⑩ 教職員が弾きたくないとの意思を示した場合、現認し、報告すること、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 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指導した。また、

近藤指導部長は、本件通達が都教委教育長から各校長に対する職務命令であると説明した。その後開催された学区ごとの校長連絡会において、主任指導主事は、① 国旗は舞台壇上正面、すなわち壇上正面の壁面に置き、上からつり下げる場合を含むが、三脚は不可であること、② 国旗、都旗は各学校の予算で早急に購入すること、③ 国旗のサイズは、中型が1 m四方、大型が1.5 m四方で3000円から4000円程度、都旗は2万円程度であること、④ 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から、正式な都旗を使用すること、⑤ 国旗、都旗を買うのであれば、業者を紹介するとして、その電話番号と担当者名を教え、注文後10日程度で届くこと、⑥ 国歌斉唱時に起立している状況を作ればよいこと、⑦ 内心の自由の説明をすることによって、起立、斉唱しにくい状況を作らないこと、したがって、本件実施指針にも「起立を促す」とあること、⑧ 教職員はできる限り会場内に入れること、⑨ 指導部が会場内の人数を把握すること、⑩ 起立しない教職員の現認方法は、追って指示すること、⑪ ピアノ伴奏については音楽専任教職員がすること、音楽専任教職員がいないところでは、伴奏のできる者に命じてさせること、伴奏可能な教員がいない学校ではCD、テープで伴奏を流す場合があるので、都教委に相談すること、⑫ 本件通達にいう「入学式、卒業式等」の「等」とは、周年式典、開校式、閉校式、落成式等の儀式的行事であること、⑬ (平成16年3月の卒業式には) 教育庁職員を課長級以上1名、指導主事を1名ないし数名派遣すること、⑭ 今後、職務命令を出す方法と手順について手順書を示すので、それに則って行うことなどを指導した。(甲1, 188の5, 208の1ないし3, 211の1・3・10・15, 262, 444, 乙1, 14の1ないし3, 36ないし38, 41の2ないし6・8ないし11, 58, 60, 64, 74, 82, 原審証人)

(5) 都教委は、同日、① 2年間の業績評定が下位評定であった者、② 過去

3年間のうち2回の業績評定が下位評定であった者のうち、直近に実施した業績評定が下位評定であった者、③ 教育管理職になった後、戒告以上の懲戒処分を2回以上受けた者、④ その他客観的事実に基づいて教育管理職に必要な適格性に問題があると認められる者について、研修受講の措置を講ずるとの「適格性に課題のある教育管理職の取扱いに関する要綱」を発表した。そして、近藤指導部長は、後記平成15年11月11日の定例校長連絡会で、その内容について説明した。(甲1, 188の1, 211の1, 212の2, 乙13, 原審証人)

- (6) 本件通達発出後、都立足立西高等学校の平成15年10月31日実施の創立30周年記念式典をはじめ、各都立学校の周年行事に先立って、各校長から各教職員に対し、職務命令書に基づいて個別に、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することなどの別紙3記載のような本件職務命令が発令された。
- (7) 都立学校では、本件通達に基づき、平成16年3月実施の卒業式、同年4月実施の入学式において、校長から教職員に対し、入学式、卒業式において、国歌斉唱の際、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱するよう別紙4記載のような職務命令書による本件職務命令が事前に発令された(ただし、このうち都立西高等学校、同新宿高等学校では口頭による職務命令のみが発令された)。
- (8) 近藤指導部長は、平成15年11月11日、定例校長連絡会において、① 都議や都民から入学式、卒業式等の態様、在り方についていつまでこういう状態なんだと問題を指摘されていること、② 本件通達は校長への職務命令であること、③ 本件通達を校長のツールとして活用していただきたいこと、④ 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こと、⑤ 形式的であっても、(教員や生徒が国歌斉唱時に)立てば一歩前進であることなどを内容とする講話をした。(甲212の2, 原審証人)

(9) 東京都教育庁の指導課長賀澤恵二（以下「賀澤指導課長」という。）は、平成15年12月9日、定例校長連絡会において、同月3日に東京地方裁判所において言い渡された判決（乙16。小学校の音楽専科の教職員が入学式の国歌斉唱時にピアノ伴奏をしなかったことに関して受けた戒告処分取消訴訟）に言及しつつ、次のような指導を行った。すなわち、① 職務命令は、口頭でも立会人不在でも有効であるが、訴訟対応上、必ず書面で立会人をつけて行うこと、② 教務主任研修会で本件実施指針が憲法違反ではないかとの発言を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指導してもらうこと、③ 校長から不協和音を出さないことなどというものであった。
(甲212の3, 262, 原審証人: 1)

(10) 東京都教育庁の指導主事宮野聡（以下「宮野指導主事」という。）は、平成15年12月26日、都立荒川商業高等学校を訪れ、校長に対し、校長は必ず職務命令を発令するように話した。（原審証人

(11) 賀澤指導課長は、平成16年1月13日、定例校長連絡会において、同年3月中に、同年4月実施の入学式について職務命令を出しておくように伝えた。また、その後開催された地区別連絡会において、例えば、5学区担当の宮野指導主事は、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、司会の進行表、教職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発令することを話した。（甲212の4, 乙39, 原審証人)

(12) 賀澤指導課長は、平成16年1月30日、5学区の臨時校長連絡会において、校長に対し、本件通達に関するQ&A及び「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て、その内容を説明し、そのとおり入学式、卒業式を実施するように伝えた上、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こと、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こと、③ 職務命令書を手渡すこと、④ 何日かかってもそれを手渡すこと、⑤ 例えば学校で受け取らなかった教職員に、それでは家に行って手渡すといったら次の日の朝に学校で受け取ったという例もあるから、そのぐらいねばり強くやること、⑥ 教頭は（国歌斉唱の）5分くらい前に不起立教職員の現認の準備の配置に付くこと、⑦ 国歌斉唱自体は約40秒くらいだが、その間に教頭が現認をすること、⑧ 教育委員会職員はあくまで補助であること、⑨（本件実施指針にある）「国旗に向かって起立し」とは、国旗にケツ向けるなどということ、⑩ 国旗・国歌について説明をしていいが、歌わなくてよいなどといったはいけないことなどを述べた。また、上記Q&Aには、① 教職員は可能な限り全員式場に入れること、② 教員の参列状況及び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、教育委員会職員は補助であること、⑤ 定時制課程の屋外での国旗掲揚については夜間でも雨天でも行うこと、⑥ ピアノ伴奏については非常勤講師が行う場合があることなどが記載されていたが、上記臨時校長連絡会終了後に回収された。さらに、上記「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）」と題する資料には、① 2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、② 1週間前までに教職員全体に対して口頭で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 式当日は式前に教職員全体に口頭で職務命令を発令し、式中に国歌斉唱状況を確認し、式後に職務命令違反があった場合、校長が当該教職員に事実を確認し、報告書を作成することなどが記載されていた。（甲1、188の4、211の1、287、乙39、40、原審証人

- (13) 賀澤指導課長は、平成16年2月10日、定例校長連絡会において、Q&Aを精査したと述べ、5学区担当の宮野指導主事らは、地区別連絡会において、校長に対し、① 職務命令は文書で手渡すこと、② 外部に出しやすいように記載内容を手直ししたQ&Aを配付するが、前回のQ&Aが正しいのでそれに従うようにと指導した。上記手直し後のQ&Aには、① 教職員全員を式場に入れるか否かについて、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、② 座席指定を行わなければならないか否かについて、本件実施指針には、「教職員は、会場の指定された席で国旗に向かって起立し」とあるので、座席指定を行わなければならないなどと記載されており、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前回のQ&Aにあった項目自体が削除されていた。(甲7, 188の12, 211の1, 212の5, 乙39, 40, 原審証人)
- (14) 都教委の学区担当指導主事らは、平成16年2月から3月までの間にかけて、自ら赴いたり、電話連絡網、リレー電話及びメールで、校長に対して、平成15年度卒業式について、① 配付のQ&Aは手持ち資料であってそれを外部に出さないようにしてかみ砕いて説明すること、② 非常勤講師及び事務職員には職務命令を出せないこと、③ 式に出席する東京都教育庁の職員の名前、④ 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、速やかに都教委人事部担当管理主事に電話連絡をすること、⑤ 事故報告書を速やかに文章で人事部職員課へ提出することなどを指示した。(甲178の25, 188の6, 262, 391, 乙39, 40, 原審証人)
- (15) 平成16年3月16日施行の「都立学校等卒業式・入学式対策本部設置要項」には、平成15年6月25日に施行された同要項に「国旗掲揚及び国歌斉唱の適正実施にかかわる学校等の問題に対応するために、対策本部の構成員に係る所属において、相談窓口を設置する。」ことが加えられた。さらに、

平成16年3月16日施行の「都立学校卒業式・入学式調査委員会設置要項」に基づき、「都立学校における卒業式及び入学式が学習指導要領に照らして適正に実施されているかを調査し、適正に実施されていない学校に対しては改善指導等を行うことを検討するため、都立学校卒業式・入学式調査委員会を設置」し、同委員会は、「(1) 国旗掲揚及び国歌斉唱の実施状況に関すること。(2) 国旗掲揚及び国歌斉唱の適正実施が行われていない学校に対する調査に関すること。(3) 教職員に対する処分等に関すること。(4) 適正実施が行われていない学校に対する改善指導に関すること。」等を調査・検討し、その結果を対策本部長に報告し、委員長に東京都教育庁の人事部長を充てることとした。(甲452, 乙11)

- (16) 都教委は、平成16年3月の卒業式にそれぞれ複数の職員を派遣した。派遣された東京都教育庁の職員は、1名が設置者として挨拶し、他の職員は教職員の座席の後に座り、国歌斉唱の式次第への記載の有無、国歌斉唱との発声・起立との号令の有無、国歌斉唱時の教職員及び生徒の起立の状況等を監視し、都教委に報告した。そして、国歌斉唱時に起立しなかった教職員、ピアノ伴奏をしなかった教職員がいた都立学校では、校長及び教頭が、都教委の指示に従って、式典当日に当該教職員に対し、起立を促すなどした上、不起立ないしピアノ伴奏拒否の事実があったことを確認するとともに、都教委人事部学区担当管理主事に電話で服務事故発生の報告をした（なお、東京都教育庁の職員が上記事実確認に立ち会う学校もあった。）。さらに、国歌斉唱時に起立しなかった教職員、ピアノ伴奏をしなかった教職員がいた都立学校では、校長が、あらかじめ用意されたひな型を使用して、「教員の服務事故について（報告）」なる文書を作成し、これを都教委人事部職員課に提出した。同文書の校長の所見欄には、都教委の厳正なる処分又は措置を求める旨の記載がされていた。都教委は、同文書を受け取った後、指導主事らに国歌斉唱時に起立しない教職員がいた学校の校長から事情聴取をさせ、「〇〇

の服務事故の監督責任に関する事情聴取書」を作成させた。そして、これらに基づいて、都教委は、国歌斉唱時に起立しない教職員に対して懲戒処分を行った。（甲178の26ないし41・53ないし56，188の8ないし10，211の1，原審証人

- (17) 横山教育長は、平成16年3月16日開催の東京都議会予算特別委員会において、土屋都議の質問に対し、卒業式などでクラスの大半が国歌を歌えない、歌わない状態であった場合、そのクラスの指導を担当した教員に対し懲戒処分をする旨答弁した。
- (18) 都教委は、平成16年3月30日、同月31日及び同年5月25日、平成15年度卒業式において、校長から職務命令を受けていたにもかかわらず、それに従わず国歌斉唱時に起立しなかった教職員、国歌斉唱時のピアノ伴奏を拒否した教職員合計173名に対し、職務命令違反及び信用失墜行為を理由に戒告処分を行った。なお、都教委は、同年4月6日、平成15年度卒業式の国歌斉唱時に起立しなかったことが職務命令違反及び信用失墜行為に当たるとして、東京都の公立小・中学校、東京都立ろう・養護学校の教職員19名に対し戒告処分、2度目の懲戒処分となる養護学校教職員1名に対し1か月間給料10分の1を減じるとの懲戒処分をした。
- (19) 都教委は、本件通達発出後、卒業式、入学式において、校長から職務命令を受けていたにもかかわらず、それに従わず国歌斉唱時に不起立等をした教職員に対し懲戒処分を行っているが、その懲戒処分は、概ね1回目は戒告、2回目及び3回目は減給、4回目は停職となっている。
- (20) 横山教育長は、平成16年6月8日開催の東京都議会の同年第2回定例会において、古賀都議の代表質問に対し、今後とも職務命令を発令して厳正に対処する旨答弁した。
- (21) 都教委は、平成16年5月25日ころ、平成15年度卒業式及び同16年度入学式において、国歌斉唱時に起立しない生徒が多かった都立学校の学級

担任，管理職等 67 名に対し，指導不足による生徒の不起立，不起立を促す教職員の不適切な言動等を理由にして，嚴重注意，注意，指導を行った。

(22) 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 年度卒業式及び同 16 年度入学式において，国歌斉唱時に起立をしなかったことなど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(基本研修)を実施した。また，都教委は，同年 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，服務事故再発防止研修(専門研修)を実施した。

(23) 都教委の中村教育長は，平成 17 年 12 月 8 日開催の東京都議会の同年第 4 回定例会において，古賀都議の質問に対し，本件通達に基づく職務命令の発令につき，指導の徹底を図っていく旨答弁した。

(24) 東京都教育庁の井出指導部長は，平成 18 年 2 月 10 日，都立学校の校長に対し，前記中村教育長の答弁内容に沿って，「入学式・卒業式等の適正な実施について(通知)」を発出し，本件通達に基づく職務命令の発令を通知した。

2 本件通達と本件職務命令との不可分一体性の有無について

以上の認定事実によれば，本件通達は，国旗及び国歌に関する法律の制定を踏まえ，現行学習指導要領の国旗・国歌条項に基づき，都立学校の校長に対する職務命令として発出され，その題名を従来の通達が平成 11 年 10 月 19 日付け「入学式及び卒業式における国旗掲揚及び国家斉唱の指導について(通達)」としていたのを「入学式及び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)」に改め，その内容を平成 11 年 10 月 19 日付けの通達の「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。」から「国旗掲揚及び国歌斉唱の実施に当たり、教職員が本件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。」というように、都教委が職務命令違反の教職員に対し服務上の責任を問う意思を明確に表示した上、実施指針をより詳細なものに改めて、都立学校の入学式及び卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施の徹底を図ったものである。しかも、本件通達発出後、都教委は、校長に対し、校長連絡会等を通じ、入学式及び卒業式等における国旗掲揚及び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、幾度となく詳細な指示・指導を繰り返して、本件通達の内容を理解させ、教職員にその内容の周知方を徹底したのであり、これを受けた校長は、全ての都立学校において本件通達発出後に行われた入学式及び卒業式等において、その都度、教職員に対して、本件通達の趣旨に沿った内容の国旗に向かって起立し、国歌を斉唱し、国歌斉唱時のピアノ伴奏をすることを命ずる本件職務命令を事前に書面で（一部は口頭で）発令している。また、都教委は、本件通達と同日付けで「適格性に課題のある教育管理職の取扱いに関する要綱」を発表し、近藤指導部長が平成15年11月11日の定例校長連絡会で、本件通達の法的性質や活用方についての講話をした際に「適格性に課題のある教育管理職の取扱いに関する要綱」の内容についても説明をしていた。さらに、都教委は、式典当日には東京都教育庁の職員を全ての都立学校に派遣し、式典の進行状況を監視させ、教職員が本件職務命令に違反した場合、事前の指示・指導に依拠した形式で服務事故として校長に報告をさせていた。そして、都教委は、本件職務命令に違反した教職員について、1回目の違反には戒告、2回目及び3回目の違反には減給、4回目の違反には停職との処分基準で懲戒処分を行うこととし、それに従った処分事例が散見されるとともに、今後も都立学校の校長に対し、同様の職務命令を発令させて、本件通達の趣旨を徹底していくとの強い意思を有している。これら一連の経緯に照らせば、校長は何らの裁量の余地なく本件通達に従って本件職

務命令を発令したものと推認される。したがって、本件通達と本件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。

これに対し、控訴人らは、校長が自己の責任と判断で本件職務命令を発令したと主張するが、上記推認を覆すに足る的確な証拠はうかがわれないから、失当である。

3 本案前の判断

(1) 無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟の適法性について

ア 訴訟類型の適格性について

目録Aの被控訴人ら及び目録Cの被控訴人らは、本件公的義務不存在確認訴訟を無名抗告訴訟として提起している。無名抗告訴訟とは、行政事件訴訟法3条2項から7項までの法定抗告訴訟を除外した抗告訴訟（行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟。同条1項）のことであり、平成16年法律第84号による改正により従来無名抗告訴訟とされていた義務付け訴訟と差止訴訟が法定されたが、そうであるからといって、他の無名抗告訴訟が否定される理由は見出し難い。そこで、本件公的義務不存在確認訴訟の適格性を以下検討する。

行政事件訴訟特例法（昭和23年法律第81号）は、行政事件訴訟を「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟」（1条）と定義付けていた。同条の規定の仕方からすると、法制上「その他」の前に掲げられたものと「その他」の後に掲げられたものが並列関係にある場合と解せられるから、同法下では、行政事件訴訟は、「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟」と「公法上の権利関係に関する訴訟」との2つの訴訟類型に区分できると考えられていた。そのような2つの訴訟類型の存在という沿革に同法の解釈論上疑義がある点を立法でできるだけ解決し、国民の権利救済にとって不都合な規定を見直すとして制定された行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号。同法

附則 2 条で行政事件訴訟特例法は廃止された。) の制定の動機を併せ考えれば、行政事件訴訟法は、従前の 2 つの訴訟類型の区分の考え方を維持したまま、行政事件訴訟を「抗告訴訟」と「当事者訴訟」(2 条) との 2 つの訴訟類型に区分した上(なお、同法は、民衆訴訟と機関訴訟を定めるが、これらは客観訴訟であるから、ここでの訴訟類型の論議とは関係がない。)、抗告訴訟の種類を同法 3 条で法定し、第 2 章で抗告訴訟に関する規定(8 条から 38 条まで)を置いて、それらの規定を当事者訴訟に準用するという構造を採る(41 条)ので、抗告訴訟を中心に置き、抗告訴訟を当事者訴訟に優先させていることが明らかである(抗告訴訟優先主義)。特に、平成 16 年法律第 84 号による改正後の行政事件訴訟法においては、抗告訴訟も当事者訴訟も被告適格が行政主体とされたので、抗告訴訟優先主義の観点から、まず原告が提起した訴訟類型が抗告訴訟(無名抗告訴訟も含む。)かどうかを判断することが論理的に先行するというべきである。

そこで、無名抗告訴訟と当事者訴訟とのメルクマールが問題となるが、それは、「公権力の行使に関する不服の訴訟」(同法 3 条 1 項)であるか否か、すなわち本件に即していえば、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、作用等が処分性を有するものかどうか(当該行政の活動、作用等の根拠規定及び法制度全体の仕組みから、そこに処分性を付与する立法政策が採られているかどうか)で決められるというべきである(処分性の有無は、当該行政の活動、作用等の根拠規定の立法政策の探究に尽きるのであって、当事者の意思によって決まるものではない。)ところ、同被控訴人らは、違憲の本件通達によって、思想・良心等に反して起立・斉唱あるいはピアノ伴奏をさせられることの精神的・人格的な苦痛を避ける目的で本件公的義務不存在確認訴訟を提起し、本件通達の取消訴訟及び懲戒処分の差止訴訟では解消されない固有の利益があると釈明しているのである(平成 22 年 9 月 16 日付け求釈明に

対する回答)。この釈明のうち、本件公的義務不存在確認請求が懲戒処分
の差止めを目的とする予防的な無名抗告訴訟でないことは、そのとおりで
あろうが(そうでないと、本件公的義務不存在確認請求について固有の意
義を見出せない。)、なぜに本件通達の取消訴訟によってその主張に係る
権利利益の侵害の回復が図られないのかは、明らかでない。

よって按ずるに、都教委は、都立学校を所管する行政機関として、その
管理権に基づき、当該学校の教育課程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、具体的な命令を発することができる権限(地教行法23
条5号)を有するところ、本件通達は、都教委の上記権限に基づき発出さ
れたものであり、都立学校の校長に対する職務命令としての性質を有する
から、都立学校の校長は、本件通達に重大かつ明白な瑕疵がない限り、そ
れに服従する義務を負い、他方、都立学校の校長は、学校教育法(平成1
9年法律第96号に基づく改正前のもの)51条及び76条によって準用
される28条3項により、教育課程の編成を含む学校の管理運営上必要な
事項をつかさどり、所属教職員に対し校務を分担させ、職務命令を発令す
る権限を有するので、所属教職員は、校長が上記権限に基づき発令する職
務命令に重大かつ明白な瑕疵がない限り、それに服従する義務を負うこと
に(地方公務員法32条。最高裁平成15年1月17日第二小法廷判決・集
民集57巻1号1頁、最高裁昭和53年11月14日第三小法廷判決・集
民125号565頁参照)、本件職務命令が本件通達と不可分一体の関係
にあること(特に、本件通達の記3参照)を併せ考えると、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発することを
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のである。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（このように解することが、同被控訴人らの主張する権利侵害に対する実効的な救済を図るためでもある。）ので、本件公的義務不存在確認訴訟は無名抗告訴訟として適法であるというべきである。

イ 確認の利益について

確認訴訟とは、原告の権利又は法的地位に係る不安が現に存在する場合、その不安を除去する方法として、当事者間の権利義務又は法律関係の確認を求める訴えであって、対象には限定がなく、判決には原則既判力しか生じないところ、国家が設営する訴訟制度を利用して権利義務又は法律関係についての裁判所の公権的判断を求める訴えであることから、そのような判断を求めるに値するだけの相応性が存在していなければならない。このような訴訟制度に必然的に内在する要請から、いかなる事項を請求の内容として確認の対象とするか、いかなる具体的紛争状況において確認訴訟の提起を許容するかを考えると、ここに確認の利益の存在が必要となる。このような趣旨からすれば、確認の利益は、判決をもって権利義務又は法律関係の存否を確定することが、具体的紛争を解決し、当事者の法律上の地位の不安、危険を除去するために有効かつ適切である場合に認められるべきものであり、その判断基準は、① 確認対象選択の適否（確認の対象として選択した訴訟物が具体的紛争の解決にとって有効かつ適切であるか否か）、② 即時確定の利益（紛争解決の成熟性）の有無（原告の法的地位

の不安、危険を即時に解決する必要があるか否か)、及び③ 方法選択の適否(当事者の具体的紛争の解決にとって種々の訴訟類型のうちから確認訴訟を選択することが適切であるか否か)である。この点について、最高裁昭和47年11月30日第一小法廷判決(民集26巻9号1746頁)は、「当該義務の履行によつて侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、違反に対する制裁としての不利益処分の実効性およびその内容または性質等に照らし、右処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争つたのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできないものと解すべきである。」と判示するが、この事案は、過去若しくは将来における自己観察結果表示義務の不履行に対して懲戒その他の不利益処分が行われるのを防止する目的の無名抗告訴訟と解される。しかるに、同被控訴人らは、無名抗告訴訟として公的義務不存在確認請求を求める目的をその思想・信条・良心に反して起立・斉唱あるいはピアノ伴奏をさせられることの精神的・人格的な苦痛を避けるためであると釈明すること(同被控訴人らは、公的義務不存在確認請求が懲戒処分の差止めを目的とする予防的な無名抗告訴訟でないことを前記説示のとおり平成22年9月16日付け求釈明に対する回答において明らかにしている。)にかんがみれば、本件公的義務不存在確認訴訟は、上記最高裁昭和47年11月30日第一小法廷判決(民集26巻9号1746頁)と事案を異にするため、上記「処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争つたのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情」という確認の利益の判断基準を当てはめることはできない。そこで、同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に

おける確認の利益の判断基準を別途考えなければならない。

以下進んでこの点を検討するに、平成16年法律第84号による改正前の行政事件訴訟法が抗告訴訟の態様として例示していた訴訟類型のみでは国民の権利利益の実効的な救済が得られない場合があったことにかんがみ、司法と行政の適切な役割分担の在り方を踏まえながら、従来の無名抗告訴訟のうちから義務付け訴訟と差止訴訟が抗告訴訟として法定され、その要件が定められた。そして、いずれの訴訟類型においても、重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとするとされている（行政事件訴訟法37条の2第2項、37条の4第2項）。

そこで次に、同被控訴人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の実質が法定抗告訴訟のいずれに該当するかを検討しなければならない。

思うに、同被控訴人らは、無名抗告訴訟として本件公的義務不存在確認請求を求める目的を思想・信条・良心に反して起立・斉唱あるいはピアノ伴奏をさせられることによる精神的・人格的な苦痛を避けるためであると釈明するし、他方で懲戒処分の差止訴訟を別途提起していることにかんがみれば、本件公的義務不存在確認訴訟の実質は、本件通達の取消しを義務付けるものといわざるを得ない。ところで、行政庁が一定の処分をすべきであるにかかわらずこれがされない場合において、行政庁がその処分をすべき旨を命ずることを求める非申請型義務付け訴訟（行政事件訴訟法3条6項1号）は、「一定の処分がされないことにより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きに限り、提起することができ」（同法37条の2第1項）、その義務付け訴訟に係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根

拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする（同条5項）ものとされている。そして、非申請型義務訴訟について「一定の処分がされないことにより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きに限り」提起することができる趣旨は、非申請型義務付け訴訟は、一定の処分を求める法令上の申請権のない者に申請権を認めるのと同じような内容の訴訟上の救済を与えるものであることから、特に救済の必要性が高い場合に限られることから要件として規定されたものであると解され、このような規定の文言及び趣旨からすれば、重大な損害を生ずるおそれや損害を避けるための他に適当な方法の有無の要件は、そのような訴訟類型による救済を認める現実的必要性等が存在するものとして、訴訟制度に必然的に内在する要請としての訴えの利益を肯定することができるための要件を当該訴訟類型に即して具体的に明らかにしたものと解される。したがって、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、同被控訴人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と解すべきである。

これを本件についてみるに、本件通達は、同被控訴人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。なぜならば、本件通達と本件職務命令とは不可分一体性を有するが、それには法的な連動関係がない（同被控訴人らの主張する公的義務自体は本件職務命令の法的効果である。）から、判決の第三者効を口頭弁論終結後に校長となる者に及ぼす意味は大いにある。つまり、本件通達の取消判決又

は無効確認判決を都立学校の校長（特に口頭弁論終結後に校長となる者）に及ぼす意味は大きい。しかるに、本件通達の取消訴訟には行政事件訴訟法32条1項の適用があり、また出訴期間や不服申立前置主義の制約のわからない準取消訴訟としての無効確認訴訟にも、判例上（最高裁昭42年3月14日第三小法廷判決・民集21巻2号312頁。無効確認訴訟における執行停止決定には、条文上も第三者効が認められている〔同法38条3項，32条2項〕。）無効確認判決に第三者効が認められる。これに対し、無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟は、あくまでも公権力の行使を前提とする当事者間の権利義務又は法律関係の確認訴訟であって、形成力を認め得る根拠は見出し難いから、確認判決に第三者効を認めることはできない。結局、本件通達の取消訴訟又は無効確認訴訟の方がより直截的で適切な訴訟類型であることは明らかである（因みに、本件通達の無効を前提とする当事者訴訟としての公的義務不存在確認訴訟が考えられるが、当該判決には第三者効がない〔同法41条1項が32条1項を準用していない。〕）。また、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、同被控訴人らは本件通達発出後に生じた新たな違法事由を主張するものでもない（同被控訴人らは、あくまでも本件通達が教育の自由を侵害して憲法26条，23条に違反し、また旧教基法10条1項，新教基法16条1項の禁止する「不当な支配」に当たり、更には思想・良心の自由及び信仰の自由を害し、憲法19条，20条に違反するから、明白かつ重大な瑕疵があり、違法無効であると主張するのである。）から、本件通達の取消訴訟又は無効確認訴訟の判断基準時を無名抗告訴訟として口頭弁論終結時に遅らせる意味も見出し難い。

なお、後記説示のとおり、同被控訴人らは、本件通達の発出によって、その思想・信条・良心等の侵害を受け精神的・人格的な苦痛を被ったとは認められないから、「重大な損害を生ずるおそれがある」と認めることも

できない。

したがって、同被控訴人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いうべきである。

(2) 本件差止訴訟の適法性について

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。これが訴訟要件（適法要件）とされたのは、他の訴訟で実効的な救済が図れるときにあえて事後審査制の例外としての差止訴訟を許容する必要性が認められないからである。

これを本件についてみるに、同被控訴人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（直接には、校長の本件職務命令に違反することによる懲戒処分であるが、当該違反の対象である校長の本件職務命令は、本件通達に基づくものである。）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のである。因みに、本件差止訴訟において、同被控訴人らは本件通達発出後に生じた新たな違法事由を主張するものでもない（同被控訴人らは、あくまでも本件通達が教育の自由を侵害して憲法26条、23条に違反し、また旧教基法10条1項、新教基法16条1項の禁止する「不当な支配」に当たり、更には思想・良心の自由及び信仰の自由を害し、憲法19条、20条に違反するから、明白かつ重大な瑕疵があり、違法無効であると主張するのである。）から、本件通達の取消訴訟又は無効確認訴訟の判断基準時を差止訴訟を提起して口頭弁論終結時に遅らせる意味も見出し難い。そうすると、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」(行政事件訴訟法37条の4第1項ただし書)に当たるといわざるを得ないのである。

(3) 小括

したがって、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訴訟は、いずれも不適法である。

4 本案の判断

(1) 目録Aの被控訴人ら及び目録Cの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、審理の経過及び争点の共通性にかんがみ、被控訴人らの国家賠償請求訴訟のみならず、目録Aの被控訴人ら及び目録Cの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ので、以下、被控訴人らが主張する本件通達が、被控訴人らの教育の自由を侵害して憲法26条、23条に違反し、また旧教基法10条1項、新教基法16条1項の禁止する「不当な支配」に当たり、更には思想・良心の自由及び信仰の自由を害し、憲法19条、20条に違反するから、明白かつ重大な瑕疵があり、違法無効か否かについて検討する。

(2) 国旗及び国歌に関する法律、現行学習指導要領の国旗・国歌条項、及び本件通達に基づく義務について

ア 日の丸・君が代が我が国の国旗・国歌であることについての慣習法の成否とそれに基づく義務について

国旗及び国歌に関する法律が制定されるまでは、何をもって日本国の国旗及び国歌とすべきかを規定した法律は存在しなかった。しかし、まず、国旗についてみるに、国旗の制式に関する法制として、商船規則(明治3年太政官布告第57号)があつて、日本の船舶に掲揚すべき国旗の制式が図及び寸法によって示され、この制式部分が船舶関係者の権利義務に影響

を与えるから、旧憲法下で法律事項であったので、法律として効力を有していた（旧憲法76条1項参照。船舶法〔明治32年法律第46号〕36条は、「明治三年正月二十七日布告商船規則、同十二年第五号布告、同年第十九号布告、同十四年第十二号布告其他ノ法令ニシテ本法ノ規定ニ抵触スルモノハ本法施行ノ日ヨリ之ヲ廃止ス」と定めていたが、国旗の制式については何も規定していなかったもので、商船規則の国旗の制式部分は、船舶法に抵触せず、なお法律と同一の効力を有していた。）。そして、上記の事項は、現行憲法下においても法律事項に当たるから、法律と同一の効力を有するものとして有効に存続するといわざるを得ない（憲法98条1項参照。最高裁昭和36年7月19日大法廷判決・刑集15巻7号1106頁参照）。そこで、国旗及び国歌に関する法律附則2項は、同法の施行を機に商船規則を廃止したのである。ところで、国旗及び国歌に関する法律が制定される前にも船舶法（明治32年法律第46号）2条、7条、26条、商標法（昭和34年法律第127号）4条1項1号、海上保安庁法（昭和23年法律第28号）4条2項、自衛隊法（昭和29年法律第165号）102条には、「国旗」という文言が用いられていたが、これらは日の丸が我が国の国旗の制式であることを当然の前提とする規定であった。以上の沿革にかんがみれば、日の丸が我が国の国旗の制式であることは、国旗及び国歌に関する法律制定前において、国民の法的確信が成立し、慣習法になっていたと解することができる。

次に、君が代についてみるに、小学校学習指導要領（昭和33年文部省告示第80号）は、第2章各教科の第5節音楽の第3「指導計画作成および学習指導の方針」の2（2）アにおいて「各学年で具体的な曲名を示した歌唱教材は、いっどこでも暗唱できるように指導しておくことが望ましい。「君が代」は各学年を通じ児童の発達段階に即して指導するものとし、そのほかに校歌なども学年に応じて適切な指導をすることが望ましい。

」と規定し、また、小学校学習指導要領（昭和52年文部省告示第155号）は、第2章各教科の第5節音楽の第3「指導計画の作成と各学年にわたる内容の取扱い」の1において「国歌「君が代」は、各学年を通じ、児童の発達段階に即して指導するものとする。」と規定し、また、第4章特別活動の第3「指導計画の作成と内容の取扱い」の3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、児童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。」と規定していた。そして、高等学校学習指導要領（昭和35年文部省告示第94号及び昭和53年文部省告示第163号）は、これと同様の規定を置き、新学習指導要領は、「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。」と改訂した。そして、この規定が現行学習指導要領に引き継がれている。ところで、学習指導要領は、学校教育法（平成19年法律第96号に基づく改正前のもの）43条、73条、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、同規則（同第5号による改正前のもの）73条の10に基づいて定められ、普通教育である高等学校並びに盲、ろう及び養護学校高等部の教育の内容及び方法についての大綱的な遵守基準を設定したもので、法的拘束力を有すると解されるところ（最高裁昭和51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号615頁、最高裁平成2年1月18日第一小法廷判決・集民159号1頁参照）、後記のとおり、現行学習指導要領の国旗・国歌条項は法的拘束力を有するので、君が代が我が国の国歌であることは、国旗及び国歌に関する法律制定前において、国民の法的確信が成立し、慣習法になっていたと解することができる。

以上によれば、国旗及び国歌に関する法律制定前に日の丸が我が国の国旗の制式であり、君が代が我が国の国歌（歌詞及び楽曲）であることが慣

習法として成立していたと解するのが相当である（甲439，441参照）。もとより，日の丸が我が国の国旗の制式であり，君が代が国歌の歌詞及び楽曲であることが慣習法として成立していたと解するとしても，そこから直ちに被控訴人らが主張するように入学式，卒業式等の式典において，被控訴人らが国旗に向かって起立すること，国歌を斉唱すること，及び国歌斉唱の際ピアノ伴奏をすることという法的義務を負うものではない。そのような法的義務を課すためにはそのための法的根拠がなければならないからである。

イ 国旗及び国歌に関する法律に基づく義務について

国旗及び国歌に関する法律は，1条1項で「国旗は，日章旗とする。」同条2項で「日章旗の制式は，別記第一のとおりとする。」，2条1項で「国歌は，君が代とする。」，同条2項で「君が代の歌詞及び楽曲は，別記第二のとおりとする。」と定めるが，その規定振りからしても，そこから直ちに被控訴人らが主張するように入学式，卒業式等の式典において，被控訴人らが国旗に向かって起立すること，国歌を斉唱すること，及び国歌斉唱の際ピアノ伴奏をすることという法的義務を負うものでないことは明らかである。

ウ 現行学習指導要領の国旗・国歌条項に基づく義務について

「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。」との現行学習指導要領の国旗・国歌条項に基づく義務について検討する。同条項は，これからの国際社会に生きていく国民として，我が国の国旗・国歌はもとより諸外国の国旗・国歌に対する正しい認識とそれらを尊重する態度を育てることが重要であるとの考え方に基づき設定されたものである（乙2の1）。その趣旨に照らすと，性質上，全国的に一定の規定に基づくことが相当であるから，教育における機会均等の確保と全国的な一定の教育水準の維持

という目的のため、学習指導要領でこれを定める必要性があるといえる。そして、そこで定められた内容が「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。」というものであって、国旗掲揚、国歌斉唱の具体的方法等について何ら指示するものではなく、教職員による創造的かつ弾力的な教育の余地や地方ごとの特殊性を反映した個別化の余地が残されていること、及び国旗及び国歌に関する法律制定前に日の丸が我が国の国旗の制式であり、君が代が我が国の国歌の歌詞及び楽曲であるとの慣習法が成立していたと解せられることに照らせば、教育の機会均等の確保及び全国的な一定水準の維持の目的のために必要かつ合理的と認められる大網的な遵守規準を設定したものとして、法的拘束力を有すると解することができる（最高裁昭和51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号615頁，最高裁平成2年1月18日第一小法廷判決・集民159号1頁参照）。もとより、現行学習指導要領の国旗・国歌条項の文言から直ちに被控訴人らが主張するように入学式、卒業式等の式典において、被控訴人らが国旗に向かって起立すること、国歌を斉唱すること、及び国歌斉唱の際ピアノ伴奏をすることという法的義務を負うものでないことは明らかである。

エ 本件通達に基づく義務について

本件通達は、地教行法23条5号に基づく都教委の教育課程に関する管理権限に基づいて発せられたものであり、その法的性質は都立学校の校長に対する職務命令であり、現行学習指導要領に基づく児童・生徒に対する適正な指導がされていないという認識の下に発出されたもので、その必要性が認められる。また、その内容は、都立学校における入学式、卒業式等については、現行学習指導要領に基づき、本件実施指針のとおり適正に実施することなどというものであり、また本件実施指針は、国旗の掲揚についての取扱いとして、式典会場の舞台壇上正面に掲揚すること、屋外にお

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こと、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こと、国歌の斉唱についての取扱いとして、式次第には、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し、起立を促すこと、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、国歌を斉唱すること、国歌斉唱をピアノ伴奏等により行うこと、会場設営等として、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こと、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こと、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こと、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ということである。

そうすると、本件通達は、都教委から都立学校の校長に対する職務命令として、権限ある職務上の上司から発せられたものであり、その内容は、学校教育法(平成19年法律第96号に基づく改正前のもの)51条及び76条が準用する28条3項により校長の職務に関するものであり、日の丸の制式並びに君が代の歌詞及び楽曲が我が国の国旗の制式並びに国歌の歌詞及び楽曲であることは慣習法として法的に確立していたところ、国旗及び国歌に関する法律が制定された上、新学習指導要領で既に規定されていた国旗・国歌条項に基づく都立学校の卒業式及び入学式等における上記の国旗としての日の丸の掲揚及び国歌としての君が代の斉唱等の具体的取扱いを命じていたのであって、同一内容の現行学習指導要領の国旗・国歌条項に根拠を有し、その意味内容自体は明確であり、合理性が認められるから、そこに重大かつ明白な瑕疵がない限り、法的義務が生ずることとなり有効である。

もとより、本件通達の名宛人は校長であって、教職員ではない。したがって、本件通達から直ちに被控訴人らが主張するように入学式、卒業式等の式典において、被控訴人らが国旗に向かって起立すること、国歌を斉唱すること、及び国歌斉唱の際ピアノ伴奏をすることという法的義務を負うものでないことは明らかである。しかし、本件通達は、都教委が本件通達に基づく校長の職務命令の発令を予定し、同職務命令に違反した教職員に対し条件付きで懲戒処分の実施を予告する意思を確定的に示しているので、教職員は、本件通達と事実上連動する校長の本件職務命令によって、それに重大かつ明白な瑕疵がない限り、国旗に向かって起立すること、国歌を斉唱すること、及び国歌斉唱の際ピアノ伴奏をすることという法的義務を負うに至るといふべきである。

そこで、本件通達が無効であって、被控訴人らに上記義務が生じないか否か、また本件通達が国家賠償法1条1項の違法か否かを更に進んで検討する必要がある。

(3) 都教委の本件通達は、被控訴人らの教育の自由を侵害して憲法26条、23条に違反するかについて

被控訴人らは、専門家である教職員は、子どもの学習権に応えるために生徒の人格の完成をめざした人格的接触を行う専門職として、柔軟かつ臨機応変に教育の内容・方法を選択していく一定の裁量が認められるところ、この教職員の工夫あふれる創造的な教育活動を行うことが公権力によって妨げられてはならないのに、本件通達は、教職員による創造的かつ弾力的な教育の余地を奪い、一方的に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って、教職員に保障されている教育の自由を侵害すると主張する。

思うに、憲法26条は、子どもの学習権を認め、教育はこの学習権を充足すべき責務として行われるべきことを定めたものである。しかしながら、子どもの教育が、専ら子どもの利益のために、教育を与える者の責務として行

われるべきであるのであるということからは、教育の内容及び方法を、誰がいかにして決定すべく、また、決定することができるかという問題に対する一定の結論は当然には導き出されないものの、個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植え付けるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法26条等の規定上許されないと解することができる。そして、憲法23条は、学問研究の自由のみならず、その結果を教授する自由を含むことから、普通教育の場合においても一定の範囲における公権力に対する教授の自由が認められるべきである（教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量が認められなければならない。）が、普通教育における教職員の児童・生徒に対する強い影響力及び支配力（高等学校及び盲・ろう・養護学校においても、教師が依然として生徒に対し相当な影響力、支配力を有しており、生徒の側には、いまだ教師の教育内容を批判する十分な能力は備わっていないこと）並びに教育の機会均等（教師を選択する余地も大きくないこと）という観点から、普通教育の場合においては、全国的に一定の水準を確保すべき要請があること等にかんがみれば、教職員の教授の自由は相当限定されたものと解するのが相当である（最高裁昭和51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号615頁、最高裁平成2年1月18日第一小法廷判決・民集44巻1号1頁参照）。

本件通達は、現行学習指導要領に基づき発出されたものであり、現行学習指導要領の国旗・国歌条項は、これからの国際社会に生きていく国民として、我が国の国旗・国歌はもとより諸外国の国旗・国歌に対する正しい認識とそれらを尊重する態度を育てることが重要であるとの考え方に基づき設定されたものであることからすると、本件通達が誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけ、子どもの自由かつ独立した人格形成を妨げる

ような内容の教育を施すことを強制するものとは認められず、憲法26条に違反するものとはいえない。

また、入学式、卒業式等は、高等学校及び盲・ろう・養護学校における教育課程の一部である特別活動として実施されるものであるものの、教科等における授業と異なり、学年及び学級の区別なく全校をあげて実施されるもので、全卒業生、全入学生等の参加が予想されるほか、保護者や種々の学校関係者の協力を得て行う儀式であって、事柄の性質上、本来的に教職員において個別に又は独自にこれを行うことが困難かつ不適當な性格のものであることにかんがみると、本件通達が被控訴人らの学問研究の自由の結果としての教授する自由であるところの教育の自由を侵害するということとはできない。

なお、被控訴人らは、教職員には、① 公権力によって特定の見解のみを教授することを強制されない自由、② 子どもの発達段階に応じて創造的な教育活動をする自由すなわち自由な創意と工夫の余地を残さない介入を拒否する自由があると主張する。しかし、都教委が校長に入学式、卒業式等の儀式的行事において、本件通達により国旗の掲揚及び国歌の斉唱等の取扱いを命じ、それに基づき校長が被控訴人らに本件職務命令を発令したこと、また都教委が教職員、生徒、保護者、及び来賓等多数の人の参列が予想される集団的行事である入学式、卒業式等を一律に実施しようとしたことには、儀式としての性質上、その必要性が否定されるものとはいえないことから、本件通達が生徒に対して特定の見解のみを教授することを強制するものであるとか、子どもの発達段階に応じて創造的な教育活動をすることを侵害するものともいい難い。

したがって、被控訴人らの上記主張は理由がない。

- (4) 都教委の本件通達は、旧教基法10条1項、新教基法16条1項の禁止する「不当な支配」に当たるかについて

ア まず、被控訴人らは、現行学習指導要領の国旗・国歌条項が、大綱的基


準を超え、教育課程の細目に及んでいるため、法的拘束力がないと主張する。

しかしながら、現行学習指導要領の国旗・国歌条項それ自体は、その文言に照らしても一般的普遍的な基準を示すにすぎず、具体的にどのような教育をするか、また、どのように国旗を掲揚するかなどの指導内容の詳細までを明示するところではない。現行学習指導要領の国旗・国歌条項は、教育における機会均等の確保及び全国的な一定水準の維持を図るための大綱的な基準を定めたものであって、これを超えるものということとはできない。

イ 次に、被控訴人らは、教育内の事項、とりわけ各学校の教育課程編成と深くかかわる事項については、本来、教職員ないし教職員集団がその専門的知見に基づき主体的、自立的に決定すべき事項であると主張する。

しかし、学校教育法(平成19年法律第96号に基づく改正前のもの)51条及び76条によって準用される28条3項によれば、校長は、校務をつかさどり、所属職員を監督すると定められているから、校務の運営についての最終的責任者及び最終的決定権者である。他方、新学習指導要領及び現行学習指導要領によれば、入学式、卒業式等は、学校行事の中の儀式的行事に位置付けられ、特別活動の一つとされている(乙18)。すると、校長は、校務の運営の一環として、入学式、卒業式等の特別活動の実施につき最終決定権限を有するというべきであるから、被控訴人らの上記主張は失当である。

ウ そして、被控訴人らは、最高裁昭和51年5月21日大法廷判決(刑集30巻5号615頁)の趣旨から導かれる内容介入度(大綱的基準)と強制の程度の2つの観点からの基準に従って判断すると、本件通達は、教職員による創造的かつ弾力的な教育の余地を全く残さない具体的かつ詳細な介入であること、また制裁を伴う職務命令であるという点で、強制度も最



も強いものであり、本件通達を遵守させるために、実際の式典においては、都教委の職員による監視をつけ、不起立等のあった場合、制裁を科し、また本件通達と同日付けで「適格性に課題のある教育管理職の取扱いに関する要綱」を公表し、本件通達の発出に当たり校長の職務命令の発出を強制したのであるから、旧教基法10条1項及び新教基法16条1項が禁止する「不当な支配」に当たると主張する。

そこで、この点につき、検討する。

- (ア) 旧教基法は、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り制定されたものであるから、その前文に掲げられた理念は、これを具体化した旧教基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（最高裁昭和51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号615頁参照）。
- (イ) 旧教基法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、旧教基法が、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される。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権して、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があり得るので、旧教基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見出し難い。むしろ、旧教基法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の確立に置き、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（最高裁昭和51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号615頁参照）。この理は、地方公共団体においても何ら異なるところはない。

- (ウ) もっとも、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、教職員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。しかし、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、教育委員会は、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、具体的な命令を発することができるものと解されるのである（最高裁昭和51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号615頁参照）。

(エ) この点に関し、被控訴人らは、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基準にとどめるべきであると主張する。しかしながら、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、地教行法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、執行する権限を有するとされ、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、教育課程、学習指導等について指導、助言又は援助を行うことができる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基準の設定にとどめるべきであるとする被控訴人らの上記主張は理由がない。

(オ) 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、前記説示のとおりであって、要約すれば次のとおりである。平成元年に新学習指導要領が改訂され、「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。」との国旗・国歌条項が定められ、都教委は、都立学校の校長に対して入学式、卒業式等が新学習指導要

領に即して行われるように求めていたが、実施率が低く、東京都教育庁の指導部長は、平成10年11月20日付けで入学式、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、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ていた。その後、平成11年に国旗及び国歌に関する法律が制定、施行され、都教委は、新学習指導要領の国旗・国歌条項と変わらない現行学習指導要領の国旗・国歌条項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結果、平成12年度卒業式以降、都立高校（全日制）での国旗掲揚、国歌斉唱の実施率は100%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いなどの学校がみられたので、都教委は、このような課題を解決するために、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より詳細な本件実施指針を示して本件通達を発出したのである。すると、現行学習指導要領に基づく入学式、卒業式等を実施するよう改善、充実を図るという目的で、これを実現するため、入学式、卒業式等における国旗掲揚、国歌斉唱の本件実施指針を定めて本件通達を発出すべき必要性和合理性が認められるのである。

(カ) 以上によれば、本件通達は、旧教基法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。また、以上の理は、新教基法16条1項においても変わりがない。

(5) 都教委の本件通達が、被控訴人らの思想・良心の自由を害し、憲法19条に違反するかについて

被控訴人らは、入学式、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立すること、国歌を斉唱すること、及び国歌斉唱時にピアノ伴奏をすることを強制されるのを拒否する自由を有しているし、また子どもの学習権保障のためにも、自らの思想・良心に従って、国旗に向かって起立するか否か、国歌を

斉唱するか否か、ピアノ伴奏するか否かを決定する自由が保障されるべきであると主張するが、要するに、憲法19条は、公権力によって思想・良心に反する外部的行為を強制されることを禁止しているのに、本件通達がそれを侵害するというものである。

思うに、人の思想・良心は、外部的行為と密接な関係を有するものであり、思想・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・良心の核心部分を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・良心の自由の侵害が問題になる。しかし、仮にその判断基準を主観的な理由に求めるならば、法による義務の否定になりかねず社会の秩序は保持できないから、その判断基準は客観的な理由に求められなければならない。すなわち、純粹に内心の自由のみならず、客観的な観点から内心の自由の核心部分と密接な関係があるとみるべき類型といえる外部的行為の強制は、憲法19条の問題となるというべきである。

これを本件についてみると、被控訴人らは、歴史観、世界観、人間観、社会観、教育観あるいは信仰から入学式、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱し、国歌のピアノ伴奏を拒否するところ（各人の陳述書〔甲190, 191, 192, 416, 417, 420〔枝番を含む。〕等〕及び弁論の全趣旨）、それはまさに一つの選択ではあろうが、日の丸や君が代は国民主権、平和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が誤りである旨の発言等を強制するなど直接的にその歴史観等を否定する行為を強制するものではないから、客観的にはその歴史観等と不可分に結び付くものということとはできないというべきである。加えて、平成11年の国旗及び国歌に関する法律の制定、平成11年10月19日付けの「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)」が発出されて4年が経過した時点において、完全な実施とはいえないにしても、都立学校の入学式、卒業式等において、国旗であ