

平成23年1月28日判決言渡 同日原本領収 裁判所書記官

平成18年(行コ)第245号 各国歌斉唱義務不存在確認等請求控訴事件

(原審 東京地方裁判所平成16年(ワ)第50号 [以下「甲事件」という。], 平成16年(ワ)第223号 [以下「乙事件」という。], 平成16年(ワ)第496号 [以下「丙事件」という。], 平成17年(ワ)第235号 [以下「丁事件」という。])

口頭弁論終結の日 平成22年10月26日

判 決

当 事 者

控 訴 人 別紙当事者目録(控訴人ら)の記載のとおり

被 控 訴 人 別紙当事者目録A, B, Cの記載(以下, 併せては「被控訴人ら」といい, 個別には順次「目録Aの被控訴人」, 「目録Bの被控訴人」, 「目録Cの被控訴人」という。)及び被控訴人ら訴訟代理人目録記載のとおり

主 文

- 1 原判決を取り消す。
- 2 目録A及び目録Cの被控訴人らの本件公的義務不存在確認請求に係る訴え及び本件差止請求に係る訴えをいずれも却下する。
- 3 被控訴人らのその余の請求をいずれも棄却する。
- 4 訴訟費用は, 第1, 2審を通じ, 被控訴人らの負担とする。

事実及び理由

第1 控訴の趣旨

- 1 原判決中控訴人ら敗訴部分を取り消す。
- 2 (主位的) 被控訴人らの控訴人東京都教育委員会及び控訴人東京都(代表者兼処分行政庁東京都教育委員会)に対する訴えをいずれも却下する。

(予備的) 被控訴人らの控訴人東京都教育委員会及び控訴人東京都(代表者

兼処分行政庁東京都教育委員会) に対する請求をいずれも棄却する。

- 3 被控訴人らの控訴人東京都(代表者知事) に対する請求をいずれも棄却する。
- 4 訴訟費用は、第1, 2 審とも被控訴人らの負担とする。
- 5 仮執行免脱宣言

第2 事案の概要

本件は甲事件, 乙事件, 丙事件及び丁事件からなり, その事案の概要は, 次のとおりである。

東京都立高等学校及び東京都立盲・ろう・養護学校(以下, これらを併せて「都立学校」という。)に勤務する教職員ら又は勤務していた教職員らは, 控訴人東京都教育委員会(東京都教育委員会は, このように控訴人の立場のほか, 控訴人東京都の代表者兼処分行政庁の立場の場合がある。以下, 単に「都教委」という。)を相手に, 甲事件を平成16年1月30日に提訴し, 乙事件を平成16年5月27日に提訴し, 丙事件を平成16年11月19日に提訴した。その請求は, 都教委に対する訴えについては, 無名抗告訴訟として, 勤務する学校の入学式, 卒業式等の式典会場において, 会場の指定された席で国旗に向かって起立し, 国歌を斉唱する義務のないこと及び勤務する学校の入学式, 卒業式等の式典の国歌斉唱の際に, ピアノ伴奏義務のないことを確認するという公的義務不存在確認請求, 並びに無名抗告訴訟として, 勤務する学校の入学式, 卒業式等の式典会場において, 会場の指定された席で国旗に向かって起立しないこと及び国歌を斉唱しないことを理由として, いかなる処分もしてはならないこと及び勤務する学校の入学式, 卒業式等の式典の国歌斉唱の際に, ピアノ伴奏をしないことを理由として, いかなる処分もしてはならないことを求める予防的不作為請求である。

また, 都立学校に勤務する教職員ら又は勤務していた教職員らは, 被控訴人東京都(都教委を代表者兼処分行政庁とする。)を相手に, 丁事件を平成17年5月27日に提訴した。その請求は, 無名抗告訴訟として, 勤務する学校の

入学式、卒業式等の式典会場において、会場の指定された席で国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務のないこと及び勤務する学校の入学式、卒業式等の式典の国歌斉唱の際に、ピアノ伴奏義務のないことを確認するという公的義務不存確認請求、並びに法定抗告訴訟として、差止訴訟（平成16年法律第84号による改正によって行政事件訴訟法3条7項が新設されたが、その訴えである。）であり、会場の指定された席で国旗に向かって起立しないこと及び国歌を斉唱しないことを理由として、いかなる処分もしてはならないこと及び勤務する学校の入学式、卒業式等の式典の国歌斉唱の際に、ピアノ伴奏をしないことを理由として、いかなる処分もしてはならないことを求めるものである。そして、甲事件ないし丁事件には、被控訴人東京都（都知事を代表者とする。）を相手とする国家賠償法1条1項に基づく慰謝料請求訴訟（附帯請求としての遅延損害金請求訴訟）が関連請求として併合提起されている。

その請求原因は、都教委の平成15年10月23日付け「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。）が、憲法19条、20条、26条等に違反し無効であり、また思想・良心の自由、信教の自由、教育の自由等を侵害し違法であるというものである（本件通達発出後の校長の後記本件職務命令に対する固有の瑕疵を主張するものではない。）。

原審は、甲事件、乙事件、丙事件及び丁事件における無名抗告訴訟としての公的義務不存確認請求につき、① 「本件通達に基づく校長の職務命令に基づき、在職中の者らが勤務する学校の入学式、卒業式等の式典会場において、会場の指定された席で国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務のないことを確認する。」、及び② 「本件通達に基づく校長の職務命令に基づき、在職中の者らが勤務する学校の入学式、卒業式等の式典の国歌斉唱の際に、ピアノ伴奏義務のないことを確認する。」という限度で認容し、甲事件、乙事件及び丙事件における無名抗告訴訟としての予防的不作為請求並びに丁事件における

平成16年法律第84号による改正によって新設された行政事件訴訟法3条7項の抗告訴訟としての差止請求につき、③ 「本件通達に基づく校長の職務命令に基づき、在職中の者らが勤務する学校の入学式、卒業式等の式典会場において、会場の指定された席で国旗に向かって起立しないこと及び国歌を斉唱しないことを理由として、いかなる処分もしてはならない。」、及び④ 「本件通達に基づく校長の職務命令に基づき、在職中の者らが勤務する学校の入学式、卒業式等の式典の国歌斉唱の際に、ピアノ伴奏をしないことを理由として、いかなる処分もしてはならない。」との限度で認容し、さらに、⑤ 国家賠償法1条1項に基づき慰謝料3万円の賠償請求及び不法行為の日（平成15年10月23日）からの民法所定の割合による遅延損害金請求を全部認容した。これに対し、控訴人らが控訴した。

ところで、被控訴人らは、甲事件、乙事件及び丙事件における無名抗告訴訟としての予防的不作為請求は、平成16年法律第84号による改正によって新設された行政事件訴訟法3条7項の抗告訴訟としての差止訴訟として係属していると主張するところ、同主張のとおり、同法附則2条の規定によって係属中の甲事件、乙事件及び丙事件における無名抗告訴訟としての予防的不作為請求は、同施行後には同法3条7項の差止訴訟として係属していると解するのが相当である（もっとも、無名抗告訴訟としての予防的不作為請求は、行政庁を相手として提訴されたが、被告適格は、同法附則3条により「なお従前の例による」ので、提訴時のままである。）。

ところで、控訴提起時点で被控訴人となっていた者のうち、退職者（市教職員への異動者、再雇用者を含む。）は、上記行政事件の訴えを取り下げ、死亡者は、すべての訴えを取り下げた。そこで、現時点での被控訴人らは、目録Aの被控訴人らすなわち現在都立学校の音楽科担当を除く教職員である者、目録Bの被控訴人らすなわち都立学校を退職した者（再雇用者及び市教職員を含む。）、及び目録Cの被控訴人らすなわち現在都立学校の音楽科担当の教職員であ

る。

そうすると、当審における審判の対象は、甲事件、乙事件、丙事件及び丁事件における無名抗告訴訟としての公的義務不存在確認請求の当否、すなわち目録Aの被控訴人らにつき、原審認容部分①、及び目録Cの被控訴人らにつき、原審認容部分①、②の当否、並びに甲事件、乙事件、丙事件及び丁事件における抗告訴訟としての差止請求の当否、すなわち目録Aの被控訴人らにつき、原審認容部分③（同被控訴人らは、そこでいう「いかなる処分」とは地方公務員法29条1項の懲戒処分のことと釈明する。）及び目録Cの被控訴人らにつき、原審認容部分③、④の当否（同被控訴人らは、そこでいう「いかなる処分」とは同項の懲戒処分のことと釈明する。）、それに加え本件通達の違法による国家賠償法1条1項に基づく請求（附帯請求を含む。）の当否、すなわち被控訴人らにつき、原審認容部分⑤の当否となる。

1 関係法令等

(1) 憲法

15条2項 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。

19条 思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。

20条1項 信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。

2項 何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない。

23条 学問の自由は、これを保障する。

26条1項 すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する。

2項 すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子

女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。義務教育は、これを無償とする。

(2) 国旗及び国歌に関する法律

1 条 1 項 国旗は、日章旗とする。

2 項 日章旗の制式は、別記第一のとおりとする。

2 条 1 項 国歌は、君が代とする。

2 項 君が代の歌詞及び楽曲は、別記第二のとおりとする。

(3) 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 都道府県，市（特別区を含む。以下同じ。）町村及び第 2 3 条に規定する事務の全部又は一部を処理する地方公共団体の組合に教育委員会を置く。

1 6 条 1 項 教育委員会に，教育長を置く。

1 7 条 1 項 教育長は，教育委員会の指揮監督の下に，教育委員会の権限に属するすべての事務をつかさどる。

1 8 条 1 項 教育委員会の権限に属する事務を処理させるため，教育委員会に事務局を置く。

2 0 条 1 項 教育長は，第 1 7 条に規定するもののほか，事務局の事務を統括し，所属の職員を指揮監督する。

2 3 条 教育委員会は，当該地方公共団体が処理する教育に関する事務で，次に掲げるものを管理し，及び執行する。

1 号 教育委員会の所管に属する第 3 0 条に規定する学校その他の教育機関（以下「学校その他の教育機関」という。）の設置，管理及び廃止に関すること。

3 号 教育委員会及び学校その他の教育機関の職員の任免その他の人事に関すること。

5 号 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。

48条2項 前項の指導，助言又は援助を例示すると，おおむね次のとおりである。

2号 学校の組織編制，教育課程，学習指導，生徒指導，職業指導，教科書その他の教材の取扱いその他学校運営に関し指導及び助言を与えること。

(4) 地方公務員法

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，又は職務を怠つた場合

3号 全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合

30条 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，職務の遂行に当つては，全力を挙げてこれに専念しなければならない。

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。

(5) 教育基本法（昭和22年法律第25号。以下「旧教基法」という。）

6条1項 法律に定める学校は，公の性質をもつものであつて，国又は地方公共団体の外，法律に定める法人のみが，これを設置することができる。

2項 法律に定める学校の教員は，全体の奉仕者であつて，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。このためには、教員の身分は、尊重され、その待遇の適正が、期せられなければならない。

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なければならない。

(6) 教育基本法（平成18年法律第120号。以下「新教基法」という。）

16条1項 教育は、不当な支配に服することなく、この法律及び他の法律の定めるところにより行われるべきものであり、教育行政は、国と地方公共団体との適切な役割分担及び相互の協力の下、公正かつ適正に行われなければならない。

2項 国は、全国的な教育の機会均等と教育水準の維持向上を図るため、教育に関する施策を総合的に策定し、実施しなければならない。

3項 地方公共団体は、その地域における教育の振興を図るため、その実情に応じた教育に関する施策を策定し、実施しなければならない。

4項 国及び地方公共団体は、教育が円滑かつ継続的に実施されるよう、必要な財政上の措置を講じなければならない。

(7) 学校教育法（平成19年法律第96号改正前のもの）

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。

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、

次の各号の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 社会において果た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。

(8) 学校教育法施行規則

57条の2 (平成19年文部科学省令第40号改正前のもの)

高等学校の教育課程については、この章に定めるもののほか、教育課程の基準として文部科学大臣が別に公示する高等学校学習指導要領によるものとする。

73条の10 (平成19年文部科学省令第5号による改正前のもの)

盲学校、聾学校及び養護学校の教育課程については、この章に定めるもののほか、教育課程の基準として文部科学大臣が別に公示する盲学校、聾学校及び養護学校幼稚部教育要領、盲学校、聾学校及び養護学校小学部・中学部学習指導要領及び盲学校、聾学校及び養護学校高等部学習指導要領によるものとする。

(9) 高等学校学習指導要領 (平成元年3月15日文部省告示第26号。以下「新高等学校学習指導要領」という。)

第3章第3の3 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。）。

- (10) 盲学校、聾学校及び養護学校高等部学習指導要領（平成元年10月24日
文部省告示第159号。以下「新養護学校高等部学習指導要領」といい、
新高等学校学習指導要領と併せて「新学習指導要領」という。）

第4章 特別活動の指導計画の作成と内容取扱いについては、高等学校学
習指導要領第3章に示すものに準ずるものとする。

- (11) 市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「B規約」という。）

18条1項 すべての者は、思想、良心及び宗教の自由についての権利を
有する。この権利には、自ら選択する宗教又は信念を受け入
れ又は有する自由並びに、単独で又は他の者と共同して及び
公に又は私的に、礼拝、儀式、行事及び教導によってその宗
教又は信念を表明する自由を含む。

2項 何人も、自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自
由を侵害するおそれのある強制を受けない。

- (12) 児童の権利に関する条約

6条1項 締約国は、すべての児童が生命に対する固有の権利を有するこ
とを認める。

2項 締約国は、児童の生存及び発達を可能な最大限の範囲において
確保する。

12条1項 締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童
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。この場合において、児童の意見は、
その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものと
する。

13条1項 児童は、表現の自由についての権利を有する。この権利には、
口頭、手書き若しくは印刷、芸術の形態又は自ら選択する他

の方法により、国境とのかかわりなく、あらゆる種類の情報及び考えを求め、受け及び伝える自由を含む。

14条1項 締約国は、思想、良心及び宗教の自由についての児童の権利を尊重する。

28条2項 締約国は、学校の規律が児童の人間の尊厳に適合する方法で及びこの条約に従って運用されることを確保するためのすべての適当な措置をとる。

29条1項 締約国は、児童の教育が次のことを指向すべきことに同意する。

(a) 児童の人格、才能並びに精神的及び身体的な能力をその可能な最大限度まで発達させること。

(b) 人権及び基本的自由並びに国際連合憲章にうたう原則の尊重を育成すること。

(c) 児童の父母、児童の文化的同一性、言語及び価値観、児童の居住国及び出身国の国民的価値観並びに自己の文明と異なる文明に対する尊重を育成すること。

(d) すべての人民の間、種族的、国民的及び宗教的集団の間並びに原住民である者間の理解、平和、寛容、両性の平等及び友好の精神に従い、自由な社会における責任ある生活のために児童に準備させること。

(e) 自然環境の尊重を育成すること。

2 争いのない事実

(1) 当事者

ア 被控訴人ら

被控訴人らは、現在、都立学校の音楽科担当を除く教職員である目録Aの者、都立学校を退職した目録Bの者（市教職員への異動者、再雇用者

を含む。）、及び音楽科担当の教職員である目録Cの者である。

イ 控訴人ら

控訴人東京都は、地方自治法180条の5第1項第1号、180条の8、地教行法2条に基づき、都教委を設置している。都教委は、同法23条3号に基づき、都立学校の教職員について、任免その他の人事に関する権限を有する行政庁であり、被控訴人らに対する処分権者である。また、都教委は、地教行法23条1号、5号に基づき、都立学校の設置、管理及び廃止、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事項を管理及び執行する権限を有している。なお、都教委は、その権限に属するすべての事務を教育長が統括し、事務局として東京都教育庁を設置している（同法16条1項、17条1項、18条1項、20条1項）。

(2) 本件通達及び本件職務命令

ア 本件通達

都教委の教育長横山洋吉(以下「横山教育長」という。)は、平成15年10月23日、都立学校の校長に対し、地教行法23条5号、17条1項に基づき、別紙1記載の内容の本件通達を発出し、都立学校における入学式、卒業式等については、学習指導要領（新高等学校学習指導要領が平成11年3月29日文部省告示第58号により、また新養護学校高等部学習指導要領が平成11年3月29日文部省告示第62号により改訂されて現行のものとなったが、国旗・国歌条項に変更はなかった。以下、改訂後の両学習指導要領を併せて「現行学習指導要領」という。)に基づき、「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」（以下「本件実施指針」という。）のとおり適正に実施することなどを通知した。

イ 本件職務命令

都立学校の校長は、本件通達に基づき、同通達発出後に行われた入学式、卒業式等の実施に際し、その都度、教職員に対し、国旗に向かって起立し、

国歌を斉唱することを命じ、音楽科担当の教職員に対し、国歌斉唱時にピアノ伴奏をすることを命じた（以下「本件職務命令」という。）。

(3) 事実経過

（本件通達発出まで）

- ア 新学習指導要領前の高等学校学習指導要領では、特別活動における国旗・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、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。」とされていた。
- イ 文部省（文部省は、中央省庁等改革基本法に基づく中央省庁の再編に伴い、平成13年1月6日文部省から文部科学省となった。以下「文部省」という。）は、昭和60年8月28日付けで「公立小・中・高等学校における特別活動の実施状況に関する調査について（通知）」を発出し、「入学式及び卒業式において、国旗の掲揚や国歌の斉唱を行わない学校があるので、その適切な取り扱いについて徹底すること。」とした。
- ウ 都教委は、平成元年2月10日付けで「学年末・学年始めの生活指導について（通知）」を発出し、「国旗、国歌については、従来から示してきたように、学習指導要領の特別活動「指導計画の作成と内容の取扱い」に即して取扱うものとする。」とした。
- エ 平成元年3月15日及び平成元年10月24日、新学習指導要領が告示され、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。」と定められた。
- オ 東京都教育庁の指導部は、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－」を作成し、「各学校の入学式、卒業式などにおける国旗掲揚、国歌の斉唱指導が、平成2年度から新学習指導要領に即して行われるよう、区市町村教育委員会

並びに都立学校長に対して指導する。」こととした。また、指導上の要点として「国旗を掲揚し、国歌を斉唱するよう指導するに当たっては、校長を中心として、教職員の共通理解の下に協力して実施するようにするが、共通理解が得られず実施が困難な状況においては、学習指導要領の法的根拠を示し、校長の責任により実施すること。」とした。

カ 都教委は、平成2年2月20日付けで「学年末・学年始めの生活指導について（通知）」を発出し、「平成元年度の卒業式における国旗及び国歌の取扱いについては、新学習指導要領に明示された趣旨を踏まえ、一層適切に行うようにする。平成2年度の入学式における国旗及び国歌の取扱いについては、新学習指導要領に則して行う。」とした。

キ 都教委は、平成6年1月18日付けで「入学式や卒業式などにおける国旗掲揚及び国歌斉唱の指導について（通知）」を発出し、「児童・生徒が、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、学校教育において、国際社会における日本人としての自覚を培うとともに、国旗及び国歌に対する正しい認識をもたせ、尊重する態度を養うことが極めて大切であります。」として、「新学習指導要領に基づき、遺漏のないよう実施願います。」と通知した。

ク 文部大臣は、平成6年10月の衆議院予算委員会の質疑において、「(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、したがって、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。」，「この内容は、これまでの国旗・国歌に関する文部省の指導方針と相違するものではなく、文部省としては、各学校において、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、従来通り指導してまいります。」と指導指針の内容を示した。

ケ 都教委は、「都民の期待に応えるため、都立高校の課題に対応し、今後の展望を明らかにする都立高校改革の総合的な計画」として、平成9年9月に「都立高校改革推進計画」を策定した。

コ 文部省は、平成10年春、全国の公立小・中・高等学校の平成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の実施状況に関する調査を行い、平成10年10月15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調査について（通知）」を発出し、「平成7年春の調査に比べて全体としては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があります。」として、「学習指導要領に基づき、国旗及び国歌に関する指導が適切に行われるよう、改めて指導の徹底をお願いします。」と通知した。それによれば、都立高校（全日制）の国旗掲揚率は、平成9年度卒業式が84.0%、平成10年度入学式が85.0%であり、いずれも全国最低であり、その国歌斉唱率は、平成9年度卒業式が3.9%で全国最低、平成10年度入学式が3.4%で三重県の1.6%に次ぐ低い実施率であった。

サ 東京都教育庁は、指導部長名にて都立高等学校長等宛に、平成10年11月9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調査について（通知）」を発出し、前記調査結果を通知するとともに、「学習指導要領に基づき、国旗及び国歌斉唱に関する指導が適切に行われるよう、指導の徹底方をお願いします。」と通知

した。さらに、東京都教育庁は、指導部長名にて都立高等学校長宛に、平成10年11月20日付けで「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）」を発出し、「学習指導要領及び別紙の「実施指針」に基づき、国旗掲揚及び国歌斉唱に関する指導が適切に行われるよう、改めて指導の徹底をお願いします。」と通知した。

別紙「実施指針」（平成10年11月20日付10教指高第161号）は、以下のとおりである。

「都立高等学校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。 」

シ 文部省は、平成11年3月、従前の新学習指導要領を改訂し、現行学習指導要領を告示した。この改訂では、特別活動において配慮する事項の中の国旗・国歌条項に変更はなかった。また、文部省は、平成11年春、全国の公立小・中・高等学校の平成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の実施状況に関する調査を行った。なお、平成11年、国旗及び国歌に関する法律が成立し、同年8月13日に公布、施行された。そこで、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）」を発出し、調査結果として、「全体としては実施率が上昇していますが、一部の都道府県及び指定都市において依然として実施率が低い状況にあります。」と知らせるほかに、国旗及び国歌に関する法律は、「長年の慣行により、国民の間に国旗及び国歌として定着していた「日章旗」及び「君が代」について、成文法でその根拠を定めたものです。」、「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ことを願います。」と通知した。同通知によれば、都立高校の国旗掲揚率は、平成10年度卒業式が92.3%、平成11年度入学式が95.0%であり、入学式についてみれば三重県（91.9%）、奈良県（93.3%）に次ぐ低い実施率であり、その国歌斉唱率は、平成10年度卒業式が7.2%、平成11年度入学式が5.9%であり、入学式についてみれば三重県の3.2%に次ぐ低い実施率であり、全国平均85.2%を大きく下回るものであった。

ス 東京都教育庁は、指導部長名にて都立学校長等に宛て、前記文部省の通知を受けて、平成11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）」を発出し、「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。」と通知した。

セ 都教委は、東京都教育庁が平成11年6月23日に都立学校の卒業式・入学式における国旗掲揚、国歌斉唱に伴う様々な問題への対応や校長に対する支援等を図るために設置した教育庁次長を本部長とする「卒業式・入学式対策本部」で行われた協議を踏まえて、同年10月19日付けで別紙2記載の内容の「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）」を発出し、現行学習指導要領及び前記実施指針（平成10年11月20日付10教指高第161号）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の指導を実施するよう命じた。

ソ 東京都教育庁の指導部高等学校教育指導課及び同部心身障害教育指導課は、平成12年1月、上記通達の趣旨を徹底するため、都立学校の全教職員に向けたリーフレットを作成し、これを配付した。このうち東京都教育庁の指導部高等学校教育指導課が作成したリーフレットは、都立高等学校向けのもので、高等学校学習指導要領解説「特別活動編」の抜粋、上記通達、全国の公立高等学校の卒業式における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施状況の推移を掲載するとともに、資料として、平成11年3月開催の卒業式において混乱が生じた都立高等学校の保護者有志から同学校の教職員に宛てた抗議の手紙、国旗・国歌に対する世論調査の結果等が掲載されていた。また、東京都教育庁の指導部心身障害教育指導課が作成したリーフレットは、都立盲・ろう・養護学校向けのもので、同学校の特別活動の目標、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に示すものに準じるとして、同解説「特別活動編」の抜粋、上記通達等が掲載されていた。

タ 文部省は、全国の公立小・中・高等学校の平成12年度卒業式及び平成13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い、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）」を発出し、全体として実施率が上昇しているが、「全校実施が達成されていない都道府県及び指定都市教育委員会にあっては、域内の全ての学校において卒業式及び入学式における国旗掲揚及び国歌斉唱が実施されるよう指導の徹底をお願いします。」、「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に指導をお願いします。」と通知した。それによれば、

都立高校（全日制）の国旗掲揚率及び国歌斉唱率は、平成12年度卒業式及び同13年度入学式のいずれも100%であった。

チ 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）」を発出し、「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。」と通知した。

ツ 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）」を発出し、平成14年度卒業式及び平成15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各都道府県教育委員会教育長及び各指定都市教育委員会教育長に宛て依頼した。

テ 上記調査依頼を受けて、東京都教育庁は、指導部長名にて区市町村教育委員会教育長に宛て、平成15年3月6日付けで「公立小・中学校及び都立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（依頼）」を発出し、平成14年度卒業式及び平成15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区市町村教育委員会教育長に宛て依頼した。その際、国旗掲揚、国歌斉唱の実施状況について、式典会場内か会場外か、会場内の場合に正面壇上掲揚か三脚か、式次第に国歌斉唱と記載されているかなどという項目を付け加え、質問紙による調査を依頼した。

ト 東京都教育庁の指導部長は、その報告等を受け、平成15年5月22日の都教委平成15年第9回定例会において、①平成14年度卒業式をフロア形式で実施した都立高等学校が4校、都立盲・ろう・養護学校が7校あったが、平成15年度入学式では都立高等学校で1校、都立盲・ろう・養護学校で4校に減ったこと、②国歌は全校で斉唱したが、式次第に国歌斉唱と記載しなかった都立高校が平成14年度卒業式では3校、平成1

5年度入学式では1校あることなどを報告し、「卒業式、入学式が学習指導要領に基づいて適正に実施されるよう、今後とも指導を継続してまいりたいと考えています。」と述べた。

ナ 東京都教育庁は、平成15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、学習指導要領に基づき、より適正に実施されるために、都立学校等卒業式・入学式対策本部（以下「本件対策本部」という。）を設置」し、本件対策本部に幹事会を置いた。

ニ 平成15年7月9日、第1回本件対策本部及び第1回幹事会の会合がそれぞれ開催された。そこでは、平成14年度卒業式及び平成15年度入学式における現状と課題が報告され、卒業式及び入学式の適正実施に向けた基本方針とそれを受けた検討課題とその日程が検討された。また、同年10月1日、第2回本件対策本部及び第3回幹事会の会合がそれぞれ開催された。そこでは、入学式及び卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱等の指導についてと適正実施に向けての今後の対応が検討された。さらに、同月17日、第3回本件対策本部の会合が開催され、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された。

ヌ 横山教育長は、平成15年7月2日開催の東京都議会本会議において、東京都議会議員土屋敬之（以下「土屋都議」という。）の質問に対し、次のとおり答弁した。

土屋都議：「国歌斉唱時に、内心の自由があるからと事前に説明する必要はないと思いますが、都教委の見解を伺いたい。また、今後こうした行為に関してどのように対応するのでしょうか。また、国歌斉唱時に起立もしない教職員がいまだに存在することについて、見解を求めます。」

横山教育長：「国歌斉唱時に関し内心の自由を説明することについてでございますが、卒業式や入学式等におきましては、学習指導要領に示された

意義を踏まえまして、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう児童生徒に対して指導しなければならないものでございます。卒業式や入学式等は、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づけを行うための儀式的行事でございまして、国歌斉唱に当たって、司会者が教員（「児童生徒」の言い間違い。）に対し内心の自由について説明することは、極めて不適切であると考えております。今後、都教育委員会は、学習指導要領に基づく卒業式、入学式等の適正実施に向けて、新たな実施指針を策定し、各学校及び区市町村教育委員会を指導してまいります。」、「国歌斉唱時に教職員が起立しないことについてでございますが、卒業式、入学式において、児童生徒に我が国の国旗、国歌の意義を理解させ、これを尊重する態度を育成すべき教員が、国歌斉唱時に起立しないということは、あってはならないことでございます。都教育委員会は、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まいります。」

ネ 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、その内容を報告した。

(本件通達の発出以降)

ア 都教委は、平成15年10月23日付けで本件通達（職務命令の性質を有する。）を発出した。

イ 都教委は、平成15年10月23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、東京都教育庁の指導部長近藤精一（以下「近藤指導部長」という。）及び人事部長臼井勇（以下「臼井人事部長」という。）が出席した。

ウ 校長は、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条によって準用される28条3項に基づき、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。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ち、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記載のような職務命令が発令された。

エ 都立学校では、本件通達に基づき、平成16年3月実施の卒業式及び同年4月実施の入学式において、各校長から各教職員に対し、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、国歌を斉唱し、また国歌斉唱時にピアノ伴奏をするよう口頭及び別紙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。）。

オ 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、次のとおり、答弁した。

土屋都議：「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、教師の指導力に不足があるか、あるいは教師による誘導的な指導が行われていたかということになると思いますが、いかがでしょうか。」

横山教育長：「学習指導要領に基づきまして国歌の指導が適切に行われていれば、歌えない、あるいは歌わない児童生徒が多数いるということは考えられませんし、その場合は、ご指摘のとおり、指導力が不足しているか、学習指導要領に反する恣意的な指導があったと考えざるを得ません。」

土屋都議：「これは肝心なことなので確認をしたいんですが、例えば5クラスあって、そのうちの4クラスでは生徒が起立をし、国歌を斉唱したが、1クラスのみ生徒が起立せず、国歌も斉唱しなかったとしたら、そのクラ

スは学習指導要領に基づく指導がなされていないと考えていいんでしょうか。」

横山教育長：「そのとおりでございます。」

土屋都議：「その場合、そのクラスの指導を担当した教員は、処分対象と考えてよろしいでしょうか。」

横山教育長：「おっしゃるような措置をとることになります。」

カ 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、校長から本件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。また、都教委は、同年3月30日、同年4月から定年退職後の再雇用職員として勤務することを希望して既に合格通知を受けていた教職員3名、同月から引き続き再雇用職員として勤務することを希望して既に合格通知を受けていた嘱託員5名に対し、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合格を取り消す旨の通知をした。なお、都教委は、平成16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。

キ 都教委は、本件通達発出後、入学式、卒業式等において、校長から本件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。

ク 都知事石原慎太郎は、平成16年4月9日に実施された教育施策連絡会

において、「今度、私よりも非常に熾烈ではっきりしている横山教育長が、教育委員の皆さんと頑張ってくれて、当然のことですけれども、国旗・国歌というものを公立の学校の中での入学式、卒業式に、1つの規範として、ルールとしてうたっていただく。」と述べた。また、都教委の教育委員鳥海巖は、上記教育施策連絡会において、「あいまいさを改革のときには絶対残してはいけない。この国旗・国歌問題、100%やるようにしてくれということを事務局にも教育長にも言っているわけですけれども、1人の人、あるいは2人の人だからいいじゃないのと言うかもしれませんが、改革というのは、何しろ半世紀の間につくられたがん細胞みたいなものですから、そういうところにがん細胞を少しでも残すと、またすぐ増殖してくるということは目に見えているわけです。徹底的にやる。あいまいさを残さない。これは非常に重要なことだと思っております。」と述べた。

ケ 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、東京都議会議員古賀俊昭（以下「古賀都議」という。）の代表質問に対し、次のとおり、答弁した。

古賀都議：「仮に、研修センターでの研修を数日あるいは1日受講する際に、当初から教育公務員としての反省の態度が全く見られず、また成果も上がっていない場合、研修の延長、あるいは再研修を命じるべきであります。重要な法令違反を犯し、反省もしていない者を教員として教壇に戻すことはあってはならないと考えますが、いかがでしょうか。」、「教職員組合などが盛んに、生徒の内心の自由を使うことが反撃のポイントといっている以上、生徒の政治的利用を許さない点からも、軽微な処分を繰り返すのではなく、職務命令として、学習指導要領規定の遵守を出すべきと考えますが、いかがでしょうか。」

横山教育長：「処分を受けた教員の研修についてですが、卒業式、入学式等におきまして、校長の職務命令に違反し、処分を受けた教員に対しまし

て、再発防止の徹底を図っていくことは重要でございます。これらの教員等に対しまして、サービス事故再発防止研修を命令研修として受講させ、適正な教育課程の実施及び教育公務員としてのサービスの厳守などについて、自覚を促してまいります。なお、受講に際し、指導に従わない場合や成果が不十分の場合には、研修修了とはなりませんので、再度研修を命ずることになりますし、また、研修を受講しても反省の色が見られず、同様のサービス違反を繰り返すことがあった場合には、より厳しい処分を行うことは当然のことであると考えております。」、「今後、校長の権限に基づいて、学習指導要領や通達に基づいて児童生徒を指導することを盛り込んだ職務命令を出し、厳正に対処すべきものと考えております。」

コ 都教委は、平成16年5月25日ころ、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、厳重注意、注意、指導を行った。不起立を促す教職員の不適切な言動とは、本件通達発出前に複数の都立学校において、入学式、卒業式等の式典前に行われていた説明であり、生徒や保護者らに対し、国歌斉唱時の起立及び斉唱を行うか否かは個人の判断に任せられている旨の説明をしたことであった。

サ 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、サービス事故再発防止研修(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、サービス事故再発防止研修(専門研修)を実施した。

シ 都教委の教育長中村正彦(以下「中村教育長」という。)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、次のとおり、答弁した。

古賀都議：「実施指針、通達の趣旨をさらに周知徹底する必要があると思いますが、見解はいかがでしょうか。」、「教職員組合は、この個別的職務命令をあいまいな包括的職務命令に変更するよう、あらゆる手段を尽くして都教委に働きかけています。私の調査によれば、驚くべきことに、それに迎合する勢力も都教委の一部にあると確認されています。実際、都立西高等学校、西高の前校長石川氏は、個別職務命令を発出しなかった校長の一人ですが、この後任の柿添校長も、個別職務命令を式典実施要項に判をついただけ、それも欠席者には渡していないといったありさまで、実質的に職務命令を形骸化させています。・・・残念ながらこうした敵前逃亡も一部にあるのです。とすると、職務命令を出す際の基準を都教委として示す必要があります。見解を求めます。」、「現在でも職員組合は、国旗・国歌問題でも、実施指針には生徒に歌わない自由があることを教えてはいけないとは書いてないからこれを活用しようと、機関紙で反撃のポイントを示しています。生徒の不起立を促すなど生徒の政治的利用をさせないための通知が平成16年3月11日に出ていますが、こうした状況から、改めて生徒への適正指導を通達として出すべきだと考えます。いかがでしょうか。」

中村教育長：「職務命令を出す際の基準についてでございますが、これまでも都教育委員会では、学習指導要領や通達に基づきまして卒業式及び入学式等を適正に実施するために、全校全教職員に対しまして、包括的職務命令に加え、個別的職務命令を発出するよう校長を指導してまいりました。」、「職務命令は、あくまでも校長の権限と責任に基づいて発出されるものではありませんが、今後は、職務命令として必要な要件を参考として通知するとともに、校長連絡会等におきまして周知を図るなど、卒業式、入学

式等の適正な実施に向けて校長を支援してまいります。なお、職務命令の発出に課題のある学校につきましては、個別に指導の徹底を図ってまいります。」、「改めて通達を出すことについてであります。これまでも都教育委員会は、生徒に不起立を促すなどの不適切な指導を行わないことや、式典の妨げとなるような行動に生徒を巻き込まないことなど、卒業式、入学式等の適正な実施について各学校を指導してまいりました。しかしながら、一部の学校ではありますが、国旗・国歌反対のビラを校内で配布した生徒に対して教員がインターネット上で支援を呼びかけたり、ほとんどの生徒が卒業式の会場に入場しなかったりするなど、不適正な事態がありました。今後とも、かかる事態が起こらないようにするため、校長が教職員に対しまして学習指導要領に基づいて適正に生徒を指導するよう、校長連絡会等において一層周知徹底してまいります。また、卒業式等において学級の生徒の多くが起立しないという事態が起こった場合には、その後、他の学校の卒業式等において同様の事態が発生するのを防止するため、生徒を適正に指導する旨の通達を速やかに発出いたします。」

ス 東京都教育庁の指導部長井出隆安（以下「井出指導部長」という。）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、「入学式・卒業式等の儀式的行事を適正に実施するために、校長が教職員に対して個別に職務命令を発出する場合には、下記の点に留意して、校長の権限と責任に基づき、職務命令書を適切に作成するようお願いします。」、① 「各教職員が自らの職務を明確に認識できるように、児童・生徒への指導、司会、ピアノ伴奏等の具体的な職務内容を、実施要項とは別の文書によって個別に示すこと。」、② 「児童・生徒への指導に当たっては、学習指導要領に基づき適正に指導することを明示すること。」、③ 「平成15年10月23日付「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)」(15教指企第569号)及び実施指針に示された内容に従うこと。」と通知した。

3 争点

(1) 本案前の主張

ア 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か。

イ 本件差止訴訟は適法か。

(2) 本案の主張

ア 都教委の本件通達が、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。

イ 被控訴人らに違法な本件通達の発出による損害を発生させたか。

4 争点に対する当事者の主張

(1) 本案前の主張

ア 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か。

(目録Aの被控訴人ら及び目録Cの被控訴人らの主張)

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要件は、① 義務賦課行為又はその履行強制行為が「公権力の行使」(行政事件訴訟法3条1項)としての性質をもつこと、② 法定抗告訴訟の類型では救済が困難なこと、及び③ 目録Aの被控訴人ら及び目録Cの被控訴人らの権利又は利益に対する侵害行為が具体的に発生しており、又は発生する高度の蓋然性が必要であること(訴えの利益)である。

これを本件についてみるに、① 都教委は、本件通達を発出し、校長に本件職務命令を発令させた上、卒業式、入学式等の式典当日における義務履行状況を行政組織のルートを使ってあらかじめ用意されたひな形により

報告させ、また東京都教育庁の職員を卒業式、入学式等の式典当日に学校に派遣して履行状況を監視・報告させ、予告したとおり義務不履行者に対し懲戒処分を課し、また再発防止研修を命じ、再雇用を拒否するなど地方公務員法上の不利益措置を講じている。そこで、本件通達及び本件職務命令を個別分断的にみれば、「処分」（行政事件訴訟法3条2項）といえなくとも、都教委が、行政組織上の諸手段を用い、更に地方公務員法上の権力的手段を行使して義務を強制するという全体を一体的にみれば「公権力の行使に当たる行為」（同項）に当たるのである。なお、平成16年法律第84号による改正によって、無名抗告訴訟も公法上の当事者訴訟も被告が同一となったから、訴状の請求の趣旨が同一の場合、無名抗告訴訟としての公的義務確認訴訟か公法上の当事者訴訟としての公的義務確認訴訟かの訴訟類型を分けて原告にその選択を迫る必要はない。裁判所としては、当該訴訟が無名抗告訴訟か公法上の当事者訴訟かに拘泥することなく、請求が適法であれば、本案判断をすべきである。

次に、② 起立・斉唱義務やピアノ伴奏義務に対しては、法定抗告訴訟では実効的な救済ができない。すなわち、本件通達及びそれに基づく本件職務命令並びに監視・報告行為自体は、個別的には「処分」に当たらないので、取消訴訟を提起することができないところ、公的義務の不存在確認を求めることは、懲戒処分に対する差止訴訟又は取消訴訟に吸収できない目録Aの被控訴人ら及び目録Cの被控訴人らの思想・良心の自由、信教の自由、教育の自由に反する起立等による苦痛を防止するという固有の意義があるのであって、懲戒処分の差止訴訟又は取消訴訟ではその権利侵害を救済するのには不十分である。特に、起立・斉唱義務やピアノ伴奏義務は、現場での監視や報告という懲戒処分に至らないとしても教職員に圧力をかける方法で強制されるので、そのことも当該義務の不存在を確認することに固有の意義があることを示すものである。

さらに、③ 同被控訴人らは、今後も都教委から本件通達に基づき校長から卒業式、入学式等の式典において国歌斉唱時に起立して国歌を斉唱し、ピアノ伴奏をすとの職務命令の発令を受け、同職務命令を拒否した場合に懲戒処分を課され、再発防止研修の受講を命じられ、定年退職後に再雇用を希望しても拒否されることはいずれも確実であること、同被控訴人らは、懲戒処分等の強制の下、自己の信念に従って卒業式、入学式等の式典において同職務命令を拒否するか、自己の信念に反して同職務命令に従うかの岐路に立たされることになるのであって、同職務命令が無効であった場合に侵害を受ける権利は、思想・良心の自由、信教の自由、教育の自由という精神的自由権であるから、権利侵害があった後に取消訴訟、国家賠償訴訟（慰謝料請求等）ができるからといっても、その事後的救済では救済されない権利であること、卒業式、入学式が毎年くり返されることに照らすと、その侵害の程度も看過し難いものがあること、また、同被控訴人らが本件通達に基づく校長の職務命令に違反するたびに懲戒処分の不利益処分を受けることは確実であり、その処分は回数を重ねるたびに重い処分となっているから、懲戒免職処分となる可能性も否定することができず、受ける不利益は看過し難いものがある。なお、無名抗告訴訟としての公的義務不存在確認訴訟の適法性を決めるのは、訴えの利益の有無であるが、それは、「判決をもって法律関係等の存否を確定することが、その法律関係等に関する法律上の紛争を解決し、当事者の法律上の地位ないし利益が害される危険を除去するために必要、適切である場合」（最高裁平成16年12月24日第二小法廷判決・集民215号1081頁参照）に、また、「確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合」（最高裁平成17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁参照）に認められる。訴えの利益を「当該義務の履行によって損害を受ける権利の性質及びその損害の程度、違反に対す

る制裁としての不利益処分の実効性及びその内容又は性質等に照らし、事前の救済を認めなければ著しく不相当となる特段の事情がある場合」という判断基準（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）で決するのは、余りに限定しすぎて狭すぎるといわざるを得ない。

(控訴人らの主張)

①について、行政事件訴訟法が抗告訴訟という訴訟類型を法定した趣旨は、私人の行為とは異なり、行政庁（公権力）には国民に権利を付与したり、権利を制限する権限が与えられており、行政庁の行為については抗告訴訟という訴訟類型において司法判断をすべきであるとの考えが存在するからである。すると、抗告訴訟は、あくまで行政処分（行政行為）をめぐる争われるものであり、行政処分といえない行政庁の行為については、抗告訴訟を提起できない。本件公的義務不存在確認訴訟は、校長の職務命令を訴訟の対象としているが、およそ職務命令とは、公務を適正かつ能率的に遂行すべく職員（公務員）に対し発令されるものであり、任命権者において、当該職務命令に違反した職員に対し、懲戒処分等の不利益処分を課すことはできるものの、職員に課された義務を直接的に実現する手段を欠くから、直接国民の権利義務を形成するという性質のものではなく抗告訴訟の対象となるものではない。目録Aの被控訴人ら及び目録Cの被控訴人らが問題とする校長の職務命令とは、入学式・卒業式等の式典会場において会場の指定された席で国旗に向かって起立するなどの職務命令であり身分、俸給等に異動を生ぜしめるものでないことはもとより、勤務場所、勤務内容等において何らの不利益を伴うものではないから、抗告訴訟の対象となるものではない。したがって、本件公的義務不存在確認訴訟は、無名抗告訴訟として不適法である。

次に、②について、同被控訴人らは、法定抗告訴訟で実質的な救済がで

きない理由として、苦痛を防止するという固有の意義があると主張するが、訴訟である以上、法的関係を問題とすべきであるが、その主張する苦痛とは、まさに主観的不快感にすぎないことに照らしても、本件公的義務不存在確認訴訟は、無名抗告訴訟としては不適法である。

さらに、③について、校長の職務命令は、あくまで教育公務員として職務を適正に行うことを命じるというにすぎないものであり、決して同被控訴人らの内心に踏み込むものではない以上、思想・良心の自由、信教の自由、教育の自由を侵害するものではないし、入学式、卒業式等という勤務時間中という限られた日の限られた時間について発令されるものであり、侵害の程度からすれば、まさに限定されたものである。地方公務員法に基づく不利益処分については、同法はあくまで人事委員会等に対する不服申立制度を法定しているのみならず、審査請求前置主義を採っているので、事後的救済制度のみが予定され、また同法に基づく不利益処分は、いわゆる任命権者の人事権の基本となるものであり、公務員法制の根幹をなすものであり、いわゆる部分秩序の問題であるから、司法の場において、その適否が問題となるとすれば、あくまで事後的にその適否を判断すべき性質のものである以上、「不利益処分の内容または性質等」からしても、本件公的義務不存在確認の訴えには訴えの利益はない。

イ 差止訴訟は適法か。

（目録Aの被控訴人ら及び目録Cの被控訴人らの主張）

差止訴訟の適法要件は、① 処分性、② 原告適格、③ 処分の蓋然性、及び④ 当該処分がされることによる損害の重大性である。

本件における懲戒処分の内容は、戒告にとどまらず、減給、停職と回数を重ねるたびに重い処分となっており、本件通達に基づき校長から発令された職務命令を拒否し続けた場合、懲戒免職処分となる可能性も十分予想される。また、一度、本件通達に基づく職務命令を拒否し懲戒処分を受け

ると再発防止研修の受講を命ぜられること、定年退職後に再雇用を希望しても拒否されることはいずれも確実である。本件通達に基づく職務命令に違反するたびに命ぜられる戒告、減給、停職、免職といった処分自体が同被控訴人らにとって「重大な損害」であることはもちろんであるが、本件における懲戒処分は、懲戒処分固有の効果にとどまらず、以下の「重大な損害」を同被控訴人らにもたらすものである。つまり、再発防止研修は、その実態からいって同被控訴人らの思想・良心を踏みにじり、屈辱と苦痛を与えるものであり、それにより同被控訴人らの受ける損害は重大なものである。そして、同被控訴人らが再雇用を希望しても拒否されることが「重大な損害」であることはいうまでもない。なお、再雇用拒否は、本件における懲戒処分を理由としてされるものであるが、懲戒処分それ自体の執行ではないから、懲戒処分の執行が仮に停止されたとしても、停止される制度的保障はない。この意味で、本件において懲戒処分を事前に差し止める固有の意義がある。そして、入学式、卒業式等の式典は毎年繰り返され、そのたびに校長は本件通達に基づき職務命令を発令するところ、同被控訴人らが本件通達に基づく校長の職務命令に違反するたびに懲戒処分等の不利益処分を受けかつその処分が重くなることは確実である。このように懲戒処分が繰り返し行われるならば、それは個々の処分の効果を遙かに超える強度の精神的、経済的負担を同被控訴人らに課すことになり、その損害の重大性は否定できない。また、本件通達が存在する限り繰り返される懲戒処分につき、各処分ごとに同被控訴人らに取消訴訟と執行停止申立てによる救済を求めることを要求するのは余りに酷であり、その負担を課すこと自体が「重大な損害」というべきである。さらに、同被控訴人らは、懲戒処分の威嚇により本件通達に基づく校長の職務命令に従うことを強制されている。同被控訴人らは、自己の信念に従って入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱時に起立して国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をするこ

とについての職務命令を拒否し懲戒処分を受けるか、自己の信念に反して上記職務命令に従うかの岐路に立たされることになる。懲戒処分は、本件通達に基づく校長の職務命令に従わなかったことに対しされるものであるが、この校長の職務命令が違法であった場合、同被控訴人らが懲戒処分の強制の下で侵害を受ける権利は、思想・良心の自由等の精神的自由にかかわる権利であり、そもそも事後的救済には馴染みにくい権利である。結局、懲戒処分を受けることは、同被控訴人らにとってハイリスクであり、同被控訴人らは、国旗起立義務、国歌斉唱義務、ピアノ伴奏義務がないにもかかわらず義務を履行せざるを得ない状況に追い込まれる。このような本件の特質を踏まえるならば、懲戒処分がされることにより「重大な損害」が生ずるおそれがあることは明らかであり、原判決が行った本件通達に基づく職務命令違反を理由とする懲戒処分を差し止め、かつその後の違法な懲戒処分の繰り返しを防ぐことがもっとも適切妥当な救済方法である。

(控訴人らの主張)

④について、同被控訴人ら主張の損害は、懲戒処分であって、その処分の取消訴訟を提起して執行停止を受けることにより容易に救済を受けるような性質の損害である上、地方公務員法は、あくまで人事委員会等に対する不服申立制度を法定し、審査請求前置主義を採っているので、事後的救済制度のみを予定していることは明らかであるのみならず、同法に基づく不利益処分は、処分の性質からして、重大な損害が生ずるおそれがある場合には該当しない。結局、同被控訴人ら主張の損害は、「重大な損害」に当たらないのである。

(2) 本案の主張

ア 都教委の本件通達が、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。

(被控訴人らの主張)

(ア) 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

国旗及び国歌に関する法律は、日章旗（日の丸）を国旗、君が代を国歌と規定するのみである。その制定時には世論を二分する賛否の議論があり、立法者も教育現場で強制するものでない旨述べていた。なお、同法制定時、控訴人らが主張するような日の丸・君が代が我が国の国旗・国歌であるとの慣習法が成立していたとは到底いえない。

学習指導要領は、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おいて、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止められるべきものであり、学習指導要領に無限定な法的拘束力を認めることはできない。現行学習指導要領の国旗・国歌条項は、第一次的には、創造的、弾力的で、地方ごとの特殊性を反映した教育の個別化の余地を拒むことになり、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超えるものであり、法的拘束力は認められない。第二次的には、国旗掲揚・国歌斉唱の具体的方法等について指示するものでなく、国旗掲揚、国歌斉唱の実施方法等については、各学校の判断にゆだねられており、教職員が生徒に対して日の丸、君が代を巡る歴史的事実を教えることを禁止するものでなく、教職員に対し、国旗・国歌について一方的な一定の理論を生徒に教え込むことを強制するものとはいえないとの解釈の下で法的効力を有する。したがって、現行学習指導要領の国旗・国歌条項は、被控訴人らに対し、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する義務を負わせるものでない。

また、本件通達は、現行学習指導要領の国旗・国歌条項すら逸脱して、詳細かつ画一的な入学式、卒業式等の進行を定めていること、及び国旗及び国歌に関する法律制定時に立法者が強制しないと述べたことにも反しており、被控訴人らに対し、国旗に向かって起立すること、国歌を斉唱すること、国歌斉唱の際ピアノ伴奏する義務を負わせるものでない。

さらに、本件通達は、校長から本件通達に従って、口頭で包括職務命令、文書による個別職務命令（本件職務命令）が発令され、毎年繰り返され、教育現場から式典の内容を決めていく裁量を奪っているから、被控訴人らは、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義務を負わない。

(イ) 教育の自由の侵害と教育に対する不当な支配

子どもは、人間的に成長、発達する権利、学ぶ権利、及びそれにふさわしい教育を求める権利を有している（憲法13条、26条、児童の権利に関する条約6条、12条1項、13条1項、28条2項、29条1項）。このような子どもの学習権に応え、これを保障するために学校があり、専門家である教職員がいる（学校教育法28条6項）。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目指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ことから、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。そこで、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を含む教育の自由が保障されており（憲法23条、26条）、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り、教職員は、全校的教育活動に関する意思形成等について固有の権利を有している。これに対し、教育行政は、教育目的を遂行するために必要な教育施設の管理等について責務を負う。しかし、教育行政といえども教育課程その他の教育内的事項について権力的介入をするならば、教育に対する「不当な支配」（旧教基法10条1項，新教基法16条1項）に当たり許されない。また、校長は、教職員に対し、必要な指導助言を行い、教育活動を刺激するなどして、総じて学校の教育文化を高めていくことをその任務とすべきであり、所属教職員を監督する旨の規定があるからといって、教育活動事項について指揮命令関係があるとはいえない。

入学式、卒業式等の学校行事に関する事項は、教育課程に属する事項であり、子どもと直接人間的接触をする教職員及び教職員集団からなる職員会議が決定すべき事項である。これに対し、校長は、入学式、卒業式等の学校行事に関する事項について、指導助言を行い、対外的な代表をするにすぎない。ところが、本件通達は、行政機関である都教委が、教職員に対し、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するものにほかならない。したがって、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、教職員に対して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。

さらに、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してみると、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、「不当な支配」に当たる。また、都教委は、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」を發表し、本件通達の発出に当たり校長の職務命令の発令を強制したのである。これは、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。

(ウ) 思想・良心の自由の侵害

憲法において、明文で思想・良心の自由を保障した理由は、戦前、国家権力が神権天皇制の思想でもって国民各人の思想・良心にまで抑圧的、統制的、更には教化的、洗脳的に侵入したことに対する反省の上に立って、二度とそのようなことは許さないということを確認として示したことにある。入学式、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱するという行為及び国歌斉唱時にピアノ伴奏をするという行為を一律に強制することは、国旗・国歌が一定の価値を有するものであることからして、世界観、人生観、主義等個人の人格的な内面作用に密接にかかわるものである。したがって、被控訴人らは、憲法19条に基づき、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。また、被控訴人らは、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、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。したがって、本件通達及びこれに基づく本件職務命令は、被控訴人らの思想・良心の自由を侵害するものであり、職務の公共性に由来する内在的制約

としてこれが正当化されることもないから、憲法19条に違反する。

(エ) 信教の自由の侵害

信教の自由の内容は、それが保障されるようになった歴史的経緯からして信仰（内心）の自由のみでなく、当然に宗教活動の自由（外部行為）を含む。それとともに、信教の自由は、寛容の精神から導かれるものであり、このことは、近代憲法が価値多元主義を前提としていることからいえる。入学式、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱するという行為及び国歌斉唱時にピアノ伴奏をするという行為を一律に強制することは、国旗・国歌が一定の価値を有するものであることからして、信仰との関係で深刻な問題を生じる。被控訴人らのうち ほか11名は、キリスト教の信仰をもっており、憲法20条1項に基づき、外部的強制から自己の信仰を保護、防衛するため不可欠な場合、入学式、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立しない自由、国歌を斉唱しない自由、及び国歌斉唱に際してピアノ伴奏をしない自由を有している。

日の丸、君が代は、歴史上国家神道と密接な結びつきを有しており、宗教的価値観と不可分の関係にある。君が代を尊重するということは、天皇を尊崇するということであり、それは、上記キリスト教徒にとってその教えに反することになる。被控訴人らに対して、これらの行為を強制することは、被控訴人らの信教の自由の侵害になる。また、被控訴人らに対する宗教上の行為への参加強制にも当たるから、憲法20条2項に違反する。

(控訴人らの主張)

(ア) 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

国旗及び国歌に関する法律は、日の丸・君が代が我が国の国旗・国歌