

君が代起立斉唱拒否による再任用等不合格事件 (最高裁第一小法廷平成30年7月19日判決 判例時報2396号55頁)

嘉 藤 亮

I 事実の概要

都立高校の教職員であったXらは、2006（平成18）年度末から2008（平成20）年度末における定年又は勸奨（以下「定年等」という。）による退職に際し、再雇用職員、再任用職員若しくは非常勤教員（以下「再任用職員等」という。）の採用候補者選考への申込みをしたが、不合格とされ、又は一旦合格とされた後に合格を取り消された（以下「本件不合格等」という。）⁽¹⁾。

都教育委員会（以下「都教委」という。）の教育長は、2003（平成15）年10月23日付で、都立高校等の各校長に対し、「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）」（いわゆる「10・23通達」。以下「本件通達」という。）を発出した。これは、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するなど、所定の実施指針どおり

(1) 具体的に、Xら22名のうち、21名については、在職中に実施されていた東京都公立学校再雇用職員の採用候補者選考又は非常勤教員採用候補者選考への申込みを行い、残りの1名は非常勤教員採用候補者選考及び再任用職員採用候補者選考への申込みを行ったが、19名は不合格となり、他3名は一旦合格とされた後に合格等を取り消された。

年度別に言えば、2006年度について、定年等による退職に際し、7名が再任用職員等への選考の申込みを行い、うち5名が不合格とされ、残り2名は後の卒業式において国歌斉唱時に起立しなかった等により合格を取り消された。2007年度について、定年による退職に際し、8名が再任用職員等への選考の申込みを行い、うち7名が不合格とされ、残り1名は、同様に、後に卒業式において国歌斉唱時に起立しなかった等により合格を取り消された。2008年度について、同様に、7名が申込みを行い、不合格とされた。

行うものとする事、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各校長に通達するものであった。

Xらは、本件通達に基づき発令され、卒業式又は入学式の会場において指定された席で
国旗に向かって起立して国歌を斉唱すること（以下「起立斉唱行為」という。）を命ずる
旨の職務命令（以下「本件職務命令」という。）をそれぞれの所属校の校長より受けてい
たが、2004（平成16）年3月から2008（平成20）年3月までの間に、卒業式又は入学式に
おいて、国歌斉唱の際、起立斉唱行為をしなかった等（以下「不起立行為等」という）に
より、本件職務命令に違反したとして、都教委より戒告又は減給の懲戒処分を受けてい
た⁽²⁾。

本件不合格等は、都教委によって、Xらが本件職務命令に違反したことが重大な非違行
為に当たるものと評価され、勤務成績が良好とはいえないと判断されたことを理由とする
ものであった。

そこで、Xらは、本件不合格等が違憲・違法なものであるとして⁽³⁾、東京都（Y）を
被告として、国家賠償法第1条第1項に基づき損害賠償（慰謝料、逸失利益及び弁護士費
用）及び遅延損害金の支払いを求めた。

原々審（東京地判平27・5・25判自440号61頁）は、採用候補者選考の合否および採否
の判断に当たっての都教委の裁量権が広範なものであることを認めつつも、その判断は本
件職務命令違反の非違性を不当に重く扱う一方で、Xらの勤務成績を判定する際に考慮さ
れるべき多種多様な要素等を全く考慮しておらず、また制度の趣旨にも反してXらの合理
的な期待を侵害するものであって、客観的合理性及び社会的相当性を欠き裁量権の逸脱又
は濫用に当たるとし、Xらが再任用職員等に採用されて1年間稼働した場合に得られる報
酬額を損害と認定して請求の一部を認容した。原審（東京高判平27・12・10判自440号75
頁）もこれを是認したため、Y側が上告した。

(2) 具体的に、Xら22名のうち、18名は不起立等1回に対する戒告処分1回、他4名は不起立等
が2回あり、第1回目の処分として戒告を、第2回目の処分として減給10分の1を1カ月受け
ていた。また、このうち1名は別の理由で戒告処分を1回受けていた。

(3) Xらの主張としては、本件不合格等が憲法第14条又は第19条に違反すること、本件不合格等
が憲法第26条、第13条及び第23条に違反し、また教育基本法第16条が禁止する「不当な支配」
に該当すること、本件職務命令違反に基づく懲戒処分や本件不合格等が自由権規約第18条、児
童の権利に関する条約第12条第1項、第13条第1項、第14条及び第30条に規定する権利を侵害
すること、本件不合格等が都教委の裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法なものであること等
を主張していた。

II 判旨 破棄自判 Xの請求棄却

「再任用制度等〔当時の再任用制度、再雇用職員制度及び非常勤教員制度をいう。筆者注〕は、定年等により一旦退職した職員を任期を定めて新たに採用するものであって、いずれの制度についても、任命権者は採用を希望する者を原則として採用しなければならないとする法令等の定めはなく、また、任命権者は成績に応じた平等な取扱いをすることが求められると解されるものの（地方公務員法13条、15条参照）、採用候補者選考の可否を判断するに当たり、従前の勤務成績をどのように評価するかについて規定する法令等の定めもない。これらによれば、採用候補者選考の可否の判断に際しての従前の勤務成績の評価については、基本的に任命権者の裁量に委ねられているものといえることができる。

そして、少なくとも本件不合格等の当時、再任用職員等として採用されることを希望する者が原則として全員採用されるという運用が確立していたということとはできない。このことに加え、再任用制度等は、定年退職者等の雇用の確保や生活の安定をその目的として含むものではあるが、定年退職者等の知識、経験等を活用することにより教育行政等の効率的な運営を図る目的をも有するものと解されることにも照らせば、再任用制度等において任命権者が有する上記の裁量権の範囲が、再任用制度等の目的や当時の運用状況等のゆえに大きく制約されるものであったと解することはできない。」

「本件職務命令は、学校教育の目標や卒業式等の儀式的行事の意義、在り方等を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿って、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえ、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに式典の円滑な進行を図るものであって、このような観点から、その遵守を確保する必要性があるものといえる……。そして、被上告人らの本件職務命令に違反する行為は、学校の儀式的行事としての式典の秩序や雰囲気を一定程度損なう作用をもたらすものであって、それにより式典に参列する生徒への影響も伴うことは否定し難い。加えて、被上告人らが本件職務命令に違反してから本件不合格等までの期間が長期に及んでいないこと等の事情に基づき、被上告人らを再任用職員等として採用した場合に被上告人らが同様の非違行為に及ぶおそれがあることを否定し難いものとみることも、必ずしも不合理であるということとはできない。これらに鑑みると、任命権者である都教委が、再任用職員等の採用候補者選考に当たり、従前の勤務成績の内容として本件職務命令に違反したことを被上告人らに不利益に考慮し、これを他の個別事情のいかんにかかわらず特に重視すべき要素であると

評価し、そのような評価に基づいて本件不合格等の判断をすることが、その当時の再任用制度等の下において、著しく合理性を欠くものであったということとはできない。」

Ⅲ 検 討

1. 本件における争点と本判決の意義

(1) 争点と本判決

本件は、いわゆる君が代起立斉唱拒否に関連する事件である。原告たる都立高校の教職員らは、君が代に対する思想又は信条のゆえに、本件職務命令に従わないという選択をしたが、そのため職務命令違反として懲戒処分を受け、更に、退職後の再任用職員等への採用を認められなかった。

本件での争点は、こうした都立高校において「起立斉唱行為を命ずる本件職務命令に従わなかったことのみをもって、都教委は再任用職員等の採用候補者を不合格とすることができるか否か」である⁽⁴⁾。別言すれば、「本件職務命令違反が重大な非違行為に当たり、再任用が認められないほどに勤務成績が良好とはいえないと判断することができるか否か」であって、例えば、「1回の戒告処分を受けたことにより、勤務成績が良好とはいえないと判断されるか否か」という構成とはなっていない。この点でも、本判決は多分に事例的な色彩が強く、おのずからその射程に限界があることが見て取れよう。

こうした争点について、本判決は、再任用職員等の選考にあたって本件職務命令違反を特に重視すべき要素と評価し、これを唯一の理由として不合格とすることは都教委の裁量権の範囲内にとどまるものであると判示したのである。

(2) 判例の動向

i 本件職務命令の憲法適合性

起立斉唱行為を命ずる本件職務命令が、憲法の保障する思想及び良心の自由を侵害するものであるか否かに関しては、入学式の国歌斉唱の際に君が代の伴奏を行う

(4) 深澤龍一郎・法教458号141頁（2018年）参照。

ことを内容とする職務命令の合憲性が問題とされた、いわゆるピアノ伴奏事件の最高裁判決（【1】最判平19・2・27民集61巻1号291頁）がある。最高裁は、原告の主張を、「『君が代』が過去の我が国において果たした役割に係わる上告人自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上の信念等」とであると肯定的に認定する一方で、「本件職務命令は、……儀式的行事において広く行われ……ていた国歌斉唱に際し、音楽専科の教諭にそのピアノ伴奏を命ずるものであって、上告人に対して、特定の思想を持つことを強制したり、あるいはこれを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものでもなく、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制するものとみることもできない。……本件職務命令は、その目的及び内容において不合理であるということとはできない」とした。

また、本件のように、都立高校の教職員らが起立斉唱行為を命ずる職務命令に違反したとして懲戒処分を受け、その後、退職に際し行った再任用職員等の採用候補者選考への申込みに対し、こうした処分歴を理由に不合格とされたため、当該不合格行為の取消ないし無効確認訴訟、及び違法な不合格行為による損害の賠償を求め国家賠償請求訴訟を提起した事案（【2】最判平23・5・30民集65巻4号1780頁）、そして、同様に再任用職員等の採用候補者選考において不合格とされたことについて国家賠償請求訴訟を提起した事案（【3】最判平23・6・6民集65巻4号1855頁）があるが、最高裁は【1】判決に依拠し、職務命令が憲法第19条に違反しないとして原告の請求を退けている。すなわち、「本件職務命令は、……卒業式という式典における慣例上の儀礼的な所作として国歌斉唱の際の起立斉唱行為を求めることを内容とするものであって、高等学校教育の目標や卒業式等の儀式的行事の意義、在り方等を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿い、かつ、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえた上で、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに当該式典の円滑な進行を図るものであるということが出来る。……本件職務命令については、……上告人の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面はあるものの、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量すれば、上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められる」としたのである。しかし、ここでは、職務命令違反による懲戒処分や、その後の再任用職員等の採用選考における不合格等の適法性そのものについては直接判断されてはこなかった。

ii 職務命令違反への懲戒処分 of 適法性

起立斉唱行為を命ずる職務命令に違反したことを理由とした懲戒処分の適法性が争われた事案として、懲戒処分等の取消訴訟及び国家賠償請求訴訟を提起したもの（【4】最判平23・6・14民集65巻4号2148頁）、及び懲戒処分の取消訴訟のみを提起したもの（【5】最判平23・6・21集民237巻53頁）があるが、いずれも【1】判決に依拠し、職務命令が憲法第19条に違反するものではないとして請求を棄却している。

その後、懲戒処分の取消訴訟と国家賠償請求訴訟が提起された事案（【6】最判平24・1・16集民239巻253頁）において、最高裁は、起立斉唱行為を命ずる職務命令違反への懲戒処分の適法性についてより踏み込んで判断している。まず、懲戒処分の対象とされた不起立行為等について、「その結果、影響として、学校の儀式的行事としての式典の秩序や雰囲気やを一定程度損なう作用をもたらすものであって、それにより式典に参列する生徒への影響も伴うことは否定し難い。……他方、不起立行為等の動機、原因は、……個人の歴史観ないし世界観等に起因するものである。また、不起立行為等の性質、態様は、上記……のような面がある一方で、積極的な妨害等の作為ではなく、物理的に式次第の遂行を妨げるものではない」として、不起立行為等の性質及び様態並びに動機及び原因を明らかにしている。

その上で、【3】判決に依拠して本件職務命令の憲法適合性を確認し、懲戒処分のうち最も軽い戒告処分をすることは、基本的に懲戒権者の裁量権の範囲内にとどまるものとする。他方で、「不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となる」として、減給処分の性質や、本件においては不利益が反復継続的に拡大する事情を踏まえ、「不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えて減給の処分を選択することが許容されるのは、過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為等の前後における態度等……に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要する」との判断枠組みを示した。これに従って、過去一回、戒告処分を受けていたことをもって、不起立行為等に対する懲戒において減給処分を選択したことを裁量権の範囲を超える違法なものとした。

【6】判決において、最高裁は、事柄の性質あるいは職務命令違反への懲戒処分

の特徴を踏まえた上で、懲戒の必要性和相当性の観点からより踏み込んだ審査を行った。しかしながら、懲戒の選択について、一回の不起立行為等への減給処分が相当性を欠くとする一方で、（戒告処分を行ったという）懲戒処分そのものの適法性は維持されていた。

他方で、職務命令に違反したために懲戒処分を受けたことを理由として、その後の再任用職員等の採用候補者選考において不合格としたことに裁量権の逸脱又は濫用があるか否かについて、最高裁レベルでは直接的に判断されては来なかった。ここに本判決の意義が認められる。ただし、すでに【1】判決や【6】判決において判断されていたことから、本件職務命令及び本件職務命令違反に基づく懲戒処分の適法性が前提とされている。

2. 再任用制度等の概要⁽⁵⁾

次に、本件で問題とされた再任用制度等を概観してみよう。東京都は、再雇用職員制度、非常勤教員制度及び再任用制度によって、定年等により退職した教職員を雇用する仕組みを採用していた。

(1) 再雇用職員制度

再雇用職員制度は、定年等により一旦退職した教職員等を、地方公務員法第3条第3項第3号に定める特別職の非常勤職員（嘱託員）として任用するもので、都教委は、「東京都公立学校再雇用職員設置要綱」を作成して運用していた。この制度は、1981年の地方公務員法の改正によって1985年より定年制が導入されたことに伴い創設され⁽⁶⁾、その趣旨は、高齢化社会に対応し、退職職員に生きがいと生活の安定を与えるとともに、長年培った豊富な知識や技能を退職後も役立てることにあるとされていた。つま

-
- (5) 東京都の再任用制度等については、岡田正則「教育公務員の再雇用における行政裁量の限界——東京都教職員再雇用拒否事件を例として——」南山法学38巻3・4号（2015年）409頁（特に410～423頁）以下が詳しく、本稿も原々審判決、原審判決及び本判決とともにこれに拠った。
- (6) 定年制は、わが国人口の急速に高齢化しつつある現状に照らし、地方公共団体においても高齢化社会への対応に配慮しつつ、職員の新陳代謝を確保し、長期的展望に立った計画的かつ安定的な人事管理を推進するため、適正な退職管理制度を整備する必要があること等から導入されたとされる。晴山一穂＝西谷敏編『新基本法コンメンタール 地方公務員法』別冊法セ241号135頁〔三浦大介執筆〕。

り定年退職者の生活保障の側面と、公務の能率的運営確保の側面があったことがうかがわれる。

選考の基準としては、①定年等による退職前又は再任用期間の満了前の勤務成績が良好であること、②任用に係る職の職務遂行に必要な知識及び技能を有していること、③健康で、かつ、意欲をもって職務を遂行すると認められること、の要件を満たす者のうちから都教委が任命するものとされていた。選考方法としては、勤務実績、適性及び健康状況についての所属長の推薦書、希望者の申込書並びに希望者との面接結果から総合的に判定するものとされる。また、任期は1年以内で、65歳まで、4回を上限として更新が可能とされていた。

こうした再雇用職員制度は、2007年度末をもって廃止され、2008年度からは後述する再任用制度で対応するものとされている。

(2) 非常勤教員制度

前述の通り、都教委は、2008年度から再雇用職員制度を廃止し、再任用制度に一本化した。短時間勤務の再任用職員は、勤務日数が限られていることや、再雇用職員制度が廃止された場合の正規職員への負担増が懸念されたことから、これをカバーする趣旨で非常勤教員制度が導入された。この制度は、都教委の定める「都立学校等に勤務する日勤講師に関する規則」に基づく日勤講師とされ、その選考方法は各年度に定められる選考実施要綱に基づき、書類審査や面接審査等によって総合的に判定するものとされている。任期は、1年で、4回まで更新が可能とされている。

(3) 再任用制度

現行の再任用制度は、1999年改正地方公務員法において導入された（2001年施行）。これは、定年退職者又は定年前に退職した一定の者を、「従前の勤務実績等に基づく選考により」常時勤務又は短時間勤務の職に採用するものである（地公法第28条の4第1項、第28条の5第1項）。従前は、定年退職者を一定の限度内で常勤の一般職の職員として特例的に採用するものであり、そこでは公務の能率的な運営確保に力点が置かれていた⁽⁷⁾。

しかしながら、その後、公務員の公的年金の満額支給開始年齢が段階的に65歳まで

(7) 橋本勇『新版 逐条地方公務員法<第4次改訂版>』（学陽書房 2016年）609頁。

引き上げられることとなったため、60歳定年の公務員についても雇用と年金の連携によりその生活を支える必要性が生じてきた。そこで、高齢者の知識や経験を社会において活用する等の観点から、60歳代前半に公務部門で働く意欲と能力のある者を広く任用することを可能とするとともに、定年退職者と同様の知識や経験を有すると認められる者も広く採用の対象とすることができるような仕組みとして、現行の再任用制度に改められた。そのため、現在の再任用制度は、公務の能率的運営を確保するためというよりも、むしろ職員の生活を保障することに軸足を置くものとなっている⁽⁸⁾。

高齢者等の雇用の安定等に関する法律（昭和四十六年法律第六十八号）において、定年を65歳未満としている事業主は、65歳までの定年の引き上げ、65歳までの継続雇用制度の導入又は定年の廃止のいずれかの措置（高齢者雇用確保措置）をとることが義務付けられている（第9条第1項）。雇用と年金の接続の観点からは、公務員については、その利益の保護に欠けるところがあるが、国及び地方の財政状況や民間の雇用情勢を踏まえ、また定年制の引き上げや廃止への抵抗感から、再任用制度の弾力的な運用が現実的な選択肢とされる⁽⁹⁾。国においては、2013年に「国家公務員の雇用と年金の接続について」が閣議決定され、再任用を希望する職員については、原則として常時勤務を要する官職に再任用するものとしている。加えて、同年、総務副大臣通知として「地方公務員の雇用と年金の接続について」が発せられ、地方公共団体に対し、同様に再任用を希望する職員については、原則として常時勤務を要する職に再任用するものとする事、そして、再任用制度に関する条例の整備を要請した⁽¹⁰⁾。

もともと、こうした趣旨を有するに至った再任用制度においても、再任用を義務付けるものではなく、あくまでも運用で対応するにとどまる。また、実務上も「職員が再任用すべきことを要求する権利を有することを意味するものではなく、職員の任用

(8) 以上につき、晴山＝西谷・前掲注(6)・139頁、橋本・前掲注(7)・608～609頁参照。

(9) 橋本・前掲註(7)・597頁。なお、継続雇用制度については、対象者を労使協定により限定することができるものとされていたが、2012年の法改正によってこの仕組みも廃止されている。

(10) これに先立ち、人事院においては、2009年に公務員の高齢期の雇用問題に関する研究会が「公務員の高齢期の雇用問題について（最終報告）」により、65歳までの段階的な定年の引き上げを提言している。その後、2011年に、人事院は両院議長と内閣総理大臣に対し、「定年を段階的に65歳に引き上げるための国家公務員法等の改正についての意見の申出」を提出し、同様の提言を行っている。近年においても、2018年に「定年を段階的に65歳に引き上げるための国家公務員法等の改正についての意見の申出」を提出して、再度定年の引き上げを提言している。参照、人事院HP https://www.jinji.go.jp/ichiran/ichiran_teinen.html（最終閲覧日2019年6月17日）。

そのものが公務遂行のためであることに変わりはないのであるから、特定の者を再任用するか否かは任命権者の裁量に委ねられている」と解されている⁽¹¹⁾。

原々審によれば、東京都における運用について、総務局人事部及び教育長人事部が作成した「都における再任用制度の導入（概要）」があり、そこで「再任用制度は、退職する職員の知識・経験を即戦力として活用することにより都民サービスの向上等行政の効率的運営を図り、退職する職員の生活設計の選択肢の一つとして、都が雇用主の立場から、年金制度の改正（年金の満額支給開始年齢を60歳から段階的に引き上げること）に合わせて公務部門における再任用の機会を設定し、高齢職員に雇用機会を提供するという基本的考え方にに基づき、平成13年度から導入されたものであり、その採用方法は、従前の勤務実績に基づく選考による能力実証を経た上で採用する」となっていた。

こうした運用方針に基づく全体的な採用実績としては、本判決が認定するに、再雇用職員制度及び非常勤教員制度下においては、2000年から2009年までの間に、新たに採用されることを希望する者の約90%から95%程度が採用候補者選考に合格しており、希望者全員が合格した年度もあった⁽¹²⁾。

3. 処分性及び「公権力の行使」該当性

(1) 不合格又は不採用の処分性

本件の原告らは、再任用職員等への採用候補者選考の申込みをしたものの、不合格とされ、又は一旦合格とされたが、後に不合格とされた都立高校の教職員である。まず、この不合格ないし不採用という行為に処分性が認められるかどうかの問題となるが、一般的に裁判例においては、これを否定する傾向にある。

例えば、【7】東京高判平21・10・15判時2063号147頁（【2】判決の原審）は、以下のように判示する。「本件再雇用制度及び本件再任用制度は、定年等によりいつ

(11) 橋本・前掲注(7)・610～611頁。

(12) より具体的に、原々審の認定によれば、2000年度から2009年度までの都立学校の採用候補者選考のうち、再雇用制度においては、2008年度を除き、新規の合格者の割合は、本件原告らの不合格を含めて計算しても95%を超えていた（2008年度は申込者が6名と少数で、うち5名が合格していた）。2007年度から実施された非常勤教員制度においても、新規合格者の割合は、本件原告らの不合格を含めて計算しても2007年度は90%を超え、2008年度及び2009年度は95%を超えていた。

たん退職して職員の身分を失った一般職の地方公務員を、新たに選考した上で、……採用するものであり、都教委において採用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のであり、採用選考の申込者に職員としての採用を求める権利があるわけでもないのであるから、そうとすれば、都教委が申込者を不合格として採用しなかったとしても、その申込者の『権利義務を形成しまたはその範囲を確定する』ものではないから、本件不合格に行政処分性を認めることはできないものというべきである⁽¹³⁾。

その他、いわゆる申請型の義務付け訴訟を提起した事案においても、同様に処分性を否定した上で、採用することを求める権利がないこと（【10】東京地判平25・7・8判自388号20頁）、あるいは申請に関する法令の規定がないこと（【11】大阪地判平29・5・10判タ1447号174頁）から、法令に基づく申請ではないとして請求を却下したものがある⁽¹⁴⁾。

（2）公権力の行使該当性

本件不合格等のような再任用職員等の採用候補者選考において不合格とする行為は、抗告訴訟において争うことができない。そのため、代わりに国家賠償請求を選択することが考えられるところ、公務員の勤務関係は「公法的規律に服する公法上の勤務関係」（【12】最判昭49・7・19民集28巻5号89頁）とされており、不合格等の行為は、「公権力の行使」に該当すると解されている。

この点、合格の取消しについて【13】東京地判平19・6・20判時2001号136頁は、以下のように判示し、「公権力の行使」該当性を肯定している。すなわち「再雇用職員の勤務関係の法的性質は公法上の任用関係と解するのが相当である。……本件合格通知が発せられることにより、原告らが……再雇用職員への採用に強い期待を抱くことは無理からぬものというべきであり、かかる期待は国賠法上も保護するに値するといえる。……任命の拒否が相当な理由を欠くなど、社会通念上著しく不合理であって、その裁量を逸脱・濫用してされたものと認められる場合には、本件合格

(13) 同旨のものとして、【8】東京地判平21・1・19判時2056号148頁（【2】判決の原々審）、【9】東京地判平22・2・25LEX/DB25471342等がある。

(14) 【11】判決においては、いわゆる非申請型の義務付け訴訟と、教員たる地位の確認を求める実質的当事者訴訟も提起されていたが、前者については、事後的に給与相当額の支払請求をすることで十分に損害の回復を図ることができるため補充性の要件を満たさないと却下され、また後者についても、現実に任用されていないことから請求に理由がないものとされた。

取消しも国賠法上、違法な公権力の行使に該当するというべきである」とする⁽¹⁵⁾。

4. 再任用職員等の採用と裁量

(1) 司法審査の枠組み — 懲戒処分の場合

本件不合格等の適法性について、裁判所はどのような姿勢で臨んでいるであろうか。まず、司法審査の枠組みについて、懲戒処分に関する事例では、従来、懲戒権者の広範な裁量権を認め、いわゆる社会観念審査によることが示されている。

例えば、神戸税関事件（【16】最三判昭52・12・20民集31巻7号1101頁）は、「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」と判示する。また、伝習館事件（【17】最一判平2・1・18民集44巻1号1頁）においても、「人事に関する事務を管理執行する立場において、懲戒事由に該当する被上告人らの前記各行為の性質、態様、結果、影響等のほか、右各行為の前後における被上告人らの態度、懲戒処分歴等の諸事情を考慮のうえ決定した本件各懲戒免職処分を、社会観念上著しく妥当を欠くものとまではいい難く、その裁量権の範囲を逸脱したものと判断することはできない」とされ、社会観念審査によることが示唆されている。

さらに、【6】判決は、「公務員に対する懲戒処分について、懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の上記行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきかを決定する裁量権を有しており、その判断は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合に、違法となるものと解される」とする。

そして、懲戒処分として減給以上の処分を選択したことにつき、前述の通り「学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処

(15) なお、懲戒処分の取消訴訟と国家賠償請求訴訟に関する【14】東京高判平24・10・31LEX/DB25483345は、過去の不起立1回の処分歴をもつての減給処分の選択が重きに失ずるとして懲戒処分の取消請求を認容するが、それが職務上通常尽くすべき注意義務に違反するとはいえないとして賠償責任を否定している（【15】最判平25・9・6LEX/DB25501766もこれを是認）。

分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要する」として、事案の性質に応じたより個別具体的な根拠を求め、行政の判断過程により踏み込む審査を行っていた。

(2) 期待権

本件においては、退職の後に再任用職員等の採用候補者選考に申込みをした原告らが、再任用職員等に採用されることにつき期待権を有し、本件不合格等はこれを侵害するものであるか否かも争点とされた。

この点、国立大学の付属図書館の非常勤職員に関する【18】最判平6・7・14集民172号819頁は、再任用について、原則として期待権の発生を否定するものの、例外的に期待権が生じ、その侵害に基づく国家賠償請求の可能性を示唆している。すなわち、「上告人が、任用予定期間の満了後に再び任用される権利若しくは任用を要求する権利又は再び任用されることを期待する法的利益を有するものと認めることはできないから、D大学学長が上告人を再び任用しなかったとしても、その権利ないし法的利益が侵害されたものと解する余地はない。もっとも、任命権者が、日々雇用職員に対して、任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障するなど、右期間満了後も任用が継続されると期待することが無理からぬものとみられる行為をしたというような特別の事情がある場合には、職員がそのような誤った期待を抱いたことによる損害につき、国家賠償法に基づく賠償を認める余地があり得る」。

この点、本件と同様の事例である【8】判決では、選考方法の簡易さ、非常に高い採用率であった選考実績、そして「形式的には退職後の新たな採用ではあるが、事実上は、退職前後の地位に継続性があるものとして機能してきたと認められること等の事情に照らすと、希望すれば、定年後も本件再雇用、本件再任用職員として採用されるとの採用選考申込者の期待には合理性があり、一定の法的保護に値する」とする。

さらに、【19】東京地判平20・2・7判時2007号141頁（【3】判決の原々審）では、「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」とした上で、「本件再雇用制度の趣旨やその運用状況等に照らすと、従前、定年退職や勸奨により退職した教職員等が本件再雇用制度の嘱託員として採用されることを希望した場合には、退職前の職と嘱託員の職は事実上の継続性を有するものとして機能していたことが認められるから、原告ら教職員等が、嘱託員として採用されることについて有していた期待は合理性を有するものであり、一定の法的保護

に値するものといえる」としており、再任用職員制度等の採用実績や、生活保障の側面から本件における特別の事情を認め、退職後も一定の連続性を見出すことで、期待権の発生を肯定している⁽¹⁶⁾。

他方で、期待権の発生を否定するものとして、【23】東京高判平22・1・28判時2086号148頁（【3】判決の原審）は、「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」とする。また、【24】東京地判平28・4・18判自418号64頁は、「定年退職後も非常勤教員として勤務することができることを期待したとしても、そのこと自体は理解することができる。しかしながら、……都教委のかかる広範な裁量権の行使の結果としての任用の実状から生じた事実上の期待に止まるといわざるをえない」としており、法的保護に値する

(16) その他、本件のような不起立行為等に関するものではないが、退職後の再任用や再雇用について期待権を認めたものとして、【10】判決は、「再任用制度は、無年金期間における職員の収入確保の途を設ける趣旨を含むものの、退職職員の知識・経験を即戦力として活用することにより、都民サービスの向上等行政の効率的運用を図ることをも目的としていると解するのが相当である。「選考基準を満たすような再任用申込者は、再任用として採用されることを期待するのが通常といえ、またその期待は相当に合理的なものと認められるから、……裁量権の逸脱又は濫用があったような場合には、上記の期待を侵害する行為として、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償責任を負う場合がある」とする。

また、【20】東京地判平24・1・30判タ1402号85頁は、「……申込者は原則として、再任用ないし再雇用するという運用が行われていた場合においては、形式的には新規採用ないし雇用といえども、職員がそのような任用ないし雇用されるという期待を抱いたことによる損害につき、国賠法に基づく賠償を認める余地があり得る……。……少なくとも、本件選考時においては、……教員を定年退職後も再任用ないし再雇用する制度が設けられて、……かつ、当該申込者は事情に高い確率……で、再任用ないし再雇用するという運用が行われていたと評価することが相当である」とする。

さらに、【21】東京地判平26・3・6判時2249号94頁は、「勤務実績が良好である場合であっても、当然に再任用の更新がされるわけではないことが明示されている。そして、……都教委が、原告に対して、任用予定期間満了後も任用を続けることを確約したという事情は認められない」とするが、定年と年金の接続、92%超の合格率、原告の勤務実績等から「再任用品間満了後も任用が継続されると期待することが無理からぬ事情があるというべきであり、そのような期待を抱いたことによる損害につき、国賠法に基づく賠償を認める余地があるというべきである」とする。

加えて、【22】福岡高判平25・9・27判時2207号39頁は、高い合格率から「再任用を希望する者が、教師として従前の勤務実績が平均的であり、健康状態に特段の問題がなく、職務を続ける意欲があれば、選考審査に合格する可能性が高いとみるのが相当である。……被控訴人の従前の勤務実績、意欲等に照らし、再任用されることを期待することは相当かつ合理的である」としている。

までには至らないと判断している。この点は、結局、本件における再雇用職員制度等の性質の評価如何にかかっている。

(3) 再任用における司法審査 — 裁量権の逸脱・濫用

本件不合格等のような行為の適法性を審査するにおいて、裁判所の傾向としては、選考における採否の決定につき、任命権者の広範な裁量を認め、例外的にその裁量を逸脱又は濫用したと認められる場合に、当該行為の違法性を導くという姿勢をとっている。

例えば、【7】判決は、「都教委において採用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く、面接、推薦書及び申込書により申込者を総合的に判断して採否を判定するものであって、都教委の合否及び採否の判定には広範な裁量権があるのである。したがって、都教委においてこの裁量権の逸脱・濫用がない限り、違法の問題は生じないものというべきである」とする（【11】判決等も同旨）。

より具体的には、【19】判決のように、「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、当該不合格に客観的合理性や社会的相当性が著しく欠けると認められるような場合」には裁量権を逸脱又は濫用したものとする（【8】判決等も同旨）⁽¹⁷⁾。

この点、制度の趣旨目的に着目して裁量権の限界を画する試みとして、（本件のように不起立行為等に関するものではないが）【22】判決は、「もっとも、再任用制度の趣旨は前述のとおりであり、職員が定年退職後の生活に不安を覚えることなく職務に専念できるよう雇用と年金の連携を図るとともに、職員の経験や実績を有効に活用することにあることから、任命権者は再任用を希望する定年退職者については、できる限り採用するように努めることが求められていることに留意しなければならない……。そうすると、任命権者に広範な裁量権があるとしても、再任用職員選考手続の合理性や採否の判断に関し、制度趣旨を考慮に入れた合理的な解釈をすることは許されるものといわねばならない」とする⁽¹⁸⁾。

(17) 【9】判決は、国家賠償請求訴訟であることを意識してか、「裁量権を逸脱し、又は、濫用するものとして、職務上の注意義務違反がある」とする。

(18) さらに、【8】判決は、期待権の発生により、「都教委の裁量権もこの見地から制限を受け」とする。

(4) 不合格等に関する裁判例

i 適法とする裁判例

そこで、本件のような不合格等の適法性判断の具体例に目を向けると、【9】判決は、「その職務命令違反が、生徒だけでなく、父兄や来賓も参加及び参列し、厳粛な雰囲気の中で行われるべき式典である卒業式においてされたことを考えると、これを決して軽い非違行為と捉えることはできない。……職務命令にあえて従わなかった事実により戒告処分に処せられた原告について、本件再任用職員の採用選考において、その事実を消極要素として重く評価し、不合格とすることがあながち不当ということとはできない」として、本件のような職務命令違反が、選考段階において重要な要素とすること自体は許されるとの立場をとる。

同様に、【13】判決は「本件職務命令に反してされた原告らの本件不起立行為が同人らの勤務内容の評価を低下させるものとなることは否定し難いから、都教委が本件不起立行為をもって、勤務成績が良好であることとの要件に欠けると判断したことが不合理ということとはできない。……原告らの非違行為が、その信念に根ざすものであることからすると、新年度の入学式や翌年の卒業式においても更に繰り返される可能性も高いこと、再雇用制度に定年後の生活保障の意味合いがあるとしても、それは飽くまでも一年ごとの任命であって、一般の教職員の地方公務員としての身分保障とは本質的に異なること、その他……諸事情を総合考慮すれば、本件合格取消しにより原告らが職を失うこととなったとしてもやむを得ないことが、なお合理性に欠けるとまで断ずることは困難」だとする。この点、再任用職員等の採用候補者選考について、一般の地方公務員の任用の場合に比して任命権者の裁量を広範に認めるものとして、【23】判決は、「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」としている。

種々の考慮要素のうち、本件職務命令違反を重視できるとしても、その他の要素との適正な較量がなされているかどうかについて、例えば【24】判決は、「人事政策的見地からの当否の問題は残ると考えられる、しかしながら、……内心の動機がいかなるものであれ、職務命令よりも自己の見解を優先させ、本件職務命令に違反することを選択したことが、その非常勤教員としての選考……において不利に評価

されることはやむを得ない。また、学校の卒業式や入学式という教育上の特に重要な節目となる儀礼的行事において、生徒等の配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序を確保して式典の円滑な進行を図ることが本来求められる中での職務命令違反なのであるから、かかる違反行為の態様が重視されることも、一概に否定し得ない。……単に過去に懲戒処分を受けたという事実や処分量定の形式的な軽重だけではなく、採用後の公務の円滑な遂行の確保という観点から、過去において職務命令に違反する行為を行ったか否かという点を特に重視したとしても、著しく不合理であるということとはできない……。……懲戒処分は、既に当事者間に公務員関係が成立している場合における当該公務員関係の秩序維持の観点から行われるのに対し、新たな任用行為に係る選考は、これから公務員関係を成立させるにふさわしい人物を候補者として選定するという観点から行われるものである。したがって、両者の判断基準が同一であるべき必然性はない」とする。

以上要するに、生活保障の側面は一考慮要素（あるいは期待権を発生させるに至らないもの）に過ぎないこと、再任用職員等の採用候補者選考は一般の採用選考よりも広範な裁量権が認められること、再発の可能性が高いことや生徒等への影響が強いことから本件のような職務命令違反を重大なものと評価することは著しく不合理ではないこと、といった理由により不合格の適法性を支持している。

ii 違法とする裁判例

他方で、【8】判決は、期待権の成立を認めた上で、制度の生活保障の側面から都教委の裁量権も一定の制約を受けること、そして「本件再雇用、本件再任用職員の採用選考要件は、学校教育の充実、つまり生徒、保護者の利益、ひいては公教育全体の信頼のために設けられているのだから、懲戒処分の対象としての評価と基本的に異なるところはないのであり、懲戒処分の対象としては非行の程度が軽いと評価しながら、採用選考の際には、これだけを理由に不合格となるほどの重大な非違行為に当たると評価することは、不合理と評価せざるを得ない。それに加えて、原告に関する上記具体的事情を総合して考慮するならば、本件職務命令違反に関して本件戒告処分を受けたという一事をもって、本件不合格に値するほどの重大な非違行為と評価することは、極めて不合理というべきである」とし、本件不合格は、客観的合理性及び社会的相当性を著しく欠くものとして、裁量権の逸脱又は濫用を認めている。

また、【19】判決は、「卒業式等で再度不起立行為等に及ぶ可能性があることは

否定できないことを考慮しても、本件不合格は、従前の再雇用制度における判断と大きく異なるものであり、本件職務命令違反をあまりにも過大視する一方で、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欠くものといわざるを得ず、都教委はその裁量を逸脱、濫用したものと認めるのが相当である」とする。

これらに共通することとしては、再任用職員制度等に生活保障の側面（加えて、それに基づく期待権の発生）を認め、そこに裁量権への制約根拠を見出し、かつ、懲戒処分段階での評価と再雇用等段階での評価との間に実質的相違が見いだされないこと等から、他の要素を考慮することなく本件職務命令違反を過大視するものであって、客観的合理性及び社会的相当性を欠くものとして裁量権の逸脱又は濫用を認定している。そこには、実質的に、いわゆる判断過程審査を採用し、考慮要素が適正に検討されたか否か、という観点から裁量判断を評価する姿勢がみられる。

5. 原々審及び原審の判断枠組み

(1) 原々審判決

以上の整理を踏まえ、本判決について検討してみる。まず原々審は、選考において客観的かつ具体的な基準が定められておらず、また希望者全員を採用しなければならないものではないこと等から、合否の判断について都教委の広範な裁量権を認める。他方で、再任用職員制度等の趣旨として、「定年後の職員の雇用を確保しその生活の安定を図ることをその主要な目的の一つとしているものと解される」とする。そして、「高い蓋然性の下に定年後も引き続き職場と収入が確保されていたという実態からすれば、退職前の地位と密接に関連し、これに付随して一定の条件の下に将来の地位を提供する機能を有していたとみることができ、少なくとも、教職員において、退職前後の地位に一定の関連性・継続性があるものとみて、恣意性を排した客観的かつ合理的な基準に従ってその選考が行われるものと期待することには十分な理由があったものといえる」として法的保護に値する期待権の発生を認める。

その上で、「本件不合格等の理由が著しく不合理である場合や恣意的である場合など、本件不合格等の判断が客観的合理性や社会的相当性を著しく欠く場合には、都教委による裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として、当該判断は違法と評価されるべきであり、採用候補者選考に申込みをした原告らが有する期待権を侵害するものとして

その損害を賠償すべき責任を生じさせることになる」との枠組みを示している。

そこで、本件について検討するに、本件職務命令の非違性の程度については、本件職務命令の遵守が学習指導要領の中でも特別な位置づけを与えられないこと、原告らの不起立行為等が、積極的に卒業式等の進行を阻害し、又は混乱をもたらすものではなかったこと、実際の懲戒処分の内容としても最も軽い戒告にとどめられたこと等から、本件職務命令違反の非違性も同様にその程度にとどまるものであると評価する。加えて、不起立行為等の動機は個人の歴史観又は世界観等に由来し、本件職務命令はこれを間接的に制約するものであるために慎重な考慮を要する上、高い合格率であったことからすれば新規の採用と同視することはできず、さらに、生活保障の側面を考慮するならば、「懲戒処分を課す場合と別異に扱うのは相当ではない」とする。

本件通達の発出に基づき本件職務命令が発令される以前は、不起立行為等をしたことをもって不合格とされた者がいなかったことから、「本件不合格等は、他の具体的な事情を考慮することなく、本件職務命令に違反したとの事実のみをもって重大な非違行為に当たり勤務成績が良好であるとの要件を欠くとの判断により行われたものであるが、このような判断は……本件職務命令に違反する行為の非違性を不当に重く扱う一方で、原告らの従前の勤務成績を判定する際に考慮されるべき多種多様な要素、原告らが教職員として長年培った知識や技能、経験、学校教育に対する意欲等を全く考慮しないものであるから、定年退職者の生活保障並びに教職を長く経験してきた者の知識及び経験等の活用という再雇用制度、非常勤教員制度等の趣旨にも反し、また、本件通達発出以前の再雇用制度等の運用実態とも大きく異なるものであり、……法的保護の対象となる原告らの合理的な期待を、大きく侵害するものと評価するのが相当である。したがって、本件不合格等に係る都教委の判断は、客観的合理性及び社会的相当性を欠くものであり、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるといふべきである」として、本件不合格等を違法とした。

(2) 原審判決

原審は原々審の判断枠組み及びその結論を是認している。加えて、懲戒制度と再雇用制度等は異なるものであるため、判断の相違が出るのは当然との主張に対し、原告らの思想及び良心の自由との関係から、「本件職務命令は、それ自体に必要性及び合理性が認められるが、反面において、憲法上の上記自由の間接的な制約となることに鑑みると、その違反を理由にして、非違性を重大であると評価して大きな不利益を課

すことに慎重な考慮を要するという点で、懲戒処分を科す場合と基本的には類似する状況にある」とする。また、「本件通達発出後にされた本件職務命令違反により戒告処分となった場合は、1件も再任用された例がないなど再雇用制度等の選考において画一的な運用がされていることから、再雇用制度の選考において不合格とされ、同制度による雇用の機会が得られないことが本件職務命令違反に伴って生じる、懲戒処分に加えての事実上の不利益処分となっている」としている。

原々審及び原審は、希望者を全員採用とする法令上の定めはないとしても、生活保障の側面と高い合格率から期待権の発生を認め、そのために、客観的合理性や社会的相当性を著しく欠く場合に裁量権の逸脱又は濫用となるとする枠組みを提示した上で、勤務成績を評価するために多種多様な考慮要素が想定されるにもかかわらず、本件職務命令違反のみで良否を判断する点に違法性を見出していた。この点は、不合格等の違法性を認定した類似の裁判例とおおよそ同様の枠組みを採用したものといえよう。

6. 本判決の検討

(1) 司法審査の枠組み

こうした原々審及び原審の判断に対し、本判決の論理としては、まず再任用制度等について、退職前との連続性を否定した上で、希望者を原則として採用しなければならない法令等の定めがなく、地方公務員法上の成績主義や平等取扱いの規定からすれば、採用候補者選考における「従前の勤務成績の評価」について、基本的に任命権者の裁量に委ねられているとする。前段部分は生活保障の側面を消極的に解するため（そして期待権の否定を示唆するため）の布石とも捉えうるが、希望者を原則採用するとの法令等もないがゆえに、選考における裁量を認めるとする後段部分はこれまでの裁判例にも見られたところである。なお、この判示において裁量に委ねられた対象は「従前の勤務成績の評価」のみに絞られている。

(2) 成績主義と生活保障

その上で、不合格等を適法とする類似の裁判例とおおよそ同様の枠組みを採用する。すなわち、少なくとも本件不合格等の当時は、希望者が原則として全員採用されるという運用が確立されていなかったとし、再任用制度等の趣旨・目的には、生活保障の側面に加え、教育行政等の効率的な運営の確保も含まれるがゆえに、（この判示部分

は非常に読みにくいが)「従前の勤務成績の評価」に関する裁量権の範囲は大きく制約されるものではなかったとする。

再任用制度等の運用実態の評価において、最高裁が意図する「原則として全員採用される」が何を意味するかは不明である。再雇用職員制度においては、要綱に基づき、退職前の勤務成績が良好であることが要件として定められていたし、非常勤教員制度も書類や面接による審査を行っていた。さらに再任用制度については、地方公務員法が「従前の勤務実績等に基づく選考」によることを定めている(地公法第28条の4第1項、第28条の5第1項)。つまり、再任用制度等が、成績主義を選考の根底に置いていることは明らかである。本件における任命権者は、再任用職員等の採用候補者選考への申込者のキャリアを熟知する立場にある。そのため、選考においては、それら得られた知見に基づいて申込者たる原告らの職務遂行能力を考慮するとともに、彼らの生活保障を考慮した上で判断することになる⁽¹⁹⁾。そうすると、退職前において重大な非違行為を行っていた者を勤務成績が良好と判断し、又は勤務成績を一切捨象して生活保障の側面のみを重視して勤務成績が良好と判断することは許されないであろう。この部分において、生活保障の側面が反映されるとすれば、成績主義を念頭に置いた上で、勤務成績が著しく振るわない者を除き「原則」採用するという解釈運用が考えられる。本件における高い合格率はその意味において価値があるものであって、そうした運用の一つの現れを示すものである⁽²⁰⁾。結局、本件の争点は、本件職務命令違反の対象とされた不起立行為等が、生活保障の側面をも有する再任用職員等への採用が認められないほどに重大な非違行為に該当するか否かの問題に収斂されることになる。

そこで本件職務命令違反の評価に関し、まず最高裁は【3】判決や【6】判決等を引用して本件職務命令の必要性を確認し、本件職務命令違反の式典の秩序や雰囲気及び生徒への影響、そして採用後の再発のおそれから「従前の勤務成績の内容として本件職務命令に違反したことを被上告人らに不利益に考慮し、これを他の個別事情のいかんにかかわらず特に重視すべき要素であると評価し、そのような評価に基づいて本

(19) 岡田・前掲注(5)・434頁。

(20) 前述の総務副大臣通知「地方公務員の雇用と年金の接続について」においては、雇用の継続に関し、「地方公務員法第16条又は第28条の規定に基づく欠格事由又は分限免職事由に該当する場合は例外であることが明示されている。つまり、そこまで成績が不良ではないとされた者は「原則として」継続雇用されることが含意されている。

件不合格等の判断をすることが、その当時の再任用制度等の下において、著しく合理性を欠くものということとはできない」とする。【6】判決は、職務命令違反による影響について同様の評価をしているが、同時に、不起立行為等の原因・動機及び性質・態様の検討も行っている。しかし本判決はこの点について全く言及がない。本件における不起立行為等が、原告らの歴史観又は世界観等に由来するものであって、本件職務命令がそれを含む思想及び良心の自由への間接的な制約となることから、その行為を理由に大きな不利益を課すことにはとりわけ慎重な考慮を要するものとしていた。さらに本件の不起立行為等が、積極的な妨害を行ったり、式の進行を妨げたりするものでもない消極的なものにとどまることは原審及び原々審が認めるところでもある。その結果、懲戒処分のうちでは最も軽い戒告にとどめられていたわけであって、その意味で重大な非違行為であると評価することはできない。この点もまた原審及び原々審は立場を同じくする。

これに対して本判決は、懲戒と再任用職員等の採用候補者選考を別の制度であるとして切り離し、本件職務命令違反を特に重視すべき要素、つまり本件職務命令を遵守したことを選考における必要最低限の要素とすることを許容する。その際、採用後の不起立行為等の再発への懸念を補強材料とする。本判決は、本件職務命令違反の影響を抽象的・形式的に論ずる一方で、それが「重大な」非違行為とは評価しておらず、他の要素に比してなぜこの要素が重要であるかの説明は尽くされていない。最高裁は本件における考慮要素の重みづけを不当の問題と考えているかもしれないが、このようにあたかも成績主義の観点のみから採用の自由を認めるかのような極端な考慮要素の重みづけは、前述のような生活保障の側面からは許容されえないであろう⁽²¹⁾。また、この観点からすれば、都教委の裁量権の行使の在り方について、制度間に大きな差異を認めることもできない⁽²²⁾。本件職務命令違反に対する懲戒処分は、【6】判決において不利益の程度の最も低い戒告処分に止まることをもって適法とされたのであるが、結果的には、退職後の再雇用の途を絶たれるという追加的な不利益を被っ

(21) 堀口悟郎・法セ765号120頁は、他の具体的事情を一切考慮しない方式は、「思想に基づく差別的処遇」と評価しうる余地があるとする。

(22) 人見剛・法セ766号125頁。

たことになる。それは【6】判決が意図するものではないであろう⁽²³⁾。この意味において、むしろ原々審及び原審の判断の方が正当であったものと思われる。

(3) 本判決の評価と射程

本判決については、【1】判決から【6】判決までにおいて、本件職務命令が有する教職員への思想及び良心の自由に対する間接的な影響を認め、それに基づく不起立行為等の性質や態様をも踏まえて過度な制裁を裁量権の逸脱又は濫用とした要素が、既に解決済みのものとして切り捨てられているとの評価は免れない⁽²⁴⁾。なお、前述の通り、2013年には総務副大臣より再任用を希望する職員については「原則として」採用するものとする通知が発出された⁽²⁵⁾。これにならった自治体においては、生活保障の側面が成績評価に大きく影響を与えることになるため、本判決の判示が直ちに妥当するものとは解されないであろう。

(かとう りょう 神奈川大学法学部教授)

キーワード：国家賠償／再雇用／思想及び良心の自由／職務命令違反

(23) 【6】判決の宮川反対意見は、戒告処分の影響について「東京都の職員は定年退職後に再雇用を希望するとほぼ例外なく再雇用されているが、戒告処分を受けるとその機会を事実上失い、合格通知を受けていた者も合格は取り消されるのが通例であることがうかがわれる」と述べ、式典の度に懲戒を受けることもあわせ考えて、「実質的にみると、本件では、戒告処分は、相当地に重い不利益処分であるというべきである」とする。こうした不利益を前提とするならば、懲戒処分を基礎づける具体的な事情をも求める姿勢もあり得たはずである。

なお、【9】判決は、「本件不起立を理由として重ねて懲戒処分がされたわけではないのであって、従前の勤務実績等に基づいて申込者の合否を判定し、その採否を決定するという本件再任用職員の採用選考において、過去の懲戒処分の存否及びその内容が考慮されることは、何ら不当というべきものではなく……「二重処罰の禁止」の精神にもとるものでもない」とするが、厳密な意味での「二重処罰の禁止」には該当しないとしても、懲戒処分の有する多様な影響を捉えそこなっているように思われる。

(24) 森口千弘・季刊教育法199号112頁参照。

(25) 前掲注(20)参照。