

第3 当裁判所の判断

1 当裁判所も、全控訴人らの本訴請求はいずれも理由がないものと判断する。その理由は、以下のとおり補正するほかは、原判決の「事実及び理由」中の第3（原判決28頁以下参照）に記載のとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決30頁24行目の「及び他の法律」を削る。

(2) 同39頁16行目から22行目までの証拠の標目中に「甲234の1・2、当審証人　　・2～3頁、同　　・3～4頁、同：　　・4～5頁」を加える。

(3) 同53頁23行目から57頁4行目までを、次のとおり改める。

「5 本件職務命令の効力（争点(3)、ア及びイ）

(1) まず、本件合格取消し等のうち本件合格取消しについて検討する（本件採用拒否については後述する。）。前提となる事実(4)、ウ（原判決11頁以下参照）のとおり、本件合格取消しは、控訴人　　，同：　　，同　　及び同　　については、正規職員を退職する前の勤務成績が良好とは認められず、本件要綱第5，(1)所定の要件（原判決6頁参照）を欠いていることを、また、控訴人　　，同：　　，同　　，同　　及び同　　については、雇用期間内の勤務成績が良好とは認められず、本件要綱第6，2，(1)所定の要件（原判決7頁参照）を欠いていることを理由とするものであり、これらはいずれも控訴人らの本件不起立行為が本件職務命令に対する違反及び信用失墜行為に該当するとしたことによるものである。そこで、本件合格取消しの国賠法上の違法性の有無を判断するに当たって、まず、その前提となる本件職務命令の効力を、全控訴人らの主張に即して検討することとする。

(2) 全控訴人らは、本件職務命令が憲法（19条，20条1項，2項，23条，26条1項）及び国際条約（児童の権利に関する条約及びA規約）に反して無効であると主張するので、まず、この点につき判断

する。

ア 本件職務命令と憲法19条の思想及び良心の自由との関係

(ア) 証拠(甲1の14・1～4頁, 2の6・3～7頁, 3の12・14～15頁, 4の3・8～12頁, 6の11・2～5頁, 7の23・5～8頁, 8の2・8～13頁, 9の5・4～6頁, 17の8・6～9頁, 原審における控訴人...・5～7, 9～11頁, 同...・9～12頁, 同...・6～7頁, 同...・18～20頁, 同...・9～11頁, 同...・3～6頁, 同...・9～11頁, 同...・10～12頁, 同...・8～11頁)によれば, 全控訴人らが本件不起立行為に及んだ理由ないし動機は必ずしも一様ではないものの, 全控訴人らは, 当審においても, 「①個人として, 国旗『日の丸』や国歌『君が代』が第二次大戦の日本の侵略戦争, 軍国主義のシンボルであるとの歴史観, 世界観を有しており, このような負の歴史を持つ『日の丸』及び『君が代』に対して敬意を表する行為をすることができず, 無批判に受け入れることはできないとの考え, ②教師として, 戦前の軍国主義教育への反省を踏まえ, 『教育には命令と強制はなじまない。』との信念と教育観, ③本件通達が, 教師に対して, 命令によって国旗掲揚及び国歌斉唱等を強制し, 生徒や保護者に対して内心の自由を告知することも禁ずるものであり, 自らの信念に基づく教育実践の一貫性を守るためにもこのような強制には従うことができないとの考え」を有していることから本件不起立行為に及んだと主張し, また, 「学校教育である卒業式において, 国旗『日の丸』に向かって起立し, 国歌『君が代』を斉唱することを一律に強制することは許されないし, これに従うことはできないという信念ないし信条」に基づき本件不起立行為に及んだとも主張し, さらに, その根底にある

思想として、「①戦前の日本の軍国主義，アジア諸国への侵略戦争とこれに加功した『日の丸』及び『君が代』に対する痛烈な反省に立ち，平和を志向する思想，②個人の尊重の理念から，多様な価値観を認めない一律強制や国家主義に反対する思想，③教育の自主性を尊重し，教え子達を戦場に送り出してしまった戦前教育と同様に学校教育現場に画一的統制や過剰な国家の関与を持ち込むことに反対する教育者としての良心，④教育は，子どもの成長・発達に資するよう個々の子どもとの間の対話を通じてなされなければならない，命令強制によるものであってはならないという教育者としての良心，⑤これまでの人権尊重，自主的思考，自主的判断の大切さ等を強調する教育実践を続けてきたことと矛盾する行動はできないという教育者としての良心，⑥多様な国籍，民族，信仰，家庭的背景等から育まれた生徒の信仰，思想を守らなければならないという教育者としての良心」などの多様なものがあるとも主張している。

以上のような全控訴人らの有する思想や教育者としての良心(以下「全控訴人らの思想及び良心」という。)は，それぞれの人生経験や教育経験等に基づき多元的に形成されているものであり，このような精神活動それ自体を公権力が否定することは，憲法19条が保障する思想及び良心の自由を侵害するものとして許されないことはいうまでもないところである。

(イ) ところで，本件は，都立高校の教育公務員であり，生徒を指導教育する立場にある全控訴人らが職務の一環として参加した学校の儀式的行事である卒業式において，他の参加者ととも国旗に向かって起立し，国歌を斉唱することを拒否したというものであるが，全控訴人らの行為(本件不起立行為)は，全控訴人らにと

っては、前記のような全控訴人らの思想及び良心に基づく行為であるということはできるものの、一般的には、それらの思想ないし良心そのものと不可分に結び付くものではないから、本件職務命令に基づき他の参加者ととともに国旗に向かって起立し、国歌を斉唱するという外部的行為を求めることが、直ちに全控訴人らの思想及び良心それ自体を否定することになるものとは解することができないというべきである（最高裁平成16年（行ツ）第328号同19年2月27日第三小法廷判決・民集61巻1号291頁参照）。

そして、平成11年通達が発出された後、多くの都立高校の入学式や卒業式などの式典において、国旗掲揚及び国歌斉唱が実施されていたことは前述（原判決38頁以下参照）のとおりであり、このような式典の場において、国歌が斉唱される際、出席者が国旗に向かって起立すること自体は、儀式や式典において当然行われるべき儀礼的行為であると考えられること、平成11年に国旗・国歌法が制定され、国旗が日章旗と、国歌が「君が代」とすることが定められ、また、学習指導要領（原判決13頁以下参照）では、儀式的行事について、「学校生活に有意義な変化や折り目をつけ、厳粛で清新な気分を味わい、新しい生活の展開への動機付けとなるような活動を行うこと」とされ、「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ており、教職員は、生徒に対して範を示してこれを指導する立場にあり、また、都立高校の教育公務員であり、生徒を指導する立場にあった全控訴人らが職務の一環として参加した学校の儀式的行事である卒業式において、他の出席者ととともに国旗に向かっ

て起立し、国歌を斉唱することは通常想定され、期待される儀礼的な行為であること、前記4、(5)、ア（原判決48頁参照）のとおり、全控訴人らの勤務校に所属する教職員全員に対して発せられた職務上の命令に基づき、全控訴人らも、他の教職員とともに国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することが職務として命じられたことを考慮すると、本件職務命令で求められたとおりの行為をすることが、国旗及び国歌に関する多様な思想のうちの特定の思想を有することを外部に表明する行為であると評価することはできず、したがって、本件職務命令が、全控訴人らに対して、特定の思想を強制し、又は、禁止したり、特定の思想の有無について告白を強要したりするものともいうことはできない。

また、憲法15条2項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない」と定め、地公法は、地方公務員の地方公共団体の住民全体の奉仕者（同法30条）との特殊な地位及びこれが担っている職務の公共性にかんがみ、統一的で円滑な公務の遂行を確保するという趣旨から、地方公務員に上司の職務上の命令に忠実に従うべき義務を課している（同法32条）。したがって、本件不起立行為の当時、地公法が適用される教員（教諭）であった控訴人が上記の義務を負うことはもちろんのこと、既に再雇用職員であった控訴人も、公務員として、上記と同様の趣旨より定められたと解される本件要綱第8、2（原判決8頁参照）により、法令等や上司の職務上の命令に忠実に従うべき義務を負っていたというべきである。しかも、文部科学大臣が学校教育法43条及び同法施行規則57条の2により定めた学習指導要領には、卒業式などで国旗を掲揚し、国歌を斉唱するよう指導する旨の国旗・国歌条項が置かれていることは前提となる事実(5)、イ、

(イ) (原判決13頁以下参照) のとおりであるが、文部科学大臣が定めたこの学習指導要領は、高等学校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基準を定めたものであり、基本的には法規としての性格を有するものと解される(最高裁昭和43年(あ)第1614号同51年5月21日大法院判決・刑集30巻5号615頁、最高裁昭和59年(行ツ)第45号平成2年1月18日第一小法院判決・裁判集民事159号1頁参照) から、全控訴人らは、公教育に携わる公務員として、国旗・国歌条項に従って生徒を指導する責務を負っていたというべきである。そして、このことに加えて、前述したような①前記4, (1), イ(原判決36頁以下参照) で認定した国旗・国歌条項の趣旨、②卒業式という式典の場において、何らかの歌唱を行う際に歌唱を行う者が起立し、また、起立する際、会場正面に向けた体勢をとること自体は儀式・式典における儀礼的な行為であること、③国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること自体は、一般的には内心の精神活動と不可分に結び付くものとまではいえないことを勘案すると、本件職務命令は、国旗・国歌条項により全控訴人らが、公教育に携わる公務員として指導の責務を負う事項につき、本件卒業式という儀式・式典における儀礼的な行為を命ずる限りでこれを具体化したものとみるのが相当である。

したがって、本件職務命令は、全控訴人らの思想及び良心の自由という精神活動自体を侵害ないし制約するものではなく、憲法19条に反するとはいえないと判断するのが相当である。」

(4) 同58頁23行目から59頁11行目までを、次のとおり改める。

「(オ) なお、全控訴人らは、教育の現場において、国旗に向かって起立し、

国歌を斉唱することを一律に強制することは許されないという信念ないし信条に基づき本件不起立行為に及んだのであり、この信念ないし信条は全控訴人らの思想及び良心の中核となっているから、本件職務命令は全控訴人らの思想及び良心の自由を侵害するとも主張する。しかし、既に述べてきたとおり、憲法19条が保障する思想及び良心そのものと、それに基づく外部的行為とはあくまでも区別して考えるべきものである。そして、思想及び良心そのものと、それに基づく外部的行為が極めて密接で不可分の関係にあり、ある外部的行為を禁止したり、あるいは、それを強制することが、直ちにその者の有している思想及び良心を禁止したり、あるいは、強制することと同一視されるような関係にあるとされる場合には、上記の外部的行為の禁止ないし強制は憲法19条に反して許されないものと解するのが相当である。ところで本件においては、本件不起立行為と上記の信念ないし信条そのものとが不可分に結び付くものではないことは、前述した本件不起立行為と全控訴人らの思想及び良心との関係と同様であり、前述した事情のもとにおいて、本件職務命令に基づき他の参加者とともに国旗に向かって起立し、国歌を斉唱するという外部的行為を求めることが、全控訴人らの上記のような信念ないし信条それ自体を否定するという関係にあるとは認めることができないというべきである。そして、本件職務命令が、全控訴人らの思想及び良心の自由という精神活動自体を侵害ないし制約するものではなく、憲法19条に反しないことは前述のとおりであり、そのことは、上記の信念ないし信条が全控訴人らの思想及び良心の中核となっているとしても同様であると判断するのが相当である。また、教育の領域に限らず一律の強制ということが好ましいことではないとの見解自体は一般論としては肯定できないわけではないものの、教育の領域においても広い意味での強制的要素が伴

うことは避けられないのであり、どのような場合にも一切の強制や命令が許されないと解することは相当ではない。そして、教育の現場に一切の強制や命令が許されないと信念ないし信条に基づく行為であれば全て憲法19条により保障されるということになれば、強制的な要素を含む行為を求めることが困難となり、およそ教育そのものが成り立ち得なくなるおそれもあるといわざるを得ない。したがって、上記のような全控訴人らの思想及び良心に基づく行動（本件不起立行為）までが思想及び良心の自由として保障されていると解することは相当ではなく、全控訴人らの上記主張を採用することはできない。

(カ) 以上のとおりであるから、本件職務命令が憲法19条に反するということはできない。

イ 次に、本件職務命令と憲法20条1項及び2項の信教の自由との関係について検討するところ、本件全証拠によっても、本件職務命令が宗教的な趣旨目的を有し、また、その効果において一定の宗教を助長援助するようなものであると認めることはできないし、また、国旗・国歌法では、国旗を日章旗と、国歌を「君が代」とすることが定められており、現時点での一般的な社会通念に照らせば、国旗である「日の丸」及び国歌である「君が代」が国家神道と不可分ないし密接な関係にあると認識されているとも認められないのであるから、本件職務命令が憲法20条1項及び2項に反するということはできない（もとより、全控訴人らも本件職務命令を自己の宗教心と抵触するものであると主張しているものではない。）。」

(5) 同60頁4行目から7行目までを、次のとおり改める。

「エ さらに、全控訴人らは、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱させることは、生徒の思想及び良心の侵害となる旨主張する。しかしながら、本件職務命令は、そもそも全控訴人らを含む教職員に宛てて発出されたも

のであり、生徒が名宛人となっているわけではない上、前述のとおり、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することは、特定の思想及び良心を外部に表明する行為とは評価することができないのであるから、本件職務命令が生徒の思想及び良心の自由を侵害ないし制約する余地はないというべきであり、したがって、憲法19条に反するものとは解することができない。また、本件職務命令と国際条約との関係についても、以上で認定判断したところによれば、本件職務命令が、児童の権利に関する条約12条ないし14条、28条及びA規約13条に反するものと解することはできない。したがって、全控訴人らの上記に関する主張も採用することはできない。」

(6) 同65頁5行目末尾に改行のうえ、以下のとおり加える。

「全控訴人らは、当審において、教育委員会が学校長に対して具体的な命令を発することができるのは、学校の条件整備的な権限行使に限定され、学習指導にまで拡張することは許されないから、都教委には、国旗・国歌条項を独自に解釈して、国旗掲揚及び国歌斉唱の方法等に関して具体的な指示命令をする権限はないところ、本件通達は、卒業式等の実施方法・手順等を一律かつ詳細に指定するとともに、その後の指導と一体となって、式典を本件通達のとおりを実施させようとしたものであり、教育に対する不当な支配に当たる旨主張する。

しかしながら、地方教育委員会は、その管理権に基づき、学校の教育課程の編成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、特に必要に応じて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（前掲最高裁昭和51年5月21日大法廷判決参照）。また、地教行法23条5号では、教育委員会が「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」などを管理し執行すると定められている（この規定について、学校の条件整備的な権限行使に限定し

たものと解するのは相当ではない。)から、都教委が学習指導に関して一般的基準の設定、指導助言を行うことはもとより、具体的な命令を発することができることも明らかである。そして、都教委は、前記のとおり、都立高校の式典において、学習指導要領の国旗・国歌条項が必ずしも適正に遵守励行されず、また、その改善の見込みもなかったことから、上記の規定に基づき、本件通達及びその後の指導をしたものであり、その内容がいささか詳細にすぎるくらいがないではないものの、それまでの実情に照らすと、国旗・国歌条項の趣旨に沿った卒業式等を適正に実施するためにはその細目についても指示ないし指導せざるを得なかったものと推認することができる。したがって、本件通達及びその後の指導は、その必要があり、また、合理性の範囲を逸脱したものと認められず、これをもって教育に対する不当な支配に当たるといえることはできないから、全控訴人らの主張を採用することはできない。」

- (7) 同66頁25行目の「以上の事実によれば、」から67頁12行目までを次のとおり改める。

「以上の事実によれば、本件において採用選考の合格通知が発せられることにより、控訴人らが平成16年度ないし平成17年度に再雇用職員として採用されることに期待を抱いたことには無理からぬところもあり、このような期待は国賠法上も保護するに値するというべきである。したがって、都教委が控訴人らを再雇用職員として任命するか否かについて広範な裁量権を有するとしても、その前提となる事実の基礎を欠き、又は、事実に対する評価が明白に合理性を欠くなど、社会通念上著しく不合理であって、その裁量権を逸脱濫用してされたものと認められる場合には、本件合格取消しも国賠法上、違法な公権力の行使となる余地があるというべきである(ただし、あくまでも国賠法上の保護に値する期待権であるというに止まり、再雇用職員(嘱託員)としての地位を取得するのとは異なるから、仮

にこの期待権について違法な侵害があったとしても損害賠償の支払が認められるに止まることはいうまでもない。)

なお、控訴人 については、前記2（原判決33頁以下参照）で認定判断したとおり、そもそも再雇用職員として採用選考の合格通知がされたのと同様の意味で平成16年度の講師として採用されることが内定していたわけではないから、上記のような国賠法上の保護に値する期待権が発生していたとすることはできない。したがって、控訴人 については、同人が講師として採用されなかったこと（本件採用拒否）について国賠法上の問題が生ずる余地はないものというべきである。仮に控訴人 について都立高校の講師としての採用の手続が進められ、何らかの期待権が発生するに至っていたとしても、都教委は、本件職務命令に対する違反及び信用失墜行為（本件不起立行為）があったことを理由に本件採用拒否をしたものと認められるところ、後述の本件合格取消しに関して認定判断するところと同様の理由で、本件採用拒否にも都教委の裁量権の逸脱濫用があったとは認めることができないというべきであるから、いずれにしても、控訴人 への損害賠償請求は理由がなく、失当である。」

(8) 同68頁9行目から71頁末行までを次のとおり改める。

「なお、控訴人らは、「勤務成績」の意義について、教職員の退職後の生活保障、雇用確保及び退職者の知識技能の活用を目的とする本件再雇用制度の趣旨に沿って検討される必要があるところ、教師として長年の経験と実績があり、生徒からの信望も厚い控訴人らがこの勤務成績良好との要件に該当しないはずはないのに、都教委は、控訴人らが国歌斉唱時に起立できないという信念ないし信条を有しているがゆえに勤務成績不良として採用しなかったのであるから、裁量権の逸脱濫用がある旨主張する。しかしながら、勤務成績は、教師としての技能、力量等のほかに、非違行為の有無や内容程度も含めて総合的に判断されるのは当然のこと

であり、控訴人らが、長年にわたり教師として勤務し、教師としての技能や力量があるとしても、本件職務命令に反して本件不起立行為に及んでいるのであるから、都教委がこのことを考慮して勤務成績良好との要件を欠くと評価したことが不相当とまではいうことができず、控訴人らの主張を採用することはできない。

以上のとおりであり、控訴人らの本件不起立行為が本件職務命令に対する違反及び信用失墜行為に該当するから、勤務成績が良好であるとの要件に欠けると判断した都教委の裁量判断が不合理であるということはいえない。

(4)ア 控訴人らは、自らの思想及び良心に反するという真摯な理由から本件不起立行為に及んだにもかかわらず、都教委が、控訴人らの思想及び良心の自由について全く考慮を払わず、むしろ、思想及び良心に基づく行為であることを不利益に考慮して本件合格取消しをした旨主張する。しかしながら、都教委は、控訴人らに本件不起立行為という本件職務命令に対する違反及び信用失墜行為があったことを理由に勤務成績良好との要件を欠くと判断しているにすぎないのであり、控訴人らが有している思想及び良心そのものを問題として取り上げて控訴人らを不利益に取り扱ったことを認めるに足りる証拠はなく、そもそも本件職務命令が全控訴人らの思想及び良心を侵害ないし制約するものでないことは既に認定判断したとおりであるから、控訴人らの上記主張を採用することはできない。

イ これに対し、控訴人らは、①本件不起立行為が約40秒程度の短い時間に、起立せずに指定の場所に着席を続けたというだけであり、卒業式の進行を妨害したものでもないのに対し、本件合格取消しは再雇用職員としての職を奪うのに等しい効果を生じさせるものであるから、本件不起立行為があったというだけで本件合格取消しをすることは均

衡を失っているし、また、②懲戒処分を受けた教職員であっても、再雇用職員として採用された者がおり、例えば、控訴人Aは、平成7年に停職5日間の、平成10年に停職1日間の懲戒処分を受けているが、平成15年4月に再雇用職員に採用されていることと比較すると、1度だけの職務命令違反行為をもって、直ちに採用選考の合格を取り消して、再雇用職員の地位を奪うことは均衡を失っているなどとして、本件合格取消しには裁量権の逸脱濫用があったと主張する。

ウ(ア) 確かに、本件再雇用制度は、導入の契機が前提となる事実(3)（原判決5頁以下参照）のとおり地方公務員に定年制が施行されたことに伴うものであったことに照らすと、定年退職後の勤務の機会を確保するという意味合いも含まれていたものと解されるどころ、本件不起立行為によって、その機会を一挙に奪ってしまう事態となることにはいささか過酷であるとする余地もないわけではない。

(イ) しかしながら、本件不起立行為の態様が控訴人らの主張するような面があったとしても、前述したような国旗・国歌条項の趣旨に照らせば、多数の生徒及び保護者らが臨席する式典会場において、国歌斉唱時に大多数の出席者が起立する中で一部の教職員だけが起立しないことそれ自体が、出席者に違和感を与え、卒業式などの式典における国旗掲揚及び国歌斉唱の指導効果を大きく減殺する結果となることは否定できないところである。これに加えて、そもそも、証拠（甲1の14・1～4頁、2の6・3～7頁、3の12・14～15頁、4の3・8～12頁、6の11・2～5頁、7の23・5～8頁、8の2・8～14頁、9の5・4～6頁、17の8・6～9頁、原審における控訴人A・5～7、9～11頁、同B・9～12頁、同C・6～7頁、同D・18～20頁、同E・8～11頁、同F・3～6頁、同G・9～11頁、同H・1

0～12頁，同（8～11頁）によれば，控訴人らが本件不起立行為に及んだ主たる動機の一つは，本件通達の発出を契機とする都教委の一連の措置が，学校の教育自治の原理を一切否定するかのような強権的なものであり，これを是認することはできないとする点にあるとみられることに照らすと，本件不起立行為は，国旗・国歌条項の実施についての都教委の措置に対する抗議，反対の意思表示としての意味合いを有するものであり，教職員の言動が生徒に与える影響の大きさを考慮すると，本件不起立行為の態様が単に消極的，受動的なものにすぎないとする前記イの控訴人らの主張①は，本件不起立行為の一側面のみを取り上げるものであって，採用することができない。

この点に関し，控訴人らは，都教委が定めている標準的処分量定によると，本件のような職務命令違反は戒告ないし減給の処分が予定されているに止まるのであり，都教委も重大な非違行為とはみていなかったなどと主張する。しかしながら，標準的処分量定が職務上の命令違反を戒告処分相当としているとしても，個別の事案において職務上の命令違反に関する諸事情や再雇用職員の選考申込者のこれまでの非違行為等を総合考慮して勤務成績が良好との要件を充足しないと判断することは十分にあり得ることであり，標準的処分量定において職務命令違反が比較的軽度に位置付けられているからといって，本件合格取消しが比例原則に反するということはできず，控訴人らの主張は失当である。

(ウ) また，証拠（甲4の9～11，71の1～4，73，286，287，288）によれば，全控訴人らが主張するように，控訴人

は，在籍専従休職中である平成7年と平成10年にストライキ遂行の唆しなどに関して，それぞれ停職5日間及び停職1日間の懲戒

処分を受けていること、また、平成3年3月の卒業式に当たり国旗の掲揚を妨害したことなどにより戒告の処分を受けたものの、平成16年4月の定年退職後に再雇用され、翌年度も更新されている都立高校教員がいること、定年退職するまでに多数回の懲戒処分を受け、平成元年以降にも戒告処分を1度、停職処分を2度受けたものの、平成18年の定年退職後に再雇用されている都立高校教員がいることが認められる。しかしながら、本件再雇用制度は、いったん退職した一般職の公務員を特別職の非常勤公務員として新たに任用するものであるから、任命権者である都教委はこれについて広範な裁量権を有しているものと解されるところ、上記の事例と控訴人らの本件不起立行為による本件合格取消しとは、再雇用職員の採用選考に当たっての裁量判断の基礎となる事情を異にしているのであるから、上記の事情だけを取り上げてこれを同列に論ずることは不相当であり、少なくとも本件合格取消しについて平等原則に違反した裁量権の逸脱濫用があったと認定判断するに足りる証拠はない。よって、前記イの控訴人らの主張②も採用することはできない。

エ(ア) さらに、控訴人らは、①本件通達、本件職務命令及び本件合格取消しなどの一連の強権的な措置は、学習指導要領の国旗・国歌条項の趣旨を実現するために取られたとされているところ、仮にその目的が正当であるとしても、必要かつ相当な範囲を逸脱し、不相当に苛酷なものとなっており、また、子どもの教育を受ける権利の充足という点からみると、本件のような一連の強権的な措置が必要であったとの事情については何ら立証されていないこと、②都教委は本件通達の発出を契機に再雇用職員の採用選考の合格者の取扱いを変更しているところ、合格取消しという解雇に等しい重大な不利益への変更を事前に通知しないままされた本件合格取消しは適正手続を

欠くこと、③本件合格取消しは控訴人らに対する弁明・聴聞手続がされておらず、適正手続を欠くことから、本件合格取消しが違法であるとも主張する。

(イ) しかしながら、まず①の主張についてみると、前記のとおり、本件通達及び本件職務命令が違法なものということはできず、卒業式等の式典において国旗を掲揚し、起立して国歌を斉唱することは、「学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳肅かつ清新な雰囲気の中で、新しい生活の展開への動機付けを行い、学校、社会、国家など集団への所属感を深める」(高等学校学習指導要領解説)のために有益なことであり、かつ、教育上の相応の効果も期待できるものというべきであるから、本件職務命令に対する違反及び信用失墜行為(本件不起立行為)を理由とする本件合格取消しが、目的達成の上で必要かつ相当な範囲を超えているということとはできず、①の主張を採用することはできない。

(ウ) 次に、②の主張については、再雇用の要件の認定・評価については、都教委に裁量権があるのであるから、その裁量権が行使された結果としての過去の任用の状況だけをみて、直ちに再雇用職員の任用について控訴人らが主張するような確立した取扱いがあったとするのは相当ではなく、まして、都教委において再雇用職員の任用についての確立した取扱いが本件合格取消しによって変更されたとも認めることはできない。さらに、本件通達の発出により、教職員が校長の職務上の命令に従わない場合には服務上の責任を問われること自体は周知されていたのであり、控訴人らにおいても、職務上の命令違反があった場合には懲戒処分を受け、本件合格が取り消される可能性があることは少なくとも予見できたものというべきであり、実際にも控訴人らの一部は、勤務校の校長の説明などにより、本件

不起立行為に至る前までには職務上の命令に違反した場合には、採用選考の合格が取り消される可能性があることを認識していたものと認めることができる（前提となる事実(4), ア（原判決10頁以下参照）及び甲2の6・2頁, 7の23・9頁, 原審証人・7頁, 原審における控訴人・26頁, 同・23頁, 同・11頁, 弁論の全趣旨）。そしてこのことは, 教職員組合が, 本件通達等を受けて, 国旗掲揚及び国歌斉唱に関する職務上の命令が出された場合には, 処分が必至の状況であるところから, いったんこれに従うこととし, 職務命令違反を理由とする懲戒処分を受けないようにするという組織方針を決定して, 基本的にもそのように組合員である教職員を指導していたこと（甲220・14頁, 当審証人・16頁）からも窺われるところである。したがって, ②の主張も採用することができない。

(エ) さらに, ③の主張についてみると, 証拠（甲1の14, 2の6, 3の12, 4の3, 6の11, 7の23, 8の2, 9の5, 17の8）によれば, 控訴人らは, 本件不起立行為の後に都教委から事情聴取の機会が与えられたものの, 控訴人・, 同・, 同・, 同・及び同・については, 同人らが弁護士の立会いやメモの録取を求めたのに対して, 都教委がこれを拒否したことから, 現実には事情聴取が行われなかったものと認めることができる。そして, 都教委の事情聴取手続において弁護士の立会いやメモの録取を認めることを必要とする法的な根拠はないというべきであるから, 本件合格取消しについて控訴人らに対する弁明・聴聞の手続が与えられなかった違法があるということはできず, ③の主張も理由がなく, 採用することはできない。

オ そして, 以上を総合すると, 控訴人らがいったん再雇用職員の採用

選考に合格していたとしても、その後に職務上の命令に違反し、信用を失墜させるという非違行為に及んでいる以上、都教委がこの事実をも勘案して改めて採用の可否を判断することはもとより許容される所であり、控訴人らの非違行為は、新年度以降の式典においても繰り返される可能性が高く、入学式や卒業式における教育効果への影響が懸念されたこと、本件再雇用制度に定年退職後の生活保障の意味合いがあるとしても、それはあくまでも1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ものであること、その他上記判示の諸事情を総合考慮すれば、本件合格取消しにより控訴人らが予定していた職を結果的に失うことになってもやむを得ないとするのが、なお合理性に欠けるということは困難であり、その他、控訴人らの個別的な事情についても、任命権者である都教委の本件合格取消しに至る裁量判断に逸脱濫用があったものと認定判断するに足りる証拠はない。したがって、本件合格取消しについての都教委の裁量が、社会通念に照らして著しく不合理であるとは判断することができないというべきである。」

第4 結論

以上の次第で、全控訴人らの本訴請求はいずれも理由がなく棄却すべきところ、これと同旨の原判決は相当であり、本件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、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第16民事部

裁判長裁判官 奥 田 隆 文

裁判官 坂 井 満

裁判官 黒 津 英 明

(別紙)

当 事 者 等 目 録

控訴人（甲事件原告）

同

同

同

同

同

同

同

同

控訴人（乙事件原告）

控訴人ら訴訟代理人弁護士

同

同

同

(別表)

請求金額等整理表

控訴人名	都立高校 一般職公務員 退職日	賃金月額 (円)	期間満了日	残雇用 期間(年)	残雇用期間 賃金相当額	慰謝料	弁護士費用	請求金額
	2004年3月31日	¥161,900	2009年3月31日	5	¥9,714,000	¥3,000,000	¥1,271,400	¥5,428,500
	2000年3月31日	¥199,300	2005年3月31日	1	¥2,391,600	¥3,000,000	¥539,160	¥5,930,760
	2000年3月31日	¥199,300	2005年3月31日	1	¥2,391,600	¥3,000,000	¥539,160	¥5,930,760
	2003年3月31日	¥161,900	2008年3月31日	4	¥7,771,200	¥3,000,000	¥1,077,120	¥5,428,500
	2004年3月31日	¥161,900	2009年3月31日	5	¥9,714,000	¥3,000,000	¥1,271,400	¥5,428,500
	2004年3月31日	¥161,900	2009年3月31日	5	¥9,714,000	¥3,000,000	¥1,271,400	¥5,428,500
	2000年3月31日	¥199,300	2005年3月31日	1	¥2,391,600	¥3,000,000	¥539,160	¥5,930,760
	2003年3月31日	¥161,900	2008年3月31日	4	¥7,771,200	¥3,000,000	¥1,077,120	¥5,428,500
	2005年3月31日	¥161,900	2010年3月31日	5	¥9,714,000	¥3,000,000	¥1,271,400	¥5,590,400