

【論説】

## 思想による差別

### —君が代再雇用拒否訴訟における未解決の論点—

堀 口 悟 郎

#### 要 約

本稿は、第二次君が代再雇用拒否訴訟最高裁判決（最判平成30年7月19日裁時1704号4頁）について考察するものである。本件訴訟の一審判決・二審判決は再雇用拒否を違法と断じたのに対し、最高裁判決はそれを適法と結論づけた。本稿では、まず、一審判決・二審判決と最高裁判決の結論を分けたポイントの一つが人権論の有無であったことを明らかにする。そのうえで、本件訴訟の事案では「思想による差別」という問題が生じているため、本来はその問題を検討するために人権論を展開することが必要であったはずだと指摘する。そして最後に、最高裁判決が「思想による差別」という人権問題に踏み込まなかった理由について考察する。

Keyword : 君が代再雇用拒否訴訟, 強制と制裁の区別論, 思想による差別

#### 1. 序

自身の思想<sup>1</sup>に基づいて、公立学校の式典で国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを求める職務命令に背き、不起立行為に及んだ教職員に対して、当該職務命令違反のみを理由として、退職後の再雇用<sup>2</sup>を拒否することは、適法か。

この問題は、一連の「君が代訴訟」において最高裁の判断が示されずにいた、残された論点であった。そして、最近の君が代訴訟の流れからすれば、最高裁がかかる再雇用拒否を違法と判断する可能性もあるとみられていた。というのも、上記職務命令が思想・良心の自由に対する「間接的な制約」に当たることを認めた君が代起立斉唱事件判決（最判平成23年5月30日民集65巻4号1780頁）、当該職務命令違反を理由として減給以上の懲戒処分を下すことに「慎重な考慮」を求めた君が代懲戒処分事件判決（最判平成24年1月16日集民239号253頁）と、不起立行為が思想に基づくことに配慮した最高裁判決が立て続けに下されていたからである。

そのような状況のなか、再雇用拒否を違法と断じる、注目すべき判決が下された<sup>3</sup>。第二次

<sup>1</sup> 国歌斉唱を拒否する理由としては、思想のほかに「信仰」が主張されることもあるが、本稿では専ら思想に基づく不起立をめぐる問題を検討対象としたい。なお、判例上は、信仰に基づく不起立についても、思想に基づくそれと同様に扱われる傾向にあるが、両者を同様に扱ってよいかは慎重な検討を要する問題であると思われる。

<sup>2</sup> 本稿では、特に断らない限り、再雇用職員、再任用職員、非常勤教員の各採用をまとめて「再雇用」という。

<sup>3</sup> それ以前の裁判例は、再雇用拒否を適法とするものが大半であった。例外的に、東京地判平成20年2月7日判時2007号141頁および東京地判平成21年1月19日判時2056号148頁は、再雇用拒否を違法と断じたが、いずれも控訴審判決で結論を覆され、上告審判決では再雇用拒否の適法性が審査されなかった。下級審の裁判例を詳細に検討したものとして、横田（2017）参照。また、当該上告審判決（君が代起立斉唱事件判決）に関する拙稿として堀口（2014）、堀口・奥中（2016）、一連の君が代訴訟の概観として渡辺（2012）参照。

君が代再雇用拒否訴訟一審判決（東京地判平成27年5月25日判例集未登載）である<sup>4</sup>。同判決は、君が代起立斉唱事件判決および君が代懲戒処分事件判決を引用しつつ、起立斉唱を求める職務命令が原告らの「思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があることは否定できず、その思想信条等に従ってされた行為を理由に大きな不利益を課すことには取り分け慎重な考慮を要する」などと説き、本件職務命令違反のみを理由とする再雇用拒否は「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」と結論づけた。そして、この結論は、同訴訟の二審判決（東京高判平成27年12月10日判例集未登載）においても維持された。高裁レベルの裁判例において再雇用拒否が違法と判断されたのは、この二審判決が初めてである。

こうして一審判決・二審判決がともに再雇用拒否を違法と判断したため、上告審において最高裁もこの結論を維持するのではないかという予測が高まった。しかしながら、その予測はあえなく外れた。実際に下された最高裁判決（最判平成30年7月19日裁時1704号4頁）は、「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」と述べ、一審・二審判決を覆して再雇用拒否を適法と結論づけたのである<sup>5</sup>。

本稿は、この最高裁判決について考察するものである。具体的には、まず一審・二審判決と最高裁判決の結論を分けたポイントを分析し、その一つが人権論の有無であったことを明らかにする（2）。そのうえで、再雇用拒否の適法性を判断するうえで人権論が不要であったのかを検討し、本来は「思想による差別」という人権問題を検討することが必要であったはずだと指摘する（3）。そして最後に、上記最高裁判決が思想による差別という問題に踏み込まなかった理由について考察する（4）。

なお、以下では、第二次君が代再雇用拒否訴訟を「本件訴訟」、同訴訟の一審判決を「本件一審判決」、二審判決を「本件二審判決」、最高裁判決を「本件最高裁判決」と呼ぶことにする。

## 2. 一審・二審判決と最高裁判決の結論を分けたもの

まず、本件訴訟において一審・二審判決と最高裁判決の結論を分けたポイントについて検討

---

<sup>4</sup> 同判決の評釈として、堀口（2015）、横田（2016）参照。

<sup>5</sup> 同判決の評釈として、堀口（2018b）、岩本（2018）、大河内（2018）、人見（2018）参照。

しよう。以下では、本件訴訟の事案を紹介し、一審判決および二審判決の概要を確認したうえで、最高裁判決の内容を分析し、最高裁が再雇用拒否を適法と判断した理由を考察することにした。

## 2.1. 事案

本件訴訟の事案は、下記のとおりである。

都立高校の教職員であった原告らは、各所属校の入学式または卒業式において、国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを求める職務命令を受けたが、自身の歴史観ないし世界観等に基づいて、その職務命令に背き、不起立行為に及んだ（当該職務命令違反の回数は、原告らの大多数が1回だけであり、その他の者も2回にとどまる）。なお、原告らの不起立行為は、他の教職員や生徒らに不起立を促すものではなく、物理的に式次第の進行を妨げるものでもなかった。

その後原告らは、2006年、2007年または2008年に、再雇用職員、再任用職員または非常勤教員の採用候補者選考の申込みをした。再雇用制度は、1985年に定年制が施行されたことに伴って制度化されたものであり、高齢化社会に対応し、退職する職員に生きがいと生活の安定を与えるとともに、長年培った豊富な知識や技能を退職後も都に役立てることを趣旨としている。また、再任用制度は、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）にあわせて2001年度から導入された制度であり、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行政の効率的運営を図ることや、高齢職員に雇用機会を提供することを趣旨とするものである。そして、非常勤教員制度は、東京都が2008年度から再雇用制度を原則廃止し、定年退職後の雇用は再任用制度を基本とすることにした際、再任用職員は勤務日数が限定されていることなどから、正規職員の負担増を懸念し、従来再雇用職員が担ってきた業務のうち欠かせないものを担う非常勤職として、2007年度から導入されたものである。これらの制度では、2000～2009年度において新規採用希望者の概ね90～95%程度以上が合格しており、2000～2002年度においては不起立行為をした者も含めて全員が合格していた（しかし、2003年にいわゆる「10・23通達」が発せられ、起立斉唱を求める職務命令が下されるようになってからは、当該職務命令違反を理由に懲戒処分を受けた者は不合格とされるようになっていた<sup>6)</sup>）。

それに対して、東京都教育委員会（以下「都教委」という）は、上記職務命令違反が重大な非違行為に当たり、それゆえ「勤務成績が良好である」という要件を満たさないという理由で、

<sup>6)</sup> ただし、政府が2013年度から国家公務員について希望者を全員再任用する方針を決定したことを受けて、都教委も同年度からは、本件職務命令違反で懲戒処分を受けた者も含めて、希望者を原則として（懲戒免職処分を受けた場合などを除いて）全員採用しているという。

原告らを不合格とし、またはいったん認めた合格を取り消した（以下、「本件再雇用拒否」または「本件不合格等」という）。一審判決・二審判決の事実認定によれば、本件不合格等の理由は、本件職務命令違反の一点のみであり、他の事情は全く考慮されていない<sup>7</sup>。

そこで原告らは、本件再雇用拒否は裁量権の逸脱・濫用に当たり違法であると主張し、東京都に対して国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求める訴訟を提起した。

## 2.2. 一審判決

一審判決は、まず、「採用候補者選考の合否及び採否の判断に当たっては、都教委には……広範な裁量権がある」ということを認めつつも、再雇用制度等が「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」ことや、「再雇用職員等の新規の希望者のうちおおむね90%から95%程度以上が採用されているのが実態であった」ことなどに鑑みて、「再雇用職員等の採用候補者選考に申込みをした原告らが、再雇用職員等として採用されることを期待するのは合理性があるというべきであり、当該期待は一定の法的保護に値する」と評価し、それを理由に都教委の裁量権が「一定の制限を受ける」と解した。

そのうえで、以下のように説示し、本件不合格等は裁量権の逸脱・濫用に当たり違法であると結論づけた。

「都教委は、原告らの本件不起立等が重大な非違行為に当たるとの評価のみをもって、勤務成績が良好であるとの要件を欠くと判断したものと認められる」。そして、「本件通達〔10・23通達〕発出以前の少なくとも平成12年度から平成14年度までの間においては、卒業式等で起立をせず、国歌斉唱をしなかった教職員も再雇用職員として採用されていたというのであるから、不起立等という行為自体を、その性質上、直ちに再雇用職員等としての採用を認めるべきでないとするほどに非違性が重い行為であるとするのは、時期が異なることを考慮に入れても、平成14年度までの取扱いと著しく権衡を欠いており、そうした評価は困難である」。そのため、「不起立等という行為自体に違いがないにもかかわらず、本件通達発出前後で、再雇用制度等の採用候補者選考の結果に上記のような違いが存する理由は、本件職務命令が発令され、それに違反した事実があるかないかという点に求めるほかない」。

<sup>7</sup> 一審判決のかかる事実認定に対し、二審において東京都は、「被控訴人らの他の事情（採用希望者の申込書及び所属長による推薦書並びに面接結果等における被控訴人らにおける有利な事情あるいは不利な事情）も総合的に考慮したが、……本件職務命令違反等という重大な非違行為そのもののみで勤務成績が良好であるとの要件を欠くと判断した」のだと反論した。しかし、二審判決は、「個々にどのような事情を考慮したのかについては、主張立証がない」ことに加えて、「被控訴人らはいずれも本件職務命令違反を理由に勤務成績が良好であるとの要件を欠くものと判断されて本件不合格等とされたものであること」や「本件職務命令違反により処分を受けた教職員が採用された実例がないことも併せ考慮すれば、やはり、都教委は、被控訴人らの本件不起立等が重大な非違行為に当たるとの評価のみをもって、勤務成績が良好であるとの要件を欠くと判断したと推認するほかない」と断じている。当然のことながら、最高裁判決もかかる事実認定を前提としている。



そこで、「本件職務命令違反について、かかる違いを正当化し得る程度にその非違性が重いと評価することができるか否かを検討する」。この点、「本件職務命令は、学習指導要領に基づく入学式及び卒業式の適正な実施についてより一層の改善等を図る目的で本件通達が発出されたことを受け、本件通達に基づき発令されたものである」ところ、「学習指導要領のうち特別活動に限定してみても、入学式及び卒業式（儀式的行事）の実施や国旗国歌条項が、他の特別行事の実施や配慮すべき事項の内容と対比して特段区別した位置付けが与えられているとまでは認められない」。そのため、「本件職務命令についても、学習指導要領に従って編成された他の教育課程に関する職務命令と対比して特段区別した位置付けが与えられているとまでは認められないというべきであって、本件職務命令違反それ自体を当該教職員の従前の勤務成績を決定的に左右するような内容のもの、換言すると、従前の勤務成績の良否を判定する際には多種多様な考慮要素が想定されるところ、本件職務命令違反以外の一切のものを捨象し、そののみをもって従前の勤務成績の良否という判断を可能とする位置付けが与えられているものと評価することは困難というべきである」。

なお、「被告は、本件職務命令違反が、卒業式等の場において公然と行われたことを非違行為の重大性の根拠として主張しており、事前に発出された本件職務命令の内容を認識しながら、あえてこれに違反する行為に及んだことが非違行為の重大性を基礎付ける事情であると主張しているものとも理解できる」。しかし、本件職務命令が原告らの「思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があることは否定できず、その思想信条等に従ってされた行為を理由に大きな不利益を課すことには取り分け慎重な考慮を要するのであって、上記の点は非違行為の重大性を根拠付ける理由としては不十分というべきである（最高裁平成23年5月30日第二小法廷判決・民集65巻4号1780頁等、最高裁平成24年1月16日第一小法廷判決・裁判集民事239号1頁等参照）」。

また、「新たに任用を行う場合には広範な裁量が認められることからして、既に教職員という身分を有する者に対して懲戒処分を行う場合と、一旦その身分を失った者を新たに再雇用職員等として任用する場合とでは、本件職務命令違反に対する非違行為としての軽重に係る評価が異なってしまうべきとの考え方もあり得るところである」。しかし、再雇用制度等においては、「本件通達発出以前の少なくとも平成12年度から平成14年度までの間においては希望者の全員が採用されていたという実態があり、加えて、……再雇用制度等は、退職前の地位と密接に関連し、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解されることからすれば、全く新規に採用する場面と同列に考えるのは相当でない。そして、再雇用職員等への採否が退職者の退職後の生活の安定に直接関係するものであり、その不合格等が多大な経済的不利益をもたらし得るところ、上記のとおり、本件職務命令の性質に鑑みれば、その違反を理由に

して大きな不利益を課すことには慎重な考慮を要し、その限りでは現に教職員という身分を有する者に懲戒処分を課す場合と別異に扱うのは相当でないというべきである」。

以上の点に鑑みれば、「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」本件不合格等は、「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」。

### 2.3. 二審判決

一審判決に対して東京都が控訴したが、二審判決は、一審判決をほぼ全面的に維持し、控訴を棄却した。すなわち、一審判決の説示をほぼすべて引用したうえで、二審における東京都の主張に関する判断においても、一審判決とほぼ同様の見解を繰り返したのである。

ただし、一審判決と対比した場合、二審判決は、より一層思想・良心の自由を強調するものであった。具体的には、一審判決は「本件職務命令の性質〔思想・良心の自由についての間接的な制約となる面があること〕に鑑みれば、その違反を理由にして大きな不利益を課すことには慎重な考慮を要」すると述べるにとどまっていたのに対し、二審判決は、「本件職務命令違反に対して過大な不利益が課せられることになるとこれらの自由〔思想・良心の自由〕の侵害になり得る」ところ、「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」と述べ、本件再雇用拒否が思想・良心の自由に対する「侵害」に当たりうることを明言している。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」ところ、かかる「現状の運用自体も憲法上の自由との関係で問題があるものである」と断じている。

### 2.4. 最高裁判決

最高裁判決は、一審・二審判決を覆し、「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」と述べ、本件再雇用拒否を適法と結論づけた。その理由づけは、下記のとおりである。

①「再任用制度等は、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うことができる」。

②「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」 ことに加えて、「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」。

③「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がある」。

④「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」。

⑤「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」。

## 2.5. 結論を分けたポイント

上述のとおり、再雇用拒否を適法とした最高裁判決の理由づけは5点に整理することができる。しかしながら、上記①～⑤は、一審・二審判決の結論を覆すに十分な理由づけなのか、

疑問が残るところである。以下、その理由を述べよう。

まず、①③④は、一審・二審判決も認めていた点であるといえる。

すなわち、①「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」という点については、一審・二審判決も、「考慮要素とされる勤務成績等のうちいかなる要素をどのように考慮して判定すべきであるかという点について客観的かつ具体的な基準が定められているという事情はうかがえ」ないことなどを理由に、「採用候補者選考の可否及び採否の判断に当たっては、都教委にはその限りで広範な裁量権がある」と説いていた。

また、③「本件職務命令は、……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」という点は、君が代起立斉唱事件判決や君が代懲戒処分事件判決でも説かれていたため、両判決を引用する一審・二審判決も前提にしていたものといえる。

そして、④「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」という点については、二審判決も、「当該行為は、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」と述べている<sup>8</sup>。

次に、②⑤については、一審・二審判決では明示されていないものの、結論に決定的な影響を与える点といえるか、疑問である。

すなわち、②「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」という点については、一審・二審判決が認めていた再雇用の「期待権」を否定しているとも解しうる説示であり、その意味で注目に値するが、しかし、一審・二審判決も当該期待権が都教委の裁量権を「大きく制約」するとまでは解していない。前述のとおり、両判決は、あくまでも都教委に「広範な裁量権」を認めているのである<sup>9</sup>。

また、⑤「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」という点については、本件の結論を左右するほど重大な評価であるとはいえない。最

<sup>8</sup> ただし、二審判決はそれに続けて、「当該式典の進行に具体的にどの程度の支障や混乱をもたらしたかは客観的な評価の困難な事柄であるといえる」と述べている。この点は、本件最高裁判決では明言されていない。もっとも、当該説示は君が代懲戒処分事件判決の引用であるため、同じく同判決を引用している本件最高裁判決は、この評価を否定してはいないと思われる。

<sup>9</sup> 同様の指摘として、岩本（2018）p. 3 参照。



高裁として、原告らを再雇用した場合に同様の非違行為に及ぶおそれが強いと積極的に評価したならば格別、都教委が「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」と「必ずしも不合理であるということとはできない」という程度の評価は、本件の結論にさほど大きな影響を与えるものではないというべきであろう<sup>10</sup>。

以上のとおり、最高裁判決で明示された5点の理由づけは、いずれも一審・二審判決の結論を覆すに十分なものであるとは評価し難い。そして、最高裁判決に明示された理由づけのなかに、一審・二審判決と最高裁判決の結論を分けた決定的なポイントがないとすれば、それは最高裁判決に明示されていない点、より厳密に言えば、一審・二審判決のなかにあつて最高裁判決のなかにはない点に求めざるをえない。この観点から判決文を読み直すと、一審・二審判決と最高裁判決は、結論が正反対であるにもかかわらず多くの点で酷似した説示をしているが、実はある一点について、全く異なる態度をとっていることに気づく。その一点とは、思想・良心の自由である。

前述のとおり、一審・二審判決は、本件再雇用拒否の裁量審査において、本件職務命令が思想・良心の自由に対する間接的制約となることを強調し、君が代懲戒処分事件判決を引用しながら、当該職務命令違反を理由とする不利益処分に「慎重な考慮」が求められるという点では、懲戒処分と再雇用拒否を別異に解する必要はない、と説いていた。それに対し、最高裁判決の裁量審査には、「思想及び良心の自由」という語は全く出てこない。

より具体的に対比すれば、たとえば二審判決は、本件職務命令に違反する行為について、「当該行為は、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を一定程度損なう作用をもたらすものであつて、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」としつつ、それに続けて、「他方において、不起立行為等の動機、原因は、当該教職員の歴史観ないし世界観等に由来する『君が代』や『日の丸』に対する否定的評価等のゆえに、本件職務命令により求められる行為と自らの歴史観ないし世界観等に由来する外部的行動とが相違することであり、個人の歴史観ないし世界観等に起因するものである」と指摘していた。それに対し、最高裁判決は、当該行為について「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つて、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」と述べるにとどまり、その後の「歴史観ないし世界観等」に関する説示を切除している。この点だけをみても、最高裁判決が思想・良心の自由に関及しなかったことが、単なる偶然ではなく、極めて意識的な選択であつたことが読み取れよう。

かかる人権論の有無こそ、一審・二審判決と最高裁判決の結論を分けた大きなポイントで

---

<sup>10</sup> あるいは、一審・二審判決もその程度の評価は前提にしていた、とも解しうるかもしれない。

あったと考えられる。なぜなら、一審・二審判決において、思想・良心の自由は、再雇用拒否に係る裁量を統制するうえで重要な役割を担っていたからである。

一審・二審判決も認めているように、現に教職員の身分を有する者に対する懲戒処分と、新たに教職員として採用することを拒む再雇用拒否とは、大きく性質が異なる。単純化していえば、懲戒処分はゼロをマイナスにする処分であるのに対し、再雇用拒否はプラスをゼロにする処分である。したがって、基本的に、懲戒処分よりも再雇用拒否の方が、裁量の幅が広いといわざるをえない。この点、一審・二審判決は、再雇用に対する期待が一定の法的保護に値すると解したが、当該期待権も都教委の「広範な裁量権」を前提にしたものである以上、それによって再雇用拒否に係る裁量が懲戒処分に係るそれと同程度まで狭められるわけではない<sup>11</sup>。つまり、再雇用拒否と懲戒処分との性質の差異は、両判決が承認した再雇用に対する期待権をもってしても、解消されるわけではないのである。

では、なぜ一審・二審判決は、再雇用拒否にも君が代懲戒処分事件判決の射程を妥当させ、減給以上の懲戒処分と同様に「慎重な考慮」を求めることができたのか。ここで懲戒処分と再雇用拒否とをつなぐ媒介となったものこそ、思想・良心の自由であった。すなわち、一審・二審判決は、まず、君が代懲戒処分事件判決が減給以上の懲戒処分に「慎重な考慮」を要求した理由を、思想・良心の自由に求めた。つまり、両判決は、君が代懲戒処分事件判決について、起立斉唱を求める職務命令が思想・良心の自由に対する間接的制約に当たることから、当該職務命令違反を理由として不利益を課すことには、思想・良心の自由に基づく一定の限界があるという見解を示したものと理解し、そこから「本件職務命令違反を理由とする不利益処分は、思想・良心の自由によって限界づけられる」という規範を導き出したのである。そのうえで、両判決は、本件職務命令違反を理由とする再雇用拒否も事実上の不利益処分であると評価した（特に二審判決はこの評価を明示している）。そうすることで、両判決が理解するところの君が代懲戒処分事件判決の規範が再雇用拒否にも妥当することとなり、「本件職務命令違反を理由とする再雇用拒否は、思想・良心の自由によって限界づけられる」という、再雇用拒否に係る

<sup>11</sup> これに対し、希望者を全員合格させることが原則化している場合には、再雇用拒否と懲戒処分の性質上の差異は相対化することになる。2013年度から都教委は希望者を原則として全員合格させる方針を採っているため、今日においては、再雇用拒否に係る都教委の裁量を「広範」と解することは困難であり、再雇用拒否にも減給以上の懲戒処分と同様に「慎重な考慮」が求められるものと考えられる。なお、本件一審で東京地裁に提出された鑑定意見書を基にした岡田（2015）は、「再雇用時の採否の判断は、継続雇用の判断として行われているのであって、新規採用とはその性質がまったく異なる」、「3つの再雇用制度が年金支給との関連において設置・改廃されてきた経緯および定年前後の雇用の継続性に鑑みれば、継続雇用を遮断することは、実質上、免職処分ないし停職処分に相当する」と指摘していた（pp. 419-420）。岡田の鑑定意見は、一審・二審判決に多大な影響を与えたものと思われるが、再雇用拒否が「実質上、免職処分ないし停職処分に相当する」という点に限っていえば、両判決がそれを採用するには至らなかったものと考えられる（いうまでもなく、最高裁判決もそれを採用してはいない）。

裁量を統制する規範が生み出された。このように、両判決においては、本来性質の異なる懲戒処分と再雇用拒否とが、思想・良心の自由という媒介によって結びつけられ、それにより再雇用拒否に係る裁量が懲戒処分に係るそれと同様に統制されることになったのである。

以上の理解が正しければ、かかる人権論を欠く最高裁判決が、明示された理由づけは一審・二審判決と大差がないにもかかわらず、両判決とは正反対の結論を下したとしても、必ずしも不自然ではない。なぜなら、思想・良心の自由という媒介が失われれば、そこにあらわれるのは都教委の「広範な裁量権」そのものだからである。

### 3. 人権論の要否

上述のとおり、一審・二審判決と最高裁判決の結論を分けた大きなポイントは、人権論の有無であると解される。そうだとすれば、次に問題となるのは、本件訴訟の事案を裁くうえで本当に人権論は不要だったのか、という点であろう。本章では、この点について検討したい。

#### 3.1. 強制と制裁の区分論

ここではじめに指摘すべきは、一審・二審判決の人権論が、少なくとも最高裁判例の理解としては妥当でない、ということである。

先に述べたとおり、一審・二審判決は、君が代懲戒処分事件判決について、起立斉唱を求める職務命令に違反したことを理由として不利益を課すことには、思想・良心の自由に基づく一定の限界がある、という見解を示したものと理解した。そして、かかる理解を前提に、再雇用拒否も本件職務命令違反を理由とする事実上の不利益処分といえる以上、そこにはやはり思想・良心の自由に基づく一定の限界があるのだと解した。

君が代懲戒処分事件判決に関する上記のような理解は、決して新奇なものではなく、学説においてもかかる理解が支配的といってよい<sup>12</sup>。しかしながら、それは誤解といわなければならない。一審・二審判決そして通説の理解とは異なり、君が代懲戒処分事件判決の裁量審査には、実は人権論の領分は存在しないのである<sup>13</sup>。

このことを理解するには、まず最高裁が「禁止・強制と制裁の区分論」と呼ぶべき理論を採っていることを知る必要がある。禁止・強制と制裁の区分論とは、一言でいえば、違憲審査

<sup>12</sup> 代表的なものとして、渡辺（2013）参照。本件最高裁判決の評釈である大河内（2018）も、同様の理解を示したうえで、当該判決が君が代懲戒処分事件判決等のうち「本件職務命令を遵守する必要性にかかる部分」のみを引用したことについて、「2012年判決〔君が代懲戒処分事件判決〕の要諦は間接的制約を踏まえた裁量論にあり、それを除去し、この箇所のみを切り取って引用することには、恣意的な感が拭えない」と批判している（p.3）。

<sup>13</sup> この点については、既に堀口（2018a）で詳しく論じたところである。そのため、本稿では要点を簡潔に述べるにとどめたい。なお、同様の見解を示したものとして、佐々木（2013）、森口（2013）、木下（2017）参照。とりわけ木下（2017）は本稿とほぼ同一の解釈を展開している。

において、行為等の「禁止」や「強制」<sup>14</sup>と、それらに違反したことを理由とする「制裁」とを区分する理論である。

この理論によれば、「禁止」は禁じられた行為を「する自由」を制限し、また「強制」は強いられた行為を「しない自由」を制限するが、禁止や強制による人権制限が合憲と判断された場合、それらの自由は人権性（憲法上の権利性<sup>15</sup>）を否定される。したがって、禁止や強制に違反したことを理由とする「制裁」は、人権としてのそれらの自由を制限しないものとみなされる。そして、人権を制限していない以上、当該制裁に係る裁量が人権によって限界づけられることはありえない、ということになる。

このような理論（とりわけ禁止と制裁の区分論）を最も明確に示した判例は、猿払事件判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）である。周知のとおり、同事件においては、国家公務員に「政治的行為」を禁止し、その違反に対して刑罰を設けていた国家公務員法の規定の合憲性が問題となった。

この点について、同事件の一審判決は、「このような行為自身が規制できるかどうか……はともかくとして、三年以下の懲役又は一〇万円以下の罰金という刑事罰を加えることができる旨を法定することは、行為に対する制裁としては相当性を欠き、合理的にして必要最小限の域を超えているものといわなければならない」と判示した。つまり、当該行為を単に禁止するだけならばともかく、その禁止違反に対して重い刑罰を定めることは、表現の自由に対する過剰な制限だと説いたのである。このような、単なる禁止よりも制裁を伴う禁止の方が人権制限の程度が高いという考え方は、学説上も支配的な見解である。

しかしながら、同事件の最高裁判決は、かかる通説的な見解を採らず、その代わりに禁止と制裁の区分論を採った。すなわち、同判決は、判決文の項目立てにおいて、「本件政治的行為の禁止の合憲性」と「本件政治的行為に対する罰則の合憲性」を明確に区別したうえで、後者の点について、「公務員の政治的行為の禁止が国民全体の共同利益を擁護する見地からされたものであって、その違反行為が刑罰の対象となる違法性を帯びることが認められ、かつ、その禁止が……憲法二一条に違反するものではないと判断される以上、その違反行為を構成要件として罰則を法定しても、そのことが憲法二一条に違反することとなる道理は、ありえない」と説いたのである。

同判決の調査官解説（香城敏磨）によれば、当該説示は、「もし一定の表現行為を禁止する法律が同条〔憲法21条〕の自由を不当に制約するものではなく、したがって表現の自由を侵

<sup>14</sup> ここでいう「強制」は、行政法学的にいえば作為の下命を意味するものであり、行政上の義務履行確保（強制執行等）を意味するものではない。

<sup>15</sup> 本稿は、「人権」という語を、日本国憲法によって保障されている権利、すなわち「憲法上の権利」という意味で用いている。



害するものではないと判断されるならば、その禁止行為に対しどのような制裁規定を設けても、憲法の他の条項の保護する価値〔罪刑の均衡など〕を侵害して違憲とされることがあるのは格別、それによりもはや憲法二一条の保護する自由を侵害する余地はない結果として同条に違反するものと判断されることはありえない」という見解を示したものである<sup>16</sup>。香城は、この見解は次のように敷衍している。「重い制裁を伴う禁止であれば表現の自由を侵害するが、軽い制裁を伴う禁止であれば表現の自由を侵害しないというのは、否定された自由も自由であるというのに等しく、その意味で、憲法二一条違反の有無の判断の際に制裁の程度を問題とするのは妥当でない」<sup>17</sup>。

もっとも、猿払事件判決が示したのは、あくまでも禁止と制裁の区分論であり、強制と制裁の区分論ではない。そして、「禁止」と「制裁」には、いくつかの点で性質上の差異が認められる。たとえば、先にも述べたとおり、禁止によって制限されるのは禁じられた行為を「する自由」であるのに対し、強制によって制限されるのは強いられた行為を「しない自由」であり、制限される自由の種類が異なる。また、禁止と制裁は、条文上一体的に定められ、禁止違反から直ちに制裁という効果が生じる仕組みになっている場合が多いのに対し<sup>18</sup>、強制と制裁には、そのような一体化が認められない場合が多い<sup>19</sup>。これらの差異に着目して、禁止と制裁の区分論が成り立つとしても、強制と制裁の区分論は成り立たないと解することも、不可能とまではいえないだろう<sup>20</sup>。

しかしながら、それらの差異は相対的なものととどまる。まず、強制は、見方を変えれば、強いられた行為に反する一切の行為を「する自由」を制限するものとも理解しうる。本件訴訟で問題となった、国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを求める職務命令を例にとれば、かかる強制は、起立斉唱行為を「しない自由」を制限するものであると同時に、起立斉唱行為に反する一切の行為、たとえば国歌斉唱時に座り続ける行為、式場の外にいる行為、国歌ではなく校歌を斉唱する行為を「する自由」を制限するものとも評しうるのである。また、強制と制裁は一体化されていない場合が多いと述べたが、それは論理必然ではない。たとえば、いわゆる不作為犯の場合には、法的に義務づけられた行為をしないこと（強制違反）によって、直

<sup>16</sup> 香城（1977）pp. 221-222。

<sup>17</sup> 香城（1977）p. 222。

<sup>18</sup> たとえば、「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する」と定める刑法 199 条は、人を殺す行為を「禁止」と同時に、その禁止違反によって発生する効果として、死刑等（に処しうる）という「制裁」を定めている。

<sup>19</sup> 君が代懲戒処分事件を例にとれば、法令上、起立斉唱を求める職務命令という「強制」に違反したとしても、直ちに懲戒処分という「制裁」がなされる仕組みにはなっていない。都教委が当該職務命令違反について懲戒処分相当と判断した場合に初めて懲戒処分がなされるのであり、職務命令違反から直ちに懲戒処分（を下しうる）という効果が発生するわけではないのである。

<sup>20</sup> 実際、最高裁が禁止と制裁の区分論を採っていることをいち早く指摘した蟻川恒正も、最高裁が強制と制裁の区分論をも採用しているものとは理解していないようである。蟻川（2013）、蟻川（2016）参照。

ちに刑罰（に処しうる）という効果が発生する仕組みになっている<sup>21</sup>。このように禁止と制裁の差異が相対的なものにとどまる以上、禁止と制裁の区分論を認めるならば、強制と制裁の区分論をも承認するのが論理的だといえるだろう。

この点、君が代懲戒処分事件は、起立斉唱を求める職務命令（強制）に違反したことを理由として、懲戒処分（制裁）が下されたケースである。したがって、強制と制裁の区分論に従うならば、当該職務命令（強制）による「起立斉唱しない自由」（憲法19条）の制限が合憲である以上、「起立斉唱しない自由」は人権性を否定されることになり、したがって当該職務命令違反を理由とする懲戒処分（制裁）は、当該人権を制限しないものとみなされる。そのため、懲戒処分に係る裁量が当該人権によって限界づけられることはありえないと考えられる。

実際、君が代懲戒処分事件判決の判決文は、そのように読めるものである。

まず、同判決では、君が代起立斉唱事件判決による職務命令の合憲性審査とは対照的に、懲戒処分の裁量審査において、思想・良心の自由に対する言及が一切みられない。職務命令の合憲性審査と同じく、「不起立行為等の動機、原因は、当該教職員の歴史観ないし世界観等に由来する『君が代』や『日の丸』に対する否定的評価のゆえに、本件職務命令により求められる行為と自らの歴史観ないし世界観等に由来する外部的行動とが相違することであり、個人の歴史観ないし世界観等に起因するものである」という事実は指摘されているが、そこから「思想及び良心の自由」という語が取り除かれている。これは、同判決が裁量審査において思想・良心の自由を考慮していないことを示唆していよう。

また、本件一審・二審判決および通説は、君が代懲戒処分事件判決が懲戒処分に「慎重な考慮」を求めた論拠を、懲戒処分が思想・良心の自由を制限するという点に求めていると思われるが、同判決が「慎重な考慮」を求めた懲戒処分は減給以上の処分に限られており、それより軽い戒告処分については「過去の同種の行為による懲戒処分等の処分歴の有無等にかかわらず、基本的に懲戒権者の裁量権の範囲内に属する」とされている。強制と制裁を区分しない本件一審・二審判決や通説の理解を前提にすれば、戒告処分も思想・良心の自由を制限するはずであるのに、なぜ戒告処分には「慎重な考慮」が求められず、基本的に裁量権の範囲内だと断じられてしまうのか。それは、そもそも懲戒処分が思想・良心の自由を制限するという見解を最高裁が採っていないからだと考えられる。

以上のとおり、君が代懲戒処分事件判決は、起立斉唱を求める職務命令が合憲である以上、当該職務命令違反を理由とする懲戒処分は思想・良心の自由を制限するものではなく、したがって当該懲戒処分に係る裁量が当該自由によって限界づけられることはない、という見解を

<sup>21</sup> 他方、禁止と制裁に関しても、禁止違反を理由とする懲戒処分などの場合には、条文上の一体性が認められない場合が多い。

示したものと見える<sup>22</sup>。つまり、本件一審・二審判決の人権論は、その前提をなす君が代懲戒処分事件判決に関する理解を誤っていたのである。そうだとすれば、本件最高裁判決が当該人権論を採らなかったことは、少なくとも過去の最高裁判例との整合性という観点からは、必ずしも不当ではないことになる。

### 3.2. 思想による差別

もっとも、それでは本件訴訟の事案を裁くために人権論が不要であったのかといえ、そうではない。なぜなら、本件再雇用拒否は、「起立斉唱しない自由」（憲法19条）を制限していないとしても、「思想による差別」（憲法19条ないし14条）に当たる疑いがあるからである。

どういうことか。まず、強制と制裁の区分論は、強制が合憲とされた場合に、制裁による人権制限の可能性を一切否定する理論ではない。強制が合憲とされた場合に人権性を否定されるのは、強いられた行為をしない自由に限られる。本件訴訟の事案でいえば、起立斉唱を求める職務命令が合憲とされることによって人権性を否定されるのは、「起立斉唱しない自由」のみである。したがって、再雇用拒否という（広い意味での）制裁は、人権としての「起立斉唱しない自由」を制限することはありえないものの、その他の人権を制限することはありうるのである。たとえば、再雇用拒否が「思想による差別」に該当する場合には、再雇用拒否に係る裁量は、憲法19条ないし14条に基づいて統制されうる。そして、実際、本件再雇用拒否は、思想による差別に当たる疑いがあるものであった。

本件再雇用拒否が思想による差別に当たりうるということは、本稿が初めて指摘したことではなく、一連の君が代再雇用拒否訴訟において原告側が繰り返し主張してきたことであった。とりわけこの点を強く主張したのは、第三次君が代再雇用拒否訴訟（最決平成30年7月19日判例集未掲載）の原告らである。

同訴訟の訴状には、「本件採用拒否は法の下での平等に反し違憲である」という項目があり、「過去に戒告・減給・停職等の懲戒処分を受けた経歴を有しながら、不起立等を行わなかったために再雇用職員として採用された実例があることからすれば、本件採用拒否は原告らについて不起立等のみを理由に他の採用候補者と差別して取り扱うものであって、法の下での平等（憲法14条）に反し違憲である」と主張されている。また、裁量権の逸脱・濫用に関する項目においても、「都教委は、結果的に、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することができないという思想・信条を有する原告らを他の懲戒処分対象者といわれなく差別し、殊更に不利益な扱いをした」と主張されている。

<sup>22</sup> 君が代懲戒処分事件判決に関する通説的理解を築いてきた立場から、上記私見に対する反論を展開するものとして、渡辺（2018）参照。もっとも、同論文には、上記私見の中核をなす強制と制裁の区分論に関する検討はほとんどみられない。

ここでいう「過去に戒告・減給・停職等の懲戒処分を受けた経歴を有していながら、不起立等を行わなかったために再雇用職員として採用された実例」とは、具体的にはどのようなケースか。同訴訟の控訴理由書によれば、原告らは、東京都情報公開条例に基づき、「非常勤教員制度ができ、1回目の選考が行われて以降、2014年4月の採用までの、再任用教員合格者と非常勤教員合格者のうち、過去に懲戒処分をされた者の、処分の種類（セクハラ、体罰、交通事故等）と処分量定（減給・戒告等）、処分発令年月日、校種」に関する情報の開示を請求した。その結果、過去に懲戒処分歴があっても非常勤教員選考に合格した者が83名いることが判明した<sup>23</sup>。そして、そのなかには、「男子児童の性器を触り自らの性器を触らせたというわいせつ行為によって停職3月の懲戒処分（平成15年3月17日）を受けた」者や、「親睦旅行の宿泊先における廊下で会った女性教諭にキスをして停職3月の懲戒処分（平成16年4月28日）を受けた」者、「生徒の登校態度が悪いと、正門付近において顔面を1回たたいて転倒させ、起き上がったところを更に5、6回たたくという執拗な暴行を行って再び転倒させて生徒に傷害を負わせるという明白な犯罪行為を行ったことを理由に停職の懲戒処分（平成3年1月14日）を受けている」者、さらに「宿泊助成金を不正受給するという公金横領で減給処分（平成15年7月29日）を受けている」者なども含まれていた<sup>24</sup>。

このように、わいせつ行為や体罰行為等の極めて悪質な違法行為を行い、それによって停職や減給という重い懲戒処分を受けている者まで非常勤教員に採用されているにもかかわらず、卒業式等における国歌斉唱の際に消極的な態様での不起立行為を1回行い、それによって最も軽い戒告処分を受けただけの者が、そのみを理由にして非常勤教員等の選考で不合格にされた。本件再雇用拒否の内実を理解するには、かかる事情を考慮することが不可欠である。

卒業式等の式典における国歌斉唱は、教職員にとって中心的な職務とはいえないし、不起立行為は、通常は入学式と卒業式の年2回しかなされえないうえ、それらの式典において式場

<sup>23</sup> 同訴訟の原告らが、特に非常勤教員の合格者について指摘しているのは、当該原告らが非常勤教員の選考に申し込み、不合格となったためである。第二次君が代再雇用拒否訴訟の原告らには、再雇用職員や再任用職員の選考で不合格となった者も含まれているが、それらの選考において過去に懲戒処分を受けながら合格した者に関する情報は、明らかではない。

<sup>24</sup> この情報開示により、起立斉唱を求める職務命令に違反して懲戒処分を受けた者のなかに、非常勤教員選考に合格した者が16名いることも判明した（ただし、後述のとおり、二審判決では16名ではなく10名と認定されている）。この点について、第三次君が代再雇用拒否訴訟の原告らは、控訴理由書のなかで、当該懲戒処分から一定の年限が過ぎた者については不起立行為が不問に付されるという運用がなされているのかもしれないと予想しつつ、「少なくとも東京都が主張するように本件職務命令違反が重大な非違行為であれば、何故に16名の者が合格したのか理由が不明であり、極めて恣意的な運用と言わざるを得ない」と批判している。

なお、本稿が主な考察対象としている第二次君が代再雇用拒否訴訟においては、不起立行為により懲戒処分を受けた者が非常勤教員等に採用された例があるという事実は認定されておらず、むしろ「本件通達発出後、都教委は、本件職務命令違反が1回でもある場合には、その事実のみで勤務成績が良好であるとの要件を満たさないと判断し、本件不合格等としていたものと解さざるを得ない」（一審・二審判決）とされている。



外の業務を担当させれば回避しうる行為である<sup>25</sup>。それに対して、児童・生徒や他の教職員等に対するわいせつ行為は、日常的に繰り返すおそれのある行為であるし、児童・生徒に対する体罰行為は、生活指導という教職員の中心的な職務についてなされた違法行為である。それにもかかわらず、なぜ都教委は、わいせつ行為や体罰行為等によって停職処分等を受けた者よりも、1回の不起立行為によって戒告処分を受けた者の方が、勤務成績が不良だと判断したのか。それは、不起立行為の動機となった歴史観や世界観等に対する否定的評価を理由にした、思想による差別ではないのか。

この点について、第三次君が代再雇用拒否訴訟の一審判決（東京地判平成28年4月18日判自418号64頁）および二審判決（東京高判平成29年4月26日判例集未登録）は、思想による差別には当たらないという判断を示した。しかし、それらの判示は、必ずしも説得力があるとはいえないものである。原告らは二審段階で上記情報開示請求をしており、一審では抽象的な主張にとどまっていたため、ここでは二審判決のみを検討しよう。

同判決は、憲法14条違反の主張について、「本件職務命令に違反した者であっても、これまで10名の者が非常勤教員に採用されていること（懲戒処分を受けた年度から9年度経過した者が1名、8年度経過した者が2名、7年度経過した者が2名、6年度経過した者が3名、5年度経過した者が2名）は被控訴人の自認するところであり、かかる事実を照らして、被控訴人において、控訴人らが卒業式において校長の職務命令に公然と違反したという職務態度をもって勤務成績が不良であると判断したことを超えて、控訴人らが特定の信条を有することに着目して、これを組織的に排除する目的で不採用としたことを認めるに足りる証拠はない」ため、「憲法14条違反の主張は理由がない」と断じた。また、裁量権の逸脱・濫用に関する説示において、「非常勤教員の採用の場面で過去の懲戒処分歴の評価に平等原則違反があるか否かの判断に当たっては、懲戒処分の種類、理由及び処分量定を個別に比較するほか、懲戒処分後の期間の経過も考慮に入れる必要があることから、控訴人らが主張する事例をもって、直ちに平等原則に違反するとはいえない」などと説いた。

たしかに、懲戒処分がなされてから経過した年月という要素を重視すれば、何年も前に体罰行為で停職処分を受けた者を合格させながら、最近不起立行為で戒告処分を受けたばかりの者を不合格にするという判断は、論理としては成り立つ。しかしながら、二審判決は懲戒処分後の期間の経過を考慮に入れる必要があると説くにとどまっているが、それだけで思想による差別の疑いが晴れるわけではない。すなわち、仮に都教委が、懲戒処分一般について、一定の期間内における処分歴があれば直ちに選考を不合格とする（いわば「レッドカード的評

<sup>25</sup> ただし、筆者は、式場外での業務を命じることが君が代訴訟に関する問題の根本的な解決になるとは考えていない。堀口（2017）参照。

価」<sup>26</sup>をする)一方、処分から一定期間(たとえば5年間)が経過していればすべて不問に付する、という運用をしていたとすれば、かかる機械的な運用が合理的かという問題は残るものの、思想による差別には当たらないだろう。それに対し、仮に都教委が、不起立行為を理由とする懲戒処分についてのみ、一定期間内に処分歴が存在する場合に直ちに選考を不合格とし、その他の懲戒処分については、一定期間内に処分歴が存在しても直ちに選考を不合格とはしていなかった(他の個別的事情をも考慮して合否を判断していた)場合や、不起立行為を理由とする懲戒処分についてのみ、不問に付するための期間を長く設定していた場合などには、思想による差別に当たる疑いが残る。したがって、それらの点に関する事実認定がなければ、本件再雇用拒否が思想による差別に当たるか否かは判断できないはずである<sup>27</sup>。

以上のとおり、本件再雇用拒否は、思想による差別に当たる疑いがあるものといわなければならない。したがって、本件訴訟の事案を裁くにあたっては、思想による差別に関する審査が必要不可欠であるといえる。

#### 4. なぜ「思想による差別」は無視されたのか

前述のとおり、本件訴訟の事案を裁くためには、本来、本件再雇用拒否が思想による差別に当たらないか、当たるとしたらそれは違憲・違法ではないか、という人権論が必要不可欠であ

---

<sup>26</sup> 岩本(2018) p. 3。

<sup>27</sup> この点、原告らは、懲戒処分歴が不問に付されるための期間が、不起立行為を理由とする懲戒処分についてだけ長く設定されていると推測されると主張した。それに対し、二審判決は、「都教委において控訴人らの主張するような形で懲戒事由ごとに考慮すべき経過期間に差異が設けられていることを裏付けるに足る証拠はなく、仮に主張するような差異を設けているとしても、公務員の新規採用にあたり公務運営等に与える影響等を考慮して懲戒事由ごとに考慮すべき経過期間に差を設けることは合理的な裁量の範囲内に止まる限り許されるというべきであり、本件において極端に長い期間が設定されていることをうかがわせる証拠はないから、控訴人らの主張は採用できない」と断じている。この説示は一般論としては成り立ちうるものであるが、しかし、ここで必要なのは、当該事案についての具体的検討である。都教委において、不起立行為を理由とする懲戒処分についてのみ、他の個別的事情に関わらず直ちに不合格とする事由としていた、あるいは、その処分歴を不問に付するための期間を長く設定していたという事実はなかったのか。仮にそうした事実があったとすれば、それは思想による差別に当たらないのか。そして、思想による差別に当たるとすれば、それは憲法19条ないし14条に違反しないのか(あるいは、裁量権の逸脱・濫用に当たり違法ではないのか)。二審判決は、上記の事実を裏付けるに足る証拠はないとして片づけているが、この問題の重要性や、これらの事実に関する資料(原告らが情報開示請求によって入手していない資料)を東京都側が提出することは容易であると思われることに鑑みれば、立証責任の問題として済ませるのではなく、東京都側に資料の提出を求めるなど、事実を明らかにするための積極的な訴訟指揮が必要ではなかったか、疑問が残るところである。なお、当該訴訟の原告らは、上告理由書および上告受理申立理由書においても、本件再雇用拒否が思想による差別に当たるという主張をしたが、最高裁は、上告について「本件上告の理由は、違憲をいうが、その実質は事実誤認又は単なる法令違反を主張するものである」として棄却し、上告受理申立てについて「本件申立ての理由によれば、本件は、民訴法318条1項により受理すべきものとは認められない」とした。二審判決において十分な事実認定がなされていないことなどに鑑みれば、この最高裁の決定は、本件再雇用拒否が思想による差別に当たらないと解したのではなく、この問題について何ら判断を示していないものと読むべきであろう。

ると考えられる。それでは、なぜ本件最高裁判決は、思想による差別という論点に全く言及しなかったのか。本章では、その理由を考察したい。

#### 4.1. 一審判決における判断の回避

本件訴訟の原告らは、一審において、本件再雇用拒否が思想による差別に当たるという主張をしていた。すなわち、その訴状では、「過去に争議行為を指導したことを原因として停職等の懲戒処分（いわゆる労働処分）を受けた経歴を有していながら、不起立等を行わなかったために再雇用職員として採用された実例があることからすれば、本件採用拒否等は原告らについて不起立等のみを理由に他の採用候補者と差別して取り扱うものであって、法の下での平等（憲法14条）に反し違憲である」、また「本件採用拒否等は、都教委において、特定の思想・信条を有する原告らをいわれなく差別し、不利益な扱いをしたものであって、平等原則に反するから、裁量権の逸脱・濫用であり、違法である」などと主張していた。

それを受けて、一審判決は、「本件通達に基づく本件職務命令に違反したことを理由とする懲戒処分及び本件不合格等が憲法14条に違反するか」という問題を争点の一つとして扱った。しかし、同判決が当該争点について判示することはなかった。というのも、同判決は、「争点に対する判断」の一文目において、「本件においては、事案に鑑み、まず争点（5）について判断する」と述べ、「争点（5）」つまり「本件不合格等が都教委の採用選考における裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として違法であるか」という点について審査した。そして、そこで裁量権の逸脱・濫用に当たり違法であるという結論を下すと、「他の争点について検討するまでもなく、都教委の設置者である被告は、国家賠償法に基づき、期待権を侵害したことによる損害を賠償すべき法的責任があるというべきである」と述べ、憲法14条に関する争点についての判断を回避したのである。しかも、一審判決は、裁量権の逸脱・濫用について審査した際、原告らが主張していた過去の合格者との差別については一切言及せず、その差別に関する事実を認定することもなかった。

#### 4.2. 二審判決による一審判決の是認

一審判決は、思想による差別という問題の審査に関していえば、著しく不十分な判決であったといわざるをえない。しかし、原告らにとって同判決は勝訴判決であり、それゆえ二審において原告らが同判決を批判することは期待し難い。そのため、思想による差別という論点を無視するという一審判決が犯した過ちは、二審においても再検討の対象にはならないものと思われた。

ところが、その再検討の機会が、意外にも被告側から提供された。東京都は、二審において、一審判決が裁量権の逸脱・濫用以外の争点について判示しなかったことは違法であると主張したのである。二審判決の整理によれば、その主張は次のようなものである。すなわち、「原判

決の認定の仕方は、本件通達に基づく本件職務命令に違反したことを理由とする本件不合格等が、被控訴人らが強く主張している憲法の各条文（14条、19条、26条、13条及び23条）や、教育基本法16条に違反していようが、いまいが、そのようなことは関係ないこととして、本件不合格等に係る都教委の判断が、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たると一方的に断定している。このような姿勢は、本件職務命令がおよそ憲法のどの条文等にも違反するものではないこと、さらには、教育課程の実施に関して発出された本件職務命令の重要性並びに本件不合格等の判断の正当性に関して、全く理解していないことを物語るもので、到底是認することができない。

しかしながら、かかる主張を受けても、二審判決が他の争点について審査することはなかった。同判決は、「本件訴訟における訴訟物（附帯請求を除く。）は国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求権であり、本件の各争点は本件不合格等の違法性に関する請求原因の一部を構成するものであって、それぞれは選択的であり、そのうちのどれか一つで違法性が認められれば請求が認容される関係にある<sup>28</sup>。他の争点については、本件訴訟が原審に係属中に、不起立行為等が問題となった累次の裁判において最高裁判所の判決がされ、裁判所の判断がおおむね確立するに至ったのであって、原判決が、争点5のみを判断して判決をしたことは、裁判所の判断として必要十分であったものといえる」と説き、東京都の主張を「失当」と断じたのである。

この二審判決の説示には、二つの点で疑問が残る。第一に、仮に本件の各争点が選択的であり、したがって裁量権の逸脱・濫用の有無という争点についてのみ判断することが許されるとしても、裁量権の逸脱・濫用について判断するなかで思想による差別について審査することは可能であり、またすべきであったと考えられる。少なくとも、法律審である上告審において思想による差別について審査しうるよう、それに関する事実を認定しておくことは必要であったというべきだろう。第二に、他の争点については裁判所の判断が概ね確立するに至っているという評価は、不正確である。再雇用拒否が思想による差別に当たらないかという争点については、第三次君が代再雇用拒否訴訟の下級審判決など少数の裁判例において判示されているのみであり、最高裁がそれについて判断を明示したことは一度としてない。

こうして、二審判決は、思想による差別という論点を無視するという一審判決の過ちを是正する機会を与えられたにもかかわらず、それを活かすことができなかった。

#### 4.3. 最高裁判決による未回答の理由

ここまで述べれば、本件最高裁判決が思想による差別という論点に言及しなかった理由は、

---

<sup>28</sup> 横田（2017）は当該説示の合理性を批判的に検討している。



もはや明らかであろう。一審・二審判決は、当該論点について全く審査せず、その審査に必要な事実を認定することもせず、原告らを勝訴させた。そのため、原告らの上告答弁書においても、もはや思想による差別に関する主張（当該論点について審査しなかった二審判決に対する批判）はなされなかった。このように、思想による差別に関して、事実認定も当事者の主張もなされていない以上、最高裁はそれを審査しえなかったのである。

したがって、思想による差別という論点に全く言及していない本件最高裁判決は、本件再雇用拒否が思想による差別に当たらないと判断したものではなく、当該論点については何ら判断していないものと解される。本稿の論題のとおり、こうして「思想による差別」は「君が代再雇用拒否訴訟における未解決の論点」として残されることになったのである。

## 5. 結

本件最高裁判決は、極めて簡潔な理由づけによって、本件再雇用拒否を適法と結論づけた。率直な感想をいえば、その判示には疑問を覚える点もあり、既に判例評釈や新聞記事等で本件最高裁判決が厳しく批判されていることにも、頷ける面がある。

しかしながら、当該判決は既に下されており、今後実務に対して小さからぬ影響を与えるものと思われる。実際、都教委の教育長は、本件最高裁判決を受けて、「都の主張が認められたものと考えている。今後も職務命令違反については厳正に対処し、非常勤教員などの採用選考については適正に実施していく」とのコメントを出している<sup>29</sup>。前述のとおり、2013年度以降は、本件職務命令違反により懲戒処分を受けた教職員も含めて、希望者が原則として全員再雇用されているが、本件最高裁判決の影響により、その点にも見直しがなされるかもしれない。こうした状況を考慮した場合、学校現場において思想・良心の自由を確保するためには、本件最高裁判決を批判することよりも、むしろそれを憲法適合的に解釈することが重要であろう。本稿はその一つの試みであった。

かかる観点から本件最高裁判決の射程について確認すれば、まず当該判決は、希望者を全員再雇用することが原則化されていなかった2012年度以前の事案に関する判決であるから、2013年度以降の事案にはその射程が及ばないというべきである。また、本稿で詳細に論じてきたように、本件最高裁判決は、本件再雇用拒否が思想による差別に当たるかという論点については何ら判断していないと解されるため、その射程は当該論点には及ばないものというべきである。

---

<sup>29</sup> 岡本（2018）参照。

本稿では、思想による差別に関する学説・判例の検討など、当該論点自体に関する理論的検討を十分に行うことができなかつた<sup>30</sup>。この点については今後の課題としたい。

## 謝辞

本稿の執筆にあたり、第二次君が代再雇用拒否訴訟原告団および第三次君が代再雇用拒否訴訟原告団の方々より、訴状や準備書面等の貴重な資料をご提供いただいた。ここに記して感謝申し上げる次第である。

## 参考文献

- 蟻川恒正（2013）「立川ビラ事件最高裁判決を読む」『法学教室』（392），103-115.
- 蟻川恒正（2016）『『命令』と『強制』の間』同『尊厳と身分』，185-232，岩波書店.
- 岩本浩史（2018）「判批」新・判例解説watch行政法No.198（[https://www.lawlibrary.jp/pdf/z18817009-00-021981669\\_tkc.pdf](https://www.lawlibrary.jp/pdf/z18817009-00-021981669_tkc.pdf)），1-4.
- 大河内美紀（2018）「判批」新・判例解説watch憲法No.148（[https://www.lawlibrary.jp/pdf/z18817009-00-011481665\\_tkc.pdf](https://www.lawlibrary.jp/pdf/z18817009-00-011481665_tkc.pdf)），1-4.
- 岡田正則（2015）「教育公務員の再雇用における行政裁量の限界」『南山法学』38（3，4），409-451.
- 岡本玄（2018）「君が代不起立で再雇用拒否 最高裁、都の裁量権認める」朝日新聞デジタル2018年7月19日（<https://www.asahi.com/articles/ASL7M51F4L7MUTIL049.html>）.
- 木下昌彦（2017）「学校における規律と自由」横大道聡編『憲法判例の射程』，239-249，弘文堂.
- 木村草太（2010）「表現内容規制と平等条項」『ジュリスト』（1400），96-102.
- 香城敏磨（1977）「判解」最判解刑事篇昭和49年度，165-272.
- 佐々木弘通（2013）「第19条」戸松秀典，今井功編『論点体系 判例憲法1』318-376，第一法規.
- 人見剛（2018）「判批」『法学セミナー』（766），124.
- 堀口悟郎（2014）「人格と虚像」『慶應法学』（30），37-69.
- 堀口悟郎（2015）「判批」『法学セミナー』（730），124.
- 堀口悟郎（2017）「判批」『法学セミナー』（744），108.
- 堀口悟郎（2018a）「行政裁量と人権」『法学研究』91（1），479-506.
- 堀口悟郎（2018b）「判批」『法学セミナー』（765），120.
- 堀口悟郎，奥中康人（2016）「思想・良心に反する行為を拒めるか？」山本龍彦，清水唯一朗，出口雄一編『憲法判例からみる日本』，92-113，日本評論社.
- 森口千弘（2013）「平成24年1月16日判決における『思想・良心の自由』の意義」『Law & Practice』（7），179-188.

<sup>30</sup> たとえば、三菱樹脂事件判決（最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁）は、外部的行為を理由とする不採用が思想による差別に当たる可能性を認めており、当該論点に関する広い意味での「先例」と評しうる。同判決は、民間企業の雇入れについて、思想による差別を許容したが、公務員の採用においては、かかる差別は厳格に禁じられよう。また、本件最高裁判決も指摘しているとおり、地方公務員の採用については「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……（地方公務員法13条，15条参照）」とあり、それが思想による差別に関する審査においてどのような意味をもつのかという点についても、詳細な検討が必要であると考えられる。なお、君が代訴訟を「差別されない権利」という観点から論じたものとして、木村（2010）参照。

横田守弘 (2016) 「判批」『新・判例解説Watch』(18), 23-26.

横田守弘 (2017) 「国旗国歌訴訟の一断面」『西南学院大学法学論集』49(2, 3), 77-153.

渡辺康行 (2012) 「『日の丸・君が代訴訟』を振り返る」『論究ジュリスト』(1), 108-117

渡辺康行 (2013) 「憲法上の権利と行政裁量審査」長谷部恭男, 安西文雄, 宍戸常寿, 林知更編『現代立憲主義の諸相 [上]』, 325-366, 有斐閣.

渡辺康行 (2018) 「行政法と憲法」『法律時報』90(8), 10-15.