

控訴人 東京都

東京都教育委員会

被控訴人 永井栄俊ほか394名

第1 骨子

- 1 本件は、東京都立高等学校等の教諭（教諭だった者を含む。）が、控訴人東京都教育委員会が平成15年に発出した通達（都立高校等の入学式，卒業式等において，会場の指定された席で国旗に向かって起立し，国歌を斉唱する内容が規定された国旗掲揚及び国歌斉唱の実施に関する通達（以下「本件通達」という。））が，教育の自由を侵害して憲法26条，23条に違反し，また，旧教基法10条1項，新教基法16条1項の禁止する「不当な支配」に当たり，更には思想・良心の自由及び信仰の自由を害し，憲法19条，20条に違反し，明白かつ重大な瑕疵があり，違法無効であるとして，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ピアノ伴奏義務のないことの確認（公的義務不存在確認訴訟），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並びに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（差止訴訟）及び国賠法1条1項に基づく慰謝料の支払を求める事案である。
- 2 原審（東京地方裁判所平成16年(ワ)第50号ほか）は，上記通達に基づく都立高校等の校長の職務命令に基づく都立高校等の入学式，卒業式等における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ピアノ伴奏義務のないことを確認し，これに反することを理由としていかなる処分もしてはならないとし，かつ国賠法1条1項に基づく慰謝料の支払を認めた。
そこで，控訴人である東京都及び東京都教員委員会が控訴した。
- 3 これに対し，本判決は，原判決を取り消し，公的義務不存在確認訴訟及び差止訴訟はいずれも訴訟類型としては適式であるが，訴訟要件を欠く不適法なものとして却下し，国賠法1条1項に基づく損害賠償はすべて棄却した。
その理由とするところは，被控訴人らはその違法を主張する本件通達の処分性は認められるが，その公的義務不存在確認訴訟及び差止訴訟は，本件通達の発出によって重大な損害が生じるおそれがあるとはいえないし，その損害を避ける他に適当な方法がないとはいえないとして訴訟要件を欠くものであるとし，損害賠償請求については，被控訴人らが主張する教育の自由を害するもの（憲法26条，23条違反）ではなく，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」に当たらないし，思想・良心の自

由及び信仰の自由を害するもの（憲法19条，20条違反）ではないので，認められないとした。

第2 判決要旨

（事案の内容）

- 1 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である被控訴人らが，控訴人東京都教育委員会（以下「都教委」という。）に対し，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（無名抗告訴訟），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（無名抗告訴訟），控訴人東京都に対して，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（法定抗告訴訟），会場の指定された席で国旗に向かって起立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（差止訴訟）及び国賠法1条1項に基づく慰謝料の支払を求める事案である。
- 2 原審は，都教委の本件通達に基づく校長の職務命令（以下「本件職務命令」という。）に基づく上記公的義務の不存在確認請求及び差止請求を一部認め並びに慰謝料請求を全部認めた。
- 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。

(裁判所の判断)

1 判決主文（結論）

- 1 原判決を取り消す。
- 2 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。

2 理由

(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。）

ア 本件通達は、あくまで校長に対する内部行為（職務命令）ではあるものの、都教委は、校長が所属教職員に対し、本件通達に基づく本件職務命令を発することを予定し、かつ教育機関の職員の任免その他の人事に関する事務を管理し、執行しているので（地教行法23条3号）、本件職務命令に違反した教職員に対し懲戒処分（地方公務員法29条1項）の実施を予告する意思を確定的に示しており、その対象者は、現に都立学校に勤務する教職員であり、校長から本件職務命令を受けた特定の者に限られる。結局、本件通達は、特定の教職員に条件付きで懲戒処分を受けるという法的効果を生じさせるものである。

したがって、被控訴人らが判決によって回復しようとする権利利益を侵害している行政の活動、作用等は、本件通達であり、それは処分性を有するものと解されるので、本件公的義務不存在確認訴訟は無名抗告訴訟として適法である

イ しかしながら、本件公的義務不存在確認訴訟の実質は、本件通達の取消しを義務付けるものといわざるを得ないところ、行政庁が一定の処分をすべきであるにかかわらずこれがされない場合において、行政庁がその処分をすべき旨を命ずることを求める非申請型義務付け訴訟（行政事件訴訟法3条6項1号）について「一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り」提起することができるとしている（同法37条の2第1項）ことから、無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟において確認の利益が認められるためには、被控訴人らの法的地

位に何らかの不安、危険が生じているだけでは足りず、重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないことが必要であると解すべきである。

本件では、第三者効が認められる本件通達の取消訴訟又は無効確認訴訟の方がより直截的で適切な訴訟類型であることは明らかであり、無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟において、被控訴人らは本件通達発出後に生じた新たな違法事由を主張するものでもない。そして、被控訴人らは、本件通達の発出によって、その思想・信条・良心等の侵害を受け精神的・人格的な苦痛を被ったとは認められない。

したがって、被控訴人らの提起する無名抗告訴訟としての本件公的義務不存在確認訴訟は、重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないとはいえないので、確認の利益が認められないというべきである。

(2) 本案前の主張イ（本件差止訴訟は適法か。）

本件通達が存在し、それは継続的に通用力を有するから、その取消訴訟又は無効確認訴訟を提起すれば、被控訴人らの主張する損害を避けることができる上、本件差止訴訟において、被控訴人らは本件通達発出後に生じた新たな違法事由を主張するものでもないから、本件差止訴訟は、「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」（行政事件訴訟法37条の4第1項ただし書）に当たるといわざるを得ないのである。

したがって、事後審査制の例外としての差止訴訟を許容する必要性が認められない。

(3) 本案の主張ア（本件通達が、憲法、教基法に違反し、明白かつ重大な瑕疵があり、違法無効か。）

国旗及び国歌に関する法律制定前の日の丸（日章旗）が我が国の国旗の制式であり、君が代が我が国の国歌の歌詞及び楽曲であることが慣習法として確立していたことを認め、これを国旗及び国歌に関する法律で成文化し、学習指導要領がその意義を踏まえて、入学式や卒業式における国旗掲揚、国歌斉唱の指導を定めているところ、本件通達は、このような式典への出席者に対して、一律の行為を求めること自体に合理性があるなどと認めた。

そして、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条に違反するものとはいえず、明白かつ重大な瑕

疵があり違法無効であるとはいえないとした。

(判決裁判所・判決日時)

東京高等裁判所第24民事部（裁判長裁判官 都築 弘・裁判官 北澤章功・裁判官 比佐和枝）

平成23年1月28日午後1時15分言渡