

〔論 説〕

教育公務員の懲戒処分に関する 裁量権の逸脱・濫用の違法について

岡 田 正 則

《*Law&Practice* 編集委員会からの注釈》

- 1 本論稿について
 - 2 事案の概要
 - 3 第一の争点に対する判断
 - 4 第二の争点に対する判断
 - 5 第三の争点に対する判断
- 《鑑定意見書「教育公務員の懲戒処分に関する裁量権の逸脱・濫用の違法について」》
- I はじめに
 - II 公務員の懲戒処分に関する行政裁量とその司法審査
 - 1 最高裁判所判決における行政裁量の審査基準と「社会観念」
 - 2 神戸税関事件最高裁判決による「社会観念」審査の判例化
 - 3 「社会観念」審査の空洞化
 - 4 「社会通念」審査と行政裁量審査の精密化
 - 5 小 結
 - III 本件において懲戒権者が有する裁量権の範囲
 - 1 教育行政における裁量権の範囲
 - 2 本件職務命令に必要性・合理性は認められるか
 - 3 控訴人らの不起立行為は信用失墜行為に該当するか
 - 4 本件懲戒処分における裁量権の範囲の逸脱または濫用
 - (1) 要考慮事項の不考慮
 - (2) 要考慮事項に関する事実による裏付け
 - (3) 他事考慮・動機的不正
 - (4) 比例原則違反
 - IV 結 論

《*Law&Practice* 編集委員会からの注釈》

1 本論稿について

本論稿は、2010（平成22）年7月30日に、東京高等裁判所第22民事部宛に提出された平成21年（行コ）第151号・停職処分取消等請求控訴事件の鑑定意見

書「教育公務員の懲戒処分に関する裁量権の逸脱・濫用の違法について」である。行政裁量に関する考察としてたいへん興味深く、また本誌読者にとって有意義だと考えられたため、編集部から寄稿を依頼した。本誌への掲載につき、引用判例・文献等の表示方法及び各項番号等の形式面を Law&Practice 投稿規定に沿って修正させて頂いた。また、原告名を X1 及び X2 とする等の修正もしている。なお、内容については、何ら編集を行っていない。対象となっている事案の概要および第一審（東京地判平成 21 年 3 月 26 日判例集等未登載）の判断は次のとおりである。

2 事案の概要

原告 X1 は当時勤務していた中学校で行われた卒業式において、原告 X2 は当時勤務していた養護学校で行われた記念式典において、それぞれ同校校長から、国旗に向かって起立し国家を斉唱することという職務命令（以下、「本件各職務命令」という）を受けていたのに、国歌斉唱時に起立しなかった。これに対し、東京都教育委員会（以下、「都教委」という）は、上記不起立は、地方公務員法（以下、「地公法」とする）32 条、33 条に違反するとして、これまでも X1 及び X2（以下、「原告ら」という）が同種の行為により複数の処分を受けていることを考慮し、X1 に対し停職 3 月 X2 に対し停職 1 月の各処分（以下、「本件各処分」という）をした。

原告らは、本件各処分は、憲法 19 条、教育基本法（平成 18 年改正前のもの。以下「旧教育基本法」という）10 条に反するなどとして上記各処分の取消しを求め、また、上記各処分により精神的苦痛を被ったとして損害賠償を請求したが、東京地方裁判所は、請求を棄却した。

本件における主な争点は、第一に、本件各職務命令及び本件各処分は憲法 19 条に反するか、第二に、本件各職務命令及び本件各処分は旧教育基本法 10 条に反し、教師の教育の自由を侵害するか、第三に、本件各処分は処分権の濫用か、という点である。

3 第一の争点に対する判断

皇国・軍国主義思想のシンボルであった日の丸・君が代を生徒に対して押し付けるような行為は行うことができないという原告らの考えは、憲法 19 条によ

り保障されるとした上で、思想や良心の核心部分を直接否定するような外部行為を強制することは、これを侵害することに他ならず、また、そうでない場合でも、思想や良心に対する事実上の影響を最小限にとどめるような配慮を欠き、必要性や合理性がないのに、思想や良心と抵触するような行為を強制するときにも、憲法 19 条に反する余地があるとした。

しかし、①本件各職務命令は、直接的に原告らの思想や良心を否定したり、その内容を確認するための行為を命じるものではないこと、②出席者全員による儀式上の行為であるから、不起立行為が、原告らの思想や良心と不可分に結びつくものではないこと、③以前から、全国の公立学校の卒業式等において国旗掲揚及び国家斉唱は広く実施されていたのであるから、これを行う教職員等が特定の思想を有することを外部に表明するような行為であると評価することは困難であること等から、本件職務命令は、原告らの思想や良心の核心部分を直接否定するような外部行為を強制するものではないと判断した。さらに、④地方公務員の職務専念及び忠実義務（憲法 15 条 2 項、地公法 30 条、同法 32 条）、⑤本件各職務命令は、国旗及び国歌に関する法律及び学習指導要領の趣旨にかなうものであること、⑥儀式において、出席者に対して一律の行為を求めること自体には合理性があること等から、本件各職務命令の内容には、合理性、必要性が認められるため、憲法 19 条に反しない、と判断した。

4 第二の争点に対する判断

まず、本件対 X2 職務命令を本件都教委通達と一体と評価し、本件都教委通達の違法性が本件対 X2 職務命令の違法性に影響する余地があるとした上で、立法機関たる国会による許容される目的のために必要かつ合理的と認められる介入は、憲法上の権能として、必ずしも旧教育基本法 10 条 1 項の禁止するところではなく、他方で、公立学校を所管する教育委員会も、その管理権に基づき、適正でかつ許容される目的のために必要かつ合理的と認められる範囲内において、学校の教育課程の編成や学習指導等に関する具体的な命令を発することもできるとした。

そして、本件では、①学習指導要領や東京都教育庁の指導にもかかわらず、卒業式等での国旗掲揚及び国歌斉唱の運営が徹底しなかったという状況に照らせば、この徹底を図るという本件都教委通達及び本件立川市教育委員会（以下、

「立川市教委」という) 通達の目的の合理性及び必要性があったといえること、そして、②本件各通達に基づく本件各職務命令が思想及び良心の自由を侵害するものでないこと、③教職員の生徒に対する、日の丸、君が代に関する歴史的事実の指導を禁止し、あるいは一定の理論の指導を強制するものとはいえないこと、④本件各通達は教師の教育の自由を侵害するものでもないことから、本件各通達は合理性を欠くとはいえず、旧教育基本法 10 条 1 項にいう「不当な支配」に該当しないと判断した。

次に、教師の教育の自由との関係についても、①普通教育においては教師に完全な教授の自由は認められないこと（最高裁昭和 51 年 5 月 21 日大法廷判決）、②本件各職務命令は、原告らが生徒に対し、日の丸や君が代について様々な意見があることを教えることを禁じるものではなく、生徒に対して特定の思想のみを教授することを強制する性質をもつものではないこと、③式を進行予定に基づき実施する必要性が認められることから、本件各職務命令が、原告らの教授の自由を侵害するものであるとは認められないと判断した。

5 第三の争点に対する判断

本件各処分が重きに失し処分権を濫用したといえるかについて、裁判所が懲戒権者の裁量権の行使としてされた公務員に対する処分の適否を審査するに当たっては、懲戒権者と同一の立場に立って懲戒処分をすべきであったかどうか又はいかなる処分を選択すべきであったかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく、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性を欠き、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ものである（最高裁昭和 52 年 12 月 20 日第 3 小法廷判決・民集 31 卷 7 号 1101 頁参照）とする。

そして、都教委の説明及び都教委教育長が定めた、教職員の主な非行に対する標準的な処分量定によると、職務命令違反等の勤務態度不良の場合には、減給又は戒告が通常であるが、非違行為以後の対応及び過去の同一の非違行為による懲戒処分歴を理由とした量定加重もありうるとされている。このような、過去の懲戒処分と同一の非違行為を理由とする量定の加重及び処分対象行為以外の事情を含む総合考慮については、公務員に対する懲戒処分が、非違行為に対する責任の確認及び公務員関係の秩序維持のために科される制裁であること

からすれば、正当であると判断した。

その上で、原告らの職務命令違反行為は、①児童・生徒への指導事項に反するし、式の円滑な進行を妨げるおそれもあること、②多数の者が集まる重要な行事において、公然と行われたものであること、③原告らは意図的に職務命令の内容や趣旨を拒否していることから、非違行為として軽微とはいえず、さらに、日常の勤務態度及び常習性、過去の非違行為とそれに対する懲戒処分にもかかわらず、再び同様の非違行為を行った事実を考慮した結果、戒告処分に加重して、停職処分を科したものであるとしている。

もともと、停職処分は経済的不利益にとどまらず一定期間自己の職務に従事する機会を奪う性質を有するから慎重に科す必要があるとしたが、本件では、X1については、過去の複数の同種職務命令違反行為及びこれに対する停職1月の処分及びその他多数の懲戒処分や訓告の事実、さらに、卒業式等における国旗掲揚、国歌斉唱への抗議行為の継続という事情を考慮し、他方、X2についても、複数の同種職務命令違反行為、長期間の停職処分ではないこと、最も重い減給（5分の1）6月と停職1月との財産上の不利益の軽重は付け難いこと等の事情を考慮すると、原告らに対する停職処分は、社会観念上著しく妥当性を欠き、裁量権の濫用であるということとはできず、本件各処分は違法とはいえないと判断した。

《鑑定意見書「教育公務員の懲戒処分に関する 裁量権の逸脱・濫用の違法について」》

I はじめに

1988年以來、私は20年余にわたって大学において教育を担当しているが、日々「教育とはたいへん危険な行為である」と感じている。というのは、教育には、教える側の勝手な思い込みや旧世代の無用な価値観を——たいていは善意で——新しい世代に強要する危険が存在するからである。それゆえ、教育者には、教えるべき内容について、教えを受ける側の批判に耳を傾け、次の世代にとつ

て有意義な内容なのか否かを常に吟味することが要請されている、といえるであろう。

このことは、「国を愛する」心を育むことについてもあてはまる。国旗に向かって一斉に起立し、国歌を斉唱することだけが「国を愛する」態度ではない。第2次世界大戦以前の日本の学校では、「天皇陛下」という言葉が発せられる前に直立不動の姿勢をとるべきものとされ、壇上正面に据えられた「御真影」の開扉の合図とともに全員が深々と頭を下げるべきものとされていたが、このような態度を反復させることは、けっして「国を愛する」心を育むことにはならないであろう。むしろ、今日では、国や郷土の現状と今後のあり方をよく学び、多くの国々の人びとの見方・考え方を知った上で、相互理解を深めることのできる国民こそが、他の諸国民の信頼を得ることができ、ひいては自国に誇りを持つことのできる国民となりうるのである。

日の丸と君が代は、不幸な旗と歌である。本来であれば、他の諸国民から寄せられる信頼のシンボルとなりうるはずであるのに、近年の教育現場では、威嚇と踏み絵の道具にされている。いうまでもなく、命令によって「愛する心」を育てることはできない。日の丸という旗に対する世界の人びとの視線（戦前の日本に対する厳しい評価）を無視し、君が代という歌の内容も分からないままで斉唱するのでは、いったい誰に対して何を「誇る」べきなのか、何を「愛する」べきなのか、子どもたちはまったく理解できないであろうし、また、教師たちが起立・斉唱という命令に無条件で服従する様子子どもたちに見せつけても、それは、子どもたちの「愛する心」を育てることには結びつかないであろう。教育者と教育行政の担当者に求められるのは、まず、次世代の声に耳を傾け、次世代にとって何が必要かを考えながら、それぞれの学校や地域で教育という営みを積み重ねることだと思われる。教育行政が地方自治に基づいて教育委員会制度を通じて運営されている理由も、さらにはまた教育行政組織が一般行政組織とは別系統で運営されるべきだという組織原理が採用されている理由も、教育という営みのこのような特質に由来するのである¹⁾。

以上に述べたとおり、学校教育において職務命令を用いて国旗掲揚（国旗に正対しての起立）や国歌斉唱を実施することには、教育的に見て諸種の問題がある

¹⁾ この点については、たとえば兼子仁『教育法』349-350頁（有斐閣、新版、1978年）。

と思われる。しかし、本鑑定意見書では、この点を措き、本件控訴人（原告）らに対して行われた停職処分が適法か否かという論点に限定して検討を行うこととする。私の専攻分野である行政法学からみて、仮に処分庁（東京都教育委員会）が控訴人らに対して懲戒処分を行いうるとしても、停職3月・停職1月という本件の処分は、処分庁が有する裁量権の範囲を超えまたはその濫用があった場合（行政事件訴訟法30条）に該当するのではないかと考えられるからである。それゆえ、以下において、教育公務員の懲戒処分に関する行政裁量の範囲という観点から、本件について検討を行うことにしたい。

II 公務員の懲戒処分に関する行政裁量とその司法審査

1 最高裁判所判決における行政裁量の審査基準と「社会観念」

最高裁判所は、「社会観念」という用語を、もっぱら行政裁量の範囲を画する基準として用いてきた。その嚆矢となったのは、自作農創設特別措置法施行令18条2号による農地売渡相手方の決定と農地委員会の裁量権が争われた最二小判1953（昭和28）年7月3日民集7巻7号811頁（農地売渡処分取消請求事件）であった。

【1】最二小判1953（昭和28）年7月3日民集7巻7号811頁（農地売渡処分取消請求事件）

「本件の買収農地につき、自作農創設特別措置法17条による第一順位の売渡相手方に該当する者で買受の申込をした者がなかつたこと、上告人が本件農地につき適法な賃借権その他の耕作権を有しないことは、原判決の認定するところであり、上告人も自認するところであるから、上告人は右農地につき同法施行令18条1号による売渡の相手方とはなり得ず、同条2号の「農業に精進する見込のある者」の一人として売渡の相手方となり得るに過ぎないものと解すべきである。そして、右にいう「農業に精進する見込のある者」相互の間で、何人を売渡の相手方として決定するかは、農地委員会の裁量に任されているものと解すべきであるから、右の決定が違法視されるのは、農地委員会の右裁量が社会観念上著しく妥当を欠きその限界を超えるものと認められる場合に限ると解すべきである。しかるに、本件において、仮に上告人の主張するような事情があつたとしても、農地委員会がその裁量により戸来等を売渡の相手方と定めたことが社会観念上著しく妥当を欠くものありとは認め難いから、農地委員会の右裁量行為は、違法ではないものと解すべきである。」

この最高裁判決の後、「社会観念」という用語は、最三小判 1954（昭和 29）年 7 月 30 日民集 8 卷 7 号 1501 頁（京都府立医科大学退学処分事件）と最二小判 1957（昭和 32）年 5 月 10 日民集 11 卷 5 号 699 頁（大阪府警察官懲戒免職処分事件）という 2 つの判決によって、学生および公務員に対する懲戒処分に認められる効果裁量（処分を行うかどうか、そして処分を行うときにいかなる処分を選ぶかについての裁量）の妥当範囲を計測するための“目安”を示す用語として定着する。

【2】最三小判 1954（昭和 29）年 7 月 30 日民集 8 卷 7 号 1501 頁（京都府立医科大学退学処分事件）

「学生の行為に対し、懲戒処分を発動するかどうか、懲戒処分のうちいずれの処分を選ぶかを決定することは、その決定が全く事実上の根拠に基かないと認められる場合であるか、もしくは社会観念上著しく妥当を欠き懲戒権者に任された裁量権の範囲を超えるものと認められる場合を除き、懲戒権者の裁量に任されているものと解するのが相当である」。

【3】最二小判 1957（昭和 32）年 5 月 10 日民集 11 卷 5 号 699 頁（大阪府警察官懲戒免職処分事件）

「懲戒権者が懲戒処分を発動するかどうか、懲戒処分のうちいずれの処分を選ぶべきかを決定することは、その処分が全く事実上の根拠に基かないと認められる場合であるか、もしくは社会観念上著しく妥当を欠き懲戒権者に任された裁量権の範囲を超えるものと認められる場合を除き、懲戒権者の裁量に任されているものと解するのが相当である」。

2 神戸税関事件最高裁判決による「社会観念」審査の判例化

上記諸判決の延長上で、神戸税関事件最高裁判決（最三小判 1977（昭和 52）年 12 月 20 日民集 31 卷 7 号 1101 頁）は、法令が懲戒処分の基準を具体的に定めていないことを根拠としつつ、公務員の懲戒処分には広範な効果裁量が認められるという考え方を示した。

【4】最三小判 1977（昭和 52）年 12 月 20 日民集 31 卷 7 号 1101 頁（神戸税関事件最高裁判決）

「国公法は、同法所定の懲戒事由がある場合に、懲戒権者が、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をするときにいかなる処分を選択すべきかを決するについては、公正であるべきこと（74 条 1 項）を定め、平等取扱いの原則（27 条）及び不利益取扱いの禁止（98 条 3 項）に違反してはならないことを定めている以外に、具体的な基準を設けていない。したがって、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、当該公務員の右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、を決定することができるものと考えられるのであるが、その判断は、右のような広範な事情を総合的に考慮してされるものである以上、平素から庁内の事情に通暁し、部下職員の指揮監督の衝にあたる者の裁量に任せるのでなければ、とうてい適切な結果を期待することができないものといわなければならない。それ故、公務員につき、国公法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されているものと解すべきである。もとより、右の裁量は、恣意にわたることを得ないものであることは当然であるが、懲戒権者が右の裁量権の行使としてした懲戒処分は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合でない限り、その裁量権の範囲内にあるものとして、違法とならないものというべきである。

すなわち、公務員の懲戒処分には効果裁量が認められること、その裁量は懲戒権者に委ねられること、そして裁判所は処分の軽重について適法・違法の判断をすることはできず、例外的に、「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」に限って違法の判断を行うべきこと、という考え方——「社会観念」に基づく裁量権行使の逸脱・濫用の審査——を同判決は示し、以後、この考え方が判例として踏襲されることになったのである。

もちろん、この判決も、公務員の懲戒処分について、「社会観念」という用語の下であらゆる裁量権の行使を容認する趣旨ではなく、「当然考慮されてしかるべき重要な要素が考慮されていたのかどうかあるいは考慮されてはならない要素が考慮されていなかったかどうか、その考慮の有無の結果、処分が著しく妥当を欠く結果になっていないかどうか、というような裁量権行使の著しい不合理性を示す事情の有無を中心とし、裁量権の逸脱、濫用の有無を調べる観点から審査を行うべきもの」（同最判の調査官解説）²⁾という含意を有していると考えられる。このような要考慮事項の考慮という審査基準は、すでに東京高判 1973（昭和 48）年 7 月 13 日行集 24 卷 6=7 号 533 頁（日光太郎杉事件）において示されて

²⁾ 越山安久「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和 52 年度 430 頁（1981 年）（上記神戸税関事件最判の解説）。この点については、本件について提出されている世取山意見書 3 頁の指摘も参照。

おり、この後、最高裁判所の判決でも用いられるようになった。たとえば、公務員の分限処分に関する最二小判 1973 (昭和 48) 年 9 月 14 日民集 27 卷 8 号 925 頁 (広島県公立小学校長降任処分事件) は、次のように判示している。

【5】最二小判 1973 (昭和 48) 年 9 月 14 日民集 27 卷 8 号 925 頁 (広島県公立小学校長降任処分事件)

「地方公務員法 28 条……に基づく分限処分については、任命権者にある程度の裁量権は認められるけれども、もとよりその純然たる自由裁量に委ねられているものではなく、分限制度の上記目的と関係のない目的や動機に基づいて分限処分をすることが許されないのはもちろん、処分事由の有無の判断についても恣意にわたることを許されず、考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断するとか、また、その判断が合理性をもつ判断として許容される限度を超えた不当なものであるときは、裁量権の行使を誤つた違法のものであることを免れないというべきである」。

このように最高裁は、上記【4】神戸税関事件判決以前に、要考慮事項を考慮すべきだとする司法審査の基準を受け入れていたのである。それゆえ、【4】判決は、この点をあらためて確認することによって「効果裁量につき『社会観念上著しく妥当を欠』くか否かという審査基準を立て、その審査方法として判断過程統制手法 (他事考慮・考慮不尽など) が用いられるという法理を確立したもの」と位置づけることもできよう³⁾。加えて、【4】判決が「裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合」には当該裁量権の行使が違法となる旨を判示している点にも、相応の注意が払われなければならない。たとえば、特定の職員に対してもつぱら懲戒処分を行うこと自体を目的として懲戒権者が職務命令を発出し、この命令に当該職員が反したことを理由として懲戒権者が懲戒処分を行ったような場合には、この種の懲戒処分は「裁量権を付与した目的を逸脱」した不正な動機に基づく違法な処分として、【4】判決の基準を用いたとしても、取り消されるべきことになろう。

3 「社会観念」審査の空洞化

神戸税関事件判決以後、そこで示された「社会観念」という文言は、もつぱら公務員の争議関連の懲戒処分事件において繰り返し用いられ、効果裁量に関

³⁾ 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』53-54 頁 (弘文堂, 2009 年)。

する審査基準を言い表す常套句となった。最三小判 1977（昭和 52）年 12 月 20 日民集 31 卷 7 号 1225 頁（四国財務局勤評反対闘争懲戒処分事件）、最三小判 1978（昭和 53）年 3 月 28 日民集 32 卷 2 号 259 頁（国立新潟療養所懲戒免職処分取消請求事件）、最三小判 1978（昭和 53）年 7 月 18 日民集 32 卷 5 号 1030 頁（全通東北地本役員懲戒免職事件）、最二小判 1988（昭和 63）年 12 月 9 日民集 42 卷 10 号 880 頁（北九州市清掃事業局小倉清掃事務所事件）がその例である。

公立学校教員の教育活動に対して行われる懲戒処分についても、同様にこの審査基準が用いられた。最三小判 1984（昭和 59）年 12 月 18 日労判 443 号 23 頁，判自 11 号 48 頁（山口県学力テスト懲戒免職処分事件，後掲【9】判決），最一小判 1990（平成 2）年 1 月 18 日民集 44 卷 1 号 1 頁（伝習館高校事件）がその例である。前者は，懲戒免職処分が過酷すぎるとして処分取消しの判断を行い（このような比例原則違反の判断方法については後述Ⅲ 4 であらためて考察する），後者は，次のように述べて，懲戒免職処分は適法であるとの判断を示した。

【6】最一小判 1990（平成 2）年 1 月 18 日民集 44 卷 1 号 1 頁（伝習館高校事件）

「本件における前記事実関係によれば，懲戒事由に該当する被上告人らの前記各行為は，高等学校における教育活動の中で枢要な部分を占める日常の教科の授業，考查ないし生徒の成績評価に関して行われたものであるところ，教育の具体的内容及び方法につき高等学校の教師に認められるべき裁量を前提としてもなお，明らかにその範囲を逸脱して，日常の教育のあり方を律する学校教育法の規定や学習指導要領の定め等に明白に違反するものである……」。「更に，当時の伝習館高校の内外における前記のような背景の下で，同校の校内秩序が極端に乱れた状態にあったことは明らかであり，そのような状況の下において被上告人らが行った前記のような特異な教育活動が，同校の混乱した状態を助長するおそれの強いものであり，また，生徒の父兄に強い不安と不満を抱かせ，ひいては地域社会に衝撃を与えるようなものであったことは否定できないところであって，この意味における被上告人らの責任を軽視することはできない……」。「以上によれば，上告人が，所管に属する福岡県下の県立高等学校等の教諭等職員の任免その他の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」。

この伝習館高校事件判決は，「特異な教育活動」と並んでストライキ参加を理由とする処分歴等をも含んだ判断であるので，必ずしも生徒らに対する教育活

動だけが問題とされたわけではない。とはいえ、最高裁は、この事件に直面して、教育活動に関わる効果裁量を広範囲に認めることはできなくなった。というのは、「教育の具体的内容及び方法につき高等学校の教師に認められるべき裁量」の範囲を限定しなければならなくなったからである。そこで同判決は、教育活動に関わる教師の効果裁量について、法令違反と法益侵害（校内の混乱状態を助長するおそれの強いもの、地域社会に衝撃を与えるようなもの）を示すことによって教師側の裁量の逸脱を認定しながら、この認定に基づいて、もう一方の裁量である懲戒権者側の裁量について、「社会観念上著しく妥当を欠くものとはいい難く、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」という結論を導いた。この【6】判決から言いうることは、教育公務員の教育活動に対する懲戒処分については、一般の公務員に対する懲戒処分の場合とは異なり、その教育活動がいかなる教育上の法益を侵害したのかを考慮しなければならず、単に職務命令に違反したという事実だけで懲戒処分を行うことはできない、ということである。

かくして最高裁は、効果裁量の統制に関する判断枠組みにも取り組まざるをえなくなったものと考えられる。最二小判 1996（平成 8）年 3 月 8 日民集 50 卷 3 号 469 頁（神戸高専剣道実技拒否退学処分事件）は、最高裁が効果裁量の統制に本格的に取り組んだ最初の例であり、そして最後の「社会観念」審査となった。

【7】最二小判 1996（平成 8）年 3 月 8 日民集 50 卷 3 号 469 頁（神戸高専剣道実技拒否退学処分事件）

「高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである（最高裁昭和二八年（オ）第五二五号同二九年七月三〇日第三小法廷判決・民集八卷七号一四六三頁，最高裁昭和二八年（オ）第七四五号同二九年七月三〇日第三小法廷判決・民集八卷七号一五〇一頁，最高裁昭和四二年（行ツ）第五九号同四九年七月一九日第三小法廷判決・民集二八卷五号七九〇頁，最高裁昭和四七年（行ツ）第五二号同五二年一月二〇日第三小法廷判決・民集三一巻七号一一〇一頁参照）。しかし、退学処分は学生の身分をはく奪す

る重大な措置であり、学校教育法施行規則一三条三項も四個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限って退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである（前掲昭和四九年七月一九日第三小法廷判決参照）。また、原級留置処分も、学生にその意に反して一年間にわたり既に履修した科目、種目を再履修することを余儀なくさせ、上級学年における授業を受ける時期を延期させ、卒業を遅らせる上、神戸高専においては、原級留置処分が二回連続してされることにより退学処分にもつながるものであるから、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求されるものというべきである。そして、前記事実関係の下においては、以下に説示するとおり、本件各処分は、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えた違法なものといわざるを得ない。「以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、体育科目を不認定とした担当教員らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、二年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従って学則にいう「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」に当たるとし、退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない」。

この判決で、最高裁は、被告が代替措置を検討せずに原告を退学処分としたことについて、要考慮事項の不考慮、考慮事実の不適正評価、比例原則違反といった考え方に基づいて、懲戒権者が教育的な裁量権の範囲を超えたと認定し、懲戒処分を違法なものとして判断した。このように効果裁量にも裁判所のコントロールを認めると、「裁判所の審理判断の内容は、要件裁量の濫用審査に近似することになり、「その意味では、効果裁量と要件裁量の区別は、現行法の下では相対化」⁴⁾することになる。

以上のとおり、効果裁量にも裁判所のコントロールが必要となっている今日的な状況の下では、前掲【4】神戸税関事件判決が示した「社会観念」に基づく審査はあまりに抽象的であって、実際の審査に対応できなくなってしまった

⁴⁾ 塩野宏『行政法 I』138 頁（有斐閣，第 5 版，2009 年）。

のである。最高裁は、上記【7】判決の後、公務員の懲戒処分事件についても【4】判決を援用しなくなる。近年の著名な公務員の懲戒処分事件であるピアノ伴奏拒否事件（最三小判2007（平成19）年2月27日民集61巻1号291頁）でも、あるいは分限免職処分事件である大曲郵便局事件（最一小判2004（平成16）年3月25日裁判集民213号739頁，判時1871号22頁，判タ1162号117頁）でも、最高裁は判決中で【4】判決を援用していない。そしてこれとともに、「社会観念」という文言も用いられなくなった⁵⁾。下級審では、無頓着に、最近でも同最判をよりどころとしているが（本件第1審判決もその例である）、最高裁は、もはや同最判を援用せず、効果裁量についても一定の厳格な審査を行うようになっているのである。

4 「社会通念」審査と行政裁量審査の精密化

「社会観念」という用語と「社会通念」という用語との間に内容上の差異があるとは思われないが、前述のとおり、両者が使用される際の脈絡には明らかな違いがある。すなわち、前者はもっぱら懲戒処分の効果裁量を審査する場合に用いられるのに対し、後者は、その他の裁量統制の脈絡で用いられてきたのである。そして、上述のところから明らかなように、処分の効果だけに着目した「社会観念」に基づく審査では、適切な司法審査の基準を抽出することができないため、処分時の客観的状況、処分庁の判断の合理性に着目することが必要になったと考えられる。かくして、効果裁量にも裁判所のコントロールを及ぼすことが必要となっている今日的な状況の下で、公務員の懲戒処分に関わる

⁵⁾ この他にも、たとえば、最一小判2006（平成18）年9月14日裁判集民221号87頁，判時1951号39頁，判タ1225号166頁（弁護士業務停止懲戒処分事件）は、【4】判決を援用することなく、「ある事実関係が「品位を失うべき非行」といった弁護士に対する懲戒事由に該当するかどうか、また、該当するとした場合に懲戒するか否か、懲戒するとしてどのような処分を選択するかについては、弁護士会の合理的な裁量にゆだねられているものと解され、弁護士会の裁量権の行使としての懲戒処分は、全く事実の基礎を欠くか、又は社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法となるというべきである」と判示して、「社会通念」という文言を用いている。なお、裁判実務の視点から行政裁量の検討を行った川神裕「裁量処分と司法審査（判例を中心として）」判時1932号16頁（2006年）は、「多くの裁量判断についてその限界を画する表現として用いられている『社会観念上著しく合理性を欠く』という基準の当てはめにおいて、どのような考慮要素を重視すべきかという問題があるが、裁量の範囲をどのように画するかは、あくまでも行政実体法がいかなる裁量を与えているかという法解釈の問題であるため、個々の処分ごとに、その根拠法規についての理解を深め、それに応じた合理的な基準を見出していくほかはない」としている。

裁量権の司法審査について、いわば「社会観念」審査から「社会通念」審査へという変化を最高裁判決の中に看取することができるのである。

「社会通念」とは、社会生活の中の条理・慣行を裁判所が一定の法規範として取り出す際の基準を示す用語であるといえよう。教育活動に関わる行政裁量の場面では、たとえば、学校規則の合理性を審査する際に用いられてきた（退学処分の基準となる生徒心得等の合理性に関する審査など）。今日の時点で、その出発点と考えられるのは、要件裁量の司法審査に関する最大判 1978（昭和 53）年 10 月 4 日民集 32 卷 7 号 1223 頁（マクリーン事件）の次の判示部分である。

【8】最大判 1978（昭和 53）年 10 月 4 日民集 32 卷 7 号 1223 頁（マクリーン事件）

「裁判所は、法務大臣の右判断についてそれが違法となるかどうかを審理、判断するにあつては、右判断が法務大臣の裁量権の行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実¹に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法であるとする事ができるものと解するのが、相当である。」

この【8】判決は、前述【4】神戸税関事件判決とほぼ同じ時期に出された。

【4】判決が判断の内容（効果意思）の審査を指向したのに対し、【8】判決は裁量的判断の外形的態様（事実誤認、前提事実の不合理的評価など）の審査を指向したといえよう。【8】判決が言及した要件裁量の審査は、判断のあり方に着目することによって、前述の日光太郎杉事件東京高裁判決（東京高判 1973（昭和 48）年 7 月 13 日行集 24 卷 6・7 号 533 頁）の要考慮事項の審査に結びつくことになる。教育公務員に対する懲戒処分事件におけるその例として、前述の最三小判 1984（昭和 59）年 12 月 18 日（山口県学力テスト懲戒免職処分事件）を挙げることができる。すなわち、教育公務員に対する懲戒処分事件は、本来は効果裁量に関する事件であるにもかかわらず、処分判断時の事情を考慮することによって、懲戒処分が懲戒権者の裁量権の範囲を超えたものとみなしたのである。

【9】最三小判 1984（昭和 59）年 12 月 18 日労判 443 号 23 頁、判自 11 号 48 頁（山口県学力テスト懲戒免職処分事件）

「地方公務員法（以下「法」という。）は、職員につき同法所定の懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかについては、当該組織

の事情に通暁した懲戒権者の広範な裁量に委ねているものと解すべきことは所論のとおりであるが、右の裁量は恣意にわたることをえないものであることももとより当然であって、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は違法であると判断すべきものである（最高裁昭和四七年（行ツ）第五二号同五二年一二月二〇日第三小法廷判決・民集三一巻七号一一〇一頁参照）。そして、この理は、公立学校の教員に対して行われる懲戒処分についての司法審査においてもなんら異なるものではない。「原判決は、右（１）の処分事由〔生徒に対する学力テスト受験拒否の教唆・扇動〕については、被上告人〔被処分者〕……が生徒に対し受験拒否を教唆・扇動したものと認められない、というのであり、また、右（２）の一連の服務上の義務違反行為及びこれによってもたらされた結果には重大なものがあるけれども、右のような混乱を招いた責任の一端は学校行政を行う側にもあり、更には、被上告人らの行為に同調し協力した組合員にも相当の責任があり、上告人〔ママ〕らにのみその責任を負わせるのは相当ではない、というのである。そして、原審が確定した事実関係の下においては、右のような見方も肯認しえないものではなく、右（２）の違法行為に対する責任という観点からすれば、これにつき懲戒免職処分をもって臨んだことは過酷に失し、結局本件処分は社会通念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えたものとした原審の判断は、是認できないものではない」。

この【９】判決は、審査基準の提示部分では「社会観念」という用語を用いながら、適用の部分では「社会通念」という用語を用いている。「社会観念」審査から「社会通念」審査への移行過程を示すものとしても注目される⁶⁾。

裁判所は、行政庁の裁量的判断を審査するためには、処分の判断時点だけに囚われるのではなく、一連の判断の形成と決定の過程に着目しなければならない。このことを明らかにしたのが、最一小判 1992（平成 4）年 10 月 29 日民集 46 巻 7 号 1174 頁（伊方原発事件）である。

【10】最一小判 1992（平成 4）年 10 月 29 日民集 46 巻 7 号 1174 頁（伊方原発事件）

「原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟にお

⁶⁾ 類似の例として、最一小判 1995（平成 7）年 7 月 6 日裁判集民 176 号 69 頁、判時 1542 号 134 頁、判タ 888 号 100 頁がある。同判決は「隊員につき、法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量にゆだねられているものと解されるところ（昭和四七年（行ツ）第五二号同五二年一二月二〇日第三小法廷判決・民集三一巻七号一一〇一頁参照）、原審が適法に確定した前記四の 2 記載の事実関係の下においては、被上告人らが各上告人に対してした本件各処分が社会通念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したものと認めることはできない」と判示して、【４】判決を掲げつつ、「社会通念」で裁量権の逸脱・濫用の審査を行った。

ける裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであって、現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである。「原子炉設置許可処分についての右取消訴訟においては、右処分が前記のような性質を有することにかんがみると、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである」。

すなわち、【10】判決によれば、裁量基準の設定、調査・審議の態様、判断の前提となる根拠・資料等の内容、行政庁の判断のあり方など、一連の判断の過程について、裁判所は合理性を審査すべきであり、そして、「資料をすべて被告行政庁の側が保持している」場合には、「被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認される」のである。このような“判断過程審査”の方法を本件にあてはめてみると、本件も「[処分の前提となる] 資料をすべて被告行政庁の側が保持している」場合に該当するから、被告行政庁の側において、まず、懲戒処分基準の合理性、職務命令に違反したことだけを理由として懲戒処分を行うことの合理性、懲戒の程度を累積加重することの合理性、処分量定から外れた重い懲戒処分をすることの合理性、減給処分ではなく停職処分をしたことの合理性などを、相当の根拠と資料に基づいて主張・立証する必要がある、被告行政庁がこの主張・立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした懲戒処分の判断に不合理な点があることが事実上推認される

ことになる。このため、裁判実務においても、「訴訟指揮によって、被告〔行政庁〕側に、処分の根拠や考慮した事情等を積極的に主張することを促しているのが実情である」⁷⁾とされている。

なお、最近の判例を通覧すると、このような“判断過程審査”にあたっては、裁判所は、他事考慮の禁止⁸⁾はもちろん、要考慮事項の考慮⁹⁾、要考慮事項の適正考慮¹⁰⁾、裁量的判断の合理性を裏づける具体的事実の確定¹¹⁾といった観点からも審査を行うべきものとされている。本件との関連で参考となるのは、要考慮事項を考慮しなかった点で刑務所長の裁量的判断に違法があるとした次の最高裁判決である。

【11】最一小判2006（平成18）年3月23日裁判集民219号947頁，判時1929号37頁，判タ1208号72頁（熊本刑務所長信書発信不許可国賠事件）

「監獄法46条2項の解釈上，受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は，その必要性が広く認められ，前記第1の要件及び範囲でのみその制限が許されると解されるところ，前記事実関係によれば，熊本刑務所長は，受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は特に必要があると認められる場合に限って許されるべきものであると解した上で，本件信書の発信については，権利救済又は不服申立て等のためのものであるとは認められず，その必要性も認められないと判断して，これを不許可としたというのであるから，同刑務所長が，上告人の性向，行状，熊本刑務所内の管理，保安の状況，本件信書の内容その他の具体的事情の下で，上告人の本件信書の発信を許すことにより，同刑務所内の規律及び秩序の維持，上告人を含めた受刑者の身柄の確保，上告人を含めた受刑者の改善，更生の点において放置することのできない程度の障害が生ずる相当のがい然性があるかどうかについて考慮しないで，本件信書の発信を不許可としたことは明らかというべきである。しかも，前記事実関係によれば，本件信書は，国会議員に対して送付済みの本件請願書等の取材，調査及び報道を求める旨の内容を記載したC新聞社あてのものであったというのであるから，本件信書の発信を許すことによって熊本刑

⁷⁾ 川神・前掲注5) 16頁。

⁸⁾ 前掲【5】判決のほか，最二小判1978（昭和53）年6月16日刑集32巻4号605頁（余目町特殊浴場事件）など。

⁹⁾ 最三小判2006（平成18）年2月7日民集60巻2号401頁（呉市中学校使用不許可事件），最二小判2007（平成19）年12月7日民集61巻9号3290頁（鹿児島県海岸使用不許可事件）など。

¹⁰⁾ 最一小判2006（平成18）年10月26日裁判集民221号627頁，判時1953号122頁，判タ1225号210頁（木屋平村入札事件）など。

¹¹⁾ 最二小判2006（平成18）年9月4日裁判集民221号5頁，判時1948号26頁，判タ1223号127頁（林試の森事件）など。

務所内に上記の障害が生ずる相当の蓋然性があるということができないことも明らかとすべきである。そうすると、熊本刑務所長の本件信書の発信の不許可は、裁量権の範囲を逸脱し、又は裁量権を濫用したものとして監獄法46条2項の規定の適用上違法であるのみならず、国家賠償法1条1項の規定の適用上も違法というべきである」。

すなわち、信書発信の許否を判断するにあたっては、刑務所内の規律・秩序の維持や受刑者の身柄確保・改善・更生について生じる障害の蓋然性を考慮しなければ、裁量権の範囲の逸脱または濫用となるのである。このような【11】判決の判断に照らして本件を考えると、懲戒権者が裁量的判断を行うにあたっては、少なくとも、本件職務命令を发出することおよび本件控訴人らに対して停職処分を行うことが教育公務員組織の規律・秩序の維持や儀式的行事の円滑な進行にとって必要なものであったのか、そしてまた、控訴人らの不起立が教育公務員組織の規律・秩序の維持や儀式的行事の円滑な進行にとって何らかの障害を生じさせるものであったのかを、考慮に入れなければならない、といえよう。最高裁も、懲戒処分の適法性を審査する際に、職務命令が必要かつ合理的なものであったのか否か、懲戒処分の理由となる「職務上の義務」違反が実際に職務上の支障をもたらすものであったのか否かを検討している。たとえば、前述のピアノ伴奏拒否事件最判は、音楽専科の教諭に「君が代」のピアノ伴奏を命ずることに職務上の必要性・合理性が認められることをふまえて懲戒処分の当否を判断しているし、また、前述の大曲郵便局事件最判は、被処分者の非違行為を具体的に挙げた上で「職務の円滑な遂行に支障を生ずる高度の蓋然性が認められる」としているのである。

5 小 結

最高裁の判例等に関する以上の概観からいいうることは、第一に、本件第1審判決は【4】判決に依拠して「社会観念」審査を行っているが、このような旧式の審査方法はもはや有効性を失っていること、そして最高裁もこのような審査方法を用いなくなっていること、第二に、懲戒処分における裁量権行使の適法・違法を裁判所が審査するにあたっては、少なくとも、近年の最高裁が示す審査密度に沿うべきだということ、第三に、教育公務員の教育活動に対する懲戒処分の審査については、一般公務員に対する懲戒処分の審査の場合とは異なり、裁判所は、職務命令違反という形式的な根拠事実だけではなく違反行為

の教育上の支障という実質的な根拠事実をも検討した上で、裁量権行使の適否を判断すべきこと、である。

Ⅲ 本件において懲戒権者が有する裁量権の範囲

1 教育行政における裁量権の範囲

国や公共団体の機関には、それぞれの憲法上の役割に応じて、広範な裁量的判断の余地が認められている。国会には憲法を具体化する際の立法裁量や自律的国家機関としての裁量が認められるし、裁判所には、国民の「裁判を受ける権利」を支えるために憲法・法律および裁判官の良心を基礎とする裁量が認められる。立法権と司法権は、このような憲法上の位置づけに基づいて、広範な裁量権を有するのであるが、これに対して行政権は、「法律による行政の原理」（法の支配、法治主義）という近代立憲主義の原則の下で、例外的に裁量の余地を認められる存在である。

上記のように広範な裁量を認められる立法権や司法権であっても、その裁量権の範囲には一定の限界がある。立法権が憲法上の権利を明白に侵害する立法を行った場合や憲法上の権利行使の機会を確保するために不可欠な立法措置を長期にわたって怠る場合は、違法だと評価されるし¹²⁾、民事訴訟法 338 条所定の再審事由は、司法権に委ねられた裁量権の範囲の限界を示すものといえよう。さらに近年では、裁判官の手続裁量に委ねられる範囲についても、その裁量の限界を肯定する見解が有力になっている。たとえば、釈明権の行使について、(a)判決における勝敗の蓋然性、(b)当事者の申立て・主張における法的構成の当否、(c)釈明権行使の期待可能性、(d)当事者の公平、(e)その他（釈明による抜本的紛争解決の可能性など）、といった考慮要素があるにもかかわらず、これらを見做して釈明権を行使しないことは、その裁量権の範囲を逸脱し、釈明義務違反になると解されているのである¹³⁾。

¹²⁾ 最大判 2005 (平成 17) 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁 (在外日本人選挙権事件) 参照。

¹³⁾ 加藤新太郎「釈明における義務と裁量の間」ジュリスト 1254 号 204 頁 (2003 年)、中野貞一郎「弁論主義の動向と釈明権」『過失の推認』223 頁 (弘文堂、1978 年) のほか、加藤新太郎『手続裁量論』第 2 章 (弘文堂、1996 年)、同「手続裁量」伊藤眞=山本和彦編『民事訴訟法の争点』152 頁 (有斐閣、2009 年) など参照。

行政権の場合には、各々の行政組織は各々の行政目的を与えられているのであるから、裁量権の行使も当該目的に沿うものでなければならず、また、これに即した考慮要素をふまえたものでなければならない。教育公務員に対する懲戒処分であれば、懲戒権者は、職務命令違反という形式的な一事をもって懲戒処分を行うことは許されず、職務命令の必要性和合理性、懲戒の対象とされた教育活動による教育上の法益侵害の有無、当該教育活動の教育行政組織に対する影響、懲戒処分に付す必要性和懲戒の程度との均衡などの諸点を考慮しなければならないであろう。以下、本件懲戒処分（停職処分）が懲戒権者の裁量権の範囲を超えまたはその濫用があった場合に該当するか否かを検討する。なおその際、前述Ⅱで考察した裁量審査の方法を適宜参照する。

2 本件職務命令に必要性・合理性は認められるか

東京都教育委員会教育長は、2003年（平成15年）10月23日、都立学校長ら宛に「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）」を発出するとともに、都内の区市町村教育委員会教育長ら宛てに同一内容の指導を行うべき旨を通知した。これは、懲戒権者による通達・通知であるから、懲戒権行使の基準になる文書であると考えられる。したがって、その必要性・合理性が問われなければならないが、ここでは、本件職務命令の必要性・合理性とあわせて検討することとしたい。

さて、本件職務命令の背景にあった懲戒権者の行為は次のとおりである¹⁴⁾。

(3) ア 都教委は、平成15年6月25日、教育庁理事を本部長として、「都立学校等卒業式・入学式対策本部」（以下「対策本部」という。）を設置し、都立学校における卒業式等が学習指導要領に基づき実施されるための対応策を検討することとした。対策本部は、上記(2)エの状況を、学習指導要領に基づき本来されるべき国旗・国歌の適正な指導がされていないと認識し、対応について検討を重ねた。

横山教育長は、同年10月23日、それまでの対策本部の検討を経て作成された本件通達を発

¹⁴⁾ 本件地裁判決（東京地判2009（平成21）年3月26日，平成18年（行ウ）第589号，同第590号）と同日付の東京地判2009（平成21）年3月26日判タ1314号146頁（平成19年（行ウ）第68号）から抜粋した（下線は引用者による）。同様の認定は，東京地判2006（平成18）年9月21日判時1952号44頁，判タ1228号88頁，東京地判2007（平成19）年6月20日判時2001号136頁，東京地判2008（平成20）年2月7日判時2007号141頁などでもなされている。

出した。

イ 都教委は、同日、都立学校の校長を対象に、本件通達の趣旨等を説明し、学校行事等における国旗掲揚、国歌斉唱の実施を徹底するため、都立高校等の校長を対象に、「教育課程の適正実施にかかわる説明会」を開催した。

この席上、横山教育長は、入学式や卒業式をはじめ、教育課程を適正に実施することが、教育に携わる者に課せられた使命であり、保護者や児童・生徒に対する責務であると挨拶した。続いて、近藤精一指導部長（以下「近藤指導部長」という。）が、本件通達を読み上げた。

その後、臼井勇人事部長は、校長が職務命令を発した場合の注意事項として、(1)職務命令を出して、教員を従わせることが大事であること、(2)職務命令に関しては、いつ、どこで、誰に発したかを正確に記録すること、(3)国旗は舞台壇上正面に掲揚すること、(4)国旗掲揚の時間帯は、全日制では、8時15分から17時までとすること、(5)教職員には、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱させること、(6)教職員の座席を指定すること、(7)教職員が起立しない場合、現認確認をし、都教委に報告すること、(8)座っているところで職務命令を出すのは難しいので、必ず事前に職務命令を出すこと、(9)国歌斉唱のピアノ伴奏については、専科の教員に命ずること、(10)会場設営については、児童・生徒が正面を向くようにすること、(11)教職員が会場を設営しない場合、職務命令を出して行わせること、(12)厳粛かつ清新な雰囲気の中で行われる儀式に相応しい服装をさせること、(13)職務命令についてはマニュアルを作成するので、それに従うことなどを説明した。

説明会の最後には、近藤指導部長から、本件通達は、都教委教育長から各校長に対する職務命令であるとの説明がされた。

入学式や卒業式などの儀式的行事（特別教育活動）を円滑に進めるためには、一定の通達・通知も必要であろうし、職務命令を出すことも認められるであろう（国旗掲揚・国歌斉唱や教職員の起立と斉唱がこれらの教育活動にとって必要かつ合理的といえるのか否かは、ここでは問題にしないこととする）。しかし、本件における通達・通知の発出とこれに基づく職務命令は、行事の円滑な進行という教育目的ではなく、もっぱら職務命令への服従が目的とされている。2003年10月23日の「教育課程の適正実施にかかわる説明会」における都教委人事部長の説明によれば、「職務命令を出して、教員を従わせることが大事である」とされ、命令違反者が出ることを前提として、校長は違反者を摘発すべきものとされ、その手順が指示されているのである（なお、たいへん奇妙なことに、本件地裁判決28頁は、上記「教育課程の適正実施にかかわる説明会」における臼井勇人事部長の説明のうち、下線(1)の部分

省略している)。その上、校長は、全教職員に対して出席の命令を出すとともに、起立しない可能性のある教職員に対しては個別に書面で出席を命じ、座席を指定した上で、違反に追い込むという役割を、教育委員会からの職務命令によって負わされている。ここでの命令の目的には、儀式的行事の円滑な進行によって何らかの支障となるような事態を除去するといったことは含まれていない。そうではなく、例外を許さず、徹底して教職員を命令に従わせること自体が目的とされているのである。本件控訴人らのように、あらかじめ起立しないという態度を表明している教職員を命令でむりやり儀式に出席させることの必要性は疑わしく、またこのような命令が儀式的行事の円滑な進行のための合理的な手段だと考えることはできない。むしろ、前掲【7】の神戸高専剣道実技拒否退学処分事件判決を参照すれば、監督権者は、このような教職員に対して保健室や場外案内等の業務を割り当てるなど、儀式的行事の円滑な進行のための他の手段を検討すべきであったと考えられる。

この点について、本件地裁判決は、次のように述べて、本件の職務命令が必要かつ合理的だと判断した。

「公立学校の卒業式等の儀式的行事において、教職員等に対し、国歌斉唱時に日の丸に向かって起立し、君が代を斉唱することを求めることが、生徒に対して特定の思想のみを教授することを強制する性質を有するものであるとはいえないし、教職員等や生徒、保護者や来賓等多数の人が参列する集団的行事である卒業式等において、校長がその権限に基づき、国歌斉唱を含む式次第やその進行を予め一律に定め、これを実施しようとすることは、儀式としての性質上その必要性はあるといえるから、本件各職務命令が、原告らに認められる教授の自由を侵害するものであるとはみとめられない」(43頁)。

しかし、上述のとおり、本件の職務命令は、儀式的行事の円滑な進行のためではなく、まさしく「教員に従わせること」を最大の目的として発出されたのであるから、本件地裁判決は本件職務命令の性質を見誤っているといわざるをえない。したがって、本件職務命令には、儀式的行事の円滑な進行という点からみて、必要性も合理性も認められない。むしろ、本件職務命令は、命令への教員の服従自体を目的としている点で他事考慮に基づく命令だといえるし、儀式的行事の円滑な進行のために控訴人らに対して執るべき他の手段を考慮して

いない点で、考慮すべき事項を考慮していない命令だといえよう¹⁵⁾。

以上のとおり、職務命令の発出について命令権者が広範な裁量権を有するとしても、本件職務命令は、その裁量権の範囲を超えまたはその濫用があった場合に該当するので、本件職務命令に反する教職員の不起立行為が懲戒処分相当の行為とみなすことはできない。まして、「本件全証拠によるも、原告らの不起立行為それ自体によって、式典の進行が妨害されたとは認められない」（本件地裁判決 44 頁）のであるから、本件不起立行為を理由として、職務命令違反という形式的一事をもって制裁を科すことは不適切だといわざるをえない。

3 控訴人らの不起立行為は信用失墜行為に該当するか

控訴人らに対する処分説明書は、不起立行為について「全体の奉仕者たるにふさわしくない行為であって、教育公務員としての職の信用を傷つけ、職全体の不名誉となるものであり、同法〔地方公務員法〕第 33 条に違反する」と記載している。しかし、何ゆえ不起立行為が「全体の奉仕者たるにふさわしくない行為」に該当するのか、そして何ゆえそれが「教育公務員としての職の信用を傷つけ、職全体の不名誉となるもの」となるのかは明らかではない。この点について、本件地裁判決は、次のように述べて、控訴人らの不起立行為が信用失墜行為に該当すると判断した。

「原告らは、本件各職務命令に違反し、卒業式等における国歌斉唱時に起立しなかったところ、本件全証拠によるも、原告らの不起立行為それ自体によって、式典の進行が妨害されたとは認められない。「しかし、原告らによる不起立行為は、児童・生徒らに対して指導すべき事項である国旗、国歌の尊重に反するから、教育公務員として負う職務上の義務に違反し、また、上司の職務上の命令に公然と違反したもとして、その職の信用を傷つける行為であると評価することができ、地公法 33 条違反にも該当する」。

このような記述は、他の同種事件の判決文にもみられるが、本件地裁判決も漫然とこれに倣ったのであろう。しかし、この判決文をいくらよく読んでも、

¹⁵⁾ この点で注目されるのは、原告 X1 が 2004（平成 16）年 3 月の卒業式における不起立行為について、懲戒処分に付されていないことである。本件地裁判決 51 頁によれば、このとき原告 X1 は「校長から会場の入口で受付を担当するように要請されていた」ということであり、卒業式への出席と起立・斉唱の職務命令を受けていなかったことが窺われる。このような状態の下で不起立行為を行っても、懲戒処分は行われていない。要するに、不起立行為を行ったか否かではなく、命令に違反したか否かが懲戒処分の決定的要素とされているのである。

原告（控訴人）らの不起立行為が誰に対してどのような信用を失墜したのかは明らかにならない。不起立行為が「教育公務員として負う職務上の義務に違反」という認定は明らかに誤りであるし（仮に起立自体が職務上の義務であれば、起立を命じる職務命令を発する必要はない）、儀式的行事の参加者にとっては、職務命令が出された下での儀式であるのか否かは知る由もないので、不起立が職務命令違反に該当するか否かはまったく分からない事柄である。したがって、懲戒処分を判断するための基礎的事実がまったく不明なままで、地方公務員法 33 条違反を理由とする処分が行われたのである。後述のように、この種の基礎的事実は、被告側（処分行政庁）が証明しなければならないのである。

4 本件懲戒処分における裁量権の範囲の逸脱または濫用

(1) 要考慮事項の不考慮

第一に、前述Ⅲ 2 のとおり、本件職務命令には必要性も合理性も認められない。仮に、「卒業式等の円滑な進行を妨げるおそれがあるから」（本件地裁判決 49 頁）という理由で職務命令が発出されたとしても、結局は「原告らの職務命令違反行為によって、具体的に卒業式等の進行に支障が生じた事実は認められない」（同 50 頁）のであるから、教育活動上の法益侵害があったわけでもないし、教育組織上の支障が生じたわけでもない。このような教育上の諸要素を考慮せず、ことさら職務命令違反という形式的な一事のみをもって制裁を加えることは、「考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断する」場合（前掲【5】判決，【7】判決参照）に該当するといえよう。不起立行為が儀式的行事に支障を生じさせないのであれば、不起立行為について「重要な職務命令に違反するという重大な非違行為である」と評価するのは、まことに恣意的な評価だといわざるをえないであろう。そして、このような実害のない行為が繰り返されたとしても、教育上・教育組織上の支障が累積するわけではないから、懲戒処分を累積加重する理由は乏しいといわなければならない。本件にみられるこのような歪みは、「考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断」した結果であるといえよう。

第二に、本件の懲戒処分について、懲戒権者は手段選択のために必要な考慮をしていない。減給処分を選択するか、停職処分を選択するかは、当該教員を教壇から排除することが妥当か否かの選択である。減給処分であれば、被処分

者は教育活動を以前と変わりなく継続することができるが、停職処分ということになれば、教員と子どもたち・保護者らとの間は分断され、子どもたち・保護者らの信頼が損なわれる。子どもと保護者に与える教育関係上の影響という点で、減給処分と停職処分とは決定的に異なるのである。この点を懲戒権者が考慮した形跡を見出すことはできないし、また、本件地裁判決は「財産上の不利益という観点からすれば、減給処分の中でもっとも重い減給（5分の1）6月と停職1月の軽重は付けがたい」などと述べているのであるから、教育職員に対する懲戒処分の重要な考慮事項を見逃している。本件懲戒処分を審査する上で必要なのは、「財産上の観点」ではなく「教育上の観点」である。要するに、懲戒権者も地裁判決も、教育公務員に対する減給処分と停職処分とが決定的に異なることを理解しておらず、この点の考慮を欠いたままで、懲戒権者は本件処分を行い、地裁判決はこれを容認したのである。

(2) 要考慮事項に関する事実による裏付け

裁量的判断が適法だというためには、最低限、その判断の合理性を裏づける事実がなければならない¹⁶⁾。前掲【10】判決に関連して述べたように、懲戒処分の根拠資料をすべて懲戒権者（被告、被控訴人）が保持している本件においては、懲戒権者の側において、まず、もっぱら違反者の摘発を目的とした職務命令の必要性・合理性、職務命令に違反したことだけを理由として懲戒処分を行うことの合理性、懲戒の程度を累積加重することの合理性、処分量定から外れた重い懲戒処分をすることの合理性、減給処分ではなく停職処分を選択したことの合理性などを、相当の根拠と資料に基づいて主張・立証する必要がある。あわせて、懲戒権者は、本件不起立行為が信用失墜行為に該当する旨の主張を裏づける事実を示さなければならない。被控訴人がこの主張・立証を尽くさない場合には、懲戒権者がした懲戒処分の判断に不合理な点があることが事実上推認されることになる。学説においても、「取消訴訟においては、行政庁の当該関係人に対する調査義務の範囲で、処分を適法ならしめる事実が合理的に認定可能であることが説明されなければならない、この説明がないかまたは不十分であるときは、その処分は適法とされてはならない」という理解が大方の支持を得ていると思われる¹⁷⁾。

¹⁶⁾ 前掲注11) 林試の森事件最判。

¹⁷⁾ 小早川光郎「調査・処分・証明——取消訴訟における証明責任問題の一考察」雄川一郎先生

これらの点を本件についてみると、懲戒権者側は過去の違反事実を羅列するだけで、懲戒処分における裁量の合理性を裏づける事実となるべき本件不起立行為と教育上・教育組織上の支障との関係について、まったく検討しておらず、そのために必要な事実を提示してもいない。このような事情の下では、「その処分は適法とされてはならない」と考えざるをえない。

なお、本件地裁判決は、処分説明書に記載されていない事実をも「総合考慮」して、本件懲戒処分を適法とみなしているが、これは裁判所が行ってはならない判断であろう。すなわち、本件地裁判決が、原告 X1 について、2004（平成16）年3月の卒業式における不起立行為と2005（平成17）年5月の処分による停職期間中の行為を加えて本件懲戒処分の合理性を判断している点、および、原告 X2 について「原告 X2 は、平成17年3月まで勤務した七生養護学校において、日の丸、君が代に否定的な見解に偏した授業をしていたことが窺え、また、卒業式等において起立して国歌を斉唱することという校長の職務命令にこれまで全く従ったことがなく、一貫して拒否の姿勢でいることが認められる」ことをつけ加えて本件懲戒処分の合理性を判断している点は、訴訟物の範囲外の事実（本件懲戒処分の対象外の事実）を裁判所が恣意的に付加しているといわざるをえず、したがって、本件地裁判決は訂正を免れない。

(3) 他事考慮・動機の不正

本件職務命令に他事考慮・動機の不正の疑いがあることは、前述Ⅲ2のとおりである。そうすると、本件懲戒処分も、儀式的行事の円滑な進行や教育上・教育組織上の支障の防止といった観点からではなく、もっぱら特定の違反者に制裁を科すという観点から、そのための手段として用いられたということができるから、本件懲戒処分についても、他事考慮・動機の不正の疑いの強い裁量的判断によって行われたものと推認される¹⁸⁾。

(4) 比例原則違反

比例原則とは、規制の程度が規制目的と均衡を保つことを要請する原則であ

献呈論集『行政法の諸問題・中』268頁（有斐閣，1990年）。なお、このような理解を立証責任の配分に結びつけることには異論の余地もあると思われる。この点については、藤山雅行「行政訴訟の審理のあり方と立証責任」『新・裁判実務大系第25巻行政争訟』297頁（青林書院，2004年）のほか、学説等の状況については、岡田正則「船員保険の被保険者資格に関する立証責任」賃金と社会保障1467号18頁（2008年）参照。

¹⁸⁾ この点については、前掲注15)も参照。

り、過剰な規制はこの原則に照らして違法と評価されることになる。憲法・法令上の根拠は必ずしも明確ではなく、条理ないし判例法として理解されている。本件に即していえば、懲戒処分の程度が、被侵害法益の程度に比して均衡を失って重い場合には、違法と解される。

これまで繰り返し述べてきたように、本件不起立行為によって卒業式等の進行に支障が生じた事実は認められない。本件懲戒処分の処分説明書に記載されている「非違行為」が具体的にどのような教育上の支障をもたらしたのかも明らかではない。教育組織に混乱をもたらした事実も認められない。「この程度の被侵害法益に対して停職3月と停職1月の懲戒処分を科すのは重すぎる」と感じるのが“社会通念”であろう。「教職員の主な非行に対する標準的な処分量定」（東京都教育庁，平成20年3月14日，甲第384号）によれば，職務命令違反に対応する懲戒処分は戒告または減給とされているのであるが，その理由は，他の非違行為と比べて，職務命令違反の被侵害法益がそれほど大きくないためであると考えられる（職務命令違反について制裁を科す目的は，あくまでも行政組織の一体性を確保する点にある）。したがって，「処分量定」の上限は，本件停職処分の適否を考える上でも重要な要素である。

この「処分量定」は，行政法学上，“裁量基準”の一種と位置づけられるが，判例によれば，これは内部基準であるので，この基準から外れたことを理由として裁量的判断が違法となるわけではない¹⁹⁾。それゆえ，職務命令違反に対して停職処分を科すことが即座に違法となるわけではない。とはいえ，「裁量権の公正な行使の確保，平等取扱いの原則，相手方の信頼保護といった要請からすると，準則と異なった判断をするには，そのための合理的理由が必要である」と解される²⁰⁾。実務においてもこの点に異論はないと思われる。本件に即してこの点を考えると，減給処分ではなく停職処分を科すことの合理的理由がなければならず，単に「社会観念上著しく妥当性を欠き，裁量権の濫用であるということとはできない」（本件地裁判決52頁，53頁）などという審査で済ませることはできないのである。私が見る限り，不起立行為という職務命令違反がもたらす被侵害法益はわずかなものであるから，この違反に対して処分量定を超える懲戒処分を科すべき合理的理由は見出しがたい。被控訴人の主張を通覧しても，この

¹⁹⁾ 前掲【8】判決を参照。

²⁰⁾ 塩野・前掲注4) 106頁。

点の合理的理由は示されていないようである。そうすると、本件懲戒処分は、いずれも合理的理由のない過剰な処分であるという理由で、裁量権を濫用した違法なものであるということになる。

IV 結 論

以上のとおり、本件各控訴人らに対する停職処分は、懲戒権者に委ねられた裁量権の範囲を超えまたはその濫用があった場合に該当し、違法であるので、裁判所はこれを取り消すべきである²¹⁾。

²¹⁾ [補注1] 本誌への掲載にあたり、若干の誤植を補正した。なお、公務員に対する懲戒処分における裁量を含む行政裁量の問題を検討した最近の論文として、深澤龍一郎「行政裁量論に関する覚書」法学論叢 166 巻 6 号 149 頁 (2010 年)、同「裁量統制の法理」法律時報 82 巻 8 号 32 頁 (2010 年) があるので、あわせて参照していただきたい。

[補注2] 2011 (平成 23) 年 3 月 25 日に本件の控訴審判決が出された。結果は、控訴人 (原告) らの請求を棄却するというものであった。東京高裁第 22 民事部が本鑑定書の意見の趣旨を理解しなかったことは、まことに残念である。この判決の検討は後日あらためて行うことにしたい。

