



KULS ニュースレター No. 40

INDEX

●最新最高裁判例の紹介(行政事件)ー 教職員国旗国歌訴訟(予防訴訟)上告審判決 ー

●院生の声 ～中静理乃さん(8期生)～

●最新最高裁判例の紹介(行政事件)ー 教職員国旗国歌訴訟(予防訴訟)上告審判決 ー●

最新最高裁判例を紹介します。取り扱う判例は、『教職員国旗国歌訴訟(予防訴訟)上告審判決(国家斉唱義務不存在確認等請求事件、最判平成24.2.9 判時2152-24)上告棄却』です。

判決要旨

本件通達による職務違反を理由とする懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められる(行訴法37条の4第1項)。本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇の不利益の予防を目的とする公法上の

法律関係に関する確認の訴えとしては(行訴法4条後段)、その目的に即した有効適切な訴訟方法であるといえることができ、確認の利益を肯定することができるものというべきである。

論点

- ・行訴法37条の4第1項所定の訴訟要件である「重大な損害を生じるおそれ」とは
- ・行訴法4条後段の公法上の法律関係に関する確認の訴えとして確認の利益とは

事案の概要

- (国歌斉唱義務不存在確認等請求事件の最高裁判決)
- ・東京都教育委員会(以下、都教委という。)の教育長から東京都立の高等学校等の各校長宛ての通達「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(本件通達)」が発出され、都立学校の卒業式等の式典の実施に当たっては国歌斉唱の際に教職員は会場に掲揚された国旗に向かって起立して斉唱し、その斉唱はピアノ伴奏等により行うなど所定の実施指針の通り行うものとする等が示達されて以降、都立学校の各校長から多数の教職員に対し右の起立斉唱又はピアノ伴奏を命ずる旨の職務命令が発せられこれに従わなかった多数の教職員に対し都教委によりその違反(地方公務員法32条違反)を理由とする懲戒処分がされた(免職以

外の戒告、減給、停職がされた)。本件は、都立学校の教職員として勤務する在職者及び勤務していた退職者の原告Xらのうち、(ア)在職者であるXらが、改正前の行訴法の下で、都教委を相手として、平成16年の改正行訴法の下で、東京都を相手として、①各所属校の卒業式等の式典における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立する義務のないこと及びピアノ伴奏をする義務のないことの確認を求め、②右国歌斉唱の際に国旗に向かって起立しないこと若しくは斉唱しないこと又はピアノ伴奏をしないことを理由とする懲戒処分の差止めを求めるとともに、(イ)Xら全員が、東京都を相手として、本件通達及び本件職務命令が違憲、違法であるとして国家賠償法に基づき慰謝料等の損害賠償(以下、「本件賠償請求」という。)をもとめた事案である。

※ 第一審、第二審判決の内容は判時を読むこと。

判決の内容:上告棄却

1 差止めの訴えの訴訟要件

本件通達による本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるといえるべきである。

2 無名抗告訴訟としての本件確認の訴えの適法性

本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇の不利益の



予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な訴訟方法であるといえることができ、確認の利益を肯定することができるものというべきである。

3 結論

被上告人らに対する本件差止めの訴えのうち免職処分の差止めを求める訴え及び被上告人都教委に対する本件確認の訴えを却下した原審の判断は、結論においては是認することができ、被上告人らに対する本件差止めの訴えを却下した原判決の違法は、不利益変更禁止の原則により結論に影響を及ぼすものではなく、本件賠償請求を棄却した原審の判断は、是認することができるから、本件上告を棄却することとする。

解説

・本最高裁判決は、本案事項については違法性を認めず、訴えを棄却したが、差止請求の訴訟要件(行訴法37条の4第1項)と確認の訴え(行訴法4条後段)についてはこれを認めた点は注目すべきである。確認の訴えについては、改正行訴法施行後の最高裁判例である在外邦人選挙権訴訟を踏襲するものと言えよう。最高裁判決に対する簡単なコメントをする前に、本判決の多数意見に対する反対意見である、宮川裁判官の考えを引用しておく。

・裁判官宮川光治の反対意見

上告人らが本件職務命令に服する

ことなく起立せず斉唱しないという行為は上告人らの精神的自由に関わるものとして、憲法上保護されなければならない。ピアノ伴奏をしないという行為に関しても、同様に考えることができる。したがって、本件職務命令は、上告人らとの関係ではいわゆる厳格な基準による憲法審査の対象となる。その結果、本件職務命令、上告人らとの関係では憲法19条に違反する可能性がある。そして、その可能性は高度であると認めることができる。本件差止請求は本案要件（行訴法37条の4第5項前段）を満たしているといえる。（故に、）公法上の当事者訴訟としての本件確認の訴えも認容できるから、懲戒権者としての裁量権の範囲を超え又はこれを濫用するものとして違法であるから、本件差止請求は本案要件（行訴法37条の4第5項後段）を満たしている。

※ 宮川裁判官の反対意見は、憲法上、行政法上、傾聴に値する考えを示されていると思われる。

最高裁判決に対する若干のコメント

(1) 本件の論点

第一審判決と控訴審判決・上告審判決とで各訴えの呼び方が若干異なるが、ここでは、一応、本件確認の訴えと本件差止めの訴えとし、本件確認の訴えは無名抗告訴訟とし、本件差止めの訴えは法定抗告訴訟と呼ぶ。さらに、本件確認の訴えが無名抗告訴訟であるならば、不適法な訴えであるが、公法上の当事者訴訟としては適法な訴えといえるかが問題となる。これが控訴審判決（同訴え却下）と上告審判決（同訴え棄却）との差異になる。本件差止めの訴えの訴訟要件の根拠規定は、行訴法37条の4第1項～4項で

● 院生の声 ●

今年度前期の定期試験対策や定期試験受験の実感、今後の学習の組み立てなどについてということでしたので、拙筆ながら書かせていただこうと思います。読まれる方に何かしら有益となる部分があれば幸いです。

1. 試験対策について

まず、試験対策について（法科大学院8期生）ですが、今回特に留意したことが2点あります。それは、試験範囲を復習する際に、条文をできうる限り丁寧に押さえたことと、どのように論証をするか意識しながら改めて知識のインプットをしたことです。

これまでは、答案を書く際に知識の有無ばかりを重視してしまい、いわゆる論点飛び付き型の答案を書いてしまうことが多々ありました。なので、その点を少しでも改善したいとの思いから、事案をよく見ずに暗記した知識を答案上に吐き出すのではなく、具体的な事案を見て条文から議論を出発させる姿勢や、知識の有無以上に論証の流れの良し悪しに気を配る姿勢が身につくよう上記の2点に注意して勉強しました。

2. 受験の実感について

実感としては、試験時間という制限時間のある中で論証を書き上げなければならないことや、連日の試験で体力を消耗することが自分で思っていた以上に壁になると感じました。



中静 理乃 さん

時間が限られているために焦って論証が稚拙になってしまったり、疲労感によって注意力が散漫になり通常であれば導けるはずの条文を見落としてしまうことはとても悔しく、普段の学習においてきちんと「時間を計って」答案を書く訓練が不足していることを痛感させるものでした。

また、実際に答案を書いてみて、基本的な判例知識とそれを答案上に示す表現力が不足

「いわゆる論点飛び付き型の答案を書かないこと」「事案をよく見ずに暗記した知識を答案上に吐き出すのではなく、具体的な事案を見て条文から議論を出発させること」「論証の流れの良し悪しに気を配ること」。前期試験をふりかえってみて、私が学生さんに気がついてほしかった点がまさにこの点です。

司法試験問題同様に定期試験でも事案の中から法的な争点を見つけ出して、法令の適用によって、結論にみちびいていくことが求められます。憲法の場合には、法令の適用より、憲法の諸規定の解釈（判断枠組み）に負うところが多くなるので、そこが皆さんが憲法が苦手になる原因のようですが、基本は他の法分野と同じです。ところが、「審査基準」や教科書に書いてある一般的記述だけを書いて、事案を具体的に検討しない答案が多々ありました。こういう答案はがっかりします。設問に書いてある事実はそれを原告・被告の主張または私見の中で検討してほしいから意識的に出題者が入れていることが多い。重要なヒントですね。

「憲法A」の試験では「泉佐野市民会館事件」をほぼそのままにして設問を作ったのですが、この事案では原則として施設の使用不許可や差別的取り扱い認められないとする地方自治法244条（「公の施設」）の規定があるのに、それをまったく無視して、ほかの人権規制とまったく同じように「規制目的・規制手段審査」を採用して、結論づける答案が目立ちました。「憲法問題演習A」の試験では、取材の自由と死刑囚の心情の保護を理由とする拘置所側の面会不許可処分が対立するオリジナルな事案でしたが、設問にあるいろいろな具体的な事実にはふれないで、やはり「規制目的・規制手段審査」を簡単にもってきて、「目的は重要……」、「手段は……」と型にはまったような答案が目立ちました。

論証の流れを勉強するには、裁判所、憲法の場合にはとくに最高裁の判決そのものを読むといいですね。普通の判決では、事案についての憲法上の争点→憲法上の規定に即した判断枠組み→事実へのあてはめ（「本件についてみるに」というところ）→結論、の順に整理されています。

あと、結論についても、憲法では違憲か合憲かが内容的に問われるのですが、具体的事案にそって、「面会不許可処分は憲法21条に違反しているので、当該処分は取り消されるべきである」あるいは「面会不許可処分は憲法21条に違反しているとはいえないので、当該処分は適法である」というような法律家らしい結論まで書きましょう。

小栗 實（中静 理乃さんクラス担任）



あり、本案については同条の4第5項であり、本件確認の訴えについては行訴法4条後段（実質的当事者訴訟・公法上の法律関係に関する確認の訴え）がその根拠となる。

(2) 最高裁判決の意義

本判決の意義は、法定抗告訴訟の新しい類型としての差止めの訴えの訴訟要件である行訴法37条の4第1項の「重大な損害を生ずるおそれ」の要件について、事前救済の争訟方法としての訴訟類型の性質に則して、事後

救済の争訟方法である取消訴訟や執行停止などとの関係を踏まえた判断基準を最高裁として初めて示すとともに、その具体的な当てはめ及び諸事情の考慮のあり方を示した点である。

さらに、もう一つの意義は、本件確認の訴えについての判断である。本判決は、本件確認の訴えにつき、公法上の法律関係に関する確認の訴え（行訴法4条）として位置づけることができるとし、確認の利益を肯定する判断をし、公法上の当事者訴訟の活用を明示

していることにも気づかされました。

3. 今後の学習の組み立てについて

今後の学習では、今回の定期試験での実感を踏まえて、きちんと「時間を計って」答案を書く訓練に比重を置いて学習を進めたいと考えています。併行して、判例学習を徹底して択一・論文どちらにも対応可能なように対策をしていきたいです。

したことである（その先例として、最大判平成17. 9. 14 民集59-7-2087〔在外邦人選挙権訴訟〕がある。）。

【参考文献】

1・宇賀克也『改正行政事件訴訟法〔補訂版〕』30頁以下（当事者訴訟）、157頁以下（差止めの訴えの要件）（青林書院 2006年）

2・宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法〔第3版〕』差止訴訟（336頁以下）、当事者訴訟（350頁以下）（有斐閣 2011年）

3・櫻井敬子＝橋本博之『行政法〔第3版〕』差止訴訟（359頁以下）、当事者訴訟（370頁以下）（弘文堂 平成23年）等

土居 正典（行政法）

（制作：鹿児島大学法科大学院司法政策研究センター
編集：同センターコンポーザー 久木野大輔）