

訴 状

平成19年12月21日

東京地方裁判所労働部 御中

原告訴訟代理人

弁護士 津 田 玄 児

弁護士 木 川 恵 章

弁護士 山 崎 順 一

弁護士 大 谷 恭 子

弁護士 今 村 憲

当事者 別紙当事者目録記載のとおり

再雇用・再任用拒否処分取消等請求事件

訴訟物の価格 804万800円

貼用印紙額 4万4000円

第1 請求の趣旨

1 主位的請求

- (1) 被告が、原告に対し、平成19年1月17日付けでした再雇用拒否処分を取り消す
- (2) 被告が、原告に対し、平成19年1月17日付けでした原告の再任用拒否処分を取り消す
- (3) 被告は、原告を東京都再雇用職員あるいは東京都再任用職員として採用せよ
- (4) 被告は、原告に対して、金484万800円及び内金144万円に対する平成19年1月17日から支払済みまで年5分の割合による金員並びに内金340万800円に対する平成20年3月15日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え

2 予備的請求

- (1) 被告が、原告に対し、平成19年1月17日付けでした再雇用拒否処分は無効であることを確認する
- (2) 被告が、原告に対し、平成19年1月17日付けでした再任用拒否処分は無効であることを確認する
- (3) 被告は、原告を東京都再雇用職員あるいは東京都再任用職員として採用せよ
- (4) 被告は、原告に対して、金484万800円及び内金144万円に対する平成19年1月17日から支払済みまで年5分の割合による金員並びに内金340万800円に対する平成20年3月15日から支払済みまで年5分の

割合による金員を支払え

3 訴訟費用は被告の負担とする

との判決並びに第1項(4)、第2項(4)について仮執行宣言を求める。

第2 請求の原因

目次

1	はじめに	4
2	都教委の原告に対する本件不採用処分の経緯	
(1)	原告の再雇用職員および再任用職員への申し込み	5
(2)	都教委面接官の質問に対する原告の応答	5
(3)	本件不採用処分	8
(4)	本件不採用処分の理由	8
3	本件不採用処分は裁量逸脱・濫用であること	
(1)	再雇用・再任用制度について	10
(2)	裁量の範囲は狭いこと	11
(3)	判断過程(事実の評価・あてはめ)についての見過ごし難い過誤	13
(4)	目的違反・動機違反	16
(5)	平等原則違反	17
(6)	まとめ	19
4	教示制度と出訴期間の「正当理由」	19
5	重大かつ明白な違法	20
6	義務づけの訴えの要件	21
7	国家賠償請求	21
8	結語	22

1 はじめに

- (1) 本件は、東京都立高校の教師を定年退職した原告が、これまで培ってきた教師としての知識や技能を生かし、定年退職後も再雇用職員あるいは再任用職員としてもう一度教壇に立つべく、任用の申し込みをしたところ、何らの合理的理由なく任用を拒否されたため、当該処分の取消等を求めるものである。
- (2) 原告は、昭和44年、[REDACTED]卒業後、都立高校定時制社会科非常勤講師を経て、昭和49年4月1日、東京都公立学校教員に任命され、都立高校教諭を歴任し、平成3年4月1日都立[REDACTED]高等学校教諭に就任した。そして、平成10年11月19日、永年勤続者感謝要綱による感謝状を授与された。その後、平成16年4月1日、都立[REDACTED]高等学校教諭に就任し、平成19年3月31日、東京都立高校教員の職を定年退職した。
- (3) この間、原告は、生徒の人間形成の自由と尊厳の確立と、主権者としての主体的国民の知的成長を図る教育に携わること（憲法26条「教育を受ける権利」）に使命を感じていた。このことは原告の教え子やその両親の陳述書（甲1の1ないし1の17）並びに「都政新報」に掲載されている原告の手記（甲2の1ないし2の9）から容易に窺い知ることができる。
- (4) 原告は、平成19年3月31日付けで東京都高校教諭の職を定年退職したが、東京都教育委員会（以下「都教委」という。）は、原告と同様の定年退職の教諭について、東京都公立学校再雇用職員設置要綱に基づく再雇用職員（地方公務員法3条3項3号「嘱託員」）及び地方公務員法28条の4が規定する再任用制度に基づく再任用職員として、一定期間再雇用あるいは再任用し、定年退職後も従前の職を「選択」し、「遂行」

する自由を保障しているにもかかわらず、原告が希求する再雇用・再任用による東京都高校教員の職の申し込みについて、何らの合理的理由も示さないまま、口頭で不採用処分をなし、原告に対し、他の定年退職者に保障している公立高校の教師という従前の職を「選択」し、「遂行」する自由を認めない差別的取り扱いをなした。

2 都教委の原告に対する本件不採用処分の経緯

(1) 原告の再雇用職員および再任用職員への申し込み

原告は、上記定年退職の前年である平成18年9月、都教委に対して再雇用職員（甲3の1ないし3の3）および再任用職員（甲4の1、4の2）の申し込みをなした。その際、再任用の希望校を現任校の都立■■■■高校全日制あるいは前任校の都立■■■■高校定時制とした。前任校である■■■■高校にはアジアの諸国民の子弟が通ってきており、同校の教育の歴史はこれら子弟に公教育の場で、公教育を通して繋がる試みがなされていた。また、現任校である■■■■高校にも渡日外国人生徒が増え始めていた。原告は在日外国人の子弟の教育にも使命感を抱いていたことから、両校での職務を遂行することを希求していたのである。

(2) 都教委面接官の質問に対する原告の応答

平成18年10月30日、「平成18年度東京公立学校再任用職員及び再雇用職員採用選考における」面接が実施された。面接官2名の原告に対する主な質問およびこれに対する原告の応答は次のとおりであった。

ア 不可解な質問

面接官は原告に対して「人権教育より大切なもの、たとえば基礎学力などとどっちを取るか」との質問をなし、原告は「そのような問題の立

て方こそ間違っている」と答えた。原告は既述のとおり、主権者としての主体的国民の知的成長を図る学校教育を使命としてきたものであり、その教育において、人権教育と基礎学力の教育は同等に大切なものであり、原告の応答は正当である。面接官の当該質問は原告に対して予断偏見を抱いた為にする質問と受け取れるのであって、原告の応答をもって本件不採用処分の合理的な理由とすることはできない。

イ 原告の「不起立」についての質問

- ① 原告は平成16年3月5日に実施された平成15年度■■■■高校卒業式において、君が代斉唱をする際、起立をしなかった。同校に多数在籍する他国籍の生徒、とりわけ、日本の植民地時代の強制連行など悲惨な歴史を学んでいる在日朝鮮人生徒（韓国籍、朝鮮籍）や、日本の侵略戦争時代の南京大虐殺などの戦争の惨禍の歴史を知悉している在日中国人の生徒に、日本の国旗や国歌を卒業式に組み入れ強制することは、在日外国人の生徒の教育にも使命感を抱いていた原告の良心が許さなかったのである。また、各学校は、生徒と教師が共同して作り上げるものであり、一律に強制されるべきものではないのであって、起立の強制には教育者として賛同できなかったのである。
- ② この卒業式を迎えるにあたり、卒業生である4年生は、冬休みに、国歌斉唱の際に起立するか否かについて、クラス討論を行っていた。その結果、卒業式において、ほとんどの生徒が起立しなかった。また、在校生に対する答辞を担当した卒業生代表は、「今、都の教育委員会は、反対する先生達を処分してまで全都一律に日の丸・君が代を強制しています。このことは自分達にふさわしい卒業式とは何か、ということについて一生懸命討論してきた私達には、とても理解できません。教育がこのような処分を振りかざした命令で行われるということは、民主主義の国ではありえないことだと思います。とくに日の丸・君が代の問題は、一

人ひとりの思想・信条にかかわるものですから、よけいに強制・命令とは無縁のはずだと、私達は考えます。ぜひ、来年度の卒業式には日の丸・君が代の強制をやめていただきたいと強く訴えたいと思います。」と述べた（甲1の18）。

③ 原告はこれまで30年以上に渡り一度も懲戒処分に処せられたことはなかったが、同年3月31日、都教委から当該「不起立」を理由にはじめて「戒告」処分を受けた（甲5の1, 5の2）。

④ 原告は、それ以後、このような不起立行為が政治問題化したことや生徒の混乱を防ぐために、上記戒告処分後に課せられた研修（甲5の3）も拒否することなく素直に受講し、その後は職務命令を遵守し、次のとおり卒業式等における君が代斉唱の際、起立していた。

平成16年 4月 7日 ■■■ 高校入学式

平成17年 3月16日 同校卒業式

同年 4月 7日 同校入学式

同年10月10日 同校 ■■■ 行事

平成18年 3月15日 同校卒業式

同年 4月 7日 同校入学式

平成19年 3月15日 警備担当として校舎入り口警備

⑤ 翻って考えると、当該懲戒処分は教師に君が代斉唱の際、起立を強制するものであり、教師の国旗国歌に対する思想を強制するものである。このことは、後に詳述するように、近時、社会的に問題とされている。

⑥ それにもかかわらず、面接官は原告に対して、「あなたは卒業式に不起立で職務命令違反をしているが、校長の命令には従わなければならないのではないか」との質問をなし、原告は「一般的にはそうではあるが、そうならない時もあり得るのではないか」と答えた。

⑦ 全体主義社会においては、上官の命令には、たとえそれが不当な命令

であったとしても、直ちに従うべきものとされたが、個人主義社会においては不当な上官の命令には従わない自由があることは自明であり、後述のように裁判例も確立しているところであり、その旨の原告の応答は正当であり、原告の当該応答をもって、本件不採用処分の合理的理由とすることはできない。

- ⑧ 面接官は原告に対して「あなたは卒業式に不起立で職務命令違反をしている」事実を論難するかのような質問をなしているのであるが、以上の各事実に照らし、原告の「不起立」をもって本件不採用処分の合理的理由とすることは到底できない。

ウ 面接官は以上の外、原告に対して、「他に就職活動はしているか」と他に就職活動をするように促すような質問をしたが、原告は従前の職業を継続して「遂行」したい一念から他の職業を探すことはしていなかったもので、「いいえ」と答えた。

(3) 本件不採用処分

以上の面接官の予断と偏見に満ちた面接の結果、平成19年1月17日、原告は同校の校長から口頭で不採用処分を言い渡された。処分の理由は知らされなかった。また、後述のとおり、不服申立手続きについて教示もなかった。

(4) 本件不採用処分の理由

都立高校への再雇用・再任用を申し込んだ教員の合格者数は、下記の表のとおりであり、申込者のほぼ全員が再雇用あるいは再任用されている。かかる実情に鑑みると、原告がなぜ不採用となったのか、不採用理由を知らされていないため、全く分からない。

		申込者数	合格者数
平成13年	再任用のみ	5人	3人
	再任用及び再雇用	108人	108人
	再雇用のみ	120人	120人
平成14年	再任用のみ	12人	7人
	再任用及び再雇用	102人	102人
	再雇用のみ	147人	147人
平成15年	再任用のみ	7人	7人
	再任用及び再雇用	91人	91人
	再雇用のみ	155人	154人
平成16年	再任用のみ	5人	3人
	再任用及び再雇用	47人	47人
	再雇用のみ	146人	139人
平成17年	再任用のみ	3人	2人
	再任用及び再雇用	38人	37人
	再雇用のみ	130人	123人
平成18年	再任用のみ	9人	9人
	再任用及び再雇用	61人	60人
	再雇用のみ	147人	139人

もっとも、原告は、過去に君が代斉唱の際の不起立により戒告処分を受けた経験があることや面接時の状況から、かかる過去の1度の戒告処分歴が不採用の理由であるとも考えられるが、仮にそうであれば、以下に論じるとおり、本件不採用処分は明らかに裁量逸脱・濫用である。

3 本件不採用処分は裁量逸脱・濫用であること

再雇用・再任用の採用基準は、従前の勤務実績等であるが、原告の勤務実績が良好ではないとした被告の判断は、その判断過程に見過ごし難い過誤がある。また、本件処分は、国歌斉唱の際の不起立者を排除するという不法な動機に基づくものであり、定年退職者の雇用を確保するという再雇用・再任用制度の趣旨、目的を逸脱した処分でもある。そもそも国歌斉唱の際に起立を強制することは思想・信条の自由を保障した憲法19条に違反する行為であり、かかる処分を理由に不採用とされることは合理的理由のない差別であり、平等原則にも違反する。他府県では不起立による戒告処分を理由に再雇用・再任用が拒否された例はないようである。そして何より、本件処分は原告が有能な教師であり、生徒に必要とされているという最も考慮されるべき事項を全く考慮していない。このように本件不採用処分は裁量の逸脱・濫用であり、その違法性は重大かつ明白である。

以下詳述する。

(1) 再雇用・再任用制度について

ア 再雇用制度について

地方公務員法3条3項3号は、「臨時又は非常勤の・・・嘱託員」（特別職）と規定しており、東京都再雇用職員設置要綱（甲3の1）は、これを受けて次のように規定している。

「（任用）第5 嘱託員は、次に掲げる要件を備えている者のうちから、選考の上、知事が任命する。

（1）正規職員を退職又は再任用職員を任期満了する前の勤務成績が良好であること。

（2）任用に係わる職の職務の遂行に必要な知識及び技能を有しているこ

と。

(3) 健康で、かつ、意欲をもって職務を遂行すると認められること。」

イ 再任用制度について

地方公務員法28条の4は、「定年退職者等の再任用」と題して、「任命権者は、当該地方公共団体の定年退職者等を、従前の勤務実績等に基づく選考により、1年を超えない範囲内で任期を定め、常時勤務を要する職に採用することができる。」と規定している。

(2) 裁量の範囲は狭いこと

ア まず、本件処分は、原子炉設置許可等の科学的技術的な専門的判断や、在留期間更新許可等の政治的外交政策的な判断に関するものではなく、行政判断を相当程度尊重すべき場合では全くない。

イ また、要件とされている勤務実績が良好か否かは、処分歴や申し込みに当たり都教委に提出される校長の推薦書等により裁判所も十分に判断できる。職務の遂行に必要な知識及び技能を有しているか否か、健康で意欲を持って職務を遂行することができるか否かも司法判断に馴染むものである。

ウ さらに、既述のとおり、平成15年10月23日に「入学式、卒業式における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について」の通達(甲6)が出されるまでの平成13年度ないし平成15年度の申込者の全員が再雇用あるいは再任用職員として採用されていたこと、再雇用については同制度が導入された昭和60年以降、希望者全員が採用されてきたと思われることから、都立高校教師は定年退職後も希望すれば再雇用職員あるいは再任用職員として採用されるという労働慣行が確立していたものというべきである。

エ この点、東京高判昭和50年7月24日(労働判例No.245・27頁)は、「一般に、老令による定年退職後の再雇用は、その時点での社会福祉政

策の現状、退職後の経済的収入の確保など社会一般の老後の生活環境の考慮はもとより、当該企業への寄与程度、再雇用者の効率など諸般の事情を考察して、その要否が決定されるものであるが、現在では、55歳が定年である場合なお当該企業で何らかの形で再雇用すべき必要性が大きいことは一般に知られたところである。この現状によると、使用者が労働者を再雇用するかどうかは、使用者の完全な自由意思に任されているものとはいえず、前記のように、会社が特に必要があると認めた場合に再雇用する旨就業規則に定めた場合であっても、その意思決定に制約を伴うことはまたやむを得ない。特に会社に前記のような定年退職後は特段の欠格事由のない限り再雇用するとの労働慣行が確立している場合、それが労働慣行となる程の事例の集積により使用者が定年退職者を再雇用するとの同一の意思を表示したことは、その労働者に対してばかりでなく、将来定年に達する他の労働者に対して、特段の欠格事由がないかぎり、再雇用する旨あらかじめ一般的に黙示の意思表示をしているものとみられ、それは単なる再雇用申込みの誘引ではなく、再雇用の申込みというべきものであるから、当該労働者が定年退職後に再雇用の意思表示をすることにより、使用者の再雇用の申込みに対する承諾があったことになり、それによって直ちに当該労働者と使用者との間に再雇用契約が成立するものと解するのが相当である。」と、定年退職者の再雇用の必要性、再雇用についての労働慣行が確立している場合には、その採否の裁量は収縮されることを判示している。

オ そして何より、本件処分は、憲法22条1項が保障している原告の都立高校教師としての職業選択遂行の自由を侵害する違憲処分である。すなわち、「職業選択の自由」は経済活動の自由であるとはいっても、人の人格価値ないし精神生活と密接な関係を有する「自由」であることが留意されなければならない（佐藤幸治『憲法・第三版』556頁・青林書院），最高裁大法廷昭和50年4月30日（民集29巻4号572頁・薬局開設の距離制限事件）

判決も、職業は「各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するもの」と捉えており、学説も職業選択の自由について、「この自由は、経済的自由の側面に重要な意義があるが・・・人の生活のあり方に基本的に関わるのであるから、各人の人としての価値、個人の尊厳といった人権の基本原則との結びつきをも過小に評価してはならない」（伊藤正己『憲法』341頁・弘文堂）と説いている。改めて指摘するまでもなく「職業選択の自由」は、①職業を「選択」する自由のみならず、②職業を「遂行」する自由をも保障していると解されている。

カ 原告は、上記のとおり教育に携わることに使命感を抱き、教師の職を「選択」し、定年後もその職を継続して「遂行」することを希求している者であり、その原告の人としての価値、個人の尊厳は尊重されなければならない。

キ 以上の諸事実を照らすと、被告の裁量の範囲は広範なものとは到底言えず、採用基準となる要件を緩やかに判断し、特段の事情のない限り、希望者を再雇用職員あるいは再任用職員として採用しなければならず、採否についての裁量は収縮されているというべきである。

（3）判断過程（事実の評価・あてはめ）についての見過ごし難い過誤

ア 職務命令に対する服従義務について

- ① 既述のとおり、原告は、国歌斉唱の際に起立しなかったことから、戒告処分を受けた。また、これについて再雇用・再任用の面接時において聞かれた際も、一般的には、校長の命令には従わなければならないが、そうならない時もあり得るのではないかと答えた。
- ② この点、東京高判昭和49年5月8日（行政事件裁判例集25巻5号373頁）は、「職務命令は、発令者が職務上の上司であること、受命者の職務に関するものであること、その内容が法規に抵触しないことの要件を

具備することを要するところ、これらの要件の欠缺が重大かつ明白な場合には、即ち職務命令が無効の場合には、かかる職務命令は拘束力を有せず、受命公務員は、自ら職務命令の有効を判断することができ、これに服することを要しない。従って職務命令の内容についてもその形式についてと同じく、受命公務員は、単にその内容が法律上不能を命ずる場合に限らず、その他の重大かつ明白な瑕疵を理由に、その無効を判断することができるものといわなければならない。」と判示している。

③ そして、東京地判平成18年9月21日（判例時報 No.1952・44 頁）は、
「都立学校の各校長が、本件通達に基づき、原告ら教職員に対し、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱せよとの職務命令を発することには、重大かつ明白な瑕疵があるというべきである。」と判示している。

④ すなわち、原告は、当該校長の職務命令には、重大かつ明白な瑕疵があると考え、これに従わなかったものであり、面接時においても、職務命令とはいえ、このような重大かつ明白な瑕疵がある場合には、従えない場合もあるとまさに東京高等裁判所の見解と同旨の見解を述べたに過ぎないのである。

⑤ したがって、かかる原告の態度を捉えて、勤務実績が良好ではないと評価し、再雇用・再任用の採用要件を満たさないと判断したとすれば、かかる判断の過程には見過ごし難い過誤がある。

イ 原告の戒告処分後の態度について

① 原告は、戒告処分後、これに対する不服申立をすることなく、服務事故再発防止研修をも素直に受講し、その後平成16年から退職するまでの入学式や卒業式等においては、校長の職務命令を遵守し、国歌斉唱の際に起立していた。

② 原告は、生徒の混乱を防止するため、2年以上に渡り、行事がある度に

発令される職務命令をきちんと遵守してきたのであり、被告はこれを見過
ごしている。

- ③ そもそも、原告の不起立行為に対しては、既に処分がなされ、研修まで
終了しているのであり、かかる事実を再び考慮して、原告に再雇用・再任
用拒否という不利益処分を科すのは、原告に対する二重処罰である。東京
地決平成10年2月6日（労働判例 No.735・50頁）は、「懲戒処分は、
使用者が労働者のした企業秩序違反行為に対してする一種の制裁罰であ
るから、一事不再理の法理は就業規則の懲戒条項にも該当し、過去にある
懲戒処分の対象となった行為について重ねて懲戒することはできないし、
過去に懲戒処分の対象となった行為について反省の態度が見受けられな
いことだけを理由として懲戒することもできない。」と判示している。本
件不採用処分は、既に処分、研修済みの不起立行為を捉え、原告に不利益
処分を再び科す点において実質的には二重処罰をしているものである。

- ④ また、地方公務員法29条は、職員に対する懲戒処分として、戒告、減
給、停職及び免職の処分を規定しているところ、原告が受けた「戒告」は、
最も軽い処分であり、原告は、37年間の教員生活の中で、このような懲
戒処分を受けたことはそれ以前には全くなく、当該戒告処分を受けたのも
当該1度だけである。

- ⑤ このような原告を勤務実績が良好ではないと評価し、再雇用・再任用の
要件を満たさないと判断したとすれば、かかる判断にはやはり見過ごし難
い過誤があると言わざるを得ない。

ウ 考慮されるべき事項

そもそも、原告を都立高校の教師として再び教壇に立たせるか否かは、生
徒にとって、原告がよき教育者か否かが、一番の判断基準とされるべきであ
る。原告は、教育技能に優れており、一人一人の生徒に対し教育熱心でもあ
ることは、原告の教え子やその両親の陳述書（甲1の1ないし1の17）並

びに「都政新報」に掲載されている原告の手記（甲2の1ないし2の9）から容易に認めることができるが、都教委に提出されている校長の推薦書（甲3の3参照）からも容易に分かるものと思料する。そうだとすれば、「職務の遂行に必要な知識及び技能を有していること」、「意欲をもって職務を遂行すると認められること」という各要件も優に認めることができるはずである。生徒の立場に立って教師を選択するという最も考慮すべき事項を、都教委は全く考慮していない。逆に、社会的にも議論され、その違憲性が指摘されている国歌斉唱の際の不起立者に科した処分を殊更重視しているのである。このような被告の判断過程が誤っていることは明らかである。

（4）目的違反・動機違反

ア 再雇用制度の趣旨・目的は、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、長年都に在職して培った豊富な知識や技能を退職後も都に役立てることにある。特に最近では、行政需要が複雑化し、かつその絶対量が増加するなかで、再雇用職員の活躍に多くの期待が寄せられている（甲3の3）。

イ 再任用制度の趣旨・目的は、本格的な高齢化社会に対応し、高齢者の知識、経験を社会において活用していくとともに、平成6年の年金制度の改正にあわせ、60歳代前半の生活を雇用と年金の連携により支えることが官民共通の課題となっていることから、60歳代前半に公務内で働く意欲と能力のある者を再任用することができるようにするために新たな再任用制度を導入したものであり（甲4の1）、再雇用制度のように「中高齢者にふさわしい職務」として限定することなく、交替制勤務職場なども含めた全ての職場で高齢者の知識経験を活用することとされたのである。

ウ 以上のとおり、再雇用・再任用とも、高齢者たる定年退職者の生活を支え

るために立法された制度であり、原則として希望者は全員いずれかに採用される運用が想定されていることは立法趣旨に照らして明らかである。

エ 長年の教員生活により培われ、永年勤続者感謝状を受賞したこともある原告の教師としての豊富な知識経験を、今後も教育の場に生かすことこそ上記各制度の趣旨・目的に合致する。

オ それにもかかわらず、原告を再雇用・再任用のいずれにも採用しなかった本件処分は、かかる立法目的の拘束に違反したものであり、被告は原告への報復的な目的で裁量権を行使したと受け取らざるを得ない。不正な動機に基づく裁量権の行使の違法性は極めて重大である。

(5) 平等原則違反

ア 国歌斉唱の際に起立を強制することは、教師の思想・信条の自由を侵害するか否かが社会問題となり、かかる被告の行為が憲法19条に違反するという裁判例が出されている社会状況において、かかる不起立による処分を理由に、再雇用・再任用を拒否することは、合理的理由のない差別であり、法の下の平等を定めた憲法14条に違反する。

イ 東京地判平成18年9月21日(判例時報No.1952・44頁)は、「人の内心領域の精神活動は外部的行為と密接な関係を有するものであり、これを切り離して考えることは困難且つ不自然であり、入学式、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立したくない、国歌を斉唱したくない、或いは国歌をピアノ伴奏したくないという思想、良心を有する者の自由権を侵害している」と判示している。

ウ また、君が代ピアノ伴奏職務命令拒否戒告処分事件上告審判決後に言い渡された東京高判平成19年6月28日も、「学校の校長から上記のような指示又は命令を受けた教諭でその思想、良心又は信教に忠実であろうとするた

めに当該指示又は命令に従うことに耐え難い苦痛を受ける者があり得ることまでも否定することはできないから、仮に上記の教諭が自己の思想、良心又は信教を優先させて当該指示又は命令に従わなかった場合において、そのことを理由に不利益な処分がされたときにはじめて、上記の教諭個人の思想及び良心の自由、信教の自由との関係において当該処分が裁量権の範囲を超える違法なものかどうかを検討することとなるが、これを検討するに当たっては、裁判所は、上記の教諭が自己の思想、良心又は信教を大切にするために真摯に当該指示又は命令を拒否したものであることを確認した上で、当該指示又は命令により達成されるべき公務の必要性の存在及びその程度、代替措置の有無、当該不利益処分により上記の教諭が受ける不利益の程度等を総合考慮して判断すべきである（最高裁平成7年（行ツ）第74号同8年3月8日第二小法廷判決・民集50巻3号469頁参照）。そこで、本件においても、まず、控訴人が■■■■校長の前記指示を拒否したことにより不利益な処分を受けたかどうか、受けた処分が不利益な処分であるとはいえなくてもこれに伴って看過することができないような不利益を控訴人が受けたかどうかを検討し、これを肯定することができる場合には当該不利益処分等が裁量権の範囲を超える違法なものかどうかを検討すべきである。」と判示し、国歌斉唱時の起立の強制が違法となる場合があると判示している。

エ また、神奈川県個人情報保護審査会は、国歌斉唱時における不起立という行為は、思想信条に基づく行為であると認め、県教委は、不起立者に対し、都教委のような懲戒処分はしないとしている（甲7の1、7の2）。

オ そもそも、国旗国歌法を制定した立法者も、日の丸掲揚、君が代斉唱を強制しているわけではない。野中広務元内閣官房長官も「法制化されたからといって、必ず、卒業式とか入学式に掲揚して斉唱しなければならないといった強制をする筋合いのものではないと考えておりました。私は、国会の審議でも、そのことを何度か答えております。日の丸については、日本という国

家を象徴するシンボルとして考える人もいれば、戦争の傷跡を引きずって考える人もいるであろうし、国旗を持つことに反対という人もいるであろうし、思いは人それぞれだと思います。」と述べている（甲8）。

カ 東京都以外の他府県で、不起立による処分を受けた教師が、再雇用あるいは再任用されなかった例は存在しないようである。

キ 国歌斉唱時の起立を職務命令により強制し、違反者に対して、懲戒処分を行い、再雇用・再任用の採否についてこれを理由に不採用とする呆れた行政運営をしている地方公共団体は、全国でも東京都だけであり、原告は東京都の教員であるが故にかかる不利益処分を受けているのである。

（6）以上のとおり、本件処分は、その判断過程に見過ごし難い過誤があり、立法目的を無視して、原告の一度の戒告処分を捉えて、報復的に原告を採用せずに差別的取扱をなし、原告の都立高校教師としての職業選択遂行の自由を侵害しており、裁量の逸脱・濫用に他ならず、その違法性は重大かつ明白である。原告の教師としての資質を直視すれば、原告を積極的に採用すべきである。

4 教示制度と出訴期間の「正当理由」

（1）本件処分は、平成19年1月17日であり、取消訴訟の出訴期間は6か月である。しかし、本件処分を校長から言い渡された際、原告は、出訴期間について、校長から教示されなかった。

（2）この点、「行政庁に出訴期間について教示義務が定められたことから、誤った教示に従った場合や、教示がなされなかった場合は、原則として「正当な理由」があると解すべきである。」（園部逸夫「行政事件訴訟法の理論と実務」ぎょうせい108頁）とされている。

（3）確かに、口頭で処分を言い渡す場合は、教示の必要はないとされているが、

本件は原告の公務員としての地位に関する権利義務という重要事項に関わる処分なのであるから、そもそも口頭による処分をするべきではないのであって、このような重要な処分については、教示がなされるべきである。なお、採用者には、「発令通知書」なる書面が交付されている。

- (4) 教示制度は、処分の相手方に取消訴訟によって行政処分を争う方法について、適切な情報を提供し、権利利益の救済を得る機会を十分に確保するために新設された制度であり、取消訴訟の対象となりうる本件処分についても、その制度趣旨は当然に妥当する。

口頭による処分の場合に、出訴期間等について教示しなくてよいのは、取消訴訟の対象となるような重要な処分は、通常口頭ではなされないとされていることによるが、本件処分は前述のとおり極めて重要な処分なのであり、本来書面でなされるべきものである。

- (5) 原告が受けた既述の戒告処分のような不利益処分は、書面をもってその理由も記載しなければならないとされており、原告にとってそれ以上に不利益な本件不採用処分に対しても、不採用理由を記載した書面を都教委は作成すべきである。
- (6) したがって、本件においても出訴期間等について教示がなされなかったことをもって出訴期間を徒過したことの「正当理由」があるものと解すべきであり、本件処分は取り消されるべきである。

5 重大かつ明白な違法

仮に、上記「正当理由」が認められないとしても、既述のとおり、本件処分の違法性は重大かつ明白であり、本件処分は無効とされるべきである。すなわち、本件処分は、原告の思想・信条の自由、教育の自由及び職業選択遂行の自由を侵害する重大な人権侵害を伴う違憲処分であり、既述の原告が戒告処分を受けた経

緯、その後の経緯、原告の長年の教育活動の内容、意欲等に照らすと、本件処分の違法性は、本件処分成立の当初から、特に権限ある国家機関の判断をまつまでもなく、何人の判断によっても、違法であることは外形上、客観的に明白である。

6 義務づけの訴えの要件

本件は、「当該法令（東京都再雇用職員設置要綱、地方公務員法）に基づく原告の申請を却下する旨の処分がされた場合」に該当し、既述のとおり、「当該処分が取り消されるべきものであり、又は無効である」ことは明らかである。

したがって、行政事件訴訟法37条の3第1項2号の要件を充足する。

7 国家賠償請求

(1) 既述のとおり、定年退職者の全員が、合理的理由のない限り、再雇用あるいは再任用されるという運用がなされてきた実情に鑑みると、原告は、少なくとも合理的理由なしに再任用・再任用についての差別的取扱を受けないという人格的利益を有していたと言える。しかるに、被告は、再雇用あるいは再任用を希望した原告について合理的理由がないのに差別的取扱いを行い、再雇用あるいは再任用をしなかったのであるから、かかる原告の人格的利益を侵害しており、本件処分が国家賠償法上の違法性を有することは明らかである。

(2) 原告は、本件不採用処分がなされなければ、再雇用職員として少なくとも給料月額16万円（月13日勤務）、あるいは再任用職員として給料月額28万3400円（原告の等級は2級、甲9、10）を得ることができたのであるから、原告の逸失利益は、1年間で最大340万800円である。なお、給料支給日は毎月15日である。

(3) また、既述のとおり、原告は違法に教師の職を奪われたのであり、その精神

的苦痛は100万円を下らない。

- (4) さらに、本件不法行為と相当因果関係にある弁護士費用は、44万円が相当である。

8 結語

よって、原告は、被告に対し、主位的に、行政事件訴訟法3条に基づき、被告が原告に対し平成19年1月17日付けでした再雇用拒否処分、再任用拒否処分を取り消し、原告を東京都再雇用職員あるいは東京都再任用職員として採用することを求め、国家賠償法1条に基づき、金484万800円及び内金144万円に対する平成19年1月17日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金並びに内金340万800円に対する平成20年3月15日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払いを求めるとともに、予備的に、行政事件訴訟法3条に基づき、被告が原告に対し平成19年1月17日付けでした再雇用拒否処分、再任用拒否処分の無効を確認し、原告を東京都再雇用職員あるいは東京都再任用職員として採用することを求め、国家賠償法1条に基づき、金484万800円及び内金144万円に対する平成19年1月17日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金並びに内金340万800円に対する平成20年3月15日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払いを求める。

第3 求釈明

- 1 原告を不採用とした理由は何か。
- 2 平成19年度の再雇用・再任用を拒否された原告以外の者の不採用理由は何か。その者は、国歌斉唱の際の不起立で処分を受けたことがあるか。
- 3 原告についての校長の推薦書を開示せよ。
- 4 昭和60年以降の再雇用職員申込者数及び採用者数を開示せよ。

証拠方法

証拠説明書記載のとおり

附属書類

- | | | |
|---|-------|-------|
| 1 | 訴状副本 | 1 通 |
| 2 | 甲号証写し | 各 2 通 |
| 3 | 証拠説明書 | 2 通 |
| 4 | 訴訟委任状 | 1 通 |

当事者目録

- | | 原 | 告 |
|------------|------------------------------------|------------|
| 〒 112-0012 | 東京都文京区大塚5丁目6番15号
大塚市民法律事務所 | ワイビル2階 |
| | TEL 03-5940-6830 | |
| | FAX 03-5940-6831 | |
| | 原告訴訟代理人弁護士 | 津田 玄 児 |
| 〒 101-0047 | 東京都千代田区内神田3丁目2番3号
神田綜合法律事務所 | 神田鎌倉ビル3階 |
| | TEL 03-3256-1978 | |
| | FAX 03-3256-1987 | |
| | 同 | 木 川 恵 章 |
| 〒 100-0014 | 東京都千代田区永田町1丁目11番28号
三宅・山崎法律事務所 | 相互永田町ビル |
| | TEL 03-3580-5931 | |
| | FAX 03-3580-5400 | |
| | 同 | 山 崎 順 一 |
| 〒 160-0004 | 東京都新宿区四谷2丁目14番4号
四谷共同法律事務所 | ミツヤ四谷ビル6階 |
| | TEL 03-3353-7771 | |
| | FAX 03-3353-7773 | |
| | 同 | 大 谷 恭 子 |
| 〒 105-0001 | 東京都港区虎ノ門2丁目6番4号
今村嗣夫法律事務所（送達場所） | 虎ノ門11森ビル6階 |
| | TEL 03-3580-6954 | |
| | FAX 03-3580-6939 | |
| | 同 | 今 村 憲 |
| 〒 163-8001 | 東京都新宿区西新宿二丁目8番1号 | |
| | 被 告 | 東 京 都 |
| | 代 表 者 知 事 | 石 原 慎太郎 |
| | 代表者兼処分行政庁 | 東京都教育委員会 |
| | 上 記 | 木 村 孟 |
| | 手続会 | |