




即時抗告申立書

2014年3月25日

大阪高等裁判所 御中

抗告人代理人

弁護士	池田	直樹		
同	太田	健義		
同	岡崎	真由子		
同	尾崎	夏樹		
同	冠木	克彦		
同	喜多	鉄春		
(主担当)	同	小谷	成美	
同	重村	達郎		
同	渋谷	有可		
同	副島	久満子		

	同	空野 佳弘	
	同	武村 二三夫	
(担 当)	同	谷 次郎	
	同	中島 光孝	
	同	永嶋 靖久	
	同	原 啓一郎	
	同	南 和行	
(担 当)	同	宮崎 真帆	
	同	宮沢 孝児	
(担 当)	同	三輪 晃義	
	同	村角 明彦	
	同	吉田 恵美子	
	同	吉田 昌史	

当事者の表示 別紙当事者目録の通り

抗告人代理人の表示 別紙代理人目録の通り

上記当事者間の大阪地方裁判所平成26年(行ク)第17号仮の差止めの申立て事件について、同裁判所が平成26年3月24日にした却下決定に対し、即時抗告の申立をする。

原決定の表示

- 1 本件申立を却下する。
- 2 申立費用は申立人の負担とする。

抗告の趣旨

- 1 原決定を取り消す。
- 2 大阪府教育委員会は、抗告人に対して、2014年3月6日に実施された大阪府立芦間高等学校の卒業式において、国歌斉唱の際に起立斉唱しなかったことを理由とする懲戒処分を仮にしてはならない。
との裁判を求める。

抗告の理由

第1 はじめに

本件は、大阪府立芦間高等学校（以下、「芦間高校」という。）の教諭である抗告人が、2014年3月6日に実施された同校の卒業式における国歌斉唱の際に起立して斉唱しなかったことを理由として、大阪府教育委員会（以下、「府教委」という。）が懲戒処分をするを仮に差止めることを求める事案である。

原審決定は、減給及び戒告の懲戒処分の差止めを求める部分については、「償うことのできない損害」を生ずるおそれがあるとは認められないとの理由で申立てを却下した。しかし、当該判断については、明らかな誤りがあり、また、本件

の類似事案において、差止訴訟の「重大な損害」を生ずるおそれを認めた国歌斉唱義務不存在確認等請求訴訟最高裁判決（最1小判2012年2月9日。甲3）に違反する。

以下、詳述する。

第2 当審における主張の前提

原審決定は、本件職務命令に違反する本件不起立行為を理由として申立人に対してされる蓋然性がある懲戒処分は、戒告又は1か月程度の減給であると認定している。

当審においては、迅速な裁判を求める高度の必要性があることから、以下では、原審の上記認定を前提として主張することとする（停職・免職の蓋然性があることについては争わない）。

第3 本件で「償うことのできない損害」が生ずるおそれが存在すること（原審決定の誤り）

- 1 国歌斉唱義務不存在確認等請求訴訟最高裁判決（甲3）は、東京都では当時、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し職務命令が繰り返し発せられ、その違反する懲戒処分が累積し加重され、おおむね4回で（他の懲戒処分があれば3回以内に）停職処分に至るものとされていること等から、「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮」し、当該差止の訴えにつき「重大な損害を生ずるおそれ」を認めた。
- 2 原審において、抗告人は、主に次のような事実から、本件では「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する」ことを主張、立証（疎明）した。

① 被抗告人では、2012年以降、毎年度2回以上、公立学校の式典に際し、多数の教職員に対し職務命令が繰り返し発せられており、その違反に対しては1回目は戒告処分、2回目は減給処分とされている。

② 大阪府職員基本条例には、次の規定が存在する。

27条2項 任命権者が第29条に規定する措置を講じた場合においても、なお職務命令に違反する行為を繰り返し、その累計が5回（職務命令に違反する行為の内容が同じ場合にあっては、3回）となる職員に対する標準的な法28条1項に規定する処分は、免職とする。

③ 2013年に減給処分を受けた教員のうち1人については、「職員基本条例第29条第2項の規定に基づき、今後、あなたが同一の職務命令に違反する行為を繰り返した場合、地方公務員法第28条第1項第3号の規定により免職することがあることを警告します」との警告書（甲11）を発している。

上記①ないし③の事実は、国歌斉唱義務不存在確認等請求訴訟最高裁判決が前提とした事実と比較しても、本件で「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する」ことの十分な根拠となり、これはすなわち、本件において抗告人に対し懲戒処分がされた場合「償うことができない損害」を生ずるおそれを発生させる。

3 ところが、原審決定は、まず、上記①につき、「府教委は、入学式又は卒業式における職務命令に違反する不起立行為に対して一律の機械的かつ累積加重的な処分量定基準を定めているわけでもない」ことのみを理由として、懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が十分に存在しているとの抗告人主張を「採用することができない」とした（原審決定8頁）。

しかし、国歌斉唱義務不存在確認等請求訴訟最高裁判決においても、最高裁の多数意見は、都教委が「一律の機械的かつ累積加重的な処分量定基準」を定めていたことを認定したわけではない。同判決は、都教委の処分量定基準の存否については触れることはなく、毎年^の被処分者に対する処分の実態、

すなわち「過去に非違行為を行い懲戒処分を受けたにもかかわらず再び同様の非違行為を行った場合には量定を加重するという処分量定の方針に従い、おおむね、1回目は戒告、2回目及び3回目は減給、4回目以降は停職となっており、過去に他の懲戒処分歴のある教職員に対してはより重い処分量定がされている」ことから「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する」ことを認定した。

そして、本件では、府教委による処分の実態をみれば（甲8、乙2）、国旗国歌条例制定後、1回目の処分は全て戒告とされ、2回目の処分は全て減給とされている（この点、当事者間に争いはない）。被抗告人自身、2名の減給処分者に対する処分の量定には、過去の式典において国歌斉唱時の不起立行為に関して戒告の懲戒処分を受けていたことを考慮したことを認めており（相手方意見書8頁）、これはすなわち、府教委が同様の非違行為を繰り返した場合には量定を加重するという処分量定の方針を有していることを示している。また、被抗告人と同じく職員基本条例及び国旗国歌条例の適用がある豊中市教育委員会においても、唯一の2回目の処分者に対し、減給処分とされている（甲8）。

これらの事実からすれば、府教委が「一律の機械的かつ累積加重的な処分量定基準」を定めているか否かにかかわらず、実態として、「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する」ことは明らかである。

- 4 さらに本件では、原審決定が述べるところの「累積加重的な処分量定基準」とも言うべき大阪府職員基本条例の規定が存在する（上記②）。

ここで、改めて、他の地方自治体（大阪市を除く）には類のない極めて特殊な大阪府職員基本条例の規定につき、述べる。

被抗告人は、大阪弁護士会等諸団体から多くの批判を受ける中、2012年4月1日、大阪府職員基本条例を施行した。

同条例27条2項は、殊更に職務命令違反を他の非違行為と区別して掲げ、次のように規定している。

27条2項 任命権者が第29条に規定する措置を講じた場合におい

でも、なお職務命令に違反する行為を繰り返し、その累計が5回（職務命令に違反する行為の内容が同じ場合にあっては、3回）となる職員に対する標準的な法28条1項に規定する処分は、免職とする。

同規定が、「標準的な・・・処分は、免職とする」と定めているのは、被抗告人は、処分を累次受ける職員については典型的に地公法28条1項3号にいう「その職に必要な適格性を欠く」ものと評価していると解すべきである。少なくとも、同規定が、累積加重的な処分量定基準であることはその文言から明らかである。

これに対し、原審において被抗告人は、「府教委が職務命令違反行為を5回（違反行為の内容が同じ場合は3回）繰り返した職員を分限免職するか否かは、従来の分限免職処分の有効性に関する判例等を参考として、地公法28条1項3号の要件に該当するかを判断することになり、職務命令違反行為を繰り返した場合に直ちに分限免職処分をするものではない」旨を主張し、原審は、被抗告人がこの点何の疎明もしていないにもかかわらず、これを根拠として抗告人が分限免職処分を受けるおそれがあると認めるに足りる疎明はないとした（原審決定9頁）。

しかし、被抗告人主張のように解するのであれば、そもそも職員基本条例において27条2項を定める必要性は全くない。上記規定が、被抗告人が規定する非違行為のうち、職務命令違反について、特に厳罰を課すことを志向し、ことに違反の回数をメルクマールとして極刑とも言うべき免職を課す可能性があることを宣言したものであることは明白である。被抗告人が、同規定通り免職処分を行わないという保障はどこにも存在しない。少なくとも同規定が3回目の累積違反時の標準的な処分と定める免職を行う「おそれ」は規定自体から十分に認められる。

5 そして、本件について重要な事実として、2回目の処分を受けた者に対する警告書（甲11）の存在がある（上記③）。

すなわち、大阪府職員基本条例は、約2年前に施行されたばかりである

ため、同じ職務命令に3回違反した被処分者が存在せず、被抗告人は未だ上記規定による免職処分を実行してはいない。しかし、被抗告人は、大阪府職員基本条例の規定を根拠として、2回目の職務命令違反者に対し、「職員基本条例第29条第2項の規定に基づき、今後、あなたが同一の職務命令に違反する行為を繰り返した場合、地方公務員法第28条第1項第3号の規定により免職することがあることを警告します」との警告書を発している（甲11）。同警告書は、被抗告人の意見書における主張とは異なり、被抗告人が大阪府職員基本条例27条2項の規定通り、同じ内容の職務命令に3回違反した場合の処分を免職とする可能性を強く示したものであり、「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する」ことの重要な疎明資料である。

抗告人は、同主張を原審においても行ったが、原審決定は、その判断の中で警告書（甲11）の存在について触れることすらせず、「そのほか・
・疎明はない」と一方的に断じており（原審決定9頁）、本件における重要な疎明資料を無視、ないし見落として判断している点に重大な誤りがある。

- 6 さらに、原審決定には、致命的な誤りがある。抗告人は、原審において、上記①ないし③の事実より、全体として、本件不起立及び今後の同様の行為（他者によって侵すことのできない抗告人の思想・良心の表出である）を理由として、「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在」し、「償うことのできない損害」が生じるおそれがあることを主張した。本件において、抗告人に対し行われることが予想される処分は、単発の処分ではなく、免職処分に至る3回のうちの2回目としての性質を有しているのである。仮に3回目が免職でなかったとしても、継続反復し、累積加重され、最終的に免職に至るプロセスの一つとしての性質を有していることは間違いない。

しかるに、原審決定は、抗告人主張を曲解し、なぜか、「本件処分につき、抗告人に対して、最も蓋然性が高い戒告又は1か月程度の減給処分に

加えて、反復継続的かつ累積加重的な懲戒処分がされるか否か」（第3、2、(3)）、「早ければ平成26年4月に実施される入学式において不起立行為をした場合に免職処分を受けるおそれがあるか否か」（第3、2(4)）の2つの論点を独自に設定し、矮小化した上でいずれも否定した。

しかし、本件で問題とされるべきであるのは、抗告人に対して今後行われることが予想される処分の意味ないし性質である。これまで繰り返し述べてきたように、被抗告人において、式典における国旗国歌斉唱の際の職務命令違反に対する懲戒処分は、「反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する」ものであり、近い将来予想される免職処分に至るプロセスとしての性質を有している。国歌斉唱義務不存在確認等請求訴訟最高裁判決（甲3）においても、都教委における処分が停職に至るプロセスとして位置づけられているからこそ、「重大な損害」を生ずるおそれを認定したのであり、本件においても同判決の趣旨はそのまま妥当する（免職の蓋然性が存在するという点で、より損害は大きい）。

原審決定は、抗告人に対する処分がこのような性質を有するものであることにつき全く理解を欠いており、かつ、国歌斉唱義務不存在確認等請求訴訟最高裁判決（甲3）の趣旨を正解しないものである。

なお、上記①②③からすれば、平成26年4月に実施される入学式において不起立行為をした場合に免職処分を受けるおそれも十分に存在するというべきである。

- 7 以上からすれば、本件では、懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在し、このような状況下では、「事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害回復が著しく困難になる」こと、及び「処分をされた後に取消訴訟又は無効確認訴訟を提起して執行停止の決定を受けたり、事後的な損害賠償を受けたりすることによるのでは、救済が著しく困難であるか又は社会通念状著しく不当であると認めることができる」こと

は明らかであり、本件において処分を受けることにより「償うことのできない損害」を生ずるおそれは優に存在する。

第4 本件は、「本案について理由があるとみえるとき」に該当すること

原審決定は、「本案について理由があるとみえるとき」に該当するか否かの判断を全くおこなっていない。

本件において、同要件に該当することは、原審において提出した仮の差止め申立書、及び主張書面において詳述した通りであるから、これを援用する。

原審決定が認定したように、本件は、他に処分の加重要素が存在しない、単純な不起立のみの事案である。過去に1度受けた処分も同様に単純な不起立の事案である。

国歌斉唱時の不起立行為に対する減給・停職の懲戒処分について、過去の1, 2年度年度の数回の卒業式等における懲戒処分の処分歴がある場合に、これのみをもって直ちにその相当性を基礎付けるには足りず、過去の処分歴等が減給、停職または免職処分による不利益の内容と権衡を勘案してもなお規律や秩序の保持等の必要性の高さを十分に基礎づけるものであることを要することを判示し、多くの減給（1月を含む）・停職処分を取り消した最高裁判例（最1小判2012年1月16日（甲4））からしても、本件において、少なくとも減給処分とすることは被抗告人の裁量を逸脱・濫用するものとして違法であり、「本案について理由があるとみえるとき」に該当することは明らかである。

第5 抗告審における審理について

本件については、既に大阪府人事監察委員会教職員分限懲戒部会による審議が終了しており、抗告人に対し、いつ懲戒処分が発せられてもおかしくない状況である。抗告審におかれては、遅くとも本月28日までに決定を出されたい。