

# 教育公務員と一般公務員に対する 職務命令の差異に関する考察

松 井 裕 之

～目次～

序章

第1章 『職務命令と教育政策の歴史の変遷』

第1節 「職務命令の意味」

第2節 「職務命令の意義と教育公務員に対する職務命令」

第3節 「戦後教育政策の展開」

第4節 「職務命令体制の推移」

第2章 『官僚の組織特性と学校の組織特性』

第1節 「官僚（一般公務員）の組織特性」

第2節 「学校（教育公務員）の組織特性」

第3章 『職務命令における学説の対立』

第1節 「職務命令の公定力理論」

第2節 「職務命令の有効性 —教育公務員の場合—」

第4章 『職務命令のあり方について』

付録

参考文献目録

## 【序章】

文部省が全国一斉学力調査を実施したのは1961年～66年であった。当時、教職員組合は学力テストの実施は教育内容の国家統制や知育偏重につながるとしてこれに反発し、各地で教職員が実施を拒否した。そのため実施を命ずる職務命令が数多く発令され、これに教職員組合は実施の妨害という形で抵抗し、教師の懲戒処分や逮捕が相次いだ。いわゆる「学テ闘争」であり、職務命令が教育界で大きく取り上げられた発端である。それからおよそ30年後の1989年、改定された学習指導要領は学校における日の丸掲揚と君が代斉唱を強制する内容に変わり、職務命令を発してでもこれを実行することが望ましいという文部省の見解が出されるに至って、再び職務命令への関心が高まっている。

教育公務員と一般公務員は同質に扱われてよいのであろうか。すなわち、職務命令は教育公務員に対して一般公務員と同様に効力を有するのであろうか。本稿では従来から教育界で指摘されてきたこの問題について、一般公務員と教育公務員の組織特性をふまえて考察を試みることにする。

ただし、従来から出されている意見のいずれかを批判して、職務命令は是か非かという結論を述べるだけでは建設的でない。

教育法学を学ばれた方なら容易に理解していただけたと思うが、教育権問題や教師の専門職性など、教育の本質に関わる論点について教育法学説と行政解釈には大きな隔たりがある。しかも両者の主張は互いに相入れない状態であり、戦後教育が逆コースをたどり始めて以来、全くの平行線である。既存の文献に関しても、ほとんどが双方いずれかの主張を焼き直したもののばかりであり、両者を組み合わせた意見や、いわゆる「中庸」説を述べるものは見い出せない。いみじくも1976年に最高裁が北海道学テ訴訟判決で述べたように、いずれの主張も極端であって採用し難いものである。

本稿のテーマである職務命令に関していえば、学校内に組織管理体制を作り出し職務命令を容認することは、教師を上命下服の管理体制に組み入れ教師の自主性・創造性を抑圧することになる、というのが教育界の意見である。一方、行政側は学校も教育という行政サービスを提供する機関である以上、組織の効率的運営には職務命令は欠かせないと主張する。なるほど、現在の教育体制は学校教育という形態で行われている以上、組織的運営が欠かせないことは認められるが、かつての学テ事件のように教師が職務命令にがんじがらめにされてしまう危険性も否めない。また教師たる人間が必ずしも完璧であるとは断言できないのだから教師に対する職務命令を全く無効とすることには不安を感じるが、職務命令を出す

側も同じく完璧とは言えないわけで、職務命令を絶対有効とすることにも同時に不安を感じる。すなわち、いずれの側の主張にも受け入れ難い部分が認められるのである。

そこで本稿では、両者の主張を総合的に取り入れて、

A：教師に対する職務命令が有効であるための新しい要件

B：現行の職務命令に代わる新規モデル

の二つを提示してみたい。先にも述べたように、教育学、行政法学、両者の主張には一致点が見られない。そのため、それぞれの分野における職務命令の研究は非常に深く掘り下げられているが、それらの成果を統合したものが存在しないのである。本稿では教育法、行政法、労働法の統一的理解をはかり、少しでも統合的な成果に近づくことを目指すつもりである。但し、結果的には従来の見解をまとめ直しただけの結論になるかもしれないが、そこは筆者の能力不足として御容赦いただきたい。

尚、ここでいう教育公務員とは、教育公務員特例法第二条が定めるものとは異なり、公立小学校、中学校、高等学校の校長・教頭・教諭を指すものとするをお断りしておく。

## 【第1章】

### 職務命令と教育政策の歴史的変遷

#### 〔第1節〕職務命令の意味

職務命令とは、公務員が職務を遂行するに当たって、上司が部下の公務員に対して発する命令のことをいう。

公務員は、その守るべき義務ないし規律を服務という形で定められており、地方公務員法三〇条に「すべて職員は、全体の奉仕者として公共の利益のために勤務し、且つ、職務の遂行に当たっては、全力を挙げてこれに専念しなければならない」と規定されている。

服務には主として、職務を遂行するに当たって守るべき義務である“職務上の義務”と、公務員たる身分を有することに伴う義務である“身分上の義務”がある。職務上の義務とは、(1)職務に専念する義務、(2)法令等及び上司の職務上の命令に従う義務であり、身分上の義務とは、(3)信用失墜行為の禁止、(4)守秘義務、(5)政治的行為の制限、(6)争議行為の禁止、(7)営利企業等への従事制限である。これらの義務の違反は法律上の懲戒処分の対象になる。この(2)の“上司の職務上の命令”がいわゆる職務命令であり、その根拠は地方公務員法三一条、同三二条に求められる。

三一条には「職員は、条例の定めるところにより、服務の宣誓をしなければならない」とあるが、例えば昭和四一年政令一四号に新しく定められた国家公務員の宣誓文は、「私は、国民全体の奉仕者として公共の利益のために勤務すべき責務を深く自覚し、日本国憲法を遵守し、並びに法令及び上司の職務上の命令に従い、不偏不党かつ公正に職務の遂行にあたることをかたく誓います」となっている。これに関しては、全体の奉仕者としての公務員の国民に対する宣誓の中に、「上司の命令」に従うことまでも含ませることは、上司の命令を憲法と等置し、公務員に対する政府の管理権を強化するものであるという批判がある。三二条は、「職員は、その職務を遂行するに当たって、法令、条例、地方公共団体の規則及び地方公共団体の機関の定める規程に従い、且つ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない」と、職務命令に従う義務を明文化した条文である。

こうした職務命令の形式については、別段の制限はない。後にその内容が問題になることが予測される場合や長期研修を命じるような場合には文章で発するのが適当であるとされるが、一般的には文章であるか口頭であるかは問わない。さらに多人数を対象とするもの、特定個人を対象とするものなど様々な形式が認められるが、最も適した形で発せられていれば足りるとされる。また、上級機関から下級機関への訓令や通達は、その影響力が下級機関の職員である公務員にも及ぶことから、職務命令を含んでいるが、職務命令は単に上司から部下の公務員に発せられた命令であるので、訓令や通達は含まない。(第3章で詳しく述べる)

一般に職務命令が有効に成立するためには、以下の四点の要件が必要であるといわれる。

A. 権限ある職務上の上司から発せられたものであること。

※職務上の上司とは、職員組織系列において上位の地位を占め、かつ職務に関して下位の職員を指揮監督できる立場にある者のこと。身分的な上下関係ではなく、あくまで職務上の上下関係である。また二つ以上の上司から発せられた命令が矛盾する場合には、上級の上司の命令が優先する。

B. 部下の職員の職務に関するものであること。

※例えば、土木課の職員に税務に関する命令を出しても無効である。

C. 法律上の不能、または事実上の不能を命ずるものではないこと。

※例えば、犯罪行為を命ずるもの、免許を必要とする職務を免許を持たない者に担当させることなど

は、職務命令として無効である。また知識や経験が皆無の者に工事の設計を命ずることは事実上の不能として無効である。

D. 命令を受ける公務員の職務上の独立に関するものではないこと。

※裁判官（憲法七六条二項）、公正取引委員（独占禁止法二八条）のように、職務上の独立が法的に保障されている者については、その職務に対して出された職務命令は無効である。

これらの有効要件を欠く場合については、内容的に「重大かつ明白な違法」がある場合には、受命公務員はその職務命令を無効として拒否できる。しかし、有効要件を欠いていても、その内容の違法性が客観的に重大かつ明白でない場合には、権限ある上司によってその取消しが行われるまでは適法の推定を受け、受命公務員はその職務命令に従わなければならないとされている。行政行為ではない職務命令に拘束力を付与した、いわゆる「職務命令の公定力」理論といわれるものである。（これに関しては第2節、第3章で詳しく述べる）

以上が職務命令の基本的な内容であるが、その詳細と教職員に於てはめた場合について次の節で述べることにする。

#### 〔第2節〕職務命令の意義と教職員に対する職務命令

職務命令は何のために存在するのであろうか。言い換えるならば、なぜ公務員は職務命令に従わなくてはならないのであろうか。

行政組織を構成する職員の職が階層的に区分された機能を与えられており、これらの職員の職の機能が命令・服従の関係を構成しながら、統一的意思のもとに行政組織及び行政機能の統一性を確保するため<sup>1)</sup>、というのが一般的見解のようである。行政解釈の立場では、一定の目的をもって活動する組織体にとって、能率的な活動を行うには適切な管理運営体制が必要であり、一体的運営に必要なものが職務命令であるとされている。いわば組織の運営の効率を高めるために組織の統一を求める経営論に重点を置いた解釈と言える。また職務命令は、法律、条例等で抽象的に存在する職員の職務を現実の必要に応じて個別にかつ明確に具体化するものであるとも言われている。すなわち、公務員は法律、条例、その他の規則に従い、任命行為によって必然的にその職務が決定するが、例えば都庁の交通局に配属した場合でも、都営地下鉄に関する事務を担当させるのか都バスに関する事務を担当させるのかを決定するためには、より具体的な命令が必要となるということである。

要するに、職務命令の存在意義は、行政組織の機能的運営のための組織的秩序形成にあるということになる。詳細かつ具体的な命令を発することによって、個々の職員が勝手気ままに職務を遂行することを防止することである。そしてそのためには職務命令に絶対的な拘束力が必要になる。そこで従来から「職務命令の公定力」なるものが主張されてきた。

一般に職務命令が職員を有効に拘束できるのは、職務命令が第1節で述べた有効要件を備えている場合に限られる。しかし職務命令に違法性または不当性がある場合には次の二つの場合に分けられる。

1. 職務命令に重大かつ明白な瑕疵がある場合には、その職務命令は当然無効であり、職員はその職務命令に従う義務はない。逆に、その職務命令に従って行為をした場合、もしくはなさなかった場合には、その職員は作為または不作為から生ずる責任を負わなければならないとするのが通説である。例えば、予算がないにもかかわらず支出命令にしたがって公金を支出した場合には、支出した職員は法令違反の懲戒処分の対象となり、また公金の違法支出に基づく損害賠償責任を負うことになるのである。

2. これに対し、職務命令の瑕疵が客観的に重大かつ明白ではなく、有効性に疑義があるにすぎない場合は、その職務命令は有効であるという推定を受け、職員はその職務命令が発令者である上司または権限ある機関によって取消されるまでは、その命令に従う義務があるとされる。

この絶対的な拘束力が職務命令の公定力といわれるものである。これは、個々の職員が自己の判断によって職務命令が違法であるかどうかを審査し、違法であると判断した場合にはこれに従わないことができるのであれば、「職員によって、職務命令の有効・無効が変化することになり、行政としての統一がとれなく」<sup>2)</sup>なるからという理由付けがなされている。判例においてもこれを容認したものがある。

「職員が上司の職務命令を違法であるとして、その命令への服従を拒否し得るのは、一見明瞭な形式的適法性を欠く場合に限るべく、実質的な内容に立入って審査しなければ容易に適法か違法か判明しない場合には、職員にその適否を審査する権限はなく、たとえその主観において、職務命令の内容が違法または不当と考えられるものであっても、それが客観的に違法であることが明白でない以上、職員はこれを拒否することができず、ただ職務上の上司に対してこれに関する意見を述べることができるに過ぎないものと解するのが相当

である。」

(昭44・2・19 仙台高裁判決)

「地方公務員法三二条は地方公務員に対し、職務の遂行に当り上司の命令に忠実に従う義務を課している。従って当該命令を受けた公務員が正当な理由もなくこれを拒否しえないのはもとより、他の公務員も濫りに右命令の執行を妨害することは許されないとすべきである。もっとも同条は上司の違法な命令についてまで、これに服従することを要請しているものとは解されないが、ただ右命令を拒否しえるのは、その違法性が客観的に重大かつ明白な場合に限り、単に当該命令の法的根拠についての主観的な見解の相違があるに止まる場合はこれを拒否したり、その執行を妨害することは許されないと解するのが相当である。そして教育公務員も地方公務員である以上、右規定の適用除外となるいわれはない。」

(昭61. 12. 25 福岡地裁判決)

この職務命令の公定力理論に対しては、特別権力関係を容認するものであるとして、教育界や行政法学会に強い批判が存在している。

また職務命令は、大きく分けて「職務上の命令」と「身分上の命令」に分類される。前者は職務の執行に直接関係する(例えば出張命令など)であり、後者は職員たる身分に対してなされる命令(例えば職員に名札や制服を着用させる命令)である。地方公務員法第三二条で規定している職務命令は職務上の命令のみであり、身分上の命令については地方公務員法上に規定がない。当然ながら、身分上の命令違反に対する懲戒処分の根拠規定も明らかではない。そのため、身分上の命令については、公務員の特別権力関係に基づいて発せられるものとされており、懲戒処分の根拠規定は、地方公務員法第二九条一項三号「全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあった場合」に求められている。(以上については第3章で述べる)

さて、職務命令の基本的な事項について述べてきたが、これらは教育公務員に対してどのように適用されているのだろうか。

教育公務員に対する職務命令の根拠法は前述の地方公務員法三〇～三二条に加えて、地方教育行政の組織及び運営に関する法律(以下地教行法)と教育公務員特例法である。地教行法は以下のように規定している。

第四三条

市町村委員会は、県費負担教職員のサービスを監督する。  
2 県費負担教職員は、その職務を遂行するに当って、

法令、当該市町村の条例及び規則並びに当該市町村委員会の定める教育委員会規則に従い、かつ、市町村委員会その他職務上の上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない。

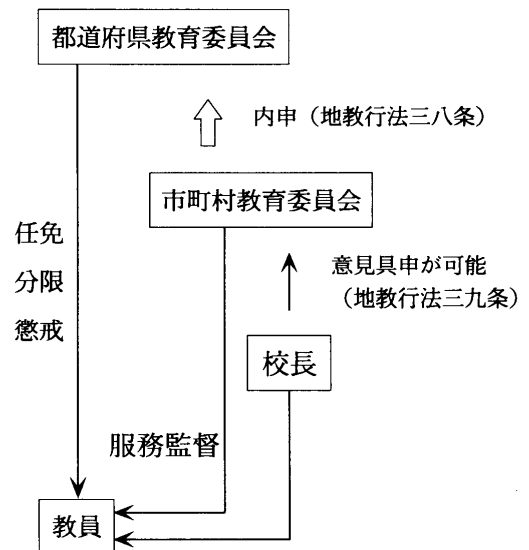
第三五条

第三一条第一項又は第二項に規定する職員の任免、給与、懲戒、服務その他の身分取扱に関する事項は、この法律及び他の法律に特別の定がある場合を除き、地方公務員法の定めるところによる。

ここでいう「職務上の上司」とは職務の遂行について職員を指揮監督する者である。これに対して「身分上の上司」というものがある。身分上の上司とは、職員の任用、分限、懲戒などの身分取扱いについて権限を有する者をいう。通常は職務上の上司と身分上の上司は同じであるが、公立小中学校の教職員については両者が分離している。すなわち、公立小中学校の教職員は県費負担職員であるため任命権者は都道府県教育委員会であるが、その服務監督権者は市町村教育委員会である。よって教職員の職務上の上司は市町村教育委員会であって都道府県教育委員会ではない。また行政解釈によれば校長、教頭、さらには学年主任や教科主任も教職員の職務上の上司であるとされている<sup>3)</sup>。これらを示したのが図①である。

また、三五条でいう「職員」とは法律で設置が定められた校長、教員、事務職員を指し、「この法律の特別の定」とは県費負担教職員の任用、勤務条件、服務監督、職階制、研修、勤務評定等である。

(図①)



このように教職員の身分取扱いは地教行法、地方公務員法、そして「他の法律」である教育公務員特例法によって規定されているのだが、それらには若干の違いがあるので触れておこう。

地方公務員法五七条は特例として以下のように定めている。

「職員のうち、公立学校（学校教育法に規定する公立学校をいう。）の教職員（同法に規定する校長、教員、及び事務職員をいう。）、単純な労務に雇用される者その他その職務と責任の特殊性に基づいてこの法律に対する特例を必要とするものについては、別の法律で定める。但し、その特例は第一条の精神に反するものであってはならない。」

この条文の趣旨は、教職員の職務と責任の特殊性を配慮して他の法律で特例を設け得るということであるが、地教行法三五条の「この法律の特別の定」はこれとは性質が異なる。「この法律の特別の定」は、教職員の職務と責任の特殊性によるものではなく、教職員の人事行政機構の特殊性を根拠としているものである。すなわち、人事行政機構の特殊性とは、先にも述べたように教職員の任命権者と服務監督権者が異なるという点と、教職員の採用・昇任は、一般公務員が競争試験によるに對し、選考で行われる（教育公務員特例法一三条）という点である。このことは「特別の定」が、教育公務員特例法ではなく、行政組織法である地教行法で規定されていることから明らかである。

一方、教育公務員特例法は、教職員の職責の特殊性を配慮して定められた特別法である。

#### 第一条

この法律は、教育を通じて国民全体に奉仕する教育公務員の職務とその責任の特殊性に基き、教育公務員の任免、分限、懲戒、服務及び研修について規定する。

教育公務員特例法と国家公務員法・地方公務員法の関係はいわゆる特別法と一般法の関係にあり、教育公務員特例法の規定が前記両法に優先する<sup>4)</sup>。ところが、教育公務員特例法二三条二項、地方公務員法二条、国家公務員法一条五項には、教育公務員特例法の規定がこれら公務員法に矛盾し抵触するような場合には、両公務員法の規定が優先すると定められている。これでは特別法たる存在価値がなくなってしまう。そこで、この場合の矛盾・抵触を、国家公務員法附則一三条但書、地方公務員法五七条但書でいう「その特例はこの法律第一条の精神に反するものであってはならない」こと、すなわち両公務員法第一条の精神に反する場合を意味するものと解すべき

であるとする見解がある<sup>5)</sup>。

#### ※地方公務員法第一条

この法律は、地方公共団体の人事機関並びに地方公務員の任用、階層制、給与、勤務時間その他の勤務条件、分限及び懲戒、服務、研修及び勤務成績の評定、福祉及び利益の保護並びに団体等人事行政に関する根本基準を確立することにより、地方公共団体の行政の民主的且つ能率的な運営を保障し、もって地方自治の本旨の実現に資することを目的とする。

以上のような根拠に基づく教職員に対する職務命令であるが、その存在意義ははじめにも述べたように、組織＝学校の能率的一体的運営と職務内容の具体化であるとされている。

「学校は一定の教育目標を実現するために各構成員が一体となって活動する一つの有機的な組織体である。学校の教職員は、学校という組織体の中で一定の職務を分担しているものであり、学校という組織体は、一定の秩序を維持しながら、学校の目的である教育事業を遂行しているのである。このことから当然に、一定の秩序を維持するための内部規律が存在し、個々の教職員が上司の指揮監督に服して勤務するという意味で支配服従の関係にある」<sup>6)</sup>。この内部規律といわれるものが学校管理規則及び職務命令であるとされている。また、教職員の勤務の内容は学校教育法や学校管理規則、学習指導要領によって定められているとはいえ、例えば中学校の国語の教諭として採用されたとしても、その中学校の特定の学級を担任することが決定されなければ、その教諭の仕事は具体化しない。そこで学級の担任を命ずる職務命令が必要になるというわけである。

ゆえに行政解釈は、教職員に対する職務命令の有効要件は基本的に先述の四項目であるとしている。行政解釈の立場では、「権限ある職務上の上司」とは市町村教育委員会、校長、教頭ということになる。また教職員の事務に明らかに無関係なことは命令として無効である。つまり校長が自宅の引っ越しの手伝いを命じることはできない。しかし、その職務の範囲をめぐっては様々な見解がある。さらに法律上・事実上の不能もまた命令として無効である。教職員免許状をもたない者に授業の担当を命じることや複数の授業を同時に担当させることはできない。ただ、問題になるのは、職務命令の内容が教職員の職務上の独立に関する事項であるか否かである。この点の解釈の相違が教育界と行政側の主張の違いにつながってゆくのである。

もう一つ問題になるのは、職務命令が有効要件を欠いている場合であるが、これに関しては、公務員全般に對

する職務命令の場合と同じ論争が存在する。すなわち、職務命令の公定力理論の是非をめぐる論争である。しかし、教育界では教育基本法一〇条の精神に鑑み、職務命令の公定力を全く認めていない。これらの点については第3章で述べることにしたい。

次に、教職員に対する職務命令にはどのようなものがあるのだろうか。

日案や週案の作成、出張、宿日直など個々具体的な職務に関する命令と、学級や授業の担任のように包括的な命令があるが、代表例は以下のように分類されるだろう。

1. 出張命令、研修命令
2. 校務分掌命令
3. 事務的事項に関する命令
4. 教育内容に関する命令

研修命令とは、主として教育委員会が内容を定めた研修（行政研修）への参加を命ずるものである。無論、大学やその他の機関で、より研究を深めるために長期間の研修を命じられる場合もあるが、問題とされてきたのは行政研修参加の職務命令である。なにゆえ問題とされたかということ、いわゆる行政研修が行政解釈に沿った内容（そしてこれは教職員が批判していた内容でもある）を講義するものであり、そうした研修への参加命令は、教員の職務の特殊性を無視するものとされたからである。そもそも教育公務員特例法<sup>7)</sup>では、教職員の研修を教職員の職責遂行のために不可欠なものとしており、任命権者には研修計画の樹立や実施の努力義務が規定されているだけである。これは、一般公務員が「勤務能率の発揮及び増進のために」研修を受け、研修の実施主体が任命権者であるとされているのと対照的である<sup>8)</sup>。これらのことから、教職員には研修の権利があり、命令研修は違法であるとする教職員側と、教育公務員特例法の規定は命令研修を否定するものではないとする行政解釈の対立<sup>9)</sup>が、問題を生み出しているのである。

校務分掌命令とは学年、学級担任を命じたり、主任を命じる（行政解釈では、主任の発令は身分取扱上の任命行為ではなく、一定のまとまりのある職務を担当させる職務命令であるとされる）ことで、通常は毎年定期的に発令されるので、おそらく命令されたとは感じにくいものである。これに関しても、学校教育法二八条に規定する校長がつかさどる「校務」の範囲をめぐる論争が展開されている。

教育内容に関する命令については、教育界は教師の専門職性と教育権の独立の立場から、教育課程の編成や教科書の選択等についての職務命令は無効であると主張している。一方、行政解釈は、教育行為を一般行政事務と

同質に取扱うべきではないとしながらも、法律上の根拠から、教育内容に関する職務命令を容認している。判例もおおよそ容認の立場である。通達や学習指導要領に基づく職務命令、とりわけ近年の「日の丸」掲揚、「君が代」斉唱に関する職務命令は、まさにこの行政側の主張に基づいているのである。

以上、簡単に教育校務員に対する職務命令を見てきたが、これらに関する解釈の違いや学説、論争について、後ほど詳しく説明する。

- (1)金子善次郎編『服務・分限・懲戒・労働基本権』18頁
- (2)『季刊教育法7号』所収 鈴木 勲「職務命令のしくみと効力」
- (3)昭和32・3・8文部省初等中等教育局長通達  
「校長は、職務上の上司であるとともに、教育委員会に属する服務の監督権を分任して行う。」  
学校教育法二八条三項  
「校長は、校務をつかさどり、所属職員を監督する。」  
文部省地方教育行政研究会編著『教師の権利と義務』  
「校長を補佐する立場から、教頭は校長の命をうけて部下職員に職務上の指示、命令をするし、校務を整理する立場から、校務を取りまとめるために、教職員の分担している仕事について、指示、命令を出している」  
今村武俊『教育行政の基礎知識と法律問題』第1部  
「学級担任の教諭に対して学年主任である教諭が、教科ごとに教科担任の教諭に対して教科主任が、上司の立場にある。」
- (4)昭26・6・15文部事務次官通達
- (5)有倉遼吉『教育関係法Ⅱ』
- (6)『季刊教育法38号』所収 国分正明「教職員に対する職務命令のあり方」
- (7)教育公務員特例法一九条一項  
「教育公務員は、その職責を遂行するために、絶えず研究と修養に努めなければならない。」  
同条二項  
「教育公務員の任命権者は、教育公務員の研修について、それに要する施設、研修を奨励するための方途その他研修に関する計画を樹立し、その実施に努めなければならない。」  
同法二〇条一項  
「教育公務員には、研修を受ける機会が与えられなければならない。」  
同条二項

「教員は、授業に支障のない限り、本属長の承認を受けて、勤務場所を離れて研修を行うことができる。」

同条三項

「教育公務員は、任命権者の定めるところにより、現職のまま、長期にわたる研修を受けることができる。」

(8)地方公務員法三九条一項

「職員には、その勤務能率の発揮及び増進のために、研修を受ける機会が与えられなければならない。」

同条二項

「前項の研修は、任命権者が行うものとする。」

同条三項

「人事委員会は、研修に関する計画の立案その他研修の方法について任命権者に勧告することができる。」

(9)「教特法は、教育公務員の使命の重要性に鑑み、その職業倫理を改めて確認し、教員に研修についての積極的な態度と意欲を求めたものであり、教特法の規定が、一般的に能動的・自発的な研修を期待していると解されるとしても、命令研修を否定するものではない。」

(坂元弘直監修『教師の教育活動と法制研究』1976年 第一公報社)

「市町村教育委員会は、地教行法四三条の規定により、服務監督権者としての研修の目的を達成するために必要な場合は、……職務命令の形式で、県費負担教職員に対し内地留学を命ずることができる。」

(昭44. 3. 5 松江地裁判決)

「一般公務員の場合と同様に教員についても地教行法四三条の規定により、職務上の上司である地教委、校長が業務命令をもって研修会への参加を命ずることはなんらさしつかえない。」

(昭38. 6. 25 人事院判定)

### 〔第3項〕戦後教育政策の展開

ここで、戦後の教育政策の流れを見ることにする。職務命令の基本となる労使関係を含めて述べてゆきたい。

さて、戦前では公務員の労使関係は、包括的かつ無定量の特別権力関係であった。特別権力関係とは、改めて説明すると、公務員の任命が行政行為であるという考え方を前提として、公法上の特定の目的のために必要な限度において、任命権者が職員を包括的に支配することである。特別権力関係においてはその公法上の特別の目的達成のため、必ずしも法治主義の原則は貫かれず、その

適用は排除され、当事者に対して包括的な支配権の発動としての命令を具体的な法律に基づかないで強制できる。特別権力関係論を唱えた美濃部達吉は、天皇制の下の官吏は、身分上国家に隷属し国家の命ずるところに従い、包括的な無定量の勤務に服する義務を負うとしていた。職務の内容はもとより勤務条件も使用者たる国家の自由裁量によって決定されていたということである。無論、教育公務員もこの例外でなかったことは言うまでもない。

戦後の新憲法体制になると、基本的人権の尊重と共に、労働者＝労働力の売り主という位置付けが労働基準法(以下労基法)によってなされ、同法は労働契約を締結する際に、賃金だけでなく労働条件を明示する義務を雇用者に課した(労基法一五条一項)。これは業務命令の基本的要素が労働力の対価として労働契約によって決められることを規定したものである。加えて、業務命令の内容は雇用者が一方的に決めるのではなく労使対等の立場で決められる(労基法一、二条)ことも規定された。労基法制定当時は、公務員も労働三権を保障されており、争議権を背景に団交によって労働条件を決めることが可能であった。これによって特別権力関係は否定され、公務員の勤務関係も労働契約関係であると考えられたのである。

一方、教育政策は、1945年後半に、GHQから相次いで教育における軍国主義、国家主義を排除する指令が出され、1946年来日した第一次アメリカ教育使節団の報告書により戦後教育改革が明確に方向づけられた。これを受けて、1947年に教育基本法と学校教育法が公布・施行され、中央集権、軍国主義、国家主義を否定し、個人の価値と尊厳を尊重する新しい教育理念が確立された。憲法で保障された学問の自由と教育を受ける権利がここに明確化され、教職員は市民権、労働権、教育権を獲得したのである。

しかし、それも束の間で、世界が東西冷戦構造に向かうとアメリカでは「タフト・ハートレー法」が制定され、国家公務員の争議を禁止するなど冷戦政策を打ちだされた。GHQの占領政策もこれに呼応して、再び保守化の方向に進められるように、マッカーサー元帥は1948年に国家公務員法の改正に関する書簡を発表して、同年7月に政令二〇一号として公布された。その内容は、公務員の団交権に各種の制限を加え、争議権を剥奪するものであった。マッカーサー書簡が出された理由は次の二点であった。公務員の使用者は国民であって、ストライキは国民全体に反旗をひるがえすことになる、団交は国民全体が相手であり、国会の手続きを経なければならないから制限を受けるものである<sup>1)</sup>。

このようにして、国家公務員法、地方公務員法は、公務員の団交権を制限し、争議を禁止し、公共企業体等労働関係法を適用しない国家公務員については労基法の適用除外とし、これを準用するにとどめた。判例もこれを支持し、最高裁は、公務員は全体の奉仕者であるとして、労働基本権の制限及びその違反に刑罰を科することは憲法二八条に違反するものではないとした<sup>2)</sup>。「全体の奉仕者」論は、教育公務員を含め、公務員の雇用関係が労働契約関係であるという見解を否定し、再び事実上の特別権力関係としたのである。

さらに、1950年に朝鮮戦争が始まると、政府はアメリカに協力して国防教育を推進するために様々な抑圧策を展開する。1953年、当時の自由党政調会長であった池田勇人とアメリカのロバートソン國務次官補がワシントンで会談する。会談後に出された共同声明は日米の防衛協力を強く訴える内容で、その最後には「会談当事者は日本国民の防衛に対する責任感を増大させるような日本の空気を助長させることが最も重要であることに同意した。日本政府は教育および広報によって日本に愛国心と自衛のための自発的精神が成長するような空気を助長することに第一の責任をもつものである。」と述べられている。ここに、いわゆる戦後の「逆コース」が始まることになる。

翌1954年には、政府による偏向教育是正のキャンペーンが行われ、教育公務員の中立性を確保するために教育二法が制定された。その後、道徳科目の設置、学習指導要領の官報公示、教科書検定、学力テスト実施など、教育内容に対する一連の介入は周知のとおりである。(付録1参照)

同時に、教職員人事にも様々な改変が行われる。1956年の地教行法制定による教育委員の任命制を皮切りに、勤務評定の実施、校長・教頭の管理職化、そして文部省—都道府県教育委員会—市町村教育委員会—校長という管理体制の確立が行われた<sup>3)</sup>。そして、この管理体制が、やがて職務命令体制へつながってゆくことになる。

こうした教育の逆コースは、当然、教職員の反発を招くことになった。その教職員たちの砦が日教組である。逆コース以来、戦後教育の大半は文部省VS日教組の構図になったわけである。だが、当初から文部省と日教組の中は陰悪だったわけではなかった。1947年6月に、奈良県橿原市の建国会館野外公会堂で日教組の結成大会が開かれたとき、文部大臣の森戸辰男は記者会見で「教員組合運動のあり方についても、もっと堅実なものでありたい。教員の労組が生まれたことは結構であるが、一面『精神労働者』である教師の立場をくみ入れて、教組独

自の性格がそこに芽生えてよかろう。最初に走りすぎて、すぐ疲れ切ってしまうようなことでは心細い」と語っている<sup>4)</sup>。しかし1952年に党人文相の岡野清豪(日銀出身)が登場して、文部省と日教組は完全な断絶期を迎えるのである。

ここで考えておきたいのは、この文部省と日教組の対立構造が教育に与えた影響である。確かに文部省の教育政策は国防政策をその基本に置いていた。職務命令体制は組織的能率を重視した学校経営を行うためとされていたが、その背後に、政策に沿った内容統制を行う意思があったことは上記のことから事実であると認められる。しかし、教育水準の維持を目指したことも事実である。勿論、その裏には技術水準の向上により国力の増強を図る意図が存在していたが、この逆コースを「反動化」の一言で片付けるのはいかながなものであろうか。反動的な教育政策もあったが、それ以外の要素、すなわち経営論、学力向上、技術革新などが複雑に絡み合っていると考えるべきであろう。ただ目的はどうであろうと管理教育、画一教育であることは事実である。そして、日教組もまた、同類である。仮に政府の教育政策が国家主義的画一化であるならば、日教組の運動はそれに対抗する画一化であったと言える。団結して闘うことは政府に対する抵抗権であると言われるかもしれないが、教育の当事者である子供や親たちから見れば、どちらも画一的である。命令系統の中心が文部省か日教組本部かという違いだけである。子供や親たちを無視した両者の無謀な闘争が、教育を硬直化させ、学歴だけを信奉する教育体制を作り出したとしか言いようがない。大義名分に使われた子供たちが最も被害を被っている事実を改めて認識しておきたい。

- (1)ルーズベルト大統領が国家公務員の団交を回避するためにつかっていた言い訳で、ヨーロッパ諸国並びにILOでは否定されている思想である。
- (2)昭和二八年四月八日 国鉄青森機関区事件の最高裁大法廷判決
- (3)文部大臣の権限強化と上命下服体制を規定する地教行法の特徴は以下のとおりである。
  - ①第一六条：教育長の承認制
 

都道府県教育長は委員会の任命の前に文部大臣の承認(市町村教育長は都道府県教育委員会の承認)が必要。

※1967年11月、蟻川府政下で「西の文部省」と言われた京都府教育委員会の教育長の承認が一カ月近く文部大臣から下りなかった事件。

→一般職の地方公務員人事に中央官庁が介入する



ことは異例中の異例だが、承認は単なる事務的処理ではないという事実を示した。

また、1979年より内藤文相の指示により都道府県教育長及び指定都市教育長人事の承認に際して、文部省は教育長候補者と面接。(1980年9月、面接制度を堅持していく方針を表明)

→1964年臨時行政調査会答申は教育長承認制廃止を提案

“教育長の専門性は教育委員会活動の援助と教育行政能力にあるのだから、任用過程で住民の意志を尊重する余地はあっても文部省が介入する合理的根拠は見い出せない。”

…しかし現在も承認制は存続

#### ②第十九条三項：指導主事の職務

「指導主事は、上司の命を受け、学校における教育課程、学習指導（略）に関する事務に従事する。」

→指導主事が官僚化され、国の権力系列に組み込まれた。

#### ③第三十七条：教職員任命権

市町村立学校の県費負担教職員の任命権は、その給与の負担団体である都道府県教育委員会に属する。

…都道府県単位における人事の交流と、教育の統一的水準確保を目的とする。

→人事行政面で都道府県教委が市町村教委を支配することが可能。

#### ④第四八条：指導、助言及び援助

「文部大臣は都道府県又は市町村に対し、都道府県委員会は市町村に対し、都道府県又は市町村の教育に関する事務の適正な処理を図るため、必要な指導、助言又は援助を行うものとする」

※この指導・助言は常に垂直に下降する形で行われるものと規定されている。

【参考】 第四八条二項…指導、助言、援助の例

「学校の組織編制、教育課程、学習指導、生徒指導、職業指導、教科書その他の教材の取扱その他学校運営」

「校長、教員その他の教育関係職員の研究会、講習会その他研修」

「教育及び教育行政に関する資料、手引書」の作成と利用

これらに関して以下のような行政解釈が出されている。

・同法第四八条は「地方公共団体における教育行政に対する国の指導的地位並びに市町村に対する都

道府県の指導的地位を明らかにしたものの。」

(1956年6月30日付文部事務次官通達)

・市町村学校管理規則は都道府県教育委員会の定めた基準の枠内において定めるべきであり、「その違反に対しては、都道府県教委は指導・助言の機能を発揮してその実現を図ることが考えられよう。」

(文部省地方課法令研究会編『解説教育関係行政実例集』)

(4)田原総一郎『日本の官僚』347頁

### 〔第4節〕職務命令体制の推移

次に、第3節で述べた教育政策の歴史の中で、職務命令はどのような変遷を遂げてきたのかを見ていきたい。

兼子仁氏によると職務命令体制の流れは四段階に分けられる。職務命令が実際に教育の現場に持ち込まれたのは、1958年に学習指導要領が教育の国家基準として告示された際に、この内容を全国の教師に徹底するために行われた教育課程伝達講習会への出席を命ずるときであった。また同年から勤務評定に反対する日教組闘争が激化しており、これに対して行政解釈として、市町村教育委員会は校長に職務命令を発して勤務評定の記入を行わせることができるとしている<sup>1)</sup>。しかし、このときの職務命令はあまり重視されておらず、多くは個人宛のはがきとして出される程度であった。これが第一段階である。

第二段階は、職務命令が教育現場で本格化した1961年の全国一斉学力調査（以下学テ）が行われたときである。学テは「学習の到達度と教育的諸条件との相関関係を究明し、調査結果にもとづいて教育的諸条件を整備することをねらいと」<sup>2)</sup>するものと説明されていたが、文部省は日教組に学テ反対の動きがあることをふまえて、学テを円滑に実施するために、市町村教育委員会→校長のラインで、テスト実施当日の授業計画変更の職務命令、校長をテスト責任者に、教諭をテスト補助員に命ずる職務命令を濫発した。そして、学テ実施拒否、正常授業の実施は職務命令違反であるとして大量の行政処分が行われている（表1）。このときから、職務命令は政策を末端にまで徹底するための有効策として重視され始めた。しかし、この段階では内容・形式に統一性は見られない。

第三段階は高度成長期を迎えた1965年頃である。このときから、職務命令は職種別に、法的根拠を明示して発せられるようになる。そして形式もある程度統一され、同一管轄区域内では同一様式が用いられるようになった。さらにこの頃から、経営学的要素を重視した「学校重層構造論」なるものが展開され始めた。当時の文部省初等中等教育局審議官今村武俊氏は全国の校長・教頭講習会

で職務命令論を訴えて回り、その著書で次のように述べている<sup>3)</sup>。

「(非常の際に発した職務命令について) 校長がその政治的責任において一種の緊急避難として行った行為は形式的な違法性を阻却されることになる。」

「校長は、職務命令を発して教職員に校務を分掌させ、教職員の職務遂行を監督する権限を有し、反面教職員はいや応なしにそれに従う義務がある。義務違反に対しては制裁(懲戒処分)をもって臨むということでのこのことを担保さえしている。このように、校長は日常の校務処理では優越的な立場でかなりいい気持ち(?)で仕事を運んでよいのである。また、このような秩序が学校で確立していなければ校長として落第である。」

そして第四段階は1970年以降である。この段階から、学習指導要領の内容を徹底するために職務命令に依存する形態が作られ、内容も教育内容に直接関係するものに変わってゆく。また、1971年には中教審答申が出され、その中で学校管理体制の強化が謳われている。その中軸的役割を担ったのが校務分掌に関する職務命令であった。校長の指導と責任の下で校内管理組織を形成するために、職制を定めることが重視されたのである。この典型例が北海道に見られる。

1970年10月に、北海道議会で「新任校における学校経営一か月のとりくみ」と題される文書が取り上げられた。この文書は、九つの道立高校の校長の報告を道教育委員会がまとめ、“適正な学校経営の手本”として各高校校長に配布したものである。その中のある校長の報告を見ると、この校長は着任の際に以下のような内容のはがきを全教職員に発送した。

「引継ぎの折、新年度学級担任割当てその他の分掌内定が、校長不在中に校長に関係なくなされたことを聞きあ然としました。私は、赴任してから教職員諸氏の希望をとり、私の責任で新たに発令します。各種業務の発令は法律にもとづく校長の人事監督権限の執行であるので、前記の如き実態は即座に是正します。理非曲直を正し、かかる実態が人的要因によるものか、もしくは管理体制の不備かを徹底的に糾明し、原因の把握と厳正な処置を執行します。」

この校長は宣言どおり、着任一カ月で校内人事発令やり直しと職員会議の諮問機関化を強行したのである<sup>4)</sup>。

職務命令は上記のような段階を経て教育内容に関わる内容になったのだが、尾山宏氏は、第五段階として、これに続く今日の職務命令体制の特徴を述べている。それをまとめると以下のような内容になる。

まず、教育委員会を行政官僚が占めることによって、

教育行政の主眼は“管理の徹底”とされるようになった。そして文部省から教育委員会、校長とつながる管理系統が強化されたため、地方教育委員会はもっぱら文部省の意向に沿うことに神経を使うようになった。これらの結果、校長は、ほとんどの場合、教育委員会の通達を実施するために職務命令を発している。第四段階までは、校長は管理者と教育者という二つの顔をもっていたが、現在では教育者としての主体性を完全に喪失しているといわれる<sup>5)</sup>。

(表1) 行政処分の状況(1962. 1. 11現在)

	免職	停職	減給	戒告
北海道		7		
岩手	9	30	310	453
山形		1	3	104
東京	3	12	4	61
京都		6	21	13
和歌山	1			42
鳥取			2	338
山口			9	61
熊本	7	4	60	328

その他各地で、指導案提出、行政研修への出席、恣意的な校務分掌、教材使用、偏向教育是正に関する職務命令が相次いで出され、それらの拒否の一部については行政処分が行われている。組織管理を重視する行政側と、教育権の独立を主張する教組の争いが、職務命令に大きく関係していた結果である。こうした職務命令の一例については(付録2)を参照されたい。

(1)昭和33. 11. 17初等中等教育局長回答

「市町村教育委員会は、この(県教育委員会の)計画に基づき、校長に対して職務命令を発して記入事務を行わせることになる。」

(2)『季刊労働法』43号所収 青木・尾山「教師に対する指揮命令権の範囲と限界」

(3)『労働法律旬報』1970年12月中旬号

(4)今村武俊『教育行政の基礎知識と法律問題』1964年

(5)『季刊教育法』38号所収 尾山宏「教育職務命令の実態と法的効力」

1979年5月30日、31日に鹿児島地裁で行われた北海道主任制反対闘争事件の鹿児島出張尋問で、証人である鹿児島県教組委員長の上野時治氏と長崎県教組副委員長の森安勝氏の証言が記載されている。この中には、“第五段階”を示す実例がいくつか挙げられている。

- 鹿児島県では、教育長をはじめ教育委員会事務局の管理職が文部省派遣官僚で占められており、1975年頃から教育内容に介入する通達、命令が出されている。例えば、1975年4月16日に、中学校はテストの回数を学期間に一回とする旨の通知が出され、ある中学校では、中間テストの実施期間中に校長の職務命令でテストを中止している。
- 鹿児島県下のある小学校で、原爆を題材とした全国PTA推薦の映画を児童たちに見せていたところ、上映開始直後に校長の職務命令によって上映が中止された。
- 1975年の一学期に、給食のパンに入っているリジン酸塩が発癌性物質であることが公表され、文部省は8月末にリジンパンの使用を中止する通知を出した。ところが鹿児島県教育委員会はリジンパンの使用中止を10月からと決定する。父母や教師たちは、なぜ夏休み明けの9月から使用を中止しないのか疑問に思い、即時使用中止を要請したが、県教育委員会は、9月一杯はリジンパンを食べるように教師が児童に指導し、リジンパンは安全であるというパンフレットを父母に配布するよう指示した。これを受けて各学校では校長からその旨の職務命令が発せられた。さらに県教育委員会は係官を学校に派遣し、指示内容が守られているかどうかを調査している。しかも、授業中の教師を呼び出して調査しており、教師が授業中だから後にしてほしいと言っても、職務命令であるとして調査を強行している。ある中学校の校長は、職員会議で、弁当を持った生徒にはリジンパンを食べないことを認めようとして決定されたので、この決定を尊重して職務命令を出さなかったところ、総合体育センターに降格転属させられた。
- 長崎県教育委員会は1977年10月6日付けで、校長は職務命令を発して教職員に週案及び月案を提出させ、もって教育内容の把握、学校の管理運営に資するよう通知している。
- 県教育委員会は、1978年改定の学習指導要領で「国旗」「国歌」が明示されたことを受けて、翌年2月18日に、校長は所属教員に強力な指導を行って、学校行事において国旗掲揚及び国歌斉唱を実施するよう、通知している。

## 【第2章】

### 官僚の組織特性と学校の組織特性

#### 〔第1節〕官僚（一般公務員）の組織特性

第1章では、職務命令の基本的なことがらについて見てきたが、第2章では、職務命令のバックボーンとなる公務員の組織的特性について考えてみたい。まず第1節では、一般公務員の特性、とりわけ勤務関係を検討してみよう。

戦前の官吏は、現在の公務員が職務への専念を義務づけられているのとは対照的に、天皇への忠誠を求められていたことは第1章でも述べたとおりである。さらに親任官、勅任官、奉任官、判任官という天皇への密着度に比例した任命方法の区別にもあらわれているように、行政事務によって区別された上下関係が、そのまま身分的上下関係をあらわしていた。そして公務員関係の基本的理論とされていたのが特別権力関係論である。もともと特別権力関係は、一般権力関係（私人が国家の構成員としての一般国民の立場で国・地方公共団体の支配に服する関係）に対する概念として、十九世紀後半のドイツで立憲君主制を背景に生まれたものである。これをドイツ行政法学の学説として確固たる地位を与えたのはOtto Mayer（1846～1924）である。マイヤーによれば、行政とは国家法秩序の下において国家目的を実現するために行うところの国家作用であるとされ、法の覇束を離れ、広汎な自由裁量を伴った特質をもつとされる。そして、官吏関係は公法上の権力関係であり、対等ではない法主体間の支配服従関係にはかならないとしている<sup>1)</sup>。特別権力関係においては、服する者は権力主体の包括的支配権に服従する義務があるので、法治主義が適用されず、行政目的達成のため官吏に対して命令ないし強制をなするのである。明治憲法はプロセイン・ドイツ憲法を手本としていたため、その憲法体制下でこの特別権力関係論を含むドイツ公法学が移植された。その移植に協力した一人であり、わが国における特別権力関係論の主張者が美濃部達吉であったことは周知の事実である。

このようなわが国の公務員関係が一変したのが戦後の新憲法と労働三法、公務員法の制定であった。憲法一五条において、公務員は天皇に忠勤する官吏ではなく、「国民全体の奉仕者」として位置づけられたのである。公務員法の制定は、公務員に関する諸制度を法律、条例一国民総意の代表たる国会、地域住民総意の代表たる地方議会の議決一によって規定することを意味している。これは、主権在民の下での行政の在り方を示すものである。しかし、国会はいわゆる近代市民革命によって国権

の最高機関たる地位を獲得したのではなく、敗戦・占領という外的要因によって否応なくその責任を担うことになったことを考えれば、議会による行政の統制には一定の限界が想定される。まして、行政国家といわれる現代において、議会の行政府に対する統制力がはたしてどこまで及んでいるのか疑問の余地が残る。だが、新生日本の統治構造を前提に考えれば、公務員制度創設の担保を議会の統治に求めるのはやむを得ないことであった。公務員法の制定は外からの改革の性質を多分にもつものであったが、いずれにせよ、公務員法が行政の民主化・効率化の道標になったことは事実であろう。戦前の官吏制度に比べれば、公務員制度の画期的転換を示したといっても過言ではない。さらに一時的ではあるが、公務員関係が労働契約関係にとらえられ、公務員にも労働三権が保障されていたことは先にも述べたとおりである。

しかし、政令二〇一号の公布によって公務員は再び特別権力関係におかれることになる。「全体の奉仕者」の名の下に、事実上の特別権力関係が復活したのである。しかし、この法理論に少なからず影響を与えたのはILOであった。ILOは八七号条約（「結社の自由及び団結権の保護に関する条約」）批准に関連して日本政府に対し、官公労働者の労働基本権回復について一五回もの勧告を出し、ILO始まって以来の現地調査団まで派遣した。それらの集大成が「日本における公共部門に雇用される者に関する結社の自由調査調停委員会報告」、いわゆるドライヤー調査団報告である。ドライヤー報告の中でILOは、公務員の勤務関係は民間の労使関係と本質的に差異がないこと、すなわち公務員関係は権力主体ではなく使用者としての政府と権力の執行者ではなく被使用者としての公務員であることを指摘した。官公労もこれに勢いづいて労働基本権の回復を訴え始め、政府は内外から抜本的な見直しを迫られることになる。昭和四〇年のILO八七号条約批准、公務員制度審議会の設置はこうした圧力の結果である。判例も、当初は公務員関係を法律の留保の原則の適用外とするもの（前出昭28. 4. 8国鉄青森機関区事件最高裁判決）も見られたが、これをくつがえした全通東京中郵事件最高裁判決<sup>2)</sup>や東京都教組事件最高裁判決は、ILOの考え方に沿ったものであると言える。これらの判決は、それまで主張されてきた「全体の奉仕者論」や「公共の福祉論」、「職務の公共性論」を、抽象的なものであって十分な説得力を有しないと判断している。もっとも、法治主義を原則とする現憲法下では特別権力関係論もその姿を変えざるをえなかったわけであるが、特別権力関係論そのものが払拭されたわけではなく、一応、法治主義の及ぶと

ころとされたにすぎない。例えば昭和47年11月30日の最高裁判決<sup>3)</sup>は、公務員の勤務関係については、職務命令が公務員個人の基本的な人権を侵害するおそれがあるので、すべて司法審査に服する、という立場を採っている。

しかし、その後もこうした動きに対する政府の抵抗が続けられ、判例も下級審においては特別権力関係論を容認するものと否認するものが相半ばしていた<sup>4)</sup>。そして、上記二判決を出した裁判官が定年退官すると、いわゆる政府の息のかかった裁判官が多数任命され、昭和四八年に全農林警職法事件最高裁判決<sup>5)</sup>が出されるに至る。それは公務員の労働基本権の一律制限を合憲とするものであり、その後これに追随する判決<sup>6)</sup>が出された。そして昭和五一年の全通名古屋中郵事件最高裁判決で公務員の労働基本権制限は集大成されたのである。

これ以来、公務員関係を労働契約関係として認める動きはほとんどない。最近の傾向としては、特別権力関係が司法審査の対象となることを前提としたうえで、特別の従属関係の成立目的を達成するのに必要な限度で、権力主体に命令・懲戒を行う裁量権が認められる関係とされている。

以上のような環境を経た現在の公務員の特徴を挙げると以下ようになる。

1. 統一的人事行政が遂行されている。国家公務員の場合は人事院が、地方公共団体の場合は人事委員会または公平委員会が、それぞれ人事行政における政治的中立性の確保の観点から、一定の独立性を与えられている。
2. 建前上は、階層制に基づき官職の分類がなされている。しかし、現実には給与の面を除くと職階制は実施されていない。実際には、公務員試験の種類によって区分され、勤務実績、年次を中心として人事が運用されている。
3. 行政効率を高め、公正かつ民主的な運営を確保するために、スポイルズ・システム（狷官主義）ではなく、メリット・システム（成績主義）が採用されている。
4. 競争試験による採用が行われている。ただし、性別や出身等による差別はなく、門戸は公平に解放されている。また、行政はその仕事の結果に対する評価が民間企業の場合よりも困難な場合が多く、職員の評定は形式的にならざるを得ない。その結果、採用試験による「入口選別」によって、エリートと非エリート、事務系と技術系統が区分されている。
5. 国民全体への奉仕者と位置付けられており、一定の義務や制約が課されている。特に政治的行為と労働

権について一律に規制が加えられている。例えば、政治的中立を厳格に要求され争議行為が禁止されており、その他の労働基本権も一部または全部を制約されている。その保障として、勤務条件に関する行政措置を、人事院、人事委員会、公平委員会に要求できる。

6. 「全体の奉仕者」の名目の下で、その勤務関係は労働契約関係ではないとされている。とりわけ行政解釈は、いまだに特別権力関係であると解する傾向が強い。
7. 種々の制約を課されていることに対して、民間労働者よりも強い身分保障が行われている。すなわち公務員に対する責任追及制度は、法律、条例で定められた分限処分、懲戒処分及び失職以外は認められず、一定の義務に違反しない限りはこうした不利益な処分を受けることはないと定められている。さらに分限処分については、その事由・手続・効果をすべて法定または条例規定によるものとされている。分限処分及び懲戒処分については、不利益な処分に対する不服申立てを人事院、人事委員会、公平委員会に行う権利が認められ、この裁決に不服がある場合には、行政事件訴訟法に基づく出訴も認められている。
8. 身分保障制度は形式的には整えられているが、いずれの処分を行うかについては、任命権者の裁量に基づくものとされている。さらに、分限処分の法定事由は非常に抽象的な定め方がなされており、懲戒処分については基本的に任命権者の自由裁量に任されている。いずれも任命権者の裁量権の濫用を規制するために、「公正の原則」を規定しているが、特別権力関係下の包括的支配権としての処分とあまり変わるところはない。
9. 基本的に上司に対して責任を負う間接責任制がとられている。国家賠償法一条の規定からもわかるように、たとえ故意や過失によって国民に被害を与えた場合でも、国民に直接責任を負うことはない（但し、故意や過失の場合には、国や地方公共団体に当該公務員に対する求償権が留保されている）。

労働基本権の制限や職階制の未実施を除けば、おおむね問題もなく能率的に稼働しているのが今日の公務員制だといえる。これらをふまえて第2節に話を進めよう。

(1)伊藤和衛『教師の専門職性と行政参加』 明治図書 1974年

(2)昭41. 10. 26最高裁判決

「国家公務員や地方公務員も、憲法二八条にいう勤労者にほかならない以上、原則的には、その（労働

基本権の）保障を受けるべきものと解される。『公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない』とする憲法一五条を根拠として、公務員に対して右の労働基本権をすべて否定するようなことは許されない。ただ、公務員またはこれに準ずる者については、後に述べるように、その担当する職務の内容に応じて、私企業における労働者と異なる制約を内包しているにとどまると解すべきである。（中略）勤労者の団結権・団体交渉権・争議権等の労働基本権は、すべての勤労者に通じ、その生存権保障の理念に基づいて憲法二八条の保障するところであるが、これらの権利であっても、もとより、なんらの制約も許されない絶対的なものではないのであって、国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包しているものと解釈しなければならない。」

- (3)「勤評長野方式事件」と呼ばれる、勤務評定実施要領等の義務不存確認を請求した事件の判決である。この判決では、職務上の義務違反に対する行政庁の不利益処分が現実に行われる以前の段階においても、後に義務の存否を争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある場合には、予防的な行政訴訟が可能であるとしたもので、職務命令服従義務等の不存確認訴訟の可能性を傍論的に認めている。

#### (4)職務命令に関連した判例

##### ▼特別権力関係論を容認する判例

昭43. 3. 12福島地裁判決「全林野事件」、昭44.

4. 7 仙台高裁判決「全林野事件」

昭45. 2. 13大阪地裁判決「大阪中郵事件」、昭

46. 2. 27京都地裁判決「西陣郵便局事件」

昭46. 4. 6 東京地裁判決「宮子郵便局事件」

##### ▼特別権力関係論を否認する判例

昭40. 12. 27東京地裁判決「東水労事件」、昭43.

4. 26東京高裁判決「東水労事件」

昭45. 5. 15金沢地裁決定「金沢南郵便局事件」、

昭45. 12. 25水戸地裁判決「古河郵便局事件」、

昭46. 2. 27津地裁決定「津郵便局事件」

(5)昭48. 4. 25最高裁判決

「公務員については、（中略）国家公務員法上許容された争議行為なるものが存在することは、とうていこれを是認することができないのであって、かく解釈しても憲法に違反するものではない」

(6)岩手教組学テ事件最高裁判決（昭51. 5. 21）など

## 〔第2節〕学校（教育公務員）の組織特性

教育公務員の特性は、地教行方の制定以来、第1節で述べた一般公務員の特性にほぼ準じている。ただし、いくつかの相違点がある。

まず、採用に関しては、一般公務員が試験選抜であるのに対し、教育公務員は「選考」によるものと定められている<sup>1)</sup>。これは校長・教員が教育職員免許状や任用資格を必要とすること、教職の専門職性に鑑み校長・教員の人格的要素を考慮する必要があること、を理由としている。ある解釈によると、『「選考」とは、競争試験以外の能力の実証に基づく試験』であり、選考は非競争試験であって、「受験者の職務遂行能力の有無を一定基準に適合しているかどうかに基づいて判定するもの」<sup>2)</sup>といわれている。また、人事院規則八―一二は、選考とは、行政事務能力の有無を判断する競争試験ではなく、受験者個人個人の学力、経験、人物、慣行、身体等を一定の基準と手続きによって審査し、職務遂行能力を有するかどうかを判断する方法である、と規定している。しかし、選考によるということは、それだけ人事に関する任命権者の裁量権が広いことであり、ある意味でのスポイルズ・システムだと言える。まして県費負担教職員の任命権が、市町村教育委員会ではなく都道府県教育委員会におかれており、選考における基準が非公開となっている現状では、選考における適正さに疑問の余地が残る。加えていうなら、教員採用試験は第一次の学力試験のみで不合格とされることがほとんどであり、総合的な判定を伴わない事実上の競争試験と化しているのが実態である。

第二は、県費負担教職員については任命権者と服務監督権者が異なるという特殊な事情に配慮して、任免・処分を行う場合、任命権者である都道府県教育委員会は市町村教育委員会の内申をまっけて行うものとされていることである。(地教行法三八条)。法律用語として「～をまっけて」とは、それが手続法的な有効要件であることを示している。また「内申をまっけて」とは、内申の内容に必ずしも拘束されないが、内申なくしては任免・処分を行うことができないと解すべきであるとする説もある<sup>3)</sup>。一般に市町村教育委員会は内申をするか否かを独自に決定する裁量権を有するとされているが、文部省通達<sup>4)</sup>は、内申がなくても都道府県教育委員会は任命権を行使できるとしており、判例<sup>5)</sup>もこれを是認するものがある。

第三は、政治的行為が、他の一般公務員よりも強く制限されていることである。<sup>6)</sup> 教員も身分的には一般公務員であるとされているにもかかわらず、教育公務員特例法で独自の制限を設けている。公立学校の教員は地方公務員であるが、政治的行為に国家公務員なみの制限を

受けることとされている(但し、制限違反に対する処罰は地方公務員法二九条一項一号の定める懲戒処分にとどめられている)。その理由は「教育は国民全体に直接責任を負うがゆえに、その政治的行為制限も国立学校教員と同様にすべき」であるから、とされている。そもそも公務員の政治的行為の制限そのものが批判され、加えて国家公務員法一〇二条が禁止事項を人事院規則一四―一七に白紙委任している点が問題視されているのだが、本稿の紙幅の都合上、これ以上の言及は行わない。ただ教員に独自に制限を課した教育公務員特例法二一条の三(本条はもともと、いわゆる「教育二法」のひとつである)が強行採決されたことは意に留めておいてよいだろう。

第四は、教職員は国民に直接責任を負うということである。無論、直接責任を負うということは、行政法上の間接責任制を否定することではない。賠償責任問題については、教職員にも先に述べた国家賠償法が適用される。では、直接責任とはどういうことかということ、教育方法への研鑽を深め、子どもの学問的・精神的発達に貢献する真の教育価値の実現に努めることで、国民に責任を負うということである。教育基本法六条二項の「法律に定める学校の教員は、全体の奉仕者であって、自己の使命を自覚し、その職責の遂行に努めなければならない。このためには、教員の身分は、尊重され、その待遇の適正が、期せられなければならない。」という規定は、このことを示していると解される。しかし、この解釈はいわば講学上のものであり、実際の行政においては、一般公務員と同じ意味合いで「全体の奉仕者」と位置づけられている。また、この規定が学校教育の政治的中立、教職員の政治的行為の制限の論拠とされている。

では次に、学校という機関の組織特性とは何であろうか。教育基本法六条一項では「法律に定める学校は、公の性質をもつものであって、国又は地方公共団体の外、法律に定める法人のみが、これを設置することができる。」と定めている。行政解釈では、学校の事業は公共の福利のためにつくすことを目的とし、学校教育は国家の専属事業であるとみなしている。私立学校が国の認可を得て設置経営するのはそのためとされる。すなわち、「公」＝国家と解釈しているのである。一方、学説は、この行政解釈を国家主義的概念であるとして否定し、「公」の概念を諸個人の相互関係によって構成される社会の公共概念であるにとらえられている。よって、公教育の概念として、学校教育とは、個々の市民の教育上の利益や要求のうち共通なものを取り出し、これを社会的規模で組織編制したものであると解している。しかし、現状から考えてこの学説は理念の域を出ていない。

## 教育公務員と一般公務員に対する職務命令の差異に関する考察

さらに、学校経営の意志決定の特性として職員会議があげられるが、これについても意見の分かれるところである。従来から教育界には、学校の民主的運営の観点から、また教員の職務的独立の観点から、職員会議は学校組織の最高議決機関であるとする見解が根強く存在している。これに対して行政解釈は、職員会議が最高議決機関であるという法的根拠は見当たらず、校長の下に管理組織を形成することこそ民主的學校経営につながるとして、あくまで校長の諮問機関にすぎないとする見解をとり続けている。職員会議の性質をめぐっては過去に幾多もの事件が起きている。すなわち、校長が職員会議の決定を無視して職務命令を発することの是非や、管理職による職員会議の強行運営に関する事例である。しかし、職員会議の権威を認めた判例はない。

総括的にいうと、現実的に教職員と学校の組織特性は、一般公務員と一般行政機関の組織特性とほとんど変わるところはないのである。

### (1)教育公務員特例法一三条

「校長の採用並びに教員の採用及び昇任は、選考によるものとし、その選考は、大学附置の学校にあってはその大学の学長、大学附置の学校以外の国立学校にあっては文部大臣、大学附置の学校以外の公立学校にあってはその校長及び教員の任命権者である教育委員会の教育長が行う。」

### (2)有倉遼吉・天城 勲『教育関係法Ⅱ』

### (3)兼子 仁『教育法〔新版〕』有斐閣

### (4)昭49. 10. 4 文部省初等中等教育局長通達

「都道府県教育委員会は通常の場合には市町村委員会の内申をまたずに県費負担教職員の任命その他進退を行うことはできないが、都道府県委員会が県費負担教職員の進退について具体的な内容を示し、一定の期限を定めて市町村委員会に対して内申を求め、その期限経過後も内申がない場合において、内申がなされない要因を探求し、重ねて内申がなされるよう督促する等最大限の努力を払ったにもかかわらず、なお市町村委員会が内申しないという異常な事態が起こったときには、内申がなくても任命権利行使は可能である。」

### (5)昭61. 3. 13「福岡県教委内申抜き懲戒処分事件」最高裁判決

「市教委は、県教委から統一的な処分の方針・基準が示され、教職員の争議行為は違法であり懲戒処分の対象となるものであることを認識しながら、組合の反発や抗議行動といった教育現場の混乱等、

教職員の服務監督上の問題とは直接関係のない事情に対する配慮や処分の選択・量定に対する一般的な批判から、争議の参加者については内申をしないというのであって、この市教委の対応は、服務監督者としてとるべき措置を怠り、人事管理上著しく適正を欠くものといわざるをえない。この場合においては、任命権者たる県教委としては、市教委の内申がなくても懲戒処分を行うことが許される。」

### (6)教育公務員特例法二一条の三

「公立学校の教育公務員の政治的行為の制限については、当分の間、地方公務員法第三六条の規定にかかわらず、国立学校の教育公務員の例による。」尚、国立学校教員は国家公務員法一〇二条および人事院規則一四一七によって制限を受けている。

### 国家公務員法一〇二条

「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定めらる政治的行為をしてはならない。」

また国立学校教員の制限違反に対しては、懲戒処分の他に罰則があり、国家公務員法一一〇条一項一九号により三年以下の懲役または一〇万円以下の罰金を科される。

## 【第3章】

### 職務命令論における学説の対立

#### 〔第1節〕職務命令の公定力理論

公務員が職務命令に服従する義務があることは既に述べたとおりであるが、職務命令に瑕疵がある場合に公務員の服従義務はどうなるのかという問題については、学説上の見解が分かれている。行政解釈及び伝統的学説は、職務命令の瑕疵が客観的に「重大かつ明白な」ものでない限り、命令を発した上司または権威ある機関によって取消されるまでは、有効の推定を受け、その効果の承認を相手方に強要する力を有する、すなわち服従義務があるとしている。その理由は、職務命令は法律の留保の原則が妥当しない特別権力たる公権力の発動であり、かつ、行政内部秩序の維持の上からも、行政行為と同様に「公定力」を認められるものであるからだとされている。そして、このように職務命令に強い効力が与えられているのは、「行政組織の能率的運営の確保、行政権の行使はすべて最高の上司が責任を負う形でなされる建前になっ

ているから」<sup>1)</sup>らしい。一方、教育界および近年の行政法学界の学説は、職務命令は行政内部行為であって、行政行為とは別個のものであり、何ら明文の根拠もなく職務命令を行政事件訴訟法にいう公権力性をもつ行政庁の処分ということはできない。まして、職務命令の発動が、いわゆる公務員の特別権力関係に基づくとする説は、超実定法的なイデオロギーとして排除されるべきであると説いている。一般の行政行為に公定力が認められているのは、それが取消訴訟の排他的管轄に服する（行政事件訴訟法二五条一項によれば、取消しを求める抗告訴訟が提起されても、判決が下るまでは行政処分の執行を禁止されない）からであって、ただ行政行為が権力的行為であるからという理由だけで公定力が認められているわけではない。職務命令が権力的行為であるからというだけでは、法理論的に不十分であろう。要するに、職務命令に行政行為と同様に公定力を認めることの是非に関する論争が行われているのである。

もう少し詳しく見てみよう。伝統的学説において、美濃部達吉氏、佐々木惣一氏、渡辺宗太郎氏らは、第1章で述べた職務命令の適法性の成立要件（形式的要件）のうち、一つでも欠けていけば、受命職員に服従義務のないとしている。これは一般的に見ても異論のないところである。他の部局の者から受けた命令や犯罪行為を要求する命令には、明らかに従う必要はない。問題なのは、実質的要件、すなわち内容的違法性の有無についての問題である。美濃部、佐々木氏がいう「職務命令の公定力」とは、職務命令の違法性が、その実質的内容にまで立ち入って審査しなければ容易に判断できかねる場合には、受命職員は上司に意見を述べることはできても実質的に審査することはできず、たとえ職員が主観的に違法であると判断しても、客観的に「重大かつ明白な」<sup>2)</sup>違法性が認められない限り、その職務命令は拘束力を有するということである。即ち、職務上の上司が適法と信じて職務命令を発した場合、職員が違憲・違法性を主張しても「法的根拠等についての主観的な見解の相違」にすぎないとして却下されるのである。職員は、成立要件が満たされているかどうかを判断する形式的審査権を有するが、内容的に違法であるかどうかを判断する実質的審査権をもたない、といってもよいだろう。

一方、同じ伝統的学説の中でも田中二郎氏は、職務命令が無効であるのは、形式的要件であるか実質的要件であるかを問わず、「重大かつ明白な瑕疵」がある場合に限られるとしている。また、鶴飼信成氏は「瑕疵の明白性」に重点をおき、犯罪を命ずる等その違法性が明白な場合を除き、通常の職務命令はその内容が果たして違法

であるかどうか明瞭ではないから、職員はそれを審査することができないとしている<sup>3)</sup>。金子宏氏はその理由を次のように述べている。

「瑕疵の存在が明白でない場合に、下級機関に命令の適法性の審査権をみとめ服従義務を否定すると、いたずらに行政の統一が破壊され、上級機関の権威が無視されて、行政組織の性質に矛盾する結果を生ずるからである。」<sup>4)</sup>

しかし、いずれの説も公務員の勤務関係を特別権力関係にとらえるところから出発し、組織的秩序に比重をおいている点で同類であり、職務命令の取消訴訟を提起することは不可能だとしている。なぜなら、行政事件訴訟法は、無効・取消し等を求める抗告訴訟とは、「公権力の行使」、すなわち行政行為・処分に関する不服の訴訟であると規定しているからである。結局、職務命令拒否を理由とした懲戒処分の取消訴訟を提起して、その場でその理由となった職務命令の有効性を審査してもらうしかない。よって、懲戒処分は訴訟の判決とちがってその効果を直ちに実現することができるから、職員は当該職務命令に違法性があると判断する場合でも、少なくとも一時的には懲戒処分をもたらす不利益を覚悟しなければ、不服従を決心することができないのである。その意味において、職務命令に事実上の拘束力があることは確かであり、この点から、職務命令に公定力があると考えられているのかもしれない。

これに対して公定力を否定する説は、今村成和氏の整理によると二つに分類できる。一つは山内一夫氏の説で、行政の統一性よりも法適合性を重視する立場から、違法な訓令に対する下級機関の服従義務を全面的に否定しているので、「訓令の違法＝無効説」と呼んでいる。

もう一つは室井力氏の説で、特別権力関係論を否定して公務員関係を対等な当事者間の労働契約関係にとらえることにより、職務命令の高権性を否定している。それゆえ、違法な職務命令には服従義務が生じないとしているので、「職務命令の違法＝無効説」と呼んでいる。

前者は、行政の客観的適法性保持の必要を、行政の統一的執行確保の必要より優位におくべきことを論拠として、下級機関は、客観的に違法な訓令に従う必要はないとするものである。そして、職務命令のすべてが訓令にあたるわけではないとしながらも、違法な訓令に従う義務がないことを理由として、職務命令の肯定力を否定している。しかし、行政の客観的適法性保持の必要性により、下級機関の審査権を全面的に認めるという論理には飛躍がありすぎる。すなわち、訓令の客観的適法性とは、裁判所の事後審査によって手続的に確定されるものにとすぎず、下級機関が訓令に服従すべきか否かを問題とする



時点では、上級機関と下級機関の見解の相違があるにとどまるのである。下級機関の判断が常に正しいという保障がない限り、この説は一面的なものであると言わざるをえない。さらに言うなら、行政の統一性保持の必要性は組織の内在的な要請に基づくものであり、山内氏の説は組織論的要請を無視したものであろう。

一方、後者は特別権力関係論を否定したうえで、公務員関係は労働契約関係であるから、職務命令は労働契約に基づく支配的命令権の作用に外ならず、民間企業における業務命令と同様、違法な職務命令は、その違法性が重大かつ明白であるか否かにかかわらず、直ちに無効となると論じている。兼子仁氏も同様の見解を以下のように示している。

「現行憲法下の民主的公務員制度においては、行政の一体性・責任体制も、裁判所によって真に適法だとみとめられるような職務命令の発動によって維持するのが本筋であり、また現実にも、公務員機構が民主的に運営されているかぎり、民間の大企業の経営管理を支えている業務命令と同じ効力で十分だと考えられる」<sup>51)</sup>

しかし、この説では公行政と私的な企業経営の違いが全く無視されている。今村氏はこの点に関して次のような批判を展開している。

民間企業は、企業の自己責任において経営され、民法にいう私的自治の原則が支配するから、犯罪や不法行為に該当しない限り経営者がどのような経営方針をとろうが全くの自由である。ゆえに、その範囲内では、労働契約や労働関係を規律する法律に違反しない限り、どのような業務命令を発しても違法性を問われることはない。

だが、公行政においては「法律による行政」の原則が支配する。ここで訓令と職務命令の違いを認識しなければならない。

訓令とは、行政組織上のピラミッド型階層組織に基づき、上級機関が下級機関に発する命令であるが、受命機関の公務員は職務上の義務として訓令に従って職務を遂行しなければならないから、訓令は職務命令を含むことになる。一方、職務命令とは、職務上の上司が部下に対して発する職務に関する命令であるが、特定の公務員に特定の事務の担当を命じることや、転任・出張の命令は訓令ではない。つまり、訓令はすべて職務命令としての性質をもつが、職務命令のすべてが訓令なのではない。さらに重要なことは、訓令は行政組織上の上級機関の有する指揮監督権に基づき、下級機関による具体的な行政権限の行使を統制することを目的として発せられるものであるが、職務命令は公務員関係に基礎をおいて発せられるものであるから、その目的を被使用者たる公務員に

対する労働指揮権の行使である、ということである。

したがって、訓令の形式的違法とは、下級機関に義務なきことを行わせるものであるから職務命令としても違法であるが、職務命令の違法とは、労働指揮権の行使としての適法性を欠く（すなわち、受命職員の権利を違法に侵害する）ことである。また訓令の内容的違法とは、それが犯罪や不法行為を命じるものでない限り、単に違法な処分を命ずることであるから、それによって第三者の権利を侵害することはあり得るが、受命職員の権利を侵害するものではないのである。

このように訓令＝行政法上の命令と、職務命令＝労働法上の命令は論理的に区別されなければならないのだが、訓令の内容的違法に対する下級機関の審査権の有無が、職務命令の内容的違法の問題解決の糸口とされてきたように思われる。室井説も、この点の認識が不十分である。

話を戻すと、訓令の違法が問題となるのは、この「法律による行政」原則が支配する側面なのであって、これをどう解決するかは労働法上の問題ではない。例えば、許認可権限をもつ下級機関に対し、上級機関が特定の申請を拒否すべきことを命令した場合、それが法の適用としては違法であるとしても、この訓令は職員にとっては労働力処分権の範囲内の命令であるから、職務命令としては違法の問題を生じないのである。

このように今村氏が指摘する訓令と職務命令の違いを無視した問題点は、この室井説に限ったことではない。氏は上記の公定力の肯定説、否定説ともに、同様の点が問題であると指摘している。肯定的立場に立つ伝統的学説は、行政組織論的な、訓令に対する服従義務を媒介とする議論が大きな比重を占めており、労働関係としての公務員関係からの視点がほとんど見られない。否定説における「訓令の違法＝無効説」も、訓令的側面を離れた考察が見られず、いわば肯定説の裏返しになっている。逆に「職務命令の違法＝無効説」は、訓令に対する視点が欠落しているために、職務命令と業務命令が単純に同一視されてしまっている。

以上のように職務命令の公定力をめぐる様々な肯定説、否定説が存在するが、今村氏が提起した、職務命令と訓令を論理的に区別した理論は新しい展望を示すものとして評価できる。しかし、職務命令の違法が労働基本権以外の権利を侵害する可能性はないのか、といった検討がさらに必要である。

(1)有倉遼吉編『教育と法律』1968年所収 兼子仁「職務命令」

(2)明白性を要件とする説が有力になった契機の一つとして、今村氏は、上司の命令には絶対服従でなければならぬかという趣旨に対する次の回答を挙げられている。

「職員は、職務命令が客観的に違法であると認められる場合を除き、これを拒否することはできずと解する。然し、職務命令について不服がある場合には、上司に意見を申し述べる事ができる外、法第八六条から第八八条までの規定により、人事院に行政措置の要求をすることができぬ。」

(昭25. 1. 30 人事院公平局世話課長)

「客観的な違法」を、佐藤功氏や鶴飼信成氏は「明白に違法」の意味に解しているが、山内一夫氏は文字どおり「客観的な」違法を指すとしている。

(3)鶴飼信成『公務員法』1958年 有斐閣

(4)『自治研究三四巻一―号』1958年所収 金子宏「行政機関および公務員の服従義務について」

(5)有倉遼吉編『教育と法律』1961年所収

## 〔第2節〕職務命令の有効性 一教育公務員の場合一

教育公務員の職務命令に対する服従義務を考える場合には、第3節の内容に加えてさらに二つの問題が挙げられる。第一は、形式的要件の「受命公務員の職務に関するものであること」について、教職員の職務の範囲がどこまでであるかという問題である。もう一つは「受命公務員の職務上の独立に関するものでないこと」に関して、教育公務員の教育活動権は職務上の独立権であるか否かということである。

後者については、教師の専門職性や教育権の独立の問題になり、本稿では論じることができない。ここでは、ILOや教育界は憲法及び教育基本法に基づいて、教師は専門職にして労働者であり、職務上の独立権をもつとしているが、行政解釈及び一般解説では、裁判官や公正取引委員のようにその職務上の独立を保障する法的根拠が存在しない以上、職務上の独立権は認められないとされている、と述べるにとどめておこう。

まず、職務の範囲であるが、学校教育法二八条六項「教諭は、児童の教育をつかさどる。」の「教育」とは何を指すのだろうか。また同条三項「校長は、校務をつかさどり、所属職員を監督する。」の「校務」は何を示すのか。この解釈については、従来から見解が完全に二分されてきた。

「教育」とは教育活動そのものを指し、そのための研究、準備等が含まれる。そして「校務」とは、いわば学校の教育条件整備面のことであり、その中に教諭の教育

活動は含まれない、とするのが教組、教育法学界の一貫した見解である。それに対し、「教育」とは、それに付随する様々な職務を包括するものであり、宿日直や研修も当然含まれる。そして「校務」とは、学校の運営に必要な、施設の管理、教員等の人的要素の管理、教育の実施であるとされ、そこには校務分掌や教育内容に関する事項も含まれる、とするのが行政解釈である。双方の主張の根拠は、教育権の独立、組織的能率の向上による教育水準の維持など、さまざまであるが、ともに主張をゆずっていない。

ここで、青木宗也氏は、公務員関係を労働契約関係ととらえることで教職員の職務の範囲を限定しようとする見解を示しているので、以下に述べてみたい。

民間労働者は、いわゆる労働三権の完全保証の上に立って、労使対等・契約自由の原則が実質的かつ具体的に確保された関係における労働契約を有している。職務内容や範囲についても、これら労働三権によって、使用者の一方的意思による契約に修正を加え、妥当な範囲にすることが可能である。使用者の業務命令権は、労働者の労働契約上の労働力提供義務に対応して設定される。故に業務命令権の範囲や限界は労働契約上の労働力提供義務、即ち業務の範囲によって確定することになる。

一方公務員の場合は、行政解釈によると、公務員の勤務関係は任命行為によって形成される特別権力関係、つまり労働契約関係ではないとされているため、職務命令は必要に応じて出されることになる。公務員は労働基本権を大幅に制限され、特に地公法三七条、六一條、地教法四七条により争議権は全面的に否定されている。争議権の保障は憲法の予定する生存権理念と結び付いたものであるから、争議権に代わって公務員の生存権を確保するための代償的措置が必要となってくる。しかし一般的に代償的措置の一つとされている人事院や人事委員会の勧告制度だけではきわめて不十分であり、職務内容・範囲についても、それを妥当な範囲に限定する契機が現行法の中で見いださなければならない。

また鶴飼信成氏は、「相手方の合意が任命行為の成立要件とされており、公務員の勤務関係が合意によって媒介されたものであることを否定しえない」と述べている。すなわち公務員は、その合意に基礎をおく当局の指揮命令に応じて労働力を提供し、その対価として受ける賃金によって生活を維持するものであるから、その勤務関係は労働契約を基礎として形成される民間労働者の勤務関係と変わらないものと言わざるをえない。故に、公務員の職務内容・範囲は、労働契約によって確定されることになり、公務員の職務は法令によって規定されることに

なるから、一応それらの法令の定めが契約内容をなすといつてよい。

国家公務員法一〇五条は「職員は、職員としては、法律、命令、規則、又は指令による職務を担当する以外の義務を負わない」と定めている。ここでいう「命令」は政令などのように法規としての性格をもつものを指すのであり、「指令」もまた一般的な定めを内容とし法規としての性格を有するものを指すと解されている。さらに、地方公務員法二四条六項では「職員の給与、勤務時間、その他の勤務条件は条例で定める」とされている。この法意は、職員の職務内容の決定を地方議会の決定によらしめることにより、使用者の一方的恣意を排除して、労働基本権を制約された公務員の生存権を守っていくとするものであると考えることができる。また、労基法一五条は使用者に労働条件明示の義務を課しており、同施行規則五条は明示事項の一つとして「従事すべき業務に関する事項」を挙げている。ゆえにこの規定は厳格に解釈されるべきであって、条例より上位の法律等で定められたもの以外は、すべて条例によって明確かつ具体的に明示すべきである。よって、個々の職務命令によって職員の職務が創設されることはあり得ない。教育委員会が地教行法三三条一項に基づく教育委員会規則によって、条例上の具体的な根拠によることなく、教師の職務を作り出している（例えば宿日直勤務）現状は大きに問題であると考えられる。

だが、勤評や学テで教育界が荒れていた1960年代前半に、当時の文部省初等中等教育局審議官今村武俊氏は、全国で職務命令論や特別権力関係論を演説してまわり、その中で次のようなことを述べている。

「職務ということばについて、教育界では非常な誤解があったことに触れたいのです。現在では、大分変わってまいりました。一例を出しましょう。学校の運動会が終わった。職員を慰労しなければいけない、というので、校長先生が、事務職員に酒一升買ってこいと言った。この場合、酒一升買ってこいというのは、職務命令であるかどうか。このごろは、アンケートをとっても正解が多く出るようになりました。笑いごとではない。これはあきらかに、職務命令であります。学校運営上必要なことについて、上司が下達に命令をする。これは、職務命令なのです。かりに、酒一升買ってきてくれと、くれといったにしても、同じく職務命令であります。『くれ』というのは、人間関係を円滑にするための必要な修飾のことばであります。しかし、事の性質は命令なのであります。この場合、事務職員が、いやですといつて酒一升買ってこなければ、これは、上司の職務上の命令に服従しなかつ

たという理由でもって、市町村の教育委員会は、都道府県の教育委員会に内申書を出して、懲戒処分にしてもらってよろしいすじのものであります。もっとも、実際問題としては、そうまでしなくても、かたがつくのですけれども、法律上の性質としては、そういうものであります。」

極端な見解のように思われるが、現状を見る限りでは、こうした考え方が十分にまかり通っていると思われる。

#### 【第4章】

##### 職業命令のあり方について

さて第1章から第3章にわたって、長々と職務命令に関する事項を紹介してきたが、基本的には、私も、公務員関係を特別権力関係論としてとらえる正当な理由はなく、公務員も一労働者として雇用関係に基づいて労働力を提供していると考えている。公務員が上司の命令に従って公務に従事することと、民間労働者が使用者の命令に従って労働に従事することに本質的な違いはないはずである。これを否定する学説、行政解釈は、いわば「言いがかり」に近いもので、その論理的構成にやや苦しいものを感じざるをえない。

しかし、行政機関は、その遂行すべき職務の対象が国民であるため、民間企業と同列に論じるわけにはいかない。公共の利益に奉仕することが行政の目的である以上、行政機関においては民主的統制と法治主義による秩序の維持が求められる。

学校の場合も、教職員を労働者として認めることにはやぶさかではないが、教育が国民に負う責任の特殊性から考えて、組織的秩序もまた必要である。つまり、子どもは学校や担任の教師を選べないのであるから、教育水準の地域的格差や学校内格差があってはならないのである。無論、このことは教師の教育権を否定することはできない。憲法における国民の教育を受ける権利を基礎的前提として、それを具体的に保障するために、教員が学問の自由と教育の自由を享受し、「全体の奉仕者」として、教育を「不当な支配に服することなく、国民全体に対し直接に責任を負って」行うべきものとされていることを率直に認めるべきである。教師が、自分なりに研究した教育方法が良いものであると判断すれば、いかなる方法で教育してもかまわない。また、ぜひ教えるべき内容であると考えたら、それが社会的に見て常識を逸するものでない限り、いかなる内容を教えても、わたしは一向にかまわないと考えている。要するに、教師の教育権は大いに尊重されるべきであると同時に、教育を受ける子どもたちに不公平が生じないよう、ある一定の条件

が付されなければならないというのが、私の主張である。

よって、職務命令も教師の教育権も同時に認められなければならないと考えるので、両者が矛盾なく存在するモデルを考える必要がある。言い換えるなら、組織の円滑な運営に必要なシステムと、教育公務員の職責の特殊性を保障するシステムが必要である。そこで、拙劣ではあるが次のような案を提唱してみたい。

#### 「教職員に対する独自の職務命令案」

公務員は労働者として認められねばならず、かつ教育公務員はその専門性を認められなければならない。職務命令の名を借りて、教育内容に政策を反映させようとするのは許されることではない。しかし、一方で、教育公務員は国民に対して教育上の責任を負う全体の奉仕者でもある。加えて、学校は、一定の教育目標を実現するために各構成員が一体となって活動する有機的組織体であり、教育公務員はその組織体の中で一定の職務を分担する職員でもある。

以上のことから、学校内の秩序、及び教育全体のバランスを保つために職務命令が必要であると考え。しかし、現行の職務命令体制は、過去の状況を見る限り、組織的能率の維持よりも、むしろ国家意思の浸透を図るための道具とされている面があり、容易に受け入れられるものではない。

そこで、一般公務員とは別個に、教職員に対する新しい職務命令体制を創設し、教育公務員独自の保障システムを備えたのが本案である。尚、一般公務員については、先にも述べたように、全体の奉仕者であることの故に、種々の制約を受けるが、その代償的措置として民間労働者にはない強い身分保障がなされているので、本案では除外する。

まず、第1章で述べた職務命令の成立要件に改良を加え、新たに以下の要件を規定する。

- ①権限ある職務上の上司から発せられたものであること。  
ただし、公立学校の教職員の上司は、市町村教育委員会と校長に限られる。尚、校長がやむを得ぬ状況で職務の遂行が不可能になった場合には、職員会議の決議の下で、校長が職務に復帰するまで、教頭に上司たる資格を与えることを認める。
- ②受命職員の職務に関するものであること。教職員の職務は、基本的に教育活動であるが、学校の職員であるので、学校管理上の事務等も職務の範囲とする。但し、職務上の上司は、教育活動以外に関する職務命令を発する前に、何らかの代替措置を講ずる努力をしなければならない。

③法律上の不能、または事実上の不能を命ずるものでないこと。

④教職員の良心に反するものでないこと。すなわち、国家思想や党益に関する内容のものでないこと。

⑤将来的に、児童・生徒が特定の思想をもつに至るものでないこと。

以上が、教育公務員に対する職務命令の独自の要件である。尚、⑤は④を子どもの立場に立って規定していると考えていただきたい。

さらにこれらを補完するシステムとして以下のものを創設する。

#### A. 職務命令審査制度

上記の要件で、教育内容に関する職務命令を完全に否定してはいないが、その理由は、先にも述べたように教育水準の維持をはかるためである。例えば、極度に進度が遅れている場合などは、教職員に善後策を講ずるよう命令することができる。しかし、教育内容に関する職務命令が、④、⑤の要件を欠くものであるかどうかは、ケースによって、解釈の相違が生ずることが予想される。

そこで、受命教職員が、教育内容に関する職務命令について、④又は⑤の要件を欠いていると判断した場合には、これを拒否することを妨げられない。また、このことを理由に直ちに懲戒処分を受けることはない。すなわち、教育公務員に限っては、その職責の特殊性に鑑み、内容的審査権を付与するものである。

しかし、すべての職務命令にこの審査権を認めると、円滑な学校運営が妨げられるおそれがあるので、当面は、教育内容に直接関係する職務命令に限定する。

#### B. 服務監察委員制度

教師の独立性を重視し、教師の教育活動に何ら介入できないと、仮に特定の宗教思想に固執した教育を行ったり、怠惰な授業を行う教師がいたとしても、これを是正させることが難しくなる。そこで、地域住民の中から選挙により選出された服務監察委員を設置し、地域内の学校を自由に視察させて、教職員の職務態度や服務を監察させる。ただし、この場合の服務において、職務上の上司に従う義務については本案で規定する職務命令体制に基づくものである。

さらに、親たちは、教師の教育活動に概念をいだいた場合には、校長にその是正を求めることができる。しかし、校長が是正を求める職務命令を発しても、当該教師がこれに応じない場合には、市町村教育委員会に、その是正を求めることができる。市町村教育委員会は、服務監察委員にその調査を要請し、その結果に基づい

## 教育公務員と一般公務員に対する職務命令の差異に関する考察

て、職務命令を出すことができる。それでも尚、是正されない場合には、都道府県教育委員会に内申して、当該教師の処分を求めることができる。ただし、この一連の行為は、父母の要求があった場合に限られる。

### C. 懲戒審査委員会制度

これは現在も設置されているものであるが、その対象は特別職のみである。もともと地方公務員法制定以前に、地方自治法施行規則に基づいて設置されていたもので、職員の懲戒処分を行うに当たっては、必ずこの委員会の審査に付されなければならなかった。また、懲戒処分は懲戒審査委員会の議決により決定するものとされ、いわば懲戒処分の決定機関とされていた。そこで、本案では、この懲戒審査委員会を、その対象を一般職公務員にまで広げて、制度化する。教職員に対して、職務命令違反を理由に懲戒処分をしようとする場合、懲戒審査委員会の審査にかけられなければならない。ここでは、当該教職員、及び校長や関係する他の教職員から聴聞を行う。さらに、必要な限度において、任命権者である都道府県教育委員会、服務監督権者である市町村教育委員会、校長から資料の提出を求めることができる。最終的に、懲戒審査委員会の議決によって、懲戒処分を行うか否か、行う場合処分の内容をどうするかが決定される。都道府県教育委員会は、この決定に反する処分を行うことはできない。もちろん、議決に従って懲戒処分が行われた場合、当該職員は行政事件訴訟法に基づき、その処分の無効等確認訴訟を提起できる。

この制度は、任命権者の裁量権を制限し、教育全体の観点から適切な処分を行うことを目的として設置するものである。

以上、稚拙な案であるが、参考程度に読んでいただければ幸いである。

私は、組織的秩序・組織的能率の維持は、教育も含めて、現在の複雑な行政に不可欠なものであると考えるので、職務命令を全面否定する立場ではない。しかし、現行の職務命令体制は組織論に偏重しており、その基礎が特別権力関係におかれているか否かにかかわらず、手放しに認められるものではない。職務命令の拘束力は「職務命令の公定力」と呼ばれるが、取消訴訟が認められない職務命令は、行政行為よりもはるかに強い拘束力をもっていることに留意する必要がある。

鶴飼信成氏がその著書の中で「上司の命令は絶対的で、事の理非曲直を問わず必ず服従しなければならぬ、とい

うのでは、近代的な、自覚した人間を主体とする組織ではあり得ない」「今日の公務員制度の職能的階層制においては、上司の命令に対する職員の服従義務は、職員の個人的独立性に、はるかに重心を傾けた方式で解釈されなければならない」と述べていることは、これからの職務命令体制については公務員制度のあり方を考えるうえで、重要な示唆をもたらしている。

また、あらゆる面を考察しながら、新しい職務命令のあり方を探ることが重要である。教育公務員に対する職務命令は、従来から大きな問題とされてきたが、あまりにも「教育」の特殊性に拘泥しすぎたために、月並みな見解の繰り返しとなってしまったように思われる。たとえ教育問題であっても、何事も教育の中で解決しようとする考え方は改めるべきであろう。様々な営みの中でも、特に教育は行政、法律、社会、医療、福祉など様々なものももっとも関係している領域ではないだろうか。子どもに関することをすべて教育の中で解決できるわけではない。いじめの問題において、学校の先生はどんなに頑張っても完璧なカウンセラーにはなれないことと同じである。

職務命令論に限らず、今後の行政や研究は、教育はあらゆる事象の総合体であるという立場で進められることを願っている。

～付 録～

(付録1)

～1946年から1961年までの経過～

1946. 3. 5 第一次アメリカ教育施設団来日  
……教育の地方分権化, 公選制教育行政機関創設などを勧告
1947. 3. 31 「教育基本法」「学校教育法」施行
1947. 6. 8 日本教職員組合(日教組)結成
1948. 4. 30 「教科用図書検定規則」制定
1948. 7. 31 政令二〇一号公布, 施行
1948. 11. 11 「教育委員会法」施行  
……公選制教育委員会制度発足。全都道府県, 五大市, 四大市町村に公選挙制教育委員会設置  
／市町村教育委員会設置反対運動起こる
1949. 1. 12 「教育公務員特例法」公布
1949. 5. 31 「教育職員免許法」「文部省設置法」公布  
……サービスビューローとしての文部省スタート  
〔教育政策の転換・教育行政の与党支配強化〕
1950. 6. 25 朝鮮戦争勃発
1950. 9. 1 天野貞祐文部大臣による教員のレッドパージ言明
1950. 10. 17 「日の丸」掲揚, 「君が代」斉唱を勧める文部省通達
1951. 7. 10 「学習指導要領一般編 ☆試案☆」発行
1951. 9. 8 サンフランシスコ講和条約, 日米安全保障条約調印
1951. 11. 16 「教育制度改革の答申」政令改正諮問委員会  
……\*教育委員の任命制  
\*教育委員会の違法行為に対し文部大臣が責任を負う体制の明確化
1952. 6. 13 「教育委員会法五十五条の二」改正  
(昭和二十七年法律第九十二号)  
……「教育委員会が国の機関として処理する行政事務については, 教育委員会は, 都道府県にあっては主務大臣, 市町村にあっては都道府県委員会及び主務大臣の指揮監督を受ける。」
1952. 7. 31 「文部省設置法」改正  
……\*従来の指導助言権限に新たに“勧告”を付加  
\*教育・学術・文化・宗教に関するすべての行政組織の管轄を明示
1952. 11. 1 公選制教育委員会全国一斉設置
1953. 8. 5 「学校教育法」一部改正(同法二一条)  
……文部大臣の教科書検定権明示
1953. 10. 2 池田・ロバートソン会談
1954. 6. 3 「義務教育諸学校における教育の政治的中立の確保に関する臨時措置法」「教育公務員特例法一部改正」(教育二法)公布
1956. 6. 2 「地方教育行政の組織及び運営に関する法律」強行採択
1956. 9. 30 「教育委員会法」失効
1956. 10. 1 「地方教育行政の組織及び運営に関する法律」公布施行  
……任命制教育委員会発足
1958. 7. 9 「市町村立学校職員給与負担法」一部改正  
……校長に管理職手当支給
1958. 10. 1 小中学校学習指導要領を官報に公示
1960. 4. 1 教頭に管理職手当支給
1961. 4. 27 文部省通達; 「昭和三六年度全国中学校一斉学力調査実施要綱」
1961. 10. 26 全国一斉学力テスト実施

(付録2)

職務命令

昭和45年11月18日

教諭〇〇殿

高千穂町立上岩戸小学校長

×××× 職印

11月17日、分会長〇〇教諭から、職場会決定事項の中で、特に集中講義を11月19日(木)主事訪問日に実施せず、11月18日(水)に自主的に実施するとの申し出がありました。

これは権限外の決定であり、越権行為ともなり、授業放棄にもなります。また(上司の命令に服従する義務)(職務専念義務)違反ともなります。あなたは正しい見識と良心をもって、各学級の平常の授業を実施するよう特に命じます。

職務命令

正義が支配する理想の社会をつくることは、これまでも人間が絶えず願ってきたことであるが、他人はとかく自己のいづく思想や所属する団体の立場からのみ何が正義であるかを判断しがちであり、そのような判断からは専制や暴力や過激な感情も正当化されやすい。あなたの11月12日道徳指導案の主題設定の理由は、前記の誤りをおかしているとの疑いが濃いので、11月7日そのようなことのないよう指示しましたが、受け入れられませんので、ここに改めて誤解をまねかないよう書き改めることを命じます。

昭和44年11月11日 海土中学校長

昭和40年7月19日

田地教委 第2号

田野小学校長殿

田野町教育委員会

職務命令

田野町教育委員会は県教委指導課で検討した結果、学力向上に重点をおいて編集した地教連編纂の夏休み学習帳に決定したので(地公法32条地教行法43条2項)全校児童に使用することを命じます。

全教員を指導監督して十分効果をあげるよう努力していただきたい。代金23円の中10円は地教連負担金の事業費で助成しますので13円を徴収すること。

尚、他の学習帳の使用は禁じますので念の為申し添えます。

(資料出所)

『季刊教育法』7号

～参考文献目録～

『教師の専門職性と行政参加』	伊藤和衛	明治図書	1974年
『服務・分限・懲戒・労働基本権』	金子善次郎編	ぎょうせい	1991年
『教育法〔新版〕』	兼子 仁	有斐閣	1978年
『季刊労働法43号』		労働法学研究所	1962年
『季刊労働法7号』		総合労働研究所	1973年
『季刊労働法38号』		総合労働研究所	1980年
『教職員人事関係実務必携』	文部省地方課法令研究会編	第一法規出版	1990年
『学校教育と教職員の権利』	神田 修編	学陽書房	1978年
『教育の権利と自由』	内野正幸	有斐閣	1994年
『教育委員会月報 平成元年8月号』	文部省教育助成局地方課	第一法規出版	1989年
『教育の権利と教育法』	日本教育法学会	有斐閣	1989年
『杉村章三郎先生記念 公法学研究 上』	鶴飼信成 他	有斐閣	1974年
『憲法理念と教育基本法制』	有倉遼吉	成文堂	1973年
『公務員の権利と法』	室井 力	勁草書房	1978年
『改正教育公務員特別法逐条解説』	文部省教育法令研究会編	学陽書房	
『教師の教育活動と法制研究』	坂元弘直監修	第一公報社	1976年
『逐条解説 地方教育行政の組織及び運営に関する法律』	緒方信一監修 木田 宏著	第一法規出版	1956年
『解説教育関係行政実例集』	文部省地方課法令研究会編	学陽書房	1984年
『法学セミナー1979年10月増刊号「日本の公務員」』		日本評論社	1979年
『教育公務員の勤務条件』	青木宗也	勁草書房	1977年
『事例研究公務員労働法』	中村 博	学陽書房	1980年
『行政指導』	新藤宗幸	岩波新書	1992年
『自治体の政府間関係』	新藤宗幸編	学陽書房	1989年
『教育行政の原理と課題』	室井 修編	法律文化社	1991年
『教育の地方自治』	日本教育法学会編	エイデル研究所	1981年
『基本法コンメンタール 教育関係法』	永井憲一編	日本評論社	1992年