訓令・職務命令の服従義務

松　戸　　浩

Ⅰ　序
Ⅱ　訓令の違法と職務命令の違法の区別と行政機関・公務員
Ⅲ　職務命令が違法であるということの意味
Ⅳ　国歌斉唱・伴奏訴訟最高裁判決
Ⅴ　結　　び

Ⅰ　序

公務員は，その職務を遂行するについて，上司の職務上の命令に忠実に従わなければならないとされているが，これと同時に，法令にも従わなければならないものとされている（国家公務員法 98 条 1 項。また，地方公務員法 32 条）。尤も，上司の職務命令は常に法令に適合しているとは限らない。また職務命令を受けた公務員が当該命令は法令違反であると考える場合もある。これらの場合には法令順守義務と職務命令服従義務との衝突乃至法令違反の職務命令に対する服従義務如何が語られうるし，また実際学説上もこれ迄屢々論じられてきたところであった。このような状況の下で近時，最判平成 24 年 2 月 9 日民集 66 巻 2 号 183 頁では，入学式・卒業式等の実施に際しピアノ伴奏により国歌斉唱を行なうこと等を内容とする教育委員会教育長の各校長に対する通達及び国歌斉唱やピアノ伴奏等を各教職員に命ずる旨の各校長の職務命令の処分性に就いて判断する中で，これらの通達乃至職務命令と個々の教職員の権利義務との関係に就いても言及がされており，また教職員が職務命令によって課された国歌

斉唱の義務のないことの確認等を求めていたことから，改めて職務命令の服従義務の範囲が問題とされたところである。同判決は公務員の法的地位との関係に於ける通達・職務命令の理論的整理が学説上のみならず実際上も必要であることを示すものといえる。そして同判決を契機として，前記のように従来から学説上存在してきた職務命令の服従義務の存否乃至その範囲に関する議論でも進展がみられている。

訓令，通達そして職務命令と公務員との関係は，行政組織法と公務員法の体系と関わる基本問題である。そして前記の法令順守義務と職務命令服従義務との衝突乃至法令違反の職務命令に対する服従義務如何の問題を探求する際には，この体系を顧慮しつつなされることが必要であると思われる。本稿はこの点に関する従来の学説を踏まえつつ，改めてこの問題に就いて検討しようとするものである。

Ⅱ　訓令の違法と職務命令の違法の区別と行政機関・公務員

1　(1)　行政組織はこれを構成する機関に任ぜられた人間の活動によってはじめて現実に活動しうる。この人間の内公務員法の適用を受ける者が公務員である。この人間は公務員の立場としては公務員を規律する法の適用を受けると共に，行政機関として行動する側面では行政機関を規律する法の適用を受ける。このように公務員と行政機関を区別することは，その相互関係に就いての理解も含め今日では行政法学に於ける「殆ど共通の財産となっている」[1)]と認識されている。そして職務命令が上の内公務員に対し発せられるものであること，従って職務命令は公務員法の範疇のものであることもこれまた行政法学に於ける共通の認識となっているといってよい。これに対し，従来職務命令の服従義務の範囲が殊更問題とされてきたのは，このように同一の人間が一方では公務員として把握され他方では行政機関として把握されるという「二重の性格を有して」いることに起因するという指摘がなされている[2)]。

1）　藤田宙靖「公務員法の位置付け」（『行政法の基礎理論下巻』所収）40頁。

(2)　尤も，上のような行政機関と公務員との区別や職務命令が後者に対するものであるという理解は近時になってはじめて確立したものではなく，従前から存在したものである。現在では伝統的学説に分類される美濃部達吉博士も，行政機関とこれに任ぜられた者＝公務担当者（官吏はその一である）とを区別すると共に，職務命令は官吏に対するものとして理解していた[3]。行政機関概念と公務員概念との理論的関係が必ずしも明確に論ぜられていないと評される[4]田中二郎博士にあっても，次の叙述からは，両者を区別しつつ訓令は前者との関係で，職務命令は後者との関係で夫々問題となるものであることを意識していたものといえる。

> 《訓令は，上級官庁が下級官庁に対しその所掌事務に関して発する命令であって，上司がその部下である公務員個人に対してその職務に関して発する命令たる職務命令と区別される。すなわち，第一に，訓令は，下級官庁の行政機関としての意思を拘束する（したがって，機関構成者が変っても，その拘束力を妨げられない）のに対し，職務命令は，公務員の職務に関し公務員を個人として拘束するにすぎない（公務員がその地位を退けば当然失効する）。第二に，訓令は，下級官庁の所掌事務について，その権限の行使を指揮するための命令であるのに対し，職務命令は，公務員の職務に関して発するもので，職務の遂行に必要な限り，公務員の生活行動（…）をも規制することができる。》[5]（傍点原文）

しかし従来の論者にあっては，職務命令の服従義務の範囲を論ずるに当たり，行政機関に対する訓令通達の服従義務の範囲に関する議論に準じているケース

2）　晴山一穂「公務員に対する職務命令の法的性質」（根本到＝奥田香子＝緒方桂子＝米津孝司編『労働法と現代法の理論　西谷敏先生古稀記念論集上』所収）252 頁。また訓令・通達の公務員に対する職務命令としての法効果に行政組織法と公務員法の連結を見出す濱西隆男「行政機関の指揮監督権限と公務員の服務についての覚書（二・完）」自治研究 88 巻 5 号 58 頁（また，同（一）自治研究 88 巻 4 号 60 頁）も同様の問題意識を持っているものといえる。

3）　美濃部達吉『日本行政法上巻』361 頁，665 頁以下，715 頁以下。また 718 頁以下では訓令は国家機関に関わるものであるのに対し職務命令は官吏に関わるものである旨を述べている。

4）　藤田・前掲 39 頁。

がみられた。これは金子宏博士において顕著である。即ち博士は，《行政機関ないし公務員の服従義務…の限界はどこに見出されるべきであろうか。換言すれば，下級行政機関ないし下司は，違法な訓令または職務命令にも拘束され，常にそれに服従しなければならないであろうか。》という問いを立てた上で，上級機関の命令は行政組織における秩序と行政の統一の維持の為に適法の推定を受け，下級機関は上級機関の命令が明白に違法でない限りそれに服従しなければならないと述べ，以下訓令と職務命令の服従義務を一括して論じている[6)]。ここでは行政機関と公務員，訓令と職務命令とが区別されつつも，その夫々が同等のものとして扱われているのは明らかであろう。抑々金子教授は前に引用した箇所の前で，《行政機関の服従義務の問題と公務員の服従義務の問題とは，一応同一平面上において論じてよい》とも述べているのである[7)]。

これに対し田中博士の場合は，訓令に対する下級官庁の審査権の問題と違法な職務命令に対する公務員の審査権[8)]・服従義務の問題とを分けて論じている。しかしその内容は，無効な命令の場合は下級官庁・公務員に審査権があり或いは公務員に服従義務はないとしているので[9)]，実質的には訓令に対する職務命令の特殊性が考慮されずに論じられているというものであった。これは美濃部博士の場合も基本的には同様である。美濃部博士は訓令に就いては下級官庁は

5）　田中二郎『新版行政法中巻』（全訂第 2 版）37 頁。また別所でも，「公務員の職務について，指揮監督権を有する行政機関の職にある者」である上司が公務員の職務に関し部下の公務員に対して発する命令であると述べており（257 頁註 3）職務命令が公務員に対するものであるとしていた。また同書 32 頁註 2 でも，「行政機関そのものの地位・性質と行政機関たる者のそれとは区別して考えなくてはならぬ」（傍点原文）と述べつつ，給料その他の給与を支給されるのは後者に対してであるとしており，田中博士にあっても行政機関と公務員とが区別されること自体は意識されていたものといえる。

6）　金子宏「行政機関および公務員の服従義務について」自治研究 34 巻 11 号 48 頁以下。

7）　前掲 45 頁。

8）　以下では職務命令に対する公務員の審査権の有無につき述べているが，次款で述べるように，職務命令の服従義務の問題を受命者の審査権の有無という形で論ずることは適当ではないと思われる。本文では論者の叙述に即している。また本文では訓令に対する審査権，職務命令に対する審査権・服従義務と述べるなど対象が揃っていないが，これも論者の叙述に即したものである。

9）　田中・前掲 37 頁，257 頁註 3。

その有効要件が具備されているか否かにつき審査権があるとする一方で，職務命令に就いては官吏は無効の職務命令には服従する義務はないと述べているが，職務命令が有効である為の要件として挙げられているのは訓令の有効要件として挙げられているものとほぼ同様であり[10]，結果的には田中博士と同様に受命機関乃至受命者による訓令と職務命令夫々の審査権乃至服従義務の範囲が重なっていることになる。

尤も両博士の所説の間には，その審査権乃至服従義務の範囲につき相違がある。田中博士は美濃部博士の挙げた職務命令の有効要件の内内容の不能ならざることを外した上で，法規に抵触する職務命令もその要件の欠缺が重大明白である場合には受命公務員は自ら職務命令の無効の判断をすることができまた服従義務はないものとしている[11]。これに対し美濃部博士の場合には訓令にせよ職務命令にせよ，受命機関乃至受命者はそれが法令の解釈を誤ったものであると信じてもなお従わなければならないとして，この点の受命機関乃至受命者の審査権を否定していた[12]。この場合命令発令機関・発令者の判断は美濃部博士の挙げた命令の有効要件を充たす限り常に適法なものとして扱われることになる。それ故田中博士の場合には美濃部博士と異なり，命令が法規に抵触する瑕疵が重大明白であるか否かに就いての審査権が受命者に認められていることになる。尤も美濃部博士にあっても受命者の実質的判断権が排除されている訳ではない。博士の所説では，受命者は命令内容の不能ならざるか否かに就いては，命令の有効要件なので判断しうる。従って両説の相違は，職務命令が法規に抵触することが重大明白な瑕疵と評価されるものであるか否かを受命者が判断しうるか，そしてそのように評価される職務命令に対する服従義務が否定されるかにある[13][14]。

2　(1)　以上のような職務命令の服従義務の範囲に関する所説に対してされ

10)　以上，美濃部・前掲 391 頁，715 頁以下。ここで形式的要件として挙げられているのは，権限ある機関から発せられたものであること，受命機関乃至受命者の権限乃至職務に関するものであること，その内容の不能ならざること，権限乃至職務上の独立の範囲に関するものでないことである。

11)　田中・前掲 257 頁註 3。

12)　美濃部・前掲 391 頁，715 頁。

た今村成和博士による批判は広く知られると共に，その提示した違法の内容につき訓令と職務命令を峻別する枠組は，従来の所説に代わりこの問題を論ずる際の基礎として今日では学説上一般的に受け入れられている。

かかる今村博士の所説は，「それまで十分に自覚されることのなかった訓令と職務命令の規範的意味内容の違いを明示的に論じたもの」として高く評価されてもいる[15]。尤も前述のように，今村博士以前の所説も訓令と職務命令の区別を知らなかった訳ではなく[16]，寧ろ今日の訓令概念と職務命令概念は共に従前から説かれてきたものを踏襲しているといえる。今村博士の所説の意義の一は，訓令と職務命令の夫々につき従来から理解されてきた内容―前者は行政機関の相互関係上のものであり後者は公務員の相互関係上のものであるという―を踏まえた上で，それを理論的に貫徹するならば夫々の違法の内容もかかる訓令と職務命令の位置付けを反映したものでなければならないことを指摘したことにある。博士の次の言明はこれを端的に表明したものということができる。

> 《訓令は，行政組織上の上級機関の有する指揮監督権に基き，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置いて発せられるものである

13）　また田中博士の場合には，法規に対する抵触以外の―美濃部博士と共通する―要件に就いても，それが重大明白な瑕疵でない場合には受命者に服従義務が課されるものと考えられ，そのような限定のない美濃部博士とは異なる。

14）　更に美濃部博士は，一般の行政行為に就いての無効要件が存在する場合には職務命令もまた無効であるとしている。この無効要件は本文で挙げた「その内容の不能ならざること」と重なるところが多いが（以上，前掲716頁，290頁以下），いずれにせよその多くは博士自身も述べているように実質的要件である。これらのことから，美濃部説を「要件論的構成」，田中説を「瑕疵論的構成」と夫々整理した上で，「両者の最も大きな違いは，形式的要件の満足を，職務命令の有効要件と認めるか否かの点にある」とする今村博士の指摘（「職務命令と服従義務」〔『人権叢説』所収〕111頁）は，美濃部説との関係では適切ではないように思われる。

15）　晴山・前掲259頁。また同書にも援用されている室井力「公務員法制における教員の地位と職務命令」（青木宗也編『教育公務員の勤務条件』所収）12頁。

16）　藤田・前掲41頁は，今村博士の所説を行政機関と公務員，訓令と職務命令の法的意味の違いの認識を徹底するものとして評価しつつも，「このこと自体は，従来の行政法理論においても共通の認識となっていたところであった」と付記している。

から，その目的は，被傭者たる公務員に対する労働指揮権の行使にあるといってよい。/ 従って，訓令の違法は，形式的要件の欠缺の場合の外は，命令の内容が，違法な行政権限の行使を下級機関に命ずることとなる場合を指すのに対し，職務命令の違法は，労働指揮権の行使としての適法性を欠くことを意味するから，前者（訓令の違法）は必ずしも後者（職務命令の違法）に帰着するものではないのである。労働指揮権の違法行使とは，相手方公務員の権利を違法に侵害することであり，それがまさに，職務命令の違法の意味する所に外ならないが，訓令の違法は，必ずしも当然に，受命公務員の権利を侵害することになるものではない。》[17]

(2)　今村博士の所説は，訓令と職務命令の違法の内容が夫々の法的位置付けを踏まえたものでなければならないとの指摘を含むのみならず，上のようにその提示した新たな訓令・職務命令の違法の内容もまた，従前の所説と比較すればかかる指摘に沿うものであった。しかし博士の所説には，訓令と職務命令の夫々に就いて一般的に理解されている法的位置付けからして，なお検討される余地はないだろうか。

(a)　今村博士が提示しその後我国行政法学説に対して大きな影響を与えたものとしては，先に述べた違法の内容に就いての訓令と職務命令との区別の他にも，職務命令の中に訓令的性質のものとそうでないものとがあることを指摘した[18]こともあるとされている。この区別は訓令的職務命令と非訓令的職務命令との区別として今日の学説では広く受け入れられている。そしてこの枠組に対しては，実際にはこの両者を区別することは困難なのではないかという批判がされている[19]。しかし，職務命令の中に訓令的性質のものとそうでないものとがあることは今村博士によって初めて指摘されたのではない。既に美濃部博士は次のように述べていた。

17)　今村・前掲 114 頁以下。

18)　前掲 112 頁以下。

19)　晴山・前掲 260 頁以下。また，室井力「教職員人事法制の問題点」（『現代行政法の展開』所収）312 頁。その他，法令順守義務との関係から訓令的職務命令と非訓令的職務命令との区別に批判的な見解も存在するが，職務命令と法令順守義務との関係に就いては本文で後述する。

《訓令は國家機關としての權限の行使に關する命令で，…訓令は常に同時に職務命令たる性質を有し，官吏は個人としても訓令に從はねばならぬ義務を負ふものであるが，反對に職務命令は其の内容に於いて必ずしも國家機關としての權限の行使に關するものではなく，其の範圍は遙にこれよりも廣いもので，…苟も職務上の義務に含まるる限りは一切の生活行動に及び得べきもので，而して職務命令の内容が國家機關としての權限の行使に關するものでない限りは，それは職務命令としてのみ効力を有するもので，同時に訓令たる性質を有するものではない。》[20]

上の叙述には職務命令の中に訓令的性質のものとそうでないものとがあることが示されていることは明らかであろう。従って今村博士の所説の意義は，かかるものとしての訓令と職務命令の夫々につき違法の内容を区別すべきことを示したことにある。

他方で今村博士の所説に就いては今日，前述のように訓令的職務命令と非訓令的職務命令の区別を提示したものとしても評価されている。この点に係る今村博士の所説の趣旨はどのようなものであろうか。以下ではこれを検討していくことにする。

(b)　一般的に「訓令的職務命令」と呼ばれているものに就いての，例えば宇賀克也教授による説明は次のようなものである。

《上級行政機関の下級行政機関に対する指揮監督権の行使として訓令が出される場合，行政機関としての権限行使は，公務員の職務活動として行われなければならないから，公務員に対する職務命令としての性格も併有すると一般に解されている。これが前者の訓令的職務命令である。》[21]

他の論者による「訓令的職務命令」の理解もこれと同様のものと解してよい。確かに今村博士も，訓令でありながら職務命令としての性格を有するものにつき，同様の説明をしている[22]。そして前述したような今村博士による訓令の違法と職務命令の違法の峻別の主張は，このような職務命令としての性格を併

20)　美濃部・前掲 718 頁以下。
21)　宇賀克也『行政法概説Ⅲ』（第 4 版）464 頁。
22)　今村・前掲 114 頁。

有する訓令を念頭に置いて行なわれている[23]。抑々出張命令のような訓令としての性格を持たないとされている職務命令に就いては訓令の違法は問題とはならないのだから，これは当然のことである。

その際注目されるのは，上の訓令の違法と職務命令の違法の峻別の必要を，博士は同一の命令に就いて論じていることである。例えば博士曰く，

> 訓令の《その他の〔不能の内容を除く・松戸註〕内容的違法は，単に，下級機関に違法な処分を命ずることを意味することである…が，形式的要件が満されている限り，労働指揮権の行使としては，違法性を帯びるものとは認め難いのである。/ もっとも，違法な訓令に基く処分は，公務員の法令順守義務違反の問題を生ずることになるが，これは，違法な労働指揮権の行使という，いわば，公務員労働法上の問題とは次元を異にし，行政組織法上の，訓令に対する下級機関の審査権の問題を通過した上で論じられるべき事柄であって，この観点からも，訓令の内容的違法は，職務命令の違法と，同一次元で考えられるべき問題ではないのである。》[24]
>
> 《許可権限をもつ下級行政庁に対し，上級行政庁が，特定の申請を拒否すべきことを指令し，それが，正しい法の適用としては違法であるとしても，この指令（訓令）は，受命公務員に対する関係においては，労働力処分権の範囲内の命令なのであるから，職務命令としては違法の問題を生ずるものではない》[25]

このように博士にあっては，諸々の職務命令を訓令的職務命令と非訓令的職務命令とに分類した上で夫々の違法性の判断を異にすべきということが主張されたのではない。またここでは，訓令の違法は職務命令のそれとは異なるものとして構成されているが，訓令の違法がある場合に当該訓令に併有される職務命令が違法であるとされる訳ではないとも述べられている。博士の所説は，上級機関により下級機関に対して発せられた命令が訓令の側面と共に，上司から下位公務員に対する職務命令の側面の両者を持ちうること[26]―これは従前か

23）　前掲 114 頁以下参照。
24）　前掲 115 頁。
25）　前掲 126 頁。

ら知られていた―，そしてこの場合に同一の命令に就いて，両側面の夫々に即した形で違法性の判断を行なうべきことを主張したものとして理解すべきものと思われる。

これに対し今日学説上一般的となっている訓令的職務命令と非訓令的職務命令の区別は，職務命令がこの二種に分類された上でその職務命令夫々の違法の内容も区別されるものとして理解されている。

> 《職務命令の中には二つのものがある。一つは訓令的なもの，つまり行政組織間の指揮監督権としてなされるものである。より正確にいうと，訓令の名宛人は，直接には，行政機関である（…）が，実際にこれに従って行動するのは，当該行政機関の職を占める公務員（…）である。いま一つは，職務命令がもっぱら公務員自身に関する規律としてなされるような場合である（…）。/ 職務命令が訓令的内容をもっている場合には，公務員はかかる職務命令には適法性審査権は原則としてもたないとみるべきである。…これに対して，行政機関への訓令の意味をもたない公務員自身に対する命令（…）などについては，…これが違法になされたときは，これをチェックする適切なものとしては当該職員以外にはいない。》[27]（傍点松戸）

ここでは，職務命令が訓令的内容を持つものとそのような内容を持たないものとに区別された上で，前者に就いては，当該公務員に対する職務命令としての側面で今村博士のいう労働指揮権の行使としての適法性を欠くことがあったとしても，当該公務員はその適法性審査権を持たないということになる。換言すれば，職務命令は訓令的内容を持っている場合には公務員の適法性審査権が及ばない，ということになる。かかる枠組は，先にみたように違法な訓令であっても労働力処分権の範囲内の命令であればという留保を付しつつ職務命令としては違法の問題を生ずるものではないとした今村博士の所説とは明らかに懸隔のあるものといえよう[28]。

26）一般的には，訓令は常に職務命令としての性質をもつものと説明されている。例えば，田中・前掲 37 頁，今村・前掲 114 頁，山内一夫「訓令と通達」（『新行政法論考』所収）149 頁，佐藤功『行政組織法』（新版増補）246 頁註 3 。

27）塩野宏『行政法Ⅲ』（第 4 版）315 頁以下。

(3) (a)　次に，今村博士の提示した訓令・職務命令夫々の違法の内容につきみていく。博士は訓令の違法につき，訓令の形式的要件を欠く場合と内容的要件を欠く場合とを区別している。前者の場合には，受命公務員に対し義務なきことを行わしめるものであるから職務命令としても違法であるとしている[29]。これに対し後者の場合には，「伝統的学説は，行政の統一性保持の必要という見地から，下級機関の服従義務を肯定する」としつつ，「しかしながら，このような，上級機関の法令解釈に従う義務は，受命機関の地位にある公務員にとっては，絶対的なものではない」とする。その上で，訓令の無効原因とされてきた犯罪行為や法律上の不能を命ずる訓令には従う義務はないとし，同じく訓令の無効原因とされてきた瑕疵の重大且つ明白性または明白性に就いては，「訓令の内容的違法というのは，当該訓令に基く処分が，違法処分となることのはね返りに外ならないものであるから，正確には，公務員の法令順守義務が，訓令に対する服従義務に優先する場合如何，という問題として，とらえるべきものであろう」とした上で，上司に疑義を正す義務は常に存在するとしつつ，次のように述べている。

> 《訓令に基いて処分を行うことの違法が明白である場合，または，それによって重大な権利侵害を生ずる場合にも，当該処分を行うべきではない。このような場合にまで処分を強行することは，国民に対する関係においての公務員としての義務違反となる反面，このような場合にまで，訓令に対する服従義務を強要することに，何等合理的根拠ありとはいえぬからである。》[30]

なおここでの違法は職務命令の側面に存するものではなく，訓令固有のものである。それは，博士が上に紹介した箇所の前で，「訓令の内容的違法は，公

---

28)　また今村博士の所説に就いては，「訓令的職務命令」に就いては重大且つ明白な違法がない限り公務員の服従義務を肯定したものとして紹介される場合もあるが，本文で後述するように博士は「訓令に基いて処分を行うことの違法が明白である場合，または，それによって重大な権利侵害を生ずる場合」に訓令への服従義務を否定しているのであって，服従義務の成立基準として田中博士等と同様の重大明白説をとっている訳ではない。

29)　今村・前掲 115 頁。

30)　以上，前掲 127 頁以下。

務員労働法上の問題ではないから，これに対する服従義務は，行政組織法上の下級機関の立場からの問題として，考えねばならぬこととなる。そこにおいて，もし服従義務が肯定されるならば，公務員としても，これを拒否すべき何等の理由も有しないことにならざるを得ない。/ そこで次には，この問題を考えよう。」と述べていること[31]からも明らかである。

以上のように今村博士の所説は，訓令の内容的違法が存する場合の公務員の服従義務に就いては，従来の学説と同様の結論をとっている（但し重大明白の基準に代え明白の基準がとられている）。ここでは，「訓令の内容的違法というのは，…公務員の法令順守義務が，訓令に対する服従義務に優先する場合如何，という問題として，とらえるべき」とされているように，訓令固有の違法が公務員の服従義務の範囲とどのように関係するかという見地から捉えられていることが分かる。しかしこれを行政機関の側面からみるならば，下級機関が訓令に違法があると判断して上級機関の命令に従わないことを意味する。そして訓令は行政機関相互間のものであるのだから，訓令固有の違法がある場合に公務員がこれに服従する義務はないとして義務不存在確認の訴え等を提起した場合には，これは実質的には行政機関同士の機関訴訟として機能することになる。

(b)　また今村博士は，訓令が違法であれば下級機関はこれに服従する義務はなくまた「当該公務員」がこれに服従しないことは職務上の義務を怠ったことにはならないとする山内一夫博士の所説[32]につき，山内博士によれば下級機関の訓令審査権を全面的に認めることになるところ，これは訓令の法適合性の判断につき上級機関と下級機関に対等の地位を認めることを意味するが，これは下級機関に訓令の拒否権を認めることとなるので実質的には下級機関の判断に優越を認めることになり，また訓令の違法は私人による抗告訴訟の提起が最終的なチェック・ポイントとして存在するとして批判している[33]。今村博士

31）　前掲 126 頁。このような見解は 115 頁でも述べられている。

32）　山内・前掲 153 頁以下，同「職務命令の『公定力』批判」（山内・前掲所収）158 頁以下。なお今村博士は両論文〔後者は「職務命令の公定力」の旧題〕を『行政法論考』から援用している。

33）　今村・前掲 120 頁以下。最後の抗告訴訟に就いての叙述は，私人に対する処分に係る訓令に限定して妥当するものといえよう。

は山内博士が下級機関に訓令の全面的審査権を認めていることを批判しているのであるが，上に挙げたような今村博士の山村博士に対する批判は違法の明白な場合に限定して下級機関に訓令の審査権を実質的に認めている今村博士に対しても妥当するものといえよう。今村博士の批判はその内容からは，下級機関が訓令の適法性の全面的審査権を有するとされている場合に留まらず，およそ訓令の適法性審査権を下級機関に認める場合に妥当しうるものだからである。

更に今村博士が，重大な権利侵害を生ずる場合はともかく，訓令の違法が明白である場合に処分を強行することは国民に対する関係で公務員としての義務違反となるとされている点に就いても，国民に対する関係では違法な処分が自己に対してなされること自体が問題なのであって，その違法が明白であるか否かということは問題ではない。処分の違法が明白であるか否かによって公務員としての義務違反の有無が左右されるのは，国民にとってよりも寧ろ公務員自身にとって―法令順守義務の違背が問題となる点に於いて―問題となるものであろう。

この場合，公務員にとってはその法令順守義務との関係で訓令の違法の明白性の要件が問題となりうる。前述したように訓令の法的性格からは，抑々下級機関にその適法性審査権を認めること自体に難点があると思われるが，これを摑くとしても，田中博士のような重大明白基準にせよ今村博士や金子博士のような明白基準にせよ，下級機関の訓令の適法性審査権の範囲を劃するとされる基準が，何故そのような基準であるべきかに就いての理論的根拠は必ずしも明らかでない。嘗て杉村章三郎博士は，下級官庁が「訓令の形式及び内容を審査し得る範圍は結局官廳組織統一の原理と行政の適法性の原理との調和の問題に歸する」と述べていたが[34]，前述のように今村博士が訓令の内容的違法が存する場合の公務員の服従義務に就いて「公務員の法令順守義務が，訓令に対する服従義務に優先する場合如何，という問題として」捉えるべきとしていたことにも，上の訓令に対する服従義務の判断基準としての違法の明白性が，行政行為の無効に関する重大明白説と同様に価値衡量的性格の濃いものであること

34）　杉村章三郎『行政法要義上巻』89 頁。

がみてとれる。行政行為の無効に関する重大明白説に就いては，権利保護の要請と法関係の早期安定や第三者の信頼保護等の要請との「ひとつの巧妙な妥協の産物」であると評されていた[35]。また嘗て雄川一郎博士は行政行為の無効の判断基準としての重大明白説につき，司法裁判所が一般的に行政行為の適否を審査しうるようになった今日では瑕疵の明白性を要求する理論的根拠はなくなったのではないかとしつつも，この問題は「右のような裁判所の権限の論理からのみ考えられるべきものではなく，行政行為に対する裁判的統制ないし行政救済一般の制度の展開，さらには行政手続の法的規制の問題等に関連して別の面から考えるべき要素が存することを否定し得ない…また，この問題は，行政行為の相手方及び利害関係者の権利の保護，行政上の法律関係の安定の要請，行政運営上の合理的要請等々の実際的な考慮を抜きにしては考えられない」と述べ[36]，行政行為の無効の判断基準を立てる際には多様な要素の考慮が求められることを指摘していた。

行政行為の無効の判断基準がこのように多様な考慮要素の上に立てられているのであれば，訓令に対する服従義務の判断基準は，そこでの考慮要素は行政行為の無効の場合とは異なることから，必ずしも同様のものとなるとは限らないことになろう。無効の行政行為は不服申立・抗告訴訟等といった特定の取消手続外でも何人もその効果を無視しうる行政行為であるとされてきたのであるが，重大明白説はかかるものとしての行政行為の判断基準として定立されており，また前述の考慮要素もそのような局面を念頭に置いて挙げられたものであった。例えば行政行為の無効論で一先に挙げた雄川博士のような異論はあるが一明白性の基準が立てられるのは，その瑕疵が何人も容易に認定しうべき程度に客観的に明瞭なる場合には行政争訟による判断をまたなくとも何人の認定によっても同一の結論に到達することが予期される[37]為であった。これは行政行為の取消制度の限定性に関連するものであるので，今村博士のように訓令の

35）　森田寛二「行政行為の『特殊な効力』」（雄川一郎 = 塩野 = 園部逸夫編『現代行政法大系 2 巻』所収）133 頁。

36）　雄川「行政行為の無効に関する一考察」（『行政の法理』所収）162 頁。

37）　田中「行政行為の無効と其の限界」（田中『行政行為論』所収）134 頁以下，同「行政行為の公定力に就て」（田中・前掲所収）169 頁。

服従義務の判別基準として瑕疵の明白性を挙げるのであれば，その論拠は別のところに求められなければならないことになろう。代わりに訓令の服従義務の議論で挙げられている考慮要素は前述したものの内では，公務員の法令順守義務，行政の適法性原理，官庁組織統一の原理といったものであった。そして先に挙げた今村博士の所説は，訓令の違法が明白である等の場合には法令順守義務が訓令服従義務を上回るとの衡量がされているものということができる。

3　以上今村博士の所説を検討してきたが，その中で行政組織法・公務員法の体系との関係で問題となりうるのは，訓令固有の違法が明白である場合に訓令への服従義務が否定される点であろう。これが訓令を受ける下級機関の側面で問題となりうることは前述したが，ここで注目すべきであることは，今村博士は訓令への服従義務が否定される場合につき下級機関の服従義務を否定するのではなく，下級機関の地位にある公務員の服従義務が否定されるというように注意深く言い換えて説明していることである。即ち博士は下級機関の訓令服従義務につき，下級機関は上級機関の法令解釈に従う義務があることを「ピラミッド型階層組織においては，当然の要請といってよい」と述べつつも，「このような，上級機関の法令解釈に従う義務は，受命機関の地位にある公務員にとっては，絶対的なものではない」と述べ，その上で，前述のように「訓令の内容的違法というのは，…公務員の法令順守義務が，訓令に対する服従義務に優先する場合如何，という問題として，とらえるべきものであろう」として訓令に対する服従義務が否定される場合として訓令の違法が明白である等の場合を挙げていたのである[38)]。ここでは訓令服従義務が否定される場合が公務員の服従義務との関係で説明されている。かかる今村博士の叙述は，行政機関としては訓令の適法性審査権はなく訓令服従義務は常にあるとしても，公務員としての服従義務はその際常にあるとはいえないことを述べたものとみることができよう。換言すれば訓令が違法でも公務員の服従義務が成立する場合と成立しない場合とがあるということになるが，ここで公務員の服従義務の有無を判断する標準として多様な考慮要素の上に立てられたのが，前述の明白性基準と

38）　以上，今村・前掲 127 頁以下。また別所では，「公務員には，一定限度の訓令審査権が認められる」とも述べている（130 頁・傍点松戸）。

いうことになる。

この場合，受命公務員は如何なる資格乃至論拠に基づいて訓令（厳密にはこれに併有された職務命令）を拒否しうるのだろうか。公務員の法令順守義務がその一つの―そして有力な―支えとされていることは明らかであろう。この公務員の法令順守義務は本来は職務命令の妥当する公務員関係の次元のものであった。以下では款を改めて，公務員の法令順守義務の意義につき検討することとしたい。

Ⅲ　職務命令が違法であるということの意味

1　訓令が妥当するのは行政機関間の関係である。これは公務員法上のものではなく行政組織法（公務員法を行政組織法の範疇に含める論者にあってはそれを除く）上のものとされ，それ故ここでは独立の法主体たる公務員は現われない。そして行政組織法上の関係では，組織論的要請に基づく行政の統一性確保の必要が強調されるのに対し，公務員法上の関係では特別権力関係の否定された今日では受命者の絶対的服従義務が否定される[39]。訓令に対する服従義務と職務命令に対する服従義務を区別する論者にあっては一般にかかる相違が意識され，後者の範囲は抑制的に解される傾向にある。職務命令の服従義務に就いての田中博士の重大明白説に対する批判の一は，同説によれば瑕疵が重大明白でなければ違法な職務命令であっても服従義務が肯定される点に向けられていた。またこの公務員の独立の法主体たる性格を徹底する見解は，公務員関係を労働契約関係と捉え，それを基礎に瑕疵が重大明白な場合に限らず違法な職務命令一般の服従義務を否定している[40]。更に，これと同様に公務員関係を労働契約関係と捉えつつ，行政機関も実際には公務員が構成する点を重視した上で，訓令に就いても職務命令としての側面を重視し今村博士のように訓令・職務命

39）　なお参照，今村・前掲115頁以下。

40）　室井力『特別権力関係論』383頁以下。なお公務員関係を労働契約関係と捉えない場合であっても違法な職務命令一般に対する公務員の服従義務を否定することはありうるものであり，実際にそのような見解も存在する（後掲の濱西教授の見解がそれである）。

令夫々の違法を区別せず統一的に把握し，違法な訓令・職務命令一般の服従義務を否定する見解も現われている[41]。

公務員の職務命令に従う義務は，公務員が「上下の命令服従関係を構成しつつ一体となって行政目的を追求する関係にある」ことに求められている[42]。公務員も組織の構成員として組織の為に活動するものであることから，ここでは訓令の場合と同様に組織の統一的運営の要請がその支えとなっているが，上の職務命令に対する服従義務に関する様々な見解の相違は，この組織の統一的運営の要請を，同じく公務員に課せられている法令順守義務との関係でどの程度重視するかの点に起因するものということができる。職務命令の服従義務の限界としての重大明白説に対しては「職場秩序を重しとする考え方にとらわれすぎ」るとの批判がされ[43]，また今村博士は訓令に就いては行政の統一性確保の必要を強調し職務命令の場合よりも強度の服従義務―明白な瑕疵のある場合でなければ服従義務ありとする―を認めていたが，これに対しては，法令順守義務の基礎とされている法治主義を重視してこれを服従義務に優先し，訓令に就いても職務命令と同様の基準をとるべきであり違法な訓令には従う義務はないとする批判があった[44]。法令順守義務を更に徹底する見解は，同義務の「法令」を藤田博士に倣い法令一般と解し[45]，行政機関の地位にある公務員が従うべきは法令一般であるとして，法令一般に反する訓令に従って職務を遂行する義務を否定するに至っている[46]。この論理によれば職務命令一般に就いても，今村博士のような労働指揮権の行使に係る法規の違反に留まらず[47]，

41）晴山・前掲 260 頁以下。他方で同じく公務員関係を労働契約関係と捉える室井博士は，訓令に対する視点を欠くという今村・前掲 125 頁以下の批判を受け前掲註 40）での見解を改説したとみられるが（「公務員法制における教員の地位と職務命令」23 頁註 21），なお今村説には留保を付している（「教職員人事法制の問題点」312 頁）。

42）田中『新版行政法中巻』（全訂第 2 版）255 頁。

43）今村・前掲 111 頁。

44）晴山・前掲 260 頁以下，高田敏「職務命令と服従義務」行政法の争点（新版）133 頁。両者共「訓令的職務命令」につき本文で述べたように論じている。

45）藤田・前掲 51 頁以下，同『行政組織法』（有斐閣版）303 頁以下。

46）濱西「行政機関の指揮監督権限と公務員の服務についての覚書（一）」自治研究 88 巻 4 号 64 頁以下。

47）この点につき参照，藤田『行政組織法』（有斐閣版）305 頁註 10。

法令一般に違反する職務命令の服従義務が否定されることになろう[48]。そこでは今村博士の訓令・職務命令夫々の違法を区別する考の前提にあった，行政の統一的運営確保の必要の要請は背後に退いているものといえる[49]。違法な訓令一般に就いて受命機関の服従義務を否定する山内博士に対して今村博士が批判したのも，正にこの点であった[50]。

2　(1)　以上のように違法な職務命令の服従義務を巡る議論に於いて，公務員の法令順守義務は行政組織の統一的運営の要請と対立関係にあるものとして捉えられてきた。訓令・職務命令の服従義務の範囲につき論者の判断が異なる理由の一が行政の統一的運営の要請と公務員の法令順守義務とのいずれに重きを置くかにあることは，上に挙げたところから明らかであろう。法令順守義務の基礎とされている法治主義乃至法律による行政の原理を重視するならば，違法な訓令乃至職務命令に対し服従義務を認めること自体に疑問がもたれるし，行政の統一的運営といった要請を以てかかる場合の服従義務の支えとすることも否定的に解されるのは自明のようにみえる。

(2)　尤もここでは訓令や職務命令が違法であることが前提となっているが，そこで問題となるのは，抑々訓令や職務命令が違法であるということは何を意味するのかということである。先ず，訓令や職務命令が違法であるということが受命者の判断であるということならば，受命者はこの点に就いての審査権を有するものではない。受命者が訓令の受命機関としての立場である場合，受命機関に訓令の審査権があるとすることの問題に就いては前に触れたので，ここでは受命者が職務命令の受命公務員としての立場である場合に就いて述べる。前款でもみたように，職務命令の服従義務の問題を受命者の審査権の有無とい

48)　訓令・職務命令共に違法であればその服従義務を否定する論者として，山内「訓令と通達」153 頁以下，同「職務命令の『公定力』批判」166 頁以下。なおこの点晴山教授は，労働指揮権の行使に違法がある場合に訓令・職務命令に対する服従義務を否定していた（前掲 262 頁以下）。

49)　この点直截に濱西「行政機関の指揮監督権限と公務員の服務についての覚書（二・完）」自治研究 88 巻 5 号 43 頁以下は，「行政の統一性保持」乃至「行政の階層性原理」を法律による行政の原理に優先させることは問題であると述べている。

50)　今村・前掲 120 頁以下参照。

う形で論ずることは屡々みられるが，この点嘗て高田敏博士は，受命者は職務命令が違法であると判断しても，その服従義務違反を理由とする懲戒処分に対する取消訴訟に於いて職務命令の違法を主張しうるにすぎず，職務命令の適法・違法は裁判所が判断するのであって，かかる制度の下では受命者の審査権という表現には問題があると述べていたところであった[51)]。

上の高田博士の批判は，職務命令服従義務の限界の問題に於いて，職務命令の適法性につき何人の判断が通用するかという視点を容れたものとして注目されるものである。ここで高田博士によって問題とされている受命者の審査権は，違法認定権と解されよう。職務命令の受命者に違法認定権が認められるとするならば，それを前提とした所説に対しては博士による上のような指摘が妥当するものといえよう。

尤も，先にみたような職務命令の服従義務の問題を受命者の審査権の有無という形で論ずる論者にあっては，必ずしもこのように受命者の審査権を職務命令の最終的な違法認定権として捉えているとはいいがたい。しかしその場合でも問題がない訳ではない。即ち高田博士の述べるように，職務命令の適法・違法は（最終的には）裁判所が判断するものという見地を徹底するならば，職務命令が適法であるという職務命令発令者の判断もまた，受命者の判断と同様の立場に置かれることとなる。嘗て公務員の勤務関係が特別権力関係の一とみられていた当時には特別権力関係内部の行為は仮に違法であっても裁判所の審査権に服さないものとされ，職務命令に対する訴訟もまた許されないと解されていた[52)]ので，職務命令が行政権の外にある裁判所により左右されるということはなかった。しかし今日では特別権力関係論はとられなくなると共に，非訓令的職務命令といった一部の職務命令に就いては処分性を認めこれに対する取消訴訟の出訴を認める見解も現われている[53)]。更に，公務員の勤務関係を労働契約として捉える論者は，公務員の勤務関係は公権力の発動関係とも関係が

51）　高田・前掲 132 頁。また近年は晴山・前掲 273 頁註 34 が同様の指摘をしている。
52）　参照，雄川『行政争訟法』80 頁，藤田・前掲 305 頁。
53）　学説の状況に就いては例えば，村上博「職務命令と服従義務」行政法の争点（第 4 版）195 頁。

ないとして，職務命令に公定力を認めることを否定し，それに対する訴訟も抗告訴訟によるべきではないと述べている[54]。尤も前者の場合には職務命令に公定力を認めているので，裁判判決の前は一切の者はその効力を否定することはできずそれに拘束され，取消訴訟手続によりこれを争おうとする場合には出訴期間の制限がかかる。また後者の場合にはかかる公定力はないものの，受命公務員が職務命令に対する不服従による不利益を免れる為には勝訴判決を得る必要があり，それ迄はたとえその職務命令が違法なものであったとしても不服従があるものとして扱われる[55][56]。従っていずれの場合でも，裁判判決がある迄職務命令発令者の判断が留保されるという訳ではない。

(3)　ここでは職務命令の不服従によって害されるとされる行政の統一的運営の要請の意味が問題となろう。即ち，上に述べたところからは，職務命令に対する不服従があったとしても行政の統一的運営が害されるということもなく，また裁判判決迄は職務命令発令者のした判断が正しいとされるから行政の統一的運営の要請と公務員の法令順守義務とが衝突するということもない筈である。かかる局面で考えられる行政の統一的運営への支障は，公務員が自らの職務命令の解釈が正しいとして職務命令に服従しないことにより行政が停滞するといった事実上の次元のものであろう。そして学説の中には，これを職務命令の不服従による行政の統一的運営への支障と捉えているものとみられる論者もある。例えば山内博士は，職務命令への服従を拒否する公務員がある場合にはこれを罷免し他の者を任命することができるから行政の運営にそれほど支障が生ずる訳ではないと述べているが[57]，ここで山内博士が念頭に置いている行政運営

54)　室井『特別権力関係論』396 頁。また晴山・前掲 267 頁以下は，同じく職務命令に公権力の行使の性格を否定しつつ，公務員関係は公法上の法律関係であることからこれに対する争訟手段としては公法上の当事者訴訟によるべしとする。

55)　なお，森田・前掲 123 頁，晴山・前掲 273 頁，大貫裕之「行政行為の効力，効果に関する覚書」（新正幸 = 早坂禮子 = 赤坂正浩編『菅野喜八郎先生古稀記念論文集　公法の思想と制度』所収）443 頁。

56)　違法な職務命令一般に対する公務員の服従義務を否定する論者が行政の統一的運営が脅かされることになるという批判に対してした反論には，これを指摘して不服従による行政の支障はあまり起こり得ないというものもある（山内「職務命令の『公定力』批判」168 頁，晴山・前掲）。

への支障が上の事実上の次元のものであることは明らかであろう。

しかしこのような不服従による事実上の支障は，職務命令の服従義務の範囲に関するどの所説に於いても起こりうるものである。即ち，例えば田中博士は「公務員関係の秩序を維持するうえからいって，職務上の上司の発した職務命令は，一応，適法な命令としての推定のもとに，受命公務員を拘束する力を有する」（傍点松戸）としつつ職務命令に重大明白な瑕疵が存する場合には当該職務命令は無効であり受命公務員はこれに服する必要はないと述べているのであるが[58]，ここで公務員関係秩序の維持が挙げられていることの意義は，（重大明白な瑕疵ではない）違法な職務命令であっても（適法な命令との推定を受けて）受命公務員に服従義務が課せられるとするところにあるといえる。しかし公務員関係秩序の維持を考慮しこのような形で職務命令の服従義務の範囲を劃したとしても，前述のような事実上の公務員による服従拒否を避けることは（職務命令が違法とみられる場合にはなおのこと）できない。このことは金子博士のように職務命令の服従義務の範囲につき明白説をとる場合[59]でも同様である。

以上のように，行政の統一的運営を考慮して違法な職務命令にも服従義務を認めたとしても，それは実際の不服従を防ぎうるものではなく，事実上の次元では，服従義務違反に対する制裁が違法な職務命令にも及ぶことにより不服従が減る可能性があるというにすぎない。結局違法な職務命令であってもそれが重大明白な瑕疵或いは明白な瑕疵でない場合には服従義務を認めることの意義は，不服従を理由とした懲戒処分に対する取消訴訟等に於いて，職務命令が違法であっても服従義務が成立する際に依るべき判断基準―当該違法が重大明白な瑕疵或いは明白な瑕疵でない場合―を裁判所に指し示すことにあるといえる。これは，職務命令の瑕疵が重大明白或いは明白でない場合にはたとえそれが違法なものであっても職務命令発令者の判断を尊重すべしとする点で，行政の統

57）　山内・前掲。

58）　田中・前掲 257 頁註 3。

59）　金子・前掲 50 頁以下。なお金子博士と同様に職務命令の服従義務の範囲につき明白性の基準をとる論者として，鵜飼信成『公務員法』（新版）230 頁，232 頁註 4 がある。

一的運営の確保を優先したものということができる。そこでは事実上の次元で職務命令に対する不服従が生じることを避けることもさることながら，法の次元で違法な職務命令であっても服従すべしという下命が公務員に課されていることが問題となる。このように違法な職務命令であっても行政の統一的運営の確保の見地から職務命令発令者の判断を尊重すべしという点が，法令順守義務を優先する立場からの批判を招くものであったといえる。

3　(1)　確かに違法な職務命令であっても服従義務が随伴するものとする考は，法治主義や法令順守義務の見地からは是認しがたいものである。尤もそこでは，問題の職務命令が違法であるという判断が前提となっているが，この「違法」の意味に就いては更なる検討が必要であると思われる。

即ち，法治主義や法令順守義務を重視する論者は「違法な職務命令」として，実体法上の要件を欠くと客観的に把握される職務命令を念頭に置いているものとみられる。しかし，何が適法な職務命令であるかの判断につき「現実の行政過程のいかなる段階における何人の判断に基づくものとしていわれているのであろうか」[60]といった認定権の所在に就いての観点を容れるならば[61]，職務命令が違法であるか否かは最終的には裁判所により判断されるものであると共に，裁判判決によりそれが認定される迄は，職務命令が適法であるか否かは定まっていないこととなる。

他方で職務命令を発令する権限は法により上司たる公務員に与えられている。尤も，上司に職務命令を発令する権限を与えている規定が何かに就いては，国家公務員の場合には国家公務員に職務命令服従義務を課している国家公務員法 98 条 1 項により上司に職務命令を発する権利が包括的に与えられていると説明するものもある[62]も，同条はその文言上は上司の職務上の命令に公務員が服従すべき義務を定めるのみであり，直截に上司に職務命令発令権限を与える

60)　兼子仁『行政行為の公定力の理論』（第 3 版）43 頁。なお藤田・後掲のように，本文での「現実の行政過程」は「現実の行政過程・裁判過程」とするのが適切であろう。

61)　かかる手続法的観点を踏まえた検討につき例えば参照，藤田「行政行為の瑕疵論におけるいわゆる〝手続法的考察方法〟について」（『行政法学の思考形式』〔増補版〕所収）304 頁以下。

62)　藤田『行政組織法』（有斐閣版）299 頁。

規定ぶりとはなっていない。同条は受命者の服従義務を定めることにより，これに対応した命令者の権限を認めるといういささか迂遠なものとなっているといえる[63]。そしてこのように解する場合でも同条は，職務命令発令権限を持つ者は上司であるということを含意するのみであり，個々の上司につき如何なる範囲で職務命令発令権限を与えるかに関しては別の規定にまつものとなっている。この点に就いては従来，上司とは「職員の職務上の上級者として指揮監督権限を与えられた者をいう。…指揮監督の系列において上位の職にある者といってよい」と説明されると共に，職務命令の範囲は国家公務員法 105 条に規定する職員の職務の範囲内とされている。そして同条に関しては，法令の他各種規則や事務分掌規程等により各職員に職務が配分されるものと説明されている[64]。この場合職務命令の根拠及び発しうる職務命令の範囲は法令のみならず行政規則のレベルで定められている。更にここでは職務命令発令権限が指揮監督権限に包摂されているので，指揮監督権限を定める規定が職務命令発令権限の根拠ともされていることになる。尤も指揮監督権限を定める規定に就いては，指揮監督が内部関係ということもあり一般に，個別的な法律の規定である必要はないとされているが[65]，職務命令は行政機関に対して発せられる訓令通達と異なり国乃至地方公共団体とは別の法主体である公務員に対するものなので，指揮監督権限を定めるのと同様の法形式を職務命令の根拠とすることが適切であるのかという問題は残る[66]。法律上の根拠として考えられるのは国家公務員の場合には前記の国家公務員法 98 条 1 項であるが[67]，一般の処分根

63）　なお本文で述べたところと異なり国家行政組織法 10 条・14 条 2 項に就いてであるが，濱西教授は「公務員に対して，職務命令服従義務を賦課させ得るのであれば，そのことの裏返しとして，職務命令発出権限を有し得ることになる」と述べている（「行政機関の指揮監督権限と公務員の服務についての覚書（一）」自治研究 88 巻 4 号 59 頁）。

64）　以上，森園幸男 = 吉田耕三 = 尾西雅博編『逐条国家公務員法』（全訂版）864 頁，932 頁以下。地方公務員法上の上司に就いても同様の説明がされている（橋本勇『新版逐条地方公務員法』〔第 3 次改訂版〕637 頁）。また田中・前掲も上司の定義につき，「その公務員の職務について，指揮監督権を有する行政機関の職にある者をい」うと説明している。これと同様の説明として，園部「公務員の権利義務」（田中 = 原龍之助 = 柳瀬良幹編『行政法講座第 5 巻』所収）210 頁。

65）　例えば参照，藤田・前掲 74 頁，佐藤・前掲 238 頁。なお各省大臣等の訓令通達を発する権限を定めた国家行政組織法 14 条 2 項の性格につき参照，藤田・前掲 77 頁以下。

拠規定と比べると行為者・授権行為共に曖昧さの残るものではあろう[68]。

このような問題は残るものの，我国現行法制を前提とした職務命令の発令権限に関する上のような説明は，行政機関に対する権限の付与に関する説明とパラレルであるといってよい。行政機関と公務員の区別に伴い行政機関の相互関係と公務員の雇用関係とは分離されるが，統一的乃至一体的な機能遂行の要請はそのいずれにも妥当するので，これに対応すべく夫々の関係に指揮命令系統と職務命令系統とが配されている。そして職務命令の発令権者は上司であり行政機関ではないが，行政機関に対するのと同様の形式で命令権が与えられている。従って上司は職務命令の発令につき法令の他各種規則や事務分掌規程等により定められた「本来の権限者」であるので[69]，上司が職務命令を発するにつき法の定める有効要件が存在するか否かに就いて行なった判断は，さしあたり適法なものとして通用するものである[70]。換言すれば，職務命令が適法であるか否かに就いての有権的―最終的ではない―判断権者は当該職務命令を発

66）藤田・前掲 74 頁は「上級機関は下級機関に対し…指揮監督権を有すること，そしてそれは，特に個別的な法律の授権が無くとも認められること…が，行政機関相互間の法関係が行政機関と私人との間の法関係と原則的に異なる最も大きな点であると言ってよい」と述べている。また訓令通達の法的根拠につき詳細な検討をなすものとして，平岡久「訓令・通達」（『行政立法と行政基準』所収）167 頁以下。同所では，訓令通達が私人に対する行政作用に関わる場合にはその法形式が矢張り問題となりうることが指摘されている。

67）なお佐藤博士は，国家行政組織法 14 条 2 項が，訓令通達が所管の「諸機関及び職員」（傍点松戸）に対して発せられるものとしていることに着目して，同「項は訓令と同時に職務命令の根拠を示したものである」と述べている（佐藤・前掲 246 頁註 3）。

68）なお公務員がその属する国等とは別個の法主体であることを意識しつつ職務命令の法的根拠につき論じたものとして，濱西・前掲 58 頁以下。職務命令の法的根拠に関する諸説の状況に就いては高田・前掲 130 頁を参照。公務員の勤務関係を労働契約と捉える見解によるならば，本文で述べた職務命令の法的根拠の不明確さは問題とならないといえようか。例えば杉村敏正博士は「勤労提供の方法を指揮する職務命令・業務命令…などの権力行為は，公務員関係にも私的雇用＝労働関係にも等しく，雇用＝労働関係の本質上，みとめられる…この種の権力関係は私人相互間にも存在する」，職務命令権は「雇用＝労働関係の性質上，使用主に社会的・機能的に当然みとめられるもの」などと述べ（『全訂行政法講義総論上巻』61 頁，64 頁），職務命令の根拠を私的雇用関係上の使用主のそれと同様に捉えている。

69）ここでは上司に職務命令発令権を与える規範の法形式の種別は問題とならない。

した上司である。これに対し職務命令の相手方たる公務員は前述のように職務命令の適法性審査権を有するものではない。そして「本来の権限者」である上司の発した職務命令は，これにつき適法性審査権を有する裁判所をはじめとす

70）　以上の論旨につき参照，柳瀬良幹「司法裁判所の先決問題審理權」（『行政法の基礎理論第 2 巻』所収）65 頁，72 頁。また柳瀬博士は別所で特に職務命令につき，それが官吏を拘束するのは上官の命令なるが故であり，それ故如何なる命令でも上官が法律・公益の意味内容はかくの如しとした以上常に拘束力を有すると述べている（「實體法の世界と手續法の世界」〔『憲法と地方自治』所収〕115 頁。なお同 117 頁以下）。

その他本文に述べたところと同様の方向性に立った論述として，同『行政法教科書』（再訂版）108 頁以下，大貫・前掲 444 頁。これらの叙述は行政行為に就いてのものであるが，柳瀬博士自身の叙述が示すように，その射程は行政行為に留まるものではなく国家機関の活動一般に及ぶものである（「司法裁判所の先決問題審理權」66 頁註 12。また同所で援用されている美濃部『行政法撮要上巻』（訂正第 5 版）263 頁以下も，本文で述べたところの趣旨は国家機関の権限一般に及ぶとしている）。確かに行政行為はその取消手段の限定が行政法学の主要な関心事とされてきたが，理論的には，本文で述べたことは行政行為以外の国家機関の活動一般にも基本的に妥当しうるものであり，行政行為に就いてみられる取消手段の限定はそのコロラリーにすぎない。柳瀬博士の所説の意義は，従来行政行為の効力を他の機関が否定できない理由を行政行為固有の属性に求めていたこと（O・マイヤーの自己確認説〔O.Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1.Bd., 3.Aufl., 1924, S.95f. 参照，塩野『オットー・マイヤー行政法学の構造』132 頁以下〕が典型的である。マイヤーは別所で，職務命令に就いても行政行為と同様にかかる自己確認力が認められることを論じている〔Deutsches Verwaltungsrecht, 2.Bd., 3.Aufl., 1924, S.185〕。なお行政行為の効力を他の機関が否定できない理由に就いては必ずしも行政行為固有の属性のみに求められていた訳ではなく権力分立等他の理由によっても論じられてきたが，学説の状況に就いては例えば雄川「先決問題について」〔『行政争訟の理論』所収〕512 頁以下）を排し，本来権限ある機関のした行為であるのだから特に権限ある機関以外の者はその効力を否定できない（参照，『行政行為の瑕疵』115 頁以下）と換骨奪胎したところにある。このように再構成された理解は行政行為以外の国家機関による行為にも妥当するものといえよう。例えば今日のような違憲立法審査権の存在しない帝国憲法下の立法行為に就いては，たとえ法律の内容が違憲でも法律内容の最高の解釈権は立法権者が有するものであり裁判所はその審査権を有するものではなく，法律が成立したときは議会及び政府がその憲法違反ならざることを認めたものというべく，その解釈は最終にして裁判所はこれに服従しなければならないと説かれていたところである（美濃部『憲法撮要』〔改訂第 5 版〕568 頁以下。佐々木惣一『日本憲法要論』〔訂正 5 版〕599 頁以下も同様に，法律の有権的解釈権は天皇及び帝国議会にあり法律が成立した以上当該法律は瑕疵なきものとして取り扱われると説いている）。当時既にこのような議論があったことを考慮して柳瀬博士も，瑕疵ある立法行為には無効の行政行為と同様の問題があると指摘している（前掲 91 頁）。

る機関によりその違法性が認められない限りは，その名宛人や他の国家機関は，それが有効なものであるとして尊重しまた取り扱わなければならない[71]。本来的権限者のなした行為はそれにより形成的に法律関係を変動させるなどその内容は自律的に実現されるのに対し，名宛人等がその内容を否定する為には訴えを提起するなどして最終的な適法性審査権者である裁判所の判断を仰がなければならない[72]。私人は本来的権限者たる上司や裁判所と異なり「公の権威」を以て行政法規を解釈適用できる地位にはないので，自己の欲する法律状態の実現を図るには裁判等でこれを争うしかなく，その途を選ばない場合には職務命令に服従せざるをえない[73]。また裁判所はかかる訴えの提起があってはじめて職務命令の適法性を判断することができる。

他方で上のように上司は職務命令の発令に当たっての本来的権限者であっても，その判断は裁判所の適法性審査権を拘束するものではない[74]。また職務命令の受命公務員は独立の法主体であるので，違法な行政活動から自己の権利利益が保護されるべきことを裁判所に求めることができ，そこでは裁判所は受命公務員の権利利益を侵害する行政活動の適法性を審査することができる。このように固有の権利利益を観念できることが公務員の行政機関と大きく異なる点である。行政機関は固有の権利利益を有しないので，自己に対し発せられた

71）大貫・前掲のほか，行政行為につき「構成要件的効力」（Tatbestandswirkung）として述べられていることにつき参照，柳瀬「司法裁判所の先決問題審理権」53 頁以下（「要件効果」の語を以て論じている），雄川・前掲 528 頁以下（「事実的効果」の語を以て論じている），遠藤博也『行政行為の無効と取消』272 頁以下，山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌 130 巻 4・5 号 51 頁以下，神橋一彦「行政法における『義務』の概念・再論」（稲葉馨 = 亘理格編『藤田宙靖博士東北大学退職記念　行政法の思考様式』所収）20 頁以下。尤もドイツでの Tatbestandswirkung は論者により内容が異なっているが，これに就いては参照，柳瀬・前掲，雄川・前掲。但し本文で後述するように，裁判所をはじめとする適法性審査権を有する国家機関との関係では構成要件的効力の意義は限定的である。

72）行政行為に就いてであるが参照，大貫「行政訴訟の審判の対象と判決の効力」（磯部力 = 小早川光郎 = 芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』所収）142 頁。

73）参照，美濃部『行政法撮要上巻』（訂正第 5 版）176 頁。

74）この点につき参照，雄川・前掲 540 頁。また，藤田「行政行為の瑕疵論におけるいわゆる〝手続法的考察方法〟について」346 頁註 10。

訓令が違法であるとして裁判所にその審査を求めることは基本的にはできない。

（2）　職務命令の適法性に就いての最終的認定権が裁判所にあることは前にも述べたところであるが，ここで注目すべきであることは，職務命令に対するかかる裁判所の適法性審査権の及ぶ範囲には限界があることである。即ち，裁判所が職務命令の適法性を審査するのは，職務命令が違法でありこれに対する服従義務はないと考える受命公務員が，服従義務違反を理由としてなされた懲戒処分を争う―或いはその許容性に就いては議論はあるが[75]当該職務命令自体を争う―訴訟に於いてであるが，それは受命公務員が自己の権利利益の保護を目的として当該職務命令の違法を主張する主観訴訟である。裁判所は職務命令を含む行政活動の適法性につき審査権を有するものであるが，主観訴訟でのそれは憲法典が裁判所に認めた司法権に基づいてなされるものである[76]ので，職務命令に対する裁判所の審査権は憲法典がこれを裁判所に認めた趣旨を踏まえる必要がある。即ち主観訴訟の場で裁判所が行政活動の適法性審査権を有するのは，違法な行政活動から個人の権利利益を保護することをその目的としているのであるから，職務命令の違法を受命公務員が争う場合でも裁判所はこの見地から当該違法を判断することになる[77]。特に公務員に対して職務命令が単独で発せられるのではなく訓令が公務員との関係で職務命令の側面を持つ場合，訓令は行政機関に対しその事務処理乃至権限行使を指揮するものであり[78]また行政機関に一定の下命を行なうものであるところ[79]，当該行政機関

75）　その詳細に就いては註 53）に挙げた村上博教授の論稿を参照。

76）　裁判所の憲法上の権限としての司法権（憲法 76 条 1 項）と主観訴訟との関係に就いて明示的に論ずるものとして，神橋『行政救済法』9 頁以下，中川丈久「行政事件訴訟法の改正」公法研究 63 号 124 頁以下，亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」（磯部 = 小早川 = 芝池編・前掲所収）1 頁以下，同「『司法』と二元的訴訟目的観」法学教室 325 号 60 頁以下。

77）　行政訴訟の適法性確保の側面を重視する曽和俊文教授も，「裁判所による行政の適法性確保は，司法部門としての裁判所の構造・機能にふさわしい仕方で行われなければならないし，権利救済機関としての裁判所の機能を損なうものであってはならない」とした上で，当事者からの訴えの提起で始まり当事者の主張立証により審理を進めるといった「権利救済機関としての裁判所」の特徴に着目し，行政の適法性確保はかかるものとしての裁判所が判断するにふさわしいものを引き受けるべきとしている（「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト 1219 号 63 頁以下）。

に任ぜられた公務員にこれらに対応する行為を命じる職務命令は，例えば今村博士の挙げられていたような，違法に特定の申請を拒否する旨の指令[80]のように，その内容に違法があってもそれは必ずしも当該公務員の権利利益に関わりを持たないものがある。かかる違法事由につき裁判所が適法であるか否かの判断を行なうことは，主観訴訟の場で行政活動の適法性審査を行なうという裁判所に適法性審査権の与えられた趣旨とは相容れないものではないかと思われる。

また受命公務員の側も，主観訴訟の場で裁判所に職務命令の違法判断を求め得るのは当該違法事由が自己の権利利益に関係する場合のみであり，違法事由一般にわたり判断を求め得る地位にあるのではない。これは行政事件訴訟法10条1項の定める主張制限によっても支えられるものである。尤もこの主張制限の範囲につき学説では，不利益処分の名宛人に就いては専ら第三者の利益に関わる違法を除き，公益の保護実現を目的とする規定の違反も主張しうるとする理解が一般的であるとされている[81]。しかしその場合でも，不利益処分の名宛人は自己の権利利益と離れて一般的に違法事由を主張しうるとされているのではなく，公益の実現を目的とする規定であっても処分要件とすべく置かれたものである以上，その要件を充足する場合に限って名宛人に不利益を受忍させるという意味で名宛人の利益を保護していると説明されているので[82]，名宛人の権利利益との関わりが等閑視されている訳ではない[83]。また，不利益処分の名宛人が当該処分の取消訴訟等に於いて自己の権利利益を保護する趣旨を含む規定の違反のみならず公益の実現を目的とする規定の違反も主張でき

78）平岡・前掲145頁。

79）参照，藤田『行政組織法』（有斐閣版）76頁以下。

80）今村・前掲126頁。

81）室井＝芝池＝浜川清編『コンメンタール行政法Ⅱ　行政事件訴訟法・国家賠償法』（第2版）157頁（野呂充）。尤も，かかる主張制限の範囲に関する理解には異論がない訳ではない。例えば，高橋滋＝市村陽典＝山本編『条解行政事件訴訟法』（第4版）324頁（長屋文裕）。

82）例えば，司法研究所編『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』190頁以下，芝池「行政事件訴訟法における『法律上の利益』」法学論叢142巻3号11頁以下。また，小早川『行政法講義　下Ⅱ』181頁以下。

るとされているのは，上のように当該規定が処分の名宛人に不利益を受忍させる前提として名宛人の権利利益を衡量乃至斟酌している為であるが[84]，職務命令の内，行政機関の任にある公務員による事務処理乃至権限行使に関する規律はこのような名宛人の権利利益の衡量乃至斟酌を経ているとはいいがたい。処分と異なり職務命令の場合には，その規律は名宛人たる受命公務員のみを念頭に置いているとは限られない。訓令が公務員との関係で職務命令の側面を持つ場合には，このような名宛人の権利利益の衡量乃至斟酌を経ているとはいいがたい規律が存在するといえる。こうした規律に係る違法は名宛人の権利利益に関係するものとはいえず，この点からも受命公務員は裁判所に対し一般的に職務命令の違法判断を求めることはできないということができよう。嘗て最高裁は公務員に対する待命処分が争われた事案に於いて，同処分の原因となった町長による条例所定の定数を越えての任用が違法であることは認めつつも，任用された者または他の吏員との関係で違法行為があったということはできないので，行政事件訴訟法 10 条 1 項を挙げつつ，同処分を受けた上告人はその違法を主張することはできないと判示していた（最判昭和 39 年 5 月 27 日民集 18 巻 4 号 711 頁）。これは待命処分に係るものであるが，職務命令に就いてはこの理は妥当せず受命公務員は違法事由一般を主張でき裁判所もそれを判断できるとするならば，その整合性が問題となるのは明らかであろう。

更に職務命令の違法が問題となる抗告訴訟でも処分権主義が妥当するので訴訟物の特定は原告に委ねられており[85]，裁判所は当事者の申し立てない事項について判断をすることはできない[86]。ここでは〝処分の客観的な適否が問題となるのではない〟ことも屡々述べられてきたところである[87]。

83）　なお行政訴訟の適法性確保機能は主観訴訟としての性格を踏まえるべきであるとして，処分につき広く違法性の主張を認めるべきとする見解に消極的姿勢を示す見解として，福井秀夫「行政事件訴訟法 10 条 1 項による自己の『法律上の利益』に関係のない違法の主張制限（下）」自治研究 84 巻 10 号 12 頁以下。

84）　参照，芝池・前掲。

85）　宇賀『行政法概説Ⅱ』（第 5 版）223 頁。

86）　雄川『行政争訟法』217 頁，岡田正則「行政訴訟における取消訴訟の訴訟物」（佐藤英善 = 首藤重幸編『新井隆一先生古稀記念　行政法と租税法の課題と展望』所収）22 頁，小早川・前掲 155 頁。

尤も近時，上に述べたような従来からの司法権乃至主観訴訟としての抗告訴訟の一般的理解に就いては，行政活動の適法性を確保するという側面にもより配慮した理論構成が求められるのではないかという問題提起[88]がなされている。これ迄の検討で前提としてきた司法権乃至主観訴訟の理解が変容するのであれば，裁判所の職務命令に対する適法性審査権の範囲にも変容がもたらされよう。これは他方で，職務命令の服従義務の範囲の問題に就いて，これを裁判所が最終的に判断する場である抗告訴訟の性格づけと無関係に論ずることは適当ではないことを意味する。

4　以上のように，何が適法な職務命令であるかの判断につき「現実の行政過程〔・裁判過程〕のいかなる段階における何人の判断に基づくものとしていわれているのであろうか」といった認定権の所在に就いての観点を容れるならば，従来職務命令の服従義務が論じられる際に前提とされてきた，公務員の法令順守義務と行政組織の統一的運営の要請とが対立関係にあるとする措定は抑々成り立ちうるものであるかという疑問が抱かれる。そして前述のような職務命令に対し裁判所が適法性判断をする場としての主観訴訟の性格を―従来の理解を前提とした上で―踏まえるならば，職務命令が違法であり従って公務員に服従義務が課されない場合というのは，職務命令につき裁判所が適法性の判断をなしうる事由に就いて違法判断がなされた場合であり，この裁判所が適法性の判断をなしうる事由は，その違法が公務員の権利利益と関わるものである，ということになろう。近時職務命令の服従義務の範囲につき，所謂訓令的職務命令・非訓令的職務命令の区別によらず，公益を保護する規範との適合性が問

87）岡田・前掲22頁，小早川・前掲175頁。尤も裁判実務では必ずしも裁判所は当事者の主張に縛られずに法律判断をしているところ，それは司法権の限界を超え違憲であるとする指摘もある（阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』218頁以下）。この批判の基礎にも，本文で述べたのと同様の裁判所の審査権の理解がある。

88）亘理「法律上の争訟と司法権の範囲」1頁以下，同「行政訴訟の理論」公法研究71号65頁以下，同「『司法』と二元的訴訟目的観」法学教室325号61頁以下，同「行政訴訟の理念と目的」ジュリスト1234号8頁以下。他方で本文でみたように主観訴訟の性格づけには主張制限の問題も深く関連しているが，従来からの司法権・主観訴訟の理解を再構成する際には主張制限への対処が必要となると指摘するものとして，石川健治「トポスとしての権利侵害論」法学教室327号48頁以下。

題になる場合は，職務命令に重大または明白な違法がない限り服従義務を認め，公務員個人を保護する規範との適合性が問題となる場合は，職務命令に単純な違法があれば服従義務を否定すべきとする見解が説かれているが[89]，かかる見解は，受命公務員との関係で違法事由を区別しそれにより服従義務の範囲を決している点で上の論定と符合するものである。

尤も「公益を保護する規範との適合性が問題になる場合」で当該規範が公務員の権利利益に関わりを持たないものである場合には，これにつき裁判所が適法であるか否かの判断を行なうことは，主観訴訟の場で行政活動の適法性審査を行なうという裁判所に適法性審査権の与えられた趣旨とは相容れないものではないかと思われる。また前述のように自己の権利利益に関わりを持たないような違法であれば，公務員の側も訴訟でこれを主張することはできない筈である。そして，公益を保護する規範との適合性が問題になる場合には職務命令に重大または明白な違法がない限り服従義務を認めるのであればそこには，従来から公務員の服従義務の範囲に就いての重大明白説に対していわれてきた，違法な職務命令に対して服従義務を認めることは公務員の法令順守義務と抵触するのではないかという批判がそのまま妥当することになろう。ここでは従来の重大明白説と同様に，職務命令の違法が認められつつもそれが重大明白ではない場合には受命公務員に服従義務が認められるということが含意されているからである。

しかし前述のようにこの場合には裁判所の適法性審査権は及ぶものではないので抑々職務命令が違法であるという裁判所による有権的判断がなされる訳ではなく，職務命令に就いての「本来の権限者」である上司の判断が最終的なものとされ，基本的には受命公務員は職務命令に服従する義務を負うべきものであろう。特に「公益を保護する規範との適合性が問題になる場合」に就いて従来の所説と同様に職務命令の服従義務に就いての重大明白説を維持することの論拠は見出し難く，専ら受命公務員の権利利益と関わりのある違法事由であるか否かにより服従義務の範囲は決せられるべきものと思われる。

89）　山本「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」論究ジュリスト 3 号 119 頁以下。また，野呂「判例批評」民商法雑誌 148 巻 1 号 85 頁。

Ⅳ　国歌斉唱・伴奏訴訟最高裁判決

1　以上職務命令に対する公務員の服従義務の問題につき，関係する学説上の議論を対象とした検討を行なってきたが，この問題との関連で近時最高裁は本稿の冒頭でも挙げた平成24年の国歌斉唱・ピアノ伴奏に係る職務命令に関する判決に於いて，（当該事案に即してであるが）職務命令の処分性及び職務命令に係る違法事由の主張につき判断を示しており，本稿での検討との関係でも極めて注目されるものである。そこで以下本款ではこの判決を―本稿のテーマと関係する点に限定して―検討することとする。尤も同最判は職務命令の服従義務の範囲に就いて明示的には直接言及している訳ではない。しかし，職務命令の処分性との関係で次のように述べている。

> 《本件職務命令も，教科とともに教育課程を構成する特別活動である都立学校の儀式的行事における教育公務員としての職務の遂行の在り方に関する校長の上司としての職務上の指示を内容とするものであって，教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものではないから，抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないと解される》

ここでは処分性の有無の判断に当たり職務命令の名宛人に対する影響に着目しているようにみえる。同最判で問題となった職務命令は「教科とともに教育課程を構成する特別活動である都立学校の儀式的行事における教育公務員としての職務の遂行の在り方に関する校長の上司としての職務上の指示を内容とするもの」であるから「抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないと解され」たのであり，他方で職務命令の内容が「教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすもの」である場合には処分性が認められると解されるような叙述となっている[90]。この点に関連して本判決の調査官解説は「職務命令の行政処分性に関し，職員に対し行政機関としての職務上の公的義務を課すにとどまる（個人としての権利義務に直接影響を及ぼさない）職務命令

90）本判決につき同様の理解を述べるものとして，村上裕章・判例評論651号4頁，野呂・前掲84頁，宇賀「判例で学ぶ行政法」自治実務セミナー2013年11月号59頁。

については行政処分性が否定されることを前提として上記の判断がされたものと解される」「本判決の判旨に照らすと，それ自体が教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼす職務命令〔例えば長期の研修命令で実質的にそのような影響を及ぼすもの〕については，行政処分性が肯定され，抗告訴訟の対象となるものと解されることになろう」と述べており[91]，本判決が処分性の有無の判断に当たり職務命令の名宛人に対する影響に着目しているという観方を裏付けるものとなっている。そして裁判所が職務命令の処分性の判断に際し，上のように公務員個人の「身分や勤務条件に係る権利義務」に対する直接的影響に注目していることは―尤も従来の判例による処分性の判断枠組自体が私人の権利義務に対する直接的影響に着目したものであるが―，本稿で示した職務命令の服従義務の範囲に就いての論定と同様の方向にあるものといってよい。

そして本判決が職務命令の処分性の判断に当たり言及した二種の職務命令の区別は，処分性に就いても従来学説でとられてきた「訓令的職務命令」と「非訓令的職務命令」の区分[92]とは必ずしも対応するものではないと思われる[93]。「訓令的職務命令」であっても公務員の権利義務に対する直接的影響を持ちうるものであり[94]，前に職務命令の服従義務の箇所でその抱える問題を指摘した「訓令的職務命令」と「非訓令的職務命令」の区分論は，職務命令の処分性との関係でも同様の問題を持つものということができる。この点本判決調査官解説は本判決での職務命令の処分性の判断につき，講学上の訓令的職務命令と非訓令的職務命令の「二区分のみを指標とする基準を採るものとは解され」ないと述べており[95]，上の本判決に就いての観方を裏付けるものとなっている[96]。

91）　岩井伸晃＝須賀康太郎・ジュリスト 1452 号 102 頁，107 頁。
92）　職務命令の処分性を巡る学説の状況に就いては村上博・前掲 195 頁を参照。
93）　結論同旨，塩野『行政法Ⅲ』（第 4 版）318 頁。
94）　結論同旨，野呂・前掲。
95）　前掲 107 頁。
96）　以上のことから，本判決が特に「非訓令的職務命令」につき処分性が認められる余地を示したとみるのは適当ではないと思われる。

2　他方で本判決は職務命令の服従義務の範囲に就いては明示的に直接言及してはいないものの，本件職務命令に就いては先にみたようにその処分性を否定しつつも，本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分の差止めの訴え及び本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認の訴えの提起はこれを肯定した上で，本案の判断に於いて職務命令に対する違法の主張を認めている。これに就いて本判決は「本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分の可否の前提として，本件職務命令に基づく公的義務の存否が問題となる。この点に関しては，…本件職務命令が違憲無効であってこれに基づく公的義務が不存在であるとはいえない」と述べているのであるが，ここでは職務命令の服従義務が否定される要件として（「訓令的職務命令」に就いて）従来学説が要求していた重大明白な違法性の有無は検討されていないようにみえる[97]。他方で職務命令の内容が公務員個人の憲法上の権利と関わるものであるならば，前述のように本判決が本件職務命令につきその処分性を否定した理由づけとの関係が問題となろう[98]。かかる問題はあるが，職務命令に就いても公務員個人の権利利益と関わりのある違法を主張しうることを認めたことは，先に示した論定と同様の方向にあるものといってよい[99]。

V　結　び

職務命令の服従義務に関する今村博士の所説は我国学説に少なからぬ影響を持っていたところであるが，この所説に就いてのこれ迄一般的であった理解に

97）結論同旨，石崎誠也・新・判例解説 Watch 12号 44頁，野呂・前掲 84頁以下。尤も野呂教授は「本判決が職務命令について一般的に違法性説を採用したとまでいうことはできないであろう」とも述べている。

98）なお本判決は本件職務命令の処分性を否定する際に本文前述のように「教職員個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものではないから」（傍点松戸）と述べている。この叙述が職務命令の処分性が肯定される場合を公務員法上の権利利益が関係する場合に限定する趣旨であるか否かは判然としない（なお野呂・前掲 84頁は本判決につき「公務員法上の保護利益に直接影響を及ぼす職務命令であれば処分性が認められると解しているようにみえる」と述べ，本判決当該箇所の表現を意識している）。

99）この点と関連して，山本・前掲 119頁以下。

は修正の要があるのではないか，ということが以上の検討により得られた結論の一である。今村博士は訓令が職務命令としての側面をも持つ場合に，訓令と職務命令夫々の違法の内容を区別すべきことを説いていたものであり諸々の職務命令を訓令的なるものと非訓令的なるものとに分類した上で夫々の違法を区別すべきことを説いたものではないといえるが，そこでは訓令固有の違法は当然に受命公務員に対する権利侵害を意味するものではないとされる一方，職務命令の違法は労働指揮権の行使としての適法性を欠くことを意味するところ，それは相手方公務員の権利を違法に侵害することであると説明されていた。かかる今村博士の説明は受命公務員に対する権利侵害の有無に着目して訓令・職務命令夫々の違法の内容を構成したものであり，博士がそれを服従義務の範囲を論ずる際の前提としていたことは第Ⅱ款でみた通りである。

公務員の職務命令に対する服従義務の範囲の問題は，職務命令が行政機関に対する訓令と兼ねる形式で発出されている場合，行政主体の内部構成に関する法としての行政組織法と公務員の勤務関係に於ける権利義務等を定める法としての公務員法とが交錯することによる困難を抱えることになる。本稿ではこの問題につき，行政機関・公務員の法関係や公務員法での救済手段である主観訴訟に就いての従来からの一般的な理解を前提にした場合には如何なる理論的帰結が導かれるかという観点から検討を行なってきた。従来公務員の職務命令に対する服従義務の範囲の問題は違法な職務命令に対する服従義務の成立如何という形で提出され，そこでは公務員の法令順守義務と行政組織の統一的運営の要請との対立が観念されてきた。職務命令の服従義務の範囲に関する重大明白説はかかる二つの要請の妥協を図ったものということができるが，他方でこれは重大明白でない瑕疵を持つ職務命令には服従義務を認めることを帰結するものでもあるので，法令順守義務を重視する論者からの批判を招いていた。しかしこれは，主観訴訟に於ける裁判所の違法認定権の点からも検討されるべき問題であった。そして本稿に於ける検討の結果得られた結論は，「本来の権限者」である上司の判断が違法とされ従って公務員の職務命令服従義務が否定される場合は，職務命令の違法が受命公務員の権利利益と関わる為裁判所が当該事由につき違法判断をなしうる場合である，ということであった。これは近時職務

命令の服従義務の範囲につき一部の論者によって説かれているものと結論としては符合する点がみられることは前述したが，受命公務員の権利義務への影響に着眼して職務命令の服従義務の範囲を論じることは，実は既に今村博士が論じていたことと重なるものであった。本稿の分析は職務命令の違法認定権の所在を意識した分析という今村博士とは異なるアプローチによったものであるが，結果的には職務命令の服従義務の範囲につき新たな提言をするというよりは今村博士の結論につき異なる説明を加えたものということになろうか。