국가제창에 관한 직무명령위반을 이유로 한 재임용거부의 합헌성
(2018년 7월 19일 일본 최고재판소 제1소법정 판결[1])

1. 사건개요

동경도(東京都) 교육위원회(이하, 도교위)의 교육장[2]은 2003년 10월 23일에 모든 도립학교의 교장에 대해, '입학식·졸업식 등에서의 국기게양 및 국가제창의 실시에 대하여'라는 통달[3]을 발령하였다(이하, '본건 통달'이라 함). 본건 통달은 각 교장이 ① 학습지도요령에 따라 입학식·졸업식 등을 적정하게 실시할 것 ② 입학식·졸업식 등의 실시에서는 행사장의 무대 단상 정면에 국기를 게양하고, 교직원은 지정된 자리에서 국기를 향해 기립하여 국가를 제창하는 등, 소정의 실시지침대로 행하게 할 것 ③ 교직원이 이러한 내용에 따른 교장의 직무명령에 따르지 않을 경우에는 복무상의 책임을 묻는다는 것을 교직원에게 주지시킬 것 등의 내용을 담고 있었다.

도립고등학교의 교직원으로서 정년퇴직 또는 권고퇴직한 피상고인들은 재직 당시 교장으로부터 본건 통달에 근거하여 재직하고 있던 학교의 졸업식과 입학식에서 지정된 자리에서 국기를 향해 기립하여 국가를 제창하라는 직무명령(이하, '본건 직무명령'이라 함)을 받았다. 그러나 피상고인들은 이에 따르지 않았기 때문에(이하, '본건 불기립 등'이라 함) 계고처분 및 감급처분을 받았다.

피상고인들은 재직 중에 실시되었던 동경도 공립학교 재고용직원 채용후보자선발[4], 재임용직원 채용후보자선발[5] 또는 비상근교원 채용후보자선발[6]

---

1) 平成30年(2018年)7月19日、最高裁判所 第1小法廷 判決、平成28年(受)第563号.

2) 교육위원회는 도도부현 및 시정촌 등에 설치된 합의제 집행기관으로 지역의 학교교육, 사회교육, 문화, 스포츠 등에 관한 사무를 담당하는 기관으로서 교육행정에 관한 중요사항과 기본방침을 결정하고 그에 근거하여 교육장(長)이 구체적인 사무를 집행함. 교육장과 교육위원은 지방자치단체의 장이 의회의 동의를 얻어 임명하며 임기는 교육장이 3년, 교육위원이 4년으로 재임이 가능함. 교육장은 그 사무집행 책임자. (문부과학성 홈페이지 참조: http://www.mext.go.jp/a_menu/chihou/05071301.htm (2018.8.21. 최종방문))

3) **통달**(通達): 우리나라의 훈령, 지침 등에 해당. 행정 내부의 규칙이며 일반 국민은 적용대상이 아님.

4) **재고용직원제도**: 도교위의 '동경도공립학교재고용직원설치요강'(1985년 3월 23일 59教人職 제554호 교육장결정)에 따라 도입된 것으로, 정년 등에 의해 일단 퇴직한 교직원 등을 동법 제3조 제3항 제3호에서 특별직 비

(이하, '재임용제도 등'이라 함)에 신청하였으나 불합격되거나 합격 후 그 합격이 취소되었다(이하, '본건 불합격 등'이라 함). 피상고인들은 ① 본건 불합격 등이 헌법 제14조[7]와 제19조[8]를 위반한 것이고, 본건 통달 역시 제19조를 위반한 것이라는 점 ② 본건 불합격 등이 채용선발에 있어서 도교위가 그 재량권을 일탈·남용하여 이루어진 것이라는 점을 근거로 하여 동경도를 상대로 손해배상(일실이익, 변호사비용, 정신적 고통에 대한 위자료)을 청구하였다(국가배상법 제1조 제1항[9]).

2. 사건 경과

(1) 제1심 판단[10]: (불합격처분 및 합격취소처분 등의 재량권 일탈·남용을 인정하여 손해배상 청구의 일부 인용, 일부기각)

채용후보자선발의 합격과 채용 여부를 판단함에 있어서 도교위의 재량권은 폭넓은 것이기는 해도 일정한 제한을 받는다고 해석함이 상당하다. 본건 불합격 등의 이유가 현저하게 불합리한 경우나 자의적인 경우 등, 그 판단이 객관적 합리성과 사회적 상당성을 현저하게 결여하는 경우에는 도교위가 그 재량권의 범위를 일탈 또는 남용한 것으로서 해당 판단은 위법한 것이라고 평가되어야 한다. 그리고 본건 불합격 등은 다른 구체적인 사정을 고려하지 않고 본건 직무명령을 위반했다는 사실만 가지고 중대한 비위행위에 해당한

상근직원으로서 임명하는 것. 취지는 고령화 사회에 대응하여 퇴직 직원에게 보람과 생활의 안정을 부여하고, 풍부한 지식과 기능이 퇴직 후에도 상고인에게 도움이 되도록 하는데 있음. 2008년도에 원칙적으로 폐지됨.

5) **재임용직원제도**: 도교위(임명권자)가 정년퇴직자 등을 종전의 근무실적 등에 근거하여 1년을 넘지 않는 임기 내에서 상시 근무직 또는 단시간 근무직에 채용하는 것(지방공무원법 제28조의4, 제28조의5).

6) **비상근교원제도**: '도립학교 등에 근무하는 강사의 보수 등에 관한 조례'(1974년 동경도조례 제30호)의 일부개정 등으로 생긴 제도. 재고용직원제도의 원칙폐지로 정년에 의한 퇴직 후 임용은 재임용제도가 기본이 되었지만, 단시간 근무의 재임용직원의 근무일수 한정이나 정규직원의 업무부담 증가의 우려 등에서 종전의 재고용직원제도가 담당했던 업무를 맡게 하기 위해 만든 제도.

7) **일본국헌법**(日本国憲法, 1946년) **제14조** ① 모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신조(信條), 성별, 사회적 신분 또는 가문을 이유로 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 아니한다.

8) **동 제19조** 사상 및 양심의 자유는 침해해서는 아니 된다.

9) **국가배상법**(国家賠償法, 1947년 법률 제125호) **제1조** ① 국가 또는 공공단체의 공권력의 행사에 해당하는 공무원이 그 직무를 행함에 있어서 고의 또는 과실로 위법하게 타인에게 손해를 가한 때는, 국가 또는 공공단체가 배상할 책임을 진다.

10) 平成27年(2015年)5月25日、東京地方裁判所 判決、平成27年(ワ)第34395号.

다고 보아, '근무성적이 양호할 것'이라는 요건을 결여한 것으로 판단하여 이루어진 것이다. 이러한 판단은 본건 직무명령을 위반한 행위의 비위성을 부당하게 무겁게 다루는 한편, 원고들의 종전 근무성적을 판정할 때에 고려되어야 할 다양한 요소들, 즉 원고들이 교직원으로서 오랜 기간 쌓아온 지식과 기능, 경험, 학교교육에 대한 의욕 등은 전혀 고려하지 않은 것이다. 그러므로 정년퇴직자의 생활보장 및 교직을 오래 경험해온 자의 지식과 경험 등의 활용이라는 재임용제도·비상근교원제도 등의 취지에도 반하는 것이다. 또한, 본건 통달이 내려지기 이전의 재임용제도 등의 운용실태와도 크게 다른 것이며, 법적 보호의 대상이 되는 원고들의 합리적인 기대를 크게 침해하는 것이다. 이러한 본건 불합격 등에 관한 도교위의 판단은 객관적 합리성과 사회적 상당성을 결여한 것이고, 재량권의 범위의 일탈 또는 그 남용에 해당한다고 판단할 수 있다. 원고들이 재임용직원 등에 채용되어 1년 동안 얻을 수 있었던 보수액의 범위 내에서, 도교위의 재량권의 일탈·남용에 의한 원고들의 기대권 침해와의 상당인과관계에 따른 손해를 인정할 수 있다.

(2) 원심 판단[11]: (도 교육위원회의 항소기각)

재임용직원 등에 채용될 것에 대한 피상고인의 기대는 일정한 법적 보호를 할 가치가 있고, 채용후보자선발의 합격 및 채용 여부에 대하여 도교위가 가지는 재량권은 일정한 제한을 받는다.

본건 불합격 등은 피상고인들이 본건 직무명령에 위반한 것을 부당하게 중시하는 한편, 피상고인의 종전의 근무성적을 판정할 때 고려되어야 할 다양한 요소 등을 전혀 고려하지 않는 것이고 재임용제도 등의 취지에 반하여 그 운용실태와도 크게 다른 것이다. 따라서 본건 불합격 등에 관한 도교위의 판단은 객관적 합리성 및 사회적 상당성을 결여한 것으로, 그 재량권 범위의 일탈 또는 남용에 해당한다.

11) 平成27年(2015年)12月10日、東京高等裁判所 判決、平成27年(ネ)第3401号.

3. 본 판결

(1) 재판결과: (원심파기, 재판관 전원일치)

[주문]

원판결을 파기하고, 제1심판결 중 상고인 패소부분을 취소한다.

전항 부분에 대한 피상고인들의 청구는 모두 기각한다.

소송의 총비용은 피상고인들의 부담으로 한다.

(2) 판결이유:

1) 재임용제도 등은 정년 등으로 일단 퇴직한 직원을 임기를 정하여 새롭게 채용하는 것이고, 어떤 제도에도 채용을 희망하는 자를 임용권자가 원칙적으로 반드시 채용하여야 한다는 법령 등의 규정은 없다. 또한, 임용권자는 성적에 따라 평등하게 대우하여야 한다고 해석되지만(지방공무원법 제13조[12], 제15조[13] 참조), 채용후보자선발의 합격을 판단함에 있어서 종전의 근무성적을 어떻게 평가할 것인가에 대하여 정한 법령 등의 규정도 없다. 이렇게 보면, 채용후보자선발 시 종전의 근무성적평가에 대해서는 기본적으로 임용권자의 재량에 위임하고 있는 것이라고 할 수 있다.

그리고 적어도 본건 불합격 등의 당시에는, 그 제도의 운용에 있어서 재임용직원 등으로서의 채용을 희망하는 자가 원칙적으로 전원 채용된다고 하는 것이 확립되어 있었다고 할 수 없다. 뿐만 아니라 재임용제도 등은 정년퇴직자 등의 고용확보와 생활의 안정을 그 목적으로서 포함하는 것이기는 하나, 정년퇴직자 등의 지식과 경험 등을 활용함으로써 교육행정 등의 효율적인 운영을 도모한다는 목적도 가진다고 해석된다. 이러한 점에서 비춰볼

---

12) **지방공무원법**(地方公務員法, 1950년 법률 제261호) **제13조 (평등대우의 원칙)** 모든 국민은 이 법률의 적용에 대해 평등한 대우를 받아야 하고, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 혹은 가문을 이유로, 혹은 제16조 제5호* 에서 규정하는 경우를 제외하고는, 정치적 의견이나 정치적 소속관계로 차별받아서는 아니 된다. (*제16조 제5호 일본국헌법시행일 이후에 일본국헌법 또는 그 아래에서 성립한 정부를 폭력으로 파괴할 것을 주장하는 정당 기타 단체를 결성하거나 이에 가입한 자)

13) **동 제15조 (임용의 근본기준)** 직원의 임용은 이 법률이 정하는 바에 따라 수험성적, 인사평가, 기타 능력의 실증에 근거하여 이루어져야 한다.

때, 재임용제도 등의 목적과 당시의 운용상황 등으로 인하여 임명권자가 가지는 상기의 재량권의 범위가 크게 제약되는 것이었다고 해석할 수도 없다.

2) 본건 직무명령은 학교교육의 목표와 졸업식 등의 의식(儀式)적 행사의 의의, 그 바람직한 운영 등을 규정한 관계법령 등의 제 규정의 취지에 따라, 지방공무원 지위의 성질 및 그 직무의 공공성을 바탕으로 학생 등에 대한 배려와 교육 행사에 어울리는 질서 확보 및 행사의 원활한 진행을 도모하는 것이고, 이러한 관점에서 그 준수를 확보할 필요성이 있다고 할 수 있다(最高裁平成22年(オ)第951号同23年6月6日第1小法廷判決・民集65巻4号1855頁, 最高裁平成23年(行ツ)第263号, 同年(行ヒ)第294号同24年1月16日第1小法廷判決・裁判集民事239号253頁 등 참조). 그리고 피상고인들의 본건 직무명령에 위반하는 행위는 학교 행사의 의식으로서의 질서와 분위기를 일정 정도 손상시키는 것으로서 그것이 행사에 참가하는 학생에게 영향을 끼친다는 점도 부정하기 어렵다. 또한, 피상고인들의 본건 직무명령 위반부터 본건 불합격 등에 이르기까지 그 기간이 길지 않다는 등의 사정에 근거하여, 피상고인들을 재임용직원 등으로서 채용한 경우에 피상고인들이 그러한 비위행위를 반복할 우려가 있음을 부정하기 어렵다고 본 것도 꼭 불합리하다고는 할 수 없다. 이러한 점에 비춰보면, 임명권자인 도교위가 재임용직원 등의 채용후보자선발에 있어서 종전 근무성적의 내용으로서 본건 직무명령에 위반한 사실을 피상고인들에게 불이익하게 고려하고 이것을 다른 개별사정 여하와 상관없이 특별히 중시하여야 할 요소가 있다고 평가한 점과, 그리고 그러한 평가에 근거하여 본건 불합격 등의 판단을 한 점이 그 당시의 재임용제도 등에 있어서 합리성을 현저하게 결여한 것이었다고 할 수는 없다.

3) <u>이상에 따르면, 본건 불합격 등은 모두 도교위의 재량권의 범위를 넘거나 또는 이것을 남용한 것으로서 위법이라고는 할 수 없다.</u>

이와 상이한 원심의 판단에는 판결에 영향을 미칠 것이 분명한 법령의 위반이 있다. 논지는 이유가 있고 원판결은 파기를 면할 수 없다. 그리고 위

사실관계에서는 피상고인들의 그 나머지 주장을 채용할 수 없음은 분명하며 피상고인들의 청구는 모두 이유가 없으므로 제1심판결 중 상고인 패소부분을 취소하고 동 부분에 대한 피상고인들의 청구를 모두 기각하여야 한다.