

特別権力関係と裁量権の問題

——公務員・学生に対する不利益処分に関する

最近の判例を中心に——

楠 元 茂

序

1. 特別権力関係及び特別権力関係における裁量権の問題
2. 公務員関係の判例
 - A. 一般公務員関係
 - B. 教育公務員関係
3. 学生に関する判例
4. 自由裁量の統制と展望

序

特別権力関係といい裁量論といい、共に従来から行政法上だけでなく広く公法上の難問の一つとされ、多くの学説、判例によって検討され批判され続けてきたし、これに関する文献も少なくない。

これらの諸説について詳細に検討することも重要なことではあるが、それと並んで最近の判例に焦点をあて、裁判所のこれらの問題に対する近時の考え方をすることも無益ではあるまい。

日本国憲法の下、一切の法律上の争訟が司法審査の対象になることとなつてから、行政事件についても多くの重要な判例が出されているが、この小論では昭和40年代の判例を中心に、¹⁾ 特別権力関係にあるとされる関係の中から、最

1) 行政事件裁判例集（最高裁事務総局編）。ただし、私立大学に関する事件及び渡島丸事件並びに昭和46年度の判例は『判例時報』を材料にした。

近特に人権保障の面で問題の多い公務員及び学生に対する不利益処分についての法律関係と、これについての裁量，特にその限界について検討を加え，更に自由裁量権の統制について一考することにした。

ただ，判例の検討に当っては当然のことながら自己の立場を明らかにしておく必要があるので，まず特別権力関係及び裁量論について一言し，それから判例の紹介と説明に及ぶこととした。

従って，判例のとりあげ方も，以上の論点，特に裁量についての裁判所の考え方を知ること重点を置き，裁量論に影響をあたえたであろう事実関係もできるだけ詳しくその要点を掲載することにしたが，もちろんそれにも限りがある。

なお，判例は1件を除いてはすべて下級審の判例である。身分確認訴訟としての，私立大学に関する判例を入れたのは，後述するように，私立大学の関係も特別権力関係であると解するからである。

1. 特別権力関係及び特別権力関係における裁量権の問題

日本国憲法が徹底した法治主義をとることは，その諸規定を一見すれば明瞭である。

すなわち，国会の最高機関性とその唯一の立法機関たることを明示した第41条，国の財政処理の権限についての第83条によって，旧憲法下に見られたような行政権による広汎な立法，行政権による財政上の処分は制限されることになり，いわゆる法律による行政の原理が保障されたのである。

更に，日本国憲法の保障する基本的人権は，留保付でなく，その点で行政権のみならず立法権をも制限しているのである。

ところで，通説²⁾によれば，国民は国または公共団体の一般支配権に服するほか，公法上の特定の目的のために認められる特別の権力に服するとして，いわゆる公法上の特別権力関係を認め，その例として，国家公務員が，国民とし

2) 田中二郎『新版行政法上』78ページ

て国の統治権に服するほか，国家公務員としてその雇主としての国の特別の権力に服し，国立大学の学生が，国民として国の統治権に服するほか，学生として大学の管理権に服することなどをあげる。

そして，法治主義の原則は一般権力関係において行なわれるが，特別権力関係においては，特別の公法上の法律原因に基づいて，一旦その関係が成立すると，公法上の特定の目的のために必要な限度において，特定の者に包括的支配権が与えられ，これに服する者に対しては，いちいち法律の規定によることなく命令強制がなされ得る。そしてその成立原因は，法律の規定または同意にあるというのである。

このような通説の立場を，法治主義の原則からすればどのように理解すべきであろうか。

もちろん通説の立場でも，法治主義の原則があてはまらないというのではなく，公法上の特定の目的のために必要な限度において法治主義の原則の例外が認められるというのであるが，法治主義を徹底せしめれば，特に人権の保障の面から，例外を認めることに疑問が生じてくる。

そこで，特別権力関係なるものを認める理由を考えてみる必要があるが，それは一般権力関係と異なった特殊の法律関係に立つ関係においては，いちいち法律の規定に従っていたのではその特別の関係を維持することが困難であるという事情に基づくものである。すなわち，公務員関係における秩序維持や，国・公立学校の学生の管理等が，細部にいたるまでいちいち法律の根拠がなくてはできないというのでは，そのような社会集団における秩序維持の完ぺきを期することができないということが存在理由であると解する。結局，秩序維持のための懲戒権の発動に際しては，相当な範囲の裁量を行政主体ないし管理権者に認める必要があるのである。

従って特別権力関係の存在は否定できないが，³⁾ 通説のとり特別権力関係論

3) 室井 力『特別権力関係論』355ページ

については、その根拠、範囲、司法審査の限界等について検討の要があると解される。

(1)根拠 特別権力関係における包括的支配権の根拠について通説は法律の規定か相手方の同意かに存すると解している。⁴⁾しかし、法律の規定による場合はともかく、任用時あるいは入学時における本人の同意のみをもって長期にわたることが予測される公務員関係その他の関係における、いわゆる包括的支配権の根拠とすることについては、基本権の制約との関連において、更に強力な根拠が必要であると考えられる。

この点について通説は、その同意は、普通に許される範囲の包括的支配権に服することの同意であるというが、この場合の同意はむしろ積極的に、その特別権力関係の目的の承認と解するのが妥当ではあるまいか。⁵⁾

同意をこのように解することによって、包括的支配権の及ぶ根拠を説明できると解せられる。任用時における同意はこのような性質のものであると推定されるからである。

(2)範囲 特別権力関係の及ぶ範囲については通説は、公法上の勤務関係、公法上の営造物利用関係、公法上の特別監督関係、社団関係をあげ、⁶⁾更に具体的事例として、刑務所、少年院への収容関係をあげる説もある。⁷⁾すなわち特別権力関係をあくまでも公法上の関係であると解している。

しかし、特別権力関係を認める理由が、一定の社会集団の秩序維持のための裁量による命令権、懲戒権の発動にあるとすれば、このような必要は公法関係に止まらず私法関係においても存在する。私立学校がそのよい例であり、銀行会社等にもそのような関係をみることができる。⁸⁾

従って、特別権力関係を単に公法上の目的のためということに限定せず、広

4) 田中前掲書 79ページ、杉村章三郎『行政法要義上』217ページ

5) 園部 敏『行政法の諸問題』3ページ

6) 田中前掲書 79ページ

7) 園部前掲書 1ページ

8) 田上穰治・市原昌三郎『行政法上』47ページ

く、一定の統一ある集団が必要とするその内部的規律に関する法律関係，すなわち，内部的規律権⁹⁾と解することが妥当ではあるまいか。

この点に関し，近時，多元化した近代社会においては，多かれ少なかれ部分的法秩序が設定される。それはそれぞれに固有の社会目的に応じた特殊な社会機能が存在する結果であって，弁護士会や教会，神社においてもそのような機能が見られるとし，特別権力関係でなく特殊機能的法律関係として再構成する説が存在する。¹⁰⁾

このような説も，従来からの特別権力関係論における特別の関係の範囲を拡張，社会的，機能的にその関係をとらえようとする点では，内部的規律権とする立場と類似している。

(3)司法審査と裁量 この問題について通説は，特別権力関係においては，特別の目的のため必要な限りにおいて，その自主性を尊重し，かつその裁量権を承認すべきもので，単純な特別権力関係内部の紀律保持のためにする懲罰・懲戒については，司法審査権の介入を認めるべきでないが，その範囲を越えてなされる措置については司法審査権が及ぶと解している。¹¹⁾ けだし，その範囲を越えると，市民法秩序に関連するからであろう。

このような考え方に対し，司法権介入の範囲を限定せず，一般権力関係におけると同様な要件の下に広く行政訴訟を肯定する立場があり，¹²⁾ 近時の判例も後述するように行政庁の裁量権の行使を広範囲にわたってコントロールする傾向にあるが，¹³⁾ このような傾向は，権力分立の立前や，行政庁の第1次的判断の尊重という点から問題があると思われ，理論的には特別権力関係そのものの存在を認めない立場につながることになるであろう。

行政事件訴訟法第30条は自由裁量事項を含む処分について裁判所の審理権の

9) 綿貫芳源『行政法概論』 46ページ

10) 和田英夫『行政法』 84ページ， 杉村敏正『改訂行政法講義総論上』 63ページ

11) 田中前掲書 80ページ

12) 室井前掲書 364ページ

13) 雄川一郎「自由裁量」『憲法行政法論集』 281ページ

範囲を定めたものであって、係争処分の自由裁量事項について、裁量権の踰越もしくは濫用がなければ、請求理由なしとして棄却判決がなされるべきものとしており、¹⁴⁾この立法は従来通説・判例の立場を明文化したものといえよう。

ただし、自由裁量権自体についての統制が問題になることは、後に述べる通りである。

自由裁量と羈束裁量との区別に関しては従来から説が分かれ、近時は、法定手続要件を具備した行政手続が整備しているか否かを区別の基準とする説¹⁵⁾があらわれているが、やはり法の趣旨目的の合理的解釈¹⁶⁾によって区別するのが妥当であると考えられる。

以上で主題についての立場の説明を終わり、次に公務員・学生に対する不利益処分に関する最近の判例の検討に移る。

これらの法律関係は、沿革からいっても特別権力関係の代表的存在と考えられてきたが、同じ自由意思によって形成される特別権力関係でも、学生の方は営造物の利用関係であり、公務員関係とは性格を異にする¹⁷⁾ので、この二つを分けて説明する。

なお、公務員関係は一般公務員と教育公務員関係に分けた。

2. 公務員関係の判例

A. 一般公務員関係（準公務員を含む）

（1）懲戒免職処分無効確認請求控訴事件（42・6・29札幌高裁判決）

市営バスの車掌が、運転手と共謀して運行路線の一部区間の運転を中止した行為に対し、札幌市は地方公務員法第29条1項に当るとして懲戒免職処分に付した。

原審では市の処分を認めたが、これはその控訴事件であって、裁判所は控訴を棄却したが、その判決の中で『地方公営企業の職員は、地方公営企業労働関係法の適用を受けるかぎりでは一般公務員と取扱いを異にするが、任用、分限、懲戒、服務については地方公務

14) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』101ページ

15) 綿貫前掲書 70ページ

16) 田中前掲書 104ページ

17) 杉村（章）前掲書217ページ

員法が適用され、このような面を無視してすべての面で私企業の従業員の労働関係と同じ法的規律に服するものではなく、とりわけ組合活動に伴う規律違反でなく、公務員の職務遂行義務の懈怠を理由としてされる懲戒免職処分は、特別権力関係に基づく行政監督権の作用であって、行政処分たる性質を失わないと判示し、更に、懲戒免職処分がその内容に関する瑕疵によって無効であるというためには、その処分がまったく事実上の根拠に基づかないか、もしくは社会観念上著しく妥当を欠き懲戒権者に任せられた裁量権の範囲を著しく超えていると認められるなど、その処分の内容に重大かつ明白な瑕疵の存する場合であることを要すると解するのが相当である。』と判示している。

（2）懲戒免職処分取消請求事件（新潟療養所事件）

（43・4・9新潟地裁判決）

原告は国立新潟療養所の事務官であったが、かつて全国日本国立医療労働組合の役員をつとめ、その後同全医労の新潟支部長に就任した。この頃被告（所長）から配置換を命じられたところこれを拒否、職務上の命令に従わなかったとして懲戒免職処分を受けた。その取消を求めたのがこの事件である。

裁判所はその判決の中で、『本件処分は、被告が原告の88日間にわたる本件配置換命令の拒否およびその間における違法な抗議行動という表面にあらわれた現象面だけにとらわれ、原告をかかえる行為に走らせた大きな誘因である前記のような一貫性を欠く動揺した態度等の被告側の事情を等閑に附したまま、なされたものといわなければならない。したがって、被告が原告に対し免職の懲戒処分を選択したことは、社会観念上著しく妥当を欠くものであって、裁量権の行使につきその範囲を超えた違法があり、右違法は本件処分の取消事由に該当するものというべきである。』と判示し、懲戒処分を取消した。

（3）懲戒免職処分無効確認請求事件（渡島丸事件）

（札幌高裁函館支部44・1・17判決）

国鉄労組は、青函連絡航路における新造船就航に伴う要員削減等に反対、39・4・11に全船2時間の時限ストを実施、渡島丸の組合員の大多数もこれに参加し、函館港着岸当日勤務終了となる下船番者が下船すると共に、交代番者が乗組まないという斗争手段をとった。

これに対し国鉄は、船長が、下船番者中の4名の機関部員に対し下船時刻を超過して当直すべき旨の業務命令を発することを命じたが、これに従って機関部員が当直中、A等組合員が多数機関室に降りて当直員に働きかけ部署を去らしめた。

国鉄総裁はAが指揮者であったと認定し懲戒免職処分に付したので、その無効確認を求

めた事件である。原審は請求を棄却したが、本控訴審では原判決を取消した。

裁判所は、今回の免職は苛酷に失し、懲戒権行使の裁量の範囲を著るしく逸脱したものと懲戒権の濫用にあたりとし、更に、本件免職処分は行政処分であるから、これに存する瑕疵が重大かつ明白でない限り無効にはならないという主張に対しては、国鉄事業の本質は私企業による鉄道経営と等しく、国家権力の行使とは直接関連はない。関係法規を見ても、国鉄職員の勤務関係について、一般公務員のように特別権力関係にあることを示す規定はなく、国鉄とその職員の雇傭関係は基本的には私法関係に属すると解されるので総裁が国鉄法によって行う免職処分は、行政庁の公権力の行使たる行政処分とはいえないとして、本件免職処分は無効であると判示した。

（4）市議会議員除名処分執行停止申立事件（44・9・20大阪地裁決定）

八尾市議会議員が除名処分を受けたので、裁判所に対し執行停止を申し立てた事件で、裁判所は申立を認めたが、その決定の中で、地方議会の議員の除名処分は、司法審査の対象となるとし、行政作用の中には裁量事項の存することは否定できないが、『地方議員に対する除名処分は、現に議員が保有している議員たる地位を剝奪して不利益を与える処分であり、その要件事実とは地方自治法第一三四条に明定されていて、一般的に承認された解釈方法、価値基準によって一義的に判断され得るものであるから、これを行政事件訴訟法第三〇条にいう裁量処分と言うことはできない。』と述べている。

（5）懲戒免職処分無効確認請求事件（44・9・24神戸地裁判決）

原告は神戸税関の職員であり、全税関労組の役員であったが、当局の執務命令を無視して、勤務時間中の集会を指導した等の理由で、国家公務員法、人事院規則違反として懲戒免職処分を受けたのでその無効確認を求めた。裁判所は、『公務員の懲戒処分は、処分権者の裁量に任されてはいるが、処分事実の性質、程度など諸般の事情を考慮し、社会通念上著しく妥当を欠いている場合には、裁量の範囲を越えたものとして違法というべきである。』、そして、本件処分は裁量の範囲を超えた重大な瑕疵があるが、裁量の範囲を超えたかどうかは難しい法的評価の問題であり、本件の場合も明白とまでは認められないから当然無効とはいえ、取消し得べきものとした。

（6）分限免職処分の効力の停止申立事件（43・12・26福岡地裁決定）

申立人らは北九州市の各市立病院において単純労務に従事していたところ、市長より地方公務員法第28条1項4号により分限免職処分を受けた。そこで、配置転換が容易であるのに行なわれた分限免職処分は処分権の濫用である等を主張し、処分の効力停止を申立て

た。

裁判所は一部の申立人の主張を認めたが、その決定の中で、地方公務員法第28条第1項4号による過員の整理にあたって、何人を免職するかは任命権者が自らの裁量によって決定できるが、この分限免職処分は、被処分者にはなんらの責めらるべき事情がないにもかかわらず、その意に反し免職して被処分者の生活の基盤をくつがえすものであり、地方公務員から争議権が剝奪されていることを考えると、任命権者は必要やむをえず過員を整理する場合においても、職員の生活の維持に配慮し、可能な限り配置転換その他の措置を講ずべき法律上の義務があり、したがって配置転換が容易であるにもかかわらず、これを考慮しないで直ちに分限免職処分をした場合は、裁量権の濫用にあたる。と述べている。

（7）判定及び休職処分取消請求事件 （43・7・20 東京地裁判決）

これは起訴休職処分に関連のある事件である。原告は鹿児島食糧事務所輝北出張所に勤務する農林技官であり、輝北町労組連絡協議会議長であったが、昭和38年の衆議院議員選挙に際し、A候補に当選させるため、同候補支持の法定外文書たるパンフレット40枚を作り、協議会書記長に配付したため、公職選挙法、国家公務員法（102条1項等）、人事院規則違反の嫌疑で起訴されたが無罪の判決を言渡された。しかし、原告の任命権者である鹿児島食糧事務所長は、原告が起訴されると、国家公務員第79条2号（起訴休職）による休職を命じた。そこで直ちに被告は人事院に不利益処分審査請求をしたところ人事院は所長の処分を承認する旨の判定をした。この処分と判定の取消を求めたのがこの事件である。

裁判所は処分を取消し、人事院の判定の取消請求を棄却したが、その判決の中で、起訴休職処分の裁量権の範囲について次のように述べている。

『国公法七九条二号は起訴休職処分の要件として職員が刑事事件に関し起訴されたことを規定するにとどまる。しかし任命権者は右要件が存在すれば他に何らの制約もなく自由裁量により起訴休職処分をなし得ると解すべきではなく、右裁量権は後述の起訴休職制度の目的及び効果並びに懲戒処分との均衡に徴し相当な範囲に制約され、この範囲をこえる起訴休職処分は違法として取消しを免れないと解すべきである。』

（8）同上控訴事件 （45・4・27 東京高裁判決）

この判決では控訴を棄却したが、その判決の中で、国公法第79条2号により職員を休職にするかどうかは、当該職員の地位と担当する職務の内容、公訴事実の具体的内容および起訴の態様を勘案し、当該職員が起訴されたことによって、官職の信用が傷つけられるかどうか、職場の秩序がみだれるかどうか、職員の職務専念義務の履行につき支障を生ずるかどうかを、個別的、具体的に判断して決すべきであると述べ、『仮りに起訴休職処分が自由裁量の処分であるとしても、その適否はそれが許された裁量の範囲内に在るか否かに

よって決せられるものである。そうして、具体的な起訴休職処分が右の範囲内に在るかどうかは、前項に詳述した点について、裁判所が判断を尽してはじめて定まるのであるから起訴休職処分の適否が問題となっている本件においては、前項に述べた以上に、その性質が自由裁量の処分であるか否かをせんさくすることは特に意味のあることではない。』とし、結局この処分は裁量の範囲に越えて違法であると結んでいる。

（9）休職処分取消請求事件（45・2・27 福岡地裁判決）

これも起訴休職に関する事件である。原告は福岡中央郵便局集配課の現業職員で全通の組合員であるが、料金を納付しないで新聞郵送用帯封を使用、アカハタ計5通を第3種料金別納郵便の速達扱いとして区分棚に挿入する等の手段で差し出し、郵便料金合計120円を免脱した行為について郵便法違反の疑いで起訴され、被告福岡中央郵便局長はこれを理由として、国公法第79条2号により休職を命じた。そこでその取消を求めたのがこの事件である。

結局、この休職処分は裁量権の範囲を誤った違法なものとして取り消されたが、その判決の中で、職員が起訴された場合でも、休職を行なうについては休職制度の目的、効果を考慮して判断しなければならず、任命権者の自由裁量を認めたものとは認められず、そこには一定の客観的制約があるものと解している。そして職員が身体を拘束され、あるいは公判廷へ出頭することによりその職務専念義務に直接支障をきたす場合、そのまま職務に留まらせることが職務の公正に疑いを生じさせ公務遂行上支障がある場合、あるいは将来有罪が確定したときそれが欠格事由となることもありうるから、このような浮動的地位にある職員をそのまま職務に留まらせることが相当でない場合などには、起訴休職処分をする合理的な理由があると述べている。

（10）免職処分取消請求事件（44・11・19 大阪地裁判決）

これは条件付採用期間中の事件である。原告A・Bは昭和38年8月1日、被告である大阪府労働部職業管理課長によって労働省労働事務官に採用され、堂島職安の職員として勤務していたが、条件付採用期間中（国公法第59条）に被告から人事院規則11—4第9条に基づきその職に必要な適格性を欠くとの理由で免職処分に付された。その理由としては原告Aは、合計22回に及ぶ遅刻を繰り返し注意を受けても反省の色がなく、超過勤務と休日出勤の命令にも応ぜず、勤務中の態度もよくなかったこと。原告Bについては、年休の請求書に休暇の事由を記載せず、外来者との応接態度が悪かったことであった。

裁判所はAの請求を棄却、Bの免職処分を取り消したが、その判決の中で、条件付採用期間中の職員の身分保障について、国家公務員については国公法第33条、46条の趣旨に照らして、私企業の場合と異なり、人事の公正が特に要請される点で、使用者の採用の自由

がすでに修正されているとみられるのみでなく、その段階を経て次の選択過程に進んだ以上、それに相当する身分保障をなすことは条件付採用制度の本質に必ずしも反するものではなく、この制度は成績主義の原則の完べきを期そうとするものであるから、その目的を達するための客観的、合理的な必要性を超えて条件付採用期間中の職員が分限されてはならないという制度上の制約がある。『そして、それらの者が正式採用されることに対する期待権を有するとともに現に給与をうける権利などを有することを考えると、これらの権利に直接影響を与えるところの人事院規則の前記条項に基づく分限処分は法規裁量に属するものと解すべきである。』と判示している。

（11）免職処分取消請求事件（45・7・21 広島地裁判決）

原告は昭和43年3月に郵政省事務官として採用され広島西郵便局集配課に配属されたが、条件付採用期間中の9月26日付で被告広島西郵便局長から人事院規則11-4第9条に従って免職された。その理由は、年休請求書の提出先については従来から争いがあったが、適達及び局の方針に従わなかったこと。病休申請書に証明書を添付しなかったこと。その他配達についての代人受領につき局に苦情を申し込まれたことなどであった。

裁判所は免職処分を取り消したが、その理由の中で、条件付採用期間中の職員の権利を剝奪する免職処分には、その官職に引き続き任用しておくことを不相当とする合理的理由が必要であって、人事院規則11-4第9条はこのことを明文化したものであり、この条項に基づく免職処分はこの条項に該当する具体的理由を要し、その判断はいわゆる羈束裁量に属すると判示し、結局この免職処分は、裁量基準を逸脱して違法であると結んでいる。

B. 教育公務員関係

（1）懲戒免職処分等取消請求事件（旭丘中学事件）

（36・4・27 最高裁判決）

この事件は、いわゆる京都旭丘中学事件として著名である。旭丘中学校教諭が、昭和29年4月1日付で、京都教育委員会から他校への転補処分を受けたが、これは教育長の専決処分による違法な処分であるとして、辞令の受領を拒否し、従来どおり旭丘中学校に勤務し、更に転補の職務命令にも応じなかったので懲戒免職処分となった。

これに対し、転補処分が教育長の専決で行なわれ、かかる違法な処分を前提とする懲戒免職処分は違法であり、更に、委員会開催の告示が直前に掲示され、委員会も非公開で開催されたから違法であるとして出訴した事件である。

この判決において、旧教育委員会法34条4項但書に、「急施を要する場合はこの限りでない」とあり、委員会はその招集に当ってはその内容を開会の日前3日までに告示しなけ

ればならないことの例外を定めているが、『右但書にいう「急施を要する場合」とは、原審のように、ただ単に付議すべき事件の性質、内容から緊急性が認められる場合に限ると解し、この点の判断につき、会議の招集権者である委員長になんらの裁量権も認められないと解すべきものではなく、会議の招集権者である委員長は、その当時における客観的情勢その他諸般の事情から、その事件が行政措置上急施を要する等の事情がないかどうかを考慮し、その裁量判断によりこれを決することもできると解するのが相当である』と判示し、緊迫した客観情勢が、もし真に存在していたとすれば、委員長が当該事件をもって「急施を要する場合」にあたりと判断、原審の認定するように、開会の約30分前に告示しても、これを目して直ちに招集権者に任された裁量権の行使を誤ったものとするはできないとして、破棄差し戻しの判決をした。

（2） 同上控訴事件

（43・11・19 大阪高裁判決）

旭丘中学校事件控訴審において、被控訴人側は、告示のあったのは開会の約10分前か、開会時とほとんど同時であり、当時会議開催前10分間しか置くことができないほど「急施を要する」情勢は存在せず、更に、今次の転補処分は、被控訴人が旭丘中学校において偏向教育をしたとの無根の事実を理由とする政治的左遷人事であって、政党による教育の不当支配であり、本件懲戒処分も同様に政治的目的によるものであって、裁量権の範囲をこえ、または濫用したものであると主張した。

これに対し、裁判所は、『本件臨時会の召集権者である福原委員長が、被控訴人等に対する懲戒処分についての事件をもって旧教育委員会法34条4項但書にいう「急施を要する場合」に当るものと判断し、本件臨時会の前約二〇分の間において召集の告示をしたことを裁量権の限界をこえまたは裁量権を濫用したものであるといふことはできない』と判示し、かつ、委員会において、被控訴人等が政治的偏向教育をしたものとし、かつ、それを原因として本件懲戒処分をした事実を認めるに足りる証拠はないとして、この点に関する被控訴人側の主張を退けた。

（3） 免職処分取消請求事件（都留大学事件）（42・7・29 甲府地裁判決）

これは後述の都留大学事件に関連して、5名の教官が、昭和40年9月に、被告（市長）から地方公務員第29条1項2号による懲戒免職処分を受けたが、その取消の訴訟である。

原告らは、この処分は必要な手続きを遵守しない瑕疵があり違法であるだけでなく、仮にこの主張に理由がないとしても、処分理由とされる事由につき著しい事実誤認があり、かつ、この処分は権利の濫用であって取消すべきであると主張した。判決は取消しを命じたが、その判決要旨は次の通りであった。

(イ) 教育公務員を懲戒するについては、教育公務員特例法第9条2項、第5条2・3項に

より審査説明書を交付し、かつ口頭または書面で陳述する機会を与えなければならないから、被処分者の所為のうち右説明書に記載せず、右陳述の機会を与えていないものを懲戒処分理由とすることは許されない。

(四) 公立大学の教官に対する懲戒免職処分につき、その処分理由とされた所為が、大学の自治の擁護と自己の個人的名誉を守るため止むを得ざるに出た措置であり、他にとるべき方法を期待することが困難であった場合、これを理由に懲戒することは著しく社会観念に反し、その裁量権の範囲を逸脱した懲戒権の濫用である。

(4) 不利益処分取消請求併合事件 (44・3・5 松江地裁判決)

原告は島根大学教育学部中学課程を修了し、英語・国語について二級普通免許状を取得26・4・1から島根県桜江町立江陵中学校に教諭として勤務しているが、42・3・27被告桜江町教育委員会から、本人が全く希望していなかった島根大学における養護教育の研修命令を受け、しかも事前の意見聴取は行なわれなかった。

原告はこの命令に従い42・4・1から研究生として研修を続けていたところ、被告は再度意見聴取なしに43・4・1から1年間同大学における特殊教育の研修を命じた。

このような研修命令が発せられたについては次のような事情があった。すなわち、県教育委員会が永年勤続者を異動させる方針をとっていたことと、原告がかって日教組中央委員、県教組執行委員として組合活動に従事し、現在も県教組特別委員会副委員長及び江陵中分会長の地位にあり、日教組の運動方針に忠実な組合員であったところ、校長・教育長等上司に逆らい不遜とみられる言動に出ることがあり、そのため校長・教育長は原告の他の市町村内の学校への転出を強く希望していた。しかし他で受入れを承諾するところはなかった。なお、県教育委員会は、当時特殊教育の振興を重要な施策の一つとしていた。

原告は、本件研修命令が教育基本法第6条2項、地方公務員法第13条、第27条1項、教育公務員特例法第19条、第20条、学校教育法第28条4項、第40条に違反し、違法な処分であるとし、被告町教育委員会に対し第2次の研修命令の取消しを求め、かつ、被告桜江町に対し国家賠償法による損害賠償を求めた。

これに対して裁判所は次のように判示し、第2次研修命令処分の取消しの請求を認め、かつ、5万円の精神的損害の賠償を認めた。

原告は、約11年間普通中学校において英語・国語教育に携ってきたものであり、かつて養護教育に関与したことはなく、また希望したこともなかったのであるから、現職教員に養護教育の研修をさせることが県教育委員会の教育施策に合致するとしても、県下に勤務している多数の教職員の中から特に原告を選んでその研修をさせる合理的理由にはならない。『しかも前記認定事実を総合すると第一次命令の真の理由は、原告が校長及び教育長等上司にとって極めてけむたい存在であり、しかも異動の対象となっている原告を、受入

先がないため転出させられないので、窮余の一策として特殊教育振興の名を借りて養護教育の研修を命じ、原告を江陵中学校から一時離れさせたものと考えるのが相当であるから第一次命令には行政目的に妥当する処分理由が存在せず、社会観念上明らかに合理性を欠いているものといわなければならない』から、今次研修命令は被告委員会の裁量権の範囲を逸脱した違法な処分である。

（5）転任処分執行停止決定申請事件（45・2・12 高知地裁決定）

高知県教育委員会は、申請人に対して、44・3・31付で高知県春野村公立学校教員を免じ、同年4・1付で同県南国市公立学校教員に任命、同市立鳶ヶ池中学校教諭に補するとの転任処分をなした。これに対し、4・25に申請人から転任処分の取消しを求める本案訴訟が高知地裁に提起されている。そこで転任処分の効力を本案訴訟の判決の確定するまで停止する決定を申請したのが本件である。申請人は、多年県教組その他の教職員組合の活動に参加していたが、県教育委員会は春野村立平和中学校における学校運営の障害とみられる申請人を、同校から排除しようとする同村教育委員会の内申に基づき、申請人の留任希望と、郡教組書記長への選出を知りながら、あえて、非役員ないし教組員でない者と形式的に平等に処理するのを建前とするとして転任処分を命ずるに至った。

裁判所は、『県教育委員会は、県費負担教職員の転任人事に関する権限を有し（地方教育行政の組織および運営に関する法律第二三条、第三七条、第四〇条）、これにつき自由裁量権が肯定されるところであるけれども、なお教職員について認められる身分保障法理により右裁量権は法的に制限されているものと解するのが相当であり（教育基本法第六条第二項、第一〇条第一、二項）、当該教職員個人または同教職員の勤務する学校の計画的な教育活動を過度に障害し、さらには専らその組合活動を抑制する等非教育的目的のために行なわれ、しかも事前に教職員の意見希望を十分徴することもなく樹立された異動計画に基づき転任処分をなすことは、右裁量権の範囲を逸脱し濫用にわたるものとして、転任処分そのものが違法の評価を免れないというべきである（行政事件訴訟法第三〇条参照）』と判示し、転任処分の効力を停止した。

以上、公務員関係の判例を概観すると、不利益処分は、懲戒免職処分、起訴休職処分、分限免職処分、条件付採用期間中の免職処分、地方議会の議員の除名、教育公務員の懲戒免職処分、同じく教育公務員の転任処分、特別研修命令と多岐にわたっており、訴訟の類型も抗告訴訟に止まらない。

これらの判例では、(1)及び(3)を除いて、特に特別権力関係に基づく処分であることにはふれていないが、これは特別権力関係の存在を否定しているのでは

なく、当然にこの関係を前提として論じているものと解される。

裁量権については、自由裁量に属するが、その範囲を逸脱しているとするかあるいは裁量権の濫用であるとする例が多いが、羈束裁量に属するとする例も少なくない。

(7)の判決では、自由裁量処分であるか否かをせんさくすることは無意味であるといっており、教育公務員についての(1)の事例は、直接には処分についての裁量でなく、その前提要件となった旧教育委員会法の規定に関する裁量の事件である。

羈束裁量であるとする判決が相当の数に上るが、このような傾向については懲戒罰の選択についてかかる立場をとる裁判所の態度は、行政機関における救済の不備な場合は、具体的妥当の見地から肯定されるが、裁判所があまりにも自由裁量の範囲に深く立ち入ることは警戒を要するとの批判がある。¹⁸⁾

なお公務員の免職処分は、抗告訴訟の対象となる行政庁の処分であるとするのが判例であるが¹⁹⁾、休職処分、教育公務員の転任命令、研修命令が広くこの場合の行政庁の処分となり得るかどうかについては、疑問なしとしない。

地方議会とその議員の関係は特別権力関係であると解するが、地方議会の議員の除名処分について司法審査が及ぶかどうかについては、権力分立の立場からいって問題があるが、従来の判例通り(3)の事件では審査の対象としている。

近時、起訴休職処分、条件付採用期間中における免職処分に関する判例が多いが、これらの制度については、判決もいっているように、公務員の身分保障の見地から種々検討を要する問題が少なくない。

教育公務員の法律関係については、教育の見地から、一般公務員とは異なった関係が見られるが、都留大学事件の判決で、特に不利益処分についていわゆる告知、弁明の機会を与えない場合には、懲戒処分事由とすることができないと判示していることが注目される。

18) 園部前掲書69ページ

19) 田中『新版行政法上Ⅱ』314ページ

日本国有鉄道とその職員の関係については、公法と私法の両側面を有するとした判例（29・9・15最高裁判決）があるが、近時の多くの下級審判例は基本的に私法関係であるとしており、(3)の判例もその立場をとっている。しかし、特別権力関係の範囲を拡張する立場からすれば、この関係も特別権力関係に含めて考えることができよう。

3. 学生に関する判例

（1）身分確認請求事件（昭和女子大事件）（38・11・20 東京地裁判決）

原告らは私立昭和女子大の学生であったが、学則の細則に反して、届出をせずに政防法反対の署名を集め、許可なしに民主青年同盟に加入したことを理由に、事実上登校禁止を言い渡された。

その後「週刊女性自身」に仮名を使ってこの事件について日記を掲載したり、麻布公会堂の学生集会や、東京放送「朝のスケッチ」の時間に事件について発言したことなどから反省の實があがらないものとして、昭和37年2月11日付で学長から学則違反に該当するとして退学処分を受けた。

そこで原告側は、この処分は思想信条による差別的取扱いであり公序良俗に違反する。また学則細則に違反するものとしてなされた退学処分は、学外団体への加入禁止や、署名しゅう集活動の事前届出制が憲法に反するものである以上無効であり、教育機関に任された懲戒権、裁量権を濫用したものであると主張した。これに対し被告（学校）は、大学の学生に対する懲戒処分は、教育施設としての大学の内部の規律を維持し、教育目的を達成するため認められる自律作用にほかならず、懲戒権者たる学長が、学生の行為に対して懲戒処分を発動するに当り、その行為が懲戒に値するものであるかどうか、処分のうちいずれの処分を選ぶべきかを決するについては、当該行為の軽重のほか、本人の性格及び他の学生におよぼす訓戒的效果等を考慮する必要があると、その判断は、学内の事情に通じ、直接教育の衝に当る者の裁量に任すのでなければ適切な結果は期待できないとし、昭和29・7・30の最高裁判決（京都府立医大事件）を引用して、学生に対する懲戒権の発動と処分の選定は、裁量の範囲を逸脱すると認められる場合を除いて、懲戒権者の裁量に任されていると主張した。

裁判所は原告の学生としての身分を有することを確認したが、判示のなかで、学校教育法施行規則第13条3項4号により学生に懲戒退学処分をなし得るためには、特別に情状の重い場合を除いて、原則として教育機関にふさわしい方法により本人に反省を促す過程を経ることを要し、それでもなお反省の情が認められず、ふたたび同種の行為を犯す具体的危険が存在すると認められる場合でなければならず、この点において、教育機関が学生に

対して行なう懲戒退学処分は、一般企業における懲戒解雇や公務員に対する懲戒免職処分が、必ずしも教育的見地において本人に反省を促す過程を経る必要がないのとは趣を異にすると述べ、更に、被告の引用する判例は、退学処分の基礎とされた事実が教育機関にふさわしい適切な方法と手続に基づいて認定されたことを前提とするものであって、本件の場合には適当でないと被告の主張を退けた。

（2）同上控訴事件

（42・4・10 東京高裁判決）

控訴審では原判決を取消したが、その理由のなかで、私立学校においては、学則違反の所為のあった学生に反省を促す適切な補導の過程を経るべき法的義務はなく、したがって補導の手段、方法の適否を重点にして退学処分の有効、無効を判断すべきではなく、学則違反の所為が「学校の秩序を乱しその他学生としての本分に反したもの」との退学処分理由に該当する事由かどうかの判断は、原則として教育の実施に当たるものの裁量に任されているとし、更に、私立大学学生が、学則によって規制された政治活動を目的とする学外団体に加入したことを同大学から非難され、加入の脱退または加入申入れの取消しを要求されたのに拘らず、これを拒否したことが、学則にいう「学校の秩序を乱しその他学生としての本分に反した」行為に当たるとしてなされた退学処分が、社会観念上著しく不当であり、裁量権の範囲をこえるものとは解しがたく、また思想信条による差別的扱いであり、公序良俗に反し無効であるとか、懲戒権の濫用で無効であるとは解されないとした。

（3）退学処分等取消請求事件（都留大学事件）

（42・6・15 甲府地裁判決）

これはいわゆる都留大学事件として著名である。原告等は、市立都留文科大学学生自治会の役員その他の学生であったが、昭和40年8月21日、学則に従って退学処分および無期停学処分に付せられたので、学長を被告としてその取消しを求めた事件である。この事件は複雑であるので2つの争点に分けて説明する。

(i) 学則に定める懲戒理由「校内秩序を乱し」「学生の本分に反する」場合への該当性につき、被告側は次のような事実をあげたが、原告はこれは懲戒理由に当たらないと主張した。

原告等は、大学事務局の事務取扱いについて学生に不満があるとして公開質問状を提出、昭和40年6月1日、数百名の集合した学生集会に事務局長の出席を強要し、その席で特定事務局員の解任を求め、その解答がなければ局長の退席を許さない雰囲気を作り、更に学生係長を呼び出して同人掲示の掲示物についての責任を求め、午後8時ごろまで退席させなかった。

更に、5名の教官の処遇（前述）につき都留市当局に不当介入ありとしてその反対と、大学側も教授会の開催を怠っているとしてその開催を要求する校外デモを行なう旨届出た。学生部長は大学内外の情勢から判断して、この届出は受理しないものとして取扱い、校外活動は望ましくない旨の学長告示を掲示したが、デモは実行された。

更に、原告等は被告が人事教授会に出席していることを知り、会議室入口に机を置き被告の退出を妨害する準備をし、スクラムを組んで退出を妨げ、諦めた被告に対し一般教授会の開催を要求、教官・学生について処分者を出さないこと、学内の組織を変更しないこと等の要求をなし、マイクを被告の口許に差し出して回答を強要、同夜零時過ぎまで激烈な口調で質疑が繰返され、そのため被告は心身ともに疲労し、帰宅に際しては局長に支えられて歩行する程度に至った。

更に、原告等の構成する執行委員会は、学生大会において無期限同盟休校を提案、可決され、所定の届出のない同盟休校ビラを学内に貼りつけた。被告は同盟休校実行による処分者を出さないため臨時休校を決定したところ、執行委員会はこれに対抗するため同盟登校を実行した。

その他、新校舎落成式当日撮影したフィルムの引渡し要求、学内施設利用禁止の抗議等を行ない事務を妨害した等の事実である。

裁判所はこれに対し、『懲戒処分は、教育施行者が、教育施行の為の方法として認められている制度であり、その要件も、学内秩序を乱し、学生の本分に反する等、抽象的規定として定められている以上、一定の行為が右要件に該当するか否かは、先ず教育施行者がその教育目的に照して評価すべきものであり、いわゆる自由裁量事項であると解するのが相当である。』と判示し、原告らの主張を退けている。

(四) 次に原告らは、被告の処分が懲戒権の濫用であると主張するが、本件の各処分事由が発生した当時の事情として次のような事実が認められる。当時新校舎が落成し、市主催の落成式が行なわれることになったが、自治会執行部は、学生の父兄が建設資金の一部を負担しているのに、市はその明細を明らかにせず、かつ大学の意向にかかわらず落成式を行なうもので、市当局の大学無視であるとして学生大会を開催し、実力により式を阻止する旨決議、学長の中止勧告にも応ぜず、5月20日の式当日学生数百人を動員、抗議集会を開催、市長に抗議文を手交し式の開始を遅らせた。

これを問題視した市議会議長は、式当日の学生の行動について、学生と教官とが共闘して行なった行動であるとして、学長に対してその責任についての回答を求めた。学長は教授会を開催して、学生らの行動は懲戒事由に該当せず、教官にも学生の行動について責任がなく、市による責任追及は大学自治の侵害である旨議決回答した。

市議会はこの回答を不満とし、地方自治法第100条に基づくものとして調査特別委員会を設置、学生部長、学生委員に出頭を命じ、これに応じて出頭はしたが証言は拒否した。

次いで市長は学長に対し5名の教官の適格性につき審議するよう要求、学長は教授のみ

によって構成される人事教授会に付議し、懲戒免職相当の結論を出し、教授会の承認を得て市長にその旨報告した。

このような事態のなかで原告らの処分事由とされている各事実が発生しており、権利濫用の認定についても、このような経過をも併わせて考察する必要がある。

裁判所は、原告の一部である5人の学生については単に学生集会に参加しデモ行進を整理した等の事実しか認められず、この程度の事実をもってしては、学生の本分に反したものととして退学処分に付することは甚しく社会通念に反し、裁量権を踰越した懲戒権の濫用と認めざるを得ないとして、処分取消しを命じたが、残りの5名に対しては処分を認めた。

その理由は、これらの学生が指導的立場に立っており、その行動は大学の自治の確立を目的としてはいたが、大学の自治は元來教官の研究と教授の自由を確保するためのものであり、これらの行動と大学の自治との関連は明確でなく、かつその追及を学内管理機関である教授会に向けず、事務局員に向けた方法からすれば、果して大学の自治の問題としてとりあげたか否か疑があるとして、退学処分が著しく社会通念に反する裁量処分であるとすることはできず、従ってこれを権利の濫用であるとする原告らの主張は認められない旨判示した。

なお、無期停学処分が司法審査の対象たり得るかの点について、公立大学学生に対する懲戒権の発動は、一面大学の内部規律の問題であるが、その発動の結果が一般市民法秩序に照らして重大な関係を有する場合には司法審査の対象となるが、無期停学処分は実質的には退学処分に準ずる重大な利益を喪失であるから、司法審査を受け得べき行政処分と解せられる旨判示している。

（4）退学処分効力停止申立即時抗告事件（江別高校事件）

（46・3・8 札幌高裁決定）

45年6月から年末にかけて北海道立江別高校で起った集会、デモ、ハンスト、校長室封鎖等を内容とする学園紛争の結果、3人の生徒が退学処分を受けた。

これに対して、取消訴訟を提起し、あわせて処分の効力の停止を申立てたところ、札幌地裁では効力を停止したので、学校長から即時抗告を申立てた事件である。

裁判所は原決定を取消し、相手方の申立てを却下したが、その判示の中で、退学処分の中何れを選ぶか等の判断については、教育責任者として懲戒権を与えられた校長の教育専門家としての裁量の範囲に属するものというべきであり、このような非行に対してとられた本件処分をもって、裁量の範囲逸脱ないし裁量権の濫用として違法ということはできない。と述べている。

（5）地位保全仮処分申請事件（拓大事件）（46・4・8 東京地裁判決）

拓殖大学において、45年6月に空手愛好会のリンチ事件に端を発した違法集会、デモを指導したとして、退学及び無期停学処分になった学生から申立てられた地位保全の仮処分申請事件である。

裁判所はその申請を却下したが、その判決の中で、『学生の行為に対して懲戒権を発動するかどうか、懲戒処分のうちいずれの処分を選ぶかを決定することは、この点の判断が社会観念上著しく妥当を欠くものと認められる場合を除き、原則として懲戒権者の裁量に任されているものと解するのが相当である。』と述べている。

公・私立大学の学生に関する判例は割に少ないが、ここに掲載した判例は、昭和女子大事件判決、都留大学事件判決、拓大事件判決として著名である。

(1)の昭和女子大事件第1審では、特別権力関係における自由裁量権を認めた判例として著名な昭和29・7・30の最高裁判決は、退学処分の基礎とされた事実が教育機関にふさわしい適切な方法と手段に基づいて認定されたことを前提としており、本件の場合には不適當であると述べている。

なおこの判決で、大学と学生間の法律関係については公・私立を問わず『大学が学生の集団に対して教育を行なう施設であり、学生が入学を求める行為は、かような教育施設に包括的に自己の教育を託し、学生としての身分を取得することを目的とする行為である』として、特別権力関係の概念に代えて特殊な法律関係の存在を明らかにしていることが注目される。そして、学校は施設の管理、教育の実施の必要があれば、法規上の根拠がなくても、一方的に学則を制定し、学生に対し具体的指令を発することができ、学生は入学に際して学則の内容を具体的に知っていなくても学則や指令に拘束される学生としての身分を取得すると判示している。

しかしその控訴審では、(1)に反して、退学処分事由に該当するかどうかの判断は、自由裁量に任されていると判示しているが、手続を重視する点では第1審判決は注目に価する。

(3)の都留大学事件でも、懲戒処分の要件に該当するか否かの判断は、教育施行者が教育目的に照して行なう自由裁量処分であると述べており、(4)(5)の判決

でもほぼ同様な立場をとっている。

学生に対する懲戒処分，特に退学処分については，その教育的価値が低く，教育を受ける権利を剝奪するものであり，教育法規上も退学処分事由が限定されているので，法規裁量であるとする説²⁰⁾もあるが，近時は自由裁量説をとる判例が多く，最高裁も29・7・30の判決でこの立場をとっている。教育の自主制，専門技術性を考えるとこの立場がより妥当であると解する。

なお(3)の判決で無期停学処分が司法審査の対象となり得るとしている点が注目されるが，退学処分と異なり，無期といっても文字通りの無期である場合は少なく，多くの場合本人の反省を待って復学を認めている実状にかんがみて，判例のいうように実質的に退学処分に準ずる利益の喪失であるといえるかどうか疑問に思う。

学校と学生の関係は，国・公立の学校では国・地方公共団体の営造物の利用関係であるが，私立学校の関係も広義の特別権力関係に入ると解することはすでに述べた。ただし，私立学校でも，学校権力が公法上の特別権力である関係上，これに服する関係は公法上の特別権力関係であるとする説²¹⁾もある。

学内の懲戒処分が訴訟の対象になり得るかについては，裁量権についての一般理論があてはまると解するが，学校教育の特殊性から，その限界がしばしば問題を提起する。

その原因の一つとして，学内に争訟の手続が存在しないことがあげられる。大学の自治の立前から，内部的争訟手続²²⁾の確立が望まれる。

4. 自由裁量の統制と展望

最近の判例を検討して気付くことは，特別権力関係に関する司法審査の対象が広くなりつつあることであるが，それも自由裁量権を否定するのではなく，その限界を考えるとところの通説に従った理論に基礎を置いているのである

20) 兼子 仁『教育法』145ページ

21) 園部『続行政法の諸問題』171ページ

22) 同 187ページ

行政の属性からすれば自由裁量の余地が広く認められることは否定できない²³⁾が、反面から見れば、この自由裁量の及ぶ範囲内において裁量権者の恣意が全く入り込まないとは断言できない。特に学校関係においては、いわゆる教育的見地の名のもとに学校当局者の恣意が支配するおそれなしとしない。

もしそのようなことがあれば、自由裁量の対象となる者は、裁判所の救済も受けられず、極めて不利な地位に立たされることになる²⁴⁾。

この点について、『この裁量権の濫用の法理の適用によって、行政機関の裁量権の行使はほとんど全面的に統制されることができ、行政機関の裁量権の行使につき、裁判所が行政機関の判断・決定をくつがえすことのできる部面は、裁判所の法的判断力をもってすることのできる過誤に限定されるから、いわゆる行政機関の専門的・技術的な知識と経験につき、裁判所がこれら専門的・技術的分野についての鑑定を利用しても、なお、及びえない事項については司法審査の及ばぬところが残るのはやむをえない。』²⁵⁾と主張する説もある。

そこでわれわれは、自由裁量権を認めつつ、~~も~~かも国民の権利保障の全きを期するにはどのような手段をとるべきかを考察せねばならない。

この問題について想起されるのは、英米における行政手続法の発達と、その影響を受けて採用されたわが国における行政手続である²⁶⁾。

わが国においても、戦後、事後的な救済手段の整備と並んで、事前の救済手段としての手続があるていど制度化されたかにみえる。すなわち、行政主体が行政処分を行なうに当り、もしくは、許可処分の取消、撤回に当って、その内容を公示し、公聴会を開催し、あるいは公開の聴聞を行ない、利害関係人の意見を聴取することによって、公正な行政を担保する例が多い。

もちろん、このような個々の法律に基づく制度も有効ではあるが、一般的行政手続法の未だに成立していない現在では手続法として不十分であるし、更に

23) 田中二郎「自由裁量とその限界」『法律時報』27の7

24) 渡辺洋三「行政法の優越と国民の権利」(≡)『法律時報』27の9

25) 杉村敏正「行政裁量とはなにか。また、それは、どのようにして法的に統制されるか。」『行政法の基礎知識』99ページ

26) 田中館照橋『アメリカ行政手続』

たとえこのような制度が規定されていなくても、あるいは不適當である場合でも、行政主体の自由裁量をなんらかの意味で統制する手段が考えられなくてはならない。

K.C.Davis 教授によれば、最近の米国においては行政手続法の研究が主題になっているが、更に、「聴聞手続という防禦がない場合の裁量権の問題」(discretionary power unprotected by hearing safeguards) の研究が緒に着いたばかりであるという²⁷⁾。

彼は、行政過程で生ずる衝突 (impact) の80~90%は、聴聞手続という防禦のない場合の裁量行為を含んでいるとして、行政機関が、聴聞という防禦と司法審査なしに裁量権を行使する場合、決定的な影響を受けるであろう私的利益は、専断的決定に対してどのように防禦できるであろうかと述べ、裁量と専断 (arbitrariness) を防ぐ具体的方法をあげている。

その概要はすでに発表されているが²⁸⁾、Davis のテキストに従ってその重要と思われる点を述べてみよう²⁹⁾。

- (1) 防禦のための主な手段は公開 (openness) である。裁量による決定は公開でなされねばならない。
- (2) 公開と共に各種の批判 (criticism) が重要である。
 - イ. 部外者による批判の機会を持つこと。
 - ロ. 同じ分野に属する、部外者による専門的あるいは科学的知識が裁量権にとって効果的コントロールになる。
 - ハ. 官庁組織内部の批判も強力で有効な制裁となり得る。
 - ニ. 政府のあらゆる機関における公の批判機関の創設。これは Ombudsman 制度の採用である³⁰⁾。

27) Kenneth Culp Davis, *Administrative Law, cases-text-problems* (1965) 70 ページ

28) 園部逸夫『現代行政法の展望』8 ページ

29) Davis, *op. cit.*, p. 82

30) 拙稿、「行政上の苦情処理制度と Ombudsman 思想」『商経論叢』18号、「地方における苦情処理制度と地方的 Ombudsman に関する一考察」同19号

- (3) 公務員が法律と政策を選択する理由を述べさせること。
- (4) この決定と理由付けに密接な関係があるのは、終始一貫すること（consistency）であり、一貫性への努力が専断を遠ざける。
- (5) おのおのの決定はそれ以前の決定に関連しているので、一貫性をもって先例（precedents）集を作る組織を作ること。
- (6) 職員に対する通達（instruction）を秘密にしておかないで、早期に公表（publication）すること。
- (7) 裁量が以上の手段によってコントロールされるにしても、その範囲を定めることが困難である。多くの規則による過度の厳格さは不正を生む。われわれの大事な防禦の一つは、裁量からのみもたらすことのできる、個々の判断に対して十分に活動し得る余地を行政官に許容することである。
- (8) 抑制（check）の原理。行政上の不服申立機関は重要な決定を行なう職員をチェックできるが、重要なのは略式決定手続（informal determinations）に対するチェックである。
- (9) 裁量の専断的行使に対する最良の防禦は、高い素質をもった職員（personnel）である。豊富な智識と誠実さを兼ね備えた職員は、裁量権の行使に際してもわれわれが希望する結果を生むであろう。しかしこの考えは、制度上の整備をする努力を怠ると有害である。

結局彼は、公開、批判、一貫性、先例、抑制、職員の質等が自由裁量における専断と恣意を防ぎ得る要素になると解しているようである。

行政法発展の経過を異にする米国の制度を、そのままわが国の制度として採用することには異論があるし、これらの考えを具体化するには数々の困難が予測されるが、それにもかかわらず、彼のアイデアは一つの展望をあたえてくれるのである。

（7・10，1971）