

公務員懲戒免職処分における「考慮事項」と裁量審査

——「懲戒免職処分相当」退職手当返納処分との比較において

石 森 久 広

- 一 はじめに — 「懲戒免職処分相当」退職手当返納処分の法規律
- 二 懲戒免職処分における裁量
- 三 懲戒免職処分における裁量審査のあり方
- 四 懲戒処分における事前手続の要否と懲戒免職処分
- 五 結びに代えて — 「懲戒免職処分相当」退職手当返納処分と「懲戒免職」処分

一 はじめに — 「懲戒免職処分相当」退職手当返納処分の法規律

二〇〇八（平成二〇）年一二月、国家公務員退職手当法の改正により（施行は二〇〇九年四月）、公務員の非違行為を原因とする退職手当の返納事由が拡大されることとなり、退職手当の支給後に懲戒免職処分に相当する行為が発覚した場合が返納事由に加えられるとともに、非違行為を行った職員や元職員が死亡した場合にはその遺族や相続人が支給制限・返納の対象とされることとなった。⁽¹⁾ 遺族や相続人から退職金を返還させる制度は諸外国においてもあまり例がみられない⁽²⁾という事情もあり、返納処分には特に慎重を期すことが求められ、また行政手続法の聴聞手続規定が随所に準用されるなど、⁽³⁾一見、懲戒免職処分とは異質な処分であるような印象を受ける。この聴聞手続では、確かに遺族や相続人の「生活利益」に関する主張がなされることも意図されているであろう。しかし、当該返納制度創設の趣旨は、懲戒免職処分の場合の退職手当不支給との不均衡の是正、そして非違行為発生の抑止効果を高めることに求められ、⁽⁴⁾非違行為に対して退職手当は支給しないという原則を貫こうとするものであろうから、返納処分の主たる要件はやはり「懲戒免職処分相当」になろう。そうすると退職金返納処分の中核には懲戒免職処分のそれと同じ判断が置かれることとなり、両処分の本質は通底するものであるように思われる。しかし、制度上は、「懲戒免職処分」判断には事前手続が省略され、「懲戒免職処分相当」判断には聴聞手続が置かれることとなり、少なくとも本質を同じくするしくみのようにはみえない。

それでは、なぜ公務員法上の懲戒免職処分の場合には事前の聴聞の機会が与えられないのであろうか。もし、「懲戒免職処

分」には人事院の不服申立制度があるから事前手続は不要、との理解があるとすれば、「懲戒免職処分相当」の判断にも同様の制度構築は可能であり、そうであれば必ずしも事前手続は必要でなかったのか。また、懲戒免職処分に関する最高裁判決がいうように、懲戒処分は「平素の事情に通曉したものの判断に任せるのでなければ適切な判断ができない」とし、「社会観念上著しく妥当性を欠く」場合にはじめて裁量権の逸脱・濫用というる、というのであれば、「懲戒免職処分相当」判断に基づく返納処分も同様ではなかったのか。返納処分に際して「懲戒免職処分相当」を「例えば、収賄など：公務に対する国民の信頼を著しく損なうようなものに限定」⁽⁵⁾する必要はなく、ただ単に遺族や相続人の生活利益を重視したものにすれば足りたのではないか。そうでないなら、「懲戒免職処分」も「懲戒免職処分相当」返納処分のように慎重に判断されるべきものではないのか。

本稿は、退職手当返納制度のしくみは、公務員懲戒免職処分にも反映できる内容を含んでいるのではないかという問題意識のもと、懲戒免職処分に対する従来の判例の傾向を分析し（一）、学説をもとに裁量判断および裁量審査のあり方（二）、ならびに事前手続の要否（三）につき検討し、「懲戒免職」処分と「懲戒免職処分相当」退職手当返納処分の判断及び審査方法の異同につき若干の考察を試みるものである。

二 懲戒免職処分における裁量

1. 懲戒処分の裁量審査に関する最高裁判例

国家公務員法上の懲戒処分⁽⁶⁾の裁量審査のあり方については、古くは最判昭和三二年五月一〇日（民集一一卷五号六九九頁。以下「昭和三二年判決」という。）にみられるように、「行政庁における公務員に対する懲戒処分は所謂公務員の勤務についての秩序を保持し、綱紀を肅正して公務員としての義務を全からしめるため、その者の職務上の義務違反行為その他公務員としてふさわしくない非行に対して科する所謂特別権力関係に基づく行政監督権の作用」であるとし、「公務員に対する懲戒処分において、懲戒事由がある場合に、懲戒権者が、懲戒処分をするかどうか、懲戒処分のうちいずれの処分を選ぶべきかを決定することは、懲戒権者の裁量に任されているものであり、その処分が社会観念上著しく妥当を欠き懲戒権者に任された裁量権の範囲を超えるものと認められる場合に限り違法となり、司法救済を受けられる」とするものがある。そして、懲戒処分の裁量審査に関する基本的枠組みを示す最判昭和五二年二月二〇日判決「神戸全税関事件」（民集三一巻七号一一〇一頁。以下「昭和五二年判決」という。）は、「懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきか、を決定することができる」とし、「その判断は、右のような広範な事情を総合的に考慮してされるものである以上、平素から庁内

の事情に通曉し、部下職員の指揮監督の衝にあたる者の裁量に任せるのでなければ、とうてい適切な結果を期待することができないものといわなければならない」。したがって、「右の裁量は、恣意にわたることを得ないものであることは当然であるが、懲戒権者が右の裁量権の行使としてした懲戒処分は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合でない限り、その裁量権の範囲内にあるものとして、違法とならない」としたのである。そして、「裁判所が右の処分の適否を審査するにあつては、懲戒権者と同一の立場に立つて懲戒処分をすべきであつたかどうか又はいかなる処分を選択すべきであつたかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその輕重を論すべきものではない」との立場を表明している。

かつて公務員の勤務関係は「特別権力関係」とされ、法律による行政の原理の原則的適用を排除され、自由裁量が当然の前提であつたという沿革があり、昭和三二年判決はそれをうかがわせるが、特別権力関係の考え方が否定された以降においても、行政処分としての公務員懲戒処分の裁量審査については、昭和五二年判決をみてもわかるように、考え方の基本は変わることなく、免職処分も含め、公務員懲戒人事は非常に裁量の幅の広い行政処分の典型として考えられてきた。⁽⁸⁾

2. 行政活動と裁量審査基準の類型

行政活動は伝統的に、(特に行政行為を念頭に)裁量の有無、裁量の広狭に応じて、①羈束行為、②法規裁量行為、③自由裁量行為に区分され、司法審査も、それぞれ、①判断代置型審査、②判断余地型審査、③踰越濫用型審査、が対応するものと捉えられてきた。⁽⁹⁾ここにち、この分類をそのままそれぞれの行政活動について単純にあてはめることはできないであろうが、⁽¹⁰⁾

ただ、行政の裁量とされる部分に関する裁判所の審査の密度を分析するにあたっては、なお一定の尺度を提供するものと思われる。すなわち、裁量に対する審査には、やはり傾向的に、統制密度の高いもの、低いもの、その中間、がありうるように思われるのである。⁽¹¹⁾これに、最高裁判旨が使用する文言を冠するとすれば、①「考慮すべき事項を考慮せず」型、②「看過し難い過誤欠落がある」型、③「社会観念上著しく妥当を欠く」型と概ね対応させて分類できるかもしれない。⁽¹²⁾⁽¹³⁾そこで、さしあたりこのような基準をもとに、従来の最高裁の裁量審査の方法を分類してみると、①学校退学処分（エホバの承認剣道拒否事件⁽¹⁴⁾）や学校施設使用不許可（呉市学校施設使用不許可事件⁽¹⁵⁾）に代表されるような判断代置型的な全面的コントロール、②原子炉設置許可（伊方原発訴訟⁽¹⁶⁾）や教科書検定（教科書訴訟⁽¹⁷⁾）に代表されるような判断余地型的な合理性ないし相当性コントロール、そして、③在留許可の更新不許可（マクリーン事件⁽¹⁸⁾）や公務員懲戒免職処分（神戸全税関事件⁽¹⁹⁾）に代表されるような踰越濫用型的な明白性コントロール、に整理できるように思われる。いずれにしても、公務員の懲戒処分の裁量審査は③の緩やかな審査類型に属するものと理解されてきた。⁽²⁰⁾

三 懲戒免職処分における裁量審査のあり方

1. 「懲戒」「免職」処分の裁量の根拠と考慮事項

公務員は、国民全体の奉仕者として公共の利益のために勤務することを本質的な内容とする勤務関係におかれる。⁽²¹⁾そして、

公務員の懲戒処分には、公務員としてふさわしくない非行がある場合に、その責任を確認し、公務員関係の秩序を維持するために科される制裁であるという特殊性がある。⁽²²⁾ ただし、公務員としての責任を問うものではあるが、いかなる懲戒事由がいかなる程度の責任に対応するのか（どの懲戒処分に該当するのか）についての判断基準や考慮要素は、法律上は書かれていない。懲戒がかつては特別権力関係とされた部分社会内部の規律権の行使であるとはいえ、職員の責任を問うものである以上、法律上の明確な基準によるべきであるとの指摘は至極当然である。⁽²³⁾

判例に目をやると、「懲戒」の基準に関して昭和五二年判決が、「行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情」という考慮事項を掲記する。これは懲戒免職処分にかかるものであるが、「分限」処分を行うに際しての考慮要素として最判昭和四八年九月一四日（民集二七卷八号九二五頁。以下、「昭和四八年判決」という。）は、「公務の能率の維持およびその適正な運営の確保の目的」「被処分者の行動、態度、性格、状態等に関する一定の評価」を掲げている。そうすると、「懲戒」処分は、「分限」処分と異なり、「職務義務違反に対する制裁」「公務員の勤務秩序の維持」という異なった判断要素があることになる。

一方、昭和四八年判決は、分限「免職」処分について、「降任の場合は単に下位の職に降るにとどまるのに対し、免職の場合には公務員としての地位を失うという重大な結果になる点において大きな差異があることを考えれば、免職の場合における適格性有無の判断については、特に厳密、慎重であることが要求される」とする。この点、「免職」に伴う不利益は懲戒も分限もほぼ変わらないか、むしろ「社会的信用の失墜」の度合いが高いだけ「懲戒」の不利益は「分限」のそれに勝るであろう。

現に最高裁判例にも、懲戒処分においても、「免職」は他の処分の選択に比してとくに慎重な配慮を要するとする考慮事項を提示するものがある（最判昭和四九年二月二八日・民集二八卷一号六六頁）。学説においても同様に、行政内部的人事を超えて公務員の身分を失わせる最終措置として、他の懲戒処分とは法的性質が異なり、要考慮事項の考慮義務は一段と厳しく、また裁量範囲もそれだけ狭く解すべきとの指摘が有力になされてきた。⁽²⁴⁾ 免職処分における不利益の重大性に鑑みれば、その慎重考慮の要請は、当該処分権限規範から容易に読み出すことができ、また考慮事項として読み出すことを法的に義務付けられるのではないだろうか。⁽²⁵⁾

2. 裁量審査の基準と考慮事項の考慮方法

この免職における慎重配慮の要請は、昭和四八年判決では、分限免職処分の適否の判断基準においても引き継がれ、「分限制度の上記目的と関係のない目的や動機に基づいて分限処分をすることが許されないのはもちろん、処分事由の有無の判断についてとも恣意にわたることを許されず、考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断するとか、また、その判断が合理性をもつ判断として許容される限度を超えた不当なものであるとき」、「裁量権の行使を誤った違法のもの」とされる。これに対し、懲戒免職処分においては、「社会観念上著しく妥当を欠く」かどうかが判断基準となる。

そうすると、両判決を比較する限りで、分限免職処分において「考慮すべき事項を考慮せず」型が採用されているのは、「免職」ではなく「分限」によるものである。つまり、「社会観念上著しく妥当を欠く」型を採用する昭和五二年判決と、「考慮すべき事項を考慮せず」型を採用する昭和四八年判決の差は、一般論のレベルでは、懲戒免職と分限免職のそれぞれにおけ

る相違となる考慮事項、すなわち、「公務員秩序の維持」「非違行為に対する責任」という点に主として求められることになると思われる。しかし、はたしてこれで、「免職」に伴う重大な不利益を凌ぐだけの理由を十分に構築することができるであろうか。

ところで、「社会観念上著しく妥当を欠く」かどうかという基準は、そこにいう「社会観念」の内容具体化の可否が問題となり、その解明がなければ、抽象的すぎるが故に、結局、処分権者の処分を違法にならないとの結論を導くために機能することになることは早くから指摘されていた。⁽²⁶⁾ 実際、昭和五二年判決においては、環裁判官の反対意見が、免職について、「収入や生活の安定」「社会的信用の格別の失墜」「再就職の困難さ」「退職金・年金における著しい不利益」という、不利益の度合いを大きな考慮要素として考えるのと対比すると、法廷意見では彼処分者の権利・利益が全く考慮されることなく処分の適法が導かれていることがわかる。⁽²⁷⁾

もつとも、昭和五二年判決も、その調査官解説によれば、「考慮すべき事項を考慮せず」の基準を前提にしているという。⁽²⁸⁾ たしかに、そこには、考慮要素として「行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情」があげられている。しかし、同じく調査官解説によれば、それは同時に「いかなる要素をどの程度考慮するかも具体的事案において一応懲戒権者の裁量に任されている」というのである。⁽²⁹⁾ そうであれば、たとえば「当然考慮されてしかるべき重要な要素が考慮されていたのかどうか、あるいは考慮されてはならない要素が考慮されていなかったかどうか」を判断基準としても、結局、問題の本質は変わらないことになる。

この点、民間の労働関係においても、企業秩序の維持という要請はありえ、また、生活基盤そのものが失われるという解雇による不利益の重大性の要素もある。それにもかかわらず、裁判所は使用者の裁量権を強調しないという⁽³⁰⁾。そうすると、民間の労働関係における懲戒と異なるのは「国民全体の奉仕者として公共の利益のために勤務する公務員関係」に求められることになる。そうであれば、「全体の奉仕者性」からくる要請が公務員懲戒処分における懲戒権者の広い裁量権をもたらすことの規範的な説明がなされなければならない。仮に「全体の奉仕者性」が「公務員秩序の維持」や「非違行為に対する制裁」の必要と具体化できたにしても、ここまで審査のあり方を大きく分ける理由としては必ずしも説得的ではないように思われる。⁽³¹⁾

3. 判断過程審査と考慮事項間における重視事項明示の必要

さて、「公務員の懲戒処分に関する司法審査の範囲を決定しているのは…むしろ、それ以前の、行為に対する評価」という指摘があるように、「社会観念上著しく妥当を欠く」型の基準を用いても逸脱濫用が肯定されるケースもあり、この基準が必ずしも行政の決定をフリーハンドで追認することとイコールになるわけではない。⁽³²⁾この点、端的に、公務員懲戒処分についても、「現代行政において一般に裁量処分の判断過程の裁判的審査方式」となっている「『要考慮事項の考慮不尽』の有無という審査基準」を適用すべき⁽³⁴⁾という指摘もあるが、より大きな問題は、「社会観念上著しく妥当を欠く」型の運用が「要考慮要素の価値の過重・軽減、および、過重・軽減された諸要素間の総合衡量について立ち入った審査を行わないのが通例」⁽³⁵⁾とされてきた点にある。つまり、重要なのは、どの基準を用いる場合でも、当該処分規定の趣旨や処分の性質から、重要な考慮事項を落とさず挙げ、規範に即して考慮事項間に価値付け（重み付け）⁽³⁶⁾を行い、その価値付けに即した総合考慮を行ったかど

うかについて、処分の判断過程にまで立ち入ったうえでこの基準を使っているか、という点にある。それにより、仮に「社会観念上著しく妥当を欠く」型の基準が用いられたとしても、エホバの承認剣道拒否事件判決や呉市学校施設使用不許可事件判決のように、「考慮すべき事項を考慮せず」型の基準と融合させる形で審査内容を充実させることが可能となる。

例えば、昭和五二年判決のいう「行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情」の考慮事項も、摘示されるだけでは足りず、処分の性質から導かれる被処分者の被る不利益の摘示や、それとの関係での価値付けを行った上で、どのような裁量判断がなされたのか、判断過程に実質的に踏み込んだといえる審査が必要であることを指摘するものと解しうる。たとえば、調査官解説が述べるように、掲記された考慮要素のもつ意味は具体的事件において異なり、その原因、動機、処分歴のいかんにかかわらず懲戒処分を免れない場合もあり、また、処分歴が極めて多い場合には、行為の態様、結果がそれほど重大でなくても懲戒処分を免れない場合もあるとしても、しかし、そもそも免職処分により被る不利益をどう評価するのか、懲戒免職処分により達成しようとする公益がなぜその不利益を凌ぐのか、まずは規範に基づき価値の重要度を設定したうえで総合衡量することが必要で、その衡量の結果が「社会観念上著しく妥当を欠く」かどうかの判断は、次の問題である。⁽³⁸⁾

そうしてはじめて、当該ケースの被処分者の非違行為の内容・性質が免職まで必要であったか否かの判断をすることができ、規範に裏打ちされた価値が「事実の総合衡量」のみによつてゆがめられない判断枠組みを設定することができるものと思われる。つまり、裁判所は、仮に考慮事項を一通り示し得たとしても、どれが重視される事項なのか、規範に即してそれぞれの法的価値を示したうえで、それらの総合衡量の結果が「社会観念上著しく妥当を欠く」かどうかの結論を示すべきであると思

られるのである。この作業が行われなければ、「社会観念上著しく妥当を欠く」わけではないものの「不当」である場合の判断すらできないであろう。仮にそのような作業を欠く審査が不服審査でも行われるならば、そもそも不服審査の存在意義すら失われるものと思われる。⁽³⁹⁾

四 懲戒処分における事前手続の要否と懲戒免職処分

1. 行政手続法適用除外理由とその適否

公務員の懲戒処分は行政手続法の適用を除外されている。⁽⁴⁰⁾ その理由は、通常、「特別の規律によつて律せられる行為」⁽⁴¹⁾に分類されることに求められる。すなわち、公務員に対する懲戒処分は、独自の規律によつて律せられているものと考えられ、また、公務員は、通常の国民とは異なり、一般的に国民に対する手続的な保障を規律する行政手続法を直接適用することは適当でないと考えられているということである。⁽⁴³⁾ また、懲戒免職処分には公務員法上、説明書交付の制度や人事院等による不服審査制度が設けられていることもその理由として指摘される。⁽⁴⁴⁾ 同様の理解の下に事前手続の欠如を適法と判断している判例もある。⁽⁴⁵⁾

しかし、「事前」手続の役割が、「事後」的救済のしくみが存在するだけで果たされるということには通常ならず、事前の役割の意義を明確にしたうえで、それが事後のこの手続の中で代替的に果たされているとの説明が必要である。しかし、立法過

程で最終的に適用除外とされた理由は正式には「明らかでない」とされ、判決文の「国家公務員の身分保障に欠ける点はない」(傍点は筆者)というくだりからは、懲戒免職処分⁽⁴⁶⁾の裁量審査におけると同様、「かつて特別権力関係と考えられていた」という事情が背景に見え隠れするように思われる。

反対に、行政手続法制定時には、公務員に対する処分等に適した手続の整備については、必要に応じ、公務員管理の基本法である国家公務員法、地方公務員法等の体系の中で適切に処理されればよいとのスタンスであったことも同え、現行法上、懲戒処分において理論的に事前手続がはじめから排除されているわけではないことは肯定できそうである。⁽⁴⁸⁾

むしろ、懲戒免職処分における事前手続の意義は、処分理由説明書がそうであるように、どの事実がどの要件に合致するかを慎重に確定し処分に反映させることである。そうすると、処分の適正化を図る上できわめて重要なものであると解され、とくに、処分者と被処分者の間に処分原因となる事実に見解の相違があるようなケース⁽⁴⁹⁾では、事前手続の欠缺は処分の違法をもたらず重大な手続違反になる場合もあるであろう。⁽⁵⁰⁾

そして、懲戒免職処分に処せられた被処分者は、執行停止が例外的にのみ、そして厳格な要件のもとでのみ許されるのであり、原則として生活の糧が失われたままで争訟対応を余儀なくされることを想起すれば、事前の聴聞は事後のどんな優れた紛争処理手続によっても覆い尽くされない独自の意義があるのであり、事後救済制度の存在を理由に「国家公務員としての身分保障に欠けるところはない」というのは適切を欠くように思われる。

2. 事前手続付与の可能性

ところで、例えば、東京地判平成一一一年四月二二日（判例タイムズ一〇四七号一七七頁。以下「平成一一一年判決」という。）では、被告・国の、事前手続は不要との抗弁の中に、「国公法では…懲戒処分を行うに際して告知・聴聞手続を行うべき旨を規定していないのであるから、告知・聴聞手続を行うか否かは処分を行う行政庁の裁量に任されていると解するべきである。そこで、いかなる場合に告知・聴聞手続を行うべきかということが問題となるが、懲戒免職処分の不利益処分としての性質にかんがみると、処分の基礎となる事実の認定については被処分者の権利の保護に欠けることのないように適正及び公正な手続によることが必要であるので、告知・聴聞手続を行うことにより処分の基礎となる事実の認定に影響を及ぼし、ひいては処分の内容に影響を及ぼす可能性がある場合には、告知・聴聞手続を行うべきである。」と述べられている部分がある。つまり現行法制度のもとでも、処分の基礎となる事実の認定について告知・聴聞の手続を欠けば被処分者の権利の保護に影響を及ぼすと認められる場合には、国自身も告知・聴聞は必要であると考えているのであり、それは法的にも求められるということになる。

そもそも行政活動についてその手続の適正が図られなければならないのは憲法上の原則でもある。その根拠をめぐっては学説上激しく争われてきた。⁽⁵²⁾しかし、少なくとも、どの規定が、あるいは法治国原理が根拠になるとしても、行政活動の公正・透明を図り、もって国民の権利利益を保護し、行政活動への国民の参加を促すという行政手続の意義からすれば、行政手続の要請は「立法者の判断をも拘束する高次の法的価値を有するもの」であり、ましてや懲戒免職処分の行政庁の判断は拘束するしたがって、仮に当該処分に事前手続が法律上制度化されていなくても、個別ケースにおいては、制度化されなかった理由との衝突が回避されることを条件に、事前手続を実施することが法的義務として求められることは否定されるべきではない。

周知のように、最高裁は、憲法上の根拠については三一条説に立ち、同条が行政手続にも及びうることを認めながらも、一般に行政手続は多種多様であるから、行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものとした（最高裁判平成四年七月一日大法廷判決・民集四六卷五号四三七頁）。ただし、この判断には、憲法三一条は主としては刑事手続に係るもの、保護の対象は自由を中心とした権利利益、という前提があるように思え、必ずしも行政手続の意義を十分に受け止めたものにはなっていないように思われる。⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾

しかし、仮に最高裁の論理に従うとしても、これを公務員の懲戒免職についてみると、「不利益の内容・性質・程度」は、身分剥奪、執行不停止、他の制度（退職金、年金）と併せ重大な経済的、社会的不利益を長期にわたり受けることになるといえよう。一方、「公益の内容・程度・緊急性」は、全体の奉仕者性や秩序維持といった点からは事前手続省略の具体的な理由を導くのはやや困難である。これが事前手続省略の大きな理由であれば、退職手当返納処分において事前手続が求められるということは、そこに新たに登場した「遺族・相続人の財産上の不利益」がこれを凌ぐということになるが、それでは懲戒処分を受ける公務員の不利益が、退職手当相当額を上限とする「遺族・相続人の財産上の不利益」に劣るということになる。しかし、一概に比較は困難なものの、一般にそうはいえないであろう。そうすると、最高裁の定式に照らしても事前手続は必要だといえよう。さらに、事柄の性質からしても、例えば処分の基礎となる事実の認定について見解の相違があるような場合には、事前手続こそが処分の適正を図る適格な手段なのであり、まさにこのようなケースでは、憲法に遡るまでもなく、懲戒権者に処分権限を付与した国家公務員法第八二条自身が、事前手続を履践したうえででの処分を要求しているといえまいか。

学説においても、公務員懲戒処分における事前手続の必要は早くから指摘され、行政手続法の適用除外についても批判が強いと思われる。⁽⁵⁵⁾

3. 不服申立前置主義と救済

不服申立ての前置が要求される場合、その理由は一般に、①大量に行われ、行政の統一を図る必要、②専門技術的審査を要する、③第三者機関による裁決がある、と分類される。⁽⁵⁶⁾懲戒免職処分の場合、行政の自律を専門的判断と解すれば②、人事院による審査請求審査を第三者機関によるものとすれば③があてはまる。

不服申立てでは「不当」も審理される。裁量判断において、「不当」は、「妥当」ではないが「違法」とはいえないものであるから、「社会観念上著しく妥当を欠く」とまではいえなくても、あるいは「看過し難い過誤」とまではいえなくても「不当」になるケースはありうる。判断過程に立ち入った審理をするならば、かえって緩やかな基準ほど「不当」は広く存することになり、不服審査での審査過程を先行させることの意義が高まるといえる。

一方、不服申立前置を要求すると、裁決が適時に出不される場合には、訴訟による審理開始がそれだけ遅れるというデメリットも伴う。不服申立前置制度の理由がひとまず合理的であるなら、裁決を経ない取消訴訟の提起は却下されるべきであろうが、最高裁は、口頭弁論終結時までに裁決が出されることで瑕疵の治癒を認めるとする取扱いをしており、⁽⁵⁷⁾それは、前置制度の趣旨に背馳しないのみならず、行訴法の原則が自由選択主義である点でも、訴訟経済的な観点からも問題はないといえよう。⁽⁵⁸⁾

五 結びに代えて——「懲戒免職処分相当」退職手当返納処分と「懲戒免職」処分

二〇〇八年の国家公務員退職手当法改正は、すでに退職金が支払われた後においても、在職期間中に懲戒免職処分を受けるべき行為があったと認められた場合には、退職をした者に退職手当の返納を命じ、その職員がすでに死亡しているときは遺族や相続人に対して返納を命じることができる等の制度の拡充をなすものである。

公務員の退職手当の性格は、「報告書」によれば、「民間における退職金と同様に、勤続報償的、生活保障的、賃金後払い的な性格をそれぞれ有し、これらの要素が不可分的に混合しているものであるが、基本的には、職員が長期間勤続して退職する場合の勤続報償としての要素が強いもの⁽⁵⁹⁾」とされる。いずれも当該公務員本人に対する性格であるが、「懲戒免職処分相当」にあたれば「報償」性の点で手当受給資格を失うが、賃金後払いという部分は当該公務員の職務の全部につき受給資格を失うわけではないであろう。それは相続の対象になる財産権ともなり、相続人がもつ少なくともこの部分についての相続権は保護の対象になるであろう。この点の考慮は懲戒免職処分においては見られないものであるが、あくまで処分の前提となるのは「懲戒免職処分相当」の判断である。すると、これが懲戒免職処分と相違するのかが問題となる。

公務員に対する懲戒免職処分において考慮される事項は、①懲戒制度の目的からくる「全体の奉仕者性」、「公務員秩序の維持」「制裁」「公務停滞の回避」、そして②相手方の被る不利益として「地位の剥奪」「自己の行為を原因とする退職金不支給」である。これに対し、懲戒免職処分相当を理由とする遺族・相続人への返納処分においては、③制度創設の目的からくる「懲戒処分の場合との不均衡の是正」、「非違発生行為の抑止効果を高める」、そして④相手方の被る不利益として「帰責事由ない

名宛人に対する）財産の剥奪」である。

返納処分の裁量審査においては、懲戒処分における②が除外され、③が増えるが、③は①に吸収されるものであるように思われる。そして①と②は総合考慮にかかるのに対して、③と④は総合考慮にかかる事項ではなく、③が充足されるかどうか個別に判断され肯定される場合にはじめて④が充足されるかの判断がなされるものであると解される。そうすると、「懲戒免職処分相当」は、「懲戒免職処分」におけるよりも②が除外されるだけ③の考慮事項を重視しうることになるが、それにもかかわらず、確かに非違行為を行った者ではない者に対する処分であるとはいえず、「懲戒免職処分相当の判断にかかる」(傍点は筆者)「事実認定」に当たって専門的な第三者機関の関与により手続の適正性を担保することが求められたり、公務に対する国民の信頼を著しく損なうような非違行為があるかどうかについて運用上の考慮要素とすべき、とされる。すなわちこれは、③と同質の①にも本来求められることになる、ということにならないであろうか。

一方、懲戒免職処分における事前手続の省略は「懲戒制度」の特殊性からくるものであったが、「懲戒免職処分相当」返納処分の場合には返納処分の相手方の「生活利益」が加わるものの、それでも処分にあたつての「懲戒免職処分相当」は処分要件の根幹であろう。当人が退職、死亡後においても「懲戒免職処分相当」の判断の必要があるとして、それは「公務に対する国民の信頼の確保」であり、「非違行為の発生の抑止効果を高める」ためであり、「懲戒制度との不均衡を是正する」ためであるから、懲戒処分におけるそれと同様の目的からくるものといえよう。そうすると「懲戒免職処分相当」判断の中核には「懲戒免職処分」判断があり、「懲戒免職処分」における事前手続の省略は「懲戒制度の特殊性」だけでは理由としては薄弱ではないか。また、「非違行為を行った者でない者」に対する処分のみ事実認定につき手続の適正性が担保される必要があるわけ

ではなく、不利益の程度の点では劣らない「非違行為を行った者」に対する処分の場合にも、本来、同様に手続の適正性は担保されるべきである。さらに、「懲戒免職処分相当」の判断が運用上「公務に対する国民の信頼を著しく損なうようなものに限定」されるところのも、「懲戒免職処分」において、「公務に対する国民の信頼を著しく損なうわけではない」場合にまで、懲戒免職処分が一般的に許されるわけではない。そうすると、いずれも、本来、「懲戒免職処分」においても求められうる考慮事項ではないであらうか。懲戒免職処分および懲戒免職処分相当の判断において、これら考慮事項を規範的に明記のうえ、個別具体のケースごとに、なぜどの考慮事項を重視する（「重み付け」を行う）必要があるのか、判断過程に即して説得的に説明しなければならない。そうしてはじめて、懲戒処分や返納処分の目的に照らした当該判断の適切性、妥当性、有効性を法的に測ることが可能となるであらう。

〔注〕

（１） この問題の法的論点の検討につき、総務省に設置された国家公務員退職手当の支給の在り方等に関する検討会（塩野宏座長の「報告書」（二〇〇八年）参照。

（２） 報告書・前掲（注１）一一頁。

（３） 同法一五条一項三号は、退職手当管理機関が退職者について「在職期間中に懲戒免職処分を受けるべき行為をしたと認めるとき」にすでに支払われた退職手当等の額の全部または一部の返納を命ずる処分を行うことができる旨規定し、その処分にあたっては理由を付記した書面による通知を義務付ける（同条六項で一二条二項の規定を準用）とともに、当該処分を受ける者の意見を聴取しなければならないとして（二五条四項）、行政手続法の規定がその意見の聴取について準用される（同条五項）。一六条は、同様の処分を遺族に対して、一七条は相続人に対して行うこ

とができる旨規定し、各処分について、理由を付記した書面による通知および意見の聴取の規定が準用される（一六条二項、三項、一七条七項、八項）。

(4) 報告書・前掲（注1）二二頁。

(5) 報告書・前掲（注1）二二頁。

(6) 同法八二条は、「職員が、次の各号のいずれかに該当する場合においては、これに対し懲戒処分として、免職、停職、減給又は戒告の処分をすることができ」とし、「1 この法律若しくは国家公務員倫理法又はこれらの法律に基づく命令に違反した場合」2 職務上の義務に違反し、又は職務を怠った場合」3 国民全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合」の三つの要件を挙げて、国公法は、懲戒人事につき、「処分」としての制度設計を施している。

(7) 藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣、二〇〇五年）二八八頁。

(8) とはいえ、分限免職処分については、最判昭和四八年九月一四日が、「地方公務員法二八条所定の分限制度は、公務の能率の維持およびその適正な運営の確保の目的から同条に定めるような処分権限を任命権者に認めるとともに、他方、公務員の身分保障の見地からその処分権限を發動しうる場合を限定したものである。分限制度の右のような趣旨・目的に照らし、かつ、同条に掲げる処分事由が被処分者の行動、態度、性格、状態等に関する一定の評価を内容として定められていることを考慮するときは、同条に基づく分限処分については、任命権者にある程度の裁量権は認められるけれども、もとよりその純然たる自由裁量に委ねられているものではなく、分限制度の上記目的と関係のない目的や動機に基づいて分限処分をすることが許されないのはもちろん、処分事由の有無の判断についても恣意にわたることを許されず、考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断するとか、また、その判断が合理性をもつ判断として許容される限度を超えた不当なものであるときは、裁量権の行使を誤った違法のものであることを免れないというべきである。」としている。

(9) 巨理格「公益と行政裁量」（有斐閣、二〇〇二年）二頁以下は、司法審査が踰越濫用型審査に一元化される傾向を指摘し、実効的な司法審査の確保のためには判断代置型審査と踰越濫用型審査との中間領域を広くカバーする実体法的裁量審査の確保が必要であるとする。

(10) 小早川光郎「裁量問題と法律問題——わが国の古典的学説に関する覚え書き——」（『法学協会百周年記念論文集第二巻』（有斐閣、一九八三年）三三二頁以下、三三七頁）。

(11) 例えば、宮田三郎「司法審査の密度」公務員判例百選（別冊ジュリスト八八号、一九八六年）七八頁以下、七九頁は、行政作用に対する司法審査をその強度に応じて、①全面的コントロール、②合理性ないし相当性コントロール、および③明白性コントロールに分類する。また、藤原

淳一郎「懲戒処分と裁量権の範囲」行政判例百選Ⅱ（別冊ジュリスト六二号、一九七九年）一八四頁以下、一八五頁は、懲戒処分に対する司法審査方法として、処分者と同一の立場に立つて行う方法と、単に社会観念上妥当なときにのみ違法と判断する方法とがあるとし、阿部泰隆『行政裁量と行政救済』（三省堂、一九八七年）二〇三頁も「比例原則審理型」と「裁量濫用統制型」があるとする。

- (12) 常岡孝好「裁量権行使に係る行政手続の意義——統合過程論的考察」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣、二〇〇九年）二三五頁以下、二四七頁は、行訴法三〇条の解釈をめぐって裁判所が下してきた判決につき、①「考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断する」ときは「違法であるとする基準」、②社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合」に違法であるとする基準、③「社会観念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り」違法であるとする基準、という三つの基準に分類する。

- (13) ただし、これらは必ずしも相互に排他的でなく、例えば、最判平成八年三月八日「エホバの証人剣道実技拒否事件」や最判平成一八年二月七日「呉市学校施設使用不許可事件」では①と③が組み合わされている。もともとその場合に③を持ち出すことが実質的に意味をもつかどうかは別問題であるように思われる。また①の中にも、考慮事項の考慮の程度・不考慮の程度が問題になるケースや、最判昭和五三年五月二六日「余目町個室付浴場事件」のようにそもそもある事項の考慮が全く許されない（他事考慮）というケースが含まれているなど、内容は必ずしも一義的ではない。この点、森稔樹「公務員懲戒処分と裁量審査」『行政判例百選Ⅱ（第五版）』（別冊ジュリスト一八一号、二〇〇六年）一五八頁以下、一五九頁も「踰越濫用型審査と判断代置型審査は二者択一的関係になく、併用を許さないものではなからう」と述べる。また、「著しさの定式」が「多彩な補完的基準を包摂しうる潜在的柔軟性」を備えていることや、「過大考慮・過小考慮定式」と「他事考慮・考慮逸脱定式」の区別について、仲野武志「公立学校施設の利用目的外使用の許否の判断と管理者の裁量権」判例評論五七八号（二〇〇七年）一七七頁以下、一七八頁参照。

- (14) 最判平成八年三月八日（民集五〇巻三三四六九頁）は、「本件各処分に至るまでに何らかの代替措置を採ることの是非、その方法、態様等について十分に考慮すべきである」。Yの措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なもの」とする。

- (15) 最判平成一八年二月七日（民集六〇巻二四〇一頁）は、「判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らして著しく妥当を欠くものと認められる場合」に違法とし、当該処分は「重視すべきでない考慮要素を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結

果、社会通念に照らし著しく妥当を欠いた違法なものとする。

- (16) 最判平成四年一〇月二十九日（民集四六卷七号一七四頁）は、「処分の取消訴訟における裁判所の審理・判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門委員会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであつて、現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門委員会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして「違法」とする。

- (17) 最判平成五年三月一六日（民集四七卷五号三四八三頁）は、「合否の判定、条件付合格の条件の付与等についての教科用図書検定調査審議会の判断の過程（検定意見の付与を含む）に、原稿の記述内容又は欠陥の指摘の根拠となるべき検定当時の学説状況、教育状況についての認識や旧検定基準に違反するとの評価に看過し難い過誤があつて、文部大臣の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、右判断は、裁量権の範囲を逸脱したものとして、国家賠償法上違法となる」

- (18) 最大判昭和五三年一〇月四日（民集三三卷七号一二三三頁）は、「在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていないのは、更新事由の有無の判断を法務大臣の裁量に任せ、その裁量権の範囲を広範なものとする趣旨からである。」「このような判断は、事柄の性質上、出入国管理行政の責任を負う法務大臣の裁量に任せるのでなければとうてい適切な結果を期待することができない。」「その判断の基礎とされた重要な事実が誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかである…場合に限り「違法」とする。

- (19) 最判昭和五二年一二月二〇日（民集三一巻七号一一〇一頁）。

- (20) 例えば、巨理・前掲（注9）六頁以下も、判例の包括的・白紙授權的な裁量権概念を見て取れる例として昭和五二年判決を挙げる。

- (21) 室井力『特別権力関係論』（勁草書房、一九六八年）三九一頁。

- (22) 鹿兒島重治・森園幸男・北村勇編『逐条国家公務員法』（学陽書房、一九八八年）六六一頁は、懲戒処分は、公務員が一定の義務違反を行った場合に、国が使用者として有する権限に基づき、その責任を確認し公務員関係における秩序を維持する目的をもって当該職員に科する行政上の制裁であるとする。

- (23) 村井龍彦「公務員の分限・懲戒」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系第9巻』（有斐閣、一九八四年）二二五頁以下、二三三頁。
(24) 兼子仁「裁量権の逸脱と司法審査」公務員判例百選（別冊ジュリスト八八号、一九八六年）八〇頁以下、八一頁。

(25) 「考慮事項」について、芝池義一「行政決定における考慮事項」法学論叢一一六卷一―六号（一九八五年）五七二頁以下に、詳細な考察がある。そこでは、考慮事項の問題としては、いかなる事項を考慮すべきであるか（義務的考慮事項）、および、いかなる事項を考慮すべきでないか（考慮禁止事項）という点のほか、いかなる事項を考慮することができるか（考慮可能事項）という問題も考えられる、としたうえで、考慮事項の拡張論と限定論につき分析を行う。仮に限定論に立つ場合でも、処分の名宛人の被る不利益が考慮事項として否定されることはないであろう。

(26) 室井力「現代行政と行政法の理論」公法研究三〇号（一九六八年）一三五頁以下、一五三頁。藤原・前掲（注11）一八五頁も、指標として「社会観念」は妥当かもしれないが、それがどう現実用いられるかが問題であるとする。

(27) 昭和五二年判決の環裁判官の意見は、「今なおいわゆる生涯雇傭を通例とする我が国の労働事情のもとでは、通常の転職、勤務先の変更等さえ、勤労者にとつて収入や生活の安定その他の面でみなみならぬ障害となるものであることは明らかであるが、ましてや懲戒処分を理由とする離職の場合には、その社会的信用の格別の失墜と相まつて再就職が著しく困難となることは見やすいところである。のみならず、免職処分は、被処分者に対し退職手当金や恩給の受給権について著しい不利益を伴うものであり（国家公務員退職手当法八条一項一号、恩給法五一条一項一号、なお、国家公務員共済組合法九七条一項参照）、停職等の処分のうち最も重い一年の停職処分に比べてその実質上の厳しさは同日の比ではない。」とする。また、免職の不利益に配慮する例として、福岡高判平成一八年一月九日（判例タイムズ二二五一号一九二頁）。

(28) 越山安久「最高裁判所判例解説民事篇昭和五二年度」（法曹会、一九七七年）四一四頁以下、四三〇頁。

(29) 越山・前掲（注28）四三〇頁。これらの考慮要素のもつ意味は具体的事件において異なりうるのであって、例えば、その原因、動機、処分歴のいかんにかかわらず懲戒処分を免れない場合もあり、また、処分歴が極めて多い場合には、行為の態様、結果がそれほど重大でなくとも懲戒処分を免れない場合もあり、いかなる要素をどの程度考慮するかは、具体的事案において一応懲戒権者の裁量に任ざれていると考えられるとする。

(30) 菅野和夫「公務員の懲戒処分と懲戒権者の裁量権——最高裁（神戸税関・四国財務局）両判決を契機として——」ジュリスト六六三号（一九七八年）七八頁。

(31) 巨理・前掲（注9）四七頁は、わが国の判例理論は、裁量的判断の余地が認められた裁量権の範囲内では、行政庁に対して包括的・白紙授權的な公益性の判断を認めうるのを原則とする思考方法に立脚しているとする。

(32) 阿部・前掲（注11）二一八頁。兼子・前掲（注24）八一頁も、「裁量権逸脱の判定の決め手となったのは、処分事由とされた三教諭の行為とそ

の結果に対する評価」とする。

- (33) 仲野・前掲(注13) 一七八頁も、関係者は「著しきの定式」はしばしば裁量統制における裁判所の自己抑制原理を示したものと受け止められているが、必ずしも表面的な文言に囚われるべきではなく、「その適用いかんによっては：〔判断配置方式による〕審査の場合とほとんど異ならない」場合もあると認めていたことを指摘する。

- (34) 兼子・前掲(注24) 八二頁。

- (35) 常岡・前掲(注12) 二四八頁。

- (36) 規範による「重み付け」について、仲野・前掲(注13) 一七九頁、橋本博之「行政裁量と判断過程統制」法学研究八一巻二二号(二〇〇八年)五〇七頁以下、五一頁参照。

- (37) 越山・前掲(注28) 四三〇頁。

- (38) 結論として懲戒処分の裁量権の逸脱・濫用を肯定する近時の判決においても同様のことがいえるように思われる。例えば、京都地判平成二二年六月二五日は、「原告の本件非違行為は、以下のとおりその態様が悪質であり、社会に与えた影響も考えると、厳しく非難されるべきである〔相当程度の酒気帯び、多くの交通法規違反〕。しかしながら、原告にとつて考慮すべき以下の事情もある〔採用後10年間処分なし、特段問題のない勤務状況、飲酒運転による被害なし、担当職務との関連性なし〕。…また、本件全証拠をもつてしても、原告が、被告から処分の公表によつて自らの襟を正す気持があるかどうかについて意見を求められた形跡は窺えない。この点、市政改革を徹底する見地からは、予め事案によつては処分を公表することを含む処分基準を定め、これを職員に周知した上で実際の処分の事例について事案に応じた処分の公表を行うこととするとか、処分の公表に同意するかどうかも含めて懲戒免職処分を選択するかどうかを審査することによって原告も含めた職員の意識の引き締めを図る方法もあり得る。これに懲戒免職処分が公務員という地位を剥奪し、退職手当も一切受け取ることができなくなるという過酷な処分であることを考慮すると、原告が懲戒処分の公表によつて自らの襟を正す気持があるかどうかを確認することなくなされたという点においても、問題性があるといわざるを得ない。以上に述べた点を総合考慮すると、本件処分は社会観念上著しく妥当性を欠くものとして裁量権を濫用したといわざるを得ない。」「(一)内は筆者」とする。また、大阪地判平成二二年七月一日は、「懲戒免職処分は、職員としての身分を奪うものであつて、停職以下の懲戒処分とは質的に相違する処分であつて、その特質からすると、その選択は慎重になされなければならない。そこで、原告に対する本件処分であるが、確かに、重大な非違行為で懲戒処分に値する行為であることはいうまでもなく、本件指針に沿つたもので、その選択に当たつて上記アで記載したような事実〔酒気帯び運転〕があつたが、同イで記載した事実〔損害なし、現業職員、業務への支障なし、

公務上のものでない、処分歴なし、平素真摯等」を踏まえると、原告に対して職員の身分を失わしめるという本件処分を科すことは過酷といふべきであつて、重きに失し、社会的相当性を逸脱しているといふべきである。」(一)内は筆者とする。しかし、ここでも、「総合衡量」のうへなせ「過酷」となるのか、免職が重大な不利益であるという考慮事項、それを課してでも達成しようとしている目的は何なのか、その考慮事項が明らかにされておらず、それらの間の価値付けも示されているとはいえない。法規範に即して何に大きな価値付けをし、判断の際の軸にするのかを示されなければ、結局、行政庁の判断も裁判官の審査も「どんぶり勘定」ということになってしまふのではないだろうか。

(39) 公務員の懲戒処分に関する人事院の判定が不当についてはいっさい介入しない傾向であることにつき、阿部・前掲(注11) 五五頁。

(40) 懲戒処分の事前手続については、行政手続法により同法の適用が除外されたうえで(行手三条一項九号、国家公務員法八九条が「職員に対し、その意に反して、降給し、降任し、休職し、免職し、その他これに對しいちじるしく不利益な処分を行い、又は懲戒処分を行わうとするときは、その処分を行う者は、その職員に對し、その処分の際、処分の事由を記載した説明書を交付しなければならぬ」として、理由説明書の交付を求めている。これを受け、同九〇条は「前条第一項に規定する処分を受けた職員は、人事院に對してのみ行政不服審査法による不服申立て(審査請求又は異議申立て)をすることができ」として、人事院への不服申立制度が創設され、同九〇条の二が「前条第一項に規定する不服申立ては、処分説明書を受領した日の翌日から起算して六〇日以内になければならぬ」として、処分ではなく処分理由説明書の交付を不服申立ての起算にあてている。そして、同九一条一項は、「第九〇条第一項に規定する不服申立てを受理したときは、人事院又はその定める機関は、ただちにその事案を調査しなければならぬ」とし、第二項は「前項に規定する場合において、処分を受けた職員から請求があつたときは、口頭審理を行わなければならない。口頭審理は、その職員から請求があつたときは、公開して行わなければならない」として、ここに事前手続としての聴聞の要素を取り入れる趣旨を示しているようにも見受けられる。なお、同九二条の二は「第八九条第一項に規定する処分であつて人事院に對して審査請求又は異議申立てをすることができものの取消しの訴えは、審査請求又は異議申立てに對する人事院の裁決又は決定を経た後でなければ、提起することができない」とし、審査請求前置をとる。

(41) 高橋滋『行政手続法』(ぎょうせい、一九九六年) 一五〇頁。

(42) 高橋・前掲(注41) 一五〇頁。

(43) 総務庁行政管理局『逐条解説行政手続法(増補新訂版)』(ぎょうせい、二〇〇二年) 五六頁。

(44) 行政手続法三条一項九号については、著しく不利益な処分等には説明書交付の制度がおかれ、これらの処分に対する事後の救済として人事院その他の機関に対する不服申立制度が設けられていることも考慮に加えられたと考えられるとする点につき、高橋・前掲(注41) 一五一頁以下

参照。

- (45) 例えば平成一一年判決は、「行政手続法三条一項九号は、国家公務員の身分に関してされる処分については同法第二章から第四章まで（五条から三六条まで）の規定は適用されない旨規定しており、国家公務員に対する処分について規定されている国公法には事前に告知・聴聞手続を行うべきとする規定はなく、懲戒処分の際、処分の事由を記載した説明書を交付し、人事院に対して行政不服審査法による不服申立てをすることができる」としている（国公法八九条一項、三項、九〇条一項）。したがって、法律上、国家公務員の懲戒処分について、事前の告知・聴聞手続を保障しているということはできないが、事後的に人事院に対して審査請求をすることができるとされているのであり、これによって国家公務員の身分保障に欠ける点はないとする法の態度が表れているものといえる。もっとも、国公法七四条一項が国家公務員に対する懲戒処分の公正を定めていることに照らし、懲戒処分の中でも、処分者の国家公務員としての身分そのものに重大な不利益を及ぼし、その他の不利益を与える懲戒免職処分については、処分の基礎となる事実の認定について被処分者の実体上の権利の保護に欠けることのないように被処分者に対し、処分の基礎となる事実について弁解の機会を与えるのが相当であると考えられるが、処分の基礎となる事実に係る認定の当否については、不服申立て手続のみならず、懲戒処分の取消訴訟においても審査の対象となるから、事後審査とはいえ、実体的、手続的保障に欠ける点はない。」とする。

(46) 高橋・前掲（注41）一五一頁。

(47) 総務庁行政管理局・前掲（注43）五六頁。

(48) 高橋・前掲（注41）一五六頁（注6）。

(49) 例えば、東京地判平成一一年四月二三日（判例タイムズ一〇四七号一七七頁）では、欠勤が「無断」かどうかについて双方の認識がはじめから対立していた。本来これは処分の前に処分者が説明し被処分者からの意見を聴くという過程で確定され、処分に反映させるべき事案であろう。

(50) 大阪地判昭和五五年三月一九日「ニコニコタクシー事件」は、「①公示された処分に関する書類には、Xが違反したとする法または規則の法条とその見出しが記載されたのみで、具体的な違反事実の内容、各法条のうちの項、号の記載がなかった、Xが違反したとする法または規則の法条、様などを特定してXに弁解、立証を求めるという手続きではなく、法条ごとに一般的、概括的に尋ねる手続きに終わった、という手続的瑕疵について、「本件聴聞に際し、被処分予定者に対し、取消原因となるべき具体的事実を告知しなかった本件聴聞の瑕疵は、聴聞制度の目的に反する重大な瑕疵であるから、この瑕疵は、本件処分に実体的根拠があるかどうかにかかわらず、本件処分を取り消すべき事由になる」とし、手続的瑕疵を処分の違法事由としなかった最判昭和五〇年五月二九日「群馬中央バス事件」との違いについて、「右判例では、違法とされた点が、一種

の釈明義務違反であり、しかも違法の程度が『主張立証の機会を与えるにつき必ずしも十分でないところがあった』程度のものであったのに対し、本件では、違法な点は、手続上最も重要な事項である聴聞対象の処分原因となるべき事実の告知をしなかったという点にある。しかも、聴聞（公聴会審理）の対象となるべき事実が、右判例では技術上、公益上の見地から裁量の余地のある事項であつたのに対し、本件では裁量の余地を残さない処分原因事実であつた。そのうえ、争われた処分は、右判例では免許申請却下処分であつたのに対し、本件では免許取消処分であつた。』とする。

(51) 和田英夫『公平審査制度論』（良書普及会、一九八五年）一六六頁も、事後審査では救済が遅れることや長期間未確定の状態におかれることの不利益が重大であることを指摘し、事前審査制度の採否を考えるべきとする。

(52) 憲法上の根拠に関する学説状況については、高橋・前掲（注41）一二頁以下に詳しい。

(53) 手島孝「人権分類の組み替え」芦部信義古稀祝賀「現代立憲主義の展開・上巻」（有斐閣、一九九三年）五七頁以下、六二頁以下は、三一条は、体系的にも（三二条が刑事事件に限られないのと同様三二条も刑事手続のみの総則ではない）、文理的にも（『生命若しくは自由を奪われず、又は、その他の刑罰を科せられない』と同意、広く国政の執行作用一般につき「公正手続」原則を要請したものとみる。こう解することができる。れば、三一条は行政手続にも「当然に」直接に適用することができる。

(54) 高橋・前掲（注41）二〇頁以下は、学説の議論は自由又は財産に不利益な作用を及ぼす行政決定を想定して成立したもので、将来の手続法理論の発展に伴い、例えば国民の参加という新たな課題が視野に入ってくるとして、幅広い射程をもつ三三条を適正手続の根拠とする。

(55) 阿部泰隆「公務員の懲戒処分における裁量権の限界」季刊人事行政八号（一九七八年）二頁以下、一二頁以下、小早川光郎編『行政手続法逐条研究』（ジュリスト増刊、一九九六年）三三二頁など。

(56) 室井力・芝池義一・浜川清『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法（第二版）』（日本評論社、二〇〇六年）一一九頁。

(57) 最判昭和二八年九月三日（民集七卷九号八五九頁）。同判決は、「自作農創設特別措置法四七条の二にいわゆる「処分のあつたこと」とは、処分の成立したことでなく、処分が該処分を受ける者に対し効力を発生したこと、すなわち本件においては上告人に対し告知のあつたことを指すものであつて、言いかえれば処分が訴願に対する裁決である場合には訴願法一五条、自作農創設特別措置法施行規則四条二項に基き、裁決書の謄本を訴願人に送付し訴願人に到達したことをいうものであると解するを相当とする。そして、一件記録によれば、本件裁決書の日附は、昭和二年一〇月三〇日となつているが、その裁決書の謄本が上告人に送付されたのは昭和三年三月一二日以後であり、本件訴状が第一審裁判所に提出されたのは同月三日であるから、該訴提起の当時には未だ裁決は効力を発生せざるをもつて訴の提起は不適法であつたが、その後裁決

の送達により裁決が効力を発生した以後は前記瑕疵は治癒せられ訴の提起は適法となるべきである。さらにまた本件訴願の提起があつたのは昭和二年一〇月二日及び三日であり、また、訴願裁決書の謄本が上告人に送達されたのは前述のごとく昭和三年三月一二日以後であつて、訴願の提起があつた日から三箇月を経過したものであるから本訴提起後施行された手続法であり裁判時法である行政事件訴訟特例法二条により本訴の提起は適法なものと認めるのが相当である。されば、何れの点よりするも本訴を出訴期間経過後になされた不適法なものとした原一、二審判決は失当であつて破棄を免れない。」とする。

- (58) 平成一一年判決も、「本件懲戒処分の取消しを求める訴えは審査請求に対する人事院の裁決（人事院の判定、人事院規則一三一一（不利益処分）についての不服申立て）（六七条）を経た後でなければ提起することができない（行政事件訴訟法八条一項ただし書、国公法九二条の二、同法九〇条一項）。本件懲戒処分の取消しを求める訴えは、訴え提起の時点では審査請求前置の要件を欠く瑕疵があつたが、人事院は、平成八年九月二日付けで、原告の審査請求に対し判定をし、この判定は同月一八日原告に送達されたから、口頭弁論終結時までに右瑕疵は治癒され、本件懲戒処分の取消しを求める訴えは適法である」としている。なお、不服申立前置の場合でも、行訴法上、審査請求申立て三か月経過後は出訴が許されるので（八条二項）、裁決が三か月を超えて遅延する場合には、「瑕疵の治癒」を必ずしも口頭弁論終結時に時期を設定する必要はなく、訴訟審理を必要とする事案には審査請求から三か月経過後に治癒を承認し、訴訟の審理を開始または再開（同八条三項）してよいのではないかと思われる。

(59) 報告書・前掲（注1）七頁。

(60) 報告書・前掲（注1）二三頁、一七頁。