

## 教員採用試験不正合格者の採用取消と基本的人権

### ——行政処分と適正手続——

中西 俊二

岡山理科大学工学部生体医工学科

(2008年9月9日受付、2008年11月7日受理)

#### はじめに

大分県教育委員会は平成20年7月16日、教員採用試験をめぐる汚職事件に関係して、07年度、08年度の採用試験で不正な得点操作により合格し採用されている者の合格を採用前に遡って一律に取り消すことを決定した。一方、点数の改ざんがなければ本来は合格していた受験者を、本人の希望があれば採用することを決めた。また、8月31日には、県教委は08年度に採用された小学校及び中学校の教員のうち21人が得点のかさ上げによる不正合格者であるとして、21名の教員の採用を取り消すと発表した。その内1名はすでに8月中に辞職している。ただ、07年度の選考試験においても得点が改ざんされたと推察されるが、裏付けが確実ではないとして、同年度合格者の採用取消は見送った。県教委の大義名分は「不正は正さねばならない」である。県教委が取消対象者に対して勧奨していた自主退職については、期限の9月3日までに申し出た者は12人であった。その後2名の追加申し出があり、結局、身に覚えがないあるいは納得できないとして退職願を提出しなかった残りの6人について、県教委は9月7日その採用取消を決定し、8日付で採用を取り消した。退職願も同日付で受理された。自主退職の14人と採用を取り消された6人の合計20人の元教諭の内13人が、本人の希望に基づき臨時講師として雇用された。したがって、8月に自主的に辞職した1名を含めると採用取消対象者21名のうち8名が、この度の県教委の決定によって教壇を去ることとなった。県教委の判断方法の背景には、05年度奈良県橿原市で起きた消防士採用試験の不正合格者の採用取消事件があるのかもしれない。しかし、消防士という地方公務員と教員という教育公務員では試験方法一つとっても「競争試験」と「選考」という違いがあり、また勤務形態にしても火災を対象とする消防士と児童・生徒を対象として人的接触の中で教育を行う教員とは様々な相違があることを念頭に置いておかねばならない。

最も根本的な問題は、本件教員採用取消の根拠条文が地方公務員法第15条(任用の根本基準)しか見当たらず、受験成績に基づかない任用が行われ、この任用の根本基準に違反した結果が生じた場合に、その任用を取り消すかどうか、あるいは任用を取り消す以外の措置を採ることができるのか否か、また、取り消すとすればどのような手続を履践すべきか等について何ら法的規定が存在しないということである。したがって、採用を取り消すか否か、他にどのような措置を採るか、取り消すとしてどのような手続を踏むかといった判断は、もっぱら県教委の裁量で行われたということである。県教委の決定については、教員人事の問題は正に教育行政の核心であることを考えると、賄賂を収受して不正な点数操作を行った県教委義務教育課の参事等の教職員が刑事訴追されているとはいえ、やや性急に過ぎた判断ではなかったかと思われる。その問題点を受験者の基本的人権に焦点を当てて、憲法第31条の「法の適正手続(due process of law)」の保障及び憲法第13条の「幸福追求権」の一内容としての「適正な手続的処遇を受ける権利」<sup>1)</sup>の観点から考察を加えたいと考える。考察にあたっては、1947年に制定されたわが日本国憲法が、アメリカ合衆国憲法の強い影響の下に成立した経緯に鑑み、米国における適正手続条項(due process clause<sup>2)</sup>)の教員の解雇問題への適用状況等を参考にしながら論を進めたいと考えている。

<sup>1)</sup> 佐藤幸治『憲法(第3版)』462頁(青林書院、2004年)

<sup>2)</sup> 君主の専制的・恣意的支配から臣下の権利・自由を守るために英王ジョンによって承認された1215年のマグナ＝カルタ(Magna Carta)にその起源を有するとされている。

## 第一章 不正合格者の分類と『個人の尊厳』

### 第1節 不正合格者には「法の適正手続」の保障は及ばないのか。

県教委が言うように「不正は正さねばならない」。しかし、学校で生徒が審査中にカンニングペーパーを作って密かに不正行為を行ったのは事情が全く異なるのである。得点のかさ上げを行ったのは受験者自身ではなく、県教育委員会義務教育課の参事という役職にいた第三者である。不正合格者は点数操作に直接は関与していないということをよく心に留めておかなければならない。そこで、まず、不正合格者と一概にいても、その内容は大きく二つに分かれる可能性があるということに目を向けるべきであろう。すなわち、(ア)自己の不正な合格を自ら親もしくは知人等に依頼したか、あるいは、親若しくは知人等が自己のために不正を依頼していることを認識してその行為を認容していた者、(イ)親若しくは知人等が自己のために不正を依頼したが、自分は全くその事実について認識していなかった者、の二つの受験者集団に分かれるということである。不正合格者の数は、関係資料が警察当局に押収されていた当時の状況では正確には公表できなかったと思われるが、08年7月16日時点のマスコミ報道によれば07年度と08年度を合わせて40名程度と伝えられている<sup>3</sup>。しかし、この二つのグループを「不正合格者」という基準で一律に合格取消＝解雇としてよいのであろうか。実態の異なる二つの不正合格者集団を「不正合格者」という名目で、十把一絡げに処分をするというのは、いささか乱暴な議論ではなかろうか。この場合問題となるのは、いかなる手続により事実を確定し、合格取消・解雇という段階に進むかということである。私は、「人の支配」ではなく、『個人の尊厳』を原理とする「法の支配」の理念を行政処分たる県教育委員会の行う合格・採用取消手続の根本に及ぼすべきであったと考える。すなわち、「法の適正手続」の保障、具体的には告知(notice)・聴聞(hearing)・弁護の機会を与え、処分の対象となる者に意見及び証拠その他の資料を提出する機会を認め、教育委員会の判断の基礎及びその過程の客観性と公正を保障する手続を踏むべきであったのではなかろうか。たとえ、「不正合格者」であっても、教育委員会による恣意的・一方的決定からは基本的人権の尊重の観点から保護されなければならない。「法の適正手続」を踏み締めてはじめて、教育委員会の判断とそれに基づく処分に客観的公正さと信頼が担保されるというべきであろう。

### 第2節 行政手続法と「告知」・「聴聞」

わが行政手続法は行政庁が不利益処分をしようとする場合の手続として「聴聞」を定める(法第13条)が、公務員(国家公務員及び地方公務員)又は公務員であった者に対してその職務又は身分に関してされる処分及び行政指導に関しては、聴聞手続は適用除外とされている(法第3条第1項9号)。これは、公務員については、分限・懲戒事由が法定されていること(国公法第78条・第82条、地公法第28条・第29条)、さらに職員の意に反する不利益な処分に関する審査について、国家公務員には準司法的権能を有する人事院(国公法第90条・第92条)が、そして地方公務員には同様の権能を有する人事委員会が設置されており(地公法第8条1項10号)、事前・事後手続の統一的な整備が要請されていることを理由としていると解される<sup>4</sup>。この点に関して、さらに、公務員には一般国民と異なる特殊性が見られるとして、いわゆる「特別権力関係論」を除外理由とする見解もある。しかし、国民主権を基盤に、徹底した人権尊重と法治主義を採用する日本国憲法下では、法治主義の排除を主たる内容とする「特別権力関係論」はすでに克服された理論ということができ、上記行政手続法における「聴聞」の適用除外の理由として引用するのは適当ではないであろう。したがって、行政手続法第3条第1項9号が聴聞手続を適用除外とするのは、もっぱら事前・事後の手続的統一性の要請によると解され、事前手続に適正手続の保障(デュー・プロセス)を及ぼすことを絶対に排除する趣旨とは解されない。実際、行政手続法の補則では、地方公共団体の行う処分、行政指導等において、聴聞等の手続が条文上適用されない場合でも、「地方公共団体は行政運営における公正の確保と透明性の向上を図るため必要な措置を講ずるよう努めなければならない。」と地方公共団体の努力義務を規定している(法第46条)。

ところで、地方公務員法及び教育公務員特例法には適正手続に関する規定は存在しない。しかし、「法律に具体的な定めがない場合でも、行政行為の相手方その他の利害関係人の不測の権利利益の侵害を生じないようにとの手続的正義の見地から、条理上、適法手続(due process)が要請されるべき場合のあることを認め

<sup>3</sup> 朝日新聞2008年7月17日、山陽新聞2008年7月17日等

<sup>4</sup> 室井・芝池・浜川『行政手続法・行政不服審査法』41頁(日本評論社、2008年)

る必要がある<sup>5)</sup>と解される。下級審の判例においても、憲法規定を根拠に行政処分における適正手続の保障の法理を展開したものがある。いわゆる「群馬中央バス事件」において、「国民の基本的人権は、公共の福祉に反しない限り、国政の上で最大の尊重を必要とする(憲法第13条)ものであるが、国民の権利、自由の保障は、これを主張し擁護する手続の保障と相まって初めて完全、実質的なものとなり得るのであるから、国民の権利、自由は、実体的にのみならず、手続的にも尊重されなければならないことは当然であって、この憲法の規定は、同法第31条と相まって、国民の権利、自由が、実体的にのみならず手続的にも尊重されるべきことを要請する趣旨を含意する」と判示したものがある<sup>6)</sup>。また、別の裁判例には、地方公務員に対する懲戒免職処分の取消請求事件につき、「原告に釈明の機会を与えるのは困難であったにせよ、いやしくも原告の教育公務員たる身分を奪うような重大な処分をするについては、何等かの方法によってその弁解をきくべきことは条理上当然に要請される」と判示するものもある<sup>7)</sup>。本件の教員採用取消処分に関して、大いに参考となる判決である。ただ、この事件は、中学校の校舎が失火により焼失したことに関し、その公立中学校の教頭が右火災の責任者であるとして、地公法第29条第1項第3号の「全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあった場合」にあたるとして、教育委員会が当該教頭を懲戒免職処分に付したことに對して免職処分の取り消しを請求した事案である。

また、現に米国においても、行政の行為が特定の人に影響を及ぼし、財産権や市民の身体的自由を制限する場合には、一般に裁判所手続類似の告知・聴聞が要求されると考えられてきた<sup>8)</sup>。ただし、1960年代においては、刑務所の受刑者の処遇、公務員の解雇、学生の懲戒、福祉受給権の打切り等は、「権利(rights)」ではなく「特権(privileges)」が問題であり、「特権」である以上、手続的デュー・プロセスは適用されないと考えられていた。しかし、福祉受給金の打ち切り前の証拠聴聞(evidentiary hearing)が憲法的に要求されるか否かが争われたGoldberg v. Kelly, 397 U.S. 254(1970)の事件を契機に、米国最高裁は、「権利」-「特権」の区分論を否定し、事前の証拠聴聞、しかもかなり厳密な裁判手続に近い聴聞が不可欠だと判断したのである<sup>9)</sup>。成るほど、わが行政手続法上は、教育委員会が不正合格者の合格を取り消し、解雇という教員の身分を剥奪する行政処分を行う際に、告知・聴聞という手続を経なくても直ちに違法とは言えない。しかし、私は、行政庁による不利益処分を受ける者の基本的人権の保障と『個人の尊厳』の観点から、憲法第31条及び第13条を根拠に「法の適正手続」の保障を教育委員会の不採用・解雇という行政処分にも及ぼすべきであると考ええる。確かに、教育公務員は正式採用になるまでは、1年間のいわゆる試用期間付きの条件付任用である(教特法第12条第1項)。しかし、次節で指摘するように、米国ではテニユアという終身在職資格を有しない非テニユアの試用教員の解雇にもデュー・プロセス条項は適用されると解されているのである。条件付任用の教員であっても、その基本的人権が尊重されなければならないのは、正式採用された教員の基本的人権が尊重されなければならないのと同様である。わが憲法第31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定している。したがって、同第31条は、その条文の文言から直接には刑事手続についての規定である。しかし、最高裁は、「成田新法事件」において、行政手続が刑事手続でないとの理由のみで、当然に憲法第31条の保障の枠外にあると判断すべきではない<sup>10)</sup>とし、第31条の行政手続への適用ないし準用を真正面から認めている<sup>11)</sup>。また、憲法第13条は個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体を意味すると解し<sup>12)</sup>、『個人の尊厳』の原理の主観的権利化として、公権力が法律に基づいて一定の措置をとる場合、その措置によって重大な損失をこうむる個人は、その措置がとられる過程において適正な手続的処遇を受ける権利(告知及び聴聞の機会を得る権利)を有

<sup>5)</sup> 田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』146頁(弘文堂、1974年)

<sup>6)</sup> 東京地判昭和38年12月25日(行集14巻12号2255頁)

<sup>7)</sup> 宇都宮地判昭和34年12月23日(行集10巻12号2597頁)

<sup>8)</sup> *Londner v. Denver*, 210 U.S. 373 (1908). 納税者の納税額決定についてデュー・プロセス条項の適用が問題となった事案である。

<sup>9)</sup> W.F.Funk, S.A.Shapiro & R.L.Weaver, *Administrative Procedure and Practice* (West Publishing, 1997). pp. 242-243. 松井茂記『アメリカ憲法入門(第5版)』263頁(有斐閣、2004年)

<sup>10)</sup> 最大判平成4年7月1日(民集46巻5号437頁)

<sup>11)</sup> 芦部信喜『憲法(第4版)』231頁(岩波書店、2007年)

<sup>12)</sup> 芦部信喜『憲法学II人権総論』344頁(有斐閣、2005年)

すると考えられる<sup>13</sup>。

したがって、法律に「告知」と「聴聞」に関する明文の規定のない場合であっても、憲法上、当該行政処分を行うについて、「告知」と「聴聞」を内容とする「適正手続」の要請があると解されるときには、これを欠く行政処分は違憲無効ということになる。同じく、法律に「告知」「聴聞」に関する明文の規定のない場合であっても、法律による行政(*gesetzmäßige Verwaltung*)の原理ないし条理上、当該行政処分を行うについて、「告知」と「聴聞」を内容とする「適正手続」の要請があると解されるときは、これを欠く行政処分は違法であり、右の手続上の瑕疵は、少なくとも、当該行政処分の取消原因たる瑕疵となる。また、行政処分を行うについて「告知」と「聴聞」を欠くことが、行政処分の手続に関し行政庁に与えられた裁量権の濫越・濫用と考えられるときには、当該行政処分は取消原因たる瑕疵を有することになる<sup>14</sup>。本件県教委の採用取消手続は、一応、採用を取り消すことについての形式的「告知」は行われてはいる。しかし、自己の不公平な合格について認識の有無あるいは反駁の機会等は採用取消の対象者には与えられておらず、第二章第2節で触れるように実質的に「聴聞」は行われていない。適正手続の保障の趣旨からして、不利益処分を受ける者に与えられる「告知」と「聴聞」の機会は、「公正な告知」であり「公正な聴聞」でなければならない。すなわち、「公正な告知」は、聴聞に先立って、相当な期間において設定された聴聞の期日、場所及び事案の内容が告知され、自己に不利な主張と証拠に反論するためにどのように準備するべきかを知ることができるよう、事案の内容を十分に知らせるものでなければならない。また、「公正な聴聞」は、聴聞期日において、自己の権利・自由の規制に関する行政処分の当事者や利害関係人に、行政庁や対立する利害関係人の主張と証拠に対して、自己の有利な主張と証拠を提出し、行政庁や対立する利害関係人の提出する自己に不利な主張と証拠を反駁する機会を実際に与えるものでなければならない<sup>15</sup>。本件教員採用取消処分については、県教委による取消対象者に対する「公正な告知」及び「公正な聴聞」が行われなかった虞が高い。因って、今回の大分県教委の行った教員採用取消処分には、違憲無効の可能性があるというべきであろう。また、上記適正手続の条理上の要請ないし行政庁に与えられた裁量権の基準に従っても、本件採用取消処分は取消原因たる瑕疵を有する行政処分と言わなければならない。採用取消に関する「適正手続」の欠如及びその他の取消原因たる瑕疵については、第二章及び第四章において詳述する。

### 第3節 米国教員テニユア法と連邦最高裁判所の立場

米国においては、教員テニユア法(*the Teacher Tenure Act*)が、1886年にマサチューセッツ州で制定されたのをはじめとして、その後一世紀以上を経た今日では、50州の全てが教員テニユア法をはじめ何らかの形態で州法上の教員解雇における手続保障を定めているとされる<sup>16</sup>。教員テニユア法は、教育委員会(*Board of Education*)による専制的で不合理な恣意的行為、また、虚偽、背徳、抑圧等の不当な行動や裁量権の濫用から教員を保護している。教員の手続保障は契約の自由の修正ないし否定として法的に構成されている。つまり、解雇事由が法律で規定され、また解雇手続も法律で規定されているので、教育委員会による教員の解雇は実体的にも手続的にも統制されていることになる<sup>17</sup>。そして、アメリカ合衆国憲法修正第5条は、「正当な法の手続(*due process of law*)によらないで、生命、自由、または財産が奪われることはない。」と規定している。また、州政府に対しては、憲法修正第14条が「いかなる州といえども、正当な法の手続(*due process of law*)によらないで、何人からも生命、自由、または財産を奪ってはならない。」と規定し、連邦憲法のデュー・プロセス条項が各州でも適用されることになった。憲法修正第14条が制定された1868年当時は、教員の雇用が憲法上の財産的利益と考えられなかったため、デュー・プロセス条項が適用されることはなかったが、1960年代に発生したRoth事件及びSindermann事件<sup>18</sup>以来、連邦最高裁判所も教員の解雇にデュー・プロセスの保障された「聴聞(*hearing*)」を受ける権利を認めた。ただし、前者の1年間非テニユア(試用)教員として雇用されたRothの解雇事件では、Rothには憲法上の自由及び「財産上の利益」の侵害はなく、憲法修正第14

<sup>13</sup> 佐藤幸治・前出注(1)462頁。

<sup>14</sup> 杉村敏正『続・法の支配と行政法』153-154頁(有斐閣、1991年)

<sup>15</sup> 杉村・前出注(13)155-156頁。

<sup>16</sup> 入江 彰『教員の処分と手続制度』90頁(多賀出版、2005年)

<sup>17</sup> 入江・前出注(15)91頁。

<sup>18</sup> *Board of Regents v. Roth*, 408. U.S. 564. (1972); *Perry v. Sindermann*, 408. U.S. 593. (1972).

条の手続的デュー・プロセス条項は適用されないとして大学側からの一方的解雇を認めたのであった<sup>19</sup>。そのことは、逆に契約年度を超えて雇用を継続させる「財産上の利益」を有していれば、デュー・プロセス条項は適用される可能性を示唆していた。一方、後者のSindermann事件は、10年間テキサス州の非テニユア大学教員であったSindermannが、長期間雇用されていたにもかかわらず、不更新の理由についていかなる説明もされることなく、また何らの聴聞も行われることなく解雇されたものである。Sindermannは、彼の再雇用の利益は憲法修正第14条の「財産上の利益」に相当し、手続的デュー・プロセスの保障のもとで聴聞を受ける権利があると主張した。これに対して、最高裁は、Roth判決を引用して再雇用されなかったというだけでは「財産上の利益」の喪失を示したことにはならないとしながらも、Sindermannは10年間の勤務の結果、「再雇用の見込み(expectancy of reemployment)」を獲得し事実上のテニユア(終身在職資格)を獲得したと判断して、Sindermannの主張を認めたのである。結局、最高裁は「再雇用の見込み」の主張によって、Sindermannの再雇用はデュー・プロセスなしには奪われない憲法の規定する「財産上の利益」であるとみなし、Sindermannの解雇を取り消したのである<sup>20</sup>。そして別の非テニユア教員Ferrisが更新を拒絶された事件において、裁判所は、適正手続(due process)により、原告Ferrisには、名声、評判、名誉及び尊厳を保持する機会が保障されなければならないとし、期間満了前の聴聞(pretermination hearing)を受ける権利を認めたのである<sup>21</sup>。したがって、米国各州においては、教員の解雇は、合衆国憲法修正第5条及び修正第14条の「財産上の利益(property)」に該当し、その利益を奪うには、「法の適正手続(due process of law)」によらなければならないと解されていると理解してよいと思われる。具体的には、最高裁は州の教員に対する解雇という行政処分については、終身在職資格を有するテニユア教員であれ非テニユア教員であれ、解雇がその教員の「財産上の利益」に関係すると考えられる限り、処分が行われる前に、州側が「告知」・「聴聞」の手続を踏むべきことを要求していると解されるのである。実際、米国行政手続法第554条(Federal Administrative Procedure Act § 554)は、行政機関(agency)が事実審理(trial)を行うに当たって、正式決定(Formal Adjudication)を行う場合には当然に告知(notice)及び聴聞手続(the hearing procedures)が採られることを要求している。また、略式決定(Informal Adjudication)を行う場合にも、状況により行政手続法上に規定がなくとも、憲法上の要請として行政機関は一定の聴聞手続(certain hearing procedures)を採ることが求められていると解されている<sup>22</sup>。

なお、上記米国憲法修正第5条及び第14条は、わが日本国憲法第31条の淵源である。ただ、米国憲法修正第5条及び第14条の文言上、「法の適正手続」なしに奪われることのない権利・自由は、「生命、自由又は財産(property)」であるのに対し、日本国憲法第31条の文言上「法の適正手続」なしに奪われることのない権利・自由は、「生命、自由又はその他の刑罰を科せられない権利」である。しかし、この文言上の相違を余りに誇大視することは、デュー・プロセス及び幸福追求権の理念に反することになるのではあるまいか<sup>23</sup>。

因みに、ウェストヴァージニア州憲法第10条には、生命・自由・財産に対する保護手段として、合衆国憲法修正第5条並びに第14条と同様のデュー・プロセスが規定されている。そこでは、公権力が非刑事手続において個人の自由・財産を奪おうとする意思決定手続にも、デュー・プロセスが適用される解釈が注釈として与えられている。そして、その非刑事手続による個人の自由・財産の奪取には公務員としての身分の剥奪が含まれると解されているのである<sup>24</sup>。

結論として注目すべきは、現在の米国における判例の傾向としては、教員が終身在職資格を有しない場合でも、教員の名声と人格の弁護のために、裁判所は、教育委員会に告知と事前の聴聞を認めるように命じる

<sup>19</sup> Board of Regents v. Roth, op. cit. at. 2708, 2709. このことは第一に憲法上実体的利益があること、その上で第二にデュー・プロセス条項が適用されるという二段階審査理論の確立を意味していた。松井・前出注(8)263-264頁参照。

<sup>20</sup> Myron Lieberman, Beyond Public Education. New York, U.S.A. (Praeger Publishers, 1986). pp. 83-84.

<sup>21</sup> Ferris v. Special School District No. 1, 367 F. Supp. 463 (D. Minn, 1973). なお、告知・聴聞の手続きを踏むことなく、酒類の被告人への販売・贈与が1年間禁じられた事件で、名声、評判、名誉及び尊厳が政府の行為により危機にさらされている場合は、告知・聴聞は絶対に必要(essential)であると判示した最高裁判例がある(Wisconsin v. Constantineau, 400 U.S. 433; 91 S. Ct. 507; 27 L. Ed. 2d 515; 1971 U.S.).

<sup>22</sup> Funk, Shapiro & Weaver, op. cit. pp. 25-27.

<sup>23</sup> Id. p. 243.

<sup>24</sup> Robert M. Bastress, The West Virginia State Constitution: A Reference Guide. (Greenwood, 1995). p.82.

ということである<sup>25</sup>。因みに、カリフォルニア教育法第13443条は、試用教員(probationary teacher)の再雇用(reemployment)の権利を明記し、再雇用されない場合には、その理由(cause)が知らされ、時宜を得た告知(timely notice)及び請求あり次第の聴聞(hearing upon request)の権利を試用教員に与えている<sup>26</sup>。その他、試用教員に同様の権利を認めるものに、コネチカット州及びオレゴン州の教育法(Education Code)がある<sup>27</sup>。

#### 第4節 採用取消と職業選択の自由

ここで、再び大分県教委による教員採用取消問題に立ち返ろう。採用取消は教育公務員としての身分の剥奪を意味するものであって、憲法上の基本的人権としての「職業選択の自由(憲法第22条第1項)」との関係が問題となってくる。では、この度の大分県の教員採用を巡る汚職事件に関し、本章第1節で分類した(ア)の受験者について、告知・聴聞の適正手続を経て不正が認定され、合格が取り消された場合は、その受験者の「職業選択の自由」を侵害したことになるであろうか。私は、以下の理由から「職業選択の自由」を侵したことはないと考ええる。「職業選択の自由」は憲法第22条第1項の文言からも明らかな通り、「公共の福祉」に反しない範囲で認められる基本的人権である。教育に対する社会一般の信頼は社会生活を営む成員多数の実質的利益<sup>28</sup>というべきであり、正に「公共の福祉」を形成するものである。また、「公共の福祉」を「社会生活を営む成員多数の実質的利益」と捉えることは抽象的であるとして、「公共の福祉」は各個人の基本的人権の保障を確保するための、基本的人権相互の矛盾・衝突を調整する「公平の原理」であると解しても<sup>29</sup>、他の真摯に採用試験に臨んで不合格となった受験者と比較して点数操作による合格を認識・認容している点において、憲法第14条の「法の下での平等」に反すると言わざるを得ない。このことは、点数操作による不正合格が、「公共の福祉」の理念から流出してくる「公平の原理」、ひいて「公平の原理」から抽出される基本的人権の内在的制約に背馳するものというべきであろう。したがって、告知・聴聞の「法の適正手続」を経ての不正合格による採用取消は、当該受験者の基本的人権を侵害するものではなく、「公平の原理」ひいて「職業選択の自由」に内在する制約から当然是認されるべき結論である。

さらに、不正に合格することになるという認識を有していた受験者は、自己の行為が違法であると意識できたであろうし、そうであれば不正な方法による合格を回避するための方策を肉親や知人等を通じて講じるべきであったと思われる。そして、不正合格者は合格取消の可能性についても予期していたであろうから、合格・採用が共に取り消しとなっても当該受験者には、全く思いもかけない「不意打ち」とはならないはずである。ただし、受験者が自己が不正合格をしたことの認識を有していたことの举证責任は、任命権者である教育委員会にあると解される。なぜなら、自己が任命した義務教育課参事による得点の改ざんを見抜けず本来不合格者であるはずの当該受験者を選考試験の合格者として採用したのは、他ならぬ県教育委員会だからである。また、採用された受験者は地公法で定める事由による場合でなければ、その意に反して、免職・休職等の不利益処分を受けないという身分保障が規定されている(地公法第27条)ことに鑑みれば、公平の観点から受験者の不正の認識についての举证責任は当然教育委員会が負うべきものであると考える。かかる举证責任を県教委が果たす上で重要なのは、採用取消処分の前に、先程来論じてきた「法の適正手続(デュー・プロセス)」が実施されていたか否かということである。

最高裁も、いわゆる「個人タクシー事件」について事実認定につき、「行政庁の独断を疑うことが客観的にもっとも認められるような不公正な手続をとってはならない」とし、免許申請者に対する事実の聴聞と申請者に主張と証拠提出の機会を与えるべき旨判示している<sup>30</sup>。この判旨からしても、採用取消の対象となる受験者は、公正な手続によって採用取消の可否につき判定を受くべき法的利益を有するというべきである。ただ、留意しなければならないのは、告知・聴聞の適正手続においてのみならず、07年度及び08年度採用候補者名簿の訂正に関わって不正合格者が誰であるか判明するような、氏名・勤務先等の公開は絶対に避けな

<sup>25</sup> William F. Horneber, Procedural Due Process Protection of Liberty Interests in Probationary Teacher Re-Employment. South Dakota Law Review. Vol. 22. pp. 187-188.

<sup>26</sup> California Education Code §13443 (West 1975).

<sup>27</sup> Horneber, op. cit. pp. 196-197.

<sup>28</sup> 橋本公亘『日本国憲法』143頁(有斐閣、1981年)。

<sup>29</sup> 佐藤・前出注(1)403頁。

<sup>30</sup> 最判昭和46年10月28日(民集25巻7号1037頁)

なければならないということである。不正合格者が誰であるか推定できるような「告知」「聴聞」の手続は、本来のデュー・プロセスの人権保障の趣旨に反するし、憲法第13条の保障する『個人の尊厳』の理念に反し、その人の名誉やプライバシー等の人格権を侵害することになるからである。

なお、(ア)の受験者の合格並びに採用が取り消された場合に、これまで教育公務員として受領してきた給与相当額は、県に返還すべきかどうか問題となる。合格は遡って取り消されるのであるから、教員としての身分もまた遡って喪失するものである。したがって、これまで受領してきた給与相当額は民法第703条の不当利得にあたり、すべて受給したものを返還すべきであるとの考え方もあり得るであろう。県民の法感情からは、こうした意見を支持する方が多数かもしれない。確かに、一般人の法感情に配慮することも法的判断を下す際、状況によっては大事であろう。しかし、(ア)の受験者も形式的には正式な手続により教員に採用されているわけであり、その上で一定期間教員として勤務し、その労働の対価として給与を受けたものと解される。したがって、法律上の原因がないとは言えず民法第703条の不当利得には当たらないと考えられるのである。よって、(ア)の受験者は、合格並びに採用が取り消されても、これまで受けてきた給与相当額は県に返還するには及ばない。採用取消は、将来に向けて効果が生じる解雇(告知)と考えるのが妥当であろう。

## 第二章 不正の事実を知らずに合格した受験者の取扱い

### 第1節 教員の採用

第一章第1節で述べた(イ)の受験者の場合には、合格を取り消し解雇とするべきではない。そもそも、一般の地方公務員の採用が「競争試験による」(地公法第17条第3項)のに対して、教員の採用は「選考」によるとされている(教特法第11条)。教員資格は免許主義をとっており、採用選考試験の受験者はすでに大学の課程履修を通じて教員として必要とされる最低限の知識・技能を具備していると判断される。したがって、「選考」は、単なる一般的知識の多寡や技能の優劣のみにとらわれず、それぞれの任命権者が教員としてふさわしい人材を的確に選び抜くことを意味している。人事院規則によれば、「選考」とは「学力・経験・人物・技能等を一定の基準と手続によって審査し、職務遂行能力を有するか否かを審査する方法」をいう(人事院規則8-12)。それ故、選考試験は第一次と第二次とに分けて行われ、第一次の一般・教職教養と専門教科等の試験に合格した受験者が、第二次試験に臨むのが通常の形態であろう。その際、教員としての適格性を判断するため、面接・実技・小論文等が重視されることになる。ただ、現状は、教員採用試験の受験者が多いことから、教員免許状を有する者を対象としての競争試験となっている面は否めない。このような現状が背景にあるからこそ、この度の大分県の教員採用試験をめぐる汚職事件に関わって、不正な点数操作による選考試験の合格そして不公正な採用問題が発生したと言えるのである。この点を看過しては、問題の核心を外すことになることに留意しなければならない。

### 第2節 採用取消と信義誠実の原則

この度、県教委は、不正合格による採用であることを自己が知らない教員に対しても、自主退職を勧奨し、退職しない場合は採用を取り消す旨の方針を打ち出していた。また、いずれの場合にも、本人が希望すれば臨時講師として雇用することも併せて発表していた。

しかし、自己が不正合格者であることを知らず教員として採用され現に勤務している者に対して、合格を取り消して解雇を通知することが信義誠実の原則(民法第1条第2項)上妥当であろうか。もちろん、上記(イ)の受験者に対しても「法の適正手続(デュー・プロセス)」による告知・聴聞の機会が上記(ア)の受験生と同様に与えられなければならない。大分県教委は8月30日に08年度採用された教員の内21人の採用取消を発表し、8月31日までにすでに辞職した小学校教諭1人を除く残り20人の個別面接を終え、本来の得点データを示して採用取消方針を伝えたとされる。新聞報道によるとたった1日で、20人の採用を取り消される予定の教員全員と面談したことになる<sup>31</sup>。県教委の義務教育課長は、「面談の場では質問はできなくても、いつでも連絡が取れる態勢にしている」と述べているが、これでは行政の側からの不利益処分についての一方的告知であり、採用を取り消される側の弁護等により自己の法的・財産的利益を守る権利と機会が全く無視されている。「聴聞」は実質的に全く行われていないと言ってよい。すなわち、第一章第2節で述べたところの「公正な告知」と「公正な聴聞」が実施されていないのである。同じく第一章第2節で触れた如く、憲法第31条

<sup>31</sup> 朝日新聞2008年8月30日、朝日新聞2008年9月1日等

は本来刑事手続に関するものであるが、同条の「自由」の中に「職業選択の自由」と関係する財産権が含まれると解することもあながち無理な解釈ではないと思われる。すなわち、「不当な手続により財産上の利益を奪われない自由」である。その財産権は雇用に関する財産上の利益を含み、その財産上の利益を奪うにはデュー・プロセスを踏むべきことは、第一章第3節において述べたように米国連邦最高裁判所が判示したところである。今回の教員採用取消については、取り消された後の再就職等の教員の側の憲法上の「職業選択の自由」という基本的人権保障の見地からしてもこの時期における告知は妥当ではないであろう。すでに、他県の教員選考試験はほとんど終了しているのである。臨時講師といっても、それは後に述べるように教諭とは身分・待遇が大いに異なるからである。臨時講師としての雇用は、「不正は正さねばならない」との大義名分の下、採用を取り消される教員の一方的不利益の抑制とその解雇によって予想される教育現場の混乱に対する社会的批判の回避という二つの要請から発生した妥協的彌縫策に過ぎないように思われる。

ところで、「法の適正手続」については、憲法第13条のいわゆる「幸福追求権」からも『個人の尊厳』の原理に基づき「適正な手続的処遇を受ける権利」を導くことができ<sup>32</sup>、憲法上の基本的人権に関わる行政処分においては事前手続として「告知」「聴聞」の機会は何としても与えられるべきである。このような手続において、当該受験者が得点の不正について何も知らないという事実が確定すれば、その受験者の合格は取り消すべきではないのである。そして、当然解雇すべきでもない。何故なら、この度賄賂罪に問われた教育審議監や参事という教育職員は、教育長の推薦により教育委員会が任命したものである(地方教育行政の組織及び運営に関する法律第34条)。同法第23条では、教育委員会は、教育委員会及び学校その他の教育機関の職員の任免その他の人事に関する事務を管理し、執行することになっている。さらに、教育長は教育委員会の指揮監督の下に、教育委員会の権限に属するすべての事務をつかさどると規定されている(同法第17条第1項)。また、教員の採用に当たって「選考」を行うのは教育委員会が任命した教育長である(地教行法第16条第1項、教特法第11条)。したがって、教員選考試験において不正な点数操作が行われたことについては、当然、教育委員会並びに教育長の法的責任問題が浮上してくると思われる。すなわち、教育委員会については、教育長を含む関係教育職員の任命責任及び管理責任が、さらに教育長については、推薦責任及び部下に対する監督責任が肯定されることは否めないと考えられる。このような非難可能性を帯びる責任を負う機関が、合格の通知を信頼し採用後は教育の現場で誠実に勤務している教員に対し、自己の監督下にあった教育職員が賄賂を収受して不正な点数操作をしたことを理由として、一方的解雇通知を行うことが社会通念から妥当であるとして受容されるであろうか。親若しくは知人が関係教育職員に不正を依頼したとしても、本人は全く与り知らぬことであれば、「個人責任の原則」からして、その本人に解雇という不利益処分を課することは、合格通知に対する信頼を裏切るものである。このことは、一旦表示を外部にした者は、その表示を信頼して自己の地位を変更した者に対して、後になってその地位を覆すような主張や行為をすることは許されないという英米法上の「禁反言の法理(エストoppel)」に反するというべきであろう。「禁反言の法理」は「信義誠実の原則」の取引上の一つの現れである。したがって、教育委員会による一方的解雇通知は、信義則に反し合理的理由が存在しないと言わねばならない。

現に、何の疑いもなくその教員を信頼し、慕い、そしてその指導に従っている年端もゆかない児童の純真無垢な心を穢し切り刻む権利が誰にあるのか。また、現場で教壇に立っている教員を突然解雇することにより生ずる教育現場の混乱と児童・生徒・保護者等の学校に対する不信感、想像するに余りある。教育は教える者と教えられる者との信頼関係と円滑なコミュニケーションがなければ絶対に成り立たないものである。一旦その信頼関係とコミュニケーションを失えば、元の状態を回復するのにいかに時間と労力を要することだろうか。その間、学校では真の教育は不在となりかねないのである。先ず、判断基準として、(イ)の受験者の合格を取り消し、不採用・解雇とすることにより得られる利益とそうすることにより失われる利益とをよく比較衡量するべきである。前者は、暫定的な教育委員会に対する信頼の回復であり、後者は、教員公務員としての身分と教育現場における生涯に亘る児童・生徒・保護者の教育に対する尊敬と信頼である。後者の失う利益の方が、得られる利益よりはるかに大きいと言わざるを得ない。(イ)の受験者については、自己の将来の教員としての職務の継続的遂行に対する期待は、教育の信頼と継続性の観点からも法的保護に値するといえるべきである。したがって、採用を取り消された者の教員としての地位は回復されるべきである。

ところで、本節で先に触れたこの度の大分県教委の採った「臨時講師」という雇用措置は、現職の教員の

<sup>32</sup> 佐藤・前出注(1)462頁。



教諭としての教職の継続性に対する期待とは遙かにかけ離れたものと言わなければならない。「臨時講師」の措置は、地公法第22条第2項(臨時的任用)に基づくものと思われるが、正規の教員である「教諭」とは身分的待遇について大きな相違がある。第一に、人事委員会の承認が必要であり、任用期間は6ヵ月をこえることはできないし、第二に、任用の更新は6ヵ月をこえない期間で一回のみ認められるに過ぎない。第三に、地方公務員に認められる身分保障に関する規定及び不利益処分に対する不服申し立てに関する規定並びに行政不服審査法の規定が適用されないのである(地公法第29条の2)。そして、正式任用に際していかなる優先権も認められていない(法第22条第6項)。したがって、県教委の採った「臨時講師」という雇用措置は、正規採用され教諭という身分を取得していた教員からすれば、不利益処分以外の何ものでもないはずである。本人の希望によるとは言え、自主退職を強いられあるいは採用取消後の「臨時講師」としての雇用は実質的に降任(法第27条第2項)に相当するといふべきである。因みに、大分県の「教育庁等における臨時的任用職員の管理に関する規程」によれば、臨時講師の任用期間及び更新については、地公法第22条第2項と同様である(規程第5条第1項・第2項)<sup>33</sup>。服務については正規教員に準ずるとされ(規程第13条)、給与は日給であり(規程第9条)、賞与及び退職手当は支給されない(規程第11条第2項・第3項)のである。

なお、今回の不正合格による採用取消対象者21名については、辞職した1名を除き、いずれも自己が点数の不正な改ざんによって合格したことについての認識はなかったとマスメディアは伝えている<sup>34</sup>。

### 第3節 指導力不足の教員に対する対応

前節で述べたように、(イ)の受験者については、合格及び採用を共に取り消すべきではないが、任用された教員の中に指導力の不足している者がいた場合に如何に対処すべきかが一応問題となる。この場合、指導力不足の教員は、(1)児童又は生徒に対する指導が不適切であること、(2)研修等必要な措置が講じられたとしてもなお児童又は生徒に対する指導を適切に行うことができないと認められること、のいずれにも該当する場合は免職され、引き続いて当該都道府県の常時勤務を要する教育職以外の職に採用されることができる(地教行法第47条の2)。しかし、このような場合は、地方公務員法第28条第1項3号にいうその職に必要な適格性を欠く場合に該当すると考えられ、地方公務員を免職されるおそれが強い<sup>35</sup>。このような形で上記(イ)の中の受験者で教員として採用され、教員として相応しくない者は、法的に自然淘汰され教職からは排除されることになるのである。このことは、教育に対する信頼の保持と、現職教員の現在及び将来に対する期待利益という二つの法的利益を確保・調整する現実面における法的方策と言えるであろう。

## 第三章 本来合格すべきであった受験者に対する対応

### 第1節 採用候補者名簿への記載

大分県教委はこの件に関して、不正合格のあおりで不合格とされた21人は、本人の意思を確認した上で08年10月1日以降に採用することを決定している。また、07年度試験について不正に不合格とされたと見られる受験者には特別試験(論文と面接)を実施し、合格者は09年4月1日付で採用することにした。前者の決定については当然の措置と考えるが、後者の措置については疑問を覚える。

まず、本来選考に合格すべきであったが、不正な点数操作により不合格となった受験者は、09年度の採用候補者名簿と共に自己が受験した07年度または08年度の教員選考試験の合格者としてその年度の採用候補者名簿に新たに記載されるべきである。そして、09年度の教員選考試験の合格者と同等の地位で09年度の教員採用の候補者となる資格を有すると考える。その際、何ら自己の責めに帰すべき事由によらないで不合格となった07・08年度の受験者は、本来教員の欠員があればその年度に採用されていた可能性が高いことを考慮して、公平の観点から優先的に採用されるべきであろう。その優先的採用として、08年10月1日以降の採用が県教委により決定されたのであれば、本人の法的・経済的利益を考慮すると首肯できるものである。

ただし、07年度と08年度との合格者が加わったために、09年度の合格者の採用が当初予定していた採用人数を下回らないような配慮を要する。例えば、担任二人制を採用するとか学年所属のない無担任教員として任用するか、何らかの妥当な採用方法を講じ09年度の選考試験合格者に不当なし寄せが及ばないように

<sup>33</sup> 任用期間が基本的に6ヵ月でも、本規程第5条では長期臨時職員という用語で呼ばれている。

<sup>34</sup> 朝日新聞2008年9月1日、山陽新聞2008年9月8日等

<sup>35</sup> 篠原清昭・原田信之『学校のための法学』21頁(ミネルヴァ書房、2004年)

配慮することが必要である。これは、「職業選択の自由」を定めた憲法第22条第1項及び「法の下での平等」を定めた憲法第14条から因ってくる要請と考えなければならない。

ただ、県教委が07年度選考試験について不正に不合格とされた受験者には救済策として特別試験を実施し、合格者には09年度から採用するとの方針は無条件に妥当な解決と言えるだろうか。疑問が残るところである。なぜなら、第一に08年8月30日の県教委の発表では07年度の選考試験の得点の改ざんについては、裏付けが確実ではないとして採用取り消しを見送ったはずであるのに、いかにして07年度の受験者の中から特別試験の対象者を特定できるのか根拠が明白でない。不正採用取消の人数も当初は、07年度と08年度の採用試験受験者を合せて40名程度とマスコミでは報道されていた<sup>36</sup>。そして、8月30日発表された不正採用取消21名という数字は、同年7月16日に県教委が不正合格者の採用取消方針を発表した際の新聞報道等でもすでに08年度と07年度でそれぞれ約20人ずつと伝えられていたところである。したがって、8月30日に関係資料等調査の結果公表された21名という数字は、7月16日の採用取消方針発表時点ですでに予想されていたものであった。とすれば、当初の予想通りに07年度の不正合格者の人数も本当は特定できるのではないかと憶測ができる。ただ、07年度受験者は条件付任用期間の1年を現時点で経過しており正規教員として勤務していること、また、07年度の不正合格者の採用取消をも行うとすると採用を取り消される現職教員の数がさらに約20名増加することになり、教育現場への影響を最小限に抑えるべき政策的配慮が必要であること等を理由に、08年度の不正合格者のみを取り消すことにしたのではないかと想像されるのである。第二に、不正合格のあおりで不合格となった受験者は08年度と07年度では状況は変わらず、いずれも県教委義務教育課参事の不正な得点の改ざんによって被った不利益である。本来合格者となるべき者で、不正合格者のあおりで不合格となった受験者を08年度と07年度で区別して取り扱う合理的理由が存在するのであろうか。いずれの年度の受験者も大分県の教員選考試験を真摯に受験してきた者である。もし、08年度と07年度とで区別して取り扱う理由があるならば、その合理的理由を県教委は公表するべきである。さもなければ、かかる差別的取り扱い「法の下での平等」(憲法第14条)に反すると言わねばならない。

## 第2節 損害賠償の請求

08年度の選考試験で不正合格のあおりで不合格となった受験者が08年10月1日以降本人の意思確認後大分県に教員として採用となったとしても、また、07年度の選考試験で同じく不当に不合格となった受験者が、特別試験に合格し09年4月1日付けで教員に採用になったとしても、それでその受験者が被った不利益がすべて解消するわけではない。それらの受験者は自己の責めによらないで、あるいは無職者として、あるいは職を得ても非常勤講師等として不合理な待遇を忍ばねばならなかったはずである。不合格者として不当な点数操作により不合格となったために被った損害はどのように取り扱うべきであろうか。不合格となったために、本来支出すべきでなかった費用としては以下のようなものが考えられる。他の数県の教員選考試験を受験するために要した、受験料・交通費・宿泊費等。大分県の公立学校教員に採用されることを唯一の志望としていた受験者が、大学を留年して一年後の受験に備えた場合の学費とか自宅浪人でアルバイトもできず次年度の受験に備えた場合に要した受験準備のための費用、さらに不当な不合格のために再度あるいは再再度の受験のために被った精神的損害に対する慰謝料等がある。こうした損害に対して、不当に不合格者となった者は、「公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたとき」の被害者に当たるといえ、国家賠償法第1条に基づき、大分県に損害賠償を請求できると解される。

## 第四章 司法審査

### 第1節 選考試験の可否に司法審査が及ぶか。

教員採用の取り消しは明らかに行政処分である。また、自主退職の勧奨により教員を辞職した場合は、一応自己の意思が介在しているとはいえ、行政事件訴訟法にいう「その他公権力の行使に当たる行為」(法第3条第2項)に当たると解される。自主退職を促し本人が退職し、その希望を聴いて臨時講師として雇用したとしても、県教委の行為は同じく「その他公権力の行使に当たる行為」に該当する。なぜなら、臨時講師は、雇用期間面では原則は半年間であり更新は1回しか法的に保障されていない(地公法第22条第2項)。また、

<sup>36</sup> 前出注(3)参照

給与面は時間給又は日給であり、賞与等は給付されない臨時的教員としての地位しか有しないからである。これに対し現在は条件付き任用としても教諭採用と考えられ、待遇・身分保障の面から大きな格差が生じる。臨時講師は教諭に比べて身分・待遇に関して明らかに不利な取り扱いである。このことは、第二章第2節でも述べたところである。本件が「処分取消しの訴え」（行政事件訴訟法第3条第2項）や民事訴訟として「地位存在確認の訴え」等の訴訟になった場合、教員選考試験の可否に司法審査が及ぶか否かが問題となる。かつて、最高裁は、「国家試験合格変更請求事件」において、「技術士国家試験の合格、不合格の判定は、司法審査の対象とならない」と判示した。国家試験の合格、不合格の判定は学問または技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とする行為だから、その試験実施機関の最終判断に委せられるべきもので、法令を適用することによって解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争とは言えず、「法律上の争訟」（裁判所法第3条）に当たらないとして司法審査を拒否したのである<sup>37</sup>。この度の教員採用試験不正合格問題に関して、県教育委員会から解雇を通知された現職教員から「採用取消処分取消しの訴え」や「地位存在確認の訴え」等が提起された場合に、裁判所が審査を拒むおそれがないかどうか、教員として正規採用された受験者の既得権的法的利益を保護する観点から問題となる。採用を取り消された教員から上記の訴えが提起された場合、当然その判断の前提として、本件教員採用試験について、可否の「選考」判断の妥当性が焦点となってくるからである。

## 第2節 羈束裁量と自由裁量

行政法上、行政機関の行為には羈束裁量行為と自由裁量行為があるとされている。羈束行為とは、法律が行政機関に政策的・行政的判断の余地を与えず、厳格に法律による拘束を行っている場合の行政機関の行為をいう。一方、自由裁量行為とは、法律が行政機関に対して広汎な授權を行い、最終的な決定を行政機関の政策的・行政的な判断に委ねた場合の行政機関の行為をいう。伝統的には、羈束裁量行為には司法審査が及ぶが、自由裁量行為には司法審査が及ばないとされてきた。これは、行政機関が専ら政策的・行政的見地から行う決定に対して、その政策の当・不当を制御することは、本来、裁判所の権限外であると考えられてきたからである。この度の県教委の採用取消という行政処分及びその前提としての教員選考試験の可否の判断に関しては、その行為を羈束裁量行為と考えようと自由裁量行為と捉えようと、司法審査が及ぶし及ぼすべきであると考ええる。その理由は次の通りである。

(1)「選考」は、第二章第2節で触れた如く、教員の任命権者である教育委員会の教育長が行うのである（教特法第11条）。「選考」と「競争試験」とは異なるとしても、教育公務員としての職務遂行能力の有無の判定には、地方公務員法第15条の「職員の任用は、受験成績、勤務成績その他の能力の実証に基づいて行なわれなければならない」とする任用の根本基準が準用される余地がある。そうであるとすれば、「選考」による教員採用試験の合格・不合格の判断は、経験則及び社会通念等をも内容とする一定の法的基準ないし法的拘束を受ける「羈束裁量」となる。この度の「選考」は正確な受験成績の実証に基づかないものであり、上記任用の根本基準に反する違法な判断であるから当然司法審査は及ぶと考えられる。

因みに、最高裁は収用補償金増額請求事件に関して、土地収用法第71条の補償金の額を「相当な価格」としている規定につき、不確定な概念をもって定められているものであっても、通常人の経験則及び社会通念に従って客観的に認定され得る場合は、補償の範囲及びその額の決定について収容委員会に裁量権が認められたものと解することはできないとして収容委員会の自由裁量権を否定した<sup>38</sup>。

(2)一方、教特法は地方公務員法の特別法であると考え、「選考」は「競争試験」とは異なると解し、選考試験の可否は教育長の専門的・技術的判断を尊重すべき法的拘束力を受けない「自由裁量」だという考えも成り立つであろう。現に県教委はこの立場に立って、教員の採否を決定してきたと考えられる。しかし、「選考」において、①得点の不当操作による事実誤認があり、②教員として資質的に相応しい者を合格者とするという目的に反しており、③真の得点に関して利益を得た者（採用者）と不利益を得た者（不採用者）があり、平等原則違反がある。さらに、「採用取消」については、④比例原則に違反、すなわち、行政行為によって達成される利益と生ずる不利益との比例性の要請に反している。また、⑤民法上の信義則違反がある。本件では県教委の採用取消がその裁量の範囲内の行政行為であるとしても、採用取消がなされるに至った具体的

<sup>37</sup> 最判昭和41年2月8日（民集20巻2号196頁）

<sup>38</sup> 最判平成9年1月28日（民集51巻1号147頁）

経緯を考慮すると採用取消は信義側に反する。④⑤については、第二章第2節で論じたところである。最後に、⑥採用取消を行うにあたってこれまで一貫して述べてきた「法の適正手続」が実質的には全く履践されてこなかったことが挙げられる。「実体法上は行政機関に自由な裁量の余地が与えられているにしても、行政機関が決定を行うまでの過程ないし手続が一定の基準を充たした適正なものであったかどうかの判断は裁判所がこれを行うことができるし、また、それにふさわしい事項である」とするのが学説・判例の傾向である<sup>39</sup>。以上から本件県教委の採用取消処分は、裁量権の逸脱・濫用があったというべきで、「自由裁量」といえども違法となる<sup>40</sup>と考える。すなわち、裁判所法第3条にいう「法律上の争訟」にあたるというべきである。したがって、採用取消処分を取り消す判断の前提として、本件教員採用選考試験の可否の判断にも司法審査は及ぶと解すべきである。学説でも、今日では、自由裁量行為は、司法審査を受けない行為を意味するのではなく、羈束裁量行為とは異なった方法で裁判所の審査を受ける行為を意味するにとどまると解されている<sup>41</sup>。(3)いずれにしても、「法の下での平等」及び「職業選択の自由」並びに「幸福追求権」の一内容としての「人格権」といった憲法上の基本的人権の保障の観点から、今回の教員選考試験の可否の判断には司法審査が及ぶし、及ぼすべきである<sup>42</sup>と考える。それ故、裁判所は訴えが提起された場合に司法判断を回避するべきではない。私見のように解してはじめて、教育委員会の行政処分により自己の地位を剥奪されないしは危うくされた教員及び自己の責めに帰すべき事由によらない不合格という不当な取り扱いを受けた受験者の基本的人権が保障されるための司法救済への道が開かれると信じるものである。なるほど、第一章第2節で触れたごとく、国家公務員には人事院、そして地方公務員には人事委員会という準司法機関が設置されているが、行政機関は終審として裁判を行うことはできない(憲法第76条第2項)のであって、最終判断としての裁判所での司法判断が基本的人権の保障のためには絶対に不可欠なのである。

### おわりに

この度の小学校・中学校教員採用試験をめぐる汚職事件に関係して、採用試験の合格並びに採用の適及的取消を決定した大分県教育委員会は、客観的で正確な事実認定をした上で、適切な納得のいく行政処分が行われたかどうかよく自ら精査するべきである。その際、事前の手続きとしては、これまで論述してきたようにどのような立場の受験者であれ、憲法上の「基本的人権の保障」の要請として、受験者に「告知」「聴聞」「弁護」の機会をあたえる「法の適正手続」によるべきであったことを忘れてはならない。「不正は正さなければならない」との大義名分の下に、自主退職の勧告を受けて辞職した教員あるいは採用を取り消された教員の憲法で保障された基本的人権が侵害されていないか、多角的観点から県教委の採った処分・措置を検証していかなければならない。率直なところ、訴訟が提起された場合、本件の教員採用取消処分は、これまで論述してきたところから分かるように、違憲無効ないし違法な取消原因たる瑕疵を有する行政処分と判断される可能性が高いと思われる。

一方、今回の処分及び措置により大分県の教育に対する信頼が真に回復したと言えるだろうか。即座に判断することは困難であろう。歴史による証明に待つことになるかもしれない。もし、教育に対する信頼の回復が得られたとしても、採用取消となった受験者の基本的人権を犠牲にした独断的信頼の回復であってはならないはずである。児童・生徒、保護者、教育関係者及び社会一般の人々が心底、県教委をはじめ学校・教員等が担う教育を信頼してはじめて、大分県の教育が信頼を回復したと言えるのではなかろうか。そして、基本的人権を侵害された者には、司法審査に基づく裁判所による救済が是非とも与えられなければならない。教育に対する信頼の回復も、基本的人権の保障も『個人の尊厳』を共通の原理とすることにより最終的に達成される至高の価値なのである。

<sup>39</sup> 藤田宙靖『行政法入門[第5版]』66頁(有斐閣、2007年)

<sup>40</sup> 坂本昌成『憲法理論I』404頁(成文堂、1993年)

<sup>41</sup> 稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子『行政法』99-101頁(有斐閣、2007年)

<sup>42</sup> 行政事件訴訟法第30条も、行政庁の裁量処分について、「裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と規定している。

# The Cancellation of the unfair success in the Employment Examination for Teachers of Oita Public Schools and the Problems of the Fundamental Human Rights

## —Administrative Disposition and Due Process of Law—

Shunji NAKANISHI

*Department of Biomedical Engineering, Faculty of Engineering,  
Okayama University of Science  
1-1 Ridai-cho, Okayama 700-0005, Japan*

(Received September 9, 2008; accepted November 7, 2008)

The bribery case of the educational personnel including a Chief Intendant of Board of Education of Oita Prefecture made it clear that the Chief Intendant who accepted the bribery intentionally manipulated the scores of the examinees advantageously whom he was asked to pass on the examination for Teachers of Oita public schools. This serious fact forced the Board of Education to decide that unfairly successful candidates who are already employed as teachers at the elementary schools should be dismissed. This decision was announced on 16<sup>th</sup> in July in 2008. On September 8<sup>th</sup> the Board of Education discharged six teachers who refused their voluntary resignation. The problem is how the Board of Education should confirm the factual relationship accurately. I propose that Due Process of Law should be applied to this procedure to protect the Fundamental Human Rights. The procedure of "notice" and "hearing" is essential to the human rights. The §31 of the Constitution of Japan is originally applied to the criminal procedure, however, that article is applicable to the administrative disposition, according to the Constitution of the United States of America Amendment V&XIV. The Due Process can also derive from §13 of the Constitution of Japan which stipulates dignity of the individuals and the right to the pursuit of Happiness. The Fundamental Human Rights must be protected even in the administrative disposition.