

政府給付 (Government Benefits) と適正手続 (一)

佐伯 祐二

はじめに

- 一 判例における一般的判断枠組み
 - 二 営業ライセンス
 - 三 公務員の地位 (以上本号)
 - 四 公的扶助給付
 - 五 公的年金給付
- おわりに

はじめに

本稿は、わが行政手続に関する法のあり方を念頭に置きながら、アメリカにおける行政手続の適正手続適合性に関する判例と法令を検討することを目的とする。既に行政法または憲法研究者による論述の少なくないテーマであるだけに、具体的な領域に即して掘り下げ、かつ新たな動向を明らかにすることに努めたい。

政府給付 (government benefits または governmental benefits) という用語は、一九七〇年代以降、合衆国憲法にい

う適正手続をめぐる学説・判例で使われてきた。通例、定義的な説明は抜きで用いられるが、政府給付とは、行政が諸個人に提供する種々の授益的な措置、例えば社会保障、公教育、公務員としての任命・採用、営業許可などを指している。⁽²⁾

政府給付は、このように雑多なものを含んでおり、また、その外延は明確でない。⁽³⁾ 論者がしばしば無定義で用いるのは、この点を自認した上でのことであろう。しかし、大まかな用語であれ、政府給付なるものは、次の二つの意味を込めたキーワードとして使われている。すなわち第一に、この言葉は、一九七〇年以後の合衆国で行政上の適正手続に関する判例を数多く生み出した諸領域を示している。わが国でもよく紹介されているように、著名な最高裁判決 (Goldberg v. Kelly, 397 U. S. 254 (1970)) は、「公的扶助受給者の「死活的な要求」 (Id. at 261.) を重視し、法令上の事前聴聞規定がなかったにも拘わらず、給付打切りに先立つ事実審型聴聞を義務づけた。⁽⁴⁾ 以来、この Goldberg 判決ほど厳格な手続要求は見られないなどの振幅こそあれ、政府給付に関する判例は急速に増え、概ね従前を越える水準を適正手続として要求してきたのである。第二の意味は、その水準と関わる。一九六〇年代までは、政府給付は government largess または gratuity (恩恵的給付) と呼ばれ、また、周知のように、これを受ける利益は権利 (right) でなく特権 (privilege) にすぎず適正手続による保護を受けない、と説かれることがあった。⁽⁵⁾ 政府給付という表現は、これらの発想を否定するのであるが、他方で、給付の相手方に対する手続的保護の限界をも前提としている。判例が画した限界は、後で具体的に検討するが、左派の有力(だが少数の)説の容認するところではない。すなわち一九六四年に公表され、最高クラスの引用頻度を誇ることとなった論文は、政府を源泉とする諸利益を「新しい財産 (new property)」と呼び、これが個人の自律をコントロールする手段とされないよう、合衆国憲法上、伝統的な財産権と同等の実体的・手続的保障を与えられるべきと主張している。⁽⁶⁾ これに対し、政府給付の範囲が「新しい財産」とほぼ重なりあうこと

に異論はなく、また、近時の学説は必ずしも判例を妥当としないのではあるが、学説は「新しい財産」論に敬意を払うとしても同調することを避ける傾向にある。⁽⁹⁾のみならず、一九八〇年代半ばに判例が安定期に入ると、学説もやや疲れたように見え、行政上の適正手続に関する論文は、それまでの過去二〇年のペースに比べ、減少している。⁽¹⁰⁾「新しい財産」に代えての「政府給付」の用語は、近時の判例・学説の状況を象徴しているように思われる。⁽¹¹⁾

本稿は、ある行政手続が適正手続に適合するか否かに関する、合衆国の判例の一般的判断枠組みを分析し(一)、続いて、政府給付のうち四つの領域を取り出して論じる(二ないし五)。判例は、自由または財産の保護手段として適正手続を捉えているが、政府給付に関わる自由・財産の範囲と特質はどのようなものか、順次明らかにしたい。また、判例は安定または停滞期にあるが、最近、一九六〇年代への回帰を疑われる学説と裁判例が少数ながら現れていることも示したい。

(1) 州立大学教師に対する雇用契約更新の拒否に関する *Perry v. Sindermann*, 408 U. S. 593, 598 (1972) は governmental benefits の語を記しており、これが最も早い例のようである。用語としての定着は注(2)に引いたものを含む一九八〇年代以降の文献に見られる。

(2) *See, e.g.*, E. Gellhorn & R. Levin, *Administrative Law and Process* 196 (4th ed. 1997); G. Robinson, E. Gellhorn & H. Bruff, *The Administrative Process* 629 (4th ed. 1993); S. Breyer & R. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy* 739 (3d ed. 1992); Wald, *Government Benefits*, 65 N. Y. U. L. Rev. 247 (1990); Rubin, *Due Process and the Administrative State*, 72 Cal. L. Rev. 1044, 1160 (1984); Williams, *Liberty and Property: The Problem of Government Benefits*, 12 J. Leg. Stud. 3 (1983).
 (3) 前注(2)の Rubin, at 1160 n. 495 は「公務員に対する不利益処分の問題を政府給付とは別個に論ずる」とし、Williams, at 22 & 27-34 は「公務員としての任命・採用を政府給付の一例としながら、営業許可は伝統的な自由・財産に関わり、本来、政府給付とは異質である旨述べる。ただし、この二者のように外延の限定を図る説は、例外である。なお、公務員としての任命・採用を「給

付」と呼ぶことは我々には奇妙に感じられるが、政権党への奉仕と引き替えの任命・採用が特に州・自治体では近年まで少なくなかったことが、用語法の背景にあるものと推測される。

- (4) 例えば、松井茂記「非刑事手続領域に於ける手続的デュー・プロセス理論の展開(三)法学論叢一〇七巻一〇八九頁以下(一九九〇)」、本多滝夫「アメリカにおける行政手続の展開(一)名大法政論集一一八号一五頁(一九八九)」、佐伯「アメリカ社会保障行政における法的統制(一)法学論叢一一八巻三三三頁以下(一九八五)」を参照。

- (5) See, e. g., Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath, 341 U. S. 123, 173 (1951) (Frankfurter, J., concurring.); Schwartz, *Critical Areas in Administrative Law*, 34 Geo. Wash. L. Rev. 401, 434 (1966); Note, *Judicial Review of Federal Administrative Decisions Concerning Grants*, 49 Va. L. Rev. 313 (1963).

- (6) 邦文では前注(4)の各論文のほか、杉村敏正「行政手続法」五九頁以下(一九七三)による紹介を参照。

- (7) See Reich, *The New Property*, 73 Yale L. J. 733 (1964). この論文は、一九五六年から一九八九年までの引用回数調査によらず、Yale Law Journal 誌に掲載された論文のなかで最も多く引用されている。See *The Most-Cited Articles from the Yale Law Journal*, 100 Yale L. J. 1449, 1462 (1991). 本文で述べた Goldberg 判決が、肯定的に引用されている。See *Goldberg v. Kelly*, 397 U. S. 254, 262 n. 8 (1970). 通常は単語を維持しているが、後掲注(8)の論文の他、次のように扱われる。Reich, *The Individual Sector*, 100 Yale L. J. 1409 (1991); Reich, *Beyond the New Property*, 56 Brook. L. Rev. 731 (1990).

- (8) See E. Gellhorn & R. Levin, *supra* note 1, 474 後掲注(1)を参照。ただし、Reich は「新しい財産」の範囲をあらかじめ確定してあげなければならない。彼らによれば、法的保護を拡張するも新しい人間の利益を「新しい財産」の名の下に探り出すことは、関心種の「権利」を See Reich, *The New Property After 25 Years*, 24 U. S. F. L. Rev. 223, 226 (1990).

- (9) See, e. g., Stewart & Sunstein, *Public Programs and Private Rights*, 95 Harv. L. Rev. 1193, 1255-67 (1982); Venknil, *Revising the New Property After Twenty-Five Years*, 31 Wm. & Mary L. Rev. 365 (1990); Hertz, *Parallel Universes: NEPA Lessons for the New Property*, 93 Colum. L. Rev. 1668 (1993).

- (10) J. Mashaw, *Due Process in the Administrative State* 213, 256-64, 270-71 (1985) が、裁判所が顔正手続の具体的な手続を要求するに、判例変更がなす限り手続の過剰が是正されなす可能性が高くと主張する。その J. Mashaw は、一九七〇年代以降の法令および行政実務における手続整備の状況に照らして「きつ」適正手続として知られた手続の拡張を求める余地を原則的に否定し、

明文では書かれていない事前聴聞を法律に読み込むなど、法令の解釈で対処すればほとんど十分だとの結論を示した(邦文による紹介としては、松井茂記・アメリカ法 [1987-2] 三〇三頁以下がある)。この著名な書物は、適正手続が働く余地を現状では極めて限定するが、この点への反論はあまり見られない。例えば、同書に批判的なコメントを示す G. Robinson, E. Gellhorn & H. Bruff, *supra* note 2, at 703 及び Diver, *The Wrath of Roth*, 94 Yale L. J. 1529 (1985) 等、同書の結論自体は問題としない。また、代表的な教科書 (E. Gellhorn & R. Levin, *supra* note 2, at 234-36.) は、Mashaw の説に同調している。

(11) Reich は、"The New Property" 論文(1970)の解題の中で、補助金・公的扶助・公務員への採用などを例に挙げ、それらの government benefits の授与または拒否を通じて個人の自由が実質的に制約されていくか、と述べる。See *The Most-Cited Articles from the Yale Law Journal*, 100 Yale L. J. 1449, 1466 (1991). マットの government benefits は、彼が現状より一層強い保護を主張する対象を指している。

一 判例における一般的判断枠組み

合衆国憲法修正五条・一四条における適正手続条項は、何人も法の適正手続によらないで生命・自由 (liberty) または財産 (property) を奪われない、と定める。この条項が行政手続にも適用されること自体を疑う者は、未だかつて存在しないようである。ただし、近時の判例は、へある行政決定によって私人の利益が制限または剥奪されるとしても、その利益が適正手続条項にいう liberty または property に該当しなければ、直接憲法に基づく手続的保護は及ばないとする定式を確立している。⁽¹⁾ ここにいう liberty または property は、以下の判例で説明するように、我々が「自由と財産」という言葉から連想するものとは甚だ異なる。判例は、事柄の性質上、既存の法令上の手続が当事者から不満とされた事例に関わるが、その多くは、政府給付または受刑者の処遇をめぐる事例である。

(一) リーディングケースは、州立大学教師の地位が問題となった、Board of Regents of State Colleges v. Roth, 408 U. S. 564 (1972) (以下、Roth判決) である。州立大学教師に関する州の法令は、雇用の継続が四年を越えた者と、それ以外の者とを区別して、前者については勤務成績が良好で非行のない限り免職されないなどの身分保障を定める反面、後者については一年契約による試用期間中とし、更新拒否に際して理由の提示は必要ないこと、争訟の機会は何ら保障されないことを規定していた⁽⁵⁾。原告の Roth 氏は、一年契約の助教授として新規に雇用されたが、期間の終了に先立ち、契約更新を拒否するとの決定を通知された。その際、法令の規定通り、理由の提示すら行われなかった。原審の判決は原告の請求を認め、拒否理由の告知と聴聞の実施を大学側に命じたが、最高裁は原判決を破棄した。すなわち、法廷意見によると、「修正一四条の適正手続条項にいう“liberty”および“property”の文言には、適当な意味が与えられなければならない」(Id. at 572)。liberty に関していえば、本件では、原告の不誠実または反倫理性を理由に示して拒否決定がなされて彼の社会的な名誉が侵害された、という事情はない。また、州立大学の別の部門に雇用されることは禁じられないなど、拒否決定により、将来別の雇用機会を利用する自由が妨げられるわけでもない。「一つの仕事で再雇用されなくとも以前と同じく別の仕事を探す自由があるのに、人が“liberty”を奪われたというのは、“liberty”概念をあまりにも拡張している」(Id. at 575)。次に、「人が「政府による」給付に対して property を有するためには、給付への抽象的な要求または願望を越えるものを持つべきことが明らかである。彼は一方的な期待を越えて、給付への正当な権利 (entitlement) ⁽⁶⁾ を持たなければならない。……もちろん、property の利益は、「合衆国」憲法によって創出されるのではない。その利益は、州法のような「合衆国憲法とは」別個の源から生じる、既存のルールまたは「当事者間の」了解——すなわち、一定の給付を保障し、それらの給付への権利主張を支えるルールまたは了解——によって創出され、かつ、範囲を決定される」(Id. at 577)。ところが、州の法令は次年度の再雇用

について何も保障していないのであるから、原告は再雇用に関する権利主張をなしえず、従って、大学当局に適正手続を要求するに足る property を有しない、と。最高裁は以上のように述べ、以後の判例と合わせ、政府給付にはなお必ずしも憲法上の手続的保護は及ばないとする判断を確立している。

(二) この Roth 判決で既に示されたように、適正手続条項にいう liberty と property は、近時の判例では、別種の法的利益として捉えられている⁽⁴⁾。身体の自由のように、法令の規定をまたず憲法により当然に liberty として適正手続の保護を受ける法的利益がある反面、政府給付を享受する法的利益は、property の一種とされ、かつ、法令の規定によらなければ存在しえないものとされる⁽⁵⁾。これに対して、法令とは別個の体系をなし、法令に先立って存するコモンローにより認められた権利、特に私人間の契約上の権利と所有権とは、判例上、liberty ではないが、法令によって否定されていない限り当然に property として適正手続の保護対象となっている⁽⁷⁾。これらの伝統的な property とは異なり、政府給付を受ける利益は、これを実体的に一定程度保護する法令がなければ、property と認められていないのである。

それでは、法令の規定がどのようなものであれば、property の存在が認められるか。判例上、原告の property を基礎づけるとされた法令の一類型は、一部の公務員に及ぶ身分保障に関する規定で、(正当事由 (cause) なくして免職されることのない) 旨の条項である。例えば Cleveland Board of Education v. Loudermill, 470 U. S. 532, 538-39 (1985) は、メリットシステムの下にあつて正式採用を経た職員に関し、(勤務成績不良または職務命令違反その他の不行跡がない限り免職されない) とする州の法律により、それらの職員は雇用の継続について property を有し、従つて免職処分は property の剝奪となる、と判示する⁽⁸⁾。また、正当事由の存在を公立学校学生に対する不利益処分の要

件とする法令も、同様に判断されている。すなわち *Goss v. Lopez*, 419 U. S. 565, 572-74 (1975) は、無償の公立高校教育制度を定立する州の法律が、公立学校長は、非行を理由に退学または一〇日以内の停学の処分をなすことができる」と定めることから、生徒が教育を受ける権利 (entitlement) を property として認め、短期の停学であっても公正な手続なしには許されないとする。なお、この *Goss* 判決は、非行を理由とする停学が記録に残され、それが教師や他の生徒との関係を損ね、さらに将来の高等教育および就職の機会を阻害することをもって、liberty の剝奪であるとも判示している (419 U. S. at 574-76)。政府給付の制限を liberty の侵害と認めた先例は、これだけのようである。

property を基礎づける別のタイプの法令は、社会保障の分野に見られる。公的年金や公的扶助がどのような基準によつて property と判断されているのか、最高裁判決にはほとんど説明がないが、最近の下級審判決には基準を明示する例がある。Mallette v. County Employees' Retirement System II, 91 F. 3d 630, 635 (4th Cir. 1996) は、条例で定められた自治体職員年金の受給権を property と解するにあたり、次のように述べる。「条例は、ある職員がその具体的な要件に合致する場合、行政機関が給付を拒否する裁量、または別の給付要件を適用する裁量を認めない。……条例は、行政機関に対して義務的な文言を用いている。すなわち、要件に適合する者は給付を『与えられるものとすべし』(“shall receive”)」と。ホームレスに仮の住居を提供する福祉措置に関わる Washington Legal Clinic for the Homeless v. Barry, 107 F. 3d 32, 36 (D. C. Cir. 1997) は、問題の給付を property と認めなかったが、property かどうかの判断基準については同旨である。すなわち、「ある特定の法律が憲法上「適正手続により」保護される property を創出しているかどうかを決定するにあたり、我々は、法律またはこれを施行する規則が行政機関の裁量を実体的に制約しているかどうかを問う。……法律または規則が行政機関の裁量を制約するのは、それらが明示の義務的な文言、つまり、規則の実体的要件が充足している場合において特定の結論を出すよう行政機関に明確に命じる文言を含んで

いるときである」と。¹⁰この二つの判決が、法令上の要件の認定に関する行政裁量をどの程度肯定または否定する趣旨なのか、なお明らかでないが、¹¹社会保障領域での最高裁判決を説明できることは確かである(それらの最高裁判決については、後に四・五の章で触れる)。

(三) 近時の判例によると、ある行政決定によって何らかの liberty または property が制限または剝奪される場合、そこで何が適正手続か、言い換えると、何が憲法上の最低限度として要求される公正な手続かは、最終的には、裁判所によって判断される。

すなわち裁判所は、問題の行政決定に関わる私益と公益、および、既存の手続が誤って liberty または property を奪う危険性の程度(ひいては、別の手続がその危険を減じる可能性の程度)を総合的に衡量して、既存の手続の合憲・違憲を判定する。¹²その際、「適正手続のルールは、真実発見を目的とする「既存の」手続が一般的な事例に適用された場合に誤りを生む危険度いかんで決定される。稀な例外に適用された場合の危険度は、関連性がない」。¹³例えば、Walters v. National Association of Radiation Survivors, 473 U. S. 305 (1985) は、退役軍人に対する補償給付に関する申請や審査請求における弁護士報酬を一〇ドル以下に制限する法律が、弁護士への依頼を実際上不可能としているとする、原告側の違憲の主張を退けた。原告らは、軍務により放射線を浴びたことに起因する障害を立証するには弁護士代理が不可欠と主張したが、法廷意見は、原告らのケースは退役軍人局が扱う膨大な事例のごく一部にすぎないと指摘した上、弁護士依頼を自由化すると手続がいたずらに複雑なものとなり、受給権者全体にとって却って不利な状況が生まれるのはほとんど疑いない、と述べる。このような利益衡量の仕方は、立法者が特定の行政手続について行う政策判断の仕方と似通っている。そのため、立法者またはその委任を受けた行政機関が提供している既存の手続の合憲性

に關し、裁判所は最終的な審査権を留保するとはいえどこまで自らの判断を優越させることができるのか、問題とされる余地がある⁽¹⁴⁾。

もつとも、近時の判例によると、緊急に処分を發動すべき強い公益上の要請があるとき⁽¹⁵⁾、または実体的に違法な事実行為について事後の損害賠償によるコンロー上の救済の保障があることにより、その行為が事前手続を欠いてもなお全体としては適正とされる⁽¹⁶⁾ときの二つに代表される例外を除くと、既存の liberty または property が制限または剝奪される場合、それに先立ち、いかに簡略であれ何らかの意見陳述の機会を相手方に保障することが、適正手続の要請である。右に見た退役軍人給付の事例は、一部の原告を除いて申請に対する処分に関わり、処分に先立つ意見聴取の要否は、争点とされていない⁽¹⁷⁾。少なくとも既存の法的利益の制限または剝奪に関する限り、原則として何らかの事前手続が要求されるのである。次章以下に示す例の他、先に挙げた GOS 判決は、この原則を示している。判決は、速やかに停学処分を發動させる必要性および事前手続に伴う学校側の負担に配慮しながらも、「誤った判断を下さないよう、生徒に彼の非行について伝え、彼の言い分を語らせる意思疎通の試みを、懲戒権者が全くしなすべし、学校における懲戒制度として奇妙であろう」(419 U.S. at 580)として、「生徒に口頭または書面で「停学」処分の原因となる事実を告知し、彼がその事実を否定する場合には、学校側が得た証拠について説明し、あわせて彼の言い分を語らせる機会を保障すること」(Id. at 581)を原則的な適正手続と解した。その例外は、問題の生徒を直ちに学校から隔離しないと危険な場合であり、その際は、処分後できる限り速やかに告知・聴聞を行うことが適正手続である (Id. at 582)。また、同様の事前手続要請の原則は、Memphis Light, Gas & Water Division v. Craft, 436 U.S. 1, 19-20 (1978)でも肯定された。この判決は、電気事業を経営する自治体が住民に対して不払いを理由に供給を停止する措置に關し、料金請求書の誤りが少なくないことなどを理由に挙げ、停止前に異議を述べる機会があることを素人

の消費者たる住民が理解できるように告知すること、および権限ある職員に住民が異議を述べる話合いの機会を設けることを、適正手続として要求している。

ところが、Roth 判決が示したように、原告が liberty と property のどちらも有しないとされる場合には、そもそも適正手続としての手続的保護が及ばない。そして、政府給付に関する限り、property が無いのは、法令の規定が行政機関の裁量をあまり限定していない場合、つまり、裁量の広さが懸念される場合である。にも拘わらず適正手続が働かないのは矛盾した事態だ、という批判があるのは、もつともである。以下では、政府給付の主要な領域を個別に取り上げ、適正手続不適用の判断はどの場面でお認められているのか、また、その判断を支える法理はどのようなものかを検討したい。

(1) この定式の下で審査される行政決定は、日本法における行政行為または行政契約の締結拒否もしくは解除に相当する行為である。わが法規命令の定立に相当する rulemaking に関しては、別の系列の判例により、何らかの職権が適正手続として要求される余地はないとされてゐる。See *United States v. Florida East Coast Railway Co.*, 410 U. S. 224, 244-46 (1973).

(2) 能力の実証を基礎に任用される職員の分類として、試用期間中の者と正式採用以後の者との明確に処遇を分ける仕組みは、連邦公務員法にも見られる。佐伯「アメリカ公務員法における不利益処分」*姫路法学* 一一号三頁以下(一九九二)(以下本稿では佐伯・不利益処分(一)として引用)を参照。

(3) entitlement を権利と訳することは、本来、望ましくない。この語は、Reich, *Individual Rights and Social Welfare*, 74 Yale L. J. 1245, 1255-56 (1965) の 'new property を享受する法的利益を意味する言葉として最初に用いられた' Reich と必しもイコールをなすを同じくしなからせず、広く流布することとなった。See *The Most-Cited Articles from the Yale Law Journal*, 100 Yale L. J. 1449, 1466 (1991)。一九六〇年代の半ばにあつては、「はじめに」で触れたように、right に当たらない privilege の制限は適正手続は及ばないとする理論が、判例上まだ完全には否定されていなかったもので、この意味での right と混同されないよう Reich は

別の言葉を用いたものと推察される。しかし、現在では entitlement と right を相互交換的に使う例があり (See, e.g., Connecticut Board of Pardons v. Dumschat, 452 U. S. 458, 467 (1981) ; Mallette v. County Employees' Retirement System II, 91 F. 3d 630, 636 (4th Cir. 1996).) また、他は適当な訳語がないので、本稿では権利と訳す。

(4) Monaghan, *Of "liberty" and "property"*, 62 Cornell L. Rev. 405, 409 (1977) 45; Roth 判決以前の最高裁判決は liberty と property を区別せず、一体として捉えていることを指摘する。

(5) See, e.g., Meachum v. Fano, 427 U. S. 215, 224 (1976) ; Callender v. Sioux City Residential Treatment Facility, 88 F. 3d 666, 668 (8th Cir. 1996). ただし、受刑者に残された liberty に関する限り、憲法自体からは認められず法令の定めによって創出されるこの法理については、この二つの判決の他、後掲注(10)を参照。

(6) ただし、稀な例外として、法令ではなく契約によって property が創出されることもある。この点は、後述の三の(1)で触れる。

(7) Brock v. Roadway Express, Inc., 481 U. S. 252 (1987) 44; 道路運送事業に従事する労働者が法律上正当と定められた内部告発(事業が法令の安全基準に従っていないという申立て)を行い、それ故に解雇されたとの疑いに基き、労働省の権限ある機関が使用者に対して仮の復職を命じた事例である。この判決は、使用者が契約の定める事由を主張して解雇する権利を property と認め、問題の命令処分は適正手続の制約を受けなかった (*Id.* at 260-61)。また、Parrat v. Taylor, 451 U. S. 527, 529 n. 1 (1981) 44; 受刑者の所有する二三ドル五〇セント相当の物品が、監獄職員が過失により紛失したものを property と認めた。

(8) この判決については、後に三の(1)でも触れる。

(9) 退学処分に関して法令がほとんど要件を限定していなかった事例については、後述の三の注(20)で触れる。

(10) 以上二つの裁判例が主に依拠する最高裁判決は、受刑者の処遇をめぐる一連の先例である。すなわち、受刑者については、身体の自由に対する強い制限が既に合憲的に行われていることから、仮出獄の拒否や別の刑務所への移送など、受刑者に不利益な措置であっても、それは直ちに liberty の制約とはならない。liberty の制約があるというためには、さらに、刑務所を管理する機関の裁量行使に法令上何らかの実体的な指針があるだけでは不十分で、その法令は、(一)義務的な文言を用い、法令上の要件充足に応じて受刑者に有利な特定の結論を命じているか、または、(二)不利益な措置の要件を限定して定めているものでなければならぬとされている。他の先例の整理も含め、Kentucky Department of Corrections v. Thompson, 490 U. S. 454, 460-65 (1989) を参照。なお、受刑者による訴え提起の激増に対応して(近年は年間約二万五千件に及ぶといふ)、最近の最高裁判決は、liberty の範囲を

ならん制限する基準を示さざるが、同じく禁止せらるべきならん。 See Sandin v. Conner, 115 S. Ct. 2293 (1995); K. Davis & R. Pierce, *Administrative Law Treatise* §9. 4, at 182-84 (3d ed. Supp. 1996).

(11) 実質的証拠法則が働く場合、要件事実の認定の局面において司法審査との関係で裁量の余地があるのは疑いなし。

(12) See Mathews v. Eldridge, 424 U. S. 319, 335 (1976). 一連の判例における利益衡量の仕方を検討するものとして、牛嶋仁「合衆国における公正な行政手続 (一)・(二)・(三)」法學新報九九巻九・一〇号二六七頁(一九九三)、同九九巻一一・一二号二二五頁(一九九四)を参照。

(13) See Mathews v. Eldridge, 424 U. S. at 344.

(14) See, e. g., Note, *Government Promises and Due Process*, 77 Va. L. Rev. 1053, 1063 (1991); E. Gellhorn & R. Levin, *Administrative Law and Process* 234-35 (4th ed. 1997).

(15) 次章IIのDと触れ、Barry v. Barchi判決を参照。

(16) Ingraham v. Wright, 430 U. S. 651 (1977)では、公立学校生徒に対する軽度の体罰実施に関する適正手続が問題とされた。本判決は、身体 of safety の liberty の一種と認め、誤解に基づく体罰が行われる危険性は高くないとして、誤解または行き過ぎの故に違法な体罰が実際に行われることがあっても、その場合には後に教師に対する損害賠償請求(ときには刑事訴追)がなされることにより、適正な救済が保障される。また、体罰に事前の意見聴取を要求すれば、伝統的に適法かつ有意義とされてきた軽度の体罰を抑止する可能性が高くと判示した。

(17) 給付の停廃または減額と異なり、申請拒否が property の制約と評価されるかどうかは、最高裁判決においては未解決の問題である。 See *National Association of Radiation Survivors*, 473 U. S. at 320 n. 8.

(81) See Hertz, *Parallel Universes: NEPA Lessons for the New Property*, 93 Colum. L. Rev. 1668, 1703 (1993); Comment, *The Due Process Approach to Administrative Discretion*, 95 Yale L. J. 1017 (1986).

二 営業ライセンス

(一) 営業に関するライセンス (license) は、連邦の行政手続法 (A P A) ではわが登録許可および (古い用語法にいう) 公企業の特許に相当するものを広く指す⁽¹⁾。州法による営業規制の分野でも用語法は同様である⁽²⁾。そして、連邦法律においては一般法たる A P A に加えて個別の営業規制に関する法律による手続規定が整備されているためか、適正手続としての手続の問題が論じられることは、ほとんどないようである。これに対し、憲法改正による禁酒法導入の経緯⁽⁴⁾を背景に、州法に基づく酒類販売免許の取消は適正手続の保護を受けない⁽⁵⁾とする裁判例がかつて見られたなど、営業ライセンスについての適正手続の問題は、主に州法上の規制に関わってきた⁽⁶⁾。

もつとも、営業ないし職業を適法に継続する資格を *property* と認めることには、近時ほとんど争いがなく、他の政府給付と比べて判例・裁判例の数も少ない。最高裁判決としては、*Barry v. Barchi*, 443 U. S. 55 (1979) がある。本件では、州の法律は、競馬調教師の免許およびその取消・停止の要件を行政委員会規則の定めに委任し、規則は、競馬法令違反の不正行為への関与などを取消・停止の要件に掲げ、あわせて、レース後の馬から薬物が検出された場合につき、受け持ちの調教師の責めに帰すべき不正行為が行われたものと推定する旨規定していた。原告たる調教師は、薬物検出の結果、一五日間の免許停止処分を受けたが、推定を覆す主張をなすための聴聞の機会は、法律上、異議申立ての段階で初めて設定されていた。判決は、本件の免許停止に関わる法令の要件が、薬物の投与について調教師に少なくとも過失があることに限定されていると指摘し、原告が免許について *property* を持つのは明らか、と判示する⁽⁷⁾ (*Id.* at 64)。そして判決は、競馬の公正さへの信頼を確保する重要な公益のため、州の機関が検査結果の報告

をひとまず相当な根拠として緊急に停止処分を発動することは合憲としたが、他方で、処分の発動後に速やかな聴聞によって争点を解決することは原告の個人的利益と公益のどちらにも適うとして、本件では聴聞が処分以後速やかに実行されなかった点だけは適正手続違反である、と述べた。下級審の裁判例では、検眼師に対する懲戒としての資格取消に関する *Marler v. Missouri State Board of Optometry*, 102 F. 3d 1453, 1456 (8th Cir. 1996) が、「ミズーリ州法の下、原告は検眼師ライセンスについて property の利益を有していた」との一文で論点を処理している。

(二) しかし、営業ライセンスの分野でも、property の存在を否定する裁判例は、なお散見される。

一つの例は、賭博に関する営業規制に見られる。 *Jacobson v. Hannifin*, 627 F. 2d 177 (9th Cir. 1980) では、破産して免許税を滞納したためにライセンスを失効させたカジノ経営者が、再建後のカジノでなお建物の所有者に留まる計画を州の行政委員会に許可されなかった事実で、適正手続違反の主張が失当とされた。すなわち、「ネヴァダ州の賭博規制法律は、賭博委員会が『合理的 (reasonable)』と思想するいかなる事由によっても申請を拒否する完全かつ絶対的な権限』を有する、と定める。……委員会の権限行使に課せられた実体的制約は、決定は合理的たるべしという要件だけである。……この広範な裁量は、州の創出にかかる保護されるべき property の利益を原告に否認する」 (*Id.* at 180)。と。また、右の判決に引用されている先例として、 *Medina v. Rudman*, 545 F. 2d 244 (1st Cir. 1976) がある。この事件の原告は、犬レースの興業許可を既に得ている会社の株式を取得して新たに経営に参加することを許可されなかった。控訴裁判所は、関連する法律が「委員会が法令の要件すべてを満たす者に対して許可をなすことができる (may) くと規定することから、委員会は許可を任意に (at will) 拒否する裁量を有する、と判示する。さらに判決は、実質的な理由づけにも触れ、問題の興業を営む利益は、州法の内容に関わりなく合衆国憲法上の liberty と評価され

るべき「基本的」または「自然的」な権利であるとはいえない、と述べる。

次に、特定分野での営業規制の根本的変革に関わる例として、*Sanitation and Recycling Industry, Inc. v. City of New York, 107 F. 3d 985 (2d Cir. 1997)* がある。ニューヨーク市は、従来から、事業活動に伴う廃棄物についてはすべて各事業者が民間の廃棄物処理業者と契約して処理するよう義務づけている。ところが、同市で莫大な量の廃棄物を扱う業界は、暴力的集団に仕切られ、顧客たる事業者が処理業者を選択することや処理業への新規参入は事実上不可能な上、水増しの料金請求が常態となっていた。市は警察・検察による捜査・起訴を契機に条例を改正して即日施行し、廃棄物を事業者から収集・処理する営業を強化されたライセンス制に服せしめ、経過措置として、新しいライセンスを申請した既存業者については申請に対する処分まで営業を認めることとした。市産業廃棄物委員会がライセンスを拒否することができる (may) 要件は、(一)申請人の善良な性質の欠如であり、その判断のためには、現に刑事訴追中かどうか、過去の犯罪歴、犯罪者集団との関わりなどの諸事情が考慮されなければならない(ライセンス拒否の処分のためには、聴聞が必要である)。市産業廃棄物委員会は、新たなライセンスを発給する際、処理業者が自己から独立した監査人を置くこと、およびこれを通じて財務ないし業務内容を定期的に報告することを条件に付すことができる。また、事業者は、条例の施行から四五日経過した後は、既存の契約を原則として任意に解除することができる。また、(一)市産業廃棄物委員会は、既存の処理業者の申請に基づき(二)諸事情を勘案した上で条例の目的に反しないと認めるときはその裁量により契約の解除を認めないことができる(三)こと、(二)先の四五日の間に同委員会から新たにライセンスを得た処理業者は通常の契約法によって保護されること、などがあわせて規定された(実際には、後者にいう早期のライセンスを得た処理業者はなかった)。原告の廃棄物処理業者らは、条例の執行差止訴訟を提起し、監査人の付帯を命じる決定および契約解除を不承認としない処分について条例が事前の聴聞を規定していないことなどに関し、

違憲性を主張した。判決は、まず、契約解除からの保護について、「[委員会]の広い」裁量の存在は、正当な権利 (entitlement) の主張を排除する」(74, at 985) として property を否定した。次に判決は、「委員会はライセンス申請の可否についても広範な裁量権を与えられており、このことは、原告がライセンスに対する権利 (entitlement) の存在可能性を証明することを不可能にする。……この証明がなければ、将来のライセンス一般に関する保護された property を原告らに有しない。まして、条件付きでないライセンスについてはそうである」(74) と。

最後に、法律が特定の作用を本来国に留保している例がある。連邦航空法の規定によると、パイロットの資格検定試験は、連邦航空庁の機関が行う他、連邦航空庁長官の委託を受けた私人も実施することができるが、長官は、「この委託を何時にもいかなる理由でも取り消すことができる」(49 U. S. C. § 44702 (d)(2))。また、長官が法律の委任を受けて制定した規則は、委託の期間を一年とし、「長官の裁量によりなお一年更新することを妨げない」と規定する。Fried v. Hinson, 78 F. 3d 688 (D.C. Cir. 1996) では、約三〇年委託を受け続けていた原告が、更新拒否の処分を争った。裁判所は、「これらの「法令」の規定は、行政機関が適切と思量する限りでパイロット試験員が仕事をこなせることを強調している。……同様に、原告は更新について正当な liberty の利益も有しない。連邦航空庁は、更新拒否の事実とその理由のどちらも公表していない。また、更新拒否は、原告が他の広い範囲にわたる政府の職に就くことを自動的に妨げるものではなく、原告が彼の専門的技術を利用することを実質的に不可能とするような不名誉ともならない」(74, at 692) と判示した。⁽⁹⁾

property の存在は法令による承認に依存するという命題は、以上のように、営業ライセンスの分野でも利用されている。憲法上本来的に営業の liberty があるという命題は、今世紀初頭からニューディール初期までに労働者保護立法や経済規制立法を違憲とした古い最高裁判決を想起させること、そして、法令の現状から見えてさしあたり議論の実

益がなからずから、判例・裁判例では語られていない。⁽³¹⁾

- (1) 5 U. S. C. §551(8).
- (2) See R. Cass, C. Diver & J. Beermann, *Administrative Law* chap. 7, Licensing (2d ed. 1994). 邦文では園部逸夫『行政手続の法理』第六章「行政許可の法理」(一九六七) 初出(一九六六)を参照。
- (3) A P A の規定では、5 U. S. C. §554(d), 556(d), 557(b)&558(c)を参照。教科書やケースブックでは、通信法に基づく放送局設置ライセンスの拒否をめぐる判例が、聴聞に関する個別法の解釈の例に挙げられることとなる。See, e. g., E. Gellhorn & R. Levin, *Administrative Law and Process* 246, 285 (4th ed. 1997); R. Cass et al., *supra* note 2, at 869-83.
- (4) U. S. Const. amend. XVII.
- (5) S. Breyer & R. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy* 710-11 (3d ed. 1992) は、比較的新しい例として一九六九年の裁判例を引用している。
- (6) See, e. g., Note, *Due Process Limitations on Occupational Licensing*, 59 Va. L. Rev. 1097 (1973); Byse, *Opportunity to be Heard in License Issuance*, 101 U. Pa. L. Rev. 57 (1952).
- (7) 取消・停止の要件としては、関連条項の最後に「その者の経験・性格・適正に照らして、競馬に関与させることが「公共の利益・便益」に必要または競馬一般の最善の利益に適合しないこと」という包括的なものが入っている。See 443 U. S. at 59 n. 7. この要件と property との関わりについて、裁判所がどう判断するかは、次の本文(II)の裁判例と対比するとなお明らかではない。ただ、本件ではこの要件は処分理由に挙がっていないこと、この要件の前に具体的な要件が列挙されていること、および本件は申請拒否の事件ではないことからすると、本判決の立論が今後修正される可能性は小さいと思われる。
- (8) 実際には不許可に先立って聴聞が行われており、適正手続違反の主張の内容は、判決文からは明らかでない。
- (9) 本判決は、傍論で、試験員としての委託は行政手続法(A P A)上の license に当たらないのではないかと述べる。See 692 F. 2d at 692. もし該当しないとすると、本判決はむしろ、次章で扱う身分保障のない公務員の例とあわせて触れるのが適切なことになり得る。

(10) 管見の限りでは、賭博に関する例として先に挙げた *Medina* 判決が傍論で「通常の職業を営む権利」が「基本的」な *liberty* であると解する余地を否定しないことが目立つ程度である。See 545 F. 2d at 250-51. 学説では *Williams, Liberty and Property: The Problem of Government Benefits*, 12 J. Leg. Stud. 3, 31-34 (1983) が「職業遂行に必要なライセンスは *property* よりむしろ憲法が本来的に保障する *liberty* に関わる」と主張する。

三 公務員の地位

(一) *Roth* 判決 (前記一の(一)) と *Loudermill* 判決 (前記一の(二)) が示すように、現在の判例では、地位の継続について *property* を有する職員、すなわち法令に実体的な身分保障の規定がある職員と、それ以外の職員が明確に二分されている。⁽¹⁾ 前者の職員は、「事実関係が明らかである場合でさえ、免職の妥当性または必要性は明らかでないかもしれない。そのようなときには、処分権者の裁量の行使に有意義な影響を及ぼす機会は、処分の発効前だけとなる可能性が高い」(*Loudermill*, 470 U. S. at 543.) ことなどから、免職処分前に適正手続として「処分の原因となる事実の口頭または文書による告知、処分権者側が有する証拠についての説明、および職員の側から言い分を提示する機会」(*Id.* at 546.) を与えられなければならない。その反面、後者の職員の免職処分には適正手続の適用がなく、理由の提示さえ憲法上は必要がない。⁽²⁾

このような区分は、アメリカ公務員法の特質に根ざすものである。合衆国憲法において、大統領の権限と職責に関する条項は、(i) 大統領が上院の助言と承認に基づいて任命する *Officer* の職として大使や最高裁判官などを挙げるほか、(ii) その他の *Officer* についても法律の定めにより大統領が上院の助言と承認に基づいて任命するものとし、さ

らに、(ii)「連邦議会は、法律により、適当と思量する下級の Officer について、任命権を〔上院の助言と承認なしで〕大統領のみに認めること、または司法裁判所または各省長官に認めることができる」(art. II, §2, cl. 2)と規定する。後の二つにいう Officer とは、判例では、〈法律がその職の創設、職責および任命について規定したものをいう〉とされている (Burnap v. United States, 252 U. S. 512, 516 (1919))。これ以外の職員の仕事に関する憲法の規定はない。そして、前世紀から今世紀初頭の最高裁により、まず、前記(ii)・(iii)にいう Officer の仕事に関して、〈憲法または法律に別段の定めがない限り、任命権者は当然に免職権限を有し、かつ、任意に免職をなすことができる〉と判示され、またこの原則は、前記(ii)・(iii)にいう Officer が任命する職員 (employee と呼ばれる職員) の仕事にも当然妥当するものとされた⁴⁾。もとより、憲法に身分保障の規定がある Officer は裁判官だけであり (art. III, §1)、他の公務員について免職を制限する法律は、スポイルズシステムが根強く残る今世紀初頭にはほとんど存在しなかった⁵⁾。以後、議会および裁判所は職員人事に対する規律を漸次強めてきたのであるが、それでも、後述する修正を除けば、現在でも「別段の立法がない限り政府職員の地位が任命権者の任意によって (at will) 剝奪されうることは、確立された法原則である」(Cafeteria & Restaurant Workers Union v. McKeefry, 367 U. S. 887, 896 (1961))。一九九四年の統計によると、連邦職員のうち、日本法にいう一般職に相当する競争採用職に属する者は約五六%であり⁶⁾、したがってメリットシステムの外にある職員は、今も相当数を占めている⁷⁾。

このように、合衆国憲法上、連邦職員の免職処分は法令が実体的な制約ないし根拠づけを置くことは必要ではない。また、そのような法令がない場合に裁判所が不文の法原則として示す裁量濫用基準は存在しない。州・自治体職員についても、裁判所の判断は同様である。州・自治体職員に関する各州の制度は様々であり、州憲法で〈法令による別段の定めがなければ職員は競争採用職に属する〉とする例があれば (Wallace v. Shreve Memorial Library, 97 F. 3d 746,

748 (5th Cir. 1996)。⁷ 州立大学教授の場合のような契約による明示の定めがない限り、公務員の雇用は雇用者たる州・自治体の任意 (at will) に従うとする州の例もある (Bunger v. University of Oklahoma Board of Regents, 95 F.3d 987, 990 (10th Cir. 1996))。property の存在は、連邦職員人事についても、連邦裁判所が長く関与を抑制してきた領域に適正手続を拡張するために必要な前提とされているのであり、⁸ まして、州・自治体の職員人事についてはそうである。原告の元警官に關し、州法の解釈を根拠に免職による property の侵害はないとした Bishop v. Wood, 426 U.S. 341 (1976) は、Liberty の侵害も否定して次のように判示し、理由の提示すら欠ける処分を適正手続違反でないとした。すなわち、「州は抑制されない裁量 (unfettered discretion) により身分保障を与えまたは与えないことができる」(426 U.S. at 349 n. 14)。⁹ 原告は上司による事実誤認を主張するが、「修正一四条の適正手続条項は、不正確な・または熟慮に基づかない人事上の決定から職員を保護するものではない」(Id. at 350) と。

なお、判例上、公務員は明示または黙示の契約に基づいて property を持ちうる¹⁰ことが認められている。しかし、連邦公務員法の領域においては、法律とは別に契約で property が創出される余地は疑問とされている。Carducci v. Regan, 714 F.2d 171, 177 (D. C. Cir. 1983) (Scalia, J.) は、そうでなければ「国民が公務員制度をコントロールするための手段を奪い、現職の行政官が協定で合意または禁止するところに職員すべての地位と身分保障を委ねるようになるう」という。この判決も連邦公務員の property について契約による創出可能性を全く否定したわけではないが (Id.)、実際に創出を認めた例はないようである。また、公務員法領域(州・自治体のそれ)以外で、政府給付について契約による property 創出を認めた例はない。¹¹

(二) Roth 判決などのように、免職または雇更新拒否についてまで適正手続を無縁とすることには、一部の学説の

批判がある。ある論者は、このような処遇は個人の尊厳的価値 (dignitary value) を否定するものだという⁽¹¹⁾。しかし、論者がその価値の保障のために *Robt* 氏に認めるべきとする適正手続は、理由の提示に尽きている。これを越える手続を要求すると、争いが大学の予算・人員に及びず悪影響、人事管理権者が不適切と確信しているのに既存のスタッフが入れ替えられずに残る危険、聴聞をしたところで主観的・相対的・総合的な能力評価に資する見込みが乏しいこと、などの弊害が明らかだという⁽¹²⁾。同じくリベラル派に属する別の論者は、より一般化して、「試用期間中の職員を正式に採用するかどうかの判断は、しばしば高度に個人的・主観的であって、適正手続の名の下に対審型手続を課すことの妥当性は疑わしい⁽¹³⁾」、と述べる⁽¹⁴⁾。

これらの学説の背後にあると考えられるのは、民間部門で、法令または労働協約もしくは個別の労働契約による制約がない限り認められてきた、コモンロー上の解雇自由 (at will) の原則である。すなわち、法令または協約・契約が別段の規律をしない限り、使用者は予告なく自由に解雇をなすことができ、その例外は、州により違いはあるが、近時の不法行為判例が認める若干の類型(例えば犯罪行為を命じる指揮命令に反した者に対する解雇などに限定されている⁽¹⁵⁾)。ある論者は一九七九年の統計を引き、全米の労働人口のうち約三分の二が、この原則の下で雇用されているという⁽¹⁶⁾。

「法と経済学」研究を唱道する有力な論者に至っては、民間労働者と公務員のどちらにとっても at will の処遇が効率的で望ましいとする立場から、公務員の地位を適正手続で保護することに反対し、現在の判例でも行き過ぎだと主張する。例えば *Posner* は、州・自治体職員に関し、その免職(解雇)をめぐる争いは州の契約法の規律に委ねるべきだと主張する。彼は、ある州が十分な身分保障を与えていないとすると、それは職員の賃金の上昇につながっているはずで、身分保障プラス賃金の抑制の方が却って低コストだと判断すれば州はそちらを選ぶことになる⁽¹⁷⁾。*Epstein* も、政府は雇用市場で民間企業と競い合っているので使用者たる政府には抑制が働くこと、手続による裏打ちも含め

た身分保障は無能な職員も保護して政府によるサーヴィスを劣化させる懸念があること、および法令による身分保障の進展を求める強い政治的圧力があることを理由に挙げ、裁判所は適正手続を通じた介入をやめるべきとする。¹⁹⁾

(三) 他方で、別稿で述べたように¹⁹⁾、近年の政府職員は合衆国憲法の実体的権利保障を通じて一定の身分保障を得ており、このことは、アメリカの公務員制度としては重大な変容といえる。専ら政治的事情による任免が許容されるスポイルズシステムの下では、職員の政治的自由が免職を制限する根拠とならないことは明らかである。政党加入の自由も含め、使用者たる政府との関係で憲法の実体的権利の保障を認めた判例は長らく登場しなかった。修正一条の保障する権利すなわち表現・信教の自由が免職を制限する——言い換えると、免職によってそれらの自由が違憲的に侵害される場合がある——ことは、一九六〇年代後半以降、ようやく判例の認めるところとなった。²⁰⁾ その発端は、*Pickering v. Board of Education*, 391 U. S. 563 (1968) である。本判決は、教育委員会の施策を批判する教職員組合の見解を高校教員が地方紙に公表したことを理由とする免職処分について (判決文には明示されていないが、処分を受けた教員は、州の法令上免職に正当事由を要する職員であったようである。 *Id.* at 566-67)、内部告発としての表現の自由が侵害されたことを認めた。また、前述の *Moore* 判決自身、原告による大学理事会批判が更新拒否の原因だとする主張は、上告審段階では未だ適切に提示されていない²¹⁾として、修正一条違反の有無については判断を留保している (408 U. S. at 574-575)。以後一九九〇年代までに至る判例により確立されたのは、州の法令上は免職を制限していない職員も含めて、免職が実体的に違憲となりうること——正当な内部告発に対する報復の他、例えば、政権交代により職務の効率性と関連なしに一律に野党支持の職員を不利益に扱うのは、修正一条違反であること——である。

政治的人事を原則違憲とする判断は、最高裁で法廷意見の票数と僅差の少数意見からは、メリットシステムの原則

的採用を連邦と州の立法者に強制するに等しいと批判されている⁽²¹⁾。しかし、前述のように、現在の法制度でも、メリットシステムの外にあって法令上の身分保障を受けない職員が少なくないのであって、彼らの場合、免職に適正手続は適用されない⁽²²⁾。それでも、免職に先立つ紛議で職員が種々「表現」を行うためか、連邦の下級審では、州・自治体職員の免職の違憲性(修正一条違反)が主張される事例は近年甚だ多い⁽²³⁾。連邦裁判所による、州・自治体職員人事への事後的関与は、ほとんど臨界点に達しているように思われる。propertyの判定を通じて適正手続の適用を限定する判例は、この点とあわせて認識・評価されるべきである⁽²⁴⁾。

- (1) Roth判決以後の最高裁判決については、佐伯・不利益処分(一)一六頁以下でも触れている。
- (2) もちろん、後者の職員も、法令に何らかの手続の定めがあればその遵守を求められることができ、各行政機関の内部規則も法令に反しない限り職員の手続的権利の根拠となる可能性がある。佐伯・不利益処分(一)一四頁以下参照。
- (3) See *Ex parte Hennen*, 13 Pet. (38 U. S.) 230, 258-60 (1839); *Shurtleff v. United States*, 189 U. S. 311, 314-16 (1903). 大統領自身が行う免職に関しては、法律の明文がその要件を限定する場合、法律が憲法の保障する執行権を侵害してはいないかどうか、問われるべきである。See *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U. S. 602 (1935). (独立行政委員会の委員にこそ、結論は消極)。
- (4) See *Keim v. United States*, 177 U. S. 290, 293-94 (1900); *Barnup*, 252 U. S. at 515.
- (5) メリットシステムの漸次的導入を図った一八八三年のペンデルトン法も、競争採用試験を経た職員は政治活動を拒否したとしても不利益処分の対象とされてはならない旨規定していたにすぎない。免職その他の不利益処分に関して一般にそもそも法令の規定がなく司法審査もあまり働かない状況が、ペンデルトン法以来、徐々に変化していった過程については、佐伯・不利益処分(一)八頁以下を参照。なお、ペンデルトン法以前に免職事由の制限をなしていた特別法の例としては、*United States v. Perkins*, 116 U. S. 483 (1886) を参照。
- (6) See P. Ingraham, *The Foundation of Merit* 33-34 (1995); D. Kettl, P. Ingraham, R. Sanders & C. Horner, *Civil Service Reform* 17 (1996). 「われわれは、メリットシステムの外にある連邦職員の比率は、ニューディール期を除くと前世紀末から増加

- 傾向にあったが、一九六〇年頃をピークに減少へと転じ、一九九四年にはニューディール期の水準に戻っている。もっとも、連邦公務員法では、政策決定に関与する者を除いて退役軍人たる職員は採用方法に関わりなく優遇措置として身分保障を受けるため、一九九四年の時点で、免職に適正手続を適用されない職員の比率は、多くとも三割を越えないであろう。やや古い資料であるが、一九七〇年代半ばの全連邦職員のうち約半数を退役軍人が占めることの指摘につき、Campbell, *Civil Service Reform: A New Commitment*, 38 Pub. Admini. Rev. 99, 102 (1978) を参照。また、近時の連邦職員に関し、退役軍人の比率には触れないが類型別の概数を示すものとして、G. Robinson, E. Gellhorn & H. Bruff, *The Administrative Process* 647-48 (4th ed. 1993) を参照。
- (7) 現行法におけるメリットシステムの概念規定については、5 U. S. C. § 2301 を参照。もっとも、現行の法律上、メリットシステムの外にある職員の一部にも、競争採用職員と同等の保護(例えば人種差別的禁止や政治的行為の強要の禁止など、さらには一定の重い不利益処分に対する事前手続および事後の争訟の保障)が及ぶ。5 U. S. C. §§ 2302, 7511 (a)(1)(B) — (C) を参照。
- (8) 連邦の法令に身分保障の定めがなく連邦職員については、裁判例として *Garrow v. Gramm*, 856 F. 3d 203 (D. C. Cir. 1988) がある。原告は、国側の代理人として行政委員会に所属していた弁護士であり、職務命令違反を理由に免職された。判決は、懲戒免職の要件を定める法律が原告には適用されないこと、ただ一定の差別的禁止や正当な内部告発への報復禁止などを定める法律は原告の免職にも適用されることを確認し、後者の規定だけでは未だ、雇用の継続に対する正当な期待たる property は認められなると判示した。
- (9) Roth 判決は *Return to Work* された *Perry v. Sindermann*, 408 U. S. 583 (1972) を参照。本件が「はじめて」の注(一)で触れたように、州の職員の事例でもある。
- (10) See Washington Legal Clinic for the Homeless v. Barry, 107 F. 3d 32, 38 (D. C. Cir. 1997).
- (11) See J. Mashaw, *Due Process in the Administrative State* chs. 4-5 (1985).
- (12) See *Id.* at 210-11.
- (13) Monghan, *Of "Liberty" and "Property"*, 62 *Corn. L. Rev.* 405, 421 (1977).
- (14) Stewart & Sunstein, *Public Programs and Private Rights*, 95 *Harv. L. Rev.* 1193, 1262 n. 288 (1982) で、仮出獄の許可と公務員の雇用は広範囲にわたる諸事情のバランスを考慮を要する、適正手続の規律になじみなく領域などの判断を示す。
- (15) See, e. g., M. Rothstein & L. Liebman, *Employment Law* 882-954 (3d ed. 1994); Jung & Harkness, *Life After Foley: The*

Future of Wrongful Discharge Litigation, 41 *Hastings L. J.* 131 (1989).

(16) See Note, *Protecting At Will Employees Against Wrongful Discharge*, 93 *Harv. L. Rev.* 1816 n. 2 (1980).

(17) See R. Posner, *Economic Analysis of Law* 633 (4th ed. 1992). 類例の見解として、Note, *Government Promises and Due Process: An Economic Analysis of the "New Property"*, 77 *Va. L. Rev.* 1053, 1083, 1089 (1991) を参照。

(18) See Epstein, *The Supreme Court, 1987 Term — Foreword: Unconstitutional Conditions, State Power, and the Limits of Consent*, 102 *Harv. L. Rev.* 4, 71-72 (1988). at will の原則に対する論者の肯定的評価については、次のものを参照。Epstein, *In Defense of the Contract At Will*, 51 *U. Chi. L. Rev.* 947(1984). また、本文で見たものと類似の見解として、Williams, *Liberty and Property: The Problem of Government Benefits*, 12 *J. Leg. Stud.* 3, 31-34 (1983) を参照。

(19) 佐伯「アメリカ公務員法における政治的行為の制限」広島法学二〇巻二号二二六頁以下（一九九六）を参照。

(20) 本文で次に示す判決の他、前注の小論、佐伯・不利益処分(一)三頁、および同・不利益処分(二)姫路法学一三三号三九頁以下（一九九三）を参照。かつて特権理論が妥当していた領域で先駆的な判断を示した裁判例としては、*Dixon v. State Board of Education*, 294 *F.2d* 195 (5th Cir. 1961) があった。本件では、事実上白人専用とされていた公営レストランで、公民権運動の一環として利用を求めて退去を拒んだ黒人学生が、州知事の要望を受けた学長により（州立大学の学長に対し、知事は指揮監督権限を有していなかったようであるが）、退学処分を受けた。その際学生は、現下のアラバマ州立大学問題の故に退学とする、という通知を郵送されたのみであった。関連する州教育委員会規則は、非行および非行の扇動を退学の原因に例示するほか、「大学(college)での在学は、学生の親と大学の相互の同意に基づいている。……大学は、学生との関係が不快かつ困難となった場合、何時でも、以後その学生に対する教育上の責任を持つことを拒否することができる」と規定していた。控訴裁判所は、「この規定により学生が事前の告知・聴聞に対する適正手続の権利を放棄したものと解釈されてはならない」と判示し、手続の違憲ゆえに処分は取り消されるべきとした。現在の裁判所であれば、端的に表現の自由の侵害を認めないはずの事案である。See G. Gunther & K. Sullivan, *Constitutional Law* 1088-89 (13th ed. 1997). 他方で、現在の裁判所であれば、本件の規則の下で学生に property を認めない可能性は高い。なぜ、法令上身分保障のない職員に対する免職処分が修正一条違反となるおそれのある微妙な事案と見える場合、その処分が liberty の剝奪と評価されるのかどうか、人事管理権者が何らかの告知と聴聞を適正手続として行うべきかどうかは、判例上、未だ明らかでない。See *Waters v. Churchill*, 511 *U. S.* 611 (1994).

- (21) See *Rutan v. Republican Party of Illinois*, 497 U. S. 62, 93-94 (1990) (Scalia, J., dissenting). これは五対四の判決である。
- (22) 本文で注で既に引いた判決の他、例え多次のものを参照。King v. Hanover, 116 F. 3d 965 (1st Cir. 1997); Sykes v. City of Genry, Arkansas, 114 F. 3d 829 (8th Cir. 1997); Bailey v. Floyd County Board of Education, 106 F. 3d 135 (6th Cir. 1997); Cabrol v. Town of Youngsville, 106 F. 3d 101 (5th Cir. 1997).
- (23) 一九九三年に名称を改めて一号から再出発した連邦控訴裁判所判例集(F. 3d)は、一九九七年に至り早くも一〇〇号を越えたが、表現の自由侵害を主張する元職員的事件は、各号に平均二件ほど見られる。
- (24) E. Gellhorn & R. Levin, *Administrative Law and Process* 201-02 (4th ed. 1997) は、最高裁が公務員法の領域で適正手続の適用対象を限定する解釈を取っている原因として、連邦制から来る限界が現れていること、その反面で修正一条に関わる局面では実体的権利保障が拡張されていること、さらに、法令および団体協約制度による職員の手続的保護が進んでいること、の三点を挙げ、る。ただ、第一点と最後の点は、連邦職員には関連性がない。すなわち最後の点については、連邦公務員法令上、不利益処分要件の定めがない職員(すなわち適正手続の保護を受けない職員)に対しては、団体協約上の手続による保護も及ばない。前注(20)の佐伯・不利益処分(二)六〇頁、同・不利益処分(一)三五—三六頁を参照。