

犯罪前歴者に対する職業制限を克服するための法理

— アメリカ法の展望に関する覚書 —

福田 雅章

目次

- 一 はじめに
- 二 アメリカにおける職業制限の沿革
- 三 犯罪前歴者に対する職業制限
 - (一) 私企業への就職
 - (二) 公務員になる資格制限
 - (三) 免許資格の制限
 - (四) 職業制限に対する批判
- 四 職業制限を克服するための判例理論
 - (一) デュー・プロセス条項

- (1) 合理的関連性
- (2) 反証を許さない推定
- (3) 手続的デュー・プロセス
- (一) 平等保護条項
- (二) 市民権法
- 五 職業制限を克服するための立法論
- 六 おわりに

一 はじめに

(一) 犯罪前歴者に対する職業禁止または制限は、アメリカにおいても、日常の市民生活の確立された一部となっており、そのルーツは深く歴史に根ざし、法制度に反映している。そしてそれは、すでに「お勤め」を終え、少なくとも理論的には、社会に「お返し」を済ませた犯罪者に対して非常な苦難を強いている。⁽¹⁾ グレイザーの指摘を待つまでもなく、有罪の宣告を受けた者が、再び社会に適応するに際して、その最も大きな障害が彼等の経済的不安定ないしは失業問題にあり、それらが再犯の主要な原因になっていることは、すでに広く指摘されているところである。⁽²⁾ 人は建前はいざ知らず、本音の部分では、その者の職業が何であり、どの程度の収入かによって他人を評価している。また本人自身のアイデンティティもそれらとの深い関係の中で形成される。人は、その職業によってその者の人生がど

のような種類のものであり、どのような質のものであるかが決定されると言っても過言ではない。⁽³⁾ かくして、犯罪前歴者が再び社会に適応し、健全な市民としての道を歩むためには、収入の安定した職業に就き、それを通して、現実的にも経済的困窮から解放され、かつ心理的にも犯罪者アイデンティティの深化から免れることが不可欠だといえる。

本稿は、現代の形事政策思潮として社会内処遇の重要性が特に強調される中、犯罪前歴者の社会復帰を阻害する最も大きな要因となっている、犯罪前歴者の就職に際して加えられる法的障害ないしは制限を克服するための法理を、アメリカ法の中に探ってみることを目的とする。以下に見るごとく、この分野におけるアメリカ法の発展もきわめて遅々としたものであり、七〇年代を通してようやくその端緒に着いたと言える程度のものでしかない。しかし、そこには将来における変革の萌芽が十分に看取され、また多くの立法モデルはその変革を主張している。

(二) わが国においても、犯罪を犯して「有罪の確定裁判を受けた者」に対する資格制限は非常に多数に上っている。その数は、法律数で二四六件、資格数で五五四種にもおよんでいる。⁽⁴⁾ その他にも、例えば、「犯罪又は不正の行為があったこと」や「刑事事件により起訴されたこと」によって資格制限を課しているものもある。このような資格制限が「有罪の確定裁判を受けた者」に対していかに有害な影響を与えるかは、すでにその刑の執行を終了した者またはそれに相当する者の社会復帰に対してはもちろん、執行猶予や仮出獄中の者の社会内処遇に対しても決定的なものとなっている。せっかく執行猶予を受けても、前職を失うことによってその更生保護の途が大きく妨げられ、またせっかく本人にとって適職であるにもかかわらず、法令上の資格制限のゆえに「適職確保」とその訓練が実現されえないといった事態が生じる。⁽⁵⁾

このような状況の中でわが国においても、たとえば改正刑法草案七〇条が「裁判所は、刑の執行猶予を言い渡す場合において、必要と認めるときは、刑に処せられた者に対する人の資格制限に関する法令の適用を排除する旨の言渡

をすることができると定める等、変革への萌芽が見られる。しかし、本規定の場合にも、一定以上の重さの「刑に処せられた者」が個別法規によって一律に資格制限されるのは当然だという前提に立脚して、その上で、「必要と認めるとき」にのみ個別的にその制限を裁判官の裁量によって解除するに止まり、原則と例外が転倒している。資格制限の根拠が、かつてのように市民としての名譽の剝奪にあるのではなしに、「資格を持つこと」によって犯罪を反覆し、その他社会に害を与えるおそれが強い場合に限るべきだ」とする点にあるとするならば、個々の犯罪者の再犯の危険性と問題になる資格との間に直接的・具体的な関連性が認められない限り、資格制限を課してはならないということになるはずである。そうであれば、改正刑法草案の規定とは逆に、犯罪者は単に「刑に処せられた」というだけでは、刑種や刑の重さによって「一律に資格を制限されることはない」という原則（資格享受の推定）こそまず最初に確認されるべきであって、資格制限が許されるのは、例外的に、個々の犯罪者の再犯の危険性と「資格」との直接的・具体的な関連性が「適正な手続」によって確認された場合に限られるはずである。もっとも、資格制限の根拠を右のように再犯防止のための保安処分だけに限定するのが妥当かどうかについても未だ意見の一致が見られていないわけではなく、いずれにしても資格制限の根拠を含めて、現代社会における資格制限の刑事政策的意義・機能を問い直し、現行法令の規定する複雑かつ夥多におよぶ資格制限のあり方を法的・実証的・歴史的視点に立脚して総合的に整理・分析し直すことは、焦眉の急として求められているところである。

(三) わが国における資格制限規定の変改を求める動向を象徴するものとして、最近、雇用関係存在確認等請求事件に係わる神戸地裁昭和五九年二月一日第二民事部判決が下された。本件においては、結局、原告の請求は棄却されたが、資格制限の合憲性が本格的に法廷で争われたわが国における最初の事件として、本件の有する意義は誠に大きい。本件は、兵庫県立図書館に七年半にわたって勤務していた職員が、本採用後四年七カ月目に、過去の学生闘争事件

に關連して懲役一〇月、執行猶予二年の確定判決を受けていたことが判明し、地方公務員法二八条四項、同一六条二号により、判決確定日付で法律上当然に失職した旨の通知を交付されたことに対して、雇用關係存在確認の請求を申し立てていたものである。原告は、地公法の右条項による自動失職制度の合憲性について、(1)一般の私企業労働者と比較して、雇用關係における非合理的かつ不平等な差別であるから憲法一四条一項に違反する、(2)デュー・プロセスの実的要件である「合理的關連性」、「反証を許さない推定」の原則に違反し、かつ手続的デュー・プロセスの規定を有しないものとして、デュー・プロセスを保障した憲法三一条に違反する、と主張した(併せて、(3)失職措置は適用違憲であり、また(4)刑の執行猶予期間満了によって任用關係は回復している旨の主張も行っている)。

右の原告の主張に対して、裁判所は、(1)の点に關しては、「地方公務員が禁錮以上の刑に処せられたということは、まさに、当該地方公務員が強度な反社会性を有する犯罪を犯したことが刑事裁判によって公権的に確定されたということができるから、これによって、その職に対する信用が毀損されることは明らかであり、更に、その結果として、地方公務員全体及び公務そのものに対する住民の信頼を損ない、住民全体の利益を害するおそれが生ずることも明らか」であり、したがって地公法の自動失職制度の規定は、「これをもって直ちに合理的根拠を欠き、地方公務員を一般企業の労働者に比して不当に差別するものであると断ずることはできない」として、また(2)の点に關しては、それらの主張は合衆国の判例および学説によって主張されているところであり、「前科と資格の制限という問題を考えるに当たって一つの重要な参考資料であることは否定できないが、前述した社会的諸条件の違いを無視して、これをそのままが国についてあてはめることはでき」ず、また地方公務員の自動失職制度は、「地公法二八条四項に基づいて行われるものである以上、これをもって、法律の定める手続によらないものであるということもできない」として、さらに、(3)(4)の点に關しても、理由がないとして、原告の主張を斥けている。

結局、本件においては原告の主張する資格制限（地公法の規定する自動失職制度）の違憲性は裁判所によっては認められなかったが、わが国においても当該問題が憲法論争として裁判所に提出されるに至ったということそれ自体が、資格制限制度の変革へ向けての画期的な第一歩を示すものであり、「資格制限を克服するための法理論」がわが国においても本格的に考察されなければならない時期がすでに到来したことを告げるものといえよう。本稿はそのための予備作業として、覚書的にアメリカ法の展望を試みたものである。⁽⁹⁾

- (1) Note, "Licensing Restrictions Against Ex-Offenders: Miller v. Carter — Ex-Offenders Must Be Treated Equally Is That Good Or Bad?," 10 *Toledo Law Review* 562, 601-2 (1979).
- (2) D. Glaser, *The Effectiveness of a Prison and Parole System*, at 329 (1964).
- (3) M. Dale, "Barriers to the Rehabilitation of Ex-Offenders," 22 *Crime & Delinquency* 322, 322-3 (1976).
- (4) 日本更生保護協会『人の資格に関する法令便覧』（昭和四四年）に掲載された法律件数および制限資格数による。
- (5) 前掲書のはしがき参照。
- (6) 平野竜一『矯正保護法』一二五頁。その他小暮得雄「資格制限」大塚仁Ⅱ宮沢浩一編『演習刑事政策』四二五頁、森本益之「資格制限・復権・前科抹消」森下忠Ⅱ須々木圭一『刑事政策』三〇三頁等参照。
- (7) 久保裕「前科と資格の制限」法曹三九三号四六七頁は、「古くからわが国にある、犯罪者は一般市民とは異質の社会不適合者であるという違和感と拒絶反応が心理的な基礎になっている」とした上で、(1)前科のある者が社会の指導的職業に就くことの不適格性、(2)再犯の危険性、(3)その職業の性格上、不正を行うと社会的影響が重大であること、(4)職務の遂行に支障があること、(5)法を犯して刑に処せられた者にはその保護を与えないこと、といった五つの根拠（理由）を指摘したのち、「もとより資格の制限は、単一の理由で律しきれられるものではなく、右に挙げた諸理由が渾然とした複合的なものであって、一雑把にまとめるならば、当該職種や資格の社会的信用の保持ということになろう（傍点筆者）」としている。

(8) 本判決文のコピーは、本件の主任弁護士冠木克彦氏の御好意で入手したものであるが、今後、当該問題に関する活発な議論が展開されることを願って、以下に判決理由を中心にその判決文を紹介することにした。なお、本件については、別稿でその評釈を予定しているもので、ここでは論評を差し控えた。

雇用関係存在確認等請求事件

神戸地裁昭和五九年二月一日第二民事部判決

(昭和五五年行ウ第一四号)

〈事実の概要〉

(1) 原告は、昭和四四年当時竜谷大学文学部学生であったが、同年一月一日、いわゆる「京大カルチェ闘争」に参加して往來妨害、凶器準備集合、公務執行妨害の各罪で起訴され、昭和五二年四月二五日、京都地方裁判所において懲役一〇月、執行猶予二年の判決を受け、同年五月一〇日右刑は確定し、その後、昭和五四年五月一〇日、右刑の執行猶予期間が満了した。

(2) その間、原告は、昭和四七年四月一日付けで被告教育委員会に臨時職員として採用され、兵庫県立図書館設立準備室に勤務し、同年九月一六日付けで事務職員として本採用され、昭和四九年一〇月一日以降は、同図書館の開館にともないその資料課に勤務していた。

(3) ところが、昭和五五年二月二〇日、被告は、前記(1)の確定裁判に基づいて、地方公務員法二八条四項、一六条二号により、原告が昭和五二年五月一〇日付けで失職した旨の通知書を、原告に対して交付し、右通知の翌日から原告の就労申し出を拒否して賃金を支払わなかった。

(4) そこで原告は、被告に対し、雇用契約(任用関係)上の権利を有することの確認等を求めて、本訴を提起した。

(5) 原告は、被告が本件失職措置の根拠とする地公法二八条四項、一六条二号の定める自動失職制度は、①憲法一四条一項および②憲法三一条に抵触し違憲であると主張した。

①平等保護条項違反の主張——「地公法一六条二号及び二八条四項が、公務の信用を保持するために他の手段(免職等)をもって可能であるにもかかわらず、執行猶予者に対しても職務との関連性を限定せず、一般職地方公務員全体に画一的包括的に

絶對的消極的資格要件として規定していることは、一般職公務員に対し、非合理的差別を課するものであって、平等保護条項に違反し、違憲無効である」。

② デュー・プロセス条項違反の主張——「原告は、県立図書館の職員として、その労働能力は既に実証され、かつ、図書館司書の資格も有して、長年なんの支障もなく勤務を続けてきたにもかかわらず、一切の弁明、聴聞手続もなく、失職させられたものである。このように、いったん欠格事由に該当すれば、具体的関連性を問うことも、また、反証の機会を与えることもなく、永久に現に勤務していた当該公務員たる資格が剝奪されるとする地公法の規定はデュー・プロセスの実体的要件である「合理的関連性」、「反証を許さない推定」の原則に違反し、かつ、手続的デュー・プロセスの規定を有しないものとして、デュー・プロセスを保障した憲法三一条に違反するものというべきである」。

(6) 原告は、(5)の他にも、失職措置は適用違憲であり、刑の執行猶予期間満了によって任用関係は回復している旨の主張も行った。

〈判決理由〉

一 請求原因第1項ないし第3項並びに被告の主張第1項の各事実（本件失職措置当時の原告の地位、本件失職措置及び同通知の存在並びに本件失職事由の存在）は、いづれも当事者間に争いが無い。

二 そこで、本件失職措置の適否について検討することとする。

1 自動失職制度の合憲性について

被告が地公法二八条四項、一六条二号に基づき、原告が当然に失職したものとして原告に対する本件失職措置を取ったことは、当事者間に争いが無いところ、原告は、地公法の右各条項が憲法一四一条一項及び三一条に違反する旨主張するので、まずこの点について検討する。

(一) 地公法一六条二号は、「禁こ以上の刑に処せられ、その執行を終るまで又はその執行を受けることがなくなるまでの者」は、「条例で定める場合を除く外、職員となり、又は競争試験若しくは選考を受けることができない。」と、また、同法二八条四項

は、「職員は、第一六条各号（第三号を除く。）の一に該当するに至ったときは、条例に特別の定がある場合を除く外、その職を失う。」とそれぞれ規定している。そして、これらは、いずれも禁錮以上の刑に処せられ、その執行を終るまで又はその執行を受けることがなくなるまでの者を地方公務員から排除するという点では共通しているものの、同法一六条が「任用」の節に、また、同法二八条四項が「分限及び懲戒」の節に、それぞれ配置されていること及びその規定内容に照らせば、同法一六条は、公務員の任用についての欠格事由を、また、同法二八条四項は、公務員の任用後在職中の欠格事由をそれぞれ規定したものであると解される。

よって、以下、在職中の欠格事由を規定した地公法二八条四項の合憲性について検討することとする。

(一) 憲法一四条一項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」とし、国民に対して法の下の平等を保障している。そして、右条項において列挙された事由は例示的のものであつて、必ずしもそれに限るものではないと解するのが相当である。

しかし、右条項は、国民に対し絶対的な平等を保証したものでなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきであるから、事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすることは、なんら右条項の否定するところではないと解すべきである（最高裁判所昭和三九年五月二七日大法廷判決、民集第一八巻第四号六七六頁参照）。

(二) そこで、前記地公法二八条四項についてみるのに、同条項は、地方公務員が禁錮以上の刑に処せられた場合には、任命権者による何らの処分も必要とせず、法律上当然に当該職員を失職させる旨を規定したものであることは、その文言及び趣旨により明らかである。

(四) とところで、地方公務員は、地方公共団体の住民全体の奉仕者として、実質的にはこれに対して労務提供義務を負うという特殊な地位を有し、かつ、その労務の内容は、公務の遂行すなわち直接公共の利益のための活動の一環をなすという公共的性質を有するものである。このような地位の特殊性及び職務内容の公共性に照らすならば、地方公務員について、その職の信用を傷つけるような事由が存在する場合には、単にその職場規律及び秩序の維持に悪影響をもたらすことにとどまらず、その職務遂行又は公務に対する地方公共団体の住民一般の信頼をゆるがせ、ひいては地方公務員全体に対する信頼を失墜させ、住民全

体の共同利益を害するおそれすらなしとしない。

そして、地方公務員が禁錮以上の刑に処せられるということは、たとえその刑の執行を猶予されている場合でも、その職の信用を傷つける事由に該当することが明らかというべきである。

(四) とところで、わが国は、刑事訴追に関して起訴便宜主義（刑事訴訟法二四八条）を採用しており、当該被疑事件について起訴するに十分な犯罪の嫌疑があり、かつ、訴訟条件が具備している場合でも、犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況により処罰の必要がないと認められる場合には、検察官の裁量によって公訴を提起しない旨の起訴猶予処分が行われることになる。そして、現に、こうした起訴猶予処分が広く行われており、また、処罰の必要があるとして起訴が行われる場合にも、現行刑罰法規がその所定刑中に罰金刑を広く定めていることもあって、その大半は略式手続により罰金刑が科されているので、公判請求を受けて禁錮刑以上の刑に処せられる事件の占める割合は低い（以上の事實は、当裁判所に顕著な事実である）。従って、こうしたわが国の刑事訴追制度の運用の実状に照らすならば、公判請求を受け、禁錮刑以上の刑に処せられた者は、その刑の執行を猶予されたかどうかを問わず、強度な反社会性を有する犯罪を犯したものであり、その犯情は重いといえることができる。

そうすると、地方公務員が禁錮以上の刑に処せられたということは、まさに、当該地方公務員が強度な反社会性を有する犯罪を犯したことが刑事裁判によって公権的に確定されたといえるから、これによって、その職に対する信用が毀損されることは明らかであり、更に、その結果として、地方公務員全体及び公務そのものに対する住民の信頼を損ない、住民全体の利益を害するおそれが生ずることも明らかといえるべきである。

(六) 以上に述べたような諸点に地公法二八条一項ないし三項所定のその他の分限事由及び同法二九条所定の懲戒事由の内容、趣旨を合わせ考えれば、地方公務員が禁錮以上の刑に処せられた場合には、その罪名及び罪質がどうであるか、また、実刑を受けたか刑の執行を猶予されたかどうかを問うことなく、当該公務員を失職させることとする規定を設けたとしても、これをもって直ちに合理的根拠を欠き、地方公務員を一般私企業の労働者に比して不当に差別するものであると断ずることはできない。従って、地公法二八条四項が憲法一四条一項に違反するといえることはできない。

(七) 次に、原告は、禁錮以上の刑に処せられたという事実だけで、職務との関連性を問うことも、また、反証の機会を与えることもなく、公務員の資格を剝奪するものとしている地公法二八条四項の規定は、デュー・プロセスを保障した憲法三一条に違反する旨主張する。

しかしながら、禁錮以上の刑に処せられた地方公務員は当然に失職するものとした地公法二八条四項が憲法一四一条一項に違反するものではないことは前述のとおりであり、禁錮以上の刑に処せられた地方公務員の失職措置は、このような地公法二八条四項に基づいて行われるものである以上、これをもって、法律の定める手続によらないものであるということもできない。

(八) なお、原告は、合衆国の判例及び学説をあげたうえ、地公法二八条四項は、デュー・プロセスの実体的要件である「合理的関連性」及び「反証を許さない推定」の原則に違反し、かつ、手続的デュー・プロセスの規定を有しないから、デュー・プロセスを保障した憲法三一条に違反する旨主張する。

しかしながら、各国の歴史的経験と伝統はまちまちであり、国民の権利意識や自由に対する感覚にもまた差異があるから、基本的人権に対して加えられる規制の合理性についての判断基準は、およそ、その国の社会的基盤を離れて成り立つものではない。これを公務員の資格制限についてみても、どのような事由を公務員の欠格又は失職の事由とするのか、また、これを定めるに当たっても、当該事由の発生によって当然に失職するものとするのか、又は一定の審査手続を経たうえで失職させるものとするのかは、いずれも、それぞれの国の歴史的所産である社会的諸条件にかかわるところが大であるといわなければならない。そして、これを本件についていえば、その国の刑事訴追制度及び犯罪に対する国民一般の認識などが右の社会的条件に該当するといえることができる。成立に争いのない甲第三号証、第四号証（弁論の全趣旨により真正に成立したものと認められる同号証の二はその訳文）、第一八号証の一（弁論の全趣旨により真正に成立したものと認められる同号証の二はその訳文）及び第二六号証の一（弁論の全趣旨により真正に成立したものと認められる同号証の二はその訳文）によれば、合衆国においては、州によって若干の差異がないでもないが、重罪及び軽罪という形式的な区分（この区分は、コメントに由来するが、合衆国では制定法により、死刑又は州刑務所拘禁というような一定の刑が法定刑として規定されているものを重罪とする旨定めている州が多いことは、当裁判所に顕著な事実である。）に従い、単に重罪について有罪の宣告を受けたとい

うだけで公務員たる資格の欠格又はその職からの失職を定めている例が多く、しかも、その制限は、必ずしも刑の執行の終了又は執行猶予期間の満了までに限られているわけではないこと、並びに原告のかかげる判例及び学説は、このような重罪及び軽罪の区分（前掲甲第四号証の二及び第一八号証の二ないし四によれば、合衆国においてもこの区分が必ずしも合理的ではないとの学説及び判例があることがうかがわれる。）に従った欠格条項から生じる不合理かつ苛酷な結果を救済するために形成されたものであることがうかがえる。これに対し、わが国における資格制限の内容は前述のとおりであり、また、わが国の刑事訴追の実情においては、禁錮以上の刑に処せられた者は、その犯情が重く、強度な反社会性を有する犯罪を犯したものとすることができるとも、前述のとおりである。

従って、本件訴訟において原告のる紹介する合衆国の判例及び学説は、前科と資格の制限という問題を考えるに当たつての一つの重要な参考資料であることは否定できないが、前述した社会的諸条件の違いを無視して、これをそのままわが国についてあてはめることはできない。

(ウ) よって、地公法二八条四項が、憲法三一条に違反するとの原告の主張は採用することができない。

2 適用違憲の主張について

次に、原告は、仮に自動失職制度を定めた地公法二八条四項がそれ自体憲法一四一条一項及び三一条に違反しないとしても、本件失職措置は、既に採用後長期間にわたり県立図書館に勤務して図書館職員としての実績があり、また、本件事件による執行猶予期間も経過している原告に対し、しかも、学生時代に自らの思想信条に基づき、大学改革の理想に従つた結果生じた非破廉恥罪につき、機械的に地公法二八条四項を適用して行われた不合理かつ苛酷な措置であるのみならず、こうした場合には右結果を回避するため任命権者において再雇用をする義務があるのに、これを行わない被告の措置は、同条項の適用において憲法一四一条一項及び三一条に違反する旨主張するので、この点について検討する。

(一) 地公法二八条四項、一六条二号は、自動失職制度について個々の地方公共団体が条例で地公法所定の欠格事由又は失職事由に対して特例を定めることを認めているが、前述したわが国における刑事訴追制度の運用の実際並びに自動失職規定の趣旨に照らすならば、こうした条例による特例がない場合に、単に禁錮以上の刑の対象となつた犯罪が非破廉恥罪であるというだけ

で、これを理由とする自動失職措置をその適用において違憲であると即断することはできない。

(一) 成立に争いのない乙第二号証及び弁論の全趣旨を総合すれば、以下の事実が認められ、この認定を覆すに足る証拠はない。

(1) 原告は、昭和四四年当時竜谷大学文学部に在学中であったが、同年九月二〇日、京都大学で行われていたいわゆる「京大カルチェ闘争」に参加し、同年十一月一日、往来妨害、兇器準備集合及び公務執行妨害の各罪で京都地方裁判所に起訴された（以上の事実は、起訴の年月日を除き、当事者間に争いが無い）。

(2) 原告は、昭和五二年四月二五日、前記各被告事件について京都地方裁判所で懲役一〇月、執行猶予二年の有罪判決を受け、右刑は、同年五月一〇日確定し、更に、昭和五四年五月一〇日には右刑の執行猶予期間も満了した（以上の事実は、当事者間に争いが無い）。

なお、右判決で認定された原告の罪となるべき事実の要旨は、「原告は、全共闘系学生（当時の全学共闘会議派学生）らと共謀のうえ、昭和四四年九月二〇日午後四時ころ

(イ) 京都市左京区吉田本町所在の京都大学本部構内北門前付近今出川通り車道上において、同車道上一帯を解放区とするため同車道の交通を閉塞する目的で、同北門前車道上東側及び西側にそれぞれ机、椅子などを道路幅いっぱい積み上げてバリケードを構築し、車両などの通行を不能にし、もって、陸路を壅塞して往來の妨害を生じさせ（往來妨害罪）

(ロ) 京都大学本部構内北門及び同大学理学部構内南門付近において、右バリケードの撤去及びこれに対する妨害排除などに当たっていた京都府警察本部警備部機動隊所屬の警察官多数の身体に対し、共同して危害を加える目的をもつて鉄パイプ、石塊などの兇器多数を準備して集合し（兇器準備集合罪）

(ハ) 右理学部構内南門付近において、右警察官らに対して多数の石塊、火炎びんを投げつける暴行を加え、もつて、右警察官らの職務の執行を妨害（公務執行妨害罪）した。」

右認定事実によれば、本件失職事由の原因となった行為は、仮にそれが原告の主張するように、原告の理想とする大学改革をめざす意図の下に行われたものであったとしても、なお、目的のためには手段を選ばない独善的な行動と評価せざるを

得ず、また、これら一連の行動が当時の社会及び法秩序に及ぼした影響も決して看過することができないから、これをもつて事案輕微又は非破廉恥罪ということとはできない。

(3) そうだとすれば、本件失職事由の原因となった行為が本件失職通知の一一年前の原告の学生時代における行為であることを考慮にいれても、このような犯罪を犯した原告が地方公務員として県立図書館という公共性の高い施設に在職することによって、被告に勤務する公務員全体及び被告の公務員自体に対する一般の信用を損なうおそれがないとはいえない。

(四) 次に、原告は、こうした自動失職制度を機械的に運用すれば、退職直前まで勤務していた職員が、数十年前の犯罪行為を理由に突然失職させられ、しかも、退職金も支給されないという悲惨な結果を生じることになるから、こうした場合の自動失職制度の適用は、それ自体、なお、憲法一四条一項及び三一条に反する旨主張する。

しかしながら、任命権者において、当該職員について禁錮以上の刑に処せられた事実を知りながら、長期間にわたってこれを放置し、何らかの機会にいわば報復的な意図のもとに右の前科を理由として失職措置を取った場合であって、右措置が禁反言ないし信義則の法理又は債権その他の権利関係の取得時効となるような事案の場合は別として、本件のように、本件失職措置が失職事由の発生後三年にも満たず、かつ、後記のとおり、任命権者又はその補助職員であり、当該職員を指揮監督すべき立場にある管理職が失職事由の存在を知っていたことを認めるに足りる証拠のない事案においては、こうした適用違憲の問題が生じる余地はないといわなければならない。

(五) 更に、原告は、本件における原告のように既に長年月にわたり図書館職員として勤務し、その労働能力の実証をしており、他方、地公法二八条四項の機械的な適用が不合理かつ苛酷な結果を生ずる場合には、任命権者は、当該職員から再雇用の申し出があれば、他に懲戒事由等の特段の理由がない限り、これを再雇用する義務がある旨主張する。

しかし、地公法二八条四項により失職した元職員の欠格事由が消滅し、その後において当該職員から再雇用の申し出があったとしても、前述した地方公務員の地位の特殊性や職務内容の公共性から、職員の任命については、地公法上、競争試験等の厳格な手続が定められていること(同法一七条以下)に照らすならば、任命権者に当該職員を再雇用(再任用)する義務があるとは到底解し得ない。

よって、再雇用義務の存在を前提として不公平取扱いをいう原告の主張は、採用できない。

(四) 従って、本件失職措置がその適用において、憲法一四一条一項及び三一条に違反するとの原告の主張は、採用できない。

3 刑の執行猶予期間満了による任用関係の回復の有無について

(一) 原告は、仮に原告に対する地公法二八条四項の適用が違憲でないとしても、本件失職事由の発生後も労働契約関係成立の要件をなす勤務関係は継続しており、このように勤務関係が継続している間に、執行猶予期間の満了により刑の言渡そのものが効力を失って原告の失格事由は消滅しているため、本件失職通知当時、失職の効力を生ずべき事由は存在しておらず、原告と被告との間の任用関係は継続している旨主張する。

しかしながら、前述したように、地公法二八条四項の定める失職制度は、当該失職事由が発生したこと自体により、任命権者の何らの意思表示をも要しないで当然に当該公務員を失職させるものであるから、失職の効力が生じたのちに失職事由が消滅するというようなことはあり得ず、執行猶予期間の満了等により当該失職事由が地公法一六条所定の欠格事由に該当しなくなったとしても、そのことにより既に発生した失職の効力が左右されるものではない。

従って、原告の右主張は採用できない。

(二) 次に、原告は、地公法二八条四項による失職は、任命権者による失職通知が行われた時点ではじめて法的、社会的事実となるものであるところ、本件失職通知が行われたときには、その通知の前提となる失職事由が存在しなかったにもかかわらず、被告は、原告が積極的な組合活動家であることから、その排除を目的として同通知をしたものであるから、本件失職措置は不当労働行為として無効である旨主張する。

しかしながら、前述したとおり、地公法二八条四項所定の失職は、失職事由が発生したときに法律上当然に効力を生ずるものであるから、本件においては、原告に対する失職の効力は、本件事件の刑事裁判が確定した日である昭和五二年五月一〇日に当然発生しているのであって、本件失職通知は、単に右失職の事実を通知する觀念の通知にすぎない。

よって、原告の右主張は、本件失職通知を行政処分又はこれと同視すべきものであるとみるという前提において既に失当であるから、その余の点について判断するまでもなく、理由がない。

(二) 更に、原告は、被告において、遅くとも昭和五二年八月ころまでには原告の欠格事由の存在を知っていたながら、引き続き原告に対して勤務を命じていたのであるから、執行猶予期間の満了により原告の資格が回復した昭和五四年五月一日の時点で無効行為の追認又は黙示の再雇用契約が成立し、それ以後原告は、公務員たる地位を取得しており、そうでないとしても、失職通知により実質的解雇をすることは許されない旨主張する。

しかし、無効行為の追認又は再雇用(再任用)の有無並びに信義則が問題となるためには、任命権者において原告に失職事由が存在することを知らながら、雇用関係(任用関係)を継続させていたという事情の存在することが前提となるところ、任命権者又はその補助職員であり、原告を指揮監督すべき立場にある県立図書館長及び同図書館課長らの管理職が後記認定の昭和五四年一二月の通報より以前に、原告に本件失職事由が発生したことを知っていたことを認めるに足りる証拠はない。

そして、かえって、前掲乙第二号証、証人田中邦雄及び同長谷川時男の各証言、原告本人尋問の結果並びに弁論の全趣旨を総合すれば、以下の事実が認められる。

(1) 原告は、前記起訴後保釈を認められ、その後判決宣告のあった昭和五二年四月二五日までの間、おおよそ一か月に一回の割合で京都地方裁判所に公判のため出頭していたが原告が被告に採用された昭和四七年以降は、その都度年次休暇を取って出頭していた。もっとも、右年次休暇を取るに際しては、その理由を上司に告げていない。

(2) 原告は、本件失職措置を受ける以前には、同じく県立図書館に勤務している妻を除き、被告の職員には、昭和四九年に同館所属の運転手に、また、昭和五〇年に同館資料課の職員にそれぞれ、自分が学生時代に学生運動をしていて逮捕、起訴され、現在は公判係属中である旨を話したことがあるだけであり、この二名の職員に対しても、それ以上事件の内容等にわたる説明はしていない。

(3) その後、本件事件が確定したのである昭和五二年八月ころ、兵庫県須磨警察署の警察官二名が県立図書館を訪れ当時の同館副館長田中邦雄に対し、原告が同館に勤務しているかどうかを尋ねたのをはじめとして、同署及び同明石警察署の警察官が数回同図書館を訪れて原告の動静を尋ねた。そして、その際、原告が以前学生運動に参加していた旨を述べ、成田空港反対の統一行動が予定されていた特定の日をあげて、原告がその日に年次休暇を取れば、通報してもらいたい旨の要請をし

たこともあった。

(4) 前記田中は、昭和五二年八月に警察官が初めて来館したのちまもなく、原告に対してその旨を告げるとともに注意を促したが、このときにも原告は、本件失職事由については何も話さなかった。そして、県立図書館長並びに当時総務課長でもあった右田中（同人は、昭和五二年四月一日から同年七月三十一日まで、総務課長を兼任していた）及び同人の後任の総務課長である長谷川時男（同年八月一日以降）らの原告の上司は、警察が原告の動静を聞きに来るのを不審に思いながらも、原告に対してその理由を尋ねたことはなかった。

(5) その後、昭和五四年一二月末ころに至って、原告が有罪の判決を受けている旨の電話による通報があったので、当局において、その対応策について協議した結果、右通報の真偽を確認するため、昭和五五年一月二八日、京都地方検察庁に職員を派遣して本件失職事由となった判決の謄本を入手し、当局（原告の任命権者）は、この時点において、原告が禁錮以上の刑に処せられていた事実、すなわち、原告の本件失職事由の存在を確認するに至った。以上のような事実が認められ、右認定を覆するに足りる証拠はない。

そして、右認定事実に特定の職員について失職事由に該当する刑が確定しても、現行法上、任命権者がこれを知りうる制度的保障のないことをも合わせ考えると、原告の失職事由の発生から本件失職通知までに三年近くの期間が経過しているという点を考慮しても、被告において原告の失職を主張することが信義則上許されないとすることはできない。

従って、原告の右主張も理由がない。

三 以上のとおりであるから、原告は、昭和五二年五月一〇日、本件失職事由に基づいて地公法二八条四項、一六条二号により当然に失職しており、その後原告と被告との間には任用関係は存在しないものといわなければならない。

四 そうすると、原告と被告との間の任用関係の存在を前提とする原告の本訴請求は、その余の点について判断するまでもなく、いずれも理由がないからこれを棄却する。

(9) 資格制限に関するアメリカ法の動向を紹介する論稿としては、榎本正也「アメリカ法における前科を理由とする制限とその回復手続」（更正保護と犯罪予防五五号）が唯一の貴重な文献として存在するに過ぎない。

二 アメリカにおける職業制限の沿革

犯罪者に対する市民としての能力の剝奪 (civil disabilities) は古くギリシャおよびローマに淵源する。ローマにおいては重罪犯に対する sacer (法益剝奪 ≡ outlawry) および軽犯罪に対する infamia (公民権剝奪または名譽剝奪) の制度が確立され、広くその後のヨーロッパ諸国に定着した。⁽¹⁰⁾ イギリスにおいてもノルマンの征服以前にすでに法益剝奪 (outlawry) が導入されていたが、中世になってからは実際には用いられなくなり、それに代って刑事制裁としてのアテインダー (attainder ≡ 私権剝奪) が用いられるようになった。有罪判決もしくは死刑判決を受け、または死刑事件において逃走した場合には、その者をアテイント (attaint ≡ 汚れた者または毒された者) と呼び、その効果としては、財産の没収 (forfeiture of property)、⁽¹¹⁾ 血統汚損 (corruption of blood) および法律上の権利能力の喪失 (シヴィル・デス ≡ civil death) を伴った。⁽¹⁴⁾ アテインダーの機能は、その持つ応報と一般予防にあると考えられ、またそれを近代に至るまで支えてきた社会的理由は、因人労働の搾取の必要性と貴族の重要な収入源の維持にあったといわれている。⁽¹⁵⁾

アメリカに入植したイギリス人によって、このアテインダーの観念はアメリカ法制度にも導入されることとなったが、合衆国憲法第三条三節二項但書は「叛逆罪によるアテインダーは、その剝奪を受けた者の生存中を除いては、血統汚損又は財産没収を生ぜしめない」と規定することによって、アテインダーの効果を縮小し、また一九世紀に入っては、新しい矯正思想の発展とともにアテインダーの要素は一層強調されなくなった。

法律上の権利能力の喪失 (シヴィル・デス) の範囲もイギリスにおけるかつての全面的なものから、個別的な制限へと移り、一九世紀の初頭には、制定法によって制限が規定されていない限り、シヴィル・デスの原理を承認しては

ならないとする判例も出現するに至った⁽¹⁶⁾。シヴィル・デスに関する制定法は、初期においては依然として、包括的な規定の仕方をしていたが、現存する十数州⁽¹⁷⁾の制定法はきわめて制限的なものとなっている。たとえばオレゴン州のシヴィル・デス法⁽¹⁸⁾は、重罪の確定と共に、有罪を宣告された者の法律上および政治上のすべての権利を停止し、また拘禁刑の期間中は、すべての公職、およびすべての私的な信託、権限、権能を喪失するとの原則規定を置いている。これを見る限り、かつてのイギリスにおける全面的な権利能力の喪失を伴ったアテインダーと変わるところがないように思われるが、法律自身が詳細な例外規定を設けることによって、その内容は実際にはきわめて限定的なものとなっている。すなわち、パロール、プロベিশョンの期間中または完全釈放された者は、法律上のすべての権利を行使しうるとし、また拘禁中でも、遺言をはじめ契約、親権、結婚、その他多くの権利、権能の行使を、無条件で、または条件付で承認している。

このように、かつての刑事制裁であるアテインダーとしてのシヴィル・デスは、せいぜい拘禁期間中に限定され、社会に釈放されている限り、一般論としては、ほぼ消滅していると言える。しかしながら、このことは、決して受刑者が刑務所から釈放されたあかつきには、完全な自由を享受できるということを意味しているのではない。かつての付加的な刑事制裁として犯罪者に科された包括的なシヴィル・デス（その目的は懲しめと一般予防にあった）の概念は消滅したとはいえ、現在でも公共の安全と保護を目的とするポリス・パワーに根拠を置く多くの個別的な資格制限（Disabilities）が存在している。選挙の機会や公職の喪失をはじめ、州のライセンスを必要とする職業のほとんどすべてにおいて当該ライセンス取得資格の喪失、あるいは公務員となる資格の喪失等が広く規定されるに至っている。

(16) Damaska, "Adverse Legal Consequences of Conviction and Their Removal: A Comparative Study," 59 *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 347, 350-1 (1968). 本論文は資格制限の歴史と世界各国の状況を詳細に

論じていて有益である。

- (11) 叛逆罪および重罪の場合には不動産を含むすべての財産が没収され、軽罪の場合には動産の没収に限られた。
- (12) 相続に関する一切の利益の剝奪。
- (13) 訴の提起をなしえず、証人になりえず、またすべての法的行動をすることができない。契約はできるが、その履行を強制しない。
- (14) Special Project, "The Collateral Consequences of a Criminal Conviction," 23 *Vanderbilt Law Review* 929, 942-3 (1970). 本特別企画は三二二頁におよぶ長大なもので、アメリカにおける資格制限をあらゆる角度から分析している。なお、Note, "Outlawry: Another 'Gothic Column' in North Carolina," 41 *North Carolina Law Review* 634 (1963) はイギリスおよびアメリカの "outlawry" の歴史を知る上で有益である。
- (15) Special Project, *supra* note (14), at 946-9. イギリスにおけるアライインデーのうち、血統汚損 (corruption of blood) および財産の没収 (forfeiture of property) は、それぞれ一八一四年および一八七〇年に制定法によって廃止された (*Id.* at 949, note 55)。
- (16) たゞ、Platner v. Sherwood, 6 Johns. Ch. 118 (N. Y. 1822); Bosteder v. Duling, 213 N. Y. 809, 812 (Neb. 1927) 等参照。
- (17) これらの中にはアラスカ、アイダホ、ミズリー、ノース・ダコタ、オクラホマ、ロード・アイランド、サウス・ダコタ等の各州が含まれていると言われている (Note, "New Approaches to the Civil Disabilities of Ex-Offenders," 64 *Kentucky Law Journal* 382, 386, note 33 (1975))。
- (18) *Oreg. Rev. Stat.* § 137. 240 (Supp. 1974).

三 犯罪前歴者に対する職業制限

犯罪前歴者に加えられる就職に際しての障害または制限には、事実上のもの（たとえば雇用のステイグマ、犯罪前

歴者の技能の低さ、ボンディング——これらは特に私企業への就職に際して問題になる」と法律上のものがあり、また公務員になる資格や免許資格に関する公的なものから、私企業への就職といった私的な領域におよんでいる。その結果、犯罪前歴者の失業率は一般人と比べて三〜四倍高く、収入も半分であり、しかもその職種も、パート・タイムか熟練を要しないものになっていると言われる。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾

(一) 私企業への就職

有罪を宣告された者が私企業に就職することは、非常に困難だといわれている。第一に、その最も大きな障害は、犯罪前歴者は危険であるという雇用者側のまたは組合の偏見にあるといわれている。この犯罪前歴者に付与されたステイグマは、職務が過去の犯罪と直接的な関連性がない場合にも、その者から就職の機会を奪ってしまう。⁽²¹⁾一九六六年のミネソタ矯正局の調査によると、七四％の雇主が犯罪前歴のある者を雇用しないと答えている。雇用されている場合でも給料の安い臨時職が大部分である。⁽²²⁾応募に際して、前歴を申告すると、採用されず、それを隠しておく、それが露見したときには、応募時に「うそをついた」として解雇される。しかし、かかる偏見にもとづくステイグマの付与には多くの批判が加えられている。そもそも殺人・強姦といった凶悪犯は、全体の一％にもみたく、またI E A Aの補助を受けて行われた調査によると、夜盗および強盗の暗殺は、検挙件数の二倍、また強姦は四倍にも達している。このような現実を直視するとき、犯罪前歴者は危険であるという偏見は不合理であり、彼等とそうでない暗数としての犯罪者の差は単に捕まったかどうかの差でしかない。⁽²³⁾

第二に、アメリカにおいては、多くの企業は、使用人の不正行為——特に窃盗——によって損害が生じた場合に、それを補填するための包括ボンド（保証）契約を保険会社と締結している。その契約条項の中に、「犯罪前歴を有している者を、それと知りながら、雇用了した場合には、それ以後の損害保証を一切無効とする」旨の約款が入っている

のが通常である。当然の結果として、犯罪歴を有する者の就職は困難になる。この救済として、連邦労働省による Federal Bonding Program (一九七一年以後全国的)がある。これは連邦が犯罪前歴者に対する「信用保証」契約を個別的に保険会社と結ぶことによって、犯罪前歴者の就職の促進を図ろうとするものである。しかし、これにも次のような問題点があると指摘されている。①ほんの一部の犯罪者しかこの恩典に浴しえない、②恒久的なプログラムではない、③このプログラムの目的は、犯罪前歴者は決して危険な存在ではないという事実を良好な成績で実証することによって保険会社を安心させ、犯罪前歴者を一般人と同様に包括ボンドの対象に加えようとするものであるが、包括ボンドは、誰が損害をもたらしたかを特定しないので、保険会社としては、やはり、そのような危険を負担したくない。⁽²⁴⁾

その他、犯罪前歴者に対する偏見と差別は、労働組合への加入を困難ならしめ、私企業への就職の機会を一層困難ならしめていると言われている。⁽²⁵⁾

(二) 公務員になる資格制限

過去においては、連邦・州および地方公共団体のほとんどすべてが、犯罪前歴のある者の雇用を禁止し、制限する憲法上、制定法上、または行政上の規定を有していた。しかし一九七〇年代に入ってからは、約半数の州では一定の有罪判決を自動的な欠格事由とすることを止め、またはそのための法改正に着手していると言われている。⁽²⁶⁾連邦政府も、一九六八年には、犯罪前歴者の雇用の禁止を撤廃したが、有罪判決後重罪については二年間、軽罪については一年間の時間の経過を要求し、また採用に際して犯罪歴の情報の提供を義務付けている。⁽²⁷⁾近年公務員の任用規定を改正した州の多くは、過去の犯罪が、就こうとしている職務と相当のまたは直接的な関連性がある場合にのみ制限を加えることにしている。⁽²⁸⁾しかし約半数の州では、依然として、「重罪」「道徳的に好ましくない犯罪」または「破廉恥な犯

罪」を欠格事由ないしは採用拒否の事由としている。

(三) 免許資格の制限

一定の職業を遂行するに際して、免許を必要とする職種は、近年急激に増加し、一九七三年段階で、これらの免許を必要とする職種に就いている者は全米で七百万人に達し、約四千の法規によって律せられている、といわれる。⁽²⁹⁾ どのように就職の機会の重大な部分を占める免許取得に際しては、犯罪前歴が大きな障害となる。その制限規定の仕方には、次の三種類のものがある。⁽³⁰⁾

1. 一定の有罪判決——特に重罪について——を受けたことを自動的な欠格事由とするもの
2. 徳性 (good moral character) といった要件をかかげることによって、当該免許審査委員会の裁量によって、その取得を制限するもの

3. 「道徳的に好ましくない犯罪 (moral turpitude offenses)」を犯したことを欠格事由とするもの

免許取得要件として、「徳性」を要求する第一の類型は、数の上でも多く、また犯罪前歴者にとってもっとも厳しい制限となっている。⁽³¹⁾ 通常軽罪の場合にも、この要件に抵触すると考えられているからである。現実に免許取得を要件とする職種は伝統的な医師・法曹からはじまって、薬剤師・看護婦・理容師・美容師……、さらには州によっては、ペット・ショップ、狩猟案内人、屑物置場の経営、タンク清掃にまで及ぶ。しかしながら、公共の健康、安全、福祉を保護するポリス・パワーの名の下に、ただ単に前歴があるというだけで、あるいは「徳性」要件を課すことによつて、犯罪前歴を有する者から、かかる広範な領域における就職の機会を禁じてしまうことには、多くの疑問と批判が加えられている。⁽³²⁾

(四) 職業制限に対する批判

右に垣間見た犯罪前歴者に対する事実上・法律上の、または公的・私的な広範な職業制限に対しては、さまざまな観点から批判が加えられている。その詳細は別稿に譲るとして、それらを要約すると次のようになる。

第一に、刑事政策的観点から加えられる批判として、

① 犯罪前歴者の社会復帰を妨げ、再犯の増大をもたらす、⁽³⁴⁾

② 政府が自ら門戸を開かない限り、いかに私企業に前歴者の採用を働きかけても効果がない、⁽³⁵⁾

③ 施設内で職業訓練を奨励する一方で、社会内ではその職業に就く機会を奪ってしまうことは、矯正保護制度の非道徳的自己矛盾を露呈する、⁽³⁶⁾

④ 社会内処遇の有力な手段と考えられるパロールやワーク・リリース等の制度を不成功に導びく、⁽³⁷⁾ といったものが主張されている。

第二に、過去の歴史的発展の成果として登場するに至った現代の代表的な刑事政策思潮である「ジャスティス・モデル(公正モデル)」および「再編入モデル」さらには「ラベリング論」の立場とも基本的に相入れない。⁽³⁸⁾

第三に、適切かつ安定した就職の機会を奪うことによって、逆に再犯を増加させることは、国家財政的観点からも是認し得ない。⁽³⁹⁾

第四に、職業上の資格制限を課すことによって、前科者という負因のレッテルを固定化し、犯罪前歴者を社会のメイン・ストリートに再登場することを禁じることは、社会倫理的観点からも是認し得ない。⁽⁴⁰⁾

(34) Tepper, & Feinstein, "Attacking Barriers to Employment: The Former Offender's Dilemma," in Herman & Haft, *Prisoners' Rights Sourcebook*, at 218 (1973).

(35) Pownall, *Employment Problems of Released Prisoners*, at 48-55 (1969), cited in Note, "The Revolving Door: The

- Effect of Employment Discrimination Against Ex-Prisoners," 26 *Hastings Law Journal* 1403, 1408 (1975).
- (21) Ryan, Webb & N. Mandell, "Offender Employment Resource Survey for the Minnesota Department of Corrections," cited in Dale, *supra* note (3), at 324.
- (22) Meltner, Caplan & Lane, "An Act to Promote the Rehabilitation of Criminal Offenders in the State of New York," 24 *Syracuse Law Review* 885, 890 (1973).
- (23) Dale, *supra* note (3), at 324-5.
- (24) *Id.* at 325-7; Meltner et als, *supra* note (22), at 892.
- (25) Miller, *The Closed Door: The Effect of a Criminal Record on Employment with State and Local Public Agencies*, at 51 (1972).
- (26) Krantz, *The Law of Corrections and Prisoners' Rights*, at 722 (1981); 12 *Offender Employment Review*, at 1-2 (March 1975).
- (27) Tepper & Feinstein, *supra* note (19), at 219.
- (28) 相澤雄 (28) の文章参照。
- (29) Stacy, "Limitations on Denying Licensure to Ex-offenders," 2 *Capital University Law Review* 1 (1973).
- (30) Special Project, *supra* note (14), at 955-960; Dale, *supra* note (3), at 329.
- (31) "New Approaches to the Civil Disabilities," *supra* note (17), at 389.
- (32) Dale, *supra* note (3), 329-31.
- (33) Tepper & Feinstein, *supra* note (19), at 222-4 以下脚注 44-46 参照せよ。
- (34) この文書は一九六七年の禁刑執行法改正委員会の大統領諮問委員会に提出された。この文書は、大統領の Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Task Force Report, *Corrections*, at 32-3 (1967); President's Task Force on Law Enforcement and Administration of Justice, *The Challenge of Crime in a Free Society*, at 74 (1967)。

また後掲註(108)の本文が示すごとく、NACの報告書によって一層強力に主張されている。

(35) Glaser, *supra* note (2), at 276 は、「犯罪前歴者を雇用するように、その職務の大部分の時間をかけて私企業を口説いている連邦や州の職員が、自分達は刑務所帰りの人々を雇用するのをきわめて渋っているとはおかしなことである。」と述べ、また Tepper & Feinstein, *supra* note (19), at 223 は、「政府が自らの障害を取り除かないならば、私企業に向けられた努力はこれかたがた偽善としか映らなうだろう」と断罪している。

(36) Task Force Report, *Corrections*, *supra* note (34), at 82; "Licensing Restrictions Against Ex-Offenders," *supra* note (1), at 602.

(37) Glaser, *supra* note (2), at 214; The Revolving Door," *supra* note (20), at 1403; Tepper & Feinstein, *supra* note (19), at 224.

(38) たとは Dale, *supra* note (3), at 324-5 が暗数と資格制限の問題を論じ、また資格制限の社会内処遇におよぼす決定的な悪影響が強調され、さらに後述の諸立法の動向に見られるように、犯罪前歴それ自体を就職や免許資格取得に際しての差別要件にはならないことが確認され始めているという事実から、少くとも間接的にこのように言えよう。

(39) Glaser, *supra* note (2), at 276, Meltsner (et als), *supra* note (22), at 896-97.

(40) "Licensing Restrictions Against Ex-Offenders," *supra* note (1), at 603-2. など、拙稿「処遇権の基礎(1)」刑法雑誌二五卷一号一七八—九頁参照。

四 職業制限を克服するための判例理論

右に見たような広範囲にわたる犯罪前歴者に対する職業上の資格制限は、(1)デュー・プロセス条項、(2)平等保護条項、および(3)残虐にして異常な刑罰条項に違反するものとして、合衆国憲法上の、また実質的な人種差別に該当するとして市民権法上の挑戦を受けている。以下にアメリカ判例法を中心にそこで展開されている法理論を検討すること

にしたい。

ここで提起されている問題は、「社会の利益」と「個人の利益」との争いをめぐる伝統的な問題である。すなわち国家がポリス・パワーを発動することによってその実現を目的とする「公共の安全に対する社会の利益」と、「有罪認定を受けた犯罪者が就職の機会を獲得するという個人の利益」との争いであり、両者の間にどのような調和を図るかという問題である。ある者の過去の犯罪歴を考慮することは、もしそれが公共の安全を確保するという適切な国家目的と合理的な関連性を有していることが明らかである場合には、許されるといえよう。しかし、今まさにここで問われねばならないことは、「合理的な関連性」とは何かということである。犯罪前歴者は、行使可能な憲法上の権利を有しているのであって、公務員になりまたは免許を取得する自由が、不合理に、あるいは論争の余地なく完全に制限・差別されている場合には、それを克服することに重大な利益を有している。⁽⁴¹⁾

(一) デュー・プロセス条項

犯罪前歴者に対する職業制限がデュー・プロセス条項に違反するとの主張には、次の三つの局面がある。

第一は、職業禁止の基準が本人の就こうとしている職務またはその遂行能力と「合理的な関連性」を有していないとするものであり、第二は、たとえば重罪の前科歴を根拠に一律に職業制限を課すことは、当該制定法によって影響を受ける具体的な個人に何ら反証の機会を与えることなしに職業を制限することとなる「反証を許さない推定」の理論である。第三に、聴聞等の適正な手続を保障されることなしに公務員になる資格、または免許資格を制限されたとする「手続的デュー・プロセス」に関するものである。前二者は共に実体的デュー・プロセスの問題であり、相互に深い理論的関連を有し、その内容もオーバーラップする。本稿においては差し当たって、以上三つの局面、すなわち「合理的関連性」「反証を許さない推定」および「手続的デュー・プロセス」といった三つの問題に分けて論

じるが、決してそれらが個々バラバラの問題でないことに留意しなければならぬ。⁽⁴²⁾

(1) 「合理的関連性」

有罪判決を受けた者に対する職業禁止との関係で右の合理的関連性を取り扱った合衆国最高裁の判例は、後のこの分野での決定的なオーソリテイとなった一八九八年のホーカー対ニュー・ヨーク事件⁽⁴³⁾をもって嚆矢とする。本件は、違法な墮胎行為によって十年の拘禁刑に処せられた医師ホーカーが、事後立法によって、当該有罪判決（墮胎罪）を理由に医師免許を剥奪されたという事件である。ホーカーは、当該免許の剥奪は事後立法禁止条項に反して憲法違反であるとして争ったのであって、直接デュー・プロセス条項が問題になった事例ではない。しかしながら、本判決は、関連性に関する重大な議論を展開している。「原則として、犯罪を犯す人は善良な人ではない。したがって立法府が、州の刑法を犯した者はみな徳性を欠いているとみなすべしと宣言しても、それは恣意的または気まぐれな原則——すなわち実体となんら関係のない原則を制定しているのではなくて、人間の経験上良く知られた事実を表明しているに過ぎない。……したがって立法府が犯罪を犯した者は、以後医療行為をしてはならないと規定している場合には、……このように悪しき性格を備えた者に市民の生命と健康を委ねることは安全でないということをはっきりと表明しているのである」⁽⁴⁴⁾。すなわち、ここでは「およそ徳性を欠く者に医療行為を行わせてはならない」という合理的な関連性を承認した上で、「有罪の判決を受けた者は皆徳性を欠く者である」という経験上承認された事実を援用し、したがって、有罪の判決を受けた者に医療行為を行なわせないことは決して恣意的なことではなく、合理的な関連性のあることである、という論旨を展開している。ホーカーで確立された原則は、「合理的な関連性」とは、「抽象的・一般的な関連性」であれば良いとするものと言える。本判決に対しては、ハーラン判事他二名が反対意見を表明し、その者の現在の状態と医療行為との具体的・現実的関連性が問われねばならないとしている。⁽⁴⁵⁾

本判決で示された、結論的には立法府の裁量を最大限に尊重する「抽象的・一般的な関連性」の原則は、先例として指導的な役割を果たして来た。それから六〇年後の一九六〇年になって合衆国最高裁は、ドゥヴォ対ブレイステッド事件⁽⁴⁶⁾においてはじめてデュー・プロセス条項の「関連性」の問題を正面から取り上げて判決を下した。しかしながらこのドゥヴォ判決においても、具体的事案の特異性があつたとは言え、結論的には、ホーカー判決の抽象的な関連性の原則が維持された。重罪で有罪判決を受けた者は組合費の徴収等をしてはならない旨を規定するニュー・ヨーク沿岸委員会法 (New York Waterfront Commission Act) の規定によって、制定当時すでにニュー・ヨークの波止場入足組合の会計主任であつたドゥヴォは、それから三年後の一九五六年に、二六年前に受けた有罪判決(重窃盗—重罪、刑は宣告猶予)を理由に組合の役職を停止された。合衆国最高裁は、犯罪前歴者を中心にして悪と犯罪の巢窟と化しているニュー・ジャージーおよびニュー・ヨークの沿岸問題を解決するためには、およそ重罪で有罪の判決を受けた者を当該沿岸組合の重要なポストから排除することは、適切な国家目的を達成するための相当な手段であり、デュー・プロセス条項に違反しない、と判決した⁽⁴⁷⁾。

これらホーカーおよびドゥヴォ両判決は、犯罪前歴を根拠にして犯罪前歴者に対する自動的な職業制限を広く承認するアメリカ判例法の伝統的な立場を形成しているものであり、その特徴は、かかる一般的な職業制限は、国家のポリス・パワー権能の正当な行使に属するとして、立法府および行政府の広範な裁量を是認している点にある⁽⁴⁸⁾。この伝統的な立場を代表する下級審の判決として、たとえば、九年間無事故無違反で勤務したスクール・バスの模範運転手を、単に法律がそのように規定しているというだけで、二四年前の有罪判決を唯一の根拠にしてその解雇を合憲であるとした一九六二年のトーマス判決⁽⁴⁹⁾、および過去の重罪判決を警察官任用拒否の正当な根拠として用いることは「相当」であるとした一九七〇年のアプシヨウ判決等⁽⁵⁰⁾を挙げることができる。

さて、右のような伝統的な判例の動向に対しては、職業制限の根拠としての有罪判決が、当該職務の遂行能力と合理的な関連性を有している場合でなければならぬとする下級審の判例が出現するに至っている。これはすでに、単に逮捕歴があるというだけで徳性に欠けるとして、職務遂行能力またはその適格性との合理的な関連性を問うことに法曹資格を拒否することはデュー・プロセス条項に違反する、とする合衆国最高裁のシュウエア判決⁽⁵¹⁾(一九五七)、あるいは婚姻関係にない女性と同棲しているという理由で、職責と関係のない事実を根拠にして公務員を罷免することは、恣意的であり、デュー・プロセス条項に違反する、とする連邦地裁判決(ミンデル事件)⁽⁵²⁾等によって、犯罪前歴者とは直接関係のない他の領域で先鞭を付けられていたものであるが、一九七五年の連邦地裁判決、ハリス対理髪師協会事件⁽⁵³⁾は、新しい動向を示す典型的な判決といえる。ハリスは麻薬販売の罪で五年の実刑判決を言渡されたが、ケンタッキー州法の規定によって理髪師の免許を取り消された。そこでハリスは、重罪で有罪の判決を受けたことを理由にして一律に理髪師免許を取り消すことは、デュー・プロセス条項および平等保護条項に違反するとして訴を提起した。これに対してケンタッキー西区連邦地裁判所は、上述のシュウエア判決を引用した後、少くとも二つの理由から、重罪犯歴者に対するケンタッキー州の全面的な職業制限が、理髪師の適格性と合理的な関連性を有していないと判示した。すなわち、第一に、ケンタッキー州が重罪としている犯罪の多くが理髪師になる適格とほとんどあるいは全く関連性を有しておらず、第二に、当該制定法は、就こうとしている仕事との関係で、(1)犯罪の性質と重大性 (2)有罪判決後の経過期間 (3)社会復帰の程度および、(4)犯罪が行われた状況を全く考慮しておらず、従って重罪犯歴者が理髪師になることを自動的に禁止したケンタッキー州法はデュー・プロセス条項に違反すると判示した。本判決は、その他にも、後述するごとく、「反証を許さない推定」の理論をも採用し、さらに原告の平等保護条項違反の主張をも是認している。いずれにしても本判決は、個々の犯罪および個々の犯罪者ごとに理髪師の免許資格を制

限する実質的な理由が存するかどうかを要求し、犯罪前歴が個々の犯罪者の職務遂行能力と合理的な関連性を有していない場合まで、重罪犯歴というカテゴリーによって一律に資格制限を課すことは、デュー・プロセス条項に違反することを詳細に判決した画期的なものと言える。

その他、この線に沿う判決として、カリフォルニア州最高裁のペリン判決⁽⁵⁴⁾（一九七一）がある。これは、一定の犯罪罪（本件においてはわいせつ物の販売等）を有する者に対して書店経営の免許を許可しないことを定める条例を、修正一条およびデュー・プロセス条項に違反するものとして書店経営の免許を許可しないことを定める条例を、説いて、「適法な仕事に就く権利を規制する条例は正当な行政目的と合理的な関連性を有していなければならない。このような商業活動に従事することを禁止する基準は、それらの活動を遂行する能力と何らかの合理的な関連性を有していなければならない。本件においては、控訴人の書店を営む能力と……過去の有罪判決との間には何ら合理的な関連性は認められない。書物の販売に従事する者は特別な専門能力を要求されるわけではない。彼等は、過去の有罪判決が時としてその専門的能力と直接的な関連を有し、それゆえにその専門職の遂行を合理的に禁止されることのある医師、弁護士、あるいは教師とは違うのである」⁽⁵⁵⁾。さらに、まさに本件で問題になったわいせつ物販売罪と書店経営との間には合理的な関連があるのではないかと主張に対しても、「上告人がかつて刑法三二一条二項（わいせつ物販売罪）の罪で有罪の判決を受けたからといって、彼が再びそれを行なうと推定することはできない」⁽⁵⁶⁾としている。

同じくカリフォルニア州最高裁は、ヴィーラー判決⁽⁵⁷⁾（一九七三年）において、マリワナ所持の罪で有罪の判決を受けたという事実だけで、州の職員を解雇することはできないと判示した。カリフォルニア州の命令は、役所または職務の信頼を危殆ならしめるような善行の欠如を解雇事由としており、当局側は、「有罪判決に至るような行為⁽⁵⁸⁾および有罪判決を受けたことそれ自体が〔解雇事由に該当する〕善行の欠如となり、当局の解雇を正当化ならしめる」と主

張したが、最高裁は多くの先例を引用して、マリワナ所持の罪と徴税研修員の職務との間には合理的な関連性は存在せず、マリワナ所持がいかなる意味で役所と職務の信頼を危殆化させ、従って解雇事由としての善行欠如になるかを具体的に立証しなければならぬ⁽⁵⁹⁾、と判示した。その他、ミラー判決⁽⁶⁰⁾（一九七二年、有罪判決を受け、未だ社会復帰を達していないという理由で、露店商の免許交付を拒否された事案）およびポーダム判決⁽⁶¹⁾（一九七四年、贈賄の罪で有罪判決——五年の実刑——を受けたことにより教員免許の取消）は、それぞれ傍論および脚註で有罪判決と職務の遂行能力との具体的な関連性を詳細に論じている。

以上、免許、州職員の解雇、教員資格等の職業制限について、一九七〇年代に入ってからの新しい判例の動向を垣間見たが、そこに見られる特徴を要約すると次のように言える。第一に、およそなんらかの犯罪（重罪）について有罪判決を受けたことを就職または免許資格の絶対的欠格事由とすることは否定されている。第二に、一定の犯罪と一定の職業（免許）が一般的に合理的な関連性を有していると思われる場合にも、なお不十分だとしているものがある。第三に、すべてについて言えることは、有罪判決を下された当の具体的な犯罪および具体的な犯罪前歴者の能力と問題となっている職業および免許との個別的・直接的な関連性の有無を要求している。そしてこれらの特色は、次の「反証を許さない推定」の理論によって一層鮮明になる。

(2) 「反証を許さない推定」の原則

犯罪前歴者に対する職業制限を克服するために近年主張されるようになったもう一つのデュー・プロセス論に、「反証を許さない推定 (irrebuttable presumption)」の原則⁽⁶²⁾の問題がある。これは近年の一連の合衆国最高裁の判例の中で発展させられてきたものであるが、この理論が適用される場面は、個人がある特徴を有しており、その特徴から法規制の正当な対象となる何らかの性質が確定的に導き出されることを前提として、その特徴の存在をもって、た

だちに法律が個人の利益への干渉を試みる場合である。したがって、もしその特徴が存在しても、それによって導き出されると推定された一定の性質ないしは事実が現実中存在しない場合には、当該個人はなんら干渉されるべき正当な実体を有していないにもかかわらず、国家の「みなし規定」反証を許さない推定規定」によって不利益を甘受しなければならぬことになる。しかしながら実体がないにもかかわらず、不利益を強制されることがいかに不合理であるかは言うまでもない。⁽⁶³⁾かかる法規制のあり方は、正当な国家目的を達成するための合理的な手段とは言えず、従ってデュー・プロセス条項に違反するといえる。これを救済するためには、①「反証を許さない推定」規定そのものを、実体のない不合理な推定を許さないように改廃するか、さもなければ、②当該規定はそのままにしておいて、利害關係を有する個々の人に当該推定を争う機会を保証し、個別的決定を可能ならしめる聴聞を用意するかのいずれかである。⁽⁶⁴⁾

さて、右の「反証を許さない推定」原則を犯罪前歴者の職業制限に当てはめてみると次のようになる。一定類型の犯罪で有罪の判決を受けた者は当該規制対象になっている職業に適していないということが反証を許さずに推定されているということになる。たとえばこの場合およそ犯罪を犯した者は医療行為を行う適格性を有していないと推定することは、必ずしもまたは一般的に真実であるとは言えないことは明らかである。なぜなら有罪判決が医療行為の不適格性を導びくかどうかは、犯罪の種類に依存しているからである。犯罪の性質を考慮に入れず、各人の可能な社会復帰および現在の良き性格を看過することは、過剰に規制し過ぎており、ある者に対する個別的な決定を否定しているということになる。⁽⁶⁵⁾そしてこの原則は、まさにすでに見たホーカー判決の採用したところであった。

しかしながら、近年の合衆国最高裁は、犯罪前歴者の職業制限以外の領域では、たとえば先述のシュウエア判決、スタンレイ判決⁽⁶⁶⁾(一九七二)(単に非嫡子の父親であることを理由にその子の看護に必然的に適さないとすることは

許されない)、あるいはブランディス判決⁽⁶⁷⁾(州立大学の授業料の徴収のために、応募時の住所をもって州の住人か否かを確定的かつ永久に決定してしまうことは憲法違反である)その他の判決において、かかる過剰な反証を許さない規定を制定法で規定することはデュー・プロセス条項に違反すると判決するに至った。

犯罪前歴者の職業制限に関して、右の理論を用いた判決も、下級審にいくつも見られるに至っているが、その代表的なものは、前述のハリス判決である。すなわち、およそ重罪の判決を受けた者は理髪師の適性を有していないと推定して、当該職業の遂行を禁止してしまうことは、その者の権利を、反証する機会を与えることなしに制限することになりデュー・プロセス条項に違反すると判決した⁽⁶⁸⁾。

「有罪判決を受けた者は、みな危険であり、徳性を欠く者である」という確定的推定をして、だから「有罪判決を受けた者は一定の職業の適格性を欠く」という偏見に満ちた法規制を克服するための法理論として、右に見た「反証を許さない推定」の原則がきわめて有力な武器になることは明らかである。しかしながら、七〇年代の半を過ぎてから合衆国最高裁の判例にもこの原則の適用に後退の兆しが見られ、この原則の今後の発展と、職業制限の領域への適用には必ずしも樂觀を許さないものがある。

(3) 手続的デュー・プロセス

すでに右に述べたように「抽象的・一般的な関連性」や「反証を許さない推定」によって、犯罪前歴のゆえをもって一律または自動的に職業制限を課すということは、手続的デュー・プロセスの保障なしに自由(Liberty)または財産(Property)を奪うことになり、デュー・プロセス条項に違反するのではないかとという問題が生じる。しかし、ここで注意しなければならないことは、このような法規による一律・自動的な職業制限の場合には、いまだ国家の恣意的な裁量の問題は生ぜず、したがって手続的デュー・プロセスの核心である基本的公正の要請は問題にならないとい

う点である。この場合には、そのような抽象的関連性があるという点のみで、あるいは不適格性の絶対的推定を根拠に一律・自動的に職業制限を課すことが、実体的デュー・プロセスに反するか、あるいは平等保護条項に反するか、という問題が問われるのであって、それらが否定的に解されたときにはじめて、手続的デュー・プロセスの問題が問われることになる⁽⁷⁰⁾。その際、職業制限の賦課を原則的に推定しておいて個別的に解除するか、あるいは自由を推定しておいて個別的に職業制限を賦課するかの問題が生じるが、いずれにしろ職業制限の賦課が個別裁量の問題であることが確認されてはじめて、その裁量の恣意性を排除するために基本的公正の原理が要請されることになる。犯罪前歴者に対する職業制限に関して、いまだ手続的デュー・プロセスを取り扱った判例が現われていないのは、その前提としての実体的デュー・プロセスの問題が未解決であることを示すものといえる。

もっとも、デュー・プロセス条項は、実体と手続を截然と区別しているわけではなく、自由 (liberty) または財産 (property) の剝奪は、法の適正な手続なしにこれをしてはならないことを定めているのであるから、公職や免許の禁止がここにいう自由または財産の剝奪に含まれる限り、一律・自動的な職業禁止は許されず、適正な手続を保障された個別的な剝奪のみが許されるということになる。そうであれば、手続的デュー・プロセスの問題は、①当該資格制限がデュー・プロセス条項の保障する「自由」または「財産」に含まれるか、②含まれるとするならどんな具体的手続が保障されるべきか、という二段階の問題から成り立つことになる。

第一の点に関しては、伝統的にデュー・プロセス条項の適用を阻んでいた最も大きな障害は、「権利―特権」峻別原則⁽⁷¹⁾だった。これは一定の利益 (の保持) が合衆国憲法自身によって直接要請され、またはそれに直接根拠を有している場合のみ、その利益はデュー・プロセス条項の保障する「自由」または「財産」に含まれるとするもので、たとえば、公職に就くまたは留まる利益や一定の免許資格の得費といったものは、たとえそれが州法によって創設さ

れた利益であっても、合衆国憲法の規定が直接根拠付けているものでない以上、それは特権に過ぎず、デュー・プロセス条項の保障する権利ではないということになる。⁽⁷²⁾ところが、一九七〇年代に入って、合衆国最高裁は、この伝統的な「権利」特権「峻別原則を放棄して、「重大な不利益」原則を確立し、従来特権と考えられていた領域の利益にも、デュー・プロセス条項の保障が及ぶことを承認し、社会福祉給付金の打ち切り、パワウルやプロベিশョンの取消、⁽⁷⁴⁾刑務所内での受刑者に対する懲罰の賦課等に際しても、それぞれに応じた手続的デュー・プロセスを保障するに至った。

しかしながら、この新しい法理を公職や免許資格の禁止の場合にまで適用した判例はまだ出現するに至っていない。これは、一つには、判例の動向が、国家の行為によって被る不利益の重大性ではなしに、不利益の法的性質の問題へと移行し、「州によって創設された権利・利益 (State created right or interest; entitlement)」であるか否かという問題へと「重大な不利益」原則を矮小化していったという点にその理由があるように思われる。⁽⁷⁶⁾この「州によって創設された権利」原則は、州がある給付行為を行なうことを憲法上強制されていないとしても、いったんその継続的な享受の期待を創設したときには、それを剝奪されない利益はデュー・プロセス条項によって保護される「財産」に該当する、⁽⁷⁷⁾という原則で、もともと無形の財産的利益をデュー・プロセス条項の中に取り入れるための努力の所産だったといえるが、後に当該条項の「自由」の内容を決定する基準としても用いられるようになった。⁽⁷⁹⁾この「州によって創設された権利」原則によると、公職に就きまたはそれに留まる利益、あるいは免許資格を獲得しまたは剝奪されない利益は、それらの禁止がいかに重大な不利益をもたらすとしても、州法によって権利として法定化されていないかぎり、デュー・プロセス条項によって保護されるに足る利益ではないということになる。しかし、従来、犯罪前歴者には、有罪判決に基づく一律・自動的な公職および免許資格の禁止が州の制定法によって規定されているのであるか

ら、そこにはデュー・プロセス条項の手続的保護を受ける端緒すら存在しないということになる。

右のような状況の中で、手続的デュー・プロセスのみを根拠にして資格制限の違憲性を直接導びき出すことはかなり困難に思えるが、なお可能性としてはいくつかの理論構成が残されている。第一のものは、デュー・プロセス条項適用原則に関して一連の反対意見を表明しているマーシャル判事が、「私見によれば、公職に応募する市民は誰でも、行政当局が当該雇用を拒否するに足る何らかの理由を立証しえない限り、それに就く権利を有している。これは、私の考えによれば、修正一四条によって保護される『財産権』であり、『法の適正な手続』なしには否定されえない。さらに、それは自由——働く自由——でもあり、修正一四条によって確保されている個人の自由および機会の中核そのものでもある⁽⁸⁰⁾」と述べているごとく、公職や免許資格の享受の利益を直接憲法上の「自由」または「財産」と解する立場であり、第二のものは、既述の「重大な不利益」原則を堅持する立場である⁽⁸¹⁾。第三のものとしては、資格制限を一種の刑罰と考えて、手続的保護の導入を試みることも不可能ではない⁽⁸²⁾。さらに、第四のものとしては、直接的というよりも、間接的になるが、最近の資格制限の撤廃に向けて新たな胎動を示している州法の動向に鑑みると、州によって創設された権利⁽⁸³⁾原則を通して、もっとも有効に手続的デュー・プロセスの保障が可能になるとする主張である。これは資格制限の領域にデュー・プロセス条項を適用するためのもっとも現実的なアプローチであることには違いないが、州の法律改正に依存的に依存しており、その意味では逆に資格制限を克服するための手段として直接デュー・プロセス条項を援用することの困難さと限界を示すものでもある。しかしながら、ハワイをはじめ、ワシントン、テキサス、コネティカット等の諸州⁽⁸⁴⁾では、有罪判決を唯一の根拠として私的・公的職業の禁止や免許資格の制限を行なうことを違法とし、犯罪前歴者に対して就職や免許資格の機会を財産上の権利として推定するに至っており、この立場の現実的可能性は大きく広がっているといえよう。

(二) 平等保護条項

従来、平等保護条項の適用基準には、①差別が「合理的」なものであれば良いとする伝統的なものと、②「疑わしき差別 (suspect classification)」または「基本的権利 (fundamental interest)」に係わる場合には、単に合理的な関連性のみでは足りず、政府が国の「やむにやまれぬ利益 (compelling interest or reasons)」を立証しない限り当該差別が禁じられる(「厳格な審査 (strict scrutiny)」の原則)とす。二つの類型がある。本節での問題は、犯罪前歴者を、一定の犯罪前歴を有することのみで一定の職業または免許資格を剝奪してしまうことは、一般人との関係で、または犯罪前歴者相互間との関係で、憲法の平等保護条項の禁止する差別に当たらないかという点にある。この点に關する伝統的な判例の動向は、犯罪前歴者は「疑わしき差別」集団に該当せず、また職業制限は基本的権利の問題ではないとした上で、その差別を抽象的関連性の存在をもって合理的なものとして解している。これに対して近年新しい動向が看取され、そこでは、未だ犯罪者を「疑わしき差別集団」に属するとはしていないが、伝統的な合理的関連性の原則に依拠しつつも、犯罪前歴を理由とする職業・資格禁止規定を一定の範囲で合衆国憲法上の平等保護条項に違反すると判示する連邦下級審の判例が出現するに至っている。バッツ判決、ハリス判決およびミラー判決がその代表的なものであるが、ミラー判決は、意見を付することなしに合衆国最高裁判所によっても肯認されている。

(1) 新しい動向を示す判決

一九七四年のバッツ対ニコルス判決⁽⁸⁵⁾は、アイオワ州の南地区連邦地方裁判所の判決であるが、これらの新しい動向を示す先駆と言える。事案は、バッツ他二名の共同原告人が、アイオワ州法の規定によって、重罪前歴を理由にして、特定の現業職を除いて、市の一般行政職に就くことを禁止され、または解雇されたというものである。これに対して

原告は、いくつかの主張の一つとして、当該州法の規定は平等保護条項に違反するとして争った。これに対して裁判所は、犯罪前歴者は「疑わしき差別集団」には属さず、したがって「厳格な審査」の原則は適用されないとしながらも、重罪前歴者に対して市の一般行政職に就くことを一律に禁止している同州法の制限は、公務に対する公共の信頼の維持という当該制限の正当な目的を達成するための手段としてはあまりにも広すぎるとして違憲判断を下した。重罪前歴者が職務の遂行能力に直接影響をおよぼす場合には、一定の職種への就職を禁止することも論理的には認しうるが、「当該立法目的を達成するために採用された〔アイオワ州法〕三六五条一七項五号は、望ましいものとされている当該立法目的とそれを達成するために採られた手段との間に明確な関連性を欠いており、ある集団の構成員を排除すること（または包摂すること）が『明示された国家目的を達成するために必要である』という平等保護条項の本旨に明白に違反する⁽⁸⁶⁾」とし、さらに「三六五条一七項五号は、……限定的な基準を全く欠いている。その結果、本法律は一方で広すぎた地方で狭すぎる。すなわち、明らかに公共の利益に奉仕しうる者が一般行政職から排除される反面、廉潔の欠如を示す犯罪を行った者でも軽罪者というだけで資格を制限されない。結論として、就こうとしている職務との関係で犯罪の性質および重大性が何ら考慮されていない。有罪判決後の時間の経過、犯罪者の社会復帰の程度、および犯罪が行われた具体的事情等も同様に全く考慮されていない」と判示している⁽⁸⁷⁾。すなわち本判決は、犯罪前歴者から公共の利益を守るという立法目的を達成することは是認しうるが、そのために公共の利益を危殆化させる恐れのない犯罪前歴者をも含めて、一律に重罪前歴者というだけでそれらの者を一般行政職から排除してしまふことは、「全く不合理で矛盾」しており、「合衆国憲法修正第一四条の平等保護条項に違反する」と結論付けている⁽⁸⁸⁾。

前述のハリス判決も、バッツ判決に依拠しながら、重罪前歴を根拠にして理髪師資格を一律に排除・剥奪するケンタッキー州の法律を、軽犯罪者との関係（全く制限していない）で、またその他医師・弁護士等の資格制限に関する

法律（重罪をもって一律に制限することはしていない）との関係で、平等保護条項に反すると判決している。ここでも犯罪前歴と職務との直接的関連性が要求されている。⁽⁸⁸⁾

ミラー対カーター判決⁽⁹⁰⁾は、一定の重罪（致死の可能性のある武器の使用、麻薬の売買、自然に反する破廉恥な犯罪、近親相姦および強姦）を犯した者に対してタクシーの運転免許証の発行を禁止するシカゴ市の条例を平等保護条項に違反すると判示したものであり、これは意見を付することはしなかったが合衆国最高裁判所によっても肯認されている。もっとも、本件は事案の特異性のゆえに一般化は困難であるように思われる。シカゴ市の条例は、タクシー免許の申請時を基準にして、それ以前に当該重罪を犯した者に対しては免許の発行を完全に否定しているのに対して、免許取消後に犯した者に対しては市当局の裁量でそれを取消しうるとしていた。⁽⁹¹⁾第一審裁判所は伝統的な立場から原告の主張をすべて否定したが、第二審の第七区高等裁判所は、公共の安全という条例の目的を達成するためには、免許の申請または取得時を基準にして、同一重罪を犯した犯罪者間で差別を設けることは不合理であり、したがって当該条例は憲法違反であると判決した。⁽⁹²⁾

以上、三つの判決の動向として、われわれは次のように結論付けることができる。第一に、パッツおよびハリスの両判決の判旨の射程範囲は広く、重罪前歴者というだけの理由でそれらの者に対して一律に公務・資格禁止を課すこととは、軽犯罪者との関係で、その他の資格制限法規の対象者との関係で、そしておそらく一般応募者や申請者との関係で、憲法上容認し得ない不合理な差別となる。第二に、それらの欠陥を是正するためには、犯罪前歴者が就こうとしている職務と直接的な関連性を有している場合にのみ、資格制限が可能になるような法体系を用意しなければならぬ。第三に、こうした判決の将来への影響はそれほど大きいものとは思われないが、それでも最小限次のように言うことができよう。同じ程度の公共の保護を必要とする職種において同一種類の犯罪者間で差を設けた場合には、か

かる差別は不合理なものと判断されよう。⁽⁹⁵⁾ 第四に、犯罪前歴者が、それを理由に他の一般の人と異った不利益な取り扱いを受ける場合に、その差別の合理性について、通常の場合より一層「厳格な審査」を必要とする「疑わしき差別集団」に属するかどうかに関しては、パッツおよびミラー判決はいずれも消極的な判断を示しているが、学界での強い主張⁽⁹⁴⁾と相俟って今後の発展を見守る必要がある。

(三) 市民権法

アメリカにおける犯罪前歴者の職業禁止を克服するためのもう一つの法理論として、一九六四年市民権法タイトルVII⁽⁹⁵⁾によるアプローチが判例上確立されている。タイトルVIIは、もともと、個々人の人種、皮膚の色、宗教、出身国籍による差別的な公的・私的雇用実務⁽⁹⁶⁾の禁止を目的とするものであって、直接犯罪前歴者の雇用差別の禁止を規定しているわけではない。しかしながら、犯罪歴を有する者の割合が白人種と比べて非白人種に圧倒的に偏っているため、犯罪前歴による雇用差別が事実上の人種差別を結果することになる。そこで、そのような場合には、犯罪前歴を理由とする雇用拒否はタイトルVIIの禁止する違法な雇用に当たる、とする判例理論が確立されるに至った。

基本的な理論枠組は、一九七一年合衆国最高裁のグリッグズ対デニーク動力会社事件⁽⁹⁷⁾で示されている。本件において、会社は、一定職種への採用・配置換え基準として、高卒以上であるかさもなければ一定点数以上の知能指数を有していることを要求していたが、その結果、一定の職種に関しては、かつての人種差別の効果がそのまま維持され、黒人労働者の多くが当該職種に就くことができなかった。このような事実に対して、最高裁は、形式的には中立・公正であり、差別意図のない実務であっても、その結果人種上の少数者に不均衡な事実上の差別 (de facto discrimination) をもたらす場合には運用上の差別に当たり、かかる運用上少数人種を排除する雇用実務が職務遂行と関連を有すること (Business necessity) が立証されない限り、その実務は禁止される旨を判決した。⁽⁹⁸⁾ 結局ここで確立された原則は、

「人種上の少数者に差別的な結果をもたらす基準または実務は、職務遂行上の必要性が立証されない限り違法である」ということになる。

カリフォルニアの連邦地裁は、グレゴリ対リットン・システム株式会社⁽⁹⁸⁾事件で、逮捕歴（本件の場合には一四回におよぶ）を有する応募者の雇用を拒否する会社の政策を違法であると判断した。本件の特長は、同地域における逮捕率が人口比において白人と比べて重要な程度に黒人に偏っている（substantially more frequently）という統計上の評価を基準にして事実上の差別を是認し、また逮捕歴それ自体は雇用の資格や適格性と何ら関連がないとして、当該差別は職務上の必要性によって正当化されることはない⁽⁹⁹⁾、とした点にある。

第八巡回区高等裁判所は、カーター対ガラグハー事件⁽¹⁰⁰⁾において、さらに一歩進めて、有罪歴（重罪）を有する者を消防士として採用しないとするミネアポリス消防局の方針は少数人種に対する違法な差別結果をもたらすと認定し、有罪歴を根拠とする採用の拒否は、仲間の消防士や公衆を保護するという観点から、消防士としての適格性と関連性を有している場合のみ許され、有罪歴を採用の絶対的禁止のために用いることは違法であると判決した⁽¹⁰¹⁾。一九七七年にも同高等裁判所は、有罪歴が就こうとする職務上の要請と重大な関連性を有していない限り、有罪歴を理由にして採用を拒否することは違法であると判決している⁽¹⁰²⁾。本件においても事実上の差別を認定するために統計が用いられている。

以上のように、タイトルVIIは、犯罪前歴を有する少数人種（特に黒人）に属するものが、その職業差別を克服するための有効かつ強力な手段となっている。その骨子は、犯罪前歴を理由に絶対的な職業禁止政策をとっている場合には、(1)当該雇用地域で犯罪歴を有する者の割合が少数人種者の間に不均衡に高いことが統計上示され、かつ(2)雇用者が、そのような政策がその職務の安全かつ効率的な遂行にとって必要であることを立証しえないかぎり、その職業禁

止はタイトルVIIに違反する違法な雇用実務になる、とこの点にある。⁽¹⁶⁾

- (41) "Licensing Restrictions Against Ex-Offenders, *supra* note (1), at 565-7 参照。
- (42) その他にも、実体的デュー・プロセスの問題として明確性の原則の問題が問われねばならない。特に「犯罪」概念や、資格制限の根拠として用いられる「徳性 (good character)」や「道徳的嗜好」による犯罪 (moral turpitude offenses) などの概念の明確化を必要とする。リポートの「Special Project, *supra* note (14), at 952-60 参照。
- (43) *Hawker v. New York*, 170 U. S. 189 (1898).
- (44) *Id.* at 191.
- (45) *Id.* at 200.
- (46) *DeVau v. Braisted*, 368 U. S. 144 (1960).
- (47) *Id.* at 157-60.
- (48) "Licensing Restrictions Against Ex-Offenders," *supra* note (1), at 574.
- (49) *Thomas v. Evangeline Parish School Board*, 138 So. 2d 658 (La. Ct. App. 1962).
- (50) *Upshaw v. McNamara*, 435 F. 2d 1188 (1st Cir. 1970).
- (51) *Schwartz v. Board of Bar Examiners*, 353 U. S. 232 (1957).
- (52) *Mindel v. United States Civil Service Comm'n.*, 312 F. Supp. 485 (N. D. Cal. 1970).
- (53) *Harris v. Board of Barbering*, Civil No. C 74-399 L (A) (W. D. Ky., June 13, 1975). 本判決を直接参照するのではなく、ただ「New Approaches to the Civil Disabilities," *supra* note (17), at 405-9 の紹介による。
- (54) *Id.* at 652.
- (55) *Id.* at 653.
- (56) *Id.* at 653.
- (57) *Vieth v. State Personnel Board*, 32 Ca. App. 3d 187 (1973).

- (85) *Id.* at 191.
- (86) *Id.* at 195.
- (87) Miller v. District of Columbia Board of Appeals and Review, 294 A. 2d 365 (1972).
- (88) Portland v. Board of Regents, 491 F. 2d 1281 (2d Cir. 1974).
- (89) この原理の一般的動向を論ずることにして、Note, "The Irrebuttable Presumption Doctrine in the Supreme Court," 87 *Harvard Law Review* 1534 (1974); Note, "The Conclusive Presumption Doctrine: Equal Process or Due Protection?," 72 *Michigan Law Review* 800 (1974); Note, "Irrebuttable Presumptions: An Illusory Analysis," 27 *Stanford Law Review* 449 (1976) 参照。
- (90) "New Approaches to the Civil Disabilities," *supra* note (17), at 401.
- (91) Note, 87 *Harv. L. Rev.*, *supra* note (62), at 1536.
- (92) "New Approaches to the Civil Disabilities," *supra* note (17), at 402.
- (93) Stanley v. Illinois, 405 U. S. 645 (1972).
- (94) Vlandis v. Kline, 412 U. S. 441 (1973).
- (95) "New Approaches to the Civil Disabilities," *supra* note (17), at 406.
- (96) "Licensing Restrictions Against Ex-Offenders," *supra* note (1), at 574.
- (97) このように、犯罪を理由とする資格制限が個別的な裁量の問題だとすると、たとえば、前掲註(8)に掲げた神戸地裁判決で問題になった公務員の自動失職制はその独自の存在理由を失い、資格制限を基礎づけていた公務の信用の毀損または不適格性の有無の判断は、分限における場合と全く異ならないということになる。そうであれば、自動失職制は国家目的を達成するための過剰な人権侵害だということになる。その理は、本件の弁護人によっても強力に主張されたところであるが、掲載した判決理由からも明らかなく、判決は禁じ以上の刑に処せられた者の強度の反社会性を強調するのみで、なぜ自動失職制度ではなしに分限制度では解決できないのか明らかにしていない。この点をも含めて本件に関して、別稿を予定している。

のでそれに譲る。

(71) 「権制—特権」(right-privilege distinction) 峻別原則がすでにデュー・プロセス条項適用原則として正当性を持ち得ないことについては Van Alstyne, "The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law," 81 *Harvard Law Review* 1439, 1445-1458 (1968) の議論参照。先駆的な判例として *Cafeteria and Restaurant Workers Union v. McElroy*, 367 U. S. 886 (1961); *Shapiro v. Thompson*, 394 U. S. 618 (1969) 等がある。

(72) この「権制—特権」峻別原則は、当時マサチューセッツ州の最高裁判官だった O. W. ホームズの次の一文の中にその核心が語られている：「請願者は政治を語る憲法上の権利を有しているが、警察官になる憲法上の権利は有していない。召使いが怠けないことを約束していることと、契約に内包される黙示の条件によって、自由な言論に関する憲法上の権利の停止に召使いが同意を与えないような雇用関係などほとんど存在しない。召使いが自分に提示された条件に基づいて雇用関係に入る以上、彼は不平を言うことにはできない。」(*McAuliffe v. Mayor of Bedford* 155 Mass. 216, 220 (1872))。

(73) *Goldberg v. Kelly*, 397 U. S. 254 (1970) は、「福祉金」給付は受領有資格者に認められる制定法上の権利の問題である。その停止は重要な権利を裁決する州の行為を必要とする。これに関する憲法上の抗争は、公的扶助の給付が「特権であって『権利』ではない」という主張によって解答を与えられるものではない。必要な憲法上の規制は、失業補償の資格喪失、税金除の否認または公職からの解雇に対すると同様に、公的扶助金の給付停止にもおよび」(*Id.* at 265) とし、続いて「手続的デュー・プロセスが受領者に与えられねばならない程度は、その者が『重大な不利益』を蒙ることを宣告されるであろう程度にかかっており、その不利益を回避することによってもたらされる受領者の利益が行政機関の略式裁決の利益を凌駕するか否かに依存している。したがって……『デュー・プロセスが一定の事情の下でどのような手続を要請しているかという考慮は、当該行政作用の性質およびその行政行為によって影響を受ける私人の利益の性質を正確に決定することから始められなければならない。』」(*Id.* at 262-3) と判示している。本判決は、憲法上の権利(基本的権利)でなく州法上の権利であっても、その否定が「重大な不利益」をもたらすようなものであるときには、デュー・プロセス条項の手続的保障が与えられなければならないというとした上で、どのような具体的手続が実際に保障されるかは、「利益衡量」によって決定されるという。結論として、本判

決は、社会福祉金の給付打ち切りに当たっては、理由の告知を受ける権利、反対尋問権、私選弁護人依頼権をはじめ、証拠に基づく本格的な事前の聴聞が保障されなければならないとした。「権利―特権」峻別原則の放棄を宣明すると共に、そこに判決された聴聞を受ける権利の広さと完全さにおいて、本判決は、画企的なオーソリティになった。本判決の矯正保護領域への影響については、拙稿「アメリカ行刑法における懲罰手続とデュー・プロセス(1)」*阪大法学九三号五〇頁以下参照*。

(74) バロウル取消しに関する *Morrissey v. Brewer*, 408 U. S. 471 (1972) および *プロベイン* 取消しに関する *Gagnon v. Scarpelli*, 411 U. S. 778 (1973) の二つの判決。なおこれら両判決については、拙稿「バロウル取消し手続に関するモリッセイギヤグノン判決について」*大阪大学教養部研究集録(人文・社会科学)*二四号参照。

(75) *Wolf v. McDonnell*, 418 U. S. 539 (1973). 本判決については拙稿「受刑者懲罰手続に関するウォルフ対マクドネル判決について」*大阪大学教養部研究集録(人文・社会科学)*二六号。

(76) 「州によって創設された権利」原則の核心は、*Board of Regents v. Roth*, 408 U. S. 564 (1972) において、「給付行為に対する財産上の利益を有しているとするためには、人はそれに対する単なる抽象的な必要性または希望を有しているだけでは足りずそれ以上のものを有していなければならない。その者は独りよがりの期待以上のものを有していなければならない」(*Id.* at 577) と述べられている。本件は、テニユアのない大学教官は、その地位を継続する財産上の利益 (*property interest in his position*) を有してゐないため、その解雇にデュー・プロセスの手続的保護は不要である、とするものであるが、*Meachum v. Fano* 96 S. Ct. 2532 (1976) は、受刑者の他施設への移送に関して、「われわれは、冒頭に、州によって課される重大な不利益のすべてがデュー・プロセス条項の手続的保護を發動させるに十分である、とする考え方を否定する」(*Id.* 2538) として、「財産」のみならず「自由」も、デュー・プロセス条項による手続的保護を保障されるためには、その「自由」が権利として州法によって創設されている場合でなければならないとすに至った。これに対しては、マーシャル判事が、その反対意見の中で、「本法廷は『自由の利益 (liberty interest)』は二つの源のうちそのいずれかから生じると述べる。本法廷の意見に従えば、自由の利益は『憲法に源を発する』かさもなければ『その起源が州法にある』かのいずれかであるということになる。もし人が州の創造物であるとするならば、この分析は正しいであろう。しかしながら、デュー・プロセス条項の保

護する自由は、権利の章典によって創造されるものである。はたまた主権を有する州の法律によって創造されるものでもない」(Id. at 2541)。「……なによりも重要なことは自由の概念それ自体を卑しめるものである。けだし、もし被拘禁者の保護される自由の利益が州が許容を選択したものに限られるとするならば、被拘禁者は、実際にはほぼ一九世紀の判決に記述される奴隷以外のなにもでもないということになる」(Id. at 2542)と痛烈な批判を加え、「もちろん、このことはすべての不利益が修正一四条の意味する自由の剝奪に該当するということの意味するわけではない。重大な不利益が存在しなければならず、しかもこのことは自体がある程度柔軟性を備えたものである」(Id. at 2543)として、「重大な不利益」原則の堅持を主張している。

(77) Note, "Procedural Due Process in Prisoners' Rights: State Giveth and the State Taketh Away", 57 *Boston University Law Review* 387, 398 (1977) 参照。

(78) Note, "No Process Due Prisoners in Intrastate Transfers: Due Process Imposed Within the Entitlement Doctrine," 38 *University of Pittsburgh Law Review* 561, 562 (1977) 参照。

(79) Meachum v. Fano 96 S. Ct. 2532 (1976). 前掲註(76)参照。なお、本件については拙稿「受刑者移送に関してデュー・プロセスを否定したミーチャム対ファーノ判決について——新しい『ハンズ・オフ』ドクトリンの出現」大阪大学教養部研究集録(人文・社会科学)第二七号および拙稿「最近の判例」アメリカ法一九七九年三一四頁参照。このような「自由」の内容まで「創設された権利」でなければならぬという考えは、本判決の直前に出された Paul v. Davis, 96 S. Ct. 1135 (1975) の中にその萌芽が示されていた。原告は、手配書の中に「活動的な万引」として指名手配され、逮捕されたが、無罪だった。原告は手配書の配布によって毀損された名誉の回復を求めて訴を提起したが、最高裁は、「雇用といたったような何かをもって形のある利益を伴わない名誉は、それだけではデュー・プロセス条項の手続的保護を援用されるに足る『自由』にも『財産』にも当たらない」(Id. at 1161)として、原告の請求を否認した。しかしながら、名誉の利益は伝統的にそれ自体で、何ら他の法的源泉に裏付けられていなくても、「自由」の中に包含されると解されてきたのであって、ポール判決は、名誉が「自由」の中に含まれるか否かを決定するための独立の法的根拠を要求しており、まさに「自由の利益」に関して「創設された権利」原則を適用してゐると言える。(No Process Due Prisoners," *supra* note (78), at 557 n. 106)。もっともポール判決

は、「自由」の決定に際して、何らかの独立の法的規範を要請しているが、ミーチャム判決のように州の法規に基礎付けられることを要求してゐるわけではない。

(96) Board of Regents v. Roth, 408 U. S. 564, 588-9 (1972).

(18) "Special Project", *supra* note (14), at 1209.

(22) *Id.* at 1208 にその可能性が示唆されてゐる。この立場に属するものとしては、刑罰ではなくても、資格制限には社会的非難が含まれてゐるから、手続的デュー・プロセスの保障が必要であるとする考え方も主張されている。これは、ロス判決が、「州は、被上告人を再雇用しない際、彼の社会の中での地位や交際を著しく毀損するような非難を全く行なわなかった。州は、たとえ彼が不正直であるとか不道徳であるという非難を理由にして、契約の更新を拒否したわけではない。もしそうであったならば、本判決は異なったものになるであらう」(Board of Regents v. Roth, 407 U. S. 564, 577 (1972))と判示してゐるのを受けて、主張されたものである ("The Revolving Door", *supra* note (20), at 1426)。資格制限が「徳性の欠如」を理由に課せられる場合には、この立場は有効なものとならう。さらに一歩進めて、資格制限を保安処分と考えた場合にも、刑罰に準じざるとして手続的デュー・プロセスが要請されることとなるのではなからうか。

(33) "Licensing Restrictions Against Ex-Offenders, *supra* note (1), at 578-81, 599-601.

(25) Haw. Rev. Stat. § 378-2 (1) (1976); Wash. Rev. Code Ann. § 9. 96A. 020 (1977); Tex. Stat. Ann. § 112. 011 (West Supp. 1978); Conn. Gen. Stat. Ann. § 4-610 (West Supp. 1978), cited in "Licensing Restrictions Against Ex-Offenders, *supra* note (1), at 599 n. 175.

(26) Butts v. Nichols, 381 F. Supp. 573 (S. D. Iowa 1974).

(27) *Id.* at 580.

(28) *Id.* at 581.

(29) *Id.* at 581-2.

(30) "New Approaches to the Civil Disabilities," *supra* note (17), at 407.

- (96) Miller v. Carter, 547 F. 2d 1314 (7th Cir. 1977); 434 U. S. 356 (1978).
- (16) *Id.* at 1316.
- (26) *Id.*
- (36) Ali v. Division of State Athletic Comm'n, 316 F. Supp. 1246 (S. D. N. Y. 1970) 注' ロットマン・メナーが' 従来から犯罪前歴を有する者に対してボクシングの免許を発給して来たにもかかわらず' フリに對してのみ発給しないことは' 意図的' 恣意的かつ不合理な差別であり' 平等保護条項に反するものとする。
- (46) Note, 4 U. C. L. A. *Alaska Law Review* 294 (1975); Dale, *supra* note (3), at 334-5; "The Revolving Door," *supra* note (20), at 1419-22.
- (56) 42 U. S. C. §§ 2000 c~e-17 (1976).
- (66) 最初は私企業を対象とするものだけに限られたが' 一九七二年の改正で公共機関の行う雇用も含まれるに至った。
- (67) Griggs v. Duke Power Co., 401 U. S. 424 (1971).
- (86) *Id.* at 431.
- (96) Note, "Employment Discrimination—Title VII—Unlawful to Use Conviction Records as an Absolute Bar to Employment," 22 *Wayne Law Review* 1251, 1252 (1976).
- (100) Gregory v. Litton Systems, Inc., 316 F. Supp. 401 (C. D. Cal. 1970).
- (101) *Id.* at 403.
- (102) Carter v. Gallagher, 452 F. 2d 315 (8th Cir. 1971).
- (103) *Id.* at 315.
- (104) *Id.* at 326.
- (105) Green v. Missouri Pacific Railroad, 549 F. 2d 1158 (8th Cir. 1977). ある都市に居住する全黒人人口中犯罪前歴を有する者の割合は' 三六・九%と七八・一%であるのに対して白人では一一・六%と一六・八%でしかなく' また一人の黒人が

生涯に有罪の認定を受ける可能性は、白人と比べて二・二倍、六・七倍になる、との統計上の証拠が提出されている。

(106) "The Revolving Door," *supra* note (20), at 1413.

五 職業制限を克服するための立法論

すでに見たごとく、その萌芽が見られるとは言え、現実に判決を通して、犯罪前歴者に課されているさまざまな職業制限を克服しようとするには、あまり多くを期待することができない。特にバーガー・コートが大きな変革をもたらすことはないだろうと言われている。そのような中であって法律の改正による職業制限の緩和に多くの期待が寄せられている。一九七三年の全国諮問委員会(NAC)の報告書は、「さまざまな職業および免許資格に課されている制限は一層深刻である。犯罪者の生計能力が犯罪生活を断ち切る成否を決定する。国によって規制される職業は増加の一途を辿っているが、それらに就くことを阻害されることによって、犯罪者の再社会化は一層困難になる。もし規制を行っている法規の改正が行なわれないとするならば、当該問題は一層深刻なものとなる⁽¹⁰⁸⁾」と警告している。近年州の立法府は、犯罪前歴者に課している職業制限を緩和するための活動に着手し、一九七四年段階で少なくとも二四州で法規の改正作業を開始し、一三州で公務員または職業上の免許資格を考慮する際に犯罪前歴の使用を制限するための法改正を行なったと言われている⁽¹⁰⁹⁾。このような動きの中で、一九七四年、ハワイ州が、私企業への就職に際して、有罪判決が職務の遂行および責任と実質的な関連性がないにもかかわらず、それをもって雇用を拒否したり、制限したり、または解雇することは、不法な就職差別になるとする法改正⁽¹¹⁰⁾を行なったことは特に注目し得る。コネティカット州は、さらに徹底して、一九七三年の法改正で、公務員の採用または免許資格に関して、「(1)犯罪の性質およびそれと就こうとしている仕事との関連性、(2)有罪判決を受けた者の社会復帰の程度に関する情報、および(3)有

罪判決または釈放後の時間の経過」を考慮して、当該犯罪前歴者がその求めている職務・仕事・職業に適していないと決定しない限り、犯罪前歴をもって差別してはならないと規定するに至っている。⁽¹¹⁾

問題は、法改正または新しい法律の制定に際してどのような内容の規定を設けるべきかという点にある。これに関しては、関連諸機関と十分に討議を重ねた上で作成された、一九八一年のアメリカ法曹協会（ABA）のモデル基準がきわめて示唆に富む。それは、犯罪前歴者に対する職業制限について、次のような規定を提案している。⁽¹²⁾

「基準二三・八・八 雇用および免許

(a) 過去の有罪判決を唯一の根拠として有罪宣告を受けた者に対して課する雇用制限は、当該犯罪がその職務の遂行および責任と実質的な関連性を有する場合を除いて、禁止されなければならない。犯罪と職務との関連性を評価するに当たっては、特に次の諸要素を考慮しなければならない。

(i) 当該職務に就くことによって同様の犯罪を犯す機会が増大する可能性

(ii) 有罪判決後の時間の経過

(iii) 有罪判決後の本人の行動および

(iv) 当該犯罪を導びいた、犯罪行為および本人の状況、および同様の状況が再び生じる可能性

(b) 各管轄区は、私企業への就職に際して、有罪判決を受けた者を不合理な制限から保護するための法律を制定し、次に定める事項を規定しなければならない。

(i) 雇用の拒否

(ii) 解雇

(iii) 公正な雇用条件、賃金または昇進の拒否

(iv) 労働組合または就職の可能性に影響をおよぼすその他の組織への入会の拒否
 (v) 何んらかの仕事を行い、専門職に就き、または就職するために必要な免許の取得を拒否すること、またはそれを取り消すこと。

管轄区は、有罪判決を受けた者が私企業に就職するに際して、その被むる就職制限を禁ずる法規の執行を確保するため、適切な機構を用意しなければならない。

(c) 〔省略〕

(d) 公共機関への就職は、本基準によって提案された私的企業への就職に関する基準と同一の基準によって律せられなければならない。

(e) 〔省略〕

(f) 免許その他の公規制は、その犯罪を問わず有罪判決を受けた者を、規制対象となる活動の遂行から自動的に排除するものであってはならない。何人も、犯した犯罪が規制対象となる活動の遂行と実質的な関連性を有する場合を除いて、有罪判決を根拠にして当該活動を禁止されない。かかる関連性が存在するかどうかの決定に当たっては、(a)項に規定した要素を考慮しなければならない。」

本 A B A 基準の特色は、雇用または免許資格に関して、犯罪前歴を本人の不利益に用いる場合の基準として、考慮すべき具体的な四つの要素を掲げることによって、犯罪前歴または犯罪そのものというよりは、現にあるその者との個別的関連性を問題にしている点にある。この点に関しては、従来からさまざまなモデルがさまざまの基準を提案している。アメリカ法律協会 (A L I) の模範刑法典は、「有罪判決が個人の権利または特権を行使する能力と合理的に関連している」場合には、免許資格を限定的に制限できることを認めている。⁽¹¹⁾ また全国諮問委員会 (N A C) の基

準は、「犯罪または犯罪者の特性と免許・特権または就こうとしている公務とが直接的な関連性を有している場合」にのみ制限が可能であるとしている。⁽¹⁴⁾ 他方、ジョージタウン刑法・刑事手続研究所は先述のコネティカットの基準と同一の基準を提案している。ハワイにおいては、有罪判決と職務との実質的な関連性があればよいとしていることは、先に見た通りである。このような中において、A B A の基準はコネティカット型とハワイ型を結合したものとと言うことができる。

それではこれらの基準のうち、いずれが支持されるべきであろうか。学説の多くは「直接的な関連性」(N A C 型)の基準が採用されるべきだとしている。⁽¹⁵⁾ しかしながら、これだけが単独で十分に妥当な基準を提供し得るかについては、なお疑問が残る。この基準によれば、有罪判決の対象となったある種の犯罪が就こうとしている職業または取得しようとしている免許と、単に形式的に、直接関連している場合には、現にある本人がどのような人であるかを問うことなしに、職業制限を是認するということになる。たとえば、かつて会計係であった者が金銭を業務上横領した場合、その者は、直接的な関連性があるため、再び会計職に就くことが禁止されることになる。しかし、これではある職種に就き、または免許を取得することによって、かつて犯した犯罪と同種の犯罪を再び犯す可能性が、単なる一般的・抽象的レベルでの罪種と職種との直接的関連性によって決定されてしまうことになり、犯罪前歴を根拠にした不当な職業差別の構造がそのまま維持されてしまう可能性がある。より本質的な問題は、過去の犯罪または有罪判決との直接的関連性というよりは、現にある人の能力と現に就こうとしている職務との個別的・具体的関連性にあるのであって、この点を意識的に踏まえて作成された A B A 基準が支持されるべきだと言えよう。⁽¹⁶⁾

いずれにしても、アメリカの立法の動向は、およそ何らかの、あるいは一定範囲の、または特定の犯罪について有罪判決を受けたことを根拠にして、自動的に職業制限を課すことを禁止する方向に大きく踏み出しており、直接的な

たは個別的・具体的関連性が立証された場合にのみ、例外的に職業制限を是認する法理論が大方によって支持されていることである。⁽¹³⁾

- (107) "The Revolving Door", *supra* note (20), at 1419.
- (108) National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals, *Corrections*, at 593 (1973).
- (109) ABA, *Legal Status of Prisoners*, *infra* note (112), at 61.
- (110) Hawaii Revised Statute §§ 378-(2) 1 (1974).
- (111) Connellout General Statute Annotated § 4-610 (Supp. 1975).
- (112) ABA, *American Bar Association Standards for Criminal Justice Ch. 23, Legal Status of Prisoners*, Standard 23-8.8 (Approved Feb. 9, 1981).
- (113) ALI, Model Penal Code § 306. 1.
- (114) NAC, *Corrections*, *supra* note (108), at 593.
- (115) Georgetown University Law Center Institute of Criminal Procedure and Law, "Model Licensing Statute and Analysis," reprinted in Hunt (et als), *Laws, Licenses and the Offender's Right to Work* (1973), at app. B.
- (116) なるべし Special Project, *supra* note (14), at 1101; Tepper & Feinstein, *supra* note (19), at 431.
- (117) ABA, *Legal Status of Prisoners*, *supra* note (112), at 62.
- (118) "The Revolving Door," *supra* note (20), at 1430-31 参照。なお、ロンドン特別区は、犯罪前歴者の採用に際して、その審査手続基準を設け、社会復帰を終えた前歴者の採用の促進を図っている。それによると、犯罪の生じた事情、犯行時の年齢、犯罪の反復の有無、犯行に影響をおよぼした社会的条件、社会復帰の証拠、および就こうとしている職務を考慮することとしている。しかも、採用後に重罪で有罪の判決を受けていたことが判明した場合にも、同様の基準に基づいて審査が行なわれることになっている (*Offender Employment Rev.* 6, Jan. 1974)。

六 おわりに

以上見てきたように、アメリカ判例法による新しい動向は、未だほんの萌芽とは言え、一九七〇年代に入ってから、犯罪前歴者に対する職業禁止および免許資格の制限に関して、ホーカー判決以来の伝統的な「抽象的・一般的な関連性」の原則に代えて、「具体的・直接的な関連性」の原則を適用するものが出現するに至っている。これらは主として連邦地方裁判所段階の判決であり、この動きが将来大きな主流を形成するかどうかは必ずしも明らかでない。しかし、第一に、すでに見た如く、犯罪前歴者以外の領域では、一定のカテゴリーに属する集団に対して一律・自動的に制限を課すことを違憲とする合衆国最高裁の判決が数多く下されるに至っており、同様の法理が犯罪前歴者の資格制限の領域にも徐々に浸透する可能性はやはり大きいものと言える。第二に、この新しい動向は、第五章に見たごとく、多くの権威ある「モデル・ルール」によって強力に主張されており、有罪判決を受けた者が未だその刑の執行を終える前であっても、社会内で処遇される限り、一律・自動的に資格制限を課すことをせず、犯罪前歴と就こうとする職務との具体的または直接的関連性がある場合に限って特に資格制限を認める提案を行っている。ここでは、犯罪前歴（有罪判決）を根拠にして職業禁止ないしは資格制限を課さないことがまず当然の前提として推定されており、これを打ち破るためには一定の手続に基づいて、具体的・直接的な関連性が立証されなければならないことになる。第三に、これらの動向はすでにいくつかの州法によって実定法規として承認されるに至っている。このような判例および立法の大きい流れを見ると、アメリカにおいては、一九七〇年代を界に、犯罪前歴者に従来課されてきた資格制限の法体系は大きく変化することが予想される。そして判例法によってそれを可能ならしめる法理は、単に有罪判決を受けたこと、あるいは犯罪前歴を有することのゆえをもって、一律・自動的に資格制限を課すことは、国家の正当な

目的（犯罪前歴者から公共の安全または公務の信頼を保護すること）を達成するための手段としては不合理かつ過剰なものであり、有罪判決または犯罪前歴と求める職務との具体的・直接的関連性を考慮することなしにかかる制限を課すことは、「法律の適正な手続」なしに自由を制限することになり、デュー・プロセス条項に違反すると同時に、単にそれだけの理由で差別的取り扱いを是認することは、平等保護条項にも違反するという点にその核心があると言える。

右のような動向は、現代の世界的な刑事政策思潮からも是認されるものである。社会内処遇をもっぱら処遇の中核に置く再編入の思想（resocialization, restoration）は、かつての社会復帰思想である改善主義が施設に收容することこそ最善だと信奉していたのとはまさに正反対に、施設に收容しないことこそもっとも良い社会復帰の道だと主張するに至っており⁽¹⁰⁾、それを具体的に実現させる最も重要な施策は、単に有罪判決を受けたという事実のみで、すべての犯罪者が「悪い、危険な存在である」という前提に立脚して作られている法制度を更改することにある、と言われている。すなわち現代の刑事思潮の出発点は、犯罪者は、刑罰または処遇を受ける過程で「普通の人」とは異なった存在としてその人間性を否定され、犯罪の防止または拘禁という大きな組織目的に向かって、一律に意のままに管理操作され、処理される生命のない原材料の如き地位から解放されなければならない⁽¹¹⁾という点にある。アーウィン⁽¹²⁾は次のように述べている。「われわれが必要としているのは、きわめて単純な犯罪と行刑に関する法理である。それは受刑者は人間であり、自由な市民と異った存在ではないという前提に基づいたものである。……犯罪者もわれわれと同じように人であり、無数の名誉ある行為とそうでない行為とを選別する能力を有していることを前提とする以上、彼等は真の選択の機会を与えられるならば、やはり名誉ある行為をするだろうということを前提することになる。これは、彼等に自己決定、尊厳、自己尊敬を達成する機会を与えることを意味する⁽¹³⁾」と。そうであれば、単に有罪の判決ない

しは犯罪前歴を有することの一事をもって、一律に資格制限を課すことは、明らかに現代の刑事政策の思潮にもとるものであり、具体的・直接的な関連性が立証された場合にのみ、かかる制限が可能だと言える。

また、近代法の基本原則である「法の支配」を矯正・保護の領域にも貫徹しなければならぬとするならば、科学的な根拠のない「受刑者・犯罪前歴者は危険である」という、社会の素朴な応報感情に基づく本能的な事実の重みを直接法制度化することによってそれらの者の人間性と自由を大幅に制限することは、まさに「力の支配」を復活させるものであり、近代法の発展を逆行させるものと言えよう。⁽¹²³⁾

右のようなアメリカでの新しい動向、現代の刑事政策思潮および近代法の発展の過程を視野に入れるとき、わが国における犯罪前歴者（有罪判決を受けた者）に課されている資格制限の諸規定も抜本的に変革が求められているといえよう。覚書としての本稿を出発点にして今後本確的な研究に着手したいと思う。

- (119) 拙稿・前掲註(40)・一七七頁以下参照。
- (120) Rothman, "Decarcerating Prisoners and Patients," *The Civil Liberties Review*, at 9-10 (Fall 1973).
- (121) Shover, *A Sociology of American Corrections*, at 242 (1979).
- (122) Irwin, *Prisons in Turmoil*, at 248 (1980).
- (123) 拙稿「受刑者の法的地位と監獄法改正(1)」法律時報五五卷二号五四—五五頁参照。