

## 論 説

# 「民営化」に対する憲法的統制の可能性(2・完) ——アメリカにおける民営刑事施設に関する 裁判例を素材に

小 牧 亮 也

はじめに

第一章 ステイト・アクション法理と「民営化」

第一節 判例概観

第二節 検討

第三節 小括

第二章 民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性

第一節 ステイト・アクション法理と 1983 条訴訟・Bivens 型訴訟

第二節 民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性をめぐる  
裁判例

1 West 判決

2 Richardson 判決以前の下級審判決

3 Richardson 判決 (以上、259号)

4 Richardson 判決以降の下級審判決

第三節 検討

1 Richardson 判決の歴史認識に対する応答

2 排他性テスト理解との関係

3 公的機能理論の相対化?

第四節 小括

第三章 救済法上の諸問題と憲法的統制

第一節 Malesko 判決

1 事件の概要および下級審判決

2 連邦最高裁判決

## 論 説

### 3 分析

#### 第二節 Minneci 判決

##### 1 事件の概要および下級審判決

##### 2 連邦最高裁判決

##### 3 分析

#### 第三節 検討

##### 1 救済法のあり方を問う憲法論の可能性

##### 2 「民営化」のあり方を問う憲法論の可能性

##### 3 憲法論の存在意義

#### 第四節 小括

おわりに (以上、本号)

## 第二章 民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性 (承前)

### 第二節 民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性をめぐる裁判例

#### 4 Richardson 判決以降の下級審判決

この時期の判例に特徴的なことは、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性判断の理由を比較的詳細に説明していることである。これは、排他性テストを適用するための前提として、Richardson 判決の「矯正機能は、決して排他的に公的なものではなかった」という歴史認識に応答する過程でみられるものであり、そこには、各判決が排他性テストをどのように理解し、それを適用しているかが示されているように思われる<sup>109)</sup>。以下では、Richardson 判決以降の下級審判決のなかでも、特徴的なものをいくつかとりあげることにしたい。

##### (1) *Giron v. Corrections Corp. of America*<sup>110)</sup>

本件は、州との契約に基づいて私法人 (CCA) が運営する矯正施設

109) ただし、この時期の下級審判決のすべてが Richardson 判決の歴史認識に応答しているわけではない。See, e.g., *Kesler v. King*, 29 F. Supp. 2d 356, 370-71 (S.D. Tex. 1998); *Palm v. Marr*, 174 F. Supp. 2d 484, 487-88 (N.D. Tex. 2001); *Rosborough v. Management & Training Corp.*, 350 F.3d 459, 460-61 (5th Cir. 2003).

110) 14 F. Supp. 2d 1245 (D.N.M. 1998).

において、職員が女性受刑者を強姦したことについて、その受刑者が CCA 等に対して、修正 8 条違反を主張して 1983 条訴訟を提起した事例である。

連邦地裁は次のように判示した<sup>111)</sup>。① Edmonson 判決以前は、公的機能テストは、私的主体が担う機能が伝統的に排他的な政府機能でなければならないことを要求していたが、Edmonson 判決により、排他性の存在は、もはや政府機能の認定のための真の要件ではないように見える。② Richardson 判決は、「矯正機能は、決して排他的に公的なものではなかった」と指摘したが、矯正機能が政府機能にあたらないと結論づけたわけではない。ある機能が私人により担われ得るという事実は、その機能を政府機能のカテゴリーから排除しない。③人を拘禁するという機能は、それが公によりなされるのであれ私人によりなされるのであれ、州の排他的な特権である。この機能は、真に唯一の機能であり、伝統的かつ排他的に州に留保されてきたものである。例えば、政府は、受刑者の受け入れや釈放、基本的諸自由の追加的侵害に関する最終的な管理権を保持しなければならない。

本判決は、まず、公的機能理論と排他性テストとの関係について述べ、排他性要件を削った形で公的機能理論を用いた Edmonson 判決に言及しながら、公的機能該当性の判断における排他性テストの位置づけを相対化する。第一章第一節 2 でも述べたように、Edmonson 判決以降の連邦最高裁判例では、排他性要件が復活しているように見えるため、そうであれば、①の判示は、現状からすればそれほど意義のあるものではないだろう。また、本判決自身も、③において、拘禁機能の排他性を強調しており、本判決内在的にみても、①の意義は小さいものといえよう。Richardson 判決については、②において、私人がある機能を担い得るという事実と、その機能が政府機能にあたるということとを切り離したもののとして、Richardson 判決を読んでいるように見える。問題は、その「切り離し」の論理である。本判決は、③において、拘禁機能の排他性に言及するが、その理由を、拘禁機能において、政府が一定の任務すなわち被拘禁者の最終的な管理権を担わざるを得ないところに見出しているよ

---

111) *Id.* at 1248-49.

うである。そうすると、本判決は、私人が実際に担っている機能それ自体の性格というよりも、その機能との関係で政府が担わざるを得ない権限に着目して、排他性テストが充足されるという結論を導き出しているように思われる。

(2) *Sarro v. Cornell Corrections Inc.*<sup>112)</sup>

本件は、拘禁施設を設立した公営企業との契約に基づき、私法人(Cornell)が運営する連邦の被拘禁者のための拘禁施設において、原告の被拘禁者が、他の被拘禁者からおどしを受けているために看守に対して保護を求めたが拒否され、その後暴行を受け、さらに適切な治療を受けられなかった事例であり、原告の被拘禁者は、Cornell等に対して修正8条違反を主張し、*Bivens*型訴訟を提起した。

連邦地裁は次のように判示した<sup>113)</sup>。①公的機能理論の下では、伝統的かつ排他的に政府に留保された権限を行使している場合に、私的主体は、政府の行為者であるとみなされ得る。(Edmonson判決に言及して)排他性が要求されるかどうかには疑問もあるが、たとえ当該機能が政府により伝統的かつ排他的に担われてきたものでなければならないとしても、犯罪に問われている個人を拘禁することは、そうした機能にあたる。②(Richardson判決の歴史認識に言及して)犯罪者を拘禁するという機能が時折私人に委任され担われてきたという事実は、その機能が排他的に政府的な機能であることを妨げない。Richardson判決による民営刑事施設に関する考察は、私人に雇われた看守が公営刑事施設で雇われた看守と同様の限定免責を受ける資格がない、という連邦最高裁の判示の理由を説明する過程でなされたものである。Richardson判決は、民営刑事施設の看守の限定免責の資格を推論するための歴史的根拠が存在するか否かを決することと、看守が1983条訴訟の下で責任を問われ得る政府行為者であるか否かを決することとの区別が存在することを承認した。③本件で、原告の被拘禁者および本件施設で拘禁されている他の個人は、連邦の法執行機関により逮捕され、連邦の犯罪に問われた。彼らは、自らの罪に対する刑の宣告がなされるまで、合衆国政府の権限の下で拘禁されていた。法により、彼らは、自らに対して究極の権限を行使する合

---

112) 248 F. Supp. 2d 52 (D.R.I. 2003) .

113) *Id.* at 59-61.

衆国警察長により拘束された。彼らを拘禁する権限は、連邦の権限に唯一かつ排他的に由来するものであり、被告は、實際上、警察長の身代り（alter ego）として行動していた。警察長が拘禁する任務を一時的に被告に委任したという事実は、拘禁を排他的に政府的な機能以外のものに変えなかった。

本判決も、まず、①において、公的機能理論と排他性テストとの関係についてふれ、Edmonson 判決に言及しながら、公的機能理論における排他性要件の必要性に疑問を呈しているが、仮に排他性が要求されるとしても、拘禁機能が排他性テストを満たすことが述べられている。次に、②において、私人がある機能を担い得ることと、その機能が政府機能にあたることを切り離しているが、そこでは、Richardson 判決が限定免責についてのみ判断したものであることが強調されている。そのうえで、③では、拘禁する権限が政府の権限にのみ由来することから、排他性テストを満たされるとしている。この理屈立ては、私人それ自体が担っている機能それ自体というよりも、その淵源となる政府の権限に着目するものといえ、その意味では、Giron 判決の組み立てとの類似性が指摘できると思われる。

(3) Holly v. Scott<sup>114)</sup>

本件は、連邦との契約の下で私法人が運営する連邦受刑者の矯正施設において、糖尿病を患っている原告の受刑者が、苦情を申し立てたにもかかわらず適切なインスリン投与を受けられず、たびたび意識不明になった事例であり、その受刑者は、修正 8 条違反を主張して、私法人の関係職員に対して Bivens 型訴訟を提起した。

連邦控訴裁は次のように判示した<sup>115)</sup>。①公的機能理論は、ステイト・アクションが伝統的かつ排他的に州に留保された権限の私人による行使から生じるという「限られた状況（narrow circumstances）」の存在を承

114) 434 F. 3d 287 (4th Cir. 2006), cert. denied, 547 U.S. 1168 (2006). 本判決の評釈として、See Jeffrey M. Nye, Casenote, *Holly v. Scott: Constitutional Liability of Private Correctional Employees and the Future of Bivens Jurisprudence*, 75 U. CIN. L. REV. 1245 (2007).

115) 434 F. 3d at 293-94. なお、本判決には同意意見が付されている。それによれば、West 判決に照らしてステイト・アクションは認定されるべきだが、原告には州法による代替的な救済手段が利用可能であることから、Bivens 型訴訟に基づく請求は退けられるべきだとされる。Id. at 297-303 (Motz, J., concurring).

認している。② Richardson 判決における連邦最高裁の分析は、刑事施設の運営が伝統的に排他的な州の機能であることを排除している。連邦最高裁による歴史分析は、刑事施設の私人による運営が 18 世紀および 19 世紀のアメリカにおいて存在していたことを示している。したがって、Jackson 判決で示されたテストの下では、刑事施設の運営は公的機能ではない。③ステイト・アクションの存在を決する際には、被告の実行可能な活動のすべてに対して広範囲にわたる調査をするのではなく、「原告が問題にする特定の行為」に焦点を当てねばならない<sup>116)</sup>。本件で主張された不適切な治療は、疑いなく、被告による刑事施設の運営から生じるものであり、原告の拘禁という事実から生じるのではない。④ West 判決は、ステイト・アクションの探求における決定的な問題が、州、医師および受刑者の関係に関わることを示している。矯正施設が私人により運営されている本件におけるその関係は、州それ自体が直接に刑事施設の運営に責任を負っていた West 判決とは、非常に異なっている。⑤刑事施設の一般的な運営が公的機能でないという Richardson 判決への忠誠を維持しつつ、民営刑事施設における医療提供が公的機能であると結論づけることはできない。

先述したように、いまだ連邦最高裁が明示的な判断をしていないとはいえ、民営刑事施設の行為がステイト・アクションに該当することは、下級審判決ではかなりの程度定着している。そのような下級審判決の動向からすると、本判決はその例外として位置づけられるだろう。本判決を検討するうえでまず注目すべき点は、②において、本判決が Richardson 判決の歴史認識をそのままステイト・アクション認定の問題に援用していることである。それにより、歴史的事実に依拠したものとして理解される排他性テストの充足が否定され、私人による刑事施設の運営はステイト・アクションに該当しないという結論が導き出されている。次に注目すべき点は、③において、ステイト・アクションの有無を決する際には、原告が問題とする特定の行為に焦点を当てべきとしたうえで、医療提供を、刑事施設の運営から生じるものとし、拘禁から切り離そうとしていることである。そうすることにより、刑事施設の運営

---

116) Sullivan 判決およびそれが引用した Blum 判決が引用されている。

が排他的に政府に属するものでなかったことを示した *Richardson* 判決の援用が可能になると読むことができる。そして、④において、*West* 判決との区別が可能であることが示されているのであるが、その前提として重要なのが、③での刑事施設運営と拘禁とを区別する思考であると思われる。すなわち、*West* 判決は、刑事施設運営を州が担っていた事例であり、そこでの医療提供はまさに州の行為としてのそれであるが、本件では、刑事施設運営を私人が担っている以上、そこでの医療提供は私人の行為としてみなされるべき、というのが本判決の筋立てであろう。

(4) *Pollard v. GEO Group, Inc.*<sup>117)</sup>

本件は、連邦との契約の下で私法人（GEO）が運営する連邦受刑者の矯正施設において両肘を骨折した受刑者が、施設の職員らによって、腕を伸ばせないにもかかわらず無理矢理作業着を着せられたり、継続的な痛みを伴うやり方で腕の固定器具を装着させられたり、傷が癒える前に刑務作業に戻るよう強いられたりした事例であり、その受刑者は、修正 8 条違反を主張して、GEO 等に対して *Bivens* 型訴訟を提起した。

連邦控訴裁は次のように判示した<sup>118)</sup>。①我々の目的からして、最も適用可能なテストは公的機能テストであり、それは、伝統的かつ排他的に州に留保された権限を行使する場合に私的主体はステイト・アクションに従事し得る、というものである。*West* 判決において、連邦最高裁は、州との契約を結んだ私人たる矯正施設の職員が、憲法上適切な治療を施さなかったために 1983 条訴訟の下での訴えに服すると結論づける際に、公的機能テストのバリエーションを適用した。②我々の見解では、本件における GEO の職員の活動と *West* 判決で認定された政府の行為とを区別するための理にかなった根拠は、何ら存在しない。原告が治療を受け

117) 629 F. 3d 843 (9th Cir. 2010), *rev'd*, 132 S. Ct. 617 (2012). なお、本判決には反対意見が付されているが、これは州法上の救済が存在する場合の *Bivens* 型訴訟の提起の可否に関わるものであり、ステイト・アクション該当性についてのものではない。この点については、後掲注(141)を参照。 *Id.* at 868-76 (Restani, J., dissenting). 本判決の評釈として、*See Michelle Byers, Comment, As Luck Would Have It: Pollard v. GEO Group's Extension of the Bivens Remedy against Private Prison Employees*, 46 *NEW ENG. L. REV.* 185 (2011); *Kelly Dougherty, Note, The Circuit Split Created by Pollard v. GEO Group, Inc.: The Dangers of Allowing a Bivens Action Where Adequate Alternative State Remedies Exist*, 9 *RUTGERS J. L. & PUB. POLY* 665 (2012).

118) 629 F. 3d at 855-58.



られるのは、GEOの職員およびGEOが雇う他のあらゆる私人たる医師からのみであった。もしその職員が原告の重大な医療上の必要に対して意図的無関心を示せば、その結果としての権利侵害は、フェデラル・アクションの探求にとってレバントな意味で、連邦政府による拘禁を通じた処罰権限の行使および連邦政府から独立して必要な治療を受けることの否定により引き起こされるのである。③Richardson判決は、民間刑事施設の職員が連邦法あるいは州法の外観の下で行動していない、という主張を支持するものではない。実際、連邦最高裁は、Richardson判決において、「私企業に雇われていても被告が1983条訴訟の下で責任を負うかどうかには取り組んでいない」と明示して言及した。④Holly判決法廷意見は、受刑者の拘禁という事実ではなく、刑事施設の運営に目を向け、民間刑事施設の看守は伝統的に公的な機能を担っていないと結論づけた。しかしながら、同意見は、そうした区別を支えるものを何ら提供していないし、我々も見出すことができない。本件におけるレバントな機能は刑事施設の運営ではなく、受刑者の拘禁なのであり、それは当然に伝統的に州の排他的な特権であった。⑤我々は、本件で問題になっているのが、ただ一つの機能、すなわち、罪を犯したことにより有罪判決を受けた人たちを拘禁する政府の権限であると判示する。我々は、その権限をその構成要素——すなわち、監禁や、食料および医療の提供、被拘禁者の安全の保護など——に人為的に分解することを拒否する。というのも、分解してしまえば、それらの諸機能がすべて政府の独占的な領域である単一の公的機能、すなわち、州による自由の侵害の執行に由来することを無視することになるだろうからである。その機能は、伝統的に政府の排他的特権であるがゆえに、公的機能テストを満たすのである。

このように、本判決では、私人による刑事施設の運営の公的機能該当性がかなり詳細に展開されている。本判決でまず注目すべきなのは、②において、West判決が全面的に援用されていることである。本節1でも述べたように、受刑者による医師の選択の余地を州が否定したことにより受刑者の従属性が生じ、それが権利侵害の原因になったというWest判決の論理は、民間刑事施設の場合にも妥当するものである。本判決は、その点を明確にしているといえる。そして、そのことの裏返し



として、もう一つ重要な点は、④において、拘禁と刑事施設運営とを区別した Holly 判決への不同意を明らかにしていることである。Holly 判決は、問題とされた特定の行為への着目により拘禁と刑事施設運営とを区別したのであるが、本判決は、West 判決に依拠しながら、政府による拘禁を通じた処罰権限の行使こそが特定の行為（本件でいえば不適切な治療）による権利侵害の原因になるのであるから、拘禁と刑事施設運営との区別は許されず、しかも、権利侵害の原因となった拘禁は、伝統的に州の排他的な特権であると述べているのである。問題とされた機能というよりも、その由来となる政府の権限に着目しているという点では、Giron 判決や Sarro 判決と同様であるといえるが、本判決は、そうした政府の権限に着目すべき理由を、受刑者による医師の選択の余地を州が否定し、それが権利侵害の原因になっていることに求めており、その点に本判決の特徴があったといえる。

### 第三節 検討

#### 1 Richardson 判決の歴史認識に対する応答

まず確認しておくべきなのは、Richardson 判決が示した歴史認識に対して、各判決がどのように向き合っているのかである。Richardson 判決以降で、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性を肯定した各判決に共通するのは、Richardson 判決の歴史認識それ自体は受け入れつつも、そのことがステイト・アクション該当性判断に直結するものではないと理解していることである。そのうえで、民営刑事施設の行為がステイト・アクションに該当することの実質的な根拠については、私人が実際に担っている機能の由来である政府が有する権限（被疑者・被告人の拘禁権限）に着目したうえで、その政府の権限が排他性テストを満たす、という論理構成がとられている。

しかしながら、排他性テストの適用に際して、政府自身が担う権限にまで遡ることは何故に許されるのか。この点を突いたのが Holly 判決であった。この文脈における Holly 判決の批判のポイントは、同事件で問題になった治療行為は、刑事施設運営から生じるのであって拘禁から生じるものではないので、拘禁権限にまで遡って排他性テストを適用する

ことは許されない、というものと整理できよう。実は、これと類似した趣旨の問題提起をする学説が、Richardson 判決以前にすでに存在していた。それによれば、「何が犯罪を構成し誰が刑罰に服するかに関する決定は、明らかに伝統的かつ排他的に政府の機能であるが、私人が所有し運営するジェイルや拘禁施設についてのかかなりの歴史的前例が存在する」ため、「矯正が伝統的に『排他的』な公的機能であったと結論づけるには、裁判所は、歴史的前例および現在の実践を無視しなければならないだろう」とされる<sup>119)</sup>。Holly 判決が拘禁と刑事施設運営とを区別し、この学説が刑罰権限と矯正とを区別しているという違いはあるものの、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性判断において、その由来となる政府自身が担う権限に着目するという思考がとられていないという点で、両者は共通していると思われる。

そうすると、やはり問題になってくるのは、政府自身が担う権限にまで遡って排他性テストを適用することが何故に許されるのかである。ただし、この問題を考える前提として注意を要するのは、各判決における事案の相違である。すなわち、Richardson 判決以降の判決でいえば、Giron 判決と Sarro 判決は、日常的な処遇の過程で生じた権利侵害が問題になった事例であり、Holly 判決と Pollard 判決は、不適切な治療により生じた権利侵害が問題になった事例である。日常的な処遇においては、被拘禁者は暴力を背景とした強力な権限を有する看守と直接的に接しているため、看守自体が権利侵害主体になり得ることは当然であるが (Giron 判決)、それだけでなく、看守が被拘禁者の適切な管理を怠れば、それが原因となって被拘禁者間で権利侵害が発生することもあるのである (Sarro 判決)。それに比べて、不適切な治療の場合には、治療に関わる医師や職員が、暴力を背景とした権限行使をすることは一般的には想定できず、そこで生じる権力関係は、刑事施設外での医師 - 患者関係と大差ないようにもみえる。このように、日常的な処遇と治療行為とでは、一見したところ、そこで生じる権利侵害と拘禁との連関の程度に差異があるようにみえるのである。こうした事案の相違をふまえれば、Holly 判決の批判は、治療行為が問題となった事例に向けられるものと

---

119) Harold J. Sullivan, *Privatization of Corrections: A Threat to Prisoner's Rights*, in *PRIVATIZING CORRECTIONAL INSTITUTIONS* 139, 151 (Gary W. Bowman et al eds., 1993) .

して、さしあたり限定的に理解しておいた方がよいと思われる。

Holly 判決の批判を限定的に理解した場合、次に問題になるのは、不適切な治療により生じた権利侵害が問題になった Pollard 判決が、Holly 判決の批判に対して、どのように応答しているのかである。この点について、Pollard 判決は、受刑者による医師の選択の余地を州が否定したことにより受刑者の従属性が生じ、それこそが権利侵害の原因になっているとした West 判決を援用することで、本件でのステイト・アクション該当性を肯定している。前節 1 でも言及したように、West 判決の論理は、民営刑事施設の場合にも妥当するものである。そうであれば、West 判決に依拠した Pollard 判決の立場は、極めて合理的なものと思われる。しかしながら、実質的に考えてみると、私人による治療行為それ自体が当然にステイト・アクションに該当するというのは、それほど容易に理解できるものではない。というのも、第一章第一節 2 でみたように、Blum 判決において、治療行為に関わるナーシング・ホームにおけるサービス提供の公的機能該当性が否定されていたからである。こうした事情からすれば、Pollard 判決における治療行為が、治療行為一般とは異なる特殊性を有していることを説明する必要があったのは確かであり、その説明をするのに West 判決が援用された、とみることができるようと思われる。すなわち、刑事施設における治療行為については、受刑者による医師の選択の余地が州により否定されているために受刑者の従属性が生じ、それが権利侵害の原因になる、という特殊性が存在するのである。ただし、Pollard 判決自身は、拘禁権限をその構成要素（監禁や、食料および医療の提供、被拘禁者の安全の保護）に分解することを拒否しており、その意味で、Pollard 判決の論理は、先ほど述べた事案の相違に関係なく、刑事施設による受刑者に対するあらゆる行為のステイト・アクション該当性を根拠づけ得るものといえる。

以上のように、私人が担う機能それ自体ではなく、政府自身が担う権限に着目して排他性テストを適用することが許されるのは、政府自身の担う権限が私人の行為による権利侵害の原因になるという事情があるからである、というのが現在の下級審判例の到達点であると思われる。

## 2 排他性テスト理解との関係

ところで、第一章第二節2では、これまでの連邦最高裁判例において排他性テストの理解が定着していないことを指摘したのであるが、民営刑事施設の行為が問題になった事例において、排他性テストは、どのように理解されていたのだろうか。これまでの連邦最高裁判例における排他性テストの理解の仕方については、以下の三つにまとめられるように思われる。すなわち、①州に対する特定のサービス提供の義務づけを必要とする理解、②ある機能へのアクセスの選択肢が限られていることを必要とする理解、③歴史的事実として州がある機能を排他的に担ってきたことを必要とする理解である。Richardson 判決における「矯正機能は、決して排他的に公的なものではなかった」という言明は、まさに歴史認識であるため、少なくとも Richardson 判決以降の下級審判決は、③の理解を念頭において Richardson 判決の歴史認識に応答していたとみてよいと思われる。そして、その際に用いられた理屈が、刑事施設運営それ自体ではなく、その由来となる政府自身が担う権限に着目して排他性テストを適用する、というものであった。歴史的に刑事システムにおける拘禁権限それ自体を政府が手放したことがあるとする議論が存在しない以上、拘禁権限が③の理解に基づく排他性テストを満たすと結論づけられたのは当然であると思われる。したがって、③の理解からすれば、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性を肯定する下級審判決の趨勢は、妥当なものと考えられる。

それでは、①と②の理解についてはどうだろうか。この点を明示的に検討した判決はないが、①の理解については、被拘禁者に対して治療を施し、その生命・身体の安全を保持する責務を政府が負っていることは、先例でも認められているところであるため<sup>120)</sup>、①の理解に基づく排他性

120) 修正8条が拘禁による処罰を受ける受刑者への医療提供をする義務を政府に課していると判示した *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97, 103 (1976)。前掲注(91)も参照。また、父親による児童虐待の事実を知らず適切な措置を講じなかった州社会福祉局の不作为が問題になった事件において、連邦最高裁は、当該事件における児童側の訴えを退けながらも、「州がその権限を積極的に行使することにより、自らのケアを不可能にするほどにある個人の自由を制約しておきながら、同時に、人間としての最低限の必要物——例えば、食料、衣料、住居、医療および相当な安全——の提供を怠るのであれば、州は、修正8条およびデュー・プロセス条項により課される州の行為に対する実体的制約を逸脱することになる」と述べている。DeShaney v. Winnebago County Department of Social

テストは満たされるといえよう。②の理解については、West 判決およびそれを援用した Pollard 判決において、被拘禁者による医師の選択の余地が否定されていたことが権利侵害の原因になるとされており、これはまさに治療を受けることへのアクセスの選択肢が限られている状況を指摘するものと思われる。したがって、被拘禁者による（刑事施設外の医師も含めた）医師の選択の余地を実質的に確保する制度が存在しない限りは、②の理解に基づく排他性テストも満たされることになると思われる<sup>121)</sup>。

このように考えると、民営刑事施設の行為というのは、どのような理解に基づくものであっても、排他性テストを満たすものと考えられる。「民営化」との関係でステイト・アクション法理が機能不全に陥っているといわれるなかにあっても、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性が肯定される背景には、排他性テストとの「相性の良さ」があるように思われる。そして、これが、Richardson 判決以前の下級審判決が十分な論証もなく民営刑事施設の行為の公的機能該当性を「疑いなく」

---

Services, 489 U.S. 189, 200 (1989). 本判決の翻訳として、浦田賢治監修＝内田真利子訳「デシェイニ対ウィンエベイゴウ・カウンティ社会福祉局事件判決 (DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, et al)」早稲田法学 70 巻 2 号 (1994 年) 266 頁以下がある。本判決を扱う日本語文献として、樋口範雄「児童虐待と合衆国最高裁——子どもへの公的保護責任と一九八三条訴訟」芦部信喜先生古希祝賀『現代立憲主義の展開 上』(有斐閣、1993 年) 247 頁以下、内田真利子「アメリカ合衆国憲法第十四修正デュー・プロセス条項における『ステイト・インアクション』法理の憲法的考察 (一) - (三・完) —」DeShaney 事件連邦最高裁判所判決を基軸として」早稲田大学大学院法政論集 70 号 (1994 年) 55 頁以下、73 号 (1995 年) 1 頁以下、74 号 (1995 年) 27 頁以下、福岡久美子「児童虐待に関する合衆国憲法判例——DeShaney 事件を中心として」阪大法学 45 巻 1 号 (1995 年) 135 頁以下、同「児童虐待に関する憲法学的試論」阪大法学 53 巻 3・4 号 (2003 年) 1043 頁以下、小林伸一「『政府に対し保護を請求する権利』・『政府の保護義務』と合衆国憲法第 14 修正デュー・プロセス条項——合衆国連邦裁判所の関連判決とそれを支える理論」清和法学研究 4 巻 2 号 (1997 年) 153 頁以下、同「アメリカにおける憲法上の『政府に対し保護を請求する権利』と『政府の保護義務』をめぐる論議」日本法政学会法政論叢 34 巻 (1998 年) 102 頁以下。

121) ここでは、治療行為による権利侵害を念頭において論じているが、日常的な処遇の過程で生じた権利侵害についてはどのように考えられるか。例えば、他の居房あるいは他の施設で収容される選択肢が与えられていない、とはいえるかもしれないが、どの居房あるいは施設であっても、監禁に付随して生じ得る暴力の危険から免れ得るわけではない。むしろ、監禁を伴う刑罰に服させること自体が、自らが選択した環境の下で行動することへのアクセスを奪っていると考えた方がよいと思われる。

認定できた実質的な理由であるともいえよう。

### 3 公的機能理論の相対化？

本節1での検討から、排他性テストとして具体化される公的機能理論を適用するためには、私人が担っている機能それ自体の性格というよりも、その淵源となる政府の権限に着目する必要がある、実際に下級審判決がそのような作業を行っていたことが明らかになった。そうであれば、公的機能理論においても、私人と政府との間の何らかの関係性を見出す必要がある、その限りでは、関係性理論と似たような思考をとっていることになる。その結果、関係性理論の特徴であった政府関与依存的な性格というのは、ある程度公的機能理論にも妥当することになると思われる。もちろん、関係性理論においては、私人の問題とされた特定の行為に対する政府の関与が必要とされるので、そこには公的機能理論との重大な差異が存在することになる。関係性理論においては、特定の行為に対する政府の関与をなくすことが、ステイト・アクション該当性を否定する根拠になるが、公的機能理論の場合には、そうはならない。民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性を肯定した下級審判決の論理は、政府自身が担う拘禁権限に着目して排他性テストを適用するというものであったが、このことは、私人による刑事施設運営の由来となる拘禁権限を政府自身が保持している限り、その私人が担う機能のステイト・アクション該当性は肯定されるのであり<sup>122)</sup>、逆にいうと、政府が犯罪者の拘禁権限を手放すという事態が生じれば、それはステイト・アクション該当性を否定する根拠になる、ということの意味している。そして、そのような事態というのは、すなわち、政府が刑事システムそれ自体から撤退するということであろう。もちろん、そうした事態はそう簡

---

122) 民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性判断におけるこの特徴に着目して、教育機能に関して、それを私人が担ってきた歴史がある（したがって、排他性テストを満たさないようにみえる）にもかかわらず、私人による公教育の提供は、まさに政府による権限委任なくしてはあり得ず、したがって、チャーター・スクールのような公的資金提供を受ける学校も公的機能理論を満たすことになる、と主張するものとして、Catherine LoTempio, Comment, *It's Time to Try Something New: Why Old Precedent Does Not Suit Charter Schools in Search for State Actors Status*, 47 WAKE FOREST L. REV. 435, 461 (2012) .



単に起こり得るものではないだろうが<sup>123)</sup>、ここで確認しておきたいのは、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性をめぐる下級審判決の論理構造によれば、ステイト・アクション法理というのは、どこまでいっても、政府の担う何らかの作用に依存するという特徴をもっており、公的機能理論であっても、政府の担う作用と無関係に私人の担う機能それ自体の公的性格が問われるわけではないということである。

#### 第四節 小括

本章では、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性に関する裁判例を、Richardson 判決を時期区分の境に設定したうえで、それぞれの論理構造に着目しながら紹介し、検討を加えた。下級審判決では、概ね、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性が認められる傾向にあるが、Richardson 判決以前の下級審判決では、その理由についての十分な説明がなされていなかった。その後、Richardson 判決が「矯正機能は、決して排他的に公的なものではなかった」という歴史認識を示したことで、同判決以降の下級審判決は、この歴史認識と排他性テストとの整合性を説明するために、より積極的にステイト・アクション該当性の理由づけを展開することになった。その理由づけの特徴は、私人が担う機能それ自体ではなく、その由来となる政府自身が担う権限に着目したうえで排他性テストを適用するというものであった。その際に下級審判決が念頭においていた排他性テストの理解は、第一章第二節 2 での整理に従えば、排他性テスト充足のためには歴史的事実として州がある機能を排他的に担ってきたことを必要とする、というものだったが、

---

123) 刑罰を廃止し損害賠償に一元化すべきとする議論として、ランディ・E・バーネット（嶋津格＝森村進監訳）『自由の構造：正義・法の支配』（木鐸社、2000年）、とりわけ9～14章。Barnettの議論を簡潔に紹介し、検討を加えるものとして、森村進『自由はどこまで可能か——リバタリアニズム入門』（講談社現代新書、2001年）90-97頁、駒村圭吾「憲法からみる“刑事システムの民営化”——仇討ちの復活から官民協働の警察活動まで」法学セミナー 619号（2006年）27-28頁。なお、Barnettの議論では、刑事施設における拘禁とは異なるものの、加害者に資力がない場合には加害者を雇用プロジェクトで働かせることが意図されており、そこでは、加害者に逃亡のおそれがあれば拘禁することも想定されている。その場合の拘禁がなお排他性テストを満たし、憲法の拘束に服することになるかは定かではない。



他の理解に基づく場合であっても、民間刑事施設の行為は排他性テストを満たすといえよう。また、排他性テストの適用の際に、私人が現に担っている機能の由来となる政府自身が担う権限に着目するという思考は、関係性理論と似た側面をもっており、その限りで、公的機能理論もまた、政府関与と依存的な性格を一定程度有しているといえる。そして、そのことが意味するのは、公的機能理論であっても、政府の作用と無関係に私人の担う機能の公的性格が問われるわけではないということである。

### 第三章 救済法上の諸問題と憲法的統制

前章までで、ステイト・アクション法理が「民営化」現象との関係で機能不全に陥りながらも、民間刑事施設に関しては、その行為のステイト・アクション該当性が認められる傾向にあることが確認された。そうした状況にあって、近年、連邦最高裁において、民間刑事施設の行為に対する憲法違反の主張をステイト・アクション法理とは別の理由で退ける判決が二件下された。本章では、その二件の判決を対象にして、各判決における意見間の対立構図をふまえて、そこに含まれる救済法上の諸問題を明らかにしたうえで、それが憲法的統制にとってもつ意味について検討を加え、憲法の適用問題にとどまらない憲法論の可能性を示したい。

第一節以下に入る前に、あらかじめ問題状況の見取り図を示しておく。本章でとりあげる二つの事例は、いずれも *Bivens* 型訴訟によるものである。第二章第一節でみたとおり、*Bivens* 型訴訟は、概ね 1983 条訴訟の連邦版として理解してよいものである。ただし、本章での検討との関係で、1983 条訴訟との重要な差異を一点指摘しておきたい。それは、1983 条訴訟が実定法上の根拠を有するのに対して、*Bivens* 型訴訟は判例上認められるにすぎないということである。実定法上の根拠がないこともあって、連邦最高裁は、*Bivens* 型訴訟の提起の可否について消極的に判断する傾向にあるとの評価がしばしばなされる<sup>124)</sup>。本章で扱う二件

---

124) 植村栄治『米国公務員の不法行為責任』（有斐閣、1991年）111-114頁、田村泰俊『公務員不法行為責任の研究』（信山社、1995年）464頁、松井茂記『アメリカ憲法入門（第7版）』（有斐閣、2012年）223頁注（19）、近藤卓也「米

の判決も、この流れのなかに位置づけられるものと思われる。

第一節で扱う *Correctional Services Corp. v. Malesko*<sup>125)</sup> は、民営刑事施設で雇用される職員個人に対してではなく、民営刑事施設を運営する私法人に対して、*Bivens* 型訴訟を提起できるかが争点となったものであるが、連邦最高裁は *Bivens* 型訴訟の提起を認めなかった。他方、民営刑事施設で雇用される職員個人に対する *Bivens* 型訴訟の提起の可否が問題となったのが、第二節で扱う *Minneci v. Pollard*<sup>126)</sup> である。結局、この事例においても、連邦最高裁は、*Bivens* 型訴訟の提起を認めなかった。なお、両判決では、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性判断はなされていない。

## 第一節 Malesko 判決

### 1 事件の概要および下級審判決

本件は、受刑者のためのハーフウェイ・ハウスの運営の委託を連邦から受けた私法人（CSC）が、そこに収容される受刑者に対して、心臓の持病により階段の上り下りが困難であることを知りながら階段の使用を強要し、その後、その受刑者が倒れ込み、左耳を負傷した事例である。

---

国公務員個人の損害賠償責任——判例法理の変遷と現状」同志社法学 65 巻 4 号（2013 年）214-231 頁。

- 125) 534 U.S. 61 (2001) . 本判決の評釈として、See Elizabeth Martin, Note, *Correctional Services Corp. v. Malesko: The Supreme Court's Continued Refusal to Stand Behind Bivens*, 32 PUB. CONT. L. J. 197 (2002) ; Mariana Claridad Pastore, Note, *Running from the Law: Federal Contractors Escape Bivens Liability*, 4 U. PA. J. CONST. L. 850 (2002) ; Andrea Robeda, Note, *The Death of Implied Causes of Action: The Supreme Court's Recent Bivens Jurisprudence and the Effect on State Constitutional Tort Jurisprudence: Correctional Services Corp. v. Malesko*, 33 N.M. L. REV. 401 (2003) ; Matthew G. Mazefsky, Casenote, *Correctional Services Corporation v. Malesko: Unmasking the Implied Damage Remedy*, 37 U. RICH. L. REV. 639 (2003) .
- 126) 132 S. Ct. 617 (2012) . 本判決の評釈として、近藤卓也「刑務所運営の民間委託と職員個人の損害賠償責任——*Minneci v. Pollard*, 132 S. Ct. 617 (2012)」比較法学 47 巻 2 号（2013 年）243 頁以下。英語文献では、See T. Ward Frampton, Comment, *Bivens's Revisions: Constitutional Torts after Minneci v. Pollard*, 100 CAL. L. REV. 1711 (2012) ; *The Supreme Court, 2011 Term - Leading Cases*, 126 HARV. L. REV. 176, 296-306 (2012) ; Zach Howe, Recent Development, *Balancing the Separation of Powers and Right-Remedy Principles in Minneci v. Pollard*, 132 S. Ct. 617 (2012) , 36 HARV. J. L. & POLY 915 (2013) .

なお、本判決の原審は、第二章第二節 4 (4) で扱った *Pollard v. GEO Group, Inc.*, 629 F.3d 843 (9th Cir. 2010) である。

このことについて、その受刑者は、CSC に対して、修正 8 条違反を主張して Bivens 型訴訟を提起した。

連邦地裁は、受刑者による CSC に対する Bivens 型訴訟の提起を認めなかったが<sup>127)</sup>、連邦控訴裁はこれを認めた。連邦控訴裁は、本件が、連邦政府機関に対する Bivens 型訴訟の提起を認めなかった FDIC v. Meyer<sup>128)</sup> と区別されることを前提に、Bivens 型訴訟が違憲行為の抑止だけでなく救済付与も重要な目的の一つとしていること、抑止機能に関しても、責任を負わされた雇用者が被用者の違憲行為を防ぐように動機づけられること、1983 条訴訟において私法人が被告として認められていることを理由として、CSC に対する Bivens 型訴訟の提起を認めた<sup>129)</sup>。

## 2 連邦最高裁判決

### (1) 法廷意見

Rehnquist 首席判事による法廷意見 (O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas 判事同調) は次のとおりである<sup>130)</sup>。

① Bivens 型訴訟の目的は、個人の連邦職員による憲法違反行為を抑止することである。Meyer 判決は、訴訟および責任の脅威が連邦職員を適切に抑止すること、および、雇用者に対する訴訟の脅威が Bivens 型訴訟の意図した抑止にあたらないことを明らかにした。

② 法人は市場の圧力に反応し、憲法上の義務を無視して決定を下すがゆえに、法人による憲法上の損害に対して支払いを要求することは、将来の損害を防ぐための最良の手段である、と被上訴人は主張する。それ

---

127) *Malesko v. Correctional Servs. Corp.*, No. 97-4080, 1999 U.S. Dist. LEXIS 11403 (S.D.N.Y. July 28, 1999) .

128) 510 U.S. 471 (1994) . 州および連邦からある金融機関の管財人に指定された連邦機関 Federal Savings and Loan Insurance Corporation (FSLIC) (Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) の前身) が、自らに与えられた権限に基づきその金融機関の職員の雇用を打ち切ったことについて、その職員がデュー・プロセス条項違反を主張して Bivens 型訴訟を提起したが、認められなかった事例。本判決の評釈として、田村・前掲注 (124) 458 頁以下。

129) *Malesko v. Correctional Services Corp.*, 229 F.3d 374, 380-81 (2nd Cir. 2000) . なお、連邦控訴裁判決では、政府契約者の抗弁についての判示もなされているが、本章の課題との関係で割愛する。本判決の評釈として、*See Demetria L. McCain, Note, Malesko v. Correctional Services Corp. in the Second Circuit: Pursuing Damages for Constitutional Violations by the Private Prison Industry*, 44 HOWARD L. J. 399 (2000) .

130) 534 U.S. at 70-74.

はそうかもしれないが、そのことは、個人の職員による違憲行為の抑止にのみ関わりのある *Bivens* 型訴訟と何ら関係のないものである。

③違憲行為を行った個人の職員の抑止という核心的な前提（*core premise*）を超えて本件にまで *Bivens* 型訴訟を拡張することを検討する理由は何ら存在しない。連邦施設の受刑者は、被上訴人が意図する救済を何ら享受していない。すなわち、職員の雇用者すなわち合衆国あるいは連邦刑務所局（*Bureau of Prisons (BOP)*）に対して、*Bivens* 型訴訟による請求をすることはできないのである。民営刑事施設に対してのみ非対称な責任のコストを負わすことが賢明かどうかは、我々ではなく、連邦議会が決める問題である。

④我々は、被上訴人が効果的な救済手段を欠いているという状況に直面していない。例えば、民営施設の連邦受刑者は、政府施設に収容されている受刑者には利用できない、*Bivens* 型訴訟による救済と同等の不法行為法上の救済を享受している。

⑤被上訴人たる受刑者は、また、*BOP* が設置した救済の仕組みへの完全なアクセスを有しており、そこには、連邦裁判所におけるインジャンクションによる救済の訴えおよび *BOP* の行政的救済プログラム（*Administrative Remedy Program*）を通じた苦情の申し立てが含まれる。

⑥被上訴人は、個人の職員による違憲行為への従事を抑止するという *Bivens* 型訴訟の核心的な目的を促進しないであろう新たな文脈への、*Bivens* 型訴訟の著しい拡張を求めている。*Bivens* 型訴訟による救済をあらゆる新たな文脈に拡張することへの警戒、すなわち、30年間一貫して繰り返し認められてきた警戒は、本件におけるそうした拡張を排除するのである。

## （2） 同意意見

Scalia 判事による同意意見（Thomas 判事同調）は次のとおりである<sup>131)</sup>。法廷意見に加わるに際して、私は、もし *Bivens* 判決の最も狭い根拠が新たな文脈に適用されれば、その判示を広げる、との含意を示してはいない。*Bivens* 判決は、当連邦最高裁が訴訟原因を創設するコモン・ロー上の権限を奪った性急な時代の遺物である。私は、*Bivens* 判決とそ

---

131) *Id.* at 75 (Scalia, J., concurring) .

れに続く二つの事件（Davis v. Passman<sup>132)</sup> および Carlson v. Green<sup>133)</sup>）を、それらが含む厳密な諸状況に限定する。

(3) 反対意見

Stevens 判事による反対意見（Souter、Ginsburg、Breyer 判事同調）は次のとおりである<sup>134)</sup>。

①本件で主張されている修正 8 条違反は、連邦の代理人（federal agent）——すなわち、本件のような場合でなければ連邦政府の被用者が担当するであろう機能を担うために BOP に雇われている私人——によるものである。したがって、本件で提示されている問題は、連邦最高裁が Bivens 判決および Carlson 判決の率直な適用に例外を設けるべきか否かであって、我々が下した諸判決をその「核心的な前提」を超えて拡張すべきか否かではない。

② Meyer 判決において、我々は、私人たる代理人について議論しておらず、また、そうした代理人が人間たる代理人（human agent）と異なるものとしてみなされるべきであると示唆してもいない。我々は、「連邦の代理人」と「連邦政府機関」とを区別したのである。FDIC の「連邦機関」としての地位に繰り返し言及したのは、FDIC の連邦の主権との親近性（affinity）を強調してのことであり、我々は、FDIC のような連邦機関に対する直接の損害賠償請求が、連邦政府に対する莫大な財政負担を創出することへの懸念を表明していたのである。

③あらゆる場合に責任に対する職員の抗弁の範囲を統制しなければならないという連邦法の他ならぬ大きな要素に照らせば、本件の権利侵害が連邦法の統一的なルールによって補償されることが全く適切なものであると私は考える。そして、連邦最高裁が統一性を度外視して州不法行為法に依拠することは、連邦憲法上の権利の全範囲の保護を危険にさらすであろう。州法には、本件で主張された修正 8 条と同等の不法行為法上の請求に対する訴訟原因があるかもしれないが、刑事施設職員による、平等保護条項違反あるいはデュー・プロセス条項違反のような他の違憲

132) 442 U.S. 228 (1979). 下院議員が性別を理由に秘書を解雇したことについて、平等保護条項に基づく Bivens 型訴訟の提起を認めた。

133) 446 U.S. 14 (1980). 連邦刑務所において受刑者が不適切な治療を受けて死亡したことについて、修正 8 条に基づく Bivens 型訴訟の提起を認めた。

134) 534 U.S. at 76-81 (Stevens, J., dissenting).

行為に関しては、州不法行為法のなかに同様の訴訟原因が見出せないかもしれないのである。

④民営刑事施設が競争圧力にさらされて自らの行動を調節することを認めた Richardson 判決をふまえると、本件で問題になっている私法人は、Meyer 判決における連邦機関と容易に区別され得る。今日の判決の悲劇的な帰結は、民営の収容施設の法人たる経営者に対して、そこで収容される何万もの受刑者の憲法上の権利を危険にさらすコスト削減政策を採用するインセンティブを与えてしまうことである。

⑤本件において責任を認めることは、対称をもたらす。すなわち、民営施設の受刑者も連邦運営施設の受刑者も、本人（principal）（すなわち連邦政府）を訴えることはできないが、連邦の代理人（すなわち政府職員あるいは私法人）を訴えることはできるのである。

### 3 分析

本章冒頭でも言及したように、本判決の争点は、民営刑事施設の職員個人ではなく、その職員を雇う私法人に対する Bivens 型訴訟の提起が認められるか否かであった。法廷意見はこれを認めなかったのであるが、その判断において重要なポイントとなっているのが、Bivens 型訴訟の目的をそもそもどのように考えるのかということ、および、Bivens 型訴訟の代わりとなり得る救済、とりわけ州不法行為法の存在をどのように考えるのかということである。後者については、Minnecci 判決のところ（次節 3）で扱うため、ここでは、前者の問題のみをとりあげる。

Bivens 型訴訟の目的をどのように考えるかについて、法廷意見が依拠したのは、Bivens 型訴訟における連邦機関の被告適格を否定した Meyer 判決である。法廷意見は、Meyer 判決に基づいて Bivens 型訴訟が専ら個人による違憲行為の抑止にのみ関わる訴訟形態であることを導き出している（法廷意見①）。そして、Bivens 型訴訟が個人を被告とする訴訟形態であることをベースラインに設定することによって、そこから逸脱した救済を付与するのは、裁判所ではなく連邦議会の任務であるという理屈を立てる（法廷意見③）。他方、反対意見は、Meyer 判決は、政府機関の被告適格を否定したものであって、個人かどうかが問題ではないとする（反対意見②）。そして、その前提には、私法人はまさに政府に



雇われている身であるのだから、それは政府と雇用関係にあるものとして、個人たる公務員と同等の地位にあるはずだ、という考えがある（反対意見①）。

このように、法廷意見と反対意見とでは、Meyer 判決との関係をどのように考えるかがまず問題になっていることがわかる。この点につき、学説では、反対意見の立場を支持するものが目につき、反対意見②がいうように、Meyer 判決が連邦政府の財政負担を懸念していたことを重視して、そうした事情がほとんどない本件のような事例とは区別されるべきであるとの指摘がなされている<sup>135)</sup>。ただし、ここで注目したいのは、そうした先例理解を支える実質的な理由、すなわち、本件でいえば、私法人たる CSC を被告とすることにどのような意義があるのか、ということである。この点で興味深いのは、本件における CSC の被告適格を否定した法廷意見にあっても、②において、私法人に賠償責任を負わせることが将来の違憲行為の抑止に資することを認めていることである。そうであるにもかかわらず、法廷意見は、自らが考えるところの Bivens 型訴訟の目的に照らして、私法人に対する Bivens 型訴訟の提起を認めないという結論に至っているのである。法廷意見のこの点に着目して、法廷意見は「Malesko 判決における被告たる私法人と連邦機関とのアナロジーを引き出し、それによって自らの結論に至るように強いられ」ており、そこでは、「適切なアナロジーが適切な帰結よりも重要なものになっている」と指摘する論者がいるが<sup>136)</sup>、妥当な評価であるように思われる。そして、反対意見①が、通常の公務員関係における公務員と、「民営化」された任務を担う私法人および（私法人に雇われている）被用者とのアナロジーを引き出しているように、どのようなアナロジーを引き出すべきかは、形式的な議論だけでは決められないように思われる。

以上をふまえて、Bivens 型訴訟における私法人の被告適格を認めるべきか否かを考えてみると、やはり反対意見④が懸念するように、そして法廷意見②も認めているように、私法人の被告適格を認めることが個々の職員による違憲行為の抑止に結びつき、それこそが Bivens 型訴訟の

---

135) Martin, *supra* note 125, at 206; Pastore, *supra* note 125, at 873.

136) Richard Frankel, *The Failure of Analogy in Conceptualizing Private Entity Liability under Section 1983*, 78 UMKC L. REV. 968, 983 (2010).



目的に適うのではないかと思われる。先の論者もいうように、そもそも「私法人は自らの被用者あるいは代理人を通じてのみ行動できる」のであるから、「外観上、私法人による違反の減少は、同時にその被用者および代理人による違反の減少を伴わずしては、起こり得ない」ようにも思われる<sup>137)</sup>。また、別の観点からの批判的な見解として、「たとえ個人の職員が憲法上の権利を侵害したとして *Bivens* 型訴訟により責任を問われ得るとしても、その職員が無資力ゆえに判決執行不能（*judgment proof*）の状態になり得、そのことがモラルハザードを悪化させる<sup>138)</sup>」ことを懸念するものもある。さらに、第二章第二節3でふれたように、*Richardson* 判決が、私企業の被用者の限定免責を否定した際に、私企業が競争圧力にさらされ、それに応じて自らの行動を調節することを想定していたこととの関係が問題になる。私企業自身の被告適格を認めることによって、よりよい（訴訟リスクのより少ない）被用者を雇うあるいはよりよい被用者になるように訓練するインセンティブを私企業に与えることが、*Richardson* 判決の趣旨に適合的なのではないかという指摘もなされている<sup>139)</sup>。

以上のように、本判決では、「民営化」の文脈において *Bivens* 型訴訟の被告適格がどうあるべきかが問題になったのであるが、それを考える際に、違憲行為の抑止に資するかどうかといった実質的な議論が重要になり得るし、なってしまうべきであったように思われる。その観点からすると、実は、法廷意見も私法人の被告適格を認めることが違憲行為の抑止に資することを認めており、反対意見との相違は、それを *Bivens* 型訴訟により達成するか否かという点にあったのではないかと思われる。これは、*Bivens* 型訴訟の意義の有無に関わっており、次節でとりあげる *Minnecci* 判決を通じて考えることになる。

---

137) *Id.* at 986.

138) Nina A. Mendelson, *Six Simple Steps to Increase Contractor Accountability, in GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY* 241, 251 (Jody Freeman & Martha Minow eds., 2009).

139) Frankel, *supra* note 136, at 987; Martin, *supra* note 125, at 210. 稲葉一将「アメリカ公法学における『協働』の観念について」岡村周一＝人見剛編著『世界の公私協働——制度と理論』（日本評論社、2012年）65頁注（12）も同様の指摘をしている。

## 第二節 Minneeci 判決

### 1 事件の概要および下級審判決

本件は、第二章第二節 4 (4) で扱った Pollard 判決の連邦最高裁判決であるため、事件の概要については割愛する。

連邦地裁は本件における Bivens 型訴訟の提起を認めなかったが、連邦控訴裁はこれを認めた。連邦控訴裁判決は、2007 年の Wilkie v. Robbins<sup>140)</sup> で示されたテスト (Wilkie テスト)、すなわち、(i) 利益を保護するための既存のあらゆる代替的プロセスが、司法部門が新たに独立した損賠賠償による救済の提供を控えるほどの説得力ある理由に相当するか否か、こうした代替的プロセスがない場合であっても、次に、(ii) 連邦裁判所は、新たな連邦上の訴訟を認めるのを躊躇させるようなあらゆる特別の要因に注意を払って、コモン・ロー裁判所にとって適切な救済の決定をしなければならない、という二段階のテストに従って判断した。(i) については、州法の存在は、連邦議会への敬譲とは無関係であるため、司法が新たな救済の提供を控える理由にはならず、しかも州法は統一性を欠いているために代替的なプロセスとはいえないとした。(ii) については、(a) 実行可能性 (feasibility)、(b) 抑止、(c) 非対称な責任のコストの観点から検討し、(a) 連邦刑事施設の職員に対する修正 8 条違反を根拠とする Bivens 型訴訟の提起が許容されてきたいくつかの先例があり、また、その際に適用される基準も明確であるため、この種の訴訟の実行可能性を懸念する必要がないこと (それに対して、州法による救済可能性を把握することは困難であること)、(b) Malesko 判決とは異なり、本件が個人に対する請求の事案であるため、Bivens 型訴訟の核心的な目的たる抑止効果を害するおそれがないこと、(c) 本件において Pollard による Bivens 型訴訟の提起を認めなければ、公営の刑事施設における受刑者のみが憲法上の権利を擁護できることになってしまい、これもまた望ましくない帰結であることから、Bivens 型訴訟の提

---

140) 551 U.S. 537 (2007) . 自然環境的価値を有する牧場の所有者に対して、公共のアクセスを可能にするための地役権を無償で設定するように、連邦機関の職員が継続的に妨害行為を行ったことについて、その土地の所有者が修正 5 条違反を主張して Bivens 型訴訟を提起したが、認められなかった事例。

起を認めた<sup>141)</sup>。

## 2 連邦最高裁判決

### (1) 法廷意見

Breyer 判事による法廷意見（Roberts 首席判事、Scalia、Kennedy、Thomas、Alito、Sotomayor、Kagan 判事同調）は、Wilkie テストを適用し、その第一段階につき、「私人により雇用される被告の事件においては、州不法行為法が、問題となっている憲法上の利益を保護することのできる『既存の代替的プロセス』を提供している<sup>142)</sup>」と述べ、本件における Bivens 型訴訟の提起を認めなかった。その理由づけは、原告の主張への反論という形で、次のように示された<sup>143)</sup>。

① Pollard は、当連邦最高裁が、Carlson 判決<sup>144)</sup>において、連邦の受刑者が刑務所職員に対して修正 8 条に基づく Bivens 型訴訟を提起できるとする判決をすでに下しており、我々が、本件において、単に Carlson 判決の判示を適用する以上のことをする必要はない、と主張する。しかしながら、Carlson 判決は、連邦施設の受刑者が政府により雇われた職員に対して損害賠償を求めたものであり、私企業により雇われた職員に対するものではない。ここでの目的からして、その事実——すなわち雇用上の地位——は重要な差異をもたらす。適切な「既存の代替的プロセス」の存在は、二つの場合において劇的に異なる。受刑者は、通常、連

141) Pollard v. GEO Group, Inc., 629 F. 3d 843, 858-68 (9th Cir. 2010) . なお、この論点については、反対意見が付されている。反対意見は、少なくとも本件で問題となったような行為に対する州不法行為法上の救済については、統一性の欠如を懸念する必要はなく、それが代替的プロセスにあたるとしたうえで、法廷意見が検討した Wilkie テストの第二段階の (a) 実行可能性、(b) 抑止、(c) 非対称な責任のコストのそれぞれについて、(a) 連邦最高裁は適切な救済手段の有無につきケース・バイ・ケースの判断をより好んでおり、本件ではそうした判断を困難にする事情が存在しないこと、(b) 本件で問題になった行為に対する州不法行為法による救済については、修正 8 条よりもその実体的基準の充足が容易であるため、本件において Bivens 型訴訟の提起を認めたとしても、抑止効果に資するとはいえないこと、(c) 民営刑事施設の被用者に対して Bivens 型訴訟の提起と不法行為法による訴訟の提起をともに認めてしまうと、公営刑事施設の被用者に対しては Bivens 型訴訟の提起だけが認められているために、非対称な責任のコストを課すことになることを指摘して、Bivens 型訴訟の提起を認めなかった。Id. at 868-76 (Restani, J., dissenting) .

142) 132 S. Ct. at 623.

143) Id. at 623-26.

144) 前掲注 (133) を参照。

邦政府の被用者に対する州法上の不法行為訴訟を提起することができない<sup>145)</sup>。しかし、受刑者は、通常、私企業の被用者に対しては州法上の不法行為訴訟を提起できるのである。

② Pollard は、州不法行為法の「変動性 (vagary)」のゆえに、連邦法が適切な代替的救済を提供しているか否かのみを我々は検討すべきであると主張する。しかし、この主張は、Malesko 判決において連邦最高裁が退けたものであるということから、手詰まりになる。州不法行為法は、憲法違反行為を受けた被害者に対して補償を提供するとともに、憲法違反行為を抑止するのに役立ち得るのである。したがって、いくつかの諸判決が、Bivens 型訴訟による救済を認めるか否かを決する際に、州法上の救済の適切性あるいは不適切性を検討していたことは、驚くに足らないのである。

③ Pollard は、州不法行為法が、本件で問題になっている憲法上の利益を保護するのに適切な救済を提供していないと主張する。しかし、Pollard の請求は、州不法行為法が典型的に禁止している行為の悪質な場合の結果としての、身体的あるいは精神的損害に対する請求である。カリフォルニア州裁判所は、不法行為法を、刑事施設の私人たる運営者を含む、看守に対して適用してきた。さらに、カリフォルニア州不法行為法は、我々の知り得る限りでは、基本的に、すべての州に存在する不法行為法の一般原則を反映している。州法による救済と潜在的な Bivens 型訴訟による救済とは、完全に一致している必要はない。州不法行為法による救済が、潜在的な被告に対して修正 8 条を遵守するのとおおよそ同程度の (roughly similar) インセンティブを与えるか否か、また被害者に対しておおよそ同程度の補償を提供するか否かが問題なのであり、本件におけるその答えはイエスである。

④ Pollard は、州法が及ばないような修正 8 条に基づく請求が存在する「かもしれない」と主張する。しかし、Pollard は、そうした事例が存在することを説得的に証明していない。我々は、Bivens 型訴訟を認めるかどうかを、修正 8 条による請求あるいは州法によるそれが本件で問

---

145) 実定法上、原則として、連邦公務員に対する不法行為訴訟では、その公務員の代わりに合衆国が被告になる。28 U.S.C. § 2679 (b) (1)。本法については、その成立経緯も含めて、植村・前掲注 (124) 103-106 頁を参照。

題になったものと大きく異なる事例において、そうした事例が生じた際に決定できるのである。そうした違いのある将来の事例が生じる可能性は、本件において異なる結論に達するための十分な根拠を提供しない。

（2） 同意意見

Scalia 判事による同意意見（Thomas 判事同調）は、Malesko 判決における自らの同意意見と同趣旨のものである<sup>146)</sup>。

（3） 反対意見

Ginsburg 判事による反対意見は次のとおりである<sup>147)</sup>。

①もし Pollard が連邦運営施設あるいは州運営施設に収容されていたら、彼は修正 8 条違反に対する連邦の救済を有していただろう。私は、Pollard を州不法行為法の「変動性」に委ねるのではなく、連邦の刑を務めている間に彼の被った権利侵害が、連邦法の統一的なルールに従って補償され得るものと考ええる。

② Malesko 判決で提起された問題は、連邦の受刑者を収容する施設を運営する私法人に対する Bivens 型訴訟が認められるか否かであった。法人たる雇用者を訴えることは、個人の被用者に対して、自らの権限に対する憲法上の制約を逸脱する行為をしないように抑止するのに資するものではない、と Malesko 判決は述べた。個人に対する抑止が Bivens 型訴訟の可否の決定にとっての中心的な考慮事項であることを、連邦最高裁は思い起こさせたのである。本件では、Bivens 型訴訟の核心的な関心が含まれている。すなわち、個人の職員に対して直接に損害賠償を求める Pollard の訴えは、Malesko 判決では欠如していたと連邦最高裁が判断した抑止効果を、厳密に有しているのである。

### 3 分析

Malesko 判決によって私法人に対する Bivens 型訴訟の提起が否定されたことを受けて、次に問題になったのは、私法人に雇われる被用者に対して、Bivens 型訴訟が提起できるか否かであった。そして、その問題に対して応答したのが本判決であったのだが、その判断に際して重要なポイントとなったのが、州法による救済が Bivens 型訴訟による救済の代

---

146) 132 S. Ct. at 626 (Scalia, J., concurring) .

147) *Id.* at 626-27 (Ginsburg, J., dissenting) .

替となり得るか否かであった。

法廷意見は、まず、本件が、政府と雇用関係にある職員の行為が問題になった Carlson 判決と異なり、私企業に雇われた職員の行為が問題になった事例であるから、州不法行為法が利用できることを指摘する（法廷意見①）。そして、一般論として州法が代替的救済になり得ることを確認したうえで（法廷意見②）、本件の事例では、カリフォルニア州法による救済が受けられるし、その内容もすべての州不法行為法の一般原則を反映したものであるから、適切な代替的救済といえ、Bivens 型訴訟の必要性を否定している（法廷意見③）。他方、反対意見は、連邦の刑に服している以上、どこの州にある施設であるかにかかわらず、統一的なルールによって救済を受けられるべきだとし（反対意見①）、一般論のレベルでそもそも州不法行為法による救済が代替的救済としてふさわしくないことを指摘している。

こうした意見間の対立を理解するうえでまず重要なのは、法廷意見があくまでも本件の事例において州法が代替的救済になり得るとしている点である（法廷意見④）。すなわち、法廷意見③が示すように、本件の事例では、州不法行為法によって救済が可能であるのであって、そうである以上、憲法上の訴訟原因を認める必要はないというのである。したがって、本判決によって、個人たる私人に対していかなる場合も Bivens 型訴訟が提起できないとされたわけではない点に注意が必要である。そのことをふまえると、憲法上保護されるが州法上は保護されない利益があり得ることや、個々の行為が単独では不法行為として認められないが、組み合わせることによって非人道的な処遇として修正 8 条違反に相当するといった場合（例えば、夜間の温度が低い居房に収容することと、毛布を提供しないこととの組み合わせ）があり得ることをもって、本判決に対して批判的な立場を示す見解があるが<sup>148)</sup>、本判決が本件の事例における判断である以上、こうした見解はたしかに説得力を欠く面があるように思われる。そうすると、本判決を妥当なものとして評価し、州不法行為法違反の方が修正 8 条違反よりも、その実体的基準を満たしやすい場合

---

148) Allison L. Waks, Note, *Federal Incarceration by Contract in a Post-Minneci World: Legislation to Equalize the Constitutional Rights of Prisoners*, 46 U. MICH. J. L. REFORM 1065, 1084-85 (2013) ; Frampton, *supra* note 126, at 1734-35.



もあることから、「*Minneeci* 判決の潜在的な無害性 (possible harmlessness)」を強調する見解<sup>149)</sup>があるのも理解できるところである。

このような一定の説得力を有すると思われる法廷意見に対して、先例との関係で、そもそも州法上の救済が代替的救済として認められないと批判する見解もあるが<sup>150)</sup>、ここで注目したいのは、先例との関係で仮に州法上の救済が代替的救済になり得ることを認めたとしても、州法上の救済であることによって生じる不合理さを、民営刑事施設との関係を念頭において具体的に指摘する見解である。その一つに、州法上の救済を代替的救済として認めることによって生じる様々な非対称を懸念するものがある。それによれば、一つ目の非対称は、連邦の受刑者が連邦運営施設に収容された場合には *Bivens* 型訴訟を利用できるのに対して、同じく連邦の受刑者が民営施設に収容された場合には *Bivens* 型訴訟を利用できないことによって生じるもの、二つ目の非対称は、民営施設に収容された州の受刑者が 1983 条訴訟を利用できるのに対して、民営施設に収容された連邦の受刑者は *Bivens* 型訴訟を利用できないことによって生じるもの、そして、三つ目の非対称は、民営施設に収容された連邦の受刑者であっても、その民営施設がおかれた州によって、救済の手厚さが異なり得ることによって生じるものである。同じ連邦の罪を犯したにもかかわらず、誰が運営し（連邦か私人か）どこに所在する（救済に手厚い州かそうでない州か）施設に収容されるかを受刑者自らが選べない以上、第一の非対称と第三の非対称の不合理さは明らかであるし、第二の非対称のもたらす不合理さについても、連邦の受刑者と州の受刑者が同じ民営施設内に隣り合って収容されることがあることから理解できると思われる。すなわち、同じ施設で同じ権利侵害を受けながら得られる救済が異なるといった事態が生じ得るのである<sup>151)</sup>。

149) Alexander Volokh, *The Modest Effect of Minneeci v. Pollard on Inmate Litigation*, 46 AKRON L. REV. 287, 291-94 (2013).

150) *Minneeci* 判決の (*Malesko* 判決を含めた) 先例からの逸脱を強調するものとして、Alexander A. Reinert & Lumen N. Mulligan, *Asking the First Question: Reframing Bivens after Minneeci*, 90 WASH. U. L. REV. 1473, 1480-94 (2013). *Malesko* 判決がすでに *Minneeci* 判決の舞台を用意していたと評価するものとして、Frampton, *supra* note 126, at 1730.

151) Frampton, *supra* note 126, at 1737-38. Pollard が連邦の救済を利用できないのは彼の不運によるものであり、このことが不釣り合い (incongruous) であると指摘するものとして、*Leading Cases*, *supra* note 126, at 305.



また、別の批判として興味深いのが、(第三の非対称の帰結として)「修正 8 条違反の主張を州不法行為法による救済の運用に委ねることは、もし私法人が受刑者の権利保護にとってより手薄な不法行為法を有する州に受刑者を移転する選択をするならば、救済切り下げ競争 (race to the bottom) を生じさせ得る<sup>152)</sup>」とする見解である。刑事施設を運営する私法人が、受刑者による訴訟提起のリスクを減らし、また訴訟提起された場合であっても、その損害賠償額を相対的に低めることへのインセンティブを有することからすれば、刑事施設誘致による雇用創出を狙って、各州が「救済切り下げ競争」に走ることは非現実的な想定とは思われない<sup>153)</sup>。そして、「救済切り下げ競争」の発生がリアリティを帯びるとすれば、「州不法行為法による救済が、潜在的な被告に対して修正 8 条を遵守するのとおおよそ同程度のインセンティブを与えるか否か、また被害者に対しておおよそ同程度の補償を提供するか否か」を事例ごとに問う本判決は、どこまでの「切り下げ」をもって「おおよそ同程度」といえなくなるのかを説得的に説明しなければならないと思われるが、本判決にそうした用意があるのかは定かではない。

結局のところ、以上のような批判にもかかわらず、法廷意見のような判断が可能になるのは、全く同一の救済を受けてしかるべき者が同一の救済を受けられないことそれ自体の不合理性 (そして、その不合理さが人為的に引き起こされ得ること) を重視していないことによるものと思われる。他方、反対意見①が州法の「変動性」にゆだねることを拒否する背景には、こうした不合理さへの配慮があったとみることができる。したがって、事例ごとの判断を前提とし、本件の事例では州法による救済が受けられることを示すことによって *Bivens* 型訴訟の提起を認めなかった法廷意見の論理は、反対意見の立場とは十分にかみ合ったものとはいえないように思われる。

なお、本判決では全く議論になっていないが、州法違反ではなく憲法違反を主張することの別の意味として、「核心的な憲法上の保障に反することが著しく重大な社会的非難を招くのであり、修正 8 条が社会規範

---

152) Waks, *supra* note 148, at 1085.

153) Frampton, *supra* note 126, at 1741.

の形成における重要な表現的機能を担っている<sup>154)</sup>とするものや、「憲法違反の主張がもつ高い象徴的かつ表現的な重み<sup>155)</sup>」を指摘するものがある。こうした議論は十分に展開されていないが、憲法上の訴訟原因を認めることの副次的効果として注目に値するものと思われる。

以上のように、本判決では、州法による代替的救済が存在する場合には、私法人に雇われた被用者個人に対する *Bivens* 型訴訟の提起を認めないという結論が示されたのであるが、こうした結論を出せるかどうかは、全く同一の救済を受けてしかるべき者が同一の救済を受けられないことの不合理さをどの程度重視するかにかかっているものであり、この点にこそ法廷意見と反対意見との相違点があったように思われる。

### 第三節 検討

以上、前二節において、民営刑事施設において発生した権利侵害について、仮にステイト・アクションが認定されたとしても、憲法違反の主張を提起できるとは限らないというアメリカの裁判例の現状を把握したうえで、そこに含まれる救済法上の諸問題を明らかにした。本節では、そうした諸問題が憲法的統制にとってもつ意味をふまえながら、憲法の適用問題にとどまらない憲法論の可能性を示したい。その際、そうした憲法論が日本の状況とどのような関係があるのか（ないのか）にも言及する。

#### 1 救済法のあり方を問う憲法論の可能性

*Malesko* 判決では、政府から刑事施設運営の委託を受けた私法人が、*Bivens* 型訴訟の被告となり得るかどうかの問題となっていたが、そこで考慮されてしかるべきなのは、私法人を被告とすることがその私法人に雇われた個人の被用者による違憲行為の抑止に資するか否かであった。こうした、*Bivens* 型訴訟において個人以外が被告になり得るかという問題については、すでに先例においても議論になっており、*Meyer* 判決では、政府機関の被告適格は否定されていた。それでは、なぜ *Malesko* 判

---

154) *Id.* at 1743 n. 218.

155) *Leading Cases*, *supra* note 126, at 303.

決においてこうした *Bivens* 型訴訟における被告適格の問題が再燃したのか。それは、端的にいえば、*Bivens* 型訴訟が「民営化」現象を念頭において発達したものではないことによるものと考えられる。すなわち、通常の公務員関係と「民営化」における雇用関係とでは、そこに登場する主体に変化が生じるのであり、そうした主体の変化を *Bivens* 型訴訟の目的（個人たる被用者による違憲行為の抑止）との関係で再考すべきか否かが問題になるのである。通常の公務員関係で登場する主体は、〈政府〉-〈公務員〉であるが、「民営化」の場合は、〈政府〉-〈私法人〉-〈被用者〉である。したがって、賠償責任の主体として私法人をどう位置づけるかが問題にならざるを得ないのであり、その際に、違憲行為の抑止という観点をどの程度考慮するかが問われ得るのである。そして、ここから明らかになるのは、「民営化」により権限付与された私人による違憲行為に対して誰が賠償責任を負うべきかという問題が、憲法的統制をより実効的なものにするという観点から、憲法論として議論になり得るということである。

以上に述べたことは、日本にとっても無関係ではないと思われる。というのも、「民営化」現象に起因する登場主体の変化をふまえて、救済法のあり方をどう構想するかという論点は、アメリカに限って生じるものではないからである。日本においても、「国家賠償法が、民営化を想定していない法律<sup>156)</sup>」であるといわれるように、「民営化」の文脈において私人が引き起こす権利侵害行為に対して誰が賠償責任を負うべきか、ということは問題になり得るし、現になっているのである<sup>157)</sup>。そして、その際に、権利侵害行為の抑止に資するか否かが考慮要素の一つになってしかるべきものと思われる<sup>158)</sup>。もっとも、日本では、*Bivens* 型訴

156) 北島周作「公的活動の担い手の多元化と『公法規範』」法律時報 85 巻 5 号(2013 年) 26 頁。

157) 県から委託を受けた児童養護施設において、当該施設の職員が過失により保護監督を怠ったために、原告である入所児童が、他の入所児童から暴行を受け、後遺症を負った事例で、最高裁は、当該施設の職員による養育監護行為が「公権力の行使に当たる公務員の職務行為」と解し、県が国賠責任を負い、当該施設の職員の使用者は使用者責任を負わないと判示した。最一小判平成 19 年 1 月 25 日民集 61 巻 1 号 1 頁。

158) 前注の最高裁判決が民間事業者の使用者責任を認めなかったことについて、それが民間事業者のモラルハザードを生じさせることを憂慮するものとして、板垣勝彦「判批」自治研究 84 巻 8 号 (2008 年) 157 頁。この見解は、賠償責

訟のように、憲法上保護された利益の侵害に特化した訴訟形態が存在するわけではないので、訴訟の場で憲法上の利益侵害を主張する場面は多くはないだろうが、憲法上の利益と同視できる利益が侵害されたといえる場合には、違憲行為の抑止という要素を、救済法のあり方を再考するうえで考慮に入れる必要があるように思われる。

## 2 「民営化」のあり方を問う憲法論の可能性

ところで、Malesko 判決と Minneci 判決の検討を通じて気づかされるのは、いずれの事件においても、政府の法的責任が全く問われていないということである。賠償責任を念頭においた場合、連邦政府の賠償責任を問うための法律として、連邦不法行為請求権法（Federal Tort Claims Act (FTCA)）が存在するが、そもそも、同法は、憲法違反を根拠とする賠償責任を認めていないと解されている<sup>159)</sup>。また、州不法行為法を根拠とする場合であっても、行為主体が「連邦政府の被用者（employee of the Government）」であることを要求しており<sup>160)</sup>、そのなかに合衆国との契約者の被用者が含まれないことを明示している<sup>161)</sup>。したがって、救済法の構造上、政府の賠償責任が問われていないのは、ある意味当然のことである<sup>162)</sup>。

---

任の主体と権利侵害行為の抑止との関係を考慮に入れるものと理解できる。また、松塚晋輔「民営化と救済法——不法行為における公務員・公共施設論と、受託者との責任配分について」比較憲法学研究 20 号（2008 年）122 頁は、ドイツとの比較をふまえて、「重要なのは、日本の国賠法判例と比べてドイツの職務責任の判例では、委託者（国家）ではなく受託者（私人）の対外的賠償責任が問われ、それを肯定した判例や学説が顕著なことである」と述べ、ドイツの判例の立場が民間事業者のモラルハザードの抑止に貢献すると評価している。なお、岩本浩史「PFI 方式刑事施設と賠償責任」総合政策論叢 14 号（2008 年）79-84 頁は、想定事例として、刑事施設の整備・運営事業に携わる民間職員が受刑者に対し暴行を加えた場合の賠償責任を負う主体について検討しており、民間事業者の使用責任の成立可能性につき肯定的な立場を示しているが、そこではモラルハザードの抑止が考慮されているわけではない。

もちろん、賠償責任の主体のあり方を構想する際には、モラルハザードの抑止だけを考慮すればよい、というわけではない。板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、2013 年）547 頁は、民間事業者のモラルハザードの他に、被害者救済および受託者の萎縮効果を考慮要素にあげている。

159) 28 U.S.C. § 1346 (b) . 宇賀克也『国家責任法の分析』（有斐閣、1988 年）306 頁、近藤・前掲注（124）204 頁を参照。

160) *Id.*

161) *Id.* § 2671.

162) もっとも、Richardson 判決が民営刑事施設の職員の限定免責を認めないと判

もっとも、私人への権限付与を伴う「民営化」は、「政府プログラムに対する決定権限を私人に委任することにより、政府が積極的に行動した状況<sup>163)</sup>」を示すものであるから、「民営化」により権限を行使することになった私人が引き起こす権利侵害に対して、政府が無関心でいてよいとはいえないはずである。民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性を肯定する際に、現在の下級審判例の到達点ともいえる Pollard 判決（第二章第二節 4 (4)）は、私人が担う機能それ自体ではなく、その由来となる政府自身が担う権限に着目し、政府の担う拘禁権限が被拘禁者の自由を制約し、そのことが権利侵害の原因をつくりだしていることを強調していた。ここに見られるのは、権利侵害が発生しやすい状況を創出しながら、それを是正する手立てを講じることなく、政府が私人に権限を付与した現象であると理解できる。こうした現象は、民営刑事施設の場合に特にわかりやすい形であられるものといえるが、程度の差はあれ、基本的には「民営化」現象一般において起こり得るものといえよう。そうであれば、「民営化」に際して政府がいかなる形で私人に権限付与すべきか、すなわち、「民営化」における制度設計のあり方というのも、憲法論の対象にすべきであるように思われる。そして、そうした憲法論を構築することによって、より権利侵害を引き起こしにくい形での「民営化」が可能になり、それこそが憲法的統制の実効化に資するのではないだろうか。アメリカの民営刑事施設に関する裁判例において、政府の法的責任が問われていないことと、にもかかわらずステイト・アクション認定において政府の権限が強調されていることとのミスマッチが、「民営化」のあり方を問う憲法論の必要性を際立たせているように思われるのである。

他方、日本では、アメリカとは異なり、国家賠償法を通じて国または

---

示したことにより、損害賠償費用が公営の場合よりも相対的に高まることとなるため、その分の費用が契約価格に反映されるなどして、結果として事実上政府の負担が増大することはあり得る。Lucas Anderson, Note, *Kicking the National Habit: The Legal and Policy Arguments for Abolishing Private Prison Contracts*, 39 PUB. CONT. L. J. 113, 131-32 (2009). そのため、Richardson 判決反対意見は、限定免責を認めないことにより、刑事施設を「民営化」するコストが人為的に増大させられることを懸念していた。521 U.S. 399, 422 (1997) (Scalia, J., dissenting).

163) Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367, 1485 (2003).

公共団体の賠償責任が問われている現状<sup>164)</sup>があるために意識されにくいかもしれないが、「民営化」が「政府が積極的に行動した状況」を示すものである以上、それに起因して生じる権利侵害に対して政府が無関心であってよいとはいえず、「民営化」のあり方を問う憲法論の必要性は日本においても存在するのではないだろうか<sup>165)</sup>。「はじめに」で言及した、「適切な規制」を施した形での権限付与の必要性を指摘するものと理解できる榎の議論<sup>166)</sup>は、このような文脈に位置づけられるものと思われる。

### 3 憲法論の存在意義

最後に、Minneci 判決で問われた州不法行為法による救済が代替的救済として認められるか否かという問題について検討する。前節3でも指摘したように、とりわけ民営刑事施設の文脈においては、州不法行為法を代替的救済として認めれば、全く同一の救済を受けてしかるべき者が同一の救済を受けられない事態が生じることになる。このことからすれ

164) 前掲注(157)の最高裁判決。もっとも、「本判決の読み方」および「本判決の射程」については、なお議論の余地が残されている」（岸本太樹「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選（第4版）』（有斐閣、2013年）114頁）ため、「民営化」としての性格を有する事例であっても、必ずしも国または公共団体の賠償責任が認められるとは限らない。なお、前掲注(157)の最高裁判決では、国または公共団体の制度設計の不備の責任が問われたわけではない。

165) この点に関して興味深いのは、いわゆるマンション耐震偽装事件において、建築確認を行った指定確認検査機関に対する市の監督権限の不行使が問題になった事例で、市の損害賠償責任が否定された横浜地判平成24年1月31日判時2146号91頁である（なお、本判決では、指定確認検査機関自身の国家賠償責任は認められている）。市は、指定確認検査機関から建築計画概要書を添えての報告を受け、当該建築確認における建築物の計画が建築基準確認規定に適合しない場合には、その旨を指定確認検査機関に通知しなければならないことになっていたが、本件では、建築計画概要書において耐震強度の不足をうかがわせるような記載は見られなかったことから、市が耐震強度の不足を認識できたとは認められず、市の責任は否定された。本判決に対して、板垣勝彦「判批」自治研究89巻6号（2013年）146-147頁は、「権限のないところに責任を帰することは不可能」（146頁）であるとしたうえで、建築物の倒壊が国民の生命・身体という重大な基本権を危険にさらすにもかかわらず、指定確認検査機関が構造計算の瑕疵を見抜けない状態をさらに行政が（監督権限の不足により）見抜けない、という状態を創出してしまった立法府の制度設計の不備それ自体の問題性を指摘している。どのような制度設計であれば憲法の要求を満たすかを明らかにするのは容易ではないだろうが、「民営化」のあり方を問う憲法論が日本においても意味をもち得ることは、理解できるのではないだろうか。

166) 榎透「民営化の憲法問題に関する覚書——憲法の適用範囲からの考察」専修法学論集111号（2011年）187頁。



ば、アメリカにおいて、各州の不法行為法が憲法の要求する水準の救済を提供している場合であっても、憲法上の訴訟原因を認めるべきだとする議論が存在するのは、十分理由のあることなのであり、ここに、この問題に関して憲法論として構成することを必要とする事情が見出せるのである<sup>167)</sup>。

もちろん、こうした問題が生じるのは、アメリカが連邦制をとっていることによるものである<sup>168)</sup>。したがって、アメリカにおいては深刻な問題であると思われるが、連邦制をとっていない日本においてこの問題を検討する意義は大きくはないだろう。ただし、ここで注目したいのは、*Minneeci* 判決の評釈が、憲法違反を主張することが有する表徴的機能や象徴的機能に言及していたことである（前節3を参照）。憲法違反の主張がもつこうした意義との関係で想起したいのは、「憲法と民法」問題についてかつて吉田克己が言及した憲法的言説の「象徴的機能」である。吉田は、ドメスティック・バイオレンスの文脈において、その問題を可視化し、さらには、被害者救済を実効化するための立法措置が講じられるようになったことについての憲法的言説が果たした役割を強調していた。重要なのは、ドメスティック・バイオレンスは、不法行為法による救済が十分可能なものであったことである<sup>169)</sup>。ここからわかるのは、下位法による救済が可能である場合であっても、権利保障をより実効的なものにするための立法措置を下支えする憲法論が、一定の役割を果たし

167) *Minneeci* 判決の原審では、憲法に基づく統一的な救済の提供以外の *Bivens* 型訴訟による救済の意義として、州法によっては、当該医療過誤訴訟が不真面目な (*frivolous*) ものでないことの医師による証明を要する場合や、医療過誤訴訟における損害賠償額に制限が課せられていたり、懲罰的損害賠償を得るのに高いハードルが設けられていたりする場合があるのに対して、*Bivens* 型訴訟ではそのような手続的な障害が存在しないということが指摘されていた。629 F.3d at 867. 実際には、こうした要素が *Bivens* 型訴訟の提起の誘因になっているものと思われる。この点に関わって、1983 条訴訟を念頭においたものはあるが、連邦レベルの救済のメリットを論ずるものとして、*See Jack M. Beermann, Why Do Plaintiffs Sue Private Parties under Section 1983?*, 26 *CARDOZO L. REV.* 9 (2004).

168) ただし、連邦の任務を委託された私人による連邦憲法違反の有無を連邦裁判所が判断する際に、州法の存在を考慮に入れる必要はないとする見解もある。John F. Preis, *Alternative State Remedies in Constitutional Torts*, 40 *CONN. L. REV.* 723, 761-62 (2008).

169) 吉田克己「憲法と民法——問題の位相と構造」法律時報 76 巻 2 号 (2004 年) 56-57 頁。



得るということである。

ここで注意を要するのは、*Minneeci* 判決の評釈において憲法違反を主張することの表現的機能や象徴的機能が説かれていたのは、それが *Bivens* 型訴訟の提起を容認させるための論拠の一つとして持ち出されていたことからして、訴訟の場面を念頭においてのことだと思われるのに対して、吉田が言及した憲法的言説の意義は、立法措置への言及があったことから、訴訟外の場面を想定してのものと思われることである。訴訟の場面における憲法論の意義を否定するわけではないが、ここでは、あえて訴訟外の場面における憲法論の意義を強調しておきたい。中島徹が指摘するように、「憲法論は司法審査の基準論としてのみ存在するわけではな」く、「政策選択の基準として、憲法原則を語る余地はあるはず」なのであって<sup>170)</sup>、例えば本節 1、2 で指摘した憲法論が、司法審査の基準として使えるほど精密なものでないとしても、それが民主的政治過程において役割を果たすことは十分にあり得るように思われる。ここに、日本における、下位法による救済が可能である場合の憲法論の存在意義の一つを見出すことができるだろう。

#### 第四節 小括

本章では、救済法上の理由で憲法違反の主張が退けられた二件の連邦最高裁判決の分析を通じて、そこに含まれる救済法上の諸問題を明らかにし、それが憲法的統制にとってもつ意味について検討した。*Malesko* 判決では、*Bivens* 型訴訟において私法人の被告適格は認められないと判示されたのであるが、それは専ら政府機関の被告適格を否定した先例に依拠してのものであり、私法人の被告適格を認めることが違憲行為の抑止に資すること自体は理解されていた。*Minneeci* 判決では、州不法行為法による救済が代替的救済として認められるがゆえに、*Bivens* 型訴訟の

---

170) 中島徹「社会経済構造の改革は憲法学の主題たりうるか」同『財産権の領分——経済的自由の憲法理論』（日本評論社、2007年）8頁。また、愛敬浩二「憲法からみる“独占禁止法と規制緩和”」法学セミナー 619号（2006年）23頁は、制度廃止の文脈ではあるが、「ある制度の必要性を憲法から直接導き出せないとしても、その制度を廃止することのメリットとデメリットを憲法論的に議論することは可能である」と述べる。

## 論 説

提起は認められなかったのであるが、そこでは、本件の事例では州不法行為法が *Bivens* 型訴訟とおおよそ同程度の補償および抑止効果をもたらすとの判断がなされており、とりわけ民営刑事施設の文脈で強くあらわれる州法の「変動性」がもたらす不合理さは重視されていなかった。この二判決の分析をふまえて明らかになった憲法上の問題を整理すれば、次の点を指摘できるものと思われる。第一に、「民営化」による登場主体の変化に応じて表面化する、違憲行為の抑止と *Bivens* 型訴訟の被告適格との関係をどう考えるかという問題、第二に、政府の法的責任の不在により一層明らかになる、政府による「民営化」の制度設計のあり方をどう考えるかという問題、第三に、民営刑事施設の場合にとくに顕在化しやすい、州法による救済が可能である場合に憲法論として構成することの意義をどう考えるかという問題である。そして、それぞれにつき、日本での検討に値する要素が含まれているように思われる。

## おわりに

以上、本稿は、アメリカにおける「民営化」に関する裁判例のなかで重要な位置を占めるステイト・アクション法理の検討から出発しながら、民営刑事施設に関する裁判例を対象にして、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性判断の論理構造を明らかにしたうえで、民営刑事施設を運営する私法人およびそこで雇われる被用者に対する *Bivens* 型訴訟の提起の可否をめぐる判断について検討を加えた。そこから明らかになったのは、「民営化」において、憲法の適用問題にとどまらない憲法上の問題が存在するということである。それを（アメリカの文脈を離れて）より一般的に整理すれば、次のようになる。すなわち、「民営化」により権限を付与された私人による違憲行為に対してどの主体が賠償責任を負うべきかという問題、「民営化」に際して政府による制度設計がどうあるべきかという問題、そして、下位法による救済が可能である場合に憲法論の存在意義をどう考えるかという問題である。以下では、今後の課題を示すことでむすびにかえたい。

本稿のタイトルは、「『民営化』に対する憲法的統制……」となっているが、ステイト・アクション法理も *Bivens* 型訴訟における被告適格の

問題も、厳密に言えば、「民営化」に対する憲法的統制と直接の関係があるわけではない。ステイト・アクション法理は、「民営化」により権限付与を受けた私人の行為に対する憲法的統制の問題であるし、*Bivens*型訴訟の被告適格の問題は、その私人の行為に対する憲法的統制をより実効的にするためのものである。したがって、「民営化」に対する憲法的統制と直接の関係があるのは、第三章第三節2で言及した「民営化」のあり方を問う憲法論である。そこでも強調したように、「民営化」現象というのは政府の行動であるのだから、「民営化」に対する憲法的統制というのは、政府の行動に対する憲法的統制を意味することになる。問題は、そのような憲法的統制の理論的基盤をいかにして確保するかである。

この点で興味深いのは、「民営化」の憲法問題に関してステイト・アクション法理の観点からの考察が重要な位置を占めてきたアメリカにおいて、政府の行動としての「民営化」のあり方を問う憲法論が主張されていることである。第一章第二節1でも登場した Gillian Metzger が提唱する「私人への委任分析（private delegation analysis）」がそれである。これは、権限を付与された私人に対する憲法拘束を主張するのではなく、その私人による権限行使が実質的に憲法の拘束に服しているといえるほどのメカニズムを政府が構築したか否かに着目して、権限委任それ自体の合憲性を判定すべきとする理論枠組みである。そこでは、憲法拘束の実質化を果たすメカニズムが多様であることを前提に、各「民営化」の文脈に適合的なメカニズムを政府が選択できることが意図されている<sup>171)</sup>。

この議論の詳細およびその評価については今後の課題であるが、繰り返し強調しておきたいのは、この議論が、公私区分を前提に、「民営化」を政府の行動と捉えてそれに対して憲法の拘束を及ぼすという思考をとっていることである。これは、「はじめに」で言及した宮下がいうところの、「民営化時代における憲法に拘束されるべき『ステイト』『アクション』とは何か<sup>172)</sup>」を明らかにする試みの一つであると理解できる。

---

171) Metzger, *supra* note 163.

172) 宮下紘「民営化時代における憲法の射程——ステイト・アクション法理に対する新たな挑戦」一橋法学3巻3号（2004年）1353頁。

## 論 説

そのため、この試みは、「あくまで憲法が政府を構成して (constitute) いる以上、その政府のみを憲法が拘束しているという素直な論理を貫徹<sup>173)</sup>」するステイト・アクション法理が存在するアメリカならではの議論であるといえる。「国家という統治団体の存在を基礎づける基本法<sup>174)</sup>」という憲法理解から出発するにしても、日本において Metzger の議論がどのような意味をもつのかは、そのアメリカの特徴をふまえたうえで慎重に精査する必要があるだろう。今後の課題としたい。

---

173) 宮下紘「ステイト・アクション法理の理論構造」一橋法学7巻2号(2008年)306頁。

174) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第5版)』(岩波書店、2011年)3頁。