

## 別紙 4

報告番号	※	第	号
------	---	---	---

## 主　論　文　の　要　旨

論文題目 「民営化」に対する憲法的統制——アメリカにおける「民営化」をめぐる憲法論を手がかりに

氏　名 小牧　亮也

## 論　文　内　容　の　要　旨

## 序章

「民営化」現象は、憲法学に対してもいかなるインパクトをもたらすのか。憲法学の伝統的な思考枠組みでは、国家がその中心に位置しているため、国家が自らの任務を私人に委ねた場合、それを憲法上どのように位置づけ、憲法的統制の対象にし得るのかは、憲法学にとって理論的かつ実践的な課題である。憲法学における既存の道具立ての一つである私人間効力論は、「民営化」現象に対応する可能性をもってはいる。ただし、この議論は、紛争の当事者たる両私人の関係に着目するものであり、「民営化」特有の、国家から私人への権限移譲という要素を適切に考慮できるものではない点に限界があると思われる。「民営化」それ自体に対してもいかにして統制を加えるかを課題としなければならない。

そこで、本研究は、アメリカの議論を手がかりに、「民営化」に対する憲法的統制のための理論枠組みを模索することを課題とするが、その際に重視するのは、憲法上の権利の実効的な保障という観点である。「民営化」された任務を担う民間事業者が利潤追求の行動原理を有することからすれば、裁判所における憲法上の権利の主張可能性が確保されるだけでなく、その権利保障を現実のものにするための措置が講じられる

必要があるのであり、その点をも視野におさめた理論枠組みが構築されねばならない。

アメリカの議論を手がかりとすることにはいくつかの理由がある。第一に、日本の学説への影響である。日本の私人間効力論に相当するものとして、アメリカにはステイト・アクション法理（後述）が存在する。日本の憲法学において「民営化」に関心を寄せる論者の多くがステイト・アクション法理を研究した経験をもっていることからすれば、ステイト・アクション法理が「民営化」の現実にどのように対応しているのか（いないのか）を知る必要があると思われる。

第二に、アメリカにおける判例の展開である。2000年以降、ステイト・アクションが認定される傾向にある民営刑事施設の行為に関して、憲法上の権利に基づく救済を否定する連邦最高裁判決が二件下されている。こうした判例動向の検討の結果、「民営化」それ自体に対して統制が加えられなければ、憲法上の権利の実効的な保障が困難になることがみてくると思われる。

第三に、アメリカにおける学説の展開である。ステイト・アクション法理が「民営化」との関係で機能不全に陥っている現状をふまえて、「民営化」に際して政府の果たすべき役割に焦点を当てる学説が出てきている。この議論は、本研究の問題関心にとって極めて興味深いものであるが、他方で、この議論を突き詰めて分析していくと、逆説的に、憲法上の権利の実効的な保障において政府以外のアクターの役割が鍵を握っていることがみてくる。「民営化」に対する憲法的統制のためには、政府だけではなく、それ以外のアクターの位置づけをも視野におさめる必要があることを、アメリカの学説動向は示しているように思われる。

## 第一章

ステイト・アクション法理とは、憲法上の権利が原則として政府を拘束するものであり、一定の要件を満たした場合にのみ私人を拘束する、というアメリカ連邦最高裁

判例において確立した理論である。本章では、アメリカにおいて「民営化」が憲法問題化する契機となるステイト・アクション法理に関して、それが「民営化」との関係でどのような帰結を導き出し、どのような課題を抱えているのかを明らかにする。

ステイト・アクションが認定されるためには、大きく分けて二つの道筋がある。一つが、私人の行為に対する政府の関わり方に着目する関係性理論であり、もう一つが、私人が担う機能の性格に着目する公的機能理論である。関係性理論については、私人の問題とされた行為を州自体の行為とみなすことができるほど、両者の間に十分に密接な関係がある場合にステイト・アクションが認定されるという判断枠組みが採られている。これに関しては、政府の関与が私人による権限濫用の蓋然性とは無関係に考慮されるため、政府が大きな裁量を伴う権限を私人に与え個別の関与を控えてしまえば、権限濫用の蓋然性が高まるにもかかわらず、ステイト・アクションの認定は困難になるという問題がある。公的機能理論については、「伝統的かつ排他的に州に留保された権限」を私人が行使する場合にステイト・アクションが認定されるという判断枠組みが採られている。これに関しては、そもそもどのような任務が公的機能にあたるのかが不明確であることが指摘できるが、その後の判例の展開をみると、教育や医療という現代的な公共サービスですらステイト・アクションが否定されており、「民営化」の対象となり得る任務のほとんどが公的機能に当たらないと判断されることが予想される。このように、現在の判例法理は「民営化」現象に適切に対応したものになっておらず、機能不全を起こしていると評価できる。

## 第二章

ステイト・アクション法理が「民営化」との関係で機能不全に陥っているなかで、民営刑事施設に関しては、例外的にステイト・アクションが認定される傾向にある。もっとも、ステイト・アクションが認定されれば、それで十分ということにはならな

い。本章と次章では、民営刑事施設に関する裁判例の検討を通じて、ステイト・アクションが認定されたとしても、「民営化」が憲法上の権利に基づく救済を否定する結果をもたらし得ることが確認される。

本章では、公的機能理論が適用され、ステイト・アクションが認定される傾向にある民営刑事施設に関する判例を素材として、ステイト・アクションが認定されやすい理由を分析し、その含意を明らかにする。

近時の判例の特徴は、民営刑事施設の行為が公的機能に当たることを示す際に、政府の担う権限がどのような性格のものであるかを強調していることである。ある判例では、民営刑事施設における医療提供のステイト・アクション該当性を肯定する際に、政府による拘禁を通じた処罰権限の行使が受刑者の従属性を生じさせ、それが権利侵害の原因になっていることが重視されていた。この点は、次章での検討の際に意味をもってくる。

### 第三章

本章では、救済法上の理由で憲法上の権利に基づく損害賠償請求を退けた二件の連邦最高裁判決の検討を通じて、憲法上の権利の実効的な保障の観点から重要な要素を抽出する。

民営刑事施設を運営する民間事業者に対する、憲法上の権利に基づく損害賠償請求の可否が争点となった *Correctional Services Corp. v. Malesko* (2001)において、連邦最高裁は、民間事業者（法人）に対する損害賠償請求を不適法とした。また、民営刑事施設で雇用される職員個人に対する憲法上の権利に基づく損害賠償請求の可否が争点となった *Minneci v. Pollard* (2012)において、連邦最高裁は、職員個人に対してであっても、州不法行為法による救済が見込める場合には、憲法上の権利に基づく損害賠償請求は認められないと判示した。

Malesko 判決に対しては、（職員個人ではなく）民間事業者に賠償責任を負わせることが、憲法上の権利保障のための措置を講ずるインセンティブを民間事業者に対して付与することにつながる、との認識が反対意見や学説によって示されている。この点が意味するのは、どの主体が賠償責任を負うかが、違憲行為の抑止という観点から議論になり得ることであり、憲法上の権利の実効的な保障をも課題とする本研究にとっては、重要な点であるといえる。

また、両判決を通じてみえてくるのは、「民営化」が、憲法上の権利に基づく救済の可能性を極小化していることであり、連邦制をとっているアメリカにおいては特に深刻な問題であるといえるが、もう一つ注目したい点は、両判決とともに、政府の法的責任を度外視していることである。これは、救済法の構造によるものであるため、ある意味当然のことであるが、他方で、スティト・アクション該当性判断において政府の権限の性格が強調されていた（第二章）こととは対照的である。民間事業者およびその職員による権利侵害の原因をつくり出していたのが政府の権限であるというのであれば、その政府が「民営化」に際して何らかの役割を果たす必要があると思われる。

## 第四章

前章末尾で示した、「民営化」に際して政府が果たすべき役割を理論的に検討するのが本章である。本章では、Gillian E. Metzger が提唱する「私人への委任分析（private delegation analysis）」を紹介し、この議論の理論的な特徴を明らかにし、それをふまえて、「民営化」に対する憲法的統制のための理論枠組みの方向性を示す。

「私人への委任分析」は、「民営化」に際して政府の果たすべき役割を、憲法上の権利保障の観点から理論的かつ体系的に根拠づけた、アメリカにおけるほぼ唯一の学説といってよいものであり、「民営化」それ自体に対する憲法的統制を試みる本研究からすれば、まずもって検討されねばならないものである。この議論は、憲法上の権利保

障の空洞化を防止しつつ、「民営化」の効用を阻害しないようにするという二つの要請を満たすことにその主眼がおかれしており、その要請を満たすために政府がどのような役割を果たすべきか、ということを主題化するものである。

もっとも、この議論において想定される憲法上の権利保障とは、主として裁判所における憲法上の権利の執行可能性の確保であり、その憲法上の権利が実効的に保障されることまで意識されているわけではない。この点が明確に表れるのが、「民営化」に際して政府が果たすべき役割の一形態として、Metzger が、「民営化」により任務を委ねられた私的主体に対して憲法の制約に服することの一般的な要求を課すことをあげていることである。というのも、この場合に憲法上の権利が実効的に保障されるかどうかは、究極的には私的主体の努力にかかっており、憲法の制約に服すことの一般的な要求を課すこと以外に、政府が果たすべき役割は想定されていないからである。

もちろん、民間事業者が、(憲法の制約に服すことの一般的な要求に反した場合に)使用者責任を追及され得るのであれば、使用者責任を負わずに済むように、主体的に違憲行為を防止するための措置を講ずることは想定できる。しかし、使用者責任追及が違憲行為の抑止に資するといえるためには、当該法域における不法行為法の目的や機能がどのようなものであるか、さらには、被害者が訴訟提起を容易にできるかどうかといった点が問われなければならないと思われる。

使用者責任追及を通じた違憲行為抑止の機能が条件依存的であることをふまえれば、それを補完する違憲行為抑止のメカニズムを模索する必要があると思われ、そこで本研究が注目するのは、任務遂行過程の透明性を向上させることにより、国民・住民による日常的な監視や批判を通じて、民間事業者による違憲行為の抑止を図ることである。被害者による使用者責任追及と、透明性の向上を前提とした国民・住民による監視や批判の双方が、いわば車の両輪として機能することによって、違憲行為の抑止がよりよく果たされるように思われる。

以上から、憲法上の権利の実効的な保障のためには、政府は、透明性を確保する措置を講じたうえで「民営化」する必要がある、というのが本研究の基本的な立場ということになる。

## 第五章

透明性向上のための具体的な手段の一つとして位置づけられるのが、「民営化」された任務の遂行にあたる職員による内部告発である。本章では、民営刑事施設を運営する民間事業者の被用者が内部告発的表現をし、それに対する雇用者の報復的な行動のステイト・アクション該当性が争われたアメリカの裁判例の検討を出発点として、内部告発的表現をしやすくするための制度的条件を整える政府の役割の重要性を明らかにする。こうした政府の役割は、第四章で示した、「民営化」における政府の透明性担保責任の一形態として位置づけられる。

前述の事件において、ある下級審判決は、民間事業者の行為のステイト・アクション該当性を否定したが、こうした判断は、第四章で示した本研究の立場からすれば批判されるべきものである。

こうしたアメリカの現状からすれば、内部告発的表現をよりよく保障するための立法的措置が必要になるのだが、そこで求められるのは、内部告発的表現を萎縮させない仕組みを用意することである。アメリカの実際の制度は、告発対象事実の範囲や通報先機関の多様性といった点からして、内部告発的表現のしやすさへの一定の配慮が伺えるものになっている。もっとも、どのような制度であっても、それが適切に機能するとは限らないため、最終的には、裁判的救済が受けられる可能性を担保しておくことが重要になるであろう。立法的措置と裁判的救済の両者を通じて、被用者による内部告発的表現はより良く保障されるものと思われる。

## 終章

本研究は、憲法上の権利の実効的な保障の観点から、「民営化」に際して政府が果たすべき役割の憲法的基盤を模索したのであるが、その行き着いた先は、透明性の向上を前提とした国民・住民による日常的な監視や批判の重要性、すなわち、民主主義の重要性であった。これは、いわば、憲法上の権利保障のために民主主義の力を借りていることを意味するのであって、ここから浮かび上がってくるのは、憲法上の権利保障と民主主義の結節点としての透明性という視点である。そうであれば、民主主義の側からもこの問題を論ずる余地が出てくるはずであり、この点を展開させることが今後の課題の一つである。

もう一つの課題は、日本国憲法解釈論としての展開可能性である。日本国憲法 15 条 2 項は、公務員が全体の奉仕者たるべきことを規定しているが、(憲法上の「公務員」が公務員法上の公務員に限られないことを前提に)「民営化」された「公務」の遂行主体が「全体の奉仕者」たり得る制度的条件を明らかにする作業は、いまだ十分とはいえないようと思われる。「公務」といっても様々なものがあるのであって、それぞれの「公務」に応じた、「全体の奉仕者」性を担保する制度的条件を明らかにする作業が必要になるだろう。もっとも、こうした制度的条件を明らかにするには、まずもってその「公務」遂行のありようが、国民「全体」に開かれていることが必要になるはずであり、本研究が重視する「民営化」における国家の透明性担保責任は、こうした文脈に位置づけられるものと思われる。