

論文審査の結果の要旨および担当者

報告番号	※	第	号
------	---	---	---

氏 名 小 牧 亮 也

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

論文審査担当者

主 査

名古屋大学大学院法学研究科教授 本 秀 紀

名古屋大学大学院法学研究科教授 愛敬 浩二

名古屋大学大学院法学研究科教授 大河内美紀

論文審査の結果の要旨

別紙 1 - 2

I 本論文の概要

本論文は、グローバル市場経済の展開の下で、各国政府が様々なかたちで公的機能の「民営化」を進めている状況を前提としつつ、「民営化」に対する憲法的統制という問題について一定の蓄積があるアメリカ合衆国の判例・学説を具体的かつ批判的に検討することを通じて、「民営化」に対する実効的な憲法的統制の方途を探究しようとするものである。

「国家という統治団体の存在を基礎づける基本法」（芦部信喜）として憲法を理解してきた従来の憲法学にとって、国・地方自治体が伝統的に担ってきた任務・機能を私人に担わせる「民営化」現象は、重大な問題提起となっている。日本でも、私人間効力の問題を研究してきた一部の研究者が、主にアメリカ憲法の判例・学説を参考にしつつ、「民営化」問題の憲法的検討を開始しているが、「民営化」現象の特徴を正しく捉えて、「民営化」に対する実効的な憲法的統制の方法を多角的・総合的に検討するには至っていない。そこで本研究は、アメリカの憲法学者 Gillian E. Metzger が提唱する「私人への委任分析」という議論に注目し、従来の学説・判例とは別の観点からの実効的な憲法的統制の可能性を探究する。そして、Metzger 理論の分析・検討を通じて本研究は、「民営化」現象に対する憲法的統制を司法的統制の問題へと縮減するアメリカの判例・学説の限界を明らかにした上で、「民営化」に対する実効的な憲法的統制を確保するための方法についての検討を行っている。

本論文の構成は次の通りである。

序章：本研究の課題と構成**第1章：ステイト・アクション法理と「民営化」****第2章：民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性****第3章：救済法上の諸問題と憲法的統制****第4章：「民営化」に対する憲法的統制をめぐる理論的考察****第5章：「民営化」における被用者の内部告発的表現の憲法的保障のあり方****終章：総括と今後の課題**

以下、各章ごとに概要を紹介する（ただし、序章は冒頭の説明と内容が重なるので省略した）。

第1章「ステイト・アクション法理と『民営化』」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・アクションを認定する方法として、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」と、私人が担う機能の性格に着目する「公的機能理論」がある。前者については、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て個別の関与を控えてしまえば、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

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が、判例の展開をみると、教育や医療という公共サービスですら該当性が否定されており、「民営化」の対象となりうる公的機能について、その該当性は否定される可能性が高い。よって、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本章は評価する。

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中で、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。

第2章「民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性」では、下級審判決を中心にして、現在においても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。本章の分析によれば、近時の判例の特徴として、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。たとえば、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、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となっていることを重視する判例がその典型である、とされる。

第3章「救済法上の諸問題と憲法的統制」では、民営刑事施設に関わる事案において、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2件の連邦最高裁判決の検討を通じて、「民営化」現象に対する憲法的統制の課題を析出する。Malesko 判決（2001年）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 判決（2012年）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。両判決を通じて見えてくるのは、「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る。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、著者が特に重視するのは、公的機能の「民営化」を決定した政府は、民間事業者やその職員による権利侵害の原因の作出に関わっている以上、「民営化」を行うに際して何らかの役割を果たす必要があるという点である。

第4章「『民営化』に対する憲法的統制をめぐる理論的考察」では、前章で明らかにした「民営化」に対する政府の役割という問題を検討するため、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する。この議論の特徴は、政府権限を付与された私人に対する憲法的拘束を主張するものではなく、私人による政府権限の行使に対して憲法的アカウンタビリティが確保されるようなかたちで委任がなされたのか否かという観点から、政府による私人への権限委任それ自体の合憲性を問題にする点にある。著者は、Metzger の「私人への委任分析」の方法（あるいは議論の構造）を詳細に紹介・分析した上で、民営刑事施設の「民営化」問題への具体的適用との関係でその可否を検討し、さらに、裁判所による採用可能性と実行可能性を吟味する。

それによれば、Metzger の議論は、ステイト・アクション法理の限界を一定程度克服するもの

ではあるものの、「民営化」に対する司法的統制を主題としており、「民営化」の効用を阻害しない範囲での憲法的アカウンタビリティの確保を支持しているため、裁判所の合憲性審査のあり様によっては、「民営化」に対する憲法的統制が不十分になる可能性もある、という。そこで著者は、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の重要性を指摘している。

第5章「『民営化』における被用者の内部告発的表現の憲法的保障のあり方」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にして、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4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。既存の判例法理によって、内部告発的表現に対する民間事業者等による制裁を憲法的統制の下に置くことは難しいので、内部告発的表現を萎縮させない仕組みを作る必要があるとしつつ、そのような仕組みの憲法的基礎づけとの関係で、Metzger の「私人への委任分析」の応用可能性を分析し、その意義と課題を明らかにしている。そして、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よく保障されると結論づける。以上の検討をふまえて、著者は、日本の内部告発者保護法制の現状と課題について検討している。

終章「総括と今後の課題」では、本研究の総括として、「民営化」に対する憲法的統制を主に司法的統制の問題として議論するアメリカ憲法の判例・学説を素材としつつ、「民営化」に対する実効的な憲法的統制の確保のための方途を探究した結果、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、民主主義の重要性という問題に帰着したことを論ずる。また、今後の研究課題として、①「民営化」に対する実効的な憲法的統制のあり方を民主主義の観点から再検討することと、②日本国憲法の解釈論として、「民営化」された「公務」の遂行主体が「全体の奉仕者」（日本国憲法 15 条 2 項）たりうる制度的条件を明らかにすることを挙げている。

II 本論文の評価

課程博士論文については、法学または政治学における学術の理論および実証を教授研究するために必要な研究能力が、十分に証明される研究論文であること等が、求められている。この判定基準に基づいて本論文を評価すると、以下の通りである。

1 本論文の特徴とそれに対する評価

本論文は、グローバル市場経済の展開の下で、各国政府が様々なかたちで公的機能の「民営化」を進めている状況を前提としつつ、「民営化」に対する実効的な憲法的統制の方途を探究しようとしたものである。「民営化」に対する実効的な憲法的統制という課題は、現代の日本の憲法学にとっても、理論と実践の両面において重要な問題であると評価できる。

本論文の特徴として、次の3点を挙げる事ができる。

第1に、「民営化」問題に関するアメリカ合衆国の憲法判例・学説を素材としつつも、ステイト・アクション法理に関する日本の憲法学説の従来の問題関心の範囲、すなわち、憲法の私人間効力の問題に関する比較憲法的考察という枠組みに止まることなく、実効的な憲法的統制の確保という一貫した問題意識の下で、「民営化」の問題を憲法学的に考え抜いた点である。すなわち、著者は、民営刑事施設に関する判例法理や Metzger の「私人への委任分析」の議論を丹念に検討し、それらの法理・理論の限界を明らかにしつつ、「民営化」された公的機能を担う被用者の内部告発的表現の憲法的保障の重要性に論じ及び、結論では、「憲法上の権利保障と民主主義の結節点としての透明性」という憲法解釈・憲法政策上の課題を導き出している。

第2に、民営刑事施設の「民営化」に関わる問題について、連邦最高裁の判例だけではなく、下級裁判所の判決も丹念にフォローして、分析を加えている点である。その際、著者によれば、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性を下級審判決は広く認める傾向にあるが、「矯正機能は決して排他的に公のものではなかった」との歴史認識を連邦最高裁が判示した Richardson 判決以降は、同判決の歴史認識と「排他性テスト」の整合性を説明するため、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という分析は、新鮮な問題提起であり、公的機能理論の意義と課題を再考する上でも有益である。

第3に、「民営化」に対する憲法的統制を従来判例法理とは異なる観点から実効化しようとする Gillian E. Metzger の「私人への委任分析」の理論を丁寧に紹介・検討している点である。Metzger のこの議論は日本ではまだ十分な紹介・検討がなされていないため、民営刑事施設という具体的問題を素材としつつ、判例法理との異同や裁判所による受容可能性等を具体的に検討している点は重要な成果である。また、Metzger の議論の検討を通じて、「民営化」に対する憲法的統制を司法的統制の問題へと縮減しがちなアメリカ憲法の判例・学説の問題点を析出し、「民営化」に対する実効的な憲法的統制の確保という観点から、内部告発的表現の憲法的保障を通じた民主主義的統制の可能性という課題を導き出した点も高く評価できる。

以上の通り、本論文は、「民営化」に対する実効的な憲法的統制の確保という明確な問題意識の下、下級審判決を含むアメリカの憲法判例を詳細に分析するとともに、判例法理とは異なる観点から憲法的統制を提唱する学説 (Metzger の「私人への委任分析」) を紹介・検討した上で、「内部告発的表現の憲法的保障等を通じた透明性の確保による国民・住民による日常的な監視や批判の重要性」という、民主主義的な観点からの憲法的統制の必要性と課題を提示したものであり、「法学または政治学における学術の理論および実証を教授研究するに必要な研究能力が、十分に証明される研究論文」という判定基準を満たしていると評価できる。

2 本論文の問題点とそれに対する評価

しかし、本論文については、いくつかの問題点も指摘せざるをえない。

第1に、「民営化」問題の前提であるグローバル化 (グローバル市場経済の進展) に対する憲法学的分析と評価が不十分な点である。もちろん、グローバル化の問題の憲法学的検討はすでに

様々なかたちで行われており、その議論状況を整理するだけでも多大な労力を強いられるものであることは理解できる。また、著者は序章において、従来の憲法学説の問題関心（憲法の私人間効力の問題と関わる比較法研究としてのステイト・アクションの検討）の延長線上で、「民営化」に対する憲法的統制を検討するとして、本論文の課題を限定しているから、本論文の中で、グローバル化の問題それ自体に対する憲法学的分析・検討を求めることは過大な要求というべきなのかもしれない。しかし、著者は本論文の結論において、「民営化」に対する司法的統制という問題関心を超えて、民主主義的統制の問題へと踏み込んだ以上、グローバル化の問題それ自体の憲法学的分析・検討を回避することはできないはずである。しかしながら、本論文の最後に示された課題は概ね、憲法解釈論上の問題に止まっており、上記のような研究課題に関する問題意識は十分に展開されていない。

第2に、アメリカ憲法判例の分析方法について、次の疑問を提起できる。本論文は、公的機能理論の観点からステイト・アクション該当性を判定する基準として「排他性テスト」に着目し、Richardson 判決が矯正施設の排他性を否定する歴史認識を示したことに注目して、同判決との関係で下級審判決を整理・検討しているが、そもそも「排他性テスト」は「テスト＝基準」と称するほど、判決の結論を実質的に左右するものなのか疑問である。著者の判例分析は、個々の事案ごとの利害状況に即した利益衡量よりも、判決理由の中に示された判断基準等に注目するものであるが、下級審判決の分析においては、前者の要素をより重視すべきとの立場もありうる。連邦最高裁の判決の分析においても、裁判官の政治的・司法的イデオロギーの対立が先鋭化する問題の分析において、このような方法では判例法理の展開を十分に把握できない恐れがある。

本論文については、以上のような問題点を指摘することができるが、その原因の一部は、著者の研究方法・思考方法にあるものと解される。すなわち、本論文は、「民営化」に対する実効的な憲法的統制の確保という明確な問題意識の下、そのための有益な素材（アメリカの判例法理や Metzger の理論）を取り上げて丁寧に紹介・分析し、その問題点を析出して次の課題を提示する、というスタイルを繰り返すかたちで執筆されている。そのため、第1の問題点についていえば、「民営化」に対する司法的統制の限界を見極めた上で民主的統制という課題の重要性が明らかになったというものであり、その帰結自体は一見したところ「陳腐」に見えるかもしれないが、一貫した問題意識の下での粘り強い分析・思索の結果であることは高く評価すべきである。よって、本論文での研究成果を踏み台として、独自の観点からグローバル化問題の憲法学的分析・検討へと展開することが期待できる。

第2の問題点についても、著者は、前述した問題意識に忠実に、裁判官の「内的視点」を重視した判例分析を行っており、結果として、学説等の「外的視点」に基づく判例分析・整理の視点が弱くなっていると解されるので、本研究の結論（民主的統制への問題意識）をふまえた判例法理の再検討を通じて解消されるものと期待できる。よって、以上に挙げた問題点は、1で述べた積極的意義を覆すほどのものではなく、今後の研究の発展を期待すべき事柄であると考えられる。

III 結論

以上に述べた通り、本論文は、理論的・実践的に重要なテーマについて、比較憲法学的調査と憲法理論的研究を丹念に行い、独創性のある主張を展開したものである。上に指摘したような問題点はあるものの、それらは本論文の価値を根本的に損なうほどのものではない。審査委員会は一致して、本論文が法学研究科の博士（法学）学位を授与するに相応しいものであるとの結論に達した。