

# 「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

学生番号：431104018

氏名：小牧亮也

指導教員：本 秀紀 教授

## 目次

### 序章 本研究の課題と構成

- 1 本研究の課題
- 2 本研究の構成

### 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

- 1 関係性理論
- 2 公的機能理論

#### 第二節 検討

- 1 関係性理論
- 2 公的機能理論

#### 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
- 4 Richardson 判決以後の下級審判決

#### 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
- 3 分析

## 第二節 Minneeci 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 憲法上の権利に基づく救済の意義
- 2 賠償責任の主体と違憲行為の抑止
- 3 「民営化」のあり方を問う憲法論の必要性

## 第四節 小括

## 第四章 「民営化」に対する憲法的統制をめぐる理論的考察

### 第一節 Metzger の「私人への委任分析」

- 1 概念
- 2 構造
- 3 民営刑事施設を素材とした具体的適用

### 第二節 検討

- 1 公私区分の維持と政府の保護義務の否定
- 2 裁判所による採用可能性と実行可能性
- 3 ステイト・アクション法理の過剰包摂性への対処の意味
- 4 政府の役割強化への懐疑？
- 5 違憲行為の抑止と透明性の可能性

### 第三節 日本における「民営化」に対する憲法的統制の方向性

- 1 司法による憲法の適用のあり方と「民営化」の効用
- 2 違憲行為抑止のための国家の役割

### 第四節 小括

## 第五章 「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

### 第一節 民営刑事施設の行為のステイト・アクション非該当性

- 1 判例
- 2 検討

### 第二節 内部告発的表現の憲法的保障と政府の役割

- 1 「私人への委任分析」における被用者の権利保障の位置づけ

2 検討

3 内部告発的表現の性格とその保障のあり方

第三節 日本における内部告発的表現の憲法的保障

1 司法による内部告発的表現保障とステイト・アクション法理

2 内部告発者保護法制の現状と課題

3 「民営化」に対する憲法的統制における内部告発的表現保障の位置

第四節 小括

終章 総括と今後の課題

1 総括

2 今後の課題

## 序章 本研究の課題と構成

### 1 本研究の課題

グローバル化の下、競争力の維持向上のために、規制緩和や「民営化<sup>1</sup>」など、営利企業が活動しやすい社会環境を整えるための取り組みが、各国政府により活発になされている<sup>2</sup>。日本もその例外ではなく、1980年代以降、三公社（国鉄・電電・専売）の「民営化<sup>3</sup>」にはじまり、近年では、権力的かつ一定の裁量を伴う任務までもが「民営化」の対象になっている。例えば、建築確認事務の民間開放<sup>4</sup>がその典型例だが、他にも、駐車違反車両の取締り業務のように、一見すると私人それ自体は権力的任務を担っているとはいえない制度設計になっているものの、事実上、行政が担う権力的任務のありように大きく影響を及ぼすような判断作用を私人が担っているものもある<sup>5</sup>。また、これまで国家が当然に担うものと考えられてきた刑事施設における業務の一部までもが、私人により担われるといった現象も生じてきている<sup>6</sup>。

---

<sup>1</sup> 本研究でいう「民営化」は、主に *privatization* の訳語として用いているが、その意味内容は多義的であるため、ここではあえてそれを定義づけることはせずに、本研究が「政府プログラムを実施するために、あるいは、政府に代わって他者に対するサービスを提供するために、政府が私的主体を利用する」現象を検討対象とすることだけ断っておく（「民営化」という訳語の選択へのこだわりもない）。こうした検討対象の限定は、アメリカを比較対象国に設定することによるものである。すなわち、「ある活動領域あるいはサービス提供の責任からの政府の撤退」を指して「民営化」という語を用いる場合も当然あるが、合衆国憲法が政府に対して積極的な義務を課すことは稀であるため、アメリカでは、こうした意味での「民営化」現象がほとんど憲法上の問題関心を惹起しないという事情がある。以上に述べた「民営化」の二つの意味内容および検討対象の限定の事情については、Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367, 1370 (2003).

<sup>2</sup> グローバル化が各国政府に対して規制緩和や「民営化」を迫るメカニズムについては、Alfred C. Aman Jr., *Privatization and the Democracy Problem in Globalization: Making Markets More Accountable through Administrative Law*, 28 FORDHAM URB. L.J. 1477, 1483-86 (2001).

<sup>3</sup> 注(1)で述べた事情により、三公社の「民営化」のような現象は、本研究の検討対象からは外れることになる。

<sup>4</sup> 大橋洋一「建築規制の実効性確保——建築基準法を素材として」同『対話型行政法学の創造』（弘文堂、1999年）216-224頁、米丸恒治「建築基準法改正と指定検査機関制度の変容」政策科学7巻3号（2000年）253頁以下、金子正史「指定確認検査機関」同『まちづくり行政訴訟』（第一法規、2008年）259頁以下、碓井光明『都市行政法精義II』（信山社、2014年）42-175頁。

<sup>5</sup> 高橋明男「駐車規制」ジュリスト1330号（2007年）17頁以下、米丸恒治『「民」による権力行使——私人による権力行使の諸相とその法的統制』小林武ほか編『「民」による行政——新たな公共性の再構築』（法律文化社、2005年）59-61頁。

<sup>6</sup> 刑事立法研究会編『刑務所民営化のゆくえ——日本版PFI刑務所をめぐって』（現代人文社、2008年）、藤本哲也「我が国の新しいPFI刑務所の試み」法学新報115巻1・2号（2008年）1頁以下、花村博文「PFI刑務所 官民協働による刑務所運営の現状と今後の課題」論究ジュリスト2号（2012年）220頁以下、佐伯仁志ほか「〈座談会〉PFI刑務所」論究ジュリスト2号（2012

このような現象に対して、憲法学はどのように向き合うべきなのだろうか。というのも、憲法学においては、伝統的に、「国家という統治団体の存在を基礎づける基本法<sup>7</sup>」としての憲法という理解が一般的だったからである。そのような理解からすれば、国や地方がかつて担っていた任務を私人に担わせるといった状況を創出させる「民営化」現象に対して、それを憲法上どのように位置づけ、いかにして憲法的統制の対象にし得るのが問題になるはずである。

そして、この問題と密接な関わりを有するテーマである憲法の私人間効力論を研究対象としてきた何人かの論者が、「民営化」現象に対して一定の関心を寄せつつあるのが現状である。例えば、君塚正臣は、私人間効力論における自説（憲法の最高法規性重視説）の一貫性と妥当性を検証するために、公私混在的性格をもつ組織を素材にして検討を加えている<sup>8</sup>。藤井樹也は、「民営化」現象が私人間効力論にもたらすインパクトに関心を示しており<sup>9</sup>、「民間委託や民営化によって憲法の義務を免れることを阻止する」ことが現代的課題になるとしている<sup>10</sup>。宮下紘は、アメリカにおける「民営化」現象とそれをめぐる議論を直接の対象にして、ステイト・アクションの不在が認められれば、憲法の審査が閉ざされ、公的価値が希薄化される一方、ステイト・アクションの存在が認められれば、外部委託された主体の行為は憲法の価値に拘束され、私的自治が侵害されるおそれがあるため、ステイト・アクション法理は、「不在」・「存在」いずれが認められても「不幸な」帰結を導く可能性があることを指摘する<sup>11</sup>。そのうえで、「現実にステイト・アクションがあるかどうかではなく、理論的に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』とは何かを明示する<sup>12</sup>」ことの必要性を説いている。そうしたなかで、日本における「民営化」現象の特徴をあぶり出したうえで、それと私人間効力論との関係について考察を加

---

年) 224 頁以下。戸部真澄「日独における刑務所民営化政策の法的検証」山形大学法政論叢 35 号 (2006 年) 95 頁以下は、ドイツとの比較を通じて、日本における刑事施設「民営化」のあり方の特徴を描き出し、その法的問題点を検討している。

<sup>7</sup> 芦部信喜 (高橋和之補訂)『憲法 (第 5 版)』(岩波書店、2011 年) 3 頁。

<sup>8</sup> 君塚正臣「第三セクターと憲法の私人間効力論」同『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008 年) 453 頁以下。

<sup>9</sup> 藤井樹也「非営利法人の権利侵害行為とステイト・アクション法理」国際公共政策研究 7 巻 2 号 (2003 年) 30-31 頁。

<sup>10</sup> 君塚正臣ほか『VIRTUAL 憲法』(悠々社、2005 年)〔藤井樹也執筆〕105 頁。

<sup>11</sup> 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) 1345 頁。

なお、ステイト・アクション法理の概要については、第一章冒頭を参照。

<sup>12</sup> 同上 1353 頁。

えているのが、榎透である。榎によれば、「日本の『民営化』事業が公権力と民間事業者とによって営まれ、その前提として、公権力が事業の枠組みを作成する」ことからすれば、その公権力の活動に憲法の拘束が及ぶと考えればよく、私人間効力論を用いる必要はないという<sup>13</sup>。

以上のように、「民営化」現象に対する憲法学の議論状況は、憲法の適用の可否、是非、要否に関心が集まっているといえるが、こうした議論のあり方は、私人間効力論を研究対象としてきた論者によるものであるだけに、ある意味当然であるように思われる。しかしながら、他方で、「民営化」現象それ自体の特徴が十分にふまえられているのかは疑問もある。というのも、「民営化」現象においては、「民営化」によって権限を付与された私人の行為に対する憲法拘束の問題に加えて、公権力による権限付与のあり方を問うという視点も必要になってくるのではないかと思われるからである。例えば、権限を付与された私人の行為が憲法違反であるとの評価を受けた場合、それが権限付与のあり方それ自体の欠陥に起因することもあり得るのであり、そうであれば、公権力による権限付与のあり方も含めた、総合的な視点からの考察を加えることによってはじめて、憲法的統制が意味あるものになるのではないかと考えられるのである<sup>14</sup>。この点に関わって、日本の「民営化」現象における私人間効力論的発想の不要性を説いた榎が、そのすぐ後の箇所では、「ただし、『民営化』された公共サービスに対して法律による適切な規制が存在し、かつ、それが憲法の規定と矛盾しないことが必要である<sup>15</sup>」と留保を付している点に注目すべきである。これは、「民営化」に際して公権力が「適切な規制」を施した形で権限付与すべきことを意味しているものと理解でき、まさに、「民営化」現象における公権力による権限付与のあり方それ自体が憲法論として課題になり得ることを示唆しているように思われるのである。

以上のような問題関心の下で、「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が課題となるが、その際に本研究が重視するのは、憲法上の権利の実効的な保障

---

<sup>13</sup> 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。

<sup>14</sup> 高橋雅人「民営化における多元的行政の民主的正当化」憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論』(敬文堂、2011 年) 77 頁以下は、ドイツにおける「民主的正当化」論の観点から公権力による権限付与のあり方の問題にアプローチしている。また、以下の高橋の一連の業績も参照。同「ドイツにおける行政の民主的正当化論の一断面——人間の尊厳と多元的行政組織」早稲田法学会誌 59 巻 1 号 (2008 年) 295 頁以下、同「ガバナンスと規律的調整構造 (Regelungsstruktur) の概念——国家性の相対化と正当化論」早稲田法学会誌 60 巻 1 号 (2009 年) 339 頁以下、同「ガバナンスの法構造——民主的正当化と責任分担の観点から」早稲田法学会誌 61 巻 1 号 (2010 年) 295 頁以下。

<sup>15</sup> 榎・前掲注 (13) 187 頁。

という観点である。たとえ裁判所において憲法上の権利主張が認められたとしても、その権利保障が現実のものになるかは、その権利に対する侵害行為が起こらないようにする措置が講じられるかどうかにかかっているのであり、そうした措置が講じられてはじめて、憲法上の権利は実効的に保障されると考えられるのである。この点をあえて強調するのは、利潤追求の行動原理を有する民間事業者からすれば、権利保障のための措置を講ずることはコストのかかるものであるため、費用便益計算の結果、民間事業者がそうした措置を講じないことも想定できるからである。そのため、憲法上の権利の実効的な保障という観点からは、「民営化」の文脈においては特に重要なものであると考えられるのである。

「民営化」に対する憲法的統制のための理論枠組みの模索という課題を遂行するに際して、本研究は、アメリカにおける「民営化」をめぐる判例および学説を手がかりとするが、それには次のような理由がある。

第一の理由は、日本の学説状況に関わるものである。まず前提として、アメリカでは、「民営化」現象に関して生じた憲法上の権利侵害を裁判所にとりあげさせるためには、たいていの場合、ステイト・アクション要件をクリアする必要がある<sup>16</sup>。この論点は、日本では、私人間効力論のフィールドで論じられてきたものであり、日本とアメリカとの国家構造や憲法構造の差異<sup>17</sup>をふまえてもなお、日本の議論に対して一定の影響を及ぼしてきたものである<sup>18</sup>。そして、「民営化」現象に対して関心を寄せてきた論者の多くが、私人間効力論、とりわけアメリカにおけるステイト・アクション法理を研究対象とした経験をもつことからすれば、ステイト・アクション法理が重要な位置を占めるアメリカの議論状況を把握することには、意義があるものと思われる。というのも、近年、アメリカでは、「民営化」現象を前にして、既存のステイト・アクション法理の枠組みが機能不全に陥っており、「憲法の保障なき民営化<sup>19</sup>」をもたらすとする見解もあり、憲法の適用問題においてア

---

<sup>16</sup> 詳しくは第一章冒頭を参照。

なお、アメリカにおいても「民営化」の憲法上の限界という形で議論する余地がある。この論点については、稲葉一将「アメリカにおける privatization の公法的限界——私人に対する権限委任を中心に」名古屋大学法政論集 213 号（2006 年）507 頁以下を参照。また、これを論じた最近の英語文献として、See, e.g., Harold J. Krent, *The Private Performing the Public: Delimiting Delegations to Private Parties*, 65 U. MIAMI L. REV. 507 (2011).

<sup>17</sup> 連邦制の存在を強調するものとして、田中英夫『英米法のことば』（有斐閣、1986 年）26 頁、奥平康弘「基本的人権としての思想・信条の自由の法的性格と意義」労働法律旬報 727 号（1970 年）17 頁。連邦制の存在とともに、条文の規定の仕方の差異を強調するものとして、藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂、1998 年）211-212 頁。

<sup>18</sup> 注（29）に掲げた諸文献を参照。

<sup>19</sup> Daphne Barak-Erez, *A State Action Doctrine for an Age of Privatization*, 45 SYRACUSE L. REV. 1169,



アメリカがどのような課題に直面しているかを知ることは、日本においても意義のあることだと思われるのである。

第二の理由は、アメリカの判例動向に関するものである。既存のステイト・アクション法理が機能不全に陥っているとの評価があることは前述したが、民営刑事施設<sup>20</sup>の領域に関しては、下級審ではあるが、ステイト・アクションが認定される傾向にある<sup>21</sup>。そうであるにもかかわらず、2000年以降、民営刑事施設における憲法上の権利侵害が主張された事例において、ステイト・アクション要件ではなく、救済法上の理由でその主張を退ける判決が、連邦最高裁によって二件下されている<sup>22</sup>。このような判例動向が意味するのは、刑事施設における業務のような権力的性格の強い任務であっても、それを「民営化」してしまうと、憲法上の権利に基づく救済の可能性が極小化してしまうことであり、ここには、憲法上の権利の実効的な保障を重視する本研究にとって注目すべき要素が含まれているように思われる。この点は、本研究がアメリカの判例動向のなかでも、民営刑事施設に関するそれを取りあげる理由でもある<sup>23</sup>。

第三の理由は、アメリカの学説における議論のあり方に関するものである。「民営化」に関してステイト・アクション法理が機能不全に陥っているという現状を克服するために、「民営化」に際して政府が果たすべき役割に焦点を当てる学説が提唱されているが、アメリカにおいては、そうした政府の役割の憲法的基礎は、提供されるサービスの性格から導き出されるものではない。この点で対照的なのはドイツの議論である。ドイツでは、保障国家論や保障責任論といったテーマで、「民営化」に際して政府の果たすべき責務が論じられており、例えば、「そうしたサービスなど [狭義のサービス (水、電気等)、インフラ整備 (道路、通信等)、安全の確保 (矯正施設、航空管制等)] が適正かつ平等に提供され続けることを保証するため、そこにおける国家の一定の関与を確保していこうというのが、

---

1183 (1995).

<sup>20</sup> 本研究では、刑の執行のための施設 (いわゆる刑務所) 以外にも、被疑者・被告人を拘禁・収容するための施設を含めて、刑事施設と呼ぶことにする。

<sup>21</sup> 詳しくは第二章第二節を参照。

<sup>22</sup> 詳しくは第三章第一、二節を参照。

<sup>23</sup> 同様に権力的性格の強い任務の「民営化」の例として、軍事機能のそれがあげられる。軍事機能を担う民間事業者は、国境を越えて活動するため、それに対する一国憲法による統制は極めて困難になることが予想される。そうであるがゆえに、こうした現象に対して憲法学がいかに向き合うかは重要な課題であるが、本研究では、アメリカ憲法学の議論を手がかりとした一国憲法による「民営化」への統制 (の限界測定) に主眼がおかれているため、軍事機能の「民営化」のような現象は扱われていない。

ここでいう保証責任の議論といえる<sup>24</sup>」といった説明がなされるが、ここで政府の役割を基礎づけるものは、基本的には公共サービスの適切な提供の確保である<sup>25</sup>。他方、アメリカの場合には、そうした公共サービスの適切な提供を基礎づける明確な連邦憲法上の根拠が存在しないことに加えて、「法理念となり得べき生存権思想及び社会連帯思想が主導的地位を占めるに至っていない<sup>26</sup>」こともあり、「民営化」に際しての政府の役割をいかに基礎づけるか、というところから議論を始めなければならない。政府の役割の基礎づけが生存権的なものとは異なることから、その役割の内容もまたそれとは異なるものになるはずである。アメリカ憲法から引き出せる政府の役割の意義と限界を明らかにすることにより、ドイツ流の議論とは違った観点からの、「民営化」に際しての政府の役割の憲法的基礎づけが可能になるように思われる。

その際に、本研究が注目するのは、Gillian E. Metzger<sup>27</sup>が提唱する「私人への委任分析 (private delegation analysis)<sup>28</sup>」である。この議論は、前述したステイト・アクション法理の機能不全を克服するために、裁判所における憲法上の権利の執行可能性を確保するための政府の役割に焦点を当てるものであるといえ、司法的統制に軸足を置く議論としては一

---

<sup>24</sup> 山田洋『『保証国家』とは何か』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）145頁。

<sup>25</sup> その他、ドイツの保障国家論あるいは保障責任論については、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、2013年）、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（尚学社、2013年）も参照。

なお、フランスについては、亘理格「フランス法における公私協働」岡村周一＝人見剛『世界の公私協働——制度と理論』（日本評論社、2012年）242頁が、「フランスモデルの公私協働は、行政事務の民間化によっても公益の担い手としての行政主体の役割と責任は不変であることを前提に、行政訴訟を通じて公役務利用者の権利救済を図る制度的枠組みを維持しており、……」と述べており、その憲法的基礎は明らかではないものの、「公益の担い手としての行政主体の役割と責任」が「不変」であることが前提にされている。

<sup>26</sup> 菊池馨実「社会保障の『権利』論」同『社会保障の法理念』（有斐閣、2000年）112頁。

<sup>27</sup> Metzger は、イエール大学卒業後、オックスフォード大学で修士号（哲学）、コロンビア大学で博士号（法学）を取得し、現在、コロンビア大学教授。憲法、行政法等を担当している。

Metzger の「民営化」に関する業績以外で、最近日本でも注目され始めているものとして、「行政立憲主義 (administrative constitutionalism)」に関するものがある。See Gillian E. Metzger, *Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law*, 110 COLUM. L. REV. 479 (2010); Metzger, *Administrative Constitutionalism*, 91 TEX. L. REV. 1897 (2013). 日本で Metzger のこの議論に注目するものとして、大林啓吾「行政国家における憲法秩序の形成——行政立憲主義の概念」同『憲法とリスク——行政国家における憲法秩序』（弘文堂、2015年）106頁以下。

<sup>28</sup> “private delegation analysis”については、本来であれば、例えば「私人への権限委任に対する分析論」のように、日本語としての伝わりやすさを考慮した訳を当てるべきところ、本文中で頻繁に登場することから、煩雑さを避けるために、本研究では、便宜上「私人への委任分析」という語を用いることにする。

Metzger の「私人への委任分析」に（ごく簡単ではあるが）言及する日本語文献として、宮下・前掲注（11）1350-1351頁。

つの到達点とも評価し得るものであり、また、そうであるがゆえに、司法的統制に軸足をおく理論枠組みの限界点を見極めるには格好の素材であると思われる。そして、この議論を、本研究が重視する憲法上の権利の実効的な保障の観点から突き詰めて分析していくと、逆説的に、政府以外のアクターをどう位置づけるかが重要であることが明らかになるのであり、ここに、アメリカの議論の特徴の一つを見出せるように思われるのである。

## 2 本研究の構成

本研究は、次のような手順で考察を進める。まず、アメリカにおいて「民営化」が憲法問題化する主たる契機が、ステイト・アクション法理を通じた私的主体の行為に対する司法的統制の場面であることから、第一章では、ステイト・アクション法理に関する判例を、「民営化」との関係に焦点を当てて検討する。その結果、ステイト・アクション法理がとりわけ「民営化」との関係で機能不全に陥っていることが明らかになる。

もっとも、ステイト・アクション法理が機能不全に陥っているという一般的傾向にもかかわらず、例外的に、ステイト・アクションが認定されやすい領域も存在する。それが民営刑事施設における任務である。第二章では、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検討する。この問題については連邦最高裁が明示的に判断していないため、本章での主たる検討対象は下級審判例であるが、Pollard 判決（第二章第二節 4 (4)）において一定の水準に達したと評価できる判断が示された。同判決の特徴は、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を重視して、すなわち、政府の担う権限の性格に着目して、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ことである。

しかしながら、仮にステイト・アクション該当性が肯定されたとしても、憲法上の権利に基づく救済が得られるとは限らないことが、近時の二件の連邦最高裁判決（Malesko 判決（第三章第一節）および Minneci 判決（第三章第二節））によって示されている。第三章では、この二つの判決を検討する。両判決の基底にあるのは、州不法行為法による救済が憲法上の権利に基づく救済の代替になり得る場合には、憲法上の権利に基づく救済は認められないという発想であるが、その結果生じるのは、得られる救済水準が各州の不法行為法によって変わり得るという事態であり、こうした事態は、合衆国全域にわたって同水準で保護されるべき合衆国憲法上の権利という観点からは、望ましいものとは言い難い。くわえて、もう一つ注目したい点は、両判決ともに、連邦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、ステイト・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」に際してどのような役割を果たすべきかを主題化する必要があると思われる、ここに、裁判例の現状からみるステイト・アクション認定を基点とした司法的統制手法の限界が見出せると思われる。

そこで、次に、政府が「民営化」に際して果たすべき役割を主題化する学説に目を向けてみる。第四章では、「民営化」に際して政府が果たすべき役割に焦点を当てる Metzger の議論を紹介し、その理論的な意義と限界を明らかにする。Metzger の議論は、ステイト・アクション法理の機能不全をふまえて、「民営化」により憲法上の権利が無意味にならないようにする政府の役割を強調するものであり、既存の判例法理からの飛躍はあるものの、ステイト・アクション法理の問題性の克服を試みる理論枠組みとしては、一つの到達点とも評価し得るものである。しかしながら、Metzger が想定する政府の役割とは、主として、裁判所における憲法上の権利の執行可能性を確保するためのものであり、憲法上の権利の実効的な保障を重視する本研究の立場からすれば、それにとどまらない政府の役割が求められるように思われる。Metzger の議論を、違憲行為の抑止にまで関心を払う学説と突き合わせながら検討した結果、「民営化」された任務の遂行過程を透明化することにより、国民・住民による日常的な監視や批判を促すことの重要性が明らかになるのであり、ここに、「民営化」に際して透明性を担保する政府の役割が見出せるように思われる。

透明性を担保する政府の役割といっても、多様なものがあり得る。第五章では、その具体例として、「民営化」された任務の遂行にあたる職員による内部告発を、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、そこにおける政府の役割を検討する。内部告発は表現の自由行使の一形態といえるが、告発者にとってのリスクを考慮に入れ、それを積極的に保護するための仕組みが用意される必要がある。もっとも、そうした仕組みは常に適切な形で機能するとは限らず、結果的に内部告発者に不利益が及ぶ場合もあることから、事後的に司法的救済が受けられる可能性を高めておくことも必要になると思われる。

以上のように、憲法上の権利の実効的な保障のためには、政府の果たすべき役割を理論化する必要があるが、そこで求められる政府の役割は、裁判所における憲法上の権利の執行可能性を確保することだけでなく、国民・住民による日常的な監視や批判を可能にするための、任務遂行過程の透明性を確保することである、と考えるのが本研究の結論である。

## 第一章 ステイト・アクション法理と「民営化」

序章でも述べたように、アメリカでは、「民営化」現象に関して発生した憲法上の権利侵害を裁判所にとりあげさせるためには、まずもってステイト・アクション要件をクリアする必要がある。これは、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、という判例において確立した理論であり、「民営化」により政府から権限を付与された主体であっても、それが私人である以上、ステイト・アクション要件を満たす必要がある。以下では、このステイト・アクション要件が判例においてどのように理解されており、それがどのような特徴をもち、また、「民営化」との関係でどのような帰結を導き出しているのかということ、主としてアメリカの学説を参考にしながら明らかにしたい。なお、ステイト・アクション法理に関する連邦最高裁判例の展開については、すでに膨大な先行業績<sup>29</sup>があるため、その詳細についてはここではとりあげず、「民営化」現象との関係での考察に必要な限りで、判例にふれることにしたい。

なお、ステイト・アクションが認められるためにはいくつかの道筋があるが、以下では、私人の行為に対する政府の関わりに着目する関係性理論と、私人が行行使する機能の性格に着目する公的機能理論との、大きく二つに分けてみていくこととする<sup>30</sup>。

---

<sup>29</sup> ステイト・アクション法理をある程度総論的に紹介・検討した日本の先行業績として、芦部信喜「人権規定の私人間における効力」同『現代人権論——違憲判断の基準』（有斐閣、1974年）3頁以下、同「私的団体に対する人権規定の効力」同『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）361頁以下、同『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）314-327頁、鶴飼信成「人権保障の私人間における効力——平等権をめぐって」同『司法審査と人権の法理——その比較憲法史的研究』（有斐閣、1984年）183頁以下、木下智史「合衆国における私人間の人権保障」同『人権総論の再検討——私人間における人権保障と裁判所』（日本評論社、2007年）69頁以下、君塚正臣「アメリカ的ステイト・アクション論」同『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008年）102頁以下、榎透『憲法の現代的意義——アメリカのステイト・アクション法理を手掛かりに』（花書院、2008年）、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）239頁以下、同「ステイト・アクション法理の根底にあるもの」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』（敬文堂、2008年）17頁以下、松井茂記『アメリカ憲法入門（第7版）』（有斐閣、2012年）210-215頁、樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2011年）559-575頁。安部圭介「州憲法の現代的意義（四）（五）——ウォーレン・コート後のアメリカにおける人権保障の新しいあり方」法学協会雑誌121巻8号（2004年）1071頁以下、11号（2004年）1831頁以下は、州憲法におけるステイト・アクション法理について検討している。

<sup>30</sup> 芦部・前掲注（28）『憲法学Ⅱ』314頁以下は、国有財産の理論、国家援助の理論、特権付与の理論、司法的執行の理論、統治機能の理論に分類している。君塚・前掲注（29）102頁以下は、公的機能の理論、司法的執行理論、州の介在の理論に分類している。松井・前掲注（29）210頁以下も同様に、公的機能理論、司法的執行理論、州の介在に分類している。宮下・前掲注（29）「ステイト・アクション法理の理論構造」247頁以下は、関係性理論、公的機能理論、執行理論に分類している。樋口・前掲注（29）559頁以下は、2つの例外法理として、公的機能

## 第一節 判例概観

### 1 関係性理論

判例法理の現状を理解するにあたって、重要な位置を占めるのが 1974 年の *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*<sup>31</sup>である。この事件は、州からの免許を受け州の広範な規制に服する私企業たる電力会社による、料金不払いを理由とした告知・聴聞のない電力供給の打ち切りが、デュー・プロセス条項に違反するかが争われたものである。連邦最高裁は、ある事業が州の規制に服しているという単なる事実がその事業の行為を州の行為に変えるわけではなく、また、その規制が広範であり詳細であるという事実があっても同様であるとしたうえで、ステイト・アクションが認められるためには、被規制者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なければならないと定式化した<sup>32</sup>。そして、原告による以下の主張、すなわち、州が電力会社に独占的地位を与えた、公益事業が憲法の拘束を受ける公的機能にあたる、州が供給打ち切りを特別に承認した、州と電力会社が共生関係にある、といった主張をそれぞれ順々に検討していき、いずれの主張もステイト・アクションを認めるには不十分であると判示した<sup>33</sup>。この判決で特に注目しておきたいのは、ステイト・アクションが認められるためには、私人の問題とされた行為への州の関わりが要求されることを明らかにした点である（強調筆者）<sup>34</sup>。つまり、本件でいえば、電力会社による供給打ち切りという行為そのものに対して、それが州自体の行為とみなせるほどに州が十分に密接に関わっていなければならないことになる。

そして、この定式は、本判決以降の連邦最高裁判決における関係性理論の特徴をなすも

---

の例外、政府との深い関わりによる例外に分類し、司法的執行理論を後者に含めている。本研究は、原則として宮下の分類と用語に従いつつ、執行理論については、衰退化傾向が指摘されていることと、本研究が「民営化」との関係に焦点を当てていることから扱わない。アメリカの学説における分類法については、木下・前掲注（29）135-137 頁が簡潔に紹介している。

<sup>31</sup> 419 U.S. 345 (1974). 本判決を紹介した日本語文献として、畑博行「*Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974)——電力会社による供給停止は state action ではない」[1976 - 2] アメリカ法 255 頁以下。

<sup>32</sup> *Id.* at 350-51.

<sup>33</sup> *Id.* at 351-59. 芦部・前掲注（29）「私的団体に対する人権規定の効力」413 頁は、ステイト・アクションの成立を基礎づける各要件を個別に順次分析する手法をとったことを、*Jackson* 判決の最大の問題点と評する。

<sup>34</sup> Sidney Buchanan, *A Conceptual History of the State Action Doctrine: The Search for Governmental Responsibility*, 34 HOUS. L. REV. 333, 404 (1997).

のであり、1982年の二つの判決、*Rendell-Baker v. Kohn*<sup>35</sup>と*Blum v. Yaretsky*<sup>36</sup>にも引き継がれている。前者は、特別の必要のある生徒のための教育プログラムをつくることを要求する州法の下で、麻薬やアルコール中毒などで公立高校を卒業できなかったほとんどの生徒を受け入れ無償教育を行う契約を州と結んでいる私立学校が、理事長の方針に反対したことを理由に教師を解雇したことについて、その教師が、表現の自由を保障する修正1条およびデュー・プロセス条項違反を主張した事例である。この私立学校は、予算の90%以上が公的資金でまかなわれており、州による様々な規制に服していた。連邦最高裁は、ステイト・アクション該当性について、私立学校による解雇決定が州に正当に帰属し得るか否かを問うとし、州が強制的な権限を行使するか、あるいは、明示的であれ黙示的であれ私人の選択が法的に州の選択であるとみなされねばならないほどの重要な奨励を提供していた場合にのみ、州は私人の決定について責任を負い得ると述べた。そして、予算の90%以上にあたる公的資金提供や広範な規制の存在にもかかわらず、人事事項への規制がほとんどなかったために、ステイト・アクションは認定されなかった<sup>37</sup>。

また、州法に基づきメディケイドの受給資格のある患者に対して医療を提供する民間のナーシング・ホームが、事前の告知や聴聞の機会を与えずに患者へのサービスを変更し、それにより患者への医療扶助が減額されたことについて、それがデュー・プロセス条項の適用を受けるステイト・アクションにあたるか否かが争われた *Blum* 判決でも、同様の判断が示された。連邦最高裁は、ナーシング・ホームにおけるサービス変更は、医師の専門的な判断に基づいており、州がそれを積極的に命じたものとはいえないなどとし、ステイト・アクションを認定しなかった<sup>38</sup>。*Rendell-Baker* 事件と同様に、本件の民間のナーシング・ホームは、医療費の90%以上を州からの補助でまかなっていたのであるが、そのように民間組織の存立基盤を実質的に州が支えている場合であっても、それはステイト・アクション該当性判断に影響を及ぼさないことが明らかにされたといえる。

その後、労災保険による医療費の支払いを民間の保険会社が事前の告知や聴聞なくして停止したことが、デュー・プロセス条項に違反するかが争われた、1999年の *American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. Sullivan*<sup>39</sup>においても、私人の問題とされた行為への州

---

<sup>35</sup> 457 U.S. 830 (1982).

<sup>36</sup> 457 U.S. 991 (1982).

<sup>37</sup> 457 U.S. at 841-42.

<sup>38</sup> 457 U.S. at 1005-11.

<sup>39</sup> 526 U.S. 40 (1999). 本判決を紹介・検討した日本語文献として、君塚正臣「労災審査手続とステイト・アクション——AMERICAN MANUFACTURERS MUTUAL INSURANCE COMPANY,

の関わりに着目するという Jackson 判決以降の判断手法が引き継がれている。本件では、労働災害による医療費の支払いについて疑義がある場合には、保険会社は、州の労災補償局へ利用審査 (utilization review) を要求することができ、民間組織である利用審査委員会による審査の間、医療費の支払いを留保できるとする州法が存在していた。連邦最高裁は、被規制者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存在しなければ、本件の保険会社は憲法の拘束を受けることはないとし、そのような密接な関係が存在するか否かは、州が強制的な権限を行使していたか否か、あるいは明示的であれ黙示的であれ私人の選択が法的に州の選択であるとみなされねばならないほどの重要な奨励を州法が提供していたか否かに依存すると述べた。そして、本件で、州は、保険会社に対して、争いのある医療費の支払いを留保する権限を付与しているがそれを要求してはならず、支払い留保の決定は明らかに私的主体によりなされ、それは州により確立された基準なくして私的主体の判断に依存していることから、ステイト・アクションは存在しないと判示されている<sup>40</sup>。

しかしながら、以上でみたような連邦最高裁判例の傾向は、2001 年の *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*<sup>41</sup>において、変化の兆しを見せているようにもみえる。本件は、公立高校 290 校、私立高校 55 校が加盟する、州内の高校間スポーツを規律する非営利組織 (Tennessee Secondary School Athletic Association (TSSAA)) が、規則違反 (部員獲得のための不当な影響力の行使) をした学校に対して行った処分について、それがデュー・プロセス条項に違反するか否かが問題となった事例である。連邦最高裁は、これまでの私人による問題とされた行為への州の関わりに着目するのではなく、「TSSAA の名目的な私的性格は、その構成および働きにおける公的制度および公務員の広範な関わり合いにより押さえ込まれる」と述べ、TSSAA そのものと州との間に「広範な関わり合い (pervasive entwinement)」が存在することに着目して、ステイト・アクションを認定して

---

et al. v. Delores Scott SULLIVAN et al., 526 U.S. 40 (1999)』ジュリスト 1191 号 (2000 年) 66 頁以下、福岡久美子「労災補償支払停止に関する憲法上の問題——American Manufacturers Mutual Insurance Company v. Sullivan, 119 S. Ct. 977 (1999)』阪大法学 50 巻 4 号 (2000 年) 673 頁以下。

<sup>40</sup> *Id.* at 52-55.

<sup>41</sup> 531 U.S. 288 (2001). 本判決を紹介・検討した日本語文献として、安部圭介「ステイト・アクション法理の現在——高校体育連盟の法的位置づけ」ジュリスト 1207 号 (2001 年) 156 頁以下、木下智史「*Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 531 U.S. 288 (2001)——学校間運動競技を規律する州中等学校体育連盟による加盟校の処分は、合衆国憲法第 14 修正の適用をうけるステイト・アクションとみなしうる」[2002 - 1] アメリカ法 151 頁以下、藤井樹也「ステイト・アクション法理——州規模の非営利スポーツ協会の行為はステイト・アクションとなるか」ジュリスト 1239 号 (2003 年) 140 頁以下、同・前掲注 (9) 15 頁以下。



いる。具体的には、TSSAA の加盟校の 84% が公立学校であること、加盟校の校長や教頭などから構成される TSSAA の委員会の会合を公立学校職員の勤務時間中におこなっていること、州教育委員会のメンバーが TSSAA の委員会のメンバーとなっていること、TSSAA の職員が退職年金制度上で州の公務員とみなされることなどを、ステイト・アクションを認定する根拠としている<sup>42</sup>。問題は、本判決が先例としてどのような意味をもつのか、ということである。Jackson 判決以降の連邦最高裁判例の傾向とは異なり、私人と州との間の関わりを総合的に考慮しているため、今後、ステイト・アクション認定が活発化していく兆しと捉えることができるかもしれない<sup>43</sup>。その一方で、本判決が、ステイト・アクション認定の根拠として、州内のほとんどの公立高校の加盟や TSSAA の委員会への州公務員の参加、さらには TSSAA 職員のための州公務員用の退職年金制度の存在などを強調していることからすると、「広範な関わり合い」というのは、そう簡単に認定されるものではないとも考えられる。

## 2 公的機能理論

関係性理論の箇所が登場した Jackson 判決は、公的機能理論に基づくステイト・アクション認定についても判断しており、公的機能理論の現状においても重要な位置を占めている。連邦最高裁は、「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（以下、「排他性テスト」とする）と述べ、公益に影響を及ぼすような事業だからといって、それが直ちにステイト・アクション認定の根拠にはならないことを明示した<sup>44</sup>。これ以降、公的機能理論を理由としたステイト・アクション認定のためには、この排他性テストが満たされねばならなくなったのである。ただし、この排他性テストが実際にどのような場合に満たされるのかは、それほど明確ではない。Jackson 判決自身は、排他性テストを示したすぐ後の箇所で、「もし我々の扱う事件が、土地収用のような、伝統的に主権と結びついた権限を、州からの委任を受けメトロポリタン社が行使しているといったものであれば、我々の事件は全く違ったものであつたらう。しかし、ペンシルベニア州法は、規制を受ける公益事業者に対してサービス提供義務を課

---

<sup>42</sup> *Id.* at 298-302.

<sup>43</sup> 安部・前掲注 (41) 158 頁は、本判決の判断枠組みについて、「個々の状況に応じた肌理細かな判断が期待できる」とし、好意的に評価する。木下・前掲注 (41) 155-156 頁は、本判決の判断枠組みの不明確性を指摘する。

<sup>44</sup> 419 U.S. at 352-54.

している一方で、州に対してはそうした義務を課していないのである<sup>45</sup>」と述べる。ここでは、排他性テスト充足のためには、州に対する特定のサービス提供の義務づけの存在を必要とするという理解が示されているようにみえるが、この点について、本判決はこれ以上詳しくは述べていない。

この排他性テストの内実について、比較的詳細に展開したその後の判決として、1978年の *Flagg Brothers, Inc. v. Brooks*<sup>46</sup>がある。この事件は、州法に基づき倉庫業者が未払いの保管料を得るために先取特権を行使して商品を売却した行為が、デュー・プロセス条項に違反するかが争われたものである。連邦最高裁は、「多くの機能が伝統的に政府により担われてきた一方で、『排他的に州に留保されてきたもの』はほとんどない<sup>47</sup>」と述べ、そうした領域にあたるものとして、黒人排除のための一連の白人予備選挙会事件 (*White Primary Cases*)<sup>48</sup>と会社町に関する1946年の *Marsh v. Alabama*<sup>49</sup>をあげ、両者が共に排他性という特徴を有することを指摘する。すなわち、前者では、民主党およびその下部組織が行う選挙がテキサス州において唯一の意味のある選挙だったのであり、後者では、Gulf造船会社が所有する道が当該町における唯一の道であったことを強調するのである<sup>50</sup>。他方、本件では、倉庫業者による競売が私的紛争を解決する唯一の手段ではないとし、次のように述べる。すなわち、「債権者と債務者は、選挙される公職に就こうとする人、あるいは、アラ

---

<sup>45</sup> *Id.* at 352-53.

<sup>46</sup> 436 U.S. 149 (1978).

<sup>47</sup> *Id.* at 158.

<sup>48</sup> ここであげられているのは、私的な政治団体による予備選挙に先立つ選挙における黒人排除が、投票における人種差別を禁止する修正15条に違反すると判示した *Terry v. Adams*, 345 U.S. 461 (1953)、党大会の決議による予備選挙からの黒人排除がステイト・アクションにあたりと判示した *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944)、州法による授権に基づく党執行委員会による黒人の予備選挙参加排除がステイト・アクションにあたりと判示した *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73 (1932)である。*White Primary Cases* を紹介・検討した日本語文献として、木下智史「政党と結社の自由(一)——アメリカにおける候補者指名過程の法的統制の展開を素材として」法学論叢 118巻3号(1985年)92-98頁、落合俊行「政党の憲法的地位」同『アメリカ政党の憲法学的研究』(法律文化社、1996年)1頁以下、高橋和之「アメリカの予備選挙制度と政党の法的地位研究序説——予備選挙の投票資格規制とステイト・アクション法理」法律論叢 83巻2・3号(2011年)263頁以下。

<sup>49</sup> 326 U.S. 501 (1946)。この事件は、会社が私有し運営する会社町においてエホバの証人が町の許可なしに宗教的文書を配布したため、不法侵入を罰する州法に違反して起訴された事件であり、連邦最高裁は、私的な会社の土地は私有地ではあるが所有は絶対的な支配権を意味するのではないとしたうえで、私人が所有する町の施設は公衆の利益のために運営されており、その運営が本質的に公的機能にあたるので、それは通常の町と同様に憲法に拘束されると判示した。*Id.* at 505-06。本判決を紹介・検討した日本語文献として、芦部信喜「出版・信教の自由——私的団体による侵害」同『人権と議会政』(有斐閣、1996年)587頁以下。

<sup>50</sup> 436 U.S. at 158-60.

バマ州チカソーで文書を配布することを望むエホバの証人よりも、歴史的に、はるかに多くの選択肢をもっていた」と<sup>51</sup>。ここでは、排他性がどのような場合に認められるのかが述べられており、本判決によれば、ある機能へのアクセスの選択肢が限られている場合に、その機能が排他性を帯びることになると理解されているようである。ただし、**Jackson** 判決がいう、州に対する特定のサービス提供の義務づけの有無への言及はなく、この点との関係は明らかではない。

関係性理論のところでもとりあげた 1982 年の二判決、**Rendell-Baker** 判決と **Blum** 判決は、公的機能理論によるステイト・アクション認定についても言及している。**Rendell-Baker** 判決は、「担われている機能が『伝統的に州の排他的な特権』であるか否か」を問うとしたうえで、州が特別の必要のある生徒のために公費でサービス提供する意図をもっていることを示す州法の存在にふれつつも、そうした立法上の政策選択は、そのサービスを州の排他的特権にするものではないとし、次のように述べた。「実際に、連邦控訴裁判所は、州が最近まで伝統的な公立学校により扱われ得ない生徒に対する教育を引き受けてこなかったことを指摘している。ある私的主体が公衆に奉仕する機能を担っているということが、その行為をステイト・アクションにするのではない」<sup>52</sup>と。ここでは、連邦控訴裁が認定した歴史的事実に基づいて、特別の必要のある生徒への教育を州が担ってきたわけではないことが強調されており、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が必要であるという理解が示されているように見える。ただし、**Flagg Brothers** 判決がいうような、特定の機能へのアクセスの選択肢が限られていたかどうかの検討はなされておらず、また、**Jackson** 判決がいう、州に対する特定のサービス提供の義務づけの有無への言及もない。

**Blum** 判決でも、ナーシング・ホームが担う機能は「伝統的に州の排他的な特権」ではないとされた。まず、ナーシング・ホームにおけるサービス提供に関わる二つの実定法（ニューヨーク州憲法および連邦メディケイド法）にふれ、それらがそのサービスへの財政援助の根拠にはなるものの、州に対してそのサービス提供それ自体を要求するものではないとした。そして、たとえ州の義務がそうした性格をもつものであるとしても、「ナーシング・ホームの日々の運営における決定は、伝統的かつ排他的に主権によりなされる公衆のため

---

<sup>51</sup> *Id.* at 161-62.

<sup>52</sup> 457 U.S. at 842.

の決定の類ではない」と述べ、ステイト・アクションを認定しなかった<sup>53</sup>。ここでは、Jackson 判決がいうところの、州に対する特定のサービス提供の義務づけの有無への言及があることが注目されるが、連邦最高裁はそうした義務づけの存在を否定している。興味深いのは、仮に義務づけがあったとしても、排他性テストを満たすとは限らないとしていることであるが、この点についての詳しい説明はない。

その後の判例の展開で目を引くのは、民事裁判における人種に基づく陪審員忌避の合憲性が争われた 1991 年の *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*<sup>54</sup> である。この事件で、連邦最高裁は、民事訴訟における陪審員忌避がステイト・アクションに該当することを認めたのではあるが、その根拠の一つとして、陪審員忌避が「政府の伝統的な機能」であることをあげている<sup>55</sup>。ここでは、Jackson 判決以降問題になってきた「排他性」を示す言葉が欠如していることが注目される。この点については、先例違反であると反対意見が批判するところではあるが<sup>56</sup>、学説のなかには、公的機能理論の「部分的な復活」と捉えているものもある<sup>57</sup>。その後、刑事裁判における弁護側が行った人種に基づく陪審員忌避の合憲性が争われた 1992 年の *Georgia v. McCollum*<sup>58</sup> においても、同様の判断が示されている<sup>59</sup>。

しかし、その後の判例では、排他性への言及の欠如は定着したものはなっていないようである。Sullivan 判決では、州が保険者に対して「伝統的かつ排他的に州に留保された権限」を委任したかどうかが問われたが、医療提供や労働者保険給付の提供を州に対して義務づける州法が存在しないとし、州に対する特定のサービス提供の義務づけの有無を論じた Jackson 判決の一節が引用されている。また、争いのある医療費の支払いの留保に対

---

<sup>53</sup> 457 U.S. at 1011-12.

<sup>54</sup> 500 U.S. 614 (1991). 本判決を紹介・検討した日本語文献として、紙谷雅子「*Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*, 111 S. Ct. 2077 (1991)——連邦裁判所での民事陪審選出における理由の要らない、いわゆる絶対的忌避は政府の行為を構成するか」[1992 - 2] アメリカ法 323 頁以下、同「民事陪審における絶対的忌避——法廷における私人による人種差別についての一考察」北大法学論集 43 巻 5 号 (1993 年) 1244 頁以下、藤田浩「*Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*, 111 S. Ct. 2077 (1991)」広島経済大学研究論集 15 巻 3 号 (1992 年) 105 頁以下。

<sup>55</sup> *Id.* at 624-28.

<sup>56</sup> *Id.* at 640 (O'Connor, J., dissenting).

<sup>57</sup> Buchanan, *supra* note 33, at 385.

<sup>58</sup> 505 U.S. 42 (1992). 本判決を紹介・検討した日本語文献として、橋本裕蔵「*Georgia v. McCollum* 60 U. S. L. W. 4574 (U.S. June 18, 1992)」比較法雑誌 26 巻 3 号 (1992 年) 48 頁以下、紙谷雅子「*Georgia v. McCullum*, 112 S.Ct. 2348 (1992)——第 14 修正は刑事被告人が人種差別的意図をもって行使した絶対的忌避に適用されるか」[1993 - 2] アメリカ法 310 頁以下、藤田浩「*Georgia v. McCullum*, 112 S.Ct. 2348 (1992)」広島経済大学研究論集 16 巻 2 号 (1993 年) 79 頁以下、遠藤比呂通「陪審選定手続における人種問題」憲法訴訟研究会＝芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、1998 年) 228 頁以下。

<sup>59</sup> *Id.* at 52-53.

する州の対応についての州法の変遷（留保の際の州による承認の必要→不要）を指摘することで、歴史的実践からも排他性テストの充足を否定している<sup>60</sup>。

また、*Brentwood Academy* 判決は、公的機能理論には依拠しなかったのであるが、TSSAA側の主張への応答の箇所、ステイト・アクションが認定されるためには、「担われている機能が排他的かつ伝統的に公的なもの」でなければならないと述べ、排他性テストに言及している<sup>61</sup>。そのことからすると、連邦最高裁における排他性への言及の欠如は一時的なものであったと解するのが妥当であると思われる<sup>62</sup>。

## 第二節 検討

### 1 関係性理論

まず、関係性理論についてであるが、これは、1974年の*Jackson*判決以降、私人の問題とされた行為への州の関与に着目して、私人の行為が州自体の行為とみなされるほどの密接な関わりが要求されるものとして連邦最高裁により定式化されてきた。そして、その姿勢は、たとえある私的組織が政府の広範な規制に服しており、また、その財政的基盤のほとんどを実質的に政府が支えているような場合であっても変わらなかった。しかし、2001年の*Brentwood Academy*判決によって、「私人の問題とされた行為への関わり」ではなく、その私人そのものへの州の「広範な関わり合い」が認められれば、その私人をステイト・アクターとみなすことができるとの判断が示され、判例の傾向が変わった、あるいは、変わりつつあると考えることができるのかもしれない。ただし、これがステイト・アクション要件の緩和につながるかどうかは今のところ判然としないように思われる<sup>63</sup>。以下では、以上のような判例動向の下で、「民営化」に関してどのような帰結が導き出されるのかという点に焦点を当てて検討するが、その際に参考になるのが *Metzger* による分析である<sup>64</sup>。

---

<sup>60</sup> 526 U.S. at 55-57.

<sup>61</sup> 531 U.S. at 302-03.

<sup>62</sup> ある下級審判決は、「*Jackson*判決で提示され……た政府機能の基準を、単純な省略というあからさまな子どもじみた行動 (transparent puerilism) により、連邦最高裁が急激に変更しようとしたとは我々は考えない。もし先例を変更しようとしたなら、連邦最高裁は明示的にそうしていたはずである」と述べる。 *United Auto Workers v. Gaston Festivals, Inc.*, 43 F.3d 902, 906 n.2 (4th Cir. 1995).

<sup>63</sup> この点については、藤井・前掲注 (9) 26-28 頁が、アメリカの学説における評価にふれながら検討を加えている。

<sup>64</sup> *Metzger* によるステイト・アクション法理の分析を肯定的に引用・参照する文献として、以下のものがある。 *See, e.g., Natalie Gomez-Velez, Proactive Procurement: Using New York's*

まず、Jackson 判決から Sullivan 判決までの傾向である、「私人の問題とされた行為への政府の関わり」という要件と「民営化」との関係について、Metzger は次のように述べる。多くの「民営化」において、私人への公的コントロールや関与というものはめったに存在せず、「民営化」は、しばしば、プログラムの実施を全体として私人に委ねるか、あるいは、かつて公的組織であったものの運営責任を私人に委ねることを意味するものとなっている。その現代的な典型例が社会福祉プログラムであり、そこでの私的サービス提供者は、自らで日々の決定を規則的に行っているのであり、それへの公的関与は、私的提供者が満たさねばならない一般的な要件を発することや、定期的な点検にとどまっている。したがって、問題とされた行為への政府の関与によるステイト・アクション認定は困難であるというのである<sup>65</sup>。たしかに、判例法理においては、その政府の関与というのは、私人の行為を政府自身の行為とみなし得るほどの関わりでなければならないのであり、一般的な要件や定期的な点検では、私人の行為を自らの行為とみなし得るほどの関わりとはいえないだろう。

そこで注目されるのが、Brentwood Academy 判決における、私人そのものへの政府の「広範な関わり合い」に着目してステイト・アクションを認定するという判断手法である。しかし、Metzger は、「広範な関わり合い」の水準に達するほどの政府の「背景的関与 (background involvement) <sup>66</sup>」がステイト・アクション認定の根拠になる可能性があることを認めながらも、なおも「民営化」の事例におけるステイト・アクション認定は困難であると指摘する。というのも、Brentwood Academy 判決において、連邦最高裁は、TSSAA への公務員の関与に重きをおいており、そして、その公務員が単にコントロールしていたのではなく、TSSAA のほとんどすべての運営行為に携わっていたことを指摘していたからである。連邦最高裁が何を決定的な要素として考えていたかは明らかではないが、公務員が私的組織の運営に携わっていたことを重視しているのだとすれば、やはり「民営化」の事例におけるステイト・アクション認定は困難であるといえるだろう。実際、Brentwood

---

*Procurement Rules to Foster Positive Human Services Policies and Serve Public Goals*, 9 N.Y. CITY L. REV. 331, 338 (2006); Kimberly N. Brown, *Government by Contract and the Structural Constitution*, 87 NORTE DAME L. REV. 491, 504-06 (2012); Emily Chiang, *No State Actor Left Behind: Rethinking Section 1983 Liability in the Context of Disciplinary Alternative Schools and Beyond*, 60 BUFFALO L. REV. 615, 672-73 (2012), Sarah M. Sternlieb, Comment, *When the Eyes and Ears Become an Arm of the State: The Danger of Privatization through Government Funding of Insular Religious Groups*, 62 EMORY L. J. 1411, 1425 (2013); Kimberly N. Brown, *Outsourcing, Data Insourcing, and the Irrelevant Constitution*, 49 GA. L. REV. 607, 655 (2015).

<sup>65</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1416-17.

<sup>66</sup> Metzger は、この語を、Jackson 判決から Sullivan 判決までの傾向である「問題とされた特定の行為への政府の関与」という語と対置させて用いている。 *Id.* at 1417-18.

Academy 判決では、Rendell-Baker 判決を参照しながら、政府による契約サービスの購入は、そのサービス提供者を公的主体に変えるものではないと述べているのである<sup>67</sup>。政府と契約を結び、多額の補助金を受け、広範な規制に服していたとしてもそれがステイト・アクション認定の根拠にならないとした Rendell-Baker 判決を参照していることも、「広範な関わり合い」要件がステイト・アクション認定の活性化に資さないことを示していると Metzger は指摘する<sup>68</sup>。

そして、以上のことの裏返しとして、契約や制定法、規則などを通じて生じる政府による私的主体への権限委任という事実に判例法理がほとんど重きをおいていないことを Metzger は問題視する。すなわち、判例法理を前提にすれば、私人による独立した判断や裁量の行使を可能にする権限委任であっても、それが政府による重大なコントロールや関与の欠如を示すものとして考えられるがゆえに、そうした広範な権限の委任は、ステイト・アクションを否定する根拠として機能してしまうのである<sup>69</sup>。そして、このことが意味するのは、広範な裁量を伴う権限を付与された私的主体の方が、政府の綿密な監督の下で行動し、そうであるがゆえに権限濫用の蓋然性が低い私的主体よりも、憲法の拘束に服しにくくなるということである<sup>70</sup>。もっとも、実際の「民営化」の事例において、全くのフリーハンドで私人に権限が委任されるということはなく、何らかの統制手段、例えば、私人の決定を政府が審査する不服審査手続が設けられていることがあり、そのような場合には、（下級審判決ではあるが）ステイト・アクションが認定されることもあった。例えば、メディケア MCO (Managed Care Organization)<sup>71</sup>の会員がメディケア MCO の争訟手続の改善を求めた 1999 年の Grijalva v. Shalala<sup>72</sup>において、連邦控訴裁は、ステイト・アクション認定の根拠の一つとして、メディケア MCO の決定の際の法的枠組みを政府が設定していたことや、その決定を覆すことのできる政府への不服審査手続が存在していたことをあげ

---

<sup>67</sup> 531 U.S. at 299.

<sup>68</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1418.

<sup>69</sup> *Id.* at 1418-1419.

<sup>70</sup> *Id.* at 1425.

<sup>71</sup> マネジド・ケアは、伝統的な出来高払い制に代えて、定額制や予見支払制を導入し、医療サービスの提供にあたって医師や医療機関にコスト管理へのインセンティブを付与するといった特徴をもつケア・プランであり、そうした仕組みを採用する組織が MCO である。なお、MCO には様々な形態が存在するが、それについての簡潔な説明も含めて、関ふ佐子「メディケア・アドバンテージにみる社会保険と私保険併存の模索」横浜国際経済法学 18 巻 3 号（2010 年）116-120 頁を参照。

<sup>72</sup> 152 F.3d. 1115 (9th Cir. 1998), *vacated*, 526 U.S. 1096 (1999). 本判決を扱う日本語文献として、大浜啓吉＝関根雅樹「アメリカにおけるメディケアの発展と Due Process の権利」比較法学 35 巻 2 号（2002 年）287 頁以下。

ていた<sup>73</sup>。このように、ステイト・アクションが認定されるほどの政府による統制手段が設けられていればよいのであるが、必ずしもそうでないことは、前述した連邦最高裁判例をみれば明らかである。例えば、**Rendell-Baker** 判決では、人事についての政府の規制がほとんどないことが重視されていたし、**Blum** 判決では、患者へのサービスの切り下げが医師の専門的判断に基づいていたことが強調されていたのである。

以上のように、関係性理論は、近年、その活性化傾向<sup>74</sup>が指摘されているにもかかわらず、事実上存在する（かもしれない）政府の関与に依存するという特徴をもっており、そうした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という問題性をもつことが明らかになったと思われる<sup>75</sup>。

## 2 公的機能理論

次に、公的機能理論と「民営化」との関係についてであるが、「民営化」としての性格を有する事例である **Rendell-Baker** 判決と **Blum** 判決において、教育、医療の公的機能該当性がそれぞれ否定されていることからすると、「民営化」の事例における公的機能理論の適用可能性は低いものと思われる。しかしながら、他方で、公的機能理論に対しては、そもそものような場合にステイト・アクションが認定されるのかが明確ではないということが指摘できると思われる<sup>76</sup>。本章第一節2でみたとおり、1974年の **Jackson** 判決は、「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する排他性テストを採用したのであるが、それをどのように理解するかは判例に

<sup>73</sup> *Id.* at 1120.

<sup>74</sup> 宮下・前掲注(11) 1336頁。

<sup>75</sup> ここで依拠した **Metzger** のステイト・アクション法理批判は、判例法理の過少包摂性を問題視するものであるが、**Metzger** の批判は、判例法理の過剰包摂性にも向けられている。後者をどのように受け止めるかは、**Metzger** が提唱する理論枠組みの評価に密接に関わってくることになるため、ここではごく簡単にふれるにとどめておき、より詳しい検討は第四章第二節3で行う。**Metzger** が指摘する判例法理の過剰包摂性とは、政府が主体的に何らかの規制を設けており、それが実質的にみて権限付与された私人の行為に対する憲法拘束としての役割を果たしている場合であっても、すなわち、私人の行為に対する憲法の適用が不要である場合であっても、判例法理の下では、私人の問題とされた行為への政府の関与があればステイト・アクションが認定されてしまう、というものである。そうした事例として **Metzger** があげるのが、政府による統制システムが設けられており、それがステイト・アクション認定の根拠の一つになってしまった **Grijalva** 連邦控訴裁判決である。**Metzger, supra note 1, at 1426.** そして、過少包摂性と過剰包摂性とが組み合わさることにより、既存の判例法理は、規律がないままで私人が権限行使できるような形で「民営化」するインセンティブを政府に与えてしまっていることを **Metzger** は問題視する。*Id.* at 1432.

<sup>76</sup> **Jackson** 判決以後の公的機能理論の混迷状況および排他性要件の曖昧さについては、すでに榎・前掲注(29) 52頁注140、54頁注143が指摘している。



よって多様である。Jackson 判決は、①州に対する特定のサービス提供の義務づけの有無を強調し、Flagg Brothers 判決は、②ある機能へのアクセスの選択肢が限られている場合に、その機能が排他性を帯びるという理解を示していた。また、Rendell-Baker 判決は、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が必要であるとしていた。なおかつ、これらの理解の相互関係も明らかにされておらず、排他性テストの全貌を解明することは現状では困難であるように思われる。したがって、以下では、それぞれの理解について個別に検討を加えることにする。

①に対しては、芦部信喜による批判がある。芦部によれば、排他性テスト充足の根拠を州法による義務づけの有無に依存させてしまえば、州は、法律を改正することによって、憲法上の義務を回避できるようになってしまうのであり、まさに、そうした事態を不可能にするために発達したのが公的機能理論であったとされる<sup>77</sup>。この芦部の指摘は、ステイト・アクション認定の有無が政府の主体的な関与に依存するという関係性理論がもっていた特徴に対する指摘と相通ずる面があると思われ、その意味で「民営化」の文脈においても重く受け止められるべきものと考えられる。ただし、特定のサービス提供を放棄するという選択が民主的政治過程によって許容されるという事態は、そう簡単に想定できるものではないようにも思われ、州法による義務づけというのは、実際には、政府の憲法拘束回避に対する一定の歯止めとして機能する面もあるのではないかとと思われる。例えば、Rendell-Baker 判決において、反対意見が言及しているように<sup>78</sup>、同事件における州法は、学校委員会に対して特別の必要のある生徒の認定と、そうした生徒のための教育プログラムをつくることを要求していたのである<sup>79</sup>。現代において、州が教育サービスの提供義務を免れることを可能にする立法は、そう簡単には成立しないようにも思われる。

②については、そもそもこうした理解が連邦最高裁内でどれほど共有されたものになっているのかが不明であることが指摘できると思われる。実際、Flagg Brothers 判決で示されたこの理解は、後の判決において少なくとも明示的には踏襲されていないようである。Flagg Brothers 判決の Stevens 反対意見も、法廷意見の排他性の捉え方が先例と整合するも

---

<sup>77</sup> 芦部・前掲注 (29)「私的団体に対する人権規定の効力」402-403 頁。

<sup>78</sup> 457 U.S. at 849-50 (Marshall, J., dissenting).

<sup>79</sup> *Id.* at 832 n.1. この点を強調して、本件が Jackson 判決と区別可能であり、ステイト・アクションが認定されるべきであったと主張するものとして、David M. Stern, Comment, *State Action and Chapter 766: Rendell-Baker and the Demise of the Public Function Doctrine*, 19 NEW ENG. L. REV. 237, 252-53 (1983).

のではなく<sup>80</sup>、「理解不能 (incomprehensible) <sup>81</sup>」なものであるとまで述べている。ただし、②は、「民営化」現象との関係で一定の意味を持つてくる可能性がある。例えば、政府が委託先を多数確保した場合には、ある機能へのアクセスの選択肢が広がり、排他性テストが満たされないといった状況が考えられよう。

③については、アメリカでは、伝統的に公的なものとして考えられてきたサービスや機能（収税、消防、福祉、教育、警察など）のほとんどすべてが、私人により担われてきた経緯があることにより<sup>82</sup>、「民営化」の事例において公的機能理論を用いるのは極めて困難になることが予想される。実際、学説のなかには、「民営化」されるサービスのほとんどが伝統的かつ排他的に州に留保されたものではないことを指摘したうえで<sup>83</sup>、現在の判例法理が、福祉、健康、教育についての関心を欠く古い国家観により形成されており、ロックナー主義<sup>84</sup>的な思考に支配されていると批判するものもある<sup>85</sup>。

公的機能理論については、とりわけ③に関して、「排他性テストによりステイト・アクションを認定するための道をほとんど閉ざしてしまっている<sup>86</sup>」との評価が妥当する一方で、そもそも、排他性テストの捉え方についての共通理解が定着しておらず、排他性テストがテストとして機能する前提を欠いているという問題もあるのではないかと思われる。

### 第三節 小括

本章では、ステイト・アクション法理に関する連邦最高裁判例を（とりわけ 70 年代以降の判例を中心に）概観し、その特徴をふまえたうえで、それと「民営化」現象との関係に焦点を当てて検討を加えた。その結果、判例法理としてのステイト・アクション法理は、「民営化」現象に十分に対応したものになっていないことが明らかになったと思われる。とりわけ、関係性理論については、政府関与依存的な特徴を有していることに加えて、そうした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ており、(序章 1 で

<sup>80</sup> 436 U.S. at 172 (Stevens, J., dissenting).

<sup>81</sup> *Id.* at 172 n.8.

<sup>82</sup> Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U. L. REV. 543, 552-53 (2000).

<sup>83</sup> Barak-Erez, *supra* note 19, at 1184.

<sup>84</sup> ロックナー主義とは、パン工場等における労働時間を規制するニューヨーク州法を違憲とした *Lockner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)に代表される、社会経済立法を立て続けに違憲としていた時代の連邦最高裁を支配した自由放任主義的な司法哲学を表すものである。

<sup>85</sup> Barak-Erez, *supra* note 19, at 1186.

<sup>86</sup> 宮下・前掲注 (11) 1342 頁。

言及したように) 機能不全に陥っていると評価せざるを得ないように思われる。他方、公的機能理論に関しては、(とりわけ③について)機能不全に陥っていることは確かであるが、そもそも、排他性テストに対する共通理解が定着していないという問題も抱えているように思われる。

ここで、本章での検討をふまえて、日本におけるステイト・アクション法理の受容状況に対して、どのような指摘が可能かを考えてみたい。というのも、日本においては、これまで、ステイト・アクション法理の研究が活発になされてきており、それを何らかの形で日本国憲法解釈に活かそうとする見解が提示されてきたが、同法理が「民営化」との関係で機能不全に陥っているとすれば、その日本での活かし方については注意が必要であると思われるからである<sup>87</sup>。

日本国憲法解釈におけるステイト・アクション法理の受容のあり方についてのこれまでの議論<sup>88</sup>は、大雑把に言えば、接合、転用、応用といった分類が可能であるように思われる。芦部は、私人間における人権侵害行為の態様を、法律行為に基づく場合、事実行為に基づくが、その事実行為自体が法令の概括的な条項または文言を根拠として行われる場合、純然たる事実行為に基づく場合の三つに分類した上で、特定の人権規定につき直接適用があり得ることを前提に、前二者については、ドイツ流の間接効力説を採用しながら、後者については、アメリカのステイト・アクション法理を参照することで<sup>89</sup>、間接効力説にステイト・アクション法理を「接合」している。松井茂記は、日本国憲法を「政府」の基本法と捉えることによって、私人による行為であっても、どこまでが政府もしくは州の行為といえるのかという形で議論が展開しているアメリカの議論の組み立て方を適切なものとし<sup>90</sup>、原則としての政府のみが憲法に拘束されるとするステイト・アクション法理の思考

<sup>87</sup> なお、ここでの議論は、第五章第三節1での検討の前提としての役割も担っている。

<sup>88</sup> なお、以下でとりあげる議論は、より実践性を意識したステイト・アクション法理の受容のあり方を論じたものに限定している。その一方で、最近では、より抽象度の高い原理論レベルでステイト・アクション法理研究の意義を見出そうとするものもある。例えば、宮下紘「ステイト・アクション法理における公私区分再考(1)(2・完)」一橋法学5巻3号(2006年)961頁以下、6巻1号(2007年)157頁以下、榎・前掲注(28)。愛敬浩二「憲法への期待と憲法学への落胆?—和田肇『人権保障と労働法』を憲法学者として読む」法律時報81巻3号(2009年)67頁が指摘する、「『国家観の対立』という『グランドセオリー』の次元」に関心を示す近年の私人間効力論研究の傾向は、ステイト・アクション法理研究内部においても妥当するよう思われる。

<sup>89</sup> 芦部・前掲注(29)『憲法学Ⅱ』296-300、314-327頁。

<sup>90</sup> 松井茂記『日本国憲法(第3版)』(有斐閣、2007年)331頁。また、同「憲法と新しいリバータリアニズム—『国家』、『社会』、そして『憲法』の射程」ジュリスト884号(1987年)56頁も参照。

枠組みを日本国憲法解釈に「転用」しようとしている。これらの議論は、政府か私人かの二者択一的思考を維持しているため、既存の判例法理をそのまま「接合」あるいは「転用」するのであれば、少なくとも「民営化」の事例との関係では、本章第二節1、2で指摘した問題点が妥当することになる<sup>91</sup>。

そこで注目されるのが、私人間紛争における利益衡量過程において、ステイト・アクション法理を参照枠組みとして利用しようとする見解である。木下智史は、憲法上の人権規定の効力が私人関係に及ぶかどうかという「入り口」問題と、いかなる権利がどのように衡量されるべきかという「実体」問題とを区別したうえで<sup>92</sup>、後者の検討の際に、被告たる私人と国家との特別の関係を考慮要素の一つとすべきことを主張する。具体的には、「国家によって地域独占などの特別の地位を与えられた公益企業との間の契約にあたっては、市民には事実上、契約締結の自由がなく、そこで私的自治が保護される必要性はないし、国家により特別の地位を与えられた私人が引き起こす不法行為も、通常より深刻な被害をもたらす」ことが想定されている<sup>93</sup>。また、藤井は、日本国憲法が権利の侵害者を政府に限定しておらず、政府か私人かの二者択一判断にとられる必要がないことから、「政府との結びつきの程度に応じて権利侵害の成立可能性が異なると考え、政府との結びつきの程度と利益侵害の重大性の相関関係によって判断することができる」とする。すなわち、「行為主体のステイト・アクター度が高くなればなるほど私的自治が尊重される程度が低くなると考え」、「ステイト・アクター度が低くなればなるほど、権利侵害が成立するために要求される権利侵害の重大性が大きくなると考える」というのである<sup>94</sup>。

木下や藤井の議論は、ステイト・アクション法理から、その特徴の一つである政府か私人かの二者択一的思考を抜き取ったうえで、利益衡量過程において、政府と私人との関係や結びつきを考慮要素とすることにより、ステイト・アクション法理を「応用」する試みであるといえる<sup>95</sup>。これについては、二者択一的思考をとらず、考慮要素として参照する

---

<sup>91</sup> ただし、芦部が参照に値すると考えた判例は、1960年代までのものであるため、(特定の時期の判例のみを参照することが説得的かどうかはともかく) 本文で述べたことは、芦部に対しては必ずしも妥当するものではないと思われる。芦部信喜「人権論 50 年を回想して」同『宗教・人権・憲法学』(有斐閣、1999 年) 227 頁。

<sup>92</sup> 木下智史「憲法学における私人間の人権保障理論」同『人権総論の再検討——私人間における人権保障と裁判所』(日本評論社、2007 年) 62 頁。

<sup>93</sup> 木下・前掲注(29) 161 頁。

<sup>94</sup> 藤井・前掲注(9) 29-30 頁。

<sup>95</sup> ただし、両者は、憲法規範の性格づけのレベルでは見解を異にしている。木下は、私人間効力が問題になる場面を事件が裁判所で争われる場面に限定したうえで、裁判所の作用が国家作

ことで、「民営化」との関係で機能不全に陥っているステイト・アクション法理の問題性も、その限りで緩和されると思われる。ただし、少なくとも「民営化」の事例において参照する際には、政府と私人との関係や結びつきの内実を問うことが必要になってくると考えられる。例えば、本章第二節1でも検討したように、「民営化」における政府の私人への関わり方には、私人による権限行使を抑制するように機能する場合もあるし、逆に、政府の関与が希薄だからこそ、権利侵害が深刻化する場合もあるのである。そうすると、「国家により特別の地位を与えられた私人が引き起こす不法行為も、通常より深刻な被害をもたらす」とか、「ステイト・アクター度が低くなればなるほど、権利侵害が成立するために要求される権利侵害の重大性が大きくなる」とは一概にはいえず、考慮要素としてであっても、「民営化」の事例におけるステイト・アクション法理の参照には注意が必要であると思われる。

---

用であることから、裁判所が両当事者の憲法上の主張を無視できず、その結果として憲法の効力が私人間に及ぶことになるとしており、理論構成上憲法の対国家的性格を維持している。木下・前掲注(92)49-50頁。他方、藤井は、日本国憲法の条文構造から、憲法の対国家的性格にこだわる必要性を否定している。藤井・前掲注(17)260-262頁。

## 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

本章と次章では、民営刑事施設に関する裁判例を検討する。その理由は、序章1でも述べたとおり、民営刑事施設における業務のようなステイト・アクションが認定されやすい任務領域に関しても、実際の裁判例では、憲法上の権利に基づく救済を受ける可能性が極小化してしまっており、ここには、憲法上の権利の実効的な保障を重視する本研究にとって注目すべき要素が含まれていると考えられるからである。

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裁判例を素材として、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。そのために、まず、民営刑事施設の行為の合憲性を争うための制度枠組みを概観し、次に、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性が争点となった裁判例およびそれに関連する裁判例を紹介し、検討を加える。なお、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性について正面から判断を下した連邦最高裁判例は存在しないため、本章で扱う多くの判決は下級審でのものである。

### 第一節 ステイト・アクション法理と 1983 条訴訟・Bivens 型訴訟

実際の裁判例において民営刑事施設の行為の合憲性が争われるのは、主に、その行為に対して損害賠償を求める場面においてである。そして、その際に用いられる訴訟形態が 1983 条訴訟と Bivens 型訴訟である<sup>96</sup>。1983 条訴訟とは、合衆国法典 42 編 1983 条に基づくものであり、州公務員の連邦法違反行為に対して救済を求めるための訴訟形態である。その訴訟が成立するためには、①連邦憲法あるいは連邦法により保障された権利が剥奪されたことと、②その権利を剥奪したとされる被告が州法の外観の下に (under color of state law) 行動したことを立証しなければならない。ステイト・アクション要件と関わるのは②である。②とステイト・アクション要件との関係については、Lugar v. Edmondson Oil Co.<sup>97</sup>において、ステイト・アクション要件が満たされれば、その行為は州法の外観の下にある行為

<sup>96</sup> 両訴訟形態の概説として、宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣、1988年)326-342頁、植村栄治『米国公務員の不法行為責任』(有斐閣、1991年)120-137頁、松井・前掲注(29)220-223頁。詳細な研究として、田村泰俊『公務員不法行為責任の研究』(信山社、1995年)。

<sup>97</sup> 457 U.S. 922 (1982).

であると判示されており<sup>98</sup>、以下でとりあげる裁判例もそれに従って、②が満たされるか否かを判断する際にステイト・アクション認定の有無を検討している<sup>99</sup>。

次に、Bivens 型訴訟についてであるが、これは、Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics<sup>100</sup>において認められた、連邦公務員の連邦憲法違反行為に対して損害賠償を求めるための訴訟形態であり、概ね 1983 条訴訟の連邦版として理解してよいものである。「連邦公務員」とあるが、1983 条訴訟と同様に、ステイト・アクション要件が充足されれば私人を被告とすることが可能であり、本章で扱う裁判例でも、連邦の被疑者・被告人や受刑者を収容する民営刑事施設およびその職員に対する訴訟は、この Bivens 型訴訟が用いられている。1983 条訴訟、Bivens 型訴訟ともに、ステイト・アクション要件が満たされる必要があるとされている点は共通している。なお、Bivens 型訴訟については、連邦公務員を被告とするものであるため、厳密には、ステイト・アクションではなく、フェデラル・アクションとすべきであるが、本稿では、引用箇所を除いて、訴訟形態に関係なく、ステイト・アクションで表記を統一することにする。

## 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

民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性を検討するにあたって、まずとりあげなければならないのは、1988 年の West v. Atkins<sup>101</sup>である。これは、州刑務所とパートタイム契約を結ぶ医師による不適切な治療が、残虐で異常な刑罰を禁止する修正 8 条に違反するかが問題となった連邦最高裁判決であり、民営刑事施設の行為が争われた事例ではないが、後で検討する事例において引用されているため、ここでとりあげておくことにする。

<sup>98</sup> *Id.* at 935.

<sup>99</sup> under color of state law の要件とステイト・アクション要件との関係性について検討した日本語文献として、木下・前掲注 (21) 109-117 頁、藤井樹也「Civil Rights Acts の一断面 (1) - (5・完) ——§1983 訴訟を中心に」三重大学法経論叢 15 卷 1 号 (1997 年) 21 頁以下、16 卷 1 号 (1998 年) 39 頁以下、2 号 53 頁以下、17 卷 1 号 (1999 年) 93 頁以下、18 卷 1 号 (2000 年) 65 頁以下。

<sup>100</sup> 403 U.S. 388 (1971). 連邦麻薬取締官が令状なく住居に立ち入り家宅搜索したことに對して、それが不合理な搜索および押収等を禁止する修正 4 条に違反するとして、損害賠償を求め、認められた事例。

<sup>101</sup> 487 U.S. 42 (1988). 本判決については、日本ではあまり詳しい検討はなされていないが、木下・前掲注 (29) 130 頁、君塚・前掲注 (29) 120 頁に簡単な紹介がある。また、論点は異なるが、高橋慶「ステイト・アクション法理における私的機能理論」法学研究論集 1 号 (1994 年) 152-154 頁でも扱われている。

この事件の争点は、州刑務所とパートタイム契約を結ぶ医師の行為がステイト・アクションにあたるか否かである。

連邦最高裁は次のように判示した<sup>102</sup>。①受刑者は自らの治療を刑務所当局に依存せざるを得ない。そのことに照らして、州は、修正 8 条の下で、拘禁されている人に対して適切な治療を提供する憲法上の義務を負う、と (*Estelle v. Gamble* において) 当連邦最高裁は判示した<sup>103</sup>。②州は、その義務を果たすために被上訴人のような医師を雇って、その専門的な判断に委ねている。州法により有効にされたその関係により、Atkins 医師は、West のような受刑者を治療することを認められ、その義務を負っている。③Atkins は、州法の権威をまとって治療にあたるのであり、ステイト・アクターと正当に呼ばれ得る人である。④もし Atkins が、原告である受刑者の重大な医療上の必要に対して意図的無関心を示すことにより自らの権限を濫用すれば、その結果としての権利侵害は、ステイト・アクションの探求にとってレレバントな意味で、州による拘禁を通じた処罰権限の行使、および、州から独立して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。

この判決では、被告である医師が州と契約を結ぶことにより州の義務を負った点が強調されているのであるが、ここで注目したいのは④である。というのも、④では、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、受刑者が治療を受けられる可能性が刑務所と契約を結ぶ医師に依存している状況について述べられているのであるが、それは、第一章でみた判例法理とは異なる判断手法であるように思われるからである。すなわち、判例法理が、私人の特定の行為への州の関わりが見出せるか否かや、伝統的に排他的な州の特権を担っているか否かなど、極めて形式主義的な判断枠組みを採用してきたのに比して、本判決では、被害者のおかれた状況を考慮に入れるという柔軟な発想が伺えるのである。

そして、ここで重要なのは、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たという West 判決の論理は、民営刑事施設の場合であっても基本的に妥当すると考えられることである<sup>104</sup>。すなわち、たとえ民営刑事施設が契約を結んで外

---

<sup>102</sup> *Id.* at 54-55.

<sup>103</sup> 429 U.S. 97, 103 (1976). *Estelle* 判決では、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行う義務を政府に課していると判示された。同判決は、州刑務所の被収容者に対して適切な医療提供をしなかった州矯正局長、当該施設の刑務官、州矯正局の医療担当者兼刑務所病院の医療担当者に対する訴訟だったため、ステイト・アクションの問題は生じていない。

<sup>104</sup> West 判決が民営刑事施設の場合にも妥当することを主張するものとして、Ira P. Robbins, *The Legal Dimensions of Private Incarceration*, 38 AM. U. L. REV. 531, 603-04 (1989); Charles W. Thomas



部の医師を雇っていたとしても、州が処罰権限を行使して受刑者を拘禁し、受刑者による医師の選択の余地を否定しているのであれば、やはり受刑者が治療を受けられるか否かは、民営刑事施設に雇われている医師に依存するからである。ただし、以下でみるように、下級審判決のすべてが、政府が受刑者や被拘禁者の従属性を生じさせたことを考慮に入れて、すなわち、④のような根拠に基づいてステイト・アクションを認定しているわけではない、ということに注意が必要である。民営刑事施設の行為が公的機能であるがゆえにステイト・アクションに該当するというのは、下級審においてほとんど一致がみられるにもかかわらず<sup>105</sup>、その理由づけは様々である。

以下では、下級審判決における民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性についての判断を、連邦最高裁判決である 1997 年の *Richardson v. McKnight*<sup>106</sup> の以前と以後とに分けて分析する<sup>107</sup>。*Richardson* 判決は、ステイト・アクション該当性について判断したものではないが、その過程で、「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<sup>108</sup>。この歴史認識は一見すると排他性テストの充足を不可能にするものであるようにもみえるため、*Richardson* 判決以後の下級審判決の多くは、この歴史認識と排他性テストとの関係を積極的に説明する必要に迫られ、それをきっかけとして、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性の理由づけがより充実したものになる傾向が伺えるのである。ここに、*Richardson* 判決を時期区分の境とすることの意義が見出せられると思われる。

## 2 Richardson 判決以前の下級審判決

一つ目にとりあげるのが 1991 年の *Skelton v. Pri-Cor, Inc.*<sup>109</sup> である。これは、カウンティ

---

& Linda S. Calvert Hanson, *The Implications of 42 U.S.C. § 1983 for the Privatization of Prison*, 16 FLA. ST. U. L. REV. 933, 944-46 (1989).

<sup>105</sup> ただし、民営刑事施設の被用者による雇用者に対する訴訟では、ステイト・アクションは認定されていない。See *George v. Pacific-CSC Work Furlough*, 91 F.3d 1227, 1230-32 (9th Cir. 1996); *Cornish v. Correctional Services Corp.*, 402 F.3d 545, 549-51 (5th Cir. 2005). これらの判例は、第五章第一節にて扱われる。

<sup>106</sup> 521 U.S. 399 (1997). 本判決を紹介・検討した日本語文献として、田村泰俊「*Richardson v. McKnight*, 117 S. Ct. 2100 (1997)——民間委託の収容（矯正）施設で、看守の違法行為を理由に提起された 42 U.S.C. § 1983 に基づく損害賠償請求訴訟で、公務員の享有する損害賠償に対する制限的免責は許容されないと判示された事例」[1998 - 2] アメリカ法 299 頁以下。

<sup>107</sup> なお、以下で扱う下級審判決では、いずれも民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性に関わる判示事項のみをとりあげている。

<sup>108</sup> 521 U.S. at 405.

<sup>109</sup> 963 F.2d 100 (6th Cir. 1991).

との契約に基づいて民間事業者（Pri-Cor）が運営する拘禁施設において、被拘禁者が、聖書の受け取りを拒否されたことおよび施設内にある図書館の利用を拒否されたことが修正1条および修正8条に違反するとして、Pri-Corに対して1983条訴訟を提起した事例である。連邦控訴裁は、特定の行為が私的行為かステイト・アクションかの問題は、簡単な解答を許すものではないとしたうえで、「Pri-Cor は、拘禁施設として、疑いなく伝統的に州に留保された公的機能を担っている」と判示している<sup>110</sup>。ステイト・アクションの有無の問題は「簡単な解答を許すものではない」にもかかわらず、「疑いなく」という言葉を用いているように、少なくともこの裁判所にとって、民営刑事施設が公的機能を担っていることには議論の余地すらないようである。

次にとりあげるのが1996年のBlumel v. Mylander<sup>111</sup>である。これは、裁判所による相当な理由（probable cause）の決定なくして逮捕・拘禁されていた被疑者が、拘禁先であるカウンティのジェイルを運営する民間事業者（CCA）等に対して、デュー・プロセスなくして違憲的に自由を奪ったとして、1983条訴訟を提起した事例である。連邦地裁は、「政府が伝統的なあるいは『公的な機能』を私人に委任すれば、私人はその機能の遂行に関して憲法の下での責任を負い得る」としたうえで、「例えば、もし州が私企業と刑事施設運営の契約を結べば、疑いなく、民営刑事施設の職員は公的機能理論の下で1983条訴訟に服することになる」と述べ、本件がその場合にあたるとしている<sup>112</sup>。ここでも、先ほどのSkelton判決と同様に、「疑いなく」という言葉を用いているように、刑事施設の運営が公的機能にあたることを当然のことと考えているようである。

最後にとりあげるのが1996年のStreet v. Corrections Corp. of America<sup>113</sup>である。これは、カウンティとの契約に基づいて民間事業者（CCA）が運営するカウンティの拘禁施設において、他の被拘禁者から暴行を受けた被拘禁者が、CCA等に対して、暴行からの保護を提供しなかったことおよびその後の適切な医療提供を怠ったことが修正8条に違反するとして、1983条訴訟を提起した事例である。連邦控訴裁は、公的機能理論を用いるには、「私人が伝統的かつ排他的に州に留保された権限を行使している」ことを必要とするとしたうえで、「刑事施設の運営という『伝統的な州の機能』を担っている」という点で、本件の被

---

<sup>110</sup> *Id.* at 101-02.

<sup>111</sup> 919 F. Supp. 423 (M.D. Fla. 1996).

<sup>112</sup> *Id.* at 426-27.

<sup>113</sup> 102 F.3d. 810 (6th Cir. 1996).

告の行為がステイト・アクションに該当すると判示している<sup>114</sup>。この判決でも、やはり刑事施設の運営が公的機能にあたることの積極的な論証はなされていない。

以上、Richardson 判決以前の下級審判決をいくつかみてきたが、この時期の判決は、民営刑事施設の行為が公的機能にあたることを当然のことと考えているためか、民営刑事施設の行為が公的機能であるがゆえにステイト・アクションに該当することについては一致がみられるものの、いずれもその理由づけについてはほとんど説明がなされていない。以下では、Richardson 判決を概観したうえで、これ以後の下級審判決における民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性判断をみていく。

### 3 Richardson 判決

本件は、民間事業者が運営する矯正施設において、看守による過剰拘束が憲法により保障された権利の侵害にあたるとして、原告である受刑者が、その看守に対して 1983 条訴訟を提起した事例である。争点は、一般公務員に認められる限定免責 (qualified immunity) が、民営刑事施設の看守に認められるか否かである。したがって、本判決は、民営刑事施設の行為がステイト・アクションにあたるか否かについては判断していない。実際、本判決の末尾において、連邦最高裁は、「我々は、1983 条訴訟の免責の問題のみに焦点を当てたのであって、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否かには取り組んでいない。……被告が実際に州法の外観の下に行動したか否かを決めるのは、連邦地裁である<sup>115</sup>」と述べている。その意味では、本判決で示されたことをステイト・アクション認定に結びつけるべきではないと考えることもできるが、本判決の判示内容の理解の仕方が、本判決以降の諸判決において問題になるので、ここで簡単に紹介しておくことにする。

前述したように、本判決の争点は、一般公務員に認められる限定免責が、民営刑事施設の看守に認められるか否かである。その点について、連邦最高裁は、限定免責の歴史および目的を検討することにより、本件での民営刑事施設の看守に限定免責が認められないことを判示している。歴史については、コモン・ロー上、刑事施設の看守の職を担う私人に対して認められる免責の伝統を示す証拠がないこと<sup>116</sup>、目的については、私企業の場合には、競争圧力にさらされ、それにより、訴訟が与えるインセンティブに応じて自らの行動

---

<sup>114</sup> *Id.* at 814.

<sup>115</sup> 521 U.S. at 413.

<sup>116</sup> *Id.* at 404-07.

を調節するようになるため、訴訟が提起されることにより萎縮効果が生じ、積極的な職務をなさなくなるおそれがないこと等<sup>117</sup>を指摘している。

そして、限定免責の歴史を検討する前提として、アメリカにおける刑事施設の歴史にふれて、次のように述べる。すなわち、「矯正機能は、決して排他的に公的なものではなかった。18世紀に、私人は地方のジェイルを運営しており、19世紀には、私的契約者が刑事施設の運営に重大に関わっていた」。「その時期に、……いくつかの州は、刑事施設の全システムを私人あるいは私企業にリースし、その私人あるいは私企業は、しばしば、被収容者の労働および規律を含めた刑事施設の運営に対する完全なコントロールを握っていた」と<sup>118</sup>。

アメリカにおいて刑事施設への私人の関与が珍しいことではなかったという歴史的事実は、多くの文献においても指摘されている<sup>119</sup>。しかし、そのような歴史認識を連邦最高裁が示したというのは、ステイト・アクションの問題を考えるうえで重要な意味をもつものと思われる。というのも、本判決が示した、「矯正機能は、決して排他的に公的なものではなかった」という歴史認識に基づけば、「伝統的かつ排他的に州に留保された権限」であるか否かを問うものとして連邦最高裁により定式化されてきた排他性テストをクリアすることが、不可能になるようにもみえるからである<sup>120</sup>。以下では、本判決の歴史認識に応答した下級審判決をとりあげ、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実質的な根拠をみていく。

#### 4 Richardson 判決以後の下級審判決

この時期の判決に特徴的なことは、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

---

<sup>117</sup> *Id.* at 407-12.

<sup>118</sup> *Id.* at 405.

<sup>119</sup> Richardson 判決において引用・参照されている文献の他では、刑事施設「民営化」の最近の状況も含めて、*See, e.g., Sharon Dolovich, State Punishment and Private Prisons*, 55 *DUKE. L. J.* 437, 450-62 (2005). また、民営施設の被収容者数など近年の統計データがわかる日本語文献として、藤本哲也「諸外国における PFI 刑務所について」犯罪と非行 172 号 (2012 年) 43-46 頁。

<sup>120</sup> Richardson 判決の歴史認識を前提にした場合、排他性テストにより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ことに疑問を呈するものとして、Robert Trant, Comment, *Richardson v. McKnight: Are Private Prison Operators Engaged in State Action for the Purpose of 42 U.S.C. §1983?*, 25 *NEW ENG. J. ON CRIM. & CIV. CONFINEMENT* 577, 606 (1999); CATHERINE M. DONNELLY, *DELEGATION OF GOVERNMENTAL POWER TO PRIVATE PARTIES: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* 243 (2007).

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>121</sup>。以下では、Richardson 判決以後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>122</sup>

本件は、州との契約に基づいて民間事業者（CCA）が運営する矯正施設において、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>123</sup>。①Edmonson 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みえる。②Richardson 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」しているようにみえるため、そうであれば、①の判示は、連邦最高裁の判例法理と矛盾するものであるため、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

---

<sup>121</sup> 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).

<sup>122</sup> 14 F. Supp. 2d 1245 (D.N.M. 1998).

<sup>123</sup> *Id.* at 1248-49.

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として捉えているようにみえる。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。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>124</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、民間事業者（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>125</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ぬとしても、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

<sup>124</sup> 248 F. Supp. 2d 52 (D.R.I. 2003).

<sup>125</sup> *Id.* at 59-61.

限を行使する合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、排他性テストが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>126</sup>

本件は、連邦との契約の下で民間事業者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、民間事業者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>127</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）」の存在を承認している。②Richardson 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

---

<sup>126</sup> 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).

<sup>127</sup> 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).

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>128</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。④West 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。

前述したように、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、歴史的事実に基づい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るべきとしたうえで、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。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>129</sup>

<sup>128</sup> Sullivan 判決およびそれが引用した Blum 判決が引用されている。

<sup>129</sup> 629 F. 3d 843 (9th Cir. 2010), *rev'd*, 132 S. Ct. 617 (2012).



本件は、連邦との契約の下で民間事業者（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に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>130</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、州との契約に基づき矯正施設で働く私人が、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。③*Richardson* 判決は、民営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。④*Holly* 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、民営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

---

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。*Id.* at 868-76 (Restani, J., dissenting). この点については、注 (153) を参照。

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. POL'Y 665 (2012).

<sup>130</sup> 629 F. 3d at 855-58.

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、民営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 判決以後で、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、政府の有する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、というものだとして整理できよう。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ん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>131</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 判決以後の判決でいえば、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

---

<sup>131</sup> 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).

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。本章第二節 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

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 判決以後の下級審判決は、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論理が、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であろうか。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>132</sup>、①

---

<sup>132</sup> 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行う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). 注(103)も参照。

また、父親による児童虐待の事実を知りながら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例において、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 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

の理解に基づく排他性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だと思われる。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と思われる<sup>133</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」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り、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

---

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研論集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。

<sup>133</sup> 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。

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り、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>134</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単に起こり得るものではないだろうが<sup>135</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り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。

---

<sup>134</sup> 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).

<sup>135</sup> 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。バーネット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、バーネットの議論では、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、ここでは、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。

#### 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、同判決以後の下級審判決は、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、他の理解に基づく場合であっても、民営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、民営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。そうした状況にあつて、近年、連邦最高裁において、民営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、その二件の判決の分析を通じて、そこに含まれる救済法上の諸問題を示し、それが「民営化」に対する憲法的統制のための理論枠組みを構想するうえでいかなる意味をもつのかを明らかにする。

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 条訴訟が制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。制定法上の根拠がないこともあつて、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>136</sup>。本章で扱う二件の判決も、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>137</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民間事業者に対して、*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>138</sup>である。結局、この事例においても、連

<sup>136</sup> 植村・前掲注 (96) 111-114 頁、田村・前掲注 (96) 464 頁、松井・前掲注 (29) 223 頁注 19、近藤卓也「米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。

<sup>137</sup> 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).

<sup>138</sup> 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

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、受刑者のためのーフウェイ・ハウスの運営の委託を連邦から受けた民間事業者（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。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>139</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>140</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

---

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. & POL'Y 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。原審被告は会社（GEO Group, Inc.）とその職員（Minneci 他）であったが、原審が、会社に対する Bivens 型訴訟の提起部分に関しては請求を認めなかった（したがって、会社側の主張が認められた）（Id. at 868.）ため、連邦最高裁への上訴人は、職員のみとなっている。同じ事件に対する連邦控訴裁判決と連邦最高裁判決にもかかわらず、当事者の一方が変更されているのはこのような事情によるものである。なお、両判決の呼称については、アメリカの法学者の用法に従い、連邦控訴裁判決を *Pollard* 判決、連邦最高裁判決を *Minneci* 判決と略す。

<sup>139</sup> *Malesko v. Correctional Servs. Corp.*, No. 97-4080, 1999 U.S. Dist. LEXIS 11403 (S.D.N.Y. July 28, 1999).

<sup>140</sup> 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 (96) 458 頁以下。

訟の提起を認めた<sup>141</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>142</sup>。

①Bivens 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ぬ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。そのとおりかもしれないが、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。

---

<sup>141</sup> *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).

<sup>142</sup> 534 U.S. at 70-74.

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>143</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、訴訟原因を創設するコモン・ロー上の権限を当連邦最高裁が奪った性急な時代の遺物である。私は、**Bivens** 判決とそれに続く二つの事件 (**Davis v. Passman**<sup>144</sup>および **Carlson v. Green**<sup>145</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>146</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** に雇われている私法人——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。

②Meyer 判決において、我々は、私法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

<sup>143</sup> *Id.* at 75 (Scalia, J., concurring).

<sup>144</sup> 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。

<sup>145</sup> 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。

<sup>146</sup> 534 U.S. at 76-81 (Stevens, J., dissenting).

のである。

③責任に対する職員の抗弁の範囲をいかなる場合にも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、その職員を雇う民間事業者に対する **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、**Minneeci** 判決のところ (本章第二節 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、個人かどうかの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>147</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>148</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ず、そのアナロジーを支える実質的な理由とともに示される必要があると思われる。

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

<sup>147</sup> Martin, *supra* note 137, at 206; Pastore, *supra* note 137, at 873.

<sup>148</sup> Richard Frankel, *The Failure of Analogy in Conceptualizing Private Entity Liability under Section 1983*, 78 UMKC L. REV. 968, 983 (2010).

Bivens 型訴訟の目的に適うのではないかと思われる。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」ず<sup>149</sup>、したがって、私法人による違憲行為の抑止に資するのであれば、その職員による違憲行為の抑止にも結びつくと考えるのが自然であると思われる。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>150</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 (訴訟リスクのより低い) 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>151</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、なってしかる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 Minneci 判決を通じて考えることにする。

## 第二節 Minneci 判決

### 1 事件の概要および下級審判決

---

<sup>149</sup> *Id.* at 986.

<sup>150</sup> 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).

<sup>151</sup> Frankel, *supra* note 148, at 987; Martin, *supra* note 137, 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。

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>152</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 型訴訟の提起を認めた<sup>153</sup>。

---

<sup>152</sup> 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。

<sup>153</sup> 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



## 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>154</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>155</sup>。

①Pollard は、当連邦最高裁が、Carlson 判決<sup>156</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>157</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。

②Pollard 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

---

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).

<sup>154</sup> 132 S. Ct. at 623.

<sup>155</sup> Id. at 623-26.

<sup>156</sup> 注 (145) を参照。

<sup>157</sup> 制定法上、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 (96) 103-106 頁を参照。

検討していたことは、驚くに足りないのである。

③Pollard 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。

④Pollard 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>158</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>159</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する。

②Malesko 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

<sup>158</sup> 132 S. Ct. at 626 (Scalia, J., concurring).

<sup>159</sup> *Id.* at 626-27 (Ginsburg, J., dissenting).

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、民間事業者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りなく、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>160</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>161</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>162</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

---

<sup>160</sup> Allison L. Waks, Note, *Federal Incarceration by Contract in a Post-Minneeci World: Legislation to Equalize the Constitutional Rights of Prisoners*, 46 U. MICH. J. L. REFORM 1065, 1084-85 (2013); Frampton, *supra* note 138, at 1734-35.

<sup>161</sup> Alexander Volokh, *The Modest Effect of Minneeci v. Pollard on Inmate Litigation*, 46 AKRON L. REV. 287, 291-94 (2013).

<sup>162</sup> 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 138, at 1730.

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>163</sup>。

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>164</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>165</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、同一の救済システムを利用してしかるべき者が同一の救済システムを利用でき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、反対意見の批判に対して十分に応答できるものにはなっていないように思われる。

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、民間事業者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

---

<sup>163</sup> Frampton, *supra* note 138, 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 138, at 305.

<sup>164</sup> Waks, *supra* note 160, at 1085.

<sup>165</sup> Frampton, *supra* note 138, at 1741.

あるが、こうした結論を出せるかどうかは、同一の救済システムを利用してしかるべき者が同一の救済システムを利用できないことの不合理性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<sup>166</sup>。

### 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おいて、仮にステイト・アクションが認定されたとしても、憲法上の権利に基づく救済が得られるとは限らないというアメリカの裁判例の現状を確認した。本節では、そのことがアメリカにおいてもつ意味を検討したのち、前二節で扱った二つの判決から、憲法上の権利の実効的な保障にとって重要になる要素を抽出してみたい。

#### 1 憲法上の権利に基づく救済の意義

Malesko 判決では、私法人に対する Bivens 型訴訟の提起が不適法とされたが、私法人を被告とすることが違憲行為の抑止に資することは認められており、問題は、それを Bivens 型訴訟により達成すべきか否かであり、連邦最高裁は、州不法行為法による使用者責任追及の可能性を想定し、Bivens 型訴訟の提起を認めなかったと考えられる。そうであれば、論点は、州不法行為法とは異なる Bivens 型訴訟固有の意義の有無ということになり、これは Minneci 判決の争点と重なってくる。

Minneci 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か否かが問われた。この点については、本章第二節 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、同一の救済システムを利用してしかるべき者が同一の救済システムを利用できない事態が生じることになる。このことをふまえれば、アメリカにおいて、各州の不法行為法が憲法の要求するのと同程度の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

---

<sup>166</sup> 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 条が社会規範の形成における重要な表現的機能を担っている」とするものや (*Id.* at 1743 n. 218.)、「憲法違反の主張がもつ高い象徴的かつ表現的な重み」を指摘するものがある (*Leading Cases, supra* note 138, at 303.)。こうした憲法がもつ表現的機能や象徴的機能に着目する議論は十分に展開されているものではないが、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。

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アメリカの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>。そのため、この問題は、アメリカ特有のものとしての性格が強いと言わざるを得ないように思われる。以下では、二つの判決から、憲法上の権利の実効的な保障にとって重要になってくる要素を抽出してみたい。

## 2 賠償責任の主体と違憲行為の抑止

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、端的に言えば、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

---

<sup>167</sup> Minneci 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ところがあるのに対して、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ではあるが、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).

<sup>168</sup> 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).

問われ得るのである。そして、このことから、「民営化」により権限を付与された私人の行為が憲法の制約に服するかどうかだけでなく、その行為に対して誰が賠償責任を負うべきかという問題が、憲法上の権利保障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ことが読み取れるように思われる。

### 3 「民営化」のあり方を問う憲法論の必要性

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、連邦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>169</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>170</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>171</sup>。したがって、救済法の構造上、連邦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>172</sup>。

もっとも、「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（法的責任を負うか否かにかかわらず）無関心でいてよいかは検討の余地がある。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)）<sup>173</sup>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。

---

<sup>169</sup> 28 U.S.C. § 1346 (b). 宇賀・前掲注（96）306頁、近藤・前掲注（136）204頁を参照。

<sup>170</sup> *Id.*

<sup>171</sup> *Id.* § 2671.

<sup>172</sup> 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になるため、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. at 422 (Scalia, J., dissenting).

<sup>173</sup> 「下級審判例の到達点」という表現は、あくまでも、ステイト・アクション該当性判断についてのものである。Pollard 判決については、連邦最高裁へ上訴されたが、本章冒頭でも述べたとおり、連邦最高裁判決（Minneci 判決）は、ステイト・アクション該当性についての判断を示さず、救済法上の理由で原告の主張を退けている。



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を付与すべきか、すなわち、「民営化」における制度設計のあり方というのも、憲法論の対象になってしかる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、違憲行為を生じにくくする形での「民営化」が可能になり、結果的に憲法上の権利をより実効的に保障することにつなが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。

#### 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、それが憲法上の権利の実効的な保障にとってもつ意味について検討を加えた。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、Minnecci 判決では、個人を被告とする場合であっても、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場合には、Bivens 型訴訟の提起は認められないと判示された。両判決の結果、アメリカでは、いったん「民営化」がなされると、各州の不法行為法による救済が原則となり、同一の救済システムを利用できてしかるべき者がそれを利用できない事態が発生してしまうことになる。こうした事情があるからこそ、憲法上の権利に基づく救済が必要になるのだが、これは連邦制をとっているアメリカ特有の問題であるといえる。

他方、両判決を通じて読み取れる、より一般的な意味を持ち得る論点として、賠償責任の主体と違憲行為抑止との関係、「民営化」のあり方を問う憲法論の必要性があげられる。前者は、将来の違憲行為の抑止と賠償責任の主体とを連関させて捉えることにより、救済法のあり方が憲法上の権利の実効的な保障の観点から評価され得ることを示している点で重要であるといえる。もっとも、「民営化」のあり方が私的主体による権利侵害の原因をつ

くり出しているという側面もあるため、憲法上の権利の実効的な保障のためには、こうした「民営化」のあり方自体を憲法論の対象にするための理論枠組みも必要であり、その意味で後者の論点が重要になってくると思われる。

ここで、これら二つの論点が、日本においても無関係ではないことについてもふれておきたい<sup>174</sup>。前者については、「国家賠償法が、民営化を想定していない法律<sup>175</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<sup>176</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>177</sup>。もっとも、日本では、*Bivens* 型訴訟のように、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、賠償責任の主体を検討する際に考慮に入れる必要があるように思われる。

また、後者については、アメリカとは異なり、国家賠償法を通じて国または公共団体の

---

<sup>174</sup> なお、ここで述べることは、第四章第三節 2 の前提としての役割も担っている。

<sup>175</sup> 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。

<sup>176</sup> 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」とであると解し、県が国賠責任を負い、当該施設の職員の使用人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。

<sup>177</sup> 注 (176) の最高裁判決が民間事業者の使用人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、民間事業者の使用人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。

賠償責任が問われている現状<sup>178</sup>があるために意識されにくいかもしれないが、「民営化」が私的主体への権限付与を伴うものである以上、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(国や公共団体の賠償責任の成立可能性とは別に)存在するのではないだろうか<sup>179</sup>。序章1で言及した、「適切な規制」を施した形での「民営化」の必要性を指摘するものと理解できる榎の議論<sup>180</sup>は、このような文脈に位置づけられるものと思われる。

---

<sup>178</sup> 注(176)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、注(176)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。

<sup>179</sup> 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。

<sup>180</sup> 榎・前掲注(13)187頁。

## 第四章 「民営化」に対する憲法的統制をめぐる理論的考察

第三章第三節で明らかにしたように、憲法上の権利の実効的な保障のためには、賠償責任の主体とともに、最終的には、「民営化」のあり方それ自体を主題化する必要がある。これとの関係で注目したいのは、「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、「民営化」に際して政府が果たすべき役割を強調する見解が出てきていることである。例えば、Martha Minow は、「政府は、憲法に服さない主体に任務を委任することにより憲法上の義務を回避しようとするべきでない。そのような危険を防止するために、政府は、……契約上のパートナーあるいは組織に対して、明示的に、平等取扱いやデュー・プロセスの保護を提供することを要求すべきである<sup>181</sup>」と述べる。そして、こうした「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より理論的かつ体系的に提示した、アメリカにおけるほぼ唯一の学説といってよいものが、Metzger の提唱する「私人への委任分析」である<sup>182</sup>。

本章では、この「私人への委任分析」を紹介したうえで、これの理論的な特徴を明らかにすることを課題とするが、それに先立って、この議論を検討することの意義について簡単にふれておきたい。Metzger の議論は、一言でいえば、ステイト・アクション法理の機能不全をふまえて、憲法上の権利が無意味なものにならないようにするために、「民営化」に際して政府が果たすべき役割を明らかにするものであるといえる。第三章第三節 3 でも述べたように、「民営化」に際して憲法上の権利を実効的に保障するためには、政府による「民営化」のあり方も問われなければならないとすれば、ステイト・アクション法理の機能不全をふまえた政府の役割の果たし方に焦点を当てる Metzger の議論は、あるべき理論枠組みを模索するための手がかりになると思われる。また、憲法上の権利の無意味化の防止といっても、「民営化」の対象となる任務の性格によって、政府が果たすべき役割の内容

<sup>181</sup> Martha Minow, *Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion*, 116 HARV. L. REV. 1229, 1267-68 (2003).

<sup>182</sup> 本章で検討対象とする Metzger の文献は、Metzger, *supra* note 1 であるが、それと関わる Metzger 自身によるその後の論稿として、以下のものがある。See Gillian E. Metzger, *Private Delegations, Due Process, and the Duty to Supervise*, in GOVERNMENT BY CONTRACT (Jody Freeman & Martha Minow eds., 2009); Metzger, *The Constitutional Duty to Supervise*, 124 YALE L. J. 1836 (2015). 前者は、「私人への委任分析」の全体像を概観したうえで、デュー・プロセス保障のための政府の監督義務のあり方を具体的に展開したものである。後者は、(委任先の属性を問わず) 様々な領域で権限委任が避けられない現実をふまえて、権限委任に際しての政府の監督義務の憲法的基礎づけの一般理論化を試みるものであり、前者の論稿で示された「民営化」における政府の監督義務をそのなかに位置づけている。

も変わってきてしかるべきところ、「私人への委任分析」は、こうした任務の性格に応じた政府の役割の果たし方を追究するものとなっている点でも特徴を有している。この点は、「民営化」のもたらす効率性への配慮の表れでもあり、権利保障と効率性のバランスのとり方も意識されている。

もつとも、(詳しくは後述することになるが) 憲法上の権利の無意味化の防止と憲法上の権利の実効的な保障との間には無視し得ない差異があると思われるところ、「私人への委任分析」は、既存のステイト・アクション法理がまさに憲法上の権利を無意味なものにしてしまっているがゆえに、前者に力点をおいた理論枠組みとなっており、(その魅力とともに)一定の限界を有しているようにも思われる。したがって、本章では、こうした点もふまえながら、「私人への委任分析」の分析を試み、あるべき理論枠組みの方向性を示すことを目的としたい。そのうえで、その方向性を日本の文脈に即して展開させてみたい。

## 第一節 Metzger の「私人への委任分析」

「私人への委任分析」は、政府権限 (government power) を付与された私人に対する憲法拘束を主張するものではなく、その私人による政府権限の行使に対して憲法的アカウントビリティ (constitutional accountability) が確保されるように私人への委任が構築されたか否かに着目して、私人への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、憲法的アカウントビリティ確保のあり方が多様であることを前提に、各「民営化」の文脈に適した憲法的アカウントビリティ確保のあり方を政府が選択できることが意図されている。

以下では、Metzger の議論を理解するうえで重要になってくる二つの概念、政府権限と憲法的アカウントビリティについて説明したうえで、「私人への委任分析」の構造を明らかにする。

### 1 概念

#### (1) 政府権限

政府権限が意味するものは論者によって様々であり得る。Metzger 自身も、「政府権限を構成するものを特定することは、周知のように、危険な企てであり、私的権限と対置され

る政府権限の範囲についての合意はほとんど存在しない<sup>183</sup>」と述べる。そのうえで、身体を拘束したり、他者を強制する（coerce）権限が通常は国家に留保されていることから、民営刑事施設は政府権限を行使しているといえるし<sup>184</sup>、また、私的規制主体がある領域の活動を規律する基準の内容および執行を決定することは、他者に対する合意に基づかない権限行使の形態をとった政府権限にあたる。さらに、独立した判断の余地がほとんどあるいは全くなく、政府のつくる方針や要求を適用するだけのような、いわば政府の被用者と同様に私的主体が機能する場合というのも、私的主体による政府権限の行使にあたる<sup>185</sup>。

以上の例については比較的合意が得られやすいものであるとされるが、政府権限が含まれていることにつき明白でないものとして Metzger が指摘するのは、私的主体が伝統的に自ら担ってきた任務について、政府がその実質的な裁量を認めているようなケースである。例えば、Blum 判決で登場したナーシング・ホームは、専門的判断に基づきサービス切り下げを決定したのであるが、それは同時に、患者が受ける政府による医療扶助が減額されることも意味していた。この場合、患者の従属性に着目して、医療提供者の権限行使が政府的性格を有することになるとする議論もあるが、患者の従属性は、政府による扶助の有無にかかわらず生じるものであるので、従属性に着目した政府権限の判定の仕方は退けられる<sup>186</sup>。

Metzger が重視するのは、政府給付（government benefit）や政府資源（government resource）への第三者のアクセスに対するコントロールを私的主体が行使しているか否かであり、そのようなコントロールの行使が認められる場合に、私的主体は政府権限を行使していることになる。例えば、メディケアやメディケイドの MCO による医療提供の拒否は、それが専門的な医学上の基準によるものであるとしても、政府の補助のある医療への受給者のアクセスをコントロールしているといえる。別の例として、福祉プログラムの参加者に対して追加的な職業訓練が不要であると私的契約者が評価する場合にも、公的扶助のあるサービスへのアクセスに対するコントロールを行使しているといえる。バウチャー・プログラムに参加する私立学校が、規律違反した生徒を停学させる場合も同様である<sup>187</sup>。

<sup>183</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1396-97.

<sup>184</sup> ただし、下級審判決における民営刑事施設の行為のステイト・アクション認定の根拠は、それほど単純なものとはなっていない。この点については、第二章第二節を参照。

<sup>185</sup> *Id.* at 1397.

<sup>186</sup> *Id.* at 1398.

<sup>187</sup> *Id.* at 1398-99.

もっとも、政府の補助のあるサービスへのアクセスに対するコントロールを認定する際には、そのコントロールを行使する私的主体との関係で、政府がどのような立場にあるのかも考慮される。例えば、政府があるコミュニティにおける職業紹介サービスの提供を単に促進する目的で、職業紹介を行う NPO に対して資金援助する場合には、そこでの職業紹介相談員の活動は真に独立したものであり政府的性格を帯びるとはいえない。しかし、もし政府が、所得扶助の受給条件として NPO の職業紹介プログラムへの参加を福祉受給者に要求するなどして、政府の福祉プログラムの実施のためにその NPO を利用するのであれば、私人たる相談員と州福祉省の相談員との区別は消失することになる。こうした、政府による私的主体の利用という要素も政府権限の認定の際には考慮されることになる<sup>188</sup>。

## (2) 憲法的アカウントビリティ<sup>189</sup>

Metzger によれば、憲法的アカウントビリティの原理は、(明示的に述べられることは少ないが) アメリカ憲法の基盤をなすものである。同原理から導かれるのは、第一に、憲法の最高性と立憲政体、すなわち、憲法は政治部門が変更できない制約を政府に課している、ということである。重要なのは、憲法の制約というのは、正式な政府機関が行動するときだけでなく、政府権限が行使されるときにはいつでも(行使主体の属性に関係なく)適用されるということである。もし正式な政府の行動にしか憲法が適用されないならば、憲法に拘束された政府という考え方は骨抜きにされてしまうからである<sup>190</sup>。

憲法的アカウントビリティの第二の局面は、憲法の制約の執行のされ方に関わる。憲法的アカウントビリティは、政治的アカウントビリティによって確保される場合と、法的アカウントビリティによって確保される場合とがある。政治的アカウントビリティは、基本的な憲法の制約を無視した者が選挙等の政治過程を通じて公職から排除されることによ

---

<sup>188</sup> *Id.* at 1399.

<sup>189</sup> アカウントビリティの語は、しばしば説明責任と訳されるが、ここでの意味は、行政が一般公衆に対して情報を提供する責務、という情報公開法との関係でイメージされるものとは異なり、問責者と答責者(行為者)との関係を表す概念であり、さらに、答責者(行為者)に対する制裁の可能性が含まれるものと理解すべきであると思われる。興津征雄「グローバル行政法とアカウントビリティ——国家なき行政法ははたして、またいかにして可能か」浅野有紀ほか編著『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂、2015年)69-78頁。また、日本において、アカウントビリティの概念が本来持っていた制裁の意味を失いつつ、情報開示や透明性という意味で理解されるようになった経緯については、山本清『アカウントビリティを考える——どうして「説明責任」になったのか』(NTT出版、2013年)第2章を参照。

<sup>190</sup> *Id.* at 1400-01.

この点に関して、「州政府あるいは連邦政府が、合衆国憲法によって課される最も重大な義務を単に会社の形態に頼ることによって逃れられる、とは確かにいえない」述べる判決として、*Lebron v. Nat'l R.R. Passenger Corp.*, 513 U.S. 374, 397 (1995).

て憲法の制約を執行するものであり、法的アカウントビリティは、裁判所における司法審査を通じて個人が憲法の制約を執行するものである。Metzger が焦点を当てるのは後者である。したがって、後述する憲法的アカウントビリティを確保するためのメカニズムというの、司法を通じた憲法の制約の執行の確保が念頭におかれている<sup>191</sup>。

なお、憲法的アカウントビリティを確保するために政府のパートナーたる私的主体に対して憲法を適用すれば、その私的主体の自律性が脅かされることも起こり得るが、政府は、例えば資金提供を受ける条件として、私的主体に対して制約を課することができる。したがって、ここでより重視されるのは、裁判所が憲法の要求を私的主体に適用することによる、政府の規制権限に対する影響である。政府のパートナーたる私的主体それ自体に憲法の制約を適用すれば、その私的主体を拘束する規範の決定権限を政治部門から裁判所に移転させることになってしまい、その結果、政府が、私人のもつ専門性や柔軟性、市場競争を利用することにより、より効率的で革新的な政府プログラムを創出することが困難になるのである。そのため、そうした「民営化」の効用を活かしつつ、恣意的な権限行使に対処するための規制を構築する政府の能力が重要になるのである。また、この点に関して、政府に対して実験の余地を与えることの重要性についても言及されており、実践経験が規制の選択肢についての情報提供を可能にし、政府が新たに生じた問題に対処することも可能になると Metzger は述べる<sup>192</sup>。

## 2 構造

「私人への委任分析」は、主として二つのステップから成り立っている。第一のステップは、憲法上問題となる私人への委任を特定することである。もちろん、それは私人が政府権限を行使している場合ということになるのであるが、その特定を容易にするための指針の提供が試みられる。問題となる私人への委任が特定されれば、第二のステップとして、その委任において憲法的アカウントビリティを確保するためのメカニズムが存在しているかどうかを審査される。そうしたメカニズムが存在しなければ、その私人への委任は違憲となる。

### (1) 問題となる私人への委任の特定

私人への委任といっても、それには極めて多くのものが含まれ得る。許認可 (license)

---

<sup>191</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1401.

<sup>192</sup> *Id.* at 1406-09.



や法人設立特許 (corporate charter)、さらには、財産法上および契約法上の権利なども、私的主体に対する権限委任と言い得るものである。しかし、こうしたものまで含まれてしまうとすれば、およそ公私区分を否定することになってしまうだろう<sup>193</sup>。そこで、政府による「民営化」に特徴的な要素を見出すことが必要になるのだが、Metzger が着目するのは、「民営化」の場合には、私的主体が、自らの利益のためだけでなく、政府のために (on the government's behalf) 行動することが可能になるように権限を付与されている、という点である。政府のために行動するにもかかわらず、それに対して憲法の制約が及ばなくなってしまうことは、憲法的アカウンタビリティの確保にとっての脅威になる<sup>194</sup>。

ここで注目されるのが、代理法 (law of agency) である。私法においては、長らく、ある主体が別の主体のために行動する権限を付与されるという関係性に起因する危険性が認識されており、そうした関係性への対応が代理法によって担われてきた。そして、この代理法を参考にして、問題となる私人への委任の特定に際しての指針の提供が試みられることになる。代理は以下のように定義される。「代理とは、ある者 (本人) が他の者 (代理人) に対して、代理人が本人の支配・監督のもと、本人のために行為することへの (本人による) 容認を表明し、かつ、(代理人の方でも) 代理人がそのように行為することの容認、もしくは何らかの形で同意を表明するときに生じる信認関係 (fiduciary relationship) である<sup>195</sup>」<sup>196</sup>。

ここで重要な点は、第一に、代理人による本人のための行為に焦点が当てられていることである。これは、前述した、政府のための行動であることがもたらす危険性に対応するものといえる。第二に、代理人に対する本人による支配・監督である。本人による支配・監督の存在は、本人たる政府への帰責を根拠づけるとともに、そうした支配・監督により代理人たる私人の憲法回避の危険性がより大きくなるため、それに対応するものでもある<sup>197</sup>。

注意を要するのは、ここでいう支配・監督が、ステイト・アクション法理の関係性理論

---

<sup>193</sup> *Id.* at 1462.

<sup>194</sup> *Id.* at 1462-63.

<sup>195</sup> Restatement (Third) of Agency § 1.01 (2006). 翻訳は、樋口範雄=佐久間毅編『現代の代理法—アメリカと日本』(弘文堂、2014年) 284頁に従った。なお、Metzger, *supra* note 1, at 1463では、執筆時期(2003年)との関係で第三次リステイトメント草案 (Restatement (Third) of Agency § 1.01 (Tentative Draft No.2, 2001)) が引用されているが、第三次リステイトメントにおいても変更はない。

<sup>196</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1463.

<sup>197</sup> *Id.* at 1463-64.

における、私人の特定の行為に対する政府の関与や、私人そのものと政府との間の広範な関わり合い（第一章第一節1参照）よりも射程の広いものである、ということである。代理法では、本人が代理人の特定の行為を実際に支配・監督している必要はなく、本人が代理人の行為を支配・監督する権限を有していれば足りるとされている。そのため、代理人が独立した決定をする場合や裁量を有する行為に従事する場合であっても、本人による支配・監督は存在し得ることになる。例えば、第一章第一節で登場した **Rendell-Baker** 判決と **Blum** 判決では、いずれもステイト・アクションが認定されなかったのであるが、両事件における私人たるサービス提供主体は、ともに、州による授権（前者は契約、後者は州法に基づく）を受けていることに加えて、財政基盤のほとんどが州による資金提供に依存しており、また、州による広範な規制にも服していたことから、州は事実上支配・監督の権限をもっていたといえることになる<sup>198</sup>。

もっとも、代理法は、憲法上問題のある私人への委任を特定するための有用な出発点であるとはいえるが、そのための排他的なテストとして想定されているわけではない。私的主体が政府の代理人であるか否かではなく、その私的主体が政府権限を行使しているか否かこそが究極の問題である<sup>199</sup>。その意味で、代理関係の存在は、問題のある私人への委任を特定するための十分条件であって、必要条件であるべきではない、ということになる。また、ハードケースが存在することも当然想定されるが、時間の経過とともにより明確性が増していくとの見通しを **Metzger** は示している。さらに、ステイト・アクション法理とは異なり、代理の認定が受任者たる私人に対する直接の憲法の適用を導くわけではないことから、代理を認定する側で誤る余地が存在するとも述べる。そして、代理の認定がなされれば、憲法的アカウンタビリティが適切に確保されている否かが問われる段階に進むことになる<sup>200</sup>。

## (2) 憲法的アカウンタビリティが確保される形での私人への委任の構築

---

<sup>198</sup> *Id.* at 1464-66.

<sup>199</sup> *Id.* at 1469. 代理関係は否定されるが私人に政府権限が付与されている例として **Metzger** があげるのは、刑事裁判における被告人による陪審員の専断的忌避の行使である。第一章第一節2で登場した **Georgia v. McCollum**, 505 U.S. 42 (1992)がその例とされる。専断的忌避は、政府機関の構成員（陪審員）の選出に役立つという点で政府権限であるといえるが、それは政府のためではなく被告人自身の利益のために行使されるものであるし、被告人による専断的忌避に対して政府による支配・監督があるわけでもない。 **Metzger**, *supra* note 1, at 1469.

なお、この論理は、民事裁判における陪審員忌避にも妥当すると思われる。同じく、第一章第一節2で登場した **Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.**, 500 U.S. 614 (1991)を参照。

<sup>200</sup> **Metzger**, *supra* note 1, at 1470.

憲法的アカウントビリティの確保の仕方には複数の形態があるが、大きく二つに分類できる。一つは、個人が政府権限の行使に対する憲法の制約を主張できるようにするための代替的なメカニズムを設けることで、もう一つが、政府権限を限定的にしか行使できないような形で私人への委任を構築することである。以下では、この二つのアカウントビリティ確保の形態をより詳しくみていく。

(a) 憲法の制約を執行するための代替的メカニズム

代替的メカニズムのもっともわかりやすい例は、私人の決定に対する政府の監督 (supervision) である。そうした政府の監督が憲法的アカウントビリティの要求を満たすには、私的主体による特定の決定や方針、手続を個人が争うことを可能にするような不服申立てシステムの形態をとったものでなければならない。そうしたシステムによって、私人たる受任者による権限濫用に対する行政のチェックが可能になるだけでなく、後に裁判所において憲法上の主張をするための根拠が提供されることになる。例えば、適正手続を欠いた私人の決定や人種差別に基づく私人の決定に対して、不服申立てを受けた政府が救済を拒否すれば、それは、そのような私人の決定を政府が肯定したものとみなすことができるので、個人はその政府の救済拒否決定それ自体に対して憲法上の主張を提起できることになる<sup>201</sup>。また、こうした監督は、その対象が憲法違反の是正にとどまるものではなく、場合によっては、契約上の要求を執行することにより、「民営化」されたプログラムの有効性や質を改善することにも資するものになるとされる<sup>202</sup>。

憲法の制約を執行するための代替的メカニズムは、政府による監督に限定されるものではない。例えば、私人による決定の代わりに、それとは別個の独立した政府による決定を得ることを可能にする仕組みを設けることも考えられる<sup>203</sup>。

さらには、権限を受任した私人に対して、憲法上の保護の代わりになるような実体的・手続的要求 (実定法や契約など) を課すことや、あるいは、そうした個別的な要求ではなく、その私人が憲法上の責務を引き受けることの一般的な要求を課すこともあり得るとされる。ただし、これらの場合には、個人が、権限を受任した私人に対して、上述の個別的な要求ないし一般的な要求を執行できるようにするための訴権が付与されていなければならない<sup>204</sup>。

---

<sup>201</sup> *Id.* at 1471-72.

<sup>202</sup> *Id.* at 1472.

<sup>203</sup> *Id.* at 1474.

<sup>204</sup> *Id.*

ここで注意を要するのは、こうした代替的メカニズムの適切性を評価する際に、私人たる権限受任者が関与していることにより、憲法上の保護の内容が変化するか否かという点である。憲法的アカウントビリティの原理からすれば、私人への委任であるからといって憲法上の保護の内容が変化することは否定的に捉えられるが、他方で、私人たる受任者が政府と同一の憲法上の制約に服するとしたら、その私的結社の自律や他の自由が脅かされることにもなる。したがって、裁判所には、競合する憲法的価値の衡量が要請されることになる。ただし、政府に対する憲法上の制約の内容はベースラインを示すものであるから、そこからの逸脱には正当化根拠が必要になるとされる<sup>205</sup>。

#### (b) 政府権限を限定した形での私人への委任の構築

私人が政府権限を行使するという現象は、必ずしも権限濫用の危険性を伴うわけではない。例えば、受任者が多数存在する場合には、それらが互いに競争しながら政府のために権限行使することにより、どの受任者もプログラム参加者に対して独占的なコントロールを行使することができなくなる。したがって、受任者が多数存在するような形で私人への委任を行えば、憲法的アカウントビリティは確保されることになる<sup>206</sup>。

この文脈において、憲法的アカウントビリティへの懸念を最小化する役割を担うのは個人の選択である。サービス受給者が自らのために決定するという事実によって、権限行使のもたらす危険性が低まるのである<sup>207</sup>。もっとも、受給者自らの決定という論理にとって重要なのは、個人による選択が実質的なものでなければならないことである。例えば、あるサービスが、いったん開始されたらその提供者を変更することが困難であるような性質を有している場合には、多数の受任者の存在と受給者自らの選択という要素は、政府権限の行使からの保護という意味合いを持たなくなる。したがって、Blum 判決に登場するようなナーシング・ホームの場合には、高齢者や弱者が移転を強いられる際に心的外傷を負うこともあることから、受給者の選択が実質的なものとはいえず、憲法的アカウントビリティが確保されているとはいえないことになる<sup>208</sup>。

加えて、選択の実質性という観点からは、代わりとなるサービス提供者の利用可能性に

---

<sup>205</sup> *Id.* at 1475-76.

なお、私人が関わることによる憲法上の保護の内容の変化については、本章第二節 2 で検討される。

<sup>206</sup> *Id.* at 1477.

<sup>207</sup> この点に照らして、受給者自らの決定という論理は、受任者が多数存在するような形での委任のあり方にとどまるものではなく、例えば、ある種の自主規制の文脈において、影響を受ける個人が直接に規範内容の定立に参加する場合にも妥当すると Metzger は述べる。*Id.* at 1477-78.

<sup>208</sup> *Id.* at 1478.

ついでの情報や、提供者を変更するための手続についての情報を知らされていなければならない。そのため、政府が情報提供に関する一定の責任を負うべきことになるが、憲法が要求する情報提供がどの程度のものであるかは明確ではないとされる<sup>209</sup>。

政府権限を限定した形で私人への委任を構築するもう一つのアプローチは、私人たる受任者が権限行使をする際に、その権限行使が必然的に憲法の要求に適合するようにすることである。このアプローチの実例として引かれるのは、*Currin v. Wallece*<sup>210</sup>における規制である。これは、たばこの分類や格付けに関する統一的な基準を定める権限を農務長官に与えると同時に、その基準が特定のたばこ市場で効力をもつには、その市場のたばこ生産者の3分の2の同意を必要とすると定める連邦法が問題になった事例であるが、連邦最高裁はこれを合憲とした。この連邦法において、たばこ生産者は、農務長官が定める基準が効力を有するか否かを決定できるのみであり、基準の内容を決定することもできなければ、その基準の適用のされ方を決定することもできなかった。この場合には、たばこ生産者は、偏向した目的をもってさらには自己利益のために自らの権限を行使したとしても、憲法に反するとはいえないほどに限定された権限を与えられていたにすぎないのである。このような、委任される権限それ自体にあらかじめ限定を加えておくというアプローチも、憲法的アカウントビリティの確保に資するものとされる<sup>211</sup><sup>212</sup>。

---

<sup>209</sup> *Id.* at 1478-79.

<sup>210</sup> 306 U.S. 1 (1939).

<sup>211</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1479.

<sup>212</sup> なお、Metzger は、憲法的アカウントビリティの確保が適切になされていないために私人への委任が違憲と判断される場合に、裁判所がどのような救済を与えるべきか、という点についても検討を加えている。

まず、裁判所が私人への委任それ自体を無効とすることにより、政府に対して委任を合憲的に構築し直すように促す、ということが考えられるが、これについては、政治部門が憲法的アカウントビリティを確保するように私人への委任を構築する主たる責任を負うべきとする「私人への委任分析」の基本的なコンセプトに適合的である一方で、次のような問題がある。第一に、例えば、社会福祉プログラムのように、受益者がサービスを緊急に必要とする場合があることや、継続的なケアが重要になる場合があることをからすると、無効というのは極めて破壊的 (disruptive) な影響を持ち得るし、第二に、個人が受けた被害そのものが手付かずになってしまうという問題がある。

次に、私人たる受任者に対して直接に憲法の制約を適用するという救済方法が考えられるが、これについては、政府が引き続き受任者に頼ったままで十分な救済を与えることができるという点にメリットがある一方で、「私人への委任分析」の特徴である、権限付与やそれへの全体的な制約に対する構造的な視点を掘り崩してしまうことに加え、私人への委任をあらかじめ適切に構築することへの政府のインセンティブを削いでしまうという問題もある。

以上をふまえて、Metzger は、私人への委任を無効とすることがより良い選択肢であるとしつつ、裁判所は、破壊的な影響力を最小限にするあるいは侵害を受けた個人が回復されるような暫定的な救済を与えることに困難を感じるべきではないとする。他方で、憲法の直接適用に代わる適切な代替措置が存在しない場合もあり、その場合には憲法を直接適用すべきとする。

### 3 民営刑事施設を素材とした具体的適用

最後に、第二章および第三章での中心的な検討対象でもあった民営刑事施設を例にして、「私人への委任分析」の具体的な使い方をみていく。まず、憲法上問題となる私人への委任にあたるか否かについては、現在のステイト・アクション法理の下でも肯定されることになるだろうが<sup>213</sup>、「私人への委任分析」の枠組みに従った場合でも、政府と刑事施設運営者との契約の存在により代理関係が認定されるし、また、単に拘禁が本来的に政府権限の行使であることから、刑事施設の「民営化」は憲法の精査に服すべき私人への委任にあたることが導かれるとされる<sup>214</sup>。

次に、憲法的アカウントビリティの確保の有無については、行政への不服申立てシステムにより、被収容者が刑事施設の決定や行為を争えるようにすることが考えられるが、刑事施設の運営者や看守により行使される権限があまりに広範囲に及ぶものであり、また、刑事施設職員と被収容者との相互関係があまりに裁量の大きいものであることからすれば、そうした性格のものを不服申立てのような間接的な統制システムのみによって管理するのは不可能であろう。したがって、民営刑事施設が被収容者の憲法上の権利を尊重し、さらに、被収容者が民営刑事施設に対して侵害行為を訴訟で争えるようにすることを、規制や契約の条項を通じて民営刑事施設に課す、ということが適切な代替的メカニズムであると Metzger は考えている<sup>215</sup>。

なお、West 判決で問題になったような、被収容者に対する医療提供を私人に委ねる場合については、別の憲法的アカウントビリティ確保のあり方も可能とされている。例えば、被収容者が選んだ医師による医療に対して政府が資金提供し、被収容者が意味のある選択を許されている場合であれば、医師が医療へのアクセスに対する独占を行使できなくなるため、憲法的アカウントビリティは確保されることになる<sup>216</sup>。

---

例えば、被告人による陪審員の専断的忌避では、憲法の直接適用を認めなければ、専断的忌避権を被告人に与えること自体を禁止するしかなくなるので、憲法を直接適用すべき場合に当たる。憲法の直接適用が適切である別の例として、受任者に対して憲法の保護に相当する要求を実定法や契約を通じて課したり、憲法に服することの一般的な要求を課すことで、政府が憲法の制約を執行できるようにしておく場合があげられている。

以上につき、*Id.* at 1480-83.

<sup>213</sup> 第二章を参照。

<sup>214</sup> *Id.* at 1499.

<sup>215</sup> *Id.* at 1500.

<sup>216</sup> *Id.* at 1500-01.

## 第二節 検討

以上のように、「私人への委任分析」は、政府権限概念（とりわけ政府給付への第三者のアクセスに対する私的主体によるコントロール）とその把握のための指針としての代理法の発想を組み込むことにより、第一章でみたような既存のステイト・アクション法理では憲法の制約が及ばないような事例の問題性を明らかにしつつ、憲法的アカウントビリティの果たし方が多様であることをふまえて、私人それ自体に対して憲法の制約を及ぼすことなく（したがって、「民営化」の効用を活かすための政府の規制権限を尊重しながら）、憲法規範の要請を実質的に確保した形での私人への委任の構築を模索するものであった。

以下では、この議論がアメリカ憲法の基本的な考え方とどのような関係にあるのかを確認したうえで、「私人への委任分析」の理論的な特徴を明らかにする。

### 1 公私区分の維持と政府の保護義務の否定

まず、確認すべき点は、「私人への委任分析」では公私区分が維持されていることである。すなわち、「私人への委任分析」は、その第一ステップ（本章第一節2(1)）において、憲法上問題となる私人への委任を特定するのであるが、その際に、ステイト・アクション法理とは異なるものの、憲法の制約が及ぶべき私的主体の行為、すなわち、「公」の領域に属すべき行為を判定するという作業をしており、その限りで公私区分は維持されているといえる。したがって、既存のステイト・アクション法理とは、その区分の仕方が異なるものの、公私区分それ自体を廃棄すべきとする議論<sup>217</sup>とは一線を画しているのである<sup>218</sup>。

その点とも関わってより興味深いのは、独立した私人がもたらす損害から個人を保護する義務（*duty to protect*）を政府が原則として負わないという原理との整合性についても言及されていることである<sup>219</sup>。政府が主体的に憲法的アカウントビリティ確保の措置をとることを促すことに「私人への委任分析」の主眼がおかれていることからすれば、政府の保護義務の否定との整合性は確かに疑問のあるところではある。この点について、Metzgerは次のように述べる。「私人への委任というのは、政府が、私的主体による損害への対処を

---

<sup>217</sup> こうした議論に対する Metzger 自身による分析として、*Id.* at 1446-48.

<sup>218</sup> *Id.* at 1484-85.

<sup>219</sup> *Id.* at 1485.

怠った状況を表すものではなく、政府プログラムに対する決定権限を私人の手に委ねることにより、政府が積極的に行動した状況を表すものである。したがって、私人への委任が適切に制約されることを確保する責務を政府に負わせるのは、単に政府自らが憲法の要求に従って行動することを要請するにすぎない<sup>220</sup>」のである<sup>221</sup>。こうした「民営化」における政府の主体性という観点は、第三章第三節3でも強調したところではあるが、こうした観点が保護義務の原則的否定というアメリカ憲法の基本構造との整合性の担保のために引き出されているのは、極めて興味深いものである。

このように、「私人への委任分析」には、公私区分の維持と政府による介入への消極的態度<sup>222</sup>というアメリカ憲法の基本的な考え方との整合性への意識が表れているといえるのであるが、そうであるがゆえに、そこには政府の積極的な役割の基礎づけ方のアメリカの特徴もまた表れているといえる。

## 2 裁判所による採用可能性と実行可能性

アメリカ憲法の基本的発想との整合性は担保されているものの、判例法理の現状からして、「私人への委任分析」の裁判所による採用可能性について疑問を呈する見解もある<sup>223</sup>。裁判所による採用の見込みの低さについては、憲法の精査に服する事例の範囲がステイト・アクション法理と「私人への委任分析」とでは異なり得ることから、Metzger 自身も認めているところである。もっとも、「民営化」が進展するにつれて、裁判所が、第一章でみたような既存のステイト・アクション法理の明らかな不適切性に直面して、私人の行為を憲法の制約に服せしめ（constitutionalize）政治部門の規制権限を押しつけるか、政府権限の行使が憲法の精査から免れることを許容するか、の選択を迫られる結果、ステイト・アクション法理に根本的に手を加え、「民営化」の代価として憲法的アカウンタビリティを確保する責務を政府に課すようになるかもしれない、との見通しを Metzger は示している<sup>224</sup>。

<sup>220</sup> *Id.* at 1485.

<sup>221</sup> ここでの言明は、考察対象とする「民営化」現象をどのように捉えるかということと密接に関わっている。すなわち、アメリカにおける多くの「民営化」現象は、政府の不作为への回帰ではなく、政府プログラムに対する権限の私人への移転を伴う、政府の行為の形態の変化を表している、と捉えられるのである。*Id.* at 1406. なお、注（1）も参照。

<sup>222</sup> この点を示した著名な判例として、*DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 195-196 (1989). 注（132）も参照。

<sup>223</sup> DONNELLY, *supra* note 120, at 287.

<sup>224</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1484.



裁判所による採用可能性については、もはや実践に委ねられた問題であり、また、Metzger 自身も十分認識していることでもあるため、それほど重要であるとはいえない。むしろ、検討の必要があると思われるのは、アメリカの裁判所が「私人への委任分析」を果たして (Metzger が想定するような形で) 使いこなせるのか、という点である。

こうした、裁判所による実行可能性という観点からまず注目したいのは、Metzger が、政府により講じられる憲法的アカウントビリティ確保のための措置の合憲性を判定する際の基準あるいは考慮要素を、詳細に論じていないことである。例えば、不服申立て制度を設ける場合であれば、それを効率的に運用するために争訟期間など一定の手続的制約を課すことになると思われるが、どの程度の制約であれば合憲といえるのか、といったことや、私的サービス提供主体による独占的コントロールを防止するために利用者個人の選択を実質化する場合であれば、どの程度の選択肢が確保されていけばよいのか、また選択の前提としてどの程度の情報提供がなされていけばよいのか、といった点が明確にされているわけではない。したがって、政府によりとられた憲法的アカウントビリティ確保のための個別の措置の合憲性を果たして裁判所が判断できるのか、という点には不安が残るといえる。

「私人への委任分析」が「政府は悪事をなさず」の発想に依拠しているとする批判的な見解があるが<sup>225</sup>、同様の趣旨であると解される。

また、裁判所による「私人への委任分析」の実行可能性への別の懸念材料として、Metzger が、利益衡量の結果として憲法上の権利の保障内容が変化することを想定していることがあげられる。すなわち、憲法的アカウントビリティ確保のための代替的メカニズムの合憲性を判定する際に、私人たる受任者も権利享有主体であることにより、受任者と受益者との間の利益衡量が必要になる場合が想定されているのである (本章第一節 2 (2) (a))<sup>226</sup>。ステイト・アクション法理は、一定の要件を満たした私人を政府と同視することにより、政府を拘束する憲法上の権利の保障内容と同一のものが、その政府と同視された私人を拘束する、というものである。こうした政府か私人かの二者択一的思考にとって利益衡量は異質なものであるため<sup>227</sup>、私人間紛争における憲法判断において、政府か私人かの二者択一的思考に馴染んできたアメリカ連邦裁判所が、私人間における利益衡量を適切に実行で

<sup>225</sup> Chiang, *supra* note 64, at 672-73.

<sup>226</sup> ただし、利益衡量の要否が検討されるのは、憲法上問題となる私人への委任の特定 (本章第一節 2 (1)) の後の段階であるので、利益衡量が全面化することにはならない。Metzger, *supra* note 1, at 1476.

<sup>227</sup> ただし、連邦最高裁のステイト・アクション該当性判断は、実際には、私人間の利益衡量の結果を示すものにすぎない、との見解が存在することにつき、木下・前掲注 (29) 119、152 頁。

きるかは一つの論点であると思われる<sup>228</sup>。

憲法上の権利の保障内容の変化との関わりで、宗教系私立学校による教育サービスの提供について具体的に考えてみたい。Metzger は、チャーター・スクールやバウチャー・プログラム参加私立学校を念頭において、「正当な自律や結社の利益と調整するために、いくつかの憲法上の権利の保障内容 (substance of constitutional right) が変化することがあり得る」とし、「おそらくバウチャー・プログラムに参加する宗教系学校は、修正 1 条を侵害することなく、学校の敷地での他の信仰の唱道を禁止できるべきである」と述べる<sup>229</sup>。ここでは、宗教系学校の自律性とその学校の敷地で宗教活動をする者の利益との衡量が試みられているのであるが、他方で、自らの宗教的信条とは異なる宗教活動を規制する組織が公金支出を受けていることの問題性、あるいは、そもそも公金支出を宗教系組織が受けることそれ自体の問題性の有無については言及されていない。

宗教系私立学校が参加するバウチャー・プログラムの合憲性が争われた *Zelman v. Simmons-Harris*<sup>230</sup>において、連邦最高裁は、結果的に宗教系学校に多くの公金が支出されることになっても、それは、公立・私立学校、宗教・非宗教学校の中から個人が「真の選択<sup>231</sup>」を行使した結果にすぎないという論理で、当該バウチャー・プログラムが国教樹立禁止条項に違反しないと判示した。この事件で注目したいのは、本プログラムでは、私立のプログラム参加校が、「人種、宗教あるいは民族的背景に基づいて差別しないこと」に同意しなければならなかったことである<sup>232</sup>。ただし、本判決では、こうしたプログラム参加条件の必要性については判断されていないため、こうした条件がなかった場合に国教樹立

---

<sup>228</sup> 私人間における利益衡量を念頭においたものではないが、「原理の衡量によって柔軟に準則を変更することに対するアメリカ人の違和感」(村上健太郎「手続的デュー・プロセスにおける原理と準則——プロポーショナリティ・アナリシスとカテゴリーカル・アナリシス」高橋和之古稀記念『現代立憲主義の諸相・下』(有斐閣、2013年)675頁)や「利益衡量に対するアメリカの警戒感」(阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量——『シールド』としての権利と『切り札』としての権利」一橋法学9巻3号(2010年)717頁)を指摘するものがあることも想起されるべきであろう。

<sup>229</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1498-99.

<sup>230</sup> 536 U.S. 639 (2002). 本判決を扱う日本語文献として、金原恭子「*Zelman v. Simmons-Harris*, \_ U.S. \_, 122 S.Ct. 2460 (2002)——公教育が危機に瀕している学区において宗教系私学を含む学校選択の機会を低所得層にも与える為に、オハイオ州が策定した授業料補助制度(バウチャー制)は、第1修正の国教条項 (Establishment Clause) に違反しない」[2003-2] 329頁以下、神尾将紀「アメリカにおける宗教学校に対する政府援助に関する判例法理の新展開——スクール・ヴァウチャー合憲判決をめぐって」宗教法24巻(2005年)57頁以下。

<sup>231</sup> *Id.* at 662.

<sup>232</sup> *Id.* at 645.

禁止条項に反するか否かは開かれた問題であり<sup>233</sup>、プログラム参加の条件を課さなくてもよいとする Metzger の立場が、現在の判例法理と整合しないとはいえない<sup>234</sup>。ただし、ここで指摘しておきたいのは、宗教が関わる場合には、宗教系組織の自律性だけでなく、その宗教系組織に対して公金支出すること自体の正当性も考慮されなければならない、ということである。「民営化」において政教分離の要請とどのように折り合いをつけるべきかは、「民営化」に軸足をおいた一般理論だけでは不十分であり、宗教への政府の関わり方という各論的検討がふまえられる必要があると思われ、この領域では特に、裁判所は困難な判断を迫られることになりそうである。

### 3 ステイト・アクション法理の過剰包摂性への対処の意味

もともと、「私人への委任分析」が憲法的アカウントビリティ確保のためにとられた個別の措置の合憲性を判断するための枠組みを用意していないというのは、ある意味「折り込み済み」であるともいえる。というのも、本章第一節 1 (2) でも言及したように、「私人への委任分析」には、「民営化」の効用を活かすための政府の規制権限の尊重という方向づけが本来的に組み込まれているからである。

そもそも、既存のステイト・アクション法理が私人による政府権限の行使を適切に捕捉できないのであれば、ステイト・アクション法理それ自体を改善すればよい（「私人への委任分析」に即していえば、第一ステップの憲法上問題となる私人への委任の特定だけでよい）のであって、憲法的アカウントビリティ確保のあり方の多様性への配慮は特段必要のないものである。にもかかわらず、「私人への委任分析」の第二ステップにおいて、憲法的アカウントビリティ確保のあり方の多様性を承認し、さらには、憲法上の権利の保障内容の変化をも想定しているのは、私的主体に対する憲法の直接の適用が不要である場合にまで憲法を適用してしまえば、「民営化」の効用を阻害することになりかねないと Metzger が考えているからである。ステイト・アクション法理の場合には、憲法は適用されるかされないかの二者択一であり、しかもその適用対象は私人の行為である。したがって、実質的にみて私人に対する憲法の適用が不要である場合や、政府に適用されるのと同じの内容

---

<sup>233</sup> Kathleen M. Sullivan, *The New Religion and the Constitution*, 116 HARV. L. REV. 1397, 1420 (2003).

<sup>234</sup> なお、バウチャー・プログラム参加校に対して公共的価値を担保するための条件を課すべきとする議論として、MARTHA MINOW, PARTNERS, NOT RIVALS: PRIVATIZATION AND THE PUBLIC GOOD 118 (2002); Minow, *supra* note 181, at 1261.

の憲法規範を適用するのが不適切な場合への対処能力を、ステイト・アクション法理は有していないのであり、こうしたステイト・アクション法理の過剰包摂性への対処というのが「私人への委任分析」にとって課題の一つとなるのである<sup>235</sup>。

そのため、公私区分を維持しつつステイト・アクション法理の改善のみを提唱する学説は、Metzger にとって批判の対象となり得る。例えば、ステイト・アクション認定のための単一のテストの完全な充足が認められない場合であっても、複数のテストの要素を組み合わせる総合的にステイト・アクションの有無を判定していくべきとする学説が存在するが<sup>236</sup>、これに対して、Metzger は、ステイト・アクション法理の過剰包摂性への対処が手つかずになっていると批判するのである<sup>237</sup>。

したがって、本節2で指摘したように、「私人への委任分析」のなかに、憲法的アカウントビリティ確保のためにとられた個別の措置の合憲性を判断するための精緻な枠組みが存在しないというのは、ステイト・アクション法理の過剰包摂性が政府の規制権限を否定することになり、それが「民営化」の効用を阻害してしまうとの問題意識によるところが大きいと考えられる。実際、Metzger は、「私人への委任分析」の下では、裁判所中心のイメージとは異なる形で憲法が機能するとし、「裁判所は、憲法上のベースラインを提供するが、そのベースラインを実践に移すのは、選挙で選ばれる部門たる政府の任務である」と述べており<sup>238</sup>、憲法的アカウントビリティ確保における政府の裁量の余地を認める姿勢を明示しているのである。

とはいえ、政府のとった措置に対する裁判所による合憲性審査がまともに機能しなければ、「アメリカ憲法の基盤」であるとされる憲法的アカウントビリティの原理（本章第一節1(2)）は、ほとんど無意味なものになってしまう恐れがある。前述した「私人への委任分析」に組み込まれた政府の規制権限の尊重といった方向づけにより、政府が適切であると判断した憲法的アカウントビリティ確保のための措置を、裁判所がひたすら追認するといった事態が生じないかは、懸念されてしかるべきことのように思われる。

そうすると、「私人への委任分析」の成否は、特定の「民営化」の文脈において、私人間における特定の憲法上の権利の衡量を前提に、政府がとった特定の代替的メカニズムに対

---

<sup>235</sup> この点については、注(75)も参照。

<sup>236</sup> Ronald J. Krotoszynski, Jr., *Back to the Briarpatch: An Argument in favor of Constitutional Meta-Analysis in State Action Determinations*, 94 MICH. L. REV. 302,335-46 (1995).

<sup>237</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1451-52.

<sup>238</sup> *Id.* at 1460.

する裁判所の判断の積み重ねを通じて、その判断の準則化がどの程度図られるかに依存してくるように思われる<sup>239</sup>。これは容易なことではないだろうが、逆にいえば、こうした困難な道に可能性を見出さざるを得ないという点にこそ、「民営化」の効用と裁判所による憲法的統制とのバランスをとることの難しさが表れているように思われる。

#### 4 政府の役割強化への懐疑？

本節1でも言及したように、Metzgerの議論は、総じて言えば、「民営化」実施主体としての政府に対して一定の役割を負わすことに主眼を置くものとみることができる。もっとも、一口に政府の役割強化といっても、その程度には濃淡があり、政府が不服申立て制度等を設け、政府自らが監督の役割を引き受けるものから、受任者に対して憲法上の権利に拘束されるとする一般的な要求を課すことに留まるものまで様々である(本章第一節2(2)(a))。前者のようなシステムは、決定等の(不服申立ての対象とするうえで)特定が比較的容易な行為に適しており、他方、後者は、刑事施設における看守の業務のような、権限が極めて広範囲に及ぶために不服申立て制度による間接的な統制が困難な任務<sup>240</sup>に適しているといえる。

ここで注目したいのは、後者の、憲法に服することの一般的な要求を課すことによる憲法的アカウントビリティ確保のメカニズムについてである。こうしたメカニズムにおいては、実際に違憲行為が生じた際に被害者が受任者を直接訴えることを可能しておくだけで憲法的アカウントビリティは確保されることになり、受任者による違憲行為に対して政府が法的責任を負ったり、あるいは、政府が受任者による違憲行為を抑止するための措置(モニタリング等)を講ずるといったことが想定されているわけではない。このことが意味するのは、権限が広範囲に及ぶ任務を委任する場合ほど、憲法的アカウントビリティを確保するための政府の負担が減っている<sup>241</sup>、ということである。

憲法の適用可能性が確保されることのみで憲法上の権利が実効的に保障されると考えることへの疑問から出発した本研究の立場からすれば、「私人への委任分析」がもたらすこう

---

<sup>239</sup> アメリカにおける手続的デュー・プロセスの判例の展開を素材として、古い準則が新たな状況に対応した原理の衡量を通じて流動化し、その流動化した準則が新たな状況を馴致するなかで、新たな準則へと変形する、という原理と準則との関係の動的な把握を試みるものとして、村上・前掲注(228)678頁。

<sup>240</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1500.

<sup>241</sup> もっとも、受任者に対して直接憲法を適用すれば、Metzgerが狙いとする私人の有する特性を活かす余地はその分小さくなる。

した帰結は、直感的には受け容れがたいものであるが、以下で述べるように、決して理由のないものではない。ここで注目したいのは、政府によるモニタリングを通じて憲法の遵守を促すよりも、受任者たる民間事業者が使用者責任を負わせることによって、民間事業者がその被用者による違憲行為のコストを内在化させた方が効率的であるとする議論である。それによれば、使用者責任は、使用者たる民間事業者が応答的に行動するためのインセンティブを与える一方で、政府によるモニタリングの必要性を低減させるのに役立つ、さらには、後述する政府によるモニタリングの限界を克服することにも役立つ。また、民間事業者がその被用者の行為を追跡する最良の立場にあるために、憲法の要求の遵守を確保するには、政府ではなく民間事業者に対して責任を課す方が、よりコスト効率の良いものになるとされる<sup>242</sup>。

この議論は、単に民間事業者に対して憲法が適用されればよいとすることにとどまることなく、民間事業者が有する利潤追求の行動原理に着目することによって、使用者責任を追及されないように民間事業者が主体的に被用者の任務遂行の適切性を確保する行動<sup>243</sup>をとるようになることを狙いとする点に特徴があり、その意味で、この議論には、理論上、違憲行為抑止のためのメカニズムが組み込まれており<sup>244</sup>、憲法上の権利の実効的な保障を重視する立場からは好意的に評価できる。

さらに、この議論では、政府によるモニタリングには欠陥があることも積極的に指摘さ

---

<sup>242</sup> Richard Frankel, *Regulating Privatized Government through §1983*, 76 U. CHI. L. REV. 1449, 1498 (2009).

<sup>243</sup> 能力のある被用者の雇用・養成も想定されている。 *Id.* at 1481-83.

<sup>244</sup> ただし、實際上、民間事業者の利潤追求の行動原理が能力ある被用者の雇用・養成に結びつくかは未知数である。第三章第一節でもみたとおり、現在の判例法理の下では私法人に対する *Bivens* 型訴訟の提起が不適法されており、使用者責任の追及による違憲行為の抑止を企図する議論が機能する前提が欠けているため単純な評価はできないが、民営刑事施設を念頭において、利潤追求の行動原理が人件費削減に結びつき、それが結果として民営刑事施設における不祥事の頻発の原因になっていると分析するものがある。それによれば、刑事施設の運営にかかる全費用のうち人件費がその大半を占めるため、刑事施設を運営する私企業は、利益を生み出すために人件費を削減しようとする。そして、給与が低いために、民営刑事施設の職員の離職率は高くなる傾向がある。時間をかけて被収容者との関係を発展させることが施設内の秩序維持や被収容者の社会復帰にとって重要であるところ、高い離職率により、そのような関係を形成することが困難になり、施設内の安全は危うくなる。さらには、労働条件それ自体の低さ（とそれに伴う離職率の高さ）だけでなく、民営施設ではコスト節約のために職員の訓練に多くの時間をかけない傾向にあるため、十分な能力のない職員が被収容者の処遇に携わるといった問題も指摘されている。Joshua Miller, *Worker Rights in Private Prisons*, in *CAPITALIST PUNISHMENT* 140-47 (Andrew Coyle et al eds., 2003). 同論文を紹介する日本語文献として、山口直也ほか「アンドリュー・コイル他編『刑事施設民営化と人権』の紹介(2)」山梨学院ロー・ジャーナル 2号 (2007年) 182頁以下 [笹倉香奈執筆]。

れている。それは、第一に、調達や購入契約のようなものとは異なり、伝統的な公共サービスの場合には成果の測定が困難であるということである。そのため、政府は測定可能な指標すなわちコストにより成果を測定するしかなくなり、その結果、コスト切り下げ圧力がはたらき、契約者はコストのかかる権利保障のための措置を怠るようになる。また、仮に有効な成果測定基準をつくれたとしても、複雑かつ多面的なプログラムに対して有効なモニタリングを実施するには、多くの情報およびそれを得るための多くの労働力を必要とし、結果としてコストがかかってしまうことにもなる<sup>245</sup>。第二に、契約者の不祥事は政府による契約者選択の失敗を意味することから、契約者の不祥事が公にならないようにするインセンティブを政府が有していることである。そのため、政府は、モニタリングの程度を低めることによって、契約者の不祥事が公になる機会を減らしつつ、仮に不祥事が公になったとしてもそれを知らなかったことにできてしまう<sup>246</sup>。第三に、とりわけ伝統的な公共サービスの市場が寡占状態にあることである。そのため、契約者が不祥事を起こしたとしても、それが契約の打ち切りにつながらないことがあり得るのである<sup>247</sup>。

Metzger が使用者責任の有効性や政府によるモニタリングの限界をどの程度意識していたかは定かではないが、少なくとも刑事施設における看守の業務のような、権限が広範囲に及ぶ任務の場合には、(使用者責任追及の可能性が確保されているのであれば) 受任者に対して憲法上の要求を一般的に課すことにとどめることが一定の合理性を有する、とはいえそうである<sup>248</sup>。

もつとも、こうした議論が成り立つには、いくつかの条件が必要になるように思われる。第一に、不法行為に基づく損害賠償システムが適切に機能することである。この点に関して、アメリカの不法行為法制度のメリットの一つとして、不法行為の抑止効果があげられていることが興味深い<sup>249</sup>。不法行為の抑止効果があると考えられるからこそ、損害賠償責任を負わされた(あるいは負わされないように努める)民間事業者が違憲行為を防止するための措置を主体的にとるようになることが想定できると思われる。また、アメリカでは、

---

<sup>245</sup> Frankel, *supra* note 242, at 1499-1500.

<sup>246</sup> *Id.* at 1500-01.

<sup>247</sup> *Id.* at 1501-02.

<sup>248</sup> 被収容者による訴訟をモニタリングの一形態として位置づける議論として、James Theodore Gentry, Note, *The Panopticon Revisited: The Problem of Monitoring Private Prisons*, 96 YALE L. J. 353, 366-67 (1986). また、稲葉・前掲注(151) 64頁は、こうした政府による規制の限界を意識した議論を、「私人による私人に対する公法的な訴訟を通じた『規制』を追求する学説」として位置付ける。

<sup>249</sup> 樋口範雄『アメリカ不法行為法(第2版)』(弘文堂、2014年) 13-14頁。

不法行為の悪性が強い場合には、懲罰的損害賠償 (punitive damages) が認められ得ることも大きいだろう<sup>250</sup>。第二に、民間事業者による権利侵害を受けた者が訴訟を提起しやすくすることも重要である。被害者が泣き寝入りすることのないような、訴訟提起をしやすくする制度的条件があつてこそ、使用者責任の有効性が説得力をもつものになると思われる<sup>251</sup>。

したがって、これらの条件の存在が合理的に疑われる場合には、民間事業者の使用者責任が問われればそれでよい、とはいえないことになるだろう。実際、民間事業者に使用者責任を負わせることの有効性を重視する論者にあつても、使用者責任は「アカウントビリティを促進し、私法人が法を遵守することを奨励するための重要なメカニズム」ではあるが、それが「完全な抑止」として機能するものと考えられているわけではない<sup>252</sup>。そのため、使用者責任を負わせること以外の、違憲行為抑止のための措置を検討する必要がない、ということにはならないと思われる。使用者責任追及の有効性が民間事業者の効用計算に基づくものである以上、その「計算」が狂った場合の手当ても用意しておく必要があると思われるのである。

## 5 違憲行為の抑止と透明性の可能性

「民営化」に際して不服申立て制度を設けたり、サービス提供者を多数確保したりするというのは、憲法的アカウントビリティ確保の手段になるというだけでなく、民間事業者による違憲行為の抑止にも資するものである。前者に関しては、受任者による違法な決定等の行為を政府が肯定してしまえば、政府の法的責任が問われることになるため、そのよ

---

<sup>250</sup> 同上 11 頁。

<sup>251</sup> この点からすると、刑事施設における被収容者による訴訟を抑制することを目的の一つとして 1996 年に成立した、**Prison Litigation Reform Act (PLRA)**は、使用者責任追及の有効性の根拠を掘り崩す要素となり得るように思われる。同法には、例えば、被収容者が刑事施設の収監条件 (prison condition) に関して連邦法に基づく訴訟を提起するには行政上の救済を尽くさなければならないとする規定 (42 U.S.C. § 1997e(a)) や、訴訟救助 (in forma pauperis) の対象になる被収容者に対して訴訟手数料の割賦支払いを義務づける規定 (28 U.S.C. § 1915(b)(1)-(2)) が存在する。なお、統計調査によれば、1996 年の被収容者 1000 人あたりの訴訟提起数が 23.2 件であるのに対して、1997 年は 15.0 件となっている。2001 年までの調査については、Margo Schlanger, *Inmate litigation*, 116 HARV. L. REV. 1555, 1583 (2003)。その後の追加の調査 (2012 年まで) については、Schlanger, *Trends in Prisoner Litigation, as the PLRA Enters Adulthood*, 5 UC IRVINE L. REV. 153, 157 (2015)。なお、2012 年は 10.2 件となっている。

PLRA に関する日本語文献として、鮎田実「1996 年刑務所訴訟改革法(Prison Litigation Reform Act, 1996)」比較法雑誌 38 巻 1 号 (2004 年) 169 頁以下、溜箭将之「アメリカの裁判における裁判官の手続的裁量の価値——刑務所訴訟改革法を例に」立教法学 70 号 (2006 年) 325 頁以下。

<sup>252</sup> Frankel, *supra* note 242, at 1477-78.



うな事態にならないように政府が受任者による決定を覆さなければならないし、あるいは、そもそも、頻繁に不服申立て制度を利用されてしまえば政府の負担が減らず、「民営化」することの意味がなくなってしまうため、あらかじめ政府が受任者に対して適切な決定をするように何らかの積極的な働きかけをすることも想定される。後者に関しては、多数のサービス提供者が存在すれば、サービス利用者が自らの選択権を行使することにより、特定のサービス提供者による違憲行為の発生の蓋然性を低めることが可能になるであろう。それに対して、憲法の制約に服することの一般的な要求を民間事業者に課すというのは、憲法的アカウントビリティの果たし方としては十分なものであっても、それが違憲行為の抑止として機能するかは、(本節4でもみたとおり) 不法行為法のありようと訴訟提起のしやすさに依存することになる。加えて、この憲法的アカウントビリティの果たし方が念頭においている任務が、刑事施設における看守の業務のような、権限が極めて広範囲に及ぶものであり、それをあらかじめ契約等で規律し尽くすことが困難であることからすれば、「私的契約者がこうした契約の空白をコスト節約の手段のために利用する<sup>253</sup>」潜在的な恐れに対して、憲法の制約に服することの一般的な要求が課されるだけで十分に対処できる、とはいえないように思われる。

ここで目を向けたいのは、使用者責任の追及が違憲行為の抑止につながると考える論者が、なぜそのような考えに至ったのか、という点である。その論者によれば、民間事業者は、違憲行為の発生により自らの評判が傷つくことになれば、政府との契約の獲得・更新に影響が出るため、そうならないように憲法上の権利を保護するインセンティブをもっている。しかし、そうした民間事業者の「評判への関心 (publicity concern)」は、公衆にさらされてこそ意味をもつのであるが、情報公開法制が原則として民間事業者に適用されないことに加えて、前述した政府によるモニタリングの機能不全により、民間事業者の不祥事は公になりにくいのである<sup>254</sup>。こうした事情を前提とすれば、違憲行為抑止のために使用者責任の追及を重視する議論が出てくることは十分に理解できるが、逆にいえば、民間事業者の任務遂行のありようの透明性を高めることができれば、「評判への関心」を梃子にした違憲行為抑止のメカニズムを機能させることが可能になり、民間事業者の使用者責任追及による違憲行為抑止の機能を補完できるものと思われる。

以上をふまえると、憲法の制約に服することの一般的な要求を委任先に課したうえで「民

---

<sup>253</sup> Jody Freeman, *Extending Public Law Norms through Privatization*, 116 HARV. L. REV. 1285, 1343 (2003).

<sup>254</sup> Frankel, *supra* note 242, at 1493-94.

営化」することを政府に義務づけるだけでは、少なくとも権限が広範囲に及ぶ任務に関しては、憲法上の権利が実効的に保障されることまでは期待できないであろう。そこで、それを補完するという観点から、任務遂行の透明性をも確保されるような形で「民営化」することを政府に義務づけることが、憲法上の権利を実効的に保障するためには必要になってくると思われる<sup>255</sup>。

最後に、以上のことと関わって、違憲行為の抑止が機能するプロセスについても簡単にふれておきたい。透明性の向上による違憲行為の抑止が機能するためには、国民・住民により形成される「評判」が鍵を握ることになる。訴訟に至らない段階での、国民・住民による日常的な監視や批判を通じて、民間事業者が不祥事を起こさないための措置を講じるように促すことがまずは考えられるが、そうした措置が不十分である場合には、政府に対して「民営化」の見直しも含めた何らかの対応をとるように求めていくことも、国民・住民には期待されることになる<sup>256</sup>。もっとも、こうした違憲行為の抑止のあり方は、司法を通じて実現されるものではないがゆえに、司法を通じた憲法の制約の執行可能性（あるいはその執行不要性。以下同様）が確保されることをもって憲法的アカウンタビリティが果たされるとする Metzger からすれば、本研究の問題設定は筋違いということになるだろう。しかしながら、民間事業者の利潤追求の行動原理がもたらす憲法上の権利にとっての脅威とその対処困難性をふまえれば、憲法の制約の執行可能性の確保にとどまらず、いかにして違憲行為を抑止していくかが深刻な課題として浮上するのであり、そのためには国民・住民による日常的な監視や批判を契機として政治プロセスを機能させていくという観点が重要になると思われるのである<sup>257</sup>。

---

<sup>255</sup> この文脈では、憲法の制約に服することの一般的な要求を課すことにとどめざるを得ないような任務、すなわち、民営刑事施設における看守の任務のような、権限が広範囲に及ぶものを念頭においているが、透明性の確保が意味をもつのはそうした任務だけにとどまるわけではないように思われる。例えば、独占的な権限行使を防ぐためにサービス提供者を多数確保することが有効である任務であっても、利用者の選択権を実質化するために任務遂行過程の透明性が確保されることは望ましいことであろうし、不服申立て制度による政府の監督が有効な任務であっても、民間事業者による決定過程の透明性が確保されることにより、それに対する政府の監督もよりよく機能するように思われる。もっとも、それぞれにつき、透明性確保の具体的な形態は異なるであろう。

<sup>256</sup> 「透明性が政府行為者と政府の政策によって影響を受ける者との間のフィードバックの輪を維持するのに役立つ」と述べるものとして、Laura A. Dickinson, *Regulating the Privatized Security Industry: The Promise of Public/Private Governance*, 63 EMORY L. J. 417, 434 (2013).

<sup>257</sup> 以上の議論からは、違憲行為抑止のための政府の役割をめぐる一つのモデルが見えてくるように思われる。すなわち、モニタリング等を通じた政府による後見的な規制により違憲行為の抑止を図るのではなく、また、専ら被害者による使用者責任追及に依拠して（つまり、政府が大した役割を担うことなく）違憲行為抑止のための仕組みがつけられることを期待するのでも

### 第三節 日本における「民営化」に対する憲法的統制の方向性

本章第二節では、Metzger の「私人への委任分析」を手がかりに、アメリカにおける「民営化」に対する憲法的統制をめぐる議論の一端を概観し、その理論的な意義と限界を明らかにした。「私人への委任分析」は、ステイト・アクション法理が「民営化」への対応力を失っている現状をふまえて、「民営化」に際しての政府の役割に焦点を当てることにより、一方で憲法規範の空洞化を防止しつつ、他方で「民営化」の効用を阻害しないことも意識されていた。もっとも、他ならぬ「民営化」の効用が憲法上の権利の実効的な保障にとつての脅威になる場合もあり、それへの対応という意味では不十分な点もあるように思われる。本節では、「私人への委任分析」の検討から浮かび上がってきた諸論点をふまえて、日本において「民営化」に対する憲法的統制を論じる際の一つの方向性を提示したい。

#### 1 司法による憲法の適用のあり方と「民営化」の効用

確認するまでもないことだが、「私人への委任分析」は、アメリカ憲法の現状を前提にした議論である。アメリカにおいて、憲法的統制という観点からとりわけ問題になるのは、ステイト・アクション法理の機能不全であったが、そのことの問題性を増幅させているのは、ステイト・アクション法理が政府か私人かの二者択一的性格を有していることである。ステイト・アクションと認定されなければ憲法は一切適用されない一方で（憲法的統制の過少）、認定されれば政府に適用される規範と同一の内容が私人に及ぶことになり、政府が私人の特性を活かすことが難しくなる（憲法的統制の過剰）<sup>258</sup>。こうした問題があるからこそ、ステイト・アクション法理の修正ではなく、それとは異なる理論枠組みが模索されたのであった。

他方、日本では、ステイト・アクション法理をその二者択一的性格を残したままで受容しようとする学説も存在するが<sup>259</sup>、多くの学説が何らかの形で私人間における憲法的価値

---

なく、政府が透明性確保のための措置を講ずることで国民・住民による日常的な監視や批判を可能にする、いわば政府が「公共」の力を引き出すことによって、違憲行為の抑止を図っていくというモデルである。

<sup>258</sup> 宮下・前掲注(11) 1345頁は、「ステイト・アクション法理は、『不在』が認められても『存在』が認められても『不幸な』帰結を導く可能性がある」と述べる。序章1も参照。

<sup>259</sup> 松井・前掲注(90)『日本国憲法』331-332頁。第一章第三節も参照。

(あるいはその淵源となる自然権的価値<sup>260</sup>)の利益衡量それ自体は承認していると思われるし<sup>261</sup>、判例の枠組みも(憲法的価値の尊重の程度に差異はあっても)基本的には同様であると解される<sup>262</sup>。したがって、日本においては、個別具体的な事例に際して憲法的統制の過少や過剰にならないように調整することが理論上は可能であるため、アメリカのような理論的な転換の必要性に迫られるほどの状況にはないと思われる<sup>263</sup>。

ただし、日本の場合に注意すべきなのは、国家に適用される場合の憲法規範の内容それ自体が利益衡量に親和的であると思われることである<sup>264</sup>。この点は、最近の違憲審査のあり方をめぐる議論動向においても、裁判所による利益衡量をいかに枠付けるか、あるいはその余地を狭めるかが論争点の一つになっている<sup>265</sup>ことから伺える。他方、「私人への委任分析」の場合には、政府に対する憲法上の制約がベースラインとして機能することを前提に私人間における利益衡量が容認されている(本章第一節2(2)(a))ことに注意すべきである。すなわち、ベースラインといえるほどの確固とした憲法規範の内容が存在することを前提に、そこからの逸脱=利益衡量を認めることに対して、理論上の懸念は少ないと考えられているのである。したがって、ベースラインとして機能するほどの対国家の場合

<sup>260</sup> 高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第3版)』(有斐閣、2013年)111頁。

<sup>261</sup> この点が直接適用説においても共有されていることにつき、木下・前掲注(92)7、44頁、君塚正臣「憲法の私人間効力論の再整理」同『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008年)8頁。

<sup>262</sup> 三菱樹脂事件最高裁判決(最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁)は、「私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら、多面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存する」と述べる。

<sup>263</sup> しかし、このことは、逆に、日本の現状においては、憲法の適用が排除される私的領域の確保という観点がアメリカほど重視されていないことを意味する。この点への強い問題意識を示すものとして、榎・前掲注(29)180-181頁。

<sup>264</sup> いわゆる国公法二事件最高裁判決(最二小判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁、1722頁)の千葉補足意見が「近年の最高裁大法廷の判例においては、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという『利益較量』の判断手法を採ってきており……」と述べている点に典型的に表れている。また、泉徳治『私の最高裁判所論——憲法の求める司法の役割』(日本評論社、2013年)164頁は、「最高裁の合憲・違憲の判断は、柔軟といえば柔軟であるが、その判断過程に一定の法則性がなく、個々ばらばらでアドホックなものである」と回顧している。

<sup>265</sup> 高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報61巻12号(2009年)12-14頁は、ドイツの比例原則による違憲審査が「裸の利益衡量論」であるとし、日本におけるその採用に対して消極的な態度を示している。石川健治「夢は捻り難く、道は極め難し」法学教室340号(2009年)58頁は、「類型的事案ごとに比例原則を多段階化」する必要性を説いている。この論点も含めて、「三段階審査」論の導入が提起した諸論点については、市川正人「最近の『三段階審査』論をめぐって」法律時報83巻5号(2011年)6頁以下。

の憲法規範の内容が想定できないにもかかわらず、「民営化」の効用を活かすといった新たな尺度を利益衡量に組み込むとすれば、憲法規範の内容が際限なく融解する可能性も否定できないように思われる。日本において、憲法的統制の過剰にならないように配慮し、「民営化」の効用を活かすための政府の規制権限の尊重といった方向づけを憲法の適用のあり方の指針とすることには、アメリカ以上の困難が待ち構えている可能性がある。

以上をふまえると、「民営化」の効用を活かすための憲法の適用のあり方を一般理論として構築することは、日本においては（少なくとも現状では）危険であるから、全く無視すればよい、という考え方も成り立つだろう。しかしながら、その一方で、憲法的価値の利益衡量が行われる際に、私人のもつ特性（多様性や専門性）を活かすことを意図する国家の規制のあり方に対して、裁判所がどのような態度で審査に臨むべきか、といった課題は、すでに顕在化しているようにも思われる。この点に関して興味深いのが、自己情報コントロール権の請求権的側面を具体化したものと解される個人情報保護法（開示請求権、訂正請求権、利用停止請求権等）に適用除外規定が設けられており（76条）、その対象に「大学その他の学術研究を目的とする機関若しくは団体又はそれらに属する者」（同条1項3号）が含まれていることである<sup>266</sup>。これは、立法府が「学問研究の自由（憲法23条）や、学術研究分野における個人情報処理の特殊性・専門技術性などに配慮して、当該領域における自己情報コントロール権の内容形成権限を、学術研究に従事する専門職集団それ自身に委ねたものと解することができる<sup>267</sup>」規定である。こうした例は、本研究がこれまで問題にしてきた「民営化」現象とは相当に性格を異にするものではあるが、専門性を有する私的主体が法律の授権を根拠にして形成した憲法上の権利の内容を裁判所がどのような態度で審査すべきかという問題は、日本においても理論的な検討に値するものと思われる。

私人間における憲法的価値の利益衡量が定着している日本においては、理論的な転換の必要性はないにしても、その利益衡量のあり方として、「民営化」の効用や私人のもつ特性を活かすといった観点を個別の事例を前にしてどの程度組み込むべきかは、理論的な検討課題として意識しておく必要があるように思われる<sup>268</sup>。

---

<sup>266</sup> この例は、山本龍彦「『統治論』としての遺伝子プライバシー論——専門職集団による規範定立と司法審査（覚書）」慶應法学18号（2011年）53-56頁に依拠したものである。

<sup>267</sup> 同上55頁。

<sup>268</sup> もちろん、国家が、受任者たる私的主体に対する憲法の適用の有無を論ずる必要性を減らすための措置を主体的に講ずることは想定できる。例えば、不服申立て制度を設けることにより、ある行政サービスの提供を政府から委ねられた者と利用者との間で紛争が起こった場合に、それを行政の側で処理できるようにして「民営化」することや、サービス提供者を多数確保し利

## 2 違憲行為抑止のための国家の役割

しかしながら、仮に司法による憲法の適用が適切な形でなされ得るとしても、それにより憲法上の権利が実効的に保障されるようになるかは、別途検証されねばならないことである。本章第二節4での検討をふまれば、憲法の適用可能性が開かれている場合であっても、それが違憲行為の抑止として機能するかは、不法行為法のありよう<sup>269</sup>と訴訟提起のしやすさに依存することになるし、仮にそうした条件が満たされたとしても、それだけで十分ということにはならないだろう<sup>270</sup>。したがって、そうした方向性とは別に、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る。以下では、この点について、(本章第二節4、5に対応させて) 刑事施設における看守の業務のような、権限が広範囲に及ぶ任務をさしあたり念頭において議論を進める<sup>271</sup>。

違憲行為抑止の方法として、国家によるモニタリングが考えられるが、これについては、一方で、機能不全に陥る可能性を秘めているといえるし(本章第二節4)、他方で、機能不全に陥らないとすれば、相応の行政コストがかかることが予想され、その場合には「民営化」することの意味が問われるのではないだろうか<sup>272</sup>。したがって、少なくとも国家によるモニタリングのみで違憲行為が抑止されることに期待をかけるべきではないだろう。

ここで一つの方向性として指摘したいのは、(本章第二節5で示唆した) 民間事業者の任務遂行過程の透明性を高めることにより、任務遂行のありようが国民・住民による不断の検証にさらされる状態を創出し、民間事業者の「評判への関心」を高めることである。そ

---

用者による選択を実質化することにより、あらかじめ紛争が起こりにくくする仕組みをつくったうえで「民営化」すること等が検討されてよいであろう。

<sup>269</sup> 「民営化」の文脈で国家賠償法の解釈が問題になった事例において、最高裁は、民間事業者の使用者責任を認めなかった(注(176)を参照)。そのため、使用者責任追及による違憲行為の抑止を機能させるには、(判例変更がない限り) 何らかの立法的措置か個別の契約により対処することが必要になるとと思われるが、そもそも、損害賠償の責任主体のあり方に関して違憲行為の抑止のみを考慮すればよい、というわけではないだろう(注(176)を参照)。

<sup>270</sup> アメリカにおいて、使用者責任の追及が違憲行為の抑止として機能すると主張する論者であっても、それが「完全な抑止」として機能することが想定されているわけではなかったことにつき、本章第二節4を参照。

<sup>271</sup> ただし、透明性の確保が意味をもつのがそうした任務にとどまらないことについては、注(255)を参照。

<sup>272</sup> 榊原秀訓「行政の市場化・契約化と新自由主義」法の科学39号(2008)45頁は、指定法人による建築確認事務を念頭に、「指定法人のミスをチェックしようとする、行政組織による監督を強化する必要性が出てくるが、行政サービスを委ねたにもかかわらず、監督のためのコストをかけることは困難ではないかと考えられる」と述べる。

のためには、徹底した情報公開がなされることが前提となる<sup>273</sup>。もちろん、国家によるモニタリングとその結果の公表も透明性の向上にとって一定の役割を果たし得るだろうが<sup>274</sup>、それのみに依存できないことは前述のとおりである。したがって、当該任務が実施される環境の閉鎖性の程度に応じて、第三者（専門家等）の目が入るような仕組みを構築する必要があるだろうし<sup>275</sup>、さらには、任務遂行主体自身による内部告発も閉鎖的環境の透明性を向上させるのに役立つため、内部告発しやすい仕組みを整えることも検討されるべきだろう<sup>276</sup>。こうした仕組みを整えることによって、国家以外の主体が「規制」力を発揮しつつ<sup>277</sup>透明性の向上に貢献し、国民・住民による日常的な監視や批判が可能になると思われ

---

<sup>273</sup> 情報公開法において開示請求の対象となる「行政文書」は、「行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した文書」等（第2条第2項）であり、しかもそれを行政機関が保有していなければならない（第3条）ため、民間事業者が保有する情報を開示させるのは困難である（各自治体の条例も基本的に同様である）。したがって、情報公開を徹底させるためには、何らかの立法的措置や契約等が必要になるだろうが、民間事業者側の利益（営業の自由等）を無視できないとすれば、開示対象となる情報の範囲を画定するのは容易ではないだろう。指定管理者制度を素材にこの点を指摘するものとして、前田定孝「指定管理者が保有する行政関連文書と情報公開」三重大学法経論叢 31 巻 2 号（2014 年）43-44 頁。

<sup>274</sup> 日本の PFI 刑務所におけるモニタリングの結果が法務省のホームページ

（[http://www.moj.go.jp/kyousei1/kyousei07\\_00017.html](http://www.moj.go.jp/kyousei1/kyousei07_00017.html)）で公開されているが、それは、各年度わずか 1 頁ほどのもので、内容も具体的ではなく、極めて簡素なものにとどまっている。

<sup>275</sup> 刑事施設に関しては、「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」（2005 年成立）により「刑事施設視察委員会」（7～10 条）の制度が導入されている。この制度について検討するものとして、岩田研二郎「第三者機関・不服申立」菊田幸一＝海渡雄一編『刑務所改革——刑務所システム再構築への指針』（日本評論社、2007 年）144-147 頁。また、刑事施設視察委員としての経験の紹介とそれを踏まえた制度改善の提言として、沢登文治『刑務所改革——社会的コストの視点から』（集英社新書、2015 年）第二章。

刑事施設視察委員会の機能につき、「委員会が意見を述べ、これに基づき刑事施設の長が必要な措置を講じ、その概要が公表されることによって外部評価を受けるという改革のサイクルが構築されることになった」と述べるものとして、土井政和「社会復帰のための処遇」菊田＝海渡・前掲 91 頁。この点は、本章第二節 5 の末尾で示した、違憲行為の抑止が機能するプロセスの観点からしても大変興味深いものである。

なお、刑事施設視察委員会は、公営・民営関係なく設置されるものであるため、民営であることに特有の問題が十分に検証されるかどうか疑問であることから、中国地方弁護士連合会は、「国に対し、PFI 型刑務所の運営についての検証・監視の透明性を高めるために、外部の第三者によって構成される委員会を設置することを求める議題」（2011 年 11 月 18 日）を決議している。[http://chugoku-ba.org/iken/2005/gidai\\_20051014-01.html](http://chugoku-ba.org/iken/2005/gidai_20051014-01.html)（最終アクセス：2016 年 12 月 26 日）。

<sup>276</sup> この点は第五章にて検討される。

<sup>277</sup> 稲葉・前掲注（151）64 頁が提示した、国家による規制の機能不全を念頭においた「私人による私人に対する規制」という視角に即していえば、そこでの「規制」主体としての「私人」には、（使用者責任を追及する）サービス利用者に加えて、民間事業者の職員や専門家等の第三者も含まれ得るように思われる（前者が主として訴訟という形で直接的に「規制」力を発揮することが想定されているのとは異なり、後二者については、直接的な「規制」力を発揮する場合に加えて、その透明性の向上への貢献を通じて、国民・住民による日常的な監視や批判を促すという間接的な役回りとしても機能し得ると思われる）。本節 2 で論じているのは、そうした多

る。

以上は簡単なスケッチにとどまるものであるが、ここでの問題意識は、違憲行為の芽を摘み取れるようにする制度的条件までも組み込んだうえで、国家に対して「民営化」を実施させることにある。私人により提供される公共サービスが真に「公共」的なものになるのかは、こうした制度的条件の有無にかかってくるように思われる。日本において「私人への委任分析」を語り得るとすれば、それは、憲法の制約の執行可能性の確保の有無という観点から「私人への委任」を「分析」することではなく、違憲行為抑止のメカニズムの有無という観点から「私人への委任」を「分析」することであると思われる<sup>278279</sup>。

---

元的な主体が「規制」力を発揮しつつ、透明性の向上に貢献するための制度的条件の整備の必要性である。

他方で、このことは、必ずしも「民営化」に固有のものではないようにも思われる。アメリカでは、刑事施設「民営化」の是非をめぐる議論のあり方について、公営刑事施設の現在の状態を問題のないベースラインにして比較することに疑問を呈する見解が存在するが（Dolovich, *supra* note 119, at 442）、「民」の抱える問題性とその改善策の検討が「公」にも妥当することがあるし、その逆もまたあるように思われる。日本において、公営の名古屋刑務所で発生した事件に端を発して、刑事施設運営の透明性の向上が立法課題とされたのは象徴的であったが（注（275）を参照）、他方で、日本におけるPFI刑務所導入の根拠の一つとして、「施設運営の透明性の向上」があげられた（法務省「美祢社会復帰促進センター整備・運営事業実施方針」（2004年3月31日）1頁）のは、ミスマッチであった（公営であっても透明性の向上は可能かつ必要である）。この点に関して、「企業の参入が『透明性の確保』を促しているわけではない」と述べるものとして、赤池一将「刑事法からみた刑事施設の公共性と民間化」法の科学38号（2007年）146頁。

<sup>278</sup> ただし、その場合に、いかにして憲法上問題となる「私人への委任」を特定するかは、別途検討されねばならない課題である。日本においても、アメリカ代理法の発想を参考にできるかもしれないが（本章第一節2（1））、その場合であっても、日本の憲法構造をふまえる必要があるだろう。とりわけ、アメリカにおいては、一般的に政府の保護義務が否定されているため、権限委任の契機を捉えて政府の行為を見出すという発想をせざるを得ないが（本章第二節1）、日本国憲法では、国家には生存権保障をはじめとしたある種の保護義務が明文で課されているため、任務の種類や性格に応じて、アメリカよりも緩やかに「私人への委任」を特定する（「私人への委任」があるとみなす）ことが許されるのではないかとと思われる。

もっとも、生存権保障といっても、そこにどのような種類の任務が含まれるかはそれほど明確であるとはいえない。その意味で、「日本の生存権論、憲法25条の権利論というのは、なお社会保障、生活保護的な生存配慮にとどまり、なお文化的な一定限度の必須の財やサービスを国土にあまねく保障するような法制度・法理論の構築には至っておらず、発展途上である」との指摘は重く受け止める必要があるように思われる。「第二部会 討論要旨」公法研究70号（2008年）219頁〔米丸恒治発言〕。

<sup>279</sup> 本文で述べているように、ここで要請されるのは、民間事業者による任務遂行過程の透明性を確保するための制度であるが、こうした制度の整備要求は、当然のことながら、裁判所において実現できるようなものではないため（透明性の確保といっても様々な手段があり得るし、そもそも要求される透明性の水準を一義的に確定することはほとんど不可能である）、「民営化」のあり方が実際に議論になる民主的政治過程において実現が図られることになるだろう。その際に、憲法論がどのような意味を持ち得るのかは一つの論点であるが、「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



#### 第四節 小括

本章では、「民営化」に際して政府が果たすべき役割に着目する Metzger の「私人への委任分析」を手がかりとして、「民営化」に対する憲法的統制のための理論枠組みを模索した。

「私人への委任分析」は、アメリカ憲法の基本的な考え方（公私区分の維持や保護義務の否定）との整合性を意識しながら、ステイト・アクション法理の問題性（憲法的統制の過少と過剰）をいかに克服するかを主題化している点にその特徴があるが、司法審査のあり方をいかに枠づけるかという点では課題があるように思われる。もっとも、これは、「民営化」のもたらす効用と憲法の要求とのバランスをとることの本来の難しさに起因するものでもある。他方、「民営化」実施主体としての政府の役割に焦点を当てている点は魅力的ではあるが、それは憲法の制約の執行可能性の確保のためのものであり、違憲行為の抑止を目的とするものではないことに注意が必要である。そこで、違憲行為の抑止にまで関心を払う学説と突き合わせて「私人への委任分析」を検討してみると、違憲行為の抑止のためには、民間事業者の任務遂行過程の透明性の向上が鍵になることが浮かび上がってくるのであり、「民営化」に際して透明性確保の措置を講じることが、違憲行為の抑止のために政府が果たすべき役割の一つであると考えられる。

その点をふまえて日本の状況に目を向けると、日本の判例や学説の多くは、ステイト・アクション法理のような、政府か私人かの二者択一的思考をとっているわけではないので、個別の事例を前にして憲法的統制の過剰や過少にならないように調整することが可能であると思われ、少なくとも理論的な転換が必要であるとまではいえないであろう。もっとも、「私人への委任分析」が提起した、「民営化」の効用を活かすための政府の規制権限の尊重といった観点を、利益衡量に際してどの程度組み込むべきかは、日本においても理論的な課題になると思われる。他方で、司法による憲法の適用が適切になされ得るとしても、それとは別に、違憲行為抑止のメカニズムの有無についても関心が払われる必要があるよう

---

はず」と述べる中島徹「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頁に共感を覚える。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。本研究が透明性の向上を憲法の要請として語ることにこだわるのは、民主的政治過程における憲法論の役割への期待の表れでもある。

に思われ、その際に、民間事業者による任務遂行過程の透明性の向上が一つの方向性として検討されるべきであるように思われる。

## 第五章 「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

これまで本研究が主として念頭においてきたのは、「民営化」によりある任務を委ねられた民間事業者およびその職員が、その任務の受け手（受益者・利用者）と何らかの形で対峙する場面である。したがって、「民営化」に対する憲法的統制という場合に、それが何のための統制かといえば、第一次的には任務の受け手のためということになる。

しかしながら、アメリカにおけるステイト・アクション法理による「民営化」への対応をめぐる議論から出発した本研究にとって、もう一つ目を向けるべきなのは、民間事業者がその被用者と対峙する場面で生じる紛争である。一見すると、こうした紛争は、純然たる雇用関係の問題として処理されてしかるべきもののように思えるが、他方で、政府に直接雇用されている場合には保障される権利が、民間事業者に雇用される場合には保障されない、といった現象も起こっている。

こうした現象は、第四章で示した、「民営化」された任務の遂行過程の透明性を向上させる政府の役割という観点からは、どのように評価されるべきものだろうか。本章は、この点について、アメリカにおいて生じた、「民営化」された任務を担う民間事業者の被用者による内部告発的表現をめぐる判例や学説を素材として検討を加え、そこで得られた視点をふまえて、日本において同様の問題を考える際の方向性を提示することを課題とする。

具体的には、まず、民営刑事施設運営者の被用者に対する行為が問題になった事例を取りあげ、そのステイト・アクション該当性を否定した下級審判決の論理構造を分析し、雇用関係からみるステイト・アクション法理の特徴を把握する。次に、雇用関係における権利保障のあり方に関して、Metzger の「私人への委任分析」がどのように対応しているのかを確認し、雇用関係に即した課題を示す。最後に、アメリカの状況から得られた視点をふまえて、日本における議論のあり方について、司法的救済と立法的措置の両面から考察する。

### 第一節 民営刑事施設の行為のステイト・アクション非該当性

#### 1 判例

(1) *George v. Pacific-CSC Work Furlough*<sup>280</sup>

本件は、カウンティとの契約に基づき矯正施設を運営する私法人（Pacific）に雇われた職員（George）が、当該施設における多大な安全の侵害（safety and security violation）に気付き、そのことを、その職員が受ける訓練の講座において議論したり、Pacificの経営者側に提起したりしたところ、自らの主張が誤った告発であるとして解雇された事例である。それに対してGeorgeは言論の自由を保障する修正1条違反等を主張した。

連邦控訴裁は以下のように判示した。①Pacificは、拘禁が伝統的に排他的な州の機能であることを認めているが、レレバントな問いは、本件においてPacificの雇用者としての役割がステイト・アクションであったか否かである（強調原文）。②ある主体がある目的に関してステイト・アクターになり得るということは、他の目的に関してもそうなる、というわけではない。Georgeの主張は、雇用の目的に関してPacificが政府になっていることを示すものを何ら提示していない<sup>281</sup>。

(2) *Cornish v. Correctional Services Corp.*<sup>282</sup>

本件は、カウンティとの契約に基づき少年矯正施設を運営する私法人（Correctional Services Corp. (CSC)）に雇われた職員（Cornish）が、施設運営に関する数々の規則違反をCSCの経営者や監督者（supervisor）、および、州やカウンティ当局等に報告したところ、その報告を理由として解雇された事例である。それに対してCornishは修正1条違反等を主張した。

連邦控訴裁は以下のように判示した。①保護された権利の侵害が正当に州に帰属し得るか否かを決することは、原告が問題とする特定の行為を認定することから始まる。本件において、その行為は、CSCが、違反行為の州および自治体当局への報告に対する報復として、Cornishの雇用を打ち切ったことである。したがって、問題は、CSCによる雇用者としての決定が正当に州に帰属し得るか否かである（強調原文）。②公的機能テストを根拠として、CSCは、カウンティに対して少年矯正サービスを提供する際には、州法の外観の下で行動している（ステイト・アクションに従事している）。しかしながら、問題は、CSCがCornishの雇用を打ち切るときに州法の外観の下で行動していたか否かであって、少年矯正サービスの提供がステイト・アクションであったか否かではない。Cornishは、CSCの雇用者としての役割がステイト・アクションを構成する理由に関する事実を何ら主張し

<sup>280</sup> 91 F.3d 1227 (9th Cir. 1996).

<sup>281</sup> *Id.* at 1230.

<sup>282</sup> 402 F.3d 545 (5th Cir. 2005).

ていない（強調原文）<sup>283</sup>。

## 2 検討

民営刑事施設運営者が公的機能を担っているがゆえに、その被拘禁者に対する行為がステイト・アクションに該当することについては、第二章でもみたとおり、下級審判決において（わずかに例外はあるものの）かなりの程度定着しているといえるし、また、連邦最高裁の判例法理に照らしても説明可能なものになっているとあってよいと思われる。そのようななかで、民営刑事施設運営者の行為であっても、それが被用者に対するものである場合には、ステイト・アクションが認定されるとは限らないことを示したのが、本節1であげた二つの判決である。

この二つの判決には、相互に関連する二つの共通点がある。一つは憲法非適用の論理である。どちらの判決も、施設運営者が公的機能を担っている点は認めながらも、施設運営者が「雇用者として」行動するときには、その行為はステイト・アクションに当たらないと判断したのであるが、その判断の背後にあるのが、「公的機能担当者としての民間事業者／雇用者としての民間事業者」の二分法思考とでもいえるものである<sup>284</sup>。すでに80年代に、「公的機能分析が、私的契約者の役割の全体に着目し、すべての行為を憲法的責任の潜在的な源泉とすべきものか、あるいは、契約者の任務の個別の側面を精査し、それぞれの部分が典型的に州の機能にあたるかをばらばらに決すべきものなのかを、裁判所は判断しなければならないだろう<sup>285</sup>」と指摘する学説があったが、この二つの判決は、「ばらばらに決す」る立場をとった、ということになる。

もう一つの共通点は、事例の特性である。どちらの事例も、矯正施設における安全性が害されていることや、施設運営に関する規則違反といった、究極的には被拘禁者の利益に関わる事実を被用者が内部告発したものである。したがって、そこで問題となっていたのは、紛争当事者たる被用者の自己の利益のための発言というよりも、矯正施設の適切な運

---

<sup>283</sup> *Id.* at 550.

<sup>284</sup> 「使用者としての政府」による公的言論制約の場合の違憲審査基準を、「統治権者としての政府」による公的言論制約の場合のそれに準じたものにすべきことを説く蟻川恒正「日本国憲法における公と私の境界」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011年）32-35頁の枠組みに準えれば、本節1でとりあげた二つの判決は、「使用者としての私人たる公的機能担当者」が公的言論を制約する場合には、違憲審査基準の程度以前に、そもそも憲法が適用されないという帰結をもたらしていることになる。

<sup>285</sup> Susan L. Kay, *The Implications of Prison Privatization on the Conduct of Prisoner Litigation under 42 U.S.C. Section 1983*, 40 VAND. L.REV. 867, 880-81 (1987).

営に資する発言であったといつてよいだろう。その点をふまえると、こうした性格を有する発言をした被用者を解雇するというのは、雇用関係の問題にとどまらない意味をもっているように思われる。このことと一つ目の共通点とを合わせて考えれば、この二つの判決は、当該事例における権利保障が有する意義を考慮せずにステイト・アクション該当性の判断をした、ということになる。そうすると、「連邦最高裁の理由づけは、ステイト・アクション問題の適切な解決に重要な関係を有する事件の特徴を無視している<sup>286</sup>」との指摘は、本節で扱った二つの下級審判決に対しても妥当するものであるように思われる。他方で、そもそも、ステイト・アクション法理というのは、形式的には、どのような権利が問題になっているかとは関係なく、換言すれば、「実体問題」以前の「入口問題」のハードルとして設定されるものなので<sup>287</sup>、当該事例における権利保障の有する意義を考慮しないことは、ステイト・アクション法理の本来的な特徴であるともいえる。

## 第二節 内部告発的表現の憲法的保障と政府の役割

本章第一節2の分析を前提とすれば、内部告発的表現に対する私的主体による制裁を、既存の判例法理によって憲法の制約に服させることは困難であると予想される。それでは、この点について、「民営化」との関係でのステイト・アクション法理の機能不全を明らかにした Metzger は、どのように考えていたのだろうか。本節は、この点から出発して、「民営化」における政府の役割の観点から、内部告発的表現の憲法的保障のあり方について考えてみたい。

### 1 「私人への委任分析」における被用者の権利保障の位置づけ

「私人への委任分析」において、被用者との関係での受任者の行為が問題になる場面が、重要な位置を占めているとは言い難い。このことは、「私人への委任分析」が、憲法上問題となる私人への委任を特定する際に、政府と私人との代理関係に着目することと密接に関わっている。つまり、私人が代理人とみなされるのは、政府が委ねる任務についてであっ

<sup>286</sup> これは、「実体的文脈の役割の復活」を副題とする論文によるものである。Michel L. Wells, *Identifying State Actors in Constitutional Litigation: Reviving the Role of Substantive Context*, 26 CARDOZO L. REV. 99, 114 (2004).

<sup>287</sup> 「入口問題」と「実体問題」の区別については、木下・前掲注(92)62頁による。なお、当事者間の利益衡量がステイト・アクション該当性判断に影響を与えているとみる学説がアメリカに存在することにつき、木下・前掲注(29)119頁。

て、「私人たる政府の代理人のすべての行為が、憲法上の重要性をもたらすわけではない<sup>288</sup>」のである。ただし、雇用関係は、「私人への委任分析」の全くの射程外というわけではない。このことは、憲法の制約を執行するためのメカニズムの一つである政府の監督についての箇所（第四章第一節2(2)(a)）で言及されるものであるが、政府の監督の要請が弱まる場合として、「私人たる受任者の行為が、委任がなくても行うことができるものであり、政府のために果たす責務とわずかに（tangentially）関わっているものである場合には、より最小限の政府の監督で十分であるべきである<sup>289</sup>」と Metzger は述べている。

その具体例としてあげられるのが、第一章第一節で登場した *Rendell-Baker v. Kohn*<sup>290</sup> である。同事件では、原告の教師は、私立学校の理事長の方針に異議を唱えたことを理由に解雇されたのであるが、その方針というのは、その私立学校の何人かの生徒が理事会に提出した、生徒・職員間会議（student-staff council）がより大きな責務を負うことを求める請願書に対して、理事長が反対したことであった。原告の教師は、その請願書の内容を支持していたので、理事長と対立し解雇されることになったのである。

こうした事例の特徴をふまえて、Metzger は次のように述べる。「地方学校委員会のために、特別の必要のある生徒のための教育を提供する責務を考慮すれば、その私立学校は政府の代理人としての資格を有するといえるが、その一方で、その私立学校は、学校委員会によるそうした責務の委任が存在しない場合であっても、教師に対して同様の権限を有していた。にもかかわらず、教師の解雇が憲法上の問題を有するよう見えるのは、生徒に対する学校の権限濫用からの保護としての、学校を批判する教師の能力が重要性をもつからである。もっとも、こうした憲法上の懸念は、もし教師や親が学校運営に関する諸問題を政府に注目させ得る何らかの手段があれば、適切に対処されるように思われる<sup>291</sup>」。Metzger はこのように考え、同事件では、そのような、州によるインフォーマルな監督の外観をもった手段（原告の教師の「苦情」に応じて州は学校に対して教師の解雇について文書での説明を要求していた<sup>292</sup>）が存在しており<sup>293</sup>、適切に対処されていたと述べるのである。

このように、「私人への委任分析」においては、雇用関係において主張される被用者の権

---

<sup>288</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1473.

<sup>289</sup> *Id.*

<sup>290</sup> 457 U.S. 830 (1982).

<sup>291</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1473.

<sup>292</sup> 457 U.S. at 834.

<sup>293</sup> Metzger, *supra* note 1, at 1473.

利は、そこに受益者（サービス利用者）に対する権限濫用からの保護の契機を見出せる場合には、政府に対して何らかの監督義務を引き出し得るものであるといえるが、そこでの監督の程度は、受任者と受益者との関係が問題になる場合に要請されるものよりも弱いもので構わない、と考えられていることがわかる。

## 2 検討

被用者の権利保障に対する「私人への委任分析」の向き合い方に関して、三つの点を指摘しておきたい。

第一に、本章第一節1でとりあげた二つの判決とは異なり、「雇用者として」の行為だから憲法的保障が及ばない、という単純な論理をとっていないことである。「私人への委任分析」にあつては、当該事例における被用者の行為が、政府から委ねられたサービスを利用する者の保護に資する場合には、憲法的保障の対象になり得るとしており、事例の特性をふまえた判断が可能になる理論枠組みになっているといえる。したがって、「私人への委任分析」は、本章第一節2で指摘した「公的機能担当者としての民間事業者／雇用者としての民間事業者」の二分法思考にとらわれていないと評価できるだろう。

第二に、雇用関係においては、政府から委ねられたサービスの受け手の権利保障が直接問題になっている場合に要請される程度の政府の監督が要請されるわけではない、ということである。これは、この文脈で問題になる私人たる受任者の行為が（受任者が本来的に有する）雇用関係における権限に基づくものであることと、被用者の行為がサービス提供のありよう（ひいてはサービス利用者の保護）に関わることを考慮したものであり、「私人への委任分析」が利益衡量を想定している（第四章第一節2(2)(a)）ことの一つの表れであるといえる。この点については、第四章第二節2で指摘したように、「私人への委任分析」は、政府の監督の十分性を評価するための精緻な判断枠組みを持っているわけではないので、雇用関係であることにより弱められた政府の監督についての合憲性を、裁判所が適切に判断できるのかは定かではない。Rendell-Baker 事件について、州が私立学校に対して解雇理由の文書での説明を要求していたことを強調して、Metzger は、合憲の私人への委任であったと述べているが<sup>294</sup>、その根拠について詳細な説明がなされていない。

その点とも関わるが、第三に、内部告発的表現の保障を考える場合には、憲法の最低限

---

<sup>294</sup> *Id.* at 1488.



の要請としてどの程度の政府の役割が要請されるのか、という視点では不十分であると思われることである。「私人への委任分析」は、雇用関係の領域においてもまた、政府の果たすべき役割に焦点を当てており、その意味で、政府に対して何らかの行動をとるインセンティブを付与する理論枠組みになっているとはいえるものの、Rendell-Baker 事件の検討をみる限りでは、そこで要請される政府の役割はインフォーマルなものでも構わないとされており、(Rendell-Baker 事件が純然たる内部告発の事件であるとは言い難いが) 表現者の萎縮という観点はあまり重視されていないように思われる。内部告発的表現を行うことが告発者にとって「ハイリスク・ゼロリターン<sup>295</sup>」である一方で、第四章第三節2でも言及したように、被用者による内部告発的表現が民間事業者の任務遂行過程の透明性の向上に資することからすれば、そうした表現が手厚く保障されることがあらかじめ表現者にとってわかるような(インフォーマルなものではない) 立法的措置が必要になると思われる。したがって、ここで問われるべきは、憲法の最低限の要請としてどの程度の政府の役割が要請されるのかではなく、内部告発的表現の性格と機能に鑑みて、それをよりよく保障するために政府はどのような役割を果たすべきか、という視点であると思われる。この点は、3でより詳しく検討する。

### 3 内部告発的表現の性格とその保障のあり方

内部告発の性質上、告発者が自らの地位に影響が及ぶことを恐れれば、いくら看過しがたい行為を発見したとしても、進んで告発するようなことは考えづらい。したがって、内部告発をしやすくする仕組みを整えることが、内部告発的表現をよりよく保障するために必要なことであると思われる。

この観点からすれば、まず、内部告発者が報復を受けないことへの期待を持てることが必要であり、事後的に司法的救済が受けられる可能性だけではなく、あらかじめ、内部告発的表現をしたことに対する報復を禁止する立法的措置が必要になってくる。さらに、内部告発的表現を萎縮させないためには、告発先の第三者性が一定程度確保されていることが望ましく、第三者性のある告発先をあらかじめ定めておくことも必要だろう。

アメリカの連邦レベルでは、連邦公務員用の内部告発者保護法制が存在するが<sup>296</sup>、それ

<sup>295</sup> 阿部泰隆『内部告発〔ホイッスルブローワー〕の法的設計』(信山社、2003年)5頁。

<sup>296</sup> 連邦公務員用の内部告発者保護法制については、右崎正博「アメリカの内部告発者保護法——公務員保護法制を中心として」調査時報480号(2002年)5-8頁、森尾成之「アメリカ連邦法における内部告発者保護・促進法制」神戸大学法政策研究会『法政策学の試み——法政策研

とは別に、連邦政府機関との契約者の被用者による内部告発を保護する法制度も存在する<sup>297</sup>。その法律によれば、契約者の被用者は、連邦との契約の重大な不正 (mismanagement)、連邦の資金の多大な浪費、連邦との契約に関する権限濫用、公衆の健康または安全に対する実質的かつ明確な危険、あるいは、連邦との契約 (契約をめぐる競争あるいは契約の交渉を含む) に関する法や規則の違反を示すものと合理的に信ずる情報を開示した場合には、その開示に対する報復としての解雇、降格、差別を受けないと規定されている<sup>299</sup>。そして、保護の対象となる開示先としては、連邦議会議員あるいは連邦議会の委員会の代表者、監察総監 (Inspector General)、政府監査院 (Government Accountability Office)、関係行政機関における契約の監視・管理の責任を負った連邦の被用者、司法省の権限ある職員、裁判所あるいは大陪審、不祥事の調査、発見あるいは対処の責務を負った契約者の管理職あるいは他の被用者、が規定されている<sup>300</sup>。さらに、報復を受けた者は、関係行政機関の監察総監に対して不服を申し立てることができ<sup>301</sup>、その後の対応が適切になされない場合の救済方法<sup>302</sup>についても詳細に規定されている<sup>303</sup>。

この法律は、内部告発に対する報復の一般的な禁止規定をおいていることに加えて、告発先には第三者性が一定程度確保されたものを含めており、内部告発者の萎縮しやすさに配慮したものであると評価できる。こうした点をふまえて、次節では、日本における内部告発的表現の憲法的保障のあり方について考察する。

---

究 (第5集)』(信山社、2002年) 107-109頁、牧本公明「公務員の『公務』に関する表現行為と修正1条——連邦最高裁判決の考察を中心に」青山社会科学紀要 38巻2号(2010年) 196-197頁、同「公務員による公益通報の保護の現状と『表現の自由』」松山大学論集 24巻6号(2013年) 248-250頁。

<sup>297</sup> 41 U.S.C. § 4712. なお、本制度は、パイロット・プログラムとして導入されているものであり、本節成立日(2013年1月2日)の180日後から4年間効力をもつと定められている。*Id.* (i). 本節が失効した場合には、現在のところ、本節よりも簡素な(通報対象事実が狭く、通報先機関が少ない)制度が効力をもつことになっている。*Id.* § 4705.

<sup>298</sup> 「憲法と行政法規範のアウトソーシング」と題する論文が、このような法制度を、内部告発者保護法制の「アウトソーシング」として位置づけていることが興味深い。David H. Rosenbloom & Suzanne J. Piotrowski, *Outsourcing the Constitution and Administrative Law Norms*, 35 AM. REV. PUB. ADMIN. 103, 116 (2005).

<sup>299</sup> 41 U.S.C. § 4712 (a) (1).

<sup>300</sup> *Id.* (a) (2).

<sup>301</sup> *Id.* (b).

<sup>302</sup> *Id.* (c).

<sup>303</sup> なお、本節は、国家安全保障局や各軍の諜報部門等のインテリジェンス・コミュニティ (intelligence community) との契約者の被用者による開示には適用されないとされている。*Id.* (f). インテリジェンス・コミュニティについては、岡本篤尚「インテリジェンスと監視」水島朝穂編『立憲的ダイナミズム』(岩波書店、2014年) 205-206頁を参照。

### 第三節 日本における内部告発的表現の憲法的保障のあり方

前節までで、アメリカにおける判例およびそれをめぐる議論、さらには立法的措置の状況をみてきたが、そこで重視されるべき点は、被用者が内部告発的表現をしやすくする環境をどのように整えるかということであった。本節では、この観点から、日本における内部告発的表現保障のあり方について、司法による救済と立法的措置とに分けて検討を加える。そして、本節の最後に、改めて第四章で示した理論枠組みにおける内部告発的表現保障の位置づけを整理しておきたい。

#### 1 司法による内部告発的表現保障とステイト・アクション法理

第一章第三節でみたように、日本の憲法学では、私人間における権利侵害事例において、ステイト・アクション法理を何らかの形で利用しようとする議論が存在してきた。しかしながら、本章第一節での検討を前提にすれば、ステイト・アクション法理は、そもそも、雇用関係では利用しにくい理論であることを確認しておく必要があると思われる。下級審判決ではあるものの、被拘禁者との関係ではその行為のステイト・アクション該当性が肯定される傾向の強い民営刑事施設ですら、被用者との関係では、その行為のステイト・アクション該当性は否定されているのである。しかも、その下級審判決で問題になった事例での被用者の行為は、被拘禁者の権利保護に資する性質のものであったが、その点も考慮されてはいなかった。また、こうした傾向は、判例にだけ見られるものではないようである。チャーター・スクールの行為のステイト・アクション該当性を正当化しながら、「チャーター・スクールは公教育を提供することにより州の機能を行行使し得るが、雇用者としての役割において行動するときには、州の機能を担っていない<sup>304</sup>」とする議論も現に存在する。

したがって、日本において「私人間効力論が盛り上がった大きな理由に労働問題があった<sup>305</sup>」とはいえ、雇用関係におけるステイト・アクション法理の日本での利用のあり方については、慎重な検討が必要であると思われる<sup>306</sup>。もっとも、雇用関係に「冷たい」とい

<sup>304</sup> LoTempio, *supra* note 134, at 461.

<sup>305</sup> 君塚・前掲注(8) 463頁。

<sup>306</sup> 雇用関係におけるステイト・アクション法理の日本での利用を試みる議論として、例えば、神戸市交通局事件（神戸市交通局のバス車掌が、所持品検査に関し、検査員の取調べに反発して自殺をした）に対する日弁連の調査報告書を受けて、公権力の監督の下にある私営バスの場

うステイト・アクション法理の傾向の前提には、本章第一節2で言及したように、「公的機能担当者としての民間事業者／雇用者としての民間事業者」という二分法が存在していたことを想起すべきであろう。したがって、憲法の適用対象を二者択一的に判断する必要がないのであれば、雇用関係であっても、何らかの形で日本においてステイト・アクション法理を活かす余地が出てくるものと思われる。例えば、第一章第三節で示した類型でいうところの、日本におけるステイト・アクション法理の「応用」を試みる学説については、政府か私人かの二者択一的判断を前提とせず、また、私人間における利益衡量を容認するものであるので、その利益衡量の過程で、アメリカにおける運用の反省をふまえた（事例の特性をふまえた）ステイト・アクション法理の「応用」が可能になるのではないかと思われる。

より具体的に考えてみる。通常、民間企業の被用者が内部告発をし、それに対して被用者が報復的な人事行為を受け、その人事行為の違法性が争われる場合には、企業の名誉・信用の毀損等、企業側の利益との調整の必要から、告発目的の公益性、告発内容の真実性ないし真実相当性、告発内容、告発手段・方法の相当性等を総合考慮することにより、内部告発の正当性が判断されることになる<sup>307</sup>。それに対して、「民営化」により国家から任務を委託された民間事業者の被用者がその任務のよりよい遂行に資する発言をし、民間事業者がそれに対して制裁を課した場合には、その民間事業者は私人としての自らの利益を主張する資格を失う（ステイト・アクター度<sup>308</sup>が高まる）と考えることにより、一般的な民間企業の場合に比べて、（具体的な判断枠組みをどうするかはともかく）被用者に有利な形で利益衡量がなされるべき、ということがいえるのではないかと思われる。

## 2 内部告発者保護法制の現状と課題

### (1) 公益通報者保護法

---

合を念頭において、ステイト・アクション法理を参照する芦部信喜「私人間における基本的人権の保障」同『現代人権論——違憲判断の基準』（有斐閣、1974年）77-84頁や、「『企業秩序』論がいうような企業の包括的な権力概念は公的権力に準ずる支配権限を意味し、アメリカ憲法論上の統治的（governmental）ないし公的（public）な機能にあたる」と述べる大久保史郎「企業秩序論と人権論」同『人権主体としての個と集団』（日本評論社、2003年）205頁がある。

<sup>307</sup> なお、考慮要素のうちの「告発内容」は、「告発目的の公益性」の一類型と考えられるため、「告発内容」を除いた三つを考慮要素として整理する学説が多数説であるとされる。富永晃一「内部告発・公益通報者保護」土田道夫＝山川隆一編『労働法の争点』（有斐閣、2014年）70-71頁。

<sup>308</sup> 藤井・前掲注（9）30頁。第一章第三節も参照。

とはいえ、本章第二節3でも指摘したとおり、とりわけ内部告発的表現をよりよく保障するには、司法的救済を受けられるだけでは不十分であり、萎縮効果の低減という観点から、事前の立法的措置が必要になる。この点、日本においては、2004年に「公益通報者保護法」が成立している。同法は、一定の要件を満たす内部告発をした被用者に対する解雇を無効とし（3条）、またその他の不利益取り扱いを禁止しており（5条）、被用者による内部告発に対して一定の保護が図られているといえる。

この法律の特徴をいくつか指摘しておきたい。第一に、アメリカの連邦レベルの内部告発者保護法制とは異なり、内部告発者が公務員であっても民間の被用者であっても適用されることである。したがって、「民営化」の有無によって適用法律が異なるといったことはない。

第二に、保護される内部告発の対象となる事実が限定されていることである。この法律の2条3項1号は、「通報対象事実」を、「個人の生命又は身体の保護、消費者の利益の擁護、環境の保全、公正な競争の確保その他の国民の生命、身体、財産その他の利益の保護にかかわる法律として別表<sup>309</sup>に掲げるもの」に規定される罪の犯罪行為の事実<sup>310</sup>と定めているが、これは、アメリカの内部告発者保護法制に比べて明らかに狭いといえる。通報対象事実が法令違反の犯罪行為に限定されていることについては、「そもそも公益通報者保護法は、『公益』の概念を消費者保護の観点からとらえ<sup>311</sup>」るものであり、公益一般の促進という観点が弱いことによるものと考えられる。その結果、例えば、民営刑事施設内の規則違反等は、それが法律違反の犯罪に当たらない限り「通報対象事実」に含まれず、民営刑事施設のよりよい任務遂行の促進という観点からは不十分であると評価できる。

第三に、公益通報の保護の要件が、通報先によって異なることである。3条は、通報先として、①当該労務提供先等<sup>312</sup>、②当該通報対象事実について処分又は勧告等をする権限を有する行政機関、③その者に対し当該通報対象事実を通報することがその発生又はこれ

<sup>309</sup> 別表には、刑法、食品衛生法、金融商品取引法、農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律、大気汚染防止法、廃棄物の処理及び清掃に関する法律、個人情報保護に関する法律、その他政令で定める法律が掲げられており、政令では、400以上の法律が列挙されている。

<sup>310</sup> 同法2条3項2号は、「別表に掲げる法律の規定に基づく処分に違反することが前号に掲げる事実となる場合における当該処分の理由とされている事実（当該処分の理由とされている事実が同表に掲げる法律の規定に基づく他の処分に違反し、又は勧告等に従わない事実である場合における当該他の処分又は勧告等の理由とされている事実を含む。）」と規定する。

<sup>311</sup> 角田邦重＝小西啓文編『内部告発と公益通報者保護法』（法律文化社、2008年）i頁〔編者執筆〕。

<sup>312</sup> 当該労務提供先のほか、「当該労務提供先があらかじめ定めた者」も含まれる（第2条）。

による被害の拡大を防止するために必要であると認められる者の三つを掲げているが、通報先の外部性が高まるにつれて、すなわち、①<②<③の順で、保護を受けるための要件が厳格になっているのである<sup>313</sup>。この点は、当該通報が根拠のないものであった場合の労務提供先への影響を考慮すれば<sup>314</sup>、理解できなくもないところではある。ただし、こうした考え方が説得力をもつのは、労務提供先が自主的により充実した通報者保護のしくみを用意している場合であり、労務提供先が通報者保護のしくみの整備を怠っている場合には、報復覚悟で労務提供先に通報するか、保護の対象外となるリスクのより高い通報先に通報するしかなくなることに注意が必要である。

このように、現状の「公益通報者保護法」にはいくつか不十分な点があると思われるが、これは、それぞれの民間事業者や行政機関による自主的な通報者保護のための取り組みを否定するものではなく、むしろそうした取り組みに期待しているものと理解できる<sup>315</sup>。以下では、内部告発者保護法制の実際の姿の一端を明らかにするために、民営刑事施設の被用者が通報する場合を念頭において制度をみてみる。ただし、民営といっても、公営の刑事施設と同様に法務省矯正局の管轄であることには変わらないので、法制度としては公営と同様のものである<sup>316</sup>。

## (2) 民営刑事施設の被用者のための公益通報者保護制度

法務省は、通達<sup>317</sup>により、公益通報者保護の仕組みを制度化している。公益通報者保護法との関係でとくに注目されるのは、同法が定める通報対象事実以外の「法令等の違反行

<sup>313</sup> ①については、「通報対象事実が生じ、又はまさに生じようとしていると信料する場合」（3条1号）、②については、「通報対象事実が生じ、又はまさに生じようとしていると信ずるに足りる相当の理由がある場合」（同2号）、③については、「通報対象事実が生じ、又はまさに生じようとしていると信ずるに足りる相当の理由があり」、かつ、(i)①、②へ公益通報すれば解雇や不利益な取扱いを受けると信ずるに足りる相当の理由がある、(ii)当該通報対象事実に係る証拠隠滅等のおそれがあると信ずるに足りる相当の理由がある、(iii)労務提供先から公益通報をしないことを正当な理由なく要求された、(iv)①への公益通報から20日以上正当な理由なく放置された、(v)生命・身体への危害の発生または発生の危険があると信ずるに足りる相当の理由がある、のいずれかに該当する場合（同3号）が保護の対象になると規定されている。

<sup>314</sup> 内閣府国民生活局企画課編『詳説 公益通報者保護法』（ぎょうせい、2006年）79、82頁。

<sup>315</sup> 「公益通報者保護法案に対する付帯決議」（参議院内閣委員会、2004年6月11日）は、「事業者及び行政機関において、通報をしようとする者が事前に相談できる窓口が整備されるよう促進すること」につき、適切な措置が講じられることを求めている。

<sup>316</sup> 差異が生じ得るとすれば、民営刑事施設の運営会社が独自に公益通報者保護の仕組みを設けることが考えられるが、日本初のPFI刑務所である「美祢社会復帰促進センター」に電話で問い合わせたところ、一般的な相談窓口を除いて、公益通報者保護のための独自の仕組みは設けていないとの回答を得た（2016年5月19日）。

<sup>317</sup> 法務事務次官通達「法務本省公益通報事務処理要領」（平成26年8月6日）。

為が生じ、又はまさに生じようとしている旨の通報」も保護の対象になるとされていることである。「法令等」の「等」にどこまでのものが入るかは明らかではないが、同法が保護の対象とするものよりも広いことは確かであろう。本章第一節1でみたアメリカの実際の事件においても、施設内の規則違反を告発したものがあつたが、暴力性を伴う任務が多くなることが想定される民営刑事施設の場合には、とりわけ「等」に含まれるものが重要になってくると思われ、よりよい任務遂行への貢献という観点からの適切な運用が望まれる。

通報先については、大臣官房人事課に窓口が設けられることになっているが、第三者性への配慮という観点からは、各府省庁とは別の機関も通報先として認めたり、あるいは、新たに府省庁横断的な機関を設けたりすることも検討されてよいのではないかと思われる

318。

### 3 「民営化」に対する憲法的統制における内部告発的表現保障の位置

内部告発的表現をよりよく保障するには、それが司法により事後的に救済されるだけでは不十分であり、内部告発的表現を萎縮させないための立法的措置が必要になることは、繰り返し述べてきたとおりである。もっとも、内部告発的表現をよりよく保障するための立法的措置を憲法が要求している、とまではいえないだろう。にもかかわらず、そうした立法的措置の憲法的意義を基礎づけるものは、透明性の向上にとって内部告発的表現保障が果たす役割の重要性である。

ただし、ここで注意しておきたいのは、内部告発的表現を手厚く保障することと任務遂行過程の透明性との関係である。第四章第三節2において、内部告発が「閉鎖的環境の透明性を向上させるのに役立つ」と述べたが、立法的措置等を講ずることにより、労務提供先や行政機関等の内部性の高い機関への内部告発的表現を手厚く保障すればするほど、逆説的に、その表現は、制度の枠内で処理される、すなわち、国民・住民の知ることなく処理される可能性が高くなる。この点に関して参考になるのが、公務員による上司への内部

---

318 なお、この通達には明文化されていないが、消費者庁による各府省庁および都道府県・市町村を対象とする調査によれば、法務省の各部局においても通報窓口が設置されており、刑事施設に関わるところでは、各矯正管区総務課にも窓口が設置されているようである。なお、同調査によれば、2014年度の法務省全体の公益通報の受理件数は5件であり、うち調査開始件数は5件、是正措置を講じた件数は2件となっている。消費者庁「平成26年度行政機関における公益通報者保護法の施行状況調査（平成27年3月31日時点）」（平成27年10月30日）7頁。  
[http://www.caa.go.jp/planning/koueki/chosa-kenkyu/files/h26kouekisekou\\_1.pdf](http://www.caa.go.jp/planning/koueki/chosa-kenkyu/files/h26kouekisekou_1.pdf)（最終アクセス：2016年12月26日）。

告発的表現に対してなされた報復的な措置が憲法に違反しないとされた *Garcetti v. Ceballos*<sup>319</sup>をめぐる議論である。連邦最高裁は、職務上の発言としてなされたものは憲法上の保障を受けないと判示したのであるが<sup>320</sup>、これに対して、「政府の被用者は、職務に関係する義務を果たす際には保護を失うが、メディアに対して直接発言する際には保護を受ける」ことになるとして、これが公務員に対してメディアに告発するインセンティブを与えてしまっており、「この選択は、職場に復帰することを望む被用者にとっても、また、世間の注目にさらされる組織にとっても望ましいことではない」と批判する見解がある<sup>321</sup>。このやりとりからも伺えるように、内部告発は、それがメディア等の外部性の高い第三者に対して直接なされる場合には、その告発内容の妥当性の有無に関わりなく、当事者のいずれに対してもダメージを与える可能性があるものであり、だからこそ、あらかじめ内部告発者保護の仕組みを制度化しておくことの意味があるのである。

それでは、改めて、内部告発的表現保障と透明性の向上との関係は、どのように考えられるべきなのか。たしかに、内部告発者保護の仕組みを制度化すれば、(告発を受けた機関がそれを公表しない限り) その告発内容が公になる可能性は低まるが、そもそも、内部告発というのは、その内容を国民・住民に知れ渡るようにすること自体が目的ではなく、あくまでも任務遂行の改善が第一次的な目的であると理解すべきであるように思われる。そうした見方からすれば、内部告発者保護法制が機能している状態というのは、当該組織による自主的な改善がなされているものとみるべきであろう。もちろん、どのような制度を構築したとしても、それが適切に機能するとは限らないため、その際にはメディア等の第三者に対して告発することにより、結果的に任務遂行過程の透明性の向上が図られることになる。そして、そうした場合には、訴訟にまで発展することも想定されるため、司法による救済を受けられる可能性が担保されていることが重要であり、その限りで本節1の議論が意味をもってくるものと思われる。

この点に関わって興味深いのが、公務員制度改革についての論考のなかで、晴山一穂が、

---

<sup>319</sup> 547 U.S. 410 (2006). 本判決を扱う日本語文献として、前田聡「公務員の上司に対する意見上申と合衆国憲法修正一条による保護の可否——*Garcetti v. Ceballos*, 126 S. Ct. 1951 (2006)」筑波法政42号(2007年)83頁、牧本・前掲注(296)「公務員の『公務』に関する表現行為と修正1条」169頁、同「公務員の内部告発と修正1条」憲法理論研究会編『憲法学の未来』(敬文堂、2010年)、同・前掲注(294)「公務員による公益通報の保護の現状と『表現の自由』」233頁、横大道聡『現代国家における表現の自由——言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』(弘文堂、2013年)280-282頁。

<sup>320</sup> *Id.* at 421-23.

<sup>321</sup> *The Supreme Court, 2005 Term - Leading Cases*, 120 HARV. L. REV. 125, 280 (2006).



公務運営における公務員の関与・参加の問題についてふれており、そこで、上司の職務命令に対する意見の申出や公務員代表との協議制とともに、参加・関与の具体的手段の一つとして内部告発権の保障をあげていることである<sup>322</sup>。こうした仕組みは、組織内部において任務遂行を自主的に改善するためのものと理解できるが、決して公務員法上の公務員にのみ妥当するものではないであろう。「民営化」により委ねられた任務を遂行する民間事業者であっても、適切な任務遂行のための被用者の関与・参加の一手段という観点から、内部告発的表現保障あるいはそれに類する仕組みを整えることも必要であるように思われる。

#### 第四節 小括

本章では、民営刑事施設の被用者による内部告発的表現に対して雇用者が報復的な措置をとったことについて、その措置がステイト・アクションに該当しない、と判示された下級審判例を出発点として、民間事業者の被用者による内部告発的表現が憲法的保障を受けるべき理由とその受け方を、第四章で示した、「民営化」された任務の遂行過程の透明性の向上という観点から検討した。被收容者との関係ではステイト・アクションが認定されやすい民営刑事施設の行為であっても、被用者との関係ではそうならないのは、ステイト・アクション該当性判断において、当該事例における被用者の権利保障の有する意義が十分にふまえられていないからであり、その根底には、「公的機能担当者としての民間事業者／雇用者としての民間事業者」の二分法思考とでもいうべきものが存在していた。第四章で検討した Metzger の「私人への委任分析」については、そうした二分法思考が克服されているが、他方で、内部告発的表現の萎縮のしやすさという点はそれほど意識されていないように思われる。そこで、そうした萎縮効果への配慮という観点から、内部告発者保護のための立法的措置が必要になるのであるが、アメリカにおけるそれは、萎縮効果への一定の配慮が伺えるものとなっている。

以上をふまえて、日本の状況に目を向ければ、司法による救済に関しては、ステイト・アクション法理を反省的に応用する余地があり、立法的措置に関しては、法律上は不十分なものとどまっているが、それぞれの労務提供先や行政機関が法律の水準以上の措置を講じることが期待されており、実際にその傾向が伺えるが、さらなる改善の余地もあるよ

---

<sup>322</sup> 晴山一穂「日本国憲法と公務員制度改革」西谷敏＝晴山編『公務員制度改革』（大月書店、2002年）54-56頁。

うに思われる。

そして、理論的には、内部告発的表現保障と透明性の向上との関係をどのように理解するかが問題となるが、まずは民間事業者内部あるいはそれを監督する立場にある行政機関において内部告発者保護の仕組みをつくることにより自主的な改善を図るとともに、それが適切に機能しなかった場合には、被用者が直接メディア等の第三者に対して告発し、透明性の向上をはかっていく、ということになる。被用者が第三者に対して告発するのは極めて勇気のいることであるが、「民営化」特有の事情を加味し司法的救済の可能性を高めることを通じて、その勇気を挫く可能性を少しでも低める努力も必要であると思われる。

## 終章 総括と今後の課題

### 1 総括

以上、本研究は、「民営化」現象に対していかにして憲法的統制を加えるか、という課題について、憲法上の権利の実効的な保障を重視する観点から、アメリカにおける判例・学説の議論を手がかりとして考察してきた。

アメリカでは、ステイト・アクション法理が「民営化」への対応力を失っていることに加えて、仮にステイト・アクションが認定されたとしても、憲法上の権利に基づく救済が得られるとは限らないという事態も生じていた。憲法上の権利は、いわば憲法の適用法理と救済法理によって挟撃されていたのである。

そうしたなかで、新たな理論枠組みが要請されるのは必定ともいえ、その代表的な学説として、本研究は、Metzger が提唱する「私人への委任分析」に焦点を当てて検討を加えた。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、ということを中心とするものであった。

もっとも、この議論において要請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、憲法の制約に服する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、(憲法の制約に服する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よう。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れば、そ

れ以外の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したのは、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った。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・住民による日常的な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、「民営化」された任務を担う民間事業者による違憲行為の抑止がよりよく果たされるのではないだろうか<sup>323</sup>。Metzger が提示した政府の役割の形態のなかで、最も憲法上の権利の実効的な保障への配慮の低い形態においてはとくに、「民営化」する際に政府が透明性を担保する措置を講じることが必要になると思われるのである。

そして、以上に示した、アメリカの議論状況に対する本研究の立場を、日本の文脈に即して展開させれば、以下のようなになる。まず、日本の場合には、アメリカと異なり、何らかの形で裁判所における憲法的価値の利益衡量が容認される傾向にあるため、(利益衡量のあり方の問題は残るが)憲法上の権利の主張可能性が当然に排除されるということはない。こうした日本の状況においては、民間事業者は、憲法の制約に服することの一般的な要求が常に課されているとみなせるため、(Metzger が重視する)憲法上の権利の執行可能性は確保されているといえる。しかし、このことは、憲法上の権利が実効的に保障されることまでも意味するわけではない。使用者責任追及の可能性とともに、透明性の向上を通じた違憲行為の抑止を機能させることが、日本においても検討されるべきであると思われる。

もっとも、こうした、「民営化」には透明性が要請されるという類の議論は、取り立てて珍しいものではなく、それどころか、極めて平凡なものであることも確かである。実際、本研究の随所で関心を払ってきた民営刑事施設に限っても、例えば、「刑事施設の民間運営における公開・参加の問題<sup>324</sup>」を指摘するものや、「契約書の内容や、開設後のモニタリングの結果についてはもちろんのこと、業務遂行の状況や、その他にどのような問題が生じ

---

<sup>323</sup> ここで述べていることは、司法を通じた憲法上の権利の実効的な保障の限界をふまえて、それを補完するものとしての民主主義的な仕組みの意義である。したがって、司法権以外の主体の役割にも目を向けているものの、なお国家に軸足を置く一元的な思考にとどまっており、多層的・多層的なネットワークを通じた公共的価値の実現といった議論とは距離があるものと思われる。こうした公共的価値実現のあり方は、私的主体がグローバルな規模で活動する場合があることもふまえれば重要な視点であると思われる。国境を越えて活動する私的主体に対する一国憲法による統制の限界については、注(23)を参照。

<sup>324</sup> 萩原聡央「刑事施設の民間化——行政法学的検討」刑事立法研究会編『刑務所民営化のゆくえ——日本版 PFI 刑務所をめぐる』(現代人文社、2008年)51頁。

たか、違約があった場合は詳細な内容等、情報の開示は最大限に行われるべきである<sup>325</sup>」と述べるものがすでに存在している。それでもなお、本研究が透明性の向上を憲法の要請として語ることにこだわるのは、憲法上の権利を実効的に保障するためには、裁判所における憲法の適用可能性が確保されるだけでなく、国民・住民による日常的な監視や批判が不可欠であると考えからである。利潤追求の行動原理を有する民間事業者が憲法上の権利保障をコストの問題として捉える可能性があり、そのことが憲法上の権利にとっての潜在的な脅威であることからすれば、裁判所での救済が見込めるほどの憲法上の権利侵害が発生する前段階における、国民・住民による日常的な監視や批判がとくに重要であるように思われるのである<sup>326</sup>。

## 2 今後の課題

ところで、本研究は、あくまでも憲法上の権利保障を念頭において、「民営化」に対する憲法的統制を論じてきたつもりであるが、その行き着いた先は、国民・住民による日常的な監視や批判の重要性であった。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しているのであって、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<sup>327</sup>。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、実際、行政組織（公私協働の組織も含む）の民主的正統性を論ずる文脈で、「組織の透明性とそれによって可能とな

---

<sup>325</sup> 笹倉香奈「アカウントビリティとモニタリング」刑事立法研究会編・前掲注（324）174頁。

<sup>326</sup> 憲法上の権利保障のためには民主主義的なしくみが要請されるといった議論は、任務遂行主体の属性にかかわらず妥当し得るものである。しかしながら、序章1でも述べたように、「民営化」の場合には、利潤追求の行動原理を有する主体が、コストのかかる権利保障のための措置を怠る危険性が恒常的に存在するために、憲法上の権利の実効的な保障がとくに困難になると思われるのである。したがって、憲法上の権利を実効的に保障するためには、（司法を通じた使用者責任追及に加えて）民主主義的なしくみが必要になるとする本研究の立場は、「民営化」の場合に特に強く妥当するものであると考える。

もっとも、終章2でも言及するように、本研究では、そうした民主主義的な仕組みの具体的な形態やその制度的条件については論ずることができなかった。これは、本研究が、「民営化」に対する司法を通じた憲法的統制に軸足を置くアメリカの議論を手がかりにしつつ、そうした観点からどこまで統制が可能なのか（その限界点）を明らかにすることに主眼をおいていることによるものである。ただし、そうした統制手法の限界が明らかになるからこそ、民主主義的な仕組みの導入が単なる政策的な選択によるものではなく、憲法上の権利の実効的な保障のための不可欠な要素として要請される、という筋道が描けるのではないかと思われる。

<sup>327</sup> すでに、紙野健二「現代行政と透明性について」名古屋大学法政論集149号（1993年）71頁が、「法治主義や民主主義の原理を補完または具体化する関係に立つもの」としての透明性という視点を提示している。

る公共での批判的議論を通じたコントロールも、『正統性』の観点から見落とせない重要性をもっている<sup>328</sup>」とか、「透明性・公開性の向上によって、批判の可能性が拡大し、権力に対するコントロールも発生する<sup>329</sup>」と述べるものがすでに存在しており、民主主義の側からも透明性の意義が語られているのである。本研究では、国民・住民による日常的な監視や批判の具体的な形態やそれを支える制度的条件などは全く論じることができなかつたため、民主主義の観点からこういった問題を検討することが今後の課題の一つとなるであろう<sup>330</sup>。

もう一つの課題は、晴山の公務員の存在意義の観点からみた「民営化」の限界論の検討を通してみえてくるものである。この議論は、本論において扱うのがふさわしいものであるにもかかわらず、行論の関係上、取り上げることのできなかつたものであり、本研究の最後に、簡単ではあるが検討しておきたい。

晴山は、公務員の全体の奉仕者性を規定した憲法 15 条 2 項、公務員の選定罷免権を規定した同 15 条 1 項、国家公務員制度の法律主義を規定した同 73 条 4 号をあげ、これらの規定が、「現行憲法上の公務員が、国民主権の下で、国民の信託にもとづき、国民の福利の実現のために奉仕すべき『国民全体の公務員』であることを定めた」ものと理解する。そして、現在の公務員制度における、職階制、成績主義、平等取扱いの原則、公務員の身分保障、私企業からの隔離、職務専念義務、人事院・人事委員会制度など様々な原則や制度には、「上記の憲法における公務員の位置づけが強く反映されている」と述べる<sup>331</sup>。以上をふまえて、晴山は、日本国憲法が「国民の福利ないし権利の実現にとって必要な事務・事業は、国や地方自治体の『公務』として、原則として『公務員』の手によって行われるべきことを予定している」と解する。もっとも、「このことは、国民にとって必要な事務・事業が公務員以外の者によって行われることがありうることを一切否定する趣旨ではな」く、そうした公務員以外による任務遂行が無限定に認められることにより、「公務員が『全体の奉仕者』として国民の権利の実現のために奉仕するという憲法の描く公務員像、国民主権にもとづく公務員の理念上の地位が限りなく形骸化」することを防ぐことにその趣旨があ

---

<sup>328</sup> 毛利透「民主主義と行政組織のヒエラルキー」同『統治構造の憲法論』（岩波書店、2014 年）334 頁。

<sup>329</sup> 「第一部会 討論要旨」公法研究 76 号（2014 年）147 頁 [松本和彦発言]。

<sup>330</sup> この問題を考えるに際して手がかりになり得るものとして、「民営化」に伴って生じる民主主義の欠損を埋める重要な公法上の諸価値の一つとして透明性をあげる、ALFRED C. AMAN JR., THE DEMOCRACY DEFICIT: TAMING GLOBALIZATION THROUGH LAW REFORM 129-30 (2004)。

<sup>331</sup> 晴山一穂「公務の縮小・民間化とその法的限界」同『現代国家と行政法学の課題——新自由主義・国家・法』（日本評論社、2012 年）145-146 頁。

るとされ、「一定の限度」での公務員以外による任務遂行は認められている<sup>332</sup>。

晴山からすれば、本研究のように、「民営化」により国家から委ねられた任務を遂行する者が公務員の身分をもつことにこだわらない議論は、公務員の存在意義を軽視しているものとして、低く評価されることになるであろう。晴山の議論の特徴は、公務員の存在意義を、「国民全体の公務員」という憲法上の位置づけを担保する公務員制度上の様々な原則や制度によって基礎づけるところにあると解されるが、それとの関係で疑問なのは、晴山があげる現在の公務員制度に存在する様々な原則や制度に「憲法における公務員の位置づけが強く反映されている」と述べることの含意である。この表現は、公務員制度上の様々な原則や制度がそのまま憲法上の要請であることまで意味するものではないようにみえる。そうであれば、公務員制度上の原則や制度の（少なくとも部分的な）縮減や廃止が即座に憲法違反になるわけではないと解される一方で、「国民全体の公務員」たり得ることを担保する原則や制度として、憲法がどのようなものを要求しているのかを明らかにする、あるいは、少なくともそのための指針を提供する必要があるように思われる。

晴山の議論は、「民営化」の限界論を、公務員の存在意義から接近しつつ、日本国憲法の解釈論として提示しようとしており、憲法学の観点からは極めて興味深いものといえるが、その解釈論を精緻化していくことについては、課題が残っているように思われる。

以上をふまえれば、(憲法上の「公務員」が公務員法上の公務員に限定されないことを前提に)「民営化」された「公務」の遂行主体が「国民全体」のそれになり得るために必要なものを解明することが課題になると思われるが、それは、経験の蓄積をふまえて、場合によっては試行錯誤しながら、その都度明らかにしていく他はないと思われる<sup>333</sup>。そして、その前提として必要になってくるのが、その「公務」がどのように遂行されているのかを可能な限り国民の目に入るようにすることである。「公務」遂行のありように対する批判的検証の可能性なくして、「公務」遂行主体が「国民全体」のそれになり得るために必要なものを明らかにすることは不可能であろう。「国民全体」の「公務」遂行主体になるためには、まずもって、その「公務」遂行のありようが「国民全体」に開かれていなければならない、というのが、「民営化」における国家の透明性担保責任を重視する本研究から導かれる帰結である。もっとも、本研究では、こうした方向性を日本国憲法解釈論として展開すること

---

<sup>332</sup> 同上 146 頁。

<sup>333</sup> その際に、現在の公務員制度上の原則や制度が参考にされることは十分にあり得ると思われる。

はできなかつた<sup>334</sup>。この点も含めて、今後の課題としたい。

---

<sup>334</sup> とりわけ問題になると思われるのが、憲法 15 条の「公務員」をどのように理解するか、という点であろう。本文においては、「公務」の遂行主体という曖昧な表現で済ませてしまつたが、解釈論として展開するのであればその精緻化が求められるであろう。この点に関して、法学協会編『註解日本国憲法（上）』（有斐閣、1953 年）370 頁が、「私人に公務を委任又は委託した場合には、その限度で私人もここでいう『公務員』に当たることになろう」と述べていることが注目される。