

# 「民営化」に対する憲法的統制に向けての 理論的考察（1）

——アメリカにおける学説動向を手がかりに

小 牧 亮 也

はじめに

第一章 「民営化」に対する憲法的統制をめぐる学説動向

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懷疑？
- 5 違憲行為の抑止と透明性の可能性（以上、本号）

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

第四節 小括

第二章 「民営化」における被用者の内部告発的表現の憲法的保障

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

第二節 内部告発的表現の憲法的保障と政府の役割

第三節 日本における内部告発的表現の憲法的保障

第四節 小括

おわりに

## はじめに

「民営化<sup>1)</sup>」現象に対して、憲法学はどのように向き合うべきなのか。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>2)</sup>」としての憲法という理解が一般的であり、そうした理解からすれば、国や地方が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。

実際、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ている。そこでは、主として、憲法の適用の可否<sup>3)</sup>、是非<sup>4)</sup>、要否<sup>5)</sup>に焦点が当てられているといえるが、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。

この点に関して興味深いのは、憲法の適用の観点から「民営化」現象を扱う論者の多くが、アメリカのステイト・アクション法理を研究対象とした経験を持っていることである<sup>6)</sup>。ステイト・アクション法理とは、憲法

1) 本稿でいう「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、本稿が「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).

2) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第6版）』（岩波書店、2015年）3頁。

3) 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）460-464頁。

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

5) 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。

6) 君塚正臣「アメリカのステイト・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、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）15頁以下、宮下紘「ステ

上の権利が原則として政府を拘束するものであり、一定の要件を満たした場合にのみ私人を拘束する、というアメリカ連邦最高裁判例において確立した理論であり、日本の憲法学では、これまで、私人間効力論のフィールドにおいて、アメリカにおける同種の議論の紹介およびその参照可能性という観点から扱われてきたものである<sup>7)</sup>。

筆者は、前稿<sup>8)</sup>において、ステイト・アクション法理と「民営化」との関係について、主として裁判例を素材として検討を加えたが、そこでもふれたように、近年、アメリカにおいて、そのステイト・アクション法理が「民営化」に適切に対応したものになっていないとの評価がなされており、例えば、「憲法の保障なき民営化<sup>9)</sup>」をもたらすといった指摘もなされている。こうした状況をふまえて、アメリカでは、ステイト・アクション法理の再構成を試みる学説が提唱されているが<sup>10)</sup>、そのなかでも本稿が注目するのは、コロンビア大学教授の Gillian E. Metzger<sup>11)</sup> が提唱する「私人への委任分析 (private delegation analysis)<sup>12)</sup>」である。Metzger については、最近では、「行政立憲主義 (administrative constitutionalism)」に関する業績が日本でも注目され始めており<sup>13)</sup>、また、オバマ・ケアについてもまとまっ

---

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、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)。

- 7) 注(6)に掲げたもの以外では、芦部信喜『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。
- 8) 拙稿「『民営化』に対する憲法的統制の可能性 (1)・(2)・(完) ——アメリカにおける民営刑事施設に関する裁判例を素材に」名古屋大学法政論集259号(2014年)277頁以下、261号(2015年)225頁以下。
- 9) Daphne Barak-Erez, *A State Action Doctrine for an Age of Privatization*, 45 SYRACUSE L. REV. 1169, 1183 (1995).
- 10) See, e.g., *Id.* at 1188-92; Sheila S. Kennedy, *When Is Private Public?: State Action in the Era of Privatization and Public-Private Partnerships*, 11 GEO. MASON U. C.R. L.J. 203, 219-23 (2001).
- 11) 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、2007年よりコロンビア大学教授。憲法、行政法等を担当している。
- 12) “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、本稿では、便宜上「私人への委任分析」という語を用いることにする。
- 13) See Gillian E. Metzger, *Ordinary Administrative Law as Constitutional Common Law*,

た業績がある<sup>14)</sup>。「民営化」に関するものは、Metzger の経歴のなかでも初期に出されたものであり、そこで提唱されたのが「私人への委任分析」である<sup>15)</sup>。

この議論は、ステイト・アクション法理の機能不全をふまえて、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」に際して政府がいかなる役割を果たすべきかを主題化する議論である。そのため、ここで問題とされるのは、政府による権限付与のあり方の合憲性であり、権限付与された私的主体の行為に対する憲法の適用可能性を問うステイト・アクション法理とは問題局面が異なっている。しかしながら、権限を付与された私的主体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、政府による権限付与のあり方に焦点を当てる議論は、あるべき理論枠組みの方向性を示しているように思われるのである<sup>16)</sup>。

- 
- 110 COLUM. L. REV. 479 (2010); Metzger, *Administrative Constitutionalism*, 91 TEX. L. REV. 1897 (2013). 日本で Metzger の「行政立憲主義」に関する議論を紹介するものとして、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。
- 14) See Gillian E. Metzger, *Federalism under Obama*, 53 WM. & MARY L. REV. 567 (2011); Metzger, *To Tax, to Spend, to Regulate*, 126 HARV. L. REV. 83 (2012); Metzger & Trevor W. Morrison, *The Presumption of Constitutionality and the Individual Mandate*, in *THE HEALTH CARE CASE: THE SUPREME COURT'S DECISION AND ITS IMPLICATIONS* (Nathaniel Persily et al eds., 2013). なお、Metzger は、後者の著作の編者にも名を連ねている。日本で Metzger のオバマ・ケアに関する業績に言及するものとして、坂田隆介「医療保険改革法とアメリカ憲法 (2・完)」立命館法学 359号 (2015年) 122-123、128-129頁。
- 15) 本稿で検討対象とする Metzger の論稿は、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: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY* (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。本稿は、「私人への委任分析」それ自体の理論的意義の解明に力点をおいているため、「私人への委任分析」の最も詳細な説明がなされている Metzger, *supra* note 1 を検討対象とする。日本で Metzger の「私人への委任分析」に(ごく簡単ではあるが)言及するものとして、宮下・前掲注 (4) 1350-1351頁。
- 16) 同様に「民営化」における政府の役割に焦点を当てる議論として、ドイツでは保障国家論(保障責任論)が提唱されており、例えば、「そうしたサービスなど[狹

ただし、あらかじめ指摘しておきたいのは、「私人への委任分析」において要請される政府の役割というものは、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る、ということである。この点は、ステイト・アクション法理が機能不全を起こしており、裁判所における憲法上の権利の主張可能性すらも十分に確保されているとはいえないアメリカの現状においては、極めて重要な点であるといえるが、それで満足してよいかは検討の余地があると思われる。というのも、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、憲法上の権利の実効的な保障という観点からすれば、そうした措置が講じられることまでも視野におさめる必要があると思われるからである。憲法上の権利の実効的な保障という観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。

以上をふまえて、本稿は、「私人への委任分析」を、一方で、裁判所における憲法上の権利の執行可能性を確保する議論、すなわち、司法的統制に軸足を置く議論としては一つの到達点を示すものとして評価しつつ、他

---

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）——引用者注]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、ここでいう保証責任の議論といえる」（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）といった説明がなされるが、保障国家論において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り、それは憲法上の根拠をもつものである。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の確保を基礎づける明確な連邦憲法上の根拠が存在しないため、「民営化」に際して政府が果たすべき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るべきではない。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」に際して政府の果たすべき役割の憲法的基礎づけが可能になるように思われる。保障国家論については、山田・前掲論文の他に、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。

方で、憲法上の権利の実効的な保障の観点からは限界を抱えているものであると考える。したがって、「私人への委任分析」を分析するに際して、本稿は、司法的統制に軸足をおく議論としての限界点を見極めつつ、憲法上の権利の実効的な保障のために必要なものを解明することに力点をおくこととする。

本稿は二つの章から構成される。第一章では、Metzgerの「私人への委任分析」を紹介し、その理論的な意義と限界を明らかにする。前述したとおり、「私人への委任分析」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稿の立場からすれば、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。「私人への委任分析」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することにより、「民営化」された任務の遂行過程の透明性を確保し、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、憲法上の権利の実効的な保障の観点から要請される、「民営化」に際して政府が果たすべき役割が見出せるように思われる。

もっとも、任務遂行過程の透明性を確保する政府の役割といっても、多様なものがあり得る。第二章では、「民営化」された任務に従事す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ると、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。とりわけ、内部告発を受ける機関が、告発者の労務提供先であるような場合には、その労務提供先は、告発者に不利益を与える行動をとる誘引を持っているため、第三者性のある告発先機関を設けるとともに、最終的には司法的救済を受けられる見通しを確保することまでも視野におさめる必要があると思われる。

## 第一章 「民営化」に対する憲法的統制をめぐる学説動向

本章では、「私人への委任分析」を紹介したうえで、これの理論的な意義と限界を明らかにすることを第一次的な課題とするが、それに先立って、この議論の特徴について簡単にふれておきたい。「私人への委任分析」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。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。

もっとも、すでに示唆したように、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してみたい。

## 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、「私人への委任分析」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>17)</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>18)</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とする。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とする<sup>19)</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、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切り下げたことについて、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 v. Yaretsky*<sup>20)</sup> において、そのナーシング・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、Metzger は、患者の従属性が、政府による扶助の有無にかかわらず生じる

---

17) Metzger, *supra* note 1, at 1396-97.

18) 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、拙稿・前掲注 (8) 『「民営化」に対する憲法的統制の可能性 (2・完)』 233-239 頁。

19) Metzger, *supra* note 1, at 1397.

20) 457 U.S. 991 (1982).



ものであることから、従属性に着目した政府権限の判定の仕方を退けている<sup>21)</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 (Managed Care Organization)<sup>22)</sup> 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>23)</sup>。

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>24)</sup>。

---

21) Metzger, *supra* note 1, at 1398.

22) 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。

23) Metzger, *supra* note 1, at 1398-99.

24) *Id.* at 1399.

(2) 憲法的アカウントビリティ<sup>25)</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>26)</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っ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。この二つのうちMetzgerは後者に焦点を当てており、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も、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>27)</sup>。

---

25) 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——国家なき行政法は果たして、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。

26) Metzger, *supra* note 1, 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」と述べる判決として、Lebron v. Nat'l R.R. Passenger Corp., 513 U.S. 374, 397 (1995).

27) Metzger, *supra* note 1, at 1401.

なお、憲法的アカウンタ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。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>28)</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タ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) 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

---

28) *Id.* at 1406-09.

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>29)</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>30)</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>31)</sup>」<sup>32)</sup>。

代理の成立にとっての重要な要素は、第一に、本人と代理人がともに、代理人が本人のために行為することを容認していなければならないことであり、第二に、本人による継続的な支配・監督の存在である<sup>33)</sup>。Metzgerに

29) *Id.* at 1462.

30) *Id.* at 1462-63.

31) 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、第三次リステイメントにおいても変更はない。

32) Metzger, *supra* note 1, at 1463.

33) なお、ステイト・アクション法理には、私人の行為に対する政府の関わりに着目してステイト・アクションを認定する手法（関係性理論）があるが、実際の連邦最高裁判例では、私人の問題とされた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が要求されている（拙稿・前掲注（8）「『民営化』に対する憲法的統制の可能性（1）」293-296頁）。他方、代理法でいうところの支配・監督に関しては、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

よれば、この二つの要素は、憲法的アカウントビリティの観点からも重要性をもっているとされる。すなわち、「憲法回避がとくに大きな危険性をもつのは、政府が受任者を支配する能力を保持している場合であり、加えて、容認の存在は、政府と受任者がともに、その関係性から生じ得る憲法上の影響を予見できるがゆえに、規制の選択あるいは個人の自律に対する不当な介入に関する懸念を取り除く」のである<sup>34)</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この問題である<sup>35)</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、憲法的アカウントビリティが適切に確保されているか否かが問われる段階に進むことになる<sup>36)</sup>。

(2) 憲法的アカウントビリティが確保される形での私人への委任の構築  
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

---

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。Id. at 1464-66.

34) Id. at 1463-64.

35) 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。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・監督があるわけではない。Metzger, *supra* note 1, at 1469.

36) Id. at 1470.

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>37)</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>38)</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>39)</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（制定法や契約など）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>40)</sup>。

---

37) *Id.* at 1471-72.

38) *Id.* at 1472.

39) *Id.* at 1474.

40) *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>41)</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>42)</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、権限行使が強大化する危険性が低まるのである<sup>43)</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、

---

41) *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。

42) *Id.* at 1477.

43) 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.

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、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>44)</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ついての情報や、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>45)</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>46)</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>47) 48)</sup>。

44) *Id.* at 1478.

45) *Id.* at 1478-79.

46) 306 U.S. 1 (1939).

47) Metzger, *supra* note 1, at 1479.

48) 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



### 3 民営刑事施設を素材とした具体的適用

最後に、「私人への委任分析」の具体的な使い方をみていくが、ここでは、その一例として民営刑事施設をとりあげる<sup>49)</sup>。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>50)</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事が導かれるとされる<sup>51)</sup>。

次に、憲法的アカウンタ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

---

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振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。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、本節 2 (2) (a) で言及した、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.

49) なお、Metzger は、民営刑事施設以外に、ヘルス・ケア (メディケア、メディケイド) の「民営化」、福祉の「民営化」、公教育の「民営化」を例に、「私人への委任分析」の具体的適用を試みている。*Id.* at 1487-99.

50) この点については、拙稿・前掲注 (8) 「『民営化』に対する憲法的統制の可能性 (2・完)」 233-238 頁。

51) Metzger, *supra* note 1, at 1499.

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、民営刑事施設が被收容者の憲法上の権利を尊重し、さらに、被收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、規則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のメカニズムであると Metzger は考えている<sup>52)</sup>。

なお、被收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、被收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、被收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>53)</sup>。

## 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、ステイト・アクション法理とは異なる形で政府権限を捉えつつ、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

---

52) *Id.* at 1500.

53) *Id.* at 1500-01.

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>54)</sup>とは一線を画しているのである<sup>55)</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>56)</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、アメリカ憲法の基本構造である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>57)</sup>」のである<sup>58)</sup>。こうした、「民営化」における政府の主体性という観点から、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点に、「私人への委任分析」の基礎づけ方の特徴を見出すことができると思われる。

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

---

54) 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.

55) *Id.* at 1484-85.

56) *Id.* at 1485.

57) *Id.*

58) ここの言明は、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、政府の不作為への回帰ではなく、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。

介入への消極的態度<sup>59)</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的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>60)</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、既存のステイト・アクション法理の不適切性<sup>61)</sup>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>62)</sup>。

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タ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

59) 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, 195-96 (1989)。

60) CATHERINE M. DONNELLY, *DELEGATION OF GOVERNMENTAL POWER TO PRIVATE PARTIES: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* 287 (2007)。

61) この点について詳しくは、拙稿・前掲注 (8) 「『民営化』に対する憲法的統制の可能性 (1)」 293-298 頁。

62) Metzger, *supra* note 1, at 1484.

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タ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。この点に関して、「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>63)</sup>、政府によりとられた措置の合憲性を判断するための枠組みが存在しなければ、政府が「悪事」をなしたかどうかを判断することはたしかに困難になるだろう。

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、憲法的アカウンタ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>64)</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>65)</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きるかは一つの論点であると思われる<sup>66)</sup>。

---

63) 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).

64) 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.

65) 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 (7) 119, 152 頁。

66) 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

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>67)</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>68)</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>69)</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>70)</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

---

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。

67) Metzger, *supra* note 1, at 1498-99.

68) 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・ヴァウチャ合憲判決をめぐって」宗教法 24巻（2005年）57頁以下。

69) *Id.* at 662.

70) *Id.* at 645.

ため、こうした条件がなかった場合に国教樹立禁止条項に反するか否かは開かれた問題であり<sup>71)</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>72)</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」に軸足を置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

もっとも、「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「織り込み済み」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

---

71) Kathleen M. Sullivan, *The New Religion and the Constitution*, 116 HARV. L. REV. 1397, 1420 (2003).

72) なお、パウチャー・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, *Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion*, 116 HARV. L. REV. 1229, 1261 (2003).

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、政府に適用されると同一の内容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>73)</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て総合的にステイト・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>74)</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>75)</sup>。

したがって、「私人への委任分析」のなかに、憲法的アカウンタ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>76)</sup>、憲法的アカウンタ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

---

73) この点については、拙稿・前掲注(8)「『民営化』に対する憲法的統制の可能性(1)」296頁注(66)も参照。

74) 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).

75) Metzger, *supra* note 1, at 1451-52.

76) *Id.* at 1460.



ンタビリティの原理(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なる<sup>77)</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の)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>78)</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

---

77) 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把握を試みるものとして、村上・前掲注(66)678頁。  
78) Metzger, *supra* note 1, at 1500.

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に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>79)</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稿の立場からすれば、「私人への委任分析」がもたらすこうした帰結は、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に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ち、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>80)</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>81)</sup>をとるようになることを狙いとす点に特徴があり、その意味で、この議論には、理論上、違憲行為抑

---

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

80) Richard Frankel, *Regulating Privatized Government through §1983*, 76 U. CHI. L. REV. 1449, 1498 (2009).

81) 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.

止のためのメカニズムが組み込まれており<sup>82)</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>83)</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>84)</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>85)</sup>。

---

82) 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定かではない。民間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間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が、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、民間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、民間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: PRISON PRIVATIZATION & HUMAN RIGHTS* 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「アンドリュウ・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]。

83) Frankel, *supra* note 80, at 1499-1500.

84) *Id.* at 1500-01.

85) *Id.* at 1501-02.

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>86)</sup>。

もっとも、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>87)</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、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>88)</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>89)</sup>。

86) 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)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。

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

88) 同上11頁。

89) 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、1995、1996年の被収容者1000人あたりの訴訟提起数がそれぞれ24.6、23.2件であるのに対して、1997、1998年はそれぞれ15.0、13.4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

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であっても、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>90)</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し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

---

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。

90) Frankel, *supra* note 80, at 1477-78.

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>91)</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>92)</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

---

91) Jody Freeman, *Extending Public Law Norms through Privatization*, 116 HARV. L. REV. 1285, 1343 (2003).

92) Frankel, *supra* note 80, at 1493-94.

になってくると思われる<sup>93)</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>94)</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、本稿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>95)</sup>。

93) 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。

94) 「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)。

95) 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と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はなく、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。