

---

 論 説
 

---

# 「民営化」に対する憲法的統制に向けての 理論的考察（2・完）

——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」

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、274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

- 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

- 1 下級審判決
- 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

おわりに (以上、本号)

## 第一章 「民営化」に対する憲法的統制をめぐる学説動向(承前)

### 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」を素材として、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っ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るが、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>96)</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>97)</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（あるいはその淵源となる自然権的価値<sup>98)</sup>）の利益衡量それ自体は承認していると思われるし<sup>99)</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>100)</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に迫られるほどの状況にはないと思われる<sup>101)</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>102)</sup>。

---

96) 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。

97) 松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣、2007年）331-332頁。

98) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第4版）』（有斐閣、2017年）117頁。

99) 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）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。

100) 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。

101) 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）180-181頁。

102) 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）の千葉勝美補足意見が「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、柔軟といえれば柔軟であるが、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

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粹付けるか、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>103)</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）危険であり、積極的に検討する必要はないように思われる。ただし、私人間における憲法的価値の利益衡量が行われる際に、「民営化」の効用を活かす（＝私人のもつ特性（多様性や専門性）を活かす）ための政府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、日本においても生じ得るものと思われ、そうした課題に対しては、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の場合に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

---

ている。

103) 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。

に思われる<sup>104)</sup>。

## 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での検討をふまえれば、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>105)</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>106)</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>107)</sup>。したがって、少なくとも国家によるモニタリング

---

104) 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。

105) 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。

106) ただし、（後述する）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、拙稿「『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」名古屋大学法政論集274号（2017年）109頁注（93）を参照。

107) 神原秀訓「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と、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考えられるのは、(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>108)</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>109)</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、専門家等の第三者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>110)</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

108) 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。

109) 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。

110) 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:2017年8月20日)。

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>111)</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>112)</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

---

111) この点は第二章にて検討される。

112) 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割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（Sharon Dolovich, *State Punishment and Private Prisons*, 55 DUKE. L. J. 437, 442 (2005)）、「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（110）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「美称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。

ることであると思われる<sup>113)</sup> <sup>114)</sup>。

#### 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。

113) 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の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 討議要旨」公法研究 70 号（2008 年）219 頁 [米丸恒治発言]。

114) 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。本稿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。



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的な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あるが、そこでの政府の役割は、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、個別の事例における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り得ると思われる。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

これまで本稿が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り、それは同時に、「私人への委任分析」の主戦場でもあった。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、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、民間事業者には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、第一章で示した、「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、アメリカにおける、「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とりあげ、そのステイト・アクション該当性を否定した下級審判決<sup>115)</sup>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、アメリカの状況の分析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 下級審判決

#### (1) *George v. Pacific-CSC Work Furlough*<sup>116)</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。

---

115) 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明示的に判断を下した連邦最高裁判例は存在しない。

116) 91 F.3d 1227 (9th Cir. 1996).

連邦控訴裁は以下のように判示した。① Pacific 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>117)</sup>。

(2) *Cornish v. Correctional Services Corp.*<sup>118)</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めることは、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ていない（強調原文）<sup>119)</sup>。

---

117) *Id.* at 1230.

118) 402 F.3d 545 (5th Cir. 2005).

119) *Id.* at 550.

## 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、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ことは、前稿で確認したとおりである<sup>120)</sup>。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>121)</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>122)</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」の立場をとった、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、

120) 拙稿「『民営化』に対する憲法的統制の可能性（1）——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）302-309頁、同「『民営化』に対する憲法的統制の可能性（2・完）」名古屋大学法政論集 261号（2015年）226-239頁。

121) 「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。

122) 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).

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>123)</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>124)</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るのだろうか。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。

---

123) 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).

124) 「入口問題」と「実体問題」の区別については、木下・前掲注(99) 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）119頁。

## 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>125)</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（第一章第一節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>126)</sup>」と Metzger は述べている。

その具体例としてあげられるのが、*Rendell-Baker v. Kohn*<sup>127)</sup> である。この事件は、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た私立学校が、理事長の方針に異議を唱え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、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のであるが、連邦最高裁は、人事事項への州の規制がほとんどなかったことを理由に、ステイト・アクションを認定しなかった<sup>128)</sup>。

同事件では、原告の教師は、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

---

125) Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367, 1473 (2003).  
126) *Id.*

127) 457 U.S. 830 (1982).

128) *Id.* at 841-42.

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>129)</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>130)</sup>）が存在しており、適切に対処されていたと述べるのである<sup>131)</sup>。

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、政府による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

---

129) Metzger, *supra* note 124, at 1473.

130) 457 U.S. at 834.

131) Metzger, *supra* note 124, at 1473.

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、サービスの受け手の権利保障が直接問題になる場合と同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）に関わることとの両者を考慮に入れたものであり、「私人への委任分析」が利益衡量を想定している（第一章第一節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、第一章第二節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、私人への委任が合憲であったと述べているが<sup>132)</sup>、その根拠について詳細な説明がなされているわけではない。

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

---

132) *Id.* at 1488.



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>133)</sup>」である一方で、（本章第一節2でも言及したように）そうした表現が民間事業者のよりよい任務遂行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>134)</sup>、それとは別に、連邦政府機関との契約者の被用者による内部告

133) 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。

134) 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。

発を保護する法制度も存在する<sup>135)136)</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>137)</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>138)</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>139)</sup>、その後の対応が適切になされない場合の救済方法<sup>140)</sup>についても詳細に規定されている<sup>141)</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、内部告発者の萎縮の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。

---

135) 41 U.S.C. § 4712.

136) 「憲法と行政法規範のアウトソーシング」と題する論文は、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。David H. Rosenbloom & Suzanne J. Piotrowski, *Outsourcing the Constitution and Administrative Law Norms*, 35 AM. REV. PUB. ADMIN. 103, 116 (2005).

137) 41 U.S.C. § 4712 (a) (1).

138) *Id.* (a) (2).

139) *Id.* (b).

140) *Id.* (c).

141) 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

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のみてきたが、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いか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、改めて第一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

日本の憲法学では、私人間における権利侵害事例について、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学説が存在してきた<sup>142)</sup>。しかしながら、本章第一節での検討を前提とすれば、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、裁判例にだけ見られるものではない。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>143)</sup>」とする議論も存在する。

142) 例えば、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）314-327頁、松井・前掲注（97）331頁、木下・前掲注（124）161頁、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）29-30頁。筆者自身による整理として、拙稿・前掲注（120）「『民営化』に対する憲法的統制の可能性（1）」298-301頁。

143) 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).

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>144)</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>145)</sup>。もっとも、雇用関係に「冷たい」というステイト・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」という二分法思考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。

ここで注目したいのは、ステイト・アクション法理で重視される国家との関わり合いを、私人間紛争の利益衡量過程における一考慮要素として位置づける見解である。例えば、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」問題をとを区別したうえで<sup>146)</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<sup>147)</sup>。また、藤井樹也は、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<sup>148)</sup>」と述べる。

こうした見解については、政府か私人かの二者択一的判断を前提とせず、

144) 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)463頁。

145) 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制的(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。

146) 木下・前掲注(99)62頁。

147) 木下・前掲注(124)161頁。

148) 藤井・前掲注(142)30頁。

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>149)</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>150)</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

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

---

149) 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。  
150) 藤井・前掲注（142）30頁。

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>151)</sup>に掲げるもの」に規定される罪の犯罪行為の事実<sup>152)</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>153)</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、それが法令違反の犯罪行為に当たらない限り「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>154)</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

151) 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。

152) 「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。）」も含まれる（2条3項2号）。

153) 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〕。

154) 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（2条）。

要件が厳格になっているのである<sup>155)</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>156)</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仕組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仕組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>157)</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してみる。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>158)</sup>。

---

155) 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。

156) 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。

157) 「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。

158) 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「美祿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)。

## (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>159)</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の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<sup>160)</sup>。

## 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。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。第一章第三節 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、立法的措置を講ずることにより、労務提供先や任務を委託する行政機関等の内部性

159) 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)。

160) 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、刑事施設に関わる場所では、矯正局や各矯正管区総務課にも窓口が設置されている(さらに、「庁外窓口」が弁護士事務所に設置されている)ことが伺える。なお、同調査によれば、2015 年度の法務省全体の公益通報の受理件数は 7 件であり、うち調査開始件数は 7 件、是正措置を講じた件数は 4 件となっている。消費者庁「平成 27 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 28 年 3 月 31 日時点)」(平成 28 年 11 月 9 日) 11 頁。http://www.caa.go.jp/planning/koueki/chosa-kenkyu/files/h27kouekisekou\_1.pdf (最終アクセス: 2017 年 8 月 20 日)。



の比較的高い機関への内部告発的表現を手厚く保障した場合には、その表現が必ずしも公になるとは限らない。

この点を理解するうえで参考になるのが、公務員による上司への内部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>161)</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>162)</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>163)</sup>。このやりとりから伺えるのは、内部告発は、それがメディア等の外部性の高い組織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ということであり、したがって、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は、そうした事態を避けるという意味合いも持っているのである。

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。透明性を重視する本稿の立場からすれば、告発を受けた機関が自主的に告発内容をできる限り公にしていくという運用が望まれるが、しかしながら、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だけが目的のではなく、任務遂行の改善こそが究極の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る

---

161) 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(134)「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(134)「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。

162) 547 U.S. at 421-23.

163) *The Supreme Court, 2005 Term - Leading Cases*, 120 HARV. L. REV. 125, 280 (2006).

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外部組織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見通しが確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<sup>164)</sup>。

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、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>165)</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決を出発点として、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保障のあり方を、第一章で示した、「民営化」された任務の遂行過程の透明性の向

---

164) 小宮文人「内部告発の法的諸問題——公益通報者保護法に関連させて」日本労働法学会誌 105号(2005年)78頁は、メディア等の外部機関への告発が許容される条件として、事前に企業内部への通報が必要とされるかという点について、「判例は、比較的最近までは、内部通報の必要性を議論してこなかったが、個々の労働者の内部告発に関する事件が増加するにつれて、内部通報の必要性を明言する判例や明言こそしないが内部通告の有無を懲戒処分・解雇の有効性判断に結び付ける判例等が増加している」と述べる。こうした判例動向からすると、告発者の司法的救済の可能性を高めるという観点からも、内部性の高い組織への告発のしやすさが重要になることが伺える。

165) 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。

上という観点から検討した。被収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べきものが存在していた。第一章で検討した 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、それを補うものとして、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、ということになろう。被用者がメディア等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。

## おわりに

以上、本稿は、「民営化」に対する憲法的統制が機能不全に陥っているといわれるアメリカにおいて提唱された、Metzger の「私人への委任分析」に焦点を当てて検討を加え、あるべき理論枠組みの模索を試みた。「私人

への委任分析」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、ということを中心化するものであった。

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、そこで本稿が重視したのが、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促し、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。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稿の立場を、日本の文脈に即して展開させれば、以下ようになる。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。透明性の向上を通じた違憲行為の抑止を追求することも、日本において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った類の議論は、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、本稿でも随所に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>166)</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>167)</sup>」と述べるものがすでに存在している。

それでもなお、本稿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と思われるのである<sup>168)</sup>。

166) 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。

167) 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(166) 174 頁。

168) 憲法上の権利保障のためには民主主義的な仕組みが要請されるといった議論

ところで、本稿は、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>169)</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>170)</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>171)</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。本稿では、国民・住民による日常的な監視や批判の具体的な形態について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し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>172)</sup>。

---

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、「はじめに」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、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、(司法的統制に加えて)民主主義的な仕組みが必要になるとする本稿の立場は、「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、本稿では、そうした民主主義的な仕組みの具体的な形態については論ずることができなかつた。これは、本稿が、「民営化」に対する司法を通じた憲法的統制に軸足をお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。

169) 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。

170) 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。

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

172) 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

もう一つの課題は、日本国憲法解釈論としての展開可能性である。日本国憲法 15 条 2 項は、「公務員」が全体の奉仕者たるべきことを規定しているが、（憲法上の「公務員」が公務員法上の公務員に限られないことを前提に<sup>173)</sup>）「民営化」された「公務」の遂行主体が「全体の奉仕者」たり得る制度的条件を明らかにする作業は、いまだ十分とはいえないように思われる。「公務」といっても様々なものがあるのであって、それぞれの「公務」に応じた、「全体の奉仕者」性を担保する制度的条件を明らかにする作業が必要になるだろう。もっとも、そうした制度的条件を明らかにするには、まずもってその「公務」遂行のありようが、国民「全体」に開かれていることが必要になるはずであり、本稿が重視する「民営化」における透明性確保のための国家の役割は、こうした文脈に位置づけられるものと思われる。

---

REFORM 129-30 (2004).

173) 古いものでは、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』に當たることになろう」と述べている。最近では、下井康史「公務員の勤務形態多様化政策と公法理論」同『公務員制度の法理論——日仏比較公務員法研究』（弘文堂、2017年）297頁が、「民間委託先の労働者にも、憲法上の公務員となり得るものが存在」すると述べる。

