

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——

稲葉 一将

目次

はじめに

第一章 私人に対する権限委任の諸契機とその展開

第一節 私人に対する権限委任の諸契機

第二節 権限委任の活動形式と内容

第二章 私人に対する権限委任の法的限界

第一節 立法権の委任禁止法理

第二節 政府固有機能の観念とその展開

おわりに

## はじめに

今日のいわゆる先進資本主義社会においては、国家 (the State) が、一方において国際的な市場開放やそのための国内法制のハーモナイゼーションを推進し、国際的経済秩序の形成に積極的な役割を果たしながら、他方では、国際化によつて国内社会に生じた様々な現代型の諸問題を抱えこむこととなったという矛盾は、共通して現れているように思われる。そのような社会においては、国際化を促す一方でこれによる国内社会の混乱を緩和するために国内法制を整備してきた国家と、こうした国際化の過程において誕生し従来とは比べものにならないほどに強大化した国際機構や多国籍企業とが、資本主義経済の維持発展、人権保障水準の向上や環境保全等の統治 (governance) において協力あるいは対立の関係を形成するに至っていることは、周知のところである。各国政府は、国内統治の目的、主体や方法を変更し、国民生活に対する介入形態についても見直すようになってきている。その一つが、privatization (以下では、便宜的に私化と訳す) と一般に称されている国家介入形態であることは、疑いのないところであろう。本稿は、アメリカにおける私化のうち私人に対する権限委任を素材として、その法的限界を公法学の観点から検討するものである。なぜなら、この国では、各種の私化が官民あげて推進されている一方で、このところ公法学がその限界や実施手続について活発に議論を展開しているように思われるからである。

ところで、アメリカにおける私化は、権限を行使する主体の変更のみならず国民意思を尊重する行政活動の選択という意味においても用いられる語である。一般に、政府組織を廃止し民間組織に変更することのみならず、規制緩和 (deregulation) も私化の語に包含される。連邦議会が政府とは法人格を異にする民間団体や個人 (便宜的に私人 (private person) の語を用いる場合がある) に対して権限を一方的に委任 (delegation) すること、連邦または州の政

府が私人との間で民間委託契約 (contracting out) を締結することも含まれる。これらのような私化の中でも、行政機関がかつて行使していた諸権限を私人に委任する諸活動は、次のような問題点を生じている。<sup>(1)</sup>それは、機関 (agency) の作用に関する法に反映されてははずの行政作用の民主的コントロールという規範が、行政作用の主体変更の過程において転回を余儀なくされるのではなからうか、という問題点である。同様の利害関係を持つ個人からなる集団 (group) が地域社会において秩序を形成していた独特の分散的な権力構造が種々の要因により崩壊した後、国民が政府に権力を付託し、法の形成と執行を行わせるべきであるという伝統的な思考方法が有力となったアメリカ社会においては、<sup>(2)</sup>政府が私人に対して統治目的を有する権限を委任してはならないという意味での権限委任の法的限界が一つの問題となるのではなからうか。それに対して、権限委任が許容されるとしても、私人が行う行政作用に課せられるべき手続や私人の活動によつて権利を侵害された者を救済する方法の整備が規範的に要請されるとすれば、伝統的な思考方法の再検討が必要となるのではなからうか。

右に述べた諸問題のうち本稿は、主として連邦政府が私人に対して一方性を有する権限を委任する諸活動を検討の素材としつつ、かかる権限委任が禁止されるべきであるという規範の背景に存在する考え方を探究するものである。<sup>(3)</sup>この作業は、かつて裁判例において展開していた私人に対する立法権の委任禁止法理を、かの国の法学者が今日の私化とりわけ私人に対する各種の権限委任に対してどのように適用しようと試みており、かかる理論と実践が連邦政府の取り組みにどのような影響を及ぼし、さらに問題点を再生産しているのかの分析を通じて行われることとなる。このような分析作業は、筆者にとつては、従来の行政作用形態の背景に存在していた規範的要請を発見し、その新たな適用方法を検討するための、いわば端緒的作業としても位置づけられるものである。

## 第一章 私人に対する権限委任の諸契機とその展開

### 第一節 私人に対する権限委任の諸契機

その語感からすれば、privatization は、公と私とを峻別する (public private distinction) ことを前提として、公が私へと変化する諸現象を捉えるための概念であると考えられる。この概念を用いる論者が、公と私の語をそれぞれどのような目的のために用いているのかによって、私化されるべき組織、活動、手続は一義性を欠くこととなる。アメリカにおいては、私人が政府活動の一翼を担う現象がかねてから存在していたにもかかわらず、かかる現象には私化の表現は与えられていなかった。一般に、それらの現象が私化の語でもって把握されるようになったのは二〇世紀後期ではなからうか。そして、この時期において、アメリカの公法学もまた私化の法的諸問題を活発に論議するようになっていたように思われる。この時期区分において、法学者が規範的要請を反映した概念として私化を捉え、あるいは私化の法的限界を検討するようになったのはなぜであろうか。以下では、行政法学者の主張を参照しながら、私化の諸現象のうちとりわけ私人に対する権限委任の契機について述べることにしたい。

#### (一) アメリカにおける国際化

アメリカの行政法学においては、二〇世紀後期の時期区分において、公的性質を有する作用を国家以外の団体が行うようになったことを指して脱国家化 (denationalization) とし、この背景には国際化 (globalization) があつたと有力に主張するものが存在する。このような主張をかねてより繰り返し述べてきた Anand によれば、以下のように

して国際化を背景とする私化が行政法の内容に変容をもたらすとされる。<sup>(4)</sup>

彼の分析を要するに、アメリカにおいて私化が推進されるようになっていたのは、企業の経済活動の障害となる規制については形式内容を問わずこれを撤廃し、法人の税負担によって維持される政府組織についてはこれを廃止縮小し、その事務を私人に行わせることによって、多国籍化越境化する経済活動主体にとって魅力的な社会構造を形成することが、工業化後の世界経済の中でこの国家が競争力を向上するためには必要であったからと述べられている。Annan の問題提起が斬新であるとするれば、それは、政治経済が国際化する一方で、それらを制御する民主主義の仕組みが国際化していないために生じている民主主義の欠缺 (democracy deficit) を埋める必要性を指摘し、ここにアメリカの行政法の新たな任務を発見したことであろう。すなわち、彼は、国家に代わって諸個人の主権行使を保障する制度となりうるのが、いかなる個人であっても主権を行使できる市場 (market) であると述べつつ、市場において私人が行う統治に関する作用に対する民主的コントロールが規範的に要請されると主張するのである。<sup>(5)</sup> 行政作用に対する既存の規範的要請の新たな実現方法を探求する彼の立論は、私化が国際的に不可避であるという認識を前提とするものであるように思われる。

## (二) 既存の法原理の機能不全

九〇年代初期においてアメリカの行政法学が議論していた問題の一つは、行政機関が、法的政治的コントロールが強化されるようになった規則制定 (rulemaking) を躊躇し、コントロールが緩やかな他の活動形式に逃避しがちな原因の分析とその改善方法についてであった。行政のコントロールのなかでも、ハード・ルックなどと称されていた積極的な司法審査は、行政機関の決定理由が、十分な合理性 (reasonableness) を有するものであったのか否

かを連邦裁判所が厳格に審査することによって行政を法的にコントロールするという目的理念と右のような現実態との乖離が著しいものであった。こうした矛盾を生んだ病理を除去する方法の発見が、焦眉の問題となっていたのである。<sup>(6)</sup> ここには、行政手続に硬直化をもたらした司法審査等の行政の法的コントロール方法の再検討と行政手続における種々の病理という異なるレベルの問題が混在していたように思われるが、その後においては、後者のより根本的な問題点にまで踏み込んで議論する学説が有力となってきた。そのような立論の一例は、Freemanの主張に見られるものである。彼女は、従来の行政手続に存在していた国民間の権利利益の対立を行政機関が公正に調整するという対審主義 (adversarialism) の考え方と、行政機関と利害関係者とが良質の討議を行いつつ決定する (deliberation) ために柔軟に協議する共同型統治 (collaborative governance) という考え方を対比させ、それぞれの問題点を検討している。<sup>(7)</sup> 彼女によれば、対審主義の考え方は、自己利益の最大化を目指す様々な集団の錯綜する諸利益の対立を行政機関が調整しながら妥当な結論に到達すべき、という利益代表型の参加を保障しようとしていたところに問題点があったとされる。すなわち、そのような対審主義の考え方によるかぎり、行政の民主的コントロールの強化は不可欠であるが、それは新たな問題に対して行政機関が意欲的に決定することを躊躇させるなどの従来の問題点を再生産するに過ぎない。行政の法的コントロールを緩和しつつ、公共的価値を実現するためには、従来はもっぱら自己利益の最大化を目指していた私人が、公的性質を有する作用をなす主体に転換すべきである。いわば、行政の主体レベルにおける私化と私人が行う作用レベルにおける公化が、Freemanの問題把握においては不可避のものとされているように思われる。<sup>(8)</sup> このようにして、行政に対して強化されていた法的コントロールの緩和と請も私化の一要因と違って差し支えないであろう。

(一) および (二) において述べてきたように、国際的に拡大し不可避のごとく展開する国際市場化としての私

化に対して、個人による主権行使という民主主義的要請と行政の硬直化を緩和し公共的価値を実現すべきとする規範的要請とが、既存の法的仕組みを超え、あるいは病理を克服すべきか否かという軸の上では対立することなく、しかし既存の規範的要請を新たに実現すべきか否かという軸の上では対立する構図を描くこともできるのではなからうか。また、国際的諸要因とアメリカに固有の病理の克服という要因とが異次元の問題であることも当然である。以上を要するに私化の諸要因は一樣ではなくそれぞれのかかわり方も複雑であって、私人に対する権限委任の目的、内容および実施手続も、今日のアメリカ社会において多様に現象することとなったのではなからうか。それらの現象は次に述べることとしたい。

## 第二節 権限委任の活動形式と内容

様々な要因に基づき多様に現象している私化をどのような観点から分類すべきであるのかは一つの問題であるが、さしあたり形式と内容を区別することができよう。一例を挙げれば、連邦議会が立法権を排他的に行使すべき主体であるとするれば、私人に対して一方性を有する権限を委任する形式は議会制定法であるべきではなからうか。しかし、連邦議会によって権限を委任された行政機関が、私人に対して契約締結によりかかる権限を委任することも行われているのであって、権限委任活動の形式と内容とは必ずしも一致していない。このことが私人に対する権限委任の法的問題を複雑にする一因となっているようにも思われる。

## (一) 権限委任の活動形式

連邦法においては、私人に対する権限委任の主体と形式を規定したものは存在しない。一例をあげると、行政機関が連邦行政手続法 (A P A) に手続が規定された活動形式を選択すべきか、あるいは同法には手続が規定されていない契約を締結することができるのか、について一義的に規定した連邦法は存在しない。国民代表機関である連邦議会および大統領が、それぞれ制定法および大統領命令により私人に活動を行わせる形式は、一応民主性があるとの推定がはたらく。それに対して、行政機関が契約の締結によって行う権限委任は、契約締結過程における民主性の欠如が問題となりうる活動形式である。すなわち契約形式は、機関にとっては権限委任を便宜的に行うことができるものであるとしても、権限内容によっては、契約締結を希望する競争者や権限行使の実態を監視する一般国民に対して、締結過程が公開されるべきものではなからうか。<sup>(9)</sup>

## (二) 権限委任の内容

私人に対する権限の委任は、合目的性を肯定できる内容を有するものがある一方で、新たな紛争を生じているという意味で合理性に欠けるものも少なからず存在するようである。一般に肯定的に評価されている前者の例には、医療機関における設備水準の評価認証の仕組みが存在する。アメリカにおいては、メデイケアの適用機関等が専門性基準を満たした医療機関であることの評価と認証を行うのは、保健福祉省 (Department of Health and Human Services) ではなく、民間団体である医療機関の評価に関する合同委員会 (Joint Committee on Accreditation of Health Organizations) 以下では J C A H O と略す) である。つまり、民間団体の組織形態である J C A H O が同じく民間団体の医療機関を一方的に評価し、認証する権限を付与されているのである。<sup>(10)</sup> J C A H O は、病院協会や医師会等から



構成される専門性を有する組織である。連邦議会は、医療機関の評価主体に要求される医療に関する専門知識の点では、ジェネラリストたる公務員により構成される行政組織よりも、医師等により構成される JCAHO が優れているという判断を行ったことになるのではなからうか。<sup>(11)</sup>

その反面、合目的性あるいは効果に疑問が残る内容も存在する。政府が設立や財源について関与した法人 (governmental corporations) を会社組織等に変更して、これに事業を実施させる仕組みの一部がそれである。かかる組織形態の変更は、政府が負担する費用を削減しつつ、政府から独立した組織が自主的に事業を実施することが、事業目的の効果的な実現を可能にするなどのねらいがあるものかと思われる。しかし、実際には、職員の身分変更にもなう補償金の要否について、労働者と法人との間で紛争が生じたこともある。<sup>(12)</sup> かかる事業組織形態の変更にとまない生ずる職員の身分保障という問題に対処するには、政府が財政責任を負う場合もありうるのであって、政府の財政上の負担軽減という目的は、これに抵抗するものの存在によって、それほど容易には実現されないのではなからうか。

同様の問題は、私人に対して事務を行わせるために機関が締結した契約に対してもいえる。費用対効果の観点から、事務の主体が機関あるいは民間団体のいずれであるべきかの考慮が不十分であったとして、職をかつて担当していた公務員等が、手続のやり直しなどを機関に対して請求した事件が存在する。連邦裁判所の判決の一例をあげておくと、運輸省 (DOT) および連邦航空局 (FAA) による空港管制事務の民間委託契約が違法であるとして、手続が FAA に対して差し戻された、National Air Traffic Controllers Ass'n v. Secretary of the DOT 国防兵站庁 (Defense Logistics Agency) が民間団体との間で締結した防衛物資の輸送事務 (defense material distribution services) の委託に対して、費用効果分析に誤りがあるとして訴えを提起した連邦公務員が、法的保護利益を有しないと判示

された「AFGE, Local 1482 v. United States」空軍予備隊 (U.S. Air Force Reserve Command) における基地管理補助サービス (Base Operating Support Service) の民間委託契約に対して、訴えを提起した元隊員が法的保護利益を有しないと判示された<sup>(13)</sup>。John M. Courtney, et al v. David R. Smith などが存在する<sup>(14)</sup>。これらの紛争には、費用効果分析の結果の適否という内容の問題と、契約により事務が委託されたことの非民主性という形式の問題とが混在しているようにも思われる。

ところで、実際の紛争事例とは別の理論レベルにおいては、私人に対して委任される権限内容の問題点が、人権主体に即して検討されていることにも触れておかねばなるまい。私人に対する権限委任の限界を論じてきた学説の多数は、作用主体の変更によって受刑者 (prisoners) および貧困者 (the poor) の人権が侵害されうる可能性について危惧を表明していた。第一に、政府が設置し、管理していた刑務所については、受刑者に対する懲罰の決定、その際の聴聞手続の実施、巡回、警備、食事の提供および清掃などの広範囲に及ぶ権限行使や事務が、営利企業を含む各種の民間団体に委任または委託されてきたと述べられている<sup>(15)</sup>。第二に、貧困家庭の扶助については、要扶養児童が存在する家庭に対して連邦政府が金銭的扶助を行うように義務づけられていた仕組みが、九六年に制定された個人責任及び就労機会調整法 (Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996) により変更された<sup>(16)</sup>。同法は、連邦政府が、要扶養児童が存する家庭に対して直接に扶助しなければならぬ義務を規定したのではなく、連邦政府が州政府に対して、あらかじめ限度額を定めた一括補助金 (block grants) を交付し、州政府が、貧困家庭に対する一時的な扶助 (assistance) のための計画 (program) を決定する権限を付与した仕組みである。州政府は、この計画を実施するにあたって、教会などの民間団体 (private organizations) と契約を締結することができるようになった。同法に対しては、貧困家庭の扶助の主体と内容の両面において、私化を可能にする仕組みであると

学説の多くが評価している。<sup>(4)</sup> 受刑者が過酷な刑罰を科せられないこと、および貧困者がその生存を普遍的に保障されなければならないこと、という人権保障が政府に対して規範的に要請されるとすれば、学説においては、権限主体の変更によってかかる規範的要請の実現が困難になると把握されていることとなる。

以上において私人に対する権限委任の内容を一瞥してみたが、実績ある専門家集団による医療評価のように、規範的要請に基づいていると評価できる仕組みが存在する一方で、新たな問題を生じているもの、および権利侵害の可能性が危惧されているものもある。少なくとも権利侵害の危惧が学説により表明されている権限内容の委任は、慎重な討議が期待される議会制定法によるべきであるという問題点もありうるのではなからうか。

しかしながら、アメリカではかかる問題点は学説においても必ずしも議論の対象となることもなく、むしろ権限委任の内容のいくつかについては、その形式が何であれ限界が議論されている。本稿に求められる分析作業は、そのような私人に対する権限委任の限界法理を分析することであろう。かかる分析は次章にて行う。

## 第二章 私人に対する権限委任の法的限界

### 第一節 立法権の委任禁止法理

アメリカにおいては、連邦議会が、法形成権限 (law making power) を議会とは別の機関 (私人) に対して委任してはならないとする委任禁止法理 (non delegation doctrine) が存在する。この法理の原型は、一九世紀末の判決において既に述べられていたのであるが、ニューデール政策に対する政治的反動が社会に広がりつつあった一九三〇

年代の裁判例において確立していたといつてよい。その内容は、国民代表機関である連邦議会が立法権を行使すべきであるというもの（以下では、この内容を政治的アカウンタビリティ (political accountability) の原理と称する）と、公務員に対してではなく私人に対して立法権を委任する議会の決定が実体的に適正性を欠くというもの（以下では、実体的デュープロセス (substantive due process) の原理と称する）とに区分されうるように思われる。以下では、それぞれについての裁判例の展開を概観した後、それらが、今日の私化に対して適用されるべきであると述べる学説の理論的特徴を分析することとしたい。

## (二) 政治的アカウンタビリティの原理

### (1) 行政機関に対する立法権委任の禁止法理

連邦議会は、合衆国憲法第一条により、全ての立法権 (All legislative power) を付与されなければならない (shall be vested) 機関であり、大統領は、憲法第二条第一節第一項により、執行権を、同条第二節第二項により、憲法に他の規定がなく制定法により規定された合衆国公務員 (Officers of the united states) を任命する (appoint) 権限を付与された統治機構である。そこで、連邦議会が議会とは別の機関を設置し、これに対して権限を付与した場合においても、議会が実体的要件を原則として一義的に規定し、大統領が公務を担当する職員を任命することによって、政府が主権者たる国民に対して、政治的責任 (アカウンタビリティ) を果たさなければならぬ。このようにして、アメリカの憲法構造においては、国民代表機関が、国民から付託された統治に関する政治的責任を放棄することは許されない。とりわけ連邦議会は、国民意思を代表する議員が討議と熟慮とを重ねて法を制定する合議制機関であることに特徴を有するので、立法権を議会とは異なる他の機関に委任してはならないはずである。しかしながら、い

わゆる大恐慌の時代において不況からの経済回復を目的として、連邦議会は、全国産業復興法 (National Industrial Recovery Act) や農業調整法 (Agricultural Adjustment Act) 等を制定し、大統領が経済活動に関与し、産業復興のための規制活動を行う権限を付与していた。これらのいわゆるニューディール立法が、それらの目的であった経済回復を十分に実現することができず、政治状況が反ニューディールのなものと変わりつつあった時期において、連邦最高裁は、全国産業復興法に対して違憲判断をくだすようになった。すなわち、最高裁は、まず、Panama Refining Co. v. Ryan において、大統領に対して違法石油の州際通商を禁止する権限を付与していた同法第九条第(c)項が、大統領に対して権限行使のための指針を何ら示すことなく (no policy)、立法権を広範に委任したものであって、無効であると判示していた。<sup>(8)</sup> 次に、A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States においては、産業団体が提案する公正競争規約 (codes of fair competition) を承認する (approve) 権限を大統領に付与していた同法第三条第(a)項が、大統領に対して自由な (unfettered) 裁量権を付与したものであって、許容されない立法権の委任であると判示していたのである。<sup>(9)</sup>

右の両判決において示されていた判決理由は、その後に紆余曲折を経験することとなるが、今日でも先例的意義をもち続けていると考えてよいであろう。ただし、その後も連邦最高裁は、制定法の実体要件が立法権の委任とまではいえない程度に一義的であるのか否かを審理していたところであるし、委任禁止法理に抵触するような一義性を欠く要件を規定した制定法であっても、行政機関が立法の経緯等に忠実に解釈すれば、合衆国憲法第一条に反しないものとなる余地を認めた連邦控訴裁判所の新解釈を是認することなく、先例に従ったからである。<sup>(10)</sup>

## (2) 私人に対する立法権委任の禁止

一般に、連邦議会が私人に対して立法権を委任することは、第一に、その実体要件が著しく一義性を欠く場合に

においては、右に確認した連邦最高裁判決に違反する可能性がある。第二には、民間団体が任意に職員を採用できる場合においては、憲法第二条第二節第二項によって付与された大統領の公務担当職員の任命権を侵害しうる可能性もある。<sup>(21)</sup> これらの問題点を具体的に検討するために、刑務所管理権限を私人に委任する活動に即して、委任禁止法理が適用されるべきであると主張する学説の考え方を分析することとしたい。

刑務所管理権限の委任が禁止法理に抵触しうる疑義を表明する Robbins によれば、受刑者に対する懲罰基準の設定権限は、これがそもそも議会に憲法上付与された立法権の一種であるとして委任禁止法理が適用されるべきものであり、受刑者の処遇に関する事務を担当する職員の任命権は、大統領がこれを行使すべきであるとして、民間団体に委任されるべきではないと述べられている。<sup>(22)</sup> 法の定立および公務担当者の任命を国民代表機関が行うことによって、統治の目的や効果に国民の意思が反映されるべきであるという考え方が、政治的アカウンタビリティの原理の基礎に存在するように思われることについては、前述したとおりである。したがって、彼の立論によれば、受刑者の意思とは無関係に行われる懲罰基準の設定や変更、受刑者の行為を制限する刑務所管理作用の効果、逃亡を抑止するために実力行使が許容されている職員の任命行為などの問題は、国民が刑務所管理作用のうち特に主権を行使できるべき問題であると認識されているのではなからうか。

右のように、刑務所管理権限が私人に委任された場合には政治的応答性が欠如する可能性を危惧する委任禁止論の帰結は、作用主体の変更の禁止には必ずしもならないことに注意が必要である。かかる主張の要点は、むしろ、刑務所管理作用が国民に対して政治的応答性を有すべき作用であって、受刑者の処遇状況の公開と処遇のあり方についての国民参加が規範的に要請されていると主張することにあるのではなからうか。<sup>(23)</sup> 民間団体が管理する刑務所の管理作用に対しても国民主権の行使が制度的に可能である仕組みが整備されれば、管理主体が政府でなければな

らない必然性は消滅するのではなからうか。逆に、懲罰基準の決定権と職員任命権の委任が禁止されるべきであるとしても、その他の諸権限が私人に対して委任されることとなれば、刑務所管理のあり方について国民が主権を行使できることにはならないであろう。したがって、政治的アカウンタビリティの原理は、厳密には私人に対する権限委任を禁止する規範的内容を有するものではないとも思われる。

## (二) 実体的デュープロセスの原理

合衆国憲法は、いかなる政府(州)も「法の適正手続によるのでなければ人の生命、自由又は財産を剥奪してはならない」と規定している(修正第五条および第一四条)。これらのいわゆるデュープロセス条項が、具体的内容については一様ではないにせよ、政府に対して手続的な適正性を要求する原理であることは、疑いがないところである。しかしながら、連邦最高裁は、それらの規定が、国民の実体的な権利のうち主として財産権を剥奪することとなる差別的な内容を有する立法を禁止した規範でもあると解釈するようになった。すなわち、奴隷の所有を禁止した州法が、法の適正手続によることなく奴隷所有者の財産を剥奪するものであるとして憲法修正第五条に違反すると判示されていた *Dred Scott v. Sandford* を嚆矢として、最高裁は、ニューデール期以前の時代においては、労働者の保護などの経済活動の自由を制限する内容を有する制定法が、デュープロセス条項に違反するものであると判示していたのである<sup>24)</sup>。

### (1) 裁判例の検討

立法権を私人に対して委任した制定法が、その内容において実体的な適正性を欠くものであるのか否かが問題となったのは、*Carter v. Carter Coal Co.* においてであった。本件で適正性が問題となった瀝青炭管理法第四条は、石炭

産出量の合計が地域別生産量の三分の二以上を生産する事業者集団と労働者の二分の一以上の集団とが、最低賃金について締結した協約等が、全ての事業者および労働者に対しても効力を有すると規定していた。連邦最高裁は、石炭掘削業者と労働者の合意による労働条件の決定が「州際通商」には該当せず、連邦議会の規制権限の範囲外の行為であったため、瀝青炭管理法が一部無効であるという結論に到達したのであるが、次のような判決理由も述べていたために、独自の先例的価値をもつこととなった。それは、第一に、事業活動と事業活動の監督とは峻別されるべき作用であって、その主体も区別されなければならないものであり、第二に、公務員 (Official) は、営利追求とは無関係であり財政的に中立的 (Disinterested) な主体であるのに対して、同一事業におけるある主体は、その利益が他者の利益と対立する可能性を有するものであるため、中立的な主体となることができないというものであった。<sup>40)</sup>

本判決も、前述した Panama Refining 判決等と同様に、連邦議会は立法権の委任を禁止されると判示していたのであるが、その理由が、事業者および労働者の多数者に労働条件の決定権を委任することによって、議会は少数者の労働の自由および事業者の財産を剥奪したというものであったことに注意が必要である。つまり地域社会における多数決決定が民主主義の一形態であるにもかかわらず、ここからいけば排除されることとなる少数者の自由や財産を保護する義務が連邦議会には課せられているという論理が存在していたのではなからうか。であるとすれば、本判決の射程範囲は、立法権の委任に限定されるものではないであろう。なぜなら、政治的経済的に無力な主体を一方的に拘束する権限は、立法権以外にもありうるからである。

ところで、右のような判示内容が先例的価値を有する、禁止されるべき立法権の委任の意義についてもふれておく。最高裁は、行政機関の決定が有効なものとなるための要件の一つとして私人の同意を規定した制定法は、私人



に対して立法権を委任した仕組みではないと判示してきた。この点についての先例である *Currin v. Wallace* においては、農務長官が行う煙草の売買市場の指定 (*Designate*) が有効となるためには、煙草製造業者の三分の二の同意が必要であると規定した煙草検査法 (*Tobacco Inspection Act of 1935*) の仕組みが、煙草製造業者に対して立法権を委任した仕組みにはあたらなとされてきた。すなわち、市場の指定権限が農務長官に付与されていることからして、煙草製造業者の同意は、農務長官が行う煙草売買市場の指定が有効となるための一要件にすぎず立法作用にはあたらないため、本件と *Carter* 判決とは事実関係を異にするものであると述べられていたのである。<sup>60)</sup>

## (2) 学説の検討

学説の中には、*Carter* 判決が、今日における私化のいくつかの内容に対しても、先例的意義をもちうるものであると主張するものがある。すなわち、民間団体が管理する刑務所において行われる懲役期間の変更(模範囚の決定)、懲罰権の行使および受刑者の作業内容の決定は、これらが一方的かつ差別的に行われた場合には、合衆国憲法修正第五条(第一四條)に違反すると述べるもの、州議会が福祉受給資格の判定基準等の決定権を私人に対して委任する立法活動は、合衆国憲法修正第一四條に反すると主張するもの<sup>61)</sup>、が存在する。これらの学説によれば、受刑者および貧困者という意思や行動の自由を制限されがちな主体の生命や自由が普遍的に保障されるべきであるという問題と、権限行使の主体の問題とが密接不可分のものとして把握されている。いかなる個人であっても生命や自由を剥奪されない普遍的な権利を有するので、法の適正手続が要請され、ここから公務員によって構成される行政組織の形式の必要性が導かれてるのである。かくして、一方性を有する権限が行政組織に委任されなければならない必要性を、政治的経済的に無力な受刑者および貧困者の生命や自由在即して分析した学説は、権限を行使する私人とこれを受忍せざるをえない私人との間における権利利益の対立を不可避のものと捉え、かかる対立を生むことと

なった私人に対する権限委任が右の人権保障要請に反するとの結論を得る水準にまでは到達しているといえよう。<sup>28)</sup>

## 第二節 政府固有機能の観念とその展開

### (一) 政府固有機能の観念

アメリカにおいては、立法権以外の権限についても、政府に固有の機能 (inherently governmental functions) が存在し、政府以外の団体がその主体となることは許容されないとする考え方が<sup>29)</sup>ある。学説の一例として、Lawrence によれば、立法作用に該当する規則制定のみならず、裁決 (adjudication)、逮捕や財産の押収 (seizure of person or property)、許認可 (licensing) および課税 (taxation) が、本質的に政府の権限 (powers as essentially governmental) であると一般に考えられてきたと主張される。彼によれば、Carter 判決において連邦最高裁が私人に対する立法権の委任を禁止していたのは、任意性を排除する (coercive) 権限が私人によって行使されることとなれば、当該私人とは対立する者の人権が侵害されるからであるとされる。それに対して、公務員が公権力 (public power) の行使を許容されていたのは、基本的にはいかなる利害関係も有しない方法によって (in a basically disinterested way) 権限行使が行われると一般に信頼されていたからであると分析されている。<sup>30)</sup>

学説が、政府固有性の内容については国民の自由や権利を制限する活動の中立公正性を重視してきた一方で、連邦政府は、政府固有機能の語を多義的に使用してきた、と述べるものが存在する。Gutman によれば、この語は、冷戦期にあつた一九五〇年代のアメリカにおいて、軍事行政を遂行するために、政府から諸々の支援を受けた法人が多数設立されていた政治状況を背景として登場し、その後いくつかの紆余曲折を経ることとなつたものと述べられ

ている。<sup>(61)</sup> すなわち、民主的にコントロールされないまま設立され軍事行政の一端を担っていた法人を廃止し、かかる法人が行っていた諸活動を連邦議会および大統領の下に設置された機関に行わせ、民主的コントロールを強化することに、政府固有機能を峻別する本来の意義が存在したのであるが、八〇年代以降においては、そのような本来の意義が希薄となり、政府固有機能に該当しない権限は委任が許容されるものとして用いられるようになったとされる。

政府固有機能の語は、九八年に制定された Federal Activities Inventory Reform Act (以下では F A I R A と略す) において法概念として規定されることとなった。<sup>(62)</sup> 行政管理予算庁 (O M B) によって発せられていたある通知 (Circular A-76) の規定により、執行機関の長が、商業的活動 (commercial activities) と政府固有機能とを峻別していた実務上の仕組みを原型とする同法が、どのような経緯において形成されてきたのかの分析は、本稿ではなしえない。しかし、同法において、前述したような裁判例の展開や学説が議論していた法的諸問題がどの程度にまで反映される可能性を有するのか否か、という仕組みの問題点については、もう少し論を進めておきたい。

## (二) 法概念としての政府固有機能

### (1) 政府固有機能の峻別の仕組み

まず、政府固有機能の峻別に関する限りにおいて、F A I R A の仕組みを確認しておく。①執行機関の長 (the head of each executive agency) は、財政年度ごとに、O M B に対して、政府に固有の機能を有しない諸活動 (以下では商業的活動と呼ぶこととする) を列挙した目録を提出し、および当該目録を複写したものを、連邦議会に提出するとともに、国民が入手可能な状態にしておかなければならない (S 82(a)(c))。②利害関係を有する者 (an inter-

ated party) は、執行機関 (executive agency) に対して、前述した目録が公表された日から三〇日以内に (within 30 days after the publication)、商業的活動にあたることされた活動のうち、そこから除外すべきもの (omission of a particular activity from a list) またはそこに追加すべきもの (inclusion of a particular activity on a list) について、一種の異議申立てをする (challenge) ことができる ( §§ 3(a)-(c) )。<sup>83</sup> ③執行機関の長に任命された職員 (an official designated by the head of the executive agency) は、異議申立てを受け付けた日から二八日以内に、第一次決定 (initial decision) を行わなければならない (§ 3(d))。利害関係人は、第一次決定の通知を受け取った日から一〇日以内に、執行機関の長に対して審査を請求する (appeal) ことができる。それに対して執行機関の長は、利害関係人から審査請求を受け付けた日から一〇日以内に、請求に対する決定を行わなければならない (§ 3(e)(1)-(2))。

## (2) 政府固有機能の意義

右に述べたように、権限や事務が商業的活動あるいは政府固有機能のいずれにあたるのかを判断する主体は、執行機関の長である。本法は、政府固有機能の意義を、「公共の利益に密接に (intimately) 関連するものであって、連邦政府の職員が実行 (performance) しなければならない機能」であると規定し、執行機関の長に対して、機関の活動の公益性を考慮するように、要求するものである (§ 5(2)(A))。そこで、「公共の利益に密接に関連する」機能の内容が問題となる。それは、一般的には、連邦政府に設置された機関に授権された裁量権の行使 (exercise of discretion) あるいは機関が行う価値判断であって、軍事または外交、民事または刑事の司法手続、「国民 (private persons) の生命、自由又は財産に重大な影響を及ぼす」活動、合衆国公務員 (officers or employees of the United States) の任命 (appoint) または監督 (direct)、財産の取得または処分等であると規定されている (§ 5(2)(B)(i)-(v))<sup>84</sup>。

(3) 政府固有機能を峻別する仕組みの到達点

右に紹介したように、同法は、国民の生命、自由または財産に重大な影響を及ぼす諸活動が政府に固有のものとする仕組みである。それらの保護法益は、仕組みの上ではデュープロセス条項により保障された人権とほぼ同一であるといつてよい。また、公務員の任命も政府固有機能の一つであると明示されているが、この権限が合衆国憲法第二条第二節第二項によって大統領に付与された固有の権限であることは、既に述べたとおりである。こうして、FAIRRAにおける政府固有機能の概念には、仕組みの上では、判例において展開していた委任禁止法理が反映されているようにも思われる。

しかしながら、第一に、執行機関の長が誤つて、政府固有機能を商業的活動に該当するものと判断した結果、生命、自由または財産を違法に侵害されたと主張する者に対して、本法が、どのような救済方法を提供するものであるのか、あるいはかかる権利侵害を未然に防止するための手続を規定したものであるのかの問題は残るのではなからうか。FAIRRAは、執行機関の長が行った判断に対する不服申立ての一種の仕組みを整備したものであるが、利害関係人を、連邦職員または民間団体等であつて、政府固有機能または商業的活動のいずれかを実際に行つてゐるか、または行う予定があるもの等に限定したので、例えば受刑者や福祉サービスの受給者などは、不服申立てをすることができないのではなからうか。第二に、同法は、執行機関の長が行う機能峻別決定に対する司法審査手続を規定していないので、執行機関の長が行った商業的活動の目録の公表に対して、不服申立てをすることができる執行機関の職員は、違法な機能峻別決定により失職することがない利益を本法により保護されているのか否かの解釈問題が生じている。<sup>69)</sup>かくして、FAIRRAは、抽象的には政府固有機能を峻別する法的基準を規定するところまでは到達していると評価できるとしても、具体的に、生命や自由等を奪われることとなる国民の存否を人権の主体

と内容に即して慎重に吟味することを通じて、機能峻別の民主的手続や救済方法を整備するという課題については、積み残したままであるともいえよう。

## おわりに

九〇年代後期のアメリカにおける私化とりわけ私人に対する権限委任は、これが三〇年代とは異なり不可避ともいえる種々の要因に基づくものであったとすれば、少なくともこの国の歴史において新たな段階に到達しているといえよう。客観的に見て、今日この国が直面している課題の一つは、公共的価値を実現する組織が政府から民間団体へ、公務員から私人へと変更される現実に対して、国民のコントロールに服すべき作用とその方法を規定することであるといつてよい。この課題を別の表現により言い換えれば、かつて機関が行っていた行政作用に存在する規範的要請を発見し、これを新たに実現する制度を構築することであるといえよう。かかる課題に対して、少なくとも理論レベルにおいて主張されていることは、国民意思を一方的に拘束する作用については、第一に、国民が主権を行使できるべきであること、第二に、自己利益追求の欲求から解放された公務員によって構成される行政組織が主体たるべきことである。論者が主張するように、自己利益を本来もたない公務員に国民意思を一方的に拘束する諸権限を付与することによって、国民は、自己利益（あるいは株主利益）を追求する自由を回復していたのである。この仕組みが崩れ去った後には、公的性質を有する作用を担当する私人が過剰な民主的コントロールに服することとなるか、さもなくば多数の政治的経済的に無力な個人からの人権保障要求を政府が無視するなどの病理がアメリカ社会に広がりうる可能性は、十分にありうるのではなからうか。したがって、私化に限界があることは論者が

主張するとおりであろう。しかし、行政に対する三権のコントロールの強化がその硬直化等の機能不全を生む経験をしたアメリカ社会においては、現実には、私化を限界づける原理が展開を躊躇せざるをえないともいえようか。そしてこのことが、私化をさらに多様に展開させ、国民的コントロールから免れさせる一要因となつていゝのではなからうか。こうして、実際には国民生活に支障を来すような事態が発生しない限り、今後も私人に様々な権限が委任されるように思われるのであるが、その場合においても作用の性質に即してどのような民主的コントロールの仕組みが整備されることとなるのかは、その有無も含めて、本稿において検討した私化の法的限界論がアメリカ社会においてどのような展開を見せているのかの分析によって明らかとなるであろう。かかる作業は、次稿の課題としなければならぬ。

註

- (1) 多様な私化の概念を整理するものとして、Lester M. Salamon, *The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction*, in *THE TOOLS OF GOVERNMENT: A GUIDE TO THE NEW GOVERNANCE* 5 (Lester M. Salamon ed., 2002). 私化のべきとりわけ私人に対する権限委任の諸形態に公法的諸問題が現れてくることについては、Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 *COLUM. L. REV.* 1367, 1395 (2003).
- (2) Louis L. Jaffe, *Law Making by Private Groups*, 51 *HARV. L. REV.* 201, 221-34, 250-52 (1937).
- (3) 私人に対する立法権の委任を禁止した州裁判所の判決については、本稿では検討しない。See, e.g., *Hebertington v. McHale*, 458 Pa. 479, 484 (Pa. 1974); *Stewart v. Utah Public Serv. Comm'n*, 885 P.2d 759, 776 (Utah 1994); *City of Chamberlain v. R.E. Lien, Inc.*, 521 N.W.2d 130, 132-33 (S.D. 1994); *Sedlak v. Dick*, 887 P.2d 1119, 1134-35 (Kan. 1995). 州憲法の内容上の相違により、州レベルにお

- を委任禁止法理は多様な展開をみせていると主張する。Clayton P. Gillette & Paul B. Stephan III, *Constitutional Limitations on Privatization*, 46 AM. J. COMP. L. 484, 496-501 (1998).
- (4) Aman の一連の業績のなかで、この引用を最もよく示す。ALFRED C. AMAN, JR., *THE DEMOCRACY DEFICIT: TAMING GLOBALIZATION THROUGH LAW REFORM* 30-35, 44-47 (2004).
- (5) この種の「市場」が、いわば主権行使の場などの観念的な概念であることは、著者が述べているとおりである。Id. at 9. しかしながら、現実の経済市場においては、諸個人が主権を行使できる民主主義的な仕組みは存在していない。民主主義の欠缺を埋めるような仕組みが新たに形成されなければならないとして、A.P.A.の改正等の立法論が提言されている。Id. at 88-89, 130, 149-50; Aman, *Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy and the Furtherance of a Global Public Interest*, 6 IND. J. GLOBAL LEG. STUD. 397, 415-17 (1999).
- (6) Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 DUKE L.J. 1385, 1397 (1992). 論者の意図が、行政のコントロール方法の再検討であることは、次のやりとりの中からも明らかである。McGarity, *The Courts and the Ossification of Rulemaking: A Response to Professor Seidenfeld*, 75 TEX. L. REV. 525, 537-38 (1997); Mark Seidenfeld, *Hard Look in a World of Techno-Bureaucratic Rationality: A Reply to Professor McGarity*, 75 TEX. L. REV. 559, 568-69 (1997). この問題は「利益集団民主主義」と称され利害調整の場となっていた行政過程に対する三権の民主的コントロールの強化によって生じていたという意味では、「司法審査のあり方」という狭隘なものではなく、かの国の行政法の構造的な問題であると思われる。かかる問題の八〇年代における展開については、紙野健二「アメリカにおける総合調整の法的検討1〜3完」法律時報五九卷三三頁以下、五九卷五号八三頁以下、五九卷七号六〇頁以下を参照。九〇年代の諸問題を検討したものとして、中川丈久『行政手続と行政指導』（有斐閣、二〇〇〇年）三一七頁以下を参照。
- (7) Freeman が主張する行政法における共同型統治モデルについては、Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative*



- State, 45 UCLA L. REV. 1, 18-19, 22 (1997). このような問題把握は、自己利益の最大化を目指す国民の問題点にも言及するなど、command and control の病理を多面的に捉えたものという点で正当な内容を有するのではないかと思われる。
- (8) 実際には、私化を促している行政の法的コントロールの緩和要請の行き着くところが、民主的コントロールの全否定となりかねない潮流を客観的に認識するものとして、Freeman, *Extending Public Law Norms through Privatization*, 116 HARV. L. REV. 1285, 1310 (2003). 公的作用をなすように権限を委任された私人が、それ以前と同様に自己利益の拡大を目指すすれば、結局作用に対する法的規制が強化されるだけであって、行政の硬直化の問題は山積したままとなると予測するものもあることに注意が必要である。Jack M. Beermann, *Administrative Law Like Obligations on Privatized Entities*, 49 UCLA L. REV. 1717, 1736 (2002).
- (9) この課題を指摘するものとして「例として」Aman, *Privatization and the Democracy Problem in Globalization: Making Markets More Accountable through Administrative Law*, 28 FORDHAM URB. L. J. 1477, 1502 (2001).
- (10) 42 U.S.C. § 1395bb(a)(1) (1994).
- (11) 医療機関における設備水準を適切に評価すべきであるという規範的要請を受けて、連邦議会は、そのための新たな組織をあえて設置することなく、民間団体である JCAHO に評価認証の権限を付与したという評価も可能であろうかと思われる。Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N. Y. U. L. REV. 543, 611 (2000). ただし、次の判決も参照。Cospino v. Heckler, 742 F.2d 72, 89-91 (3d Cir. 1984).
- (12) 鉄道公社であるコンrail (Consolidated Rail Corporation) を廃止し、民間法人化するための Conrail Privatization Act が、同法制定以前に、公社と職員との間で締結されていた労働協約の効力を消滅させるものではないと述べた判決に、Railway Labor Excutives' Ass'n v. Conrail, 666 F. Supp. 1573, 1581-82 (Reg'l Rail Reorg. Ct. 1987). なお、このような法人の組織法的諸問題については、本稿では検討できない。宇賀克也「アメリカの政府関係法人」碓井光明・小早川光郎・水野忠恒・中里実編『金子宏先生古稀祝賀記念論文集公法学の法と政策(下)』(有斐閣、二〇〇〇年)二〇五頁以下、中川丈久「米国法における政府組織の外延と

その隣接領域」同書四七三頁以下を参照した。

- (8) 997 F. Supp. 874, 884 (D. N. D. Ohio 1998), 258 F.3d 1294, 1302 (Fed. Cir.2001), *cert. denied*, 2002 U.S. LEXIS 529; 297 F.3d 455, 462 (6th Cir. 2002), *cert. denied*, 2003 U.S. LEXIS 5537. 各号 LEXIS-NEXIS の search 機能を利用して、このあたりで overview (privatization) で検索したところ、一〇二件の裁判例が存在したが、それらのほとんどは州裁判所の判決である。なお、連邦政府が締結した民間委託契約の実例については以下を参照。Daniel Guttman, *The Future of Competitive Sourcing Governance by Contract: Constitutional Visions: Time for Reflection and Choice*, 33 PUB. CONT. L.J. 321, 331-37 (2004).
- (9) Ira P. Robbins, *The Impact of the Delegation Doctrine on Prison Privatization*, 35 UCLA L. REV. 911, 949 (1988). 各号、民間団体が管理する刑務所の数や地域分布などの現況については以下を参照した。Richard Harding, *Private Prisons*, 28 CRIME & JUST. 265, 269 (2002). 邦語文献には、藤本哲也「アメリカにおける刑務所の民営化と受刑者の権利」法学新報九六巻一一一一号六四七頁以下などが存在する。
- (5) Pub. L. No. 104-193, 110 Stat. 2105 (1996) (codified in scattered sections of 42 U.S.C.).
- (9) 42 U.S.C. § 604 (a) (1). David J. Kennedy, *Due Process in a Privatized Welfare System*, 64 BROOKLYN L. REV. 231, 257(1998); Michele E. Gilman, *Legal Accountability in an Era of Privatized Welfare*, 89 CALIF. L. REV. 569, 579 (2001); Christine N. Cimini, *What's Ahead for Low-Income and No-Income Families? The New Contract: Welfare Reform, Devolution, and Due Process*, 61 MD. L. REV. 246, 254 (2002); Matthew Diller, *Form and Substance in the Privatization of Poverty Programs*, 49 UCLA L. REV. 1739, 1751-57 (2002); Dan Stevenson, *Privatization of Welfare Service: Delegation by Commercial Contract*, 45 ARIZ. L. REV. 83, 89 (2003); John Michaels, *Deforming Welfare: How the Dominant Narratives of Devolution and Privatization Subverted Federal Welfare Reform?*, 34 SETON HALL L. REV. 573, 596 (2004).
- (17) 連邦議会が、大統領に対して立法権を委任しつてはならないと定める内容が、この規範が普遍的に承認された原理 (a principle universally recognized) とあると判断した次の判決まで遡る。Field v. Clark, 143 U.S. 649, 692 (1892).

- (18) 293 U.S. 388, 430 (1935).
- (19) Schechter 判決において、最高裁は、「公正競争なる要件が著しく一義性を欠くものであるとしつつ、そもそも産業団体が大統領に対して公正競争規約を提案する仕組みについて、「そのような立法権の委任は、我々の知る法に反する (Such a delegation of legislative power is unknown to our law) 」、連邦議会の特権 (privileges) と義務とを規定した憲法に反するものである」と述べた。295 U.S. 495, 537 (1935)。本判決の歴史的意義については、本多滝夫「アメリカにおける行政手続法理の生成 (二) 完」名古屋大学法政論集二二〇号三三九頁を参照。
- (20) 最高裁は、「立法の経緯などを参照しつつ、一義性を欠く制定法についても、その要件に意味を与えることによって委任禁止法理との抵触を免れさせられた。Fahy v. Malone, 332 U.S. 245, 250 (1947); Zemel v. Rusk, 381 U.S. 1, 18 (1965)。Fahy 判決を引用しつつ、最高裁は、「行政機関が立法経緯に忠実に裁量権の行使を自制するな」として、憲法に反する立法権の委任を治癒できる (cure) とする解釈を否定した。Whitman v. Am. Trucking Ass'n, 531 U.S. 457, 472-73 (2001)。
- (21) 私化の過程における政治的アカウンタビリティの問題については、Michael J. Trebilcock & Edward M. Jacobucci, *Privatization and Accountability*, 116 HARV. L. REV. 1422, 1422-24, 1435-43 (2003); Beermann, *Privatization and Political Accountability*, 28 FORDHAM URB. L. J. 1507, 1553, 1556 (2001)。私化が権力分立の問題をならわすかどうかについては、Harold J. Kent, *Fragmenting the Unitary Executive: Congressional Delegations of Administrative Authority Outside the Federal Government*, 85 NW. U. L. REV. 62, 76 (1990)。
- (22) Robbins, *supra* note 14, at 936-48.
- (23) 民間団体が管理する刑務所には、「透明性が強く要請されると主張するものがあろう。Nicole B. Casarez, *Furthering the Accountability Principle in Privatized Federal Corrections: The Need for Access to Private Prison Records*, 28 U. CHI. J. L. L. REV. 249, 269 (1995); Craig D. Feiser, *Privatization and the Freedom of Information Act: An Analysis of Public Access to Private Entities under Federal Law*, 52 FED. COMM.

- L. J. 21, 35 (1999); Aman, *Privatization, Prisons, Democracy, and Human Rights: The Need to Extend the Province of Administrative Law*, 12 IND. J. GLOBAL LEG. STUD. 511, 33-42 (2005).
- (24) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393, 450-51 (1857); Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 56-57 (1905). それに対して Nebbia v. New York, 291 U.S. 502, 512-13 (1934); United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 151-52 (1934).
- (25) 298 U.S. 238, 311 (1936). 連邦最高裁は、本判決の以前においても、デュープロセス条項違反を理由に、私人に対する立法権の委任が無効であると判示していた。いずれも、本判決が引用する判決であるが、建築行為に近隣住民の同意が必要であると規定した条例に「Eubank v. City of Richmond, 226 U.S. 137, 143-44 (1912); Washington ex rel. Seattle Title Trust Co. v. Roberge, 278 U.S. 116, 121-23 (1928).
- (26) 306 U.S. 1, 15 (1939). 本判決を先例として引用する最高裁判決として、United States v. Rock Royal Co-op, Inc., 307 U.S. 533, 577-78 (1939). 判例の内容やその先例的意義については不分明であると指摘するものがある。Harold H. Bruff, *Public Programs, Private Deciders: The Constitutionality of Arbitration in Federal Programs*, 67 TEX. L. REV. 441, 457 (1989). 全米証券業協会 (NASD) に対して会員に対する懲罰権を付与した証券取引法が、SECに対して懲罰基準の変更権を付与しているために、委任禁止法理に反しなると判示したものに、Todd and Co. v. SEC, 557 F.2d 1008, 1014 (3d Cir. 1977). Todd 判決を、実体的デュープロセス法理が適用された判決の一つであると理解するものもある。Robbins, *supra* note 14, at 925-26.
- (27) Warren L. Ratliff, *The Due Process Failure of America's Prison Privatization Statutes*, 21 SETON HALL LEGIS. J. 371, 400-04 (1997). See also Robbins, *id.* at 936; Kennedy, *supra* note 16, at 289. See also Cimini, *supra* note 16, at 264; Stevenson, *supra* note 16, at 94.
- (28) ただし、実際の紛争事例においては、刑務所管理作用のうち立法にあたる権限が私人に対して委任されてはならないものであるのか否かが問題となっていないようである。元受刑者が民間団体(または職員)に対して、暴行によって憲法により保障された人権を侵害されたと主張し、損害賠償請求訴訟を提起した事件においては、かかる職員の行為が禁止されているのか否か

が裁判上の争点になっていなかった。民間刑務所の看守が、一九八三条訴訟において主権免責の保護を受ける者ではないと判示された<sup>(29)</sup> Richardson v. McKnight, 521 U.S. 399, 412-13 (1997)。連邦職員が国民の憲法上の権利を侵害した場合において損害賠償責任を負う可能性を判示した *Bivens* 判決が、民間刑務所の看守の行為には適用されないと判示された<sup>(30)</sup> *Corr. Servs. Corp. v. Malestero*, 534 U.S. 61, 63 (2001)。なお、アメリカにおける公務員に対する損害賠償訴訟の仕組みについて、とりわけ合衆国法典四二二巻第一九八三条および *Bivens* 法理を検討した邦語文献として、植村栄治『米国公務員の不法行為責任』(有斐閣、一九九一年)一二〇頁以下および一〇六頁以下、田村泰俊『公務員不法行為責任の研究』(信山社、一九九五年)二四頁以下および四五八頁以下を参照。

(29) アメリカにおける政府固有機能の内容をわが国において紹介し、検討した邦語文献として、比山節男『米国における民営化と政府固有機能』原野翹・浜川清・晴山一穂編『民営化と公共性の確保』(法律文化社、二〇〇三年)一六一頁以下を参照。なお、七〇年代半ば以降のステイトアクション法理においても、州の排他的な権限 (traditionally exclusively reserved to the State) なる観念が述べられていたが、これは委任禁止法理ではないため本稿では検討しない。ステイトアクション法理が、私化に対する法的コントロールにおいて果たしている役割を有するものであるのか否かについては、Daphne Barak-Erez, *A State Action Doctrine for an Age of Privatization*, 45 SYRACUSE L. REV. 1169, 1189-92 (1994); Sheila S. Kennedy, *When is Private Public? State Action in the Era of Privatization and Public-Private Partnerships*, 11 GEO. MASON U. CIV. RTS. L.J. 203, 219-23 (2001)。邦語による検討論文については、高橋一敏『民営化時代における憲法の射程』一橋法学三巻三号四九五頁以下もあろ。

(30) David M. Lawrence, *Private Exercise of Governmental Power*, 61 IND. L.J. 647, 648, 659 (1986)。

(31) Guttman, *Inherently Governmental Functions and the New Millennium: The Legacy of Twentieth-Century Reform in MAKING GOVERNMENT MANAGEABLE: EXECUTIVE ORGANIZATION AND MANAGEMENT IN THE TWENTY-FIRST CENTURY* 42-44, 46-48, 49 (Thomas H. Stanton & Benjamin Ginsberg eds., 2004)。See also Guttman, *Public Purpose and Private Service: The Twentieth Century Culture of Contracting Out*

*and the Evolving Law of Diffused Sovereignty*, 52 ADMIN. L. REV. 859, 891 (2000).

(32) Federal Activities Inventory Reform Act of 1998, Pub. L. No. 105-270, 112 Stat. 2382, § 5 (2) (1998). 及び「契約における競争法 (Competition in Contracting Act) にていかなる本稿では検討しない。31 U.S.C. § 8 3551-53 (1994).

(33) 本法における利害関係人は、商業的活動を現実に行い、または行う予定がある (an actual or prospective offeror) 民間部門 (private sector) 等と、政府固有機能に該当する活動を現実に行い、または行う予定がある執行機関の組織における公務員または職員 (an officer or employee of an organization within an executive agency) 等に限定される。 *Id.* § 8 3(b)(1)-(4).

(34) それに対して、合衆国公務員のための情報提供、建築物における安全性の確保 (Building security)、郵便物の取扱、施設の管理および修繕 (facilities operations and maintenance) などは政府固有機能の概念から明示的に除外されている。 *Id.* § 8 5(2)(C)(i)-(ii).

(35) 執行機関の長に対して、A-76通知の手続が遵守されなかったために失職したとして、手続のやり直しを求める訴えを提起した執行機関の職員は、原告適格を有する者ではないと判示されている。297 F.3d at 463. 執行機関の職員が目録に対して不服申立てをすることができると規定した F A I R A は、職員の手続的な権利利益を保護する趣旨を有しないと判断されていたのである。それに対して、F A I R A 制定以前においては、空港管制事務の民間委託によって失職することとなった公務員は、合衆国憲法第三条により救済されるべき損害を蒙っている。原告適格を有する者であるとも判示された。 *National Air Traffic Controllers Ass'n v. Pena*, 944 F. Supp. 1337, 1345 (D. N.D. Ohio 1996). 民間委託契約の締結において公務員の身分を保障する仕組みの必要性は、かの国の学説も指摘するところである。 Robert H. Shriver III, *No Seat at Table: Flawed Contracting Out Process Unfairly Limits Front-Line Federal Employee Participation*, 30 PUB. CONTR. L. J. 613, 634-38 (2001).

(36) 二〇〇一年にアメリカのいくつかの都市機能を麻痺させた事態が契機となって、セキュアリティの強化要求が私化の限界論に及ぼした影響については検討することができなかった。