

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——

宮 下 紘*

- I 問題設定
- II 何が進行しているのか？
- III 公と私のパートナーシップ
- IV 民営化と憲法上の問題—ステイト・アクション法理
- V ステイト・アクション法理に対する挑戦

I 問題設定

現在、民営化という言葉が盛んに飛び交っている。現実の世界では、民営化が着実に進展しつつある。この民営化という新たな現実を受け入れた上で、それがどのような憲法上の問題をもたらすのか、ということを明らかにするのが本稿の目的である。

アメリカは民営化の最先端にある国であると言っても過言ではない。アメリカでは現実に非常に広い分野で民営化が遂行されている。そして、法学の世界においても民営化を直視し、民営化をテーマとするシンポジウムが近年多く開かれて¹⁾いる。

民営化を考察するにあたり、論者によって様々なアプローチの仕方が考えられる。ある特定の民営化論は憲法上許されるのか、という規範的な問題設定も当然ありうる。しかし、本稿は民営化それ自体の是非について判断を下すのではなく、

【一橋法学】(一橋大学大学院法学研究科) 第3巻第3号2004年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- 1) See Symposium, Public Values in an Era of Privatization, 116 *Harv. L. Rev.* 1211 (2003); Symposium, New Forms of Governance: Ceding Public Power to Private Actors, 49 *UCLA L. Rev.* 1687 (2002); Symposium, The Implications of Privatization on Low-Income People, 35 *Clearinghouse Rev.* 491 (2002); Symposium, Redefining the Public Sector: Accountability and Democracy in the Era of Privatization, 28 *Fordham Urb. L.J.* 1307 (2001); Public Perspectives on Privatization, 63 *Law & Contemp. Probs.* 1 (2000); Annual Regulation of Business Focus: Privatization, 52 *Admin. L. Rev.* 813 (2000).

それを事実として受け止めている。なぜなら、そこまで民営化が広く進展しているからである。もはや好むと好まざるとに関わらず、民営化という新たな現実に向き合わなければならない。そして、その民営化という新たな現実を事実として受け止めた上で、民営化の何が憲法上の問題となっているのかを考察するのが本稿のとるアプローチである。

本稿は、まず民営化が意味しているもの、そして現実の世界で進行している民営化の実態、また民営化を支える論拠を実証的に概観する。その上で、「公と私のパートナーシップ」を実現させた民営化がもつ憲法上の問題点を明らかにする。その問題点とは、「公と私のパートナーシップ」を実現させた民営化は、公と私の区分を基底とする憲法のパラダイムとは鋭く対立する、というものである。この対立関係は公と私の区分を基礎に置くステイト・アクション法理をどう位置付けるのかという問題に換言できる。以上の議論を経て、本稿は、民営化という新たな現実を直視し、私人間の憲法上の権利侵害の救済を趣旨としてきたステイト・アクション法理のプロジェクトを再検証することを狙いとしている。

これまで日本でもステイト・アクション法理が紹介されてきたが、それらの多くは判例分析を主とするものであった²⁾。本稿は、判例分析の重要性を受け止めつつ、それらを紹介する役割をも果たすことを心掛けているが、それと同時に民営化の流れの中でのステイト・アクション法理の趣旨を探求することを目的としているのである³⁾。

-
- 2) たとえば、芦部信喜『現代人権論』(有斐閣・1974) 3頁; 同『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣・1981) 361頁; 木下智史「私人間における人権保障と裁判所」神戸学院法学18巻・1-2号(1987) 79頁; 君塚正臣「アメリカにおけるステイト・アクション理論の現在」関西法学論集51巻5号(2001) 5頁; 榎透「ステイト・アクション法理と人権の対公権力性」比較社会文化第9巻(2003) 1頁、などがある。
 - 3) 本稿の問題意識を共有しうるものとして、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) 15頁、がある。また、日本における第三セクターに関する憲法的視座を提供したものとして、君塚正臣「第三セクターの憲法学」エコノミア54巻2号(2003) 41頁、がある。

II 何が進行しているのか？

1 「民営化 (privatization)」という観念

民営化 (privatization) という用語は、様々な意味を有していると考えられてきた⁴⁾。政府の機能ないし責任に注目する「民営化」⁵⁾から、社会的あるいは文化的なレベルにおける「民営化」⁶⁾、政治的イデオロギーを露呈させる「民営化」⁷⁾など様々な定義が想定されうる。この点において、民営化がまだ早熟であった頃、John Donahue は「民営化」の観念を二通りに区別していた。

「2つの観念が民営化という同じ用語を共有している。第1の観念は、集合的領域から特定の責任、活動、あるいは資産の移転を伴うものである（これは、あまり響きは良いものではないが非社会化 (desocialization) と呼ばれるかもしれない)。…民営化の第2の意味は、集合的財源を維持しつつも、供給を私的セクターへと委譲することである」⁸⁾

第1の観念における民営化は、政府のサイズや行動範囲を縮小させる方向へと導くものと考えられる。それに対して、第2の観念における民営化は、政府の財政状況は変わらないため、政府のサイズや行動範囲を直接的に束縛するものではない。このレベルの民営化は、せいぜい政府の行動の担い手である労働者、すな

-
- 4) privatization という言葉が最初に用いられたのは1969年の経営学の教授 Peter F. Drucker の著書であると考えられている (Peter F. Drucker, *THE AGE OF DISCONTINUITY* (Harper & Row, 1969) at 21.)。See E. S. Savas, *PRIVATIZATION AND PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS* (Seven Bridges Press, 2000) at 15.
- 5) See Martha Minow, Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion, 116 *Harv. L. Rev.* 1229, 1230 (2003). (有意義な定義とは、公的機能を私的な手へと委譲させ、市場型の競争原理に基づく政府の活動を意味するものである)。; Richard W. Bauman, Public Perspectives on Privatization: Foreword, 63 *Law & Contemp. Prob.* 1, 2 (2000). (①主な公的事業の投売り (see-off)、②特定産業の規制撤廃、③政府の部門の商業化、④民間生産者に対する補助金の削除、⑤排他的な公的サービスが何であるかについての民間経営者による公式な設定)。
- 6) Paul Starr, The Meaning of Privatization 6 *Yale L. & Pol'y Rev.* 6, 9 (1988).
- 7) Lisa Philipps, Public Perspectives on Privatization: Taxing the Market Citizen: Fiscal Policy and Inequality in an Age of Privatization, 63 *Law & Contemp. Prob.* 111, 115 (2000). (ネオリベラリズムが、国内においても国境を渡ったところでも、生産、貿易、投資への政府による規制の支配の放棄を突き付けた)。
- 8) John D. Donahue, *THE PRIVATIZATION DECISION: PUBLIC ENDS, PRIVATE MEANS* (BASIC BOOKS, 1989) at 215.

わち公務員の数を縮小させるにとどまるものであろう。そのため、Donahueはこの第2の観念の民営化を「外部委託 (contacting out)」⁹⁾と呼んでいる。

下記の表に照らし合わせれば、2つの民営化の観念は次のように説明できる。「外部委託」を表す第2の観念の民営化は、伝統的に政府の領域であったIや私的領域であるIVではなく、Ⅲの領域に注目するものである。つまり、政府の財源により私的セクターが財やサービスを提供するというものである。これに対して、「集合的領域から特定の責任、活動、あるいは資産の移転を伴う」第1の観念の民営化は、Iの領域を狭くさせるものとなるであろう。

公と私の選択の次元¹⁰⁾

	集合による支払い	個人による支払い
公的セクターによる供給	I 政府によるサービス	II 政府による競売
私的セクターによる供給	III 契約、補助金	IV 自由市場、セルフ・サービス

現在、アメリカにおいて進行中の民営化の多くは、第2の形態のものであると考えられる¹¹⁾。つまり、政府が財やサービスの提供をするために自らがそれを行うのではなく、政府の目的を達成するための手段を私的主体へと「外部委託」しているのである。このように、現代の民営化の下では、私的主体が政府の目的を

9) *Id.* at 131.

10) *Id.* at 7. See also Savas, *supra* note 4 at 66.

11) Martha Minow, *PARTNERS, NOT RIVALS: PRIVATIZATION AND THE PUBLIC GOOD* (Beacon Press, 2002) at 7; Gillian E. Metzger, Privatization as Delegation, 103 *Colum. L. Rev.* 1367, 1378 (2003). やや古くはなるが、合衆国会計検査院の1997年3月の報告(1993年の統計)によれば、民営化の形態の内訳として外部委託が78.06%で、補助金 (grants) が8.48%、バウチャーが4.11%、ボランティア活動が3.32%、公と私のパートナーシップが2.95%などとなっている (U.S. General Accounting Office, *Privatization: Lessons Learned by State and Local Government*, GAO/GGD-97-48, at 22-3 (March 1997). <http://www.gao.gov/archive/1997/gg97048.pdf> (last visited on 10 Aug. 2004)).

達成するために「アメリカとの契約 (Contract with America)」¹²⁾を行っているのである。しかし、現代の民営化論は「外部委託」先の私的主体に広範な裁量と権限を与えている点、新たな主体、すなわち営利企業、市民団体、宗教組織などを利用して注目している点で注目に値する。このように、現在進行している民営化論は、何を民営化すべきか (what to privatize) についての問題ではなく、どのように民営化すべきか (how to privatize) についての問題へと向かっている¹³⁾。

2 民営化の論拠

では、なぜこのような民営化がアメリカにおいて流行しているのだろうか。民営化はどのような現実的動向と調和して進展を遂げているのだろうか。

第1に、市場型の効率性と競争原理が挙げられる。そこには、公務員が提供するサービスには競争相手がいないため、公務員によるサービスの提供が非効率的になってしまうという想定がある。市場型のガバナンスは、新たな知識やインフラを築くことになる。既存の公的制度内部に新たな私的人材を投入することは、参加と対話、情報の流通という民主的価値とも調和して、新たな知識やインフラの構築にも貢献する。そして、消費者の選択を重視した競争やインセンティブがサービスの向上や改善あるいは効率性につながっていく。公務の内容それ自体は市場になじまないものではあっても、公務の労働手法やその形態は市場型の効率性や競争原理からも学べることもある。そのため行政府では、より少ない費用でより多くの便益をもたらす手段を実現するために民間部門の助けを借りる必要性が出てきたのである。つまり、政府の行動の費用と便益の比較を行う「費用便益国家 (a cost-benefit state)」¹⁴⁾が展開しつつある。

第2に、民営化は多元主義に寄与すると考えられる¹⁵⁾。多元主義は、文化的、宗教的、民族的に異質な者への寛容を要求するが、民営化は、このような異質な

12) Cass R. Sunstein, *FREE MARKETS AND SOCIAL JUSTICE* (Oxford University Press, 1997) at 348. (有松晃・紙谷雅子・柳澤和夫訳『自由市場と社会正義』(農文協・2002) 504頁)。

13) Daniel A. Farber, Whither Socialism?, 73 *Denv. U.L. Rev.* 1011, 1015 (1996).

14) Sunstein, *supra* note 12. (邦訳503頁)

15) Minow, *supra* note 5 at 1244-6.

者に対しても公的財源の助成により私的選択肢の幅を広げることとなる。そして、民営化のおかげで自らの選択を実現するためのサービスを提供する主体との間で、また同じような選好をする主体との間で共同体が形成されていく。民営化された世界では、多様な社会サービスが多元主義を生み出し、政治とは分離された多様な共同体のつながりをもたらすことにもなりうる。民営化は「多様性の拡張と同質性の縮減 (more diversity, less homogeneity)」¹⁶⁾を意味するものである。

民営化を擁護する第3の論拠となるものはグローバル化である¹⁷⁾。自由貿易、市場統合、規制緩和、情報流通などのグローバル化を象徴する用語が民営化論と結びついている。世界規模の政治経済機構などの「超国家体 (transnational)」の登場により、国民国家は非国家的主体と様々な点において手を結ぶこととなった。グローバル化は、複雑な社会的、経済的、政治的、文化的交流を活発化させ、「非国家化 (denationalization)」を招いた。もはやグローバル化世界の下では、政府はグローバル市場において競争する私的主体へと近づきつつあるようにも思える。

以上のような民営化を支える論拠は、どのような政治理論ないしは思想に依拠しているのだろうか¹⁸⁾。第1に想定されうる立場はレッセ・フェール型の個人主義と自由市場の思想に根づくものである。この立場をより精密に分析すれば、財産権を基礎とする見解¹⁹⁾と諸制度の経済機能の費用便益分析に基づく見解²⁰⁾に分けることが可能である。特に後者の見解が民営化を誘発させるものと考えられる。しかし、いずれの立場も、政府の役割の大小に直接的に関連する第1の形態での民営化へと大きく傾斜しそうである。

16) Farber, *supra* note 13 at 1013.

17) Frank I. Michelman, *W(h)ither Constitution?*, 21 *Cardozo L. Rev.* 1063, 1063-4 (2000); Alfred C. Aman, Jr., *Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law*, 49 *UCLA L. Rev.* 1687, 1693-4 (2002); Sol Picciotto, *Liberalization and Democratization: The Forum and The Hearth in the Era of Cosmopolitan Post-Industrial Capitalism*, 63 *Law & Contemp. Probs.* 157, 159 (2000).

18) See Starr, *supra* note 56 at 19-32.

19) 邦訳の紹介として、森村進『財産権の理論』(弘文堂・1995)を参照。

20) 経済学者からの民営化論の紹介及び分析については、See Jody Freeman, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, 116 *Harv. L. Rev.* 1285, 1310-14 (2003)。

この個人主義を強調する立場とは反対に、第2に民営化は共同体の創造に貢献すると考える立場もある²¹⁾。この共同体理論からすれば、民営化は各共同体に事業を委ねることにより個の結合を産み出し、共同体内部の信頼を高める効果を有していると考えられる。教育、福祉、医療、司法といったサービスの提供に関しては政府よりも同じ共同体に属する人の方に信頼を置くことができ、効率も良くなると考えられる。このように、民営化は共同体を推進する立場からも歓迎される。

第3に、民営化を支える政治理論がプラグマティズムであると考えられている。つまり、何らかのイデオロギーに裏付けられた主張というよりは、むしろ実証的に合理性を追求した日常的プラグマティズムの思想に民営化が依拠している²²⁾。プラグマティズムによる民営化論は生産の効率性を改善させる1つの手段であり、経済的なディスコースに多かれ少なかれ依拠するものと評価される。現代型の民営化を推進させる主要な政治理論は、何らかのイデオロギーを反映してきたというよりはむしろプラグマティズムにあったと言っても大きな誤りはないと思われる。

3 民営化の具体例

ここまで民営化が持つ意味、その論拠や背景的理論を考えてきたが、現実には何が進行しているのだろうか。政府の「外部委託」を例とする民営化が、具体的にどのように行われているのか。現代の民営化の進展は、一見すると19世紀初頭を映し出しているとも形容されているが²³⁾、ここでは特に注目すべき(1)公教育、(2)医療、(3)福祉、(4)司法サービスの4つの民営化について概観する。

21) See Wayne S. Hyatt, *Common Interest Communities: Evolution and Reinvention*, 31 *J. Marshall L. Rev.* 303, 310 (1998).

22) See Farber, *supra* note 13 at 1012. (公と私の関係をイデオロギーではなくプラグマティックに捉えることに同意した上で、革新主義者であろうと保守主義者であろうと民営化をプラグマティックに解すべきである)。Richard Posner が言うところの「日常的プラグマティズム (everyday pragmatism)」については、See Richard Posner, *LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY* (Harvard University Press, 2003) ch 1.

23) Minow, *supra* note 5 at 1237.

(1) 公教育の民営化

現在、公教育はもっとも注目を浴びている民営化論の舞台の一つである。その具体的内容は、チャーター・スクール (charter school)、教育管理組織 (Educational Management Organizations) による公立学校経営、さらにはバウチャー制 (voucher) などである。チャーター・スクールでは、伝統的な公立学校の規則を受けずに自由な校風の下、政府の財政援助を受けた学校運営がなされている。チャーター・スクールは、1992年時点ではミネソタ州にたった2校あったのみであったが、2003年までの間に2695校にまで増え続け、41の州とワシントンDCでチャーター・スクールに関する立法がすでに制定されている²⁴⁾。

そして、現在アメリカ憲法学においても注目を集めているのがバウチャー制である²⁵⁾。バウチャー制とは、公立、私立を問わず授業料の支払いに利用することのできるバウチャーを各家庭に平等に配布する制度であり、バウチャーを利用するほとんどの学生は宗教系の私立学校に通っている²⁶⁾。この制度を是認する契機となったのが、オハイオ州クリーブランドでのバウチャー制の合憲性が争われた2002年連邦最高裁の *Zelman v. Simmons-Harris* 判決である²⁷⁾。Zelman 判決では、宗教系学校に直接的な援助を行う政府のプログラムと、真正な私的選択のプログ

24) U. S. Department of Education, *The State of Charter Schools 2000: Fourth Year Report at 11* (2000). http://www.ed.gov/PDFDocs/4_yrrpt.pdf (last visited on 10 Aug. 2004); U. S. Charter School Overview Page. http://www.uscharterschools.org/lpt/uscs_docs/311 (last visited on 10 Aug. 2004). See also Amy Stuart & Janelle Scott, *Privatization and Charter School Reform: Economic, Political and Social Dimensions in PRIVATIZING EDUCATION: CAN THE MARKETPLACE DELIVER CHOICE, EFFICIENCY, EQUITY AND SOCIAL COHESION?* ed. by Henry M. Levin (Westview Press, 2001) at 234.

25) バウチャー制についての紹介は、長谷部恭男「私事としての教育と教育の公共性」ジュリスト1022号(1993)77-8頁、チャーター・スクールの紹介については横田守弘「教育を受ける権利と学校選択」ジュリスト1244号(2003)116頁がそれぞれ参考になる。

26) Frank R. Kemerer, *The Legal Status of Privatization and Vouchers in Education* in Levin ed. *supra* note 24 at 48-52, 56. *Zelman v. Simmons-Harris* においても、クリーブランドでバウチャーを利用する90%以上が宗教系学校に通っている事実をどう捉えるかで、法廷意見と反対意見の対立が見られる(536 U.S. 639, 684 (Stevens, J. dissenting).).

27) 536 U.S. 639 (2002). 本判決についての邦語評釈として、金原恭子「バウチャー制と政教分離」アメリカ法2003-2号(2003)329頁、が参考になる。

ラム、つまり真正かつ独立した私的個人の選択の結果としてのみ政府の援助が各家庭に届けられるプログラムとの区分を行った上で、本件バウチャー制は後者に当たるため合憲と判断された²⁸⁾。本判決が今後のバウチャー制の門戸を開いたことに疑いはなく、教育の私的個人の選択の側面が普及していくと考えられる。

このように、公教育に関する民営化論は、市場の競争と効率性、自己選択、多元主義、私的宗教制度への信頼と、集社会的社会供給への不信と不安から成り立っている。もはや公教育制度は市民の自己統治や公共政策ではなく、消費者選択の事柄となりつつある²⁹⁾。そして、公教育の民営化論については、ステイト・アクション法理、政教分離と信教の自由との衝突、人種問題などの問題が生じ、憲法上の議論が不可避となる³⁰⁾。

(2) 医療の民営化

次に、民営化が拡張しつつある分野として医療制度があげられる。現在では営利組織である管理医療組織 (managed care organization) — 医者、病院、自宅介護などの医療業務を非政府の私的主体が行う組織— が政府の財政援助を受けつつ医療業務に従事している。2002-03年の統計によれば、テネシー州の100%、その他80%以上の9つの州をはじめとして、合衆国全体で約60%の医療扶助 (Medicaid) が管理医療組織によって扱われている (管理医療組織が全く存在していないのは4州のみである)³¹⁾。

28) Id. at 649.

29) See Minow, *supra* note 11 at 53-5.

30) Alan Wolfe ed., *SCHOOL CHOICE: THE MORAL DEBATE* (Princeton University Press, 2003); Stephen D. Sugarman & Frank R. Kemerer ed., *SCHOOL CHOICE AND SOCIAL CONTROVERSY: POLITICS, POLICY, AND LAW* (Brookings Institution Press, 1999) の各論考が興味深い。この他、ステイト・アクション法理については See Jascon Lance Wren, Charter School: Public or Private? An Application of the Fourteenth Amendment's State Action Doctrine to These Innovative Schools, 19 *Rev. Litig.* 135 (2000).、政教分離と信教の自由の関連については See Michael W. McConnell, State Action and the Supreme Court's Emerging Consensus on the Line Between Establishment and Private Religious Expression, 28 *Pepp. L. Rev.* 681 (2001). が参考になる。

31) U. S. Department of Health & Human Service, Medicaid Managed Care Enrollment Report: Medicaid Managed Care Penetration Rates by State at 1-2 (June 30 2003), <http://www.cms.hhs.gov/medicaid/managedcare/mcsten03.pdf> (last visited on 10 Aug. 2004).

医療扶助の場面では、患者が望む治療方法に関するデュー・プロセスがしばしば問題となる。また、患者が信仰する宗教上の理由により延命治療の是非や輸血の拒否、臓器移植あるいは妊娠中絶といった問題が生じることもあり、民営化された医療施設がこれらの憲法上の人権に関する問題にどこまで対応すべきか、という問題も生じる³²⁾。

(3) 福祉の民営化

福祉の分野についても「外部委託」は顕著である。1996年には貧しい世帯に対する一時的な援助を認める TANF (Temporary Assistance for Needy Families) 契約に関する立法が制定され、2001年には15億ドル以上もの金額がこの「外部委託」に費やされている³³⁾。その多くの場合、非営利組織が、主としてホームレスへの食糧供給、児童福祉施設に関連する業務、職業雇用訓練などを受託することとなった³⁴⁾。この福祉の民営化についても、医療の民営化と同じように外部委託された私的主体が広範な裁量と権限を有しているため、手続上の問題をはじめ多くの憲法上の問題が生じる³⁵⁾。

(4) 司法サービスの民営化

現在のアメリカを象徴する第4の民営化論は、司法サービスにおける民営化である。特に注目すべきなのは、刑務所の民営化である。黒人と白人の差別問題が深刻化した19世紀アメリカにおいて、囚人が政府の黙認の下で私的な手によって

32) See Christopher G. Gegwich, Note, Medicare Managed Care : A New Constitutional Right to Due Process for Denials of Care Under *Grijalva v. Shalala*, 28 *Hofstra L. Rev.* 185 (1999); William Brooks, The Privatization of the Civil Commitment Process and the State Action Doctrine : Have the Mentally Ill Been Systematically Stripped of Their Fourteenth Amendment Rights?, 40 *Duq. L. Rev.* 1 (2001); Benjamin Mintz, Analyzing the OPTN under the State Action Doctrine : Can UNOS's Organ Allocation Criteria Survive Strict Scrutiny?, 28 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 339 (1995).

33) 合衆国会計検査院の統計によれば、TANFの資金の79%が非宗教的かつ非営利組織へと援助されている (U.S. General Accounting Office, *Welfare Reform : Federal Oversight of State and Local Contracting Can Be Strengthened* GAO-02-661 at 3 (2002 June) <http://www.gao.gov/new.items/d02661.pdf> (last visited on 10 Aug. 2004))。

34) *Id.* at 10.

35) See Sheila B. Kamerman & Alfred J. Kahn ed. *PRIVATIZATION AND WELFARE STATE* (Princeton University Press, 1989).

監護されていたことは珍しいことではなかった³⁶⁾。しかし、1940年までには私的な形で囚人を監護する例はなくなったものの、1980年中頃から、政府は囚人の増加に伴い刑務所の建設を迫られることとなり、政府は刑務所の建設、管理を民間に委ねたのであった。合衆国司法省の2002年度の統計によれば、連邦刑務所に収容されている在監者の12.4%、州刑務所の5.8%が、民間が経営する刑務所に収容されている³⁷⁾。中でも、ニューメキシコ州の43.0%、アラスカ州の31%、ワイオミング州の30%もの在監者が民間施設に収容されているのは注目に値する³⁸⁾。このような民間刑務所では、囚人を監護するための強力な権力行使がなされるおそれがあり、奴隷またはその意に反する苦役を禁止した修正13条をはじめとする様々な憲法上の問題の発生が想起されうる³⁹⁾。

また、紛争解決についても民営化は進展している。いわゆる ADR (Alternative Dispute Resolution) である。訴訟の遅延の深刻化を背景として、1990年の連邦司法改革法制定 (Judicial Improvement Act of 1990)、および1993年の同法改正 (The Civil Justice Reform Act of 1993) を経て、ADR が本格的に始動し始めた。ADR の活用により、訴訟当事者はコストと時間を大幅に削減できるようになったものの、ADR が憲法上の正義の要請を十分に全うしつつ運用されるのか、あるいはそもそも ADR が司法権の一端を担っているのかという問題が生じている⁴⁰⁾。

これらの例はあくまで一部であるが⁴¹⁾、現在アメリカでは、教育、医療、福祉、司法サービスに至るまでの広い分野で民営化が進行しつつある。

36) See Michael J. Klarman, *FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY* (Oxford University Press, 2004) at 71-6. (受刑者の強制的労働や賃貸あるいは囚人の連鎖メカニズム (chain gang) は日常的な出来事であった)。

37) U. S. Dept't of Justice, Bureau of Justice Statistics, Bulletin, Prisoners in 2002 at 6 (2003 July). <http://www.ojp.gov/bjs/pub/pdf/p02.pdf> (last visited on 10 Aug. 2004)

38) *Id.*

39) See Douglas C. MacDonald ed. *PRIVATE PRISONS AND THE PUBLIC INTEREST* (Rutgers University Press, 1990).

40) Richard C. Reuben, Public Justice: Toward a State Action Theory of Alternative Dispute Resolution, 85 *Cal. L. Rev.* 577 (1997).

Ⅲ 公と私のパートナーシップ

1 公と私のパートナーシップ

21世紀を転機として、公共的目的を遂行するために私的組織を利用する民営化が進行してきた。公教育、医療、福祉、司法サービスに見られるこの傾向について、政府は「外部委託」先の私的主体に対して財政援助、規制、監視、監督を行っている。これらの民営化の過程にも政府は関与、介入しているのであり、政府が「外部委託」をした事業から全く手を引いてしまう撤退を意味するものではない。政府と様々な私的主体は、複雑な仕方で協働し、混合し、共存しているのであり、両者は共に連続した関係にある⁴²⁾。公教育、医療、福祉、司法といったサービスの提供を行う際に、公と私のそれぞれの組織が役割と責任を共有している。先に見た民営化の具体例は、公と私に「混在した行政の体制」⁴³⁾を表しており、このことが「公と私のパートナーシップ」⁴⁴⁾の現れだと言われている。公と私のパートナーシップ、すなわち行政機関と民間部門との協働統治の背後にある中心的な考え方は、行政機関が指示を出し、民間部門がそれに反発するというトップ・ダウンのヒエラルキー的な統治アプローチを、水平的かつ多角的なアプローチへと転換することである⁴⁵⁾。

この「公と私のパートナーシップ」は、Martha Minowによる指摘を参考にすると、次の4点においてこれまでのアメリカにおける「公」と「私」の関係とは

41) 鉄道の民営化に関連する事例については、Lebron v. National Railroad Passenger Corporation, 513 U.S. 374 (1995)。や郵政民営化論に関する Flamingo Industries Ltd. v. U.S. Postal Service, 302 F. 3d 985 (9th Cir. 2002) がある。また、電気通信民営化論 (See Daniel Czamanski, *PRIVATIZATION AND RESTRUCTURING OF ELECTRICITY PROVISION* (Westport, 1999))、さらには警察民営化論 (See David A. Sklansky, *The Private Police*, 46 *UCLA L. Rev.* 1165 (1999).) に関する議論がある。

42) Minow, *supra* note 5 at 1255.

43) Jody Freeman, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law*, 52 *Admin. L. Rev.* 813, 816 (2000).

44) See Minow, *supra* note 11 at 166; do, *supra* note 5 at 1255.

45) 2004年9月12日成蹊大学における日米法学会で Jody Freeman が講演をした時のスクリプト (Remarks by Professor Jody Freeman to Japanese American Law Society) から引用。

異なった特徴を有しているように思われる⁴⁶⁾。第1に、政府が、独占禁止法のように私的組織を促進させるための公共政策のみを行っているのではなく、むしろ現在の民営化においては直接的に私的組織へ財政援助を行っている点で、従来の純粋な公共政策とは異なる役割を演じている。第2に、伝統的にはセイフティー・ネットや公的責任の範囲の拡張が賞賛されてきたが、20世紀に政府の諸制度や社会供給システムの多くがすでに確立してきた。そこで現在では税金の投入によりこれ以上の公的責任の範囲の拡大に対する不信と警戒が強まり、公的責任は拡大から制限、縮小へと向かっている。第3には、市場に関する概念の導入のせいで、立憲民主的諸価値による統治ではなく、競争や消費者の選好に適ったより効率的な統治が行われている。つまり、「公」とされる価値の基準が立憲民主的諸価値から経済的価値へと移行しつつある。第4に、政府による単独のサービス以外に、宗教的な実践や信念、あるいは宗教的共同体も困っている人々に対して手を差し伸べることができると考えられるようになった。つまり、「私」的主体も伝統的に政府が行ってきたサービスを同様に提供する技術と能力を備えるようになってきた。

このように民営化に伴う「公と私のパートナーシップ」は複雑な「公」と「私」の関係を描き出し、「公」は「官」を指し、「私」は「民」を指す、という単純な区分はもはや通用しなくなってしまった。そもそもサービスの提供を行う主体としての「公」と「私」の関係はゼロサム・ゲームを用いて説明することはできないのであって、もはや純粋な「公」も純粋な「私」も存在していない。また、公と私に「パートナーシップ」であるということは、同時に宗教と世俗、あるいは営利と非営利についてもパートナーシップが当てはまることを意味している⁴⁷⁾。例えば、伝統的には、私立学校は宗教と結びついたり、営利を追求したりするものが多いが、公立学校は非宗教的であり、また非営利である。しかし、バウチャー制やチャーター・スクールといった民営化の下での教育制度では、宗教と世俗、また営利と非営利の各種の主体がパートナーシップとなって教育に関与している。今日の民営化は「公と私」、「宗教と世俗」、「営利と非営利」の

46) Minow, *supra* note 5 at 1240.

47) Minow, *supra* note 11 at 4.

「パートナーシップ」の体現でもある。もはや「公」と「私」は新たなブレンドへと向かっている⁴⁸⁾。

2 公と私のベースラインの消滅—民営化の問題点

このように民営化は「公と私のパートナーシップ」の見事な調和を成功させたようにも思える。しかし、民営化に伴う「公と私のパートナーシップ」は、公と私を区分するベースラインを消滅させてしまう。そして、そのベースラインが消滅してしまったことにより、問題点も生じるのである。

第1に、民営化により促進される市場原理による効率性の追求や競争は、果たして教育、福祉、医療、司法などの供給と整合しうるか、という問題である。排除性や競争性という観点から、公的な財と私的な財が分けられるところであるが、果たして前者の供給に市場原理がなじむのかという批判がある。あるいはそもそも本当に民営化をすることにより、社会供給は良くなるのか、という疑問が出されている⁴⁹⁾。

たとえば、無制約な多元主義は、人種、階級、宗教、国籍などに分けられた「自己分離 (self-segregation)」⁵⁰⁾を醸成させてしまうことになろう。そもそも、教育は、私的に消費される財やサービスとは異なる特徴を備えている。教育における選択者や消費者は、教育の受益者である子供ではなく親であることが多く、教育における需要と供給の関係は複雑である。また、医療や福祉について言えば、民営化により保険の未加入者や生まれながらにしてハンディを負っている人々に対する医療サービスあるいは福祉への限られたアクセスを閉ざすことになる。司法サービスに関しても、効率性と市場主義の中でいかにして正義を確保していくのか、という問題に直面する。政府が教育、福祉、医療、司法サービスなどの供

48) Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 *N.Y.U.L. Rev.* 543, 548, 553 (2000).

49) Freeman, *supra* note 20 at 1291-1314. ; Michael J. Trebilcock & Edward M. Iacobucci, *Privatization and Accountability*, 116 *Harv. L. Rev.* 1422, 1435-43 (2003).

50) Minow, *supra* note 11 at 63. See also, Linda C. McClain, *The Domain of Civic Virtue in a Good Society: Families, Schools and Sex Equality*, 69 *Fordham L. Rev.* 1617, 1653 (2001).

給を私的主体へと外部委託することにより、これらの財が非公共的なものとして捉えられていってしまうおそれがある。

より重要な問題として、第2に、民営化は公共性の規範を弱めてしまう、あるいは場合によっては回避させてしまう可能性さえ作り出してしまう⁵¹⁾。政府が「外部委託」を行うことは、間接的にしか民営化を対象とする政策や事業に関わっていないため、一見通常の民間が行うそれらと違いがなさそうに思われる。しかし、もし政府から委託された政策や事業を引き受けた民間会社が、本来政府が受けるべき規制に服さなければ、公共性規範は衰退してしまうおそれがある。私的主体が政府から委託された任務を行う際の公共性とは、せいぜい効率性やコスト削減を意味するにとどまり、従来政府を拘束していた公共的価値—自由、平等、デュー・プロセスなど—はないがしろにされてしまう⁵²⁾。さらに、公的な管理がなくなりつつある民営化の進展は、選択と競争を奨励し、私的な主体間の緊張関係を高めることにもなりかねない。たとえば、もしある民営化された政策が宗教や民族の境界に従ってなされた場合、異なる信仰や世界観を持ったもの同士の衝突が起こりうる。結局のところ、公と私のベースラインを欠いてしまった民営化プログラムは、多くの場合「バルカン半島化 (balkanize)」⁵³⁾を招いてしまう。一度「バルカン半島化」した集団をもとに戻すことは容易ではない。アメリカ社会の政治的文化からすれば、「公」から「私」へと移行することは容易ではあるが、その逆に「私」から「公」へと戻すことは難しい⁵⁴⁾。

あるいは、逆のことも想定できる。政府により「外部委託」をされた民間会社に対して厳格な公共性規範を適用したならば、次のような問題を生じさせてしまうであろう。それぞれの私的主体の理念に従って追求すべき価値が公共性により

51) Minow, *supra* note 5 at 1253-55.

52) Minowによれば、公共的価値とは次の7つのリストを満たすものであるべきだと論じている。①信念と表現に関する個人の自由、②宗教に対する政府の中立性、③法の支配、④人種、国籍、言語、性別、身体、信条、または性的志向に基づく差別、排除、劣等的扱いからの自由、⑤人間が日常生活で必要としているもの、⑥多元主義の尊重、⑦民主主義。もっとも、⑥と⑦については様々な観念が競合しているため、多元主義や民主主義がもつ意味自体の検討が必要であると留保している。See Minow, *supra* note 11 at 144-50.

53) Minow, *supra* note 5 at 1246.

54) Farber, *supra* note 13 at 1014.

侵食されてしまい、多種多様な民間会社や私的主体の私的自治が侵害されうる。たとえば、ある宗教系の主体が民営化の政策や事業を受ける場合には、自らの信仰や世界観と矛盾するかもしれない公共規範に基づく審査、監視、規制や干渉に服することになる⁵⁵⁾。つまり、民営化が政府の介入の契機ともなりうるのである。

このように、民営化は一方では公共的価値の衰退の可能性を有しており、他方では公共的価値の押し付けによる私的自治の侵害の可能性を有している。これらの憂慮のそれぞれは、政府が、公と私、世俗と宗教、非営利と営利の事業の間の境界線を曖昧にさせてしまうときに生じるものである。

IV 民営化と憲法上の問題—ステイト・アクション法理

1 現代の民営化における憲法上の問題とは？

民営化という新たな現実には憲法学にどのような課題を突きつけるのだろうか。たとえば、政府が持つ情報に対しては国民が情報の開示を請求し、説明責任を求めるところ、民営化された主体についても同様に情報の開示、そして説明責任を求めることができるのか、という問題が生じる⁵⁶⁾。あるいは、各州で行われる民営化の政策や事業に対して連邦制度がどのように機能すべきか、ということについても憲法上の論点が生じる⁵⁷⁾。個別の民営化された政策については、政教分離、平等、デュー・プロセスなどが問題となることもある。現代の民営化論に対してはいくつかの憲法上の論点を想起しうる。ところが、最も根本的であり難題でもある憲法に関する問題とは、そもそも民営化された政策や事業を受託する主体に対して憲法の適用を及ぼすことが可能であるかどうか、ということである。

現代の民営化された政府は、合衆国憲法の以下のパラダイムと容易に適合するものではない。憲法は公的主体あるいは政府のみがその拘束の及ぶものと想定をしておき、この前提には公と私間の「本質的な区分」⁵⁸⁾を据えている。私的空間を確保することにより、公権力による干渉を受けないで各個人のアイデンティ

55) David Saperstein, Public Accountability and Faith-Based Organizations : A Problem Best Avoided, 116 *Harv. L. Rev.* 1353, 1365 (2003).

56) Minow, *supra* note 5 at 1259-63.

57) See Jody Freeman, The Contracting State, 28 *Fla. St. U.L. Rev.* 155, 161-2 (2000).

ティーを定義し、自らの善を追求できる。他方で、各個人の善を公的空間へと持ち込ませないことで、健全な公的制度を維持しうる⁵⁹⁾。したがって、例外的な場合を除いて、憲法は「どれほど差別的で不当なものであろうと、純粋な私的行為に対する盾として機能しないのである」⁶⁰⁾。このように、憲法は公私の厳格な区分を基礎におき、私的行為には原則として適用されない。

ここで、民営化された政府に対する憲法上の問題が生じる。つまり、憲法の原則によると、政府の任務を私的主体へと外部委託してしまえば、その私的主体は憲法による拘束なしに広範な裁量と権限の下、税金を使い、これらの任務を遂行できるのである。しかし、これらの非政府の私的主体が担うプログラムは伝統的に政府が担ってきた公共的な目的である。また、これらのプログラムを行う際には、私的主体が時として政府と変わらない権力行使をすることさえある。ところが、彼（女）らの身分は事実上私的である。公と私のパートナーシップを体现する現代の民営化においては、教育では私立学校やチャーター・スクール、医療については管理医療組織、福祉では非営利組織、また司法サービスについても民間刑務所や弁護士というように、非政府の私的主体が政府のプログラムの中心的役割を担っている。では、これらの私的な主体はたとえ政府のプログラムを遂行するに際しても、当該行為は私的行為のままであり憲法の拘束を受けないと言えるのだろうか。

58) *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614, 620 (1991). See also, *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 349 (1974); *Falgg Brothers, Inc. v. Brooks*, 436 U.S. 149, 165 (1978); *American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. Sullivan*, 526 U.S. 40, 53 (2000).

59) ステイト・アクション法理における公私区分の意義については、See Louis Michael Seidman & Mark V. Tushnet, *REMNANTS OF BELIEF: CONTENTPORARY CONSTITUTIONAL ISSUES* (Oxford University Press, 1996) at 70. See also Minow, *supra* note 11 at 35, 47; Starr, *supra* note 6 at 10-1; Roderick M. Hills, Jr., *The Constitutional Rights of Private Government*, 78 *N.Y.U.L. Rev.* 144, 178-88 (2003); Mark Tushnet, *The Issue of State Action/ Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, 1 *Int'l Jnl. of Constitutional Law* 79, 89-90 (2003); Stephen Gardbaum, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, 102 *Mich. L. Rev.* 387, 394-5 (2003).

60) *Shelly v. Kramer*, 334 U.S. 1, 13 (1948). 本判決の紹介として、芦部信喜『人権と議会政』(有斐閣・1996) 528頁; 寺尾美子『人種差別と州行為の理論』英米判例百選 [第三版] (有斐閣・1996) 60頁、がある。

このように、民営化は公と私のベースラインを消滅させ、両者をパートナーシップとして捉えさせたものの、このことが公と私の「本質的な区分」という憲法の基本的発想と矛盾する可能性がある。ここでの問題は、純粋な私的行為が憲法の拘束を受けるべきかどうか、という問題ではない。問題は、政府の民営化プログラムの担い手である私人による行為が憲法の拘束を受けるべきかどうか、ということである。すなわち、問題は、憲法の根底にある公と私の「本質的な区分」をどのように維持あるいは再構成すべきか、そして、この区分を論拠にどのように政府の民営化プログラムの担い手である私人による行為に対する憲法の適用の可否を決定するのか、ということである。そして、この公と私の「本質的な区分」、あるいは私人に対する憲法の適用の可否の問題は憲法学におけるステイト・アクション法理として論ずることができるのであり、同法理が現代の民営化の現象に対してどのように対処すべきか、ということが問われなければならない。教育や医療などの民営化プログラムに関する憲法各論をどれほど詳細に論じても、それらの主張が実際の憲法訴訟の間口で退けられてしまえば意味をなさない⁶¹⁾。ステイト・アクション法理の要件は憲法訴訟の間口の機能を果たすため、民営化プログラムを憲法の審査に付すべきかどうかという避けることのできない問題を提起する。そこで、以下ではこれまでのステイト・アクション法理の流れを簡単にまとめた上で、民営化時代における同法理がもたらす帰結を考えてみることにする。

2 これまでのステイト・アクション法理

ステイト・アクション法理が民営化という新たな現実にとどのような帰結をもたらすかということを考えるにあたり、まずステイト・アクション法理の展開を簡単にまとめてみる。

ステイト・アクション法理の基礎には公と私の「本質的な区分」があることを

61) ステイト・アクション法理の不幸な帰結の多くは原告の提訴の仕方に問題があったという指摘もある。Laurence H. Tribe, *CONSTITUTIONAL CHOICES* (Harvard University Press, 1985) at 248, 255-7.

再確認した *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*⁶²⁾ は、ステイト・アクション法理における3つの重要な枠組みを設けた (*Edmonson factors* と呼ばれている⁶³⁾)。同判決で連邦最高裁は、次のように述べている。

「われわれの先例は、特定の行為ないしは行為の方向が性格上政府のものであるかどうかを決定する際に、以下のことを吟味することがレレバントであると確立した。すなわち [1] 当該主体が政府の援助と恩恵に依存している程度； [2] 当該主体が伝統的に政府の機能を果たしているかどうか； [3] なされた侵害が政府の権威に伴う特有の方法においてさらに重いものとされているかどうか⁶⁴⁾」。

この判決で述べられた3要素が、ステイト・アクション法理を満たすための要件と考えられる。そこで、3つの理論についてそれぞれ見ていくことにする。

(1) ネクサス理論

Edmonson 判決は「当該主体が政府の援助と恩恵に依存している程度」を第1の要件としており、この要件は一般にネクサス理論（日本ではしばしば「州の介在理論」）と呼ばれてきたものである。このタイプに属する初期の判例として、*Burton v. Wilmington Parking Authority*⁶⁵⁾ がある。州の機関が所有し管理する建物内のレストランにおける人種差別について、連邦最高裁は、当レストランが州と「深い相互依存の関係に置かれている」として、州が本件差別行為の「共同関係者 (a joint participant)」とみなされると判断し、ステイト・アクションの存在を認めた⁶⁶⁾。その後、*Burton* 判決は先例としてしばらくの間維持されてきたが、

62) 500 U.S. 614. (民事訴訟における訴訟当事者が、人種のみを理由として陪審員を忌避できるかが問題となったが、陪審員の忌避の制度が政府の重要な関与によるもの、また伝統的な政府の機能を有していることなどから、本件忌避はステイト・アクションにあたりと判断された。) 本判決の紹介として、紙谷雅子「最近の判例 *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.* 111 S. Ct. 2077 (1991)」*アメリカ法* 1992-2 (1993) 323頁、藤田浩「判例紹介 *Edmonson v. Leesville*, 111 S. Ct. 2077 (1991)」*広島経済大学研究論集* 15巻3号 (1992) 105頁、がある。

63) See G. Sidney Buchanan, *A Conceptual History of the State Action Doctrine: The Search for Governmental Responsibility* [part II of II], 34 *Hous. L. Rev.* 665, 756 (1997).

64) 500 U.S. 621-2.

65) 365 U.S. 715 (1961).

Moose Lodge No. 107 v. Irvis⁶⁷⁾を期に、連邦最高裁はネクサス理論に一定の歯止めをかけるようになった。Moose Lodge 判決では、州が酒類の免許を認可した社交クラブの人種差別が問題とされた。連邦最高裁は、Burton 判決におけるレストランは公的建物であったが Moose Lodge という建物が私的クラブであることを繰り返し強調し、本件私的クラブの行為はステイト・アクションではないと判断された。さらにその後にも、州からの規制を受けている電力会社が事前の告知および聴聞をすることなしに電力供給を停止させた事件 (Jackson v. Metropolitan Edison Co.)⁶⁸⁾、統一商法典に基づき倉庫業者が先取特権により商品の売却が問題となった事件 (Falgg Brothers, Inc. v. Brooks)⁶⁹⁾などではいずれもネクサス理論を根拠とするステイト・アクションの存在を否定している。ところが、先に触れた Edmonson 判決でネクサス理論が評価しなおされ、Georgia v. McCollum⁷⁰⁾、Lebron v. National R.R. Passenger Corp.,⁷¹⁾、Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association⁷²⁾を通して同理論は再び活性化の兆しを見せつつある。

(2) 公的機能論

Edmonson 判決で述べられた「当該主体が伝統的に政府の機能を果たしている

66) Id. at 725. Rendell-Baker 判決では、「共生関係 (a symbiotic relationship)」という言葉の言い回しを用いている (Rendell-Baker v. Kohn, 457 U.S. 830, 842 (1982).)。

67) 407 U.S. 163 (1972).

68) 419 U.S. 345 (1974).

69) 436 U.S. 149 (1978).

70) 505 U.S. 42 (1992). (陪審の忌避制度は政府の明白かつ重要な関与がなしには成立し得ないとして、最高裁はステイト・アクションの存在を肯定した)。本判決の紹介として、紙谷雅子「最近の判例 Georgia v. McCullum, 112 S. Ct. 2348 (1992).」アメリカ法1993-2 (1994) 310頁、遠藤比呂通「陪審選定手続における人種問題」芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣・1998) 228頁がある。

71) 513 U.S. 374 (1995). (アムトラック駅構内に掲示するための広告を審査し、その結果当該広告の掲示を拒否したことが修正1条を侵害するかが争われたが、最高裁はアムトラックの当該行為がステイト・アクションであることを認めた。)

72) 531 U.S. 288 (2001). 本判決の紹介として、阿部圭介「ステイト・アクションの法理の現在」ジュリスト1207号 (2001) 156頁、木下智史「最近の判例 Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association, 531 U.S. 288 (2001)」アメリカ法2002-1 (2002) 151頁、藤井樹也「ステイト・アクション法理：州規模の非営利スポーツ協会の行為はステイト・アクションとなるか」ジュリスト1239号 (2003) 237頁、同、前掲注3)がある。

かどうか」という第2の要件は、公的機能論として知られている。そして、ネクサス理論に見られるように、生誕、衰退、そして再活性、という変遷は公的機能論についても当てはまる。公的機能論の生誕は、大統領選挙の党候補者等を決定する予備選挙に関する事例にあった⁷³⁾。その後、町やショッピング街における憲法上の権利侵害についても公的機能性が認められ始めた。Marsh v. Alabama では、私的な会社が所有している町において許可なく宗教文書を配布したものが起訴された事案である。通常の町であれば当該行為を禁止することはできないが、本件で問題とされた町は市民に開放されているため本質的に公的機能を有しており、そのような町を絶対無制限に私的に所有することはできない、と連邦最高裁は判断した⁷⁴⁾。しかし、その後、ネクサス理論にも歯止めをかけた Jackson 判決では私的主体が公的機能を有しているための要件として「伝統的に主権と関連のある権力」⁷⁵⁾あるいは「伝統的に州の排他的特権」⁷⁶⁾を提示した（以下、排他性テストと呼ぶ）。そのため、本件では公共サービスを事実上独占的に提供する電力会社すらも公的機能を有していないと判断された。公的機能論は実質的には選挙に関する事例に限定されてしまった⁷⁷⁾。その後も、連邦最高裁は Jackson 判決での排他性テストを用いて、公的機能論を根拠とするステイト・アクションの存在を次々と否定してきた⁷⁸⁾。ところが、Edmonson 判決をきっかけとして、その翌年の Georgia v. McCollum では大陪審から黒人の忌避をすることは、州の権威で法廷に呼び出されていることと矛盾するとして、公的機能論を一つの論拠としてステイト・アクションを認めた⁷⁹⁾。

73) Smith v. Allwright, 321 U.S. 649 (1944). See also Civil Rights Cases, 109 U.S. 3, 57-9 (1883) (Harlan, J., dissenting).

74) 326 U.S. 501 (1946). 本判決の紹介として、芦部・前掲注60) 587頁、がある。

75) Jackson, 419 U.S. 345, 353.

76) Id.

77) Falgg Brothers, Inc. 436 U.S. 149, 158. (伝統的には政府により多くの機能が演じられてきた一方で、「州に排他的留保されて」きたものはほとんどない。その分野の1つは選挙である。)

78) 後に論じる Blum v. Yaretsky, 457 U.S. 991 (1982). や Rendell-Baker v. Kohn, 457 U.S. 830 (1982).、さらには San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee 483 U.S. 522 (1987) において公的機能論によるステイト・アクションの認定は否定されている。

79) 505 U.S. 42 (1992).

(3) 司法的執行理論

Edmonson 判決は、「なされた侵害が政府の権威に伴う特有の方法においてさらに重いものとされているかどうか」ということを第3の要件としている。これは、司法的執行理論と呼ばれている。この司法的執行理論に関する事例は、そのほとんどが人種問題に関するものであるが⁸⁰⁾、この理論を確立させたのが *Shelley v. Kramer*⁸¹⁾ である。黒人に売却あるいは賃貸しない旨の約款があった土地について、善意の黒人が当該土地購入をしようとしたが、州最高裁は当該人種制限約款を有効と判断した。連邦最高裁は、本件を「州裁判所による約款の制限条項の司法的執行のみによって担保された事件」⁸²⁾ であると判断して州裁判所の決定をステイト・アクションとして認定した。しかし、その後1967年 *Reitman v. Mulkey*⁸³⁾、1970年 *Evans v. Abney*⁸⁴⁾ 以降衰退していき、1980年代以降はほとんど司法的執行理論を援用すべき事例が見当たらなくなってきた。とすれば、なぜ Edmonson 判決が司法的執行理論を3要件の1つとして斟酌したのかは疑問も残

80) ステイト・アクション法理と人種問題との関連を論じたものとして、See *Reva Siegel, Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action*, 49 *Stan. L. Rev.* 1111 (1997).

81) 334 U.S. 1 (1948).

82) *Id.* at 13-4.

83) 387 U.S. 369 (1967). (自己の不動産の売却もしくは賃貸借、またはそれを拒否する権利を州が制限できない旨の州憲法規定は、州が私的な人種差別を奨励したものと解釈しうるため、修正14条に違反すると判断された)。本判決の紹介として、田中英夫「最近の判例 *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967)」アメリカ法1968-2 (1969) 298頁、がある。

84) 396 U.S. 435 (1970). (白人専用の公園としての財産が遺言により市に信託されたが、かかる遺言は無効とした州最高裁の判決がステイト・アクションとなるか問題となったが、連邦最高裁は *Shelley* 判決とは異なりステイト・アクションに該当しないと判断した)。本件は、*Evans v. Newton* 382 U.S. 296 (1966). の差し戻し審であるが、*Evans v. Newton* については、芦部信喜「最近の判例 *Evans v. Newton*」アメリカ法1967-1 (1967) 130頁、がある。

85) *Buchanan*, *supra* note 63 at 700. 司法的執行理論については、裁判所の判決がステイト・アクションであると言ってしまうと、私人の行為が終局的には裁判所で解決されるため、ほとんどの場合ステイト・アクションが認められてしまう可能性があることになる、という批判がある。See *Seidman & Tushnet*, *supra* note 59 at 55; *Erwin Chemerinsky, Rethinking State Action*, 80 *Nw. U.L. Rev.* 503, 525 (1985); *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, 316 (1995); *Klarman*, *supra* note 36 at 214.

るが、司法的執行理論は先例への「半信半疑ながらの敬礼 (dubious bow)」⁸⁵⁾であると見てもあながち不当ではなからう。

以上のように一貫性を欠いた形で変遷してきたステイト・アクション法理の地位に評価を下すのは困難である。しかし、最近の判例の流れから次のことはすべてではないにしろ重要な一面を言い当てていると思われる。第1に、ステイト・アクション法理の3つの理論—ネクサス理論、公的機能論、司法的執行理論—の中でもネクサス理論がもっともステイト・アクション法理の発展に寄与してきていると考えられる。しかし、近年3つのテストを独立に援用するというよりはそれぞれの理論を複合的に組み合わせるステイト・アクションの存在を評価する傾向にあると思われる⁸⁶⁾。この傾向を示すものとして Brentwood Academy 判決において、私的主体と州との広範な「関わり合い (entwinement)」という表現を用いて、本件で問題となった高校体育連盟が州の衣を着ているものと評価された⁸⁷⁾。この「関わり合い」という表現を用いた趣旨が何を意味しているのかはいまだはっきりしていないが、それぞれの理論を独立に用いるという手法を採らない本件のような例が最近になって現れてきたことは注目に値する。

また、第2にステイト・アクション法理は1940年代から徐々に発展してきたが、1970年前後から衰退し始めた。しかし、1991年の Edmonson 判決以降、ステイト・アクション法理の縮小に歯止めがかかり、しだいに活性化の兆しが見えつつある⁸⁸⁾。Edmonson 判決の1つの特徴は、Jackson 判決と Flagg Brothers 判決において確立した排他性テストの意義を弱めたことにある。公的機能論に関して言えば、Edmonson 判決では「当該主体が伝統的に政府の機能を果たしているかど

86) G. Sidney Buchanan, A Conceptual History of the State Action Doctrine: The Search for Governmental Responsibility, 34 *Hous. L. Rev.* 333, 388 (1997).

87) Brentwood Academy, 531 U.S. 288, 297-303. (「事案の事実が、大部分においてアイデンティティーを重ね合わせる程まで広範な関わり合いを示す時には、他のテストの下ではほとんど機能しない事実を示されてもステイト・アクションの含意は影響を受けない」。しかし、Thomas 判事の反対意見は、「われわれはいまだかつて『関わり合い』のみを基礎としてステイト・アクションを認定したことがない」と前置きをした上で、「関わり合い」の程度が曖昧であると批判をしている (Id. at 305.)。

88) Buchanan, *supra* note 86 at 385, 421. あるいは「司法に関する分野ではそのステイト・アクション性はことごとく認められたと評してよからう」と考えることもできるのかもしれない (君塚・前掲注2) 24頁)。

うか」と述べられており、「排他的」という文言が使われていないことは注目すべきであろう。Edmonson 判決の別の特徴は、3つの理論を並列に列挙したことにより政府と私人との関係をより注意深く裁判所に吟味させる契機をもたらした。このように、Edmonson 判決を期にステイト・アクション法理はそれ以前の縮小傾向とは異なる方向へと進みつつあるように思われる。

そして、ステイト・アクション法理には Edmonson 判決に関係なく一貫していることもある。第3に、最も重要なことであるが、ステイト・アクション法理はその生誕から公と私の区分を厳格にしている。その区分とは法理の前提となっており、ステイト・アクションと私的行為との区分を意味している。法理それ自体が一貫性を欠くことがあっても、公と私の区分をそれぞれの判決の出発点としていることは一貫している。この分析を Edmonson 判決が次のように言い当てている。「ステイト・アクション法理とは、私的領域と常に憲法上の義務を伴う公的領域との間の『本質的な区分』を探究するものなのである」⁸⁹⁾。

3 民営化時代における現在のステイト・アクション法理の帰結

これまで見てきたとおり、民営化は公と私のパートナーシップをもたらしてきた。そして、ステイト・アクション法理は公と私の本質的な区分を基礎に置いている。とすれば、公と私の本質的な区分を基礎におくステイト・アクション法理と公と私のパートナーシップが進行しつつある民営化という事実は、公と私の観点からは鋭く対立するはずである。では、ステイト・アクション法理は民営化が推進されている様々な政策や事業に対してどのような帰結を及ぼしうるのだろうか。過去の判例を分析することにより、ステイト・アクション法理の民営化時代における帰結を検討してみたい。そして、公と私の観点からのこの対立が現在のステイト・アクション法理に「不幸な (unfortunate)」⁹⁰⁾帰結をもたらしてしまうこと

89) Edmonson, 500 U.S. 614, 620. ステイト・アクション法理のみならず、憲法それ自体が公私区分を管理するものであるとも考えられる。See Louis Michael Seidman, *OUR UNSETTLED CONSTITUTION: A NEW DEGENESE OF CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (Yale University Press, 2001) at 64. この本の紹介は、阪口正二郎「アメリカ憲法学におけるある主題と変奏」法律時報74巻9号(2002) 90頁、が参考になる。

を見ていく。

第1に、多くの場合これまでのステイト・アクション法理からは、現在の民営化された政策や事業の中にステイト・アクションを認定することが困難であるように予想される。民営化されたプログラムにおけるステイト・アクションの不在は、州により助長された権力、時には民間刑務所における囚人の監護に必要な強力な権力行使にも憲法の審査を付すことができなくなってしまうことを意味する。

これまでのステイト・アクション法理に関する判決によれば、州の援助により私的主体が行う政策や事業における州と私人の関係は非常に手薄なものであると評価されてきた。その最たる例が、*Blum v. Yaretsky*⁹¹⁾である。本件は、州の認可および広範な規制の下、施設の90%以上の費用を州が財政援助している民間の養護施設において起こったものである。当該施設でサービスを受けている患者たちは、治療の観点および収入状況を理由に当該施設の審査委員会からより低いサービスを受ける施設へ移る旨の決定を受けた。そこで、患者らは告知、聴聞なしになされたこの不利益な決定に対して修正14条違反であると提訴した。連邦最高裁は、まず公的機能論に関して、本件養護施設が「伝統的に州の排他的特権」の機能を果たしていたとは言えないとして、あっさりステイト・アクションの存在を否定した。さらに、ネクサス理論についても次のように述べてステイト・アクションの存在を否定した。州と本件養護施設が行った行為との間に十分に密接な関連があり、それにより後者の行為が州そのものの行為であると扱われる場合にはステイト・アクションが認められるという前置きをし、当該施設を州が認可し、また施設費用の90%以上を州が財政援助しているという事実をすべて受け入れたとしても、州が提供する必要のないサービスを私的な施設が提供する場合は、州とこのような施設には十分かつ密接な関係がない、と判断した⁹²⁾。州が認可と広範な規制をしており、かつ相対的には多額の財政援助を行っている場合において

90) Daphne Barak-Erez, A State Action Doctrine for an Age of Privatization, 45 *Syracuse L. Rev.* 1169, 1171 (1995).

91) 457 U.S. 991 (1982).

92) *Id.* at 1011. See also Jackson, 419 U.S. 345, 350. (ある事業が州の規制を受けているという単純な事実それ自体により、当該行為が修正14条の目的とする州の行為へと変わることはない)。

も、ネクサス理論には該当しないと判断されたのである。本件においては、州の認可、規制、援助を受けている私的主体と州との間には極めて厳格な線引きがなされている。

Blum 判決は決して唯一の例外ではない。Blum 判決と同日に下された Rendell-Baker v. Kohn⁹³⁾は、州の規制を受け、施設費用の90%以上を州の財政援助に依存している私立学校において、理事が学校方針について職員と論争をしていたところ、その結果として当該職員を解雇したため、表現の自由と適正手続きが問題となった事案である。連邦最高裁は、当該学校を「私的に所有された財産」⁹⁴⁾と位置づけた上で、当該学校が提供する教育サービスは「伝統的に州の排他的特権」ではないこと、州の財政援助が本件の解雇を助長させたものではないため州と学校の「共生関係」がないことなどを理由として、ステイト・アクションの存在を否定した。判決では、学校や養護施設は政府から依頼されて道路、橋、ダム、船、潜水艦を造る契約を引き受けている私的企業と根本的には変わらない、とも述べられている⁹⁵⁾。

現代の民営化は「外部委託」を主としているところ、民営化された政府のプログラムにおいてステイト・アクションを認定するためには、公的機能論もネクサス理論も適用可能であると思われる。しかしながら、最高裁は公的機能論については排他性テストによりステイト・アクションを認定するための道をほとんど閉ざしてしまっている。ステイト・アクション法理の中でもっとも有効なネクサス理論に関しても、これらの判決からは州と私的主体との共生関係は否定されている。それどころではなく、Rendell-Baker 判決では、道路工事を外部委託された私的企業と教育や医療を外部委託された私的企業が並列に論じられている。その他に、American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. Sullivan⁹⁶⁾、San Francisco

93) 457 U.S. 830 (1982).

94) Id. at 832.

95) Id. at 840-1.

96) 526 U.S. 40 (1999). (保険業者が治療の観点から医療費支払いを留保し、それを不服とした事件で、保険業者の当該行為が州法で定められていても州と保険業者との密接な関係も認められなければ、伝統的に排他的な公的機能を有していたわけでもないとした。) 本判決の紹介として、君塚正臣「労災審査手続きとステイト・アクション」ジュリスト1191号(2000)66頁、がある。

v. United States Olympic Comm.⁹⁷⁾、NCAA v. Tarkanian⁹⁸⁾も民営化の「外部委託」の性格を有するものと考えうるが、いずれの事例でもステイト・アクションの存在を否定している⁹⁹⁾。これまでのステイト・アクション法理の例を見る限り、政府の援助を受けて私的主体が行うプログラムの事例には、ほとんどの場合ステイト・アクションの存在が認定されてこなかったと言えよう¹⁰⁰⁾。そして、このような場合、ステイト・アクションの不在を理由に、裁判所は政府からの援助を受けている私的主体が行う憲法上の権利侵害の救済をしてこなかった。

もっとも、ステイト・アクション法理は Edmonson 判決以降、活性化の兆しを見せていること、そして現在進行している民営化は過去のステイト・アクション法理に関する判決が下された当時に比べて政府の権限委譲の側面が強いことを勘案すれば、政府と民営化を外部委託された私的主体との「共生関係」、あるいは「伝統的に主権と関連のある権力」としての公的機能性が認められる可能性もありうる。そこで第2に、裁判所が特定の政府の仕事を外委託された私的主体に対してもステイト・アクションの存在を認めることも考えられうる。このような場合、当該私的主体についても政府を拘束するのと同様に憲法上の制約を課すことになる。外部委託を典型とする民営化に類する事例においてステイト・アクションを認定し、州から財政援助と規制を受けている私的主体に対して憲法の適用を容認したのものがある。その例として、上告審では無効とされたものの、第9巡回連邦控訴裁判所が下した *Grijalva v. Shalala*¹⁰¹⁾が注目に値する。本件では、病

97) 483 U.S. 522 (1987). (無断で「ゲイのオリンピック」の開催と関連する商品販売をしようとした団体に対して、連邦オリンピック委員会がその差止をしたことに対して、同委員会がステイト・アクターかどうかの判断に伝統性のテストを用いて公的機能論を認めなかった。)

98) 488 U.S. 179 (1988). (全米体育協会の勧告に基づきネバダ州立大学のバスケットボールコーチに対する停職処分の判断の際に、同協会から脱退することもできるのであり、また同委員会が独占の状態にあっても政府の権力行使するものではないとしてステイト・アクションの存在を認めなかった。) 本件では、政府化の権限委譲の側面が強調されており、現代の民営化論を意識しているように思われる。

99) 民間委託された刑務所施設内での看守の不当な身体拘束に対して1983条訴訟に基づく不法行為責任を認めた *Richardson v. McKnight*, 521 U.S. 399 (1997). もあるが、本件ではステイト・アクション法理が正面から問題とされなかった。

100) Barak-Erez, *supra* note 100 at 1183-4; Metzger, *supra* note 11 at 1419.

101) 152 F. 3d 1115 (9th Cir. 1998), vacated 526 U.S. 1096 (1999).

状や収入の観点から医療扶助の受益者に対して医療サービスを拒んだ健康維持組織 (health maintenance organization) の行為がステイト・アクションを構成するものであると認定した。これによりデュー・プロセスを定めた修正14条に照らして、同組織による受益者への医療扶助の拒否に対して差し止めが命じられた。裁判所は「健康維持組織が本質的に連邦政府の共同関係者 (joint participant) として医療扶助の提供に従事している」¹⁰²⁾と述べ、ネクサス理論を用いた。本件は批判が多い Blum 判決とほとんど同じ事例であるにもかかわらず、全く逆の帰結が導かれ、私的主体にも憲法の適用を認める点で問題はなさそうにも見える。しかし、ステイト・アクションを否定した Blum 判決と Grijalva 判決を比べると次のことが言える。Blum 判決では、それぞれの養護施設における「専門的な基準の下、私人によってなされた医学的判断」¹⁰³⁾あるいは「倫理についての専門的基準」¹⁰⁴⁾が強調されている。すなわち、判決のこの部分は、養護施設におけるケアが、州の統一的基準ではなく、各施設の裁量を尊重した上での各施設独自の専門的判断の基準に委ねられるべきである、ということの意味している。この趣旨は、州による過度の介入、規制、監視による権限乱用を警戒し、各養護施設の私的自治を尊重しているものと考えられる。それとは反対に、養護施設に対して憲法の適用を認めてしまった Grijalva 判決によれば、当該施設の専門的基準が軽視され、統一的基準を尊重することを強いられ、同施設の私的自治に対する州による容易な介入、規制、監視が認められることを示している¹⁰⁵⁾。このように、民営化された政策においてステイト・アクションを認定することは「連邦法や連邦の司法権の範囲を制限することにより個人の自由の領域を維持する」¹⁰⁶⁾というステイト・アクション法理が本来有している私的自治の尊重という性格をないがしろにしてしまうおそれがある。

102) Id. at 1120.

103) Id. at 1008.

104) Id. at 1009.

105) Metzger, *supra* note 11 at 1426-9.

106) *Lugar v. Edmondson Oil Co.*, 457 U.S. 922, 936 (1982). 本件の紹介は、木下智史「合衆国法典四二編一九八三条に基づく訴訟とステート・アクション論」判例タイムズ508号(1983)25頁、がある。See also, *NCAA v. Tarkanian*, 488 U.S. 179, 191 (1988); *Edmondson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614, 619 (1991).

これまでのステイト・アクション法理が処理してきた民営化に類似する例を見ると、次のことが言える。多くの場合がそうであるが、政府と民営化を外部委託された私的主体との区分を厳格にすればステイト・アクションは認定することが困難であり、ステイト・アクションの不在により私的主体による憲法上の不当な違反が黙認されてしまう。これとは逆に、「外部委託」された私的主体と政府の共生関係あるいは当該主体の公的機能性を前提にすればステイト・アクションは認定しやすく、ステイト・アクションの存在により憲法上の価値が各私的主体の専門性や多様性を拘束することになる。民営化された政策に関するステイト・アクション法理の「不幸な」帰結は、すでに触れたような民営化が有している問題点—民営化は一方では公共的価値の衰退の可能性、他方では公共的価値の押し付けによる私的自治の侵害の可能性—を示している。特定の民営化政策や事業に関して、裁判所によるステイト・アクションの不在の決定は、憲法の審査を閉ざしてしまう。この場合、外部委託をされた主体の間では、公的価値が希薄化され、共通制度の基盤が失われてしまう。これに対して、ステイト・アクションの存在により、外部委託をされた主体の行為は憲法の価値に拘束され、場合によっては私的自治が侵害されるおそれがある。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」帰結を導く可能性を有している。

V ステイト・アクション法理に対する挑戦

1 ステイト・アクション法理はなぜ批判されるのか？

「特定の行為が『私的行為』であるのか、あるいは『ステイト・アクション』であるのか、という問題はまずもって安易に回答を与えてくれるものではない」¹⁰⁷⁾。それでも、ステイト・アクションの存否は憲法訴訟の間口となるものであるため、裁判所が憲法判断を行う際にはこの「難解な領域 (difficult terrain)」¹⁰⁸⁾に立ち入らなければならない。しかし、ステイト・アクションが「不在」か、それとも「存在」か、という all-or-nothing のアプローチではステイト・アクション法理を「極めて直截的の道具 (a very blunt instrument)」¹⁰⁹⁾にさせ

107) Jackson, 419 U.S. 345, 349-50.

108) Lebron, 513 U.S. 964.

てしまう。事実、ステイト・アクション法理は、裁判官のイデオロギーに動機付けられていることが指摘されてきた¹¹⁰⁾。さもないければ、裁判官は形式主義を貫くほかなかったのである。ステイト・アクション法理は興味深いことに、不十分な政治理論と、政治理論とは一切無関係の形式主義 (formalism) との両方によって発展してきたのである¹¹¹⁾。

ここで形式主義への批判を詳細に展開することは差し控えるが、「伝統」—「伝統的に主権と関連にある権力」あるいは「伝統的に州の排他的特権」—をキーワードにする形式主義は維持しがたくなってきている。民営化が進展する現実の世界では公と私があまりにも複雑に入り組んでいるため、「伝統」というフレーズが物事を解決するケースは少なくなってしまった。にもかかわらず、裁判所が無理に形式主義のみで法理を運用しようとするれば「時代錯誤」¹¹²⁾も甚だしい帰結が導かれるのも当然である。

また、ステイト・アクション法理の基礎にあるはずの政治理論にも欠陥があった。リベラリズムを基礎とする自然権思想が発達した同時期にステイト・アクション法理が生誕したことは決して偶然ではなかった。自律的な私的行為を公権力の規制から守るという自然権思想は、政府の干渉から特定の領域を保護するステイト・アクション法理と軌を一にしている¹¹³⁾。しかしその後、ニュー・ディールの憲法革命が、この自然権思想を崩壊させてしまった。公的領域から私的経済的自由の領域を保護していた古き自然権思想が崩壊していったからである。この憲法革命により公私区分がずたずたにされてしまった (in tatters)¹¹⁴⁾。このようにベースラインを失ってしまった公私区分を基礎としながらも、憲法革命の後にはリベラリズムの思想や公民権運動に後押しされて、ステイト・アクション法理

109) Metzger, *supra* note 11 at 1431.

110) Mark Tushnet, *Shelly v. Kraemer and Theories of Equality*, 33 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 383, 406 (1988).

111) Michelman, *supra* note 17 at 1078.

112) Chemerinsky, *supra* note 85 at 506. See also, Seidman & Tushnet, *supra* note 59 at 54; Michelman, *supra* note 17 at 1080; Krotoszynski, *supra* note 85 at 305; Cass R. Sunstein, *THE PARTIAL CONSTITUTION* (Harvard University Press, 1993) at 74.

113) Paul Brest, *State Action and Liberal Theory: A Casenote on Flagg brothers v. Brooks*, 130 *U. Pa. L. Rev.* 1296, 1299-1300 (1982).

114) Seidman & Tushnet, *supra* note 59 at 66-7.

は一貫性を欠きながら発展していった¹¹⁵⁾。しかし、その後、批判的法学研究 (Critical Legal Studies) の論者たちがリベラルな公私区分論に対して攻撃をし、その弱点を露呈させていくとともに、法理は衰退していった¹¹⁶⁾。このように、これまでのところステイト・アクション法理の生命線でもある公と私の「本質的な区分」は、その区分がどのようなものであるのかが政治理論上明らかにされることはなかった。より正確に述べれば、政治理論としての公私区分とステイト・アクション法理における公と私の「本質的な区分」の断絶があったのかもしれない¹¹⁷⁾。あるいは、ステイト・アクション法理を支えている政治理論を研究するには、法の支配という原理にまでさかのぼって¹¹⁸⁾、権力分立制や連邦制という政府の統治構造を考察することが求められるはずである¹¹⁹⁾¹²⁰⁾。公私区分や統治構造に関する政治理論が不十分であったため、各裁判官の線引き次第でステイト・アクション法理がもたらす帰結は大きく左右されてきた。訴訟論として発展してきたステイト・アクション法理は実務志向が強く、その背後にある政治理論はなおざりにされてきたと言える。そのため、これらの政治理論も裁判官のイデオロギーにすぎないという批判がなされてきた。また、これまでのステイト・アクション法理は「法理」というよりはステイト・アクションが存在するかしないかという「事実」に依拠した判断をしてきたため、本当に「法理」として発展してきたの

-
- 115) See William P. Kreml, *THE CONSTITUTIONAL DIVIDE: THE PRIVATE AND PUBLIC SECTORS IN AMERICAN LAW* (University of South Carolina Press, 1997) ch 11.
- 116) Duncan Kennedy, *The Stage of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 *U. Pa. L. Rev.* 1349 (1982); Matthew D. Bunker, *Constitutional Baselines: First Amendment Theory, State Action and the "New Realism"*, 5 *Comm. L. & Pol'y* 1 (2000). 国家と社会の二分論に対応した公と私を区分する考え方に対する批判については、松井茂記「憲法と新しいリバータリアニズム」ジュリスト884号(1987) 55頁、が参考になる。
- 117) 「政治哲学や法哲学が公私の再編に関して議論するに際しては、新たな公共的課題を担う主体は憲法的拘束を被るかどうか、といった、従来から憲法学が議論してきたような論点も考慮に入れるべきである、という指摘をすることもできる」(渡辺康行「憲法の役割についての考え方—公私区分論の現在」横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』(信山社・2002) 40-1頁)。
- 118) Krotoszynski, *supra* note 85 at 315. 日本の私人間効力論においても、「法の支配」の射程の問題として理解することができると指摘されている(長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学(3)権利の保障 [1]』(日本評論社・1994) 60頁)。

かという疑問すらあった¹²¹⁾。

このような批判が高まる中、Erwin Chemerinsky はステイト・アクション法理の要件が個人の諸権利を保障するためには有害であることから同法理の廃止を唱道した¹²²⁾。ステイト・アクション法理の要件を満たしていないことを理由に私人間の自由や権利の調整、保障ができないとすれば、個人の重要な自由や権利の侵害を許容することになってしまい著しく不合理であると Chemerinsky は批判する。そして、今日のいかなる権利論—実証主義、自然法、コンセンサス理論—によってもステイト・アクションの要件が正当化されえないことを論証していく。その上で、ステイト・アクション法理がなくても当事者の自由や権利の概念を明確にし、両当事者の利益の比較考量 (balancing) の基準を裁判所が確立させれば、十分に憲法上の人権は保障される、と主張している¹²³⁾。

しかしながら、これまでのステイト・アクション法理が「概念上崩壊した分野

-
- 119) See Tushnet, *supra* note 59 at 95; Jody Young Jakosa, *Parsing Public from Private: The Failure of Differential State Action Analysis*, 19 *Harv. C.R. -C. L. Rev.* 193, 225-9 (1984); Alan R. Madry, *Private Accountability and the Fourteenth Amendment; State Action, Federalism and Congress*, 59 *Mo. L. Rev.* 499, 549 (1994); Jesse H. Choper, *Thoughts on State Action: The "Government Function" and "Power Theory" Approaches*, 1979 *Wash. U.L.Q.* 757, 758 (1979). See also, Richard H. Fallon Jr. & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 *Harv. L. Rev.* 1731 (1991). 連邦主義の観点からステイト・アクション法理を分析したものとして、安部圭介「州憲法の現代的意義 (四)」法学協会雑誌121巻8号1071頁 (2004)、またステイト・アクション法理が連邦制と権力分立制に関連すると分析を行っている榎透「ステイト・アクションの法理にみる『自由』比較社会文化研究5号 (1999) 1頁、がそれぞれ参考になる。
- 120) たとえば、州の保護監督措置の適正な手続きを欠いていることにより児童虐待が問題となった *DeShaney v. Winnebago County Dept. of Social Service*, 489 U.S. 189 (1989)。はステイト・(イン) アクション法理の主張を斥けたが、その理由は裁判所の財政配分能力、連邦制、権力分立制にあると考えるのが自然である、という見解もある。See Stephen Holmes & Cass Sunstein, *THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAX* (Norton, 1999) at 94-7.
- 121) Charles L. Black Jr., *The Supreme Court, 1966 Term-Foreword: "State Action", Equal Protection, and California's Proposition 81* *Harv. L. Rev.* 69, 70 (1967).
- 122) Chemerinsky, *supra* note 85 at 535.
- 123) *Id.* at 539-42. さらに Chemerinsky は立法者による人権保障の奨励にも言及している。しかし、立法者が公私区分をないがしろにし、個人の自律を脅かすこともある。See Julian N. Eule & Jonathan D. Varat, *Transporting First Amendment Norms to the Private Sector: With Every Wish There Comes a Curse*, 45 *UCLA L. Rev.* 1537, 1548-9 (1998).

(conceptual disaster area)」であっても、「アメリカ法における最も重要な」¹²⁴⁾法理であることに違いはない。もしステイト・アクション法理の要件がなくなれば、いかなる問題も憲法の審査に服することになってしまう¹²⁵⁾。見方によれば、「ステイト・アクションは常に存在している」¹²⁶⁾のかもしれない。しかし、たとえ「ステイト・アクションは常に存在している」としても、憲法の審査に服するステイト・アクションとは何かということを考えなければ、かえって立憲民主政の本質が曖昧なものとなりかねない¹²⁷⁾。ステイト・アクション法理による不当な帰結は、法理そのものに問題があるのではなく、法理を支える政治理論と形式主義との調和の欠如に原因があったように思われる。とすれば、ステイト・アクション法理を支えている憲法のテキストやテキストの背後にある政治理論の考察が求められるのではないだろうか。

2 憲法学における新たな試み

ステイト・アクション法理に対しては多くの批判があった。しかし、それらは批判で終わるのではなく、ステイト・アクション法理に対して自らが提示した批判を乗り越え、新たな試みを提起するものであるように思われる。近年、民営化という現実を謙虚に受け止め、ステイト・アクション法理が憲法学において避けることのできない問題であることを悟るかのごとく様々な試みが提唱されている¹²⁸⁾。

これまでの最高裁が採ってきたステイトの概念は、ロックナー主義 (Lochnerism) の延長上にあるものだったとして、政府が私的活動を援助する現代のステ

124) Black, *supra* note 121.

125) Richard S. Kay, *The State Action Doctrine, the Public-Private Distinction, and the Independence of Constitutional Law*, 10 *Const. Comment.* 329, 340 (1993); Seidman & Tushnet, *supra* note 59 at 68.

126) Cass R. Sunstein, *State Action is Always Present*, 3 *Chi. J. Int'l* 465, 466-7 (2002). Cass Sunsteinによれば、「ステイト・アクションは常に存在する」のであって、そうである以上真の問題は、ステイト・アクションが存在するか否かということではなく、関連しているステイト・アクションが違憲かどうかということである。

127) たとえば、Shelly 判決の司法的執行理論に対する批判を参照 (脚注85)。

128) 1987年までに提唱された新たな試みを日本に紹介したものと、木下・前掲注2) 124頁、が参考になる。

イトの概念に一致させるためステイト・アクション法理を修正する必要があると主張するのが Daphne Barak-Erez である¹²⁹⁾。Barak-Erez は、民営化時代にふさわしいステイト・アクション法理とは公的機能論を拡張させることであると提案する。従来までの排他性テストを用いる公的機能論では民営化の時代において憲法上の諸権利を十分に保護することができない。今日では、医療、教育、福祉といったサービスは公共性を有しているため、これらのサービスの提供は原則政府の責任であると主張する。そこで、ある私的活動が1) ステイトの責任の現代の理解に従って性質上 (in nature) 公であるとき、かつ2) 政府に変わって私的主体が提供する公的サービスに市民が依存するときには、当該私的活動はステイト・アクションとみなすべきであると結論付ける¹³⁰⁾。

また、Ronald Krotoszynski は公的機能論やネクサス理論あるいは司法的執行理論のステイト・アクション法理の基礎となる諸理論を複合的に組み合わせたメタ理論の構築をすべきであると述べている¹³¹⁾。つまり、ステイト・アクションの認定には、それぞれの理論を独立に適用させる必要はなく、それぞれの理論を連結させて適用すべきというものである。それぞれの理論を連結させることにより裁判所の判決の正確さと一貫性を担保すべきである、と言う。この Krotoszynski の立場は、先にステイト・アクション法理の最近の傾向を分析した際に登場した Brentwood Academy 判決が採る手法に酷似するものである。すなわち、伝統的な理論ではなく、「関わり合い」という表現を用いてステイト・アクションを認定する手法である¹³²⁾。特定の事実を選び出し、特定の法理を適用させるという従来の最高裁の手法ではなく、あらゆる事実を総合的に斟酌し、かつまたあらゆる理論を連結させることにより、ステイト・アクションがより認定され易くなるというのが Krotoszynski の狙いである。

さらに、私的主体への権限委譲の分析論を提唱するのが Gillian Metzger である¹³³⁾。これは現代型の民営化論の特徴にかんがみて、政府から私的主体の権限委

129) Barak-Erez, *supra* note 90.

130) *Id.* at 1192.

131) Krotoszynski, *supra* note 85.

132) Brentwood Academy, 531 U.S. 288, 297-303.

133) Metzger, *supra* note 11.

譲に着目をする手法である。これは従来までの主体に焦点を当ててきたステイト・アクション法理とは異なる。政府からある政策を外部委託された私的主体による憲法上の権利侵害があった場合、当該私的主体ではなく、政府からの当該権限委譲の適否に対して憲法上の審査を与える試みである。つまり、民営化された事業における不当な私人間の憲法上の権利侵害は、政府の不当な権限委譲に起因するものと考えるのである。民営化に伴う権限委譲は通常政府の排他的かつ伝統的な特権であるために、従来の公的機能論とも両立可能であるとも Metzger は述べている¹³⁴⁾。

このように、民営化という現実に伴いステイト・アクション法理の蘇生を試みる様々な提案が出されてきている。

3 ステイト・アクション法理に対する新たな挑戦

民営化は、複雑かつ多様な形で現在進化し続けている。そして、民営化は特定の政策や事業を委託した主体にひそむ政府、すなわち「『影の』政府 (“shadow government)”¹³⁵⁾を醸成してきた。私たちは「『影の』政府」の存在を容易に見破ることができないため、民営化された政策についてステイト・アクションが認められるかどうか、ということを考えるのがますます困難になってきた。この状況の下で、ステイト・アクション法理は憲法の適用される公的空間とそれが適用されない私的空間の「本質的な区分」の線引きを行わなければならない。一方では、民営化を私的空間の拡大とみなせばますます法理は縮小するだろうし、他方では民営化を公的空間の拡大とみなせばますます法理は縮小することになるであろう。どちらに進むかはステイト・アクション法理が内在する公と私の「本質的な区分」の「弾力 (resilience)”¹³⁶⁾しだいである。この「弾力」を人権保護の大小を

134) Id. at 1483.

135) Freeman, *supra* note 20 at 1287 n. 7.

136) Michelman, *supra* note 17 at 1081. 比較法的視点から、Mark Tushnet は、リベラル・デモクラシーの下では、ステイト・アクションを見つけにくく、ベースラインの線引きも困難であるが、「より濃密な社会民主主義 (a thicker social democracy)”では裁判所がステイト・アクションを認定するために介入をし易くなる、と述べている (See Tushnet, *supra* note 59 at 453.)。

調整するための単なる訴訟論の技術とみなすのは誤りである。この「弾力」の予測可能性を担保するためには、形式主義と政治理論の調和が強調されるべきであると考える。そこで、先に述べたとおり、権力分立制、連邦制などの研究が必要であるが、より広い視点に立って民営化時代をステイト・アクション法理が生き抜くために必要でより普遍的な理論的整備を2つほど指摘しておくことにする。

第1に、公と私のパートナーシップは、ステイト・アクション法理の基礎にある公と私の「本質的な区分」と矛盾するものと解されるところ、この両者の関係をどのように考えるのか、ということをお問わなければならない。すなわち、公と私の連続と断絶という二律背反的側面と正面から向き合わなければならない。ステイト・アクション法理そのものを廃止すると主張した Chemerinsky でさえも、公私区分を破棄することはできないことを認めている¹³⁷⁾。なぜなら、公私区分は、私的領域を確保することにより個人の自由を保護することになるが、それ以上に重要なこととして公的枠組みを構築し、維持していくために必要な企てだからである¹³⁸⁾。そもそもステイト・アクション法理の衰退が CLS の公私区分批判と同じ時期に重なったのは偶然ではなく、やはり両者の関連があったと言うべきであろう¹³⁹⁾。とすれば、具体的な判決や訴訟論とは一度離れ、公私区分の政治理論を分析する必要がある。

この公と私の連続と断絶という問題をよりステイト・アクション法理に即して述べるのであれば、第2に、「ステイト」「アクション」の概念に注目しなければならない。民営化された様々な政策の下では、ステイト・アクション法理にいう

137) Chmerinsky もステイト・アクション法理の要件の廃止を唱道するが、公私区分は必要であることを強調している。何が公私区分の基礎となっているのか、そしてそれぞれの領域の内容は何であるべきかを探求する必要性があると述べている。See Chemerinsky, *supra* note 85 at 538, 557.

138) See Minow, *supra* note 11 at 47; Seidman & Tushnet *supra* note 59 at 70; Tushnet, *supra* note 110 at 404-6.

139) See Hayward D. Reynolds, Deconstructing State Action: The Politics of State Action, 20 *Ohio N.U.L. Rev.* 847, 907 (1994). 木下智史もステイト・アクションをめぐる議論をより広い視野の中においてみるためには「現代の法理論において『公』と『私』の二分論の果たす役割を批判する Critical Legal Studies の論者達の主張の検討は避けて通れないもののように思われる」と述べている(木下・前掲注2) 150頁)。

「ステイト」の概念と「アクション」の概念がそれぞれ変容を遂げてきた¹⁴⁰⁾。「ステイト」の概念はニュー・ディールを期に拡張してきた。また、「アクション」の概念も「不作為」も含むようになり、広がりを見せてきた¹⁴¹⁾。しかし、民営化の時代においては「ステイト」と「アクション」のそれぞれの概念が本当に広がりつつあるのか外見上不透明なところが多い。私的主体への「外部委託」をする民営化の下でのステイト・アクションは、「ステイト」も「アクション」も不可視化してしまった。このようなステイト・アクションが容易に認定しにくくなっている状況においては、裁判官が誤ってステイト・アクションの存在や不在を認定してしまうおそれがある。問題は現実にはステイト・アクションがあるかどうかではなく、理論的に民営化の時代における憲法に拘束されるべき「ステイト」「アクション」とは何かということを示すべきであるように思われる。

上記のとおり、ステイト・アクション法理がもつ2つの本質的課題を本稿は提起してきた¹⁴²⁾。それと同時にステイト・アクション法理に期待されてきた人権保障の側面が単なる一つの目的に過ぎないことを確認してきた。つまり、これまでのステイト・アクションのプロジェクトは「私」にばかり目を向け、「公」が何かということを知ることを積極的にはしてこなかったように思われる。ステイト・アクション法理は憲法の射程を「私」にまで拡張させるという単純なプロジェクトではない。ステイト・アクション法理は、不可視化した「公」の存在を可視化させるという重要な任務を有している。公と私が入り混じる民営化の現実世界において、憲法の名宛人である「ステイト・アクション」を理論的に可視化させることが、ステイト・アクション法理に与えられた挑戦である。

140) John H. Garvey, *Private Power and the Constitution*, 10 *Const. Comment.* 311, 314 (1993).

141) See Seidman & Tushnet, *supra* note 59 at 65-6 ; Tushnet, *supra* note 110 at 403 ; Tribe, *supra* note 61 at 246-7.

142) 上記の2つの本質的課題が日本の憲法学にどのような影響力を持つか、ということについては改めて検討する必要がある。ステイト・アクション法理をめぐる議論には「連邦制等特殊アメリカ的な要素と、私人間における人権保障のあり方という普遍的要素を腑分けする必要がある」(木下・前掲注2) 82頁)。さらに、本稿は日本におけるステイト・アクション法理の導入の技術的考察を等閑に付しているため、その考察が別途必要となる。この点については、青柳幸一『人権・社会・国家』(尚学社・2002) 38-40頁、が有益な示唆を提供してくれている。