

私人間における人権保障と裁判所

——ステート・アクション論に関する覚書——

目次

はじめに

第一章 バーガー・コートにおけるステート・アクション論

第二章 ステート・アクションと「州法の名の下に行われた行為」

第三章 バーガー・コートのステート・アクション判断をめぐって

第一節 バーガー・コート批判

第二節 ステート・アクション判断の「後退」と「混迷」の背景

第四章 ステート・アクション概念再構成の試み

第一節 ステート・アクション要件の存在理由

第二節 新たなアプローチの提唱

むすびにかえて

私人間における人権保障と裁判所 木下

木 下 智 史

(七九) 七九

はじめに

私人間の関係において憲法上の人権規定がはたして妥当しうるのかという、いわゆる「基本的人権（人権規定）の私人間効力」の問題は、戦後の憲法学の一つの大きなテーマであり続けてきた。⁽¹⁾そこには、現代社会において巨大化した私的団体が「社会的権力」といわれるまでの「権力性」をもって個人に対峙しているという極めて現代的な憲法現象に対する関心と、⁽²⁾企業内をはじめとする国民の日常生活の場において、日本国憲法で（国家に對しては）保障されたはずの「人権」が頻繁に蹂躪されているわが国の状況に對する問題意識があったと思われる。⁽³⁾従って、従来学説上この問題について「無効力（適用）説」「間接効力（適用）説」「直接効力（適用）説」が對置されて論じられるとしても、「無効力説」を採る論者はほとんどなく、なんらかのかたちで「人権の私人間効力」を認める「間接効力説」と「直接効力説」との対立が中心となってきたといえる。そして近年では、この「直接」か「間接」かという対立の実質的意味そのものに對する疑問の声がだされるようになり、⁽⁴⁾「問題を『直接適用説か間接適用説か』の二者択一で割り切るべきではな」く、「権利・自由や人権を侵害する私的行為の性質上の相違に應じて、個々具体的に多様な角度から、人権保障の精神を実現するような法的構成をこころみることが必要であ」るとの主張が有力になりつつある。もつとも、憲法上の人権規定の意味をいかなるものとして捉えるか、⁽⁵⁾公法と私法の関係をどのように理解するかという、いわば原理論レベルで両説の対立は依然として残っているし、⁽⁶⁾「個々具体的に多様な角度から」この問題の実践的解決をはかろうとする場合においても、いかなる要素がどのように

考慮されるべきかという問題が残されているように思われる。

「直接効力」「間接効力」「無効力」というわが国の学説の対立が、ドイツにおける「基本権の第三者効力論」の影響を強く受けたものであることは周知の事柄である。他方で、アメリカにおけるステート・アクション論もわが国の「人権の私人間効力論」に示唆を与えるものとして戦後早くから紹介されてきた。その導入の仕方の代表的なものとして、鶴飼教授による「司法執行理論」と芦部教授による「国家同視説」をあげることができる。前者は、人種制限約款に基づいて黒人への不動産譲渡を無効にした州裁判所の判決が合衆国憲法修正一四條（以下単に修正一四條とのみ記す。他の条文についても同じ。）に違反するステート・アクションにあたるとした有名な連邦最高裁判決 *Shelley v. Kraemer* (334 U. S. 1 [1948]) に素材を採り、わが国においても「私人が……差別的な措置として裁判上請求していることを、裁判所が認めるならば、国家が、不平等な取扱いをしたことになり、憲法一四條に違反するにいたることは否定できない」と主張するものである。これによれば、私人による差別行為を裁判所が執行ないし追認することも「国家行為」に含められ、憲法の人権規定による制約が私人の行為に課せられることになる。後者は、アメリカのステート・アクション論を「公権力が私的行為にどの程度かかり合い (involvement) をもっているか否か、また私的行為がどの程度公権力の行為に準ずるような公的性格ないし機能をもっているか否か、という観点からアプローチし、右の『かかり合い』が密接であったり『公的性格』が強度のものであると判断される場合に限り、その私的行為を連邦憲法の規制に服する state action と同視する——すなわち、その限度で私的行為を stateaction 化する、——という論理構成によって、私的行為に憲法の直接適用を認める立場」として

捉え、先の「司法執行理論」を一般化して用いることには批判的見解を採る。⁽¹⁰⁾そして、わが国における解釈論としては基本的には間接効力説を妥当としながらも「間接適用説では救うことのできない私人または私的団体による人権侵害に対して、ある程度人権規定の効力を拡張できる可能性を示唆する」⁽¹¹⁾ものとしてステート・アクション論の導入を主張する。

しかし、こうしたステート・アクション論のわが国への導入の試みについては、かねてから疑問が提出されている。それらはいずれもステート・アクション論が本来、州内の私的行為についての連邦の介入を「州の行為」があったとみなされる場合のみに限定するという連邦制特有の議論として展開してきたことを重視し、「『州』と、全国的な統治権を保持する日本国とは、けっして同じものではない」、⁽¹²⁾「支分国と連邦との間の人権的価値の分裂、全国的な立法的処理の不可能性という特殊な条件のないわが国に、この種の判例原則を直輸入することは、全く場ちがいであろう」と述べる。⁽¹³⁾これについては既に「今日における state action 理論は Civil Rights Cases 時代の連邦主義との関連でもっぱらその基礎が形成されているのではない」⁽¹⁴⁾との芦部教授の反論がなされているが、アメリカのステート・アクション論と日本の私人間効力論との接点を明らかにするためには、ステート・アクション論に含まれる連邦制等の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ことは確かである。とりわけアメリカにおいてバーガー・コート以降連邦最高裁のステート・アクション判断の「後退」が顕著になったといわれ、ステート・アクション要件が再び連邦制ないし連邦裁判所の権限の限界に結び付けて語られることが多くなっている今日、このような作業を行う重要性は一層高まっていると思われる。

もとよりこの作業を行うためには、合衆国憲法制定時まで遡ってアメリカにおける憲法上の人権規定の意味を探ることに始まり、修正一三条・一四条・一五条といった南北戦争後に制定された修正条項の立法者意思の確認やその後の運用の検討、とりわけこれまでの連邦最高裁のステート・アクション判例の詳細な検討が不可欠であり、とてもこのような小論では論じつくせるものではない。従って、本稿では以上のような問題意識の上になつて、最近のアメリカにおけるステート・アクション論の動向を連邦最高裁の判決といくつかの論稿を手がかりにして探ってみることとする。

(1) わが国におけるこの問題に関する論稿はまさに枚挙に暇がないが、ここでは比較的最近のものの中で、芦部信喜「私人間における人権の保障」芦部編『憲法Ⅱ 人権(1)』三九頁以下(一九七八)、阿部照哉『基本的人権の法理』七九頁以下(一九七六)、稲田陽一『憲法と私法の接点』(一九七〇)、同『統・憲法と私法の接点』(一九七五)、柏木 駿「憲法の権利保障と私人間の法律関係」名城法学二巻一・二号一五六頁以下(一九七二)、作間忠雄「私法関係における基本的人権の保障」明治学院論叢法学研究二九号三頁以下(一九八三)、田口精一「人権と私法関係」ジュリスト六三八号二五七頁以下(一九七七)、種谷春洋「私人間の法律関係と憲法」Law School一六号四七頁以下(一九八〇)、抱喜久雄「私人間における基本的人権保障についての一考察」法と政治一七巻三・四号二〇九頁以下(一九七六)を挙げるにとどめておく。

(2) 樋口陽一「社会的権力と人権」『基本法学 6 権力』三四五頁以下(一九八三) 参照。

(3) さしあたり、長谷川正安『思想の自由』(一九七六) 参照。

ところで、「私人間における人権保障」などといわれる場合の「人権」と「基本的人権」あるいは「憲法上保障された権利」との関係はこれまであまり明確にされてきていない。「基本的人権の私人間効力」の問題は、この関係の理解とも大いに関係があるように思われるが、現時点では十分な解答を用意しえていないので問題点を指摘するに留めておく。この点に

つき佐藤幸治「人權の觀念——その基礎づけについての覚書」ジュリスト臨時増刊『憲法と憲法原理——現況と展望』一四五頁以下(一九八七)参照。また、田中成明「日本の法文化の現状と課題」『思想』七四四号一頁以下(一九八六)は、日本人の法意識の特徴の一つとして「一般の人びとの間では、私権ですら、それ自体としてよりも、人權と不可分一体のものとして自覚され主張される傾向がみられる」(二三頁)ことを指摘する。

(4) 有倉遼吉「精神的自由権と私人相互関係」法学セミナー増刊『思想・信仰と現代』八二頁以下(一九七七)参照。「無効力説と他の両説は、これを峻別する必要があるが、直接効力説と間接効力説は区別する必要はなく、現状の下においては、憲法適用説の名称のもとに両者を包括して差し支えない」(同八六頁)。また、奥平教授をはじめとして、わが国においては、全ての人権規定につき対国家と同様に直接効力を認める純粋な直接効力説も、全ての人権規定について間接効力しか認めない純粋の間接効力説も存在しないことから直接効力か間接効力かという対立のさせ方自体疑問であるとする声も強い(奥平康弘「私人間における思想・信条の自由」法学セミナー増刊『思想・信仰と現代』一〇六頁以下(一九七七)参照)。

これに対して、内野正幸「憲法的規範の法的性格——厳格憲法解釈論の立場から——」筑波法政九号一三三頁以下(一九八六)は、「厳格憲法解釈論」の立場から無効力説と間接効力説とは区別することができず、この両者と直接効力説との区別のみが存在すると述べる(一四二頁注〔12c〕)。

(5) 声部信喜『現代人權論』九二頁(一九七四)。

(6) 中村睦男「紹介——声部信喜著『現代人權論』」国家学会雑誌八九巻一・二号九八頁以下、一〇二頁(一九七六)。この問題に関して「憲法の射程」という角度から問題提起する試みとして、松井茂記「憲法と新しいリパータリアニズム」『国家』、『社会』、そして『憲法の射程』ジュリスト臨時増刊『憲法と憲法原理——現況と展望』四八頁以下(一九八七)参照。

(7) ドイツにおける「第三者効力論」に関して、さしあたり阿部・前掲書注(1)七九頁以下、木村俊夫「『基本権の第三者効力』理論の再検討」九大法学三四号二九頁以下(一九七七)、三並敏克「基本権の第三者効力(1)——立命館法学九六号八

頁以下（一九七一）、同「基本権の第三者効力——西ドイツにおける直接的効力説の検討とデュースリッヒ学説に対する批判的検討を中心に」立命館法学二一六・一一七・一一八号二九頁以下（一九七四）参照。

(8) 鵜飼信成『憲法』八二頁（一九五〇）、同「人権保障の私人間における効力——平等権をめぐって——」専修法学論集二二号一頁以下、三二頁（一九七六）。

(9) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』三六一—六二頁（一九八二）。

(10) 芦部・前掲書注（5）四〇頁以下、八九頁以下。

(11) 芦部・前掲書注（5）九頁以下、同『演習憲法』三五頁以下（一九八二）参照。

(12) 奥平康弘「基本的人権としての思想信条の自由の法的性格と意義」労働法律旬報七二七号一七頁（一九七〇）。

(13) 尾吹善人『学説判例事典—憲法』一八九頁（一九七〇）（尚、後の版ではこの部分は削除されているが、重要な指摘と思われたのであえて引用させていただいた）。

(14) 芦部・前掲書注（9）三六五頁。

第一章 バーガー・コートにおけるステート・アクション論

バーガー・コートの顕著な特徴の一つは、それ以前のヴィンソン、ウォーレン・コートで拡大されたステート・アクション概念を「縮小」したことにありともいわれる。本章では、まずバーガー・コートにおけるステート・アクション論の流れを概観し、その傾向を探ってみることにしたい。

〔一〕

ウォーレン・コートは、ステート・アクション概念を拡大する画期的な判決を数々下し、その末期には、ステート・アクション論における人権保障と裁判所 木下

ト・アクション要件は単なる形式に過ぎなくなり、「消滅しかけている」とも言われるようになった。⁽¹⁾ ウォーレン・コートをリードしたりベラル派の判事達はアメリカ社会の構造的な問題として存在する人種差別問題を解決するために、連邦裁判所が積極的役割を果たすことが必要と考えた。⁽²⁾ 人種差別が州内の私人間の問題として存在し、州の行政のみならず立法部・司法部までそれを容認する傾向にあったことが、連邦裁判所の介入の必要性を高め、その際の解釈テクニクとして修正一四条のステート・アクション要件を拡大解釈する必要が生じたのである。

しかしこうした傾向は、バーガー・コートになり、連邦最高裁判事の構成が変わるとともに変化を示し始める。

一九七〇年の *Evans v. Abney* (396 U.S. 435) はその前兆ともいえる判決であった。この事件で連邦最高裁は、白人専用の公園として利用することを条件に遺贈された土地に対する人種統合の主張を認めず、信託者たる故人の相続人に土地を返還する旨の州最高裁判決について、人種差別的な動機を持ち込んだのは私人たる故人であつて州ではないなどとして、修正一四条違反の問題は生じないとした。⁽³⁾ これに対し、*Brennan* 判事は①州が公共施設 (public facility) たる公園を人種統合的なものとせず相続人に返還するという取り決めを結ぶこと自体、人種差別に對する「州の関与」が認められる、②相続人への土地の返還を命ずる州裁判所判決は人種差別を「執行 (enforce) 」するものであつて (*Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 [1948] を参照)、③遺贈する公園を人種差別的に運営すべきとの遺言に効力を与える州法が人種差別を「促進 (encourage) 」した (*Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 [1967] を参照) との理由から、修正一四条に違反するステート・アクションが存在すると主張した。多数意見の論理には、それがステート・アクションについてどのように考えているのか明らかでないことなどさまざま問題

があるが、⁽⁴⁾連邦最高裁の多数派が Shelley v. Kraemer, Reiman v. Mulkey 兩判決の拡大解釈にもとづくステート・アクション論というべき Brennan 判事の主張を斥けたことは、ハーガー・コートにおいて「ステート・アクション」という障害が健在であることを明らかにした⁽⁵⁾といふことができよう。

〔1〕

續いで一九七二年の Lloyd Corporation, Ltd. v. Tanner (407 U.S. 551) は、私有のショッピング・センターにおける反戦ピラ撒きについて、言論とそれが行われる場所との関連性、他の適切なコミュニケーション手段の存在という要素をもちこみ、ショッピング・センターでのピケ排除を修正一条に違反するステート・アクションであると先例 (Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc., 391 U.S. 308 [1968]) との区別を行った。これは、会社町でのピラ撒き禁止について会社町の「公共的機能」を理由に修正一条違反を認めな Marsh v. Alabama (326 U.S. 501 [1946]) の拡大解釈に対し制限を加えようとしたものであった。そして、Hudgens v. NLRB (424 U.S. 507 [1976]) は、Logan Valley 判決は Lloyd 判決により實質的にはすでに覆されていたと述べたことにより、私有地内少なくともショッピング・センターにおける表現活動に修正一条の保護が及ぶ可能性はほとんどなくなりました。⁽⁶⁾

〔二〕

ハーガー・コートにおけるステート・アクション概念の「縮小化」傾向の中心的な推進者となったのは Rehnquist 判事 (現長官) である。彼は、⁽⁷⁾“Rehnquist Trilogy” と呼ばれる Moose Lodge No. 107 v. Irvis (407

U. S. 163[1972])、Jackson v. Metropolitan Edison Co. (419 U. S. 345[1974])、Flagg Brothers v. Brooks (436 U. S. 149[1978]) の三判決において、いずれもステート・アクションの存在を否認する法廷意見を執筆し、パーガー・コートのステート・アクション判断のあり方を決定づけた。

Moose Lodge 判決は、私的社交クラブが黒人に対して食堂・バーのサービスを拒否したことについて修正一四条の平等保護違反の主張を斥けたが、そこでの中心的争点は同クラブが州から酒類取扱免許を受けていることにより、その人種差別行為がステート・アクションとなるかどうかという点であった。Rehnquist 判事は、私人による差別は当該私人が単に州から便益を得ているとか、州の規制を受けているというだけでステート・アクションとなるものではなく、州が私人の不当な差別に重大な関わりをもっている (significantly involved) 場合にのみ連邦憲法違反のステート・アクションの問題が生ずる、とした。又、州との「共生関係 (symbiotic relationship)」の存在を根拠にレストランによる人種差別にステート・アクションを認めた Burton v. Wilmington Parking Authority (365 U. S. 715[1961]) 判決について、Burton 事件は公的な建物における公衆に開かれたレストランに関する事例であり、Moose Lodge 事件は私的な建物における私的な社交クラブにおける事件であるとして区別した。⁽⁸⁾

Jackson 判決は、料金不払いを理由とした電力会社による電気供給打ち切りが利用者に対する告知・聴聞なしに行われたことについて、修正一四条の適正手続違反の主張を斥けた。⁽⁹⁾ Rehnquist 判事は、ここで①州が電力会社に与えた「独占的地位」、②公益企業の「公共的機能」、③州が供給打ち切りを「特別に承認した」こと、④州と電

力会社は「共生関係」にあることを根拠とするステート・アクションの主張をことごとく斥けた。彼は、ステート・アクションの審査が州の規制の存在やその規制の程度ではなく、「州と州の規制を受ける私人の行為との間に十分に密接な結びつき (nexus) があり、当該私人の行為が州自身の行為として扱われても正当といえるかどうか」に向けられるべきである、とする。その上で先の四点について、①州が独占的地位を付与しただけでステート・アクションの存在を認めた先例はない、②私人が「公共的機能」を営んでいることからその行為がステート・アクションとされる場合は、「州に伝統的かつ排他的に留保されてきた機能」を営んでいる場合に限られ、公益事業はそうした州の専権事項 (prerogative) にあたらない、③電力会社が州法で認められた選択をしたからといって、その選択のイニシアチブをとったのが州ではなく、電力会社である場合には、その行為はステート・アクションとはならない、④当該電力会社は私的な企業であり、Burton 事件の被告のように州から施設を借りているわけではない、と逐一反論を加えていった。⁽¹⁰⁾

Flagg Brothers 判決は、倉庫業者が自らに委託された財産を留置権に基づく自力執行として売却したことについて、修正一四条の適正手続違反の主張を斥けた。ステート・アクションに関する原告の主要な主張は、倉庫業者の自力執行を認めている統一商法典の規定は私人間の紛争解決という「州に伝統的かつ排他的に留保されてきた機能」を州が倉庫業者に委任したものであるという点と、州は統一商法典の採択により倉庫業者による財産売却を「承認し奨励した (authorized and encouraged)」という点にあった。Rehnquist 判事はこれに対し、まず当該州法の規定は商取引の世界における伝統的な私人間の取り決めのあり方を確認したものにすぎず、州の主権の排

他の専権事項を委任したものは言いがたいとして「公共的機能」に基づくステート・アクションの主張を斥けた。そして、本件で州は倉庫業者による売却を強制したわけではなく、単にその売却に介入しなかったにすぎないが、こうした州の不作為を「承認・奨励」と特徴つけて私人の行為に修正一四条の制約を課した先例は存在しない、として第二の論拠に基づくステート・アクションの主張も認めなかった。⁽¹¹⁾

以上の三判決によって、*Rehnquist* 判事はそれ以前の最高裁判例において生みだされてきた「公共的機能」「州による規制ないし独占的地位の付与」「州との共生関係」「州による承認・奨励」というステート・アクション認定のためのメルクマールの拡大解釈の芽を完全につみとり、それらの適用範囲を過去の事例の事実関係のなかに閉じ込めてしまったといってもよいであろう。まず「公共的機能」について言えば、*Jackson* 判決以降単にその性格が「公共的」であるだけではならず、「伝統的かつ排他的に州に留保されてきた権能を私人が行使している場合」に限られることになった。そして具体的には、南部の民主党一党支配のもことでの政党予備選挙からの黒人排除(*White Primary Cases: e. g., Nixon v. Condon, 286 U. S. 73*[1932]; *Smith v. Allwright, 321 U. S. 649*[1944]; *Terry v. Adams, 345 U. S. 461*[1953])、会社配下のユニ配布規制 (*Marsh v. Alabama, 326 U. S. 501*[1946])、公園からの黒人排除 (*Evans v. Newton, 382 U. S. 296*[1966]) に事実上限定されているように思われる。⁽¹²⁾ 「州による規制ないし独占的地位の付与」は、*Moose Lodge* 判決において、単なる広範な規制の存在だけではステート・アクションの認定に十分ではなく、当該規制が違憲と主張されている私人の行為を直接に促進又は助長するものであることが必要とわれ、*Jackson* 判決でさうして、*Public Utilities Commission v. Pollak* (343 U. S. 451

〔1952〕判決が「独占的地位の付与」を根拠にステート・アクションを認めたものではないことが明らかにされたことによりその生命力すら疑わしい。⁽¹³⁾ 州との「共生関係」は、Jackson 判決によれば、Burton v. Wilmington Parking Authority (361 U. S. 715〔1961〕) 判決の事実関係、すなわち州から公共施設を賃借している私人と州とが相互依存的関係に陥り、双方が共同関係者 (joint participant) というべき状況にある場合に限り得よう。そして、「州による承認・奨励」は、Flagg Brothers 判決によれば、単なる州の黙認・不作為ではならず、州が違憲と主張されている私人の行為を強制もしくは命令するなどして積極的に加担していなければならぬ。⁽¹⁴⁾

〔四〕

Flagg Brothers 判決以降、連邦最高裁がステート・アクションの問題を正面から扱うのは一九八二年の三つの事件においてもある。

Blum v. Yaretsky (457 U. S. 991〔1982〕) は、医療扶助計画 (Medicaid) により公的補助を受けている私立養護施設における患者へのサービスの変更処分 (それは同時に患者への医療扶助の減額を意味した) が、修正一四条の適正手続条項違反となるかどうか争われた事件である。法廷意見を執筆した Rehnquist 判事は、まず、この事件の性格について、被告が公務員 (州社会保障局コミッショナー) であり、その州公務員が私人たる養護施設の設定に責任があると訴えられている点で、被告が私人であり当該私人の行為が州の許可の下に行われたことを理由にステート・アクションの存在が主張された事例 (Flagg Brothers, Jackson, Moose Lodge など) や州の

公務員が州法・州規則の執行の責任を問われている事例とも異なるという点を指摘する。しかしながら、その上で、①私人の行為を修正一四条にいうステート・アクションとするためには、単に当該私人が州の規制に服しているというだけではならず、当該私人の行為と州との間に密接な関連性 (close nexus) が存在しなければならず、②州が私人の行為に責任を負うのは、州が私人の決定について強制ないし重大な援助を行った場合であって、州が私人の決定を是認ないし黙認したというだけでは十分でない、③私人が「伝統的に州の専権事項とされてきた権限」を行使した場合にも nexus の要件は満たされうる、という Jackson 判決以来のステート・アクション判断にあたっての原則を再確認する。そしてこれらの原則に照らして本件の事実関係をみれば、養護施設におけるサービスの変更処分は医師の専門的判断に基づくものであり、州による医療扶助手当の減額もそれに従ったものにはすぎないから、州がその制定法や規則を通じて積極的に命令した (affirmatively command) ものとはいえないこと、本件の養護施設が州から財政援助を受けていることや施設について免許を受けていることも州による広範な規制の存在と同様、それだけでは州が養護施設を行った処分について共同関係者 (joint participant) として責任を負う根拠とはならないこと、そして養護施設を行うサービスは連邦法や州憲法により州が行うことが義務づけられているものではなく、その日常業務が伝統的かつ排他的に州の主権により行われてきたものとも言いがたいことは明らかであることを理由として、当該処分はステート・アクションとはならない、と判示した。¹⁵⁾

Rendell-Baker v. Kohn (457 U. S. 830[1982]) は、麻薬・アルコールなどの理由から公立高校を卒業できなかった生徒の教育を専門に行う私立学校 (New Perspective School) の教師が理事長の方針に反対したため解雇され、

これについて修正一条、修正五条、修正一四條違反を主張して出訴した事例である。法廷意見を執筆した Burger 長官は、この事件の中心的争点が「原告等解雇した学校の行為をステート・アクションとみなすことが正当かどうか」であると、「Blum v. Yaretsky 判決の Rehnquist 判事によるステート・アクション分析に依拠しながら次のように論を進める。第一に、Blum v. Yaretsky において養護施設が州から財政援助を受けていることにより同施設の医師・事務当局の行為がステート・アクションとされなかったように、本件の学校がたとえその運営について全額公的補助に頼っていたとしてもそのことからただちに教員の解雇がステート・アクションとなるわけではない。第二に、Blum v. Yaretsky で養護施設が州の広範な規制を受けていることが同施設の行為をステート・アクションとする根拠とはされなかったように、本件の学校に対する州の規制も解雇などの人事事項についてそれを強制したり重大な影響を与えるものではないので、本件解雇が州の規制によりステート・アクションとなることはない。第三に、本件の学校がはたしている「不適応 (maladjusted)」の高校生に対する教育という機能は、最近まで州によって行われておらず、「伝統的かつ排他的な州の専権事項」とは言えず、「公共的機能」にもとづくステート・アクションの主張も認められない。⁽¹⁶⁾ 第四に、Burton v. Wilmington Parking Authority 判決において州とレストランとの間に「共生関係」が認められたのは州がレストランの差別行為から利益を得ていたという事実があったからであり、そうした事実の認められない本件においては州と学校の「共生関係」の存在は認められない。⁽¹⁷⁾

Lugar v. Edmondson Oil Co. (457 U. S. 922[1982]) は、三判決のなかで唯一ステート・アクションの主

張を認めた判決である。⁽¹⁸⁾ 事案は、代金支払請求に伴う債務者財産の判決前差押手続について、債務者が同手続の濫用と制定法の定める手続上の欠陥により修正一四条の適正手続条項に反してその財産を奪われたと主張して、連邦公民権法（合衆国法典四二編一九八三条⁽¹⁹⁾以下単に一九八三条とのみ記す）にもとづく損害賠償請求訴訟を提起したというものである。法廷意見を執筆した White 判事は、一九八三条にいう「州法の名の下に行われた行為 (action under color of state law)」と修正一四条にいうステート・アクションという二つの概念の關係から論じ始める。彼は、本件の財産仮差押処分を修正一四条にいうステート・アクションであるとしながら一九八三条の「州法の名の下に行われた行為」にはあたらないとみて原告の請求を斥けた連邦控訴裁判決を批判して、一九八三条が修正一四条違反に対する救済のために制定されたという立法目的に照らしてみれば修正一四条のステート・アクションにあたりとされた行為にたいしては一九八三条による救済がはからねばならず、ステート・アクションとされた行為は同時に「州法の名の下に行われた行為」という要件も満たされねばならない、とする。こうして本件の仮差押処分がステート・アクションにあたるかどうかが問題となるが、White 判事はここで従来のステート・アクション判断の手法とは大きく異なるアプローチを示す。彼はステート・アクション要件が①連邦法及び連邦司法権の及ぶ範囲を制限し個人の自由な領域を保全すること、②州の機関・公務員がその責めを負うのが正当とはいえない責任までも負わないようにすること、という二つの目的を持っているとし、連邦法上の権利を侵害したとされる行為の責任を州に帰責することが正当かどうかという「正当な帰属 (fair attribution)」の問題を提起する。そして White 判事によれば、この問題は (i) 権利侵害行為が州の創設した権限又は特権の行使によるもの

であるか、または州および州が責任を負う者の課した行為規範に基づいてなされたものであること（すなわち、「州の政策 [state policy]」に基づいて権利侵害が行われたこと）、(ii) 当該権利侵害行為の責めを負う当事者は「州の行為者 (state actor)」と正当にみなすことのできるものでなければならぬこと、という二つの要素から成るアプローチによって判断される。このアプローチを本件にあてはめると、州制定法の手続上の欠陥が争われているから (i) の要素は満たされ、仮差押手続においては州裁判所書記官等の州公務員と債権者が共同 (joint participation) していることから被告たる債権者を「州の行為者」とみなすこともできる。すなわち (ii) の要素も満たす、よって本件において原告はステート・アクションによって自らの財産を奪われていることになり、一九八三条に基づいて当該州法の合憲性を争える、というのが *White* 判事の結論であった。⁽²¹⁾

以上の三事件はいずれも一九八三条に基づく訴訟においてステート・アクションの問題が争われた事例であった。しかし一見してわかるように、連邦最高裁は、*Lugar v. Edmondson Oil Co.* 判決と *Blum v. Yaretsky* 判決、*Rendell-Baker v. Kohn* 判決とはまったく異なる判断手法を用い、その結論も逆になった。はたしてこれが、これまでのステート・アクション判断のあり方を変えるものなのか、またバーガー・コートにおけるステート・アクション判断の消極主義的傾向に歯止めをかけるものなのか問題となる。後の最高裁判例への影響という点からみれば、*Lugar* 判決における *White* 判事のアプローチはそれほど力をもたないかもしれない。⁽²²⁾ 実際に *White* 判事は、*Blum* 事件・*Rendell-Baker* 事件においてもこのアプローチに基づいて同意意見を書いている。そしてその結論はいずれも当該事件における被告の行為について「州の政策」という要素が欠けているというものであった。

しかし、彼はここでは一人の賛同者も得ておらず、単独で結果同意意見を執筆するにとどまっているのである。こうしてみると、White 判事が Lugar 事件で多数派を形成することができたのは、ステート・アクションの主張を認めるといふその結論によって他の事件で反対意見の側にまわった Brennan 判事・Marshall 判事をとりこむことができたことによるのかもしれない。またそこには、Lugar 判決自身が述べたように、Snidach v. Family Finance Corp. (395 U.S. 337 [1969]); North Georgia Finishing, Inc. v. Di-Chem, Inc. (419 U.S. 601 [1975]); Mitchell v. W.T. Grant Co. (416 U.S. 600 [1974]); Fuentes v. Shevin (407 U.S. 67 [1972]) という裁判所による財産差押手続についての一連の連邦最高裁判例の影響が大きいものかもしれない。それらの判決においては、ステート・アクションの問題が正面から争われることなく、直接州法上の民事執行手続について修正一四条の適正手続条項違反が認められていた。しかし、先に見た *Flags Brothers v. Brooks* 事件において *Rehnquist* 判事の法廷意見は、州法で認められた留置権にもとづく自力執行手続について、手続の過程に州の公務員が関与していないことを理由に *Snidach* などの先例とは区別されるとした。こうしてみると、それがたとえ形式的なものであったとしても州公務員が関与しているか否かがステート・アクション認定の鍵となるのであろうか。もしそうだとすれば、それはかえってステート・アクション認定の余地を狭くするものという見方もあるし、⁽²⁴⁾ これまでさまざま⁽²⁵⁾ な事例のなかで用いられてきたステート・アクション論との整合性も問われることになろう。

以上の概観からも明らかかなように、最近の連邦最高裁におけるステート・アクション論の展開はこの概念の存在意義、その意味内容についてのわれわれの理解を今一度検討し直す必要を迫るものである。とりわけ、連邦公民権

法一九八三条の「州法の名の下に行われた行為」という要件と修正一四条のステート・アクション要件との関係についてはこれまでの先例も含めて洗い直す必要がある。以下の章ではこの問題についての若干の整理を試みるとともに、バーガー・コートのステート・アクション論に関する評価と代表的論者のステート・アクションに対する新しいアプローチの方法を紹介する。

(1) See, e.g., G. GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 894 (11th ed. 1985); Black, *Foreword: "State Action", Equal Protection, and California's Proposition 13*, 81 HARV. L. REV. 69, 108 (1967) (『ステート・アクション』の基準はほとんど生命反応を示してこない。); Stard, *A Constitutional Forecast: Demise of the "State Action" Limit on the Equal Protection Guarantee*, 66 COLUM. L. REV. 855, 867 (1966) (「やがて……法的・司法的分析は、平等保護条項の範囲を定めるためのいかなる基準がよりよむの [faltering] ステート・アクション論とつかわるじとかわるかを決定するとう方向に向かいつぶれたらう。」); Williams, *The Twilight of State Action*, 41 TEX. L. REV. 347, 389 (1963) (「個人の憲法上の保護を決定する基準としてのステート・アクション概念は日没を迎えつつある。」)

(2) 中谷 実『アメリカにおける司法積極主義と消極主義』一三八頁以下(一九八七)参照。

(3) この事件は、一九六六年に連邦最高裁が公園の公共的機能を重視して、その所有者が市であるか私人であるかを問わず、人種差別的に運用することはできないと判示したことを発端としてくる (Evans v. Newton [382 U.S. 296])。この連邦最高裁判決により事件を差戻された州裁判所は、白人専用の公園にするとの故人の遺志の実現は不可能であるとして、信託を解除して公園を信託者の相続人に返還する旨の判決を下したのである。

(4) See, e.g., Note, *State Action and the Burger Court*, 60 VA. L. REV. 840, 848 (1974).

(5) G. GUNTHER, *supra* note 1, at 894.

私人間における人権保障と裁判所 木下

(6) ただし、連邦最高裁は後に、州憲法の規定を根拠にショッピングセンターでの表現活動に保護を与えることはできると判示した (*Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S.74 [1980])。この判決およびそれまでの連邦最高裁判決の流れについて、長岡 徹「ショッピングセンターにおけるビラまき行為を認める州法と連邦憲法」判例タイムズ四五二号一頁以下 (一九八一) 参照。

(7) *Phillips, The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine*, 28 *St. Louis U.L.J.* 683, 702 (1984).

(8) *Douglas* 判事は、単に州が免許制を採用していることだけから私的クラブに憲法上の制約が及ぶわけではないとしても、免許業者が稀少なことから黒人が酒類を得る機会が結果的に制限されることを重視してステート・アクションの存在を認める旨の反対意見を書いた (*Marshall, Brennan* 判事参加)。*Brennan* 判事は、以上の点に加え、免許業者の営業の詳細な点まで定める州の広汎な規制の存在も「人権差別を促進・助長ないし支持する」州のすべての行為を禁止する原則に触れるに十分な州の関与であると主張する。

(9) *Jackson* 判決については、畑 博行「最近の判例」アメリカ法 [1976-2] 二五五頁以下、また *Jackson* 判決までの連邦最高裁判決の流れについては、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』三六一頁以下 (一九八一) 参照。

(10) こうした *Rehnquist* 判事のステート・アクション判断に対しては *Marshall* 判事が詳しく反論を加え、電気事業の独占的地位、当該電力会社と州との「広汎な協力のパターン」、電気事業の公共的性格などのファクターを総合的に考慮すればステート・アクションの存在を認定できると主張している。

また、*Douglas* 判事は、*Rehnquist* 判事のステート・アクション分析が一つ一つの要素を切り離して順次に (*seriatim*) 判断していくアプローチである点から先例からの逸脱であると批判する。*Brennan* 判事は、本件においては事件性が存在せず、従ってステート・アクションについての判断も不要であるとす。

(11) *Stevens* 判事の反対意見 (*White, Marshall* 判事参加) は、*Rehnquist* 判事の意見が債権者による債務者の財産差押

手続に関する先例 (Sniadach, North Georgia Finishing Inc. 判決〔後述〕) と矛盾する点と、同意に基づかない財産権の移転は主権と伝統的に結びついていた機能であらう (Rehnquist 判事が “exclusively” を「他の救済手段を閉ざしてしまふ」という意味で用いている点も指摘)。¹³ 州法に従って行われた行為は州が強制しているわけではなく、許容しているにすぎず、従って私的な行為となる点も、Rehnquist 判事の論理に従えば、どんな非道な行為を認める法律の妥当性を争うことができない点も、¹⁴ “permission” と “compulsion” との区別は結局不可能な点も、¹⁵ を指摘する。See, e. g., Note, Flagge Brothers v. Brooks : *The Public Function Doctrine in Retreat*, 12 J. MAR. J. PRAC. & PROC. 637 (1979).

(13) See generally Note, *State Action and Public Function Doctrine: Are There Really Public Functions?* 13 U. RICH. L. REV. 579 (1979).

(14) 419 U. S. at 352. また、州が免許制を敷く点も、これを根拠としたステート・アクションの主張は、Moose Lodge 判決によっても認められなかったが、CBS Inc. v. Democratic National Committee (412 U.S. 94 [1973]) によっても、民主党が求めた意見広告の放送を CBS が拒否した点につき、放送免許をあたえた FCC は単に放送局の裁量に属する事柄において命令を出すのを差し控えたにすぎず、CBS の方針を促進したことにはならないとして、政府と当該放送局が “partner” なら、「共生関係」というべき関係であつたとの主張を示している。

(15) See, e. g., Schwartz, A “New” Fourteenth Amendment: *The Decline of State Action, Fundamental Rights, and Suspect Classifications under the Burger Court*, 56 CHI.-KENT L. REV. 865, 866-75 (1980); Note, *State Action After Jackson v. Metropolitan Edison Co. : Analytical Framework for a Restrictive Doctrine*, 81 DICK. L. REV. 315 (1977).

(16) Brennan 判事の反対意見 (Marshall 判事参加) は、本件の変更処分が州の財政削減政策の一環としてなされたものとして、私人間における人権保障と裁判所 木下 (九九) 九九

あること、本件養護施設が州と連邦の基金による援助を受け、州による広汎な規制をうけていること、養護施設内の居住者にとって当該施設は生活のすべての面にかかわっており、機能の上では州と同様のものといえることを挙げてステート・アクションの存在を認めるべきであるとする。

(16) See Note, *State Action and Chapter 766: Rendell-Baker and Demise of the Public Function Doctrine*, 19 New Eng. L. Rev. 237(1983).

(17) Marshall 判事の反対意見 (Brennan 判事参加) は、州からの財政補助、州による規制・監督、本件学校が公教育の代替としての機能を果たしていることを理由にステート・アクションの存在を認める。

(18) この事件については、拙稿「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」判例タイムズ五〇八号二五頁(一九八三)参照。

(19) 合衆国法典四二編一九八三条「いずれの州あるいは合衆国領土の制定法・条例・規則・慣習もしくは慣行の名のもとに、合衆国の市民あるいはその管轄内にある何人から連邦憲法または連邦法により保障された権利・特権あるいは免除を剝奪し、もしくは剝奪せしめた者は普通法上、衡平法上の訴訟もしくは他の適切な救済手続によって被害者に対して責任を負わなければならない」。

(20) *Lugar v. Edmondson Oil Co.*, 639 F.2d 1058 (4th Cir. 1981).

(21) Burger 長官の反対意見は、私人が訴訟手続を利用することによって当該私人の行為が州の行為と見做されることはなく、本件被告の行為の責任を州に帰することはできないと主張する。Powell 判事の反対意見 (Rehnquist, O'Connor 判事参加) は、本件で問題となっているのが「州法の名の下に行われた行為」要件であるとした上で、法廷意見が州公務員と共同した私人を「州の行為者」とした点、私人が裁判過程を利用したにすぎないのに州公務員との「共同」ないし「共謀」を構成するとした点はこれまでの判例と矛盾すると述べる。

(22) ジェームズ・E・ハーゲット(渡辺 賢訳)「アメリカ憲法における State Action 法理の展開」北大法学論集三五巻六号五九頁以下、七六頁(一九八五)参照。

(23) Snidach 判決については、高見 進「最近の判例」アメリカ法 [974-2] 四〇一頁以下参照。またこれら一連の判決及びアメリカの民事執行手続に関する状況については、強制執行セミナー「アメリカの強制執行 債権の確保と回収を中心として」(2)(3)(4)(5)(6)完「ジュリスト四九四号四六頁以下、四九五号一〇二頁以下(一九七二)、四九六号一九八頁以下、四九七号八二頁以下、四九八号一一五頁以下、四九九号一〇八頁以下(一九七二)参照。

(24) See Schneider, *The 1982 State Action Trilogy: Doctrinal Contraction, Confusion, and a Proposal for Change*, 60 NOTRE DAME L. REV. 1150, 1184 (1985). See also Note, *Tower of Babel Revisited: State Action and the 1982 Supreme Court*, 10 N. KY. L. REV. 305(1983).

(25) また他方で、州の public defender の弁護活動に不満を抱いた刑事被告人が、一九八三に基づく損害賠償請求を行ったという事例である Polk County v. Dodson (454 U.S. 312 [1981])において連邦最高裁は、明らかに州の公務員の行為であっても、弁護士としての職業上の活動としてなされた行為は「州法の名の下に行われた行為」にあたらず、州は責任を負う必要がないと判示している。これをステート・アクション判断における「私的機能(private function)」論(公務員の行為であっても私的な性格の機能については、「憲法上の制約をうけなう」の登場として警戒する見方もある(Philips, *supra* note 7) at 710)。See also Note, Polk County v. Dodson : *The Supreme Court Formulates A New Test*, 34 MERCER L. REV. 1147(1983); Wardell, *Section 1983-A Change in the Meaning of "Under Color of Law"* : Polk County v. Dodson, 25 ARIZ. L. REV. 151(1983); Note, 65 MARQ. L. REV. 709(1982).

第二章 ステート・アクションと「州法の名の下に行われた行為」

前章にとりあげた連邦最高裁判例のうち Moose Lodge No. 107 v. Irvis (407 U.S. 163 [1972])⁽¹⁾ Jackson v. Metropolitan Edison Co. (419 U.S. 345 [1974])⁽²⁾ Flagg Brothers v. Brooks (436 U.S. 149 [1978])⁽³⁾ Blum v. Yaretsky (457 U.S. 991 [1982])⁽⁴⁾ Rendell-Baker v. Kohn (457 U.S. 830 [1982])⁽⁵⁾ Lugar v. Edmondson Oil Co. (457 U.S. 922 [1982])⁽⁶⁾ は、ともに一九八三条に基づく訴訟であった。もともと一九八三条は、南部諸州における黒人に対する Ku Klux Klan などによるリンチ・脅迫等の様々な権利侵害について不法行為類似の連邦裁判所への訴権を創設することにより修正一四条の保障を実効化することを目的として、一八七一年公民権法の一部として制定されたものである。⁽¹⁾ 同法は、一八八三年の Civil Rights Cases (109 U.S. 3) において一八七五年公民権法の一部が違憲と判示された影響もあって二〇世紀半ばまで死文化していたが、現在では連邦法上、とりわけ連邦憲法上保障された権利侵害に対する一般的な救済手段として活用されており、「憲法的不法行為 (Constitutional Tort)」⁽²⁾ という言葉も生んでいる。

判例上、一九八三条に基づく訴訟においては以下の二つの要素の存在が必要とされている。第一に、連邦憲法あるいは連邦法により保障された権利が剝奪されたことの立証と、第二にその権利剝奪を行ったとされる被告が「州法の名の下に (under color of state law)」⁽³⁾ 行動したことの立証である。⁽⁴⁾

一方、一九六六年の *United States v. Price* (383 U.S. 787) は、一九八三条の「州法の名の下に行われた行為」の要件と修正一四条のステート・アクション要件との関係について、両者が等しいことを示唆し、連邦下級裁の多くもこれに従ってきた。⁽⁶⁾

これに対し、一九七八年の *Flagg Brothers v. Brooks* (436 U.S. 149) の *Rehnquist* 判事の法廷意見はこの二つの要件を別個のものとしてあつかい、被告 *Flagg Brothers* が州法に従って行動したことは認められるとしても、「州法の名の下に行われた行為」要件は満たす。連邦憲法あるいは連邦法により保障された権利の侵害を構成する事実が立証されていない（ステート・アクション要件を満たさない）とした。⁽⁷⁾

また、*Blum v. Yaretsky* (457 U.S. 991 [1982]) において、*Brennan* 判事は「州法の名の下に行われた行為」の審査が「一九八三条訴訟の被告がステート・アクション（それは州法・州規則・州のプラクティスが争われているときにつねに存在する）と十分に結びついているかどうかを問うこと、すなわち被告が“state actor”かどうかという問題」であるとし、一九八三条訴訟におけるステート・アクションの有無は「一九八三条訴訟の被告が原告に対し、修正一四条が禁ずる方法で、州の力を利用して圧力を加えたかどうかの審査」であると述べている。⁽⁸⁾ところが、先にみたように *Lugar v. Edmondson Oil Co.* (457 U.S. 922 [1982]) における *White* 判事の法廷意見には、「ステート・アクション判断のなかに“state actor”についての審査や“state policy”についての審査が含まれていた。*Lugar* 判決でもにも多数意見を形成した *White* 判事と *Brennan* 判事ではあるが、ステート・アクション要件と「州法の名の下に行われた行為」要件との関係については必ずしも意見が一致していないようである。

このことは一九八二年のステート・アクションに関する他の二つの事件 *Blum v. Yaretsky*、*Rendell-Baker v. Kohn* において両者の意見が分かれたこととも深い係わりがあると思われる。⁽¹⁰⁾

ステート・アクション要件と「州法の名の下に行われた行為」要件との関係について興味深い示唆を与えてくれるのは *Lugar v. Edmondson Oil Co.* 事件の連邦控訴裁判決 (639 F.2d 1058 [4th Cir. 1981]) である。同判決は、ステート・アクションの概念と「州法の名の下に行われた行為」という「しばしば一致する、密接に関係した概念の基本的区別」⁽¹¹⁾を試みる。判決によれば、両者は通常同じものだが、時に区別され、一九八三条訴訟においてともに満たされねばならない要件となる。いかなる場合がそれにあたるかを明らかにするために判決は一九八三条訴訟を以下の三つのパターンに分ける。

第一のパターンは、権利を侵害したとされる行為が立法・司法・行政を問わず、公的に活動した州公務員のものである場合 (“official act” case) である。この場合には公務員の行為がステート・アクションであることは明らかであるから、ステート・アクションの問題は「州法の名の下に行われた行為」要件のなかに含まれている。

第二のパターンは、権利侵害行為にかかわっているのが私人のみの場合である。この場合、その私人の行動により生じた権利侵害の責めが判決・政策・立法の存在などにより州に帰せしめられるときにステート・アクションが認められる。ここではステート・アクションが認められれば、当該私人は事実上州の代理人 (agent) ということになり、「州法の名の下に行われた行為」要件は今度はステート・アクション要件に吸収されてしまう。もし、ステート・アクションが認められなければ、「州法の名の下に行われた行為」要件の有無を問うまでもなく請求は

斥けられるので、ここでも「州法の名の下に行われた行為」要件は問題とならない。

こうして二つの要件を別々に考察すべきなのは第三のパターンだけということになる。これは、被告である私人の行為がその執行 (enforcement or operation) のレベルで州公務員の行為と結びついて権利侵害を引き起こしたと主張される場合である。この場合、州公務員の関与により判例上ステート・アクションは認められようが、私人たる被告の行為が「州法の名の下に行われた行為」かどうかという問題は依然として残る。

このように二つの要件がそれぞれ異なる行為を対象とする理由を、判決は各々の要件に別個の関心が反映していることに由来しているとみる。まずステート・アクション要件は、憲法上の問題を生ずるのは私人の行為ではなく州の行為であるという考え方を反映しており、そのためこの要件は権利侵害を引き起こしたと主張される行為全体と関係している。従って、たとえ執行のレベルであれ州の関与が存在し、それが当該行為全体のなかで重要な要素として機能しているならば、ステート・アクション要件は満たされる（これを判断するテストには州による強制、当該私人と州との「共生関係」、排他的な主権機能の私人への委任がある）。他方、連邦法上保護された権利の侵害について被害者に不法行為類似の訴権 (cause of action) を与え、連邦法上の権利保護を充実させようとした一九八三条の立法目的に照らして考えると、「州法の名の下に行われた行為」の要件は個々の被告に直接責任を負わせることのできる個別的行為にかかわるものということになる（この要件が満たされるためには①私人たる被告が州法について知り、且つそれに従って行動したこと、②州の公務員との共同ないし州との共同行為への関与という二つの要素が必要とされる）。こうした判断枠組によれば、Lugar 事件のように被告が単に州の仮差押手続を利用

したにすぎない場合、ステート・アクション要件は満たすが、「州法の名の下に行われた行為」の要件は満たされないということになる。

このような分析枠組は、*Flags Brothers v. Brooks* 事件や *Blum v. Yaretsky* 事件の *Rehnquist* 判事の法廷意見で示された理解に近いように思われるが、極めて不明確なステート・アクション要件と「州法の名の下に行われた行為」要件の関係に一応の整理を加えている点でまず評価に価するし、なによりも従来ステート・アクション要件が私人による人権侵害の事例で主に争われ、「州法の名の下に行われた行為」要件が公務員の不法行為責任の有無を巡って争われてきたという一般的理解にもほぼ一致するように思われる。ただし後に述べるようにステート・アクションの問題を、私人によって起こされた権利侵害の責めを州に帰することができるかどうかとしている点は疑問を感じるし、第三のパターンでは「州法の名の下に行われた行為」要件が問題となるとしているが、裁判所による差押手続に関する *Sniadach v. Family Finance Corp.* (395 U.S. 337 [1969]); *North Georgia Finishing, Inc. v. Di-Chem, Inc.* (419 U.S. 601[1975]); *Mitchell v. W.T. Grant Co.* (416 U.S. 600[1974]); *Fuentes v. Shevin* (407 U.S. 67[1972]) と同じ一連の連邦最高裁判例（その中にはステート・アクション要件も「州法の名の下に行われた行為」要件も争われていない）との整合性が問われることとなろう。

以上のようにステート・アクション要件と「州法の名の下に行われた行為」要件とを区別して考える方向には強い異論も存在する。前章でも触れたように *Lugar* 事件の連邦最高裁判決において *White* 判事は両要件を区別する連邦控訴裁判決を厳しく批判した。むしろ *Rendell-Baker v. Kohn* (457 U.S. 830[1982]) を含む *Burger*

長官の法廷意見は、「一九八三条に基づく訴訟に、ある者が服するかどうかは、修正一四条のもとで生じた事件において提起される問題（主張される連邦法上の権利侵害を州の責めに帰することは正当か）と同じである」⁽¹²⁾と述べ、ステート・アクション要件と「州法の名の下に行われた行為」の要件を同じものとして捉えているようである（United States v. Price を引用）。

しかし、二つの要件はやはりそれぞれ別個の目的をもっているように思われる。ステート・アクション要件は先に述べた一九八三条訴訟において必要とされる二つの要素のうちの第一のもの、すなわち「合衆国憲法あるいは連邦法により保障された権利侵害の立証」に関わるものといえよう。しかも一九八三条訴訟の対象となるのは連邦憲法上の権利侵害にとどまらず、連邦法違反も含まれるし、連邦憲法の権利章典の中には修正一三条のようにその侵害発生にあたってステート・アクションを要件としないものもある。そうなるとステート・アクション要件は一九八三条に基づく訴訟で連邦憲法上の権利侵害が主張される場合にのみ、それもその侵害発生にあたってステート・アクションを要件としている権利が争われているときのみ問題となるのであって、その他の場合には問題とされないはずである。⁽¹³⁾しかし、一九八三条訴訟の第二の要素、「被告が州法の名のもとに行動したことの立証」はどのような権利が侵害された場合にも必要とされる。こう考えてくれば、両要件が別個のものであることは明らかであろう。両要件の二分論に反対する論者の主な理由は、そもそも両者を区別することは困難であることに加え、ステート・アクションではありながら「州法の名の下に行われた行為」にあらず、一九八三条による救済を受けられない行為が存在するというのは修正一四条の執行法としての一九八三条の立法目的に反する、というものである。⁽¹⁴⁾また、

Lugar 判決において White 判事が問題にしていた点も、ある事件においてステート・アクションの存在が認められながら「州法の名の下に行われた行為」要件が認められないことの不合理性である。⁽⁵⁾ こうして考えてみると、二つの要件が同一かどうかでなく、いかなる場合にそれぞれの要件がいかなる関係に立つのかが問題であったということに気づく。

それでは二つの要件の混同は何故生じたのであろうか。その理由の一つとして考えられるものは、両要件の判断が事実上重なりあうことが多いことである。まず、一九八三条に基づく訴訟の大部分は修正一四条の平等保護条項ないし適正手続条項違反を主張して提起される。従って、ここではステート・アクション要件と「州法の名の下に行われた行為」要件がともに問題になるはずであるが、Lugar 事件連邦控訴裁判決が述べたように被告が公務員の場合にはステート・アクションの存在は当然のこととして争われない。被告が私人の場合、ステート・アクション要件が正面から争われることになるが、ステート・アクションなしと判断されればそこで訴えが退けられるので「州法の名の下に行われた行為」要件が判断されることはない。しかも、私人の行為がステート・アクションと見做されるためには現在の最高裁判例によれば「州による強制」「州との共生関係」「州の統治的権能の委任」などが認められる必要があるから、ステート・アクションが認められれば「州法の名の下に行われた行為」の要件を満たすことが多い。従って一九八三条訴訟で私人が被告になっている場合、「州法の名の下に行われた行為」の要件が独立して問題になること、すなわちステート・アクションは認められるが「州法の名の下に行われた行為」の要件を満たさない場合は極めて稀といつてよい。結局、Lugar 事件連邦控訴裁判決の言うように、私人が裁判所の差押手

続などを利用した場合などに限られてくるのではなからうか。先に触れたように、こうした場合にステート・アクションが認められながら、すなわち連邦憲法上の権利侵害が認められながら、一九八三条に基づく救済が認められないことは一九八三条の立法目的に反すると主張する声が強い。しかし、それは二つの要件が同一のものでないことによるものではなく、そうした場合にステート・アクション有りとは判断させるステート・アクション要件の判断の在り方ないしステート・アクション概念に問題が在るのではなからうか。つまり、これは両要件が混同されるも一つの要因とも考えられるが、アメリカでは人権の私人間効力の問題を、連邦憲法は州政府と連邦政府に向けられたものであるという原則を維持しながら「州の行為」すなわちステート・アクション概念を拡張することによって私人間における人種差別等の人権侵害に対処してきたということが出来る。その際ステート・アクション概念を拡張する鍵となったのは当該私人と州との関わり合いの程度(私人による公共的ないし統制的機能の行使も含まれる)であった。ところがステート・アクション要件をより厳格に解そうとする論者はその関わり合いをできるだけ密接な場合に限定しようとするあまり、州の関わり合いの程度という問題を、権利侵害行為に対する州の責任の有無という本来「州法の名の下に行われた行為」要件の問題と事実上重なりあわせてしまったのではないだろうか。こうした立場に立つと、一般の場合にはステート・アクションの存在を認定するのが極めて困難になる一方で、州公務員の直接的関与が認められれば容易にステート・アクションが認められてしまうという結果をもたらしてしまう。こうした傾向の問題性を端的に示しているのが、近年の *Rehnquist* 判事のステート・アクション要件についての考え方である。既にみたように *Rehnquist* 判事はステート・アクションの問題を「当該権利侵害行為の責任

(16) 州への帰属」の問題とみる。私人の行為の責任を州に負わせることが正当かどうかを問えば、当該権利侵害行為と州のなんらかの活動との具体的因果関係の立証を求めることになり、⁽¹⁷⁾それは州公務員の行為が「州法の名の下」に行われたかどうかよりも困難な問題となることは間違いない。またそもそもステート・アクションが争われている事件は、私人たる被告の責任が問題となっているのであるから、ここで州の責任を問うこと自体筋違いのように思われる。ステート・アクション要件を「州への責任の帰属」の問題として扱う傾向と最近のステート・アクション概念の縮小ないしステート・アクション判断の後退傾向は決して無関係なものではなからう。

(1) 一九八三条の制定とその後の経緯につき、町井和朗「アメリカ合衆国における憲法的不法行為の生成——州官公吏に対する、連邦裁判所における損害賠償請求訴訟」大東法学七号三二頁（一九八〇）参照。See e. g., Developments in the Law: Section 1983 and Federalism, 90 HARV. L. REV. 1133(1977); Note, Section 1983 and the Private Enforcement of Federal Statutes: A New Frontier for the Civil War Legislation, 18 WILLAMETTE L. REV. 433(1982).

(2) “Constitutional Tort” について、町井前掲注(1)論文のほか藤倉皓一郎「最近の判例 Owen v. City of Independence」アメリカ法 [1982-1] 八四頁以下、同「論文紹介 Christina Whiman, Constitutional Torts」アメリカ法 [1982-2] 一一八頁以下参照。See generally Shapo, *Constitutional Tort: Monroe v. Pape, and the Frontiers Beyond*, 60 NW. U.L. REV. 277 (1965).

(3) 「州法の名の下の (under color of state law)」の意味については、一八七〇年公民権法合衆国法典一八編二四二条中の同じ文言について United States v. Classic (313 U.S. 299 [1941]) が「州法に基づいて保持されるべき権限を、不法行為者が保持してゐるよう装つてゐるかの不可成なる可能性があるよう当該権限の誤った行使」(at 326) Screws v. United States (325 U.S. 91 [1945]) が「法にかつひた (under “pretense” of law) 行為 (公務員の個人的行為は除外されるが、

- 公務員がその公的義務を遂行している場合には、彼がその権能を遵守しようとするのを踏み外しようとする行為は「すべて含まれる」となると解釈し、*Monroe v. Pape* (365 U.S. 167 [1961]) に基づく「これは一九八二条のごとくも同じ意味さのひんちかた (Note, Polk County v. Dodson: *Liability under Section 1983 for a Public Defender's Failure to Provide Adequate Counsel*, 70 CALIF. L. REV. 1291, 1294-95 [1982] ; Blackmun, *Section 1983 and Federal Protection of Individual Rights—Will the Statute Remain Aline or Fade Away?* 60 N.Y.U.L. REV. 1, 15-19 [1985])」°
- (4) *See, e. g.*, *Adicks v. S.H. Kress & Co.*, 398 U.S. 144, 150 (1970).
- (5) 383 U.S. at 794 n.7.
- (6) *See Note, supra note 3*, at 1296.
- (7) 436 U.S. at 156.
- (8) 457 U.S. at 1013 n. 1.
- (9) *Id.* at 1013.
- (10) たゞ、Blum v. Yaretsky 事件に於て White 判事は当該処分が「州の政策 (state policy)」に基づくものであることを強調する同意意見を書き置いたが (457 U.S. at 1012)、Brennan 判事はその反対意見のなかで「同事件と Lugar 事件との比較を行う」「私人の行為への州権力の痕跡は、この事件 (Blum) に於ては「一層重大である」と述べた (457 U.S. at 1013 n.2)」°
- (11) 639 F. 2d at 1062.
- (12) 457 U.S. at 838.
- (13) Eisenberg, *Section 1983: Doctrinal Foundations and an Empirical Study*, 67 CORNELL L. REV. 482, 509 n.108 (1982).

- (14) See, e. g., Note, *supra* note 3, at 1297. また 'Tribe は、ステート・アクション要件も「州法の名の下に行われた行為」要件をもとに州の政策を問題にするべきであるという観点から両者を統一的に捉えようとする (L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1161-62 [1978]).
- (15) 457 U.S. at 931 n.14. 他方 White 判事は、「州法の名の下に行われた行為」が常にステート・アクション要件をみたすわけではなくて示唆している (id. at 935 n.18).
- (16) See, e. g., *Flagg Brothers v. Brooks*, 436 U.S. 149, 157 (1978).
- (17) *Casebeer, Toward a Critical Jurisprudence—A First Step by Way of the Public-Private Distinction in Constitutional Law*, 37 U. MIAMI L. REV. 379, 414-15 (1983).

第三章 バーガー・コートのステート・アクション判断をめぐって

第一節 バーガー・コート批判

第一章の検討からも明らかのように、バーガー・コートにおけるステート・アクション判断は全体として極めて厳しいものとなっている。ステート・アクション要件の緩和が連邦憲法の平等保護規定を州内の私人関係にも適用することにつながり、アメリカ社会に根強く残っている人種差別の解消について積極的な役割をはたしたと評価す

る立場からみれば、こうしたバーガー・コートの姿勢は当然批判の対象となる。

バーガー・コートにおけるステート・アクション判断の特徴のひとつは、ヴィンソン、ウォーレン・コートにおけるステート・アクション判断に関する先例を明確なたちで overrule することなく (Logan Valley 判決を明示的に覆した Loyd 判決を例外として)、それらの先例で確立されたステート・アクション判断の基準に様々な要素を付加して実質的変更を加え、結果としてステート・アクション要件を厳格化していくという手法である。例えば、「公共的機能」を私人が営むことによりその活動がステート・アクションとなるという基準について、Jackson 判決は「州が伝統的に排他的権能として行使してきたもの」に限定してしまい、事実上その適用を選挙 (White Primary Cases) と会社町 (Marsh v. Alabama) に関する特殊な事実関係の中に閉じ込めてしまった。また、州が私人による修正一四条違反行為を「援助ないし促進した」ことによりステート・アクションを認める基準については、Flagg Brothers 判決が、州が私人にその行為を「強制」していた場合に限られるとした。そのほか州による法的規制の広汎さと独占的地位の付与を根拠とするステート・アクションの主張についても、Moose Lodge 判決、Jackson 判決で否定された。このように先例をほとんど覆すことなく、その適用を限定する手法については、先例との矛盾やその限定の仕方の恣意性を批判する見解が強く出されている。⁽¹⁾

バーガー・コートにおける多数派のステート・アクション判断のもう一つの特徴は、ステート・アクション判断のための基準を「一つ一つ順次に分析する (seriatim)」手法にある。すなわち「公共的機能」、違憲行為の「援助ないし促進」(「命令ないし強制」)、「共生関係」、州公務員との「共同行動」といったこれまでの先例のなかで確立

されてきたステート・アクション認定のための基準について、それらを一つ一つ順にとりあげていって、結果としていずれの基準をも満たさずステート・アクション無しとの結論をもってくる。これに対しては、*Burton v. Wilmington Authority* 事件の連邦最高裁判決が述べたような「諸状況を精査し衡量する」アプローチ、すなわち全状況を総合する分析手法こそがステート・アクション判断には必要なのだとする批判がある。⁽²⁾

また、先にあげたようなステート・アクション判断についてのいくつかの基準についても、はたしてそれが「基準」と言い得るものなのかどうか、そしてそれらが相互にどのような関係に立つものなのかは明らかでない。さらに、ステート・アクションの要件をみたすためにはこれらの諸基準の一つだけを満たすだけではないのか、それともすべて満たす必要があるのかも明らかでない。⁽³⁾

バーガー・コートにおけるステート・アクション判断に関する厳しい態度を「形式的」「硬直化」と非難する声がある一方で、当該事件で争われている権利によって裁判所が用いるステート・アクション判断の基準が異なるのではないかとの指摘がよくなされている。⁽⁴⁾ その代表的な見解によれば、連邦最高裁は人種差別に関わる事件ではステート・アクション要件をゆるやかに解しながら、性差別や手続的適正手続違反に関する事例ではそれを厳格に解している⁽⁵⁾とされる。確かにこれまでの連邦最高裁のステート・アクションに関する諸判決をみると、「画期的」と称されるようなステート・アクション要件の拡大解釈は主に人種差別に関わる事件においてなされている。また、バーガー・コートにおいてステート・アクションの存在が認められなかった事例のなかには人種差別に関係しないものが多い。こうした傾向を、ステート・アクション判断において問われているのは結局対立する当事者間の利益

衡量であるとする立場から説明する見解も有力である。⁽⁶⁾

以上が解釈論レベルでの批判とすれば、より根本的にステート・アクション要件のイデオロギー性を批判するのは *Critical Legal Studies* に属する論者達である。彼らの主張は一樣ではないが、共通して指摘するのは、彼らが破綻していると主張するリベラリズムの前提とする「公的な (public) 領域」と「私的な (private) 領域」という二分論の妥当性に対する疑問である。⁽⁷⁾ そのなかの一人、Best はステート・アクション要件が現実には存在しない「公」と「私」という二分論をもとに価値中立的・形式的な判断を装いながら、実際には「企業の自律性」を消費者、少数者その他の無力な市民達からの攻撃から保護するという現実隠蔽機能をはたしている⁽⁸⁾と主張する。

第二節 ステート・アクション判断の「後退」と「混迷」の背景

以上のように、連邦最高裁のステート・アクション判断に対する批判は「常識化」した感があるが、そうした批判のでてくる背景を探ってみることもステート・アクション要件の本質に迫ることに役だつかも知れない。

一 「後退」の背景

バーガー・コートのステート・アクション判断の傾向をウォーレン・コートからの「後退」と位置づけるかどうか自体、その論者の立場を示すものといえることができるが、先にみた判例の流れからも明らかのようにバーガー・コートに入ってからステート・アクション判断の傾向に違いがでてきたということは誰れしも否定しえないことであろう。

こうした「変化」を説明するために様々な理由があげられている。そのひとつは、バーガー・コートにおいてステート・アクション要件が争われた事件の性格の変化である。これは先にも触れたような、連邦最高裁は当該事件で争われている権利の性格によって異なったステート・アクション判断を行っているという見方を前提としている。すなわちヴィンソン、ウォーレン・コートにおける「画期的」なステート・アクション判断は主に人種差別が争われていた事件においてなされたものであり、それは修正一四条の制定目的に沿ったものであり、公民権運動の高まりに象徴される人種差別解消を求める世論に連邦最高裁が応えたものであった。これに対しバーガー・コートが扱ったステート・アクション判断の殆どは手続的適正手続違反などの人種差別以外の争点に関わる事件においてもであり、それらに対してはステート・アクション要件は厳しく判断される⁽⁹⁾、とするのである。そしてバーガー・コートになって、すなわち一九七〇年代に入って人種差別に関係する事件のステート・アクション判断が連邦最高裁でなぜ争われなくなったかについては、一九六四年の連邦公民権法の制定と一九世紀に制定された公民権法の復権により人種差別に関する事件がそれら連邦法による救済の対象となり、ステート・アクションの有無がこれらの事件で争われなくなったためであるとされている⁽¹⁰⁾。

バーガー・コートにおけるステート・アクション判断の「変化」の理由として最もよくあげられるのは、連邦最高裁判事の構成の変化である。バーガー・コートで多数派を占めるに至った判事達のイデオロギー傾向は通常「保守的」と総称されるが、その重要な要素として「連邦制へのコミット」が指摘されている⁽¹¹⁾。これは連邦裁判所の権限を積極的に拡張して州内部の紛争に介入していったウォーレン・コートの姿勢とは対照的に、州の権限を尊重し

て連邦裁判所の介入をできるだけ差し控えるといった姿勢である。ここから連邦最高裁の「保守派」、すなわちバーガー・コートの多数派はステート・アクション要件を厳格に解してできるだけ連邦裁判所が州内部の私人間の紛争に介入することを避けようとすることになる。ステート・アクション要件と連邦制の関わりは一時あまり重視されなくなっていたが、⁽¹²⁾連邦最高裁自身ステート・アクション要件の目的の一つとして「連邦法及び連邦司法権の及ぶ範囲を制限し個人の自由を守ること」(Lugar 判決の White 判事法廷意見)を挙げるようになり、さらに Prune Yard Shopping Center v. Robins (447 U.S. 74 [1980]) が、州憲法上私人間においても表現の自由の保障を認める条項があればステート・アクション要件を問われることがないことを示したことからも、現在においては再びステート・アクション要件が連邦制と深いつながりをもって理解されていることが伺われる。⁽¹³⁾

このほか、バーガー・コートにおけるステート・アクション判断の変化の理由を連邦最高裁の、被告側の利益へのコミットの大きさの結果であると説明する見解もある。⁽¹⁴⁾とすればそれまではステート・アクション判断にあたっては原告側の利益しか考慮してこなかったようにもとれるが、これは要するに現在の連邦最高裁がステート・アクション判断にあたって原告・被告双方の利益衡量を行っているという見方の一種であろう。バーガー・コートに批判的な論者からはこれは端的に“pro-business”の姿勢のあらわれとも見做されようが、これをより大きく「組織の自律性の重視」とみることもできよう。⁽¹⁵⁾

二 「混迷」の背景

バーガー・コートにおけるステート・アクション判断がウォーレン・コートからの後退として非難されるばかり

私人間における人権保障と裁判所 木下

でなく、その判断が首尾一貫性を欠き、混乱しているとの指摘も多くなされていることは前述のとおりである。しかし考えてみればステート・アクション判断が混乱しているのはなにもバーガー・コートになって始まったことではない。C. Black は既に一九六七年の段階においてステート・アクションを“conceptual disaster area”と呼んでいた。⁽¹⁶⁾一九三〇年代までのステート・アクション判断は「安定し、確固としたものであった」との指摘もあり、⁽¹⁷⁾ そうだとすれば「混乱」の始まったのは一九四〇年代以降のステート・アクション要件の拡大解釈（以下、ステート・アクション概念の拡大という）の時期ということになる。ここでは従って、ステート・アクション概念の拡大の背景として指摘されている事柄についてもまとめてみることにしたい。

Phillips は、二〇世紀におけるステート・アクション概念拡大の社会的基礎として、『公』と『私』の境界の曖昧化」と「人格的価値をもつ」個人の権利に対する社会のコミットの増大」を挙げ、前者の二つの側面として、①巨大な制度化された私的集団の権力の台頭 ②能動的政府の積極国家的出現 ③コーポラティズム（企業と国家との融合）を指摘している。⁽¹⁸⁾ 彼は（もちろんこうした社会状況の変化が裁判所の判決に直接的影響を及ぼすわけではないことは認めつつも）、連邦最高裁判事達の憲法解釈が「形式主義」から「目的主義」に変化し、私人が制限し得るようになった個人の権利を擁護するためにそれらをいわば「憲法化」するようになったこと、しかもそれが「公的な領域」と「私的な領域」の区別が曖昧なものとなった複雑かつ多様な社会環境の中で行なわなければならなかったことにより、裁判所がそれぞれの特異な事実関係における利害調整のためのケース・バイ・ケースの対応を迫られた結果、ステート・アクション判断が混乱したのだとみる。⁽¹⁹⁾

Phillips の主張する以上の諸点は、ニュアンスの差こそあれ多くの論者が共通して指摘するところでもある。とりわけ「公」と「私」という二領域の区別については、先に紹介した Critical Legal Studies の論者をはじめとして、現代社会においては既にその区別は存在しなくなっているとの見方が強い⁽²⁰⁾。また、Tribe はこれを「“liberty” 概念の崩壊」として捉える⁽²¹⁾。すなわち、かつての連邦最高裁は実体的デュー・プロセス論にみられるように、公権力の介入をうけず私的自治・契約の自由が支配する私的な領域を確定的なものとして承認していた。しかし、一九三〇年代の憲法革命以降こうした「自由 (liberty)」の概念は崩壊し、ニュー・ディール立法を嚆矢とする私的領域への公権力の介入が是認されるようになった。ステート・アクション概念もそうした私的領域への公権力の介入の拡大の一環とみることができるといえるのが彼の見解である⁽²²⁾。これは、先に触れた「公」「私」という二領域の区別の相対化を「自由 (liberty)」という概念の方向からみたものといえるだろう。

また「人権に対する関心の増大」という点もよく指摘されるところではあるが、これがどのような「人権」についての関心かという問題がある。アメリカの歴史に照らしてみるならば、これは黒人の「公民権 (civil rights)」ということになるだろう⁽²³⁾。既に繰返し述べたように、ステート・アクション概念の拡大をもたらした画期的判決の殆どは黒人の人種差別に関わるものだったからである。一九世紀南北戦争の結果制定された公民権法はその一部が Civil Rights Cases において連邦最高裁によって違憲とされ、その他のものも殆ど執行されないままにされている。従って、裁判所は人種差別の解消を直接修正一四条・一五条を用いて遂行していく必要がある、そのためにステート・アクション要件の緩和が必要であったという説明もできるだろう⁽²⁴⁾。しかし Phillips の想定する「人権」

とはもっと広い意味のものかもしれない。現代社会における社会的権力の台頭によって脅かされる「人権」を一般的に想定する場合、表現の自由、プライバシーなどの権利が挙げられるのが通常だからである (Philips 自身「人格的価値をもつ権利」とことわっている)。従って、ステート・アクション概念の拡大は、Caroline Product 判決以降の連邦最高裁の司法積極主義を支えた司法哲学と密接に結びついているともいえる。⁽²⁵⁾

こうして見てくるとステート・アクション概念の「拡大」と「混迷」の背景には、現代国家に共通してみられる「公」と「私」という二領域の融合・交錯、そして社会的権力の台頭下における人格的生存に不可欠な人権の保護のありようという問題と人種差別の解消というアメリカ特有の問題が複雑にからみ合っているということがわかる。そしてその「縮小」の背景には、公民権法の整備などにより人種差別解消という課題が一段落したともいわれる現在、私人による他の人権侵害についても人種差別と同様、ステート・アクション概念を拡大して救済の道を広げていくか、それともこれまでの拡張されたステート・アクション判断を人種差別の問題だけに閉じ込めてしまうのか⁽²⁶⁾が争われているという状況がある。そうした攻めぎあい⁽²⁷⁾が先にみたようなバーガー・コートの諸判決及びその評価に反映しているのである。

(1) See, e. g., Schneider, *State Action—Making Sense Out of Chaos—An Historical Approach*, 37 U.FLA. L. REV. 737, 738(1985); L. TRIBE, 1979 SUPPLEMENT TO AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 107.

(2) Jackson 判決をめぐり Douglas 判事の反対意見参照。See, e. g., Ayoub, *The State Action Doctrine in State and Federal Courts*, 11 FLO. S.U.L. REV. 893, 919(1980); Calhoun, *The Thirteenth and Fourteenth Amendments: Constitutional Authority for Federal Legislation against Private Sex Discrimination*, 61 MINN. L. REV. 313, 338

- 39 (1977) ; Note, *State Action after Jackson v. Metropolitan Edison Co.: Analytical Framework for a Restrictive Doctrine*, 81 DICK. L. REV. 315, 338(1977) ; *The Supreme Court, 1974 Term*, 89 HARV. L. REV. 47, 148-49(1975).
- (∞) Note, *Tower of Babel Revisited: State Action and the 1982 Supreme Court*, 10 N. KY. L. REV. 305, 328-30 (1983).
- (4) See, e. g., Note, *State Action and the Burger Court*, 60 VA. L. REV. 840, 863(1974).
- (15) See Jakosa, *Parsing Public from Private: The Failure of Differential State Action Analysis*, 19 HARV. C.R.-C.I.L.L. REV. 193, 206(1984).
- (9) 兼四善 (三) 参照。 See, e. g., Davis, *The Supreme Court: Finding State Action... Sometimes*, 26 HOW. L.J. 1395, 1406(1983).
- (16) See, e. g., Horwitz, *The History of Public / Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1423(1982) ; Kennedy, *The Stages of Decline of the Public / Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1349 (1982) ; Klare, *The Public / Private Distinction in Labor Law*, 130 U. PA. L. REV. 1358(1982). Critical Legal Studies によつて「公」\「私」二分論批判が盛んになり、松井茂記「批判的法学研究の意義と課題 アメリカ憲法学の新しい潮流 1」法律時報五八巻九号一二頁以下、一七頁(一九八六)参照。
- (∞) Best, *Seate Action and Liberal Theory: A Casenote on Flagg Brothers v. Brooks*, 130 U. PA. L. REV. 1296, 1330(1982). See also Casebeer, *Toward a Critical Jurisprudence—A First Step by Way of the Public-Private Distinction in Constitutional Law*, 37 U. MIAMI L. REV. 379, 412-29(1983).
- (7) See, e. g., Antoun, *State Action: Judicial Perpetuation of the State/ Private Distinction*, 2 OHIO N. L. REV. 722, 727(1975) ; Note, *State Action: Theories for Applying Constitutional Restrictions to Private Activity*, 74

COLUM. L. REV. 656, 661(1974); Burke & Reber, *State Action, Congressional Power and Creditors' Rights: An Essay on the Fourteenth Amendment*, 46 S. CAL. L. REV. 1003, 1034-41(1973).

またステート・アクション要件が争われる事件のメタランが、企業対消費者とどう図式から企業対労働者とどう対立図式に変化したことを、ステート・アクション判断の変化の理由として挙げる見解がある。See McCoy, *Current State Action Theories, the Jackson Nexus Requirement, and Employee Discharges by Semi-Public and State-Aided Institutions*, 31 VAND. L. REV. 785, 790(1975).

(9) Choper, *Thoughts on State Action: The "Government Function" and "Power Theory" Approaches*, 1979 WASH. U.L.Q. 757, 758-59.

(11) 中谷 実『アメリカの新しい司法積極主義と消極主義』一五三頁(一九八七)参照。See, e. g., Gelland, *The Burger Court and the New Federalism: Preliminary Reflections on the Roles of Local Government Actors in the Political Dramas of the 1980's*, 21 B.C.L. REV. 763(1980).

(12) Schneider, *supra* note 1, at 749-71.

(13) See Yackle, *The Burger Court, "State Action", and Congressional Enforcement of the Civil War Amendments*, 27 ALA. L. REV. 479, 523-29(1975); Schneider, *The 1982 State Action Trilogy: Doctoral Contractions, Confusion, and a Proposal for Change*, 60 NOTRE DAME L. REV. 1150, 1155(1985).

(14) Phillips, *The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine*, 28 ST. LOUIS U.L.J. 683, 739(1984).

(15) *Ibid.*

(19) Black, *Foreword: "State Action", Equal Protection, and California's Proposition 13*, 81 HARV. L. REV. 69, 95 (1967).

- (17) *Schneider, supra note 1*, at 739. See also Barnett, *What is "State" Action under the Fourteenth, Fifteenth, and Nineteenth Amendments of the Constitution*, 24 ORE. L. REV. 227(1945).
- (18) Phillips, *supra note 14*, at 725-33.
- (19) *Id.* at 734-37.
- (20) See, e. g., Horwitz, *supra note 7*, at 1428; Schneider, *supra note 1*, at 740.
- (21) L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1149-57(1978).
- (22) 同様に Nerken は「契約の自由」に対する連邦最高裁の態度の変化とステート・アクション論との関係や論点を論じている。See Nerken, *A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the Civil Rights Cases and State Action Theory*, 12 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 297(1977).
- (23) Schneider, *supra note 1*, at 740-41.
- (24) *Ibid.*
- (25) 中谷・前掲書注(11)一三八頁—一四〇頁参照。See generally Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, 91 YALE L.J. 1287(1982).

第四章 ステート・アクション概念再構成の試み

以上の検討からも、現在のアメリカにおけるステート・アクション要件をめぐる状況は、ステート・アクションとはそもそも何なのか根本的に問われるべきところまで来ているといっても言い過ぎではあるまい。そこで、アメリカの論者達がステート・アクション要件の目的・存在理由を何にあると考へており、それに基づいてどのようなステート・アクションに対するアプローチを提唱しているのかを瞥見してみよう。

第一節 ステート・アクション要件の存在理由

一 連邦制

一八八三年の Civil Rights Cases は、後の連邦最高裁判決によって「修正一四条のもとでの審査に服する州による権利侵害行為と、修正一四条が障壁を提供しない私人の行為との間の基本的二分論を確立した」判例と評価されている。⁽¹⁾そこには、州内の私的活動に関する州の規制権限について連邦政府の干渉を制限しようとする連邦制に基づく要請が強く働いていた。ステート・アクション概念の拡大期には、この連邦制の要請という問題が殆ど触れ

られなくなるが、今日では再びステート・アクション要件と連邦制を結びつける議論が有力になってきている。例え⁽¹⁾ば、Lugar v. Edmondson Oil Co. 連邦最高裁判決は「ステート・アクション要件を注意ぶかく守ることは、連邦法・連邦裁判所の権限の範囲を限定することにより、個人の自由の領域を確保することになる」と述べた。⁽²⁾論者のなかでもステート・アクションを「私人の行為をコントロールする連邦政府の権限を制限する概念」として捉える Leedes⁽³⁾、「連邦制の中での権限分配——州に対する全国政府の権限の制限」とみる Choper⁽⁴⁾など、連邦議会・連邦裁判所の権限に対する制約とみる見解は根強い。⁽⁵⁾

二 権力分立

また、ステート・アクション要件の存在理由として権力分立を挙げる見解もある。⁽⁶⁾これは主に連邦裁判所の権限の限界としてステート・アクション要件を捉えるものである。すなわち、連邦裁判所の管轄権の限界という点では、連邦制に基づく制限という見方と重なりあう面も持っているが、連邦裁判所の権限の限界、とりわけ立法をまたずに私人間の関係を裁判所が決定することのできる範囲というように、この問題を議会に対する裁判所の権限の限界という面に着目して考えると、ステート・アクション要件は権力分立の要請というようにみることもできるとする。

三 個人の自律

「個人の自律の保護」をステート・アクション要件の存在理由として挙げる見解も多い。⁽⁷⁾Lugar 事件の連邦最高裁判決も先にみたように連邦制の維持と個人の自律の保護とを結びつけて論じている。その意味するところは、州（国家）の行為と私人の行為とが相互に区別されることなく、ともに憲法の制約に服するとすると、個人の自由

な選択の領域がなくなってしまうというのである。

以上のような連邦制ないし権力分立の維持と個人の自律の保護という目的のうちどれか、あるいはそれらの組み合わせをステート・アクション要件の存在理由と考えるのが近年有力な潮流といえるだろう。⁽⁸⁾ 修正一四条が州内で生じた人種差別の救済について連邦政府の権限を強化する方向と州内の紛争についての州政府の権限を尊重する方向との妥協の結果制定されたという経緯からみて、ステート・アクションは本来文字どおり「州の行為」を対象とするものと考えることができ、ステート・アクション要件と連邦制とが結びつくのはもったもななことである。そしてこうしたステート・アクション理解は、連邦制を強調し、州に対する連邦裁判所の介入をできるだけ抑制すべきというバーガー・コート多数派の司法哲学とも一致している。

しかし、連邦制の強調に対しては、それが州内での人権侵害に対する救済を妨げているという批判のほかに、今日連邦政府による人権侵害についてもステート・アクションの要件が課されていることと矛盾するのではないかという指摘がなされている。⁽¹⁰⁾ また、連邦最高裁は既に修正一四条五節に基づく連邦議会の立法権限を広汎に認め、実際通商条項に基づく各種の公民権法も合憲としているので、連邦制の維持といっても少なくとも立法権については連邦政府の権限に対する制限という意味を失っている。⁽¹¹⁾ こうしてみると今やステート・アクション要件は連邦政府一般の権限に対する制約ではなく、連邦裁判所の権限に対する制約として機能しているといったほうがよいかもれない。ただし、ステート・アクション要件を議会と裁判所との関係に基づく裁判所の権限の制約の問題としてし

まうことは余りにステート・アクション要件の成立の経緯に反することにならないだろうか。

個人の自律の保護という目的について言えば、確かに私人のすべての行動が憲法の基準に服することを求めることは個人の自律性の否定となる。しかし、個人の自律を絶対化すれば私人による人権侵害の救済は不可能になり、逆にそれ自体個人の自律性の破壊につながるかというジレンマがある。さらに、何故ステート・アクション要件という形で個人の自律を保護する必要があるのか、連邦制の維持すなわち州の主権の保護と個人の自律の保護は相互に矛盾対立するのではないか、⁽¹²⁾ 州による私人間の関係の規律は個人の自律の保護に反しないのかなどの疑問がある。

ステート・アクション要件の存在理由について興味深い議論を展開しているのはハーゲットの「制限政府」という考え方である。⁽¹³⁾ 彼によれば、ステート・アクション要件は「個人の自由」「単純多数決ルール」「憲法による特別多数決の制約」という合衆国憲法に内在する三つの原理を相互に調整するものとされる。すなわち、個人を保護し「個人の自由」を十分に実現するために社会は法や政府の存在を必要とするが、それが正当とされるのは「単純多数決ルール」に基づく代表民主主義政府による規律の場合のみである。なぜなら、特別多数数によってでなければ変更できないルールが個人に課されるとすれば、多数が不要と考えるルールにも個人は従わなくてはならなくなり、それは少数に拒否権を与える少数決主義となるからである。しかし、合衆国憲法の制定者は多数決原理だけでは満足せず、多数者の独裁に対するチェックとして憲法を特別多数によってのみ修正し得るとした。これによって憲法の修正が少数によって阻止されるという「個人の自由の保護」「単純多数決ルール」と矛盾した結果が生ずるように思

られるが、憲法の制約が個人ではなく政府の行為に対してのみ課されるという前提に立てば、憲法の規定は個人に対しては直接には作用を及ぼさず個人の選択の自由に反しない。ハーゲットによれば、連邦憲法に規定されている制約が政府の行為のみに適用があるとされていること——「制限政府 (limited government)」の原理——は、憲法の定める統治構造全体の調和のために不可欠な原理なのである。この考え方を絶対化すれば、私人の行為に憲法上の制約を課することは一切許されないことになる。このことは現在の連邦最高裁以上に厳格にステート・アクション要件を解することになろうが、ハーゲット自身そこまで徹底した主張をしようとしているのかどうかは不明である。

これまでステート・アクション要件の目的として、連邦制・個人の自律・権力分立を挙げる見解を検討してきた⁽¹⁴⁾が、最後にそれらの対極にあると思われる見解、すなわちステート・アクション要件の存在理由をまったく認めない⁽¹⁵⁾ Chemerinsky の見解をみてみることにしたい。彼は次のように論ずる。

もともと連邦憲法の保護の対象をステート・アクションによる侵害に限ったのは、私人による権利侵害に対してはコモン・ローによる救済が予定されていたからである。しかし今や個人はコモン・ローによっては保護されない多くの憲法上の権利をもっていると考えられている（人種あるいは性別による差別を受けない権利、言論の自由、reproductive autonomy など）。従って、当初の目的に依拠する限りステート・アクション要件に固執することはアナクロニズムにすぎない。また今日のいかなる権利論（実証主義・自然法・コンセンサス）によってもステート・アクション要件は正当化されない。⁽¹⁶⁾

そして、ステート・アクション要件の存在理由とされる二つの目的——私的自治の領域の保全と州の主権の尊重

——について、ステート・アクション要件はそれらの目的を達成するためにも不必要であるばかりか逆効果ですらある、と Chemerinsky は述べる。まず私的自治についてみると、ステート・アクション要件は確かに私的自治ないし個人の自由を保護するが、それは結果的に憲法を無視する自由を保護することになり、他方で権利を侵害される者の自由は顧みられない。むしろ裁判所が本案判断として双方の権利自由を衡量すべきなのである。州の主権についていえば、Civil Rights Cases の当時は確かに州と連邦との「二重主権」ともいうべき状態であったが、「憲法革命」以降の連邦政府の活動に対するニーズの高まりはこの「二重主権」という考え方をまったく消滅させてしまった。また、たとえ州の主権的権能の領域が尊重されるべきとしても、それが個人の権利の保障に優先するかどうか疑問である。なぜなら修正一四条の文言と目的は州が私人による人権侵害を防ぐ義務があることを明らかにしているし、現在連邦議会が憲法上の権利を私人による侵害から守る権能を与えられていることをみれば、私人による権利侵害の防止の権限は州のみに排他的に与えられているわけではない。⁽¹⁷⁾

こうした Chemerinsky の主張に対しては、①全ての個人の行為をステート・アクションとみることは全ての個人を政府の活動の導管 (conduit) とみることとなり、それは個人の自由という考え方を掘り崩すものである、②ステート・アクション要件をなくして当事者間の利益衡量によって私人間の紛争を解決しようとしても、両者の利益衡量は困難を伴うし、憲法上の権利の間に優先順位をつけることは劣位に置かれた権利の保護を希薄化させないか、私法の憲法化は立法や判例による私法の発展を妨げないかなどの疑問がある、③全ての個人の判断を憲法に結びつけるのは、憲法の保護の意味を陳腐化 (trivialize) し、憲法違反の主張の力を弱めるといふ心理的ないしシ

ンポリックな効果をもつし、憲法を私人の行為を制限するものとして用いることは憲法を民衆にとつてのやっかいものにする危険がある、との批判が加えられている。⁽¹⁸⁾

第二節 新たなアプローチの提唱

既に見たように連邦最高裁自身ステート・アクション判断についての確定的アプローチを示せないでいるように思われるが、論者の中からはこれまでもいくつか統一的なステート・アクション要件の判断のあり方が提唱されてきている。以下では、その中の代表的と思われるものをとりあげてみる。こととする。

〔一〕 入口問題としてのステート・アクション論

ステート・アクション判断を实体問題から切り離れた「入口問題」として捉えるべきとの主張がある。そう主張する論者のひとり Leedes によれば、ステート・アクション要件とは「私人の行為をコントロールする連邦政府の権限を制限する概念である」とされる。⁽¹⁹⁾ 従って、そこで判断されるべきは「権利を侵害した私人と州との関係が当該私人の責任を州が負わねばならないほど重大かどうか」ということになる。⁽²⁰⁾ Leedes は、そうした州と私人の關係として①私人が公共的機能を行使している場合 ②州が私人に強制を加えた場合 ③州が私人の行動に共同しているかそれを助長している場合、を挙げる。Leedes は、ステート・アクション判断の中に実体判断を滑り込ませようとする様々な見解を批判し、それらの主張は私的な行為とステート・アクションとの区別を無くしてしまい、連邦裁判所に州法制定の先取をする権能を与えるものであるとする。彼によれば債権者の権利、電気事業やクラブ

の顧客についてのポリシー等に関わる争いは政治過程でなされるべきであり、たとえ私人間の関係において強者が弱者を食いものにするのがあっても連邦裁判所の裁判官がこうした政策決定をすべきではないのである。

ステート・アクション要件が修正一四条・一五条の適用の有無に関わる判断、すなわち連邦裁判所の管轄権に関わる問題であるという前提から出発すれば、それが入口問題であることは否定できない。後に検討する論者もこの点を正面から批判することはない。問題はむしろその判断にあたってどのような要素を考慮すべきかという点にあるように思われる。Leedes はこの点でステート・アクション要件と連邦制との関係を重視し「私人と州との関わり合い」を決め手としてみている。こうした見解はステート・アクション要件の存在理由の理解、その判断基準ともに *Rehnquist* 判事に代表される現在の連邦最高裁判事の多数派のステート・アクション論に極めて近い。しかし、ステート・アクション要件を实体問題から切り離すことがステート・アクション判断を厳しくするという点と直結するわけではない。その意味で何故 *Leedes* が先に挙げた三(一)の場合しかステート・アクションが認められないとするのかは(連邦最高裁が現在そうした場合にステート・アクションの存在を限定しているという以外には)必ずしも明らかでない。そもそも連邦最高裁の過去のステート・アクション判断自身が純粹に入口問題として処理されているかどうかも疑わしいのである。⁽²¹⁾ また *Leedes* は、ステート・アクション要件を連邦政府の権限一般に対する制約原理であるとしながら、その重点は連邦裁判所の権限に対する制約という側面においている。⁽²²⁾ ここには私人間の権利義務関係に関する政策判断を裁判所が行うべきではないという考慮が強く働いている。しかし連邦制の維持という点について裁判所と議会とを区別する理由は(ここでも現在の連邦最高裁がそうした立場をとって

いるという(こと以外には)明らかではないし、そうした連邦制との係わりのない要素をステート・アクション判断のなかに持ち込むことが「入口問題としてのステート・アクション」という主張と適合するのかどうか疑わしい。

〔二〕 衡量アプローチ

ステート・アクション要件の判断が形式的に行われてしまうことにより、肝心の法的争点についての裁判所の見解が明らかにされないままに事件が処理されてしまう。連邦最高裁のステート・アクション判断に批判的な論者の多くはこの点を問題にする。⁽²³⁾ここから、全ての私人間の紛争においてステート・アクションは存在するという主張が様々な形でなされてきた。⁽²⁴⁾これらの見解によれば、裁判所が判断しなければならないのはステート・アクションの有無ではなく、原告・被告双方の利益等の衡量ということになる。ここではこれを一括して「衡量アプローチ」と呼ぶこととするが、⁽²⁵⁾いかなる要素を衡量にあたって考慮に入れるかによってその主張は多岐に分かれる。ここではその代表的な見解として、Gleason と Novak の論文をとり上げてみることにしたい。

彼らの主張は「連邦最高裁はステート・アクションに関する事件を対立する私的権利により促進されあるいは制限される双方の価値の衡量を行って判断すべきである」というものである。⁽²⁶⁾通常公権力が関与している事件ではステート・アクションの存在は問題とされず、公権力の関与のない事件でステート・アクションの有無が問題とされるが、彼らによれば、どちらの場合も結局問題なのは修正一四条が当該行為を禁じているかどうかということなのである。その証拠に、ステート・アクションがないとされて訴えが斥けられた場合、当該私人の行為は修正一四条に違反しないと判断されたのと同じ結果となってしまう。修正一四条は州が「行動」したかどうかを裁判所が審査

することを求めているのではなく、州が憲法上保障された権利を「剝奪」したかどうかを問うているのである。また州と私人との関係について、彼らは次のようにいう。州は、積極的行動によってだけでなく、それを甘受すること (tolerance) によっても権利侵害 (と主張される) 行為に加担しているといえる。なぜなら後者の場合でも問題とされた行為が州内で合法とされていることにより、州は対立する二つの権利の間に優先順位を設定しているといえるからである。こうして正規の公権力の行使と関わらない全ての事件においては、対立する私人が主張する権利の優劣が争われているということになる。

Glenon と Nowak によれば、過去の連邦最高裁判決も表面上は形式的な州の活動の量を探るといふ形をとりながら、実際には加害者の行為のもつ価値と被害者の価値との衡量を行ってきたとされる。従って、彼らのアプローチを採ったからといって従来のステート・アクション判断と大きく異なった結果をもたらすわけではない。かえって私人の行為に政府の行為と同じ厳格さで憲法上の制約を課すという不合理な結果をも避けることができる。

Glenon と Nowak が提唱するような「衡量アプローチ」は、これまでも数多くの論者から主張されており、ステート・アクション判断をめぐるとの有力な潮流といつてよい⁽²⁷⁾。もちろん論者によって何故全ての事件においてステート・アクションが存在するといえるのかについての説明の仕方や衡量の対象となるべきファクターは微妙に異なるが、「州との関わり合い」の程度を探究する伝統的なステート・アクションに対するアプローチでは、これまでの連邦最高裁判決の一貫した説明とはならないし、妥当な結論も導けないことを強調し、当該事件において実質的にいかなる利益が争われているのかに着目する点は共通している。

こうした「衡量アプローチ」に対する批判は、先に触れた「入口問題としてのステート・アクション」の主張として述べたところと重なりあうところが多いが、⁽²⁸⁾Thompson に従ってまとめると、①連邦制への配慮を欠く②私的自治を脅かす③(連邦)裁判所の権限を過度に拡大する④連邦裁判所への訴えの氾濫を招く、というものである。⁽²⁹⁾これらについては、Thompson 自身の反論をみてみよう。

連邦制の維持という点に関して、彼は連邦制が地方によるコントロールを重視するものであるとすれば、それによって生ずる州政府の権力の増大に伴って、それらの権力による権利侵害に対して保護を与える必要性も増大する点を指摘する。私的自治については、ステート・アクション要件を緩めてもそれと当該行為の合憲性の問題とは別の問題であるし、また今日政府は個人の生活のあらゆる側面に関わっており、純粹な私的自治なるものが存在するかどうか疑問であるとする。また裁判所の権限の問題については、「衡量アプローチ」を採用しても新たに裁判所が処理すべき領域を拡大したわけではなく、むしろ過去の裁判所のステート・アクション判断の裏にある真の理由づけを明らかにするにすぎないこと、連邦議会が私人間における差別行為を禁止する立法を整備したとしてもそれによって裁判所の役割がなくなるわけではないことを指摘する。そして訴訟の氾濫を招くという点については、「州との関わり合い」を問題にする伝統的なアプローチ自身明確なガイドラインを欠いており、「衡量アプローチ」を採ったからといってアド・ホックな判断となるわけではなく、先例拘束によりこうした混乱は避けることができる、また裁判所のキャパシティを理由として憲法上の主張を制限するのは正しくなく、連邦裁判所の負担軽減はステート・アクション判断によってではなくその他の機構改革によってなされるべきであると述べる。

Thompson の主張は前節をみた Chemerinsky のステート・アクション否定論と大部分重なりあうものである。もっとも Chemerinsky がステート・アクション要件と連邦制との関係について、州内のコモン・ローによる救済の機能不全と結びつけて論じていたのに比べると Thompson の連邦制に関する反論はやや説得力を欠くように思われる。また Chemerinsky の主張にしても、今日において私人による権利侵害について州による救済がまったく機能しえないと断定できるかどうかは疑問のあるところであり、連邦制は「衡量アプローチ」を主張する論者にとっての難問である。こうした点をふまえて、衡量するファクターのなかになんらかの形で連邦裁判所が州内の私人間の紛争に介入する必要性に関する判断を含めている見解もある。⁽³⁰⁾

〔三〕 パワー・セオリー

以上の対立する二つの見解のそれぞれに批判的で、自らユニークなステート・アクションに対するアプローチを提唱するのが、J. Choper である。

彼はまずステート・アクション要件の存在理由を連邦制内部における国家機関相互間の権限配分の問題と捉え、個人の自律性保護という目的を否定する。それはステート・アクション要件は州に対する連邦政府の権限に関する制限であって、州政府の権限についてはなんの制限ともならないから、ステート・アクション要件によって私人の選択が全ての政府による規制から免除されるとはならないからである。その上で彼は、事実上全ての場合にステート・アクションの存在を認める「衡量アプローチ」の論者を批判して次のように述べる。「こうしたアプローチはステート・アクションと私的行為との区別を実際上なくしてしまうことによって個人間に生ずる無数の関係の規制

に関して修正一四条が連邦政府に課している制約を骨抜きにしてしまう」。なぜなら「こうしたアプローチは全ての私人の活動が連邦憲法の基準に従って行われることを求め」、「あらゆる種類の私的活動を連邦裁判所の審査に服さしめ」、同時に「連邦議会が修正一四条五節に基づいて私的事項の多くの側面をつかさどる制定法上のルールを作る広汎な権限を与えられる」という結果をもたらすからである。

Choper は連邦裁判所と連邦議会の双方の権限が拡大することを問題とするが、彼の重点は「衡量アプローチ」が連邦裁判所に州内の個人間の取引についての広汎な判断権を与えてしまうという点に置かれている。それに加えて彼が指摘するのは、裁判所が行う衡量が実際には衡量とならずに憲法規範に反すると主張された加害者が常に敗れるのではないかという恐れである。

こうして Choper は、一定のカテゴリに属する行為者が州と同じように憲法上の責任を負うべきかどうかを問題にする。「行為者に焦点を当てたアプローチ」にメリットを見いだす。彼は判例上認められてきた「統治的機能 (governmental function)」アプローチ (ある私的集団が伝統的に政府の機能と考えられてきた機能、すなわち「歴史的伝統からみて私的な供給者がいなければ公的な供給者が行うべきとされるような基本的なサービスの提供」を行っているかどうかをステート・アクション判断の基準とする) を承認し、それと併用する形で一定の基本的サービスを私的団体が排他的にコントロールしている場合には州と同様の憲法上の責任を負うとする。「パワー・セオリー」を提唱する。「パワー・セオリー」によれば、ある私的団体が独占的権力を行使していることが重要なのである、その淵源すなわち州がその団体に独占的地位を与えたかどうかは問題ではない。またこのアプローチは、

ある私的団体のもつ独占的ないし政府類似の機能について適用され、同じ団体の活動であってもそれにあたらない機能については適用されない。

こうした Choper の主張に対しては「入口問題としてのステート・アクション」判断を主張する Leedes が批判を加えている。Leedes の批判は一言でいえば「社会においてより大きな権力をもつものは権力を有するが故にその決定を裁判所の veto に服せしめなければならないというような政治的考え方は憲法に基礎を持たない」ということである。Leedes はこうも言っている。「もし大企業が規制されるべきだとしても、連邦裁判所ではなく政治的フォーラムで対立する諸利益が衡量されるべきである」⁽³²⁾。Leedes のステート・アクション要件の理解によれば、「統治的機能」にもとづきステート・アクションが認められるのは例外的な場合であり、それも Choper とは異なり、権力の大きさではなく、行使された権力の性格及び淵源により憲法上の制約を課すことが正当化されるのであるから両者の対立は当然ともいえよう。

Choper の「パワー・セオリー」については、Leedes のような批判のほかに、いかなる機能が「統治的」といえるのかという連邦最高裁の「公共的機能」論に基づくステート・アクション判断に対して投げかけられてきた疑問がそのまま妥当するように思われるし、⁽³⁴⁾どの程度でその「排他的コントロール」といえる状況になるのかもはっきりしない。このように欠陥が明らかに存在するように思われる議論でありながら、Choper の主張が一定のアピールする力をもっているように思われるのは、それが巨大化した私的団体による人権侵害に対する救済の必要性というこれまでのステート・アクション判断が担ってきた一つの側面を突いているからであろう。

[四] L. Tribe のステート・アクション論

最後に現在のアメリカ憲法学の代表的存在である L. Tribe のステート・アクション論を採り上げてみることにしよう。⁽³⁵⁾

Tribe は現在の連邦最高裁によるステート・アクション判断が法原理として破綻している根本的原因を、affirmative な liberty 概念が実体的デュー・プロセス論の後退以降、崩壊しているところにあるとみる。affirmative な liberty 概念とは、政府が規制しえない個人の自由な領域をいう。こうした個人の自由な領域の存在を前提とすれば、個人の私的な選択に対する政府の対応として、それを積極的に規制しようとする場合、意図的に規制しない場合、規制しようとしても（憲法上禁止されていて）できない場合の三つのケースが考えられる。そして、ある私人の行為について政府が黙認している場合（それがステート・アクションが争われる事件で最も困難なケースである）、意図的な不作為はステート・アクションとなるが、規制しえないがゆえの不作為はステート・アクションとはならない。このように affirmative な liberty 概念を前提とすればステート・アクション判断は明確に行われるのである。

Tribe はステート・アクション要件を「入口問題」ではなく、「参照枠組 (Frame of reference)」であるととする。その意味は、ステート・アクション要件の審理が「個々の行為者が政府の行為者かどうか」ではなく、「個々の事件に関係している政府のルールを確定し、そのルールが当事者の主張する個々の権利により禁止された徴憑をもっているかどうか」を探究するところにあるということである。このことをより具体的に明らかにするのは連邦

最高裁の *N. Y. Times v. Sullivan* 判決と *Shelley v. Kraemer* 判決の比較である。二つの事件で問題になっているのは、前者では名誉毀損についての、後者では契約についての *コモン・ロー* 上のルールである。しかし、一般に前者においては *ステート・アクション* の存在は争われないのに、後者についてはその存在が争われるのは何故だろうか。Tribe によればその理由は、*N. Y. Times v. Sullivan* 事件においては言論の自由が問題になっており、その保障のためには言論のための「息をつくスペース」が重要であり、そこから名誉毀損救済の形態について手続的制約を課すことが必要であったのに対し、*Shelley v. Kraemer* 事件においては平等保護が問題になっており、政府が人種などの問題に関して中立であることが求められているにすぎないから、州裁判所が少なくとも外見上は契約上の条件を盲目的に執行しようとした限りにおいて、そして州の政策が中立性の特徴を備えている限りにおいて憲法違反の問題が生じなくなるからである。

このように Tribe は、連邦憲法の制約が及ぶのは政府の政策であるという点を前提にしながら、当該事件において政府の政策がいかに関わっているのかを問題にする。たとえばある私人によって人種差別が行われた場合においても、*Reitman v. Mulkey* 事件のように州が憲法修正という形で少数者を差別するという政策を明らかにしている場合には *ステート・アクション* が認められるが、人種差別主義者による黒人排除に対して政府が中立的な不法侵入罪を適用・執行するだけならば *ステート・アクション* はないとされる。

当該事件における私人の行為と州の政策との関わりを探り、その州の政策を当事者の主張する権利に照らして審査するという Tribe のアプローチは、これまでの *ステート・アクション* に関する議論を総合化する試みといえる

かもしれない。⁽³⁶⁾しかし、私人の行為と州の政策との関わりかたは様々であり、どのような場合に州の政策を審査で
きるのかはかなり微妙な問題となるだろう。先にも触れた *Leedes* は、*Tribe* についても「衡量アプローチ」と
同様、ステート・アクション要件についての判断を实体問題と結びつけている点を批判するとともに、ステート・
アクション要件を実質的になくしてしまうものであるとするが、*Tribe* 自身も全ての事件において裁判所が当該
事件の背景にある州の政策を判断できると考えているわけではない。彼は州の法律やルールを裁判所の合憲性判断
の場にひき出す方法として二つのやりかたを指摘している。⁽³⁸⁾第一は、問題とするルールに則って直接の加害者であ
る私人をそうした損害を与えうるような立場に置いた州の公務員を訴える(例えば *Moose Lodge v. Iris* 事件
において、原告がクラブではなく州の酒類規制委員会を訴える)方法である。第二の方法は、直接の加害者を州裁
判所に訴え、もし州裁判所が救済を拒否するにあたって州法を援用したならば、連邦裁判所でその州法の合憲性を
争うというやりかた(例えば、*Flags Brothers v. Brooks* 事件において原告 *Brooks* が被告 *Flags Brothers*
に対して州裁判所に家具の売却をやめさせるように求め、州裁判所が州法の自力執行についての規定を根拠に請求
を退けたならば、連邦裁判所において当該州法の規定の合憲性を争う)である。ただこれはステート・アクション
の問題を回避しただけで、そもそもステート・アクション要件をいかに判断すべきかという問題に答えていないよ
うに思われる。⁽³⁹⁾

(1) *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U. S. 345, 349 (1974).

(2) 457 U. S. at 936.

- (3) Leedes, *State Action Limitations on Courts and Congressional Power*, 60 N. C. L. REV. 747, 747 (1982).
- (4) Choper, *Thoughts on State Action: The "Government Function" and "Power Theory" Approaches*, 1979 WASH. U. L. Q. 757, 757-58.
- (5) See, e. g., Jokosa, *Parsing Public from Private: The Failure of Differential State Action Analysis*, 19 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 193, 228-29 (1984); Burke & Reber, *State Action, Congressional Power and Creditors' Rights: An Essay on the Fourteenth Amendment*, 46 S. CAL. L. REV. 1003, 1014-16 (1973).
- (6) See Jokosa, *supra* note 5, at 225-27; Burke & Reber, *supra* note 5, at 1017.
- (7) See Jokosa, *supra* note 5, at 222-24; Burke & Reber, *supra* note 5, at 1012-14.
- (8) Tribe のスティー・ブクミン要件がなだりつゝの主要な目的として、個人の選択の自由の保護と連邦制・権力分立を維持する (L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1149 [1978])。また、Schneider は「ブクミン要件の目的として、連邦制の維持を目的として一定の活動が、その性格上憲法の枠内で行なわれなければならない公衆の期待の充足」を求めた (Schneider, *State Action—Making Sense Out of Chaos—An Historical Approach*, 37 U. FLA. L. REV. 737, 737 [1985])。
- (9) See, e. g., Yackle, *The Burger Court, "State Action," and Congressional Enforcement of the Civil War Amendments*, 27 ALA. L. REV. 479, 529 (1975). See also Schneider, *The 1982 State Action Trilogy: Doctrinal Confusion, Confusion, and a Proposal for Change*, 60 NOTRE DAME L. REV. 1150, 1155 (1985) (連邦制を一面的に強調して「一定の活動が憲法の制約を服すべき」との「公衆の合理的期待の充足の重要性を認めよう」という点を批判)。
- (10) See G. STONE, L. SEIDMAN, C. SUNSTEIN & M. TUSHNET, CONSTITUTIONAL LAW 1476 (1986).
- (11) See *id.* at 1475; Quinn, *State Action: A Pathology and a Proposed Cure*, 64 CALIF. L. REV. 146, 151 (1976).

- (12) L. TRIBE, *supra* note 8, at 1150.
- (13) ジェームズ・E・ハーゲット(渡辺 賢訳)「アメリカ憲法における State Action 法理の展開」北大法学論集三五巻六号五九頁以下(一九八五) 参照。
- (14) 以上検討してきたのは、ステート・アクション要件が連邦憲法の規定を私人に適用することに対する制限として機能することを積極的に評価する立場からその目的を探る試みであった。しかし、過去の連邦最高裁判例を振り返ってみればわかるように、ステート・アクション要件は私人の行為と「州の行為」との結びつきに着目し、私人の行為を「州の行為」と擬制することによって連邦憲法の人権保障規定の適用を私人間に拡大する機能を営んできたということもできる。しかしステート・アクション要件が私人間への憲法上の人権規定の適用を拡大する際のテクニクとして用いられたということからそれがステート・アクション要件の本来の目的であると言うことはできない。ステート・アクション要件の本来の目的はやはり州内の私人間における連邦憲法の適用を制限することにあつたと考えられるし、積極的に私人間に連邦憲法の効力を及ぼしていった過去の連邦最高裁判決はそれを緩やかに解釈した結果として捉えるべきと思われる。
- (15) Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 *Nw. U. L. Rev.* 503 (1985).
- (16) すなわち、実証主義によれば全ての法は主権に由来するからコモン・ローも州によって生み出されたものということになり、権利を侵害するコモン・ローはステート・アクションとなる。また州は私人による人権侵害を禁ずる権限をもつからそれを怠ることは人権侵害を容認するステート・アクションとなる。また自然法論によれば、憲法上の権利は自然法を体現したものであることになり、私人による当該権利の侵害は政府によるそれと同様に許されなくなる。更に自然法論は、政府の存在理由が私人による権利侵害を防ぐことにあるとするので、政府は私人による権利侵害から個人を守る義務を負い、ここでもステート・アクションは常に存在することとなる。コンセンサス理論(契約理論)は政府がその権威を支配される者の同意から得ているとの前提にたち、権利は価値ある(と考えられている)活動・自由を保護するために保障されている

のであり、政府による侵害であれ私人による侵害であれ、それは価値あるものについてのコンセンサスを侵すので、ステート・アクション要件はこの考え方とも矛盾する (at 519-35)。

なお、法実証主義・自然法(権)論とステート・アクション論との関係については、Brest と Goodman との間に興味深い論争がある。See Brest, *State Action and Liberal Theory: A Casenote on Flagg Brothers v. Brooks*, 130 U. Pa. L. Rev. 1296, 1297-302 (1982) (自然権論によれば、私人による差別を州が禁じないことを「自律的な私的行動は州の規制から自由なところへ置かなければならない」と説明しうるが、法実証主義によれば州が私人による差別を禁じないことも州の政策によるものということになり、この場合もステート・アクションが認められることとなるので、ステート・アクション要件による「公」「私」の区分は法実証主義のもとではその基礎が危うくなる」と説く)。But see Goodman, *Professor Brest on State Action and Liberal Theory and a Postscript to Professor Stone*, 130 U. Pa. L. Rev. 1331, 1331-36 (1982) (ステート・アクション要件により干渉が排除されるのは裁判所による連邦憲法の適用という「政府の干渉」のみであり、州の規制も含めた「政府の干渉」一般ではないので、自然権論とステート・アクション要件とは相互補完的ではなく、むしろ法実証主義とステート・アクション要件がともに政治過程を憲法上の制限から隔離する点で相互補完的であると述べる)。

(17) またステート・アクション要件が「判断権能 (decision making authority)」の配分という機能を果たしているとする見解、すなわち個人の権利の政府による侵害に対する救済という連邦裁判所の役割を十全に機能させるためには私人による人権侵害事例を連邦裁判所の管轄から除く必要があり、ステート・アクション要件はそのために役だっているとの見方がある。これについて Chemerinsky は、連邦裁判所への事件の流入を制限する手段は他にもあるし、他の判断機関が効果的に私人による人権侵害を防ぐかどうか疑問があると述べる。さらにステート・アクション要件をなくすことにより訴訟の氾濫を招くという恐れについては、第一に、そもそもその可能性自体不確定なものであるし、第二に、たとえ訴訟件数が増

加しても判例により行為規範が確立するまでの短時間の現象にすぎず、また訴訟件数が増大したとすればその程度はステート・アクション要件の廃棄の必要性を示すものとみざるを反論しつつある (at 547-50)。

- (21) Marshall, *Diminishing Constitutional Rights: Rethinking "Rethinking State Action"*, 80 NW. U. L. REV. 558 (1985). Marshall はそのなかで以上の三点に加え、Chemerinsky が州による個人の権利保護が十分になされるようになれば連邦政府による監督は不要になるであろうと述べている。これに Monroe v. Pape (365 U. S. 167 [1961]) の趣旨に反するところを指摘しつつある。

これはたゞこの Chemerinsky は既述論を行っていない。See Chemerinsky, *More is not Less: A Rejoinder to Professor Marshall*, 80 NW. U. L. REV. 571 (1985)。

- (61) Leedes, *supra* note 3, at 747. See also Rowe, *Emerging Threshold Approach to State Action Determinations: Trying to Make Sense of Flaggs Brothers, Inc. v. Brooks*, 69 GEO. L. J. 745 (1981).
- (23) Leedes, *supra* note 3, at 751.
- (12) See, e. g., Note, *State Action and the Burger Court*, 60 VA. L. REV. 840, 863 (1974); Rowe, *supra* note 19, at 767 n. 131.
- (22) Leedes は「連邦議会の権限をどう評価するか」という問題を論じている (at 794-96)。
- (23) See, e. g., Thompson, *Piercing the Veil of State Action: The Revisionist Theory and a Mythical Application to Self-Help Repossession*, 1977 WIS. L. REV. 1, 22; Williams, *The Twilight of State Action*, 41 TEX. L. REV. 347, 372-73 (1963).
- (24) See, e. g., Note, *State Action: Theories for Applying Constitutional Restrictions to Private Activity*, 74 COLUM. L. REV. 656, 664 (1974); Williams, *supra* note 23 at 389; Henkin, Shelley v. Kraemer: Notes for a

Revised Opinion, 110 U. PA. L. REV. 473, 481-86 (1962). なおこの最も早い時期からいうとした主張をしてもよいが、
H. Horowitz 氏の (Horowitz, *The Misleading Search for "State Action" under the Fourteenth Amendment*, 30 S. CAL. L. REV. 208 [1957])。彼は「州が私人間の取引に法的帰結を与えていないことにより、州内の全ての私人間の紛争においてステート・アクションが認められる」(at 209)と述べる。従って彼によれば問題の解決はステート・アクションの有無ではなく、個々のステート・アクションが違憲かどうかという判断のなかに求められることとなる。もっとも彼はこの論文において違憲なステート・アクションかどうかの基準を、当該行為が平等保護ないし適正手続を「剝奪」「否定」したかどうかであるとしており、敢密な意味では「衡量アプローチ」を採用したとはいえない。しかし後に彼は「衡量アプローチ」をこの点を明確にした (Horowitz, *Fourteenth Amendment Aspects of Racial Discrimination in "Private" Housing*, 52 CALIF. L. REV. 1, 19-20 [1964])。

(50) 後述のとおり Glennon と Nowak の論文は、これを「functional analysis」と呼び、Thompson は「衡量アプローチ」と採る論者を「revisionist」と総称する (Thompson, *supra* note 23)。Jokosa は争われた権利ごとの「ステート・アクション判断の基準が異なるという観点から」“differential analysis”と名を付する ((Jokosa, *supra* note 5)。

(51) Glennon と Nowak, *A Functional Analysis of the Fourteenth Amendment "State Action" Requirement*, 1976 SUP. CT. REV. 221, 227.

(52) See, e. g., Quinn, *supra* note 11, at 155-58; Note, *supra* note 24, at 661-62; Black, *Foreword: "State Action", Equal Protection and California's Proposition 14*, 81 HARV. L. REV. 69, 100-04 (1967); Williams, *supra* note 23, at 390; Henkin, *supra* note 24, at 487-96; Van Alstyne & Karst, *State Action*, 14 STAN. L. REV. 3, 7 (1961).

- (80) See Leedes, *supra* note 3, at 761-62; Burke & Reber, *supra* note 5, at 1010-11. See also Jokosa, *supra* note 5, at 213-21; Winter, *Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause*, 1972 SUP. CT. REV. 41, 44-52.
- (81) Thompson, *supra* note 23, at 23-31.
- (82) 例えば Van Alstyne と Karst の論文が「衡量をくぎをノンクターのなかで、当事者の個人的な利益と並んで、連邦権力介入の必要性、行政・政策決定機能を分散化する価値を挙げている (Van Alstyne & Karst, *supra* note 28, at 7-8)°」
- (83) Choper, *supra* note 4, at 762.
- (84) Leedes, *supra* note 3, at 757.
- (85) *Id.* at 758.
- (86) L. TRIBE, *supra* note 8, at 1163.
- (87) *Id.* at 1147-74.
- (88) Jokosa が「衡量プロローグ」を批判する一方、Tribe の「プロローグ」を支持する (Jokosa, *supra* note 5, at 231-32)°
- (89) Leedes, *supra* note 3, at 757.
- (90) L. TRIBE, CONSTITUTIONAL CHOICES 253-59 (1985).
- (91) Tribe が CONSTITUTIONAL CHOICES に於いて「最高裁が Flagg Brothers と Moose Lodge との間でも訴訟の対象は法的ルール自身であると認識すべき」との主張は「過度に事件を単純化したこと」(at 253) と自らも見解も含めて批判し、「全ての社会的な intercourse を州により条件づけられ、それゆえに州に帰せられる行動とみるこ

は私的領域の存在を否定することになる」(at 264)と述べている。この点、前著 (AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW) における主張との整合性が問題となろう。

むすびにかえて

以上、最近におけるステート・アクション論をめぐる状況を連邦最高裁判決と主要な学説を素材に概観してきたが、「はじめに」でも述べたように、本稿は研究の第一段階にあたるものであって、現時点においては結論めいたことを述べる用意はない。従って、いくつかの問題提起と今後の研究課題を指摘することでむすびに代えることにしたい。

第一に指摘しておきたい問題は、わが国におけるステート・アクション論の理解に関わる点である。これまでわが国におけるステート・アクション論の紹介は、主として「私人と州との関わり合い」を梃子に憲法上の人権保障の範囲を私人間に拡張していくためのテクニックとしてステート・アクションの問題を捉えてきた。そしてそれはこれまでの連邦最高裁判決の流れの一面を確かに捉えていたといえる。しかし、アメリカにおけるステート・アクション判断の理解としては、「州との関わり合い」を強調する論者はむしろ少数であり、多くの論者はステート・

アクション判断を私人間における諸利益の衡量としてみる見解をとっている。このことは単に数の問題にとどまらず、わが国の私人間効力の議論にも興味深い示唆を与えてくれるように思われる。「衡量アプローチ」を採る論者達は、連邦最高裁の「州との関わり合い」に基づくアプローチを形式的判断であり、これまでの連邦最高裁判決について一貫した説明を与えないと批判する。他方で伝統的なステート・アクション判断を支持する論者達は「衡量アプローチ」をステート・アクション概念の否定であり、連邦制と個人の自律性を損ない、裁判所の権限を過度に増大させると説く。こうした対立は、連邦制に関する議論を除けば、直接効力説と間接効力説の対立という形をとりながらわが国で議論されているところとほとんど変わらないのである。

指摘しておきたい第二の点は、第一の点で述べたこととも関わるが、一体ステート・アクション判断の本質はなにかという問題である。これまでステート・アクション要件の判断を、問題とされた私人の行為に対する州の責任の有無の問題と捉える見解や当該事件に関わる諸利益の衡量であるとする見解、加害者たる私人が統治的機能ないし基本的なサービスの提供を独占的に行っているかどうかの判断であるとする見解、事件に関わる州の制度ないしルール上の判断であるとする見解などがあることをみてきた。しかし、それらのいずれもがこれまでのステート・アクションの判断としてなされてきたことのある一面しか捉えきれていないように思われる。結局ステート・アクション要件が担ってきた役割は、複合的なものであるであり、その内容も時代によって変化しているのかもしれない。

第三に、このように複合的な性格をもつと考えられるステート・アクション判断をわが国の私人間効力をめぐる議論と結びつける際に、どれを特殊アメリカ的要素と捉え、どれを普遍的問題、すなわち私人間における人権保障

のありかたの問題として捉えるべきかという点がある。ステート・アクション要件の存在理由として、連邦制・個人の自律性・権力分立が指摘されるが、このなかでアメリカ固有の問題と思われるのは連邦制の維持という目的である。そしてこれまでステート・アクション要件が「州との関わり合い」に基づいて判断されてきた主要な要因は、やはり連邦制にあるのではなからうか。連邦憲法は基本的に連邦政府と州政府に向けられたものであるとの前提に立つかぎり、州内の私人間の紛争について連邦裁判所が介入するためには州が作為または不作為によってその紛争に参与していることを口実とせざるをえないからである。連邦制という要素を取り払ってもなお、一般の私人間の紛争に憲法を適用する場合において「州（国家）との関わり合い」を持ち出す必要が残るのだろうか。また、ある私人が国家と関わり合いをもっているといってもその関わり合いの性格・程度は様々なものが考えられるし、ある意味では全ての私人がなんらかの形で国家との関わり合いをもっているともいえる。そして国家との関わり合いの程度それ自体がいくら密接になったところでその私人の行為が憲法の制約に服するということは論理的には結びつかず、問題となるのはその関わり合いの性格ないし当該私人の性格・機能のようにも思われる。

これらは、今回の作業を通じて得た、多分に「思いつき」的要素を含んだ「感触」である。従って、今後はこの「感触」を事実には照らして検証していく作業に取りかからなければならぬ。そのための課題としては「はじめに」においても述べたように、Civil Rights Cases に始まる、連邦最高裁のステート・アクション判例の綿密な検討や「再建期」に行われた連邦憲法修正、連邦公民権法をめぐる議論の整理などが不可欠である。とりわけ連邦公民権法一九八三条とステート・アクション要件との関係についてはもう少し理解を深める必要がある。

以上は、ステート・アクション要件についてより正確な知識を得るといふ問題意識に基づくものであるが、ステート・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、アメリカにおける社会構造の歴史的変化の中にこれらの議論を位置づける作業が必要となる。その意味で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。