

# 防衛秘密と司法判断

——米国判例に見る「軍産複合体」の一側面——

東京大学教授・信州大学教授

玉井 克哉

TAMAI Katsuya

はじめに

I 政府の不法行為と防衛秘密

II 政府調達契約と防衛産業

III 防衛秘密と司法権の限界

まとめ——軍産複合体の法的側面

## はじめに

「軍産複合体 (military-industrial complex)」の大きな影響力と危険性をアイゼンハウアー大統領が退任演説で警告したことは、よく知られている<sup>1)</sup>。第二次大戦終了後も米軍は総力戦体制を解かず、冷戦構造の下でむしろ軍事費を増大させた。今日、米国は全世界の武器購入費の過半 (57%) を支出しており<sup>2)</sup>、ロッキード・マーチン、ボーイング、レイセオン、BAE システムズ、ノースロップ・グラマン及びジェネラル・ダイナミクスなどの巨大軍需メーカーは、その主要な調達先である<sup>3)</sup>。

これら防衛産業各社と米軍の関係は、秘密のベールに閉ざされている部分が多い。しかし、その一角が判例を通じて法の世界に表れ、それによって公開情報となることがある。本稿は、そうした

公開情報に基づき、法的に観察した場合の「軍産複合体」の特徴がどこにあるか、その一端を明らかにしようとするものである。

行論の前提は、米国において、コモンローの伝統に源を発する主権免責原則が今日でも生きており、合衆国政府が自らの同意なくして訴えられることはない、ということである<sup>4)</sup>。しかし、そこには、大きな例外が二つある。一つは、1946年の連邦不法行為責任法 (Federal Torts Claims Act; FTCA)<sup>5)</sup> によって政府が不法行為責任を追及される場面である。同法は、訴訟の被告となるための同意を連邦議会が包括的に与えたものであって、合衆国政府の職員が違法な行為によって他人に加えた損害に対して「同様の状況で私人が負うのと同程度に」責任を負うと定める (28 U.S.C. §2674)。請求権の内容は当該不法行為が行われた地の州法によって定まり<sup>6)</sup>、訴訟審理は各地区裁判所 (U.S. district courts) が管轄する (28 U.S.C. §1346 (b) (1))。もっとも、主権免責原則そのものが変更されたわけではないので、そこには例外がある。裁量的 (discretionary) 任務の遂行が、その一つである (28 U.S.C. §2680 (a))<sup>7)</sup>。米軍の作戦行動に伴

1) Farewell Address to the Nation, the final speech of President Dwight D. Eisenhower as the 34th President of the United States, Jan. 21, 1961.

2) [http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/eisenhower001.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/eisenhower001.asp)  
2) ただし、中国は統計に含まれていない。この点を含む基本データは、ストックホルム国際平和研究所により年々公開されている。See, SIPRI Top 100 arms-producing and military services companies in 2017, Dec. 2018. Available at: <https://www.sipri.org/publications/2018/sipri-fact-sheets/sipri-top-100-arms-producing-and-military-services-companies-2017>

3) これら6社は、この順に世界の防衛産業における最上位を占めている。このうちBAEシステムズは英国企業であるが、ワシントンDC近郊に本社を置く米国子会社 (BAE Systems Information and Electronic Systems Integration Inc.) が米国

における拠点となっているとみられる。

4) 本稿は、主権免責原則に関する筆者の研究プログラムの一環である。既発表の研究成果としては、拙稿「主権免責の『民間化』——アメリカ不法行為法の一側面」小早川光郎先生古稀記念『現代行政法の構造と展開』(2016) 859頁以下がある。

5) 28 U.S.C. Pt.VI Ch.171 and 28 U.S.C. §1346 (b).

6) *Miree v. De Kalb County*, 433 U.S. 25, 29 fn.4 (1977); *United States v. Muniz*, 374 U.S. 150, 153 (1963). 後者は、受刑者が合衆国を訴えるときも州法が適用されるとしたものである。

7) これにつき、一般的には、若狭愛子「裁量免責 (discretionary function exception) についての一考察——アメリカ連邦不法行為請求権法 (Federal Tort Claims Act) の判例より」法学論集 (関西大学) 51巻6号 (2002) 54頁参照。

う不法行為について、合衆国政府は、さらに特別な法律がない限り、一般的にはそれによって免責される。また、いま一つの例外は、政府が締結した契約などに関する通称タッカー法 (28 U.S.C. §§ 1491-1509) である。これにより、契約不履行などについて、政府調達契約の相手方などから訴えられることがありうる。これによる請求については、連邦請求裁判所 (Court of Federal Claims) が専属管轄する。

以下では、まず、合衆国政府の不法行為に関して防衛秘密 (state secret) の法理がもたらす影響を観察し (I)、次に政府調達を主要な収入源とする防衛産業における契約法の特殊性を瞥見したあと (II)、政府調達契約に関わる防衛秘密に関して政治問題法理並みに司法判断を回避する準則を確立した最近の合衆国最高裁判決とその意義を論じ (III)、最後に全体をまとめることとしたい。

## I 政府の不法行為と防衛秘密

### 1 証拠排除による問題の解決——レイノルズ事件判決 (1953年)

議会の制定法により主権免責原則が適用されず、したがって本来は合衆国政府が責任を負うべき不法行為に関して、判例が、コモンロー上の国家秘密 (state secret) 法理を導入した。そのリーディング・ケースとなったのが、1953年の合衆国最高裁判決である。

事案は、次のようなものである。1948年、秘密の電子機器をテストするために行われたB-29爆撃機の試験飛行で墜落事故が発生し、搭乗していた4人の民間人のうち3人が死亡した。連邦不法行為責任法に基づき合衆国政府を訴えた遺族は、事実関係を解明するため、空軍による事故調査報告書や生存した乗組員の証言記録を、ディスクヴァリで提出するよう要求し、事実審理を担当する裁判官は、その提出を命じた。それを空軍が拒んだところ、裁判官は、

連邦民事訴訟手続規則 (R 37 (b)(2)(i), Fed Rules Civ Proc) に従い、それにかかるすべての事実関係を原告の主張通りに認定して、原告勝訴の判決を言い渡した。

控訴審もそれを是認して、こう述べる。連邦不法行為責任法が主権免責を放棄して原告の訴えを許容したのは、秘匿特権が保護すべき公益なるものよりも「政府の行為によって損害を蒙った者について正義が実現するという優越的な公益」を重視する議会の意図を表わしている。そもそも、政府の行為を白日の下に曝すことこそが公益であって、秘密のバールによって政府の活動を覆い隠すことを認めるのは、隸従への道を一步進むものである。その種の秘匿特権を広汎に認めることは、ただ単に責任を免れるためだけのために政府がそれを主張することを許容する結果となるであろう<sup>8)</sup>。

これに対し、最高裁は、破棄差戻しを行った。防衛秘密などの国家秘密について、米国法の経験は英国に比して多くはないが、証拠法上の秘匿特権というものが、やはり存在する<sup>9)</sup>。それはたしかに「軽々しく依拠することのできない」ものであるけれども、本件では空軍長官から正式な要求があるわけであって、「[事実審たる]裁判所が、秘匿特権の主張に適した状況であるか否かを、自ら決すべきである」<sup>10)</sup>。およそそのような特権を政府に認めない第一審・控訴審の取扱いは、是認することができない。このように最高裁は述べて、事件を第一審に差し戻したのである<sup>11)</sup>。

### 2 レイノルズ判決法理の発展

レイノルズ判決は、防衛秘密に関する政府の秘匿特権を事実上米国法に導入したものであった。そしてその後の各控訴裁判所の判例は、諜報上の秘密など、外交や安全保障に関わる秘密一般に対象を拡大した。

この法理は、3段階を経て適用されるのが一般的である<sup>12)</sup>。即ち、①政府が秘匿特権の

8) Reynolds v. United States, 192 F.2d 987, 994, 995 (3d Cir. 1951).

9) United States v. Reynolds, 345 U.S. 1, 6-7 (1953).

10) Reynolds, 345 U.S. at 7-8.

11) 差戻し後の第一審では、損害賠償額を元の額の約4分の3とする和解が成立したようである。See, Herring v. Unit-

ed States, 2004 U.S. Dist. LEXIS 18545, \*6 (E.D. Pa. Sept. 10, 2004).

12) El-Masri v. United States, 479 F.3d 296, 304 (4th Cir. 2007); Al-Haramain Islamic Found., Inc. v. Bush, 507 F.3d 1190, 1202 (9th Cir. 2007); Abilt v. CIA, 848 F.3d 305, 311 (4th Cir. 2017). See also, Doe v. CIA, 576 F.3d 95, 104 (2d Cir. 2009).

適用を受けるためには、「当該事案について管理権を有する部署の長」たる高官が、「その者自身が熟慮した上で」主張せねばならない<sup>13)</sup>。レイノルズ事件における空軍長官などのほか、司法長官<sup>14)</sup>、海軍長官<sup>15)</sup>、国家情報長官 (Head of the United States Intelligence Community)<sup>16)</sup>、国家安全保障局長 (Director of the National Security Agency)<sup>17)</sup>、中央情報局 (CIA) 長官<sup>18)</sup> などが、主張適格を有する高官にあたる<sup>19)</sup>。形式的な要件ではあるが、これを欠いていると、秘匿特権がそもそも成立しなくなる<sup>20)</sup>。

その主張に対し、次に、②それが果たして秘匿特権の対象となるか否かを、裁判所が審理する。その基準は、証拠提出により安全保障に関わる国家秘密が漏洩する「合理的な危険性 (reasonable danger)」があるか否か、である。秘匿すべき情報そのものの提示を求めることはできないので<sup>21)</sup>、秘匿特権の主張を行った政府高官の証言や申告によってその点が証明されたと扱われることが多い<sup>22)</sup>。しかし、他方で、いくつかの控訴裁判所判例は、本来ならば公開でなされるべき審理の透明性を損なう危険性を意識している<sup>23)</sup>。たとえば第9巡回区控訴裁判所は、「ただ単に『軍事秘密』や『国家安全保障』、『テロリストの脅威』などと言い立て、あるいは情報開示によって我が国が脅威にさらされるなどと抽象的に述べるだけでは、秘匿特権を基礎づけるのに十分ではない」<sup>24)</sup>としており、DC 巡回区は、証拠の必要性と秘匿の重要性を勘案して、前者が著しく優越

する場合はインカメラでの手続きにより秘匿の可否を判断することが必須だとする<sup>25)</sup>。一般的な準則を立てなくとも、相手方の意見を聴くことなく (ex parte) 審理を行う控訴審裁判例も多い<sup>26)</sup>。

そして、③秘匿特権が認められた場合の効果は、当該事案において、要件事実の認定に必要なまたは有益な証拠が一切提出されない、ということである。即ち、いったん秘匿特権が認められたからには、その効果は絶対的 (absolute) であって、いかに立証上の必要性が高くとも、対象となった証拠は排斥される。「そのような証拠の証拠調べに固執することは、たとえそれが裁判官のみによる秘密裡のものであったとしても、秘匿特権が保護しようとする安全保障上の必要性を危殆にさらすこととなる」のであるから、「いかに〔立証の〕必要性が高くとも、秘匿特権の主張を乗り越えることはできない」というのが、レイノルズ判決の述べるところである<sup>27)</sup>。

とはいえ、その効果は単なる証拠排除に留まり、それだけでは、事案の解決に直ちに結びつくものではない。恰もそれは、必要な書証が滅失したり証人が死亡したりしたために証拠が得られないのと同様の効果を有するのであって、それ以上でもそれ以下でもない<sup>28)</sup>。証拠排除が裁判所の結論にどのように影響するかは、事案ごとに決まる。

もっとも、秘匿特権が認められた場合に、証拠を入手できない当事者が勝訴することは難しい。それは当事者適格 (standing) の否定をもたらすこともあれば、請求認容に必要な立証を阻止して

13) Reynolds, 345 U.S. at 7-8 with fn.20, 21. ここで合衆国最高裁は、首相が秘匿特権を主張した英国判例を引用する。

14) In re United States, 872 F.2d 472, 474 (D.C. Cir. 1989).

15) Bareford v. General Dynamics Corp., 973 F.2d 1138, 1141-42 (5th Cir. 1992). 海軍長官が自ら熟慮したか否かを原告が争ったが、長官自身の証言により認定した。

16) Al-Haramain Islamic Found., 507 F.3d at 1202.

17) Id.

18) Doe v. CIA, 576 F.3d at 99.

19) もちろん、政府高官が秘匿対象と主張する証拠をすべて自ら現認する必要はない。Crater Corp. v. Lucent Techs., Inc., 423 F.3d 1260, 1266 (Fed. Cir. 2005) は、海軍長官とその代理が2万6000の文書すべてに目を通す必要はないとする。

20) その例として、Northrop Corp. v. McDonnell Douglas Corp., 751 F.2d 395, 406-07 (D.C. Cir. 1984). この判決は、後述するように国防省の秘匿特権主張は認められたが、国務省について

も認めた原判決を破棄差戻した。

21) Reynolds, 345 U.S. at 8.

22) See also, United States v. Zolin, 491 U.S. 554, 570-71 (1989).

23) American Civil Liberties Union v. Brown, 619 F.2d 1170, 1173 (7th Cir. 1980)(en banc).

24) Al-Haramain Islamic Found., 507 F.3d at 1203.

25) Ellsberg v. Mitchell, 228 U.S. App. D.C. 225, 709 F.2d 51, 59 nn.37-38 (D.C. Cir. 1983); Northrop v. McDonnell Douglas, 751 F.2d at 401.

26) Black v. United States, 62 F.3d 1115, 1119 (8th Cir. 1995); El-Masri, 479 F.3d at 305.

27) Reynolds, 345 U.S. at 10, 11.

28) In re United States, 872 F.2d at 476; Al-Haramain Islamic Found., 507 F.3d at 1204.

請求棄却をもたらすこともある。あるいは、いったん一応の証明 (prima facie case) に成功した場合でも、政府側の抗弁を成立させるための証拠が秘匿特権により提出されない場合には、事実審理抜き勝訴判決 (summary judgement)<sup>29)</sup> や訴訟打ち切り (dismissal)<sup>30)</sup> によって敗訴させられることがある。本来は政府側に立証の負担が帰する抗弁についても、秘匿特権によって必要な証拠が欠けるときは、恰も抗弁が成立したのと同様、政府側の有利に帰結するのである (その点で、単なる証拠の欠如とは異なる。)。もとより、他方で、理論的には、排除された証拠を原告が他の証拠によって迂回し、結論に影響をもたらさないこともありうる<sup>31)</sup>。秘匿特権主張の帰結、あくまで事案ごとの判断による<sup>32)</sup>。しかし、現に訴訟で主張した事実を証明するための証拠が欠ける状況では、原告が勝訴するのはしばしば困難である<sup>33)</sup>。

以上を要するに、レイノルズ判決の法理は、要件事実の認定に必要な証拠の提出を一定の場合に政府が拒みうる根拠であって、その可否と効果は、事案ごとの裁判所の判断によって決まる。被告となった政府に極めて有利に作用するとはいえ、それはあくまで、証拠排除の一類型に過ぎない。レイノルズ事件の控訴審判決は政府に秘匿特権を認めることの危険性を警告していたし、最高裁判決もまた、その対象を「まったく司法的統制の外に置くことは、濫用の度合いを耐え難いまでに高めるであろう」と懸念していた<sup>34)</sup>。そのため、一般に、この法理は、合衆国司法部による執行部の統制を排除するものではなく、司法判断における証拠排除の一類型に過ぎないとして運用されてきたのである。

### 3 私人間の訴訟とレイノルズ判決法理——秘匿特権の「民間化」

証拠排除に関する一般法理である以上、レイノルズ判決法理の適用領域は、連邦不法行為責任法による訴訟に限られないとされる。私人間の訴訟においても、同法理に従って、防衛秘密に関する証拠が排除される。

たとえば、ノースロップ社とマクドネル・ダグラス社が共同開発契約の終結をめぐる争った事件がある。後にF18型と呼ばれるようになる次世代戦闘機に関して両社が共同開発する契約を締結し、ノースロップが陸上型機、マクドネルが洋上型機を担当した。開発完了後、マクドネルが米国海軍のほか3以上の外国政府に売り込むことに成功したにもかかわらず、ノースロップの方はまったく成功しなかった。そのためノースロップがマクドネルを契約違反と反トラスト法 (独禁法) 違反を理由に訴えたのであるが、マクドネル側は、ノースロップの売込み失敗は自社の妨害に起因するのではなく、合衆国政府、特に国防省の方針によるのだと主張し、それを証明するため、国防省の担当官に対する召喚状 (subpoena) の発給を申立てた。しかし国防省は、この間の事情を明らかにすることは国益を損なうとして秘匿特権を主張し、裁判所もそれを認めた<sup>35)</sup>。そのため、その点の立証は不可能になった。要件事実のうち防衛秘密が含まれるときは法廷での立証が望めず、訴訟を通じて現状を変更するのが困難となるわけである。

同様の状況は、巨大企業相互間には限られない。たとえば、小企業Aが自社製品の独自な特徴について大企業Bに情報提供を行ったところBが競合製品を製造販売したという事案で、営業秘密

29) *Molerio v. FBI*, 749 F.2d 815, 826 (D.C. Cir. 1984). 抽象論として、*Bareford v. General Dynamics Corp.*, 973 F.2d 1138, 1141 (5th Cir. 1992).

30) *Kasza v. Browner*, 133 F.3d 1159, 1170 (9th Cir. 1998); *El-Masri*, 479 F.3d at 309-10; *Abilt v. CIA*, 848 F.3d at 316.

31) 私人間の訴訟ではあるが、秘匿特権の対象となる情報抜きで審理を進めうるとしたものととして、*DTM Research, LLC v. AT&T Corp.*, 245 F.3d 327, 334 (4th Cir. 2001) がある。

32) *El-Masri*, 479 F.3d at 306.

33) *Crater v. Lucent Techs.*, 423 F.3d at 1267-69 は、私人間の営業秘密侵害と契約不履行をめぐる訴訟で、第三者として

の政府が主張した秘匿特権を正当としつつ、なお審理を継続すれば原告勝訴に至る可能性があるとして、第一審の訴訟棄却 (dismissal) 判決を破棄し、事件を差し戻した。その差し戻し後の状況について、後出注36) 参照。

34) *Reynolds*, 345 U.S. at 8. またそれは、事実認定の必要性が高まる刑事法の領域では、被告人の防禦のため不可欠な証拠については乗り越えることがありうるとされる。*United States v. Aref*, 533 F.3d 72, 79 (2d Cir. 2008). See also, *Dhiab v. Trump*, 852 F.3d 1087, 1092-93 (D.C. Cir. 2017).

35) *Northrop v. McDonnell Douglas*, 751 F.2d at 402.

の漏洩をAが疑い、訴訟に発展することがある。一般的には、果たしてBが営業秘密を窃取したか否かが、ディスクヴァリを経て認定される。しかし、Bの納品先が米軍であるときは、事情が異なる。軍用品の仕様や性能を開示すると安全保障上差し支えが出ると軍が考え、その旨を秘匿特権の形で軍の責任者が主張するときは、私人間の訴訟であっても、その点の審理が行えないことになるからである。その場合、大企業Bが供給する製品の詳細は不明なままに終わるわけであるから、Aが勝訴するのが望めないということがありうる。実際、水中用の光ファイバー・コネクタをめぐる事件で被告大企業の納品先である海軍が秘匿特権を主張し、そのため審理抜きでの請求棄却が行われたケースがある<sup>36)</sup>。

さらに、個人と巨大企業との間の訴訟においても類似の状況が生ずる。たとえば、1991年1月の湾岸戦争に従軍した海兵隊員6名の搭乗するヘリコプターが、友軍機から発射されたミサイルの直撃を受けて兵士全員が死亡した事故に関する訴訟がある。遺族は、軍の定めた仕様を満たさない欠陥がミサイルにあり、それが事故原因であるとして企業の製造物責任を追及した。だが、ミサイルの仕様や性能についての秘匿特権を空軍長官が主張したため、その欠陥の有無を確定することができず、裁判所は、訴訟の打ち切りを宣告した<sup>37)</sup>。イラン・イラク戦争の過程でも、イラン軍機がエグゾセ・ミサイルで米海軍のフリゲート艦を誤射し、乗員37名が死亡するという事故が1987年にあったが、米艦に装備されたファラックス対空防禦システムに欠陥があったと主張して企業に対してなされた遺族の訴えを、裁判所は打ち切っている。対空防禦システムの仕様や性能、それに運用に立ち入ることなくして審理が不可能

であり、それらは秘匿特権の対象だからだというのが、その理由である<sup>38)</sup>。その種の事故については、作戦行動やミサイル発射の当否については主権免責原則が妥当し、政府や空軍の責任を問うことは完全に排除されている。また、ミサイルが軍の指示や仕様に従って製作されたものであれば、そこにもまた主権免責原則が拡張され、製作した企業に責任を問うこともできない（主権免責の民間化）<sup>39)</sup>。したがって、遺族がなすのは、ミサイルなどの軍用装備品が仕様を満たさない欠陥品だと主張して企業の製造物責任を追及することのみである。しかしその主張すら、このように、秘匿特権に封じられて阻まれる。別の言い方をすれば、汎用のトラックなどを例外として、軍用装備品の調達に應ずる企業は、たとえ欠陥品の供給によって人命に関わる事故を招来したとしても、一切の責任を免れるというわけである。

筆者は、前稿において、もともとは合衆国政府に帰属する主権免責が「民間化」され、軍用装備品の調達先企業が事故などに際して免責を受ける場合が多いことを指摘した<sup>40)</sup>。しかし、たとえ免責を受けることができなくとも、レイノルズ判決法理の下では、防衛産業所属企業は、事故に遭遇した個人との間の製造物責任訴訟で勝訴することを期待でき、また一般の企業であれば苦しめられるはずの競争相手との訴訟を免れるのである。

## II 政府調達契約と防衛産業

### 1 欺瞞契約訴訟——私人のイニシアティブによる不誠実行為の禁止

合衆国政府による軍用装備品調達契約は、しばしば巨額の支払いを伴う。そのため、過大請求があった場合、たとえ比率がわずかであっても、絶

36) Crater Corp. v. Lucent Techs., Inc., 2004 U.S. Dist. LEXIS 28544, \*\*9-11 (E.D. Mo. Feb. 19, 2004). 控訴審は、そもそも営業秘密が特定されていないとして破棄差戻しを行ったが (Crater v. Lucent Techs., 423 F.3d at 1268-69), 結論は変わらなかった。Crater Corp. v. Lucent Techs., Inc., 625 F. Supp. 2d 790, 807 (E.D. Mo. 2007). ただし、被告の契約違反については、同判決は、勝訴の可能性があるとす。Id.

37) Bentzlin v. Hughes Aircraft Co., 833 F. Supp. 1486, 1496-97 (C.D. Cal. 1993).

38) Zuckerbraun v. General Dynamics Corp., 935 F.2d 544, 547-48 (2d Cir. 1991); Bareford v. General Dynamics Corp., 973 F.2d 1138, 1143-44 (5th Cir. 1992). 後者では原告がそれなりの立証活動を行っていたが、さらに訴訟追行を許すこと自体が秘匿すべき情報が漏洩する危険を高めるとされた。

39) Boyle v. United Techs. Corp., 487 U.S. 500, 512 (1988). 拙稿・前掲注4) 小早川古稀 870-874 頁参照。

40) 拙稿・前掲注4) 小早川古稀。

対額においては極めて高いマージンが発生する。とりわけ軍用調達では比較対象のない特殊な仕様がが多いから、公正な請求と支払いを確保するには、特別な配慮が必要となる。そのため、南北戦争中の1863年に制定されたのが、連邦欺瞞請求法(False Claims Act; FCA; 31 U.S.C. §§ 3729-3733)である。

同法は、欺瞞的な請求を故意に行って政府から支払いを受けることや、欺瞞的な情報提供によって資産の払下げを受けることなどについて、実額の三倍までの賠償と一定額の民事罰を科している(31 U.S.C. §3729(a)(1))。しかもその法執行は私人の発意に委ねられ、同法の対象となる事実関係を発見した個人は、合衆国政府の名で秘密裡に(under seal)訴えを提起することができる(私人代位訴訟; *qui tam* action) (31 U.S.C. §3730(b)(1)(2))。これが提起されたときは、合衆国政府(司法省)は、調査の上で、(a)介入受継を行うか(31 U.S.C. §3730(b)(4)(A))、または(b)それを行わず私人に訴訟追行を委ねるか(31 U.S.C. §3730(b)(4)(B))を決める。前者の場合、合衆国政府は、訴えを提起した私人とは独立して訴訟追行を行うことができ(31 U.S.C. §3730(c)(1))、提訴した私人の意思と無関係に、請求の放棄や和解を行うことができる(31 U.S.C. §3730(c)(2)(A)(B))。またそのほか、(c)請求棄却を裁判所に求める決定を行うこともある。

このようにして訴え提起の発端をなした私人は、勝訴した場合に手厚い報償を得ることが期待できる。即ち、上の(a)の場合、たとえ公開情報に基づく場合であっても、訴訟結果(または和解内容)の10%までの範囲で報償を得ることができる。また、自らの「オリジナル・ソース」たる情報に基づいて訴えを提起した場合には、訴訟結果(または和

解内容)の15~25%を得ることができる(31 U.S.C. §3730(d)(1))。さらに、上の(b)、即ち私人のみで最後まで訴訟を進行した場合には、25~30%を得ることができる(31 U.S.C. §3730(d)(2))。またそのいずれの場合も、弁護士費用その他の合理的な費用の償還を別途に受けることができる(31 U.S.C. §3729(a)(3))。他方、勝訴しなかった私人の訴えが言いがかり的なものであったと裁判所に認定された場合には、被告側の合理的な弁護士費用その他の費用を負担させられることがある(31 U.S.C. §3730(d)(4))。実際にも、報償額が日本円にして数億円に達したと見られる事例がある<sup>41)</sup>。

私人代位訴訟については、既に係属中の(pending)訴訟の基礎にあるのと同じ事由に基づいて訴えを提起することができないとする、先訴主義(first-to-file doctrine)が採用されている(31 U.S.C. §3730(b)(5))。そのため、政府調達契約などでの欺瞞に関する証拠を握った私人は、可能な限り早く訴えを提起するインセンティブがある<sup>42)</sup>。

かくして、同法は、政府に対する欺瞞的取引を知る内部者が告発することを促している。訴訟法上の私人の立場は政府の手足に過ぎないのであるが、その手足が先導して訴えを提起することができ、たとえ担当部署の意に沿わない場合でも、政府は訴訟に引き込まれ、否応なく原告となるのである<sup>43)</sup>。

この法律は極めてしばしば用いられており、研究者にとっては、軍産複合体の実態の一端を垣間見るツールともなっている。

たとえば、2001年、ジェネラル・ダイナミクス社は、通信機器会社であるモトローラ社の事業の一部を買収した。その際、ジェネラル・ダイナミクス社においては、技術開発の成果を自社の知

41) 前記類型の中では(a)に属する。United States ex rel. Roby v. Boeing Co., 302 F.3d 637, 642-43, 648-49 (6th Cir. 2002). チヌーク型ヘリコプターの改造役務に関してボーイング社が訴えられた事例で、請求の一部について同社が2500万ドルの支払いを行う和解が第一審で成立し、さらに残部を審理した控訴審で(おそらく1000万ドル程度の)追加支払いが命じられた。

42) 時効(statute of limitation)期間が、違法な欺瞞的行為を政府がそれを知り得た時から3年、または行為から6年と比較的短期であることも(31 U.S.C. §3731(b))、それを強めるといえよう。なお、最近の合衆国最高裁判決は、訴訟が係属し

ているとは通常の語義に解すべきであり、私人代位訴訟を進行している間に先行訴訟が取下げなどによって終結した場合には、この規定によって訴えを却下すべきでないとする。Kellogg Brown & Root Servs. v. United States ex rel. Carter, 135 S. Ct. 1970, 1978-79 (2015).

43) 同法が合衆国憲法に違反し無効だとボーイング社が主張したことがあるが、排斥された。United States ex rel. Kelly v. Boeing Co., 1993 U.S. App. LEXIS 22521 (9th Cir. Sept. 7, 1993). B2ステルス爆撃機の開発をめぐる、計上していた施設リース料が過大だとして、元従業員が訴えたケースである。

的財産として管理するにあたり、(i)その顧客が専ら合衆国政府であり、かつ(ii)合衆国政府が既に無制限の実施権限を有している場合には、特許出願を行っても会社に利益がなく、そのために会社の資源を割くのは無駄であると認識されていた。同社の行う発明の多くに合衆国政府が秘密として指定する事項を含み、したがって特許出願による公開になじまないものであることも、この方針の根拠とされていた。

こうしたジェネラル・ダイナミクス社の知財に関する方針は、モトローラ社のそれとは、おそらく、まったく異なるものだったと思われる。そのためであろう、事業買収によってモトローラ社から移籍した幹部級の技術者がこの方針に違和感を覚え、特許商標庁（USPTO）での手続きを進捗させない会社の方針は、合衆国政府の資金によって得られた研究成果を営業秘密の形で横取りしようとするものだと、監査を要求した。しかも、それが容れられないと見るや、連邦欺瞞請求法に基づき、合衆国政府のために会社を訴えるという騒動に発展したのである<sup>44)</sup>。だが裁判所は、結局、不当な支払いに対する政府の金銭的請求を基礎づけるものではなく、単なる契約不履行の主張では連邦欺瞞請求法に基づく訴訟の対象にならないとして、原告を敗訴させた<sup>45)</sup>。もともと民生向け製品を主力とするIT企業の本モトローラ社と防衛産業を代表するジェネラル・ダイナミクス社との体質の違いを、浮き彫りにする事件だったということができる。

## 2 政府調達契約の終結に関する米国の取扱い

政府調達に依存する産業である防衛産業にとって、政府調達契約に認められた特別な取扱いが——それ自体は防衛産業に限ったものではないとはいえ——、契約当事者としての企業の立場を大きく左右することができる。

最も重要なのは、契約の終結に関する取扱いである。政府調達契約に関して、契約担当官（contracting officer）は、調達元企業の不履行（default）のみならず、単なる政府側の便宜（convenience）を理由としても、契約を終結することができる（48 C.F.R. §49.101(a)）。そして、単なる「便宜」を理由として政府が契約を終結しても、相手先の企業は通常の契約解除に伴う損害賠償を受けることができず、既に履行または準備の済んだ部分について費用を回収し、それについての合理的な利益を獲得するほかは、契約終了に伴う費用を回収できるのみであって（48 C.F.R. §49.201(a)）、本来見込まれたはずの利益を得ることはできない。これは、政府の支払い負担を軽くし、事情変更のリスクを契約先に分担させるためだと説明されている<sup>46)</sup>。即ち、政府は、既に履行済みの部分について遡及的に契約を覆滅させることはできないが<sup>47)</sup>、いつでも「そこから立ち去る」ことができるのであり<sup>48)</sup>、政府が一方向的に契約を終結させた場合であっても、相手方企業は契約の履行そのものを求めることができないことはもちろん、契約の破棄に伴う損害賠償を求めることさえできない。政府調達契約においては、まず、そうしたリスクを見込んで臨む必要があるわけである。

さらに、企業側の「不履行」を理由として政府が契約を終結した場合は、調達先企業の責任はさらに重い。政府は契約目的を自ら引き継ぐことも、また他の契約先に引き継がせることもでき、目的達成に必要な物を引き取ることができる。かつ、元の契約先は、遅延や不履行によって生じたすべての損害を賠償する責任を負う（48 C.F.R. §52.249-10(a)）。もっとも、「不履行」とできるのは、ただ単に契約の履行が遅れたというだけでなく、事前に書面によって警告するなど、契約担当官が所定の手続きを踏み<sup>49)</sup>、かつ最終的な契約終了の通告に先立って遅滞につき「相当の理由がある（ex-

44) United States ex rel. Cafasso v. General Dynamics C4 Sys., 2009 U.S. Dist. LEXIS 43154, \*\*5-6 (D. Ariz., May 21, 2009). 事件の被告は、ジェネラル・ダイナミクス社の他の部門と統合して設立された100%子会社である。

45) Cafasso v. Gen. Dynamics C4 Sys., 637 F.3d 1047, 1057-58 (9th Cir. 2011).

46) Maxima Corp. v. United States, 847 F.2d 1549, 1552

(Fed. Cir. 1988).

47) White v. Delta Constr. Int'l, Inc., 285 F.3d 1040, 1044 (Fed. Cir. 2002).

48) Amicus Brief of The National Defense Industrial Association (NDIA), Gen. Dynamics Corp. v. United States, 2009 U.S. Briefs 1298, \*7.

cusable)」と認められなかった場合に限る (48 C. F.R. §49.102-3(a)-(i), (j))。しかしその際、一般に、「相当の理由がある」とは自己のコントロールの及ばない予見不可能な (unforeseeable) 事態が出来たことをいい、再契約先 (下請先) の仕事が遅れたことなどは、そこに含まれない<sup>50)</sup>。

かくして、「不履行」を理由とする契約終結は契約相手に重い責任を負わせる特別な場合である。そのため、「不履行」とするに足る事由の存在については一般に政府の側に立証の負担がある。だが、「不履行」とするか否かについては、契約担当官に裁量があるとされる<sup>51)</sup>。また、契約目的が遅滞したときは不履行とするに足ることについていちおうの推定 (prima facie case) が成立し、遅滞につき「一定の理由がある」ことの立証の負担は契約先に移る<sup>52)</sup>。そのため、実際問題としては、「不履行」との判断を覆すことは難しい<sup>53)</sup>。

### 3 政府の「便宜」か企業の「不履行」か——ステルス艦載機開発契約をめぐる

こうした条件下で、巨額の軍用調達契約における「不履行」の要件が問われ、政府と調達先企業の間で20年にわたって争われた事件——「ステルス艦載機事件」と呼ぼう——がある。防衛産業と政府の関係を如実に示す事例として、まずその事案を瞥見しておこう。

1988年、海軍は、マクドネル・ダグラス社とジェネラル・ダイナミクス社の2社との間で、次世代空母艦載攻撃機A12を開発する契約を締結し、約48億ドルの固定額を対価と定めた。しかし両社が開発を始めてみると進捗は大幅に遅れ、納期であった

1990年6月に一番機が完成しなかった。両社は海軍に納入の遅れを報告した上、固定額契約から開発費償還型契約への変更を提案した。しかし契約更改に一致することなく、海軍は、同年末への初号機納入時期の変更を一方向的に通告した。

だが、同年末になっても、次世代機の開発は月々1200万ないし1500万ドルを費消してなお結果が見えない状況だった。両社は、現実にかかる費用が契約時の見込みを耐え難いまでに超過するとして、海軍に対し、固定額でなく現実の費用を償う形式に契約を更改し、その代わり、既に発生した約15億ドルの損失を自ら引き受けることを提案した。チェニ—国防長官は、調達局長、海軍長官、参謀総長と協議し、提案を拒絶する旨を決定した。それに基づき、1991年1月7日、約5.5億ドルの支払期日の当日、海軍の契約担当官は、契約を「不履行」として終結する旨を通告した<sup>54)</sup>。

契約終結が通告された時点で両社は既に38.8億ドルを費消しており、政府は26.8億ドルを支払い済みであった。「不履行」による終結通告の数週間後、海軍は、支払い済みの金額のうち13.5億ドル分については政府が未受領だとして、返還を求める通告を行った。

両社は、連邦契約紛争処理法に基づき不服を申し立てたが容れられなかったので、同法に基づき、連邦請求裁判所に訴えを提起した<sup>55)</sup>。その主張は、こうである。A12型機は、ステルス技術を装備して敵のレーダーに機影が映らないようにするものとされていたところ、軍は、既にB-2爆撃機とF-117A攻撃機という2種の機材にステルス技術を実装しており、政府は「優越的知識 (superior knowledge)」を有していた。判例によれば、優越的知識であって契約先が知ることの困難なものについて、政府は開示する義務がある<sup>56)</sup>。それを怠ったために契約目的の達成が遅滞したのであるから、その責は政府にあり、政

49) DeVito v. United States, 413 F.2d 1147, 1153-54 (Ct.Cl. 1969).

50) General Injectables & Vaccines, Inc. v. Gates, 527 F.3d 1375, 1376-77 (Fed. Cir. 2008).

51) Lanterman v. United States, 75 Fed. Cl. 731, 733-34 (2007); Allen Eng'g Contr. Inc. v. United States, 611 Fed. Appx. 701, 705 (Fed. Cir. May 7, 2015)(nonprecedential).

52) Nuclear Research Corp. v. United States, 814 F.2d 647, 650 (Fed. Cir. 1987); DCX, Inc. v. Perry, 79 F.3d 132, 134 (Fed. Cir. 1996); General Injectables & Vaccines, Inc. v. Gates, 519 F.3d 1360, 1363 (Fed. Cir. 2008).

53) 多くのケースでは、「不履行」とした政府側の判断がそのまま是認されている。先に挙げたもののほか、最近の例とし

て、DayDanyon Corp. v. DOD, 600 Fed. Appx. 739 (Fed. Cir. Jan. 9, 2015)(nonprecedential).

54) See, McDonnell Douglas Corp. v. United States, 182 F.3d 1319, 1322-24 (Fed. Cir. 1999).

55) 根拠は、当時の41 U.S.C. § 609(a)(1)。今日の41 U.S.C. §7104(b)(1)である。

56) この理論の適用対象は軍事秘密だけではない。契約先従業員のアスベスト被曝における被害予測が問題とされた事件 (否定例)として、GAF Corp. v. United States, 932 F.2d 947, 949 (1991)。後出の上告審判決で、最高裁は、この法理の適用範囲には立ち入らないこととした。Gen. Dynamics, 563 U.S. at 492, 131 S.Ct. at 1909-10.

府側の「便宜」によるならともかく、「不履行」として終結したのは当を得ない、というのである。

さて、この事件の審理は、前述のレイノルズ判決法理の下で、次のような経過をたどった。

政府の「優越的知識」の有無と程度について判断するため、第一審の連邦請求裁判所におけるディスカヴァリ手続において、政府は、ステルス技術の一部を、両社合わせて10名に開示した。1993年、重要な国家秘密の流出を招きかねないとする政府の警告を受けて、裁判所は、ディスカヴァリをいったん中止した<sup>57)</sup>。だが両社はそれでは不充分だとして、機微に触れる部分を分離した上でのディスカヴァリ手続を要求した。1994年、裁判所はいったんそれを認めたが、機微部分を適切に分離するのは困難だとして、翌年、ディスカヴァリを終結した。

1996年、連邦請求裁判所は、契約終結が両社の「不履行」によるものではなく政府の「便宜」によるものであることを認めた<sup>58)</sup>。だが、連邦巡回区控訴裁判所は、1999年、両社の契約履行状況に問題があったとすればなお「不履行」とする余地が残るとして、破棄差戻しを行った<sup>59)</sup>。

ここまでの第一ラウンドにおいては、この事件は、請求金額は大きいものの法的には特に大きな特色のある事件とは扱われていなかった。レイノルズ判決法理が大きな意味を持ったのは、その次の第二ラウンドにおいてである。

差戻しを受けた第2次の第一審判決は、6週間の陪審審理の末に、当初契約で設定された納期が遵守されなければ一般に「不履行」とすべきところ、民間企業側の主張する「優越的知識」の抗弁について審理するには既存のB-2爆撃機やF-117A攻撃機についての情報を開示する必要が生じ、それは秘匿特権

を害することとなるから抗弁の成立する余地がないとして、政府の主張通り「不履行」とすべきだとした<sup>60)</sup>。これに対し、両社による二度目の控訴を受けた連邦巡回区控訴裁判所は、「酷ではあるが、国家秘密秘匿特権が適切に主張された場合、秘匿対象情報なくして成立しない主張は、排斥を免れない」として「優越的知識」に関する原判決を支持しつつ、当初納期の遅延のみで「不履行」とすることはできないとして、再度の破棄差戻しを行った<sup>61)</sup>。だがそれを受けた第3次の第一審でも結論は変わらず<sup>62)</sup>、連邦巡回区控訴裁判所も、第3次の控訴審でそれを是認した<sup>63)</sup>。

かくして、事件は、政府調達契約における「便宜」と「不履行」のいずれかという政府調達契約法上の論点をめぐって終始するかに見えた。そしてその時点では、原告となった巨大企業が秘匿特権の壁に阻まれて「優越的知識」の主張を立証できないという、レイノルズ判決法理の典型的な適用例の一つを追加することで決着することを、多くが予想した。そこまでは、防衛企業における政府調達契約に典型的な成り行きであった。だが、最後に事件に介入した合衆国最高裁は、事件の全貌を一変させ、新たな意義を有する判例を創出した。この点は、節を改めて見ていくこととしたい。

### III 防衛秘密と司法権の限界

#### 1 ステルス艦載機事件最高裁判決（2011年）

ジェネラル・ダイナミクス社の上告を受けてこの事件に臨んだ合衆国最高裁は、新たな法理を全員一致の判決で提示し、これまでとはまったく異なる方向での決着を事件にもたらした<sup>64)</sup>。即ち、合衆国最高裁は、「責任の有無が優越的知識の抗弁の是非にかかっており、それを完全に審理する

57) *McDonnell Douglas Corp. v. United States*, 37 Fed. Cl. 270, 276 (1996)。レイノルズ判決法理で通常要求される形式的要件を満たしていなかったが、黙示的な秘匿特権主張だと裁判所は解釈した。Id. at 282-84。

58) *McDonnell Douglas Corp. v. United States*, 35 Fed. Cl. 358, 369, 377 (1996)。

59) *McDonnell Douglas Corp. v. United States*, 182 F.3d 1319, 1332-33 (Fed. Cir. 1999)。

60) *McDonnell Douglas Corp. v. United States*, 50 Fed. Cl.

311, 315, 326 (2001)。

61) *McDonnell Douglas Corp. v. United States*, 323 F.3d 1006, 1021, 1014 (Fed. Cir. 2003)。

62) *McDonnell Douglas Corp. v. United States*, 76 Fed. Cl. 385, 437 (2007)。

63) *McDonnell Douglas Corp. v. United States*, 567 F.3d 1340, 1356 (Fed. Cir. 2009)。

64) *Gen. Dynamics Corp. v. United States*, 563 U.S. 478, 131 S.Ct. 1900 (2011)。

と国家秘密を『必然的に開示するに至る』ときは《判例引用省略》、いずれの当事者も司法的救済を受けることができない」という<sup>65)</sup>。政治問題法理が適用される場合と同様、司法判断を全面的に止めるというのである。

この事件で事案が第一審と控訴審の間を3度往復する中、第一審の連邦請求裁判所も控訴審の連邦巡回区控訴裁判所も、また原告の二つの巨大企業も被告政府も、問題をレイノルズ事件判例法理の枠内で考えていた。だが、最高裁によれば、それは正しくない。本件ではレイノルズ事件のように証拠排除による解決を図るべきではなく、訴訟追行そのものを止めるべきである<sup>66)</sup>。なぜか。その理由を、最高裁は、次のように説明する。

「連邦請求裁判所での審理によって、既に2度にわたって国家秘密の開示がなされている。《引用省略》両当事者には、いずれも、国家秘密に抵触しないギリギリの線まで探求する動機があるのであるから、〔当事者のいずれかが〕書面を請求するごとに、また証人に質問するごとに、国家秘密が開示される危険が生じる。そればかりではない。国家秘密が間接的に開示されてしまうこともありうる。秘匿特権を主張することそれ自体が、政府が別の秘密の開発計画を有していたりその可能性があったりすることを知らしめる、よすがとなる。《引用省略》たとえば、本件当事者がB-2やF-117A計画にアクセスした後でなお政府が秘匿特権の主張を継続したということから、政府が、1980年代あるいは1990年代前半に別のステルス開発計画を——秘密裡に——進めていたことを示唆してしまうのである」<sup>67)</sup>。

本来司法的に解決できる争訟についての司法判

断が丸ごと否定され、そのため一切の司法的救済が受けられなくなるという事態は、合衆国では、政治問題法理<sup>68)</sup>の他にも、いくつかの類型がある。もっとも、その適用例は多くなかった。国家秘密と境を接する領域でも、冷戦期の合衆国最高裁は、CIAを解雇された職員がそれを不服として争った事件で、第5修正（適正手続）などに関わる憲法上の権利が問題となっており、司法判断の機会を奪うという議会の意図が明確でない以上は解雇が司法審査の対象となるとして、政治問題法理などの適用を否定していた<sup>69)</sup>。しかし近年では、外国での軍の作戦行動などについて、その当否は政治問題であるから、たとえ法的な制約があるとしても司法判断の対象にはならないとする裁判例が目立っていた<sup>70)</sup>。

もとより、そうした傾向に対しては、司法部の中から、「世界規模での対テロ戦争」下にある「今日の世界は、最高裁がベーカー対カー事件《引用省略》に臨んだときは、まったく異なった相貌を呈している」と指摘した上、「他のリベラル・デモクラシー諸国では、執行権の行使について裁判所が穏当な監督を行っている（か、少なくともそう見える）。……だが独りわが国においては、これと異なり、原告適格を厳格に要求したり<sup>71)</sup>、政治問題法理や秘匿特権を認めたりするなどして、司法部は、外交〔や軍事〕の領域で執行部を統制する役割を喪失している」と、立憲民主主義からの逸脱を警告する意見も挙がっている<sup>72)</sup>。むろん日本は、「他のリベラル・デモクラシー諸国」に属する。政治問題ないし統治行為法理に関しては、衆議院の解散の可否が問題となった苫米地事件<sup>73)</sup>や駐留米軍の合憲性が問題とな

65) Gen. Dynamics, 563 U.S. at 486, 131 S.Ct. at 1907.

66) Gen. Dynamics, 563 U.S. at 485, 131 S.Ct. at 1906.

67) Gen. Dynamics, 563 U.S. at 486-87, 131 S.Ct. at 1907.

68) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217 (1962).

69) Webster v. Doe, 486 U.S. 592, 603-04 (1988). See, id. at 609 (Scalia, J., dissenting).

70) El-Shifa Pharm. Indus. Co. v. United States, 378 F.3d 1346, 1361-62 (Fed. Cir. 2004); El-Shifa Pharm. Indus. Co. v. United States, 607 F.3d 836, 843-44 (D.C. Cir. 2010)(en banc). いずれも1998年のスーダン国内の施設へのミサイル攻撃に関わるものであり、前者は修正5条による取用補償、後者は連邦不法行為責任法による損害賠償を求めて訴えた事件である。

71) 憲法上の権利の国内での侵害については、やや様相が異なる。Jewel v. NSA, 673 F.3d 902, 910 (9th Cir. 2011)は、令状抜きで合衆国市民の電話やネットワーク通信を政府が傍受する行為につき通信会社ではなく政府を相手取ったクラス・アクションにおいて、原告適格を欠くとした第一審判決を破棄し、事件には政治問題法理は適用されず、国家秘密秘匿特権について審理すべきだとして差し戻した。

72) Ahmed Salem Bin Ali Jaber v. United States, 861 F.3d 241, 250 (D.C. Cir. 2017)(Brown, J., concurring). 政治問題法理の拡大適用に反対する他の例として、El-Shifa Pharmaceutical Industries, 607 F.3d at 856-57 (Kavanaugh, J., concurring).

73) 最判昭和35年6月8日民集14巻7号1206頁。

った砂川事件<sup>74)</sup>など、極めて例外的な先例を、今日でも認めるのみである。この意見に表われているように、憲法原理上、アメリカ合衆国は、もはや別の世界に属すると言えるかもしれない。そして、ステルス艦載機事件での合衆国最高裁の判断は、近年の政治問題法理の扱いと軌を一にし、極めて重要な防衛秘密については、単なる証拠排除を超え、司法権そのものの限界さえ画するような重要性を認めたというわけである。

## 2 判例法理としてのステルス艦載機事件の位置づけ

この事件で合衆国最高裁が引用する先例は、19世紀の古い判例<sup>75)</sup>と、2005年の直近の判例<sup>76)</sup>である。前者は、南北戦争中にリンカーン大統領との間でスパイとして契約していたという者が約定に従った報酬の支払いを求めた事件につき、その種の秘密の暴露をもたらす訴訟が、一般的に不適法だと判示したものである。この先例はレイノルズ判決にも引用されており<sup>77)</sup>、控訴裁判所レベルでも意識されてはいた。1980年代には、レイノルズ判決法理を適用した結果、第4巡回区控訴裁判所が、原告の請求に関わる審理それ自身が失当だとしたことがあった<sup>78)</sup>。しかし、同巡回区自身がそれをあくまで極めて稀な例外だとしていたし<sup>79)</sup>、それを受けたDC巡回区控訴裁判所も、同法理を専ら証拠排除法則として理解する方向を改めて示した<sup>80)</sup>。さらに、同巡回区は、合衆国政府が、同法理が事件そのものを司法的統制の外

に置く政治問題法理と同様に機能すべきことを主張したのに対し、極めて例外的な事象ではそのようなことがありうるとしつつ、結論的には否定していた<sup>81)</sup>。

近年の控訴裁判所判決の多くは、レイノルズ判決法理が訴訟の打切り (dismissal) をもたらすことがありうるとしても<sup>82)</sup>、一般的には、証拠排除の結果として請求を基礎づける一応の証明 (prima facie) に原告が失敗するために敗訴するのだという、法技術的な説明がそこに与えられていた<sup>83)</sup>。訴訟の対象 (the very subject matter) そのものが秘匿対象だというスパイ契約のようなケースは、ありうるとしても極めて稀な例外だとされていたのである<sup>84) 85)</sup>。

このような状況下で下された2005年の合衆国最高裁判決は、多くの予測を覆し、南北戦争当時のスパイ契約に関する古い判例を、現代において再起動させるものであった。

その事案は、かつて東側の外交官として活動していた米国の元スパイが、CIAとの約定に従って米国に移住していたものの職を失い、出自や履歴を偽らねばならぬため代わりの職を探すのも困難だとして、かつての約定に従った金銭的補償やエクイティ上の救済をCIAに対して求めた、というものであった。第一審で、政府側は事案の解明に必要な事項すべてが国家秘密に関わるとして証拠提出と答弁を拒み、南北戦争期の前記の古い判例に依拠して、訴訟の打切りを求めた。これを否定した第一審の判断に対し、政府は、第9巡

74) 最判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁。これが政治問題法理の典型的な適用例といえないことについては周知であるので、ここでは論じない。

75) *Totten v. United States*, 92 U.S. 105, 107 (1875).

76) *Tenet v. Doe*, 544 U.S. 1, 10-11 (2005).

77) *Reynolds*, 345 U.S. at 11 n.26.

78) *Farnsworth Cannon, Inc. v. Grimes*, 635 F.2d 268, 276 (4th Cir. 1980) (en banc) (原告の手中にある証拠につき政府が秘匿特権を有効に主張したため訴訟打切り)。

79) *Fitzgerald v. Penthouse Int'l*, 776 F.2d 1236, 1243-44 (4th Cir. 1985).

80) *Ellsberg v. Mitchell*, 709 F.2d 51, 65-66 (D.C. Cir. 1983).

81) *In re United States*, 872 F.2d at 477-80.

82) See, *Kasza v. Browner*, 133 F.3d at 1166-67.

83) *Al-Haramain Islamic Found.*, 507 F.3d at 1200-01.

84) *El-Masri*, 479 F.3d at 308. このケースで、第4巡回区控訴裁判所は、CIA長官等に対してなされた原告の請求について審理するためには数々の秘匿対象を開示せねばならず、したがって訴訟の対象が秘匿対象にあたるから訴訟を打ち切るとした。第9巡回区控訴裁判所の上記 *Al-Haramain Islamic Found.* の説示は、まさしくそれは原告が秘匿特権に阻まれて一応の証明に失敗した場合にほかならないとして、そのような扱いを批判したものである。同巡回区は、*Tenet* 最高裁判決の後に至ってもその批判を維持した。*Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, 614 F.3d 1070, 1087 fn.12 (9th Cir. 2010)(en banc). See also *id.* at 1093 (Bea, J., concurring), 1096 fn. 7 (Hawkins, J., dissenting).

85) 第6巡回区と第2巡回区の控訴裁判所も、第9巡回区と同様、両者の違いを意識していた。See, *ACLU v. NSA*, 493 F.3d 644, 650 n.2 (6th Cir. 2007); *Doe v. CIA*, 576 F.3d at 101 fn.4.

巡回控訴裁判所に中間上訴 (interlocutory appeal) を行った。それに対する判決で、同巡回区は、二つの理由を挙げて政府の主張を否定した。一つは技術的なものであり、古い判例は契約の履行を求めたものであるが、本件はそうではなく、CIAの内部手続という行政過程における、公正な取り扱いを求めたものである。いま一つは、今日までに判例が発展し、安全保障に関わる国家的な利益を擁護しつつ適正な訴訟を進行することが可能になっているということである<sup>86)</sup>。後者こそまさにレイノルズ判決以降の判例法の発展なのであり、南北戦争当時の古い判例もまた、その一環として統一的に理解すべきものである<sup>87)</sup>。そのように控訴審は述べて、レイノルズ判決法理の適用に必要な正式の主張を差戻後の第一審で行うよう、政府に要求したのである。

これに対し、合衆国最高裁は、この種の事件では、レイノルズ事件のように、証拠の提出を拒絶する特権を政府に認めるだけでは十分ではない、とした。「国家秘密秘匿特権の下ではインカメラ手続がしばしば用いられるのであり、それだけでは、絶対的な秘匿を行うことが不可能である。これこそ、当裁判所が古い判例を再活性化する必要があると認めるゆえんである」。スパイ関係の事実は絶対的な秘匿が必要な最高度の秘密であり、訴訟が係属し続けること自体、当事者としての立証活動が秘密を危殆にさらすことになる。そのような場合には、訴えそのものを認めるべきでない、というのである<sup>88)</sup>。控訴審のように、レイノルズ判決法理による証拠排除で十分だとすることはできないし、古い判例の射程が政府との契約に限るとの理解も当を得ない。このように述べた2005年の段階で、最高裁は、スパイに関わる事件の少なくとも一部をレイノルズ判決法理から切り離し、司法判断の対象そのものから除外すべきだとしていたわけである。

この文脈の下でなされた2011年のステルス艦

載機事件は、スパイの身分に関わるもののみに見えた古い法理を、技術安全保障に関わる一般的な法理に高めたものであった。もっとも、その間の巡回控訴裁判所判決の中には、一定の事項を司法判断の対象そのものから除外する法理が一般的な射程を有しうると予測するものもあった<sup>89)</sup>。しかし、その場合も具体的に事件に適用されるのはレイノルズ判決法理であり、司法判断がまるごと否定されることはなかった<sup>90)</sup>。ステルス艦載機事件は、特別に重要な防衛秘密を政治問題並みに扱うことを明示した点で、従来は秘匿特権法理しかなかったところに新たな法理を付け加えた点で、判例法の発展に画期をなすものであった。

### 3 ステルス艦載機事件の帰結とその含意

具体的な事件においては、訴訟全体が司法判断に適しない (nonjusticiable) とする最高裁判決によって、一方で、ジェネラル・ダイナミクス社の契約上の請求は否定された。同社は、「不履行」の扱いが不当だとして未払い分の契約金約12億ドルを政府に支払うよう求めていたが、それは実現しなかった。のみならず、政府の「便宜」による契約終結であれば通常支払われるはずの補償さえも、あきらめるほかなくなった。しかし他方、既払い分のうち13.5億ドルの返還を求めていた政府の側も、目的を達することができなかった。いずれの当事者にも不満の残る「痛み分け」の結果を、最高裁の新判例がもたらしたわけである<sup>91)</sup>。最高裁の破棄判決を受けた連邦巡回区控訴裁判所は事件を再び第一審の連邦請求裁判所に委ねたが<sup>92)</sup>、実質的な審理は進まなかったようである。最終的には、2014年1月、ジェネラル・ダイナミクス社と(マクドネル・ダグラス社を訴訟係属中に合併した)ボーイング社が、それぞれ2億ドルを支払うことで和解が成立したことを、ロイターは伝えている<sup>93)</sup>。

こうして、少なくとも最高度の国家秘密に関わ

86) Doe v. Tenet, 329 F.3d 1135, 1147-48 (9th Cir. 2003).

87) Id. at 1150-51.

88) Tenet v. Doe, 544 U.S. 1, 10-11 (2005), quoting CIA v. Sims, 471 U.S. 159, 175 (1985).

89) Mohamed v. Jeppesen Dataplan, 614 F.3d at 1078-79.

90) Id. at 1084-85. 政治問題法理そのものを適用できると

した例外的な裁判例として、Bentzlin v. Hughes Aircraft, 833 F. Supp. at 1497-98.

91) Gen. Dynamics, 563 U.S. at 489-90, 131 S.Ct. at 1908-09.

92) Boeing Co. v. United States, 425 Fed. Appx. 899 (Fed. Cir. July 7, 2011). 差戻し後は、決定などは出されていない。

る場合には、防衛産業に属する私企業は、政府との間の契約における司法的救済を、あきらめねばならなくなった。もとより最高裁は、先例としての判決の射程を慎重に絞ってはいる。レイノルズ判決が国家秘密秘匿特権を「軽々しく適用してはならない」としたことに判決の最後で言及した上で、司法的救済の全面的拒否にはさらに慎重でなければならないと述べる<sup>94)</sup>。だが他方で、ステルス艦載機事件のようなケースでは、司法的救済が拒否されることを政府も企業も「予測すべきであった」と——控訴裁判所にすら予測できなかったにもかかわらず——最高裁は述べる。そして、そのように取り扱っても差し支えはない、なぜなら、防衛産業における最先端技術を扱う企業は「繰り返しプレーヤー (repeat players)」であり、たとえ司法的救済に欠けるとしても、政府との間の数十億ドル規模の契約を忌避することはなからう、という<sup>95)</sup>。このように、合衆国最高裁の最近の判決は、少なくとも最高度の防衛秘密に関わる政府調達契約に関しては、契約の実現に司法が手を貸さず、契約当事者を「裁判所のドアをノックしたときの状態に」留めることを宣言するものであった<sup>96)</sup>。

この判例の影響は、次のように整理できるであろう。一方で、極めて高度の防衛秘密に関わる契約に関しては、企業は、司法的救済が一切得られないことを前提に行動する必要がある。即ち、是非とも必要な支払いはその都度その都度受けつつ契約内容を遂行しないと、契約終結により不測の損害を被りかねない。しかし他方、それは政府側も同様である。たとえ企業側に真に懈怠があり、そのため「不履行」を宣告したとしても、既払い分の取戻しを訴求することはできない。そうした状況では、短期的な、一回限りの契約においては、相互を信頼して目的遂行にあたることは難しい。しかしながら、それを補うのは、合衆国最高裁も指摘する、政府と企業の間で成立する長期多角決

済の関係である。多額の支払いを既に受けているのをいいことに不誠実な行動を取る企業は信頼を失い、次回の調達契約を獲得するのにマイナスとなるであろうし、発注者としての優位を笠に着て適切な支払いを政府が渋るようでは、企業の側はリスク込みで応札を行わざるを得ず、コスト高につながり、最悪の場合は、調達や開発そのものに支障を来すことになるであろう。結論的には、政府との間で「繰り返しゲーム」を遂行できるような限られた企業のみが、高度な防衛秘密へのアクセスを要する調達や開発の契約当事者になるのに適する。それが、合衆国最高裁判決の帰結だと言うことができる。

### まとめ——軍産複合体の法的側面

かつて筆者は、米国の防衛産業を念頭に、企業が合衆国政府の「コート」の陰に「隠れるのを許す法理がいくつか存在することを指摘した。即ち、まず第一に、政府調達品に特許権侵害が見出されたとしても合衆国政府が被告となり、納入した事業者は一切の責任を免れるという、タッカー法 (25 U.S.C. §1498) の下で発展した判例法理がある<sup>97)</sup>。しかも、それによって企業が免責される範囲は、2012年の連邦巡回区控訴裁判所全員法廷判決 (ゾルテック判決)<sup>98)</sup>によって、大きく拡張された。また、第二に、政府の定めた仕様に基づいて納入した調達品については、その仕様や指示に従っている限りは政府の享受する主権免責が民間企業にも拡張され、製造物責任や過失責任を免れるという、政府契約免責の判例法理がある<sup>99)</sup>。これらの法理によって、防衛産業は、通常の産業とは異なる免責を享受することができる。

おそらくその結果であろう、防衛産業に属する企業は、特許権を取得し行使することに消極的である。本稿はその一斑を摘示したのみであるが、巨大防衛企業は、民生向けIT製品のメーカーな

93) "UPDATE 1- Boeing, General Dynamics reach \$400 mln A-12 settlement with U.S. Navy". Reuters, Jan. 23, 2014: <http://www.reuters.com/article/boeing-general-dynamics-settlement-idUSL2N0KX2M720140124> (last visit: Jan. 21, 2019)

94) Gen. Dynamics, 563 U.S. at 492, 131 S.Ct. at 1910.

95) Gen. Dynamics, 563 U.S. at 490-91, 131 S.Ct. at 1909.

96) Gen. Dynamics, 563 U.S. at 487, 131 S.Ct. at 1907.

97) Richmond Screw Anchor Co. v. United States, 275 U.S. 331, 342-43 (1928). これについては、拙稿・前掲注4) 小早川古稀 862-867頁参照。

98) Zoltek v. United States, 672 F.3d 1309 (Fed. Cir. 2012) (en banc).

どとは、まったく異なる企業行動方針を採る。特許よりは営業秘密が、防衛産業にとって重要な知的財産権である<sup>100)</sup>。また、いわゆるパテント・トロールによる訴えに苦しめられる度合いも、IT分野の先端技術企業と比較して少ない。特許制度は、米国の防衛産業においては、あまり大きな意味を持っていないのである<sup>101)</sup>。もっとも、それらの本格的な検討については、他日を期すほかはない。

本稿が提示したのは、何より、合衆国政府が不法行為責任を問われる場面で、防衛秘密について秘匿特権が認められ、そのため事実の存否が訴訟上明らかとならないという、レイノルズ判決以来の米国判例法理である。合衆国政府は、伝統的な主権免責を議会が放棄し、そのため被告として法廷に登場せねばならない場面においても、安全保障上重要な情報については秘匿特権を主張することができ、裁判所がそれを是とするときは、事実の開示や証拠の提出を免れる。その結果、政府側に立証の負担が帰する抗弁についても、秘匿特権が主張されると、証拠調べを抜きに抗弁が成立したのと同様となり、原告の請求が棄却される。この法理は、国家安全保障に関わる場面での原告の勝訴を、著しく困難にしている。

また、本稿が明らかにしたのは、合衆国政府と企業との間の契約関係が、対等とは程遠いものだということである。まず第一に、連邦欺瞞請求法によって、契約の履行が企業には厳格に求められ、

過大な請求には容赦のない制裁が加えられる。第二に、政府の側からの契約の終結について、単なる政府の「便宜」でも理由として十分だとされ、契約が履行される保障がない。そして第三に、2011年のステルス艦載機開発契約事件最高裁判決によって、契約を終結した行為の是非が重要な防衛秘密に関わる場合には、裁判所は一切の司法的救済を拒否し、事態は専ら契約当事者間の事実上の関係に委ねられる。それは、高額の調達契約に応じることのできる企業のみが合衆国政府との間で「繰り返しプレーヤー」としての長期多角決済関係を結ぶことができるという現状を、法的に追認する判断だということができる。

もっとも、同判決の提示した法理をそのまま適用し、具体的な事件についての司法的救済を拒否する判決は、その後、下級審を含め、管見の限り、現れていない。いまのところ、その影響はごく限定的である<sup>102)</sup>。しかしながら、南北戦争当時の最高裁判決が125年を経て再活性化された経緯に照らせば、防衛産業に属する私企業は、政府との商談がいま現に進行しつつある状況において、将来の係争において裁判所が同様の判断を下すことを、リスクとして常に織り込んでおくほかはなからう。レイノルズ判決法理の適用に慎重だった第9巡回区控訴裁判所ですら、近年の判決では、同判決を引用して、国家秘密を秘匿する重要性を再確認している<sup>103)</sup>。米国全体の安全保障にとって極めて重要な情報については、たとえ合衆国憲法

99) *Boyle v. United Techs. Corp.*, 487 U.S. 500, 512 (1988). 近年の例として、2007年のアフガニスタンにおけるチヌーク(MH-47E)ヘリコプターの墜落事故で犠牲となった搭乗員の遺族からの請求を棄却した *Getz v. Boeing Co.*, 654 F.3d 852 (9th Cir. 2011) がある。一般に、軍用装備品について納入事業者が責任を負うのは、製品仕様を満たさなかった場合や、当局者の知らない危険性について民間事業者が知っており、かつそれについて沈黙していた場合に限られる(後者の例として、*Densberger v. United Techs. Corp.*, 297 F.3d 66 (2nd Cir. 2002))。この件については、拙稿・前掲注4) 小早川古稀 870-878頁参照。

100) 他の例を挙げる。レイセオン社が、軍用赤外線カメラの調達契約をめぐる、自社をスピンアウトした3人の元従業員が設立した会社を訴えた事件で、原告は特許権侵害に基づく主張を早々と撤回し、営業秘密侵害に基づく主張のみに特化している。*Raytheon Co. v. Indigo Sys. Corp.*, 688 F.3d 1311, 1314 (Fed. Cir. 2012)。また、ロッキード・マーチン社とレイセオン社がジョイント・ベンチャー方式で展開していたタウ・ミサイ

ル・システム(TOW missile system)の開発からレイセオン社が脱退し、自社単独で次世代ミサイル・システムを合衆国政府から受注すべく動いたことから生じた紛争でも、開発成果は特許発明ではなく営業秘密になることが前提とされていた。*Lockheed Martin Corp. v. Raytheon Co.*, 42 F. Supp. 2d 632, 636 (N.D. Tex. 1999)。なお、その事件では、ロッキード・マーチン社単独の営業秘密を侵害しないようレイセオン社が十分に配慮しているとして、申立てが排斥された。

101) 米国防衛産業における特許制度の他の側面を解明したものととして、参照、拙稿「米国の秘密特許制度について」AIPPI 63巻11号(2018)2頁。

102) *Abilt v. CIA*, op.cit. は、ステルス艦載機事件にも *Tenet v. Doe* にも言及せず、レイノルズ判決法理に基づく秘匿特権のみによって結論を導いている。また、*Mohammed v. Holder*, 47 F. Supp. 3d 1236, 1247 (D. Colo. 2014) は、ステルス艦載機事件に言及しつつも、その独自性を無視し、恰もレイノルズ判決法理の一環であるかのように取り扱っている。

の保障する法的権利が係争対象となっても、一切の司法的救済が受けられなくなるという事態を、企業は、覚悟せねばならないのである。

さらに、その反面で、他の一般私人に対して防衛企業が数々の法理によって保護されていることをも、本稿は明らかにした。特許権侵害については既に述べたところであるが、防衛装備品に関して企業が他企業の営業秘密を侵害したときも、その性能や仕様が秘匿特権の対象となっているときは、訴訟での追及を免れる。また、防衛装備品の不具合によって死亡事故が発生したような場合でも、その不具合の立証が秘匿特権によって阻まれ、遺族からの請求が棄却されることがある。

かくして、法的に見た「軍産複合体 (military-industrial complex)」とは、政府との親密な関係を有する巨大企業と合衆国政府により成り立つ、インナー・サークルだということができる。サークルの内部と外部を隔てる牆壁が存在し、それは厚い。通常の事業会社の直面する「訴訟社会」とは異なり、その内部は、恰も政府の傘の下の別世界のものであって、他企業や私人による訴訟を、さほど惧れる必要がない<sup>104)</sup>。反面で、そこに属する企業にとって、ペンタゴンとの関係は、経済的に極めて重要であるばかりか、訴訟による紛争解決が、法理的にも得策でない。たしかに巨額の新兵器開発契約が突然破棄されるような事態においては、株主との関係からも、訴訟を提起せねばならないことがあるであろう。しかしそのような場合ですら、司法が一切の助力を拒むことがある。そのようなインナー・サークルを支える法的構造の一端を明らかにすることができたとすれば、本稿は、目的を達したことになる。

\* 本研究は、平成 30 年度科学研究費補助金（挑戦的萌芽, 17K18538）による研究成果の一部である。

103) Al Haramain Islamic Found., Inc. v. United States Dep't of the Treasury, 686 F.3d 965, 980, 982 fn.8, 983 (9th Cir. 2012).

104) アウトサイダーに過ぎないゾルテック社が遭遇した困難については、拙稿・前掲注 4) 小早川古稀 864-865 頁参照。