# 板随大柴淪縣

# 政治・経済・法律研究

第 18 巻 第 1 号

2015年9月

# 

# 「社会空間犯罪学」と環境犯罪学

# --- ボトムズ論文を契機として ---

守 山 正

#### 要 旨

ボトムズはイギリス犯罪学研究の第一人者であり、これまでに次々と新しい視点を提供してきた。そのうち、近年、サンプソンなどの新シカゴ学派の議論やインズのシグナル犯罪論などを参考に、場所の犯罪学として「社会空間犯罪学」を提唱している。従来、場所・地域に関する多くの犯罪学上の議論がみられたが、それらは整理・統合されることなく、ばらばらに展開され、それぞれ何を目指すのか、論理的帰結が必ずしも明らかにされてこなかった。ここで扱うボトムズ論文は、このような学問的状況から、各議論の論点整理を行うとともに、新たに社会空間犯罪学の概念を打ち出している。その見解は、いわゆる環境犯罪学の主張や理論とは異なり、明瞭に「規範」を含めた犯罪学理論を展開している。そこで、本稿は、この社会空間犯罪学の内容を分析し、かつ世界的なレベルで議論の多い環境犯罪学との異同も明らかにする。

キーワード:社会空間犯罪学,環境犯罪学,新シカゴ学派,集合的効力,シグナル犯罪

# 1. はじめに

近年発刊された『オックスフォード犯罪学ハンドブック(the Oxford Handbook of Criminology)』(以下,「ハンドブック」と略称する)の第 5 版(2012 年)には,アントニー・ボトムズ(Anthony Bottoms)<sup>①</sup> が「社会空間犯罪学の展開(Developing Socio-Spatial Criminology)」と題する論文を発表している<sup>②</sup>。このハンドブックはイギリスの著名な犯罪学者が執筆することで知られ,本書に寄稿するのはイギリス犯罪学界における一つのステイタスとなっている。ボトムズは長年のテーマである「場所の犯罪学」に根ざして,初版から最新の第 5 版まで執筆している。もっとも,論文の題名は「環境犯罪学(Environmental Criminology)」(第 1~3版,1994 年(単著),1997 年・2002 年(ポール・ワイレス,Paul Wiles との共著)),その後「場所,空間,犯罪,無秩序行為(Place, Space, Crime and Disorder)」(第 4 版,2007 年,単著)<sup>③</sup> を経て,上述のように「社会空間犯罪学の展開」(第 5 版,2012 年,単著)と変遷しているが,その第 5 版に題名自体に自ら命名した「社会空間犯罪学」を採用したのは,「場所の犯罪学」集大成の意味が込められているように思われる ( 。そこで本稿はまず,「社会空間犯罪学」

概念の意図するところは奈辺にあるのかを検討する。

ボトムズは、上述のように、初期には題名に「環境犯罪学」の名をかざしていた。しかしなが ら、同じ場所に最大の関心を寄せつつも、その理念と、ロン・クラーク(Ronald Clarke)、マー カス・フェルソン(Marcus Felson)らが精力的な研究活動を続けてきた「環境犯罪学」とは大 きなニュアンスの違いが感じられる。後者は、1970年代に生まれた CPTED (Crime Prevention Through Environmental Design「環境設計による犯罪予防」) の流れをくみ, 1990年に はすでに英米諸国の学界に定着し、近年ではこれらの研究者が「環境犯罪学および犯罪分析」研 究グループ(Environmental Criminology and Crime Analysis, 'ECCA')<sup>(6)</sup> を組織し、全世界 で実証研究を行っている(以下,この研究グループを「ECCA 環境犯罪学」と略称する)。率直 に言えば、クラークらの ECCA グループの理念の方がボトムズのそれよりも学界的認知度は高 く、いわば、ボトムズは少数派に属する♡。このような事情もあってか、その後、実際ボトムズ は第4版から ECCA 環境犯罪学とは袂を分かち、「社会空間犯罪学」という名称を使い始め®、 第5版では「場所に関する犯罪学」あるいは「犯罪の地理的分布」研究の総まとめとして,「社 会空間犯罪学」という方向性を打ち出したものと思われる。なるほど、世界的にみても、また犯 罪学の歴史からみても「場所に関する犯罪学」の研究は相当の蓄積があり,また近年さらに活発 な研究領域となっている。しかしながら,内容も様式も多種多様であって,統合されることなく 今日に至っており、そこで、ボトムズはこれらの研究の分析と統合を試みたのである。以下に示 すように,内容的には,新旧シカゴ学派から ECCA グループの研究まで,幅広い分野を見通す 総合的な視野を提供しており、新しい犯罪学の一分野を形成する動きとも言える。

実のところ、ボトムズのこれまでの研究活動歴や筆者との私的会話からみて、ECCA グループに対しては一定の理解は示しつつも、とくにフェルソンらの主張に対して批判を加えてきた。そこで、本稿は、ボトムズの社会空間犯罪学の理念とクラークやフェルソンらの「環境犯罪学」。の概念との相異を浮き彫りにすることによって、「社会空間犯罪学」の独自性を明らかにし、ECCA グループの「環境犯罪学」との方向性の相異、またこの新しい概念の犯罪学上の位置づけを試みたいと考える。

# 2. ボトムズ論文の特徴

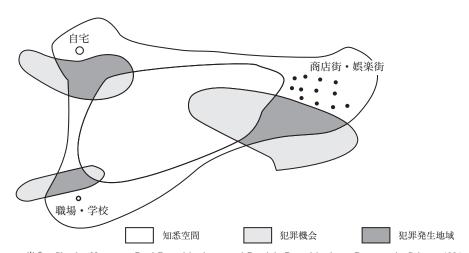
ボトムズ論文には種々の特徴がみられる。まず第1に、シカゴ学派との親和性である。これはボトムズの50年に近い長い研究期間の中で、とりわけ初期の研究活動と関係するように思われる<sup>(10)</sup>。なぜなら、彼が初めて研究職を得た地、イングランド中部シェフィールド市はいわば犯罪多発地帯を抱え、当時犯罪学研究の宝庫であり、とくに犯罪と場所との関係を研究するには好個の地であったからである。こうして、ボトムズの初期研究環境がシカゴ学派の研究者と同様の状況下にあったことで、犯罪の場所に対する関心を深めたものと思われる。ボトムズ論文の特徴

としては、主として、①犯罪の発生場所(近年は秩序違反行為の着目)、②犯罪者の居住場所 (シカゴ派の伝統的研究分野)、③住宅市場の役割(ボトムズ独自の着眼点)などを重視する点を 挙げうる。以下、随時検討する。

## (1) 犯罪・秩序違反行為の発生場所

犯罪の発生場所で問題となるのは、どのように犯罪者は一定の場所を犯行のために選択するかである。しばしば、「犯罪と距離(crime and distance)」とか「犯行への移動(journey to crime)」などのテーマで扱われる。これが明らかになれば、犯罪対策も場所的に人的物的資源を特定地点集中できるし、また犯罪捜査においても、犯罪者の特定に役立つ。犯罪場所に関しては、多くの犯罪学文献は、犯罪は犯罪者の自宅近くで発生するとし、一般には犯行は自宅付近で行われると考えられてきた。これは、一つには個々人が十分な交通手段を有していなかった時代の背景もあると思われる。

犯行場所についての研究としては、ブランティンハム夫妻(Paul and Patricia Branthinghams)の犯罪パターン理論(crime pattern theory)がよく知られる。彼らによると、われわれ人間の脳には町々の「認知地図(cognitive map)」が存在し、その一部分は非常に知悉している場所(たとえば、自宅周辺、職場・娯楽街周辺、買い物・娯楽目的で訪問する中心街)であり、これらをつなぐ道路もまたよく知悉している。他方で、当然ながら、全く知悉しない場所(大きな道路から離れた住宅街、知人もいないような場所、魅力的ではない場所)もある。要するに、ブランティンハムはそのような知悉しない場所では、人は犯罪を行わないとする。さらに、ブランティンハムは、犯行者が、すでに犯行場所を決定して窃盗標的の探索行動を行っている場合でさえ、自宅、職場、娯楽場所などで過ごす日常生活のパターン(図1参照)が影響すると指摘している $^{(11)}$ 。



出典:Charles Newman, Paul Branthingham, and Patricia Branthingham, Patterns in Crimes, 1984.

図1 ブランティンハムの犯罪パターン

ブランティンハムの見解を支持する研究もすでに行われており、ランガートとワーシルチック(G. Rengart and J. Wasilchick)は、刑務所収監中の成人窃盗犯に対するインタビューを行い、その結果、侵入盗犯は職場や娯楽街へのルートの途中で犯行場所を集中的に選択していることを明らかにした(12)。もっとも、一部の侵入盗犯は故買屋の指示された場所で犯行に及んでおり、自らの経験だけでなく、しばしばこのような二次的情報を利用することもあるという。また、カーターとヒル(Carter and Hill)のオクラホマ・シティ研究では、犯罪者は人種的に異なる地域に侵入して窃盗を行っているとされる(13)。さらに、近年のイギリスのシェフィールド研究では(14)、常習犯罪者に対するインタビューから、犯罪者は自宅から平均で1.93マイル離れた場所で犯行を行っており、しかも、犯罪的に手段として移動しているわけではないと、調査対象者の3分の2以上は答えている。簡単にいえば、わざわざ犯行地まで移動しているのではなく、日常的に通過したり、よく知悉する場所を通りすがりに犯行場所として選択しているに過ぎない。ここでも、日常活動パターンと犯罪との関係が明らかにされている。要するに、犯行者は日常生活で繰り返される通過ルート、つまり自宅から学校、職場、娯楽街への通り道、その周辺の場所等を犯行地に選んでいるのである。

他方,近年,犯罪者は自身の土地勘のある場所で犯罪を行っているという見解が有力になりつつあり,その見解を支持するのがボトムズである。つまり,身近な犯罪機会がある場所で発生するという。たとえば,友人との喧嘩が発生し暴力事件に発展するのは,犯行者がたまたまいた場所であり,それは日常生活パターンの中で選択された場所である。少年のケースでは,友人宅に遊びに行って,そこで犯罪標的を発見し犯行に至る場合もあるという。このようなケースやブランティンハムらの認知地図などを勘案して,ボトムズは犯罪機会の有無と認知的に知悉した場所の相互作用から犯罪は発生すると考える(15)。

また、連続犯などの犯行場所にはユニークさが見られる。通常、犯行者は検挙を回避するために、最初の犯行が報道されると、次の犯行では犯行場所を変える。イギリスで 1975 年から 81 年にかけて発生した「ヨークシャーの切裂魔(Yorkshire Ripper)」事件では、最初の 2 回の犯行は比較的自宅から近い場所であったが、その後 6 回は、やや遠方の場所で、その後は全く異なる地域で行っている。そこで、ボトムズは、このように財産犯罪以外の重大な犯罪ではブランティンハムの論理が適用できない場合があり、このような罪種の犯行場所の予測には、わが国でもときに利用されるが、「犯罪プロファイリング(criminal profiling)」手法の利用などを推奨している $^{(16)}$ 。

ボトムズは、ブランティンハムの論理が犯行場所として適用できない点につき、次のように考察している<sup>(17)</sup>。第1に、さまざまな都市で侵入窃盗場所が犯人の日常活動の範囲に含まれないことがあり、これは調査が行われた都市の社会的地理が異なることが関係しているという。つまり、高犯罪者(居住)率の地域が裕福な住宅街の近くにあるか、低犯罪者(居住)率の地域が犯行者の日常生活行動の中で犯罪的な魅力となっているか、などを考察する必要があると述べてい

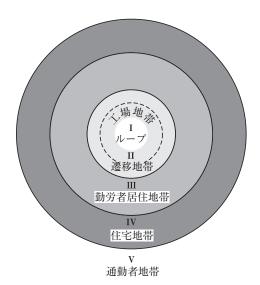
る。この点についてはイギリスの犯罪調査でも明らかで、最も裕福な地域は被害率が低い一方で、 高犯罪者率の地域に近い裕福な地域には、これが当てはまらないとされる。都市が、高犯罪者率 の貧困地域に隣接する裕福な地域を抱えている程度によっては、地図上の犯罪率の分布に相異を もたらすのであり、換言すれば、都市の犯罪地図は、その都市がそれぞれ歴史的にさまざまな社 会集団を抱え、ショッピングセンターや娯楽街を住宅地とは別の地域に配置してきた経緯が反映 しているという。したがって、かなり社会的分化が進んでいる都市では、非常に異なった犯罪の 社会空間的分布がみられると結論づけている。

# (2) 犯罪者居住の場所

シカゴ学派が犯罪学に貢献したのは、犯罪の空間的次元を実証的に明らかにした点にある。 1920 年代のことであった。その説明としてしばしば引用されるのが、アーネスト・バージェス (Ernest Burgess) が植物生態学を応用して作成した都市発展ゾーン・モデル (図2参照) を非行少年の居住地域に当てはめたクリフォード・ショウとヘンリー・マッケイ (Clifford Shaw and Henry McKay) の研究である (18)。その意義は、犯罪者の居住場所に関し、時代が推移しても地域 (zone) における非行少年の居住率は変化しないというものであった。すなわち、ショウとマッケイは、シカゴ市の地図上に非行少年の居住地をピン・マッピングし、当時隆盛をきわめたシカゴ大学社会学部の都市社会学の成果を取り入れて、「犯罪と場所」の関係を説明したのである。つまり、非行少年が居住する地域(近隣)社会の社会構造的、文化的諸条件を強調し、一つの画期的な事実を発見した。それは、一定の地域は、時間が経過し住民が移り変わっても、高犯罪率は不変であるという事実であった。これは、当時世界各国からの移民や民族少数派と犯罪性を結合する試みを打ち砕く知見であり、犯罪は特定の民族・移民によって引き起こされるのではなく、その土地・地域が与える文化的な諸条件が原因であるとしたのである (19)。こんにちでは「近隣効果 (neighbourhood effect)」と呼ばれる現象である。

この 1920 年代に打ち立てられた社会解体概念は、第 2 次大戦後、大きな批判に遭遇した。すなわち、イギリスの都市発展はシカゴのこのゾーン・パターンとほとんど類似しなかったからである<sup>(20)</sup>。たとえば、ボールドウィンとボトムズ(J. Baldwin and A. Bottoms)が行ったシェフィールド市の実証研究では、高犯罪者率の地域は必ずしも高い人口移動率を示さなかったのである。したがって、現在、犯罪学者はバージェスのゾーン・モデルを使いにくい状況にあり、高犯罪者率と高い住宅転居率との結合を公理としては前提にできないという<sup>(21)</sup>。

その後、シカゴ学派の大発見もしばらく省みられることはなく、ようやく新世紀を迎えて新シカゴ学派が現れた。その要因として、ボトムズはますます個人主義的な傾向が強まり、新自由主義的政治風潮の中では、「近隣社会」の概念が衰退したからだとみる。実際、アメリカの有力な犯罪学者であるウィルソン(James Q. Wilson)は、個人の犯罪歴への近隣効果の影響に対しては懐疑的で、むしろ個人や家庭の影響を重視した(22)。一部の研究において、種々の個人的犯罪



出典:Earnest W. Burgess, The Growth of the City, 1925.

図 2 シカゴのゾーン・モデル

リスク要因を統制した場合,近隣の要因は貧困地帯の青少年の犯罪性に重要な影響を与えている と調査結果も示されたが<sup>(23)</sup>,それでも主流となることはなかった。

さらに近年の研究では個人の犯罪経歴には近隣効果は影響しないという見解,たとえばウィル ソンとヘルンシュタイン(J. Q. Wison and R. J. Herrnstein)の見解が有力である<sup>(24)</sup>。要する に、旧シカゴ学派理論を完全に否定している。それによると、多くの犯罪リスク要因、たとえば 個々人の属性である低知能、家庭環境としての不良な養育態度などはもともと個人レベルであっ て地域レベルではなく,多くの常習犯罪者が犯行を開始するのは人生早期であり,地域要因が影 響する以前であって、その影響は限定的であるとする。これに対して、ウィクシュトロームとロー バー (P-O. Wikstrom and R. Loeber) は、そのピッツバーグ青少年研究において長期追跡調 査を行い②、まず対象者を、個人的に犯罪の高リスク要因をもつ者と高保護要因を持つ(リス ク要因を持たない)者、その中間の者に分け、さらに近隣効果の観点から4つのグループ、つま り経済的に恵まれた地域の居住者、中間地域の居住者、経済的に恵まれない地域で公営住宅の居 住者、経済的に恵まれない地域の民間住宅の居住者に分けて考察した。この結果、高保護要因を 持つ者でも、他の高リスク地区に転居すると、近隣効果を受け深刻な犯罪者になる比率が高まる ことが確認された。他方、個人的に高リスク要因を持つ者に近隣効果はみられなかった。しかし、 高リスク要因グループ以外の者で、経済的に恵まれない地域の公営住宅に居住する者が犯罪を行 う確率が上昇した。つまり、このグループには近隣効果がみとめられた。このように近隣効果が 公営住宅居住者に明瞭に顕在化したのは、アメリカが他の国と違って公営住宅に極度な貧困者が 集中している事情が関係しているとされる250。もっとも、12歳以下の者については、近隣効果 はみられなかった。これは上記ウィルソンらの見解と一致する。

このようなウィクシュトロームとローバーのピッツバーグ調査結果につき、ボトムズは、この

調査で個人的な変数だとされた「低い登校動機」、「親の貧弱な監督」、「罪意識の欠如」なども地域の文脈の影響(つまり近隣効果)を受けることが十分考えられるとする。たとえば、親の養育態度はその親、親戚、隣人を真似たものであるかもしれないし、罪意識の欠如も地域の支配的な規範の影響を受ける。これらは間接的な近隣効果であり、ウィクシュトロームらは少年に対する近隣効果を過小評価していると批判している。そこで、ボトムズは、結論として、犯罪に対する近隣効果は存在するし、ときに存在するが、いわゆる個人的要因よりは弱いと考えるべきであり、しかも個人的要因はしばしば、地域社会の「隠れた影響」を組み込んでいるとする(27)。

# (3) 住宅市場 (housing market) の役割

ボトムズ「社会空間犯罪学」の大きな特徴は、住宅市場の犯罪発生への影響を重視する点である。その論点は、前述のボールドウィンとボトムズが1970年代シェフィールドで開始した研究<sup>(38)</sup> に基づいている。この研究は、その直前1967年に行われたジョン・レックスとロバート・モア(J. Rex and R. Moore)によるバーミンガム市在住の移民調査<sup>(29)</sup> に触発され、その知見を活用している。レックスとモアの調査は、犯罪学的知見ではないが、移民がバーミンガム市内のさまざまな地域に移住した要因が住宅市場の影響であることを発見した。住宅取得に関する社会的な規範や慣行は、地理的に異なった人口構成、地域社会の生活への持続的な影響といった点で、社会学的に重要な発見であったという<sup>(30)</sup>。そこで、ボトムズは、この知見を犯罪学的文脈に置き換え、住宅類型によって犯罪者率が異なるのではないかと考えたのである。実際の調査では、各地域で支配的な住宅類型を、①持ち家、②民間借家、③公営借家、④それらの混合(いずれも支配的ではない)の4種に分類し、それぞれの類型ごとに犯罪者率を算出した結果、これを肯定する研究成果が得られたという。つまり、公営借家地域では犯罪者率が有意に高いことが明らかになったのである。このシェフィールド研究は、その後、ウィクシュトロームらによりストックホルムやピッツバーグの研究へと連なり、地域と犯罪、住宅供給状況と犯罪の関係が詳細に分析された<sup>(31)</sup>。

また、ボトムズは住宅市場の犯罪への影響の例として、別のプロジェクトを紹介している<sup>(32)</sup>。これは、ハル市で展開された「優先不動産プロジェクト(Priority Estate Project)」とその評価研究である。このプロジェクトは、公営住宅の管理に関して居住者との協議の場を設けたこと、低層住宅区では種々の「防御空間(defensible space)」の改善を行ったことが特徴である。防御空間の改善とは、たとえば前庭、境界塀、通り抜け防止柵などの設置である。そして、研究では、このような改善策がどのように犯罪状況に影響を与えたかを対照群を設定して評価された。その結果、低層住宅区では顕著な犯罪削減が実現した。つまり、管理と設計の効果がみられたのである。ところが、他方で、高層住宅では逆の結果が生じた。その理由として、高層住宅はもともと高齢者が多く居住し、調査期間中にもその死亡や疾病により空き部屋が著しく増加し、そこで市当局は新借家人を一定基準に従い入居させたが、これらの人々は若く、貧しく、失業中、単

身という者がほとんどで、さらには犯罪前歴者なども含まれたためであり、高層住宅区は犯罪行動が増加するという状況に変化した。つまり、プロジェクトでは種々の改善を行ったにも関わらず、犯罪が増加したのである。この調査結果を元に、ボトムズは住宅市場の過程が地域の犯罪情勢に広範囲に影響を与えることを確認した。

最後にボトムズは、住宅地域と犯罪者率との関係で、シェフィールド市近郊にある高層の公営 住宅の犯罪状況を引き合いに出して、同じ隣接地域にありながら、全く異なる犯罪者率を示した 事例を紹介している。

これは1970年代において生じた現象であるが、両地域とも1920年代、ほぼ同じ時期に住宅地として新規開発され、人口規模(2,500人から3,000人)も同じで、しかも地理的に大通り1本隔でたに過ぎない隣接地域において、住宅市場の犯罪への影響を比較研究したものである。これによると、両地域は開発されたのち、犯罪の少ない公営住宅として出発し、その後も居住定着率が高い状況を維持してきた。そして、一方の地域(「ストーンウェル(Stonewell)」(仮称)地域とする)はこうした良好な治安状況を維持したが、隣のもう一方の地域(「ガーデニア(Gardenia)」(仮称)地域とする)は1940年に大きく変動し、犯罪が激増したのである。この理由として、ボトムズが掲げるのは、あるちょっとした契機によって一旦荒廃してしまうと地域はそのまま急激に崩壊するというプロセスである。つまり、ガーデニアは荒廃して、他の場所に住民が転居したため空室が増え、これを埋めたのが、住宅が見つからず逼迫した者、以前からその地域と親密なつながりのある者などであった。そして、ガーデニアには犯罪の下位文化が生まれるようになり、その否定的評価がガーデニアに当時すでに住んでいた住民やその後に居住を考えていた人々に影響し、地域の学校にも優劣の格差が生まれて、両地域の犯罪者率の差はさらに拡大したという文脈である。

ここで、注意すべき事項として、ボトムズは次の点を指摘する。第1に、社会階級的な人口統計学的変数においては、両地域ともほぼ同じであったこと、第2に、ショウとマッケイの理論は、

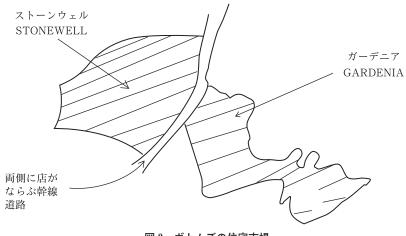


図3 ボトムズの住宅市場

人口移動の乏しい両地域の相異を説明するには役立たないこと、第3に、これらの地域の住宅市場の作用が犯罪者率を理解するうえで重要な鍵となること、である。とくに、第1点は、地域の犯罪者率が社会階級的構成を単純に反映するものではないことを示し、高い犯罪者率を示す地域の研究は、社会階級研究の別名に過ぎないという批判をかわすことになる。

# 3. 場所における秩序

近年の犯罪学研究では、伝統的な「犯罪」問題に加えて、刑罰を伴う犯罪のレベルには達しないものの、地域住民にとって不安感の根源となっている無秩序、不品行などの「秩序違反行為」が問題とされている。とりわけ犯罪が急激に減少している社会では、めったに被害に遭遇しない重大な犯罪よりは、日常的に繰り返される無秩序行為の方がはるかに重大な関心事であるからである。ボトムズも同様に、無秩序問題には強い関心を寄せており、社会空間「犯罪」学には無秩序関連事項もその研究対象に包含される。

# (1) 無秩序概念の重視

2008 年ロンドン大学(LSE)で講演を行ったサンプソンは、可視的な秩序違反行為は社会階層や移民といった広範な社会学的議論にとって今や出発点となっていると主張した。この無秩序、あるいは秩序違反行為につき、犯罪学上の文献で初めて着目したのが、後述するように、ジョージ・ケリングとジェイムズ・ウィルソン(George L. Kelling and James Q. Wilson)であった(38)。彼らの「割れ窓(broken windows)」は一種の隠喩であり、割れ窓のほか、廃屋、ゴミの投げ捨て、落書きといった状況は地域の無秩序のサインであり、このような些細な無秩序も放置すれば、コミュニティが通常維持する社会統制力を弱体化させるとした。その流れは、無秩序サインの放置→住民の不安・地域離脱→地元民の秩序違反行為の累行・無秩序サインの増加→住民の不安感増大・積極的な地域離脱→重大な犯罪者流入・監視の欠如という崩壊過程を経て、地域は無法地帯と化し、重大犯罪が頻発するとされた。

他方、サンプソンはローデンブッシュ(Robert J. Sampson and Stephen W. Raudenbush)とともに、システム的社会観察(Systematic Social Observation, 'SSO')と呼ばれる革新的な手法を開発して、地域における無秩序を客観的に測定する調査を実施した<sup>(34)</sup>。これは SUV 車にカメラを装着し、熟練した観察者が車に同乗し、ゆっくりと組織的に対象地区を回り、観察したことを映像として全て記録する手法である。特定地区で検証したところ、この調査データによって、全部ではないが、一部の地域で、「客観的な」無秩序状態の知覚を説明できたという。つまり、無秩序には「客観的な無秩序」と「知覚された無秩序」がありうる。このような区別を行うのは、無秩序状態が実際には発生していながら、無秩序に慣れすぎた地域住民が無秩序と感じない場合、逆に無秩序が存在しないのに無秩序が存在すると知覚する場合があるからである。そこ

で、サンプソンらは、知覚された無秩序の例として、地域の人種的構成の例を挙げている。ある地区の住民は、黒人・白人いずれもが当該地区で生じている無秩序を黒人居住地区の重大な問題と知覚していたのである。この調査知見につき、サンプソンは、個々人は無秩序の主観的な評価を構成するうえで必ず「従前の信念を引き合いに出す」こと、アメリカ文化における人種の話はこれらの信念の重要な要素から成り立つことなどにより説明している。つまり、ある一定の環境において共有された無秩序状態の「主観的な」知覚はずっと後に個々人が有する無秩序状態の知覚を予測できることである。「客観的に」観察された無秩序、貧困のレベルはこのような主観的な個人の知覚で修正され、客観的な知覚とずれるのである。しかも、他人の評価に関して人は敏感であるという証言もみられ、やはり個人の知覚は修正される。この 'SSO' という調査手法には種々問題が指摘されたものの、この客観的な無秩序観察法は、社会心理学と構造社会学の統合に成功したとして高い評価を受けた (35)。しかしながら、サンプソンとローデンブッシュのこの研究知見はイギリスでは確認されていない。テイラー(Joanna Taylor)らのイギリス犯罪調査の統計分析では (36)、近隣レベルにおいて、ある地域の人種構成は無秩序の知覚には影響せず、人種的多様性よりもむしろ貧困や困窮がもっとも強く反社会的行動の高い知覚レベルと相関していた。このように、地域における無秩序知覚に関しては英米の相異が確認されている。

サンプソンのもう一つの主張,つまり無秩序知覚の長期的効果はどうであろうか。要するに、 無秩序発生の原因は何かという問題である。無秩序の原因について、割れ窓理論はつとに地域に おける軽微な秩序違反の放置を挙げ,その状態が長期的に継続すると重大な犯罪へと至ると主張 した。これに対して、サンプソンは、社会的不利条件、とりわけ貧困を問題とする。すなわち、 無秩序は構造的不利条件と密接不可分であり、長期的な貧困と基本的に結合していると考えるの である。そして,この無秩序防止策として,割れ窓理論が軽微な違反行為の徹底した取り締まり (ゼロ・トレランス)を提唱したのに対して、サンプソンは外因的な介入を求める。外因的な介 入とは、文字通り、外部からの介入策の導入である。特定地域の長期的な貧困を解消することが 無秩序の予防に連なり、その外因的な介入策によって、有望な住宅購入者、不動産取引業者、保 険代理店、投資家、警察、政治家といった人々がこの地域を印象的に高く評価することが生じう る。このように、無秩序の知覚は近隣社会の長期的な社会的軌跡を形成し、その意味では、住民 の主観的な知覚はたとえ不正確であっても、非常に現実的な社会的帰結をもたらすことは社会学 的には自明の理とされる。ボトムズは、これを社会空間犯罪学に引き寄せて、犯罪、犯罪性に関 連して、このような分析は回り回って住宅市場の重要性に引き戻してくれると述べている。実際、 サンプソンもまさしく「住宅市場は人口配置のメカニズムとして機能するがゆえに,これを社会 学や犯罪学に取り入れる必要がある」(37)と述べている。

# (2) シグナル犯罪の視点

このグループは他の「社会空間犯罪学」グループに比較して最も新しい動きであり、その主唱

者も 40 歳代の若手研究者である。しかも、彼ら自身はグループとして活動しているのではなく、ボトムズ教授が便宜上、グループ化した過ぎない。しかし、いうまでもなく、「文化(culture)」を基軸にする点で共通している<sup>(38)</sup>。

ボトムズがこのグループの中で最も注目するのが、マーティン・インズ(Martin Innes)の「シグナル犯罪(signal crime)」の視座である「39)。これは今世紀に生まれた新しい視座であり、イギリスの近年の犯罪減少傾向と、それにも関わらず地域住民の依然高い犯罪不安感とのギャップを埋めるために開始された議論と言われる。そこで、インズはこれまでの犯罪学が「犯罪や無秩序行為に対する一般公衆の理解」を研究対象にしてこなかった点と住民の犯罪理解がどのように社会空間のシンボリックな構築と重なっているかという点から、「一部の犯罪・無秩序行為の発生(シグナル)は住民がリスク認識を形成するうえで他の事項よりも重要である」という見方を示したのである「400」。この中で、インズは、夫による妻殺害(DV)事件と下校中の少女の不審者による誘拐殺害事件の実際の例を挙げ、前者は凶悪で異常な事件でありながら、必ずしも一般地域住民の不安感を煽るものではないとし、それに対して後者の事件は前者に比し住民にはるかに大きな不安感を与えるという。その理由として、前者が所詮「他人ごと」であるのに対して、後者の事件は地域社会に潜在的なリスクを伝達するシグナルが含まれているからであるとする。

ボトムズは、このシグナルという観点から、通常の人々は日常生活で遭遇する一定の場所、人、状況をリスクがあると考えるかもしれず、したがってシグナルは社会的記号論の過程を示し、それによって種々の犯罪・無秩序行為は特定場所における不安や脅威という観点から、かなりの影響力を有するかもしれないと述べている。たとえば、同様にインズらが行った「地域安全に対する潜在的な脅威」調査によると、地域住民の不安や脅威は地域によって異なるものの、若者のうろつき、薬物、ゴミ廃棄、落書き、公然酩酊といった類の無秩序行為はどの地区でもきわめて明瞭に脅威が認識されていた。しかも驚くべきことに、この調査では侵入盗(burglary)よりもこれらの行為の方が大きな脅威と認識されているという調査結果が示されており、ボトムズ教授によると、これらの知見は、「脅威とみられる無秩序行為はしばしば反復されて、ひいては公共空間で発生するイベントとなる」という事実によって説明できるという(41)。つまり、地域住民は脅威として、(刑罰が科される)犯罪と(刑罰が科されない)無秩序行為を区別しているわけではなく、無秩序行為が反復されると住民からすれば犯罪と同程度、あるいはそれ以上に脅威を感じるのであり、それは「イベント」として理解されるということであろう(42)。要するに、イベントは住民に強力なメッセージ(インズのいう「シグナル」)、つまり「自分の町は統制不能」と映り、不安感を煽るのである。

他方、ボトムズは、「シグナル犯罪」のほかに、「統制シグナル(control signal)」という視点もあると指摘する。この背後にある考え方は、権威のある人・機関・組織(たとえば、警察のパトロール)、あるいは他の住民(たとえば、地域住民によるボランティア活動)による一定の行為は、多くの住民の信頼感を促進し、社会秩序の安全感を植え付けるメッセージを送達すると

いうことである<sup>(43)</sup>。そして当然ながら、その行為が行われないと逆に、住民の不信感が増幅され、社会秩序の安全感は失われる結果となる。

# (3) 割れ窓理論と社会規範

ボトムズと他の環境犯罪学者との最も大きな視点の違いは、社会規範(social norms)をその構想にふくめるかどうかにある。この点に関して、ボトムズは一貫して、地域における社会規範を問題としており、これは環境犯罪学の論者が犯罪の誘因を物理的環境に求める点と大きく乖離している。

ボトムズは、社会規範問題に言及するまえに、割れ窓理論を俎上にのぼせる。割れ窓理論は、前述したとおり、ジョージ・ケリングとジェイムズ・ウィルソンが主張した議論であり、その名を一躍有名にしたのは、1990年代前半、ニューヨーク市警察がこれに基づいて犯罪削減に成功したという報道であった。しかし、犯罪学的にいえば、割れ窓理論の功績は「近隣社会の無秩序という概念を社会科学の優先順位に引き上げたこと」(44)であるとされる。すなわち、従来、犯罪学では「犯罪(crime)」が問題とされ、その前段階にあるとされる「無秩序行為(disorder)」を無視してきたからである。この点を高く評価したのは、これも前述したサンプソンとローデンブッシュであった。すなわち、「(割れ窓理論は)公共の無秩序行為の軽微な形態は、重大な犯罪に至り、都市荒廃の下降スパイラルに陥るという。この推定される前提は、落書きとか公共の場での薬物使用、路上のゴミ捨て、車の廃棄などの目に見える形の契機は犯罪者を魅了していると考えられ、これらの契機から、犯罪者は地域の人々は当該地域で起こっていることに無関心であると考えるのである」(45)。

しかし、割れ窓理論は逆説的な2面性を有しているとテイラー(Ralf Taylor)は指摘している (46)。この理論は、一方で、「その直線的な因果メッセージとその感情に訴えるタイトルゆえに、かつて、これほど都市政策の世界に影響を与えた理論はなかった」と評価する。他方で、この理論の実証的根拠は、他の長期追跡調査を行った結果では貧弱であるとされ、多くの研究は、地域の無秩序行為はそれほど重大犯罪の予測因子となるわけではなく、サンプソンと同様に、むしろ近隣の社会構造的文脈の影響の方が大きいとしている。要するに、割れ窓理論の中心的な仮説「軽微な秩序違反を放置すれば、ゆくゆく重大な犯罪に発展する」は実証的には証明されなかったということである。このように、近年、一世を風靡した割れ窓理論に対する風当たりが強まっている。

むしろ近年,無秩序行為に関して強調されているのは,その「規範違反的性質」である。つまり,地域における社会規範の存否が議論されている。これについて,カイザー(Kees Keizer)らは,「社会規範(social norm)」という語には二つの含意があるとし,それらを識別している<sup>(47)</sup>。つまり,一定の地域・近隣社会の特定行動に対する共有された是認・否認の存在(禁止規範,injuctive norm)と一定環境に共通の特定行動の顕現(記述規範,descriptive norm)

である。そこで、割れ窓理論との関係を考えると、割れ窓理論で構想された無秩序の種類は社会的環境であり、その社会的環境において禁止規範は記述規範と対立するという。たとえば、「街頭は公衆の利用のために清潔で快適でなければならない」という禁止規範は、「誰もが通りにゴミを捨てている」という記述規範と矛盾するからである。ここで問題となるのは、特定の環境において禁止規範が記述規範のメッセージと適合しているとき、禁止規範に説得力はあるか、ということである。

ボトムズは、これを立証した実験の例を挙げている(48)。スーパーマーケットに隣接する建物内の駐車場の入り口に派手な注意書きがあるとしよう。それには、こう書かれている。「ショッピング・カートを元の場所にお戻し下さい。」これは禁止規範である。そこで、実験者は、わざと駐車場にあるすべての車のワイパーに「広告ビラ」を挟んで様子をみた。実験のある1日には、実験者が全てのカートをカート置き場に戻しておいてみた。別の1日では、実験者がわざと4台のカートを無秩序に放置しておいた。そこで、これらの2日間の駐車場における自動車所有者の反応をみたところ、後者の状況では、カートを放置した運転者が広告ビラを持ち帰えらずに床に捨てた比率が、前者の状況よりも2倍であった(58%対30%)。つまり、他の運転者がカートを放置したと考えた運転者は、自らも放置してよいと思い、さらにそれに影響されて広告ビラも捨てたのである。これは逆にみると、きれいにカートがカート置き場に戻されたのをみた運転者は、自らもそのルールを遵守し、その流れで広告ビラも捨てずに持ち帰ったと思われる。まさしく、前述の「特定環境で禁止規範が記述規範と適合するとき、説得力をもつ」ことに合致する(49)。

これらの知見は、割れ窓理論の主要な内容を支持しており、規範違反を目撃した人々は、自らも規範に違反する可能性があるとされる。それが記述的規範となっているからである。しかしながら、結果は割れ窓理論と一致するものの、完全に一致するわけではない。第1に、前述のカイザーは(49)、公共の道路で実験者の「さくら(confederate)」が道路沿いに自転車を走らせ、偶発的にミカンを落とし、自転車に乗ったままの姿勢でミカンを拾おうとしたところ、通行人はどのように反応したかという実験を行っている。通行人の40%が自転車の者を助けたが、別の「さくら」が近くでゴミを清掃している姿を見せたところ、通行人の助ける比率は2倍となった。実験者は結論として、これらの結果は規範を尊重するか、無視するかの些細なきっかけであるが、すくなとも瞬間的には、街頭の行動に影響を与える。これは割れ窓理論の前提を超えており、割れ窓と真逆の向社会的(prosocial)な規範的行動も同様に効果を示すという。

次に、セント・ジーンズ(St. Jeans)の研究である<sup>(51)</sup>。いわゆる物理的無秩序、たとえば落書きやゴミ廃棄などは、重大な犯罪者にとって無関心な事項であり、むしろ、彼らの関心は、その場所が実入りのいい(犯罪利益の多い)機会を与えるかどうかにある。たとえば若者のうろつきなどの社会的無秩序では、社会的無秩序と薬物取引者・強盗犯の間には、統計的相関があるという。しかし、これらの犯罪は、社会的無秩序がない状況では繁殖せず、対照的に高い社会的無秩序は高い犯罪率を生み出すには不十分であるとされる。

要するに、割れ窓理論に関しては、近隣社会の研究が時間の経過に従い各種調査結果が発表され、初期においてはその仮説は否定される傾向がみられたが、他方、「(無秩序を放置すれば)無秩序は拡散する」ことは支持された。しかし、割れ窓理論の最終段階「重大な犯罪者は機会に敏感であり、無秩序地域に移動すること」はほとんど支持されていない。とくにセント・ジーンズはこの仮説に強く反対している。また、カイザーは、近年の研究で、割れ窓理論の主張する「初期に無秩序の芽を摘む」(言い換えれば、厳格な取り締まり、つまり「ゼロ・トレランス」)以外の些細な方法で、無秩序を多く削減することができるとする。

これらを総合して、ボトムズは基本的には割れ窓理論に対しては実証的にはあまり支持されていないと結論せざるを得ないとする「SEZ」。その最大の理由は、カイザーなどの研究にみられるように、割れ窓理論は、規範的行動、公共の場における人々の行動に対する規範的影響の分析が欠如しているからである。つまり、ECCA環境犯罪学と親和性を示す割れ窓理論などを社会空間犯罪学の傘下で統合するという視点では、犯罪の発生する場における規範問題に触れざるを得ず、これがボトムズ論文と ECCA環境犯罪学との大きな分岐点であると思われる。この点については、後述する。

# 4. 犯罪場所と地域社会

ボトムズが犯罪の場所と考えたのは、たんに犯罪発生が多重化するホット・スポットなどの狭小の場所や地点ではなく、ひろく特定の地域社会を想定している。そのことによって、「場所」は犯罪現場という物理的要素から解放され、地域の文化・伝統に根ざす社会経済構造、人種的構成、社会規範の程度・存否などが視野に含まれるようになり、まさしく社会空間犯罪学が平面から立体へ構築されるのを可能にしている。そこで、ここでは、地域社会にいち早く着目したシカゴ学派の理論的伝統から、犯罪と地域社会の関係を論じる。

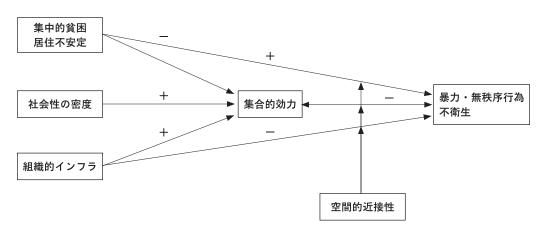
#### (1) 集合的効力(collective efficacy)

犯罪学の歴史において、シカゴ学派、つまりシカゴ大学社会学部の都市研究者が果たした役割は大きい。その歴史上、初めて社会問題を契機として、科学的な根拠をもって場所・地域の問題を実証的に扱ったからである。そこで、社会空間犯罪学としても当然ながら、シカゴ学派の研究には関心を寄せている。その理由は、第1に貧困地帯における高犯罪者居住率と犯罪発生率が関連するという証拠が依然、ゾーン・モデルにおける社会解体の理論化を支えていること、第2に近年、シカゴ学派のルネッサンス期を迎え、多くの論考や見解、実証研究がみられ、いわゆる新シカゴ派を形成している。つまり、社会問題の場所に対する関心が復興している。旧シカゴ学派の共通した説明は、一定地域に集中する高犯罪者率と被害率は、社会的困窮によって特徴づけられるというものであった。しかし、この説明は不十分で、貧困の指標と犯罪者率・犯罪率との相

関が完全には生じていないという批判がある。シェフィールド研究によると、必ずしも全ての貧困地帯が高犯罪者率を示すわけではなく、地理的に非常に類似した地域でもきわめて異なった比率を示しているからである。

新シカゴ学派が高い犯罪者率を説明する際に利用したのが、先にみたように、「社会解体(social disorganization)」という概念であった。コーンハウザー(Ruth Kornhauser)によると、 コミュニティの構造・文化がその住民の価値を表現できず、その結果、共通した明瞭な非犯罪的 価値や統制を提供できない場所は、社会解体が生じているという(88)。一般に、社会経済的要因 と社会解体の概念は強く結びついているが、シカゴ学派は経済的要因と犯罪レベルの直接の関係 を提示していないと批判する。ショウとマッケイは、漸移しつつある地帯ゾーン(前述のゾーン・ モデル)の「居住者移動性」を強調したが、近年の黒人ゲットー社会に関する研究において、コー ンハウザーは「疲弊し危険な近隣社会に共通するのは、比較的高い社会的融合と低レベルの社会 統制である。そのような地域では、非公的な社会統制の欠如ゆえにリスクを抱えた子どもだけで なく、(成人) 構成員の技巧、生活様式、思考傾向、習慣などにも限界がみられる。シカゴ市ゲッ トー社会の住民は、社会的には融合されながら、彼らの環境において子どもへの非公的社会統制 が十分に及んでいない。その主要な理由は、強力な組織力、組織に必要な資源の欠如にあり、彼 らの近隣社会では社会組織の指導層が機能していないのである」(54)と述べている。要するに、こ の説明の特徴は、旧シカゴ学派の初期理論よりは広範な政治的社会的構造過程と地域過程が密接 に結びつけられていることである。また、これとは別に、人々の技巧、生活様式、思考方向、習 慣などの社会資本 (social capital) への言及も行っている。

このような、政治的構造的な地域要因が犯罪に影響をするという調査とは別に、近年、新シカゴ学派の「社会解体」概念を継受する動きがみられる。これが、ロバート・サンプソンの「集合的効力(collective efficacy)」(55)の理論である。集合的効力論は、社会解体論の派生物とみるこ



出典:Robert Sampson, Collective Efficacy Theory: lessons learned, Francis Cullen (eds.), Taking Stock, 2006, p. 156.

図 4 集合的効力 (collective efficacy) の構造

とができる。ボトムズは、社会解体、集合的効力の両概念について、明瞭な継続性はあるものの、重要な相異もあると指摘する<sup>(56)</sup>。1980年代末の社会解体理論の検証において、「地元の友人ネットワーク(local friendship networks)」の存否は地域社会解体の重要な基準であるとし、この欠如が社会解体を示唆しているという。しかし、集合的効力論は、そのような仮説を採用せず、①一部の中産階級地域はほとんどそのような人的ネットワークを有しないにもかかわらず、それが必要なときは、うまく集合的効力を生み出すように組織している、②多くの荒廃した危険な近隣社会が共通して有するのは比較的程度の高い社会的統合と低度の非公式の社会統制である、という理解を採用する。前者は、一般的な広範囲の主流社会からの接触がなく比較的孤立しているがゆえに地域の構成員同士のつながりはむしろ強いことを示し、後者は地域環境が子どもに与える否定的影響を統制することは難しいという認識である。

このように、集合的効力論は、特定地域において、社会問題の広がりと、特定集団が共通化し た価値を実現し効果的な社会統制を維持する能力とを結びつける考え方である。したがって、集 合的効力は、「近隣の社会統制を支援するうえで、介入策への共有した期待と地域住民の団結と 信頼を結びつけること」と定義される(57)。サンプソンによると、高犯罪率の地域社会が他と異 なるのは、種々の社会資本が欠如しているからであるとし、そのような社会資本があれば人々は 集合的目標を決定でき,それを達成するために効果的に組織できると述べているધು。この目標 達成の組織化こそ、まさしくサンプソンが名付けた「集合的効力」であった。ここで、いっそう 精密に議論されたのは、たんにコミュニティが非犯罪的価値を有しているかではなく、それらの 価値を集合的に表現し、逸脱の脅威に対する価値を効果的に実行する地域の能力であった。サン プソンらは,実際,実証研究において,シカゴ市近隣社会における暴力犯罪の多様性は,部分的 には、集合的効力に対する能力の相対的有無で説明できるとした。つまり、「集合的効力は比較 的低い暴力犯罪率の予測因子である」と述べている(so)。しかしながら,このような集合的効力 への有力な実証研究の知見がありながら、サンプソンらは自ら、「自分たちの問題を地域住民が 集合して解決しようと活動を行うイメージが『集合的効力』の全てではない。シカゴにおける実 証的研究では、広範囲な政治経済と結合した社会経済的要因、住宅的要因などの構造的変数の重 要性も証明されている」とも述べている。したがって、「集合的効力が重要であると認識するこ とは、地域レベルの不平等が(犯罪学の説明で)無視されてきた」ことを意味するものではない。 このように、社会学的に有効な理論として「集合的効力」概念に対する評価は高いが、もちろ ん批判もないわけではない。その一つは、集合的効力が犯罪抑止に機能しない場面もあるという 指摘である。すなわち,まさしくある種の犯罪は社会解体の所産ではなく,社会組織の所産であ るように、ある犯罪組織のギャングは一定程度の集合的効力を提示する方法で近隣社会に影響を 与えうるが、このように社会全体としては望ましくない集合的効力も存在するという批判であ る 600 。もう一つは,「理論はたんに社会の統制や支援の負担を住民に押しつけ,他の者が主張し ているような『被害者非難』をしているに過ぎない」という批判である。これは,集合的効力論 がいかにもアメリカの中産階級の価値を擁護し、いわばこれを欠く地域社会の住民、とくに人種的少数派で下層階級の住民を批判しているのでないかという疑念である。しかしながら、サンプソンはこのような批判に対して、シカゴ学派のアプローチと同様に、集合的効力を単独の概念とみなしているわけではなく、社会の構造と権力のマクロレベル的な理解と結びつく必要があるとして、この批判に答えている。

# (2) 犯罪への近隣効果 (neighborhood effect)

上述の近隣効果については、アメリカで 1990 年代に行われた「機会への転居(Moving to Opportunity)」実験(以下、'MTO' と呼称する)が参考になる。MTO は、1994 年から 1998 年にかけて、ボルティモア、ボストン、シカゴ、ロサンゼルス、ニューヨークの 5 都市で実施された、近隣効果を試す壮大な社会実験(61) である。すなわち、アメリカの最貧困地域の公営住宅に居住する子どものいる低所得家庭 4,600 世帯に、資金援助を行って、はるかに貧困問題の少ない地域の民間住宅への転居機会を提供する実験であった。簡単にいえば、同じ世帯の構成員(成人、若年者)が地域を移動して別の地域で生活した場合、どのような変化がみられるのか。変化があるとすれば、現に居住する近隣社会の影響があったと考えることができるからである。この実験は直接、犯罪問題に関わっているわけではないが、結果によっては、場所と犯罪、地域と犯罪の関係が明らかになる可能性がみられ、そこで犯罪学者も注目した社会実験であった。

MTO の条件を満たす世帯は、次の3つのグループ、①統制群、つまり何ら特別な補助を受けないグループ、②実験群、低犯罪地域への転居補助券(housing voucher)(62) を受けたグループ(さらにその補助券の有効利用についての助言を受けている)、③中間群、別の地域への転居補助券は受けたが助言は受けていないグループ、に分けられた。その後、4年から7年後には中間調査(interim study)が実施され、さらに10年から15年経過後、つまり2008年から2010年にかけ、転居した世帯は面接調査を受け、最終的な評価研究(final study)が行われた。すなわち、他の地域に移動した成人および若年者にMTOの長期効果が現れているか、これらの効果は時間経過に従い、どのような変化がみられるか、その変化のメカニズムは何かを問うものである。2011年に発表された最終評価研究によると、成人に対する転居効果は、第1に、身体的健康が改善したことでする。

が改善したことである。統制群に比較すると、肥満や糖尿病の罹患率が低下した。さらに身体的制約を受けなかったとされるが、高血圧、健康に関連するリスク行動には有意差はみられなかった。第2に、鬱病や心理的苦悩などの精神面も改善した。第3に、経済的自己充足への影響はみられなかった。他方、若年者に対する効果として、第4に、身体的健康の影響は測定できなかった。第5に、MTO は女子には精神衛生、たとえば心理的苦悩、気分障害、パニック症候群、反抗的行為障害の改善など良好な影響を及ぼしたが、男子にはみられなかった。第6に、問題行動に対しては性別で異なった影響がみられたものの、検挙に対する影響はほとんどなかった。第7に、数学・読み書き達成度には顕著な影響はみられなかった。総じて言えば、これらの結果

から、転居した世帯や人々への MTO の影響は、社会経済的要素、たとえば世帯収入、さらには 教育的要素、たとえば子どもの学業成績には MTO の効果はみられず、ただ、健康面で改善があっ たことが想定外の効果であった。とくに、若年女子への影響は顕著で、問題行動にも改善がみら れたことが指摘できるという。

この MTO の結果を犯罪学的視点、社会空間犯罪学の視点から、ボトムズは次のように分析する <sup>(64)</sup>。上記の結果で、とくに注目するのは、若年者(平均年齢 19 歳)の過去 30 日間における マリファナ吸引・喫煙・飲酒、妊娠に関与する行為といった「危険行動(risky behaviour)」 の問題である (表1 参照)。これらの行動につき、逮捕データによると、実験群の若年女子は暴力犯・財産犯では統制群(つまり、転居しなかった若年女子)に比較し有意な逮捕率の低下がみられるが、若年男子では財産犯につき統制群(転居しなかった若年男子)よりも有意に高い逮捕率を示した。若年男子の結果は想定外とされ、なぜなら犯罪率の低い貧困地域への転居からみて、原因や理由が見いだしにくいからである。しかし、その実験中に行われた中間調査や補充面接調査では、同様の結果が示されており、必ずしも誤りではないという。なぜなら、中間調査では、実験群少年の問題行動に関する自己報告(self-report)では、統制群よりも高い非行率を示しているからである。

表1 MTO の主要な結果

調査項目	成人	若年男子	若年女子
経済的自給	有意差なし		
精神衛生問題	改善(+)	有意差なし	改善(+)
身体健康問題	有意差なし	悪化(-)	有意差なし
教育		有意差なし	改善(+)
リスク行動なし		悪化(-)	改善(+)
総合評価	有意差なし	悪化(-)	改善(+)

出所: Anthony Bottoms, The Handbook 5th ed., p. 465.

このような実験群青少年の非行に関して、なぜ男女差が生じたかにつき、複雑ながらも、ボトムズは次のように考察する。第1に、若年男子は転居先の地域においても、支配的な娯楽として、従来からの公共の場における「うろつき」活動を継続したことが考えられる。しかし、こうした行動は新しい地域では既存の住民からは受け入れられず、おそらく若年男子の方の行動は女子のそれよりも住民には不安に感じられたのではないかという。しかも、この地域は集合的効力が強く、年配の住民が地域の子どもに介入する機会が多い。これは、いわば集合的効力の負の側面であって、解釈すると、地域の年配者による若年者への介入がなされたが(たとえば、若者の不品行をたしなめるような行動)、それが逆に若年者には腹立たしさとして感じられたのではないかと思われる。また、地元の警察官に職務質問などを受ける比率は、新参として若年少年の方が少女よりも高いのは自然である。これらを総合して、ボトムズは、若年少女が統制群に比較し、新

しい地域環境に有意に満足しているのに対して、少年は以前の居住地域の仲間とも依然つきあいが継続し、新しい近隣環境に十分適応できていないことが、彼らの危険行動に対する近隣効果の性差として現れたものと考察している。そこで、ボトムズは、このような現象を「性差近隣効果(gendered neighbourhood effect)」と呼んでいる。

MTOの調査結果では、最終的に次のことが明らかになった。①MTO実験で、新しい地域に転居する最大の理由は、安全な街に住みたいという願望であって、経済状況の改善ではない。②個々の住民の犯罪傾向(ないし規範遵守)に対する近隣効果は、しばしば存在するが、現在の学問状況からして、これらの効果の正確な内容は確定するには至っていない。③それらを理解するうえで、地域の人種的社会経済的な分断や社会的向上の機会の欠如などの歴史的パターンといった、マクロレベルの社会構造装置を説明する必要がある。住民の日常経験を形成するうえで、地域性を超えた要因がしばしば重要である。④MTOの危険行動調査結果が示すように、地域における社会生活・社会効果の形成は非常に複雑であり、同じ地域でも人口集団によって相異があり、地域内の構造、文化、機関の微妙な相互作用から、この複雑さは生まれるのであり、犯罪学者もこの点を理解する必要がある。

# 5. 社会空間犯罪学と環境犯罪学

前述したゾーン・モデルを利用したショウとマッケイのように、1930年代、アメリカ・シカゴ学派(シカゴ大学社会学部)は犯罪者(非行少年)の居住場所を地図上に示し、これによってその居住地域と犯罪との関連性を研究した。しかし、犯罪者は常に自宅近くで犯罪を行うとは限らない。そこで、居住場所ではなく、犯行場所の研究を開始したのがレイ・ジェフリー(C. Ray Jeffrey)を初めとする環境犯罪学派であった。それは1970年代のことである。では、なぜシカゴ学派の研究から40年間の場所に関する研究の空白期間があったのか。ボトムズ論文にその説明はないが、思うに、1930年代以降、犯罪者処遇研究が全盛期を迎え、とりわけ施設つまり刑務所における犯罪者の社会復帰をめざす諸種の処遇プログラム開発が盛んで、要するに、犯罪を未然に予防する手法よりも犯罪者を改善して再犯を防ぐことに強い関心が寄せられたからであろう(いわゆる「改善モデル」の時代)。

ではなぜ 1970 年代に環境犯罪学の思想が生まれたのか。これについては、トレバー・ベネット(Trevor Bennett)らの解説がある<sup>(65)</sup>。すなわち、1970 年代アメリカでは、刑務所の再犯予防効果に関する悲観論、いわゆる 'Nothing Works' 論が台頭し、次第に犯罪者処遇論が衰退した。他方、1960 年代末から欧米社会では犯罪は激増し、これに対応するためには、刑罰(抑止刑)の強化か第三の道が模索されていたが、そこで、刑罰を使用しないで犯罪を未然に防ぐ環境犯罪学(イギリスでは状況的犯罪予防論(situational crime prevention))の手法が関心を集めるようになったのである。

# (1) ECCA 環境犯罪学

ECCA グループが主張する環境犯罪学は明らかに「犯罪者 (offender)」よりも「犯罪 (crime) | に関心を強く有する学問的視座であり、シカゴ学派が「犯罪者 | の地理的居住場所を 問題にした点とは対象的である。もっとも、このグループの環境犯罪学理念も犯罪者の居住場所 に全く興味がないわけではなく、上述のように、このグループに属するブランティンハムらは、 犯罪者の自宅からどの程度離れた場所で犯罪が行われたか(journey to crime)を問題にして いる(前述図1参照)。しかしながら、その他の ECCA 環境犯罪学メンバーは、居住場所の社会 経済的な、あるいは人口手統計学的(デモグラフィック)な文脈には、ほとんど関心を示さない のも事実である。これは、環境犯罪学が伝統的な主流犯罪学と一線を画すことを意識しているか らにほかならない。すなわち、主流犯罪学は長年、犯罪者研究を継続してきたが、そこで扱われ たのは民族少数派の者、崩壊地域・スラム街の居住者、社会的低位の貧困者、崩壊家庭の出身者 などであり、この文脈では人種差別、貧富の格差、崩壊家庭が強調され、犯罪者はいわば「スラ ム街に住む貧困で母子家庭の黒人少年」とステレオ・タイプ化されてきたからである。まさしく ジェイムズ・ウィルソン(James Q. Wilson)が、このような犯罪問題には展望がないと喝破し たように⑯,原因論としても無意味とする論調が環境犯罪学には強くみられた。要するに,環 境犯罪学は、他方で、「犯罪機会があれば、誰もが犯罪を行う可能性がある」として人種、性別、 社会的条件を犯罪問題から排除したのである。つまり、「誰も」とは出自や生活環境を超える要 素であり、環境犯罪学は犯罪問題を犯罪原因論から解放したといえる。ボトムズが指摘するよう に、フェルソンの「日常活動理論(routine activity theory)」が犯罪発生に3つの要素を指摘 しながら、その一つの動機づけられた犯行者の説明が不足しているのも、もともと ECCA 環境 犯罪学としては、犯行者は誰でもよく、階級、人種、出身地域を問わない前提からくる帰結であ

いずれにせよ、それ以来、環境犯罪学は学界内でも一定の地位を築き、今日に至っている。このように学界に有力な影響を持ち得たのは、コンピュータ化された「犯罪地図(crime mapping)」の発明であるとされる「の。すなわち従来の手動「ピン・マップ」(紙媒体の地図に犯罪発生場所のピンを押したもの)に代わって、大量の地理・犯罪情報とその分析を視覚的に可能にしたからである。こんにち、アメリカはもちろんイギリスでもすべての警察で犯罪発生地点は罪種ごとにコンピュータ化された地図が示されており、他方で、この情報は一般公衆にも開放されている。近年、わが国でもようやくこの種の手法は導入され始めているが、明らかに規模が異なる。環境犯罪学を主導する理論的枠組みは、上述したように、「日常活動理論」「688)と「合理的選択

理論(rational choice theory)」である。前者は1979年に発表された論文に基づくもので、当時アメリカ社会は犯罪激増の波が押し寄せ、その要因としてフェルソンらは犯罪者ではなく、犯罪機会の増大を挙げた。すなわち、第二次大戦後のアメリカでは、戦後ベビーブームによって生

まれた子たちが非行を行う年齢に達したこと,女性の社会進出に伴い昼間留守家庭が増えたこと,同様に社会進出した女性たちが家事のために多くの電化製品を買い込んだこと,などを住宅侵入盗激増の要因に挙げた。日常活動理論を一躍有名にしたのは,この社会変動の三兆候を集約して,犯罪発生には,a. 動機づけられた犯行者の存在(motivated offender),b. 標的となる物・人の存在(suitable target),c. 監視する者の不存在(absence of capable guardian)が関与していると断定した点である。逆にいうと,犯行者はこのような条件が揃った状況(convergence)で犯罪に及ぶとしたのである。

# (2) ECCA 環境犯罪学に対するボトムズのコメント

これにつき、ボトムズは2点を指摘する。第1は、フェルソンは犯罪発生要素として3つの条件を並列的に提示しながら、その後の研究では、もっぱら b. 標的と c. 監視者の2つについては研究にのみ集中し、もう一つの要素である、a. 犯行者についてはほとんど言及がないこと、第2に、c. 監視者については、後述する新シカゴ学派の集合的効力と結合可能なこと、である。最初の点について、犯行者が存在しなければ犯罪は発生しないことは自然現象と比較すれば明らかであるが、しかし、環境犯罪学の出現自体の原点に立ち戻ると犯行者研究が遅れている点はある程度納得しうると思われる。というのも、環境犯罪学は伝統的犯罪学が100年以上継続してきた犯行者研究を批判して登場してきたからである。むしろ、環境犯罪学が学界の内外で支持者を増やしてきた背景には、この点につきる。前述したように伝統的犯罪者が扱ってきた犯行者・犯罪者・非行少年像は、崩壊した地域社会で貧困家庭に育った民族少数派の者であり、それを対象としてきた研究は、彼らを社会の異常者として扱ってきたのである。これに対して、環境犯罪学は後述するように、人を全く同等の合理的選択者として位置づけ、犯罪機会があれば誰もが犯罪を行う可能性があるとして、民族・人種、社会的階層、貧富の差別や区別を認めない。この点こそ、環境犯罪学がアメリカ社会の構造性や階級性をクリアしたと言われる所以である。

次に合理的選択理論である。この理論は主としてロナルド・クラークとドレク・コーニッシュ (Ronald Clarke and Derek Cornish) によって展開されてきた。もともとクラークは 1970 年代イギリス内務省の研究官として勤務し、当時、内務省は状況的犯罪予防の研究を盛んに進めており、クラークもこれに従事した。状況的犯罪予防とは、人間の行動は状況に応じて変化するという前提に立つもので、したがって、同じ者でも文脈の異なる環境では異なった行動をとる。その例として、クラークらが示したのが、犯罪ではないが、ガス自殺の事例であった (1990)。 つまり、1970 年代、イギリスでは自殺率が急減するが、その理由として家庭使用のガスを有毒性の石炭ガス (coal gas) から無毒性の天然ガス (natural gas) へと変えたことによると主張したのである。犯罪学的な意味合いで言えば、自殺念慮の強い者でさえ、ガス自殺ができないと分かっても他の手段で果たそうとはしないこと、つまり、犯罪も発生の環境要素を変更すれば、犯罪は未然に防止できるということである。これがまさに状況的犯罪予防の根幹であった。

この状況的犯罪予防を支えたのが合理的選択理論である。近年において合理的選択理論とは経済学などさまざまな領域で使用されているが、犯罪学においては犯行を目標指向の行動としてとらえ、犯行者は合理的選択者として、リスクや労力を伴う犯罪実行から多様な満足を得ることを求める者、つまり合理的選択を行使できる主体(agents exercising rational choice)である。状況的犯罪予防との関係でいえば、「状況的予防の展開を支援するために認識された、ちょうどよい理論が合理的選択理論」である $^{(70)}$ 。そこで、これらの行動を止めるには、犯行者の起こりうる意図を予測し、その意図を状況操作によって食い止めるか、外せばよいのである。

# (3) ホット・スポット研究

さらに、ボトムズは、ECCA のサブグループともいうべき研究集団にも着目している。この集団は犯罪多発地点(hotspot)の警察活動のあり方に関心を示すことから、「ホット・スポット・ポリシング(hotspot policing)」('HSP' グループ)と称されている。研究活動の中心はディビッド・ワイスバード(David Weisburd)であり、彼らの立場は「警察活動の主要な関心を『人』から『場所』に移せば、警察はより効果的になりうる」(『1)という言葉の中に示されている。しかしながら、これらのグループは、日常活動理論や合理的選択理論に依拠していることは間違いないが、ECCA グループほど明瞭な理論的視座がない。しかし、ボトムズ教授はこのグループが警察活動の正統性に関心を示したことを評価しており、他の社会学的アプローチと結合する潜在力があるとしている(72)。

ボトムズ教授は、『ハンドブック』第 4 版で「場所に関する犯罪学」の研究者グループを 3 つのグループに分類した。すなわち、①犯罪イベント(criminal event) 研究に焦点を当て、主として「日常活動理論」(フェルソン)や「合理的選択理論」(クラーク)の理論的視点を採用するグループ(いわゆる「環境犯罪学国際グループ(ECCA)」),②地域社会の社会的構造・ダイナミクスを研究し、とくに地域社会の生活が青少年の犯罪性進行に与える影響に興味を示すグループ(シカゴ学派の流れをくむ「新シカゴ学派」),③前 2 者とはかなり異なり,人口統計学的,文化的アプローチに従うグループ(「文化犯罪学」ないしは「記号論に依拠する左派系」)である。同第 5 版では,さらにこれらを統合して,「社会空間犯罪学」概念を提起したのである。

# 6. おわりに ── 結論に代えて ──

誰にも理解できることであるが、犯罪は必ずある地点、地域で発生する。犯罪と場所は密接不可分の関係ある。他方、犯罪はまた必ず誰か人によって起こされる。いわゆる犯行者、犯罪者と呼ばれる人たちである。したがって、犯罪発生には、場所と人は必須要件である。そこで、問題となるのが、場所と人を犯罪学的にどの程度、重視するかということである。上述のように、旧シカゴ学派は科学的な意味で初めて「場所」に着目した。これは画期的であって、従来は、犯罪

学はもっぱら「人」に着目したのである。つまり、どのような人間がどのような理由で犯罪を行っているのかという視点であり、そしてその原因は何かという疑問から生物学的、遺伝学的、人類学的、心理学的な視点から探求された。原因が分かれば、それを除去することによって犯罪を防ぐことができると考えられるからである。これが主流犯罪学である。他方、環境犯罪学、とくにECCAグループは「場所」を重視し、「人」への関心が希薄である。この理由はすでに触れたが、機会があれば誰もが犯罪を行うという仮説からは、人への探求が希薄になるのは当然である。この「人」への関心を弱めたことは、ECCAグループのいわば功績であるとされる。なぜなら、繰り返しになるが、犯罪者は人種的少数派であり、貧困で崩壊家庭の出身であるという主流犯罪学の犯罪者イメージを解放したからである。ここには階級的出自が捨象されており、犯罪学が階級の産物という批判をかわすことができたのである。

それでは、ボトムズはどうか。端的にいえば、ボトムズは、「場所」も「人」も重視し、その間にある「規範」も考慮し、さらにそれらを結合して理解しようとする。これが社会空間犯罪学である。まさしく、社会的要素と空間的要素の相互作用に着目して、犯罪問題を考察しようとする。そもそも、ボトムズが『ハンドブック』初版から第3版まで論文タイトル名を「環境」犯罪学としたのも、ECCAグループのように、「場所」それも「犯罪が発生する現場」という意味では毛頭なく、まさしく「社会空間」としての環境であった。社会空間には、単に物理的な物や人が含まれるだけでなく、その内部にある種々の社会的装置や地域の組織、制度があり、しかもこれらにはそれぞれ固有の歴史、文化、伝統、慣習、規範、思考などが浸み込んでいる。ボトムズはこれらを総合して社会空間と呼んだのであり、これらを変数として生み出されるのがまさしく犯罪や無秩序であった。したがって、これを分析するには、有効なツールや概念が必要であり、その一つがサンプソンの「集合的効力」である。ボトムズが頻繁にサンプソンの文献を引用するのも、その表れとみることができる。推測にすぎないが、ボトムズは自ら新シカゴ派の一角を占めていると考えているようにもみえる。

最後に、若干の課題を提示したい。というのも、はたしてボトムズが上記の理論構成を採用したとして、最終的にどのような犯罪対策を講じることになるかという問題である。もちろん、理論社会学の任務は、社会の実態に対する実証的な分析にとどまるとする限り、その対策まで言及する必要はないとはいえ、ボトムズは犯罪学者であり、このような分析を踏まえて、犯罪予防策をどのように構築するかには関心がある。これに対して ECCA 環境犯罪学の犯罪予防策は非常に単純明快である。「犯罪発生要素」の一つを除去すればよいと考えるからである。クラークの「25 の技法」が示すように、個々具体的な予防策が詳細に提示され、実際に多くの場面で活用されている。世界各国の実務家が ECCA 環境犯罪学を好むのも、この理由による。これに対して、犯罪はたんに物理的環境によるだけでなく、社会の諸々の要素が関係していると考えるボトムズ「社会空間犯罪学」は、犯罪対策の処方箋が描きにくい側面があるのも事実である。地域の子どもの行動には近隣効果があるいうのであれば、地域の貧困対策など古くから行われている伝来的

な手法に依存するしかなく、その効果の即時性はみられないであろう。

このように考えてくると、犯罪が激増し大きな社会問題化している場合には ECCA 環境犯罪学が威力を発揮するようにみえる。しかしながら、即時性ゆえに、長期的展望的な効果は期待できない。他方、地域の長期的な衰退傾向による犯罪問題の深刻化には、地域固有の社会空間的要素の分析が必要であり、その対応も長期的スパンで考える必要がある。その意味でも、「場所」と犯罪の関係を研究し続ける社会空間犯罪学の利用価値は高いと思われる。

《注》

- (1) ボトムズ教授(Professor Sir Anthony Bottoms)は、ケンブリッジ大学・シェフィールド大学 名誉教授であり、長くケンブリッジ大学犯罪学研究所長、ウルフソン講座教授を務め、現在イギリス 王立アカデミー会員。2000 年には、その功績によって女王よりナイト爵位が授与された。
- (2) Anthony Bottoms, Developing Socio-Spatial Criminology, M. Maguire et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology 5th ed.*, 2012, pp. 452-489. なお,以下の引用では、この書については、'The Handbook'と略称する)。
- (3) ボトムズは、もともと「場所(place)」と「空間(space)」を識別している。彼によると、「場所」は地理的な位置を示し、明瞭な境界線によって特定され、その中で人々は出会い、種々の活動に従事する。他方、「空間」は、これよりはるかに広範な意味がある。環境犯罪学者が「空間」に着目するのは、ある社会活動が地域帯(ゾーン)によって顕著に識別されるからであり、近代の交通手段やIT の発達はこれらの空間的分離を架橋している、などと「空間」は理解されるという(A. Bottoms, The Handbook 2nd ed., 1997, p. 586)。
- (4) 実は、ボトムズは別の書では「犯罪の地理学(geography of crime)」というタイトルで寄稿している(Anthony E. Bottoms, The Geography of Crime, Gerben Bruinsma and David Weisburd (eds.), *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2014, pp. 1943–1956.)。しかしながら、その内容はほぼ本稿と同様の「社会空間犯罪学」である。おそらくその書が百科事典の性格であることから、まだ馴染みのない「社会空間犯罪学」という名称を使用することを躊躇し、広く知られた「犯罪の地理学」にしたのではないかと考えられる。もっとも、犯罪地理学となると、その歴史はシカゴ学派よりもはるかに長く、その嚆矢は19世紀フランス学派に遡り、若干ニュアンスが異なる。
- (5) 1970 年初めに、ほぼ同時期に犯罪学者ジェフリーと建築学者ニューマンが同様の概念を展開し、都市計画や住宅設計に環境犯罪学の手法を採用したことで、欧米では CPTED の用語が急速に広まった (C. Ray Jeffery, Crime Prevention Through Environmental Design, 1971 及び Oscar Newman, Defensible Space: Crime Prevention Through Urban Design, 1972.)。わが国では現在、CPTED は都市工学者が好んで使用している(一例として、山本俊哉「日本における環境設計を通した犯罪予防 (CPTED) の適用と展開」刑法雑誌 54 巻 3 号, 2015 年)。
- (6) ECCA は 1990 年に組織され、米国ラトガース大学犯罪司法学部に本拠地を置き、毎年世界各地で研究発表会を開催している。日本からは筆者が一人参加しており、1996 年には東京でもこの研究発表会が開催された(なお、この東京大会で発表された論文は、季刊誌「犯罪と非行」(日立みらい財団、1996 年) 110 号、111 号の特集「環境犯罪学と犯罪分析」に掲載されている)。
- (7) ボトムズは『ハンドブック』第2版で、「環境犯罪学」という用語を使用したことにつき、このトピックにはしばしば「犯罪の地理学」、「犯罪の生態学」などの名前がつけられることがあるが、名称自体は大して重要ではない。しかし、自分たちの見方は「環境犯罪学」と名付けるのがもっともふさわしいと述べている(A. E. Bottoms, *The Handbook 2nd ed.*, 1997, p. 306.)。
- (8) ボトムズ自身は、『ハンドブック第4版』から「環境犯罪学」という論文タイトルをやめた理由に

- つき、一つには自然環境破壊の問題などを扱うグリーン犯罪学などが「環境犯罪(environmental crime)」を使用する場合と混同がみられること、二つ目に、「社会空間」という語は社会と空間の相互作用を理解する領域であり、それが研究の中核であるが、「ECCA 環境犯罪学」はこれに言及しないこと、などを指摘している(A. E. Bottoms, *the Handobook 4th ed.*, 2007, p. 529)。
- (9) 環境犯罪学全般では、犯罪の発生する「場所」と同時に、発生する「時間」(time) も重視するが、「時間」に関しては必ずしも十分な研究は行われていない。数少ない研究として、Ellen G. Cohn, the Prediction for the Police Calls for Service: The Influence of Weather and Temporal Variables on Rape and Domestic Violence, *Journal of Environmental Psychology*, vol. 13, issue 1, pp. 71-83, 1993. なお、ロナルド・クラーク、ジョン・エック(守山 正監訳)『犯罪分析ステップ 60』(成文堂、2015年)では、犯罪発生の季節性、周期などを扱う。
- (10) ボトムズは 1968 年にシェフィールド大学で初代の犯罪学専任講師に任命され、そこで研究資金を得て、シェフィールド市の犯罪分布についての研究を開始している。この研究が地域における住宅市場と犯罪との関係を扱った『都市の犯罪者(The Urban Criminal)』(John Baldwin との共著、1976)に結実した。
- (11) Paul Brantingham and Patricia Brantingham, Patterns in Crime, 1984, p. 362.
- (12) George Rengert and James Wasilchik, Suburban Burglary, 1985, ch. 3.
- (13) この研究では、犯行場所との関係で、犯罪者の戦術(tactics)と戦略(strategy)が区別されており、前者は財産犯罪の標的探索パターンにおける短期の作戦的考慮であり、機会的要因の影響を受け、後者、つまり戦略的考慮により予め設定された地理的枠組みの狭い範囲で行われるが、この戦略的考慮は土地の知悉度と関連し、情緒的要因に基づく可能性が高いという。
- (14) Paul Wiles and Andrew Costello, The Road to Nowhere: The Evidence for Travelling Criminals, Home Office Research Study 207, 2000.
- (15) A. E. Bottoms, *The Handbook 4th ed.*, 2007, p. 543.
- (16) 地理的プロファイリングの手法の開発者としてリバプール大学のディビッド・カンターが知られる (David Canter, Mapping Murder: The Secrets of Geographical Profiling, 2003)。彼は他の研究者 とともに、逆に犯行場所から犯罪者の自宅を推測する「円仮説 (circle theory)」を打ち出し (David Canter and Paul Lirkin, The Environmental Range of Serial Rapists, Journal of Environmental Psychology, vol. 13, 1993, pp. 63-69.),警察機関の捜査に役立てられており、わが国でも一部の警察 がこの仮説を利用して放火犯を検挙した事例がみられる。簡単にいえば円仮説は、連続犯が行った犯罪の現場で最も離れた 2 点を選び、それを結ぶ直線を直径とした真円を作成して、この円の中に犯罪者の居住場所があるとする説である。
- (17) A. Bottoms, op. cit., 2012, p. 547.
- (18) Clifford Shaw and Henry McKay, *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, 1969. なお, Earnest Burgess, The Growth of the City, R. E. Park, E. W. Burgess, and R. D. McKenzie (eds.), *The City*, 1925, p. 14. も参照。
- (19) ヴォルド(平野龍一他監訳)『犯罪学―理論的考察』(東京大学出版会,1990年)
- (20) このほか、イギリスの研究者テレンス・モリス(Terrence Morris)も、1950 年代にクロイドン市で行った犯罪者居住率はシカゴのゾーン仮説と一致しないと結論づけている(Terrence P. Morris, The Criminal Area: A Study in Social Ecology, 1957.)。
- (21) John Baldwin and Anthony E. Bottoms and Monica A. Walker, *The Urban Criminal: A Study in Sheffield*, 1976.
- (22) James Q. Wilson, Thinking About Crime, 1975.
- (23) その一例が、Per-O. Wikstrom and Ralf Loeber, Do Advantaged Neighborhoods Cause Well-adjusted Children to Become Adolescent Delinquent?: A Study of Male Serious Juvenile Offending, Individual Risk and Protective Factors and Neighborhood Context, *Criminology*, vol. 38,

- 2000, pp. 55-87. である。
- (24) James Q. Wilson and Richard J. Herrnstein, Crime and Human Nature, 1985, p. 311.
- (25) P-O. H. Wikstrom and R. Loeber, op. cit., pp. 1109–1142.
- (26) A. E. Bottoms, The Handbook 4th ed., 2007, p. 559.
- (27) *ibid.*, pp. 559–560.
- (28) J. Baldwin and A. E. Bottoms, op. cit., 1976.
- (29) John Rex and Robert Moore, Race, Community and Conflict: A Study of Sparkbrook, 1967.
- (30) この理由として、住宅金融会社は移民のローン契約に疑念を抱いていたこと、市当局も移民に公営住宅を賃貸させるのに資格を得るまで5年間を要するように設定していたことなどがあり、要するに住宅市場の政策によって、地域ごとに人口構成が大きく異なったとしている(A. E. Bottoms, the Handbook, 1st ed., p. 69.)。
- (31) まずストックホルム研究では、地域の住宅類型と社会的人口構成において、さまざまな地域の犯罪者率の偏りの大半は説明できること、ピッツバーグ研究では、公営住宅地域に居住する少年において、非行の危険因子を有する少年も危険因子を有しない少年とともに、非行率において顕著な相異は見られなかったことが明らかになり、住宅類型が犯罪や非行の発生に重要な影響を与えていると結論した(Per Olof Wikstrom, Delinquency and the Urban Structure, P. O. Wikstrom (ed.), Crime and Measures Against Crime in the City, National Council for Crime Prevention, Sweden, 1990.)。
- (32) A. E. Bottoms, The Handbook 4th ed., 2007, pp. 563-564.
- (33) James Q. Wilson and George L. Kelling, Broken Windows, *Atlantic Monthly*, vol. 249–3, 1982, pp. 29–38.
- (34) Robert Sampson and Stephen W. Raudenbush, Systematic Social Observation of Public Spaces: A New Look at Disorder and Crime, *American Journal of Sociology*, vol. 105, 1999, pp. 603–651.
- (35) A. E. Bottoms, The Handbook 5th ed., 2012, pp. 483-484.
- (36) Joanna Taylor, Lia Twigg and John Mohan, Investigating Perceptions of Antisocial Behaviour and Neighbourhood Ethnic Heterogeneity in the British Crime Survey, Transactions of the Institute of British Geographers (NS), vol. 35, 2010, pp. 59–75, 2009.
- (37) Robert Sampson, Analytic Approach to Disorder, British Journal of Sociology, vol. 60, 2009, p. 90.
- (38) 「(文化とは) 獲得された行動の外在的内在的パターンから構成され、シンボルを媒介して伝達される。その文化の基本的核は伝統的な考え方から成り、とくにそれに付着した価値を含む。一方で、文化は活動の所産として考察され、他方で、さらなる活動の条件的要素として考察される」という古典的な定義を利用して、ボトムズ教授は、文化の鍵となる概念を「シンボル」と「価値」に分け、従来あまり犯罪学では扱われることのなかった「隠喩 (metaphor)」と「規範 (norm)」の領域に立ち入っている。よく知られるように、シンボルはもともと記号論で扱われる領域であるが、記号論では言語や視覚的メディアを通じたコミュニケーションにおけるシンボルの機能に焦点を当てる。そこで、特定の場所に放たれた信号は著しく行動に影響を与えるメッセージを送ることができる点で記号論は社会空間的犯罪学に寄与できるとする (A. E. Bottoms, op. cit., 2012, p. 457)。
- (39) Martin Innes, Signal Crimes; Social Reactions to Crime, Disorder and Control, Oxford University Press, 2014. なお、シグナル犯罪については、守山 正「犯罪不安感に関する一考察 ——『シグナル犯罪』論を手がかりに」拓殖大学論集((法律・政治・経済編) 17 巻 1 号(2014 年)23 頁以下を参照。
- (40) Martin Innes, Signal Crimes and Signal Disorders: Notes on Deviance as Communicative Action, *British Journal of Sociology*, vol. 55, 2004, pp. 335–355.
- (41) A. E. Bottoms, op. cit., 2012, p. 481.

- (42) 但し、近年イギリスでは従来の法制では取り締まることができなかった無秩序行為・反社会的行動に対して、民事裁判所の命令(Anti-Social Behaviour Order、'ASBO')でこれを中止させることができる制度を採用し、それに違反する行為には刑事罰が科されるなど、反社会的行動対策が進行しつつある(この状況については、渡邉泰洋「イギリスにおける"ASBO"政策の展開 若者の反社会的行動のへの対応」犯罪と非行 159 号(2009 年)165-188 頁を参照。)
- (43) Anthony E. Bottoms, Disorder, Order and Control Signals, *British Journal of Sociology*, vol. 60., 2009, pp. 49–54.
- (44) Robert Sampson and Steven Raudenbush, Seeing Disorder: Neighborhood Effects and Experiments Meet Social Structure, *American Journal of Sociology*, vol. 114, 2004, p. 319.
- (45) *ibid.*, p. 319
- (46) Ralf B. Taylor, Breaking Away from Broken Windows: Baltimore Neighborhoods and Nationwide Fight Against Crime, Fear and Decline, 2001.
- (47) Kees Keizer, Siegmart Lindenberg and Linda Steg, The Spreading of Disorder, *Science*, vol. 322, 2008, p. 120.
- (48) Bottoms, the Handbook, 5th ed., 2012, p. 477.
- (49) 実は、ケリングとウィルソンは割れ窓理論を構想する際に、この実験と極めて類似したジンバルドーの実験をヒントにしたと言われる。つまり、ジンバルドーらはアメリカの二つの地区(比較的犯罪が多発している地区としていない地区)を選び、路上に古びた車を放置してそれぞれの地区の通行人の様子を観察したところ、犯罪多発地区では放置後、直ちに通行人によって車は破壊されたが、他方の治安がよい地区では実験後2週間を経ても何ら変化がなかったという。そこで、実験者は治安のよい地区の車の方をわざと一部破壊して様子をみたところ、今度は通行人が犯罪多発地区と同様に、次々と車を破壊したという。これが割れ窓理論の「軽微な違反行為を放置すると次々と同様の違反行為が地域に蔓延し、地域は崩壊する」という仮説を打ち出したのである(Tim Newburn, Criminology, 1st ed., 2007, p. 575.)。
- (50) K. Keizer, S. Lindenberg, and L. Steg, op. cit., p. 121.
- (51) Peter St. Jeans, Pocket of Crime: Broken Windows, Collective Efficacy and the Criminal Point of View, 2007, p. 202.
- (52) A. E. Bottoms, The Handbook 5th ed., 2012, p. 478.
- (53) Ruth R. Kohnhauser, Social Sources of Delinquency, 1978.
- (54) ibid., p. 245.
- (55) 'collective efficacy' の訳語については、「集合的効力感」がしばしば使用されているが(たとえば、島田貴仁「住民の相互信頼は犯罪を抑制するか:集合的効力感からのアプローチ」青少年問題 638 号, 2010, pp. 14-19.), しかし、もともとのサンプソンらの定義は「近隣地域における社会統制の支援に介入するという共有された期待を伴う紐帯と信頼の結合」ないしは、「集団ないしコミュニティが集合的に達成したいと望むことを達成する組組織的能力」とされ(Robert Sampson, Networks and Neighborhoods: The Implications of Connectivity for Thinking about Crime in the Modern City, Network Logic: Who Governs in an Interconnected World?, 2004, p. 106.), 必ずしも感情や感覚ではないことから、本論では「集合的効力」という訳にとざめる。いわば、わが国でしばしば使用される「地域力」、もっといえば「地域の問題解決力」という語感に近いように思われる。
- (56) A. E. Bottoms, The Handbook 4th ed., 2007, p. 546.
- (57) Robert Sampson and Stephen Raudenbush, Disorder in Urban Neighborhoods: Does It Lead to Crime? U. S. Department of Justice, National Institute of Justice, 2001, p. 2.
- (58) Robert Sampson, Crime in the Cities: The Effects of Formal and Informal Social Control, A. J. Reiss and M. Tonry (eds.), vol. 8, 1986, pp. 271–311.

- (59) *Ibid*.
- (60) Ibid.
- (61) アメリカ住宅・都市開発局(U. S. Department of Housing and Urban Development)が資金補助を行った実験で1994年に開始された。この実験で課題とされたのは、「高貧困地域から低貧困地域への転居は、低収入家庭の社会経済的側面を改善できるか」とされ、まさしく近隣効果を検証したものである。したがって、必ずしも犯罪問題と関連するわけではないが、議論の中には貧困を回避するというよりも犯罪不安を避けて移住する人々が含まれており、そこで、ボトムズは犯罪学の視点から考察したものと思われる。
- (62) この補助券は,有効期間が1年で,低貧困地域の民間住宅を賃借する場合にのみ有効で,その賃借料の割引に使用できる。また,同時に,補助券には,転居先の地域における賃借に関して助言や相談活動も付随している。
- (63) 2003 年に発表された中間調査(interim study)では、最終調査結果とは異なり、男女とも若年者の暴力犯罪による逮捕率が大幅に減少したこと、MTO 効果には性差が大きく、とくに若年女子に良好な結果がみられ、他方、重大犯罪を除くリスク行動には若年男子に不利な影響がみられた。これらの性差は、10 年から 15 年後の最終調査では縮まっている。
- (64) A. E. Bottoms, The Handbook 5th ed., 2012, pp. 465-468.
- (65) Trevor Bennett and Richard Wright, *Burglars on Burglary*, 1984, pp. 2-4. なお, この間の事情について詳しくは、守山正「犯罪予防をめぐる「状況」モデルと「社会」モデル 欧米における展開」犯罪社会学研究 18 号(日本犯罪社会学会編, 1993 年)121 頁参照。
- (66) James Q. Wilson, Thinking About Crime, 1975.
- (67) A. E. Bottoms, op. cit., 2012, p. 454.
- (68) もともと、この論文は 1979 年にローレンス・コーエンとの共著論文として発表されている (Lawrence Cohen and Marcus Felson, Social Change and Crime Trends: a routine activities approarch, *American Sociology Review*, vol. 44, 1979, pp. 588-608.)。この理論を集大成したマーカス・フェルソン『日常生活の犯罪学 (The Everyday Life and Crime)』はわが国でも翻訳されている (守山 正監訳,日本評論社,2005年)。
- (69) Ronald Clarke and Pat Mayhew, The British Gas Suicide Story and Its Criminological Implications, in M. Tonry and N. Morris (eds.), *Crime and Justice, A Review of Research*, vol. 10, 1988.
- (70) Derek Cornish and Ronald Clarke, The Rational Choice Perspective, R. Wortley and L. Mazerolle (eds.), *Environmental Criminology and Crime Analysis*, 2008, p. 38.
- (71) David Weisburd, C. Telep and Anthony Braga, The Importance of Place in Policing: Emprical Evidence and Policy Recommendations, 2010, p. 7.
- (72) A. E. Bottoms, op. cit., 2012, p. 456.
- (73) 「犯罪イベント」論とは、基本的に犯罪発生要素として、犯行者を重視するのではなく、犯罪を誘発する物理的社会的諸条件を重視する視座であり、犯罪はイベントとして諸種の条件が重なり合って、つまり犯罪機会が与えられて初めて発生するものであり、犯行者は犯罪発生の単なる一要素に過ぎないと考える。そこで犯罪を予防するには、その発生条件(犯罪機会)を除去することを主張する。従来の犯罪学が犯罪の原因をもっぱら犯行者に求め、犯行者を改善することで犯罪を予防する見方とは大きく異なる。

(原稿受付 2015年6月3日)

# EU における忍び寄る権限拡張と労働移動の諸相

# ── 司法積極主義が導き出す新たなる属性主義社会 ──

横山真規雄

#### 要 旨

最も成功した国際組織体と評せられる EU は、これまで、基本条約の規範内容を遥かに越えた制 度的拡張と発展とを遂げていて、講学上、「EU の忍び寄る権限拡張」と呼ばれている。本稿では、 法文を越えた権限拡張が如何にして推し進められてきたか、労働移動体制の諸相を中心に検討を行っ た。周知の通り、国家主権思想、国民国家思想を根幹とする近代国家にあって、外国人法は、原則、 国家の自由裁量が最大限に認められている。ところが EU (現在) は、1958年の設立以来、加盟国 労働者に、域内の「完全自由移動」を認めるという先駆的制度の構築を目指し、最優先政策課題と して位置付けてきた。それでも当初は、多分に及び腰であったが、その後大いなる発展を遂げ、他 に類を見ない自由移動制度を作り上げるに至っている。このような制度設計者の想定を遥かに超え た体制出現を導き出したのは、EU 裁判所の司法積極主義的姿勢が、大きく寄与しているとの評価 に異論は少ない。しかしながら司法積極主義が、社会原理の在り方にまで影響を及ぼすようになっ た現在, EU 裁判所に対する不安や批判が,一方で急速な広がりを見せている。そこで, EU 体制 における労働移動制度の変遷を改めて振り返り、整理分析した上で、司法積極主義が抱える深刻な 法的問題性と共に、EU 社会が抱く不安要因について検討を試みた。2000年代に入り、裁判所が司 法判断基準を「ヨーロッパ市民」に転換することで、新たなる属性主義社会を作り出しつつある中、 EU では、司法裁判所の役割を如何に捉え直すべきか、真摯な議論が闘わされようとする現在につ いて紹介する。

キーワード: EU, 労働移動の自由, 司法積極主義, 目的論的解釈, ヨーロッパ市民, 属性主義社会, 業績主義社会

#### 目 次

はじめに

- I EUの最終目標と忍び寄る権限拡張
- Ⅱ 忍び寄る権限拡張と残る不安要因
- Ⅲ 外国人法と EU 裁判所の司法積極主義
- IV 「業績主義」の基本理念と裁判所による準業績主義の実践
- V 業績主義社会における労働移動の環境整備
- VI 「業績主義の中の属性主義」から「属性主義の中の業績主義」への転換
- Ⅶ ヨーロッパ市民と「完全」属性主義社会への試み
- Ⅷ 忍び寄る権限拡張と司法積極主義の現在と今後

まとめにかえて

# はじめに

# 1 怒涛の20世紀ヨーロッパと脱国民・脱国家思想の現在

中世社会からの脱却を図り、国民国家体制を打ち立てた20世紀は、ヨーロッパにとって怒涛の時代となった。

「国民国家思想」は、中世には考えも及ばなかった民主的で、平等な社会を作り上げる。国民 国家思想によって、同一文化に属する人々の間に育まれた団結心は、今一つの「国家主権思想」 の普遍化と相まって、ヨーロッパ経済を劇的に発展させた。近代国家は、産業革命の勃発と近代 自然科学の台頭に伴い、国内労働力の流動化を実現し、統制のとれた国内産業を生み出す。経済 発展に支えられたヨーロッパ社会は、これまで以上に、文化、芸術、教育面で世界を主導する立 場となった。

しかしながら、国民国家思想は、人々のイメージの中で作り上げられた想像の産物に過ぎない<sup>(1)</sup>。国民国家・統一民族という「虚構の世界」<sup>(2)</sup>を守り通すため、やがて各国は、無理矢理、敵対勢力の存在を外部に求めるようになる。国民国家思想は、自国を愛する気持ちを育む一方で、ライバル国家に対する不必要な敵愾心を煽り立てた。不毛な対立は、帝国主義思想を生み出し、植民地を巡る熾烈な覇権闘争を引き起こす。ヨーロッパ社会が、「血で血を洗う」第一次世界大戦、第二次世界大戦を経験し、計り知れない人的、物質的、精神的損失を蒙ったのは、改めて指摘するまでもない。

第二次大戦後に創設された国際組織の多くは、「国民国家思想」、「国家主権思想」が抱えるこのような危険性を、如何にして抑え込むかに、重大な関心を払ってきた。最も成功した国際組織体とされる欧州連合(European Union、以下、「EU」と称する)も<sup>(3)</sup>、1958年のローマ条約成

<sup>(1)</sup> ベネディクト・アンダーソン(白石さや・白石隆訳)『増補想像の共同体』(NTT 出版, 2006 年) 24-25 頁。

<sup>(2)</sup> ドミニク・シュナペールは、近代国民社会の本質的特徴は、抽象的政治社会を作り出す企てにあったと看破し、そもそもが実体性に乏しい存在であると指摘する。ドミニク・シュナペール(中島洋平訳)『市民の共同体:国民という近代的概念について』(法政大学出版局、2015 年)2 頁。

<sup>(3)</sup> 周知の通り EU は、数度に及ぶ「共同体」としての変遷を経て現在に至った国際組織体である。欧州石炭鉄鋼共同体(ECSC)、欧州経済共同体(EEC)、欧州原子力共同体(EURATOM)と独立した組織体が、やがて主要機関を合体し、更には EEC に代えて欧州共同体(EC)との名称を用いるようになる。その後、外交、内政を加えた EU 体制を構築する。組織的変容と共に、「共同体法」の名称も、EEC 法、EC 法、EU 法と移り変わり、又、条文ナンバーも大きく変わっている。裁判所も、リスボン条約体制では司法裁判所、一般裁判所、専門裁判所の3つの機関から構成されている。本稿は、設立から現在に至るまでの EU 裁判所の「特殊性」について検討を進める関係から、一々時代時代における正確な名称を用いると、却って煩雑となり混乱を引き起こす恐れなしとしない。そこで、折々の共同体を総括して「EU」と呼び、共同体裁判所も「EU 裁判所」とし、又「共同法」についても「EU 法」の総称を、原則として用いる。リスボン条約以前の体制を論じるに当り、誤解を避ける必要がある場合に限り正確な名称を用い、併せて「(当時)」とカッコ書きを加えるようにした。又条文ナンバーは、折々の共同体法の「規定」を明示した上で「(当時)」と付記するのを原則とし、論述の関係から必要な場合に限り、現行法の条文ナンバーを併記する。

立より一貫して、「国民国家思想」、「国家主権思想」と対峙する姿勢を示している $^{(4)}$ 。現在 EU は、「ヨーロッパ市民」という斬新な法理念を提示し、国民国家思想からの脱局を図りつつ、後述する通り、最終的には an ever closer union の形成を目指す $^{(5)}$ 。ヨーロッパの人々が、何よりも EU との絆を意識し、国家の呪縛から解き放たれることを目標としている。

そのため、様々な局面で、加盟国が伝統的に保持する主権の縮減化が断行されてきた。ボダン 以来、国家は、地上にあっては最高の権力主体であるとする法認識に対し、重大な意識改革が試 みられている。

それだけに、これまでのEU研究では、ともすれば、国家を「悪」として捉え、国家意識を越えようとする思想を「善」と評する風潮が強かった<sup>(6)</sup>。

しかしながら、国民国家と国家主権からの離脱は、取りも直さず近代政治体制の根本的再構築 を意味する。

脱国民・脱国家思想は、ヨーロッパ社会にとって、全く未経験の試みとなるだけに、今後 EUが、どのような方向に進み、どのような組織体として最終的に決着するか見込みは全く立っていない。脱国民化・脱国家化の手法を巡っても、又、an ever closer union の実情を巡っても意見の統一はなされておらず、そのため EU は、しばしば「未確認政治物体(UPO)」と呼ばれている。ジャック・ドロールが、EC(当時)委員長に就任した 1985 年、組織的曖昧性と進むべき方向の不確かさを嘆息し、「未確認飛行物体(UFO)」になぞらえ呼んだことに由来する $^{(7)}$ 。

2013 年 7 月 1 日,クロアチアが新規に加入し,総勢 28 カ国となった EU は,一見する限り「ヨーロッパ連邦」を彷彿させる体裁を整えているが,現実は,「未確認政治物体」としての不気味さを益々募らせている。

そのため、今や熱烈な支持者ばかりではない。むしろ最近の政治、経済の不安定さを受け、 EU に対する不信感、不安感は頓に広がりを見せている。そこでは、EU 体制の根幹を支えてき た法体制、延いては司法制度にも不満を唱える声が広がっている。

<sup>(4)</sup> ヨーロッパ社会における主権国家の変遷と、発生した法律問題については、Neil MacCormick, Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth, Oxford University Press, 1999. 参照。本書は、主権国家の存在基盤、法の支配との関係、今後の展望等、様々な角度から検討を加えていて、大いに参考になった。

<sup>(5)</sup> an ever closer union の和訳については、「絶えず緊密化する連合」、「ますます緊密な連合」等の訳語が当てられてきた。辞書的・語彙的には正確な訳語と考えるが、EUが、長らく an ever closer union を最終到達目標として位置付けてきた点を鑑みると、「かつてない密接な繋がりを持った社会共同体」という深い意味合いが込められているように思われてならない。だが、正当な訳語から少しく飛躍するため、敢えて、本稿では原語で示し、訳付は避けることとした。

<sup>(6)</sup> 遠藤乾『統合の終焉— EUの実像と論理——』(岩波書店, 2013 年) 349 頁。遠藤教授は、日本の EU 研究にあっても、同様の姿勢が見られたと指摘する。

<sup>(7)</sup> ジャック・ドロールが EU の未確認政治物体としての特性に抱いた不安感については、1985 年 9 月 9 日の政府間会議(the Intergovernmental Conference: IGC)において行ったスピーチを参照。 URL: http://www.cvce.eu/obj/speech\_by\_jacques\_delors\_luxembourg\_9\_september\_1985-en-42 3d6913-b4e2-4395-9157-fe70b3ca8521.html

# 2 EU 法と EU 裁判所の特殊性 (sui generis)

EUが、今日の発展を遂げたのには、様々な要因が絡み合っているとしても、常識に囚われず 斬新な発想で臨んだ姿勢が大きいとされる。過去の行き掛りを捨て、前向きに進む EU の姿勢は、 EU 法の構築に当っても、顕著に認められる特性である。

EU 法は、今や甚だ特異な内容を有し、特殊(sui generis)な法体系を形成している。EU 裁判所も、早い段階で、EU 法の特殊性を前提にした司法判断を示している。EU 法に直接効果を認めた、1963 年の Van Gend en Loos 事件判決で裁判所は、「ローマ条約は、条約当事国間における相互の義務内容を定めた単なる協定以上の存在である。」(Case 26/62, 1963, ECR 1, at 12.)と判示していた。だが、伝統的国際法の理解に従えば、当事国間における権利義務関係を明確化することが、条約の主たる目的である。条約が明文の規定を設けているにも拘わらず、安易に文言内容を逸脱した運用がなされては、そもそも条約を取り結ぶ意義がないとも言える。

しかしながら裁判所は、1964年の Costa v ENEL 事件判決でも、「・・・一般の国際条約とは異なり、EEC 条約は独自の法体系を有する・・」(Case 6/64, 1964, ECR 585, at 593.)と述べている。同事件は、初めて EU 法の優位性を認めた判決として著名であるが、併せて、このような判断が示されたのには、EU 法が独特の法体系にあるとの認識に、早くから裁判所が立っていたためである。研究者の間でも、EU 法が特殊な法体系にあるとの考えは、早い段階で形成されている。Joxerramon Bengoetxea は、「国内法に優位する EC 法については・・・・主権とか、三権分立とか、議会主権というような、国家理論と係わりある考え方を用いるのは適切ではない・・・」(8)と、EU 法研究に当たっては、従来型法理念を安直に用いてはならないとしていた。

EU 法が特殊となれば、それを支える EU 裁判所も、従来の常識では計り知れない、異質で「特殊」な司法機関と位置付けられる。実際、EU 裁判所(the Court of Justice of European Union)は、司法界にあって異彩を放ち続けている。裁判所は、EU 法に直接効果・優位性という独特の法機能を認め、実効性と効率性とを確保した。先行判決制度を、制度設計者の想定よりも遥かに変質させ、既存の規定に大胆な法解釈を施し、積極的司法活動を展開してきた。

それだけに多くの論者は、EU の発展を可能としたのは、EU 裁判所であると高く評価する。「特殊」な司法機関である EU 裁判所が、「特殊」な EU 法体系を支え、an ever closer union という壮大な目的実現に向け、ヨーロッパを牽引してきたとの理解である。

もっとも,EU 裁判所の在り方を巡っては,相当早い段階から司法機関の本来の役割を逸脱し,

<sup>(8)</sup> Joxerramon Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford University Press, 1993, p. 34.

行き過ぎがあると批判されてきた<sup>(9)</sup>。だが、ともすれば EU の発展ぶりに目が奪われ、中々賛同を得るには至らなかった。

ところが、現在、これまでは好意的であった識者の間にも懐疑的論調が少なからず認められる。 そこでは、①EU 裁判所に対する従来の評価は、正当であったのか、②EU 裁判所に対する不信 感解消には、如何なる対策が望ましいか、③機構的見直しは、どのように、又、如何なる根拠に 基づき行うべきか、等々、所謂「EU 裁判所の司法積極主義論争」と呼ばれる一連の議論が闘わ されている。

しかも、最近の議論は、これまでとは少しく異なる様相も見せる。法解釈論、司法権力論、権力分立論、福祉・人権論、法機能論、等々といった長らく法理学・法哲学が取り上げてきた、法学の根幹に関わる論題にも及ぼうとしている。EU 法の「特殊性」を押し出し、過去の常識に囚われず、「特殊」な司法機関として面目躍如の活動をしてきた EU 裁判所が、正面から伝統的法学論争に取り組み、一定の回答を示さなければならないという、甚だ不可思議な状況となっている。

それだけに今後、「EU 裁判所の司法積極主義論争」が、何処まで広がりを見せるかの予想は 困難であり、評価を巡っても、又、解決策を巡っても、如何なる決着を見るのか、全く予断を許 さない。

#### 3 本稿の概要

本稿では、ヨーロッパ市民という新たなる法理念を提示し、an ever closer union の実現化を目指す EU にあって、特殊な司法機関である EU 裁判所が果たす「現在と今後」の役割について考えたい $^{(10)}$ 。ヨーロッパ市民の自由移動法制に着目し、裁判所の主導で外国人法の内容が如何に変容してきたかを整理することで、伝統的主権の縮減化に留まらず、社会の基本原理にも重大な転換をもたらしている事実を検討したい。これら議論を踏まえ、司法制度の在り方について、今後の検証に向けた足掛かりにしたいと考える。

以下、簡単に本稿の概要を申し述べる。

第 I 章では、最終目標とする an ever closer union の概念的曖昧性について紹介し、「忍び寄

<sup>(9)</sup> Hjalte Rasmussen, On law and policy in the European Court of Justice, Martinus Nijhoff Publishers, 1986. 参照。本稿では、紙幅の都合で詳しく触れられないが、本書は、EU 裁判所に対する批判論の嚆矢である。本書で Hjalte Rasmussen は、13 人を超える研究者と 4 人の EU 裁判所判事の所見を詳細に検討し、批判論を展開しており、鋭い指摘は、現在でも大いに勉強になる。

<sup>(10)</sup> ヨーロッパ市民概念の独自性と実現に向けた困難性については、横山真規雄「EU の新たなる試練としてのヨーロッパ市民 — 法的位置付けを巡り混迷する議論の背景について — 」『拓殖大学国際開発学研究』11 巻 2 号, 2012 年, 123 頁以下を参照。又, EU 裁判所の機能的変質と特異性については、横山真規雄「司法的"政治機関"としての EU 裁判所 — 司法的現状と機能的変質に関する一考察 — 」『拓殖大学国際開発学研究』13 巻 2 号, 2014 年, 179 頁以下を参照。尚、本稿は、これら前稿の内容を整理発展させる目的があるため、重複する記述は極力避け、随時、参照箇所を適示することとする。

る権限拡張」を可能とした法構造を整理する。第Ⅱ章では、忍び寄る権限拡張に対する原因が、EU 裁判所が辿ってきた司法積極主義に少なからずある点を明らかにする。その上で第Ⅲ章では、司法積極主義に対する不安を検討するに当たり、本稿では、EU の外国人法を取り上げる理由を明示する。権限拡張が多方面に及ぶにも拘わらず、労働移動体制に注目する理由として、裁判所の特殊な司法運営によって、国家主権の変容だけではなく、社会の基本原理にも大きな変革をもたらしている事実を示し、次章以降の視点を明確にする。第Ⅳ章では、労働移動体制を支える業績主義の理念が、完全な純粋型ではなく、将来の期待を取り込んだ「見込みによる業績主義」である事実を指摘し、それを踏まえた現実的実践について検討する。第V章では、業績主義社会における労働移動体制の環境整備について、医療保険、教育、派遣労働を取り上げて検討する。そこでは、属性主義的原理の混在化について考える。第Ⅵ章では、業績評価の緩和化と共に、属性主義化が進む状況を検証する。労働移動体制を整備する過程で、これまで以上に国家主権の縮減化が進むだけでなく、属性主義を基調に置く社会原理の形成について考える。

第四章では、ヨーロッパ市民の登場に伴い、属性主義の「完全化」を思わせる裁判所の動きを検証する。第四章では、忍び寄る権限拡張に対する不安要因を、改めて司法積極主義の現状に照らし合わせて考察する。これまで裁判所に対する高い評価が、様変わりする切掛けとなった、Mangold 事件と Zambrano 事件を取り上げ、両事件の検証を通し、裁判所に対する批判的論調の現状を探る。最後に、まとめとして、EU 法学における方法論の重要性と、EU 裁判所の民主的正当化について考える。EU 裁判所の組織的改革だけでは、十分な効果が期待できない実態を踏まえた時、今後どのような観点から、民主的司法体制を考察するべきか議論を整理したい。

#### I EUの最終目標と忍び寄る権限拡張

# 1 最終目標としての an ever closer union

1958年成立したローマ条約は前文で、ヨーロッパに「an ever closer union」を打ち立てようと、基盤整備に着手したことが、EECの設立に繋がったと、その経緯について述べていた。最終的には、「an ever closer union」の成立を目指しながらも、近々の実現は見込みが薄いため、まずは EEC という組織体を立ち上げ、活動するとの認識である。その後、数度に亘り基本条約は改訂され、EU の組織構成並びに活動内容は様変わりするが、この部分については大きな手直しもなく、現在に引き継がれている。

2009年のリスボン条約体制でも、EU条約前文で、「an ever closer union among the peoples of Europe」の創設に向けた歩みを、今後共継続すると述べている。又、EU運営条約前文は、同組織の樹立に向け、社会基盤の整理を行っていくとしていて、目指す最終目標に変わりはない。もっとも、「an ever closer union」とは、具体的にどのような組織体を意味するかは、依然

として明らかになっていない。Gunnar Beck は、条約の根幹に位置する理念であるにも拘わらず、意外にも明確性に欠けると述べる  $^{(1)}$ 。確かに、 $^{(1)}$  an ever closer union と加盟国との間では、どのような権限関係が想定されているのか、 $^{(2)}$  その構築に向け、加盟国は如何なる義務を負うのか、 $^{(3)}$  組織体として、どのような機関から構成され、どのような権限を有するのか、 $^{(4)}$  そもそも、政治連合体を目指すのか、それとも経済連合体に留まるのか、等々、基本構想も不分明のままである。そのため Desmond Dinan は、著作 "Ever Closer Union" で、an ever closer union は、 $^{(4)}$  ヨーロッパの組織化に向けた、謂わば、謳い文句に過ぎないとの認識を示す  $^{(4)}$  。 ヨーロッパの人々の間に根深く残る憎しみを消し去り、ヨーロッパ大陸が抱える様々な問題を解決し、ヨーロッパ統合と地域的安定をもらすためのスローガンであって、明確な理念は持ち合わせていないとの主張である。実際、同書は、歴史、機構制度、政策の3方向から検討するに留まり、an ever closer union の基本構想や理念についての検証は試みていない。同書が、現在まで4版と版を重ね、高い評価を受けてきた点からすると、同組織体に対する認識が、現在のヨーロッパにあっては未だ作り上げられていない現実が認められる。

そこからは EU が、最終到達目標を曖昧にしたまま、発展を遂げてきたという、特異な組織体である事実が浮かび上がる。若干穿った見方をすれば、an ever closer union という甚だ不分明な目標を掲げたのは、そもそも組織体として進むべき方向性が明確でないため、とにもかくにも、折々の社会変化に柔軟に対応し、軌道修正しようとしたからとも解される。

しかも EU が、どのような目的を持ち、如何なる活動を目指す組織体であるかは、益々不明瞭となっている。

# 2 ローマ条約体制からリスボン条約体制に至る,「当面」の組織目標

組織体としての目標が曖昧模糊としていたのでは、円滑な運営も制度的発展も期待できない。そのためローマ条約では、「当面」目指すべき組織目標を、別途掲げていた。同条約2条は、「共同市場の設立及び構成国の経済政策の漸進的接近」を通し、①経済活動の調和と発展、持続的拡大、②安定強化、③生活水準の向上、④構成国間の関係緊密化、等の実現を目指すとしている。 an ever closer union の具体的意味付けは暫く措くとして、EEC(当時)が、当面取り組む課題を、経済分野に特化するとの方針が示されていた。その上で、3条は、2条の組織目標達成に向けた方策を細かく規定している。

その後,単一欧州議定書 (1987年),マーストリヒト条約 (1993年),アムステルダム条約 (1999年),ニース条約 (2003年),リスボン条約 (2009年)と,基本条約が改訂されると共に,目標範囲も大いなる広がりを見せる。

リスボン条約体制では、EU 条約3条1項が、「・・・平和、連合の価値及び人々の福祉を促

<sup>(11)</sup> Gunnar Beck, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU, Hart Publishing, 2012, p. 163.

<sup>(12)</sup> Desmond Dinan, Ever Closer Union (fourth edition), Lynne Rienner Publishers, 2010, p. 5.

進すること・・・」に組織目標があるとする。同条約2条は、「人間的尊厳、自由、民主主義、 平等、法の支配、少数者を含めた人権の尊重」を行動指針に据えた上で、多元主義、非差別、寛 容、公正、連帯、男女平等に対する価値観の共有化を図るとしている。更に3条3項は、統一市 場を形成し、均衡性のある経済発展を遂げるだけでなく、環境にも配慮し、社会的排除や差別と も闘い、適切な社会的保護を施すと規定する。これだけを見ても明らかな通り、組織体として、 EU は極めて広範囲な社会現象を対象にしている。

だが、それだけにEU条約2条並びに3条の規定内容は、甚だ総花的である。重複表現や類似した目標も少なからずあって、法文としても洗練されていない。EUが、組織目標を広く設定し、広範な社会生活を規律対象にしようとする意図は伝わってくるものの、an ever closer union構築に向け、いずれの政策活動を重視し、優先しようとしているかは全く窺い知れない規範構造となっている。

### 3 限定的個別授権原則と現実の法体制

#### (1) EU の権限拡張に対する抑制

このように EU は、最終到着目標が明らかでないため、活動範囲も、権限内容も明瞭性に欠ける。「曖昧な組織体」としての性格が強く認められ、近年、益々「未確認政治物体」としての様相を強めている。

そのため、問題提起された事案を、EUと加盟国のいずれが取り扱うべきか判断に悩む場面が少なくない。国際組織体であるEUに、どのような活動権限が認められるかは、取りも直さず、構成国の主権が、どの程度、縮減・移譲されたかを意味するだけに、権力構造上、両者は常に緊張関係にあると言える。

もっとも 1958 年の設立以来,EU の活動は,制度設計者の予想を超えた広がりを見せてきた。加盟国の専権事項とされてきた政策が,明文の裏付けがないままに,EU が扱うようになった事案は,甚だ多い。後述する通り,そこには EU 裁判所の強力な後押しがあったが,今では,自国の権益に深く関わり,長年実施してきた政策でも大した抵抗も示さないまま,EU に譲り渡す加盟国が少なくない<sup>(13)</sup>。このような「忍び寄る権限拡張」と呼ばれる法現象は,伝統的な主権概念を墨守しようとする立場からすれば,脅威と映る。守旧派が,看過できないとして警戒感を強め,EU に有効な対策を求めるのは当然の反応であった。

EU は、1993 年のマーストリヒト条約体制で、初めて、募る不安を抑えるため、幾つかの緩和 策を講じている。

まず, EC 条約 3b 条前段(当時)で,「共同体は、この条約により自己に与えられた権限及び

<sup>(13)</sup> Karen J. Alter, *The European Court's Political Power*, Oxford University Press, 2009, p. 92. 本書は、Alter が 1994 年から 2009 年までに発表した論文を選び出して一冊にまとめた論文集である。同書の中で、Alter は、EU 裁判所が政治的性格を兼ね備えるに至った事実を巧みに実証していて大いに勉強になった。

設定された目的の範囲内で行動する。」と規定した。EU が行う活動の内容は、あくまで EU 法の認める範囲内に留まるとの姿勢である。その上で、同条中段において、「補完性原則」が正式に法文化されている。権限関係については、「EU レベルにおける集団的行動の必要性が個別に示されない限り、個々の加盟国による行動が選好される。」(14) との方針が示されている。

更に同条後段では、「共同体によるいかなる行動も、この条約の目的を達成するために必要な 範囲を越えてはならない。」と、比例性原則についても明文化された。

だが、それだけでは国家主権の縮減化に対する不安は払拭できず、所謂デンマークショックを引き起こし、一時期、条約の成立そのものが頓挫しかけたのはよく知られている通りである。デンマークでは国民投票の結果、条約の批准が否決され、フランスでも成立が危ぶまれるという事態に陥る。この状況を打開するため、当時のドロール委員長は、今後、補完性原則を厳正に遵守するだけでなく、立法の折々の過程では、一般市民からの要望も十分に汲み上げ、透明性を担保すると繰り返し訴え、ようやく批准に漕ぎ着けている(15)。

### (2) 限定的個別授権原則と補完性原則, 比例性原則

EU の権限拡大に歯止めを掛けようとしたマーストリヒト条約の姿勢は、その後、条文番号の変更や文言の修正はあったものの、アムステルダム条約、ニース条約を経て、2009年のリスボン条約体制にも引き継がれている。

リスボン条約体制では、EU条約5条1項が、「連合の権限の限界は、授権付与の原則により規律される。」と、規定する。更に、同条2項は、EUに認められる活動は、基本条約が追求する目的達成のため、加盟国が明確に権限を付与した範囲に限るとしている。EUの権限は、あくまで、加盟国が認める内容に限定するとの「限定的個別授権原則」が、改めて確認されている。それを受け、EU運営条約では、2条から6条で、EUに認められる活動権限の内容を3種類に分け、加盟国との「垂直的」関係を明確にした上で、「忍び寄る権限」拡張に対する抑止を図っている。

EUの有する権限は、まず、関税同盟、競争法規、ユーロ、海洋資源保護、共通通商政策等において認められる「排他的権限」がある(EU運営条約3条)。当該分野は、EUが専ら政策判断を行い実行する責任を負う。それに対して「共有権限」に属する域内市場、一定の社会政策、地域結束、農業、漁業、環境、消費者保護、運輸等の分野では、EUは加盟国と共に活動し、専権的な権限は有しない(同条約4条)。更に、健康、産業、文化、観光、教育、職業訓練、市民保護等の分野で認められる「補充的権限」では、あくまで加盟国の行動を支援し補完する立場にある(同条約6条)。

<sup>(14)</sup> 庄司克宏『新 EU 法 基礎編』(岩波書店, 2013年) 36 頁。

<sup>(15)</sup> ドロール委員長の一連の行動については、遠藤・前掲書『統合の終焉 — EU の実像と論理 — 』83-139 百参照。

リスボン条約体制では、「補完性原則」「比例性原則」についても規範強化が施されている。 EU 条約 5 条 1 項, 3 項は, EU の権限が認められるのは,加盟国の判断に任せていたのでは十分な効果が期待できない政策に限られるとし,補完性原則の維持を再確認している。その上で別途「補完性及び比例性原則の適用に関する議定書第 2 号」を締結し,具体的運用方法が定められている。紙幅の都合から,同議定書の詳細な紹介は許されないが (66),様々な観点から適正な運営に向けての工夫が講じられている。まず委員会は,全ての法案を事前に EU 議会に送ると同時に,加盟国議会にも送付しなければならない(同 4 条 4 条 4 。 法案提出に当っては,補完性原則並びに比例性原則に照らし合わせ問題がないとの説明を行う必要がある(同 4 5 条 4 。 そこでは,法案のもたらす財政的影響についても,見込みを明らかにしなければならない。更に,加盟国議会から,法案について意見書が提出されたならば,相応な配慮を示さなければならないとされる(同 4 条 4 項)。

併せて「比例性原則」についても、「内容」と「形式」の両面で、結果と手段との間で、均衡性が保たれなければならないとする(EU条約5条4項)。

EU 裁判所も、リスボン条約体制発足に先立つ 2000 年の Tobacco Advertising 事件(Germany v. Parliament and Council Case C-376/98, 2000, ECR I-8419.)判決で、限定的個別授権原則に立った司法判断を示している。「共同体の立法者に、域内市場を統括する一般的権限が与えられているとすると・・・規定文言に反するだけでなく、EC 条約 3b 条(当時)の基本理念とも合致しない・・・・」(Ibid.,para. 83.)と、経済分野であっても全ての問題を取り扱えるのではないと判示していた。法的根拠に裏打ちされた範囲にあくまで限られるとの認識である。

本件では、タバコの宣伝とマスコミへのスポンサー提供について、加盟国の法接近を目指した 1998 年の Directive 98/43 が、果たして EU 法に照らして妥当であるかが争われた。同命令は、タバコの健康被害を押し止めるには、広告面での統一規制が必要との判断から設けられていた。判決で裁判所は、加盟国における法接近は、域内取引の障害を除去し、競争の歪みを是正する効果が認められる事案に限るとして、Directive 98/43 の規定内容は、過度な規制に繋がると判示している。EU の権限は、経済政策にあっても包括的ではなく、あくまで適正な競争確保に必要な範囲に限られるとの裁判所の認識であった。

同判決を受け、その後 EU では、Directive 98/43 に手直しがなされ、Directive 2003/33 が新たに制定された。新たな命令は、加盟国におけるテレビを除く新聞、雑誌、ラジオ等、マスメディアでのタバコの宣伝を禁止する点で、法の接近化を図ったものの、その後、同命令を巡っても妥当性が争われている(第二次 Germany v. Parliament and Council Case C-380/03, 2006, ECR I-11573.)。

<sup>(16)</sup> 詳しくは, 庄司克宏「EU 条約・EU 機能条約コンメンタール第8回,9回 EU 条約第5条と補完 性議定書 — 補完性原則と国内議会の監視(上)(下)」『貿易と関税』60巻6,9号,2012年を参照。

### 4 忍び寄る権限拡張に対する法的対応と残り続ける不安

### (1) 法的対応

このように遅蒔きながらも、マーストリヒト条約以降、EUの権限拡張が無批判に広がるのを防ぐため、様々な規範対応が施されるようになった。1958年の設立以来、現実問題として基本条約の想定する範囲を超え、EUの権限肥大化が進んできた実態を目の当たりにして、何らかの模を打ち込む必要性に追い込まれた結果であった。

上述の通りリスボン条約体制では、限定的個別授権原則が確認されると共に、これも触れた通り、補完性原則、比例性原則についても一層の規範強化がなされている。中西優美子教授が、「権限の拡大に歯止めをかけ・・・権限カタログを設定し、EU が有する権限を明確・・」(17) にしたと評価するように、権限問題について、リスボン条約体制においては相当な法整備が実現しているのは確かである。

加えて EU 裁判所も,「限定的個別授権原則」を判例上, 認めているとなれば, 権限拡張問題 については既に決着が付いているとも考えられなくはない。

## (2) 残り続ける不安

ところが、EUが、今後共、際限なく権限拡大の道を突き進むのではないかとの不安は、一向に解消されていない。

不安が拭え切れていないのは、これまで、しばしば権限拡張に援用されてきた様々な法規範が、 手直しはあったものの、依然として残り続けている事実が、理由の一つにある。

それと共に、本稿で縷々検討する通り、法の制約を押しのけ、「拡大の道」を突き進むのではないかと疑わせる「強引さ」が、EU裁判所のこれまでの歩みには認められる点が大きい。

既に EU 裁判所は、限定的個別授権原則を守り通す意思が、何処まであるのか、些か不安を覚える動きを見せている。Tobacco Advertising 事件以後の判例を見ると、むしろ権限拡張を容認する姿勢にあると思わせる裁判例が少なくない<sup>(18)</sup>。法の不一致が、市場形成に障害となっている場合に限り、EU は権限行使できるとした同判決を引き合いにした上で、現実に重大な障害が発生しているとし、国内施策の変更を求める判決が相次いでいるからである。しかも 2006 年の第二次 Germany v. Parliament and Council 事件(Case C-380/03, 2006, ECR I-11573, para. 38.)では、裁判所は、将来、経済活動に障害となる可能性が極めて高いと見込まれる場合も、EU の権限対象になるとし、判例上も確立していると述べている。

<sup>(17)</sup> 中西優美子『EU 権限の法構造』(信山社, 2013年) 19 頁。

<sup>(18)</sup> Derrick Wyatt は,Tobacco Advertising 事件判決には,EU の権限拡張を押し止める効果と推し進める効果の 2 つの可能性が認められると指摘する。Derrick Wyatt, Community Competence to Regulate the Internal Market, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series (Working Paper No 9/2007), July 2007, p. 22. を参照。

現実に障害が発生しているだけでなく、恐れがあるだけでも認めるとした同判決からは、裁判所は、むしろ未だに権限拡張を推し進める意識を持ち続けていて、一定の制約を課したはずの Tobacco Advertising 事件判決も、権限拡張に向けての布石を打ったに過ぎないとも考えられる (19)。 Tobacco Advertising 事件に対する大方の受け止め方とは正反対の方向に進む可能性が、裁判所の動きに見えるとなれば、却って不安感情は増幅しても不思議ではない。

換言すれば、上述のような規範的対策が講じられ、それに沿った判例があったとしても、それ だけでは「忍び寄る権限拡張」問題は解決していないと言える。

以下,不安原因について少しく掘り下げ考えて見たい。そこで,まずはEUの権限拡張を可能としてきた法規範を検討する。リスボン条約体制では,これら規範に対策が講じられてはいるが,十分な歯止めとなるか少なからず疑義のある点を紹介し,不安の規範的要因について考える。そこでの検討を通し,規範対応では拭いきれない,これまでのEU 裁判所の足跡に検討を進めることにする。

# Ⅱ 忍び寄る権限拡張と残る不安要因

## 1 忍び寄る権限拡張を可能にした規定の存置

### (1) 権限拡張をもたらす規範との併存

「忍び寄る権限拡張」に対する懸念が払拭されない理由の一つには、上述の通り、現在のリスボン条約体制でも、過去、権限拡張に頻繁に用いられた規範が、残り続けている点がある。

ローマ条約の時点で、権限拡張を可能とする規定は、既に「国籍差別禁止」を定めた7条から、多彩な条文を盛り込んだ第6部まで、種々存在した。ローマ条約は、機関目標を経済分野に特化していたにも拘わらず、設立から間もなくすると、これら規定を援用し、環境、社会、文化、交通安全等、必ずしも経済に直結しない所謂「非経済的共通目的(non-economic common objectives)」も政策対象とするようになる<sup>(20)</sup>。

その後、数度に亘り基本条約が改正されると共に、条文の数そのものが大幅に増加し、多彩化するにつれ、EUは、益々「忍び寄る権限拡張」を可能とする規範構造となる。

## (2) EU 運営条約 114 条と EU 運営条約 352 条の存在

しかも、忍び寄る権限拡張を押し止めるため、法的対策が施されはしたものの、リスボン条約

<sup>(19)</sup> 同旨, Stephen Weatherill, "Competence and Legitimacy," in *the Outer Limits of European Union Law*, edited by Catherine Barnard and Okeoghene Odudu, Hart Publishing, 2009, p. 20.

<sup>(20)</sup> Bruno de Witte, "Non-market values in internal market legislation," in *Regulating the Internal Market*, edited by Niamh Nic Shuibhne, Edward Elgar, 2006, p. 62. 横山・前掲論文「司法的"政治機関"としての EU 裁判所 — 司法的現状と機能的変質に関する一考察 — 」202 頁。

体制にあっても、どのような政策が、EUの「権限外」にあるか明確にはなっていない<sup>(21)</sup>。国内管轄事項を一つ一つ列挙していないため、加盟国の主権が、どの分野で、どの程度保障されているかは依然として不分明なままである。それだけでも、過去、援用された条文を用い、拡張化が推し進められる可能性は、完全には排除されていない。

取り分け以下の2つの規定が、今後も権限拡張に利用される可能性は少なくないと考える。 1つには、「法の接近条項」と呼ばれ、加盟国の法接近について規定する、EU 運営条約114条 (EC条約95条、IF 100条aの修正)の存在である。

設立時のローマ条約100条(当時)は、「共同市場の設立又は運営に直接影響を及ぼす構成国の法令及び行政規則を接近させる」ための命令を、理事会は「全会一致」で立法化できるとしていた(22)。しかも1987年の単一欧州議定書では、一部の政策について議決要件の緩和がなされ、特定多数決での立法が可能となる。その後、幾つかの加筆補正を経て、現在のリスボン条約に至るが、その立法趣旨に大きな変わりはなく、「域内市場の形成及び運営」(EU運営条約114条)に必要な場合は、加盟国法の接近に向けた法制定ができるとしている。

今一つは、「基本条約に列挙された目的の一つを達成するために必要な事案」であるにも拘わらず、法の欠缺がある場合、明文の規定がなくとも、EU 法の制定を可能とする EU 運営条約352条(EC 条約308条、旧235条)である。法規範がないとの理由から、組織運営が硬直化したり、活動が停滞したりするのを避けるため、設けられた規定であり、「柔軟条項」と呼ばれる。ローマ条約235条(当時)が、「共同体の運営に当たって、共同体の目的のいずれかを達成するため共同体の行動が必要と思われ、条約が必要な行動を採る権限を定めていない場合には・・適当な措置を採る」ことができるとした規範精神は、現行体制にも綿々と引き継がれている。

### 2 払拭できない不安要因としての規範構造

# (1) 法の接近条項と柔軟条項の制限的運用

上述の通り, リスボン条約体制では, 114条, 352条にも, 権限拡張を抑止するための規範的対策が施されている。

「法の接近条項(EU 運営条約 114 条)」については、裁判所が判例で、EU は、加盟国法の調和化を無制限に認めるのではないとしている。前述の通り、Tobacco Advertising 事件判決でも、敢えて法の調和を図る必要がないとしていて、常に追求すべき命題とは捉えていない。又、組織体として、EU はヨーロッパ人権条約に加入する権限を持っているかを巡り争われた事件でも、そもそも法の欠缺を認めず、あらゆる局面で法の調和を実現しようとする姿勢は示していな

<sup>(21)</sup> リスボン条約体制以前の EC 条約 5 条 1 項を挙げてではあるが、同旨、Stephen Weatherill, Competence and Legitimacy, p. 19.

<sup>(22)</sup> EEC 100 条について、Carol Cosgrove Twitchett (ed), Harmonisation in the EEC, Macmillan Press, 1981. を参照。

かった (Opinion 2/94 Accession to ECHR, 1996, ECR I-1759.)。

一方の「柔軟条項」(EU 運営条約 352 条)については、まず規範上の制約が設けられた。条約改正という正式な手続きを踏まないまま、権限拡張に、しばしば用いられてきたとの同条に対する批判を受け、手続の厳格化が図られている<sup>(23)</sup>。EU 運営条約 352 条 1 項で、法欠缺に対しEU が何らかの措置を講じるには、理事会の全会一致と欧州議会の同意が必要であるとする。更に同条 2 項は、委員会は、法案作成に際して、各国の議会に対しても注意を喚起する責任があるとした。

その上で EU 裁判所も、規範運用を厳格にする姿勢を明確にしている。上述のヨーロッパ人権条約加入事件の意見書では、条約の規定や一定の枠組みを超え、権限を拡張できないと、改めて確認している。裁判所は、運営条約 352 条(当時 EC 条約 235 条)は、基本条約に欠缺がある場合に備えて、設けられた規定であるとは認めたものの、あくまで条約目的の達成に向け、EU が機能性を発揮する必要のある政策に限るとしている(Opinion 2/94 Accession to ECHR, 1996、ECR I-1759、para. 4.)。人権保障は、EU の法的正当性を示すのに必要不可欠ではあるが、EU にヨーロッパ人権条約加入権限を認めるとなると、組織体制を著しく変質させるとして、EC 条約 235 条(当時)も、そこまでの権限は認めていないと判示している(*Ibid.*, para. 6.)。

しかしながら、これまで多数の事件において、「法の接近条項」と「柔軟条項」が持ち出され、 少なからず「強引」な権限拡張が進められてきた経緯を思い返すと、骨格は変わらないまま存置 されているだけに、それだけでは不安解消には繋がらない。

# (2) 制限的運用の限界

実際,運用方針は厳格化されたものの,EU運営条約114条並びに352条には,曖昧な文言や 実効性に少なからず疑問な点があり,どの程度,抑止効果を発揮するかは不分明である。

まず EU 運営条約 114 条は、「域内市場の形成及び運営」に限り、法の接近が許されるとする。 法の接近は、統一市場の形成に必要な範囲に留め置くとの趣旨であり、ローマ条約 100 条の時代 から存在する文言である。ところが、上述した通りこれまでも非市場分野に係る多くの政策分野 で、市場形成に間接的効果が期待できるとの理由から、法の調和化は進められている。EU 運営 条約 294 条の通常立法手続きに従い、これまでと同様に入念な審理が行われることにはなってい るが、過去の運用状況を見る限り、「域内市場形成」という制約文言には、大きな歯止めの効果 があるとは思われない。

又, EU 運営条約 352 条 1 項は,「基本条約に列挙された目的の一つを達成するために必要な 事案」に限るとしているものの,これも間接的にせよ,目的実現に繋がる政策は多々あるだけに, 判断は容易ではない。再三述べたように,リスボン条約体制が設定する機関目標は,広範囲になっ

<sup>(23)</sup> 庄司·前掲書『新 EU 法 基礎編』40 頁。

ていると共に、それぞれの目的には曖昧な点が少なからずある上、規範相互の関係も明瞭ではない $^{(24)}$ 。上記の文言内容では、どの程度、「忍び寄る権限拡張」に向けた抑制効果があるかは、少しく慎重にならざるをえない。

# (3) 補完性原則と比例性原則の運用実態

同様に、補完性原則、比例性原則も上述の通り、リスボン条約体制にあって規範強化はなされてはいるものの、これまでの運用実態を見ると、何処まで歯止めに有効かは、少なからず疑問が残る<sup>(25)</sup>。

#### ① 補完性原則運用における現実

経済政策に限るとすれば、いずれの実施方法が費用対効果の点で優れているか、判断できる事案は少なくない<sup>(26)</sup>。計画実施に当たり、投下費用に対し期待される成果の予測ができるのであれば、EU と加盟国のいずれが取り扱うのが望ましいかの判断は可能である。補完性原則を用いた事案として著名な 2010 年の Vodafone 事件(Case C-58/08, 2010, ECR-I 4999.)<sup>(27)</sup> にあっても、判決を導き出す大きな判断要因は、経済分析の結果であった。本件では、携帯電話の越境使用料金を引き下げるため、EU が、卸売・小売ローミングに上限を設定した妥当性が問われている。EU 裁判所は、精緻な数量分析は行わなかったが、国境を越えて行なわれるローミングについては、EU の政策権限範囲に含めるのが望ましいと、補完性原則に従った判断を示した。

しかしながら、再三述べた通り、現在 EU は、社会保障、環境、教育、人権、公共安全、等、そもそも費用対効果の発想に馴染まない政策も対象とする。少なくとも、このような政策分野では、投下資金に見合った効果を上げるには、相当な期間を必要とする。その点、経済性を優先させた政策決定ができない分野については、補完性原則を用い、判断を示すのは難しい。上述の「補完性及び比例性原則の適用に関する議定書第2号」は、委員会は、法案作成に当たって、同原則に適合しているとの説明義務を負うとしているが、そうなると、深く掘り下げた説明は難しく、皮相的な釈明にならざるをえない。

実際、補完性原則を規範運用の基準としながらも、踏み込んだ指針を示していない二次法は少

<sup>(24)</sup> 横山・前掲論文「司法的"政治機関"としての EU 裁判所 — 司法的現状と機能的変質に関する一考 察 — 」204-205 頁。私見の分析内容とは異なるが EU の組織体としての不明瞭性については、Gunnar Beck, op. cit., pp. 175-180.

<sup>(25)</sup> Stephen Weatherill, Competence and Legitimacy, pp. 20-21. Weatherill は,権限拡張に対する議論が些か過度であり,適切ではないとの認識を示すが,現在対立する問題点について適正に分析を行っていて参考になる。

<sup>(26)</sup> この点については、Jacques Pelkmans, "Subsidiarity between Law and Economics," College of Europe, RESEARCH PAPERS IN LAW, 1/2005. を参照。

<sup>(27)</sup> 本件については, 庄司克宏「EU 条約・EU 機能条約コンメンタール第8回 EU 条約第5条と補完 性議定書(上)」『貿易と関税』60巻6号(2012年)47-49頁, 中西優美子『EU 権限の判例研究』(信 山社,2015年)247-257頁参照。

なからずある<sup>(28)</sup>。現在の EU 体制にあって、補完性原則は、あくまで組織の運用理念を示すに留まり、実際に何処まで有用性を発揮しているかの評価は、少しく慎重にならざるをえない。

しかも、補完性原則を持ち出しての司法判断が可能であるにも拘わらず、用いていない判決も あり、裁判所が、どの程度、同原則を重視しているかも不分明である。

タバコの製造、出荷、販売についての統一化を目指した Directive 2001/37 を巡って争われた 2002 年の BAT and Imperial Tobacco 事件(R v Secretary of State ex parte BAT and Imperial Tobacco Case C-491/01, 2002, ECR I-11453.)では、加盟国間でタバコの運用規制が異なると、統一市場形成に何らかの障害を起こすかが問われている。タバコの生産・販売に関する規律方法は様々考えられるため、加盟国の自主的判断に任せていたのでは法の抵触は避けられない。それだけに補完性原則に依拠し、EU による統一的運用の必要性を説く判決構成は十分に考えられた。ところが裁判所は、同命令は、EC 条約 95 条(当時)が目指す法接近の趣旨に合致すると縷々述べたものの、補完性原則については殆ど検討らしい検討をしていない。十分に検証可能な事案であったにも拘わらず、補完性原則を持ち出さなかったのは、判断基準として、裁判所が特段重視していないからとも窺われた。

# ② 比例性原則運用における現実

一方の比例性原則についても、これまでの運用実態を踏まえると、「忍び寄る権限拡張」の歯 止めに、何処まで貢献するかは少なからず疑問がある。

EUが「曖昧な組織体」としての性格を強めている状況にあって、政策権限の所在を巡る紛争の発生は避けられず、裁判所の判断が求められる事案は、益々増えると見込まれる<sup>(29)</sup>。しかしながら、判断基準としての比例性原則は、具体的要件化が難しい。Tridimas を含め多くの識者が指摘するように、論理的整合性や一貫性を保つのは困難であり、ともすれば恣意的判断に陥る危険性がある<sup>(30)</sup>。リスボン条約体制では、「形式」と「内容」の両面から比例性原則は運用されるが、実際に何処まで効果を発揮するかは、現時点では未知数であり、安定性の高い司法判断基準として評価するには、今少し裁判例の蓄積を待たなければならない。

<sup>(28)</sup> Weatherill, Competence and Legitimacy, p. 21. Weatherill は, 2006 年採択されたマネーロンダリングに関する Decision 2006/783 を挙げる。同決定は第3柱の枠組みで制定された決定ではあったが、9条で、補完性原則に従い運用されるとしながら、20頁に及ぶ法文でそれ以上触れられていないと指摘していた。

<sup>(29)</sup> 横山・前掲論文「司法的"政治機関"としての EU 裁判所 — 司法的現状と機能的変質に関する一考 察 — 」206 頁。

<sup>(30)</sup> 詳しくは、Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law* (*Second Edition*), Oxford University 2006. を参照。本書は 2016 年には第 3 版が出版予定となっている定評のある書物である。本書では、136 頁から 241 頁にかけて詳細な検討を行っているが、それでも比例性原則の客観性を論証するには至っていない。

### 3 払拭できない不安要因としての司法積極主義

### (1) 不安原因としての権限分配の現状

### ① 不安要因としての裁判所の軌跡

しかしながら、未だ「忍び寄る権限拡張」に対する不安が取り除かれていないのは、EUの規 範構造に主たる原因があるのではなく、これまで EU 裁判所が示した活動の在り方にあると思われる。

即ち、規範強化が施されただけでは、歯止めが掛かると楽観できない歩みを、裁判所は見せつけてきたからである。しかも、以下縷々検討するように、裁判所の積極的活動を求める環境は、 これまで以上に強まっている。

### ② EU 権限分配と第一義的検証体制

改めてモンテスキューの三権分立論を持ち出すまでもなく、いずれの組織体も、構成機関の間で職務権限が適正に配分されていないと、組織の運営は安定化しない。権力が一点に集中すると歪みを生じ、誤謬を正すのも困難となって、組織体としての脆弱化は免れない。しかも、権限規定が存在するだけでは十分でなく、実際に規則通り運営が確保される必要がある。明文で規定された権限に対する逸脱行為が常態化すると、組織としての健全性は保たれない。

EUでは、基本条約通りの権限関係に基づき、適正に政策を立案実行する責任は、第一に委員会、理事会、議会が負っている。行政機関である委員会は、EUが立法権限を持つ政策であるかを確認し、理事会、議会に十分な説明をした上で法制定に向けた提案を行う。理事会、議会は、提案を受けた政策が、EUの権限範囲にあるか、再確認し立法作業に着手する。

もっとも EU の構成機関には、加盟国と EU のいずれが権限を持つか判断に迷う案件については、ともすれば、EU が取り扱おうとする傾向がある<sup>(31)</sup>。正式な基本条約の改正手続きを踏まず、EU の権限拡張を進めようとする意識が、少なからずの関係機関に存在しているのは確かである。

### (2) EU 裁判所の本来的立場と司法積極主義

これに対し裁判所は、具体的紛争が発生してから初めて判断を示す立場にあるため、権限関係の維持については、本来は第二次的役割に留まる。裁判所が加盟国の管轄事項であると判示すれば、権限逸脱した EU 法は無効となり、反対に補完性原則や比例性原則に照らし EU の所管事項と判断すれば、国内法の効力は否定されるが、前提に訴訟が提起されていなければならない。訴訟となっていない限り、裁判所は、事件の処理に乗り出せないだけに、あくまで受け身的存在である。

ところが、制度上は、受け身的立場であるはずの EU 裁判所が、EU の権限拡張については一

<sup>(31)</sup> Weatherill, Competence and Legitimacy, p. 22.

貫して積極的に立ち回り、推し進めてきたという現実がある。冒頭申し述べた通り、所謂「司法 積極主義」と呼ばれる一連の司法行動なくして、現在のEUの権限拡張は到底在り得なかったと するのが、大方の見方である。

だが、このような積極的司法活動は、制度設計者の想定を遥かに超えていて、基本条約にも直接的に該当する規定は存在しない。裁判所が、強固な政治的意思を持ち、判例の積み重ねを通し作り上げた独特の訴訟体制によって、初めてEUの司法積極主義を可能としている。

まず裁判所は、Van Gend en loos 事件(1963 年)と Costa v. ENEL 事件(1964 年)の判決で、EU 法に直接効果と優位性という強力な法機能を認める。国内裁判所で個人が、EU 法に違反する国内政策の排除を求め提訴できるようにした上で、先行判決制度を用い、加盟国の国内裁判所が、EU 裁判所に最終的判断を求め、次々と事件を持ち込む訴訟の流れを作り上げた。取扱う事件数が少なければ、積極性を発揮しようにも発揮できないため、扱い件数は戦略的にも重要となるが、裁判所は、直接、国内裁判所の裁判官に働き掛ける等、様々な手を尽くして数の増加を図り、特有の訴訟制度を構築している。

しかも裁判所は、判決に当たって、精緻な法理論の提示は目指さず、事件を取り巻く環境や政治状況を慎重に見極め、大胆な解釈を施し、独自の政策判断を判決内容に持ち込んできた<sup>(32)</sup>。 政策判断が盛り込まれた判決内容に従って、加盟国の政策が変更されれば、それは、取りも直さず EU への権限移譲を意味する。リスボン条約体制にあっても、法文上は、加盟国の国内政策の適否を判断する権限は認められていないにも拘わらず、裁判所は早い段階から、直接適用性と優位性と共に、先行判決制度を巧みに使い、多くの国内政策に司法判断を示し、EU の権限拡張を主導してきた。

このような特異な司法行動が、何故行われたのか、裁判所が如何なる政治的意図を隠し持っているかは、未だ明らかではないが、基本条約の枠組みを越えた一連の司法活動からは、EU 裁判所の司法的政治機関としての特性が顕著に認められる。それだけに、基本条約に制約条件が設けられただけで、何処まで EU 裁判所の特殊な司法行動に抑制が働くかは疑問である。

しかも再三述べた通り、リスボン条約体制は、ローマ条約よりも遥かに広範囲な政策目標を設定しているにも拘わらず、規範文言の曖昧性は深刻化し、規範相互の関係も明確性に欠ける。加盟国とEUのいずれが所管すべきかを巡り判断に窮する事案や、加盟国の採る国内政策がEU法に照らして妥当であるか評価の分かれる事案が、今後益々増えると見込まれる。EUの「組織体としての曖昧性」が顕著となっているだけに、今後も最終判断を求めて事件が持ち込まれた時、これまで通りの認識で裁判所が判断を示せば、EUの権限拡張に歯止めが掛かるとは思われない。

<sup>(32)</sup> 横山・前掲論文「司法的"政治機関"としての EU 裁判所 — 司法的現状と機能的変質に関する一考 察 — 」193-194 頁。

## 4 監視統制体制の欠落と今後

司法積極主義が如何なる理由に基づいているのか様々な考え方がある中で、Anthony Arnull は、突き詰めれば、基本条約の文言的曖昧性に原因があるとの認識を示す。ローマ条約体制から現在のリスボン条約体制に至るまで、EU 法の特性である曖昧性が、裁判所を単なる法文の伝達者としての地位に留め置かず、積極的司法活動に進まざるをえなくした理由と考える。文言解釈からでは、EU 法が適正に運営されているか判断できないため、裁判所が独自の政策的判断を盛り込まざるをえなくなったとの理解である。

その上で Anthony Arnull は、制度設計者には、EU 裁判所に法の監視をさせる意図はあった ものの、行動に行き過ぎがあった場合については、思いが及んでいなかったと述べる<sup>(33)</sup>。裁判 所に権限逸脱があった場合の対処方法を全く想定していなかったとの指摘である。

現在のリスボン条約体制にあっても、EU 裁判所の行動を監督し、万一行き過ぎがあった場合、 是正する制度は存在していない。国内体制では、司法機関の権限超越を監視するため、通常、行 政機関や立法機関による監視抑制機能が存在しているが、EU 体制にはない。新たにリスボン条 約体制で導入された拡張抑制策も、委員会、理事会、EU 議会に向けられていて、EU 裁判所に 対する直接的統制機能は設けられていないのが現状である。

即ち、「忍び寄る権限拡張」に対する不安が一向に払拭されていないのは、曖昧性を強めるリスボン条約体制にあって、EU 裁判所による従前通りの法運用がなされる可能性が高いと見込まれるためである。しかも、上述の通り、新たに導入された制限規定には抑制機能に限界があるだけでなく、裁判所を監視する制度も存在していないとなれば不安の増幅は避けられない。EU 裁判所が、自主的に、積極的司法活動に対する基本姿勢を転換しない限り、権限拡張に歯止めが掛かる保証はないとも考えられる。

このように、裁判所による権限拡張に対する不安が残る現状にあって、今後、EU はどのような展開を示すかを見るには、どのような過程を経て権限拡張が推し進められてきたかを探ると共に、その深刻さを理解する必要がある。そのために本稿では、専ら「労働移動の自由化」を巡る一連の事例を取り上げて検証することにしたい。「EU 裁判所の司法積極主義」によって権限拡張が、様々な分野で推し進められてきたにも拘わらず、労働移動に対象を特化するのは、"特殊"な司法機関としての EU 裁判所の様相が、極めて顕著に現れ出ているためである。

そこで第Ⅲ章では、「忍び寄る権限拡張」にあって、労働移動の自由化政策が持つ意義を整理する。①外国人法が国家主権と密接不可分な関係にある点、②法的裏付けのないまま、EU 裁判所によって、労働移動の基本原理が、「業績主義」から「属性主義」へと転換する動きが認めら

<sup>(33)</sup> Anthony Arnull, *The European Union and its Court of Justice* (Second Edition), Oxford University Press, 2006, p. 637.

れる点,③裁判所による異質で特異な法解釈が展開されている点,について随時検討する。

これら考察を踏まえ、第IV章からは、実際の展開について検証し、司法積極主義のもたらした「EU の現在」について考えを深めたい。

# Ⅲ 外国人法と EU 裁判所の司法積極主義

# 1 外国人法と国家主権

### (1) 国家主権の発露としての外国人法

Richard Plender は、国際法の著名な概説書を多数引用し、国家は、外国人の入国・滞在に関し自由裁量権を有すると述べている。C. Fenwick, P. Cobbett, C. Hyde, P. Jessup という碩学の所見を縷々紹介した上で、外国人法は、各国の自由裁量の範疇にあると説いていた<sup>(34)</sup>。だがPlender は、通説に対しては異論もあるとして、単に先学の所見を祖述するのではなく、慎重な歴史的検証も試みている。Gentilis, Grotius, Pufendorf 等の古典を丹念に当たり、条約に特別の規定がない限り、国家は、古くから外国人の入国・滞在に様々な条件を課したり、退去を求めたりしてきたと結論付けている<sup>(35)</sup>。外国人法も、刑法、税法と同じく、国家主権の発露として捉え、最大限自由な政策判断が認められるとの理解である。

国民国家,並びに国家主権体制を維持発展するには、自国民に様々な権利と恩恵とを与え、安定的生活環境を提供し、国民としての自覚と国家に対する帰属意識を高める必要がある。それだけに、国民国家の枠外に置かれる外国人については、自由に処遇し、不利益待遇も当然に許されるとする自由裁量論は、受け入られやすい思想であった。国際化が進んだ21世紀でも、外国人法制を巡る基本認識は、未だ「相互主義」の段階に留まっていて、自国民と同等の権利を認める「平等主義」を掲げる国家は、決して多くない。内外人平等化は、取りも直さず、国民国家の変容を意味するだけに、依然として根強い抵抗がある。

改めてそこからは、近代国家における、外国人法の在り方が、主権国家の基本構造と深い繋がりを持つ事実が認知される。外国人法は、租税政策、刑事政策、教育文化政策、保健医療政策、社会保障政策という重要政策と相互に連関しながら、国家統制機能の中核に位置する。外国人政策と自国民政策とは、表裏一体の関係にあり、前者の帰趨は、後者の今後に重大な影響を与えるだけではなく、主権国家の基本構造と社会の根幹にも変化をもたらす要因となる。

<sup>(34)</sup> Richard Plender, *International Migration Law (Revised Second Edition*), Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 1.

<sup>(35)</sup> *Ibid.*, pp. 61-94.

### (2) アメリカ社会と EU における移民法

小井土彰宏教授は、紀平英作教授の所見を踏まえつつ、「(アメリカの) 移民法は人間の移動の 選別と抑制を通じて、合衆国社会の基本構造を変え、リベラルな戦後社会の構造の土台を作り出した・・・」(36) と分析するが、全く同一の指摘が EU 社会についても妥当する。即ち、EU 外国人政策の在り方には、EU 体制の基本構造を変容させ、社会を土台から変革させる可能性が認められる。

しかも、EUの外国人法は、アメリカ移民法よりも一層複雑で難解である。アメリカの移民法が、大別して「アメリカ国籍を有する集団」と「アメリカ国籍を持たない集団」とに分け、基本政策を構築しているのに対し、EU型は、従来の政策形態と比べ甚だ異質である。

周知の通り、EU は、加盟国国民に対して、出入国管理における独特の優遇政策を講じている<sup>(37)</sup>。ローマ条約締結以来、「人、物、サービス、資本」を対象とする「4つの自由移動」を、組織体の根幹として位置付け、最優先政策課題としてきた。現在では、加盟国のいずれかの国民であれば、①EU を自由に移動し就業できると共に、②いずれの地域でも自由に企業を立ち上げることができ、更には、③様々なサービスをいずれの地域でも提供できる、等の権利を有する。リスボン条約体制となり、基本権憲章と基本条約とは、法的には同格の位置付けをされるようになった。そのため、「労働移動の自由」と総称される、これら一連の権利が、これまで通り別格扱いされるかは少しく検討の余地があるが、少なくとも第3国国民と比べ、圧倒的に優遇されている点には変わりない。

即ち, EU 加盟国は, 現在, ①自国籍を有する「自国民」, ②加盟国のいずれの国籍も持たない「第3国民」, ③「自国民以外の加盟国国民」という, 3つの人的集団に分けて, それぞれ別個の出入国管理政策を実施している。

この内,第1の「自国民」と,第2の「第3国民」に対する処遇は,現在でも,加盟国の自由 裁量権が,原則,認められている<sup>(38)</sup>。国際情勢の変化を受け,難民法・庇護法のEU化も進みつ つあるが,依然として各国の政策判断が,第一義的には尊重されている。これに対して第3の 「自国民以外の加盟国民」に対する優遇政策が,「EUにおける労働移動の自由化」として大いな

<sup>(36)</sup> 小井土彰宏「岐路に立つアメリカ合衆国の移民政策 — 増大する移民と規制レジームの多重的再編過程 — 」駒井洋・小井土彰宏編著『移民政策の国際比較』(明石書店,2003年)35頁。併せて、紀平英作『ニューディール政治秩序の形成過程の研究 — 20世紀アメリカ合衆国政治社会史研究序説 — 』(京都大学出版会,1993年)参照。本書で紀平教授は、アメリカ社会の実相を、ワグナー労働法と社会保障の成立過程を通して分析しているが、制度の形成には、移民の受け入れが極めて大きな影響を及ぼしている事実を論証していて、大いに勉強となった。

<sup>(37)</sup> Guy S. Goodwin-Gill は, EU の出入国管理体制が, 極めて先覚的であると, 1978 年の時点で分析評価していた。Guy S. Goodwin-Gill, *International law and the movement of persons between states*, Oxford University Press, 1978, p. 196.

<sup>(38)</sup> 各加盟国に認められる独自の移民法制も日々変化を遂げているが、その概略を知る上では、Anna Triandafyllidou and Rudy Gropas (eds), *European Immigration: A Sourcebook*, Ashgate, 2007. が 有用である。出版より些か年月が経っているものの、EU 加盟国 25 ヵ国における移民法制に対する基本理念や沿革の違いを知る手掛かりとなり、大いに参考となった。

る発展を遂げてきた。

このような外国人法の在り方からしても、EUの社会構造は、甚だ複雑で多元的と考えられる。そして、この甚だ複雑で多元的な社会が、現在でも進化し変容し続けている原因が、EU 裁判所にあるだけに、EU の権限拡張に関心を持つ多くの論者が、外国人法に研究対象を向けるのも頷ける。EU 外国人法は、加盟国の主権と EU の基本構造とに深い関わりを持つため、EU 裁判所による「忍び寄る権限拡張」の検討事例として、意義は大きいと考える。

# 2 属性主義と業績主義

### (1) 基本原理としての属性主義と業績主義

EU は、将来の an ever closer union 構想を見据えて、労働移動体制を充実させてきたが、一体如何なる社会原理に基づいているかは必ずしも明らかにしていない。

社会学・文化人類学の分野では、社会を支える基本原理として、大別して、属性主義(ascription)と業績主義(achievement)の二つの考え方があるとされる。属性主義とは、個々人の地位を考えるに当たって、能力的要素ではなく、性別、年齢、血縁・姻族関係等、生来的に有する要因を重視する立場である。これに対し個々人の努力や才能特技を重視し、生来的地位を保障する属性主義と対立するのが業績主義である<sup>(39)</sup>。

封建的身分制社会が、属性主義を社会原理としたのに対し、近代国民国家は、業績主義を基本としている。近代化、民主化が進むと共に、属性主義は後退し、現代社会は、業績主義社会であると考えられていて、業績社会への転換に伴い、属性主義に内在する様々な問題性は克服されるか、あるいは、例外化するとされてきた。

しかしながら、現実の社会にあっては、いずれの考えを基準としているか、単純に二分化できないばかりか、「完全に」純粋な属性主義も業績主義も存在しない。両主義は少なからず準じた内容に変容し、しかも併存・混在化している。

かつての封建的身分制社会でも、「完全属性主義」では社会は機能しなかった。芸術、技能、 学問の世界にあって、出自だけで個々人の地位を決定してしまうと、社会が硬直化し停滞してしまうため、天賦の才能や努力を相応に評価せざるをえなかったからである。

一方で、「完全に純粋な業績主義」を実行しようとしても、個々人の業績を絶えず判定し直し、 評価を修正しなければならず、煩雑なばかりか非現実的でもある。

現代社会でも、「完全業績主義」は基本原理となっていない。実際の社会では、「簡便化された 業績主義」、「見込みによる業績主義」という、正確に言えば準業績主義に拠っている<sup>(40)</sup>。ある 社会的事実からして、将来、一定の業績を上げるであろうとの「見込み」を立て、社会的地位を

<sup>(39)</sup> 梶田孝道「付論:業績主義社会のなかの属性主義」梶田孝道『エスニシティと社会変動』(有信堂, 1993年) 294-295 頁。

<sup>(40)</sup> 同上, 299頁。

判定する簡略化した評価手法である。知識や特技を有する労働者であれば、未だ業績は上げていなくとも、一定の能力を有する事実から、活躍が期待できると判断される。

しかも準業績主義にあっても、依然として、一部では生来的要因と深い関わりのある地位が存在していて、現代社会の基盤構造には、上述の通り業績主義と属性主義との混在化が認められる。

### (2) 外国人政策における属性主義と業績主義

外国人政策も、大別して属性主義と業績主義の二つの考え方に立脚した政策運用が行われてきた<sup>(41)</sup>。

外国人政策における属性主義としては、外国籍を有する自国民の配偶者や養子を、優遇する場合が考えられる。家族共同体の離散を防止したり、反対に離散家族を再統合したりするため、自国民の家族を自国に招き入れる制度は、属性主義の発想に基づく。更には、難民、政治亡命者、特別な医療行為を必要とする疾病患者等、個々人の能力が問われるのではなく、身分、出身地域、法的地位、健康状態を根拠にする場合もある。取り分け、第二次大戦後、人権保障体制の整備に伴い、属性主義は、人権を正当性の根拠を置いた、「人権主義」に変容した感も少なからずある<sup>(42)</sup>。

これに対して、外国人政策における業績主義は、国益に有用と「見込まれる」人材を、受け入れる場合である。高度な専門的、技術的能力を持った人材だけでなく、将来、能力を持つと期待できる留学生等も、「見込み」の対象となる可能性がある。

外国人政策にあって、属性主義、業績主義のいずれの原理に拠るかは、社会の根幹に関わるだけに、高度な政治判断を必要とする。国家の基本方針についての決定権限を有する政治機関が、 慎重な審議と議論とを経て決定しなければならない。

実際、移民国家アメリカの歴史を振り返っても、外国人政策の転換は、折々における政治状況 を見極め、アメリカ議会が慎重な審議を行い、連邦法を成立させて実行している。

1924年に制定された「移民及び国籍法」に始まるアメリカ移民法制は、大きな改正だけでも、1965年、1986年、1990年と数度に及んでいる。小井土彰宏教授は、1965年法によって、アメリカでは、「移民受け入れを、移民により離散した家族の再統合の枠と特定の職能を持つ人間を採用する雇用基準による枠の二大優先カテゴリーを、基本的な枠組みとして行っていくことに・・・」(43)なったとする。1924年以来、アメリカが採ってきた移民政策に、1965年法は大きな転換をもたらしたとの指摘である。

このような二大原理の併存体制が、果たしてアメリカ社会に望ましい結果をもたらしているか

<sup>(41)</sup> Christian Joppke, "Immigration Challenges the Nation-State," in *Challenge to the Nation-State*, edited by Christian Joppke, Oxford University Press, 1998, p. 6.

<sup>(42)</sup> *Ibid.*, pp. 18 and 21.

<sup>(43)</sup> 小井土・前掲論文「岐路に立つアメリカ合衆国の移民政策」35頁。

の検証は、本稿では措くとして、重大な政策変更であるだけに、正式な立法手続きを経て執り行われた事実は看過できない。移民法を通して、アメリカ社会が大きく変容したとしても、少なくとも、アメリカ議会における立法作業によって、実現した事実は間違いないからである。

# (3) EU 労働体制を支える原理の変遷

ところが、EU 労働移動体制を支える基本原理の変質並びに転換は、アメリカ移民法と比べて著しく特徴的である(44)。

本稿で縷々検討する通り、ローマ条約体制から現在のリスボン条約体制に至るまで、労働移動を支える基本原理は、大きく移り変わってきた。当初、権利を享受できるのは、EU 加盟国民であっても、あくまで業績主義の理念に合致した人的集団に限られていた。少なくとも発足当初は、極力、業績主義の理念に合致した運用を目指していたのは確かである。

しかしながら、設立後間もなくして、「業績主義」の中に「属性主義」が取り入れられるようになる。直接的貢献は期待できないものの、EU との繋がりから、自由移動の権利を享受できる人的集団の存在が、次第に制度の発展と共に広がりを持つようになる。

更に、基本原理は移り変わり、現在では、属性主義を基調とする自由移動体制に転換したとも 言える状況が認められる。

ところが、このような重大な基本原理の転換が、EUでは、正式な条約改正や立法手続きを経て行われてはおらず、あくまで裁判所の手によって進められてきた。しかも、EU裁判所の修正変更した原理について、立法機関が一部を追認するという特異な推移を辿っている。

EU 裁判所の積極主義が、労働移動制度を変容させ、延いては社会原理の転換を招いているのであれば、「忍び寄る権限拡張」を論じるに当たり、労働移動を検証する意義は、改めて大きいと考える。

## 3 EU 裁判所の法解釈姿勢に見る特異性

#### (1) はじめに

冒頭申し述べた通り, EU が "特殊" な組織体であるとの評価は,今日,広く受け入れられている。加えて,存在形式や法機能の点で,EU 法が,甚だ "特殊" であるとの評価も,定着している。

だが、このような"特殊"さを強調し過ぎる傾向には、警戒感を示す論者もある。J. Bengoetxea, N. MacCormick, L. M. Soriano は、3名による共著論文で、「EU 裁判所の判決構成につ

<sup>(44)</sup> アメリカとヨーロッパにおける市民概念の捉え方,移民政策の認識については、William Rogers Brubaker (ed), *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, University Press of America, 1989. が踏み込んだ検討を加えていて、EU 体制の特異性を考える上で、大変勉強になる。

いて、特別の理論が存在しているとは言えない。・・・換言すると、EU 裁判所が判決の正当性を示すに当たり、ヨーロッパ特有の法的理由付けや、ヨーロッパ特有の事情が認められることはない。」(45) と、述べている。EU 裁判所を、"特殊"な司法機関として、特別扱いするだけの法的根拠も法的事情も存在しないとの指摘である。

ところが、労働移動を巡る一連の事件処理において裁判所は、これまでの司法機関にはない独有の行動様式を見せてきた。法の欠缺部分を補完したり、曖昧な法文を明確にしたりするだけでなく、場合によっては、二次法の法内容を全面的に否定するに等しい司法判断も示している。そこで用いられる法の解釈手法も、これまで多くの司法機関が用いた方法と比べると、甚だ異質である。更には、法解釈の妥当性を示す「理由付け」についても、これまでにはない異質な論理構成がなされてきた。

EU には、an ever closer union を目指すという独有の目標があるだけに、一般の裁判所との 単純な比較は差し控えるべきではあるが、上述の Bengoetxea の指摘を考えると、"特殊性"を 前提とするにしても、逸脱行動を何処まで容認するかは、慎重に検証する必要がある。

### (2) 解釈学の現在

改めて述べるまでもなく、人類社会はギリシャ時代から、長らく解釈学と格闘してきた。ホメロスの詩に対する解釈を如何に執り行うかという論争は、やがて聖書解釈を巡る対立へと繋がり、現在に至っている<sup>(46)</sup>。紙幅の制約から詳細な議論は許されないが、法律学の歴史も、又、解釈学の歴史と平仄を合わせてきた。如何に法律学が、「解釈学」と向き合うかは、冒頭述べた通り、現在でも法学における最重要論点の一つとされている。

現代社会における「解釈学」の在り方を考えるに当たっては、少なくとも次の点に留意する必要がある。

第1に、多様化する社会変化を受け、解釈者の立ち位置によって、解釈姿勢にも大きな違いが 生じる点である。現代社会にあって、文学者、宗教家、教育者、芸術家が用いる解釈手法が著し く異なるのは、それぞれが置かれた社会的立場の違いが大きい。

裁判所にあっては、社会的使命である妥当な紛争処理と共に、判決の事件当事者に与える影響の大きさを踏まえた、解釈手法の選択が必要となる。事件当事者に、「合理的」判決内容であると納得させられる解釈手法でなければ、社会の安定化には寄与せず、社会的責務を果たしたとは言えない。即ち、何処まで裁判所による法解釈が可能であるかは、社会が、判決の理由付けをど

<sup>(45)</sup> J. Bengoetxea, N. MacCormick and L. M. Soriano, "Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice," in *The European Court of Justice*, edited by Gráinne de Búrca and J. H. H. Weiler, Oxford University Press, 2001, p. 48.

<sup>(46)</sup> 解釈学は、哲学、宗教学の重要論点だけに、枚挙の暇のないほどの文献が刊行されているが、本稿の検討に当たっては、麻生建『解釈学』(世界書院、1985年)、J・ペリカン(佐柳文男訳)『聖書は誰のものか?:聖書とその解釈の歴史』(教文館、2006年)が、時代背景にも踏み込んだ論述がなされていて大いに参考になった。

のような形で、又、どの程度、求めているかという点に係ってくる。説得力を持った判決として 社会が受け入れるためには、「三段論法的」理由付けしか認めないのであれば、必然的に「文理 解釈」に留まらざるをえない。しかし、社会が文字から引き出される通常の概念を縮小したり、 拡大したりした理由付けも認めるならば、縮小解釈や拡張解釈も可能となる<sup>(47)</sup>。

第2に、解釈の執り行われる共同社会の目的や、取り巻く社会環境も、どのような解釈手法が許されるかを決する上で、重要となる。文学、芸術、法律、政治では、目指す目標が異なるため、自ずと解釈手法も違ってくる。想定外の事案に直面した際、それぞれの共同社会が掲げる目標と現況とに照らし、どのような解釈手法が妥当か決定されている。社会秩序の安定を強固に目指すならば、直接依拠できる条文がなくとも、対比できる規範を用いて反対解釈を施したり、類似性のある規定を用いての類推解釈が可能となったりする。しかも法律では、法体系が違うだけで、規範目標も、社会における役割、位置付けも異なる(48)。それを受け、裁判所に許される解釈手法は自ずと違ってくるため、法解釈について、一括りの議論や一律的回答を試みるのは甚だ危険となる。

### (3) EU と裁判所の積極的関与

沿革的、規範的に見た時、EUが、裁判所に積極的法解釈を求めざるをえない「組織的体質」を有するのは、これまでの検討からも明らかであるが、改めて整理すると次のようになる<sup>(49)</sup>。

第1に、再三述べたように、EU が曖昧な組織体のためである。現在のEU が掲げる政策範囲は広範囲に及び、しかも規範文言においても不分明な点が少なくない。必然的に運用を巡って対立を引き起こしやすい状況にあり、裁判所に積極的解釈を求めざるをえないと考える。

第2に、国際組織特有の理由がある。EUの公式言語は24か国語あり、いずれも正文とされているため、辞書的意味が一致しているだけでは、文言を巡り解釈の対立を引き起こす可能性が高い。しかも、主権国家間における妥協の産物としての性格を持つ国際組織体は、条約交渉の際、合意が難しい論点に決着を付けずに曖昧なままにしておく場合がある。ともすれば加盟国の利害が対立するEUは、多言語主義と相まって、法的対立を引き起こしやすく、裁判所の関与が求められる組織的体質となっている(50)。

第3に、冒頭でも指摘した通り、an ever closer unionが、未だどのような組織体であるか

<sup>(47)</sup> Antonin Scalia and Bryan A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, West, 2012. では、社会が法律文書に何処まで解釈を認めるかという観点から検討を加えていて非常に参考になった。

<sup>(48)</sup> 国際私法分野に特化しているが、この点については横山真規雄「新国際私法の規範構造と解釈論的位相(下)——『法の適用に関する通則法』が目指す国際私法秩序とその課題——」『拓殖大学論集政治・経済・法律研究』14巻1号、2011年、130頁以下。

<sup>(49)</sup> 詳しくは、横山・前掲論文「司法的"政治機関"としての EU 裁判所 — 司法的現状と機能的変質に 関する一考察 ——」198-200 頁。

<sup>(50)</sup> 多言語主義が EU の法的安定性に及ぼす影響については, Elina Paunio, Legal Certainty in Multilingual EU Law: Language, Discourse and Reasoning at the European Court of Justice, Ashgate Publishing, 2013. を参照。

明白ではないためである。Trevor C. Hartley は、先に紹介した Anthony Arnull と同じ認識を示し、突き詰めるところ、an ever closer union の行く末が未知数なためであると考えている  $^{(51)}$ 。その上で Hartley は、Mancini と Keeling の所見を紹介し、何かにつけて裁判所が、ヨーロッパ化に積極的であるのは、制度設計者の「遺伝子」を引き継いだためであると主張する両名に、同調する姿勢を示す  $^{(52)}$ 。制度設計者が、an ever closer union の実現に向けて、裁判所の活躍に大いに期待したことが、現在の積極性を引き出したとの考えである。

更に Hartley は、ここで Mancini と Keeling が、敢えて「遺伝子」という言葉を用いたのは、EU を無機物ではなく、自己増殖を繰り返す「生物体」として捉える意識が多分に働いていたからだと看破している。裁判所にも同様の意識があるため、積極的に法解釈をせざるをえなくなったとの見方を示す。

## (4) EU 裁判所の解釈姿勢

EU を、自発的に発展成長を遂げる「生物体」と捉えれば、確かに従来の法常識には囚われないとの主張は説得力を持つ。EU 裁判所の判決には十分な理由けが示されていないため、不可解な思いをさせられる場面が少なくないが、全く異質な組織体と捉えれば理解できなくはない。

周知の通り、法解釈の一つとして、既存の法規範の文言や概念では、妥当な結論が導き出せない場合、対象規範の目的を導き出して対応する「目的論的解釈」と呼ばれる手法がある。現在、法学では、広く用いられている解釈手法ではあるが、何が「法目的」であるかを巡り、立法者が制定当時に思い描いた「目的」であるとする「立法者意思説」と、現在の法が目指す「目的」と考える「法律意思説」とが対立する等、しばしば実際の運用では混乱を招いてきた。そのため、目的論的解釈の必要性は認めつつも、あくまで慎重に用いるとの考えが一般的である。

しかしながら、少なからずの論者は、EU 裁判所のこれまで採ってきた解釈手法は、「目的論的解釈」としても、最早、性質決定できないとし<sup>(53)</sup>、従来の法常識を越えた解釈が行われてきたと考えている。早くから EU 裁判所の法解釈について研究している Anna Bredimas は、1978年の著作で、その解釈手法を、「機能的解釈(functional interpretation)」と呼ぶ<sup>(54)</sup>。裁判所は、基本条約を取り巻く政治、経済、社会状況を考慮し、法の対象範囲や法目的を組み直してきたと分析していた。あくまで、法目的を探り出そうとする目的論的解釈とも異なり、機能的解釈では、法目的が構築し直され、それに伴い法の対象範囲や存立基盤も、変容する可能性がある。もっとも、Anna Bredimas は、このような解釈手法が、各国間に存在する法の抵触状況を解決する上

<sup>(51)</sup> Trevor C. Hartley, Constitutional Problems of the European Union, Hart Publishing, 1999, p. 49.

<sup>(52)</sup> *Ibid.*, p. 49. G. Federico Mancini and David T. Keeling, "Democracy and the European Court of Justice," *Modern Law Review*, Vol. 57, No. 2, 1994, p. 186.

<sup>(53)</sup> Gerard Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of justice*, Cambridge University Press, 2012, p. 22.

<sup>(54)</sup> Anna Bredimas, Methods of Interpretation and Community Law, North-Holland, 1978, p. 70.

で甚だ有用であり、ヨーロッパ統合を推し進める原動力になっていると評価している。しかも、 従来型国際法における解釈手法とも大差ないと説いていた(55)。

Mitchel de S.-O.-L'E. Lasser も,EU 裁判所の解釈手法は,一般の目的論的解釈と比べて甚だ異質との認識を示す。論理構成が,目的論的解釈の手法を遥かに越えているとし,「超」という名前を付け加えて「超目的論的解釈(meta-teleological interpretation)」と呼んでいる<sup>(56)</sup>。

日本では笹倉秀夫教授が、EU 裁判所の解釈手法は、古代中国で用いられた「比附」と同じ手法であると指摘している。規範の根底にある一般的法命題を抽出した上で、原理が同じとの理由を挙げ、論理的には類推できない事件に当てはめる解釈手法である。笹倉教授は、性同一性障害による性転換が、解雇事由として認められるかが争われた Pv. S and Cornwall County Council 事件(Case C-13/94, 1996, ECR I-2143.)を取り上げて考察を進めている。

本件では、当時の Directive 76/207 を如何に解釈するかが争点となっている。同命令は、男女差別の禁止を明文で規定していたが、性転換者については何ら触れていなかった。性転換後の「性」は、男性、女性いずれにも決定できないとして、イギリス国内裁判所は、法の欠缺を理由に挙げ、判断を留保した。これに対して EU 裁判所は、男性、女性の概念を拡張したり、類推したりするだけでは、性転換者を対象にできないとし、同命令の目的を読み取った上で、判断するとの解釈を行った (57) 。 笹倉教授は、このような「比附的」解釈手法は、19世紀ドイツでも既に行われていたとする。複数の条文から一般命題を探り出し、論理的には類推が難しい事案の解決が試みられてきたとするが、現在のヨーロッパ社会にあって、特異な解釈手法と受け止められているのは確かである。

しかも EU 裁判所は、これまで多くの事件判決において、どのような解釈手法を用いて判決を導き出したか十分な説明をしていない。規定をどのように解釈したかについては、殆ど触れないか、触れたとしても、簡単に目的論的解釈が必要な事案であると述べるに留まっている<sup>(58)</sup>。そのため、裁判所が如何なる解釈手法を原則として採用しているかも、未だに明らかになっていない。ある事件の判決では文言解釈に留まり、又、ある事件については拡張解釈や縮小解釈を施し、更には、「比附」に類する特異な解釈も折々に行われていて、解釈手法に対する基本認識を伺い知るのは困難である。

このような裁判所の姿勢を認めるには、上述した通り、EUを「生物体」として捉える意識が 多分に働いていなければならない。換言すれば、EUが特殊な組織体であり、それを支える法体 系も特殊であって、従来型常識を持ち込む必要はないとの思いがあると考える。だが、Thevor C. Hartley は、基本条約は、あくまで法律文書であって、「生物体」ではないとし、このような

<sup>(55)</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>(56)</sup> Mitchel de S.-O.-L'E. Lasser, Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy, Oxford University Press, 2004, p. 229. 以下を参照。

<sup>(57)</sup> 笹倉秀夫『法解釈講義』(東京大学出版会,2009年)22頁。

<sup>(58)</sup> Conway, op. cit., p. 22.

認識がもたらす危険性と問題性とを厳しく批判する<sup>(59)</sup>。時代時代によって条文に対する解釈が 異なったり、変化したりしても、法文の意味内容は大きく変わってはならないと警鐘を鳴らして いた。ともすれば、an ever closer union があるために、法律文言を等閑にする風潮があるが、 裁判所が基本条約に明確に反する解釈を行うのは、いずれにしても正当化できないとの認識を示 している。

しかしながら、再三述べたように、裁判所の逸脱行動に対して、EU 社会は長らく寛大であり、 大きな批判もなかったばかりか、むしろ評価する意見が少なくなかった。

### 4 小 括

# (1) 司法積極主義と EU の労働移動体制

裁判所の「司法積極主義」に伴う、EUの「忍び寄る権限拡張」を考えるに当たり、労働移動 を巡る事件処理の検証に意義があると考えるのは、上述の理由に基づく。

まとめの意味合いを込めて今一度整理すると、まずは外国人法制が国家主権と密接不可分な関係にある点である。外国人に対する国家の自由裁量権の縮減化は、取りも直さず、EUの権限拡張を意味する。しかも、EUでは、外国人法制の根幹に関わる重要決定が、専ら裁判所の主導によって行われてきた。立法機関の果たすべき役割を裁判所が替わって担っているというのは、EU司法制度が有する特異性を顕著に示している。加えて、裁判所の示す判決内容と、用いる解釈手法も、これまでの法常識からすれば、甚だ特異性がある。外国人法を巡る裁判所の行動を見ると、司法の積極主義による「忍び寄る権限拡張」に、今後、何処まで歯止めが掛かるか少しく疑問を持つのは頷ける。

### (2) 次章以降の展開について

このような認識を出発点として、次章からは、具体的に、どのような場面で、どのようにして、 裁判所が労働移動制度を発展させ、延いては、EUの権限拡張を推し進めてきたかを検討して見 たい。

発足当初は、加盟国への配慮から、少なからず「及び腰」であった EU の自由移動ではあるが、その後、EU 裁判所によって強化され、現在では、歴史的にも類を見ない充実した保障体制を作り上げている。EU が加盟国民に対して保障する移動の自由権は、極めて高度な法内容を持ち、現代社会にあって先駆的制度として位置付けられている<sup>(60)</sup>。

<sup>(59)</sup> Trevor C. Hartley, op. cit., p. 49.

<sup>(60)</sup> 詳しくは、横山真規雄「ヨーロッパ共同体における国籍差別撤廃の現状について ― ローマ条約7条の理念と労働移動の自由を巡る法的諸問題を中心として ― 」『城西大学女子短期大学部紀要』5巻1号、1988年、91頁以下、同「EU労働移動体制の現状とその課題(上) ― 先駆的制度保障がもたらした『新たなる法的混迷』についての序論的考察 ― 」『拓殖大学国際開発学研究』9巻2号、2010年、17頁以下、同「EU労働移動体制の現状とその課題(下) ― 先駆的制度保障がもたらした『新たなる法的混迷』についての序論的考察 ― 」『拓殖大学国際開発学研究』10巻1号、2010年、69頁以下を参照。

EUにあって、このような先駆的制度が確立するには、大別して2つの段階を経ている。あくまで準業績主義的社会原理を維持しながらも、様々な工夫を凝らし、体制を発展させた段階である。そこでは基本原理を守りながら社会体制を充実させると共に、一部には属性主義も取り入れ、an ever closer union の構築が目指されている。しばしば特異な理由付けや、明文の規定を超越した解釈運用が行われたが、あくまで、業績主義を基調とする姿勢は堅持されていた。

ところが、ヨーロッパの統合化が一段と進む 1990 年代に入ると、裁判所は準業績主義社会に属性主義を大きく取り込むようになり、むしろ属性主義社会に向かうのではないかと思わせる動きを見せるようになる。

次章以下では、「準業績主義」を採用した EU にあって、裁判所がどのような軌跡を辿ってきたか、労働移動制度の展開を振り返りながら検討して見たい。

# IV 「業績主義」の基本理念と裁判所による準業績主義の実践

### 1 労働移動の自由と業績主義の基本理念

経済統合を目指すローマ条約体制は、「4つの自由移動」の一つとして、「人の自由移動」を最重要政策とし、制度の根幹に位置付けたが、全ての加盟国民を権利の対象とする考えは、当初から持ち合せていなかった。加盟国国民が一律に、例外なく享有できるのではなく、EU経済の発展に貢献する人材に限るという、"特殊"な制度設計となっている。そこでは、「完全(純粋)業績主義」ではなく、「不完全(準)業績主義」(以下、簡略化し、準業績主義ではなく「業績主義」として適宜、引用する)が採用され、実際には業績を上げた事実がなくとも、将来性が認められれば、EUを自由に移動し、経済活動を行う権利が与えられていた。

そもそも、EU が属性主義ではなく、業績主義を基調としたのは、近代産業社会の基本原理に 平仄を合わせた判断と解されるが、加えて、次のような事情があったと考える。

第1に、「4つの自由移動」が、マクロ経済学の理論に大きく依拠していたためである。EUで自由移動が保障されたのは、ローマ条約締結当時、ベルギーの外相であったポール=アンリ・スパークの提出した、通称スパーク報告書に拠る。同報告書は、「資本、労働」等の生産要素が、自由自在に移動できると、早期に統一市場が実現するとの考えに立っていた。生産要素の移動が自由化され、統一市場が形成されたならば、経済政策での協調が可能となり、延いては経済統合も進展するとの思想である。(61)。

<sup>(61)</sup> 人的移動の自由化が、社会的にどの程度の現実性を持つか検討した論考としては、Jan Kunz and Mari Leinonen, "Europe without borders: rhetoric, reality or Utopia?," in *Migration without borders: Essays on the Free Movement of People*, edited by Antoine Pécoud and Paul de Guchteneire, UNESCO Publishing, 2007, p. 137. 以下を参照。

それだけに移動する人材は、何よりも生産要素としての適格性を備えていなければならない。 生産要素として適正な「人材」であれば、経済の発展に繋がるが、そうでないと成果が期待できないばかりか、却って社会の負担となる危険性もある<sup>(62)</sup>。そのため、人的生産要素を無制限に受け入れるのではなく、あくまで「期待」が持てる人材に限るとする「見込みによる業績主義」、「簡便化された業績主義」が、「完全」ではなく、「不完全」な業績主義ではあるが、取り入れられたと考える。

第2に、主権国家である加盟国に配慮を施したためである。理論的には、相応の能力を備えた 外国人を効率的に活用すれば、受け入れ国の経済は発展するはずである。ところが、自国内に外 国人が、自在に入り込む状況が恒常化すると、早晩、国民国家思想、国家主権思想との軋轢は避 けられない。国民国家思想はしばしば排外主義に繋がる危険性を抱えると共に、労働移動の自由 化は、主権国家が外国人に対する自由裁量権の縮減を意味するだけに、国家主権思想からも、大 いなる抵抗が予想された。

実際にローマ条約が締結された 1958 年の時点では、原加盟国からも強い反対があったとされる (63)。ヨーロッパ統合に前向きな 6 カ国であっても、外国人法については、従来の意識構造から多分に抜け出せていなかった。加盟国民の入国滞在を無制限に認めれば、ローマ条約の成立も頓挫する恐れがあったため、「見込みによる業績主義 (準業績主義)」を採ると共に、相当、厳しい運用基準を設定したと解される。

### 2 労働移動体制と「見込みによる業績主義(準業績主義)」

# (1) 準業績主義における評価基準

発足当初、EU は、準業績主義をできるだけ厳格に運用する方針にあった。ローマ条約の規範構造は、自由移動の対象を、EU 経済の発展に寄与する可能性が、「相当」あると「見込まれる」加盟国民に限っていたからである。

ローマ条約 48 条 3 項(a)は、加盟国民に、「実際に申し出を受けた雇用に応ずる権利(to accept offers of employment actually made)」を保障した上で、同条 3 項(b)で、「この目的のために、加盟国の領域内を自由に移動する権利(to move freely within the territory of Member States for this purpose)」を認めるとしていた。加盟国民であっても、正式に雇用の申し出を受けていない限り、移動の権利は認められず、求職中では対象にならないとの規定である「64」。現実に雇用の申し出があるならば、業績はないとしても、相応の能力を有する労働者として期待が持てるが、就業意思があるだけでは、将来、実績を上げるか、適正には評価できないとの判断

<sup>(62)</sup> 移民の経済的効果については、Julian L. Simon, *The Economic Consequences of Immigration*, Basil Blackwell, 1989. が有用である。

<sup>(63)</sup> A. Pieter van der Mei, Free Movement of Persons within the European Community: Cross-Border Access to Public Benefits, Hart Publishing, 2003, pp. 23–25.

<sup>(64)</sup> T. C. Hartley, EEC Immigration Law, North-Holland, 1978, p. 105.

であった。そのために将来に向けた評価基準を相当厳しく設定したと窺われる。

しかも、判例、二次法によって規範内容が実質的に改編された後になっても、これら条文に対する修正改訂は行われていない。ローマ条約 48 条 3 項(a)並びに同条 3 項(b)は、数度に及ぶ基本条約の改正にあっても、見直しの対象とはならず、ほぼそのままの形で、現在の EU 運営条約 45 条 3 項(a)(b)に引き継がれている。近年、属性主義化の動きが著しく認められるにも拘わらず、現時点でも、EU は、外国人政策の基本原理を業績主義に置く姿勢を、法文上は崩していないのである。

### (2) 裁判所と評価基準の緩和化

ところが、EU 裁判所は 1976 年の Royer 事件 (Case 48/75, 1976, ECR 497, para. 31.) の段階で、求職中でも「労働者」としての地位を認め、自由移動の対象になると判示している。雇用契約が締結された後でなければ、自由に移動できないとなると、制度を設けた意義が大きく損なわれるとの考えに基づく (65)。更に 1991 年の Antonissen 事件 (Case C-292/89, 1991, ECR I-745.) で裁判所は、未就業の加盟国民であっても、いずれの加盟国にも自由に入国し、相当期間、滞在して、就職活動ができるとしている。しかも期限を過ぎても、未だ就業の可能性があると証明できれば、引き続き滞在は許されるとした。

それまでの裁判例を整理し取りまとめ、2004年に制定された Directive 2004/38では、求職中の労働者も移動の権利を有すると明文で規定している。同命令の6条並びに14条は、3か月間は、自由に滞在できるだけでなく、条件を満たせば、期限を過ぎても引き続き現地に留まることができるとし、評価基準を緩和化している。

# (3) 裁判所の「見込みによる業績主義(準業績主義)」に対する認識

このように、早い段階から評価基準の緩和化に踏み切った裁判所の意識が、奈辺にあるかを探ると、業績見込みと、実際の成果との間に食い違いが生じても、やむをえないとの判断があったものと認められる。実際に雇用の申し出を受けている人材と、就職を希望してはいるものの求職中の人材との間には、現実には大きな隔たりがある。後者については、如何に熱心に就職活動を行ったとしても、就労できる保障はないだけに、EUの発展に何処まで貢献するか不透明と言わざるを得ない。そこからは、できるだけ正確な業績予想を目指した基本条約の運用方針が、裁判所によって大幅に修正された事実が明らかとなる。

#### (4) 評価基準の設定と EU 裁判所の実践

その後 EU 裁判所は、加盟国民に、①経済活動に従事する事実と共に、②EU との接点が認め

<sup>(65)</sup> Eleanor Spaventa, Free Movement of Persons in the European Union, Kluwer Law Internaional, 2007, pp. 4–5.

られれば、「見込みによる業績主義(準業績主義)」の対象と捉え、移動の自由を認めるようになる。1974年の Reyners 事件 (Case 2/74, 1974, ECR 631.)、1982年の Levin 事件 (Case 53/81, 1982, ECR 1035.) では、EC 条約 39 条、43 条(当時)の適用対象は、自国を離れ、他の加盟国に赴き、就労や事業の立ち上げをして経済活動を行う加盟国国民であると判示している<sup>(66)</sup>。又、Knoors 事件 (Case 115/78, 1979, ECR 399.)、Bouchoucha 事件 (Case C-61/89, 1990, ECR I-3551.) では、他の加盟国で労働に従事した経験を持つ加盟国民は、本国に対しても、EU 法を援用して権利の主張ができるとした<sup>(67)</sup>。①経済活動に従事し、②EU 域内を移動した実績があれば、本国法の対象から外れ、EU 法の権利を享受できるとの運用基準である。

その上で裁判所は、この2つの条件を充たす限りにおいては、加盟国民が、等しく自由に移動できる規範体制の構築を目指して、様々な法の解釈運用を試みている。まず、上述の条件を満たしているにも拘わらず、移動の自由を享受できない状況が発生しないよう、法解釈を行っている。更には、現実問題として、自由移動を妨げる社会事実が確認できれば、そこでも、積極的に法解釈を駆使し改善する姿勢を見せてきた。

第3節以下では、業績主義社会にあって、労働移動の自由化が、どのように裁判所によって進められてきたかを検討する。それと共に、規範対象の拡大化が目論まれる過程で、属性主義的動きが生まれ、「業績主義の中の属性主義」という混在型社会原理を作り出す状況についても、労働移動の制度的発展に沿って考察する。

### 3 直接的差別と間接的差別の縮小化と属性主義の混在化

# (1) 直接的差別の縮小化

EU 裁判所が、経済活動と EU との接点が確認できた加盟国民に対しては、極力自由な移動を認めようと、様々な解釈的工夫を凝らした背景には、国際法上、自国民には特別の処遇が義務付けられている事情がある。

国際法上、国家には、出入国管理に関し広範な自由裁量権が認められる一方で、古くから自国 民に国外退去を命じたり、入国を拒否したりはできないとされてきた<sup>(68)</sup>。国民国家としての責 任から、国家は、好ましからざる自国民であっても、最低限、自国に居住する権利は保障しなけ ればならないとの考えである。

EU 裁判所も 1975 年の Van Duyn 事件で、自国民には入国や滞在の権利を拒否できないとして (Case 41/74, 1974, ECR 1337, para. 22.)、国際法と同じ認識に立ってきた。従って EU 運営 条約 45 条 3 項、同条約 52 条では、①公共秩序、②公共安全、③公衆衛生に必要となれば、「経

<sup>(66)</sup> Alina Tryfonidou, "In Search of the Aim of the EC Free movement of Persons provisions; Has the Court of Justice missed the Point?," *Common Market Law Review*, Vol. 46, 2009, pp. 1592–1593.

<sup>(67)</sup> Eleanor Spaventa, Free Movement of Persons in the European Union, p. 22.

<sup>(68)</sup> Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., pp. 136-137. Richard Plender, op. cit., p. 133. 以下参照。

済活動」と「EU との接点」という条件を満たす加盟国民でも、国外退去や入国拒否ができるとしているが、その場合でも自国民は対象とはならない。例外規定の発動対象にならない自国民は、移動制限の可能性が残る他の加盟国民とは処遇上、大きな違いがあるため、EU では「直接的差別」が法文上認められているとされている。

だが裁判所は、このような「直接的差別」に対し、例外条項の発動を極めて制限的に解釈運用し、実質的に無効化を図っている<sup>(69)</sup>。受入国に重大な悪影響を及ぼす危険性があると疎明できない限りは、当該人物に多少の問題が認められても、例外条項の発動理由にはならないとする。そのために、前科前歴だけでは入国拒否は認められず、入管当局には、再犯に繋がる重大な懸念要因の証明が必要であるとしている<sup>(70)</sup>。公衆衛生を理由とする規制も、現在では、他の加盟国で治療を受けるため移動する権利も認められているだけに、極めて制限されている。即ち、経済活動と EU との接点が確認できる限りは、できるだけ加盟国民には等しく移動の自由を認めていこうとする裁判所の判断があった。

そこには、社会的に多少問題を抱える人材でも、自由移動を認められ活動の場を与えられたなら、立ち直り、将来貢献が期待できるとの判断が多分にあると窺われる。だが、若干穿った見方かもしれないが、そもそも社会から警戒される人物を、一般人と同じく社会貢献の期待できる人材と見るのは、些か楽観的である。

改めて、事前の業績評価と、実際の成果との乖離状況が相当の広がりを見せても、裁判所が容認する考えにあったと認められ、直接的差別の縮小化は、業績評価基準の大幅な緩和化を一方で意味していた。

#### (2) 間接的差別の縮小化

更に EU は、労働移動の保障体制が深化するに伴い、形式的には平等性が保たれていても、実際には、自国民が加盟国民と比べて有利となる状況が認められる場合があるとして、所謂「間接的差別」の改善にも乗り出すようになる。経済活動と EU との接点という条件を求めた上に、例えば受入国における「居住要件」を課すと、実質的には自国民を有利に導くとして改善すべき対象とされた。現実に居住要件を満たすのは、圧倒的に居住地国の国民であるため、他の加盟国民は不利な立場に置かれるとの考えである。

当初、労働移動の保障は、形式的平等性が担保されるだけでも、十分に確保できるとする意見 もあったが、やがて EU 裁判所は、「間接的差別」も対象とし、縮小化に向けた司法判断を示す ようになる。加盟国民に居住要件を求める行為も、実質的に自国民を有利に導くため、容認でき ないとの判断である。

<sup>(69)</sup> 横山・前掲論文「EU 労働移動体制の現状とその課題 (上) — 先駆的制度保障がもたらした『新たなる法的混迷』についての序論的考察 — 」28 頁以下。

<sup>(70)</sup> T. C. Hartley, op. cit., p. 162.

間接的差別の縮小化に伴い、労働移動の保障体制は一段と充実するが、それと共に、業績主義の中に属性主義も混在化してくる。

個人評価を業績で判断する業績主義が、依然として高度産業社会の基本原理であるのは、個々人が業績拡大に向けて努力すると、社会全体の活力を押し上げ、発展に繋がるとの考えからである。だがそのための前提として、それぞれの人材の能力を適格に判断し、適正に配置する必要がある。居住要件が、業績主義の立場からして好ましい結果をもたらすならば、自国民の就労機会が増えたとしても、あくまで副次的効果として捉える考えも成り立たなくはない。それだけに、経済性を十分には吟味せず、極力「間接的差別」の駆逐を図ろうとする裁判所の姿勢には、業績評価と、実際に成し遂げられた成果との乖離を今更ながら容認する意識があったと思われてならない。

このような裁判所の姿勢は、加盟国民という帰属的地位があれば、自由移動を認める属性主義的発想がない限り、説明は困難である。間接的差別を排除しようとする EU 裁判所の姿勢からは、その後の属性主義の混在化を予見させる兆候が認められる。

## 4 非差別的障害の排除と属性主義的原理の登場

## (1) 非差別的障害の改善

1990年代に入ると, EU 裁判所は,経済活動と EU との接点を満たす加盟国民が,移動に際し,不都合な事態に直面しないよう,所謂「非差別的障害」の駆逐にも乗り出すようになる。

EU 裁判所は、1993年の Kraus 事件(Case C-19/92、1993、ECR I-1663.)を始めとする一連の事件処理を通し、自由移動の権利行使を「阻んだり、意欲を減退させたりする(liable to hamper or render less attractive)」状況が認められれば、司法判断の対象として、改善の必要があると判示している。加盟国民に均等に適用される政策であっても、労働者の移動に向けた意欲を喪失させたり、減退させたりする危険性が少しでもあれば、障害要因として捉え、対処するとの姿勢である。

現在では、非差別的事件に対する裁判例の蓄積によって、Dassonville テスト (Case 8/74, 1974, ECR 837, para. 5.) 並びに Gebhard テスト (Case C-55/94, 1995, ECR I-4165, para. 37.) と、呼ばれる一連の裁判準則が確立している。労働者、自営業者、役務提供者のいずれについても、「移動の支障となったり、活動意欲を損なったりする」状況が認められれば、是正に向けた司法判断の対象となる(TI)。

#### (2) 新たなる展開

EU 裁判所が、積極的に非差別的障害も司法判断の対象としたことで、労働移動の保障制度は

<sup>(71)</sup> 詳しくは、横山・前掲論文「EU 労働移動体制の現状とその課題 (上) — 先駆的制度保障がもたらした『新たなる法的混迷』についての序論的考察 — 」31-33 頁参照。

新たな局面に入り, 更なる進化を遂げる。

第1に、裁判所は、「移動の支障や意欲を損なう」社会要因の排除だけではなく、「移動に向けた意欲が高まる」環境作りについても、積極的に対応するようになった。裁判所は、独自の政策判断を判決で明らかにするようになり、それに伴い労働移動の制度を支える環境整備は格段に進歩する。

第2に、裁判所は、属性主義的傾向を一段と強めている。法環境の整備に力を入れる裁判所の 姿勢は、その後の判例展開において、特に業績は重視しない属性主義化を強める結果を導き出し ている。

これによって、労働移動の保障体制は飛躍的に充実するが、裁判所は独自の政策判断を行うだけでなく、法解釈にも独特な手法を頻繁に用いるようになったため、"特殊"な司法機関としての様相が一段と顕著になる。いよいよ司法の積極主義的動きも加速化するが、EU 裁判所に対する辛辣な批判が生まれる原点も、この時期に形成されている。

次章では、業績主義社会における労働移動の環境整備と、そこにおける属性主義の混在化について、まず「保健医療」政策を取り上げることにする。次に「免許資格相互承認制度」について検討する。最後に「派遣労働者」を巡る業績主義の強化という今一つの流れについて考える。

これら検討を通して、第VI章では、「業績主義の中における属性主義」の混在化状況について 整理して見たい。

# V 業績主義社会における労働移動の環境整備

EU 裁判所が、労働移動の発展に不可欠として、判決に独自の判断を盛り込み、環境整備を実現した多くの政策分野にあって、取り分け、「保健医療」、「教育」、「派遣労働」は、司法積極主義の特性が顕著に現われている。裁判所は、しばしば超目的論的解釈を施し、大胆な判断を示して移動の自由化を推し進め、国家主権を大幅に縮減化させてきた。しかも、保険医療分野、教育分野では、業績主義を基調としながらも、少なからず属性主義的認識を示していて、社会原理を「業績主義の中の属性主義」という混在型に転換させる上でも、主導的役割を果たしている。

### 1 保健医療政策の環境整備と EU 裁判所の司法積極主義

### (1) 国家主権と保健医療

国民国家の安寧が確保されるには、国家の3要素の一つである国民が、健康でなければならない。多くの国民が精神的、肉体的に不健康なままでは、国家としての成長が期待できないばかりか、社会秩序の安定にも重大な悪影響を及ぼす。

ところが国民の健康状態は、各国の気候、地理、食文化、宗教、医療技術等の要因によって大

きく異なる。農産物は、地理や気候に強い影響を受けるため、国によって食文化の違いを生み、 延いては国民の間で罹患率が高い「国民病」も違ってくる。

そのため国家は、自国民の健康管理について第一義的な責任を負うとされ、保健医療政策の立 案については専権的権限を持つと考えられてきた。

国際法的にも、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」(通称 A 規約)」12条は、「健康権」を人権と位置付ける一方で、国家に、それぞれが置かれた経済状況、政治状況に応じて最大限の努力を尽くすよう、「漸進的実現化」を求めている。未だ国際標準が確立していないため、保健医療政策は、依然、国家の裁量権に委ねられているとの考えに基づく規定である。

### (2) EU 法の基本認識と法体制

### ① EUの基本認識

1958年のローマ条約も、このような国際認識を受け、保健医療に関して、明文の規定は設けていない。そのため、保健医療分野での立法化が必要となっても、「生活水準の一層のすみやかな向上」を目指す EEC 条約 2 条に、まずは拠るしかなかった。その上で「生活水準の向上」には、EU の規範対象とする必要があるにも拘わらず、法が欠缺しているとして、EU 運営条約 352条(旧 EC 条約 308 条、旧 235 条)を持ち出す手法が用いられている。しかしながら、明文の規定がないだけに、実際に EU が政策を実施したのは、1989年にかけて行ったヨーロッパ癌撲滅計画や、1991年のヨーロッパエイズ計画等、一部の政策に限られている。

### ② 基本条約の改正と保険医療政策の対応

EU は、1992年のマーストリヒト条約体制で、初めて、保健医療分野の規定を設けている。 EC 条約3条(O)項(当時)は、「高水準の健康保護を達成するための貢献」を実施目標に掲げた。その上で、同条約第10編には、新たに「公衆衛生」に関する項目が設けられ、129条で、具体的政策内容を規定している。同規定は、その後の基本条約改正を経て、リスボン体制に引き継がれていて、現在のEU運営条約168条1項は、「高い水準での人間の健康保護を確保する」との目標をEUの政策課題とすると共に、具体的政策内容を列挙する。

だが、マーストリヒト条約体制で規定は設けられたものの、EC条約 129条が、「共同体は、構成国間の協力を助成し、かつ必要に応じ活動に支持を与える」と述べたように、あくまで保健医療政策に関しては、補助的位置付けに留まっていた。現在のリスボン条約体制も、規定上は、加盟国が主導し、EUは「加盟国の政策を補足する」(EU運営条約 168条 1 項中段)立場にあると規定している。EU運営条約 168条 7 項では、「共同体の行動は、保険政策の定義並びに保健サービスと医療組織の提供に関する加盟国の責任を尊重する」としていて、加盟国の政策判断を優先するとの姿勢に変わりはない。

### (3) 医療保険制度と労働移動

## ① 医療保険制度の意義

しかしながら、保健医療政策は、労働移動の自由制度と深い繋がりがある。労働者、自営業者、 役務提供者が、EUを移動する過程で、何らの疾病に罹患したり、事故に遭遇したりする危険性 は少なからずある。その際、出身国で施される医療と、受入国における治療内容とが著しく異な ると、不安を覚え、移動を差し控える恐れもある。

取り分け、医療保険制度が違うために、国外での治療が付保国では保険対象から除外されたり、 発病地・受傷地で予想外の出費を強いられたりすれば、移動を押し止める要因となる可能性が高い。滞在国で受けた治療費用について、何処で、どの程度まで、どのようにして還付されるかは、 移動の自由を確保し、人材の適材適所を実現する上で、極めて重要となる。

それだけに医療保険が、加盟国の自由裁量に全面的に委ねられていては、「移動の支障となったり、活動意欲を損なったりする」恐れがあるため、労働移動の発展に向けても、EUの関与が必要と考えられるようになった。

### ② EU 医療保険体制の立ち遅れ

だが一方で医療保険は、国家財政にも直結している。医療保険のEU化は、加盟国の財政問題とも深く関わるだけに、大幅な権限委譲が求められるとなれば、加盟国からの反発が予想された。そのためEUも、少なからず及び腰で、必要性が指摘されながらも、医療保険制度の統一化は長らく進展しなかった。

そもそもローマ条約では、社会保障政策に対する基本構想が明らかにされなかったこともあり、 医療保険についての規定を設けていない。

当時のローマ条約51条は、労働者の自由移動を図るため、社会保障給付額の算定並びに決定に当たっては、労働者が、各国で付保した期間を合算するよう規定するに留まっていた。

その後、Regulation 3/58 と Regulation 4/58 が制定されるが、そこでも社会保障についての規定内容は限られている<sup>(72)</sup>。しかも当時の EU 裁判所は、これら規則については、文言にあくまで忠実な解釈を行っていた。

1971年になり、ようやく Regulation 1408/71が、社会保障に関する詳細な規定を設けている。 同規則は、労働者、自営業者、サービス提供者と、その家族が移動するに当たり、どのような社 会保障の対象となるかを定めた二次法であるが、現在まで、少なくとも13回、改訂されている。

しかしながら、当初の Regulation 1408/71 は、ローマ条約 51 条(当時)に準拠する姿勢を採っていたため、規範内容は限定的であった<sup>(73)</sup>。保険医療については、22 条並びに 36 条が、加盟国国民に付保国以外で医療を受ける権利を認め、医療補助の給付対象とはしたものの、緊急な

<sup>(72)</sup> Philippa Watson, Social Security Law of the European Communities, Mansell Publishing, 1980, pp. 59–65

<sup>(73)</sup> Ibid., pp. 65-92.

場合を除いては、予め付保国の権限ある機関からの承諾が必要としていた。裁判所も、加盟国間における社会保障制度の調和は目指していないと、判決で繰り返し述べていて、各国の社会保障制度を尊重する姿勢を示していた(例えば、Poucet and Pistre Joined Cases C-159 and 160/91, 1993. ECR I-637.)。

そのため、同規則を厳格に解釈運用すると、他の加盟国で経済活動に従事している際に慢性疾患を発病した場合、一旦、自国に立ち戻り関係当局から許可を受けなければならなかった。慢性と急性に疾患を分け、前者には付保国の事前承認を必要とするのは、患者に過度な負担を強いるため、労働者が移動を躊躇したり、差し控えたりする可能性があった。

### ③ 還付方式の違い

医療保険の EU 化が進まなかったため、現在、EU 加盟国の医療費補助制度は、大きく分けて 2 つの方式が併存している (T4)。一つは、取り敢えず患者は、受診した医療機関に、医療費の全額 を支払い、後日、一部又は全額の還付を受ける「還付方式」といわれる方法である。患者は、制 約なく希望する医療機関を受診し、自由に治療を受けられるために、「現金方式」とも呼ばれる。今一つは、受診先は保険指定機関に限られるものの、患者は、受診先で医療費の全額又は一部の支払いを免除される、「現物方式」と呼ばれる方法である。この方式では、患者が指定機関以外の医療機関を受診した場合は、後日、自国の医療保険機構に差額分を請求し清算しなければならない。フランス、ベルギー、ルクセンブルグは還付方式を採用し、オーストリア、ドイツ、オランダは現物方式を採用とするとされる (T5)。もっとも、Vassilis Hatzopoulos は、別稿では、ドイツを還付方式に仕分けしていて、必ずしも分類も一義的ではないが、EU 加盟国における医療費補助制度が大きく異なるのは確かである (T6)。

#### ④ 現状分析

上述の通り、滞在国で、何処まで医療費の補助が受けられるかは、移動の動機形成に少なからずの影響を与える。それだけに、還付方式に関する法抵触が、現在でも解消されないままにあるのは、事態の深刻さを示している。早い段階で改善の必要性が指摘されていたにも拘わらず、EU 法の対応は遅々として進んでこなかった。医療保険制度における EU 化の立ち遅れが、移動の自由化を阻害する危険性は大きかった。

### (4) Pierik 事件と司法積極主義

ところが基本条約や二次法の対応が立ち遅れる中にあって、EU 裁判所は、Regulation 1408/

<sup>(74)</sup> 岡伸一『欧州統合と社会保障 — 労働者の国際移動と社会保障の調整』(ミネルヴァ書房, 1999年) 243 頁。

<sup>(75)</sup> Vassilis Hatzopoulos, "Health Law and Polity: The Impact of the EU," in *EU Law and the Wel-* fare State, edited by Gráinne de Búrca, Oxford University press, 2005, p. 117.

<sup>(76)</sup> Vassilis Hatzopoulos, "Actively talking to each other; the Court and the political institutions," in *Judicial Activism at the European Court of Justice*, edited Mark Dawson, Bruno De Witte and Elise Muir, Edward Elgar, 2013, p. 125.

71 の規定内容を遥かに「超越した」法解釈を施し、法環境を整備して移動の自由化を推し進めてきた(\*\*\*)。

画期的判決とされる 1978 年の第一次 Pierik 事件(Case 117/77, 1978, ECR 825.)と、翌年の第二次 Pierik 事件(Case 182/78, 1979, ECR 1977.)では、ドイツで温水療法(hydrotherapy)を受けた際の費用を、オランダ本国に還付請求できるかが争われている。本件で Pierik は、ドイツには治療目的で入国していて、経済活動を行う意思は全く持ち合わせていなかった。しかも、Pierik がドイツで受けた温水療法は、慢性疾患向けで、救急医療行為と認められる治療内容ではなかった。EU との接点は認められるとしても、本格的経済活動は行っていないため、当時においては労働者としての要件を満たしておらず、そもそも Pierik が移動の権利を有するかも少しく疑問であった。加えて、オランダ本国では認められていない温水療法を、医療補助給付の対象として請求できるかも、少なからず異論のある点であった。

これに対し EU 裁判所は、特別の規定がない限り、Pierik のように、経済活動を目的としない移動をした加盟国民であっても、本国で医療保険の補助給付請求ができると判示している (Case 182/78, 1979, ECR 1977, para. 4.)。希望する医療行為を受けるためだけに、他の加盟国に入国する場合も、EU 法の規範対象になるとの判断であった。本国では認められていない治療内容であっても、疾病に効果がある施術であれば、基本的に、補助給付の対象になるとしている (Ibid., para. 11.)。

もっとも、Pierik 事件で示された判決内容は、理由付け、法解釈の点で甚だ雑駁であったため、裁判所の考えが奈辺にあるかが正確に読み取れず、少しく加盟国の混乱を招いた。そこで理事会では、改めて 1981 年に、加盟国の要請を受けて二次法を制定している。1981 年の Regulation 1390/81、Regulation 2793/81 では、Pierik 事件判決を踏まえた立法機関の政策判断が示された。そこでは、合理的期間内に居住国で十分な治療が期待できない場合に限り、加盟国民は、他の国に出向き、治療を受けられると、些か制限的な規定内容となっていた。より良い治療を探し求め、域内を放浪する「病院漁り」の発生を押さえるには、一定の条件化が必要との判断から設けられた規定であるが、いずれにしても、裁判所の主導により EU の権限が拡張した事実は間違いない。

裁判所は、1984年の Luisi and Carbone 事件判決(Joined Cases 286/82 and 26/83, 1984, ECR 377, para. 16.)では、EU における保健医療は、自由化が保障されている経済活動の一つであるとの考えを示している。加えて裁判所は、国境を越えての医療行為は、EC 条約 59 条(当時)の対象になるだけでなく、加盟国民には、治療を求め他国に出向く権利もあると判示した。

更に 1998 年の Kohll 事件 (Case C-158/96, 1998, ECR I-1931.) では、今一歩踏み込んだ判断

<sup>(77)</sup> Vassilis Hatzopoulos, Health Law and Polity, p. 126.

が示される。同事件は、ルクセンブルグの国籍を持つ Kohll が、事前承認を受けていなかったにも拘わらず、娘がドイツで受けた歯科治療費の還付を、後日ルクセンブルグ当局に申し出たという事案である。裁判所は、まず医療サービスは EU 法の規範対象になると、改めて確認した上で、本件で問題となったような国内法は、サービス提供の自由を定めた基本条約に一致していなければならないとした。事前に付保国から承認を受ける必要があるとすると、移動の自由を保障する EEC 条約 59 条(当時)の制度趣旨に反すると判示し、Kohll の還付請求は認められるとしている(*Ibid.*、paras. 20, 27 and 28.)。これら裁判例によって、疾病患者や受傷者が、希望する医療機関での治療を受けるために、自由に移動できる体制が確立している。

## (5) 小 括

EU 裁判所による積極的裁判例の蓄積を通し、保健医療政策に関する主権国家の自由裁量権は、大きく制約を受けるに至った。長らく基本条約にも規定がなく、漸次、限定的二次法が立法化されるという、立法機関の消極的姿勢に対し、裁判所が示した司法判断は、EU の保険医療制度を大きく変革させる、踏み込んだ大胆な内容であった。

EU 裁判所の判例形成がなければ、保健医療制度の現在のような充実化は考えられなかっただけに、裁判所の果たした役割は甚だ大きい。

それと共に、保健医療分野における一連の裁判例からは、EU が属性主義化する動きも認められる。①加盟国民の家族という帰属的地位に照らし、第3国民を保健医療の対象と認めた判例、②経済活動に従事していないにも拘わらず、医療費還付請求が可能であるとした判例、③疾病患者と確認できれば、それだけで自由にEUを移動できるとした判例、等はいずれも業績主義的思想からでは説明が難しい判決内容である。裁判所によって、「業績主義の中の属性主義」に、社会原理の転換が進みつつある状況が窺われた。

### 2 資格承認制度の環境整備と EU 裁判所の司法積極主義

# (1) 問題の所在

EU 裁判所は、教育分野の一部である資格承認制度についても、積極的に司法判断を示している。規範文言を越えた司法判断を通し、長らく加盟国の専権事項とされてきた教育分野においても、国家主権の縮減化をもたらしている。

国民国家体制を根幹で支える自国民に、どのような教育を施すかは、国家の行く末に深く係る問題となるだけに、発足時のローマ条約は、加盟国の国内管轄事項として位置付け、規定は設けていなかった。

マーストリヒト条約体制が成立し、初めて、EC条約 126条 (当時)に、教育に関する規定が設けられるが、あくまで EU の役割は、補充的位置付けに留まるとされている。現在のリスボン条約体制にあっても、認識に大きな違いはなく、EU 運営条約 165条は、「教育内容と教育組織

に対する加盟国の責任・・・を十分尊重しつつ」、「必要がある場合」に限り、EUが「支援および補足」すると規定していて、教育政策の主たる権限は加盟国にあるとの姿勢を崩していない。

### (2) EU における資格免許の相互承認制度

だが、EU は教育政策に全く関与しないとも考えられてはいなかった。取り分け労働移動の自由化を進展させるには、いずれかの加盟国が発行した免許資格が、他の加盟国でも無条件に通用し、自由に職業活動ができる必要があるとの意識は、早くから存在していた。

そのためローマ条約57条1項(当時)も、「免許状、証明書、その他免許資格の相互承認」の制度作りを目指すとしていた。加盟国の一つが発行した免許や資格が、発行国だけでしか有効ではないとなると、職業活動の広域展開が難しくなり、自由移動の制度が阻害されるとの認識である。

その後 EU は、医師 (1976 年)、看護師 (1977 年)、歯科医師 (1978 年)、獣医師 (同年)、助産師 (1983 年)、薬剤師 (1985 年)と、専門職の資格相互承認に関する二次法を相次いで制定する (78)。これら高度専門職については、加盟国の教育機関における講義内容、履修科目、研修期間等で一致部分が多く、早くから導入が可能と指摘されていた。

### (3) EU 承認法制の限界

だが、他国の発行した免許資格を、無条件で自動的に承認するのではなく、加盟国の教育制度 を比較精査した上で、承認に必要となる条件を設定する方法であったため、以下のような問題が 認められた。

第1に、一つ一つの職種を精査し、相互承認に向けた条件化を検討するので、調査に多くの労力が必要となり、量的拡大が難しかった<sup>(79)</sup>。

第2に、短期間での整備も期待できなかった。立法化した規定には、EUの政策判断が少なからず盛り込まれるのは避けられないだけに、加盟国が二次法に準拠して教育政策を変更するとなれば、それは直ちにEUへの権限移譲を意味した。それだけに、加盟国としても慎重にならざる

<sup>(78)</sup> 高度専門職の資格相互承認制度が、その後の EU の教育制度の在り方に与える影響について、早くから見越した論述を展開した論考としては、Chiara Zilioli, "The Recognition of Diplomas and its Impact on Education," in *European Community Law of Education*, edited by Bruno De Witte, Nomos, 1989, p. 51, 以下がある。

<sup>(79)</sup> 試みに、1975 年 Regulation 337/75 によって設立された European Centre for the Development of Vocational Training (CEDEFOP) が、1984 年刊行した Vocational training systems in the Member States of the European Community, Office for Official Publications of the European Communities、1984. を紐解いて見ても、加盟国の職業教育の違いが余りにも大きく、すり合わせを通しての統一化が極めて難しいだけでなく、相互承認制度の導入も多難である事実を思い知らされる。現在までCEDEFOP は、定期的に調査報告書を刊行する等、着実な調査研究を行っているが、職業教育制度の統一化には至っていない。

をえず、同意を取り付けるには相当な時間が必要であった。

第3に、教育制度の比較検討が容易な「ホワイトカラー」に概ね対象が限定されていたため、 労働市場が求める状況と必ずしも合致していなかった。EUで労働力の偏在や不足が深刻化して いるのは、中程度の専門技術を持った労働者や単純技能労働者等、いわゆる「ブルーカラー」と 呼ばれる人材が多い。ホワイトカラーに職種を限定する承認制度では、EUの抱える労働者不足 を解消し、業績拡大に何処まで有効であるかは少しく疑問があった。

ようやく 1985 年の建築士の段階になって、教育内容と実務訓練方法について、大枠を定めるだけで詳細な条件は課されなくなり、状況の改善が試みられている。

更に 1989 年には、承認制度についての一般的規律内容を定めた Directive 89/48 が制定され、その後、何度かの改正を経て現在の Directive 2005/36 となるが、あくまで、同一の技能と知識があると確認できて初めて、承認するとの方針は堅持されている。同命令 14 条は、受け入れ国と発行国との間で、訓練や教育方法に違いがある場合には、資格に有効期限を設定したり、改めて適正試験の受験を義務付けたりするのを認めた上で、条件の統一化を進めようとしているが、教育制度の調和化までには踏み込んでいない。

# (4) 判例による承認制度の整備

そのため、弁護士については、19世紀より、国境を越えた活動が頻繁に行われてきたにも拘わらず、規範対応は大幅に遅れる。弁護士は、各国の法文化と法意識が多分に影響する職種のために、資格条件、教育訓練方法、活動範囲等、制度の違いが大きく、承認の対象から長らく外されていた<sup>(80)</sup>。

1977年の段階になっても、二次法の内容は、いずれかの加盟国で資格を取得している弁護士が、円滑に越境業務を行えるよう配慮を求めるに留まっていた(Council Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services, OJ, 1977, L 78/17.)。弁護士活動の自由化は、1974年の Van Binsbergen 事件判決(Case 33/74, 1974, ECR 1299.)や Reyners 事件判決(Case 2/74, 1974, ECR 631.)等、判例の積み重ねを通して、実現化している。

### (5) 司法積極主義による環境整備

ところが裁判所は、多分に遅れが目立つ相互承認制度の立法化作業においても、司法積極主義

<sup>(80)</sup> 加盟国弁護士制度と移動の自由については、甚だ事態が深刻なだけに、これまでも優れた研究成果がある。Linda S. Spedding, *Transnational legal practice in the EEC and United States*, Transnational Publishers, 1987. は、国籍差別撤廃を定めた EEC 条約7条(当時)から切り込み、考察を展開していて、論述の手法が斬新で、現在でも有益な研究書である。又、S. Claessens, *Free Movement of Lawyers in the European Union*, Wolf Legal Publishers, 2008. は、加盟国が、EU 法の整備が立ち遅れる状況にあって、対応に苦慮する様子が紹介されていて参考になる。

の姿勢を発揮し、法環境の整備を行っている。裁判所は、基本条約や二次法を単に文言解釈するのではなく、Van Binsbergen 事件 (Case 33/74, 1974, ECR 1299.) や Cassis de Dijon 事件 (Case 120/78, 1979, ECR 649.) で示した司法判断を、積極的に援用し、承認制度の整備を推し進めている。超目的論的解釈を駆使し、独自の政策判断を盛り込んだ判決によって、相互承認制度も規範内容を大きく越えた進展を見せてきた。

1974年の Van Binsbergen 事件では、弁護士活動の資格要件として、居住条件を課すことができるかが問われている。 Van Binsbergen は、オランダでの紛争処理を、当地の Kortmann 弁護士に依頼していた。受任後、Kortmann 弁護士はベルギーに転居したが、当時のオランダ法は、弁護士活動をするには、オランダに居住している必要があった。そのため訴訟代理人の資格を失ったと判断されたが、これに対して Van Binsbergen と Kortmann が、資格喪失は、EEC 条約 59 条(当時)が保障する役務提供の自由保障に反すると主張し、争った事件である。

EU 裁判所は、加盟国が免許資格承認に際し、一定の条件を設けるのを否定しなかったものの、公共性 (general goods) の見地に照らし、妥当性がなければならないと判示している (Case 33/74, 1974, ECR 1299, para. 12.)。その上で居住要件は、公共性維持の観点からして、必ずしも必要ではなく、EEC 条約 59 条の目的に合致しないと判断した。

続く 1979 年の Cassis de Dijon 事件では、加盟国の一つで販売許可を得た商品であれば、それ以上の審査は受けず、他の加盟国でも販売できるとの判断が示されている。いずれかの加盟国で許可を得ているにも拘わらず、再度審査が必要となると、企業の負担が著しく増え、自由移動を認める意義が失われるとの判断であった。本件は、EU における様々な承認制度を大きく前進させた判決として有名であり、重要判例の一つに挙げられているが、免許資格の承認に関しても、現在、裁判準則となっている。即ち、同判決によって、いずれかの加盟国で免許資格を正式に取得しているにも拘わらず、他の加盟国では通用せず、改めて取り直さなければならないとなれば、自由移動の重大な障害になると考えられるようになった。

その後のEU裁判所は、当事者にとって、免許の取り直しは大きな負担になるとの認識に立った上で、一連の免許資格事件の処理を行い、承認に関する判例法を作り上げている。

1977 年の Patrick 事件 (Case 11/77, 1977, ECR 1199.) で裁判所は、特定の免許資格を求める行為は、例え、当該国にあっては適法でも、移動の自由を阻害する可能性があるとの判断を示している。又、同年の Thieffry 事件 (Case 71/76, 1977, ECR 765.) では、国外で取得した免許資格と同一の資格を、本国で所持していないとの理由だけで、経済活動を制限してはならないとした。1987 年の Heylens 事件 (Case 222/86, 1987, ECR 4097.) では、労働移動の自由化が EUの基本政策であると、改めて強調した上で、名称や体裁が若干異なっていても、概ね内容が一致していれば、極力、他の加盟国でも自由な活動を認めなければならないとの判断が示されている (*Ibid.*, para. 13.)。1991 年の Vlassopoulou 事件 (Case C-340/89, 1991, ECR I-2357.) になると、一部しか免許資格の内容が一致していない場合でも、加盟国は求める知識や技能が備わって

いると確認できたならば、承認を拒否してはならないと判示するようになる(*Ibid.*, para. 19.)。 更に裁判所は、二次法が欠缺している職種についても、必要があると判断した場合には、他国 で取得した資格に基づく活動を、別の加盟国でも認めるようになった。1996年の Aranitis 事件 (Case C-164/94, 1996, ECR I-135.) では、未だ二次法が制定されていない「地質専門職」の免 許を、各国は相互に認める必要があると判示している。又、2002年の Dreessen 事件(Case C-31/00, 2002, ECR I-663.) になると、建築士の資格承認に関する二次法では、認証機関としては 認められていない組織が発行した免許であっても、内容的に問題がなければ、相互承認の対象に なるとの判断も示す。更に、2003年の Morgenbesser 事件(Case C-313/01, 2003, ECR I-13467.) では、発行国で、法曹資格の一部しか取得してない見習い期間中の人材でも、一定範囲 の活動が、他国で認められるとの判断が示される。

一連の判決では、「超目的論的解釈」が施されていて、これまで加盟国が持っていた教育政策の自由裁量権が少なからず縮減化している。EU 裁判所の特殊性が顕著に示されているが、資格承認制度の進展を通し、業績拡大を目指す姿勢には、あくまで業績主義的社会原理が働いていたと認められる。

現在では、二次法が欠缺していても、加盟国は、他の加盟国が発行した免許や資格を極力承認する可能性が高い。承認しないと、結局は訴訟となってEU裁判所に持ち込まれ、最終的には裁判所からの指示で、承認を余儀なくさせられるとの思いからと推察される。いずれにしても、教育制度や職能訓練方法等の形式的違いには囚われず、実質的に同一性があるかによって判断する運用が定着していて、そこにEU裁判所が果たした役割は極めて大きいと考える。

#### (6) 属性主義化の進展

業績主義を基調とする免許資格相互承認体制ではあるが、その進展に伴い、EUでは併せて属性主義的思想も浸透していったと考えられる。そもそも、いずれかの加盟国が発行した資格や免許であるならば、他の加盟国も無条件で有効性を承認するとの発想には、多分に属性主義的思想がなければならない。あくまで業績主義を押し通そうとすれば、資格や免許を取得した事実には拘泥せず、取得者がどのような業績を将来上げるかに注目し続けるはずである。そのためには、Directive 2005/36 の 14 条のように、資格に有効期限を設けて実際に業績を上げるかを慎重に見極めたり、改めて適正試験を行ったりするのが順当な手順である。加盟国で取得した資格を広く通用させようとする相互承認制度の思想には、帰属的地位の条件を充せば、社会的評価を行うとの属性主義的考えを持ち出さない限り、合理的説明が中々難しい側面がある。裁判所が、慎重な姿勢を見せる立法機関に対して、大胆な法解釈を通し承認制度の発展を導き出した流れからは、属性化に向けても牽引力を発揮した様子が見て取れた。

### 3 派遣労働者 (posted workers) と EU 裁判所の司法積極主義

### (1) 問題の所在

広がりを見せている。

周知の通り、国際経済活動の量的、地域的広がりを受け、各国における労働形態の在り方も劇的に変化している。終身雇用の廃止、能力主義、非正規雇用者の増加等、日本でも労働形態は様変わりしているが、その一つに「派遣労働者」の増加があるのは、よく知られている通りである。派遣労働は、基本的に2つの法律関係から成り立つ。一つに労働者は、人材派遣企業との間で労働契約を締結する。労働者は、取り結んだ契約内容に従い、派遣会社が指示した企業に出向き、出先企業での業務に従事するが、給与、社会保障費用等は、派遣会社が支弁する。一方、派遣会社は、労働者の受け入れを希望する企業との間で派遣契約を締結する。受け入れ企業は、労働者派遣に伴う対価を支払うものの、派遣された労働者に、直接給与等を支払う関係とはならない。派遣労働制度は、競争が激化する経済社会にあって、企業からすると、必要な人材を、必要に応じて必要な時に有効活用できると共に、人件費抑制にも繋がるため、近年、各国労働市場で劇的

EUにあっても、いずれかの加盟国で雇い入れられた労働者が、雇用主から、他の加盟国に派遣され、労務を提供するという労働形態が、今や多く見られる。EU域内における派遣労働者は、2009年時点で100万人を超えていて、労働力不足が深刻な建設現場を補完する人材として、欠かせない存在となっている。ポーランド、ルーマニア、ポルトガルは、多くの派遣労働者を送り出す側であり、イギリス、ドイツ、フランスは、派遣労働者を少なからず受け入れると共に、自国からも多数の労働者を他国へ送り出している。

しかしながら、新しい労働形態だけに、法整備も立ち遅れている。しかも、加盟国間の労働法は法内容が大きく異なっているため<sup>(81)</sup>、1980年代に入り派遣労働者の数が増加すると共に、様々な社会問題を引き起こすようになった。

### (2) 規範的曖昧性と EU 裁判所の積極主義

### ① 裁判所の基本姿勢

EU 裁判所は、「域内派遣労働者」を巡る一連の司法判断にあっても、独自の政策判断を判決に持ち込み、"司法的"政治機関としての活動を展開している。

そもそも EU では、派遣労働者を「労働者」として扱うのか、それとも「役務提供者」として 扱うかも規定上、明確ではない。長らく EU では、「労働者」(EU 運営条約 45 条)とは、労務 提供地にあって、雇用主と労働契約を取り結ぶ被雇用者と考えられていたが、派遣の場合は、出

<sup>(81)</sup> ヨーロッパにおける労働法の違いと EU による調和化については、ロジェ・ブランパン (小宮文人・濱口桂一郎監訳)『ヨーロッパ労働法』(信山社,2003年) が概要を知る上で極めて有用である。本書からは、EU 労働法の可能性と限界について知る点が多々あった。

先企業との間に直接の法的関係は存在しない。一方,「役務」(EU 運営条約 56 条, 57 条)についても, どのような労働行為を指し示しているか必ずしも明確でなかった。

裁判所は、1982年の Evi v. Seco 事件 (Joined Cases 62/81 and 63/81, 1982, ECR I-223.) を始めとする一連の判決において、WTO サービス貿易一般協定 (GATS) の認識に平仄を合わせ、EU の派遣労働者には、役務に関する規範が適用されると判示している。

だが派遣市場が急速に規模を拡大してくると、派遣労働者と現地労働者の間で適正に競争が行われるよう確保すると共に、一方で、これまで以上に制度を発展させなければならないという難しい問題が発生する。利害が相対立する両者の関係に配慮した上で、EUの業績拡大に繋げるには、高度な政治判断が求められるだけに、様々な意見が対立し議論は錯綜する。

## ② 二次法の規範内容

EU は 1996 年,派遣労働者に関する Directive 96/71 を制定し,労務提供地における現地労働者の保護に重点を置くとの基本方針を明らかにした。労働者が派遣先ではなく,派遣元の労働条件そのままで就労するとなると,現地の条件よりも低く雇い入れのできる場合には,企業は優先して派遣労働者を雇用すると見込まれる。現地労働者の雇用機会を圧迫するだけでなく,値下げ競争が起こり,労働が不当に「安売り」される所謂「社会的ダンピング(Social Dumping)」を引き起こすとの政策判断からであった。

そこで Directive 96/71 は、労働条件の重要部分については、役務提供地の労働規範が、適用 されるとした(3条1項)。就労時間、休憩時間、年間有給休暇日数、超過勤務手当、賃金支払 い率、健康安全管理等の重要項目については、現地法が適用されると共に、派遣企業には、労務 提供地の法律順守が求められている。

そもそも同命令は、1990年の Rush Portuguesa 事件(Case C-113/89, 1990, ECR I-1417.) 判決に強く影響を受けた規範であるとされる  $^{(82)}$ 。同判決で、裁判所は、加盟国は自国の領域において雇用される労働者に対して、自国の労働法制を適用する権限があるとの判断を示していた (Ibid., para. 18.)。

### ③ 司法による二次法の実施的改正

ところが、その後の一連の判決にあって、EU 裁判所は、Directive 96/71 を実質的に改正する司法判断を示し、Rush Portuguesa 事件判決での考えを大きく軌道修正している。

まず同命令が、包括規範であったにも拘わらず、裁判所は様々な条件を新たに付加し、現地法 の適用を大幅に制限する。派遣会社に対する労務提供地法の適用も、一律的には認めず、過度な 規制は基本条約に違反すると判示した。

又, 同命令の冒頭第17説明条項並びに同3条7項が, 労務提供地, 派遣元のいずか有利な法

<sup>(82)</sup> Claire Kilpatrick, "Internal market architecture and the accommodation of labour rights," in *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, edited Phil Syrpis, Cambridge University Press, 2012, p. 210.

を労働者に適用できると規定しているにも拘わらず、文言とは異なる内容に修正した判断を示している。加盟国は、最低条件を定めた強行法以外の適用を、派遣企業に求めてはならないとし、上記規定は条件の「下限」ではなく、「上限」を定めたに過ぎないとの判断を示した (Laval Case C-438/05, 2007, ECR I-11767, para, 80.) (83)。

これら一連の裁判例を通し、現在、域内派遣労働者については、原則として労務提供地法ではなく、派遣元の法が適用されている。二次法の文言を忠実に解釈したならば、導き出すのは困難な法運用の実態がある。

このように超目的論的解釈を行い,EU 裁判所が,Directive 96/71 を実質的に修正したのは,規定通りの運用では,派遣会社は派遣先の労働条件を調査しなければならず負担となり,制度の発展を阻害するとの判断からである。文言通りに現地法が適用されるとなれば,現地企業としても,派遣労働者を国外から受け入れる経済的利点が薄れ,利用を差し控える可能性がある。派遣労働制度は,EU の経済発展に不可欠との政策判断から,裁判所は現地労働者の保護ではなく,制度の活性化を優先させたと解される。

そこにはあくまで業績主義的発想を基調としながら、独自の政策判断実現に向けた、裁判所の 司法積極主義的姿勢が顕著に示されていた。

EU 裁判所による規範内容の大幅修正を受け、その後、EU 議会、理事会、委員会の間で、Directive 96/71 の改訂に向けた検討が進められ、2012 年 3 月には今後の方向性が示されている。派遣労働者と、現地労働者との間における利害調整を改めて目指すと共に、EU が大原則とする役務提供の自由化が図られようとしているが、どのような方向に進むかは必ずしも明瞭ではない。いずれにしても、EU にあって、規定上立法権限を持つ委員会、議会、理事会が、適正手続を経て成立させた二次法に対し、EU 裁判所が独自の政策判断を持ち込み、改正に追い込んだ事実は看過できない。

裁判所の積極主義がEUの発展に如何なる貢献をしているかという評価は差し措くとしても、派遣労働者の制度的発展には、裁判所の特殊な司法機関としての特性が大きく影響しているのは確かである。

## VI 「業績主義の中の属性主義」から「属性主義の中の業績主義」への転換

# 1 はじめに

業績主義を基調とする EU が、様々な環境整備を進める過程で、一部属性主義的対応を施すようになった経緯は、縷々検討した通りである。「業績主義」の中に「属性主義」が混在化する動

<sup>(83)</sup> 裁判所の判例の動きについては, Vassilis Hatzopoulos, Actively talking to each other; the Court and the political institutions, p. 122.

きは、様々な局面で認められるが、最も早い段階で、帰属的地位を理由にした権利対象となったのは、「加盟国民の家族」であった<sup>(84)</sup>。社会の最小構成単位としての家族の重要性を踏まえ、加盟国のいずれの国籍も持たない第3国国民でも、「家族再統合」という法目的から<sup>(85)</sup>、加盟国民の家族であれば移動の自由が認められると共に、社会保障の対象にもなる。それと共にEUでは、自国以外の医療機関で治療を受けようとする疾病患者も、役務受領者として、移動が認められていて、属性主義的処遇が施されているのは既に紹介した通りである。

もっとも、家族や疾病患者の実数は限られている。EU で本国以外に居住する加盟国民の総人口に占める割合は、意外にも少なく、わずか 2.5%に留まるとの統計数値がある<sup>(86)</sup>。そのため随伴する家族の数も自ずと限られ、ましてや本国を出て、他の加盟国で治療を受けようとする疾病患者は、むしろ例外的存在である。家族や疾病患者に対する処遇に、属性主義化が認められるとしても、対象となる人的集団は限られるだけに、それだけで EU の社会原理が大きく方向転換したと評価するのは、些か早計である。

ところが、近年、EUでは、属性主義的広がりが、劇的展開を見せようとしている。専ら「ヨーロッパ市民」という帰属的地位を理由に、移動の自由を認める判決が相次いでいるためである。 現在の EU 運営条約 20 条は、「加盟国の国籍を有する全てのものは、ヨーロッパ市民とする」と規定している。加盟国の国籍があれば、ヨーロッパ市民の地位が認められるとの規定内容であり、両者は完全に一体化した関係にあると捉えられ、EU 加盟国の全国民が、併せて市民権を持つと解される。実際に権利を行使するかは別としても、加盟国民であるだけで、他に例を見ない充実した自由移動の権利を享有できるとなれば、最早、業績主義的視点からでは説明が困難となる。今や EU は、「業績主義の中の属性主義」から、「属性主義の中の業績主義」へと社会原理を転換したと、少なくとも解さざるをえない状況にある。

## 2 裁判基準としての「経済活動」と「EU との接点」

業績主義を基調とする労働移動制度では、上述の通り、移動の権利主体として EU の規範対象となるには、「経済活動」と「EU との接点」という 2 つの条件が必須とされた<sup>(87)</sup>。経済活動の実態が現在又は将来存在すると共に、EU と何らかの接点が認められれば、EU への貢献が「期待できる人材」とみなされ、特別待遇の対象となった。反対に本国からの出国経験がないと、国

<sup>(84)</sup> Nicola Rogers and Rick Scannell, Free Movement of Persons in the Enlarged European Union, Sweet and Maxwell, 2005, pp. 149–166. EU では、1968 年の段階で、早くも Regulation 1612/68 の 10 条が、加盟国民と共に、家族は移動をする権利を認めている。

<sup>(85)</sup> 幼児にとって家族の重要性を踏まえた上で、第3国国民である両親の退去強制について検討した Gareth Davies, *The family rights of European children: expultion of non-European parents*, EUI Working Paper RSCAS 2012/04. は、問題意識に富んでいて参考になる。

<sup>(86)</sup> 横山・前掲論文「EU の新たなる試練としてのヨーロッパ市民 —— 法的位置付けを巡り混迷する議論 の背景について ——」135 頁。

<sup>(87)</sup> 経済活動要件と EU との繋がりについては, Spaventa, Free Movement of Persons in the European Union, pp. 113-134. を参照。

内で如何に経済活動の実績があったとしても、EU 法の規範対象にはならなかった。裁判所は、2 つの要件を充たさない加盟国国民を巡る案件については、「純粋な国内事案」と捉え、加盟国の自由裁量に委ねるとの姿勢を採り続けてきた。そのため、再三述べたように、本国からの出国経験がない自国民が、移動実績のある加盟国民と比べ、待遇面で不利となる所謂「逆差別事件」が発生するようになる。

逆差別事件については、事態の深刻性が指摘され、速やかな法的解決を求める声が根強くあったが<sup>(88)</sup>、現在に至るまで裁判所は消極的姿勢を採り続けている。消極的姿勢にある第1の理由としては、逆差別事件を解決し、完全平等化を実現すると、主権国家の存在まで否定する恐れがあるためである。EUの政策判断が、全面的に自国民処遇にも及ぶとなれば、近代国家の基本構造が根底から覆される可能性もある。EUが、主権国家から成り立つ国際組織体である限り、自国民を如何に取り扱うかの権限は、加盟国に留保すべきとの判断が働いていると考える。

第2に、2つの要件を満たさない加盟国民は、EUに貢献する人材としては、「期待できない」 との業績主義的判断からである。国内での経済活動に留まっても、少なからず貢献はなされてい るとの主張もあったが、裁判所は認めようとはしなかった。

ところが、その後、運用方針に大きな変化が認められ、裁判所は、これら2つの条件ではなく、 「ヨーロッパ市民」に裁判基準を転換する動きを示すようになる。

自由移動を、「ヨーロッパ市民」に広く認めるようになれば、どのような貢献が将来期待できるかという業績的評価を、維持するのは実際問題として困難である。多様で多彩な EU 加盟国民全員について、事前に何らかの業績見込みを立てようとしても現実的ではない。となれば、個々人の業績を評価するのではなく、属性的地位に着目する社会の出現を多分に認めざるをえなくなる。少なくとも業績主義を基調とした社会から、属性主義を基調とする社会構造への転換が窺われた。

それに伴って、従来は「純粋な国内的事件」として位置付けられ、EU 法の枠外に置かれてきた紛争事案のかなりの部分についても、司法判断の対象に組み入れるようになった。ヨーロッパ市民権の登場によって、長らく国内管轄事項とされた領域にもEU の権限が及ぶようになり、それと共に国家主権も一層縮減化する。

しかしながらヨーロッパ市民は、別稿でも縷々論じた通り、EU の設立当初から存在した法的概念ではない<sup>(89)</sup>。リスボン条約体制にあっても、基本条約が認める権利内容は、甚だ限定的である。それだけに、EU は、これまで以上に主権問題に関わりを持たざるをえなくなり、新たな

<sup>(88)</sup> 逆差別事件についての概要は、横山真規雄「EC型『逆差別事件』の法構造と今日的位相 ──『労働移動』の完全自由化がもたらす新たなる法的紛争 ──」(高橋徹・嵯峨隆編著『ゆらぎのなかの家族と民族』北樹出版、1993 年) 77 頁以下、Alina Tryfoindiou, Reverse Discrimination in EC Law, Wolters Kluwer, 2009. を参照。

<sup>(89)</sup> 詳しくは、横山・前掲論文「EU の新たなる試練としてのヨーロッパ市民 —— 法的位置付けを巡り混 迷する議論の背景について —— 」125-126 頁。

法律問題の発生と共に, 法的混迷性も深刻化している。

そこでまず、裁判基準としての「ヨーロッパ市民」が登場するまでの一連の流れについて、少 しく整理しておきたい。

### 3 経済活動の非実践者と労働移動体制

### (1) 経済活動の非実践者に対する移動の権利

原則,経済活動に携わる者だけを自由移動の規範対象としたのは、EUが経済統合を目標とした組織体である点を踏まえると、相応の合理性があった。経済活動に従事していれば、貢献が期待できる人材と評価できるからであるが、一方で上述の通り、加盟国国民の家族は、第3国民であっても、早くから労働者と共に移動が認められていて、経済活動要件も、「絶対条件」ではなかった。

EU 裁判所は、1990 年代に入ると加盟国国民に対する「経済活動条件」を大きく緩和する姿勢を見せる<sup>(90)</sup>。そこでの裁判例を取りまとめ、2004 年に制定された Directive 2004/38 は、①十分な資力を有し、滞在国の公的支援制度の負担になる可能性が少ない事実と、②滞在国の疾病保険に家族共々加入している事実、とが確認できれば、経済活動を行っていなくとも、自国以外の加盟国に居住できると規定している(7条1項 b)。業績主義的発想からすれば、滞在地の負担にならないだけでは、発展に貢献する保障はない。滞在地の負担にならないという理由だけで、加盟国民に自由移動が認められるとなれば、それだけでも社会原理の属性主義化を意味した。

# (2) 学生と自由移動の保障

#### ① 裁判所の認識

しかも裁判所は、早くから、学生の身分にある加盟国民について、自由移動の規範対象に含めると共に、仮に滞在国の経済的負担となる状況に陥っても、引き続き移動の権利を認めるとの判断を示している。

そもそも、学生は、身分の性質上、経済活動に従事するとは考えられていない。経済活動条件を厳格に適用すれば、自由移動の規範対象とはならず、あくまで加盟国の自由裁量に委ねられる存在となる可能性が高い。それだけに学生を規範対象とする裁判所の認識が、その後、一般加盟国民に対しても属性主義的対応を深化させる要因の一つになったと考えられなくはない。

# ② 学生と移動の自由化

1985 年の Gravier 事件 (Case C-293/83, 1985, ECR 593.) で、裁判所は、労働移動の将来的発展のためには、学生の身分にある加盟国民が、自由に移動し、希望する加盟国で、希望する教

<sup>(90)</sup> Eleanor Spaventa は、ヨーロッパ市民の登場が、経済要件の撤廃を後押ししたとの認識を示している。Eleanor Spaventa, "Seeing the Wood despite the Tree? on the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects," *Common Market Law Review*, Vol. 45, 2008, p. 31.

育を可能な限り受けられる必要があるとの判断を示す。EU に将来貢献する人材となるためにも、 学生は、希望通りの場所で技能を習得し、知識を高める必要があるとの考えである。

本件は、フランス人の Gravier が、ベルギーの教育機関に留学中、経済的に困窮し、学費の支払いが滞ったため、ベルギー政府から滞在延長が認められなかったという事案である(Ibid., para. 6.)。又、本件では併せて、他の加盟国から就学している学生が、ベルギー出身の学生よりも高い学費を支払わねばならないのは、EU 法に抵触するかも争点となっている。判決で EU 裁判所は、EC 条約 128 条(当時)が規定する職業訓練政策は、整備が進みつつあるとした上で、共通職業訓練政策の実現化に向けても、学生に自由な移動を認める必要があるとした(Ibid., paras. 23-25.)。経済活動条件を、学生には求めないとの判断であり、その後の裁判例を通し、現在では、「学生」という帰属的地位が認められれば、加盟国民は、希望する場所に自由に移動し、学習する権利が認められている。

## ③ 学生に対する経済支援

更に裁判所は、自由移動を認めるだけではなく、学生には滞在国からの経済支援を受ける権利があるとの判断を示すようになる。学生は、滞在地からの経済支援を受けつつ、学習を継続できるとし、国外から就学する学生と現地学生との間に、差別的取扱いをしてはならないとの判断を示している。

だが、学生に対する生活費の支給や奨学金の給付は、一方で滞在国の財政負担となるだけに、 将来、就学地に貢献する保障がない留学生に、権利として認めるとの考え方は必ずしも一般的で はない。これまでも自国民の学生だけに、奨学金の支給や生活支援を行う加盟国は多く、加盟国 学生に等しく経済支援の権利を認める裁判所の認識は、伝統的国家理念からすれば少なからずの 抵抗があった。それだけに経済活動条件を求めないばかりか、滞在地の経済負担となる状況も敢 えて認める判決内容には、裁判所の外国人政策、教育政策に対する独自の判断が顕著に示されて いた。

しかしながら、加盟国に、加盟国の学生に対して等しく経済支援を行うよう求めるには、これまで通りの業績主義的視点では、説得力のある判決構成を提示するのは難しい。裁判所としても、裁判基準を「ヨーロッパ市民」に転換させ、属性主義へと大きく舵を切り替えざるをえなくなったと考える。

裁判所は、2001年の Grzelczyk 事件(Case C-184/99, ECR I-6193.)で、ヨーロッパ市民を前面に押し出した判断を示している<sup>(31)</sup>。本件は、フランス国籍の Grzelczyk が、ベルギーの大学に就学中、生活が逼迫したため、就学地のベルギー当局に生活保護を求めたという事案である。これに対しベルギー当局は、学生には、就学地での生活保護を認めない Directive 93/96 の 3 条に該当するとして請求を拒絶した。ところが裁判所は、専らヨーロッパ市民を持ち出すことで、

<sup>(91)</sup> 横山・前掲論文「EU の新たなる試練としてのヨーロッパ市民 — 法的位置付けを巡り混迷する議論 の背景について — 」129-130 頁。

Directive 93/96 の3条を空文化する解釈を施し、申請は認められるとしている。本判決は、ヨーロッパ市民としての帰属的地位を理由に、留学生が社会保障給付を滞在地当局に申請できるとした点で、現在、重要判例の一つに挙げられている<sup>(92)</sup>。

2002年の D'Hoop事件 (Case C-224/98, 2002, ECR I-6191.) でも、裁判所は、就学地の社会保障給付が、留学生と現地学生との間で異なるのは、差別に当たると判断し、同一処遇の実施を求めている。本件は、中等教育課程を外国で修了したベルギー人学生が、本国で大学教育を受けている際に、生活支援を求めたのを拒否された事案である。このような差別的処遇を認めないとする裁判所の判断には、ヨーロッパ市民を根拠に、加盟国学生に対し一律的支援を行うとの考えが読み取れた(93)。その後の判決形成を通し、現在では、奨学金、学習援助金等においても、就学地で、加盟国民は差別的扱いを受けないとの法運用が定着している。

### ④ 学生の EU における教育機会の拡大

しかも、属性主義的発想を持ち出すしか合理的説明の付かない、学生に対する優遇措置を、EU 裁判所は一層推し進めようとしている。滞在国の経済負担が高まる点には一向に頓着せず、加盟国学生が自由に移動し、希望する教育機関での就学が可能となるよう、不都合な要因を排除する姿勢を見せる<sup>(94)</sup>。

2005 年に判決が示された, 委員会対オーストリア事件 (Commission v. Austria Case C-147/03, 2005, ECR I-5969.) では, 学生が, 予め本国で高等教育機関に入学する資格を取得している場合に限り, 就学を認めるとしたオーストリア政府の決定が問題となっている。

隣国関係にあるドイツとオーストリアとは、公用語も同じドイツ語のため、学生の交流はそれまでも盛んであったが、一方で、教育体制の違いは大きかった。ドイツでは、高等教育を受けるには、公的資格の事前取得や能力証明書の提示が必須条件とされているのに対し、オーストリアでは求められておらず、受け入れ先教育機関が認めれば就学できた。そのため、ドイツの高等教育機関に入学できなかった学生が、越境し、オーストリアで就学しようとする事態が多数発生する。大挙してドイツ人学生が押し寄せてくると、オーストリア人の学習機会を失わせるだけでなく、同国の財政を圧迫する恐れもあった。

そこでオーストリア政府は、既に検討した「資格免許相互承認制度」の理念を敷衍化し、ドイツの高等教育機関への入学資格を取得している学生に限り、同国での就学を認めるとの政策を実施しようとする。資格要件の導入で、流入に歯止めが掛かり、財政不安の解消にも繋がると期待したためであるが、裁判所は、容認できないとの判断を示している(*Ibid.*, paras. 42 and 46.)。

<sup>(92)</sup> 中村民雄·須網隆夫編著『EU法基本判例集』(日本評論社, 2007年) 260-269頁。

<sup>(93)</sup> 横山・前掲論文「EU 労働移動体制の現状とその課題 (下) — 先駆的制度保障がもたらした『新たなる法的混迷』についての序論的考察 — 」71-72 頁。

<sup>(94)</sup> Dragana Damjanovic, "Reserved Areas of the Member States and the ECJ; The Case of Higher Education," in *The European Court of Justice and Autonomy of the Member States*, edited by Hans-W. Micklitz and Bruno De Witte, Intersentia Publishing, 2012, pp. 155–158.

学生に認められる移動の権利は、基本権に他ならないとし、オーストリア政府の決定は、EU 法に抵触するとした。制限を課さないと、一部の加盟国に就学希望者が集中し、受入国の財政を圧迫するだけでなく、社会が混乱するとの指摘に対しても、十分な証明がなされていないとし、あくまで希望する教育を受ける機会の保障を、最優先に位置付けるとしている(Ibid., para. 62.)。類似した事件は、フランス、ベルギーでも報告されているが、裁判所によって同様の判断が示されていた(Commission v. Belgium Case C-65/03, 2004, ECR I-6427.)。高等教育機関の入学には公式の能力証明を必要とするフランスと、特段の条件を課さないベルギー両国は、隣接するだけでなく、広くフランス語が用いられている。ここでもフランスの教育機関に入学できないため、能力証明が不要なベルギーで就学しようとする学生が相次いで出現したが、裁判所は、学生の自由移動の保障を最優先にするとし、教育政策の一部にEUの政策判断が及ぶ判決内容を示し

もっとも裁判所の判断には批判的論調も少なくない。判決は、裁判所の政策判断を優先する余り、超目的論的解釈が施されていて、論理構成に十分な配慮がなされておらず、司法機関としての職務権能を大きく逸脱しているとの批判である<sup>(95)</sup>。

いずれにしても、ヨーロッパ市民である限りは、経済力の乏しい学生でも自由に移動でき、教育機会が保障されるとなると、滞在地の社会保障に支援を求める事案が多々発生するのは避けられない。移動や就学に制約がないばかりか、経済的に困窮すれば現地での支援対象にもなるとの司法判断には、学生という帰属的地位に対する属性主義的思想が明確に示されていた。

# (3) 非実践者に対する社会保障の普遍化

「経済活動要件」が、漸次撤廃される中にあっても、EU は、一般の加盟国民については、極力滞在国の経済負担となる事態を回避しようとする姿勢を示していた。積極的貢献は期待できないとしても、少なくとも、滞在地の負担になる事態は避けようとする認識である。

ところが 1998 年の Sala 事件(Case C-85/96, 1998, ECR I-2691.)で、EU 裁判所は、ヨーロッパ市民は、居住国の公的支援についても等しく扱われる権利があると判示した。居住国に経済的負担が生じても、広く加盟国民には移動の権利が認められるとの考えを明らかにしている(96)。本件でスペイン国籍の Sala は、正式な滞在許可を得ていないだけでなく、経済活動も行わずドイツに居住していた。ドイツ当局は、Sala からの児童扶養手当の交付申請を、経済活動の実態がないとの理由で拒絶したが、EU 裁判所は、国籍差別を禁止する EC 条約 6 条(当時)を持ち出して差別的処遇は、EU 法に違背すると判示している (*Ibid.*, para. 62.)。

経済活動条件を備えていなくとも、ヨーロッパ市民の地位に照らし、加盟国民は広く EU 法の

ている。

<sup>(95)</sup> Ibid., p. 158.

<sup>(96)</sup> 詳しくは、横山・前掲論文「EU の新たなる試練としてのヨーロッパ市民 —— 法的位置付けを巡り混 迷する議論の背景について —— 」128-129 頁参照。

規範対象になるとした司法判断は、2000年の Elsen 事件(Case C-135/99, 2000, ECR I-10409.)でも示されている。ドイツ国籍の Elsen は、フランス居住中に男子を出産したが、育児休暇の期限が過ぎても、職場に復帰しなかった。その後、老齢年金の申請に際し、フランスでの育児期間も算定に加えるように求めたところ、国外での育児は対象にはならないとされた事案である。EU 裁判所は、子育でが国外で行われても、年金額の算定期間に含まれると判示すると共に、経済活動を絶対条件にはしない考えを改めて明らかにしている。

## (4) 小 括

このように裁判所は、自由移動や社会保障の権利享有に当たって、経済活動要件を求めない判断を漸次確立させてきた。しかしながら、ヨーロッパ市民という裁判基準の導入や、そこで用いられる超目的論的解釈手法によって、新たなる法的混乱が作り出されている。

取り分け以下検討する通り、「移動していない」加盟国民を巡る司法判断を巡っては、状況は 甚だ深刻である。

# 4 移動の非実践者と労働移動の自由

## (1) 逆差別事件から見る「相当な接点」

EU 法の規範対象になるには、今一つ、EU を過去に移動した経験がある等、何らかの「EU との接点」が必要とされたのは、再三申し述べた通りである。加盟国民の活動実態は、EU と何らかの係わりを持たなければならないとの考えに基づく条件化である。EU との関連性が認められない社会現象は、これも再三述べている通り、「純国内的事案」と性質決定され、加盟国の専権事項とされてきた。裁判所は、1979年の Knoors 事件判決(Case 115/78, 1979, ECR 399.)で、純粋な国内事件は、EU 法の対象にはならないとの認識を明確にしている(*Ibid.*, para. 24.)。

ところが、EU法が充実するに伴い、所謂「逆差別事件」の発生が指摘されるようになるのも、 既に折々で触れた通りである。

EU 裁判所は、1979 年の Saunders 事件(Case 175/78、1978、ECR 1129.)で、「逆差別事件」に対する考えを明らかにしている (57)。 Saunders は北アイルランド出身であったが、イギリスで就労していた際に、窃盗罪で起訴され有罪判決を受ける。イギリス刑事裁判所は、判決後、速やかに北アイルランドに立ち戻り 3 年間は当地に留まるよう、Saunders に命じたが、裁判所の指示に背き、再びイギリスにいるところを発見逮捕されたという事案であった。本件では、イギリス裁判所による居住制限は、加盟国民に労働移動を保障する EU 運営条約 45 条(現在)に反するかが争点となっている。

これに対し EU 裁判所は、EU 運営条約 45 条は、加盟国の国内法が、自国民と同じ状況にあ

<sup>(97)</sup> 事件の概要と法的意義については、横山・前掲論文「EC型『逆差別事件』の法構造と今日的位相 ——『労働移動』の完全自由化がもたらす新たなる法的紛争 ——」127-135 頁参照。

る他の加盟国民を、法的にも現実的にも不利な取扱いをしている場合、是正するのが目的であるとの判断を示した(*Ibid.*, para. 9.)。同規定は、自国民を、他の加盟国国民よりも不当に優遇しないために設けられたとの認識であった。その上で、「労働者の自由移動の諸規定は、加盟国の完全な国内状況には適用されない。言い換えれば、EC 法が想定している何らかの状況に結びつける要素がない場合には、その適用がない」(*Ibid.*, paras. 11 and 12.)と判示している。

#### (2) 完全な国内状況と EU との接点

もっとも EU 裁判所は、国内事件の判定に当たり、必ずしも厳格な姿勢を採ってはいない。生活関係の構成要素が、一国に集中するように見えても、直ちには「完全な国内事案」とはせず、そこに EU と何らかの接点が認められれば、規範対象になるとの考えを示している。

そのため、Saunders 事件以後の多くの事件では、EU と「何らかの接点」があるかが主たる 争点となるが、それでも当初、EU 裁判所は、「相当」密接な接点が必要との考えに立っていた。 そのため「仮定の議論」では EU との繋がりは認められず、現実に接点が必要との考えが示され ている(Moser Case 180/83, 1984, ECR 2539. Graf Case C-190/98, 2000, ECR I-493.)。

1997 年の Kremzow 事件 (Case C-299/95, 1997, ECR I-2629.) でも、裁判所は、EU との間に現実性のある繋がりが必要との考えを明確に示している。

本件は、オーストリア人の元判事 Kremzow が、弁護士殺害容疑で告発されている際、自殺防止を理由に、精神病院に身柄を拘束された措置が、後日、ヨーロッパ人権裁判所から、人権条約違反に該当すると判定された事案である。人権裁判所の判決を受け、Kremzow から、不当に身柄が拘留されていた期間、EU を移動する権利を行使できなかったとして、オーストリア政府に損害賠償請求が行われた。ヨーロッパ人権条約は、EU 法の一部を構成すると解されているだけに、同条約に違反した拘留がなされていたとすれば、EU 法の認める移動の自由を行使できなかったと認められる可能性は十分にあった。

これに対して EU 裁判所は、基本的人権は、EU の組織体としての根幹をなすと共に、人権保障の観点から、加盟国の国内法を評価する場合もあるとはしたものの、Kremzow の主張を認めようとしなかった。問題のオーストリア刑法は、EU の権限が及ぶ国内法には含まれないとし (*Ibid.*, para. 19.)、本件は国内事案であって、EU 法違反を理由とする損害賠償請求は認められないと判示している。裁判所は、不当な拘留中に、移動の権利を行使できなかったとする Kremzow 主張は、あくまで仮定に基づいた議論であって(*Ibid.*, para. 16.)、EU との接点があるとの主張は現実性に乏しく、司法判断の対象にはならないとしている。現実に EU との接点が認められない限りは、司法判断の対象にならないとする裁判所の意識が、明確に読み取れる判決内容であった。

### 5 移動の非実践者と家族再統合

### (1) 家族共同体の重要性と移動の自由

「EU との接点」を重要視する裁判所の意識は、加盟国民の家族が第3国民である場合の一連の裁判例においても確認できる。既に検討した通り、家族という帰属的地位を基準とする属性主義には、人権保障という正当な理由の存在が認められる。EU にあっても、健全な家族関係の維持は重要な政策課題として位置付けられていて、分裂していた家族が再統合したり、これまで通りに一体性を維持したりする必要性は極めて高いと考えられている。それだけに家族を基準とする属性主義化は、人権保障の深化という観点からしても優先的に扱われるはずであるが、最近までEU 裁判所は、そこでもEU との「相当な接点」が必要であるとの基本的立場を崩さなかった。EU では1960年代後半から、加盟国の労働者と共に、第3国国民の家族も自由移動の対象範囲に含めるようになったのは、既に申し述べた通りである。その後、本来、国内管轄事項であるはずの自国民処遇についても、第3国民の家族に関しては、EU から一定の制限を受けるようになる。1992年の Singh 事件(Case C-370/90, 1992, ECR I-4265.)で、裁判所は、他の加盟国で経済活動を行ってきた自国民が、第3国民の家族と共に帰国しようとした際には、家族共々入国を認めなければならないと判示している(Ibid., paras. 19-23.)。EU 法では、明文で自国民の家族に対して、本国は特別待遇を与えなければならないとの規定を設けていないが、裁判所は必要であるとの判断を示したことになる。

一連の裁判を通して、EU では、属性主義的傾向を一段と強める。加盟国民の家族であるとの帰属的理由で、自国民処遇の一部にも EU の政策判断が及ぶ事態は、主権の大幅縮減化と共に、EU における属性主義的原理の定着を意味した。

## (2) 移動の非実践者と保障の限界

しかしながら、これら一連の権利も、あくまで、EUの移動実績を持つ加盟国国民の家族に限り認められる権利であって、全ての家族に認められてはいない。条件を備えていなければ、子供の養育や家族の介護等、切迫した理由があり、「家族再統合」の必要性が認められる事案であっても、優遇措置の対象にはならなかった。EU裁判所の属性主義化には、「家族再統合」、「家族の一体化」という人権主義的理由は認められるものの、前提条件として、EUとの接点が必要であるとする姿勢は堅持されている。

裁判所は、1982年の Morson and Jhanjan 事件(Joind Cases 35 and 36/82, 1982, ECR 3723.)でも、過去において EU を移動した実績のない場合には、「純粋な国内事案」であって、EU 法の規範対象にはならないとの判断を再確認している。本件は、本国に居住するオランダ人が、EU 運営条約 45条、49条(現在)を援用し、加盟国の国籍を持たない家族の入国滞在許可を求めたという事案である。判決を示すに当たり裁判所は、「家族再統合」の重要性や現代的意義に

ついては言及せず、規範対象となるには、EUとの接点が必要であるとの考えを繰り返すに留まっている。あくまで、人権主義的基準は第二次的判断基準であるとの考えが示されていた。

2008年の Metock 事件(Case C-127/08, 2008, ECR I-6241.)でも、同様の判断が示されている。本件では、アイルランド国民の家族でも、第3国国民については、過去、EU に不法滞在等した事実があると、入国を認めないとしたアイルランド法の規範内容が、EU 法に抵触するかが争われている。第3国民である家族を特別待遇する Directive 2004/38 では、不法入国や不法滞在の事実を入国拒否の正当な理由として認めてはいなかったが、アイルランド政府の見解を支持する加盟国は少なからず存在した。

これに対して EU 裁判所は、Directive 2004/38 が、一部の第3国民に入国滞在の権利を認めるのは、「加盟国民の家族」だからであり、それ以外の条件付加は許されないとして、アイルランドの主張を認めなかった。改めて、家族再統合を重視する方針を打ち出した判決内容ではあるが、一方で「EU との接点」を維持する姿勢も確認している。

本件に対しては、出国経験のないアイルランド国民が、自国に第3国民である家族を呼び寄せようとした場合、実績のある加盟国民と比べ不利な立場に置かれ、「逆差別」になるとの指摘があった。移動実績がないアイルランド国民は、家族が以前、加盟国のどこかに不法滞在していた事実が判明すると、アイルランド法の適用を免れず、本国に招き入れられないが、移動経験があれば、そのような不利益は受けない。移動の実績がある加盟国民と、ない自国民との間で大きな違いが生じるとの指摘である。

ところが裁判所は、そもそも移動実績のないアイルランド国民が、自国に第3国民を呼び寄せる行為は、「完全な国内事案」であって、EUの規範対象にはならないとの認識を示す(*Ibid.*、paras. 77 and 78.)。何らかの接点が必要であるとの従来からの判断を踏襲し、Metock 事件は、あくまでアイルランドの国内管轄事件であり、EU法上、「逆差別」事件としての俎上に載らないとの判断を示した。

### (3) 移動の実績と裁判所の基本認識

EU 裁判所の意識が長らく奈辺にあったかを今一度振り返ると,加盟国民が労働移動の規範対象となるには,第1に何らかの経済活動に携わっている必要性があるとされてきた。

第2に、EUを一度も移動したことのない加盟国民は、規範対象にならないとの考えから、 「EUとの接点」が必要とされた。その上で、第3に「移動の意欲減退」に繋がる障害が、現実 に発生している必要があった。第1、第2の条件を満たす加盟国民が、移動の意欲を阻害する何 らかの障害に遭遇したならば、是正を図るとの姿勢である。

ところが、EU 裁判所は、早い段階で、①学生、②労働者の家族である第3国民、③海外で医療行為を受ける患者、等、経済活動には直接関与しない人的集団についても、自由移動を認めるようになる。一部人的集団に対して行われた経済活動条件の大幅緩和化は、その後のSala事件

判決を分岐点として,一般加盟国民にも広がりを見せ,現在では概ね撤廃されたと考えられるのは, 縷々検討した通りである。

これに対して、第2の「EUとの接点」と、第3の「意欲減退に繋がる状況」という条件は、その後も長らく司法判断基準として用いられ、ヨーロッパ市民に基準が大きく移行した現在でも、完全に放棄されたとは言い難い。即ち、EUと何らかの接点を持つ加盟国民が、移動する気持ちを減退させるような障害があれば、EUの司法判断が及ぶとの運用基準は、現在でも裁判上、法準則として一定の機能を果たしている。そこには、経済活動を行っていなくとも、EUとの接点があれば、EUに貢献が期待できる人材と考える、業績主義的認識の残滓が認められた。

### 6 裁判基準としてのヨーロッパ市民と一段の属性主義化

#### (1) 裁判所の基本認識と国籍差別

1980年代に入ると、EU 裁判所の姿勢に、大きな変化が見られる。規範対象となるかの判断に当たり、これまでも折々に紹介した通り、多くの事件処理で「ヨーロッパ市民」という判断基準を持ち出すようになった。

既に申し述べたように、ヨーロッパ市民は、1992年マーストリヒト条約で初めて規範化されるが、法文で認められる権利内容は限定的である。それでも、自由移動については、マーストリヒト条約体制(EC条約8a条)から、現在のリスボン条約体制(EU運営条約20条2項a)に至るまで、ヨーロッパ市民の権利の1つとして、明確に定められてきた。

そもそもヨーロッパ市民の歴史的淵源を探ると、早くから制度設計者を含めた多くの関係者がその存在を意識していて、最終到達目標と捉えていた痕跡のある、いわば「隠れた法理念」であった。88。そのため裁判所が、ヨーロッパ市民に思いを馳せたと窺わせる判決内容は、かなり早い段階から少なからず存在する。マーストリヒト条約成立以前の時点では、ローマ条約7条(当時)の「国籍差別の禁止」を持ち出し、目的論的解釈が施されているが、そこで用いられた論理構成は、現在の「ヨーロッパ市民」に依拠した判決内容と大差ない。それだけに、マーストリヒト条約成立と共に、EU 裁判所としては、いち早くヨーロッパ市民を基準とする解釈運用に転換し、移動の自由を大きく拡充させる選択肢も十分考えられたはずである。

ところが裁判所は、この点では少しく及び腰の姿勢を採り続け、「国籍差別撤廃」や「ヨーロッパ市民」を用いて労働移動の制度拡充を推し進めるのは、あくまで例外的手法に留め置いてきた。裁判所は、事件当事者が国籍差別の存在を主張し、判断を求めた事案でも、必ずしも真正面から取り上げておらず、従来からの「経済活動」や「EU との接点」、更には「移動の障害」という観点から、極力判断を示すよう心掛けていた様子が見て取れた。

<sup>(98)</sup> 横山・前掲論文「EU の新たなる試練としてのヨーロッパ市民 — 法的位置付けを巡り混迷する議論 の背景について ——」126 頁。

# (2) 裁判所の意識変化

それだけにEU裁判所が、労働移動の権利主体を、「ヨーロッパ市民」に大きく方向転換した理由が奈辺にあるかの探究は、EUの行く末を考えていく上でも極めて重要となる。現状、裁判所内部の議論が全く伝わってこないため、多分に憶測の域を出ないが、私見は、次のような事情があったのではないかと考えている。

第1に、この時期、司法的"政治機関"としての性格を、一段とEU 裁判所が強めたためではないかと考える。EU 裁判所の司法積極主義的取組姿勢が顕著になると共に、加盟国の国内政策に対する判断を求めた事件が、続々と持ち込まれるようになる。EU 裁判所が扱う事件数は、近年増加の一途を辿っていて、その多くが各国の国内裁判所から持ち込まれた先行判決事案である。中には、必ずしも EU との接点が十分ではないにも拘らず、国内裁判所が判断を求めてきている事案もある。そのため最近では、EU 裁判所には管轄権はなく、審理に入らず直ちに請求を棄却するようにと求めて争われる事件が少なくない。後述する Rottmann 事件、Zambrano 事件についても、純国内事件であり、先行判決の対象にはならないとして、訴えの棄却が、まず求められていた。

ところが司法的政治機関としての性格を一段と強めた裁判所にあっては、従来は取り扱いを差し控えていた事件にも意欲を見せるようになり、そこにも独自の政策判断を盛り込んだ判決を示そうとしたのではないかと考える。しかしながら、「EU との接点」を条件としている限り、取り扱い事件の大きな広がりは望めない。接点があるとするには、常識の範囲に収まる事実関係の存在が不可欠となるからである。

そこで、従来の条件ではなく、「ヨーロッパ市民」の権利保障を図るとの理由付けに転換して、 取扱い可能な事件の量的拡大を狙ったのではないかと考える。

第2に、独自の政策判断を盛り込んだ判決を示すにしても、説得力のある判決構成に、司法機関としては整える責務があるためではないかと考える。従来の条件方法では、合理的理由付けの提示がいよいよ難しくなったため、ヨーロッパ市民に置き換えて、少しく整合性ある判決文の構成を目指したのではないかと見ている。ヨーロッパ市民は多義的であり、固定化されていない法概念であるだけに、却って、積極的判決理由を示す上では有用性が高いとも考えられる。

上述の通りヨーロッパ市民の本格的導入で、従来は取り扱わなかったような事件構成でも、司法判断が示されるようになった事案は少なくない。EU 裁判所主導の「EU の権限拡張」は、格段と進展するが、それに伴い EU 社会は、業績主義から属性主義社会へと大きく舵取りしたと解される。ヨーロッパ市民という帰属的地位が確認されれば、様々な自由移動の恩恵が受けられるとの発想は、属性主義的社会原理が主軸となったとも考えられなくはなかった。

このような重大な社会変革が、裁判所によって達成されるに及び、一方で EU の司法積極主義 を巡る批判は急激な広がりを見せ、法的不安定性に対する意識も鮮明化する。

### 7 ヨーロッパ市民と移動の自由

### (1) ヨーロッパ市民以前の裁判例

裁判所が、判決理由で「非差別原則」に言及した事案としては、1985年のGravier事件判決 (Case 293/83, 1985, ECR 593, para. 15.)を初めとする、いくつかの事件があるが、1989年のCowan事件(Case 186/87, 1989, ECR 195.)は、敢えて国籍差別の禁止について言及した点で、今日的にも重要な判決とされる。同判決の中で、裁判所は、ヨーロッパ市民を理由付けに持ち出してはいないものの、国籍差別禁止の理念に照らせば、旅行者はEU法の対象になると判示している。本件は、パリを旅行中に地下鉄の出口で強盗被害に遭遇したCowanが、被害者救済を求め補償申請をしたところ、フランスに滞在許可を得ていないとの理由で認められなかったという事案である。フランスは、同国に居住権のある外国人については、フランス人と同等の刑事保障が行われるため、旅行者を対象外としても国籍差別には当たらないと主張した。これに対しCowanは、旅行者も補償の対象にならないと、EUの自由移動が妨げられると共に、EEC条約7条(当時)が規定する国籍差別禁止の理念にも抵触すると主張している。

本件の場合、Cowan が国境を越えた活動を行っている事実は間違いないため、当時必須とされた「EU との接点」という条件は、明らかに満たしていた。それだけに旅行者の立場にある加盟国民も、経済活動を行っていると判示するだけで、EU の規範対象にできる事案であった。既に疾病患者は、1977年の Pierick 事件判決で、EU 法の対象となっていただけに、旅行者を役務受給者とする解釈は十分に可能であった。

ところが裁判所は、旅行者は滞在国で役務提供を受け、消費活動を行っているため、経済要件を満たしていると述べるだけでなく、7条の国籍差別禁止からも検証の必要性があるとの認識を示している( $\mathit{Ibid.}$ 、 $\mathit{para.}\ 10.$ )。これまで  $\mathit{EU}\$ 裁判所は、先行判決訴訟にあって、当事者からの主張に必ずしも全て応答してはこなかった。それだけに、 $\mathit{Cowan}\$ の主張に応じ、7条にも言及した判決構成には( $\mathit{Ibid.}$ 、 $\mathit{para.}\ 20.$ )、後々における「 $\mathit{3----}$ 」に対するのと同じ、属性主義的発想が認められた。

### (2) ヨーロッパ市民の本格的導入と労働移動

本格的にヨーロッパ市民が導入されたのは、2004年の Chen 事件判決(Case C-200/02, 2004, ECR I-9925.)であるとの評価で、論者の多くは一致する。Chen 事件判決が、その後の裁判所の姿勢を決定付け、ヨーロッパ市民が、労働移動に留まらず、様々な権利主体の決定基準となる、現在の EU 体制を作り出している。

本件では、アイルランド国籍の Catherin の養育目的で、中国国籍の両親がイギリスに居住する権利が認められるかが争われている。Catherin の母親が、アイルランド島のイギリス領ベルファストを出産場所に選んだのは、生まれてくる子供にアイルランド国籍を取得させるためであっ

た。当時のアイルランド国籍法は、アイルランド島内であれば、イギリス領の北アイルランドであっても、生来的に国籍を付与していた(*Ibid.*, para. 9.)。そのため Catherine は出生と同時に、アイランド国籍を取得するが、その後もイギリス国外には出なかったため、経済活動の事実がないのは当然ながら、従来の司法判断基準では、「EU との接点」も満たしていなかった。そのため、本人には移動の実績が全くないとしても、加盟国民の家族としての地位に照らし、両親はイギリスに居住できるかが真正面から問われることになった。

Adovocate General の Tizzano は,意見陳述で,Catherine の親という帰属的地位に照らし,両親はイギリスに居住する権利を認められるとした(Opinion of AG Tizzano, para. 131.)。母親に居住権を認めないと,未成年者保護の見地から好ましくないだけでなく,家族の一体性を保障する基本的人権にも違反するとの考えであった(Ibid., para. 130.)。母親がイギリスを出てしまえば,Catherine が一人でイギリスに留まり続けるのは現実的に困難であり,基本条約が認める権利を享有できないとの理由である。

判決に当たり EU 裁判所は、ヨーロッパ市民であれば、年齢に関係なく、移動の自由の権利主体になると判示した(Judgement, paras. 18-20.)。Catherine は、必要な保険を付保している上に十分な資力もあり、滞在国の負担になる恐れもないため、EU を自由に移動できるとしている。その上で Tizzano の主張を取り入れ、引き続き母親がイギリスに滞在できないとなると、Catherin の認められた居住権が著しく阻害されるとの判断を示している。

裁判所は、直接には言及しなかったものの、判決に当たっては、明らかに「ヨーロッパ市民」を意識していた様子が見て取れる。経済的活動に従事していない幼児であり、しかも、一度も域内を移動した実績がないにも拘わらず、EU 法の規範対象になるとの判断には、ヨーロッパ市民を基準とする属性主義社会の出現を彷彿させた。ヨーロッパ市民としての帰属的地位が認められれば、諸権利の対象になるならば、それまで純粋な国内事件とされた大半の案件が、裁判所の判断対象となる可能性が出てくる。EU の社会原理がいよいよ「完全」属性主義の段階に入ったとも受け取れる展開であった。そこで次章では、ヨーロッパ市民を帰属的地位とする EU の完全属性主義化の動きについて、改めて考えて見たい。

## Ⅶ ヨーロッパ市民と「完全」属性主義社会への試み

# 1 ヨーロッパ市民による新たなる可能性

ヨーロッパ市民を労働移動の権利主体の基準に設定する体制は、属性主義の基本原理化を意味する。一方で、如何なるヨーロッパ市民であっても、自由に移動できれば、将来 EU に何らかの貢献が期待できるとの理由も成り立たなくはないため、依然として業績主義的発想も混在していた。従ってヨーロッパ市民の本格的導入は、「属性主義の中の業績主義」が、EU の社会原理と

して確実に定着しつつある状況を示していた。

ところが近年、EU 裁判所は、労働移動とは必ずしも結び付かない政策分野についても、ヨーロッパ市民を持ち出し、司法判断の対象とするようになっている。ヨーロッパ市民を更なる権限拡張の基準に据えようとする動きである。

EU 裁判所が、ヨーロッパ市民をこれまで以上に持ち出す意図が奈辺にあるかは、必ずしも明らかではないが、このような動きからは、将来、属性主義の「完全化」を目指しているのではないかとさえ思わせる。ヨーロッパ市民としての帰属的地位が認められるならば、業績があるかないか、将来の活躍が期待できるか否かに関わりなく、EU 法の規範対象とする姿勢には、「完全化」への思いを少なからず感じ取れる。

このような裁判所の姿勢には、熱烈に歓迎する声がある一方で、判決構成には合理的理由が示されていないとして、厳しく批判する意見も多い。だが裁判所は、判決に対する批判が広がりを見せているにも拘わらず、現在までのところヨーロッパ市民に大きく依拠する方針を変えようとしていない。そのため「忍び寄る権限拡張」に対する不安感も益々増幅している。ヨーロッパ市民は甚だ曖昧な法概念だけに、それに依拠した裁判例が拡大するとなれば、忍び寄る権限拡張は、到底抑えられないとの危機意識である。

以下、EUにおけるヨーロッパ市民の立ち位置が、如何なる状況にあるかを検証するため、新たな動きを見せる裁判所の判例動向を少しく整理する。まず、移動の権利とは一見する限りかけ離れている「氏名問題」と、ヨーロッパ市民との関係について検討して見たい。

## 2 氏名法とヨーロッパ市民の現在

#### (1) 名前の意義

太古の昔から、人はそれぞれが名前を持ち、自分固有の氏名と共に一生を過ごしてきた。「氏名」は、「個々の人を指す呼び方」という単純な捉え方では語り尽くせない、人間の本性に深く関わる機能があるとされる。名前には不可思議な力が秘められ、霊力があるとする逸話は、世界各地に残っている。

複雑多岐に亘る現代社会にあっても、名前の重要性は些かも変わっていないが、大別して2つ の社会的意義が認められる。

第1に名前は、自己確立に不可欠な存在として、国内法上も、国際法上も、人格権の一つとして位置付けられている。子供の権利条約7条が、「子供は出生の時から氏名を有する権利を持つ」と、この世に生れいずると共に、名前を持たなければならないとするのは、人間が人間らしく生きるためには、名前が不可欠であるとの人権上の判断に基づく。

第2に名前は、社会活動の円滑化を図る手段としての意義もある。名前は、宗教、習俗慣習、 社会的禁忌と深く結び付き、それぞれの社会で独特の発展を遂げていて、地域で命名方法、呼び 方、用い方が大いに異なる。長らく人々は、自分が生活基盤を置く社会の伝統に従った名前を使 用してきたが、それは人間関係の円滑化、社会活動の発展という目的のためである。

このような名前の存在意義を考えると、労働移動の自由化政策と密接不可分な関係にあるとは必ずしも思われない。労働移動の自由化は、あくまで経済発展が目的にあるとすれば、間接的関係はあるにしても、直結するとは考えられないからである。それだけに EU 裁判所が、加盟国民の名前の在り方についても、規範対象とする姿勢を見せるとなれば、そこからは新たなる思惑を感じ取れた。

## (2) EU 裁判所の判例動向

# ① Konstantinidis 事件判決 (Case C-168/91, 1993, ECR I-1191.)

もっとも当初, EU 裁判所は, 氏名権(以下,名前ではなく,「氏名」と呼ぶ)を労働移動の発展と結び付けようとしている。1993年の Konstantinidis 事件(Case C-168/91, 1993, ECR I-1191.) では,氏名を労働移動の維持発展という観点から捉え, EU の権限対象にするとの判断を示していた。

本件は、ドイツで営業するギリシャ国籍のマッサージ師が、'Konstadinidis' からギリシャ語の発音により近い 'Konstantinidis' に、氏名のローマ字表記を変更するように求め、訴えを提起した事件である。

判決に先立つ意見陳述の中で Adovocate General の Jacobs は、氏名権を人格権として捉える姿勢を明確に示している。EU を移動する加盟国国民は、経済活動を行う権利があるだけでなく、基本的人権が侵害されたならば、「自分はヨーロッパ市民(civis Europeus sum)である」(Opinion of AG Jacobs, para. 46.)と主張できると述べていた。氏名は、個々人の人格と密接不可分な関係にあり、基本的人権として位置付けられるので、本人の意思を最大限尊重する必要があるとの考えにあった。

周知の通り、かつてのローマ帝国では、「ローマ市民(civis Romanus sum)」という帰属的地位があれば、人種、出自を問わずローマ法の権利享有主体の地位が認められた。ローマ法の理念を EU 法に持ち込み、氏名権に結びつけた Jacobs の意見陳述には、ヨーロッパ市民を基準とする属性主義社会の形成に向けた強い思い入れがあったと認められる<sup>(89)</sup>。

しかしながら、本件での EU 裁判所は、Jacobs の主張を取り入れず、あくまで、労働移動制度の維持発展を理由にして、EC 条約 52 条(当時)に抵触するとの判断を示している。'Konstadinidis' の表記では、発音も違ってしまい、顧客を混乱させる恐れがあるとし、営業の自由を保障する EC 条約 52 条(当時)に違背すると判示した。

<sup>(99)</sup> Eleanor Sharpston は、Jacobs 教授の追悼論文集の一つで、教授のヨーロッパ市民に対する思い入れを考えるに当たり、本件を冒頭に取り上げて紹介している。Eleanor Sharpston, "Citizenship of the Union," in *Making Community Law: The Legacy of Advocate General Jacobs at the European Court of Justice*, edited by Philip Moser and Katrine Sawyer, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 167.

### ② Garcia Avello 事件 (Case C-148/02, 2003, ECR I-11613.)

氏名権が基本的人権の一つであるとの認識に基づき、ヨーロッパ市民の帰属的地位を根拠にして、司法判断が示された事案としては、2003年の Garcia Avello事件 (Case C-148/02, 2003, ECR I-11613.) が著名である。同事件では、加盟国における氏名法の違いを如何に調整するかと共に、ヨーロッパ市民には氏名権が権利として認められるかが争点となっている。

スペイン人父とベルギー人母との間に、ベルギーで出生した二人の幼児 Esmeralda と Diego は、スペインとベルギーの国籍を持つ二重国籍者であったが、事件までベルギーを出国した経験はなかった。居住地ベルギーの氏名法は、子供は父親の苗字をそのまま手を加えず用いるため、当初二人は父方の姓 Garcia Avello を名乗っていた。その後、両親から、母方と父方の姓を組み合わせた Garcia Weber という、スペイン風の名に変更を求める申請が出されたが、ベルギー政府は認めなかったという事案である。

本件では、出国経験のない両名が、両親の姓を組み合わせたスペイン風の苗字に変更する必要性が、果たして現実にあるかが問われている。裁判所には、①ベルギーでの生活に、父親の姓を名乗ると、どのような不都合が生じるか、②スペイン風に姓を変更すると、どのようなよい影響が子供に期待できるか、更には、③名前は人生に何をもたらすか、という難しい判断が求められていた。

意見陳述で、Adovocate General の Jacobs は、「個人の氏名制度」について様々な角度から社会学的検討を行っている(Opinion of AG Jacobs, paras. 5–22.)。その中で、ベルギー風の姓では、スペイン社会にあっては、Garcia Avello 夫妻の兄弟との誤解を与える恐れがあり、支障になるとの指摘をしていた(Ibid., para. 55.)。親子ではないと誤解されると、ヨーロッパ市民としての権利が守られない恐れがあり、ヨーロッパ人権条約等の趣旨にも抵触すると示唆している。即ち Jacobs は、氏名問題を労働移動とは完全に切り離し、ヨーロッパ市民の帰属的地位から検討する姿勢を明確に示していたが、本件で EU 裁判所は、そこまで踏み込んだ判断は行っていない。

裁判所は、氏名の社会的意義、人格権との関係等については言及せず、両名がベルギーとスペインの二重国籍者である事実に着目した判決構成を行っている(Judgment, para. 45.)。自国民に自国の氏名法に従った氏名を名乗るように求めるのは、加盟国の権限として認められるとした上で(*Ibid.*, para. 25.)、二重国籍者という立場は、「EU との接点」があると認められるので、EU 法の規範対象になるとの認識を示した(*Ibid.*, para. 27.)。

裁判所は、EC条約12条(当時)並びに17条(当時)の趣旨を考えるに、二重国籍者には単一の国籍者とは異なる取扱いが必要であるとし、スペイン風の姓に変更が認められると判示している。二重国籍者という地位を踏まえ、氏名変更を容認した判決構成には、Jacobsの主張を全面的には取り入れてはいないものの、確かにヨーロッパ市民としての帰属的地位を基本に据えた発想が認められる。ヨーロッパ市民の氏名は、労働移動とは関係なく、人権として捉え、EUの

権限対象に含まれるとの認識である。

## ③ Sayn-Wittgenstein 事件判決 (Case C-208/09, 2010, ECR I-13693.) 以後の判例

2010 年, 貴族の称号を, 養子縁組に伴い, それまで用いてきた姓に付け加えられるかが争われた Sayn-Wittgenstein 事件 (Case C-208/09, 2010, ECR I-13693.) は, 人権としての氏名権と, ヨーロッパ市民との関係を考える上で有用な事案である。

本件は、オーストリア人の女性実業家 Sayn-Wittgenstein が、ドイツ人元貴族と養子縁組を結んだ後に、侯爵を意味する「Fürstin von」を元々の姓に付け加えて使用しようとしたが、オーストリア当局が許可しなかったという事案である。オーストリア、ドイツ両国は、貴族制度の廃止に伴い、現在では特権の付与を認めていないが、オーストリアは貴族の称号使用を一切禁止しているのに対し、ドイツでは過去に使用した実績があれば、姓の一部としての使用を認めていた。 EU 裁判所は、判決に至る理由付けで、称号使用を認めなかった場合、どのような不利益を当事者に及ぼすかという視点から検討を行っている。移動の自由を阻害する可能性についてだけではなく、ヨーロッパ市民の権利保護という観点からも検討を施していた。

そこでの判決構成には、氏名を、基本的人権として捉える裁判所の認識が示されている (*Ibid.*, para. 52.)。最早、労働移動の制度と結びつけようとする意識は薄れていて、ヨーロッパ市民の有する基本権として捉える認識が、多分に働いた判決内容となっていた。

その後、2011年の Runevič-Vardyn and Wardyn 事件(Case C-391/09, 2011, ECR I-3787.)でも、ヨーロッパ市民を判断基準として重視したと思われる判決が示されている。本件は、ポーランド系リトアニア人とポーランド人の夫婦が、婚姻後の姓をどのように表示するか問題となった事案である。

EU 裁判所は、氏名に関する二次法が存在していない点を指摘した上で、EU 運営条約 18 条と 21 条をヨーロッパ市民の理念に照らし合わせ解釈するとの姿勢を採る。Directive 2000/43 は、人種や出自に基づく差別を禁止してはいるものの、氏名については、明文の規定を設けていない。そこで、ヨーロッパ市民に関する EU 運営条約 20 条を巡る一連の裁判例を踏まえ(*Ibid.*, paras. 59-61.)、両名が希望する氏名の使用が認められず、婚姻後の社会生活に支障が生じる事態となれば、21 条に違背する可能性があると判示した(*Ibid.*, paras. 77-78.)。

本件における判決構成は必ずしも明瞭ではなく、理由付けも少なからず雑駁で、十分に説得力ある論拠は示されてはいない。だが、両名には EU を移動した事実があり、EU との接点が明瞭に存在していたにも拘わらず、敢えてヨーロッパ市民に関する裁判例や、差別を禁止する運営条約 18 条を持ち出し、判断を示したのには、氏名権を人権として捉える裁判所の意識が働いていたと見られる。本件では、Adovocate General の Jääskinen も、氏名が、国家、個人のいずれにとっても極めて重要であると述べるに留まり、移動の事実があった点は特段重視していない(Opinion of AG Jääskinen, paras. 5-6 and 77-79.)。判決内容や Adovocate General の意見陳述が、殊更労働移動の制度と結び付けようとしなかったのは、氏名をヨーロッパ市民の立場から

考える意識が、既に定着していたからと解される。

### (3) ヨーロッパ市民の氏名権と属性主義社会

EU 裁判所が、氏名権を人格権として位置付け、自由意思を最大限尊重するとの認識にあるのは、このように裁判例から確認できる。ヨーロッパ市民という帰属的地位が確認できれば、どのような氏名を用いるかは、個人の判断に任せるとの姿勢も、労働移動制度の発展を図るとの理由付けでは説明が難しい。加盟国の国内管轄事項であった氏名法にも EU の権限が及ぶ動きからは、ヨーロッパ市民を基準とする属性主義化が進みつつあると認められた。

# 3 国籍喪失とヨーロッパ市民

### (1) Rottmann 事件 (Case C-135/08, 2010, ECR I-1449.) 判決

ョーロッパ市民としての帰属的地位があれば、EU 法の規範対象になり得るとの属性主義的発想は、Rottmann 事件(Case C-135/08, 2010, ECR I-1449.)判決によって、広く定着したとされている $^{(100)}$ 。

本判決は、主権に密接不可分な国籍に関わる事案でも、EU 法の規範対象となる可能性を示唆したとして著名であるが、裁判所は「EU との接点」ではなく、それまで多分に及び腰であった「ヨーロッパ市民」を前面に持ち出し判断を示している。問題の人物 Rottmann が、オーストリアからドイツに移動した事実は明白であっただけに、従来通りの判決構成も十分可能であったにも拘わらず、敢えて、ヨーロッパ市民を重視した姿勢には、属性主義原理の原則化が認められた。オーストリア人であった Rottmann は、本国で捜査対象となっている事実を隠し、ドイツに出向き、帰化申請をしてドイツ国籍を取得していた。国籍取得後、オーストリア政府が、同人に対する逮捕状を発行したために、不正にドイツ国籍を取得した事実が発覚し、帰化の取消処分を受ける。ところが、当時のオーストリア国籍法は、自国民が外国籍を取得した時点で、オーストリア国籍を喪失するとしていた。そのため Rottmann は、原国籍も失い無国籍者となるが、加盟国の国籍喪失に伴い、ヨーロッパ市民の地位も失うとなれば、著しく不安定な法的立場に置かれるため、一連の措置が EC 条約 17 条(当時)に違背するかが問われている。

本件は、事件の概要からすると、多くの加盟国並びに委員会が主張したように、純粋な国内事件として扱われ、EU法の規範対象にならない可能性が十分にあった。ドイツ、オーストリア両国の国籍法に従い厳正に行われた法的措置であって、何ら違法性はないとの主張には説得力が認められた。

<sup>(100)</sup> 本件の事案の概要と意義については、横山・前掲論文「EUの新たなる試練としてのヨーロッパ市民 — 法的位置付けを巡り混迷する議論の背景について — 」132-135 頁を参照。

#### (2) Adovocate General の意見と裁判所の判断

しかしながら裁判所は、加盟国の国内管轄事項に属する政策であっても、EU 法による規制が 及ぶ場合があるとし、司法判断の対象とする。EU の権限は、国家主権に直結する国籍にも及ぶ 可能性があるとの考えを、明確にした。

もっとも意見陳述の中で、Adovocate General の Maduro は、本件は「EU との接点」という条件を満たしているために、司法判断の対象になるとの従来からの理由付けを挙げていた。 Rottmann がドイツ国籍を帰化によって取得できたのは、そもそも、オーストリアを立ってドイツに入国したからであり、既に「移動の実績」があるので、EU の対象になるとの主張である。即ち、本件についても、これまで通り、極力、労働移動の観点から捉えようとする姿勢を堅持していた(Opinion of AG Maduro、para. 13.)。

ところが EU 裁判所は、上述の通り、特段、EU における移動の実績には触れず、ヨーロッパ市民を持ち出して検討を進めている。EU との過去の接点ではなく、国籍喪失によって、将来的に移動の権利が行使できなくなる点を重視する姿勢であった。本件のように、帰化で取得したドイツ国籍を喪失するだけでなく、原国籍も回復できず、ヨーロッパ市民の地位も失うとなれば、事件の性格と結果の重大性からして、EU 法の対象になるとの判断が示されている(Judgment of Rottmann、para. 42.)。裁判所は、ドイツが帰化を取消し、併せてオーストリアが原国籍を回復させなかった判断を、敢えて否定しなかったものの、結果の重大性との間で、均衡性の保たれる必要があるとした。

即ち、判決内容には、労働移動の制度維持という意識は認められず、EU におけるヨーロッパ市民の保護という観点から取り組んだ様子が認められた。2001 年の Grzelczyk 事件(Case C-184/99, 2001, ECR I-6193.)で示したヨーロッパ市民が、基本的地位を形成するとの認識を引き合いに(Judgment of Rottmann, para. 43.)、その地位に照らし合わせ判断が示されようとしていた。そこでは、ヨーロッパ市民を加盟国民と一体化して捉えるのではなく、独自の法的意味付けを与える内容となっている。ヨーロッパ市民の独自性を確保し、属性主義的原理を基調とする EU 社会の形成を目指そうとする考えに、裁判所は大きく移行したと解された。

### (3) 評 価

前述の Garcia Avello 事件判決が、氏名法は加盟国の政策権限に属するとした上で、二重国籍者には特別の配慮が必要としながらも、ヨーロッパ市民を引き合いとするのには慎重な姿勢であったのに対し、本判決は、大きな変化を見せている。EU では、ヨーロッパ市民を更なる権限拡張の基準に据えようとする動きが、顕著になったと考えられた。

## 4 Ruiz Zambrano 事件、McCarthy 事件に見る「完全」属性主義社会に向けた試み

- (1) Ruiz Zambrano 事件 (Case C-34/09, 2011, ECR I-1177.)
- ① 本件と Rottmann 事件との相違点

もっとも、上述の Rottmann 事件判決からでは、EU との間に接点が必要とする従来の判断 基準を、今後共、維持する考えに裁判所はあるのか、必ずしも明確ではなかった。Rottmann が、オーストリアからドイツに移住した事実は否定できないため、あくまで「EU との接点」の 存在を前提に、裁判所は立論しているとも考えられたからである。接点があるのは明々白々なた め、敢えて、言及の必要性を感じなかったとの理解も十分可能であった。

これに対して Ruiz Zambrano 事件では、当事者である二人の幼児は、国籍を持つベルギーから一度も出国していない上に、当然ながら経済活動にも全く従事していない。それでも両名に係わる事案が EU 法の規範対象となれば、いよいよヨーロッパ市民を基準とする姿勢に、全面的に裁判所は移行したと考えることができた。

### ② 事件の概要

本件は、コロンビア国籍の Ruiz Zambrano が、ベルギー政府に対して行った庇護と就業許可申請が認められず、反対に国外退去命令が出されていたにも拘わらず、不法滞在を続け、その間に 2 人の子供を儲けたという事案である。ベルギーに Zambrano が不法滞在していた際、生まれた Diego(2003 年 9 月生まれ)と Jessica(2005 年 8 月生まれ)は、出生と同時にベルギー国籍を取得していた。だが、従来の判断基準に照らせば、両名は、EU 法の対象にならないばかりか、事件当時父親には収入がなく、保険給付を受けていたため、ベルギーの経済的負担ともなっていた。実際、本件に関与した加盟国と委員会は、ここでも純粋な国内事件であるとの主張を繰り返し行っている。

それだけに Zambrano が、EU 法の規範対象となり、今後もベルギーに居住できるためには、 従来型判断基準の大胆な転換が不可避であった。

### ③ Adovocate General Sharpston の主張と判決内容

判決に先立つ意見陳述で、Adovocate General の Sharpston は、これまでの Garcia Avello 事件、Chen 事件等一連の裁判例を取り上げ、そこでは些か無理な判決構成がなされていて、従来の評価基準が既に論理的に破綻していたとの主張を行っている。過去の事件を振り返っても、殆ど移動の事実が認められないばかりか、全く行われていないとしか言いようのない事案もあったとし、従来の理論に無理があったとの認識を示した(Opinion of AG Sharpston、para. 77.)。一方でヨーロッパ市民の援用の仕方も、論理性に乏しく、行き当たりばったりであったと批判している((Ibid., para. 88.)。

本件の場合、上述の Rottmann 事件とは違って、Zambrano が退去強制処分を受けたとしても、幼児二人がヨーロッパ市民の地位を失うようなことにはならない。従って、退去強制処分と、

ヨーロッパ市民の地位、更には、それに付随する権利とは、直接の関連性はないとも考えられた。しかしながら、Sharpston は、直接的影響はないとしながらも、実際には両名に重大な権利侵害をもたらすとして、本件は EU 法の規範対象にする必要性があると説いている。Zambranoが EU を退去させられると、幼児 2 名は監護教育を担う親が身近にいなくなるため、両名も EU を立ち去らざるをえなくなるとの指摘であった(Ibid., para. 95.)。となれば、ヨーロッパ市民としての地位と、地位に伴う様々な権利を失う事態となり、結果の重大性と特異性を考えると、EU 法の対象になるとした。Chen 事件における Catherline と同じく、親の適切な監護がないと、現実には、ヨーロッパ市民に認められている移動や居住の権利を行使できないとの考えである (Ibid., para. 96.)。

これら検討を踏まえ、Sharpston は、EU 運営条約 20 条は、本件にも適応されると結論付け、ベルギーの判断は両名の年齢からしても、ヨーロッパ市民が有する移動と居住の権利行使を妨げ、容認できないとしている(Ibid., paras. 98 and 103.)。

## ④ 判決とその意義

EU 裁判所は、概ね Sharpston の見解に沿った判決を示し、EU 運営条約 20 条は、本件に適用されるとした。「ヨーロッパ市民に認められた権利の根幹部分を遺漏なく享受できていない状況」(Judgment of Zambrano, para. 42.)が認められたならば、EU 法の規範対象とし、改善を施す場合があるとの考えが示されている。Zambrano は、同国に、不法滞在していたが、ヨーロッパ市民である 2 人の子供の権利保護のために、引き続きベルギーに滞在できる「派生的権利」を有すると判示した。

即ち、EU 裁判所は、ヨーロッパ市民に認められる重要な権利が脅かされている場合には、EU 法の規範対象になるとの姿勢を明確にしたと解される。①ヨーロッパ市民としての地位があると共に、②ヨーロッパ市民が有する権限行使に障害となる事実があれば、EU 法の規範対象になるとの新たな判断基準の提示であった。極力、労働移動の自由化に結び付け、事件を解決しようとしてきた、従来からの裁判所の姿勢が変更された内容となっている。

### (2) Ruiz Zambrano 事件判決の分析

### ① 分 析

第1に本判決は、裁判所が、ヨーロッパ市民を帰属的地位とする属性主義社会の形成に向け、いよいよ覚悟を固めたとも受け取れる内容となっている。ヨーロッパ市民である限り、そこに認められる権利が侵害された場合は、EU法の規範対象になるとの判旨には、少なくとも属性主義化が急速に進んでいる状況を顕著に示していた。

第2に本判決は、EU が経済協力を目的とした組織体から、構成員の人権保護を目的とする組織体に変容した内容となっている。ヨーロッパ市民が不当な処遇を受けていれば、EU が対処するとの判断には、経済効率や費用対効果の発想がないばかりか、比例性原則に対する意識も認め

られない。EUが、ヨーロッパ市民の人権保障に正当性の根拠を置く組織体に変化しつつあると 考えられた。

第3に本判決は、ヨーロッパ市民の権利が、どの程度侵害されれば、規範対象となるかが明確になっていないため、今後共、裁判所の司法判断に依拠せざるをえない内容となっている。本判決が示す「権利侵害」と、Kraus 事件判決(Case C-19/92, 1993, ECR I-1663, para. 32.)で示された、「加盟国国民が基本権を行使するのが難しくなったり、意欲が減退したりするような状況」との関係も今一つ明確ではなく、具体的事件の提起を受け、裁判例の積み重ねを待たざるをえない判決内容である。

第4に本判決は、EUにあって、「完全」な属性主義化が達成できていないばかりか、将来に向けても難しい現実を、改めて示した内容となっている。

ョーロッパ市民が有する権利の「重要部分」を行使できない場合, EU 法の規範対象になるとの判旨からは、軽微な侵害ならば、依然加盟国の裁量権を認めるとの考えに、裁判所はあると解された。即ち、新しい基準設定に伴っても、裁判所は、自国民処遇を一定範囲で認める姿勢を崩していないことになる。ヨーロッパ市民による属性主義化は、「完全」には達成されていないだけでなく、今後も目指していないとの考えが示された判決内容となっていた。

## ② 分 析

しかしながら現在、Zambrano事件判決を巡っては、EU 裁判所は、進むべき方向性を誤ったと糾弾する声が極めて多い。同判決の是非は、改めて次章で検討するため、ここでは暫く措くとするが、いずれにしても、本判決を通し、ヨーロッパ市民を帰属的地位とする属性主義社会が大きく進展し、現在の EU の社会原理を形成するようになった事実は確かである。

## (3) McCarthy 事件 (Case C-434/09, 2011, ECR I-3375.)

本件では、ヨーロッパ市民の配偶者が、第3国国民である場合の退去強制処分の在り方が問われている。

McCarthy 事件判決によって、Zambrano 事件では明確にはならなかった EU 運営条約 20 条 と 21 条との関係が今少し明らかとなる。加盟国民を一律にヨーロッパ市民として認める運営条約 20 条と、更には、その加盟国民に、移動の権利を認める 21 条とを合体させ理解すると、「完全」な属性主義社会の出現も解釈的には可能である。しかしながら、本判決によって、未だ、裁判所は、そのような考えにはない事実が、改めて明らかとなっている。

McCarthy はイギリス生まれであり、アイルランドとイギリスの二重国籍者であったが、EUを移動した経験は持ち合わせていなかった。夫のジャマイカ人が、イギリスでの不法滞在を理由にして退去処分の対象となったため、ヨーロッパ市民の配偶者であるとして、滞在許可を求める申請が行われた。これに対し、McCarthy は経済活動を行っていないだけでなく、社会保障給付を受けていて財政負担になっている上、移動の事実もないため、EU法の規範対象とならない

として、イギリス当局が請求を却下した事案である。

裁判所は、Zambrano事件の判決文を一部引用し、ヨーロッパ市民に認められる権利の重要部分を、現実に行使できない状態が発生しているか否かを、判断基準にするとの姿勢を示す (*Ibid.*, para. 47.)。即ち、従来の「経済活動」と「EU との接点」という基準ではなく、Zambrano事件で示された判決内容を踏襲するとの考えに立っていた。

もっとも、判決で裁判所は、McCarthy は、ヨーロッパ市民が有する権利の重要部分を行使できない状況にあるとは認められないとした(*Ibid.*, para. 49.)。Zambrano 事件や Garcia Avello 事件とは違い、McCarthy については、夫と共に EU を立ち去らなければならない状況には追い込まれていないとの判断である(*Ibid.*, para. 50.)。

その上で裁判所は、McCarthy のように二重国籍者というだけでは、EU との接点があるとは即断できないとの考えを、新たに示した(*Ibid.*, para. 54.)。McCarthy と EU との間には繋がりは認められず、そのため本件は、EU 法の対象にはならないと判断している。裁判所がヨーロッパ市民を基準とする姿勢に移行したのは確かであるとしても、全てのヨーロッパ市民を規範対象とする考えは持ち合わせいない事実が、確認されている。

### 5 ヨーロッパ市民に対する裁判所の現状認識

### (1) 裁判例

これら一連の裁判例からは、裁判所は次のような認識にあると考えられる。

第1に、労働移動の制度をEUの根幹として捉える、従来からの認識に対する変化である。ともすれば、これまでは安易に労働移動と結び付け司法判断を導き出してきた姿勢が、大きく変わっている。裁判所は、Garcia Avello 事件、Rottmann 事件、Ruiz Zambrano 事件、McCarthy事件等を通して、経済活動をしていないヨーロッパ市民であっても、EU 法の対象とするようになる。発足時における業績主義の考え方からすると、重大な意識変化であり、常に労働移動を優先させるとの従来型思想からの脱却が認められた。ヨーロッパ市民特有の権利が侵害されているとなれば、例え、自国から離れた経験がないとしても、EU 法の規範対象にするとの判旨からは、属性主義に対する意識が、大きく進展している事実を確認できた。

第2に、完全な属性主義社会の構築を目論んではいないとの認識も明確になる。裁判所は、EU 運営条約20条、21条の解釈として、全てのヨーロッパ市民を規範対象にするとの考えを示していない。「権利を侵害する効果(deprivation effect)」や「権利の行使を阻む効果(impeding effect)」が認められれば、対象とはするものの、完全な属性主義化を目指すのではないとの意識が見て取れた。しかも2011年のDereci事件(Case C-256/11, 2011, ECR I-11315.)では、「権利侵害」を相当、制限的に捉える姿勢を見せている。本件は、Dereciを始めとする5名と、オーストリア当局との間で発生した事件であるが、国外経験のないオーストリア人の配偶者が、第3国国民である場合、EU 法上、滞在が認められるかが争点となっていた。判決で裁判所は、

ョーロッパ市民としての権利侵害が、自国民処遇で発生したと認められるのは、例外的状況に限られるとの考えを示し(*Ibid.*, para. 67.)、今後も原則、加盟国は自国民に自由裁量権を有するとの姿勢を確認している。

第3に、これまで通りに様々な法解釈の手法を駆使し、EUの深化を牽引する考えも明らかになっている。上述の「権利を侵害する効果(deprivation effect)」が、ヨーロッパ市民の「権利」を指し示すのに対し、後者の「権利の行使を阻む効果(impeding effect)」とは、あくまで労働移動の「権利」を想定していると解される。だが、どのような状況を指しているかは明確ではなく、上述したように、紛争が発生すれば、裁判所の判断に委ねざるをえない。ヨーロッパ市民を帰属的地位として認め、何らかの不都合に遭遇していれば、改善を講じるとの考えは確かとしても、それ以上は今後の判例に待つ判決内容となっていた。

## (2) 小 括

多分に揺れ戻しはあるものの、現在の判例には、ヨーロッパ市民を基準とする属性主義社会を目指す一方で、ヨーロッパ市民を例外なく権利主体とするのではなく、独自の市民概念を作り上げていこうとする意思が感じ取れる。「完全」な属性主義社会ではなく、裁判所主導の「不完全」属性主義社会の形成が目指されていると言えなくはない。だが、いわば歪んだ上に甚だ複雑な社会原理の構築が、果たしてEUにとって望ましい選択であるかは、少しく慎重に考える必要がある。

### Ⅲ 忍び寄る権限拡張と司法積極主義の現在と今後

### 1 未確認政治物体と忍び寄る権限拡張

EU がどのような道を辿ろうとしているのか、明確な方向性が示されていない現状にあって、 冒頭触れた通り、EU は「未確認政治物体」としての不気味さを増々強めている。だが具体的に、 感じる不気味さが何を指し示しているかは、少なからず捉え方に違いがあり、必ずしも見解は一 致していない。

巷間囁かれる様々な不安の声にあって、これまでと変わりなく EU が権限拡張の道程を突き進むのではないかと危惧する声が大きいのは、確かである。今後、EU の権限拡張が何らかの形で在り得るとすれば、以下のいずれかの場合が考えられる。

第1には、基本条約が又々改正され、EUの権限強化が法規上、実現する場合である。マーストリヒト条約によって、政治統合に踏み出した EU は、その後も外交、内政、司法の各方面で権限拡張を進めてきただけに、一層、権限を強化した条約改正が行われる可能性はなくはない。だが、改めて申し述べるまでもなく、基本条約の改正には、全加盟国の同意が必要となる。多くの加盟国は、条約批准に先立って国民投票を実施しているだけに、権限拡張が企てられたとしても、

実現する保障はない。かつてのデンマークにおける、マーストリヒト条約批准拒否を思い起こせば、少なくとも、EUの一般人が求めていない権限拡張が断行される危険性は少ない。ましてやEU離脱を模索する加盟国がある現状では、無理な権限拡張は差し控えるのではないかと考える。

第2に、EUの立法機関が基本条約の規定を巧みに利用し、「忍び寄る」権限拡張を密かに推 し進める場合である。EU運営条約114条の調和規定や、352条の柔軟規定を援用し、補完性原 則や比例性原則による規範的制約を逸脱した運用がなされる場合を指す。前述した通り、リスボ ン体制での規範的制約は必ずしも万全ではないだけに、可能性としては排除されていない。だが、 これまで通りに立法機関による権限拡張が進められるかは少なからず疑問もある。権限拡張に対 する警戒感は、加盟国にあっては極めて強いだけに、少なくとも従来のように漫然とやり過ごす とは思われない。

これに対し、第3のEU裁判所による「忍び寄る」権限拡張が、現状、最も可能性が高いことは縷々検討した通りである。しかも、EU裁判所による「忍び寄る権限拡張」は、未だに広がりを見せているにも拘わらず、外部からの有効な規制手段は存在していない。権限拡張を押し止めるには、EU裁判所が自ら意識改革をし、自己抑制するしかないとも考えられ、それが期待できないだけに事態は極めて深刻である。

その裁判所による権限拡張が、EU 社会の深層部分にも及ぼうとしている点についても、本稿で縷々検討した通りである。現在の EU 裁判所は、極めて広範囲な政策を対象とするだけでなく、新たなる属性主義社会を導き出そうとしている。

## 2 労働移動体制と EU 裁判所の司法積極主義

### (1) 国家主権思想との相克

第1に、「国家主権」、「国民国家理念」と密接不可分な外国人法に、これまで EU 裁判所が果敢に介入してきた事実が、権限拡張に歯止めが掛からないとの不安要素となっている。外国人処遇は自国民処遇と表裏一体の関係にあるだけに、外国人法の EU 化は、同時に、加盟国における主権の縮減化を意味する。ともすれば手出しが控えられた外国人法に対する、EU 裁判所のこれまでの取り組み姿勢を見るにつけ、司法積極主義による権限拡張に歯止めが掛からないとの不安を強めている。

# (2) 社会原理の変革

第2に、再三述べた通り、社会原理の転換を、裁判所が主導してきた事実が、権限拡張に歯止

めが掛からないとする不安を深めている。an ever closer union 構想が、どのような社会を求めているかは明確ではないとしても、ローマ条約が経済協力を第1の目標に据えたことから、少なくとも、発足当初、EU は業績主義を基調としていたのは確かであった。ところが、その後の労働移動を巡る一連の裁判例は、「業績主義」の中に「属性主義」を取り込む「混在型社会原理」へと転換させる。更には、業績主義と属性主義とが逆転し、「属性主義」を基調とする混在型社会を形成している。しかも、EU が、ヨーロッパ市民を基準とする属性主義化の傾向を一段と強めているのは、縷々検討した通りである。

#### (3) 裁判所主導型の問題性

だが、このような動きが、人権保障に正当性を置いた社会作りを目指すためであるのか、それとも、an ever closer union の実現化には必須と考えてであるのか、裁判所の真意は伝わってこない。重大な社会変革が、どのような理由で進められているのか、裁判所の深窓で行われる議論が不明のままであるのは、権限拡張に対する不安を高めている。

既に検討した通り、アメリカ移民法も、属性主義的原理を多分に取り入れてはいるが、あくまでアメリカ連邦議会での慎重な審議を通し成立した移民法を根拠に置いている(101)。伝統的に司法積極主義を標榜するアメリカ司法体制にあっても、裁判所は、移民法制定に関しては補助的役割に留まっているのである(102)。実際、アメリカ移民法は体系化されていて、大部ではあるが整理されていて、曖昧性を極力排除した規範構造となっている。そこからは、判例主義を採るアメリカ法社会にあっても、移民法体系が、立法府主導によって作り上げられてきた事実が示されている。

ところが、EUには、裁判所がヨーロッパ市民概念を押し出し、重大な社会原理の転換を進めてきたという特異性がある。アメリカ以上の社会構造の変革を、裁判所が主導してきた事実に、 適正な権力関係が維持されないとの不審を掻き立て、権限拡張に対する不安を高める要因がある。

しかも、社会変革に繋がる重大な判決内容を示すに当たり、これまでの常識を越えた「超目的論的解釈」を、裁判所がしばしば用いてきた事実も、不安を増幅させている。目的論的解釈ですら、未だ慎重論があるにも拘わらず、それを遥かに越えた「超」目的論的解釈が罷り通る EU 裁判所に対し、今後、どのような方向に進むのか全く予見できないとして不安を抱くのは十分に了解できる。

<sup>(101)</sup> アメリカ移民法の政策転換を迫る大きな切掛けとなったのが、メキシコ系非合法移民労働者の存在である点については、小井戸彰宏「メキシコ系『非合法』移民労働者とアメリカ国家 — 歴史的動態と1986 年移民法改革 — 」(百瀬宏・小倉充夫『現代国家と移民労働者』有信堂高文社、1992 年)89-118 頁参照。

<sup>(102)</sup> アメリカの移民史については、日本でも様々な紹介があるが、1990 年までの経緯については、川原謙一『アメリカ移民法』(有斐閣出版サービス、1990 年)が有用である。アメリカの資本主義における移民法については、伊豫谷登士翁『グローバリゼーションと移民』の第Ⅱ部「アメリカ資本主義のなかの移民」83-176 頁が参考になる。

取り分け、以下紹介する 2011 年の Mangold 事件や、既に検討した Ruiz Zambrano 事件における判決構成は、これまで裁判所の積極的姿勢に好意的であった人々の間にも不安感情を押し広げている。裁判所の行動は、従来型の法常識からすれば、予測の範疇を越えているとの厳しい批判が蔓延していて、一段と不安感情を強めている。

そこで以下,両事件の判決構成は,何が問題であるのか簡単に整理し,検討して見たい。両事件で示された判決構成には,その後の MaCarthy 事件(Case C-434/09),Dereci 事件(Case C-256/11),における判決構成が抱える問題性が既に現れ出ているだけに,裁判所の意識を窺い知る上では有用性が高い事案と考える。

## 3 Mangold 事件 (Case C-144/04, 2005, ECR I-9981.) と「法的安定性」に対する危機感

## (1) 事件の争点

本件では、私人間における雇用契約で取り結ばれた年齢制限に当たる条項が、EU 法に照らして妥当であるかが争われている。事件当時 56 歳の Mangold は、2003 年 7 月 1 日、雇い主のHelm との間で、翌年 2 月 28 日、雇用関係を終了する旨の約定を取り交わした。当時、ドイツでは 52 歳以上の労働者については、期限を定めた雇用契約の締結を認めていたため、ドイツ法上は、何ら違法性のない契約であった。

一方 EU では、既に Directive 2000/78 が制定され、年齢に基づく雇用や就労差別は禁止の対象となっていたが(6 条 1 項)、2003 年 12 月の実施期限が、更に 3 年間延長されていたために、事件発生時、法的効力は有していなかった。

そのため、本件を巡る争点は、2点あった。第1点は、私人間の法的関係にも、EU法が直接に適用されるかという「水平間効力」についてである。私人間でも、EU法の適用は不可欠とする見解がある一方で、EU法は、あくまで構成機関や加盟国を拘束するに留まり、私人間には直接適用されないとの考えも根強く存在した。

第2点は、実施猶予期間にある Directive 2000/78 を援用し、ドイツ法が EU 法に違反していると判断できるかについてである。同命令 18条2項が猶予期間を認めているだけに、未発効の段階で、ドイツ法を違法とする根拠には援用できないとする見解も有力であった。

#### (2) EU 裁判所の判決内容

意見陳述に当たり、Adovocate General の Tizzano は、実施期間が到来していなくとも、Directive 2000/78 を、判決に援用できるとした上で、私人間の法律関係にも適用されるとの考えを示した(Opinion of AG Tizzano, paras. 101–120.)。それだけでも斬新な内容であったが、EU 裁判所は、Tizaano よりも、更に踏み込んだ判断を示している。

EU 裁判所は、まず、同命令が、法的には発効していない点について、Inter-Environnement Walloonie 事件(Case C-129/96, 1997, ECR I-7411, para. 45.) の判断を引き合いに、未発効で

あっても、加盟国は、EUの規範内容に反する行動は差し控えなければならないとした(Judgment of Mangold, para. 67.)。早晩、EU法体系に組み込まれるのが明らかな規定であれば、加盟国には早い段階から当該法規範を順守する義務があるとの判断である。

その上で、年齢に基づく雇用就労差別が禁止されるのは、Directive 2000/78 に適用規範が存在するためではなく、既に EU 法の基本原則として機能しているからとの認識を示す。即ち、同命令の発効を待つまでもなく、EU 法の基本原則に照らせば、年齢差別に当たる約定は否定できるとの判断であった(*Ibid.*, paras. 74-76.)。裁判所は、各加盟国の国内裁判所には、同命令の発効に関わりなく、年齢差別を禁止する法的義務があるとしている。

EU 裁判所が、Mangold 事件で示した判決内容そのものは、時代の要請に合致した常識的判断と評価できた。広く差別の撤廃を求める風潮の強い現代社会にあっては、当然、年齢差別も是正されるべき対象である。しかしながら、結論は妥当であったとしても、Mangold 事件判決には、余りにも法的問題が多いとして、現在の評価は極めて厳しい(103)。

#### (3) 実施猶予期間の無効化と権限関係

まず、同判決は、基本条約の規定する権限関係を大きくかき乱すと批判されている。Directive 2000/78 が、明文で猶予規定を設けているにも拘わらず、裁判所が、その存在を無視するのは、権限逸脱であり問題行動との批判である。そもそも EU 運営条約 19 条 1 項(旧 EC 条約 13 条 1 項)で、EU は、「年齢に基づく差別と闘う」と宣言しているが、同規定は、そのままでは法的効力を持たない。改めて、特別立法手続きに従い、EU 議会の同意を得た後に理事会の全会一致による二次法が必要とされている。同条に基づいて、EU の立法機関が正式に審議し、制定した Directive 2000/78 だけに、裁判所も規範内容を最大限尊重し、誠実な実現に努めなければならないはずである。ところが上述の通り、裁判所は、Directive 2000/78 の実施猶予規定を空文化する判断を示している。二次法の規定を無効化する行為は、取りも直さず、適正な権限に基づいた立法行為の否定を意味するため、裁判所は、基本条約の定める権限関係を乱しているとされた。本来、規定通りに組織間の権限関係が保たれるよう、監督する立場にある裁判所が、自ら混乱を引き起こしているとの指摘である。

<sup>(103)</sup> 本判決に対する判例評釈は管見する限り、批判的論調が大半を占める。判例の論理的整合性や法的問題性の闡明を目的とする判例評釈にあっては、合理的説明が難しく、予測可能性、法的安定性の点で多々問題があると結論付けざるをえないからと思われる。Olga Thomas, "Case Commentary: Mangold v Helm (CASE C-144/04) GRAND CHAMBER, EUROPEAN COURT OF JUSTICE 22 NOVEMBER 2006," Denning Law Journal, Vol. 18, 2006, pp. 233-242. Dagmar Schiek, "The ECJ Decision in Mangold; A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation," Industrial Law Journal, Vol. 35, No. 3, pp. 329-341. 等を見ても、結果の妥当性を認めつつも、法的問題性が余りにも多い点に困惑する様子が認められる。

## (4) 判決根拠としての「法の一般原則」

加えて、ドイツ法を否定する根拠に持ち出された「法の一般原則」を巡っても、理由付けが粗雑であると批判されている。裁判所は、雇用就労における年齢差別の禁止は、「様々な国際条約や加盟国の伝統的憲法規範において認められている」( $\mathit{Ibid}$ 、para. 74.)ため、敢えて同命令に依拠する必要がないと判示したが、果たして、このような法原則が確立しているのか疑問とされた $^{(104)}$ 。EU 法の法源の一つに、「法の一般原則」があるとしても、年齢に基づく雇用差別を含むとする判断には、次のような批判がなされている。

第1に、Directive 2000/78の前文が言及する世界人権宣言、国際人権規約、ヨーロッパ人権 条約は、いずれも「差別禁止」、「平等原則」を概括的に規律するに留まり、「雇用における年齢 差別」には特に言及していない点が問題とされた。

そもそも、Directive 2000/78 は、雇用や就業における平等化実現に向けての基本的枠組みについて規定した二次法である。あくまで一般的内容に留まる二次法が、しかも前文で言及しているだけの国際条約を孫引きの形で引用し、法原則が存在する根拠に援用できるかは疑問とされた。いずれの国際条約も、明文では年齢差別を禁止していないにも拘わらず、十分な検証も施さず、根拠とするのは、甚だ粗雑な判決構成との指摘には説得力があった。

第2に、加盟国の国内法を見ても、憲法で年齢差別を禁止するのは、フィンランドに留まり、他には雇用条件について規定するポルトガルだけであると批判された。その他の加盟国は、憲法で雇用差別の禁止を規定していないにも拘わらず、あたかも、EU の多くの国内法に禁止規定が存在するような立論をしているとの批判である。

第3に、私人間の契約関係に、EU 法の直接適用を認めようとするならば、精緻な理由付けが必要となるはずだが、EU 法の実効性確保を理由に挙げるだけでは、十分ではないと批判されている。私人間の契約関係に、法の一般原則の直接適用を認めるにしても(*Ibid.*, paras. 75-77.),裁判所の示した理由付けは、甚だ薄弱との批判も大いに説得力があった。

Ján Mazák と Martin K Moser は、Mangold 事件で見せた裁判所の行動は、司法機関としての基本姿勢に照らしても、極めて異質で疑問を感じるとしている。「法の一般原則」が EU 法の法源の一つを構成しているとは認めつつも、示された理由付けは十分でなく、伝統的に司法機関が踏んできた判決手法から大きく逸脱していると指摘する(105)。

このように Mangold 事件に対しては、多くの論調は批判的で、判決構成に大きな問題があり、司法機関として余りに行き過ぎているとの主張が大勢を占める。そのため一部、評価する論者にあっても、全面的に賛同する姿勢は見せていない。

<sup>(1</sup>M) Ján Mazák and Martin K Moser, "Adjudication by Reference to General Principles of EU Law; A Second Look at the Mangold Case Law," in *Judging Europe's Judges*, edited by Maurice Adams, Henri de Waele, Johan Meeusen, and Gert Straetmans, Hart Publishing, 2013, pp. 76–77.

<sup>(105)</sup> Ibid., pp. 84–86.

Michael Dougan は、同判決に対する批判の多くは誤解と過剰な反応に基づいていると反駁するが、論理的に整合性があるとまでは述べていない<sup>(106)</sup>。雇用就労における年齢差別の禁止は、今や基本権憲章が EU 法の一部となっているだけに、一般原則化していて、援用できなくはないと述べるに留まっている。Mangold 事件判決に少なからず好意的な Michael Dougan をしても、判決構成に対する批判に真正面から反論を試みていないのは、それだけ同判決が、深刻な問題を抱えているからである。

Eleanor Spaventa も、判決は現代社会の要請に合致しているとしながらも、EU の将来を見据えると、「このような憲法上画期的とも言える判断が、甚だお粗末な理由付けで示されたというのは、返す返すも、悔やまれる点である・・」(1007) と述べている。社会的に評価できるものの、理由付けが余りに雑駁なため、評価を押し下げているとの発言である。

# (5) 司法積極主義に対する批判の高まり

それだけに Mangold 事件の判決内容は、EU 裁判所を立法機関と捉えて、初めて了解できる との主張には、相応の説得力がある。

しかしながら、このような「立法的」司法判決が罷り通るとなれば、EUの権限拡張が、司法機関によって今後何処まで広がりを見せるか、予測は極めて困難となる。

本判決を切掛けに、EUでは、EU法の予測可能性、法的安定性が著しく阻害されているとして、ドイツ前大統領ローマン・ヘルツォーク(Roman Hezog)を始めとする多くの論者によって、裁判所に対する反対運動が繰り広げられるようになった。ローマン・ヘルツォークは、2008年の「Stop the European Court of Justice」(108)という論説で、EU裁判所の判決が、加盟国が保持する政策権限を大きく浸食していて、憂慮すべき事態にあると警告している。本来、労働政策や社会政策は、主権国家の国内管轄事項であるにも拘わらず、EU裁判所は、何の頓着もせずに介入していて、最早看過できる状態にはないと訴えている。

もっとも、現状における EU 裁判所否定論は、論理的に洗練されていないばかりか、感情論も少なからず入り混じっているため、多数説化はしていない。だが、反対運動は収まっていないばかりか、むしろ広がりを見せていて、少なくとも、Mangold 事件判決によって、EU 裁判所に対する評価の「潮目」が、大きく変わったのは確かである。

<sup>(106)</sup> Michael Dougan, "In Defence of Mangold," in *A Constitutional Order of States?: Essays in EU Law and in Honour of Alan Dashwood*, edited by Anthony Arnull, Catherine Barnard, Michael Dougan, and Eleanor Spaventa, Hart Publishing, 2011, p. 244.

<sup>(107)</sup> Eleanor Spaventa, "The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union law," in *op. cit.*, edited by Anthony Arnull, Catherine Barnard, Michael Dougan, and Eleanor Spaventa, p. 215.

<sup>(108)</sup> Roman Hezog and Lüder Gerken, "Stop the European Court of Justice," *Centrum für Europäishe Politik*, 2008.

## 4 Zambrano 事件 (Case C-34/09, 2011, ECR I-1177.) と「法的安定性」に対する危機感

## (1) Zambrano 事件に対する批判

Zambrano事件判決についても、第3国民の両親に対する国外退去を認めなかったのは、子供の監護教育の観点からすれば妥当な判断としながらも、判決構成には以下のような問題があるとの批判がなされている。

第1に、判決で裁判所は、「ヨーロッパ市民に認められた権利の根幹部分」という表現を用いているが、そもそも、どのような権利がヨーロッパ市民に与えられているのか、考えを明らかにしていないと批判されている。

基本条約が、明文でヨーロッパ市民に認める権利は、①移動の自由、②外交保護権、③地方政治の参画権等、限定的である。ヨーロッパ市民の実体的権利がはっきりしていないとなれば、Zambranoが、引き続きベルギーに居住し続け、就労する権利があるとの判断に、本来は援用できないはずである。しかも、ヨーロッパ市民にはどのような権利が認められるかについて、今後、裁判所による更なる意味付けが不可欠である点を考えると、司法の権限超越を前提にした判決とも考えられなくない。

第2に、判決で裁判所は、国籍剥奪が問題となったRottmann事件に言及しているが、本件との共通性が何処にあるかを明らかにしていないと批判されている。ヨーロッパ市民にとって不可欠な権利が失われる恐れがあるとするが、国籍剥奪と両親の退去強制との類似性について十分な説明がなく、粗雑な論理構成であるとされた。

第3に、判決で裁判所は、Zambranoが退去処分を受ければ、ベルギー国籍を持つDiegoとJessicaも共にEUを立ち去らざるをえず、ヨーロッパ市民に認められた権利が侵害されるとしたが、どのような権利が如何にして脅かされるか明瞭でなく、具体性に乏しいと批判されている。両名の有する自由移動の権利が、行使できない恐れがあるとの理由ならば、「仮定の議論」を認めないとしてきたこれまでの姿勢に抵触するとも指摘された。どのような権利が、どの程度侵害されるか、過去の判例との整合性を踏まえた理由付けが必要な事案であるにも拘わらず、論理構成が雑駁とされている。

第4に、家族一体化の重要性について十分な吟味をしていない点も問題とされている。ベルギーで長年にわたり厳しい生活環境にあった Zambrano 一家を、保護するとの判断には妥当性があるものの、十分な説明がないままに結論を急ぐ姿勢は、司法機関の基本的役割からすれば危険との批判である。

第5に、裁判所は、純国内事件であるとのベルギーを始めとする加盟国の主張に、真正面から応じておらず、改めて検討する通り、自国民処遇を巡る深刻な法的問題について、解決の糸口を示していないとも批判されている。

# (2) 批判論の多数説化

これまで多くの論者が、Zambrano事件に対して様々な角度から検証を試みているが、Mangold事件と同じく、判決構成が、従来の法常識から大きく逸脱していて、論理の飛躍や理由付けが曖昧な箇所が余りにも多いとの評価で、概ね一致している(109)。

改めて、Mangold 事件や Zambrano 事件で示された判決構成は、EU 裁判所が、独自の政策判断を実現しようとする余り、本来司法裁判所が踏むべき手順を踏んでいない実態を露呈している。批判論にも少なからずの問題はあるが、EU 裁判所の"特殊な司法機関"としての活動実態が浮き彫りになっていて、大枠において適切な指摘と認められる。

それだけに、このような司法運営が続くのであれば、今後も、権限拡張に歯止めが掛らないとの不安が増幅するのは十分理解できる。「国家主権思想」、「国民国家思想」と密接不可分な外国人法における裁判所の「強引な」司法活動を見るにつけ、外部から規制する手立てがないだけに、不安感情の広がりは決して的外れとは言えない。

# 5 自国民処遇と「不完全」属性主義の現実

## (1) 問題の所在

だが、裁判所による権限拡張が推し進められたとしても、それによって EU が完成度の高い社 会秩序を作り上げることができたならば、それはそれとして十分に評価に価する。換言すれば、 an ever closer union が、将来、構築される見込みが立つのであれば、EU は常識に囚われない 組織体とされているだけに、このような発展形態も決して否定できない。

しかしながら、司法積極主義を安直には評価できない問題性が、現状の社会原理の在り方には 認められる。司法の積極主義を通して形成された社会が、上述の通り、「完全」な属性主義社会 ではなく、「不完全」である事実は、評価を考える上で、少しく慎重にならざるをえない。本来 の司法機関としての活動範囲を逸脱して作り上げた社会原理が、「不完全」であるとなれば、看 過できず、少なくとも問題点は把握しておく必要がある。

## (2) 不完全属性主義と自国民待遇

EU にあって、「属性主義」の完全化が果たせず、また近々にも期待できないのは、本稿でも 縷々検討した通り、「逆差別事件」に対する法的解決の糸口が見えていないためである。ヨーロッ パ市民としての帰属的地位があれば、様々な権利主体として認められる「単純」で「完全」な属 性主義社会の出現を妨げているのは、依然として自国民に対する処遇権限を、加盟国が握ってい るためである。

<sup>(109)</sup> Niamh Nic Shuibhne, "Seven Questions for Seven Paragraphs," *European Law Review*, Vol. 36, 2011, p. 162. Mark Dawson, "The political face of judicial activism: Europe's law-politics imbalance," in *op. cit.*, edited by Mark Dawson, Bruno De Witte and Elise Muir, p. 22.

国家主権の縮減化が漸次進んではいるものの、加盟国の国籍に基づく地位が、ヨーロッパ市民 に優越する状況が未だに存在するため、属性主義の「完全化」を妨げ、いわば「歪んだ」社会を 作り出しているのである。

それだけに、EUの今後を考えるに当たって、これまで以上に、「逆差別事件」をどのように 捉えるかは重要な検討課題となる。EUの性質上、「完全無欠」な属性主義社会の出現が期待で きないとしても、弊害が少ないのであれば、そのような社会体制も決して容認できなくはない。 あるいは法的混乱が最小限に抑えられ、「歪み」も漸次解消され、将来的には完全化に限りなく 近づくとなれば、評価も変わってくると考える。

ところが、縷々検討した通り、逆差別事件に対する裁判所の判断基準は曖昧であり、予測可能性の点でも甚だ不安定である。近年、EU 裁判所の判例全般について、どのような司法判断が示されるか、専門家をしても予測が難しいとの批判がなされているが(110)、取り分け逆差別事件を巡っては、見込みを立てるのが困難である。何が純粋な国内事件であるか明瞭ではないためで、「ヨーロッパ市民」と「その権利侵害」という基準に移行した現在でも、事態は大きく変わっていない。

# (3) 逆差別事件と新たな理論構成に向けた提言

既に 2008 年の段階で、Adovocate General の Sharpston は、Government of the French Community and Walloon 事件(Case C-212/06, 2008, ECR I-1683.)における意見陳述の中で、EU 裁判所の逆差別事件に対する基本姿勢を大きく転換する必要があると説いていた<sup>(III)</sup>。

本件は、ベルギー特有の地方行政区分と、それぞれの地区で実施されている介護保険制度の違いが原因となった事案である。同国は、フラマン共同体、フランス共同体、ドイツ共同体の3つの共同体、ブリュッセル首都圏地域、フランドル地域、ワロン地域の3つの地域、更にはオランダ語地域、フランス語地域、ドイツ語地域、バイリンガル地域の4つの言語地域の3層構造で国家組織が構成されている(Opinion of AG Sharpston, para. 5.)。それぞれの地域には、一定の自治権が認められているため、近年注目される介護保険制度にも大きな違いがあった。同事件では、各地域の介護制度を、自立権が及ばない別の地域に居住する住民にも適用できるかが問われている。ベルギーの各地域が定める自主立法は、ベルギー法と同等の法的効力を持つだけに、国内移動に関する案件ながらも複雑で、如何に処理するか難しい事案であった。

<sup>(110)</sup> 横山・前掲論文「司法的"政治機関"としての EU 裁判所 — 司法的現状と機能的変質に関する一考察 — 」181頁。Bruno de Witte, "Democratic Adjudication in Europe — How Can the European Court of Justice Be Responsive to the Citizens?," in *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, edited by Michael Dougan, Niamh Nic Shuibhne and Eleanor Spaventa, Hart Publishing, 2012, p. 138.

<sup>(111)</sup> Koen Lenaerts, "Civis Europaeus Sum: From the Cross-border Link to the Status of Citizen of the Union," in *Constitutionalising the EU Judicial Systme; Essays in Honour of Pernilla Lindh*, edited Pascal Cardonnel, Allan Rosas and Nils Wahl, Hart Publising, 2012, pp. 220–221.

意見陳述に当たり、Sharpston は、ヨーロッパ市民の地位という視点に照らしての司法判断を、改めて提唱している。

第1に、純国内事案については、EU 法と何ら接点がない(no link with EU law)としてきた、従来からの認識を見直すように求めている( $\mathit{Ibid.}$ 、para. 136.)。既に、男女に同一労働同一賃金を保障する EC 条約 141 条(現在の EU 運営条約 157 条)は、純粋な国内事案にも適用されている事実を指摘し、これまでのような司法運営に拘る必要はないと主張している。

第 2 に、EU 条約 47 条(当時)に対する、従来からの解釈の在り方に見直しを求めている (*Ibid.*, para. 138.)。47 条は、特に定めがない限り、3 共同体(EEC、EURATOM、ECSC)の既存条約は、新たに締結した EU 条約によって、法的影響を何ら受けないと規定する。同条の存在によって、3 共同体の各条項については、解釈的変更は一切ないとするのが、それまでの一般的理解であった。ところが Sharpston は、47 条は、共通外交政策(Common Foreign and Security Policy)や刑事分野における警察司法協力(Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters)という、EU 枠外に設けられた制度によって、それまでの EU 法体系(acquis communautaire)が影響を受けないようにするための規定であると限定的に解釈した(*Ibid.*, para. 138.)。

その上で、マーストリヒト条約で導入されたヨーロッパ市民に関する規定は、同じ基本条約に追加し、挿入されているので、既存条文の解釈的修正や補足は可能であるとし、新たなる条文解釈を提唱している。Sharpstonの主張には、逆差別事件に対する法的解決は、既存の基本条約の解釈を通してでも、十分可能との思いが認められた。

第3に、EU 運営条約20条の解釈として、全てのヨーロッパ市民には、「移動」する権利だけでなく、希望する場所に「居住する権利」があると主張している(*Ibid.*, para. 144.)。

これまでは、前提となる移動が行われ、加盟国に入国して初めて、滞在する権利が発生すると 段階的に解されていたが、Sharpston は、入国と滞在は別個の権利であるとした。即ち、自国 に留まり続けている状況にあっても、EU 法の権利を行使していると解し、EU 法によって「居 住」に関わる様々な権利が保障されるとの主張であった。そこには、自国に留まるヨーロッパ市 民も、当然に EU 法の規範対象になるとの Sharpston の考えが示されている。

これら所見を踏まえ Sharpston は、基本権憲章 21 条や EU 運営条約 19 条を引き合いに、現在では、あらゆる形態の差別を禁止すべきとの認識は広く形成されているとの考えを明らかにしている (Ibid., para. 147.)。

更に Zambrano 事件 (Case C-34/09, 2011, ECR I-1177.) では、これまでの自説を一層洗練化させた意見陳述を行っている。運営条約 21 条と国内法との歪みから発生した逆差別事件が、EU 法の保障する基本権を侵害している場合は、EU 運営条約 18 条によって対処できるとの考えを示した (Opinion of AG Sharpston, para. 144.)。

もっとも、Sharpston にあっても、これまで国内事件とされてきた事案の多くが、EU 法の対

象に含まれる可能性があると示唆するに留まる。あくまで、重大な権利侵害が行われた場合に限り、救済が図られるとしていて、多少の問題が発生しただけでは、直ちに EU 法の規範対象にはならないとの認識にある。しかも、国内法上の救済手段があれば優先し、EU 法による対応は、あくまで補助的位置付けに留まるとの考えを示していた(*Ibid.*, para. 148.)。

このようにヨーロッパ市民を前面に打ち出そうとする Sharpston にあっても、現実には、ヨーロッパ市民を帰属的地位とする「完全」な属性主義社会の構築を目指してはいない。

となれば、「重大な権利侵害」とは一体如何なる状況を示すのか、これからも裁判所は、判断を提示し続けなければならないことになる。価値観の多様化した現代社会にあっては、氏名の捉え方を巡っても様々な思い入れがあるように、多くの賛同を取り付けられる客観的基準の提示は甚だ難しい。「重大な権利侵害」と「些末な権利侵害」の振り分けすらも難しいとなれば、逆差別事件を巡る法的混乱が何処まで抑止できるかも不分明と言わざるをえない。それだけに、不完全な属性主義化にあっては、新たな対立要因が生じていて、司法積極主義に対する不安の増幅にも繋がると考える。

# まとめにかえて

#### 1 次なる課題

EU 裁判所によって推し進められてきた「忍び寄る権限拡張」に対して、依然として有効な抑制策が存在していない中にあって、今や、判決内容は社会原理の深層部分にも及ぼうとしているのは、本稿で縷々申し述べた通りである。

しかも、裁判所による社会原理の転換が、「完全」には達成できていないという現実もある。このような EU の置かれた状況を見ると、今後の進むべき方向性を定めるに当たっては、改めて、EU 法学の存在意義が問われると考えるが、状況は少なからず混沌としている。そもそも EU 法学は、学問体系として成立しているのか疑問視する見解も少なくない。Bruno de Witte は、EU 法学には未だ統一的法理念や確立した方法論は存在せず、それぞれの論者は慣れ親しんだ国内法の常識を持ち出して議論を行っているに過ぎないと看破する。法認識や分析手法が一致しない上に、「ヨーロッパの共通意識」の形成もなされていないため、EU 法学における議論が、EU 法の将来や EU 裁判所の進むべき方向性に与える影響は殆どないと悲観的である(112)。

Anthony Arnull も、各加盟国の法的背景が異なるにも拘わらず、漫然と研究がなされてきた 過去の姿勢を反省しなければならないと説く(113)。法律家は、ともすれば自らが受けた法的訓練

<sup>(112)</sup> Bruno de Witte, European Union Law: A Unified Academic Discipline?, EUI Working Paper RSCAS 2008/34, p. 10.

<sup>(113)</sup> Anthony Arnull, "Judicial activism and the European Court of Justice: how should academics respond?," in *op. cit.*, edited by Mark Dawson, Bruno De Witte and Elise Muir, pp. 230–232.

や、馴染みのある法律用語に影響を受けやすいが、EU 法学では、各国法の違いに頓着せず、安直に議論が行われてきたと批判する。EU 法学が、an ever closer union 構築に貢献しようとすれば、統一的方法論の確立は不可欠と考えるが、Bruno de Witte、Anthony Arnull の所見に接するだけでも、事態は深刻と言わざるをえない。

それだけに、冒頭申し述べた通り、現在のEUで、法学の原点に立ち戻った議論がなされようとしているのは注目すべき現象である。そこでは法解釈論、権力分立論、福祉人権論等が議論されているが、EUを取り巻く法状況からすると、EU裁判所と如何に対峙するかという「司法制度論」が最大の論点になると考える。「忍び寄る権限拡張」に対する不安要因は、EUにおける「司法制度論」が十分に練り込まれていないからとも言えなくはない。

そこで、本稿を終えるに当たり、EUの将来を踏まえた時の、「司法制度論」について、簡単に問題の所在を申し述べておきたい。

## 2 司法裁判所と民主的正統性

### (1) EUにおける民主体制

これまで EU は、EU 統合に向けて、ヨーロッパ市民の支持と協力とを如何にして取り付けるか、甚だ曖昧なままにして、独特の政治体制と法体制とを構築してきた。そこでは、EU 独自の民主主義をどのように設計し、構築していくかについても、十分な議論はなされていない。組織の急速な拡大化に伴い、不安感情が広がる事態となっても、独自の対応策を打ち出してはおらず、従来型民主化の手法を直截的に導入するに留まっている。

周知の通り、EUの民主化は、選挙で選出された議員の構成するEU議会が、立法権限を持つ「議会制民主主義」の構築にあるとする見解が有力である。所謂「民主主義の赤字」の是正に向け、EU議会がより深く政策決定に関与できる体制作りを求める主張であり、基本条約が改正される度に、漸次、改善が施されてきたのは、よく知られている(114)。民主化に向けては、その他にもオンブツマン制度の活性化、政治参加型制度の創設等、多方面での改革がなされているが(115)、本稿で縷々検討した「ヨーロッパ市民」も、このようなEUの民主化過程で生まれた法律概念と位置付けられなくはない。

### (2) EU 司法制度と民主的正統性

しかしながら、民主的正統性を実現する手法は、決して立法機関の権限強化に尽きるのではなく、そこには EU 裁判所の民主化も含まれるはずである。

<sup>(</sup>II4) 児玉昌己「EU における『民主主義の赤字』の解消と欧州議会の役割」日本 EU 学会年報 17 号, 93 頁以下参照。

<sup>(115)</sup> EU 統治体系における民主的正統性確保に向けた様々な取組については、安江則子『欧州公共 圏 —— EU デモクラシーの制度デザイン ——』(慶応義塾大学出版会,2007年)が詳しい。

リスボン条約体制にあって、EUには、より一層の民主化が求められていると解される。EU条約13条は、「連合は、その価値を促進し、その目的を追求し、連合の利益、市民及び加盟国の利益に奉仕する・・機構的枠組みを有する(筆者傍点)」(The Union shall have an institutional framework which shall aim to promote its values, advance its objectives, serve its interests, those of its citizens and those of the Member・・・)と規定する。EUの機構的枠組みには、当然のことながらEU裁判所も含まれるだけに、ヨーロッパ市民に奉仕する「民主的司法体制」の確立が不可避となる。だが、司法体制の民主化が必要との意識はあっても、具体的指針は示されておらず、如何にして実現すべきか明確ではない。

## 3 民主的司法体制の在り方について

## (1) K. D. Ewing の所見から見る民主的司法制度

そもそも, 広く一般論においても, 民主的司法体制とは, 一体, 如何なる政治的・法的状況を 指し示すのか、更には、如何なる条件を備える必要があるのか、現状にあっても明確ではない。 ロンドン大学の K. D. Ewing は、「議会制民主制度」の在り方については、長らく活発な議論が 交わされ、内容も洗練化しているが、「民主的司法制度」を巡っては、これまでも十分な意見集 約はなされてこなかったと指摘する(116)。定期的に選挙という洗礼を受ける議員は、常に選挙民 の意向を見据えて立ち働くと共に、その意向に沿えなかった時、如何にして責任を取るべきか自 問自答しているため、議会の民主的在り方に対する意識も自ずと深まってくる。これに対し選挙 のない裁判官は、社会の複雑化に伴い、益々権限が拡大しているにも拘わらず、権力基盤である 一般人民との関係について、ともすれば自意識に欠けるとの指摘であった。K. D. Ewing は、そ の上で、1990年代後半からイギリスで実施された司法改革の例を引き合いに、民主的司法制度 の在り方について考察を行っている。Ewing の所見を自分なりに整理すると、次のようになる。 第1に,民主的司法体制では,司法機関が安易に「法の立法」を行ってはならないと説く<sup>(117)</sup>。 法創造は、あくまで立法機関の権限に属すると捉え、紛争当事者以外にも適用される「法」の定 立化は、差し控えなければならないとの主張である。コモンローにあって、長らく裁判所が握っ てきた法創造機能を見直し、議会との関係を適正化することが、民主的司法体制には不可欠との 認識を示す。

その上で、裁判所の立法的機能を抑制するだけでは、民主化は実現できないとし、第2に、裁判所の構成にも、民主化が必要であると説く(118)。選挙によって裁判官を選出するだけが、民主化に繋がる方法ではないが、少なくとも権力基盤である「社会」の実相を適正に反映した構成が

<sup>(116)</sup> K. D. Ewing, "A Theory of Democratic Adjudication: Towards a Representative Accountable and Independent Judiciary," *Aleberta Law Review*, Vol. 38, No. 3, 2000, p. 709.

<sup>(117)</sup> Ibid., p. 710.

<sup>(118)</sup> Ibid., p. 716.

必要としている。人種、民族、ジェンダー等、様々な関係軸で成り立つ現代社会の構成を適正に 反映した組織体の構築と共に、情報公開の必要性を説き、イギリスでは、裁判官の経歴・職歴の 開示を通し、民主化を進めてきたと紹介する。

第3に、司法機関として、適正な責任を果たす制度設計が必要であると説く<sup>(119)</sup>。裁判官に再選、再任制度の導入を図ると共に、裁判の透明性を担保し、責任体制の明確化を実現する必要があるとしている。裁判官の任用段階で、民主的手続きを踏むだけでなく、裁判官の活動全般の透明性を確保する必要があるとの考えである。

K. D. Ewing は、透明性の向上には、個々の判決に対する責任体制を明確にする必要性があると指摘する。これまでは判決に問題があったとしても、上訴手続きが存在し、上級裁判所で見直される可能性があるので、裁判官の個人責任を問う必要はないとの考えが有力であった。日本でも、冤罪事件で誤審した裁判官の責任は問われないと共に、そもそも「裁判官は弁明せず」との考えが根強く、法廷外での説明義務はないとされてきた。だが K. D. Ewing は、上訴手続は、あくまで「内部審査制度」の一つであって、別に外部審査の創設が必要と述べる(120)。責任の所在を明確にするには、判決内容についても外部からの客観的評価が不可欠との考えである。実際、外部有識者が公刊する判例評釈は、その後の裁判動向に影響を与え、相当な改善効果があるだけに、適正な批判は、民主的司法体制にとって有用である。外部の批判に十分耐えられる判決を提供し続けることが、民主的司法体制にあっては不可欠と考えられる。

更に K. D. Ewing は、民主的司法体制では、司法の独立が十分に保障される必要があるともする。裁判官の任用に独立性を担保し、個々の判決に対して政治介入を排除する必要があると、従来からの考えを支持している(121)。しかしながら、権力基盤を適正に代表する組織に再編し、責任体制を強化したとしても、司法の独立は脅かされないと強調していて、代表面と責任面での強化を通し、司法の独立性は一層強まるとの認識を示す。

## (2) 最後に

上述したように、そもそも「民主的司法体制」が如何なる状況であるのか、議論が十分ではない段階にあって、安直な結論を示したり、必要要件を列挙したりするのは差し控えなければならない。しかしながら、K. D. Ewing の所見を見るだけでも、EU 裁判所の現状が多分に問題を抱えているのは確かである。

EU 裁判所を巡る一連の議論にあって、司法積極主義を評価するか、それとも否定するか様々な考え方があるにしても、少なくとも、ヨーロッパ市民の間に、EU の権力構造には「歪み」が生じていて、それが常態化しているとの認識が存在するのは確かである。今更ながら突出した司

<sup>(119)</sup> Ibid., p. 721.

<sup>(120)</sup> Ibid., p. 724.

<sup>(121)</sup> Ibid., p. 733.

法権力の現状が、多くの不安を生み出す要因となっていると考えられるだけに、「均衡性(バランス)」の取れた権力再配分が、EUの将来的発展には不可欠となる。EUにおける「民主的司法体制」には、均衡性の回復が喫緊の課題になると思われる。

冒頭述べた通り、日本にあっては、EUの大いなる発展にともすれば目を奪われがちでる。そのため、EUにおける権力構造の歪みや、そこから発生する深刻な法律問題を等閑視する傾向があるが、それでは将来のEUを見誤る恐れがある。我々としては、これまで以上に司法積極主義に潜む危険性に注目し、未確認政治物体としてのEUを慎重に検証していかなければならない。

以上

※本論文は、平成25年度拓殖大学政治経済研究所個人研究助成の研究成果の一部である。

(原稿受付 2015年6月2日)

# 地下水の保全管理のための法規範研究

奥田進一

### 要旨

生活用水や工業用水など、わが国における水利用の多くは大量取水が可能な河川水に依存しているが、農業用水の多くは地下水に依存する割合が高い。ところで、河川水の保全と利用に関しては水質汚濁防止法および河川法によって規律されているが、地下水の保全と利用に関しては現在のところ規律する法律が存在しない。そのため、地下水をめぐる法的権利は、土地所有権に内包されるものとして位置付けられ、土地利用との関係で私権的に思考される傾向にある。しかし、このように地下水を私権性を有するものとして理解することは、水そのものが有する公共性の観点から好ましくない。そこで、本稿では、流水の私権性を排除している河川法や伝統的なため池等で散見される水利慣行、さらには地方自治体における地下水規制に係る条例の動向について概観したうえで、それらと地下水との差異を明らかにし、規律する法制度が未整備の地下水問題の課題と規範の在り方について検討した。

キーワード:地下水,河川法,水利権,水利慣行,地下水条例

# はじめに

地下水は古来より水質が良好で水温が安定しているため人々に利用されてきたが、現代では人口増加、産業構造の変化、人口増などにより大量取水が可能な河川水への依存が高い地域の方が多い。わが国の水資源利用量全体に占める地下水利用は約12%に過ぎないが、生活用水と工業用水になると約50%を占めるという<sup>(1)</sup>。他方で、河川水の利用には水利権の取得やダム建設等のインフラ整備を伴い、農村地帯では地下水への依存が高い。また、地震等の災害時には河川水に由来する上水道の供給は滞りがちになり、地下水利用がますます重要になる。しかし、河川水と異なり、地下水利用に関してはこれを規律する法制度が未整備の状態にあり、水源地や取水地の土地所有権との拮抗という問題も存在する。また、地下水汚染に関してもその原因や汚染が顕在化するまでに相当期間を要するという問題も軽視できない。地表水の管理について定めた立法としては、治水対策を主目的として1896年に制定された旧河川法が初出であり、1897年にはやはり堤防決壊などに対する治水目的で砂防法が制定された。これら2つの法律はいずれも水に関する最古の立法例といえるが、地下水に関しては何らの規定も設けていない。旧河川法制定当時は、現在のような大深度掘削による地下水取水は行われておらず、つるべや手動ポンプなどを利用し

た小規模な井戸などによる利用がせいぜいであったことから、地下水を管理するという発想がなかったのではないかという理由が考えられている<sup>②</sup>。他方で、わが国において地下水を専門的に規律する法律は現在のところ存在しないが、個別に地下水に関する規定を有する法律を概観すると、利用規制に関する規定を有する法律と、水質規制に関する規定を有する法律とに大きく分けられる。

本稿では、このような地下水の利用と保全をめぐる諸問題について、河川法や水質汚濁防止法によって規律される河川水の利用と保全について詳述したうえでそれらとの差異を明らかにし、さらに慣行水利権やため池等に関して存在する水利慣行を概観しながら、規律する法制度が未整備の地下水問題の課題と規範の在り方について検討する。

# 1. 河川水をめぐる問題の概要

河川水をめぐる問題は、水害、水利、水質の3つの類型に分けることができ、それぞれについて利害関係の対立が生じている<sup>(3)</sup>。この3類型は、ちょうど河川法の制定とその後の改正による同法の目的変化の軌跡と合致する。

まず、水害問題についてであるが、わが国では 1896 年に洪水防御に重点を置く河川法が制定され、水害対策ともに農業生産が飛躍的に向上した。水害にかかる利害関係の対立は、洪水被害として顕在化することになる。ただし、戦前においては 1907 年の山梨大水害、1910 年の関東大水害、1938 年の阪神大水害などがあるが、大規模水害は戦後に多発する。これは、治水対策により河川改修において河川の直線化が推進されたことに加え、都市部における宅地開発が進み人口が急増したことに起因するところが大きい。そのため、水害は国の防災対策の瑕疵に基づく人災であると認識され、1947 年に国家賠償法が制定されたことと相まって、昭和 40 年代に入ると水害訴訟が増加しはじめて原告勝訴も相次いだ。しかし、1984 年 1 月 26 日の大東水害訴訟事件において最高裁が、「未改修河川の安全性について、同種・同規模の河川の管理の一般水準および社会通念に照らして是認しうる安全性を備えているかどうかを基準として判断すべきであり、未改修の部分で水害が発生しても、河川管理者たる国には損害を賠償する責任はない」と判断するに至り、それ以降の水害訴訟では原告敗訴が続き、水害訴訟は「冬の時代」を迎えたといわれる(4)。

つぎに、水利については 1964 年の河川法改正によってこれが明確に打ち出される。同改正法の基本精神は、これまでの治水対策に加えて、とりわけ工業用水や上水道用水などの新規の大量利水開発にあった。その結果、水系一貫管理の方策のもとで、水資源開発促進法とともに、全国の水系に大規模な電源開発やダム建設が盛んに行われるようになり、水資源開発者と農業や漁業などの既存利水者と、産業や都市などの新規利水者との対立構造に、水資源開発の犠牲となる地域住民が組み入れられて一層複雑な利害関係が生じることになり、全国各地で反対運動が湧き上

がることになった<sup>(5)</sup>。

とくに地域社会への影響は深刻であり、大規模なダム建設などが行われると地域住民を賛成派と反対派に分断して対立させ、地域活力の低下、過疎化、地域消失への過程をたどり、結果として地域コミュニティが崩壊することにつながる<sup>(6)</sup>。

そして、水質については 1997 年の河川法改正でこの問題が正面に出されることになる。産業構造の転換、水に対する価値観の多様性という流れにより経済成長や産業発展あるいは生活水準の向上と水需要とが比例しなくなり、水需要の減退、水供給の過剰という事態を招いている。また、これまでの過度な水資源開発、洪水対策などにより環境問題が顕在化し、自然生態系への影響だけでなく、国民の価値観が大きく変化し、河川環境や多自然型河川への再生が国民的課題となり、1997 年に河川法が改正されることになった。この改正では、治水、利水および環境の3本柱が謳われ、100年以上を経過して初めて河川の本来の姿へ回帰する法的整備が行われたといえよう。また、河川整備計画の策定に当たっては、必要に応じて住民等の意見を反映されることになり、住民等が河川の将来計画に関わることができるようになった(\*\*)。

ところで、水利問題は利用形態の違いによって生じる影響関係の調整問題と、水資源の有効利用問題とに二分することができるという見解がある®。水質問題は水利問題と密接な関係にあり、水を利用すれば当然に排水が必要であり、逆に水質が悪化すれば水利用を妨げる恐れも生じる。なるほど水質は一般的に汚染の濃度が問題となり、その濃淡は水量によって影響されるといえよう。つまり、水利権に基づく水利用において水量侵害行為があった場合には、水質汚濁による不法行為の可能性も生じ得るのである。

今日のダムや河口堰の建設計画や建設中の事例の動向をみると、社会・生活基盤の整備向上、水需要の減退と水供給の過剰など社会的要因、産業における節水技術的要因などにより、ダムや河口堰の建設・立地による経済的効果や波及効果、公共利益は小さいかあるいはほとんどないようである。このため、地域住民や関係者の多数はダムや河口堰の建設計画に対して反対という意思表示を行うようになって来たのが現状である。また、予測された効果と現実的な効果との格差が大きくなり、開発利益の帰属にも偏りがあり、こうしたことが水資源開発における利害関係の調整を困難にしているのみならず、コンフリクト構造を一層複雑にしているという指摘がある。。

## 2. 河川法の役割

1896年に河川法が制定され、その後の1964年の大改正を経て、さらに1997年の改正を経て、河川は多様な機能を付加的に担いながら、その法的性質を複雑なものにしてきた。1896年河川法の制定当時は、治水対策に重点が置かれ、流水、河川敷、堤防等の河川区域内の土地に私権の成立を一切認めず、河川管理は原則として地方行政庁が行うものとしていた。その後、1964年河川法においては、河川区域内の土地については私権の成立を認めたうえで、河川管理上必要な

範囲内でのみその行使を制限するという立場をとり<sup>(10)</sup>、私権の存在とその継続性に配慮したものとなっているように思われる。河川管理については、1964年河川法において、1級河川は国が、2級河川は都道府県知事が、準用河川は市町村が管理するという水系主義の河川管理制度が採用された。なお、一級河川であってもその全区間、全管理事項について国が直接管理する必要が必ずしも存在しない場合もあることから、一級河川について区間や事項を限って都道府県知事もしくは政令指定都市の長に管理権限を委譲することができる(同法9条2項)。

河川法によれば、河川は「公共用物」であると定義され(同法2条1項)、河川の流水は私権の目的となることができない(同法2条2項)。また、国家賠償法によれば、河川は「公の営造物」とされ(同法2条1項)、とくに湖沼や海岸等とともに「自然公物」とされている。もっとも、「自然」と「公物」を結合させた「自然公物」という語は違和感の多い概念であり、河川に関しては堤防やダム等の治水施設がまったく存在しない場合についても国家賠償の対象となり得るのかという議論が存在する。たとえば、積極説は、堤防等の治水施設を全く備えない河川については、社会通念上当然治水施設を設けるべきであるのにもかかわらずこれを備えないような場合であれば、そこから生ずる危険は、社会通念上合理的に受忍されるべき範囲を超え、行政主体の負担とするのが妥当であるから、その氾濫による損害は河川という営造物の設置・管理に瑕疵があるものと考えるべきであるとする。他方で、消極説は、国賠法2条が適用されるのは、原則として堤防その他の工作物がある場合に限られ、河川を放置したことによって責任は発生しないとする。いずれにせよ治水対策において何らかの瑕疵があれば、それは国家賠償法の対象として訴訟によって解決する可能性があろう(11)。

つぎに、利水について考察する。利水は、水利権という形で調整される。水利権とは、河川の流水を一定の目的のために継続的、排他的に使用する権利であり、以前は慣行によって成立していたが、1964年の法改正後は、河川管理者の許可によってのみ成立することになった(同法 23条)。このことは、これまで慣習法上の物権として、建前上は存在が否定されてきた水利権が、法的根拠を得て一種の財産権として扱われるようになったことを意味する。水利権の内容は、水力発電、農業灌漑、水道、工業用水、鉱業用水、養魚、し尿処理等の目的での河川流水の占有である。あくまでも占有目的を権利内容としているので、たとえば農業灌漑に利用した流水をそのまま利用して養魚を行ったとして、占有する流水量は同じであるが、占有目的が異なるので、別個の水利権の許可を受ける必要がある。なお、新規に水利使用の許可申請に際しては、既存の権利者を保護するために、関係河川使用者の同意を得て、その者の損失を補償した後でないと許可されない(同法 40~43条)。また、河川管理者の許可を得ることで、水利権を譲渡することも可能とされている(同法 34条)。

基本的に、水利権が問題となるのは農業灌漑を目的とする流水の占有である。日本における年間水使用量約900億トンの内、農業用水は約3分の2を占めている。また、農業用水の約9割は河川水に依存しており、その内の約95%は水田の灌漑用水として使用されている。農業用水は、

農業生産にとって不可欠なものである。今後も農業の持続的な発展のため、農業用水の安定的な 確保を進めなくてはならない。農業用水は、転用などによる水田面積の減少により、水田灌漑用 水の減少が見込まれるが、畑地灌漑用水や水路機能を維持するための用水確保が必要であり、今 後も横ばいで推移すると思われる。農業用水は、灌漑用水だけでなく、古くから防火用水、環境 用水(景観形成,生態系保全,生活排水の稀釈)収穫物・機械洗浄などにも利用され,地域の生 活に不可欠な存在となっている。農業用水の水利権の多くは土地改良区や水利組合等の利水団体 が有しており、営農形態の変化や受益面積の減少等により変更が必要となっているものもある。

さて、河川水を利用する際には、河川法の規定に従って河川管理者の許可を得る必要があるが、 一部の水利用においては私的な利用に近い水利用、すなわち慣行水利権が存在する。慣行水利権 は、河川法87条に規定される「みなし許可制度」により成立し、河川法102条違反(1年以下 の懲役または50万円以下の罰金)にはならない。慣行水利権は、河川法上は「みなし許可水利」 と称されるが、あくまでも河川管理行政は許可制による一元管理を建前としており、慣行水利権 もこれを法定化し、許可水利に取り込もうという姿勢で実務を継続してきた。慣行水利権は慣習 法において秩序化されているが(12)、河川法制定以前から水利秩序に関する慣習は既に存在したの であり、河川法が慣行水利権の存在を認めたことは、慣習法による水利秩序の存在を認めたこと を意味するい。つまり、結果として河川法は、水利秩序全体を規律することができなかったわけ で、慣行水利権については慣習法が規律するという複雑な法構造をとらざるを得なかったのであ る(14)。また、慣行水利権が、河川法上の許可水利とみなされたからといって、その性格が変質す るものではない<sup>(15)</sup>。

このような河川法が抱える二元的法構造による問題が顕在化するのは,ダム建設等の大規模公 共事業が展開される際に,「慣行水利権の放棄」という形で紛争になった時である。本稿におい て問題としたいのは、そもそも水利権は誰のものであって、その権利は一体いかなるものなのか ということである。それは権利の性質をどのように認識するのかによって変わってこよう。同様 の問題は、山野や漁業においても発生しうる。すなわち、入会権や漁業権をめぐる問題である。 そして、このような権利の法的根拠の不明確さこそが、ダム開発や干拓事業差止などの頻発する 公共事業に係る紛争の背景になっているのである。従来の利水の理念は、増加する水需要を満た す供給を確保するためにダムや堰などの利水施設を建設することにあり, いかに多くの水をいか に安価に提供するかにあった(16)。しかし、昨今の水を取り巻く環境の変化は、この考え方に大き な転換を迫っている。ところで、慣行水利権の利水目的は、工業用水や上水など多岐にわたって いるが、圧倒的多数は農業用水であり、とくに農業用水のみなし許可水利権を慣行農業水利権と 称することが多い。慣行農業水利権の利水目的は灌漑が中心的であるが、それに限定すべきでは なく、農村地域の生活用水等の役割を有することから地域用水と理解すべきとする見解があるいつ。 水利権の法的性質に関しては公権説、私権説、折衷説が存在する。このうち、「水利権も現に

私的利益の対象になり、慣行水利権でさえも優先権や排他的支配の性質を持っており私権たるこ

とを否定できないが、公法上の各種制限によって公法的規律を受けるにすぎない」とする折衷説が妥当であるとされる。ただし、これらの学説の対立もあまり実益はなく、公権説に立ったところで慣行水利権が私的利益の対象となっていることを否定できないし、私権説に立っても水利権が公法上制限を受けることを否定することもできないからである(18)。

以上の手続を踏まえると、河川法23条により取得した水利許可と河川法87条により許可を得 たものとみなされた慣行水利権とが競合し、その結果として水利許可が慣行水利権を侵害する場 合があり得よう(19)。また、慣行水利権は成立していないものの、漁業等の河川利用者や河川環境 そのものに対して水利許可に基づく利水行為が何らかの障害となる場合もあり得よう。とくに, 発電等の目的による利水行為に関しては、それが河川水量の著しい減少や消滅等という形で、河 川環境に多大な負荷を与える現象が発生している。既存水利権に対する侵害行為に関しては、侵 害行為と損害の事実が明確になることが通常であり、判例も多く、学術上の議論も従前からそれ なりになされてきている@ω。翻って,河川水量への侵害のように,損害の事実が不明瞭であり, 被害者は不特定少数者であり、ともすれば被害の主体は河川やその周辺環境そのものである場合 には、訴訟にすらなり得ない。しかし、水量侵害も公害であり、たとえ人的被害が発生していな くとも、環境には取り返しのつかない程の極めて大きな負荷を与え、自然公物たる河川の機能そ のものを不全に陥らせ、最終的には水利秩序を崩壊させている場合もある。洪水の流下の妨害 (ダムや取水施設の設置により生じかねない),河川水の減少による公益の阻害(水質汚濁,景観 の損傷、河口閉塞、漁業被害など)等を発生させるような、公共的な機能を妨げる水利使用は許 されないばかりか、河川空間のオープンスペース機能、河川湿地の自然生態系機能などの河川環 境を損傷しないことも重視されるべきだという見解も存在する(21)。

いずれにせよ、慣行水利権、とくに慣行農業水利権と新規の水利許可とが競合することが、現行河川法の課題であるといえよう。それでは、なぜ 1964 年の改正において慣行水利権の成立を認めなくてはならなかったのであろうか。この問題は、慣行水利権の法的性質を検証することによって明らかとなろう。

## 3. 慣行水利権の法的性質

### (1) 民法上の性質

民法 175 条は、「物権は、この法律その他の法律に定めるもののほか、創設することができない」と規定しており、当事者が契約により新たな物権を創り出すことを禁じているが、慣習上の物権には本条が適用されるのか否かについては争いがある。ただし、民法施行法 35 条は、「慣習上の物権と認めたる権利にして民法施行前に発生したるものと雖も其施行の後は民法其他の法律に定むるものに非ざれば物権たる効力を有せず」と規定しており、慣習上の物権を明確に否定している。さらに、法の適用に関する通則法 3 条が「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、

法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する」と規定して、民法 90 条に反するような慣習は認めないとした。判例は、本条の法律に法の適用に関する通則法 3 条(旧法例 2 条)にいわゆる慣習を含むということに否定的であるが、学説はこれを肯定する方向にあり、慣習法上の物権が認められると解されている。このように、民法 175 条、民法施行令 35 条および法の適用に関する通則法 3 条により、慣習法上の物権は何重にも否定されたのである。

しかし、明治期のわが国において、社会全体に江戸時代以前の慣習に基づく様々な権利や商慣 習等が根強く残存し、広く行われていたことは想像に難くなく、民法においてそれらの存在を完 全に圧殺することはできず、多くの慣習やそれに基づく物権を是認せざるを得なかったといえる。 学説も、慣習法を民法175条にいわゆる「法律」に包含させて慣習法上の物権を認めようとする 「民法 175 条適用説」,慣習上の物権が法定主義の趣旨に反しない場合には民法 175 条は適用され ず、法の適用に関する通則法3条における「法令に規定されていない事項に関するもの」となる とする「民法 175 条不適用説」などがあるが、いずれも慣習上の物権を肯定しようとする点では 共通する(22)。さらに、後述するように、判例も明確に物権とは言い切っていないものの、何らか の物権的な権利として肯定してきたといえる。このような考え方の背景には、制定法上の規定が ないことから,水利権の法的性質が公権であるか,私権であるかという論争がある。概ね,公法 学者は公権論に立ち、私法学者は私権論を支持した。慣行水利権は、後述するように、その内容 から判ずるに基本的には私権であり、それは物権ないしは物権類似の権利とするのが今日におい ても多数説である(23)。慣行水利権が物権ないしは物権に類似する権利であることの特徴は,権利 の効力面において顕在化する。物権は、物を直接支配することによってその物の効用を享受する 排他的独占権であり、優先的効力と物権的請求権を効力として有する。慣行水利権がこれらの効 力を有するか否かについては、次のような歴史的背景から検証されよう。

江戸時代を通じて、天領においては幕府が、その他の地域では知行する各藩が、領地内で水利紛争が発生すると、当事者間において自主的に解決させることが通常であった。もし、自主的解決ができない場合は、村落共同体の長たる庄屋・名主(地域によっては大庄屋・大名主)の裁量と差配に委ねられた(24)。つまり、水利権の侵害行為に対しては、水利権の主体がこれを排除し、予防を請求する権利、すなわち物権的請求権の行使があったことが確認できるのである。また、上流優先の原則あるいは古田優先の原則の存在(25)から、優先的効力を有していたことは明らかである。しかし、このような性質を有しているからといっても、河川の流水までを私的な物権であると捉えているものではない。この現象に、「河川の流水は、私権の目的となることができない」とする現行河川法2条の淵源を求めることもできよう。つまり、河川流水は公共財であるという考え方は、現行法によって確定したのではなく、これもまた慣習法であると言っても過言ではない。

さて、現行河川法が伝統的な水利権概念を継承しているならば、水利権とは公共財としての河

川流水を占有的に利用する権利であり、決して所有権ではないのである。したがって、水利権は 自らが占有的に利用するのではない水に対してまで権利を主張することはできず、あくまでもそ の利用目的に応じて必要な水量だけを取水して利用することを内容としている。言い換えるなら ば、実際に使用しない水は、河川管理者に返還しなければならない。現在の河川法では、水利権 者が自らの水利権水量を利用しなくなれば、その水利権を河川管理者に返還し、その後に河川管 理者が水利を必要としている他の人に再分配するという制度になっている。このプロセスは、現 実の水資源の需給を見極めるという意味においても重要である。水利権の私権性は、あくまでも 行政の許可の上で成立するものであり、公法上の制限を受けるものである。

## (2) 慣行水利権の内容

前述の学説の動向を踏まえると、慣行水利権とは、「水利用の事実が反復継承され、それが合 理的であり、正当なものであるとして社会的承認をうけ、これを通じて形成された権利」と定義 できよう。社会的承認とは、同一水系において利害関係を有する共同体の構成員によって取水、 配水、排水という一連の行為が秩序立って行われ、慣習化することである。反復するが、この慣 行水利権は、改正河川法(1964 年)において許可水利権制度が導入された際に、旧河川法(1896 年)以前より利用していた水利秩序に対して与えられたものであり、この瞬間に慣行水利権が私 権化したとともに、河川法という公法上の制約を受けることになった。例えば、河川法34条に よる権利譲渡制限,同 38 条以下の水利調整,同 75 条の河川管理の監督処分等がこれに該当する。 この慣行水利権を、河川法の管理下においてどのように規律して行くのかという問題に対して は、2 つの考え方が存在する。まず、農業利水者は河川管理による管理を排除し、旧来の慣行水 利を堅持しつつ、その私権性をより強調すべきとする見解である。つぎに、権利形態の差異を絶 対化して、慣行水利権の主体でなければ権利の実現が保障されないと考えるのではなく、河川管 理者,他種の水利権に対する農業水利権者側の交渉能力を高め,利水上の問題を調整する調整機 構の整備に重点をおいて水利秩序の組織化を考えようとする見解である(26)。両見解は、必ずしも 対立的な構造にあるわけではなく、いずれも水利権が有する性質の一面をそれぞれに強調してい るにすぎない。両見解の決定的な相違点は、河川の公的管理に対抗する論理が、旧来の論理(自 由な水利)であるか,新しい論理(自治的な利水調整組織による交渉)であるかである。慣行水 利権を堅持しようとする見解は、権利の効果として公的管理を排除できることを前提とするので、 行政との接触の場を理論内在的に想定しないものであり、水利調整・紛争解決は裁判での解決を 想定するものとなる(27)。

## (3) 慣行水利権の主体

ところで、慣行水利権の内容は、その主体面からも特殊性を明らかにすることができる。前述 のように、慣行水利権の主体は伝統的な村落共同体であった。共同体は、堰堤や水門、用水路や 水車等の水利施設を設置し、これを維持管理し、所有した。そして、特定の水系に沿って存在す る各共同体間では、取水の量や時期をめぐって紛争が頻発し、それらは基本的に当事者間におい て解決された。これらの紛争や解決方法を通じて,水利慣行が形成されたのである。水利紛争に おいては、各共同体が所有する水利施設が標的とされることが多かった。このことは、往時は、 水利施設の所有と水利は表裏一体の関係にあり、水利権の内容が水利施設の維持管理によって享 受できる取水量にあったことを推認させる現象である(28)。水利施設の維持、管理、取水、配水、 排水の方法等に関しては、水利権を有する各共同体の寄合において決定された。これは水利権が 入会権と同様の権利であることから,総有的利用形態の効果として当然のことであり,共同体の 構成員たる個々の農民(農家)は、構成員たる資格において自由に水を利用し得たが、離農や離 村等の事情により構成員たる資格を失えば水を利用する権利も喪失した。個々の農民は、寄合に おいて決定された方法に従って水利行為を行ったが,水利権の管理および処分の権能は有さず, これらはあくまでも共同体に総有的に帰属した。したがって,実際に取水後の水を利用する個々 の農民にとっては、水利施設の所有には関心がなく、取水、配水、排水という水利行為そのもの に強い関心が寄せられていたことは言うまでもない。このとき、農民は配水によって水の利用を 享受する一方で、それを元の水系にうまく排水すべき義務を負っており、むしろこの排水義務を いかに尽くすのかが水利権の内容として認識されていたきらいがあるሬៈᢀ。なお,農民が所有に関 心を有さなかったということは、水利に限ったことではなく、当時の農民の多くは小作的地位に あり自己所有の農地を有しておらず、農地についてもそこを所有することよりも利用することに のみ関心が寄せられていたのである(30)。

至極当たり前のことであるが、農業は元来、農地と水利とが一体となって営まれるものであり、両者は常に合わさって機能していたのである。そして、少なくとも第二次世界大戦以前においては、農地も水利も共同体の管理コントロール下に置かれ、それぞれについて利用に関する慣行秩序が形成されていたとみるべきであろう。したがって、共同体が消滅ないしは崩壊した場合には、新たな利用秩序を人為的に形成するか、新たな管理団体を組織する必要がある。農地については、1947年にはじまった農地改革と1953年の農地法により、農地は新秩序において管理コントロールされることになったのだが、水利に関してはこのような秩序形成は行われず、新たな管理団体として土地改良区等の形で水利集団が形成されたものの、その実態は旧慣秩序を形成していた旧共同体であることが多い(31)。

分割的利用が可能な土地については、共同体の解体によって土地の共同体的支配も容易に消滅する。しかし、利水が治水事業と密接にかかわる結果、比較的広域の一定組織を中心とした、体系的な管理システム抜きに水利用を営むことは不可能であり、これが土地改良区という組織が存在する理由である。そして、共同体が解体ないしは消滅したとしても、当該共同体とリンクしていた水利組織は解体ないしは消滅できないという現象が発生するのである。土地改良法は、耕地整理法と水利組合法を統合したものであるから、土地改良区はもっぱら水利組織として機能する

ことを目的に設立されることが多い。河川水利集団として持たざるを得ない公共的性格が、土地 改良区に公共的法人の形態を必要としているが、その形態の背後には私的共同体の実態が存在す る。かつての「藩営」と「民営」という相対現象が、今日も継続していると考えられる<sup>(32)</sup>。

転用を通じて形成された土地改良区の資本は、土地改良区が管理するものであって、決して個々の農業者に分配されてよいものではない。このことこそが、土地改良区がかつての私的共同体を継承しているものであることを証左するものである。

水利権の帰属は、今日、必ずしも定かではないが、これまでの議論をまとめると、土地改良区の管理下にあるという見方(土地改良区帰属説)が一般的であるが、個々の農業者(あるいは水田)にあるとする見解もある(私的所有説)。また、水について土地改良区と個々の農業者(あるいは水田)との関係は、水利権によって極めて限定された流量を、限定された時期に授受するという関係にあるのではなく、個々の農業者(あるいは水田)が水稲栽培を円滑に行えるように適宜排水するという義務が土地改良区にあり、個々の農業者にはその排水を要求する権利があるという、一種の排水についての契約関係であるとする見解もある(配水契約説)。

以上を踏まえて、農地と水利権との関係を総括すると、自作農の創設により個々の農家は自己の農地を所有するに至り、その点において旧慣秩序から解放されたかに見えるが、農業において最も肝心な水利権の適正再配分が行われなかったことで、農家は水利の面から旧慣秩序から脱却することができなかった。法的側面からいえば、農地法の施行により農地は近代法秩序の中に組み込まれたが、水利権は近代法以前の慣習法秩序から脱却することができなかったのである。そして、農地の経営に最も必要不可欠な水利権が旧慣秩序の中で機能したため、農地は水利権に従属する存在になったといってもよく、このことは1964年の河川法改正により創設された許可水利制度により決定的になったのではないだろうか。つまり、農地と水とは、農地解放前後も河川法改正前後もそれが不可分一体であり続けたのだが、いずれが主でいずれが従かという関係は逆転したと考えられる(33)。この問題に関しては、「農業水利の伝統的秩序は、農村内部における民主主義的秩序の形成を阻止し、農業生産力の発展にとっての桎梏となるばかりでなく、それは現在、農村外部からの収奪に直面しても、その矛盾を露呈せずにはいられない」という指摘がある(34)。

## (4) 許可水利・慣行水利権の財産化

これまで概観してきた、慣行水利権の法的性質や内容は、河川水利用の新規参入に際して行われる水利調整にどのような影響を及ぼすのであろうか。水田面積が減少し、水利用形態が大きく変化している都市近郊などで、上水道などが慢性的に不足している地域では、農業用水を減じて、上水や工業用水を増やそうとする水利権の転用が行われている。また、すでに繰り返し述べてきたように、水利権が公権的性質も帯びていることから、余水に関しては、本来これを公に帰せしめるべきであるが、これがほとんど行われていない。それは、水利集団が水利権を完全なる私的

財産権として認識していることが原因ではないだろうか。さらに言うならば、営農集団や水利集 団が、過去においては明確に認識できていたはずの管理的内容を主とする水利行為(水利施設の 所有と維持管理)ではなく、いつしか所有的内容を主とする水利の権利所有に関心が移ったとい えよう。また、個々の農民においても、かつては排水義務を負うものとして水利行為を捉えて取 水と配水とに関心を示していたはずなのに、いつしか自らを水利という権利の所有主体であると 認識するようになったのである。排水量は、その農業用水に課せられている義務的な排水量(あ る種の公共財)と考えることが妥当であり、過去の水利慣行では確かに排水義務が重要視されて いた。つまり、水利権は、水利施設を維持管理し、排水を行う賦役の総和であり、義務として構 成されるべきものであったのである。ところで、排水義務よりも水利権流量を基本的水利量と考 えるようになったのは、水資源の開発が大規模になされるようになってからであり、公水管理の 体系がそうさせたという指摘がある。しかし、多くの土地改良区が「取水」と「配水」という私 的側面を重点に機能している実態を考えると、水利権の私的財産化はより進行させるべきもので あるが、依然として公共性の強い性格のものであることを考慮して、一定の公的管理のもとで水 利秩序を構築すべきである。なお、農業用水(不特定利水)から都市用水(特定利水)への転用 が行われた場合、転用分は不特定利水容量から減じて考えるべきではないかという疑問が存在す る。農業用水は不特定利水容量によってある程度取水流量が確保されているが、都市用水は特定 利水容量に拠っている。この場合において、農業用水から都市用水に転用したものに関する利水 容量はどのように考えるべきかについては不明な点が多い。このことも、河川水を公共財と私財 とに明確に区分して議論することである程度の方向性が見えてこよう。いずれにせよ、水利許可 に関してはその公共性が強いにもかかわらず、誤った方向で私権性が強調されているという実情 が、今日のわが国河川法を貫く大きな問題として認識され、その是正に向けた検討が早急に開始 されることが期待される。

# 4. ため池をめぐる水利慣行

慣行水利権は、総有に係る土地所有権と一体化した水利慣行に基づいて実行されるのが一般的であるが、水量が希少な地域、とりわけ河川水に依存できず、ため池などの貯留水(止水)を取水源としているような地域では、総有的な土地所有権とは切り離された、どちらかといえば個人の土地所有権あるいは土地所有者に付随する水利慣行が顕在化してくるのではないだろうか。そこで、わが国でも有数のため池群を有する香川県におけるいくつかの水利慣行事例を紹介し、河川流水の慣行水利権とは異なり、個人の土地所有権等と一体化した水利秩序が求められる地下水法制の在り方に対して参考に供するべく検証を加える。

香川県では、用水不足のために、ため池や地下水などを様々な形で農業用水に利用してきた。 このように多種類の用水源があるため、その灌漑区域を固有の用水源の名を冠して、何々池掛り、 何々川掛り、何々出水(地下水)掛りと称している。あるいは、水利施設を介して導水や配水が行われるために、水利施設名を冠して呼ぶ場合があり、井関(堰)掛り、ポンプ掛り、井出(用水路)掛り、股掛りなどと称されている。ちなみに、幹線水路から分水する地点を股あるいは分け股といい、その下流の灌漑区域を「何々股掛り」と称する。このように固有の用水源名あるいは水利施設名と一体となった呼称があり、これらの灌漑区域を総称して水掛りという。この水掛りの特徴は用水源あるいは施設が特定された灌漑区域であり、伝統的に用水事情が厳しかったことを反映して、一枚一枚の水田はどの水掛りに属すかは明確に定まっており、水掛り区域は厳密に確定していたという。また、用水源と水掛りは原則的に一対一で対応し、水掛り間では用水を融通しないのが原則であった(35)。

ため池の水利権は、水利の段階に応じて承水(引水)権、貯留権、利用権の3つに分けること ができるとされる(%6)。このうち、承水(引水)権は河川法上の許可水利権と慣行水利権のことで あり、貯留権と利用権がため池水利に特徴的な水利慣行といえる。ところで、許可水利が取水量 を最も重要な内容としているのに対して、慣行水利権の多くは取水量よりむしろ、取水時期、方 法、取水堰等の構造や寸法等がその主要な内容を構成していることが多く、取水量はあいまいで 正確な数値を把握することに困難を伴い、たとえ取水量について届け出があっても、その水量が 実際の取水量を超越する場合があり、このとき必要量を超えた水量にも権利があるのか否かは疑 間であるという指摘がなされている(37)。具体的な取水状況にもよるが、届出水量を超越すると、 あるいはそれを下回ると、ここで水利慣行がますます重要に機能してくるのではないだろうか。 また、権利主体についてもため池の水利権はやや複雑な様相を呈しており、承水(引水)権およ び貯留権と利用権とで異なる。承水権と貯留権の主体は,承水,貯留,配水という一連の行為を 自己の責任において処理し、運営管理している水利団体(国、県、市町村、土地改良区、水利組 合等)であり、水利権者たる水利団体に対して、自己の灌漑面積等に応じてため池の貯水を自己 の耕作地に配水することを要求する権利、すなわち利用権の主体は水掛りの耕作者であるとされ る388。なお、貯留権とは、特定の水掛りに必要な分量の用水を貯留することを目的とする権利と される(灌漑期間中の雨水,河川からの引水,栽培作物の種類,作期等の関係で,水掛りの必要 水量とため池貯水量とは必ずしも一致しない)。そして、貯留権の及ぶ範囲は、少なくとも最高 水位における水平面が土地に接する線によって囲まれた地域(通常,満水面という)であり、そ の地域において一定量の水量を貯留確保することになる(39)。

このようにして貯留された水がいよいよ配水され、水掛りの耕作者が利用権を行使するに際して、渇水期や水量が絶対的に不足している香川県下のある特定地域においては、「水ブニ」や「地主水」といった特異な水利慣行が存在する。農業用水権は、一般的には水掛りの土地所有権者全員の総有に帰する土地に付随する権利であるのに対して、水ブニや地主水はどちらかといえば耕作者(人)に付随する個人所有権的色彩の強い水利慣行とされる。すなわち、水ブニは、個別の水田が一定量の用水権の持分を持つ慣行で、用水権が総有的なものであることに対する例外

であり、「地主水」と呼ばれる慣行は土地所有権とは分離した慣行で、用水権が土地に付随するという原則から外れた慣行であるとされる<sup>(40)</sup>。ちなみに、地主水の慣行が行われていたのは、香川県下でも木田郡下高岡村(現三木町)の一箇所のみであるという<sup>(41)</sup>。そこで、ここでは水ブニについてのみ詳述するにとどめる。

水ブニの「ブニ」とは、香川や岡山で持ち分や取り分という意味で用いられた方言で、水ブニは水の持ち分、水を取り入れる割合などを意味し、水田一筆毎に持ち分が定められている点に特徴があり、同一の地区であっても水田によって引水量に差が認められている<sup>(42)</sup>。水ブニの発生は、各土地の用水権の持分を明確にしておくことで、用水計画も立ち、下流は保護され、干ばつ時等における無用な紛争を防止する上で役立ったのではないかと考えられている<sup>(43)</sup>。

水ブニによる配水は常に実施されるわけではなく、渇水発生時またはそのおそれが予測されるときに限定されていた。配水方法には、引水時間によるもの(番水)と分水設備(分水工・分木・定規)によるものと2種類がある。水ブニによる配水が始まると、各水掛りにおいてこれまで行われてきた引水方法が中止され、各自の水ブニ量に応じて配水が行われる。とくに番水による配水が多く行われており、線香や抹香の燃焼する時間によって番水時間が決定されたことから、この方式を線香水とか香水と呼んでいた。線香水や香水による番水が実施されると地区農民は総出となり、配水時に欠席すると配水を受けられないというペナルティもあったとのことである(44)。また、渇水がさらに深刻化してため池の貯水が少なくなってくると、7分配水、5分配水といった放流制限が加えられ、それに応じて線香の長さが台帳記載の長さの7割、5割に短くされ、他方で、引水が一巡しても地区に割り当てられた配水時間が余っているときには、さらに線香割を追加されたという(45)。

水ブニ等の水利慣行は、1947年に始まる農地改革とともに次第に消滅していったが、ため池という水利施設はいまなお近代的水利施設と一体化して活用されており、そこで行われる水利システムは、かつての水利慣行を基本的に踏襲している。香川県では歴史的、慢性的な水不足を解消すべく、1968年から 1981年にかけて、高知県の早明浦ダムを水源として吉野川を流下し、徳島県の池田ダムの上流にある香川用水取水工から讃岐山脈を貫いているトンネルを通って、香川県三豊市財田町の東西分水工に流れ、そこから香川県全域に配水を可能とした総延長 106 km に及ぶ香川用水を開削した。しかし、香川用水だけで香川県全域の用水を賄うことはできず、まずは県下に広がるため池群の貯水量を使用し、つづいて不足分を香川用水で補うという計画になっている。つまり、ため池群という「調整池」により、幹線用水路の施設容量の増大、建設コストの増大を抑制し、より経済的な香川用水の建設が可能となったとされている。さらに、香川用水の配水操作についても、既存ため池群が調整池として活用され、香川用水がこれらのため池にいったん注水、貯留された後に、各ため池で従前から行われていた水利方式にもとづいて各農地に配水されているという。。このように、香川県の事例は、伝統的な水利施設と水利慣行を近代的な水利施設と併用することで、新たな水利システムの可能性を生じさせたものとして評価されよ

う<sup>(47)</sup>。このようなため池とそこで培われてきた水利慣行は、地下水の保全と利用に際しても、裨益するところは頗る大きいものと考えられるのである。

## 5. 地下水の利用規制

これまで概観してきた河川法および河川水の保全と利用をめぐる法規範の動向や検討事項、さ らには個人所有権に付随する水利慣行の実態検証を踏まえて,地下水をめぐる権利関係や法規範 の状況について考察する。地下水の利用規制に関する規定を有する法律としては、1948年に制 定された温泉法が挙げられる。温泉も地下に存する水体であることから、同法は地下水に関する わが国における初めての法律といえよう。なお、同法は制定当初は泉質について専ら規律する法 律であったが、2007年11月の法改正で用水規制、汲み上げの規制が取り込まれた(48)。さらに、 1905年に制定され,1950年に全面改正された鉱業法は,石油や可燃性天然ガスの開発に一定の 規制をかけつつ、これらの資源を含む地下水の開発を認めている。ちなみに、温泉法は土地の所 有者に、鉱業法は鉱業権者にそれぞれ地下水の採取を認めている点は、本稿で議論しようとする 地下水利用権の在り方を考えるうえで参考になる。このほかに、1956年制定の工業用水法や 1962 年制定の建物用地下水の採取の規制に関する法律(ビル用水法)が挙げられる。これら2 つの法律が制定されるに当たって、たとえば私企業の工場敷地内で地下水を汲み上げることに対 して、これをいかなる理由をもって規制するのかという議論がなされている。つまり、工場の敷 地は私的所有権の客体であり、当該所有地の地下水を利用するということは、本来は当該私企業 の自由ではないかということである。この問題に対して、当時の国会において建設省河川局長が、 「地下水が所有権の対象になるということを前提として規制をして行くことになるが、学説は分 かれていて明確な答えは出し切れない。しかし、規制をかけなければ地盤沈下が深刻になってお り,これを防ぐことを主な目的として法律を制定する」という答弁を行っていることが明らかと なっている⑷。この問題意識は,地盤沈下に関する法律が未制定であるという,現在の環境法と くに環境基本法が抱える問題に通底している。地盤沈下に関して法律が制定されないのは,そも そも地下水の流動システムが未解明であるという状況に加え,地下水の汲み上げ自体も地盤沈下 の要因となっており、規制の在り方が一律に捉えられないという点に原因が求められよう。規制 対象や規制方法が不明瞭であることは,規制主体も不明瞭になって来よう。工業用水法では,指 定地域内の井戸により地下水を採取してこれを工業の用に供しようとする者は、井戸(揚水機の 吐出口断面積が6平方cmを超えて地下水を採取する施設)ごとに、都道府県知事の許可を受ける 必要がある。また、ビル用水法の規制も、工業用水法とは地下水を採取してこれを建築物の用に 供しようとする点が異なるのみである。いずれも、許可が与えられると、義務違反をしない限り は地下水の状態が悪化しても行政庁には許可の取消・停止をする権限が与えられていないが、緊 急時には地下水採取制限命令を出すことができる。こうした工業用水法やビル用水法による採取 制限が功を奏して、戦後に掘削技術の急速な進展により全国的に進行していた激しい地盤沈下は 沈静化したといえるが、近年は新たな地盤沈下が懸念されている。たとえば、湾岸部の埋め立て による上載荷重増加や温泉施設等の大深度地下水の汲み上げによる地盤沈下、あるいはコンクリー トやアスファルトによる地表面被覆による地中への水分不浸透や森林減少等による地下水供給源 の減少等の懸念事例が指摘されている<sup>(50)</sup>。

# 6. 地下水の水質規制

地下水の水質保全については、環境基本法の中で政府が水質の汚濁に関する環境基準を定める としていることを踏まえ、1997年3月に地下水も対象とした水質汚濁にかかる環境基準につい ての告示を行っている。そして、水質規制に関する規定を有する法律としては、たとえば1970 年に制定されてその後たびたび改正されてきた水質汚濁防止法が挙げられる。同法は、地下水も 公共水域に準じてその対象に加えるとともに、同法 12 条の3 は有害物質に関して地下浸透を禁 止し、さらに同法14条の3は有害物質に該当する物質の地下浸透によって人の健康被害が現実 に生じ、または生じるおそれがあると認められるときは、都道府県知事は地下水の浄化のための 措置をとることを命ずることができると規定している。また、飲用水に関しては1957年に制定 された水道法のほかに、1994年に環境庁(当時)が制定した特定水道利水障害の防止のための 水道水源水域の水質の保全に関する特別措置法(水道水源特別措置法)および同年に厚生省(当 時)が制定した水道原水水質保全事業の実施の促進に関する法律(水道原水事業法)のいわゆる 水道水源二法が存在し、詳細な科学的なデータに基づく規制がかけられている。水道水源特別措 置法は、水道の浄水過程で生成されるトリハロメタン等に係る障害を防止することを目的として いる。同法は、国が特定水道利水障害の防止のための水道水源水域の水質の保全に関する基本方 針を定めることを規定するとともに,環境大臣が都道府県知事からの申し出に基づき指定した指 定水域および指定地域において、都道府県知事は水質保全計画を策定し、水質汚濁防止のための 規制その他の措置を総合的かつ計画的に実施しなければならないと規定している。水道原水事業 法は、水道原水の水質の保全に資する事業の実施を促進する措置を講ずることにより、安全かつ 良質な水道水の供給を確保し、これによって公衆衛生の向上および生活環境の改善に寄与するこ とを目的としている。同法は、水道原水水質保全事業として、①下水道の整備に関する事業、② し尿処理施設の整備に関する事業、③浄化槽でし尿及び雑排水を集合して処理するものの整備に 関する事業、④浄化槽でし尿及び雑排水を各戸ごとに処理するものの整備に関する事業、⑤畜産 農業の用に供する施設の整備に関する事業のうち、家畜の糞尿を堆肥その他の肥料とするための 施設の整備に関する事業などを規定している。このほかに、廃棄物処理施設からの排水も汚染原 因となり得ることから、廃棄物の処理及び清掃に関する法律(廃掃法)が、処理方法(6条の2 第2項~第3項),業者の規制(7条,15条),保管方法(15条の2)に関して規制をかけること

で地下水への影響を回避する措置を講じている。

これらの法律を概観すると、地表環境に起因する汚染防止に関しては比較的整った状態にある といえるが、浸透した汚染物質や汚染水による土壌汚染防止のいかんによって、地下水汚染防止 は大きく左右されることを考えなくてはならない。土壌汚染に関しては,2002年に制定され, 2010年に改正された土壌汚染対策法(土対法)および1970年に制定された農用地の土壌の汚染 防止等に関する法律(土防法)が制定されている。土対法は、汚染地の所有者に汚染の調査・浄 化等の責任を負わせる状態責任(51) を規定していることが特徴的である。土防法は、カドミウム およびその化合物、銅およびその化合物、ヒ素およびその化合物の3種類の特定有害物質によっ て農用地が汚染されたと認められるときは、都道府県知事は当該農用地を農用地土壌汚染対策地 域に指定して農用地土壌汚染対策計画を定め、さらに都道府県知事と市町村長は当該計画に基づ いて、排土、客土、水源転換、転用等の対策事業を行うことを規定している。土対法にせよ土防 法にせよ、地下水汚染防止の観点は薄弱で関連規定に乏しい。土壌汚染と地下水汚染は同時発生 の可能性が高く、地下水を通じて土壌汚染が拡大することも、またその逆もあり、地下水を含む 地盤環境を総合的に考慮する法整備が待たれる(52)。この点に関しては、1970年代に当時の環境 庁、建設省、通産省などが地下水の水質保全や適正利用など地下水の総合的な保全や管理を目的 とする地下水保全法案を提出したが、目的性について議論がまとまらずに法制化しなかったこと が知られている(33)。近時でも、2009年12月に森林法の一部を改正する法律案とあわせて地下水 の利用の規制に関する緊急措置法案が議員立法により衆議院に提出されて前者は成立したものの、 後者は継続審議の末に廃案となった。同時期には、外国資本による水源地の買収問題が取り沙汰 され、北信広域連合議会が地方自治法 99 条に基づき 2012 年 2 月 20 日に長野県知事、衆参両院 議長、内閣総理大臣ほかに宛てて「地下水等水資源の保全に関する法整備を求める意見書」を提 出するなど、地方自治体からも土地所有権との関係で地下水源保全を考える立法を求める声が高 まり、2013 年 6 月に水循環基本法案が衆議院に提出されたが政局の混乱を受け、参議院で審議 未了の末に廃案となり、ようやく2014年3月27日の衆議院本会議において水循環基本法が採択 されて成立した。同法は、国土交通省や厚生労働省など7つの省が縦割りで河川や上下水道、農 業用水などを管理してきた現行の体制をあらため、内閣に設置される「水循環政策本部」が一元 的に管理、規制し、地下水も国や自治体の管理対象に含めるとしている。しかし、蝸牛の歩みの ごとく遅々としていた国による法整備に業を煮やしたかのごとく、全国各地で水源地保全に関す る地方条例が数多く制定されており、それは遅きに失した法律を先行するものであることも確か である。

# 7. 地下水に係る地方条例の動向

2011年5月の国土交通省土地・水資源局水資源部の調査報告によれば、2011年3月の時点で

32 都道府県、385 市区町村において、517 件の地下水採取規制・保全等に関する条例・要綱等が制定されており、これらの条例等を目的別に分類すると地盤沈下防止が220 件、地下水保全318件、水道水源保全は69 件となっており、地下水の適正利用、涵養の推進、湧水保全のための措置を規定している条例等が頗る多い<sup>(54)</sup>。これらの条例等が制定された時期等を考察すると、高度経済成長期には都市部における地盤沈下対策を主目的とする条例等が多かったが、公害問題が喧しくなり多くの関係法が相次いで制定された昭和40年代に入ると水源保全を主目的とする条例等が多く制定される。その後は暫増傾向にあり、オゾン層破壊物質を含む揮発性有機化合物(VOC)や化学物質による環境中への影響などの関心が高まった昭和末から平成初期になると、地域ごとの実情に即して地下水を水源として扱いその保全を主目的とする条例等の制定が急増する<sup>(55)</sup>。

こうした条例等のうち、1976年にわが国で初めて地下水を公水として位置付けたのが京都府 長岡京市地下水採取適性化に関する条例である。同条例は、井戸の設置を許可制とし、取水量の 報告義務を課し,さらに「財団法人長岡京水資源対策基金」を組織して地下水をくみあげる企業 から協力金を徴収して地下水涵養対策費などに充当されている。長岡京市は、2000年に京都府 英水道が導入されるまでは,市内の水道水の 100%を地下水が占めていた。また,2000 年に制定 された神奈川県秦野市地下水保全条例も地下水を市民共有の貴重な財産であり、かつ公水として いる。秦野市の約75%の水道水は、丹沢山系からの豊富な湧水によって占められており、同条 例により地下水利用は原則として許可制とされ、1日20m³以上の地下水を利用する事業者に対 して1m³ あたり20円の地下水利用協力金の納付を求めている。このほかに、1977年に制定さ れた熊本市地下水保全条例も、秦野市条例の影響を受けて 2007 年に全面改正を行って地下水を 公水と位置付けた。熊本市は、水道水源の100%を阿蘇山の伏流水に依存している。しかし、減 反政策や耕作放棄の増加によって涵養域にあたる白川流域の水田が減少し、長期的に熊本市内の 湧水量が減少傾向にある。そこで、熊本市は2004年より熊本市をはじめとする地下水大口利用 者から集めた基金をもとに、白川流域の休耕田を一定期間借り上げ、そこに湛水する人工涵養事 業を開始した。このために、近隣の市町村や地元農家などからなる水循環型離農推進協議会と協 定を締結して広域的流域管理を行っている(66)。熊本市のかかる取り組みは、単なる個別地域内に おける地盤沈下や取水制限のみによる管理手法を超えた、水循環や水収支の観点から最適な状態 を確保する広域的な管理の先駆的事例として評価されるが、生物多様性などの自然保護を含む総 合的な管理計画およびその体系化まで昇華させるためには、少なくとも国家レベルでの政策目標 に対応した体系的な計画が不可欠との指摘がなされている(57)。

ところで、極めて近時の動向からは、地下水水源地の所有権に視点が注がれている条例等の制定が増加していることが看て取れる。とくに、2013年前後に制定が相次いだ水源地保全等に関する条例では、たとえば水源地の土地を誰かが購入あるいは売却した場合に、都道府県知事に届け出を求めるというような内容を盛り込んでいるものが相当数存在する。このような水源地にお

ける土地取引に何らかの行政的規制をかけようとする条例は,2011 年に制定された北海道ニセ コ町水道水源保護条例が初出であり、その後に都道府県では、2012 年に北海道水資源の保全に 関する条例および埼玉県水源地域保全条例が制定され、2013年には山形、群馬、茨城、山梨、 石川, 富山, 長野, 岐阜, 福井の9県が同様の条例を制定している。しかし, これらの条例を詳 細に検討して行くと、権利移転等に係る届出の目的性において微妙な温度差があることがわかる。 たとえば、ニセコ町水道水源保護条例は、同条例によって町長が指定する水源保護地域内にお ける規制対象施設(88) の設置を禁じることで、事実上の水源地に係る権利移転や設定を制限して いる。また、北海道水資源の保全に関する条例は、水資源保全地域内の土地所有権、地上権その 他の規則で定める使用および収益を目的とする権利またはこれらの権利の取得を目的とする権利 を有している者について、当該土地に関して対価を得て行われる権利の移転または設定をする契 約を締結しようとする場合には、当該土地売買等の契約を締結する日の3か月前までに、当事者 氏名、権利移転等の年月日、土地の所在および面積、権利の種別および内容、地目等につき知事 に届け出なければならないとしている。他方で、群馬県水源地域保全条例や埼玉県水源地域保全 条例など多くは、水源地に係る権利移転等について事前届出制を講じる点ではニセコ町や北海道 と共通しているが、森林所有者等の責務の明確化が強調されている。このような条例の動向には、 森林所有権の変動に関する届出の義務付けが規定された 2011 年の森林法改正の影響がある。

これらの条例を比較すると、たとえばニセコ町や北海道のような前者の種別に属する条例は、水資源の保全を直接の目的とし、この目的を達成させるため、水資源の保全に関する基本的施策の枠組みを定めるとともに、水源地の周辺における適正な土地利用を図るための制度を創設する条例と位置づけられる。これに対し、群馬県や埼玉県のような後者の種別に属する条例は、森林の有する水源涵養機能が十全に発揮されるよう、土地利用の適正化を図るための制度を創設するものであり、この結果として水源地域の保全が図られるという構成をとっている。つまり、水源地域における適正な土地利用の確保という点で各条例は共通しているが、力点の置き方や性格が異なっていることがわかる。

# 8. 地下水の法的性質

土地所有権という点に着目して、「地下にあるもの」あるいは「地下」を所有権とは別途切り離して意識した法律の存在を考えておきたい。たとえば、鉱業法は、土地の構成物である公物に対する支配権を土地所有権から切り離して国に帰属させて、国が独占的に鉱業権を付与して初めて鉱物資源の採掘ができると規定する。また、民法 269 条の 2 は区分地上権について規定しているが、区分地上権はあくまでも地下空間を目的とした地上権を規律しており、これが地下水問題にいかように影響するのかについては今後さらなる検討が必要であろう。また、地下の物理的な範囲について私権の及ばない範囲を決めようとする法律として 2001 年に制定された大深度地下

の公共的使用に関する特別措置法(大深度法)がある。このように、土地所有権と地下あるいは 地下にあるものを切り離そうとする法律の存在を念頭においたうえで、地下水の法的性質を明ら かにしたい。

学説は、私水説と公水説とに大別される(SO)。私水説は、「土地の所有権は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ」とする民法 207 条を根拠とし、土地所有権は下に及ぶがゆえに、下にあるものすべてに所有権の権能が及ぶと考える。判例(SO) も、地下水というものは「元来其土地所有権ニ付従シテ存スル」ものだと考えてきた(SI)。近時は、私水説をより理論的に構成し、私権性についての説明を補強しようとする学説も現れ、例えば、ある土地において土壌汚染が露呈した場合に土対法が状態責任を課していることとの整合性を考え、地下水については私権を認めるべきではないかという見解がある(SO)。しかし、地下水の性質を考えるとこの見解にはにわかには賛同しがたい。土対法が課す状態責任は、地中に静的に存在している汚染土壌あるいは天水によって汚染された土壌の除去責任を土地所有者に負わせるものであって、基本的に地下で流動している地下水の利用に関する問題とは峻別すべきではないだろうか。もっとも、地下水のすべてが流動しているわけではなく静的な状態である止水も存在する。土地の構成要素は決して単純ではなく、表土があり、粘土層があり、その下に地下水があることを考えると、汚染や地下水に関して法律においてさらに細かい定義付けが必要となるのかもしれない。

他方で、公水説は、地下水を河川流水と同様に解して公水あるいは公共物として扱い、公共的 管理の下に置くべきとする(63)。法的根拠に乏しいが、地方条例による地下水管理の実態に適合す ると考えられている。河川法2条は「河川の流水は、私権の目的となることができない」と規定 して、流水は公物であることを明言している。河川法は地表水を規制する法律であるが、地下水 も流動性があれば流水であるとして私権が及ばないと考えることもできるのではないか<sup>(64)</sup>。土地 利用の問題と水利用の問題は峻別すべきであって、土地所有者は通常は土地そのものを使用する ことが中心であり、地下水利用を中心に土地を所有することは極めて稀なのではないだろうか。 仮に、地下水を所有権に含めて考えるならば、所有権絶対の原則が及ぶことになる。それが結果 として開発の温床となりやすいことは、すでに各地で行われている産業廃棄物処分場や残土処分 場建設をめぐる自然開発の事例が証左している。他方で、民法 207 条が規定している内容を尊重 して解釈する必要はあろう。同条は、土地所有権は土地の上下に及ぶとしつつ、それはあくまで も「法令の制限内において」という制限を付している。仮に、地下水利用に関する法令ができて 規制がなされて行くことになれば、土地所有権も然るべき制限を受けることになろう。そうなら ば、地下水の利用と土地所有を切り離した法的な管理のなかでの運用というものが可能になって いくのではないかと考えられる。なお、地下水の利用については、決して自由ではなく様々な制 約を受けるという点で、地下水利用権限の制約について興味深い判断をした下級審判決が存在す る<sup>(65)</sup>。

## おわりに

地下水は、元来それが貴重な資源として認識されることはほとんどなかったといえよう。かつ て、少なくとも江戸時代以前にあっては、農業用水源は河川水に依存することを基本とし、河川 水に恵まれない地域は、ため池や井戸の掘削等の高度な技術を有しない限りは稲作以外の産業に 従事するほかなかった。当時において、共同体における共同作業を主とする農業に従事していた 農民は、河川水そのものは公的なものと認識し、その利用面に私的権利性と土地利用と不可分の 慣習的規範性を見出してきた。また、たとえ私的権利性をする河川水の利用であっても、それは 直接生産に結びつくものであって、そこに何らの投機的、蓄財的意味は有さなかったのである。 しかし、このような伝統的状況が激変するのは、1873年の地租改正に始まる明治政府の一連の 近代的土地制度改革によってである660。明治政府が遂行した土地制度改革と関連立法は、わが国 における土地所有権思想の基本的特質を確立したと評価されているが,その社会的実質は寄生地 主的所有が支配的で、生産活動とは関係のない投機的、蓄財的所有が蔓延するに至ったといえ、 土地の現実的利用ではなくて所有すること自体を重んぜしめる結果を導いたという評価もなされ ている(\*\*)。このような私的所有に重きを置く観念は、土地利用と不可分であった水利用にも影響 し、たとえば現行河川法87条にいわゆる慣行水利(みなし水利)許可制度などはその好例とい えよう。しかし、水資源のもつ公的側面は、法律上、河川の流水につき私権を排除した河川法2 条 2 項によって表出されており、その具体的内容は、河川の流水を旧民法の定める「公共物」と 解し、何人の所有にも属せず、すべての人が使用することができると捉えることによって説示さ れる(88)。このことは地下水についてもあてはまり、すでに諸外国では地表水と地下水を同等に扱 う立法も散見され、イタリア、ドイツ、スイス、スペイン等では地下水を公水として明確に規定 し、その採取に行政許可を要するものとしているという(®)。なお、フランスでは地下水を公水と 位置付けながら、その管理を地方自治体の水道局に委ね、その水道局の民営化が進められて徐々 に私水化が進められており、公共物の私的利用という考え方として参考に値しよう⑩。

これらの事例を考慮すれば、地表水について規律する河川法の規定と運用を参考にしつつ、地下水も法的に規律することは可能なのではないだろうかで、また、前述のため池における水利慣行のように、総有的な土地利用に付随する水利慣行とは切り離して、地下水利用に際しては利用者に付随する水利方式を採用することも一考に値する。それは低コストで高効率を生み出している香川用水の成功例によって証左されよう。なお、地下水に関しては、地盤沈下の問題も解決されたわけではなく、水質問題も河川水に比べればその対策は決して進んでいるとはいえない。地下水保全、地盤沈下対策、土壌汚染対策を連動させながら、土地所有権とは分離させた形で、保全・管理・利用を総合的に制御する立法が期待されるところである。

(付記) 本稿は、公益財団法人河川財団河川整備基金(平成25年度)による研究成果であり、原報告書は同財団の「平成26年度河川整備基金優秀成果賞」を受賞した。

《注》

- (1) 益田晴恵編『都市の水資源と地下水の未来』(京都大学学術出版会,平成23)24頁。
- (2) 前掲益田書 224 頁。
- (3) 長谷部俊治「水問題と水利権」『社会志林』55巻2号(2008)16頁。
- (4) 橋本博之「行政判例における『判断基準』— 水害訴訟をめぐって」『立教法学』65号 (2004) 197-217 頁。
- (5) 若井郁次郎「水資源開発におけるコンフリクト」土屋正春・伊藤達也編『水資源・環境研究の現在』 (成文堂, 2006) 110 頁。
- (6) 前掲若井論文 108 頁。また、萩原優騎「失われた将来像」上野英雄編『ダムを造らない社会へ』 (新泉社, 2013) 142-144 頁は、政治もマスコミも「八ッ場ダム建設に賛成か反対か」という対立ばか りを強調する状況を放置してきた結果、とりわけ具体的な生活再建案が提示されないままにあったこ とが対立構造をより一層複雑で強固なものにしたとする。重要なことは「八ッ場の再生を認めるかど うか」であるとする。この萩原氏の洞察は、水資源開発に伴う地域再生を考慮する上で参考になろう。
- (7) 前掲若井論文 111 頁。
- (8) 前掲長谷部論文16頁。
- (9) 前掲若井論文 113 頁。
- (10) 私権の成立を認める考え方の基本には、①河川の敷地は本来必ずしも私権の目的になり得ないものではなく、また、流水の冠水している土地が土地所有権として使用収益が不可能ではないこと、②高水敷は何年かに一度冠水するだけであり、土地利用を必ずしも否定すべきものでもなく、かつ、私権を認めた方が補償問題も生じず行政上も便宜であることという考え方がある。また、原龍之助『公物営造物法(新版)』(有斐閣、平成6)78頁は、「私有地が河川敷になったとしても、その土地の私所有権は当然消滅するものではなく、ただ、それが河川として公共の用に供せられる結果、その所有権が公法上の制限に服するにすぎない」と考え、私権の存在とその継続性を強調する。
- (11) 大東水害訴訟事件最高裁判決(最高裁昭和59年1月26日判決・民集38巻2号53頁)は、「河川は、本来自然発生的な公共用物であり、当初から人工的に安全性を備えた物として設置される道路とは異なり、もともと洪水等の自然的原因による災害をもたらす危険性を内包しているものである。また、河川の通常備えるべき安全性の確保は、管理開始後において、予想される洪水等による災害に対処すべく、堤防の安全性を高め、河道を拡幅・掘削し、流路を整え、又は放水路、ダム、遊水池を設置するなどの治水事業を行うことによって、達成されていくことが当初から予定されているものである。そして、治水事業の実施については、財政的、技術的、社会的制約がある」と判示して、河川管理の特殊性を強調している。
- (12) 渡辺洋三著,北条浩=村田彰編『慣習的権利と所有権』(御茶の水書房,2009)161頁は,水利権は通常,水の供給主体の側の権利のことを指すのであって,水の利用主体すなわち水需要者の権利のことをいうのではないとする。
- (13) 三好規正『流域管理の法政策』(慈学社出版, 2007) 95-96 頁は, 河川法 23 条が許可権限の所在を示しているに過ぎず, 水利権の詳細な意味内容や許可基準については同条も含めて法令上明記されずに通達や前例に依拠していることから, 法律による行政が行われているとは言い難いとする。
- (14) 黒木三郎=塩谷弘康=林研三=前川佳夫共編『社会と法』(法律文化社,1995)101頁。
- (15) 財団法人日本農業土木総合研究所『現代水利紛争論』(財団法人日本農業土木総合研究所,昭和61)42頁。
- (16) 須田政勝『概説水法・国土保全法』(山海堂, 2006) 275 頁。

- (17) 前掲黒木=塩谷=林=前川共編書 100 頁。
- (18) 前掲須田書 285-286 頁。
- (19) 河川法改正前の判例であるが、最高裁昭和37年4月10日判決・民集16巻4号699頁は、「農水使用権は、それが慣習によるものであると行政庁の許可によるものであると問わず、公共用物たる公水の上に存する権利であることにかんがみ、河川の全水量を独占的排他的に利用しうる絶対不可侵の権利でなく、使用目的を充たす必要な限度の流水を使用しうるにすぎないと解するを相当とする」と判示しており、必ずしも水利許可と慣行水利権とが競合関係に立つものではないことを示唆している。
- (20) たとえば、宮崎淳「慣行水利権の類型とその効力」『水資源・環境研究』22巻(2009) 1-12 頁など。
- (21) 前掲長谷部論文 26 頁。
- (22) 慣習法上の物権と民法 175 条との関係をめぐる学説の動向については、多田利隆「「慣習法上の物権」の問題点」『民法と著作権法の諸問題(半田正夫先生還暦記念論文集)』(法学書院,1993)3 頁以下において比較的よく整理されている。
- (23) 我妻榮=有泉亨=清水誠=田山輝明『我妻・有泉 コンメンタール民法 (総則・物権・債権)』(日本評論社、2005) 328 頁。
- (24) 江渕武彦編著『筑後川の農業水利』(九州大学出版会, 1994) 87-98 頁。
- (25) 金沢良雄『水法(法律学全集 15)』(有斐閣,昭和 35) 87 頁によれば、上流優先の原則とは、河川の自然的性格に立脚した慣行であり、上流の使用者が下流の使用者に対して優先するという慣行である。また、古田優先の原則とは、時間的に先に水を利用した者が後から利用した者に優先するとする原則で、既得権優先の考え方あるいは水利開発を先に行った者が保護されるべきであるとの考え方に立脚するものと考えられている。
- (26) 両見解の詳細については、前掲金沢書83-89頁参照。
- (27) 前掲渡邊書 103-105 頁, 前掲金沢書 85 頁。
- (28) 前掲渡邊書 268-278 頁。
- (29) 前掲渡邊書 356 頁。
- (30) 中川善之助「水利権と耕作権」『私法』第3号(1950)58頁。
- (31) 室田武=三俣学『入会林野とコモンズ』(日本評論社, 2004) 206-207頁。
- (32) 前掲江渕編書 160 頁。
- (33) 中川善之助『民法風土記』(講談社学術文庫,2001)149-150頁では、讃岐(香川県)において中川博士が見聞した「地主水」の慣行について紹介されている。中川博士は、地主水に対して、「田の所有権と、それを灌漑する水の支配権とは別物で、田をもっているから、水が使えるというわけではなく、田の権利と水の権利をもたないと百姓はできないということになる。従って田は田で売買され、それとは別に、水は水で売買されるのである」とその特殊性を強調されている。中川博士がこの地主水の慣行を了知されたのは、同書の記述から昭和36年と推測されるが、その後の河川法の改正によって、珍奇な慣習であったはずの地主水は法制度化されたのである。
- (34) 前掲渡邊書 482 頁。
- (35) 讃岐のため池誌編さん委員会編『讃岐のため池誌』(香川県農林水産部土地改良課,平成12) 1513-
- (36) 四国新聞社編集局=香川清美=長町博=佐戸政直『讃岐のため池』(美巧社,昭和50)516頁。
- (37) 前掲四国新聞社編集局=香川=長町=佐戸書 516 頁。
- (38) 前掲四国新聞社編集局=香川=長町=佐戸書 517 頁。
- (39) 前掲四国新聞社編集局=香川=長町=佐戸書 516-517 頁。
- (40) 前掲讃岐のため池誌編さん委員会編書 1525 頁。
- (41) 前掲讃岐のため池誌編さん委員会編書 1527 頁。なお、地主水は、土地の所有権とは別個のものであり、土地の所有権の取得と、それに必要な用水を得るための用水権の取得とは、それぞれ別個に取引が行われ、このことが地主水の呼称の由来であるとされる。もっとも、土地を所有せずに用水権だ

けを所有することもあり得るという。

- (42) 角道弘文「水を使う知恵 水利慣行 」『Civil Engineering Consultant』 Vol. 259 (April 2013) 13 頁。
- (43) 前掲讃岐のため池誌編さん委員会編書 1526 頁。また、満濃町誌編さん委員会=満濃町誌編集委員会編集『新修満濃町誌』(満濃町、平成 17) 516-520 頁によれば、干ばつ時等において旧慣の変更ないしは慣行の異なる村落間において発生した、戦前と戦後の 2 つの興味深い水利紛争事例が紹介されている。戦前の事例は、1922 (大正 11) 年に、満濃水系中の重要な分水点のひとつである藤兵衛股において、2 つの集落が分水をめぐって実力行使を以て衝突した「藤兵衛股の水利紛争」であり、戦後に事例は、1955 (昭和 30) 年に、旧慣の変更により異なる土地改良区において、分水をめぐって実力行使を以て衝突し、高松地方裁判所丸亀支部における農事調停(昭和 31 (1956) 年 6 月 19 日) にまで発展し、「大川頭首工に関する協定書」が締結された「札の辻水利紛争」である。
- (44) 前掲讃岐のため池誌編さん委員会編書 1526-1527 頁によれば、各自が自己の水ブニに係る用水をいずれの田に引水しようと、また誰に譲ろうと随意であるため、配水は水掛りのすべての者から引水に関する意見を聴取する必要があり、その際に定まった時刻に集合しない者は配水を受ける権利を放棄したものとみなされると説明する。
- (45) 前掲角道論文 13 頁。
- (46) 前掲角道論文 15 頁。
- (47) 前掲角道論文 15 頁。
- (48) 温泉法の改正経緯については,小澤英明『温泉法 地下水法特論』(白楊社,2013)334-338 頁 に詳しい。
- (49) 松本充朗「地下水法序説」『四万十流域圏学会誌』第7巻(2008)26-27頁。
- (50) 黒川哲志=奥田進一編著『環境法へのアプローチ(第2版)』(成文堂,平成24)159頁。
- (51) 土壌汚染対策法8条は、土地所有者が行政庁の指示や命令(同法7条の1項、4項)により汚染除去等の措置を講じた場合に、汚染原因者にその費用を求償できることを規定している。なお、東京地判平成24年1月16日・判時357号70頁は、行政庁の指示や命令を超えて自主的に講じた措置に関して要した費用の求償は対象外とし、同法8条は措置命令等によって生ずる負担を汚染原因者に求償できることを定めた特別規定であると解釈する。
- (52) 前掲益田編書 226 頁。
- (53) 前掲益田編書 226 頁。
- (54) 国土交通省土地・水資源局水資源部編『平成24年版日本の水資源』(海風社,平成24)43頁。
- (55) 前掲益田編書 229-230 頁。
- (56) 守田優『地下水は語る』(岩波新書, 2012) 179-180 頁。
- (57) 勢一智子「自然管理の法理と手法」永野秀雄=岡松暁子『環境と法』(三和書籍, 2010) 231 頁。
- (58) ニセコ町水道水源保護条例 6 条は、規制対象施設として、①水道の水質を汚染するおそれのある施設、②水源の水量に影響を及ぼすおそれのある施設、③水源涵養となる樹木の伐採が必要となる施設、④取水を目的として水源の枯渇を招くおそれのある施設を挙げ、さらに同 7 条において「何人も、水源保護地域内において、規制対象施設を設置してはならない」と規定する。
- (59) 渡辺洋三「地下水利用権の濫用」末川先生古希記念論文集刊行委員会編『権利の濫用 中』(有斐閣,昭和37)80頁は、そもそも、地下水の利用が法的にいかなる性質を帯びるかについては、温泉権や農業水利権のような旧慣上の地下水利用権と、旧慣のないもとでの地下水利用権とに分けて考えるべきであるとし、その理由は、前者は土地所有権から独立して存在する物権の問題となり、後者は土地所有権に付随する権利としての問題と認識されるからであるとする。
- (60) 大判明治 29 年 3 月 27 日 · 民録 2 輯 3 巻 111 頁。
- (61) 民法は明治 29 年に公布されており、大審院は民法の規定を踏まえて判断したわけではなく、当時の常識的な判断として、土地の下にあるものも含めて土地は構成されるという認識だったのではない

だろうか。

- (62) 宮崎淳『水資源の保全と利用の法理』(成文堂, 2011) 256-257頁。
- (63) 名古屋高判平成12年2月29日・判タ1061号178頁は、地下水は一定の土地に固定的に専属するものでなく、地下水脈を通じて流動するものであり、その量も無限ではないことから、このような特質上、土地所有者に認められる地下水利用権限も合理的な制約を受けると解している。
- (64) 大判大正 4 年 6 月 3 日・民録 21 輯 886 頁は、「土地より湧出した水がその土地に浸潤して未だ溝渠 その他の水流に流出しない間は、土地所有者において自由にこれを使用することができ、その余水を 他人に与えなくとも、他人が特約、法律の規定または慣習等によってこれを使用する権利を有しない 限りでは、これに対し何ら意義を述べることはできない。すなわちこの場合における土地所有者の水を使用する権利は絶対に無制限である」として、地表水と地下水の法的性質を峻別して考える。
- (65) 松山地宇和島支判昭和 41 年 6 月 22 日・下民集 17 巻 5=6 号 490 頁は、水脈が同じである地下水について、その水脈が存する土地の所有者の共同資源と捉え、そこから地下水利用の合理的制約が導出されると解する。なお、本件判決は公水説に拠っているわけではなく、あくまでも私水説に拠りつつ何らかの制約を受ける場合があり、その制約についての具体的な判断をしている点に注意しなくてはならない。
- (66) 甲斐道太郎-稲本洋之助-戒能道厚-田山輝明『所有権思想の歴史』(有斐閣, 1979) 172 頁以下が, 土地所有権を中心とするわが国における所有権制度の歴史的沿革と変遷について詳しい。
- (67) 前掲甲斐=稲本=戒能=田山書 191 頁。
- (68) 宮崎淳「水資源の保全と利用に関する基礎理論」『創価法学』第40巻第3号(2011)95頁。宮崎 教授は、このような考え方は、健全な水循環系の構築にとって適合的であり、生態系の保全にも通底 する思考であると考えられ傾聴に値する。
- (69) 三本木健治『判例水法の形成とその理念』(山海堂, 1999) 107頁。
- (70) Joseph Szarka. (2002): The Shaping of Environmental Policy in FRANCE. Berghahn Books., New York, pp. 173–174.
- (71) 武田軍治『地下水利用權論』(岩波書店,昭和17) 187 頁は,地下水流に河川法が当然適用または準用されることはなく,地下水流中比較的形態の整然としているものには河川法の精神を参酌した条理が適用されるものと解する。なお,Joshua Getsler. (2004): A History of Water Rights at Common Law. Oxford University Press, New York. によれば、欧州では伝統的に地下水を含む水利権が慣習法の中で規律され、これが各国法において取り込まれてきたという歴史もある。

(原稿受付 2015年2月3日)

# 枯渇資源と再生可能資源の価格連動性†

茂 木 創

# 1. はじめに

本稿は、枯渇資源と再生可能資源の価格連動性について理論的な接近を試みたものである。そもそも資源(resource)とは何か。原油や石炭のような天然資源を指す場合もあるし、時間や土地、資産、水産物や森林、そして経済取引されるすべての財やサービスも広義では資源といえるが、要素投入としての資源を考える場合には、資源と生産要素は同義として論じられることが一般的である。本稿でも資源を生産要素とみなして考察を試みるが、とりわけ、資源を生産に用いられるエネルギーと考えて生産要素の価格変化が実体経済にどのような影響を与えるか、その経路を考える。

これまでの資源に関する研究では、それが石油や石炭のような枯渇資源(exhaustible resource)なのか、農水産物や森林資源、太陽光、風力、バイオマスなどのように再生可能資源(replenishable resource)なのかを区別することから始めるのが一般的であった(1)。

しかし、今日、これまで技術面(費用面)で補完的な役割に過ぎなかった再生可能資源が、枯 渇資源の代替要素となりつつある。再生可能資源の価格変動が資源価格や財の価格に与える影響 を無視することはできない。

資源を研究対象とした研究は枚挙に暇がないが、資源の価格変化とそれが実体経済に与える影響や、希少性に起因する資源配分、最適採取に関する研究に限れば、これまで大きく分けて2つの流れがあったといえる。一つは、伝統的な貿易理論の中に輸入された資源を生産要素の一つとして導入して分析したり、自国で加工された中間財そのものを資源とみなして静態的ないし比較静学的な分析を行ったりする試みである。

輸入資源を生産要素とみなし、それを経済モデルに取り入れる試みは、1970 年代から Jones (1974)、馬田 (1977)、小田 (1983) などにおいて理論的接近が試みられている。これらは、外国から輸入される資源を中間財とみなし、それをもとに貿易利益の存在について吟味した研究である。大山 (1968) および Kemp and Ohyama (1978) は、宗主国が植民地からの資源(原材

<sup>†</sup>本稿は平成26年度拓殖大学政治経済研究所の個人研究助成による成果物である。本稿の作成に際し、匿名の査読者からは、有益なコメントを賜ることが出来た。ここに付して感謝申し上げる次第である。なお、本稿におけるいかなる誤謬も本人に帰すことは言うまでもない。

料)をもとに生産を行い、加工貿易の利益と貿易政策について論じたこの分野における先駆的な研究である。この時期、再生可能資源(バイオマス)を明示的に経済モデル取り込み、一般均衡モデルを用いて分析したものに Smith(1974)がある。このモデルでは、閉鎖経済モデルであるが生産物として再生可能資源を考え、最適な消費点を静態的なフレームで考察している点で特異な研究である。しかし、再生可能資源を考える際に、その生産によって生み出された財が再び他の産業の要素として投入されるという、中間財としての役割を考慮しなければならないことは言うまでもない。その意味で、「中間財としての再生可能資源」を明示的にモデルに盛り込む必要がある。中間財用いた加工貿易のモデルは、Sanyal and Jones(1982)や小田(1983)、岡本(1989)、リカード型の固定投入係数を用いて加工貿易の利益を論じた大山(1996)やヘクシャー=オリーン型について考察した大山(1997)などがある。

もう一つの流れは、Hotelling(1931)が明らかにした枯渇資源の最適利用に関するルールについての研究を嚆矢とした動学的な資源配分を考察する研究であり、Smith(1968)、Dasgupta and Heal(1974)や Howe(1979)による一連の研究によって彫琢が進んだ資源採取の動学的最適解を求める研究が挙げられよう。

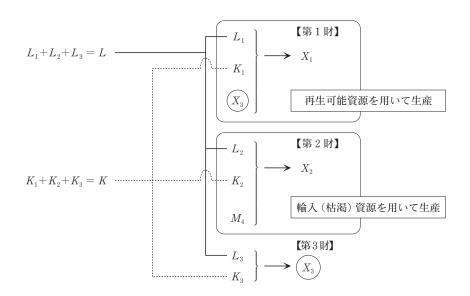
本稿では、枯渇資源と再生可能資源を同時に扱った経済モデルを構築し、まずは静態的・比較 静学的な分析を用いてそれぞれの資源価格の変動が財の生産にどのような影響を与えるか明らか にしたい。その目的は、今後、枯渇資源価格の変動が、資源ナショナリズムや地政学的な供給要 因、新興国経済の台頭による需要要因のみならず、再生可能資源の実用化に伴って生じる可能性 を考慮したいためである。

代表的な再生可能資源である太陽光、風、潮汐などは、それを生産要素として利用する際には、資本、労働、技術を用いて、エネルギー等の新たな生産要素として加工する必要があるが、石炭、石油などの枯渇資源は、それをほとんどそのまま生産要素として生産に投入することが可能である。こうした特徴を本稿でも明示的にするため、本稿で扱う再生可能資源は「当該経済に存在する労働と資本さえあれば、一度利用しても比較的短期間に再生が可能であるという性質を持つ中間財」として定義する。対称的に、枯渇資源は、採取することによってその後の使用が不可能となる財として定義され、「当該経済において資本と労働によって生産することが出来ない中間財」と考える。つまり、資本や労働によって生産可能な生産要素を再生可能資源、不可能な生産要素を枯渇性資源と定義するのである②。

枯渇資源と再生可能資源とを同時に盛り込んだ経済モデルを構築し分析することで、枯渇性資源の多くを輸入に依存し、それを加工して輸出している加工貿易国の経済において、再生可能資源の生産増加や枯渇資源の価格変動が当該国経済にどのような影響を与えるのか、分析することが本稿の目的である。

第2節では、資本、労働、資源を用いて生産される第1財、資源を輸入に依存する第2財、第 1財に投入される再生可能資源を生産する第3財からなる3財4要素モデルを構築し、その含意 を考える。第3節では価格変化と生産量の変化について考察する。第4節では本稿の含意と残された課題について述べたい。

# 2. 経済モデルとその含意



完全競争市場を仮定し、資本 K と労働 L を用いて財 X を生産する経済を考える。第 j 財を  $X_j$  (j=1,2,3) で表すことにし、 $X_1$  および  $X_2$  は最終財、 $X_3$  は第 1 財( $X_1$ )の生産に用いられる再生可能資源(中間財)である。

資本と労働は,第 1 財から第 3 財の生産にすべてに用いられる。財の名前を下添え字で示すことにすれば,生産要素の完全利用(雇用)条件は, $K_1+K_2+K_3=K$  および  $L_1+L_2+L_3=L$  である。生産関数は一次同時であり,このモデルでは完全雇用に加えて完全競争を仮定する。また,枯渇資源( $M_4$ )はすべて輸入され,第 2 財の生産に投入されるものとする  $^{(3)}$  。比較優位の関係から,第 1 財は輸出財,第 2 財は輸入財と仮定する。

いま, $a_{ij}(i=L,K,X,M;j=1,2,3)$  を投入係数とすれば, $a_{ij}$  は第j 財を 1 単位生産するのに必要な要素費用でもある。ただし,第1 財の生産に投入される再生可能資源の投入係数  $a_{X1}$  および,第2 財の生産に投入される投入される枯渇資源の投入係数  $a_{M2}$  は固定的であるものと仮定する $^{(4)}$ 。

以上のもとで本経済モデルを整理すると、生産関数は、

$$X_1 = X_1(L_1, K_1, X_2) \tag{1}$$

$$X_2 = X_2(L_2, K_2, M_4) \tag{2}$$

$$X_3 = X_3(L_3, K_3) \tag{3}$$

となる。また、生産要素の完全利用(雇用)条件は、

$$a_{L1}X_1 + a_{L2}X_2 + a_{L3}X_3 = L (4)$$

$$a_{K1}X_1 + a_{K2}X_2 + a_{K3}X_3 = K (5)$$

$$a_{M2}X_2 = M_4 \tag{6}$$

$$a_{X1}X_1 = X_3 \tag{7}$$

とかける。w, r をそれぞれ第 1 財価格で測った賃金率および資本レントとし, $p_j(j=1,2,3)$  を財の価格, $p_M$  を中間投入される枯渇資源の価格とする。また,第 1 財で測った枯渇資源を用いて生産される財の最終需要価格は $p_2/p_1=q$ ,第 1 財で測った中間投入される再生可能資源の価格は $p_3/p_1=p$ ,第 1 財で測った中間投入される枯渇資源の価格は $p_M/p_1=p_m$  となるので,「超過利潤ゼロ」の条件より,

$$a_{L1}w + a_{K1}r + a_{X1}p = 1 (8)$$

$$a_{L2}w + a_{K2}r + a_{M2}p_m = q (9)$$

$$a_{L3}w + a_{K3}r = p (10)$$

である。一方、貿易収支均衡条件は、 $E_1$  を自国の輸出量(額)とし、比較優位構造によって輸入される自国の第 2 財の輸入量を  $M_2$  とすると、

$$E_1 = q M_2 + p_m M_4 \tag{11}$$

が成り立つ。また自国の第2財の輸入量  $(M_2)$  は、自国の第2財の需要量  $(D_2)$  と供給量(生産量: $X_2$ )との差によってあらわされる。ただし、 $D_2$  は、第2財の相対価格 (q) と自国の第1財価格で測った実質所得 (Y) の関数になっている。実質所得は第1財の生産額および第2財の生産額から輸入財である枯渇資源の輸入額を控除したものに等しい。したがって、

$$M_2 = D_2(q, Y) - X_2(q) \tag{12}$$

$$Y = X_1 + qX_2 - p_m M_4 \tag{13}$$

という関係が成り立つ。

変化率を ^ (ハット) で表示し、 $\lambda_{Lj}=L_j/L$ 、 $\lambda_{Kj}=K_j/K$  とすると、(4)式から(7)式の生産要素の完全利用(雇用)条件は、

$$\lambda_{I_1}\hat{X}_1 + \lambda_{I_2}\hat{X}_2 + \lambda_{I_3}\hat{X}_3 = \hat{L} - (\lambda_{I_1}\hat{a}_{I_1} + \lambda_{I_2}\hat{a}_{I_2} + \lambda_{I_3}\hat{a}_{I_3}) \tag{14}$$

$$\lambda_{K1}\hat{X}_1 + \lambda_{K2}\hat{X}_2 + \lambda_{K3}\hat{X}_3 = \hat{K} - (\lambda_{K1}\hat{a}_{K1} + \lambda_{K2}\hat{a}_{K2} + \lambda_{K3}\hat{a}_{K3}) \tag{15}$$

$$-\hat{X}_1 + \hat{X}_3 = 0 \tag{16}$$

$$\hat{X}_2 = \hat{M}_4 \tag{17}$$

と書き直すことができる。ただし,第 1 財の生産に投入される再生可能資源の投入係数  $a_{X1}$  および,第 2 財の生産に投入される投入される枯渇資源の投入係数  $a_{M2}$  は固定的であるので, $\hat{a}_{X1}=0$  および, $\hat{a}_{M2}=0$  を用いている。

また、(8)式から(10)式より、 $a_{Li}w=\theta_{Li}$ 、 $a_{ki}r=\theta_{ki}$ 、 $a_{X1}p=\theta_{X1}$ 、 $a_{M2}p_m=\theta_{M2}$  とすると、

$$\theta_{L1}\hat{w} + \theta_{K1}\hat{r} = -\theta_{X1}\hat{p} \tag{18}$$

$$\theta_{L2}\hat{w} + \theta_{K2}\hat{r} = \hat{q} - \theta_{M2}\hat{p}_m \tag{19}$$

$$\theta_{L3}\hat{w} + \theta_{K3}\hat{r} = \hat{p} \tag{20}$$

となる。ただし費用最小化の条件より,

$$\theta_{L1}\hat{a}_{L1} + \theta_{K1}\hat{a}_{K1} = 0 \tag{21}$$

$$\theta_{L2}\hat{a}_{L2} + \theta_{K2}\hat{a}_{K2} = 0 \tag{22}$$

$$\theta_{L3}\hat{a}_{L3} + \theta_{K3}\hat{a}_{K3} = 0 \tag{23}$$

を用いている。また、 $\theta_{ii}$  はj部門のi要素の分配率であるので、

$$\theta_{r_1} + \theta_{r_1} + \theta_{r_1} = 1 \tag{24}$$

$$\theta_{L2} + \theta_{K2} + \theta_{M2} = 1 \tag{25}$$

$$\theta_{L3} + \theta_{K3} = 1 \tag{26}$$

という関係がある。ここで資本と労働に関する生産要素の代替の弾力性を  $\sigma_j$  とすると,  $\sigma_j=-\frac{\hat{a}_{Li}-\hat{a}_{Ki}}{\hat{w}-\hat{r}}$  より,

$$\hat{a}_{Li} - \hat{a}_{Ki} = \sigma_i(\hat{w} - \hat{r}) \tag{27}$$

j=1 のとき(21)式, (24)式と(27)式から,

$$\hat{a}_{L1} = \frac{\theta_{K1}}{1 - \theta_{Y1}} \sigma_1(\hat{w} - \hat{r}) \tag{28}$$

同様に、

$$\hat{a}_{K1} = \frac{\theta_{L1}}{1 - \theta_{X1}} \sigma_1(\hat{w} - \hat{r}) \tag{29}$$

となる。j=2のとき,

$$\hat{a}_{L2} = \frac{\theta_{K1}}{1 - \theta_{MD}} \sigma_2(\hat{w} - \hat{r}) \tag{30}$$

同様に,

$$\hat{a}_{K2} = \frac{\theta_{L2}}{1 - \theta_{M2}} \sigma_2(\hat{w} - \hat{r}) \tag{31}$$

となり、i=3のとき、

$$\hat{a}_{L3} = -\theta_{K3}\sigma_3(\hat{w} - \hat{r}) \tag{32}$$

同様に,

$$\hat{a}_{K3} = \theta_{L3}\sigma_3(\hat{w} - \hat{r}) \tag{33}$$

となる。したがって、(14)式は、(28)式、(30)式、(32)式より、

$$\lambda_{L1}\hat{X}_1 + \lambda_{L2}\hat{X}_2 + \lambda_{L3}\hat{X}_3 = \hat{L} - \beta_L(\hat{w} - \hat{r})$$
 (34)

ただし $\beta_L = \frac{\lambda_{L1}\theta_{K1}\sigma_1}{1-\theta_{X1}} + \frac{\lambda_{L2}\theta_{K2}\sigma_2}{1-\theta_{M2}} + \lambda_{L3}\theta_{K3}\sigma_3 > 0$  である。また,(15)式は,(29)式,(31)式,(33)式より,

$$\lambda_{K1}\hat{X}_1 + \lambda_{K2}\hat{X}_2 + \lambda_{K3}\hat{X}_3 = \hat{K} + \beta_K(\hat{w} - \hat{r})$$
(35)

となる。ただし $\beta_{\it K}=rac{\lambda_{\it K1} heta_{\it L1}\sigma_1}{1- heta_{\it K1}}+rac{\lambda_{\it K2} heta_{\it L2}\sigma_2}{1- heta_{\it M2}}+\lambda_{\it K3} heta_{\it L3}\sigma_3>0$ である。

次に、費用最小化条件を要素シェアで表した(18)式から(20)式および(24)式から(26)式を用いて、より $\hat{w}$ 、 $\hat{r}$ 、 $\hat{w}$ ー $\hat{r}$ を求めると、

$$\hat{w} = -\frac{\theta_{K3}\theta_{X1} + \theta_{K1}}{|\theta_3|}\hat{p} \tag{36}$$

$$\hat{r} = \frac{\theta_{L3}\theta_{X1} + \theta_{L1}}{|\theta_2|} \hat{p} \tag{37}$$

$$\hat{w} - r = -\frac{1}{|\theta_2|} \hat{p} \tag{38}$$

が導かれる。ただし、 $|\theta_3|=\theta_{L1}\theta_{K3}-\theta_{K1}\theta_{L3}$  である。また、同様に、 $|\theta_1|=\theta_{L1}\theta_{K2}-\theta_{K1}\theta_{L2}$ 、 $|\theta_2|=\theta_{L2}\theta_{K3}-\theta_{K2}\theta_{L3}$  と定義すると、(36)式および(37)式より、

$$\frac{\hat{q} - \theta_{M2} \hat{p}_m}{\hat{p}} = \frac{|\theta_1| - \theta_{X1}|\theta_2|}{|\theta_3|} = \frac{a_{L2}}{a_{L1} a_{L2} (k_3 - k_1)} [a_{L1} (k_2 - k_1) - a_{L3} \theta_{X1} (k_3 - k_2)] = \kappa \quad (39)$$

となる $^{(5)}$ 。ただし、 $k_j$  は第j 部門の資本集約度であり、(39)式の右辺を $\kappa$  とおけば、 $\kappa$  の正負によって生可能資源価格(p) と枯渇資源を用いる最終消費財価格(q) の関係は変化する。

まず、第 1 財で測った中間投入される枯渇資源価格に変化がない場合( $(\hat{p}_m = 0)$  を考えてみよう。すると、(39)式の正負は**表 1** のように分類することができる。

したがって、以下の命題1を得る。

命題 1 :投入される枯渇資源価格に変化がない場合( $\hat{p}_m=0$ )の中間投入される再生可能資源 価格(p)と枯渇資源を用いる最終消費財価格(q)の関係

表 1

	ケース	$k_{j}$ の大小関係		κ の正負
$k_2 > k_1$	1	$k_3 > k_2 > k_1$	$\Rightarrow$	一意的に定まらない
	2	$k_2 > k_3 > k_1$	$\Rightarrow$	$\kappa > 0$
	3	$k_2 > k_1 > k_3$	$\Rightarrow$	$\kappa < 0$
$k_2 < k_1$	4	$k_3 > k_1 > k_2$	$\Rightarrow$	$\kappa < 0$
	5	$k_1 \geq k_3 \geq k_2$	$\Rightarrow$	$\kappa > 0$
	6	$k_1 > k_2 > k_3$	$\Rightarrow$	一意的に定まらない

- (1) 再生可能資源を用いる生産部門が労働集約的であり、枯渇資源を用いる生産部門が資本集 約的な生産を行う場合  $(k_0 > k_1)$ ,
  - ① 中間財として投入される再生可能資源の要素集約度  $(k_3)$  が再生可能資源を用いる生産 部門よりも資本集約的ではあるが、枯渇資源を用いる生産部門よりも労働集約的である場合  $(k_2 > k_3 > k_1)$ 、投入される再生可能資源の相対的要素価格の上昇  $(\hat{p} > 0)$  は、枯渇 資源を用いた財の価格を上昇させる  $(\hat{q} > 0)$ 。
  - ② 再生可能資源を用いる生産部門  $(k_1)$  が中間財として投入される再生可能資源の要素集 約度  $(k_3)$  よりも資本集約的であるならば  $(k_1 > k_3)$ , 投入される再生可能資源の相対的 要素価格の上昇  $(\hat{p} > 0)$  は,枯渇資源を用いた財の価格を下落させる  $(\hat{q} < 0)$ 。

また,

- (2) 再生可能資源を用いる生産部門が資本集約的であり、枯渇資源を用いる生産部門が労働集 約的な生産を行う場合  $(k_1 > k_2)$ ,
  - ① 中間財として投入される再生可能資源の要素集約度  $(k_3)$  が枯渇資源を用いる生産部門よりも資本集約的ではあるが,再生可能資源を用いる生産部門よりも労働集約的である場合  $(k_1 > k_3 > k_2)$ ,投入される再生可能資源の相対的要素価格の上昇  $(\hat{p} > 0)$  は,枯渇資源を用いた財の価格を上昇させる  $(\hat{q} > 0)$ 。
  - ② 中間財として投入される再生可能資源の要素集約度  $(k_3)$  が再生可能資源を用いる生産 部門よりも資本集約的であるならば  $(k_3 > k_1)$ , 投入される再生可能資源の相対的要素価 格の上昇  $(\hat{p} > 0)$  は、枯渇資源を用いた財の価格を下落させる  $(\hat{q} < 0)$ 。

次に、第1財で測った枯渇資源を用いて生産される財の最終需要価格に変化がない場合  $(\hat{q}=0)$  を考えてみよう。すると、(39)式は  $-\theta_{M2}\hat{p}_{M2}/\hat{p}=\kappa$  となり、 $\kappa$  の正負は**表1**で示されたものと同様になる。したがって、以下の**命題2**を得る。

命題 2 : 枯渇資源を用いて生産される財の最終需要価格に変化がない場合( $\hat{q}=0$ )の中間投入される再生可能資源価格(p)と枯渇資源価格( $p_{\scriptscriptstyle M}$ )の関係

- (1) 再生可能資源を用いる生産部門が労働集約的であり、枯渇資源を用いる生産部門が資本集 約的な生産を行う場合  $(k_2 > k_1)$ ,
  - ① 中間財として投入される再生可能資源の要素集約度  $(k_3)$  が,再生可能資源を用いる生産部門よりも資本集約的ではあるが,枯渇資源を用いる生産部門よりも労働集約的である場合  $(k_2>k_3>k_1)$ ,投入される再生可能資源の相対的要素価格の上昇  $(\hat{p}>0)$  は,投入される枯渇資源の相対的要素価格を下落させる  $(\hat{p}_M<0)$ 。
- ② 再生可能資源を用いる生産部門が、中間財として投入される再生可能資源の要素集約度  $(k_3)$  よりも資本集約的であるならば  $(k_1>k_3)$ , 投入される再生可能資源の相対的要素 価格の上昇  $(\hat{p}>0)$  は、投入される枯渇資源の相対的要素価格を上昇させる  $(\hat{p}_M>0)$ 。 また、
- (2) 再生可能資源を用いる生産部門が資本集約的であり、枯渇資源を用いる生産部門が労働集 約的な生産を行う場合  $(k_1 > k_2)$ ,
  - ① 中間財として投入される再生可能資源の要素集約度  $(k_3)$  が,枯渇資源を用いる生産部門よりも資本集約的ではあるが,再生可能資源を用いる生産部門よりも労働集約的である場合  $(k_1 > k_3 > k_2)$ ,投入される再生可能資源の相対的要素価格の上昇  $(\hat{p} > 0)$  は,投入される枯渇資源の相対的要素価格を上昇させる  $(\hat{p}_M > 0)$ 。
  - ② 中間財として投入される再生可能資源の要素集約度  $(k_3)$  が,再生可能資源を用いる生産部門よりも資本集約的であるならば  $(k_3 > k_1)$ ,投入される再生可能資源の相対的要素価格の上昇  $(\hat{p} > 0)$  は,投入される枯渇資源の相対的要素価格を下落させる  $(\hat{p}_M < 0)$ 。

以上から、中間財として投入される再生可能資源の要素集約度が、再生可能資源を用いる生産部門や、枯渇資源を用いる生産部門とどのような関係になっているかによって、再生可能資源と枯渇資源の価格は変化することがわかる。その結果は、命題 1 および命題 2 に示されたように確定できる場合もあるが、要素集約度が表 1 に示されたケース $(1)k_3 > k_2 > k_1$  やケース $(6)k_1 > k_2 > k_3$  となる場合には、符号が確定できず、価格連動性は極めて不明確となることがわかる。

# 3. 価格変化と生産量, 貿易の効果

次に,価格変化が各生産部門に与える影響について考えよう。(34)式,(35)式,(16)式および(38)式より,

$$\begin{pmatrix} \lambda_{L1} & \lambda_{L2} & \lambda_{L3} \\ \lambda_{K1} & \lambda_{K2} & \lambda_{K3} \\ -1 & 0 & 1 \end{pmatrix} \begin{pmatrix} \hat{X}_1 \\ \hat{X}_2 \\ \hat{X}_3 \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} \hat{L} - \beta_L \frac{\hat{p}}{|\theta_3|} \\ \hat{K} - \beta_K \frac{\hat{p}}{|\theta_3|} \end{pmatrix}$$

$$\tag{40}$$

なので、要素賦存量に変化がないものとして $\hat{L} = \hat{K} = 0$ を仮定すると、

$$\begin{pmatrix}
\hat{X}_{1} \\
\hat{X}_{2} \\
\hat{X}_{3}
\end{pmatrix} = \frac{1}{|\lambda|} \begin{pmatrix}
\lambda_{K2} & -\lambda_{L2} & \lambda_{L2}\lambda_{K3} - \lambda_{L3}\lambda_{K2} \\
-(\lambda_{K1} + \lambda_{K3}) & \lambda_{L1} + \lambda_{L3} & \lambda_{L3}\lambda_{K1} - \lambda_{L1}\lambda_{K3} \\
\lambda_{K2} & -\lambda_{L2} & \lambda_{L1}\lambda_{K2} - \lambda_{L2}\lambda_{K1}
\end{pmatrix} \begin{pmatrix}
-\beta_{L}\frac{\hat{p}}{|\theta_{3}|} \\
\beta_{K}\frac{\hat{p}}{|\theta_{3}|} \\
0
\end{pmatrix} (41)$$

より,投入される再生可能資源の相対価格の変化率である f が各財の生産量に及ぼす影響は,

$$\hat{X}_1 = -\frac{\gamma_1}{|\lambda| |\theta_2|} \hat{p} \tag{42}$$

$$\hat{X}_2 = \frac{\gamma_2}{|\lambda| |\theta_3|} \hat{p} \tag{43}$$

$$\hat{X}_3 = -\frac{\gamma_1}{|\lambda||\theta_3|} \hat{p} \tag{44}$$

となる。ただし,

$$\gamma_1 = \lambda_{K2} \beta_L + \lambda_{L2} \beta_K > 0 \tag{45}$$

$$\gamma_2 = (\lambda_{K1} + \lambda_{K3})\beta_L + (\lambda_{L1} + \lambda_{L3})\beta_K > 0 \tag{46}$$

である。また行列式  $|\lambda|$  は,

$$|\lambda| = \lambda_{L1}\lambda_{K2} - \lambda_{L2}\lambda_{K3} + \lambda_{L3}\lambda_{K2} - \lambda_{L2}\lambda_{K1} = \frac{L_2}{LK} [L_1(k_2 - k_1) - L_3(k_3 - k_2)]$$
(47)

であり、行列式  $|\theta_3|$  は、

$$|\theta_3| = \theta_{L1}\theta_{K3} - \theta_{K1}\theta_{L3} = \frac{L_1 L_3 wr}{X_1 X_2} (k_3 - k_1)$$
(48)

である。要素集約度(k)の大小関係によって行列式 $|\lambda|$ および $|\theta_3|$ の正負は変化するので,以下の命題3を得る。

#### 命題3

- (1) 再生可能資源を用いる生産部門が労働集約的であり、枯渇資源を用いる生産部門が資本集 約的な生産を行う場合  $(k_2 > k_1)$ ,
  - ① 中間財として投入される再生可能資源の要素集約度( $k_3$ )が、再生可能資源を用いる生産部門よりも資本集約的ではあるが、枯渇資源を用いる生産部門よりも労働集約的である場合( $k_2>k_3>k_1$ )、投入される再生可能資源の相対的要素価格の上昇( $\hat{p}>0$ )は、再生可能資源を用いて生産される財の生産量を減少させ( $\hat{X}_1<0$ )、枯渇資源を用いて生産される財の生産量を減少させ( $\hat{X}_2>0$ )。また、再生可能資源の可能資源の生産量は減

少する  $(\hat{X}_3 < 0)_{\circ}$ 

② 再生可能資源を用いる生産部門  $(k_1)$  が中間財として投入される再生可能資源の要素集約度  $(k_3)$  よりも資本集約的であるならば  $(k_1>k_3)$ , 投入される再生可能資源の相対的要素価格の上昇  $(\hat{p}>0)$  は,再生可能資源を用いて生産される財の生産量を増加させ  $(\hat{X_1}>0)$ , 枯渇資源を用いて生産される財の生産量を減少させる  $(\hat{X_2}<0)$ 。また,再生可能資源の可能資源の生産量は増加する  $(\hat{X_3}<0)$ 。

また.

- (2) 再生可能資源を用いる生産部門が資本集約的であり、枯渇資源を用いる生産部門が労働集 約的な生産を行う場合  $(k_1 > k_2)$ ,
  - ① 中間財として投入される再生可能資源の要素集約度( $k_3$ )が、枯渇資源を用いる生産部門よりも資本集約的ではあるが、再生可能資源を用いる生産部門よりも労働集約的である場合( $k_1 > k_3 > k_2$ )、投入される再生可能資源の相対的要素価格の上昇( $\hat{p} > 0$ )は、再生可能資源を用いて生産される財の生産量を減少させ( $\hat{X}_1 < 0$ )、枯渇資源を用いて生産される財の生産量を減少させ( $\hat{X}_2 > 0$ )。また、再生可能資源の可能資源の生産量は減少する( $\hat{X}_2 < 0$ )。
  - ② 中間財として投入される再生可能資源の要素集約度  $(k_3)$  が,再生可能資源を用いる生産部門よりも資本集約的であるならば  $(k_3>k_1)$ ,投入される再生可能資源の相対的要素価格の上昇  $(\hat{p}>0)$  は,投入される再生可能資源の相対的要素価格の上昇  $(\hat{p}>0)$  は,再生可能資源を用いて生産される財の生産量を増加させ  $(\hat{X}_1>0)$ ,枯渇資源を用いて生産される財の生産量を増加させ  $(\hat{X}_2<0)$ 。また,再生可能資源の可能資源の生産量は増加する  $(\hat{X}_2>0)$ 。

## 4. 結語と残された課題

本稿では、資本、労働、資源を用いて生産される第1財、資源を輸入に依存する第2財、第1 財に投入される再生可能資源を生産する第3財からなる3財4要素モデルを構築し、その含意を 考えた。その価格変化は、命題1および命題2に示した通りである。また、価格変化が生産量に 与える影響について考察し(命題3)、資源価格の変化が各財の生産量に与える影響について考 察した。

残された課題もある。第一に,本稿では,第 1 財の生産に投入される再生可能資源の投入係数  $a_{X1}$  および第 2 財の生産に投入される投入される枯渇資源の投入係数  $a_{M2}$  を,固定的と仮定している分析を行っているが,これらは内生的に決定されるべきものであり,本稿で導き出された結論を大きく限定的なものにしている。これについては,今後,さらに研究を継続する過程で改善していきたい。

第二に、モデルの構造上、条件付きの結論とならざるを得ない点が挙げられる。その結果、結論が端的に示されていない。一般化するという理論分析の限界でもあるが、結論を明確にし、これを政策に生かすためには、関数の特定化や各部門の要素集約度の前提条件を付加するといった工夫が必要である。また、本稿の分析では要素賦存量を一定として価格変化のみに注目しているが、価格変化の影響が要素集約度の大小関係に依存している以上、要素賦存量の変化についても考察する必要がある。さらに、利潤最大化条件から均衡をより明示的にする必要もあろう。その際に、本稿で固定とされた投入係数を可変的に扱う必要が出てくるが、その場合、均衡の性質について特定することが可能であるか否かについては現時点で不明であり、今後の研究課題としたい。

第三に、価格変化の収束過程についての検討をすることができなかった。本稿が比較静学のフレームを用いている分析であるという技術的な制約もあるが、今後は価格変化に伴う動学的な資源配分過程についても検討していく必要がある。

#### 《注》

- (1) 再生可能資源をいわゆるリサイクル資源とみなした研究は、例えば、Grace *et al.* (1978) はじめ、近年では Tanigaki (2007) などがある。
- (2) もちろん、この定義に関しては異論があるかもしれない。例えば、再生可能資源とは、その使用の 永続性や非競合性などに最大の特徴があるのではないか、そもそも再生可能であることと無制限の消 費が可能であるということとは同値ではないという指摘もあろう。しかしこうした指摘に関しては、 本稿が静学・比較静学的な分析であるという制約上、それに応えることが出来ていない。今後の検討 課題となろう。
- (3) 下添え字の4は、資本、労働、再生可能資源、に次ぐ第4の投入要素であることを示している。
- (4) 読者の指摘の通り、この仮定は本来緩められるべきである。しかし、本稿では諸制約から固定的の 場合に限定しての議論にとどまった。今後の検討課題としたい。
- (5) 【数学付録】を参照のこと。

#### 参考文献

- Dasgupta, P. and Heal, G. (1974) "The Optimal Depletion of Exhaustible Resources," *Review of Economic Studies*, Symposium, pp. 3–28.
- Grace, R., Turner, K. and Walter, I. (1978) "Secondary Materials and International Trade," *Journal of Environmental Economics and Management*, Vol. 5, Issue 2, pp. 172–186.
- Hotelling, H. (1931), "The Economics of Exhaustible Resources," *Journal of Political Economy*, Vol. 39, Issue 2, pp. 137–175.
- Howe, C. (1979), Natural Resource Economics, John Wiley & Sons.
- Jones, R. W. (1974), "The Metzler Tariff Paradox: Extension to Non-Traded and Intermediate Commodities," in P. A. Samuelson and G. Harwich, eds., *Trade, Stability, and Macroeconomics: Essays in Honor of Lloyd Meltzer* (New York: Academic Press, 1974), pp. 3–18.
- Kemp, M. C. and Ohyama, M. (1978), "On the Sharing of Trade Gains by Resource-poor and Resource-rich Countries," *Journal of International Economics*, Vol. 8, No. 1, pp. 93–115.

- Sanyal, K. K. and Jones, R. W. (1982), "The Theory of Trade in Middle Products," *American Economic Review*, Vol. 72, No. 1, pp. 16–31.
- Smith, V. L. (1968), "Economics of Production from Natural Resources," *American Economic Review*, Vol. 58, Issue 3, Part 1, pp. 409–431.
- \_\_\_\_\_ (1974), "General Equilibrium with a Replenishable Natural Resource," *Review of Economic Studies*, Symposium, pp. 105–115.
- Tanigaki, K. (2007), "Recycling and International Trade Theory," *Review of Development Economics*, Vol. 11, Issue 1, pp. 1–12.
- 馬田啓一 (1977), 「中間財, 非貿易財を含む貿易モデルと輸入関税の諸効果」『三田学会雑誌』, Vol. 70, No. 3, pp. 80-94.
- 大山道広 (1968),「資本移動と対外政策 (続) 宗主国-植民地モデルによる分析 」 『三田学会雑誌』 Vol. 61, pp. 571-580.
- -----(1996), 「加工貿易の理論:リカード型モデル」, 『三田学会雑誌』, Vol. 89, No. 3, pp. 339-351.
- -----(1997), 「加工貿易の理論: HO 型モデル」『三田商学研究』, Vol. 40, No. 4, pp. 19-36.
- 岡本久之(1989),『国際貿易と中間生産物』成文堂.
- 小田正雄(1983),「中間財,非貿易財および貿易政策」,『関西大学経済論集』Vol. 33, No. 4, pp. 417-424.
- -----(1985),『国際貿易理論の展開』,国元書房.
- 経済産業省 (2014), 『平成 25 年度エネルギーに関する年次報告 (エネルギー白書 2014)』.

(原稿受付 2015年10月31日)

## 【数学付録】

(19)式は(36)式および(37)式から,

$$\begin{split} &\theta_{L2}\bigg(-\frac{\theta_{K3}\theta_{X1}+\theta_{K1}}{|\theta_3|}\hat{p}\bigg)+\theta_{K2}\bigg(\frac{\theta_{L3}\theta_{X1}+\theta_{L1}}{|\theta_3|}\hat{p}\bigg)=\hat{q}-\theta_{M2}\hat{p}_m\\ &(-\theta_{L2}\theta_{K3}\theta_{X1}-\theta_{K1}\theta_{L2}+\theta_{K2}\theta_{L3}\theta_{X1}+\theta_{L1}\theta_{K2})\frac{\hat{p}}{|\theta_3|}=\hat{q}-\theta_{M2}\hat{p}_m \end{split}$$

となる。ここで  $|\theta_1| = \theta_{L1}\theta_{K2} - \theta_{K1}\theta_{L2}$ ,  $|\theta_2| = \theta_{L2}\theta_{K3} - \theta_{K2}\theta_{L3}$  と定義し、それを用いると、

$$(|\theta_1| - \theta_{X1}|\theta_2|) \frac{\hat{p}}{|\theta_3|} = \hat{q} - \theta_{M2} \hat{p}_m$$

$$\frac{\hat{q} - \theta_{M2} \hat{p}_m}{\hat{p}} = \frac{|\theta_1| - \theta_{X1}|\theta_2|}{|\theta_2|}$$
(a)

となる。 さらに, $a_{Lj}w=\theta_{Lj}$ , $a_{Kj}r=\theta_{Kj}$ なので, $k_j~(j=1,2,3)$  を要素集約度  $k_j=K_j/L_j$  とすれば,

$$\begin{split} |\theta_1| &= \theta_{L1}\theta_{K2} - \theta_{K1}\theta_{L2} = a_{L1}wa_{K2}r - a_{K1}ra_{L2}w = wr(a_{L1}a_{K2} - a_{K1}a_{L2}) \\ &= wr\bigg(\frac{L_1}{X_1}\frac{K_2}{X_2} - \frac{K_1}{X_1}\frac{L_2}{X_2}\bigg) = \frac{L_1L_2wr}{X_1X_2}(k_2 - k_1) \end{split} \tag{b}$$

となる。同様に,

$$\begin{split} |\theta_2| &= \theta_{L2}\theta_{K3} - \theta_{K2}\theta_{L3} = a_{L2}wa_{K3}r - a_{K2}ra_{L3}w = wr(a_{L2}a_{K3} - a_{K2}a_{L3}) \\ &= wr\left(\frac{L_2}{X_2}\frac{K_3}{X_3} - \frac{K_2}{X_2}\frac{L_3}{X_3}\right) = \frac{L_2L_3wr}{X_2X_3}(k_3 - k_2) \end{split} \tag{c}$$

および,

$$\begin{split} |\theta_3| &= \theta_{L1}\theta_{K3} - \theta_{K1}\theta_{L3} = a_{L1}wa_{K3}r - a_{K1}ra_{L3}w = wr(a_{L1}a_{K3} - a_{K1}a_{L3}) \\ &= wr\bigg(\frac{L_1}{X_1}\frac{K_3}{X_2} - \frac{K_1}{X_1}\frac{L_3}{X_2}\bigg) = \frac{L_1L_3wr}{X_1X_2}(k_3 - k_1) \end{split} \tag{d}$$

が得られるので、(b)式から(d)式を(a)式の右辺に代入して整理すると、

$$\begin{split} \frac{|\theta_1|-\theta_{X1}|\theta_2|}{|\theta_3|} &= \left[\frac{L_1L_2wr}{X_1X_2}(k_2-k_1)-\theta_{X1}\!\left(\frac{L_2L_3wr}{X_2X_3}(k_3-k_2)\right)\right]\!/\!\left[\frac{L_1L_3wr}{X_1X_3}(k_3-k_1)\right] \\ &= \frac{L_1L_2X_3(k_2-k_1)-\theta_{X1}L_2L_3X_1(k_3-k_2)}{L_1L_3X_2(k_3-k_1)} \\ &= \frac{a_{L2}}{(k_3-k_1)}\!\left[\frac{(k_2-k_1)}{a_{L3}}\!-\!\theta_{X1}\frac{(k_3-k_2)}{a_{L1}}\right] \\ &= \frac{a_{L2}}{a_{L2}a_{L3}(k_3-k_1)}\!\left[a_{L1}(k_2-k_1)-a_{L3}\theta_{X1}(k_3-k_2)\right] \end{split}$$

となり、(39)式が導かれる。

# ウェーバー集積論の制度主義的転回

# ― マーシャル集積論との関連で ―

小木田 敏 彦

#### 要 旨

本稿は新制度派経済学的な観点から、ウェーバー集積論の再解釈を試みた。その際に、シュンペーターの「新結合」の概念を取り入れ、段階論的な観点から先行研究で行ったマーシャル集積論との関係についても検討した。交通革命に伴うグローバリゼーションによって、ローカリゼーション(=地域特化)による国際分業が進展した。マーシャル的集積における「新結合」とは、地域経済における「水平的イノヴェーション」であった。ウェーバーはマーシャル的集積を石炭供給地における「偶然的集積」の段階に位置づけていた。「偶然的集積」は既に成長の限界に達し、ドイツ経済は資源を「新結合」して、新たな主導部門を生み出す必要に迫られていた。

ウェーバー的集積とは金属・機械工業が技術的成熟に達し、新興工業都市が誕生する状況である。ただし、ウェーバーは技術的成熟によって生産要素の可塑性が高まるという事実を看過していた。近代日本は輸出部門におけるマーシャル的集積によって離陸を遂げた。しかし、大戦景気による過剰投資によって、日本経済は構造的転換に迫られた。1920年代に「第1の産業分水嶺」を迎え、農村織物業では「力織機化の第2の山」が訪れた。内地向用の力織機を大量生産する必要性から、金属・機械工業においてウェーバー的集積が見られた。ただし、長期勤続による技能向上という伝統はマーシャル的集積に起源を有していた。

キーワード: アルフレッド・ウェーバー, 新結合, 技術的成熟, 生産要素の可塑性, 近代日本

#### はじめに

## 1. 問題意識と本稿の目的 — 産業集積論のミッシング・リンク —

筆者はかつて拙稿(2013)においてマーシャル集積論の制度主義的な転回を試みたが、本稿では同様の観点からウェーバー集積論を再検討し、さらに段階論的な観点から両者の関係性を明らかにしたいと考えている。以上の目的を果たす上で、まず重要になるのはシュンペーターの「新結合」の概念である。衆知のように、シュンペーター(1983:52-53)は「自然は飛躍せず(natura non facit saltum)— この命題を題辞としてマーシャル(Marshall)はその著書の冒頭に掲げたが」、「しかし私は彼に反対して、人間の文化の発展、とりわけ知識の発展は、まさに飛躍的に生ずることを主張したい」と批判している。つまり、マーシャル(1966)の分析は静態

的であって,「新結合」によって経済発展が生じるという動態的な発想に欠けているという批判である(根井 2001:52–56)。しかし,実はマーシャル集積論には経済発展における飛躍が含意されていた(小木田 2013)。したがって,「新結合」の概念によって,まずはこの飛躍<sup>(1)</sup> を明らかにする必要がある。

ウェーバー集積論を再検討するに際しても、制度主義的な転回と「新結合」概念の導入は不可欠である。文化社会学の立場から、ウェーバー(1986:206)は「マーシャルの『原理』の第X章の短い記述」<sup>(2)</sup> を「奥行きの浅い体系化」だと批判している。しかし、シュンペーターは文化社会学的手法に対しても批判的である。そして、ここに文化社会学と理論経済学を俯瞰し、制度を軸として媒介し得る眼差しが秘められている。たとえば、この制度主義的な転回に関して、塩野谷(1995:58-59)は、シュンペーターがドイツの歴史学派や文化社会学、そしてアメリカの制度学派と同様に、「制度による理論と歴史の媒介」という問題意識を共有していたと指摘している。1912年に出版した『経済発展の理論』を1926年に改訂する際に、シュンペーターはドイツの読者に対して理論経済学の意義を明確化するために、最終章の「国民経済の全貌」を全面的に削除した(塩野谷 1995:37-38)。そして、序文においてドイツの読者の関心を過度に集めたこの章のことを「文化社会学の断片」(シュンペーター 1977:8)と呼んでいる。

以上の制度主義的転回に「新結合」の概念は不可欠である。ウェーバー集積論はゾンバルト流の「経済体制(Wirtschaftssystem)」(ウェーバー 1986:200)の概念に立脚している。しかし、シュンペーター(1998:9)は「『経済段階』理論の手法で歴史的エポックを設定し、それぞれのエポックに特有の『経済体制』と『経済的性向』をあてはめて分類していく」というゾンバルト流の文化社会学的手法に関して、「歴史的総括という目的にとって必要」だが、その手法が提示する全体的な「統一性」は「社会的実在の流れの中に存在していない」と批判している。つまり、「経済体制」概念によって明らかにできるのは「文化的レベルの静態的統一性」(塩野谷 1995:48)であって、動態的視点を欠くために、「社会的実在の流れ」を反映したものにはなっていないということである。シュンペーターの発想は社会変動論的であって、文化的領域においても「新結合」の概念、あるいはそれに相応する概念の導入は不可欠だとされているのである。

シュンペーターは動態的分析に歴史研究が不可欠であると考えており、ここに文化社会学や理論経済学との接点がある。その接点を日本の近代化の中に見出そうとした場合、問題となるのは歴史分析の方法である。「新結合」とは歴史的転換の新機軸であり、塩野谷(1995:59)は「制度の分析を通じて理論と歴史との結合を目指している」という問題意識を共有しつつも、「その特徴は新古典派経済理論の適用にある」という点で、新制度派経済学がシュンペーターの考え方とは異なると指摘している。つまり、新制度派経済学が「方法論的個人主義と効用最大化の仮定によって制度の説明をすること」を主眼に置くのに対して、シュンペーターは「個人の行動の決定因としての社会的制度ないしルールの作用をとらえると同時に、企業者のように効用極大化を取らない主体の存在を強調した」(塩野谷 1995:248)。言い換えれば、シュンペーターは「快楽

主義的な欲求充足」を動機とする「普通の人間類型」と「活動と創造と勝利の追求」を動機とする「指導者類型」という経済主体の違いに注目したのである(塩野谷 1995:84)。

拙稿(2013;2014)において「組織論的」と呼んだアプローチは、主に「普通の人間類型」に着目する。明治末の桐生地方を取りあげた中林(2003)はその代表格であると言える。「問屋制」と「工場制」とでどちらが効率的な経営形態なのかという問題に対して、中林(2003:53)は「労働プーリング(labor pooling)」、つまり「高品質製品の生産を行いうる熟達した賃機」業者の存在を根拠にして「問屋制」の優位性を論証した。これに対して、地域経済論的アプローチは、「普通の人間類型」と「指導者類型」からなる地域社会に眼を向ける。たとえば、足利地方では以上の条件が満たされる以前から「問屋制」の優位性が確立しており、「高品質製品の生産」を目指す有力機業家は、労働市場を内部化する必要から年季制度という非効率な経営に基づく「工場制」を敢えて選択していた(小木田 2014:93-97)。そして、桐生・足利地方の発展経路を方向づけたのは「経済人」ではなく「企業者」であった。

したがって、「問屋制」と「工場制」の比較考慮という新古典派経済学的な観点では、近代日本における在来工業の発展を十分に説明することはできない。清川(1995)や牧野(1996)が指摘するように、仮に力織機化によって「工場制」の優位制が確立したとしても、所詮は中小企業でしかないのだから、地域経済全体の成長を十分には説明し得ないはずである。他方で、中林(2003)が指摘するように、仮に「労働プーリング」によって「問屋制」の優位性が確立していたとしても、その後の「工場制」への歴史的転換、つまり「第1の産業分水嶺」の存在は否定し得ないはずである。だとすれば、この問題を「問屋制」が優位性を有する「経済体制」から、「工場制」が優位性を有する「経済体制」への移行と捉える嗅覚が必要なのではあるまいか。いずれにせよ、たとえ地域経済が順調に成長していようと、資源が有限である以上、産業集積が永遠に続くとは思われない。その限界は地域経済の危機という形で現れ、危機を克服するには「企業者」の再来を待たなければならないはずである。このように、本稿の最大の関心はマーシャル的集積の危機とその際のウェーバー的集積の意義にある。

## 2. 問題の所在と本稿の構成 — ウェーバー集積論の「歴史的総括」—

しかし、ウェーバー集積論そのものに「新結合」の概念を組み込むことは難しい。その理由のひとつはウェーバーの工業立地論が未完の体系だからである。ウェーバー(1986:207)は「人口集中現象と工業立地配置の諸法則を結びつけ」ようと試みていた。そして、この手掛かりをゾンバルトの「経済体制」に求め、「わたくしは本書の第2部で、今日見られる大都市や巨大都市の人口集中をもたらしたものの大部分が彼(筆者注:ゾンバルト)が考えたのと全く異なる性質の力であることを示すであろう」(ウェーバー 1986:208)と予告している③。しかし、訳注(ウェーバー 1986:152)によれば、その後の著作に「資本主義と経済体制との関連についての簡単な記述がある」ものの、「第2部」が出版されることはなかった④。よって、「歴史的総括」

のためにウェーバー集積論を何らかの歴史モデルの俎上に載せて理解する必要があるのだが、シュンペーターに優れた歴史モデルを望むべくもない。この点は組み込みが困難なもうひとつの理由であって、本稿ではロストウ(1961)の発展段階論によってこの不備を補いたい。

ウェーバー(1986)に先立って、まずはシュンペーターの静態と動態という二分法的思考をこの歴史モデルの俎上に載せてみよう。この問題に関して、塩野谷(1995:84)は『経済発展の理論』初版では「経済体制の整理と再編成が試みられる不況期」と「既存の経済構造からの離脱が試みられる好況期」が対比されていると指摘している。ロストウの発展段階論において、概ね好況期は「離陸(the take-off)」、そして不況期は「成熟への前進(the drive to maturity)」に該当する。後者は「技術的成熟(technical maturity)」、つまり「資源を有効に再編成し新しい一組の主導部門の拡大を加速する社会の能力」(ロストウ 1961:85)を培う時期である。ドイツの場合、具体的には経済の主導部門が「鉄道局面の石炭・鉄・重機械工業(heavy engineering industries)」から「工作機械(machine-tools)・化学製品(chemicals)・電気機器(electrical equipment)」へと移行する段階を指す(ロストウ 1961:14)。

ドイツは 1850 年に「離陸」を始め、1873 年から 1890 年代半ばまでの「大不況(the Great Depression)」の期間に「離陸」の最終局面から「成熟への前進」の段階に入った(ロストウ 1961:52)。そして、1910 年には「技術的成熟」に達したとされている(ロストウ 1961:81)。シュンペーターが『経済発展の理論』初版を執筆したのは 1911 年夏であり、ウェーバーが『工業立地論』を執筆したのも 1909 年春であった。したがって、ちょうど経済の主導部門が移行をほぼ済ませた段階と重なり合う。「大不況は、資本主義の歴史の一つの分水嶺」であって、「摩擦に満ちた再編期」「あった(藤瀬 1980:160)。このため、ウェーバー集積論もロストウ(1961)の歴史モデルの俎上に載せて理解しやすく、ウェーバー集積論の本質が「成熟への前進」における「新結合」にあるのに対して、マーシャル集積論の本質は「離陸」における「新結合」にあるという展望が得られる。そして、事実、ウェーバー(1986)には以上の「歴史的総括」が妥当なものであることを裏づける記述が存在する。

ウェーバーは、18世紀後半から19世紀末までの立地上の大変革期の特徴として、大規模な機械化によって紡績工程と織布工程が地理的に分離し、「生産の地理的なジグザグ線」が成立したことをあげている(ウェーバー1986:170)。つまり、半製品の大量生産に伴って、空間的分業体系が成立したということである。「生産過程の分業による一種の断片化とこれら『断片』の独立の局地的立地指向の強化という考え方」、つまり空間的分業体系と地域特化という考え方は、交通革命の進展とともに自由貿易論と結びつき、国際分業論へと発展した(ウェーバー1986:170-171)。つまり、「分業の絶えざる増加に伴って、独立の存在として分割された生産過程の『断片』は全く自由にその『自然的』最適生産地に移行し、同種のものがそこに『集積』する」という考え方である(ウェーバー1986:171)。この「集積」はマーシャル的な集積である。

ロストウ (1961:45) は「スミス的な意味で市場を拡大 (in the Smithian sense widen the

market)」する過程で,「製造業における国際的相互依存関係」を含む「新しい形の専門化と相互依存関係(new types of specialization and inter dependence)」が形成されることを「水平的イノベーション(lateral innovation)」と呼んでいる。拙稿(2013)で指摘したように,マーシャルの「産業地域(industrial district)」は「水平的イノベーション」によって,世界各地に同時多発的に誕生しており,日本の製糸業地域や羽二重産地は「産業地域」の典型であった。しかし,自由主義的な国際分業論に対して,ウェーバー(1986:171)は半製品や完成品という「生産段階区分」を無視し,「専門化(Spezeialisation)」として一括りにされた点を問題視している。そして,ウェーバー(1986:171)は「現在の状況から言うならば,この古い考え方が現実の状況から見て全く時代遅れであることはあきらかである」とも述べている⑥。地域的な「専門化」ではなく,「生産段階区分」が重要となる時代が到来したということである。

要するに,「垂直的イノベーション(vertical innovation)」, つまり「近代的な科学的知識・ 科学的態度の発展」(ロストウ 1961:44) を経済成長の主軸とする時代が到来したということで あろう。新しい時代を画期する新しい現象として、ウェーバー(1986:171)は「強力な立地革 命」、つまり「工業生産過程の資本主義化と機械化によって、反対の集中への過程が進行しつつ ある事実」を指摘し、同時に空間分業論に関して「産業地域」という「断片」を「場所的に結び つける輸送費は存在していないかの如くである」と批判している。このうち工業生産過程の集中 化は、石炭供給地から比較的離れた都市部に新たに顕著に見られるようになった現象である。石 炭のような「貿易財(tradable commodities)」の輸送費は,交通網の整備・拡張によって大幅 に軽減され得る。このため、石炭供給地から比較的離れた地域でも機械化が可能となったのであ る。そして、この結果、「生産段階区分」が極めて重要な意義を有するに至ったものと見られる。 にもかかわらず、ここでウェーバーが空間的分業関係にある「産業地域」間の輸送費を重要視 している点が重要である。先行研究はこの問題を看過してきたが、実はサービス財のような「非 貿易財(non-tradable commodities)」,あるいは「非貿易投入財(nontraded inputs)」<sup>(7)</sup> は, 交通網が整備・拡張されようと輸送費が大幅に軽減されるわけではなく、「接触」による利益が 極めて大きくなる。たとえば、ウェーバー(1986:118)は機械部品の交換サービスや機械修理 サービスの業者を「家庭医」にたとえて、「地方診療」、つまり医師による往診で済ませることも できるが、「最善で最も低廉な診療は『まち』で得られる」と指摘している。したがって、「強力 な立地革命」は「離陸」を主導し、交通革命を推進した部門が集積する石炭供給地に代わって、 多数の新たな部門が集積する工業都市が台頭しつつあったことを示唆しているのである®。

以上はドイツを例として得られた展望である。しかし、本稿の目的は近代日本を例としてマーシャル的集積の危機とウェーバー的集積の意義について検討することにある。そこで、 I 章ではシュンペーターの「新結合」概念を概観し、近代日本における「産業地域」を代表する羽二重産地を例として、マーシャル的集積における「新結合」の意義について検討する。また、 II 章ではウェーバー集積論の基本的枠組について批判的な検討を行うことにする。後述するように、ウェー

バーは自らの集積論を分断するという致命的な誤りを犯している。しかし、ウェーバーとマーシャルが注目した産業は多くが共通しており、ウェーバーが見落した事実をマーシャルにより補うことができる。これによって、分断されたウェーバー集積論を手繰り寄せ、「産業地域」を土台として枠組の再構築を行う。そして、Ⅲ章ではウェーバー集積論を概観し、その問題点について検討を重ねた上で、近代日本への応用を試みることにする。

## Ⅰ 「新結合」による経済発展 — 羽二重産業を例に —

## 1. 「新結合」の種類

「新結合」の概念は、経済発展が定常的状態を打破することによって実現されるという考え方を含意している。たとえば、シュンペーター(1977:180)は「新しい均衡点は古い均衡点からの微分的な歩みによっては到達しえないようなもの」であって、「郵便馬車をいくら連続的に加えても、それによってけっして鉄道をうることはできない」と指摘している。この「均衡点」は定常的状態と解してかまわない。また、経営者の立場から経営効率の向上を目指す「経済的生産」であろうと、技術者の立場から生産効率の向上を目指す「技術的生産」であろうと、生産の本質は「もろもろの物および力の相互関係を変更すること、現在分離されている物および力を結合すること、物および力を従来の関係から解き放すことである」(シュンペーター 1977:50)にあるという前提に立っている。

生産効率の向上が必ずしも経営効率の向上を意味せず、「両者が衝突する場合には、純技術的要因が経済的要因にゆずらなければならない」(シュンペーター 1977:47-48)という指摘は現代人にとって新鮮である。「生産ライン(assembly line)」を撤廃した「常識破りのものづくり」(山田・片岡 2001)を想起させるからである。しかし、「経済的生産」と「技術的生産」の区別は、後段でウェーバーの「結合」の概念を再検討する際に極めて重要な視点ともなる。そして、かかる前提の下で、シュンペーター(1977:182-183)は「新結合の遂行」の具体例を 5 つあげている。

- ① 「新しい財貨, すなわち消費者の間でまだ知られていない財貨, あるいは新しい品質の財 貨の生産」。
- ② 「新しい生産方法,すなわち当該産業部門において実際上未知な生産方法の導入。これは けっして科学的に新しい発見に基づく必要はなく,また商品の商業的取扱いに関する新しい 方法をも含んでいる」。
- ③ 「新しい販路の開拓, すなわち当該国の当該産業部門が従来参加していなかった市場の開拓。ただしこの市場が既存のものであるかどうかは問わない」。
- ④ 「原料あるいは半製品の新しい供給源の獲得。この場合においても、この供給源が既存の

ものであるか — 単に見逃されていたのか、その獲得が不可能とみなされていたのかを問わず — あるいは始めてつくり出されねばならないかは問わない」。

⑤ 「新しい組織の実現, すなわち独占的地位(たとえばトラスト化による)の形成あるいは 独占の打破 。

一般に「新結合」は技術革新と解され、技術革新はプロダクト・イノベーションとプロセス・イノベーションに区分して論じられることが多い。しかし、シュンペーターは「新結合」をより幅広い観点から把握しようとしており、技術決定論的な立場には立っていない。また、①から⑤は思いつくままに列挙したものであって、遺漏もあると考えるべきだろう。たとえば、パットナム(2001:155)は「人類史上最も偉大な経済革命の一つ」として、北イタリアの都市国家に見られた「信用制度(credit)」の発達をあげ、「個々の貯蓄家と自主独立の投資家が効率よく結び付けられる(efficient intermediation between individual savers and independent investors)」画期的な方法が開発されたと指摘している。貯蓄と投資を結合させる「信用制度」の発達が「水平的イノベーション」の起爆剤となったのは紛れもない事実であって、こうしたものも「新結合」に含めていいのではないだろうか。

したがって、「新結合」について検討する際に、山本(2005)のようにローテク産業に対するハイテク産業の優位性を強調する態度は賢明とは言えない。この問題に関して、「ハイテクではない服装産業も経済学的に見るとハイテク産業とそれほど変わらない」として、クルーグマン(1994:81)はいずれの産業においても「高度な特殊技能を持った労働者(デザイナー、モデル、縫製職人など)、特殊な財の供給者(生地、染料、化粧品など)、情報への迅速なアクセス(何が流行して何がしていないか)」といった点が重要だと指摘している。この指摘には「新結合」の重要性が凝縮されているように思われる。たとえば、ハイテク産業であろうと、「情報への迅速なアクセス」はマーケッティングによる「新しい販路の開拓」に不可欠であり、また「高度な特殊技能を持った労働者」と「特殊な財の供給者」を「新結合」することによって、「新しい財貨」や「新しい品質の財貨」を生産することが重要である点に変わりはないからである。

前述のように、「産業地域」は交通革命に伴う「水平的イノベーション」によって誕生した。ドイツとは異なり、日本は輸出主導型の「離陸」を遂げたのであって(ロストウ 1961)、「産業地域」の代表例は輸出産業が発達した地域である。「新結合」による「離陸」に不可欠の条件は、(A)「製造技術および商業道徳の改善」、および(B)「原料から完成品にいたるいろいろな段階での、より統合された大規模組織化」の2つであった(ロックウッド 1958:501)。これは「商売方法がきびしく、また商業道徳も低水準であったため」、主要輸出品目し対する「日本品への不信」が大きかったからである(ロックウッド 1958:500-501)。外国商人は横浜の居留地に封じ込められ、日本商人の機会主義的行為に手を焼いていた。このため、輸出産業における「新結合」(®)はほぼ日本人の主体性に委ねられていた。

地域経済論の観点に立った場合に、「新結合の遂行」過程が魅力的に映るのは、「産業地域」の 多系的発展を説明し得るように思われるからである。たとえば、同じ長野県でも大規模な器械製 糸工場を中心に発展を遂げた諏訪製糸業地域とは対照的に、丸子製糸業地域は「小製糸家の結合 の継続・強化」によって発展した(神立 1997:177)。丸子製糸業地域は「依田社」という結社 から産業組合へという形で製糸家の「結合」が強化される中で、同時に養蚕農家との協力関係も 構築され、前述の2つの条件をクリアすることによって経済発展を遂げたのである。このように、 次節では明治・大正期の羽二重産業の中に「新結合の遂行」のより詳細な実例を見出し、個々の 地域の遂行例が地域経済の発展にとってどのような意義を有していたのか、あるいは相互にどの ような関係にあったのかについて検討してみたい。

# 2. 羽二重産業における「新結合」の実例(1) — 福井羽二重産業の場合 —

福井羽二重産業は、(A)「製造技術および商業道徳の改善」という条件をクリアすることで急速な経済発展を遂げることに成功した。そして、この際に特に大きな役割を果たした「新結合」が、②「新しい生産方法」の導入であった。福井県における羽二重生産は、福井市の職工会社が1887(明治20)年3月に桐生から高力直寛を招聘し、技術講習を行ったことに始まる。しかし、技術講習に先立って、職工会社では西欧から伝わったバッタンの技能伝習に努めていた。この結果、「当時桐生地方にては羽二重を織るに在来の織機を用ひしも福井にては使用に熟練せる『バツタン』織機を以て羽二重織を修業したるに却て好結果を得た」(農商務省商工局1896:88-89)。たしかにバッタンは「科学的に新しい発見に基づく」技術ではなかったが、日本においては「当該産業部門において実際上未知な生産方法」であった。

バッタンのみならず、福井県では下拵工程においても「当該産業部門において実際上未知な生産方法」が導入されていた。桐生から伝えられたのは後糊であったが、福井では先糊への転換が試みられたからである(小木田 2015:68-69)。桐生の重目羽二重は筬羽に座繰生糸を4本通し、経糸下揃後に糊付を行っていた。これに対して、福井の重目羽二重は筬羽に器械製糸を4本通す際に、前もって糊付によって2本の生糸を1本にまとめる点を特徴としていた。たとえば、農商務省商工局(1896:95)は「本縣羽二重は経に器械糸二本を合わせて糊し」ていると指摘している。これによって、福井羽二重産業は品質を低下させることなく製品を軽量化することに成功したのである。先糊も「科学的に新しい発見に基づく」技術ではなかったが、画期的であったため、石川県にも伝わり中目羽二重にも応用された。そして、先糊によって金沢製糸場に始まる殖産興業への取り組みの成果を羽二重産業に活かすことに成功したのであった。

しかし、「産業地域」への飛躍においてバッタンや先糊よりも遥かに重要な役割を果たしたのが、「商品の商業的取扱いに関する新しい方法」であった。桐生・足利地方では「生絹取引」(10)が行われていたのに対して、福井羽二重産業では「練絹取引」を行っていたからである。生糸は表面をセリシンというたんぱく質で覆われているため、肌色がかっていて絹独特の光沢が見られ

ず、手触りも滑らかではない。羽二重を製織する場合、下拵の際に生糸の保湿性や強度を高めるために、生糸の表面に糊を付着させる。このため、絹独特の光沢や手触りを出すには精練工程によって化学的処理を施す必要がある。「生絹」とは精練工程を経ていない羽二重であり、「練絹」とは精練工程を経た羽二重である。この違いは羽二重取引において決定的なまでに重要であった。生絹取引の問題点として、川俣絹織物同業組合(1910:107)は「生絹の品質は熟練なる商人と雖も其鑑別を誤り易き」点をあげ、「生絹の品質の鑑別が困難なるは輸出羽二重のみにあらず凡て生絹の通性」であると指摘している。つまり、品質に関する情報が不完全であって、「レモン市場(the market for lemons)」と同じ構造だったのである。このため、「善良なる製品も価格相伴は」ないために、「精良品より普通品利益多く普通品より粗悪品利益多き結果を生」ずる傾向があった(川俣絹織物同業組合 1910:107)。つまり、価格が品質を示すシグナルとして十分に機能しないために、「逆淘汰(adverse selection)」が生じやすかったのである。そして、「廉なる原料を使用し多大の注意を払わず無雑作に拙速を旨とし製造する方利益多く日に粗製に流」れることに繋がった(川俣絹織物同業組合 1910:107-108)。要するに、粗製濫造の本質は「レモン市場」の下での「逆淘汰」だということである。

これに対して、練絹取引の場合、品質に関する情報が完全であった。福井県絹織物同業組合は練絹に対して等級検査を行い、一等は「松印」、二等は「竹印」、三等は「梅印」の証票で明示した。また、粗製濫造への対応策として、機業家は「社」と呼ばれる自主流通組織を結成して、価格が品質を示すシグナルとして十分に機能するよう、仲買商の抵抗に屈することなく単品ごとの競争入札制度を導入した。この結果、「松印」と「竹印」の相場に2円近い大きな価格差が生じていた(小木田2014b:150)。相場は100匁あたりの価格であって、特産の重目羽二重の製品単価はその3倍以上であったから、品質改善に対する機業家のインセンティヴを刺激するのには十分すぎるほどの価格差であった。まさに「整練后正当の品質を確実して取引するを得れば精良品は其価値を認識せられ粗悪品其実質を暴露し現実に改良の報酬を得るに到るべし」(川俣絹織物同業組合1910:108)というシナリオ通りであった。

その後、福井羽二重産業は、(B)「原料から完成品にいたるいろいろな段階での、より統合された大規模組織化」という条件をクリアすることで更なる経済発展を遂げることに成功した。そして、この条件をクリアするのに特に大きな役割を果たした「新結合」も、②「新しい生産方法」の導入であった。清川(1995)は力織機が製品の均質化に大きな役割を果たし得る点を強調している。しかし、力織機が電動機と結合することによって、中小工場が卓越する結果を招いたため、実は各工場が単独で大口取引に対応し得ないという状況に基本的変化は見られなかった。均質的な原料を使用することで製品を均質化させることができたため、大口取引への対応は賃機組織を巨大化することによっても可能であった。このため、力織機化を行った中小機業家は、まず地域ごとに産地ブランドに特化し、産業組合を結成して共同購入・共同販売を行うことによって大口取引に対応することになった。

### 3. 羽二重産業における「新結合」の実例(2) ── 川俣羽二重産業の場合 ──

川俣羽二重産業も、(B)「原料から完成品にいたるいろいろな段階での、より統合された大規模組織化」という条件をクリアすることで経済発展を遂げることに成功した。そして、この条件をクリアするのに特に大きな役割を果たした「新結合」も、②「新しい生産方法」の導入であった。具体的には、1913(大正 2)年に保証責任川俣信用購買販売組合が設立されたことを指す。ただし、この「新結合」によって、練絹取引を導入し、福井羽二重産業と同様の品質検査体制を構築するという形で、(A)「製造技術および商業道徳の改善」という条件をクリアすることにも成功している。しかし、川俣羽二重産業の最大の特徴は、この「新結合」によって、「原料あるいは半製品の新しい供給源の獲得」という更なる「新結合」が生じてもいる点にあると言える。

力織機化以前の川俣地方には専業と副業の2つのタイプの機業家が存在し、双方の空間的分布にははっきりとした傾向が見られた(農商務省商工局1896:80-83)。「専業なるは川俣町に於ては多少之れあり何れも十台以上の織機を備」えて「工女を雇入るゝもの」であって、雇用形態は「年期を定めて使役し衣食を供する」場合が大半であった。これに対して、副業の機業家は「重に農間の余業にして養蚕、製糸より以て機織に至るまで皆な之を一家に辧し」ており、「機台の数は一二台より多きも三四台に過ぎ」なかった。表1にある「各村」は無定義であるが、1899(明治32)年当時、「川俣町」に隣接する富田村に419名、福田村に244名、小島村に204名、飯坂村に158名、大綱木村に76名、小綱木村に74名の組合員機業家が存在していた(川俣町1982:636)。したがって、「各村」は川俣町近隣農村と見ていいだろう。

表1によれば、川俣町に見られた専業の機業家は、1 戸あたりの平均職工数は 10.9 人であった。 拙稿(2014)で指摘したように、明治 30 年代半ば以前に年季制度を採用している機業場では製 織女工と見習女工の人数に一定の組み合わせがあった。この組み合わせにしたがえば、平均的な 規模の機業家に最も近いのは、5 台の手機を有し、合計 12 名の年季女工を抱える工場というこ とになる。これに対して、「各村」の機業家は家族主義的経営による農家の副業生産であったこ とがわかる。このような「川俣町=専業⇔周辺農村=副業」という生産システム上の対立構図は 力織機化後も一貫していた。力織機化によって、生産システムの間に深刻な利害対立が生じるこ ととなるのだが、まずは両者の利害対立が先鋭化する以前の状況を確認しておくことにしよう。

力織機化以前の川俣地方の最大の特徴は、自家製の原料を使用していた点にあった。川俣地方

表 1 川俣地方の生産状況(1893)

地域名	機業戸数	職工数	1戸平均
川俣町	152 戸	1,660 人	10.9 人
各村	832 戸	2,450 人	2.9 人

〔出典〕川俣町(1979:188)より筆者が作成。

の賞与規程に関して、農商務省商工局(1990:387-388)は「製糸時期後即ち普通七月初旬より旧盆、旧正月より祭市(旧暦九月一日)まで、祭市より年末まで、年末より養蚕期までの各四期間の製織高を工女の技量に応じ予定し、その予定高以上の織上高の多少に従い賞与率を異にし、なるべく製織高を多からしむることにのみ全力を用ゆ」と述べている。「養蚕期」や「製糸時期」があることから、専業の機業家の中にも自家製の原料を使用する場合があったことがわかる。また、川俣地方には座繰による綛糸市場も存在しており、1899(明治32)年当時、伊達郡には川俣絹織物同業組合に加盟する綛糸業者が419名存在していた(川俣町1982:636)。綛糸業者は2釜以上の所有者からなっており、やはり大半は自家製の原料を使用する副業農家であった。

福島県の同業者にとって、県下統一の同業組合を組織し、いかにして生絹取引を改めて練絹取引を実施するのかが最大の課題であった。この問題は川俣絹織物同業組合の解散問題という形で先鋭化し、力織機を導入した川俣町の機業家が川俣信用購買販売組合を組織して練絹取引を実施する一方で、周辺農村の副業的機業家に羽二重市を開放し生絹取引を存続させるという形で最終的に決着した(小木田 2013)。そして、この決着に前述の「新結合」が大きな役割を果たした。組合設立によって、「市場は原料生糸の集散豊富にして組合員は各自希望に依り生産と適当なる現物の撰択購入に便なるか為組合より現物供給を行ふも組合員に満足を与ふる能はさりしは遺憾にして購買高僅かに八百九十一貫余価格五萬九百六十円に過ぎざりき」(『福島民報』1914(大正3)年1月26日)状況になった。設立に際して政府から18万円の低利融資があったため、川俣町の原料集積機能が飛躍的に向上したのである。

このため、川俣信用購買販売組合は原料の共同購入を中止するに至っている。同時に、周辺農村では「近来ハ自家産出ノ繭ハ之ヲ繰糸スルコトナク生繭ノ儘之ヲ売放チ原料糸ハ別ニ之ヲ買入スル傾向トナレリ」(日本銀行調査局 1915:14)。つまり、原料の自主製造をやめ、市場を利用するようになったのである。これは川俣信用購買販売組合が優等品に特化し、中等品市場を開放したという要因も手伝ってのことであって、生産意欲を刺激された副業的機業家はさらに「従来手織機ヲ使用セシ向ハ競フテ足踏機ヲ整へ」始めてもいる(日本銀行調査局 1915:32)。以上の劇的な変化は、自家製の原料の本質が「権原問題(entitlement problem)」であったことを意味している。つまり、伊達郡北部では器械製糸が発達していたにもかかわらず、川俣町に十分な原料生糸を引き寄せるだけの市場購買力が欠如していたために自家製の原料を使用していたのであって、「分業は市場の広さによって制約される」という命題はまさに真であった。

### Ⅱ ウェーバーとマーシャルの「新結合」

### 1. ウェーバー集積論のキーワード ──「経営」と「結合」──

先行研究においてマーシャルとウェーバーの最大の違いとしてよく指摘されるのが、ウェーバーが「単なる経営の拡大による生産の集積」を「低次の段階」、「多数の経営が場所的に近接して存

在する」状況を「高い段階」として区別している点である(ウェーバー 1986:116-117)。経済地理学ではマーシャルに倣って「低次の段階」を内部経済、「高い段階」を外部経済と定式化するのが一般的である。たとえば、山本(2005:76)は「低次の段階の集積とは、1 企業の経営の拡大による生産の集結を意味する」ものであって、「アルフレッド・マーシャルが命名した内部経済(規模の経済)に相当する」ものと解釈している。ここには、(i)「経営」と「企業」は同一のものである,(ii)「企業」の本質は「規模の経済(the economy of scale)」である  $^{(11)}$  という  $^{(21)}$  つの見解が織り込まれている。たしかに、次の個所を読めば、 $^{(21)}$  や $^{(21)}$  の解釈に問題はないようにも思える。

「各種の生産を1つの屋根の下に結合することによって、各種の商品を個別に生産する場合には(その規模が小さすぎるために)得られない利益、すなわち組織上の、機械利用上の、購買上の、販売上の利益が得られる」(ウェーバー 1986: 176)。

しかし、ウェーバー(1986:117)は「低次の段階」と「高い段階」で集積要因は同一であると指摘している。このため、山本(2005:76)は「このウェーバーの認識には問題がある」と指摘しているのだが、この指摘は批判というより否定と言った方が適切であって、経済地理学はウェーバーへの無理解を稚拙なマーシャル理解で埋め合わせている状況を自覚して反省すべきである。たしかに「1 つの屋根の下に結合する」事業体を「企業」と考えることは可能である。しかし、「大きな工場といっても実はいくつかの小さな工場をひとつ屋根のもとに(under one roof)集めただけのものにすぎない」(マーシャル 1966:268)という見方、つまり複数の「企業」が集まって1 つの「経営」を構成していると解釈することもできる。事実、ウェーバー(1986:174)は「経営 Betrieb は企業 Unternehmen とは異なる」と注意を喚起している。着目しているのは「各種の商品」が生産されている状況なのである。

「経営」とは「『異なった種類の』生産物」を生産する「異なった種類の生産過程」が局地的に「結合」することである(ウェーバー 1986:174)。したがって、「低次の段階」とは多品種化を伴わない生産工程の「結合」であり、「高い段階」とは多品種化を伴う生産工程の「結合」であると理解することができる。異なる製品の生産工程が局地的に「結合」することは、「専門化」による地域特化という観点では説明し得ない事象である。したがって、独自の着眼点であって、ウェーバーの「経営」と「生産段階区分」の概念はマーシャル批判の最大の論拠となっている(12)。そこで、ウェーバーがあげた「経営」の具体例に注目してみたい。「生産過程の結合」が生じる理由として、まずウェーバー(1986:174)は「技術的理由」と「経済的理由」をあげ、前者の例として「各種の原料の組合せから各種の生産物 — ソーダ、硫酸、その他あらゆるもの — を生産する化学工場」をあげている。これに対して、後者の例に「ケーブル、蓄電池その他多種類の電気機具を1つの経営内で生産する電機工場や、外套、帽子、肩掛、ブラウス等を同時に製造

する既製服工場」をあげている。

技術的な「結合」は「1つの生産過程の原料が他の生産過程のいずれかの段階の副産物あるいは第2の生産物である場合」に生じ、経済的な「結合」は「同一の原料、同一の半製品がいずれの工業にも(二者択一的に)利用されるような場合」に生じるという想定になっている。そして、前者の例として、コークス製造工場の副産物である石炭タールという共通の原料を媒介として、アニリン染料工業と他のコークス利用工業が「結合」していることが紹介されている。これに対して、後者の例として、羊毛工業と皮革工業の「結合」があげられている。しかし、区別を試みた後で、ウェーバーは双方を「原料による結合関係」として一括りにできるということに気づく。まさにここがウェーバーの思考過程における複雑さの一例なのだが、結局、前述の化学工場や電機工場、既製服工場も「原料による結合関係」として一括りにしていいことになる。

前述のように、シュンペーターは「技術的生産」よりも「経営的生産」に重きを置いていた。これに対して、独自の「経営」概念によって、ウェーバーは「技術的生産」に重きを置く結果となり、経済的な理由も原料の問題に還元してしまった。このため、残念ながら「原料による結合関係」の経済学的意義は考察の対象外となっている。しかし、この問題を検討する際に、ウェーバー(1986:179)が副産物の例として、木材加工場における「鋸くず」、つまり廃材をあげている点は注目に値する。マーシャル(1966)が、第XI章「産業上の組織続論 大規模生産」において、副産物の経済的意義を「原材料の経済(the economy of materials)」に含めているからである。「ひとりだけ孤立していると、工場なら集めておけばなにか利用のみちを考えられないでもないような、こまごまとしたあまりものをたくさん捨ててしまうことが多い」が、大規模生産や「地域特化産業(a localized manufacture)」「133 ではこうした無駄を省くことができるという原理である(マーシャル 1966:264)。つまり、「原材料の経済」とは原材料を安価で入手し、あるいは原材料の無駄を省くことによって得られる利益であって、その代表例が石油コンビナートである。原油から精製される様々な原材料(=中間投入財)によって、多種多様な生産工程の「結合(=コンビナート)」が見られるからである。

産業別に見た「原材料の経済」の例として、マーシャル(1966:265)は「廃物利用(the utilization of the waste)」が綿・羊毛・絹その他の繊維原料について見られ、「副産物利用(the utilization of the by-products)」が冶金業(metallurgical industries)やソーダガス工業(the manufactures of soda and gas)、およびアメリカの鉱物油産業(mineral oil industries)と食肉加工業に見られると指摘している。一般に「廃物」や「副産物」は高い輸送費に見合わない原材料なので、非貿易投入財に含めていいように思われる。このように、マーシャル(1966:265)は、「原材料の経済」が「手労働でなく機械がもっとも支配的となっている生産部門」である「製造業(manufacture)」に典型的であって、「化学的ないしは力学的な(mechanical)発明によって起こった」と指摘している(14)。しかし、手作業における「原材料の経済」の例として、「同一の型」の「100 組の家具ないし被服」を生産する場合には「板や布の裁断のし

かた」に工夫が求められるとも述べている。したがって、吉野杉の廃材を材料とした割箸生産も、 日本における「原材料の経済」の好例だと言い得る。ウェーバー流に言えば、「鋸くず」による 「結合」に他ならないからである。

ウェーバーと同様に、マーシャルが既製服工場や木材加工場に注目している点は示唆的である。両者は分析の枠組を大きく異にしつつも、具体的な分析対象はほぼ共通しているからである。したがって、ウェーバーの「結合」概念の本質は、「原材料の経済」だと見ていいように思われる。ウェーバーは多品種化を伴わないマーシャル的集積を「低次の段階」、多品種化を伴う新たな時代の集積を「高い段階」に位置づけていたが、実はいずれも「原材料の経済」による集積と見ることができる。「原材料の経済」と産業集積の関係に関して注目すべきは、マーシャル(1966:264)が大規模生産(=内部経済)の主要なメリットのひとつにあげつつ、「機械の経済(the economy of machinery)」や「技能の経済」と比較して、「最近急速にその重要性をうしなってきたようだ」と指摘していることである。あくまでエネルギー革命以前の状況ではあるものの、「原材料の経済」はむしろ外部経済のメリットになりつつあったのである。

## 2. ウェーバー集積論の基本的枠組とその問題点

ウェーバーは「原材料の経済」による集積を「純粋集積」あるいは「技術的集積」と呼び、単に「輸送指向に基づいて工業が加工原料(鉱石)や石炭供給地や大消費地に集中した」場合を「偶然的集積」と呼んで区別している(ウェーバー 1986:122-123)。厳密には「純粋集積」には「技術的集積」の他に、本来の意味での経済的集積と呼び得るものも含まれるのだが、この問題については後段で取り扱うことにする。ここで注目したいのは、「製造工業は一方では、その地理的分布が自然によってきめられてしまう農業その他採取産業(鉱業・採石業・漁業など)とは区別されるし、他方では、個々の消費者の特殊な欲求に応じたものの製造ないし修繕に従事しているので、消費者から遠くはなれることができない、いな大きな損失を覚悟のうえでなくてははなれられない、といった産業とも区別される」(マーシャル 1966:264)という認識が、ウェーバーの立地論の考え方とよく似ているということである。

マーシャルにも原料立地型と市場立地型の区別が見られる点は特筆すべきであろう。しかも、それが旧い立地傾向であって、「製造工業」は立地選択が自由だとされてもいる。つまり、マーシャルにも「強力な立地革命」という認識があったことになる。たしかに輸送費の問題が等閑視されているが、実は前述のように「技術的集積」を検討する際にウェーバーも石炭の輸送費をそれほど問題にしていない。ウェーバーの基本的な思考の枠組は「『労働地』と『石炭供給地』との間の戦い、石炭供給地への近接を考慮に入れた労働地の『選択』という形」(ウェーバー 1986:151)という表現に集約される。そして、「技術的集積」は「労働地への集積の強化」によるものであって、石炭供給地がなくても成立すると力説している。つまり、ウェーバーは「製造工業」の自由な立地選択を発見し、その意義に注目していた。これに対して、マーシャルはもっと先を

見据えていたのである(15)。

「労働地」は簡単に言えば工業都市であって、種々の高度な技能を有する労働者が密集した場所の意で用いられている。ここで重要なのは、ウェーバーが「労働地」を「強力な立地革命」の推進役だと考えている点である。つまり、19世紀的な「偶然的集積」段階から、新時代の「技術的集積」段階への立地革命が生じ、そしてさらに「技術的集積」は「低次の段階」から「高い段階」へと階梯を駆け上がっていく。「労働地」は「技術的集積」が階梯を駆け上がる過程で形成されるのであって、その本質は「原材料の経済」を越えた何かになるはずである。しかし、「技術的生産」に重きを置いた「結合」の概念によって、ウェーバーは「労働地」の本質的な問題を見失ってしまったように思われる。そこで、再びマーシャル(1966)の中に「労働地」の手掛かりとなるものを探し求めてみる。

ここで時計部品を製造する工場に関するウェーバーとマーシャルの見解に注目して見よう。たとえば、ウェーバー(1986:170)は「金属加工の機械化によって半製品(錠前部品、時計部品、自動車部品等)の製造業が一般的に原料生産と完成品生産との間に成立したとき」に「生産の地理的なジグザグ線」が誕生したと述べるにとどまっている。「製造業」に関する理解はマーシャルに等しいのだが、19世紀的な地域特化として処理されている。これに対して、マーシャル(1966:237)は第IX章「産業上の組織続論 分業 機械の影響」において、「取替え用部品(interchangeable parts)」、つまり互換性部品を使用する工作機械が登場したことによって、機械工業や金属加工業に「新しい時代(the new era)」が到来したことを象徴する例にあげている。時計部品の製作に使用する工作機械と、他の製品の部品製作に使用する工作機械がほぼ同じ構造になったことで、言わば新しい「経済体制」が誕生したというのである(16)。両者の認識の違いはドイツとイギリスの発展段階の違いにあると見ていい。ドイツが「離陸」を始めた1850年に、イギリスは既に「成熟への前進」の段階に到達していたからである(ロストウ 1961)。

互換性生産によって、生産要素の「可塑性(malleability)」は著しく高まる。この結果、「柔軟な専門化(flexible specialization)」や「労働プーリング」が実現した。たとえば、マーシャル(1966:239)は「現在では、時計工場の工員の大半は、銃器工場やミシン工場、または紡績機械を製作する工場へいっても、使いなれてきたのとよく似た機械(machines very similar to those with which they were familiar)をそこに見いだすことだろう」し、「また時計工場をその従業員をかかえたままミシン工場に転換する、それもたいした損失なしに転換できるだろう」と指摘している。つまり、「業種間の境界線(the lines of division between trades)」(マーシャル 1966:239)が消滅しつつあると同時に、異業種転換や新規参入の際に生じる「サンク・コスト(sank cost)」も大幅に軽減され、もはや企業はヴェールにすぎなくなったということである。こうした「柔軟な専門化」への着眼は、「大規模生産の経済はどの程度まで内部経済によらなくてはならないのか、またどの程度まで外部経済によって得られるか」(マーシャル 1966:262)という問題意識を根底に持つマーシャルならではのものである。

引用中の「使いなれてきた」という表現から、金属・機械工業に従事する熟練労働者層が形成されている状況が伺える。前述のように、熟練労働市場が局地的に成立している地域が「労働地」なのだから、明らかにここにはウェーバー集積論との接点がある。しかし、ウェーバーは互換性生産の意義を見落しただけではなく、「販売先による結合関係」という概念によって「労働地」の本質へと至る道筋から大きく逸脱してしまった。具体的な考察対象は機械製造工業などの「補助工業」なのだが、「生産単位を形成するような原料の変形は行なわれない」ので、「生産上の結合関係」と呼ぶのは適当ではないとされている(ウェーバー 1986:182)。これまで見てきたように、このように「生産上の結合関係」を「原料」との関係で把握しようとするのは、ウェーバーの思考の枠組の特徴である。しかし、この観点は「労働地」の本質を見失わせるものでもあった。

#### 3. ウェーバー的袋小路からの脱却

ウェーバーは「販売先による結合関係」という発想で完全に袋小路に迷い込んでしまったように思われる。「補助工業」は、「主工業」、つまり顧客である主軸工業の所在地を「消費地」とし、その主軸工業と「『販売先によって結びついている』工業」であるため、「販売先による結合関係」だとされている(ウェーバー 1986: 183)。ただし、主軸工業が「修理が容易で確実であり、接触によって一層の技術的進歩への『刺戟』が得られるような生産地を『追求する』場合」、「補助工業」の存在は「主工業」の立地選択に大きな影響を及ぼし得ることが想定されている(ウェーバー 1986: 183)。したがって、この問題は「労働地」か「石炭供給地」かという「社会物理学(social physics)」(クルーグマン 1999)の核心部分にあると言えるのだが、「原料による結合関係」を思いついたことが災いして、「労働地」から「販売先による結合関係」を切り離さざるを得なくなっているのである。

この袋小路を脱するには、「労働地」においては時計部品の工場が同じ地域の時計製造業者と取引する「原料による結合関係」もあれば、紡績機械製造に業種を転換し同じ地域の紡績工場と取引する「販売先による結合関係」もあり得るというマーシャル的な発想に立ち返ることである。この2つの結合関係を区別する技術的必然性は、もはやなくなっているからである。以上が前述した本来の意味での経済的集積と呼び得るものであって、ウェーバーが言う「社会的集積」であると理解できる。つまり、「(工業地域と大都市の形成を伴う)『社会的』集積」は、「大工場においてのみ『十分に利用できる』大原料供給地(とくに石炭供給地)への『偶然的』集積」や「労働地への技術的『必然的』集積」を遥かに越えた形態(17) であって、未来予想図である「社会的集積」は「人間労働力についてのある種の集積法則に基づいて、『労働地』に、本来なんらかの技術的強制なしに成立する」とされている(ウェーバー 1986: 152)。

このように、ウェーバーは集積を「偶然的→技術的→社会的」という発展的な図式で把握していた。社会的集積は「特定の社会的原理の表現」(ウェーバー 1986:200)とされているが、実は高次の段階の集積要因に関する説明の中で、後述するようにウェーバーは機械部品工場に言及

するなど、極めて経済学的な考察を行っている。ウェーバーには「労働力をおとしめて1つの商品 — 朝に買われ、夕べに棄てられる — とみなす資本主義のあり方」(ウェーバー 1986:12)に対する根底的な批判意識が存在した。この資本主義を生み出したのは「偶然的集積」であり、資本の論理で説明することができる。これに対して、ウェーバーは「技術的集積」を「経営的生産」に対して「技術的生産」が優位に立つ集積形態と解釈し、経済学的な観点よりも「結合」という観点を重視した。しかし、「社会的集積」では再び「技術的生産」に対して「経営的生産」が優位に立つことになる。

このことは「低次の段階」の「技術的集積」から「社会的集積」を展望しようとする際に、ウェーバーが経済学的な観点に立っていることに明らかである。ウェーバーはこの集積を「新しい生産容器」、「新しい『単位』」と呼び、「紡績業を組入れ、これを経営的に織物業と合体する織物工場」や「古い家内工業制の下で成立した部分的生産段階のすべてをその『屋根』の下に結合する金物類工場」などを具体例にあげている(ウェーバー 1986:172)。ウェーバー (1986:116) は「低廉化をもたらす技術的要具が経営内部で使用可能となることによる集積の最小単位」の存在を指摘しているが、「新しい生産容器」とは蒸気機関を動力とする過渡的な「経営」形態であった。拙稿(2013)で指摘したように、複数の機業家が同じ屋根のもとに集まる事例は福島県相馬郡小高町にも見られた。蒸気機関は技術的に小型化が困難なので、「規模の経済」が働きやすい。このため、ひとつの蒸気機関を共同利用することによって生産費を引き下げようとしたのである。また、ウェーバーは「閉鎖された組織としての大経営」が「廉価な大量購入、廉価な信用調達など、有利な一般的経済関係をもつために必要な集積最小単位」であって、「局地的に著しく分散した小経営」よりも有利であると指摘している(ウェーバー 1986:116-117)。前述した福井羽二重産業や川俣羽二重産業における産業組合はこの好例である。しかし、ここで重要なのが

散した小経営」よりも有利であると指摘している(ウェーバー 1986:116-117)。前述した福井羽二重産業や川俣羽二重産業における産業組合はこの好例である。しかし、ここで重要なのが「有利な一般的経済関係をもつために必要な集積最小単位」という考え方である。石炭供給地の大企業が遠方の中小企業と単独で取引することはないからである。本山(1993:86)は「市場が成立するには、その土台に直接眼には見えない様々な組織が網状に存在して」おり、「名もない新参の企業では、大企業との大口取引など望むべくもない」ように、「この網状の中に参加することを許された企業なり、個人と、この社会関係から排除されている個人との間には途方もない格差が存在している」と指摘している。

市場はフェアな取引が保証された場ではなく、「力関係の産物」(本山 1993:86)である。このため、網状の社会関係に参加するだけではなく、優位な地位を構築しなければ、「廉価な大量購入、廉価な信用調達」は実現しない。逆に、網状の社会関係に参加できなければ、「権原問題」を抱え、原料供給地や販売市場と「新結合」する可能性を剥奪されることになる。たとえば、1887 (明治 20) 年に小高町において、士族 150 人が授産金 5,000 円で小高織物会社を設立し、「一は地方の機業家に金融の道を開き、一は会社内に模範工場を設けて工女を養成し機業の発達を謀」った(半谷 1977:274)。事業は好調だったが、責任株主と名義株主との間に配当を巡る

激しい対立が生じ、1891 (明治 24) 年に解散した。この結果、「二百五十台にまで発達したる機業」と「之れがために開けたる市場」が、「僅か二十七台に減じ、機業家は七名となり市場は自滅するの悲運」となった(半谷 1977: 275)。

揺籃期の小高羽二重産業は、まさに小高織物会社を媒介とした網状の社会関係の中で発展を遂げつつあった。しかし、媒介の消滅によって「権原問題」に直面することになったのである。小高織物会社は「有利な一般的経済関係をもつために必要な集積最小単位」の好例というわけではないが、独立生産者が「結合」することの意義を理解する上で重要な事例である。たとえば、残った7名の機業家は、1891 (明治24)年11月より「十四里の険悪なる山路を往復して毎市製品を持ち行きて川俣の市場に出すことに決した」(半谷1977:277)。結局、川俣の後背地になる選択肢しかなかったのである。その後、小高羽二重産業は復活を遂げ、産地として独立を果たすことに成功するのだが、市場において独立した産地となることが、まさに「新結合」に他ならないことには留意が必要であろう。

以上のように、実際の市場には様々な参入障壁が存在するのであって、マーシャル集積論における「新結合」とはこの障壁を乗り越える諸手段であると解釈することができる。そして、ウェーバーの「結合」という考え方にも、同様の考え方が含まれており、恐らくはマーシャル的な「新結合」によって「原料による結合関係」が成立したからであると見られる。また、「新結合」によって地域内で社会的分業関係が進展し、機械化による大量生産が進展すると同時に、新しい労働組織が編成されるという展望はウェーバーだけのものではない。前述のように、「新結合」の概念を組み込むことによって、マーシャル集積論からも同様の展望が得られるからである。これまでマーシャル集積論は外部経済論と解されるのが一般的であったが、実のところマーシャル集積論は「新結合」の概念を媒介として、ウェーバー集積論と緩やかに結びついているのである。

### Ⅲ ウェーバー集積論と日本の経験

#### 1. 社会的集積の概要とその問題点

まずはウェーバーによる説明を簡潔にまとめてみよう。多数の「新しい生産容器」が近接して存在することによる利益として、ウェーバーは「技術的要具の改善」をあげている。改善されるのは次の2つの点である。第一に、一連の生産工程の一部を担う「部分機械」を「労働過程」とともに、「個々の大経営から切り離」し、「多数の経営のために奉仕させる」ことである(ウェーバー 1986:117)。その理由は、ひとつの製品の生産に使用される機械は「生産過程の各部分について特化しており、労働過程のごく小さい部分にいたるまで専門の機械が存在するので、非常に高度に発達した大経営すらこれを十分に使いこなす力を持たない」からである。要するに、「範囲の経済(the economy of scope)」を働かせ、産業構造を元請である「主経営」と下請である「技術的補助経営の工場」に再編成することだとひとまず解釈することができる。

もうひとつの改善点は「機械部品の調達や機械修理の便宜が改善されること」であって、「機械部品の交換工場や修理工場もまた技術的要具の一部である」とされている(ウェーバー 1986:118)。この時点では技術的要具の一部とされているが、ウェーバーがこの点を「販売先による結合関係」という考え方によって「労働地」から切り離すことになるのは前述の通りである。「機械部品の交換工場」とあるが、前述のように「補助工業」には機械製造工場が含まれており、マーシャル(1966:237)も第IX章において「同じ機械で製作したもの」なので、製造元は「こわれた部品とまったく同一の部品をたくさん在庫として用意している」と指摘しているように、基本的には工作機械の製造元によるメンテナンスであると考えられる。また、修理サービスには迅速さが求められるため、基本的に非貿易投入財となる。このため、各工場にとって修理業者との「接触」が重要であった。

技術的集積による利益として、第二にウェーバーは「労働組織の改善」をあげている。一連の生産工程が細分化し、機械化すれば、それに連動する形で労働過程も細分化や専門化が進む。このように、労働過程には「(あまりに専門化していて)、通常個々の大経営の工場には適合しない部分がある」ため、「『分業』に基づく部分経営」の体系を発展させて、「専門化した補助経営あるいは部分経営を形成する傾向がある」(ウェーバー 1986:118)。そして、「労働組織の改善」は「補助工業」である機械製造工業においてもなされるはずである。したがって、「労働組織の改善」とはまさに「労働地」としての成長に他ならない。そして、ここから「機械製造は主工業が集積する場所へと赴くのであり、主工業は機械工業がそこに赴くが故に集積する」(ウェーバー1986:184)という好循環が生まれる。

第三の利益としてあげられているのは、原料入手や製品販売の面で「大規模取引に一層よく適合すること」である(ウェーバー 1986:118)。たとえば、原料入手に関しては、「原料について独自の市場が集積地の近くに成立し、工業は必要な時に直ちにそこから必要な品質と量の原料を調達することができる」点があげられている(ウェーバー 1986:119)。この点に関して、山本(2005:77)は「ジャスト・イン・タイム・システムの考えかたにつながる論理」だと高く評価しているのだが、ウェーバー(1986:119)は集積利益が発生しなければ「企業はその必要原料を早くからその『供給地で』買いつけなければならない」と述べている。したがって、基本的には「中間投入財」の問題、つまり関連産業からの財・サービスの提供と考えるべきであろう。

この点は製品販売での利益により明らかである。たとえば、ウェーバー(1986:119)は「製造業者側のすべての販売組織を廃止することができ、製造業者による『出張販売』に商人による生産地の訪問と直接購入がとって代わる」ため、「私経済的節約であるのみならず国民経済的節約でもある」と指摘しているからである。したがって、第三の利益とは原料購入と製品販売の両面における「新結合」の実現であるということができる。前述のように、原料入手や製品販売に対する諸サービスは非貿易投入財であって、「接触」によって享受し得る利益である。そして、ウェーバーはこの利益が貿易財の輸送費を上回ると考えていた。そして、さらに第四の利益とし

て、水道やガス、道路などの社会基盤整備の進展があげられている。これによって工業都市が誕 生するというシナリオが完結する。

以上のシナリオは理論というより、思考実験と呼んだ方が適切であろう。事実、ウェーバー (1986:117) も「暫定的な概観」だと断っている。たとえば、「新しい生産容器」は石炭という 原料に基づく結合関係であって、電動機の登場によって結合関係は消滅する運命にあった。つまり、多数の「新しい生産容器」が近接して存在するという前提は、シュンペーターの言葉を借りれば「社会的実在の流れ」を反映していないのである。このためか、シナリオでは「技術的要具の改善」と「労働組織の改善」の関連がよくわからなくなっている。恐らくウェーバー自身にもよくわからなかったのであろう。だとすれば、ウェーバーを批判してもないものねだりにしかならない。むしろ、ウェーバーの思考実験にもう少し付き合ってみた方が賢明ではなかろうか。

## 2. 失われた「労働地」のイメージを求めて — 「クラフト的生産体制」との接点 —

前述のように、技術的集積に関して、ウェーバーは「原料による結合関係」を重視していた。しかし、社会的集積は技術的集積よりも先の段階であり、明らかにウェーバーの最大の関心事は「労働組織の改善」にあった。考察を終えるにあたり、ウェーバーは「同じ労働費で労働を無限に供給することができるという仮定」を否定し、「わたしは『労働地』の成立や発展が一般的に経済的理由から説明できるとは考えていない」と述べている(ウェーバー 1986:200)。つまり、労働力供給は無限ではないとして、強者の論理に異議を申し立てているのである。そして、「資本主義の下で労働力が1つの『商品』として取扱われる事実が、資本主義の下でのこの『商品』の地域的配分にもつ意味」を問う必要があると指摘している(ウェーバー 1986:201)。つまり、「石炭供給地」か「労働地」かという「社会物理学」的な図式の下で、労働者の主体的選択の可能性を見据えていたのである。

そして、ウェーバーは「労働地」が産業資本家の立地選択に大きな影響を与えるはずだと確信していた。将来的な展望として、ウェーバーは「人口が疎な地方では工業は主として輸送指向の傾向をとり、人口稠密な地方では主として労働指向の傾向をとる」という可能性をも指摘している(ウェーバー 1986:108)。そして、労働生産性や賃金率を「文化」の尺度として、「人口稀薄な地方は同時に一般的に文化的にも遅れている」、「あるいは『文化的に未分化である』と言った方がよいかも知れない」とまで述べている(ウェーバー 1986:108)。つまり、「石炭供給地」には文化的に遅れた工業が立地するというのだ。この「文化」とは技術力の意であって、文化的に遅れた工業とは鉄鋼業など加工度が低い素材型産業を指している(18)。このように、ウェーバーは「労働地」での「労働組織の改善」に、「石炭供給地」の産業資本家や労働運動の論理に対抗する術を見出そうとしていたのである。

ここで問題となるのは、なぜウェーバーが「新しい生産容器」という考え方に固執し、刃物業 の町ゾーリンゲンや大工道具業の町レムシャイトを「労働地」の具体例にあげなかったのかであ る。言い換えれば、なぜ「経済体制」というパラダイムに固執したのかということでもある。これらの産業は「小さい職場の集合体」であって、「電気モーターが普及する以前には、これらの職場は、蒸気エンジンを備え、ベルトによる動力配給システム(system of belts)を有する大きな建物の中に入ってグループ化する傾向を示していた」(ピオリ&セーブル 1993:42)。つまり、「新しい生産容器」である。しかし、小型電動機の普及(19) によって「新しい生産容器」から「小さい職場の集合体」へと変化し、レムシャイトではこの変化に対する評価が大きく分かれていた。たとえば、1901 年当時、「柔軟な小型工作機械が導入できる」として「分散型生産体制」が有望視されていたにもかかわらず、1910 年には「小規模生産体制が消滅するのは、規定の事実だ」と評価が完全に逆転しているのである(ピオリ&セーブル 1993:63)。

したがって、『工業立地論』を執筆した 1909 年春の時点で、ウェーバーがゾーリンゲンやレムシャイトに「労働地」の具体的なイメージを求め、「新しい生産容器」から「小さい職場の集合体」への変化を「労働組織の改善」だと確信をもって語ることは困難な状況にあったことがわかる。このため、文化社会学的な思考の枠組みを打ち破るには至らなかったのである。この点はたしかにウェーバー集積論の限界である。しかし、この限界を打ち破ることで、大きな可能性が生まれる。「大量生産体制」か「クラフト的生産体制」かの選択は、今日においてもなお判断が難しい問題であって、「労働組織の改善」の意義を評価し得なかったからといって、ウェーバーを責めるべきではない。より重要なことは、歴史を振り返った場合に「労働組織の改善」とは「クラフト的生産体制」の構築に他ならなかった<sup>(20)</sup>ということである。そして、ここにウェーバーが隘路に陥った原因とそこからの脱出口を見出すことができる。

前述した時計部品を始めとする各種金属部品は「産業地域」における製品である。この他に「産業地域」で発達した産業として、ウェーバーは「製材所と各種木工品生産」の間に介在する「機械化された木材加工場」、「「鞣工場と靴製造業」の間に介在する「機械化された靴胴部製造工場」などをあげている(ウェーバー 1986:170)。前述のように、「原材料の経済」は木材加工場や各種木工品工場の近隣において見られた。したがって、こうした「産業地域」に「労働地」の起源を求めることができる。「産業地域」のイメージを拡充する際に注目すべきは、マーシャル(1966:255)が「多数の近隣企業を相手に操業している補助産業」において「高価な機械(expensive machinery)の経済的利用」が頻繁に見られると指摘している点である。つまり、まだ機械化は初期段階であるに過ぎないのであって、「垂直的イノベーション」を発展の主軸とする時代にはなっていないのである(21)。

これに対して、前述のようにウェーバーはほぼ全工程が機械化されている状況を想定しており、修理業者や互換性部品を在庫している工作機械工場の役割を重視していた。したがって、マーシャル集積論が特定の産業に特化した「産業地域」の成立過程に関する分析であったのに対して、ウェーバー集積論は「産業地域」が多種多様な製造業を抱える工業都市へと発展する過程に関する分析であったと見ることができる(22)。「労働地」と「石炭供給地」による「社会物理学」という問題

構制は、双方の地域が経済的に強固に結びついていることを暗黙の前提として成立する。だからこそ、「立地」という問題を通して、ウェーバーはどちらが時代をリードするのかを見極めようとしていたのである。この意味において、ウェーバーの「社会物理学」はむしろ「第2の産業分水嶺」(ピオリ&セーブル 1993) の発想に近いのであって、その想像力は時空を遥かに超越していたと言い得る。

## 3. 近代日本への応用 ──「歴史的総括」と「新結合」──

拙稿(2014a)で指摘したように、兄のマックス・ウェーバーは主として織物業を念頭において「問屋制」から「工場制」への移行について考察していた。そして、この移行に際して固定資本が重要な役割を果たすと指摘されていたため、農村織物業における全面的な力織機化を「第1の産業分水嶺」と見なすことができるのではないかという見解を提示した。ここまでの過程にはマーシャル集積論が有効であり、力織機化は金属加工業や機械工業、修理サービス業を発達させる重要な契機となり得る。したがって、マーシャル的集積によって成立した「産業地域」が成長の限界に達し、その後にウェーバー的集積によって工業都市に発展するというシナリオは近代日本にも適用可能であるように思われる。ただし、その発展には新たな「新結合」が必要であった。製糸業から精密機械工業への転換に成功した諏訪はその好例である(23)。そして、ここにウェーバー集積論における「新結合」の本質があるように思われる。

「離陸」を牽引した部門はある段階で成長が鈍化し、国民経済は不況局面に突入する。たとえば、ロストウ(1961:85)は「比較的少数部門における産出高の高騰」が「離陸」の構造的特質であり、「このような部門別高騰が行き過ぎをきたすというのが投資過程の特質であ」ると指摘する。そして、この不況は「成熟への前進の主導部門(the leading sectors in the drive to maturity)」が「離陸期の旧主導部門(the older leading sectors of the take-off)にとって代わる」ことによってしか脱し得ない(ロストウ 1961:80)。その際に、国民「経済がその資源を再編成し再配分すること」によって構造を大きく転換させ、「新しい主導部門によって成長を復活させる」必要が生じる(ロストウ 1961:85)。そして、シュンペーター(1977:186)が「新結合の遂行は国民経済における生産手段ストックの転用を意味する」と端的に述べているように、産業構造の転換に際して資源の「再編成」と「再配分」が行われ、それに伴って価値観においても《ガラガラポン》が行われることこそが「新結合」の本質であった(24)。

輸出主導型の「離陸」の経路を辿った国では、この産業構造の転換が劇的な形で現れる<sup>(25)</sup>。華麗なる変身の代表例がスウェーデンである。輸出木材産業によって「離陸」を遂げたスウェーデンは、1890年代に輸出市場を中心として深刻な不況に見舞われた。この国家的危機に際して、スウェーデンはバルト楯状地の豊かな鉄鉱石を有効に活用することで「銑鉄塊から高度に加工された鋼鉄や機械工業への移行」に成功を収めると同時に、農業部門においても「穀物から生産性の高い畜産や酪農への移行」を遂げた(ロストウ 1961:85)。これに対して、日本では第一次大

戦後の 1920 年代に転換期が訪れた。大戦景気によって生糸や羽二重といった輸出部門の主軸への過剰投資が加速度的に助長された。この結果、戦後に輸出部門が深刻な不況に陥り、その影響は原料供給部門である農業にまで波及した。しかし、日本は変身に手間取った。大戦中から四大工業地帯を中心に重化学工業の急成長が見られてはいたが、「満州開発と戦争支出および戦争準備の刺激の下に、機械工業が自立する」に至ったのは 1930 年代であった(ロストウ 1961:88)。ではどの部門が「技術的成熟」を牽引したのであろうか。この問題を考える上で、1920 年代が近代日本における「第1の産業分水嶺」であったことが重要となる(小木田 2014)。1920 年代は農村織物業における「力織機化の第2の山」であって、米沢・桐生・足利といった絹織物や入間・青梅といった綿織物の内地向先染織物の産地で急速な力織機化が進展した。また、その陰で 1910 年代の「力織機化の第1の山」に属する福井羽二重産業においても、力織機台数が急増し、賃機が激減した(小木田 2014:106)。こうした力織機の大量供給はいかにして可能となっ

たのであろうか。この問題に関して、辻本・北村・上野(1989)は「『トヨタ』や『スズキ』『ヤマハ』の初期の発展は、機業の歴史と切り離して考えることはできない」として、織物業が「他の産業発展の先行的技術基盤を形成した」と指摘している<sup>(26)</sup>。しかし、石井(1987:143)は「一般機械をも製造する織機製造工場の技術水準は1920年代にいたる段階で、低いものであった」

と指摘している。まだ「労働地」は誕生していなかったのである。

技術的に見た場合、「力織機化の第2の山」は織機の広幅化への対応により実現した。半木製の力織機では広幅化には対応し得ず、製造技術における「新結合」が不可欠であった。たとえば、広幅化には堅牢なフレームを製造する鋳造技術が必要であり、大量生産には互換性生産が不可欠であった。②の。鋳造の技術水準には大きな地域差があり、鈴木(1996:280)によれば絹織物用力織機では金沢と米沢、木綿用力織機では大坂と名古屋、浜松が突出していた。②の。SUZUKIやYAMAHA、HONDAが誕生した浜松に関して、神立(1997:205-207)は1920(大正9)年時点で機械器具工業に従事する職工が全労働者の15.6%にまで達していたことを根拠に、「織物業とともに、この織機生産の展開を軸として金属工業、機械器具工業が発展し、特異な工業地域を形成してきた」と指摘している。既に織物業の町から機械工業の都市へ、言い換えればマーシャル的集積からウェーバー的集積へと変貌を遂げつつあったのである。

実際, 浜松では互換性生産技術の導入も進められた。浜松における力織機生産に関して, 石井 (1987:144-145) は, 1920年に浜松に創立された鈴政式織機㈱が鋳造を自社工場内で行っており, 翌年に就任した坂本久五郎によって「治具 (jig)」や「リミット・ゲージ (limit gauge)」の技術が社内に定着していったと指摘している。「治具」とは工作物を固定し作業を補助・誘導する器具であり,「リミット・ゲージ」は精密測定器であって, ともに互換性生産には欠かせない器具であった。1920年以前から, こうした「労働地」誕生の予兆はあった。たとえば, 1916 (大正 5)年に職工 100人以上の織機製造関連工場は,全国でわずか 6工場であったにもかかわらず, 1920 (大正 9)年には 14工場にまで急増している (石井 1987:145)。これは高度な鋳造

表 2 平羽二重の差別的出来高賃金(1896)

	laka	ter to	<u> </u>
証 票	等	級 賃	重金
松印	_	等 8	80 銭
竹 印	二	等 7	70 銭
梅印	三	等 4	10 銭

注:1尺5寸巾1疋あたりの賃金であり、巾が1寸増す ごとに金3銭を増す。

〔出典〕農商務省商工局(1896:92)より筆者が作成。

技術や互換性生産技術を身につけた労働者を外部市場で大量に調達することが不可能であったためであると見られる。そして、こうした工場が起点となって、「労働地」が誕生したのである。

技能向上には新たな労務管理が必要であった。1906(明治 39)年に設立された豊田式織機㈱は、早い段階から高度な鋳造技術や互換性生産技術の導入に積極的に取り組んでいた。企業の技術水準を引き上げるには、職工のインセンティヴを刺激し、協調関係を構築する必要があった。鈴木(1996:335-337)は、1908(明治 41)年に鋳物工場を新設した際に、職場に介入しようとする専門技術者に対して熟練工が激しく反発したため、職工養成・長期勤続の目的で共済積立制度や共済会制度が導入され、年2回運動会を開催するなどして「職工の会社との一体感を経済的・精神的に深めさせていった」と指摘している。ここには既に日本的経営の萌芽がみられる。以上のような状況を社会的集積の一例と呼び得るのかについては、たしかにまだ議論の余地がある。しかし、ウェーバー集積論が日本の経験をよく説明し得ることは以上で明らかであろう(29)。

そして、ウェーバー集積論がマーシャル集積論を土台としていたことも忘れてはならない。たとえば、ピオリ&セーブル(1993:217)は「クラフト的原理に大きく依存した生産や労務管理体制のおかげ」で、日本が高度経済成長期に「柔軟な産業構造を作り上げ、高品質の大量生産製品を次々と転換してゆけるようになった」と指摘し、日本的経営の功績を称えている。たしかに女工は終身雇用ではなかった。しかし、表2の「差別的出来高賃金(differential rate piece work)」に明らかなように、技能向上に対する職工のインセンティヴを刺激し、協調関係を構築することを主眼とする経営は羽二重産業に既に見られた。また、長期勤続が美徳として称賛されてもいた。たとえば、福井羽二重産業では、県知事の名義で7年勤続の女工に銀杯三組、5年勤続の女工に銀杯一組を贈呈して表彰していた。授賞式は県会議事堂において県知事臨席の下で執り行われたため、「職工は勿論機業家も此盛式に列するを無上の栄挙となし」(福島県内務部1899:30)ていた。このように、日本的経営の源流もマーシャル的集積にあったのである。

## むすび

マーシャルとウェーバーとでは思考の枠組が全く異なる。このため、表面的な違いを比較して

も両者の集積論に関する理解を深めることはできない。そこで、本稿では両者を共通の土俵に上げ、しっかりと組み合わせるために、まずシュンペーターの「新結合」の概念に注目した。マーシャル集積論には論理的な飛躍があり、論理的に整合させるには「新結合」が不可欠であった。マーシャル集積論は特定の産業に特化した「産業地域」の成立過程を論じたものであって、交通革命によって国境を越えた地域間分業体系が構築されていく際に、新規参入を図ろうとする地域が参入障壁を克服するという形の「新結合」が不可欠であった。日本の諸地域が国際市場に参入する際に求められたのは、製造技術や商業道徳を改善することで市場での信用を獲得すること、組織化によって大口取引への対応を図ることであった。羽二重産地はこの市場からの要請に応じることで「産業地域」として成長を遂げた。

これに対して、ウェーバー集積論は「産業地域」が多様な製造業を抱える工業都市へと発展を遂げる過程を論じたものであった。工業都市へと変貌を遂げる中で、工作機械工業や修理業サービスの供給が始まり、副産物や廃棄物を資源として「結合」する産業集積が見られた。また、原料の販売業者や製品の購入業者の集積も見られたため、非貿易投入財が経営上大きな比重を占めるようになった。この結果、工業都市と石炭供給地との間に労働力をめぐる「社会物理学」が生じた。しかし、労働力を「商品」だとしか思わない石炭供給地に対する批判意識から、「生産段階区分」によって工業都市と石炭供給地を文化的に格付けしたため、両地域が分業関係にあることを看過することとなった。また、原料を媒介とする技術的な「結合」に重きを置いたため、工作機械工業や修理業サービスの供給が別の「結合」として把握され、工業都市の形成を全体的に見通す視座を失うという隘路に陥ってしまった。

ウェーバー集積論をこの隘路から救出するために、本稿ではマーシャル集積論という土台の上に「結合」の概念によって断片化された「労働地」を組み立て直す試みを行った。具体的には両者が共通して観察対象にした産業に注目し、そこに両者の接点を求めた。この結果、次の2点を明らかにすることができた。本稿では第一に原料を媒介とする技術的な「結合」とは「原材料の経済」、つまり原材料を安価に入手し、無駄を省くことによる利益であることを論証した。また、互換性部品生産を用いた工作機械の登場によって金属・機械工業では生産要素の「可塑性」が高まったにもかかわらず、ウェーバーはこの重大な事実を看過していた。そこで、本稿では「労働地」の特徴は生産要素の「可塑性」が高く、工作機械の修理やメンテナンスという非貿易投入財の供給が受けられることに明らかにした。これによって、マーシャルの「産業地域」とウェーバーの「労働地」を段階論的に把握するという展望が得られ、ウェーバー集積論における「新結合」の本質を検討する上で重要な手掛かりが得られた。

「離陸」は主導産業が深刻な不況局面に陥ることで終焉を迎え、国民経済は「成熟への前進」を迫られる。不況を脱するには産業構造そのものを転換しなければならない。転換の際には、新たな主導部門を成長軌道に乗せるために、資源の再編成・再配分を行う必要がある。これがシュンペーターの「新結合」の本質である。必然的に「産業地域」においても産業構造を転換する必

要が生じるが、新たな主導部門を成長軌道に乗せるために、資源の再編成・再配分が行われる。本稿ではこれをウェーバー集積論における「新結合」の本質であると考えた。新たな主導部門の誕生には「技術的成熟」が不可欠の条件であり、ウェーバーの「労働地」とは、新たな主導部門を生み出す上で必要となる技術的基盤が整った地域でもある。そして、マーシャルによれば、「柔軟な専門化」と「労働プーリング」は互換性部品を用いた工作機械によって「業種間の境界線」が取り払われることで実現した。

ドイツのように「鉄道型離陸」の経路を辿った国では、「離陸」における主導部門の技術を土台として「技術的成熟」に達する。これに対して、輸出主導型の「離陸」を遂げた国では、産業構造の転換が脇役から主役へという劇的な形をとった。たとえば、スウェーデンは木材産業を主導部門とする産業構造から、バルト楯状地の豊富な鉄鉱石に立脚した近代工業を主導部門とする産業構造へと華麗なる変身を遂げた。これに対して、日本は繊維産業を主導部門とする産業構造から、金属・機械工業へと主導部門とする産業構造への転換が必要であった。その転換は決して平坦な道のりではなく、そこには侵略戦争という要因も作用していた。しかし、地域差を伴いつつも、繊維産業の機械化を下支えしていた金属・機械工業部門が、「第1の産業分水嶺」に際して国内向織物用の力織機を大量生産するための技術的要請に応じる形で「技術的成熟」を実現し、後の主導部門を生み出す技術的条件を整備していったのであった。

《注》

- (1) 園部・大塚(2004:255)は「商人・販売店・商社などのような流通関係の企業と、生産に従事する企業との『企業間分業』が無視されている」とマーシャルを批判している。しかし、この批判からマーシャル集積論そのものへの真摯な関心はあまり感じられない。たとえば、「補助産業の発達(the growth of subsidiary trades)」の項において、マーシャル(1966:255)は「やがて近隣には補助産業が起こって、道具や原材料を供給し、流通を組織し、いろいろな点で原材料の経済をたすける」と述べているからである。「新結合」による「飛躍」もまさにこの点に関係する。
- (2) 第X章「産業上の組織続論 特定地域への特定産業の集積」において、マーシャル(1966)は産業集積について論じている。ウェーバーは第X章しか読んでいないようであるが、「産業上の組織続論」には第X章「分業 機械の影響」、第X1章「大規模生産」、第X1章「企業経営」も含まれており、拙稿(2013)ではこうした章をも参照してマーシャル集積論について検討を行っている。
- (3) ウェーバー(1986:172-173) は「『資本主義的な』集中傾向」から「現代の『経済的・技術的』組織化傾向」への移行が生じており、この結果、「新たな立地革命の下」で「経営組織的、技術的集中のための新容器」が誕生しつつあると指摘している。したがって、恐らく新たな「経済体制」の誕生というシナリオを想定していたものと推察される。
- (4) 1926年の改訂の際にシュンペーターが行った作業を考え合わせると、特定の「経済的性向」を有する「経済体制」というパラダイムが棄却されたと考えるべきであろう。
- (5) 「分水嶺」という表現は誇張ではない。たとえば、シュンペーターも、「各国の重工業」に見られる「新結合」と「旧結合」の相違が、「資本主義の社会史の二つの時代を画する分水嶺として役立つほど著しい」と指摘している(シュンペーター 1977: 184-185)。
- (6) これは主にドイツを念頭に置いた発言である。たとえば、日本の羽二重産業では 1910-1911 (明治

- 43-44) 年に急速な力織機化が進展している。1900 年代の日本は「近代工業部門が小さく、相対的にいえば依然として繊維品(textiles)が支配している社会」であり、「第一次世界大戦」に刺激されて「工業部門が化学肥料(chemical fertilizers)・鋼鉄(steel)そして電気器具(electrical equipment)等に扇的に展開(fan out)し始めた」(ロストウ 1965:88)。
- (7) 「中間投入財 (intermediate inputs)」の供給はマーシャル・アロー・ローマー型 (MAR) 外部性 にも見られ, クルーグマン (1994:50) は「その産業に特化したさまざまな非貿易投入財が安価で供 給されるようになる」と指摘している。理論上, 機械のメンテナンスや修理サービスは「非貿易投入 財」に含まれる。
- (8) 「強力な立地革命」は動態的分析である。シュンペーターは「新結合の遂行は国民経済における生産手段ストックの転用」であり、「一般に新結合は必要とする生産手段をなんらかの旧結合から奪い取ってこなければならない」ため、競争経済においては「新結合が旧結合の淘汰によって遂行される」と指摘している(シュンペーター 1977: 184-186)。そして、ウェーバーは立地という観点から生産手段の争奪を考察しようとしたのである。
- (9) 1860年代末から1870年代初頭の日本に関して、石井(1993:128)は「資本主義諸国、とくにイギリスの市場としての性格が強ま」ったため、「在来産業は壊滅の危機に直面した」と指摘している。しかし、自由主義帝国主義の観点では「外圧」の本質を捉えることができない。「植民地主義(colonialism)」の本質について、ロストウ(1961:146-147)は「直接の目標は貿易であ」り、植民地化された地域は「西欧と取引」する社会「構造をもっていなかったし、またそのように動機づけられてもいなかった」と指摘している。こうした貿易主義への対応が「脱亜入欧」の本質であるとすれば、日本の近代化には移行経済論的な観点が不可欠だという結論になるはずである。
- (10) 「生絹」には他にも「せいけん」や「すずし」と言った読み方がある。また,「練絹」に「れんけん」と振り仮名を送っている資料もあって,先行研究では思案に暮れて「なまぎぬ」と「ねりぎぬ」と振り仮名を送ってきた。しかし,「なまぎぬ」という読み方は一般的ではないことがわかったので,「きぎぬ」と訂正したい。
- (11) 経済地理学では「規模の経済」として片づけるのが流儀となっているが、衆知のように「企業」の本質は経済学における難題のひとつである。このため、経済史においても「工場制」の成立は争点のひとつとなっている。たとえば、牧野(1996:241)は「問屋制」から「工場制」への移行を促す誘因として、①技術的効率化(=分業のメリット)、②取引費用の軽減、③労働者に対する指揮・監督の強化をあげている。
- (12) マーシャル集積論が「地域特化の経済(localization economies)」に関する分析であるのに対して、ウェーバー集積論は「都市化の経済(urbanization economies)」に関する分析であると整理すれば、たしかに分かりやすい議論にはなる。しかし、この後ですぐ述べるように、マーシャル(1966)は工業都市における「都市化の経済」の本質をも見抜いてもいた。
- (13) 「地域特化産業 (a localized industry)」とは、「ある地域に集積された産業 (an industry concentrated in certain localities)」である(マーシャル 1966: 251)。したがって、「原材料の経済」は「産業地域」にも見られる。
- (14) 「製造業」に典型とされているのは、手作業の場合、「技能の経済(the economy of skill)」が関係してくるためである。「技能の経済」とは、分業のメリットの一要素であって、「特化した技能(specialized skill)」を有する多種多様の労働者を雇用することによって得られる利益のことである(マーシャル 1966: 270)。
- (15) ロストウ(1961:84)は、「鉄道型離陸(the railway take-off)」を遂げたアメリカやドイツにおける「技術的成熟」は「鉄道を建設し運営する技術的経験」に源流を有しており、「英国も鉄道以後の技術の精緻化と応用という点ではいささかも例外ではなかった」、つまり「技術的成熟」とはまさに「鋼鉄の勃興(the rise of steel)」であったと指摘している。この指摘に従えば、マーシャル集積論とウェーバー集積論に様々な点で共通する部分があるのは当然だということになる。

- (16) 互換性生産を推進したのは工作機械である。たとえば、マーシャル(1966:237)は、「工作機械でつくった機械(machine-made machinery)は取替え用部品製作という新しい時代(the new era of Interchangeable Parts)をひらいた」と指摘している。
- (17) 経済の主導部門が「石炭供給地」に立地した産業から、「労働地」に立地した産業に転換しつつあるという認識そのものに間違いはない。したがって、「社会的集積」も「技術的成熟」と関連づけて理解する必要がある。この時期の特徴として、ロストウ(1961:15)は「近代技術の最も進んだ果実」を「資源のきわめて広い範囲に」、「有効に適用することができる能力を誇示する」点をあげており、ウェーバーが「技術的生産」に重きを置いた理由もここにある。ただし、「専門化」よりも「生産段階区分」に重きを置いたため、結合関係が固定的に把握され、生産要素の可塑性の問題を見落してしまったものと考えられる。
- (18) ここに労働運動に対するウェーバーの批判意識を読み取ることができる。ドイツ人は「企業を利害共同体(solidarity)という規範に支配された一つのコミュニティとみなし」ていたが、ドイツの労働運動はこうした「クラフト的傾向(craft orientation)」に対抗しようとしたからである(ピオリ&セーブル 1993: 196)。
- (19) 「計算上の石炭」(ウェーバー 1986:86) という表現に象徴されるように、ウェーバーは水力発電の意義を過小評価していた。しかし、電力は「クラフト的生産体制」の構築に大きく貢献した。たとえば、フランスにおける職人的伝統の根強さに関して、松原(2003:34)は「電動ミシン、電動織機、電動鋸などは、職人的伝統・家族的労働組織・家内制小規模企業をそのまま存続・再生させるのに、大いに与って力があった」と指摘している。
- (20) ウェーバー集積論が「クラフト的生産体制」を分析したものだとする考え方は、経済地理学の通説的見解と言っていい。このことは「アルフレッド・ウェーバーがフォーディズム論者の経験よりも以前の時期から注意を喚起していた、集積の経済の原理へ回帰する」(ディッケン&ロイド 1997:456)ものだとする「クラフト的生産体制」論批判に明らかである。しかし、フォーディズムがアメリカ的なものづくり文化に立脚しているのに対して、主要先進工業国の中で「ドイツはクラフト生産的なパラダイムが国民経済にとって中心的な存在であり続けた国であった」(ピオリ&セーブル 1993:193)。
- (21) 「補助産業の発達」によって供給されるようになる財も「道具 (implements)」や「原材料 (materials)」であって、まだ「地域特化産業」において「高価な機械」の利用は始まっていない(マーシャル 1966:255)。したがって、特定の技能ごとに熟練労働力層が形成され、「業種間の境界線」もはっきりしていたため、可塑性に乏しく、「労働プーリング」が不十分であった段階だと理解できる。
- (22) この解釈は歴史的事実とも符合する。たとえば、ドイツにおける「クラフト的生産体制」の基礎となったのは「19世紀的な地域の職場の経済(nineteenth-century regional workshop economies)」(ピオリ&セーブル 1993:193)であった。これはフランスにおける「熟練労働者による地方のコミュニティ(the regional community of skilled workers)」(ピオリ&セーブル 1993:186)と同じ性質のものであって、マーシャルの「産業地域」と読み替えることができる。そして、こうした歴史的伝統の基礎の上に立って、ドイツは「電気機械設備向けの大規模でしばしば半ばと特注品化された市場(markets for large、often semi-customized electromechanical equipment)」や「精妙なアニリン系染料向けの世界市場(world markets for sophisticated aniline dyes)」を開拓している(ピオリ&セーブル 1993:195)。
- (23) 「技術的成熟」の観点に立った場合、諏訪の精密機械工業に注目が集まる。しかし、前述のように、「新結合」において、必ずしもハイテク産業とローテク産業の区別は重要ではない。この意味から言えば、製糸業から「信州みそ」への転換に地域経済のおける「新結合」の意義がより集約的に表現されていると言える。「信州みそ」はまさに「新しい販路の開拓」によって発達したのであって、「この市場が既存のものであるかどうかは問わない」からである。
- (24) ロストウ (1961:85) は「構造的に言えば、これこそが不況の本質であり歴史的な機能 (the nature and the historical function of a trade depression) である」と主張している。「離陸」は産業

革命にほぼ該当する。日本経済史では産業革命期に過度な関心が集まったため、「離陸」の最終局面に「マルクスが成熟への前進の人間的犠牲(human costs)に対する抗議者として適切な位置を与えられ」(ロストウ 1961:98)たことが看過されてきた。このため、資本主義の危機の本質が何であり、どのようにして危機を克服し得たのかといった問題意識が希薄であった。

- (25) 「鉄道型離陸」の経路を辿った場合、「成熟への前進の主導部門」は「蓄積された技術」によってほぼ決まるが、別の経路を辿った場合にロストウ(1961:80)は「自然資源の性質」や「離陸の性格および離陸によって起動された力の性格(the character of the take-off, and the forces it sets in motion)」といった要因も作用すると指摘している。スウェーデンは概ね前者に該当し、日本は概ね後者に該当する。この他に、ロストウは政府の政策によって主導部門が創り出された国としてロシアをあげている。
- (26) この指摘は輸出主導型の「離陸」の経路を辿った近代日本に関しても次の命題が当てはまることを 意味している。つまり、「技術という職業 (the engineering profession) の歴史は、次々に展開す る主導部門の姿を圧縮した形で物語っている」(ロストウ 1961:84) という命題である。
- (27) 広幅化は構造上の変化をも伴っていた。牧野(1996:40-41) は半木製の力織機が平織用の一丁杼力織機であったのに対して、先染織物用の力織機には多丁杼装置が求められたため、鉄製化が不可欠であったとして、「織機の供給体制の整備すなわち鉄製多丁杼力織機の実用化こそがむしろ重視されるべきである」と指摘している。
- (28) 鈴木(1996:276-278) によれば、福井羽二重産業は重目羽二重の産地であって、全鉄製の力織機が必要であったにもかかわらず、肝心の鋳造技術を他県に依存していた。この結果、福井県は「技術的成熟」において後手に回らざるを得なかった。しかし、福井羽二重産業の発展が金沢における鋳造の技術向上に大きく貢献した事実を忘れるべきではない。
- (29) アカロフ&シラー (2009:209) は、1930 年代の日本には「ゼロからの自動車生産を支えるような裾野産業はまったくなかった」のであって、「鋼板成形に必要なプレス機のメーカーがなかった」だけではなく、「鋼板そのもののメーカーすらなかった」として、トヨタ自動車創業者の「アニマル・スピリット (animal spirits)」を賞賛している。シュンペーターが強調する「新結合」における「企業家」の役割を想起させる指摘であるが、同時にロストウ(1961:15)が「技術的成熟」段階の特徴として「工学的技術と企業家的技術(technological and entrepreneurial skills)」をあげ、「生産しようと思う物は何物によらず生産しうることを誇示する」ところに特徴があると指摘している点をも想起する必要がある。

#### 参考文献

石井孝 1993. 『明治維新と外圧』吉川弘文館.

石井正 1987. 力織機製造技術の展開. 南亮進・清川雪彦編『日本の工業化と技術発展』131-149. 東洋経済新報社.

川俣絹織物同業組合 1910. 『北陸地方視察報告書』川俣絹織物同業組合.

川俣町 1979. 『川俣町史 資料編 近代・現代 第3巻』川俣町.

川俣町 1982. 『川俣町史 通史編』(第1巻) 川俣町.

神立春樹 1997. 『近代産業地域の形成』御茶の水書房.

清川雪彦 1995. 『日本の経済発展と技術普及』東洋経済新報社.

小木田敏彦 2013. マーシャル集積論の制度主義的転回 — 明治・大正期の羽二重産業を例に — . 拓殖大学論集 政治・経済・法律研究 16-1:193-221.

小木田敏彦 2014a. 近代日本における第 1 の産業分水嶺 — クラフト的生産体制とウェーバー・テーゼ の接点を中心に — . 拓殖大学論集 政治・経済・法律研究 17-1:83-111.

小木田敏彦 2014b. 内発的発展におけるソーシャル・キャピタルと市民意識 —— 福井羽二重産業を例

に ---. 国際開発学研究 14-1:133-151.

小木田敏彦 2015. 内発的発展と 2 つの社会的均衡 — 明治期の両毛地方と北陸地方における農村織物業を中心に — . 国際開発学研究 14-2:61-80.

鈴木淳 1996. 『明治の機械工業』ミネルヴァ書房.

園部哲史・大塚啓二郎 2004. 『産業発展のルーツと戦略』知泉書館.

東京高等商業学校 1902. 『福島県機業取調報告』東京高等商業学校.

辻本芳郎・北村嘉行・上野和彦 1989. 『関東機業地域の構造変化』大明堂.

日本銀行調査局 1915. 『川俣羽二重二関スル調査』日本銀行調査局.

中林真幸 2003. 問屋制と専業化 — 近代における桐生織物業の発展 — . 武田晴人編『地域の社会経済 史』19-66. 有斐閣.

根井雅弘 2001. 『シュンペーター』講談社.

農商務省商工局 1896. 『工業視察紀要 織物之部・上』農商務省商工局.

農商務省商工局 1998 [初版 1903]. 『職工事情 上』岩波書店.

半谷清寿 1977 「初版 1906」、『将来之東北』モノグラム社、

福島県内務部 1899. 『輸出羽二重業視察復命書』福島県内務部.

藤瀬浩司 1980. 『資本主義世界の成立』ミネルヴァ書房.

牧野文夫 1996. 『招かれたプロメテウス』風行社.

松原建彦 2003. 『フランス近代絹工業史論』 晃洋書房.

松原宏 1999. 集積論の系譜と「新産業集積」. 東京大学人文地理学研究 13:83-100.

本山美彦 1993. 『ノミスマ(貨幣)』三嶺書房.

山田日登志・片岡利文 2001. 『常識破りのものづくり』NHK 出版.

山本健兒 2005. 『産業集積の経済地理学』法政大学出版局.

Akerlof, A, G. & Shiller, J, R. 2008, *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*, Princeton: Princeton University Press. アカロフ, A, G. & シラー, J, R. 著, 山形浩生訳 2009. 『アニマルスピリット』東洋経済新報社.

Dicken, P. & Lloyd, P. P. 1990 [1972]. *Location in Space, Third ed.*, London: Harper & Row. ディッケン, P. & ロイド, P. E. 著, 伊藤喜栄監訳 1997. 『立地と空間 下』古今書院.

Krugman, P. 1991. *Geography and Trade*, Cambridge, MA: The MIT Press. クルールマン, P. 著, 北村行伸・高橋亘・妹尾美起訳 1994. 『脱「国境」の経済学』東洋経済新報社.

Krugman, P. 1995. Development, Geography, and Economic Theory, Cambridge, MA: The MIT Press. クルーグマン, P. 著, 高中公男訳 1999. 『経済発展と産業立地の理論』文眞堂.

Lockwood, W, W. 1955. *The Economic Development of Japan*, London: Oxford University Press. ロックウッド, W. W. 著,中山伊知郎監訳 1958. 『日本の経済発展(上)』東洋経済新報社.

Marshall, A. 1920 [1890]. *Principles of Economics*, London: Macmillan. マーシャル, A. 著, 馬場啓之助訳 1966. 『経済学原理 Ⅱ』東洋経済新報社.

Putnam, R. D. 1993. Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy, Princeton: Princeton University Press. パットナム, R, D. 著, 河田潤一訳 2001. 『哲学する民主主義』NTT 出版.

Piore, M. J. & Sabel, C. F. 1984. *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*, New York: Basic Book. ピオリ, M. J. & セーブル, C. F. 著, 山之内靖・永易浩一・石田あつみ訳 1993. 『第二の産業分水嶺』 筑摩書房.

Rostow, W. W. 1960. *The Stages of Economic Growth*, New York: Cambridge University Press. ロストウ, W. W. 著,木村健康・久保まち子・村上泰亮訳 1961. 『経済成長の諸段階』ダイヤモンド社.

Schumpeter, J. A. 1908. Das Wesen und der Hauptinhalt der theoretischen Nationnalökonomie, Leipzig: Duncker & Humblot. シュンペーター, J. A. 著,大野忠男・木村健康・安井琢磨訳 1983. 『理論経済学の本質と主要内容(上)』岩波書店.

- Schumpeter, J. A. 1926. Theorie der wirtshaftlichen Entwicklung. Leipzig: Duncker & Humblot. シュンペーター, J. A. 著,塩野谷祐一・中山伊知郎・東畑精一訳 1977. 『経済発展の理論(上)』岩波書店
- Schumpeter, J. A. 1928. Unternehmer, L. Elster & A. Weber (Eds.), *Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4th ed. Jena*: G. Fischer. シュンペーター, J. A. 著, 清成忠男編訳 1998. 『企業家とは何か』東洋経済新報社.
- Weber, A. 1922 [1909]. Über den Standort der Industrien, Tübingen: J. C. B. Mohr. ウェーバー, A. 著, 篠原泰三訳 1986. 『工業立地論』大明堂.

(原稿受付 2015年5月14日)

# ASEAN 金融統合

吉 野 文 雄

#### 要旨

東南アジア諸国連合(Association of Southeast Asian Nations: ASEAN)は,2015 年末に経済共同体の形成をめざしているが,その柱の1つが金融統合である。金融統合という用語が本格的に用いられるようになったのは,2003 年に「ASEAN 金融統合ロードマップが採択されてからであろう。その後金融面での地域協力が進んだが,ASEAN が金融面で統合に向かっているとは言えない。むしろ,2000 年に採択された ASEAN+3 によるチェンマイ・イニシアティブが先行した形となっている。

ASEAN 単独での金融統合への取り組みの効果と ASEAN+3 での効果とを、監視と通貨スワップ協定であるチェンマイ・イニシアティブに関して比較し、金融指標を用いてその結果を検証した。 暫定的な結論としては、 ASEAN 単独での ASEAN 自由貿易地域よりも ASEAN 中国自由貿易協定の方が ASEAN 加盟国の貿易に対して大きなインパクトを持っていたように、金融統合においても、 ASEAN 単独での監視や規制調和には限界があると言うのが、現時点での公正な評価であるう。

キーワード: ASEAN, ASEAN+3, 金融統合, チェンマイ・イニシアティブ

東南アジア諸国連合(Association of Southeast Asian Nations: ASEAN)は,2015 年末に経済共同体の形成をめざしているが,その柱の 1 つが金融統合である。金融統合という用語が本格的に用いられるようになったのは,2003 年に「ASEAN 金融統合ロードマップ(Roadmap for Monetary and Financial Integration of ASEAN: RIA-Fin)が採択されてからであろう。その後金融面での地域協力が進んだが,ASEAN が金融面で統合に向かっているとは言えない。むしろ,2000 年に採択された ASEAN +3 によるチェンマイ・イニシアティブが先行した形となっている。本稿では,今後の ASEAN または ASEAN +3 の金融協力,金融統合がいかなる効果を発揮するのか論じる。

#### Ⅰ 協力から統合へ

ASEAN は 2003 年前後に協力から統合に大きく舵を切った。 ASEAN 経済共同体の構想が示され、続いて他の 2 つの共同体とともに、それを ASEAN 共同体の 3 本柱の 1 つとすることに

合意された。2008年には ASEAN 憲章が発効し、ASEAN は地域協力機構と呼ぶよりも地域制度とか地域アーキテクチャーと呼ぶほうが適切なようになった。

ASEAN は、2015 年末に経済共同体の形成をめざしているが、その柱の1つが金融統合である。2003 年にマニラで開催された第7回 ASEAN 財務相会議(ASEAN Finance Minister Meeting: AFMM)において RIA-Fin が採択された。その主要内容は4つに要約できる。第1に、資本市場の発展、第2に、金融サービスの自由化、第3に、資本勘定自由化、第4に、ASEAN 通貨協力であった。

資本市場の発展は、ASEAN 内資本市場が越境的に協調できるようなインフラ作りを目指している。これまでに、AEC ブループリントにも記されているように、資本市場の発展を目指す中期戦略枠組み(Medium-Term Strategic Framework: MTSF)を策定した。その中身は、ASEAN 為替連携(ASEAN Exchange linkages)、債券市場連携(Bond Market linkages)などを通じた市場アクセス、連携、流動性の強化である。債券市場の発展は重要な課題であり、債券市場発展スコアカード(Bond Market Development Scorecard)が採用された。

金融サービス自由化は、2015年までの金融サービス自由化を目指している。これは ASEAN のサービス貿易自由化の一環であり、交渉を重ねることによってポジティブ・リスト方式で自由 化を進めている。2010年の財務相会議では、柔軟性についての事前合意制が採択された。

資本勘定自由化は、資本のより自由な流通を目指すものである。1つの成果として、直接投資の自由化を進める規則を確立し、自己評価を可能にしたことがある。

通貨協力は、通貨協定の締結によって、域内貿易・投資を円滑化し、経済統合を促進することを目指している。通貨協力を進めるためのマクロ経済の収束、マクロ経済政策の適正化についても努力されている。

RIA-Fin によって、たとえば、1990年代に先進国が経験したビッグ・バンのような効果が期待されるわけではない。資本勘定自由化とはいうものの、その主要な活動は能力構築であり、とくに CLMV 諸国の実務担当者に対する訓練や研修が主体である。金融サービス自由化がポジティブ方式で進められていることも、多様性が背景にある ASEAN 特有の事情がある。

協力から統合に舵を切ったことによって、AFMM や ASEAN 中央銀行総裁会議の役割が重要になったかと言うと必ずしもそうではない。後述するように、むしろ重要になったのは ASEAN+3 の財務相会議や中央銀行総裁が出席する会議である。

ちなみに、2014年4月にネーピードーで第18回 AFMM が開催されたのを最後に AFMM は幕を閉じた。2015年3月には中央銀行総裁も加わって、第1回 ASEAN 財務相・中央銀行総裁会議(ASEAN Finance Ministers' and Central Bank Governors' Meeting: AFMGM)がクアラルンプールで開催された。そこでは、中央銀行と直接的なかかわりはないが AFMM で議論された財政に関わる問題についても引き続き議題として討議された。

第 18 回 ASEAN+3 財務相・中央銀行総裁会議は、2015 年 5 月にアゼルバイジャンのバクー

で開催された。ASEAN+3の会議の優位性は、以下の3つである。第1に、すでに地域制度として定着したチェンマイ・イニシアティブ(Chiang Mai Initiative Mechanism: CMIM)が機能していること。第2に、地域の経済状況を監視するASEAN+3マクロ経済リサーチ・オフィス(ASEAN+3 Macroeconomic Research Office: AMRO)を備えていること。第3に、アジア通貨危機後、アジア各国に喫緊の課題されたアジア債券市場育成を目指すアジア債券市場構想(Asian Bond Market Initiative: ABMI)を有すること。

# Ⅱ 銀行統合へ

ASEAN 加盟国の金融は、間接金融主体というよりも、むしろ実物資産主体といったほうがよい状況であった。そこに、外資系銀行などの進出があり、間接金融が国際的に展開することになった。しかし、1997年に発生したアジア通貨危機によって、その弊害が明らかとなり、債券市場の育成が急務となっている。

アジア通貨危機の教訓の1つに ASEAN 監視プロセス(ASEAN Surveillance Process: ASP) がある。1999 年に始まった上級事務レベルでの ASEAN 経済に関する監視メカニズムである。 アジア開発銀行と協力してブルネイ,マレーシア,シンガポール,ミャンマーを除く6カ国の経済を監視している。さらに、ASEAN 加盟国の中央銀行や財務省の職員に対して能力構築の訓練プログラムを実施している。

同様の監視システムは、1979年に発生した第2次石油危機後にG7が採用している。それにもかかわらず、G7諸国は1980年代の高金利を経験し、その後も欧州危機などを経験している。監視システムの存在で、それらの危機的状況は、それがない場合よりは緩和されているのであろうが、当初想定されたほどには監視システムは効力を持たない。

2010 年,AFMM は,マクロ経済・金融監視オフィス(Macroeconomic and Finance Surveillance Office: MFSO)を ASEAN 事務局内に創設することを決めた。これは,翌年の AFMM では名称を変更して,ASEAN 統合監視オフィス(ASEAN Integration Monitoring Office: AIMO)と呼ばれることになった。創設の目的は「ASEAN 経済共同体を 2015 年までに 予定通り実現させ,経済統合を支援する監視作業を強化する」<sup>(1)</sup> ことである。

G7のケース同様に、重要なのは監視に続く政策の発動である。金融状況の悪化を傍観視するだけでは、監視する意味がない<sup>②</sup>。政策の発動に当たっては域内で利害が対立する可能性があることは、近年のユーロ圏におけるギリシャへの対応をみていても分かる。

ASEAN+3の AMRO は ASEAN のみの AIMO よりも実効性が高いと考えられる。国際収支表などの統計から相手国別の資本取引額を求めることはできないが、貿易相手国や直接投資の投資国・投資受け入れ国などから資本取引を類推できよう。

2010年の ASEAN 加盟国の総輸出に占める対域内輸出のシェアは 25.0%, 同じく総輸入に占

める域内からの輸入のシェアは 24.2%であった<sup>(3)</sup>。これに対して,同年の ASEAN 加盟国の総輸出に占める日本・中国・韓国への輸出のシェアは 24.7%,同じく総輸入に占めるこれら 3 カ国からの輸入のシェアは 31.8%であった。

直接投資については、統一的な統計を用いられないので、ASEAN 主要国の投資受け入れ統計を用いることにする。2013 年、インドネシアの直接投資受け入れ総額に占める ASEAN 域内からの投資のシェア(域内投資比率)は 19.2%、日本・中国・韓国からの投資のシェア(域外 3 カ国比率)は 25.2%であった $^{(4)}$ 。同年、マレーシアにおいては域内投資比率は 13.6%程度(ASEAN 合計が示されていないため。以下、程度を用いているのは同じ理由である)、域外 3 カ国比率は 23.2%であった $^{(6)}$ 。フィリピンにおいては、域内投資比率は 3.7%程度、域外 3 カ国比率は 19.9%であった $^{(6)}$ 。シンガポールにおいては、域内投資比率は 9.0%、域外 3 カ国比率は 61.8%であった $^{(7)}$ 。ベトナムにおいては、域内投資比率は 23.8%程度、域外 3 カ国比率は 64.9%程度であった $^{(8)}$ 。

ここで挙げた統計は傍証にすぎないが、ASEAN 加盟国の域内資本取引よりも日本・中国・韓国との資本取引の方が活発であろうことが類推されよう。もし、そうであれば、ASEAN 加盟国にとって、域内監視メカニズムよりも、域外諸国を含めた監視メカニズムの方が実効性が高い。

村瀬(2007)の第5章は「東アジアでの経済サーベイランスの現状と課題」と題されており、AMRO、AIMO以前の監視メカニズムを精細に検証している。村瀬は監視の今後の課題を4つにまとめている。第1は、域内通貨体制の将来像を念頭においた監視である。欧州のように金融統合を強固なものとするのかそうでないのかによって、監視内容が異なってくるからである。第2に、中央銀行の活用である。監視を行ったとしても、その後の市場の監督、介入、資金の融通などは中央銀行が主体となって行うものだから、監視の段階でそれを活用すべしというのである。第3は、常設事務局を置くことである。これは、監視の継続性を維持するために必要である。第4に、国際通貨基金(International Monetary Fund: IMF)との協調である。IMFはすでに長い監視の経験を有しており、その資源を活用するという意味と、域外との連携という意味がある。

常設事務局の設置の必要性は、いかにも実務に通じた者の指摘である。村瀬は、監視の結果を 現実の政策に反映させる手法としては、ピア・レビューとピア・プレッシャーを挙げるにとどまっ ているが、果たしてそれだけで十分なのか。ASEAN については、ASEAN ウェイの存在ゆえに それさえも困難であると述べているのは、公平な評価であろう。

2011 年,ASEAN 中央銀行総裁会議が ASEAN 銀行統合枠組み(ASEAN Banking Integration Framework: ABIF)に合意した。これは,2020 年をめどに ASEAN の銀行部門の統合をめざしている。銀行部門の国際的な統合とは分かりにくい概念であるが,銀行部門への規制などを統一し,一つの土俵をつくろうというのである。その主要内容は,以下の4つの項目に分かれている。第1は,なによりも ASEAN 加盟国の規制調和である。第2は,金融安定インフラの構築である。第3は,ブルネイ,カンボジア,ラオス,ミャンマー,ベトナムの能力構築である。

第4は ASEAN 認定銀行(Qualified ASEAN Banks: QAB)の認証付与である。この認定を受けた銀行は ASEAN 域内を同一の基準で活動できる。

規制調和については、銀行の会計基準と開示要件、資本の最低基準、是正手続き(prompt corrective action: PCA)と破綻銀行の処理方法、貸出規制、反マネーロンダリング及び消費者保護規制が主要内容である。

インフラ構築の目的は金融危機回避にある。ブルネイ、カンボジア、ラオス、ミャンマー、ベトナムの5カ国と、インドネシア、マレーシア、フィリピン、シンガポール、タイの5カ国の間には大きな金融インフラ格差がある。その格差を埋め、金融システム安定化政策(prudential policy)を統一的に運用する。そのためにも、前記5カ国の能力構築が必要である。

ABIF はサービス貿易自由化と矛盾する側面がある。なぜなら、ABIF は規制の存続を容認し、それを調和・統一しようという取り組みであるからである。しかし、サービス貿易自由化が自由化した後でも規制を残すのであれば、その残存規制を統一するというのは合理的である。Wihardja(2014)では、ABIF が置く規制をソフト・インフラストラクチャー(調和された規制)とハード・インフラストラクチャー(金融安定インフラストラクチャー)に分けている。

ASEAN 加盟国の銀行統合は大きな格差を前提に進められている。インドネシアやフィリピンの銀行のほとんどは ASEAN 域内に店舗網を展開していないが、マレーシアのメイバンク (Maybank) は、マレーシアは当然のこととして、ASEAN 加盟国に店舗を持っている<sup>(9)</sup>。タイのバンコク銀行は、ブルネイとカンボジアには支店を開設していない。このような域内展開の格差がある現状で、統一的な金融規制を適用するのは難しいであろう。

それよりも困難なのは、域外の銀行にどのような対応をするかである。スタンダード・アンド・ チャータード銀行は、ASEAN 加盟国のすべてに支店ないし駐在員事務所を開設している。イン ドネシアのたとえばバンク・マンディリよりよほど ASEAN に根付いているのである。

ここに、ASEAN という単位で金融統合を進める難しさがある。

#### Ⅲ ASEAN 諸国の金融の多様性

チェンマイ・イニシアティブは、2000年にチェンマイで開催された ASEAN+3 財務相会議において採択された 2 国間通貨スワップ協定であった。2010年に多国間の枠組みに変わった。資金枠は 1,200 億米ドルである。資金を融通するためには、国際通貨基金の支援が行われる必要があり、多国間枠組みになったことで、参加国すべての合意が必要になったことから、スワップを実際に発動するのは難しいとも指摘されている。

チェンマイ・イニシアティブについては多くの比較的高い希望的評価が下されてきたが、たとえば Arner et al. (2008) は、いわば ASEAN のローカル・ルールに基づいた立法なき協調であると厳しい評価を下している $^{(10)}$ 。彼らの論点は ASEAN の本質とも言うべき ASEAN ウェイに

向かっている。彼らの理解する ASEAN ウェイは要約すると、(多数決原理などではなく)合意 に基づく意思決定と加盟国間の内政不干渉である。

ASEAN は日中韓の3カ国を加えて ASEAN+3で金融協力を進めている。その背景には、かつては金融大国日本を除いて金融協力を進めるのでは実が上がらないという事情があったし、現在では経済大国中国を除いて取り組んでも限界があるという事情がある。

表には、経済規模を示す GDP と金融規模の指標として総準備と M2 を示している。いずれの

#### 表 ASEAN 統合に関連する金融指標

経常価格表示の国内総生産 (GDP):10 億米ドル 総準備 (金を含む):10 億米ドル

	2000年(A)	2012年(B)	B/A
ブルネイ	6.0	17.0	2.8
カンボジア	3.7	14.0	3.8
インドネシア	165.0	878.0	5.3
ラ オ ス	1.7	9.4	5.4
マレーシア	93.8	305.0	3.3
ミャンマー	_	305.0	_
フィリピン	81.0	250.2	3.1
シンガポール	95.9	274.7	2.9
タ イ	122.7	366.0	3.0
ベトナム	33.6	155.8	4.6
ASEAN 合計	603.5	2,575.2	4.3
中 国	1,198.5	8,227.1	6.9
日 本	4,731.2	5,961.1	1.3
韓国	533.4	1,129.6	2.1
日中韓合計	6,463.1	15,317.8	2.4
ASEAN+3 合計	7,066.6	17,893.0	2.5

		2000年(A)	2012年(B)	B/A
ブルネ	く イ	0.4	3.4	8.4
カンボ	ジア	0.6	4.9	8.1
インドネ	シア	29.4	112.8	3.8
ラ オ	ス	0.1	1.3	8.9
マレー	シア	28.7	139.7	4.9
ミャン	マー	0.3	7.4	25.7
フィリ	ピン	15.1	83.8	5.6
シンガポ	ール	81.1	265.9	3.3
タ	イ	32.7	181.5	5.6
ベトナ	- L	3.4	25.6	7.5
ASEAN	合計	191.7	826.3	4.3
中	玉	171.8	3,387.5	19.7
目	本	361.6	1,268.1	3.5
韓	玉	96.3	327.7	3.4
日中韓	合計	629.7	4,983.3	7.9
ASEAN+	3 合計	821.3	5,809.6	7.1

通貨及び準通貨 (M2):10 億米ドル

2000年(A) 2012年(B) B/A ブルネイ 11.2 2.2 5.1 カンボジア 7.0 0.514.8 インドネシア 88.9 352.4 4.0 オス マレーシア 430.6 115.1 3.7 ミャンマー 102.6 フィリピン 46.7 147.5 3.2 シンガポール 100.8 377.9 3.7 タ 1 140.6 479.9 3.4 ベトナム 13.9 165.9 11.9 ASEAN 合計 511.6 2,075.0 4.1 中 玉 1,642.3 15,432.5 9.4 H 本 11,381.4 14.376.9 1.3 韓  $\pm$ 365.2 1,629.6 4.5 日中韓合計 13,389.0 31,438.9 2.3 ASEAN+3 合計 13,900.6 33,513.9

マーシャルのk

	2000年(A)	2012年(B)	B/A
	• • • •	2012   (D)	<i>D</i> / 11
ブルネイ	0.9	0.7	0.8
カンボジア	0.1	0.5	3.9
インドネシア	0.5	0.4	0.7
ラ オ ス	_	_	_
マレーシア	1.2	1.4	1.2
ミャンマー	_	0.3	_
フィリピン	0.6	0.6	1.0
シンガポール	1.1	1.4	1.3
タ イ	1.1	1.3	1.1
ベトナム	0.4	1.1	2.6
ASEAN 合計	0.8	0.8	1.0
中 国	1.4	1.9	1.4
日 本	2.4	2.4	1.0
韓国	0.7	1.4	2.1
日中韓合計	2.1	2.1	1.0
ASEAN+3 合計	2.0	1.9	1.0

<sup>(</sup>出所) World Bank, World Development Indicators より,吉野が作成。

<sup>(</sup>注) ミャンマーの 2012 年の「通貨及び準通貨 (M2)」については、IMF 資料より推計した。

指標においても、チェンマイ・イニシアティブが合意された 2000 年と横断面で資料が入手可能 な最近年である 2012 年を比較すると、中国が日本を上回っている。M2 については、横断面の 比較をするために米ドル表示にしている。換算に使用した為替レートは GDP を米ドル表示に改めたのに用いたのと同じレートである。

2012年の総準備を見ると、シンガポールが最大の総準備を保有しており、タイ、マレーシア、インドネシアと続く。2000年においてもこの順位はほぼ同じである。大きな変化はミャンマーに生じたが、中国においても総準備は著しく増加した。2012年のM2を見ると、タイが最大のマネー・ストックを保有しているが、それに続くマレーシア、シンガポール、インドネシアとの差は大きくない。2000年との比較で、大きい変化はカンボジアとベトナムに見られた。

マーシャルの k は、ここでは M2 の GDP に対する比率を意味している。 ASEAN 加盟国の中では、最高値を示しているのはマレーシアで、最低値を示しているのはミャンマーである。域内金融統合が進むことによって、この格差は収束に向かうであろうから、マレーシアではマネー・ストックが減少に、ミャンマーでは増加に向かうであろう。日中間では、いずれの国のマーシャルの k もマレーシアより高い。このことは、ASEAN+3 の金融が密接になれば、ASEAN 諸国のマネー・ストックが増加することを示唆している。それは、現在の ASEAN 諸国の物価水準が日中韓と比較して低く、したがって、通貨価値も低く評価されていることを意味している。投資の流れを見てもこのことは裏付けられよう。

#### Ⅳ 結論にかえて

1976年来の金融協力は継続しており、2003年以降金融統合も視野に入ってきた。しかし、現段階では表からみたように大きな変化はない。

2014年にはミャンマーが外国銀行9行に営業許可を与えた。その内、ASEAN域内の銀行は、シンガポールのOCBC、UOB、タイのバンコク銀行、マレーシアのメイバンクの4行であった。他は、日本の銀行が3行、中国工商銀行、オーストラリア・ニュージーランド銀行であった。マレーシアのCIMBやタイのサイアム商業銀行などは、ミャンマーに駐在員事務所を開設しているにもかかわらず、支店開設の許可は出なかったのである。

このような差別的待遇がなされたことは、ASEAN の金融統合がまだ道半ばであることを象徴していよう。

マレーシアの CIMB, RHB キャピタル, マレーシア・ビルディング・ソサエティの 3 行は, 2014 年夏以降合併交渉を進めたが, 年末になって交渉が決裂したと伝えられた。『日本経済新聞』では, 合併をめざした背景には AEC 形成があると指摘しているが, はたしてそうであろうか<sup>(II)</sup>。 1 国内での銀行の合併が, ASEAN 地域全体的な含意を持つとしたら, 現在の ASEAN 加盟国の経済成長が著しいためであり, それは必ずしも AEC 形成と結び付くわけではない。

金融統合は、他の統合のための取り組みと比較すると、ASEAN そのものの統合よりも ASEAN+3 の統合のほうが高い効果が得られるということを明示的に示している点で興味深い。 そもそも ASEAN という単位で統合を進めることの大義があるのかどうか、ASEAN 共同体形成を前に考慮する必要がある。

ASEAN のみが監視を行ったり規制を調和したりする ASEAN 単独での金融統合と ASEAN+3の枠組みで行う金融統合を比較すると、後者の方で便益が大きいというのが一般的 な評価であろう。ASEAN 単独での取り組みに対する意義をどの程度評価するかは、ASEAN の何を評価するかによって変わってくる。村瀬(2007)は、ASEAN の取り組みに積極的な意義を認めているが、それは ASEAN の経済協力というよりはむしろ ASEAN 加盟国の経済的成果に 着目しているためである。清水(2009)は、ASEAN 単独の取り組みには言及せず、ASEAN+3の枠組みでのチェンマイ・イニシアティブを中心にアジアを論じている。

ASEAN 単独での ASEAN 自由貿易地域 (ASEAN Free Trade Area: AFTA) よりも ASEAN 中国自由貿易協定の方が ASEAN 加盟国の貿易に対して大きなインパクトを持っていたように、金融統合においても、 ASEAN 単独での監視や規制調和には限界があると言うのが、現時点での公正な評価であろう。

《注》

- (1) Joint Media Statement of the 15th ASEAN Finance Ministers' Meeting (AFMM), Bali, Indonesia, 8 April 2011 より。
- (2) そもそも ASEAN 加盟国財務省に将来の金融状況を予測するような能力があるのかも問題である。 すでにタイ・バーツに対する投機が始まっていた 1997 年 3 月 1 日,タイで第 1 回 AFMM が開催されたが、その共同コミュニケには、加盟国財務相は「1997 年の地域の今後の良好な見通しに関する楽観主義を表明した」と記されている。アジア通貨危機の端緒となったタイ・バーツ切り下げのわずか 4 カ月前であった。吉野(2011)を参照せよ。
- (3) この段落の貿易統計は、International Monetary Fund, *Direction of Trade Statistics*, various issues によっている。
- (4) インドネシア投資調整庁資料による。
- (5) Bank Negara Malaysia 資料より。
- (6) National Statistics Coordinating Board 資料より。
- (7) タイ投資委員会資料より。
- (8) ベトナム計画投資省資料より。
- (9) ミャンマーには支店はないが駐在員事務所を開設している。
- (10) Arner et al. (2008) を参照せよ。彼らは、ASEAN サービス枠組み協定(ASEAN Framework Agreement on Services: AFAS)における金融サービス自由化に対しても、「失望すべきもので注目に値しない(p. 312)」と厳しい評価を下している。
- (11) 『日本経済新聞』, 2014年7月11日, 朝刊, 「マレーシア3行合併交渉, 経済統合へ再編加速」, p. 9, 『同』, 2015年1月14日, 朝刊, 「マレーシア金融3社, 統合決裂か」, p. 9 などを参照せよ。

#### 参考文献

- 清水聡(2009)『アジアの域内金融協力』,東洋経済新報社,東京。
- 村瀬哲司 (2007)『東アジアの通貨・金融協力 欧州の経験を未来に活かす』, 勁草書房, 東京。
- 吉野文雄(2011)「日本の成長とアジア」,和田春樹・他編集『岩波講座 東アジア近現代通史第9巻 経済発展と民主革命 1975-1990 年』,岩波書店,東京,pp. 46-68。
- Rafaelita M. Aldaba, Josef T. Yap and Peter A. Petri (2009), 'The AEC and Investment and Capital Flows,' Michael G. Plummer and Chia Siow Yue eds., *Realizing the ASEAN Economic Community: A Comprehensive Assessment*, Institute of Southeast Asian Studies, Singapore, pp. 83–115.
- Douglas Arner, Paul Lejot & Wei Wang (2008), 'Assessing East Asian Financial Cooperation and Integration, Singapore Yearbook of International law, Vol. 12, pp. 1–44.
- Sanchita Basu Das ed. (2013), *ASEAN Economic Community Scorecard: Performance and Perception*, Institute of Southeast Asian Studies, Singapore.
- Maria Monica Wihardja (2014), 'Financial Integration Challenges in ASEAN Beyond 2015,' *Policy Brief* (Economic Research Institute for ASEAN and East Asia), No. 2014–08, August 2014.
- ※本稿は拓殖大学政治経済研究所・平成25年度研究助成の研究成果である。

(原稿受付 2015年5月28日)

# 中国の不動産仲介契約における 仲介排除の裁判事例について

─ 指導性案例1号を中心に ─

長 友昭

#### 要旨

中国の最高人民法院は、2012年12月20日に、指導性案例の第1弾として指導性案例を4件公表した。その1号案例が[跳単]と称される不動産会社から物件の仲介を受けながら仲介排除により手数料支払いを回避する案件であった。中国の不動産取引はバブルも懸念されるほどの活況を呈しながら、従前はこの仲介排除の問題を法的に分析する研究は少なかったところ、指導性案例の第1例目として取り扱われたことで、注目されている。指導性案例1号の意義と射程について、指導性案例の公表方法や比較法的視点から検討する。

キーワード:不動産仲介契約,指導性案例1号,仲介排除,仲介排除禁止約款,民法改正

#### 目 次

- I はじめに
- Ⅱ 中国の不動産取引における仲介排除の問題点
- Ⅲ 指導性案例1号の意義と仲介排除問題への影響
- IV まとめと課題

#### I はじめに

中国の最高人民法院は、2012 年 12 月 20 日に、指導性案例の第 1 弾として指導性案例<sup>(1)</sup> を 4 件公表した。その 1 号案例が [跳単] と称される不動産会社から物件の仲介を受けながら仲介排除により手数料支払いを回避する案件であった。中国の不動産取引はバブルも懸念されるほどの活況を呈しながら、従前はこの仲介排除の問題を法的に分析する研究は少なかったところ、指導性案例の第 1 例目として取り扱われたことで、注目されている。近時の政策的調整で不動産取引はやや下火になったとはいえ、投機の対象としてもさることながら、人々の生活の拠点である住居を定める契約の重要性が下がることはない。そこで本稿では、不動産仲介契約における仲介排

除時の違約金請求における議論を中心に、中国語で[跳単]と称される仲介排除の問題状況を明らかにする( $\rightarrow II$ )。そのうえで指導性案例 1 号をめぐる議論や評釈などを考察し( $\rightarrow III$ ),そのうえで,近時の日本の民法改正の議論との接合も試みながら $^{(2)}$  指導性案例 1 号の意義と残された課題を指摘する( $\rightarrow IV$ )。

## Ⅱ 中国の不動産取引における仲介排除の問題点

#### 1 仲介排除問題

指導性案例1が主な対象としている [跳単]<sup>(3)</sup> とはどのような現象であろうか。これは、日本の判例などでも見られるように、不動産仲介業者などから目的不動産物件に関する情報や締約の機会という利益は享受しつつも、不動産仲介業者への手数料支払いを逃れる (「跳過] [単帳])ために、委託者が不動産仲介業者を排除して目的不動産物件の所有者と直接取引する場面をいう。このような仲介排除の場面は中国においても広く認識されていると同時に問題視されていたようではある。近年では、不動産中古市場の取引が急速に発展したことで、売買の当事者双方が仲介会社を通して取引を行う形式が広くみられるようになっている。しかしながら、不動産仲介をめぐる法規範が不完全であるなどの制約要因により、目下の不動産仲介市場にはさまざまな混乱があると言われている<sup>(4)</sup>。また、不動産中古市場が様々な面で力強く発展し続けていることから、不動産取引市場も狂乱的に拡張を続けており、これにともなって不動産業界の競争も日増しに過激化している。その一方で不動産取引市場への参入規制や業界管理規範規制が十分に整備されているとはいえず、委託者と仲介機関との紛争も増加し続けている<sup>(5)</sup>。その一端が仲介排除問題という形で顕在化してきている。

ある調査によれば、委託者と仲介機関との紛争として、①仲介機関が委託者を欺罔し、委託者の利益に損失を与える紛争、②委託者(主に家屋の買主)が仲介報酬の支払い義務を免れる為に、個人的に売主と取引を成立させ、あるいは別の仲介機関を選ぶことで他の仲介機関の利益を侵害する紛争の2つが主たるものとして挙げられている<sup>66</sup>。また、山東省青島市中級人民法院の2008年から2011年の不動産仲介機関の仲介契約紛争案件合計535件を見ると、2008年が101件、2009年が114件、2010年が156件、2011年が164件であり、4年間で受理件数が約1.6倍になったと指摘されている<sup>67</sup>。

しかしながら、仲介排除をめぐる理論的研究はほとんどなされておらず、この現象について十分な理論的解釈がなされてきたとは言い難い。先行研究の中には、中国の学術論文の検索結果を見ると、2000 年から 2011 年の間に発表された仲介契約を主題とする論文がわずか 1 篇だけだったと指摘するもの(8) もある。

#### 2 仲介排除現象をどうとらえるか

そこで、仲介排除の現象について時間を追って把握し、その歴史的展開を見てみよう。仲介排除現象は不動産仲介市場において古くから見られる現象であるが、その現れ方には時代により違いがある。便宜上、①第1段階(1978-1992年)発生段階、②第2段階(1992-2008)付随段階、③第3段階(2008-)独立段階の3段階に分類して紹介する<sup>(9)</sup>。

①第1段階(1978-1992年)発生段階は、いわゆる11期3中全会を画期として、市場主義的要素が取り入れられた経済政策ないし立法が進められたことにより、仲介契約も用いられるようになり、その中で個別的、散発的に仲介排除が行われていたとされるが、それを体系的にまとめた資料等はほとんどないとされる。②第2段階(1992-2008)付随段階は、仲介排除現象が契約規範をめぐる司法裁判の主たる利害関係に付随的な影響を及ぼし始めた時期とされる。この時期にはメディアなどを通して問題が認識されるようにもなり、司法を通じた紛争解決も模索され始めた。③第3段階(2008-)独立段階は、仲介排除現象を単なる事実的な非規範的な概念として捉えるのではなく、まさに指導性案例にも見られるように、多角的に分析して司法実務の一助に供する時期である。

そのような中、とりわけ第3段階での分析を経て、仲介排除現象は2つに分けて認識されるようになった。すなわち①仲介契約締結時に生じる仲介排除現象、②仲介契約履行過程で生じる仲介排除現象である。①仲介契約締結時に生じる仲介排除現象は、仲介契約を締結すること自体を避けるものであり、案内中の他人を故意に尾行するなどして不動産案内情報を入手するようなものである。②仲介契約履行過程で生じる仲介排除現象は、指導性案例1でも見られるように「不動産購入意向確認書」や「中古不動産売買契約」などの仲介契約を締結し、その約定に常見される仲介排除禁止条項に違反するものである。ここにはa)委託者が受託者に対して生じうる手数料の高さに比してサービスの質が低い場合にする仲介排除、b)委託者が第三者(別の受託者)を選択することでより低価格での取引ができるためにする仲介排除,c)委託者が単に仲介報酬の支払いを逃れる為にする仲介排除の3種類があるとされる(10)。指導性案例1号はb)のケース、後述する日本法における最高裁判例(最判昭45年10月22日民集24巻11号1599頁)のような仲介排除の直接取引はc)のケースといえる。

#### 3 小 括

以上のような経緯の中で、2010年12月20日に公表された4件の指導性案例の1号として、「上海X不動産管理コンサルティング有限会社がYを訴えた仲介契約事件」が公表された。指導性案例は日本の研究者においても注目を集めており、ここでこの指導性案例1号の背景および全文を紹介する<sup>(11)</sup>。

#### Ⅲ 指導性案例1号の意義と仲介排除問題への影響

#### 1 指導性案例1号公表の背景

本稿で取り上げる指導性案例1号はどのような経緯で公表されたのか。おおむね以下のような 経緯で公表されたとされている(12)。

最高人民法院案例指導工作弁公室は、最高人民法院「関於案例指導工作的規定」を貫徹して行うという要請のために、2010年12月31日に各地の高級人民法院に向かって指導性案例を選別し報告するよう求めたところ、上海市高級人民法院裁判委員会が2011年5月11日に、本案例を指導性案例として選び最高人民法院に推薦することを議論を経て決定した。これを受けて、最高人民法院案例指導工作弁公室は研究討論の後に当該案例を最高人民法院民事第一庭に送り審査と意見を求めた。民事第一庭では、当該案例が類似の案件の処理について一定の指導的意義があると判断し、当該案例を指導性案例とすることに同意した。同年6月13日には、最高人民法院裁判委員会が、討論研究を経て、当該案例が最高人民法院「関於案例指導工作的規定」第2条の規定に適合しており、指導的意義を有することから、当該案例を指導性案例に確定することに同意した。そして同年12月20日、最高人民法院は法[2011]354号文書で、当該案例を指導性案例の第1弾の1つとして公表した。その全文は以下のとおりである。

#### 2 指導性案例1号

指導性案例 1「上海 X 不動産管理(18) コンサルティング有限会社が Y を訴えた仲介契約事件」

キーワード:民事,住居契約,中古不動産売買[二手房買売],違約

#### 裁判要旨

不動産売買の仲介契約において、買主が仲介会社の提供する不動産情報を利用し、仲介会社を 排除して直接売主と不動産売買契約を締結することを禁ずる、との特約は、合法かつ有効である。 ただし、売主が同一の不動産について複数の仲介会社において販売の広告を行っており、買主が 一般に知り得る他の正当なルートで当該不動産の情報を得たときは、買主は、価格がより低く、 サービスがよりよい仲介会社を選び、それを通じて不動産売買契約を締結することができる。そ のような行為は、それより以前に契約を締結した仲介会社から得た不動産情報を利用したもので はなく、違法とはならない。

#### 関連条文

「中華人民共和国契約法」第 424 条(14)

#### 事案の概要

原告 X 不動産管理コンサルティング有限会社(以下、X 会社という)の主張は以下の通りである。被告 Y は、X 会社の提供する上海市虹口区株洲路某号の不動産販売情報を利用しながら、故意にその仲介を排除して、直接売主と不動産売買契約を締結したので、「不動産購入意向確認書」の約定に違反し、悪意による「仲介排除の直接取引」行為として、Y が約定に基づき X 会社に違約金 1.65 万元を支払えと命じる判決を求める。

被告 Y の答弁は以下の通りである。前所有者の訴外 A は複数の仲介会社を通じて本件にかかる不動産の販売広告を行っており、X 会社は当該不動産の情報を独占的に握っていたわけでもなく、専任媒介でもなかった。Y は X 会社が提供した情報を利用したわけでもなく、「仲介排除の直接取引」の違約行為は存在しない。

裁判所の審理により明らかになった事実は以下の通りである。2008 年下期に,前所有者の訴外 A は複数の仲介会社を通じて本件にかかる不動産の販売広告を行っていた。2008 年 10 月 22 日に,上海の某不動産エージェント有限会社が Y を伴って当該家屋を内覧した。また,11 月 23 日にも,上海の某不動産コンサルティング有限会社(以下,「某不動産コンサルティング会社とする」)が Y の妻である訴外 B を伴って当該不動産の内覧を行っている。そして 11 月 27 日に Y 会社は X を伴って当該不動産の内覧を行い,同日 Y との間で「不動産購入意向確認書」を締結した。

当該「確認書」の第 2.4 条では、Y が当該不動産の内覧を行ってから6 か月以内に、他の受任者、代理人、代表者、請負人など Y と関係のある者を通じて、X 会社の提供した情報、機会などの条件を利用しながら、X 会社を通さず第三者を通じて売買契約を締結した場合、Y は売主との間で実際に支払った購入代金の 1%を、違約金として X 会社に支払うと約定していた。その時の X 会社の当該不動産についての提示価格は 165 万元であったが、某不動産コンサルティング会社の提示価格は 145 万元であって、なおかつ売主と積極的に価格交渉を行うというものであった。11 月 30 日に、某不動産コンサルティング会社の仲介により、Y は最終的に 138 万元の価格で売主と不動産売買契約を締結した。売主・買主の双方が所有権移転登記手続きを行った後、Y は某不動産コンサルティング会社に仲介手数料 1.38 万元を支払った。

#### 裁判結果

上海市虹口区人民法院は 2009 年 6 月 23 日に (2009) 虹民三 (民) 初字第 912 号民事判決を出し、被告 Y は判決の効力発生から 10 日以内に原告 X 会社に違約金 1.38 万元を支払うよう命じた。判決後 Y は上訴し、上海市第 2 中級人民法院は、2009 年 9 月 4 日に (2009) 滬二中民二(民) 終字第 1508 号民事判決を出し、一、(2009) 虹民三(民) 初字第 912 号民事判決を取り消す。二、Y が X 会社に対して 1.65 万元支払うように求める X 会社の請求は支持しない、とした。

#### 判決理由

すでに効力の生じた判決によれば、X 会社と Y が締結した「不動産購入意向確認書」は仲介 契約の性質に属するものであり、その第 2.4 条の約定は不動産売買仲介契約において通常見られ る「仲介排除の直接契約」禁止の約款条項である。その本来の意味は、買主が仲介会社の提供し た不動産情報を利用しながらも、仲介業者を「排除」して不動産売買契約を結ぶことで、仲介会 社が仲介手数料を得る機会を失わせることを防止する、というものである。当該約定は、一方の 責任の免除や、他方の責任の加重、あるいは相手方の主要な権利の排除という状況にはないので、 有効と認定しなければならない。当該条項によれば、売主の「仲介排除の直接契約」の有無を判 断するためのカギは、買主が仲介会社の提供した不動産情報、機会などの条件を利用したか否か という点にある。買主が仲介業者の提供した情報、機会などの条件を利用せず、一般に知ること のできる他の正当なルートを通じて不動産にかかる同一の情報を得たのであれば、買主にはより 低価格でよりよいサービスを提供する不動産会社との間で売買契約を結ぼうとする権利があるの で、「仲介排除の直接取引」の違約とはならない。本件において、前所有者は複数の仲介会社に 同一の不動産販売についての広告を出しており、Y およびその家族もそれぞれ別の会社から同 一の不動産情報の提供を受けていて、なおかつ他の不動産仲介会社を通して不動産売買契約の成 立に至ったのである。したがって、YはX会社の情報、機会を利用しておらず、ゆえに違約と はならず、Xの訴訟請求は支持しない。

#### 3 案例の評価と仲介排除問題への影響

本件は1審と2審の判断が分かれているものであり、その意味で実務上の混乱があると思われる事例につき、最高人民法院が適切な法適用とその根拠を示すために指導性案例として公表したものと思われる。

では、本件が公表される以前の司法実務における仲介排除現象についての認識はどのようなものであったのだろうか<sup>(15)</sup>。これについて司法実務上は以下の3つの問題の存在が認識されていたとされる<sup>(16)</sup>。すなわち、論点1)顧客と仲介会社で締結される「不動産購入意向確認書」という契約の法的性質の問題、論点2)「跳単」回避ないし仲介排除禁止条項の法的効力の問題、論点3)複数の仲介が同一の取引に関与するなかで一社のみと契約が成立した場合に、契約が成立しない仲介(回避された仲介)について仲介排除によって委託者に手数料または違約金の支払いを請求する権利があるのか否かの問題、である。

#### (1) 「不動産購入意向確認書」の法的性質について

この論点 1)について、本件では当事者相方の主張や判示の中で必ずしも明確には述べられていないが、むしろ当然に有効な仲介契約として判断されているように思われる。実務上、顧客と仲介会社の間で締結される契約には、本件のような名称のほかに、様々な名称がつけられている

ことがある。しかしながら、その実態は契約法における仲介契約であると考えられており、この 点は学説にも大きな争いは見られないので、そのように処理されたのだろう。

#### (2) 仲介排除禁止条項の有効性について

論点 2)については従来 4 種類の見解があった(17)。すなわち a)仲介排除禁止条項無効説(18),b)仲介排除を禁止する条項であっても契約法 52 条に違反しない規定は有効とする説(19),c)委託者が仲介排除禁止条項に違反した場合は契約法 45 条 2 項を準用し,有効と認定する説(20),d)違約金と手数料を区別して,案内の手数料は排除の余地なく当然徴収されるものとした上で仲介排除禁止条項を違約責任条項と解し有効とする説(21)である。この 4 者はそれぞれに合理性があり,優劣がつけがたいとされていた。学説の分岐が裁判実務を混乱させた一要因であるとも思われる。ここにおいて本件では論点 2)について「不動産売買の仲介契約において,買主が仲介会社の提供する不動産情報を利用し,仲介会社を排除して直接売主と不動産売買契約を締結することを禁ずる,との特約は,合法かつ有効である」としたことに意義がある。

# (3) 複数の仲介業者が関与した場合に契約が成立しなかった仲介業者は顧客に手数料または違約金の支払いを請求する権利があるのか否かについて

この点については、請求権を認めない見解と認める見解があり、認める見解の中でも請求の範囲を約定した違約金の額とするか、それとも実際の損失費用とするかで争いがあった。この点、本件では論点3)について「売主が同一の不動産について複数の仲介会社において販売の広告を行っており、買主が一般に知り得る他の正当なルートで当該不動産の情報を得たときは、買主は、価格がより低く、サービスがよりよい仲介会社を選び、それを通じて不動産売買契約を締結することができる。そのような行為は、それより以前に契約を締結した仲介会社から得た不動産情報を利用したものではなく、違法とはならない」と判断した。

#### (4) 評 価

以上のような点から、この指導性案例1号については積極的に評価する見解も多い<sup>(22)</sup>。具体的には①仲介排除禁止条項が有効であること、②消費者の自由選択権の2つを明らかにしたことを評価するものである。

もっとも、消極的、批判的な評価もある。例えば「専任媒介条項」の運用を曖昧にしたという 指摘がある。すなわち、指導性案例は、仲介排除禁止条項の一般的な解釈を専任媒介条項とはせ ず、「委託者が情報、機会を利用したか否か」に重心を置いたのであるが、不動産の売主が単独 の委任者のみに情報提供している場合と複数の委任者に情報提供している場合を区別しなかった。 確かに中国の不動産取引実務では後者の場合が多いようであるが、いわゆる専任媒介か非専任媒 介(一般媒介)かによってはまったく違った結論を導くものであり、それを明確に確定すること なく、誤解を導きやすい危険な認定をしてしまっている。

また、委託者が複数の仲介者を得ている場合、委託者が当初の仲介情報を利用しているか否かについては、共同原因性の認定および仲介報酬支払の分配義務にもわたるものである、という指摘がある $^{(23)}$ 。すなわち、本件の理由部分が直観的判断の域を出ず、例えば複数の仲介者がある場合に Y が一般に知られている他の情報を利用して契約を成立させたとしても、本件のように X 会社の情報も確実に利用した(X 会社が Y を伴って内覧をしている)のであれば、そこでは仲介報酬支払の一部の分配義務などを考えるべきで、「Y が X 会社の情報、機会を利用していない」というのは不正確であるというのである。また、「論理的な矛盾と不要かつあいまいな基準を生み出し……実務での処理基準の統一・明確化、という「指導性案例」の趣旨から考えても」否定的な評価を下す見解 $^{(24)}$  もある。

私見としても、上記の論点 2)について、仲介排除禁止条項が有効であることを明示的に示したことについては一定の意義があると思われる。しかし論点 3)の部分については上で紹介した批判と類似の疑問を抱いている。確かに、契約法における仲介契約は 424 条ないし 427 条の 4 条しかなく、これを解釈で補う必要はあるだろう。しかし、本件の関連条文では 424 条しか掲げていない。仲介契約の定義規定のみから解釈する必要はないように思われる。例えば 427 条の適用について言及されても不思議ではないし、不動産仲介や管理に関する規定も参照しうる。また、後述するように契約法総則にも関連規定があるように思われる。もっとも、そのような議論の端緒が最高人民法院から示されたという積極的意義は小さくないだろう。

#### (5) 問題点

他方で、指導性案例1号については、法の解釈・適用とは別の視点からの疑問も呈されている。これは指導性案例制度全般にもかかわることだが、指導性案例は「編集されたもの」の公表であり、なおかつ案例の存在確認が最高人民法院に「独占」されていることが指摘されている(25)。前者は、最高人民法院による案例の「編集」の過程で、重要な事実が抜け落ちたり、改変されたりすることがあるということである。後者は、指導性案例に採用される案例のほとんどが、指導性案例に採用される前には公表されておらず、採用後も原文が公開されることはなく、その意味で原文が最高人民法院に「独占」され、検証が難しいということである。

実はこの指導性案例1号については、上海高級人民法院の段階での裁判例が公刊<sup>(26)</sup> されている。しかも指導性案例として公表されたものと上海高級人民法院段階のものでは、契約の細かな文言や引用条文の数に違いがあり、その点も踏まえた案例の位置づけがなされなければならないという指摘がある<sup>(27)</sup>。いわば上海高級人民法院でさえ原文の検証が不可能なのである。

また,指導性案例では契約法 424 条しか引用がないが,中国の仲介契約排除の直接取引に関する議論の中には,日本の最高裁判例(最判昭 45 年 10 月 22 日民集 24 巻 11 号 1599 頁)<sup>(28)</sup> のように契約法 45 条<sup>(29)</sup> 2 項(日本法における民法 130 条)<sup>(30)</sup> を準用(ないし類推適用)する説が主張

されている。すなわち、委託者が仲介者を避けて直接相手方と交渉し契約を締結する場合は、仲介者の報酬請求権の条件の成就を不正に阻止するものであり、契約法 45 条 2 項を準用して、仲介者の報酬取得の条件成就とみなすべきである<sup>(31)</sup>、というものである。事実、本件の上海高級人民法院の段階の原文では契約法 45 条 2 項で規定する条件の擬制成就法理を引用していたのだが、仲介排除禁止契約が専任媒介か否かという契約の性質問題を避けて報酬請求権のテーマに重点を置き、報酬請求権が未成就ということをもって仲介排除の違約に接ぎ木し、報酬請求権への考え方を一致させたという指摘がなされている<sup>(32)</sup>。また、これ以外の契約法の条文との関連の問題が抜け落ちているという指摘もある。

他方で、指導性案例 1 号で示された内容自体への批判も少なくない。前述のとおり、指導性案例の各事例がいずれも全文ではなく抄録であるという問題は広く指摘されているが、その過程でかなり無理な操作がなされており、それが法律家による指導性案例への批判の重大な要因になっているといえる。具体的な判示内容として「ただし、売主が同一の不動産について複数の仲介会社において販売の広告を行っており、買主が一般に知り得る他の正当なルートで当該不動産の情報を得たときは、買主は、価格がより低く、サービスがよりよい仲介会社を選び、それを通じて不動産売買契約を締結することができる。そのような行為は、それより以前に契約を締結した仲介会社から得た不動産情報を利用したものではなく、違法とはならない。」という部分については、指導性案例 1 号の指摘が「不用意」 $^{(33)}$  であるとの指摘もある。また、指導性案例 1 号の 1 名ものがある。会社について、Y による「情報、機会の利用」があることの証明不足を指摘 $^{(34)}$  するものがある。

#### Ⅳ まとめと課題

以上見てきたように、指導性案例の公表によって、裁判例の統一的処理はもとより、学説の整理発展、さらなる学説の深化にも一定の意義があることが明らかになった。これは、本件における不動産業界のように、当該事例の関係する実務界、更に広く実社会への影響も大きなものとなっている。ただし、指導性案例として公表される資料が全文ではなく抄録であり、その抄録を作成する段階で恣意的かつ誤解を生じさせる編集が行われていることで、裁判理解や法学の混乱を生み出していることも浮き彫りになった。

また、多くの課題も残されている。実社会への影響が、いわゆる判例として安定的な法的意義が与えられるものとなるのか、それとも一時的なものなのか、見定めは難しい。また、上述のように、抄録・編集による問題をはらむ指導性案例に文字通りの指導的な意義が与えられるのだろうか。同様の事案における同様の処理に資するとしても、その範囲がきわめて狭いものになるのではないかなどの疑問もある。日本の最高裁判決の数からすれば指導性案例の数は少ないものの、指導性案例をめぐる研究は急速に増加している。関連研究を参考にして、今後の課題としたい。

- \*本研究は JSPS 科研費 26870591 の助成を受けた研究成果の一部である。
- \*本研究は「拓殖大学政治経済研究所平成25年度個人研究助成」を受けた研究成果の一部である。

《注》

- (1) 指導性案例の理論的な意義や課題については非常に興味深い議論があるが、本稿の問題関心から、ここでは立ち入らない。但見亮「「案例指導」の現状と機能 ——「中国裁判事例研究」の始にあたり」比較法学 43 巻 3 号, 2010 年 3 月, 徐行「現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス(1)-(5・完)司法解釈と指導性案例を中心に」北大法学論集 62 巻 4 号-64 巻 3 号, 2011-2013 年, 李艶紅「中国指導性案例制度の現状と課題 —— 最高人民法院『案例指導に関する規定』と指導性案例を中心に」比較法学 47 巻 2 号, 2013 年 12 月, 27-60 頁などの研究を参照されたい。
- (2) なお, 麦志明「中国案例百選(第182回)最高人民法院「第1期指導性案例の発布に関する通知」の紹介と若干の検討(上)」国際商事法務40巻4号,2012年,619頁注9に同様の問題意識を思わせる指摘がある。
- (3) 中国語の [跳単] について、前掲但見亮ほか論文は「勘定とばし」、前掲麦志明論文は「仲介とばし」との訳語をあてているが、本稿では「仲介排除」と訳出した。
- (4) 童航「房屋買売居間合同中"跳単"行為研究—1号指導案例評析」梁慧星主編『民商法論叢(第55卷)』法律出版社,2014年4月,214頁参照。
- (5) 前掲注(4)論文,214-215頁参照。
- (6) 袁巍ほか「着力解決中介難題促進市場健康発展 山東省青島市中級人民法院関於房地産居間合同 糾紛案件的調研報告」人民法院報 2012 年 10 月 25 日参照。
- (7) 同上。
- (8) 前掲注(4)論文,216頁,湯文平「从跳単違約到居間報酬 "指導案例1号"評釈」法学家,2012年6期などが税兵「居間合同中的双辺道徳風険 以"跳単"現象為例」法学2011年第11期を唯一の論文として挙げている。もっとも,筆者自身がCNKIで検索した結果,これ以外にも,注釈や参考文献をほとんど挙げず,単に事例を紹介して簡単なコメントを付したような文献は散見された。ただし,それらはここで言う「論文」には含まれないという評価のように思われる。
- (9) 前掲注(4)論文, 219-222 頁参照。
- (10) 前掲注(4)論文, 216頁。
- (11) なお,本件翻訳には前掲注(2)論文,615-616頁,但見亮ほか「中国裁判事例研究(7)最高人民法院指導性案例1~8」比較法学46巻3号,2013年3月,343-345頁〔但見亮〕があり,両者とも簡単な評釈・コメントが付されていて参考になる。
- (12) 最高人民法院案例指導工作辦公室(執筆人:劉浄)「指導案例1号《上海中原物業顧問有限公司訴陶徳華居問合同糾紛案》的理解與参照」人民司法応用2012年7期30頁以下参照。なお、この文献は全く同じものが最高人民法院案例指導工作辦公室(執筆人:劉浄)「《上海中原物業顧問有限公司訴陶徳華居間合同糾紛案》的理解與参照」人民司法案例2014年6期と論題のみを若干変更して再掲されている(本稿では初出の前者を参照する)。
- (13) 原文は [物業] である。簡略な説明としては「不動産会社」〔長友昭〕國谷知史 = 奥田進一 = 長友昭『確認中国法用語 250』成文堂, 2011 年, 77-78 頁を参照されたい。
- (14) 「中華人民共和国契約法」第 424 条「仲介契約とは,受任者[仲介人]が委任者 [委託者] に契約成立の機会を報告しまたは契約締結のための媒介サービスを提供し,委任者が報酬を支払う契約である」
- (15) 前掲注(4)論文, 225-226 頁参照。
- (16) 張寧「房屋買売居間合同中規避"跳単"条款的効力和"跳単"行為的認定」法律適用 2010 年第 8 期,69 頁。
- (17) 前掲注(4)論文, 226-230 頁参照。

- (18) 例えば陳忠儀 = 丁慧「加重対方責任,排除対方主要権利的格式条項無効」人民法院報 2005 年 5 月 23 日。なお、禁止期間や違約金の規定次第では無効となるリスクがあるとする李金昇「二手房居間「跳単」案例対房産中介的影響分析」上海房産 2012 年 2 期,52 頁も参照。
- (19) 例えば劉尊知「居間合同糾紛案件若干実務問題探討」山東審判 2009 年 6 期, 80 頁。
- (20) 例えば周暁震「論房地産居間的法律規制 以「城市房地産管理法」修訂為契機」中州学刊 2010 年 3 期, 102 頁。
- (21) 例えば前掲注(16)論文, 70頁。
- (22) 前掲注(4)論文,258-259頁,湯文平「从跳単違約到居間報酬 "指導案例1号"評釈」法学家,2012年6期,隋彭生「居間契約委託人任意解除権及「跳単」— 以最高人民法院「指導性案例1号」為例」江淮論壇2012年4期など。なお,麦志明「中国案例百選(第182回)最高人民法院「第1期指導性案例の発布に関する通知」の紹介と若干の検討(上)」国際商事法務40巻4号,2012年,616頁も積極的に評価している。
- (23) 前掲注(4)論文, 259-260 頁参照。
- (24) 但見亮ほか「中国裁判事例研究(7)最高人民法院指導性案例 1~8」比較法学 46 巻 3 号, 2013 年 3 月,346 頁〔但見亮〕。
- (25) 湯文平「論指導性案例之文本剪輯―尤以指導案例 1 号為例」法制與社会発展(双月刊)2013 年第 2 期,47 頁以下,特に52 頁参照。
- (26) 前掲注(16)論文, 68-69 頁に掲載されている。ただし, これも全文ではなく, 抄録とされている。
- (27) 湯文平「从"跳単"違約到居間報酬—"指導案例1号"評釈」法学家2012年6期,110頁以下参照。
- (28) 事案の概要は以下の通り。 Y1は、Y2が所有する本件土地をレストランまたはドライブインとし て使用する為に更地として取得できるよう X に仲介を依頼した。これに応じて本件土地を売却する 旨の承諾を得、かつ、売却が成功したときには報酬として Y 2 が X に 35 万円支払う旨の約定を取り 付けた。しかし、XがY2と売買価格の最終的な調整に入ったところ折合いがつかなかったので、 土地の実測後改めて協定することとした。ところが、その頃すでに Y1は、X に仲介を依頼してあ るにもかかわらず、みずから Y2 との折衝をしており、Y2 から本件土地を調整価格よりもやや高額 で買い受ける旨の契約を締結し、直接取引を行った。以上のように事実関係の下で、 X は、 Y 1 に対 して仲介の報酬を、Y2に対して上記約定に基づく報酬を請求し、これに対してYらは、値段の折 合いがつかなかったので X は仲介の手を引き、本件土地の売買契約は新たな交渉によって成立した のであるから X には報酬請求権はないなどと反論した(控訴審では、仲介契約を合意解除したした 後に売買)。判旨は、Y1とY2との間において成立した本件土地売買契約は、成立時期において、X の仲介斡旋活動と時期を接しているのみならず,その売買価額においても,Xの仲介活動によりあ と僅かの差を残すのみで間もなく合意に達すべき状態であったところ、X が Y 1 と下相談した価額 を上廻る価額で成立しているのであるから、Y1およびY2ら契約当事者双方は、Xの仲介によつて 間もなく契約の成立に至るべきことを熟知しながら、Xの仲介による契約の成立を避けるため Xを 排除して直接当事者間で契約を成立させたものであって、Y1およびY2にはXの仲介による土地 売買契約の成立を妨げる故意があったものというべきであり、Y1は右のとおり契約成立という停止 条件の成就を妨げたものであるから、 X は停止条件が成就したものと看做して報酬を請求すること ができる旨の原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯できる、とした。詳細は、滝 沢昌彦「判批」『不動産取引判例百選[第3版]』〔別冊ジュリスト192〕有斐閣, 2008年7月, 176 頁,齊藤真紀「判批」『商法〔総則・商行為〕判例百選[第5版]』〔別冊ジュリスト194〕有斐閣, 2008 年 12 月, 168 頁, 同「不動産仲介業者の報酬請求権 — 直接取引に関する覚書」法学論叢 164 巻 1-6号 2009年3月,572 頁以下を参照。
- (29) 契約法 45 条 ①当事者は契約の効力に条件を付して約定することができる。効力発生条件を付した契約は、条件成就の時に効力を生じる。解除条件を付した契約は、条件成就の時に効力を失う。 ②当事者が自己の利益のために条件成就を不正に阻止した場合は、条件が既に成就したものとみな

- し、条件成就を不正に促進した場合は、条件不成就とみなす。
- (30) 日本民法 130条 条件が成就することによって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができる。
- (31) 前掲注(20)論文, 102頁。
- (32) 湯文平「从跳単違約到居間報酬 "指導案例1号"評釈」法学家,2012年6期,110頁。
- (33) 前掲注(4)論文, 259-260頁参照。
- (34) 前掲注(4)論文, 259-260頁参照。

(原稿受付 2015年5月29日)

# 〇拓殖大学 研究所紀要投稿規則

#### (目的)

第1条 拓殖大学(以下,「本学」という。)に附置する,経営経理研究所,政治経済研究所,言語文化研究所,理工学総合研究所及び人文科学研究所(以下,「研究所」という。) が発行する紀要は,研究成果の多様な学術情報の発表の場を提供し,研究活動の促進に供することを目的とする。

#### (種類)

- 第2条 研究所は、次の紀要を発行する。
  - (1) 経営経理研究所 紀要『拓殖大学 経営経理研究』
  - (2) 政治経済研究所 紀要『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』
  - (3) 言語文化研究所 紀要『拓殖大学 語学研究』
  - (4) 理工学総合研究所 紀要『拓殖大学理工学研究報告』
  - (5) 人文科学研究所 紀要『拓殖大学論集 人文・自然・人間科学研究』

#### (投稿資格)

- 第3条 研究所が発行する紀要の投稿者(共著の場合,投稿者のうち少なくとも1名)は、原則として研究所の研究員でなければならない。
- 2 研究所の編集委員会(以下「編集委員会」という)が認める場合には、研究員以外も、投稿 することができる。

#### (著作権)

- 第4条 研究所が発行する紀要に掲載された著作物の著作権は、研究所に帰属する。
- 2 研究所が必要と認める場合には、投稿者の許可なく、著作物の転載や引用を許可する。ただ し、事後に投稿者に報告するものとする。
- 3 研究所の紀要に掲載した著作物は、電子化しコンピュータネットワークを通じて、本学のホームページ等に公開するものとし、投稿者はこれを許諾しなければならない。

#### (執筆要領および投稿原稿)

- 第5条 投稿する原稿は、研究所の執筆要領に指示に従って作成する。
- 2 投稿する原稿は、図・表を含め、原則として返却しない。
- 3 学会等の発行物に公表した原稿あるいは他の学会誌等に投稿中の原稿は、研究所の紀要に投

稿することはできない (二重投稿の禁止)。

#### (原稿区分他)

- 第6条 投稿区分は、別表1、2のとおり、定める。
- 2 投稿する原稿の区分は、投稿者が選定する。ただし、研究所の紀要への掲載にあたっては、 査読結果に基づいて、研究所の編集委員会の議を以て、投稿者に掲載の可否等を通知する。
- 3 研究所の紀要への投稿が決定した場合には、投稿者は 600 字以内で要旨を作成し、投稿した原稿のキーワードを 3~5 個選定する。ただし、要旨には、図・表や文献の使用あるいは引用は、認めない。
- 4 研究所研究助成を受けた研究成果発表(原稿)の投稿区分は、原則として論文とする。
- 5 研究所研究助成を受けて、既に学会等で発表した研究成果(原稿)は、抄録として掲載する ことができる。

#### (投稿料他)

- 第7条 投稿者には、一切の原稿料を支払わない。
- 2 投稿者には、掲載の抜き刷りを50部まで無料で贈呈する。50部を超えて希望する場合は、 超過分について有料とする。

#### (正誤の訂正)

- 第8条 印刷上の誤りについては、投稿者の申し出があった場合、これを掲載する。ただし、印刷の誤り以外の訂正や追加は、原則として取り扱わない。
- 2 投稿者の申し出があり、研究所の編集委員会がそれを適当と認めた場合には、この限りでない。

#### (その他)

第9条 本投稿規則に規定されていない事柄については、研究所の編集委員会の議を以て決定する。

#### (改廃)

第10条 この規則の改廃は、研究所運営委員会の議を経て研究所運営員会委員長が決定する。

### 附 則

この規則は、平成26年4月1日から施行する。

# 別表 1 原稿区分(理工学総合研究所以外)

(1) 論 文	研究の課題,方法,結果,含意 (考察),技術,表現について明確であり, 独創性および学術的価値のある研究成果をまとめたもの。
(2) 研究ノート	研究の中間報告で、将来、論文になりうるもの(論文の形式に準じる)。 新しい方法の提示、新しい知見の速報などを含む
(3) 抄 録	研究所研究助成要領第 10 項(2)に該当するもの。
(4) その他	上記区分のいずれにも当てはまらない原稿(判例研究,解説論文,調査報告,資料,記録,研究動向,書評等)については,編集委員会において取り扱いを判断する。
	また、編集委員会が必要と認めた場合には、新たな種類の原稿を掲載することができる。

# 別表 2 原稿区別(理工学総合研究所)

- (1) 展望・解説, (2) 設計・製図, (3) 論文, (4) 研究速報, (5) 抄録(発表作品の概要を含む),
- (6) 留学報告, (7) 公開講座, (8) 学位論文

# 拓殖大学政治経済研究所

# 『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』執筆要領

#### 1. 発行回数

本紀要は,原則として年2回発行する。その発行のため,以下の原稿提出締切日を厳守する。

- (1) 5末日締切-9月発行
- (2) 10 月末日締切-3 月発行

上記の発行に伴い、政治経済研究所(以下「研究所」という)のホームページにも掲載する。

#### 2. 使用言語

用語は, 日本語又は英語とする。

ただし、これら以外の言語での執筆を希望する場合は、事前に政治経済研究所編集委員会 (以下「編集委員会」という)に申し出て、その承諾を得たときは、使用可能とするが、必ず 外国語に通じた人の入念な校閱を受け、日本語訳も添付する。

#### 3. 様 式

投稿原稿は、完成原稿とし、原則としてワープロ原稿(A4 用紙を使用し、横書き、1 行 43 字×34 行でプリント)2 部を編集委員会宛に提出する。

- (1) 数字は、アラビア数字を用いる。
- (2) ローマ字(及び欧文)の場合は、ダブルスペースで43行。1行の語数は日本語43文字分。
- (3) 原稿の分量は、本文と注及び図・表を含め、原則として、以下のとおりとする。 なお、日本語以外の言語による原稿の場合もこれに準ずる。
  - ① 論文 40,000字(1行43字×34行で27頁)以内

A4 縦版•横書

- ② 上記以外のもの 20,000字(1行43字×34行で14頁)以内 上記分量を超えた投稿原稿は、編集委員会で分割掲載等の制限をおこなうこともある。 投稿者の希望で、本紀要の複数号にわたって、同一タイトルで投稿することはできない。 ただし、編集委員会が許可した場合に限り、同一タイトルの原稿を何回かに分けて投稿することができる。その場合は、最初の稿で全体像と回数を明示しなければならない。
- (4) 上記以外の様式にて、投稿原稿の提出する場合には、編集委員会と協議する。

#### 4. 投稿原稿

- (1) 原稿区分は、「拓殖大学 研究所紀要投稿規則」に記載されている種別のいずれかとするが、「その他」の区分、定義については付記のとおりとする。
- (2) 投稿原稿の受理日は、編集委員会に到着した日とする。
- (3) 投稿は完成原稿の写しを投稿者が保有し、原本を編集委員会宛とする。
- (4) 投稿原稿数の関係で、紀要に掲載できない場合には、拓殖大学政治経済研究所長(以下

「所長」という)より、その旨を執筆者に通達する。

#### 5. 図・表・数式の表示

- (1) 図・表の使用は、必要最小限にし、それぞれに通し番号と図・表名を付けて、本文中に 挿入位置と原稿用紙上に枠で大きさを指定するする。図・表も分量に含める。
- (2) 図および表は、コンピューター等を使用し、作成すること。
- (3) 数式は、専用ソフトを用いて正確に表現すること。

## 6. 注•参考文献

- (1) 注は、本文中に(右肩に片パーレンで)通し番号とし、後注方式により本文の最後に一括して記載する。また、引用、参考文献の表記についても同様とする。
- (2) 英文表記の場合は、例えば、The Chicago Manual of Style 等を参考にする。

#### 7. 執筆予定表の提出

紀要に投稿を希望するものは、『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』執筆予定表を、各 号の決められた日までに提出する。

#### 8. 原稿の提出

投稿原稿と一緒に,『拓殖大学論集 政治・経済・法律研究』投稿原稿表紙に必要事項の記入,「拓殖大学政治経済研究所ホームページへ公表承認印」を捺印し,原稿提出期日までに提出する。

#### 9. 原稿の審査・変更・再提出

- (1) 投稿原稿の採否は、編集委員会の指名した査読者の査読結果に基づいて、編集委員会が決定する。編集委員会は、原稿の区分の変更を投稿者に求める場合もある。
- (2) 提出された投稿原稿は、編集委員会の許可なしに変更してはならない。
- (3) 編集委員会は、投稿者に若干の訂正、あるいは書き直しを要請することができる。
- (4) 編集委員会は、紀要に掲載しない事を決定した場合は、所長名の文書でその旨を執筆者に通達する。

#### 10. 投稿原稿の電子媒体の提出

投稿者は、編集委員会の査読を経て、修正・加筆などが済み次第、A4版用紙(縦版、横書き)にプリントした完成原稿1部と電子媒体を提出すること。

電子媒体の提出時には、コンピューターの機種名と使用 OS とソフトウェア名及びバージョン名を明記すること。

なお、手元には、必ずオリジナルの投稿論文データを保管しておくこと。

#### 11. 校正

投稿原稿の校正については、投稿者が初校および再校を行い、所長が三校を行う。 この際の校正は、最小限の字句に限り、版組後の書き換え、追補は認めない。 校正は、所長の指示に従い、迅速に行う。 校正が、決められた期日までに行われない場合には、紀要に掲載できないこともある。

#### 12. 改 廃

この要領の改廃は、政治経済研究所会議の議を経て、政治経済研究所長が決定する。

#### 附 則

この要領は、平成21年4月1日から施行する。

#### 附 則

この要領は、平成26年4月1日から施行する。

付記:「その他」の区分・定義について

① 判例研究:裁判事案の判決(要旨)の紹介とその解説及び批評等。

② 解 説 論 文:他の専門分野の人々にも分かるように、研究内容を解説したもの。

③ 講 演:研究所が主催する講演会の記録を掲載するもの。

④ シンポジウム:研究所が主催するシンポジウムの記録を掲載するもの。 紙上のシンポジウムを含む。

⑤ 書 評:専門領域の学術図書についての書評。

⑥ 随 想:自由な形式で教育や研究の課程で得た着想を述べたもの。

⑦ 通 信:個人、特定の団体に向けて書かれた通信文。

教育・研究に関する主題に限る。

⑧ 報 告:学界展望など。

研究所からの通知を含む。

⑨ 資 料:上の範疇以外で教育・研究上有用であると考えられるもの。

# 執筆者紹介(目次掲載順)

守山 正(もりやま・ただし) 政経学部教授刑事法,犯罪学

横山真規雄(よこやま・まきお) 国 際 学 部 教 授 国際私法, EU法

奥田 進一(おくだ・しんいち) 政 経 学 部 教 授 民法,環境法

茂木 創(もてぎ・はじめ) 政経学部准教授 国際経済学, 国際貿易論

小木田敏彦(こぎた・としひこ) 政経学部講師(非常勤) 歴史地理学、制度派経済学

吉野 文雄(よしの・ふみお) 国際学部教授アジア経済論,国際経済学

長 友昭(ちょう・ともあき) 政経学部准教授中国法,民法,不動産法

本誌のタイトル『拓殖大学論集』は、昭和30年(1955年)の第9号を「創立55周年記念」とするに際して、本学第10代総長・政治学博士・矢部貞治によって揮筆されたものです。

# 編集委員

高橋智彦 井上治 岡崎哲郎 奥田進一 椎名規子 服部哲也 山本尚史

## 拓殖大学論集 政治・経済・法律研究 第 18 巻第 1 号 ISSN 1344-6630

(拓殖大学論集 299) ISSN 0288-6650

2014年9月25日 印 刷 2014年9月30日 発 行

編 集 拓殖大学政治経済研究所編集委員会

発行者 拓殖大学政治経済研究所長 高橋 智彦

発行所 拓殖大学政治経済研究所

〒112-8585 東京都文京区小日向3丁目4番14号

Tel. 03-3947-7595 Fax. 03-3947-2397 (研究支援課)

印刷所 ㈱外為印刷

# THE REVIEW OF TAKUSHOKU UNIVERSITY: POLITICS, ECONOMICS and LAW

Vol. 18 No. 1	Septemb	er 2015		
Articles				
Tadashi Moriyama	What is 'Socio-Spatial Criminology'?: It's Relation is Environmental Criminology	(1)		
Makio Yокоуама	Creeping Competence and Legal Aspects of Free movement of Workers in the European Union Some Remarks on the Judicial Activism and the Rise of Ascription-oriented Society	n: (29)		
Shinichi OKUDA	A Study on Legal Reform for Preservation and Administration of Ground Water	(117)		
Hajime Motegi	Price Comovement of the Exhaustible and Replenishable Resource	(141)		
Toshihiko Kogita	Institutional Turns in Weberian Agglomeration Economies: In Relation to Marshallian Agglomeration Economies	(155)		
Study Notes				
Fumio Yoshino	ASEAN's Financial Integration	(187)		
Tomoaki CHO	A Study on the Cases of the Exclusion about Real Estate Broker Contract in China	(197)		
Submission of Manuscript(209)				
Instructions for Contributors ·····(212)				

Edited and Published by

# INSTITUTE FOR RESEARCH IN POLITICS & ECONOMICS TAKUSHOKU UNIVERSITY

Kohinata, Bunkyo-ku, Tokyo 112-8585, JAPAN