



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第62巻 第2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 62(2)
Issue Date	2011-07-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/46889
Type	journal
File Information	lawreview_vol62no2.pdf



北大法学論集

第 62 卷 第 2 号

論 説

福祉国家再編分析におけるアイデア・利益・制度（2）

—— 制度変化の政治学的分析に向けて ——

……………加藤 雅 俊 1

国籍の役割と国民の範囲 — アメリカ合衆国における

「市民権」の検討を通じて（1）……………坂東 雄 介 174[1]

資 料

Le droit constitutionnel japonais d'après-guerre et

«le modèle constitutionnel français» ……………岡田 信 弘 106[69]

EUの専売店契約に対する規制について……………岡谷 直 明 92[83]

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授																														
藤岡康宏	福永利一	深瀬文一	稗貫靖	林山道	中村幸見	高野哲勝	曾野和信	瀬川邦彦	杉原謙二	近藤弘	小菅芳太郎	木佐茂	神原安浩	奥田晃	小川龍一	大白知弘	今井大	伊藤武	石川清	五十嵐比	厚谷襄									
(民法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)								
教																														
長井長信	寺川祐一	常照樹	辻康夫	田善之	田口正樹	高空進	曾野護	鈴木賢	鈴木一	新城裕	白取祐	嶋田拓	笹野雅	佐々木武	見野マ	加藤智	尾崎明	岡田信	遠藤清	池田治	松山正	松村良	古澤弘							
(刑法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)	(憲法)						
	*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*							
栗原伸	川村力	郭舜	池田悠	會澤恒	米屋史	松阿彦	舩雅	林田修	岸洋	大野祥	太野二	巨田格	吉田彦	山本己	山本一	山崎根	山崎淳	宮口郎	宮本三	宮本四	松久正	町村貴	藤原則	林田明	長谷川晃	中村研				
(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)		
助																														
朴下鍾	永泰	鄭浩	鄭明	宋峻	徐行	小弘	下嶋一	黒澤修	大島梨	稻垣美	助田雅	米田宏	吉田志	吉田徹	山本平	山本新	山本輔	水野大	眞壁浩	堀口健	藤谷武	根本尚	中川岳	中川晶	中川比	得津哲	齋藤志	小原祥	桑原朝	
(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)	(民法)

*は大学院公共政策学連携研究部専任教員
雑誌編集委員 ○ 印

福祉国家再編分析におけるアイデア・利益・制度（二）

—— 制度変化の政治学的分析に向けて ——

加藤雅俊

はじめに — 本稿の目的と構成 —

第一章 既存の理論枠組の意義と限界

第一節 主流派アプローチ① 利益中心アプローチの特徴

第二節 主流派アプローチ② 制度中心アプローチの特徴

第三節 主流派アプローチの意義と限界

第四節 アイデア的要因への注目の意義と限界

第五節 小括 — 制度変化の政治学的分析に向けて —

(以上、六一巻四号)

第二章 制度変化の政治学的分析に向けて

第一節 新制度論における理論的刷新① 合理的選択制度論と歴史的制度論の理論的交錯

第二節 新制度論における理論的刷新② アイデア的要因への注目としての第四の新制度論

第三節 新制度論における理論的刷新の意義と限界

第四節 構成・戦略論的アプローチに基づく制度変化モデルとその理論的含意

第五節 結論 — 福祉国家再編分析への知見 —

(以上、本号)

おわりに — 構成・戦略論的アプローチに基づく現代福祉国家分析の全体像 —

第二章 制度変化の政治学的分析に向けて

本章では、前章での議論をふまえ、制度変化に関する理論的刷新を批判的に検討し、その意義と限界を明らかにする。その上で、新たな制度変化モデルを提示し、それらもたらす福祉国家再編分析に関する知見を検討する。

前章では、多様な再編プロセスをたどる現代福祉国家の動態を分析するための理論枠組（動態論）を構築するための準備作業として、既存の理論枠組を批判的に検討し、その意義と限界を明らかにした。ここでは先行研究を、利益中心アプローチ、制度中心アプローチ、アイデア的要因への注目に分類し、それぞれの特徴を整理した。ある経済社会環境におけるアクターの占める位置が利益・選好を形成すると考える利益中心アプローチは、アクター間の戦略的相互行為

の結果として、福祉国家の再編が生じると捉える。そのため、政治アクターの重要性を考慮する一方で、利益・選好を所与とするために、その形成局面における政治性を軽視し、結果として政治アクターの主体性を軽視する傾向を持つ。他方、戦略的相互行為を前提として、ある制度状況における制度的要因が利益・選好を形成すると考える制度中心アプローチは、制度的要因のインパクトの理解に関して、重要な貢献をなしている。しかし、制度などの構造的な政治要因が重要という主張になるため、政治アクターの主体性が十分に考慮されない。また制度中心アプローチはその理論的特徴から制度の持続性に注目する傾向を持つ。

この両アプローチは、アクター間の戦略的相互行為に注目するため、両者の知見を統合することができ、すでにその方向で研究が進んでいるが、そこには制度変化モデルの不十分性という問題点が残されている。例えば、両アプローチでは、経路依存性に注目することで、制度変化という側面が十分に考慮されない。また利益・選好を所与とすることで、アクターの利益・選好が形成される局面の政治的ダイナミズムが十分に考慮されない。これらは、両アプローチが依拠する制度変化モデルに由来する問題でもある。すなわち、両アプローチは、制度変化プロセスにおける二つの政治的ダイナミズムの中で、目的達成のためのアクターの戦略的相互行為という局面に注目する一方で、アクターの利益・選好が形成されるという局面を十分に考慮していない。近年では、両アプローチの問題点を克服する試みとして、アイデア的要因に注目が集まっているが、問題点を補完する試みとして発展してきたために、不十分な制度変化モデルの持つ限界点を継承してしまっている。したがって、多様なプロセスをたどる福祉国家の再編を説明するためには、制度変化の二つの政治的ダイナミズムを射程に収めた制度変化モデルが必要となる。

この制度変化を説明するための理論枠組の構築という課題は、比較福祉国家論に限らず、比較政治学一般の課題として、新制度論の理論的展開の中で広く議論されてきた（新制度論に関する整理として、小野二〇〇一、河野二〇〇二、

Hall and Taylor 1996, Immergut 1998, Peters 2005など)。前章で確認したように、例えば、経路依存性などの概念に注目が集まり、制度を再生産する多様なメカニズムが析出され（cf. Thelen 1999, Mahoney 2000, Pierson 2000a, 2004など）、制度の持続性に関する理解は深まった。しかしその一方で、制度変化は、再生産メカニズムが崩壊した例外的な現象とされる、もしくは分析の対象外とされることが多かった。新制度論においては、制度変化は「外生的要因による危機の発生と急速な制度生成↓その後の安定」という断続平衡モデル（Krasner 1984, 1988）によって捉えられることが多く、環境変化と制度崩壊・制度形成が十分に結びつけられないままであった。つまり、「なぜ／どのように、ある時点まで再生産を支えていたメカニズムが崩壊し、特定の新しい制度が採用されたか」という制度変化の政治的ダイナミズムについては十分に検討されてこなかったといえる。

しかし、近年では注目すべき業績も多く蓄積されてきている。本章では、これらの制度変化をめぐる理論的刷新を批判的に検討し、その意義と限界を明らかにする。特に、合理的選択制度論と歴史的制度論の間に生じている理論的収斂、および、制度変化におけるアイデア的要因を重視する第四の新制度論に注目する。まず本章では、新制度論の各理論的刷新が、制度変化の政治的ダイナミズムを把握する上で、重要な貢献をなしているものの、利益・選好が形成される局面でのダイナミズムを十分に考慮することができていないことを確認する。その上で、アイデアを媒介とした構造と主体の相互作用に注目する構成・戦略論的アプローチというメタ理論に依拠した制度変化モデルを提示する。このモデルの特徴は、アイデアの二つの役割（①アイデアがアクターの利益・選好を形成するという構成的役割、および②目的達成のためにアクターがアイデアを主体的に利用するという因果的役割）を、制度変化プロセスに自覚的に位置づける点にある。そして、本章の結論として、この理論モデルが福祉国家再編分析に与える知見を明らかにする。

第一節 新制度論における理論的刷新① 合理的選択制度論と歴史的制度論の理論的交錯

本節では、近年の制度変化をめぐる議論の中でも、合理的選択制度論 (Rational Choice Institutionalism: 以下では、RCI) と歴史的制度論 (Historical Institutionalism: 以下では、HI) の間に生じている理論的収斂の意義と限界について検討する。具体的には、HIによる多様な制度変化パターンの析出、HIとRCIの知見に依拠している「資本主義の多様性 (varieties of capitalism: 以下ではVOC)」論による制度の政治性への注目、および、RCIによる比較歴史制度分析の試みを検討する。ここでは、これらの理論的刷新の試みの中から、制度の歴史性や政治性を重視する内生的制度変化モデルへの注目という形で、理論的収斂が生じていることを確認する。その上で、これらの試みが、当初の理論的問題点を克服し、制度変化の政治的ダイナミズムを把握する上で重要な貢献をなしているものの、利益・選好を形成する局面でのダイナミズムを十分に考慮することができていないことを確認する。

(一) HIによる理論的刷新 — 多様な制度変化パターンの析出 —

HIの理論的刷新¹⁾では、「変化」と「持続」以外にも制度変化の多様なパターンが存在すること、そして、その要因が内生的でありうるものが指摘されている。まず、ストリークらは、「変化のプロセス (漸増的と突然的)」と「変化の結果 (連続と不連続)」を区別することから、制度変化のタイプを「調整による再生産 (漸増→連続)」「漸進的な変容 (漸増→不連続)」「残存と復活 (突然→連続)」「崩壊と取替 (突然→不連続)」に整理する (Streeck and Thelen 2005, p.9)。つまり、プロセスとアウトカムを分析的に区分することにより、過去の制度形態からの離脱を意味する制度変化には、断絶的なプロセスをたどる「変化」だけではなく、同じ対応の蓄積による「漸進的変化」というパターンがあり得るこ

とが示唆される。ここで「漸進的変化」は、過去の制度を再生産する試みの蓄積（＝内生的）としてもたらされるため、断続平衡モデルが含意するような外在的な要因を必要としないのである。

その上でHIに立つ論者は、漸進的変化パターンの多様性を指摘する。例えば、既存の制度をそのままにして新たな要素を付け加える「重層化 layering」(Schkler 2001)と新しい目的のために古い制度を利用する「転換 conversion」(Thelen 2003)が提示され、さらに、環境の変化にもかかわらず、意図的に調整を行わないことによって、制度変化と同じだけのアウトカムを生じさせる「ドリフト drift」(Hacker 2004)も指摘された。最近では、これらに加えて、支配的な制度に対して従属的な地位にあった制度の重要性が増す「転位 displacement」と制度の漸進的な崩壊を指す「枯渇 exhaustion」も付け加えられた (Streeck and Thelen 2005)。この多様な制度変化の形態からどのパターンが選択されるかは、変化の対象となる制度自身の特徴や自らを取り巻く政治システムの影響を受ける中で、アクターの戦略的行動に依存することが指摘されている (Hacker 2004, Pierson 2004 Chapter 5, Mahoney and Thelen 2010)。最新の業績では、特定の制度変化パターンをもたらずと考えられる政治主体についても類型化⁽⁸⁾がなされている (Mahoney and Thelen 2010)。

これらのHIによる理論的刷新の試みは、「外生的要因による危機の発生および制度生成↓制度の安定」という断続平衡モデルによる制度変化の把握を相対化し、内生的要因に基づく多様な漸進的制度変化パターンが存在することを明らかにした点で意義を持つ。また、多様な制度変化パターンを戦略的アクターが選択するという視角は、制度変化の政治的ダイナミズムを考慮することにつながると考えられる。

しかし、ここには理論的な問題点もある。それは、なぜ制度変化へ向かうアクターの利益・選好が形成されたかについて、十分な検討がなされていないという点にある。上記のHIによる理論的刷新では、ある特定の時点において、ア

クターは制度変化を目的として、それを最も達成しやすい戦略を採用し、戦略的な相互行為を行うと想定されている。つまり、制度変化へと向かうアクターの利益・選好は所与とされているのである。しかし、HI自身が明らかにしてきたように、そもそも制度は持続性をもたらすような再生産メカニズムを内包しており、アクターは自らの意図に基づき制度の再生産を行っていたはずである。したがって、ある特定の時点において、アクターの利益・選好を、制度の持続ではなく、変化を目指すものと想定することはできない。もし外的環境（の変化）からアクターの利益・選好を導くことができるとするならば、外生的要因がアクターの利益・選好の変化をもたらし、制度変化を引き起こすと捉える断続平衡モデルによる制度変化の把握と類似することになる。つまり、両者は、諸環境の変化が自動的にアクターの利益・選好の変化をもたらし、その結果として、制度変化が生じると捉える点では共通している。しかし、このような制度変化の理解では、アクターの利益・選好の形成における政治的ダイナミズムについて十分に検討することができないと考えられる。

（二）資本主義の多様性論による理論的刷新 — 制度の政治性への注目 —

VOC論は、前章でも言及したように、経済社会問題の調整メカニズムに注目し、政治経済諸制度の差異がアクターの選好へ与える影響に注目してきた（Hall and Soskice 2001, Thelen 2002など）。特定の経済システムに位置するアクターは、諸制度の影響を受け、それらを維持する利益・選好を持つことが想定されてきた。結果として、VOC論は、諸制度からなる経済システムの経路依存的な発展を含蓄していた。言い換えれば、初期の新制度論と同様に、制度変化のダイナミズムをうまく説明できないという問題点を含んでいたといえる（VOC論に関する批判的レビューとして、Amable 2003, Blyth 2003b, Goodin 2003, Hay 2000, 2004, Hancke et. al 2007, ホワイエ二〇〇五、山田二〇〇八などを参

照。ホールとソスキスによる反論として、Hall and Soskice (2003)。しかし、近年のVOC論は、制度変化が十分に説明できないという批判に対応する中で理論的な進化を遂げ、制度概念を刷新し、制度の持つ政治性を重視するに至っている。

例えば、ディエグら (Deeg and Jackson 2007) は、VOC論をより動態的な理論にするため、ミクロ・メゾ・マクロの三段階で理論的な修正を試みている。ミクロレベルでは、制度変化の多様性・ダイナミズムに注意を払うため、リソースとしての制度という概念を提示する。これにより、制度は、行為の拘束要因としてだけでなく、制度変化の実現を可能にするリソースとしても捉えられることになる。メゾレベルに関しては、制度補完性だけでなく、非効率性や緊張などをもたらす制度間の相互作用を認識する必要性を説く。つまり、制度間関係は、常に自己強化的・安定的なものとは言えず、非効率性や緊張関係など相互に矛盾する場合もあるため、制度変化のきっかけにもなる。マクロレベルに関しては、国家構造や政策決定パターンなど政治的要因の与えるインパクトを考慮する必要性を説く。また、アマール (Amable 2003, Amable and Palombarini 2009) は、制度を、諸アクターの利益の対立を反映し、社会的ブロックに支えられた政治経済的な妥協と見なした上で、制度間関係に制度階層性という視角を導入する。アマールによれば、制度の安定性はアクター間の権力バランスに依拠しているため、そのバランス変化は制度の安定性に大きなインパクトをもたらすことが予測される。また、諸制度の関係にはヒエラルヒーが存在するため、制度がそのどこに位置するかにより、変化の起こりやすさやパターンは大きく異なることが予測される。

VOC論の中で、制度変化をどう捉えるかという理論的課題に精神的に取り組んでいるのは、ホールとセレンである (Hall and Thelen 2005, 2009, Thelen 2009, Hall 2007⁵⁾)。彼らは、制度を、ルールのような性格を持つ規則化された慣行と定義する (Hall and Thelen 2009)。これは、制度が、アクターが目的達成のために利用するリソースであるこ

と、また、戦略的行為の単純な体现ではなく、行為の対象や目的でもあることを示している。従って、彼らによれば、制度の安定は、アクター間の協調可能性など制度維持に関する評価や、アクター間の対立の諸調整を含み、またアクター間の権力バランスに影響を受けるなど、政治的プロセスに依拠していることになる(制度の政治性については、Moore 1990, 2005を参照)。そのため、制度変化は、外在的な社会経済発展だけでなく、非意図的な結果など制度に内生的な要因にも起因すると考えられる。また制度変化は、分配イシューに関して利益の対立するアクターが戦略を変化させることをきっかけとして生じる、持続的な相互調整を含む政治的プロセスと考えられる。彼らは、HIの知見と同じく、三つの制度変化のパターン(制度が示す慣行に従っていたアクターがそうすることをやめる「離脱」、公的な制度から離脱することなく、そのルールや規則の解釈を漸進的に変化させる「再解釈」、および政府により支持もしくは命令された制度変化を意味する「改革」)を提示する(Hall and Soskice 2009)。

以上のように、VOC論からの制度変化のダイナミズムを捉える試みの特徴は、制度概念を刷新した上で、その政治性に注目する点にある。この制度の政治性への注目は、制度変化が政治プロセスを経てもたらされることを強調するという点で、制度変化のダイナミズムを捉える上で重要な手がかりを与えてくれる。また、制度変化だけでなく、その安定性も政治的プロセスに依拠していることを強調しており、制度分析一般における政治学的分析の重要性を示しているといえる。つまり、VOC論は、制度の政治性に注目することで、特徴把握および動態の説明という制度分析の二つの課題に対する、政治学的分析の重要性を示したという点で大きな意義がある。

しかし、ここには理論的な問題点も残されている。それは、HIによる理論的刷新と同様に、なぜある時点で、制度変化へと向かうアクターの利益・選好が形成されたかという点が十分に検討されていない点にある。制度が政治性を帯びており、その変化や安定性が諸アクター間の政治的妥協に依拠しているという指摘は重要だが、どのような条件のもの

とで、制度の安定性が崩壊し、変化プロセスが生じるかは自明ではない。諸環境（の変化）からアクターの利益・選好が導き出せると想定すると、制度変化プロセスにおける、アクターの利益・選好形成という政治的ダイナミズムを軽視してしまうことになる。言い換えれば、VOC論による制度の政治性への注目、制度変化の分析（すなわち動態の説明という理論的課題）という点では不十分な点が残されているといえる。

(三) 合理的選択制度論による理論的刷新 — 制度の歴史性への注目 —

RCIでも制度変化の断続平衡モデルを批判し、その問題点を克服する理論的な試みがなされている。特に、制度を支える認知的側面の重要性が強調され、制度の歴史性に注目が集まっている。例えば、グライフは、制度に外在的な「パラメーター」と内生的に決定される「変数」に加えて、短期的には外生的／所与と見なされるが、フィードバック効果を通じて、長期的には内生的／変化すると考えられる「擬似パラメーター」という概念を提示する (Greif and Laitin 2004, Greif 2006, グライフ二〇〇六)。この擬似パラメーターが長期的な過程を経て変化することにより、均衡としての制度も内生的に変化すると想定しうる。ここで重要な点として、彼によれば、擬似パラメーターの変化は、制度を強化する方向に働く可能性や制度に影響をもたらささない可能性もあるため、必ずしも制度変化をもたらすとは限らない。そこで、重要となるのがアクターの自己拘束的な信念とそれに関連する行為の間のダイナミズムである。つまり、「制度的変化は信念の変化であり、それが起こるのは、関連する行動がもはや自己強化的でなく、個人がその信念を再生産することがない行動をとるようになったときである」(グライフ二〇〇六、四七頁)。言い換えれば、諸アクターの信念の変化が内生的的制度変化のカギとなるといえる。

また、比較制度分析の代表的な論者である青木昌彦も、制度変化におけるアクターの認識の変化を重要視する (Aoki

2001, 2007, 2010)。彼は、制度を「ゲームのある特定の均衡の要約表現ないし縮約情報から成る」「共有された予想の自己維持システム」(Aoki, 2001, p.10 / 一四頁)と定義する⁸⁾。彼によれば、制度はアクターの行為に関する信念に影響を与え、個々のアクターの戦略を拘束・形成し、その後、諸アクターの戦略的相互作用を通じて特定の均衡が実現し、さらに、その内生的にもたらされた均衡が制度として定着するという一連の循環プロセスをたどる (Aoki, 2007)。これらを踏まえた上でまとめてみると、制度の持続と安定は、①制度的安定状態↓②外的・内的環境の変化↓③アクター間の既存制度への認知的不均衡（制度的危機）↓④新しい制度をめぐる実験的選択・学習・模倣↓⑤主観的ゲームモデルの進化と均衡化↓⑥新しい制度の安定という一連のプロセスをとると考えられる。ここでは、外的・内的な環境の変化が自動的に制度変化をもたらすのではなく、アクター間の認識の変化が既存制度の安定性を動揺させ、自己維持的でなくし、結果として、新しい制度の生成プロセス（とアクター間の認識の安定化）を通じて、制度変化がもたらされることを示唆している。歴史的プロセスを経て、ある時点で内生的にもたらされた制度は、後の制度ダイナミクスの拘束・促進要因となるため、「過去と将来における制度は複雑にリンクしている」とこえる (ibid., p.27)。よって、青木は、「制度が重要」だけでなく「歴史も重要」と主張する。

これらのRCIによる理論的刷新は、歴史的に発展してきた制度の認知的側面に注目し、諸領域に埋め込まれた制度をめぐる、諸アクター間の相互行為を重視するという点に特徴がある。ここでは、制度変化プロセスの起源がアクターの認識の変化に置かれている。アクターの認識（の変化）への注目は、環境の変化にもかかわらず制度が持続する場合や、環境の安定性にもかかわらず制度変化が生じる場合など、現実の複雑性や多様性を理解する上で大きな示唆を与えている。つまり、RCIの刷新の知見によれば、制度変化プロセスを分析する上では、諸環境（の変化）とアクターの認識の関係、および、諸アクター間の戦略的相互行為に注目する必要がある。

しかし、ここにも理論的問題点が残されている。それは、HIおよびVOC論による理論的刷新の試みと同様に、なぜアクターの認識が制度変化へと向かうように変化したのかが十分に検討されていない点にある。環境の変化が必ずしも自動的には制度変化に結びつかないという指摘は重要であるが、ある時点で、なぜ／どのようにより、アクターの認識の変化が生じ、制度の崩壊がもたらされるかは十分に検討されていない。つまり、アクターの認識の変化を規定するメカニズムについて、十分な検討がなされていないといえる。RCIは、制度概念を刷新し、アクターの認識の変化が制度変化の起源となることを示唆することで、制度変化の複雑性や多様性を理解するための重要な手がかりをもたらしたといえるが、アクターの利益・選好形成の政治的ダイナミズムについては十分に検討していないといえる。

(四) 小括

本節では、制度変化をどう分析するかという論点に関する、新制度論の理論的刷新を紹介してきた。従来の新制度論による分析が制度変化を十分に検討できなかったという問題点をふまえ、HI、VOC論、および、RCIの理論的刷新は、断続平衡モデルに基づく制度変化の把握を相対化し、制度変化のダイナミズムを捉えようとしているという点で大きな意義がある。上述のように、これらの試みは、制度概念を刷新した上で、制度の政治性や歴史性を考慮した、内生的な制度変化モデルを模索するという点で理論的な収斂を見せており、制度変化に関する議論のひとつの到達点を示していると考えられる(HIとRCIの接点を模索する近年の研究として、Katznelson and Weingast 2006⁹⁾を参照⁽¹⁰⁾)。さらに、各試みがあたらず知見を統合することによって、より包括的な内生的制度変化モデルを形成することにつながる。例えば、多様な制度変化パターンからのアクターの戦略的選択というHIの知見、制度の政治性への注目というVOC論の知見、および、制度変化におけるアクターの認識の変化の重要性というRCIの知見はそれぞれ両立可能で

あり、制度変化プロセスに位置づけることで統合することが可能と考えられる。

しかし、上述のように、これらの理論的刷新には、十分に論じられていない論点が残されている。それは、制度変化に向かうアクターの利益・選好はどのように形成・発展するのかという問題である。現実世界では、諸環境の変化にもかかわらずアクターの利益・選好は変化せず、制度が持続することがある一方で、諸環境が安定しているにもかかわらずアクターの利益・選好が変化し、制度変化が生じる場合がある。そのため、どのような場合に、なぜアクターの利益・選好が変化するのかについて検討する必要がある。しかし、ここで言及してきた理論的刷新の試みは、特定の制度変化へと向かうアクターの利益・選好を所与とすることによって、この問いを十分に検討していない。言い換えれば、アクターの利益・選好がどのような条件で、なぜ変化したかというメカニズムは分析の対象外とされている。ここで重要な点は、制度変化プロセスには、制度変化に向かう利益・選好の形成という目標設定局面、および、改革案への支持連合の形成という支持調達局面、という二つの政治的ダイナミズムが存在していることにある。本節で紹介してきた理論的刷新の試みの多くは、従来の制度変化の捉え方を相対化し、制度の歴史性や政治性に注目することで、支持調達局面のダイナミズムに関する理解を深めた一方で、アクターの利益・選好を所与とすることによって、目標設定局面におけるダイナミズムを十分に考慮することができていない。制度変化の政治学的分析には、制度変化プロセスにおける二つの政治的ダイナミズムを射程に収める必要がある。以下では、第四の新制度論として注目を集めている、アイデア的要因に注目することによって制度変化のダイナミズムを捉えようとする理論的試みについて検討する。

第二節 新制度論における理論的刷新② アイデア的要因への注目としての第四の新制度論

本節では、制度変化におけるアイデア的要因に注目する論者による理論的刷新の試みの意義と限界を検討する。まず、政治学におけるアイデア的要因の役割を簡単に振り返った上で、代表的な論者であるシュミットおよびブライスの議論に注目する（制度変化におけるアイデア的要因に注目した初期の研究としては、政策パラダイムの転換を強調したHart 1993がある）。ここでは、アイデア的要因に注目する第四の新制度論の試みが、当初は、アイデアの因果的役割に注目することで支持調達局面を重視する一方で、目標設定局面を十分に考慮してこなかったが、近年では、アイデアの構成的役割にも注目しつつあることを確認する。

（一）政治学におけるアイデア的要因の二つの役割

近年の政治学では、アイデア的要因に注目する議論が多く登場している（近年の研究業績としては、Campbell 2004, Gofas and Hay 2009, Abdelal et al 2010, Beland and Cox 2010, 近藤二〇〇八など）。新制度論の文脈においてアイデア的要因に注目する論者は、従来の制度変化に関する説明が静態的なものになっていることを批判し、アイデア的要因の果たす役割に注目することによって、制度変化のダイナミズムを捉えようと試みている。例えば、ピーターズらは、制度変化がうまく説明できないという問題点を克服するためには、アクターを特定し、環境の変化の結果として生じるアイデアをめぐる政治的対立に注目する必要があることを説く（Peters et al. 2005）。また、リバーマンは、アイデア的要因と制度的要因が常に機能的に結びついていないことを指摘し、両者の間に生じる摩擦から制度変化が生じることを指摘する（Liberman 2011）。ロススタインは、政治アクターがアイデア的要因である「集合的記憶」を戦略的に利用することによって、持続に向かう諸障害を乗り越えて制度変化を達成することを指摘する（Rothstein 2005）。これらの制度変化におけるアイデア的要因に注目する議論は、「言説的制度論」（Campbell and Pedersen 2001, Schmidt 2006,

2008)や「構成主義的制度論」(Hay 2006a, 2006b)など、「第四の新制度論」(Schmidt 2006, 2008) について注目を集めている。

ここで検討すべき論点は、単にアイデアを分析に呼び戻すこと自体ではなく、制度変化の政治的ダイナミズムを捉えるために、アイデアをどのように理論枠組に位置づけるかという点にある。そのため、政治学におけるアイデアの役割について、振り返っておく必要がある。現代政治学では、アイデアが政治プロセスにおいて二つの役割を果たすことを明らかにしてきた。すなわち、①構成的役割と②因果的役割である (Abdelal 2001, Bleich 2002, Blyth 2002a, 2002b, 2003a, Hay 2002, Parsons 2003など)。前者は、アイデアがアクターの利益や選好を特定するのに役立つことを意味し、後者は、アクターが目的を達成するため既存のアイデアを主体的に利用することを意味する。グローバル化を例として考えてみると、前者は、アクターがグローバル化に関する特定の考え方にに基づき、経済・社会現象を解釈・意味づけることを指す（例、グローバル化はヒト・モノ・カネの流れを強め、国際経済競争を激化させるため、資本の流出を防ぐために減税が必要という考えに依拠して、現状を解釈し、改革案を提示する）。後者は、アクターがその政治目標の実現のために、アイデアを戦略的に利用することを通じて支持調達を目指すプロセスを指す（例、政策目標（減税）の実現のため、フレージング戦略やアジェンダ設定などを利用して、政治的な動員をはかる）。このアイデアの両役割に関して、重要なことが二点ある。第一に、両役割は、相互に関係しているが必ずしも矛盾せず、また時間的側面を考慮することによって、分析的に区別することができる。かつ知見を統合することができる。たしかに、

<p>アイデアの二つの役割</p> <p>①構成的役割（アイデア→アクター）</p> <ul style="list-style-type: none"> ・機能：アイデアがアクターの利益や選好を形成 ・政治とのリンク：目標設定機能 <p>②因果的役割（アクター→アイデア）</p> <ul style="list-style-type: none"> ・機能：アクターがアイデアを戦略的・主体的に利用 ・政治とのリンク：支持調達機能 <p>ポイント</p> <ul style="list-style-type: none"> ・時間軸の導入（構成的→因果的）により統合可能 ・政治の二つのダイナミズムとリンク（構成的：目標設定機能、因果的：支持調達機能）

表1 アイデアの二つの役割（筆者作成）

「アイデア→アクター」を強調する構成的役割と「アクター→アイデア」を強調する因果的役割は、同時に成り立ちうるとは考えにくい。しかし、ブライヒ (Beich 2002) が指摘するように、時間的側面を考慮することにより、両者の知見を接合することができる。つまり、ある特定のアイデアがアクターの利益・選好を構成し、その後、利益の確定したアクターが戦略的にそのアイデアを駆使して目標を達成すると考えることができる。第二に、アイデアの各機能が政治の二つの役割(目標設定と支持調達)と密接に関係している点である。つまり、構成的役割は、漠然とした社会現象を解釈・意味付けることにより達成すべき政治目標を設定するという点で、政治の目標設定機能とリンクしている。因果的役割は、特定のアイデアにより設定された目標の実現に向けて、アクターがアイデアなどを主体的に利用することにより支持を調達するという点で、政治の支持調達機能とリンクしている。言い換えれば、アイデアの二つの役割を制度変化プロセスの連続に位置づけることによって、二つの政治的ダイナミズムを分析の射程に収めることができる。それではアイデアの二つの役割は、制度変化におけるアイデア的要因を重視する論者によって、どのように用いられているであろうか。以下では、アイデア的要因の役割を体系的に検討しているシュミットとブライスの議論を紹介する。¹²⁾

(二) シュミットの言説的制度論

シュミットは、当初、従来の新制度論による制度変化分析の静態性を批判し、①一連のアイデアと価値のセットおよび②相互作用プロセスから構成される「言説」に注目していた (Schmidt 2002)。アイデアとしての言説は、政策プログラムの合理性を示すことにより正当化 (justify) に役立つ「認識的機能」と、適切性を示すことにより正統化 (legitimize) に役立つという「規範的機能」を果たす。そして、彼女は、制度変化を分析する上では、アイデアのみに注目するのは不十分として、アイデアがどのように受容されていたかというアクター間の相互作用プロセスに注目する必要性を主

張する。彼女によれば、相互作用としての言説は、政策アクター間に共通の準拠枠組を提供するのに役立つという「調整的機能」と、市民を説得する手段として役に立つという「伝達の機能」の二種類の機能を果たす。そして、相互作用としての言説は、公的政治制度のタイプと関連があることを指摘する。すなわち、権力集中型のシングルアクターシステムでは伝達の機能が重要となり、権力分散型のマルチアクターシステムでは調整的機能が重要となる。以上のように、彼女は、既存の政治制度の下で展開される、アイデアをめぐるアクター間の相互作用の結果として、制度変化が生じると捉える。

したがって、シュミットの当初の問題意識は、ある特定の状況における政治アクターの利益がアイデアによってどのように特定されるか（利益や選好のあり方の検討）というよりも、既存の政治制度の下で、どのように政治アクターが目的達成のために主体的にアイデアを利用したかという点に置かれていた。言い換えれば、アイデアの因果的役割が重視されていたといえる。

しかし、近年の論文(Schmidt 2008, シュミット二〇〇九)では、アイデアの構成的役割にも重点が置かれるようになっていく。例えば、シュミットは、自らも属する言説的制度論の一般的な特徴を、①アイデアや言説の重視、②それらを制度文脈に位置づけること、③言説が「コミュニケーションの論理」に従うと捉えること、④アイデアを意味文脈に位置づけ、制度変化のダイナミズムに注目することという四点に整理する。その上で、彼女は、制度（およびアクター）の捉え方や利益の概念が、従来の新制度論とは異なることを強調する。例えば、言説的制度論は、制度をアクターに外生的なものとして捉えるのではなく、制度を、アクターを拘束する構造であると同時に、アクターの行為による産物としても捉える。そのため、制度はアクターにとって内生的なものとしてされる。また、アクターの持つ能力として、所与の意味文脈において制度などを理解する能力を示す「背景的なアイデア的能力 (background ideational abilities)」と制度を

変化させる能力を示す「前景的な言説的能力 (foreground discursive abilities)」という概念を新たに提示する。これらの概念が示唆することは、アクターが、前者の能力を利用して、制度に関する集合的な理解を形成し、制度の持続性をもたらす一方で、後者の能力を利用して、コミュニケーションの論理に従い、他のアクターと相互作用を行い、制度変化をもたらしということである。シユミットは、この二つの能力によって、制度の持続・変化のプロセスに主体を呼び戻すことができ、従来の新制度論よりも制度変化を動態的に把握できるとする。また、利益の概念に関して、言説的制度論は、客観的な物質的利益の存在を否定し、ある物質的状况に対する主観的対応として利益を理論化する。つまり、ここではアクターの利益は所与とされるのではなく、分析の対象とされる（利益の主観性を強調する研究としては、Hay 2002, 2006a, 2006b を参照）。

シユミットによるこれらの理論的刷新は、制度が構造であり、同時に行為の産物であると捉えることで、構造と主体の相互作用プロセスを考察する手がかりを与え、また、利益が主観的なものであると捉えることで、政治アクター自身の利益形成という側面を射程に収めることになっている。これらの試みは、当初から重視していたアイデアの因果的役割だけでなく、アイデアの構成的役割も重視する試みと評価できる。言い換えれば、近年におけるシユミットの言説的制度論は、彼女の当初の理論枠組よりも、アイデアの両役割をバランスよく考慮するものになったといえる。しかし、近年の論文では、制度の概念や利益の捉え方など個別の論点に関して、従来の新制度論との差異を検討するという形で議論が展開されているため、アイデアの二つの役割をどのように制度変化プロセスに位置づけるかについては明確にされていない。

(三) プライスの制度変化分析

ブライスは、制度変化を扱う際の理論的課題が「ある制度秩序から新しい制度秩序への移行を内生的なプロセスとして捉える」ことにあるとする (Blyth 2002a, p.8)。そこで彼が注目するのが、アイデアと利益の関連である。従来の政治学では、アイデアと利益を相互排他的な分析カテゴリーとして捉える傾向があったが、彼はそうではない瞬間があることを指摘する。アイデアを利益にとって外在的で先験的なものと考えることができない不確実性の時期を析出するため、彼は、不確実性を「複雑性としての不確実性」と経済学者のフランク・ナイトから着想を得た「ナイト的不確実性」に区分する。

前者は、アクターが持つ不完全な情報やアクターの直面する問題の不確実性が原因として生じる。重要な点は、この状況では、アクターは利益を自覚しているが、その実現方法が分からないということである。このような条件の下では、制度の存在がアクターの選択肢を限定するため、アクターは、不確実性を減らすために制度形成に向かうと考えられる。つまり、これらの状況では、理論的には、不確実性をリスクに還元することが可能となる。それに対して「ナイト的不確実性」とは、「同時代のアクターによって、状況が、利益の実現方法はもちろん、利益それ自体が何であるか分からないような特殊な事態とみなされる」状態とされる (ibid., p.9)。そのため「アクターの利益は、想定 (assumption) や構造的な配置によっては与えられず、アクター自身もつ不確実性の原因に関するアイデアによってのみ定義される」と彼は主張する (ibid., p.32)。つまり、ナイト的不確実性のもとでは不確実性が高いため、アクターの利益は、構造的な要因などからア priori に導くことができず、アクターが依拠するアイデアに言及することによって初めて確定されるのである。このようにブライスは、アイデア的要因によりアクターの利益・選好が形成される条件を特定する。

この点に加えて、彼は、アイデアが制度変化プロセス全体に与える因果的影響力を検討し、仮説を提示する。つまり、いつ、なぜ、どのようにアイデアが重要となるかを明確にしようと試みる。ブライスによれば、アイデアの制度変化プ

ロセス全体に与える因果的影響力は、以下の五つの仮説にまとめられる (ibid. Chapter 2)。¹³⁾ ① 経済危機の時期では、アイデア (制度ではなく) が不確実性を縮減する。② 不確実性の縮減に続き、アイデアは集合行為や連合形成を可能にする。③ 既存制度に対する闘争において、アイデアは武器となる。④ 既存制度の脱正統化に続いて、新しいアイデアは制度的な青写真として機能する。⑤ 制度形成に続いて、アイデアは制度的安定を可能とする。

ブライスの試みは、「ナイト的不確実性」という概念を提示することで、アイデア的要因により利益・選好が形成される条件を特定したという点、および、制度変化におけるアイデアの役割に関する五つの仮説を提示することによって、制度変化プロセスの理論化の手がかりを提供したという点で、大きな貢献をなしているといえる。しかし、以下のような問題点も残されている。第一に、どのようなアイデアならば支持調達が得やすいかという論点や、政策決定が行われる政治制度のインパクトなどが十分に検討されていない。つまり、ブライスの初期の試みでは、アイデアそれ自身の特徴や既存の新制度論の知見が十分に考慮されていない。これらの点については、上述のシュミットの「アイデアおよび相互作用としての言説」という知見によって補完される必要がある。第二に、「ナイト的不確実性」という状況が、どれだけ現実存在するかという点である。もし「ナイト的不確実性」が現実の世界においてごくまれにしか生じないとするならば、アイデア的要因による利益・選好の形成という政治的ダイナミズムを分析する必要性は限定的なものとなる。言い換えれば、アイデアの構成的役割は限定的にのみ考慮されることになってしまう。当初の試みではこの論点については十分な言及がなかったが、近年の論文 (ブライス二〇〇九) において、彼は、現実政治の特徴として、不確実性が高く、標準分布が当てはまらず、主体と客体の相互依存性に特徴付けられ、また線形の因果関係が当てはまらないことを挙げる。そのため、アイデア的要因によるアクターの利益・選好の形成という側面が重要となることを指摘している。つまり、現実世界の多くは「ナイト的不確実性」という条件下にあることを示唆している。したがって、近年の

論文では、アイデアの構成的役割を従来よりも重視したものとなっていると考えられる。以上のように、ブライスにより提示された制度変化におけるアイデアの役割に関する仮説は、制度変化モデルを形成する上での理論的な手がかりを提供しているが、シュミットによる知見、および、ブライス自身によるアイデアの構成的役割への注目によって補完される必要がある。

（四）小括

本節では、政治学におけるアイデア的要因の役割について整理した上で、制度変化におけるアイデア的要因の重要性に注目する「第四の新制度論」の議論を検討してきた。ここでは特に代表的な論者と考えられる、シュミットとブライスによる議論に注目した。第四の新制度論は、一般的に、従来の静態的な制度変化モデルにアイデア的要因を盛り込むことにより、制度変化のダイナミズムを捉えようと試みている点で意義がある。シュミットの当初の研究は、「アイデアおよび相互作用としての言説」に注目することで、他の新制度論の知見を考慮しつつ、アイデア的要因をめぐって展開される制度変化のダイナミズムを捉えようとした。ブライスの当初の研究は、「ナイト的不確実性」という概念によって、アイデア的要因により利益・選好が形成される条件を特定し、また制度変化におけるアイデアの役割を五つの仮説に整理することで、理論化の基礎を提供した。しかし、両者の当初の研究は、アイデアの因果的役割（目的達成のためにアクターがアイデアを主体的に利用する側面）に注目し、構成的役割（アイデア的要因によってアクターの利益・選好が形成される側面）を十分に考慮しないという問題点があった。つまり、制度変化プロセスにおける、支持調達局面が重視されていたといえる。近年の論文では、制度概念を刷新し、利益の主観性や現実世界の不確実性という点が注目され、両者ともアイデア的要因による利益・選好の形成という目標設定側面を重視するに至っている。ただし現状では、

制度変化プロセスにおける、アイデアの二つの役割がどのように関係するかについては十分に検討されていない。また、制度変化モデルを形成する上では、シュミットによる言説に関する知見、および、ブライスによる制度変化に関する仮説を手がかりにすることが有益であることが示唆された。以下では、ここまで紹介してきた新制度論の理論的刷新の意義と限界について整理する。

第三節 新制度論における理論的刷新の意義と限界

本節では、新制度論における理論的刷新の意義と限界を確認する。ここでは、第一節および第二節で言及してきた理論的刷新の試みの意義が、さまざまな要素に注目することで制度変化の政治的ダイナミズムを捉えようとしている点にあることを確認する。また、新制度論の展開の中で一定の理論的収斂がもたらされており、それらをさらに深めていくことが制度変化モデルの形成につながることを指摘する。しかし、問題点として、これらの理論的刷新がアクターの利益・選好の形成における政治的ダイナミズムを十分に検討していないこと、および、各知見を統合する上でのメタ理論の基礎が欠如していることを確認する。

第一節および第二節では、制度変化をどう分析するかという論点に関する、新制度論における理論的刷新の特徴を検討してきた。上述のように、新制度論は経路依存性などの概念に注目することで、制度を再生産するメカニズムを析出し、制度の持続性に関する理解を深める一方で、制度変化は分析の対象外とされる、もしくは再生産メカニズムが崩壊した例外的な現象とされやすかった。そのため、制度変化は「危機の発生と制度の生成↓その後の安定」という断続平衡モデルによって捉えられることが多かった。言い換えれば、「なぜ／どのように、ある時点まで再生産を支えていた

メカニズムが崩壊し、特定の新しい制度が採用されたか」という制度変化の政治的ダイナミズムについては十分に検討されてこなかったといえる。ここで重要な点として、多くの論者が指摘するようには、経路依存性への注目は制度変化の分析を不可能にするわけではない。むしろ再生産メカニズムに注目することで、制度の持続性が起こる条件に関する理解を深め、その結果として、制度変化が起こる条件の特定へとつながったといえる（例えば、新制度論の文脈では、Mahoney 2000, Thelen 2003, Hacker 2004, Pierson 2000a, 2004, Crouch and Farrell 2004 など。比較福祉国家論の文脈では、Ross 2008, Ebbinghaus 2009, Kuipers 2009 など）。歴史的制度論と合理的選択制度論の交錯やアイデア的要因に注目する第四の新制度論の試みなど、近年の新制度論における理論的刷新もこの延長上に位置付けられる。したがって、新制度論における理論的刷新の試みの意義は、断続平衡モデルに基づく理解を相対化し、制度変化をもたらす多様な要因に注目することで、制度変化の政治的ダイナミズムを捉えようとした点にあるといえる。

ここで興味深いことは、これらの刷新の試みが一定の理論的収斂をもたらしているという点にある。まず、歴史的制度論と合理的選

HI と RCI の理論的交錯	アイデア的要因に注目する第四の新制度論
<p>○特徴 HI: 多様な制度進化パターンの析出、および、アクターの戦略的選択 VOC 論: 制度の政治性への注目 RCI: 制度の歴史性への注目、および、制度の認知側面への注目</p> <p>ポイント①: 制度の歴史性および政治性を考慮した、内生的制度変化モデルの模索という理論的収斂（→各知見を統合したモデルの構築可能性あり） ポイント②: 利益・選好を所与とすることで、アクターの利益・選好の形成局面の政治的ダイナミズムの軽視</p>	<p>○特徴 シュミット: 他の制度論の知見を考慮しつつ「アイデアおよび相互作用」としての言説に注目し、制度変化のダイナミズムを捉える →当初は、アイデアの因果的役割を重視する一方で、構成的役割を軽視 プライス: アイデアにより利益が形成される条件（ナイ特的不確実性）の特定、および、制度変化におけるアイデアの役割の仮説化 →他の新制度論の知見を吸収する必要あり、および、「ナイ特的不確実性」の位置づけのあいまいさに由来する構成的役割の軽視</p> <p>ポイント: 利益の主観性（シュミット）や現実政治の不確実性（プライス）に注目することで、アイデアの構成的役割も重視</p>
<p>○新制度論の理論的刷新の意義 ・断続平衡モデルに基づく理解を相対化し、多様な要因に注目することで、制度変化のダイナミズムを捉える ・各知見は相互に矛盾しないため、各知見を統合した制度変化モデルの構築可能性あり</p> <p>○制度変化モデルを構想する上での課題 ・制度変化プロセスにおける利益・選好の形成局面の政治的ダイナミズムを重視する必要性あり ・知見を統合する上での理論的基盤（メタ理論）を明示化する必要性あり ＝アイデアの二つの役割を媒介とした、構造と行為主体の連続的な相互作用に注目する構成・戦略的アプローチの有効性</p>	

表2 新制度論の理論的刷新のまとめ（筆者作成）

折制度論の交錯に関して、多様な制度変化パターンへの析出およびアクターの戦略的選択というH Iの試み、制度の政治性への注目というV O C論の試み、そして、制度の歴史性や認知的側面の重視というR C Iの試みは、制度の政治性や歴史性を考慮した、内生的な制度変化モデルを模索するという点で共通している。それぞれの試みがもたらす知見は相互に矛盾しないため、各知見を制度変化プロセスに位置づけることで包括的な制度変化モデルの形成につながると期待できる。他方で、アイデア的要因に注目する論者の中にも収斂が見られる。シュミットの初期の試みは、「アイデアと相互作用としての言説」に注目することで、制度変化プロセスにおける支持調達局面を重視する一方で、アイデアの構成的役割を十分に考慮しないという問題点があった。ブライスの初期の試みは、アイデア的要因により利益・選好が形成される条件を特定し、また制度変化におけるアイデアの役割を仮説として提示した点で意義があるが、アイデアの構成的役割の重要性については曖昧な点が残っていた。しかし、近年の研究では、シュミットは利益の主観性を強調し、ブライスは現実政治の不確実性を強調することで、両者ともアイデアの構成的役割をより重視するに至っている。H IとR C Iの収斂およびアイデア的要因への注目内部での収斂は、それぞれ新制度論の理論的到達点を示していると考えられる。

これらの到達点をふまえて、さらに検討すべき論点は、R C IとH Iの収斂とアイデア的要因に注目する論者の収斂の関係性である。この点についても、両収斂がもたらす知見は補完的と考えられる。例えば、制度の政治性や歴史性がアクターの認識に支えられているという知見(H IとR C Iの収斂)は、利益の主観性や現実政治の不確実性という知見(アイデア的要因への注目の収斂)と両立しうる。また、アイデア的要因によるアクターの利益・選好の形成への注目という知見(アイデア的要因への注目の収斂)は、利益確定後のアクターによる制度変化戦略の選択という知見(H IとR C Iの収斂)と両立する。したがって、両収斂のもたらす知見を統合することで、目標設定局面および支持調達

局面という制度変化の二つの政治的ダイナミズムを射程に収めたモデルを形成することが可能になると考えられる。

しかし、制度変化モデルを形成する上では、新制度論の理論的刷新が内包している二つの問題点を克服する必要がある。まず第一に、制度変化プロセスにおける目標設定局面を重視する必要がある。上述のようにH IとR C Iの収斂では、制度変化に向かうアクターの利益・選好がどのように形成・発展するのかという点について、十分な検討がなされていない。他方、アイデア的要因に注目する論者の収斂では、アイデアの因果的役割の重視という従来からの知見に、近年の構成的役割への注目をどのように結びつけるかという点について、十分な検討がなされていない。つまり両収斂は、制度変化プロセスにおける、アクターの利益・選好の形成という局面の政治的ダイナミズムを十分に考慮できていないという共通の問題点を抱えている。両収斂の知見を統合し、新たなモデルを形成する上では、制度変化プロセスにおける、支持調達局面だけでなく、目標設定局面も重視する必要がある。第二に、一点目とも関係するが、各知見を統合する上での指針、すなわち理論的基礎（メタ理論）を明確にする必要がある。もし理論的な基礎がなければ、場当たり的な知見の統合になり、不十分なモデルになりかねない。新制度論の理論的展開の中で、制度概念の刷新や利益の捉え方の変容が生じていることを確認してきたが、構造と行為主体の関係をどう捉えるかというメタ理論にまで遡り、制度変化プロセス全体を再考するには至っていない。言い換えれば、新制度論の理論的刷新は、個別の論点を検討することでもたらされた知見の蓄積に止まっており、各知見の関係を考察し、制度変化プロセスという時間的連続に位置づけるという試みは十分になされていない。各知見を矛盾なく統合した、新たな制度変化モデルを形成する上では、構造と行為主体が一連のプロセスの中でどのように変化するかについて考察する必要がある。次節では、アイデアを媒介とした構造と行為主体の相互作用に注目する構成・戦略論的アプローチを紹介し、これに基づく制度変化モデルを提示する。

第四節 構成・戦略論的アプローチに基づく制度変化モデルとその理論的含意

本節では、アイデアを媒介とした構造と行為主体の相互作用に注目する構成・戦略論的アプローチの概要を簡単に確認した上で、新制度論の理論的刷新の諸知見を踏まえた、新たな制度変化モデルを提示し、そこから得られる理論的含意について検討する。新たな制度変化モデルの特徴は、アイデアの二つの役割（①アイデアがアクターの利益・選好を形成するという構成的役割、および②目的達成のためにアクターがアイデアを主体的に利用するという因果的役割）を、制度変化プロセスに自覚的に位置づける点にある。

(一) 構成・戦略論的アプローチの概要

本稿でいう構成・戦略論的アプローチとは、上述のアイデアの二つの役割（構成的および因果的）に注目し、それを媒介とした構造と主体による行為の相互作用（共時のおよび通時的）を分析する政治学のアプローチを指す。このアプローチの特徴については別の論考（加藤二〇〇八）において検討してきたので、ここではそのポイントを確認する。

構成・戦略論的アプローチは、①構成主義的視角をメタ理論的背景として、②ストラクチャー・エージェ

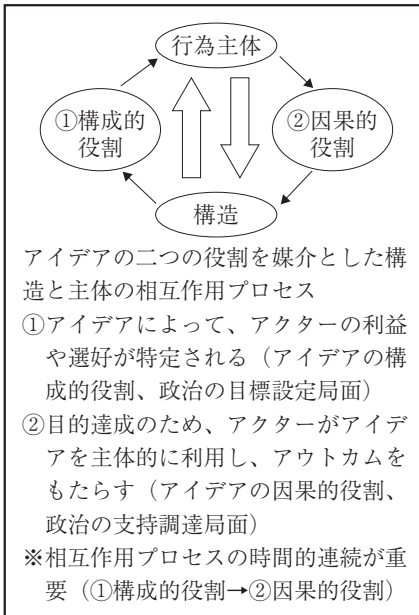


図1 構成・戦略論的アプローチの概要（筆者作成）

ンシー問題における構造と行為の相互作用に注目する諸議論の批判的検討を知的源泉としている。前者は、政治現象を説明する上で、物質的構造だけでなく、共有されたアイデア的要因によって形成される人々の相互作用という側面も重視する（国際）政治学における構成主義的視角¹⁶に依拠することを意味する。

後者は、ストラクチャー・エージェンシー問題¹⁷に関する、アーチャーによる形態生成論的アプローチ（Archer 1995）およびジェッソップとヘイによる戦略・関係論的アプローチ（Jessop 1996, 2001, 2005, Hay 1995, 2002）の意義と限界を踏まえ、アイデアの二つの役割（および政治の二面性）を、理論モデルに自覚的に位置づけることを意味する。形態生成論的アプローチは、構造と主体の相互作用における通時プロセスの重視およびアイデア的要因を重視する点で意義があるが、共時的な関係性の把握について曖昧さが残っている。戦略・関係論的アプローチは、共時的な関係性の把握において強みを発揮する一方で、アイデア的要因の位置づけが曖昧となっている。これらを踏まえて、本稿のアプローチは、共時的側面として、過去の政治的アウトカムである諸環境を、アクターは、過去の影響を含むが一定の自由度を持つアイデアによって主体的に解釈するが、環境と合致する必要があるという点で制約を受けることに注目し（アイデアの構成的役割）、他方で、通時的側面として、利益・選好が形成されたアクターは、目標達成のため、アイデアを戦略的に利用するなど主体的相互行為を行い、その結果がフィードバックされていくことに注目する（アイデアの因果的役割）。ここで重要な点は、上述のように、アイデアの二つの役割が政治の二つのダイナミズム（目標設定と支持調達）とリンクしている点にある。したがって、構造と行為主体の相互作用の連続的プロセスにアイデアの二つの役割を位置づける構成・戦略論的アプローチは、政治分析のためのメタ理論として役立つと考えられる。

（二）構成・戦略論的アプローチに基づく制度変化モデル

それでは、新制度論の理論的刷新がもたらす知見を踏まえ、構成・戦略論的アプローチに基づいた制度変化モデルを形成する。上述のように、アイデアの二つの役割は時間的側面を考慮することにより接合可能である。つまり、第一段階で、アイデアによりアクターの利益や選好が構成され、第二段階で、利益や選好がクリアとなったアクターによるアイデアの主体的な利用という制度変化プロセスをたどる。

より具体的に見ていくと、制度変化の第一段階として、アイデアによる利益や選好の構築（＝政治の目標設定機能）という局面がある。まず、内在的な矛盾や外在的な危機によりもたらされる、ブライスのいう「ナイト的不確実性」の状態が出发点となる。この「客観的」危機状況は、政治的には危機として認識されていないため、自動的に制度変化へと向かうことはない。重要なポイントは、状況を「危機」として解釈・意味づけるアイデアに依拠した政治アクターが、改革を必要とする「政治的な危機」として構築することによってのみ、次の段階へと移行するという点にある（危機の構築性を強調する研究として、Hay 2002）。

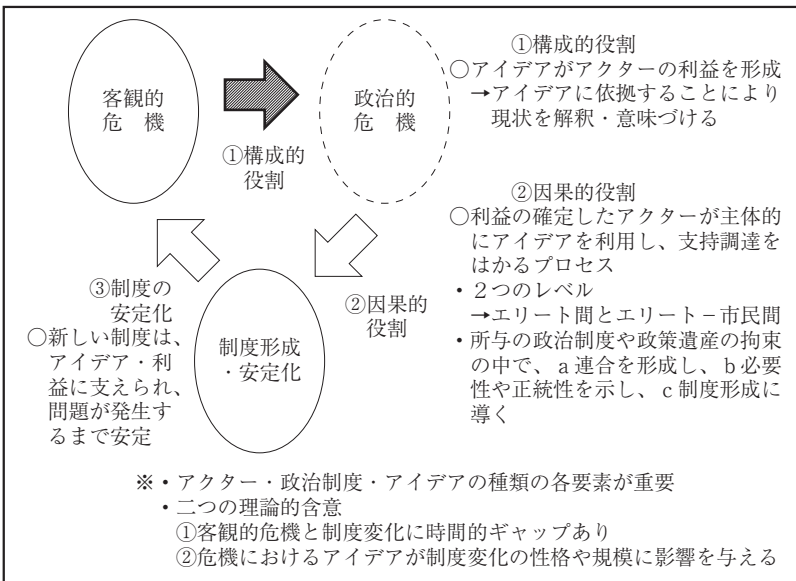


図2 制度変化プロセスの流れ（筆者作成）

新たなアイデアに依拠したアクターによって、「客観的」危機が政治的なアリーナで扱われる「政治的」危機へと転換されることになり、第二段階へと移ることになる。第二段階は、政治アクターによるアイデアの主体的利用（Ⅱ政治的支持調達機能）という局面である。この段階は、同時並行的に進むが、分析的に区別が可能な二つの次元からなる。第一に、エリートレベルでの政治的な対立・妥協プロセスであり、第二に、エリートー市民レベルでの説得プロセスである。エリートレベルに関しては政策アリーナを中心に展開され、エリートー市民レベルではより広いアリーナで展開されていく。ここでは、政治アクターは、アイデアを主体的に利用することにより、新しい制度形成へ向けた集合行為や連合形成を行う（i）。その後、連合形成の基礎となったアイデアを利用して、既存制度の脱正統化を促し、新しい制度の必要性と正統性を主張し（ii）、結果として、新たな制度を形成する（iii）。

ここで三つの点に注意が必要である。まず、第一に、上述のシユミットの指摘のように、相互作用パターンのどちらが重要性を持つかは、政治制度のタイプに大きく依存する。例えば、権力集中型の政治制度ではエリートー市民間の相互作用が重視され、権力分散型の政治制度ではエリート間の相互作用が重視されると考えられる。第二に、アイデア自身も重要となる。つまり、どのようなアイデアでも、集合行為や連合形成を可能にし、制度変化の必要性と正統性の承認をもたらすとは限らない。アイデアは、価値や文化に適合することを示し、また自らの合理性や適切性を示すことによつて、その影響力を発揮する⁽¹⁹⁾のである。したがって、第三に、アクターの主体性も重要となる。アイデアが自動的に制度変化をもたらすわけではないため、アクターによって利用されなければ影響力はもたない。つまり、目的を実現するためにアイデアを戦略的に利用するアクターの主体性も重要となる。

制度変化の第三のプロセスとして、新しく作られた制度が安定化していくプロセスもある。新しい制度の誕生（Ⅱアイデアの制度化）後、アクターはその基礎となったアイデアをもとに将来の行動を調整し、それを前提として、制度の

持続的發展に関する政治的な対立・闘争を繰り返していく。つまり、一度新しい制度が形成されると、アクターはそれを前提に相互行為を行うことになり、一定の制度的な安定性がもたらされる。この安定性は、問題が蓄積され（客観的危機）、政治アクターによって、政治的危機として構築されるまで継続すると考えられる。

以上のように、構成・戦略論的アプローチに依拠し、アイデアの二つの役割を制度変化・安定のプロセス全体に位置づけ直すことによって、目標設定局面および支持調達局面という二つの政治的ダイナミズムを考慮した、制度変化モデルを形成することができる。本モデルによれば、制度変化プロセスは、客観的危機状況において、アイデアによりアクターの利益が形成され、現状が諸改革を必要とする政治的危機として構築された後、所与の政治制度や過去の政策遺産などの影響を受けながら、政治アクターは、エリートレベルとエリート市民レベルで、主体的にアイデアを利用することによって改革案に対する支持調達をはかり、その結果として、新しい制度が形成されるという流れをたどる。

(三) 理論的含意

本節のまとめとして、この制度変化モデルがもたらす理論的含意について検討する。このモデルは、制度変化プロセスに関する二つの理論仮説をもたらす。まず第一に、制度変化の時間的側面についての仮説である。客観的危機から政治的危機への移行は、自動的になされるものではなく、アクターによるアイデアを通じた現状の定義づけにより、初めて達成されることになる。例えば、経済不況や社会問題の発生それ自体が制度変化を引き起こすことはなく、それを解決されるべき問題として定義づける特定のアイデアに依拠した、政治アクターの主体的行為が必要となる。つまり、客観的状況の変化と制度変化プロセスの開始の間には、時間的ギャップが存在する可能性が高い。第二に、制度変化の性格および規模に関する仮説である。上記のモデルは、政治的危機への移行段階におけるアイデアの変化の大小が制度変

化の規模にインパクトを与えること、および、依拠するアイデアによって制度変化の性格が規定付けられることを示唆している。つまり、直面する不確実性が高く、既存のアイデアが全面的に置き換えられる状況では、新しいアイデアによりもたらされる変化の規模が大きくなる一方で、既存アイデアを前提として新たなアイデアが付加されるような場合では、制度変化の規模は小さくなると予測される。また、客観的危機を政治的危機へと転換するアイデアは、その後の制度変化をめぐる政治対立の中心に位置づけられるため、変化の性格を規定すると予測される。ただし、上述のモデルが示唆するように、制度変化プロセスは多様なアクターが関与する政治プロセスである以上、新しいアイデアがそのまま制度へと転換されることはなく、対立や妥協形成などを繰り返す中で、さまざま修正が施されていくと考えられる。

本稿の提示する制度変化モデルは、新制度論の理論的刷新の到達点をふまえ、アイデアの構成的役割および因果的役割を制度変化プロセスに位置づけることによって、二つの政治的ダイナミズム（目標設定局面および支持調達局面）を自覚的に捉えようとする点に特徴がある。本モデルは、アクターの依拠するアイデアによる現状解釈の刷新によって制度変化が始まり、そのアイデアがその後の制度変化の規模や性格を規定づけると考えることから、制度変化における①時間性および②規模・性格に関する二つの理論仮説を得ることができる。以下では、本章のまとめとして、この制度変化モデルが福祉国家再編分析にもたらす知見について検討する。

第五節 結論 —福祉国家再編分析への知見—

本節では本章の結論として、構成・戦略論的アプローチに基づく制度変化モデルがもたらす福祉国家再編分析への知見を検討する。本章の目的は、多様な再編パターンを示す福祉国家の動態を説明する分析枠組（動態論）の構築にあった。

別の論考（加藤二〇〇九a）で検討してきたように、政治経済システムとしての福祉国家は、戦後の安定的な経済成長を支えた「ケインズ主義的段階」から、経済のグローバル化の進展およびポスト産業社会への移行という変容圧力に直面し、「競争志向段階」へと再編している。⁽²⁰⁾ここで福祉国家の段階の移行という知見は、各段階における多様性という知見と矛盾しない。別の論考（加藤二〇〇九b）で検討したように、各段階における多様性を考察する上では、国家と社会パートナーの関与度に注目した調整メカニズムの四つの理念型（①三者協調、②自主的調整、③国家主導、④自発的交換）に注目することが有益である。「ケインズ主義的段階」では四類型（①社民コーポラティズム、②社会的市場経済、③国家主導経済、④市場リベラル）、「競争志向段階」では二類型（①三者協調に依拠した協調モデル、および②自発的交換に依拠した交換モデル）を析出することができる。多様性という点に関連して重要な点は、福祉国家の再編に関して、複数の再編戦略が存在していることにある。すなわち、経済社会問題の調整を、主に市場メカニズムを通じて社会パートナー間の交換に委ね、国家は市場メカニズムの円滑な作用を実現する役割を担うに止まる戦略（市場化戦略）、および、国家が調整主体として社会パートナーと協調しながら、経済社会政策領域で積極的な役割を担い続ける戦略（戦略的介入戦略）が存在する。⁽²¹⁾したがって、福祉国家再編の多様なパターンを理解する上では、既存の政治制度や政策遺産という文脈の中で、どちらの再編戦略が採用されたかを分析することが重要となる。

それでは、福祉国家の段階の移行、および、各段階における多様性の存在を前提とした上で、構成・戦略論的アプローチに基づく制度変化モデルが福祉国家再編分析に与える知見を整理する。上述のように、制度変化モデルのポイントは、アイデアによるアクターの利益の構築という第一段階（目標設定局面）とアクターによるアイデアの主體的な利用という第二段階（支持調達局面）に分け、アイデア・利益・制度の相互作用を検討することにある。そして、モデルから導き出される仮説として、第一に、アクターによるアイデアを通じた現状の定義づけによって、客観的危機から政治的危

機への移行が生じ、その後の政治プロセスを経て制度変化が生じると捉えるため、制度変化の時間性に注目する必要がある。第二に、アクターは新しいアイデアに依拠することにより危機を構築し、その後の制度形成を行うため、危機構築時のアイデアが制度変化の性格と規模に影響を与えることに注目する必要がある。

したがって、福祉国家再編プロセスを分析する上では、まず第一に、経済のグローバル化の進展およびポスト産業社会への移行という環境変化の中で生じた、ケインズ主義的段階における福祉国家のパフォーマンスの悪化（客観的危機）を、政治アクターがどのように認識し、改革が必要とされる政治的危機として定義づけていったかを検討する必要がある。つまり、いわゆる「福祉国家の危機」の解釈やその処方箋である再編戦略など、アイデア的要因に関するアクター間の対立に注目しなければならない。再編プロセスは、現状把握および政治的危機の構築の際に依拠していたアイデアを中心に展開されるため、アイデア的要因をめぐる闘争への注目が重要となる。また、この局面では、福祉国家の客観的危機と再編プロセスの始動（政治的危機の構築）の間の時間的ギャップに注目する必要がある。続いて第二に、既存の政治制度や政策遺産という文脈を前提として、政治的危機の構築の際に依拠していたアイデアを軸に展開される、福祉国家再編の政治に注目する必要がある。

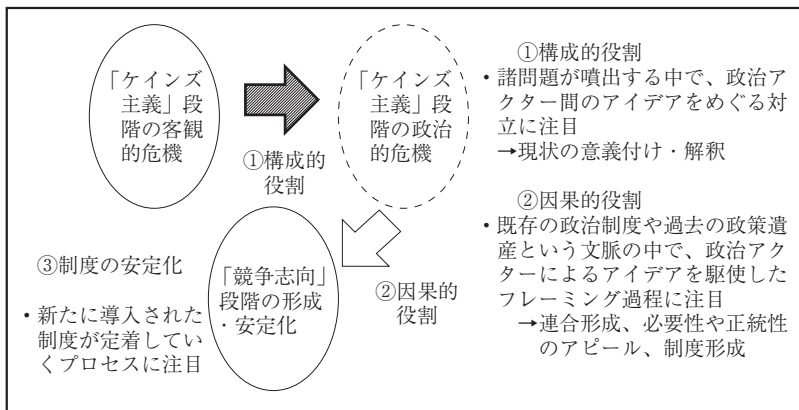


図3 福祉国家再編プロセスの流れ（筆者作成）

る。具体的には、再編戦略をめぐる連合形成、ケインズ主義的段階の脱正統化と新たなモデルの必要性や正統性のアピール、そして、競争志向段階における諸制度を導入する政策決定過程など、一連の政治プロセスに注目する必要がある。政治アクターは、このプロセスの中で、フレーミングなど主体的に行為することによって、制度形成を実現していくと考えられる。そして、第三段階として、複雑な政治過程の結果として新たに導入された制度が定着していくプロセスに注目する必要がある。

本章では、制度変化に関する新制度論の理論的刷新を批判的に検討した上で、それらの意義と限界を明らかにし、各知見を統合した制度変化モデルの構築を目指した。新制度論の理論的刷新がアクターの利益・選好の形成局面のダイナミズムを十分に考慮できていないこと、および、各知見を統合する上での理論的基盤（メタ理論）が明らかでないことを踏まえて、アイデアを媒介とした構造と主体の相互作用に注目する構成・戦略論的アプローチというメタ理論に依拠した制度変化モデルを提示した。このモデルの特徴は、アイデアの二つの役割（①アイデアがアクターの利益・選好を形成するという構成的役割、および②目的達成のためにアクターがアイデアを主体的に利用するという因果的役割）を、制度変化プロセスに自覚的に位置づけることにより、二つの政治的ダイナミズム（目標設定局面および支持調達局面）を自覚的に捉えようとする点にある。

この制度変化モデルは、福祉国家再編分析に関して、まず第一に、福祉国家の客観的危機を、改革が必要とされる政治的危機へと転換する、アイデア的要因をめぐるアクター間の相互行為に注目する必要性を示唆する。具体的には、「福祉国家の危機」の解釈や再編戦略などをめぐるアクター間の対立に注目する必要がある。第二に、アクターによる政治的危機構築の結果として生じる再編プロセスの展開の中では、再編戦略をめぐる連合形成、ケインズ主義的段階の脱正統化と新たなモデルの必要性や正統性のアピール、そして、競争志向段階における諸制度を導入する政策決定過程など、

一連の政治プロセスに注目する必要がある。ここではアクターが目的達成のために主体的にアイデアを利用すると考えられる。第三に、複雑な政治過程の結果として新たに導入された制度の定着化に注目する必要がある。この新たな制度変化モデルに依拠した福祉国家再編の把握は、前章で紹介した比較福祉国家論の主流派アプローチ（利益中心アプローチ、制度中心アプローチ、アイデア的要因への注目）が不適切な制度変化モデルに依拠しているために、利益・選好の形成局面における政治的ダイナミズムが十分に考慮できていないという限界点を克服する試みといえる。つまり、構成・戦略論的アプローチに依拠した制度変化モデルに基づく福祉国家再編分析は、再編プロセスにおける目標設定局面および支持調達局面という二つの政治的ダイナミズムを射程に収めている。したがって、本章で展開してきたモデルは、多様な発展パターンを示す福祉国家の動態を分析するという理論的課題（動態論）への回答といえる。次章では、「構成・戦略論的アプローチに基づく現代福祉国家分析」というプロジェクトのまとめとして、その概要を示した上で、その特徴や意義を明らかにする。

（1）歴史的制度論のレビューとしては以下の文献を参照（Thelen and Steinmo 1992, Thelen 1999, Pierson and Skocpol 2002 など）。

（2）例えば、ピアソン（Pierson 2004, chapters）は、政治環境の現状維持バイアスを示す「除去コスト」と内的変化への障害を示す「転換コスト」に注目し、以下の四つの仮説を示す。すなわち、①ともに高い場合は制度の安定性や重層化が生じ、②除去コストが高く、転換コストが低い場合は制度の転換が生じ、③除去コストが低く、転換コストが高い場合は制度の放棄・除去や同型化が生じ、④ともに低い場合は不確定とする。ハッカー（Hacker 2004）は、決定手続や党派制のバランスなど拒否権の多さに依存する「公的な制度変化への障害」と制度特殊な要因に依存する「内的な政策転換への障害」

という二つの軸から考察し、以下の四つの仮説を示す。すなわち、①ともに高い場合はドリフトが生じ、②制度変化の障害が高く、内的な政策転換への障害が低い場合は転換が生じ、③制度変化の障害が低く、内的政策転換への障害が高い場合は重層化が生じ、④ともに低い場合は、除去や取替が生じる。

- (3) マホニーら (Mahoney and Thelen 2010) は、i 制度の保持を求めるか否か、ii 制度のルールに従うか否かという点に注目して、制度変化をもたらす四つの主体を析出した上で、そこで生じやすい変容パターンを指摘している。すなわち、①制度の保持を求めず、またルールに従わない「反乱者」は制度の取替をもたらす。②制度の保持を求めるが、ルールに従わない「共生者」はドリフトをもたらす。③制度の保持を求めないが、ルールに従う「転覆者」は重層化をもたらす。④両点に関して日和見的な「機会主義者」は転換をもたらす。

- (4) VOC論への批判は大きく二点に整理できる。第一に、なぜ二つの資本主義経済モデルに類型化されるかという点であり、第二に、どのように変化するかが十分に理論化されていないという点にある。前者は、類型化の規準・手続の精緻化や調整メカニズムの多様性を考慮する必要性を説き、後者は、VOC論の静態性を批判し、動態的な分析へと射程を広げることが求めている。

- (5) 制度間の相互作用パターンに関しては、ディークの別の論文 (Deeg 2007) で詳しく論じられている。彼は、諸制度のリンク形態として、制度補完性、制度両立、制度的一貫性、および制度クラスターという四種類を提示する。

- (6) 本文で言及した論者以外として、例えば、モーガンら (Morgan and Kubo 2005) は、異なるレベルの制度間に存在する適合性に注目する必要を説く。適合性の強さは時間ごとに変化するため、経路依存的な発展のみならず、レベル横断的から同じレベル内部での変化まで、多様な制度変化パターンが生じることを示唆している。

- (7) 合理的選択制度論のレビューとしては、以下のものを参照 (Weingast 2002)。

- (8) 青木による制度の定義の特徴は、その認知的側面を重視する点にある。制度の詳しい定義は、以下の通りである。「制度とは、ゲームがいかにプレイされるかにかんして集団的に共有された予想の自己維持的なシステムである。その実質は、特定の均衡経路の、際立った、不変的な特徴を縮約して表現したもので、ドメイン内ほとんどすべての経済主体によって自分たちの戦略選択に関連があると認知されている。そのようなものとして、制度は経済主体たちの戦略的相互作用を自己拘束的に統治する一方、不断に変化する環境のもとで彼らの実際の戦略選択によって再生産される」(Aoki 2001, p.155)

- ／二〇一頁)。このように捉えることで、彼は、制度の①内生性、②情報縮約または要約表現、③頑健性または持続性、④普遍性、⑤複数性が表現されるとする。後の論文では、「すべての主体が知っている意味あるルールにより代表され、またどのようにゲームがなされるかに関するアクターの共有信念として統合される、社会的相互作用の重要な自己維持的パターン」と定義する (Aoki 2007, p.6)。最新の研究では、「制度とは、社会ゲームが繰り返しプレイされ、またそうプレイされるべき、仕方についての共通認識されているパターン」とする (Aoki 2010, p.69 / 八八頁)。
- (9) 青木は、諸制度間には「制度的補完性」や「制度化された連結」(Aoki 2001, p.17 / 二二頁)があるとし、そのために複数均衡が生じる可能性が少なくなることを示唆する。
- (10) カッツネルソンらは、歴史的に形成されてきた諸制度という条件下におけるアクターの選好形成という側面に注目している (Katznelson and Weingast 2006)。選好の所与性や制度の効率性に注目してきたRCIにとって、過去の政治的アウトカムと考えられる特定の制度状況下における選好形成への注目は、複雑な政治現象をより適切に説明するための理論的試みであり、また権力配分やリソースの分配にバイアスをもたらす制度の政治的側面 (cf. Moe 1990, 2005) を捉える手ばかりともなる。また、他方で、HIにとっては、再生産メカニズムやアクター間の戦略的相互作用に注目することによって、分析のミクロ基礎を充実させることを含意している。
- (11) 日本の政治学においても、アイデア的要因に注目した業績が蓄積しつつある (例えば、内山一九九八、近藤二〇〇八、秋吉二〇〇七など)。
- (12) ここで紹介するブライスとシュミットの他に、キャンベル (Campbell 2004) も、制度変化におけるアイデアの役割に注目している。ここでは、アイデアのタイプ、変化パターン、メカニズムなど制度変化に関する重要な論点が論じられており有益である。制度変化におけるアイデアに関しては、近藤 (二〇〇七、二〇〇八) も参照。
- (13) ブライスが五つの仮説に整理するのに対して、キャンベルは制度変化を「拘束されたイノベーション」と捉え、以下の二個の作業仮説を提示する (Campbell 2004, chapter6)。一：制度変化は内的・外的な問題により引き起こされる。二：問題は制度変化の必要条件だが、十分条件ではない。三：これらの問題がリソースや権力の分配を脅かすとアクターが認識した時、制度変化への対立が起こる。四：アクターは、リソースや権力を増加／減少させると認識した時、それらに影響を与える制度の変化を追求／拒否する。五：制度的な企業家がクリアでシンプルな用語でフレーム・接合するならば、

それらの問題は制度変化を必要としていると認識される。六…企業家が(新しいアイデアにさらされやすい)社会的ネットワーク・組織・制度の交差に位置するならば、制度変化は進化的というよりも革命的になりやすい。七…変化を支持する企業家がライバルよりも多くのリソースを活用しうるとき、制度的刷新のためのプログラムは制度変化をもたらしやすい。八…企業家が政策決定者に、変化が効果的に機能するという証拠を示すとき、制度的刷新のためのプログラムは制度変化をもたらしやすい。九…企業家が、既存の規制環境、政策決定者の認識パラダイム、政策決定者や市民の規範的感觉によく適合する形で示すならば、制度変化は起こりやすい。一〇…制度文脈と合致する刷新は、いったん実施されると続しやすい。一一…既存の制度文脈に合致する刷新は革命的というよりも進化的になりやすい。一二…政策決定者がアイデアを真剣に受け止めるだけでなく、それを効果的に実施し維持するためのリソースを持つならば、制度変化は革命的になりやすい。

(14) ブライスは、非物質的要因の重要性を説く構成主義が一般理論であることを指摘し(ブライス二〇〇九)、自らのアプローチを「構成主義的政治経済学」としている(Abdelal et al 2010)。現代政治学や比較政治学における構成主義的アプローチに関する最近の業績としては、小野(二〇〇九)に所収の各論文を参照。

(15) 現代政治学における経路依存性の応用可能性についての批判的検討については、以下の文献も参照(Crouch and Farrell 2004, Greener 2002, 2005, 2006, Ross 2008⁴⁾)。

(16) 国際政治学における構成主義的アプローチの特徴については、以下のレビュー論文を参照(Abdelal 2009, Checkel 1998, Ruggie 1998, Fearon and Wendt 2002, Finnemore and Sikkink 1998, 2001, Risse 2002, Desler 1999, Hopf 1998, Wendt 1992, 1994, 石田二〇〇〇、大矢根二〇〇五)。

(17) ストラクチャー・エージェンシー問題とは「外在的な諸力によって、どの程度我々の運命が決定されるか」という論点に関する議論である(McAnulla 2002, p.271, Hay 1995, 2002も参照)。つまり、アクターがどの程度環境に影響を与えることができ、他方、環境がどの程度アクターの行為の範囲を制約するかという点が検討される。アーチャーの形態生成論およびジェソップらの戦略・関係論的アプローチの他に、ギデンズの「構造化論」もある(Giddens 1979, 1993)。各アプローチの特徴と問題点については、加藤(二〇〇八)を参照。

(18) 危機が政治的に構築されるものを強調したものとして、以下のものを参照(Hay 2001, 2002, Kuipers 2009)。

(19) アイデアの特徴を整理する試みについては、シュミット (Schmidt 2008) やキャンベル (Campbell 2004) を参照。シュミットは、プログラム、パラダイム、公共哲学に類型化する。キャンベルは、アイデアが議論の「前面」に出てくる概念や理論を提供する場合と、議論の「背景」で基礎となる前提を提供する場合があることを指摘する。また因果関係を特定しアウトカム志向である「認識」的側面と価値やアイデンティティからなり非アウトカム志向である「規範」的側面からなることを確認する。その上で、「前面―背景」軸と「認識―規範」軸から、アイデアを、①政治的エリートが行為のコースを明確化するのに役立つ処方箋としての「プログラム」、②利用可能なプログラムの認識的範囲を拘束するエリートの想定である「パラダイム」、③プログラムを正統化するのに役立つシンボルである「フレーム」、④利用可能な正統化されたプログラムの規範的範囲を拘束する人々の想定としての「公的感覚」という四つのタイプに分ける。

(20) 詳しくは、以下の論考を参照 (加藤二〇〇九a)。ここでは、ケインズ主義的段階の諸基盤および諸特徴を、①埋め込まれたリベラリズム、②フォーダイズムの発展様式、③経済成長へのコンセンサス、④マクロ需要管理政策、⑤脱商品化政策と整理した。競争志向段階の諸基盤および諸特徴を、①経済自由主義優位の国際経済体制、②ポストフォーダイズムの発展様式、③競争力の確保および個人の自律性や社会的包摂の強調、④ミクロ競争力政策、⑤(再)商品化政策と整理した。

(21) 二つの再編戦略は、競争力を実現するための経済政策 (a 自由化・規制緩和の促進および b 戦略的産業政策などの戦略的介入) の複数性、および、(再)商品化を促すための社会政策 (A 狭義のワークフェア化および B アクティベーション戦略) の複数性を前提として、両政策領域における調整メカニズム (市場における交換の重視 (a + A) および社会パートナーと国家の協調 (b + B)) に注目することによって析出されている (加藤二〇〇九b)。

【参考文献】

- 秋吉貴雄二〇〇七『公共政策の変容と政策科学』有斐閣。
- 石田淳二〇〇〇『コンストラクティヴィズムの存在論とその分析射程』日本国際政治学会 (編) 『国際政治』第二二四号。
- 内山融一九九八『現代日本の国家と市場』東京大学出版会。
- 大矢根聡二〇〇五『コンストラクティヴィズムの視座と分析』日本国際政治学会 (編) 『国際政治』第一四三号。
- 小野耕二二〇〇一『比較政治』東京大学出版会。

- (編) 二〇〇九『構成主義的政治理論と比較政治』ミネルヴァ書房。
- 加藤雅俊 二〇〇八「シリーズ 構成・戦略論的アプローチに基づく現代福祉国家分析① 転換期の福祉国家分析に向けて——現代福祉国家論の到達点と課題——」、『法政論集』第二一八号。
- 二〇〇九 a 「政治経済システムとしての福祉国家の再編——段階論の再考——」、『北大法学論集』第六〇巻一號。
- 二〇〇九 b 「福祉国家の多様性・再考——新たな類型論の試み——」、『北大法学論集』第六〇巻二號。
- グライフ、アブナー／河野勝 二〇〇六「歴史制度分析のフロンティア」河野勝(編)『制度からガヴァナンスへ』東京大学出版会。
- 河野勝 二〇〇二『制度』東京大学出版会。
- 河野勝(編) 二〇〇六『制度からガヴァナンスへ』東京大学出版会。
- 近藤康史 二〇〇七「比較政治学における「アイディアの政治」——政治変化と構成主義——」日本政治学会(編)『年報政治学 二〇〇六Ⅱ政治学の新潮流』木鐸社。
- 二〇〇八『個人の連帯』勁草書房。
- シュミット、ヴィヴィアン／加藤雅俊 二〇〇九「アイデアおよび言説を真摯に受け止める」小野耕二(編)『構成主義的政治理論と比較政治』ミネルヴァ書房。
- ブライス、マーク／加藤雅俊 二〇〇九「構成主義理論と政治経済学について」小野耕二(編)『構成主義的政治理論と比較政治』ミネルヴァ書房。
- ボワイエ、ロベール／山田鋭夫 二〇〇五『資本主義VS資本主義』藤原書店。
- 宮本太郎 二〇〇八『福祉政治』有斐閣。
- (編) 二〇〇六『比較福祉政治』早稲田大学出版部。
- 山田鋭夫 二〇〇八『ちまひまな資本主義』藤原書店。
- Abdelal, Rawi 2001: *National Purpose in the World Economy*. Cornell University Press.
- 2009: "Constructivism as an Approach to International Political Economy" Pp.62-76 in *Routledge Handbook of International Political Economy*, edited by M. Blyth, Routledge.
- Abdelal, Rawi, Mark Blyth and Craig Parsons (eds.) 2010: *Constructing the International Economy*, Cornell University

- Press.
- Amable, Bruno 2003 : *The Diversity of Modern Capitalism*, Oxford University Press. (山田鋭夫ほか訳『五つの資本主義』藤原書店 二〇〇五年)
- Amable, Bruno and Stefano Palombinari 2009 : "A Neorealist Approach to Institutional Change and the Diversity of Capitalism." *Socio-Economic Review* 7:123-43.
- Aoki, Masahiko 2001 : *Toward a Comparative Institutional Analysis*, The MIT Press. (籠澤弘和・谷口和宏訳『比較制度分析』朝倉書店 二〇〇一年)
- 2007 : "Endogenizing Institutions and Institutional Changes." *Journal of Institutional Economics* 3:1-31.
- 2010 : *Corporations in Evolving Diversity*, Oxford University Press. (谷口和宏訳『コーポレーションの進化多様性』朝倉書店 二〇一一年)
- Archer, S. Margaret 1995: *Realist Social Theory*, Cambridge University Press. (佐藤春吉訳『实在論的社会理論』青木書店 二〇〇七年)
- Béland, Daniel and Rober H. Cox 2011 : *Ideas and Politics in Social Science Research*, Oxford University Press.
- Bleich, Erick 2003 : *Race Politics in Britain and France*, Cambridge University Press.
- Blyth, Mark 2002a : *Great Transformations*, Cambridge University Press.
- 2002b : "Institutions and Ideas" Pp.292-310 in *Theory and Methods in Political Science (2nd edn)*, edited by D. Marsh and G. Stoker. Palgrave.
- 2003a : "Structure Do Not Come With an Instruction Sheet: Interests, Ideas, and Progress in Political Science." *Perspectives on Politics* 1:695-706.
- 2003b : "Same as It Never Was: Temporality and Typology in the Varieties of Capitalism." *Comparative European Politics* 1:213-25.
- Campbell, L. John 2004 : *Institutional Change and Globalization*, Princeton University Press.
- Campbell, L. John and Ove K. Pedersen (eds.) 2001 : *The Rise of Neoliberalism and Institutional Analysis*, Princeton

University Press.

Checkel, T. Jeffrey 1998 : "The Constructivist Turn in International Relations Theory" *World Politics* 50:324-48.

Crouch, Colin and Henry Farrell 2004 : "Breaking the Path of Institutional Development?: Alternatives to New Determinism" *Rationality and Society* 16:5-43.

Deeg, Richard 2007 : "Complementarity and Institutional Change in Capitalist Systems" *Journal of European Public Policy* 14:611-30.

Deeg, Richard and Gregory Jackson 2007 : "Towards a More Dynamic Theory of Capitalist Variety" *Socio-Economic Review* 5:149-79.

Dessler, David 1999 : "Constructivism within a Positivist Social Science" *Review of International Studies* 25:123-37.

Ebbinghaus, Bernhard 2009 : "Can Path Dependence Explain Institutional Change? Two Approaches Applied to Welfare State Reform" Pp.191-218 in *The Evolution of Path Dependence*, edited by L. Magnusson and J. Ottosson, Cheltenham.

Fearon, James and Alexander Wendt 2000 : "Rationalism vs Constructivism: A Skeptical View" Pp.52-72 in *Handbook of International Relations*, Sage Publications.

Finnermore, Martha and Kathryn Sikink 1998 : "International Norm Dynamics and Political Change" *International Organization* 52:887-917.

——— and —— 2001 : "Taking Stock: The Constructivist Research Program in International Relations and Comparative Politics" *Annual Review of Political Science* 4:391-416.

Giddens, Anthony 1979: *Central Problem in Social Theory*, Macmillan. (友枝敏雄ほか訳『社会理論の最前線』ハーベスト社、一九八九年。)

——— 1993: *New Rules of Sociological Method (2nd edn)*, Polity Press. (松尾精文ほか訳『社会学の新しい方法規準(第二版)』而立書房、二〇〇〇年。)

Gofas, Andreas and Colin Hay (eds) 2010 : *The Role of Ideas in Political Analysis*, Routledge.

Goodin, E. Robert 2003 : "Choose Your Capitalism?" *Comparative European Politics* 1:203-213.

- Greener, Ian 2002 : "Theorizing Path-Dependency: How does History Come to Matter in Organizations?" *Management Decision* 40:614-19.
- 2005 : "The Potential of Path Dependence in Political Studies" *Politics* 25:62-72.
- 2006 : "Path Dependence, Realism and the NHS" *British Politics* 1:319-43.
- Greif, Avner 2006: *Institutions and the Path to the Modern Economy*, Cambridge University Press. (岡崎謙一・津取道宏編訳『比較歴史制度分析』中公新書 11006号)
- Greif, Avner and David D. Laitin 2004 : "A Theory of Endogenous Institutional Change" *American Political Science Review* 98:633-52.
- Hacker, S. Jacobs 2004 : "Privatizing Risk without Privatizing the Welfare State: The Hidden Politics of Social Policy Retrenchment in the United States" *American Political Science Review* 98:243-60.
- Hall, Peter 1993 : "Policy Paradigms, Social Learning and the State: The Case of Economic Policymaking in Britain" *Comparative Politics* 25:275-96.
- Hall, A. Peter 1997 : "The Role of Interests, Institutions, and Ideas in the Comparative Political Economy of the Industrialized Economy" Pp.174-207 in *Comparative Politics*, edited by M. I. Lichbach and A. S. Zukerman, Cambridge University Press.
- 2006 : "Preference Formation as a Political Process: The Case of Monetary Union in Europe" Pp.129-60 in *Preferences and Situations*, edited by I. Katznelson and B. R. Weingast, Russel Sage Foundation.
- 2007 : "The Evolution of Varieties of Capitalism in Europe" Pp.39-85 in *Beyond Varieties of Capitalism*, edited by B. Hancke, M. Rhodes and M. Thatcher, Oxford University Press.
- Hall, A. Peter and Rosemary, C. R. Taylor 1996 : "Political Science and the Three New Institutionalism" *Political Studies* 44:936-57.
- and ——— 1998 : "The Potential of Historical Institutionalism" *Political Studies* 46:958-62.
- Hall, A. Peter and David Soskice 2001 : "An Introduction to Varieties of Capitalism" Pp.1-68 in *Varieties of Capitalism*, edited

- by P. A. Hall and D. Soskice, Oxford University Press.
- and ——— 2003 : "Varieties of Capitalism and Institutional Change: A Response to Three Critics" *Comparative European Politics* 1:241-50.
- Hall, A. Peter and Kathleen Thelen 2005 : "Institutional Change in Varieties of Capitalism." Paper Prepared for the Annual Meeting of Research Committee 19 of the International Sociological Association.
- and ——— 2009 : "Institutional Change in Varieties of Capitalism" *Socio-Economic Review* 7:7-34.
- Hancke, Bob, Martin Rhodes and Mark Thatcher 2007 : "Introduction" Pp.3-38 in *Beyond Varieties of Capitalism*, edited by B. Hancke, M. Rhodes and M. Thatcher. Oxford University Press.
- Hay, Colin 1995 : "Structure and Agency" Pp.189-206 in *Theory and Methods in Political Science*, edited by D. Marsh and G. Stoker, Palgrave.
- 2000 : "Contemporary Capitalism, Globalization, Regionalization and the Persistence of National Variation" *Review of International Studies* 26:509-31.
- 2001 : "The Crisis of Keynesianism and the Rise of Neoliberalism in Britain" Pp.193-218 in *The Rise of Neoliberalism and Institutional Analysis*, edited by J. L. Campbell and O. K. Pedersen, Princeton University Press.
- 2002 : *Political Analysis*, Palgrave.
- 2004 : "Common Trajectories, Variable Paces, Divergent Outcomes?: Models of European Capitalism under Conditions of Complex Economic Interdependence" *Review of International Political Economy* 11:231-62.
- 2006a : "Constructivist Institutionalism" Pp.56-74 in *Oxford Handbook of Political Institutions*, edited by R. A. W. Rhodes, S. A. Binder and B. A. Rockman, Oxford University Press.
- 2006b : "Constructivist Institutionalism ... or, Why Ideas into Interests don't Go" Paper Prepared for the Annual Meeting of American Political Science Association.
- Hay, Colin and Daniel Wincott 1998 : "Structure, Agency and Historical Institutionalism" *Political Studies* 46:951-57.
- Hopf, Ted 1998 : "The Promise of Constructivism in International Relations Theory" *International Security* 23:171-200.

- Immergut, M. Ellen 1998 : "The Theoretical Core of the New Institutionalism" *Politics & Society* 26:5-34.
- Jessop, Bob 1996 : "Interpretive Sociology and the Dialectic of Structure and Agency" *Theory, Culture & Society* 13:119-28.
- 2001 : "Institutional (re)turns and the Strategic-Relational Approach" *Environment and Planning A* 33:1213-35.
- 2005 : "Critical Realism and the Strategic-Relational Approach" *New Formations* 56:40-53.
- Katznelson, Ira and Barry R. Weingast 2006 : "Intersections Between Historical and Rational Choice Institutionalism" Pp.1-24 in *Preferences and Situations*, edited by I. Katznelson and B. R. Weingast, Russel Sage Foundation.
- Krasner, D. Stephen 1984 : "Approaches to the State: Alternative Conceptions and Historical Dynamics" *Comparative Politics* 16:223-46.
- 1988 : "Sovereignty: An Institutional Perspective" *Comparative Political Studies* 21:66-94.
- Kuipers, Sanneke 2009 : "Paths of the Past or the Road Ahead? Path Dependency and Policy Change in Two Continental European Welfare States" *Journal of Comparative Policy Analysis* 11:1:63-90.
- Lieberman, C. Robert 2002 : "Ideas, Institutions, and Political Order: Explaining Political Change" *American Political Science Review* 96:697-712.
- Mahoney, James 2000 : "Path Dependence in Historical Sociology" *Theory and Society* 29:507-48.
- Mahoney, James and Kathleen Thelen 2010 : "A Theory of Gradual Institutional Change" Pp.1-37 in *Explaining Institutional Change*, edited by J. Mahoney and K. Thelen, Cambridge University Press.
- Mares, Isabella 2003 : *The Politics of Social Risk*, Cambridge University Press.
- McAnulla, Stuart 2002 : "Structure and Agency" Pp.271-91 in *Theory and Methods in Political Science (2nd edn)*, edited by D. Marsh and G. Stoker, Palgrave.
- Moe, M. Terry 1990 : "Political Institutions: The Neglected Side of the Story" *Journal of Law, Economics, and Organization* 6:213-53.
- 2005 : "Power and Political Institutions" *Perspective on Politics* 3:215-33.
- Morgan, Glenn and Izumi Kubo 2005 : "Beyond Path Dependency? Constructing New Models for Institutional Change: the

- Case of Capital Markets in Japan" *Socio-Economic Review* 35:5-82.
- Parsons, Craig 2003 : *A Certain Idea of Europe*, Cornell University Press.
- Peters, B. Guy 2005 : *Institutional Theory in Political Science (2nd edn)*, Continuum. (土屋光芳訳『新制度論』岩書房 11007年。)
- Peters, B. Guy, Jon Pierre and Desmond S. King 2005 : "The Politics of Path Dependency: Political Conflict in Historical Institutionalism" *The Journal of Politics* 67:1275-1300.
- Pierson, Paul 2000a : "Increasing Returns, Path Dependency and the Study of Politics" *American Political Science Review* 94:251-67.
- 2000b : "The Limits of Design: Explaining Institutional Origin and Change" *Governance* 13:475-99.
- 2000c : "Not Just What, But When: Timing and Sequence in Political Processes" *Studies in American Political Development* 14:72-92.
- 2003 : "Big, Slow, and ... Invisible: Macrosocial Process in the Study of Comparative Politics" Pp.177-207 in *Comparative Historical Analysis in the Social Science*, edited by J. Mahoney and D. Rueschemeyer. Cambridge University Press.
- 2004 : *Politics in Time*, Princeton University Press.
- Pierson, Paul and Theda Skocpol 2002 : "Historical Institutionalism in Contemporary Political Science" Pp.693-721 in *Political Science*, edited by I. Katznelson and H. V. Milner. W. W. Norton & Company.
- Risse, Thomas 2002 : "Constructivism and International Institutions: Toward Conversations across Paradigms" Pp.597-623 in *Political Science*, edited by I. Katznelson and H. V. Milner. W. W. Norton & Company.
- Ross, Fiona 2008 : "The Politics of Path-Breaking Change: The Transformation of the Welfare State in Britain and Germany" *Journal of Comparative Policy Analysis* 10:365-84.
- Rothstein, Bo 1998 : *Just Institutions Matter*, Cambridge University Press.
- 2005 : *Social Traps and the Problem of Trust*, Cambridge University Press.

- Ruggie, John. G 1998 : "What Makes the World Hang Together? Neo-utilitarianism and the Social Constructivist Challenge" *International Organization* 52:855-85.
- Scharpf, Fritz W. and Vivien. A. Schmidt (eds.)2000 : *Welfare and Work in the Open Economy VOL.1-2*, Oxford University Press.
- Schickler, Eric 2001 : *Disjointed Pluralism*, Princeton University Press.
- Schmidt, A. Vivien 2002 : *The Futures of European Capitalism*, Oxford University Press.
- 2006 : "Institutionalism" Pp.98-117 in *State*, edited by C. Hay, M. Lister and D. Marsh. Palgrave.
- 2008 : "Discursive Institutionalism: The Explanatory Power of Ideas and Discourse" *Annual Review of Political Science* 11:303-326.
- Streeck, Wolfgang and Kathleen Thelen 2005 : "Introduction: Institutional Change in Advanced Political Economies" Pp.1-39 in *Beyond Continuity*, edited by W. Streeck and K. Thelen, Oxford University Press.
- Thelen, Kathleen 1999 : "Historical Institutionalism in Comparative Politics" *Annual Review of Political Science* 2:369-404.
- 2002 : "The Political Economy of Business and Labor in the Developed Democracies" Pp.371-97 in *Political Science*, edited by I. Katznelson and H. V. Milner. W. W. Norton & Company.
- 2003 : "How Institutions Evolve: Insights from Comparative Historical Analysis" Pp.208-40 in *Comparative Historical Analysis in the Social Science*, edited by J. Mahoney and D. Rueschemeyer, Cambridge University Press.
- 2009 : "Institutional Change in Advanced Political Economies" *British Journal of Industrial Relations* 47:471-98.
- 2010 : "Economic Regulation and Social Solidarity: Conceptual and Analytic Innovation in the Study of Advanced Capitalism" *Socio-Economic Review* 8:187-207.
- Thelen, Kathleen and Steinmo, Sven 1992 : "Historical Institutionalism in Comparative Politics" Pp.1-32 in *Structuring Politics*, edited by S. Steinmo, K. Thelen and F. Longstrech, Cambridge University Press.
- Weingast, R. Barry 2002 : "Rational-Choice Institutionalism" Pp.660-92 in *Political Science*, edited by I. Katznelson and H. V. Milner. W. W. Norton & Company.

- Wendt, Alexander 1992 : "Anarchy is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics" *International Organization* 46:391-425.
- 1994 : "Collective Identity Formation and the International State" *American Political Science Review* 88:384-96.

THE HOKKAIDO LAW REVIEW**Vol. 62 No. 2 (2011)
SUMMARY OF CONTENTS**

**Ideas, Interests and Institutions in the Analysis of
Welfare State Realignment: Towards a
Political Analysis of Institutional Change**

Masatoshi KATO*

【Abstract】

In this paper, I propose the comparative frameworks to analyze the welfare state realignment in terms of Constitutive-Strategic Approach. So, I propose the new theory of institutional change. This approach pays attention to the interaction of structure and agency through idea. So, It focuses on not only the economic-social base of the welfare state, but also the political base. First, I review the discussion about the theory of welfare state (especially Power Resource Theory, Cross-Class Alliance Theory, Varieties of Capitalism Theory, New Politics of Welfare State Theory, and Ideational Approach). I argue that these theories have some theoretical problems which is concerned with the model of institutional change. So, we need new theoretical model to analyze the political dynamism of institutional change. Second, I review the discussion about the new institutionalism in political science. In particularly, I consider the theoretical innovation of Historical Institutionalism and Rational Choice Institutionalism and the rise of the fourth new institutionalism which

* Associate Professor of Political Science, Faculty of Social Sciences, Ritsumeikan University

focus on ideational factor. I argue that these have some limitations to analyze the political dynamism of institutional change. Finally, I propose the new theory of institutional change which focuses on the role of ideas in political science. This model assumes that there are two stages on the process of institutional change (① ideas make actor's interests and ② political actors use some ideas to attain their goal). So, it can consider the political dynamism of institutional change. I consider the implications of new theory of institutional change for the analysis of welfare state realignment.

国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国 における「市民権」の検討を通じて（1）

坂 東 雄 介

目 次

序

第1章 本稿の視座

1. 第一の疑問点—国籍の役割
2. 第二の疑問点—国民の範囲設定
3. 検討の素材としてのアメリカ合衆国
4. 論文の構成
5. 用語の整理・意味確認

第1部：移民規制と絶対的権限の法理

第2章 「絶対的権限の法理」の生成とその背景—19世紀末の移民法の検討

1. アメリカ合衆国における外国人の権利保障
2. 移民規制の展開—「自己」の範囲と排外主義
3. 絶対的権限の法理の生成—19世紀末の移民法に関する判例の動向
4. 小括 （以上、本号）

第3章 「合衆国市民」の範囲—帰化事例を中心に

第4章 絶対的権限の法理の理論的背景

第5章 絶対的権限の法理の修正—20世紀後半の判例の展開と Zadvydas v. Davis 判決が有する理論的意味

第2部：合衆国市民と異質な他者—インディアン、植民地住民、黒人

第6章 インディアン、島嶼住民への絶対的権限の法理の拡張—異

国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて（1）

質な他者との接触と合衆国市民の自己理解

第7章 拡張した「絶対的権限の法理」に基づく異質な他者への対応と、20世紀前半の合衆国社会の自己理解

第8章 「異質な他者」であり続けるインディアン部族と島嶼住民—20世紀後半の展開

第3部：合衆国市民権の価値と役割—Warren Court 再検討

第9章 二級化した合衆国市民の存在—南北戦争以後の憲法修正と政府の取組み

第10章 Warren Court の論理—合衆国市民権を基礎とした権利保障の対価としての排除

第4部 日本における国籍理論と残された課題

第11章 国籍の役割と国民の範囲

第12章 残された課題

序

第1章 本稿の視座

平成20年6月4日に、最高裁判所は、国籍法を違憲とする大法廷判決（以下「最大判平成20年6月4日」）を下した。

まず、法廷意見は、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な地位でもある¹」と判示した。

その上で、法廷意見は、出生後に認知しただけでは日本国籍の取得を認めず、準正があった場合に限り日本国籍の取得を認める規定は、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子に対して、日本国籍の取得において著しく不利益な差別的取扱を生じさせることになるため、立法目的との間に合理的関連性を欠き、違憲であると結論を下した。

¹ 民集62巻6号1372頁。

以下に述べるように、従来の憲法学の発想に立脚すると、最大判平成20年6月4日の判示内容には、若干の違和感を抱く。

本稿は、アメリカ合衆国における合衆国市民権に関する法理論を明らかにする（本稿の目的①）とともに、そこから得られた知見に着想を得つつ、最大判平成20年6月4日から広がる二つの疑問を解明するもの（本稿の目的②）である。

1. 第一の疑問点—国籍の役割

(1)最大判平成20年6月4日において、法廷意見は、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な地位でもある²」と判示した。

この判示は、従来の憲法学の視点から見ると、違和感が生じる判示である。違和感の正体は、この判示が国籍を権利保障の基礎として位置づけているように読むことができる点にある³。

従来の憲法学は、人権が人間性に由来する前国家的性格を有するものであることを理由に、外国人への権利保障規定の適用を当然視する。したがって、このような発想では、憲法上「国民」という用語を用いていたとしても、それには重要な意味はないと解される⁴。この見解は、参政権、社会権については外国人と国民との間に差異を設けることがありうるとしても、特に自由権の領域においては、外国人も当然に権利保障規定の適用対象であると解釈する⁵。

² 民集62巻6号1372頁。

³ 例えば、青柳幸一は、最高裁は「国籍が個々人の権利保障と密接に結びついている点」を明らかにした、と指摘している（青柳幸一＝柳井健一＝長谷部恭男＝大沢秀介＝川岸令和＝宍戸常寿「〔座談会〕外国人の選挙権・公務就任権」ジュリスト1375号78頁（2009年）〔青柳発言〕）。また、棟居快行は、「同判決は、こうした諸々の『基本権行使権』の確認を、国籍そのものの確認判決（という装いの給付判決）によって、一挙に行った」と述べる（棟居快行「『基本権訴訟』としての確認訴訟」公法研究71号134頁（2009年））。

⁴ 芦部信喜『憲法Ⅱ 人権総論』（有斐閣・1994年）64-65頁、122-123頁。

⁵ 同・151頁。

この立場の論者は、日本の判例も、同様の見解に立脚していると解する。なぜならば、「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者と雖もこれを有するものと認むべき⁶」と判示した最判昭和25年12月28日を踏まえて、最大判昭和53年10月4日⁷（いわゆるマクリーン判決）において性質説が確立した、と理解されているからである。このような見解が憲法学の通説であろう。

したがって、外国人に対する権利保障規定の適用を当然視する従来の日本国憲法解釈の立場から考えると、国籍を権利保障の基礎として位置づけた最大判平成20年6月4日は、異質な発想のように映る。例えば、最大判平成20年6月4日には、「本来、基本的人権は、人が人であるという理由だけで、誰でも持っているはずなので、国籍によって変わるのをおかしい⁸」という批判が寄せられている。

(2)国籍を権利保障の基礎として位置づけた最大判平成20年6月4日の発想は、国籍の役割論について、重大な問題を提起している。以下では、問題の構造を三点に解剖する。

第一に、国籍を権利保障の基礎として位置づける見解は、従来、憲法学が主張してきた「国籍概念の相対化⁹」傾向—この見解は外国人の権利に関する憲法解釈を展開する際に、国家構成員資格たる国籍に付着する権利をできるだけ縮減し、人間性、社会構成員性に基づく権利保障の範囲を拡大しようとする立場と結びつく¹⁰—とは明らかに異なる立場に立

⁶ 最判昭和25年12月28日民集4巻12号686頁。

⁷ 民集32巻7号1223頁。

⁸ 長谷部恭男＝阪口正二郎＝杉田敦＝最上敏樹「〔座談会〕グローバル化する世界の法と政治—ローカル・ノレッジとコスモポリタニズム」ジュリスト1378号4頁（2009年）[阪口正二郎発言]。

⁹ 門田孝「憲法における「国籍」の意義」憲法問題9号118頁（1998年）。

¹⁰ 例えば、松本和彦は、「外国人もまた日本社会と多くの場面で接点を有しており、またしばしば日本社会の構成員にもなっているという現実を前にするとき、国民・外国人の区別が消滅してしまうことはおそくないとしても、この区別の相対化傾向はもうとめられないだろう」と述べている（松本和彦「基本的人権の保障と憲法の役割」西原博史（編）『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』（岩波書店・2007年）33頁）。

脚している。

しかし、国籍を権利保障の基礎と位置づけた最大判平成20年6月4日は、国民説¹¹ ¹²への転換を意味するとまで解することは適切ではない。なぜならば、マクリーン判決以来、性質説が一貫した判例の思考であった以上、判例変更するのであれば、相応の説明が必要だからである。

このような観点から、まずは、国籍を権利保障の基礎と捉える最大判平成20年6月4日とマクリーン判決の関係をどのように解するべきなのか、という疑問が生じる。

第二に、しばしば見落とされがちだが、国籍を権利保障の基礎と位置づけることによって、国籍は、二級化した国民—本来国籍に付着するはずの権利が十分に保障されていない国民—が存在していた場合、当該国民の二級化状態を解消する論理として機能する。

例えば、在外国民の選挙権について争われた最大判平成17年9月14日の原告側が素朴に感じた《同じ国民であるのに海外に居住しているだけで、なぜ選挙権が保障されないのか》という発想であろう¹³。これは、

¹¹ 例えば、佐々木惣一は、「憲法第三章『国民の権利及び義務』という題の下に定める条項は、その条項の定める法律事実が国民について発生する場合である、ことを前提とするものである。それは、憲法が特に国民の権利及び義務と題することにより、当然考えられる」と主張し、国民説を提唱した。佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣・1952年）468頁。なお、引用に際し、旧仮名遣いは現代仮名遣いに直した。同様の見解を支持するものとして、小嶋和司『憲法概説』（信山社・2004年）156頁、小嶋和司＝大石眞『憲法概観〔第7版〕』（有斐閣・2011年）4、74-77頁、高橋正俊「外国人の基本的な人権保障の対象性」新正幸ほか編『公法の思想と制度 菅野喜八郎先生古希記念論文集』（信山社・1999年）87-104頁。ただし、国民説であっても、「国際社会において通念になっている程度の保障は当然」であり、外国人に対する人権保障を完全に否定する立場に与しているわけではない（小嶋・前掲156頁）。

¹² 佐々木の見解の背景には、憲法が定める基本権規定は本来国家と国民との間にある権利・義務の個別的关系を規律するためにあるという実質的理解がある。佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣・1952年）389頁。高橋正俊「外国人の基本的な人権保障の対象性」新正幸ほか編『公法の思想と制度 菅野喜八郎先生古希記念論文集』（信山社・1999年）96頁。

¹³ 原告側の見解については、海外有権者ネットワーク LA(編)『海外から一票

選挙権の前提として国籍を観念しているからこそ、成立する主張である¹⁴。法廷意見も、国民の基本的権利である選挙権を行使できない状態に置かれた在外国民は、国民としての権利が十分に保障されていない地位、すなわち二級化した国民の地位にあるという認識を示した上で、選挙権が国民固有の権利であるため、海外に居住する国民であっても特別な理由が無い限り保障されなければならない、という論理を展開している¹⁵。

ここに、国籍を権利保障の基礎として位置づけることの功罪を見出すことができる。すなわち、国籍を権利保障の基礎と位置づける見解は、本来国民が有しているはずの権利が十分に保障されていない国民（二級化した国民）の権利保障を実現する原動力となる一方で、国民以外を権利保障の対象から排除することになる。自身が生活実態に基づく選挙権保障を主張していたため、日本国内に生活実態がない在外国民の選挙権保障を言い出しにくいと告白する内野正幸の見解¹⁶も、本稿がここに示した「功罪」を踏まえたものだろう¹⁷。

このように、国籍の相対化傾向を提唱する従来の憲法学の発想、国籍を権利保障の基礎として位置付ける発想には、功罪、理論的背景を抱えるものであって、最大判平成20年6月4日が提示した国籍理解について、簡単に排斥して良いわけではない。従来の憲法学は明らかに国籍を相対化する方向性を選択していたが、このような視点が欠けていたと思われる。どちらの方向性を選択するにせよ、国籍理論の問題状況を踏まえる必要がある。

を！—在外投票運動の軌跡』（明石書店・2004年）。

¹⁴ 最大判平成17年9月14日の思考が国籍と選挙権を結び付けていると捉えている見解として、内野正幸「在外国民の選挙権」法律時報78巻2号79頁（2006年）。

¹⁵ 民集59巻7号2096頁。

¹⁶ 前掲・内野。

¹⁷ 同様の指摘として、青柳幸一＝柳井健一＝長谷部恭男＝大沢秀介＝川岸令和＝赤戸常寿「〔座談会〕外国人の選挙権・公務就任権」ジュリスト1375号79頁（2009年）〔柳井発言〕、坂東雄介「アメリカにおける外国人の人権に関する一考察—絶対的権限の法理の生成と展開—」北海道大学大学院法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル13号276頁（2007年）。

第三に、原理的な問題として、日本国憲法における外国人の位置付けに関する問題である。

日本国憲法は、その前文において、「日本国民は…われらとわれらの子孫のために…この憲法を確定する」、「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」と宣言している。これは、「人がいずれかの国家に帰属し、その構成員が国家を担うとともに、国家はその構成員を正当に扱う責任を負う¹⁸」という国民国家体制を採ることを意味している。そして、「国民国家は、まずは自国民の安全と反映を追求するという意味で利己主義的なところがある¹⁹」。

外国人の権利享有主体に関する論点について、性質説に圧倒的な支持が集まる日本国憲法学解釈の中で、少数説ながら脈々と受け継がれてきた国民説は、このような国民国家の「自国籍中心主義²⁰」を徹底させた見解である。外国人に対する権利保障を結果的に肯定するにせよ、準用説²¹、(一部の)性質説²²は、日本国憲法は日本国民の権利保障を実現す

¹⁸ 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣・2002年）170頁〔初出：公法研究61号13頁（1999年）〕。

¹⁹ 同。

²⁰ 安藤仁介「国際社会と日本—日本国憲法と国際協調主義」佐藤幸治＝初宿正典＝大石眞（編）『憲法50年の展望Ⅰ』（有斐閣・1998年）334頁。

²¹ 準用説とは、国民説を出発点としながらも、外国人に対して、憲法第三章の規定を適用ではなく、準用すべきだと主張する。準用は、ある事項について定められている規定を、それとは異なるが本質的に類似する他の事項について、必要な変更を加えた上で働かせようとする場合に用いられる。憲法は国民の権利を定めたものという国民説を前提に、外国人と国民はそもそも異なるが、外国人の権利保障の観点から、外国人について生じる法律事実そのものの具体的検討を行ったうえで、権利規定を準用する。

準用説も国民説を出発点としている点においては、本文中で触れたように、国民説の一種として位置づけられる。準用説については、萩野芳夫『国籍・出入国管理と憲法—アメリカと日本の比較』（勁草書房・1982年）431-436頁、萩野芳夫「外国人の法的地位」公法研究第43号31頁、萩野芳夫『判例研究 外国人の人権—国籍・出入国・在留・戦後補償』（明石書店・1996年）182頁など参照。

ることを目的として制定されたという発想を出発点としている。

筆者が通説に対して感じる違和感は、上記の認識を原点としている。日本国憲法は日本国民のために制定されたものであるという誰も否定出来ない大原則に立脚して考えると、人間性を根拠に、外国人も当然に日本国憲法の権利規定の適用対象となるという考え方を日本国憲法解釈として採用することは無理ではないか。外国人も日本国憲法の権利規定の適用対象として最初から織り込み済みであると考えたよりも、日本国憲法が日本国民の権利保障を実現するために制定されたものであることを正面から認めた上で、次いで外国人に対する権利保障を認めるという論理の方が日本国憲法解釈として適切ではないか^{23 24}。

²² 性質説の中には、日本国憲法は日本国民の権利を保障するために制定されたものである以上、日本国民の権利を保障することが第一次とする見解がある。例えば、阿部照哉は、「憲法第三章は『国民』の権利および義務を定めるものであるが、このことは外国人には何らの基本権も保障されないことを意味するのではない。しかし、基本権のまず第一の主体は国民である」（阿部照哉『憲法』（青林書院・1982年）76頁）と述べている。

日本国憲法上の権利規定は日本国民を適用対象とする発想を出発点としているという意味では、「権利性質説といっても論者により内容の異なりをみせ、実質的には準用説と同じ立場もあろう」（戸松秀典「人権の享有主体」芦部信喜（編）『ユーブンク憲法』（有斐閣・1989年）15頁。なお、第2版では、準用説についてほとんど扱っておらず、記述も削除されているため初版を引用した）という指摘の通りである。

²³ 外国人を日本国憲法の権利規定の適用対象として認めない国民説も理論的には成立しうるとは考えられるが、外国人に対する権利保障を一切認めない点が適当ではない。

²⁴ 関連する指摘として、長谷部恭男の見解を参照。長谷部は、「憲法は、人である以上、当然に保障すべき権利をすべての人に保障しようとしているわけではなく、もともと同国人という特定の人々の権利のみを保障しようとするものであり、その上で、そうした権利の保障をどこまでそれ以外の人々に拡張して適用することが可能かという問題が学説や判例によって議論されてきたのではなかろうか」と指摘する。長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会・2006年）118-119頁〔初出：長谷部恭男「『外国人の人権』に関する覚書—普遍性と特殊性の間—」小早川光郎＝宇賀克也（編）『行政法の発展と変革：塩野宏先生古稀記念 上』（有斐閣・2001年）387頁〕。なお、この点については柳井健一「外国

最大判平成20年6月4日は国籍を権利保障の基礎と位置づける方向性を提示したものと理解した上で、マクリーン判決を含む判例理解を再構成する必要がある。

2. 第二の疑問点—国民の範囲設定

最大判平成20年6月4日は、国籍を権利保障の基礎として位置づけていた。その上で、法廷意見は、出生後に認知しただけでは日本国籍の取得を認めず、準正があった場合に限り日本国籍の取得を認める規定は、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子に対して、日本国籍の取得において著しく不利益な差別的取扱を生じさせることになるため、立法目的との間に合理的関連性を欠き、違憲であると結論を下した。

憲法学の発展により、現代では、非嫡出子差別は日本国憲法14条が定める社会的身分に該当すると解され、許容されない²⁵。この発想からすると、国籍法を違憲と判断した最大判平成20年6月4日は、当たり前のことを述べているだけに過ぎないかもしれない。しかし、最大判平成20年6月4日は、非嫡出子差別だけに還元されない意味を有している。

最大判平成20年6月4日の法廷意見が認めているように、国籍は「我が国の構成員としての資格」である。人々は、国籍という構成員資格を基準として、一定の境界に区切られ、特定の国家に帰属する。

国籍法は一間接的には出入国管理法も一国家構成員＝国民の範囲を設定する法律であって、時代状況に応じて、《国民として望ましくない人々》と《国民として望ましい人々》を区分している。このような区分

人の人権論—権利性質説の再検討」愛敬浩二（編）『人権の主体』（法律文化社・2010年）158頁も参照。

²⁵ 例えば、非嫡出子に対する法定相続分を嫡出子の二分の一とする民法900条4号但書の規定を違憲と主張する見解、又は合憲と判断した見解に反対する見解として、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）[増補版]』（有斐閣・2000年）51頁、青柳幸一「判批」別冊ジュリスト186号〔憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕〕64-65頁、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣・2007年）199頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』（有斐閣・2010年）150頁、松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣・2007年）390頁など。

をすること、すなわち「入国許可と排除」することは、「共同体自治の核」であって、「自己決定の最も深い意味を示している²⁶」。国籍や出入国管理を規制することによって、「自己」の範囲を決定することは、主権行使の本質的要素であって、まさに「政治的な」領域である²⁷。

このような思考を貫徹するならば、国籍法を違憲と判断する可能性は到底出てこない。この見解に近い思考を展開したのが、最大判平成20年6月4日における横尾・津野・古田反対意見であろう。横尾ら反対意見は、「国籍の付与」を「国家共同体の最も基本的な作用であり基本的な主権作用の一つ²⁸」と捉え、「国籍付与の在り方は、出入国管理や在留管理等に関しても、様々な面で大きな影響を及ぼすものであり、そのような点も含めた政策上の検討が必要な問題²⁹」と位置づけている。

また、百地章と山田亮介は、反対意見に賛成した上で、「判例は外国人の入国の自由も憲法上保障されていないとしているのだから、ましてや未だ日本国籍を有しない外国人への国籍付与は、本来主権の問題であって国籍取得の権利など認められないと考えるのがスジではないか³⁰」と法廷意見に対する批判をしている。

しかし、最大判平成20年6月4日の法廷意見は、国籍付与の在り方を「完全に立法府に委ねられるべき、政治過程の問題³¹」と解せず、国籍法に対する規範的な統制を承認した。

百地・山田による批判が示すように、従来の憲法学では、マククリーン判決を「出入国管理システムと基本的人権は異なる次元にあり、入国・在留・出国など出入国に関わる事柄は基本的人権の射程に含まれない、

²⁶ マイケル・ウォルツァー(著)/山口晃(訳)『正義の領分—多元性と平等の擁護』(而立書房・1999年)109頁。

²⁷ 杉田敦『境界線の政治学』(岩波書店・2005年)15-16頁、176-177頁。

²⁸ 民集62巻6号1399頁。

²⁹ 民集62巻6号1404頁。

³⁰ 百地章＝山田亮介「判批」日本法学75巻1号223頁(2009年)。

³¹ 青山治城「民主主義と立憲主義—日本国憲法のディレンマ—」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣＝竹下賢＝長谷川晃(編)『法の理論27 特集：日本国憲法をめぐる基本問題』(成文堂・2008年)12頁。

在留外国人の基本的人権は出入国管理システムの枠内で保障される³²』という出入国管理システム優位説を採用したもの、と捉えている³³。

しかし、最大判平成20年6月4日は、出入国管理や国籍の取得基準を設定することによって国民の範囲を設定する権限の性質について、従来との理解とは異なる可能性を示している。なぜ本来「政治的な」領域である国民の範囲の基準設定に対し、規範的統制が可能なのか。マククリーン判決と同様の発想で考えるならば、基本的人権は、本来国籍法を統制する規範として承認されないのではないか。この点についても、従来判例の読み直しを含めた検討が必要である。

3. 検討の素材としてのアメリカ合衆国

本稿は、アメリカ合衆国における法理論を検討することを目的とするともに（本稿の目的①）、合衆国の法理論によって得られた知見に着想を受けつつ、最大判平成20年6月4日から生じる上記の疑問を解明することを目的とする（本稿の目的②）。本稿は、合衆国における法理論について、主要な関心である移民問題のほかに、黒人、先住民、島嶼住民に着目する。

(1)合衆国は、出発点としては、決して移民に対して排斥的な態度をとっていたわけではなかった。1776年の独立宣言の一節には、「イギリス国王ジョージ3世は、植民地の自治体の人口増加を抑えようとした。この目的のために外国人の帰化を規律する立法を妨害し、外国人のアメリカへの移住を奨励するその他の法律の成立も拒否し、そのうえ土地を新たに取得するための条件を厳しくした³⁴』とある。建国期に、合衆国市民は、「同じ祖先より生まれ、同じ言葉を語り、同じ宗教を信じ、同じ政治原理を奉じ、その風俗習慣においてきわめて似ている一つの国民³⁵』と理

³² 日比野勤「外国人の人権（2）」法学教室217号44頁（1998年）。

³³ 同様の指摘として、安念潤司「『外国人の人権』再考」樋口陽一＝高橋和之（編）『現代立憲主義の展開上』（有斐閣・1993年）164頁。

³⁴ 大下尚一＝有賀貞＝志邨晃佑＝平野孝（編）『資料が語るアメリカ』（有斐閣・1989年）36頁〔五十嵐武士訳〕。なお、引用に際し、一部訳語を改変した。

³⁵ アレグザンダ・ハミルトン＝ジョン・ジェイ＝ジェイムズ・マディソン（著）/斎藤眞＝武則忠見（訳）『ザフェデラリスト』（福村出版社・1991年）8頁。

解されていた。

しかし、移民に寛容な態度は、例えば、通常の合衆国市民とは異質な存在として把握される東欧、南欧からの移民や、アジアからの移民に直面すると、変貌する。移民に対する排斥的な態度は、人種を理由とする場合もあれば、特定のイデオロギーを理由とする場合もある。であるからといって、合衆国は、移民の流入が止まったわけではない。

合衆国は、移民を受け入れてきた国家であり、同時に、移民を拒否してきた国家である。そこでは、移民や帰化の基準設定、合衆国市民権付与の意味付けをめぐる問題について、多くの判例や学説が積み重なっている。

(2)同時に、合衆国は、移民という外部からの異質な存在の流入が継続していた国だけではなく、内部にも、通常の合衆国市民とは異なると把握される存在を抱えている国である。内部における異質な存在とは、黒人と先住民族である。

かつて、合衆国最高裁判所は、Dred Scott 判決³⁶において、黒人は、劣った人種であり、合衆国憲法上の合衆国市民ではないため、合衆国市民としての権利を持たないと判示した。出生地主義を定めた第14修正の制定によって、黒人であっても合衆国市民として認められるようになったが、黒人に対する差別が消滅したわけではなかった。「黒人はアメリカ社会秩序における下層身分を構成していた」が、「ただ限られた限度においてのみ同化が許され、しかもアメリカを去ることは不可能であった³⁷」。

アメリカ・インディアンは、合衆国の建国当初は、外国に匹敵する存在と捉えられ、合衆国から一定の独立を保っていた。独立した共同体の構成員であるアメリカ・インディアンは、合衆国の構成員ではなかった。しかし、その後は連邦政府によって、「合衆国の一部³⁸」として併呑される。また、先住民族には、アメリカ・インディアンのほかに、アラスカ先住民族や、ハワイ先住民族も存在している。更に、合衆国は、植民地

³⁶ Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393, 404 (1857).

³⁷ ジョン・ハイナム(著)/斎藤眞 = 阿部齊 = 古矢旬(訳)『自由の女神のもとへ 移民とエスニシティ』(平凡社・1994年) 26頁。

³⁸ 同。

を有し、植民地出身者を本土に多数抱えている国でもある。

このように、合衆国は、「侵略や征服によって、奴隷化によって、そして移民によって、多様な人びとを獲得してきた³⁹」歴史を持つ。

(3)このような背景を有するアメリカ合衆国は、建国以来、合衆国市民を白人と同一視し、移民、インディアン、植民地住民など、異質な他者に対して、排斥、又は同化を強いる思考に強く依拠していた。しかし、現代では、このような主張は、散見されるものの、以前ほどではない。

誰をアメリカ合衆国市民として承認できるのか。合衆国市民の範囲を設定するルールは、どのような背景によって成立し、どのような展開を遂げたのか。異質な他者（黒人やアメリカ・インディアン、島嶼住民）に合衆国市民権を付与することはどのような意味を持つのか。このような疑問が歴史の流れの中で提出され続けてきたアメリカ合衆国の法理論を検討することは、日本における国民の範囲の基準設定の問題や国籍が持つ意味を検討する際にも有益だと思われる。

本稿が上記の問題関心に応じてアメリカ合衆国の法理論について検討する点は、次の二点である。第一に、異質な他者を排除する過程において成立した「絶対的権限の法理」がどのような背景の下に成立し、どのような展開を遂げたのか。第二に、合衆国において、合衆国市民権とそれに付着する権利の関係は、どのように捉えられてきたのか。

4. 論文の構成

本稿が扱う対象は、合衆国市民の範囲と合衆国市民権の役割である。前者については、第1部、第2部、後者については、第3部で扱う。

合衆国では、構成員ルールを設定する権限は、連邦議会が有する絶対的権限と位置づけられ、移民法を中心に展開を遂げてきた。第1部では移民法の変遷と関連させながら、絶対的権限の法理の生成と展開について検討する。第2、3章では、絶対的権限がどのような背景のもとに成立したのかを明らかにする。第2章では出入国管理規制、第3章では合衆国市民の範囲を直接的に設定するルールである帰化法に着目し、人種

³⁹ 同・27頁。

や宗教などを理由とする移民規制が絶対的権限の法理の下、正当化されてきた歴史を明らかにする。第4章では、絶対的権限の法理の理論的背景を検討する。第5章では、20世紀後半に絶対的権限の法理が変容を遂げた過程とそのような変容が可能となった理論的基礎を明らかにする。その上で、2000年以降に下された判決を取り上げ、現在では、絶対的権限が必ずしも無制約な権限とは位置付けられていないことを明らかにする。

第2部では、第1部の検討を踏まえた上で、移民以外に、合衆国において構成員の範囲について問題を提起する存在である先住民、島嶼住民、黒人の判決や立法の展開、社会的動向を取り上げ、同時代的な分析、検討を行う。

つまり、第2部では、第1部で検討した移民を一つの軸として、同時代に先住民や島嶼住民とは、どのような共通点、相違点が存在していたのかを明らかにする。第一部が縦軸ならば、第2部は、横軸の積み重ねである。このような検討により、合衆国市民の主流派ではない、異質な他者に対して、合衆国社会及び判例がどのような反応を示してきたのかについて、より一層明らかになるだろう。

第3部では、第1部、第2部の検討によって得られた知見を前提に、Warren Courtを独立して取り上げる。まず、第14修正に関する合衆国内の議論を紹介した後に、Warren Court期の最も有名な判決の一つであるBrown v. Board of Education of Topeka判決を検討する。そして、Warren Courtが、合衆国市民権を土台として権利保障を実現しようとしたことを明らかにし、このようなWarren Courtの発想に対する批判を紹介、検討する。

第4部では、第1部から第3部まで、合衆国の構成員理論を検討することによって得られた知見に着想を受けつつ、日本の国籍理論の検討を行う。

まずここでは、最大判平成20年6月4日が、国籍保有者こそが日本国憲法上の権利保障の主眼であり、国籍を権利保障の前提と捉えていることを示し、日本においても、二級化した国民の地位を解消する論理として国籍が機能することを明らかにする。最大判平成20年6月4日とマクリー判決との整合性についても解釈を提示する。

さらに、本稿のもう一つの軸である、国民の範囲の設定について、最大判平成20年6月4日を素材としながら、日本において、判例上、国家構成員の範囲を決定する権限が必ずしも無制約な権限として捉えられていないことを明らかにする。

5. 用語の整理・意味確認

本論に入る前に、いくつかの重要な用語、訳語について、意味内容、邦訳の際の基本原則を確認しておく。

・ citizenship は、アメリカ合衆国の法制度において、主要な構成員資格を指す。本稿は、citizen を「合衆国市民」、citizenship を「合衆国市民権」と訳す。この意味においては、「合衆国市民」「合衆国市民権」は、日本の法制度が規定する「国民」「国籍」とほぼ同義である。「市民権 (citizenship)」には、様々な意味内容が込められているが⁴⁰、本稿では、特に断らない限り、上記のような実定法上の意味で用いる。実際に、日本の実定法上の「国民」「国籍」を英訳した場合、national、nationality となる⁴¹。また、アメリカ合衆国においても、citizen、citizenship は、national、nationality とほぼ同義の意味で用いられている⁴²。

・ 混乱を招きやすい概念として、national(s)という実定法上の類型がある。これは、植民地や海外属領に居住している住民も含む、citizen よりも広い範囲の構成員資格を指す。合衆国の法制度上⁴³、nationals であり、かつ citizens である者、nationals であるが、citizens ではない者に区別できる。本稿は、田中英夫（編集代表）『英米法辞典』（東京大学出版会・1991年）575頁を参考にしつつ、このような意味における nationals、nationality を、「国民 (nationals)」「国籍 (nationality)」と

⁴⁰ 市民権に込められた意味内容を解明するものとして、デレック・ヒーター（著）／田中俊郎＝関根政美（訳）『市民権とは何か』（岩波書店・2002年）。

⁴¹ 例えば、日本国憲法10条は、「The conditions necessary for being a Japanese national shall be determined by law.」と英訳されている。筆者の手元にあるいくつかの英和、和英辞典を参照しても、同様に national を国民と訳している。

⁴² 詳細については、Bryan A.Garner, editor in chief, *Black's Law Dictionary* (9th ed., 2009) の citizenship と nationality の項目を参照。

⁴³ Immigration and Nationality Act, § 301-309 [8 U.S.C.A. § 1401-1409].

国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて（1）

訳す。余計な混乱を回避するため、邦訳の後ろに原語を括弧書きで付すことにした。

・本稿は、しばしば合衆国憲法を引用している。訳文については、特に断らない限り、田中英夫（編集代表）『BASIC 英米法辞典』（東京大学出版会・1993年）に依拠した。合衆国の法律用語を邦訳する際、原則として田中英夫（編集代表）『英米法辞典』（東京大学出版会・1991年）、田中英夫（編集代表）『BASIC 英米法辞典』（東京大学出版会・1993年）を参考にしたが、意味内容を改変しないように注意を払いつつ、訳語を改めた箇所もある。

第1部 移民規制と絶対的権限の法理

第1部では、移民法（ここでは、出入国管理という狭義の移民だけではなく、移民が帰化するときの基準設定も含む）の成立に関与した判決及び立法の検討を通じて、19世紀に成立した「絶対的権限の法理 (plenary power doctrine)」の生成過程を解明した上で、20世紀後半に絶対的権限の法理が変容を遂げた展開を明らかにする。

法学者による今までのアメリカ移民法研究¹においても、連邦議会が

¹ アメリカ合衆国の移民法について、本稿の問題関心に関連する先行研究は少なくない。出入国管理制度や、合衆国市民権の取得及び喪失に関する基準設定は、合衆国市民の範囲をコントロールする仕組みである。この点に関する先行研究としてまず挙げられるべきは、萩野芳夫『国籍・出入国と憲法—アメリカと日本の比較—』（勁草書房・1982年）であろう。萩野は、出入国管理に関する判例の分析のほかに、合衆国市民権取得についても扱っている点についても、先行研究としての価値は高い。

また、渡辺賢による一連の研究も、アメリカ合衆国における出入国管理について、非常に詳細かつ網羅的な分析、検討を行っている（渡辺賢「アメリカ合衆国における連邦議会の移民規制権限と司法審査」北大法学論集34巻5号833頁（1984年）、同「手続的デュー・プロセス理論の一断面—合衆国移民法制を素材として—（1）～（8・完）」北大法学論集40巻3号83頁（1990年）／同40巻4号53頁（1990年）／同41巻2号125頁（1990年）／同42巻1号175頁（1991年）／同42巻3号73頁（1992年）／同42巻5号57頁（1992年）／同43巻6号179頁（1993年）／同46巻1号1頁（1995年））。

高佐智美『アメリカにおける市民権—歴史に揺らぐ「国籍」概念—』（勁草書房・2003年）、同「アメリカにおける人権の揺らぎ—移民法におけるデュープロセスの保障—」獨協法学72号212頁（2007年）、根本猛「アメリカ法からみた外国人の人権（一）（二）（三・完）」法政研究5巻3・4号445頁（2001年）／同6巻3・4号463頁（2002年）／同7巻1号195頁（2002年）も、絶対的権限の法理の成立及び展開を明らかにしている。

門田孝「外国人の公務就任権をめぐる憲法問題—アメリカの判例理論を素材に—（1）（2・完）」六甲台論集34巻2号30頁（1987年）／同34巻4号155頁（1988年）も、公務就任権の問題が中心であるが、アメリカにおける外国人の権利に関する判例一般について概観している。最近公表された、新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法—国家主権の法理論—』（有信堂・2008年）は、国家主

有する絶対的権限を検討対象とする論稿が発表されてきたが、絶対的権限の法理が成立した背景及び合衆国市民権の範囲設定については、それほど意識されていなかったと思われる。本稿では、特に社会的背景に着目し、移民が合衆国に入国する基準や合衆国市民権の取得基準を設定する絶対的権限の法理が、人種やイデオロギーを帯びた状況下で成立し、露骨に憎悪を表明する差別主義的な移民規制を正当化したことを明らかにする。

権という観点に着目し、古典的な事例から最近の判例までを対象として、理論的検討を行っている点において、この問題について、近年の最重要文献と評価すべきである。

ほかには、朴康弘「定住外国人の滞在権の保障—アメリカ合衆国の入国拒否事例を中心として—（1）（2・完）」大阪市立大学法学雑誌32巻2号315頁（1985年）／同32巻3号525頁（1986年）などがある。

本研究のうち、特に第1部は、上記の先行研究から絶対的権限の法理の生成過程及びその変容について視座の提供を受けつつ、絶対的権限の法理が成立した背景事情及び合衆国市民権の設定について、さらに深く掘り下げるものである。

第2章 「絶対的権限の法理」の生成とその背景—19世紀末の移民法の検討

1. アメリカ合衆国における外国人の権利保障

本章では、19世紀後半に下された判例を検討することによって、絶対的権限の法理の成立過程を明らかにする。前提として、アメリカ合衆国における外国人の権利保障の在り方を検討する必要があるため、まずは、出入国管理以外の分野における外国人の権利保障に関する合衆国判例の展開を簡単に紹介する¹。

1. 1. Yick Wo v. Hopkins—「合衆国市民」と「何びと (person)」の区分

合衆国における外国人の権利に関する議論は、Yick Wo v. Hopkins²に始まる。これは次のような事案である。サンフランシスコ市が洗濯業を営む者について、条例によって距離規制を設けた。当時、サンフランシスコ市内において洗濯業を営む者の多くは中華帝国臣民であった。中華帝国臣民である Yick Wo らは、市条例に違反したという理由に基づき罰金を科されたが、その罰金を払わなかったため収容された。そこで、Yick Wo らが人身保護令状を請求した事案である。合衆国最高裁判所は、次のように判示した。

「第14修正が認める保障は、合衆国市民に限定されていない。第14修正第1節は、州は、『何びとからも、デュープロセスによらずに、その生命、自由または財産を奪ってはならない。また州は、その権限内にある者から法の平等な保護を奪ってはならない』と定める。この条項は、人種・肌の色・国籍の相違に関わりなく、すべての人

¹ なお、以下の論述は、Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law Substance and Procedure Volume 3* at 460-491 (3rd ed., 1999) の整理を参考としている。

² 118 U.S.356 (1886).

に対して普遍的に適用される。そして、法の平等な保護は、平等な法律による保護を宣言している³」。

Yick Wo は外国人であっても、第14修正の文言が規定する「何びと (persons)」に該当するため、第14修正による保護の対象となる。そして、サンフランシスコ市条例の適用は、第14修正に違反する。なぜならば、サンフランシスコ市条例の規制の目的は、「請求人らが属する人種及び国籍に対する敵意以外に考えられない⁴」からである。

Yick Wo 判決は、合衆国では、外国人であっても、合衆国憲法上の権利を享有することを認めた判決として理解されている。しかし、すべての権利が保障されているわけではない。外国人にも第14修正上の保障が及ぶ根拠として、Yick Wo 判決は、合衆国憲法上の「何びと (persons)」という文言に着目している。Yick Wo 判決の思考が、合衆国憲法上の文言を重視する結果として、「合衆国市民 (citizen)」に対する保障を規定している条文は、外国人には及ばないことになる。

したがって、例えば、第5修正、第14修正第1節が定めるデュープロセスは、「何びと (person)」に対する保障を定めているため、外国人にも保障が及ぶが、第14修正の特権・免除条項、第4編第2節1項の礼讓条項は、合衆国市民に限定される⁵。

このように、合衆国では、合衆国憲法上の文言に注目することによって、「合衆国市民ではない人々は、合衆国憲法、及び修正条項が保障する全ての市民的自由—ただし、特権・免除条項を除く—による保護を享

³ *Id.* at 369.

⁴ *Id.* at 374.

⁵ 例えば、*Blake v. McClung*, 172 U.S.239 (1898) では、「各州の市民は、他州においてもその州の市民の有する特権および免除のすべてを享有する権利を有する」と定める礼讓条項の目的を、各州の州市民を、他州の州市民と同じ立場に置くことと捉えた上で、「合衆国憲法の中には、この規定よりも強く、合衆国市民を一つの人民として構成する方向へ促す規定はない」(*Id.* at 251) と述べている。このような判示からも、礼讓条項の対象が、合衆国市民であって、外国人を対象外としていることが明らかである。

受する⁶」。

しかし、外国人にも合衆国憲法が保障する権利が認められるとしても、外国人であることを理由として、合衆国市民と異なる待遇を与えること自体は否定されていない。以下では、合衆国市民と外国人に対して差異を設ける措置について、判例がどのような態度を示したのかを概観する。

1. 2. 「特別な公共の利益」法理の展開と衰退

(1) Yick Wo 判決と同時期に、合衆国最高裁判所は、州が外国人に対して合衆国市民とは異なる待遇を与えることを正当化する理論として、「特別な公共の利益 (special public interest)」法理を展開していた。「特別な公共の利益」法理は、「州が外国人に対する単なる敵意以外の重要な利益を有さない場合を除いて、外国人を区別することを許容する。もし公共の利益が、その区分には見当たらないと証明されたならば、その区分は、平等保護条項に違反することになる⁷。この法理による外国人に対する制約の正当化は、主に、天然資源の使用、雇用、土地の所有が対象であった。

天然資源の使用が争われた事例としては、McCready v. Virginia⁸がある。これは、他州の市民が牡蠣を養殖することを禁止する州法の合憲性が争われた事案である。判決は、州は「潮汐及びそこに存在する魚類を保有している⁹」と捉えた上で、「牡蠣の養殖に適当な海底を有しているヴァージニア州は、その地域の排他的使用を、州市民の目的を実現するために許可する役割を担っている¹⁰」という理由に基づいて、合憲と判断した。

この事案は、厳密に言えば、外国人ではなく、他州の市民の有する権利について争われた事案であるが、この判示が、州が天然資源の利用を

⁶ Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law Substance and Procedure* vol.2, at 528 (3rd. ed. 1999).

⁷ Rotunda & Nowak, *supra*, vol.3 at 473.

⁸ 94 U.S.391 (1877).

⁹ *Id.* at 394.

¹⁰ *Id.* at 396-397.

自由に配分することができるという前提に立脚していた点に注目すべきである。

外国人が天然資源を利用することに対する規制については、Patstone v. Pennsylvania¹¹を挙げることができる。これは、外国人が狩猟することを禁止することを目的として、自分自身、自己の財産を防衛する場合を除いて、銃を所有することを禁止した州法の合憲性について争われた事例である。裁判所は、野生動物を「州市民が享受するならば、州市民のために保護しうる¹²」と判示した。

雇用については、Heim v. McCall¹³がある。判決によれば、ニューヨークの地下鉄建設に際し、締結する雇用契約の中に、合衆国市民権要件を設定することも、その事業が公共的性質を有することによって、正当化される。同日に下されたCrane v. New York¹⁴も、同様の判断を下している¹⁵。

土地の所有については、Terrace v. Thompson¹⁶がある。この事件では、帰化宣言をしていない外国人が、土地を賃借、所有することを禁止したワシントン州法の合憲性が争われた。合衆国最高裁判所は、問題が、「州内の農業用地を所有、又は規制するという特権¹⁷」事項であると捉えた上で、「州内の農業用地を所有、占有、優先する者の資質と忠誠は、最

¹¹ 232 U.S.138 (1914).

¹² *Id.* at 145-146.

¹³ 239 U.S.175 (1915).

¹⁴ 239 U.S.195 (1915).

¹⁵ ただし、事業が公共的性質を持たない場合に、合衆国市民を優先して採用する場合は異なる。この判断を示したのは、Truax v. Raich, 239 U.S.33 (1915)である。この判決では、少なくとも8割以上の被用者を、選挙権を有する者又は合衆国市民とすると定めたアリゾナ州法の合憲性が争点となった。法廷意見は、合法的に入国した移民が生計を維持するためには雇用が必要であるから、合衆国市民の雇用を優先する結果として外国人の雇用機会を奪うアリゾナ州法は、平等保護条項に違反し、また、当該規制は、事実上の入国規制に等しく、連邦政府が排他的に有する移民規制権限と対立すると結論を下した。

¹⁶ 263 U.S.197 (1923).

¹⁷ *Id.* at 221.

重要事項であり、州自身の安全と権限に影響を及ぼす¹⁸」ため、州の権限が優先されると判示し、外国人に対する土地利用規制を合憲と判断した。同様の規定を定めたカリフォルニア州法も、合憲と判断されている¹⁹。

なお、上記の事例は、すべて、当時の制定法上、そもそも帰化する資格を有さない日本国民に対する土地の賃借、所有、譲渡が争われている。当時の帰化資格をめぐる議論については、第3章において言及する。

(2)上記の判例の中で展開された「特別な公共の利益」法理は、1948年の二つの判決をきっかけとして、衰退を始める。

Oyama v. California²⁰では、外国人に対する土地利用規制を免れることを目的として、日本国民である父親が、自らが購入した土地を、合衆国市民である未成年の子の名義で所有していたことにつき、売買契約の有効性が争われた。

裁判所は、カリフォルニア州法はデュープロセスに反すると判断したが、これは、上訴人が、合衆国市民である子であったことが大きい。父親が子の名義によって土地を購入したとしても、このような土地を国庫帰属にすることは、補償をせずに合衆国市民である子の財産を剥奪していると判断を下した。Oyama 判決は、「外国人であることに基づく土地利用規制の妥当性に対して疑問を投げかける²¹」ことになった。

次に見る Takahashi v. Fish & Game Commission²²は、次のような事案である。Takahashi は第二次世界大戦前から、25年以上漁業を営んでいた者であったが、日系移民を排除する連邦政府の政策に従い、カリフォルニア州は、合衆国市民権取得資格を有さない外国人に対して商業用漁業免許を交付することを禁止する州法を制定した。この州法によって、Takahashi は漁業免許を取得できず、その結果、生計を維持できなくなっ

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Porterfield v. Webb, 263 U.S.225 (1923), Frick v. Webb, 263 U.S.326 (1923), Webb v. O'Brien, 263 U.S.313 (1923), Cockrill v. California, 268 U.S.258 (1925).

²⁰ 332 U.S.633 (1948).

²¹ Rotunda & Nowak, *supra*, vol.3 at 474.

²² 334 U.S.410 (1948).

た。そこで、Takahashi が、漁業免許の発行を命ずる職務執行令状を求めて訴訟を提起した。

カリフォルニア州最高裁は、Patstone 判決とほぼ同様の理由に基づいて、カリフォルニア州法を合憲と判断したが、法廷意見は、サーシオレイライを認め、カリフォルニア州市民が集団として州内の魚類を所有しているという「『所有』概念は、カリフォルニア州が、州内に合法的に居住している外国人を、州の海岸沖で漁業によって生計を営むことから—他者が可能であるにもかかわらず—排除することを十分に正当化できない²³」と判示し、カリフォルニア州最高裁の判決を破棄した。

Takahashi 判決により、「州市民の所有」という概念に基づく「特別な公共の利益」法理は、後退した²⁴。

1. 3. Graham v. Richardson 以降の展開—外国人と合衆国市民の区別の相対化

(1)外国人の地位は、1970年代に劇的な向上を示す。その嚆矢は、1971年に下された Graham v. Richardson²⁵であった。

Graham 判決は、当時、アリゾナ州法は、合衆国市民と、合衆国内に15年以上居住している者に対してのみ福祉受給資格を認めると定めていた結果として、居住要件を満たさず、福祉受給を受けることができなかつた外国人が、当該アリゾナ州法が、第14修正が定める平等保護条項に違反し、移動の権利を侵害しているとして、福祉受給を求めて訴訟を提起した事案である。なお、本件は、同様の事案として、ペンシルヴァニア州の事案も、併合して判決を下している。

法廷意見は、外国人であることに基づいて差を設けることは人種・出身国に基づいて差を設けることと等しいため、外国人は「分離し、孤立した少数者（discrete and insular minority）」に該当する、したがって、州法によって設定された外国人であることに基づく区別は、本来的に疑

²³ *Id.* at 421.

²⁴ Rotunda & Nowak, *supra*, vol.3 at 473-474.

²⁵ 403 U.S.365 (1971).

わしく、厳格審査基準が適用されるべきだという判断枠組みを提示し²⁶、当該州法が設定した合衆国市民と外国人の区別を平等保護条項に違反する判示した。

法廷意見は、「合衆国市民と同様に、外国人は税金を払い、軍隊に呼ばれる。…短期間の居住者とは異なり、外国人は、何年も州内に居住し、州内で働き、州の経済的成長に貢献するだろう²⁷」と本件の下級審判決が示した認識に立脚し、「外国人が、州内の居住者と等しく貢献している税収という観点から見ても、『特別な公共の利益』は存在し得ない²⁸」と判示している。このような判示は、法廷意見が、州という視点から見れば、外国人と合衆国市民の相違はほとんど存在していないと認識していることを示している。

しかし、Graham 判決に対しては、「驚くべきことに、外国人は、合衆国市民と同じくアメリカの生活に参加している。さらに、外国人は、しばしば、政治システムの中に、自らの利益を代表しやすい支持者を見つけることがある²⁹」という指摘がある。

United States v. Carolene Products Co.³⁰の脚注4において示され、発展されてきた「分離し、孤立した少数者」という論理は、本来、政治過程に対して自らの意見を反映させることができない、無力な人たちに對する救済を目的としている³¹。

したがって、Graham 判決は、外国人を「分離し、孤立した少数者」と位置づけたが、その理由付けは、必ずしも自明ではない。

(2)このような指摘にも関わらず、判例は、次々と外国人の地位向上を実現する。

例えば、不法滞在外国人の子を公立教育から排除するテキサス州法が

²⁶ *Id.* at 371-372.

²⁷ *Id.* at 376.

²⁸ *Id.*

²⁹ T.Alexander Aleinikoff, *Citizens, Aliens, Membership and the Constitution*, 7 Constitutional Commentary 9, 24 footnote 58 (1990).

³⁰ 304 U.S.144 (1938).

³¹ J.M.Balkin, *Law and Social Theory: The Footnote*, 83 Northwestern University Law Review 275, 298-299 (1989).

争われた *Plyer v. Doe*³²では、Brennan 裁判官は、Graham 判決を引用しながら、州法は子どもにとっては自らの力では動かしがたい不法入国という法的地位に基づいて差別的な負担を課しているという認識を示し、当該州法は第14修正に違反するという判断を下した。

コネティカット州の司法試験の受験資格に合衆国市民権を有するという要件を定めた州法の規定は合憲かどうか争われた *In Re Griffiths*³³においても、Powell 裁判官は、外国人という地位は「分離し、孤立した少数者」に該当すると判示し、州弁護士資格試験から居住外国人を排除することは第14修正が定める平等保護に違反すると判断した。

このように、Graham 判決以降、判例は、不法滞在外国人にまで保護の範囲を拡大した。「このような事例では、判例は、すべての外国人のために、国家の構成員資格に伴う利益が重要な意味を持たない、人間性によって保護される領域を作り出している³⁴」。

(3)ただし、自己統治に関わる分野については、必ずしも厳格審査基準が妥当するわけではない。競争試験によって選抜される州公務員の任命資格に合衆国市民であることを要件として課すニューヨーク州法の合憲性が争われた *Sugarman v. Dougall*³⁵において、合衆国最高裁判所は違憲判断を下したものの、州警察職員³⁶、保安官³⁷、公立学校教師³⁸に合衆国市民要件を課す州法に対して、それぞれ合憲判断を下している³⁹。

³² 457 U.S.202 (1982).

³³ 413 U.S.717 (1973).

³⁴ Linda Bosniak, *The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership* 64 (2006).

³⁵ 413 U.S.634 (1973).

³⁶ *Foley v. Connelie*, 435 U.S.291 (1978).

³⁷ *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S.432 (1982).

³⁸ *Ambach v. Norwick*, 441 U.S.68 (1979).

³⁹ ただし、上記の事案は、州による外国人差別が問題となった事案であることに注意が必要である。例えば、合衆国に居住している65歳以上の者に対して連邦医療保険プログラムに対する登録資格を認めていたが、合衆国に居住していたとしてもその居住期間が5年以下の外国人は登録資格から除外されていたことが平等条項に違反するかどうか争われた *Mathews v. Diaz*, 426 U.S.67 (1976) において、合衆国最高裁判所は、外国人同士においてどのような線引き

1. 4. Saenz v. Roe—Graham 判決からの後退？

上記で見たように、判例は、州内の自己統治に関する領域を除いて、合衆国市民と外国人の区別を相対化する傾向を示していた。しかし、1999年に下された、Saenz v. Roe⁴⁰は、合衆国市民と外国人を厳然と区別する可能性を提示している。

Saenz 判決では、扶養が必要な児童に対する援助を、1年以上州に居住している家族に限定し、新規居住者が援助を受けられないように改正したカリフォルニア州法の合憲性が争われた。関連する先例としては、生活保護の受給要件として、一年以上の居住要件を設定した州法が、各州間を移動する権利を侵害し、第14修正の平等保護条項に違反すると判示した Shapiro v. Thompson⁴¹がある。

Saenz 判決の法廷意見は、争点がほぼ同一であるにもかかわらず、第14修正上の平等保護条項ではなく、第14修正上の特権・免除条項に依拠して当該州法を違憲と判断した。Tribeによれば、再建期の Slaughter-House Cases⁴²などを除いて、1999年まで、特権・免除条項を多数意見の基礎とした判決は、Colgate v. Harvey⁴³が散見される程度であり、当時既にほぼ死文化していた⁴⁴。

をするのかは連邦議会が決定するという認識に立脚し、一定の居住要件に基づいて外国人に対する社会福祉の受給資格を決定する連邦議会の判断には合理性があると述べた。

また、競争によって選抜される連邦公務員から定住外国人を排斥する連邦公務員委員会の規制が憲法に反すると述べた Hampton v. Mow Sun Wong, 426 U.S.88 (1976) があるものの、この判決では、当該規制の目的が外交政策及び雇用の効率性を促進するかどうかが不明確であるから憲法に違反すると述べたに過ぎず、また、連邦議会が連邦公務員委員会に対して授権する範囲を当該規則は越えていると判示している。すなわち、この判決は、連邦議会の判断によっては外国人を連邦公務員から排除することが可能であるという含みを有している。

⁴⁰ 526 U.S.489 (1999).

⁴¹ 394 U.S.618 (1969).

⁴² 16 Wallace (83 U.S.) 36 (1873).

⁴³ 296 U.S.404 (1935).

⁴⁴ Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* vol.1, at 1312 (3rd.ed.,2000).

注目すべきは、Saenz 判決と Shapiro 判決が依拠する条文の相違である。Saenz 判決が依拠した特権・免除条項は、「州は、合衆国の市民の特権または免除を制約する法律を制定または実施してはならない」と定めている。他方、Shapiro 判決が依拠した平等保護条項は、「州は、その権限内にある者から法の平等な保護を奪ってはならない」と規定している。特権・免除条項が「合衆国市民」を対象としているのに対し、平等保護条項は、「その権限内にある『者 (any person)』」を対象としている。したがって、特権・免除条項は、外国人を含まないが、平等保護条項には外国人も含まれると解されている⁴⁵。

1971年に下された Graham 判決は、外国人は「分離し、孤立した少数者」に該当すると判示し、平等保護条項に依拠しながら、アリゾナ州法を違憲と判断していた。仮に外国人が Saenz 判決と同様の問題提起をした場合、平等保護条項に根拠を置く Shapiro 判決の発想では、カリフォルニア州法は違憲と判断される可能性が高い。

したがって、平等保護条項に依拠せず、特権・免除条項を復活させた Saenz 判決は、「人々のうち、特定の集団—すなわち、合衆国市民のみを保護している⁴⁶」。Saenz 判決は、合衆国市民と外国人の線引きをし、州の完全な構成員に外国人が含まれない可能性を提示している。

1. 5. 判例理論の傾向と絶対的権限の法理

(1)以上に挙げた判例の傾向を分析してみると、次のような結論が得られる。

「合衆国最高裁判所は、事案の相違に基づいて異なる審査基準論を採用している。経済的利益に関して、州や地方政府が合衆国市民権に基づいて規制しようとした場合、その分類は、『疑わしいもの』

⁴⁵ 特権・免除条項は合衆国市民のみを対象としていると一般的には解されているが、外国人も含むと解すべきと主張し、通説に対する批判を展開する論者として、例えば、John Hart Ely, *Democracy and Distrust* 25 (1980) を挙げることができる。

⁴⁶ Tribe, *supra* at 1325.

と推定され、高度な司法審査、時によっては、やむにやまれぬ利益テストの対象となる。州が政治的権利の配分について規制しようとした場合（重要な政府職に就任する場合も含む）、合衆国最高裁判所裁判官の多数派が、当該法律は正当な政治目的を実現するために合理的に限定された手段を採用していると考えた場合は、合憲となる。連邦政府が外国人であることに基づいて差を設けようとする場合、合衆国最高裁判所は、合理性の基準のみを用い、経済的利益や政治的権利の配分に関する連邦議会の判断を尊重している⁴⁷。

では、なぜ連邦と州・自治体によって審査基準が異なるのか。これは、連邦議会が有する「絶対的権限 (plenary power)」という観点から、統一的な説明が可能である。アメリカ合衆国の判例理論において外国人に対する待遇、権利保障を検討する際に、「絶対的権限の法理」の存在を欠くことはできない。絶対的権限の法理については、アメリカ合衆国では一般に、次のように説明されている。

「連邦議会及び行政府は、広範で、かつしばしば排他的な移民規制権限を有している。したがって、裁判所は、外国人の入国あるいは退去強制に関わる決定に対する憲法上の争いを、滅多に、あるいはあり得るとしても限られた形式でしか考慮することができない⁴⁸」。

つまり、移民規制権限は連邦が有する権限であり、州は持たない権限であるから、州政府が外国人を規制することは、連邦による規制と比べて厳格な審査基準に服すると説明できる⁴⁹。

⁴⁷ *Rotunda & Nowak, supra*, vol.3 at 487.

⁴⁸ Hiroshi Motomura, *Immigration Law After a Century Plenary Power : Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation*, 100 *Yale Law Journal* 545, 547 (1990).

⁴⁹ なお、特別永住者が公権力行使等地方公務員に就任できるかどうか争われた最大判平成17年1月26日（判例時報1885号3頁）において反対意見を執筆した泉裁判官は、このような思考を参照したと推察される。

例えば、合衆国市民及び合衆国市民権取得申請をしている者、あるいは申請する予定の者に対してのみ高等教育への援助を認めるニューヨーク州法を違憲と判断した *Nquist v. Mauclet*⁵⁰において、法廷意見は、*Graham* 判決を引用しながら、「州が、外国人であることに基づいて差を設けようとする規制をした場合、その規制は生来的に疑わしく、詳細な司法審査の対象になる⁵¹」という認識に立つことを明らかにした。ほかにも、*Mathews v. Diaz*⁵²では、「連邦議会は、移民及び帰化に関する広範な権限を有しているという側面の一つとして、外国人同士の中で線引きをする権限を有している一州は有さない」と判例は特に強調しているからである⁵³と述べている。

(2)以上に述べたように、合衆国においては、外国人にも権利享有主体性が認められているものの、外国人に対する処遇を行う連邦政府の権限が広範に容認されている。以下では、連邦が有する絶対的権限の法理に着目しながら、その特徴と生成と展開を検討する。

絶対的権限の法理とは、次のような特徴を持つ。外国人を規制することは、国家主権に基づく連邦政府の権限であって、文字通り「万能的(plenary)」権限として位置付けられる。それゆえ、司法は、連邦政府の判断に対してほとんど介入できない。また、絶対的権限は、連邦政府の権限であるので、州政府が移民を規制することは州政府にとって権限外の行為として考えられている。

さらに、絶対的権限の法理に関連して、合衆国移民法では、外国人の法的地位に対応して、移民法に対する憲法的統制の強弱に差があると考えられている。例えば、退去強制と入国拒否では、その憲法的統制の強弱が異なると考えられてきた⁵⁴。

後に述べるように、判例は、絶対的権限の法理に依拠しながら、手続

⁵⁰ 432 U.S. 1 (1977).

⁵¹ *Id.* at 7.

⁵² *Mathews*, 426 U.S.67 (1976).

⁵³ *Id.* footnote 8.

⁵⁴ Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 Supreme Court Review 255, 259-260 (1984).

面だけではなく、人種や思想、表現の自由などを理由とする出入国規制も合憲と判断している。

以下では、合衆国の移民法判例を中心に、絶対的権限の法理が成立した背景と展開を検討する。

2. 移民規制の展開—「自己」の範囲と排外主義

多くの移民を受け入れてきた合衆国は、移民の受け入れに対して多様な反応を繰り返してきた歴史を持つ。連邦議会は、その時々に応じて、移民法を改正しているため、移民法の変遷を追うだけでも膨大な量になる。本章では、焦点を、在留資格の問題に絞り、移民法の変遷を明らかにする。本章が扱う問題は、主に、人種、思想を理由とする出入国規制である。これに焦点を当てる理由は、次の通りである。

Michael Walzer によれば、「入国許可政策」において「問題となっているのは、世界の中で行為し、主権を行使する、その共同体の形なのである。入国許可と排除は共同的自治の核である。それらは、自己決定の最も深い意味を示している。それなしでは特性をもった共同体はありえない。すなわち、それなしでは、相互の特別なかわりごとと共同生活についての或る特殊な意識とをもった、歴史的にも安定しかつ現在進行中の人々からなる結合体はありえないだろう⁵⁵」。

このような Walzer の言説は、移民規制、とりわけ入国許可資格を検討することによって、合衆国市民の範囲、すなわち、どのような人々が合衆国市民として受け入れられ、拒否されてきたのか、どのような人々が合衆国市民を構成するのかを明らかにすることができることを示している。

後に述べるように、絶対的権限の法理は、合衆国市民にとって、「自己」の範囲を決定する役割を有する。そのため、絶対的権限の法理は、合衆国市民にとって異質だと捉えられがちな存在（例えば、東欧出身者やアジア出身者）に対して、露骨な人種的敵意、差別感情を吐き出す。人種要因以外にも、合衆国では、合衆国が依拠する基本原理に敵対的な原理

⁵⁵ マイケル・ウォルツァー(著)/山口晃(訳)『正義の領分—多元性と平等の擁護—』(而立書房・1999年)107頁。

を奉ずる移民（例えば、カトリック教や共産主義など）に対する規制が繰り返され主張されてきた。このように、合衆国市民にとって異質な人種や思想の移民は、合衆国市民の範囲に問題を提起する存在であり、このような移民に関する判例を通して、絶対的権限の法理は展開を遂げてきた。

以下では、制定法の変遷とその理由を明らかにする。その際、合衆国市民にとって「自己」とは誰かという問題を先鋭に反映する人種と思想に着目する。

2. 1. 出入国管理と人種

2. 1. 1. 合衆国建国期

合衆国は、建国当初、決して移民に対して排斥的な態度をとっていたわけではなかった。1776年の独立宣言の一節には、「イギリス国王ジョージ3世は、植民地の自治体の人口増加を抑えようとした。この目的のために外国人の帰化を規律する立法を妨害し、外国人のアメリカへの移住を奨励するその他の法律の成立も拒否し、そのうえ土地を新たに取得するための条件を厳しくした⁵⁶」とある。

合衆国では、しばしば、「合衆国における最初の入国規制⁵⁷」を目的とした法律⁵⁸が制定される1875年まで、合衆国は移民を制限していなかった、とされている⁵⁹。

しかし、この認識は、「よく広まった神話⁶⁰」として用いられるが、必ずしも正確ではない。1875年以前にも、合衆国内では、出入国規制を行っていた。

⁵⁶ 大下尚一＝有賀貞＝志邨晃佑＝平野孝（編）『資料が語るアメリカ』（有斐閣・1989年）36頁〔五十嵐武士訳〕。なお、引用に際し、一部訳語を改変した。

⁵⁷ House Report No.1365, in United States Code Congressional and Administrative News 82nd Congress-Second Session 1952 vol.2, at 1660.

⁵⁸ Act of March 3, 1875, ch.141, 18 Stat.477.

⁵⁹ このような見解として、例えば、Kleindienst v. Mandel, 408 U.S.753, 761 (1972) を挙げることができる。

⁶⁰ Gerald L.Neuman, *The Lost Century of American Immigration Law (1776-1875)*, 93 Columbia Law Review 1833 (1993).

まずは、主に大西洋岸沿いの州による入国規制である⁶¹。合衆国憲法成立当初、州は、一つの主権を有する団体であり、現在とは比べられないほど強力な自治権を有していた。しかし、後に検討するように、移民規制権限が州ではなく、連邦の権限であると解する判例の思考が確立する過程で、州による移民規制は後退する。

連邦政府も、移民規制を実施していなかったわけではない。1798年には、XYZ事件⁶²を契機として対フランス関係が悪化したことを背景に、連邦議会は、外国人、特にフランスから来た急進派及び反英的アイルランド人のアメリカ合衆国内における政治活動の規制及び反政府的活動を制限することを目的として、外国人に対する規制を強化する一連の法律を制定した⁶³。その一環として、二年間の時限立法として、大統領に対し、特定の外国人に対する退去強制命令を出す権限を授権する法律⁶⁴が制定

⁶¹ *Id.* at 1841-1884.

⁶² XYZ事件とは、次のような事件である。合衆国がイギリスと締結したジェイ条約によって、「事実上、合衆国が1778年の米仏条約を廃棄したことを怒り、(当時パリにあった連立政権の) 執政政府はフランス船にたいして、イギリス製品を運んでいるアメリカ船を拿捕するようにとの命令を出した。それへの対応としてアダムズは、フランス側との合意の道を求めて三人の特別使節を派遣しようとした。「アメリカ側の施設は何か月ものあいだ、フランスの外務大臣タレーランとの交渉開始を待ち続けて無駄に日を送っていた。しかしタレーランの代理は交渉開始に先立ち25万ドルの賄賂を要求してきたのである。アメリカ側は『びた一文といえどもわたすことはできない』としてこれを退け、すぐにアダムズ大統領に報告した」。そして、報告を受けたアダムズ大統領は「フランス側代理人をX、Y、Zとし、実名公表だけは控えた。アメリカ側が執政政府からまったく侮辱されたことがわかると、合衆国内にフランスにたいする反発感情が波のように広がった。あるジャーナリストによれば、『アメリカ使節は国防に数百万ドル出しても賄賂には一セントも出すわけにはいかない』と返答したことが報じられたが、これが国民的スローガンとなった」(メアリー・ベス・ノートンほか(著)/本田勝造(監修)『アメリカの歴史 第2巻 合衆国の発展』(三省堂・1996年) 32-33頁)。

⁶³ M.L. ベネディクト(著)/常本照樹(訳)『アメリカ憲法史』(北海道大学図書刊行会・1994年) 47-50頁、紀平英作(編)『アメリカ史』(山川出版社・1999年) 93-95頁 [明石紀雄執筆]。

⁶⁴ Act of June 25, 1798, ch.58, 1 Stat.570.

された⁶⁵。

その後も、帰化の前提条件として、合衆国へ入国した後に、合衆国へ登録し、証明書を取得することを必要とするとした法律⁶⁶が制定されたが、ほとんど実効性がなく⁶⁷、1828年の改正によって廃止された⁶⁸。

2. 1. 2. 中国系移民の排斥—19世紀後半の移民規制

(1)1850年代には、アイルランド系移民の大量流入を受けて、「アイルランド人やカトリックに対する偏狭な敵意⁶⁹」を基礎とするノウ・ナッシング運動（Know-Nothing movement）が展開された。

その一つとして、1856年の大統領選挙において、「アメリカ人がアメリカを統制すること。この目的を達成するために、すべての州、連邦、地方自治体の政府職には、アメリカ生まれの市民がそれ以外の者に優先して選ばれるべきである⁷⁰」という綱領を挙げて支持者を集めたアメリカ党の台頭を挙げることができる。

この運動は、「現代のアメリカ合衆国社会ではメインストリームの集団と見なされているアイルランド系移民が、怠惰な性質やカトリック教の墮落と陰謀を『神聖な』プロテスタント社会に持ち込む存在として敵視されていた⁷¹」ことを示している。

しかし、ノウ・ナッシング運動は、1850年代以降、衰退をたどる。Highamによれば、19世紀のアメリカが地方主義的であったことが、ノ

⁶⁵ ほかに、帰化要件の厳格化を定めた法律（Act of June 18, 1798, ch.54, § 1, 1 Stat.566,567）と、敵性外国人に対する処遇を定める法律（Act of July 6, 1798, ch.66, 1 Stat.577）が制定された。

⁶⁶ Act of April 14, 1802, ch.28, § 2, 2 Stat.153, 154.

⁶⁷ Neuman, *supra* at 1882.

⁶⁸ Act of May 24, 1828, ch.116, § 1, 4 Stat.310.

⁶⁹ M. ウォルツァー（著）/小茂田宏（訳）「アメリカ人であるとはどういうことか—歴史的自己省察の試み—」（ミネルヴァ書房・2006年）50頁。

⁷⁰ A Political Text-book for 1860, p.23 ff., in Henry Steele Commager ed., *Documents of American History* vol.1 at 337 (7th.ed., 1963).

⁷¹ 歴史学研究会（編）『世界史史料7 南北アメリカ 先住民の世界から19世紀まで』（岩波書店・2008年）320頁 [中條献執筆]。

ウ・ナッシング運動が展開しなかった理由であった(詳細は注を参照)⁷²。(2)合衆国における移民問題は、外見上は白人であって、当時の合衆国市民の多数派と外見上はほとんど区別できないヨーロッパ出身の移民ではなく、アジア出身の移民に焦点が移る。

ノウ・ナッシング運動とほぼ同時期には、ゴールド・ラッシュが生じ、西海岸を中心に労働力の需要が高まったことを理由に、安価な労働力の一環として大量の中国人が合衆国に来訪するようになった。1880年代には、資本家に従順な賃金奴隷として扱われていた中国人労働者に対する白人労働者の敵対意識や、キリスト教徒ではない中国人に対する偏見に

⁷² Higham は、19世紀のアメリカが地方主義的であったことを、ノウ・ナッシング運動が展開しなかった理由に挙げる。ジョン・ハイアム(著)/大山綱夫(訳)「アメリカの統合—19・20世紀の同化過程—」鈴木重吉=小川晃一(編)『ハイフン付きアメリカニズム』(木鐸社・1981年)63頁参照。

Higham によれば、大英帝国から独立し、国家として成立したアメリカは、全国的な政府組織が貧弱であって、地方主義的であった。そのため、『ヨーロッパ的な語義における』国家の不在「現象が生じた(78頁)。「権力や社会的結合を表す外面的な装い」があまりに貧弱であったため、アメリカは目に見える手段を用いて国家的忠誠心を教え込むことができなかった(79頁)。

地方主義は、二つの帰結を招いた。第一に、「核」「国家」の欠如である。「明確な表現をとった『国家』や『核』が欠如していたため、国民中の支配勢力が、国民的独自性を一方的に定義したり、自らの優位を一方的に維持するには、不利であった(80頁)。

第二に、人口の拡散の促進である。地方主義によって、各エスニック集団は、「とりわけ経済競争が深刻になりそうな所で、たがいに一定の距離を保つことができた」。このような相互敬遠の原則によって、「集団間衝突と同化の双方を抑え込んだ(81頁)。

このような状況であったゆえに、ノウ・ナッシング運動は、全国的な問題とはならず収束を迎えた。この点について、Higham は、次のように説く。「1850年代のノウ・ナッシング運動は、アメリカ社会内の破壊分子として、ほとんど集中的に外国生れのカトリック教徒をやり玉にあげた。しかし、奴隷の蜂起陰謀を恐れていた南部人はカトリック問題については全く反応を示さなかったし、中国人問題に気を取られていたカリフォルニア人は南部人の恐怖症や北東部人の不安感に全く気を止めなかった。こうした無関心はお互い様であった(88-89頁)。

基づき、中国人排斥運動が生じた⁷³。

当初、合衆国は、中国からの移民を制限していたわけではなかったが⁷⁴、中国人に対する反感を背景として、1875年には、「合衆国における最初の入国規制⁷⁵」—ただし、「実質的に」という限定が付せられる—を目的とした法律⁷⁶が制定される。この法律は、中国、日本、他の東洋諸国からの契約移民に対して、卑俗な、不道德な目的の業務に従事するかどうかについて領事が調査することなどを規定した。ただし、これは中国人の入国規制を直接の目的としたものではなかった。

1876年には、「連邦上下院は中国人移民調査委員会の設置を共同決議し、サンフランシスコとサクラメントにおいて18日間にわたる調査を実施する。そこでは、中国人労働者がカリフォルニア経済の発展に貢献してきたことを評価しつつも、その悪しき道徳的、社会的影響を問題視する。劣悪な住環境、非道徳性、売春宿、奴隷根性が社会規範に反し、若者の品格を墮落させていることを示し、太平洋岸の共和政体やキリスト教文明には好ましからざる要素であることを理由に、立法府に対して大量流入を制限する法的措置の必要があることを多数意見として採用した⁷⁷」。このような認識を示す中で、連邦議会内部では、合衆国と中国

⁷³ 当時のアメリカにおける中国人に対する偏見を明らかにした論考として、貴堂嘉之「未完の革命と「アメリカ人」の境界—南北戦争の戦後50年論—」川島正樹(編)『アメリカニズムと「人種」』(名古屋大学出版会・2005年)113頁を参照。また、この問題については、第3章の帰化と人種要件の項目も参照。

⁷⁴ 1868年に合衆国が中国と締結したバーリンゲーム条約では、「アメリカ合衆国と中華帝国は、誠実に、人が故郷と忠誠を変更する権利を、生来的かつ奪うことができないものとして承認する。また、両国民が、好奇心、貿易、永住を目的として、両国を、自由に移動する相互の利益も承認する」と規定していた。Treaty with China of July, 1868, Article V, 16 Stat.739, 740.

⁷⁵ House Report No.1365, in United States Code Congressional and Administrative News 82nd Congress-Second Session 1952 vol.2, at 1660.

⁷⁶ Act of March 3, 1875, ch.141, 18 Stat.477.

⁷⁷ 貴堂嘉之「〈アメリカ人〉の境界と「帰化不能外国人」 再建期の国民化と中国人問題」油井大三郎 = 遠藤泰生(編)『浸透するアメリカ、拒まれるアメリカ』(東京大学出版会・2003年)65-66頁。

が締結した条約を再考する動きへの支持が強くなった⁷⁸。

1880年には、合衆国と中国が締結していた条約が改定され、合衆国による中国人の移民規制が認められるようになる⁷⁹。1882年には、中国人労働者が合衆国に移民することを10年間停止することなどを規定した法律⁸⁰が定められる。

1888年には、「中国人官吏、教師、学生、商人、歓楽と好奇心を目的とする旅行者」以外の中国人の入国が禁止される⁸¹。この法律が制定されてから1ヶ月も経たずに、合衆国内に居住し、合衆国を出国した中国人労働者が、合衆国に戻り、居住することが禁止され、今まで合衆国政府が発行した入国許可証明書が無効となる旨を定めた法律⁸²が制定される。

1892年には、合衆国内に居住している中国人に対して、居住証明書を取得する義務を定めた法律⁸³が定められる。居住証明書を取得していない場合は、不法滞在となる。この場合、裁判所において、居住証明書を取得できなかった適切な理由（事故、病気など）を証明することが必要となる。同法によれば、その証明には、「最低一人以上の信頼しうる白人の証言⁸⁴」を必要とした。

1894年には、「中国人労働者がもたらす悪質かつ深刻な無秩序」を是正するために、中国から合衆国への移民を制限することを明示的に宣言した条約⁸⁵が成立する。ただし、この条約であっても、「官吏、教師、学生、商人、歓楽と好奇心を目的とする旅行者である中華帝国臣民が現

⁷⁸ Earl M.Maltz, *The Fourteenth Amendment and the Law of the Constitution* 80 (2003).

⁷⁹ Treaty of November 17, 1880, Article I, 22 Stat.826.

⁸⁰ Act of May 6, 1882, ch.126, 22 Stat.58.

⁸¹ Act of September 13, 1888, ch.1015, 25 Stat.476. ただし、中国政府による許可を取得する必要があった（§2）。

⁸² Act of October 1, 1888, ch.1064, 25 Stat.504.

⁸³ Act of May 5, 1892, ch.60, 27 Stat.25.

⁸⁴ *Id.* § 6, 27 Stat.25, 26.

⁸⁵ Treaty of December 8, 1894, 28 Stat.1210.

に享受している利益⁸⁶」には影響を及ぼさないと規定していた。

1902年には、10年間の期限立法であった1888年9月13日法を基本枠組みとして維持することが定められた⁸⁷。この時点では、「条約の義務に矛盾しない限り」として、合衆国の入国規制に対する条約上の制約が付けられていたが、わずか2年後の改正によって、条約上の制約は廃止された⁸⁸。

このように、19世紀後半に、連邦議会は、中国出身移民に対する排外的な規制を次々と設定した。中国人移民の排斥を目的とする一連の法律については、後に検討するように、判例は、絶対的権限の法理に基づいて、繰り返し、合憲判断を下している。

2. 1. 3. 出身国別割り当て制度—新移民の登場

(1)19世紀後半の一連の中国人移民の排斥を目的とする法律の制定により、中国人の流入が減少する一方、南欧、東欧からの移民は、激増するようになった。いわゆる「新移民」である。「イタリア系やスラヴ系などアルプスの向こう側からやってくる貧農たちは、北西ヨーロッパからの移民たちと比べ、はるかに農奴に近い生活をしてきた⁸⁹」。1890年代には、「西ヨーロッパの基準に従えば」「社会的に後進的であり、その外貌は異様であ⁹⁰」る南欧、東欧系移民（主にイタリア系移民）は、合衆国へ入国後も、攻撃対象となった⁹¹。

しかし、合衆国社会では、南欧系、東欧系移民に対する差別が展開さ

⁸⁶ *Id.* Art. III, 28 Stat.1210, 1211.

⁸⁷ Act of April 29, 1902, ch.641, 32 Stat.176.

⁸⁸ Act of April 27, 1904, ch.1630, §5, 33 Stat.394, 428.

⁸⁹ ジョン・ハイアム(著)/斎藤眞＝阿部齊＝古矢旬(訳)『自由の女神のもとへ移民とエスニシティ』（平凡社・1994年）61頁 [以下、ハイアム（1994年）と略記]。

⁹⁰ 同。

⁹¹ 既に19世紀末には、南欧、東欧系移民の入国を制限すべきだという主張が登場している。「読み書きテストによる移民制限の提案（1896年）」大下尚一＝有賀貞＝志邨晃佑＝平野孝(編)『史料が語るアメリカ』（有斐閣・1989年）137頁 [志邨晃佑訳]。

れたものの、未だ移民制限が実現されるほどではなかった。南欧、東欧系移民を目的とした移民規制の実現には、次に見る二つの要因が必要であった。

第一に、北ヨーロッパ出身のノルディック人種が優位しているという意識が広まることである。この代表格として、Madison Grant の指摘を挙げることができる。

Grant は、1918年に出版した著書の中で、ヨーロッパ人を、頭蓋骨の周囲を基準として、①北欧を中心とするノルディック人種、バルティック人種、②地中海人種、イベリア人種、③小アジアを経由して、ヒマラヤ、パミール高原にまで及ぶアルプス人種に類型化した⁹²。その上で、Grant は、次のように、ノルディック人種の特徴を述べる。

「ノルディック人種は、世界の中で、戦士、船員、冒険者、開拓者の人種であるが、中でも、統治者、支配者、貴族階級の人種である。この特徴は、生来的に小農であり、民主的な性質を持つアルプス人種とは対照的である。ノルディック人種は、横柄、個人主義的、独立独歩である。そして、政治システム、宗教システムの両方に個人の自由を求める。その結果として、ノルディック人種は、通常、プロテスタントである。非常に弱体化した対応物を除いて、依然として残存している騎士道精神は、特にノルディック人種の特徴である。そして、封建制、ヨーロッパ人内部の階級格差、人種的プライドは、ほとんどの場合、北部にまで遡ることができる⁹³」。

Grant は、著書の中で、ノルディック人種の優位を繰り返し説く。例えば、「純粋なノルディック人種は、…混血種、例えば、アイルランド人、古代ガリア人、アテナイ人よりも、非常に堅実であるという特徴を有している⁹⁴」という言葉や、「芸術の分野では、地中海人種は、他のヨーロッパ人種を上回っているが、文学、科学的発見では、ノルディック人種は、

⁹² Madison Grant, *The Passing of the Great Race* 19-21 (reprinted edition, 1970).

⁹³ *Id.* at 228.

⁹⁴ *Id.* at 228-229.

地中海人種を圧倒している⁹⁵」という言説である。ほかにも、宗教画において、天使や、キリストの髪の色が、ノルディック人種の特徴であるブロンドであることを挙げている⁹⁶。

このように、黒人、アジア系に対するヨーロッパ系の優位だけではなく、ヨーロッパ系の中でも、当時の合衆国の主要な構成員であるノルディック人種の優位を説く見解が当時有力になった⁹⁷。

第二に、南欧、東欧系移民規制が実現するためには、Grant が示したノルディック人種の優位意識だけではなく、「100パーセント・アメリカニズム」と呼ばれる意識が形成されることが必要であった。

ヨーロッパで第一次世界大戦が勃発してもアメリカは中立を守っていたが、1917年4月に Wilson 大統領が発したドイツを相手とする宣戦布告をきっかけとして、合衆国内では、強い愛国心—John Higham のフレーズを借りるならば、「100パーセント・アメリカニズムという新しい精神⁹⁸」—が登場する。

戦争を遂行する中で、「アメリカ人は、自分たちに同化していない何百万もの人びとが存在していることに突然気がつき⁹⁹」、例えばドイツ系アメリカ人のアメリカに対する「潜在的な不忠誠に恐れおののいた¹⁰⁰」。「いかなる種類であれ国を分裂させるような忠誠心は抑圧すべきであるという主張¹⁰¹」が登場し、100パーセント・アメリカニズムは、「かつてないほどに窮屈な国民的団結を強要した。そこでは、忠誠と社会的

⁹⁵ *Id.* at 229.

⁹⁶ *Id.* at 230.

⁹⁷ 同時期に、白人の優位を説いた論者として、Lothrop Stoddard も挙げる事ができる。Stoddard は、1921年に執筆した著書 Lothrop Stoddard, *The Rising Tide of Color* (1921) において、有色人種の勢力が増大していることに対する警戒心を表明している。なお、この著書の序文は、Madison Grant が執筆している。このような点からも、Stoddard と Grant が、同時代において、白人の人種の優位を説く論者であったことが指摘できる。

⁹⁸ ハイアム（1994年）・76頁。

⁹⁹ 同。

¹⁰⁰ 同。

¹⁰¹ 同。

コンフォーミティとは事実上同義語となった¹⁰²。このような移民制限運動に対応して、在米の各移民団体は、アメリカに同化すること（アメリカの習慣に従うこと）により、アメリカにおける安住を確保しようとしていた¹⁰³。

「戦争によってうみだされた100パーセント・アメリカニズムの衝動は、それ以前に萌芽を見せていた人種差別的態度をいちじるしく強めた。日本人排斥要求がはじめて東部世論の広い支持を得、あらゆる地方で世論と知識人の多くが、ノルディック・アメリカを南東ヨーロッパの雑種人

¹⁰² 同。合衆国における忠誠を要請する活動の一例として、ボーイスカウト活動を挙げることができる。当時、アメリカは、ボーイスカウト団員に、戦争遂行に関する政府のメッセージを掲載したパンフレットを周囲に伝達し、支援者を確保する広報活動に従事することを要請していた。ボーイスカウト団員に配布されるパンフレットには、大統領の演説やドイツ軍の活動などを掲載していた。このように、ボーイスカウト団員が愛国的な奉仕を通じて、合衆国を支援する活動に従事していた。能登路雅子「ボーイスカウトと愛国主義」有賀夏紀＝能登路雅子（編）『史料で読むアメリカ文化史4 アメリカの世紀 1920年代－1950年代』（東京大学出版会・2005年）284-296頁。

¹⁰³ この点については、廣部泉「アメリカニゼーションと「米化運動」1910年代後半カリフォルニアにおける日本人移民の矯風運動」油井大三郎＝遠藤泰生（編）『浸透するアメリカ、拒まれるアメリカ』（東京大学出版会・2003年）72頁を参照。

在米各移民団体による同化運動の一例として、在米日本人会の指導者たちによる米化運動の存在を指摘することができる。例えば、衛生不良の解決、日曜日に休むこと、飲食店などにおいて日本語の看板を撤退することなどが主張されていた（同・76-77頁）。中でも最も日本人会が力を入れていた運動が、賭博防止運動であった。賭博防止運動は、賭博を行うことによってイメージが悪化することを防ぐと同時に、多くが中国人経営であった賭博場と距離を置くことによって、合衆国内においてしばしば同一視されがちな中国人との差別化を図ることを目的としていた（同・80頁）。しかし、在米日本人指導者たちによる熱心な運動にもかかわらず、「アメリカ社会の差別に最前線ですらされていた」一般の「移民たちは、如何に米化運動を進めようとも、期待した成果は得られないと悟っていた」（同・84頁）。

なお、日系移民や二世の同化運動とその反応については、糸井輝子『外国人をめぐる社会史—近代アメリカと日本人移民—』（雄山閣・1995年）195-200頁。

の大群から守れという Madison Grant の訴えに共感を示した¹⁰⁴」。

このような背景の中で登場した移民制限運動の一つの結実点が、1917年に導入された移民に対する識字テストであった¹⁰⁵。識字テストは、南欧、東欧系移民の入国を制限することを目的として導入された（なお、識字テストの背景については、第7章も参照）¹⁰⁶。

1921年には、出身国別割り当て制度¹⁰⁷が導入される。これは、各国ごとに合衆国への移民の上限を設定する制度である。2条(a)では、1910年の人口統計にしたがって、合衆国に居住している外国人の3%を毎年の移民割り当ての上限と設定する。1910年の人口調査で、A国出身者が α 人居住していた場合、一年間のA国から移民の上限は、原則として α 人 \times 3%となる。

1924年の改正¹⁰⁸により、移民割り当ての割合を2%、基準の年を1890年に変更した。この改正は、「移民割当総数の約85パーセントを北西ヨーロッパに割り振ることとした。この計画はかくして新移民の割合を非常に低く抑えるという実際的目的を達成した¹⁰⁹」。合衆国市民の主流派にとって望ましくないエスニシティの移民を制限することが目的であった出身国別割当制度は、以前の移民制限（識字テスト）と比べて、「直接に達成しようという利点¹¹⁰」を有していた。

(2)出身国別割り当て制度の実現によって、Horace M.Kallen が提唱した「ハイフンつきのアメリカ人¹¹¹」というアメリカ合衆国市民の自己理解が優勢を占めるようになる。

¹⁰⁴ ハイアム（1994年）・76頁。なお、引用に際し、訳語を一部変更した。

¹⁰⁵ Act of February 5, 1917, ch.29, §3, 39 Stat.874, 877.

¹⁰⁶ 中野耕太郎「新移民とホワイトネス—20世紀初頭の「人種」と「カラー」—川島正樹（編）『アメリカニズムと「人種」』（名古屋大学出版会・2005年）149頁。

¹⁰⁷ Act of May 19, 1921, ch.8, §2 (a), 42 Stat.5, 5 (1921).

¹⁰⁸ Immigration Act of 1924, ch.190, §11 (a), 43 Stat.153, 159 (1924).

¹⁰⁹ ハイアム（1994年）・78頁。

¹¹⁰ 同。

¹¹¹ Horace Kallen, *A Meaning of Americanism, in Culture and Democracy* 44, 62 (reprinted ed.1970).

Kallen は、1915年に公表した論文¹¹²において、白人の同質性に支えられていた1776年の建国時から、数多くの移民を受け入れることを経て、通婚、同化が進行し、新たな「アメリカ人」という人種が成立したという「人種のつば論(the melting-pot)」を批判し、「文化多元主義(Cultural Pluralism)」¹¹³を展開する。Kallen は、アメリカ人を、一つの人種と捉えるのではなく、ドイツ系、イタリア系、ユダヤ系などの出自ごとに形成された集団に分断されていると理解するべきだと説く¹¹⁴。

もっとも、黒人がKallenの多元主義的テーゼから排除されていたことは、「不可避の事態¹¹⁵」であった。「ハイフンつきのアメリカ人」という見解はヨーロッパ系白人移民、および彼らの子孫の間で受け入れられていたに過ぎない。そして、同じくヨーロッパ系であっても、ノルディック人種の優位意識の下、制定法上も、南欧、東欧からの移民を規制していた。

2. 1. 4. 移民国籍法の制定と1965年改正

(1) Harry S. Truman 大統領は、1952年移民国籍法（通称「マッカーラン＝ウォルター法」）¹¹⁶の制定に際し、拒否権を発動し、出身国別割り当て制度批判を展開した。

まず、Truman 大統領は、1952年移民国籍法案が、合衆国建国当初から帰化法に規定されていた人種要件を撤廃したことについて、賛成する¹¹⁷。その上で、次のように述べる。

¹¹² Horace M. Kallen, *Democracy Versus the Melting-Pot*, in *Culture and Democracy* 67 (reprinted ed.1970).

¹¹³ Horace Kallen, *Culture and the Ku Klux Klan*, in *Culture and Democracy* 9, 43 (reprinted ed.1970).

¹¹⁴ Klallen, *Democracy Versus the Melting-Pot*, *supra*, at 95.

¹¹⁵ ハイアム (1994年)・208頁。

¹¹⁶ Immigration and Nationality Act, ch.477, 66 Stat 163 (1952).

¹¹⁷ 82nd Congress, 2nd Session, House Doc.No.520, in Henry Steele Commager ed., *Documents of American History* vol.2 at 594 (7th.ed., 1963). なお、帰化要件と人種の関係については、第3章を参照。

出身国別割り当て制度という「差別的政策の背後には、露骨に言えば、イギリス、アイルランド系の名前を持つアメリカ人は、イタリア、ギリシャ、ポーランド系の名前を持つアメリカ人よりも、優れた人々であり、優れた合衆国市民であるという思考がある。西欧出身者は、ルーマニア人、ユーゴスラビア人、ウクライナ人、ハンガリー人、バルト人、オーストリア人よりも、優秀な合衆国市民となると考えられている。これは、すべての人々は平等に創造されたという独立宣言にある重要な政治原理に反する¹¹⁸⁾」。

Truman 大統領による批判にも関わらず、上院では57対26、下院では278対133によって、1952年移民国籍法は、成立する。この法律は、議会内の有力者である Patrick A. McCarran 上院議員が関与していたことに加え、「すべての人にとってそれぞれに賛成できるものをいくらかずつ含んでいた¹¹⁹⁾」ことも、成立理由の一つであった。

出身国別割り当て制度を維持することによって、「同化可能な者と密接な関係を持つ出身国別集団の入国¹²⁰⁾」を数的に規制することが継続する。当時、日本が、合衆国、中国との共通の敵であったことによって、同胞意識が形成されたことに基づいて、中国出身者の排斥を定める諸法律を廃止する動きが高まったことによって¹²¹⁾、一連の中国人排斥法が1943年に廃止され¹²²⁾、中国人の入国が認められたとしても、割り当ては、わずか100人に過ぎなかった。

結局、アメリカ人となりうる白人同士においてのみ多元性が認められるという考え方は、1952年移民国籍法でも、変わらなかった。

(2)出身国別割り当て制度の廃止は、マッカーシズムが終了し、リベラル・コンセンサス—Warren Court もその一つの陣営を担っている—が形成

¹¹⁸⁾ *Id.* at 595-596.

¹¹⁹⁾ ハイアム（1994年）・85頁。

¹²⁰⁾ Note, *Immigration and Nationality*, 66 Harvard Law Review 642, 649 (1953).

¹²¹⁾ Charles Gordon, *Our Wall of Exclusion Against China*, 3 Lawyers Guild Review 7 (1943).

¹²²⁾ Act of December, 1943, ch.344, 57 Stat.600.

された1965年まで待たなければならなかった。

Lyndon B. Johnson 大統領は、「偉大なる社会」計画の一環として、1960年代に、黒人と白人の平等の実現、人種差別の解消を目的として、次々とリベラルな立法を展開していく¹²³。その一環として、人種差別的な性格を持つ出身国別割り当て制度の廃止¹²⁴が対象となる。

Johnson 大統領が改革に着手した「1965年にはすでに問題は、不公平な制度に目を向けることから、どのような制度をもってそれに代えるかという点に移った¹²⁵」と言われるほど、人種差別的な出身国別割り当て制度を改正することについて、コンセンサスが成立していた。

「すべての陣営は、法改正により30万弱という当時の移民総数を大幅に上回る移民の入国を認めてしまう結果となることは避けなければならないという点で一致していた。政府案は、出身国別割り当て制度を5年のうちに徐々に単一の査証入国制へと切り替えていくことを提案した。しかし議会は出身国別割り当て制を即刻廃止する立法を行った。しかも、議会は、アジア人に対するすべての差別を廃絶した。つまり、議会在目的としたところは、世界のあらゆる国々の平等な取り扱いであった¹²⁶」。

このように、「冷戦期の移民法分野に関する連邦議会の政策は、出身国別割り当て制度に固執せず、非常に寛容、好意的であ¹²⁷」った。Johnson 大統領は、当時の人種差別解消の波に乗り、連邦議会と協同して、出身国別割り当て制度の廃止を実現した^{128 129}。

¹²³ 概要については、M.L. ベネディクト(著)/常本照樹(訳)『アメリカ憲法史』(北海道大学図書刊行会・1994年)164-166頁を参照。

¹²⁴ Act of October 3, 1965, Pub.L.No.89-236, 79 Stat.911.1965年移民法改正は、出身国別割り当て制度の廃止だけを目的とした改正ではなく、合衆国市民、永住者の家族に対する優先的移民と、特別な技術を持つ外国人の優先的移民の実施も、主要な目的であった。

¹²⁵ ハイアム (1994年)・87頁。

¹²⁶ 同。

¹²⁷ Senate Report No.748, in United States Code Congressional and Administrative News 89th Congress-First Session 1965 vol.2, at 3331.

¹²⁸ 1965年改正に対する Johnson 大統領の見解を示す一例として、法案に署名をする際に述べた演説を紹介する。出身国別割り当て制度の下では、「新しい

その後も、移民法は何度か改正を経ているが、これは、主に、メキシコ出身者を中心とする不法移民対策である¹³⁰。本章の関心は、移民法の改正動向の検討を通じて、合衆国市民として認められる自己の範囲を明らかにすることであるため、合衆国に入国する外国人の人種を統制する役割を果たした出身国別割り当て制度が廃止される1965年法改正の内容を記述することで終える。

2. 1. 5. 人種の問題への補足—「少数派の中の少数派」としての女性 上記では、人種に基づく移民規制の歴史を概観したが、人種の問題の

移民がアメリカに来る可能性は、彼らが生まれた国籍に依存していました。わずく三ヶ国の出身者が全ての移民の70パーセントを占めることが許されていました。…彼らが南あるいは東ヨーロッパに生まれたということ、または、他の発展途上中の大陸のうちのどこかに生まれたということ、必要とされた技術と才能を持った人びとの入国が否定されてきたのです。「最初の入植者たちが未開の大陸に押し寄せたとき、彼らがどこから来たかについて尋ねる者は誰もいませんでした」（「1965年移民法署名におけるジョンソン大統領演説」古矢旬（編）『史料で読むアメリカ文化史5 アメリカ的価値観の変容 1960年代—20世紀末』（東京大学出版会・2006年）111-112頁 [石川敬史訳]）。

¹²⁹ 1965年改正は、1921年以来採用されていた人種構成を維持するための移民規制が消滅した、という限度において人種差別解消的であったと把握されるべきである。1965年改正によって、出身国別割り当て制度が廃止されたが、1965年改正は、単純に、積極的な移民受け入れ政策を採用したわけではない。1965年改正は、西半球からの移民と東半球からの移民を区別し、後者からの移民を17万人に制限した。移民規制自体は、1965年改正自身も、その後の改正も、その時々々に生じている問題に応じて、継続している。1965年改正の詳細については、安武秀岳「1965年移民法」アメリカ学会（編）『原典アメリカ史 第7巻』（岩波書店・1982年）252頁、石川敬史「原国籍割当制度の廃止—1965年移民法」古矢旬（編）『史料で読むアメリカ文化史5 アメリカ的価値観の変容 1960年代—20世紀末』（東京大学出版会・2006年）103頁、古矢旬『アメリカニズム「普遍国家」のナショナリズム』（東京大学出版会・2002年）104-110頁 [以下、古矢（2002年）と略記] を参照。

¹³⁰ 古矢（2002年）・120-127頁、村田勝幸「移民問題の浮上」アメリカ学会（編）『衰退論の登場 原典アメリカ史8』（岩波書店・2006年）174頁、大下尚一＝有賀貞＝志郎晃佑＝平野孝（編）『史料が語るアメリカ』（有斐閣・1989年）263-264頁。

延長線上として、「少数派の中の少数派¹³¹」と呼ばれる、異人種の女性に対する移民規制についても補足的に指摘する。

(1)前述した1875年法¹³²は、中国、日本、他の東洋諸国からの契約移民に対して、卑俗な、不道德な目的の業務に従事するかどうかについて領事が調査することなどを規定していた。これは、当時、合衆国に入国した中国人女性が売春を行う者が多かったこと¹³³を理由として、「不道德な目的で中国人女性を連れてくることを禁止する¹³⁴」ために制定された。すなわち、実質的な入国規制の始まりと言われる1875年法は、異人種の女性をターゲットとしていた。

Nancy F. Cottによれば、当時の合衆国では、「売春婦」と「苦力(coolie)」—契約労働者として合衆国に移民してきた中国人男性—は、アメリカ的な価値を破壊するものと捉えられていたが、「中国人売春婦は、キリスト教的単婚モデルから外れており、中国人移民の中では、苦力よりもアメリカ的価値にとって脅威だった。なぜならば、彼女たちは、アメリカの土地で異質な合衆国市民を生み出す恐怖を抱えていたからである¹³⁵」。このような考えの下、中国人女性を対象とした規制は、1882年法¹³⁶以降も継続する。

(2)入国資格を決定する際にも、女性との婚姻に関して、アメリカ的な価値が反映した規制が行われていた。

¹³¹ ロナルド・タカキ(著)/富田虎男(監訳)『多文化社会アメリカの歴史一別の鏡に映して』(明石書店・1995年)362頁。

¹³² Act of March 3, 1875, ch.141, 18 Stat.477.

¹³³ もちろん、売春行為が自発的に行われたかどうかという問題は残る。むしろ、当時の女性は騙されて合衆国に連れられ、売春に従事させられてきたことを告発する文献として、前掲・タカキ。また、アジア系移民の生活実態については、ロナルド・タカキ(著)/阿部紀子=石松久幸(訳)『もうひとつのアメリカン・ドリーム アジア系アメリカ人の挑戦』(岩波書店・1996年)参照。

¹³⁴ Hutchnson, supra at 65.

¹³⁵ Nancy F. Cott, *Public Vows — A History of Marriage and the Nation* 137-138 (2000). なお、この考え方は、United States v. Wong Kim Ark, 169 U.S.649 (1898) によって否定されている。詳細については第3章。

¹³⁶ Act of May 6, 1882, ch.126, 22 Stat.58.

例えば、1907年には、「重婚主義者、あるいは重婚を実施する信条を有すると認める者¹³⁷」に対する入国規制が導入された。これに対しては、重婚習慣を持つ国からの移民を規制するものである、とオスマン帝国が反発した¹³⁸（なお、重婚習慣を持つモルモン教の影響を弱めようとした政策については、第2部を参照。そこでもキリスト教的価値観が反映した政策が展開されている）。

ほかにも、日本人を中心とした「写真花嫁」に対する規制を挙げることができる。当時の日本では、仲人が男性（合衆国に滞在している）の写真を、女性及び女性の家族に送り、もし女性側が気に入れば、女性の写真を仲人に送り、婚姻するという習慣があった。男性は、合衆国に滞在したまま、日本法の下、正式な婚姻を締結することになる。

これは、当時の日本では珍しくなかったが、アメリカ側にとっては受け入れ難い習慣だった。例えば、合衆国内では、写真花嫁に対して、以下のようなイメージを持たれていた。「日本人夫婦は、白人よりも早く子供を産む。写真花嫁の入国は、新たな人種問題の始まりを意味する。もし放置しておけば、そのうち、黒人問題と同様に、重大かつほとんど解決出来ない問題となるだろう¹³⁹」、「一方的な合意による婚姻—当事者が太平洋を分けて離れており、単に写真を交換しただけ—は決して婚姻とは言わない¹⁴⁰」という意見である。

このような見解を背景に、写真花嫁による入国が多かったハワイでは、花嫁が到着した港にて、アメリカ式の儀式でもう一度婚姻させた、とされている¹⁴¹。

なお、写真花嫁による入国は、日本政府がアメリカ合衆国との紳士協定によって禁止したことによって解決した¹⁴²。

(3)上記に挙げた例から理解できるように、女性は、異人種であることに

¹³⁷ Act of February 20, 1907, ch.1134, § 2, 34 Stat.898, 899.

¹³⁸ Cott, *supra* at 139.

¹³⁹ *Id.* at 152-153.

¹⁴⁰ *Id.* at 153.

¹⁴¹ *Id.* at 151-152.

¹⁴² *Id.* at 154.

加え、女性であることを理由とした規制に服さなければならなかった。

なお、女性特有の問題として、合衆国市民と婚姻し、合衆国市民権を取得することによって、退去強制を免れようとする人たちの存在も指摘されている。この問題については、帰化規制の領域において扱う。

2. 2. 思想を理由とした出入国規制

以上、合衆国における特に人種を中心に、自己理解の変遷と出入国管理法制の関係を検討した。以下では、思想を理由とする出入国管理法制の変遷を検討する。

2. 2. 1. 合衆国初期—フランス革命の影響に対する防壁

上述したように、1798年には、対フランスを念頭において、大統領に対し、特定の外国人に対する退去強制命令を出す権限を授権する法律¹⁴³が制定された。この法律は、思想を理由とした出入国規制という性質を持つ。

1790年代に、フランスでは、第三身分による国民会議の発足を出発点として、平等主義を一つの理念とするフランス革命が進行していた。ヨーロッパ各国は、急進的なフランス革命に対し、警戒心を抱いていたが、それは、海を隔てた合衆国でも変わらなかった。

当時、合衆国では、Hamilton を中心とするフェデラリスツ派と Jefferson を中心とするリパブリカン派の二つの勢力が対立していた。両者は、反君主制という点では一致するが、国内の統治システムの構築のあり方、外交政策についての考え方について、対立していた¹⁴⁴。

「フェデラリスツ派は、無政府状態を恐れ、権威のことを考え、統治するために組織した権限の責任を強調していた¹⁴⁵」。「本質的に、反民主

¹⁴³ Act of June 25, 1798, ch.58, 1 Stat.570.

¹⁴⁴ Hamilton と Jefferson の共和制観の相違については、中野勝郎「共和制の時間と空間—アメリカ建国の政治思想」小川浩三(編)『複数の近代』(北海道大学図書刊行会・2000年) 119-120頁、129頁、138-139頁。

¹⁴⁵ James Morton Smith, *Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties* 10 (1956).

主義的¹⁴⁶」なフェデラリスツ派にとって、政府は、財産と才能を有するエリートによって統治されるべきであった。

他方、リバブリカン派は、「専制を恐れ、自由を強調し、権威と安全よりも、幸福を追求しようとした。彼らは、支配階級であるエリートによる指導ではなく、公衆の意見に政府が反応することを求めた¹⁴⁷」。

外交政策においても、前者は、親イギリス的であって、イギリスとの通商によって歳入を確保しようとしたのに対し、後者は、親フランス的であって、通商による歳入確保に疑問を抱いていた¹⁴⁸。

1797年にフェデラリスツ派の John Adams が合衆国 2 代目大統領に就任する。フェデラリスツ派の Adams 大統領にとって、フランスに対する共感は、「合衆国を混乱に沈め、恐怖政治を招き、政府を破壊し、宗教を根絶やし、私的財産を奪うという望みを示唆していた¹⁴⁹」。

上述したように、Adams 大統領は、1798年に、外国人に対する規制を設ける一連の立法の一環として、大統領に対して、外国人の退去強制権限を認める法律を制定した。

この法律は、思想による出入国規制を直接規定しているわけではないが、上記のような政治的背景の中で成立したことを考慮に入れると、この法律は、急進派、すなわち、エリート主義的なフェデラリスツ派の思想と合致しない人々を排除するという、思想による出入国規制という性格を有することが明らかである。

上述した Walzer の言説が示すように、移民規制や帰化規制を設けることは、自分たち（と想定する人々）の範囲を設定することである。自分たち / 他者の区別が最も先鋭化するときは、戦時において誰が味方で誰が敵なのかを判断するときであるならば、1798年法のように、特定の人々を敵性外国人と判断して排除することは、移民規制の本質として導かれる¹⁵⁰。

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.* at 11.

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Id.* at 12.

¹⁵⁰ Gregory Fehlings, *Storm on the Constitution: The First Deportation Law*, 10

なお、大統領に対して退去強制命令を出す権限を授権する法律¹⁵¹は、2年間の時限立法であったが、同時期に制定された敵性外国人に対する処遇を定める法律¹⁵²は、何度か改正はされたものの、現在でも維持されている¹⁵³。

2. 2. 2. 無政府主義、共産主義者の排除—20世紀前半の展開

(1)19世紀も、合衆国では、思想を理由とした出入国規制を実施する動きが高まる。

第一に、19世紀中盤に高揚したノウ・ナッシング運動も、カトリックに対する敵意という点においては思想を理由とした移民規制という性格を有している。しかし、上述したように、ノウ・ナッシング運動は衰退し、結局、法律には反映されていない。

第二に、上述した中国人に対する出入国規制も、中国人がキリスト教徒ではないことも、入国規制を設ける正当化理由の一つに挙げている。(2)しかし、合衆国において、思想を理由とした出入国規制として、注目すべきは、無政府主義、共産主義を支持する外国人 (subversive aliens) に対する出入国規制である。

19世紀後半の合衆国では、無政府主義に対する脅威が高まったことから¹⁵⁴、無政府主義者に対する入国規制を実施する動きが登場する。無政府主義者に対する入国規制案は、1894年改正のときに登場したが、この時点では、「無政府主義者 (anarchist)」という概念が、明確に定義されていないという理由によって、入国拒否事由として挿入されなかった¹⁵⁵。

Tulsa Journal of Comparative & International Law 63 (2002).

¹⁵¹ Act of June 25, 1798, ch.58, 1 Stat.570.

¹⁵² Act of July 6, 1798, ch.66, 1 Stat.577.

¹⁵³ 50 U.S.C.21-24.

¹⁵⁴ 19世紀末から無政府主義活動に従事した Emma Goldman について紹介した文献として、伊藤淑子「無政府主義フェミニスト—エマ・ゴールドマン『私の人生を生きる』」有賀夏紀＝能登路雅子(編)『史料で読むアメリカ文化史4 アメリカの世紀 1920年代-1950年代』(東京大学出版会・2005年) 39頁。

¹⁵⁵ Edward Prince Hutchinson, *Legislative History of American Immigration*

しかし、1901年に William McKinley 大統領が¹⁵⁶、ポーランド系移民である無政府主義者に暗殺される事件が生じたことを契機として、状況が一変する。McKinley 大統領の後継者である Theodore Roosevelt 大統領は、1901年12月3日の演説の中で、大統領の暗殺に触れ、「我々は、無政府主義原理の信奉者、無政府主義的結社の構成員を絶対的に排除する¹⁵⁶」必要性を強調した。議会は、大統領声明に強く影響を受け、法案を通過させる。

1903年改正によって、従来の入国拒否事由¹⁵⁷に加え、「無政府主義者、合衆国政府、すべての政府、すべての法体系を、実力または暴力によって転覆させることを信奉している者、または唱導する者、公職者の暗殺を信奉する者、または唱導する者¹⁵⁸」が入国拒否対象となった。その後も、「財産制度の破壊」も含むような改正や、「唱導」だけではなく、「教示」も含むような改正¹⁵⁹が行われ、徐々に要件が拡大、明確化していく。

この時期は、上述したように、合衆国が第一次世界大戦に参加する過程で、「100パーセント・アメリカニズム」が誕生し、合衆国にとって異質な存在に対する排除意識が高揚していた時代であった。上述したように、100パーセント・アメリカニズムは、敵性の合衆国国民、とりわけドイツ系アメリカ人を排除する社会意識を形成したが、それ以外にも、戦時に生じた興奮は、諜報活動について定めた法律¹⁶⁰の制定も促した。この法律によって、軍の行動を妨害する目的の報道を行うこと、合衆国に対する不忠誠を扇動すること、徴兵を妨害することが有罪となった¹⁶¹。更に、同法は、同法に反する内容の郵便を配布することを禁止し

Policy, 1798-1965 at 112-113 (1981).

¹⁵⁶ 35 Congressional Record 82, *quoted in* Edward Prince Hutchinson, *Legislative History of American Immigration Policy, 1798-1965* at 127 (1981).

¹⁵⁷ Act of March 3, 1891, ch.551, § 1, 26 Stat.1084.

¹⁵⁸ Act of March 3, 1903, ch.1012, § 2, 32 Stat.1213, 1214.

¹⁵⁹ Act of February 5, 1917, ch.29, § 3, 39 Stat.874, 875-876.; Act of October 16, 1918, ch.186, § 1, 40 Stat.1012.

¹⁶⁰ Act of June 15, 1917, ch.30, 40 Stat.217. なお、1917年にはロシア革命が成功し、社会主義国家が誕生したことも、当時の事情として付け加えておく。

¹⁶¹ *Id.* TITLE I, § 3, 40 Stat.217, 219. なお、翌年の1918年の改正によって、

た¹⁶²。合衆国政府は、前者の規定により、戦争に非協力的な世界産業労働者組合（IWW）の幹部を逮捕することに成功し、後者の規定により、アイルランド系合衆国市民、ドイツ系合衆国市民への郵便の配達を制限した¹⁶³。

1930年代には、台頭してきた共産主義、ファシズムに対する脅威¹⁶⁴から、共産主義者、ファシストに対する出入国規制を設ける法案が繰り返し提出されていたが、成立しなかった¹⁶⁵。共産主義、ファシストに対する出入国規制を設ける動きは、1939年に第二次世界大戦が勃発したことを契機として、1940年代以降、厳格化する¹⁶⁶ ¹⁶⁷。思想を理由とする出入

更に強化された。Act of May 16, 1918, ch.75, 40 Stat.553.

¹⁶² *Id.* TITLE XII, § 1-3, 40 Stat.217, 230-231.

¹⁶³ 高木八尺 = 中屋健式「1917年及び1918年の防諜法 Espionage Acts of June 15, 1917 and of May 16, 1918」アメリカ学会(編)『原典アメリカ史第5巻』(岩波書店・1972年) 354-355頁。

¹⁶⁴ 例えば、共産主義者による政府高官に対する爆弾の継続的郵送、邸宅爆破事件、メーデーの暴動など。同・355-356頁。

¹⁶⁵ Hutchinson, *supra* at 225-226,237-239,248.

¹⁶⁶ *Id.* at 251.

¹⁶⁷ 改正の詳細は以下のとおりである。

まず、1940年改正によって、違法に合衆国に入国することを援助した外国人も退去強制の対象となる（Act of June 28, 1940, ch.439, § 20, 54 Stat.670, 671-672）。さらに、1940年改正は、外国人に対して指紋を登録することも定めた（*Id.* § 31, 54 Stat.670, 673-674）。

1941年には、「合衆国の公共の安全に対して危険を与える活動に従事する目的で合衆国に入国しようとする者」に対するビザの発行の禁止を定める法律（Act of June 20, 1941, ch.209, 55 Stat.252.）と、大統領に対し、国家緊急時又は戦争時に、公衆の安全に反する者の入国または出国を禁止する権限を定める法律（Act of June 20, 1941, ch.210, § 1, 55 Stat.252, 252-253.）が制定される。

1948年には、外国人が自らの共産主義思想を秘匿していた場合に対処することを念頭において、「合衆国の公共の安全に危険を及ぼす活動に従事することを目的として合衆国に入国すると判断する理由がある者」も入国拒否事由の対象となる（Act of May 25, 1948, ch.338, 62 Stat.268, Senate Report No.1199, *in* United States Code Congressional Service 80th Congress-Second Session 1948 vol.2,at 1596-1597.）。

国規制は、1952年改正以降も、要件が明確化、拡大しつつ、継続する¹⁶⁸。

(3)このような法改正は、合衆国内において高揚した反共主義を反映している。

例えば、当時、下院に設置された非米委員会が、ハリウッドで映画産業に従事する脚本家、プロデューサー、監督、俳優など非友好的な19人を喚問し、共産黨員であるかどうかという質問を拒絶した10人に禁固刑を言い渡す事件が生じた¹⁶⁹。Truman 大統領も、1947年から1953年まで、政府内に存在している共産主義者を排除することを目的として、約475万人の連邦公務員を忠誠審査の対象としている¹⁷⁰。

同じく、1948年には、当時、ヨーロッパにおいて生じた大量の難民（例えば、ナチスによる迫害を受けた者など）を受け入れることを目的として、1948年難民法が成立する（Displaced Persons Act of 1948, ch.647, 62 Stat.1009 (1948)）。この法律によって、「合衆国、又は合衆国政府の形態と敵対的」な活動に従事している者が入国拒否事由となった（*Id.* § 13, 62 Stat.1009, 1014 (1948)）。

共産主義者に対する明示的な出入国規制は、1950年に実施される。1950年国内安全法（Internal Security Act of 1950, ch.1024, 64 Stat.987 (1950)）は、共産主義によるアメリカ的生活の破壊を防ぐことを明示的に目的として掲げた法律である。

当時の House Report は、改正前の法律の欠点を、次のように説明している。1940年法は、実力による政府の転覆を唱導した者を排除することを目的としているが、現在の共産黨員たちは、規制を回避するために、公然とした唱導を行わず、秘密裏に活動している。その結果として、共産主義的活動の取り締まりが効果的ではなくなった（House Report No.2980, in United States Code Congressional Service 81st Congress-Second Session 1950 vol.2, at 3887.）。

このような理由から、連邦議会は、1950年改正によって、共産党、全体主義を標榜する政党、組織の構成員、関係者を明示的に、入国拒否対象、退去強制対象とした（Internal Security Act of 1950, ch.1024, § § 22, 25, 64 Stat.987, 1006-1010, 1013-1015 (1950)）。

¹⁶⁸ Immigration and Nationality Act, ch.477, § 212 (a) (28), 67 Stat.163, 184 (1952).

¹⁶⁹ 山越邦夫「冷戦とヴェトナム戦争期の対抗文化」笹田直人＝堀真理子＝外岡尚美（編著）『概説アメリカ文化史』（ミネルヴァ書房・2002年）169頁。

¹⁷⁰ 岩野一郎「連邦職員忠誠審査行政命令」アメリカ学会（編）『原典アメリカ史第6巻』（岩波書店・1981年）138頁。

周知のように、1950年代前半の合衆国では、Joseph R. McCarthy 上院議員が共産主義者リストの存在を告発したことをきっかけとして、いわゆるマッカーシズムが高揚していた時期であった¹⁷¹。

合衆国における出入国規制の背景には上記のような事情が存在している¹⁷²。もっとも、既に1960年代には、上記のような取締りが功を奏し、合衆国内の共産主義はほとんど勢力を失っていたが、合衆国内では、共産主義に対する警戒意識が消滅したわけではなかった¹⁷³。ソ連が崩壊し、共産主義が事実上勢力を失った現在であっても、共産主義者、全体主義者、ナチス関係者に対する入国規制は、依然として継続している¹⁷⁴。

3. 絶対的権限の法理の生成—19世紀末の移民法に関する判例の動向

前述したように、連邦議会は、人種や思想を理由として、差別的な移民規制を実施している。これは、連邦議会が、「自分たち」の範囲をめぐる、時代状況に応じた決断を行っていることを示している。その中には、およそ現代では受け入れがたい規制も含まれる。このような差別的な立法を法理論的に正当化した原理が、「絶対的権限の法理 (plenary power doctrine)」である。

以下では、合衆国最高裁判所が、絶対的権限の法理を通して、差別的な移民規制を追認した過程を明らかにする。

¹⁷¹ 古矢旬「マッカーシズムと政党政治」アメリカ学会(編)『原典アメリカ史』(岩波書店・1981年)176頁、有賀夏紀「反共の嵐—マッカーシー旋風とローゼンバーグ裁判」有賀夏紀＝能登路雅子(編)『史料で読むアメリカ文化史4 アメリカの世紀 1920年代-1950年代』(東京大学出版会・2005年)335頁。

¹⁷² ほかに、1940年頃には、革新主義教育協会の理論指導者であった Harold Rugg の歴史教育用教科書を、第二次世界大戦参戦に備えて強化の必要があった国民的結束を破壊し、生徒に不信のプロパガンダを教え込んでいると、激しく批判する運動が高揚していた。これは、アメリカ最大の退役軍人組織であるアメリカ在郷軍人会が中心となって活動していた。詳細については、望戸愛果「国民史教育と「100パーセント・アメリカニズム」—戦間期アメリカにおける在郷軍人会と「公共の記憶」佐藤成基(編著)『ナショナリズムとトランスナショナリズム 変容する公共圏』(法政大学出版局・2009年)101頁。

¹⁷³ 詳細については、古矢(2002年)・232-242頁、247-252頁を参照。

¹⁷⁴ 8 U.S.C. § § 1182 (a) (3) (D), (E).

絶対的権限の法理とは、次のような特徴を持つ。

外国人を規制することは、国家主権に基づく連邦政府の権限であって、文字通り「絶対的、万能な (plenary)」権限として位置付けられる（主権性）。この権限は、連邦政府の権限であるので、州政府が移民を規制することは州政府にとって権限外の行為として考えられている（連邦制）。

さらに、合衆国の移民法では、外国人の法的地位に対応して、移民法に対する憲法的統制の強弱に差があると考えられる。例えば、退去強制と入国拒否では、その憲法的統制の強弱が異なると考えられてきた（外と内の区別）¹⁷⁵。

以下では、この三点について、絶対的権限の法理が成立した19世紀の判例の展開を中心に検討する。

3. 1. 主権性

(1)第一の特徴である移民規制権限の主権性を示したのは、*Chinese Exclusion Case (Chae Chan Ping v. United States)*¹⁷⁶である。この事件は、再入国許可証を有し、合衆国へ再入国しようとした *Chae Chan Ping* が、彼が国外にいるときに成立した法律¹⁷⁷により再入国許可証が無効になったとして入国拒否処分、収容処分が下された。本件は、当該法律の合憲性及び、入国拒否、収容の適法性について争われた事件である¹⁷⁸。法廷意見は次のように判示した。

¹⁷⁵ Legomsky, *supra* at 259-260.

¹⁷⁶ 130 U.S.581 (1889).

¹⁷⁷ Act of October 1, 1888, ch.1064, 25 Stat.504.

¹⁷⁸ なお、この事件の背景を概観した文献として、Gabriel J.Chin, *Chae Chang Ping and Fon Yue Ting: The Origins of Plenary Power*, in David A.Martin&Peter H.Schuck, ed., *Immigration Stories* 7 (2005) がある。Chin によれば、本件は、中国人の排斥を目的とする連邦議会の一連の法改正に反対する側の優秀な法律家による「ドリームチーム」(*Id.* at 9) によって、指揮されていた。当時の中国人に対する排外的態度の背景について検討した邦語文献としては、貴堂嘉之「未完の革命と「アメリカ人」の境界—南北戦争の戦後50年論—」川島正樹(編)『アメリカニズムと「人種」』(名古屋大学出版会・2005年) 113頁。

「Chae Chan Ping は、合衆国の市民ではない。：外国人である。合衆国政府が立法府の活動を通じて外国人を自らの領域から排除できることは、我々が議論する余地がない前提である。自らの領域に関する管轄権は、あらゆる独立国家に付随するものである。この権限は、国家の独立の一部である。もし国家が外国人を排除できなかったならば、国家は、他国の権限に服することになる¹⁷⁹」。

「我々の憲法及び統治構造では、地域的な問題のうちほとんどは地方権力によって処理されるが、外国及び他国の臣民・国民との関係では、合衆国は、独立国家が有する権限、すなわち、合衆国の絶対的な独立及び合衆国領土の治安を維持するための権限を付与されている一つの国家である。戦争を宣言する権限、条約を締結する権限、暴動を鎮圧する権限、侵略に対して抵抗する権限、外国との通商を規制する権限、共和政体を維持する権限、他国の臣民に市民権を付与する権限などは、すべて主権的権限である。そして、その権限の行使は、憲法・政策判断・すべての文明化された国家の行為を規制する正義によってのみ制約される¹⁸⁰」。

「自らの独立を維持し、外国の侵略及び侵害から防衛することは、すべての国家が持つ最も高度な義務である。これらの目的を達成するためには、ほとんどすべての考慮要素は下位に置かれる¹⁸¹」。

「外国人を排除する権限は、合衆国政府が有する主権にとって生来的なものであり、憲法によって授けられた主権的権限の一部として、国家的利益を必要とすると合衆国政府が認めたときは常に外国人を排除できる権限の行使は、葬り去られることはないし、何者にも制約されない。合衆国政府の権限は合衆国から信託されたものであり、他の部門に帰属させるのは不適切である。この権限は廃止す

¹⁷⁹ *Chinese Exclusion Case*, 130 U.S.at 603-604.

¹⁸⁰ *Id.* at 604.

¹⁸¹ *Id.* at 606.

ることも放棄することもできない。ましてやこの権限の行使は、公的利益がある場合は、私的利益によって阻害されることもありえない¹⁸²」。

法廷意見は、以上のように述べ、最終的に、「当該制定法の妥当性の問題は、合衆国裁判所における司法的決定の審査に持ち込むことができない¹⁸³」と結論を下した。連邦政府は移民を規制する万能な権限を有するという絶対的権限の法理は、この判示が根拠となる。

(2) Chinese Exclusion Case から3年後、合衆国最高裁判所は、サンフランシスコに到着した Nishimura が入国拒否の対象となる外国人であることを理由にして収容されたことに対して人身保護請求を求めた Nishimura v. United States¹⁸⁴において、Nishimura の収容は違法ではないという結論を下した。法廷意見は、Chinese Exclusion Case の趣旨を再確認しながら、次のように判示した。

「すべての主権国家が、主権に生来的なものとして、そして、自己保存 (self-preservation) にとって不可欠なものとして、自らの領域における外国人の入国を禁止する権限、あるいは、自らが適切だと判断する条件に基づいて外国人の入国を認める権限を有することは、受容された国際法の法原則である。…合衆国では、この権限は、合衆国憲法が戦時だけでなく平時も国際関係に関する十分なコントロールを委ねた連邦政府に帰属する。この権限は、政治部門が行使…する¹⁸⁵」。

「憲法及び法律上認められた連邦政府の立法部門及び行政部門の決定に反して、帰化をしていない外国人・合衆国内におけるドミサイルあるいは居所を有していない外国人・合衆国への適法な入国許

¹⁸² *Id.* at 609.

¹⁸³ *Id.* at 611.

¹⁸⁴ 142 U.S.651 (1892).

¹⁸⁵ *Id.* at 659.

可を取得していない外国人の入国を認める命令を下すことは、司法の領域には入らない¹⁸⁶」。

(3)上記の二つの判決は、絶対的権限に関する指導的先例と位置づけられている¹⁸⁷。つまり、「外国人を追放する権限は、合衆国政府の政治部門に帰属し、条約、連邦議会制定法によって規制され、その規制に従って行政府が執行する。ただし、司法部門は、条約、制定法、合衆国憲法が要求している限りでのみ介入できる権限を有する¹⁸⁸」。このように、判例は、出入国管理を含めた外国人に対する処遇を国家主権に属するものと位置づけることによって、政治部門の判断を過剰に尊重する論理を導き出している¹⁸⁹。

3. 2. 連邦の権限

絶対的権限の特徴として、第二に、連邦の権限であることが挙げられる。上述したように、合衆国建国初期は、各州が独自の移民規制を実施し、また、州による移民規制権限を承認した判決¹⁹⁰も存在していたが、南北戦争を経て、「州が奴隷の入国を規制する権限の問題が解決されたことを理由として、連邦裁判所は、徐々に、移民問題を排他的な連邦権限として承認し、外国との通商権限の中に位置づけようとした¹⁹¹」。

¹⁸⁶ *Id.* at 660.

¹⁸⁷ Gabriel J.Chin, *Segregation's Last Stronghold: Race Discrimination and the Constitutional Law of Immigration*, 46 UCLA Law Review 1, 13 (1998).

¹⁸⁸ Fok Yung Yo.United States, 185 U.S.296, 302 (1902).

¹⁸⁹ 同趣旨の見解として、Lem Moon Sing v. United States, 158 U.S.538, 543, 546-548 (1895).

¹⁹⁰ 例えば、港に到着した乗客の性状などを船長が報告しなければならないと定めたニューヨーク州法の合憲性について争われた *New York v.Miln*, 36 U.S.102 (1837) では、このような規制は、州が有するポリスパワーに属するものであって、州がこのような規制権限を有することは、説明の必要がないほどに明白である、と述べている (*Id.* at 132)。なお、このように述べる際に、Vattel を引用している。Vattel の見解の影響については、第4章及び5章を参照。

¹⁹¹ Sara H.Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty:Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign*

その結果として、州による移民規制を実施できる範囲は、狭く解釈されるようになった。それを示す事例として、*Chy Lung v. Freeman*¹⁹²を挙げることができる。この事件は、カリフォルニア州が独自に設定した移民規制（特定の外国人の場合、入国が認められるためには保釈金を支払うことなど）の合憲性が問題となった。この点につき、法廷意見は、次のように述べる。

「合衆国市民の入国や他国の臣民が我々の領域へ入国することに関する法律を制定することは、連邦議会に帰属する。州には帰属しない。連邦議会は、外国との通商を規制する権限を有する。外国との通商規制に関する責任、規制を執行する態様に関する責任は、合衆国政府に排他的に帰属する。もしそうでなければ、単一の州が、州自らの判断で、我々を他国との重大な論争に巻き込むことになるだろう¹⁹³」。

つまり、州は外国人の入国を規制する権限を有さず、外国人の入国を規制する権限は連邦議会に排他的に帰属するため、カリフォルニア州が独自の条件をつけて外国人の入国を認める法律を制定することは州の権限の範囲を逸脱しているため、違憲であると判断した。

同様の判断を下した判決として、*Hines v. Davidowitz*¹⁹⁴を挙げることができる。本件は、ペンシルヴァニア州が独自に設定した外国人登録制度について争われた。法廷意見は、*Chy Lung* 判決と同様に、州が外国人を規制できる事項が限られると判示した。その際、連邦議会が行使する権限（本件では統一的な帰化に関する規則を定める権限）の性質を正当化する際の根拠の一つとして、『ザ・フェデラリスト』の第42編を用いる¹⁹⁵。第42編において、Madison は、次のように述べている。

Affairs, 81 *Texas Law Review* 1, 106 (2002).

¹⁹² 92 U.S.275 (1876).

¹⁹³ *Id.* at 280.

¹⁹⁴ 312 U.S.52, 67-68 (1941).

¹⁹⁵ *Id.* at 73, footnote 35.

「好ましくない外国人に関する一定の規定が、各邦の法律により、市民権のみでなく居住特権とも矛盾する禁止条件をもって制定された場合、もし、このような人びとが、居住または他の理由により他邦の法律によって市民権を取得し、そのうえで、彼らの権利を奪った邦内に居住する権利と市民権とを主張すれば、どのような結果となるだろうか。法律の結果はどうであろうとも、とうてい予防することはできないような非常に危険な性質の結果が生ずるだろう。したがって、新憲法は、これらに対し、また、この点についての連合規約の欠陥から生ずる他のあらゆる事項に対し、合衆国を通じて統一的な帰化規則を制定する権限を中央政府に与えることによって、大きな妥当性を持つ規定を設けたのである¹⁹⁶」。

これは、合衆国憲法起草者たちも、外国人に関する処遇は、州ではなく、連邦が扱う事項であることを認識していたことを示している。前述したように、合衆国建国初期には、連邦ではなく、州が移民規制を行っていたが、上記の判例が確立する中で、州による移民規制は衰退する¹⁹⁷。

3. 3. 外と内の区別

(1)合衆国における移民法の特徴として、外と内の区別がある。伝統的に、アメリカ移民法では、外国人に対して合衆国への入国を認めないことを示す「入国拒否 (exclusion)」と、すでに合衆国内に存在している外国人を退去させることを意味する「退去強制 (deportation)」は性質が異

¹⁹⁶ アレグザンダ・ハミルトン＝ジョン・ジェイ＝ジェイムズ・マディソン(著) / 齋藤眞＝武則忠見(訳)『ザ・フェデラリスト』(福村出版・1991年)210頁。なお、引用に際し、訳を変更した箇所がある。

¹⁹⁷ ただし、州による移民規制を例外的に許容する判決として、事業主に対し、不法滞在外国人を故意に雇用することを禁止するカリフォルニア州法を合憲と判断した *De Canas v. Bica*, 424 U.S.351 (1976) がある。この判決について、Gordon は、「私の見解では、不法滞在外国人の規制は、排他的連邦事項である」と批判している。Charles Gordon, *Recent Developments in Judicial Review of Immigration Cases*, 15 San Diego Law Review 9, 26 (1977)

なるものだと理解されてきた¹⁹⁸。

既に見た Chinese Exclusion Case も、Nishimura 判決も、入国拒否が争われた事例である。入国拒否の事例とは異なり、退去強制命令を受けた外国人は、すでに合衆国に定住している者が多く、一般に、社会との結びつきの程度も高いため、入国拒否の事例と比べて、当該外国人にとっては生活の基盤を奪う重い処分であることが多い。このような状況を引き起こす可能性を持つ退去強制にも絶対的権限の法理が適用されるのかについて争われたのが、Fong Yue Tin v. United States¹⁹⁹である。

これは、1879年に合衆国に適法に入国し、居住していた Fong Yue Ting が、1892年法²⁰⁰によって課された居住証明申請を行わなかったことを理由に、6条に基づき、令状なしで市警察に逮捕、収容されたことの適法性について争われた事例である。

法廷意見は、「合衆国に帰化していない外国人、合衆国市民権を取得するための足場を得ていない外国人に対して、入国拒否処分や退去強制処分を行うことが出来る国家の権限には幾つかの根拠があり、そして、この権限は、外国人の入国を否定できる権限と同様、絶対的かつ無制約である²⁰¹」と述べ、入国拒否処分を下す権限を無制約なものだと描いた Chinese Exclusion Case の法理は退去強制権限にも及ぶと判断した。

さらに、法廷意見は、次のように述べる。

「中国人労働者は、在留期間の長短を問わず合衆国内に居住している全ての外国人と同様に、合衆国政府が許容した範囲内で、合衆国内に居住する資格を有し、財産的権利や行政手続及び刑事手続に関して、憲法による保障を受け、法律による保護の対象となる。しかし、彼らは、合衆国市民となる足場を獲得しておらず、帰化法の

¹⁹⁸ Thomas Alexander Aleinikoff, David A. Martin, Hiroshi Motomura, *Immigration and Citizenship Process and Policy* 189-190 (5th.ed., 2003). ただし、「deportation」には、「合衆国内にいるのか、境界線上にいるのかに関わりなく、すべての外国人を他国へ送還させること」という意味もある。

¹⁹⁹ 149 U.S.698 (1893).

²⁰⁰ Act of May 5, 1892, ch.60, 27 Stat.25.

²⁰¹ *Fong Yue Ting*, 149 U.S.at 707.

下では足場を獲得できないため、外国人のままである。したがって、連邦議会が外国人を退去強制させることが公益実現のためには必要かつ適切だと判断した場合には常に、外国人を排除できる連邦議会の権限、外国人に対して合衆国からの退去を命令できる権限に服する²⁰²」。

「1892年法6条に定める合衆国裁判所裁判官が行う手続は、固有の意味における犯罪行為に関する正式事実審理及び刑の宣告ではない。問題となった外国人が合衆国内に居住することにつき、適当かつ合法的な手段により、連邦議会が定めた条件が存在するかどうかを確かめる作業に過ぎない。退去強制命令は刑罰ではない。刑罰の一環として自国民を自国から追放させる流刑 (banishment) でもない。合衆国政府が適切な機関を通じて憲法の枠内で活動した結果定める条件に違反した外国人を、自国へ帰らせる手段に過ぎない。したがって、当該外国人は、デュープロセスによらずにその生命、自由または財産を奪われたのではない。憲法は、陪審による裁判を保障し、不合理な捜査、押収を禁止し、残虐で異常な刑罰を禁止しているが、これらの条項は適用されない²⁰³」。

法廷意見は、当該外国人を、「足場」を獲得していないと位置づけた上で、退去強制は刑罰ではないため、デュープロセスの対象ではないと判断し、Fong Yue Tin の主張を認めなかった。

(2)しかし、Fong Yue Tin 判決には、反対意見が付されていた。その一つを執筆した Brewer 裁判官は、居住外国人は合衆国へ入国しているので合衆国憲法の適用領域内にいること、したがって Fong Yue Tin は憲法による保護を受けること、退去強制は過酷な処分であることを理由にして、正式事実審理を行わずに流刑という刑罰を科す当該制定法はデュープロセスを侵害していると判断した²⁰⁴ (ただし、Brewer 反対意見

²⁰² *Id.*, at 725.

²⁰³ *Id.*, at 730.

²⁰⁴ *Id.*, at 733-744.

であっても人種に対する偏見自体は否定していない。この点については、第4章を参照）。この見解は少数意見に留まるが、Brewer 裁判官反対意見により、退去強制と入国拒否ではその憲法的統制が異なるという考え方が示された。その後、合衆国最高裁判所は、以下の二つの判決を通じて、退去強制に対する統制を認める判決を下した。

第一の事例である *Wong Wing v. United States*²⁰⁵は、次のような事案である。1892年法4条²⁰⁶は、違法に合衆国内に滞在していると判断されたすべての中国人労働者は一年を超えない期間、強制労働に服し、その後退去強制されると規定していた。これにより、強制労働命令を受けた *Wong Wing* が、この規定は陪審による正式事実審理を認めずに強制労働を命じているため違憲であると主張して、人身保護請求を求めた事件である。この点につき、法廷意見は次のように判示した。

「重労働という破廉恥罪の刑（infamous crime）を外国人に対して科す、または、外国人が所有する財産を没収することによって、外国人を排除する政策を促進することを連邦議会が適切だと判断した場合、その立法を合憲とするためには、被疑者の有罪を確定するための裁判所による正式事実審理が保障されていなければならない。人種や性質を理由として合衆国市民となることが望まれない外国人の入国を簡潔な方法によって拒否する連邦議会の権限や、もし当該外国人が既に我々の土地に独自の方法で入り込んできて、違法に滞在している場合に退去強制させる連邦議会の権限については、裁判所による制約は存在しない。しかし、合衆国内で違法な居住をしたことを理由として、破廉恥罪の刑や、自由及び財産を奪う刑罰を科すことは、有罪の基礎となる事実が、まずは裁判所による正式事実審理によって確定されていなければ、合憲性が認められない²⁰⁷」。

²⁰⁵ 163 U.S.228 (1896).

²⁰⁶ Act of May 5, 1892, ch.60, § 4, 27 Stat.25.

²⁰⁷ *Wong Wing*, 163, U.S.at 237.

法廷意見は、当該制定法によって科せられた強制労働を、「意に反する苦役 (involuntary servitude for crime)」に当たると認め、第5修正及び第6修正に違反すると述べた。この判決は、外国人に対して刑罰を科すことに対しては、合衆国憲法上の保障が及ぶという立場を示している。

第二の事例である Japanese Immigrant Case (*Yamataya v. Fisher*)²⁰⁸ は、いったん適法に入国した *Yamataya* が、貧困者であり救貧法の適法を受ける可能性が高く、入国拒否要件である「公的負担がかかる可能性が高い者²⁰⁹」に該当すると判断された結果、入国後まもなく下された退去強制命令の適否について争われた。法廷意見は、既に取り上げた先例を引用しながら、本件で争点となった法律が移民に対して必ずしも聴聞の機会を否定していないこと、当該法律がデュープロセスを含む憲法の基本原理を無視していないことを指摘し、合憲判断を下した。その際、法廷意見は、次のように判示した。

法執行を担当する機関は、「違法ではあるが、合衆国へ入国し、合衆国の権限に服し、人口の一部となった外国人を、恣意的に当該外国人の在留する権利に関わる問題について聴聞の機会を全く与えずに拘束し、退去強制する権限を有しない。デュープロセスに関わる原理が認められる場合には恣意的な権限は存在しない。これは、本件で問題となっている連邦議会制定法の合理的な解釈であり、他の解釈は存在しない。… (この解釈は) 合衆国憲法と調和する²¹⁰」。

法廷意見によれば、違法な在留であっても、既に入国し、「人口の一部となった」外国人を退去強制させようとする場合には、憲法による統制が認められる。この理解は、後に *Wong Yang Sung v. McGrath*²¹¹ に

²⁰⁸ 189 U.S.86 (1903).

²⁰⁹ Act of March 3, 1891, ch.551, § 1, 26 Stat.1084 (1891).

²¹⁰ *Japanese Immigrant Case*, 189 U.S.at 101.

²¹¹ 339 U.S.33 (1950).

において、再確認されている²¹²。

(3)判例は、Wong Wing 判決では明示的に重労働の禁止を、そして、Japanese Immigrant Case では傍論ながら退去強制手続に対するデュープロセスの保障を承認した。しかし、入国拒否の事例においては、Chinese Exclusion Case において示されたように、絶対的権限の法理を承認したままであった。

Japanese Immigrant Case において示されたように、密入国した者以外で、その存在が違法であっても合衆国内に入国している外国人は聴聞の権利を保障されるが、入国拒否の場合にはこれが適用されないという考え方は、入国という法的なフィクションを前提にしている²¹³。なぜならば、このような外国人は法的に見れば入国していない（入国許可を取得していない）ものの、物理的には合衆国内に存在しており、憲法の適用範囲にいるはずだからである。これは、移民規制の事案において、法的に合衆国内にいと想定される外国人は、合衆国内に滞在していることに伴って生じる事実が考慮されるが、合衆国の外にいと位置づけられる外国人は、考慮されないという発想である。物理的には合衆国内にいるが、法的な「入国」を実現していない外国人に対してどのような処分を行おうとも、デュープロセス上の権利を侵害することにはならないという判断は、後に言及する Knauff-Mezei 法理によって確立した。

4. 小括

本章では、合衆国において展開された移民規制を概観した上で、絶対的権限の法理が確立した時期の判決を検討した。本章において強調しておきたい点は、合衆国最高裁判所が絶対的権限の法理を確立することによって、結果的に、露骨な排外主義に基づく移民規制を承認した点である。また、裁判官の中にも、異質な移民に対する差別感情を判決文中に

²¹² *Id.* at 49-50.

²¹³ T.Alexander Aleinikoff, *Special Issue : The United States Constitution in its Third Century: Foreign Affairs: Right — Here and There: Federal Regulation of Aliens and the Constitution*, 83 *The American Society of International Law American Journal of International Law* 862, 867 (1989).

吐露する者も存在していた。

このように、19世紀後半から20世紀にかけては、政治部門と司法部門は一間接的には共同しつつ—アメリカ合衆国市民の主流派にとって望ましくない外国人に対する差別的な移民規制を承認していた。判例の思考及び理論については、第4章にて詳しく検討する。zx

Le droit constitutionnel japonais d'après-guerre et «le modèle constitutionnel français»

par Nobuhiro Okada

Professeur à l'Université de Hokkaido, Sapporo

INTRODUCTION

L'essor de la globalisation suscite de sérieux remous vis-à-vis de la Constitution japonaise ainsi que dans les réflexions actuelles sur le droit constitutionnel de notre pays. Il est à noter que ces remous n'ont pas seulement pour incidence un ébranlement «superficiel» de nature politique, tels que les problèmes de réforme politique japonaise ou «l'effondrement» du système politique en place depuis 1955, mais également un ébranlement plus fondamental se traduisant par un changement «profond» de ce que doit être le droit constitutionnel, ainsi qu'une reconsidération des théories constitutionnelles.

En effet, la prise en compte de «la situation actuelle» apparaît dans le courant de pensée du postmodernisme, courant dans lequel le droit constitutionnel doit être reconsidéré non seulement du point de vue de sa méthodologie, mais aussi par rapport au paradigme-même sur lequel il est basé. Ainsi donc, à la lumière de cette «situation actuelle»; il est loisible de s'interroger sur la signification du droit constitutionnel à la façon française (que l'on nommera par la suite «modèle français»). Comment s'inscrit-t-il par rapport à notre Constitution et par rapport au droit constitutionnel de notre pays? La recherche de réponse à ces questions constitue l'objectif

extrêmement restreint de ce rapport.

M. Nobuyoshi Ashibe écrit que «la Constitution, qui est l'objet du droit constitutionnel, est instituée sur la base de principes politiques constants depuis la période moderne, et a pour but de protéger les droits et les libertés du peuple en restreignant le pouvoir de l'État». Il relève aussi que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 désigne la raison d'être de la Constitution: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution». Il n'y a pas que M. Ashibe qui l'a compris ainsi, beaucoup de constitutionnalistes de notre pays partagent également le même point de vue. Prise dans ce sens, l'on pourrait dire que la Constitution de 1946, qui était l'objet de réflexion du droit constitutionnel japonais d'après-guerre, a été formée en convergence avec le modèle français et qu'elle en possédait le caractère et les contenus particuliers («le paradigme», selon la terminologie de M. Shigenori Matsui).

C'est le caractère de la Constitution et son paradigme, qui étaient évidents jusqu'à présent au Japon, que M. Matsui veut remettre en question. Dans le présent rapport, je présenterai les problématiques de M. Matsui selon un certain angle; par ailleurs j'essaierai d'apporter un éclairage particulier sur les rapports triangulaires et subtils entre la théorie «postmoderne» du droit constitutionnel, le modèle français, ainsi que le droit constitutionnel japonais d'après-guerre.

Dans notre pays, il existe une accumulation d'études très riches sur le droit constitutionnel français et ses théories. Par conséquent, il est naturel qu'on puisse trouver diverses images du modèle français dans cette accumulation. Nous allons d'abord présenter les arguments de M. Yoichi Higuchi, l'un des constitutionnalistes francophones les plus représentatifs, puis nous allons prendre en considération leur rapport avec ceux de M. Matsui.

I . L'IMAGE COURANTE DU MODELE FRANÇAIS AU SEIN DE LA SCIENCE CONSTITUTIONNALISTE D'APRES-GUERRE

A) La théorie de M. Higuchi et le droit constitutionnel français

Dans l'étude du droit constitutionnel d'après-guerre, M. Yoichi Higuchi posait constamment des problématiques sévères sur la situation du droit constitutionnel japonais en tenant compte des théories du droit constitutionnel français. Il relève le lien qui existe entre le droit constitutionnel japonais d'après-guerre et le modèle français de la manière suivante : «Puisque les droits de l'homme sont nés avec la Déclaration de 1789, c'est donc la France qui est le modèle d'Etat souverain qui a créé le sujet des droits de l'homme au sens propre. On n'avait pas trop conscience des origines des "droits de l'homme" ou bien de la "souveraineté", qui étaient traités comme des principes évidents dans les explications sur les constitutions modernes, ce qui en a fait des caractéristiques entièrement françaises». C'est pourquoi il dit qu'il faudrait trouver une fois un mode de pensée qui permettrait d'extraire complètement la caractéristique française de concepts tels que les «droits de l'homme» ou que la «souveraineté». Bien qu'il partage la même problématique que M. Matsui de remettre en question l'évidence des principes du droit constitutionnel, la définition qu'il donne de son paradigme comme étant principalement ou complètement français le place tout à fait à l'opposé de M. Matsui.

B) La comparaison entre le modèle rousseauiste-jacobin et le modèle tocquevillien-américain

Le point sur lequel M.Higuchi insiste dans sa discussion, c'est sur la comparaison entre le modèle rousseauiste-jacobin et le modèle tocquevillien-américain. C'est-à-dire qu'il essaye d'entrer dans la situation actuelle du droit constitutionnel en proposant deux options comme modèle pour la société individualiste, qui forme la base de la constitution moderne. On va présenter une explication de M. Higuchi sur ces deux options de modèle.

D'abord, le modèle rousseauiste-jacobin qui exclue les organisations intermédiaires, et dans lequel la loi créée par le pouvoir législatif d'Etat monopolise le système de droit. En conséquence, ici, avec une domination hégémonique des lois en tant que manifestation de la volonté générale, ce modèle débouche sur la structure du «statocentrisme» ou du «légitentrisme».

Le modèle opposé est l'image des Etats-Unis décrite par Tocqueville. Ici, les légitimités prennent appui non seulement sur le pouvoir politique (= l'Etat), mais aussi sur le pouvoir social. En outre, au sein du pouvoir de l'Etat, la fonction de création des lois par le pouvoir législatif peut admettre une ouverture sur les personnes privées en tant qu'acteurs plaignants, notamment les *lawyers* peuvent être admis à participer à l'élaboration des lois. En tout cas, le monopole du pouvoir législatif de l'Etat pour la création des lois s'effondre donc, puis la société politique pluraliste apparaît à sa place. En France, le modèle tocquevillien-américain s'est progressivement substitué au modèle rousseauiste-jacobin sous l'impact des changements des années 1970 et 1980, en particulier des changements induits par le rôle croissant du Conseil constitutionnel pour le contrôle de constitutionnalité. M. Higuchi avance pourtant qu'au Japon, il faut donner plus d'importance au modèle rousseauiste-jacobin. C'est parce qu'il pense que dans notre pays, les droits de l'homme des individus sont pour ainsi dire méconnus.

C) Quelques remarques

Ainsi, pour M. Higuchi le modèle français se situe en arrière-plan de sa compréhension du droit constitutionnel japonais, ainsi que les problématiques liées à ce sujet. C'est pourquoi par rapport à la théorie de M. Higuchi, il faut soulever au moins deux aspects. D'une part, tout d'abord, est-ce que la compréhension de la société japonaise et du droit constitutionnel par M. Higuchi est-elle exacte? D'autre part, est-ce qu'effectivement, le modèle français tel qu'esquissé par M. Higuchi reflète correctement le droit constitutionnel français?

A l'encontre de la compréhension du modèle français de M. Higuchi, M. Matsui a fait les commentaires suivants : «Même si l'on tient compte de

“l'époque moderne”, il n'y a pas de nécessité à s'attacher à l'individualisme du type rousseauiste-jacobin ; en effet «si l'on tient compte de “l'époque moderne”, l'individualisme du type tocquevillien-américain conviendrait mieux à la Constitution japonaise de 1946». M. Matsui ne donne pas de raisons en détail, mais comme il définit que le paradigme convenable pour la Constitution japonaise est le paradigme pluraliste mentionné ci-dessous, il s'ensuit logiquement et nécessairement qu'il apprécie le type tocqueville-américain comme le paradigme le plus proche.

Or, M. Hajime Yamamoto écrit à ce propos : «On peut dire que les arguments républicains de M. Higuchi, un des polémistes les plus libéraux des années 1970, allait se développer de façon éclatante par la suite». Est-ce que cette évaluation est appropriée? Il est certain qu'on ne peut pas nier que la conception de la «République» joue un rôle important dans les dernières réflexions de M. Higuchi. Par contre, tout d'abord, il faudrait se demander si cette conception de la «République» correspond à la conception «néo-romaine» ou «néo-athénienne». Je me demande si la conception de la «République» de M. Higuchi est née dans un contexte français particulier.

Puis surtout, d'après un article de M. Higuchi publiée dernièrement, «la Constitution est un outil pour le contrôle des pouvoirs publics, une forme de l'Etat. La société japonaise ne permet pas encore d'affirmer que la Constitution offre à chaque individu de s'épanouir pleinement dans l'espace libre assuré par ce cadre. Dans cette situation, notre droit constitutionnel doit être “une science de résistance” avant tout». On ne peut donc pas s'empêcher de se poser des questions contre l'évaluation de M. Yamamoto, telle qu'elle est mentionnée précédemment.

Selon M. Yamamoto, beaucoup de constitutionnalistes japonais partagent actuellement l'idée du «constitutionnalisme moderne en tant que *narratif* (en anglais :Narrative)». On ne peut prêter attention à la contestation de M. Yamamoto envers les opinions courantes qu'en se libérant soi-même de deux points de vue : «le constitutionnalisme moderne en tant que *narratif*» et l'image de la société civile française moderne en tant que *narrative*», qui séduisaient l'étude du droit constitutionnel japonais. Si l'on prend conscience,

Le droit constitutionnel japonais d'après-guerre et «le modèle constitutionnel français»

de manière objective (*sachlich*), de l'idée des droits de l'homme sur la base des «théories portant sur l'époque de la révolution française», au moins sur la structure légale de la société civile française, alors les droits de l'homme, qui sont incarnés dans la législation, existent en tant que droits envers la *res publica* =l'Etat conçu comme un composé des citoyens. Cet argument suscite maintenant l'intérêt de nos constituutionnalistes.

II . LA THEORIE CONSTITUTIONNELLE POSTMODERNE ET LE MODELE FRANÇAIS

A) La théorie constitutionnelle postmoderne

Dans notre pays, parmi les constitutionnalistes que je connais, peu remettent en question la théorie constitutionnelle à travers le regard du postmodernisme. Parmi ces auteurs, je vais reprendre ici les arguments de M. Shigenori Matsui et réfléchir à son lien avec le modèle français.

On va regarder le point de départ de la problématique ou la polémique lancée par M. Matsui. «Bien que dans d'autres pays, on note une importance croissante du mouvement de remise en cause de l'étude du droit constitutionnel à travers le postmodernisme, ce n'est que peu le cas dans notre pays». La problématique de M. Matsui apparait clairement. Il s'agit de l'idée que «les courants de pensée du postmodernisme» ont pour base la pensée contemporaine française. C'est parce que, de même que le courant postmoderniste symbolise le structuralisme par exemple, le point de vue qui relativise «l'époque moderne» existe.

A partir de là, M. Matsui soulève des questions sur les concepts d'«individualisme», de «droits de l'homme» et de «constitution», qui sont courants dans le droit constitutionnel japonais d'après-guerre. En effet, il dit que le paradigme du droit constitutionnel d'après-guerre n'est pas forcément de manière évidente ni certaine le plus convenable pour la Constitution actuelle japonaise, lorsque l'on considère les trois éléments qui le constituent : «le concept de constitution comme ordre des valeurs ou bien rang des valeurs», «le concept d'individualisme qui prend comme base de la

constitution les individus en tant qu'hommes privés, et qui sont pré-sociaux (non politiques)», et enfin, «la conception des droits de l'homme en tant que valeurs substantielles, qui considère ces droits fondamentaux comme des droits naturels ou bien des valeurs substantielles».

Alors, selon M. Matsui, qu'est-ce qui doit être substitué à ce paradigme courant? Il met en avant «le paradigme pluraliste». Tout d'abord, sous ce paradigme, l'objectif de la société ou du gouvernement, en prenant pour base des individus définis en tant qu'hommes privés, est de protéger les droits privés ou personnels, alors que l'objectif poursuivi par la Constitution, est de protéger à la fois leurs droits mais aussi le régime-même du gouvernement pluraliste. Puis, sous ce paradigme, les droits fondamentaux sont interprétés comme «des droits de participation à la politique en tant que "droits civils" qui garantissent l'établissement d'un gouvernement et la participation à des décisions gouvernementales, en vue de protéger les droits naturels, de ce fait les droits fondamentaux ne sont pas des droits naturels en eux-même». Ensuite, on donne plus d'importance à l'idée de «la liberté dans l'Etat» qu'à l'idée de «la liberté vis-à-vis de l'Etat».

Par ailleurs, la Constitution est un simple document procédural qui institue le processus et le mécanisme du gouvernement. Par conséquent, l'existence d'un système de contrôle de constitutionnalité sous une telle Constitution suppose la démocratie pluraliste, et son objectif est de supprimer de ses dysfonctionnements systématiques. M.Matsui se demande si le paradigme convenable pour la Constitution japonaise est le paradigme pluraliste dont on vient d'avoir une vue d'ensemble.

Cependant, la polémique de M.Matsui ne se limite pas là parce que, «le paradigme du pluralisme lui-même ne peut pas échapper à des critiques dans l'époque postmoderne». En effet, le paradigme pluraliste qui prend habituellement pour base «les individus pré-sociaux (non-politiques) qui existent déjà antérieurement à la société», de ce point de vue «ne peut être bien accepté dans l'époque du poststructuralisme». En conséquence, le sujet «du paradigme républicain» soulève la problématique suivante. Dans le républicanisme, l'objectif d'une communauté politique n'est pas d'assurer les

droits naturels dans les domaines privés des individus, mais de réaliser des biens communs. L'unité fondamentale de cette communauté n'est plus les individus privés, mais les citoyens politiques et actifs faisant preuve de civisme. Ainsi, ce paradigme nie l'idée individualiste pré-social (non-politique) mais donne plus d'importance à la «liberté dans l'Etat» que le paradigme pluraliste. On peut dire que la «liberté dans l'Etat» met un terme à la «liberté vis-à-vis de l'Etat». M Matsui met en conclusion que le paradigme républicain est attrayant parce qu' «il suppose des individus en tant qu'êtres sociaux et politiques, qu'il y a l'idée qu' "un homme devient homme pour la première fois après être devenu citoyen", et qu'on pourrait dire de ce genre de paradigme qu'il est convenable pour la Constitution japonaise».

B) Lien avec le modèle français

M. Matsui présente trois paradigmes du droit constitutionnel. En premier, le paradigme courant dans le droit constitutionnel japonais d'après-guerre, en deuxième, le paradigme pluraliste, et en troisième, le paradigme républicain. Quel rapport peut-on trouver entre chaque paradigme et le modèle français? Si on considère que le premier paradigme est tel que décrit précédemment dans les arguments de M.Ashibe, comme on l'a déjà fait remarquer, on ne peut pas nier que ce paradigme, ait des liens extrêmement profonds avec le modèle français parce que, sans même s'interroger sur la densité de ces liens, le droit constitutionnel français proposait plus ou moins de matières pour les paradigmes courants de notre pays.

Ensuite, quels liens trouve-t-on entre le paradigme pluraliste et le modèle français? La polémique sur la légitimité démocratique du contrôle de constitutionnalité sous ce paradigme est remarquable. M.Matsui relève ainsi que : «Si le droit constitutionnel institue le processus de gouvernement, dans ce processus, le parlement et le pouvoir judiciaire doivent avoir des rôles qui leurs sont propres. Puis, si la Constitution a instauré la souveraineté populaire et établi un système de gouvernement par la démocratie représentative, cela implique que le parlement qui est constitué des représentants du peuple doit jouer un rôle principal dans le choix de la politique de l'Etat».

Son point de vue, qui comprend la Constitution à travers le processus de gouvernement ressemble au point de vue du droit constitutionnel politique qui caractérisait le droit constitutionnel français traditionnel. Ce dernier se caractérise par la supériorité ou l'omnipotence de l'assemblée nationale pendant l'époque de la III^{ème} République française. Il est vrai que si l'on suppose que la nation forme une collectivité avec divers groupes d'intérêts, la démocratie pluraliste présente la politique comme un processus de luttes et de compromis entre ces groupes, ce qui ne correspond pas à l'idée de la théorie du droit constitutionnel influente en France, qui souligne le monisme de la souveraineté. Ne serait-il pas pertinent, en dehors de cela, de s'intéresser au lien existant au niveau de la conception des institutions?

Enfin, nous allons voir le lien qui existe entre le paradigme républicain et le modèle français. M. Matsui introduit ce paradigme à travers le mouvement de reconsidération du républicanisme américain de ces dernières années. En effet, «il y a dernièrement des opinions puissantes qui défendent l'idée que la révolution d'indépendance américaine était une révolution basée sur le républicanisme, et que de la même façon la Constitution américaine est elle-même fondée sur le républicanisme».

En lisant l'explication sur le paradigme républicain ci-dessus, beaucoup de monde pourrait se rappeler un penseur français : Rousseau. En fait, M. Matsui le cite dans le contexte du paradigme républicain. Ainsi, «selon l'idée de Rousseau, les droits de citoyen qui doivent être protégés, ce n'est pas le domaine privé hors de portée des hommes qui ont la souveraineté, mais c'est le droit pour les citoyens de pouvoir participer à la politique. En ce sens, il est suffisamment ouvert pour discuter de la théorie de la souveraineté comme d'un problème de droit politique». C'est pourquoi il faut prendre en compte les évaluations sur la théorie de Rousseau ainsi que sur le modèle français qui s'est développé en étant influencé profondément par ses théories.

C) Quelques remarques

En ce qui concerne la réflexion de M. Matsui, je tiens à soulever au final trois points d'interrogations. Premièrement, il s'agit de l'ambiguïté de la

compréhension du paradigme du droit constitutionnel de M. Matsui. D'un côté, il dit que le paradigme intellectuel du droit constitutionnel japonais d'après-guerre ne surpassait pas celui de la monarchie constitutionnelle sous la Constitution de Meiji ; d'un autre côté, il met en question l'idée d'individualisme, l'idée des droits de l'homme, et l'idée constitutionnelle. Quel lien hiérarchique existe-il entre ces deux positions? L'une est-elle apparue pour surpasser l'autre?

Deuxièmement, il est à noter que lorsque M. Matsui présente le paradigme, il cherche ses illustrations aux Etats-Unis. S'il traite le paradigme, est-ce qu'il ne valait pas mieux fixer un champ d'investigation un peu plus large? En prenant en compte la France, ses arguments de paradigme aurait pu avoir plus d'étendue et plus de profondeur.

Troisièmement, M. Matsui n'indique pas clairement le système des droits de l'homme ou de la structure du gouvernement dans ses paradigmes. En concluant là-dessus, si l'on se pose des questions soit sur la Constitution japonaise selon le paradigme de M. Matsui, soit sur ses liens avec le modèle français, aucune conclusion nette ne peut être tirée.

EN GUISE DE CONCLUSION

Comme je l'ai répété plusieurs fois, dans notre pays, il y a une accumulation riche d'études sur le droit constitutionnel français, qui de plus, se poursuit. Si cette accumulation riche tant qualitativement que quantitativement, a permis de poursuivre les descriptions des diverses images du modèle français, l'on pourrait désormais, en introduisant le facteur commun dans ces descriptions, clarifier le sens de la théorie du paradigme du droit constitutionnel présenté par M. Matsui, sa portée, ainsi que sa limite.

Pour conclure le présent rapport, j'aimerais soulever un problème qui concerne le fond de la discussion de M. Matsui. Il s'agit des questions soulevées sur le droit constitutionnel ou le droit selon le point de vue postmoderne. En ce qui concerne cette discussion, l'avis de M. Takao Tanase mérite d'être mentionné. M. Tanase décrit deux scénarios sur la conversion

de l'époque moderne à notre époque. C'est le scénario de «transformation de l'époque moderne» (stades du développement de droit) et le scénario (postmoderne) de «l'époque moderne en tant que fiction».

Tout d'abord, le scénario de transformation de l'époque moderne affirme «qu'elle existe comme le modèle général ou universel, notre époque contemporaine se lit comme une déviation ou plus précisément un processus où des choses idéales se détruisent et disparaissent». En revanche, le scénario du caractère fictif de l'époque moderne affirme que l'époque moderne «n'est pas une époque achevée et idéale comme on l'affirme souvent. Ce qui existe, ce sont nos contes sur "l'époque moderne", qui ont fait apparaître une fiction qui n'existait pas vraiment».

C'est le dernier de ces scénarios qui pourrait être important pour l'étude du droit constitutionnel. Si ce genre de compréhension est juste, le paradigme courant de notre pays, ainsi que le modèle français devraient être modifiés. En conséquence, dans les études de droit constitutionnel, il faudrait garder à l'esprit ces problématiques et aussi continuer à réétudier strictement la Constitution française et le droit constitutionnel dans votre pays. Ce qui permettra au final de reconfirmer ou de reconstruire «l'époque moderne». C'est parce que je crains que, pour notre pays, quitter "l'époque moderne" ne signifie la nier entièrement.

Références

Nobuyoshi Ashibe, *Kenpou* (Droit constitutionnel), Tokyo, Iwanami Syoten, 2007

Yoichi Higuchi, *Kindai kokumin-kokka no kenpou kouzou* (La structure constitutionnelle de l'Etat-nation moderne), Tokyo, Presses universitaires de Tokyo, 1994

Hajime Yamamoto, «Kenpouriron ni okeru jiyuu no kouzou tenkan no kanousei : kyouwasyugi kenpouriron no tame no hitotsuno oboegaki» (La possibilité du changement structural de liberté dans la théorie constitutionnelle : un essai sur une théorie constitutionnelle républicaine) (1) (2 et fin), in :Y. Hasebe et T. Nakajima (dir.), *Kenpou no riron wo motomete*

(A la recherche des théories constitutionnelles), Tokyo, Nihon-hyoron-sya, 2009 ; *Keio law journal*, No.13, 2009

Shigenori Matsui, «Kokuminsyukengenri to kenpougaku» (Le principe de souveraineté populaire et le droit constitutionnel), *Shakaihendou no nakano hou* (Le droit dans le changement social), Tokyo, Iwanami Syoten, 1993

Takao Tanase, «Houtitsuju no kindai to gendai» (L'ordre légal moderne et postmoderne), *The Sociology of Law*, No.46, 1994

Nobuhiro Okada, «France kenpou to sengokenpougaku» (Droit constitutionnel français et droit constitutionnel d'après-guerre), Y. Higuchi (dir.), *Sengokenpou kenpougaku to naigaino kankyo* (Constitution/droit constitutionnel d'après-guerre et milieux nationaux et internationaux), Tokyo, Nihon-hyoron-sya, 1995

[付 記]

本稿は、2010年3月18～20日に、フランス・リール第2大学で開催された「第9回日仏公法セミナー」(本セミナーの様態については、南野森氏(九州大学)のHP上に紹介がある。<http://spminamino.web.fc2.com/FR/sfj/9e.htm>)において筆者が報告した際に用意した報告原稿である。《La doctrine de droit constitutionnel- 憲法学説 (Kenpo Gakusetsu)》という統一テーマの下に3つの部会が組織されたが、筆者は、第3部会「Méthodologie (方法論)」の「Le rôle de la comparaison (比較の役割)」セッションで報告を行った。当初、報告原稿に手を入れて別な形で公表することを考えていたが、他の仕事と重なるなどしてそのための時間を取ることが事実上不可能となったので、報告原稿をそのままの形で公表することとした。

本稿(日本語で表記すると、「戦後憲法学とフランス的憲法モデル」)は、筆者が以前公にした拙稿(「フランス憲法」と戦後憲法学)樋口陽一編『講座憲法学 別巻 戦後憲法・憲法学と内外の環境』(日本評論社、1995年)73頁以下)を修正してまとめたものである。そこでは、日本の戦後憲法学において「フランス的憲法モデル」が果たしてきたと思われる役割とその変容について論じたが、今回の報告ではその趣旨を活かしつつ、我が国における「フランス的憲法モデル」の扱われ方の一断面をフランスの憲法研究者に紹介することに意を用いた。

日本の多くの憲法教科書がフランス1789年人権宣言第16条に言及し、そこで示されている「権利の保障が確保されておらず、権力分立が定められていない社会は、すべて憲法をもたない」という理念を近代立憲主義の典型として把握していることに見られるように、「フランス的憲法モデル」は依然としてかなりの影響力を有しているように思われる。本稿では、そうしたありようを、樋口陽一氏の議論に基づいて説明している。しかし、そうした議論には、批判も多いところである。本稿では、主に、松井茂記氏の「ポストモダンの憲法理論」の観点からの批判を取り上げ、樋口氏の議論との突き合わせを行った。

筆者は、近代立憲主義、あるいは「フランス的憲法モデル」を絶対視するものではないが、それを相対化する際には、それとの距離を適切に図るとともに、その距離を批判的議論の中で明確に示すことが必要であると考えている。そうでなければ、近代立憲主義、あるいは「フランス的憲法モデル」を全否定した議論と誤解されかねないからである。なお、こうした考え方は、部分的にはあるが、筆者が2年間にわたって担当した『公法研究』・「学界展望 憲法」欄の「憲法総論」部分（『公法研究』71号（2009年）236頁以下、72号（2010年）223頁以下）で示しているので、一読をお願いしたい。

EU の専売店契約に対する規制について

岡谷直明

I はじめに

EUでは、専売店契約（single branding）に対する規制について、判決・決定が蓄積されている。また、「一括適用除外規則（Block Exemption Regulation）」¹、「重要性の小さい協定に関する告示」²、「垂直的制限に関するガイドライン（Guidelines on Vertical Restraints）」³など専売店契約に関する規則・告示・ガイドラインが整備されている。このため、EU競争法では、専売店契約に対する規制基準が明確にされている。したがって、本稿では、EU競争法の専売店契約に対する規制について検討するものとする。

以下では、EUにおける、1）専売店制度に対する規制の概要、2）垂直的協定一般に対する規制、3）専売店制度に対する具体的規制、4）101条1項に関する主要判決・審決、を検討・整理した上で、5）結論に代えて、を述べる。

¹ Commission Regulation No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ 2010 L 102, p.1.

² Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81 (1) of the Treaty establishing the European Community ('De Minimis Notice'), OJ 2001 C 368, p.13.

³ Guidelines on Vertical Restraints, OJ 2010 C130, p.1.

II EUにおける専売店契約に対する規制の概要

1 概論

(1) 専売店契約の定義

専売店契約とは、欧州委員会の定義では、競合品の取扱い禁止義務（non-compete obligation）及びそれと同様の効果を持つ最低数量の購入義務（quantity forcing）のある契約とされる。

まず、競合品取扱い禁止義務とは、購買者を特定の供給業者の流通業者又は需要者として拘束し、当該供給業者の競争者の商品を再販売又は使用を行わない義務を課すことである。すなわち、購買業者が競合する財又はサービスの購入、再販売、使用をできないことを意味する⁴。これには当該供給業者又はその指定した第三者から需要量の80%超を購入する義務も含まれる⁵。

次に、最低数量の購入義務とは、最低購買量義務や非線形の価格設定（数量リベート等により一定量以上を購入すると販売価格を著しく低下させるなど）を通じて、かなりの程度、購買業者に特定の供給業者から集中して購入させることである⁶。

競合品の取扱い禁止義務と最低数量の購入義務を比較すると、前者の方が市場閉鎖の度合いが大きい。なぜなら、競合品取扱い禁止義務の下では購買業者はひとつのブランドしか購入することができないのに対して、最低数量の購入義務では購買業者に競合品を購入する余地が残されるからである⁷。

(2) 専売店契約の反競争的効果及び競争促進的効果

専売店契約から生じうる反競争的効果は、i) 競争相手である既存の供給業者及び潜在的供給業者への市場閉鎖、ii) 供給業者間の共謀の促進、iii) 購買業者が最終消費者に販売する小売業者である場合には店舗内のブランド間競争

⁴ Guidelines on Vertical Restraints, para.129

⁵ Bellamy & Child, European Community Law of Competition (Oxford University Press, 2008) § 6.157

⁶ Id. § 6.139

⁷ Guidelines on Vertical Restraints, para.103

が失われることである⁸。3つの制限効果すべてがブランド間競争に直接、悪影響を与える。

他方、競争促進の効果も認められている⁹。具体的には、当事者に対して、i) 一層正確かつ長期間の生産、販売を計画すること、ii) 市場の状況の変化によるリスクを限定すること、iii) 生産、在庫、マーケティングのコストを減少させること、を可能とし、商品の生産・流通を改善することが挙げられる。また、多くの場合、専売店契約は中小企業にとっては、市場に参入し、競争を刺激する唯一の方法となる。

2 根拠法規

(1) 垂直的協定に対する規制法規

EUでは、競争者間の協定である水平的協定及び取引先事業者間の協定である垂直的協定のいずれにも101条1項(旧81(1)条)が適用される¹⁰。これは、議論のあるところであったが、1966年のEtablissements Consten SA & Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission 事件(Consten and Grundig 事件)¹¹により確立された法理である。このため、EUでは、当該専売店制度が供給業者の単独行為であるか又は取引先事業者との間の共同行為¹²であるかを区別

⁸ Guidelines on Vertical Restraints, para.130

⁹ Guideline on Vertical Restraints, paras.106-109

¹⁰ 2009年12月1日のリスボン条約の発効により、欧州共同体設立条約(EC条約)が「欧州連合の機能に関する条約(the Treaty on the Functioning of the European Union)」(EU機能条約)に改められた。その結果、従来のEC条約81条、82条はそれぞれEU機能条約101条、102条となった。マーストリヒト条約(1993年11月1日発効)、アムステルダム条約(1999年5月1日発効)、今回のリスボン条約は、新たな基本条約そのものではなく、既存のEUの諸条約を大幅に改定するための条約である。

¹¹ Case 56 & 58/64, Etablissements Consten SA & Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission [1966] ECR 299 [1966] CMLR 418

欧州司法裁判所は、垂直的協定が親会社と販売代理店又は子会社との関係に類似し、102条(旧82条)のもとで規制されるべきであるので101条(旧81条)は全く適用されないという見解を採用せず、101条1項が適用されるとした。

¹² Eleanor M. Fox, *The Competition Law of the European Union in Comparative Perspective* (2009) at 207-209参照。同書では、Bayer v. Commission (Adalat),

し、後者であれば101条1項を適用する。

もっとも、101条1項に該当しても、101条3項に基づく適用除外を受ける余地がある。

根拠法規である101条を以下に記載する。

< EU 機能条約101条 >¹³

1) 101条1項

構成国間の取引に影響を及ぼすおそれがあり、かつ、共同市場内の競争の妨害、制限または歪曲を目的とするかまたは結果としておこす企業間のすべての協定、決定およびすべての協調的行為、特に次のものを含むこれらの協定、決定および協調的行為は、共同市場と両立せず、かつ、禁止される。

- (a) 購入価格、販売価格その他の取引条件の直接または間接の設定
- (b) 生産、販路、技術開発または投資の制限または統制
- (c) 市場または供給源の配分
- (d) 取引の相手方に対し、同等の給付に関して異なる条件を適用し、その結果競争上相手方に不利益となるもの
- (e) その給付の性質上または商慣習から契約の対象と関連をもたない追加の給付を行うことを相手方が受諾することを契約締結の条件とするもの

2) 101条2項

この条の規定に基づき禁止される協定または決定は、当然無効とする。

3) 101条3項

もっとも、第1項の規定は、次のいずれかの場合に適用することができない旨を宣言することができる。

- 企業間の協定またはこれと同種のもの
- 企業団体が行う決定またはこれと同種のもの
- 協調的行為またはこれと同種のもの

Case T-41/96, [2000] ECR II - 3383 及び Commission v. Volkswagen AG, Case C-74/04 P, 2006 ECR I - __ (13 July 2006), という欧州司法裁判所の規範から、他の事業者の明示又は黙示の参加若しくは少なくとも暗黙の黙認を受ける場合には、当事者の意思の合致があるとして垂直的「共同行為」ないし「協定」の存在が認定されるとする。

¹³ 岡村堯『新ヨーロッパ法』（三省堂、2010年）144-145頁参照

であって、製品の生産もしくは分配の改善または技術的もしくは経済的進歩の促進に寄与すると共に、その結果生ずる利益が消費者に公正に還元されることを確保するもの。ただし、次の場合を除く。

- (a) 前記の目的を達成するために不可欠でない制限を当該企業に課す場合
- (b) これらの企業に対し、当該製品の主要な分野について競争を排除する可能性を与える場合

(2) 市場支配的地位にある事業者の濫用行為としての規制

市場支配的事業者が専売店契約を締結し、市場閉鎖効果が生ずれば市場支配的事業者の濫用行為として102条の規制を受ける。

もっとも、本稿では、102条で規制される市場支配的事業者の濫用行為については扱わない¹⁴。

¹⁴ 市場支配的事業者が顧客との間で競合品取扱い禁止義務又は購入強制のある契約を締結することは101条1項のみならず、102条（旧82条）に違反するおそれがある。とりわけ、市場支配的事業者が顧客に対して差別的な割引・リベートを提供することは、市場を閉鎖し、より規模の小さい事業者の事業活動を困難にする行為であるとして、102条に違反するおそれがあるとされる。差別的な割引・リベートとは、すべての顧客に対して等しい条件で客観的な取引量に基づいて提供されていないものをいう。

Tetra Pak II 事件決定では、欧州委員会は略奪的又は差別的な価格をしてはならないと命じ、「カートン当りの割引は、各回の取引量のみに従って与えられるべきである」とした（Elopak Italia/Tetra Pak, [1991] OJ L72/1 [1992] 4 CMLR 55）。

Irish Sugar 事件では、欧州司法裁判所は価格政策に関する EU 競争法のアプローチについて以下のように要約した。「価格政策が濫用的かどうかを決定するに当たり、すべての状況、とりわけ割引の供与を規律する基準とルールを考慮し、正当化する経済的サービスに基づかない利点を与えることで、割引が供給先を選択する購買者の自由を除去又は制限し、競争者が市場にアクセスすることを妨害し、他の取引相手との同等の取引に異なる取引条件を適用し、あるいは競争を歪めることで支配的地位を強化する傾向にあるのか否かを調査する必要がある。競争の歪曲は市場支配的地位にある事業者が与える金銭的利点がそれを正当化する経済的考察に基づかず、支配的事業者の顧客が競争者から供給を得ることを防止する傾向があるということから生ずる。従って、状況のひとつは問題となる行為が競争者の排除を目的とした市場支配的事業者の計画

Ⅲ 垂直的協定一般に対する規制

1 垂直的協定一般に対する違法性判断基準

(1) 審査の枠組み

欧州委員会競争総局（以下、「欧州委員会」とする）は、垂直的協定が101条1項に違反するか否かについて以下のように検討する。

まず、1) 関連市場（関連製品市場及び関連地理的市場）を画定¹⁵する。欧州委員会が関連市場を画定する場合の基準、証拠の認定方法については、1997年の「共同体競争法のための関連市場画定に関する欧州委員会告示」に示されている¹⁶。

次に、2) 供給業者、購買業者という当事者両方の市場シェアが関連市場の

において生じているという事実と一致する」(Case T-228/97, Irish Sugar plc v. Commission, [1999] 5 CMLR 1300, at para. 114)

両事件では、割引・リベートの違法性は、①割引の経済的正当性の存否、②顧客に対する無差別な適用か否か、③競争者を排除する効果があるか否か、により判断されるとしている。

その他、Hoffman La Roche 事件では、市場支配的事業者が忠誠リベートで誘引する排他的購入契約が102条違反とされた (Case 85/76, Hoffmann-La Roche v. Commission, [1979] ECR 461 [1979] 3 CMLR 211)。

Michelin 事件では、市場支配的事業者が販売業者に対して販売目標と結びついたリベート (target discounts) を提供したことが初めて検討され、102条違反行為とされた (Case 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission, [1983] ECR 3461 [1985] 1 CMLR 282)。

この事件では、i) 販売業者に前年実績以上の購入を求めたこと、ii) 販売業者ごとに異なる目標を設定したこと、iii) 1年という長期間であること、iv) 透明性に欠けること、が問題とされた。

¹⁵ Guidelines on Vertical Restraints, para.88. 関連製品市場は、商品特性、価格、用途から購買業者にとって代替可能な財又は役務により構成される。関連地理的市場は、当事者が需給に関与しており、競争状態が十分に均一であり、競争条件が知覚しうる程度に他の地域と異なることから周辺の地理的地域とは区別されうる地域により構成される。

¹⁶ Commission Notice on definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. OJ C 372, 9.12.1997, p. 5.

15%を超えない（de minimis 原則）¹⁷、又は ii）零細・中小企業間の垂直的協定である¹⁸、場合などには101条1項の範囲外とする。

第3に、上記2）に当たらなくても、3）当事者両方の市場シェアが30%以下、かつ契約期間5年以下という一括適用除外規則（Block Exemption Regulation）¹⁹のセーフハーバー基準を充たせば、101条1項に違反するか否かの実質的審査をしない。

第4に、上記2）、3）のいずれにも当たらないのであれば、4）当該垂直的協定が101条1項に違反するか否かの実質的審査をする。

最後に、実質的審査の結果として当該垂直的協定が101条1項に違反する場合には、5）101条3項に基づく個別適用除外の適用の可否を検討する。

以下、関連する規則・告示・ガイドラインについて個別に説明する。

（1）重要性の小さい協定に関する告示（2001年）²⁰

2001年に改正された「重要性の小さい協定に関する告示」では、取引先事業者間の垂直的協定の場合には、供給業者、購買業者といういずれかの当事者の市場シェアが関連市場の15%という入口の基準以下であれば、当事者の行為が知覚しうる程度に競争を制限するとはいえないとして、101条1項の対象外とする。他方、競争業者間の水平的協定の場合には、当事者の市場シェアが10%という入口の基準以下であれば、101条1項の対象外とする。ある協定が垂直又は水平のいずれかを区別できない場合には、水平的協定の10%超の基準が適用される。このように当事者の市場シェアが入口の基準よりも低ければ101条1項の対象外とすることを de minimis 原則という。

しかし、欧州委員会は、関連市場において類似の垂直的取引制限が並行的ネットワークとして行われている場合には、各当事者の市場シェア15%以下という

¹⁷ Guidelines on Vertical Restraints, para.9

¹⁸ Guidelines on Vertical Restraints, para.11. 零細中小企業の定義は、the Annex to Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises で示されている。

¹⁹ Commission Regulation No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices. OJ 2010 L 102, p.1.

²⁰ 前掲注2 参照

垂直的協定一般の入口の基準とは異なる基準を用いる。この場合には、まず、類似の協定の並行的ネットワークによる累積的市場閉鎖効果の有無を検討する。加えて、類似の協定の並行的ネットワークをしている事業者の市場シェア合計が30%以下であれば、累積的市場閉鎖効果はありそうもないとする。他方、累積的市場閉鎖効果が認められる場合には、第2段階として、個別の供給業者又は購買業者がそれに知覚しうる寄与をしているか否かを検討する。その結果、個別の供給業者又は購買業者の市場シェアが5%以下であれば、累積的市場閉鎖効果に知覚しうる寄与をしているとはみなさず、101条1項の対象外とする。

なお、当事者の市場シェアが入口の基準を超えると直ちに違法となるのではないことを注意すべきである。欧州司法裁判所（現上級裁判所）は、European Night Service 事件²¹において、「最低基準に到達し、かつそれを越えたという事実のみでは、ある協定が101条1項に違反すると確実に結論付けることはできない」と判示し、市場シェアが上記の入口の基準を超える協定も必ずしも知覚しうる程度に競争を制限するわけではないとして実質的審査を経たから違法性を判断するとしている。

（2）一括適用除外規則（2010年）²²

²¹ Case T-374, 375, 384 & 388/94, *European Night Service v. Commission* [1998] ECR II-3141 [1998] 5 CMLR 718, para.102

European Night Service (ENS) 社は、英国、ドイツ、オランダ、フランスの4カ国の鉄道会社の合弁会社であり、旅客鉄道輸送サービスを事業としている。その市場シェアは、いくつかの旅行ルートでは5%という de minimis 原則の市場シェア基準をわずかに上回っていた。例えば、ロンドン—アムステルダムルートでは7%、ロンドン—フランクフルト／ドルトムントルートでは6%の市場シェアであった。しかし、第一審裁判所は「重要性の小さい協定に関する告示」に従い、当事者の市場シェアが5%に達するときには、当該協定に101条1項（旧81条1項）が適用されるとする欧州委員会の主張を退けた。そして、de minimis 原則を充たさないことが直ちに違法につながるものではなく、様々な関連市場における ENS 社の市場シェアおよび結果的に関係する鉄道会社の ENS 協定が加盟国間の通商に知覚しうる効果を及ぼすかについて裁判所が決定するに足りるだけの主張をしていないとして欧州委員会の決定を取り消した。

²² 前掲注1参照

従来の規則2790 / 99の期限が2010年5月31日に修了し、同年6月1日から新規則330 / 2010に移行している²³。その主たる内容は以下の通りである。

1) ハードコア制限 (4条)

まず、同規則4条(a)～(e)は、再販売価格維持行為、厳格な地域制限などのハードコア制限を定め、これを含む垂直的協定には一括適用除外規則の適用外とする。もっとも、専売店契約はハードコア制限に含まれず、4条とは無関係である。

2) 競合品取扱い禁止義務 (5条)

同規則5条は、次の義務を含む協定に一括適用除外の適用がないとする。競合品取扱い禁止義務は専売店契約を構成する。詳細については14項以下で述べる。

(a) 競合品取扱い禁止義務があり、その期間が無限ないし5年以上の場合。

5年を超えたときに黙示的に更新される場合には契約期間が無限であるとみなされる。

ただし、当該財・サービスが供給業者の所有する又は購買業者と無関係な第三者から供給業者が賃借した施設・土地において購買業者により販売され、競合品取扱い禁止義務が購買業者の施設・土地の占有期間を超えない場合には5年という期間制限は適用されない。

(b) 契約期間終了後も購買業者に製造、購買、販売、再販売を禁止する義務がある場合。

ただし、次の4要件すべてを充たせば一括適用除外を受ける。

- i) その義務が契約した財・サービスと関係すること
- ii) その義務が購買業者の契約期間中に営業している施設・土地に限られること
- iii) その義務が供給業者から購買業者に移転されたノウハウを保護するのに不可欠であること
- iv) 義務の期間が契約終了後1年間以内に限定されること

(c) 選択的流通制度の構成員に特定の競争供給業者のブランドを販売させな

²³ 松下満雄「米欧における垂直的制限規制の動向－再販規制を中心に－」(公正取引712号11頁参照)

い義務

3) 累積的市場閉鎖効果(6条)

累積的市場閉鎖効果は専売店契約の違法性を判断するに当たり重要な考慮要素であるので、詳細については15項以下で述べる。

類似の垂直的制限の並行的ネットワークが関連市場の50%超であれば、一括適用除外規則が適用されない。

(3) 垂直的制限に関するガイドライン(2010年)²⁴

2000年に公表された垂直的制限に関するガイドラインは、2010年5月19日に改訂された。施行は同年6月1日からであり、1年間の経過期間が設けられている。

このガイドラインは、101条1項、101条3項に該当するか否かの判断基準を以下のように示している。

1) 101条1項該当性の基準

同ガイドラインは、ある垂直的協定が i) 市場シェア30%超という入口の基準を充たす、あるいは ii) 市場シェアが30%以下であっても累積的市場閉鎖効果が生じる、若しくは競合品取扱い禁止義務があるなどの理由から de minimis 原則ないし一括適用除外規則の適用を受けない場合には、欧州委員会は9つの考慮要素に基づいて当該垂直的協定が競争を知覚しうる程度に制限し、101条1項に違反するか否かの実質的審査を行うとする。

各考慮要素の審査内容は次の通りである。

①協定の性質

協定に含まれる制限、制限の期間(契約期間など)、当該協定の影響を受ける売上高の割合などの視点から協定の性質を分析する。

②当事者の市場における地位

当事者の市場における地位は、供給業者、若しくは購買業者又はその両方

²⁴ 前掲注3参照

が保有する市場支配力の指標となる。市場シェアが高いほど市場支配力が大きくなる。これは、特に、当事者の市場シェアが競争者に対するコスト上の優位性又は他の競争上の優位性を反映する場合に当てはまる。

③競争者の市場における地位

競争者の市場における地位は競争者のシェアなどから評価される。競争者が強力で、その数が多いほど当事者が個別に市場支配力を行使し、市場を閉鎖するリスクが小さくなる。

また、競争者が有効かつ時宜に適った対抗策を実施できるか否かも検討すべきである。

しかし、競争者の数が少なく、かつ市場における地位（規模、コスト、R&D能力など）が類似している市場構造であれば、共謀のリスクが増す。

④再購買業者の市場における地位（再購買業者の対抗力）

当事者から対象商品を購入する顧客、すなわち再購買業者の市場における地位の一番の指標は、対象商品を購入する市場における再購買業者の市場シェアである。

その他の指標は対象商品を再販売する市場における再購買業者の地位である。これは販売拠点の地理的範囲、プライベートブランドの有無や最終消費者の間でのブランドイメージの強さにより評価される。

特定の状況下では、再購買業者の購買力は対抗力として機能し、当事者の市場支配力の行使を防止する。

⑤参入障壁

参入障壁があれば、既存事業者は新規参入をもたらすことなく競争水準以上に価格を引き上げることが可能になる。参入障壁はサンクコストの大きさによって決められる。

しかし、市場支配力の行使を妨げる又は減退させる有効な参入が1、2年以内に生じるのであれば概して参入障壁は低いとされる。

⑥市場の成熟度

成熟市場とは、相当期間存続した市場であり、使用される技術が陳腐化し、

変化に乏しく、大きなブランド革新がなく、需要が比較的安定又は減少している市場である。

成熟市場では、反競争の効果はダイナミックな市場より大きい。

⑦取引段階

取引段階における反競争の効果は、中間財又は最終財のいずれかという財の性質によっても異なる。

最終財の供給業者（小売業者等）に対する市場閉鎖は中間財の購買業者（卸売業者等）への市場閉鎖よりも反競争の効果が大きい。

なぜなら、中間財の購買業者は、通常、十分な情報のあるプロの顧客であって、商品の品質を自ら評価できるので、取引先の選択において相手方のブランドやイメージへの依存が小さく、価格、品質に優れた供給業者が現れば、そちらに取引先を変更するから市場閉鎖性が低いのである。

⑧商品の性質

反競争の効果を評価するには、i) 商品が同質又は不均一か、ii) 顧客の予算の大部分を占める高価品又はそこまで高価でない価格品か、iii) 1回限りの購入又は繰り返し購入されるものか、が重要である。特に、最終財において重要である。

一般に、商品が不均一、高価品でなく、かつ1回限りの購入に近いほど垂直的制限は反競争の効果を生じうる。

こうした商品では、顧客のブランドへのロイヤリティが強く、価格、品質などの客観的指標に応じて顧客が取引先を変更することが少なく、既存の取引関係が固定化しやすく市場閉鎖性が高いためと考えられる。

⑨その他

特定の垂直的協定の評価に当たり、これまで述べてきた要素以外を考慮しなければならない場合がある。そのひとつが累積的市場閉鎖効果である。すなわち、市場において他の供給業者により類似の垂直的協定が行われている程度である。

2) 101条3項に基づく個別適用除外

101条1項に違反するとしても101条3項に基づく個別適用除外の適用の可否が審査される。2003年の規則1号の制定により、従来のように事業者が欧州委員会に対して個別適用免除の申請をする制度は廃止された²⁵。しかし、101条3項の適用を主張する当事者はその要件を充たすことの証明責任を負う。

3) まとめ

これまで述べてきたことを整理すると次の通りになる。

- | | |
|--------------------|---|
| ア) 市場シェア15%以下 | ハードコア制限（「重要性の小さい協定に関する告示」のポイント11参照。その内容は一括適用除外規則4条と同じ）を含まなければde minimis原則により101条1項の範囲外となる。もともと、並行して行為が行われて累積的市場閉鎖効果が認められる場合には、当事者の市場シェア5%が入口の基準とされる |
| イ) 市場シェア15%超～30%以下 | 一括適用除外規則に基づき、ハードコア制限（4条）、競合品取扱い禁止義務（5条）、累積的市場閉鎖効果（6条）がなければ一括適用除外とされる |
| ウ) 市場シェア30%超 | 一括適用除外規則の適用外とされる |
- *なお、当事者の市場シェアが40%超であれば当事者は支配的事業者となる可能性があると考えられる。さらに、当事者の市場シェア50%超であれば支配的事業者と推定される

IV 専売店契約に対する規制

²⁵ 規則1号（Reg1/2003）43条。Council Regulation (EC) No.1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rule on competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty. OJ 2003 L 1, p.1. 前掲岡村171頁注（5）参照

(1) 概要

専売店契約については、前述した「Ⅲ 垂直的協定一般に対する規制」で示した違法性判断基準に基づき違法性が判断される。もっとも、「垂直的制限に関するガイドライン」では、専売店契約について項目（paragraph 129～150）を設け、垂直的協定一般よりも詳細な違法性判断基準を示している。

したがって、以下では、垂直的制限に関するガイドラインにおける専売店契約に対する違法性判断基準について述べる。

(2) 101条1項該当性の実質的審査基準

垂直的制限に関するガイドラインでは、専売店契約の101条1項該当性について、9つの考慮要素ごとに次のような検討を行う。

1) 検討事項

①協定の性質

専売店契約では、英国条項（English Clause）の有無が重要な問題となる。英国条項とは、購買業者に他の供給業者、すなわち競争業者からの一層有利な申し出を報告させ、取引先供給業者がその申し出に応じることができなければ競争業者の申し出を受けることを認めるというものである。この条項に基づき、購買業者から既存の供給業者に対してどの競争業者が有利な申し出をしたかを報告させ、その申し出に合致するように既存の供給業者が取引条件を変更する場合には、競合品取扱い禁止義務と同じく、自動的に競争業者を排除する効果が生じる。

また、英国条項は購買業者を介して情報交換を行う結果、供給業者間の共謀を容易にしうる。

②当事者の市場における地位

専売店契約では、供給業者の市場における地位は専売店契約の反競争的効果を評価する上できわめて重要な考慮要素である。

特定供給業者の専売店契約が、その専売店契約がなければ、新規参入者や顧客の需要すべてを供給する能力のない競争業者によって働いていたはずの重要な競争上の牽制力を消滅させる場合には、反競争的効果があると評価される。

たとえば、当該供給業者のブランドが最終需要者の多くによって選択され

る必須の品揃え商品（must stock item）であるか、又は他の供給業者に能力上の制約があつて、当該供給業者のみが必要の一部を供給できる場合（例えば、Van den Bergh Foods v. Commission 事件では当該供給業者の品揃えの豊富さが市場閉鎖効果に寄与すると評価された）には、当該供給業者が市場における需要の少なくとも一部について不可欠な取引相手となる。その結果、競争者は個別の購買業者の全需要ではなく、その一部についてしか競争できないことになる。

③競争者の市場における地位

専売店契約では、供給業者の市場支配力を評価する場合において、競争業者の市場における地位が重要となる。特に、競争業者も類似の専売店契約を行い、累積的市場閉鎖効果が生じていれば、個別の事業者に対しては一括適用除外規則が適用される場合でも、その撤回が必要となる。もっとも、特定事業者が市場シェア5%未満しか拘束していない（「当該事業者の市場シェア」×「その事業者が専売店契約経路で販売する割合」により算定）場合には、一般に累積的閉鎖効果に重大な寄与をしてはいえず、一括適用除外を撤回する対象とはならない。

さらに、最大企業の市場シェアが30%以下かつ上位5社の合計シェアが50%以下であれば、単独でも、累積的にでも市場閉鎖効果は生じる可能性は低い。この場合には、潜在的参加者が利益を得て市場に参加できない場合でも、専売店契約による市場閉鎖効果が原因ではなく、それ以外の消費者選好などの理由によるものとされる。

④再購買業者の市場における地位（再購買業者による対抗力）

購買力を有する再購買業者は、当事者がその競争業者から再購買業者に対する財・役務の供給を絶つことを容易には認めない。そこで、その購買力による対抗力の有無を検討する。

⑤参入障壁

参入障壁は反競争的市場閉鎖の有無を判断するのに重要である。競争業者が自社製品の新たな購買業者を創出するか、代替的購買業者を捜すのが比較的容易であれば、市場閉鎖が現実の問題とはなりにくい。しかし、製造およ

び流通の両段階で参入障壁が生じることが多い。

⑥市場の成熟度については、特に記述がなく、垂直的協定一般と同じ検討をする。

⑦取引段階及び⑧商品の性質

専売店契約では、市場閉鎖が生じやすいのは、小売段階の最終財とされる。

i) 事業者が顧客となる中間財とは異なり、最終財では供給業者と一般消費者である顧客との間に情報の非対称性があること、ii) 小売段階では、独立系の卸売業者を利用できない場合にその供給業者の製品向けのみ小売網を構築するのは多大な参入コストを要するからである。

i) 中間財

中間財の場合には市場閉鎖が生じにくい。市場の50%未満が拘束（当該事業者の市場シェア×専売店契約経路で販売される割合から算定）されるにすぎない場合には、累積的市場閉鎖効果は生じる可能性が低い。

ii) 卸売段階の最終財

卸売段階の最終財の場合、競争上の問題が生じるか否かは卸売業の種類及び卸売段階の参入障壁による。競合する製造業者が自身の卸売機能を容易に設立できれば、閉鎖のリスクは小さい。参入障壁が低いかな否かは卸売業の種類にもより、特定の商品（例えばアイスクリーム）のみを扱うことが効率的であるか、又は商品範囲全体（例えば冷凍食品）を扱うことが効率的であるかによる。後者の場合には、ひとつの商品のみを販売する製造業者が自身の卸売機能を設立することは効率的ではない。この場合には反競争的効果が生じやすい。

また、複数の供給業者が利用可能な卸売業者のほとんどを拘束する場合、累積的効果による市場閉鎖が生じうる。

iii) 小売段階の最終財

最終財の場合、市場閉鎖は小売段階で生じやすい。自身の製品向けの

みに小売網を構築することはほとんどの製造業者にとって多大なコストを要し、重大な参入障壁となるからである。

また、専売店契約が店舗内のブランド競争を減じることにつながるのは小売段階である。

このため、小売段階の最終財では、市場支配的地位にない供給業者が単独で30%以上を拘束した場合、その他の要素次第では重大な市場閉鎖効果が生じうる。さらに、市場支配的事業者の場合、30%よりも小さい市場シェアの拘束でも重大な市場閉鎖効果が生じうる。

他方、すべての事業者の市場シェアが30%以下である場合には、拘束された市場シェア合計が40%未満であれば、累積的閉鎖効果は生じる可能性が低く、したがって一括適用除外の撤回も生じにくい。ただし、この数字は、競争者の数、参入障壁などの他の要素を考慮した場合には一層高くなりうる。

すべての事業者が一括適用除外の入口の基準シェア30%以下を充たさない(つまり、市場シェア30%超の事業者が少なくとも1社は存在する)ものの、市場支配的事業者も存在しない場合には、拘束された市場シェア合計が30%以下であれば累積的閉鎖効果は生じる可能性が低い。

⑨その他

その他の考慮要素として、供給業者の所有又は供給業者から貸与された施設における購買業者の営業²⁶を正当化事由として挙げている。

<供給業者の所有又は供給業者から貸与された施設における購買業者の営業>

供給業者自身が所有する、又は購買業者と関係のない第三者から供給業者が賃借した施設・土地において購買業者が営業している場合には、供給業者の投資コスト回収の必要性が認められるので、欧州委員会が潜在的な市場閉鎖効果に対して有効な是正措置を課す可能性は限定される。この場合、供給業者が市場支配的地位になければ、欧州委員会による介入の可能性は一層低い。

2) 重要な考慮要素－市場シェア及び契約期間

²⁶ Guidelines on Vertical Restraints para.142

9つの考慮要素の中でも、①協定の性質として検討される契約期間の長さ
と②当事者の市場における地位が極めて重要である²⁷。

なぜなら、市場閉鎖効果の程度は、この2つの項目によりほぼ決まるから
である。

まず、供給業者及び購買業者の市場シェアがいずれも30%を超えず、かつ
契約期間が5年以下であれば一括適用除外規則の適用を受ける。

詳しくは、以下の通りになる。

- i) 非支配的事業者が締結する1年より短い専売店契約は、通常、知覚し
うる反競争的效果を生じない
- ii) 非支配的事業者が締結する1～5年間の専売店契約は、通常、競争促
進的效果と反競争的效果との適切なバランスを要する
- iii) 非支配的事業者が締結する5年を超える専売店契約は、多くの場合に
は当事者が主張する効率性達成のために必要とは考えられないか、又は
達成される効率が市場閉鎖効果を上回るには十分ではないとされる
- iv) 市場支配的事業者が締結する専売店契約は反競争的效果を生じさせや
すい

もっとも、個々の事業者が一括適用除外規則の適用を受けるとしても、市
場全体で相当程度の累積的市場閉鎖効果が生じていれば一括適用除外は撤回
される。ただし、特定の事業者の専売店契約が市場シェアの5%未満を拘束
するにすぎないのであれば、一般に市場閉鎖効果に重大な寄与をしていると
はいえず、その事業者の専売店契約は撤回の対象とはならない。

(3) 101条3項に基づく個別適用除外の該当性

垂直的制限に関するガイドラインは、当該専売店契約に知覚しうる反競争的
効果があり、101条1項に該当すれば、101条3項の個別適用除外の適用を検討
する。

この点において、i) 供給業者間のフリーライド、ii) ホールドアップ
(hold-up)、iii) 資本市場の不完全性、が正当化事由として考慮される。

なお、供給業者間のフリーライドとは、供給業者が購買業者の施設での販売

²⁷ Guidelines on Vertical Restraints para.133

促進に投資すると競争業者の顧客も誘引することである。ホールドアップとは、顧客に特化した投資を要し、その投資は契約が終了すると他の顧客向けに転用できず、重大な損失を出して売却するしかないことをいう。資本市場の不完全性とは、借り手の返済能力についての情報の不完全性の解消や返済を確保するために適当な手段がないことをいう。

これらの問題の解決には、最低数量の購入義務の方が競合品取扱い禁止義務よりも市場閉鎖性の少ない代替肢となる。

しかし、ノウハウ移転の関係するホールドアップ問題については、競合品取扱い禁止義務が唯一の解決策となりうる。

a) ノウハウ移転が関係しないホールドアップ問題

供給業者が取引関係に特化した投資をする場合には、その投資の減価償却期間中の競合品取り扱い義務又は最低数量の購入義務義務は一般に101条3項の要件を充たす。取引関係に特化した投資とは、たとえば、特定の購買業者向けの部品の生産のみに使える設備を供給業者が設置又は採用することを指す。

高度に取引関係に特化した投資であれば、5年超の競合品取り扱い禁止義務も正当化されうる。

供給業者が生産能力拡大への一般的又は市場に特化した投資をすることは、通常、取引関係に特化した投資とはならない。

しかし、供給業者が特定の購買業者の事業に特別に結びついた新しい生産設備を創出し、かつ特定の購買業者向けに生産している場合にのみこの新しい生産設備が経済的に存立可能であれば、取引関係に特化した投資と考えられる。たとえば、製缶会社が食品会社の缶詰工場の敷地上又はこれに隣接して缶の生産設備を新たに創出する場合がこれに当たる。

b) ノウハウ移転が関係するホールドアップ問題

ノウハウ移転は常に供給契約期間中の競合品取扱い禁止義務を正当化する。たとえば、フランチャイズ契約が該当する。

c) 資本市場の不完全性

供給業者が購買業者に融資する又は取引関係に特化していない設備を与える場合には、通常、供給業者のサンクコストが大きいとはいえ、市場にお

ける反競争的閉鎖効果を正当化するのに十分ではない。

資本市場の不完全性がある場合には、購買業者に融資をするのは銀行よりも取引関係のある商品の供給業者が行う方が一層効率的である。なぜなら、こうした供給業者は購買業者の信用状態を銀行以上によく把握しているからである。

しかし、反競争的閉鎖効果の正当化事由として十分ではないから、融資は可能な限り制限的でない方法で行われるべきとされる。このため、購買業者は、原則として、何時でも、ペナルティなしで競合品取扱い禁止などの義務を解除し、かつ、未払いの融資分を返済することを妨げられるべきではない。

(4) 垂直的制限に関するガイドラインに示された例示²⁸

垂直的制限に関するガイドラインは、専売店契約、選択的流通制度などの行為類型ごとに例示となる事案を挙げ、それに対する欧州委員会の分析を紹介している。これは、ガイドラインに示された欧州委員会の判断基準を事例にあてはめたものとして、理解を促進するものである。ガイドラインでは競合品取扱い禁止義務、最低数量の購入義務の2つについてそれぞれ例示があるが、競争業者を排除する効果が一層高い前者に絞って紹介する。

ア) 事例

市場シェア40%をもつ、最終消費財の国内市場での首位企業は、専売小売店を通じてその製品の90%を販売している（拘束された市場シェア（当事者の市場シェア×専売店で販売する割合）が36%）。小売店は、協定によって少なくとも4年間、首位企業からの購買のみを義務付けられている。首位企業は首都など人口密集地で特に強い存在を示している。

競争業者は10社あり、そのうち局地的にしか展開しないものもあり、すべてが首位企業よりもずっと市場シェアが小さく、最大の事業者でも12%にすぎない。この10社の競争業者は合計して製品の10%を専売小売店により販売している。

市場においてブランド化と製品の差別化が進んでいるが、首位企業のブラ

²⁸ 改訂前のガイドラインの例示については、越知保見『日米欧 独占禁止法（初版）』（商事法務、2005年）375-376頁参照。

ンドが最も強く、かつ定常的に全国的広告キャンペーンをしている唯一の企業である。また、首位企業は専売小売店に対して自社商品向けの特別な陳列棚を与えている。

イ) 分析

市場全体で46%（首位企業36%＋競争業者合計10%）が潜在的参入者および専売小売店を持たない既存企業に対して閉鎖されている。

また、潜在的参入者にとって人口密集地域は参入を選択したい場所であるにも拘わらず、市場閉鎖の度合いが高いため参入が一層困難となっている。

加えて、ブランド化と製品差別化が進んでいることおよび製品価格に比べて取引先を探すコストが高いことから、店舗内ブランド間競争が存在しないことは一層の消費者余剰の損失をもたらす。

他方、首位企業の主張する物流コストの低減と商品陳列棚に関するホールドアップ問題から生じる専売店の効率性は限定的であり、競争への悪影響を上回るものではない。なぜなら、物流コストは排他性によってではなく輸送量によって決まるし、商品陳列棚は特別なノウハウを含まず、ブランド特有のものではないので取引先に特化した投資とはいえないからである。

したがって、本事例では101条3項の要件を充たすとは考えられない。

V 101条1項に関する主要判例・審決

1 垂直的取引制限に対する規範の変遷

欧州司法裁判所（現上級裁判所）は、Etablissements Consten SA & Grindig-Verkaufs-GmbH v. Commission 事件（1966年）²⁹において101条1項が水平的取引制限と垂直的取引制限の両方に適用されることを明らかにした。さらに、Societe Technique Miniere v Maschinenbau Ulm GmbH 事件（1966年）³⁰

²⁹ 前掲注11参照

³⁰ Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm GmbH [1966] ECR 235 [1966] CMLR 357

この判決において、欧州司法裁判所は排他的流通業者を指定することが製造業者の新規市場への参入に必要な場合、当該排他的流通協定は競争を制限

などにおいて、垂直的取引制限が101条1項に違反するには、原則として、当該協定の競争制限の効果が知覚しうる程度であることが要件であるとした³¹。これは、欧州司法裁判所が、垂直的取引制限について、流通業者に制限を課し、ブランド内競争を制限するなどの競争制限的効果がある一方で、競争者とのブランド間競争を奨励し、消費者が利用可能な財の範囲を広げるという競争促進的効果があることを認め、両者の比較考量が必要であるとしているためである³²。例外的に、欧州司法裁判所は、最低再販売価格の制限を課す又は厳格な地域制限を課す契約条項については、その目的自体が競争の防止、制限、又は歪曲であるとし、競争に与える効果を考慮せずに101条1項に違反すると判断している。

しかし、欧州委員会は欧州司法裁判所の判決を狭く解釈することなどにより、長年の間、垂直的取引制限に対して厳格かつ極めて介入主義的な立場をとる傾向にあった³³。その主な理由は、垂直的制限がしばしば販売業者間の販売地域を分断し、各国市場を孤立化し、域内取引の障壁となり、加盟国間の価格差を維持するといったEU域内における単一市場形成の妨げになると考えたからである³⁴。また、欧州委員会が、垂直的制限が当事者の経済的自由を抑制することを懸念していたためでもある。

しかし、こうした方針は判例から乖離し、かつ経済の実態に合わないとして実務家および学者から厳しく批判されてきた。

それゆえ、欧州委員会はその執行を判例法理と整合させ、かつ批判に答える

しないことを示唆した。当該協定が競争を制限するか否かを定める前に、問題となる協定が存在しない場合にありうる競争について詳細に検討すべきとした。コンスタン・グルンディヒ事件の場合と対照的に、当該事件では、流通業者にフランスにおける流通の完全な独占権を与えず、他の加盟国の流通からの並行輸入の可能性を認めていた。この事件では、協定の経済的正当性が協定によるテリトリー制限の反競争的効果を上回るとされた。

³¹ Doris Hilderland, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, (third ed. 2009) at 37

³² Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials* (3rd ed. 2008) at 211–212

³³ *Id.* at 703

³⁴ *Id.* at 703

べく、2000年に「垂直的制限に関するガイドライン」を制定した（現行ガイドラインは2010年に改訂）。

2 専売店契約に関する主要判決

2-1 判決要旨および垂直的制限ガイドラインへの反映

主要判決の要旨および各判決が垂直的制限ガイドラインにどう反映されているかを以下に述べる。なお、ここに挙げた事件はEU競争法の主要テキストにおいて専売店契約に関する主要判決とされるものを選んでいますが、結果的に累積的市場閉鎖効果を主要争点とする事件の多いことが注目される。

(1) Delimitis v. Henninger Brau 事件³⁵ (1991年)

専売店契約が並行して行われ、累積的市場閉鎖効果が生じていることから101条1項違反を認定した最初の判例である。

本事件では、垂直的制限に関するガイドライン（以下、ガイドラインとする）の考慮要素9項目のうち、①協定の性質（契約期間等）、②当事者の市場における地位、③競争者の市場における地位、⑤参入障壁、⑨その他（正当化事由）という5つの項目について詳細な検討をして、具体的な基準を示している。

とりわけ、累積的市場閉鎖効果が生じている場合の特定事業者の違法性を判断するに当たり、i) 累積的市場閉鎖効果が競争に知覚しうる効果を及ぼすこと、かつ、ii) 特定事業者の専売店契約がその効果に知覚しうる寄与をしていること、の2段階の審査をすすめている。これはガイドラインの③競争者の市場における地位の項目に反映されている。

また、本件では、競争業者が市場に浸透する現実かつ明確な可能性を評価するために、既存のビール会社の買収、新たな酒場の開店、又は独立のビール卸売業者の利用の可能性を調査する必要があるとした。これは、ガイドラインの⑤参入障壁の項目に反映されている。競争業者が自社製品の新たな購買業者を創出するか、又は代替的購買業者を捜すことが比較的容易であれば参入障壁の問題が現実の問題となりにくいとされる。

³⁵ Case C-234/89, Delimitis v. Henninger Brau [1991] ECR I-935 [1992] 5 CMLR 210

(2) Scholler Lebensmittel GmbH & Co KG and Langnese-Iglo 事件³⁶ (1998年)

この事件では、累積的市場閉鎖効果を理由として101条1項違反がみとめられた。

第一審裁判所は、特定事業者の市場シェアが de minimis 基準を超えると当然に競争に知覚しうる効果があるとした欧州委員会の判断を否定し、Delimitis 事件の法理に従い、累積的市場閉鎖効果についての上記 i)、ii) の2段階審査をした上で、101条1項違反とした。さらに、欧州司法裁判所もその判断を支持している。

これは、ガイドラインの②当事者の市場における地位、③競争者の市場における地位の項目に反映されている。

また、この事件では、供給業者が小売店に対して自社製品の保管のみに利用するという条件で冷蔵庫を貸与するシステムについて参入障壁の存在を基礎付ける事実として認定している。これは、ガイドラインの101条3項該当性の判断基準に反映されている。当事者が一般的又は市場に特化した投資をしているにすぎない場合には、取引関係に特化した投資とはいえ、101条3項の下で反競争的市場閉鎖効果を正当化するには不十分とされている。

(3) Neste Markkinointi Oy v. Yotuuili Ky and Others 事件³⁷ (2000年)

上記2事件とは反対に、累積的市場閉鎖効果が生じていても、特定事業者の専売店契約がそれに知覚しうる寄与をしていないことを理由として、101条1項に違反しないとされた。

この事件では、特定事業者の専売店契約を契約期間の長さによって細分化し

³⁶ Scholler Lebensmittel, [1993] OJ L 183/1 [1994] 4 CMLR 51, Case T-9/93 Scholler v. Commission [1995] ECR II-611, [1995] 5 CMLR 659; Langnese-Iglo, [1993] OJ L 183/19, [1994] 4 CMLR 83, Case T-7/93 Langnese-Iglo v. Commission [1995] ECR II-1533, [1995] 5 CMLR 602 [1995] All ER (EC) 902.

³⁷ Case C-214/99 Neste Markkinointi Oy v. Yotuuili Ky and Others [2000] ECR I-11121, [2001] 4 CMLR 993

本件では石油元売会社とサービスステーション (SS) との間の専売契約が対象であり、業界全体で類似の専売契約が行われ、累積的市場閉鎖効果があることは明らかであった。従って、主要争点は個別事業者の専売契約が累積的市場閉鎖効果に寄与しているか否かであった。

て検討し、いかなる時も1年の事前通知で解約可能な契約が市場の5%未満しか閉鎖していない場合には、その契約には累積的市場閉鎖効果への知覚しうる寄与は認められないとした。

累積的市場閉鎖効果が生じている場合において、特定事業者の専売店契約が市場の5%以上であることを違法性の基準とすることは、ガイドラインの③競争者の市場における地位の項目に反映されている。

(4) Masterfoods Ltd and Valley Ice Cream (Ireland) Ltd v. Van den Bergh Foods Ltd ((提訴時はHB Ice Cream Ltdが被告であったが、その後の買収によりVan den Bergh Foods Ltdが被告となった)事件³⁸(2003年)

特定事業者の専売店契約が単独で101条1項および102条に違反するとされた事件である。

当該事業者は小売店に自社製品の保管のみに利用することを条件として冷蔵庫を提供する契約に101条1項を適用するのは財産権侵害に当たると抗弁した。しかし、第一審裁判所は、この抗弁を認めなかった。

すなわち、上記2)事件と同様に、メーカーが小売店に無料提供した冷蔵庫を自社製品の保管のみに使うという排他的使用条件が101条3項の個別適用除外の根拠事由にはならないとした。

これは、ガイドラインの101条3項該当性の判断基準に反映されている。

2-2 個別の事件

次に、個別事件の詳細を検討する。

(1) Delimitis v. Henninger Brau 事件判決 (1991年)

ドイツのビール会社、Henninger は、酒場施設を貸与する見返りとして、フランクフルトのカフェ、Delimitis に対して本社又はその子会社からビールとソフトドリンクの需要量すべてを購入し、かつ一定量のビールを販売する義務を課した。ただし、共同体内の他の加盟国からの輸入については制限しなかつ

³⁸ Case T-65/98 Van den Bergh Foods v Commission [2003] ECR II-4653, [2004] 4 CMLR 14 on appeal from Van den Bergh Foods Ltd, OJ 1998 L 246/1, [1998] CMLR 530.

た。

Delimitis が健康上の理由からカフェを続けられないとして契約解除を申し出た時、Henninger は最低購買量を購入しなかったペナルティを Delimitis のレンタル保証金から差し引いたが、Delimitis はこれを不服として、両者の契約が101条1項に違反し、かつ規則1984 / 83の一括適用免除を受けないので私法上無効であるとして、ペナルティ相当額の返還を求める訴訟をフランクフルト地裁に提起した。Delimitis は地裁で敗訴したが、さらにフランクフルト控訴裁に控訴した。フランクフルト控訴裁は、欧州司法裁判所（現上級裁判所）に対して101条1項の適用と規則1984/83の下での排他的購買契約への一括適用免除についてローマ条約177条（現 EU 機能条約267条）に基づく先行判決を求めた。

欧州司法裁判所は関連製品市場を酒場（パブ等）向けのビール販売とし、小売店向けの販売とは市場を区別した。その理由としては、酒場向けのビール販売が、i) 商品の販売だけでなく、サービスの提供も伴うこと、ii) ビール会社が特別な設備を必要とする通常とは別の流通システムを組織していること、iii) この分野の価格が一般に小売価格よりも高いこと、という理由からである。関連地理的市場については、ほとんどのビール供給契約は依然として国レベルで締結されることを考慮して各加盟国とした。

本件では、他のビール会社も同様の契約を複数並行して行っているため、その累積的効果をどう判断するかが主要な争点となった。

欧州司法裁判所は、累積的市場閉鎖効果について、i) 国内の製造業者に拘束される酒場の数と拘束されない酒場の数との比較、ii) 拘束のある契約の期間、iii) 拘束のある契約により販売されるビールの量、及びiv) 拘束されて販売される量と拘束のない流通業者に販売されるビールの量とを比較した割合、により評価されるとした。

欧州司法裁判所は、同様な契約が複数存在して市場へのアクセス機会を相当程度閉鎖しているとしても、それだけでは市場閉鎖を認定するのに十分ではなく、新規参入の可能性についても詳細な検討が必要であるとした。そして、新規の競争業者が市場に既に設立されたビール会社を買収することでその販売網を通じて拘束条件のある契約に浸透する、または、新たな酒場を開店することで拘束条件のある契約を回避するという現実の可能性があるか否かを調査する必要があるとした。また、独立のビール卸売業者が存在している場合はその販

売網を利用できるから新規の競争業者の市場アクセスを容易にする可能性があるとした。

次に、欧州司法裁判所は、関連市場における競争状態を検討しなければならないとした。そのためには、市場における製造業者の数と規模、市場の成熟度、顧客の現存ブランドへの忠誠心を知る必要があるとした。何故なら、多数の小規模製造業者が強いブランドネームをもたずに存在し、非常に拡大している市場よりも顧客が少数の大規模製造業者のブランドに忠誠心をもつ成熟市場に参入する方が参入は困難だからである。

第3に、欧州司法裁判所は、市場閉鎖効果が認められる場合、被告ビール会社の拘束契約が累積の効果に対して知覚しうる程度に寄与したか否かを評価する必要があるとした。加えて、当該事業者の契約が並行的ネットワークの累積的效果に知覚しうる程度に寄与している場合のみに101条1項に違反するとした。

そして、その評価は、i) 当該事業者の市場における地位、ii) 契約期間、に基づいて行われる。第1に、市場における地位は、被告ビール会社又はその属する企業グループの販売数量の市場シェアだけでなく、被告又はその企業グループが拘束している酒場の数が関連市場の酒場総数に占める比率から決定される。

第2に、個別契約の期間が関連市場における通常のビール供給契約の平均期間に比べて明らかに長ければ、101条1項に違反するとする。なぜなら、市場シェアの小さいビール会社であるとしても、長年にわたり販売拠点を拘束すれば、市場シェアが大きいビール会社が短い期間にわたり販売拠点を拘束する契約を締結するのと同様に市場閉鎖に対して重要な寄与をしうるからである。

結論として、欧州司法裁判所は、i) 累積的な市場閉鎖効果により市場に参入又は市場シェアを増加しうる競争業者がドイツの酒場向けビール流通市場にアクセスすることが困難であり、ii) 被告のビール供給契約が累積的な市場閉鎖効果に重大な寄与をしている場合には、被告のビール供給契約は101条1項に違反すると判示した。

また、他の加盟国からの輸入を認める「アクセス条項」については、国内又は国外の供給業者が他の加盟国から輸入したビールを再販売業者に供給する現実の可能性があれば、当該契約が加盟国間の取引に影響を与えないとした。た

だし、最低購入量の原告の販売に占める割合が大きく、かつ最低購入量を満たさない場合にペナルティを伴うのであれば、他の加盟国から輸入される可能性は現実的ではないと判断されるとした。

加えて、規則1984 / 83の一括適用免除については、当該契約が同規則8条2項b号の要件（いわゆる英国条項）を満たさない場合には、その適用がないとした。すなわち、供給業者が酒場を貸与又は利用させている再販業者と締結したビール供給契約では、競争業者がより有利な契約条件を提示し、供給業者が小売業者からその旨の通知を受けたにも拘わらず自己の契約条件をそれに合わせて変更しない場合には、同規則8条2項b号に基づいて再販業者がビール以外のソフトドリンクを競争業者から購買する権利が認められるとした。かかる権利を認めない当該契約には、規則1984 / 83の一括適用除外が適用されないとした。

最後に、国内裁判所の管轄権について、欧州司法裁判所は、国内裁判所が規則1984 / 83の要件を明らかに満たさないビール供給契約に対して同規則の範囲を拡大することができないとした³⁹。しかし、当該契約が101条3項の適用免除を受けないことが確かである場合には、当該契約が101条2項に基づき私法上無効であると宣言できるとした。

（2）Scholler Lebensmittel GmbH & Co KG and Langnese-Iglo 事件判決（1998年）

1991年、フランスで生産し、EU域内でアイスクリームを販売しているMars社は、欧州委員会に対して、ドイツのアイスクリーム製造業の上位2社、Scholler（以下「S L G」とする）とLangnese-Iglo（以下「L-I」とする）が自社製アイスクリームのみを冷蔵庫に保管するという条件で多くの小規模小売店に冷蔵庫を提供しているため、ドイツ国内における小分けされて販売されるアイスクリーム（impulse ice - cream）市場に参入することが妨害されている

³⁹ この他、国内裁判所は当該契約が101条3項の適用を受けるので101条1項が適用されないと宣言することができないとした。なぜなら、101条3項の適用につき、欧州委員会が排他的権限を有するからである。しかし、規則1号（Reg.1/2003）では、国内裁判所及び国内競争当局は101条3項に従って、101条1項にいう禁止規定を適用しないことを宣言できると変わった。前掲岡村164頁参照。

と欧州委員会に申告した。1991年、食品小売（grocery trade）⁴⁰を通じた小分けされて販売されるアイスクリームの販売量合計において、L-I 製品は約50%を占め、SLG 製品は約20%を占めた。2社以外には Oetker ブランドが約11%、その他残りが合計して約10%であった。

本件では、関連市場はドイツ国内における訪問販売を除くすべての流通チャネルを通じて販売される、小分けされて販売されるアイスクリーム（impulse ice-cream）⁴¹とされた。

SLG（L-I についても、行為態様は SLG と同じ）と小売店との契約では、小売店に競合品取扱い禁止義務の制限が課せられていた。すなわち、小売店は SLG から排他的に契約対象の財を購入し、他の供給業者から購入することができないとされ、SLG と他の供給業者との間の小売業者に対する競争が排除された。

また、新規の参入者が関連市場へアクセスするため、又は既存事業者が市場地位を強化するために必要な独立の流通網を設立することは不可能又は困難と認定された。このため、自社製品のみを保管するという契約条件は、事実上、競合する商品の販売を禁止することを意味した。

欧州委員会は、SLG の販売量が関連市場の20%超であり、拘束条件を課した小売店数およびそれを通じた販売量が10%超（L-I は15%超）なので、この当時の「重要性の小さい協定に関する告示」の設定した市場シェア5%以下又は関連事業者の年間総売上高2億 ECU 以下という de minimis 基準を大きく超えており、SLG と小売店との専売店契約は競争に知覚しうる効果があるとした。L-I についても同じ認定がされた。

従って、欧州委員会はドイツの他のアイスクリーム製造業者の類似の契約の累積効果を検討する必要はなく、単独の事業者の専売店契約自体が競争に知覚し得る影響を与えるという点で Delimitis とは区別されるとした。結果として、欧州委員会は SLG、L-I の行為が101条1項に違反するとした（1992年）。

⁴⁰ 食品小売ルート以外に、キオスク、ガソリンスタンド、劇場、映画館やホテル、レストランで販売される伝統的な販売ルート（traditional trade）と訪問販売がある。impulse ice-cream の販売量のうち、食品小売ルートが約35%、伝統的な販売ルートが約55%を占める。

⁴¹ その他の種類として、Multipacks、Take-home packs、Catering packs がある。

当事者は欧州委員会の決定に対して第一審裁判所（現通常裁判所）に取消訴訟を提起した。

第一審裁判所は、「重要性の小さい協定に関する告示」は競争に知覚し得る影響を与えない契約を示唆しているにすぎないとした。逆に、基準市場シェアを超えた場合には、当該契約が必然的に競争に知覚し得る影響を与えるとは想定されないとした。De minimis基準を上回れば競争に知覚しうる効果が当然にあるとはしなかった点で欧州委員会の決定とは異なる。

また、第一審裁判所は Delimitis の法理を適用し、精緻な市場シェア分析を実行して、最初に類似の契約が市場に与える累積的閉鎖効果、次に当事者の専売店契約がその累積効果に重大な寄与をしているか否かを検討した。つまり、累積的閉鎖効果の検討が必要としている点においても欧州委員会の決定とは異なる。加えて、第一審裁判所は当該供給業者の製品にみに使うという条件で小売業者に冷蔵庫を貸与するシステム、多くの小売業者が小規模であり、かつ卸売業者が存在しないことから生じる需要の分断化（複数の供給業者から商品を調達してすべての種類を揃えるという卸売業者の機能がないことを意味する。その結果、各供給業者は取引先の小売業者に対してすべての種類の商品を生産・供給しなければならない）などの新規競争者に対するその他の参入障壁を検討した。その分析に基づき、第一審裁判所は並行して行われる類似の契約のネットワークが競争に知覚し得る効果を与え、結果として、これらの類似の契約すべてが101条1項に違反するという欧州委員会の結論を支持した（1995年）。また、第一審裁判所は、競争に知覚しうる効果がないため、禁止の対象から除外される個別の契約を分離した後に、残余の類似の契約ネットワークの競争に与える知覚しうる効果を評価することはできないとした⁴²。つまり、第1段階の類似の契約ネットワーク全体の評価をしてから第2段階の個別の契約に対する評価をするという審査手順を逆にして行うことはできないとした。

L-Iはこの判決を不服として欧州司法裁判所（現上級裁判所）に上訴したが、請求が棄却された⁴³（1998年）。

⁴² Scholler v. Commission, para.107

⁴³ Case C-279/95P Langnese-Iglo v. Commission [1998] ECR I-5609 [1998] 5 CMLR 933, [1999] All ER (EC) 616.

(3) Neste Markkinointi Oy v. Yotuuili Ky and Others 事件判決 (2000年)

1986年、フィンランドの石油元売会社 Kesoil Oy はサービス・ステーション (SS) Yotuuili と10年間の専売店契約 (排他的購入契約) を結び、その契約期間後はいかなる時も1年間の事前通知で解約可能とした。1995年末、Kesoil Oy は買収され、その会社は次に他の2社と合併して Neste となった。Yotuuili は1998年6月23日、同年7月1日から契約を解除する旨を Neste に通知した。このため、Neste は Tampere 地裁において、Yotuuili に対して契約に定めた1年の事前通知義務に違反したとして損害賠償請求訴訟を提起した。これに対して、Yotuuili は、当該契約が101条1項に違反し、自動的に101条2項により私法上無効となるので原告の請求を棄却するように主張した。

Tampere 地裁は欧州司法裁判所に対して、ローマ条約177条 (現 EU 機能条約267条) に基づき、当該専売店契約が101条1項に違反するか否かの先行判決を求めた。

欧州司法裁判所は SS ではひとつのブランドしか販売されないので契約期間の長さが閉鎖に及ぼす影響が大きいとして、Neste の契約の中、いかなる時も1年の事前通知で解約可能な契約とそれ以外とを区別した。1年の事前通知で解約可能な専売店契約により Neste に拘束される SS は27にすぎず、フィンランドの SS 総数1,799の5%未満、又は1.5%を占めるにすぎなかった。また、フィンランドのガソリン販売額の2.48%、ディーゼル燃料販売の1.07%を占めるにすぎなかった。ひとつの事業者の契約を期間により細分化することについてフランスが正当性に欠けると異議を申し立てた⁴⁴が、欧州司法裁判所はこれを認めなかった。

結果として、欧州司法裁判所は、Neste の1年の事前通知で解約可能な専売店契約がフィンランドの SS 市場の累積的閉鎖効果に知覚しうる寄与をしていないとし、101条1項に違反しないと判示した。

⁴⁴ 吉野正三郎編著『ECの法と裁判』(成文堂、1992年)174頁、180頁参照。同著によれば、ヨーロッパ裁判所訴訟手続規則に基づき、「先行判決を付託する国内裁判所の判決が欧州司法裁判所の事務局に提出された場合には、この判決は、加盟国のすべての公用語に翻訳され、オリジナルなものとともに、各加盟国に送付される(規則104条1項)。…これらの送達後二カ月以内に、関係者(原手続の当事者・加盟国・委員会・理事会)はEC裁判所に文書を送付し、当該事件について意見を述べる事ができる」とされる。

(4) Masterfoods Ltd and Valley Ice Cream (Ireland) Ltd v. Van den Bergh Foods Ltd (formerly HB Ice Cream Ltd) 事件判決 (2003年)

ア) 欧州委員会決定 (1998年)

Masterfoods は、欧州委員会に対して競争業者 HB Ice Cream Ltd (以下「HB」) とする。審理途中で Van den Bergh に買収される) がアイルランドにおいて小売店と締結する専売店契約が101条1項、102条に違反すると申告した。

欧州委員会はアイスクリーム製造業者が中小小売店に対して自社のアイスクリームを保管する見返りとして冷蔵庫を提供したことが101条1項及び102条に違反すると決定した。事件の内容は前述の SLG、L-I の事件とほぼ同じである。

欧州委員会は HB Ice Cream Ltd が店頭売りのアイスクリームについて小売店と締結した契約が EU 競争法に違反するとした。その契約では、HB は小売店に対して利用料金やリース料金を課さずに無料でアイスクリーム保管用冷蔵庫を提供し、メンテナンスと修理は HB が行っていた。その冷蔵庫は HB 製品の保管のみに使われなければならないが、また、販売場所で HB のアイスクリームと表示する必要があった。

欧州委員会は、小売業者が無料で提供された冷蔵庫を自身や競争相手のものに置き換えることはありそうもなく、多くの小売業者が第2の冷蔵庫を設置するスペースを配分する経済的に可能性がないとした。そして、HB と契約を結んだ小売ネットワークはアイルランドの小売網の40%を占めることから、競争者をこれらの小売ネットワークから排除し、知覚し得る市場閉鎖を行うことで実質的な反競争的効果を生じているとして、当該契約が101条1項に違反し、かつ101条3項の適用除外基準を満たさないとした。

さらに、欧州委員会は HB がアイルランドの店頭売りアイスクリームで支配的地位にあるので (市場シェアが75%)、流通契約は102条にも違反するとした。

なお、欧州委員会は、冷蔵庫の使用契約に含まれる排他的使用条件は、再販売業者に商品のアイスクリームの貯蔵を可能にする設備の供与という契約の合法的な目的に附随する制限であり、101条1項の範囲外にあるとする HB の主張を否定した。小売業者への冷蔵庫の供与と排他的使用条件との間に客観的に不可分の結びつきはないので排他的使用条件は付随的と見なされるこ

とはできないとした。欧州委員会の決定は、これらの協定に対する初期の見解⁴⁵とは異なり、またHBとその主要競争相手、Marsの子会社のMasterfoodsの間の訴訟結審後のアイルランド高裁の判決⁴⁶とも異なる。

しかし、アイルランド最高裁からの先行判決の付託において、欧州司法裁判所は欧州委員会の決定が優先されなければならず⁴⁷、アイルランドの訴訟手続は通常裁判所（旧第一審裁判所）の判決に対してHBが上訴した欧州司法裁判所判決が出されるまで延期すべきとした。

イ) 第一審裁判所（現通常裁判所）判決⁴⁸（2003年）

上記の欧州委員会決定の取消しを求める訴訟において、Van den Bergh（「HB」を買収した企業）は、小売店がHBとの契約を解約するか、又はHBに帰属しない冷蔵庫を設置することを自由に行えるから、当該契約には市場閉鎖がないと主張した。

しかし、第一審裁判所は小売店がその自由を行使するインセンティブに乏しく、実際にもわずかにしか行使されていないとした。

また、小売店の限られたスペース、HBの著名度といった市場環境を指摘し、冷蔵庫の排他的使用条項が101条1項及び102条違反を構成するのに十分な程度の市場閉鎖をもたらしているという欧州委員会の事実認定に誤りはないとして、原告の請求を棄却した⁴⁹。

⁴⁵ Unilever/Mars, XXVth Report on Competition Policy (1995), p.137

⁴⁶ Masterfoods Ltd v. H. B. Ice Cream Ltd [1992] 3 CMLR 830 [1993] ILRM 145

⁴⁷ Case C-344/98 Masterfoods and HB Ice Cream [2000] ECR I -11369, [2001] 4 CMLR 449 [2001] All ER (EC) 130

⁴⁸ Van den Bergh Foods v. Commission, Case T-65/98 R, [2003] ECR II - 4653

⁴⁹ Fox, *supra* note 12, at 241.

Foxは米国反トラスト法であれば、本件のような専売店契約についてより懐疑的、すなわちより規制について抑制的に検討する傾向にあるとする。米国反トラスト法のアプローチでは、まず、売り手の市場支配力、次に新規参入者が専売店契約のない場合に効率的に市場に到達できる実際的な能力をみる。また、米国の裁判所は冷蔵庫の排他的使用条項について小売店にとって有利な取引であるとして、一層、違法性を否定する方向で認定する傾向にあるとする。もっとも、事業者が重大な市場支配力を持ち、排他的条項が効率的な新規参入者を排除して、その結果、商品価格が人為的に引き上げられるなら当該条項は米国

3 主要な欧州委員会決定

3-1 決定要旨および垂直的制限ガイドラインへの反映

(1) BP Kemi/DDSF 事件決定⁵⁰ (1979年)

最低数量の購入義務と英国条項が101条1項に反するとされた事件である。

本件では、英国条項について、市場閉鎖効果に寄与し、競争を知覚しうる程度に制限するとした。なぜなら、英国条項が取引先の最低購入量義務を緩和するのではなく、むしろ供給業者が他の手段では得られない競争業者の価格情報などの非常に重要な情報を入手し、取引先との契約を奪われないよう対抗措置を講じることを可能とするからである。

これは、垂直的制限ガイドラインの①協定の性質の英国条項についての記述に反映されている。

(2) Scottish & Newcastle 事件決定⁵¹ (1999年)

英国の3大ビール会社が業務用ビール市場の販売量の少なくとも50%を施設又はローンの貸与を手段として専売店契約を締結している酒場又は直営店を通じて販売していることが101条1項違反に該当するとされた。しかし、101条3項に基づく個別適用除外が与えられた。

直営店自体は垂直統合であって共同行為ないし協定ではないので、本来、専売店契約の範囲外であるはずだが、直営店も含めて専売店契約の累積的市場閉鎖効果を評価するとした点が着目される。

3-2 個別事件

次に個別の詳細を検討する。

(1) BP Kemi/DDSF 事件決定 (1979年)

BP Kemi A/S (以下「BP Kemi」とする) と A/S De Danske Spritfabrikker (以下「DDSF」とする) との間のエタノール購入契約が101条1項違反とされた事件である。DDSFはデンマークにおいてエタノールの生産は停止したが、

反トラスト法に違反しうとする。

⁵⁰ [1979] OJ L 286/32 [1979] 3 CMLR 684

⁵¹ OJ 1999 L 186/28 [1999] 5 CMLR 831

BP Kemi と購買契約を締結して流通を続けており、1973年で71%、1976年に56%の市場シェアを持つデンマーク市場最大のエタノールの流通業者であった。一方、BP の100%子会社である BP Kemi は欧州共同体で最大の製造業者 BPCL から供給を受けて、デンマーク市場において71年に21%、76年に28%の市場シェアのある主要な流通業者であった。DDSF は当初、デンマーク市場における BP グループの排他的流通業者となることを望んだが、自身での販売も望んだ BP が断り、BP Kemi が大口需要者向け、DDSF が小口需要者向けと棲み分けることになった。

契約では、DDSF は BP Kemi からエタノール毎年25,000t を購入するという最低購入量義務を負うとした。また、当該契約には英国条項があり、最低購入量を超える需要について、BP Kemi が他の供給業者の一層有利な申し出に対応できない場合のみに DDSF はそれ以外の供給業者から残りの需要量を購入することが認められていた。契約期間は6年間とされ、それ以降は12ヶ月以上前に書面で通知すれば解約可能とされた。

本件では、英国条項が主要な争点のひとつとなった。BP Kemi 及び DDSF は英国条項が DDSF の購入義務を緩和していると主張したが、欧州委員会は DDSF の需要量が25,000t に達しておらず、かつ代替的供給先を西ヨーロッパの大規模供給業者に限定するなど条件が非常に厳しいので実際の重要性は低いとした。

むしろ、欧州委員会は、英国条項を通じて BP Kemi が競争業者の行う申し出の詳細を知り、競争業者の市場行動と供給可能性に関する非常に重要な情報を得られるので反競争的効果があるとした。結果的に、英国条項を通じて BP Kemi は他の手段では得られない競争業者の価格情報を知り得るので、同社と他の競争業者の間の競争が制限されるとした。また、英国条項では、競争業者が申し出た一層有利な条件に合わせて DDSF に供給をするか否かを決めるのは BP Kemi であり、BP Kemi が競争業者の申し出た条件に合わせることを決めた場合、DDSF は当該競争業者から自由に購入することはできない。実際にドイツの Veba - Chemie が供給の申し出をした時に BP Kemi は一層低い価格を申し出た。

さらに、欧州委員会は英国条項が DDSF にとって有利であるとの申し立てにもかかわらず、当該条項が競争状態で一般的な水準まで価格を下げるができるかどうかは疑わしいとした。競争状態では、自分の価格を競争業者が下

回ることを知った供給業者は一層の値下げを通じて注文を取ろうとするが、英国条項の下では、競争業者は値下げが可能であっても、現供給業者が対抗して価格を引き下げるので効果が無いと考え、価格を一層引き下げることがないであろうと指摘した。

つまり、欧州委員会は英国条項で補完される購入義務はBP Kemi以外の他の供給業者がデンマーク市場で販売する機会を知覚しうる程度に制限するとした。

結論として、欧州委員会は寡占的な市場において、最も重要な供給業者のひとつが最も重要な購買業者のひとつと長期契約を締結し、その契約が購買業者に同じ供給業者から需要量のすべて又はほとんどを購入することを誘引する場合、供給業者の競争業者および他の購買業者に知覚しうる不利益が存在し、従って101条1項に違反する競争制限が存在するという決定を下した。なお、6年間の契約は、EEC競争法規において当事者間の法的・経済的性質について妥当である範囲を超えているとした。また、当該契約には、経済的合理性として製品の永続かつ安定的な販売というBPグループの利益と同様に、定常的に保証された供給というDDSFの利益が認められるとした。しかし、これらの利益は購買業者の購買条件を特定せず、かつ英国条項の制限を受けることのない一定の購入量を定める購入契約の締結により満たされるので、必ずしも当該契約のような制限は不可欠ではないとした。

その他、両者は、i) BP Kemiは両者の販売数量合計の25%を超えた販売を行うとDDSFにペナルティーを支払う、ii) 個別顧客への販売量について情報を交換する、iii) BP KemiがDDSFの価格、取引条件に追随する、などの競争制限的な協調的行動をとっていた。これらの行為も101条1項に違反するとされた。

(2) Scottish & Newcastle 事件決定 (1999年)

本事件は英国のビール会社と酒場(パブ)との間の拘束条件付契約に関するものである。欧州委員会は英国の主要大手ビール会社、Whitbread⁵²、Bass⁵³、

⁵² OJ 1999 L88/26 [1999] 5 CMLR 118 (on appeal, Case T-131/99 Shaw v. Commission, not yet decided)

⁵³ OJ 1999 L 186/1 [1999] 5 CMLR 782 (on appeal, Case T-231/99 Joynson v.

Scottish & Newcastle の酒場リース契約の詳細な検討を行い、英国の業務用ビール市場（酒場向け販売）は閉鎖されているとした。業務用ビールの販売数量の少なくとも50%が英国のビール会社によって施設若しくはローンの貸与を手段として拘束されている酒場、又はビール会社の直営店で販売されていた。閉鎖されている市場シェアを評価するに当たり、垂直統合は協定ではないので本来は101条1項の対象外となるが、ビール会社直営店も市場閉鎖効果を評価する対象に加えることが妥当であるとされた。

欧州委員会は3大ビール会社の拘束した販売ネットワークは市場閉鎖に重大な寄与をしており、101条1項に違反するとした。しかし、欧州委員会は要件が満たされているので、101条3項に基づく個別適用免除が与えられるとした。

VI 結論に代えて

EUでは、これまで検討してきたように、専売店契約に関する判決・決定の蓄積があり、そこで形成された規範が規則・告示・ガイドラインに反映されて、違法性判断基準が明確に示されている。また、近年、欧州委員会競争当局は、市場統合の促進や中小企業の営業の自由の確保を目的として専売店契約に対して規制対象を広くとるという厳格な立場をとってきた従来のアプローチを改め、その経済的合理性を認め、競争促進の効果と反競争の効果との比較考量に基づいて規制を行うように変化している。そして、両者のバランスが保たれており、経済的合理性の名の下に、ほとんどの行為が原則として正当化されるという過小規制の弊害も窺えない。このため、EU競争法の私的独占に至らない専売店契約に対する規制は、域内の共通市場形成や中小企業保護に重点を置いたEUの特殊事情に基づいた規制から世界的普遍性を有する規制へと変貌しているといえる。

したがって、EUの規制は、その明確性および普遍性ゆえに、わが国の規制のありかたを検討する上で参考になりうる。具体的には、1) わが国の規制の問題点、2) EUの違法性判断基準のまとめ、については以下の通りとなる。

1 わが国の規制の問題点

Commission, not yet decided)

日本の独禁法では、私的独占に至らない専売店契約を排他条件付取引（定義規定：独禁法2条9項6号ニ・一般指定11項、禁止規定：独禁法19条）として規制する。そして、「新規参入者や既存の競争者にとって代替的な流通経路を容易に確保することができなくなるおそれ」、すなわち「流通経路の閉鎖効果」という客観的市場閉鎖効果が生じることを排他条件付取引の違法性判断基準とすることが通説となっている⁵⁴。

しかし、現在までに専売店契約の客観的市場閉鎖効果を扱った判決は、東洋精米機事件高裁判決⁵⁵のみである。審決としても、学研事件⁵⁶しかない。このため、わが国において、判決・審決の蓄積によって客観的市場閉鎖効果に関する具体的基準が明確にされているとはいえない。特に、単独では市場閉鎖効果がないが、複数の事業者により類似の行為が並行して行われて累積的市場閉鎖効果が生じている場合について具体的基準が明らかではない。関連する唯一の判決である東洋精米機事件東京高裁判決では、その傍論⁵⁷において、違法性判

⁵⁴ 大槻文俊「排他条件付取引の公正競争阻害性」（公正取引681号）25頁及び注2参照。金井貴嗣ほか編『独占禁止法』（第2版）（弘文堂、2006）293頁、岸井大太郎ほか『経済法：独禁法政策と競争政策（第5版）』（有斐閣、2006）214頁、根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説（第3版）』261頁などは、排他条件付取引の公正競争阻害性を客観的市場閉鎖効果に求めているとする。

⁵⁵ 東洋精米機事件審決取消請求事件東京高裁判決（昭和59年2月17日、行集35巻2号144頁、審決集30巻136頁、判時1106号47頁）。なお、北海道新聞社事件（最判昭和36年1月26日、東京高判昭和29年12月23日、公取委審判審決昭和28年5月18日）は、合売している販売店に対して競争業者の新聞を取り扱わないように強要したという手段の不当性に着目して違法とした事件であり、客観的市場閉鎖効果の基準を示した事件ではない。

⁵⁶ 学習研究社に対する件・公取委同意審決昭和54年12月20日審決集26巻74項。内容の詳細について、藤田稔「専売店制に対する独占禁止法による規制」（山形大学紀要（社会科学）第38巻第2号）9頁以下参照。

⁵⁷ 東洋精米機事件審決取消請求事件東京高裁判決の傍論では、「…また、右のような場合であっても、一定の取引分野の市場構造の特殊性等からして、すでに各販売業者が事実上特定の事業者の系列に組み込まれており、その事業者の製品だけしか取り扱わないという実態になっているなど特段の事情が認められる場合には、排他条件付取引に公正競争阻害性が認められないとする余地が生ずるものと解される」とする。

断基準を示すどころか、むしろ、他の事業者による専売店制が並行して行われる場合には、公正競争阻害性が認められず、違法行為とならないことがあり得る旨を判示している。^{58 59 60}

上記のように、判決・決定の蓄積がないことから、具体的な違法性判断基準を示すものとして、規制当局である公正取引委員会が作成した「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（流通・取引慣行ガイドライン）」⁶¹に負うところが大きい。

しかし、流通・取引慣行ガイドラインには、基準の明確化という点でいくつか問題点がある⁶²。その結果、内容が曖昧であり、かつ、規制対象が広いために、

⁵⁸ もっとも、「並列専売制」を特段の事情として「公正競争阻害性が認められないとされる余地が生ずるものと解される」としたことに対して学説の多くが批判している。潜在的競争者の観点からは一層取引先確保の困難性が高まるから参入の余地が乏しくなるし、既存の競争者にとっても市場シェア獲得のための競争を行う可能性が小さくなるので、個別に行われる専売制よりも「並列専売制」は一層、競争制限効果が強いからである。今村成和「専売店制と公正競争阻害性」判例評論307号、実方謙二「専売制と公正競争阻害性—東洋精米機東京高裁判決をめぐって—」公正取引402号（1984年）、稗貫俊文「78 専売制による公正競争阻害性」『独禁法審決・判例百選〔第4版〕』167頁以下、根岸哲「東洋精米機事件東京高裁判決」ジュリスト813号（1984年）27頁参照

⁵⁹ 特に、稗貫俊文教授は、「もし集中分布の平準的な寡占市場において、企業規模のあまり差異のない企業群が、並行して専売制を採用・強化し、しかも個々の企業の掌握する販路が部分的な程度（たとえば、10%前後）にとどまるとき、どうであろうか」として、問題提起をしている。今村成和ほか編『注解経済法（上巻）』（青林書院、1985）229頁〔稗貫俊文執筆〕

⁶⁰ 最近では、この分野に関して滝澤紗矢子教授の研究成果がある。滝澤紗矢子『競争機会の確保をめぐる法構造』（有斐閣、2009年）、滝澤紗矢子・荒井弘毅・松八重泰輔「並行的排除行為規制の妥当性とその手法に関する研究」（公正取引委員会競争政策研究センター、2010年1月22日）

⁶¹ 流通・取引慣行ガイドライン（平成3年7月11日制定、平成22年1月1日改正）第2部第二2（2）参照。

⁶² 流通・取引慣行ガイドラインの問題点として以下が挙げられる。

まず、市場シェア10%以上又は上位3社以内であることを一応の目安として「有力な事業者」に当たれば、重点審査の入口の基準になるとする。しかし、これを超えると違法となる蓋然性が高い（クロとなる）市場シェア基準、又は

公取委に広い裁量を認めるものとなっている。このため、透明性の確保という点から問題があり、当事者や第三者が公取委の審査の結果を予測することが困難である。それゆえ、公取委の運用に一貫性が失われやすく、事件ごとに不整合になるおそれや事業者に萎縮効果をもたらす危険が生じている。

2 EUの違法性判断基準のまとめ

これまで検討してきたEUの違法性判断基準は次のようにまとめられる。

(1) 客観的市場閉鎖効果

当事者が専売店契約で市場を閉鎖している程度（拘束された市場シェア：当

逆にこれを下回るとセーフハーバーとなる（シロとなる）市場シェア基準については示していない。

第2に、「流通経路の閉鎖効果」の認定にあたり、当事者が専売店制で掌握している販路の程度については、総合考慮の要素のひとつである「制限の対象となる流通業者の数及び市場における地位」として考慮するにすぎない。このため、市場シェアと並ぶほどには重視していないかのようにみえる。

第3に、市場シェア10%以上又は上位3社以内を一応の目安とするのは規制対象が広すぎるのではないかと考えられる。米国及びEUが単独事業者の市場シェア30%超を違法性の入口の基準とし、市場シェア30%以下には原則としてセーフハーバーを認めているのと比較すれば、対象が広範にすぎる。

第4に、「流通経路の閉鎖効果」の考慮要素として、①対象商品の市場全体の状況、②当該制限を実施するメーカーの市場における地位、③制限の対象となる流通業者の数及び市場における地位、④当該制限が流通業者の事業活動に及ぼす影響、という4つの事項を総合考慮するとし、事項ごとの検討項目を挙げている。しかし、各事項をどのような順番で検討するのかという審査全体の流れ、各事項の重要性の程度、具体的な評価内容や規制当局と当事者との間での証明責任の分担などが不明確である。

最後に、流通・取引慣行ガイドラインでは「複数のメーカーがそれぞれ並行的に競争品の取扱い制限を行う場合には、一メーカーのみが行う場合と比べ市場全体として新規参入者や既存の競争者にとって代替的な流通経路を容易に確保できなくなるおそれが生じる可能性が高い」として、累積的市場閉鎖効果の危険を指摘する。この指摘自体は妥当であるが、累積的市場閉鎖効果が違法となりうる具体的な数値（当事者の市場シェア×その専売店制による販路掌握の度合い）を示していない。

事者の市場シェア×その専売店契約で販売する割合)という客観的市場閉鎖効果の数値基準が違法性の判断に不可欠とする。

このため、関連市場を画定して、当事者(供給業者および購買業者の両方)の i) 市場シェア、ii) 専売店契約で販売する割合、を算定することが必須の審査手順となる。そして、上記 ii) 専売店契約で販売する割合については、ガイドラインには記述がないが、Delimitis 事件判決からは、専売店契約による販売数量の市場シェアだけでなく、専売店契約で拘束している流通業者の数が市場全体の流通業者の総数に占める割合も考慮すべきとされる。

(2) 考慮要素

考慮要素は、①協定の性質、②当事者の市場における地位、③競争者の市場における地位、④当事者からの購買業者の購買力、⑤参入障壁、⑥市場の成熟度、⑦取引段階、⑧商品の性質、⑨その他(正当化事由)の9項目である。この中でも、①協定の性質に含まれる契約期間の長さと同②当事者の市場における地位が市場閉鎖効果を評価する最も重要な項目である。

したがって、審査全体の流れは、まず、関連市場を画定した上で、①協定の性質、②当事者の市場における地位、を検討し、その後でそれ以外の③～⑨の項目を検討する。加えて、⑨正当化事由については、101条3項該当性を主張する当事者側が証明責任を負う。

(3) 専売店契約の期間

契約期間の長さによって、反競争的效果が異なるとする。1年以内の契約は反競争的效果が少ないとし、1～5年間はケース・バイ・ケースで判断し、5年を超える契約は反競争的效果が強いとする。

また、当事者が契約期間の長さの異なる複数の専売店契約を締結している場合には、契約期間の長さによりその専売店契約を細分化して、市場閉鎖効果に与える影響を検討する。たとえば、Neste 事件では、石油元売会社がサービス・ステーションと締結した、いかなる時も1年の事前通知で解約可能な契約とそれ以外の契約を区別して市場閉鎖効果を評価している。

(4) 当事者の市場における地位

当事者の市場シェアが単独で30%超であることが、101条1項該当性の実質

的審査をする入口の基準となる。これは、わが国の入口の基準である「有力な事業者」が市場シェア10%以上又は上位3社以内とするのに比べて、対象が絞られているといえる。

市場閉鎖効果が最も生じやすいとされる最終財の小売段階では、非支配的事業者の単独行為であっても、当事者が専売店契約で市場を閉鎖している割合(拘束された市場シェア：当事者のシェア×その専売店契約で販売される割合)が30%以上の場合には、他の考慮要素次第では重大な反競争的效果が生じうるとされる。

(5) 累積的市場閉鎖効果

累積的市場閉鎖効果は、専売店契約では、上記の②競争者の市場における地位として評価される。そして、特定事業者の専売店契約が規制の対象となるか否かにつき、i) 累積的市場閉鎖効果の有無、ii) 個別事業者がそれに知覚しうる寄与をしているか、という2段階の審査がされる。

まず、i) 累積的市場閉鎖効果の有無については、それが最も生じやすい小売段階の最終財において、市場支配的事業者が存在しない場合には、以下のよう判断される。

第1に、単独で市場シェア30%超の企業が存在する場合には、拘束された市場シェア(当事者の市場シェア×専売店契約の割合)の合計が30%以上なら累積的市場閉鎖効果が生じる可能性があると考えられる。

第2に、市場シェア30%超の企業が存在しない場合には、拘束された市場シェアが40%以上なら累積的市場閉鎖効果が生じる可能性があると考えられる。すなわち、最も基準が厳しい小売段階の最終財において、少なくとも30%以上の累積的市場閉鎖効果の存在を違法性の要件とする。したがって、その反対解釈からすれば、30%未満の累積的市場閉鎖効果にすぎなければ、セーフハーバーが認められることになる。

次に、ii) 個別事業者が累積的市場閉鎖効果に知覚しうる寄与をしているか否かは、その事業者が市場の5%以上を拘束していることを基準に判断する。

(6) 正当化事由

供給業者が購買業者との取引関係に特化した投資をしていて投資回収の必要がある場合(いわゆるホールドアップ問題が生じている場合)、とりわけノウ

ハウ移転がされていて競争業者によるその利用を避ける必要がある場合には、正当化事由になりうる。

もつとも、供給業者が購買業者に酒場設備、冷蔵庫、商品保管棚といった汎用性のある設備・施設の供与をしているにすぎない場合は、正当化事由とは認められない。

専売店契約の市場閉鎖効果が違法になる基準（小売段階の最終財）

単独事業者の専売店契約	拘束された市場シェア（当事者の市場シェア×その専売店契約で販売する割合）30%超
複数の事業者が並行して行う専売店契約（累積的市場閉鎖効果）*	1) 単独で市場シェア30%超の企業が存在+拘束された市場シェア合計30%以上 2) 単独で市場シェア30%超の企業が存在しない+拘束された市場シェア合計40%以上

*：累積的市場閉鎖効果が認められても、個別事業者の拘束された市場シェアが5%以上でなければ規制の対象外となる。

3 今後の検討課題

本稿では、考察の対象を私的独占に至らない専売店契約に対する EU 競争法の規制に限定している。今後は、残された領域である私的独占に該当する専売店契約に対する EU 競争法の規制を扱い、EU 競争法との比較という視点から、わが国の専売店契約全体の規制の在り方について検討したい。

以 上

執筆者紹介
(掲載順)

加藤 雅俊
立命館大学准教授

坂東 雄介
札幌大学特任講師

岡田 信弘
北海道大学大学院教授

岡谷 直明
北海道大学大学院法学研究科博士後期課程

平成23年7月20日 印刷
平成23年7月27日 発行

編集人 松浦正孝

発行人 北海道大学大学院法学研究科長
松久三四彦

印刷 北海道大学生協同組合
情報サービス部
札幌市北区北8条西8丁目
TEL 011(747)8886

発行所 北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北9条西7丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 62 July 2011 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

- Ideas, Interests and Institutions in the Analysis of Welfare State
Realignment : Towards a Political Analysis of Institutional Change (2) ☆
..... Masatoshi KATO 1
- On Nationality: The Meaning, Function and Range from Comparative
Perspective Between Japan and United States of America (1)
..... Yusuke BANDO 174[1]

MATERIAL

- Le droit constitutionnel japonais d'après-guerre et
«le modèle constitutionnel français» Nobuhiro OKADA 106[69]
- The Regulation of European Union against Single Branding
..... Naoaki OKATANI 92[83]

[]...Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆...Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan