

# ヨーロッパ共同体における国籍差別撤廃の 現状について

——ローマ条約7条の理念と労働移動の自由を巡る法的諸問題を中心として——

横山 真規雄

## 目 次

1. はじめに
2. ローマ条約7条の法的位置付けとそれを巡る法的諸問題
  - (1) 7条の立法背景と現状分析
  - (2) 7条の直接適用性を巡る判例の展開とその問題点
  - (3) 7条の解釈状況とその実態
  - (4) 4つの自由移動に関する諸規定と7条の理念
3. ECにおける『労働移動』の制度的保障体制
  - (1) 第2次法制定過程に見られる国籍差別撤廃の道程
  - (2) 労働者、自営業者、役務提供者—経済主体としての活動と7条との関係
  - (3) 具体的権利の内容
  - (4) 今後の方向性
4. 現状下で許される国籍差別
  - (1) 序 論
  - (2) 公共の福祉 (Public Policy Proviso) を理由とする国籍差別
  - (3) 公務 (Public Service) を理由とする国籍差別
5. 今後の展望—まとめとして

## 1. はじめに

人類の歴史を通じ、外国人が久しく不安定な地位に置かれてきたことは、良く知られた事実である。ヨーロッパにおいては、既に17世紀の初頭から移民労働者の交流が始まり、その時々の各国労働市場における補完的役割を担ってきた<sup>(1)</sup>。にもかかわらず、彼らは、居住国の住民とは様々な点において異なる法的地位に置かれ、又、異なった取り扱いを受けることが、当然のごとく認識されてきた。

この傾向は、近代国家が成立し、主権国家概念が形成される近世に入ると、むしろ強まる傾向さえみせた。近代国家出現以前の段階では、それぞれの土地に土着している人 (native) に対して、遠くの人々 (foreigner) あるいは土地の人々 (Ausländer) を外人とする、比較的単純で素朴な図式の下に両者の関係を捉えていた<sup>(2)</sup>。だが、フランス革命により生まれた1793年フランス憲法は、その第25条において、初めて国籍なる概念 (Concept of Nationality) を打ち出し、自国民と外国人とを峻別するメルクマールを設定した<sup>(3)</sup>。

以後、それまでの多分に感情的な、敵視主義、賤外主義から、国籍概念に則った排外主義へと飛躍した。そして近代法の急速な成長と相まって、各国はそれぞれ独自の外国人法制を展開させてきた。

もともと、その初期には苛酷であった外国人法制の実態も、国内における人権意識の昂揚に伴い、次第にその内容を緩和してきた。今日では、国内法上、原則として外国人一般にも基本的人権を保障するまでに至っていることは、周知の通りである<sup>(4)</sup>。

しかしながら、国家という単位を核とする主権国家体制の下にあっては、依然、自国民と外国人との間には厳然とした区別が存在している。換言するならば、国家と個人とを結び付ける法的紐帯である国籍による差別は、現代国際社会にあっては、根強いものが存在している。

このような基本的枠組形態の中にあつて、第2次大戦後発足した地域国際組織の中で、最も成功した事例とされるヨーロッパ共同体 (The European Communities 以下、ECとする) は、注目すべき特徴を有している。その基本条約である「ヨーロッパ経済共同体を設立する条約」(以下、ローマ条約とする) の第7条において、国籍差別の禁止原則を明文化し、設立より既に30年を経ている。

しかも、外国人法制と密接に関連する出入国管理については、経済活動を行う加盟国民に対して、特別の待遇を与えてきた (ローマ条約48条~66条)。従来の固定的、制限的な移民法制から脱皮し、移動の自由の享有主体に数的制限、年齢制限を課さず、又、滞在期間も制限せず、原則として大量、無差別かつ継続的な人的移動の保障を加盟国に義務づけてきた。即ち、恩恵としてではなく、国家が義務として大規模に、しかも恒久的に移民を受け入れるという、特異とも言え

る内容をこのローマ条約は規定しているのである<sup>(5)</sup>。

たそがれゆく「主権」がごとく言われる今日的状況にあつて<sup>(6)</sup>、ヨーロッパ統合を目指すECにおいて、このローマ条約第7条という条項が、果たして現実にどのような意義を有しているのか。又、その趣旨が、ECの活動に如何なる形で具現されてきているのか。本稿では、その実態状況について概観し、併せて、それを取り巻く法的問題点について考察してみたいと考える。

(註)

- (1) ヨーロッパにおける移民労働者の発生、その史的展開及び経済史的意義については、Jan Lucassen, *Migrant Labour in Europe 1600~1900*, 1987, Croom Helm. が有益である。
- (2) 宮崎繁樹「外国人」(山崎真秀, 中山研一, 宮崎繁樹『現代の国家権力と法』筑摩書房, 1987年所収), 220ページ。
- (3) Richard Plender, *International Migration Law*, 1972, A. W. Sijthoff, p. 3-4.
- (4) 萩野教授は、外国人の人権保障状況の内容が、その国における人権思想、人権法制の到達水準を示していると指摘される。萩野芳夫『基本的人権の研究』法律文化社, 1980年, 9ページ。
- (5) Goodwin-Gill は、ECの人的移動の保障は、移動の自由の態様としては、今日比較法的にみると、最も進んだ内容を有していると指摘する。Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, 1978, Clarendon Press, p. 176 and 196.
- (6) 宮崎繁樹「20世紀における主権の地位」法律時報32巻4号, 1960年, 76ページ。

## 2. ローマ条約7条の法的位置付けとそれを巡る法的諸問題

### (1) 7条の立法背景と現状分析

(1) ローマ条約が、差別禁止原則、あるいは平等原則を設定するとしても、その基準を国籍に限定する必然性は必ずしも認められない。生産者、購入者といった経済活動の主体に基準を設定して、域内における平等原則を打ち立てるという方向も、論理上可能であった。

実際、ローマ条約の成立に先立ち、1951年4月パリで調印された「ヨーロッパ石炭鉄鋼共同体を設立する条約」(以下、ECSC 条約とする)では、その方向の条文形式が採られている。その第4条b号では、生産者(producers)、購入者(purchasers)、消費者(consumers)の間での価格、運搬費用、引渡条件等におけるあらゆる差別的な処遇を禁ずる旨、規定されていた。ECSC 条約は、立法の目的上、その対象が石炭、鉄鋼関連の経済活動に限定されるが、この分野におけるあらゆる形態の差別を禁止する趣旨であると解されている<sup>(1)</sup>。

これに対し、ローマ条約の立法者は、国籍という概念に着目し、この基準に基づく差別を禁止することとした。そして、これを規定する条文をローマ条約の基本原則(Principles)を定める第1部に置き、その原則性を強調することを試みた。更に、7条の趣旨が具体的に実行される必要のある活動事項の中で、繰り返しこの原則が明文化された。第48条2項及び49条では、加盟国労働者間における国籍に基づく差別禁止が明文化された。又、52条では、自営活動の遂行にあたり

受入国民と同一条件が適用される旨、定められた。更に65条では役務提供者について、67条では資本移動について、それぞれ国籍差別の禁止原則が明文の形で規定された。

しかしながら、国籍差別禁止原則の周知徹底のために、このような条文配置と重畳的な規定方法を採用したにもかかわらず、ローマ条約は7条の法的意義について明確な定義を施さなかった。そのため、7条の解釈を巡って、いくつかの疑義を生じさせることとなった。

即ち、(i)条文が、原則規定を定める第1部に配置された点からみて、7条は、ECの目指す目的を宣明した一種のプログラム規定であり、実定法上の効力は認められず、単なる解釈指針に留まるのか。(ii)たとえ、一定の実定法上の効力が認められるとしても、それは7条後段に従い、別途理事会により、差別禁止の規則が定められている場合に限るのか。(iii)直接的には、国籍差別には結びつかなくとも、往々にしてそれとの関連性が認められる事例。例えば、物品の自由移動を巡る事例、あるいは農産物の生産、出荷における生産者と消費者の関係など、明文では国籍差別禁止が宣明されていない範囲にまで、この原則は及ぶのか。更には、(iv)加盟国の国内法に対しての優位性が、7条にも認められるのか。又、後述する(v)7条に直接適用性が認められるのか。

以上のような問題について、ECの進展に伴い一定の判断を示す必要性が生じてきたのであった。そして結局のところ、その判断は、解釈権限を有するヨーロッパ裁判所(The European Court of Justice, 以下EC裁判所とする。)に委ねられることとなった。

(2) まず、その初期の事例である1963年のItaly v. Commission 事件<sup>(2)</sup>の中で、7条の法的意義付けについての検討が加えられた。この事件は、フランス政府が、イタリアからの冷蔵庫輸入制限のため、委員会に226条の発動許可を求め、それが承認されたことの妥当性が討議された事件である。Advocate-General のLagrange は、その意見陳述の中で、「私は、差別禁止原則は、法の一般原則と捉えているので、他の事例と同様、この事案を考慮するにあたって尊重しなければならないと考える。」と述べた<sup>(3)</sup>。

EC裁判所も、このLagrange の見解に添った対応を示し、物品の自由移動の意義が問われたこの審理において、7条の法的意義を分析し、それを踏まえた上で具体的事案に対する適用を行い、一定の判断を示した。

この裁判所の態度は、7条を単なるプログラム規定に留めず、実定法としての評価を与えている結果と理解できた。しかも、7条の適用範囲は、明文で差別を禁止する範囲に限定されないとの考えを示したものと受け取れ、その後の裁判所の判断の動向が注目された。

その翌年のCosta v. ELEN 事件<sup>(4)</sup>においても、7条に実定法としての意義を認める立場が示された。EC裁判所はここで、「加盟国間で、国内法の規定内容がどのようなものであるかによって共同体法の実施の程度に違いを認めれば、条約の目的達成(5条後段)を危うくする上、7条が禁止する差別問題を引き起こすことになる。」<sup>(5)</sup>と述べた。この趣旨は、7条を単なる解釈指針として認識するのではなく、EC法の基本原理としての地位を認めたものと解釈できた<sup>(6)</sup>。更に、

ECの活動では、7条後段に基づく規則が存在しない段階でも、常に7条の趣旨を念頭に置き、その意義を損なうことがあってはならないとの判断が示されたものと理解された。即ち、ECの諸活動は7条の理念の規制対象下に置かれ、少なくとも、7条の立法以後に作られた国内法に対しては、一定の優位性をも認める趣旨であると解釈できた<sup>7)</sup>。

1947年のReyners事件<sup>8)</sup>でも、7条の実定法としての存在意義が強調された。この事件は、オランダ人のReynersが、居住地のベルギーで法学教育を受け、docteur en droit belgeの資格を取得したにもかかわらず、弁護士(avocat)活動が許可されなかったことを巡る事件である。これはベルギーの1919年の法律が、ベルギー人以外の者の法廷での活動を禁止していたためであった。彼は、数回、ベルギー弁護士会に国籍条項の撤廃を訴えたが受け入れられなかった。そのため、最終的にEC裁判所に52条、54条、55条及び57条の解釈が求められたのであった。裁判所は、その判決の中で、「加盟国民を公平に取り扱うというルールは、共同体の基本的な法条項の一つである。」と述べ<sup>9)</sup>、平等原則が、EC法の基本原則の位置を占めている事実を確認したのであった。

ところで、近年EC裁判所は、Reyners事件判決にみられるように、7条を巡る問題を非差別原則(Non-Discrimination)としてではなく、平等原則(Equal of Treatment)の側面から把握する傾向が認められる<sup>10)</sup>。又、第2次法には、平等原則の文言を用いている規定も存在する(規則1612の8条等)。文言的にみれば、両者は、いずれも、異なる処遇の禁止を表現するものであり、同一の法内容の具現化を希求しているともいえる。しかし、Sundberg-Weitmanは、ローマ条約の起草者が平等原則と言う表現を用いず、差別禁止という文言を選択した理由は、後者の方が、理由が存在すれば差別実施を認めるとのニュアンスが強いからであると分析している<sup>11)</sup>。この見解に従うなら、Reyners事件などの判決文にみられる平等原則の表現を用いるという傾向は、例外として認める差別も極力制限していこうとする、裁判所の姿勢の変化と見ることもできなくない。

従って、共同体発足当初における起草者の7条に対する認識と、裁判所の近年の7条に対する認識には、微妙な変化が生じてきているものと指摘できる。

一方、7条の適用範囲については、1974年のHoltz and Willemsen GmbH事件<sup>12)</sup>の中で、裁判所のより具体的な判断が示された。この事件は、油脂市場におけるEC委員会と理事会の行動の当否が、問われた事件である。ECでは、1966年の理事会規則136(Regulation 136/66)により、1967年以降、油脂市場では共同組織が形成されていた。特に、その内でも西洋アブラナ(Colza)を使用する製油工場は、世界市場と同額のコストでの入手を計るため、補助金の交付が受けられた。ただし、これには西洋アブラナがEC域内で栽培され、イタリアで加工された場合に限るとの条件が付されていた。これに対し、この種の条件賦課は7条の趣旨に違背し、併せて40条3項にも反するとの主張が行われたのである。

裁判所は、判決の中で、「40条が規定している共通農業政策樹立と農業市場の共同組織化とい

う目的達成のためには、前提として、共通規則と基準の設定、製油工場の国籍、設置地域等に基づく差別の排除が必要である。」<sup>43</sup>（傍点筆者）と判旨した。この判決内容は、7条が農業政策（Agricultural Policy）にも適用されるとする申立人の主張を、承認したものと解された。

(3) 以上概観した判例展開から、7条の法的位置付けに関して、先に掲げた疑問点の内(i)～(iv)については、今日概ね見解の統一が実現しているものといえる。即ち、7条は、共同体法の基本原則という実定法としての地位を有し、その適用範囲もECの活動全般に及び、相当範囲で各国国内法に対しての優位性も認められると考えられる。そのため、現在では、労働移動の自由のように、明文で差別が禁止されている問題の他、例えば輸送問題（74条—84条）<sup>44</sup>、漁業政策<sup>45</sup>、農業政策<sup>46</sup>等を論議するにあたって、7条は常に基本原則として作用し、各条項はその理念の適用下に置かれると理解されている。

しかしながら、残る疑問点(v)の7条の直接適用性については、共同体の設立より30年を過ぎた現在まで、裁判所の積極かつ明快な判断は示されていない。しかも、直接適用性という法機能は、優位性と並び、欧州共同体秩序の2つの支柱であると旧来から高く評価されている<sup>47</sup>。

この点に対する積極的な位置付けを欠くことが、ローマ条約における7条の法的意義を、いまひとつ不明確で曖昧なものにしている原因であると指摘できる。

そこで、以下、これまでの直接適用性を巡る判例の展開を概観し、現状において到達している評価について検討・紹介してみることにする。

## （2） 7条の直接適用性を巡る判例の展開とその問題点

(1) 7条の直接適用性については、1969年ドイツでカルテル違反が争われた Walt-Wilhelm 事件<sup>48</sup>の中で、考察されている。裁判所に対する意見陳述の中で、Advocate-General の Roemer は、「私は、7条の条文は直接に適用することができ (applies directly)、国籍に基づく差別の禁止は直接適用性を有し、その後段に従って規定される規則とは独立していると解するのが正当と考える。」と述べ<sup>49</sup>、7条に直接適用性を認めるとの見解を明確に提示した。しかも、論議の過程で、委員会が Advocate-General と同様の見解を採っている事実も紹介され、関心を集めた。だが裁判所は、判決の中では7条の直接適用性に対する明確な位置付けを避け、これに言及することはなかった。

その後、EC裁判所は、イタリアのテレビ放送の独占に関する1973年の Sacchi 事件<sup>50</sup>や、1974年の Walrave 事件<sup>51</sup>においても、直接適用性を全面的に認める立場は採らず、むしろ制限的解釈を施した。後者の事案は、自転車競技のペースメーカーと競技者とが同一国籍でなければならないとする条件の適否が、問題とされた事件であった。これら判決文全体の論調からみて、裁判所がすべての部面で7条に対し直接適用性を承認する立場にあると、読み採るのは困難となった。7条に続く条文規定によって具体的な適用内容が明らかにされた場合等、範囲が具体化(im-

plement)されている内容に限り、直接適用性が認められるという制限説を支持する立場と解釈できた<sup>58</sup>。

(2) 7条に、条件付きの形で直接適用性を認めるという考えは、先に紹介した、Reyners 事件の中でも示唆された。EC裁判所は、「受入国が自国民に対しても、ECの立法した一連の規定を実効的に適用しているのであれば、全ての加盟国民はその存在意義に照らし、平等原則というルールを直接適用を主張することができる。」<sup>59</sup>という判断を示した。これは、その自国民にも実効性が保障されているEC法の分野については、それを巡る紛議が生じた場合、7条を直接当該国内裁判所で援用できるという、制限解釈を示した判決内容と受け取れた。

この解釈の方向は、その後、1978年のKenny 事件<sup>60</sup>でも認められた。Kenny は、アイルランド人であったが、イギリスに居住していた。当地で、イギリス国民保険(The National Insurance Act)に加入し、疾病等の保険金受給資格を取得していた。彼は、その後、アイルランドで逮捕され服役したが、その間罹患し、刑務所外で治療を受けた。その費用填補をイギリスで請求したところ、拒絶されたため争われたという事件である。国民保険法49条(b)1項によれば、収監中の疾病については、受給請求の対象より除外されていた。本件では、イギリス以外での服役はこの条文に該当しないとして、費用填補を認めるべきであるか。又それを認めた場合、イギリス人に対して逆に7条の禁止する差別を構成することにならないかが論点となった。Advocate-GeneralのMayras は、その意見陳述の中、先のWalt-Wilhelm 事件でのRoemer とは反対の見解を示した<sup>61</sup>。7条には、直接適用性は認められず、個人が、それを直接主張(involve)することもできない、との見解を明確に示したのであった。

又、委員会も、Walt-Wilhelm 事件で示した見解を撤回し、この段階では制限解釈を支持している事実も明らかとなった。委員会は、「問題の規則(規則1408, Regulation 1408/71)は、社会保障に関して、7条の一般法(the *lex generalis*)の規定を実施する、特別法(the *lex specialis*)として位置付けなければならない。」<sup>62</sup>との考えを示していた。その理由として、「そうでなければ、7条後段が理事会に対して、差別禁止実施のルール造りを義務付けている趣旨に合致しなくなる。」<sup>63</sup>と述べていた。

EC裁判所は、この委員会、Advocate-Generalの見解を踏まえた上、「48条及び規則1408の3条1項により具体的に内容が明らかにされた場合、7条は、この規則の適用範囲内で、加盟国に対して直接適用性を有する。」<sup>64</sup>という判断を下した。

更に、1977年のSagulo 事件<sup>65</sup>では、7条と、この条文の内容を具体化し、直接適用性の認められる状況に導く特別法とはどのようなものかについても、考察が加えられた。

EC裁判所は、その判決の中、「7条の一般原則は、条約の特別規定(Special Provision)が規定する内容に応じ、その範囲でのみ適用される。この特別規定には、規則(Regulation)、命令(Directive)等が含まれるものと考えられる。」<sup>66</sup>という見解を示した。

1980年に入っても、依然として裁判所が制限説に立っていることは、Boussac 事件<sup>61</sup>判決から推察することができる。ドイツの1976年簡略法 (Simplifying law) は、西ドイツに活動基盤を置く債務者に対し、外国通貨での弁済請求を行う場合、簡易訴訟手続によって訴を提起することができない旨、規定していた。だが他方、外国に基盤を置く債務者については、簡易訴訟手続の利用を認めていた。これは加盟国民の差別的処遇を認めることであり、7条に違背するとの主張がされたのである。これに対し裁判所は、その判決の中、「第7条は……簡略給付訴訟を、外国通貨での弁済を求める者には認めないとする国内民事訴訟手続を、排除(preclude)するものではない」(傍点筆者)と述べた<sup>62</sup>。

判決の中で、裁判所が特に、「排除 (preclude) しない」という文言を用いたことは、場合によっては、7条が国内法を排除する場合もあることを示唆していると理解できた。即ち、特定の状況にあつては、7条自体が国内法を無効として排除する直接的適用の機能を持ちうるとする、制限説を依然として堅持していることが読み取れた。

(3) 以上、概観してきた判例展開から判断して、現状では、7条に関して制限的に直接的適用性を承認するというのが妥当な解釈と考えられる。だが、これら一連の判決には、7条それ自体へ直接適用性を明白に否定する態度は避けようとする、腐心の跡が読み取れる。これは、統合状況の進展に応じ、将来それを認める余地を一方で残すための努力の結果であった。そのため、判例の一部には明快な見解を示すものもあつたが、一般に迂遠な表現と間接的条件付けが多用され、その分析は一様に困難性を伴うものであつた。その論述が、決して明快とはいえないことは、冒頭でも指摘した通りである。

従つて、このような状況下では、近い将来の7条の位置付けについて明確な予想を打ち立てることも容易ではない。その展望に対して、ヨーロッパの論者の間にあつても意見の一致をみえないのが現在の理論的状況である<sup>63</sup>。

ところが一方で、EC裁判所はこれまで、労働移動の諸規定については、直接適用性を認める立場を明確に示してきた。裁判所は、1975年の Van Duyn 事件<sup>64</sup>及び1977年の Commission v. France 事件<sup>65</sup>の中で、48条の直接適用性を認める判決を打ち出した。又、52条については1974年の Reyners 事件<sup>66</sup>判決の中で、59条1項及び60条3項については1974年の Van Binsbergen 事件<sup>67</sup>において、その直接適用性を認めた。62条についても、1975年の Royer 事件<sup>68</sup>で同様の見解が示された。更に、裁判所は、1975年の Watson and Belmann 事件<sup>69</sup>判決の中で、ローマ条約48条から66条までの条項とその実施のための第2次法は、個人が国内裁判所で直接援用できると述べ、包括的に直接適用性の存在を認めるに至った。

EC裁判所が示す労働移動条文への積極的態度と、7条に対する消極的態度という両面性が、理論的に如何なる意味を持ち、何を示唆しているかは、今後の重大な研究課題の一つと考えられる。しかしながら、この解答を判例研究から導くことは、現状では難しいと考えられる。



そこで、7条の法的位置付けを、判例の微妙な文言の分析から図ろうとする従前の検討方法を改め、諸般の状況下における国籍差別撤廃の実態を把握することで、7条の受容状況の分析を進めることにする。以下、この作業を通して、同条の法的意義についての考察を深め、この問題に対する理論的検討を進めることとしたい。

### (3) 7条の解釈状況とその実態

ローマ条約の条文構成全体の特徴として、定義条項が少ないことが上げられる。そのため、具体的事件が発生した場合、EC裁判所の示す判断に依存する度合いが高いことはよく指摘される点である<sup>40</sup>。7条もその例外ではない。同条は、国籍差別の禁止を明文化してはいるが、この条文自体からは、それ以上具体的な示唆を引き出すことはできない。条約は、国籍という基準の具体的内容についても、又差別の具体的態様についても、定義付けを施してはいないからである。

そこで、まず7条の実態把握の手始めとして、文言的解釈の理論的状況とその問題点について概観してみることにする。

#### (a) 差別の実態に対する解釈状況

先に紹介した、初期の判例の一つである *Italy v. Commission* 事件<sup>41</sup>の中で、差別はどのような状況に存在すると認められるかについて考察が行われた。裁判所は、判決の中、「内容の異なる処遇をしたとしても、それが対比できない状況で行われたならば、その事実を理由に、自動的に差別が存在するという結論には繋がらない。……実際の差別とは、類似の状況で異った処遇を行ったり、あるいは、異なる状況にもかかわらず同じ処遇をした場合に認められるのである。」<sup>42</sup>という判断を示した。

続く1968年の *Walt-Wilhelm* 事件（既出）の中でも、この問題の解釈が試みられている。EC裁判所は、加盟国がカルテル法を国籍の違いに応じて適用を異にすることは、7条に違背する行為であると判旨したのに続き、「しかしながら、客観的基準 (objective criteria) に従い、しかもそれが国籍に基づくのでなければ、加盟国間の法体制の相違に起因する処遇の差異は、この条文の関与する問題ではない。」<sup>43</sup>と述べた。同様の見解が、*Kenny* 事件判決の中でも繰り返された<sup>44</sup>。

これら判決からも明らかなように、EC裁判所は、共同体全域での全加盟国民に対する、一律的、画一的処遇の実施を求めるまでには至っていない。加盟国間に蔽として存在する法制度の相違を、十分認識している事実が明らかに窺える。それを認識した上で、加盟国に対し、同一の状況か又は同視できる状況下での、加盟国民への差別的処遇の禁止を求める段階に留まっている。

もっとも、これは、ごく常識的な判断であるとも評価できる。現段階では、依然、EC加盟国間の法制面における相違は、著しいものが存在する。従って、たとえ域内での画一的処遇の実施を志向したとしても、その実現は決して容易ではない。現にローマ条約100条も、加盟国の法制

接近をその重大命題として掲げている<sup>63</sup>。この事実が示すように、E C法の統一的適用の可能性は、今後の進展に委ねられる所謂E Cの次世代に属する問題として認識されるべきである。

#### (b) 国籍という差別基準に対する解釈状況

7条の原則は、明白に国籍差別を意図して規定された法規だけを規制するのか。あるいは、別の基準に従ったことで、結果的にそれが国籍差別に繋がっている場合でも、7条違反と判断される可能性があるのか。この点についてE C裁判所は、1978年の *Commission v. Ireland* 事件<sup>64</sup>の中でかなり明確な判断を示している。

この事案は次のような内容であった。

E Cは、1970年以降、共通政策の一環として、漁業問題と海洋資源問題に取り組む姿勢を強めていた。これに伴い、委員会より理事会に対する一連の提案が示され、漁業開発プログラムが作成された。この動きを受けアイルランド政府は、暫定的国内法規の必要性があると判断し、1977年、舟幅が30メートル又は主エンジンが1100馬力を越える漁船が、アイルランド漁業水域で漁業活動を行なうことを禁止する命令を発した。しかしこの命令により、それ以後漁業活動が不能となるアイルランド船籍の漁船は、従来当該水域で活動していた1100隻の内、わずか1隻にすぎなかった。その大部分は規制基準を下回ったため、この規制を免れた。ところが、フランス船舶については、407隻の内、101隻(24.8%)がこの規制の対象となり、又、オランダ船籍の船舶は、57隻の内、57隻全部がその影響を受け、以後従来の活動ができなくなった。

委員会は、これは国籍を直接の基準に設定してはいないものの、明らかに実質的な国籍差別であり7条に違反するとして、E C裁判所の判断を求めたものである。

E C裁判所は、委員会の主張を概ね認め、これらの規定は7条に違背し、アイルランドの行動は、ローマ条約の義務違反に該当すると判旨した<sup>65</sup>。

この見解は、1982年の *Boussac* 事件(既出)<sup>66</sup>の中でも、より明確な文言で示されている。裁判所は、「7条は、国籍に基づく明白(overt)な差別を禁止しているだけでなく、他の異なる基準を適用しても、同じ結果(註、国籍差別)に繋がるような隠された(covert)差別も禁止する。」<sup>67</sup>と明示した。

ただ、裁判所は基本的考えは示したものの、隠された国籍差別の判別基準を示していないため、判断に迷う事例も存在する。例えば、1980年の *Summary Proceedings v. S. Oebel* 事件<sup>68</sup>もその一例である。これは、ドイツのベーカリー業者が夜間営業を行い、それを禁止しているドイツ法令に違反したとされた事件である。だが、この業者の店舗に近いフランス領で営業する同業者は、夜間営業の規制がフランスにないため、ドイツ商人は競争上不利な立場に置かれていた。そのため、これは実質的に国籍差別を容認していると主張されたものである。ドイツ商人の販売競争力はフランス商人に比べ実際に不利な状況にあったため、同事件は、明白な国籍差別事件としては認められないものの、少なくとも隠された国籍差別の事案として、捉えていく余地は存在

した。

これに対し、EC裁判所は、この事件を単なる地域性に関係する問題であり国籍差別に繋がる事件ではないとの判断を示した。

しかしながら、EC裁判所のようにこの事例を安直に判断することは、近年問題となっている、自国民に対する逆差別を認めることにもなりかねなかった。裁判所の配慮は、この点、充分なものとはいえなかった。従って、隠された差別問題の理論的深化については、逆差別との兼ね合いも踏まえた上での研究が必要であり、今後の判例展開に期待されるところが大きいといえるであろう。

### (c) 差別の実行主体についての解釈状況

一般に、7条が加盟国を拘束していることは、条約解釈上、疑問の余地がない。又、ECの機関自体もその拘束の対象となることも、ほぼ異論のないところである<sup>61</sup>。問題は、個人あるいは私企業がその拘束対象となる可能性の有無であるが、この点については今日まで確立した考えが打ち立てられるまでには至っていない。一部にはそれを肯定する積極的な見解を示す論者<sup>62</sup>も存在するが、通説とはなっていない。

確かに、7条を私人にまで適用することが、好ましい側面を有することは否定できない。たとえば、行政法規の適用に関し、公的活動(Public Activities)と私人活動(Private Activities)の境界確定のための理論的メルクマール設定の必要性はなくなる。

だが一方、7条の適用範囲を私人間にまで拡大すれば、各国憲法体制の保障する私的自治の原則にEC法が介入する事態を引き起こすこととなる。契約自由の原則、私的自治の原則は、いずれも近代法の大原則であり、歴史的にみて、専断的な封建国家からの長年の闘争を経て獲得されたものである。この点、安易なEC法の介入を否定する見解には、説得力があると認められる。

もっとも、翻せばこの進捗状況は、EC統合の判断材料としては極めて有益であると考えられ、今後のEC統合の進捗状況を追い掛けていく上で見逃せない検討課題の一つであると指摘できる。

以上、EC裁判所がこれまで7条に対して示した解釈状況を概観してみた。既に指摘した通り、そのいくつかは今後の判例の推移を検討し、解釈に努めなければならない課題として残されている。だが、これまでの展開状況を小括してみれば、7条に対する文言解釈の傾向は、一般に拡大解釈の方向を示し、保護の対象・態様を広げる様相を見せていると評価することができるであろう。

そこで、この文言解釈の評価を踏まえた上で、7条の実態を探る新たな手掛かりを得るため、次に、4つの自由移動に関する諸規定において、その理念が如何に具現化されているかを考察することとする。

#### (4) 4つの自由移動に関する諸規定と7条の理念

7条が、しばしばEC裁判所により、共同体の基本原則としての位置付けをされてきたことは前述した。一方、4つの自由移動と呼ばれる、人、役務、物品、資本の自由移動についても、いずれも共同体形成の根幹をなすものと理解され、共通市場形成実現の重要なファクターとしてこれまで位置付けられてきた<sup>63</sup>。これら4つの自由を巡る事象を検討する際にも、7条の国籍差別禁止の原則が働き、その法理念が及ぶとされていることは、これまで縷々検討してきた通りである。

ただ、4つの自由のそれぞれを俯瞰してみると、共同市場形成において期待される役割分担の相違から、その保障対象、保護態様、更にもそのための方法論等内容全般に渡って相当な違いが認められる。そのため、それぞれの自由問題を論議するにあたって、7条の理念が働き掛ける程度に、自ずから強弱が認められるのは否めないであろう。

既に指摘した通り、労働の自由移動は、その制度の骨格が出入国管理上の諸制度に直結するものである。従って、個別的問題の処理にあっても、国籍差別禁止原則が前面に押し出される蓋然性が高い。

これに対して、物品の自由移動の諸問題では、まず第一に対象の物品への考察に重点が置かれる。Oliverはこの点について、「物品の自由移動に関する条約の諸規定が適用されるか否かの決定要素は、その所有者の国籍ではなく、その物品の性質 (status) に求められる。」<sup>64</sup>と述べ、国籍の有無に係わる問題が発生する可能性は少ないと指摘している。又、EC裁判所も、12条の「(関税)と同等の効果を有する課徴金」を巡り争われた1969年の Brachfeld 事件の中で、「条約は、加盟国間における輸出入取引に対して、罰則的課徴金を課すことを禁じている。これは、不利益を被る可能性のある貿易当事者がいずれの国籍を有するかにより、左右されることはない。」<sup>65</sup>と述べている。

更にEC裁判所は、1979年の Cassis de Dijon 事件<sup>66</sup>の中で、労働の自由移動に関する諸規定と、物品の自由移動に関する諸規定の立法上の相違点について分析を行った。そして、前者は加盟国の規制権を広範に留保して認めているのに対し、後者の諸規定にはそれがなく、域内全体に適用される共通法として存在していることが重要な相違点であるとの指摘をした。この指摘は、全域内での画一的適用の実施確保のため、物品の自由移動の諸規定は平等原則を前提とした立法形態となっており、7条についての紛議を発生させる可能性が少ない。ところが、立法形態上国家の自由裁量が大きく認められている労働移動の諸規定は、必然的に7条について紛議の発生の可能性が高く、その解釈が求められる機会が多くなるというEC裁判所の見解を示したものと受け取れる。

又、同様のことが、資本の自由移動についても指摘できると考えられる。

従って、現段階では、労働移動の自由に関する現実の実態把握に努めることが、7条の法理念

の適用状況を探り、それが如何なる態様でEC諸活動の中で具体化しているかを知る、最も有効な方法であることは間違いないと考えられる<sup>67)</sup>。

そこで、次章では、国籍差別禁止原則の視点から、ECの労働移動の制度的保障体制を捉え、その実態を概観することとする。更に4章では、その保障体制の中で、現在許容されている国籍差別の具体的内容を検討し、問題点の洗い出しを図ることとしたい。

(註)

- (1) Hans Smit and Peter E. Herzog, *The Law of the European Economic Community: a Commentary on the EEC Treaty*, 1986, MaHhew Bender, 1—54. (concerning Article 7).
- (2) Case 13/63, 1963, *European Court Reports* (以下, E. C. R. とする) 165.
- (3) *Ibid.*, p. 190.
- (4) Case 6/64, 1964, E. C. R. 585.
- (5) *Ibid.*, p. 594.
- (6) Linda S. Spedding, *Transnational Legal Practice in the EEC and the United States*, 1987, Transnational Publishers, Inc. Dobbs Ferry, p.24.
- (7) Hans Smit and Peter E. Herzog, *op. cit.*, p. 1—55.
- (8) Case 2/74, 1974, E. C. R. 631.
- (9) *Ibid.*, p. 651, para. 24.
- (10) 例えば, *Joined Cases 117/76 and 16/77, Albert Ruckdeschel, Co v. Hauptzollamt Hamburg-ST Annen*, 1977, E. C. R. 1753, at p. 1769. 等を参照。
- (11) Brita Sundberg-Weitman, *Discrimination on Grounds of Nationality*, 1977, North-Holland, p. 24.
- (12) Case 153/73, 1975, 1 *Common Market Law Reports* 91.
- (13) *Ibid.*, p. 108.
- (14) David Vaughan(ed), *Law of the European Communities Vol. 2*, 1986, Butterworths, p. 675.
- (15) *Ibid.*, p. 369.
- (16) *Ibid.*, p. 285.
- (17) Gerhard Bebr, *Development of Judicial Control of the European Communities*, 1981, Martinus Nijhoff Publications, p. 5—6 and 12. 岩沢雄司『条約の国内適用可能性』有斐閣, 1985年, 221ページ。
- (18) Case 14/68, 1969, E. C. R. 1.
- (19) *Ibid.*, p. 28.
- (20) Case 155/73, 1974, E. C. R. 409, at p. 431.
- (21) Case 36/74, 1974, E. C. R. 1405, at p. 1417.
- (22) Stephen D. Kon, "Aspects of Reverse Discrimination in Community Law," *European Law Review*, Vol. 6, No. 2, 1981, p. 76.
- (23) Case 2/74, 1974, E. C. R. 631, at p. 651, para. 25.
- (24) Case 1/78. 1978, E. C. R. 1489.
- (25) *Ibid.*, p. 1505.
- (26) *Ibid.*, p. 1494.
- (27) *Ibid.*, p. 1494.
- (28) *Ibid.*, p. 1499.
- (29) Case 8/77, 1977, E. C. R. 1495.
- (30) *Ibid.*, p. 1505, para. 11
- (31) Case 22/80, 1982, 1 *Common Market Law Reports* 202.

- ③<sup>2</sup> Ibid., p. 216.
- ③<sup>3</sup> 例えば, Spedding は, 7条の直接適用性を認める方向に進んでいると分析するのに対して, Kon は, 否定的な見解を示している。Spedding, *op. cit.*, p. 27. Kon, *op. cit.*, p. 77—78.
- ③<sup>4</sup> Case 41/74, 1974, E. C. R. 1337, at p. 1352.
- ③<sup>5</sup> Case 167/73, 1974, E. C. R. 359.
- ③<sup>6</sup> Case 2/74, 1974, E. C. R. 631, at p. 656.
- ③<sup>7</sup> Case 33/74, 1974, E. C. R. 1299.
- ③<sup>8</sup> Case 48/75, 1975, E. C. R. 497.
- ③<sup>9</sup> Case 118/75, 1976, E. C. R. 1185, at p. 1200.
- ④<sup>0</sup> Bebr は, EC 裁判所が, 従来の仲裁裁判所等とは異なり, 共同体秩序形成の主體的役割を担うべき存在であると述べる。Bebr, *op. cit.*, p. 4—6.
- ④<sup>1</sup> Case 13/63, 1963, E. C. R. 165.
- ④<sup>2</sup> Ibid., p. 177—178.
- ④<sup>3</sup> Case 14/68, 1969, E. C. R. 1, at p. 17.
- ④<sup>4</sup> Case 1/78, 1978, E. C. R. 1489, at p. 1498, para. 18.
- ④<sup>5</sup> ECにおける法の統合に関する研究としては, Carol Cosgrove Twitchett, *Harmonisation in the EEC*, 1981, Macmillan Press. が有益である。
- ④<sup>6</sup> Case 61/77, 1978, E. C. R. 417.
- ④<sup>7</sup> Ibid., p. 452.
- ④<sup>8</sup> Case 22/80, 1982, 1 *Common Market Law Reports* 202.
- ④<sup>9</sup> Ibid., p. 215, para 9.
- ⑤<sup>0</sup> Case 155/80, 1981, E. C. R. 1993.
- ⑤<sup>1</sup> Sundberg-Weitman, *op. cit.*, p. 30—32. See *Rheinmühlen Düsseldorf v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Case 6/71, 1971, E. C. R. 823.
- ⑤<sup>2</sup> E. Zimmerman, “Prohibitions of Discrimination in Private Commerce in the Treaties of the European Communities,” *Antitrust Bulletin*, Vol. 13. 1968, p. 1110. 尚, この問題を巡る議論の展開については, Sundberg-Weitman, *op. cit.*, p. 32—38. 参照
- ⑤<sup>3</sup> Commission of the European Communities, *Thirty years of Community law 1983*, Office for Official Publications of the European Communities, p. 285—287.
- ⑤<sup>4</sup> Peter Oliver, *Free Movement of Goods in the EEC*, 1982, European Law Centre Limited, p. 20
- ⑤<sup>5</sup> Cases 2—3/69, 1969, E. C. R. 211, paras 24—26 of the judgement.
- ⑤<sup>6</sup> Case 120/78, 1979, E. C. R. 649, at p. 662, para. 8.
- ⑤<sup>7</sup> もっとも, 物品の自由移動を巡る有名な *Skimmed-Milk Powder* 事件(Case 114/76, 1977, E. C. R. 1211) や *Hauer* 事件 (Case 44/79, 1979, E. C. R. 3727) 等でも, 非差別原則が論点となっている。物品等の自由移動についても, 当然, 非差別原則を巡る争いが存在するし, また将来的にも発生が予想される。しかしながら, ここでは, 紙幅の都合上, 網羅的に7条の実態を探るという手法は許されない。本文で述べたように, 言わば, 体質的に7条を巡る紛議を起こしやすい労働移動について焦点を合わせ, 論議を進めることとする。他の自由に対する7条の侵透度については, いずれ稿を改め検討してみたいと考える。

### 3. ECにおける『労働移動』の制度的保障体制

#### (1) 第2次法制定過程に見られる国籍差別撤廃の道程

労働移動の自由を巡る諸問題は、各国主権概念との調整が不可欠な分野であるため、ローマ条約の実施規定である第2次法の重要性は極めて高いものとなっている。

この労働移動に関する第2次立法の発展過程は、大別して4つの段階に分けることができるが、この過程は又同時に、国籍差別禁止原則具体化の進展過程でもあった。

#### ・第1期（1957年～1961年）

第2次法の空白の時期である。ローマ条約の立法者には、1958年1月1日の条約発効と同時に、労働移動の自由の実現・実施を図るという考えはなかった。ローマ条約の48条1項には過度期間に関する文言が置かれ、8条1項に従い、その実現には12年の猶予期間が与えられていた。しかしながら、その当初、理事会、委員会は、関税同盟の形成、共通農業政策の実施、共通経済政策の推進等、比較的基礎的問題の調整に力点を置いていた。そのため暫くの期間、労働移動の自由については具体的進展はなく、又この方面からの7条の法理念について理論的深化はなかった。

#### ・第2期（1961年～1964年）

その後、理事会は、過度期間の終了時である1968年末が近づくにしたがい、この問題に取り組んでいった。1961年8月16日、労働移動に関する最初の理事会規則である規則15(Regulation 15/1961)が作成公布され<sup>(1)</sup>、併せて、命令(Directive)<sup>(2)</sup>も同日付けで公布された。

この規則15号の1条は、加盟国の国民に、他の加盟国で賃金労働に従事する権利を認めていた。しかし、これには、求人広告が出されて後、数週間経過しても自国民労働者からの適当な申し出がなく、欠員を補充できない場合に限り、その機会を開放するという条件が付されていた。ただ43条は、欠員募集にあたり、他の加盟国の雇用状況について配慮し、非加盟国労働者よりも優遇するよう努めなければならないとは規定していた。

即ち、これら規定は、(i)自国民労働者、(ii)他の加盟国労働者、(iii)非加盟国労働者、の順に職業獲得の優先順位を設定するもので、文言から明らかなように、自国民労働者を第一次的に優遇することを認める内容となっていた<sup>(3)</sup>。そのため、この時点では、他の加盟国労働者は、非加盟国労働者より若干優遇されるという地位に留まっていた。もともと、労働条件については、8条及び9条は、一旦雇用された場合には、同一労働に対する同一賃金が確保されなければならない旨、定めていた。しかし一方で、これら自国民以外の加盟国労働者の労働組合活動に制限を課していた。8条2項は、これら加盟国労働者が労働組合に参加し、又、就業場所の労働者代表団体に投票する権利は認めていたが、その代表機関の役員に選出されることは制限していたのであった。

このように規則15は、加盟国民間の国籍差別を禁止する7条の趣旨から見て、甚だ不備な内容となっていた。だが、本規定は、1964年5月1日まで有効であり、この時期の中心的規定の位置を占めていた。

#### ・第3期（1964年～1968年）

1964年5月1日、第二次法の内包する条約本文との矛盾点を克服し、更にその内容的整備を図

るため、規則15に替って、規則38 (Regulation 38/64)<sup>(4)</sup>が制定公布された。又、これに先立ち、2月25日には命令221 (Directive 64/221)<sup>(5)</sup>が公布された。

この64年の立法目的は、第一に、加盟国の労働者が自国以外で就業する場合、就業地の労働組合 (Worker's Council) の役員に選出される権利を認めるよう、法改正することにあった。64年法はこの点を、労働者が3年以上職にあり、しかも当該国に4年以上居住しているとの条件を充足する場合、その権利獲得の資格を得ると条件付きで認めた。いま一つの目的は、様々な部面で認められている自国民への優遇処置を撤廃することであった。規則38は、その第1条で、基本的に加盟国民は、他の加盟国で就業する権利を有する旨、規定した。しかしこの場合も、現行規則の定める条件に従って、その人物が失職中であると、然るべき雇用機関に通知されていることが必要であった。しかも、その2条では、予備委員会に対して届出をし、労働力過剰の状況、あるいは正当な事由が存在することを通知しておけば、特定の職種あるいは特定地域について、自国民労働者に対する優先的募集が2週間認められるとの例外規定を設けていた。

一方で、この64年法は、経済主体者と家庭生活を共にする家族の範囲を、配偶者、幼年の子供のような狭い範囲に限定せず、両親、生計を依存する祖父母等までも拡大し、出入国上の優遇処置を認めた (17条)。又、受入国に初等教育の段階から、子弟の職業教育の充実についての配慮を求める (21条) 等、評価できる側面を相当有していた。

この規則命令が作られた1964年当時のヨーロッパ経済の動向は、全般に上向きの状況にあったため、イタリアに若干労働力の余剰が認められた他は、加盟国は労働力不足の状態にあった<sup>(6)</sup>。従って、自国民労働者に優先権を付与する絶対的必要性は、この時期低下していた。それにもかかわらず、懸案の2つの改正点が、いずれも条件付き改正に留まったことは、ローマ条約の目指す平等原則の確立と自国民優遇制度の撤廃という命題が、主権国の立場から見た場合、如何に抵抗が強いものであったかを如実に物語っていた。

#### ・第4期 (1968年～現在)

ECは、国籍差別禁止の趣旨が第2次法に必ずしも十分に反映されぬまま、設立より10年近くの年月を経た。

1968年10月15日、理事会は、それまでに公布した規則の内容と問題点を踏まえた上で、理事会規則1612(Regulation 1612/68)<sup>(7)</sup>を制定し、加盟国民と自国民との差別の完全撤廃に踏み出した。この規則は、これを補充するため公布された1968年10月15日付け理事会命令68 (Directive 68/360)<sup>(8)</sup>及び1976年2月9日付けの理事会規則312 (Regulation 312/76)<sup>(9)</sup>と共に、現在でも、中心的規則として機能している。この規則1612では、それまで懸案とされてきた自国民と加盟国民との差別撤廃が図られた。同規則は、その1条2項で、加盟国民は、特に自国以外の加盟国領域で就業活動をするにあたって、受入国の国民と同じ優先順位に置かれると明文で規定した。又8条では、自国以外の加盟国で就業する労働者もその国の労働組合に参加し、その執行機関の役員



に選出されることが可能であると規定され、労働組合への参加権も完全保障が実現した。

このように設立より10年にして漸く、その第2次法に国籍差別禁止原則の趣旨が盛り込まれたのであった。

これらの経緯を経た結果、加盟国民の労働者が就職を希望する場合、自国民労働者と同等の機会を保障しなければならないとする考えは、広く一般に浸透するに至っている。更に、この同等の機会には、就職に関する種々の情報を得ることができるという点も含まれると解されている。これは、当該国外に居住している場合でも、正確な当該国労働市場の情報を入手できるよう確保することが、実質的な平等の確保には不可欠であるとの判断が働いているためである。

## (2) 労働者、自営業者、役務提供者—経済主体としての活動と7条との関係

(1) 『労働移動』の自由と総称される一連の保障体制が、実際には、条文上3つの対象に細分化され規定されていることは周知の通りである。即ちローマ条約では、48条～51条が労働者(Workers)について、続く52条～58条は自営業者(Self-employed Persons)について、更に59条～66条では役務提供者(Providers of services)について、それぞれ規定を設けている。このような経済主体の態様に応じた規定の方法を採るのは、立法者が、各々に期待する経済活動の役割と、その活動目的とが異なっているためである。従来、労働者については、所謂ブルーカラーが中心と考えられており<sup>40)</sup>、これに対して、自営業者及び役務提供者については、比較的富裕な、所謂ホワイトカラーを想定した立法形態になっているといわれてきた。

そのため、例えば就業期間についてみると、労働者、自営業者は、受入国での相当期間の滞在が前提となっているのに対して、役務提供者は、基本的には短期滞在がその性質上原則とされているなど、前提条件に違いがある<sup>41)</sup>。

更に、従来はEC域内における労働力の確保と補完制度の機能が期待されていた労働移動の自由について、最近は失業率の低下などの社会的機能が期待されてきたと指摘されているが<sup>42)</sup>、この点でも三者の示す態様は異なっている。未熟練労働者あるいは若年労働者については、自由移動の制度に失業対策の面が相当強く認められることは確かである。だが、自営業者及び役務提供者については、依然労働力の適正配分及び必要労働力の効率的確保という側面が多分に認められ、失業対策に重点が移行したとまでは断定できない。

(2) 従って、これら三者の実態を捉えてみると、その予定する活動目的と条約が期待する役割の各々の違いから、活動形態、領域、更には期間等、その活動全般に渡り、相当の相違が認められる。

実際、ローマ条約が保障規定として用意する条文の文言も、それを念頭に置いたためか、かなりの相違点が存在している。又、条文構成自体においても、これら三つの保障体系には相当の違いが認められる。この点は、第2次法の立法内容にも表れている。例えば、規則1612(Regu-

lation 1612/68)<sup>43</sup>の10条3項では、労働者の家族が家庭生活を営むに必要な住宅の確保・配給を受入国に求めているが、自営業者や役務提供者については、そのような規定は見当たらない。自営業や役務提供者は、自力での住宅確保が基本原則となっている。これは彼らが受入国の援助がなくとも、住宅の確保が可能である十分な収入を得ているとの前提に立つためである。

(3) このような事情から、『労働移動』を7条の国籍差別禁止の側面から考察する場合、その経済主体の相違に従い、国籍差別禁止原則が及ぶ度合いにも強弱が存在するののかという疑問が生じてくる。

この点についてEC裁判所は、1976年のRoyer事件<sup>44</sup>の中で、かなり明確な見解を示している。裁判所は、『労働移動』保障規定が多岐に及ぶ点を指摘したのに続き、「しかしながら、これらの相違する条文を比較してみると、少なくとも共同体法上の加盟国民がいずれかの加盟国に入学し、滞在するという点に関しては、同じ原則に従い、国籍に基づくあらゆる差別が禁止されることに違いは存在しない。」<sup>45</sup>との判断を示したのであった。

労働者、自営業者、役務提供者について、その入学及び滞在における処遇に差異が存在しないというこの判断は、その他のEC裁判所の判例によっても、これまで度々確認されてきた<sup>46</sup>。

そのため、その経済活動の目的如何にかかわらず、入学・滞在については均一的処遇が保障されていると解するのが、今日の一般的理解となっている。この点については、第2次法も別個の法規に分けて規定してはいるものの、具体的規定内容は、ほぼ一致している。

従って、これら判例の見解等を踏まえた場合、国籍差別禁止の観点からは、48条～66条を包括的に捉え検討していくことが可能であると考えられる。

この視点を確認した上で、以下、『労働移動』に係わる一連の具体的権利について、紙幅の都合もあるので、主に労働者の規定を中心に、概観してみることとする。

### (3) 具体的権利の内容

#### (a) 出国する権利 (The Right to Depart)

ローマ条約48条3項b号は、加盟国の労働者が、加盟国の全領域内を自由に移動する権利を有する旨、規定している。この権利実現のためには、前提条件として、各加盟国が、自国民に対して出国の自由を保障することが必要となる。加盟国の中には、憲法上海外への移住を認めているものもあるが<sup>47</sup>、全ての加盟国が国内法規でこれを保障しているわけではない。

そのため、労働者については命令360 (Directive 68/360)<sup>48</sup>2条1項により、又、自営業者、役務提供者については命令148 (Directive 73/148)<sup>49</sup>の2条1項で、それぞれ出国の自由を加盟国が認めるよう、規定している。

更に、移動に必要な身分証明書、あるいはパスポートを既に取得している者については、単にその提示のみで出国を認めることも、加盟国には義務付けられている(命令360の2条1項、命

令148の2条1項)。

(b) 入国する権利 (The Right to Enter)

命令360の3条1項は、加盟国の労働者は、有効な身分証明書 (Valid Identity Card) 又はパスポートを単に提示するだけで、入国を許可される旨、規定している。又同条2項は、入国ビザ (Entry Visa) やそれに類する書類 (Equivalent Document) は要求されないとの規定を設けている。

この法令の趣旨は、入国段階で加盟国民の一員であることを証明するに妥当と考えられるパスポートあるいは身分証明書を提示することで、一連の複雑な入国手続から開放されるものと解されている<sup>80</sup>。しかし、この2項が、ビザに類する書類についての定義付をしていないため、受入国はパスポートか身分証明書以外には如何なる書類の提示も求めることが許されないかについては、解釈上必ずしも明確ではなかった。

そのためイギリスのように、公共の福祉 (Public Policy Proviso) 概念の適用可否を、入国審査の段階で決定できるとの見解に立つ国では、当初その判断材料として、別に書類の提出 (例えば、雇用契約書、保険証、学業証明書) を求めることがあった<sup>81</sup>。

だが、これに対しEC裁判所は、1976年のRoyer事件<sup>82</sup>の中で、公共の福祉の概念は、入国や居住の権利の獲得に先立ち、なんらかの条件を付すためのものではなく、単に個々の事情が正当と認める場合に適用され、条約上の権利が制限され得るためのものであるとの見解を示した<sup>83</sup>。これに従えば、入国審査の段階では、公共の福祉の適用の可否を審査することは、そもそも原則としてできないことになる。そして必然的に、その判断に必要な資料等の提出は、要求されないと解されることになった。

その後、裁判所は、Pieck事件<sup>84</sup>の中で、命令360の3条2項の解釈を行った。そこで裁判所は、「……入国ビザ及びそれに類する書類とは、入国の許可にあたり、パスポートまたは身分証明書と併せて、求められるあらゆる形態 (Formality) のものを意味する……」<sup>85</sup>と判旨した。これは、入国は、単に有効なパスポート又は身分証明書の提示のみで許可されなければならない、それ以外にはどのような証明資料の提示も求めることはないとの趣旨に解されている<sup>86</sup>。

この結果、現在加盟国労働者に対する入国審査は、一般外国人と比べ、極めて緩和されている。しかも、この傾向は、後に触れるように、経済活動の主体者に留まらず、加盟国民全体に拡大されようとする様相すらみせているのである。

(c) 居住する権利 (The Right to Reside)

居住する権利とは、加盟国に一定期間住所を有し、そこに生活基盤を置いて、社会生活を営む権利をいう。

一般の出入国法規においても入国が認められた場合、それに付随して一定期間の滞在が認められるのが通常である。EC法がその第2次法で、入国する権利と居住する権利とを、ある程度一

体化して捉えているのはこのためである。

1957年12月3日のヨーロッパ審議会における加盟国国民の移動に対する協定の内容から、ECについても入国許可に伴い、付随的に3か月程度の滞在が認められるとの判断が一般的であり、各国の実務も概ねこれを認めている<sup>67)</sup>。

ECは、労働者の居住権を、命令360の4条から9条にかけて、又、命令148の4条から7条に、自営業者、役務提供者の居住に関する規定を置いている。労働者は就業を開始した時点で、また自営業者は事業開始の時点から、入国許可に伴う付随的権利としてではなく、各自の経済活動そのものから導き出される固有の権利としての居住権を取得する。又、役務提供者は、その役務の提供を開始した時点で、固有の居住権を獲得するものと解されている<sup>68)</sup>。

その権利の具体的内容は、各自経済活動を継続して行う限り、滞在期限に制限なく、受入国に居住することができることと解されている<sup>69)</sup>。ただし、その内容を直接明確に規定した第2次法は、未だ立法されていない。この見解は、居住権を具体的に表象する居住権証(Residence Permit)が、原則として自動的に更新されること(命令148の4条1項2号)又、この居住権証が、長期間失業しているなど特別な場合を除き、失効しないとされていること等(命令360の7条1項)、既存の法令の解釈から導きだされたものである。

又、命令360の6条1項a号及び命令148の5条は、居住権証は、それを付与した加盟国全域で有効であり、居住権証の交付に際して、活動地域を制限することを原則として禁止している。

更に、EC裁判所はRoyer事件の中で、この居住権証の法的位置付けを行っている。裁判所は、「……この権利(居住権)の取得は、受入国当局から、居住権証の発効を受けているか否かにより決まるものではない。……」<sup>69)</sup>と判旨し、居住権の有無は、居住権証の取得如何によるものではないとの判断を示した。

この判決から、居住権証は、別に強力な反証がないかぎり、それを保有する人物が、一応(prima facie)『労働移動』の享有主体の地位を有すると判断される、証拠としての意義を持つにすぎないと考えられる<sup>69)</sup>。

従って、居住権証の未取得、期限切れの状況にあっても、場合によっては居住権の存在の主張を許されることとなり、この点、この権利の権利性の高さが強調される判例展開と評価できる。

#### (d) 残留する権利(The Right to Remain)

本来、経済活動を終了した者が、引き続いてその受入国に居住しても、その経済発展に寄与する側面は必ずしも多くない。むしろ、社会施設の確保等、受入国の負担は少なくないと考えられる。だが一方で、相当期間居住していた受入国に、経済活動終了後も引き続き留まりたいと望むのは、自然な感情の発露でもある。

これら諸般の事情を勘案して、一定の範囲の人に残留する権利が認められているが、受入国の負担を考慮して、労働者については規則1251(Regulation 1251/70)<sup>69)</sup>で、又、自営業者について

は命令34 (Directive 75/34)<sup>63</sup>で、かなり詳細な規定を設けている。ただし、役務提供者については、短期的滞在を原則とする趣旨から、この権利は認められていない。

これらの規定によれば、残留する権利を享有できるのは労働者、自営業者の内でも、以下のいずれかの範疇に属する者である(命令34の2条1項, 規則1251の2条1項)。

(i) 受入国に3年以上継続して居住し、しかも引退するに先立つ12か月は経済活動に従事していた人物で、受入国の老齢年金の給付年齢に達している者。

(ii) 受入国に継続して、2年以上居住した後、再起不能(Permanent Incapacity)となり、就労できなくなった者。この際、それが、経済活動中の事故あるいは職業病によるもので、しかもその責任の一部又は全部を国家機関が負っている場合(労働者)又は、その扶助を国家機関が負担するのが妥当とされる場合(自営業者)には、無条件で残留が認められる。

(iii) 受入国で、少なくとも3年以上継続して、居住し経済活動した後、住居はそのままに越境労働者として他の加盟国で活動し、毎日又は少なくとも週に1回は、帰宅していた人物。

また家族も、原則として、これら経済主体に従って受入国に残留する権利を有する(規則1251の1条, 3条, 命令34の1条)。しかも、この残留する権利については、経済主体者の死亡後も、家族に固有の権利として認められるとされる。

#### (4) 今後の方向性

(1) 今日の国際社会の一般的通念は、いまだ国家は、外国人の入国・滞在を保障する義務を負わないという認識に留まっている。その点からみると、これまで簡単に概観したECにおける『労働移動』の保障体制は、極めて進歩的であるといえる。これはとりも直さず、ECにおける国籍差別禁止原則の進展の成果であると評価することができる。

しかも、近年は、この自由移動の対象を拡大する傾向を示している。

先に検討した Pieck 事件における判決に従った場合、入国段階で提示されるのは、パスポート又は身分証明書だけとなり、これらからでは、当該人物が、経済目的で行動しているのか否かの判断ができないことになる。本人による口頭の申告によってしか判断する方法がなく、これは実質的に、全ての加盟国民が移動の自由を享有できることに繋がりがねない内容といえる。

これを巡る問題については、委員会が既に1975年の Watson and Belmann 事件<sup>64</sup>の中で、かなり進歩的見解を示して注目を集めていた。この事件は、後に検討する、公共の福祉の概念の適用を巡って争われた事例であるが、それに関連して、移動の自由の享有主体の範囲が問題とされたものである。

命令148の1条1項(b)号は、移動の享有主体に「役務受給者(Recipients of services)」を加えている。本来、ローマ条約の趣旨は、役務の提供者が、それを求める者が在住する加盟国に赴く場合を想定した立法になっている。だが、このような場合にのみに限定すると、例えば医療行為に

ついて、役務提供者の医師が受給者である患者を往診しなければならなくなる。しかしこれでは大規模な医療機器等は随伴できないので、効率的医療行為の達成が阻害される結果が予想される。そのため、命令148の立法自体は妥当と解されていたが、その役務受給者の範囲付けを欠くため、見解の対立を生じさせたのである。

そこで委員会は、旅行者もその訪問国で様々な役務 (service) の提供を受ける存在であるから、Recipient of Services と認められ、従って、59条及びそれに関連する規定の適用を受ける存在であるとの見解を示した<sup>64</sup>。

だが、これに対しては、イギリス、イタリアから強い反対意見が出された。両国の主張は、自国以外の国に滞在している間は、程度の差はあれ、すべて外国人は受入国から役務 (Service) の提供を受ける存在である。従って、委員会の見解に従えば、浮浪者やヒッチハイカーまでもが Recipient of Services とされ、結局、加盟国民全てが、自由に域内を移動できることになる。これでは、E Cの設立趣旨、あるいはE C法は経済活動を対象とするとの原則を確認した Walrave 事件<sup>65</sup>判決と、明らかに矛盾するというものであった<sup>66</sup>。しかしながら、裁判所はこの問題に対する判断をこの時点では示さなかった。そのため前述の Pieck 事件で下された判断は、委員会の見解を1979年になり、承認したとも受け取れ、注目されたのであった。

国籍差別撤廃の理想からこの問題を考察した場合、全ての加盟国民が加盟国間を自由に往来できる体制が、最も望ましい形態といえる。だが、7条もローマ条約の中に置かれている限り、享有主体は経済活動を行う者であるという大前提の拘束から免れるものではない。従って条文解釈の中から、安直にそれを認めることはできなかった。むしろ、委員会の見解は、ローマ条約の実質的な改正に等しいものと評価できる内容であった。

もっとも、最近のE C全体の趨勢は、この方向に流れているものといえる。

事実、1985年12月4日のE Cサミットでは、1993年までに人の移動の自由を完全に実施するとの政治的合意がなされている。そして、この合意に基づき1987年2月調印された単一議定書 (Single European Act) の13条において1992年12月31日までに域内市場の確立を図り、人的移動の確保を目指すことを明文化している。又、1984年ヨーロッパ議会により採択された The European Union Treaty 草案でも、その47条で、この条約発効後2年以内に、国境での審査全面撤廃を掲げており、全ての加盟国民の自由移動を目指している<sup>67</sup>。従って、国籍差別禁止の飛躍的進展が期待される極めて興味深い事象の一つとして、この問題を見つめていく意義が存在するといえる。

(2) 一方このような長期的視野からの国籍差別撤廃ではなく、現状の抱える問題点を見つめ直し、E Cにおける移民法制全体の立直しを図る動きも出ている。

委員会は、1985年3月7日、「移民の共通政策のためのガイドライン」を公表し、暫定的改革案を提示した<sup>68</sup>。この提案は、大別して、加盟国民の移動についてと、非加盟国民の移民法制に

関する内容とに分かれている。

前提として委員会は、今後のEC移民行政が従来のような新規の労働力の移入という側面にだけ関心を集中させるのではなく、既に在住している人々の諸権利の充実という側面に重点が移行すべきであるとしている。そして、これを踏まえた上で、従来の法規の充実と、国籍差別の実質的撤廃を図るための提案をしているのである。

その内容は多岐に渡るものであるが、先ず、加盟国民の移動の充実のために次のような提言を行っている。

(i) 現行法の Directive 68/306, あるいは Regulation 1612/68 に認められる法の欠缺部分を補正し、法規の充実を図ること。例えば、6年目の終わりの段階で、非自発的失業の状況にある加盟国労働者とその家族の居住権の延長についての改正。あるいは、3か月から11か月契約の仕事を経験している場合、短期間の中断があっても、5年間有効の居住権証の交付を受けられるよう改正すること等である。

(ii) ECの立法した法規の適用について、しばしば加盟国間で相違が認められるとの認識から、弁護士、裁判官、役人の間に、移動の自由に関する法規を含めEC法の知識普及を図ること。又、移民行政に直接従事する地方公務員に、再教育を施すこと。

(iii) 重要な第2次法が、技術的性格の強いところから、現状において充分浸透していない点を鑑み、公式文書にコメントを付した上で公開し、加盟国民の間にその知悉を促すこと。

(iv) 社会保障の充実を図り、EC裁判所の判決に応じた形に、常に新しい内容にしていくこと。

(v) 少なくとも、地方選挙レベルでの加盟国民の選挙権を認めていくこと。

又、非加盟国民(Non-members)の処遇についても、これまでの加盟国の法制度の相違を是正する方向で提案を行った<sup>40)</sup>。

それによれば、非加盟国民に関する入国、滞在、雇用あるいは不法入国の処罰など、外国人法制に関する法令案については、然るべき時期、少なくともそれが公にされる段階までには、委員会と他の加盟国にあらかじめ情報を与えておくことになる(1条)。

又、第3国との間に移民関係の協定等を締結するに際しても、同様にその草案を、委員会と加盟国に提示することが求められる。

これに対して、委員会と加盟国は、ECの共通政策実施の点から、あるいは加盟国間での情報交換の必要性が認められる等、いくつかの事情があると判断した場合には、その情報を得てから2週間以内に加盟国間で協議の開催を求めることができるとされている。

このように、今回のガイドラインの設定は、今後の労働移動の将来的有様を占う上で、極めて示唆に富んだ内容を有している。その中でも、特に、非加盟国民に対する提言については興味深い。ECの設立後も、各国は、非加盟国民に対しての出入国管理については、自国の伝統的移民

法制を踏襲し、それぞれまちまちな対応を示し、相互の協力体制はこれまで採られてこなかった。今回、移民行政に関する加盟国相互の情報交換と、協議の場を設けることを規定したことは、今後は統一的な出入国管理体制の樹立を目指していくものと受け取れる。

即ちこのことは、EC Immigration Law と呼び得る、EC全体の統一的移民法制の成立に踏みだしたとも看取できる重要な意義をもつと考えられ、国籍差別禁止原則に留まらず、EC統合という側面からも今後の展開が注目される。

(3) このように自由移動の展開を概観すると、委員会のガイドラインでの見解にも見られるように、自由移動を直接担保する出入国法制についての法令は、第2次法を含め、今日大方出尽くしたものである。

今後は、労働移動の諸制度を補助し、補完する役目が期待される社会保障、あるいはその他相互資格認証制度等の充実問題へと、検討の部面が移行していくものといえる<sup>(4)</sup>。

そして、それらの面における国籍差別の撤廃状況が、今後、その時々における7条理念の浸透状態を押し量る有力な判断材料を提供してくれるものといえるであろう。

(註)

- (1) Official Journal of the European Communities (以下、O. J. とする). 1961, 1073.
- (2) O. J. 1961, 1513.
- (3) D. Lasok, *The Law of the European Communities*, 1980, Butterworths, p. 96.
- (4) O. J. 1964, 965.
- (5) O. J. 1963—64, 117.
- (6) D. Lasok, *op. cit.*, p. 98.
- (7) O. J. 1968(II), 475.
- (8) O. J. 1968, 485.
- (9) O. J. 1976, L39/2.
- (10) 平良『ヨーロッパ共同体法入門』長崎出版, 1982年, 50ページ。
- (11) T. C. Hartley, *EEC Immigration Law*, 1978, North-Holland, p. 93—98.
- (12) 竹中康之「EECにおける社会保障の整合化(1)」同志社法学36巻4号(1984年11月), 56ページ。
- (13) O. J. 1968, 475.
- (14) Case 48/75, 1976, E. C. R. 497.
- (15) *Ibid.*, p. 509.
- (16) See Van Duyn Case (41/74), 1974, E. C. R. 1337, Rutili Case (36/75), 1975, E. C. R. 1219. Watson and Belmann Case(118/75), 1976, E. C. R. 1185. Sagulo Case(8/77), 1977, E. C. R. 1495.
- (17) 例えば、イタリア共和国憲法は、その第16条2項で、国外移住の権利について規定をしている。
- (18) O. J. 1968, 485.
- (19) O. J. 1973 L 172/14.
- (20) Francis G. Jacobs, "The Free Movement of Persons Within the EEC," *Current Legal Problems*, Vol. 30, 1977, p. 128.
- (21) イギリスの伝統的な移民行政とEC法との相克については、拙稿「イギリス外国人法制とヨーロッパ共同体法」明治大学大学院紀要23集(1)法学篇, 1985年, 356～359ページ参照。
- (22) Case 48/75, 1976, E. C. R. 497.



- ②③ Ibid., p. 512, n 29.
- ②④ Case 157/79, E. C. R. 2171. 尚, この Pieck 事件の判例研究としては, David O'keeffe, "Practical Difficulties in the Application of Article 48 of the EEC Treaty," *Common Market Law Review*, Vol. 19, No. 1, 1982, p. 47—52. を参照。
- ②⑤ Ibid., p. 2188.
- ②⑥ B. E. Sufrin, "Freedom of Movement and United Kingdom Immigration Law," in *The Effect on English Domestic Law of Membership of the European Communities and of Ratification of the European Convention on Human Rights*, edited by M. P. Furmston, R. Kerridge and B. E. Sufrin, 1983, Martinus Nijhoff Publications, p. 186.
- ②⑦ Jean-Claude Séché, "Free Movement of Workers under Community Law," *Common Market Law Review*, Vol. 14, 1977, p. 400.
- ②⑧ Ibid., p. 400.
- ②⑨ Hartley, *op. cit.*, p. 109.
- ③⑩ Royer Case, *op. cit.*, p. 512. n 32.
- ③⑪ F. Burrows, *Free Movement in European Community Law*, 1987, Clarendon Press, p. 139.
- ③⑫ O. J. 1970, 402.
- ③⑬ O. J. 1975 L 14/10.
- ③⑭ Case 118/75, 1976, E. C. R. 1185.
- ③⑮ Ibid., p. 1193.
- ③⑯ Case 36/74, 1974, E. C. R. 1405.
- ③⑰ Watson and Belmann, *op. cit.*, p. 1195.
- ③⑱ Francesco Capotorti, Meinhard Hilf, Francis G. Jacobs and Jean-Paul Jaquè, *The European Union Treaty*, 1986, Clarendon Press, p. 194.
- ③⑲ Guidelines for a Community Policy on migration, Supplement 9/85 Bulletin of the European Communities.
- ④⑩ Ibid., p. 19—20.
- ④⑪ 1986年11月15日, 上智大学で開催された第7回日本EC学会の全体討論の中で, 筑波大学の沢田マルガレーテ教授も, 筆者の質問に対し, 今後社会保障の充実などが, この問題の進展の重要な鍵を握るであろうと述べられている。日本EC学会年報『転換期を迎えたEC』第7号, 1987年, 84ページ参照。

#### 4. 現状下で許される国籍差別

##### (1) 序論

今日, 国籍差別禁止原則の浸透度を、『労働移動』の実体を中心に検討してみた場合, 相当の評価を下せる状態にあることは, これまで指摘してきた通りである。しかしながら, ローマ条約は, 国際法上, 連邦国家ではなく, 多数国家併存の形態を採る地域組織体を成立させているにすぎない。従って, いかなる状況の下でも, 自国民と加盟国民とを同一の取り扱いをするよう義務付けることには, 主権国家概念からの強い抵抗が依然として存在する。Advocate-General の Trabucchi も, 1976年の Watson and Belmann 事件の意見陳述の中で, 「EC国民(Community Nationality)が存在しない限り, たとえ, 受入国の国民と同等の自由移動と居住の権利を享受したとしても, 他の加盟国民は, 常に, 当該受入国の国民とは, 異なった地位に置かれる。」<sup>(1)</sup>と述

べている。

又、EC裁判所も、1977年のSagulo事件の中で、「この命令が、加盟国民に他の加盟国領域に入国、滞在するのに際し、パスポートや身分証明書の所持のような特別の義務を課している限り、この適用を受ける人が、滞在国の国民と同一の地位 (the same footing) に置かれていると、単純にいうことはできない。(筆者傍点)」<sup>2)</sup>と述べている。これらの発言は、現行のEC体制下では、自国民と他の加盟国民の間に、完全には克服できない法的地位の相違が生ずるのは避けられないとの認識に基づくものである。

ローマ条約は、国籍差別禁止の原則を、その基本原理として標榜する一方、これら主権国家への配慮を施し、次の2つのいずれかの正当化事由が認められる場合には、自国民と他の加盟国民との間で、異なった処遇 (Differential Treatment) をすることを認めている。

その一つは、加盟国民の示す行動態様が、受入国の社会秩序の維持の見地から、許容しがたいと判断された場合である。所謂公共の福祉 (Public Policy Proviso) の概念に照らし、やむをえずと判断される場合は、当該加盟国民の移動の自由を制限することが許されている。

いま一つは、加盟国民の就業対象とする職域が、それぞれの国家の公権力行使に密接に関係すると判断されると、就職の機会が制限される場合である。これは、主権国家体制の下では、公共の仕事 (Public Service) に従事するのは、専ら当該自国民を当てるのが、妥当であるとの思惑が働いているためである。

このように現状下で留保されている国籍差別の制度は、主権国家の立場からすると、最後の牙城ともいふべき重要な意味を持つものである。

また、同時に、これら例外事例を検討し、それが如何なる状況下で適用されているかを実体的に探ることは、取りも直さず、ローマ条約7条の運用状況の理解に繋がることになる。そこで、以下、国籍差別の許されるこの2つの事情について、それぞれ考察してみることとする。

## (2) 公共の福祉 (Public Policy Proviso) を理由とする国籍差別

### (a) 意義と保障概念

中世では、時の政権に反対する政敵を国外追放の処分に付すといったことが、しばしば行われたとされるが、現代社会では、この種の処断は最早許されていない。現代国際法では、自国民の国外退去処分を禁止し、又、その入国・滞在の拒否もできないとされている<sup>3)</sup>。EC裁判所も、1974年のVan Duyn事件の中でこの点に触れ、「加盟国は、国際法上、自国民の入国・滞在の権利を拒絶することは、許されない。」<sup>4)</sup>と述べている。これに対して、種々の制約が国家に課せられてきてはいるものの、一般に外国人に対しては、依然として退去強制処分が頻繁に行われていることは、周知の通りである。現在でも基本的には、国家は、外国人の入国・滞在を認めなければならぬ義務を負うとは解されていない。

ECの加盟国民は、移動に関し特恵的待遇を享受する存在ではあるが、前述の通り、完全な意味で、受入国の国民と同一の取り扱いを受けるまでには至っていない。

ローマ条約は、その48条3項と56条1項において、公共の秩序 (Public Policy)、公共の安全 (Public Security)、公衆衛生 (Public Health) を理由として、移動の自由を制限できる旨、規定している。この3つの概念を総称したのが、掲題の公共の福祉と呼ばれる概念である。

もっとも、ローマ条約の保障する加盟国民の自由移動が制限されるのは、特にこの公共の福祉に該当する事情が認められる場合に限定される。この点については、命令148 (Directive 73/148) の8条や命令34 (Directive 75/34) の9条の中において、条文上も確認をされている。

公共の福祉については、その第2次法として、1964年2月25日、委員会で採択された命令221 (Directive 64/221)<sup>6)</sup>が、現在この問題の中心的法規として機能している。

しかし、この命令221も、又ローマ条約自身も、公共の福祉についての明確な定義付けをしていない。そのため、その内容を詳細に知るには、既存法令の解釈とこれまでの判例の中からその意義を探る方法を採らざるをえない。

本稿でも、順次これらの検討を進めるが、その前段階として、ECの学者によって、3つの概念が講学上どのように理解されているか、Hartleyの所説を中心に、簡単に概観してみることにする<sup>6)</sup>。

#### ・公衆衛生 (Public Health)

この概念については、命令221により、かなり明快なアウトラインが示されている。命令221の4条は、加盟国民への居住権証の発行の拒否が許されるのは、命令の付属書が列挙する疾病に該当する場合に限るとしている。それによると、①1951年5月25日に、WHOが指定した疾病、②進行性呼吸系結核、③梅毒、④受入国の法令に規定する他の伝染病、又は伝染性の寄生虫感染病に罹患した場合となっている。薬物中毒者や、強度の精神病患者は、伝染性や接触伝染性の疾病ではないため、この概念に基づいての規制の対象とはされず、公共の秩序の対象とされている<sup>7)</sup>。

#### ・公共の安全 (Public Security)

公共の安全は、本来、次に取り上げる公共の秩序と同質の社会秩序維持を目的とする概念である。国家や共同体に対する脅威の蓋然性の高さから、特に別個に規定されたものと理解される。ここでは、革命運動やテロリストあるいは外国の情報機関等が、公共の秩序に対する脅威を形成すると認識されている<sup>8)</sup>。

自由移動を制限する際の、受入国の負う種々の制約については、概ね、後述する公共の秩序の場合の考えが適用される (例えば Personal Conduct の原則等)<sup>9)</sup>。

一方、周知のようにECは、最近、ヨーロッパ人権条約に接近し、これをECにおける人権保護のガイドラインとして位置付けている。その動向の中、これに則した形で、公共の秩序概念に対しての制約的見解が示された。EC裁判所は、1975年の Rutili 事件の中で、公共の秩序の概

念が適用が許されるのは、「民主主義社会の利益保護の見地から必要と認められる場合」<sup>40</sup>であると判旨している。このEC裁判所の判断は、公共の安全を巡る事象を考えるにあたっても適用されると考えられる。

なお、命令 221 の 6 条は、公共の福祉の概念が適用され、自由移動が制限される場合、その理由を通知する旨、定めているが、当該国の安全保障上の権益に反する場合には、これを免除するとしている。公共の安全については、この条文の存在から他の 2 つの場合に比べ、その告知は一般に行われない可能性が高いことが相違点として指摘できる。

#### ・公共の秩序 (Public Policy)

公共の秩序とは、相当広い概念を示しており、公共の安全や公衆衛生という概念も、広くはこれに包摂されるともいえる<sup>41</sup>。所謂社会価値観と密接に結びつく概念であって、行政的、司法的保護の対象となりうる社会の基本的利益と密接に関連する。従って、その性質上、社会の時々における価値観の変化に多分に影響される概念といえる。

現在の EC 加盟国において、求める社会の秩序形成に微妙な相違が存在するのは避けられない。度々指摘してきたように、各国は、それぞれ独自の歴史を有し、政治体制においても依然異なる体制下にあるためである。しかもローマ条約は、この公共の秩序の適用を決定する第 1 次的権限を、各加盟国に付与している。そのため、公共の秩序を巡る事例では、必然的に各国の文化的背景に則した判断の及ぶことは避けられない。

更に、これを巡る問題を一層困難にしているのは、EC に一般的に認められる、言語学上の相違が顕著に表れているためである<sup>42</sup>。

ローマ条約のフランス語版は、公共の秩序に “Ordre Public” という文言をあてている。ところが、“Public Policy” と “Ordre Public” は、それぞれイギリス法、フランス法において、これまで、伝統的法概念に従った意味付けがされている。そのため、両者には、相当隔絶した内容が認められる点が指摘される<sup>43</sup>。これは、公共の秩序という概念が、国政の運営上、比較的古くから各国の行政法や保安法体制の中で討議され、一定の法的評価を与えられてきたことに起因する。ところが裁判官やその他法の執行に携わる人々は、一般に自国の法概念に拘泥する傾向がある。各国の独自の概念を、そのまま EC における問題に導入する傾向が、混乱を一層深刻化させているとの指摘がなされている。

従って、この公共の秩序については、一層、EC による独自の概念設定が求められる事項であるといえる。

ところが、現状において、EC 裁判所は、加盟国民の具体的権利を明確な形で定義付けるのを避けると同時に、公共の秩序の定義付けについても消極的である。これは、従来から指摘されている、加盟国の裁量権に対しての大幅な政治的配慮の結果であると、考えられている<sup>44</sup>。

従って、公共の秩序の核心部分に直接触れることは、現在でも困難であり、その周辺部の検討

の積み重ねの中から、その実態を窺うという方法によるしかないのが現状である。そこで以下前述の通り、ECの規則と具体的な事案の中から、この問題についての検討を進めていくことにする。

#### (b) 公共の福祉の現実的適用

仮に、加盟国が公共の福祉の概念を理由として、専断的に移動の自由を制限することがあれば、労働移動の諸規定、更には7条の理念自体も結局は画餅に帰すことになりかねない。従って、この適用はあくまでも例外的処置であり、その運用は慎重であることが求められている。

EC裁判も、1974年の Van Duyn 事件の中で、特に基本原則である労働者の自由移動の保障を制限(derogate)する場合、公共の福祉の概念は厳格(strictly)に解釈されなければならないとしている<sup>49</sup>。更にこの中で裁判所は、加盟国が公共の福祉の適用範囲を、一方的に決定することは許されず、ECの機関によるコントロールに従わなければならないとも強調している<sup>49</sup>。

命令221も、同様の趣旨に基づいて立法されていると見られ、無制限な適用を排除するための手段を配している。そのため、実定法上、幾つかの適用原則を明文化し、更に手続き上の保障規定を整備し、二重の保護を与える体制を採ることで、厳格な適用の実現を図ろうとしている。加えて、判例展開の中から形成された実定法面での原則も存在する。

まず、実定法上の保障原則について概観してみることにする。

##### (i) 経済目的による適用の禁止

命令221の2条2項は、加盟国は経済的な目的(For Economic End)を理由として、公共の福祉の適用を行うことはできないとしている。従って、国内経済の不安定を理由として入国を拒否したり、国内で就業する加盟国国民を退去させたりすることは、許されないことになる。この原則は、経済状況の変動によって、域内の労働移動が影響を受け、その意義が骨抜きにされることがないようにとの判断による。

##### (ii) 衡平の原則(Proportionality)

この原則は、違法入国者や不法滞在者を巡る判例展開の中から主張されてきたものである。従来、移民法行政の上では、若干の軽重の差はあるものの、移民法違反者に対しての処断は厳しく、国内法の遵守義務違反の顕著な例として、当然退去強制等の対象とされてきた。ところが、加盟国民については、権利としての移動の自由が認められる関係上、このような即断は許されないと考えられている。

EC裁判所は、これまでも何度か言及した1975年の Royer 事件<sup>49</sup>の中で、注目すべき判断を示した。この事件は、フランス国籍の貿易商 Jean Noël Royer が、ベルギー当局から、移民法違反を理由に退去処分を受けた事例である。彼は、1959年から1966年にかけて、フランスで数度強盗を働いた廉で有罪を宣告され、2年間服役するという経歴を有していた。1972年1月18日、彼は、入国時に要求される行政的手続を充足せずベルギーの Grèce-Hollogne に滞在しているとこ

ろを発見され、ベルギーの外事警察は、彼に退去強制命令を発した。Royer は、その命令に従い、一旦Aachen に退出したが、その後1972年3月11日、Grâce-Hollogne に立ち戻っているところを発見され、再逮捕されたものである。

これに対して、EC裁判所は、「当該加盟国民が、入国、移動、居住に関する外国人規則に従うことを単に怠っただけでは、公共の秩序あるいは公共の安全に対する脅威を構成する行動をしたとは認められない。従って、それを理由に、退去強制を命令したり、そのために一時的に身柄拘束 (temporary imprisonment) をしたりすることはできない。」<sup>69</sup>との判決を下したのであった。これは、単に移民法の要請する手続を怠っただけで、退去強制の実施を許容することは過度に過ぎ、ローマ条約の趣旨に反するとの判断を示したものであった。

同様の見解が、度々引用した1976年の Watson and Belmann 事件<sup>70</sup>でも、EC裁判所によって示されている。この事件は、イタリアに在住するイギリス国籍を有する Miss Watson と彼女に貸し部屋を提供したイタリア人の Mr Belmann とが、イタリアの移民法に違背すると Milan の警察から告発された事件である。イタリアの総合公共安全法 (Testo Unico Legge di Pubblica Sicurezza) の142条は、イタリア国内に滞在する外国人と、それに部屋を提供する者に対して、それぞれ一定期間内に滞在地域の公共安全機関 (the public security authority) へ、所定事項を報告する義務を課していた。両名がその義務を果たさず、これを懈怠したことが問われたものである。

EC裁判所は、「……この義務違反によって課される罰則は……合理的なものでなければならず、違反の程度に比して著しく均衡を逸するものであってはならない……」<sup>71</sup>と述べ、罰則の中に退去強制処分は含まれないという判断を示した。

裁判所は、その根拠として、「……EC法により保護されている人々に対する退去強制処分が、条約の規定にそぐわないことは疑いがない。なぜなら、この処置は、裁判所が他の事例で既に確認してきたように、ローマ条約によって付与され又保障されている権利を、まさに無効にしてしまうからである。」<sup>72</sup>と述べている。しかしながら一方で、EC裁判所は、Royer 事件<sup>73</sup>、Watson and Belmann 事件のいずれにおいても、加盟国が行政上の必要に照らし、加盟国民に対して報告義務を課すこと自体は問題がないとの立場を示している。Royer 事件の中、裁判所は、「一方において、EC法は、外国人規制のための国内法規違反に対して、加盟国が (領域外への退去処分以外の) 然るべき罰則法規を用意し、その実効性を担保することを妨げるものではない。」<sup>74</sup>と述べた。又、Watson and Belmann 事件でも同様に、受入国が加盟国民に対して、当局への申告を義務付けたり、外国人に住居を提供する居住民に報告義務を課したとしても、原則としてローマ条約に反するとはいえないとしている<sup>75</sup>。

従って、加盟国民に対して、受入国の移民法違反を理由に、退去強制を含め然るべき罰則規定を課すこと自体は異論がないものといえる。だが、裁判所は、その罰則についての具体的な内

容については、この2つの事件では何ら言及をしなかった。

この点については、1977年の Sagulo 事件<sup>89</sup>の中で、Advocate-General の Reischl によって提言がされた。これは、イタリア国籍の製本工 Mrs Concetta Sagulo-Avolio が、西ドイツにパスポートも居住権証も所持せず滞在していたことが、西ドイツの外国人法 (Ausländergesetz) に違背するとして、100ドイツマルクの罰金を課せられた事案である。Reischl は、その意見陳述の中で、加盟国民用の居住権証は、その法的性格を検討した場合、西ドイツ外国人法に規定する一般居住権証よりも、むしろ自国民に付与される身分証明書の性格に近いことが認められると述べた。その上で、彼は、7条の平等原則の見地から、有効な居住権証の不所持に対する加盟国民への罰則は、自国民が、身分証明書携帯義務を懈怠した場合に課せられる罰則より、厳しいものであってはならないと結論した<sup>90</sup>。

しかしながら、EC裁判所は、この Reischl の見解を採用せず、加盟国民と受入国の国民とを単純に同一の地位に置くことはできないと判旨した後、Watson and Belmann 事件の見解を踏襲し、「犯した反則に比して、均衡を逸することは許されない」<sup>91</sup>との見解を繰り返すに留まった。

従って、その然るべき罰則金についての内容については、明確な定義が存在せず、各国は以上紹介した判例展開の分析の中から、それぞれ衡平原則の実践を図っているのが現状である。

#### (iii) Personal Conduct の原則

命令 221 の 3 条 1 項は、公共の秩序又は公共の安全を理由として、制限を加える場合は、専ら (exclusively)、関係する個人の個別的行動 (Personal Conduct) を理由に制限しなければならないと規定している。この Personal Conduct の原則は、命令221の3条2項が規定する犯罪歴の評価 (Previous Criminal Conviction) とも密接に関連する問題であり、“公共の福祉” 全体の中心的検討課題としての位置を占めている。

その規定文言から EC 法は、個人の、しかも個別的な行動に対してのみ責任を追及するという、厳格な個人責任の立場を明確に打ち出していることが出来る<sup>92</sup>。従って、特定の民族的範疇に属するとか、特定の地域に居住するとか、あるいは特定のグループに所属するというような概括的、包括的理由付けにより公共の秩序の概念を適用することは許されていない。あくまで、一人一人の行動とその存在とに着目し、個別的に公共の秩序の適用可否を判断していくことになる。

EC 裁判所も、一貫して、この原則に添った判断を示している。1975年の Rutili 事件では、「彼の存在や行動が、公共の秩序に対して、紛れもない重大な脅威を形成しているとき……」<sup>93</sup>として、個人責任主義の考えを明確に示している。

しかし、如何なる種類の行動や存在態様が、自由移動の制限を正当化するかは、必ずしも明確ではない。もっとも、この点についても、EC 裁判所は、Bouchereau 事件<sup>94</sup>の中で、一応の具体的判断を示してはいる。この事件は、イギリス国内で少量の麻薬を所持していた罪で有罪宣告

されたフランス国籍の Bouchereau が、あわせて退去処分を受けたことの可否が問題とされた事例であった。裁判所は、その判決の中で、「……法の侵害を伴う社会秩序の惹起に加えて、社会の基本的利益の一つに影響する公共の秩序にとって、極めて (genuine) 重大 (seriously) な侵害となる場合……」<sup>61</sup>公共の秩序への侵害と認められるという判断を示した。

その後、移送された Magistrates Court は、この EC 裁判所の判断を受け、少量の麻薬の所持では、公共の秩序に極めて重大な侵害を形成するとは認めがたいとの判断を示した。Bouchereau は、退去処分を免れ、35ポンドの罰金を支払うことで釈放された<sup>62</sup>。従って、この EC 裁判所の判決趣旨及び先に検討した衡平原則の趣旨に照らし、国内刑法上微罪処分に該当する行動では、今後とも EC 域内では、十分な脅威とは認定されないと考えられる。生命・財産など、憲法規範に基本的権利として位置付けられ、強固な保護の対象となっている権利への加害行為が明白に認められた場合に、初めて、適用されるものと思われる。

ただ、この Bouchereau 事件の判断は、有益な示唆を与えることは疑いがないとしても、この判決からは、いま一つ判然としない部分も存在する。即ち、①「法の侵害」とは、現実的な侵害のみを意味するのか、それとも将来的な侵害の可能性をも含むのか、②過去における行動 (past conduct) は、どのように評価すべきか、③脅威の認識をどのように評価すべきか、といった諸点が、この判決からは必ずしも明確になっていない。

そこで以下では、Bouchereau 事件前後に出された幾つかの判例の検討を通して、Personal Conduct の内容について、いま少し掘下げた考察をしてみたい。

#### (c) 判例における Personal Conduct の理論的展開

(1) 将来の脅威に対する予防処置として、公共の福祉の概念を適用できるかについては、これまで何度か言及した1947年の有名な Van Duyn 事件<sup>63</sup>の中で、参考となるべき意見が示され、長らくリーディングケースとされてきた。

この事件は、イギリスのサイエントロジー教会に、秘書として就職する目的で、同国への入国を希望したオランダ国籍の Van Duyn が、それを拒絶された事に端を発する。これは、イギリス政府が、このサイエントロジーの教会活動を反社会的であり、Public Policy に反すると見做していたためであった。このため、Van Duyn の行為が、問題の Personal Conduct に果たして該当するかどうか、EC 裁判所の判断が求められたものであった。

Van Duyn は、イギリスへに到着し、Gatwick Airport で入国申請をした段階で、移民官の入国拒否にあった。従って、イギリス社会に対して現実的な脅威を形成する存在であるとは、到底認められなかった。イギリス政府は、彼女が、接近しようとしていたこの教会を、非合法団体として禁止してはおらず、その存在を警戒していたにすぎなかった。そのため、イギリス人が、その教会に就職したとしても、何ら規制の対象になることはなく、又それを理由に出入国を制限されることもなかった。前述したように、自国民と他の加盟国民との間に存在する法的地位の相違



から、オランダ人である Van Duyn の好ましからざる団体への接近という行為が、イギリス政府にとって、将来の脅威を形成する Personal Conduct と判断されたのであった。

EC裁判所は、ローマ条約48条及び命令 221 の3条1項の解釈として、当該個人の固有の行動を基礎として、公共の秩序の適用の判断を下すとの立場を確認した。その上で裁判所は、この際に、その人物が当該国で、違法ではないが社会的に有害であるとされる機関あるいは組織に関係している事実を、行動の一環として考慮できるとした。更にこの場合、自国民が同様の行動をしても何ら制限が存在しないとしても、この考えに影響を及ぼすものではないとした<sup>64</sup>。

しかし、委員会は、その意見表明の中で、「加盟国の一つの国民によって行われた場合には容認される個別的行為が、別の加盟国民によって行われた場合には、認められないということは、EC法の下ではありえないはずである。」<sup>65</sup>と述べ、反対の見解を示し、この判決が7条の平等原則からも問題があることを示唆していた。

実際、上記の裁判所の見解は、相当広範囲な将来的脅威に対する公共の秩序の適用を認めたものと解釈できる厳しい内容を有していた。即ち、犯罪などいずれの国においても認められない行為に限定されず、自国民については一応許容されている行為についても、加盟国民に対しては将来的な脅威の判断材料の一つとされて、規制の対象に置かれる可能性が看取できた。

(2) しかし、この点について、EC裁判所は、1982年の Adoui and Cornuaille 事件<sup>66</sup>において、Van Duyn 事件で示した判断に対し相当の制約を加え、各方面の注目を集めている。この事件は、いずれもフランス国籍の Miss Adoui と Miss Cornuaille が、ベルギーより退去の命令を受けたことの適否が、問題とされた事例である。ベルギーの Liège 地区の当局が、両名を道徳的性状(moral character)に問題があると判断したためであった。Adoui は、酒場に勤務していたが、そこでは不道徳行為が行われていた。又、Cornuaille についても、同様に性状を疑わせる行為があった。彼女達が就業する Liège 地区そのものも、道徳的に問題のある地域と見做されていた。しかしながら一方で、ベルギーでは、売春行為自体は違法でなく商取引の一つであり、課税対象にもされている。そこで、ベルギーの自国民には認められている売春という Personal Conduct を理由に、公共の秩序を適用を認めることが、果たして認められるかが争われたものである。

Advocate-General の Capotorti は、先の Van Duyn 事件での裁判所の姿勢に従い、これを肯定する立場を示した。彼は、「外国人のある行動が、刑事上、処罰の対象でないという事実、あるいは当該国の法令により禁止されていないという事実は、当該国が、問題の外国人を公共の秩序に基づき、退去、追放処分にはならないことを意味するものではない。」<sup>67</sup>と述べ、Van Duyn 事件での判断が、本件にも適用されるべきであるとした。しかしながら、EC裁判所は、Van Duyn 事件に言及をせず、Bouchereau 事件での「社会の基本的利益の一つに影響する公共の秩序にとって、極めて重大な侵害となる場合」<sup>68</sup>との見解を基準に、事案を考察していくべきで

あるとの態度を示した。

裁判所は、「E C法は、加盟国に対し、公共の秩序に反すると考えられる行動の評価について、統一的価値基準を課すのではないが……」<sup>49</sup>とした上で、「しかしながら、自国民に対しては、その行為が、規制手段の対象に置かれていない場合には、規制を正当化するのに十分な脅威を形成していると判断できない場合がある。」との趣旨の見解を示した。そして、裁判所は、「加盟国は……自国民の行動に対しても、禁止規定やその他の実効的規定により戦う(Combat)ことを目指している行動についてでなければ、それを理由として他の加盟国民を退去させたり、入国・滞在を拒否したりすることは許されない。」<sup>49</sup>という見解を明快に述べたのであった。

この Adoui and Cornuaille 事件判決は、Van Duyn 事件判決を実質的に変更したとも受け取れる画期的内容であるとの評価が存在するように<sup>49</sup>、その内容は、相当斬新的である。

従って、将来的な脅威を巡っても、少なくともそれが当事国の禁止する行為でない場合には、公共の秩序の適用は及ばないものと解せられる。

しかもこの裁判所の判断は、これまで1980年の Pecastaing 事件<sup>49</sup>判決から、裁判所は Van Duyn 事件での見解を今後強める傾向に進むのではないかと懸念されていたところから、その意義は一層大きいものがある。この Pecastaing 事件は退去処分の肯定を前提とした上で、命令221の9条を中心とする手続事項についての解釈が求められた事件であった。そのため、前提となる退去処分の適否を巡る判断は、E C裁判所によって示されなかったが、事案そのものは、Adoui and Cornuaille 事件に酷似していた。Pecastaing はフランス人であり、ベルギーに入国し、Liège 地区にウエイトレスとして就職していた。Employed Person の適格者として、居住権証の交付を申請したところ、ベルギーの当局はこれを拒否した上、15日以内に国外退去するよう勧告したという事例である。この決定に至った理由は、Pecastaing が、道徳上の問題ある地域と考えられている Liège 地区にある酒場に就職していたためであった。しかも彼女には、フランスとドイツで売春行為の前歴があったことから、好ましくからざる人物と考えられたのであった。ここで、問題となるのは、Pecastaing は、その時点で、当地で、売春行為、その他の現実に社会に対する十分な脅威を形成する行為を行ったとの証拠は、全く存在していなかったという点である。ベルギー当局は、売春という Conduct が、国内的に罰則対象とされていないにもかかわらず、彼女が単に道徳的に好ましくないという地域に就職したことだけで、公共の秩序に抵触するとの判断を示したのであった。これは、将来的な脅威の抑止としても、余りにも広きに失するとの疑問を生じさせた<sup>43</sup>。

Adoui and Cornuaille 事件での制限的な傾向に照らしてみた場合、この事件も、退去強制自体の処分の適否が判断の対象となれば、E C法に違背すると判断される内容を有していたと評価できる。

(3) もっとも、Pecastaing 事件で、ベルギー当局が判断材料に相当の価値を認めた犯罪歴とい

う要素は、今後とも重大な検討課題であることは、間違いない。

命令 221 の 3 条 1 項によれば、過去における行動を理由に、公共の秩序の見地から、当該人物の存在が好ましくないと判断することは、原則として容認されている。

ただし、その 2 項で、過去の犯罪歴「それ自体 (in themselves)」を根拠として、公共の福祉を主張できないとしており、犯罪歴を援用する際には、必ずそれと共に何らかの補強的理由を必要とする旨、明示している。

Royer 事件においても、又、Bouchereau 事件でも、当事者の過去における犯罪歴が当局の退去処分判断形成に大きな要因となっていたことに疑いはない。Royer は、彼の強盗の前科が職業的犯罪人であるとの印象を当局者に与え、警戒の対象とされたものである。Bouchereau は、過去に麻薬所持で拘束された事実が存在しており、再三同種の違反行為を重ねることが、充分公共秩序の発動要因となると判断されたのである。

Pecastaing 事件について考えてみれば、売春という比較的累犯性の高い犯罪歴と相まって、再犯を最も犯しやすい環境への意識的接近という行動が、ベルギー当局の判断形成を喚起したと考えられる。

一般に、過去の犯罪歴を自由移動の制限根拠として援用する場合は、その犯罪の重大性、社会秩序への影響度、犯行の時期、その態様等から再犯の可能性が判断され、それと現実の行動とが総合的見地から判断されていくことになると思われる。

しかし、仮に EC 裁判所が、Pecastaing の事例のように、単に問題のある地域への接近だけで再犯の可能性が高いと判断することを認めれば、加盟国は、犯罪歴を理由に相当広範囲な裁量権を行使できることとなる。その結果、たとえ加盟国が他の人々に同種の犯罪を犯すことを思い留まらせる効果を期待する、所謂一般予防の側面に重点を置いた規制に走っても、EC 法はそれを統制するのが難しいことになりかねない。

Pecastaing 事件でも、同種の経歴を有する女性に対し、ベルギーに入国すること、あるいは Liège 地区に接近することを躊躇させる一般予防的效果を狙っていたともみれなくはないからである。

(4) だが、EC 裁判所は、既に 1975 年の *Bonsignore* 事件<sup>44</sup>の中で、一般予防 (General Deterrence) を目的とする退去処分については、相当明快に否定する判断を示している。この事件は、イタリア国籍の *Bonsignore* が、ドイツで不法所持していた拳銃を誤射し、弟を殺害したという事件である。彼は、ドイツ法廷で、拳銃不法所持につき有罪を宣告され罰金刑に処せられたが、かたや過失致死については、悔悟の念が強いとして処分保留となった。その後、ドイツ行政裁判所が、*Bonsignore* に対して、過去強制手続を採ったところ、これを不服とする被告より訴えが提起されたものである。この中で、ドイツ行政当局は、*Bonsignore* を退去処分に付すことで、他の外国人が同種の拳銃不法所持を犯すのを思い留まらせる効果が期待できるとして、その有効

性を強調した<sup>43)</sup>。

これに対して、EC裁判所は、公共の秩序を理由として退去強制を執行する際、他の外国人に対する一般予防 (General Deterrence) を目的とすることは許されないとした。そして、当該個人の存在そのものが、公共の秩序に脅威と認められる場合に限るとの判断を示した<sup>44)</sup>。

従って、一般予防を原則として禁止するEC裁判所の立場からみても、Pecastaing のような事例にまで犯罪歴の援用を認め、公共の秩序の適用を図ることはできないと考えられる。即ち、犯罪歴と現実の行動の相乗関係については、この Bonsignore 事件における判断が、ガイドラインとして今後とも作用するものといえる。

もっとも、一般に全ての刑事制裁処分に犯罪の再発防止を目的とし、他の人々への威嚇効果を期待する一般予防的側面が存在することに異論はない。ただ一方で、EC裁判所が、一般予防を唯一の目的とする処分を禁止している限り、この適用は可能な限り制限されるべきであるといえる。

EC裁判所は、この理念の現実化と加盟国への配慮という両命題の確保のため、相当の腐心をしている。たとえば、Santillo 事件<sup>45)</sup>なども、この点で多くの興味深い点を含んでいる。

この事件は、イギリスで婦女暴行と窃盗の罪で有罪となり、8年の懲役刑の判決を受けた Santillo が、5年8か月の服役後、仮釈放されたがそのまま身柄を拘束され、退去処分の執行を受けたという事件である。これは彼が、有罪宣告と同時に、イギリスの1971年外国人法の適用に従い退去処分の決定を受けていたためであった。この退去命令は発令より、約5年経過していたが、なお有効であるとされた。これに対して Santillo が、4年と半年も経過した退去命令を有効とするのは命令 221 の 9 条 1 項に違背する等の主張をしたものである。Santillo が主張するように、善行を理由に仮釈放の恩典に浴した人物は、その時点で、もはや社会の脅威とは認められないのではないかという素朴な疑問が生じてくるのは理解できた。

しかしながら、Advocate-General の Warner はその意見陳述の中で、「単に時間的経過が存在するだけで、勧告意見が無効になるとは考えられない。」<sup>46)</sup>と述べた。彼は、「相当の時間が経過すれば、新しい要因が発生し、それが勧告意見を陳腐化することがあるだろう。……しかし、当該人物の行動が現実的脅威を形成していると裁判所が判断した限り、新しい要因が発生するまでは、当然その効力は継続するものであると考える。」<sup>47)</sup>と述べた。

しかし、EC裁判所は、Advocate-General の見解を全面的に採用することはせず、むしろ穏当な解釈を試みた。裁判所は、「退去強制勧告と行政当局による決定との間に数年間に渡る時間の経過が存在すれば、9条の意味する意見 (opinion) としての機能が、その勧告から失われる余地がでてくる (be liable to)。」<sup>48)</sup>と述べた。更に、裁判所は、「特に、当該人物の存在という側面に関して考慮に入れられる事実は、時間の経緯と共に変容しやすい。従って、外国人の存在に起因する社会的危険性は、退去の決定が行われるその時点での評価に依らなければならない。」<sup>49)</sup>との見解を示し、いずれにせよ、退去の執行時点で、総合的事情の見直しを加盟国に求めた。

Santillo のような事例についても、無制限に退去処分を認めるとなれば、刑罰法規の応報刑的、一般予防的性格に傾倒し過ぎているとの批判が予想された<sup>62</sup>。一定期間服役してもなお社会的脅威とされることは、犯罪者の社会復帰の道を閉ざし、刑法の再教育的側面を無視することに繋がりがねなかった。しかも、これを精神病患者に当てはめれば、一定期間精神病院で治療を受け回復した後も、依然社会的脅威として認められ、不利益に蒙る恐れが懸念された。

従って、EC裁判所が、上記のような判断を下し、退去執行時に、再度諸般の事情の再考を当事国に義務付けたのは、その点では妥当な解釈と考えられた。

しかしながら、EC裁判所は、数年に渡る時間的経過があれば、自動的に退去勧告は失効するとまでは判旨しなかった。そのため、今後とも、この問題を巡る最終的評価権限は、依然として当事国に保留されることになった。事実、Santillo は、このEC裁判所判決後、国内裁判所で行われた再度の審理にいてもそれまでの決定を覆せず、最終的にイギリスに留まることができずに終わっている<sup>63</sup>。

以上のように現在EC裁判所の判例には、一般予防を理由とする処分を禁止する旨、原則として掲げながら、実際には、各国の一般予防の見地に立った処分を相当範囲認容するという混乱が認められる。その理由は、再三述べたように、EC裁判所が公共の福祉の適用に関して明確な態度を採ることを、これまで回避してきたためである。

先に紹介した、Adoui and Cornuaille 事件でも、Advocate-General の Capotorti は、EC法は、公共の秩序に独立した定義付けをしたことはないと述べ<sup>64</sup>、その定義付けに躊躇している。この事実が示すように、ECの設立より30年間、自由移動に係わる様々な事案が取り上げられてきたが、いずれの事例でも裁判所は、公共の秩序の明確な定義付けには、慎重であった。

しかしながら、Lasok が、「公共の秩序に係わる問題が、頻繁に生じてくればくるほど、それを定義付ける必要性は一層明白になる。」<sup>65</sup>と述べているように、労働移動の自由の進展に伴い、それを巡るトラブルも増加し、裁判所による一定の解釈が次第に強く求められていた。

前述のように、EC裁判所が、Adoui and Cornuaille 事件で、従来の判例に比し、一步踏み込んだ態度を示したことは、この点でも極めて注目される現象といえるであろう。

#### (d) 手続的保障規定の確保

実際、公共の福祉の適用に関し、各加盟国に相当な裁量権を付与する限り、不当な自由移動の制限を、事前に抑止することは完全には困難である。ECもその限界を充分察知してか、これまで検討した実体法上の保護を講じるとともに、併せて手続上入念な保護を加える事で、二重の保護を図っている。

命令221は、その5条から9条にかけて、そのための保障規定を設けている。以下、ごく簡単にこれら規定について、逐条的に紹介してみることとする。

##### (i) 決定を下すまでの時間的制約（命令221の5条）

5条1項は、最初の居住権証の発行許可又は拒否の決定は、可能な限り迅速に (as soon as possible) 行うことを旨とし、申し込みがあつてから6か月を越えることがあつてはならないとしている。

注目されるのは、同条によるとその決定が出されるまでは、当事国に暫定的に居住することが認められている点である。従つて、入国の段階で直ちに決定を行わず、後刻にそれを保留する場合には、その人物に一時的滞在を保障しなければならない。この際、イギリスなど外国人に対する国内監督体制が不十分な国では、そのまま地下に潜られる可能性があるため、EC裁判所は暫定的に自由を拘束することを一方で認めている<sup>69</sup>。

5条2項は、受入国が、絶対に必要であると判断した場合 (where this is considered essential)、その出身国に警察記録の提供を求めることができるとする。提供を求められた加盟国は、それに対して3か月以内に回答しなければならないとされている。

ただし、この情報交換制度には、制限文言が存在する。それによれば、日常的に情報交換をすることは許されず、本制度が利用されるのは飽くまで例外的事象に限るとしている。

しかしながら、この警察記録の交換については、むしろ日常的な情報の交換を窺わせる材料も存在する。先に紹介した Pecastaing 事件では、過去の売春の経歴に関する情報も、結局このような加盟国間に存在するルートより入手されたものである。しかしながら、命令 221 は、情報交換については、上記の制限以外何ら規定を設けていない。従つて、近年のプライバシー保護の見地から、この規定では十分な保護が期待できないのも事実である。

(ii) 疎明を受ける権利 (命令221の6条)

6条は、公共の福祉を理由とする全ての決定については、その理由 (grounds) を告知しなければならないとする。前述の通り、唯一加盟国の安全保障上の利益に抵触する場合、それが免除されている。

如何なる理由に基づき決定が下されたかが明確でない限り、その瑕疵を補正したり、治癒することができない。又、8条、9条に依拠して、処分の撤回そのものを求めていくこともできない。従つて、この規定の意義は極めて大きいと評される。

これら趣旨から、その理由の告知は、相当程度詳細に渡ることが求められる。EC裁判所も Rutili 事件<sup>69</sup>の中で、この点について、かなり明快な見解を示している。裁判所は、その制限が課せられる場合、当該人物はその理由の告知を受ける権利と、それに対し訴を提起することができる二重の保護 (double standard) を受けるとの見解を示している<sup>69</sup>。

そして、裁判所は、これら権利は、現実 (in fact) に確保されなければならないとした上で、「……その告知は、正確かつ広範囲 (precise and comprehensive) に渡り理由を明らかにしなければならないと、当事者がそれにより、防禦準備を充分行なえるよう図らなければならない。」<sup>69</sup>と述べている。

## (iii) 決定の告知（命令221の7条）

7条は、行政当局に対し、居住権証の新規および再交付の拒絶を決定した場合、あるいは退去処分を決した場合に、当該人物に宛て、速やかに通知する義務を課している。

その決定を受けた人物には、8条、9条の規定する司法的救済が保障されている関係上、抜き打ち的に決定を執行することは許されず、緊急な場合を除き少なくとも15日間の猶予を与えることが義務付けられている。

## (iv) 司法的救済手段の保障（命令221の8条、9条）

命令221の8条は、司法部に対して、判断を求める権利を保障している。これは、当該加盟国民に対し、出入国上に関する決定が行政機関によって下される場合、司法当局に対してその適否の判断を求める権利を保障するものである。8条の規定によれば、当該国の自国民が、行政行為において保障されている異議申立権と同程度の保護が、確保されることになっている。各国の行政訴訟に関する手続規定の相違が著しく、EC法の統一規定の確保が難しいため、ローマ条約7条の平等原則の趣旨を強調する形に留まっているのである。

更に、9条1項で、居住権証の更新拒否と退去処分に係る決定を巡っては、その結果の重大性に鑑み、特に保護の態様を強めている。それによれば、国内法規が、①裁判所に提訴する権利を保障していない場合、②裁判所が実体審理をせず、法的有効性のみを審判の対象する場合、③訴えを提起しても、それが処分の差し止め効果を伴わない場合、の何れかに該当する時には、緊急な場合を除き、権限ある機関（Competent Authority）による意見（Opinion）が出るまでは、行政当局は、決定を下すことができないとしている。

ここでの「権限ある機関」とは、行政機関とは別に独立した組織を意味すると解されている。一旦は居住を受け入れた人物に対して、それを撤回するメリットをこの独立機関に判断させるという趣旨である。イギリスなどでは、この趣旨を受けて、「三人賢人会」と呼ばれる委員会を設置し、その判断に委ねるという体制を採っている。

又、9条2項には、最初から居住権証の発行を拒絶された者、あるいは居住権証の交付前に退去勧告を受けた者に対するの保護規定が置かれている。それによると、本人が請求した場合には、行政機関の決定の当否を権限ある機関の再考に委ねることができ、その際には、本人が出席して、意見を述べることができる等の保障がされている。

ただ、9条の定めるこの権限ある機関については、その独立性の有様に明確な定義付けは存在していない。そのため、たとえば先のイギリスの「三人賢人会」では、行政機関からそのスタッフが派遣され、その維持経費も行政機関が負担する等、独立性そのものを疑問視する向きもある<sup>64</sup>。

しかし、相対的には、これら手続面での保障は、行政機関による著しい専断的な行為を防止する上で、一定の効果を期待できるものと評価できる。

## (e) 小括

以上、公共の福祉 (Public Policy Proviso) を理由として許容される国籍差別の実態について、俯瞰してみた。今日、若干の紆余曲折はあるものの、Van Duyn 事件で、EC裁判所が基本原則として示したように、これを理由とする移動制限は厳格に適用される方向に進んでいると評価できるであろう。特に、本文でも中心的論点として検討を加えた Personal Conduct の原則は、包括的かつ大量の移動の規制を抑止する理論として、その存在意義は極めて高いと考えられる。しかも、この Personal Conduct の原則は、国籍差別禁止原則の側面からも重要な意義を持つ。即ち、特定人物の国籍ではなく、その人物の性状、性格、行動様式に関心の焦点を合わせたものが、まさにこの Personal Conduct の原則に他ならないからである。

しかも、Adoui and Cornuaille 事件の見解に従った場合、公共の福祉が発動される原因としての行為は、原則として当該受入国でも禁止対象とされている行動 (conduct) となる。従って、自国民の場合、退去強制処分の対象にはならないとしても、逮捕、拘禁あるいは、少なくとも警察当局の監視下に置かれたり、要注意人物として、規制・監視の対象となるような行動 (conduct) が問題とされるのである。このような点は、一步譲り、Van Duyn 事件での裁判所の見解に従ったとしても、当該行為が自国民により行われた場合、やはり好ましからざる行為と判断されることには変わりはない。

それだけ、公共の福祉の発動要因として、国籍の側面が規制抑止されているものと評価できるであろう。

一方、これに比し、次に検討する公務 (Public Service) を理由とする国籍差別は、外国人の包括的な行政権力への参入を禁止しており、国籍差別としての度合いが高い事象である<sup>6)</sup>。ここでは、個人の性状、性格、行動様式は無論のこと、資質、能力、体力といった事項も、判断材料としては無意味である。単に国籍の有無のみが問題とされ、一律的にこの原則が適用されている。

依然、強固な国家組織の維持発展には不可欠とされるこの制限規定 (derogation clause) の存在について、以下、判例を中心に概観してみることにする。

(註)

(1) Watson and Belmann, op. cit., p. 1210.

(2) Case 8/77, 1979, E. C. R. 1495, at p. 1506.

(3) 例えば、ヨーロッパ人権条約第4議定書第3条1項、米州人権条約22条5項、参照。尚、この点については、Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights*, 1983, Clarendon Press, p. 174—180. が参考となる。

(4) Case 41/74, 1974, E. C. R. 1337, at p. 1351.

(5) O. J. 1963/1964, 117.

(6) Hartley, op. cit., p. 151—154. O'Keefee は、現在ヨーロッパの学者は、Hartley の分類法に従っていると指摘し、彼の所説が、通説的位置を占めているとする。O'Keefee, op. cit., p. 40, note 14.

(7) F. Burrows, op. cit., p. 150.

(8) Hartley, op. cit., p. 153.



- (9) Burrows, *op. cit.*, p. 150.
- (10) Case 36/75, 1975, E. C. R. 1219, at p. 1232.
- (11) Hartley, *op. cit.*, p. 151.
- (12) ローマ条約に先立つ ECSC 条約では、フランス語が唯一のテキストであった (T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 1981, Clarendon Press, p. 3.)。これに対して、周知のように、ヨーロッパ共同体においては、加盟国全ての言語によるテキストが、いずれも等しく正文としての法的効力を有する (ローマ条約248条)。このため、それぞれ対応する文言の齟齬を如何に克服するかが、大きな命題の一つとされている。
- (13) Linda S. Spedding, *op. cit.*, p. 46—48.
- (14) 庄司克宏「欧州共同体における司法権」慶応義塾大学大学院法学研究科論文集19号, 1983年, 219—220ページ。
- (15) Case 41/74, 1974, E. C. R. 1337, at p. 1350.
- (16) *Ibid.*, p. 1350, para. 18.
- (17) Case 48/75, 1976. E. C. R. 497.
- (18) *Ibid.*, p. 520.
- (19) Case 118/75, 1976, E. C. R. 1185.
- (20) *Ibid.*, p. 1200.
- (21) *Ibid.*, p. 1199, para. 20.
- (22) Case 48/75, 1976, E. C. R. 497.
- (23) *Ibid.*, p. 514, para. 42.
- (24) Watson and Belmann, *op. cit.*, p. 1199, para. 22.
- (25) Case 8/77, 1977, E. C. R. 1495.
- (26) *Ibid.*, p. 1511—1512.
- (27) *Ibid.*, p. 1508.
- (28) 同旨, 小城剛「労働者の自由移動に関する EC の立法」日本 EC 学会年報第 2 号, 1983年, 有斐閣, 12ページ。
- (29) Case 36/75, 1975, E. C. R. 1219, at p. 1231, para. 28.
- (30) Case 30/77, 1977, E. C. R. 1999.
- (31) *Ibid.*, p. 2014, para. 35.
- (32) Spedding, *op. cit.*, p. 58.
- (33) Case 41/74, 1974, E. C. R. 1337.
- (34) *Ibid.*, p. 1352.
- (35) *Ibid.*, p. 1344.
- (36) Joined Cases 115 and 116/81, 1982, E. C. R. 1665.
- (37) *Ibid.*, p. 1730.
- (38) *Ibid.*, p. 1707, para. 8.
- (39) *Ibid.*, p. 1708, para. 8.
- (40) *Ibid.*, p. 1708, para. 8.
- (41) Charles Sanders McNew, “Free Movement of Labour—Public Policy Exception—A Member State Cannot Expel a National of Another Member State for Conduct Which the Former Member State does not Attempt to Deter Among its Own Nationals,” *Virginia Journal of International Law* Vol. 24, 1983, p. 255—256. McNew は、本事件を契機として、EC 裁判所が、公共の秩序の概念設定に積極的に取り組むことも期待できるとする。
- (42) Case 98/79, 1980, E. C. R. 691.
- (43) O’Keeffee も、このような事件にまで、適用を広げることに疑問を投げかけていた。O’Keeffee, *op. cit.*,

- p. 40.
- 44 Case 67/74, 1975, E. C. R. 297.
- 45 Ibid., p. 300.
- 46 Ibid., p. 308.
- 47 Case 131/79, 1980, E. C. R. 1585.
- 48 Ibid., p. 1616.
- 49 Ibid., p. 1615.
- 50 Ibid., p. 1603.
- 51 Ibid., p. 1603.
- 52 O'Keefee, op. cit., p. 45.
- 53 See, the Case of Santillo in the Court of Appeal, (1981) 2 Weekly Law Reports, p. 529.
- 54 Adoui and Cornuaille, op. cit., p. 1716,
- 55 D. Lasok, op. cit., p. 109.
- 56 See. Royer Case(48/75), 1976, E. C. R. 495, at p. 514, para. 43.
- 57 Case 36/75, 1975, E. C. R. 1219.
- 58 Ibid., p. 1233, para. 37.
- 59 Ibid., p. 1233, para. 39.
- 60 Sufirin, op. cit., p. 193. ただし、この点については、EC裁判所は、Adoui and Cornuaille 事件の中で、委員会のメンバーの給与等が行政機関の予算等によって賄われていても、又、当該機関に秘書として勤務する者が、所属を行政機関に置いても、必ずしも独立性が阻害されるとは言い切れないとしている。Adoui and Cornuaille, op. cit., p. 1710, para. 16.
- 61 公共の福祉の対象者と公務への接近を規制される対象者とは、その数においては、後者の方が圧倒的に多い。

### (3) 公務 (Public Service) を理由とする国籍差別

#### (a) その意義と原則規定

ローマ条約48条4項は、労働者の自由移動に関する諸規定は、公務への就労 (employment in the public service) については、適用されないと規定している。又、55条は偶発的にせよ公権力の行使に関与する活動 (are connected, even occasionally, with the exercise of official authority) については、自営活動の諸規定が適用されない旨、規定する。更に、66条の規定により、55条は役務提供の自由に関しても適用されることとなっている。

これら規定の立法趣旨は、既に指摘した通り、依然公職は原則として自国民だけに開放されていることが、国家運営上望ましいとの判断に基づいている。

委員会も、後述の Commission v. Belgium 事件の意見表明の中で、この条文の設置理由として、「国家の独立性 (independence) を担保するためには、献身と忠誠を公務員に求めなければならないが、それは外国人に対するより、自国民に容易に期待することができるからである。」<sup>62</sup>と述べている。

加えて、公務員の任用・職務分掌等について、各加盟国の法制度の相違が甚だしいことも、この問題の進展を遅らせている一因である。

そのため、加盟国の国内行政法による定義付けに依拠するのでは、悪戯に問題を混乱させるだけであり、EC独自の概念設定が必要であるとの主張が以前よりされてきた。しかしながら、公職の概念は、最も加盟国の主権概念との抵触余地が大きいと、その検討はこれまで、引き延ばされてきた感が強い。

公共の福祉に基づく国籍差別が、現在まで理論的に相当な深化を示しているのに対して、公務に基づく国籍差別問題は、ECのレベルにおいては理論的にも、又判例の上からも必ずしも十分な進展がなく今日に至っている。

ここでは、これまでの到達点と、それを巡って交わされた議論の内容について、紹介することにする。

#### (b) Public Service を巡る諸問題

(1) 48条4項及び55条は、条文上、相当異なる規定文言を以って立法されている。そのため、この相違は、各条文の適用範囲が異なることを意味するのか、あるいは、単に文言の重複を回避しただけで、その意味するところは同一であるかという疑問を抱かせる。

厳格に解釈する者は、両者の目的とする適用範囲は異なると考える。48条4項の定める“Public Service”は、55条の規定する「公権力の行使に」関与するような職責に限定されるのではなく、広く公職と認められるものを含むとする。即ち48条4項は、55条の規定する国籍差別よりも広い範囲に適用されるとの解釈を行う。ベルギー政府は、この見解を、Commission v. Belgium 事件の意見表明の中で示した<sup>63</sup>。また、同様の見解が、フランス、西ドイツ、イギリスの各政府によっても支持されている。

これに対し、委員会は、反対の見解を表明してきた。委員会は、文言の相違は、さほど重要な意味はもたず、両規定はいずれも同一の目的のために立法されていると主張した。さらに続けて、「明らかに、48条の規定する賃金労働者の場合、公権力の行使に関与するのは公職に就いた場合に限定される。これに対して、自営業者の場合は、仕事の内容が公権力行使に係る行動を伴う場合にも、例外条項が適用されると具体的に述べておく必要があったからである。」<sup>64</sup>と述べ、文言相違は、想定される状況の相違に起因するとの見解を示している。同様の見解は、Sotgiu 事件の中でも示されている。

EC裁判所は、Commission v. Belgium 事件判決の中で、48条4項の意義についてかなり詳細な考察を行った。裁判所は、「この規定は、48条の1項から3項の適用を一定の官職(post)については除外する趣旨である。その官職とは、公法に基づき付与された権限、あるいは国家又は他の公共機関(public authority)の一般的利益擁護の見地から課せられた義務の行使に直接、間接に関与する職務を指す」<sup>65</sup>と述べていた。

これは、裁判所が、48条4項のPublic Serviceも、公権力行使に関与する活動を伴うことが必要であるとの判断を示したものと理解できた。即ち、裁判所の基本的立場は、委員会のそれに

添った見解と窺うことができた。

いずれにしてもこの問題を考えるにあたっては、まず第一に、この“Public Service”の概念についての検討が求められることになる。事実、後述するように、その職務内容、雇用者の性格等の検討が、この問題を巡る考察の中心的な論点となっている。又、この検討は委員会の見解に従えば、55条の検討を行うにあっても、重要な解釈指針を与えることになる。

(2) 一般に、その雇用者が、政府又はその他の公共機関である場合には、その職務が Public Service の範疇に属すると看做される蓋然性は高いと考えられる。だが、この議論を極端に押し進めれば、雇用者が公共機関であるすべての職務が無条件に48条の適用除外とされることになりかねない。

実際、1972年1月17日、ヨーロッパ議会は、「48条4項は、加盟国が、Public Service の範疇に入ると判断した場合には、その雇用の枠内での活動の性質如何にかかわらず、どのような雇用にも適用される。」<sup>69</sup>と決議している。この決議は、実質的に加盟国が、あらゆる公共の活動から自国民以外の就労を排除するのを容認する内容といえた。そのため、委員会は、このような解釈は、国家の願望を余りにも押し進めた解釈であると批判していた。

EC裁判所もヨーロッパ議会のような極端な議論を、承認してはいない。長らくリーディングケースとされている1973年の Sotgiu 事件<sup>69</sup>の中で、48条4項は制限的に適用されるとの基本的姿勢を示している。この事件は、イタリア国籍の Giovanni Maria Sotgiu が、西ドイツの Stuttgart で、西ドイツ連邦郵便局 (Deutsche Bundespost) に契約に基づき就労していたことによる。彼は、イタリア本国に家族を残していたため、給与と別に別居手当の支給を受けていた。この際、本来支給が期待される額より低い額しか支給されていないとして、ドイツ国内裁判所に訴えを提起したものである。彼は、この処遇は、規則1612の7条1項及び4項に違背する差別的取扱いであると主張した。

これを受けて、連邦労働裁判所 (Bundesarbeitsgericht) が、EC裁判所に対して、177条に基づき先行判決を求めた。そこでは、48条4項の解釈から、Sotgiu のように私法上の契約に基づき西ドイツ連邦郵便局に就労する者に対しても、規則1612の7条及び4項の適用を回避できるかについての判断が求められた。

EC裁判所は、48条の4項の適用原則について、「48条4項に基づく規制は、この制限条項 (derogation Clause) が挿入された趣旨に照らし、その目的を逸脱して適用されることがあってはならない。」<sup>69</sup>と述べ、各加盟国が、専断的にこの適用の判断をすることはできないとの姿勢を明らかにした。更に裁判所は、「この制限条項が、加盟国に保護を認めている権益は、公務 (public service) の一定の活動 (certain activities) に外国人の参加を規制することで、確保される。」<sup>69</sup>と判旨した。

これは、裁判所が、48条4項という制限条項は、行政機関における全ての雇用 (employment)

にではなく、一定範囲の公職に限定されるという、制限説に立つことを判旨したものと理解され、注目された。

加えて、48条4項の適用が許容されるのは、就職の機会の制限に限定されるという判断も示された。裁判所は、「一方、一旦、公務への就職が認められたならば、賃金、その他の雇用条件での差別的取扱を、この条文の存在から正当化することはできない。就職を許可するという事実は、まさに48条4項により非差別原則に対する例外を正当化させている利益が、さほど重要でないことを示したことになるからである。」<sup>69</sup>との見解を示した。従って、Sotgiuのように、一度、行政機関への就職が実現した者に対しては、待遇面での差別的処遇の実施は許されないことになる。

もっとも、就職が実現した後、当事者が、昇進・配置転換願い等により、将来、48条4項が対象とする一定の公的活動(certain activities)に、接近する権利を有するかは、これからではいま一つ判然としない。外国人は、48条4項に照らし、微妙な地位(sensitive post)への昇進・配置転換については、差別的処遇が行われても甘受を求められるとの解釈もあるが<sup>70</sup>、これを巡る裁判所の判断は現在まで示されていない。

いずれにしても、公務への就労の全部ではなく、その一部について制限条項が及ぶとする裁判所の統一の見解に従うならば、一層、その適用の及ぶ公職の職務概要、性格、態様等について検討を加える必要が生じてくる。即ち、Public Service に対する、EC独自の概念に基づく、より濃やかな定義付けが求められていくことになる。

ところが、この Sotgiu 事件では、彼の連邦郵便局での職務が、Public Service であることには、対立がなかった。そのため、EC裁判所は、本事件の判決の中で、“Public Service”の内容自体についての定義付けを、行うことなく終わった。

EC裁判所が、Public Service について、この Sotgiu 事件の中で検討した内容はごく簡単であった。まず、裁判所は、「その法的名称は、国内立法機関の恣意によって様々な形になりうる。従って、法的名称が、EC法の要求にかなう解釈基準を提供することはない。」<sup>71</sup>との判断を示した。又、この判断とともに、「……従って、当該労働者が、現業職(workman, ouvrier)、書記(clerk)、職員(official, fonctionnaire)という名称のいずれを与えられ就業しているのか、又、公法・私法いずれかの規定の下で条件に従い雇用されているかは、ここでは重要ではない。」<sup>72</sup>との見解を打ち出した。即ち、ここでは Public Service の検討にあたり、その名称に囚われてはならない旨、明示したにすぎなかった。

これに対して、委員会及び Advocate-General は、それぞれの意見陳述の段階で、裁判所よりも、より具体的内容に渡る見解を示していた。

委員会は、まず、「48条4項の制限条項は、厳格に解釈されなければならない。従って、『公務への就労』という概念は、労働者の自由移動や自営活動に関する古典的な国際協定における意味

付けよりも、狭義に解釈されなければならない。』<sup>64</sup>との基本的な立場を明らかにした。その上で、「48条4項による例外は、疑いなく、一般的には官吏 (officials, fonctionnaires or Beamte) に適用される。その内でも制限が許される特別な地位とは、恒常的に公権力行使に関する権限が付与されていると認められる地位である。』<sup>65</sup>との一定の範囲付けを試みた。

Advocate-General の Mayras は、この地位についての包括的定義付けの困難性を認識していた。しかし、なお、定型化についての示唆は試みた。彼は、委員会の見解とほぼ同じ内容であると明言した。そして、Public Service の意味付けとして、「……直接、公権力の行使に関与するもの、あるいは、より一般的な言い方をすれば、個々人に対して、公権力を伴う大権(prerogative) の発動を行う立場にあるもの。……」<sup>66</sup>とのガイドラインを示した。

更に、「このような例外の適用が容認されるのは、当該人物が、個々人に対して、自由裁量を行使できる地位にある場合か、あるいは国家権益に関与する行動、特に対内的・対外的な国家安全保障に係わる場合のいずれかである。』<sup>67</sup>として、より具体的な解釈の指標を提示した。

もっとも、前述の通り、裁判所は具体的な定義付けを行うまでには至らなかった。しかし、論議の過程の中、Public Service についてヨーロッパ議会の採る国家意思主義を排し、EC裁判所は、制限説に立つことを明言したことは、その後の議論展開の足がかりを構築したものと評価できた。

(3) この問題については、上記の Sotgiu 事件での議論を踏まえた上で、1980年になり、Commission v. Belgium 事件<sup>68</sup>で再び検討が加えられた。本件は、ベルギー政府の国籍差別撤廃への取り組み方が、問われた事件であった。ベルギーでは、公共性の認められる職務については、内容の性質如何に係わりなく就業の適格要件として、ベルギー国籍が求められていた。例えば、ベルギー国営鉄道会社 (Société Nationale des Chemins de Fer Belges) 及びベルギー地方鉄道会社 (Société Nationale des Chemins de Fervicinaux) においては、機関士、荷積人、転轍手、信号手等の欠員募集に際して、ベルギー国籍の保有者だけにその機会が開放されていた。又、地方公共団体の職員雇用でも、看護婦、保母、夜警、建築家、又、鉛管工、大工、電気工などの熟練工、更に半熟練工についても、国籍要件が規定されていた。

委員会は、このような職務は、産業活動、商業活動を行う私企業での同様の職務と比べて、内容的に異なるところはないと判断した<sup>69</sup>。そこで、委員会は、ベルギーに国籍要件の是正を申し入れたが、ベルギー側は、委員会の提案は、ベルギー憲法6条が規定する「ベルギー人だけが、特に法律に定められている特別な事例を除き、公職 (civil posts) 及び軍務 (military posts) に就くことができる。」に違背することになるため受理できない旨、通告してきた。このため、委員会が、ローマ条約169条に基づきEC裁判所に、ベルギーは48条及び規則1612の諸規定が課す義務に違背しているとの宣言を求めたものである。

委員会は、意見表明の中で、「外国人に対して、就任が規制される公職は、その地位にある人

物が、公権力の執行に直接関与するか、あるいはそれぞれの大衆に対して、公法により付与された権限において、大権の行使ができる地位でなければならない。」<sup>60</sup>との従来の見解を繰り返した。

又、Advocate-General の Mayras は、従前の Sotgiu 事件での見解を踏襲した上で、「裁判所は、ベルギー政府が、ベルギー国営鉄道で非熟練労働者、訓練を受けた機関士、信号手について、又、ブリュセル市では、夜警、庭師、鉛管工に、更に、Auderghem 地区では、半熟練労働者、資格Bの熟練労働者のそれぞれの就職にあたり、ベルギー国籍を条件付けることを認めたのは、ローマ条約48条4項及び規則1612の定める義務違反を形成していると判旨すべきである。」<sup>61</sup>との見解を展開した。

これに対してEC裁判所は、その判決の中で、「(48条4項が適用される)地位は、その地位に就任していることの責任として、その国家への忠誠(allegiance)という特別な関係と、国籍という絆の基礎となる権利・義務の相互依存関係の存在とを前提とする。」<sup>62</sup>という一定の解釈を行った。もっとも、裁判所の検討方法は、まず組織全体の構造とその機能の分析を行い、その上で、機構の中でその置かれている位置付けを確認して、公権力の行使に関与する職務であるか否かの結論を出すというものではなかった。当該職務の置かれている全体での位置付けには関心を示さず、専らその実態にのみ焦点を合わせ、個別の評価から結論を引き出すという方法に留まっていた。

しかも、EC裁判所は、審理過程で口頭及び書面を以て提出された当事者双方の情報からでは、当該職務に係わる義務の性質を正確に評価ができないと判断した。そして、このような事情の下では、現時点で、ベルギー政府のローマ条約違反を宣言できる立場にないと宣明した<sup>63</sup>。

EC裁判所は、そのため、委員会並びにベルギー政府に対して、この裁判所の暫定的見解を踏まえた上で、当事者間で再度検討することを命じた。その結果、この事件は、再度当事者に持ち返された<sup>64</sup>。再審理の中で、実質的に委員会、ベルギー政府両者の歩み寄りが図られ、それを受けて裁判所の最終的な判断が示された。

裁判所は、技術監督主任者(head technical office supervisor)、主席監督者(principal supervisor)、労働監督者(works supervisor)、ブリュセル地方自治体の夜警、ブリュセル及びアウダゲウム(Auderghem)当局における建築技師を除き、他の全ての地位については、ベルギー国籍を就任要件としたことは、ローマ条約の義務に違反しているとの宣言を行った<sup>65</sup>。

しかし、EC裁判所は、再審理判決の中で、委員会、ベルギー政府の合意到達までの経緯を知るに十分な資料を提示しなかった。そのため、結論自体は概ね妥当としても、如何なる判断材料が働いた結果、上記の区分に結着したか、必ずしも明確になっていないという欠点がこの再審理判決には認められる。

従って、このPublic Serviceの定型化を巡り、Commission v. Belgium事件は、一つの判断材料を提供することはまちがいないものの、より精密化した定型化には、更に別の事例での判断の蓄積が待たれている。

(4) 最近になり、別の事案に対して E C 裁判所の判断が示され、注目を集めている<sup>69</sup>。その事案は、フランス政府の公職就任に対する厳格な国籍要件が、問題とされた事例である。先に検討した *Commission v. Belgium* 事件の中でも、フランス政府はベルギー政府の見解を支持し、意見表明にも参画するなど、この問題に強い関心を示していた。これは、フランスでは、ベルギーとほぼ同様に職務の区別なく、国家、地方公共団体又は他の公共組織への公職の就任には、フランス国籍の保有が絶対要件とされていたためである<sup>70</sup>。1984年12月21日、委員会は、E C 裁判所に、訴えを提起した。その中で、フランス政府が、公共病院で看護婦として恒久的に雇用される指名条件として、フランス国籍の保有を課すのは、ローマ条約の義務に違反するとの宣言を求めている<sup>71</sup>。

E C 裁判所は、1986年6月3日になり、この委員会の見解を概ね支持する判決を出した<sup>72</sup>。その中で、裁判所は、看護婦の雇用にあたって、自国民だけに制限するのは、ローマ条約48条の定める義務に違背すると明示したのであった。

#### (c) 公権力の行使に関する行動 (Activities in the Exercise of Official Authority)

(1) 55条1項の規定する、「偶発的にせよ公権力の行使に関与する」という文言については、必ずしも条文解釈上、明快ではなかった。

自営業者の特定の職種の内、特に公権力の行使に関与すると認められる活動についてのみ外国人の関与が排除され、それ以外については原則として外国人も活動することが許されるのか。それとも、公権力に関与する可能性があることを理由にして、特定の職業への就任それ自体が排除されるかという、解釈上の疑義が存在したためである。先に本稿の第1章で紹介した、この問題が直接問われた唯一の判例である *Reyners* 事件<sup>73</sup>では、この点についても、裁判所の判断が求められていた。

*Reyners* は、その主張の中で、前者の見解を支持した。55条は専門職 (profession) 全体に及ぶのではなく、その内の特定の行動が公権力に関与する場合、その範囲に限り活動が制限されると主張した<sup>74</sup>。ベルギーの場合も、弁護士が公権力に関与するという理由で包括的・一律的に外国人を弁護士の就任から排除することは許されず、より範囲を限定し、その活動の内でも特に公権力の行使に関する活動に限り、制限条項の適用が及ぶべきであるとの考えを強く主張した。この見解は、基本的には、ベルギー、オランダ、アイルランド、イギリスの各政府及び委員会によっても、支持されていた。

もっとも、ベルギー政府は、公権力の行使に関与する概念は、加盟国毎に異なるので、その概念を E C レベルで決定することはできないとした。その上で、この判断は、それぞれの加盟国に委ねられべきであるとの解釈を示した。後者の包括的に禁止されるという見解は、ベルギー弁護士会の支持するところであった。

E C 裁判所は、その判決の中で、前者の見解を支持する判断を示した。裁判所は、「55条前段



の自営活動の自由に対する制限条項は、52条の定める活動の内でも、公権力行使に直接かつ明確に関連する活動にのみ適用が制限されなければならない。<sup>93</sup>との判断を示した。

裁判所は、更に次のような論拠を展開した。「その活動と専門職との結び付きから、もし、自営活動(freedom of establishment)を認めれば、当該加盟国に、偶発的にせよ公権力機能の行使を自国民以外にも認めるよう強制する結果となる場合に限り、55条による例外適用を、問題の専門職全般に拡大することができる。<sup>94</sup>との立場を示した。その上で、ベルギーにおける弁護士活動と公権力の行使との関係について考察を加えた。そして、「弁護士活動に特に典型的に認められる、法律相談、法律面での協力、裁判における訴訟行為の代理、弁護士活動等については、弁護士の介入と援助が強制的であるか、又は法的独占状態にあるかにかかわらず、公権力行使に関与するとは考えられない。<sup>95</sup>との判断を示したのであった。

即ち、EC裁判所は、国内裁判所業務に強制的に参与することでは、公権力行使に繋がらないとの立場を示したのであった。その理由として、弁護士の典型的活動によっては、司法当局の自由裁量も、又、司法権力の自由行使も何ら影響を受けないからであるとしている。

このような判例の見解は、55条の定める例外の適用を極力抑制しようとする裁判所の立場の表れであった。しかし、一面、これは、新たに別の側面の問題点を深刻化させる結果に繋がるといった。これまで検討した通り、Public Service を巡っては、労働者の一定の公職(posts)への就任が問題とされる。しかし一方で、当該労働者の行動自体は、比較的外部から認識が容易であり、特定の公職に就任しているか否かが事実審理で争われる蓋然性は少ない。これに対して、裁判所の判例に従えば、自営業者については、その全ての活動が公権力の行使に関与する必要はない。その一部分の活動が(しかも、偶発的に関与する場合でも)、公権力行使に関与すると判断されれば、その部分だけが規制の対象とされる。従って、個々の行為の態様から公権力の行使に関与する行動か否かを、判断しなければならないという困難な問題を抱えることになる。

実際、ローマ条約の立法者も、この点、その行動内容の類型化についての将来的必要性を予想していたものと窺える。ローマ条約は、55条の後段で、理事会が、委員会の提案に基づき、如何なる活動が公権力の行使に係わる活動であるかを決定できるとしている。理事会による、より細部の内容に渡る規定を、当初は予定していたことが判然としている。ところが、これに関する理事会の行動は、現在まで採られていない。

従って、このような状況下にあつては、統一的判断形成には、幾つかの事例の積み重ねが唯一の方法であると考えられる。だが、現在まで、この問題を巡る事案としては前述の通り、Reyners事件が存在するにすぎない。

しかも、この事件では、弁護士活動へベルギー人以外の参入が包括的に禁止されたことの当否が争われた。そのため、偶発的、あるいは一部の活動と公権力の行使との関係についての判断材料としては十分なものではない。

即ち、この問題の広範囲に渡る議論を展開するには、現状では余りにもその判断材料に欠くといえる。そのため、これを巡る理論的な検討は、充分深化していないのが現在の状況である。

#### (d) 小括

Public Service への関与に基づく国籍差別の研究は、理論的にも、又、現実面においても国籍差別撤廃の実態に迫る上で、極めて重要な意義を有している。それにもかかわらず、これまでの検討からも明らかなように、これを取り巻く問題は十分な進展を示しているとはいえない。

EC委員会も、この理論的進展の必要性を痛感しているようである。先に紹介した、1985年3月7日委員会の提示した「移民の共通政策のためのガイドライン」<sup>62</sup>においても、この定義付けの必要性を強調している。

委員会は、その中で、「これまでEC裁判所により示された解釈を考慮に入れた上で、適当な法形態で、48条4項により規定される自由移動に対する例外についての正確な範囲を確定していくこと」<sup>63</sup>を目指し、現行法規の改正及び新規法規の定立について、理事会に対応を求めている。

このように、長らく国家権力の聖域扱いをされてきた Public Service についても、ECは、設立後30年を経て、漸く真正面より取り組む姿勢を見せ始めている。

しかも、近年、外国人に対しても一定の政治的権利を付与すべきであるとの主張が高まっていくに伴い、この問題は、次第に現実化の動きを示している<sup>64</sup>。

従って、この問題への理論的側面からの検討が、今後更に一層求められていくものと考えられる。

#### (註)

<sup>62</sup> Commission v. Belgium, Case 149/79, 1980, E. C. R. 3881, at p. 3891.

<sup>63</sup> Ibid., p. 3888.

<sup>64</sup> Ibid., p. 3890.

<sup>65</sup> Ibid., p. 3900, para. 10.

<sup>66</sup> See opinion of Mr Advocate-General Mayras in the Sotgiu Case, 1974, E. C. R. 153, at p. 170.

<sup>67</sup> Case 152/73, 1974, E. C. R. 153.

<sup>68</sup> Ibid., p. 162, para. 4.

<sup>69</sup> Ibid., p. 162, para. 4.

<sup>70</sup> Ibid., p. 162, para. 4.

<sup>71</sup> Spedding, op. cit., p. 69. 又、Commission v. Belgium 事件の中でも、ベルギーとフランスの両政府は、その就任の当初は公権力の行使に関与しないとしても、その後、昇進・配転を通して、公権力への関与に近づく可能性があるとして、除外の必要性を強調している。Commission v. Belgium, op. cit., p. 3903, para. 20.

<sup>72</sup> Case 152/73, 1974, E. C. R. 153, at p. 163, para. 5.

<sup>73</sup> Ibid., p. 163, para. 4.

<sup>74</sup> Ibid., p. 159.

<sup>75</sup> Ibid., p. 160.

<sup>76</sup> Ibid., p. 170.

<sup>77</sup> Ibid., p. 172.

- 78 Case 149/79, 1980, E. C. R. 3881.
- 79 Ibid., p. 3885.
- 80 Ibid., p. 3886.
- 81 Ibid., p. 3919.
- 82 Ibid., p. 3900, para. 10.
- 83 Ibid., p. 3905.
- 84 Commission v. Belgium, Case 149/79, 1982, E. C. R. 1845.
- 85 Ibid., p. 1853.
- 86 Commission v. French Republic, Case 307/84, Judgement of the Court of 3 June 1986. yet unpublished.
- 87 Commission v. Belgium, Case 149/779, 1980, E. C. R. 3881, at p. 3902, para. 17.
- 88 O. J. No C 32/8, 2. 2. 1985.
- 89 See Court of Justice. 26. 7. 86.
- 90 Case 2/74, 1974, E. C. R. 631.
- 91 Ibid., p. 634.
- 92 Ibid., p. 655, para. 54.
- 93 Ibid., p. 654, para. 46.
- 94 Ibid., p. 655, para. 52.
- 95 Guidelines for a Community policy on migration, Supplement 9/85-Bulletin of the European Communities.
- 96 Ibid., p. 8.
- 97 Council of Europe Directorate of Human Rights, Human Rights of Aliens in Europe, 1985, Martinus Nijhoff Publishers, p. 197—288. 参照。

## 5. 今後の展望—まとめとして

第2次世界大戦後における人権の国際的保障体制の充実には、目覚ましいものがある。過去40年の間に、様々な地域的・国際的人権条約が制定されてきたことは、周知の通りである。

そのいずれの人権条約の中でも、平等原則・非差別原則に関する条文が規定され、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、国民的もしくは社会的出身に基づく差別の禁止は<sup>(1)</sup>、今日、国際社会における人権保障達成のための重大な命題として認識されるに至っている。

その中、国民的出身 (National Origin) に基づく差別の禁止とは、国籍差別の禁止を標榜したものと理解されている<sup>(2)</sup>。

従って、ヨーロッパ共同体が、このような国際社会の動向に歩調を合わせ、むしろ一步先を行く歩みを示してきたことは、極めて興味深い検討材料を提供するものと考えられる。現在の国際社会にあっては、ヨーロッパ地域が民意の上でも、社会制度の上でも、又、民主主義の浸透度においても、最も進んだ体制下にあることには疑いがないからである。

その制度下にしても国籍差別禁止の実現を図ることが、いかに抵抗が強く様々な障害が存在し

ているかは、本稿の中でも度々指摘してきた通りである。

この現実直面すると、社会的・文化的に隔絶した歴史体制を有する国際社会では、国籍差別撤廃の実現が如何に困難であるかを痛切に感じ取らせる。

しかも、安直に国籍差別の実施を図るだけでは、逆差別という予想していなかった新しい問題発生危険性があることを、ECの事例から知ることができる。

このような様々な問題が発生してくることは、国家体制を根幹に据えた国籍を基準とするかぎり、避けられない限界であるとも受け取れる。

従って、今後、文化的にも思想的にも近似する恵まれた環境にあるECでは、むしろ発想の転換を図り、国籍概念からの脱皮を検討していくことが求められてゆくものと考えられる。即ち、新たな視点を設定することで、平等原則の達成を考え直していくことが、種々の問題を抜本的に解決する上で効果的であると予想される。

そこで、今後真剣に法的検討が求められると予想されるのが、従来からも一部の論者が主張している<sup>3)</sup>所謂 European Citizenship と呼ばれる概念である。これまでの政治的なプロパガンダの材料としてではなく、法的意義付けを施し、この上位概念の下、共同体の結集性を図っていくという選択が、将来的には現実性を帯びてくることも考えられる。

しかしながら、現状ではその構想を悲観的にさせる材料も存在する。

最も進歩的とされる先に紹介した Draft Union Treaty ですら、European Citizenship については、各国の国籍法の定める範囲によるという従来の姿勢を堅持しているからである<sup>4)</sup>。これは単なる包括的な名称にすぎず、伝統的国籍概念の払拭に繋がるものではないからである。

だが他面、ヨーロッパの統合が、少なくとも法制面においては、牛歩の歩みながら、着実に進展していることもまちがいのない事実である。

このような状況下にあっては、いずれにしても国籍差別撤廃の進捗状況は、今後共その折々の共同体の統合状況を知る上で、最も有益な判断材料を提示してくれる存在であることは、まちがいないであろう。

(註)

(1) 例えば、市民的及び政治的権利に関する国際規約第2条1項、ヨーロッパ人権条約14条、米州人権条約1条1項。

(2) 宮崎繁樹「コンメンタール(第2部 一般規定)」(宮崎繁樹、笹原桂輔編集代表『国際人権規約』法学セミナー5月臨時増刊号、1979年5月号所収)、57ページ。

(3) 例えば、Evans などはこの論者として有名である。See A. C. Evans, "European Citizenship: A Novel Concept in EEC Law," American Journal of Comparative Law, Vol. 32, 1984.

(4) Francesco Capotorti, Meinhard Hilf, Francis G. Jacobs, Jean-Paul Jacqué, op. cit., p. 36—38.