

# 加盟国法に対する EU 指令の 排除的效果に関する一考察

——近時の EU 司法裁判所の判決に関連させて——

柳 生 一 成\*

- I はじめに
- II 指令の排除的效果
- III 排除的效果によって説明が可能な判例
- IV 近時の指令 2000/78 に関連する第二小法廷判決と排除的效果
- V おわりに

## I はじめに

EU 法の直接効果及び加盟国法に対する優越性は、EU 法秩序の本質的な特徴である<sup>1)</sup>。直接効果は、EU 司法裁判所が確立し、発展させてきた原則である。けれども、司法裁判所自体が定義したことはない。それゆえ、学説が様々な定義を行う。代表的には、直接効果とは「共同体法が加盟国の領域において法源となり、共同体諸機関及び加盟国だけでなく共同体市民にも権利を付与し及び義務を課し、並びに、特に国内裁判官の前において共同体法から権利を引き出しかつ同法に適合しない全ての国内法規定を排除させるために共同体市民により援用されることができる能力<sup>2)</sup>」とされる。この定義に見られるように、EU 法の優越性

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 13 巻第 2 号 2014 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ ジャン・モネ EU 研究センター（慶應義塾大学）研究員、一橋大学大学院法学研究科博士後期課程 2014 年修了。

1) Opinion of the Court 1/91 [1991] ECR I -6099, para. 21.

2) 庄司克宏「欧州司法裁判所と EC 法の直接効果——理論的再検討」法律時報 74 巻 4 号 15 頁（2002）等参照。

と結びついた直接効果の帰結として国内法の排除が認められてきた。

司法裁判所は、EU法の法源のうち指令(Directive; Richtlinie)に関しては、水平的な私人間においては直接効果を有することは出来ないと一貫して判示してきた。けれども、他方で、指令に抵触する国内法を私人間においても排除すると司法裁判所が示し、水平的直接効果を認めたとも解釈できる判決が複数存在する。それらの判決が出される度に判例の整合性をめぐって大きな議論が巻き起こった。

近時、水平的直接効果を禁止してきた判例法が変更された可能性が指摘され、激しい議論がなされた。それは、Mangold判決(2005年)<sup>3)</sup>後である。雇用関係にある私人間の事件において、指令に定められた年齢差別禁止原則が、年齢に応じて有期契約の扱いを異にするドイツ労働法を排除した。しかし、同指令と年齢に基づいて解雇に関する通知の扱いを異にしたドイツ民法との整合性が問われたKücükdeveci判決<sup>4)</sup>が、水平的直接効果の禁止を再確認した。両判決は、共同体法の一般原則を根拠に国内法を排除したとの理解<sup>5)</sup>が一般的となった。

ところが、その後も司法裁判所第二小法廷から出される幾つかの判決は、私人間において「指令が国内法を排除する」との表現を用いている。本稿は、それらの判決と水平的直接効果を禁止する判例法の整合性の説明を試みる。その際に、国内法を排除する効果(排除的效果)を指令に認める学説を参考としたい。排除的效果は、指令が加盟国裁判所に課す適合解釈義務と連続して考えられてきた。国内法をEU法に適合して解釈する当該義務によって、水平的直接効果の禁止と整合しない判決を説明する学説も多かった。本稿は、その2つの指令の効果の関係を明らかにして、判例法に関する説明を考察する。

また、排除的效果を認める背後に存在する、EU法の実効性への配慮も明らかにしたい。排除的效果は、主にEU法の優越性と関連して述べられてきた<sup>6)</sup>。し

3) Case C-144/04, *Mangold v. Helm* [2005] ECR I -10013.

4) Case C-555/07, *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* [2010] ECR I -365.

5) E.g., Tamara Čapeta, "The Advocate General: Bringing Clarity to CJEU Decisions? A Case-Study of Mangold and Kücükdeveci", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 14, (2011-2012), 567-71.

6) See, e.g., Lenaerts/Van Nuffel, *European Union Law*, 3rd revised ed., (Sweet & Maxwell, 2011), 910.

かし、EU 法の優越性は、加盟国法秩序内において EU 法の規定と加盟国法の規定の抵触を解決する<sup>7)</sup>という国内的序列の次元の問題である。EU 法の優越性は、EU 法は国内で法としての効力を持つか（国内的効力<sup>8)</sup>という問題に解答を提供出来ない。国内的効力と国内的序列の問題は分けて考察されなければならない<sup>9)</sup>。指令は、実施期限内に加盟国が履行措置をとることが前提である。そして、指令は、規則と異なり加盟国内における直接適用可能性が明示に定められていない。すなわち、指令の国内的効力の問題は、欧州連合機能条約（以下「機能条約」）上明白ではない。それを明らかにせずに、EU 法の優越性のみで指令に排他的効果を認めることは理論的整合性に問題がある。近時の有力説は、指令にも直接適用可能性を認める<sup>10)</sup>。これには、理論的要請に加え、指令の効力を強く解釈することによって、EU 法の実効性を高める意識があろう。

指令の水平的直接効果の禁止は機能条約が定めた指令の効力に由来する。EU 司法裁判所が水平的直接効果の禁止に収まらない効果を指令に認めると、EU が条約によって付与された権限を踰越したとの評価につながる。ドイツ連邦憲法裁判所は Honeywell 判決<sup>11)</sup>において Mangold 判決が加盟国に新たな義務を創設したかを審査した。直接効果又は排他的効果の概念を用いて指令の効果を整理する重要性は EU と加盟国の関係、ひいては欧州統合と関係する点にもある<sup>12)</sup>。

検討の順序は、指令に排他的効果を認める学説の内容および展開を検討し（Ⅱ）、排他的効果が認められたとも解釈できる私人間の判決（Ⅲ）を検討する。

7) See, e.g. Sacha Prechal, "Community Law in National Courts: The Lessons from Van Schindel", *CMLRev.*, 35, (1998), 681, 685.

8) 小寺彰ほか編『講義国際法』110頁〔岩沢雄司〕（有斐閣、第2版、2010）等。

9) 同上等。岩沢教授が指摘するように、この2つの区別に加え、直接効果（国内適用可能性）も区別して、EU法と国内法の関係も考察されなくてはならない（同上、110、129-31頁参照）。

10) See Sacha Prechal, *Directives in EC Law*, 2d completely revised ed., (Oxford, 2005), 229. 岩沢雄司『条約の国内適用可能性』258頁（有斐閣、1985）。

11) BVerfG 2 BvR 2661/06 vom 6. Juli 2010.

12) 直接効果と欧州統合の関係について、須網隆夫「直接効果理論の発展に見る欧州統合の現段階」日本 EC 学会年報第 14 号（1994）等参照。Cf. L. J. Brinkshorst, "S.A.C.E. v. Ministry of Finance of the Italian Republic. Case 33/70. Decision of December 17, 1970. I Preliminary ruling on request of the District Court of Brescia, Italy", *CMLRev.* 8, (1971), 392.

特に、Küçükdeveci 判決等との関連性から、私人間で国内法排除を認めた年齢差別禁止に関する第二小法廷の最近の判決3つ(Ⅳ)を紹介して、排除的效果によって判決を説明可能か否かを検討する。最後に判例法が不明確な現状における排除的效果の意義について結論する(Ⅴ)。

## Ⅱ 指令の排除的效果

### 1 指令の排除的效果と直接効果を区別する理論とその展開

#### (1) 排除的效果の根拠としてのEU法の優越性

加盟国内におけるEU法と国内法の効力関係は、EU法自身によって決定される<sup>13)</sup>。EU司法裁判所は、EU基本条約の加盟国法に対する優越性をCosta判決<sup>14)</sup>によって確立した。指令の規定の優越性を確立したのは、Simmenthal判決である。同判決は、「加盟国法制度の規定及び立法的、行政的又は司法的慣行が、共同体法適用時にその完全な効力を妨げる加盟国の立法規定を排除するために必要な全てのことを行う権限を、共同体法を適用する管轄権を有する加盟国裁判所に与えない。そのことによって、〔当該慣行等は〕共同体法の実効性を損なう。そして、〔それらは〕共同体法のまさに本質である要請に抵触する<sup>15)</sup>」と述べ、指令も含めた共同体法一般の加盟国法に対する優越性を確立した<sup>16)</sup>。EU法の規定と加盟国法の規定が内容において抵触した場合に国内法の適用が排除されるのは、EU法の優越性が確立されたからである。

#### (2) 理論の展開と内容

排除的效果を認める理論は、古くはTimmermans教授(1979年)に紹介されていた<sup>17)</sup>。中でも注目を集めたのは、Saggio法務官(アヴォカ・ジェネラル)のOcéano事件(2000年)<sup>18)</sup>における意見等である。その後、同理論は他の法務

13) 小寺彰ほか〔岩沢〕・前掲注8)、131頁等。

14) Case 6/64, *Costa v. ENEL* [1964] ECR 587.

15) Case 106/77, *Amministrazione Delle Finanze Dello Stato v. Simmenthal* [1978] ECR 630, paras. 22-3.

16) 中村民雄・須網隆夫編『EU法基本判例集』〔中村〕27頁(日本評論社、第2版、2010)。

官や研究者の支持を得た<sup>19)</sup>。例えば、Kücükdeveci 判決の Bot 法務官も、指令に排除的效果を認めることを支持した<sup>20)</sup>。Reich 教授は、第一次法に水平的直接効果を認めた Defrenne II 判決 (43/75 事件) と似たような分野、特に「集団的な規制」の要素によって特徴づけられる、雇用や消費者関係において、指令に抵触した国内法による主張に基づいたいかなる制限も排除する、「排除的直接効果」を認めるよう提唱する<sup>21)</sup>。Herrmann 教授によると、遅くとも 2003 年からはドイツの学説の一部において指令の排除的效果が認められてきた<sup>22)</sup>。

以下においては、学説も参照するけれども、法務官意見を中心に排除的效果の理論の内容、効果の根拠及び適合解釈義務との関係を検討していく。というのも、幾つかの判決等も排除的效果を主張する理論を支持する様に見えるが、判例法が指令に排除的效果を認めてきていることの最も重要な徴候は、何人かの法務官達が、司法裁判所は判例法の基礎として排除的效果と直接効果の区別を明確に示すべきと主張する事実にあるからである<sup>23)</sup>。

(a) 内容

理論の内容は次の様な把握が一般的である。指令が EU 法の優越性を根拠としてそれと抵触とする国内法を排除する場面を「排除的效果 (exclusionary effect)」又は「消極的效果 (negative effect)」、国内法に存在していなかった権利

17) See C. W. A. Timmermans, "Directives: Their Effect Within the National Legal Systems", *CMLRev.* 16, (1979), 533, 538.

18) 消費者と事業者の間の訴訟である Océano 判決は、「国内裁判所には適合解釈義務があるので、紛争の時に効力を有していた〔国内法の規定〕を、可能な限り指令に適合するように解釈しなければならない」と述べ、私人間の訴訟において適合解釈義務を指摘するに留めた (Joined Cases C-240 to 244/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Quintero* [2000] ECR I -4963, paras. 30-2)。

19) See, e.g., Michael Dougan, "When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship Between Direct Effect and Supremacy", *CMLRev.* 44, (2007), 933.

20) A. G. Bot in Case C-555/07, *Kücükdeveci* [2009] ECR I -365, paras. 63-4, 88-9.

21) Norbert Reich, "The Public/Private Divide in European law", 74 in Hans-W Micklitz/Fabrizio Cafaggi, *European Private Law after the Common Frame of Reference* (Edward Elger, 2010).

22) See Christoph Herrmann, "Die negative unmittelbare Wirkung von Richtlinien in horizontalen Rechtsverhältnissen", *EuZW* Heft 3/2006, (2006), 69-70.

23) Dougan, *supra* note 19), at 949; See also, *id.*, 70.

と義務を創設するために指令を直接かつ即時に適用する「代替的效果 (substitutionary effect)」又は「積極的效果 (positive effect)」の二つに効果を区別し、後者のみを直接効果とする<sup>24)</sup>。これを示したのものとして Saggio 法務官意見がよく知られている。ただし、Timmermans 教授が紹介した区別もほぼ同じであった。すなわち、「規定が個人に明示に権利を与えないが、指令の規定と抵触する加盟国法に対して国内裁判所において全ての関係人により援用され得る「簡易な又は消極的直接効果」(“effet direct simple ou negatif”)と、加盟国裁判所によって保護される権利を付与し又は義務を付加する「積極的」又は「即時的直接効果」(“effet direct positif” or “immédiateté”)が区別<sup>25)</sup>される。後者の効果の場合にのみ指令の規定が「無条件かつ十分に明確」という直接効果の要件が検討される。よって、水平的直接効果の禁止に服すのも後者の場合だけである。これに対し、前者は、訴訟において指令の規定を援用する相手当事者は関係ない<sup>26)</sup>。つまり、排除的效果の場合は、直接効果として指令を援用する場合にその相手方が国家(またはその派生物)に限定されるのと異なる。また、排除的效果を発揮するよう裁判所によって適用されるためには、法規の明確さの程度は直接効果よりも低くても構わない<sup>27)</sup>。排除的效果を認める立場が水平的関係において指令が国内法を排除した判決を説明する場合、私人は他の私人に対して指令の権利を主張して義務を課すのではなく、国内法の適用排除を求めただけなので、直接効果ではないから水平的直接効果が認められたのではない<sup>28)</sup>と整理する。排除的效果の発生は、直接効果と同じく指令の実施期限の徒過後である<sup>29)</sup>。

---

24) A. G. Saggio in Joined Cases C-240 to 244/98, *Océano Grupo Editorial* [1999] ECR I-4943, paras. 29-39. Mengozzi 法務官は、排除的效果と代替的效果の区別に触れつつも、双方を含む概念として直接効果という表現を用いる (A.G. Mengozzi in Case C-335/05, *Řízení Letového Provozu* [2007] ECR I-4309, para. 53, n. 22)。

25) Timmermans, *supra* note 17), 538. なお、ドイツ語においては、それぞれ排除的效果 (Ausschlusswirkung, ausschließende Wirkung) と補充的效果 (Ersetzungswirkung, ersetzende Wirkung) の語があてられる。

26) Miriam Lenz et al., “Horizontal What? Back to basics”, *ELRev.* 25, (2000), 521.

27) E.g., Takis Tridimas, “Black White and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited”, *Yearbook of European Law* 21, (2001), 330.

(b) 排除的效果の根拠

次に排除的效果の根拠を見て行く。Saggio 法務官意見の検討から始めたい。同意見は、「[私人間の紛争において] 期限内に未実施の指令の規定が国内手続法の合法性の審査の指標として役立ち、結果として、共同体法規定の優越性を保障し、それゆえ権利の実効的保護を与えるために国内手続規定を不適用とするように国内裁判所が要求されるか」との問いから始めて、指令による国内法の司法審査が可能である理由を以下の様に根拠づけた<sup>30)</sup>。

第一の理由は、機能条約 288 条に定められた指令の拘束性及び欧州連合条約(以下「EU 条約」) 4 条 3 項の誠実協力原則であった。法務官の指摘は以下のようである。それらの条文によって、全加盟国機関が、指令の実施達成のためにあらゆる適切な措置をとることを義務づけられる。それによって、司法裁判所は適合解釈義務を認めた。ただし、適合解釈義務は革新的ではない。近年、司法裁判所は、指令が国内法より優位する事実から別の帰結を引き出した。それは、直接効果とは区別された、下位の法源の合法性を審査する指令の能力である。特に、Bellone 判決 (C-215/97) においては、国内法と共同体法規定の矛盾が修正不可能な場合に司法裁判所が国内法の排除を結論した。この判決の分析から、抵触国内法を適用しないという加盟国裁判所の義務から適合解釈義務と排除的效果の 2 つが生じる<sup>31)</sup>。この根拠は、EU 法の優越性を前提としつつ、加盟国裁判所が負う義務の側面を強調する。

28) *E.g.*, Dougan, *supra* note 19), at 936, 953-4. Timmermans 教授は、指令に事件の事実関係をあてはめる訳ではないという意味で、指令が直接に適用される訳ではないと表現する (Timmermans, *supra* note 17), at 550)。同教授の指摘は、指令によって抵触国内法の排除がなされた後、最終的な紛争解決には国内法が適用されるとの趣旨であろう。しかし、指令が抵触国内法を排除している以上、指令は紛争に直接に適用されている。よって、この表現は誤解を招く恐れがある。しかし、同教授の様な把握の仕方は、適合解釈義務と排除的效果の近接性の証左でもある。すなわち、適合解釈義務の結果、具体的紛争の事実関係があてはめられるのも、国内法規の方の法律要件である。

29) See *e.g.*, A.G.Saggio in *Océano*, cited *supra* note 24), para. 30; Lenaerts/Van Nuffel, *supra* note 6), at 911.

30) *Id.*, paras. 30-.

31) *Cf.*, *id.*, para. 35.

第二の理由として、指令の優越性及び統一的適用のために排除的效果が必要である<sup>32)</sup>という、指令の実効性の確保が挙げられた。裁判所は、抵触国内法を排除して指令の結果達成の義務を負う。

このように、排除的效果は、EU法の優越性を前提的な根拠として、国家の誠実協力原則及びEU法の実効性も根拠とする。排除的效果を支持する後の法務官たちは、これらの根拠と *Simmenthal* 判決との関連性も強調した。Léger 法務官は、*Francovich* 判決が加盟国の損害賠償責任の根拠を示した、「[EU条約4条3項]の下で、加盟国は、一般的であれ特定であれ、共同体法下の義務の実施を確保するあらゆる必要な措置をとる。それらの中には、共同体法違反の違法な結果を無くす (nullify) する義務がある<sup>33)</sup>」との部分を引用する。これによって、EU条約4条3項が上記 *Simmenthal* 判決22段落の根拠であるとする<sup>34)</sup>。同趣旨の判示は、適合解釈義務の存在を示した *Von Colson* 判決にも見られる。「指令に規定された結果を達成するという指令から発生する加盟国の義務及び、[EU条約4条3項]に基づく、当該結果達成の確保のために、一般的であれ特定であれ、あらゆる必要な措置をとる義務は、管轄権内の事項については裁判所も含めて全加盟国機関を拘束する<sup>35)</sup>」と示された。Colomer 法務官は、適合解釈義務も *Simmenthal* 判決に見られる国内法の排除も、水平的直接効果が認められない現実に促された、EU法の実効性を確保するための手段であるとする<sup>36)</sup>。他にも Bot 法務官が同判決に言及する<sup>37)</sup>。

この理論の性質の特徴を、Dougan 教授は、EU法の優越性を指令の規定の援用及び加盟国法の司法審査と結びつけた<sup>38)</sup>と評する。しかし、一般に、援用の必要性は十分に認識されていない。理論の特徴は、Mazák 法務官の次の描写が簡潔に言い得ている。「そのアプローチの下では、直接効果〔・排除的效果〕は

---

32) *Id.*, paras. 36-7.

33) *Joined Cases C-6 to 9/90, Francovich v. Italian Republic* [1991] ECR I-5403, para. 36.

34) A. G. Léger in *Case C-453/00, Kühne & Heitz* [2003] ECR I-839, para. 47.

35) *Case 14/83, Von Colson v. Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1892, para. 26.

36) A.G. Colomer in *Case C-392 & 422/04, i-21 Germany* [2006] ECR I-8562, para. 91.

37) A.G. Bot in *Kücükdeveci*, cited *supra* note 20), para. 72.

38) Dougan, *supra* note 19), at 934.

『援用』または指令下における個人の法的地位の観点からというよりも、代わりとして、指令の望まれた結果達成を確保するために、そして特に加盟国法の抵触規則を適用することを慎むために、EU 法の優越性および一般的に加盟国裁判所に——加盟国の公的機関すべてに——課される『客観的な』義務の観点から考慮されている<sup>39)</sup>。Dougan 教授が「優越性モデル」(“primacy” model)と呼ぶ<sup>40)</sup>様に、本理論については、加盟国裁判所の義務と、EU 法の優越性による実効性の確保が従来は強調されて来た。国内的効力及び援用の問題は後に検討したい。

### (c) 排除的效果と適合解釈義務との関係

適合解釈義務の根拠としても EU 法の優越性が挙げられる<sup>41)</sup>。他方、EU 法の優越性を適合解釈義務の根拠とすると、適合解釈義務の限界を説明できない<sup>42)</sup>と指摘される。加盟国裁判所が指令に適合する解釈を行おうとしても、それが義務の対象となる国内法の法文に反する場合 (contra legem) には義務が生じない。しかし、適合解釈の根拠が EU 法の優越性であるならば、抵触国内法を単に排除すればいいはずである。逆に言えば、適合解釈義務の根拠として EU 法の優越性を認めることは排除的效果の根拠につながる。この様に、適合解釈義務と排除的效果は密接に関連する。それは、Colomer 法務官による Pfeiffer 事件の 2 つの意見に見られる。最初の意見 (2003 年) は、私人間の訴訟で指令の直接効果を援用できないと述べつつも、Simmenthal 判決を引用して、「指令に適合する解釈を与えることが不可能な場合、加盟国裁判所は、適切ならば、抵触する加盟国法

39) A.G. Mazák in C-411/05, *Palacios de la Villa* [2007] ECR I -8535, paras. 125.

40) Dougan, *supra* note 19), at 932. Dougan 教授は、「優越性モデル」は共同体法秩序と加盟国秩序双方を含む一元的な法秩序を想定すると指摘する (Dougan, cited above, at 943).

41) Allan Rosas/Lorna Armati, *EU Constitutional Law An Introduction*, 2d reviced ed. (Oxford & Oregon 2012), 72. 但し、司法裁判所はこの点を明示に扱ったことはない。なので、適合解釈義務が EU 法の優越性に基づくか否かは決定的でないといわれる (Maartje Verhoeven, *The Costanzo Obligation* (Intersentia, 2011), 38)。指令と加盟国法の抵触は、法の優越や劣後によって解決する問題ではないとし、排除的效果を EU 法の優越性の実現とは位置付けない立場であっても、指令と抵触する国内法の排除は、国内裁判所に課された適合解釈義務の帰結であるとする (Anne Röthel, “Vorwirkung von Richtlinien: viel Lärm um Selbverständliches”, *ZeUP* (2009), 44)。適合解釈義務を根拠に EU 法の優越性を認めないとしても、排除的效果と適合解釈義務は密接に関連する。

42) Dougan, *supra* note 19), at 947.

規を自らの権威において排除することにより、共同体法の完全な実効性を確保しなければならない」と述べた<sup>43)</sup>。Arnulf 教授の表現を借りると、水平的直接効果の禁止と矛盾するこの「跳びあがらせる提案<sup>44)</sup>」によって、事件は小法廷から大法廷へ廻され、加盟国やコミッションも招かれて、主に直接効果を議論するための口頭弁論が開かれた。

それを受けた第2の意見（2004年）は、「指令の水平的直接効果を主張するのは私の意図ではない」し、「加盟国裁判所にその様なルールを適用しかつ加盟国立法府の機能を侵害することの懲慥を試みるのでもない」と述べた<sup>45)</sup>。ただし、法務官は、EU法の統一的適用の必要性と労働者保護の観点から、指令による国内法の排除を提案した<sup>46)</sup>。法務官意見からは、司法裁判所が通常用いる「可能な限りで〔国内法を解釈する〕」という文句が省略されたので、国内法の「法文に反する（*contra legem*）」適合解釈義務は課されないという義務の限界が外されたと解釈できる<sup>47)</sup>。この「適合解釈義務の強い形<sup>48)</sup>」の根拠として、Marleasing 判決、Wagner Miret 判決、Océano 判決及び Centrosteeel 判決が、適合解釈の帰結をほぼ特定して指示したこと、特に Bellone 判決が、適合解釈義務が無理な場合に国内法の排除を判示したことが指摘され、「この判例法の発展を無視することは共同体法の優越性の原則の尊重に深刻な妨害をもたらし……〔特に先決裁定に従った〕加盟国裁判所が、共同体法の裁判所として機能する士気を下げる」ことが挙げられた<sup>49)</sup>。Colomer 法務官は i-21 事件の意見（2006年）におい

---

43) A. G. Colomer in Joined Cases C-397 to 403/01, *Pfeiffer* [2004] ECR I-8839, paras. 57-8.

44) Anthony Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, 2d ed. (Oxford, 2006), 245.

45) A. G. Colomer in *Pfeiffer*, cited *supra* note 43), para. 43.

46) *Id.*, paras. 44, 48.

47) Arnulf, *supra* note 44), at 246. 裁判所は、従来の判例法を踏襲し、「より弱い形」の適合解釈義務を示した。

48) *Id.*, 246. 国内法排除の義務は「広義の適合解釈義務」等とも表現される（中西優美子『EU権限の法構造』195頁（信山社、2013））。なお、代替的效果と排除的效果を区別しない立場からも、「『間接的な』直接効果」（“indirect” direct effect）などと呼ばれることもある（Paul Craig, “Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation”, *E. L. Rev.* 22, (1997), 525）。

49) A. G. Colomer in *Pfeiffer*, cited *supra* note 43), paras. 26-36.

でも、適合解釈義務を示した Marleasing 判決と、必要ならば抵触加盟国法を排除して共同体法に実効性を与えるべきと判示した Simmenthal 判決とは帰結が同じであると述べた<sup>50)</sup>。指令（スペインは未実施）にない根拠によって合併契約を無効と出来るかについて、Marleasing 判決は、当該根拠を規定したスペイン民法は指令に照らして解釈されねばならないと述べた。法務官は、加盟国裁判所が判決を受けて民法の規定の代わりに共同体法の規定を適用した結果を司法裁判所が承認したと分析する。

このように、適合解釈義務の帰結の特定性が高まるほど、換言すれば、加盟国法の文言からの乖離が大きく認められるほど、適合解釈義務は排除的效果に近くなる。適合解釈義務が具体的事件にもたらす帰結は排除的效果による帰結と類似する場合がある。司法裁判所が、「法文に反する」解釈義務を排除するように適合解釈義務に制限を課したのは、Marleasing 判決の帰結が排除的效果（定義によっては直接効果）と変わらなくなったという問題が生じたゆえだを見る向き<sup>51)</sup>もある。

学説においても、適合解釈義務と排除的效果の類似性が見られる。Reich 教授は、Adeneler 判決が認めた、指令に定められた結果を達成するよう加盟国法を最も適合的に解釈する加盟国裁判所の義務<sup>52)</sup>を、同教授の「消極的水平的直接効果」又は「排除的水平的直接効果」に近いとする<sup>53)</sup>。de Búrca 教授も、Marleasing 判決は、私人間の訴訟において、適合解釈義務というよりも強く、解釈の対象となる国内法の文言に関係なく指令の効果を与えるよう国内裁判所に要求した<sup>54)</sup>と指摘した。これは、定義によっては、指令が水平的直接効果を有する

50) See A. G. Colomer in *i-21 Germany*, cited *supra* note 36), paras. 89-90.

51) See Roberto Mastroianni, "On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?", *European Public Law* 5, (1999), 430.

52) Case C-212/04, *Adeneler v. ELOG* [2006] ECR I -6091, para. 124.

53) Reich, *supra* note 21), at 73.

54) Gráinne de Búrca, "Giving Effect to European Community Directives", *Modern Law Review* 55, (1992), 223. 司法裁判所が、適合解釈が不可能な場合に加盟国の損害賠償責任を認めるので、Arnulf 教授は、これに反対する。司法裁判所は法文に反する解釈を要求していないと主張する (Arnulf, *supra* note 44), at 212-3)。判決の解釈としては反対説が妥当であろう。

のと同じになる<sup>55)</sup>。

Rosas/Armati も、ある私人への行政決定の有効性を他の私人が行政機関を被告として争うという「3者状況<sup>56)</sup>」について、指令が個人に義務を課すのではなく、指令が矛盾する国内法を不適用とする結果、残余の国内法が個人に義務を課すと説明する。そして、これらの状況はEU法の優越性および適合解釈義務の帰結とする<sup>57)</sup>。

Simmenthal 判決に言及した法務官達及び Saggio 法務官が強調するように、国内法の排除はEU法の優越性の帰結である。けれども、EU法の優越性は、EU法と国内法が抵触する場合に適用される抵触規則であり<sup>58)</sup>、抵触の前提としてEU法が加盟国法と同じ次元にあることが必要である<sup>59)</sup>。排除的效果は、EU法と加盟国法の法規の衝突を前提とする<sup>60)</sup>。これをドイツ連邦憲法裁判所は、「第一に、適用の優越性は加盟国内における共同体法の直接適用可能性を必要とする<sup>61)</sup>」と述べる。この点は、EU法がどのように加盟国内において効力を有するかの問題である。

## 2 指令の直接適用可能性（国内的効力）と司法審査

### (1) 直接適用可能性の概念

#### (a) EU法が国内法秩序において法として存在し拘束力を有すること

---

55) See, Arnulf, *supra* note 44), at 212.

56) 代表的な事件は Wells 事件（後述）である。

57) Rosas/Armati, *supra* note 41), at 81. この考え方は、後述の Prechal の3段階説と類似する。

58) 庄司克宏『新EU法基礎編』224頁（岩波書店、2013）、須網隆夫「EU法と国際法——多元的な法秩序間とEU法秩序の性質」福田耕治編『多元化するEUガバナンス』23頁（早稲田大学出版部、2011）等。See also David Edward, “Direct Effect: Myth, Mess or Mystery?” 5 in Jolande M. Prinssen/Annete Schrauwen, *Direct Effect Rethinking a Classic of EC Legal Order* (European Law Publishing, 2004); Koen Lenaerts/Tim Corthaut, “Of Birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law”, *ELRev.* 31, (2006), 289.

59) 須網隆夫『ヨーロッパ経済法』23頁（新世社、1997）参照。山手治之「欧州共同体法の直接適用性（一）」立命館法学125号13頁（1976）。

60) Dougan, *supra* note 19), at 941.

61) BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009, para. 342.

国際法の場合、条約等が国内法で法として力を認められる、国内において存在することを「国内的効力<sup>62)</sup>」と呼び、これに対応して、EU 法においては「直接適用可能性」との語が使われる<sup>63)</sup>。「直接適用可能性」とは、「共同体諸機関のみならず加盟国法秩序内においても……共同体法規範が効力を有し、適用されなければならない<sup>64)</sup>」とか、有効な EU 法規定が、全ての加盟国において完全かつ統一的に適用されなければならないこと及びいかなる国内措置の助けも借りずに国内法制度に編入されること<sup>65)</sup>とも定義される。これらの定義に共通な要素は、EU 法規定が加盟国法秩序内で法として存在し、効力を有するということである。よって、本論文も直接適用可能性をその意味で用いる。直接適用可能性を有する EU 法規定は、全ての加盟国機関を拘束し、個人が指令の規定を援用することとは関係ない<sup>66)</sup>。

排他的効果は直接効果と対比させられて提唱された効果であるので、まずは直接効果と直接適用可能性の関係を整理したい。一般に、EU 司法裁判所は、直接適用可能性と直接効果の概念を区別する。裁判所は、現機能条約 288 条を引用した後、「従って、共同体法の法源の体系の中における位置づけ及びまさにその性質のために、規則は、即時の効果を有し、かつ、従って、加盟国裁判所が保護する義務を有する権利を個人に付与する<sup>67)</sup>」と述べた。判示の前半が直接適用可能性を指し、「かつ、従って」以降は直接効果を指す<sup>68)</sup>。

Warner 法務官は規則の直接適用可能性と直接効果の関係について次のように敷衍する。「[条約が規則に直接適用可能性を認めたからといって] 全ての規則の全ての規定が、加盟国市民に、彼らが加盟国裁判所において援用可能な権利を付

62) 小寺彰ほか・前掲注 8)、110 頁。

63) 同上、120 頁。

64) Rosas/Armati, *supra* note 41), at 76.

65) 庄司・前掲注 58)、246 頁。

66) See Prechal, *supra* note 10), at 266.

67) *E.g.*, Case 34/73, *Fratelli Variola S. p. A. v Amministrazione italiana delle Finanze* [1973] ECR 982, para. 8.

68) See Arnulf *supra* note 44), 185; See also Brinkhorst, *supra* note 12), at 391. ただし、ただし、両者とも、このような司法裁判所による簡潔な言い回しが、両概念にまつわる混乱に拍車をかけたと指摘する。

与することにはならない。周知のように、国内の規定は、疑いなく国内法の一部を成すけれども、そのうちの幾つかの規定は、市民に個人的な権利を付与することなく国家又は公的機関に義務を課す。共同体の規則の場合もそうでなくてはならない。規則の規定は……裁判所が定めたお馴染みの〔直接効果の要件の〕テストを満たす限りで、個人に、加盟国裁判所が確認できる権利を付与する。その意味で直接効果を有しうる<sup>69)</sup>。つまり、直接適用可能性とは、規則が成立と同時に国内的効力を獲得することを意味し、直接効果とは、EU法が国内的効力を獲得した後の、国内法体系におけるEU法規定の作用の態様を記述するものである<sup>70)</sup>。直接効果は個人がEU法の規定を裁判所において援用する段階におけるEU法の効果である<sup>71)</sup>。また、EU法に直接適用可能性が認められることとして、国家機関は、国内法秩序の一部であるEU法の法源の規定にできる限り沿う方向で国内法を解釈・適用することによって、その義務を果たすことが求められる<sup>72)</sup>。直接適用可能性は、適合解釈義務の前提・基礎ともなる<sup>73)</sup>。

指令に直接効果が認められることには争いがない。これに対して、指令に直接適用可能性が認められるか否かについては争いがある。機能条約288条は、規則は「全ての加盟国において直接適用可能である」と定めるのに対し、指令には対

---

69) A. G. Warner in Case 31/74, *Galli* [1974] ECR 66, 70.

70) 齊藤正彰「国法体系における憲法と条約(2)——EC法とドイツ基本法の関係を手がかりとして——」北大法学論集51巻1号101頁(2000)。

71) 佐藤哲夫『国際組織法』209頁(有斐閣、2005)等参照。

72) 国際条約に国内的効力が認められる場合に同趣旨の指摘をする見解として、申恵丰『人權条約の現代的展開』212頁(信山社、2009)等参照。

73) See Sacha Prechal, "Protection of Rights: How Far?", 162 in Sacha Prechal/Bert van Boermond, *The Coherence of EU Law The Search for Unity in divergent Concepts* (Oxford, 2008). Prechal 判事は、直接効果について独自の定義をなし、「直接効果」を直接適用可能性(国内的効力)とほぼ同義として用いる(See Sacha Prechal, "Does Direct Effect Still Matter?", *CMLRev.* 37, (2000), 1067)。但し、現在は廃されたEUの三本柱構造のうち、「第三の柱」における決定及び枠組決定は直接効果を有しないと明文の基本条約規定が存在したことから、判示は直接効果を狭く定義することにも利点を認めていた。というのも、直接効果を直接適用可能性と同義として広く定義すると、「適合解釈、国家の損害賠償責任、おそらく『単なる』適用排除という、EU法に効果を与える方法」が、第三の柱においては排除されてしまうからであった。この様な議論からは、Prechal 判事も、直接適用可能性(判事のいう「直接効果」)を前提として適合解釈義務などを認めていることが汲み取れる。なお、本稿は、議論の混乱を避けるため、Prechal 判事の用いる「直接効果」は直接適用可能性として議論を進める。

応する規定がない。指令は加盟国の実施措置を通じて国内法秩序に移し替えられることによって国内法の秩序の一部となることが予定されるので<sup>74)</sup>、指令自体には直接適用可能性を認めず<sup>75)</sup>、指令の規定が「無条件かつ十分に明確」であるという直接効果の要件を満たす場合にのみ、当該規定が加盟国法秩序へ入るという見解<sup>76)</sup>が多数説であった。

しかし、指令の規定が直接効果の要件を満たさない場合においても、国内法の司法審査の尺度となる<sup>77)</sup>など、加盟国法秩序内において一定の法的効果を認められて来た。指令が適合解釈義務を国内裁判所に課すこともその一つである。直接効果は指令が国内で効力を発揮し得る効果の1つに過ぎない<sup>78)</sup>。直接適用可能性という用語法はともかく、指令が国内的効力を得ると考えないと、指令が国内で発揮しうる他の効果が否定されかねない<sup>79)</sup>。Schüzte 教授の「国内法に編入されたのみならず、どうやって加盟国内で個人に援用されるのか<sup>80)</sup>」という指摘は正当である。

EU 法が加盟国法秩序内に存在することという意味で指令に直接適用可能性を認める見解は、有力な研究者が唱えている。Rosas/Armati も、「適用可能性の観点から、実施期限日後は規則と指令の間の差異は本質的に除かれる」と述べ<sup>81)</sup>、指令に直接適用可能性を認める。Timmermans 教授も、規則とは異なるとしても、指令は国内法への編入を要しないことを認め、根拠を次の様に説明した<sup>82)</sup>。すなわち、条約の文言にも関わらず、Van Gend en Loos 判決及び Costa 判決における「〔共同体法は〕条約の発効時に加盟国法制度の統合された一部となった〔新しい、自律的な法制度である〕」との判示から、全ての共同体法の体

74) 須網・前掲注 59)、23-4 頁等。

75) Arnull, *supra* note 44), at 188.

76) *E.g.*, Christoph Herrmann/ Walther Michl, „Wirkungen von EU-Richtlinien“, *JuS*, (2009), 1065.

77) 後述「直接的な司法審査」参照。

78) 小寺彰ほか・前掲注 8)、115 頁。

79) 同上。柳生一成「『水平的直接効果』をめぐる議論からの指令の直接効果の定義の再検討」慶應法学第 25 号 53-5 頁 (2013) 参照。

80) Robert Schüzte, *An Introduction to European Union Law* (Cambridge, 2012), 122.

81) Rosas/Armati, *supra* note 41), at 77.

82) Timmermans, *supra* note 17), at 533-6, 553.

系がそれ自体として加盟国に編入される。この考えは、EU法が国内で法的効力を有するという、直接適用可能性の定義に照らして、指令を含めたEU法一般に直接適用可能性を認めたといいても良いはずである<sup>83)</sup>。

(b) 本稿が直接適用可能性と国内的効力を併記する理由

本稿は、以降、直接適用可能性という用語を単独で用いることなく、直接適用可能性（国内的効力）と表記する。それは次の理由からである。次節でその理論を紹介する庄司教授やPrechal判事が直截に指令に直接適用可能性を認めるのとは対照的に、Timmermans教授やRosas/Armatiは、指令に直接適用可能性が認められると明言はしていない。また、直接適用可能性は本節冒頭の定義とは異なった意味で用いられることもある。例えば、直接適用可能性とは、規則が加盟国内の個人（自然人と法人）に、その相互間において、また共同体との関係において直接権利義務を作り出せること<sup>84)</sup>との理解もある。EU法が加盟国法秩序内でとして存在し拘束力を有する以上、個人に直接の義務を作り出せることもある。本節冒頭で紹介・定義した直接適用可能性とこの定義との違いはそれ程大きくない。しかし、指令はそれ自体で個人に義務を課すことが出来ないということが確立した判例法である以上、指令に対する文脈の中でこの直接適用可能性の定義を用いることは出来ない。また、直接適用可能性と直接効果の概念は、司法裁判所の当初の判決では互換的に、あるいは混同して用いられていた<sup>85)</sup>と指摘される。その様な事情も考慮して、本稿は、直接適用可能性と国内的効力との語を併記し

83) ただし、同教授は、判例法の発展によって規則と指令の差が縮小化したとはいえ、指令が常に実施措置を必要とする点が両法行為の最大の違いであるとする (*Id.*, 533-4)。そして、規則と指令の差は、直接適用可能性に帰せられるとする。

84) 山手・前掲注59)、12頁。

85) 山手治之「欧州共同体法の直接適用性(三)」立命館法学126号314-5頁(1976)。中村教授によると、EU司法裁判所は現在でも両概念の区別をしていない。両概念を区別する学説と異なり、裁判所の用語法は両者を区別するほど厳密ではない。裁判所は、EU法は当然に各国で効力を持ち、その上で、当該規定以外に特に国内実施措置を要せず、個人がその規定を請求の根拠にでき、各国裁判所も保護しなければならないだけの具体的な権利性を認めうるだけの「明確かつ無条件」な規定かどうか「直接効果」ないし「直接適用可能」性の問題と考えている。通常直接効果について、裁判所は直接効果ないし直接適用可能性の用語を対応させる(中村・須網編〔中村〕・前掲注16)、49頁)。けれども、中村教授も、EU法が当然に各国で効力を持つという、直接適用可能性(国内的効力)の存在自体は否定しないようである。

たい<sup>86)</sup>。本稿の直接適用可能性の定義は、国際法上の国内的効力の概念とほぼ同じだからである。国内的効力の用語法は EU 法の文脈においても全く見られない訳ではない。Schütze 教授は、「直接適用可能性は、加盟国法秩序内における EU 規範の国内的効力 (internal effect) を指す一方、〔直接効果〕は、特定の事件における拘束力を有する規範の個別の効果である<sup>87)</sup>」と述べ、直接適用可能性を国内的効力とする。

## (2) 直接適用可能性 (国内的効力) と司法審査

直接効果のために個人が指令を援用しない場合であっても、直接適用可能性 (国内的効力) がある以上、指令は加盟国法秩序内において効力を有し、ゆえに、加盟国機関によって適用されなければならない。結果、国内法が指令と抵触する可能性が生じる。その場合には、EU 法の優越性から、後者に照らした前者の司法審査が必要となる。司法裁判所 Lenaerts 判事らが用いる司法審査 (judicial review)<sup>88)</sup>及び Prechal 判事の「適用する義務 I (obligation to apply I)」等の概念は、これと同義のようである。

Prechal 判事は、EU 法に関する具体的な司法活動、すなわち法規を「適用し、解釈し、不適用とする義務」は 3 段階に分かれると分析する。これは「3 段階説」(three step model)<sup>89)</sup>と言われる (図表 1 参照)。Prechal 判事は、3 段階 (①

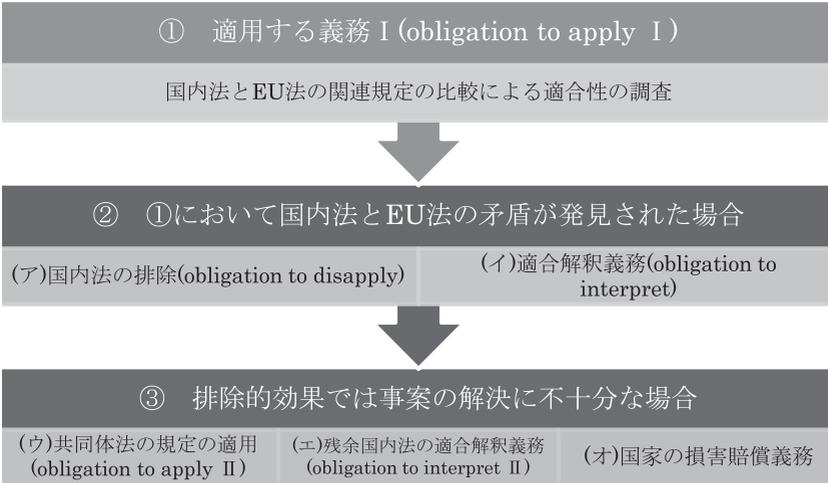
86) 「客観的 (直接) 効果」という概念は、加盟国内で指令が効力を有し司法機関以外を拘束するという意味で、直接適用可能性と重なる部分もある。Großkrotzenburg 判決 (後述) は、「客観的 (直接) 効果」を示したとされる (中西優美子『法学叢書 EU 法』163 頁 (新世社、2012) 等)。同概念は、「個人の権利の創設を意味しない、行政機関に対して義務を課す指令の履行期限後の効果」とされる。しかし、「客観的 (直接) 効果」の定義は多義的である。Craig & de Búrca は、「国内裁判所で援用される EU 法の資格」とする (Paul Craig/Gráinne de Búrca, *EU Law Text, Cases, and Materials*, 4th ed., (Oxford 2008), 270)。Van Gerven 元法務官は、「指令が個人に『主観的権利』を与えておらず、国家に義務を課する場合」の直接効果と定義する (W. van Gerven, “Of Rights, Remedies and Procedures”, *CMLRev.* 37, (2000), 506)。これらの定義が示す効果は異なる。しかも、その違いは直接効果の定義にまつわる争いと相俟って議論を複雑にする。よって、本稿では同概念には言及する程度に留める。

87) Schütze, *supra* note 80), at 112.

88) Lenaerts/Corthaut, *supra* note 58), at 299.

89) Verhoeven, *supra* note 41), at 39.

図表1 Prechal 判事の三段階説による審査の流れ



～③)に分けたあと、それぞれの段階における裁判所の義務・選択肢 (ア)～(オ)を分析する<sup>90)</sup>。第①段階では、国内法とEU法の関連規定の比較による適合性の審査が行われる<sup>91)</sup>。すなわち、共同体法は、加盟国当局による裁量権の行使を含めて、合法性または広義の国内法の適合性審査の基準として作用する。これは「適用する義務 I」(obligation to apply I)と呼ばれる。

第②段階は、①段階で国内法とEU法の矛盾が明らかになった場合であり、この段階においては二つの選択肢、換言すると裁判所の義務が考えられる。国内法の排除 (obligation to disapply) 又は適合解釈義務 (obligation to interpret) である。適合解釈義務が可能である場合、具体的事件に適用されるのは、「修正さ

90) Sacha Prechal, "Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union" 42-3, in Catharine Barnard, *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, (Oxford University Press, 2007).

91) Prechal 判事の直接効果の定義を分析する中で、次の様に Kaczorowska 教授は指摘する (Alina Kaczorowska, *European Union Law*, 3d ed. (Routledge, 2013), 269)。国内裁判所は、EU法の規定が適用可能かを最終的に決定しなければならず、訴訟の当事者が規定を援用したか否かに関係なく、規定を適用する必要がある。なお、後述 Dominguez 判決の様に個人の援用とは関係ない司法審査が存在する。

れた」(‘adjusted’) 国内法である。②段階において、国内法の排除・不適用を選択した場合は、個人による EU 法の援用の目的及び国内法規定に応じて複数の選択肢が開かれる。Prechal 判事は、この国内法の排除を「排他的効果」とする。

第③段階は、排他的効果では事案の解決として不十分な場合、特に法の欠缺が生じる場合に、まず、共同体法の規定を国内法の規定に代わって適用する段階である。これは「適用する義務Ⅱ」(‘obligation to apply Ⅱ’) と名付けられている。第二として、代わりに、裁判所は残余の国内法を適合的に解釈する方向へ進む途もある。これは「[適合] 解釈する義務Ⅱ」(obligation to interpret Ⅱ) である。そして、最後の選択肢、というより他に何も出来ないときの止むを得ない方法として、国家の損害賠償責任が EU 法違反の救済手段となる。「適合解釈義務」や「国内法を排除する義務」によって国内法が排除された場合、その結果は国内法によって規律される。

論者によると、このような3段階の全てを通じて、「国内法を排除する義務」等によって個人に過酷な結果とならないよう、法の一般原則や基本権によってその結果が制限されるという。そして、制限の表れの一つが水平的直接効果の禁止及び、国家が私人に対して未実施の指令の直接効果を援用する「逆直接効果」の制限と捉える。

「適用する義務Ⅰ」による加盟国法の司法審査は、前提として EU 法と加盟国法の抵触を必要とする。EU 法が、加盟国法と同じ国内法秩序の次元に存在する必要がある。よって、「適用する義務Ⅰ」は指令の直接適用可能性(国内的効力)を基礎とする。つまり3段階は直接適用可能性(国内的効力)の枠組内で行われる<sup>92)</sup>。そして、審査の基準となる上位規範を決定する点で、「適用する義務Ⅰ」は EU 法の優越性も基礎とする。従って、EU 法の優越性も相まった帰結として、国内法の排除と適合解釈義務が認められると換言できよう。このような把握の仕方は、庄司教授の理論に類似する。

庄司教授は、EU 法の優越性を前提として、指令を含めた EU 法の効果を、適

92) See Prechal, *supra* note 90), at 44-6. 繰り返しとなるが、Prechal 判事は、直接効果を直接適用可能性(国内的効力)と同義としている。よって、文献の中では「(広義の)直接効果」とされている(前掲注 73) 参照)。

合解釈義務、抵触排除義務、直接効果および加盟国の損害賠償義務の4つとする<sup>93)</sup>。直接効果を、国内裁判所が認めなければならない権利の創設とし、抵触排除義務は、適合解釈が不可能な場合には国内裁判所はEU法に抵触する国内法を適用排除しなければならない義務とする<sup>94)</sup>。従って、抵触排除義務は排除的效果とほぼ一致する概念と考えられる（以下2つをまとめて排除的效果と呼ぶことがある）。抵触排除義務は、司法審査においてEU法と国内法との比較が行われ、場合によりEU法に照らして国内法を解釈することがなされた後、両者に抵触が存在するか否かが判断され、もし抵触がある場合に国内法が適用排除されなければならない義務である<sup>95)</sup>。

国内法の適用排除が問題となる状況は「直接的な司法審査」と「間接的な司法審査」の2つに分類される<sup>96)</sup>。両者の相違は手続上のものであり、指令に照らして国内法（措置）の適法性が審査される点は同じである。「直接的な司法審査」は、私人が国家（行政機関）を裁判所に訴えて、指令を援用して国内措置の適法性を争う場合である。Linster 事件<sup>97)</sup>や、私人が環境影響評価指令違反を根拠として事業者に与えられた採掘許可決定を争った Wells 事件<sup>98)</sup>がこの場合とされる。それらは、直接効果とは区別されて国内法の適法性審査の基準となる指令の効果<sup>99)</sup>を認めた判例とされてきた。「間接的な司法審査」とは、私人Aが私人Bによる権利侵害を差し止めるための訴訟において、Aの国内法上の権利がBによって侵害されたか否かを判断するため、その前段階として間接的に権利侵害のきっかけとなった国内措置の適法性が指令に照らして判断されることである。CIA Security 事件<sup>100)</sup>や Unilever Italia 事件<sup>101)</sup>において、間接的な司法審査が行

---

93) 庄司・前掲注58)、224-5頁。

94) 同上、225頁、247頁。

95) 同上、271-2頁。

96) 同上、272頁以下。

97) Case C-287/98, *Luxembourg v. Linster* [2000] ECR I -6917.

98) Case C-201/02, *Wells v. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions* [2004] ECR I -723.

99) 庄司克宏『EU法基礎編』146-7頁（岩波書店、2003）。

100) Case C-194/94, *CIA Security International SA v. Signalson SA* [1996] ECR I -2201.

101) Case C-443/98, *Unilever Italia SpA v. Central Food SpA* [2000] ECR I -7535.

われたとされる。前者の事案は、警報システム・ネットワークの製造・販売等を行う警備会社 X 社は、競業する Y 社に対し、Y の輸入・販売するシステムがベルギーの国内法上必要な要件を満たしていないこと等を理由として営業停止を求めた。ところで、指令 83/189 は、加盟国に対して、技術的規則を制定する前には法案の草案をコミッションへ通知することを義務付け、草案に対してコミッションや他の加盟国が、物の自由移動を妨げないよう意見を述べる手続・期間を定めていた。実は、X 社が請求の根拠としたベルギーの技術的規則は当該通知が行われないうちに実施されていた。そこで、Y 社は通知義務違反を理由として指令に依拠し、ベルギーの技術的規則の適用を排除できるか争った。後者の事件は、自社のオリーブがイタリア国内法の基準を満たしていないのを理由に契約の履行の受領を A 社から拒絶された B 社が、依拠された国内法は指令 83/189 違反を理由に排除されると主張したものである。Unilever Italia 事件と CIA Security 事件との事実関係の大きな違いは二点あった。一点目は、訴訟の当事者が契約関係にあったこと、二点目は、CIA Security 事件においてベルギーは指令 8 条に定められた技術規則の草案の通知を怠ったのに対して、本件のイタリアはコミッションへの通知は行ったものの、通知後一定期間は法案の採択を控えるという 9 条の義務に違反して技術規則を発効させたことである。しかし、両判決とも指令によって国内法の適用を排除した。排除的効果を認める理論は、指令による国内法排除の結果、X 社及び A 社は、指令によって義務を課されたのではないとする。すなわち、両事件とも指令は国内法を排除しただけであり、Y 社が X 社に対して得た有利な法的立場はベルギー国内法を根拠とするものであり、国内法が排除された結果として A 社が負う契約上の代金支払義務はイタリア契約法及び AB 当事者間の契約を根拠とするものである。指令がそれ自体によって私人に権利を付与したり義務を課したのではない<sup>102)</sup>。よって、これらの事件は直接効果の事案ではなく、司法裁判所が指令の垂直的直接効果を認めたのを水平的に援用しうる場合とはみなせないとされる<sup>103)</sup>。

---

102) 庄司・前掲注 58)、275-6 頁等。

103) 直接効果の事案ではないため、「付随的直接効果」や「三者間関係における直接効果」との名称は的確ではないとされる (同上、275 頁)。

排除的效果・抵触排除義務は司法審査と密接に関連する。以前は、排除的效果と直接効果の区別は、(国内法の適法性の)「審査基準としての指令」 („Richtlinie als Maßstabsnorm“) という見出しの下で議論されていた<sup>104)</sup>。庄司教授も、かつては「直接的な司法審査」を、指令が国内法の「適法性審査の基準」となる場合として整理していた<sup>105)</sup>。そこでも、「適法性審査の基準」が直接効果と区別されていたように、「直接的な司法審査」の例として挙げられる *Linster* 事件とそこで引用された *VNO* 事件<sup>106)</sup>、*Kraaijeveld* 事件<sup>107)</sup>、*WWF* 事件<sup>108)</sup>等が指令の直接効果と別の効果を判示した<sup>109)</sup>とする点への異論は多くない。直接適用可能性と直接効果と区別した *Winter* 教授は、直接効果を持たない規則の規定が、加盟国と個人の間において、国家が規則を遵守していたならば得たであろう個人の法的立場を守る所までは踏み込まずとも、加盟国措置を不適用とすると指摘<sup>110)</sup>していた。Edward 元判事によると、*Kraaijeveld* 判決は、*Winter* 教授の指

---

104) Herrmann, *supra* note 22), at 70.

105) 庄司・前掲注 99)、146-7頁。

106) Case 51/76, *Verbond van Nederlandse Ondernemigen v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen* [1977] ECR-114.

107) Case C-72/95, *Kraaijeveld v. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland* [1996] ECR I-5431.

108) Case C-435/97, *World Wildlife Fund (WWF) v. Autonome Provinz Bozen* [1999] ECR I-5637.

109) *E.g.*, Timmermans, *supra* note 17), at 545-50. この点については柳生・前掲注 79)、46-9頁も参照。司法裁判所が、直接効果と適法性審査の効果を区別するのは、*Waddervereniging* 大法院判決における先決付託質問の再定義によっても確認できる。国内裁判所は「個人が国内裁判所において生息地指令6条3項を援用することが許され、および国内裁判所が、指令共同体法の直接効果が個人に与えた保護を与えなければならないという意味において、指令6条3項は直接効果を有するか」と質問した。これを、司法裁判所は、「生息地指令6条3項の意味に入る計画または事業に対する許可の合法性を確認するよう国内裁判所が要求されるときに、指令が……実施期限の徒過にもかかわらず、関係加盟国の法秩序へ国内法化されていなかったとしても、当該規定が権限ある加盟国当局の裁量に課す制限が遵守されているか否かを国内裁判所が審査すること可能か」と再定義し、*Kraaijeveld* 判決を引用して検討を進めた (Case C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee v. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [2004] ECR I-7448, paras. 64-70)。裁判所は、直接効果という用語を避け、その先例も引用しなかった。

110) J. A. Winter, "Direct Applicability and Direct Effect Two Distinct and Different Concepts in Community Law", *CMLRev* 9, (1972), 436-7.

摘が指令にも妥当することを示した<sup>111)</sup>。

問題は、「直接的な司法審査」と「間接的な司法審査」を一緒に排除的效果の概念の下に括ることが出来るか否かである。また、ここで詳細を述べることは出来ない<sup>112)</sup>が、Linster 事件等とは異なり、Wells 判決は直接効果が示された事案として位置付けられることも多い。さらに議論が錯綜する要因として、この点で庄司教授とは異なる立場をとる見解であっても、Wells 判決を CIA Security 事件や Unilever Italia 事件と連続した事実関係と把握する見解も多い事情が存在する。「間接的な司法審査」は私人間の関係において付随的に国家の行為を争うと捉えれば、Wells 判決のような「3者状況」と「間接的な司法審査」は同じ状況となる。それらの事件において認められた国内法の排除の効果を含める見解<sup>113)</sup>の方が有力であるかもしれない。ただし、「間接的な司法審査」類型と「直接的な司法審査」類型が連続したものである可能性を指摘していた見解は以前から存在した。例えば、須網教授も、国内法を排除した Unilever Italia 判決を「直接効果として把握することには疑問が残る」とし、「実質的に〔Kraaijeveld 事件裁定、Linster 事件裁定〕の判断の延長線上に位置づける余地もあるかもしれない」述べていた<sup>114)</sup>。二つの系統の判例法の連続性の根拠として、Unilever Italia 判決における権利の希薄性および CIA Security 判決が指令の実効性を重視することが挙げられる。

以上の様な審査類型の整理は非常に有用であるが、本稿の検討において必要なのは、「直接的な司法審査」及び「間接的な司法審査」類型へと全ての事件を厳密に振り分けるよりも、「間接的な司法審査」の類型において司法裁判所による国内法の排除が一般的に認められているか否かを検証することであろう。というのも、CIA Security 事件及び Unilever Italia 事件等を直接効果へと位置付ける立場が存在することを前提としても、それらの事件以外の私人間の訴訟において排除的效果が認められていると検証することが出来れば、判例法が排除的效果を

111) Edward, *supra* note 58), at 12.

112) この点については柳生・前掲注 79)、33 頁等参照。

113) 中西優美子「環境影響評価指令の三当事者間における直接効果」貿易と関税 2005 年 6 月号 72 頁 (2005) 等参照。

114) 須網隆夫「指令の付随的水平的效果」貿易と関税 2004 年 5 月号 70-1 頁 (2004)。

用いていることを証明できるからである。

最後に、本節で紹介した司法審査に関する学説の簡単な整理を行いたい。上記の見解は、直接適用可能性（国内的効力）を有したEU法（指令）を物差しとして国内法の司法審査が行われ、そこで国内法が指令に抵触する場合、EU法の優越性を根拠とした適合解釈及び国内法の排除が司法裁判所によって行われるという分析である。国内法と指令が抵触する根拠として、直接適用可能性（国内的効力）が措定されていた。II Iで検討した法務官意見と同じく、両見解とも排除的效果を適合解釈義務と連続した指令の効果として把握していた。適合解釈義務の基礎にもEU法の優越性と並んで直接適用可能性（国内的効力）があると言えよう。Rosas判事らはEU法の優越性と適合解釈義務との関係を強調すると共に、指令の直接適用を認め、個人が加盟国法の適合解釈を求めて指令を援用できるとする<sup>115)</sup>。このように、指令の排除的效果も適合解釈義務も、加盟国内における直接適用可能性（国内的効力）を基礎とし<sup>116)</sup>、その帰結としてEU法が備える優越性の効力が発揮された効果である<sup>117)</sup>と整理できる。この様な効果が発揮される前段階としての「適用する義務I」又は、「直接的な司法審査」及び「間接的な司法審査」以外には、排除的效果が認められる場合はないのであろうか。次に、それを考察したい。

### 3 排除的效果及び抵触排除義務と個人による援用

Saggio法務官は、排除的效果が発揮された事例の内に義務不履行訴訟の裁判例も含む。従って、排除的效果が認められる可能性があるのは、先決付託手続における司法審査、つまり「直接的な司法審査」と「間接的な司法審査」に加えて、義務不履行訴訟においてEU法と加盟国法の抵触が見つかった場合である（図表2参照）。ただし、抵触排除義務を唱える見解自体は、抵触排除義務を義務不履行訴訟において認めないようである。義務不履行訴訟と先決付託手続との性質の違いからである。この違いは、抵触排除義務あるいは排除的效果を認める理論の

---

115) Rosas/Armati, *supra* note 41), at 66-7.

116) Cf. Prechal, *supra* note 73), at 162.

117) 庄司・前掲注58)、225頁参照。

図表2 排除的效果が認められる司法審査

排除的效果・抵触排除義務		
「直接的な司法審査」	「間接的な司法審査」	義務不履行訴訟*

※抵触排除義務は認められない。

中でも、国内裁判所の義務を重視するか指令の客観的な効果を重視するかの視点の相違に帰せられよう。

確かに、義務不履行訴訟は、コミッション（委員会）が加盟国を EU 司法裁判所に提訴する訴訟類型であり、判決は純粋に宣言的な性格を有する<sup>118)</sup>。加盟国に対して抵触是正措置を指示する等の特定の行為の命令をしたり、EU 法と抵触する国内措置を取消す権限は司法裁判所にない<sup>119)</sup>。加盟国は直ちに判決に従った履行を開始しなくてはならない<sup>120)</sup>。それでもなお、判決の名宛人の加盟国が判決に従って履行をしない場合、コミッションは、加盟国に意見を提出する機会を与えた後に（機能条約 260 条 2 項）、加盟国に対して司法裁判所に再度訴えを提起し、コミッションの主張が認められると加盟国に課徴金や違約金が課される。最初の司法裁判所の判決に従う義務は、司法機関を含めて加盟国の国内機関すべてを拘束する。といっても、加盟国裁判所は特定の結果の達成を求められる訳ではない。指令の結果達成義務（機能条約 288 条）から適合解釈や抵触排除を行う加盟国裁判所の義務が生じるので、特定の結果を達成するような抵触排除義務は義務不履行訴訟から措定出来ないとも考えられる。

しかし、本稿は、指令の客観的な効果に注目する。Saggio 法務官が、指令の客観的效果あるいは客観的直接効果の議論を引き起こした Großkrotzenburg 判決を排除的效果が発揮された事案に含めたのは、次の点からであろう。同事件においては、火力発電所の新区画建設について、指令 85/337 に従った事前の環境

118) Luca Prete/Ben Smulders, “The Coming of Age of Infringement Proceedings”, *CML-Rev.* 47, (2010), 47.

119) *Id.*; Alan Dashwood et al, *Wyatt and Dashwood’s European Union Law*, 6th ed., (Hart, 2011), 142-3.

120) *E.g.*, Prete/Smulders, *supra* note 118), at 48.

影響評価をせずに開発同意を付与したという義務不履行でドイツが提訴された。客観的効果あるいは客観的 direct 効果が争点となったのは、ドイツが訴訟の受理可能性を争う中において、「司法裁判所の判例法は、指令の規定の直接効果を、規定が個人に特定の権利を与える場合にのみ認める。しかしながら、指令〔の争点の規定〕は、そのような権利を付与しない。開発同意を付与した、争点の〔国内〕決定が、指令によって保護された個人の法的地位を考慮し損なったということコミッション自身が主張している訳ではないので、指令の規定が無条件かつ十分に明確か否かに関係なく、当該規定は直接効果を有さない。それゆえ、指令を実施する前には、ドイツ当局は、当該規定を直接に適用 (apply them directly) するよう要求されない……従って、訴訟は不受理である」と主張した<sup>121)</sup>。しかし、EU 司法裁判所はこの主張を受け入れず、「コミッションは、ドイツが、特定の事件において指令から直接に生ずる、関係計画の環境への影響を評価する義務を遵守しなかったことを訴えている。このように、生じている問題というのは、指令が当該義務を課するものとして解釈されるべきか否かである。当該問題は、無条件かつ十分に明確な未実施の指令の規定を国家に対して個人が援用できる否か、それは裁判所によって認められた権利でもあるが、とは相当に別の問題である」と述べた<sup>122)</sup>。本案で争点となった「指令に従った評価を実施する義務」に関しても、ドイツは、抵触が主張された指令の規定が、特定の義務を両義的でなく定めることによって加盟国当局による適用が義務的である程度にまで明確ではなかったと主張した<sup>123)</sup>。これについて、司法裁判所は、各条の内容を検討し、詳細はともかく、同意付与に責任を有する加盟国機関に計画の環境への影響評価を実施する義務を曖昧な点なく課すると判断して主張を認めなかった<sup>124)</sup>。庄司教授は受理可能性に関する判示を<sup>125)</sup>、中西教授は本案に関する判断の方を指摘し、客観的効果を行政機関に義務を発生させる効果とする<sup>126)</sup>。本案

---

121) See Case C-431/92, *Commission v. Germany* [1995] ECR I-2211, para. 24.

122) *Id.*, paras. 25-6.

123) *Id.*, para. 37.

124) *Id.*, paras. 38-40.

125) 庄司・前掲注 2)、16 頁。

126) 中西・前掲注 86)、163-4 頁。

の判示は、指令の当該規定が、加盟国の措置の合法性を審査する程度に明確だと示した。

本判決の問題は、個人が指令の規定を援用したかではなく、規定が司法の領域へ入り履行されるか<sup>127)</sup>である。同指令は「直接的な司法審査」が行われた Well 判決や WWF 判決等でも争点となった。Großkrotzenburg 判決の審査は、「直接的な司法審査」と同じ指令の用いられ方である。つまり、Wells 判決や WWF 判決等と Großkrotzenburg 判決は、訴訟手続の点において先決付託手続と義務不履行訴訟と異なる。けれども、同じ指令が同じ効果を発揮した<sup>128)</sup>。すなわち、指令 85/337 の直接適用可能性（国内的効力）を基にして「適用する義務 I <sup>129)</sup>」、加盟国法の司法審査が行われた。「間接的な司法審査」と「直接的な司法審査」の類型を同様に扱うのは、加盟国法の指令との適合性が審査される国内訴訟類型によって指令が審査基準として機能するか否かが左右されてはならない<sup>130)</sup>という考慮がある。類似に、司法審査は、先決付託手続における「直接的な司法審査」及び「間接的な司法審査」と義務不履行訴訟を問わずに行わなければならないと司法裁判所が考えているのではないか。

このように把握すると、「直接的な司法審査」及び「間接的な司法審査」と義務不履行訴訟における司法審査の違いは指令の規定を援用する主体である。Léger 法務官は、代替的效果の場合と同じく「直接的な司法審査」においても訴訟当事者による指令の規定の援用を必要とする<sup>131)</sup>。すなわち、前二者に関しては指令の規定を援用するのは私人であり、後者においてはコミッションである。援用を介して指令の効果が個人に影響を及ぼすのは前二者のカテゴリーである。

127) Edward, *supra* note 58), at 12.

128) *Cf. id.*

129) 厳密に言えば、Prechal は「適用する義務 I」においても個人に義務を課すことが出来ないという制限は存在するというので、個人に関わらない義務不履行訴訟における司法審査と「適用する義務 I」の国内法審査は異なる。本稿は、先決付託手続における司法裁判所による司法審査についても個人に関係しない審査が存在すると考える。その様な類型を説明する概念として「適用する義務 I」からは上述の制限を外し、同義務を義務不履行訴訟における司法審査と同じ性質の司法審査と再定義すべきと考える。

130) Lenaerts/Corthaut, *supra* note 58), at 302.

131) *Cf. A. G. Léger in Case C-287/98, Linster* [2000] ECR I -6920, paras. 66-8: See also Timmermans, *supra* note 17), at 555. See, e.g., VNO, cited *supra* note 106), at 24.

#### 4 排除的效果を主張する理論への批判

ここまで、排除的效果を提唱する理論を法務官意見及び学説を中心として紹介、検討してきたが、排除的效果を認める理論に対して、その理論的妥当性及び判例法との整合性について批判もある。主に次の批判が存在する<sup>132)</sup>。本稿の問題意識との関連においては、判例法との整合性に関する批判が重要であるが、とりあえず代表的な批判を列挙したい。①排除的效果と代替的效果の区別が曖昧である。これは、幾つかの細かい批判から成る。すなわち、代替的效果が発揮される場合であっても前提として排除的效果が含まれている。詳細な事件の事案に立ち入って排除的と代替的を区別するのは恣意的である。排除的效果の場合も結果として国内法はEU法によって変容されたのであり、代替的效果との区別ができない。指令の効果が国内法の状況や個別の紛争の事実関係に左右されているのか。また、当事者の主張や国内裁判所の質問の方法に法的効果が依存しているのか。加えて、排除的效果の帰結の妥当性にも疑問が示される。加盟国が全く指令を実施しない場合は、代替的效果しか生じ得ない。よって、指令の結果の実現は不可能である。排除的效果が作用するのは、加盟国が指令に適合した法規を制定しているが、それを制限する立法が別に存在する場合のみである。当然ながら、全く指令を実施しない加盟国の市民は、指令の権利を享受することができず、損害賠償を受けるに留まる。これに対して、曲がりなりにも指令を実施しようとした加盟国の市民は、指令の結果を享受出来る。指令の実施義務の不履行として、より責任の重い国家の市民がより責任の軽い国家の市民よりも権利を享受出来ないという逆転現象が起こる<sup>133)</sup>。

他には、②指令を未実施の国家の損害賠償責任の根拠となる指令の効力及び適合解釈義務の機能と相いれない、③優越性によって排除される国内法に依拠した

---

132) Dougan, *supra* note 19), at 938-40; See also Timmermans, *supra* note 17), at 543, 550-1. Koen Lenaerts et al., "The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law", *CMLRev.* 47, (2010), 1660-62; Arnull, *supra* note 44), at 244; A. G. Trstenjak in Case C-282/10, *Dominguez* [2011] nyr, para. 63. 本文中で列挙した点の他に、全加盟国がEU法の優越性を受容していない事実等も挙げられることがある。

133) 加盟国の手続法を排除する場面においても同様の議論がある (See Michael Dougan, *National Remedies Before the Court of Justice - Issues of Harmonisation and Differentiation* (Oxford and Portland Oregon, 2004), 12)。

者の負担、最後に④として、③とも重なるが、排除によって国内法に法的欠缺が生じることも含めて、法的安定性という法の一般原則と相いれないことである。

②は、排除的效果と判例法との齟齬を指摘するという意味で①と関連する。EU 司法裁判所は、私人間で国内法の排除を認めない場合に、指令上本来有していた権利・利益を侵害された個人を救済するために適合解釈義務や個人に対する国家の損害賠償責任を認める<sup>134)</sup>。しかし、本当に国内法の排除が可能であるならば、適合解釈義務や国家賠償責任が不要ではないかとの疑問が生じる。適合解釈義務、排除的效果又は国家の損害賠償責任が可能かは個別の事件で問題となる事実関係や国内法秩序に依拠するというのであれば、この点においても②は①に収斂する。確かに、③などは代替効果説に依拠した場合にその結果としての欠点を指摘する批判として説得力がある。これに対して、Reich 教授は、次のように反論する<sup>135)</sup>。EU 法の基本概念は、全ての市民の平等かつ実効的な保護であるから、原則上、私法上の関係において、加盟国の指令の不正確な実施や不履行は何ら弁護の理由とはならない。そうでないと、加盟国は、誠実協力義務違反 (EU 条約第 4 条) から「棚ぼた」の利益を得てしまう。排除的效果によって影響を受ける私人の救済は、判決の効果の時的範囲を制限することによって行われるべきである、と。④については、法的安定性の議論単独で、ある私人の EU 法上違法な恩恵を他方私人の犠牲において正当化するのに十分であるか疑問が示されている<sup>136)</sup>。

この議論に見られるように、①及び②以外は、EU 法の実効性の確保の促進など、各学説が拠って立つ EU 法観に基づく主張であり、司法裁判所の排除的效果に関連する判例法を分析する上で障害となるような批判ではないであろう。よって①を詳しく検討して行きたい。これについては、Arnull 教授が、排除的效果と現在までの判例との整合性についての的確な指摘をする。少し長いがその紹介から検討を始めたい (原注省略)<sup>137)</sup>。

134) 詳しくは、中西・前掲注 86)、170-2 頁等参照。

135) Reich, *supra* note 21), at 74, 76.

136) Herrmann, *supra* note 22), at 70.

137) Arnull, *supra* note 44), at 241-3.

〔排除的効果を認める〕理論的解釈は、一般的に直接効果を生んだと見なされる事件、すなわち Van Gend en Loos 判決の再評価を必要とする……当該事件は、優越性の原則が未だ司法裁判所によって明瞭に示されていなかった時に出され、原告が、EEC 条約 12 条を用いて、特定製品のオランダへの輸入に支払う税を上げる国内法の自らへの適用を排除する主張に関係した。司法裁判所は、「12 条は直接効果を生じ、かつ普通裁判所が保護しなければならない個人の権利を創設する」と判示した。事件が直接効果と全く関係ないと現在において論ずるのは、後に発展した司法裁判所の判例法を書き換えることを意味する。加盟国裁判所において個人が指令を援用した時、「争点の規定の性質、一般的枠組及び文言が、加盟国と私人間において直接効果を有することが出来るか否かを全ての事件において調べる必要がある」と司法裁判所が述べた van Duyn 判決には、Van Gend en Loos 判決が反響する。当該事件において争点の規定、指令 64/221 第 3 条 1 項を裁判所は、「加盟国法が、外国人の入国及び追放に責任を有する当局に一般的に付与する裁量権の制限を意図した」と表現した。「それは全体として自動的には直接効果を有することのない立法行為中に」含まれたにもかかわらず、司法裁判所は、当該規定が個人が裁判所において執行する権利を付与すると結論した……Becker 事件の判決は、指令と抵触する加盟国法の規定に対して援用するためには、指令の規定が「主題に関して無条件かつ十分に明確である」ことが示されなければならないと明確に述べた。Van Gend en Loos 判決と同様に、これら各事件は、私人が抵触する国内法の規定が自らへ適用されないよう排除するために指令を援用するという主張に係る……。

現在の文脈においてより重要なのは、指令が個人に義務を課することが出来ないとして司法裁判所が初めて述べた Marshall 事件において、原告は、イギリス性差別法の下で彼女の請求を阻害する加盟国法の規定を排除するために、指令を援用しようとした。司法裁判所は、関係指令の 5 条(1)は、個人が加盟国裁判所において「5 条(1)に適合しないいかなる加盟国規定の適用も回避するために、雇用者の資格で行動する国家機関に対して」援用するのに十分明確かつ無条件であると述べた。司法裁判所が厳格な意味における直接効果と

区別していわゆる排除的效果を考慮したならば、5条(1)が十分に明確かつ無条件と強調しなかったであろうし、指令に依拠する個人の権利を国家に対する訴訟に限定しなかったであろう。Von Colson 事件においても、国内法規定が課す損害賠償額への制限を克服するために、原告が指令を援用した。同様に、Marleasing 判決において、指令に限定列挙された以外の事由に基づいて会社の無効を許容する様なスペイン民法の規定に原告が依拠するのを防ぐために、争点の指令が援用された。もし司法裁判所が争点の指令の排除的效果が関連すると考えたならば、加盟国裁判所の適合解釈義務を強調することもなかったであろう。というのも、原告の請求は、いかなる場合においても成功したはずだからである。

Arnull 教授の批判の最後の部分への排除的效果説からの解答として、抵触排除義務や排除的效果は適合解釈義務が不可能な場合に認められるという説明があるろう。

しかし、排除的效果として扱われるべき判例が直接効果として扱われたという問題は存在する。Van Gend en Loos 事件は直接効果であり、Costa 事件は排除的效果というように司法裁判所は初期から効果を区別していたという見解<sup>138)</sup>もある。けれども、2つの判決自体から、その点は明らかではない。確かに、Van Gend en Loos 事件においては EU 法と加盟国法が抵触した場合の関係は示されなかった。しかし、それは条約が国内法に優位すると明文で規定する憲法があるので、オランダの国内裁判所が当該論点について質問を行わず、司法裁判所が EU 法の優越性の判断を示す機会が無かったからであった<sup>139)</sup>。この点を敷衍して、Costa 事件が EU 法の優越論を展開した<sup>140)</sup>と考えられる。

これまでに検討した事件において、EU 司法裁判所が、指令が優越する帰結としての国内法の不適用が私人間の法的関係において制限なく許されると明示に述べたことは一度もない<sup>141)</sup>。最近においても、ドイツ赤十字の雇用関係から生じ

138) Lenz et al., *supra* note 26), at 520.

139) 伊藤洋一「EC 法の国内法に対する優越(1)」法学教室 264 号 107-8 頁 (2002)。

140) 同上、111 頁。

たPfeiffer事件(2004年)<sup>142)</sup>が、排除的效果の相応しい事件であるにもかかわらず、指令による国内法排除を否定した。よって、排除的效果は司法裁判所によって支持されなかったと評価できる<sup>143)</sup>。

Dominguez事件(大法廷)も排除的效果をめぐる問題を顕在化させる。最低10日間の実際の労働を条件として有給休暇の権利を認める国内法が、権利の存在を条件にかからせる点において指令と抵触すると認定された。労働者と雇用者間の訴訟において裁判所が当該国内法規定を排除しなければならないか否かが争点になった。de Molは本件を排除的效果の事案とする<sup>144)</sup>。しかし、本件の事実関係には、上記①の批判がまさに妥当する。つまり、排除的效果か代替的效果か区別し難い。フランスの労働法典は、「最低10日間の実際の労働に等しい期間、同一の雇用者のために働いた労働者は、休暇の資格がある」と定めていた。よっ

---

141) See Herrmann, *supra* note 22), at 70.

142) Joined Cases C-397 to 403/01, *Pfeiffer v. Deutsches Rotes Kreuz* [2004] ECR I-8879. ドイツによる指令の実施法3条は、被用者の1日の労働時間を原則8時間と定め、例外として、同法7条が労働協約等による適用免除を挙げていた。指令の労働時間の定めにしたのは労働法の例外的規定の方であった。例外規定の適用を排除しても、原則を定めた3条が依然適用されるので、排除的效果は可能なはずである。しかし、司法裁判所は、私人間において指令に依拠した国内法の排除を認めず、直接効果の要件の検討も行った。

143) Dougan, *supra* note 19), at 953-4; Alan Dashwood, "From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 9, (2006-2007), 102-3; Arnulf, *supra* note 44), at 246; See A. G. Mazák in *Palacios de la Villa*, cited *supra* note 39), para. 129. 排除的效果の論者からの再反論としては、同事件は適合解釈義務が可能であった場合と捉える (Cf. Lenaerts/ Corthaut, *supra* note 58), at 294-5). Herrmann教授も、Pfeiffer事件は適合解釈義務を示すのに適した事件であったと指摘する (Herrmann, *supra* note 22), at 70)。しかし、この様な再反論は、Pfeiffer判決の解釈としてやや苦しいように思われる。Jarass/Beljinは、Centrosteeel事件(C-456/98)等について本文とほぼ同様の指摘をする (Hans Jarass/Sasa Beljin, "Grenzen der Privatbelastung durch unmittelbar wirkende Richtlinien", *EuR* Heft 5, (2004), 724)。なお、GATSの規定に対して指令を適合解釈する義務が問題となった事件において、法務官は、適合解釈が「法文に反する」場合においても、優越する国際協定の結果を達成するために共同体法を不適用として、排除的效果を認めるのは、(排除的及び代替的效果双方を含む広義の)直接効果をWTO協定に否定した司法裁判所の諸判決と矛盾するという (A.G. Mengozzi, cited *supra* note 24), para. 58)。

144) Mirjam de Mol, "Dominguez: A deafening silence Court of Justice of the European Union (Grand Chamber). Judgment of 24 January 2012, Case C-282/10, *Maribel Dominguez v Centre informatique du Centre Ouest Atlantique and Préfet de la région Centre*", *EuConst* 8, (2012), 281.

て、本法律を排除すると法の欠缺が生じて有給休暇の権利を定めた指令が代替的に適用されるとも、権利を条件にかからしめた部分だけが指令に排除されるとも考えられる。本件の原告労働者が Simmenthal 判決に依拠して主張したのは後者であった<sup>145)</sup>。しかし、司法裁判所の結論は、規定が無条件かつ十分に明確ではあるが、援用の相手方の雇用者が私人か否かを判断するよう国内裁判所に指示した<sup>146)</sup>。

司法裁判所が排除的效果・抵触排除義務を直接効果から区別して扱うかについても疑問が残る。庄司教授は、Rieser 判決は指令の抵触排除義務の発生時期(指令の国内実施期限の終了後)を示したとする<sup>147)</sup>。しかし、同判決は、指令 1999/62 第 7 条が「無条件かつ十分に明確」であるから、個人は国家(の派生物)に対して当該規定を援用できると認めた。直接効果は、当事者の主張から既に用いられて事件の争点となっていたし<sup>148)</sup>、判決が直接効果の要件を検討した<sup>149)</sup>事実からも、排除的效果ではなく直接効果のケースである。仮に抵触排除義務が排除的效果とは若干異なるとしても、判決は「[無条件かつ十分に明確な]これらの規定は、規定の期限内に採択された実施措置がない場合に、指令と矛盾する加盟国の規定に対して、又は当該[指令の]規定が、国家に対して個人が主張することが出来る権利を定める限り、依拠され得る」(下線付加)<sup>150)</sup>と述べた。下線部からは、司法裁判所が想定する直接効果の中には抵触する国内法の排除及び代替的な個人の権利の主張の両方が含まれると考える<sup>151)</sup>方が妥当ではないか。

145) A. G. Trstenjak in *Dominguez*, cited *supra* note 132), para. 27.

146) 質問への結論について、法務官は、水平的直接効果の禁止の判例法の維持を支持し、法的安定性の侵害、加盟国法の状況への依存及び個人の負担を理由として排除的效果と代替的效果の区別は拒否されるべきと述べた (*Id.*, para. 63)。法務官は、付託質問から、法文に反した解釈を行って加盟国法を排除する以外に指令に適合する結果をもたらす選択肢がないと判断し、適合解釈ではなく加盟国の損害賠償責任による被用者の救済を提案した (*Id.*, paras. 65-8, 171-4)

147) 庄司・前掲注 58)、272 頁。

148) See Case C-157/02, *Rieser Internationale Transporte GmbH v. Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)* [2004] ECR I-1515, paras. 14, 19.

149) *Id.*, paras. 34-44.

150) *Id.*, para. 22.

151) Timmermans, *supra* note 17), at 543-4. Simmenthal 判決もこの結論を補強するとする。

同様の文言は、既に *McDermott & Cotter* 判決 (1987 年) でも用いられていた<sup>152)</sup>。同事件からは、指令と適合しない国内法の規定の適用を排除する効果と、指令を実施する規定が存在しない場合に男女平等指令の下で性差別を受けた女性が男性と同じ権利を主張できる効果の 2 種類があり、双方とも直接効果の中に含まれると司法裁判所が考えていることが読み取れる<sup>153)</sup>。

*Kücükdeveci* 判決を受けて、*Bauer/von Medem* は、「裁判所が水平的関係における直接効果がない判例法を明確に確認しているという事実が、消極的〔排除的〕効果の論者に否定的な材料を提供するにもかかわらず、消極的效果をめぐる議論は不幸にも終わっていない<sup>154)</sup>」と指摘した。それには様々な要因があろう<sup>155)</sup>。一つは、次章で扱うような判決と水平的直接効果を禁止する判例法との整合性が排除的效果によって上手く説明可能だからである<sup>156)</sup>。

## 5 指令の「援用」に注目して

前節の批判①が指摘するように、排除的效果を認めることが可能な事案において司法裁判所が同効果を認めていない等、排除的效果説は判例法の説明に課題を抱える。本節は排除的效果説の立場から、その説明を試みたい。排除的效果には援用<sup>157)</sup>が必要とされる<sup>158)</sup>。この点が判例法の説明の鍵となるのではないか。

排除的效果・抵触排除義務が効力を発揮する 3 つの場面のうち、個人が「直接的な司法審査」として指令を援用した場合は垂直的関係になる。よって、水平的直接効果の禁止は問題とならない。義務不履行訴訟においても、加盟国相手に指

---

152) See Case 286/85, *McDermott & Cotter* [1987] ECR 1453, para. 11.

153) 他にこれを示唆する判決として、Case C-15/04, *Koppensteiner GmbH v. Bundesimmobiliengesellschaft* [2005] ECR I -4876, paras. 38-9. *Jarass/Beljin* は、*ABBOI* 事件 (Case C-109/99, *Association basco-béarnaise des opticiens indépendants v Préfet des Pyrénées-Atlantiques* [2000] ECR I -7265, paras. 68-9) を例として挙げ、本稿と同様の指摘をする (see *Jarass/Beljin, supra* note 143), at 724)。同判決は、「〔無条件かつ十分な〕規定は、加盟国裁判所において行政機関に対し援用され得るし、それに伴い、規定と抵触するいかなる加盟国法の規範も不適用となる」と述べる。

154) *Jobst-Hubertus Bauer/Andreas von Medem, „Kücükdeveci= Mangold hoch zwei? Europäische grundrechte verdrängen deutsches Arbeitsrecht“*, *ZIP* 10, (2010), 450.

155) 柳生・前掲注 79)、83-5 頁参照。

156) Cf. *Dougan, supra* note 19), at 936.

令の規定を援用するのはコミッションであり、相手方は加盟国である。よって、個人に義務を課す様に指令を援用することは出来ないという水平的直接効果の禁止は関係ない。

ここから、義務不履行訴訟と同じ趣旨の質問が先決付託手続においてなされた場合は、私人間において国内法を排除すると判示しても水平的直接効果の禁止にとって問題ないと考えられないだろうか。当該国内法審査は、私人による指令の援用とは関係なく、従って、私人に影響を及ぼす指令の適用ではないからである。言い換えれば、Prechal 判事の「適用する義務 I」の段階の司法審査を義務不履行訴訟における審査と平行に理解し直せるように思われる。そうすると、私人間の訴訟において加盟国法を排除した判決の幾つかは、このカテゴリーに属すると分類できる。

逆に、「間接的な司法審査」において私人が指令の規定を援用したと司法裁判所が付託質問から判断した場合は、私人間の訴訟の場合には水平的直接効果の禁止が適用される。援用によって、指令の効果が私人に影響を及ぼす類型となるからである。直接効果の肯定・否定を問わず、Van Gend en Loos 判決、Becker 判決、Pfeiffer 判決、Rieser 判決や Küçükdeveci 判決等は後者の援用があった類型に属すると考えれば、援用がない事件と区別できる。排除的效果が認められるのは、「直接的な司法審査」に加えて、「間接的な司法審査」の状況のうち個人の援用のない場合ではないだろうか。

これまで提唱されてきた理論と同様に、この区別によって全ての判決を説明できる訳ではない。しかし、当該区別を支持する判示は判例法の随所に見られる。Rieser 判決は、実施期限前効果に関する文脈ではあるが、「〔指令の効力発生後実施期限徒過までの間〕加盟国は指令 1992/62 に規定された結果の達成を深刻に

---

157) 援用について、「二者間関係において、相手方に対して規範を提示する行為」との定義がある。同定義は、訴訟外における声明など様々な行動形態を含む（齋藤民徒「国際法の援用と参照——『国内適用』の再検討を通して——」社会科学論集 92 号 152 頁（2007））。本稿は、援用を当事者の訴訟行為に限定する。なお、先の定義は、このような裁判を指向した認識枠組の限界を指摘する。それは、加盟国内における EU 法の適用の意義を考えた際に、重要な指摘だと思われる。が、本稿の趣旨から指摘に留めたい。

158) *E.g.*, Lenaerts/Corthaut, *supra* note 58), at 314.

危うくする可能性があるいかなる措置を採るのを控える様に求められるが、個人は、指令を抵触する既存の国内法の適用を排除するために、加盟国裁判所で国家に対して指令を援用することは出来ない<sup>159)</sup>」と結論し、裁判所の義務と個人の援用を区別した。

加えて、当該区別の妥当性は、Niselli 判決と Berlusconi 判決との比較からも補強される。前者においては、司法裁判所が排除的效果を認めたか否かが問題となった。後者は、排除的效果を否定したと評価される。前者から検討する。廃棄物に関する指令 75/442 は、廃棄物処理業者に担当当局の許可を得よう義務付けた。イタリアによる指令の実施勅令 22/97 も同様に特定の種類の廃棄物の処理には許可を要件とし、違反には刑事罰を定めた。Niselli は、許可なく鉄くず等を回収して起訴された。ところが、刑事手続中に、22/97 の解釈を明示するという形で同法の廃棄物の定義を変更する新勅令法 138/02 が制定された。後法によれば、Niselli は刑事罰を受けず、刑法の原則に従えば、被告人に有利な後法が適用されるはずであった。しかし、後法に関してコミッションが義務不履行訴訟を提起した。そのため、国内裁判所が、指令（と同文言を用いる勅令 22/97）を新勅令法による変更を元に解釈可能かを先決付託質問した。

実質的争点は、指令と勅令法 138/02 の整合性であった<sup>160)</sup>。上述の様に、国家が個人に義務を課す様に指令を援用しえず（逆直接効果の禁止）、また指令は加盟国法から独立して刑事罰を課したり加重したり出来ない（適合解釈義務の制限）。よって、たとえ国内法が指令に抵触したとしても国内法を適用しないと、指令が直接に適用されてしまうから、質問の解答は参照されえないとコミッションが受理可能性の段階で指摘した。これに対して、司法裁判所は、「Niselli に対する刑事手続の原因となった事実の時点において、事実は、適切な場合、刑法の下で刑罰を構成しうる。その様な状況において、指令 75/442 の適用のために、刑罰は適切な法的根拠を有さなくてはならないという原則からの帰結を問うのは不適切である」と述べて、受理可能性を肯定した<sup>161)</sup>。

判決の理由づけは非常に簡略である。指令の解釈が事件の結果に関係するかも

159) *Rieser*, cited *supra* note 148), para. 69.

160) A. G. Kokott in Case C-457/02, *Niselli* [2004] ECR I -10855, para. 28.

しれないから受理可能である<sup>162)</sup>。というのならば、判決は他の事件との区別を明示すべきであった。特に、本判決は、Pfeiffer 判決とほぼ同時期である。法務官意見を参照すると、未実施の指令の実体的規定を援用して処罰を求めた Nijmegen 事件と Arcaro 事件は、刑事手続における指令の効果に関する特定された質問が付託された点で事案が異なる<sup>163)</sup>という。Kokott 法務官は、新勅令法が指令に抵触するとしても本訴訟における帰結は明確でないとした<sup>164)</sup>上で、指令の適用の効果は抵触規定の適用排除であって、国内法の原則規定(勅令 22/97)が再び適用されて刑事責任が帰せられる結果となるだけだとする<sup>165)</sup>。法務官は、質問の解答にも「指令 75/442 は、廃棄物概念を定義する加盟国法を排除する<sup>166)</sup>」と述べた。法務官は、刑事手続における上記指令の解釈の帰結は、指令が国内法から独立して刑事責任を問うのではないことを次の様に説明する<sup>167)</sup>。Niselli の行為後に新勅令法が制定され、行為時の適用法は勅令 22/97 であった点が重要である。後法の排除の結果として適用される前法は指令と全く同じであるので、適合解釈義務上の問題も生じない。後法が共同体法に抵触する場合には法秩序の統一性が優先し、公正を趣旨とする、より軽い刑法の遡及適用の原則は、例外的に適用されない。よって、指令の適用は制限されない。

法務官意見は、指令の効果을 代替的效果と排他的効果に分ける説と一致する<sup>168)</sup>。機能条約 288 条と加盟国の誠実協力原則を重視する<sup>169)</sup>点も共通である。しかし、指令は原告に義務を課していないという法務官の説明には俄かには納得し難い<sup>170)</sup>。指令は負担のみを創設したと解釈する立場<sup>171)</sup>もある。

---

161) Case C-457/02, *Criminal proceedings against Niselli* [2004] ECR I -10875, paras. 30-1.

162) Arnull, *supra* note 44), at 247.

163) A. G. Kokott in *Niselli*, cited *supra* note 160), para. 26.

164) *Id.*, para. 21.

165) *Id.*, para. 23.

166) *Id.*, paras. 42, 51.

167) *Id.*, paras. 58, 60-1, 64-72.

168) Arnull, *supra* note 44), at 248.

169) See A. G. Kokott in *Niselli*, cited *supra* note 160), para. 74.

170) Arnull, *supra* note 44), at 248.

171) *Id.*

判決は排除的効果を基調としたという評価<sup>172)</sup>もある。しかし、司法裁判所が法務官意見の理論を完全に支持したかは不明確である<sup>173)</sup>。法務官は指令の解釈に加えて国内法の排除の帰結まで提示した。これに対して、判決は、国内裁判所が質問した指令の解釈にのみ解答した。それゆえ、判決は、事実の発生時に効力を有した法あるいは裁判時の法に基づいて被告人が処遇されるか否かを決定するのは加盟国裁判所に委ねたと解釈される<sup>174)</sup>。つまり、司法裁判所は、「指令は国内法を排除する」という表現を用いずに付託質問に単純に解答した。

Berlusconi 事件（大法廷）も Niselli 事件と類似の事案である<sup>175)</sup>。同事件も、国内法に違反した者の刑事罰に関係する。EU の会社法諸指令は、会社に関する計算書類の開示を定め、違反には適切な制裁を課すよう加盟国に求めた。被告人 Berlusconi らは、計算書類に虚偽記載をなし、イタリア民法違反で起訴された。ところが、後の民法改正は刑罰を大幅に緩和し、EU 法との適合性が疑われた。被告人に有利な新 2621 条及び 2622 条を適用すると、公訴時効の短縮等が原因となって被告は起訴されない。そこで、加盟国裁判所から質問がなされた。司法裁判所は、「民法新 2621 条及び 2622 条は、共同体法の規定違反に対する制裁は適切でなければならないという共同体法上の要件に適合するか」と付託質問を再定義した。

本件においても先決付託の受理可能性が争われた。Berlusconi らは、Niselli 事件のコミッションと同じ様な主張を行い、旧法が適用されない以上、先決裁定は事件の解決に無関係であると述べた<sup>176)</sup>。これに対して、コミッションは、今度は、Niselli 事件の法務官とほぼ同様の主張を行った。EU 法の優越性によって抵触国内法を排除し、EU 法の実効性の確保を図る<sup>177)</sup>態度を鮮明にした。Kokott 法務官による Berlusconi 判決の意見は、Niselli 判決が出される前であった。法

---

172) Dougan, *supra* note 19), at 954.

173) Arnall, *supra* note 44), at 248.

174) *Id.*, 249.

175) Dougan, *supra* note 19), at 955.

176) Joined Cases C-387, 391 & 403/02, *Criminal proceedings against Berlusconi* [2005] ECR I -3624, paras. 41-5.

177) See *id.*, paras. 47-51.

務官は、Niselli 事件とほぼ同様に、Simmenthal 判決に依拠し、EU 法と抵触する後法を排除して EU 法の統一的適用を図るべきとの主張を繰り返した<sup>178)</sup>。学説においても、Simmenthal 判決を強調し、EU 法の優越性による法の統一的適用の確保のため後法の排除が主張された<sup>179)</sup>。すなわち、Berlusconi 事件は Nijmegen 判決と異なり、イタリア民法に実効性を要求する EU 法は直接効果を有さないけれども、それが国内法に認める裁量の範囲内に民法が収まるか否かが問題であるとして、抵触国内法の排除を認めても、指令ではなく前法の適用となると主張された。これは、「直接的な司法審査」で排除的效果を認める主張と同じである。

しかし、司法裁判所は、制裁の適切性という国内法へ課された要件は指令に規定されたが故に、「指令は、それ自体かつ実施のために採択された加盟国立法から独立に被告人の刑事責任を決定又は加重する効果を有することが出来ないとの事実を考慮すると、刑事訴訟において加盟国当局が被告人らに対して第一会社指令を援用できない」と結論した<sup>180)</sup>。従って、軽い刑罰が共同体法と抵触する場合でも、軽減された刑罰を遡及適用する原則を適用する可否について解答する必要はない<sup>181)</sup>とされた。国内裁判所からの付託決定に照らせば、指令との抵触によって新法が適用されないならば、犯罪の実行行為時の旧法に規定されたより厳しい刑罰が適用される結果となり、当該結果は上記判例法上の指令の本質に反する<sup>182)</sup>として、国内法の排除は認められなかった。

Berlusconi 判決から、司法裁判所は、代替的效果と排除的效果を区別する理論を採用していないのは決定的である<sup>183)</sup>と評される。Niselli 判決は排除的效果を支持し、Berlusconi 判決がそれを変更したとの見方もある。つまり Niselli 判決

178) A.G.Kokott, in *Joined Cases C-387/02, C-291/02 and C-403/02, Berlusconi* [2004] ECR I-3570, paras. 165-8.

179) Andrea Biondi/Roberto Mastroianni, "Joined Cases C-387/02, C-291/02 and C-403/02, Berlusconi and others, judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 May 2005, not yet reported", *CMLRev.* 43, (2006), 561-4.

180) *Berlusconi*, cited *supra* note 176), paras. 63, 72-4.

181) *Id.*, paras. 70-1.

182) *Id.*, paras. 76-7.

183) Arnulf, *supra* note 44), at 250. See Dougan, *supra* note 19), at 957.

は、Simmenthal 判決と同じアプローチを採用したとする解釈<sup>184)</sup>がある。その上で、仮にそうだとすると、Niselli 判決は、Berlusconi 判決と異なる限度において変更又は覆されたとの解釈<sup>185)</sup>もある。

両判決を比較すると、司法裁判所は、2つの事件における国内法の検討の状況をそれぞれ異なる類型と把握し、異なるアプローチを採ったのではないだろうか。Niselli 判決は指令の解釈のみを行った。それに対し、Berlusconi 判決は、会社法指令の解釈に関する部分と争点の事件に指令を適用する部分と2つの部分を含む<sup>186)</sup>。裁判所は、後者について国内法排除の帰結まで考慮して、イタリアの新規定とEU指令との適合性の検討を行わなかった<sup>187)</sup>。これは、最終的な結論は違えど、Niselli 事件においてKokott 法務官が行った段階的な検討と類似する。Berlusconi 判決は「刑事手続において加盟国機関が個人に対して指令を援用する状況の特定の文脈において<sup>188)</sup>」と述べた。その様に、司法裁判所は、指令の規定を個人が又は個人に対して援用する場面と一般的な指令の解釈及び国内法の司法審査の場面とを別の類型として審理している可能性がある。新規定を採択した加盟国とEUとの関係においては、具体的な刑事手続における被告人との関係とは別の問題として、義務不履行訴訟等によって加盟国の義務違反が認められる可能性も指摘<sup>189)</sup>される。司法裁判所が先決付託手続において同様の審査及び判断を行ったのがNiselli 判決ではないか。

確かに、EU法の適切な適用を確保するために実効性のある制裁を定める要請と、実際に特定の個人に課すのを積極的に要求することとの差異は現実上薄い<sup>190)</sup>かもしれない。けれども、一般的な法規の関係、いわば、直接適用可能性

---

184) Biondi/Mastroianni, *supra* note 179), at 563.

185) Arnulf, *supra* note 44), at 250.

186) Biondi/Mastroianni, *supra* note 179), at 556.

187) 指令の規定の援用が個人の権利義務に影響するとしても、本件において指令と加盟国法の適合性を審査すること自体は問題ないはずであった。この点、司法裁判所のそれまでの判例法が、加盟国の刑事法を共同体法の目的に照らして審査してきた事実から見て、Berlusconi 判決における司法裁判所の姿勢は奇妙であると指摘される (*Id.*, 559)。

188) *Berlusconi*, cited *supra* note 176), para. 74.

189) 西連寺隆行「指令にもとづく国内刑事罰加重の否定」貿易と関税 2007年8月号 88頁(2007)。

190) Biondi/Mastroianni, *supra* note 179), at 560.

(国内的効力) の次元と個々の事件における個人への効果 (直接効果や間接効果 (適合解釈義務) 等) は区別される。これは、Berlusconi 判決が、刑事手続における指令の援用を問題とする前に Simmenthal 判決を引用して、「付託をなした加盟国裁判所が、司法裁判所が付与した解答を基に、イタリア民法新 2621 条及び 2622 条が……共同体の要件を満たさぬと判断するならば、裁判所の確立した判例法に従い、付託をなした加盟国裁判所は自らの権威によって……当該新条項を排除する<sup>191)</sup>」と述べた点と平仄が合う。つまり、当該判示は、義務不履行訴訟や先決付託手続において、刑事事件の個人に対する援用という特定の文脈を離れて一般的に国内法の司法審査が行われた場合、指令に抵触する国内法は排除されると述べたと解釈できる<sup>192)</sup>。Berlusconi 事件における付託質問の内容を、個人の行為など存在せず、新法に規定された制裁が指令に照らして十分かを考慮すべきだったと把握すれば、同判決は、指令は独立して個人の刑事責任を決定・加重できないという原則を、個人の「行為」が存在しない事例にまで拡張したとの批判<sup>193)</sup>にも理由がある。個人の行為 (援用) の有無によって場合分けがきれいになされる場合ばかりではないが、援用は裁判所の判断に影響を与える。

Léger 法務官も認めるように<sup>194)</sup>、「直接的な司法審査」と直接効果 (代替的效果) の区別が曖昧な部分がある。ただし、法務官自身は、国内法と指令との適合性を審査するとき、一定の場合には、二つの区別に拘泥しないようである<sup>195)</sup>。見方を変えれば、「直接的な司法審査」は、EU 法の実効性の確保のために、直

191) *Berlusconi*, cited *supra* note 176), para. 72.

192) Lenaerts/Corthaut は、Berlusconi 事件においては欧州人権条約 7 条 (法に基づかない処罰の禁止) が EU 法の優越性の確保よりも優先するだけであって、EU 法の優越性の否定ではなく、7 条が適用されない場合は司法審査が行われることを当該判示が示したとする (Lenaerts/Corthaut, *supra* note 58), at 303)。この分析は、司法審査がなされたとする本稿の指摘と重なる部分がある。ただし、当該判示は、指令以外の EU 法の援用による新刑事罰規定の排除の可能性を示唆したとの解釈もある (西連寺・前掲注 189)、88-9 頁)。原則として EU 法がより軽い刑罰の遡及適用の原則に優位するけれども、指令の場合には本質上の制限が存在するという解釈もある (Biondi/Mastroianni, *supra* note 179), at 557)。

193) Biondi/Mastroianni, *supra* note 179), at 563. 但し、この批判と判決とは国内法審査の前提とする枠組が異なる。

194) A. G. Léger in *Linster*, cited *supra* note 131), paras. 70-7.

195) Cf. A. G. Léger in Case C-201/02, *Wells* [2003] ECR I -727, paras. 62-5.

接効果の無条件という要件を迂回して司法審査を可能にする方法ともいえる<sup>196)</sup>。個人の援用によって、指令の実効性が確保される限り、両者の間の援用の差異は重要視されないのかもしれない<sup>197)</sup>。つまり、個人による援用の有無が重要である。司法裁判所もその様な認識を共有するとすれば、代替の効果と排除的效果の区別が曖昧だからといって、援用のある場合の国内法排除とない場合の排除が区別されていないことにはならない。

援用によって、国内法の排除を場合分けするのは本稿だけではない。Lenaerts 判事らも、「加盟国裁判所が司法裁判所に先決付託手続を求める場合、国内裁判所は、司法裁判所の解答によって、加盟国法の抵触規定を不適用とするよう促される」状況と、「さらに、私人が未実施又は不正確に実施された指令の規定を私人に対して援用する場合に、加盟国法の抵触規定を不適用とするよう加盟国裁判所は求められる」状況とを区別する<sup>198)</sup>。Pescatore 元判事は、司法裁判所が、直接効果の問題を提起することなく、簡素に (*simpliciter*) 直接効果を有すると既に認められた規定及び他の規定を適用する多くの判決が存在し、それらの判決が、EU 法の規定を適用して実効性を確保する司法裁判所の哲学を表している<sup>199)</sup>と指摘していた。

以上を前提に、次章は、1990年代前半から2000年代までの「間接的な司法審査」の判決を検討する。特に、第4章は *Kücükdeveci* 判決以降の指令 2000/78 に関連した判例を検討したい。排除的效果を支持する例として挙げられる代表的な判決は、*CIA Security* 事件及び *Unilever Italia* 判決 (II 2(2)) 等である<sup>200)</sup>。しかし、これらの判決にも関わらず、排除的效果をめぐる論争は延々と続いてきた。I で述べた様に、*Mangold* 判決及び *Kücükdeveci* 判決が排除的效果の議論

---

196) *Tridimas*, *supra* note 27), at 330.

197) *Cf. Lenaerts/Corthaut*, *supra* note 58), at 287-291, 299. 司法審査のために、裁判所による適用が可能なほどに法規範が明確な結果を定めることが重要であるとされる。

198) *Lenaerts/Van Nuffel*, *supra* note 6), at 912.

199) *Pierre Pescatore*, "The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law", *ELRev.* 8, (1983), 160-1. *Jarass/Beljin* は、先決付託手続の中でも、裁判所が、機会に応じて指令と国内法の矛盾を確認する場合と当該指令の直接効果を否定する場合とが存在すると指摘する (*Jarass/Beljin*, *supra* note 143), at 716)。

200) *Dougan*, *supra* note 19), at 949.

に大きな影響を与えた<sup>201)</sup>。Küçükdeveci 判決は、EU 司法裁判所が排除的效果に対して否定的な立場をとることを示唆するように思える。しかし、Küçükdeveci 判決及び判例法の理解は同判決以降の判決を検討することによって行われるべきである。よって、同判決と同じ分野の判決を扱う。また、排除的效果が判例を説明可能か否かの試金石は、「間接的な司法審査」が問題となる事件である。個人による指令の規定の援用がある事件において、抵触国内法の排除が認められたならば、判例法は排除的效果を全面的に採用するようになったと評価できよう。仮に援用のある事件がなくとも、国内法の排除が認められた事件が存在するならば、3つの可能性が考えられる。一つは、司法裁判所は、排除的效果を全面的に認めるようになったが、援用のある事件で明確化する機会が訪れていない可能性である。他方は、裁判所は、排除的效果を全面的に認めてはいないが、「直接的な司法審査」及び「間接的な司法審査」の類型のうち個人の援用がない場合（並びに義務不履行訴訟の場合）に限定して排除的效果を認めている場合である。最後は、その他の根拠による国内法排除である。いずれにせよ、排除的效果が「直接的な司法審査」を越えて他の類型において認められるか否かを検討したい。

### Ⅲ 排除的效果によって説明が可能な判例

#### Ⅰ Peageme I 判決<sup>202)</sup>・Ⅱ判決<sup>203)</sup>

食品の表示に関する指令とベルギー国内法の抵触が争点となり、2度の先決付託がなされた事件である。最終消費者へ販売される食品のラベル、表示、及び広告等に関する指令 79/112 第 14 条は、「加盟国は、3条及び4条2項に規定された項目の表示方法に関して、3条ないし11条に含まれた要件よりも詳細な要件を定めることを控える。しかし、加盟国は、3条及び4条2項に規定された項目が、消費者に容易に理解される言語で表示されない場合に、消費者が情報を得る

201) 中西・前掲注 86)、161-2 頁等参照。

202) Case C-369/89, *Piageme v. BVBA Peeters* [1991] ECR I -2980.

203) Case C-85/94, *Groupement des Producteurs, Importateurs et Agents Généraux d'Eaux Minérales Etrangères, VZW (Piageme) v. Peeters NV* [1995] ECR I -2969.

ことを確保するための他の措置が採られない限り、自国領域内における食品の販売を禁じることを確保する。この規定は、当該項目が複数の言語で表示されるのを妨げるものではない」と定めていた。これに対して、指令の実施措置である勅令は、「ラベルは、食品が販売に供される言語地域の一又は複数の言語で表示されなくてはならない」と定めていた。

原告 Peageme らは、ドイツ等からミネラルウォーターを輸入し、流通させる会社である。被告は、ミネラルウォーター販売会社である。オランダ語表示が要求される地域においてドイツ語等で表示されたボトルを被告が販売するのは勅令違反であるとして、原告は販売の差し止め等をルーヴアン商業裁判所へ求めた。被告側は、勅令が EC 条約 30 条及び指令 14 条に違反すると主張した。そのため、裁判所は、両者の整合性について司法裁判所に質問を付託した（I 事件）。司法裁判所の判断は次の通りである<sup>204)</sup>。

指令は、特定の言語の使用を禁じるのではなく、消費者が容易に理解出来ないラベルがついた食品の販売を禁ずる義務を課す。指令の目的は、物の自由移動を妨げる加盟国法間の相違の除去である。当該目的のために、指令 14 条は、容易に理解され得る言語による表示がなくとも、「他の手段」によって情報提供が確保された場合には製品の輸入・販売を許容する。従って、「他の手段」による情報提供を認めずに、言語地域の言語を排他的に使用するよう義務づけることは、指令以上の厳しい義務を課すことになる。従って、言語の排他的使用の義務づけは条約 30 条が禁ずる数量制限と同等の措置となる。結論として、「[EC] 条約 30 条及び指令 79/112 は加盟国法……を排除する」。

この後、原告側が控訴したブリュッセル裁判所から質問が再び付託された（II 事件）。II 事件においては、国内法と条約との整合性に関する判断は不要とされた。よって、質問は、食品のラベルにおいて特定言語の使用を義務的とする国内規則は、同時に他の言語の使用を排除しないとしても、指令 14 条と抵触するか否かであった。

司法裁判所は、指令 14 条の趣旨を、特定言語の使用を義務化することではな

---

204) Peageme, cited *supra* note 202), paras. 13-7.

く、消費者への情報提供であるとした。その上で、食品ラベルにおける、消費者が容易に理解出来る言語の使用を義務づける以上に、特定の言語の使用を義務化するのと同条に違反するとした。従って、「指令 14 条は加盟国が特定の地域において幅広く話される言語の使用を要求するのを排除する」と結論した<sup>205)</sup>。

## 2 Glockengasse n. 4711 判決<sup>206)</sup>

化粧品に関する加盟国法を調和する指令 76/768 とイタリア法の整合性が先決付託において問われた。指令 6 条 1 項は、包装やラベルが一定の要件を満たす場合にのみ化粧品が販売されることを確保するために全ての必要な手段をとるよう加盟国を義務づけた。同条 2 項は、製品が備えていない特徴を示す広告、文言及び商標等を禁ずるための同様の義務を定めた。同項のイタリア実施法は、指令が定めていない表示要件を定めていた。すなわち、同法は、包装や広告等において示された含有成分の質及び量の表示を製品に義務づけた。

Provide 社は、4711 社に化粧品を注文した。後者は、製品は法令を満たすのでイタリアで販売可能であると保証した。ところが、Provide 社は、製品がイタリア法令に適合していないため、国内で販売不能であることを理由に、4711 社による注文の履行を拒絶した。そこで、4711 社は、契約の履行を求めてケルン裁判所に訴えを提起した。原告は、製品は指令の要件を充足するので、全加盟国で販売可能だと主張した。そこで、裁判所は、指令 6 条 1 項及び 2 項それぞれとイタリア法との適合性を疑い、司法裁判所に質問を付託した。両質問の本質は同じである。ここでは 2 項に関する質問を検討したい。

質問は、「指令 6 条 2 項は、加盟国法が、化粧品の包装、広告又は名称に含有することが示された物質の質及び量の表示を要求するのを排除するか」であった。司法裁判所は、指令に定められた表示事項は限定列举であり、加盟国法が他の表示義務を課するのは域内貿易の阻害効果をもたらすことを主な理由として「指令 6 条 2 項は、加盟国法を排除する」と結論した<sup>207)</sup>。

205) *Piageme (II)*, cited *supra* note 203), paras. 14-21.

206) Case C-150/88, *Kommanditgesellschaft in Firma Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik, Glockengasse n. 4711 v Provide Srl* [1989] ECR I -3909.

### 3 Volvo Car Germany 判決<sup>208)</sup>

ドイツは、商法典（HGB）によって指令 86/653 第 17 条ないし 19 条を実施した。同法は、指令と同じく商業代理人の契約を規律していた。けれども、ドイツ連邦裁判所の判例法は、同規定を販売店契約にも類推適用していた。Volvo 社（本人）は、ディーラーの AHW 社と販売店契約を締結した。第三者が AHW 社から新車を購入した代価として、AHW 社は、Volvo 社から報酬を受け取った。後に Volvo 社は契約の終了を通知した。AHW 社は、Volvo 社に対して、指令の実施法に従い、ディーラー契約終了後の損害賠償を請求した。しかし、Volvo 社は、国内法に基づいて支払を拒絶した。同規定は、「本人が契約を終了しかつ商業代理人による違法行為に関して、契約終了の重大な理由が存する場合には」「損害賠償は支払われない」と定めていた。実は、AHW 社は Volvo 社との契約に反して商品の納入を行っていた。それは、即座に契約を終了させる程の重度の違反であった。しかし、違反が判明したのは、契約終了通知後であった。

その様な場合に、商業代理人が賠償を受ける権利を奪われるのを指令は排除するか否かが先決付託質問となった。賠償の支払免除を定める指令 18 条は、「不履行を原因として」と定めていた。当該文言から、司法裁判所は、賠償の免除が認められる契約の終了には、商業代理人の契約不履行との因果関係が必要であるとした。それゆえ、契約終了後に本人が債務者の不履行を主張・立証すれば債務者が賠償を受けられないことを、指令は排除すると判断した<sup>209)</sup>。

### 4 Heininger 判決<sup>210)</sup>

1993 年、Heininger 夫妻は、共同住宅の購入のために銀行とローン契約を締結し、不動産をその担保とした。98 年、夫妻は、訴訟を提起し、契約を締結する意思を取り消し、元本及び契約の履行費用等を請求した。事業者は夫妻（消費

---

207) *Id.*, paras.13-21.

208) Case C-203/09, *Volvo Car Germany GmbH v. Autohof Weidensdorf GmbH* [2010] ECR I -10740.

209) *Id.*, paras. 39-45.

210) Case C-481/99, *Heininger v. Bayrische Hypo- und Vereinsbank AG* [2001] ECR I -9965.

者) に取消権の存在を通知していなかった。そこで、「訪問販売指令は、加盟国立法が、〔指令〕4条が要求する情報〔取消権等の書面による通知〕を消費者が受け取っていない場合に、指令5条に規定された取消権の行使について契約締結から1年と定めることを排除するか」が先決付託質問された。

指令5条は「消費者が4条の通知を受領した時から少なくとも7日間」以内という取消権の行使期間を定めていた。裁判所は、規定の趣旨は、消費者が権利を行使するためには権利の存在を知らなくてはならないという配慮であり、事業者が通知しない場合も含めて、いかなる場合においても取消権が1年で消滅するという加盟国立法は許されない<sup>211)</sup>と判示した。結論として、「訪問販売指令は、加盟国立法が1年の期間制限を課すのを排除する」と述べた。

## 5 本章の判決に対する排除的效果の視点からの分析

以上の事件を、最初に指令の直接適用可能性(国内的効力)を重視した観点から分析を行う。次に、より一般的と思われる排除的效果・抵触排除義務の観点から詳細に分析したい。

これらの判決における国内法の排除の主文は、直接適用可能性(国内的効力)を基にした国内法の審査の結果と説明できる。全ての事件における付託質問は、個人による指令の規定の「援用」を特に問題としていない。よって、裁判所が「適用する義務I」を行ったとも解釈できる。それは、指令の規定の適用によって当該事件の解決を導くよりも、加盟国法規と指令の規定の間の一般的な抵触又は適合関係を示すために指令が適用されたことを意味する。次に、庄司教授やPrechal判事が想定する抵触排除義務・排除的效果から、判決と水平的直接効果の禁止との整合性を考察する。

211) *Id.*, paras. 45-8. ただし、国内法の状況は複雑である。「訪問販売及び類似の取引の取消に関する法律」によると、取消権の消滅時効は、消費者が書面による通知を受けるまで進行しない。ただし、当事者が契約の義務を完全に履行した後1ヶ月後からも時効は進行する。信用取引等についてこの原則に対する特別法を定めたのが「ドイツ民事訴訟法典及び他の法律を修正する消費者信用法」である。同法の消滅時効は1年である。厳密には、事実関係によって、特別法である消費者信用法を排除しても、「通知がない場合には取消権の消滅時効は進行しない」という指令の義務を達成出来ない。

これらの事件の当事者関係は CIA Security 事件や Unilever Italia 事件（II 2 (2)）と類似する。Peagime 事件における私企業間の関係は CIA Security 事件のそれと、Glockengasse n. 4711 事件の契約当事者間の関係は Unilever Italia 判決のそれとほぼ同じである。CIA Security 事件及び Unilever Italia 事件も含め、紹介した事件全てに共通する訴訟の構造として、一方当事者の主張の根拠となった国内法が、相手当事者に有利な指令との抵触を理由として排除された。全ての事件において、指令は抵触国内法を排除する作用のみを発揮したと捉えられる。よって、これらは排除的效果によって水平的直接効果の禁止とは矛盾しない事件として説明が可能である。

例えば、Peageme II 事件において、国内法排除の結果、国家が指令の義務を履行するとしても、指令を援用された相手方私人は国家が負う義務と直結した新たな義務を課される訳ではない<sup>212)</sup>。国内法の抵触部分の適用を排除すれば、指令の課する目的を達成できた。Glockengasse n. 4711 事件においては、Unilever Italia 判決と同様に、Provide 社が負うのは契約上の履行義務であって指令が定める製品の表示義務を負うのではない。Volvo Car Germany 事件においても、商業代理人の賠償を制限する国内法規定を排除すれば、賠償を認める国内法規定を根拠に、指令が求める結果達成を実現できた。Heininger 事件では、取消権の行使期間を制限した国内法が指令によって排除されただけであり、指令によって新しい義務が課されたのではないと言える。

しかし、CIA Security 事件及び Unilever Italia 事件と上記4事件では、指令が定める義務の内容の性質が異なる。CIA Security 事件等で問題となった指令は、技術的規格に関する国内法令をコミッションに届出る等を定め、純粹に国家の行為のみに関わる手続的義務しか定めていない。これに対し、上記4事件で国内法を排除した指令の規定は、実体的な義務を内容とする。Peageme 事件及び Glockengasse n. 4711 事件でそれぞれ問題となった指令は、広い意味で製品の表示等に関する義務を定めていた。Volvo Car Germany 事件の指令は商人間の契約上の債務、Heininger 事件の指令は消費者の契約取消権とそれぞれ民事法上の

---

212) Lenaerts/Van Nuffel, *supra* note 6), at 912.

義務を定めていた。

この様な、事件で争点となった指令の定める義務が、司法裁判所が排除的效果を認めているか否かを判断する鍵の一つなり得る。司法裁判所が排除的效果を受け入れている例として CIA Security 判決及び Unilever Italia 判決を挙げることは、争点となった指令の性質を含めた事実関係を考慮すると妥当ではないとの指摘<sup>213)</sup>がある。これは、両事件で争点となった指令は技術的又は手続的な性質を有する国家の義務を定めるがゆえに、裁判所が排除的效果を認めたものとして国内法の排除を一般化することは出来ないとの指摘であろう。上記 4 判決は、この様な指摘に対して、司法裁判所が排除的效果を一般的に認めている証拠として挙げられうる。上記 4 判決で問題となった指令は、CIA Security 判決等と比べてより一般的な内容を規律し、加盟国法を調和する。それらの指令が抵触国内法を私人間の訴訟において排除したのであるから、排除的效果はより一般化した文脈で司法裁判所によって認められていると言うことも可能である。ただし、より広汎な「間接的な司法審査」型の判決を検討して、CIA Security 事件等国内法の排除の一般化が可能であるか否かを検討する必要がある。CIA Security 事件等における国内法排除を一般化するのに難点を示す一人である Mazák 法務官は、その様な指令 83/189 による国内法の排除は、指令 2000/78 に妥当するものではないと指摘していた<sup>214)</sup>。この様な指摘に鑑みれば、司法裁判所が排除的效果を認めるか否かは、指令 2000/78 に関係する私人間の事件において国内法排除が認められたか否かを検討する必要がある。同指令が争点となった「間接的な司法審査」型の事件を検討する。

#### IV 近時の指令 2000/78 に関連する第二小法廷判決と排除的效果

Mangold 判決及び Küçükdeveci 判決両方とも、指令 2000/78 の定める年齢差別禁止に関する事件である<sup>215)</sup>。特に後者において、EU 司法裁判所は「同指令が EU 法の一般原則である非差別の禁止原則を具現化したものであるという点を

213) *E.g.*, A. G. Mazák in *Palacios de la Villa*, cited *supra* note 39), paras. 126-7.

214) *Id.*

強調しており、一般的な指令に反する国内法がすべて不適用になるわけではなく、指令がEU法の一般原則と結びついている場合にのみ国内法が不適用になる<sup>215)</sup>」と分析され、指令の排除的効果と共同体法の一般原則の結びつきが強く指摘された。両判決と同じ平等原則が問題となる分野であり、指令の効果に関するEU司法裁判所の現在の立場の検討に適するという理由から、指令が国内法を排除すると示した判決のうち、指令2000/78に関する判決を検討する。

Lufthansa (Kumpan) 判決、Hennings 判決<sup>217)</sup>、Prigge 判決<sup>218)</sup>、Tyrolean Airways 判決<sup>219)</sup>、Hörnfeldt 判決<sup>220)</sup>、Odar 判決及びHK Danmark 判決の7つの判決のうち、Prigge 判決(大法廷)を除いて全て第二小法廷から出された。本稿は、最初と、最後2つの事件を取り上げる<sup>221)</sup>。Lufthansa 事件は、私人間の訴訟における国内法の排除の可否が先決付託質問された。しかし、司法裁判所は適合解釈義務を示した。そのため、排除的効果に関する判決ではない。けれども、Prechal 判事や庄司教授らが想定する司法審査を補強する例として検討する。これら判決が排除的効果を支持するか否かの本格的な検討は第4節に行うとして、II 1・2で検討した排除的効果からの解釈を各事件の紹介後に付す。

## 1 Odar 事件<sup>222)</sup>

### (1) 事実の概要

---

215) 事案の詳細に関しては、それぞれ、橋本陽子「年齢差別の成否と平等指令への国内法の強行的適合解釈義務——指令の水平的直接効果と同然の結果の達成——」貿易と関税2006年9月号70-5頁(2006)、橋本陽子「年齢差別禁止原則の水平的直接効果」貿易と関税2010年10月号83-7頁(2010)等参照。

216) 中西・前掲注86)、162頁。

217) Joined Cases C-297 & 298/10, *Hennings v. Eisenbahn-Bundesamt* [2011] ECR I-7965.

218) Case C-447/09, *Prigge v. Deutsche Lufthansa AG* [2011] ECR I-8003.

219) Case C-132/11, *Tyrolean Airways v. Betriebsrat* [2012] nyr.

220) Case C-141/11, *Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* [2012] nyr.

221) 他の事件について、柳生・前掲注79)、73-8頁参照。なお、国家对私人という垂直的關係における大法廷判決として *Ingeniørforeningen i Danmark* 判決 (Case C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark v. Region Syddanmark* [2010] ECR I-9343) がある。指令2000/78の年齢差別禁止原則とデンマークの国内法の抵触が争点であった。

222) Case C-152/11, *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* [2012] nyr.

私人間の紛争において指令がドイツ国内法を排除すると示した判決である。重度の障害を持つ Odar は 1979 年から Baxter 社で働き始め、2009 年 12 月に退職した。Odar の退職に適用されるのは、指令 2000/78 の実施法である「平等原則に関する一般法 (AGG)」と「事業の組織に関する法律」及び Baxter 社が会社の労使協議会と締結した付随社会プラン (CSP; Contingency Social Plan) であった。「事業の組織に関する法律」は、企業の組織再編にまつわる労働者への不利益を緩和するために社会プランを締結することを義務付け、「一般法」の方は、許容されうる年齢に基づく異なる待遇の中に、社会プランによって享受する利益の差を挙げていた。特に、年金を考慮して、社会プランの利益から財政的に安定した労働者を除くのを許容していた。後に、CSP の条項を明確にするために、Baxter 社は中央労使協議会と SSP (Supplementary social plan) を結んだ。プランは、雇用契約の終了に際しての補償について、「標準定式補償」として、年齢と勤続期間の長さを基準とした額が支払われると定めた。ただし、55 歳以上の者に対しては、年金の最初の受給日までの月数に 0.85 を掛けるという「特別定式補償」が適用された。

通常年金の最初の受給は 65 歳であり、Odar の場合は 2015 年 8 月であった。が、彼は 60 歳になる 2010 年 8 月から障害者年金も請求可能であった。Baxter 社は、障害者年金の受給月を基準として特別定式補償から補償 (20 万ユーロ弱) を算出した。Odar は、年齢と障害に基づく差別が存在するとし、Baxter 社に対して、54 歳でかつ標準定式補償によって支払われたであろう補償額と実際の補償額<sup>223)</sup>との差額の支払いを求めて国内裁判所へ訴えを提起した。同裁判所は、AGG 及び (SSP 含め) CSP が定めた特別定式補償と指令との適合性を疑い、CSP が依拠した法律が指令と抵触するならば、Odar の請求を認めなければならぬので、先決付託手続で質問を行った。

司法裁判所で主に争点となったのは次の 2 つの質問であった。〔直接差別及び間接差別について定めた〕指令 2000/78 第 2 条 2 項及び〔年齢に基づいて異なった待遇をすることを正当化する事由について定めた〕6 条 1 項は、次の様な職業

---

223) 標準定式補償による算出額の半額を最低限保証する CSP の条項のため、約 31 万ユーロが支払われた。

社会保障体系を排除すると解釈されねばならないか。その制度下では、業務上の理由で余剰となった55歳以上の労働者の場合に、特に勤務の長さを考慮する通常の計算方式と異なり、年金が始まる最も早い日付をもとに補償の計算がなされ、通常額の最低半額という〔保証は〕依然としてあるけれども、通常方式の適用の結果の補償より低い補償が当該労働者に支払われる結果となる」。もう一つの争点は、「指令2000/78第2条2項は、次の様な職業社会保障体系を排除すると解釈されねばならないか。その制度下では、業務上の理由で余剰となった55歳以上の労働者の場合に、労働者が権利を有する補償が、勤務の長さを考慮する通常の計算方式と異なり、年金が始まる最も早い日付をもとに補償の計算がなされ、支払われる補償は通常額の最低半額という〔保証は〕依然としてあるけれども、標準定式補償よりも低く、かつもう一つの計算方式は障害に基づく退職年金の受給の可能性を考慮する結果となる」であった。一つ目の質問として、54歳を境とする補償制度が年齢に基づく差別に該当するか、次の質問として障害までの考慮した場合に本件社会保障制度が差別をしているかの2点が問題となった。

前者に関しては、当該社会保障制度は指令2000/78の適用範囲であり、年齢に基づいて異なる待遇を行ったけれども、限られた資源の中で、将来への補償と若年層の労働者の保護と再就職の促進という制度の目的が指令6条1項所定の異なる待遇の正当化の理由に該当すると司法裁判所に認められた。その目的の達成手段として比例性および必要性を有するかの検討に際しては、社会・雇用政策における国家の幅広い裁量を前提に、最低でも通常定式の半分は保証されること、基本権として認められた団体交渉権の結果としてCSPがあること等が考慮され、適切であるとされた。その結果「指令2000/78第2条2項及び6条1項は、職業社会保障体系の規則を排除しないと解釈されねばならない」と結論された<sup>224)</sup>。

2番目の争点に対しては、CSP（及びSSP）の規定は一見中立的にもかかわらず、障害のない者より障害を有する者が常に低い額を受給することが、指令上の間接的に障害に基づく異なる待遇に該当するとし、その正当化が検討された。CSPの目的に関しては上記と同様の理由で正当と認められた。しかし、CSPは、

---

224) *Odar*, cited *supra* note 222), paras. 38-54.

その社会政策目的達成手段として必要とされる程度を超えていると判断された。すなわち CSP の条項をそれが形成する文脈に置きなおして労働者に対する不利な効果を考慮すると、障害者の直面する困難とリスクを考慮した障害者年金の早期需給の趣旨を没却させる、障害者が新しい職を探すのは通常より困難であり、退職年齢に近づくにつれてそのリスクが増大する点などから、争点となっている措置は障害者へ過剰に不利な効果を及ぼすとされた。従って、CSP は指令 2 条 2 項(b)(i)によって正当化されず、「指令 2000/78 第 2 条 2 項は職業社会保障体系の規則を排除すると解釈されねばならない」と司法裁判所は結論した<sup>225)</sup>。

## (2) 排除的效果からの説明

問題は、直接効果を代替的に限定せず排除的效果も含むものとし、個人による指令の援用で生じた結果を基準として、指令自体による個人の義務の賦課を禁ずる判例法を理解する<sup>226)</sup>と、本件において指令が国内制度を排除した結果、指令を援用された相手方の Baxter 社は標準の補償金額と実際の支払い分の差額を支払う義務を負うため、本判決は水平的直接効果の禁止と矛盾する。

しかし、本判決に認められた国内法の排除は排除的效果であると解せば、本判決は水平的直接効果の禁止と整合性を保っている。特別定式補償を定めた規定の適用が排除的效果によって排除されても通常定式補償を定めた CSP の原則規定は有効のまま存続するので、指令が Odar に差額の保障を受ける権利を規定、付与しているのではなく、代替的效果（直接効果）ではない。Baxter 社の差額の支払い義務は、国内法が課す義務である。故に、訴訟の結果は指令が私人に義務を課した訳ではなく、水平的直接効果の禁止と抵触しない。

本判決で争点となった指令の規定は、差別を定義することにより平等待遇原則を定めるもの（2 条）と加盟国措置の正当化が認められて差別を構成しない場合を定めたものであり、実体的な内容を定める。本件の指令は、CIA Security 事件等で争点となった指令 83/189 とは異なり、平等待遇について加盟国法を調和するという、指令として一般的な内容を有する。指令 2000/78 は、実体的な内容

225) *Id.*, paras. 55–72.

226) See, e.g., A. G. Mazák in *Palacios de la Villa*, cited *supra* note 39), paras. 122, 126.

を定める点で上記Ⅲの4判決とも性質が同じである。事件で争点となった指令の特殊性ゆえに、CIA Security 事件等でなされた国内法排除は一般化できないという指摘(Ⅲ5)に対し、本判決における国内法排除は、司法裁判所がより一般的に排除的効果を認めていることを示唆する材料となるように思われる。これは、次のHK Danmark 判決にも妥当する。

## 2 HK Danmark 事件<sup>227)</sup>

### (1) 事実の概要

私人間の訴訟において指令2000/78が国内法を排除するという判断は、再び障害に基づく差別の事件で示された。ちなみに、本件はECが障害者権利条約を承認した後であるので、指令中の「障害」の定義も事件の大きな争点となった。

治癒不能な腰痛等によってフルタイムで働くことが不可能となった2名の私人を代表した労働組合(HK Danmark)は、彼女らを解雇した企業に対して、障害に基づく差別を理由に、指令の実施法である「労働市場における差別の禁止に関する法律」に基づく損害賠償を求めた。解雇の根拠となったデンマークの労働法と指令との整合性が争点となった。排除的効果に関連する先決付託の質問は、「障害を持つ労働者が、給料は支払われたまま、12か月の間に120日間病気を理由として有給で欠勤するならば、雇用者は、短縮された通知期間でもって雇用契約を終了できると定めた国内法が、指令5条が規定する合理的な設備を供給する義務に従った適切な措置を採らない企業の行動の結果として欠勤が生じた場合に、指令2000/78によって排除される」か否かであった。

雇用者が障害者のための設備を整える義務は、不均衡な負担とならない限りという但書が付されており、司法裁判所はその判断を国内裁判所に委ねた<sup>228)</sup>ので、「本件において労働者の欠勤が、企業が適切な設備措置を採らないことに帰せられるならば」という条件を付された上で、「指令2000/78は本訴訟で争点である国内法の規定を排除する<sup>229)</sup>」と示された。

---

227) Case C-335 & 337/11, *HK Danmark v. Dansk almennyttigt Boligselskab* [2013] nyr.

228) *Id.*, paras. 58-9.

229) *Id.*, para. 67.

もう一つは、前の質問とは異なり、企業の行動が原因の場合ではなく、「欠勤が障害の結果である場合には」当該国内法の規定が指令によって排除されるかとの質問であった。国内法の規定は、障害に基づく病欠の日も単なる病欠と計算し、障害と病気は本来異なる概念にも関わらず、障害に基づく病気を病気という一般的な概念に同化させてしまい、障害を有する労働者は、障害による病気の追加的なリスクも負い、国内法に規定された短縮された通知期間により到達しやすく、影響をより受けやすいので、障害者を不利な立場に置くという意味で間接差別をしていると司法裁判所は判断した。けれども、社会および雇用政策における広範な裁量を前提に、事後的な解雇を容易にすることで、病気で繰り返し休む労働者を採用し、その雇用を維持するという立法目的は、正当化に必要な合法的な目的であると判断された。正当化の要件としての、目的を達成する手段が適切かつ比例しているか否かの判断の方は、Odar 判決の基準が示されつつも加盟国裁判所に委ねられた<sup>230)</sup>ため、この質問の解答も、デンマークの立法が目的を追求するのに必要な範囲を超えたならば、という条件付きで、「指令 2000/78 は国内立法を排除すると解釈されなければならない」と判示された<sup>231)</sup>。このように、雇用者と被用者（その代表の労働組合）の間において、国内法が指令によって排除されるとの帰結にも関わらず、司法裁判所及び法務官は水平的直接効果の禁止と抵触する問題に触れなかった。

## (2) 排除的効果からの説明

指令の援用の結果として他方私人に課された負担を直接効果によって課される義務と解する立場から本件の国内法の排除を考えたい。被告企業は解雇の根拠を失い、原告を雇用し続ける義務を負うか又は違法な解雇による損害賠償義務等を負う。それは、私人が義務を課されるので水平的直接効果の禁止と矛盾する。しかし、排除的効果説からは、国内法が排除された結果、被告企業は、病欠に関して短縮された雇用契約終了の通知期間を可とした特別法ではなく、雇用契約終了に関する労働法上の一般規則又は私法の一般法によって義務を負う。指令自体に

230) *Id.*, paras. 84–90.

231) *Id.*, para. 92.

よって、原告が損害賠償や雇用契約上の権利を得るわけでないので、直接効果ではない。よって、本件も水平的直接効果の禁止と抵触しない。

前事件と同じく、「間接的な司法審査」型の訴訟において国内労働法の排除が認められたことは、CIA Security 事件等で問題となった特殊な指令に限らず、司法裁判所が一般的に指令への排除的效果を認めるとも解釈できる。

### 3 Deutsche Lufthansa (Kumpan) 事件<sup>232)</sup>

#### (1) 事実の概要

ドイツの国内法「労働法の規定を修正し廃止するパートタイム労働と有期契約に関する法律（以下 TzBfG）<sup>233)</sup>」と EU 法との適合性が争点となった。TzBfG は、産業の枠を超えた組織によって締結された枠組協定を実施するための指令 1990/70 の実施法であった。TzBfG14 条 3 項は、Mangold 判決において共同体法との抵触を理由に排除されると判示された後、2007 年 4 月の「高齢者の雇用機会改善に関する法律」により効力を新たにした。

Kumpan は、1991 年から Lufthansa 社と雇用契約を締結し、当該契約中に客室乗務員に適用される労働協約の条項が含まれていた。雇用契約の終了に関する協約の条項は、55 歳に達すると契約が自動的に終了し、一定の場合は、新たに合意して 60 歳まで原則 1 年ごとに更新可能と定めていた。Kumpan は、2000 年 4 月に 55 歳に達した後、同社と 1 年毎に有期契約を更新した。彼女は 2005 年 4 月に 60 歳に達し、更なる契約更新は不可能なはずであったが、労働協約は TzBfG14 条 1 項<sup>234)</sup>に違反し、労働協約を正当化する同条 3 項<sup>235)</sup>は EU 法と抵触するとして契約の継続を求め、同社に対して訴えを提起した。

ドイツ国内裁判所によると、有期契約の締結を可能とする労働協約を正当化で

---

232) Case C-109/09, *Deutsche Lufthansa AG v. Kumpan* [2011] ECR I-1309.

233) 2000 年 12 月 21 日の法律。2001 年 1 月 1 日発効。

234) 柱書は、「有期契約は、客観的な事由のある場合に締結することができる。客観的な事由とは特に次の場合に存在する」と定めていた。

235) 「有期雇用契約の開始時に労働者が 58 歳に達していたならば、有期雇用契約の締結は客観的な正当化事由を要しない。同一の雇用者と締結した期間の定めのない前の雇用契約と密接かつ客観的な結合がある場合には、有期契約はすることができない。当該結合は、特に 2 つの雇用契約の間隔が 6 カ月より短い場合に推定される。」と定めていた。

きる可能性のある国内法規定は TzBfG14 条 3 項のみであった。けれども、Mangold 判決があったので、同項と EU 法との整合性を疑い、以下の質問を司法裁判所へ送付した「2. 枠組協定 5 条 1 項は、有期雇用契約開始時に労働者が 58 歳である、かつ同じ雇用者と期間の定めのない以前の雇用関係と密接な客観的結合はないという理由のみで、客観的な理由なく、有期雇用契約を制限なく連続して無制限の長さにならないうえ、更なる理由なく締結を許容する国内法の規定を排除するという趣旨で解釈されるか。3. ……質問 2 に対して肯定の返事がなされた場合、国内裁判所は国内法を排除しなければならないか」。

司法裁判所は質問 2 及び質問 3 に次の様に解答し、質問 1<sup>236)</sup>には答える必要がないとした<sup>237)</sup>。枠組協定 5 条 1 項<sup>238)</sup>は、加盟国に対して、期間の定めのある契約の濫用の防止のための手段について一定の裁量を認める。TzBfG14 条を見ると、職のない高齢の労働者の就労の促進を目的としていても、現に職のある高齢者へも協定 5 条 1 項の理由が求められずに契約を可能とするように適用される点で、保護を弱める<sup>239)</sup>。けれども、協定 5 条 1 項は同条列举の制限事由ではなくても、国内法が他の実効的な濫用防止措置を採用することも認める。この点、TzBfG14 条 3 項は、期間の定めのない契約を締結していた雇用者とその後に有期雇用契約の締結を制限している。国内裁判所によると、当該制限は、本件契約は同じ Lufthansa 社との契約であるが、2004 年から 2005 年であり、期間の定め

236) [指令 2000/78] 1 条、2 条 1 項及び 6 条 1 項並びに / 又は共同体法の一般原則は、労働者が 58 歳に達したという理由のみによって、更なる条件なしに、労働者と有期契約が締結できるという 2001 年 1 月 1 日から発効した国内法 [TzBfG] の規定を排除するよう解釈されるか。

237) *Kumpan*, cited *supra* note 232), para. 58. 指令 2000/78 及び法の一般原則の質問に対して解答を行わなかったのは、指令の実施期限との関係で再び複雑な問題を引き起こす可能性があったからと考えられる。

238) 枠組協定 5 条 1 項は次のように規定していた。「有期雇用契約または契約関係を連続して用いることから生じる濫用を防止するために、加盟国は、国内法、労働協約若しくは慣行に従って労使と協議した後に、及び / 又は労使は、濫用を防ぐために同等の法的措置がない場合に、労働者の特定の分野と及び / 若しくは種類の必要性を考慮に入れた方法で、以下の一若しくは複数の措置を導入する。(a)当該契約又は関係の更新を正当化する客観的理由 (b)連続する有期契約又は関係の全体としての最長の長さ (c)当該契約又は関係の更新の回数」。

239) *Kumpan*, cited *supra* note 232), paras. 32-43.

のない契約は2000年に終了していたので、本件の事案には適用されない。

しかし、国内裁判所は適合解釈義務により、協定5条から、TzBfG14条3項が、同じ雇用者と締結した有期契約は、期間の定めのない契約の直後ではなく数年の間隔が空いていたとしても、その間はずっと制限なく有期契約によって同じ雇用者と同じ仕事をしていたという状況にも適用されるよう解釈されなければならない<sup>240)</sup>。

なお、判決は以上の結論を示す前に、協定5条1項は、加盟国に裁量を認めているので、個人が援用できるほどに「無条件かつ十分に明確」ではないと述べていた<sup>241)</sup>。

## (2) 排除的効果を支持する理論が唱える司法審査との整合性

司法裁判所は、判決の前半で協定5条の裁量の範囲内にTzBfGが留まるかの司法審査を行い、次の段階で、加盟国法がその裁量の中に留まるために適合解釈義務を課した。水平的関係の訴訟において、司法裁判所が、EU法と適合しない国内法の排除の要否を問う国内裁判所の質問に対し、国内法の適合解釈義務とその内容を示した点は、「適用する義務I」の後に「適合解釈義務」が裁判所に課されるとの指摘（Prechal判事）及び、適合解釈が無理な場合に指令による国内法の排除義務が課されるという分析（庄司教授）と一致する。

従って、3つの判決を総合すると、司法審査・「適用する義務I」の後に、Lufthansa事件においてはドイツ国内法の適合解釈が可能であったので適合解釈義務が国内裁判所に課され、他の2事件においては、適合解釈義務が不可能であったので、排除的効果・抵触排除義務が判示されたと言える。

## 4 排除的効果と第二小法廷の3判決

以上の排除的効果による説明に加え、これらの判決と水平的直接効果を禁止する判例法との整合性の説明の仕方は大きく二つある。第一は、これらの判決は、Küçükdeveci判決と同じと解する説明である。すなわち、上記判決は指令が規

---

240) *Id.*, paras. 44-57.

241) *Id.*, para. 51.

定するのと同内容の年齢や障害に基づく差別を禁止する EU 法の一般原則の直接効果として、それと矛盾・抵触する国内法を排除した。

第二は、判決が国内法排除を示したのは、加盟国裁判所が指令に適合するように国内法を解釈しなければならないという趣旨であると解する。つまり、指令による国内法の排除を適合解釈義務の効果に位置づける。このような説明は、過去に私人間で指令が国内法を排除すると示した判決に対しても行われてきた。

以上の3つの説明のうち、適合解釈義務と排除的效果の密接性を考え、排除的效果による説明と法の一般原則に拠る説明を検討する。おそらく現在の多数説は法の一般原則の効果による説明である。他方で、上述のように、排除的效果を認める理論の説明には一定の説得力がある。しかし、3判決が指令の排除的效果を支持したと解するには難点もある。まずは、Kücükdeveci 判決前後の司法裁判所による判例法の流れという観点から、個々の判決・法務官意見において指令の排除的效果以外を示唆する部分を検討する。

#### (1) 判例法の展開を考慮した法の一般原則による国内法排除の説明

上述の様に、Kücükdeveci 判決以前から、排除的效果を支持する法務官<sup>242)</sup>からも含めて、司法裁判所は排除的效果を指令に認めていないという評価がなされていた。Kücükdeveci 判決も指令に排除的效果を認めたと評価するのは難しい<sup>243)</sup>。ゆえに、同判決は法の一般原則の直接効果による国内法の排除が行われたとする解釈が有力である。ただし、法の一般原則は直接効果の要件である法規の明確性等に問題がある。そのため、法の一般原則に依拠した国内法の排除を認める見解の中においても分析に若干の相違がある。庄司教授は、Kücükdeveci 判決を法の一般原則の水平的直接効果ではなく、抵触する国内法の排除義務を示した判決と分析する<sup>244)</sup>。

Domiiguez 事件の Trstenjak 法務官意見によると、Kücükdeveci 判決は Mangold 判決を洗練し、Mangold/Kücükdeveci 判例法として、指令ではなく「指令に表現された年齢差別禁止の一般原則」を私人間に適用する新たなアプローチを

242) *E.g.*, A. G. Bot in *Kücükdeveci*, cited *supra* note 20), paras. 63-4.

243) 柳生・前掲注 79)、72-3 頁。

採った。その「一般原則と指令の結合された適用 (combined application)」は、指令が法の一般原則に特定の表現を与えることによって一般原則が直接効果に必要な明確さを得る点で、「純粋な形 (in pure form) での一般原則の適用」の欠点を回避できると指摘する<sup>245)</sup>。当該アプローチの適用の要件の一つとして、差別を行う加盟国立法が指令が規律する領域の範疇に入らねばならないのであり、その帰結として法の一般原則の適用もその限りに制限される<sup>246)</sup>。このアプローチの背後には、特定の派生法の中において表現を与えられた共同体法の一般原則が、立法に代替して又は立法から独立して援用される状況への懸念を和らげようとする努力が存在しよう。例えば、Mazák 法務官は、その様な法の一般原則の適用が法的安定性を害するのみでなく、条約が定めた共同体法と加盟国の権限配分を危うくする可能性がある」と指摘していた<sup>247)</sup>。特に、法務官は、指令 2000/78 の制定根拠となった EC 条約 13 条は、理事会に差別とたたかう適切な行動を採択するよう権限を付与し、理事会が指令という手段を選択したのであるから、指令が包含する水平的直接効果の制限を法の一般原則によって潜脱するべきでないと警告していた。

---

244) 庄司・前掲注 58)、251-2 頁。Kaczorowska, *supra* note 91), at 268. de Mol 教授も、「年齢に基づく差別禁止が水平的直接効果、より特定すれば水平的排除的效果を与えられた」と述べる (de Mol, *supra* note 144), at 293)。この点に関して、司法裁判所が直接効果の要件を緩和し、多くの規定に直接効果を認めてきた判例法の延長として Mangold 判決を把握することが可能であるとの指摘も存在する (See Schüzte, *supra* note 80), at 115-7)。

排除的效果は公的な行為の審査に関係し、代替的效果は私的な行為の審査に係ると区別する立場からは、効果の相違は法の一般原則の適用範囲に差をもたらすという (de Mol, *supra* note 144), at 301-2)。それによると、司法裁判所は、指令の適用範囲内に入る国内措置へ法の一般原則を適用する。この背後には、指令を実施する加盟国の義務の履行確保がある。仮に Küçükdeveci 事件の差別が純然たる私法上の契約に基づいていた場合、法の一般原則の適用を呼び込むための国内措置が存在せず、一般原則の適用の根底にある指令の実施確保という要請も働かない。従って、法の一般原則を適用するには、私人が指令の実施を担う等の特別な追加的事情が必要となる。従って、法の一般原則によって、指令の事実上の水平的代替的效果の実現は例外的な場合に限られるという。Küçükdeveci 事件自体については、排除的效果を認めるか否かで結論が異なる訳ではない (See Kaczorowska, cited above, at 268)。

245) See A. G. Trstenjak in *Dominguez*, *supra* note 132), para. 146, 152.

246) *Id.*, paras. 147, 149.

247) *Id.*, paras 134-7.

Dominguez 判決自体は、結合適用アプローチについて述べていない<sup>248)</sup>。けれども、司法裁判所が当該アプローチを採用している<sup>249)</sup>可能性もある。指令 2000/78 とは関係のない同時期の判決も、指令と法の一般原則の関係について Mangold 判決等と類似の把握をする。域内電気市場における再生可能資源から電力生産の促進に関する指令 2001/77 中に規定された差別禁止規定 (6 条 1 項) が平等原則の特定の表現に過ぎない<sup>250)</sup>と述べた。Mangold/Kücükdeveci 判決において水平的直接効果を生じたのは、「年齢差別禁止原則そのもの」ではなく、「指令 2000/78 中に表現を与えられた年齢に基づく差別禁止原則」である可能性もある<sup>251)</sup>。ただし、この結合適用アプローチも、基本的には私人間に法の一般原則を適用する立場に属する。なお、Schmidt 教授は、司法裁判所が以前から Mangold 判決と同じ様な法の一般原則の適用をしていたと指摘する<sup>252)</sup>。

3 判決が<sup>3)</sup>、このアプローチを採用した形跡は以下の点に見出せる。Odar 判決

---

248) de Mol 教授は、アプローチが当該事件に適用されていないだけで、アプローチが廃された訳ではないとする。ただし、同判決は、アプローチを制限適用する司法裁判所の姿勢を示唆するかもしれないとされる。同教授は、説得力のある議論が存在すれば判決に書かれたであろうから、大法廷を構成する裁判官の内でもアプローチの不適用にコンセンサスが無いと推測する (de Mol, *supra* note 144), at 291, 302)。

249) Palacios 判決において、司法裁判所は、法の一般原則が指令よりも広い効力を認められないとの Mazák 法務官の懸念を受け入れたとする分析もある (Tonio Gas, “Mangold und die Folgen”, *EuZW* 23/2007, (2007), 713)。

250) Case C-2/10, *Azienda Agro-Zootecnica Franchini sarl and Eolica di Altamura Srl v. Regione Puglia* [2011] ECR I-6561, para. 64.

251) de Mol, *supra* note 144), at 300.

252) See Marlene Schmidt, “The Principle of Non-discrimination in Respect of Age: Dimensions of the ECJ’s *Mangold* Judgment”, *German Law Journal* Vol. 7, No. 5, (2005), 518. その様な判決の一つとして、Age Concern England 判決が挙げられよう。垂直的關係における事件であったけれども、裁判所は、「[指令 2000/78 第 6 条 1 項] は……国内措置を排除しない」と述べる一方、Mangold 判決を引用して「[加盟国に認められた指令実施に関する広範な] 裁量は、年齢に基づく差別禁止原則の実施を危うくする効果を有することはできない」と判示した (Case C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* [2009] ECR I-1569, paras. 43-51)。なお、Mazák 法務官によると、「本件は、Mangold 判決、Lindorfer 判決、Palacios de la Villa 判決及び Bartsch 判決に続いて、年齢差別に関して明らかになってきている判例法の体系を膨らまし、指令 2000/78・2 条に規定された年齢に基づく差別の禁止に関して加盟国が負う義務に更なる光を投じるよう司法裁判所は要請されている」事件であった (A. G. Mazák in C-388/07 *Age Concern England* [2008] ECR I-1569, para. 3)。

は、指令の文言に照らしてドイツの国内制度の司法審査を行う前に、「雇用と職業の領域において年齢に基づく差別禁止の原則へ特定の表現を与えた指令 2000/78の適用範囲内の措置を採択する場合、労使は指令を尊重しなくてはならない(下線付加)」と述べ、Prigge 事件及び Tyrolean Airways 事件を確立した判例法として引用した<sup>253)</sup>。その両判決とも指令のみによる国内法の排除を示したとは断定し難い<sup>254)</sup>。Odar 事件の法務官意見は、年齢差別禁止が基本権憲章に定められていることに言及し、「指令 2条(2)(b)(i)及び 6条(1)は、差別禁止の一般原則からの逸脱であるので、両条項とも厳格に解釈されねばならない」と指摘していた<sup>255)</sup>。反対に、判決自体は基本権憲章に言及していない。法務官自身も指令に照らして国内措置を審査し、指令は「加盟国措置を排除すると解釈されねばならない」との文言を用いた<sup>256)</sup>。けれども、判決が、差別禁止の法の一般原則または基本権憲章という EU 法の第一次法によって国内法を排除した可能性は否定できない。これらが水平的直接効果を持つことにも問題は指摘される<sup>257)</sup>ものの、判決の説明として第一次法適用説<sup>258)</sup>が有力であろう。HK Danmark 判決の Kokott 法務官も、デンマーク法による間接差別の正当化の検討に際し、指令の文言を参照しつつも事件に実際に適用したのは法の一般原則と解釈できる表現を用いた。すなわち、「[指令 2条(2)(b)(i)] の文言は、不平等な待遇の正当化についての EU 法で認められた一般的な要件を含んでいる<sup>259)</sup>」と述べた。Kokott 法務官は、別事件の意見において、指令 2000/78 第 6 条についても、「EU 法の下で認められた、待遇の差の正当化を規律する一般的な要件を定めた以外の何ものでも

---

253) *Odar*, cited *supra* note 222), para. 34.

254) 柳生・前掲注 79)、76-8頁。Cf. Mathias Möschel, “Race discrimination and access to the European Court of Justice: *Belov*”, *CMLRev.* 50, (2013), 1445.

255) A. G. Sharpston in Case C-152/11, *Odar* [2012] nyr, para. 57.

256) *Id.*, paras. 30, 82.

257) See generally, Čapeta, *supra* note 5), at 578-84. *Contra*, e.g., A. G. Tizzano in Case C-144/04, *Mangold* [2005] ECR I-9985, paras. 101-2.

258) 本稿が検討した事件の間に出された Hennings 判決は、基本権憲章が法的拘束力を得たことに伴い、「基本権憲章 21 条において宣言されかつ指令 2000/78 において特定の表現を与えられた年齢に基づく差別禁止原則」と表現を変化させたと指摘される (Čapeta, *supra* note 5), at 572)。

259) A. G. Kokott in Joined Cases C-335 & 337/11, *HK Danmark* [2012] nyr, para. 69.

ない<sup>260)</sup>」と述べていた。形式的にも、大法廷判決でもない HK Danmark 判決が判例を変更したとは考えられない。

学説においては、結合適用と視点はやや異なるものの、中西教授も「指令が EU 法の一般原則と結びついている場合にのみ国内法が不適用になる」と指摘する。上記の判決の文言、法務官意見及び学説の分析を併せると、直接効果であろうと排除的效果であろうと、(指令と)法の一般原則の適用と解する余地は十分にある。

## (2) 指令の排除的效果による国内法の排除の説明

しかし、「指令は国内法を排除する」という文言が明示に用いられた事実が存在する。この判例の不明確性を、水平的直接効果を否定してきた判例法は「消極的な水平的直接効果」への発展過程にある<sup>261)</sup>、つまり排除的效果を認める発展と解釈することも可能である。

Odar 判決及び HK Danmark 判決が、直接効果の要件に照らして指令 2000/78 の規定を検討していない。この事実から、司法裁判所が、当該事件を代替的效果(直接効果)の問題ではないと把握したとは断言できない。条約の水平的直接効果を認めた Defrenne II 判決においては、司法裁判所が直接効果を争点としたにもかかわらず、現機能条約 157 条の規定が「無条件かつ十分に明確」か否かは明示には検討されなかった。しかし、その場合も、司法裁判所は、「無条件かつ十分に明確」の要件に従っている<sup>262)</sup>。従って、直接効果の要件の検討の不存在が排除的效果の肯定へ結びつくわけではない。

問題は、上記 3 判決が排除的效果を認めたとして、Kücükdeveci 判決等が排除的效果を否定した事実と如何に整合性を保つかである。一つは、判例法が、Kücükdeveci 判決等は法の一般原則に関係する判決であるとして考慮から除外し、指令の排除的效果・抵触排除義務を全面的に認めたと考える。この説明には

260) A. G. Kokott in Case C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark* [2010] ECR I-9343, para. 42.

261) ノルベルト・ライヒ(曾野裕夫訳)「ヨーロッパ法における公私峻別論」新世代法政策学研究 12 卷 123 頁(2011)。

262) 中村・須網・前掲注 16)、50 頁。

上述の批判があった。もう一つの説明としては、上述 II 5 の様に、Küçükdeveci 判決において指令の排除的効果が認められないのは個人の援用の制限であるのに対し、Odar 及び HK Danmark 判決は、個人の援用が無いから Küçükdeveci 判決と事案が違うと解釈できよう。それらは、直接適用可能性（国内的効力）を基礎とした司法審査を行い、EU 法の優越性の当然の帰結から「国内法の適用排除」と述べたに過ぎないと考えることになる。Odar 及び HK Danmark 判決における加盟国法の審査は義務不履行訴訟と同じである。すなわち、両判決は援用を介して個人に関する指令の効果を判断する状況ではないから、指令が個人に義務を課すことはできないという水平的直接効果の制限はかからない。この分析を補強するのは、それらと同じ文言を用いて国内法の排除を指示した後に、直接効果の有無を別に判断した Dominguez 判決である。すなわち、判決は「指令 2003/78 第 7 条 1 項は、有給休暇の権利を、最低 10 日間又は 1 ヶ月の実際の労働を条件としている国内規定又は慣行を排除すると解釈されるか」と「指令 2003/78 第 7 条は、私人間の訴訟において 7 条に反する国内規定が無視され (disregarded) なければならないと意味するように解釈されなければならないか」の 2 つの付託質問に対し、最初には国内法の排除を認めた。裁判所は、次を直接効果の問題として扱い、規定が無条件かつ十分に明確であるが、援用の相手方の雇用者が私人か否か判断するよう国内裁判所に指示した<sup>263)</sup>。

## 5 裁判官の構成からみる排除の効果に対する司法裁判所の立場の推測

上述の通り、数名の法務官が排除的效果を認める理論を支持する。司法裁判所における大法廷の審理に参加する裁判官の数ですら全体の半分強でしかなく、裁判官が判例法を知ることがより困難になっている現状において、法務官が判例法の整合性へ貢献しており、その役割はますます重要になっている<sup>264)</sup>と指摘され

---

263) 法務官意見の第 1 質問の解答は裁判所と同じである。しかし、第 2 質問について、意見は、先決付託質問の主題を設定するのは加盟国裁判所であることを強調し、付託裁判所が私人間の訴訟を措定し、被告企業が国家（の派生物）か否かについて追及しない以上、私人間の訴訟として扱うべきであり、司法裁判所もそれに拘束されるとした (A. G. Trestenjak in *Dominguez*, cited *supra* note 132), paras. 56-8)。

264) Čapeta, *supra* note 5), at 566.

図表 3 関連判決における司法裁判所第二小法廷の裁判官構成

	Kumpan	Hennings/ Mai	Tyrolean Airways	Hörnfeldt	Odar	HK Danmark
Cunha Rodrigues	○(裁判長)	○(裁判長)	○(裁判長)	○(裁判長)		
Arabadjiev	○	○	○	○	○	○
Rosas	○	○		○	○(裁判長)	
Caoimh		○	○		○	
Löhmus	○		○	○	○	
Fernlund			○	○	○	
Lindh	○	○				
Lenaerts						○
de Lapuerto						○(裁判長)
Arestis						○
Cruz Vilaca						○

る。ただし、排除的効果については、司法裁判所は法務官の影響を受けていないとも評される<sup>265)</sup>。本節はより直接に排除的効果を認める判事に焦点をあてて、裁判所の立場を検討したい。表(図表 3)が示すように、第二小法廷において関連事件を審理した判事の顔ぶれを見ると、複数の判決に関与した判事が多く、法廷内の審理及び判決の一貫性は保たれたと推測するのが妥当であろう。

注目する点は、ほとんどの事件において法廷を構成する裁判官の中に排除的効果を支持する判事が含まれていた事実である。Lenaerts 判事は、著書等<sup>266)</sup>で指令に排除的効果を認める。Rosas 判事も、水平的直接効果の禁止が確たる判例法となっている以上は、共同体法の憲法的秩序への影響から、EU 法の実効性を損なわないよう直接効果の範囲を制限するよう主張する<sup>267)</sup>。本稿の検討対象の事件ではないが、Prechal 判事も Lenaerts 判事と共に Prigge 判決(大法廷)に携

265) Dougan, *supra* note 19), at 950.

266) Lenaerts/Van Nuffel, *supra* note 6), at 910.

267) Rosas/Armati, *supra* note 41), at 81.

わっていた<sup>268)</sup>。Timmermans 教授もかつて司法裁判所において判事を務めた<sup>269)</sup>。以上から、判決からは明確にならなくとも、指令に排除的效果が認められていると推測するのも全く不可能という訳ではない。

## V おわりに

加盟国措置の適法性の審査基準となる指令の効果は、従来から認められてきた。その意味で、司法裁判所は、排除的效果を限定的ながらも認めてきたといえる。Timmermans 教授は、「直接的な司法審査」が一般的な慣行となれば、司法裁判所が「間接的な司法審査」における国内法の排除も受け入れる様に進化する<sup>270)</sup>と予測していた。現在、「直接的な司法審査」を越えて「間接的な司法審査」の類型にも司法裁判所が排除的效果を認めるかは、検討対象の限定性も加味して、慎重な評価を要する。Mazák 法務官が指摘するように、排除的效果を認めると、私法上の契約関係ですら最終的には国内（契約）法に従わなければならないのであるから、ほぼ全ての水平的関係が Wells 判決と同じ類型と捉えられる<sup>271)</sup>、つまり「直接的な司法審査」及び「間接的な司法審査」問わずほぼ全ての訴訟において国内法の排除が認められるはずだからである。それが司法裁判所の判例法と一致するとは言い難い。けれども、Ⅲ・Ⅳの判決が「間接的な司法審査」の類型において指令による国内法の排除を認めた以上、司法裁判所が排除的效果・抵触排除義務を認めているとの説明も説得力を有する。また、排除的效果を認める判事が判決に関与した。

排除的效果の根拠として EU 法の優越性が強調される<sup>272)</sup>。けれども、指令が加盟国内において効力を有するための直接適用可能性（国内的効力）が忘れられてはならない。「直接適用可能性は、加盟国法秩序内における EU 規範の国内的

---

268) なお Tizzano 裁判官も審理に加わっていた。

269) 例えば、同判事は、Cadman 判決（大法廷）において、Rosas 判事と共に審理に加わった（See Case C-17/05, *Cadman v. Health and Safety Executive* [2006] ECR I-9608）。

270) Timmermans, *supra* note 17), at 551.

271) A.G. Mazák in *Palacios de la Villa*, cited *supra* note 39), paras. 121-2.

272) See, e.g., *id.*, para. 125.

効力を指す一方、〔直接効果〕は、特定の事件における拘束力を有する規範の個別の効果である<sup>273)</sup>」ように、直接適用可能性（国内的効力）を前提とした司法審査・「適用する義務 I」は、EU 法と加盟国法の一般的な抵触を審査する。この点から、個人による指令の規定の援用がない場合には、義務不履行訴訟と同じ司法審査の帰結が国内法の排除という形で先決付託手続において示された可能性もある。直接効果において司法裁判所が個人の権利の保護かはたまた EU 法の実効性の確保を重視するかの議論<sup>274)</sup>がある。けれども、排除的效果の前提である司法審査は、直接効果とは異なり、特定の事件における個人の援用から切り離された効果であるため<sup>275)</sup>、より加盟国法に対する EU 法の実効性を確保する概念と評価できる。

ただし、IV の事件に関しては法の一般原則（及び指令）の効果として判決による国内法の排除を説明する方が多数説である以上、指令の直接適用可能性（国内的効力）を根拠とした司法審査および EU 法の優越性と結びついた排除的效果を司法裁判所が支持していると判断するには、裁判所による更なる判例法の蓄積及び明確化が必要である。排除的效果は適合解釈義務の延長線上にあった。司法裁判所が、指令の排除的效果及び直接適用可能性（国内的効力）を明示に承認することがあれば、それは EU 法の実効性を増すと共に、EU と加盟国の権限関係の変化を意味することになる。

---

273) Schützte, *supra* note 80), at 112; See also, Arnulf, *supra* note 44), at. 185. Cf. Dougan, *supra* note 19), at 942-3.

274) See, for example, Prechal, *supra* note 73), at 180.

275) Cf. Lenaerts/Corthaut, *supra* note 88), at 297-9.