

Title	「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：年齢差別禁止原則をめぐるECJの裁判例に関連させて
Sub Title	Rethinking on direct effect of directives through controversy over "Horizontal direct effect"
Author	柳生, 一成(Yagyu, Kazushige)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2013
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.25 (2013. 3) ,p.23- 92
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20130321-0023

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「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

——年齢差別禁止原則をめぐるECJの裁判例に関連させて——

柳 生 一 成

- I はじめに
- II 指令の直接効果の定義
 - 1 定義間の違い
 - 2 水平的関係
 - 3 援用と個人の権利（義務）
 - 4 国内法を排除する他の指令の効果との関係
- III 指令の水平的直接効果をめぐる判決・法務官意見
 - 1 Mangold 事件（大法廷）
 - 2 特に指令2000/78・差別に関連した法務官意見
 - 3 Küçükdeveci事件（大法廷）
 - 4 Küçükdeveci事件以降のECJ判決
- IV 直接効果の定義の再検討
 - 1 定義の再検討
 - 2 近年の水平的直接効果をめぐる議論の背景
- V 結論

I はじめに

欧州連合機能条約（以下「機能条約」）288条に定められた指令（directive; Richtlinie）は、規則（regulation; Verordnung）や機能条約自体の条文と異なり、水平的直接効果を持たないとされてきた。すなわち、欧州司法裁判所（ECJ）は、私人間における直接効果を認めてこなかった。

しかし、2006年のMangold判決は指令の水平的直接効果を認めたとも解釈できる判示を含み、大きな論争を巻き起こした。水平的直接効果は、後のKücükdeveci判決において再び否定されたため、判例法上は一応の決着をみたと言える。

けれども、指令の水平的直接効果、さらには直接効果の定義をめぐる問題が解決されたとは言えない状況にある。二つの事件の間に出された法務官（Advocate General）意見と学説等は、Mangold判決の意義を議論する中で直接効果の定義に対する立場の違いを浮き彫りにした。

本稿では、Mangold判決で問題となった年齢差別禁止原則と当該原則を規定する指令2000/78を中心として、Mangold判決前後のECJ判決と法務官意見を踏まえて、指令の直接効果の定義、特に直接効果を制限する「個人の義務」の概念の再考が必要かを中心に検討する。指令を扱う理由は、直接効果の概念で一番問題となるからである¹⁾。

その検討を通じたねらいは、二つある。一つは、ECJが指令に違反する国内法を直接効果によって排除する基準を明らかにすることである。もう一つは、従来の指令の水平的直接効果をめぐる議論に今回の論争が何を加えたかを指摘することである。「個人の義務」に対する個人の権利に目を向ければ、指令2000/78に定められた年齢に基づく差別の禁止は欧州連合基本権憲章にも規定される基本権（人権）である。従来から、水平的直接効果を認めよとの主張は有力であったけれども、この基本権の指令の直接効果に関する議論への影響を明らかにしたい。というのも、基本権の保護はEUにとっても極めて重要であるからである。Mangold事件が指令2000/78に関わる最初の事件であり、その年齢差別禁止に関する一連の事件を追いつつ指令の効果を検討するのは、基本権憲章、法の一般原則そして指令による基本権の保護の関係を考える場合にも参考となろう。ゆえに、ECJの年齢差別禁止の裁判例に焦点をあてる。

検討の順番は、最初に垂直的な関係も含めて指令の直接効果の定義を確認し

1) *E.g.*, Weatherill, 125.

(Ⅱ)、Mangold判決に関連する判決・法務官意見を検討し(Ⅲ)、直接効果の定義を検討しつつ、現時点においてECJが指令の水平的直接効果を制限する個人の義務に与えた意義を総括する(Ⅳ、Ⅴ)。

Ⅱ 指令の直接効果の定義

1 定義間の違い

加盟国の国内裁判所がECJに機能条約の解釈についての質問を付託する先決裁定手続(機能条約267条)において、加盟国裁判所およびECJも「直接効果」という文言を頻繁に用いている²⁾。ECJは、直接効果を所与の概念としてそれらの質問に解答を与えており、国内裁判所・ECJが判決の中で直接効果を明確に定義はしない。そこで、ECJの判決を整理して直接効果を定義する学説を検討していきたい。それらの学説の定義をECJの判例法と照らし合わせる。

代表的には、指令の直接効果は、加盟国が指令を実施しないまたは不正確に実施した場合に「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義務を課し、ならびに、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」(以下「限定説」)と定義される³⁾。また、これから権利の要素を抜いて「国内裁判所で援用されるEU法の資格」⁴⁾との定義(以下「客観的直接効果」⁵⁾)もある。

ところで、指令の他の効果として、国内裁判所が指令に適合するよう国内法を解釈するよう適合解釈義務を課す(間接効果)、指令を実施しない加盟国の

2) See, e.g., Joined Cases 397 to 403/01, *Pfeiffer v. Deutsches Rotes Kreuz* [2004] ECR I -8879, paras. 102-8.

3) 庄司・直接効果15頁。佐藤哲夫『国際組織法』209頁(有斐閣、2005)も参照。

4) E.g., Bruno De Witte, *Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order*, in THE EVOLUTION OF EU LAW 177, 177 (Paul Craig & Gráinne de Búrca eds., Oxford 1999).

5) Craig & de Búrca, 270.

損害賠償責任をもたらす、加盟国の指令の実施が指令に規定された裁量の範囲内か否かの適法性審査基準となるという三つの効果が主に挙げられる⁶⁾。

最後の適法性審査基準を直接効果に含め、「事件を規律する規範としてまたは適法性審査の基準として共同体法の関連規定を適用する裁判所または他機関の義務」（以下「拡張説」）とする定義⁷⁾もある。

限定説と拡張説の違いは、適法性審査基準を含めるほかに、拡張説は裁判所が指令を適用するのを義務とし、限定説の中の権利も「個人の援用」という要素も不要とする⁸⁾。

もう一つの違いは、限定説は直接効果を、個人が裁判所においてEU法を援用できるかの次元の問題とし、「直接適用（可能性）（directly applicable）」というEU法が加盟国法秩序に組み込まれる国内法化の次元と区別する⁹⁾。しかし、拡張説は直接適用と直接効果を区別せずに限定説より広く直接効果を把握する¹⁰⁾。

ただし、指令は加盟国の国内実施措置を必要としているので直接適用されない¹¹⁾と考えても、直接効果により国内裁判所で援用できるなら指令の規定は国内法秩序に融合しているので直接適用されないことに実際上の意味は少ない¹²⁾ともされる。よって、指令は直接適用されず直接効果によって国内裁判所において適用されると考えても、適法性審査を直接効果に含める定義¹³⁾（「引き金（trigger）モデル」と言われる）もある。

以上から、定義の検討は、定義間の相違点である権利、適法性審査基準、援用を含めるか否かの点に着目して進める。

6) 庄司・基礎編147頁。

7) Prechal 2005, 241.

8) Prechal 2000, 1049-58.

9) 須網隆夫「ECにおける国際条約の直接効果——『条約の自動執行性』と『EC法の直接効果』——」早稲田法学76巻3号57-8頁（2001）。

10) Prechal 2000, 1067-9.

11) 須網・前掲注9)、57-8頁

12) 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147頁（1994）。

13) Dougan 2007, 42.

2 水平的関係

次に、水平的直接効果の水平的関係を定義する。一般的には、指令が援用される私人対国家の関係を垂直的、私人対私人の関係が水平的とされる。けれども、当事者間の関係は様々である。そこで訴訟に関係する者の数に着目して、指令の効果が問題となる状況を次の六類型に整理する¹⁴⁾。

(1) 二者間状況

最初の訴訟の当事者が二者の間の状況として、(i)「垂直的直接効果」として私人が指令を実施していない国家に対してその規定を援用するという典型的な状況がある。直接効果が認められた初期からRatti事件¹⁵⁾、Becker事件など多くの事件がある。

次に(ii)として、「逆直接効果（‘inverse direct effect’）」となる、国家が私人に対して不利となるように指令の規定を援用する状況がある。

その中のArcaro事件¹⁶⁾は次のような事案である。指令76/464等は、有害物質の排出には加盟国当局の事前の許可を得るよう定めていた。ところが、A国が指令を実施した国内法は、新規の工場には許可を求め、許可を得ない者に対する罰則も定めていたものの、既存の工場には許可を不要としていた。このように完全に指令を実施していなかったA国は、カドミウムを許可なく河川に排出した既存の工場の代表者Xに対して、指令に依拠して許可を求め、許可がないことを理由としてXを処罰できるかが争点となった。

(iii)とする類型は、私人が私人に対して指令の規定を援用する状況である。例えば、Dori事件¹⁷⁾では、事業者と契約を結んだ消費者の、未実施の指令に基づいた契約の取消権の行使の可否が争点となった。この場合に肯定されると「水平的直接効果」となる。本稿においては、特に問題となる状況の(ii)を「逆

14) Cf. Lackhoff & Nyssens, 400-2; DAMIAN CHALMERS ET AL., EUROPEAN LAW CASES AND MATERIALS 291-3 (Cambridge 2d ed. 2010). 中西139-52頁も参照。

15) Case 148/78, *Pubblico Ministero v. Ratti* [1979] ECR 1631.

16) Case C-168/95, *Criminal Proceedings against Arcaro* [1996] ECR I -4719.

17) Case C-91/92, *Dori v. Recreb Srl* [1994] ECR I -3347.

垂直関係」、(iii)を「本来的水平的関係」と呼ぶ。

(2) 三者間状況

次に三者が訴訟によって影響を受ける三者間状況（triangular situations; Dreiecksverhältnis¹⁸⁾）と言われるさらに三つの類型がある。

(iv)番目の類型が想定するのは、例えば第三者である企業等の情報を保有する国家へ私人がその開示請求をする場合等である。一般化して言えば、指令は、個人が国家に何かを要求する権利を与え、それが他方私人に結果的に負担を与える場合で、私人に義務を課す国家の義務を規定している状況である。

この例としてあげられるCostanzo事件¹⁹⁾は次のような事例である。指令71/305/EECは、公共事業の入札の際に不当に低い額を提示した者を排除できるとしていた。その際には、その者からの意見聴取の機会を設けるなど手続的保障も規定していた。イタリアのY市は、サッカースタジアムの改修のために入札を呼びかけた。X社はこれに応じたが、その入札額は不当に低いものとして排除された。ところが、指令を実施したイタリア法は、入札から排除された者の手続保障を定めていなかった。X社は、Y市の排除決定が無効である根拠として国内法が指令に違反することを主張できるかが争点となった。

この事件は、次の(v)類型に分類されることもある²⁰⁾。この類型の状況に直接効果を認めることに争いはないとされるし、特に名称をつけず、検討も付随的に行う。

「三者状況」

(v)類型は、指令が国家に私人へ負担を課すことを義務付け、第三者はその当局の決定の合法性を争う国内行政裁判所でのみ当該指令の規定に垂直的に依拠できる可能性がある、狭義で「三者状況」²¹⁾と言える状況である。よって(v)「三者状況」と呼んで検討に用いる。

18) Ruffert, KOMMENTAR, 2465.

19) Case 103/88, *Costanzo v. Milano* [1989] ECR 1839.

20) Tridimas 2002, 334.

21) 中西150頁。

大臣が業者に与えた開発許可を、指令に定められた環境影響評価の未実施を理由として第三者が争ったWells事件²²⁾やA社がB社に対して付与された医薬品の販売許可を指令に依拠して争ったSmith&Nephew事件²³⁾等がある。特に、環境法の分野が問題となる²⁴⁾。この類型において、指令が援用される関係は、個人が国家の行政措置を争うので垂直的である。

問題となった事例をいくつか挙げると、Pafitis事件は次のような事案である。ギリシアでは損失等によって必要な資本を欠いた銀行が、国内の金融委員会の要請に従えず、増資に失敗した場合などは、暫定管理人の監督下に置かれることとなっていた。有限責任会社であるTKE銀行 (Trapeza Kentrikis Ellados AE) にはこの管理人が任命され、管理人はその権限に基づいて、株主総会を行うことなく銀行の定款の改正によって増資を行った。増資前の株主である原告Pafitisらは、上記の定款の改正と増資による新株主の地位の有効性を争った。株主総会決議なしに上記のような行政措置によって増資を可能とする国内法が、有限責任会社における社員の保護を定めた指令に違反するかが争点となった。

国内裁判所が直接効果という文言を用いて質問したにもかかわらず、ECJは、指令は国内法を排除するとだけ判断した²⁵⁾。また、国内法の権利濫用法理によりEU法の株主の権利の十分な実効性が妨げられてはならないと判断した²⁶⁾。直接効果への言及がない点については、判決で引用された以前の事件において、同指令の規定の直接効果はすでに肯定されていた²⁷⁾。本件においてTKE

22) Case C-201/02, *Wells v. Secretary of State for Transportation, Local Government and the Regions* [2004] ECR I -748.

23) Case C-201/94, *Smith & Nephew v. Medicines Controls Agency* [1996] ECR I -5846.

24) Ruffert, KOMMENTAR, 2466. See also Mark Stallworthy, *Challenging Public Authorities: Consequences for Third Parties and the Limits of Direct Effect*, 2 *Envtl. L. Rev.* 102, 108-9 (2000).

25) Case C-441/93, *Pafitis v. Trapeza Kentrikis Ellados AE* [1996] ECR I -1363, para. 60.

26) *Id.*, paras. 67-70.

27) Cases C-19 & 20/90, *Karella v. Minister for Industry, Energy and Technology* [1991] ECR I -2710, paras. 17-23.

銀行は公的管理下に置かれていたので垂直的關係である²⁸⁾。よって、Pafitis事件もこの(v)に分類する。

比較的近年のArcor事件²⁹⁾は次のような事案であった。テレコミュニケーションに関する指令90/388/EECと指令97/33/ECは、遠距離通信における通信会社間の接続料を、実際の費用や投資の回収に基づいて決めるよう定めていた。しかし、Y国の規制当局は、ネットワークを持つA社に対し、通常の相互接続料の他に、赤字補填のための接続料を徴収することを決定で認めた。この決定に対し、他の通信会社X社らがその取消しを求める訴訟を加盟国Yに対して提起した。X社らは指令に直接に依拠して決定の違法性を主張できるかが争点となり、決定が取り消されると、訴外A社は他社からの接続料を取れず、自社の加入者の料金を上げなければならないなどの影響が出るのが問題であった。

「付随的水平的關係」

最後の(vi)は、指令が一方当事者に国家の行為から自己を擁護する権利を付与し、国家がそれを無視して国内法で第三者に権利を与えてしまった場合に、個人が第三者相手の訴訟で指令を援用する状況とされる。以降は(vi)「付随的水平的關係」とする。例えば、CIA Security事件、Unilever Italia事件およびSapod Audic事件³⁰⁾が挙げられる。

CIA Security事件の概要は次のようである³¹⁾。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、競業他社のY社に対して、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などを理由として、営業停止を求めた。ところで、指令83/189/EEC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

28) 庄司・基礎編140頁。

29) Case C-152 to 154/07, *Arcor AG v. Bundesrepublik Deutschland* [2008] ECR I -5959.

30) Case C-159/00, *Sapod Audic v. Eco-Emballages SA* [2002] ECR I -5031.

31) Case C-194/94, *CIA Security International SA v. Signalson SA* [1996] ECR I -2230.

したベルギーの技術的規則はこの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が争われた。

Unilever Italia事件は、Central Food社から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拒絶されたUnilever Italia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。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事件におけるベルギーは指令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。

本件の法務官はこの事実の違いを捉えて結論を異にすべきとの意見を書いた。しかし、ECJはそれらの違いは影響を及ぼさないとし³²⁾、両事件とも指令によって国内法の適用を排除した。

同じ指令83/189違反でも国内法の排除が認められなかった例として、Lemmens事件がある。刑事手続において、飲酒運転の罪に問われた被告人が、コミッションに通知されなかった技術規則に基づいたアルコールの呼気検知器を、指令に依拠して排除しようとした。ECJは、物の自由移動の障害となる加盟国の措置のコントロールの実効性を図る指令の目的とは関係がないとして認めなかった³³⁾。ただし、これはかなり特殊な事案であった³⁴⁾。

これらのカテゴリーを指令が個人によって援用されうる明確な義務を国家に課す類型として一般化すると、指令83/189違反が問われた一連の事件のほかに

32) Case C-443/98, *Unilever Italia SpA v. Central Food SpA* [2000] ECR I -7565, paras. 38-49.

33) Case C-226/97, *Criminal Proceedings against Lemmens* [1998] ECR I -3725, paras. 32-7.

34) 判決は、「新聞から、呼気分析器に難点があると分かった。この機械がブリュッセルに通知されていないと私は主張する。そうしたら私の事件にとって、これはどういう帰結をもたらすだろうか」という刑事手続中のLemmensの発言をわざわざ引用している（12段落）。

も、Smithklein Beecham事件が加えられる³⁵⁾。さらにBernáldez事件等も入れられる³⁶⁾。

Bernáldez事件³⁷⁾は、酩酊状態で自動車を運転し、物損事故を起こしたBernáldezに対する刑事事件において、国内裁判所はBernáldezと契約していた保険会社の被害者への賠償責任を国内法に基づいて免除した。この判決を検察が争う中で、酩酊状態にある運転者による事故を保険の範囲から外す国内法と自動車事故による民事責任の保険に関する指令との適合性が争点となった。指令によって国内法が排除され、保険会社は賠償責任を負う状況であった。

また、Smithklein Beecham事件はUnilever Italia事件と同列とされる³⁸⁾。私企業間で歯石防止をうたった歯磨き粉のパッケージおよび広告の使用禁止が争われた。使用禁止を求められた側は、禁止を求める根拠となった国内法は数量制限と同等の措置であり、EU法違反で排除されるとした。そこで、当該国内法がEC条約30条（機能条約36条）と化粧品等に関する消費者保護を定めた指令によって正当化されるかが争点となった。ECJは、消費者保護の目的とそれを追及する当該国内法の間の比例性を認めず、「指令76/7768・6条3項の規定は国内法の規定を排除する」とした³⁹⁾。この排除は条約ではなく指令の効果とされる⁴⁰⁾。

Draehmpaehl事件も私人間で指令の効果によって国内法を排除した例として挙げられる。女性に限定した新聞の求人広告に応募した男性が、採用申込書類等を送付したにも関わらず無視されたので、採用における性差別を理由として企業に損害賠償を求めた事件である。ドイツ民法は性差別による損害賠償にいくつかの制限を設けていたので、「雇用機会、職業訓練、昇進および労働条

35) See Tridimas 2002, 342-3.

36) See Craig & de Búrca, 298; See also Horspool & Humphreys, 188.

37) Case C-129/94, *Criminal Proceedings against Bernáldez* [1996] ECR I -847.

38) Craig & de Búrca, 298.

39) Case C-77/97, *Österreichische Unilever v. Smithkline Beecham Markenartikel* [1999] ECR I -465, para. 37.

40) Cf. Dashwood, 99.

件に関する平等待遇原則の実施に関する理事会指令76/207/EEC」との適合性が問題となった。三つのうち最初の質問を取り上げると、「指令、特に2条1項および3条1項は〔採用手続の〕予約に際して性差別によって被った損害の賠償を過失の要件に服さしめている国内法の規定を排除するか」であった。判決は、指令が損害賠償請求をそのような条件にかからしめていないことを理由に、特に私人間の訴訟であることに言及せず、肯定した⁴¹⁾。なお、判決は適合解釈義務を定めたVon Colson事件⁴²⁾も引用した。しかし、適合解釈義務を示した部分ではなかった。

なお、問題なる状況を中心に一覧表にすると、〔表1〕のようになる。

ここで、上記の類型間に説得的な区別ができるほどの差異が認められるか⁴³⁾との疑問が生じえよう。(v)と(vi)については、一つのカテゴリーとして扱う学説もある。(vi)において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⁴⁴⁾、(v)と(vi)は同じ状況となる。例えば、Pafitis事件を含め垂直的に国家に指令を援用する状況も(vi)のカテゴリーに含める見解⁴⁵⁾もある。

(iii)と(vi)の種類の間の差異については、当事者間の事実的な状況による区分というより、同じ私人間の訴訟において、一方はECJが指令による国内法の排除を否定した事例群(iii)、他方は肯定した事例群(vi)という結論の違いから逆算しての区分と評した方が良いかもしれない。ECJが両カテゴリーの間に見出した差異が何かは、むしろ本稿の検討事項であり、その検討の便宜のために区別を維持しておきたい。ただし、注意が必要なのは、「ECJによる水平的直接効果の禁止」と言う場合に想定されている関係は(iii)であるのに対し、一般的に「水平的」と言われるのは(iii)と(vi)両方を含むことが多いことである。

41) Case C-180/95, *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice* [1997] ECR I -2195, paras. 16-22.

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

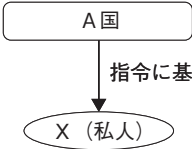
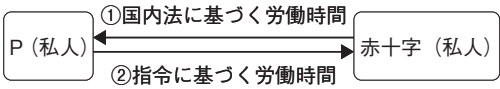
43) Norbert Reich, *Economic Law, Consumer Interests and EU Integration*, in UNDERSTANDING EU CONSUMER LAW 1, 42 (Hans- W. Micklitz et al. eds., intersentia 2009).

44) Tridimas 2002, 340.

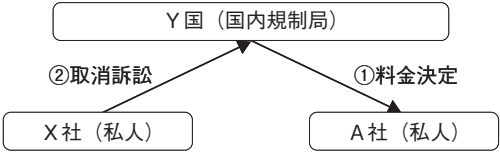
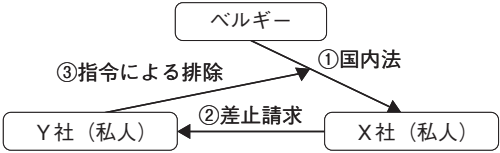
45) Lackhoff & Nyssens, 402-3

〔表 1〕 直接効果が問題となる状況

(1) 二者間状況

	事件例、ECJによる直接効果の有無
(i) 垂直的關係〔私人→国家〕	垂直的直接効果（ECJ：肯定）Ratti事件、Becker事件、Vodafone España 事件など。
(ii) 「逆垂直關係」〔国家→私人〕 	逆直接効果（ECJ：否定）個人に義務を課すように国家は未履行の指令に依拠できない。Arcaro事件（左図）。
(iii) 「本来的水平的關係」 	「水平的直接効果」（ECJ：否定）個人は他の私人に対して指令を援用できない。Dori事件、後述Pfeiffer事件（左図）など。

(2) 三者間状況（Triangular situations）

(iv) 指令は、個人が国家に何かを要求する権利を与え、それが他方当事者に負担を与える場合。 私人に義務(他の私人に権利)を課す国家の義務を規定。	(直接効果を認めることに争いなし。) 例：情報公開請求など。
(v) 「三者状況」 	(ECJ：肯定) Arcor事件（左図）、Wells事件、Smith & Nephew事件、Pafitis事件など。
(vi) 「付随的水平的關係」 	「付随的水平的効果」CIA Security事件（左図）、Unilever Italia事件、(Bernáldez事件、Smithklein Beecham事件、Draehmpachl事件など)。

3 援用と個人の権利（義務）

上記の定義の対立軸は、権利、援用の要否、適法性審査基準であった。そのうち、権利、適法性審査、指令の援用の順に検討する。

(1) 個人の権利

EU法上の権利についての議論は、ローマ法からの権利の概念の歴史的展開や法哲学の議論も背景として行われ、権利は、指令の不実施による加盟国の損害賠償責任の要件であることから、直接効果の文脈を超えて定義が試みられる。ここでは、直接効果の分析に必要な限りで考察する⁴⁶⁾。

ECJが権利の意味を明確に定義しないことが直接効果の混乱の一因となったと指摘されてきた⁴⁷⁾。ここから、学説も特定の加盟国の法制度における権利概念と比較して、あるいはそこから出発して、直接効果が認められるための要件には個人の実体法上の主観的権利が必要かという議論がなされることも多い。主観的権利を要求しないことは、指令の援用の機会を増やし、直接効果によって私人がEU法の実効性を確保する場面の拡大を意味する⁴⁸⁾。

直接効果には指令中に個人の主観的権利が含まれることが必要だという見解⁴⁹⁾がある。他方、ECJの用いる個人の権利⁵⁰⁾とは、指令の個々の規定が権利義務を付与⁵¹⁾していることは必要ではなく、直接効果の結果による個人への権

46) See generally, Angela Ward, *More than an 'Infant Disease' in DIRECT EFFECT RETHINKING A CLASSIC of EC LEGAL DOCTRINE* 45 (Jolande M. Prinssen & Annete Schrauwen eds., Europa Law Publishing 2004); Saša Beljin, *Rights in EU Law, in THE COHERENCE OF EU LAW; THE SEARCH FOR UNITY IN DIVERGENT CONCEPTS* 91 (Sacha Prechal & Bert van Roermund eds., Oxford 2008). 本稿においては消費者保護指令における契約の取消権など、指令中の個別の規定に定められて、個人が権利の主体となるものを主に想定して「実体法上の権利」「主観的権利」などと用いる。なお、ECJが‘individual’とする関係から、「個人」と「私人」も互換的に用いる。

47) 須網・2004、71頁等参照。

48) Lenz et al., 510.

49) Cf. Szyszczak & Cygan, 104-5.

50) E.g., Case 26/62, *Van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 2, 13.

51) E.g., Ruffert 1997, 315.

利の付与であるとも、規定を援用できる「手続的」権利である⁵²⁾ともされる。さらに、ECJは、援用以上に実体的権利への依拠を意味して様々な意味で「権利の付与」を用いているとの指摘⁵³⁾もある。

ECJの判決の中には、かつては権利が主観的権利を意味するようなBecker判決があった。それは、指令の規定が「無条件かつ十分に明確と見えるとき、所定の実施期間内に採択される実施措置が欠如する場合に、指令の規定は、①指令に適合しない国内規定に対して、または②規定が国家に対して個人が主張可能な権利を規定する限り、援用されうる（数字付加）」と述べていた⁵⁴⁾。

Marshall事件のSlynn法務官は、①は指令が一般的に適用されるような表現であるけれども、指令の効果は国家に課される義務に対応して個人が権利を国家に主張できる場合のみに限定されると解釈していた⁵⁵⁾。個人の主観的権利を不要とする立場からは、ECJは、個人の主観的権利について語ったのではなく、②によって、私人が国家に主張できる権利の側面を強調しただけとされる⁵⁶⁾。さらに、Marshall判決を含め後の多くの判決は①・②部分を引用しなかった⁵⁷⁾ので、ECJは実体法上の権利義務の意味で権利や義務の概念を用いているのではないと指摘される⁵⁸⁾。

反対に当該部分を引用したものとして、Busseni判決がある⁵⁹⁾。同事件は、指令ではなくコミッションの勧告（recommendation）の直接効果が問題となった事案で、ECJは、Marshall判決の水平的直接効果の禁止に言及しつつ、破産した企業に対して指令に依拠して債権を優先的に回収することは他の債権者を

52) De Witte, *supra* note 4, at 187; Prechal 2005, 100.

53) Craig & de Búrca, 270.

54) Case 8/81, *Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt* [1982] ECR 55, para. 25.

55) A.G. Slynn in Case C-152/84, *Marshall* [1986] ECR 725, 734.

56) Lenz et al., 510.

57) E.g., Case C-152/84, *Marshall v. Southampton and South-west Hampshire Area Health Authority* [1986] ECR 737, paras. 46-8.

58) Ruffert, KOMMENTAR, 2567-8.

59) Case C-221/88, *European Coal and Steel Community (ECSC) v. Acciaierie e ferriere Busseni SpA (in liquidation)* [1990] ECR I -519, para. 22.

害することになるので直接効果は認められないと一般論を提示した。その上で具体的判断は国内裁判所に委ねられた。

現在では、直接効果は主観的権利を前提としていないという見解が一般的である⁶⁰⁾。つまり、直接効果が権利をもたらす⁶¹⁾。元来、この個人の権利に関する議論はドイツの保護規範説 (Schutznormlehre) をEU法に持ち込むものであり、ECJの判例を考慮したものではないと批判されている⁶²⁾。

例えば、Wells事件においては国が環境影響評価を行うことを定めた指令85/337・2条1項が直接効果を有すると判断された。同項は「加盟国は、同意が付与される前に、特に計画の性質、規模または場所によって環境に重大な影響を及ぼすおそれがある計画は、その効果に関する評価を受けるよう確保するのに必要な全ての措置をとる」と定めていた。この点からも、直接効果における権利とは直接効果の結果と考えられ、個人の主観的権利として考えられてはいない⁶³⁾。なお、指令の目的と関連を持った利益は必要とされる⁶⁴⁾。

(2) 指令による義務

(a) 義務の内容

指令の課す義務は二つに区別される。機能条約288条に定められた加盟国が指令を実施する義務と、指令中の具体的規定 (substantive provision) により国家や個人が課せられる義務である。よって、国家はその二種類の義務を負い⁶⁵⁾、個人が負う後者の義務は原則として加盟国による指令の実施法から生じる。さらに本稿は、具体的義務も実体法上の義務と手続的義務に分ける。これとは別に、直接効果の要件を満たした指令の規定が裁判所で援用される結果、国家

60) See Lenz et al. 510 (2000); Ruffert, KOMMENTAR, 2467; Eijsbouts, 240.

61) RUDOLF STREINZ, EUROPARECHT, 171 (C.H. Müller 9th ed. 2012).

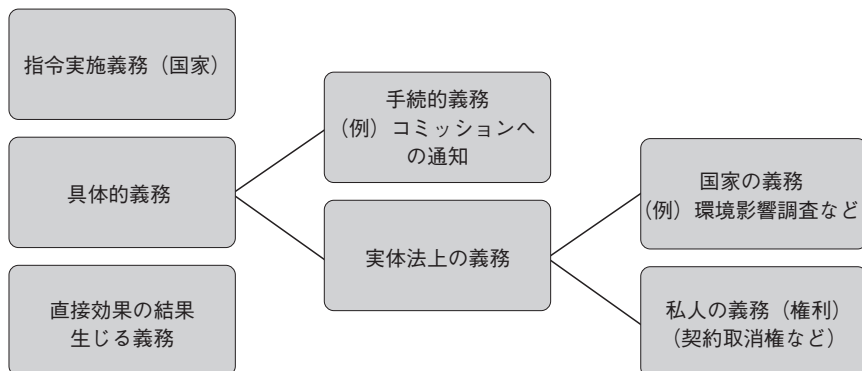
62) Ruffert, KOMMENTAR, 2468-9.

63) Cf. László Blutman, *Preclusive Effect of Directives: An Explanatory Framework for the Post-Lisbon Era*, 6 Miskolc J. Int'l L. 60, 64 (2009).

64) Lenz et al., 511-2. 利益と権利の違いについて、Beljin, *supra* note 46, at 107-8.

65) Prechal 2005, 95-6.

〔図 1〕 指令による義務の本稿の分類



（や個人）に生じる義務が考えられる⁶⁶⁾（〔図 1〕 参照）。

（b） ECJの義務の概念と各説の関係

ECJは、「逆垂直関係(ii)」と「本来的水平的關係(iii)」において「指令自体は個人に義務を課すことはできず、それゆえに個人に対して依拠されることはできない」⁶⁷⁾ ことを根拠として直接効果を認めていない⁶⁸⁾。

この「個人に義務を課すことはできない」という場合の「義務」は、個人が指令の規定を援用した結果、相手方私人が負う広い意味で義務だとの理解がある⁶⁹⁾。しかし、「付随的水平的關係(vi)」では、援用による指令違反の国内法排除の結果、相手の個人は国内法の下では得られたはずの救済を得られないという意味で修正された義務を負ったとも言える⁷⁰⁾。ECJ判例の個人の「義務」の中身を指令の援用の相手方が負う実体法上の義務とするのか、敗訴の負担等も含めてより広く解するかが問題となる。

66) Ruffert 1997, 322.

67) *E.g., Dori*, cited *supra* note 17, para. 20.

68) *E.g., A.G. Kokott in C-321/05, Kofoed* [2007] ECR I -5798, paras. 66-7.

69) *A.G. Mazák in Case C-411/05, Palacios de la Villa* [2007] ECR I -8536, paras. 118-27.

70) Reich, *supra* note 43, at 42.

判示の「義務」の理解の違いを示す例として、イギリスの下級審の事件がある。近隣住民が環境影響評価を受けていない鉱山への開発許可を争うに際し、Wells事件と同じ環境影響評価（EIA）指令の直接効果が争点となった。第一審は、直接効果を認めると、開発業者に義務が課されると考え、水平的直接効果の禁止に該当するとした。逆に、控訴審は、指令の直接効果によって環境影響評価を不要とする国内法を排除しても、国家から得る利益を確保するという個人の権利に条件を課すだけであるとして直接効果を肯定した⁷¹⁾。

限定説は権利義務の概念を含むので、その理解が問題となる。指令の直接効果の主たる根拠は、実施措置を採択しない国家が自らの懈怠に依拠することは許されないという禁反言である⁷²⁾。ここから、国家の実施義務の懈怠に応じて個人が権利を得るように、個人が指令の規定の援用によって権利を得、援用の結果が他方私人に広い意味での義務を新たに負わすとの図式で限定説が理解されると、同じ水平的関係で義務を基準に直接効果を認めない「(本来的) 水平的関係(iii)」の判例と国内法を排除した「付随的水平的関係(vi)」の判例との整合性の説明が難しい⁷³⁾。以下、いくつかの説明を概観する。

直接効果と関連させない説明

統一的に整合性を説明するよりも、ECJは水平的直接効果を認めていないが、ケース・バイ・ケースのアプローチを取っているとの評価⁷⁴⁾もある。

「単純解答アプローチ」と呼べる説明もある。すなわち、ECJは加盟国裁判所が付託したEU法と国内法の適合性の解釈の質問に答えるだけで、その帰結による解決は、直接効果であろうと適合解釈義務や損害賠償であろうと国内裁判所に委ねているとする。この説によれば、Pafitis事件もこの場合に該当し、

71) See Stallworthy, *supra* note 24, at 102-3.

72) See, e.g., Pieter-Jan Kuijper, *Epilogue: Symbiosis? in DIRECT EFFECT RETHINKING A CLASSIC OF EC LEGAL DOCTRINE* 253, 263 (Jolande M. Prinssen & Annet Schrauwen eds., Europa Law Publishing 2004). もっとも、「国家」には国営企業など「国家の派生物」も含まれるため、この点については批判も強い。しかし、本稿の検討外とする。

73) Lackhoff & Nyssens, 412.

74) Horspool & Humphreys, 188.

ECJは直接効果の質問のときより大きな枠組みで柔軟に対応しているとされる⁷⁵⁾。

Bernáldez事件⁷⁶⁾、Draehmpael事件など、「付随的水平的關係(vi)」においてECJが国内法は排除されると述べて、しかも直接効果による説明が難しい裁判例を適合解釈義務と解する説⁷⁷⁾もある。適合解釈義務もEU法の国内法に対する優越性（supremacy）を背景とし、EU法の実効性を確保する手段として直接効果と共通性を持つ⁷⁸⁾。確かに、適合解釈義務によっても国内法の排除は導かれる⁷⁹⁾。適合解釈義務の場合は上位の国内法の効果による下位の国内法の排除であり、直接効果の方は指令の効果であるという違いはあるものの、事実上は大きな差がない⁸⁰⁾。

限定説からの説明①

限定説から説明を試みるアプローチは大まかに二種類ある。一つは、個人に義務を課すという水平的直接効果ではないことを前提として、直接効果とは別に、個人に指令中の実体的な義務が課されない「付随的水平的關係(vi)」の国内法の排除を「付随的水平の効果（incidental horizontal effect）」⁸¹⁾または「重大な手続的違反（substantial procedural defect）」等として、指令に規定された重大な手続に違反した国内法の排除を認める独自の類型と考えるものである。背景には、CIA Security事件、Unilever Italia事件双方で問題となった指令83/189は、国内法のハーモナイゼーションを行う通常の指令とは異なり手続義務を定めて加盟国による物の自由移動の障壁を事前に防止するという指令の特殊性がある⁸²⁾。

「重大な手続的違反」とはCIA Security事件およびUnilever Italia事件におい

75) Lenz et al., 514.

76) See Dashwood, 99; Tridimas 2002, 352.

77) Betlem, 92.

78) Lenz et al., 513-4.

79) E.g., Betlem, 82.

80) E.g., Tridimas 2002, 348.

81) Craig & de Búrca, 296-300.

82) E.g., Szyszczak & Cygan, 109; A.G. Jacobs in *Unilever* [2000] ECR I -7537, para. 79.

てECJによって用いられた文言である。CIA Security事件においては、指令の定める手続に単に違反しただけでは国内法は排除されないとしたEnichem事件⁸³⁾との事案の違いが述べられた⁸⁴⁾。すなわち、CIA Security事件でベルギーの国内法が違反した指令83/189は、加盟国が制定する技術規則による物の自由移動への制限を緩和するために、コミッションや他の加盟国が提案をなす前提として通知を定めた。よって、通知義務に違反した国内規則は適用できず、個人に対して執行できない帰結として、個人は指令の規定に依拠して国内法を排除できる。これに対し、Enichem事件で問題となった指令75/442の規定の文言と趣旨は、加盟国による通知義務の不遵守では国内規則を違法としない。理由は、Enichem事件の指令は単なる通知義務を課し、国内規則の発効をコミッションのコントロールや他の加盟国の反対がないという条件にかからしめていなかったからである。また、加盟国相互間、加盟国とコミッションの間の規定であり、個人に加盟国の通知違反によって侵害される権利を与えていないと判断された。

なお、CIA Security事件の判示は、個人は国内法の規定に依拠できるという表現を用い、個人の権利を重視していそうである。しかし、この場合に個人にあるのは指令が守られるべきという「権利」でしかない⁸⁵⁾。その前後では指令によって築かれた制度の実効性と物の自由移動というEU法の中核的な価値の保護が強調されている。国内法の排除の根拠としては実効性に重点が置かれていた。

限定説からの説明②

限定説が判例の整合性をつけるためのもう一つの説明は、直接効果の枠内で「三者状況(v)」と連続して「付随的水平的關係(vi)」を把握する理解である。すなわち、「〔指令への依拠による〕第三者の権利への単なる不利な影響は、もしそれが確実であろうとも国家に対して個人が指令に依拠することを妨げること

83) Case 380/87, *Enichem Base v. Comune di Cinisello Balsamo* [1989] ECR 2491.

84) *CIA Security*, cited *supra* note 31, paras. 49-55.

85) Ross, 498.

を正当化しない」⁸⁶⁾ という「三者状況(v)」で示されたWells判決の判断基準が、水平的な訴訟関係の中において、公的機関による指令違反が間接的に表面化した場合にも適用されるという整理⁸⁷⁾ である。「付随的水平的關係(vi)」は垂直的直接効果が水平的に不利な影響を及ぼすだけとも言える⁸⁸⁾。前述のように、(v)と(vi)の類型には指令に依拠した訴訟の当事者の状況に共通性がある。そこに注目し、訴訟の相手方がたまたま私人か国家かで指令の規定の援用が左右されるべきでないとの判断⁸⁹⁾ が背景にある。

なお、この場合に水平的に生じる「不利な影響」を「付随的水平的效果 (incidental horizontal effect)」とも言う⁹⁰⁾。あるいは、「付随的效果 (incidental effect)」⁹¹⁾ とか、この状況を水平的直接効果を認めたのではないとしつつも「付随的直水平的接効果 (incidental horizontal direct effect)」⁹²⁾ と呼んだりする。

代替効果説

この判例間の整合性をつけるため、次の直接効果の定義も唱えられた。すなわち、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)」、国内法に存在していなかった権利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 effects)」の二つに効果を区別し、後者のみを直接効果とする⁹³⁾（以下「代替効果説」とする）。よって、後者の場合にのみ指令が「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⁹⁴⁾。これに対し、排除的效果の場

86) Wells, cited *supra* note 22, para. 57.

87) Dougan 2007, 959-60; See also Lackhoff & Nyssens, 405. Cf. Chalmers et al., *supra* note 14, at 293.

88) 庄司・基礎編141頁。

89) Cf. Lackhoff & Nyssens, 406.

90) Cf. Stallworthy, *supra* note 24, at 106.

91) Weatherill, 136-7.

92) Szyszczak & Cygan, 108-9.

93) A.G. Saggio in Case C-240 to 244/98, *Océano* [1999] ECR I -4943, paras. 29-39.

94) ただし、CIA Security事件では指令83/189・8条および9条の規定が「無条件かつ十分に明確」かが検討され、肯定されていた（44段落）。

合は、訴訟の相手当事者は関係なく⁹⁵⁾、裁判所によって適用されるための法規の明確さの程度はより低くても構わない⁹⁶⁾。

代替効果説によれば、「付随的水平的關係(vi)」においては、私人は他の私人に対して指令の権利を主張するのではなく、EU法の優越性による国内法排除を求めるので、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⁹⁷⁾。この区別は、Van Gend en Loos事件は直接効果であり、Costa事件⁹⁸⁾は排除的效果というようにECJによって当初からすでになされていたという⁹⁹⁾。

(3) ECJの立場

(a) 「指令自体」の義務

ECJはWells事件でCIA事件とUnilever Italia事件における国内法排除の部分を引用している。Arcor事件はWells事件を確立した判例とした¹⁰⁰⁾。この点からは、ECJは少なくとも「付随的水平的關係(vi)」を「三者状況(v)」と連続した類型と扱い同じ基準の下に指令の効果を判断しているようである¹⁰¹⁾。とすれば、限定説からの二番目のアプローチが支持されそうである。

(v)・(vi)の状況と「本来的水平的關係(iii)」の区別については、Unilever Italia判決がCIA Security判決を確認した上で次のように説明した。「〔Dori判決の〕判例法は重大な手続的違反を構成する指令83/189〔中略〕に違反した技術規則を不適用とする場合には適用されない」「このような状況において、〔判例法の〕指令の国内法化の未実施の事件とは異なり、指令83/189は、いずれにせよ国内裁判所が事件を決定する基礎としなければならない法的ルールの実体的な範囲を定義しているのではない。それは個人の権利も義務も創設していない」¹⁰²⁾。

95) Lenz et al., 521.

96) *E.g.*, Tridimas 2002, 330.

97) Dougan 2007, 953-4; *See also*, Tridimas 2002, 340-6.

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

99) Lenz et al., 520.

100) *Arcor*, cited *supra* note 29, paras. 35-6.

101) *Cf.* Ross, 489.

102) *Unilever Italia*, cited *supra* note 32, para. 50-1.

このように、ECJは、水平的直接効果の禁止をしたDori事件等の判決と「付随的水平的関係(vi)」との整合性をつける際に、援用の結果の広い個人の義務ではなく、指令の規定が直接に個人に実体法上の義務を課していない点を強調した¹⁰³⁾。すなわち、「指令自体から取消権を引き出すことはできない」と水平的直接効果を否定したDori事件と、加盟国の通知義務のみを課す指令83/189の事案はこの点から区別できるという¹⁰⁴⁾。この直接の義務の賦課の存否が「本来的水平的關係(iii)」と「付随的水平的關係(vi)」の分水嶺であり、それを表す鍵となる文言が先の「指令自体 (of itself)」である¹⁰⁵⁾ という。

この基準に従って、今までの事例の若干を振り返ってみる。例えば、Wells事件においては、鉱山の開発業者が環境影響評価の結果を待たなければならないのは、政府の義務の遅滞の結果ではあっても、直接指令自体によって課される義務ではない¹⁰⁶⁾。Unilever Italia事件においても義務を課するのは当事者間の契約であり、指令自体ではない¹⁰⁷⁾。新株主に対しても請求がなされたPafitis事件については若干の問題がある。しかし、国家の措置による増資に対して指令が援用されたのであり、新株主への不利な影響があるとしても、水平的直接効果を認めたのではない¹⁰⁸⁾。他方、Busseni判決は、他の債権者の債権が害されるので直接効果は認められない¹⁰⁹⁾。

上記のように、ECJが水平的直接効果の禁止の基準に用いている個人の義務の概念は指令の内容に含まれた実体法上の義務である¹¹⁰⁾。

103) Paul Craig, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions*, 34 E.L.Rev. 349, 365 (2009).

104) Dashwood, 96-7.

105) Craig, *supra* note 103, at 366.

106) Ross, 489.

107) Weatherill, 141.

108) Tridimas 2002, 336.

109) ただし、疑問符もつく (See Prechal 2005, 265)。

110) Tridimas 2002, 333.

(b) 義務と権利

Becker事件の文言が後に用いられなくなったがゆえに、ECJは直接効果に実体法上の権利を要求していないという先の指摘は垂直的關係におけるものである。水平的關係において、個人が直接実体法上の義務を負うのは、他方私人が実体法上の権利を持っているときである。これに対して、垂直的關係においては、国家が指令実施義務に違反した場合、その義務に対応して個人は指令に権利として依拠する。指令が「無条件かつ十分に明確」である必要はあるけれども、垂直的關係の権利は指令への依拠とその結果であり、これに対応して直接効果の結果として国家に義務が生じる。それは国家の実体法上の義務よりも広い具体的義務である。

Wells事件はBusseni判決も引いている。しかし、それはBusseni判決中でもBecker判決を引用した部分（22段落）は外して、Marshall判決を引用した部分（23段落以降）から参照している。したがって、個人の権利は実体法上の権利ではなく、義務については実体法上の義務を直接効果の基準としてECJは判例を形成していよう。Wells判決の当該部分をもう一度確認すると、付加した下線部の①の義務は国家の指令の実施義務であり、②権利は直接効果によって生じた権利、③実体法上の義務、④実体法上の権利というように意味が異なっている。

56. ……法的安定性の原則によって、指令は私人に対して①義務を創設することはできない。私人にとって、指令の規定は②権利のみを創設する（Case 152/84 *Marshall* [1986] ECR 723, paragraph 48参照）。したがって、指令に従うと、第三者にふりかかる③義務の履行に直接つながる国家の義務が問題である場合に、個人は指令に依拠できない（同趣旨、Case C-221/88 *Busseni* [1990] ECR I -495, paragraphs 23 to 26, and Case C-97/96 *Daihatsu Deutschland* [1997] ECR I -6843, paragraphs 24 and 26参照）。

57. 他方、第三者の④権利への単なる不利な影響は、もしそれが確実であろうとも国家に対して個人が指令を依拠することを妨げることを正当化しない（同趣旨、特にCase 103/88 *Fratelli Costanzo* [1989] ECR 1839, paragraphs 28 to 33,

WWF and Others, cited above, paragraphs 69 and 71, Case C-194/94 *CIA Security International* [1996] ECR I -2201, paragraphs 40 to 55, Case C-201/94 *Smith & Nephew and Primecrown* [1996] ECR I -5819, paragraphs 33 to 39, and Case C-443/98 *Unilever* [2000] ECR I -7535, paragraphs 45 to 52(参照)。

直接効果においては、権利と義務の概念の範囲が水平的と垂直的場面においてずれることが、その議論を複雑にしている。

4 国内法を排除する他の指令の効果との関係

(1) 直接効果の定義の問題の性質

以上から、直接効果を定義する試みは、その中に、(i)～(v)における国内法排除（とその否定）に加え、「付随的水平的關係(vi)」における国内法排除と適法性審査基準による国内法排除の効果の内からどの範囲を直接効果に含めて統一的に説明するかの問題と言える。各定義で直接効果以外の国内法の排除はEU法の優越性の原則の帰結として説明される。優越性と直接効果の関係の議論¹¹¹⁾も、規定の優越性の前提には加盟国における指令の国内的効果として直接適用（可能性）がある¹¹²⁾と考えられ、直接効果を持つ規定も国内法に優越するので、指令に違反した国内法が排除された判決を特定の観点から類型化し、直接適用や直接効果の作用の概念の下に振り分けて説明するかが中心となる。

(2) 適法性審査基準

指令に違反した国内法の排除であり、直接効果の範囲を決める問題なので、ここで適法性審査について検討する。指令は、加盟国が立法裁量を与えられた場合にその加盟国措置の適法性の審査基準となると判示した一連のECJの先決裁定がある。

Linster事件とそこで引用されたVNO事件¹¹³⁾、Kraaijeveld事件¹¹⁴⁾、WWF事件¹¹⁵⁾が代表的事例とされる。当事者の関係はVNO事件が(i)、他は全て「三

111) Dougan 2007, 931.

112) *E.g.*, Blutman, *supra* note 63, at 67.

者状況(v)」という垂直の関係に属するので、限定説から垂直的直接効果として説明するのも可能である¹¹⁶⁾。しかし、Linster事件で指令を援用した私人、国家、コミッション等が直接効果の議論をしたり¹¹⁷⁾、質問を付託した裁判所が直接効果という用語を用いた¹¹⁸⁾にもかかわらず、ECJは直接効果に言及せず、直接効果の要件を検討しなかった。なお、VNO事件においては、「規則は直接適用可能であり、そして結果としてその性質上直接効果を持ちうる」との表現(21段落)の後に、指令が同様の効果を持ちうるとして適法性審査が述べられている。だが、この表現だけは後の判決に引用されていない。また、Léger法務官は直接効果ではなく適法性審査を選択したと説明する¹¹⁹⁾。さらに、Kraaijeveld事件においては直接効果に関する質問の中で適法性審査が検討された。しかし、ECJは援用の必要性の検討の中で直接効果の判例に関する前例を引用しつつも、適法性審査を直接効果と区別した¹²⁰⁾。

よって、ECJはLinster事件などを直接効果（または上記(i)～(vi)の類型における指令の効果）とは別カテゴリーの判例群として扱っている¹²¹⁾と結論できる。学説の、通常の直接効果とは要件が違う「拡張された直接効果」¹²²⁾等の分類は表現の問題にすぎないように思える。

ただし、両カテゴリーの区別は明瞭ではない¹²³⁾。Wells事件(37段落)は、直接効果の判示において同じ指令85/337が争点となったWWF事件を引用する

113) Case 51/76, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen v. Inspecteur der Invoerrecht en Accijnzen* [1977] ECR-114.

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

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

116) Cf. Dougan 2000, 603.

117) Case C-287/98, *Luxembourg v. Linster* [2000] ECR I -6949, paras. 25-32.

118) *World Wildlife Fund*, cited *supra* note 115, para. 27.

119) A.G. Léger in *Linster*, para. 43.

120) *Kraaijeveld*, cited *supra* note 114, paras. 58-59.

121) Cf. A.G. Léger in *Linster*, para. 45.

122) Kuijper, *supra* note 72, at 264.

123) A.G. Léger in *Linster*, paras. 70-7.

一方、同指令を同じく扱ったLinster事件を引用していない。さらに、直接効果の要件も検討していない。

一般的に、加盟国に指令の実施裁量があるときにECJが加盟国の行為を審査した事件が適法性審査とされ、指令が「無条件かつ十分に明確」な場合には加盟国に裁量がなく直接効果とされる¹²⁴⁾。見方を変えれば、適法性審査は、EU法の実効性の確保のために、直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言える¹²⁵⁾。なお、このような区別は国際条約の国内における「適用形態」についても以前から指摘されていた¹²⁶⁾。

Léger法務官によると、直接効果か適法性審査かは当事者の主張に左右されるという¹²⁷⁾。確かに、直接効果と扱われたWells事件において指令を援用した私人は、鉱山の開発計画許可の取消（修正）および環境影響評価の欠如の治癒という代替的效果を求めたのに対し、Linsterは国内法の指令との適法性審査を求めた。この点に両事件を区別する基準があったというのは説得力がある。

加えて、事案の解決への指令の寄与方法と請求の相手方も基準とする説¹²⁸⁾もある。すなわち、直接効果（代替的效果）の場合、「無条件かつ十分に明確」な規定は国家に対してのみ適用され、その要件を満たさない規定または私人間に指令が適用される場合は、指令の適合解釈義務に依拠するしかない。適法性審査・排除的效果の場合はそのような制約はない。

この基準によると、Bernáldez事件では国内法の排除が求められ、指令が限定列挙した保険の免除事由の中に国内法が定めた飲酒運転は含まれていなかったため、事案の解決には国内法の排除しかなかった。そして、排除後の法的欠陥の補充をECJは求められなかった。

Pafitis事件も、原告は指令に基づく株主総会を開いた上での新たな行政決定

124) 庄司・直接効果17頁。But see Craig & de Búrca, 281.

125) Tridimas 2002, 330.

126) 岩沢雄司『条約の国内適用可能性—いわゆる“SELF-EXECUTING”な条約に関する一考察』331頁（有斐閣、1985）。

127) A.G. Léger in *Linster*, paras. 56-.

128) Lenz et al., 518-9.

を求めたならば代替的效果であったが、原告は国内法の排除を求めたので排除的效果として説明がつくという。この適法性審査によるPafitis事件の説明には説得力がある。

ただし、全ての事件がこれで説明がつくわけではない。ここで詳細に論じる余裕がないが、刑事事件において被告人が指令に依拠して国内法を排除する場合は適法性審査になるであろう。ただし、その場合も直接効果の要件が検討されている例もある¹²⁹⁾。

(3) 代替効果説と適法性審査

適法性審査は、代替効果説の排除的效果に含まれる。したがって、この局面における直接効果と適法性審査の境界は代替的效果と排除的效果の区別に対応し、前者の境界の妥当性が後者の区別を行う理論の妥当性に影響する。

Linster事件等と代替効果説との関係はそれほど明らかではない。適法性審査の類型は指令の排除的效果であるので、直接効果の定義外であり、事件において直接効果の要件が検討されていない点で同説と判決は整合的である¹³⁰⁾。ECJは、Linster事件の理由中で明確に同説を採用したとの解釈もある¹³¹⁾。ただし、代替効果説はLinsterによって主張され¹³²⁾、さらに、Léger法務官は代替効果説を主張し、適法性審査は直接効果とは異なった類型であり排除的效果に属するとした¹³³⁾。にもかかわらず、ECJは明示にそれに応じなかった。

(4) 直接適用（可能性）と直接効果

以上の事件とは別に、ECJが同一判決内で国内法が指令と適合するかの審査

129) See *Ratti*, cited *supra* note 15, para. 28.

130) このように、適法性審査を排除的效果と考えると、「付随の水平的関係」を独自の国内法排除の類型と扱う考えからは、両者を同一のカテゴリーとしやすいであろう。というのも、両者はEU法の優越性を根拠とする指令の排除的效果という点で共通だからである（須網・2004、70頁参照）。ただし、適法性審査の裁判例で「付随の水平的関係(vi)」の判例は引用されていない。

131) *Tridimas* 2002, 330.

132) *Linster*, cited *supra* note 117, para. 28.

133) A.G. Léger in *Linster*, paras. 17-90.

と直接効果の検討を分けた事例がある。

(a) Brinkmann判決

ECJが明示に区別したものとしてBrinkmann判決がある。事案は、半仕上げのシガリロを製造する工場を営んでいたBrinkmannが、ドイツのタバコ税法に基づく関税局の課税を争ったものである。シガレット以外の製造タバコへの課税を定めた指令92/80とタバコ税法の課税基準の整合性が争点となった。すなわち、指令3条1項の方は、①価格基準②量基準③価格基準および特定要素の複合基準の三つの基準から選択しての立法を許容していた。ところが、ドイツ法は、「シガーおよびシガリロは、小売価格の5%および一品目ごとに最低3.2ペニヒ」課税されると、価格基準と最低課税額を選択的に用いていた。

ECJは、指令3条1項の解釈と当該規定の直接効果の認定の二段階に検討を分けた。最初の検討で、ドイツ法は指令③の課税方式から外れるので排除されるとした¹³⁴⁾。

第二の直接効果の検討については、指令が基準の立法に際して裁量を認めているのを指摘して、直接効果ではなく、上記(2)で検討した判例を引用し、非課税者は国内法の排除のために指令の規定を援用可能とした¹³⁵⁾。しかし、タバコ税法の最低価格の部分のみを排除し、価格基準による課税を求めたBrinkmannの主張は、国内立法の裁量の尊重を理由に認められなかった。ただし、代わりに適合解釈義務が指摘された¹³⁶⁾。

(b) Dominguez判決（大法廷）

Brinkmann判決と同様の判断枠組みを用いた最近の事例を見たい。従業員と雇用者間で、有給休暇の国内規定がEU法に反して排除されるかが問題となったDominguez判決も、指令2003/78・7条について、適法性審査による国内法の排除の効果を認める一方、直接効果の要件と援用の検討を別に行い、二

134) Case C-365/98, *Brinkmann Tabakfabriken v. Hauptzollamt Bielefeld* [2000] ECR I -4640, paras. 21-9.

135) *Id.*, paras. 30-3.

136) *Id.*, paras. 34-41.

つを区別した¹³⁷⁾。

つまり、判決は「指令2003/78・7条1項は、有給休暇の権利を、最低10日間または1か月の実際の労働を条件とする国内規定または慣行を排除すると解釈されるか」と「指令2003/78・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」の二つの質問に対し、第一の質問には、加盟国には立法に際して権利の行使の制限が認められるが、権利の存在に条件はつけられないとして国内法の排除を認めた。二番目の質問は、直接効果の問題として扱われ、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。第一の解答部分には、適法性審査基準の典型的事例とされる上記Linster判決等は引用されてはいない。しかし、指令の許容した立法裁量を越えた法規を排除した点で適法性審査の類型である。この際にはやはり指令の規定が無条件かつ十分に明確かは検討されていない。

(c) Vodafone España 事件

半年後のVodafone España 事件においても同様に、国内法が指令に許容された範囲内かの検討と当該規定が直接効果を有するかの検討を別に行っている¹³⁸⁾。事案の概略は次のようである。本件で争点となった、電気通信ネットワークとサービスの許可に関する指令2002/20/EC（「許可指令」）13条は、加盟国当局が、無線周波数の利用権、私有地・公共地への施設の設置権に料金を課す場合は、透明かつ客観的に正当化されることなどを求めていた。ところが、スペインは指令を実施したものの、実際の施設の所有者ではなく携帯電話サービスの提供のために利用する企業にも土地への施設の設置権への料金を課した。そこで、通信業者が料金を不服として、それを課した地方公共団体を相手に訴えを提起した。

137) Case C-282/10, *Dominguez v. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique* [2012] available at CURIA, paras. 15-42 (24 January).

138) Case C-55, 57 & 58/11, *Vodafone España v. Ayuntamiento de Santa Amalia* [2012] available at CURIA, paras. 13-39 (12 July).

ここでも、「国内規定が……許可指令13条によって加盟国に与えられた可能性の範囲内にあるか」と「個人が加盟国裁判所で依拠できるように許可指令13条が直接効果を有するか」との質問は別に検討され、後者の場合のみ直接効果の「無条件かつ十分に明確」という要件が検討された。結論として、スペイン法の指令違反および直接効果の要件を満たす指令13条の当局に対する援用のそれぞれが認められた。

（d）Pfeiffer判決（大法廷）

明確に質問を分けずに同様の判断方法を示した判決もある。Pfeiffer事件は、ドイツ赤十字とその従業員・前従業員の間の訴訟であったので「本来的水平的関係(iii)」または「付随的水平的関係(vi)」に属する。より具体的には、前従業員Pfeifferらが赤十字を相手に、違法に超過した労働時間分の賃金支払いを、従業員らは労働時間の確定を求め、その際に7日間の労働時間が週48時間を超えないよう定めていた指令93/104等と、労働協約の締結等によって週48時間を超過する勤務を認めるドイツの指令実施法との適合性が争点となった。後の検討のために判決を引用する（下線付加）。

100 このような状況において、指令93/104・6条2項の文言ならびに指令の趣旨および仕組み双方から、超過勤務を含めて週平均労働時間の48時間の上限は、安全と健康の保護を確保するために必要な最低限の要件であるため、全労働者が享受しなくてはならない特別な重要性を持つ共同体の社会法を構成する……そしてそれゆえに、労働待機時間を含めて48時間を超過する週労働時間を許可する、本手続において争点であるような国内立法は、当該指令6条2項の要件と適合しないと結論されなければならない。

101 したがって、第三の質問への解答は、最初の点に関して、指令93/104・6条2項は、本手続で争点となっているような状況において、ドイツ赤十字のような機関の緊急医療サービス体制内で、緊急作業員による労働待機時間に関し、労働協約またはそれに基づく労働合意という手段をもって、指令の規定により定められた週労働時間の48時間の上限を超過するのを許容する効果を持つ加盟

国の立法を排除すると解釈されねばならない。

指令93/104・6条2項の直接効果および加盟国裁判所の事件におけるその結果
〔中略〕

106 帰結として、指令93/104・6条2項は直接効果を生ずるための全要件を満たす。

107 私人に関係する本手続において争点であるような状況において、国内裁判所が解釈から引き出す法的帰結を決定することがまだ残されている。

108 この点に関して、裁判所は一貫して、指令自体は個人に義務を課することはできず、それゆえに個人に対して依拠されることはできないと判示してきた（特に、Case 152/84 *Marshall* [1986] ECR 723, paragraph 48; Case C-91/92 *Faccini Dori* [1994] ECR I -3325, paragraph 20; and Case C-201/02 *Wells* [2004] ECR I -0000, paragraph 56参照）。

109 個人に権利を付与または義務を課そうとする指令の無条件かつ十分に明確な規定でさえそれ自体は全く私人間の訴訟において適用されないということになる。

この判断枠組は、①指令の規定が違反する国内法を排除するか否かの国内法と指令との適法性の判断と、②直接効果の要件を満たす規定の国内訴訟における援用の問題とを区別した二段階の検討である。そして②に関しては、さらに規定が「無条件かつ十分に明確」という直接効果の要件と規定の援用が切り離されている¹³⁹⁾。

(e) 検討

Dominguez判決など最近の二つの事件から、ECJがBrinkmann判決で採用した適法性審査と直接効果を分ける判断枠組は維持されていると言える。さらにこれらの事件の審査方法とPfeiffer事件の二段階の審査は類似する。つまり、

139) A.G. Léger in *Linster*, para. 70.

国内法の指令との適合性という一般的な問題と、当該訴訟における指令の個別の援用の制限を区別し、後者を直接効果と扱っている。

以上のDominguez判決等の適法性審査およびPfeiffer事件の一段目の審査は、Linster事件のように適法性審査だけを示した類型とも、加盟国が国内法によって指令で付与された裁量を逸脱したかの審査の点において共通する。このように、適法性審査は、直接効果の補助的な条件である場合と、Linster事件におけるように主要な基準として働く場合があり、後者は90年代のLinster事件などによって確立されたとされる¹⁴⁰⁾。三つ全てに共通の審査を広義の適法性審査とくくると、直接効果と適法性審査（広義）（以下「合法性審査」とする）との関係は、十分条件と必要条件の関係である。

さらに、加盟国裁判所は、ある訴訟で争点となった指令の規定が直接効果を有しない場合も適合解釈義務を負う¹⁴¹⁾。排除的效果の場合も、不利な国内法を排除した後に残余の国内法への適合解釈義務を国内裁判所へ委ねる点に意義があるとされる¹⁴²⁾。このように、適合解釈義務の場合も、その前提として指令は国内法の合法性審査の基準となっている。したがって、適合解釈義務、直接効果、適法性審査を包含し、それらの前提となる効力として合法性審査を考えると、それは直接適用（可能性）の範囲¹⁴³⁾ とほぼ変わらない。指令が直接適用によって国内的効果を有し、EU法の優越性と結びつくからこそ、合法性

140) Tridimas 2002, 329-31.

141) ECJの判例法による実効性確保手段のつながりについて、中西170-2頁参照。

142) Tridimas 2002, 332.

143) 小寺彰ほか編『講義国際法』114-5頁〔岩沢雄司〕（有斐閣、第2版、2010）。なお、EU法と国際法の用語の使用法の違いについて、同書130頁参照。岩沢教授も指令が有する各効果から、指令が直接適用（可能性）を有するとする（岩沢・前掲注126）、258、272頁）。Lenaerts元ECJ判事らもEU法の優越性による国内法の排除（本稿の単純解答による国内法の排除に近い）、適合解釈義務、損害賠償義務の上位概念として「ある種の効果（certain “effects”）」があるとする（KOEN LENAERTS ET AL., *EUROPEAN UNION LAW* 906 (Sweet & Maxwell 3rd revised ed. 2011)。ECJは直接適用という用語を指令に対して意識的に用いていないとの指摘もあるが、合法性審査、その後のEU法の優越性による国内法排除の前提として、直接適用（可能性）と同じ効果を事実上前提としていると言えよう。

審査が可能である。

よって、適法性審査は直接効果の前提となりうるが、直接効果という集合の一部ではない¹⁴⁴⁾。適法性審査と直接効果を区別しない点において拡張説はECJの直接効果の概念とは離れている¹⁴⁵⁾。この点で「引き金モデル」もECJの判例をうまく説明できていない。

ところで、拡張説のねらいは、直接効果（イコール直接適用（可能性））を有する指令と国内法を同様に扱うことにある¹⁴⁶⁾。代替効果説の下で認められる各効果の背景にも、直接適用（可能性）がある。その「排除的效果」「代替的效果」「適合解釈義務」「損害賠償義務」はEU法の実効性を促進する手段としてECJが指令を援用するのを認めた場合とまとめられる¹⁴⁷⁾。そう考えると、EU法を国内法と同様に扱う、つまりEU法の実効性を促進するために、ECJとは異なる意味を与えてまで、直接適用（可能性）と直接効果を同視する必要はないのではないか。以降は限定説と代替効果説を中心に検討を進めたい。

(5) 援用

裁判所における援用は直接効果と適法性審査の共通項である。Linster事件においては、EU法の実効性の確保のために個人は指令に依拠できると述べられた¹⁴⁸⁾。

特に、Kraaijeveld事件においては、当事者によって援用されていない場合において加盟国裁判所による指令の規定の適用が争点となり、ECJは適法性審査のためには指令が援用されとしつつ、裁判所は国内法によって認められた権限の範囲内で職権によって法的論点を指摘する義務を負い、可能ならば適法性審査をして指令に違反する国内法を排除すべきとした（56-61段落）。

Arcaro事件で、ECJは「未実施の指令の規定が国内裁判所において依拠され

144) *Contra* Prechal, 237.

145) 庄司・直接効果17頁参照。

146) Prechal 2000, 1067.

147) Lenz et al., 518.

148) *Linster*, cited *supra* note 117, para. 32.

ていない場合、当該規定に反する国内規定を国内裁判所が排除するのを許可する手続方法は共同体法の中にはない」と判示した¹⁴⁹⁾。この文言からの形式的な帰結は、国内法排除の場合には指令の規定の援用が必要である。なお、これは適合解釈義務による国内法排除と関連して示された。

前(5)で見た事件から、合法性審査の段階は、直接効果も適法性審査も共通し、指令の各効果はその後の要件の検討と援用の段階で分岐する。つまり、直接効果の要件の検討と援用が直接適用（可能性）から次の段階へ移る区別である¹⁵⁰⁾。

Pfeiffer事件を例にとると、一般的には直接効果の要件を満たす指令93/104・6条2項であっても、「指令自体」は個人に義務を課することはできないから、個人に対して援用・依拠することはできず、したがって個人に権利を付与し義務の賦課を求める規定も私人間の訴訟に適用できない。このように、ECJは直接効果に援用の概念を維持しつつ、その制限の段階において指令の実体的な義務を考慮する。つまり、直接適用（可能性）を前提とする合法性審査の段階に個人の義務の制限はかからない。

(6) 小括

(a) ここまでの事件と各説

Pfeiffer判決は、Wells事件等を引用して水平的直接効果の否定を確認した¹⁵¹⁾。そのような水平的直接効果が認められないとの判断の後に適合解釈義務が示されることも多い¹⁵²⁾。水平的関係における国内法排除に対する単純解答アプローチも適合解釈義務による説明も、合法性審査を前提とする点では共通する。二説の違いは、単純解答とはPfeiffer事件なら106または107段落の前までで審査が終わるケースであり、その後においては適合解釈義務も含めて指令の

149) *Arcaro*, cited *supra* note 16, para. 43.

150) See David O.A. Edward, *Direct Effect: Myth, Mess or Mystery? in DIRECT EFFECT RETHINKING A CLASSIC OF EC LEGAL DOCTRINE* 3, 6 (Jolande M. Prinssen & Annette Schrauwen eds., Europa Law Publishing 2004).

151) *Pfeiffer*, cited *supra* note 2, paras. 100-101, 108-9.

152) *Id.*, paras. 110-19.

効果の選択を国内裁判所に委ねると解釈するのか¹⁵³⁾、次の直接効果の援用の段階において直接効果が認められないので適合解釈義務までがECJによって課されていると解するかである。排除的效果は、この段階において国内法排除を想定している。代替効果説でも、例えばBernáldez事件においてECJは、結果として指令によって義務が課されるようであっても、適法性審査を求めた国内裁判所の質問に答えるために、指令は「保険者が、賠償を拒絶するために法規または契約条項に依拠するのを排除する」と解答しただけであり、その解答をどう利用するかは国内裁判所に委ねていると考える¹⁵⁴⁾と、単純解答アプローチとの差はほとんどない。ゆえに、代替効果説も含めて、合法性審査において国内法が違反した場合の後の効果に関するこれらの立場の相違は、EU法の実効性の確保と加盟国の権限の尊重のどちらを重視するかの度合いによるバリエーションと言えよう。

Pfeiffer事件は限定説からは問題がない。対照的に、代替効果説によれば排除的效果が発揮できる例をECJは直接効果と扱い否定したので代替効果説は支持されなかったと評価されている¹⁵⁵⁾。

本件で問題となったドイツの指令の実施法「労働時間に関する法律」は3条1項で次のように原則を定めていた。『被用者』の1日の労働時間は8時間を超えてはならない。平均8時間労働の日が、暦において6か月または24週間にわたって超過されないという条件として最長10時間まで延長することができる。この例外として、同法7条1項柱書が「労働協約または労働協約に基づく労働合意の下において、以下の規定がされうる」とし、1号で3条の適用免除を挙げている。

このように、指令の労働時間の定めに違反したのは「労働時間に関する法律」の例外規定であり、この部分の適用を排除しても、原則週8時間の労働時間を定めた3条1項が依然として適用されるので、代替効果説の区別によれば

153) Cf. Prechal 2005, 261.

154) Tridimas 2002, 352, 354.

155) Dougan 2007, 953-4; Dashwood, 102-3. Brinkmann判決もこの結論を支持しよう。

代替の効果ではなく排除の効果となるはずであった。しかし、すでに見たようにECJ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、排除の効果では行われないはずの直接効果の要件の検討も行った。したがって、代替効果説の主張するような「排除的」と「代替的」という効果の区別はECJによって採用されていないとの評価は妥当に見える。

ただし、当事者の請求の定立や主張の仕方によって直接効果と排除的效果が区別されるとすれば、Pfeiffer事件は代替効果説にいう直接効果が争点であり、排除の効果の事案ではなかった。原告Pfeifferらは、労働法の指令との適合性を審査して排除してもらうのが訴訟の目的ではなく、指令の規定に依拠して賃金の支払い等を求め、国内裁判所もそれに沿って先決裁定の質問をしたからである。したがって、ECJが代替効果説を採用していなかったとは断言できないとの見方もありうる。

(b) 各定義への学説の批判

限定説からの二つのアプローチのうち「付随的水平的關係(vi)」を独自の類型とする立場に対しては、なぜ手続義務を定めた指令、中でも指令83/139が特別なのか¹⁵⁶⁾等、他方に対しては、水平的関係を、指令を実施していない国家を含めた三者間関係と捉え直せば、国内法排除を求める私人間の訴訟でさえもほぼ全て他方当事者への「不利な影響」として水平的直接効果が認められるという批判¹⁵⁷⁾等がそれぞれ向けられる。

代替効果説にも学説から批判が存在する¹⁵⁸⁾。大きく分類すると、まず①排除の効果と代替の効果の区別があいまいであることが挙げられる。この点は、さらに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という点と排除の効果の場合も国内法はEU法によって変容しているのであり、代替の効果との区別ができないという点の二つに分かれる。ほかには②全加盟国がEU法の優越性を受容していない、③損害賠償及び適合解釈義務と相いれ

156) Dougan 2007, 961.

157) *Id.* at 960.

158) *Id.* at 959-60; *See also* Lenaerts et al., 1660-62.

ない、④優越性によって排除される国内法に依拠した者の負担、⑤法的安定性という法の一般原則と相いれないことが挙げられる。②などは第二次法と各国憲法の効力関係等を背景にした議論であり、ここでの検討には大き過ぎる問題である。しかし、①以外はECJの判例法を説明する上で障害となるような批判ではないように思う。

このように、直接効果の定義のどの説もECJの裁判例を整合的に説明するのに決定的ではない。誰も直接効果として満足に説明できていないと評される¹⁵⁹⁾この問題にはこれ以上立ち入らず、個人の義務の理解の相違が論争の一因であったことを指摘し、以上の状況を、雇用と職業の分野における平等待遇のための一般的枠組を確立する指令2000/78に関するMangold判決等¹⁶⁰⁾が変えたかを次章で検討する。

Ⅲ 指令の水平的直接効果をめぐる判決・法務官意見

1 Mangold 事件（大法廷）

(1) 事案の概要

2003年6月、当時56歳であったMangoldは、弁護士のHelmと期間の定めのある雇用契約を締結した。同契約5条は雇用関係の期間を同年7月1日から翌2004年2月28日とし、契約期間は、「労働法の規定を修正し廃止するパートタイム労働と期間の定めのある契約に関する法律（以下TzBfG）」14条3項に依拠することを明示していた。

TzBfG14条3項第1文は「期間の定めのある雇用契約の開始時に労働者が58歳に達していたならば、期間の定めのある雇用契約の締結は客観的な正当化事由を要しない」と定めていた（58歳は、改正で52歳まで引き下げられた）。しかし、他方、EC条約13条に基づいて採択された指令2000/78・6条1項柱書は「国内法において、年齢に基づいた待遇の区別が、合法的な雇用政策、労働市

159) *Id.* at 958; *See also* Lenz et al., 515.

場と職業訓練の目標を含む、合法的な目的によって客観的かつ合理的に正当化され、かつその達成手段が適切かつ必要である場合には、年齢に基づく待遇の区別は差別を構成しないと、加盟国は規定することができる」と定めていた。

この状況下において、Mangoldは、契約が依拠したTzBfGは指令2000/78等に違反すると主張し、ドイツ国内裁判所はTzBfG14条3項のEU法との適合性を疑い、質問を先決裁定に付した。

質問は「一旦労働者が52歳に達したならば……期間の定めのある契約を制限なしに認める、国内手続で争点となったような国内法の規定を排除するものとして、指令2000/78号6条1項は解釈されなければならないか否か」とECJにより再定義された。

ところで、ドイツの指令の実施期限は本件では到来していなかった。同指令18条1項は実施期限を2003年12月2日と定め、同条2項は、2003年12月2日からさらに3年、つまり計6年の追加の実施期限を認めていた。ただし、追加期限を選択した加盟国は、コミッションに事前の通知と、年齢と障害への差別に取り組む工程と履行に向けた進歩を定期的に報告する義務を負った。ドイツはこの追加の実施期限を要請したので、同国への実施期限は2006年12月2日であった。

ECJは、待遇の区別が正当化される要件を定めた指令6条1項に照らして、国内法は正当化されないと結論した後、契約の締結時に指令の期限が満了していなかった事実によっても、その認定に疑いを挟み得ないとし、「共同体法、特に指令2000/78・6条1項は国内手続で争点となっているような国内法の規定を排除すると解釈されなければならない〔中略〕指令の実施の期限が満了していない場合でも、共同体法と衝突する国内法の規定を排除して、年齢に関する無差別の一般原理の完全な実効性を保障することは国内裁判所の責任である（下線付加）」とした¹⁶⁰⁾。

160) Case C-144/04, *Mangold v. Helm* [2005] ECR I -10013, paras. 65-66, 78.

(2) 国内法排除の根拠の検討

(a) 指令か法の一般原則か

国内法の排除の根拠とされたのは指令か法の一般原則かは不明確である¹⁶¹⁾。付加した判決の下線を付加した部分の文言¹⁶²⁾、指令6条への直接の参照からは裁判所が依拠した法源は指令と考えるのが素直なようである¹⁶³⁾。他方、指令の実施期限が未到来の場合にも国内法の排除の結論が異ならないことの根拠として、指令を離れて年齢差別の基本原則が共同体の法の一般原則であり、それは指令の実施期限の満了に左右されえないと判決は強調したので¹⁶⁴⁾、年齢差別を含む平等待遇原則を第一次法であるEU法の一般原則に高めたと解釈もできる¹⁶⁵⁾。

判決の法務官意見は、法の一般原則を根拠に国内法を不適用とするよう主張していた。すなわち、法の一般原則である平等原則は指令の規定と同一なの

161) *E.g.*, Szyszczak & Cygan, 111.

162) 裁判所の作業言語であるフランス語の判決の原文は以下の通りである（下線付加）。

‘78 Au regard de tout ce qui précède, il convient de répondre aux deuxième et troisième questions que le droit communautaire et, notamment, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale telle que celle en cause au principal qui autorise, sans restrictions, à moins qu'il n'existe un lien étroit avec un contrat de travail antérieur à durée indéterminée conclu avec le même employeur, la conclusion de contrats de travail à durée déterminée lorsque le travailleur a atteint l'âge de 52 ans.

Il incombe à la juridiction nationale d'assurer le plein effet du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge en laissant inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale, et ce alors même que le délai de transposition de ladite directive n'est pas encore expiré.’

下線部からは指令が適用されているとの解釈が自然であり、「共同体法（le droit communautaire）」に法の一般原則が含まれているとすれば、法の一般原則と指令の双方が適用されたとも解釈できる。

163) Becker & Campbell, 424.

164) Muir 2006, 883.

165) 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71頁（2006）。

で、国内法審査の際に同じ結果をもたらすと述べ、平等原則は指令とは異なって、全当事者にとって義務であるため、MangoldがHelmに対して直接援用し、国内裁判所も適用できる点で好ましいと指摘していた¹⁶⁶⁾。

意見と判決を比較すると、意見の「2000/78号6条、より一般的には、差別禁止の一般原則が国内法を排除する」（98段落）のに対し、判決は「共同体法、特に指令2000/78・6条1項は……」（波線付加）と異なる表現をとった¹⁶⁷⁾。判決は法務官意見を採用しなかったとの評価もあるけれども¹⁶⁸⁾、以上からでは、国内法の審査にどちらを用いたか明瞭でない¹⁶⁹⁾。

（b）直接効果か

国内法の排除は法の一般原則の効果であるとする、指令の水平的直接効果を認めない従来の判例法と整合的である¹⁷⁰⁾。Rossは、ECJはEU法の実効性を根拠にEU法の遵守という結果のみを指向して、その達成手段としての排除的效果や適合解釈義務の選択にこだわっておらず、Mangold判決78段落後半はそれを表現して、法の一般原則への適合解釈または直接効果を課したと示唆する¹⁷¹⁾。

この判示は指令への適合解釈義務である可能性を指摘する説¹⁷²⁾も多い。また、単純解答アプローチも、質問に解答するときのECJのアプローチは、実効性を背景として、適合解釈義務のときと同様の柔軟性があると認めるので上記のRossの考え方や適合解釈義務説と重なる部分がある。

一番問題となるのは直接効果と考える場合である。一般的にも直接効果または排除的效果として議論がなされる¹⁷³⁾。それに沿って議論を進めたい。

代替効果説によれば、指令2000/78はTzBfGを排除するのみであって、EU法

166) A.G. Tizzano in Case C-144/04, *Mangold* [2005] ECR I-9985, paras. 83-6, 102.

167) Becker & Campbell, 422.

168) *E.g., Id.* at 423.

169) *E.g., Muir* 2011, 50.

170) *See e.g., Streinz, supra* note 61, at 174; 橋本・前掲注165)、71頁。

171) Ross, 494-5.

172) Muir 2006, 888; *Cf. Szyszczak & Cygan*, 109-10; 橋本・前掲注165)、71、75頁参照。

173) Muir 2011, 46, 56. 中村民雄・須網隆夫編『EU法基本判例集』59頁〔中村〕（日本評論社、第2版、2010）参照。

の優越性による排除的效果であるから直接効果ではない¹⁷⁴⁾。この事件を「付随的水平的關係(vi)」と分類して直接効果から外す限定説のアプローチもEU法の優越性の効果という点でほぼ同じ説明となろう。それ以外は指令の水平的直接効果として肯定せざるをえない¹⁷⁵⁾。よって、大法廷による水平的直接効果の肯定への判例変更かを、判決が排除的效果を示したか否かという裏返しから検討する。

判決は直接効果の要件を検討していない。また、Mangold事件はSimmenthal判決¹⁷⁶⁾を引用している。これは条約の直接効果の判決であるので、引用への批判もある¹⁷⁷⁾。しかし、Simmenthal判決をCosta判決からEU法の優越性を展開させたものと捉える¹⁷⁸⁾とMangold事件は優越性に基づく排除的效果を用いたとつながられる。これらの点は代替効果説に親和的である。

本判決の問題部分の表現は、「国内法の規定を排除すると解釈されなければならない」とPfeiffer事件101段落の表現と類似している。したがって、直接効果ではなく適法性審査基準とし、つまりPfeiffer事件の二段階審査の一段階目として指令を用いただけであり、直接効果について述べた判示ではない可能性もあった¹⁷⁹⁾。

ただし、指令を適法性審査基準として用いたとすると、Mangold事件において指令の実施期限が経過していなかった点が問題となる。指令の実施期限前にも「期限前効果（‘Vorwirkung’）¹⁸⁰⁾」によって加盟国機関の裁量が制限される¹⁸¹⁾と考え、Mangold判決は実施期限前の指令が加盟国に課す義務を述べる判例¹⁸²⁾

174) ライヒ121頁参照。

175) Muir 2011, 40.

176) Case 106/77, *Amministrazione Delle Finanze dello Stato v. Simmenthal* [1978] ECR 630, para. 21.

177) E.g., Szysczak & Cygan, 111.

178) Lenz et al., 521.

179) 「国内法の規定を排除すると解釈されなければならない」という表現は指令への国内法の適合解釈が不可能であった後述のKücükdeveci事件でも用いられており、これが指令への適合解釈義務を示したとは言えない。

も引用した点を考慮すると、それと関連した検討も重要である。ただし、本稿の検討は期限後の効果を中心に扱いたい。よって、参考としてドイツ連邦憲法裁判所のHoneywell事件を取り上げるのみにとどめる。

Honeywell事件はMangold判決によってEUが加盟国の権限を侵害しているかを審査した。その中で、指令の期限前効果や指令によってEU法の範囲内に国内措置が入るというECJの判示（後述Ⅲ 2(2)参照）を検討した後に、言語間の判決文の表現の違いも含めて判決の不明瞭さを指摘しつつも、法の一般原則と共に指令を適用したものと位置づけ、以下のように述べた。

Mangold判決は、指令の国内的効果についての以前の〔欧州司法〕裁判所の判決に適合する。裁判所は何回かにわたって、指令自体は個人に対して義務を創設することができず〔中略〕と判決を下してきたけれども、裁判所は指令に反して公布された国内規範を私人間の法律上の争訟において不適用としなければならないと承認した（例えば、ECJ Case C-194/94 CIA Security <judgment of 30 April 1996> [1996] ECR I-2201; ECJ Case C-443/98 Unilever <judgment of 26 September 2000> [2000] ECR I-7535 paras. 49 以下参照）。Mangold判決の中で採用された指令の期限前効果（Vorwirkung）によって、裁判所はいわゆる指令の「消極的」効果（“negative” Wirkung von Richtlinien）に関する新たな事件グループを創設した。これは、指令の「消極的」効果のように、全体として加盟国の現在ある義務の単なる遂行として作用するが、しかし、限定された個別授権の原則を侵害する加盟国の新たな義務を創設しない¹⁸³⁾。

180) See generally CHRISTIAN HOFMANN, *Die Vorwirkung von Richtlinien*, in EUROPÄISCHE METHODENLEHRE HANDBUCH FÜR AUSBILDUNG UND PRAXIS 462, 462-86 (Karl Riesenhuber ed., De Gruyter 2010).

181) Tridimas 2002, 329.

182) Case C-212/04, *Adeneler v. ELOG* [2006] ECR I -6091, para. 121.

183) Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] Juli. 6, 2010, 2 bVR 2661/06, paras. 68-76, available (also) in English at http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106en.html (2012年10月20日検索)。

このように、連邦憲法裁判所は、Mangold判決が「付随的水平的関係(vi)」における国内法排除を指令の期限前まで拡張して新たな指令の効果のカテゴリーを作りあげたと解釈したようである。ここから推測すると、連邦憲法裁判所は代替効果説または「付随的水平的関係(vi)」を独自類型に整理した限定説のアプローチに近い考え方ではないだろうか。

根底が共通する説として、指令2000/78・18条2項は実施期限内しか意味がない手続的規定ゆえに依拠可能であるとして、それに違反する国内法を優越性によって排除するという説もある。この場合、Mangold判決の射程は指令中で手続的規定がある場合等に狭く限定される¹⁸⁴⁾。

このように、Mangold判決の学説の解釈は、明確な判断を留保するものも含め、

①法の一般原則により国内法の排除¹⁸⁵⁾（または適合解釈義務）、

②指令と法の一般原則両方に依拠して国内法を排除¹⁸⁶⁾、

③指令によって国内法の排除¹⁸⁷⁾、その中でも、

- ・ 直接効果と扱うもの、
- ・ 代替効果説の排除的效果と扱うもの、
- ・ 限定説をとりつつも「付随的水平的関係(vi)」と扱うもの、
- ・ 適合解釈義務とするもの、(直接適用(可能性)を背景として単純解答)、
- ・ (期限前の効果として独自に扱うもの)、

に分かれた。なお、②と③の実質的な差について、指令と法の一般原則が密接に結びついた場合のみ指令に反する国内法が不適用となるとの見解¹⁸⁸⁾が参考

184) Christa Tobler, *Putting Mangold in Perspective*, 44 CMLR 1177, 1179-82.

185) See Horspool & Humphreys, 185-6; See also, Weatherill, 131.

186) Jobst-Hubertus Bauer & Christian Arnold, *Auf "Junk" folgt "Mangold" - Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht*, 1-2 NJW 6, 12 (2006); Jens M. Schubert, *Rechtsprechung*, 5 EuZW 177, 181 (2010).

187) Tonio Gas, *Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien zu Lasten Privater im Urteil Mangold*, 24/2005 EuZW 737, 737 (2005).

188) 中西139-52頁。②説をとれば、指令が適用されて国内法が排除されても、相手方私人の義務は指令によって課されたものではないとの考え (Lenaerts et al., *supra* note 143, at 912) もある。

となろう。

こうして、Mangold事件は、ECJが直接効果に関係なくEU法違反の国内法の排除の方向へ移る事例とも考えられた¹⁸⁹⁾。以上から、水平的直接効果は認められないというルールが生き残っているかを検討するためには後の事件に対するECJの反応を見る必要が生じた¹⁹⁰⁾。

2 特に指令2000/78・差別に関連した法務官意見

(1) 概観

Mangold判決以降、いくつかの法務官意見がMangold判決を論じた。Mangold判決の国内法排除を法の一般原則の効果として分析したのは、Palacios事件（大法廷）Mazák法務官、Lindorfer事件（大法廷）Sharpston法務官、Subito事件 Colomer法務官などである¹⁹¹⁾。

指令の直接効果によると分析したのは、Trstenjak法務官、Bot法務官、Navas事件（大法廷）Geelhoed法務官¹⁹²⁾である。特に詳しく分析した意見を後に改めて検討する。

法務官に比べてECJはMangold判決の問題箇所への言及をしていない。理由として、Lindorfer事件は性差別、Navas事件、Maruko事件（大法廷）はそれぞれ障害と性的指向に基づく差別であり、Mangold判決と事件の差別の事由が違ふからだとの指摘¹⁹³⁾もある一方、ECJは言及を躊躇していたとの見方¹⁹⁴⁾もあった。

189) Szyszczyk & Cygan, 111-2.

190) Dashwood, 106-7. 中村・須網・前掲注173)、69頁〔須網〕参照。

191) A.G. Colomer in Joined Cases C-55 & 56 /07, *Subito* [2008] ECR I -3137, paras. 20-1.

192) A.G. Geelhoed in C-13/05, *Navas* [2006] ECR I -6471, para. 56.

193) A.G. Sharpston in Case C-427/06, *Bartsch* [2008] ECR I -7245, para. 38.

194) Lisa Waddington, *Case C-411/05, Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, Judgment of the Court Grand Chamber of 16 October 2007*, 45 CMLR 895, 904-5, n. 50 (2008).

(2) 差別禁止が問題となった事例

(a) Lindorfer 事件 (2007年9月11日判決)

Lindorfer事件とは次のようである。1996年から理事会で働き始めたLindorferは、ECの職員規定等に従い、それ以前に勤務していたオーストリアにおける年金の権利をEC上のものに移行しようとした。その際の理事会決定の換算方法に差別があるとし、不服申立てを行った。不服申立てが認められなかったため、決定の無効等を求めて第一審裁判所に訴えを提起したが認められず、控訴した。

第一審はLindorferの主張を全て認めなかったけれども、ECJは、年金の権利を算定する際に性別を考慮要素とするのは共同体年金の健全な財政運営の観点等から正当化されるとした第一審判決には誤りがあるとして、その部分に限り破棄した。

Sharpston法務官は、指令2000/78の役割について、一般的な平等原則が年齢差別を含めて特定の原因の差別を扱う詳細な枠組みを提供するとした。その根拠として、Mangold判決の、法の一般原則は指令の実施期限によって左右されえないという部分を挙げた¹⁹⁵⁾。

(b) Palacios de la Villa 事件 (2007年10月16日)

Palacios事件の事実の概略は次のようである。Palacios は、65歳という一定年齢に達すると雇用契約が自動的に終了すると定めた労使協定に基づいて、2005年7月、雇用者のCortefiel 社から契約終了の通知を受けた。Palaciosは、この措置が年齢に基づく差別として無効であるとCortefiel 社に対して主張し、国内裁判所に提訴した。国内裁判所は、労使協定の根拠となったスペイン国内法と指令2000/78号との適合性を疑い、事件を先決裁定手続に付した。

その質問は、「(1)年齢に基づくいかなる差別も禁止し、EC条約13条と指令2000/78・2条1項に規定された平等待遇原則は……〔当該〕国内法を排除す

195) A.G. Sharpston in Case C-227/04 p, *Lindorfer* [2006] ECR I -6796, paras. 52-9.

るか」「最初の質問の解答が肯定だった場合に、(2)年齢に基づくいかなる差別も禁止し、EC条約13条と指令2000/78・2条1項に規定された平等待遇原則によって、国内裁判所は〔国内法の〕規定を本件に適用しないことを要求されるか」の二点であった。

ECJは、この質問を「指令2000/78は本件のような状況に適用されるか」と「指令は、国内裁判所によって付託されたような国内法を排除するか否か、そして排除するとすればどの程度であるか」という二つに再定義した。そして、前者に肯定的に答えた後、指令2000/78の条文にあてはめてスペイン法を検討し、年齢による異なる待遇はしているものの、雇用の推進という法の目的を認め、法はその達成手段としても不適切とは言えないと正当化して、「指令2000/78によって実施された年齢に基づく差別禁止は、本件で争点となっているような国内法を排除すると解釈されてはならない」と結論した¹⁹⁶⁾。

このように、スペイン法のEU法違反が認められなかったゆえに、指令による国内法の排除の論点は検討されなかった。国内裁判所によると、13条と指令2000/78・2条は無条件かつ明白であり、本件で当該国内法が排除されると、労使協定は根拠を失い、当事者間に適用されなくなるケースであった¹⁹⁷⁾。

ECJは、社会・雇用政策の分野における加盟国の幅広い裁量に関して以外にはMangold判決に触れなかった。ただし、二番目の質問の解答には「指令2000/78によって実施された差別禁止」という表現が使われており、法の一般原則の存在を認めたようである。他方、第一の質問が指令の「適用可能性（applicability）」とした表現からは、直接適用（可能性）を前提として単純解釈アプローチによって指令との合法性審査をしたとも解釈できる。

他に、指令2000/78の実施期限前の年齢差別がドイツで問題となったBartsch事件においてもECJは問題の措置がEU法の範囲外と判断しただけであった¹⁹⁸⁾。

196) Case C-411/05, *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* [2007] ECR I -8566, para. 77.

この程度の質問の再定義ならば単純解釈アプローチへの反証とはなりえないであろう。

197) *Id.*, paras. 37-39.

198) Case C-427/06, *Bartsch v. BSH Altersfürsorge GmbH* [2008] ECR I -7245, para. 25.

(c) Maruko事件（2008年8月1日判決）

本件では性的指向に基づく差別が問題となった。Marukoの同性のパートナーは、劇場の衣装デザイナーとしてドイツ劇場年金機関（VddB）に所属していた。パートナーの死亡により、MarukoはVddBに遺族年金を請求したが、生存パートナーに適用される規則がないのを理由に拒否された。Marukoは、拒否が平等待遇原則に違反すると国内裁判所に訴えた。

国内裁判所は「指令2000/78・2条(2)(a)および1項は、〔同性の〕パートナーが、他方パートナーの死後に、配偶者が享受可能な利益と同等のものを受けない補充的な年金制度を規定する規則を排除するか」と質問した。ECJは、直接効果の要件を検討せず肯定した¹⁹⁹⁾。

年金機関は公的機関であったので、ECJは垂直的關係と捉え、それ以上の検討をしなかったようである²⁰⁰⁾。ただし、判決は質問に解答するために合法性審査だけを行ったとも考えられる。排除的效果とまでは考え難い。当事者の主張から排除的か代替的か考えるならば、代替的效果とされる事案のはずである。というのも、年金を規定する国内法や労働協約、規則を排除してもMarukoへの年金の給付の根拠となり得ず指令の代替的效果に依拠するしかなかったからである。

(3) その他の関連事例

(a) Carp 事件（2007年6月7日判決）

指令の効果ではないけれども、比較が可能である事案として、EU法の法源としては指令と同じ第二次法である「決定（decision）」の水平的直接効果が否定されたCarp事件がある。事案の概略は次のようである。Ecorad社はCarp社にドアの納入と設置を依頼したが、最初のドアが決定1999/93に規定された証明書を備えていないことからEU法の基準に合致していないとして代金の支払

199) Case C-267/06, *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* [2008] ECR I -1788, para. 73.

200) ライヒ122頁参照。

いを拒絶した。Carp社はEcorad社の債務不履行を理由として訴えを提起したところ、Ecorad社は決定1993/93を援用して反論したため、「決定が私人間の訴訟で援用されるか」が先決裁定手続の対象となった。

ECJは個人が個人に対して契約責任を追及する訴訟において、決定とその付属書に依拠することを否定した²⁰¹⁾。その理由中で、ECJは、判例法において、指令は個人に義務を課することができず、私人間において援用を否定されてきた点を指摘し、決定1999/93は指令89/106・13条4項に基づいて採択され、ドア等に適用される適合性審査の証明形式を明示し、CEN（European Committee for Standards）に調和された関連基準におけるそれらの手続の内容を特定化する権限を与え、それが各加盟国の標準化機構によって履行されるという、一般的に適用される文書であり、EC条約249条（現機能条約288条）によると、決定は名宛人とする加盟国だけを拘束するので、指令についての上記判例法の考え方が準備できるとした。

（b）Quelle事件（2008年4月17日判決）

本件は差別に関する事件ではなく、消費者保護の分野において指令と国内法の整合性が争点となった。ドイツ消費者法は、契約に適合しない目的物を売主が交換する場合に、交換まで使っていた利益を消費者が賠償しなければならないと定めていた。Quelle社からBが購入したストーブ・セットは不適合物品であり、同社によって交換された。その際に、Quelle社はBに最初の商品の配達日から得た使用利益を支払うよう請求した。Bを代理した消費者団体連合はQuelle社を相手取って同額の支払義務のないことを求めた。国内法と指令1999/44²⁰²⁾への違反が争点となり、国内裁判所による先決裁定の質問は「指令3条は〔上記のような〕国内法を排除しなければならないか」であった。

201) Case C-80/06, *Carp Snc di L. Moleri e V. Corsi v. Ecorad Srl* [2007] ECR I -4501, para. 22.

202) 特に3条3項1文は「第一に、消費者は売主に対して無償で（free of charge）商品の修補または交換を請求することができる。ただし、それが不可能もしくは不相応である場合はその限りではない」と規定していた。

ECJは、訴訟当事者が私人であることに注意を払うことなく国内法の指令への違反を認定して肯定した²⁰³⁾。

一つの説明としてこの事件はMangold判決とほぼ同じアプローチを採用して、指令の排除的效果による国内法の排除、つまりEU法の優越性を根拠としたとされる²⁰⁴⁾。そのような見方と、単純解答アプローチの説明は、直接効果の援用の段階・国内法排除は加盟国裁判所に委ねたとする点で異なるが、EU法の優越性を背景として合法性審査をしたという分析は同じである。

以上の状況をECJが指令の水平的直接効果を認めたMangold判決を維持したと解釈する見方²⁰⁵⁾もあり、学説や法務官意見の間で意見が割れる中、ドイツの指令実施期限後に類似の事件が先決裁定に付された。

3 Küçükdeveci事件（大法廷）

(1) 事実の概要

1996年6月、Küçükdeveciは、18歳でSwedex社で働き始めた。ところが、2006年12月、Swedex社は28歳のKüçükdeveciに解雇の申入れを通知した。

ところで、ドイツ民法622条2項は、雇用期間の長さ按比例させて、雇用者からの雇用関係終了の申入れの通知期間を定めていた。それによると、10年以上勤務した場合、通知期間は暦の月の終わりまでの4か月である。しかしながら、同項第2文には「雇用の長さを算出するにおいて被用者が満25歳になる前の期間は考慮されない」と規定されていた。

したがって、Swedex社はKüçükdeveciの雇用期間を25歳から28歳までの3年と計算し、解雇の申入れ期間を1か月としたため、上記の通知の効力は2007年1月末日に生じることとなった。これに対し、Küçükdeveciは解雇を争ってSwedex社を訴え、本来の通知期間は10年間勤務したものとして4か月のはずであり、民法622条2項は年齢による差別を行い、EU法違反であると主張した。

203) Case C-404/06, *Quelle v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände* [2008] ECR I -2713, para. 40.

204) ライヒ118-9頁参照。

ドイツ国内裁判所は、当該国内法のEU法への適合性を疑い、先決裁定手続によって質問を送付した。争点は、私企業と雇用契約者間で解雇に関するドイツ「国内法の規定は、年齢に基づく差別禁止、特に一次法または指令2000/78に違反するか。〔この〕質問が肯定され〔た〕……場合、私人間の法的手続において、加盟国裁判所はEU法に明白に違反する法規を不適用としなければならないか」であった。

ECJの最初の質問の解答は、「指令2000/78に表現された年齢に基づく全ての差別を禁止するEU法の一般原則」が、EU法が争点の国内法を排除するか否かの審査の根拠となるとし、「指令2000/78に表現された年齢に基づく差別禁止原則」という表現を用いつつ、指令の文言を参照して、国内法の正当化を認めなかった。

次の質問については、水平的直接効果の否定を確認し、EU法の優越性から、「国内裁判所は、指令2000/78に表現された年齢に基づく差別禁止原則を含む紛争を審理する際に……必要ならその原則に反する国内法の規定を適用しないで法の完全な実効性を保証する（同趣旨、Mangold 77段落参照）」べきと結論された²⁰⁶⁾。

(2) Mangold事件とKüçükdeveci判決の関係

Mangold判決とKüçükdeveci判決が同列の判例法であるか。Küçükdeveci判決は国内裁判所が求めたMangold判決の明確化の機会であり²⁰⁷⁾、Mangold判決の論理が機能する事案であったのでMangold判決を踏襲した²⁰⁸⁾ と考えるべきである。確かに、両判決の国内法排除の根拠については、Küçükdeveci判決もMangold判決を確認して指令によって国内法を排除したという見方²⁰⁹⁾ もあ

205) LÜDER GERKEN, ET AL., „MANGOLD“ ALS AUSBRECHENDER RECHTSAKT 14-5 (Europaen Law Publishers 2009).

206) Case C-555/07, *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* [2010] ECR I -0365, paras. 27, 45-51.

207) A.G. Bot in Case C-555/07, *Küçükdeveci* [2010] ECR I -0365, para. 1.

208) 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84頁（2010）。

209) MATTHIAS HERDEGEN, *EUROPARECHT* 171-2 (C. H. Beck 13th ed. 2011).

る。けれども、両判決は法の一般原則を根拠にEU法違反の国内法規定を排除するよう判示したと評価できる²¹⁰⁾。というのも、上の理由に加えて、Dominguez判決では指令の水平的直接効果の否定としてDori判決とともにKüçükdeveci判決が引用された²¹¹⁾ からである。

代替効果説を検討すると、Küçükdeveci判決もPfeiffer事件同様に排除的效果が機能する事案であったのに認められなかった。指令2000/78はドイツ民法622条2項第2文を排除するだけであり、その結果として同項の本文の原則が適用されるので、援用の結果は代替の効果ではない。よって、指令が私人に代替する権利を与える直接効果の問題とされずに、国内法の排除が認められてよかった。しかも、Pfeiffer事件と異なり、本件においては指令による国内法の排除が援用者の主な主張であるから、当事者の主張を基準としても排除的效果の事案であった。にもかかわらず、指令による国内法排除が認められない点を考えると、代替効果説はECJによって完全には採用されていないと結論できよう。ただし、直接効果とは区別された適法性審査における排除的效果の限りで同説は認められているとは言える²¹²⁾。

4 Küçükdeveci事件以降のECJ判決

Küçükdeveci判決以降の、年齢に基づく差別に関するECJ判決を見る。最初にKüçükdeveci判決をほぼ踏襲したHennings/Mai判決が出された後に、大法廷判決が出され、再び同じ小法廷で判決が出されている。判決が出された時間軸に沿って事件を見ていく。

(1) Hennings/Mai事件

ECJの審理において二つの事件が併合された。原告二人について同じ労働協約が適用され、先決裁定手続の質問の一つが共通していたからである。上で検討した法の一般原則に加えて、リスボン条約によって条約と同じ地位を与えら

210) De Mol, 300; Schubert, *supra* note 186, at 181.

211) *Dominguez*, cited *supra* note 137, para. 37.

212) Cf. Prechal 2005, 262.

れた基本権憲章と指令との関連も争点となったので、やや詳しく判決を見たい。事実の概要は次のようである。

指令2000/78を実施するために制定されたドイツの「平等待遇についての一般法」に基づいて、公的機関における契約労働者には「契約労働者に関する連邦労働協約」が適用された。その制度を単純化すると、職種ごとに、額の高低がある給与グループに分けられ、その給与グループ内で年齢に基づいてステップごとに昇給するというものであった。しかし、例えば、あるグループの職種で31歳以上で雇われた者は、31歳からその年齢までの半分の雇用期間しか考慮されずに年齢のステップが設定された。

Maiは介護施設の管理者としてベルリン市に雇われたが、労働協約の制度は若者に対する年齢差別であるとして、実年齢より高いステップの給与の支払いを求めた。Henningsの方は、連邦鉄道局に雇われたが、41歳で働き始めたがゆえに、労働協約の例外に引っかかり、31歳から41歳までの半分を31歳に足して、37歳以下の給与ステップに振り分けられた。彼女は、労働協約の制度は年齢による差別を行っているとし、本来の年齢のステップで支払われる給与との差額を求め、訴えを提起した。

共通の争点として、「基本権憲章21条で宣言されならびに指令2000/78、特に同指令2条および6条1項によって特定の表現を与えられた年齢差別の禁止の一般原則は……労働協約に定められた措置を排除すると解釈されねばならないか」との質問がECJに付託された。両者とも公的機関に雇われたため、指令の援用の関係は垂直的である。

なお、上記の労働協約の制度は、年齢ではなく職業経験や活動といった基準に基づく支払制度を定めた新たな労働協約（TVöD）に切り替えられた。その切替えは、一定期間の間に旧労働協約に基づいて給与を算定しつつ、新制度へ移行させる移行規則（TVÜ-Bund）によって行われた。本件の第二の争点は、このTVÜ-Bundが旧協約の差別を固定化または新たな差別を導入するのではないかであった。この点については、旧制度からの給与の減少という被用者への影響を緩和する等の協約の目的の正当性が認められ、それを達成する手段とし

ても適切性と必要性を備えていると認められ、平等原則に違反しないと判断された²¹³⁾。よって、最初の質問に検討の焦点をあてる。

ECJは、Küçükdeveci事件を引用して法の一般原則を確認した後に、同事件とほぼ同じ審査の順番で指令2000/78の異なる待遇に協約が該当することを肯定した。次に指令6条による正当化の検討をして、ドイツの主張を認めず、差別を認定した。

その際に、本件では労働協約が争点であったゆえに、基本権憲章28条に定められた団体交渉の権利の差別禁止への影響が検討された。ECJは、労働協約に含まれた原則違反の規定は無効等とされなければならないとする指令16条1項(b)から、協約も実施法と同じく、指令によって実施される原則を尊重しなければならないことを指摘し、指令6条に従わなければならないとした。また、基本権憲章28条は、EU法の規定によってカバーされる場合、EU法の範囲内でEU法に従わなければならないとした。したがって、雇用の職業の分野において年齢差別禁止原則に特定の表現を与える指令2000/78の範囲内に入る措置を採択するときも労使は指令に従わなくてはならないとされた²¹⁴⁾。

このように、基本権憲章21条および28条の権利の内容を具体化する際に指令の文言が参照された。「基本権憲章21条中の第一次法に正式に述べられおよび指令2000/78によって特定の表現を与えられた年齢差別の禁止の一般原則」²¹⁵⁾という表現からも適用されたのは第二次法の指令ではないことは明らかであるので、Küçükdeveci判決を踏襲したと評価できる。

(2) Prigge 事件（大法廷）

事件は、Priggeらが、60歳に達すると雇用契約が自動的に終了する労働協約は年齢による差別であるとし、雇用者であったドイツLufthansa社に対し、雇用契約の継続を求めて訴えを起こした。先決裁定の質問は「指令2000/78・2

213) Joined Cases C-297 & 298/10, *Hennings v. Eisenbahn-Bundesamt* [2011] available at CURIA, paras. 82-99.

214) *Id.*, paras. 46-7, 66-8.

215) *Id.*, para. 46.

条4項ないし5項もしくは/かつ6条1項または/かつ年齢に基づく差別を禁ずる共同体法の一般原則は〔中略〕労働協約を認める国内法を排除すると解されなければならないか」であった。ECJは「指令の中に特定の表現を与えられた法の一般原則としての年齢に基づく差別禁止」の存在をKüçükdeveci判決を引用して確認し、条約と同じ効力を有する基本権憲章21条中に差別禁止が含まれていることを指摘し、指令は枠組みを定めたものであり、指令が紛争に適用されると述べ、「年齢に基づく差別禁止に特定の表現を与えた指令の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」と判示した²¹⁶⁾。結論として、「指令2000/78・4条1項は争点である労働協約の条項を排除する」とした²¹⁷⁾。

(3) 二つの第二小法廷判決

この後、第二小法廷で先決裁定による判決が二つ出された。Tyrolean Airways事件は、Tyrolean航空とその労使協議会の紛争において、客室乗務員に適用される労働協約がEU法、特に指令2000/78に違反して排除されるかが争点の事件であった。結論としては、指令の年齢に基づく異なる待遇に該当せず、「指令2000/78・2条2項(b)は労働協約の条項を排除しない」と判示された。その中で、Prigge事件を判例として引用し、「このような状況から、第一の質問は指令2000/78のみに照らして検討されることになる」²¹⁸⁾と述べた。

その1か月後のHörfeldt判決は、Hörfeldtとその雇用者である郵便局の間で雇用契約の終了の無効を争う訴訟において、67歳で雇用契約を終了させる国内法が指令2000/78・6条1項により排除されるかが争点となった。結局、同法の正当化が認められ、「指令2000/78が争点の国内措置を排除しないと解釈されなければならない」²¹⁹⁾と判示された。しかし、指令に定められた年齢に基

216) Case C-447/09, *Prigge v. Deutsche Lufthansa AG* [2011] available at CURIA, paras. 38-41, 48 (13 September).

217) *Id.*, para. 76.

218) Case C-132/11, *Tyrolean Airways v. Betriebsrat* [2012] available at CURIA, paras. 22-3 (7 June).

づく差別禁止は基本権憲章15条1項の就労の権利に照らして解釈されるという言葉のみで、質問を付託した国内裁判所がMangold判決に言及していたにもかかわらず、上記の事件いずれにも言及しなかった²²⁰⁾。

(4) 指令による排除との文言

Hennings/Mai判決を除く、水平的関係における三つの事件の「指令は国内法を排除」という表現に関して、その最初の二つの事件は、国内裁判所が質問中に「年齢差別禁止に関するEU法の一般原則と共に/または(‘and/or’) 指令2000/78」との表現を用いていたので指令と法の一般原則の関係について言及したのに対し、最後の事件では「指令2000/78は国内措置を排除すると解釈されるか」と質問されたので、ECJは国内裁判所の質問の表現をそのまま解答に用いただけと考えられる。単純解答や適合解釈義務ではなく国内法の排除までがECJによって示されたとしても、Hennings/Mai判決とPrigge判決はほぼ同じ判断枠組を用いている。それらの内容とTyrolean Airways判決におけるPrigge判決の「指令が差別禁止に特定の表現を与えた」との部分の引用の趣旨を考えれば、判決中の「指令は国内法を排除」との表現によって、適用されるのは法の一般原則（基本権憲章）という第一次法であるけれども、その手段として指令の内容を参照したKücükdeveci事件の判断²²¹⁾が変更されたとは捉えにくい。Prigge事件の法務官も、Mangold判決/Kücükdeveci判決による法の一般原則は法的拘束力を持った基本権憲章に支持されると述べ、指令への言及は付随的であった²²²⁾。

Hörnfeldt判決では、郵便局が国家の派生物かは判断されず、国内裁判所が質問した指令6条1項による国内法の正当化を中心に検討した。このことから、ECJは単純解釈アプローチによって援用の前の合法性審査しか行わなかったとも推測できる。

219) Case C-141/11, *Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* [2012] available at CURIA, para. 47 (5 July).

220) *Id.*, para. 37.

221) Lenaerts et al., 1647.

222) A.G. Villalón in Case 447/09, *Prigge* [2011] available at CURIA, paras. 23-30.

ただし、三つの判決の表現は、将来的には指令のみに依拠するおそれがある
とMangold判決に向けられた指摘²²³⁾を想起させる。また、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と見る
向きもあったことを考えると²²⁴⁾、判例法は若干の不明確さを残している。

IV 直接効果の定義の再検討

ECJの水平的直接効果の否定を再確認したKüçükdeveci判決の意義はむしろ
法の一般原則の水平的な適用にある²²⁵⁾。しかし、以上を基礎として直接効果
の定義と現在の水平的直接効果をめぐる議論の特徴を検討したい。

1 定義の再検討

代替効果説は詳しく検討してきたので限定説を中心に検討する。その中の個
人の義務の概念の理解が問題となる。それは「付随的水平的関係(vi)」を定義に含
めるかにも関係し、従来の肯定説²²⁶⁾・否定説にMangold判決およびKüçükdeveci
判決が変更を迫ったかが問題となる。

(1) ECJの定式

Dominguez判決はKüçükdeveci判決を「本来的水平的関係(iii)」に位置づけ、
Carp判決は(iii)にWells判決を同列に引く。それゆえ、「本来的水平的関係(iii)」、
「三者状況(v)」、「付随的水平的関係(vi)」を通じてWellsの判例が適用される。逆
直接効果が否定される(ii)も含めると、それは以前の「個人に義務を課すことは
できず権利を付与する」という判決の精緻化と言える²²⁷⁾。Marshall判決に始

223) Gas, *supra* note 187, at 737; Bauer & Arnold, *supra* note 186, at 10.

224) ライヒ123頁。

225) See Generally Michael Dougan, *In Defence of Mangold?*, in *A CONSTITUTIONAL ORDER OF STATES? ESSAYS IN EU LAW IN HONOUR OF ALAN DASHWOOD* 219 (Anthony Arnall et al. eds., Oxford and Portland 2011).

226) E.g., Piet Jan Slot, *Case C-194/94 CIA Security SA v. Signalson SA and Securitel SPRL, Judgment of the Full Court of Justice of 30 April 1996*, 33 CMLR 1035, 1049 (1996).

まる「指令自体」という表現の使用を契機にその内容は実体法上の義務に変化してきたのか、ECJは、表現を変えつつも一貫してその基準を用いてきた²²⁸⁾のかは判断が難しい。

(2) 学説の整理

とにかく、現在においては、限定説中の義務は個人の実体法上の義務を除く義務だと理解する必要がある。ただし、Wells判決の定式化は大枠の規則であり、直接効果が認められる「不利な影響」を第三者が被る場合と、個人に義務が課されるので水平的直接効果が禁じられる場合との区別は明確に与えられていない²²⁹⁾。また、限定説の直接効果の定義自体からもこの点は判断できない。したがって、ECJが指令に反する国内法を排除する事例を説明する概念として直接効果を考えるならば、その区別の基準も提供されなくてはならない。

判例を分析して基準を提供しようとする主なものを見る。三者間状況のみならず、全ての状況において指令が課す具体的権利（義務）の区別が水平的直接効果の可否の決定的要素であるとし、私人間の関係を修正する「私法的指令」の場合は否定され、加盟国の公権力の行使に関する「公法的指令」の場合には肯定される²³⁰⁾との整理がある。この見解は、垂直的関係における「私法的指令」の援用を例外として認めるので、国家に義務を課し、個人に義務がない場合に直接効果²³¹⁾も同様の説と言える。

ただし、公法私法の区別の基準も明確ではない。Pafitis事件は公的管理人、CIA Security事件はベルギーの公法的義務、Bernáldez事件は刑事手続という公法的要素があるとの説明もあった。しかし、これはDraehmpaehl事件を説明できない²³²⁾。また、公法は把握の仕方によって非常に広がる²³³⁾。

227) 中西52頁。

228) Craig, *supra* note 103, at 358.

229) E.g., Ruffert, KOMMENTAR, 2466.

230) E.g., Dashwood, 96-99.

231) Becker & Campbell, 420.

232) Lenz et al., 515.

233) *Id.*

次に、ECJのEdward判事は、三権分立への考慮を払った上での国家の「結果の義務」を基準として、当該指令が援用された場合に、その指令の結果を司法機関が直接実現できるかが直接効果の基準であるとする²³⁴⁾。例えば、私人間の雇用と違い、国家に雇われた者に対してならば国家は雇用における平等原則を直接に実現できるという。公法的な義務は国家が直接できる義務とほぼ同じと考えれば上記両説が認める直接効果の範囲はかなりの部分で接近する。例えば、Pafitis事件は、国家機関が直接実現できる義務であり、国家の不履行から事実上の利害を受けるだけの新株主も国家と同視できる²³⁵⁾。これらの場合は、「偽装された (disguised)」直接効果とされる²³⁶⁾。

「盾と剣」の説明もよく用いられる²³⁷⁾。すなわち、個人が指令の規定に積極的に依拠して、いわば指令を剣として用いるときと、違反する国内法に対して指令を用いて防御的にブロックする場合を盾とし、垂直的な関係には両方可能だが、水平的な関係では盾としてのみ用いることができるという整理である。しかし、これは代替効果説とほぼ重なる。別の捉え方では、例えば指令の取消権の依拠も訴訟中の抗弁として働くので盾であるというように、同じ比喻を用いても内容は論者によって若干異なる。

このようなアプローチの基準は事案の複雑な分析が必要であった²³⁸⁾。それゆえ、「過度に理論的なアプローチは後知恵で説明を提供するかもしれないが、裁判所の理由を理解する実際的な基準を提供しない」²³⁹⁾、「裁判所自体が水平的な副作用の処理を模索しているので説明は失敗する」²⁴⁰⁾ という指摘もある。

Mangold判決とKücükdeveci判決を一体としてみると、従来の判断枠組を用

234) Edward, *supra* note 150, at 7-12. Douganも同様に国家の具体的義務に着目する (Dougan 2000, 606)。私見を述べれば、この説明に魅力を感じる。

235) Dougan 2000, 607.

236) *Id.* at 604-8.

237) *See, e.g.,* Lenz et al., 516; *See also,* Chris Hilton & Tony Downes, *Making Sense of Rights: Community Rights in E.C. Law*, 24 E.L.Rev. 121, 125- (1999).

238) *Cf.* Dougan 2000, 610.

239) Lenz et al., 517.

240) Prechal 2005, 262.

いて水平的直接効果を否定したのであるから、判決自体は直接効果の定義や個人の義務の概念に大きな変更をもたらしたわけではない。

単純解答アプローチは、直接効果の禁止の基準を提供しないけれども、(適法性審査および) 直接効果の外縁を確定できるかもしれない。ECJが単純解答アプローチを採用したと説明すべき事例を除けば、判例の基準の明確化に資するであろう。ECJは「付随的水平的関係(vi)」の他の類型においても、国内裁判所の質問に答えて合法性審査を行い国内法の排除をしたが、垂直的關係ゆえに直接効果とされてしまい、(vi) (ときに(v)) の場面でのみ問題化しているのではないか。

これに対しては、ECJは国内裁判所が質問していないのに水平的直接効果(と適合解釈義務)を示している²⁴¹⁾との反論もありえる。例えば、Borsana事件においては私企業間で指令の水平的直接効果の否定と適合解釈義務を示した上で、質問されていた国内法の排除には触れずには指令との整合性のみを判断した²⁴²⁾。しかし、ECJが国内法の解釈問題であるとして解答しなかった当該事件の質問4は、指令およびその実施法による企業の義務の範囲についてであり²⁴³⁾、指令による義務に関するのでECJは水平的直接効果の禁止を確認したと推測できる。もう一つ挙げられる例が、Coote事件である。これは、勤務先の病院に対して性差別を理由とする訴訟を提起後に合意の上で退職した女性が、前勤務先からの紹介状の発給を受けられずに次の職が決まらないという事件であった。イギリスの国内法は雇用関係が継続中にそのような訴訟提起を理由とする差別を禁じていたが、雇用終了後の規定はなく、国内裁判所が、指令76/207に従った、そのような行為を禁じる加盟国の立法義務について質問した。したがって、個人の義務に関係のない質問に水平的直接効果の禁止への言及は余分に見える。けれども、男女平等が関係するためにMarshall事件を頻繁に引用して判断を示したので、水平的直接効果の禁止を確認したと考えられる²⁴⁴⁾。

241) Dougan 2000, 596.

242) Case C-2/97, *Società Italiana Petroli Spa v. Borsana Srl* [1998] ECR I -8619, paras. 25-6.

243) *Id.*, paras. 24, 54-62.

年齢差別の禁止に関する最近の事例や、Maruko事件やPalacios事件等も国内裁判所の解釈の質問に答えて単に合法性審査をしたとも分析できる。ただし、そこにおけるECJの説明不足が判例法の一貫性に疑問を生じさせている²⁴⁵⁾。

2 近年の水平的直接効果をめぐる議論の背景

(1) 義務の概念の相違の存在

Palacios事件のMazák法務官意見は、Mangold判決を指令に水平的直接効果を認めたのではなく、法の一般原則による国内法の排除と解釈した。が、指令による国内法の排除について代替効果説の実体的な区別を否定し、援用で国内法が排除される結果、個人に広い意味での義務を課すか否かの観点から個人の義務を把握した。よってWellsの射程を限定し、「付随的水平的関係(vi)」は技術・手続的性質の公法的義務に関する指令についての例外的な事案と説明した²⁴⁶⁾。

ところで、「付随的水平的関係(vi)」を指令の優越性によって国内法排除の独自の類型と捉える説にもKüçükdeveci判決等は影響しない。両判決は手続的義務に関係はなく、ECJによって「本来的水平の関係(iii)」に分類されたからである。これは、直接効果の定義内ではMazák法務官の義務の概念とも合致しよう。ただし、この広い義務と実体法上の義務の二つの概念が依然として並存することが直接効果の議論を複雑にしている。また、法務官は代替効果説を否定し、この点後述Bot法務官もECJが代替効果説を採用していないのを認めている。

(2) 「適用」

にもかかわらず、現状では「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、消極的効果をめぐる議論は不幸にも終わっていない」²⁴⁷⁾と指摘される。

その原因の一つは、法の一般原則と結びついた指令に事実上水平的直接効果

244) Case C-185/97, *Coote v. Granada Hospitality Ltd* [1998] ECR I -5211, paras. 17-27.

245) See Betlem, 91.

246) A.G. Mazák, cited *supra* note 69, paras. 118-31.

と同じ効果が認められる²⁴⁸⁾からであろう。国内法の審査に指令の文言をそのまま参照するならば、事実上は指令を水平的に適用するのと差はない²⁴⁹⁾。Lindorfer事件のSharpston法務官の、法の一般原則の適用の枠組みを指令が与えるという意見も、Prigge判決も、指令が適用されるということと事実上は紙一重である。また、指令が、違反が主張されている国内措置をEU法の範囲内に呼び込んだ後に法の一般原則が適用されるので、その意味で指令は適用されている²⁵⁰⁾。Ⅲ 4で検討した判決の文言もこの点に起因するのかもしれない²⁵¹⁾。

しかし、事実上と法律上の適用は区別されなくてはならない。このような法の一般原則への依拠は指令の水平的直接効果の禁止を危うくして法的安定性を損なう²⁵²⁾上、その議論を曖昧にしている²⁵³⁾。

(3) 人権をめぐる議論

(a) 水平的直接効果を認める法務官意見

Mangold判決が水平的直接効果を認めたと解釈した法務官意見の一つはCarp事件のTrstenjak法務官意見である。

上述のように、Carp事件では、売買契約を結んだ企業間における決定の援用の可否が争点となる中、判決も法務官も、決定と比較した中で指令の水平的直接効果の否定を再確認した。けれども、法務官によると、Mangold判決は差別の被害者の保護を意図し、年齢差別禁止は、原則的に水平的直接効果のない指令に規定されても、加盟国が考慮すべきEU法に不可欠な普遍的かつ道徳的

247) Jobst-Hubertus Bauer & Andreas von Medem, *Küçükdeveci= Mangold hoch zwei? Europäische Grundrechte verdrängen deutsches Arbeitsrecht*, 10 ZIP 449, 450 (2010).

248) *Id.* at 452.

249) De Mol, 300-5; Gregor Thüsing, & Sally Horler, *Case C-555-07 Seda Küçükdeveci v. Swedex, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010*, 47 CMLR 1161, 1169-70 (2010).

250) De Mol, 305; Dashwood, 107-9. 前述Bartsch事件では、この点が否定された。

251) 指令の文言を参照することは立法府の判断を尊重する意義もあるとされる (Lenaerts et al., 1647-9)。

252) A.G. Kokott, cited *supra* note 68 para. 67.

253) 橋本・前掲注208)、83頁参照。

な性質の決定を反映し、Mangold判決は国内裁判所の指針として機能する。したがって、他分野の紛争の場合、指令の水平的直接効果を認めない標準的な判例が適用される²⁵⁴⁾。このように、法務官は、水平的直接効果の射程は道徳的なものに限定されるとした。

もう一つはKüçükdeveci判決のBot 法務官意見である。法務官は、私人間においても指令を根拠に国内法を排除するよう提案した。すなわち、Mangold判決はDefrenne事件等の判例法を受けて、指令の実施期限や水平的関係に左右されずに法の一般原則の実効性を確保する趣旨なので、平等待遇原則等の履行を促進するために採択された指令は法の一般原則と同様に私人間の訴訟で依拠可能という²⁵⁵⁾。

それを補強する理由として、代替効果説によれば直接効果ではないとした上で、ECJが代替効果説をとらない姿勢を維持するならば、指令中の基本権が私人間で指令に依拠する権利を強化するかの点をECJは考慮すべきとした²⁵⁶⁾。

(b) 実効性と基本権

以上の法務官意見や類似の学説²⁵⁷⁾は、従来の水平的直接効果を支持する議論に、差別の被害者を救済する基本権の保護という根拠を新たに与えている。

以前から指令の直接効果をめぐり、目的について二つの考え方の対立が背後にあると指摘されてきた²⁵⁸⁾。一方は機能条約上の規則と指令の法形式の違いを重視するECJの立場、他方は共同体法の実効性と全ての加盟国による統一的な適用を可能な限り求める立場である。

254) A.G. Trstenjak in Case C-80/06, *Carp* [2007] ECR I -4475, paras. 67-72.

255) A.G. Bot, cited *supra* note 207, paras. 76-87.

256) *Id.*, paras. 88-90.

257) See Steve Peers, *Supremacy, Equality and Human Rights: Comment on Küçükdeveci (C-555/07)*, 35 E.L.Rev. 849, 856 (2010); See also, Sebastian Krebber, *The Social Rights Approach of the European Court of Justice to Enforce European Employment Law*, 27 Comp. Lab. & Pol'y. J. 377, 394-403 (2005-2006).

258) E.g., Editorial Comments, *Horizontal direct effect-A law of diminishing coherence?*, 43 CMLR 1, 1 (2006).

前者は、規則か指令かの加盟国の立法形式の選択に関するもので、加盟国とEUの権限配分の尊重を重視している²⁵⁹⁾。個人に義務を課すことは規則を選択して行うべきであり、指令という法形式ではできないという、水平的直接効果の禁止はここに由来する。

ECJはRatti事件、Marshall事件と徐々に、直接効果の根拠を実効性から禁反言へ移したとされる。EU法の実効性の確保という観点からは、EU法の優越性によって指令に違反する国内法を排除する結論が常に好ましいからである²⁶⁰⁾。さらに政治的な事情としてDori事件においては、一か国を除いて全加盟国が指令の水平的直接効果へ反対の主張をしたことが、ECJが水平的直接効果を認めることを妨げたとされる²⁶¹⁾。また、ECJはドイツ連邦裁判所のプレッシャーを受けて、Marshall事件よりも、権限配分を定めた条約の文言により忠実さを示したとの推測もある²⁶²⁾。

これに対して、従来の水平的直接効果を支持する法務官意見・学説はより実効性を強調した²⁶³⁾。その主な根拠を列挙すると、まず、例えば私人が雇用されるのが国家か私人かで結論の差が大きくなってしまふ、指令の実施国と懈怠国の市民間で不公平が生じるという法適用の統一性の視点からのものがある。これに関連して、単一市場とEU市民権の確立から、競争の平等が確保されなければならないともされる。次に、損害賠償や適合解釈義務ではEU法上の権

259) See, e.g., A.G. Léger in *Linster*, paras. 29-30.

260) Compare Weatherill, 131 with Prechal 2005, 220-3, 258-9.

261) Eijsbouts, 247; Dougan 2000, 591.

262) Weatherill, 133-4.

263) See A.G. Van Gelven in Case C-271/91, *Marshall* [1993] ECR I -4381, paras. 12-3; A.G. Lenz in Case C-91/92, *Dori* [1994] ECR I -3318, paras. 48-73; Takis Tridimas, *Horizontal Effect of Directives: A Missed Opportunity?*, 6 E.L.Rev. 621, 626-36 (1994); Szyszczak & Cygan, 112. Dori事件前に禁反言を直接効果の理由と認めつつも個人の保護から水平的直接効果を主張したものとして、Walter van Gerven, *The Horizontal Effect of Directive Provisions Revisited: The Reality of Catchwords*, in INSTITUTIONAL DYNAMICS OF EUROPEAN INTEGRATION ESSAYS IN HONOUR OF HENRY G. SCHERMERS VOLUME II (Deirdre Curtin & Ton Heukels eds., Nijhoff 1994)。

利が侵害された者の実効的な救済として不十分であるとされる。つまり、国家への損害賠償請求では、私人とは全く異なる被告を相手に別の請求をする負担がある。他方、指令の被援用者については、適合解釈義務によって受ける不利益も水平的直接効果と実際は同じである。加えて、指令はEUの公式刊行物に掲載されるので、被援用者にとっての法的安定性は害されない。水平的直接効果の禁止による被援用者の利益は正当なものではなく、国家の不履行を奇貨としたものである。最後に、ECJの機能条約への依拠は、旧EC条約141条などの分野における法解釈と異なって形式的すぎるという理由などが挙げられる。

ここでは、実効性および指令の援用者の権利の保護と被援用者の法的安定性の二点を検討したい。最初に実効性から考える。ECJは加盟国とEUの権限分配だけではなく実効性も重視している。また、ECJはEU法の実効性による個人の権利の保護も考えている²⁶⁴⁾。けれども、ECJがEU法の実効性をMarshall事件等より強く打ち出したのは、CIA Security事件であり、物の自由移動のケースである。そこでは、個人の指令の援用によるEU法の実効性の確保が考慮されていた²⁶⁵⁾。Lemmens事件において国内法が排除されなかったのも実効性を限定した²⁶⁶⁾のではなく、指令の目的に関係ないからという理由であり、ECJが指令の実効性を強く指向している²⁶⁷⁾からだと言えよう。また、指令の規定を援用する（直接効果）のに必要な個人の利益を、ECJは指令の実効性を促進するか否かで決定している²⁶⁸⁾とも言われる。さらに、Wells事件も個人の利益に付随的な損害が出て指令の実効性を確保するECJの姿勢を示したと

264) See Szyszczak & Cygan, 106-8.

265) See Lenz et al., 512.

266) Weatherill, 140.

267) See Lenz et al., 512. 個人の保護よりEU法の完全な実効性に優先順位をつけているとの指摘も有力である（Sacha Prechal, *Protection of Rights: How Far? in THE COHERENCE OF EU LAW; THE SEARCH FOR UNITY IN DIVERGENT CONCEPTS* 154, 156 (Sacha Prechal & Bert van Roermund eds., Oxford 2008)。また、加盟国の損害賠償義務に関して、ECJが個人の権利より実効性を考慮しているともされる（Michele Graziadei, *Rights in the European Landscape: A Historical and Comparative Profile*, in Prechal & Boermund eds., cited above at 89-90)。

268) Hilton & Downes, *supra* note 237, at 133.

評される²⁶⁹⁾。

よって、ECJは適法性審査も含め、EU法の実効性を軽視するのではなく、権限配分（EU法の法形式）との間でのバランスをとっている²⁷⁰⁾と言える。前節で見たEdward判事の国家の「結果の義務」基準説もEUと加盟国、加盟国内の三権分立という権限配分に配慮した考えであり、ECJの姿勢を推測させる。

今度は水平的直接効果をめぐる当事者関係に検討を移すと、個人の私法関係を含めての加盟国の司法制度の保護²⁷¹⁾とすると、指令の被援用者の方の利益保護も考慮されているが、それは二次的な感が否めない。そもそも、指令の援用者の権利と法的安定性から被援用者の保護という観点からは、具体事実関係を離れて一般的に水平的関係における直接効果の肯定と否定のどちらかが私人の権利の保護に資するとも言えないであろう²⁷²⁾。

水平的直接効果における権利の保護が具体的事案に左右されるのはJacobs法務官の次の二つの意見に表れている。法務官は保険会社よりも被害者のための公益から、交通事故の損害賠償の強制保険に関する指令の水平的直接効果を支持した²⁷³⁾。ところが、後のUnilever Italia事件の意見においては、私人間の契約関係で指令に反する国内法を排除することは法的安定性に反し、加盟国の規制を監督する指令の制度の実効性のために私人の会社の存続が脅かされるのを懸念し、加盟国の懈怠で個人が敗訴の負担を負うは正義に反すると反対した²⁷⁴⁾。

それゆえ、指令の水平的直接効果による権利の救済は必ずしも私人の保護に親和的ではない。もともと代替効果説も国内法と同じような効力をEU法に認め、その実効性を確保するという考慮の中で個人の権利の保護を考えていた²⁷⁵⁾。そこでは個人の権利の保護は二次的である。直接効果の定義において、個人に

269) Ross, 489.

270) Cf. A.G. Léger in *Linster*, paras. 33, 54.

271) Eijsbouts, 248.

272) Prechal 2005, 257.

273) A.G. Jacobs in Case C-316/93, *Vaneetveld* [1994] ECR I -765, paras. 34-5.

274) A.G. Jacobs, cited *supra* note 82, paras. 100-3.

275) A.G. Léger in *Linster*, paras. 79-86.

主観的権利を要求しないのは、「直接効果は個人の利益の保護に左右されず」「共通の利益のために促進されうる」²⁷⁶⁾ という考慮もあった。

ここに、今は基本権の保護というウェイトが水平的直接効果の支持に加えられた。けれども、Bot法務官が提案したような基本権の保護というアプローチをECJ自体は採用しなかった。ECJは、以前も、男女平等に関する指令76/207・6条について基本権たる重要性を強調しつつも、直後に個人の提訴による指令の実効性確保が述べていた²⁷⁷⁾。これらの事実からは、ECJは基本権の保護の場面でさえも権利より実効性を指向し、さらに機能条約上のEUと加盟国の権限配分の尊重を重視したと言えよう。ただし、それは指令によってという限定が付されているだけであって、ECJは基本権を軽視してはいない。最近のAudiolux事件²⁷⁸⁾等でも加盟国やEUの立法権限を尊重しているにもかかわらず、Kücükdeveci判決では、法的安定性を害するという批判に反してでも法の一般原則によって国内法を排除した²⁷⁹⁾。基本権重視の姿勢は、直接効果の権利を制限するに際し、Diamandis事件²⁸⁰⁾において、ECJは国内法の権利の濫用の概念を用い、条約中に明示の権限がなかった私法の分野でEU法上の法の一般原則を発展させるのを躊躇した²⁸¹⁾ 姿勢との対照性からも窺えよう。

このように、以前は、水平的直接効果の支持と反対は、EU法の実効性をどの程度認めるかの側面が強い問題であった。そこへ基本権という通常の権利とは異なる重みを有した要素が指令2000/78の制定とあいまって重視された。現在においても、基本権に限らず「団体的規制」によって特徴づけられる消費者関係、雇用関係、年金制度、約款の分野で排除的效果によって救済を認めるべ

276) Ruffert, KOMMENTAR, 2468.

277) Coote, cited *supra* note 244, paras. 23-4.

278) Case C-101/08, *Audiolux SA v. Groupe Bruxelles Lambert SA* [2009] ECR I -9823. 上田廣美「EU法は少数派株主保護に関する『法の一般原則』を含まないとした事例」貿易と関税 2010年9月号90-5頁(2010)。

279) *Lenaerts et al.*, 1660-62.

280) Case C-373/97, *Diamantis v. Greek State* [2000] ECR I -1723.

281) *Tridimas* 2002, 339.

きとの主張²⁸²⁾ 等もある。このように、権利・分野ごとの水平的直接効果を認めようとすれば、価値観の違いによって議論の複雑性は増すのは想像に難くない。それでも、雇用関係で平等原則・指令を援用する者は差別の被害者であり、救済の必要性は高い。その基本権への配慮がMangold判決を機に顕在化したと言えるかもしれない。

V 結論

単純解答アプローチと適合解釈義務説は直接効果とは異なる効果であるので、それを除いて直接効果の定義を考えたい。「客観的 direct effect」と拡張説は援用の要素を含まない点等でECJの直接効果と整合しない。Küçükdeveci判決等から判明したように、ECJは全面的には代替効果説を支持していない。限定説については、その中の個人の権利義務の要素をWells判決等のECJ判決の基準に照らして理解する必要がある。しかし、この問題はMangold判決以前から存在した。年齢差別の判例は若干の不明確さを残しているものの、結局、指令の直接効果の定義への同判決の影響は当初の反響よりは小さかったと言えそうである。

ECJの個人の義務の概念に目を向けると、加盟国の権限を侵害しないとの配慮と指令を援用された相手方私人の保護という二重の役割を持たせている。指令の直接効果によって影響を受ける私人の保護する枠組は必要である²⁸³⁾。ただし、ECJは法的安定性による私人の保護よりも権限配分を重視しているように映る。

実効性の観点から直接効果の問題を考えると、一般的には直接適用（可能性）の段階で国内裁判所に指令の適用義務があるのを原則として、指令の被援用者が国家以外の場合に、EUにおける権限配分への配慮を、個人に対する義務を基準とした援用の制限という形で実現しているという図式になる。その直

282) ライヒ123-4頁。

283) Tridimas 2002, 353.

接効果の制限は欧州の統合と表裏の関係にある²⁸⁴⁾ともされる。この側面から、ECJは水平的直接効果を認める方向へ舵を切れなかったのはやむをえないのかもしれない。機能条約288条という条文が明白に存在し、最近でもHoneywell訴訟があったように加盟国の裁判所からのEUの権限侵害の審査という形で牽制を受けているからである。

ここから、基本権の保護という新しい水平的直接効果の支持の根拠が検討されなくてはならない。基本権憲章に法的拘束力を与えたりスボン条約以降、Küçükdeveci事件を皮切りとして、欧州司法裁判所の欧州基本権憲章への依拠の増加が指摘されている²⁸⁵⁾。Ⅲ4でみたHennings/Mai判決やHörnfeldt判決のように、基本権憲章自体または基本権憲章に照らして法の一般原則が解釈されるときに、法の一般原則の内容を明確に成文化した指令を参照する重要性は今後も大きいであろう。しかし、それは指令の法的な適用による水平的直接効果とは異なるレベルの問題である。

今後の指令の水平的直接効果の議論には、基本権憲章による基本権の保護の動向を見つつ、従来から基本権を保護してきた法の一般原則による基本権保護が行われている中で、個人の実体法上の義務を考慮した直接効果の制限を外す必要性が基本権保護のためになお存在するかの視点が必要である。

以下の文献は太字表記の著者名等の略語で引用する。

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14-27頁（2002）

庄司克弘『EU法基礎編』岩波書店、2003

須網隆夫「指令の付随的水平的効果」貿易と関税2004年5月号70-5頁（2004）

中西優美子『法学叢書EU法』新世社、2012

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巻99-148頁（2011）

284) 欧州統合において、加盟国に対してEU法の実現を推進するEU法の優越性を制限すると水平的直接効果の禁止を捉えるものとして、須網・前掲注12)、147-8、157-8頁。庄司・直接効果17-8頁も参照。

285) Peers, *supra* note 257, 854-55.

- Becker, Florian & Campbell, Angus**, *The Direct Effect of European Directives: Towards the Final Act?*, 13 Colum. J. Eur. L. 401 (2006-2007)
- Betlem, Gerrit**, *The Doctrine of Consistent Interpretation; Managing Legal Uncertainty*, in DIRECT EFFECT RETHINKING A CLASSIC OF EC LEGAL DOCTRINE 79, (Jolande M. Prinssen & Annete Schrauwen eds., Europa Law Publishing 2004)
- CRAIG, PAUL & DE BÚRCA, GRÁINNE**, EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS (Oxford 4th ed. 2008)
- Dashwood, Alan**, *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, 9 Cambridge Yearbook of European Legal Studies 81 (2006-2007)
- de Mol, Mirjam**, *Küçükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law*, 6 EuConst Law Rev. 293 (2010)
- Dougan, Michael**, *When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship Between Direct Effect and Supremacy*, 44 CMLR 931 (2007)
- Dougan, Michael**, *The “Disguised” Vertical Direct Effect of Directives?*, 59 The Cambridge Law Journal 586 (2000)
- Eijsbouts, Tom**, *Direct Effect, the Test and the Terms; In Praise of a Capital Doctrine of EU Law*, in DIRECT EFFECT RETHINKING A CLASSIC OF EC LEGAL DOCTRINE 237 (Jolande M. Prinssen & Annete Schrauwen eds., Europa Law Publishing 2004)
- HORSPOOL, MARGOT & HUMPHERYS, MATTHEW**, EUROPEAN UNION LAW (Oxford 6th ed. 2010)
- Lackhoff, Klaus & Nyssens, Harold**, *Direct Effect of Directives in Triangular Situations*, 23 E. L.Rev. 397 (1998)
- A.G. Léger in Case C-287/98, Linster** [2000] ECR I -6920
- Lenaerts et al., Koen**, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, 47 CMLR 1629 (2010)
- Lenz, Miriam et al.**, *Horizontal What? Back to Basics*, 25 E.L.Rev. 509 (2000)
- Muir, Elise**, *Of Ages in —And Edges of —EU Law*, 48 CMLR 39 (2011)
- Muir, Elise**, *Enhancing the Effects of Community Law on National Employment Policies: the Mangold Case*, 31 E.L.Rev. 879 (2006)
- PRECHAL, SACHA**, DIRECTIVES IN EC LAW (Oxford 2d Completely Revised ed. 2005)
- Prechal, Sacha**, *Does Direct Effect Still Matter ?*, 37 CMLR 1047 (2000)
- Ross, Malcom**, *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?*, 31 E.L.Rev. 476 (2006)
- Ruffert, in EUV/AEUV: DAS VERFASSUNGSRECHT DER EUROPÄISCHEN UNION MIT EUROPÄISCHER GRUNDRECHTECHARTA: KOMMENTAR** (Christian Calliess & Matthias Ruffert eds., C.H. Beck 4th ed. 2011)
- Ruffert, Matthias**, *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View*, 34 CMLR 307 (1997)

SZYSZCZAK, ERIKA & CYGAN, Adam, UNDERSTANDING EU LAW (Sweet & Maxwell 2d ed. 2008)

Tridimas, Takis, *Black White and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited*, 21 Yearbook of European Law 327 (2002)

WEATHERILL, STEPHEN, CASES AND MATERIALS ON EU LAW (Oxford 9th ed. 2010)

〔付記〕

本稿は第59回慶應EU研究会および日本EU学会第33回（2012年度）研究大会分科会Aにおける報告の一部を基礎としている。その際には、上田廣美教授（亜細亜大学）、蛭原健介教授（明治学院大学）、小畑徳彦教授（流通科学大学）、庄司克宏教授（慶應義塾大学大学院、ジャン・モネ・チェアー）、須網隆夫教授（早稲田大学大学院）、中西優美子教授（一橋大学大学院）、中村民雄教授（早稲田大学）から貴重なご指摘・ご質問をいただいた。深く感謝するとともに、本稿に反映しようと務めたが、筆者の力不足から十分に応えることができなかったものが多い。今後の課題とさせていただければ幸いである。なお、当然ながら本稿の誤りの責任は全て筆者にある。

また、慶應義塾大学法科大学院のEU法務ワークショップ・プログラム（YKK寄付講座）の夏合宿に修了生として参加した際には、庄治克宏教授およびジョルジオ・モンティ教授（欧州大学院大学）との議論から多くのご示唆をいただいた。