HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ヨーロッパ法における公私峻別論
Author(s)	ライヒ, ノルベルト
Citation	新世代法政策学研究, 12, 99-148
Issue Date	2011-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47288
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP012_003.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ヨーロッパ法における公私峻別論*

ノルベルト・ライヒ（Norbert REICH）
曽野　裕夫（訳）

Ⅰ　「ヨーロッパ私法」を語ることはできるか？
Ⅱ　「直接効果」論の再検討
　1　「第１次法（条約）」の水平的直接効果
　2　「規則」の水平的直接効果の射程
　3　「指令」の水平的直接効果？
　4　EU 法における一般的救済手段としての「水平的直接効果」？
Ⅲ　非差別原則と私法
　1　EU 法に、非差別と平等の一般原則は存在するか？
　2　私法関係における非差別？
　3　一般利益サービス及びネットワーク・サービスにおけるアクセスと取扱いに関する非差別原則
　4　結論に代えた仮説―― EU〈私〉法における正義の観念はなにか？
【補遺】非差別原則指令に関する ECJ の2011年３月１日判決について

---

* 本稿は、2010年11月５日に北海道大学で開催されたグローバル COE 国際ワークショップにおける報告 “The Public/Private Divide in European Law” のもととなったペーパーである（ただし、ECJ の2011年３月１日判決に関する【補遺】を付した。）。本稿の草稿に有益なコメントを下さった Hans-W. Micklitz 教授（EUI Florence）と James Gordley 教授（Tulane Univ. Law School, LA, USA）に御礼申し上げる。ただし、本稿について責任を負うのが筆者であることは変わらない。本稿のより早い段階の原稿は、2008年７月11日にトリノで開催された 14th General Meeting of the Common Core Group において報告し、後に Micklitz/Cafaggi (eds.), European Private Law after the Common Frame of Reference, 2009, at pp. 56-89 として公刊されている。本稿は、2009年12月１日に発効した、EU に関するリスボン条約（Lisbon Treaty on European Union; **TEU**）及び EU 運営条約（Treaty on the Functioning of the European Union; **TFEU**）に対応した改訂版である。本稿において、「**EU 条約**」「**EC 条約**」は、1997

Ⅰ　「ヨーロッパ私法」を語ることはできるか？

ヨーロッパ法における「公私」の「峻別」というと、「公法」と「私法」の古典的な区別――市民と国家の関係を規律する公法と（自治的な？）市民間の関係を規律する私法――があると主張しているかのように思われるかもしれない。つまり、ローマの法律家ウルピアヌスが言うところの「公法はローマの国制に関するものであり、私法は個々人の利益に関するものである（*Publicum ius quod at statum rei Romanae spectat, privatum quod at singularum utilatem*）」ということである[1]。このモデルは、政治権力が優先する国家の領域と、自律的な私人が自己の選好に従って相互交流をする私の領域の分離を前提としている。この分離は、少なくとも大陸法の伝統においては、法律学の分野と裁判所の権限における区別においても貫かれている。

しかし、このような古典的モデルは、ヨーロッパ法、より具体的には EU 法にうまく適合しない。われわれは、この連合の正体を知らない。それは、ドイツ連邦憲法裁判所がいうように「国家結合 Staatenverbund」[2] であるかもしれないし、不成立に終わった2004年のヨーロッパ憲法条約案が規定したように、「多様性をもって結びついた（United in Diversity）」国家と人民の連合（Union of States and Peoples）[3] なのかもしれない。あるいは、「連邦の要素」を有する sui generis（独自）な制度[4] なのかもしれない。けれども、われわれは、それが国家ではないことは知っている。また、それに法人格があること、EU には「憲法」がないにもかかわらず、欧州司法裁判所（以下、「ECJ」と略する）がいうところの「基本体制に関する憲章」[5]に服すること、EU 法には優越性があって一定の場合に直接効果を有し（この点については後述する）、EU 法が市民の日常生活のますます多くの領域に忍び込んでいることも知っている。しかし、これらのどれも、「公私峻別論」を語ることに意味があるのかどうかを実際に説明するものではない。

私は、ヨーロッパ法における公私峻別という問題に〔上述のような性質論からアプローチするのではなく〕、より歴史的視点からアプローチし、そのうえで機能的分析も加えることにしたい。当初、EEC 法は古典的な意味での国際公法であった。それが *sui generis* な性格を有するようになったのは、ECJ が介入するようになってからのことである。EEC 法は、国家と市民の〈垂直的関係〉を規律するものであり、基本的自由及び非差別原則を介して（農業と漁業における特定の市場規制を別とすれば）市民の自由移動を増し、国家によって課された種々の制限から市民を「自由にする」ものであった。このような公法への新しいアプローチを示しているのは、以前も現在も、EC に関するアムステルダム条約〔以下、「EC 条約」と略する〕10条（現在はリスボン条約により修正された欧州連合条約〔以下、「TEU」と略する〕4 条(3)）である。すなわち、加盟国は、誠実協力義務を通じて、これらの自由を承認し、かつ、経済活動における国籍による差別から市民を保護しなければならないとされ、また、同様の保護は後になって市民生活（例、学生、退職者、旅行者としての生活）にも及ぶようになった。しかし、この自由化は、EC 法（EEC 法）の垂直的構造を変えるものではなかった。それは、単に、市民の自由移動のための新たな公法の層を重ね合わせただけであった。この伝統的アプローチは、Christian

年の EU 及び EC に関するアムステルダム条約を指し、「**EEC 条約**」は、ヨーロッパ経済共同体を設立した最初の1958年条約を指す。

[1] Ulp. Dig. 1,1,1,2, cited by Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8.A., 1997, § 1 Fn. 20.

[2] BVerfGE 89, 155 at 188; English translation [1994] 1 CMLR 57. 最近の検討として、J.B. Cruz, The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement, ELJ 2008, 389 参照。リスボン条約に関するドイツ連邦憲法裁判所の最も新しい判決である2009年 6 月30日判決（BVerfGE 123, 267）は、EU を、「主権国民国家の結合」（国家結合）と定義する（headnote 1 in the provisional translation）；これに批判的な論文として Thym, CMLRev 2009, 1795; Hanf, CDE 2010, 642; Terhechte, EuZW 2009, 724; Tomuschat, ZaöRV 2010, 251; より好意的なものとして Schorkopf, EuZW 2009, 718; Grimm, Der Staat 2009, 475 参照。

[3] See W. v. Gerven, The European Union – A Polity of States and Peoples, 2005.

[4] See J.H.H. Weiler, The Constitution of Europe, 1999, 185-187（特に国際関係における「混淆性 mixity」！について）。

[5] Case C-294/83 *Les Verts v European Parliament* [1986] ECR 1339 para 1365; opinion 1/91 on the European Economic Area [1991] I-6079.

Joerges が言うように[6]、抵触法メソッドということができる。すなわち、それは、自由移動について、国家の権限を制限し、変更させることによって、伝統的な公法を行為地（country of activity）主義から原産地（country of origin）主義に変容させるものである。EU の法律家であれば誰もが知っている *Cassis-de-Dijon* 判決[7]は、この新しいアプローチの古典的ひな形であり、その後の ECJ の判決や第 2 次法（派生法）において〈相互承認〉原則の根拠として用いられてきた。この事件が私法に対していかなる意味を有するかについては議論があるところであるが、本稿ではこの点には立ち入らない。

以上のような文脈においては、私法は存在しなかった。このことは、EC 条約10条の文言が示すところである。すなわち、このような誠実協力義務を負うのは、加盟国（あるいは、現在では、加盟国において活動するすべての公的機関を含む）のみであり、私人はそのような義務を負わない。市民は、市民の自由移動を支援すべき義務は負わず、（EC 法の垂直的直接効果の理論によって）自由移動に対する加盟国の不合理な制約や差別的ルールからの保護を求める権利、そして *Francovich* 理論[8] に基づいて損害賠償を求める第 2 次法上の権利のみを有していた。

このような「ヨーロッパ法の公法的アプローチ」の唯一の例外は、競争に関する法規のみである。EC 条約81条(2)（現在はリスボン条約により修正された欧州連合運営条約〔以下、「TFEU」と略する〕101条）は、黙示的に、競争法に抵触しない限りで契約自由を保障しており、契約法へのその影響は明らかである[9]。興味深いのは、競争法の実施は、過去においても現在においても、最強で広く知られた「警察官」である EC 委員会による公法的なエンフォースメントを基礎としていることである。これは、同

[6] Joerges/Rödl, Von der Entformalisierung europäischer Poltik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, ZERP (Bremen) DP 2/2008, 7-11（「ヨーロッパ体制の作法としての抵触法（Kollisionsrecht als Form europäischer Verfassung）」）.

[7] Case C-120/78 *Rewe Zentral v Bundesmonopolverwaltung* [1979] ECR 649.

[8] Case C-6+9/90 *Francovich et al v Republic of Italy* [1991] ECR I-5357.

[9] Reich et al, Understanding EU Internal Market Law, 3rd ed. 2006, § 9.

時に、近時の各国当局による EC 規則1/2003号[10]に基づく執行でもある。これに対して、競争法の私的エンフォースメントについては規定さえなく、私法上の救済が「発見」されるには、*SABAM*[11], *Courage*[12], *Manfredi*[13] などの事件における ECJ の判例法の展開を待たなければならなかった。そして、その私法上の救済は、加盟国の「手続的自治」[14]の枠組みのなかで、（どちらかといえば不明確な原則である）「実効性（effectiveness）」と「同等性（equivalence）」[15] の原則に基づいて、各国の国内法によって形成されなければならないものである。もちろん、よく知られているように、競争法の「私的エンフォースメント」をどのように、また、どの方向性を狙って強化すべきかについては、激しい論争が繰り広げられているところである[16]。しかし、この点に関する検討は、本稿ではこれ以上おこなわないことにしたい。

私法の側面についていえば、欧州経済共同体条約〔以下、「EEC 条約」と略する〕に当初から規定されていた自由移動と非差別原則は、私法面では「不完全な法 leges imperfectae」のままであった。市民は、自らの権利の実現は、各国裁判所か EC 委員会に任せなければならず、市民には、各国裁判所に対して ECJ への付託を強制したり、自らのために措置をとるべきことを EC 委員会に強制したりすることはできなかったのである。判例法によって形成された *Francovich* 責任がこの法の欠缺を埋めるものであったが、同判決は、公的機関による EC 法違反について加盟国を名宛人とするものであって、私人を名宛人とするものではなかった。筆者は、別稿

[10] [2003] OL L 1.

[11] Case 127/73 *BRT v Sabam* [1974] ECR 313.

[12] Case C-453/99 *Courage v Berhard Crehan* [2001] ECR I-6297.

[13] Cases C-295-298/04 *Vicenzo Manfred et al v Lloyd Adriatico Ass.* [206] ECR I-6619.

[14] Reich, Procedural autonomy of Member States vs. effective legal protection in recent Court practice – On the way to procedural plurality, Liber amicorum Mikelenas, 2008, 271.

[15] Micklitz/Reich/Rott, Understanding European Consumer Law, 2008, at paras 8.3-8.11.

[16] See Commission Green Paper of 19.12.2005 COM [2005] 672; White paper of 8.4. 2008 COM[2008] 165; 概観として Basedow (ed.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007; 批判として、Editorial comments, A little more action please, CMLRev 2008, 609 参照。

で[17]、競争法に限定せず、私人による違反に対してもこれらの原則を拡張すべきであると論じたことがある。

これまで、私人によるエンフォースメントという方向に向けた法の進化をみることはほとんどできなかったが、ここで触れておきたい重要な例外がある。有名な *Defrenne II*[18] 訴訟は、当時の EEC 条約119条、そしてそれを若干改正した EC 条約141条、そして現行の TFEU 157条）の非差別原則が、「水平的」な関係に直接に適用されることを初めて宣言するものであった。おそらく驚くにはあたらないが、ヨーロッパ法において私人間関係に独自の位置づけが与えられたのは、まず労働法の分野、より一般的には雇用法の分野においてであった。この発展は *Bosman*[19], *Angonese*[20], *Viking*[21], *Mangold*[22], *Maruko*[23]のような重要かつコントロヴァーシャルな一連の事件においてみることができる（これらの事件については後述する）。ここで「水平的直接効果（horizontal direct effect）」の理論を展開するには、まず *Defrenne II* 判決における中心的な議論を想起することが有用であろう：

> 「条約のいくつかの規定が形式的には加盟国を名宛人としているからといって、そのことが、それらの規定によって定められた義務の履行について利害を有する個人にも、同時に権利を与えることの妨げとはならない。〔EEC 条約〕119条の文言自体は、同条が加盟国に対して、定められた期間内に必ず特定の結果を達成する義務を課しているこ

[17] Reich, Horizontal liability in EC Law – “Hybridisation” of remedies for compensation in case of breaches of EC rights, CMLRev 2007, 705.

[18] Case C-43/75 *G. Defrenne v SABENA*, [1976] ECR 455.

[19] Case C-415/93, *ASBL v. Bosman*, [1995] ECR, I-4921 paras. 83–85.

[20] Case C-281/98,*R. Angonese v. Casa di Risparmio de Bolzano*,[2000] ECR, I-4139, paras. 31–36.

[21] Case C-438/05 *International Transport Workers Federation (ITW) and Finnish Seamans Union (FSU) v. Viking Line* [2007] ECR I-10779.

[22] Case C-144/*04 Werner Mangold v Rüdiger Helm,* [2005] ECR I-9981, recently confirmed by Case C-555/07 *Seda Kücükdevici v Swedex* [2010] ECR I-(19.1.2010).

[23] Case C-267/06 *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* [2008] ECR I-1757.

> とを示している。この規定の有用性が、いずれかの加盟国が条約上課されている義務を果たさなかったということ、そして、連合の各機関が十分な熱意をもってこの不作為に対して反応しなかったことによって左右されることがあってはならない。これと反対の見解を支持することは、権利の侵害を、解釈上の原則に格上げする危険をおかすことになるが、そのことは、〔EEC 条約〕164条〔現TFEU 267条〕によって本裁判所に与えられた責務に反することとなる。」（paras 31-34）

このような、EU 法の矛盾した状況についての初期の分析としては、Ernst Steindorff による萌芽的な『共同体法と私法』（1996年）がある[24]。EEC 法/EC 法が私法に対して限定された影響しか有さなかったからといって、特に労働法、消費者法、商事代理店法、会社法、知的財産法の分野における第 2 次法が、国内私法に「感染」し始め、近時においては、「アキ原則」（Acquis principles）や「共通参照枠草案」（Draft Common Frame of Reference (DCFR)）などのような、より野心的なプロジェクトに変容していることを看過してはならない（後記Ⅲ 4 参照）。「水平的関係」に関する EU の法形成のパラドックスは、EU 法が、以前にも増して「域内市場」その他の名の下における加盟国の国内法に留保された領域だと考えられてきた分野に侵食してきているにもかかわらず（そのこと自体、EU の権限をめぐる激しい議論の対象となっているが、それは本稿の関心事ではない）、公法／私法の峻別という形式的構造には変化がないということである。すなわち、「指令（Directive）」には、周知のとおり、「水平的直接効果」はないのである。指令は、指令だけで私人に義務を課すことはできないし、指令だけで私人に権利を与えることもできない。指令は、反制定法的解釈（*contra legem*）の原則の制約内での「整合的」解釈、すなわち EC 法適合的解釈の根拠になりうるにとどまる[25]。たしかに、ECJ の判例法は、各加盟国においては私法によって規律されている関係（例、国その他公共団体との雇用関係）を、「垂直的関係」と「再定義」することによって直接効

[24] Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996 at 48-50（自由移動を制限する――強行的な――私法規範の可能性について）.

[25] 最近の判決として、Case C-212/04 *K. Adeneler v. ELOG* [2006] ECR I-6057 para 110。

果の理論を適用するようになっているので、「垂直的アプローチ」に不自然なところも生じているものの、「垂直的アプローチ」に、本質的な変化がみられるわけではない[26]。

それでは、非差別原則はどうか。非差別原則は、市民概念の支柱のひとつであるが、民族、性的指向、年齢その他の理由による差別に苦しむ非市民にも拡張されている。ここでも、労働法が先端的である。しかし、私法の領域においては、私的自治の原則が支配的だと考えられるから、学者は私法の領域への非差別原則の拡張の行き過ぎに対して警鐘を鳴らしており、好み・選択・競争に基づく「差別」、あるいは「区別された取り扱い」に寛容である。[27]

伝統的なヨーロッパ法における伝統的な公私峻別論を考え直すべき時期がきたのであろうか。私の答えはこうである：Yes and No！以下では、公私峻別論の 2 つの側面を扱いたい。

第 1 は、拡張する一方の「水平的直接効果」理論によって、私法（契約法、不法行為法、会社法）が規律する関係に、ますます関与するようになっている EU 法の形式的構造である。

第 2 は、労働法の分野からはじまり、通常は「契約と結社の自由」が指導的パラダイムであるところの私法関係にも、現在では影響を及ぼしている（「侵略している」という論者もいる）ところの広範な非差別原則である。

Ⅱ 「直接効果」論の再検討

1 「第 1 次法（条約）」の水平的直接効果

EU 法における私法の独自の役割を定義するための鍵となるのは、〈直接効果〉の理論である。直接効果は、通常、「垂直的直接効果 vertical direct effect」と「水平的直接効果 horizontal direct effect」に分けられる。どちらの直接効果も、EU 法によって権利を与え、義務を課すためには、最低限、その規範が、〈無条件〉かつ〈十分に明確である〉ことが必要である。「垂直的直接効果」の理論が、国際公法の淵源から脱した独自の EU 法秩序の始まりを告げるものであったのに対して、直接効果の水平的な関係への拡張は、EU 法における私法の適切な領域を画定するものである。以下では、議論が辿った道を示すために、必ずしも整合性を有するものではないが、いくつかの先例を検討したい。

伝統的な立場は、上述のとおり、基本的自由を、加盟国を名宛人とするものと考える。その自由が私人によって侵害された場合には、競争法が適用されるか、または、ECJ が *Commission v. France*[28] で判示したように、加盟国は違法な私的介入から、これらの自由を保護する義務を負う。

しかし、条約の文言と体系から明らかなように、そのように狭い解釈をすべき必然性はない[29]。「加盟国間」の自由移動の制限――誰が制限をしているかは問わず――を撤廃することを狙っていた EC 条約は、すでに初期の段階からより広い見解をとっていた（EEC 条約 3 条(a), (c)）。したがって、ECJ も、一連の判決をもって EC 条約39条、43条、49条（現 TFEU 45条、49条、56条）の適用を、私的に課された自由移動の制限にも拡張した。この一連の判例法の最初のものは、1974年の *Walgrave* 判決[30] である。この事件は、スポーツ協会の内規によって課された自由移動の制限に関するものであった。この判決は、基本的自由を解釈するにあたって、形式主義的なアプローチではなく、機能主義的なアプローチを採用し、それは有名な *Bosman* 判決[31]において維持された。この事件は、労働者（ただし、裁判所はサービス提供にも触れる）の自由移動に関するものであった。Lenz 法務

[26] Craig/de Burca, EU Law, 4rth d. 2007, 282-287、特に「国家の広い概念」について (p. 284)。

[27] J. Basedow, Grundsatz der Nichtdiskriminierung, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2008, 230.

[28] Case C-265/95 [1997] ECR I-6959; 一般原則としての拡張について Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht, 2003 at 41-46 参照（「第三者効」ではなく「保護義務」！）

[29] Peter-Christian Müller-Graff and Rudolf Streinz, Art. 49, in, EUV/EGV Kommentar, 2003, margins 65–69.

[30] Case C-36/74, *Walrave v. Union Cycliste internationale*, [1974] ECR 1405 paras 15–19.

[31] Supra note 19.

官の意見に反して、ECJ は、競争法の適用可能性は検討しなかった[32]。この先例は、*Angonese* 判決[33]において確認され、また、拡張された。そして、その後の、*Wouters* 判決[34]において、ECJ は、〈私人による団体的規制〉に関する自らの裁判実務を、次のように要約し、確認した。

> 「加盟国間における人の自由移動に対する障害を撤廃しても、公法に服さない団体や組織の自治権の行使によって生じる障壁によって、国家による障壁の撤廃が無力化されてしまっては意味がない。」

Wouters 判決以前の判例が、労働法によって規律される関係に関するものであったのに対して、*Wouters* 判決は、民間団体の自治によるその構成員の経済活動を制限に関するものであり、競争法の適用もあり得る事案についてのものであった。当該事案においては傍論であったといわざるを得ないが、裁判所は、一般原則を形成したように思われる。この判決は、自由移動の原則からの私法関係の適用除外を、それが真に私的自治に基づく場合でなければ認められないとしたのである。自由選択という意味における実効的な私的自治が欠けている場合には、その制限が国家によるものであるか私人によるものであるかを問わず、EU 法上の自由を援用することができるとされたわけである。ECJ の採ったアプローチは、制度論的なアプローチではなく、自律が歪められたり、単純に存在しない他の場面に拡張することができる、機能的ものである。これによって、基本的自由には、憲法的な側面が与えられ、私法へのその「侵入」が許されることとなった。このことは、ドイツ連邦憲法裁判所の1993年10月19日判決[35]を読者に想起させるかもしれない。この事件は、主債務者に依存する家族に銀行が締結させた保証契約の合憲性に関するものであり、判決は、契約の自由は、両

[32] See Reich, Horizontal liability supra note 17 at 707.

[33] Supra note 20.

[34] Case C-309/99, *J. C. J. Wouters et al/Algemene Raad von de Nederlandse Ordre van Advocaaten*, [2002] ECR, I-1577 paras. 120.

[35] BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 96; この判断は、その後の判決において踏襲されている: 5.8.1994, NJW 1994, 2749; 6.12.2005, WM 2006, 23。

当事者が同等の交渉力を有し、両当事者が自己決定を行い得る場合にのみ認められるとした。すなわち、当事者の一方が相手方の構造的な弱みにつけ込んだ場合には、契約の自由や私的自治は存在しないのである[36]。

この「侵入」が、労働関係にとって最も意味を有することは、企業による基本的自由の援用に対する、同業者組合による団体行動に関する ECJ のいくつかの判決によって明らかとなった。ここでは、*Viking* 判決と *Laval* 判決[37]を、このアプローチの顕著で議論の的となっている例として引用しなければならない。*Viking* 判決は、まず「フィンランド船員組合」の団体行動と、後にそれを支援した「国際港運作業員連合」――運送業における同業者組合の上部組織――の活動に関するものであった。この事件では、Rosella 号というフェリー船を Helsinki と Tallinn の間で赤字運行していた Finnish Viking 社が、その船籍をフィンランドからエストニアに移して、船員にエストニア基準の賃金を支払うことによって人件費を削減しようとした。本件について管轄を有するロンドン高等法院は、これらの組合の団体行動が Viking 社の開業の自由を制限するものであるとして、差止めを命令した。これに対して、イングランドの控訴院は、この命令を破棄してこの事件を ECJ に付託し、ECJ は2007年12月11日にその論争をよんだ判決を下した。他方、*Laval* 判決は、スウェーデンで契約を落札したラトビアの建設会社 Laval 社に関するものであった。同社が、ラトビアから派遣された作業員を用いて工事を始めたところ、スウェーデンの建設作業員組合である Bygnadds が、同社はスウェーデンの法令と慣行に従った賃金を支払うべきであると主張した。同社は、ラトビアの建設作業員組合との団体交渉で合意に達した後で、Bygnadds の要求を拒絶した。この拒絶の後、Bygnadds は工事をボイコットし、Laval 社は工事を断念して撤収せざるを得なくなった。この事件は、スウェーデン労働裁判所から ECJ に付託されたものであり、主たる争点は海外派遣労働者指令（Posted Workers Directive）96/71/EEC の解釈に関するものであったが、同時にサービス提供の自由に

[36] この判例についての詳細なコメントとして P. Rott, German law on Family Suretyships: An Overrated System, in: A. Colombi Ciacchi (ed.), Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity, 2007, at 54-55 参照。

[37] Supra note 21; Case C-341/05 *Laval & partneri v. Bygnadds* [2007] ECR I-11767.

関する EC 条約49条（現 TFEU 56条）の「水平的適用可能性」も争点となり、Laval 社の勝訴、スウェーデンの労働組合の敗訴に終わった。

これらの判決によれば、EC 条約43条と49条（現 TFEU 49条と56条）が規定する基本的自由は、水平的関係における「有償雇用、自営業、サービス提供を団体的に規制することを目的とするあらゆる種類のルール」に適用される（EC 条約43条につき *Viking* para 33、49条につき、必ずしも明瞭ではないが、*Laval* para 98）。*Viking* 判決においては、このことは、加盟国によって労働条件を法律によって規律する国や、団体協約で規律する国があり、後者に基本的自由の規定が適用されないとすれば、「適用における不平等が生じる危険を冒すことになる」ことによって正当化された（para 34）。*Laval* 事件においては、*Wouters* 事件におけるのとよく似た、より機能的な議論がなされた。つまり、「サービス提供の自由に対する障害を撤廃しても、公法に服さない団体や組織の自治権の行使によって生じる障壁によって、国家による障壁の撤廃が無力化されてしまっては意味がない」というのである（*Laval*, para 98）。したがって、EC 条約43条と49条は、直接効を有するのであり、フィンランドの船主 Viking Line 社が Rosella 号の船籍を移すことが妨げられた場合や、ラトビアの建設会社 Laval 社が、作業員をスウェーデンに配置しようとした際にスウェーデンの建設作業員組合のボイコットによって損害を被った場合のように、同業者組合の団体行動によって自由を侵害された私人に権利を付与するものである（EC 条約43条につき *Viking* para 58、49条につき *Laval* para 97）。しかし、両事件において裁判所が示した議論は、TEU 6 条によって EU 法の一部となった基本権憲章28条によって保障されている（といっても、EC 法の制限の範囲内における保障にすぎないのであるが！*Viking* para 44, *Laval* para 91）、労働組合の団体行動権という基本権を制約するものであるあることから、大いに議論の的となっている。

少なくとも差別に関する EU の第 1 次法が「水平的直接効果」を有することは、一般原則として、最近の *Raccannelli* 判決[38]において再確認されている。この事件は、ドイツのマックス・プランク研究所で働く博士課程のイタリア人学生が、民間の（ただし、公的資金が投入されている！）マックス・プランク研究所による差別を申立てた事件であり、類似の仕事をしているドイツ人は雇用契約を締結しているのに、イタリア人学生には奨学金しか与えられなかったという主張がされた。

> 「EC 条約39条（現 TFEU 45条）は、基本的自由を定めるものであり、EC 条約12条（現 TFEU 18条）の規定する一般的な非差別原則を具体化したものである。その非差別原則は、有給雇用を団体的に規律する合意にも、私人間の労働契約にも等しく適用される（と言わなければならない）。」（para 45）

これらの判決は、同じ原則が、EC 条約28条・29条（現 TFEU 34条・35条）に基づく、物の自由移動に関するルールにも適用されるのかどうかについては何も触れていない。この点についての法学者の支配的見解によれば、私法上の団体によって誘引される制限には、競争法のみが適用されるとされている。しかし、権利者の同意に基づいて域内市場におかれた商品に関する「知的財産権の消尽」についての ECJ の判例が、物の自由移動についての基本的自由を私法上の関係に適用し、自由移動の要請に適合しなければならないとしていることが、既に Steindorff のモノグラフ[39]において指摘されていたことに留意すべきである。自律的だと思われる私法上の主体間（ここでは知的財産権者と並行輸入業者）の「水平的関係」も基本的自由の適用を受ける。つまり、並行輸入業者による商標権・特許権侵害が問題となった事案において、EC 条約30条 2 文が定める自由移動規定が直接適用され、並行輸入業者に有利な判決が下されている。EU 法の「注入」が、EC 条約10条（現TEU 4 条(3)）の定める誠実協力義務に基づく裁判所の命令という形式をとるとしても、明らかに、EU 適合性の要請は、私法関係にも及ぶのである。

私見によれば、EU の第 1 次法の「水平的直接効果」拡張のプロセスには限界はない。それは、労働法、民間団体の内規、知的財産権の行使にのみ拡張されるわけではない。商事法と消費者法も、「自由移動への団体的制限」を課すことがある。特別法たる競争法の適用によって、これらの制

[38] Case C-94/07 *Raccanelli* [2008] ECR I-5939.

[39] Supra note 24 at 125, 143, 290, 299.

限に適切に対処することができるのであれば、われわれが重要な *Grundig* 判決[40]以来知っているように、自由移動ルールに依拠する必要はない。しかし、非経済的主体が、テリトリー制その他自由移動に対する間接的障害（例、約款や封入文書に定められた私的な再販売の禁止、使用の制限、不当な価格差別、国民サービス条項（national service clause）〔サービス提供者は提供地の国民でなければならないとする、法令上で義務づけられた条項のこと（例、警備員）――訳者注〕、出身国を去る場合に銀行の取引約定書によって課される経済的不利益[41]、その他類似の障害）の影響を受ける場合には、消費者その他非経済的主体は、競争法によっては適切に保護されないので、自由移動ルールに依拠することが考えられる。消費者の不利益に市場を分割する行為について、その反競争性が証明されるか否かにかかわらず、自由移動ルールを使って特別の不法行為責任を課すこともできよう[42]。もっとも、これらの原則の詳細は、さらに詰めなければならないし、裁判手続における検証を受ける必要がある。

２　「規則」の水平的直接効果の射程

EU の規則（Regulation）に直接効果があることは、EC 条約249条(2)（現 TFEU 288条）自体から分かる。しかし、「補完性の原則」（EC 条約 5 条(2) 及びアムステルダム条約の附属議定書、現 TEU 5 条及びその第 2 附属議定書）の厳格な解釈によって、EC そして現在では EU の諸機関は、「他の条件が同じである場合」（附属議定書(6)）には、指令（directive）が規則に優先すると解している。筆者は、EC 条約153条（現 TFEU 169条）に基づいて、このような考え方を、消費者法との関連において批判したことがある。

[40] Cases C-56 + 58/64 [1966] 299.

[41] 抵当権設定融資の繰り上げ返済におけるいわゆる「期限前返済補償（Vorfälligkeitsentschädigung）」が、人の自由移動に対して与える間接的な影響についての私の議論を参照されたい。Reich, Die vorzeitige Beendigung von Finanzierungen aus der Sicht des Kreditnehmers, insbesondere der Verbraucher, in: Bankrechtstag 1996, 43, 57.

[42] See Micklitz/Reich/Rott, Understanding supra note 14 at para 8.14.

私見では、既存の消費者アキ〔すでに獲得された消費者法〕を直接適用可能な規則として「法典化」してまとめることは、完全に EU の権限の範囲内であると考える[43]。

運送サービスの分野では、EC は、域内市場に関する権限についての EC 条約95条（現 TFEU 114条）に基づいてではなく、EC 条約80条（現 TFEU 100条）が具体的に定める権限に基づいて、航空旅客及び鉄道旅客の権利に関する規則を設けた[44]。他の分野にも類似のルールに服しよう[45]。旅客の権利については近時、訴訟が多い。この規則をめぐってはいくつかの重要な判決が下されており、ECJ の判決は、旅客への補償については、「EU」フライト（往路を EC 条約の適用を受ける加盟国の領域内にある空港から出発した旅客が、復路でその空港に戻ってくる場合であっても、復路の出発空港が非加盟国にある場合は EU フライトには含まれない）であれば、「旅客」に好意的である[46]。ECJ は、3 時間以上の遅延が生じた事件について、「大幅な遅延」は、事実上のキャンセルに相当し、旅客には補償が支払われるべきであるとした[47]。また、航空機の技術的問題によってフライトがキャンセルされた場合における「異常な状況」の抗弁について、裁判所は

[43] Reich, A European Contract Law, or a European Contract Law Regulation for Consumers? Journal of Consumer Policy (JCP) 2005, 383 at 398.

[44] 欧州議会及び欧州理事会の2004年 2 月11日の Regulation (EC) No 261/2004。この規則は、搭乗拒否や欠航、大幅な遅延の場合における旅客への補償と援助についての共通ルールを確立するものであり、Regulation (EEC) No 295/91, [2004] OJ L 46/1 を廃棄するものである。EUの権限につき、Case C-344/04 *IATA and ELFAA* v. *Department for Transport*, [2006] ECR I-403 参照。この動向を批判的に概観するものとして、E. & M. Varney, 'Grounded? Air Passenger Rights in the EU', in: Twigg-Flesner et al., Yearbook of Consumer Law 2008, 2009 at 171-200 がある。鉄道旅客の権利については、類似の Regulation (EC) 1371/2007 of 23 Oct. 2007, [2007] OJ L 315/14 という規則がある。

[45] 詳細な検討として Karsten, European Passenger Law for Sea and Inland Waterway transport, in: Twigg-Flesner at 201; same, Passenger, Consumers, and Travellers: The Rise of Passenger Rights in EC Transport Law and its Repercussion for Community Consumer law and Policy, JCP 2007, 117 参照。EU 委員会は、海上及びバス運送についても、類似の提案をしている（Com (2008) 817 and (2007) 264）。

[46] Case C-173/07 *Emirates* [2008] ECR I-5237.

[47] Case C-402/07 *Sturgeon* [2009] ECR I-(19.11.2009).

次のように判示して、それを「不可抗力」の抗弁に近づけて解した[48]：

> 「航空機の整備時に発見される技術的問題や整備を怠ったことによって発見される技術的問題は、それ自体として「異常な状況」には当たらない。…しかし、技術的問題が、航空会社の通常の事業の遂行に含まれない出来事から生じたものであり、その現実の支配を超えた出来事である場合には、それが異常な状況に含まれる可能性を否定できない。そのような例としては、航空会社が所有している航空機の製造業者や、規制当局によって、すでに運行しているそれらの航空機には、航行の安全性に影響を与える隠れた製造上の欠陥があると公表されたような場合を挙げることができる。サボタージュやテロリズムによって航空機が損傷を受けた場合にも同様である。」（paras 25-26）

３　「指令」の水平的直接効果？

ECJ が、「指令」の水平的直接効果を否定するに当たって用いた概念論は、広く知られており、*Dori* 判決以降、いくつかの判決において再確認されてきた[49]。すなわち、EC が私人に義務を課すには〔「指令」ではなくて〕「規則」を用いなければならないというのである。しかし、私法規定は、通常、私人ではなく、加盟国を名宛人とした「指令」という形をとる。加盟国は、EC 条約10条・249条(3)（現 TEU 第 4 条(3)・TFEU 第288条(3)）を尊重しつつ、各国の憲法に基づいて、それらの指令を、（例えば、使用者、物やサービスの提供者の）「義務を創設する」法的文書として、それと対応する「相手方」（被用者、消費者、ユーザー）の個人的権利とともに国内法化しなければならない。

[48] Case C-549/07 *Friedrike Wallentin-Hermann v Alitalia*, [2008] ECR I-(22.12.2008).

[49] Case C-91/92 [1994] ECR I-3325 paras 20-25; Case C-168/95 *Arcaro* [1996] ECR I-4705 paras 40, 42; Case C-397/01 *Pfeiffer* [2004] ECR I-8835 para 108; A. Arnull, The European Union and its Court of Justice, 2nd ed. 2006, at 244-246 における検討を参照。EU 委員会の決定についても同様の原則があてはまることにつき、Case C-80/06 *Carp v. Econrad*, [2007] ECR I-4473 参照。

実際、共同体の立法者〔欧州議会及び欧州理事会〕が、*Dori* 判決の定式に従って「私人に直接に義務を課す」法を制定すること（para 24）や、*Pfeiffer* 判決が判示した「指令によって直接に私人に義務を課すことはできないのであり、私人との関係において、指令に基づいて義務を主張することはできない」（para 108）という状況を回避するためには、適切な種類の法的文書を選択しなければならない。指令は、それが詳細で具体的な規定をおき、加盟国に裁量の余地を残していないとしても、その目的のためには適切な法的文書ではない。実際、加盟国は、ブリュッセルの決定に機械的に判を押すだけの、いわば公証人に成り果てているともいえる（このようなプラクティスは、指令を実施する加盟国の義務に関して、裁判所によって支持されているところである。）。それでもなお、裁判所の理論によれば、私人間の義務は、当事者自身が自律的に発生させるか（これが契約法と会社法が扱う分野である）、国内的な（例外的に国際的な）立法や規制よって発生する（これが不法行為法および民事責任法一般が扱う分野である[50]）。このような、私法の基本的前提は、ますますフィクションとしての性質を強くしているものの、EU 法においても堅持されている。

しかし問題は、加盟国が指令に基づく義務を適正に履行しなかった場合や、加盟国が履行しようとしない場合――近年、裁判所はこのような場合への対応に大わらわである――に生じる。そこで議論されているのが、私法関係に波及効果を有する EU 指令の実施や適用が適正に行われないという、「立法の失敗」や、「行政の失敗」、さらには「司法の失敗」をどう是正すべきかということである。オーソドックスなアプローチは、EC 条約10条（現 TEU 4 条(3)）に単純に依拠して、加盟国（「EC、そして EU の

[50] 本稿で述べるのとは異なる類型論として、G. Teubner, 'Societal Constitutionalism: Alternatives to State Centred Constitutional Theory?' in: Joerges, Sand and Teubner (eds.), Transnational Governance and Constitutionalism, Oxford 2004 at 18;「自主規制」を法源として扱う G.-P. Calliess, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, 2006 at 196; R. Michaels & N. Jansen, Private Law Beyond the State? Europeanisation, Globalisation, and Privatisation, AmJCompL 2006, 843; J. Basedow, The State's Private Law and the Economy –Commercial law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making, AmJCompL 2008, 703 参照。

裁判所」としての各国裁判所を含む）には、そのような結果を回避する義務、及び履行義務違反によって私人が被った損害について補償をする義務があるとするものである。これは、基本的に ECJ 及びそれに従う者たちのとるアプローチであり、具体的に用いられる救済手段としては次のようなものがありうる：

・反制定法的解釈禁止（*contra legem*）原則の制限内での整合的な解釈
・国家賠償責任
・私法関係の「垂直化」（特に私人と国家機関等との雇用関係の場合[51]）

ECJ に係属した境界線上の事案では、ECJ は、指令には少なくとも「消極的な水平的直接効果 negative horizontal direct effect」があるとしている。リーディング・ケースは、*Unilever* 判決[52]である。これは、バージン・オリーブ・オイルについてのイタリア政府の新しい製品基準に違反した商品が契約違反に当たるかどうかが争われた事件であるが、イタリア政府は、その新しい製品基準を EC 委員会に通知することを怠っていた。これは、〔イタリア政府による〕指令83/189/EEC の違反である。ECJ は、技術規制又は基準を通知しないことが、指令83/189/EEC の下で、私人間の関係にどういう影響を及ぼすかに関する *CIA* 判決[53]を引用しながら次のように述べた：

> 「本裁判所の先例によれば、〔指令に〕則った通知のなされていない技術的規則が適用可能性を欠くということは、私人間の手続きで援用されうる。たしかに、指令はそれのみによって私人に義務を課すことができず、また、私人は私人に義務を課すものとして指令に依拠することはできないが、先例は、指令83/189第 8 条又は 9 条が遵守されていないこと――それは手続上の重大な瑕疵に当たる――によって、同 8 条又は 9 条に違反して採択された技術的規則が適用可能性を欠く場合についてのものではない。本件のような場合には、指令の国内実施措置がとられなかったという事案とは異なり、指令83/189は、国内裁判所が判決の基礎としなければならない法規範の実体的内容を定めることにはならない。指令83/189によって、私人の権利も義務も生み出されないからである。」（paras 49-51）

裁判所による、〈それ自体としては私人に義務を課さない指令が国内実施されないこと〉と〈契約違反訴訟において私人に対して援用可能な通知懈怠という指令違反〉の区別は、説得力を欠く。むしろ、どちらの場合にも、加盟国による指令上の義務（実体的なものか手続的なものであるかは問わない）の違反は、少なくとも「消極的」に私人間の関係に影響する。つまり、国内法において指令が正しく遵守され、または、実施されていれば、当事者の一方が求めることのできた救済手段が、求められなくなるからである。指令は、義務そのものを作り出すのではなく、義務を変更するのである。

この区別は、*Oceano* 事件[54]における Saggio 法務官の1999年12月16日の意見において、さらに展開された。消費者に不利益な管轄条項に対して、不公正契約条項指令（Unfair Contract Term Directive）93/13/EC が有する法律効果について、Saggio 法務官は、「代替 substitution」と「排除 elimination」の効果を区別した。

> 「定められた期間内に国内実施措置がとられなかった指令の『代替的効果 substitution effect』と『排除的効果 exclusionary effect』を区別するこの種の解決は、条約上の義務の不履行宣言の効果に関する本裁判所の判例法においてその萌芽を見出すことができることも注意すべきである。」（para 38）

[51] 概観として、S. Prechal, Directives in EC Law, 2nd ed. 2005, at. 255-261; Th. v. Danwitz, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neuen Rechtsprechung des EuGH, Juristenzeitung (JZ) 2007, 697; A. Dashwood, From an Duyn to Mangold via Marshall: Reducinng Direct Effect to Absurdity? CambridgeYearbookof Euoepan Legal Studies Vol. 9, 2006-2007, 81 参照。

[52] Case C-443/98 [2000] ECR I-7535; この点の検討としてCraig/de Burca, EU Law, 4th ed. 2007, at 296-300 参照。Dashwood at 94 は、「付随的水平的効果 incidental horizontal effect」について論ずる；「消極的直接効果」とはどう違うのか？

[53] Case C-194/94 *CIA Security* v *Signalson and Securitel* [1996] ECR I-2201.

[54] Cases C-240-244/98 *Océano Group Ed. V. Rocio Murciano Quintero et al* [2000] ECR I-4941.

指令のみによって、国内法に代替して、新たな義務を創出できないことはその通りだが、指令が、指令から生じるべき権利を制限する国内法の規定を排除することによって、相手方の義務を「制定」したり、義務を「課し」たりすることなく、既存の義務を拡張しまたは変更することはあるのである[55]。

例えば、不適合物品を受け取った消費者が、適合物品と交換する前にそれを使用していた場合について、売主に対する使用利益の賠償（Nutzungsentschädigung）をすることを消費者に義務づける国内法が、1999年 5 月25日の消費者売買指令（Consumer Sales Directive）99/44/EC に反しないかどうかが問題となった *Quelle* 訴訟をみてみよう[56]。ECJ に付託をしたドイツ連邦最高裁判所は、ドイツの国内実施法はそのような義務を消費者に課しており、それに反する解釈は認められないと判断していた。これに対して ECJ は、指令99/44の「起草資料」及び同指令の保護範囲を根拠に、指令99/44を素直に解釈して、そのような義務は排除されるとした：

> 「売主が契約に適合しない物品を引き渡した場合、それは売買契約で引き受けた義務を正しく履行していないのであり、その不完全な履行の帰結を負担しなければならない。売買代金を支払い、自らの契約上の義務は正しく履行している消費者は、新しい物品を不適合物品の代わりに受け取ったとしても、不当に利得していない。その消費者は、最初から受領できていたはずの、契約上の仕様に適合した物品を、遅れて受領しただけのことである。」（para 41）

[55] See Reich, Understanding supra note 9 at para 2.11; Prechal at 268; 批評として Rörig, Die Direktwirkung von Richtlinien, 2001 at 56-63 参照（ECJ の関連判例を検討する）; Dashwood supra note 51 at 103; v. Danwitz at 703 は、指令に反する規定を排除した場合における欠缺補充の問題を検討する。もっとも、これは指令に特有の問題ではなく、106/77 *Amministrazione delle Finanze v Simmenthal* [1978] ECR 629 において明確に述べられたように、EC 法の優位性の原則（principle of precedence）一般の問題である。

[56] [1999] OJ L 171/12；Case C-404/06 *Quelle v BVVZ* [2008] ECR I-2685（「使用利益賠償」を否定）。

この結論は、きわめて説得的である。しかし、問題は、ドイツにおけるその国内的実施の方法である。「整合的解釈」によることはできないということは、付託裁判所自身が、付託命令において述べていた（もっとも、その後の手続ではこの見解は否定されたのであるが。）。国家賠償責任という手段も、*Quelle* 事件のような団体訴訟においては用いることができない。原告であるドイツ消費者団体連合には損害がないからである。たしかに、手続そのものの費用は支出したかもしれないが、訴訟費用の負担はドイツ法によって解決されるべき問題であり、連邦最高裁判所（BGH）で消費者団体が勝訴すれば、いずれにせよ敗訴者負担となる。これは、原告にとっては困難な状況を作り出す。原告消費者団体は、ECJ で勝訴しても、国内裁判所において、その勝訴判決を自己が代表する者のために使うことができないのである。したがって、〔指令と〕抵触する国内法を「取り消す」（set aside）という救済手段の方が望ましいように思われる[57]。実際、〔ECJ の判決後の〕BGH における判決も、そういう結論であった[58]。

ECJ は、議論を呼んでいる *Mangold* 判決[59]においても、同じ方向性をとった（しかし、ほとんど新しいことは付け加えていない）ようにみえる。この判決は、差別に関する枠組み指令（Framework Directive on Non-discrimination）2000/78/EC [60] に関するものであり、同指令の実施期限内において、有期雇用の停年年齢を、理由を示すことなく引き下げることを認め、高齢の被用者の立場を弱めるという「年齢差別」を許容するドイツ法が問題となった。同指令の実施期限はまだ徒過していなかったので、形式的にはドイツは指令に違反していなかった（ドイツには、同指令の実施のために 3 年間の猶予が与えられていた。）。しかし、ECJ は、より抜本的なアプローチをとり、年齢差別の禁止は、EC 法の一般原則であって（後述

[57] See W. V. Gerven, On Rights, remedies and procedures, CMLRev 2000, 501 at 506-509.

[58] BGH, judgment of 26.11.2008, EuZW 2009, 155（「目的論的還元法」による「法形成」のために、指令に適合しない国内法の適用範囲について「指令適合的解釈」の理論を用いる）。

[59] Supra note 22 at para 76; 批評として、Reich, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2006, 21 参照。

[60] [2000] OJ L 303/16.

Ⅲ２）、国内の立法府は、指令の実施期限内であっても、高齢者の雇用関係に関する法を「劣化」させてはならないとしたのである。ECJ の眼には、ドイツの立法府がこの枠組み指令2000/78に基づく明示的及び黙示的な義務に違反しており、国内裁判所は、この義務に反する国内法規定を取り消さなければならないものと映ったのである。若干の混乱を含むことは認めなければならないが、ECJ は次のように判示した：

> 「結論として、平等取扱いの一般原則の遵守、具体的には年齢に関する平等取扱いが、年齢に基づく差別と戦うための一般的枠組みを定めることを意図した指令の国内実施措置をとるために加盟国に与えられた期限の到来を条件としているとはいえない。このことは、特に適切な法的救済方法、証明責任、犠牲者保護、社会的対話、アファーマティブ・アクションその他の、指令を実施するための具体的方法の整備に関して当てはまる。そのような状況においては、年齢差別禁止の原則に関わる紛争を審理している国内裁判所の責務は、自己の管轄権を有する事件について、EC 法と抵触するおそれのある国内法の規定を取り消すことによって、私人に対して、共同体法から導き出される法的保護を与え、それらのルールの完全な実効性を確保することである。（同旨、Case C-106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629, paragraph 21, and Case C-347/96 *Solred* [1998] ECR I-937, paragraph 30）。」（傍点筆者）

Simmenthal 判決は、第１次法の違反に関するものであったので[61]、〔第２次法たる指令に関する〕*Mangold* 判決が、*Simmenthal* 判決に言及したのは意外である。*Solred* 事件も、EC 指令に反した課税に関するものなので、「水平的直接効果」ではなくて、「垂直的直接効果」に関する判決である。ECJ は、「消極的な水平的直接効果」に関する判例法を、雇用関係（つまり、*Solred* 事件の事案のように私法上の関係）に拡張して、*Dori* 判決を制限的に解釈しようと、あるいは変更しようとさえしていたと理解すべきなのであろうか？それとも、〔判決の射程を〕「法の一般原則」（年齢差別禁止）

[61] *Simmenthal* 事件は、ある EEC 規則とともに、「垂直」関係における、EC 条約28条（当時の EEC 条約30条、現 TFEU 34条）の直接適用可能性に関するものであった。

と、その原則の表れである特定の指令（2000/78）が組み合わさった場合に限定しようとしたのであろうか？その後の判例法も、この点は明らかにしていない。*Palacios de la Villa* 事件[62]における Mazak 法務官の2007年２月15日の意見は、厳格な年齢制限が雇用において有する差別効果についてのものであるが、そこにおける方法論的批判と解釈は次のようなものである：

> 「私の読むところ、〔*Mangold*〕判決は、指令2000/78に水平的直接効果があるとはしていない。むしろ、指令に水平的直接効果がないという問題を、その指令に対応する法の一般原則に直接効果を付与することによって、迂回したのである。」（para 132）

しかし、Mazak 法務官による *Mangold* 判決のこの読み方が正しかったのかどうかは疑問である。*Mangold* 判決において、ECJ は、指令に違反する国内法を取り消す義務を国内裁判所に課すに当たって、指令2000/78に明示的に言及しているのであり、これは、引用はされていないものの、むしろ *Oceano* 事件における〔代替的効果と排除的効果に関する〕Saggio 法務官の見解に近い。〔これに対して〕Mazak 法務官は、その後、指令の「代替的」直接効果と「排除的」直接効果の区別を明示的に否定している。ECJ は、*Palacios de la Villa* 事件における最終判決においては、この点に触れることなく、経済政策の観点から年齢制限を正当化した[63]。*Adeneler* 判決[64]も、実施期限内の加盟国の義務という文脈で *Mangold* 判決に触れたが、指令に反する国内法規を取り消す義務については触れていない。それにもかかわらず、*Adeneler* 判決は、次のように述べて、整合的解釈の原則を拡張した。

> 「加盟国における指令の国内実施措置が遅れた場合において、その指令の関連規定が直接効果を有さないときは、国内裁判所は、国内実施措置をとるべき期限の到来後は、当該指令の意図した結果を実現す

[62] Case C-411/05, [2007] ECR I-8531; コメントとして、Reich, EuZW 2007, 198 参照。
[63] 2007年10月16日の判決は、「雇用政策に関する加盟国の広範な裁量」について述べる (para 68)。L. Waddington, CMLRev 2008, 895 at 904-5 のコメント参照。
[64] Supra note 25 at para 121.

るために、可能な限り、当該指令の文言と目的に照らして国内法を解釈しなければならない。その際、指令の規定に適合する結果を実現するため、指令の目的と最も整合的な国内法解釈を優先しなければならない。」（傍点筆者）（para 124）

「整合的」から「最も整合的」な解釈になったわけだが、これは私であれば「消極的な水平的直接効果」と呼ぶであろうものにきわめて近い！

Maruko 事件[65]は、強制加入の職業年金スキームからの、同性カップルにおけるパートナーの差別的除外に関するものである。ECJ は、それは正当化されない差別であるとした。ECJ は、「水平的直接効果」の問題については検討せず、〔死亡した〕被用者、その生存パートナー、年金を運営する独立公益機関（“Versorgungsanstalt”）の契約関係を「垂直的」であると性質決定することで満足したようにみえる。このことは、「指令2000/78の 1 条と 2 条を合わせ読むと、（そのような差別的な）立法は認められない」（para 74）という定式化から分かる。したがって、Maruko 氏は、当該公益機関に対する年金支払請求を、指令に直接に依拠してすることができるとされた。Maruko 氏にとっては幸いなことに、本件の年金スキームは、保険会社や企業グループによってではなく、公益機関によって運営されていた。しかし、保険会社等が年金を運営している場合と、公益機関が年金を運営している場合とで、本当に結論が違ってよいものだろうか？

さらに最近の *Küküdevici* 事件[66]も、指令2000/78の下で年齢差別が問題となった事件である。この事件では、指令2000/78はドイツにおいて完全に実施されていた。Bot 法務官は、上述の ECJ の判例法の不明確さを説得的に論じ、〔*Oceaneo* 事件において〕Saggio 法務官が最初に主張した、指令の「消極的な水平的直接効果」または〈排除的な水平的直接効果〉の理論を公に支持した。*Mangold* 判決へのフォローアップとして、Bot 法務官は、差別禁止（年齢差別を含む）は、共同体法の一般原則であると主張した。ECJ もそれに従い、次のように述べた。

[65] Supra note 23.

[66] Case C-555/07 supra note 22, opinion of AG Bot of 7. Juli 2009, paras 80/85.

「指令2000/78に表明されている、年齢による差別を禁止するという原則の完全な実効性を確保するためには、国内裁判所が、EU 法の射程の及ぶ事項に関する国内法の規定であって、その〔年齢差別禁止の〕原則と適合しないと考えるもの、かつ、その原則と適合的に解釈することのできないものの適用を差し控えなければならないということを意味する。その際、先決的裁定を求めて ECJ にその事件を付託する必要はないし、付託することが妨げられることもない。」（para 53）

ECJ がとったこのアプローチは、2010年 7 月 6 日のドイツ連邦憲法裁判所の命令[67]において明示的に支持された。

以上の概観から、「指令」の水平的直接効果を否定してきた ECJ の判例法は発展過程にあることが分かる。私は、第 1 次法の水平的効果に関する判例におけるのと同様に、〈排除的な直接効果〉を指令に認めることによって、指令に違反する国内法に基づく権利行使を排除すべきであると考える[68]。これは、特に、「団体的規制」の要素によって特徴づけられる消費者関係や雇用関係、年金スキーム（*Maruko* 事件参照）、約款（*Quelle* 事件）において当てはまる。使用者や供給者が、指令による EU 法の（誤った）国内実施措置を正当に信頼していた場合には、判決の遡及的効果を制限することによって対応するべきである。ECJ は、判決の遡及的効果の制限に消極的であり、2 つの条件が満たされなければそれを行っていない。2 つの条件とは、経済への深刻な影響のリスクの存在と、共同体法に適合しない取引慣行が、EU 法の規定の有する意味についての客観的かつ重要な不明確性によって生じたこと、ということである[69]。*Maruko* 事件においては、ECJ は遡及的効果を否定しなかったが、私であれば反対するであろう。「経済への深刻な影響」という付加的な要素は証明が困難であり、要件とすべきでないと考えるからである。しかし、*Quelle* 事件においては、不適合物品を消費者が使用したことによる、売主から消費者に対する使用利益賠償

[67] 2 BvR 2661/06.

[68] See Reich, Bürgerrechte in der EU, 1999, 105-108.

[69] Case C-262/88 *Barber* [1990] ECR I-1889 para 41; Case C-292/04 *Meilicke* [2007] ECR I-1835, paragraphs 36 to 37.

請求を否定するという排除的効果を否定すべき理由はない。ドイツにおいては、立法府のとった対応と連邦最高裁の解釈に対しては、多くの批判があったのであり、*Quelle* 判決は、指令のこの（誤った）解釈に依拠するべきではなかった[70]。

本稿は、「消極的な水平的直接効果」による救済が適切でない場合における、国内法の「指令適合的」解釈の必要性と重要性を否定するものではない（いずれにせよ、「消極的な水平的直接効果」は原則ではなく例外である）。その好例として、最近の *01051 Telecom* 判決[71]を挙げることができる。この事件は、商取引に関するものであるが、支払遅滞の場合における利息はいつまで発生するかが争われた。2000年 6 月20日の支払遅滞指令（Late Payment Directive）2000/35/EC [72] のドイツの国内実施法に関する「支配的見解」が主張するように、債務者が、銀行に対して、債権者への撤回不能な送金指図をした日までであろうか。それとも、Poiares Maduro 法務官の意見にあるように、送金が債権者の銀行に「到達」する必要があるのであろうか。それとも、債権者の銀行口座に現実に入金処理がなされた時までであろうか。一見すると技術的なこれらの議論の背後にある真の問題は、銀行システムにおける支払指示の取扱いの遅滞のリスクを誰が負担すべきなのかということであろう。法務官は、この指令の目的は、「債権者の費用において、債務者に追加的な流動資産をもたらすこと」を回避することであるという経済的な議論を用いた（para 37）。ECJ は、Poiares Maduro 法務官の意見よりもさらに先を行き、同指令 3 条(1) lit c (ii) の文言にしたがって、第 3 の最も「債権者にやさしい（creditor-friendly な）」解釈を採用した。その文言とは次のとおりである：

> 債権者は、次の場合には、支払の遅滞による利息を請求することができる。
> （ｉ）債権者が、自己の契約上及び法律上の義務を果たしている場合；かつ
> （ii）支払遅滞が債務者の帰責事由によらない場合を除くほか、債権者が、期限までに支払を受領していない場合

ECJ の見解では、ここでいう「受領」とは、次のことを意味する。

> 「商取引において、銀行振込みによる支払が期限までになされたといえるかどうか、そして、同条にいう支払遅滞による利息発生がなくなったといえるかどうかの判断基準時は、債務額が債権者の口座に入金処理された日である。」（para 28）

ECJ は、Poiares Maduro 法務官とは異なり、「直接効果」の問題や、ECJ により解釈された指令に国内法を適合させるための「整合的解釈」の問題は検討しなかった。しかし、ドイツの国内実施法は、当事者が変更することのできる任意規定に関するものであり、その文言には解釈の幅があったことを忘れてはならない。結果的に、ドイツの裁判所は、ECJ の判決に反する国内法の規定を取り消す義務は負わないものの、ECJ の判決に適合するような、BGB 286条 3 項の「給付（Leistung）」概念の解釈を受け入れなければならなくなった。これは、ドイツ債務法における重大なパラダイムシフトを意味する。すなわち、「債務者保護から債権者保護へ」ということであり、これは債務者に「追加的」な義務を「課す」ということである！

4　EU 法における一般的救済手段としての「水平的直接効果」？

以上の検討から導かれる暫定的な結論は、当初の EC 法の（そして現在は EU 法の）「公法」アプローチは、より機能的な公私峻別の概念によって、徐々に、しかし一貫性を欠きながら、変容されてきたというものである。市民の自由移動を含む基本的自由は、一定の場合において、通常は私法によって規律される関係、特に国家に類似した権力と規制権限を有する団体との関係に、影響を与える。初期の例としては、労働者や自営業者の自由移動に関わる団体の内規、事業者団体の団体行動によってエンフォースされる団体交渉文書、約款などが影響を受け、また、競争法との交錯も

[70] ドイツの文献を仔細に引用する、2007年11月15日の Trstenjak 法務官の周到な意見（para 38）を参照。

[71] C-306/06 *01051 Telecom v Deutsche Telecom* [2008] I-1923.

[72] [2000] OJ L 200/35.

みられた。最近の *Viking* 判決及び *Laval* 判決においてみられたように特に労働紛争における「連帯の行動（actions of solidarity）」は、突如として自由移動の「制約」とされてしまったわけだが[73]、「連帯の行動」に関する EU 法のリベラルな信条のやや問題をはらむ拡張そのものは、議論されてこなかった。そのため、「公法関係 public relations」の「私法化 privatization」をめぐっては、今後衝突と批判を避けることはできない。

第 2 次法は、その数が増える一方の「指令」によって、そして近時は「規則」によっても、私法関係に入り込んでいる。これらの選択的で具体的な法的文書が、私人と私法一般に与える影響――特にそれらが加盟国によって実施されない場合や、より多いのは不完全又は誤った実施がされた場合の影響――は、いまだ明らかではない。ある指令の具体的な解釈と、その指令を「水平的関係」にストレートに適用しようとする国内裁判所の意欲の間には、一定の隔たりがある。EU 法の基本的な考え方は、すべての市民の「平等で実効的な保護」ということであるから、指令が実施されていないことは、原則として私法関係における抗弁とはなりえないはずである。そうでなければ、指令を遵守しない加盟国は、不遵守によって「タナボタ利益」を得ることになってしまう。これは、EC 条約10条（現 TEU 4 条(3)）の明白な違反である。したがって、本稿は、既存の救済手段にとどまらず、「指令の消極的な水平的効果」というより広い概念を主張するものである。このことは、雇用や消費者法のように、社会的にセンシティブな問題領域において、特に重要なことである。

以下では、「水平的直接効果」について、EC 私法の手続的側面の先の問題を検討しよう。具体的には、「非差別」という実体的概念を取り上げる。

Ⅲ　非差別原則と私法

1　EU 法に、非差別と平等の一般原則は存在するか？

非差別原則は共同体法において重要な役割を果たしており、ECJ の多くの判決は、非差別原則を一般原則として扱っている[74]。EC/EU の経済法においては、市場における主体は、類似の状況にある場合には等しく取り扱われなければならない。規制市場に関する多くの判決において、ECJ は、「類似の状況は、区別された取扱いが客観的に正当化されない限り、異なる取り扱いをしてはならない」という平等原則が、共同体法の一般原則のひとつであると繰り返し述べてきた[75]。例えば、*Codorniú* 判決[76] において、ECJ は、スペインの生産者が、スパークリング・ワインに *crémant* という伝統的表示を用いることを禁止し、この表示の使用をフランスとルクセンブルクの生産者にのみ認める EC の規則を無効とした。この規則により、他の生産者と比較してスペインの生産者は、正当な理由なく、不平等な地位におかれていたからである。

しかし、非差別は、社会的な性格を帯びることもある。例えば、性別、人種、民族的出自、年齢、障害、性的指向に基づく差別などがある。この点をめぐることがらの展開は、基本権に関わるより一般的な傾向の一部である。「非差別」について定める、基本権憲章の21条は、リスボン条約の批准によって正式に EU 法の一部となったが、それ以前から既存の EC 法の解釈・適用において ECJ を指導してきた[77]。同条は次のように規定する：

EU 基本権憲章21条

（1）　性、人種、皮膚の色、民族的若しくは社会的出身、遺伝的特徴、

[73] Reich, Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ ,in: German Law Journal 2008, 125 at 160.

[74] Tridimas, The General Principles of EU Law, 2nd ed.2006, at 59-64; Reich, Understanding supra note 9 at para 12.2; Basedow supra note 27 at 232.

[75] Cases 117/76 + 16/77 *Ruckdeschel* [1977] ECR 1753 para 7; C-15/95, *EARL de Kerlast v Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) and Coopérative du Trieux* [1997] ECR I-1961 at para 35.

[76] Case C-309/89 *Codorniú Sa v Council* [1994] ECR I-1853.

[77] 私法にとって重要な意味を有する最近の判決として、*Laval* and *Viking* cases, supra notes 21/37及び Case C-272/06 *Productores de Música de Espana (Promusicae) v Telefónica de Espana SAU* [2008] ECR I-271 paras 62-63（著作権の対象となる音楽のユーザー情報をめぐる、権利管理団体とインターネット・サービス・プロバイダー間の民事訴訟における、財産権（著作権）の実効的保護を受ける権利と、個人情報ひいては私生活の保護を受ける権利のバランスの必要性について）参照。

言語、宗教若しくは信条、政治的意見その他の意見、国内少数者集団の一員であること、財産、出生、障害、年齢、又は性的指向等いかなる理由による差別も禁止される。

(2)　両条約〔TEU 及び TFEU〕の適用範囲内で、また、両条約のいかなる特別の規定も害することなく、国籍を理由とするいかなる差別も禁止される。[訳注]

21条の定式化は、明らかに概括的であり、裁判所によって法的な「権利」に変容される必要がある。同条は EU/EC 自身を名宛人とするものであり[78]、基本権憲章51条の一般条項によって、加盟国も「EU 法を実施する場合に限り」名宛人とされている。これは、ECJ の既存の判例法に対応する[79]。21条は、EU や加盟国――公法によって規律されるあらゆる主体や機関を含む広義の加盟国――と「垂直方向」の関係にある。それでは、私法関係はどうか？[80] *Defrenne II* 判決の法理を、私法によって規律されるその他の関係に拡張することができるであろうか。ECJ は、その先見的な *Phil Collins* 判決[81]において、「平等取扱いの権利は…共同体法によって直接与えられる」こと、そして、国内裁判所は「国内法における差別的規定を不適用（disapply）しなければならない」ことを判示した（para 34）。

２　私法関係における非差別？

EU 法における非差別原則――その射程と基準がいかなるものであるかはともかく――が、私法に規律される関係（例、雇用、一般契約、消費者、会社法）にも適用されるのかどうかということは激しく議論されている問題である。非差別原則は、契約の自由と私的自治という私法関係の基礎と矛盾するように思われる。ドイツの著名な学者である Jürgen Basedow の最近の論文を引用しよう[82]：

「平等原則及び差別禁止の原則は、私法の基本原則には含まれない。契約を締結する者は、自己の利益のためにそうするのであって、他者に正義を与えるためにそうするのではない。複数の候補者のなかから契約の相手方を選択しなければならない者は、通常は、いくつかの選択基準がありえ、その相対的な価値は主観的な好みによってしか評価できないために、ドイツで言うように『選択の苦しみ』を感じることになる。」

Basedow は、EU の第 1 次法と第 2 次法、そして ECJ の実務に対して、詳細で批判的な検討を加え、「差別禁止は、通常は、力関係を均衡化させるために限定的かつ選択的にのみ行われるのであって、契約締結における差別の一般的禁止があるわけではない」という結論に達している[83]。

Mangold 訴訟[84]においては、雇用法の分脈で、この点についての活発な議論が行われた。上述したように、主たる争点は、ドイツが、有期雇用について停年年齢を引き下げたことによって、差別禁止の一般原則に違反したか否かということであった（なお、ドイツは、その時点では、一定の場合に年齢に基づく差別を禁止する枠組み指令2000/78には拘束されていなかった）。2005年 6 月30日の意見において、Tizzano 法務官は次のように述べた。

「指令2007/08及びそこに含まれている具体的な規定が採択される前から、当裁判所が、『加盟国が共同体法を実施する場合』において

訳注　条文訳は、『国際条約集2010年版』（有斐閣）を参考にした。

78 ECJ は、影響力のある Case C-25/02 *Katharina Rinke v. Ärztekammer Hamburg*, [2003] ECR I-8349 において、非差別の一般原則を性による差別に拡張した。

79 See Case C-5/88 *Wachauf v Bundesamt für Ernährung* [1989] I-2609 para 19; 別の見解として、Borowsky, in: J. Meyer, Kommentar zur Charta, 2005, Art. 51 para 14 参照。

80 Basedow supra note 27 at 249 は、基本権憲章21条の水平的直接効果を明示的に否定する。

81 Joined Cases C-92/92 + 326/92 [1993] I-5145（実演がドイツの領域外でなされた場合において、著作者と実演者の同意なく製作されたフォノグラムの頒布禁止権を、他の加盟国の著作者と実演者に認めないドイツ著作権法に関する判例）。

82 Supra note 27.

83 At 250.

84 Supra note 22.

加盟国を拘束する一般的な平等原則の存在を承認してきたこと、そして、当裁判所が『共同体法の範囲に含まれる』国内法を審査するにあたってその原則を用いることができると述べてきたことが想起される。この原則は、『類似の状況について異なる取扱いをしてはならず、異なる状況について同じ取扱いをしてはならない』ことを定めるものであり、それに従わない取扱いをすることは、正当な目的達成のために『客観的に正当化される』場合であって、かつ、その目的の達成のために『適切かつ必要である』場合に限られることを定めるものである。」（para 82）

裁判所は、この議論を概ね採用し、実施のためにドイツに与えられていた特別の「猶予期間」を事実上骨抜きにしたのである：

「このように、年齢による差別を禁する原則は、共同体法の一般原則とみなければならない。国内法が共同体法の範囲内のものであり…ECJ に先決的裁定を求める付託が行われている場合には、ECJ は、各国の裁判所が、問題となっているルールが非差別原則に適合しているか否かを判断するのに必要な、すべての解釈基準を示さなければならない。」（para 75）.

この「一般原則」は、法学者[85]（筆者も含まれる[86]）から鋭い批判を受けるところとなった。また、*Palacios de la Villa* 事件[87] における、Mazak 法務官の意見においても批判を浴び、*Mangold* 事件において参照されている国際的な法的文書及び憲法的伝統は、平等取扱いの一般原則を宣言するものであるが、そのことから、年齢による差別を禁止する具体的な原則の存

[85] Basedow supra note 27 at 242; さらに、Case C-427/06 [2008] *B. Bartsch v. Bosch and Siemens (BSH) Altersfürsorge*, ECR I-7245 における Sharpston 法務官の意見参照（年金スキームにおけるいわゆる “age-gap” 条項と EC の第 1 次法（13条）及び第 2 次法（指令2000/78）の整合性に関する）。

[86] EuZW 2006, 21; 2007, 198.

[87] Supra note 62; Dashwood supra note 51 at 107.

在を推論することは、大胆な提案であり、大きな一歩である〔飛躍がある〕とされた。平等の一般原則は、許容できないと考えられるあらゆる差別を黙示的に禁止していて、個々の具体的な禁止規定はその一般原則の具体的表現であるとする可能性もないではない。しかし、逆に、平等の一般原則から、特定の理由に基づく差別の禁止の存在を導き出すことができるかどうかは別問題であって、そのようにしなければならない説得的な理由も存在しない。さらに、EC 条約13条も指令2000/78も、それらが言及するすべての差別類型についての既存の禁止を反映するものでは必ずしもない。むしろ、EC 条約13条と指令2000/78の趣旨は、共同体の立法機関と加盟国に、適切な行動をとることをゆだねたものであった。ECJ が *Grant* 判決[88]において述べていることも、そういうことであるように思われる。同判決は、共同体法は、そのままでは性的指向による差別については規定していないとしたのである。

Bartsch 事件[89]における2008年 5 月22日の意見において、Sharpston 法務官は、*Mangold* 判決について、もう少し微妙な説明をしている。Sharpston 法務官は、この原則が承認されるにいたった歴史的経緯に注目し、これによって枠組み指令2000/78の基礎となった EC 条約13条（現 TFEU 第19条）における EC の特別立法権限を正当化する：

「したがって、年齢により差別を禁止するという原則がすでに存在しているというのであれば EC 条約13条も指令2000/78も不要だったはずである、という趣旨の議論には、根本的な誤解がある。平等の一般原則に、年齢にかかわらず平等な取扱いを受けるという原則が含まれることが承認されるようになったからこそ、EC 条約13条のような

[88] Case C-249/96 *Lisa Jacqueline Grant v South-West trains* [1998] ECR I-621. これに対して、EU の立法機関は、指令2000/78をもって対応した。もっとも、〔この指令によって〕 *Grant* 事件の結論が変わったかどうかは明らかでない。See Reich, Understanding supra note 9 at para 12.26.

[89] Supra note 85. *Mangold* 判決を支持する見解として、*Küküdevici* 事件における Bot 法務官の2009年 7 月 7 日の意見（in Case C-555/07*Küküdevici,* supra note 22, paras 77 and following）参照。

実施規定（enabling legislative provision）が必要になり、具体的な立法的介入の基礎として正当に用いられるのである。」（para 50）

この妥協は、一方で年齢差別禁止の哲学的及び政治的（あるいはBasedow の言葉によれば社会政治的（gesellschaftspolitisch）[90]）基礎を説明するものであると同時に、他方で指令2000/78の立法事実――それは雇用関係に限定され、私法の一般原則とはなりえない――によってその範囲と内容を制限するものである。同様のことは、同指令に含まれている他の差別禁止、つまり、障害による差別の禁止についてもあてはまる。障害による差別の禁止は、*Navas* 判決[91]によれば、「具体的には身体的、知的、心理的な障害から生じる制約であって、その者が職業生活に参加することを妨げるもの」のみに関するため、病気による障害には拡張することができないのである。

他方で、EC の第 1 次法も第 2 次法も、非差別原則を特定の状況において私法上の関係にも拡張してきた。このことは、「本条約の適用範囲内における」国籍による差別禁止を定める EC 条約12条（現 TFEU 18条）と合わせ読んだ場合の、EC 条約17条（現 TFEU 20条）における〈市民〉の概念にあてはまる。現在のところ、私法関係における〔国籍による〕差別に関する判決はないが、「団体的規制」（又は *Raccanelli* 判決[92]がいうところの雇用契約）をめぐる基本的自由に関して ECJ が示してきた議論は、標準契約書における国籍条項や、全寮制学校や私立大学のような民間団体の内規に関して用いることができる。最近の事件としては、形式的には「垂直的」な状況についてのものであるが、国際私法の強行規定による姓の選択

[90] Supra note 27 at 236.

[91] See Case C-13/05 *Sonja Chacón Navas v Eurest Colectividades* [2006] ECR I-6467 para 43; ECJ は、「病気のみを理由として使用者に解雇された者は、障害者差別と闘うために指令2000/78によって作られた一般的枠組みには当てはまらない」とした（para 47）。

[92] Supra note 38. より広い議論として Reich, Horizontal liability supra note 17 at 725 参照。

の制限について、ECJ が判断を示した *Grunkin and Paul* 事件[93]がある。この事件は、デンマークで生まれたドイツ人夫婦の子の名字に関するものである。その子は、出生地法（*ius soli*）に基づいて父母の両方の姓を用いることにしたところ、ドイツでは血統主義（*lex sanguinis*）と国籍主義（*lex nationalitis*）によって、親は父又は母のいずれかの姓を選ばなければならないとされていた。その子がドイツに居住しはじめ、デンマークのダブルネームを維持したいと申請したところ、地方裁判所当局がドイツ法に基づいてそれを拒否した。2008年 4 月24日の意見において、Sharpston 法務官は、*Garcia Avello* 判決[94] に触れた。この判決では、国籍の異なるカップルの子は居住地国法にしたがって氏名をつけなければならず、夫婦の一方の出生国法を選択することはできないとすることは、差別であるとしたものであった。Sharpston 法務官は、その子には、連合の市民として、自己の名を選ぶ権利があるとした。

「問題は、子（出生しているか否かを問わない）の姓の決定方法に関するルールによって、親が、移動や居住についての権利を行使することを思いとどまらされるか否か、それらの権利行使を妨げられるか否かということではない。問題は、出生地である加盟国の法にしたがって特定の名前で適法に登録され、その登録について自分では何らの選択もしていない子が、自己が国籍を有する加盟国がそのようにして

[93] Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] ECR I-7639。先行する事件における Jacobs 法務官の意見（opinion of AG Jacobs of 30.6.2005 in Case C-96/04 [2006] I- 3561）参照（ただし、この事件で ECJ の判決は、〔団体的規律に〕を関連づけることを認めなかった。）。Jacobs 法務官は、それより以前に、EU 法における市民概念が制定される前に審理がなされた Case C-168/01 *Konstantinidi*s [1191)における opinion of 9.12.1992 おいて、ヨーロッパ市民権（“*civis Europeus* sum”）に含まれるものとして自己の名前についての基本権を指摘していた（para 46）。ECJ は、名前のつづり違いが Konstantinidis 氏の将来の顧客に混同を生じさせ、同氏の開業の自由（right to establishment）を不均衡に制限することになるという、いささか技巧的な市場的側面を持ち出した。

[94] Case C-148/02, [2003] ECR I-11613。経済活動を行わない市民の基本権保護にとって、この判決が有する重要性について、M. Elsmore & P. Starup, Union Citizenship – Background, Jurisprudence, and Perspective, YEL 2007, 57 at 92 参照。

登録された氏名を承認しない場合に、連合の市民としての自己の権利を行使するにあたって不便を被ったり困難に直面したりしないかということである。答えは、彼は不便を被り、困難に直面する、である。」(paras 77-78).

2008年10月13日の判決においても、ECJ は基本的には Sharpston 法務官の見解に従い、氏名に関するドイツの立法のことを、連合の市民の自由移動の権利に対する、正当化することのできない、比例原則に反する介入であるとした。

「姓の決定の連結素は国籍であるべきだとの主張の根拠として示された事柄は、それ自体として正当なものであるとしても、いずれも、加盟国ですでに出生し、その加盟国に出生以来居住してきた子の氏名がその加盟国において決定され登録されている場合において、別の加盟国が、その氏名を承認することを拒絶することを正当化するほど重要なものであるとはいえない。」(para 31)

市民権規定の下でのこの差別は、形式的には「垂直的」に加盟国の機関――すなわち氏名に関する問題を決定する各国の裁判所――を名宛人としている。しかし、実質的には、これは市民の氏名という、通常は国際私法の準則に従って決定される私法上の問題に関わる。そして、国際私法の準則そのものは、法務官も ECJ も、問題視していないが、それでも国際私法の準則も、差別や不当な制限をすることは避けなければならない。

第2次法は、雇用関係における差別禁止を超えて、私法上の差別禁止を拡張している[95]。すなわち、民族・人種による差別につき指令2000/43/EC 3条 (1) (h)[96]、性別による差別につき指令2004/113/EC 5条 (1)[97]、適法居住者に対する差別につき長期居住者指令（Long-term Resident Directive）2003/109/EC 11条 (1) (f)[98] が制定されている。〔差別をしてはいけない事項の〕基準となるのは、「一般公衆に入手可能な物とサービスへのアクセスと、それらの供給」である。「住居」に触れるのは指令2000/43〔人種・民族による差別禁止〕のみであり、指令2004/113〔性別による差別禁止〕規定は、住居に触れていない。また、指令2003/109〔長期居住者に対する差別禁止〕は、「住宅取得手続き」における差別禁止に限定される。したがって、契約相手の選択における差別的取扱いがすべて EC 法の違反になるわけではない。すなわち、例えば広告や市場への出荷によって、物やサービスが公衆に入手可能であることがまず必要なのである[99]。指令2004/113〔性別による差別禁止〕の3条(2)及びその前文（recital）14項は、性別を基準としないかぎりにおいて、相手方選択の自由を明示的に保障している(ただし、保険契約には特別規定が適用される。)。

しかし、このように私法上の事項に関する非差別原則が制限されているからといって、それが未だ、Basedow が示唆するような「不完全な法原理(unvollständiger Rechtsgrundsatz)」にとどまることは意味しない[100]。むしろ逆であって、それらの規定が私法上の救済手段を規定しているか否かにかかわらず、加盟国は、私法関係における正当化できない差別に対して制裁を加える義務を負っているのである。Steindorff がすでに主張しているよ

[95] 概観として、D. Schiek et al. (eds.), Non-discrimination law, 2007, 11-14; Reich, Understanding supra note 9 at para 12.19 参照。Basedow supra note 27 at 238 は、真の「差別の禁止」(指令はこのような定式化はしていない)と、(例えば指令2000/43の1条に基づいて)「差別と闘う」必要性を区別する。同指令2条(1)は、「人種又は民族的出自によって、直接的又は間接的な差別は認められるべきではない」という定式化をしている。この定式は、厳密な意味で、本当に「禁止」と違うのであろうか。違うとすれば、実効的サンクションの必要性を理解することができないように思われる。もちろん、加盟国には、この義務の国内的実施について一定の裁量が認められよう。

[96] [2000] OJ L 180/22.

[97] [2004] OJ L 373/37.

[98] [2004] OJ L 16/44. Basedow はこれについては論じていない。

[99] Reich, Understanding at para 12.29; M. Schreier, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – wirklich ein Eingriff in die Vertragsfreiheit? KritJ 2007, 278 at 285（ドイツの実施法 (2006年の一般平等取扱法 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG))における、契約相手方の財産が重要な要素となる「個別取引」と対比される「大量取引 Massengeschäft」という、やや誤解を招きかねない文言について)。

[100] At 240.

うに[101]、私法には「制裁を課す責務（Sanktionsaufgabe）」、すなわち制裁を提供するという任務があるのである。そのような制裁は、ベルギーの *Feryn* 事件[102]における2008年 3 月12日の意見において、Poiares Maduro 法務官が述べたように、実効的でなければならない。この事件は、上下開閉式ドア（up-and-over door）の製造業者による民族差別に関するものであり、この業者は、移民を雇用することは、窃盗をおそれる顧客に受け入れてもらえないとの理由で、移民を雇用しないことを公言していた（問題となるのはほとんどがアラブ民族である）。

> 「制裁については、指令〔人種・民族による差別を禁止する指令2000/43〕の15条は『加盟国は、本指令に従って制定する国内法規定の違反があった場合に適用される制裁について規定し、それが確実に適用されるよう必要な全ての措置をとらなければならない。制裁（被害者に対する金銭補償を含む）は、実効的で、比例原則に合致し、また抑止的（dissuasive）でなければならない。』と規定する。さらに、ECJ が *Von Colson and Kamann* 事件で述べたように、国内裁判所には、本件指令が企図した結果を達成する加盟国の義務が確実に履行されるよう、すべての適切な措置をとる義務がある。本件の事案において何が適切な救済であるかを、国内法の関連規定に従って判断するのは、〔ECJ に対して先決的裁定の〕付託をする裁判所の任務である。しかし、概して、純粋に名目的な制裁だけでは、差別禁止をエンフォースするために十分に抑止的でない。したがって、そのような行為を禁止する裁判所の命令の方が、より適切な救済手段である。要するに、国内裁判所が、平等取扱い原則の違反があったと認定した場合には、その裁判所は、実効的で、比例原則に合致し、また抑止的な救済手段を与えなければならないのである。」（paras 27-29）

本件における2008年 7 月10日の判決では、ECJ は、大要 Poiares Maduro 法務官の意見に従ったが、雇用者に対して現実の採用においては差別を行っていないことを証明する余地を与えた（しかし、これでは明白に差別的である発言の有する抑止効果は取り除かれないから、〔現実には差別を行っていないというのは〕やや問題のある抗弁である）。救済手段については、ECJ は、実効的で、比例原則に合致し、抑止的であることという原則が尊重されていることを条件として、国内裁判所に広範な選択肢を与えた：

> 「本案の事案において適切だと思われる場合には、制裁には、必要に応じて、裁判所又は行政当局による差別の認定を、被告の費用において、適切な程度に公表をすることが含まれる。また、制裁は、差別的な取扱いを中止すべきことを命ずる国内法上の差止命令という形をとることもありうる。そして、適切な場合には、罰金を科すこともありうる。さらに、本件手続きを提起した者への損害賠償の支払という形をとることもありうる。」（para 39）

2008年 7 月 2 日には、EC 委員会は、宗教や信条、障害、年齢、性的指向に関わらない平等取扱いの原則を、労働市場の外部にある私法関係、特に「住居を含む、公衆が入手可能な物とサービスへのアクセスと、それらの提供」が問題となる消費者市場に拡張することを提案した[103]。2006年 8 月14日のドイツ一般平等取扱法（AGG）は、いくつか例外規定を設けているものの、類似の規定を AGG 19条として規定している。

より最近になって問題となっているのは、EU の立法機関自身が、差別と戦う指令において、非差別原則を制限することができるかどうかということである。この問題は、ベルギーの消費者団体がベルギーの憲法裁判所に提起した訴訟で登場したものであり、ベルギー憲法裁判所は、この事件を EU の法行為（Legal Act）を無効とする権限を唯一有する ECJ に付託した[104]。そこで争点となったのは、上記の指令2004/113〔性別による差別禁止〕の 5 条(2) の EU 合憲性であった。この規定は次のとおりである。

[101] Supra note 24 at 303 ff.

[102] Case C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (CGKR) v Firma Feryn NV,* [2008] ECR I-5187*;* Reich, EuZW 2008, 229.

[103] COM (2008) 426 final.

[104] Case C-236/09 Ass. Belge des Test-Achats et al (opinion of AG Kokott of 30.9.2010).

「本条(1) の規定にかかわらず、加盟国は、2007年12月21日までに、〔保険契約に〕関連する正確な保険数理的及び統計的データに基づくリスク評価における決定要因が性別である場合において、個人の保険料と保険給付の比例的な違いを許容するか否かを決定することができる。〔許容する決定をした〕関連する加盟国は、委員会に通知をしなければならず、かつ、保険数理的決定要因としての性別を用いることに関する正確なデータが、集計、公表、定期更新されることを確保しなければならない。これらの加盟国は、2007年12月21日から 5 年後に、16条に定める委員会報告書を考慮して、その決定を再審査し、その再審査の結果を委員会に送付しなければならない。」

この例外規定は、2009年12月 1 日から EU のすべての機関を拘束することとなった EU 基本権憲章21条(1) 及び23条(1) に規定されている、性別による差別の禁止に関する一般原則との関係で認められうるものであろうか。このデリケートな問題は、ECJ が判断しなければならないことであるが、2010年 9 月30日の Kokott 法務官の意見は、この第 2 次法における例外規定が、それよりも高次の、EU の非差別原則自体に違反していると、非常に強い調子で非難している。Kokott 法務官は次のようにいう：

「指令2004/113、特にその 5 条によって、理事会は、保険分野における差別禁止立法を採択するという意識的決定を行った。その差別禁止規定は、無制約に、より高次の EU 法の物差し、より具体的には EU によって承認された基本権の物差しによる審査に耐えうるものでなければならない。EC 条約13条(1)（現 TFEU 19条(1)）の文言を用いれば、それらの規定は、差別と戦うのに『適切』でなければならず、それら自体が、差別をもたらすものであってはならない。理事会は、何もしないという選択肢もあった〔＝何もしないよりましである〕と主張することで、その審査を回避することはできない。」(para 35)

Kokott 法務官は、次のように述べて、性別は、生命保険・健康保険・自動車事故保険におけるリスク評価において考慮する保険数理的な要素のひとつであるとの主張を受け入れなかった：

「社会が変化したことと、それに伴って伝統的な役割モデルが意味を失ったことに鑑みれば、行動要因が個人の健康や寿命に与える影響は、もはや明らかに性別とは結びつかない。上述したいくつかの例を再度挙げれば、今日では、女性と男性はどちらも過酷で非常に緊張を強いられる専門職に従事している。また、両性はどちらも、少なくない量の刺激物を消費する。さらに、人々が行うスポーツ活動の種類や程度も、先験的にいずれかの性別に結びつけられるものではない。」（para 63）

この法務官の意見の帰結は（ECJ による承認を条件とするものの）、「水平的関係」（ここでは、性別によって異なるリスクを区別することを認める保険契約法である）における非差別原則は、単独で「直接効果」があるのではなく、非差別原則を実施することを意図した EU の法的行為に対してのみ「直接効果」を有するということと、その直接効果が中途半端であるということである。Kokott 法務官によれば、EU の立法機関は、この差別的規定を修正しなければならず、保険会社が保険約款を訂正するための一定の猶予期間を与えなければならない。

〔その後、この事件についての ECJ 判決が2011年 3 月 1 日に下された。この点については、本稿末尾に掲載する、ライヒ教授による【補遺】を参照されたい。――訳者〕

3　一般利益サービス及びネットワーク・サービスにおけるアクセスと取扱いに関する非差別原則

通信、エネルギー、運送のような一般利益に関するサービスが、これらの産業セクターに影響する規制緩和と民営化の傾向と足並みをそろえて、EC 法そして現在では EU 法の規律する範囲に入ってきたのは、ごく最近のことである。「旧き日々」においては、これらのサービスは公法によって高度に規制されており、そこでは私的自治に関する理論的問題を生じさせることなく、非差別原則を適用することができた。これに対して、新しいレジームでは、対照的に、競争と選択が関心事である。したがって、そ

こでは自前の基準の確立が必要となり、(若干のためらいをもって)〈連帯〉の観念を、公共サービスについての経済的で競争的な理解と置き換えた。これにともなって、消費者(むしろユーザーというべきか)のアクセスと品質という問題が論じられるようになった[105]。EC委員会は、消費者保護についての作業で、これらのサービスも扱うことを提案している[106]。これらの一般利益に関するサービスは、経済法によって大きく規制されているとはいえ、契約法、すなわち「水平的」レジームに基づくものだからである。

この戦略における最も重要な要素は、一方で域内市場アプローチであり、他方で、サービス提供者のいわゆる「ユニバーサル・サービス義務」である[107]。これらによって、サービスへのアクセスの自由選択と、伝統的意味における消費者とそれ以外のユーザーを区別しない非差別的な取扱いが生まれた。ユニバーサル・サービス指令(Universal Services Directive) 2002/22/EC[108]と改正された電力指令(Electricity Directive) 2003/54/EC)[109]においては、「世帯顧客 household customers」は、直接的・間接的な障害によって、他のサービス提供者に乗り換えることを妨げられてはならないとされている[110]。

[105] M. Ross, Promoting Solidarity: From Public Service to a European Model of Competition? CMLRev. 2007, 1057 at 1070 (EC条約16条の一般条項の適用可能性を主張)。

[106] Consumer Policy strategy, COM (2002) para. 3.1.5; also COM (2007) 99 at 12: EU Consumer Policy Strategy 2007–2013.

[107] P. Rott, Consumers and Services of General Interest: Is EC Consumer Law the Future?, JCP 2007, 53; Reich, Crisis of Future of European Consumer Law? Yearbook of Consumer law 2008, Ashgate 2009, 3 (20).

[108] Directive 2002/22/EC of the European Parliament and the Council of 2002 on universal service and user's rights relating to electronic communications, networks and services (Universal Services Directive) [2002] OJ L 108/51.

[109] Directive 2003/54/EC of the European Parliament and the Council of 26 June 2003 concerning Common Rules for the Internal Market for Electricity, [2003] OJ L 176, 32.

[110] Rott at 56; Micklitz, The Concept of Competitive Contract Law, PennState 2005, 549 a 576; Chr. Willet, General Clauses on Fairness and the Promotion of Values important in Services of General Interest, in Twigg-Flesner et al (eds.), The Yearbook of Consumer Law 2007, Ashgate 2008, 67 at 95-100.

2009年7月17日には、欧州議会と理事会が、「域内電力市場の共通規定に関する及び指令2003/54/EC を廃止する指令」2009/72/EC を採択した[111]。新しい指令2009/72の3条(7)は、最終消費者、特に弱い消費者(vulnerable consumers)を、ユニバーサル・サービス義務によって市場において保護するという加盟国の一般的義務が定めている:

> 「これに関して、各加盟国は、弱い消費者(vulnerable consumer)の概念を定義しなければならない。その定義において、エネルギーの貧困、特に危急時における電力供給停止の禁止に触れることができる。」

これらの規定は、消費者、特に弱い消費者の地位を、煮え切らない形においてではあるが、上述の旧指令におけるよりも向上させようとするものである。それらは直接効果を有しうるには、具体性に欠ける。より具体的なのは、ユニバーサル・サービス提供者との契約締結に関する付属書Iにおける透明性要件(transparency requirement)である。

これらの原則は、他のネットワーク・サービスにも拡張されている。アクセス・ルールは、域内市場における支払サービスに関する2007年12月13日の新しい指令2007/64/EC に規定されている[112]。その19条〜22条には、「サービス受領者 recipient of services」を差別から保護する詳細な規定がおかれ、また、指令の適用を受けるサービスについての補助と詳細な情報提供のための規定がおかれているが、それによる保護は、伝統的な消費者だけでなく、商事の顧客にも及ぶ。支払サービスへの非差別的な「アクセス」の権利は、EUにおける支払システムを、その異質性にもかかわらず、私法に基づく「一般経済利益のサービス」(ただし、「ユニバーサル・サービス義務」は伴わない)であって、私的自治と契約自由の伝統的観念を超える特別法に服するものに変容させるように思われる。

いずれにせよ、このような規制による私法の侵食が有する影響については、これまで議論がされてきたとは言い難い。この点において、非差別原

[111] [2009] OJ L 211/55.

[112] [2007] OJ L 319.

則は特別な役割を果たしているといえ、Basedow の論文がそれに言及さえしていないのは意外である。Micklitz[113] が正しく指摘しているように、この分野は、この高度に規制された分野がいまでも私的自治の原則に従っていると信じる私法学者の盲点である。Micklitz はいう：

> 「ネットワーク法が、ユニバーサル・サービスの範囲内で作り出している概念や道具が、いかなる射程を有するかは、この狭い対象を超えた一般的な適用の可能性に照らして検証されなければならない。例をひとつだけ挙げたい。民営化されたにもかかわらず、ネットワーク産業は、自らのサービスのアクセス可能性と低廉性を保障しなければならない。ここで問題となっているのは、契約を締結する義務（締約強制）と、〔相手方の〕支払が遅延している場合でもサービス提供を継続する義務である。」

4　結論に代えた仮説――EU〈私〉法における正義の観念はなにか？

EU の第 1 次法・第 2 次法の「水平的直接効果」の理論と実際に関する以上のような検討、そして私法における非差別概念の分析からは、ヨーロッパ法における「公」と「私」の分岐線は不明確であることが示される。ヨーロッパ「私法」が〈道具的性格〉を有することは明らかである。ヨーロッパ私法は、そのほとんどが強行規定を含み、任意規定ばかりではない。やがて、私的自治も廃棄されることを懸念する批判者もいる。しかし、私見では、その懸念には根拠がない。EU 法は、自由移動と非差別のために、私的自治を実施しようとしている。すなわち、EU 法においては、私法関係における平等が関心事なのである。そのような平等は、まず、物とサービスの市場において自由に行われた取引における「公正 fairness」という意味での「交換的正義 communitative justice」を目的とするものである[114]。しかし、それだけではない。アリストテレスの『ニコマコス倫理学』を基

[113] Micklitz, The Visible Hand of European Regulatory Private Law, EUI Working Papers Law 2008/14, at 16-18 = Oxford Yearbook of European Law 2009, 3 at p. 23.

[114] See Basedow, supra note 27 at 246; AG Sharpston in Bartsch supra note 81 at para 30.

礎に Pakaluk が展開した枠組みによれば：

> 「アリストテレスは、物の分配において平等を実現する方法は 3 つあると考え、したがって 3 種類の正義があると考えている。第 1 は、共有物のなかから取り出された物を、人に分配する方法である（「分配的 distributive」）…　第 2 は、人が物を（市場において――筆者注）自由に交換するという方法である（「交換的 communitative」）…　第 3 は、正義に反する行為によって生じた不平等を裁判官が矯正するという方法である（「矯正的 corrective」）…。」[115]

EU 法は、まず、交渉力の不均衡によって一方の当事者の自由移動を否定され、より強い立場にある当事者の約束を不遵守を放置するときに、契約関係における自由と公正を確保するために介入する。しかし、EU 法は、契約における社会的に許容されない差別を私的自治を制限することなくなくしようとするものであるから、非差別原則は、〈交換的正義〉の観念を超えた役割は部分的にしか果たさない。〈交換的正義〉は、一般経済利益のサービスにおいても指導原理である。EU 法は、一般的経済利益のサービスにおいては選択の自由と透明性――それは提供者の「ユニバーサル・サービス義務」によって実現されるべきもので、それによってネットワーク・システムの平等アクセスが潜在的ユーザーに与えられる――がなければならないとしているのである。〈分配的正義〉は、雇用法における差別禁止規定において視野に入ってくる。これらの規定は、当事者の一方（雇用者）から他方（女性、少数民族など、差別が禁止されている一定の被用者類型）に財を移転するものだからである。一般経済利益サービス、なかでもサービス提供停止に関する事案においては、選択の自由を超えた〈分配的正義〉をどう保障するかは、加盟国にゆだねられている。この保障は、特に、恣意的で社会的に許容されないサービス停止に対して弱い消費者（vulnerable consumer）に、選択の自由を超えた分配的正義を保障する局面で問題となる。最後に、〈矯正的正義〉は、雇用における非差別との関連で用いられるが、一般私法においても用いられる。「一般公衆に入

[115] M. Pakaluk, Aristotele's – Nicomachean Ethics – an Introduction, 2005, at 195-196.

手可能な物とサービス」を性別、民族的出自、国籍その他のスティグマを与えるような性質に応じた差別的条件で販売することは認められない。ここで、私法は、ECJ の判例法によれば、実効的で、比例原則に合致し、抑止効果のある救済を与えなければならない。これは、契約法と不法行為法の両方の課題である。

以上から、「ヨーロッパ法における差別の一般的禁止の有する具体的な作用の重要性」を、Basedow がするように否定することは[116]、誤っているといえる。平等原則は、特定分野に結びつけられているし（例えば、性別、年齢、民族的出自、障害、性的指向は平等原則に服するが、疾病や所得は平等原則に服さない）、「差別」は「差別化 differentiation」とは合理的に区別できるから、その適用領域は、たしかに限定されている。しかし、非差別原則は、その適用領域においては、疑いなく私法を支配する原則なのである。したがって、「アキ原則」の第 3 章[117]と「共通参照枠草案（DCFR）」の第 2 編第 2 章[118]がともに、差別に関する規定を含み、関連する EC 指令を（EU の？）一般契約法に移植していることは歓迎すべきことである[119]。

[116] Basedow, supra note 27（「一般的な差別禁止には、ヨーロッパ私法における独自の機能は与えられていない。…その役割は、個別の法的行為を文脈に即して観察し、また、それらの体系的整合性を検証することを可能にすることによって、実定法の理解を助ける解釈学上の原則のひとつとしてのそれである。それ自体に独自の規制内容があるわけではない。」）。

[117] Acquis Group (ed), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis-Principles) – Contract I, 2008; for a comment see Leible, Non-Discrimination, in: R. Schulze (ed.), Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2008, 127.

[118] Study Group on a European Civil Code (ed.), Principles, Defintions and Model Rules of European Private Law (DCFR), 2008 (similar in the Outline Edition 2009); 批評として、Eidenmüller et al., Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, JZ 2008, 529 at 535 = The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems, Oxford Journal of Legal Studies [OJLS] 2008, 659-708 がある。同論文は、EC 法における非差別原則を、私法ではなく、公法の規定として規定すべきことを提案しており、契約の自由及び選択の自由に対して非差別原則が有しうる効果と、Steindorff, supra note 104 がいうところの私法の「制裁を課す責務」を見誤っている。

[119] Reich, JCP 2008, 369; R. Schulze/TH. Wilhelmsson, From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules, European Review of Contract Law (ERCL) 2008, 154 at 168; Basedow p. 242 は、それを結社の自由にまで拡張することについての懸念を表する。

このように EC 法・EU 法上の法原則を加盟国の私法に移植することによって、抽象的な私的自治の観念から、より細分化・重層化された正義のシステム――そのようなシステムは、従来、加盟国法には存在しなかったかもしれないが、それが私的自治に取って代わるわけではない――に焦点が移ることとなる[120]。EU 私法は、これによって公的な機能を担うこととなるのである。

【補遺】非差別原則指令に関する ECJ の2011年 3 月 1 日判決について

〔本稿Ⅲ 2 末尾（注104とその本文）において検討した非差別原則に関する指令2004/113の 5 条(2) をめぐる事件（Case C-236/09 Ass. Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et al）について、ECJ は2011年 3 月 1 日に重要な判決を下した。以下は、この判決についてのライヒ教授による補遺である。――訳者〕

＊　　＊　　＊

2011年 3 月 1 日、ECJ は、〔非差別指令2004/113の 5 条(2) が定める〕非差別原則からの保険契約の適用除外につき、次のように判示して、非難した。

> 「物とサービスの提供へのアクセスにおける男女間の平等取扱原則を実施する2004年12月13日の理事会指令2004/113/EC 5 条(2) は、2012年12月21日に効力を失うものとする。」

[120] イングランド法については、Ch. Twigg-Flesner, The Europeanisation of Contract Law, 2008, at 133-138 における批判参照。

Kokott 法務官の2010年 9 月30日付の長大な意見とは対照的に、この判決は驚くほど短い。この判決は、EU がいくつかの文書――その最新のものは、基本権憲章を EU 条約と同価値のものに「格上げ」する2009年12月 1 日に発効した法的文書である――に署名して採択した人権法レジームへの、EU 法の適合性を厳格に求めようとする ECJ の意思を示すものとして重要である。裁判所の議論にはいくつかの柱がある。

指令2004/113の 5 条(2) の不適合は、この非差別指令の採択時（2004年12月13日）やその発効時（2007年12月21日）には未だ拘束力を有さなかった基本権憲章を直接に参照して判断されたわけではなく、両性の平等を含む基本権を保護・促進するという、（EC ではなく）EU の政治的意思を表明するものとしての基本権憲章21条及び23条への指令の「自律的参照（auto-reference）」によるものであった（para 17）。ECJ はまた、「男女が平等な取扱いを受ける権利が TFEU の（いくつかの）規定において定められている」ことを示す他の宣言も参照した（para 18）。

裁判所は、そのような平等は、単に「法的強制」によって作り出すことができず、「段階的に達成」されなければならないものであるという漸進的要素があることは認識している（para 20）。EU のいくつかの非差別指令は、単純に「差別を禁止する」のではなくて、時間をかけて洗練され、実施される政治的プログラムを含むものである。EU 自身はその立法を通じて、そして、最終的には平等レジームの名宛人となっている加盟国や私的アクター（関連立法に基づいて EU 域内で事業を行う保険会社）も、例えば立法によって定められる期日から「ユニセックス」の保険料率を提供することなどによって、協働をする必要がある。この非差別の動態的要素を実現するために、立法は「意図された目的の達成のために、経過措置を定めたり適用範囲を制限したりすることなく、一貫性をもって、貢献しなければならない」（傍点筆者）。

この「立法内的」な一貫性は、経過措置の期間は限定的であることを求める。それは「永久的に」存続してはならないし、この目的を達成するための方法について、加盟国や会社に対して自由裁量を与えるものであってはならない。非差別指令にはそのような期間制限が定められていないので、ECJ は指令の発効から 5 年を経過した時点から非遡及的（*ex nunc*）に〔その立法を〕無効であるとした。これは、ECJ の従来の抑制的な実務からは

離反する勇気ある一歩である。もっとも、ドイツ連邦憲法裁判所の判例においては、立法措置が基本権を侵害するものとして無効であるとしつつ、複雑な政治的、経済的、法的状況を調整する時間を立法者に与えるために、その判決に非遡及的な効果しか与えないという手法は古くから使われてきた。

ECJ は、5 条(2) の定める適用除外が、EC 条約13条（現 TFEU 19条）に基づく立法の基礎にあった（そして現在でもある）平等原則に違反することを明示的にとがめた。ECJ は、その一貫した判例法に従って、平等取扱いの原則を、「類似の状況について異なる取扱いをすること、及び、異なる状況について同じ取扱いをすることは、そのような取扱いが客観的に正当化される場合を除く他、行ってはならない」と定義した（para 28）。例えば、自動車事故における責任保険において、男性の運転手の方が高リスクでより多くの事故を生じさせていたり、生命・健康保険において、女性のリスクの方が高くかつ高費用であるというリスク・プロファイルが統計上示されていても、指令2004/113の 5 条(1) において性別によるリスク・プロファイルの違いを用いることは明示的に禁止されており、男女は「経験的に異なる」としても「規範的に同等」として取り扱われなければならないとされているのである（para 30）。ドイツの基本法 3 条(2) における場合とは異なり、ECJ は期限を切らずにこのような区別を続けることの「事物の性質に即した理由（sachlicher Grund）」を見出すことができなかった。それを無期限に存続させることは「単純明快」な差別に当たるとされた（para 33）。この状況を是正するために、ECJ は、立法者の立場に立って、立法全体を無効とすることなく、自ら期限を課したのである。

この結果、現存する保険契約のうち、5 条(2) に従った国内立法（例、ドイツ一般平等取扱法（AGG）20条(2)）に基づいて、性別によって保険料、料率、給付が異なるものは、2012年12月20日までは存続しうるが、「ユニセックス」料率が強行法となる2012年12月21日からは存続しえなくなる。それらの保険料は再計算されなければならず、保険料一般の引き上げにつながるかもしれない（そのことは、承認された保険数理技術を用いることによって（公然に又は間接的に）差別をしない限り、EU 法においては適法である。）。Kokott 法務官の提案（意見 para 81）とは異なり、ECJ は既存の料率、保険料、給付を調整すべきこととは求めていないようである。こ

の判決によって保険契約者は、遡及的にもまたおそらく将来的にも、利益を得ることはないことを残念がるであろうが、保険会社は安堵していることであろう。この判決についてドイツの多くの学説が批判するように、非差別は高くつき、「消費者に好意的」になるとは限らない。注意深い女性ドライバーは高リスクの男性ドライバーの費用を負担することになるし、男性の被保険者は女性の医療費や男性より長い寿命による追加的費用を負担しなければならなくなるからである。しかし、非差別的なリスク評価基準を開発することは、保険業界の責務である。「男性」－「女性」という単純な枠組みでは、もはや不十分なのである！