資　料

イギリス法と欧州共同体法（五）

——専門職のための共同市場か——

E. フリーマン 著
矢頭敏也
森川功 訳

目　次

専門職のための共同市場か……50
営業と労働者の自由移動との間の区分……50
国民的処遇……52
居住という要件……56
資格の相互承認……59
相互承認を待ちながらの状況……60
結　論……65
訳者あとがき……66

A Common Market for Professionals ?
By Elizabeth Freeman
published in *Current Legal Problems 1980*
This Japanese translation is published in Japan by the Institute of Comparative Law, Waseda University, by direct arrangement with Sweet and Maxwell Ltd., London.

専門職のための共同市場か

エリザベス・フリーマン

本稿の目的は，近年，営業の権利および役務の自由移動に関連して生じている問題のいくつかを，主として欧州共同体司法裁判所の判決の関係において検討することである。また最近，諸資格の相互承認においてかなりの進歩があったので，この分野における命令についても幾分考察することとする。

営業と労働者の自由移動との間の区分

営業の権利は，欧州経済共同体内における人々の自由移動の内の第二の部門にあたり，労働者の自由移動が第一の部門にあたる。これら二つの概念の間の境界線ははっきりしていない。なぜならば，第一に，欧州経済共同体条約第48条が「労働者」(worker) という文言を定義しておらず，また欧州共同体司法裁判所もそうしてはいない(1)からであり，そして第二に，営業の権利自体が第52条(2)において明確に定義されていないからである。通常は，第48条が被用者を扱い，また第52条が自営業者を扱っていると言われる。しかしながら，そのような区分は，幾分単純にすぎると考えられる。なぜならば，人が被用者であるかまたは自営業者であるかは，個々の職業または専門職業の構造および組織しだいであり，たまたまそうであるか否かの問題でありうるからである。したがって被用者は，営業の権利

(1) Jacobs, "The Free Movement of Persons within the EEC," (1977) *Current Legal Problems* 123 at p. 125 を参照されたい。しかしながら，欧州共同体司法裁判所は，いくつかの機会において，労働者という文言を社会保障に関する規則の関係において解釈している。例えば，Case 75/63 *Unger* [1964] E.C.R. 177 ; Case 44/65 *Hessischer Knappschaft* v. *Maison Singer et Fils* [1965] E.C.R. 965 ; Case 19/68 *de Cicco* [1968] E.C.R. 473 ; Case 17/76 *Brack* [1976] E.C.R. 1429. また，Wyatt, Social Security Rights of Migrant Workers and their Families, (1977) C.M.L.R. 411 at pp. 415 et seq. を参照されたい。営業と労働者との間および営業と役務との間の区分に関しては，Hartley, "The Internal Personal Scope of EEC Immigration Provisions," (1978) Eur. Law Rev. 191 を参照されたい。

(2) 「営業の自由は……かかる営業が行なわれる国の法により，その国自体の国民のために定められた諸条件の下で，自営業者として活動を開始し遂行する権利を《含むものとする》。」(欧州経済共同体条約第52条第2項)

に関する規定の範囲外にあり，労働者の自由移動に関する規定の範囲内にあるのであろうか。もしそうであるならば，例えば，雇用されている医師または歯科医は，第48条ならびにそれを遂行する規則および命令に依拠することができるであろうし，一方，自営の医師およびその他は，第52条を頼りにするであろう。

当然に生ずる問題は，いずれの法的範疇が適用されるべきかということが，結局のところ，何らかの差異を生ぜしめるか否かである。国籍を理由とする差別の禁止は，両方の範疇に適用されるのであり，結果として欧州共同体司法裁判所は，いくつかの事件において，一つの事実状況が個々の法的範疇のいずれに属するかを決定することは不必要である，と判断してきている。したがって同裁判所は，第48条，第52条および第59条に対して同様に当てはまる回答を，一般的文言で与えているのである(3)。また，実行するための立法の多くが，労働者の自由移動および営業の権利の両方に適用され，そして役務の自由移動にさえ同様に適用される，というのも真実である(4)。

しかしながら，欧州閣僚理事会は，被用者と自営業者との間の区分を認めたようである。なぜならば，諸資格の相互承認に関する命令は，非常にしばしば，特定的に，第57条に基づくと同様に第49条に基づいており(5)，また，当該命令が自営業者と同様に被用者にも及ぶものであることを説明する段落を前文に含んでいるからである。この厳格な区分の結果は，被用者がいくつかの場合にはより広範な諸権利を享有することになる，というものであるはずである。なぜならば，被用者は規則1612／68の諸規定に依拠することができるからである(6)。最も顕著な区分は，被用者の家族の構成員が，同規則の第10条から第12条の諸利益，すなわち，当該労働者に同伴しそこに居住する権利，職業に就く権利，および，その加盟国の国民と同様の教育上の便宜を受ける権利を享有することになる，というも

---

(3) Case 48/75 *Royer* [1976] E.C.R. 497 ; Case 36/74 *Walrave and Koch* [1974] E.C.R. 405 ; Case 118/75 *Watson and Belmann* [1976] E.C.R. 1185 ; Case 13/76 *Dona* v. *Mantero* [1976] E.C.R. 1333.

(4) 加盟国に滞在する権利に関する Reg. 1251 (O.J. 1970, L 142/24, S. Edn. 1970 (ii), p. 402) および Dir. 75/34 (O.J. 1975, L14/10), 公序良俗，公安または公衆衛生を理由として採られる手段に関する Dir. 64/221 (O.J. 1964, p. 850 S. Edn. 1963—1964, p. 117), ならびに，移動および居住に対する制限の撤廃に関する Dir. 68/360 (O.J. 1968, L 275/13, S. Edn. 1968 (II), p. 485) および Dir. 73/148 (O.J. 1973, L 172/14)。

(5) これらの命令については，以下を参照されたい。

(6) O.J. 1968, L 257/2 ; O.J. Sp. Edn. 1968 (II), p. 475.

のであるように思われる。

命令73／148に基づき，自営業者の家族の構成員が，移動および居住に対する制限の撤廃に関連するある種の権利を有するというのは真実である。しかしこれらの権利は，実質的居住権というよりはむしろ，居住許可証，身分証明書および旅券という形式上の手続に関連するものであるように思われる。このことは，命令73／148が，被用者に関連するそのような形式上の手続を扱っている命令68／360に非常に似かよっているという事実により，ますます明らかとなるように思われる。したがって，命令73／148を居住権の淵源として理解することは困難である。しかしながら，1979年7月に，欧州委員会により，居住権に関する命令の草案(7)が欧州閣僚理事会に提出され，結果として，他の加盟国の国民およびその者たちの家族の構成員に関連する移動および居住に対する制限の全廃につながった。

営業の権利と労働者の自由移動との間の区分にはある重要性がありうること，および，身分の選択がまったくの偶発的なものである状況においては変則が生じうるということが理解される。

国民的処遇

国民的処遇の原理(8)は，第52条が直接的に適用されうることの核心部分にあり，*Reyners* 事件判決(9)において明確に確立されており，また後に *Royer* 事件判決(10)において是認されている。良く知られているように，欧州共同体司法裁判所は，第54条およびまた営業の自由に対する制限撤廃のための一般綱領(11) (General Programme) において定められている実行するための命令が欠如しているにも拘らず，第52条が直接的に効力を生ずると決定した。欧州共同体の諸機関の側におけるなお一層の働きかけが必要であるというこの要件を無視して，同裁判所は，当該制限は経過期間内に撤廃されるものとする，という第52条の中の諸規定に専心して当たることを好んだのである。同裁判所は，当該箇条を特定の日限までにはっきりとした結果を得るべき責務と理解し，また欧州経済共同体条約第8条第7項に言及することによりこの見解を肯定している。したがって同裁判所は，経過期間の終了後は，同条約第7条に定められている国籍を理由とする差別禁止の原理に

(7)　Draft Directive on the Right of Residence [1979] 3 C.M.L.R. 470.
(8)　Art. 7, EEC Treaty.
(9)　Case 2/74 *Reyners* v. *Belgian State* [1974] E.C.R. 631.
(10)　Case 48/75 *Royer* [1976] E.C.R. 497.
(11)　O.J. 1962, p.36 (Sp. Edn. 2nd Series IX, p.7).

個人が依拠している限り，営業の権利がそれらの個人により直接的に発動されうる，と演繹的に推論した。

国籍の原理の正確な範囲が完全に明確にされねばならない。同原理が意味しているのは，共同体加盟国の国民は，他の加盟国に行き，そこでその国の国民に適用される諸条件の下で処遇を受けることを請求することができる，ということである。ベルギー在住のオランダ人 Reyners は，ベルギーの法律の学位を有しており，したがって弁護士資格を付与されることを望むベルギー人に課せられるのと同じ要件を満たしていた。唯一の差異は，彼がベルギー国籍を有しておらず，したがって，アヴォカ（avocat）として承認されるためには，問題の国との資格相互承認がなされていない限り，ベルギー国籍を有していなければならない，という規則に抵触しているということであった。この事項に関して，ベルギーとオランダとの間には資格相互承認はなされていなかった。

国民的処遇の原理はまた，役務の自由移動に関連し，したがって，役務を提供する者の国籍に基づく役務の自由移動に対するすべての障壁に対抗するために，第59条が発動されうることもまた明白である。(12) 国籍を理由とする差別の禁止はまた，*Sotgiu* 事件判決において労働者の自由移動に関連して定められたように，偽装されたかまたは隠れた差別にまで及ぶ。(13) 指摘されているように，(14) 営業の権利に関連して，ある特定の制限が国籍を理由とする偽装差別にあたり，したがって第52条の直接適用性の効力により禁止されているか，または，当該制限が特定の活動の総合的規制の一部であり，したがって第57条に基づく諸資格の相互承認の手続により取り扱われるべきであるか，を決定することはしばしば困難である。

またこれに関連しては，これらの権利の受益者は他の加盟国の国民だけか，または，国家Aの国民は実際国家Aにおける営業の権利に依拠することができるか，という問題が生ずる。この問いは，例えば，ある者が別の加盟国において資格を取得しており，そして現在，その者の出身国に帰りたがっているならば，必要となりうる。現在では，受益者についてのより広範な概念が妥当であり，したがって他の加盟国の国民に限定されえない，ということが明確に確立されてい

(12) 上記註（3）に挙げられた判例を参照されたい。
(13) Case 152/73 *Sotigiu* v. *Deutsche Bundespost* [1974] E.C.R. 153.
(14) Leleux, "Recent Decisions of the Court of Justice in the Field of Free Movement of Persons and Free Supply of Services," in *ed.* Jacobs, *European Law and the Individual* p.79 at p.83.

る。*Knoors* 事件[(15)]においては，ベルギー在住のオランダ人が，オランダにおいて鉛管工として営業を行なうことを望んでいた。その者は，そうするために許可をオランダの当局に申請したが，これは，彼がオランダ法の下で必要とされている営業資格を有していないという理由で，拒絶された。Knoors 氏は，すでにベルギーにおいて自営の鉛管工であったのであり，したがって，一定の活動に関連して，営業のための特殊な資格を有することを要請する加盟国は，一定の長さの期間「当該活動が他の加盟国において行なわれていたという事実を，かかる知識および能力を有することの十分な証拠として」認めなければならない，と定めている1964年の命令[(16)]に依拠しようとしたのであった。オランダ政府は，当該命令の前文は「受け入れ国自体の国民に要請されているものに等しい」専門知識を有することに言及しているのであるから，自国民は当該制度の受益者と考えられるべきではない，と主張した。この主張は，欧州共同体司法裁判所により退けられた。同裁判所は，当該命令を，その包括的目的（同裁判所はこれを諸営業活動の一つの大集団の自由化と理解した）の観点から，また，営業の自由に対する制限撤廃のための一般綱領の観点から，さらに，欧州経済共同体条約第3条(c)，第48条，第52条および第59条の観点から，解釈した。同裁判所は，当該命令が，すべての加盟国の国民により，彼らが国籍を有する加盟国に関してさえも，依拠されうると結論した。

Knoors 事件判決は，その特定の命令の趣旨という狭い争点に限定されない。なぜならば，オランダ政府はまた，同条約第52条に基礎を置く強い主張を展開したからである。同政府は，第52条が定めているのは「ある加盟国の国民が他の加盟国の領土において自由に営業を行なうことに対する制限」の撤廃であること，および，営業の自由は，ある国が「その国自体の国民のために」定めている条件の下で活動に着手する権利を含むこと，を指摘した。したがって同政府は，受け入れ国の国民が当該自由化の諸手段の受益者たりえないことを主張し，また，さもなくば国民が自国内の諸規定の適用を免れうる，と指摘したのである。第52条の文言にも拘らず，欧州共同体司法裁判所は，ある加盟国の国民が，他の加盟国の国民に類似した状況にある場合，すなわち，他の加盟国において営業資格を取得している場合には，同条は，前者の国民が共同体法の利益を享受することを妨げるようには解釈されえない，と結論した。法務長官（Advocate General）が指

(15) Case 115/78 *Knoors* v. *Secretary of State for Economic Affairs* [1979] E.C.R. 399.

(16) Dir. 64/427 (O.J. 1964, p.1863) (Sp. Edn. 1963—1964, p.148).

摘したように，Knoors はベルギー国民と同じ状況にあったのであり，したがって，彼が異なる処遇を受けるというのは「全く不合理」となる。(17) 法務長官は，オランダの主張は，Knoors をもっぱら彼の国籍を理由として差別するものである，と考えた。

しかしながら，欧州共同体司法裁判所は，営業および役務に関する規定は，一つの加盟国にとってまったく国内的なものである状況には適用されえない，と認めている。(18) このことにより，同裁判所は多分，国民が，その者自身の国に対して，他の加盟国において特定の期間活動を行なっていることに基づく資格付与を求めることは，もし実際，自国がより厳しい要件を課していたならば，なしえないと述べたのである。このことは，ともかく，命令の文言上ではありえないことであり，また，いかなる場所でも資格を取得していない他の加盟国の国民にも適用されることになる。それにも拘らず，同裁判所は，加盟国はその国民が職業訓練に関して国の立法の適用を免れようとすることを妨げることに正当な利益を有しうるが，この考慮事由は，命令において定められている保護手段が十分である本件においてはあてはまりえない，と認めた点において，ある限られた範囲でオランダ政府の主張に屈した。同裁判所の以前の意見の観点から，この例外を支える論理を理解することは困難である。

役務の自由供給に関連しては，国民が，その者自身の加盟国に対抗するものとしての共同体法のこの原理に依拠しうることは，しっかりと確立されている。*Van Binsbergen* 事件においては，オランダの審判所に Van Binsbergen に代わって出廷する役務を提供しようとする者自身が，ベルギー在住とはいえ，オランダ国籍を有していた。欧州共同体司法裁判所は，その者は，オランダに関連して，第59条の直接適用性に依拠することができる，と認定した。(19) 加盟国の国民は，他の加盟国において，その者自身の国における以上に広範な保護を受けうることがある，という命題は，ドイツ人女性の夫であるエジプト人はドイツにおい

(17) また，Adv. Gen. Reischl の意見 at p. 415 も参照されたい。そこで彼は，Case 71/76 *Thieffry* v. *Conseil de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris* [1977] E.C.R. 765 at p. 792 における Adv. Gen. Mayras の意見に言及している。

(18) 第48条に関連して，Case 175/78 *R.* v. *Saunder* [1979] 2 C.M.L.R. 216 を比較参照されたい。しかしまた，Case 36/75 *Rutili* v. *Minister of the Interior* [1975] E.C.R. 1085 も参照されたい。

(19) Case 33/74 *Van Binsbergen* [1974] E.C.R. 1299. また，Case 39/75 *Coenen* v. *Social and Economic Council of the Netherlands* [1975] E.C.R. 1547 も参照されたい。

て共同体法に依拠しえないが，ドイツで働くイタリア人女性の夫であるエジプト人ならばそうしえたであろう，という奇妙な変則を呈示したドイツの裁判所の一判決によりある種の支持を受ける。[20] そのような考察方法には制限が必要であることが理解されうる。（例えば，Knoors 氏の立場にある者のように）問題の国民自身がその者自身の国に関連して共同体法に依拠しているならば，その場合には，彼の被扶養者もまた，実行するための規則および命令の関連規定に依拠できなければならないはずである。ドイツの裁判所の当該判決は，それが純粋に国内的な状況に関連している限りにおいてのみ，有効である。

居住という要件

国籍を理由とする差別を禁止する原則は，明らかに，営業の権利および役務の自由供給の両方に関連して重要である。しかしながら，関係する者は役務の行なわれるべき加盟国に居住しなければならない，といったいかなる要件もまた，役務の自由供給を妨げるものであることが理解されうる。[21] この要件は，一般的に，営業の権利には関連がないであろう。なぜならば，営業の権利の要点は，問題の者が，そこで自己の職業または専門職業を行なうために，新たな加盟国へ移動することであるからである。居住という要件が営業の権利を妨げうるのは，その要件が，関係する者は，その活動を行なうことを許される前に一定期間その加盟国に住んでいなければならない，という趣旨のものである場合のみである。

Van Binsbergen 事件[22]においては，関係する者が，オランダにおいて営業を行なっていないという理由で，オランダの審判所により拒絶された。欧州共同体司法裁判所は，当該国における永続的居住という要件が，役務の自由移動という原理に反する，と認定した。しかしながら，欧州共同体司法裁判所は，その後，幾分曖昧な警告（caveat）を付け加えることにより，その判決を制限する方向に進んだ。同裁判所は，役務の自由移動に対する制限が，一般的福利を確保する必要性により客観的に正当化される専門職業上の行為規範の適用を目的としているならば，かかる制限は，役務を提供する者がその制限なくしては当該行為規範の適用を免れてしまう場合に許される，と述べた。ここでの同裁判所の推論を理解することは，これの意味するところが，居住という要件は正当化されうることがあ

(20)　*Re Residence Permit for an Egyptian* [1975] 2 C.M.L.R. 402. かつまた，Jacobs (1977) *Current Legal Problems* 123 を参照されたい。

(21)　前掲 Leleux を参照されたい。

(22)　上記註(18)を参照されたい。

るというものである限りにおいて，困難である。同裁判所が述べていると思われるものは，第59条の直接適用性は，役務の質に関する何らかの保護手段が明らかに存在するはずであるので，当該役務を提供する自由に対するあらゆる抑制を克服しうるという訳ではない，ということであった。第59条の直接適用性は国籍を理由とする差別にのみ関連している（既に論証したように，これは，*Reyners* 事件判決に従えば可能な解釈であったであろうが，その趣旨を幾分制限されている）と述べる代わりに，同裁判所は，役務の自由移動を完全に無にするために用いられることが明らかな居住という要件を含むまでに，当該箇条を拡張することを憂慮した。しかしながら，同裁判所は，状況を幾分不明確にしておくことに成功した。なぜならば，各々の制限はその本案に基づき吟味されねばならないように思われるからである。勿論，役務の自由移動を遂行するための命令は，一般的にこの問題を取り扱うであろう。

欧州共同体司法裁判所は，居住という要件に関して再び意見を表明する機会を間もなく得て，(23) そして，今回はより十分な分析を行なった。ベルギー在住のオランダ人 Coenen は，彼自身のために，また彼が専務取締役をしている二つの会社のために，保険仲立人として働いていた。オランダ法の下では，いかなる者も，登録されていない限り，保険仲立人として行動することができず，また，登録は申請人がオランダに在住している場合にのみ行なわれえた。この業務を行なうすべての会社に関連して，居住という条件は，その活動の実際上の取締りに責任を負う者に適用される。Coenen および当該二社は，登録を抹消され，したがって，このことを争うために訴訟が提起された。

Coenen は欧州経済共同体条約第48条，第52条および第59条に基づき主張を展開したが，しかし，欧州共同体司法裁判所は，完全にこの問題を，役務を提供する自由に基づき扱った。同裁判所は，第59条に従い撤廃されるべき制限には，

> 「役務を提供する者に対して，特に，その者の国籍，または，その者が役務が提供される国に常に在住しているわけではないという事実，を理由として課せられる諸要件の内で，その国の領土内において営業を行なっている者に適用されないか，《または》，役務を提供する者の活動を妨げるかもしくは阻害しうる要件すべてが含まれる。」（《　》は著者が加えた）

と判示した。

特に，同裁判所は，役務を提供する者はその国内に常に在住していなければな

（23） 上記註(18)を参照されたい。

らないという要件が，第59条からその内容すべてを奪い去る効果を有しうることを認識している。国の立法は，

「その領土において役務の提供が服する専門職業上の規則が，居住の要件という手段よりも非制限的手段により遵守されるべきものとされうる場合には」

他の加盟国に在住する者が役務を提供することを，居住の要件という手段により，不可能とすることができない，と同裁判所は述べた。これもまた，*Van Binsbergen*事件判決と同様に，幾分曖昧である。これは多分，専門職業上の規則の強行に言及している。すなわち，何が許されうる「より非制限的手段」にあたるかは，各々の事件において吟味されなければならないように思われる。Coenenは，役務を提供するために営業所をオランダに有しており，したがって，同裁判所は，当該加盟国は，彼の活動を指揮監督し，かつ，当該役務が関連規則に従って提供されることを確保することができる，と述べた。したがって，オランダにおけるCoenenの永続的居住という付加的要件は，第59条と矛盾する制限であった。しかし，Coenen がオランダにまったく営業所を有していなかったならば，どうであったであろうか。その場合には，Coenen の側の永続的居住という要件は，許されうる制限的手段であったであろうか。

役務の自由移動に対するすべての制限の撤廃とある種の標準が遵守されることを確保する必要との間のバランスをとる必要性はまた，職業紹介所に関する最近の事件により例証される(24)。ベルギー法の下では，職業紹介所を運営するためには，大臣による認可を受けねばならない。第一被告は，芸人を雇う際に，運営者がベルギーの認可証を有していないフランスの有料職業紹介所に依頼したという違背につき問責され，また第二被告は，ベルギーの認可証を有している事務所を通さずに，ベルギーにおいて人を職に就けたことにつき問責された。両被告は，諸関連規定が，フランスの紹介所がベルギーにおいて役務を提供する自由に矛盾する，と主張した。欧州共同体司法裁判所は，ベルギーは，他の加盟国において営業を行なっており当該役務を提供する者に対して，認可証を得るか，または認可証を有する紹介所を通じて行動すべき，いかなる義務も課すことができない，と判示した。そのような義務を課すことは，役務の自由移動に反するのであった。しかしながら，これは，当該役務を提供する者がその者自身の加盟国の公的管理下にあるか，または，その者が営業を行なっている加盟国において認可証を有しており，かつ，後者の加盟国におけるその者の活動が適切な指揮監督に服し

(24) Cases 110 and 111/78 *Ministère Public* v. *Wesemael* [1979] E.C.R. 35.

ている，という但書付きのことであった。したがって，何が，問題の者が営業を行なっている加盟国における個々の活動の適切な指揮監督にあたるか，を決定することは，国内裁判所の仕事——困難な仕事——であるように思われる。明らかに，この問題の解決方法は，この種の困難のいずれが必然的に生ずることになるかを待ちながらの調和化である。

資格の相互承認

既に指摘したように，*Reyners* 事件判決において確立された国民的処遇の原理は，自営業者のための共同市場への道をそれ程前進させはしない。なぜならば，当該原理は国内的な資格の取得を前提としているからである。他の加盟国において取得された資格の承認という更なる問題は，欧州経済共同体条約第57条に基づき発せられる命令により取り扱われることになる。しかしながら，営業の自由および役務の自由移動の両方の目的のための資格相互承認は，弁護士の場合には不可能であったとはいえ，しばしば一つの同じ命令により達成される。

命令が通常採る形態は，一つは諸資格を標準化する命令(25)と一つはそれらの資格の相互承認を定める命令(26)の二つの命令に同時に存する問題である。資格を標準化する命令は，教育の諸要件を同等にすることを目的としており，そして，教育課程の長さに関する特定的規定を含む。当該命令は，いくつかの場合には，教授の総時間数を特定するまでに至っている。教育の質がこのような方法で保証されうるか否かは疑わしいと考えられ，したがって，教育課程の内容および資格を認められるために必要とされる標準について，さらに教師の資格についてさえも，詳細な要件を定めておいた方がもっと良かったであろう。加えて，資格の標準化に関するこれらの命令の条項の内のいくつかは，無意味であるほどに極めて一般的である。例えば，命令75／363第1条は，加盟国は，医師として開業することを望む者が，「全教育期間中に，(a)医学が基礎としている諸科学についての相当な知識……(b)健常人および病人の器官組織，諸機能および行動についての十分な理解力……」その他「を習得していることを保証する」医学の正式な資格を有する

(25) 例えば，Dir. 75/363 (O. J. 1975, L 167/14) (医業)；Dir. 77/453 (O. J. 1977, L 176/8) (看護婦)；Dir. 78/687 (O. J. 1978, L233/10) (歯科医)；Dir. 78/1027 (O. J. 1978, L362/7) (獣医)。

(26) Dir. 75/362 (O. J. 1975, L 167/1) (医師)；Dir. 77/452 (O. J. 1977, L 176/1) (看護婦)；Dir. 78/686 (O. J. 1978, L233/1) (歯科医)；Dir. 78/1026 (O. J. 1978, L 362/1) (獣医).

ものとすることを，要請するものとする，と定めている。

相互承認に関する命令は，標準化に関する命令において定められる最低限度の標準に従ってある資格を取得している者に対して，他の加盟国において実務を行なう権利を与えている。一般的に，前者の命令には，当該命令の採択時に存在していた状況，即ち，資格が教育に関する最低限度の要件を満たしていない場合，を扱っている規定がある。そのような状況において，加盟国は，標準化に関する命令の遂行前に付与された資格を，関係人が通常は3年の一定期間実務を行なっていた場合に，承認するものとすることになっている。(27)

言語の壁は，勿論，資格の相互承認に関連して，やっかいな問題である。命令(28)により一般的に採られている解決方法は，関係加盟国に対して，問題の者が必要な言語知識を習得するようにする義務を負わせるというものである。必要な能力のレベルが達成されているか否かを見るために，加盟国が言語知識を試験することが許されるか否かは，まだ検討されていない。そのような試験には，偽装された差別の一形態として異議があるかもしれないが，しかしそれは，実際その形態にかかっているはずである。もう一つの問題は，加盟国が，言語の相当な知識が習得されるまで，実務を行なう権限の付与を差し控える権利を有するか否かである。

相互承認を待ちながらの状況

資格の相互承認に関する命令が発せられ遂行されたならば，営業の権利に依拠しようと努めることには何ら問題はないことになる。かかる命令がいまだに存在しない場合にはどうであろうか。答は，*Reyners* 事件判決に拠れば，問題の者は自己が営業を行なうことを望む国において試験を受けねばならないというものである，と考えられるかもしれない。この関連で，*Thieffry* 事件，*Patrick* 事件および *Auer* 事件という興味深い判決を検討しなければならない。

Thieffry(29) はベルギー人であり，ベルギーにおいて法律の学位を取得することにより，同国においてアヴォカとしての資格を有している。それ以上の専門職業

(27)　Dir. 75/362, Art. 9 ; Dir. 78/686, Art. 7.

(28)　「加盟国は，適切な場合には，関係人が，受け入れ国においてその専門職業を行なうのに必要な言語知識を，その者の利益のためおよびその患者の利益のために，習得するようにするものとする。」(Dir. 75/362, Art. 20 (3); Dir. 77/452, Art. 15 (3); Dir. 78/686, Art. 18 (3))

(29)　上記註(17)を参照されたい。

上の試験は必要とされなかった。ブリュッセルにおいてしばらく実務を行なった後に，彼はパリに移り，そこで実務を始めることを望んだ。彼は，自己のベルギーにおける学位がフランスにおける法律の学位と対等のものであることの承認をパリ第1大学より得て，専門職業上の試験を受け，そして，法学協会より資格付与証明書を得た。その後彼は，弁護士評議会に対して弁護士資格付与の申請をしたが，しかし彼の申請は，1971年法により要請されているフランス法の学位を彼が有していないことを理由として，却下された。弁護士評議会の代表は，パリ大学による対等の学位の付与は，それが博士課程へ進む権利を与えている点において，学究上の意味のみを有するのであり，法曹への加入のための要件に影響しない，と主張した。また同代表は，この目的のための資格免許状の対等性は，欧州経済共同体条約第57条に従って採択される資格相互承認に関する命令からのみ生じうる，と主張した。

欧州共同体司法裁判所に提起された問題は，フランスの学位を有することを要請する行為が，第57条に基づく命令が存在しない場合においてさえ，営業の権利に対する障害となるか否かであった。答えて，欧州共同体司法裁判所は，上記の状況において個人は営業の権利に依拠することができる，との明確な指標を国内裁判所に対して与えた。欧州共同体司法裁判所は，第57条に基づく命令が存在しない場合においてさえ，既存の法または規則に基づき達成することが可能であるならば，人は営業の権利から利益を得ることができる，と判断した。営業の自由が既存の法に基づき達成されうるならば，（専門職業団体を含む）公当局は，その法が欧州経済共同体条約に従って適用されることを確保しなければならない。欧州共同体司法裁判所は，Thieffry の資格が対等のものとして認められており，かつ，彼が専門職業上の資格付与試験に合格している状況において，国内の資格免許状を有していることを要請することは，営業の自由に反する，と判示した。

法務長官は，生じたことを，国籍に基づく「偽装された差別」として特色づけ，これがすでに，同裁判所により *Sotgiu* 事件判決(30)において，非難されていることを指摘した。既に指摘したように，「偽装された差別」の概念は非常に柔軟なものであり，したがって，諸慣行が，より適切に，調和化され，また後の資格相互承認に服すべきである場合には，この概念は，それらの慣行を欧州経済共同体法に反するものとして非難するために用いられうる。

しかしながら，法務長官は，専門職業上の能力を保証する事項を，同長官が

(30)　上記註(13)を参照されたい。

「専門職業上の保護主義」と呼ぶものと区別しなければならないと述べており，したがって，明らかに，本件を後者の範疇に入れようとした。同長官は，パリ大学が Thieffry の学位を十分に分析したこと，および，営業の権利に依拠するために明らかに対等性の承認が求められうることに留意した。同長官は，弁護士として承認されることに関して，1971年法に基づきフランスの学位を有することという要件は，実際に対等の資格が付与されている場合には，第52条に反する，と考えた。

同長官の主張全体における実際上の困難な点は，外国の学位の対等性の承認に関する1921年の法令が学究上の事項に制限されている，ということであった。これは，弁護士評議会の主張の最重要点であったのであり，また，その主張の強力な後盾であるように思われる。他方，欧州共同体司法裁判所が考えたのは，国の立法が大学に関する諸目的のためにのみ対等の学位の承認を定めているという事実は，それだけでは，特に対等性がフランスで取得した専門職業上の資格付与証明書により補足されている場合には，その対等性を専門職業上の資格の証拠として認めることを拒否することを正当化しはしない，ということであった。同裁判所は，対等の資格が付与されていた場合には，共同体法は，第52条の直接適用性を通じて，営業の権利を保証するであろう，と述べているように思われる。しかしながら，当該判決は，実際上は国内法の問題である事項への言及があるので，結局のところ幾分不明瞭であり，したがって，対等の資格の付与が学究上の意味と同様に公的意味を有しうるか否かは，国内の当局が判断するものとなっているのである。

1977年の後の事件，*Patrick* 対 *Ministre des Affaires Culturelles* 事件(31)においてもまた，その場合の国内的資格が存在しておらず，また，資格の相互承認に関する命令が存在していなかった。それにも拘らず，営業の権利は保証されると判示された。欧州共同体司法裁判所の当該判決は，*Thieffry* 事件判決とまさに同様に驚くべきものであるが，しかし幾分異なる形を採っている。

Patrick 事件は，自己の事務所を連合王国からフランスへ移すことを望む建築技師に関するものであった。フランスの1940年の法律は，外国の建築技師は，相互承認および対等の資格証明書の提出を条件として，フランスにおいて実務を行なう権利を有し，また，問題の国と相互承認がなされていない場合には，それでも外国の建築技師は，例外的に，認可を得ることができる，と規定している。

(31) Case 11/77 [1977] E.C.R. 1199.

1964年に，文化大臣は，相互承認に関する協約が存在しないにも拘らず，連合王国の資格証明書を対等の資格として認めた。認可を求める Patrick の申請は，当該大臣により，連合王国と相互承認がなされていないこと，および，例外的状況において認可を与える自由裁量権は本件では行使されないこと，を理由として却下された。

Patrick はこの決定の無効を求めて申立をなし，そして，建築技師の資格の相互承認のための命令が発せられていないとの答弁がなされた。欧州共同体司法裁判所は，*Thieffry* 事件判決の推論に従い，命令が発せられていないという事実は，営業の自由の実際上の利益が加盟国において現行の法および規則の効力により保証されうる場合には，その加盟国に対して，かかる利益を否定する権利を与えはしない，と判示した。Patrick は，主務当局によりフランスの資格と対等のものと認められた資格を有していたので，フランスにおいて実務を行なうことを許される権利を享有したのである。なぜならば，1940年法に基づき，彼にそうする認可を与えることは可能であったからである。したがって，欧州共同体司法裁判所は，資格が対等と認められていた場合にはいつでも，営業の権利が実務を行なう権利を保証することを理由として，大臣から自由裁量権を奪っていたのである。

Patrick 事件判決および *Thieffry* 事件判決の両方は，*Reyners* 事件判決において定められた国民的処遇の原理をはるかに越えるものであることが理解されうる。後者の原理は，明確であり，また，経過期間の終了後には不必要なものであると言っても正当である遂行のための命令が存在していない場合に適用が容易である。他方，資格の相互承認に関する命令は，不必要ではなく，非常に実際的な機能を果たす。欧州共同体司法裁判所は，多分，これら二つの判決で，後者の命令について見越して論じることにおいて行き過ぎており，したがって，それらの判決から生ずる困難な問題は非常に重大である。両判決は，いくつかの論点を巧みに避けているように思われる。同裁判所および法務長官の両方が，*Thieffry* 事件において，既に対等の学位の承認がなされ資格付与証明書が取得されているという事実をそれ程までに強調したのか，その理由を理解することは困難である。これがそのような場合ではなかったならば，すなわち，Thieffry がそのような承認を求めていたとすれば，どうであったであろうか。また，そのような承認が以前に他の誰かに対してなされていた状況において彼が同様の承認を求めていたならば，どうであったであろうか。これらの判決からすれば，そのような状況では，関係する者は，自身で営業を行なう彼の権利の一部として，対等性の承認

を請求できる，ということになるように思われる。もしこれがまさにそうであるならば，資格の相互承認に関する命令は，外国の資格を対等のものとして認める自由裁量権が存在する場合にはいつでも，また，資格が実質的に同一であることを申請人が証明できる場合には，それ自体が不必要である。

Mr. Auer 事件判決[(32)]は，*Thieffry* 事件判決および *Patrick* 事件判決と対照されねばならない。なぜならば，前者の判決は，欧州共同体司法裁判所がこれらの事項において踏み込むことができる限界を例証し，また，相互承認に関する命令がいまだに重要であることを示しているからである。オーストリア生れの Auer 氏は，獣医学をまずオーストリアで，後にフランスで，そして最後にイタリアで学び，そこで1957年に獣医の資格を得た。1958年に彼はフランスに居住し始め，そして帰化によりフランス国籍を取得した。

1962年の法令は，フランス国籍を取得している獣医は，その外国の資格がフランスの学位と対等のものと承認される限り，たとえフランスの獣医学の学位を有していなくとも，開業する認可を与えられうる，と規定している。1962年から1970年までの間に，Auer 氏は，外国の資格の対等性を検討する目的のためにフランスの農業大臣により設置された委員会に対して，繰り返し申請をした。彼の申請は，彼がパルマ大学から得ていた獣医学の学位がフランスの学位と対等ではないとの理由で，却下された。これらの却下にも臆せず，Auer 氏は獣医として診療を開始し，そして，不法にそうしたことで，幾度も有罪判決を受けた。1978年に，有罪判決を不服とする上訴において，コルマールの上訴裁判所は，ある加盟国において獣医として開業する権利を取得しており，かつ，その後に他の加盟国の国籍を取得している者が，後者の加盟国において営業を行なうために，欧州経済共同体条約第52条に依拠することができるか否かという問題を，欧州共同体司法裁判所に付託した。

本件において，欧州共同体司法裁判所は，以前の諸判決に比べて幾分ためらい気味であるように思われた。同裁判所は，Auer がフランスにおいて開業する目的のために第52条に依拠できないこと，および，彼が国の立法を遵守しなければならないこと，を判示した。したがって委員会は，彼のイタリアの資格を対等のものと承認することを拒否することにより，彼が開業することを妨げることができたのである。本件と以前の二件とを区別する点は，本件においては資格の対等性の承認がなされなかったことである。しかしながら，Auer が，二つの資格が

(32) Case 136/78 *Ministère Public* v. *Auer* [1979] E.C.R. 437.

すべての重要な点で同一であること，または，彼のと同じ資格が過去において他のある者に関して対等のものとして承認されたことがあったこと，を証明できたならば，彼の事件を *Thieffry* 事件または*Patrick* 事件と区別する有効な理由は存在しないように思われる。

欧州共同体司法裁判所は，獣医の資格の標準化および相互承認に関する命令が，1978年12月に欧州閣僚理事会により採択されており[(33)]，二年以内に遂行されなければならない，という事実に言及した。当該命令はその後，この種の状況を規律するものとなろう。多分 *Knoors* 事件判決を念頭に置いていた同裁判所は，営業の自由は他の加盟国の国民および関係加盟国の国民に対して同条件で与えられねばならない，という趣旨の欧州閣僚理事会の宣言に注意を向けさせる機会を得た。しかしながら，相互承認まで，Auer がその時すでにフランス国民であったという事実は，その事件の結果に何ら差異を生ぜしめるものではありえないのである。

結　　論

欧州共同体司法裁判所は，この分野においてこれまで非常に活動的であり，また多分，余りに熱心であったことを批判されるかもしれない。生ぜしめられた主たる争点は，営業の権利および役務の自由供給が，欧州経済共同体条約の諸条項に定められた比較的単純な規定により取り扱われるべきか，または，遂行のための命令により達成されるべきかである。*Reyners* 事件判決において，欧州共同体司法裁判所は，自国民と同様の処遇という原則を遂行するための命令なしで済ました。その日以来，同裁判所は，*Coenen* 事件判決および *Thieffry* 事件判決から理解されるように，この領域において直接適用性の観念をさらに前面に押し出し，結果として，いくつかの状況において根本的な諸原理の適用が困難となっている。これがそうであるのは，例えば，役務の自由供給を妨げる規定が専門職業上の標準を維持することを目的としている場合，または，相互承認に関する命令が存在していないときに外国の資格を対等のものと承認する自由裁量権が存在している場合である。そのような事項を命令という手段により完全に取り扱われるべきものとして残しておいた方が良かったのかもしれないが，しかし，その場合には，これが合理的期間内に達成されるか否かという問題が生ずる。

（33） 上記註(25)および(26)に引用された命令を参照されたい。

訳者あとがき

ここに訳出した「エリザベス・フリーマン：専門職のための共同市場か」(Elizabeth Freeman, A Common Market for Professionals? *Current Legal Problems 1980*, pp. 57—71) は，「イギリス法と欧州共同体法」と題する翻訳シリーズの第5番目のもので，「M.A. ミルナー：契約および不法行為における対比」(本誌第18巻第1号，1984)「E.C. ライダー：財産法と共同市場」(本誌第18巻第2号，1984)，「E.H. スキャメル：共同市場と法曹」(本誌第19巻第1号，1985)，「エリザベス・フリーマン：欧州経済共同体条約第177条に基づく欧州共同体司法裁判所への付託」(本誌第20巻第1号，1986) に続くものである。

なお，この翻訳は，矢頭と早稲田大学大学院法学研究科博士課程に在学する森川　功の共同作業の結果である。

昭和61(1986)年11月7日

矢　頭　敏　也