

資 料

イギリス法と欧州共同体法 (六)
コモン・ローおよび欧州共同体法の
下における営業の自由
——サッカー競技出場禁止措置の場合——

A. エヴァンス 著
矢 頭 敏 也 訳
森 川 功

目 次	
営業の自由——スポーツへの適用可能性	32
営業の自由——国家による制限からの保護	35
営業の自由——濫用の禁止	64
コモン・ローと共同体法との関係	77
結 論	79
訳者あとかき	81

*Freedom of Trade under the Common Law
and European Community Law : The Case of
the Football Bans*

By A. Evans

originally published in Vol. 102, October 1986 of the
LAW QUARTERLY REVIEW.

This Japanese translation is published in Japan by the Institute of
Comparative Law, Waseda University, by direct arrangement with
Sweet and Maxwell Ltd., London.

コモン・ローおよび欧州共同 体法の下における営業の自由 ——サッカー競技出場禁止措置の場合——

A. エヴァンス*

ブリュッセルのアーゼル・スタジアムにおける1985年5月の惨劇の後にイングランドのサッカー・クラブに課せられた出場禁止措置は、自由営業の法的保護に関して提示される諸問題について、おろそかにされているとはいえ貴重な実例を提供する。第一に、当該禁止措置の背景および諸結果は、容易な法的解決の余地のありえない一連の経済的・社会的政策問題、とりわけ、スポーツがともかく関連法原則に服すべきものならばその程度はいかなるものかという問題を生ぜしめる。さらに、当該禁止措置は、ベルギー政府の決定から始まり、明らかに連合王国政府からの圧力の下で採択されたイングランド・サッカー協会(F.A.)の決定を経て、欧州サッカー連盟(U.E.F.A.)の決定に至るまでの種々の法的形式を採用している。営業制限を任意的なものかまたは強制的なものとするコモン・ロー上の確立された分類方法は、これら二つの範疇の定義にかかっているが、しかし、これらの定義は、営業制限の様々な形式の分析上の区別、または自由営業の実質的諸要件に矛盾しない方法での法の適用、のいずれにとってもほとんど助けとな

* Ph.D., Lecturer in Law at the University of Liverpool.

(1) *The Times*, June 1, 1985.

(2) リヴァプール・サッカー・クラブがドイツ連邦共和国において二つの慈善試合を行なうのを妨げるために西ドイツ・サッカー協会が採った行動 (*Liverpool Echo*, June 3, 1985) を比較参照されたい。

(3) *The Times*, May 31 and June 1, 1985 and the *Sunday Times*, June 2, 1985.

(4) *The Times*, June 3, 1985. この禁止措置はイングランド代表チームには影響を与えない (*The Times*, October 18, 1985)。また特別禁止措置がリヴァプール・サッカー・クラブに課せられたが、この特別禁止措置は、一般的禁止措置の終了に際して効力を生じ、また、当該特別禁止措置が課せられなければリヴァプール・サッカー・クラブが欧州サッカー連盟の大会に参加する資格を有していた次の3シーズンに及ぶものであった (*The Times*, June 22, 1985)。

(5) *Mitchel v. Reynolds* (1711) 1 P. Wms. 181; *Faramus v. Film Artists' Association* [1963] 2 Q. B. 527, 539 (*per Lord Denning*).

らない。最後に、当該禁止措置がイングランドのサッカー・クラブを欧州のその他のサッカー・クラブから孤立させるほどのものであるという事実は、⁽⁶⁾ コモン・ローばかりでなく欧州共同体法（European Community law. 以下「共同体法」と称する。）の適用可能性が考慮されねばならないかもしれないということの意味している。英国の1972年欧州共同体法（European Communities Act 1972）は、直接的に強行可能な共同体法と英国の制定法との間の関係に関する諸問題に専心して当たっている。⁽⁷⁾ 上記1972年法はまた、営業の自由という原理が一部門を形成している個人の自由というコモン・ロー上の原理を、⁽⁸⁾ 共同体の責務を履行するための制定法文書の自国における制定により侵害されないように、保護しようと努めている。⁽⁹⁾ しかしながら、かかる原理と共同体法それ自体との間の関係という問題に対しては、何ら特定の考慮がなされていない。共同体法は経済的分野（economic sphere）⁽¹⁰⁾ において個人の自由を拡張しているにすぎないと述べることは、これまでコモン・ローにより保証されてきた営業の自由をいかなる意味においても制限することなくかかる拡張が為されうるといふ暗黙の前提が正当化されるのでなければ、たっただいま述べたコモン・ロー上の個人の自由および営業の自由という原理と共同体法との間の関係が矛盾する関係でありうるといふ問題の解決方法とはなりえない。

(6) 1985年6月、国際サッカー連盟（F.I.F.A.）は、原則として、イングランドのクラブとその他のすべての国および地域の協会に属するクラブとの間のすべての試合を禁じた。例外は、伝統的にイングランドの大会に参加している四つのウェールズのクラブおよびイングランドのクラブでありながら伝統的にスコットランドの大会に参加しているパーウィッチ・レインジヤーズ・サッカー・クラブを含む試合に関するもののみであった。加えて、トッテナム・ホットスパー・サッカー・クラブは、すでに開始していたオーストラリア遠征を最後まで行なうことを認められた（*The Daily Telegraph*, June 7, 1985）。しかしながら、国際サッカー連盟の禁止措置は7月に欧州に限定され、12月に完全に撤回された（*The Times*, December 14, 1985）。

(7) 第2条第4項。

(8) 例えば、*Texaco Ltd. v. Mulberry Filling Station Ltd.* [1972] I. W. L. R. 814, 827を参照されたい。実際、営業の自由の起源はマグナ・カルタにまで遡ることがある。例えば、*Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage (Stourport) Ltd.* [1968] A. C. 269, 317を参照されたい。しかしながら、實際上、マグナ・カルタは、ある種の営業制限、特定的には国王により課された営業制限、に反対するための初期の先例を提供しうるが、個人の営業を行なう自由という何らかの発達した概念が中世に存在したという証拠としては理解されえない。また、後出の註(26)を参照されたい。

(9) 第2条および附則第2第1款第2項。

営業の自由——スポーツへの適用可能性

原理上、イギリスの裁判所は、スポーツに対してコモン・ロー上の関連法原則を適用することに何ら困難を認めていない。そして、営業という概念に何らかの狭い専門的定義を与えるよりも、むしろ、この概念を、少なくとも、それから生計が得られるスポーツ活動を含むものと考えている。イギリスの裁判所がスポーツの特殊な性格を重視するのは、営業制限の法理に対する例外である可能性を考慮する場合のみである。実際、イギリスの裁判所は、スポーツの諸協会がそれらのスポーツの組織および運営に正当な利害関係を有しており、また、これらの利害関係が、営業制限の法理の諸要請により妨げられることなくそのスポーツを規律する権限をそれらの協会に与えうる、と判示する。

他方、共同体法においては、基本的法原理のレベルで問題が生ずる。欧州共同体司法裁判所が *Walrave and Koch* 事件判決⁽¹⁴⁾において述べたように、共同体法は、欧州経済共同体条約「第2条の意味の範囲内における経済活動 (economic activity)」⁽¹⁵⁾に適用される。共同市場の創設および加盟国の経済政策 (economic policies) の接近を拡大と発展の促進手段として述べている第2条にかように言及することにより、同裁判所が「経済的」(economic) という語に何らかの狭い特

(10) 例えば、W. Hallstein, 'Zu den Grundlagen und Verfassungsprinzipien der Europäischen Gemeinschaften' in *Zur Integration Europas* (Karlsruhe, 1965) 1-18, p. 12; G. Meier, 'Die Einzelperson und das Europäische Recht' (1976) 29 N. J. W. 1557-1562, p. 1558; 'Les Droits Fondamentaux et de Citoyen Europeen' (1977) 20 *Annales du Marche Commun* 21-26, p. 23 を参照されたい。同様の見解が、欧州共同体は国の憲法により保証されている基本的諸権利を脅かすものであるとの主張に対して、共同体諸機関自体により述べられた。例えば、欧州委員会議長 Hallstein の意見 (P. E. Debs. No. 79, p. 222, 17 June 1965) および後の欧州議会法務委員会の Jozean-Marigne 報告 (E. P. Doc. 297/72, p. 14) を参照されたい。

(11) 例えば、*Greig v. Insole* [1978] 3 All E. R. 449, 485 を参照されたい。

(12) *Ibid.*, 497.

(13) *Ibid.*, 501.

(14) *Case 36/74 B. N. O. Walrave and L. J. N. Koch v. Association Union Cycliste Internationale* [1974] E. C. R. 1405

(15) *Ibid.*, 1407. また、*Case 13/76 Donà v. Mantero* [1976] E. C. R. 1333 を参照されたい。Case 118/75 *Lynn Watson and Alessandro Belmann* [1976] E. C. R. 1185 および Case 53/81 *D. M. Levin v. Staatssecretaris van Justitie* [1982] E. C. R. 1035 を比較参照されたい。

別な意味を与えようと意図したことはまずありえない。むしろ、この語は明らかに、その通常の意味を有しているようにもくろまれたのであり、したがって、同裁判所が指摘したように、有給の雇用または報酬の与えられるサービスという性格を有するスポーツ活動を含みえたのである。⁽¹⁶⁾しかしながら、同裁判所は、「共同体法の範囲に対する制約」を認め続け、そして、かかる法の諸要請は、スポーツ・チーム、特に、チームの結成が純粋にスポーツを行なう権利の問題であり、したがって、それ自体では経済活動とは何ら関係のない国の代表チーム、の構成には影響しない、と裁定した。⁽¹⁷⁾そのようなチームに参加すれば報酬が与えられること、また、したがって、参加を制限することが経済的結果を及ぼしうること、は、明らかである。しかしながら、かかる結果を及ぼし、したがって、純粋にスポーツに関係する考慮事由に基づき採られるのでなければ共同体法により禁じられるある種の措置は、かかる考慮事由に基づき採られるならば許されることになる、と同裁判所が認めたことも、また同様に明らかである。⁽¹⁸⁾かような趣旨の裁定を行なうに際して同裁判所が用いた言葉の節約しぬかれた状態たるや、理路整然とした概念的基礎の存在を、そのような基礎が存在しないのと同じほどに隠しうるものである。確かに、一つの基礎は見い出されう。欧州経済共同体条約の基本的諸原則は共同市場の創設を目指しているのであるから、それらが直接的に関係しているのは、諸市場すなわち諸経済体系の統合であり、したがって、諸個人の営業活動に対する制限からのそれらの者の解放は、これらの原則の適用の結果でしかないのである。故に、共同体法の諸目的のためには、経済活動は、個人主義的關係においてというよりも、むしろ、経済体系に言及することにより定義されねばならない。換言すれば、共同体法は、ある経済体系の枠組内で遂行される

(16) [1974] E. C. R. 1405, 1417. 欧州経済共同体条約は経済的目的を有するスポーツ活動を含むという趣旨の、欧州委員会により以前表明された見解 (Reply to Written Question 379/70 by Mr. Seefeld, O. J. 1971, C12/10) を比較参照されたい。同様に、雇用上訴審判所は、*Hugh-Jones v. St. John's College, Cambridge* [1979] I. C. R. 848, 859 において、大学のフェローシップの付与は完全に欧州経済共同体条約の範囲外にある、との主張を退けた。

(17) [1974] E. C. R. 1405, 1418.

(18) スポーツに対する欧州経済共同体条約の適用範囲を決定するための、法務長官 Warner が提案した「おせっかいな傍観者」(officious bystander) という基準 (*ibid.*, 1426) を比較参照されたい。また、国の代表チームのメンバーたる資格に関して、自国民と外国人との間で差別的な取り扱いをすることには、かかる取り扱いが同条約の意味の範囲内における差別となりえないような客観的正当化事由が存在しうる、という欧州委員会の主張 (*ibid.*, 1409) を比較参照されたい。

活動にのみ適用される。より特定のに言えば、共同体法は、スポーツ活動がその内で行なわれるところの体系が経済的と特徴づけられうる限りにおいて、スポーツ活動に適用されるのみである。当該体系が、純粋にスポーツに関係する諸方針に沿って機能する限り、共同体法は適用がない。

したがって、二つの法体系は、異なる道筋を通過してではあるが、同様の結論に到達することが可能であるかもしれない。プロフェッショナル・スポーツとアマチュア・スポーツとの間のしばしば不鮮明にされる区分に依拠することすらなく、両法体系は、スポーツの個々の特徴が考慮されねばならないことを認識している。したがって、両法体系とも、多分、スポーツに関する専門的理由に基づいてならば、ヨーロッパの大会からイングランドのクラブを締め出すことを認めるであろう。⁽¹⁹⁾ 他方、制限行為は、それがあつたスポーツの財政的健全さに関するものであるという理由だけでは、⁽²⁰⁾ コモン・ロー上の営業制限の法理の適用を免れない。⁽²¹⁾ さらに、欧州共同体司法裁判所は、上記の裁定において、スポーツに関連して共同体法の範囲を制限するにしても、それは、純粋にスポーツを行なう諸権利の保護のために絶対に必要である以上に広範なものであるべきではない、と述べた。したがって、今回の禁止措置は、サッカー自体の質に関連するというよりも、むしろサッカー・クラブが提供する全サービスの質に関連するものであるもので、どちらの法体系においても、この禁止措置が、スポーツに関するものであるとい

(19) Case 13/76 *Donà v. Mantero* [1976] E. C. R. 1333 において、欧州委員会は、「スポーツに関する専門的判断基準」に基づく制限は許されうる、と主張し (*ibid.*, 1337)、そして欧州共同体司法裁判所自体は、かかる制限は「スポーツ活動の特殊な性格および内容に関連する理由」により正当化される、と裁定した (*ibid.*, 1340)。

(20) 例えば、*Eastham v. Newcastle United F. C. Ltd.* [1964] Ch. 413 を参照された。

(21) Case 36/74 *B. N. O. Walrave and L. J. N. Koch v. Association Union Cycliste Internationale* [1974] E. C. R. 1405, 1418. Case 13/76 *Donà v. Mantero* [1976] E. C. R. 1333, 1344 において、法務長官 Trabucchi は、制限はまた、国内大会の国家的性格を、または地方的性格をも、保持するために正当化される、と主張した。しかしながら、この見解は欧州委員会が共にする見解ではない。例えば、Mr. Carpentier による質問書868/77に対する同委員会の回答 (O. J. 1978, C188/6) を参照されたい。したがって、欧州委員会は、欧州共同体内の国のサッカー協会に対して、プロのクラブで競技する他の加盟国の国民に対する制限を、1986年から1987年にかけてのシーズンの初めから撤廃するように主張した (*The Times*, December 5, 1985)。個々のクラブが差別を続けたとしても、かかる差別行為は、欧州経済共同体条約により禁止されないであろう (下記参照) が、しかし、Case 13/76 *Donà v. Mantero* [1976] E. C. R. 1333, 1346 において法務長官が述べたように、第100条に基づく調和化を通じて解決が為されよう。

う理由だけでは、自由営業を保護する原則の適用を免れえないことは、明らかである。

営業の自由——国家による制限からの保護

原理上、裁判所は制定法による授権を欠く営業制限を強行しない、というのがコモン・ロー上の諸原則により要請されていることである。⁽²²⁾ 関連する制限を任意的なものとする伝統的分類は役に立たない。特に、かかる分類は、当該制限が契約上のものとして性格づけられる関係から生ずる、という仮定に基づき行なわれる。しかしながら、かかる性格づけは、当該関係の形式を常に正確に表わしうる訳ではないので、したがって、擬制契約という概念に頼ることが必要となっている。⁽²³⁾ その形式がかような擬制に頼らずに正確に表わされうる場合でさえも、関係人間の実質的關係は十分に反映されないかもしれない。⁽²⁴⁾ いわんや上記の分類は、裁判所が関連法原則に依拠することの実質的影響を反映しはしない。実質的には、かかる依拠は、営業者の意思に反して制限を強行することを裁判所が拒む限りにおいて、影響を及ぼすのみである。したがって、当該関連原則は、言葉の通常の意味およびその専門の意味の両方において「強制的」な制限から営業を保護することが、実際に、国家による関係する制限からの保護であるならば、かかる保護を行なうものとして最も良く理解されうるかもしれない。

これらの原則は、慣習法による営業の規制を歪めるかもしれない個人間の取り決めに中世の司法府が反対したこと⁽²⁶⁾——制定法により付与された裁量権の行使を歪める厳格な政策を行政府が採ることに今日の裁判所が反対すること⁽²⁵⁾に類似して

(22) *Rossi v. Edinburgh Corporation* [1905] A. C. 21, 31.

(23) 例えば、*Enderby Town F. C. Ltd. v. Football Association* [1971] Ch. 591, 606 における Lord Denning M.R. の意見を参照されたい。しかしながら、*Nagle v. Feilden* [1966] 2 Q. B. 633, 646 において、Lord Denning はそのようなアプローチの必要性に疑いをはさんでいた。

(24) 例えば、W. M. Geldart, "Legal Personality" (1911) 27 L. Q. R. 90-108, at p. 104 を比較参照されたい。また、*Boulting v. Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians* [1963] 2 Q. B. 606, 627 における Lord Denning の意見も参照されたい。

(25) 例えば、*Bromley L.B.C. v. Greater London Council* [1983] 1 A.C. 768, 830, 852 を参照されたい。しかしながら、かかる判例法は、問題の行政行為が個々の事実の検討に基づき採られるならば合法と判断されうる可能性を、無にするものではない。(26) 次頁。

いる——に存したそれらの原則の起源と共通するものを、ある限られた量であるとはいえ有している。後の諸判決は、ギルドとマニュファクトリーとの間の経済的緊張⁽²⁷⁾およびそれに関連した国会と国王との間の憲法的緊張⁽²⁸⁾に非常に影響されており、しばしば、営業に対する制限の効果よりも制限の原因を重視した。⁽²⁹⁾自由営業の保護が、かようにして、一つの目的それ自体よりもむしろ他の諸目的に司法がかかわった結果であったかもしれぬ一方で、それでもなお、個々の営業者の自由に対する制限の影響の故にかかる制限に反対するコモン・ロー上の一つの基本原理を現代において確立することを支持するために発動されうる諸先例が定立された。しかしながら、この種の諸先例は、現代の営業制限の法理の理路整然とした概念的基礎の発展、またはこの法理の適用範囲に入る諸制限の定義、にとってはほとんど助けとならなかった。このことは、例えば、営業の諸目的のために土地を使用する賃借人のいかなる優先的権利をも制限しない賃貸借契約における不作為約款に対する当該法理の適用可能性に関する司法府の曖昧さを説明しうるものである。⁽³⁰⁾これはまた、包括的定義を試みる際に裁判官が経験する困難を説明しうるものである。これまでに為されてきた試みの内で最も役に立つものは、将来

(26) *Dyer's Case* ((1414) 2 Hen. V, Pasch. pl. 26). この事件の鍵は、非常な困難が伴っていたことにある、と述べている J. D. Heydon, *The Restraint of Trade Doctrine* (London, 1971), p. 9 を比較参照されたい。対照的に、慣習的な制限は認められた。*Geffrey v. William* (1334) Y.B. 8 Edw. III, 37 (No. 48) および *Dunstable (Prior) v. B.* (1433) Y. B. 11 Hen. VI, fo. 19, pl. 13 and 25 (No. 2) を参照されたい。

(27) 例えば、Mackenzie, *The Scottish Burghs* (Edinburgh, 1949), pp. 85 *et seq.* を参照されたい。かかる緊張は、中世の間、職人ギルドと商人ギルドとの中間にある者たちにより予期されていた (Marwick, *Observations on Early Guilds of Merchants and Craftsmen* (Edinburgh, 1806), p. 16) のであり、そして、16世紀および17世紀の間、職人ギルドの側における専門化の増大により (*Davenant v. Hurdis* (1598) Moore K. B. 576)、また、スチュアート朝の諸特許状によって奨励されたある種の国家的制度へ向かう傾向により (Prince, *The English Patents of Monopoly* (Oxford, 1913)), 激化した。

(28) 特に、*Darcy v. Allen* (1602) 11 Co. Rep. 84 を参照されたい。この事件の背景は、D. S. Davies, "Further Light on the Case of Monopolies" (1932) 48 L.Q.R. 394-414 により検討されているが、経済的緊張と憲法的緊張とがどの程度関連していたかを例証している。独占の認可における公益という抗弁については、5 Bac. Abr. tit. *Monopoly*, 607 を参照されたい。

(29) かような考え方は、特に、営業の法規制と営業制限との間の区別の基礎を成した。例えば、*Gunmaker's etc. (Masters) v. Fell* (1742) Willes 384, 388-9 を参照されたい。(30) 次頁。

における営業者の第三者との関係に対する影響の問題を強調している⁽³¹⁾か、または、
 営業者の諸活動の制限と吸収との間の区別に依拠しようと努めている⁽³²⁾。根底にあ
 る観念は、当該法理は関係営業活動の遂行において實際上必要な制限を越える制
 限に適用される、というものであるように思われる。したがって、例えば、欧州
 サッカー連盟の大会の組織内においては、参加チームの当該大会への参加を可能
 とするのに必要な限りにおいて、参加チームが、互いを相手として試合をすること、
 および、不参加チームを相手として試合をすることを制限されること、は実際
 上必要なことなのである。他方、今回の禁止措置に伴う制限は、この大会の組織
 内においては實際上必要なものではない。むしろ、当該制限は、この禁止措置を
 採択する決定にのみかかっているのである。したがって、今回の禁止措置に伴う
 制限は、営業制限の法理の適用範囲に入る。

かかる制限となる限り、当該禁止措置は、原理上、法的手続において強行され
 えなない。営業制限の法理の目的が、実際に、営業を国家による制限から保護する
 ことであるならば、そのような禁止措置は、強行する⁽³³⁾ならばかかる制限を伴うこ
 とになる場合においてのみ強行されえなはずである。しかしながら、司法政策
 の問題としては、裁判所は、ともかく営業を制限する取り決めを人々が行なうこ

(30) *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage (Stourport) Ltd.* [1968] A.C. 269; *Alec Lobb Ltd. v. Total Oil* [1985] 1 W.L.R. 173, 178. J. G. Collinge, 'The Modern Doctrine of Restraint of Trade' (1968) 41 A. L. J. 410-424, p.414 においては、財産的性格の制限は人的性格の権利と区別される、と述べられている。自由営業の法的保護がかかる区別のいかんによるべき理由は、直ちには明らかではない。また、政策の問題として、イギリスの裁判所は、不作為約款の効力を一般的に不明確にすることにより、混乱状態を生ぜしめるのを避けることを望んでいるのかもしれない、とも述べられている。A. G. Guest, "The House of Lords and the Law of Contract" (1968) 2 J.A.L.T. 3-11, p. 9 を参照されたい。しかし、J. D. Heydon, *op. cit.*, p. 56 を比較参照されたい。また、Anon, 'Contracts in Restraint of Trade' (1837) 21 *Law Magazine* 306-319, pp. 308-10 における歴史の類似を比較参照されたい。

(31) *Petrofina (Gt. Britain) Ltd. v. Martin* [1966] Ch. 146, 180 における Diplock L. J. の意見。基準は契約が競争を制限するようにもくろまれているか否かであるべきである、と述べている A. G. Guest, "The House of Lords and the Law of Contract" (1968) 2 J.A.L.T. 3-11, p. 10 を比較参照されたい。

(32) *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage (Stourport) Ltd.* [1968] A.C. 269, 328. 同様に、註(30)の Anon の p. 318 において引用されている *Young v. Timmins* (1831) 1 Tyr. 226 を参照されたい。

(33) かかる推論ならば、*Bishop v. Kitchin* (1868) 38 L.J.Q.B. 20 における判決を説明しうるかもしれない。

とを抑止することを望んだかもしれない⁽³⁴⁾し、また、契約の擬制に依拠することにより、裁判所は、かかる取り決めはすべて無効であると判示して、この政策を実行することができてきているのである。たとえそうであっても、訴訟分離は可能なのであるから、イングランドのクラブは、イングランド・サッカー協会の会員⁽³⁵⁾についての一般的約款に基づき、欧州サッカー連盟の大会への参加手続をしてもらう契約上の権利を立証するか、または、多分イングランド・サッカー協会を代理人とする欧州サッカー連盟それ自体を相手として、この大会への参加を認められる契約上の権利を立証することが、可能であるかもしれない。イングランドのクラブは、かかる権利を立証することができる場合には、契約違反を理由としてならば訴えることができるであろうし、また、イングランド・サッカー協会および欧州サッカー連盟は、原理上、かかる訴訟に対する抗弁としては、当該禁止措置に依拠できないことになるであろう。さらに、仮りにイングランド・サッカー協会が、契約に違反したとかようにして判断され、かつ、英国政府が、ヨーロッパの大会にイングランドのクラブを参加させないように同協会に明らかに圧力をかけた点についてその行為を正当化できなかったならば、この行為は、明らかに契約違反への不法誘導⁽³⁶⁾という不法行為となるであろう。

今回の禁止措置の強行にとつての更なる障害は、共同体法から生ずる。特に、欧州経済共同体条約第59条乃至第66条は、欧州共同体内においてサーヴィスを提供する自由の享有を定めている。これらの規定によれば、要請されているのは、サーヴィスを提供するためある加盟国から他の加盟国へと一時的に移動する自由である。この自由は、営業の自由そのものを追求するものではなく、むしろ移動の自由の一部門なのである。移動の自由は、諸個人に固有の基本的権利として述べられてきており⁽³⁷⁾、また、実際、ヨーロッパ市民権の発展のための基礎を限られたものとはいえ提供してきている⁽³⁸⁾。たとえそうであっても、その内容は、究極的には、個々の営業者の諸利益によってではなく、共同市場の統合の必要性を参考にして決定される。これが、例えば、共同体法が個人に対して、他の加盟国に

(34) *Mason v. Provident and Clothing Supply Co.* [1913] A.C. 724, 745. また、*Goldsoil v. Goldman* [1914] 2 Ch. 603, 613. しかし、*Nevanas v. Walker* [1914] 1 Ch. 413 を比較参照されたい。

(35) 少なくとも、*Chesman v. Nainby* (1727) 2 Ld. Raym. 1456 以来。協会に関する法原則に関しては、*Swaine v. Wilson* (1890) 24 Q.B.D. 252 および *Collins v. Locke* (1879) 4 App. Cas. 674 を参照されたい。

(36) 確かに、この行為は、*Greig v. Insole* [1978] 3 All E.R. 449, 484 *et seq.*において概要が述べられたこの不法行為の特色を示している。(37)、(38) 次頁。

において仕事を行なった後にその者がその一国民であるところの加盟国において仕事を行なう権利を与えており、他の諸状況においてはそうはならない理由である。⁽³⁹⁾

これらの規定の諸目的のためには、関連するサービスは、第60条において、「通常、報酬を対価として提供される」サービスと定義されている。故に、*Walrave and Koch* 事件判決において欧州共同体司法裁判所は、報酬が与えられるスポーツ活動はそのようなサービスとなりうる、と裁定した。⁽⁴⁰⁾したがって、原理上、共同体法は、スポーツに関して課されうるいかなる専門的な判断基準をも満たしているイングランドのクラブに対して、他の加盟国において報酬のために試合をする自由を保証している。同様に、他の加盟国のクラブも、連合王国のいずれの場所においても試合をする自由を享有する。他方、イングランドのクラブと北アイルランド、スコットランドまたはウエールズのクラブとの間の連合王国における試合ならば、加盟国間の移動を何ら伴わないことになる。かかる試合を禁止するとしても、それは、かようにして、共同市場を国境に沿って分割する傾向がないのであるから、その禁止は共同体法により影響されないことになる。⁽⁴¹⁾

イングランドのクラブが、他の加盟国において試合を行なう自由を享有するならば、ベルギー政府により課せられた禁止措置は、原理上、第59条乃至第66条により禁じられているものである。さらに、欧州共同体司法裁判所は、消費者に対

(37) 特に、規則1612/68 (J. O. 1968, L257/2) の前文を参照されたい。また、欧州委員会議長 Hallstein の意見 (P.E. Debs. No. 79, p. 222, 17 June 1965) および欧州議会法務委員会の意見 (P.E. Doc. 297/72, p. 14) を参照されたい。しかし、Cases 35 and 36/82 *Morson and Jhanjan* [1982] E. C. R. 3723 において法務長官が行なった、自由移動と「居住の権利」との間の区別を比較参照されたい。

(38) U. Everling, *Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt* (Berlin, 1968), p. 3 および D. Vignes, "Le Droit d'Établissement et des Services dans la CEE" (1961) 7 A.F.D.I. 668, p. 670.

(39) Cases 35 and 36/82 *Morson and Jhanjan* [1982] E. C. R. 3723, 3736. Case 53/80 *Officier van Justitie v. Kaasfabriek Eysen BV* [1981] E.C.R. 409 を比較参照されたい。同判決において、欧州共同体司法裁判所は、法務長官 Warner の見解 (*ibid.*, 428) を支持せず、また、加盟国間の輸入に対して数量制限を行なうのと同等の効果を有する措置に関する第30条の禁止規定は、オランダにおいて市場に出される国産品に添加剤ナイシンを使用することを禁止しているオランダ法の適用を妨げる、と裁定しえなかった。また、Case 298/84 *Paolo Ioris v. Ozienda Autonoma delle Ferovie dello Stato* (判例集未収録)、および、Case 174/84 *Bulk Oil (Zug.) AG v. Sun International Limited and Sun Oil* (判例集未収録) における法務長官 Slynn の意見、を比較参照されたい。

(40) Case 36/74 [1974] E.C.R. 1405, 1417.

(41) 上記註 (39) において引用されている判例を参照されたい。

して国産品を購入するように勧める国のキャンペーンは、他の加盟国からの輸入に対して数量制限を行なうのと同等の効果を有する措置を禁じている第30条の適用範囲内に入りうる、と裁定してきている。⁽⁴²⁾ このことから類推すれば、イングランド・サッカー協会に対して、イングランドのクラブが他の加盟国においてサーヴィスを提供することを制限するように勧めるに際して、連合王国政府は、第59条乃至第66条の諸要請に反する行動をしたかもしれないように思われる。加えて、同政府の行為は、私人が営業を制限するために結合することを禁じている第85条と合わせて理解されれば、共同体の目的の実現を危うくするいかなる行為をも行なわない⁽⁴³⁾ 一般的責務を加盟国に課している第5条の違反となりうる。

イングランドのクラブが影響を受けるのは、今回の禁止措置が課せられねば、選ばれて、欧州サッカー連盟の一つの大会において他の加盟国のクラブを相手として試合をできたかもしれないという程度まででしかない、というのは真実である。この点についてならば困難な問題はほとんど生じないと考えられうるであろう。なぜならば、欧州共同体司法裁判所は、措置の制約的效果は、第30条のような諸規定の適用範囲に入るためには潜在的でありさえすれば十分である、と裁定しているからである。⁽⁴⁴⁾ 他方、同裁判所はまた、*Groenveld* 事件判決のような諸判決において、措置が、他の加盟国への輸出に対して数量制限を行なうのと同等の効果を有する措置を禁じている第34条の適用範囲に入りうるのは、その措置の特定の目的または効果が他の加盟国の市場を犠牲にして国内市場を⁽⁴⁵⁾ 優遇するということ⁽⁴⁶⁾ ものである場合のみである、と裁定している。さらに、第85条第1項においては、

(42) Case 249/81 *Commission v. Ireland* [1982] E. C. R. 4005, 4023 および Case 222/82 *Apple and Pear Development Council v. Lewis* [1983] E. C. R. 4083. また、政府の政策の単なる表明に関する Case 174/84 *Bulk Oil (Zug.) AG v. Sun International Limited and Sun Oil* (判例集未収録) における法務長官 Slynn の意見を参照されたい。同様に、命令70/50 (J. O. 1970, L13/29) の前文は、「勧告を含む、公当局から出される文書」すべてを、第30条により禁止されるもの内にあるものとみなしており、また、欧州経済共同体条約第189条第5段によれば、勧告は非拘束的措置である。より特定的には、第85条または第86条に反する制限的取引慣行を容易にするだけの国家行為も、第30条により禁じられうる。Case 13/77 *GB-Inno v. ATAB* [1977] E. C. R. 2115, 2145 を参照されたい。

(43) 例えば、A. C. Evans, “French Regulation of Motor Fuel Prices and European Community Law: The *Leclerc v. Cullet* Decision” (1985/86) 4 O.G.T.L.R. 103-106 を参照されたい。

(44) Case 8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] E.C.R. 837, 852.

(45) Case 15/79 *Groenveld v. Produktschap voor Vee en Vlees* [1979] E.C.R. 3409. また、Case 155/80 *Sergius Oebel* [1981] E.C.R. 1993 も参照されたい。(46) 次頁。

企業の連合の協定、共同一致の慣行、または決定は、禁止されるためには、競争の妨害、制限または歪曲をその目的または効果としていなければならない、と明示的に述べられている。欧州経済共同体条約の基本的諸規定の間、または少なくとも欧州共同体司法裁判所によりそれらに対して与えられた諸解釈の間、⁽⁴⁷⁾ におけるような明らかな矛盾は、評釈者たちに対して非常な困難を生ぜしめてきており、また、より特定的には、行為が単にその潜在的効果が制限を行なうものであるという理由だけで第59条乃至第66条により禁じられうるか否かについて、そして、もしそれだけの理由では禁じられないならば、それ以上に何か証明されねばならないかについて、問題を生ぜしめる。

しかしながら、欧州共同体司法裁判所が、私的行為または国家の行為の目的はその経済的状况において評価されねばならない、と強調している⁽⁴⁸⁾ ことは、記憶されるべきことである。したがって、そのような評価を行なうにあたって、同裁判所は、⁽⁴⁹⁾ 実際、かかる行為が与えそうな影響、または、換言すれば、潜在的効果に関心を持つ。そこで、問題の行為の目的または効果の決定は、實際上、その潜在的効果または現実の効果の決定となる。さらに、同裁判所が欧州経済共同体条約の基本的諸規定に基づき共同市場のために確保しようと努める唯一の特性は、その市場が「⁽⁵⁰⁾ 共同の」(commom)ものであるべきこと、すなわち、統合されているべきことなのである。このアプローチが意味しているのは、同裁判所は、国家の干渉、または諸企業による制限的取引慣行の採択、の許容性に関連する諸問題に結果的に関与しているだけである、ということである。より特定的には、このア

(46) [1979] E.C.R. 3409, 3415.

(47) 特に、多くの評釈者は、第30条と第34条の文言には何ら重要な差異はないとはいえ、前者は輸入を制限しうるすべての措置を禁じており、一方、後者は輸出を差別して扱う措置をその適用範囲としているだけである、との見解を表明するようになっている。例えば、P. Oliver, "Measures of Equivalent Effect on Exports: A Reappraisal" (1982) 19 C.M.L. Rev. 217, pp. 237 *et seq.* を参照されたい。

(48) 例えば、Case 5/69 *Völk v. Vervaecke* [1969] E.C.R. 295, 302 を参照されたい。

(49) 法務長官 Gand の意見 (*ibid.*, 306) を比較参照されたい。したがって、制限を行なう合意は、それが遵守されえないという単なる事実により禁止されないことにはならない。Re *WEA-Filipacchi Music SA* [1973] C.M.L.R. D43, D46 を参照されたい。共同一致の慣行は、単に実際に遂行されるのと異なり、競争を実際に歪めるものであらねばならない、という Case 41/69 *ACF Chemiefarma v. Commission* [1970] E.C.R. 661, 715 における法務長官の見解は、疑わしいものである。

(50) 欧州経済共同体条約は、「共通の経済生活」ばかりでなく「ある種の生活様式をも」追求している、と主張している D. Wyatt and A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC* (London, 1980), p. 247 を比較参照されたい。

アプローチはまた、国家または私人のいかなる行為も、共同市場を分割する傾向があるものでなければ、すなわち、一加盟国、または少なくともその国の市場のかなりの部分、と他の加盟国との間の経済活動に対して、現実的であれ潜在的であれ特定の効果を有するものでなければ、禁止されない、ということの意味しているのである。かかる行為に伴う保護主義は、少なくとも、ある加盟国の市場のかなりの部分に関連するものでなければならない。なぜならば、そのように関連していない行為は、ただ理論上の重要性を有するのみで共同市場のいかなる実際上の分割をも生ぜしめることがないような、限られた規模で行なわれるからである。必須の効果は、通常は、加盟国間の移動にのみ適用される国の諸規制の性格の中に⁽⁵¹⁾ある。国の規則がマーケティングに適用され、したがって、輸入品が、関係加盟国原産の製品⁽⁵⁴⁾と異なり、輸入品生産国の国内市場において課せられている法的要請とは異なる法的要請を満たすように適合させられねばならない場合には、第⁽⁵⁵⁾

(51) したがって、「もっぱら国内的な効果」(Case 13/77 *GB-Inno v. ATAB* [1977] E.C.R. 2115 および Cases 177 and 178/82 *Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV* [1984] E. C. R. 1797) を有するか、または「客観的な市況」(Case 182/84 *Miro BV* (判例集未収録)) を定める制限措置は禁止されない。禁止されるのは、「保護的效果」を有する措置である。例えば、Case 261/81 *Rau v. De Smedt* [1982] E. C. R. 3961 を参照されたい。K. J. Boulton, “New Approaches to the Regulation of Industry” (1985) R.B.S.R. 18-34 において論じられている市場の競争性 (market contestability) というアメリカの理論を比較参照されたい。

(52) Case 5/69 *Völk v. Vervaecke* [1969] E.C.R. 295 を比較参照されたい。しかしながら、欧州委員会は、第85条が、共同市場を分割する傾向のある競争歪曲を単に禁ずる以上のものである、と考える傾向を見せている。例えば、*Report on Competition Policy 1979*, 9-11 を参照されたい。

(53) 命令70/50 (J.O.1970, L13/29) 第2条第1項。また、例えば、Case 35/76 *Simmenthal SpA v. Ministero delle Finanze* [1976] E. C. R. 1871 および Case 53/76 *Procureur de la République v. Bouhelier* [1977] E. C. R. 197 を参照されたい。

(54) または、類推により、第三国原産でかつその加盟国において自由流通に付される製品。Case 8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] E. C. R. 837 を参照されたい。

(55) Case 120/78 *Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] E.C.R. 649, 664-665 において、欧州共同体司法裁判所が、「他の加盟国において合法的に製造されかつ市場に出された」製品を、第30条の保護から利益を得る製品の中に含まれるものとして明示的に述べたのは、この理由による。また、Case 130/80 *Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman BV* [1981] E.C.R. 527, 535 を参照されたい。A. C. Evans, “Economic Policy and the Free Movement of Goods in EEC Law” (1983) 32 I.C.L.Q. 577-599, at pp. 582-584 を一般的に参照されたい。

30条により禁止されるべきような、加盟国間の貿易に特定の潜在的効果が推定される。輸出市場を国内市場から分離するこの傾向は、関係製品が、現実には、合法的に製造されたか否かまたは合法的に国内の市場に出されたか否かにかかわりなく生ずるということに注意しなければならない。また、輸入品が⁽⁵⁶⁾国産品と競争関係にある場合には差別が伴い⁽⁵⁷⁾るが、差別は第30条の禁止規定が機能するための必要条件ではないことにも注意しなければならない⁽⁵⁷⁾。実際、形式的差別と実質的差別との間で区別を行なう差別に関する既存の概念は、共同市場を分割する傾向のある措置が正当化されるか否かという問題に主としてかかわっている法体系⁽⁵⁸⁾にとっては、ふさわしいものではない。しかしながら、国の規則が、⁽⁵⁹⁾価格設定、⁽⁶⁰⁾生産、または特定の種類の消費を規律している場合には、かかる推定はなされえない。実際、そのような規則は、*Groenveld* 事件におけるように、加盟国間の貿易に対しては、関係加盟国内の営業に対して課しはしない制限を何ら課しえない。そのような規則が必須の効果を有しうることが肯定的に証明される場合にのみ、その規則は禁止されることになる。また、禁止規定が機能するためには、差別の

(56) したがって、Case 94/83 *Officier van Justitie v. Albert Heijn* [1984] E.C.R. 3263, 3285において法務長官 Lenz は、輸入品をその原産国の規則に従わせることは、当該輸入品を輸入国の規則に従わせることが「必須の要請」の保護にとって必要であるか否かという問題に関連がある、との見解を採った。しかしながら、欧州共同体司法裁判所がかかる要請は国により異なりうると認めたので、輸入品をその原産国の規則に従わせることは、この問題については決定的なものではありえない。実際、決定的なのは、輸入品をこのように規則に従わせるのではなく、単に、当該輸入品がそのような要請を脅かすか否かである。Case 124/81 *Commission v. United Kingdom* [1983] E.C.R. 203, 241 および Case 220/81 *Robertson* [1982] E.C.R. 2349, 2361 を参照されたい。サーヴィスを提供する自由に関しては、Case 52/79 *Debauxe* [1980] E.C.R. 833 を比較参照されたい。

(57) 輸入品を二つの加盟国の規則に従わせることは、間接的な差別となるような種類の二重の負担を課すものである、と考えている Case 97/83 *Melkunie BV* [1984] E.C.R. 2367, 2390 における法務長官 Verloren van Themaat の意見を比較参照されたい。

(58) 後出註 (157) を参照されたい。また Case 177/83 *Theodor Kohl v. Kingelhan* (判例集未収録) を参照されたい。しかし、著者の意見とは反対趣旨の Case 6/81 *Beele* [1982] E.C.R. 707 における法務長官 Verloren van Themaat の意見を参照されたい。

(59) 例えば、既出註 (53) において引用されている判例を参照されたい。

(60) Case 15/79 *Groenveld v. Produktschap voor Vee en Vlees* [1979] E.C.R. 3409, 3415. また、そのような規則に対する第30条の適用可能性に関するものであった Case 119/78 *Peureux v. Directeur des Services Fiscaux* [1979] E.C.R. 975 を参照されたい。(61) 次頁。

要素が存在すれば十分でありうるが、この要素は、特に価格設定に関する諸事件が示しているように、⁽⁶²⁾ 禁止規定が機能するための必要条件ではない。同様に、第85条第1項の禁止規定が機能するのは、共同市場内に競争歪曲が存在しうること、および、加盟国間の貿易が影響を受けうること、が証明される場合のみである。後者の条件は、欧州共同体および加盟国の諸当局の各々の管轄権の境界画定に關係しているばかりではなく、⁽⁶³⁾ また、實際上、二つの条件は融合して、競争歪曲は共同市場を本当に分割しうるに十分なほどに重大なものでなければならない、という一つの要件となる。⁽⁶⁴⁾ 欧州共同体司法裁判所がこの要件を適用したことにより、⁽⁶⁵⁾ 著述家たちは、国家の措置が実質的な効果を生ぜしめる可能性を内在させている

(61) Case 75/81 *Blesgen v. Belgium* [1982] E. C. R. 1211. フランスの立法による広告制限に関する Case 152/78 *Commission v. France* [1980] E.C.R. 2299 を比較参照されたい。Blesgen 事件 (at 1237) において、争点となった諸措置の効果を「第二次的」ものと特徴づけ、したがって、当該措置は禁止されない、と法務長官 Reischel がしたことが、「間接的」効果を有する措置の *Dassonville* 事件判決の原則 (既出註(54)) に基づく禁止と両立しうるかは疑わしい。

(62) 例えば、輸入品の最低価格設定により国産品の値下げが妨げられれば十分である。Case 13/77 *GB-Inno v. ATAB* [1977] E.C.R. 2115 を参照されたい。

(63) しかし、R. Whish, *Competition Law* (London, 1985), p. 184 を参照されたい。

(64) Case 5/69 *Völk v. Vervaecke* [1969] E.C.R. 295. 欧州共同体司法裁判所が実際に関心を持っているのは、共同市場の「分裂」または国の市場の「硬結」を妨げることである。Case 48/69 *ICI v. Commission* [1972] E.C.R. 619, 661 を参照されたい。したがって、Case 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH* (判例集未収録) において、フランチャイザーとフランチャイジーとの間で市場を分割する契約条項は、当該フランチャイジーが他の加盟国において営業を行なうことを妨げる限りにおいて、たとえその契約が同一の加盟国における企業間で締結されるとしても、加盟国間の貿易に影響しそうである、と判示された。実際、一加盟国全体にわたって作用する契約は、まさにその性格により、加盟国間の貿易に影響しうる (Case 8/72 *Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission* [1972] E.C.R. 977)。二つの基準は別個のままにされるべきであると主張している R. Joliet, *The Rule of Reason in Anti-Trust Law* (The Hague, 1967), p. 121 を比較参照されたい。また、加盟国間の貿易が影響されねばならないという要件は重要性を失いつつあると信じている V. Korah, *Competition Law of Britain and the Common Market* (The Hague, 1982), esp. pp. 205 and 212 を比較参照されたい。また、Wyatt and Dashwood, *op. cit.*, p. 259 を参照されたい。しかしながら、Case 73/74 *Groupeement des fabricants de papiers peints de Belgique v. Commission* [1975] E.C.R. 1491 において欧州共同体司法裁判所は、加盟国間の貿易に影響しそうであるメカニズムを同定しえていないことを理由として、欧州委員会の決定を無効とした。また、Case 22/78 *Hugin v. Commission* [1979] E.C.R. 1869 および Case 126/80 *Salonia v. Poidomani* [1981] E. C. R. 1563 を参照されたい。(65) 次頁。

か故に第30条乃至第34条には当てはまりえないと考えられる《微細な》原則が、第85条第1項に当てはまる、との結論に至っている。しかしながら、現実には、同裁判所は、国家の個々の措置は、共同市場を実際に分割する傾向がありかつ第30条乃至第34条により禁止されるに十分な重大な効果を必ずしも伴うものではないかもしれない、と認めている⁽⁶⁶⁾。したがって、手短かに言えば、欧州経済共同体条約の基本的諸規定は、そのような分割を生ぜしめる可能性のある国家行為または私的行為に系統的かつ全面的にかかわっているものとして考えられている⁽⁶⁷⁾。異なる規定間または欧州共同体司法裁判所の異なる裁定間の用語上の違いは、関連する事実の背景だけで変化する共通の法原理を具体的に表現する諸原則を形成することの必要性を反映しているにすぎない⁽⁶⁸⁾。連合王国政府の行為は、イングランドのクラブが他の加盟国において他の国のクラブと試合を行なう可能性を排除するのであるから、この行為は、共同市場を実際に分割する傾向があるのであり、したがって、原理上、第59条乃至第66条により、また多分第5条および第85条が合わせて解釈されるならばそれらによっても、禁止される。

一般に認められているように、第59条乃至第66条は、他の加盟国の人の《入国》(entry)を制限する措置に特定の言及しているにすぎない。しかしながら、加盟国が、その国民が他の加盟国においてサービスを提供するために自国の領土から離れるのを妨げることが許されるとするならば、それは、共同市場の創設を通じて追求されている、資源の最適利用に反することになる。また、第59条乃至第66条の「共同体内における」サービス提供の自由への一般的言及は、国家の

(65) 例えば, Barents, “New Developments in Measures Having Equivalent Effect” (1981) 18 C.M.L. Rev. 271, p. 276 を参照されたい。確かに, Cases 177 and 178/82 *Jan van de Haar v. Kaveka de Meern BV* [1984] E.C.R. 1797, 1813 において, 欧州共同体司法裁判所は, 輸入を阻害しうる措置は, 「たとえその阻害が僅かのものであっても, また, たとえ輸入品が他の方法で市場に出されうるとして」第30条の適用範囲内に入る, と裁定した。

(66) Case 21/84 *Commission v. France* (判例集未収録)。

(67) 共通農業政策により追求されている「欧州共同体内における営業の完全な自由」(Case 31/74 *Galli* [1975] E.C.R. 47, 61) を比較参照されたい。

(68) したがって, Barents (*op. cit.* p. 272) が「まったくの詭弁的」アプローチと述べているものに欧州共同体司法裁判所が従ってきているか否かは, 疑わしい。

(69) すなわち, 共同体法の諸目的のためには, 加盟国の国民。かかる目的のための連合王国国民の定義は, ある種の困難を伴う問題である。1981年英国籍法 (British Nationality Act 1981) の文言を考慮せざるをえなかった現在の定義は勅令書9602に含まれている。A. C. Evans, “European Citizenship” (1984) 32 A.J.C.L. 679-715 を一般的に参照されたい。

かかる行為の禁止を内包するに十分なほど広範である。確かに、輸出を制限する措置の第34条における禁止との類推がなされるかもしれない。より特定的には、営業の自由およびサービス提供の自由を促進するために制定された命令73/148⁽⁷⁰⁾は、加盟国に、これらの自由を行使することを望む当該加盟国国民に対して旅行に必要な書類を発給する義務を課している⁽⁷¹⁾。したがって、原理上、連合王国政府の行為は、イングランドにおいて試合を行なうことを望む他の加盟国のクラブに対するその潜在的効果に関してばかりでなく、他の加盟国において試合を行なうことを望むイングランドのクラブに対するその潜在的効果に関して、第59条乃至第66条に違反しているように思われる。

さらに、サービス提供の自由は、当然の如く、サービスを提供する人により雇用されている者たちが、関連サービスが提供されるのに必要な限り、欧州共同体内を自由に移動すべきこと、を要求している。したがって共同体は、措置を講じて、加盟国に対して、かかる被用者たちをそのサービスの期間中受け入れることを要請している⁽⁷²⁾。結果として、ベルギーおよび連合王国は、原理上、それらの国の領土において試合を行なうことを望むクラブの選手と役員を排除することによりそれらの国の行為を実行しようと努めるとしても、それを禁止されることになる。同様に、かかる人々は明らかに、サービスを提供する自由の受益者はそれらの者が国籍を有する加盟国により旅行に必要な書類を発給されるべきである、という命令73/148における要請に内包されている。したがって、連合王国は、原理上、他の加盟国において試合を行なうことを望むクラブの選手と役員が自国の領土から離れるのを制限しようにも、それを禁止されることになる訳である。

他方、イングランド・サッカー協会それ自体および欧州サッカー連盟の行為にとってのサービス提供の自由の意義は、さらに問題となる。共同体法に基づき私的行為の正当性を争うことの見込みは、通常、関連規定が、直接的に適用可能なものもしくは直接的に効力を生ずるものとして形式上特徴づけられるか否か⁽⁷³⁾、または、より実際に則して言えば、それらの規定が、私人に、他のそのような人々を相手として強行しうる諸権利を与えているか⁽⁷⁴⁾、にかか

(70) O. J. 1973, L172/14.

(71) 第2条。

(72) 規則1612/68 (J.O.1968, L257/2) 前文第8段および命令68/360 (J. O. 1968, L257/13) 第1条。また同命令第6条第3項の含意を参照されたい。

(73) 例えば、J. Steiner, "Direct Applicability in EEC Law—a Chameleon Concept" (1982) 98 L.Q.R. 229-248を参照されたい。(74) 次頁。

っていると考えられている。かかる考え方は、欧州共同体の新たな政治的特徴が新たな法的概念に頼ることを必要としている、と想定する一般的傾向を反映している⁽⁷⁵⁾ばかりでなく、また、研究のために一つの法体系を単純に区分けしようと試みる者たちが、その体系の実質的関心事とは大部分が無関係な形式主義的議論を⁽⁷⁶⁾どの程度好むようにされるか、を例示している。究極的には、かかる諸問題の淵源は、欧州共同体司法裁判所の推論の根拠よりはむしろ結論が強調されたことであり、そして、結果的に、ある特定の規定に関する同裁判所の関連裁定に先立って、その規定に基づいて私的行為の正当性を争うことの見込みを予示するという困難な問題が生じているのである。

かかる見込みの評価のための真の出発点は、欧州共同体は加盟国間の単なる契約関係以上のものを構成するという趣旨の⁽⁷⁷⁾*Van Gend en Loos* 事件判決における欧州共同体司法裁判所の裁定である。むしろ、欧州共同体は、加盟国の間、共同体機関と加盟国との間、または、実にかかる機関と個人との間さえも、⁽⁷⁸⁾の単なる規律を越える新たな法秩序を構成する。実際、第85条第1項および第86条は、私人を拘束することを明示的に目的としており、かかる人々との関係に⁽⁷⁹⁾適用される。これまた私人を拘束することを目的としている諸規則も同様に適用される。なぜならば、第189条第2段に基づき、規則は「直接的に適用可能」であるから、すなわち、そのような措置の諸規定それら自体が、それらの文言に従っ

(74) P. Pescatore, "The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law" (1983) 8 E.L.Rev. 155-177.

(75) したがって、例えば、K. Lipstein, *The Law of the European Economic Community* (London, 1974), p. 45 は、欧州経済共同体条約を「《驚くべき怪物》」(*mirabile quidam monstrum*) と見るのが最も良からう、と結論している。

(76) 例えば、L. Collins, *European Community Law in the United Kingdom* (London, 1984), p. 38 における、人と物の自由移動の分野における共同体法の「横の効果」に関する見解を、以下に述べられた主張と比較されたい。

(77) Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse administratie der belastingen* [1963] E.C.R. 1.

(78) *Ibid.*, p.12

(79) Case 127/73 *B.R.T. v. SABAM* [1974] E. C. R. 51, 62. 含意により、第119条も明らかに同様である。Case 170/84 *Weber von Hartz* (判例集未収録)を参照されたい。しかしながら、第85条第3項は、直接的に適用可能であるかまたは効力を生ずるものとして解釈されるためには、あまりに多くのものを欧州委員会による判断に委ねているので、例外とするための通知という要件の規則17/62 (J.O. 1962, 204) による導入前に直接的に効力を生ずるものとして第85条第1項を解釈することは、法の確実性という法原理により妨げられた。Cases 209-213/84 *Ministere Public v. Lucas Asjes* (判例集未収録)を参照されたい。

て、それらの関係している事実状況に適用されるからである。かかる適用は、共同体法が「直接的効力」(direct effect)と呼び、また英国の1972年欧州共同体法が「強行可能な共同体の諸権利」⁽⁸⁰⁾と呼ぶ、私人のための諸権利を必然的に伴うものである。第85条第1項および第86条の場合には、これらの権利は、私人間の関係という状況において主張されうる。換言すれば、「横の効果」が必然的に伴うのである。規則の場合には、横の効果または単なる「縦の効果」、すなわち、国家の諸機関を相手として主張されうる諸権利、が必然的に伴うか否かは、各々のかかる措置の文言にかかっている⁽⁸¹⁾。欧州経済共同体条約のその他の規定は、共同体諸機関および加盟国のための明示の権利および責務を創設しうのみであるが、欧州共同体司法裁判所は、政策的考慮事由により影響され、同条約の構造の中に、また、個々の規定それら自体の文言の中に、国家の法人格に通常付きもののヴェイルに更に穴をあけるための正当化事由を見い出してきている。したがって、同裁判所は、加盟国に明示の責務を課しているだけの規定が、国家の諸機関と私人との間の関係に関するものであり、また、それらの規定の中に具体的に表現されている責務が、十分な明確さと正確さを持って定義されており、かつ無条件のものである場合には、関連規定が、単に国家そのものに対してというよりもむしろかかる関係に対して直接的に適用される、と裁定してきているばかりでなく、また、私人のために直接的効力が必然的に伴う、と裁定してきている⁽⁸³⁾。かようにして私人に付与されている諸権利は、国家機関そのものである裁判所により強行されねばならない。したがって、裁判所は、かような人々に対して、関連責務に反する国家行為に関して、仮りにかかる行為が国内法に違反していたならば得られ

(80) European Communities Act 1972, s. 2(1).

(81) 例えば, Case 131/79 *R. v. Secretary of State for Home Affairs, ex p. Santillo* [1980] E.C.R. 1585, 1608 における法務長官 Warner の意見を参照されたい。

(82) *Van Gend en Loos* 事件判決の裁定(既出註(77))は、イギリスの加盟申請に対するフランスの拒否に帰因する欧州共同体にとってのかなりの政治的緊張と時期が一致していた。この拒否の政治的諸結果に関しては、(1983年2月6日付のタイムズ紙に引用されている)オランダの外務大臣 Luns の声明を参照されたい。しかしながら、同裁定の1週間前に、ベルギーの外務大臣 Spaak は、「次の2週間以内に欧州共同体内に重要な進展」(The Times, January 30, 1983)があることを予め述べており、また、同裁定のまさにその日に、欧州委員会議長 Hallstein は、欧州議会に対して、同委員会は単なる国際協力組織または外交協議会とはみなされえない、と述べた(P. E. Debs. No. 61, p.30, 5 February 1963)。また、同裁定における主たる政策的要素に関して *Bundesfinanzhof* [1967] C.M.L.R. 326 の見解を参照されたい。(83) 次頁。

たであろうような救済方法を与えねばならない。さらに、かような責務が私人を拘束しないとはいえ、国の裁判所は、国家機関として、それ自体が、国内法の解釈と適用において、これらの責務を遵守しなければならない⁽⁸⁴⁾。そこで、私人間の訴訟において、国の裁判所はこれらの責務に反する国内法をかような人々に対して適用してはならないといったような具合に直接的効力が生じうる。欧州経済共同体条約の関連規定は、通常は、消極的責務のみを課するが、第119条は、例外的に、男女平等賃金の原理を導入し維持するために積極的に行動する責務を加盟国に課しており、そして、この責務は、国家機関に対して直接的に適用可能なものとして解釈されてきている。そこで、私人間の訴訟において、国の裁判所は、国家機関として、矛盾する国内法の適用を控えねばならないばかりでなく、また、平等賃金の原理の私人による違反を禁止するように国内法を解釈し適用する用意がなければならない⁽⁸⁵⁾。したがって、実際、国の裁判所に関する限り、ある責務が性格上消極的なものであるかまたは積極的なものであるかという問題は、関連規定が私人を拘束することを明示的に目的としているか否かという問題よりも重要な意義を有しうる。

(83) 但し、共同体諸機関のみ、または加盟国とこれらの機関との間の支配関係のみ、を拘束している措置からは、直接的効力は生じえない。例えば、Case 174/84 *Bulk Oil (Zug.) AG v. Sun International* (判例集未収録) を参照されたい。同様に、第90条第2項は、第173条に基づく訴訟において加盟国により主張されうるとはいえ、直接的に効力を生じない。Case 41/83 *Italy v. Commission* (判例集未収録) を参照されたい。

(84) 一般的には、Case 43/75 *Defrenne v. Sabena* [1976] E.C.R. 455, 475 を、また、より特定のには、Case 79/83 *Dorit Harz v. Deutsche Tradax* (判例集未収録) を参照されたい。英国の裁判所の姿勢については、*Jensen v. Corpn. of the Trinity House of Deptford* [1982] 2 Lloyd's Rep. 14, 26-27 を参照されたい。また、加盟国は必要な救済方法を国の裁判所が用いることができるようにする義務を負わされている、ということにも留意すべきである。Case 61/79 *Denkavit Italiana* [1980] E.C.R. 1205, 1229 および Case 826/79 *MIRECO* [1980] E.C.R. 2559, 2574-2575 を参照されたい。命令の国内における法的効力に関するフランスにおける議論の中心に明らかにあるのは、共同体法が国の裁判所を拘束しうることを認めることはできないということである。この議論の最近の展開に関しては、J.M.Ouly, "La Contentieux de l'Application en France des Directives Communautaires" (1985) R. D. S. P. 811-821 を参照されたい。

(85) 違反を構成するのが、関連規則それ自体であるのか、または、国の裁判所によるその規則の解釈もしくは適用であるのかは、個々の事件の諸状況による。Case 6/81 *BV Industrie Diensten Groep v. J. A. Beele Handelsmaatschappij* [1982] E.C.R. 707, 728 における法務長官 Verloren van Themaat の意見を参照されたい。

(86) Case 43/75 *Defrenne v. Sabena* [1976] E.C.R. 455.

命令が直接的効力を有することに関する諸問題は、特定の議論されている。第189条第3段から見て、命令は加盟国にのみ適用されるように思われる。したがって、かかる措置は、私人間の諸関係には、また国家の諸機関とかかる人々との間の関係にさえ、適用されない。他方、命令は、欧州共同体司法裁判所が裁定してきているように、単に国家そのものというよりもむしろ国家の諸機関に適用される、というまさにその事実は、私人のために直接的効力が生じうるということを意味している。しかしながら、同裁判所の判例法の基礎は、禁反言の法理 (doctrine of estoppel) ⁽⁸⁷⁾ であると言われている。イギリス法においては、この法理は行為を禁じうるのみであるので、既存の判例法は、命令に反する行為を行なう私人を相手取って積極的に行動する責務を国の裁判所に課しはしない、という結論が通常は導き出される。しかしながら、この法理についてのイギリスの立場が実際に当該判例法の基礎を成しているか否かは疑わしい。なぜならば、このイギリスの立場は、この法理の効力により権利を取得する者に対して特定の表示が為されていることを要件としており、また、命令の制定は、かかる表示を為すことを伴うようには思われなからである。しかしながら、欧州共同体司法裁判所が、新たな禁反言の法理を特定の共同体法の諸目的のために形成したならば、この新たな立場が、積極的行動を採ることを要請する何らかの権利が生じるかもしれない可能性を排除する点において、イギリスの立場に従うものである、という必然的意味合いはない。実際、同裁判所のアプローチは、エクイティー上の履行の法理 ⁽⁸⁸⁾、または国内法の瑕疵は国際的責務の違反の言い訳とはならないという原理 ⁽⁸⁹⁾、と共通するものをより多く有していると考えられるかもしれない。もしそうであるならば、命令の文言に依拠して、国内裁判所がその命令を実行するため積極的に行動することを要請されるべきではない明白な理由は存在しない。か

(87) N. Green, "Directives, Equity and the Protection of Individual Rights" (1984) 9 E.L.Rev. 295-325, pp. 302 *et seq.*

(88) *Kaur v. Lord Advocate*, 1981 S. L. T. 322 における、《為されるべきことは為されずとも効力を生ず》 (*quoad fieri debet infectum valet*) というスコットランド法の原理によりスコットランドにおける欧州人権条約 (European Convention on Human Rights) の適用が要請された、との (退けられた) 主張を比較参照された。い。

(89) G. G. Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law" (1950) 27 B.Y.I.L. 1-14, p. 12. この原理はしばしば欧州共同体司法裁判所により明示的に発動される。例えば、Case 58/81 *Commission v. Luxembourg* [1982] E.C.R. 2175, 2181 を参照されたい。

かる措置は、国の裁判所に対してというよりも、むしろ主として国の立法当局に対して向けられている、と言われているのは真実である。しかしながら、現実には、欧州共同体司法裁判所は、立法府ではない加盟国の諸当局は命令を遵守する責務を免れる、との結論を導き出しはしない。実際、同裁判所は、国内法の適用に際して国の裁判所は命令を遵守せねばならない、と裁定してきている。⁽⁹⁰⁾ 国の裁判所がともかく共同体の諸責務に服するのは、国の法体系内における裁判所の機能の遂行、すなわち、国内法の適用、においてのみであるから、命令に関する判例法と欧州経済共同体条約の諸条項に関する判例法との相違が存在しないことを指摘するのを欧州共同体司法裁判所が政策的考慮事由により妨げられたかもしれないとはいえ、前者の判例法は実際のところ後者の判例法と異なっていないのである。したがって、手短かに言えば、命令が定義について十分な正確さと明確さを持って加盟国に積極的責務を課している限り、国の裁判所は、国内法を当該責務の諸要請に一致させるために、必要であれば私人を相手として、積極的行動を採らねばならない。

第59条乃至第66条の文言は、これらの規定が、更に進んで、加盟国および国家机关に対してばかりでなく、また私人に対しても、それらの互いとの関係において適用されることを、要請していると考えられるかもしれないのであり、そして、これは、確かに、*Walrave and Koch* 事件判決および *Donà v. Mantero* 事件判決⁽⁹³⁾ における欧州共同体司法裁判所の裁定から通常導き出される結論である。しかしながら、そのような結論は、欧州経済共同体条約の基本的構造と一致するか疑わしい。同条約の基本的構造は、私的行為に一般的には関係しておらず、かかる行為が第85条または第86条に反して共同市場を分割することが可能であるような方法で競争を歪めるかもしれない限りにおいて関係しているのみである。より特

(90) Case 8/81 *Ursula Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt* [1982] E.C.R. 53, 71. また、Case 14/83 *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen* [1984] E.C.R. 1891, 1909 およびもっとも最近の Case 152/84 *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* (判例集未収録) を参照されたい。

(91) すなわち、命令を達成する手段を選択する第189条第3段に基づく加盟国の自由が損われることになるという考慮事由。しかしながら、この自由は、ともかく、「命令を達成する最も効果的な手段」を選択する加盟国責務により制限されるということに注意すべきである。特に、Case 48/75 *Jean Noël Royer* [1976] E.C.R. 497, 519 を参照されたい。

(92) 例えば、*Barents, op. cit.*, p. 275 および *Collins, op. cit.*, p. 38 を参照されたい。

(93) Case 13/76 [1976] E.C.R. 1333.

定的には、第59条乃至第66条がそのように適用されたならば、第85条第3項の手続に従って欧州委員会がある種の私的行為を禁止対象から除外しようとするところの同条同項の手続の目的が挫折させられることになりえよう。この種の考慮事由はまた、第59条乃至第66条は、私人に適用されないが、しかし、サービスを提供する自由を確保するために、必要であればかかる人々を相手取って積極的に行動することを国の裁判所に要請する、と判断されるように、第119条との類推を行なうのを妨げるものである。ともかく、第119条は容易な類推を許されない。なぜならば、この規定は、社会政策の調和に向けられており、そして、付随的に共同市場の統合に関係しているにすぎないからである。

この種の考慮事由は、国の裁判所は、私的なスポーツ協会の規則または慣行の妥当性もしくは効力を判断する際に第59条乃至第66条を考慮せねばならず⁽⁹⁴⁾、また、したがって、これらの規定に矛盾するかかる規則または慣行のいかなるものも強行してはならない、との意見を越えないようにするために、欧州共同体司法裁判所が上記の二つの裁定において注意を払ったことを説明するものである。このアプローチは、異なる加盟国の国民間で差別を行なっている団体労働協約には法的効力が認められえない、と規定している規則1612/68⁽⁹⁷⁾の第7条第4項において、または、欧州共同体司法裁判所が、第30条は輸入を制限する契約の司法的強行を禁じている⁽⁹⁹⁾、と裁定した *Dansk Supermarked* 事件判決⁽⁹⁸⁾のような判決において、踏襲されたアプローチに類似している。したがって、既存の判例法は、サービス提供の自由を制限する私的取り決めに法的効力を認めることが第59条乃至第66条により禁じられていることを証明する以上のことを決定的に行ないはし

(94) 但し、欧州共同体司法裁判所はかかる挫折を完全に避けようと考えていないかもしれない。Case 229/83 *Édouard Leclerc v. Au Blé Vert* [1985] E.C.R. 1; [1985] 2 C.M.L.R. 286 を参照されたい。Evans, “French Regulation of Motor Fuel Prices and European Community Law: The *Leclerc v. Cullet* Decision” (1985/86) 40 G.T.L.R. 103-106 を一般的に参照されたい。

(95) Case 43/75 *Defrenne v. Sabena* [1976] E. C. R. 455, 472. したがって、この規定は、他の者に比べて低賃金しか与えられていない者の賃金を引き上げることによるのみ遵守されうる。

(96) Case 36/74 [1974] E.C.R. 1405, 1419 および Case 13/76 [1976] E.C.R. 1333, 1341. Case 197/84 *P. Steinhäuser v. City of Biarritz* (判例集未収録) を比較参照されたい。

(97) J. O. 1968, L257/2.

(98) Case 58/80 *Dansk Supermarked v. Imerco* [1981] E.C.R. 181.

(99) *Ibid.*, 195.

ない。これらの規定が私的団体に直接的に適用可能であり、その場合には欧州委員会によるかかる団体を相手としての当該規定の強行を定めている諸手続が開始される、と述べるどころか、当該判例法は、国の裁判所がこの自由を私的団体から保護するために積極的行動を採らねばならないのかもしれないような、第119条により課せられている積極的責務に類似した積極的責務が加盟国に課せられていることを明確に述べることをさえていない。手短かに言えば、第59条乃至第66条が、イングランド・サッカー協会および欧州サッカー連盟により課せられた禁止措置は、原理上、国内法に基づき同協会および同連盟を相手取って提起された訴訟においてならば強行されえないものとなる、ということ以上のものを意味しているということは、明確ではない。

イギリスの裁判所におけるイングランド・サッカー協会を相手取っての訴訟ならば、何ら特別な訴訟手続上の困難な問題を生ぜしめないように思われるが、スイスに本部を置く団体である欧州サッカー連盟を相手取っての訴訟ならば、高等法院による許可の付与を必要とすることになるであろう。欧州共同体司法裁判所が *Foglia v. Novello* (No.2) 事件判決において肯定したように、かかる要件は共同体法により影響されない。しかしながら、最高司法裁判所規則第11条に基づけば、禁止措置により影響を受けるクラブとの契約関係において欧州サッカー連盟が本人とみなされて、そしてイングランド・サッカー協会が同連盟の代理人とみなされる限りにおいて、同連盟を相手取って訴訟が提起されることを可能とするために当該許可が高等法院の裁量により付与されるであろう。裁判管轄な

(100) 確かに、Case 13/76 [1976] E.C.R. 1333, 1345 において法務長官 Trabucchi は、そのような責務が課せられているとは考えなかった。第30条乃至第34条により加盟国に課せられている、調合薬の並行輸入のための登録手続を減ずるために協力する責務 (Case 104/75 *Officier van Justitie v. De Peijper* [1976] E.C.R. 613) または動物用食品の獣医学的検査に関連する困難な問題を軽減する責務 (Case 251/78 *Denkavit Futtermittel v. Minister of Agriculture* [1979] E. C. R. 3369) は、實際上、共同体域内貿易の国家による制限の禁止を厳格に適用した結果でしかない。他方、第5条および第59条乃至第66条は、合わせて解釈されるならば、サーヴィス提供者の移動を制限する私人を相手として行動することを加盟国に対して要請していると言いうるのである。Mr. Pisoni *et al.*による質問書490/76に対する欧州委員会の回答 (O. J. 1976, C294/42) を比較参照されたい。

(101) 私的社交クラブによる差別に関して、質問書653/74 (O. J. 1975, C86/47) を比較参照されたい。また、質問書835/82 (O. J. 1983, C93/1) を比較参照されたい。

(102) Case 244/80 [1981] E.C.R. 3045.

(103) *Ibid.*, 3064.

(104) Rule 1 (1) (d) (ii).

らびに民事および商事の判決執行に関する協定 (Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Civil and Commercial Judgments)⁽¹⁰⁵⁾ に従えば、これらのクラブを勝訴とするいかなる判決も、欧州共同体中を通じて承認されかつ執行されねばならないことになる。⁽¹⁰⁶⁾

ベルギー政府により課せられた禁止措置にとつてのこの協定の影響および欧州経済共同体条約第59条乃至第66条の意義を別とすれば、共同体法におけるサービス提供の自由は、コモン・ローにより提供されている自由営業の保護に加えるべき内容を現状においてはほとんど有していない、という見解が支持されうると考えられるかもしれない。しかしながら、そのような見解は、二つの法体系が、自由営業を保護するそれら各々の法原則に対する例外が認められる可能性に関して、同じ結論に到達することになる、という仮定に基づいてならば述べられるものであろう。

コモン・ロー上、例外が認められるのは、当事者の利益および公益のための合理的な制限に関してである。そこで、理論的には、例外が認められるか否かを決定するに際して、裁判所は、公益を特定の考慮せねばならない。しかしながら、実際、裁判所は、当事者の利益のための合理的な制限に関して例外を否定することをこれまで非常に嫌がってきている。⁽¹⁰⁷⁾ かかる不承不承は、通常は、自由放任 (*laissez-faire*) の法理の過去の影響によるものとされるが、⁽¹⁰⁸⁾ 現実には、裁判所は、個人の営業の自由の本質的要素としての契約自由の重要性を強調するというよりは、むしろ、契約上の権利および責務の尊重が営業行為一般にとつての本質的

(105) Bull. E. C., Supp. 2, 1969, pp. 17-45.

(106) Title III.

(107) *Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Co.* [1894] A.C. 535, 565. この裁定には先例がない訳ではなかった。*Mitchell v. Reynolds* (1711) 1 P. Wms. 181, 190 を参照されたい。Nordenfelt 事件判決における裁定は、*Mason v. Provident Clothing and Supply Co.* [1913] A.C. 724 および *Att.-Gen. of the Commonwealth of Australia v. Adelaide Steamship Co. Ltd.* [1913] A. C. 781 において是認された。

(108) 実際、究極的な基準は、「制限が当事者間において合理的であると判断されることが、国益に適う」か否かである、と述べられたことがある (*Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage (Stourport) Ltd.* [1968] A. C. 269)。また、*Colgate v. Bachelor* (1602) Cro. Eliz. 872 を参照されたい。A. G. Guest, "The House of Lords and the Law of Contract" (1968) 2 J. A. L. T. 3-11, p. 7 においては、「Nordenfelt 事件判決の法原則における『公益』という基準の効果的な使用」により提供される可能性が強調されている。しかし、J. G. Collinge, *id. op.*, p. 423 を比較参照されたい。また、J. M. Kerr, "Contracts in Restraint of Trade", (1888) 22 A. L. R. 873-887, p.880 を参照されたい。(109), (110), (111) 次頁。

条件である⁽¹¹²⁾、と強調しているようである。換言すれば、裁判所がかかわっているのは、単に競争の程度というよりも、むしろ商業上の公正さまたは競争の質なのである。しかしながら、かかる区別は実際上の重要性を失う。なぜならば、裁判所は、公益に言及することによってのみ例外を否定するならば裁判所にとって必要となるであろう、経済政策問題⁽¹¹³⁾というまさにその考慮事由を吟味しないからである。したがって、かつての裁判所ならばかかる問題に関連してギルドの判断に敬意を払ったかもしれないと同様に⁽¹¹⁴⁾、今日の裁判所も、商事の連合の支持する

- (109) *Att.-Gen. of the Commonwealth of Australia v. Adelaide Steamship Co. Ltd.* [1913] A.C. 781, 795 を参照されたい。しかし、*Palmolive Co. v. Freedman* [1928] Ch. 264, 282 における《傍論》を比較参照されたい。もっと以前の判決は、制限を支持する約因が存在するか否かという問題に専心してあつた。例えば、*Prugnell v. Gosse* (1648) Aley 67 を参照されたい。このアプローチは、制限が合理的であるか否かという基準とまず第一に契約が存在するに十分な約因があるか否かという基準との間で混同がなされる危険につながつた。*Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Co.* [1894] A.C. 535, 565 を参照されたい。不作為約款に対する当該法理の適用に関する諸問題(既出註(30))を比較参照されたい。より特定的には、雇用契約において黙示のものとしてされている、雇用期間中に情報を流すことを禁じる条項と雇用終了後にそうすることを禁じる条項との間の区別(非常に最近では、*Facenda Chicken Ltd. v. Fowler* [1986] 3 W.L.R. 288)、また、雇用契約が締結された時点で交渉力が同等であつたか否かという問題の重要性(*English Hop Growers v. Dering* [1928] 2 K.B. 174, 181; *A. Schroeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay* [1974] 1 W.L.R. 1308, 1315-1316)を参照されたい。F. D. Simpson, "How Far Does the Law of England Forbid Monopoly?" (1925) 41 L. Q. R. 393-418, p. 409 の結論は、裁判所には消費者の利益と生産者の利益が同一であると考えられる傾向があつた、というものである。欧州委員会による第85条第3項の適用(後出)においてさえも、同様の傾向が見い出される。
- (110) 非常に最近のものとしては、R. Merkin and K. Williams, *Competition Law* (London, 1984), p. 8 を参照されたい。しかしながら、そのような見解は、例えば、*Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson* (1875) L.R. 19 Eq. 462, 465, および、より最近では、*Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S. A. v. N. V. Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361, 399 におけるような、契約の自由に対する司法的関心の表明から導き出しうる唯一の結論ではない。
- (111) 例えば、*R. v. Rusby* (1800) Peake Add. Cas. 189 におけるアダム・スミスの国富論に対する批判、および、*North Western Salt Co. Ltd. v. Electrolytic Alkali Co. Ltd.* [1914] A.C. 461 における見解を参照されたい。
- (112) *E. Underwood and Son Ltd. v. Barker* [1899] 1 Ch. 300, 305 における Lord Lindley, M. R. の意見および *Nordenfelt* [1894] A.C. 535, 552-3 における Lord Watson の意見。W.L. Letwin, "The English Common Law Concerning Monopolies" (1954) 21 *Univ. of Chicago L. Rev.* 355-385, p. 379 を比較参照されたい。(113), (114) 次頁。

解決方法に異議を唱えようとしなくてもよいのかもしれない。貴族院の側では単に公益という理由に基づき合意を強行しえないと判示するにやぶさかではないことを示す⁽¹¹⁶⁾ *Esso Petroleum* 事件判決は、原則の存在を証明する例外である。なぜならば、同院の裁判官は、この判決において、その頃公表された独占禁止委員会(Monopolies Commission)の報告書から経済政策問題に関する指針を引き出すことができたからである⁽¹¹⁷⁾。

今回の禁止措置に関する限り、イングランドのクラブの応援団の間における無頼の行状を根絶する行為が、国内の大会という状況内において最も効果的になされうるという理由で、イングランドのクラブの利益のためであり、かつ、他国のクラブがイングランドのクラブを相手とした試合にしばしば伴う無頼の行状という脅威にもはや全くさらされることのないという理由で、他国のクラブの利益のためである、と言えるかもしれない。したがって、すべての人の営業の権利が、家族の娯楽の一形態としてのサッカーの回復に向けてなされる貢献から利益を得る、と言えるかもしれない。これらの状況において、最も直接的に影響を受けたクラブのいくつかによりイギリス法に基づき当該禁止措置に対してなされた不服申立てを高等法院が支持しなかったことは、驚くにあたらないことである⁽¹¹⁸⁾。連合王国政府の行為はどうかと言えば、多分これは、同一の考慮事由に言及すれば、正当化されうであろう。さらに、当該禁止措置が、強行可能であり、したがって、主張されるいかなる契約違反に対しても抗弁となるものであるならば、連合王国政府が契約違反への不法誘導につき責任を負うことはありえない。同政府が多分行ないえたであろう不法行為があるならば、それは脅迫という不法行為のみであるが、しかし、この不法行為がそれ自体不法ではない手段により行なわれうるといふ命題を支持する先例はほとんどない⁽¹¹⁹⁾。

共同体法上、例外はまた、サービス提供の自由に対しても認められる。特定的には、第56条第1項は、第66条と合わせて解釈される場合に、公衆衛生、公序または公安という理由で例外を認めている。欧州経済共同体条約において採られている公序は、コモン・ロー上の公序(public policy)の概念よりもむしろ大

(113) *Mogul Steamship Co. Ltd. v. McGregor, Gow & Co.* (1889) 23 Q.B.D. 598, 620.

(114) 例えば、既出註(29)を参照されたい。

(115) *Esso Petroleum v. Harper's Garage (Stourport) Ltd.* [1968] A.C. 269.

(116) 既出註(108)のA.G. Guestの見解を参照されたい。

(117) [1968] A.C. 269, at pp. 301, 320. (118) *The Times*, June 29, 1985.

(119) 公益という考慮事由に基づき (*Brimelow v. Casson* [1924] 1 Ch. 302, 313)。

(120) *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129.

陸市民法上の《公序》(*ordre public*)の概念を示している、という事実を重要視しすぎるべきではない。コモン・ロー上の公序の概念が「御しにくい馬⁽¹²¹⁾」とされているのと同様に、大陸市民法上の公序の概念も概念的定義に「背く⁽¹²²⁾」とされている。換言すれば、どちらの定義も、両者間の不一致を容易に証明することを可能ならしめるには不十分である。さらに、同条約に公序が含まれていることは、公序というものを共同体の一概念とするのであり、そして、その概念は共同体法の枠組内で解釈されねばならない。したがって、コモン・ロー上、公序は、《契約は遵守されねばならない》(*pacta sunt servanda*)という法原理に対する例外が自由営業のために認められるための根拠であるが、共同体法上、公序は、自由移動の諸要請の適用制約のためにその法原理を適用することを考慮に入れるものである。

より特定的には、第56条第1項は、法、規則または行政措置により定められる制限にのみ言及しているのであるから、私的団体の行為から生ずる制限は、法、規則または行政措置においてもくろまれている例外からは利益を得ることができないと考えられるかもしれない。しかしながら、物の自由移動に対する例外として第36条に基づき、または、より特定的には、労働者の自由移動に対する例外として第48条第3項に基づき、認められる措置の法的形式は、それほど狭く限定されない。さらに、第59条乃至第66条により原則上禁止されうるのは、禁止措置それ自体ではなく、単にその司法的強行なのであり、したがって、かかる強行が為されるならば、それは、第56条第1項の意味の範囲内における、法により定められた制限となると言えよう。今回の禁止措置が実質的にはイングランド・サッカー協会および欧州サッカー連盟の行なったことであること、また、*B.P. v. Commission* 事件判決⁽¹²³⁾において欧州共同体司法裁判所が、石油不足の影響の軽減は私的団体というよりはむしろ主として政府諸機関の責任である、という法務長官 Warner の主張⁽¹²⁴⁾に対して明らかにある種の共感を覚えたこと、また、サッカーにまつわる無頼の行状の抑止に関しても同様の主張が多分為されうるのであること、は真実である。しかしながら、諸事実に基づけば、この無頼の行状の大部分

(121) *Richardson v. Mellish* (1824) 2 Bing. 229, 252.

(122) D. Simon, 'Ordre Public et Libertes Publiques dans les Communautés Européennes' (1976) R.M.C. 201-223, p. 205. また、G. Burdeau, *Traité de Science Politique* (Paris, 1966), p.256 を参照されたい。

(123) Case 77/77 [1978] E.C.R. 1513.

(124) *Ibid.*, 1537.

が諸サッカー協会の会員に属する財産上で生じており、かつ、これらのサッカー協会がこの問題に取り組む役割を果たすことに対して一般的な関心を明確に示している⁽¹²⁵⁾のであるならば、これらの協会に対してそのような役割を否定することはむずかしい。

たとえそうであっても、*Commission v. Italy* 事件判決⁽¹²⁶⁾において欧州共同体司法裁判所は、第36条の定める例外が、経済的考慮事由に基づき採られる措置に関しては認められない、と裁定したのであり、また命令64/221⁽¹²⁷⁾の第2条第2項は、サービス提供の自由に対する例外に関して同様の規定を含んでいる。今回の禁止措置は、報酬を与えられる催し物の一形態としてのサッカーの人気を守るために採択されたのであるから、この規定に違反すると言えるかもしれない。したがって、当該禁止措置をコモン・ロー上の営業制限の法理の諸要請に対する例外とするまさにその要素が、当該禁止措置から、サービス提供の自由に対する例外となる利益を奪い去る、という結論が導き出されるのかもしれない。しかしながら、上記の裁定および規定は、経済的結果を及ぼすいかなる措置も利益を得ることができない、⁽¹²⁸⁾ということを意味しえない。*Walrave and Koch* 事件判決において欧州共同体司法裁判所が肯定したように、欧州経済共同体条約は、原理上、経済活動、すなわち、経済的結果を及ぼすことが避けられない活動、にのみ適用されるのであるから、そのような意味を与えるとすれば、かかる例外は実際上の意義を奪われることになる。本当の意味は多分、措置は、第36条および第56条第1項のような規定において掲げられた理由の一つに基づき正当化される——正当化されなければ、かかる措置は前者の規定が「偽装された営業制限」であるとして明示的に禁じているものになる——ばかりでなく、また経済的結果とはかわりなくかように正当化されねばならない、というものである。したがって、例えば、第30条を損う商標権行使を正当化しうるのは、商標所有者の投資を保護する方法としてというよりは、むしろ製品の出所についての消費者に対する保証としての商標の機能である⁽¹²⁹⁾。このアプローチは、生ぜしめられるかもしれない経済政策問

(125) 後出註(137)を参照されたい。

(126) Case 7/61 [1961] E.C.R. 317, 329. 同様に、Case 155/73 *Sacchi* [1974] E.C.R. 409, 429 において欧州共同体司法裁判所は、加盟国が「公益という考慮事由を理由として、経済的性格を持たない」一定の活動を競争の分野から除くことを、欧州経済共同体条約は禁止しない、と裁定した。

(127) J. O. 1964, 850.

(128) 既出註(14)。

(129) Case 119/75 *Terrapin v. Terranova* [1976] E.C.R. 1039, 1062.

題を直接的に考慮することの必要性を制約するものであり、また、より特定のには、今回の禁止措置が、単にその経済的結果を理由として、例外たる利益を否定されえない、ということを要請するものである。

他方、欧州共同体司法裁判所はまた、第56条第1項のような諸規定は、自由移動という基本的原理に対する例外を認めているのであるから、厳格に解釈されねばならない、と主張している。⁽¹³⁰⁾したがって、これらの規定が発動されるのは、社会のある基本的利益に対する真の十分に重大な脅威が存在する場合のみである。⁽¹³¹⁾エーゼル・スタジアムにおける惨劇は、そのような脅威を構成する一要素がイングランドのサッカー応援団の間に存在していることを示していると言っても差し支えない。⁽¹³²⁾しかしながら、措置は、その採択がこの種の脅威に対抗するために必要である場合のみ、例外となりうる。かかる必要性は、関連する措置と呈示されている脅威との間の関係だけで評価されるべきではない。むしろ、それ以上に重要視されるのは、移動の自由に対する当該措置の影響である。したがって、措置は、この自由に対するもっと非制限的な行為でも当該脅威に対抗するのに十分である場合には、例外となりえない。⁽¹³³⁾この関連で、入場券販売の統制および競技場への入場の効果的監視を含む、群集分離を確保する措置が当該惨劇を防ぐのに十分でありえたであろうか否かについて問題が生じる。確かに、かかる措置の意義が、1984年の欧州閣僚理事会の勧告、⁽¹³⁴⁾当該惨劇後すぐに採択された欧州閣僚理事会の協約、⁽¹³⁵⁾およびイングランド・サッカー協会と欧州サッカー連盟による

(130) Case 41/74 *Van Duyn v. Home Office* [1974] E.C.R. 1337, 1350.

(131) Case 30/77 *R. v. Pierre Boucherau* [1977] E.C.R. 1999, 2014.

(132) 連合王国のような加盟国は、この種の脅威から他の加盟国を保護するために、そのような規定を発動することを妨げられないように思われる。Case 174/84 *Bulk Oil (Zug.) AG v. Sun International Ltd.* (判例集未収録)における法務長官 Slynn の意見を参照されたい。

(133) 例えば、Case 72/83 *Campus Oil Ltd. v. Minister for Industry and Energy* [1984] E.C.R. 2727; [1984] 3 C.M.L.R. 544, 560 および Case 104/75 *De Peijper* [1976] E.C.R. 613 を参照されたい。

(134) エーゼル・スタジアムで採られた安全確保のための措置の不十分さに関する批判については、*The Times*, July 8, 1985 および欧州サッカー連盟自体の報告書 (*The Times*, April 12, 1986) を参照されたい。

(135) Recommendation No.4 (84) 8 of the Committee of Ministers. また、1985年7月11日の欧州議会決議 (O. J. 1985, C229/99) を参照されたい。しかし、1985年6月13日の同議会の決議 (O. J. 1985, C 175/211) における当該禁止措置の承認を比較参照されたい。

(136) *The Times*, August 21, 1985.

りサッカー・クラブに対して出された指導書⁽¹³⁷⁾において強調されている。さらに、10年間にわたって主な国際サッカー選手権決勝戦のいかなるものの招聘をもベルギーに禁じる欧州サッカー連盟の決定⁽¹³⁸⁾は、ベルギーの諸当局がかかる措置を採りえなかったことが当該惨劇に寄与したかもしれないことを、暗に認めている。

今回の禁止措置の実質的内容は全く別として、その人的範囲にもまた異議が唱えられうるかもしれない。特に、命令64/221の第3条第1項は、移動の自由の受益者はその者の個人的行為を根拠としてのみ加盟国の領土から排除されうる、と規定している。今回の禁止措置は、そのような根拠に基づいているとは容易に言えない。当該禁止措置は、イングランド代表チームの応援団が、その禁止措置が適用されるクラブの大部分の応援団よりも、ゆゆしき無頼の行状に終始一貫して関与してきているとはいえ、イングランド代表チームには影響を与えない⁽¹³⁹⁾。実際、影響を受けるクラブのいくつかの応援団には無頼の行状に関与した重大な記録は全くない。これらの状況において、当該禁止措置は、欧州共同体司法裁判所が *Bonsignore* 事件判決⁽¹⁴⁰⁾において禁止されるべきものとして認定したまさにその種類の一般予防的措置となる、と考えられるかもしれない。

Rutili 事件判決⁽¹⁴¹⁾において欧州共同体司法裁判所が、欧州人権条約に含まれているある原理⁽¹⁴²⁾に依拠し、そして、移動の自由を制限する措置が許されうるのは「民主主義社会において必要⁽¹⁴³⁾」である場合のみであると裁定した事実から、この議論の更なる側面が生ずる、というのは真実である。よって、それらの措置の許容性についてのいかなる決定においても、民主主義社会の諸価値の重要性が考慮されねばならない。そこで多分、措置は、たとえ自由移動に関するもっと非制限的な措置でも関連利益を保護するには十分であったであろうとしても、後者の措置で

(137) Department of the Environment, *Football Spectator Violence: Report of an Official Working Group* (H.M.S.O., 1984) Appendix. 欧州サッカー連盟はまた、アルコール販売の禁止を定め、かつ入場券販売の厳格な統制を要請している新たな規約を採択した (*The Times*, August 22, 1985)。

(138) *The Times*, June 27, 1985.

(139) 既出註(4)を参照されたい。

(140) Case 67/74 [1975] E. C. R. 297, 307. 既出の Cases 115 and 116/81 *Adoui and Cornuaille* [1982] E.C.R. 1665, 1709 を参照されたい。

(141) Case 36/75 *Rutili v. Minister of the Interior* [1975] E.C.R. 1219.

(142) 当該条約中のこの原理の重要性に関しては、Vegleris, "Valeur et Signification de la Clause 'Dans Une Société Démocratique' dans la Convention Européenne des Droits de L'Homme" (1968) 1 H.R.J. 219-241 を参照されたい。

(143) [1975] E.C.R. 1219, 1232.

はかかる価値と両立しなかったであろうことを理由として、公序という根拠に基づき正当化されうると考えられるかもしれない。確かに、ベルギーの内務大臣がイングランドのクラブに関する自己の禁止措置を正当化しようと努めたのは、イングランドのクラブを含んだ試合におけるゆゆしき暴力という危険は、当該禁止措置以外では、ベルギーを「警察国家」⁽¹⁴⁴⁾に変えることを必要とするような厳しさの安全確保措置の採択を通じてのみ対処できるものである、という理由に基づいてであった。しかしながら、この主張は、欧州閣僚理事会——民主主義国家のみが加入を認められる組織⁽¹⁴⁵⁾——の勧告および協約においてもくろまれている措置の採択では、エーゼル・スタジアムにおけるゆゆしき暴力を防ぐには不十分であったであろう、との確証がないならば、諸事実に基づき支持することが困難である。

さらに、欧州共同体司法裁判所が *Rutili* 事件判決において上記の原理を実際に発動したのは、移動の自由に対する例外を認めている規定は厳格に解釈されねばならない、というその基本前提を実行するためであった。換言すれば、民主主義的諸価値との両立は、措置が例外となるために満足させねばならない更なる条件なのである。欧州人権条約第10条に含まれているかかる価値の一つは、表現の自由である。スポーツに参加することは、この自由の本質が人間の個性の表現であるならば、明らかにこの自由の行使となる。したがって、今回の禁止措置は、*Rutili* 事件において争点となった移動の自由に対する制限と同様に、たとえその他の点で正当化されるとしても、かかる価値と両立しえないことを理由として禁止されるかもしれない。

それでも、当該禁止措置の正当化のための根拠ならば第66条以外にも見い出されうると考えられるかもしれない。確かに、欧州共同体司法裁判所は、そのような規定の文言の範囲を越えて、そして、移動の自由に対するその他の例外が「公益」⁽¹⁴⁶⁾のために認められうることを承認するのを、進んで行なっている。かかる承認は、共同体の諸権限と国家の諸権限との間の均衡——この均衡をもくろんでいるのは、第36条、第56条第1項および第66条のような規定である——を意味する種類の「留保権限」⁽¹⁴⁷⁾の法理に関係しているのではなく、むしろ、共同市場の基本諸原則により要請されている自由営業と共同体の諸目的の達成のために必要なその法理の介入との間の均衡に関係しているのである。同裁判所の認める例外が、かかる規定に含まれている例外と重複しうるのは、この理由による。同裁判

(144) *The Times*, May 31, 1985.

(145) Article 3 of the Statute of the Council of Europe. (146), (147), (148) 次頁。

所の判例法が明らかにしているように、加盟国が、欧州共同体自体の措置の導入を待つ間は、以前の例外にしか依拠できないのも、またこの理由による⁽¹⁴⁶⁾。実際、その判例法の主たる実際上の重要性は、かかる諸目的のために上記の諸規定に依拠することができないかもしれない欧州共同体の諸機関が、またそれも加盟国にばかりでなく、一つまたはそれ以上の加盟国の国の措置よりも多分さらに自由営業を制限する措置を採用することを、当該判例法が可能にするという事実にあるのかも⁽¹⁵¹⁾。かかる行為は、国の当局によりなされようとも、また共同体の当局によりなされようとも、《公正な》貿易の保護のために必要である場合ばかりでなく⁽¹⁵²⁾、また、被用者の福祉の保護のようなもっと広範な社会政策上の諸目的のため⁽¹⁵³⁾

(146) Case 130/80 *Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman BV* [1981] E.C.R. 527, 535; Case 6/81 *BV Industrie Diensten Groep v. J. A. Beele Handelsmaatschappij* [1982] E.C.R. 707, 717. これらの例外のための究極的な法的根拠は、欧州経済共同体条約の体系の中にあるように思われる。Cases 3, 4 and 6/76 *Kramer* [1976] E.C.R. 1279 における法務長官 Trabucchi の意見および Case 155/80 *Oebel* [1981] E.C.R. 1993, 2017 における法務長官 Capotorti の意見を参照されたい。したがって、Case 327/82 *Jongeneel* [1984] E.C.R. 483, 504 において、欧州共同体司法裁判所は、国産品の質を向上させることを意図している国の規則は、それが「《欧州経済共同体条約により追求されている》健全にして公正な競争」(《 》は著者が付した)に貢献するという観点から許されうる、と判断した。そのような例外の根拠は、第36条のような規定の中に見い出されうる、と折りに触れ言われる。例えば、Oliver, *op. cit.*, pp. 231-232 を参照されたい。しかしながら、この見解は、Case 113/80 *Commission v. Ireland* [1981] E.C.R. 1625 および Case 220/81 *Robertson* [1982] E.C.R. 2349, 2360 のような欧州共同体司法裁判所の裁定と矛盾する。Case 243/84 *John Walker v. Danish Minister for Finance Affairs* (判例集未収録) を比較参照されたい。

(147) この法理は、例えば、Barents, “New Developments in Measures Having Equivalent Effect” (1981) 18 C.M.L.Rev. 271, pp. 283 *et seq.* において説明されている。

(148) 例えば、Case 193/80 *Commission v. Italy* [1981] E.C.R. 3019, 3034 を参照。

(149) 例えば、Case 120/78 *Rewe - Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] E.C.R. 649, 662 を参照されたい。

(150) 欧州経済共同体条約第30条乃至第34条のような基本的諸規定は、欧州共同体を拘束する。例えば、Cases 80 and 81/77 *Ramel v. Receveur des Douanes* [1978] E.C.R. 927, 947 を参照されたい。

(151) たとえ仮りに欧州共同体が第36条のような諸規定に依拠する権利を有するとしても、欧州共同体司法裁判所の支持するかかる規定の厳格解釈が拘束的なものとなるろう。例えば、Case 104/75 *Officier van Justitie v. De Peijper* [1976] E.C.R. 613; Case 153/78 *Commission v. Germany* [1979] E.C.R. 2555; Case 251/78 *Denkavit Futtermittel v. Minister of Agriculture* [1979] E.C.R. 3369 を参照されたい。

(152), (153) 次頁。

に必要である場合にも、許されうる。同裁判所はかかる行為が許されうる根拠を余す所なく宣言することを目的としているのではないのであるから、サッカーにまつわる無頼の行状を抑止する行為ならば例外としての利益を得るかもしれない可能性は排除されえない⁽¹⁵⁴⁾。たとえそうであっても、この種の行為は正当化されねばならぬであろう。特定のには、公益という「絶対的要件」を満たすことが必要でなくてはならぬであろう。今回の禁止措置ならば、かかる要件を満たしていると言えるかもしれないとはいえ、関連要件が自由移動に関するもっと非制限的な措置⁽¹⁵⁵⁾によっても同様に十分に満たされるかもしれないならば、今回の禁止措置がこの目的のために必要であるか否かは疑わしい。さらに、正当化の必要性はまた、国民間のいかなる差別もそれ自身が正当化されるべきことを要請する。今回の禁止措置は、イングランドのクラブにのみ適用され、それらのクラブの多くは他の加盟国のクラブと同様に暴力の記録がないのであるから、当該禁止措置はまたこの理由に基づいても認められないことになるであろう。

したがって、手短かに述べれば、両法体系とも、営業の自由に対して、国家による制限に対抗するためのある種の保護を提供する。しかしながら、両法体系は、一方の、営業者たちが彼らの最良の利益と考えるものに従って組織を作る営業者たちの自由と、他方の、組織に制限されることなく営業活動を行なう営業者たちの自由との間で保たれる均衡に関しては、相異なっている。結果的に、共同体法は、今回の禁止措置をイギリスの裁判所において強行できないものとしている

(152) 例えば、Case 2/78 *Commission v. Belgium* [1979] E.C.R. 1761 を参照されたい。例外はまた、消費者保護に関する理由に基づき認められうる。例えば、Case 113/80 *Commission v. Ireland* [1981] E.C.R. 1625 を参照されたい。専門職業団体の規則もまた例外としての利益を得ることができる (Case 107/83 *Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Klopp* [1984] E.C.R. 2971, 2990)。

(153) Case 155/80 *Sergius Oebel* [1981] E.C.R. 1993。

(154) 例えば、環境保護のための措置は例外としての利益を得ることができる、との欧州委員会の見解（質問書749/81に対する回答（O. J. 1981, C309/7））を比較参照されたい。

(155) 例えば、Case 120/78 *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] E.C.R. 649, 664 を参照されたい。

(156) 例えば、Case 51/83 *Commission v. Italy* [1984] E.C.R. 2793, 2806 を参照されたい。

(157) Case 113/80 *Commission v. Ireland* [1981] E.C.R. 1625, 1641。第30条乃至第34条に対する例外として許されうる制限措置は、恣意的な差別の手段となる場合には禁止される、との第36条但書を比較参照されたい。また、Case 106/84 *Commission v. Denmark*（判例集未収録）を比較参照されたい。

が、コモン・ローはそうしてはいないのである。

営業の自由——濫用の禁止

両法体系はまた、自由営業の法的保護が、国家による制限に対抗するものとしてばかりでなく、また私的行為に対抗するものとしても、提供されねばならないことを認めている。したがって、営業者は、厳格な意味においては「任意的」とみなされうる制限を他の営業者たちが課するとしても、かかる制限が私的行為にのみ依拠しており、かつ法体系に何ら負うところがないならば、かかる制限から保護されうる。換言すれば、営業者は、その者の営業の自由を濫用して他の営業者たちに損失を与えることを禁止されうる。かかる濫用の定義、および、したがって、禁止の限界測定が経済政策に関する困難な問題を生ぜしめるとはいえ、両法体系は、一定の種類の手続上および実体上の濫用を禁じる法原則を有している。

コモン・ロー上、自然的正義の要件は、協会の会員たる地位が、営業に関連して契約上の諸権利または少なくとも正当な期待を伴う場合ばかりでなく、また、⁽¹⁵⁸⁾営業の自由、またはより特定的には働く権利、それ自体が問題となっている場合にも、関連がある。したがって、かかる権利を制限する行為は、不利な影響を被る人々が発言の機会を与えられた後にのみ行なわれうる。協会が会員に対して行なう制限行為の場合にはその後の発言の機会が十分でありうる、という命題を支持するあるコモンウェルスの先例⁽¹⁶⁰⁾が存在するとはいえ、この命題はイギリスの裁判所によって容認されてきていない。⁽¹⁶¹⁾したがって、今回の禁止措置がなければ欧州の大会に参加する資格を有していたイングランドのクラブは、この大会への彼らの参加申込みがイングランド・サッカー協会により為され、かつ彼らの参加が欧州サッカー連盟により承認される、という趣旨の契約上の権利または少なくとも正当な期待を有していたのであるから、同協会および同連盟が前もっての発言

(158) 例えば、*Breen v. Amalgamated Engineering Union* [1971] 2 Q.B. 175 および *Weinberger v. Inglis* [1919] A.C. 606, 616 を参照されたい。

(159) *Enderby Town F. C. Ltd. v. F. A.* [1971] Ch. 591; *Nagle v. Feilden* [1966] 2 Q.B. 633.

(160) *Calvin v. Carr* [1980] A.C. 574. また、*King v. University of Saskatchewan* (1969) 6 D.L.R. (3d) 120 を参照されたい。

(161) *Leary v. National Union of Vehicle Builders* [1971] Ch. 34. 制定法上の権限の行使に対して上訴が為されうることの治癒的効果に関して、*Hood v. McMahon* (The Times, August 1, 1986) を参照されたい。

の機会も与えず当該禁止措置を課したことは、《相手方の言い分を聞け》(*audi alteram partem*) という自然的正義の原則に反するものであったかもしれない。この原則の適用可能性が、ある協会の会員たる地位に伴う契約上の権利または正当な期待からのみ生ずる場合には、会員たる地位に関する約款が、この原則の適用を妨げるのに有効でありうるかもしれない、⁽¹⁶²⁾ というのは真実である。たとえ仮りに当該協会および連盟の規約がこの趣旨の条項を含むものとして解釈されたとしても、本件においては働く権利が問題となっており、したがって、同様の方法では排除されえない発言する機会を与えられる権利が生じる。⁽¹⁶³⁾ したがって、本件は、働く権利の承認のような実体法上の進歩が、発言する権利が認められるか否かによってどの程度決定的でありうるかを例証するものとして理解されるかもしれない。また、自然的正義の要件は緊急事態という理由に基づき緩和されうる、⁽¹⁶⁴⁾ というのも真実である。しかしながら、かかる理由は、数か月後、すなわち、問題の惨劇の後のシーズンの開始時、においてのみ効力を生じるように意図された禁止措置を課したことに関連しては、立証することが困難であろう。他方、争われている決定が、不服当事者によってならば為されたかもしれないいかなる陳述によっても影響されなかったであろうし、したがって、発言の機会が与えられたとしても結果に影響しなかったであろう場合には、⁽¹⁶⁵⁾ 発言する権利はありえない、という命題を支持するある先例が存在する。これは、今回の禁止措置の場合には、そうであると言っても良いのかもしれない。なぜならば、これらの禁止措置は、明らかに、そのような発言の機会が与えられたならばその発言の過程において言い訳が為されえたであろうようなイングランドのクラブの側における何らかの行為または不作為に基づくものではなかったからである。

しかしながら、共同体法上、自然的正義は、⁽¹⁶⁶⁾ 欧州共同体司法裁判所の判例法において発展させられた一般的原理であるばかりでなく、また、欧州人権条約第6

(162) *Maclean v. The Workers' Union* [1929] 1 Ch. 602, 623; *Maynard v. Osmond* [1977] 1 Q.B. 240.

(163) 例えば、*Russell v. Duke of Norfolk* [1949] 1 All E.R. 109, 119 における Denning L. J.の意見を参照されたい。

(164) 例えば、*White v. Redfern* (1879) 5 Q.B.D. 15 および *R. v. Davey* [1899] 2 Q.B. 301 を参照されたい。

(165) *Cinnamond v. British Airports Authority* [1980] 2 All E.R. 368, 377. また、*Malloch v. Aberdeen Corporation* [1971] 2 All E.R. 1278, 1293, 1294 を参照されたい。

(166) *Case 32/62 Maurice Alvis v. Council* [1963] E.C.R. 49.

条に含まれている基本的権利を具現化したものとして明示的に承認されてきて⁽¹⁶⁷⁾いる。かかる承認は、明らかに、同裁判所が、現在イギリスの裁判所がいじくっている危険なアプローチに倣うこと、および、発言する権利があるか否かが不服当事者が為しえたかもしれない何らかの陳述の理非しだいでありうると認めること、を妨げるものとなろう。他方、共同体法の一般の原理は、成文の共同体法の適用範囲内においてのみ効力を有する⁽¹⁶⁸⁾。したがって、第59条乃至第66条が私人に適用されないならば、かかる者たちは、これらの規定により保証されているサーヴィス提供の自由を制限する前に発言の機会を与えることを共同体法により義務づけられない。さらに、これらの規定が、この自由を確保するために積極的に行動することを国の裁判所に要求するのでなければ、かかる裁判所は、そのような状況において発言の機会を与えない者に対抗するための救済方法を付与する義務を負わないことになる。したがって、共同体法により与えられている手続上の保護は、この法体系が営業の自由のために提供する実体上の保護における瑕疵により弱体化される、という結論が導き出されるのかもしれない。しかしながら、第85条および第86条は実際に私人に適用されるのであり、したがって、かかる者たちはこれらの規定の範囲内で行動する場合には自然的正義を尊重しなければならぬ、というこれまで未探究の可能性が生じることが記憶されるべきである。

コモン・ローによる実体的保護に関する限り、営業の自由という原理の承認は、営業制限が不法行為となる可能性を生ぜしめる。確かに、中世の裁判所は、営業規制の体系を歪める私的取り決めの強行を単に拒否する以上のことを行なったのであり、また、明らかに、責めを負うべき者に刑事制裁を加える用意があったのである⁽¹⁶⁹⁾。さらに、この規制には、支配的地位を享有する者に対して法的義務および禁止措置を課すことばかりでなく、国王の特許または時効により取得された市場の保護⁽¹⁷⁰⁾も伴ったのであるから、コモン・ローは市場に対する権利を承認したことがなかった、と主張することは、独占の危険に対する伝統的なコモン・ローの⁽¹⁷¹⁾かかわりについてのクックの見解はまったく根拠の無いものであった、と述べる⁽¹⁷²⁾

(167) Case 98/79 *Josette Pecaistaing v. Belgian State* [1980] E.C.R. 691, 716.

(168) これらの原理の承認のための主たる根拠は、欧州経済共同体条約の解釈および適用において法 (law) (同条約のフランス語版およびドイツ語版においては各々“droit”および“recht”) の遵守を確保することを欧州共同体司法裁判所に要求している同条約第164条にある。*Kaur v. Lord Advocate*, 1981 S.L.T. 322 を参照されたい。

(169) 既出註 (26) を参照されたい。

(170), (171), (172), (173) 次頁。

ことと同様に、真実ではない。実際、16世紀末からの判例法は、発展させられた法学的概念に関しては、例えばギルドとマンユファクトリーとの間の対立により生ぜしめられた諸問題のような新たな問題に対して確立された法的アプローチを適用することにおけるほどには、革新的ではなかった。裁判所が、一定の営業活動に対して、それらが営業規制の体系と矛盾することを理由としてではなく、それらが自由営業を制限する効果を有することを理由として、不法行為責任を付着させることを考慮し始めたのは、19世紀の立法改革の結果としてでしかなかった⁽¹⁷⁴⁾。

しかしながら、営業においては稀少資源の利用が要請されるのであるから、他者の営業を制限することは、営業の自由の行使の避けがたい結果である。そこで、営業の自由の行使が何らかの現実性を有すべきものであるならば、それは、かかる制限を課す一定の自由を伴うはずである。したがって、原理上、裁判所は、それ自身が不法行為にはあたらぬ手段により行なわれる営業活動は合法である、と判示する⁽¹⁷⁵⁾。他方、現在の裁判所が用いることができる最も初期の諸先例は、契

(174) *Pecche* (Rot. Parl. 50 Edward III, no. 33 (1376)). より一般的には、W. Herbrich, "Forestalling, Regrating and Engrossing" (1929) 27 Mich. L.Rev. 365 および W.A. Sanderson, *Restraint of Trade* (London, 1926), pp. 94-96 を参照されたい。もっとも最近のものとして、*Micosta S. A. v. Shetland Islands Council*, 1986 S.L.T. 193, 199 における意見を参照されたい。

(171) *Prior of Coventry v. Grauntpie* (1309) Y.B. Hil. 2 Edw. II 74, 141; *Coke 2 Inst.* 406; *Yard v. Ford*, 2 Wms. Saund. 172. 今日では、保護は制定法上のものである。もっとも最近のものとして、*Manchester C. C. v. Walsh* (1985) 84 L.G.R. 1 を参照されたい。しかしながら、単なる《事実上の》市場が、合法的な行為から保護されたことはない、というのは真実である。*Schoolmaster's case* (Y.B. 11 Hen. IV 47) を参照されたい。

(172) T. C. Daintith in *Public and Private Enterprise in Mixed Economies*, ed. W. Friedmann (London, 1974), 195-290, p. 242 を比較参照されたい。

(173) J. D. Heydon, *The Restraint of Trade Doctrine* (London, 1971), p. 2 and W. Letwin, *Law and Economic Policy in America* (New York, 1965), p. 18.

(174) 例えば、賃上げのための結合を禁じる18世紀の立法を廃止した6 Geo. IV c. 129, および、市場独占、買占めによる市場販売妨害、およびその他、の犯罪を廃止した7 and 8 Vict. c. 24 を参照されたい。裁判所の考え方に対するかかる改革の影響に関しては、例えば、*Mogul Steamship Co. Ltd. v. McGregor, Gow and Co.* [1892] A.C. 25, 47 における Lord Bramwell の意見を参照されたい。

(175) *Attorney General of the Commonwealth of Australia v. Adelaide Steamship Co. Ltd.* [1913] A.C. 781, 797. したがって、「競争《それ自体》は……営業者がそれから保護される権利を有しているところのものの一つではない」(*McEllistrim v. Ballymacelligott Co-Operative Agricultural and Dairy Society* [1919] A.C. 548, 574 における Lord Atkinson の意見)。

約上の無効および不法行為責任、または刑事責任さえもであるが、それらの問題の間で区別を行なっておらず、⁽¹⁷⁶⁾また、共謀の法理は、中世の論理の一貫性のある程度取り戻し、かつ契約法との類推によりこの分野において不法行為法を⁽¹⁷⁷⁾発展させる可能性を、これらの裁判所に対して提供するのに十分なほどに多義であった。裁判所にとってのこの可能性を利用することの魅力は、現在では裁判所が、営業を制限する契約により直接的に影響を受ける第三者の場合には、当該契約は無効であるとの趣旨の宣言を進んで与える⁽¹⁷⁸⁾という事実により、ますます大きなものとなる。実際、少なくとも、働く権利が問題であると言われている場合には、契約の修正を要求する差止命令が付与されうる⁽¹⁷⁹⁾可能性がある。そのような差止命令がない場合においてさえ、宣言の道徳的な力は非常に強いものでありうるので、その宣言の付与は、不法行為が行なわれたとの事実認定と同様の実質的効果を有する⁽¹⁸⁰⁾。したがって、営業者間の、他の営業者の諸利益を侵害する共謀は、その主たる意思が当該共謀者たちの営業上の利益を促進すること以外のものである場合には、また少なくとも⁽¹⁸¹⁾、その主たる意思が問題の侵害を生ぜしめることである場合には、不法行為である、と裁判所が⁽¹⁸²⁾判示したことは、かかる発展の基礎にある法政策と明らかに一致する。この不法行為の出現がかように説明されうるとすれば、共謀という要件は、一つの大企業の行為が小規模営業者達の集団の共同一致の行為よりもはるかに他の営業者の利益を侵害するものでありうるならば、この分野における法の⁽¹⁸²⁾実質的関心事にとって不適切であるというほどには非論理的ではないように思われる。この問題の解決は明らかに、裁判所が、正義のために、法人のヴェイルに穴を明け、かつ大企業が行なう種類の行為を当該企業の取締役

(176) 既出註(26)。

(177) 実際、*Hilton v. Eckersley* (1855) 6 E. & B. 47, 53 において Crompton J. は、営業を制限する契約が「コモン・ロー上不法にして正式起訴されるべき」結合となりうる、と考えた。また、*Att.-Gen. of the Commonwealth of Australia v. Adelaide Steamship Co. Ltd.* [1913] A.C. 781, 794 を参照されたい。

(178) 例えば、*Eastham v. Newcastle United F. C.* [1964] Ch. 413 を参照されたい。

(179) *Nagle v. Feilden* [1966] 2 Q.B. 633, 646.

(180) *Eastham v. Newcastle United F. C.* [1964] Ch. 413, 450-451. また、*Boulting v. Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians* [1963] 2 Q.B. 606, 629-630 を参照されたい。

(181) *Mogul Steamship Co. Ltd. v. McGregor, Gow and Co.* [1892] A.C. 25, 42; *Att.-Gen. of the Commonwealth of Australia v. Adelaide Steamship Co. Ltd.* [1913] A.C. 781, 793; *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. v. Veitch* [1942] A.C. 435, 469. (182) 次頁。

たちの間の共謀のせいにする用意があるか否かにかかっている⁽¹⁸³⁾。意思という基準とは言えば、この基準は、その正確な説述がいかなるものであれ、営業を制限する強行されえない契約であると裁判所がかつて特徴づけたものであった取り決めに不法行為にあたるものとするために、適用されるものである。換言すれば、共謀が不法行為にあたりと判断されうとしても、それは、営業に対するその効果が、当該共謀が関係していた営業活動の遂行に事実上内在している効果を越えるものであったばかりでなく、また、共謀者たちの利益のためには合理的でもなかった場合であり、そして、その場合のみである。裁判所が営業の自由の濫用を禁止する点でそれ以上に進むとすれば、考慮する準備が十分にできていないと裁判所が感じている経済政策問題といった種類の問題を裁判所が考慮する必要がでてくるであろう⁽¹⁸⁵⁾。しかしながら、実際、不法行為責任は、営業を制限する契約の無効ほど広範ではない⁽¹⁸⁶⁾。なぜならば、裁判所は、営業者を、それ自体不法行為に

(182) 例えば、*Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum (No. 2)* [1982] A.C. 173, 189 における Lord Diplock の意見を参照されたい。これらの意見は、今世紀の初めに *Quinn v. Leathem* [1901] A.C. 495 において表明された見解と対照をなす。しかし、*Giblan v. National Amalgamated Labourers' Union of Great Britain and Ireland* [1903] 2 K.B. 600, 620 を比較参照されたい。

(183) *De Jetley Marks v. Greenwood* [1936] 1 All E.R. 863, 872, 873 を比較参照されたい。

(184) したがって、例えば、*Mogul Steamship Co. Ltd. v. McGregor, Gow and Co.* [1892] A.C. 25, 42 において Lord Watson は、当事者の目的が、「商業のあらゆる部門において大規模および小規模の商人たちによりたゆまず求められている」ものであることを理由として、不法行為はないと考えた。換言すれば、当事者の結合は彼らの利益のためには合理的であったのである。また、*Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. Ltd. v. Veitch* [1942] A.C. 435, 447 を参照されたい。共謀すれば正当な目的が促進されるであろうと信じることの不合理性は、当該共謀がそのように意図されたものではなかったことの証拠でありうる、との *Hammer v. Kemmis* (1957) 7 D.L.R. (2d) 684, 692 における見解を比較参照されたい。したがって、コモン・ローは、通常思われているほどには、《不当競争》(Concurrence deloyale) という大陸市民法の概念とかけ離れてはいない。しかし、通常の見解については、例えば、J. Adams, "Is There a Tort of Unfair Competition?" [1985] J.B.L. 26-33, p. 32 を参照されたい。

(185) 例えば、*Mogul Steamship Co. Ltd. v. McGregor, Gow and Co.* [1892] A.C. 25, 43, 50、および、より最近のものとして、*Texaco Ltd. v. Mulberry Ltd.* [1972] 1 W.L.R. 814, 826-827 を参照されたい。立法府による関連法の制定前においては、大陸の裁判所も、かかる問題の考慮を同様にいやがっていた。例えば、1980年11月30日の《西ドイツ連邦最高裁判所》(Reichsgericht) の判決 (3 R.G.Z. 67) を参照されたい。(186) 次頁。

あたらない手段により行なわれた営業活動に関して、損害賠償請求にさらすことに消極的であるからである⁽¹⁸⁷⁾。結果的に、判例法の限られた範囲での発展が例証しているのは、政策的考慮事由が、これはそうあるべきではないとの司法府の抗議⁽¹⁸⁸⁾にも拘らず、「救済方法に随従する権利」(right following remedy)に至りうる程度なのである。今回の禁止措置に関する限り、それ自体が不法行為にあたる手段によって実行されてはいない。したがって、当事者の諸利益のためには不合理であることを理由として当該禁止措置が無効であるのでなければ、その主たる意思が、その措置を課すことは不法行為としての共謀となるといったものである、と判断されることにはならないことは、《なおさらのこと》である。

対照的に、共同体法上、営業の自由の濫用は、客観的に、また共同市場の統合に関する諸要請の点から、定義される。したがって、かかる濫用の禁止は、共同市場を分割する傾向のある競争歪曲の全面禁止の一部門なのである⁽¹⁸⁹⁾。より特定的には、第85条第1項および第2項は、加盟国間の貿易に影響を与えるかもしれず、かつ、競争の排除、制限または歪曲をその目的または効果としている、諸企業の連合の決定を無効とするばかりでなく、また、かかる決定の採択を禁じている。欧州共同体司法裁判所は、第85条の機能的諸要請を主として考慮して、「企業」(undertaking)を、経済的⁽¹⁹⁰⁾目的を持って行動する存在と、または個人とさえ、定義するのであるから、また、「経済的」(economic)という語は欧州経済共同体条約第2条を参考にする⁽¹⁹¹⁾ことによってのみ定義されるのであるから、企業という表

(186) 例えば、*Eastham v. Newcastle Ltd.* F. C. [1964] Ch. 413, 453 を参照されたい。

(187) 例えば、*Warnink v. Townend and Sons (Hull) Ltd.* [1979] A.C. 731, 742 における Lord Diplock の意見を参照されたい。裁判所はまた訴訟の増加を防ぐことも努めている。*Cattle v. The Stockton Waterworks Co.* (1875) L.R. 10 Q.B. 453 および *Simpson and Co. v. Thomson* (1877) 3 App. Cas. 279 を参照されたい。したがって、契約上の権利の侵害を理由としては、不法行為の訴は提起されない。もっとも最近のものとしては、*Candlewood Navigation Corporation Ltd. v. Mitsui OSK Lines Ltd.* [1986] A.C. 1 を参照されたい。同様に、ネグリジェンスから生じた主張される経済的損失を理由として損害賠償請求がなされる場合には、かなりの近接関係が必要とされる。もっとも最近のものとしては、*Muirhead v. Industrial Tank Specialities Ltd.* [1986] Q.B. 507 を参照されたい。

(188) 例えば、*Abbott v. Sullivan* [1952] 1 K.B. 189, 200 における Denning L. J. の意見を参照されたい。

(189) 欧州経済共同体条約第3条 f 号は、欧州共同体内における競争は歪曲されてはならない、との基本原理を包含している。第85条および第86条に加えて、この原理には、公の企業に関する第90条、ダンピング行為に関する第91条および国の援助に関する第92条乃至第94条に基づき、効力が与えられるべきである。(190)、(191) 次頁。

現は、その範囲からプロのサッカー・クラブを排除するような狭義の専門的意味を容易に与えられえない。⁽¹⁹²⁾ 確かに、かかるクラブが必須の経済的目的を追求していると判断するとすれば、それは、*Walrave and Koch* 事件判決における裁定と一致することになる。したがって、かかるクラブは、第85条第1項の諸目的のためには、企業とみなされるべきであるように思われる。

サッカー・クラブがそのようにみなされうるならば、イングランド・サッカー協会は第85条第1項の諸目的のためには諸企業の連合となるように思われる。欧州サッカー連盟の大会にイングランドのクラブを出場させないというイングランド・サッカー協会の決定は、プロ・サッカーの市場を歪曲し、また、より特定的には、イングランドの市場を共同市場のその他の部分から実質的に孤立させるのであるから、この決定は、第85条第1項により禁止されている種類の競争歪曲を伴うものであるように思われる。したがって、影響を受けるクラブは、イングランド・サッカー協会を相手取って損害賠償金を請求するか、または、同協会を相手とする差止命令をイギリスの裁判所から得ることができるかもしれない。加えて、そのようなクラブならば、規則17/62⁽¹⁹⁴⁾の第3条第2項b号に基づき、欧州委員会に対して不服申立をできるであろう。仮りに同委員会が不服申立人に対して回答を与えることができなかつたとしても、不服申立人は、その地位を定めるこ

(190) Case 19/61 *Mannesmann AG v. High Authority* [1962] E.C.R. 357. 機能的定義はかようにして支持されている。Case 170/83 *Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli* [1984] E.C.R. 2999 を参照されたい。したがって、ベルギー興行権協会 (Case 127/73 *SABAM* [1974] E.C.R. 51) および歌劇スター (RE UNITEL [1978] 3 C.M.L.R. 306) は、企業に含まれるものとして扱われてきている。

(191) 既出註 (15)。

(192) 労働組合のような連合が、H. Smit and P. Herzog, *The Law of the European Economic Community: A Commentary on the EEC Treaty* (New York, 1976), Vol. 2, p. 3-94 において、第85条の範囲外にあると言われているのは、単に政策的理由に基づいてのことである。Case 41/83 *Italy v. Commission* (判例集未収録) によれば、報酬のためにサーヴィスを提供する団体は第85条の範囲に含まれる。

(193) *Application des Gaz S. A. v. Falks Veritas Ltd.* [1974] Ch. 381, 396 において Lord Denning M.R. は、第85条および第86条は「新たな不法行為または違法行為を創設するものである」と述べた。*James Budgett and Son Ltd. v. B.S.C. Ltd.* (1979) 4 E.L.Rev. 417 においては、第86条の違反を妨げる中間的差止命令が付与され、また、*Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board* [1984] 1 A.C. 130 において、貴族院は、そのような差止命令の付与を不服として為された上訴を認容した。

(194) J.O. 1962, 204.

とを同委員会に要求する命令を、欧州経済共同体条約第175条に基づき、欧州共同体司法裁判所に求めることができるであろう。⁽¹⁹⁵⁾ 欧州委員会が、そのような命令に従ってであるか否かに拘らず、第85条に対する違反がないとの見解を表明し、したがって、何ら行動を採らないことを決定したならば、今度は、第173条に基づき、その決定に対して不服申立がなされて、その無効が求められることになる。同時に、欧州委員会を相手取って損害賠償請求がなされうような、⁽¹⁹⁶⁾ 不作為に対する責任が第215条第2段に基づき生じるかもしれない可能性も存在する。⁽¹⁹⁷⁾

欧州サッカー連盟の禁止措置はどうかといえ、第85条、または支配的地位の濫用を禁じている第86条さえもであるが、欧州委員会によるそれらの規定の適用は、単にこの連盟が欧州共同体外に本部を置いているという事実によっては妨げられない。この点について重要であるのは、当該禁止措置が欧州共同体内において効力を有するという点である。⁽¹⁹⁸⁾ さらに、スイスと欧州共同体との間で締結された⁽¹⁹⁹⁾ 連合協定には当該二箇条の要請するところが盛り込まれており、そして、これらの要請は、この協定において定められている特別な手続を通じてスイスにおいて⁽²⁰⁰⁾ 強行されうる。

イングランド・サッカー協会および欧州サッカー連盟はそれらの会員に対して報酬の与えられるサービスを提供するのであるから、同協会および同連盟自体が第86条の諸目的のためには企業として扱われうる、という更なる可能性が生じる。これらの団体は、それらの関連市場内における他の経済的諸要素を考慮する

(195) そのような不服申立が為されうる可能性は、Case 246/81 *Lord Bethell v. Commission* [1982] E.C.R. 2277 から導き出される明らかな含意である。しかしながら、申立人は、欧州委員会により地位を定めもらう権利を有するのみであり、必ずしも最終的決定を得る権利を有してはいない。Case 125/78 *GEMA v. Commission* [1979] E.C.R. 3173, 3191.

(196) Case 26/76 *Metro v. Commission* [1977] E.C.R. 1875 および Case 210/81 *Demo -Studio Schmidt v. Commission* [1983] E.C.R. 3045. 特に考慮されるべきは、審査を求める申立前の手続において果たされる役割である (Case 264/82 *Timex v. Council* (判例集未収録) および Case 169/84 *Cie Francaise de l'Azote S.A. v. Commission* (判例集未収録))。

(197) そのような可能性は、Case 53/84 *S. Adams v. Commission* (判例集未収録) における裁定により黙示的に開かれたままである。

(198) Case 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission* [1972] E.C.R. 619. 第49条乃至第66条に関しては、Case 36/74 *Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale* [1974] E.C.R. 1405, 1420 を比較参照されたい。

(199) J.O. 1972, L300/189.

(200) 第27条。

ことなく、かなりの程度まで行動することができるのであるから、支配的地位にあり、したがって、かかる扱いがなされるのであれば、それは、それらの団体が第86条によりこの地位の濫用を禁止されるということの意味することになる。この規定は、共同市場を分割するような方法で経済的力を行使することを妨げようとするものであるから、かかる「濫用」は、客観的に定義され、また、支配的地位にない諸企業間の競争に伴う活動以外のすべての活動を含む⁽²⁰²⁾。この定義によれば、今回の禁止措置を課すことは、第86条により禁止されている種類の濫用となるように思われる。しかしながら、この禁止措置がまた、第85条の諸目的のためには諸企業の連合の決定でもあるならば、同条は、《特例法》(lex specialis)であり、したがって、この禁止措置を適用範囲に入れるにはよりもっともな規定であるように思われる⁽²⁰³⁾。確かに、第85条第3項は、欧州委員会に通知されかつ四つの実質的条件を満たす決定を例外として認めることを定めている。第一に、その決定は、物の生産もしくは配給の発展または技術的もしくは経済的進歩に寄与しなければならない。今回の禁止措置は、サッカーの試合における無頼の行状の撲滅において、また、したがって、家族の娯楽の一形態としてのサッカーの回復において、一助となりうる限りにおいて、経済的進歩に寄与するものであるといえる。第二の条件においては、消費者は結果として生ずる利益に公正に均霑しなくてはならない、と定められている。したがって、当事者の利益に言及するだけの正当化では不十分となるように思われるが、実際問題として、欧州委員会は、

(201) Case 27/76 *United Brands v. Commission* [1978] E.C.R. 207.

(202) Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v. Commission* [1979] E.C.R. 461, 541 において、欧州共同体司法裁判所は、「通常の競争の前提となる方法とは異なる方法に頼ること」に反対した。したがって、他の企業にとって侵害的な行為は、たとえ市場に構造上の変化を生ぜしめる可能性を有しているとしても、一切が禁止される訳ではない。Case 77/77 *BP v. Commission* [1978] E.C.R. 1513 を参照されたい。他方、合併、または、支配的地位にない企業間の競争に伴う行為とは異なる他の行為、を通じて支配的地位を強化することは禁止される。Case 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc. v. Commission* [1973] E. C. R. 215 を参照されたい。欧州共同体司法裁判所が、「市場の通常の状態」との一致を欠いていることは、第85条により禁止されている共同一致の慣行となるような種類の類似行為が存在することの証拠である、と考えた Case 48/69 *I.C.I. v. Commission* [1972] E.C.R. 619 を比較参照されたい。しかしながら、また、例外が公益のために認められうる。技術的進歩に関する Case 41/83 *Italy v. Commission* (判例集未収録) を参照されたい。

(203) Case 243/83 *Binon et Cie v. Agences et Messageries de la Presse S. A.* (判例集未収録)。

決定の消費者の利益に対する影響を特定の⁽²⁰⁴⁾に検討していない。実際、結果として生ずる消費者にとっての利益が存在するか否かという問題は、第一の条件が満たされるか否かという問題に対する回答により事実上決定される。したがって、かかる利益ならば、今回の禁止措置がサッカーの試合における無頼の行状の撲滅に寄与するという点で、当該禁止措置から生ずると考えられることになる。利益についての消費者の分け前が「公正」(fair)なものでなければならない、というのは真実である。しかしながら、欧州委員会は、實際上、この要件を、そのような決定にも拘らず残存している競争の程度、および、より特定的には、第85条第3項a号およびb号における条件が満たされる否か、に依拠するものと考えている。第85条第3項b号の条件は、市場の主要部分内における競争が排除されるべきではないことを要請している。この条件は、今回の禁止措置の場合には明らかに満たされる。なぜならば、サッカーという娯楽の提供における競争は、イングランドにおいてさえ、残っているからである。他方、a号は、第一の条件において掲げられた目的の達成にとって不可欠ではない競争制限は行なわれてはならない、と定めている。今回の禁止措置を第56条第1項において掲げられた利益の保護にとって不必要なもののみならず方向に共同体法を導くことになる同一の考慮事由が、第85条第3項の意味の範囲内における経済的進歩の達成にとって不可欠ではない競争制限が伴うということを示している。したがって、實際上、このアプローチとコモン・ローが支持するアプローチとの間の主たる相違は、共同市場を分割する傾向のある諸私人による協調行為と結びついたその競争歪曲を制限する必要性について共同体法が強調している点にある。欧州委員会が、消費者の利益のためにかかる行為の影響を特定の⁽²⁰⁵⁾に検討することを行なわないのは、第85条第3項の文言と矛盾するように思われる。この規定は当該影響の量的評価を要請するものではない、との評釈者たちの見解は、欧州委員会のこの不作為の言い訳としては不十分であり、またともかく、この見解は、この規定の文言よりも欧州委員会の慣行に多くのものを負っているように思われる見解である。多分、この不作為は、実際、正面から取り組むならば考慮されねばならないことになるであろう困難な経済政策問題に欧州委員会が正面から取り組もうとしないせいである。

欧州共同体司法裁判所もまた、かかる問題にかように取り組むことを避けたがっ

(204) A. C. Evans, "Article 85 (3) Exemption 'Allowing Consumers a Fair Share of the Resulting Benefit'" in E. C. *Competition Policy and the Consumer Interest* (Brussels, 1985), pp. 99-120, at pp. 104-108.

(205) V. Korah, *op. cit.*, p. 217.

ているので、この点に関して欧州委員会の慣行について首尾よく不服申立を行なうことの見込みは、全くないという訳ではないが、⁽²⁰⁷⁾非常に限られているように思われる。

しかしながら、実際に競争を制限するものであって、したがって、第85条第1項に基づき禁止を免れうる一定の活動が存在するというような方法で同条同項を解釈する根拠が見い出されなければ同条同項により禁止されることになるであろう、その一定の活動が、この規定に基づき禁止を免れうる、というような方法で第85条第1項⁽²⁰⁸⁾を解釈するための根拠を、欧州共同体司法裁判所は、欧州経済共同体条約の体系の中に見い出している、というのもまた真実である。関連判例法ならば、第36条においてもくろまれている例外を越えて第30条乃至第34条に対する一定の例外を認めている判例法と同様に、制度に関する考慮事由の中に論理的根拠を有しているかもしれない。特定的には、第85条第3項は、もっぱら欧州委員会に適用されるものとして解釈されてきているのであるから、この規定は、包括的例外を定めている諸規則とは異なり、個々の合意を第85条第1項の禁止規定⁽²⁰⁹⁾に対する例外とするために国の裁判所により適用されることはありえない。したがって、欧州共同体司法裁判所は、仮定の問題に関して予備的裁定を下す裁判管轄権⁽²¹⁰⁾を有しないのであるから、かかる裁定の過程において第85条第3項を解釈する機会を制限してきている。勿論、同裁判所は、第85条第3項に基づく欧州委員会の決定の合法性を審査する過程において、この規定を解釈することができる。しかしながら、かかる審査は、フランスの行政法において決定の《適時性》(opportunité)として知られているものを含むものではなく、決定の基礎となっている諸事実の《重要性》(materialité) および《性格決定》(qualification) を含むものでしかない⁽²¹¹⁾。これらの状況において、第85条第3項においてもくろまれている例外とは別個に、第85条第1項に対する例外を認めることは、競争に関する共同体

(206) Case 71/74 *Frubo v. Commission* [1975] E.C.R. 563, 597における法務長官 Warner の意見によれば、「経済予想を行なうのは欧州共同体司法裁判所の職務の一部ではない。」

(207) Case 30/78 *D.C.L. v. Commission* [1980] E.C.R. 2229, 2287における法務長官 Warner の意見を参照されたい。

(208) 評釈者たちは、第85条第3項以外には、例外のためのいかなる根拠も認めようとしていない。H. Smit and P. Herzog, *op. cit.*, p. 3-133を参照されたい。

(209) 規則17/62 (J.O. 1962, 204) 第9条第1項。

(210) Case 244/80 *Foglia v. Novello (No.2)* [1981] E.C.R. 3045.

(211) Cases 56 and 58/64 *Consten and Grundig v. Commission* [1966] E.C.R. 299, 347.

法の諸要請を定める際の欧州共同体司法裁判所の役割およびそれらの要請を適用する際の国の裁判所の役割をかなり増大する効果を及ぼしてきている。欧州共同体司法裁判所は、競争を短期間制限する一定の取り決めは、長期的には競争増大につながることを理由として禁止を免れうる、⁽²¹²⁾ ということを定立するために、この増大された役割を利用しようと努めてきている、としばしば述べられる。しかしながら、実際は、欧州経済共同体条約により追求されている「公正な競争」への欧州共同体司法裁判所の言及がその重要性を明確にしているように、同裁判所は、競争の程度ばかりでなく、その質にも関心を持って⁽²¹³⁾ いる。したがって、例えば、「公正貿易」のために必要であるのであれば第30条乃至第34条により禁止される国の措置も、「公正貿易」のために必要である場合には、許されうる。より特定のには、同裁判所は、イギリスの裁判所が従っているアプローチを思い出させるアプローチを採用して、フランチャイザーの製品の評判を保護するために必要であるのであれば第85条第1項により禁じられるフランチャイズ契約の条項も、フランチャイザーの製品の評判を保護するのに必要であった限りにおいて禁止を免れうる、と判示している。今回の禁止措置は、サッカーの試合における無頼の行状を減じ、かつ、かようにして、消費者に提供されるサービスの質を向上させるように意図されているのであるから、これもまた禁止を免れうる、と考えられるかもしれない。しかしながら、当該禁止措置がこの目的のために必要であるか否かという問題はまったく別として、当該禁止措置は、イングランドの市

(212) R. Whish, *Competition Law* (London, 1985), p. 177 および R. Merkin and K. Williams, *op. cit.*, p. 62. または、M. C. Schechter, “The Rule of Reason” (1982/2) LIEI 1-20, p. 13 において述べられているように、「正味の反競争的效果」を有しないことを理由として。Case 262/81 *Coditel* [1982] E.C.R. 3381, 3409 において、第85条第3項の「難解な」手続を採る必要が避けられることを理由として法の確実性が促進される、と述べた法務長官 Reischl の意見を比較参照されたい。

(213) 例えば、Case 258/78 *Nungesser v. Commission* [1982] E.C.R. 2015; Case 107/82 *AEG v. Commission* [1983] E.C.R. 3151, 3191 を参照されたい。実際、公正貿易は「共同市場の体系」における本質的要素として認められる (Case 16/83 *Prantl* [1984] E.C.R. 1299)。

(214) この考慮事由に関しては、一般的に、V. Korah, “The Rise and Fall of Provisional Validity” (1981) 1 NJILB 320-357 を参照されたい。しかしながら、これで見れば、通知の誘因は減じられる。

(215) 特に、Case 161/84 *Pronuptia de Paris* (判例集未収録) を参照されたい。1986年3月25日、コミッショナーの Sutherland は、かかる契約を包括的例外とするための計画を発表した。「境界画定契約」に関しては、Case 35/83 *BAT* (判例集未収録) を比較参照されたい。

場を、共同市場のその他の市場から孤立させる効果を有しており、そして、判例法は、かかる効果を有する決定が禁止を免れうることを要請してはいない。

コモン・ローと共同体法との関係

したがって、共同体法は、イングランドのサッカー・クラブが享有する営業の自由の地理的範囲を拡大するものである。しかしながら、同時に、共同体法はまた、一緒に協会を設立し、かつ、かかる協会の会員の最良の利益と考えられるものに従ってサッカーの大会を組織するサッカー・クラブの自由を制限するという意味において、営業の自由を制限する。営業の自由は、英国憲法の核心にあると言われる個人の自由という原理の一部門であるから、共同体法によりかようにして課せられる制限は、ある種の困難を伴う憲法問題を生ぜしめる。

スコットランドの裁判所はそうではないにしろ、⁽²¹⁶⁾ イギリスの裁判所は、欧州人権条約⁽²¹⁷⁾に含まれている諸原理を、国際慣習法の一部を形成するものとして、またはコモン・ロー上の法原理を明確に述べるものとしてさえ、また、したがって、イギリスにおいて適用可能なものとしてみなしている、⁽²¹⁸⁾ という見解にはある種の根拠がある。営業の自由を保護する共同体法も同様にみなされ、かつ適用されるべきである、といったように類推がなされうる、と多分考えられるかもしれない。しかしながら、たとえこの種の類推が正当化されたとしても、そのようなアプローチは、コモン・ローにより保護されている営業の自由を制限する共同体の諸原則⁽²¹⁹⁾の適用を支持するためには、採られえないこととなろう。

これらの状況において、英国の1972年欧州共同体法が決定的なものとなることか期待されるのかもしれない。同法第2条第1項によれば、イギリスの裁判所は、直接的に強行可能な共同体法を実施しなければならず、また、この関連で同法第3条第1項は、イギリスの裁判所に対して、共同体法の直接的有効性と至高性を定立する諸裁定を勿論含んだ欧州共同体司法裁判所の判例法を尊重することを要請している。したがって、イギリスの裁判所は、制定法上、先に論じた共同体法

(216) *Kaur v. Lord Advocate*, 1981 S.L.T. 322. また、*Brownlee (The Scotsman)*, April 8, 1983) を参照されたい。

(217) E.T.S. 5.

(218) したがって、例えば、*R. v. Home Secretary, ex. p. Phansopkar* [1976] Q.B. 606, 626 において、Lord Scarman は欧州人権条約およびマグナ・カルタを一緒に取り上げた。

(219) *Chung Chi Cheung v. The King* [1939] A.C. 160, 168.

の諸要請を尊重することを要求されている、との見解が採られるかもしれない。しかしながら、国会には個人の自由という原理に反して立法を行なう意思がないという趣旨の、制定法解釈に関する確立された推定が考慮されなければならない。⁽²²⁰⁾ この推定が1972年法に関して覆されるかまたは働かないものとされる場合のみ、この国会制定法は、イギリスの裁判所に対して共同体法の関連要請を完全に実施することを強いることになる。

かかる推定が覆される可能性に関する限り、1972年法第2条第1項は直接的に強行可能な共同体法すべてに実際に言及している。しかしながら、この規定は、かかる法と個人の自由のコモン・ローによる保護との間の関係に関する問題を明示的に扱っていない。さらに、1972年法第2条第4項および附則第1は、かかる自由を制限する共同体責務を履行するために制定法文書にのみ依拠することを連合王国政府に禁じている。かかる自由を制限する規則の欧州共同体閣僚理事会による制定に協力することによってのみ連合王国政府が同様の制限を為し遂げることが可能とするものとして1972年法を解釈するとすれば、それは、この禁止規定の根底に明らかにある関心事と一致するか否かが疑わしいものとなろう。これらの状況においては、1972年法が上記の推定を覆すに十分に明確であるか否かについて、ある種の疑いが存在するはずである。

しかしながら、他方、1972年法第2条第1項は、当該推定をまったく働かないものとするような憲法的重要性を有するものとして見ることができるかもしれない。制定法に対する裁判所の態度を決定する究極の原則を求めて法を探究することは無益かもしれないが、特別な憲法的重要性を有する諸原則が存在するように思われるのは確かである。かかる原則は、それらの内容に言及することにより、また、それらの原則が制定法上のものである場合には、それらの文言に言及することにより、確認されるのであり、そして、それらの正確な意味は政策および

(220) *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed., London, 1969), pp. 251 *et seq.* また、例えば、*Rex v. Halliday, ex p. Zadig* [1917] A.C. 260, 274 を参照されたい。

(221) かかる問題は、ドイツ ([1974] 2 C.M.L.R. 540) およびイタリア ([1974] 2 C.M.L.R. 372) において特に議論のあるところとなっている。しかし、L. Collins, *op. cit.*, p. 86 においては、第2条は「直接的に効力を生ずる共同体法すべてを制定して連合王国の法に含めるものとして解釈されねばならない」と考えられている。

(222) とはいえ、かかる探究はいまだに人気がある。例えば、G. Winterton, “The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-Examined” (1976) 92 L.Q.R. 591-617 を参照されたい。

事実という考慮事由に依拠している。⁽²²³⁾これは、国会は個人の自由を制限するためには例外的な明確さをもってその意思を表明しなければならない、という理由による。さらに、ある種の法原則は制定法の明示の文言によってのみ修正される⁽²²⁴⁾、という趣旨の傍論が存在し、また、その他の法原則は制定法のみによってはまったく修正されえない⁽²²⁵⁾、という趣旨の傍論が存在する。これら三つの範疇の内の二番目のものが1972年法第2条を包含するが、⁽²²⁶⁾とはいえ、この点についての不明確さが貴族院において表明されている。⁽²²⁷⁾しかしながら、たとえ第2条がそのように分類されたととしても、この規定の憲法的重要性は個人の自由に関する推定を働かないものとするようなものと理解されるべきである、というのとは必然的結論では決してない。

結 論

かかる諸問題を無視することは、⁽²²⁸⁾共同体法は単に営業の自由の地理的拡大を要請しているにすぎない、との見解が一般的であるならば、多分驚くにあたらないことである。しかしながら、實際上、欧州共同体司法裁判所は、基本的政策問題に正面から取り組むことをイギリスの裁判所に劣らず嫌がっているかもしれないが、コモン・ローの提供する法の枠組とは異なる法の枠組内においてこの不承不

(223) 例えば、*Madzimbamuto v. Lardner-Burke* [1969] 1 A. C. 645, 724 (事実に関して) and 725 (政策に関して) を参照されたい。より特定的には、国会による私的財産の尊重という疑わしい伝統が裁判所による財産権を擁護する制定法解釈を支持するために発動された *Belfast Corporation v. O.D. Cars Ltd.* [1960] A.C. 490, 523 を参照されたい。

(224) *The Petition of the Earl of Antrim and Eleven Other Irish Peers* [1967] A. C. 691, 724 per Lord Wilberforce.

(225) *MacCormick v. Lord Advocate*, 1953 S.C. 396, especially at p. 412.

(226) これはしばしば、*Macarthy v. Smith* [1981] 1 All E.R. 111, 120 and [1981] Q. B. 180, 200 における Lord Denning M.R. の見解であったと理解される。例えば、T. R. S. Allan, "Parliamentary Sovereignty: Lord Denning's Dexterous Solution" (1983) 3 O.J.L.S. 22 を参照されたい。しかしながら、この事項に関する Lord Denning の種々の意見は、互いに完全に一致しているかまたは十分に明瞭であったという訳ではないことに注意すべきである。スコットランドの裁判所であったならば、それ以上に進むことをいとわないかもしれない。*Gibson v. Lord Advocate*, 1975 S.L.T. 134, 137 および *Prince v. Secretary of State for Scotland*, 1985 S.L.T. 74, 78 を参照されたい。

(227) *Garland v. B.R.E.L.* [1982] 2 All E.R. 402, 415.

(228) 次頁。

承の態度を示しているのである。結果として、共同体法により営業の自由に与えられている保護の質は、コモン・ローにより与えられている保護の質と決して同一ではない。特定の言え、前者は、国境を越えて営業を行なう自由を支持するが、後者は、営業に関する共同体の諸利益を促進するために組織を形成する自由を支持する。したがって、共同体法は、一定の者たちの営業の自由を拡大するものではあるが、また、その他の者たちがこれまで享有してきた自由を減じうるものなのである。そこで、重要な問題は、イギリスの裁判所が、単に司法政策の変更を通じて、後者の結果に適合できるか否かである⁽²²⁸⁾。もしイギリスの裁判所がそうできないならば、前者の結果を達成する共同体法の潜在力がより十分に認識されるようになる——そして、影響を受けたクラブが共同体法に基づいて今回の禁止措置について不服申立をできないことは、かかる認識がいまだに限られたものであることを示している——のであるから、イギリスの裁判所は、かなりの憲法的重要性を持った問題に取り組むことを避けることがますます困難であることを見い出すであろう。

(228) 裁判所がこの事項につき述べるに至ったもっとも最近のものは、「エクイティー上、人が、その者の厳正な諸権利をイギリス法において強行することを求めて、外国からイギリスの裁判所へとやって来る場合には、その者は、そうすることによりその者自身が共同市場内の競争を不当に制限しているかまたは同市場内における支配的地位を濫用しているときは、当該権利の強行を許されない、と私ならば考えるはずである。」という *Application des Gaz S.A. v. Falks Veritas Ltd.* [1974] Ch. 381, 396 における Lord Denning の意見である。

(229) *Warnink v. Townend and Sons (Hull) Ltd.* [1979] A. C. 731, 743 において Lord Diplock は、この分野におけるコモン・ローが立法府の支持する方向と同一の方向にそって発展する必要性を強調した。確かに、他の加盟国においては、不当競争に関する判例法の発展は共同体法に影響されたとされている。例えば、Ulmer, *Das Recht des inlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG* (Berlin, 1965), Vol. I, pp. 58 *et seq.* および F. K. Beier, "The Law of Unfair Competition in the European Community: Its Development and Present Status" (1985) 7 E.I.P.R. 284-291, p.287 を参照されたい。

訳者あとがき

ここに訳出した「A. エヴァンス：コモン・ローおよび欧州共同体法の下における営業の自由——サッカー競技出場禁止措置の場合」(A. Evans, Freedom of Trade under the Common Law and European Community Law: The Case of the Football Bans, (1986) 102 L. Q. R. 510-548) 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6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.スキヤメル：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), 「エリザベス・フリーマン：専門職のための共同市場か」(本誌第21巻第1号, 1987)に続くものである。

1985年5月にブリュッセルで行なわれた、サッカーの欧州チャンピオンズ・カップの決勝、リヴァプール対ユベントス戦で、英国ファンがイタリアの観客席になだれ込み、39人の死者を出すという大惨事が起きた。事件後、欧州サッカー連盟(U.E.F.A.)は、イングランドのサッカー・クラブに対して、イングランドの各チームのヨーロッパでの試合出場を禁止する措置をとった。その影響の一つとして、サッカーの母国であるイングランドのサッカー・クラブの収入が大幅に減少したと報じられている。すなわち、1985—86シーズンにおける損失は300万ドル(当時約4億2千万円)以上に達し、この損害の大半は、ヨーロッパでの試合出場禁止措置を課せられたことから、テレビ放映契約が国内シーズン開始に間に合わなかったためであるといわれている。更に試合入場者数減少による入場料収入も前季比マイナスを示した(1987. 5. 18, 朝日新聞)。

上記のような影響を及ぼした試合出場禁止措置と営業の自由とのかかわりの他にも、欧州議会の法律委員会が欧州サッカー連盟に対して、選手のトレード(「売り買い」)制、外国人選手の人数制限の廃止を呼びかけた1989年の勧告も、労働者の自由な移動、働く自由にかかわる問題を提起している。ここに訳出したエヴァンス氏の論文は、サッカー・クラブに対する試合出場禁止措置と営業の自由の保護との関係に関する問題を、イギリスのコモン・ローと欧州共同体法の両面から詳細に検討したものである。

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後期課程に在学する森川功の共同作業の結果である。

1991年1月7日

矢 頭 敏 也