



Title	フランス行政法における公役務概念について(二) : (フランス行政法研究 その二)
Author(s)	神谷, 昭
Citation	北大法学論集, 13(2), 1-65
Issue Date	1963-01
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/27811">http://hdl.handle.net/2115/27811</a>
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	13(2)_P1-65.pdf



[Instructions for use](#)

フランス行政法における公役務概念について (二)

(フランス行政法研究 その二)

神谷昭

目次

第一章 公役務概念の成立とその展開

第一節 公役務理論の判例上への導入

一 序説

二 ブランコ判決の内容とその意義

三 テリエ判決の内容とその意義

四 フウトリイ判決の内容とその意義

五 テロン判決の内容とその意義

六 むすび

第二節 公役務理論の学説上の展開

一 序説

二 デュギイ学派の思想と公役務概念の展開

三 ジェエズによる公役務概念の修正

- 四 公役務理論に対する学説上の反論
  - 五 むすび
- 第三節 公役務理論と行政判例の状態
- 一 序 説
  - 二 ソレイユ保険会社事件における目的による権限分配の原則の放棄
  - 三 行政契約に関する判例と公役務理論
  - 四 商工業的役務について行政の権限を否定する判決の出現
  - 五 商工業的役務についての判例の動搖
  - 六 むすび(以上前号)
- 第二章 公役務理論の衰退とその原因
- 第一節 序 説
- 一 行政の機能の増大と公役務理論
  - 二 判例による公役務概念の拡張的解釈の傾向
- 第二節 国の商工業的役務の拡大と公役務理論
- 一 序 説
  - 二 商工業的公役務の概念に関する諸学説
  - 三 商工業的公役務に関する法制度と公役務理論との学説上の関連
  - 四 むすび
- 第三節 職業団体の行為と公役務理論
- 一 序説とその生成をめぐる状況の概要
  - 二 行政の権限を容認した判決とその意義
  - 三 権限の二元性を容認した判決とその意義
  - 四 公役務に参与する組織の行為に行政の権限を否定した判決とその意義
  - 五 むすび

第四節 国有化企業の発生と公役務理論

- 一 国有化企業の発生
- 二 国有化企業をめぐる法律制度の概況
- 三 国有化企業の行為と公役務理論との関連
- 四 むすび(以上本号)

第三章 公役務理論の評価と現行フランス行政法の基礎概念

第一節 公役務概念の評価

一 序 説

- 二 行政裁判権の適用の基準としての公役務概念の評価
- 三 公役務概念による行政法の体系化とその問題点
- 四 む す び

第二節 現行フランス行政法の基礎概念

- 一 現行フランス行政法における行政裁判権の適用の基準
- 二 現行フランス行政法の基礎概念

結 語

## 第二章 公役務理論の衰退とその原因

### 第一節 序 説

#### 一 行政の機能の増大と公役務理論

前章で述べてきたことから了解できるように、フランスにおける公役務理論は、一面において、その欠陥をのぞかせながらも、第二次大戦以前においては、ともかくも、フランス行政法の基礎的概念として君臨していた。だが、このような公役務概念の支配的な状態は、第二次世界大戦を通じて、国の役務が増大し、その公的生活の外貌が変化すにつれて、いちじるしい動揺をきたし、フランス行政法は、最近二十年間に、大きな変遷を蒙るに至った。<sup>(1)</sup>

それでは、このような行政法体系の変遷、公役務理論の動揺は、どのような原因によって惹起されたのであろうか。この変遷と動揺は、もっぱら新らしい行政役務の出現に基因するものであり、その原因として、クウジネ (Couzinet) は、次の三つの理由を挙げている。<sup>(2)</sup> その第一は、国の経済的な役務の拡大に伴い、先述したような商工業的な性格を有する役務の領域がいちじるしく拡張されたことであり、その第二は、一九四〇年以降の同業組合的な制度 (institutions d'ordre corporatif) または職業的な性格を有する公役務 (service public de structure professionnelle) と呼ばれるものの出現であり、その第三は、いわゆる国有化企業 (les entreprises nationalisées) の創設である。

このような役務または企業の拡大ないしは出現は、公役務概念によって行政制度を区別しようとした公役務理論の

欠陥をさらに増大させた。その理由として、コライユは、次のように説明している。すなわち、彼は、第二次大戦以前の公役務の古典的な概念 (*la notion classique du service public*) は、デュギイの主張にも拘わらず、判例を分析したところでは、行政官庁のもとにおける作用 (公権力に対する緊密な依存、公権力手続 (普通法外条項) の使用、および一般的な利益の需要 (一般的な利益の目的) の三つの要素に対応し、このように、公役務の古典的な概念には、組織的、形式的、および合目的 (*finaliste*) な観点が混在している、という。そして、彼は、この公役務の概念が行政法の構成において果たす基本的な役割は、その適用分野の限定にあることを指摘する。すなわち、「公役務の概念によって、一の注目すべき統一が行政の法律制度の諸要素の総合を達成する。」このように、彼は、従来の公役務概念の意義および役割について論じた後に、この公役務概念と先に挙げた三つの役務または企業との関係について論及して、次のように述べる。まず、第一の商工業的役務の拡大について言えば、これらの役務は、通常私人に留保されていた活動が国によって負担されることになったものであり、その組織および作用の法的な状態において、私企業に近く、公権力手続の使用が見られない。したがって、このような役務を公役務とすることにより、公役務の形式的な観点は打撃を蒙ることになる。次に、第二の同業組合的ないしは職業的な役務について言えば、これらの役務の機構は行政に合体させることが困難であるにも拘わらず、国の役務の拡大とこれらの機構に対して国が行なうその任務の援助とによって、判例は、これらの機構の作用に対して新しい機能的公役務 (*le service public fonctionnel*) の概念を定義するに至っている。したがって、このような役務を公役務とする結果、公役務の組織的な要素は排除されることになる。さらに、第三の国有化企業の出現について言えば、これらの企業は、一般的な利益を追求するが、その活動は商工業的であり、他方、これらの機関は、国に対して独立して活動し、行政に合体されることのできない機関によって管理されている。

## 説

から、このような企業を公役務とすることには、形式のおよび組織的という二つの面において、公役務概念の危機が綜合されている、というのであった。

## 論

右のようなコライユによつて指摘された公役務概念の危機は、面をかえていえば、次のように言うことができる。すなわち、第一の商工業的役務と第三の国有化企業の役務とは、それらの役務が、公役務とされ、一般的な利益の目的で活動しているとはいえ、それらの活動が公権力手続を使用していないために、あるいは、さらに、行政に合体されることのできない機関によつて管理されているために、多くの場合において、行政法の適用を除外され、私法の規律のもとに服している。また、第二の同業組合的ないしは職業的な役務は、これらの役務の機構を行政に合体させることが困難であるにも拘わらず、それが追求する目的とそれが使用する公権力手続とによつて、これらの役務が公役務とされ、公法の規定に服する場合を生じさせている。このように、最近のフランスにおいては、公役務概念と行政制度または公法の規律の適用との関係が大幅に分離する傾向にあり、公役務の古典的な概念の危機は、この点において、最も明白に観取されるのであった。

このように、これらの役務または企業の拡大により、フランス行政法においては、一方では、公役務の制度の分野に大幅に私法の適用が見られるに至り、他方では、従来公役務として考慮されていなかった分野に行政法の適用される余地を生じた。そして、この公役務理論の動揺の直接かつ主要な原因は、右に述べてきたように、行政の機能の拡大によるものであり、このような法的状態は、後にあらためて検討するように、疑いもなく、公役務学派の主張と遊離する結果を生じ、行政法学における公役務理論の価値を低下させる効果を招来したのであった。

- (1) ロバデールは、最近二十年間にフランス行政法にもたらされた二つの重要な変遷があるとして、行政訴訟制度の改革とやらんで、この公役務理論の変遷を挙げている。Laubadere, op. cit. 神戸法学雑誌四卷三号、四七頁。なお、彼が他の変遷として挙げている行政訴訟制度の改革については、神谷「フランスの行政訴訟制度」公法研究一五号、一二九—一三二頁参照。
- (2) Couzinet, Préface au Corail, op. cit. p. VII.
- (3) Corail, op. cit. p. 15-24. なお、この著書の私の紹介、国家学会雑誌七一巻一—八六頁以下参照。
- (4) ロバデールは、この公役務理論の変遷の結果、公役務の制度に私法が侵入してきていることを強く指摘している。Laubadere, op. cit. 神戸法学雑誌四卷三号四八—五五頁。

## 二 判例による公役務概念の拡張的解釈の傾向

右に述べた行政の役務の拡大とやらんで、今日、フランスにおける公役務理論の動搖を招来し、その衰退を強めた他の一つの理由が存在する。それは、いわゆる機能的公役務の名のもとに、近時の判例が、公役務概念を極めて拡張して解釈し、この概念を極めて広汎な領域にわたって適用してきたことに基因する。

この公役務の機能的概念(*la notion fonctionnelle de service public*)による拡張は、いわゆる公益施設(*l'établissement d'utilité publique*)およびその活動が規制されている私企業(*entreprises privées dont l'activité est réglementée*)の分野において、判例上最も顕著に示されている<sup>(1)</sup>という。従来、フランスにおいては、この国に独特な理論として、公益施設(*établissement public*)と私施設(*établissement privé*)とを厳重に区別し、私施設の資格を付与された施設の活動は、それが公益の目的のために創設された施設(いわゆる公益施設)についてであれ、その活動が行政によって規制されている施設についてであれ、公役務として認められることがなかった<sup>(2)</sup>。だが、このような伝統的な判例の態度は、公益施設について、一九三八年の海外フランス会館全国委員会事件(*Comité National de la Maison de la France d'*



説

論

Outre-Mer)の判決が、この新しい施設によって示された活動が「公役務に利害のある」ものと判示して以来、コンセイユ・データにおいては、公役務の概念と公益のために容認された施設とは、もはや両立しがたいものと言うことができず、このようなコンセイユ・データの態度は、それ以後の判例にも踏襲されている。そして、また同様に、行政の認可を必要とする企業についても、交通の自由の原理が制限され、行政が公益を理由に公布したある種の規制をこれらの企業に課し、その自由な活動を妨害するに及び、判例は、陸上、海上および空の公産を使用する各種交通企業にこの公役務概念を適用するに至っているのであった。

このように、これらの事項において、公役務概念は、かなりの拡張を生じた。この公役務概念は、いわゆる客観的な概念を採用しており、この概念においては、公役務の構成要素は甚だしく縮小されるに至っている。この公役務の構成要素は、もはや、古典的な理論のそれではなく、公権力の要素、公法手続の要素がそれから除外されている。そして、この判例の傾向は、その曖昧な概念のうちにも、公役務概念の力点を活動の一般的な利益の性格におこうとするものであり、このような判例によって、公役務概念は公益と殆んど同様の意味を有する概念となつたのであった。それでは、このように判例によって拡張された公役務の機能的概念は、どのような意義を有するのであるのか。確かに、このような公役務概念によって行政の公的活動と私的活動とを法律学的に区別することは容易ではない。この公役務の機能的概念に立脚する現在の行政判例の立場から言えば、古典的な「特別の制度」の要素はこの概念中に加えられていないので、公役務の資格を付与されながらも、その機構は私法のもとで作用する事例を数多く惹起する。そして、このような公役務と行政の権限との背反は、社会的公役務についての最近の権限裁判所のナリアト事件(Nalatio)の判決が、容易に認容しているところである。このように、最近のフランスの行政判例においては、行政に特別な法

制度と公役務との間には分離が存するように思われる。このことは、コライユの言を借りるならば、「この場合においては、公役務の性格からくる唯一の効果は、活動の規制、すなわちこれらの企業の経営を妨げるある種の規定への服従にすぎない」ということを意味する。そして、公役務概念のこのような状態においては、リロ未亡人事件 (Dane Veuve Lillo) における政府委員トリコ (Trico) の公役務が存在するか否かということは単なる言語上の問題にすぎないとの趣旨の発言をまつまでもなく、この拡張された公役務概念は、もはや、法律学的な概念ではありえない。したがって、この領域においては、公役務概念は外見だけの役割のみを果たすにすぎず、このような新しい公役務概念の傾向は、利益ないしは目的の観点を強調せざるをえない戦時下における特殊事情によるところが大であるとはいえず、公役務理論の衰退にさらに拍車をかけることになったのであった。

(1) Corail, op. cit. p. 202 et s.

(2) このフランス法に独自の公施設とは、ロバデールの定義によれば、役務が一の公の機構によって管理される場合に、この公的機構が法人格を授与されているがゆえに、ある範囲の自律性を享有するという特徴をもつ、公役務の管理の一方式である。これに対して、公益施設は、これが表示するある種の利益を理由にデクレによって「公益の認可」を授与されているが、公役務を管理せず、私的活動を管理する私的な団体であって、法制度上、公施設に對置されているものである。この公施設と公益施設との区別の標準は微妙であり、判例は、二〇世紀の当初の頃においては、この標準を、その施設の起源に、より正確に言えば、その設立の創意が公権力によるか私人によるかに求めてきたが、この標準は今日では妥当せず、ロバデールによれば、その標準は行政の意思の探究による他はないという。Laubadère, Traité, 2<sup>e</sup> éd. p. 559-563. そして、この公施設と公益施設との間の区別については、すでに、一九〇五年に、オーリュウによって、「我々が理解するように厳格な、我々のフランス行政法に特殊な公施設と公益施設との間の区別は、その最もよく発見されたものではない。この区別は、生活の必要と以上論理に合致しているものである」との批判がされていたのであった。Hauriou, note au Sirey, 1905, III, 33. この公施設と公益施設との区別については、R. Connois, La notion d'établissement public en droit administratif français, 1959, p. 7 et s. 神谷「フランス行政法における L'établissement

public の制度について「行政と経営」昭和三十六年度三号、五三一—五五頁参照。なお、この公施設の概念については、最近動搖が見られ、その概念の拡張が一部に主張されているが、この点については Drago, Les crises de la notion d'établissement public, 1950. 神谷・前掲・五七一—五八頁参照。

(3) C. E. 1938. 7. 1. Comité National de la Maison de la France d'Outre-Mer, Sirey, 1939. III. 25. この判決においては、「この会館によって行なわれる活動は、これが公役務に利害があるとしても、公役務と混同されるものではなく、その活動は、私人によって行使される行為とされる旨を判示しているので、公役務概念と公益施設とが両立しうることを認めているものとは言い切れないが、公役務概念の拡張の傾向は、この判決でも明白に観取されるであろう。」

(4) その例として、たとえば C. E. 1942. 2. 17. Mollet, Sirey, 1942. III. 41.

(5) Corail, op. cit. p. 209-221.

(6) Corail, op. cit. p. 224-225.

(7) T. C. 1955. 1. 22. Naliato, Revue du droit public, 1955, p. 716. このナリアト判決は、次のような事件である。すなわち、国のある製造工場の職員の子弟を受け入れるためのある林間学校施設 (la colonie de vacances) に参加したナリアト少年が、この学校施設の指導員 (moniteurs) の一人によって監督されていた遊戯中に、事故の被害者となった。そこで、この少年の父は、この事故の責任を負うものとして、この製造工場の管理者を相手として、損害賠償を求めて、民事裁判所に告訴した。だが、この事件について県知事から管轄違いの抗弁が出され、この事件を審理する権限の有無が権限裁判所に持ちこまれた。これに対して、権限裁判所は次のように判示した。「林間学校施設を組織して、国および行政団体が目標とする社会的な利益の目的は、この機構に一の公役務の性格を押しものである。だが、この機構は、この事件において、その受益者と行政との間の関係について、それを、私法上の職員または制度に属する類似の機構と法律的に区別すべき何らの特殊な性質もを表現してはいない。その施設の指導員の一人による子弟の監督中に犯された過失の場合に国に負わされる責任が、司法裁判所によってのみ審査されることができるということは、それから生ずる。」

(8) Long-Wel-Braibant, op. cit. p. 397. このナリアト事件の註釈は、現在の判例において、権限裁判所は公役務概念の純実質的な性格を確信しており、それゆえに、一般的な利益の目的に行なわれるすべての活動は、今日、公役務を構成することができる。だが、その極端に広い性格自体により、公役務概念は、権限の決定において、直接的な利益を全く失っていると解説している。

(6) Corail, op. cit. p. 230.

(7) Conclusion de Tricot à l'affaire Dame Veuve Lillo, C. E. 1953. 12. 23. Rec. p. 573. cité par Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 1, p. 61. note (3). この論告において、トリコは「行政契約との関連における公役務概念について、次のように論述している」という。「契約が行政的な性格を有すると考えられるために、公役務が存在するということを確認することが真に必要であるであろうか。最近の年代中にコンセイユ・データでは行なわれてきた議論を繰り返すまでもなく、それは、現在では主に言語の問題に關しているということが観察されるだけである。もしも公役務を一般的な利益の満足のための行政作用の極めて広い意味にとるならば、アルジェリーは一の公役務を組織した。だが、厳格な外貌を有するが、それがもはや法律的な利益を殆んど有しないほど包括的になった一の術語(公役務という用語)に訴えることは充分に必要であろうか。我々が備するところによれば、契約は、私的な事件にのみ關するものでなく、一般的な利益を対象としていることを確定するので充分である。」

(11) Corail, op. cit. p. 231.

## 第二節 国の商工業的役務の拡大と公役務理論

### 一 序 説

先にも述べてきたように<sup>(1)</sup>、一九二一年の象牙海岸植民地事件の判決にその端を発した商工業的役務について私法の適用を容認する見解は、種々の曲折を経ながらも、行政判例上に受けいれられ、公役務理論に一の重大な欠陥を生じさせた。この商工業的公役務という概念は、極めて曖昧であり、この範疇に属する役務がどのような性格を有するものであるかは、人により、また判例によつて、その見解を異にしている。そして、このような商工業的役務の判例上の発展により、この分野における公役務理論の役割がどのようなものとなったかを知るために、次に、学説を紹介して、この商工業的役務の概念を追求し、さらに、この商工業的役務と公役務理論との關係を検討して、この分野に

おける公役務理論の価値について、簡単に考察してみることにはしたい。

(1) 前出、第一章第三節四、五。北法一三卷一十九二一〇二頁参照。

## 二 商工業的公役務の概念に関する諸学説

この商工業的公役務の概念は、コライユの説くところによれば、二種に分類されるという。すなわち、これらの役務を客観的な性格によって定義する客観説ないしは実質説ともいふべき概念と、その組織の法律条件によって定義する主観説ないしは形式説による概念とが、それである。次に、この二つの説に分類して、その概念の概要を紹介してみることしよう。

### (1) 客観的な性格によって定義する説

#### (I) 性 質 説

この説に属するものとして、一九二一年の象牙海岸植民地事件の政府委員マテルの論告がある。このマテルの論告は、先に詳述したように、行政の役務を、公行政に本質的な国の正常な機能と国に必然的でない機能に分類する。そして、商工業的な役務は、それが国によって企てられているとしても、それは一般的な利益の確保に関係し、どのような私人もその任を負つてはいない稀な場合であり、国に必然的な機能から由来しない役務であつて、その意味で行政の権限からはずれる役務である、という。だが、このマテルの商工業的役務の定義は、コライユも指摘しているように、何をもちて国の正常な機能とそうでない機能とを区別するのかというその区別の要素の判然たる説明を欠いている。<sup>3)</sup> また、このような区別は、福祉国家的な行政の機能の拡大に直面するとき、曖昧なものとなることを免れない。

そして、この意味では、この役務の性質に着目したマテルの定義は、画期的な意義を有しながらも、商工業的役務の最も原始的な定義とすることができようであらう。

(II) 経済的な目的によって定義する説

この経済的な目的によって商工業的公役務の概念を定義しようとする説は、主として、ボナールによって主張されてきた。彼は、「商工業的役務というものによって何を理解しなければならぬのか」に言及して、次のように主張している。「商工業的役務によって、人は、主として商工業的な目的を追求する役務、すなわち、役務または給付を供給して、私企業と同じように、利得の実現を目標とする役務を理解しようとしたように思われる。これらの役務の特徴は、それゆえに、行政のために収入源を構成し、この目的の追求のために創設されたことを基本的な目的とすることにある。」このように、ボナールによれば、商工業的公役務は、「行政的な公役務(固有の公役務)が公の需要について利用者に対して満足を与えることを基本的な目的とする」のに反し、商工業的な目的を追求する点において、この二つの役務が区別されるという。そして、彼は、この商工業的な公役務への私法の適用を、「行政が主として正常な商工業的利得を実現すること、すなわち、私企業として振舞おうとしている」ことによって、説明しようとするのであった。

このボナールの定義は、商工業的役務の性格をその利得の実現の可能性に求めている。だが、このようなボナールの説は、商工業的役務の活動がその利得の実現と同時に公益を目的とし、また行政的公役務が公益の満足と同時に利得を実現する場合のあること、すなわち、公益の満足と利得の実現がたがいに矛盾する概念ではなく、その区別が困難であることを看過している。したがって、この説もまた、商工業的公役務の概念を十分に明確に定義するものとは

説  
言い難いように思われるのである。<sup>(6)</sup>

(III) その活動の商工業的性格によって定義する説

論  
その活動の商工業的な性格によって商工業的役務を定義しようとするこの説は、主として、シャバノン(Chavanon)によって主張された。彼は、すでに示されたすべての概念を排斥して、産業的公役務の概念を精密化する唯一の要素は、行政の企業による商法典第六三二条および第六三三条に規定されているような商行為(acts de commerce)の遂行である、と説く。そして、彼は、この商行為の概念による商業性の標準として、投機(speculation)、流通(circulation)および企業の三つを提示する。このように、彼によれば、投機の概念が商業活動の概念に受け継がれ、さらに、利得の概念がそれに付属して産業的役務の概念中に両立する、というのであった。<sup>(7)</sup>

このシャバノンの説は、商業性の標準を、産業的役務の概念の固有の要素とするだけではなく、その法律制度を説明する概念としている。したがって、彼の説によれば、商行為を遂行するという産業的である範囲内においてのみ、公役務は、それに固有な制度からはずれるということになる。それゆえに、この説に依拠するときには、産業的公役務は、次の二面性を有する。その第一は、公役務の制度の大幅な適用であり、たとえば、産業的役務の職員の法律的地位、その財産制度およびその契約外責任に関する制度においては、この領域中に役務の商業的な面が現われていないために、公法の制度がすべてに適用されなければならない。これに反して、第二に、産業的公役務の活動がこの役務の商業的な面に基因するとき、たとえば、この役務とその利用者との関係、その供給者との間に締結される契約などに関するときには、産業的な役務に特殊な制度、すなわち、私法が適用されることになるのであった。<sup>(8)</sup>

このシャバノンの商業性の概念による産業的役務の把握は、その明白さのゆえに、かなりの魅力を感じさせる。だ

が、この説による産業的役務の概念は、コライユも指摘しているように、行政判例の状態と大幅な食い違いを見せている。そして、現実の行政判例においては、商業的な活動を行使する役務であつても産業的公役務とされない事例もあり、また他方、公役務における行政制度の排除は、先述した職員の法的地位とか契約外責任の領域におけると同様に、商業的な活動に専心するある種の行政企業に限定されておらず、企業化(Industrialisation)のすべての概念が排除される新たな公役務に、大幅に私法が適用されるに至っている。このように、このシャバノンの説は、意欲的な面をもちながらも、その論理的かつ合理的な発展において、実定の法律制度と矛盾する欠陥を包含している事実を否定することができないのであつた。<sup>(1)</sup>

- (1) Corail, op. cit. p. 27 et s.
- (2) Conclusion de Matter, Sirey, 1924. III. 34. この論告の詳細については、前出、第一章、第三節四、北法一三卷一号九三—九四頁参照。
- (3) Corail, op. cit. p. 30.
- (4) R. Bonnard, Précis de droit administratif, 2<sup>e</sup> éd. 1935, p. 5-6.
- (5) ボナールは、さらに、「商工業的役務は、財政的な独占を構成する役務と区別されている。何となれば、財政的な独占は、租税の徴収に關してあり、正常な商工業的な利得の実現には關していない」と述べている。だが、財産的な独占こそ、国の収入を目的として、その利得の実現をはかる最も典型的な制度であるから、財政的な独占を除外してまで、このような利得の目的で商工業的役務の概念を構成しようとするこの説には、無理がある、と言ふべきであろう。
- (6) だが、ボナールは、一九四三年に刊行された最終版においては、この見解を改め、次に述べるその活動の商業的な性格によって定義する説に賛成しているという。この最終版は、参照することができなかったので、この改説の事実のコライユの述べるところに従つて、付記しておくことにする。Bonnard, Précis de droit administratif, 4<sup>e</sup> éd. 1943, p. 46, cité par Corail, op. cit. p. 39-40.
- (7) Chavanon, Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel ou commercial, 1939. この著書は参



照することができなかったのだ、このシャパノンの見解は、もっぱら、コライユの紹介するところに従って記述した。Corail, op. cit. p. 39.

(8) Corail, op. cit. p. 40-41.

(9) Corail, op. cit. p. 44-46.

(2) その組織の法律的条件によって定義する説

(I) 立法者意思説

その組織の法律的条件によつて商工業的公役務を定義しようとする第一の説として、ヴェルヴァンク事件のノートにおけるワリヌの立法者意思説を挙げることができる。この評釈において、ワリヌは、判例は極めてひんばんに役務が私企業と同一の条件で経営されているときに産業的であるとしている事実を指摘した後、この標準について、次のように主張している。<sup>(1)</sup>「我々の意見によれば、産業的公役務について一の確かな標準のみが存在するにすぎない。これは立法者の意思である。公役務は、立法者の意図が役務とその利用者またはその職員との間に設定される關係を私法の原則に服するものとしたときに、産業的(または商業的)である。」このワリヌの見解は余りにも簡單であり、何をもつて立法者の意思を考察するのかの点の説明を欠いている。そして、この意味で、このワリヌの見解は、この第二の範疇に属する説の中で、最も原形的かつ素朴な説と言ふことができるであらう。

(II) 私企業との類似の考え方による説

この私企業との類似の考え方によつて商工業的公役務を定義しようとする説は、主として、ロバデールによつて主張されている。ロバデールは、「何によつて人は公役務が商工業的であると認めるのか」に言及して、一般的な方法で

言え、判例によって用いられた標準は、同様の対象を有する私企業と公役務との類似または不類似のそれである、と説く。このロバデールの主張する見解は、「行政は一般に私法の手続を選択しうるといふすでに認められた考え方から出発して、判例は、産業的な役務であるためには、行政が類似の私企業と同一の条件において役務を行使しようとする自己の意図を表示して、このような選択をしうることを認めてきた」と説明しているから、この私企業との類似の概念による定義は、確かに主観的な要素を含んでいる。だが、彼は、それと同時に、「この主観的な観点を追い抜いて、判例は、徐々に、その対象とその性質とによって、商工業的な役務が、このような条件で作用し、したがって、少なくとも行政が行政法の優越手続を使用する意図を明白に表示しないかぎり、司法裁判所の権限に帰属することを認容してきた」と述べ、また最近の版においては、ある種の公役務は、判例上、「それらの性格によって、それらの全体が原則として司法裁判所の権限に帰属してきた」と論述しているので、このロバデールの説は、判例に忠実な主観説と客観説とを折衷した見解とも言うべき性格のものであろう。

(Ⅲ) 私法への服従を表示すると考えられる要素を探究する説

この私法に服従する要素を探究しようとする説は、特に、ロラン (Rolland) によって主張されている。ロランは、法文が沈黙しまたは殆んど明白でない場合に、その役務が行政の特別の制度に服するか否かを宣言することは極めて微妙な問題であるとして、次のように論述している。「まず第一に、役務の創設者の意図が何であったかを探究することが適当である。この意図は明らかにするのに容易ではない。法文および立法資料 (travaux préparatoires) が沈黙している場合には、その意図は、組織および作用の原則の審査に、役務の設置を取り囲むすべての環境の審査に、現われる。」そして、テリエ判決などを引用して、「権限裁判所およびコンセイユ・デタは、極めてしばしばこの方法を用

説 いている。それらは、時には、組織および作用の条件の全く極度な審査に委ねられている」と述べる。だが、彼も、

論

このような私法に服従する要素の探究だけでは商工業的役務の認容に不充分であることを考えたためでもあるのか、補足的に、「諸判決は、その他に、だが排他的なものとしてではなく、役務によって負担される任務を考慮している。それらは、一つの役務が商工業的性質を有するか否かを知るために、その目的が何であり、ことに、その対象が何であるかを探究している」旨を付記している。そして、このロランの定義は、ある役務が商工業的公役務であるか否かを探究する方法としては妥当なものであるとしても、このような定義から、商工業的役務が判然とえがき出されることは困難であり、不充分であるとの欠陥を免れることができないものであらう。

(IV) 公権力の考慮による説

商工業的公役務の概念を主として公権力の欠如に求めようとするこの説は、ラローク (Laroque) によって代表されている。ラロークは、この商工業的公役務の概念を、行政の有する公権力の主観的な意図の上にのみ依拠させようとするものではない。彼は、まず、「我々が商工業的役務の名称のもとに総括する公役務は、一方において、その対象とその内部組織によって、他方、それと第三者との法律関係によって、特徴づけられている」と主張し、その内部組織の面によって、商工業的公役務を特徴づける四つの要素がある、という。すなわち、性質による商業的活動、その費用の少なくとも大部分が役務に固有の財源によって補充されていること、利得の可能性、および特許の可能性、の諸要素がこれである。だが、彼によれば、「公役務は、行政の意図が、その役務と第三者との間の関係の組織方法において、なお表示されている場合にのみ、この性質(商工業的役務の性質)を完全に有するにすぎない。この関係において、……役務は通常の企業者として行動している。一つの役務の作用を生じさせる法律関係において、……一のもの

は普通法外の規定に服するのに対し、他のものは私人間に定められた規定と類似している、」という。したがって、このラロークの説においては、商工業的公役務の概念の定義における力点は、明白に、後者の法律関係における普通法外の規定の有無に依拠している。そして、このような彼の説の結果、彼の挙げる例によれば、「国によって管理される保険の公役務は、もしも国がそれらの公役務を私的会社がすると同一の条件において提供しているならば、商業的公役務の性格を格するであろう」し、「もしも反対に保険が義務的であるならば、国が保険をつけられた価値の決定において、……普通法外の特権を留保するならば、そのときには、そこにはもはや商業的な役務は存在しない」ということになるのであった。

右に述べてきたように、この商工業的公役務の概念は、その客観的な性格によって定義される説によつては妥当な概念ではなく、また、その組織の法律的条件によつて定義される諸説によつても、充分にその性格が解明されたものとは言いがたい。このように、商工業的公役務の法律的な観点からの定義は、かなり曖昧であり、学説上判然とした見解をうちたてることができず、行政判例の用いる公式に従つて、その基本的な観点を、普通法外の規定への服従の有無または私企業との類似の有無の要求に求めざるをえない状態にある。だが、その概念の定義はともかくとして、この商工業的役務の拡大により、公役務理論が重大な打撃を蒙つた事實は疑いが無い。したがって、このような商工業的役務の発生ないしは増大により、公役務理論がどのような修正ないしは衰退を余儀なくされたかを知るために、次に、この商工業的役務の理論と公役務概念との関係について、その学説を検討してみることにしてしよう。

(1) Note au Dalloz, 1934, III, 12.

(2) Laubadere, Traité élémentaire de droit administratif, 2<sup>e</sup> éd. p. 295, 1<sup>e</sup> éd. p. 311.

- (3) Laubadere, op. cit. 1 éd. p. 312.
- (4) Laubadere, op. cit. 2 éd. p. 294-295.
- (5) Rolland, Précis de droit administratif, 10 éd. 1953, p. 21.
- (6) Laroque, Les usagers des services publics industriels, 1933, p. 10-12.
- (7) ロバデルの説くところによれば、たとえば、商工業的公役務とその利用者との間の判例の慣用文例は次のような文言であるという。「国は、それが産業的または商業的な性格の公役務の管理を負担するとき、役務の作用の特別の条項または特別の条件がその利用者と締結された個別的な協約に行政契約の性格を与えないかぎり、通常の産業と同一の状況において利用者に対して利用している。」  
Laubadere, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 1, p. 62.

### 三 商工業的公役務に関する法制度と公役務理論との学説上の関連

この商工業的役務の概念と公役務理論との関係についての学説は、大別して、次の三つの型に分類することができる。すなわち、伝統的な立場に立つて商工業的役務の概念を否認し公役務理論を固執する説、商工業的役務と公役務理論とを妥協させようとする説、および、公役務理論を排除して独自の観点から商工業的役務に関する法制度を説明しようとする説、の諸説がこれである。したがって、次に、これらの諸説について、簡単にその内容を紹介し、その見解を検討してみることしよう。

#### (1) 公役務理論を固執する説

この公役務理論を固執し、公役務に属する分野における公法の全体的な適用を維持しようとする説は、いわゆる公役務学派の主張において、最も顕著に見出される。この点に関して、デュギイは、一九二八年において、なお、次のように主張している。<sup>1)</sup>デュギイは、まず、ラフェリエールの理論を受け継いでいるベルテルミイの權威の役務と管理

の役務の区別に言及して、「人は、權威の役務と管理の役務のこの誤った不幸な区別のすべてが、一度に取り払われることを希望することができた。そして、人は、その区別が、コンセイユ・デタの判例、混乱しかつ相反しきえしているように思われる判例において、現在再生しようとしてはいかどうかを問うことができる。」と述べる。ついで、彼は、公権力にむすびつけられる公役務と理論上私企業によって負担される公役務とを分類し、後者については、普通法外の特別の規定を用いなく、行政の権限から排除される旨のある政府委員の論告に触れて、その論告を強く攻撃する。「それが何であれ、私は、私が先に述べたことを完全に維持する。二つの物は同一のものであり、一の活動は公役務であるか、そうでないかである。もしもその活動が公役務であるならば、それは常に同一の性格を有する。それが公役務であることに結びつけられるすべての結果は適用されなければならず、いわゆる權威の公役務と管理の公役務との間のすべての区別は、混乱と過誤とに陥ちいるものとして、決定的に排除されなければならない。」

このデュギイによって主張された公役務理論を固執する説は、同じく公役務学派の一人であるジェエズによつて、多少緩和された形のもとに、主張されている。ジェエズは、先にも述べたように、<sup>(2)</sup>一般的な利益を満足させるすべての行政活動が必然的に公法の制度に服するものでないことを認め、公役務の定義に公法の手続による特別の制度の要素を付加している。すなわち、彼によれば、公役務とは、公益の目的のために行政によつて確保される行動であると同時に、公法の手続を用いて行使される活動であり、この公法の手続の要素を付加している点において、このジェエズの説は、デュギイの説に比して、一層の譲歩を示しているものと言ふことができる。このように、ジェエズは、デュギイと異なり、一般的な利益を満足させる行政の活動が私法のみによつて規律される場合の存することを容認する。だが、彼の説によれば、公役務は一元的な制度として把握されており、次の二つの可能な解決が存するにすぎない。

説論

すなわち、一般的な利益のための行政企業は、公法の特別の制度に服する公役務であるか、あるいは、排他的に私法によって規律される行政的管理の企業であるか、のどちらかである。したがって、このジュエズの見解によれば、その役務の範疇が対置されることになり、その活動は、ある面では公法に、他の面では私法に、それぞれ規律される混合法的な制度に服する産業的な公役務の概念は、その存在を無視される結果を生ずるのであった。

このように、デュギイは、産業的役務の中に、一の公役務のみを見出そうと欲し、ジュエズは、そこに、あるいは一の公役務を、あるいは一の行政的管理を見出そうとしており、これらの説においては、産業的役務の概念は何ら介入する余地が見出されない。だが、このような公役務理論を固執する見解は、判例が産業的役務の概念の名のもとに公役務の領域に大幅に私法の適用を認めている状態に適合するものではない。そして、近時の学説は、同様に公役務理論を採用するとしても、何らかの形でこの産業的役務の概念をとり入れ、この概念と公役務概念とを妥協させようと努力しているのであった。

- (1) Duguit, *Traité*, 3<sup>ed.</sup> 1928, t. II, p. 80-81.
- (2) 前出、第一章第二節三、北法一三卷一六三—一六八頁参照。
- (3) この行政的管理 (*gestion administrative*) という語は、今日では、通常、公管理と同意義に用いられ、私管理と対置された概念として使用されているが、ジュエズによつては、「排他的に私法の手続をもってする公の職員による一般的な利益の需用の満足の場合」がこれに当るとされているので、むしろ今日でいう私管理と同様の意義に用いられている点に注意を要する。Jéze, *Les principes*, 3<sup>ed.</sup> 1930, t. II, p. 7.
- (4) この点については、前出、第一章第二節三、北法一三卷一六六頁、特にその註⑫参照。
- (5) Corail, *op. cit.* p. 63.

(2) 妥協説

(I) 公役務理論に留保を認める説

この留保を容認する説は、ボナールによって、最も典型的に代表される。ボナールは、行政法の適用領域に言及して、「私法は、原則として公役務に適用されないとしても、役務の作用に対してそれが全く排除されるわけではない」と述べ、その理由として、「公権力の行使の考えによる行政法の正当化によって、行政法はすべての行政活動に拡張されることができない」ことを挙げて、次のように説いている。<sup>1)</sup>「実際、この考えを行政活動における公権力の介入から引き出す学説は、すべての行政活動が公権力の方法によって、指揮的意思の介入によって行使されないことを認める。それは、行政が、同様に多く、かなりしばしば、私人のそれと同様な意思をもって活動することを認めている。これが管理の行政活動である。」このように、「行政法は優越的な意思の介入の事実、公権力の行使の事実から正当化される。公権力が介入しないとき、行政が私人のそれと類似の意思をもって活動するときには、行政法の適用はもはや正当化されず、そのときには私法が適用される。そして、公役務理論の立場に立ち帰って、「行政法の領域は、公役務の対象および目的の特別の性格の考慮による行政法の正当化をもって、行政の組織および活動のすべての事項に拡張されなければならないように思われる。だが、いくつかの行政活動は公役務に関しないがゆえに、またある公役務については公法の適用が役務の良き作用を確保するために必然的に課せられていないがゆえに、留保が私法に有利にされなければならない、ここでは私法が妥当する」と説き、この留保がされうる場合として、次の三つの領域を挙げている。その第一は、行政の活動の目標とする需要が公の需要でない場合、すなわち私産を構成する行政の財産の管理の場合であり、その第二は、公役務の作用のために締結された、私人間の契約において正常に見出される条項の



説

論

みを包含する契約である。そして、その第三が、いわゆる商工業的役務の作用である、というのであった。このボナールの見解は、行政法の適用分野の決定について、公権力の行使に依拠しようとしている点において、注目し得る。だが、彼は、このような考えをもちながらも、公役務概念を行政法の基礎的概念とする立場を固守し、実定の行政判例の状態にしたがって、それに留保ないしは例外を容認するに止まっている。そして、この意味において、理論的な関連に言及せず、単に留保のみを認めるこの説は、公役務概念と商工業的公役務に関する法律制度を妥協させようとする諸説の中で、最も素朴な説と言いうことができるであろう。

(II) 公役務概念の二元性を容認する説

この公役務に二元性(dualisme)を認める説は、主として、ロランによって代表されて、主張されてきているように思われる。ロランは、まず、公役務の概念を、組織的および形式的な観点から、「為政者の高度の監督のもとにおける、民衆の集団的な需要を満足させるための一般的な利益の企業または制度である」と定義する。そして、「公役務はすべてそれを私企業から区別する共通の性格を有する」と説き、このような共通の性格として、為政者の監督、継続の義務(obligation de continuité)、改正法律(loi de changement)<sup>(2)</sup> および平等の原理を挙げている。だが、彼によれば、「公役務はすべてが同一の制度に服するものではない。正常、通常には、それらは特別の法律制度に服する。しかし、それは私法の原理に服することもある。……公役務という表現は、このように二つの意味をとる。それは、まず、為政者に所屬するすべての公企業を意味する。それは、ついで、特別の法律制度に服するこれらの企業の意味、固有の公役務または狭義の公役務を意味する。」<sup>(3)</sup>このように、ロランは、公役務について、私法の原則が適用される場合をも含めた広義の概念と、公法の特別の制度に服する場合のみに限定された狭義の概念との二つの概念が成立す

ることを認め、この概念の二元性を明白に肯定している。だが、この彼の説は、「フランスにおいて普通の原則 (*règle commune*) は、公的企業は固有の公役務を構成しているということであるのを忘れてはならない。疑いのある場合に、適用されなければならないのは、公役務に特別な制度の原則である<sup>3)</sup>」と付加し、この概念の二元性を容認しながらも、なお、公役務理論の原則的な意義を強調している。したがって、このロランの説も、先のボナールの説と同様に、論理的な見解というよりも、むしろ敘述的な見解にすぎないものと言うことができるであろう。

(三) 公役務を必要条件とする説

公役務概念を商工業的役務における公法の適用の必要条件とする説は、一九五三年のロバデールの著書の初版において、展開されている。ロバデールは、この著者においては、「行政法に特別の原則および理論を説明し正当化するのには、公役務の需要である<sup>4)</sup>」との立場に立ちながらも、公役務の領域への私法の侵入の事実を認め、ある種の公役務の範疇、特に商工業的役務などについて公役務理論が障害を蒙り、「これらの役務については、今日私法と行政制度との一の競合が存在する<sup>5)</sup>」ことを指摘した後、次のように論じている。「そのことから、公役務は、それらの事項において、その利益を失ってしまったという結果を生ずるものではない。最近の判決に至るまで、コンセイユ・デタは、行政裁判所の権限を決定し公法の規定の適用を正当化しなければならないときには、事件において一つの公役務が存在するか否かを探究し、この概念を援用している。このことは、公役務の存在は行政制度が実施されるための一の必要条件であるということである。この意味において、公役務と行政ないしは私人の私的活動との間の区別は基本的なままである。」だが、ロバデールにおいては、「公役務の存在は、すべての場合において、もはや行政の権限および法が出現するための充分条件ではない。公役務の活動にむすびつけられるすべてのものは、必ずしも、行政制度に

説 帰属するものではない。この私法と行政法との競合は、公役務は常に行政法の優越的規定を必要とするものではない

論 という一般的な考え方に基づいている。」したがって、彼の説によれば、公役務は、行政法の特別の制度の適用される必要条件であるが、充分条件ではないことになり、公役務に属しなければこの制度は適用されることができないという限度で、この概念はその意義を有することになるのであった。

このようなロバデールの説は、コライユによって、次の二点について批判されている。まず、第一に、一般的な見解として、私産の管理は私法に属すると言うことができても、それは行政法の規定の部分的な適用を排除するものではなく、判例は、私産の管理に関する種の法律行為が行政的な性格を有することを認めているから、この説は現実の法律状態に適合してはいけないこと、そして、第二に、この説は、行政制度の適用の問題について何らの効果もなく、その答を提出してはいけないこと、の諸点がこれである。そして、実際、このロバデールの説は、その実定法への適合性の点はともかくとしても、コライユの指摘するとおり、その行政制度の適用の点については、消極的な余り充分でない意義のみを有するにすぎず、したがって、この必要条件説は、その第二版において、この著者により充分に展開されてはいないのである。

右のように、公役務理論と商工業的公役務の概念を妥協させようとする諸説は、いずれも、必ずしも満足すべきものとは言えない。それゆえ、ついで、公役務理論を排除して、独自の立場から、この商工業的役務の概念を構成する諸説の内容を検討してみることになろう。

(1) Bonnard, Précis, 2<sup>e</sup> éd. 1953, p. 3-4.

(2) この改正法律の原理とは、公役務の組織および作用は、権限を有する機関の定める法律によって、いつでも改正されることが

あるとこの原理をいう。

- (3) Rolland, Précis, 10<sup>ed.</sup> 1953, p. 16-17.
- (4) Rolland, op. cit. p. 21.
- (5) Laubadère, Traité élémentaire, 1<sup>ed.</sup> 1953, p. 41.
- (6) Laubadère, op. cit. p. 47-48.
- (7) Corrad, op. cit. p. 67-68.
- (8) ロバテールは、第二版においては、先の初版の記述に対応する「公役務における私法の侵入」と題する項において、「この領域においては、私法の制度は、もはや、例外的かつ少数の現象として現われるものではない」とし、単に、ある場合において、「これらの役務の作用が服する一般的な原理となっているのは私法である。これは、人も見るように、産業的または商工業的な公役務の場合である」とだけ記述しているにすぎない。Laubadère, op. cit. 2<sup>ed.</sup> 1957, p. 45. だが、彼は、他の個所においては、公役務の存在は、行政の活動がこの裁判所に帰属するための必要条件であることを、依然として認めている。ibid., p. 291.

(3) 公役務理論を排除する説

右に紹介してきたような公役務概念との関連において商工業的役務に関する法制度を解明しようとした諸説に対して、他方、公役務概念とは全く無関係に、この商工業的役務の基礎を説明しようとする説が存在する。この公役務概念を排除する見解は、公役務理論の価値の下落に伴って、今日かなり有力に主張されている。そして、次に、このような説を代表するものとして、この商工業的役務に関する法制度の基礎を、役務の法的状況 (une situation juridique) に求めるコライユの説と、公管理と私管理の区別によるシャピユの説とを紹介して、その内容を検討してみることにした。

(I) 役務の法的状況に依拠する説

この説を主張するコライユは、まず、従来の学説を検討して、商工業的役務に関する法制度は従来の公役務理論に

説 論

よつては説明されることのできないものであることを指摘して、次のように論述する。「一般的な態度からして、人が到達するのはその概念の二元性である。この二元性は多かれ少なかれ是認されており、多かれ少なかれ明白であつて、それは常に存在する。一九四〇年以前の公役務の理論家たちが殆んど重要ではないと考へていたその留保、その屈折は、ただちにかなり広域なものとなつた。……産業的役務の理論は、もはや、眞の公役務理論ではない。」<sup>3)</sup> ついで、彼は、商工業的公役務に關する判例の解釈を、損害賠償責任制度、職員の地位に關する制度、およびその法律行為に關する制度の三分野において分析して、一九二一年の象牙海岸植民地事件において、その権限を決定するために権限裁判所が採用した原理は、役務の法律的な性質決定 (la qualification juridique d'un service) の問題の探究、すなわち公役務理論による権限決定の探究にあるのではなく、法的状況または行政の行動 (un comportement de l'administration) の分析の問題、すなわち私的企業との類似の觀念にあると主張する。<sup>3)</sup> そして、このような権限裁判所の立場は、先にも述べたように、若干の動搖を示しながらも、その後の行政判例によつて、一般的に認められてきたと説き、次のように結論する。<sup>3)</sup> 「商工業的公役務に關するこの研究における我々の意図は、公役務の一般的理論に合體されようとする一つの理論の深い基礎を探究することであり、そのとき、この合體は、数多くの困難と矛盾とを惹起する。そのすべてを不確かでありかつ不精密な判例に依拠する多くの学說的構成の分析は、同様な立場の不充分さを我々に示した。……これらの我々の実定法により与えられたもの (ces données) の基礎を説明しかつ探究することは重要である。この基礎は、理論の淵源についてさえ探究されなければならぬ。……この事項における判例の進化の研究は、完全に我々の次の論題を確信させた。すなわち、産業的役務についての判例は、公役務理論とは關係がない。行政制度と行政の権限は公役務の概念を用いて適用されているのではなくて、法的状況の諸要素の性質に基づくものであるとする

一つの傾向が、一九二二年以来確信されている。行政制度、したがって、行政裁判所の権限の基盤にあるのは、使用された法手続、行政の一の行動、それによって遂行された活動の性質である。それによって、確信されかつ発展されることを止めない一の重要な進化は、公役務の伝統的な理論の障害となってきた。商工業的役務と言われる理論は、公役務の概念の真正な防禦者が否定せずにはいられない原理を仮定している。それは、行政に特別な制度の適用は法的状況の性質を用いてされることを仮定している。したがって、それは、行政は正常に優越的制度と普通法の制度の二つの制度に服することを仮定している。」このように、コライユは、商工業的役務における権限の基礎を、普通法外の法的状況と普通法上の法的状況との区別の概念に求め、これらの役務の基礎が公役務概念と関連を有しない事実を強調しているのであった。

(II) 公管理と私管理の区別による説

この説を主張するシャピユは、まず、責任訴訟における司法裁判所の権限の領域に言及して、この司法裁判所の権限の領域は、その職員に関する事項の場合を除いて、商工業的公役務についての訴訟をカバーすると言う。それは、「これらの役務が、第三者に対して、またはそれらの利用者との関係において、私人によって管理される企業として示されているがゆえ、すなわち、それらが類似の私企業がそうでありまたはそうであるであろう条件と同一の条件において経営されているがゆえである。」これに反して、行政の権限の領域は、公管理の制度のもとで作用するすべての行政的役務に拡張されている。それは、公団体の責任が行政とたとえばその職員との関係を規律する特別の原則を考慮してのみ審査されることのできる場合であり、商工業的役務が公管理の制度のもとで行政の権限に服するのは、その職員との関係の若干の場合の他には、独占的な役務と無償の役務(*services gratuits*)の場合があるにすぎず、こ

れら二つの役務が公管理の制度中に包含されるのは、それらが公権力手続を用いていないとしても、前者の役務は私企業が享有しない独占の形式を採用し、後者の役務はその経費を支出している点から、私企業と類似していると言ふことができないためである。<sup>(1)</sup>このようにして、このシャピユの説は、次のように要約されるという。「一の責任訴訟が公団体に対して提起されたとき、それを審理する権限を有する裁判所は、それについて負わされる責任の存在および範囲を決定するために審理しなければならぬ行為が、公管理の標識を有する行為であるか、私管理の標識を有する行為であるかにしたがって、行政でありまたは司法である。」<sup>(2)</sup>そして、この公管理と私管理の区別の概念を判例の解決の論理的な解釈であるとし、商工業的役務についての権限の適用の基準をこの概念に求めるシャピユの説によれば、「公役務概念が行政の権限の主要な標準であるという支配的な命題は、ある数の例外（私管理の場合）に抵触し、重大な論理的な欠陥の瑕疵を負っている」<sup>(3)</sup>ものとして、排斥されることになるのであった。

- (1) Corail, *op. cit.* p. 72.
- (2) *ibid.*, p. 76-77.
- (3) *ibid.*, p. 128-129.
- (4) Chapus, *Responsabilité*, p. 132.
- (5) *ibid.*, p. 134, *notamment*, note (1).
- (6) このようにして、シャピユによれば、この公管理の概念は、普通法外手続の使用される場合のみならず、私法においては適用しないような役務の管理の手続（たとえば無償の管理）または私的生活において類似性を有しない役務の執行行為をも包含する点において、普通法外手続による標準よりも広いという。*Ibid.*, p. 130, note (1). だが、この点は、普通法外手続の意義をどのように解するかにかかっており、普通法外手続の意義をシャピユの言う公管理と同様な意味に使用している者もいるので、多少のニュアンスの差異はあっても、シャピユの言うように、単純にこの公管理の概念の方が広いと言うことができるか否かは問題がある。

(7) *ibid.*, p. 137.

(8) *ibid.*, p. 141.

#### 四 び す び

右に紹介してきたように、この商工業的役務と公役務概念との関係に関する学説は、極めて多岐であり、かつニュアンスに富んでいる。だが、このように多様な学説においても、今日、これらの役務に関する事項に大幅な私法の適用を認める行政判例の動向につれて、この商工業的役務についての法制度を公役務概念から切り離して考察しようとする一の強力な傾向が顕取されることを否定できない。この商工業的役務に関する私法の滲透の理論は、最近、さらに行政のいわゆる社会的公役務 (*services publics sociaux*) と呼ばれる分野にまで拡大されて、その適用を見るに至っている。そして、この分野に属する先にも触れた一九五五年の有名なナリアト事件の判決において、権限裁判所は、その事故を惹起した林間学校施設 (*la colonie de vacances*) が公役務の性格を有することを認めながらも、その施設の活動が私法の制度に属する類似の組織の活動と法律上区別されるべき特別な性質を有しないことを理由に、その事件の審理が司法裁判所に帰属する旨を判示したのであった。このナリアト事件に示されるように、現在の判例においては、商工業的公役務ないしは社会的公役務と公役務理論との分離は、決定的ともみることができ。そして、このナリアト判決は、学説上においても、エイゼンマン (*Eisenmann*) によって、従来の公役務学説を否定し、ブランコ判決およびヴェルバンク判決などによってうち立てられた判決の用語を、権限裁判所が自づから訂正したものと註釈され、また、ワリヌによって、公役務概念はもはや言葉の上だけのものとなった、と批評されたのであった。

このような商工業的役務の分野における公役務概念との分離の傾向は、他方において、この商工業的役務に対する



私法の適用を拡大している。それは、特に、商工業的役務とその職員との関係について、最近、顕著に示されている。そして、この点に関して、先述した一九二三年のロペール・ラフレジュール判決<sup>(5)</sup>によって示された管理職員と従属職員との区別の概念は、近時の判例において、管理職員を嚴格に制限し、その公法の適用を縮小する傾向にある。そして、たとえば、役務の長は、彼がその階層においてより上級の地位にある監督官に從属するときには、もはや管理職を占めているものとは考えられず、公法の法律関係とされるこの管理職の範疇に入るものは、産業的役務の全体について責任を負う監督官のみ、あるいはせいぜい商業的な型の公施設についての事務局長 (secretaire general) および出納職員 (agent comptable) を付加しうるにすぎない状態<sup>(6)</sup>にあり、このようにして、商工業的公役務に関する判例は、当初に比して、私法の適用をより広汎に容認する傾向にあるのであった。

このような商工業的役務の分野における公役務理論の撤退と私法の適用の拡大の傾向は、最近の行政判例上に、行政と司法との裁判権限の分配に関する新しい解決と出現させた。この新しい見解は、ある種の社会的な役務に関する判例に見られ、その行為を実行した機関とかその行為をするに当って用いた特権とかを殆んど考慮することなく、その行為の内容 (l'objet de l'acte) のみを考慮し、その行為の内容が公法の関係に関するならば、その行為は行政行為であり、その行為の内容が私法の関係に関するならば、それが命令的な性格 (un caractère réglementaire) を有しないかぎり、司法裁判所に帰属する、という。この見解は、言いかえるならば、訴訟の対象となつて問題の性質のみを考慮してその権限の帰属を判断するものであり、コンセイユ・デタにおける論告の表現を借りるならば、権限を有する裁判官は、「訴訟の解決が公法の問題に帰因するか私法の問題に帰因するかに従つて」、「行政裁判官となり、または司法裁判官となる、という。このように、この標準は内容が権限を支配する (le fond commande la compétence)

という一般的な考え方に基づくものであり、この解決は、その行為の内容ないしは訴訟の対象とされた問題の性質を考慮して、その内容についての問題の審理権を一体として行政裁判所または司法裁判所に帰属させることを主眼とし、現在のところ、この見解は、私法の問題に関する訴訟の審理を行政裁判官から除去している意味において、行政の権限の一の制限的な標準を構成している。<sup>9)</sup>そして、この見解は、県知事による県の家族手当金補償職業間基金 (La caisse interprofessionnelle de compensation des allocations familiales) への職権による加入決定を越権訴訟の方法で争ったコンセイユ・デタの一九五四のエル・アミディア事件の判決 (El Hamidia) において、明瞭に確認され、このような家族手当に関する問題の審理は、行政裁判所に帰属しないと、排斥されたのであった。<sup>10)</sup>

右のような行為の内容によつてその審理権限を決定しようとする見解は、現在のところ、判例上、ある種の社会的役務、特に社会保障 (La sécurité sociale) と家族手当金に関する役務に、その適用を限定されている。だが、「権限の限界におけるこの新たな段階は、今日まで判例によつて採用されてきた分析的方法の放棄の後に、行政または司法の権限の大きな堆積の構成に導かれるかもしれない、より深遠かつより野心的な一の運動の出発点でありうる」<sup>11)</sup>ものであり、その見解の採否ないしは役割は、将来において、注目すべきものがある。そして、このような見解は、どのようにしてその対象とされた問題の性質が公法上または私法上のもつと判断されるのかという疑問を残し、この点の基準に明確性を欠くとは言いながらも、この解決がコンセイユ・デタによつて部分的にもせよ採用された結果、商業的役務および社会的役務の分野においては、私法の適用される領域が益々増大し、公役務理論が全くその価値を失いかねないような状態に追い込まれているのであった。

- (1) この点について、ナリアト事件における政府委員シャルドの論告は、「商工業的役務のすでに古い概念の社会的役務の領域への一の適合」である、と説いてゐる、と云う。Conclusion de Chardeau, citée par Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 397.
- (2) T. C. 1955, I. 22, Nalio. この判決の内容については、前出、第二章第一節二、註(7)本母二二六頁参照。
- (3) Eisenmann, note au Dalloz et Sirey, 1956, 4<sup>e</sup> Cahier, p. 58. エイゼンマンは、この評釈において、「これは極めて奇妙な判決である。もしも人がこれを実定法の尺度においておしはかるとすれば、人はそれをくだらない余り意味のないものと判断するであらう。だが、もしも人が学説の尺度でそれをおしはかるとすれば、反対に極めて注目すべき大きな効果をうけるものに属する」と言い、次のように論評している。「それについてその訴訟が生じた活動は一つの公役務である。だが、その活動が生じた関係は、同一の活動が私人によって負わされるときに、私人間に現われる関係と法律的に全く同様である。この理由により、その訴訟は司法裁判所および私法に帰属する。」「これは、第一に、与えられた活動が一つの公役務を構成するということの確信をおくことであり、ついで、その直後に、この性格以外の他の一の要素により、権限が司法的であると述べていることである。」「そして、これら二つの並置により、行政活動の公役務の性格が行政裁判所の権限およびそれと並んで行政に特別な公法をもたらすという公役務学説は否定されることになり、さらに、フランコ判決の用語は訂正されたことになり、と批判しているのであった。
- (4) Valine, note dans Revue du droit public, 1955, p. 716. ワリヌは、この判決は私的組織との類似を理由にしているが、この事件はむしろ被害者たる子供の父とこの林間学校施設との間の契約責任に関する事例であり、この契約中には普通法外条項が包含されていないために司法裁判所の権限に帰属すると解すべきであったと批判して、公役務概念との関係について、次のように述べている。「真実は、公役務概念は、もはや舊語の古い習慣以上に判決中に現われていないことであるように思われる。人は、権限裁判所がこの確信から何らの結果を引き出そうとも考えていないので、何ゆえに林間学校施設を公役務と資格つける必要を感じたのかを、特に自問する。もしもそれが我々の側の理由のない仮説であるが一九三七年の(学校職員に責任に関する)法律の適用を排除するためにそれを述べたとするならば、それは、すべての場合に、単に社会的な目的を表示する林間学校施設は公の教育の何らかの役務と何らの関係をもたないということの確定を含み、同一の結果に到達するであらう。逆に、もしも公役務概念がだんだんに判決において無益な生存を現わすとすれば、権限についての判例の第一のプランであるように思われる概念は、私的活動と類似したまたは類似しない活動(組織)のそれである。訴訟権限の真の標準として徐々に確信されているのは、この類似または不類似である。」
- (5) C. E. 1923, I. 26, de Robert Lafreyre, Revue du droit public, 1923, p. 237. なお、この判決の内容については、前出、

第一章第三節五、北法一三卷一四九六—九七頁参照。

(6) Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 152-153.

(7) Laubadère, *Traité élémentaire*, 2<sup>e</sup> éd. p. 297-298.

(8) C. E. 1954. 2. 5. *Association el Hamida*, Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 379.

(9) このエル・アミナイア事件の判決は、この点について、次のように判示している。「アルジェリーの家族手当の制度および私的な機構を構成している補償基金に関する法文の規定の全体からくるところを勘案すれば、これらの基金が公役務の管理を確保しているとしても、それに帰属する使用者と家族給与の受益者とのそれらの関係は私法の関係であり、したがって、これらの基金の一との使用者との間に生じ、当該の機構に上述の使用者を加入させようとする負担に帰属する訴訟は、司法機関の権限に属する。」

(10) Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 381.

### 第三節 職業団体の行為と公役務理論

#### 一 序説—その生成をめぐる状況の概要

公役務理論の第二の危機は、一九四〇年以降の職業的組織または同業組合的な機構の出現によって生じた。それは、次のような法律制度の変遷に基因している。すなわち、従来の伝統的な公役務概念によれば、公役務は行政庁の作用、公権力に緊密に依存する作用を、その一の構成要素として採用していた。しかし、このような公役務の組織的な要素は、一九三九年以前においても、必ずしも具備されてはならず、行政に所属する機構以外の私人によって公役務が管理される事例も存在した。そして、このような事例に属するものとして、第一に、公役務の特許 (*la concession de service public*) の場合を挙げることができた。だが、この公役務の特許は、契約によって公権力に羈束され、その制度は外見上一定しており、国に対する緊密な依存関係が見られるので、この場合には、公役務の組織的な要素の消

失は、特に問題とされるには至らない。<sup>(1)</sup> そして、この他に、判例は行政以外の私的機構の活動を公役務としてしていることがあり、このような事項として、商業会議所 (Chambre de Commerce) および財産所有者組合 (Associations syndicales de propriétaires) の事例を挙げることができ、<sup>(2)</sup> この場合には、判例は、これらの機構に、それに関する制度が一体として公法の規定に服する公施設 (établissement public) の資格を付与してきたので、このかぎりにおいて、公役務の伝統的な理論は維持されてきた、と言うことができる。このように、第二次大戦前においては、行政以外の機構に公役務の管理が委ねられている事例は少なく、したがって、公役務の組織的な要素と行政の権限との関連は、いまだ明確な形で、その問題が提示されてはいなかった。

ところで、右のような第二次大戦前の状態は、一九四〇年に大きく変容した。この変化は、一九四〇年八月一六日の法律などによつて、国の監督のもとに、国の経済的な組織および職業組織を規制する多くの機構が出現したことに由来する。これらの新しい制度は、法律的な構造の種々の基素において、注目すべきものがある。まず、これらの機構が遂行すべき任務の性質は、明白に、普通法外の特権の授与を必要とする純粋に公益的な任務であり、したがって、これらの機構には公役務の基本的古典的な要素が現われ、その公法への帰属が明らかにされている。そして、それとともに、これらの機構には、一の極めて独特な面が取りいれられている。それは、この公益的事業の遂行のために、これらの機構に大幅に私人の参加が求められている点に存在する。このように、これらの新しい機構は、もはや、公施設の資格を付与されてきた古い商業会議所や財産所有者組合と同様に考えられることができない。これらの機構は、それらの公施設のように、単なる団体の利益のためのものではなく、その活動は国の将来および国家生活に関する重大かつ宏大な機能を果すものであり、それゆえに、切り離された独特な制度として、公施設概念に救い

を求めがたい性質の機構である。このような一九四〇年にその出現をみた新しい機構の法律的性格は、他の点において、より一層不明確な要素を供給している。それは、立法者によって、これらの機構の服する手続が、ある面では普通法、特に株式会社 (*la société anonyme*) の法律手続を援用している事実<sup>(2)</sup>に由来し、このように、これらの機構は、公法の属性を現わすと同時に、他の面では、商法上の会社の法律的な性質をも表示する混合的な機構 (*organismes hybrides*) としての存在をもつ<sup>(3)</sup>。そして、これらの従来見られることのできなかつた機構の法律的な定義は、立法者によって何ら付与されておらず、したがって、その複雑な性格は、その後の判例によって、多くの問題を投げかけたのであつた。

これらの職業的な組織または同業組合的な機構に関する判例は、フランス行政法の一連の基本的な理論に大きな修正を加えた。それは、行政行為の理論、越権訴訟の理論、公役務理論、そして最後に、行政法の適用領域の理論に、変動を生じさせた<sup>(4)</sup>。そして、このように大きな影響を及ぼしたこれらの機構の行為に関する判例が、その判決に際して準拠した理論が、実に、先の商工業的役務についての判例に見られたのと同様のいわゆる機能的公役務の理論 (*la théorie du service public fonctionnel*) であつたのであり、この機能的公役務の理論の判例による採用によって、伝統的な公役務理論は、この事項においても、重大な一つの欠陥を露呈するようになったのであつた。

このように、フランス行政法においては、シュノ (*Chenot*) の言葉を借りるならば、「一九三九年の戦争前から、コッセイユ・デタは、隔絶化された判決において、立法者が公団体ではなかつたある種の機構の活動を公法の制度に服従させようとしたことを確認していた。(だが) 統制経済 (*économie dirigée*) と職業組織の制度の設定は、一九四〇年以來、この法律問題の社会的な論点を完全に改めなければならず、戦前のいくつかの判決が極めて慎重に記してきた例

説 外は、そのとき、国の組織中において、公役務の概念が、公行政の概念および企業概念からさえ、決定的に分離されるような一つの地位を占めた。<sup>(5)</sup>そして、このような変遷を惹起したのが、一九四二年のモンブウル事件(Monpeurt)に始まるコンセイユ・ダタの一連の判決であった。したがって、次に、これらの機構に関する代表的ないくつかの判決を紹介して、これらの新らしい機構の出現により、公役務概念がどのような動揺を生じ、フランス行政法の理論が判例上どのような修正を蒙ったのかについて、考察を進めてゆくことにしよう。

- (1) Corail, op. cit. p. 131-132.
- (2) Chenot, La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, Etudes et documents, 1950, p. 77. これらの事例にこの判例は、このシエノの論文中に挙げられている。
- (3) Corail, op. cit. p. 140-141.
- (4) Eisenmann, L'arrêt Monpeurt, Légende et réalité, L'évolution du droit public, 1956, p. 221.
- (5) Chenot, op. cit. Etudes et documents, 1950, p. 80.

## 二 行政の権限を容認した判決とその意義

### (1) モンブウル事件の判決とその意義

右のような同業組合的な機構および職業団体の行為に対して公役務概念を適用しようとする判決は、一九四二年のモンブウル事件の判決<sup>(6)</sup>によって、まず第一に出現をみた。この事件は、一九四〇年八月一六日の法律によって設置された産業生産の組織の任務を負う同業組合的な制度である経済組織委員会(les comités d'organisation)の決定について、越権訴訟の方法によって出訴された事件であったが、この事件において、コンセイユ・ダタは、その使命の一般

的な利益の性質とこの機構に授与された公権力の特権とを理由に行政の権限への帰属を主張した政府委員セガラ (Segalar) の論告<sup>(5)</sup>を容れて、次のように判示した。

「経済的な領域における公権力の介入をやむをえず必要とした環境によって、一九四〇年八月一六日の法律は、生産物の品質および価格についてと同様にその効率の観点から、前もって回収された減少した現在する資源のできるかぎり最良の利用を確保し、企業と賃銀労働者とに共通の利益において、労働力の使用を改善するために、産業生産についての一の暫定的な組織を整備した。上述の法律がこの結果に対して一つの公役務を設定しようとしたということは、それらの規定の全体から由来する。職業的な組織がその決定的な形式を受けいれるまでの間、その役務を管理するために、その法律は、大臣 (secrétaire d'Etat) の監督のもとに、生産および製造の計画を決定し、それらの活動の一般的な条件に関する事項について企業に課せられるべき規定を定め、生産物および役務の価格報酬を権限ある機関に提示する機能を委ねられた委員会の設置を規定した。このように、経済組織委員会は、立法者がそれを公施設としなかつたけれども、一つの公役務の執行に参加する任務を負い、それらがこの職権内においてするべきものとされた決定は、命令の方法によるのであれ、個別的な処分によるのであれ、行政行為を構成する。したがって、コンセイユ・デタは、これらの行為から生じうる訴を審理する権限を有する。」

このモンブウル事件の判決は、一般に、次の二点を認めたものと註釈された。その第一は、私的機構、少なくとも行政機関の資格を有しない機構によつて権威の公役務が分担されることの認容であり、その第二は、このような私的機構、少なくとも行政機関の資格を有しない機構の法律行為ないしは一方的な決定が行政行為を構成することの認容である。このように、このモンブウル判決は、その権限の帰属について、組織の法律的な性質に依拠せず、公役務の執



説

論

行行為の性格が行政法の適用の可能性の標準となつたことを示している。そして、この意味で、コンセイユ・デタは、この判決において、それ以前の組織的概念による行政行為の觀念を一の客觀的な概念による行政行為の觀念に代置した、とされたのであつた。<sup>(4)</sup>

このモンブウル判決は、確かに、經濟組織委員会が公施設の性格を有しない旨を明言している。そして、この事實は、メストルも述べているように、伝統的な行政法理論によれば、この經濟組織委員会の法律的な性格を私施設、すなわち私法人と見ることになり、この委員会を私施設とする見解は、かつてワリヌによつて主張されていた、<sup>(5)</sup>という。だが、最近の一般の學説は、この判決におけるこの委員会に対する公施設の資格の授与の否認にも拘わらず、この委員会を私施設ないしは私法人とすることを容認してはいない。そして、この傾向を代表するエイゼンマンは、このモンブウル判決をもつて、私的機構による公役務の付与と見るのは、この判決の極端なかつ誤つた解釈であるとし、この經濟組織委員会は、公施設に属しない公的機構、すなわち公法人の性格を有するものであるとし、このことは、生産の管理のような公權力の行使が私的機構に委ねられるという考え方がフランス法の觀念に全く相反する考え方であること、およびコンセイユ・デタがこの事件でこの委員会の行為について越權訴訟を受理しているのは、この機構を行政庁と同様にみなしていることなどの事實から明瞭であり、この事件における政府委員セガラの論告も、この經濟組織委員会が公的機構(institutions publiques)であることを明らかにしている、と主張する。<sup>(6)</sup> それゆえ、このような説に従えば、このモンブウル事件の眞の効果は、その表面的な考察からくる私法人による公役務の負担ということにあるのではなくて、むしろ、行政法人の新たな分類の付与、すなわち、公施設に付け加えられるべき新たな公法人の存在を肯定し、それ以前から認められてきた公施設の標準による定義を放棄したことにあつたのである。<sup>(7)</sup>

このように、このモンプウル判決は、公施設、公役務、越権訴訟、および行政行為の諸概念などの行政法の多くの基本的な事項に関する従来の見解をくつがえし、それに修正を加えた<sup>(10)</sup>。それでは、この判決において、公役務概念はどのようなものとして理解されていたのであろうか。この点について、コライユは次のように論じている<sup>(11)</sup>。まず、彼は、この判決においては、その経済組織委員会の制度的な性質決定 (La qualification institutionnelle) は、その法律行為の性質を定義するために、第二義的附属的な性格を有するにすぎないものと考えられる。このことは、この委員会を法的に定義することが半ば不可能であることの確認であり、この委員会を新しい型の機構と見ていることの現われである。ところで、この判決がむすびつけられているのは、その制度の性質決定というよりも、むしろその法律行為、すなわちその行政行為をそれに固有の性質によって定義することである。この判決において、この委員会の決定が行政裁判所に帰属するのは、この委員会が生産の公役務の任を負っている範囲内であり、この場合には、その行為は公権力の特権を用いて遂行されている。このように、モンプウル事件においては、行政行為は組織的な標準によって定義されず、その行為の固有の性格によって、すなわち、普通法外の手続の概念によって定義されており、したがって、この判決において、公役務概念は、従来の行政の組織的な観点に立つ伝統的な定義に反して、純粹に機能的な観点から定義されることになったのであった。

(2) プウガン事件の判決とその意義

右のようなモンプウル事件の判決の趣旨は、さらに、一九四三年のプウガン事件 (Bouguen) の判決<sup>(12)</sup>によって、職業的な団体の行為に対して踏襲された。この事件は、一つの附属診療所 (un cabinet secondaire) をそれが現在設置されている以外の市町村において維持することを一名の医師に拒否した上級医師会 (Conseil supérieur de l'ordre des médecins)

説

論

の決定を、越権訴訟の方法で争つて出訴した事件であつたが、この事件において、コンセイユ・デタは、医師会が、その同業組合的な性格にも拘わらず、一つの眞の公役務を執行し、その使命は、単なる職業的な利益の防禦だけに関するものではなく、何よりもまず、一般的な利益の目的における職業の組織および懲戒に関する論じた政府委員ラグランジュ (Lagrangé) の論告を容れて、その審理権限を有することを認め、次のように判示した。

「懲戒の事項および名簿への登録 (Inscription au tableau) の事項についてとられた上級医師会の決定に対する請求が越権訴訟の方法によってコンセイユ・デタに提出されるということを予定する、攻撃された決定の日に効力を有していた一九四〇年一〇月七日の規定の全体を勘案すると、立法者は、医師の職業の行使の組織および監督を一つの公役務とした。この上級医師会が一つの公施設を構成しないとしても、それは上述の役務の作用に協力している。この資格であるべく求められた決定……に対して申し立てられた訴を審理することは、コンセイユ・デタに帰属する。」

このブウガン事件の判決は、その権限を確信するために、機能的な公役務概念のみを援用しており、その機構が公施設を構成するか否かの制度の法律的な性質決定に依拠してはいない。この点において、このブウガン判決は、先のモンブウル判決によって明らかにされた諸原理をそのまま医師会に拡張したものであり、この判決によって置かれた一般原理は、職業的な事項の全体に適用を見るに至つて<sup>(14)</sup>いる。このように、統制経済に関する機構の行為に当初に出現をみた機能的公役務概念のもとに行政の権限の適用を是認するこの見解は、これ以後、職業的な団体の行為に波及し、統制経済に関する法制度が縮小した今日においても、なおその存在意義を保ち、行政判例中にその地位を確立しているのであつた。<sup>(15)</sup>

- (1) C. E. 1942. 7. 31. Monpeurt, Sirey, 1942. III. 37. Dalloz, 1942. p. 138.
- (2) この事件は、経済組織委員会の電球のガラス管 (les tubes en verre pour ampoules) の製造を許可される企業を定める決定に対して、モンブウル氏から産業生産大臣 (le secrétaire d'Etat à la production industrielle) に請求が提出され、大臣がこれを棄却したのに対し、その大臣の決定の取消を求めた事件である。
- (3) この点について、セガラは次のように論告している。「現在の環境において、生産のよき進行にむすびつけられる一般的な利益、法律が組織委員会に指定している使命の性質および範囲、法律が授与している公権力の特権、これらは、判例が公役務を定義し特徴づけるために保持している諸要素である。」
- (4) Eisenmann, op. cit. *L'évolution du droit public*, p. 222-225.
- (5) Mestre, note au Sirey, 1944. III. 1. だが、メヌートルは、このように述べながらも、この経済組織委員会を公法人と考えている。
- (6) Waline, Trois points de vue sur l'arrêt Monpeurt, *Droit Social*, 1943. p. 18. cité par P. H. note, au Sirey, 1947. III. 19.
- (7) この越権訴訟に関する法文は、一八七二年の法律およびコンセイユ・ヌタについての一九四〇年の法律によって規定され、現在一九四五年七月三十一日の命令 (ordonnance) によって規律されているが、この命令の第三二条は次のように規定している。すなわち、「訴訟について裁判するコンセイユ・ヌタは種々の行政庁の行為に対して申し立てられた越権を理由とする取消請求について、最終的に判決する。」したがって、この法文によれば、行政庁に該当しない機構の行為に対しては、越権訴訟は提起できないわけである。
- (8) Eisenmann, op. cit. *L'évolution du droit public*, p. 226-240. 同註 Mestre, note au Sirey précitée, 1944. Long=Wei=Draibant, op. cit. p. 230, Laubadere, *Traité élémentaire*, 2<sup>e</sup> éd. p. 146.
- (9) Eisenmann, op. cit. *L'évolution du droit public*, p. 243 et s.
- (10) ロン・ウエイルト・レバンの手になる行政判例の註釈書によれば、このモンブウル判決が行政の基本的な事項をくつがえした点として、次の五点について論及している。一、コンセイユ・ヌタがそれに明日に公施設の性格を否定する法人格を有する公役務が現在存在し、伝統的な公施設の概念に影響を与えたこと。二、公役務の概念がその組織的意義を決定的に喪失し、公役務の管理が公施設の性格を有せず行政の部門を構成しない機構に委ねられ、公役務が一般的な利益の活動と同一化される傾向にあること。三、立法者が行政庁の行為に対して開かれていると宣言している越権訴訟が、公役務の管理の枠内で活動するかぎり、行政的でない機関の行為に対して提起されることができること。四、伝統的に行政から発せられる行為の意義に理解されてきた行政行為の概念

が、公役務の管理の枠内でとられた行為の意味を獲得したこと。五、混合的な法制度の発生の結果、公法人と私法人との古典的な区別がその重要性を失ったこと<sup>11)</sup>の諸点がこれである。Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 230-231.

(11) Corail, op. cit. p. 173-175.

(12) C. E. 1943. 4. 2. Bouguen, Sirey, 1944. III. 1. Dalloz, 1944. p. 52.

(13) Corail, op. cit. p. 145. なお、コライユは、この事件においては一般的な利益の概念は曖昧であり、国に対する依存と公法的手続とがその公法行為を特徴づけるに充分であると、この事件で公法行為を特徴づけるために使用された「公役務の作用への協力」という判例の文言が潜めているのは、これら二つの要素である、と主張している。Ibid. p. 178.

(14) Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 233.

(15) Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 229.

### 三 権限の二元性を容認した判決とその意義

右のような同業組合的な機構および職業団体の行為に対して、公役務の資格を付与し、その審理が行政の権限に帰属する旨のみを判示する諸判決に対して、他方、同業組合的な機構の活動が、ある行為については行政行為を構成し、他の行為については行政的な性格を有しないと、それらの行為に関する権限の二元性を明白に容認する判決が存在する。そして、このような傾向を代表する判決として、一九四六年のモラン事件 (Morand) の判決を引用することができる。それゆえ、この新たに発生した同業組合的な機構の分野における公役務概念の意義を探究するために、次に、このモラン判決の内容を紹介して、この判決の有する意義について検討してみることしよう。

このモラン事件において訴訟の対象とされた機構は、農業の領域におけるヴィシー政権の立法によって規定された同業組合的な制度である。この国家的な利益の目的のための農業団体に関する制度は、一九四〇年二月二日の法律によって、市町村の領域における地方組合 (le syndicat local)<sup>12)</sup> この地方組合をいくつか集合した地方連合団体 (l'union

regionale) およびその頂点に位する全国的同業組合機関 (un organe national corporatif) の三つの階層からなる機構として、組織されていた。そして、この事件において、原告モラン氏は、彼が提出した一つの地方農業組合の委員 (syndic) への任命要求がその上級機関である地方農業同業組合連合団体によって黙示の拒否決定を受けたのに対し、その取消を求めて、コンセイユ・デタに越権訴訟を提起した。だが、コンセイユ・デタは、この請求に対して、無権限を宣言して、次のように判示した。

一九四〇年十二月二日の法律によれば、「この法律によって規定された農業同業組合組織 (Les organisations corporatives agricoles) は労働法典 (Code du travail) の第三章の規定によって、すなわち、職業組合 (les syndicats professionnels) についての立法によって、規律されていた。しかし、すべての職業人 (professionnel)、企業組合員またはその他公役務の執行を確保することをそれらに負担させたということは、上述の法律の第二条、第五条および第七条から導き出される。それら(の組織)がこの使命の遂行においてなるべく求められた決定は、行政行為を構成してきた。だが、これら種々の私的機構の作用の制度または状態 (modalités) に関する地方組合、地方連合団体、および全国委員会の評議は、このような(行政的な)性格をおびたものとみなされることができない。」したがって、モラン氏が組合委員に任命されるために提出した請求について、地方農業同業組合連合団体によって保持された沈黙からくる棄却の黙示の決定を争う訴は、コンセイユ・デタにおいて受理されることができない。

この農業同業組合組織は、判旨も述べているように、労働法典の第三章の規定によって、すなわち、職業組合に関する立法によって規律されているので、明白に私的な性格を有する機構である。この判決は、この職業組織が、ある

説

部分は公法によって、他の部分は私法によって、規律されていることを認めている。そして、どの範囲で、それらがどちらの制度に服するのかの点について、この判決は、その任務とする行政裁判所に帰属する公役務の執行（農業の組織および監督）に際してこの職業組織によってとられた決定と、司法裁判所の権限に帰属するそれらの作用の制度または状態に関する措置とを、区別している。この判決においては、私的機構という表現は、もはや私法のみに属する機構という古典的な意味に理解されることができない。この判決は、その権限の帰属の問題を決定するに当って、これらの機構の法律行為のある種の定義にむすびつけている。このように、この判決が、その性質を決定するために訴えているのは、先の諸判決と同様に、公役務の機能的概念であり、それゆえに、公法の行為が定義されているのは、それらの優越的な性格、使用されている法手続の性格によってであった。

このモラン判決は、その基礎となった一九四〇年の法律の廃止によって、実際的な利益を失った。だが、右のようなこの判決の趣旨は、今なお多くの例を見出すことのできる職業的な機構の法律制度にその指針を提供することによって、一の理論的な重要性を保有する。この判決は、公式に私的と認められている一の機構の行為に行政的な性格を授与しているという事実によって、行政判例中であつて、特に注目すべき判決である。そして、このようなその機構の定義が全く度外視され、その機構の定義と全く相反する法律制度の適用を容認する判決によって、公役務概念はその組織的な要素をいちじるしく喪失し、従来の制度的な行政法理論は、より一層その価値を失うことになつたのであつた。

(1) C. E. 1946, 6, 28. *Morand, Sirey*, 1947, III, 19.

(2) 黙示の拒否決定とは、当事者の請求に対して、権限ある機関が四ヶ月以上の間、その請求に応答することなく沈黙を守つた場合

に、この沈黙が棄却の決定に相当する (vaut décision de rejet) ものとみなされることをいい、その当事者は、この四ヶ月の期間の経過した後、この黙示の拒否決定を棄却とみなして争うことができる。広い意味での不作為に対する違法確認の訴の手段として、フランス法で認められてきた制度であって、この制度は現行法上でも存在している。

(3) Corail, op. cit. p. 147.

(4) P. H. note au Sirey, 1947, III, 19. このノートによれば、この判決による区別は、モンブール事件における政府委員セガラの論告が主張する、行政法によって規律される公役務の管理と私法に服する組織の内部作用との間の区別に対応するものである、と云。

(5) Corail, op. cit. p. 178-179.

(6) P. H. note précitée.

#### 四 公役務に参与する組織の行為に行政の権限を否定した判決とその意義

右に述べてきたように、同業組合的な機構ないしは職業団体の行為は、判例上、公法および私法の混合する二元的な法制度に服するものとされてきた。ところで、これらの行為の権限の帰属の決定に際して適用される公役務概念は、その組織的な要素の衰退の点を別としても、もはや昔日の公役務概念とはその意義を異にしている。そして、この点の差異を明白にするために、次に、混合的な性格を有しながらも、多くの点で公法に関連し、法律上公役務に参与させられている機構の行為について、行政の権限を否定したコンセイユ・データの一つの判決を紹介して、その意義を検討してみることにしよう。

このコライユの引用する判決は、一九四八年六月二五日の輸入一般会社事件の判決<sup>(1)</sup>である。この事件は、戦時における国家組織に関する一九三八年七月一日の法律を適用して設置され、一定の範囲の資源の集合および分配についてのすべての活動を国の監督のもとに行なうために構成された全国購買団体 (un groupement national d'achat) に関



論 説

している。この団体の法律的な構造は複雑である。この構造は、まず第一に、法律上一八六七年七月二四日の法律によつて規律される株式会社形式が要求されているので、私法に属するものとして現われる。だが、いくつかの留保が、この初期の性格を全く変質する法文によつて規定されている。この留保は、たとえば、國務大臣のみが、それを要求される情況にあるときには、このような会社の構成を認可することができるか、その団体は行政庁によつて任命された職員によつてのみ設立されることができ、行政庁の同意がすべての未決定の株主 (actionnaire éventuel) に課せられている、というような形で現われ、それらの普通法に抵触する性格は、機能についての原則においては、豊富に見られる。そして、また、他方、この団体は、食糧補給組織 (l'organisation du ravitaillement) に関する一九四一年一月二三日の法律によつて、公役務に参加しているのであった。

この事件は、輸入一般会社が購買団体への加入 (admission) を要求したのに対し、この団体の管理委員会 (le conseil d'administration) がこの要求を拒否したことに基因し、このような拒否決定が行政裁判所に委ねられることのできる法律行為を構成するか否かに関する事件であり、この点について、コンセイユ・デタは、その権限を否認して、次のように判示した。

「一九四一年一月二日の法律の第二条の規定により、それを要求される情況にあるときには、国の一般的な食糧補給に必要な輸入または輸出の活動のような国家的な枠内における購買および売却の商業活動は、商業会社の形式を有する全国購買団体に委ねられることができ、これらの会社が、特に、それらの作用およびそれらの構成員との關係に関する事項において、私法の原則に服するということは、この法文から導き出される。」

この判決の文言は、確かに曖昧であり、どのような見解によつて、行政の権限が否定されたのかについて、明確性

を欠いている。そして、この判決は、当初の評釈においては、その制度の定義を保持する古典的な学説に関連する立場から、この団体の組織が商業的であり私法に服するがゆえに、この訴訟は商事裁判所に提起されるべき事件であり、モンブウル判決とその趣旨を異にする判決として、註釈されたという<sup>(3)</sup>。だが、このような判決の解釈は、コライユによって、次のような強硬な反対をうけている<sup>(4)</sup>。すなわち、コライユによれば、この判決の趣旨は、その団体が食糧補給の公役務に加入しているとしても、この団体の管理委員会による拒否は、それによって創造された法律状況が私法によって規律されるものとして現われるがゆえに、その行為は、職業機構のある種の行為が特徴づける優越的な性格を何ら表示しないがゆえに、行政的な性格を有せず、それに対する訴は、コンセイユ・デタに付託されることができない、という趣旨に解釈すべきである、と説く。そして、このような立場を採れば、この判決においても、行政的な法律行為を定義するために行政判例によって用いられてきた方法は明白に説明されることになり、この判決は、モンブウル事件と何ら矛盾しないばかりでなく、むしろそれを踏襲する判決と言うことができるのであった。

- (1) C. E. 1948. 6. 25. *Compagnie Générale d'Importation*, *Droit social*, 1948. p. 313. ただし、このドロア・ンシアルは参照することができず、また、特異な判決とみなされたためか、ダロースおよびシレイの判例集中にも見当たらないので、すべて、コライユの説くところによった。cité par Corail, *op. cit.* p. 180 et s.
- (2) その例として、たとえば、次のような点を挙げることもできる。まず、この代表取締役 (*les directeurs généraux*)、監査役 (*les commissaires aux comptes*) は、行政の同意をもってのみ任命されること、政府委員が予定され、拒否権 (*un droit de veto*) を有すること、行政的な監督がその基本的な行為について行使されること、などがこれである。
- (3) G. W. note au *Droit social* 1948. p. 313. cité par Corail, *op. cit.* p. 181.
- (4) Corail, *op. cit.* p. 182-183.

以上に述べてきたことから了解することができるように、一九四〇年以降に発生をみた新たな同業組合的な機構の行為は、判例上、公法と私法との錯綜した混合的な法律制度に服し、この状態は、職業団体の行為にその領域を拡張されて、現在の判例に受け入れられている。そして、この分野におけるある数の判例が、その審理権の帰属の決定に当って、公役務の標準に依拠しているとしても、この場合の公役務概念は、もはや昔日の伝統的な公役務概念ではありえない。この差異は、その組織的な観点の稀薄化の点において顕著であり、行為の行政的な性格は、かつてアールによって主張されたように、その行為者の資格ないしはその行為者の法律的性格を第一の要件として、決定される<sup>1)</sup>ことができない。これらの場合に判例によって援用された公役務概念は、その機能の権力的な性格、および一般的な利益の性格に依拠したいわゆる機能的、客観的な公役務概念である。そして、このような公役務の表現は、それが余りにも広汎な曖昧かつ多岐な意味を有する結果、現実に混乱を惹起する危険性が存するばかりではなく、他方、また、現行の行政判例においては、たとえばモラン判決によって示されるように、公役務に際して遂行されているが、行政的な性格を有しない行為も存在する。このように、第二次大戦によって新たに発生したこの同業組合的な機構および職業団体の行為の分野においても、公役務概念と行政制度との関連は薄れてゆく傾向にあり、ロバードルの主張するように、モンブウル判決などにおいて、これらの機構の行為が公役務を構成する範囲内において行政裁判所に帰属しているとの事由をもって、これらの分野の訴訟制度において、「公役務概念は、一方で、行政裁判所の権限の一つの名義を構成し続けると同時に、他方において、この概念は、この(行政裁判所の)権限の一つの必要条件であり、その限定に役立つ<sup>2)</sup>」ものと、もはや言い切ることができないような事態にあるのであった。

それでは、このような公役務概念との関連の稀薄化によつて、この分野における行政行為または行政裁判権の適用の基準は、どのような標準に求められるべきであらうか。その標準は、ド・ソート(De Soté)ならびにコライユが説いているように、その行為が創造する普通法外の状況、その行為が使用する公法の手続に置かれていとするのが、最も適当であるように思われる。このような普通法外の状況ないしは公法の手続の標準は、これらの機構によつて惹起された損害賠償責任の領域、およびこれらの機構の職員の法的な地位の分野においても、同様に妥当する。そして、このモンブル判決に始まる一連の判決によつて、行政制度の適用の標準として、公管理の概念が確信され、この公管理と私管理との対置の結果、行政機構は正常に法律制度の二元性に服するものと考えられるようになり、その行為者の性質に依拠する制度的な性質決定は、不十分なものとされるに至つたのであつた。

右のように、現在のフランスにおいては、行政機構に直接的に帰属しない戦時中の同業組合的な機構および職業団体の行為に行政行為の性格を付与し、それらの行為に関する訴訟に、わが国の抗告訴訟に当る越権訴訟の手段の利用をある事項について容認している結果、その組織的な要素の役割が重要性を失い、ある意味では、その重点が行為の権力的な性格に移行しているようにも見える。そして、たとえば、この職業団体の行為に関する訴訟が、民事訴訟に属するか行政訴訟に属するかの問題は、わが国においても、弁護士会による弁護士の懲戒についての事例などに関連して、発生することができる。この点のわが国の実定法における解釈については、この論稿の目的から離れるので別の機会に譲るとしても、フランスにおいて、このような職業団体の行為に行政的な性格を容易に付与することができ、その判例がこの方向に踏み切ることができたのは、このような団体の作用を、国の役務、すなわち公役務と考えることを許容する機能的な公役務概念が存在していたという事実にかなり影響されているであろうことは、想像に難くない。

いように思われる。このように、在来の公役務概念は、その行政制度との関連の点において、その意義を失いながらも、他の点において、その無形の効果を判例に及ぼした、と考えられるのであった。

- (1) Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, p. 62-63.
- (2) Laubadère, *Traité élémentaire*, 2<sup>e</sup> éd. p. 292-293.
- (3) De Sote, *Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique*, *Etudes et documents*, 1952, p. 66-70, Corail, *op. cit.* p. 184-185. コライは「行政行為を「行政に緊密に依存する一の法人によって発せられ、公法の状況を生じさせる行為(acte qui donne naissance à une situation de droit public)」と定義している。
- (4) Corail, *op. cit.* p. 195-196.
- (5) たとえば、弁護士法第五六条以下による懲戒手続、特にその第六二条により東京高裁に出訴される訴がその例であり、この訴が異議申立および出訴期間の制限などの外形的に行政訴訟と類似する規定を置いているので、この訴が民事事件と行政事件とのどちらの訴訟に属するのかは、充分に問題がある。ただし、この弁護士の懲戒に関する訴は、フランスでは、制度上、明文の規定で、控訴院に提起される民事事件とされているようである。
- (6) したがって、このような訴の帰属の問題についてのわが国の実定法の解釈においても、このような団体の作用を、公役務概念に見られるように、国の役務として考えることができるか否かが、その解釈の一つの問題点となりうるであろう。

#### 第四節 国有化企業の発生と公役務理論

##### 一 国有化企業の発生

公役務概念の第三の危機は、第二次大戦による解放後の一九四四年以降にその発生を見た国有化企業(les entreprises nationalisées)の発展に基因する。この国による企業の経営は、第二次大戦前においても、兵器製造所および鉄道などにその事例を見ることができた。だが、一九四〇年以前においては、これらの企業は、純粹に国営化されているか、

または公役務の特許の手續に依拠しており、この意味において、行政法上に新らたな問題を投げかける制度ではなかつた。

ところで、一九四四年以後に出現した国有化企業は、右のような伝統的な行政法による企業形態をもちや維持するものではない。一九四四年以後の企業の国有化は、ワリヌの表現を借りるならば、「あるいは監督を、あるいは資本家的な利益を、それぞれ除去するための変遷」<sup>(1)</sup>に対応する。すなわち、この国有化企業の理念は、一方において、私的資本の役割を排除して、企業の管理を一般的な利益に置きかえると同時に、他方、この企業を国営化(étatiser)することなく、その経営を直接国に帰属させず、国から分離することにあり、この明白に矛盾する二つの点の調和が、国有化企業の基盤に存在する。<sup>(2)</sup>このように、この国有化企業においては、第二次大戦前の国营企業と異なり、国とのその組織的な結合は、十分に強固なものではありえない。そして、これらの国有化企業は、公権力からの独立を享有して、一般に私企業のように作用するとともに、他面、時折、公権力を受託されていることがあるなど、<sup>(3)</sup>この企業の性格は明白性を欠き、したがって、この国有化企業の出現は、それ以前の行政法においては全く見られなかつた制度を、現実に発生させたのであつた。

この国有化企業の分野に帰属するものとして、現在のフランスにおいては、次のような企業が存在する。一九四四年の仮政府 (Le Gouvernement Provisoire) は、まず第一に、ノール県およびパ・ド・カレの炭坑 (Houillères du Nord et de Pas-de-Calais) の国有化を、ついで、一九四五年に、ルノオ工場 (usine Renault)、グノームおよびローヌの発動機会社 (La société des Moteurs Gnome et Rhône) および航空運送<sup>(4)</sup>について実現した。さらに、仮政府の後をうけた国民議会は、この国有化の範囲を広大な経済的な分野に拡大し、フランス銀行および大銀行、ガスおよび電気、大保険会社、

説 論

全部の炭坑、および占領下において作業していた新聞刊行物出版企業 (La société nationale des entreprises de presse)<sup>(5)</sup> の国有化を達成した。このように、この国有化企業の名称のもとに包括される企業の内容は多岐に富み、これらの国有化企業中には、従来から公役務とされてきた企業(電気およびガスの生産ならびに配分)、公役務と類似の地位にあった企業(郵業)、および純私企業とされてきた企業(その他の企業)のそれぞれ性格の相異なる企業が包含され、それに適用される法律的な規定も、各企業について一定してはいない。したがって、本稿の目的とする論点からやや離れはするが、この分野における公役務概念の役割を理解しうるためにも、次に、これらの企業をめぐる複雑な法律制度を検討し、その制度の概況を簡単に紹介してみることしよう。

- (1) Waline, Les nationalisations, Droit Social, 1945, p. 84, cité par Corail, op. cit. p. 233.
- (2) Corail, op. cit. p. 234, Houin, La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial, Archives de philosophie du droit, 1952, p. 80. (La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique.)
- (3) Corail, op. cit. p. 237.
- (4) この企業は、後の一九四八年の法律によってフランス航空公社 (La Compagnie nationale Air-France) となり、現在に至っている。
- (5) 通常 S.N.E.P. と略称されている企業がこれである。
- (6) Corail, op. cit. p. 235.

二 国有化企業をめぐる法律制度の概況

先にも述べたように、この国有化企業を特徴づける国有化 (nationalisation) の制度は、資本家的な経営と国営化とを、同時に排除することをその理念としている。だが、その制度の創設以後数年の期間が経過すると、この国有化の意義は、一の追憶 (un souvenir) にすぎなくなる傾向もあり、このような当初の観点が消失し、これらの国有化企

業をより広大な公企業の範疇に吸収しようとする動きも観取される。そして、この国有化企業に関する法律制度は、一面において、この国有化の理念の尊重を残置すると同時に、他方において、それとは全く別個に、国の権利の必然的な防禦の考え方が反映され、この制度は、一般的に言って、このように全く妥協しがたい二つの傾向の均衡の上で立って、立法上に規定されている現状にあるのであつた。<sup>2)</sup>

それでは、この国有化企業に関する法律制度は、具体的に、どのように構成されているのであろうか。このような国有化企業について、まず、一九四六年一〇月二七日の憲法の前文の第九項<sup>3)</sup>は、暗黙に、それらが公役務に帰属することを容認し、学説も、たとえばルノオ工場にまでこの公役務の資格を付与することができるかについて一部に異議が見られるとしても、<sup>4)</sup>一般的に、これらの企業が公役務であることを肯定している。だが、この場合の公役務の概念の意味は曖昧であり、リヴェロも指摘しているように、この公役務の資格の付与は、もはや、何らの意義をも有するものではない。<sup>5)</sup>また、これらの国有化企業に対して、法律によつて付与された企業の外形も、はなはだ多岐に富んでいる。たとえば、銀行および保険企業は国が単一の株主である会社としての形態をとり、ルノオ工場および新聞刊行物出版国有会社は商工業的施設 (*établissement de caractère industriel et commercial*) として、電気、ガスおよび鉱業は公施設として、それぞれその性質を決定されており、さらにフランス航空に至つては、その一部の株式の所有を私的資本に留保している単なる会社にすぎない。<sup>6)</sup>このように、これらの国有化企業は、そのあるもの、たとえば銀行および保険企業について言えば、株式会社の地位を保有し、他のもの、すなわち、電気、ガス、炭坑、ルノオ工場および新聞刊行物出版企業国有会社については、株式会社と類似の地位にあり、これらの国有化企業は、そのかなりの分野において、商人とみなされ、商事法の規定ならびに慣行 (*usages*) に服している。<sup>7)</sup>そして、この会社方式の適用と商



説 事法への服従の点は、国営化の排除を目標とする国有化の理念の一の表明であつたのである。

論

この国有化の理念による影響は、これらの国有化企業の管理機関の制度に関して、かなり修正された形で受け容れられている。これらの国有化企業の管理は、一般に、国、その職員およびその利用者の三者よりなる管理委員会(Le conseil d'administration)と、その企業の最高位者の資格を有し、通常国によって任命される理事者(les directeurs)との二つの機関によって運営され、商法上の株式会社形式を明白にする保険、銀行およびフランス航空会社については、それに総会(les assemblées générales)が関与する。そして、これらの企業の管理についての法律制度は、国の機関としての理事者に依存する解決と広汎な自律権をそれらの企業に付与する解決との間に矛盾した形で現われ、その国に対する依存度およびその自律性の程度は、国の機関である理事者と国有化の理念に合致する管理委員会との間の権限分配の問題に関連し、前者の権限が優越している場合には、国に対する依存度が強く、後者の権限が優越している企業ほど、その自律性が強い。そして、この点に関する立法は、たとえば、商業的な性格が強い筈のように思われるルノオ工場の場合に、理事者の権限が管理委員会の権限に優越しているなど、その間に統一性を欠き、かなりの矛盾を各企業間に生じている現状である。そして、これらの国有化企業の管理機関などに関する法律制度の不統一を修正するために設けられた一九四八年二月三十一日の公企業の状態に関する案(Le projet de statut des entreprises publiques)は、この点について、これらの国有化企業をAおよびBの二種に分類し、一般的な利益の役割を経営し法律上または事実上の独占および半独占の形態をとるAに属する企業については、理事者にその基本的な役割を授与し、管理委員会をその補助的な機関とし、その作用が私人と競合するBに属する企業については、株式会社についての普通法が適用され、管理委員会の役割は公企業上級委員会(un Conseil supérieur des entreprises publiques)に留保される旨が規定

されている、という。<sup>(10)</sup>このように、現在のフランスの国有化企業に関する法律制度は、その修正の動きを見せながらも、国有化の理念と国の介入の二つの相反する要素の上に立って、充分に統一されないうままに、各企業ごとに、構成されているのであった。

右に述べてきたように、今日、フランスにおける国有化企業の法律制度は、かなり錯綜した形で規定されている。そして、これらの企業についての公役務の性格も充分に明確なものとはいえない。だが、それはそれとして、次に、右のような法律制度に服するこれらの企業の出現によって、公役務概念に基づく従来の行政法の理論が実定の法制度上にどのような修正および影響を蒙ったのかについて、検討を加えてみることにしよう。

- (1) Rivero, *Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif*, Archives de philosophie du droit, p. 148-149.
- (2) Corail, *op. cit.* p. 239.
- (3) この前文の第九項は、次のように規定されている。「その運営が、国家的公役務または事実上の独占の性格を有し、または、その性格を取得したすべての財産、すべての企業は、社会の所有にならなければならない。」
- (4) たとえば、ロバデルは、国有化企業が公役務を構成するのは、その活動が、私的創意の不充分さに備えて、集団的な利益の満足のために国によって行なわれた場合のみであって、産業的な公企業は行政の一つの私企業にすぎず、したがって、国有化は公役務と同義語ではないと述べ、ルノオ工場のように、かつて所有者に対する制裁の名義で (à titre de sanction) 国有化された企業は、もはや公役務ではならぬと云う。Laubadère, *Traité élémentaire*, 2<sup>e</sup> éd. p. 543.
- (5) Rivero, *op. cit.* Archives de philosophie du droit, p. 154.
- (6) Corail, *op. cit.* p. 236.
- (7) Houin, *op. cit.* Archives de philosophie du droit, p. 79 et s. なお、この国有化企業に対する商法の規定の適用の内容については、田中昭「フランスに於ける公企業」比較法研究一七号、一九頁以下参照。

(8) この理事者の任命の態様も種々な手続をとる。その手続として、たとえば、純粋な任命手続によるもの(ルノオ工場)、その任命のために管理委員会の勧告または提案を必要とするもの(フランス電気、フランスガス、石炭および炭坑)、管理委員会によって大臣に提出されたりリストによって選択されて任命されるもの(新聞刊行物出版固有会社)、および若干その任命の方法を異にするものとして、管理委員会の構成員の間から選択され、この委員会の提案によって任命されるもの(フランス航空)の各種がある。

(9) この理事者と管理委員会との権限の優劣関係については、その企業を次の三つの類型に分けることができる。すなわち第一に、理事者が優越性を示している企業(ルノオ工場、新聞刊行物出版固有会社)、第二に、行政的な性格が殆んど与えられておらず、普通法が企業に一般的に適用され、国の権力は理事者の任命または同意にかぎられている企業(銀行および保険企業)、第三に、管理委員会が優越性を示している企業(電気、ガス、鉱業燃料企業)の三種のものが存在する。

(10) Corail, op. cit. p. 238-251.

### 三 国有化企業の行為と公役務理論との関連

右に述べたように、これらの国有化企業に関する法律制度は、かなりの範囲において商事法の規定に服し、これらの企業の作用は、商業的な性格を強度に保有する点において、先述した国の商工業的役務の作用と類似している。さらに、これらの国有化企業は、先の商工業的役務が国に緊密に依存しているのに反し、その大なる部分において国と別個な機関によって管理されている点において、国の商工業的役務との間に差異を生じている。したがって、これらの国有化企業は、国の商工業的役務に比して、行政とのむすびつきがより一層稀薄であり、これらの企業の行為に対して私法が大幅に適用されるであろうことは、先述した商工業的役務への私法の適用領域の広汎さを考え合わせれば、容易に首肯できるであろう。

このように、この国有化企業に関する法律制度は、極めて広汎に私法の規定の適用をうけ、これらの企業についての訴訟は、極めて一般的に司法裁判所に帰属する。そして、これらの企業に対する大幅な私法の適用は、たとえば、

一九四八年三月一六日のコンセイユ・デタの勧告が、「国有化企業の財産は、立法者の意図において、国の私産(Domaine privé)の部分を構成するものとみなされなければならない」と解答していることから、明瞭に推察することができる。だが、これらの企業の私法への服従は、決して純粹かつ単純なものではない。他方において、これらの企業に関して、公法の規定が適用され、その訴訟の審理が行政裁判所の権限に属する場合もまた並存し、その一例として、たとえば、一九四七年のコンセイユ・デタのジャリジョン事件(Jarrigon)の判決を挙げることができる。この事件は、フランス国有鉄道会社(Société Nationale des Chemins de Fer Français)の管理委員会の一構成員が、鉄道のストライキの主導者となつたために罷免されたのに対して、越権訴訟の方法で出訴された事件であつたが、この判決において、コンセイユ・デタは、この罷免決定は一つの行政行為であるとして、その訴訟を受理することができるものと判示した。この判決は、リヴェロが註釈しているように、管理委員会の構成員のストライキへの介入という例外的な状況(circonstances exceptionnelles)により、行政的な性格をこの事件に付与するものである。そして、このように、例外的な場合にかぎって、判例は、これらの企業についての訴訟に、行政の権限を容認しているのであつた。

この広汎な私法への服従と部分的な公法の適用とは、また、これらの企業の行政契約の使用に関する事例に明確に反映されている。この分野において、当初の一九五〇年のコンセイユ・デタの判決は、フランス電気とその利用者との間の契約の一方的な破棄について争う訴訟において、「フランス電気は立法者によって付与された商工業的な性格によると同時に、それらの性質によって、このような契約が私法によって規律されるということは一定している、」と判示し、国有化施設について、行政契約の使用の可能性を全く排除するような見解を示した。だが、その後の判決において、コンセイユ・デタは、「役務の作用の特別の条項または特別の条件が存在しないかぎり」という国の産業的役

務に関する行政契約において使用してきた慣例的な文言を国有化企業分野に再生して導入し、これらの企業の契約に私法契約の排他性を容認しかねない先の判決によって示された態度を修正して、行政契約の締結される余地を肯認したのであった。<sup>10)</sup>

右のように、これらの国有化企業に関する法律制度は、広汎な私法の適用を容認し、私法と公法との混合的な法制度に服している。ここにおいて、公役務概念は、権限の分配に関して、もはや何らの役割をも果すものではなく、行政法の基礎的概念としての統一的な意義を失っている。そして、判例は、いまだに、ある点において、これらの企業に、公役務概念から由来する原則の忠実な適用を示しているが、<sup>11)</sup>これらの企業の全体に一般的に公役務の性質を認める結果、これらの企業に関する公役務概念はその意義が不確実となり、これらの企業の制度を具体的に決定してゆくとときには、この概念を借りるまでもなく、同一の結果に到達することができるのであって、この公役務概念は、これらの企業に関する場合、ほとんど重要性を有しないものとなつてきているのであった。<sup>12)</sup>

この国有化企業分野における公役務概念の役割の喪失は、他方、公役務理論に依拠する従来の伝統的な行政法の諸概念に、その影響を及ぼした。まず第一に、これらの国有化企業に関する訴訟が行政裁判所の権限に属し、または、これらの企業に一般の私法と異なる取扱いが見られることがあつても、このことは、ドラゴおよび若干の判例が主張しているように、これらの企業が公施設の資格を付与されているからではない。これらの経済的ないしは商業的な公施設は、大幅に私法の適用をうけ、その訴訟が司法裁判所に帰属する場合は極めて多い。したがつて、公施設は必ずしも行政法の適用を惹起せず、この新たな企業の出現によつて、この伝統的な公施設の性質は、もはや名目的な価値を有するにすぎなくなつたのであった。<sup>13)</sup>

この国有化企業の発生の第二の影響は、従来の公産と私産との区別による財産制度 (la régime de la domanialité) について現われる。この公産の制度は、もはや国有化企業の財産には適合せず、先述した一九四八年三月一六日のコンセイユ・デタの勧告によれば、国有化企業の財産は国の私産に該当する。だが、この私産を構成するこれらの企業の財産が常に私法に服するとはかぎらない。この点は、これらの財産の譲渡の禁止 (l'inaliénabilité) および差押の禁止の可能性 (l'insaisissabilité) について問題とされ、その差押の可能性に関しては、特に新聞刊行物出版国有会社の財産について、この企業が公施設であるがゆえに普通法の執行方法から除去され、その財産は差押えることができないとする判決<sup>(16)</sup>と、この企業はすべてについて商業的な企業の性格を有するものであり、その財産は差押えることができるとする判決の二つの対立した傾向を、控訴院の判決中に出現させた<sup>(17)</sup>。そして、破毀院は、一九五一年の判決において、この新聞刊行物出版国有会社が公施設の性質を持たず、利得を目的とせず公役務を管理し、ある種の公権力の特権を保有することを理由に、その財産に対する差押決定を違法と判断した<sup>(18)</sup>。この財産の差押の禁止は、新聞刊行物出版国有会社に限定されるか、それともすべての国有化企業に拡大されるかについて、見解の差異はあるが<sup>(20)</sup>、この判決によって、少なくとも公産に属しない財産に一般の私法の適用が排除されることになり、したがって、従来の公産と私産との区別によりその法制度の適用を決定しようとする理論は、国有化企業については、必ずしも妥当することのできないものとなったのであつた<sup>(21)</sup>。

この国有化企業の出現による第三の影響は、特許の制度に波及する。これらの国有化企業に関する法律制度は、特に電気およびガス企業と地方団体との間の契約関係において、特許の制度を借用した。だが、この特許の制度は、従来の特許が公法人と私人との間に存在し、特許権者はこれらの公法人によって自由に選択されることができたのに反

説 論

し、国有化企業の場合においては、私人とは言いがたい企業が特許権者となる関係上、適法な独占を授与される特許権者が法律によって地方団体に対してあらかじめ決められており、さらに、この二者の関係は、従来の特許が不平等関係の契約であつたのに反し、国有化企業に対する特許は、この者のいずれもが公権力の所有者であり一般的な利益の名目で作用する関係上、むしろ法律的に平等の立場に立つことになる。したがって、国有化企業分野においてはこの特許の制度は、従来の形式を踏襲しながらも、その内容をいちじるしく異にするものとなつたのであつた。<sup>(23)</sup>

以上に述べてきたように、公役務概念ないしはこの概念に基づく伝統的な行政法理論によつては、もはや、国有化企業についての法律制度を説明することができず、この公役務概念は、この分野において、ほとんど法律的な結果を生じさせてはいない。これらの企業の作用について、公法と私法との適用分野を精密化するのは、公役務の何らかの概念ではない。それでは、この適用分野を決定する標準は、何に求められるべきであろうか。この点について、コライユは、この区別の標準は、公管理と私管理の区別、すなわち、行為、状況または関係の優越的な性格によるものとし、「国有企業の法律制度は、何よりも、この企業の活動が生じさせる法律状況の分析によつて定義される、<sup>(24)</sup>と主張する。そして、この見解は、先述した一九五〇年のアルバ・ラ・スウルス事件の判決において、純粹な特権、公権力の行使を構成すると考えられるようなフランス電気企業の一方的な契約の破棄について、これを私法契約とし、行政裁判所の権限を排除している点などの例外が存することを容認しながらも、<sup>(25)</sup>リヴェロによつて一般的に受けいれられるのは、各々の訴訟において討論の対象とされている法的状況の性質である、と説明されているのであつた。<sup>(26)</sup>

- (1) Drago, Les crises de la notion d'établissement public, p. 85-86.
- (2) Laubadère, Traité élémentaire, 2<sup>e</sup> éd. p. 607-608.
- (3) Avis du 16 mars 1948. C. E. (section des travaux publics), Sirey, 1949. I. 77.
- (4) C. E. 1947. 4. 18. jarrigion, Sirey, 1948. III. 33.
- (5) この事件の内容は次のとおりである。すなわち、職員代表者としての資格でフランス国有鉄道会社(通常 S.N.C.F. と略称される)の管理委員会の構成員であった原告ジャリジョン氏が、作業を停止し、転轍器操縦(angillage)のポストを占拠することを職員に勧誘する一つの小冊子(tract)に署名し、鉄道における罷業運動の主導者となったために、デクレによって、その委員の職を罷免された。この措置に対して、原告は越権訴訟を提起したところ、コンセイユ・ナタは、一方で、原告の地位の観点から、国有化企業の一委員を罷免する決定は、越権訴訟を受理しうる一の行政行為であるとして、その訴の適法性を認め、他方、公役務理論の基礎に基づいて、その免職処分は正当性を容認し、原告の請求を棄却したのであった。
- (6) Rivero, note au Sirey, 1948. III. 33. リヴェロは、この評釈において、国有化会社の委員は、先存するどのような法律的なインでも正確に類似してはならないので、全く新しい問題について判示するものであることを述べた後で、この判決において、コンセイユ・ナタは、公役務の継続性(continuité)の原理に忠実である、と批判している。
- (7) C. E. 1950. 6. 16. Soc. Alba la Source, Sirey, 1951. III. 72.
- (8) フランス電氣に関する一九四六年四月八日の法律は、その第一九条第二項において、その期限が一九四八年一月一日をこえる民事および商事の契約は、どのような性質のものでも、この日までの間に解除されることが出来る旨を規定し、フランス電氣に、このような一方的な契約の解除権を付与している。
- (9) この判決は、この文に続けて、次のように判示している。「それら(の契約)から生ずる紛争は司法裁判所に帰属し、フランス電氣が、それに関する契約を破棄するために、一九四六年四月八日の法律の第一九条の定める権利を用いたとしても、この状況は、上述の契約の法律的な性質を修正し、攻撃された決定に行政行為の性格を付与する効果を有せず、現在の訴訟を審理することは、司法裁判所にのみ帰属する。」
- (10) Laubadère, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. I, p. 63, note (8).
- (11) たとえば、先述のジャリジョン判決による公役務の継続性の原理によるストライキの禁止などの例が、これである。
- (12) Rivero, op. cit. Archives de philosophie du droit, p. 154.



- (13) Drago, op. cit. p. 200 et s. ただし、この点のドラゴの主張は明確性を欠いている。そして、彼も、他の判決の評釈中では、国有化施設は、国との関係において公法に服するが、それらが、経済的な機能を遂行しようとするとき、私人と契約し、私人として行動するときには、それらは普通法に従うと述べ、これらの企業で、私管理の概念の適用を認めている。Drago, note au Sirey, 1949, II, 89.
- (14) たとえば、後述する新聞刊行物出版国有会社の財産の差押の禁止に関する判決、註①参照。
- (15) Rivero, op. cit. Archives, p. 151-152 et p. 156-157.
- (16) Paris, 1948, 12, 22, Sirey, 1949, II, 89, Dalloz, 1949, J. 235.
- (17) Drago, note au Sirey, 1952, I, 125. この企業の財産の差押の可能性を認めた控訴院判決として、ドラゴが引用している判決は次のとおり。Lyon, 1948, 7, 13, J.C.P. 1950, II, 5290, Aix, 1949, II, 30, J.C.P. 1950, II, 5245.
- (18) Cass. Civ. 1951, 7, 9, Soc. nationale des entreprises de presse, Sirey, 1952, I, 125.
- (19) この判決の全文を引用すると次のとおりである。「公金(les deniers publics)は差押えられないことができない。一八六二年五月三十一日のナクレの第一条は、この性格を公施設の金員に認めた。一九四六年五月一日の法律が、新聞刊行物出版国有会社に民事的な人格と財政的な自立とを保有する商工業的な性格を付与し、財産および会計の管理の事項において、商工業的な会社における債権の諸原則に服させているとしても、この法律および新聞刊行物出版国有会社の組織および作用のための命令を定める一九四六年六月一六日デクレの規定の全体は、これ(会社)が一の公施設を構成することを確信させることができるものである。実際、それは商事会社から全く区別され、どのような利得をも目標とするものではなく、公役務の管理を確保している。それは、ある数の公権力の特権、特に執行状の方法によって (par voie d'actes exécutoires) その債権を取り立てる権能を授与されている。最後に、その作用および管理は、国の側の厳重な監督に服し、その会計は、会計検査院の適合の宣言 (une déclaration de conformité) の対象となっている。したがって、……賠償の支払いをうけるために……新聞刊行物出版国有会社が負担すべき額について、……実行された債権の差押 (la saisie-arrière) を有効とする攻撃された決定は、先に標準とした法文に違反する。」
- (20) ドラゴは、この判決は、新聞刊行物出版会社の枠をこえ、国有化企業の法律的性格および制度の理論を樹立する基盤である、と主張する。Drago, note précitée. これに対して、コライユは、この判決は、一般的な範囲をもって他の企業に拡張されるべきではなく、新聞刊行物出版国有会社の最も強い行政的な性格によるものであって、極めて制限的に解釈されるべきである、と説いてみる。Corail, op. cit. p. 319-320.

- (21) Rivero, op. cit. Archives, p. 159-160.
- (22) Rivero, op. cit. Archives, p. 158.
- (23) Corail, op. cit. p. 331-332.
- (24) Rivero, op. cit. Archives, p. 162.
- (25) Rivero, op. cit. Archives, p. 155.

#### 四 ち す び

右に述べてきたように、この一群の国有化企業の発生によって、公役務理論および公役務概念に基づく行政法理論は、いちじるしい打撃を蒙った。この公役務概念の衰退は、確かに、国有化企業の出現によって、初めて見られる現象ではない。同様の傾向と危機は、国の商工業的役務についてかなり早くから観取され、この国有化企業の制度は、すでに口火を切られていた進化を拡大しかつ深刻化し、この制度の影響は、ある面においては、そのときまで穏和であつた領域に動揺を生じさせ、他の面では、先存した危機を明示しかつ増大させたのであつた。<sup>(1)</sup>

このように、第二次大戦の勃発後に生じた新しい制度は、すでに第二次大戦前からその徴候を見せていた公役務概念による行政法の体系化の欠陥を具体的な形で明示した。それは、国の商工業的役務の拡大、国の監督または介入のもとで公益目的を実現する機構の出現、および国有化企業の発生などによって、公益と私益との混同が見られ、古い自由主義的な基盤に立つ行政法の構造が、新しい経済的社会的な進展に充分に即応しえなくなったことを意味する。そして、この意味で、フランス行政法は、何らかの形で、従来の伝統的な基盤の修正を余儀なくされ、現在一の転換期に直面していると言ふことができるのであつて、その動向は、極めて注目し値するものがある。

(1) Rivero, op. cit. Archives, p. 149.