

## 論 説

# 「フランス公役務の危機」の構造

## ——国家独占の論理と EU 法——

大 橋 麻 也

序言

第 1 章 経済活動における公役務

第 1 節 公役務理論の古典的形態

第 2 節 公役務の経済活動への関与

第 2 章 国家独占としての公役務

第 1 節 公役務の支配的地位

第 2 節 ヨーロッパ域内市場と公役務

結語

## 序言

## 1 問題提起

本稿は、ヨーロッパ統合を契機に議論されている「フランス公役務の危機」の問題について、法的構造の面から分析を行うものである。<sup>(1)</sup>フランス

---

(1) 経済への公的関与の側面から公役務概念の変遷過程を分析するという本稿の趣旨とはかならずしも一致しないが、公役務概念一般に関する邦語文献として、さしあたり以下のものを参照。椎名慎太郎「公役務概念について——その生成・発展・衰退過程のイデオロギー論的分析を中心に」法時52巻10号114頁以下（1980年）、今関源成「公役務理論の変遷（ノート）」早法59巻1-3号29頁以下（1984年）、晴山一穂「フランス『福祉国家の危機』とフランス公役務の行方」法時70巻3号38頁以

は、公役務という法的形式を通じて経済への公的関与を行い、戦後復興に始まる「栄光の30年」(1946-1975)の時期には基幹産業における国家独占を形成するに至った。しかし、石油危機以降、フランスの独占的公企業は産業イノベーションに苦戦し、マーストリヒト条約以降はEU法の圧力下に改革を迫られている。フランスにおける国家独占の存立と運用はいかなる法理のもとにおかれてきたのだろうか。また、その法理はいかなる点でEU法と衝突しているのだろうか。

「フランス公役務の危機」というフレーズは、1999年に刊行されたジャン＝マリ・レノー [Jean-Marie Rainaud] 氏の著書の表題として用いられたものである<sup>(2)</sup>。同書の中でレノー氏は、第三共和制の思想的支柱として考案された公役務理論が、行政活動を理論的に説明する概念として定着し、その拡大を正当化する役割を果たしてきた点を説明した上で、1980年代以降、フランス公役務はヨーロッパ共同体の論理との対立のゆえに問題視されていると指摘する。

1986年の単一ヨーロッパ議定書により輪郭を描かれ、1992年のマーストリヒト条約において定式化されたヨーロッパ域内市場の形成は、同時に、域内の経済活動の競争原理への全面的移行を要請した。従来、公役務の任務を担うことを理由に国内法上独占を認められていたフランスの公企業は、共同体法においては、私企業の場合と同様に、その支配的地位の濫用を制裁すべき一個の経済主体にすぎない。また、共同体法は、公企業に対して加盟国が独占権を新たに付与しまたは継続的に付与することを禁止する。この規定を具体的に適用するため、共同体は、エネルギー、輸送、通信の部門における公企業独占を解体するべく数々のEC指令を制定してい

---

下 (1998年)、大藤紀子「フランスの公役務概念に関する一考察」経済と貿易178号73頁以下 (1999年)。また、公役務の編成段階で問題となる行政契約とEU法の関係について、飯島淳子「フランス行政契約論の展開～公役務編成権をめぐるEU法との“攻防”～」日仏法学26号1頁以下 (2011年)を参照。

(2) J.-M. Rainaud, *La crise du service public français*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1999.

る。その結果として、フランスの公権力が公益とは何かを決定しそれを担保する唯一の主体として経済に関与する口実としては、公役務概念はもはや機能しなくなった、とレノー氏は評価している<sup>(3)</sup>。これが「フランス公役務の危機」と呼ばれる現象である。

レノー氏の上記の著作は1999年に刊行されたものであるが、そこで用いられている、共同体法の論理との齟齬という文脈でフランス公役務の現代的状況を考察するという方法は、今日においても妥当するものと思われる。2007年に公にされたマルティヌ・ロンバルド [Martine Lombard]<sup>(4)</sup>氏の著書、『精神分裂のフランス』は、規制撤廃の過程で露呈したフランス政府の公企業政策の欠陥、とりわけ改革に関する情報の国民に対する秘匿と公企業の経営改善における無為無策とを批判したものであるが、ここにも、レノー氏の著書と同様、ヨーロッパ共同体の自由化の論理の前に動揺するフランス公役務制度の実態が指摘されている。公役務の改革は、それが経済上の国家独占を対象とするものであるだけに政治的・経済的な問題を内包しているようである。

## 2 研究方法

本稿が主題とする「公役務 (service public)」とは、フランス行政法の伝統において、行政警察 (police administrative) と並び行政庁の任務を表象するものと考えられている概念である<sup>(5)</sup>。その現代的定義として受け入れられているところをひとつ例に取れば、公役務とは、「公法人が、全体的利益に属する需要 (besoin d'intérêt général) の充足を自ら実行または自己の監督下にこれを委任することを内容とする、行政活動の一形態」をい

(3) *Ibid.*, p. 119.

(4) M. Lombard, *L'État schizo*, JC Lattès, 2007.

(5) J. Waline, *Droit administratif*, 23<sup>e</sup> éd., coll. « Précis », Dalloz, 2010, n° 345 ; P. Delvolvé, *Le droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., coll. « Connaissance du droit », Dalloz, 2006, p. 37.

(6) Waline, *op. cit.*, n° 362. この他に、公法人の決定権を強調した定義の例とし

う。それは、一方では国家全体の利益を図るための活動（国防、警察、外交、裁判、財政の活動に代表される、いわゆる「国王に属する〔権力的〕役務 (services régaliens)」) を意味し、他方では、拡張的に、国家を構成する各個人の需要を満たすための活動を意味する。後者の場合において、個人は、行政の利用者 (usagers) として行政活動から直接的に便益を得ることになる。このとき、行政活動は、金銭的対価と引き換えに財またはサーヴィスを利用者に供給するという、私企業に匹敵する機能<sup>(7)</sup>を示す。前者はふつう行政的公役務 (services publics administratifs) と呼ばれ、後者は商工業的公役務 (services publics industriels et commerciaux) によって代表される。

フランス公役務が「危機」に直面している根本的原因は、それが、企業の側面をもって特徴づけられるほどに経済活動上での展開を示してきたこと<sup>(8)</sup>にある。そして、ヨーロッパ統合を契機に公役務制度が取り沙汰される

---

て、「全体的利益に属する給付 (prestations d'intérêt général) を、それを必要とする者すべてに提供するために、公法人によって定義され編成される任務」(D. Truchet, *Droit administratif*, coll. « Thémis », PUF, 2008, p. 329) というものも示されている。

(7) Waline, *op. cit.*, n° 363. なお、戦後の計画経済の時期には、公役務の任務を有する独占的公企業（フランス国鉄、フランス電力、フランスガス）が「新たな政治情勢における設備近代化、経済復興、社会的不平等の軽減の『尖兵 (fer de lance)』」となったとする指摘がある。M. Long, *Service public et réalités économiques du XIX<sup>e</sup> siècle au droit communautaire*, RFDA 2001. p. 1163.

(8) 第二次世界大戦後の国有化から生じた公役務による基幹産業の支配体制は、フランスでは他のヨーロッパ諸国（英独伊など）に比べて長期にわたり温存された。Lombard, *op. cit.*, pp. 15-16. なお、経済領域に限らず一般的な視点から公役務概念の有用性が論じられたことはこれまでもあったが、解釈論的立場から行政法の外延の画定基準としての公役務概念の破綻に言及する最近の文献として、G. Bigot, *Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif*, RFDA 2008. 1. また1970年代には国家の正当化イデオロギーとしての公役務概念の機能不全について議論が展開されたが、その代表的なものとして、L. Nizard, *À propos de la notion de service public : Mythes étatiques et représentations sociales*, *Mélanges Eisenmann*, 1975, pp. 91 et s.

ようになった直接の理由は、フランス国内で伝統的に認められてきた公役務の排他的特権（*privilege d'exclusivité*）またはその他さまざまな優遇措置（例えば特殊な財源）に依拠して形成された公役務の独占的地位（*statut monopolistique*）<sup>(9)</sup>が、EU法によって損なわれるのではないかという危惧が生じたことにあると<sup>(10)</sup>いってよい。「フランス公役務の危機」とは、そのような懸念を端的に表した言葉である。したがって、問題の構造を明らかにするには、公役務理論が公権力の影響下にある企業の市場での地位と行動をいかに論理づけてきたかを分析してみる必要がある。

以下では、まず、公役務理論が古典的段階を経て商工業的公役務の概念を容れるようになり、個人の経済的自由との調整を要することとなった経緯に目を向け（第1章 経済活動における公役務）、次に、国家独占の形成と展開において公役務理論の果たした役割を検証した上で、そのEU法との衝突の原因と帰結について考察することにしたい（第2章 国家独占としての公役務）。

## 第1章 経済活動における公役務

### 第1節 公役務理論の古典的形態

#### 1 行政裁判所の管轄権限基準

公役務概念は、行政裁判所の管轄権限を決する基準として判例上に現れ

---

(9) J. Chevallier, *Le service public*, 8<sup>e</sup> éd., coll. « Que sais-je ? », PUF, 2010, pp. 78-81.

(10) 共同体法によるフランス公役務の独占的地位の見直しについて概観する文献として、J.-F. Auby, *Une directive communautaire sur les services d'intérêt général*, RFDA 2006. 778; C. Henry, *Concurrence et services publics dans l'Union européenne*, coll. « Économie », PUF, 1997; M. Voisset, *Le service public autrement : De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux*, RFDA 1995. 304.

た。権限裁判所が最終的に設置されることとなった1872年以前において、この基準は不明確なままにされていた。<sup>(11)</sup> 行政訴訟の範囲を定める規定がない状態で、コンセイユ・デタと破毀院はそれぞれに行政庁と司法裁判所の権限の境界線を見定めようとしていた。<sup>(12)</sup> 19世紀初頭にコンセイユ・デタが公債の償還に関する事案（行政活動の存在を前提とするため）について司法裁判所の管轄権限を否定したのを受けて、七月王制の時期には国家債務者（l'État débiteur）の理論が影響力をもち、司法裁判所は国家の負担する債務に関する訴えを審理しえないとする見解が広まった。<sup>(13)</sup> コンセイユ・デタはこの理論を契約外で生じた損害賠償責任にも拡張したが、破毀院はこれを司法裁判管轄であるとして譲らず、第二共和制のもとで一時的に設置された権限裁判所も対立を解消するには至らなかった。<sup>(14)</sup>

第二帝政でも国家債務者の理論は維持されたが、コンセイユ・デタは、契約内容が行政行為の性質を有する（権力的要素を含む）場合には行政裁判管轄を認める一方、行政庁が民法（普通法）にしたがって締結した契約は司法裁判管轄に属するとの見解を示した。この新たな判例動向から学説により導き出されたのが、行政活動が権力行為（acte d'autorité）か管理行為（acte de gestion）かに応じて権限を分配する方法である。前者は行政裁判所に属し、後者は司法裁判所に属する。行政活動の内在的性質を基準として管轄権限を分配するという方向性が示されたのである。しかし、判例はなお国家債務者の理論と権力行為・管理行為の理論との間を揺れ動いた。<sup>(15)</sup>

---

(11) Waline, *op. cit.*, n° 556.

(12) M.-H. Renaut, *Histoire du droit administratif*, coll. « Mise au point », Ellipses, 2007, pp. 69-70.

(13) F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, coll. « Thémis », PUF, 1995, pp. 128-129. 王制復古期のシャルル10世の王室費を引当とする債権者らが、大挙して国に対し債務の弁済を請求したことに起因するといわれる。1834年4月8日の法律により、当該債務は国庫の負担とされていた。

(14) *Ibid.*, pp. 129-131.

行政庁によって行われた行為の内在的性質に応じて管轄権限を分配する方法を定着させたのが、権限裁判所1873年2月8日のブランコ判決<sup>(16)</sup>である。国営たばこ工場の従業員によって私人にもたらされた損害を理由として国に対し損害賠償請求がなされた事案において、権限裁判所はおよそ次のような論法で行政裁判管轄を導き出した。①公役務の目的で雇い入れられた者の所為により私人に対して引き起こされた損害の賠償責任は民法典によっては規律されえない、②この場合、損害賠償責任は公役務の需要および国と私人の利害調整の必要に応じて変動する特別の規範 (*règles spéciales*) に服する、③したがって行政裁判所のみが管轄権限を有する。

この判決の主要な意義は、行政裁判管轄が行政法（特別の規範）の適用から演繹されることを明言した点<sup>(17)</sup>にあった。国家債務者の理論は放棄され、行政裁判所が管轄権限を有するのは事案の解決に行政法の適用を要するからであるとして、普通法適用除外規範の適用と行政裁判管轄の一致が強調された<sup>(18)</sup>。一般的見解によれば、さらに、ブランコ判決によって公役務概念は行政法適用の排他的基準となり、したがって行政裁判管轄の唯一の基準となったとされる。しかし、論告担当官ダヴィド [David] が依拠したのはあくまでも権力行為理論<sup>(19)</sup>であった。ダヴィドは、公役務の管理行為を権力行為に含めることで権力行為の範囲を拡大し、従来であれば管理行為とされ司法裁判所に属していたであろう行政活動を行政裁判管轄に取り込んだのである<sup>(20)</sup>。公役務概念が行政裁判所の管轄権限基準とされる契機を作り出したのはたしかにブランコ判決であったが、公役務・行政法・行政

(15) *Ibid.*, p. 133.

(16) T. C. 8 févr. 1873, *Blanco*, D. 1873. 3. 20, concl. David ; S. 1873. 3. 153, concl. David ; GAJA. n° 1. 1. 評釈として、雄川一郎・フランス判例百選44頁以下。

(17) J.-F. Lachaume et H. Pauliat, *Droit administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence*, 14<sup>e</sup> éd., coll. « Thémis », PUF, 2007, p. 9.

(18) Waline, *op. cit.*, n° 556, p. 534.

(19) Bigot, *op. cit.*, p. 4.

(20) Ph. Jourdan, *La formation du concept de service public*, RDP 1987. p. 111.

裁判所の三位一体が支配的見解となるためには、20世紀初頭のレオン・デュギー [Léon Duguit] ら公役務学派の隆盛のもとでの判例法の形成を待たねばならなかった<sup>(21)</sup>。

権力行為理論の介在なしに公役務の存在を行政法の適用と直接結びつける判決は、20世紀初頭に相次いで現れた。コンセイユ・デタ1903年2月6日のテリエ判決<sup>(22)</sup>は、県が私人との間に締結した契約は公役務を目的とするがゆえに行政法に服するとして、県の債務不履行に関する訴訟の審理はコンセイユ・デタに属すると判示し、コンセイユ・デタ1910年3月4日のテロン判決<sup>(23)</sup>は、市町村が私人との間に締結した業務委託契約は公役務を目的とするがゆえに行政的性質を有し、その不履行に関する訴訟の審理はコンセイユ・デタに属するとした。また、契約外の損害賠償責任の領域においても、権限裁判所1908年2月29日のフートリ判決<sup>(24)</sup>は、県の養護施設から脱け出した精神病者の引き起こした損害は県の公役務から生じたものであるからその損害賠償に関する訴訟は行政裁判管轄であるとした。ブランコ判決の援用した公役務概念は、以上の判決による解釈を通じて、行政法の適用範囲および行政裁判所の管轄権限の画定基準としての地位を占めるようになった<sup>(25)</sup>。

---

(21) 公役務概念はブランコ判決によって行政法適用と行政裁判管轄の基準となったとする伝統的見解に対し、公役務が行政法の基本概念となるに際してブランコ判決の果たした役割を限定的にとらえることを提唱した文献として、J. Rivéro, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, *Mélanges Mestre*, 1956, pp. 461 et s.

(22) C. E. 6 févr. 1903, *Terrier*, D. 1904. 3. 65, concl. Romieu ; S. 1903. 3. 25, concl. Romieu, note Hauriou.

(23) C. E. 4 mars 1910, *Thérond*, D. 1912. 3. 57, concl. Pichat ; S. 1911. 3. 17, concl. Pichat, note Hauriou.

(24) T. C. 29 févr. 1908, *Feutry*, D. 1908. 3. 49, concl. Teissier ; S. 1908. 3. 97, concl. Teissier, note Hauriou ; RDP 1908. 266, note Jèze.

(25) Lachaume et Pauliat, *op. cit.*, p. 12.

## 2 公役務における公管理と私管理

テリエ、フートリおよびテロンの3判決が登場した段階において、公役務の存在は行政法（普通法適用除外規範）による規律の必要条件かつ十分条件であり、行政活動は、公役務と性質決定されることを通じて私人の活動（普通法により規律）から明確に区別された特殊性を保持していた。テリエ判決で示された論告担当官ロミウ [Romieu] の論告が、そのことをもっともよく表している。ロミウによれば、「国の公役務であれ地方公役務であれ、厳密な意味での公役務の編成および運営 (l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits) に関わるすべての事柄は行政活動であり、それは性質上行政裁判所の管轄領域に属する」。全体的利益の充足を追求する公役務＝行政活動は私人の活動から区別されるべきであるとする考え方は、自由主義的国家観の投影にほかならない。<sup>(26)</sup>

しかし、遠からず生じるであろう公役務・行政法・行政裁判所の三位一体の綻びの原因が、当のロミウ論告において胚胎していたこともまた事実である。その原因とは、公役務の公管理 (gestion publique) と私管理 (gestion privée)<sup>(27)</sup> の区別である。ロミウ論告は、上記のように公役務の編成と運営に関わる事柄を原則として行政裁判管轄とする一方で、次のような留保を付していた。すなわち、「行政庁が私人 (particulier) と同一の条件で行為するとみなされなければならない、よってこれと同一の規範および同一の裁判所に服さなければならない」場合があるというのである。この示唆は、行政法の適用範囲および行政裁判所の管轄権限の画定基準としての公役務の地位を揺るがしかねないものであった。行政活動が私管理にあたる例としては、「当該役務の性質を理由とする」場合（私産の管理）と、「行政庁が意図的に一般私人と同一の条件に服する」ことによる場合（普通法上の契約の締結、私人が日常的に行う活動）とが挙げられていた。

公役務の私管理という考え方は、コンセイユ・デタ1905年3月24日のサ

(26) Waline, *op. cit.*, n° 557.

(27) Bigot, *op. cit.*, p. 5.

ン・ジェレオン市判決<sup>(28)</sup>のロミウ論告において再び提示され、実際に司法裁判管轄を導き、一度はテロン判決によって否定されながらも、権限裁判所 1910年 6 月 4 日のル・ソレイユ保険会社判決<sup>(29)</sup>およびコンセイユ・デタ 1910 年 11 月 11 日のメヌ・エ・ロワール県判決<sup>(30)</sup>によって判例の容認するところとなった。第一次大戦前の時期においては、公役務の私管理の存在ははまだ例外的にしか認められていないが、それは大戦後、商工業部門において私企業と同一の条件で活動を行う公役務が増加するとともに現実的比重を増し、古典的な「公役務・行政法・行政裁判所」の三位一体を突き崩すことになるであろう。このような商工業部門への公役務の進出は公役務理論にいかなる変容をもたらすのだろうか。

## 第 2 節 公役務の経済活動への関与

### 1 商工業的公役務の理論

「公役務・行政法・行政裁判所」の三位一体は、第一次大戦前には、テロン判決による庇護を受けながらも、すでに「公役務の私管理・私法・司法裁判所」の論理の登場によって崩壊を予告されていた<sup>(31)</sup>。そして、ブランコ判決を契機に導入された古典的理論は、大戦後、商工業的公役務の概念の判例上の定着によって決定的に損なわれた<sup>(32)</sup>。

公役務の内部での行政的公役務と商工業的公役務との分離を決定的にしたのは、権限裁判所 1921 年 1 月 22 日の西アフリカ商事会社判決、いわゆる

(28) C. E. 24 mars 1905, *Commune de Saint-Géréon*, Rec. 297.

(29) T. C. 4 juin 1910, *Compagnie d'assurances Le Soleil*, D. 1912. 3. 89.

(30) C. E. 11 nov. 1910, *Département du Maine-et-Loire*, D. 1912. 3. 128.

(31) コンセイユ・デタ 1912 年 7 月 31 日のヴォージュ斑状花崗岩会社判決は、行政契約＝行政法適用の判断基準を「普通法適用除外条項 (clauses exorbitantes)」の存在の問題に矮小化して契約と公役務との関連性を考慮の外におき、私管理であることを理由に行政裁判管轄を排除するそれまでの判例傾向を助長した。C. E. 31 juill. 1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*, D. 1916. 3. 35, concl. Blum ; S. 1917. 3. 15, concl. Blum ; GAJA. n° 26. 151.

(32) Lachaume et Pauliat, *op. cit.*, p. 13.

エロカ渡船 (Bac d'Eloka) <sup>(33)</sup> 判決であるとされている。<sup>(34)</sup> 当時フランスの植民地であったコートジボワールで生じた行政損害賠償事件である。コートジボワール沿岸地帯の潟湖を渡河するために現地の行政機関が運行していた渡船が沈没し、私人1名が死亡、複数の車両が損害を受けた。そのため車両を所有していた西アフリカ商事会社が植民地機関を相手取り現地の司法裁判所に損害賠償の訴えを提起したところ、植民地副総督が権限争議を提起したという事案である。権限裁判所は、以下のように判示して司法裁判所の管轄権限を導き出した。①報酬と引き換えに旅客および車両を対象とする渡船事業を行う植民地は、通常の企業 (industriel ordinaire) と同一の条件で運輸事業 (service de transport) を経営している、②本件の事故の結果生じた損害について審理する権限は、特別の法文のない限り司法裁判所に属する。

公法人が管理する公役務であれ、私企業と同一の条件で活動を行うならばそれに関する訴訟の管轄は司法裁判所にある、という論法は、テリエ判決のロミウ論告のそれと同じ構図を示していた。しかしそればかりでなく、「行政庁が私人 (particulier) と同一の条件で行為するとみなされなければならない、よってこれと同一の規範および同一の裁判所に服さなければならない」<sup>(35)</sup> ような私管理の場合があるとする1903年のロミウの命題を、本判決が焦点を調節しなおした上で採用したことに注意しなければならない。判決中の《industriels》の表現にみられる行政活動の企業的側面の強調、およびそれに基づいた公役務類型の定式化がそれである。1921年の論

---

(33) T. C. 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, D. 1921. 3. 1, concl. Matter ; S. 1924. 3. 34, concl. Matter ; GAJA. n° 37. 225. 評釈として、近藤昭三・フランス判例百選47頁以下。

(34) Lachaume et Pauliat, *op. cit.*, p. 360. ただし、より正確には、《services publics industriels et commerciaux》の表現が判決に現れるのは、コンセイユ・デタ1921年12月23日判決 (C. E. 23 déc. 1921, *Société générale d'armement*, Rec. 1109 ; RDP 1922. 77, concl. Rivet) が最初である。

(35) Concl. Romieu, préc., in D. 1904. 3. 65.

告担当官マテル [Matter] によって示された図式は、公役務の経済活動上の展開の理論的表現である点で重要である。マテルは公役務を 2 つに分類する。第一はいわゆる行政的公役務であり、「国または公的機関の本質に属する」裁判、警察、教育、税務などの役務である。これらについては「〔行政機関と裁判機関の〕分離の原則によりその十全の執行を保障することが必要であり、したがって訴訟は行政裁判管轄に属する」。第二はいわゆる商工業的公役務であり、それは「私法的性質をもち、したがって、国およびその他の公法人によって実施される場合であっても、その実施は、私人が当該役務をまったく引き受けないが全体的利益のためには当該役務を実施すべきであることによるのであり、一時的、偶発的なものでしかない。その経営から生ずる争いは、当然、普通法上の裁判所に属する」<sup>(36)</sup>。水道事業、ガス事業、電力事業、運輸事業がその例であるという。

以上のようにして公役務の経済活動領域への橋頭堡は築かれた。その要をなすものが全体的利益の概念であることは明白である。本来「私法的性質」を有するはずの水道事業、ガス事業、電力事業、運輸事業といった活動は、ここでは何らの前提もなしに全体的利益の範疇に組み込まれてい

---

(36) Concl. Matter, préc., in D. 1921. 3. 1. なお、判決文では、本件運輸事業について「公役務」という性質決定がなされていないことにも一応留意する必要がある。この点について、「公役務」の性質決定を「その性質上国家の本質に属する職務に含まれる通常の活動を実施するために国家によって編成される」活動のみに限定しようという意図があったとする指摘がある。すなわち、ここで「商工業的公役務」の概念が形成されたわけではなく、同判決が公権力の商工業活動への進出を決定づけたと評価することはできないという解釈である。A.-S. Mescheriakoff, *L'arrêt du bac d'Eloka : légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique*, RDP 1988. 1059. 同論文によるならば、画期的であったのはテリエ判決のロミウ論告であり、それは公役務は公管理と一致し特別の法規範に服さなければならないとする古典的原則を維持する一方で、「行政庁が私人と同一の条件で行為する」ことを認めることで「公権力の私管理 (gestion privée de la Puissance publique)」の概念を生み出した。筆者は、公権力が商工業活動に関与するための素地はすでにロミウ論告によって用意されていたとし、ブランコ判決を対象とした前掲リヴェロ論文に続きエロカ渡船判決の神話性を否定しようとする。

る。もっとも、マテルによる商工業的公役務の性格規定がかなり抑制された調子を帯びていることはたしかである。実際のところ、1921年のマテルには抑制的ならざるをえない理由があった。当時、自由主義の立場から、私人の自由活動（initiative privée）の有無にかかわらず公権力の関与そのものに反対する論調はなお強く残っていた。私企業の領域であるはずの活動への公的関与を私法＝司法裁判管轄に服させるという解決は、まさに、自由主義的国家観に照らして不適当とみなされる活動を実施することを理由に公権力を制裁する手段にほかならなかった<sup>(37)</sup>。1790年8月16日＝24日の法律によって与えられていたはずの、司法裁判所からの擁護＝行政の内部的コントロールの利益を手放す代わりに、フランスの行政は経済活動上での展開のための足場を獲得したのである。

こうして公法の自由主義的枠組みと公役務の経済活動上の展開との間には完全な反比例の構図が出来上がる。公役務が経済活動への関与を強めれば強めるほど「公役務・行政法・行政裁判所」の三位一体はますます瓦解するが、その一方で公役務それ自体は自己増殖を遂げていく。やがてコンセイユ・デタは越権訴訟（recours pour excès de pouvoir）の場を借りて商工業的公役務をマテル論告の拘束から解放するであろう。第二次大戦後、公役務の任務を有する全国的な独占的公企業が形成される土壌は戦間期に用意されていた。公役務の設置および運営を個人の経済的自由といかに調和させ正当化するかという理論的課題に、コンセイユ・デタは判例規範の形成をもって応えることになる。

## 2 経済的自由との調整

### （1）公役務の設置の適法性

フランス革命の定立した経済的自由＝営業の自由（liberté du commerce et de l'industrie）は、拡張的な意味において、公権力が市場において私人

---

(37) Lachaume et Pauliat, *op. cit.*, p. 361; P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, coll. « Précis », Dalloz, 1998, n° 529.

と競合することを禁止する<sup>(38)</sup>。この自由を制限することができるのは法律のみである。ダニエル・ロシャク [Danièle Loschak] 氏によれば、コンセイユ・デタ1970年4月29日のユニパン社判決<sup>(39)</sup>は、「法律上の許可のない場合、国および地方公共団体の市場への関与は禁止される」という基本原則を再確認するものであった<sup>(40)</sup>。ところがその背後において、コンセイユ・デタは、公役務設置の行政決定に対する越権訴訟を通じて、法律上明示的な許可がない場合でさえも行政庁が公役務を裁量的に拡大することを可能とする理論的手段を提供していたのである。

古典的理論が妥当していた時代にあつては、公役務の関与の範囲はつとめて制限されていた<sup>(41)</sup>。コンセイユ・デタ1901年3月29日のカザノヴァ判決<sup>(42)</sup>は、市町村公役務の創設は「例外的事情 (circonstances exceptionnelles)」がある場合を除き認められないとしている。コンセイユ・デタ1906年2月2日のパリ公衆浴場所有者組合判決<sup>(43)</sup>は、パリ市による公衆浴場の設置を適法と判断するに当たり、当該活動が特に貧民を対象とするものであり一般の公衆浴場とは競合しないことを示唆している。この段階では、公の自由 (liberté publique) が市民社会への公的関与を制限する役割を果たしていた<sup>(44)</sup>。しかし大戦後、1921年の西アフリカ商事会社判決は、全体的利益の名において商工業部門への公的関与を肯定し、国家活動の拡大路線を支持

(38) Delvolvé, *op. cit.*, n° 86, p. 109. この意味において、営業の自由は特に「競争の自由 (liberté de concurrence)」と呼ばれる。

(39) C. E. 29 avril 1970, *Société Unipain*, AJDA 1970. 430, concl. Braibant ; RDP 1970. 1423, note Waline.

(40) D. Loschak, *Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées*, AJDA 1971. p. 266.

(41) E. Delacour, *La concurrence des personnes publiques aux entreprises privées*, G. P. 1997. Doct. p. 1008.

(42) C. E. S. 29 mars 1901, *Casanova*, S. 1901. 3. 73, note Hauriou.

(43) C. E. 2 févr. 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris*, S. 1907. 3. 1, note Hauriou.

(44) P. Delvolvé, *Service public et libertés publiques*, RFDA 1985. p. 6.

する方向に転じた。商工業的公役務の実施は「一時的、偶発的なものでしかない」という留保だけが、公役務の拡張への戒めであった。それから10年ののち、判例理論の変質は明白なものとなっていた。

コンセイユ・デタ<sup>(45)</sup>1930年5月30日のヌヴェール小売業組合判決は、ヌヴェール市が食料・物資の住民への供給を内容とする公役務を設置したことを不服として、同地の小売業組合が市町村会の決定の適法性を争った事案である。同市は1923年から当該公役務を設置していた。一方、国は1926年に、第一次大戦後の物資供給の回復と物価高騰の緩和のために市町村が商工業の領域に<sup>(46)</sup>関与することを認めるデクレ・ロワ (décret-loi) を<sup>(47)</sup>制定しており、裁判においては、その施行後における公役務設置の準則の内容についても判断が求められた。コンセイユ・デタは、経済的性質の公役務の設置条件および本件公役務の設置の適法性について以下のように判示した。①1926年のデクレ・ロワは、商業的公役務の設置に関して、従来の法制度によって市町村会に付与された権限を拡張する目的も効果ももたない、②商業的性質を有する企業は、一般的に、なお私人の自由活動に留保されており、市町村会は、時と場所に応じて存在する特殊事情 (circon-

(45) C. E. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, S. 1931. 3. 73, concl. Josse, note Alibert ; RDP 1930. 530, concl. Josse ; GAJA n° 44. 272.

(46) デクレ・ロワとは、法律の授権に基づき、通常は国会の権限に属する領域において制定される政府のデクレ（政令）をいう。法律と同等の効力を持ち、現行の法律を改正することができる。第三および第四共和制期には、多くのデクレ・ロワによって、政府は必要な改革を迅速に実施することができた。R. Guillien et J. Vincent (sous la direction de S. Guinchard et T. Debard), *Lexique des termes juridiques*, 18<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2010, « Décret-loi », pp. 254-255. 翻訳は、中村紘一＝新倉修＝今関源成監訳『フランス法律用語辞典〔第3版〕』（三省堂、2012年）140頁を参照。なお、デクレ・ロワの慣行が、第三および第四共和制における内閣の不安定を補完する役割をもっていたことに注意すべきである。M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 11<sup>e</sup> éd., coll. « Domat », Montchrestien, 2010, pp. 337-338.

(47) Lachaume et Pauliat, *op. cit.*, pp. 382-383.

stances particulières) のゆえに当該事項への関与が公益上正当化される場合でなければ商業的企業を公役務として編成することはできない。③本件においてはいかなる特殊事情も本件公役務の設置およびその後の維持を正当化するものではないから、市町村会の決定は違法である。よって、1923年の市町村会決定は取り消される。

コンセイユ・デタの示した商工業的公役務の設置条件は、第一に私人の自由活動の欠如、第二に特殊事情に鑑みて当該公役務の設置に公益が存すること＝その地の住民の需要の存在である<sup>(48)</sup>。要素としては1921年にマテル論告が指摘したものと変わりがないが、当時見られたような留保は消え失せている。本件では結論としては公役務の設置が違法とされたが、理論的観点からは、非常に柔軟な公役務の設置条件が提示された。「特殊事情」の考慮は、一見制限的であるにもかかわらず、公益を特殊利益に結びつけることで容易に国家の活動を私人の活動に代替させるおそれをはらむからである。コンセイユ・デタは、ヌヴェール小売業組合判決の論理を用いて公権力の市場への関与を次々と容認していった<sup>(49)</sup>。それから3年後、コンセイユ・デタ1933年11月24日のゼナール判決は、「生活必需品の価格調整」<sup>(50)</sup>を助けるからという名目で、ランス市による食肉業の設置を適法とした。同市に食肉店が皆無であったわけではないが、判決は「私人の自由活動の欠如」の条件までも緩和しあるいは無視したのである。そして、第二次大

---

(48) L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, 19<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, p. 175. なお Lachaume et Pauliat, *op. cit.*, p. 384は、私人の自由活動の欠如と住民における需要の存在の2条件が充足されることにより公益の存在が導かれ、公役務の設置が適法となる、と解している。「特殊事情」の文言のなかに私人の自由活動の要素を読み込んだ結果であろう。いずれの解釈によっても結論に差はないが、のちに、私人の自由活動の欠如の点が等閑視され、公法人が私人と競争関係に立つ＝市場に関与する場合であっても公益の存在を根拠に公役務の展開が許容されるようになるという経緯があるため、一応、「私人の自由活動の欠如」と「公益の存在」を並列的なものと捉えておくこととする。

(49) Delacour, *op. cit.*, p. 1008.

(50) C. E. 24 nov. 1933, *Zénard*, S. 1934. 3. 105, concl. Detton, note Mestre.

戦後、コンセイユ・デタ<sup>(51)</sup>1964年11月20日のナンテール市判決は、「私人の自由活動の欠如」の条件を無に帰せしめる。診療費が高額であるとはいえ私立歯科医院が存在するナンテール市に、収入による区別なくすべての市民が利用できる市立歯科医院を設置するという市町村会決定について、コンセイユ・デタは公役務における平等原則を強調し、公益性の条件のみの充足をもって適法性を認めた。さらに、コンセイユ・デタ<sup>(52)</sup>1970年12月23日のヴァル＝ドワーズ県知事および内務大臣対モンマニイ市判決の論告は、「公役務活動が公益の目的から逸脱しない限り、競争は適法である」と断言するに至る。前掲ユニバン社判決から演繹されるような、「法律上の許可のない場合、国および地方公共団体の市場への関与は禁止される」という原則はたしかに存在したであろうが、その一方で行政裁判所は、法律による明示の許可がなくとも全体的利益の名において私人の自由活動を侵害することを容認していたのである。

## （2）既存公役務の運営の適法性

私人が活動する市場への関与を伴う公役務の設置が原則として認められないのと同様、ひとたび設置された公役務がその活動を拡張して市場に関与することは許されない。公役務は自己に与えられた任務の範囲を逸脱しえないということである。次章で述べるように、公役務はさまざまな特権、ときに独占さえも付与されている。そのような経済主体が設置当初の権限を越えて活動した場合には、公役務と競合関係に立たされた私人の営業の自由<sup>(53)</sup>（競争の自由）に対して重大な侵害が加えられることになる。

既存公役務の拡張について市場関与の禁止の原則が示されたのは、コンセイユ・デタ<sup>(54)</sup>1934年6月20日のシャサーニュ判決においてであった。刑務

(51) C. E. S. 20 nov. 1964, *Ville de Nanterre*, AJDA 1964. 686, chron. Puybasset et Puissochet.

(52) C. E. 23 déc. 1970, *Préfet du Val-d'Oise et ministre de l'Intérieur c. Commune de Montmagny*, RDP 1971. 248, concl. Kahn.

(53) Loschak, *op. cit.*, p. 263; Delacour, *op. cit.*, p. 1009.

所内の売店が食堂経営を開始したことに對して刑務所外の一般の食堂經營者が越權訴訟を提起した事案において、コンセイユ・デタは、刑務所内での食堂經營に伴って受刑者が所外からの食事の取り寄せを控えるようになったとしても、行政庁は市場に明白に關与したわけではなく、一般の食堂經營者の顧客を侵奪したことにはならないとして申請を斥けた。きわめて特殊な事例であるが、既存公役務の拡張による市場關与は公役務の設置の場合と同様に禁止されるという準則が確認された。

以上のシャサーニュ判決は公役務が直營の形態で管理されている事例である。この場合、公役務の運営をめぐる法律論は、公役務による私人の自由競争への侵害の防止という商工業的公役務固有の問題として展開される。議論は国家と市民社会の境界をどこにおくかという実質的なレベルにおいて行われる。法律による特段の許可がない限り、私人と競争關係に立つような事業拡張を行うことは禁止されるとする規範は、直營を対象として確立した。ところで、公役務の管理は国および地方公共団体以外の公法人である公施設法人、または公役務特許契約を締結した私人によって行われる場合がある。このような事例では、公役務の運営をめぐる法律論は目的限定性の原則 (*principe de spécialité*) の問題として展開される。目的限定性の原則とは、行政組織上の一般原則であり、国以外の公法人は、当該公法人が設置された目的に對する活動しか行う資格をもたないというものである<sup>(55)</sup>。直營を行う地方公共団体についても目的限定性を考えることはできるが、地方事務について実際にコントロールするのは領域に關する目的限定性 (*spécialité territoriale*) だけであって、事物に關する目的限定性 (*spécialité matérielle*) ではない。市町村は、その領域内での生活に便宜を与えるあらゆる役務を設置することを認められているからである。<sup>(56)</sup>

(54) C. E. 20 juin 1934, *Chassagne*, G. P. 1934. 2. 507.

(55) Guillien et Vincent, *op. cit.*, « Spécialité (Principe de) », p. 759. 翻譯は、中村=新倉=今関・前掲注 (46) 403頁を参照。

(56) Dubouis et Peiser, *op. cit.*, p. 174.

一方、単一目的のために設立される公施設法人および単一目的のために与えられる特許については事情が異なるため、公役務が公施設法人および特許の形態で管理される事例では、市場関与の禁止に関する法律論は目的からの逸脱禁止という形式をとりうる。

商工業部門の公役務特許に関する目的限定性の原則は、1900年以来鉄道経営の特許について、1930年代には路面電車経営の特許について認められている。<sup>(57)</sup> 特許の目的限定性についての争いは、特許の範囲外で経済活動をなす受託者に対し、競合する一般企業またはその利益を代表する職業組合が提起する不正競争（*concurrence déloyale*）に基づく損害賠償訴訟のかたちをとる。<sup>(58)</sup> 管轄は司法裁判所である。また公施設法人の目的限定性についての争いは、事業拡張を定めた行政決定に対する越権訴訟のかたちをとる。例えば、コンセイユ・デタ1939年12月13日のセギノ判決が、公施設法人である慈善施設に対して市営映画館の経営権を付与した市町村会決定を目的限定性違反の理由で取り消している。<sup>(59)</sup>

しかし、上記の原則を確立すると同時に、判例は公役務の事業拡張を一定程度において容認するための論理を用意していた。それは、新規の活動を、公役務の運営に必要な「付随的活動（*activités accessoires/annexes*）」という名目で適法とするものであった。この理論は、新規事業を既存公役務本体の補完物とみなすことで、市場関与に必要とされる法律上の明示の許可（直営の場合の制限要素）、および目的限定性の原則（公施設法人または

(57) Paris 2 août 1900, D. 1900. 2. 484 ; Poitiers 20 juillet 1932, G. P. 1934. 2. 328.

(58) Lyon 5 nov. 1930, G. P. 1931. 2. 367 ; T. C. Poitiers 1<sup>er</sup> juin 1931, G. P. 1931. 2. 363.

(59) フランスの不正競争規制は、「営業上の誠実性（*loyauté commerciale*）」への違反をフォート成立の指標とする特殊不法行為訴訟として存在する。特許の範囲の逸脱は、それが受託者に与えられた独占権を濫用した営業である点で不正競争となると考えられている（*cf.* Paris 2 août 1900, *préc.*）。不正競争訴権は19世紀半ばに判例により確立された。その経緯については、拙稿「フランスの不正競争防止法制（1）」早法85巻1号（2009年）213-218頁を参照。

(60) C. E. 13 déc. 1939, *Séguinaud*, D. H. 1940. 79.

特許の場合の制限要素)を回避する効果をもつ。<sup>(61)</sup>先例を提供したのは、特許の目的限定性の原則に関する場合と同様、鉄道経営に関する事例であった。エクス控訴院1882年2月15日判決は、<sup>(62)</sup>パリ・リヨン・地中海鉄道会社が旅客の宿泊用に駅構内にホテルを建設しこれを経営していることについて、「鉄道事業の本来的展開および改善 (le développement naturel et une amélioration de ce service)」であり目的限定性違反とはならないと判断した。その後鉄道会社の事業拡張が問題とされるたびに、裁判所は同様の手法で次々に公役務の市場関与を容認していった。<sup>(63)</sup>

司法裁判所で確立された既存公役務の拡張の論理は行政裁判所にも持ち込まれた。コンセイユ・デタ1935年4月12日のトゥールーズ冷蔵庫株式会社判決は、<sup>(64)</sup>公設屠畜場(直営)の開始した食肉冷蔵用の氷の製造販売はその事業に必要な補完的活動であるとして、当該活動の適法性を導いている。公役務による給付の改善という理由づけは既存公役務の拡張を助長する。これに対する唯一の歯止めは、市場関与の禁止または目的限定性という行政固有の規範によって、公役務の自由な展開が原則として違法と評価されている点にあった。少なくとも原理的次元では、公役務企業と私企業との競合回避=私人の自由活動の確保という問題には均衡点が示されていた。しかし第二次大戦後、フランス経済の生産力向上を企図して巨大公企業が形成され、その事業拡張が既成事実化することで、上記の原則は事実上なきものとされるであろう。公役務が自在に展開し国民経済の軸をな

(61) Loschak, *op. cit.*, p. 267.

(62) Aix 15 févr. 1882, S. 1882. 2. 169, note Lyon-Caen. エクス控訴院の理論構成は破毀院によって維持された。Req. 19 déc. 1882, S. 1884. 1. 433.

(63) オルレアン鉄道会社によるホテル経営について、目的限定性の原則にも言及した前掲パリ控訴院1900年8月2日判決 (Paris 2 août 1900, préc.)、同様にオルレアン鉄道会社による、ホテル内の舞踏会、夜会、宴会の開催についてパリ控訴院1903年2月18日判決 (Paris 18 févr. 1903, D. P. 1903. 2. 485)、テリトワール・ド・ベルフォール鉄道会社によるバス事業経営についてブザンソン控訴院1933年12月2日判決 (Besançon 2 déc. 1933, S. 1934. 2. 118) を参照。

(64) C. E. 12 avril 1935, S. A. des Glacières toulousaines, Rec. 511.

そうとする時代に、裁判所は規範形成の面でいかなる対応をするのだろうか。

## 第2章 国家独占としての公役務

### 第1節 公役務の支配的地位

#### 1 経営的関与の進展

##### (1) 独占体の公役務化

1944年から1946年にかけての企業の国有化により、公権力による経営的関与は一挙に拡大し、基幹産業は文字通りの独占的部門となった。この公的商工業部門 (secteur public industriel et commercial) の増強と経済の計画化 (planification) とによって特徴づけられる公的関与の体制を、統制経済主義 (dirigisme) と呼ぶ<sup>(65)</sup>。1960年代に到来するフランスの高度成長期は、公役務の経営を担う公企業によって牽引された<sup>(66)</sup>。それらは、「巨大公企業 (grandes entreprises publiques)」<sup>(67)</sup>、または「巨大国有企業 (grandes entreprises nationales : GEN)」と呼ばれ、戦後フランスの産業構造の根幹をなす公的商工業部門のなかでもとりわけ高い重要性を認められていた (国内総生産の5%を産出)。公企業の再編が開始した1981年以前を基準にするならば、巨大国有企業とは、フランス電力 [Électricité de France : EDF]、フランスガス [Gaz de France : GDF]、フランス石炭公社 [Charbonnages de France : CdF]、パリ交通公団 [Régie autonome des transports parisiens : RATP]、フランス国有鉄道 [Société nationale

---

(65) Delvolvé, *Droit public de l'économie*, n° 19.

(66) B. Mafféi et N. Amenc, *L'impuissance publique, Le déclin économique français depuis Napoléon*, Economica, 2009, p. 203.

(67) G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, 3<sup>e</sup> éd., coll. « Domat », Montchrestien, 2011, n° 146.

des chemins de fer : SNCF]、エール・フランス [Air France : AF]、エール・アンテール [Air Inter : AI]、郵便・電話局 (郵政省) [Postes et Télécommunications : P et T] の 8 社を指し、場合によりフランス総合海運会社 [Compagnie générale maritime : CGM] を含む<sup>(68)</sup>。

戦間期における公権力の経営的関与は、主に地方公共団体の管轄区域内に収まるものであり、公役務の「最初からの設置 (création *ab initio*)<sup>(69)</sup>」という形式をとった。これに対し、戦後における経営的関与は地方的規模のみならず全国的規模での展開を開始し、しかもすでに存在する私的部門の公的部門への転換＝国有化という形式をとって進められた。法律に基づく私的部門の公的部門への強制的な移行は、私人の経済活動の手段そのものを剥奪する点で、公役務を最初から設置する場合以上に私人の経済的自由を侵害することになるが、国有化の法理論上の根拠は1946年までは曖昧であった。国有化の理念が最初に公言されたのは1919年9月の労働総同盟 (CGT) リヨン大会であり、主要な経済的富の源泉の国民への復帰および国民監視のもとでの生産者・消費者による経営が要求され、国有化 [国民化] は「共同体の需要を充足する目的での企業経営 (exploitation d'une entreprise en vue d'assurer les besoins de la communauté)」と定義された。この場合、国有化は私的独占体に対するマルクス主義的階級闘争の手段<sup>(70)</sup>であった。ただし、それは1935年の人民戦線綱領では部分的にしか採用されず、戦間期における本来的な国有化の例として挙げられる<sup>(71)</sup>のは、人民戦線

(68) Mafféi et Amenc, *op. cit.*, p. 259, note 9.

(69) Delvolvé, *Service public et libertés publiques*, p. 7.

(70) J. Chevallier, *Le pouvoir de monopole et le droit administratif français*, RDP 1974, p. 74 ; B. Chenot, *Les entreprises nationalisées*, 7<sup>e</sup> éd., coll. « Que sais-je? », PUF, 1983, p. 14.

(71) 国有化とは、法学的には、「さまざまな考慮に基づいて、正当かつ事前の補償のもとで、所有者または株主から商工業企業を法律によって収用すること (expropriation)」をいい、「国民共同体 (collectivité nationale) を代表すると一般的にみなされる機関への指揮管理権の移転、および支配的な学説によれば企業の財産の国家への帰属を伴う」公権力による経営的関与の一手段である。Guillien et Vin-

内閣時の軍需産業の国有化（1936年）と鉄道会社の国有化によるフランス国有鉄道の設立（1937年）のみである。もっとも、前者は国防上の目的で、後者は赤字経営の是正のための公的資本注入として行われたにすぎなかった。<sup>(72)</sup> 私的独占体の国有化という方針を全面的に採用したのは、占領期のレジスタンス運動と解放後の三党政治を率いた社共・MRP（人民共和派）である。

国有化の法理論上の根拠は、第四共和制憲法典（46年憲法典）において示された。「国の公役務（service public national）または事実上の独占（monopole de fait）の性質を有する、またはそのような性質を取得するすべての財産、すべての企業は共同体の所有（propriété de la collectivité）とならねばならない」と宣言する憲法典前文第9文がそれである。この規定は、新たに「国の公役務」の概念を持ち出すことによって国有化の政治的背景を覆い隠すものであり、また国有化措置を事後的に正当化するものであった（一連の国有化措置は46年5月に終了）。<sup>(73)</sup> 「国の公役務」と「事実上の独占」とが概念的に一致するかは不明であるが、規定の意味内容の問題はともかく、国有化企業のうち公役務概念と結びつけられ独占的地位を有する巨大公企業は、「企業の公的所有（propriété publique）・独占・公役務」という観念の連鎖を作り出した。独占的地位を有する公企業によって担われるインフラ部門を意味する「フランス流公役務概念（conception française du service public）」がフランス社会に浸透した契機はこの戦後国有化に見いだされている。<sup>(74)</sup> しかし、国有化の根拠があたかもそれに先行す

---

cent, *op. cit.*, « Nationalisation », p. 538. 翻訳は、中村＝新倉＝今関・前掲注（46）287頁を参照。

(72) J.-F. Eck, *Histoire de l'économie française, De la crise de 1929 à l'euro*, coll. « U », Armand Colin, 2009, pp. 11 et 14; Chevallier, *Le pouvoir de monopole*, pp. 74-75.

(73) Chevallier, *Le pouvoir de monopole*, p. 75.

(74) Guglielmi et Koubi, *op. cit.*, n° 146. なお、公企業の実在は必ずしも公役務の実在を意味するわけではない。例えば、銀行、保険、自動車産業、石油の探査・開

る公役務の客観的存在にあるかのような規定は歴史的事実に反している。公役務の名を付される以前から、基幹産業は私企業によって構成されていた。国家はこれを経済の民主的改革の見地から公用収用し、公役務の任務を付与した。公役務概念の不定型性があらためて示され、それはラベル化の傾向を見せはじめた。<sup>(75)</sup> 独占的公企業の存在という既成事実に対し公役務という表示が付されたのであって、拡大したのは公役務概念ではなく国家活動の方であった。すでに厳然として存在する国家活動が、公役務という外皮を便宜上まとったにすぎないのである。「公権力が公役務にしようと思んだ社会的活動が公役務となる」<sup>(76)</sup> というジャック・シュヴァリエ [Jacques Chevallier] 氏の指摘は、公役務概念、実質的には全体的利益の概念が一定の合目的性を帯びて利用される様子を的確に描写している。

ここでデュギーの思想を振り返ってみる必要がある。主観的法概念ではなく客観的法概念に立つ彼は、19世紀の公法理論において命令と禁止の根源にあるとされた公権力 (*pouvoir public/puissance publique*) を、アプリアオリな抽象概念として否定する。デュギーにおいて、公権力の意思を出発点とする従来の公法の体系は覆される。法規範が強制力をもつのは、本質的に被治者に優位する統治者の意思がそう欲するからではなく、それが社会集団の構成員すべてを必然的に拘束する客観的な社会規範だからである。<sup>(77)</sup> 国家は、必然的に発展した社会連帯を擁護し促進するという社会的需要を満たすための社会的機能を果たす限りで存在することができる。<sup>(78)</sup> そ

---

発の部門の公企業は商事会社と同様の法的地位に立ち、公役務を任務とするものではないと考えられている。 *Ibid.*, n° 147.

(75) 公役務概念の意味内容の希薄化、ラベル化を指摘するものとして、D. Truchet, *Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : Label de service public et statut du service public*, AJDA 1982. 427.

(76) Chevallier, *Le service public*, p. 47. 「公役務の『本性上の (naturelle)』限界をあらかじめ画定しようとするのはまったく無益なことである。公役務は、政治的判断に応じて絶えず変動する性質のものだからである。」 *Ibid.*

(77) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1927, pp. 106-107.

(78) デュギーの国家論の要点は以下の表現に集約される。「公権力はその起源によ

の機能こそが公役務であり、デュギーは、政治権力の根拠かつ限界をなすものは公役務であるとして、国家を公役務編成者の地位に帰着させようとしたのである<sup>(79)</sup>。しかし、国有化を通じた経営的関与の拡大の過程で主客の転倒は明らかになった。国家は自らの意思で経済に関与し、構造改革という社会的機能を担い、その活動を公役務と名付けた。独占体の公役務化の現象は、デュギーの国家論の前提——恣意的に行為する全能の公権力の否定——を正面から切り崩している。私人の自由活動を排除するほどの公役務国家の展開は、まさに経済発展という社会的機能を引き受けようとする公権力の判断によって極大化されたのであった。

以上のように、公役務の経済活動上の展開の背後では、公役務の客観的存在に基づく公権力の正当化ではなく、公権力の主観的判断による公役務の手段化が進行している。もともと、公役務概念はその曖昧さゆえに公権力の関与の拡張を許すであろうと見ていたのはデュギーその人であった<sup>(80)</sup>。それでは、公権力は公役務概念の使用からいかなる効用を引き出そうとしていたのか。以下、公役務の法的地位に関する古典的な理論に立ち返った上で、戦後近代化の時期における公役務概念の役割について検討を試みなければならない。

## （２）公役務の独占的地位

権限裁判所1921年1月22日判決が述べたように、商工業的公役務は私法（普通法）に服し、司法裁判所の権限に属する。しかし、公役務という性質決定は公権力特権（*privilège de la puissance publique*）の関与の契機を呼び込み、当該活動に何らかの例外的地位を与えずにはいなかった。公役

---

って正当化されるものではなく、それが法規範にしたがってなす役務によって正当化されるのみである。」 *Ibid.*, p. IX.

(79) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1928, pp. 59-62.

(80) 「この公役務概念は、いわば非常に曖昧なので、公役務とは具体的に何であるかを指し示すことができない。」 *Ibid.*, p. 61. 「ただ言えることは、文明が発展するにつれて、公役務の媒体となりうる活動の数も同時に増えるだろうということである。」 *Ibid.*, pp. 62-63.

務国家の枠組みにおいては、公権力特権とは、「全体的利益に属する要請、より明確には公役務に属する需要を満たすことを目的とした決定権」で<sup>(81)</sup>あり、全体的利益を存在理由とする公役務がその使命を果たしうよう、私人の特殊的利益の実現を目的とする普通法制度を除外するものだからで<sup>(82)</sup>ある。

公権力特権に由来する普通法適用除外の最たるものは、公役務に内在する<sup>(83)</sup>とみなされてきた独占的地位である。原理的に、公権力の関与があるということ自体が私人の自由活動が政治的にも技術的にも不可能であることを意味しているのであり、公権力が公役務の名目で社会的活動を引き受けると同時に、当該活動領域における他者の競合は排除される。この原理は、商工業部門においては営業の自由の適用除外というかたちで<sup>(84)</sup>現れる。戦後国有化によって生じた独占的公企業に公役務という性質決定が付与されたのは決して偶然ではない。独占と内的に結びつく公役務概念は、公的独占体の存在を正当化するのに格好の手段であった。国民共同体のための大規模事業を任務とし、ネットワーク化された構造をもつ公役務企業は、法律上の独占 (monopole de droit) または法律上の保護 (protection<sup>(85)</sup> légale) を享受することで競争を免れることができた。巨大公企業に対し、

(81) R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., coll. « Domat », Montchrestien, 2001, n° 712. 一般論として、公権力が公役務を実施または管理するための普通法適用除外的手段としては、公産 (domaine public)、公の工作物 (ouvrage public)、行政警察、調整 (régulation)、公発注 (commande publique) が挙げられる。D. Linotte et R. Romi, *Droit du service public*, Litec, 2007, n°s 858 et s.

(82) J.-B. Geffroy, *Service public et prérogatives de puissance publique*, RDP 1987, p. 53.

(83) Chevallier, *Le service public*, p. 77.

(84) Chevallier, *Le pouvoir de monopole*, p. 82. 公役務と独占との内的連関の出発点は、古典的な夜警国家の権限＝行政的公役務の実施のための強制力 (pouvoir de contrainte) の国家独占に求められている。組織された国家における政治権力は政治社会を運営するために自己の専有する主権 (prérogative de souveraineté) を発動させる、とする主権国家論がその基底をなしている。Ibid., pp. 86-89.

戦後復興、国民経済の生産力向上、そして軍事的対米自立のための技術開発という国策の実行手段たることを期待した国家は、公役務概念から当該企業の独占的地位の維持という効用を引き出そうとしていた。

なお、注意しなければならないのは、公役務がすべて独占的地位を有しているわけではないということである。巨大公企業の場合のように、一定の活動領域について法律上の独占を享受し、私人の自由活動を一切排除するものもあれば、私人と競合しつつ活動を実施するものもある。前者は主として行政的公役務からなり、後者は主として商工業的公役務からなるが、独占か非独占かという分類と行政的か商工業的かという分類とは一致しない<sup>(86)</sup>。基幹産業における私企業の国有化、法律上の独占の享受という経過に鑑みれば、上記の類型化は事実と乖離した観念論であるといわざるをえない。そもそも、独占の概念が公役務概念と結びついているとしても、それは一種の理念型にすぎないのであり、その現実的な作用の有無は、政治経済的事情に即した公権力の判断にかかっている。

公役務が体现する国家独占 (monopole d'État) は、直接的には排他的特権により、そして間接的にはその他さまざまな優遇措置に基づいて形成される。まず、排他的特権は法律上の独占の根拠であり、第一に国家の本来的活動である権力的役務 (裁判、国防、警察) について、国家主権の直接の帰結として、武力行使のための物的手段の排他的管理となって現れる。これが「強制力の独占 (monopole de la contrainte)」である。第二に、一定の地域または社会領域における活動が技術的な理由により独占を必要とする場合に (職業の規律、狩猟家の利益増進、産業技術の発展、スポーツの振興)、特定の組織に対して付与される (私法人たる社団 (association) に対して、公権力の一方的行為または公役務特許契約を通じて与えられるのが通常)。これが「技術的独占 (monopole technique)」である<sup>(87)</sup>。独占的公企業

(85) Chevallier, *Le service public*, p. 78.

(86) Chevallier, *Le pouvoir de monopole*, pp. 84-85.

(87) Chevallier, *Le service public*, pp. 78-80.

への排他的特権の付与の理由は必ずしも明らかにされていないが、商工業的公役務は行政の利用者に直接に便益を与える活動であり、国家全体の利益を図るための権力的役務から区別されるものであるから、<sup>(88)</sup>第二の場合に属するであろう。基幹部門の公企業に対しては公役務特許が付与され、それに基づき法律上の独占が与えられることになる。次に、たとえ明示的に排他的特権を与えられずとも、公役務は他の主体と実質的に同等であるわけではない。組織的規模、法律上の保護（私的主体に対する届出または許可手続の義務づけ）、および特殊の資金調達方法（公財政が収入源）を通じて公役務は独占的地位を確保し、市場原理による淘汰を免れるのである。<sup>(89)</sup>

公役務という性質決定を通じて独占的地位を付与することから期待されるより一層具体的な効果は、当該公役務が、収益性（rentabilité）の考慮とは無関係に活動を行い、自らが目的とするところの全体的利益のみをもっぱら追求することができる点にあるが、しかしその反面、当該公役務は経済合理性（rationalité économique）を無視する傾きをもつようになる。<sup>(90)</sup>70年代以降の新自由主義が行政の効率化を鼓吹するようになるとともに非難の対象とされるのは概してこの点である。

公的部門における独占体の形成において公役務概念の果たした役割は以上のとおりである。それでは、高度成長期の公役務は経済活動上の展開に際していかに有利な立場にあったのであろうか。解放から70年代までの公役務企業の関与領域および関与態様の問題を分析する必要がある。

## 2 公役務と競争法

### (1) 既存公役務の拡張

上述のように、一定の経済活動を公役務化することの利点は、公権力が全体的利益の名において特権的企業を組織しうる点にある。当該企業が法

---

(88) Waline, *op. cit.*, n° 362.

(89) Chevallier, *Le service public*, pp. 80-81.

(90) Chevallier, *Le pouvoir de monopole*, p. 84.

律上の独占を付与されているか否かという形式はともかく、特権的性格は公役務企業に事実上内在する。したがって、公役務の経済活動上の展開の範囲をいかに画定するかという問題は、フランスにおける経済的自由の存立を左右する。戦間期までは、公役務企業の活動は、営業の自由を享受する私人に適用されるのとは異なる規範、ブランコ判決のいう「特別の規範」に服していた。全体的利益の名における公役務の拡張はすでに否定しえない事実となっていたが、公権力の経済への関与をあくまでも特別の規範によって制限しようとする点において、自由主義国家はかろうじてその面目を保っていた。第二次大戦後にはこの前提が——表面上は法による公役務の制限というかたちをとりながら——深部において崩壊する。

公役務と私的活動との境界が法規範上で綻びを見せはじめたのは戦間期である。それは第一に、司法裁判所が不正競争訴訟のなかで目的限定性の原則を問題としなくなったことによる。特許の受託者である鉄道会社が、特許契約の目的ではないバス事業を開始したことに対し不正競争に基づく差止が請求された事案において、破毀院民事部1936年1月15日判決<sup>(91)</sup>は、「特許が受託者に与える利益が、他の商工業の実施において、自由競争に通底すべき平等を破る場合でなければ、特許の目的以外の商工業活動を公役務受託者に禁ずることはできない」として、特許の受託者たる地位がその参入した市場における平等を破るか否かという「特殊事情の確認 (constatation de circonstances particulières)」を怠ったという理由で原判決を破毀した。破毀院はもはや、公役務企業の活動を本来の任務およびその付随的活動に限定しようとはしない。破毀院によって示唆されたのは、公役務企業の自由な展開を原則的に容認し、上記「特殊事情」がある場合に限りこれを制限するという原則と例外の逆転であり、判例変更にはかならなかった<sup>(92)</sup>。

従来の司法判例の要点は、特許の受託者に対して提起された不正競争訴

(91) Civ. 15 janv. 1936, G. P. 1936. 1. 477.

(92) Loschak, *op. cit.*, p. 270.

訟においてフォートの成否を判断する際に普通法上の基準（営業上の誠実性違反）を特別の基準に置き換えて受託者の事業拡大を原則的に違法とするところにあった。破毀院の判例変更は、普通法規範への服従を公役務に強いるという表層を装いながら、実際には公役務の事業展開を容易にする。同様の傾向は行政判例においても見られた。

コンセイユ・デタ<sup>(93)</sup>1936年5月29日の毛布事業者組合対ボルドー市判決は、既存公役務の運営に関する行政判例の転換点となった。事案は、ボルドー市直営のガス事業者が契約者への暖房・台所設備の販売と設置工事を開始したことに対して民間の住宅設備関連の事業者団体が市を相手取り損害賠償を請求したというものであったが、コンセイユ・デタは上記事業拡大を適法と判断するに当たり、設備販売と設置工事は「市の利益のために市の供給するガスの消費を高めることをもっぱら目的としており、本人公役務にとって純粹に付随的な事業（opérations purement accessoires）である」と述べた。付随的活動の認定基準は、かつてのように給付の質的改善＝公役務利用者の利益ではなく、収益性の向上＝公役務実施主体の利益にある。

収益性向上を目的とした事業展開を容認するということは、公役務を私企業と同一の論理のもとにおくことを意味している。公役務の市場関与を禁止するという理念は実質的に崩れ去った。行政裁判所は公役務に営業の自由を認めたと等しい。大革命のとき、1791年3月2日＝17日の法律（ダラルド [d'Allarde]<sup>(94)</sup> 法）が、職業上の特権＝同業組合を廃止するとともに（2条）、「すべての人は、自由に、その良いと思う取引を行い、その良いと思う職業または手工業に従事することができる」と規定したのは（7

(93) C. E. 29 mai 1936, *Syndicat des entrepreneurs de couverture c. Ville de Bordeaux*, Rec. 622.

(94) Décret portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes. 原典：J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil-d'État*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1834, pp. 230 et s.

条)、個人を主体とする自由競争を通じて市場の均衡と供給の質的向上を目指したからであった。<sup>(95)</sup> 営業の自由の意義は、個人の経済活動を同業組合による半公法的な規制から解放し私益の追求を原則的に合法とするところにあったが、1936年のコンセイユ・デタが公役務の経済活動の適法性を判断するために用いた規範は、実質的には個人を名宛人とするそれと同一のものであった。収益性ないし利潤の論理は私人の活動の基礎をなすからである。

公役務の収益性向上という理由づけは、戦後の行政判例に引き継がれた。市が直営する葬儀業者による葬儀用品の販売の開始を定めた市町村会の決定に対する越権訴訟において、コンセイユ・デタ1954年6月4日のベルトード夫人判決<sup>(96)</sup>は、葬儀用品の販売は法律(1904年12月28日の法律)で限定列挙された市町村独占の葬儀事業の範囲には含まれないが、この付随的活動は「直営の財政的均衡(équilibre financier)を確保するために、ならびに、葬式事業および葬式用品についてひとつの施設で済ませることができる住民の利益のために」開始されたものであることを理由に本件決定を適法とした。住民の利益のための給付改善への配慮は示されているものの、1936年判決と同様、コンセイユ・デタは直営企業の利益を考慮した。「特別の規範」による行政の規律、そのための行政裁判所の管轄というブランコ判決の定式は、公役務の経済活動上の展開に伴う行政裁判所の普通法への接近によって実体を失いつつあった。

公役務に対し普通法規範を適用する司法裁判所が、根底において上記の

---

(95) グラルドの国民議会での報告として、J. Mavidal et E. Laurent, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, première série (1787 à 1799), t. 23, p. 200. フランス革命における営業の自由の確立については、中村紘一「ル・シャプリエ法研究試論」早稲田法学会誌20巻1頁以下(1970年)、稲本洋之助「フランス革命と『営業の自由』」高柳信一＝藤田勇編『資本主義法の形成と展開 1』(東京大学出版会、1972年)179頁以下を参照。

(96) C. E. 4 juin 1954, *Dame Berthod*, Rec. 335.

行政裁判所の観点を共有していたことは、パリ商事裁判所1968年6月17日<sup>(97)</sup>判決から窺い知ることができる。巨大公企業のひとつであるフランスガス(形態は商工業的公施設法人)がガスの生産過程で副産物として生じるタールの精製と販売を開始したことに対し、民間のタール製造企業が公施設法人の目的限定性違反による不正競争を理由として損害賠償を請求した事案である。フランスガスはガス生産に必要なコークスの増産によって生じたタールを有効利用しようと、1949年からタール精製工場を建設し、タールの本格的生産を開始した。判決は、ガス会社の国有化に関する1946年4月8日の法律を参照し、「フランスガスは、外形的には公法の概念に属するが、あらゆる私法上の企業と同様の経済的実体を有する」として、「侵害される私益にいかなる正当性があるとしても、国の主要産業が収益性を考慮することなしに経営されなければならないとは考えられない」と述べた。結論として商事裁判所は、「副産物の有効利用は適正な経営にとってもっとも基本的な原則に属する」として、フランスガスの事業拡大は不正競争を構成しないと判断した。

遅くとも60年代末には、商工業的公役務は地方的なものも全国的なものも行政法による制約を脱し、私企業と同様の自由な事業展開をすることが可能な状態にあっ<sup>(98)</sup>た。公役務は独占的地位とともに活動の自由を保障された。この点は、公役務に対する独占禁止法の適用においてより明白に表れるであろう。

## (2) 支配的地位の濫用

1970年頃までに、公的商工業部門はそれぞれの活動領域において重要な市場支配力を有するようになっていた。付加価値を基準とした公企業の市場シェアは、炭鉱業、電力産業、ガス産業においては90%以上、航空機産

(97) T. C. Paris 17 juin 1968, G. P. 1968. 2. 213.

(98) なお当時の具体的状況として、公役務への私的資本の流入、商業的経営手法の浸透、および私的目的への利用を通じた公役務の私物化 (privatisation) の傾向を指摘した文献として、A. Demichel, *Vers le self-service public*, D. 1970. Chron. 77.

業、兵器産業、交通産業、建設業、原油産業、自動車産業、無機化学産業においては40%から80%であった。傾向としては、生産サイクルの上流に行くほど公企業のシェアが高く、原材料部門、生産財部門、消費財部門へと下流に進むにしたがってシェアが低くなっていたが、特権的地位にある公企業がそれぞれの市場の発展の原動力としての役割を果たしていること<sup>(99)</sup>に変わりはなかった。

公役務のこのような状況は独占禁止法上の「支配的地位」に該当する。1957年のローマ条約（EEC条約、1999年よりEC条約、2009年よりEU運営条約）は、支配的地位の濫用（abus de position dominante）を禁止していた。支配的地位の濫用の禁止は、1963年7月2日の法律により、価格統制に関する1945年6月30日のオールドナンス（45年オールドナンス）の改正のかたち<sup>(100)</sup>で国内法に取り入れられた。改正後のオールドナンスは59条の2において次のように定めている。「独占的地位または経済力の明白な集中によって特徴づけられる支配的地位を域内市場において有する企業または企業グループの行為は、その行為が市場の通常の運営を阻害する目的または効果をもつ場合には禁止される」（4項）。支配的地位の濫用は、カルテル・支配的地位専門委員会（Commission technique des ententes et des positions dominantes）の意見に基づき経済担当大臣が事件を検察官に送付するという手続を経て刑事追迫の対象となるものとされた（59条の4）。ただし、フランスの独占禁止法は広範に機能しうる適用除外規定を備えていた。59条の3は、支配的地位を有する企業または企業グループの行為が「法律または行政立法の規定の適用によって生ずる」場合には59条の2の適用が除

(99) Chevallier, *Le pouvoir de monopole*, pp. 110-111.

(100) これ以前に、1953年8月9日のデクレは、45年オールドナンスを改正してカルテルの禁止規定を導入した。その背景には、戦後の各国に対するアメリカの影響、および、生産力上昇・流通機構簡素化・国民大衆の生活水準向上という諸要請に触発された世界的なカルテル禁止の流れがあり、フランスも生産拡大・物価下落を目的に改正を行った。この点については、R. Plaisant, *Projets de lois relatifs aux ententes et aux trusts*, D. 1952. Chron. 93.

外されると定めた。法律上の独占を与えられている巨大公企業はこの規定の効果により独占禁止法の適用を回避しうる可能性が高く、実際に巨大公企業による支配的地位の濫用が争われた事件においては、この規定に基づく適用除外の可否が問題とされることになる。<sup>(101)</sup>

最初の事例は、フランスラジオテレビ局 [Office de Radiodiffusion-Télévision française: ORTF] による商業映画の放映に関するものである。ORTF は1959年に発足した国営放送局（形態は公施設法人）で、法令により報道・文化・教育・大衆娯楽の需要を満たすための放送用電波の独占的利用権を付与されていた。ORTF は商業映画の興行権 (droit de représentation) を取得し、その映画をテレビ放映していた。これに対して、映画館経営者らが組織する全国映画館連盟が、主たる請求として ORTF の行為は公施設法人の目的限定性に反しており不正競争に当たるとして差止および損害賠償を請求し、追加の請求として ORTF の行為は45年オルドナンスおよびローマ条約における支配的地位の濫用に当たるとして同様に差止および損害賠償を請求した。全国映画館連盟が支配的地位の濫用を主張したのは、映画興行市場（映画館上映とテレビ放映を含む）でほぼ独占的な地位を有する ORTF がその地位を利用して興行権を低価格で大量に取得することによって、一般の映画館が配給を受けられなくなり、供給量の減少から自由な価格交渉もできなくなると考えたからであった。第一審のセーヌ商事裁判所1965年3月8日判決は、<sup>(102)</sup> ① ORTF は法律上の地位にしたがって行為したのみであり目的限定性に違反していない、② ORTF は映画興行市場で支配的地位を有しているが一般の映画館への供給量の減少も自由な価格交渉の制限も証明されておらず、そもそも本件の支配的地位は法令規定に基づくものであるから規制の対象となるものではない、と

---

(101) この規定（2000年以降は商法典 L420-4 条 1 項 1 号）の運用一般については、M.-C. Boutard Labarde *et al.*, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, n<sup>os</sup> 230-240.

(102) T. C. Seine 8 mars 1965, JCP 1965. II. 14208, note Lyon-Caen.

して全国映画館連盟の請求を棄却した。

全国映画館連盟の控訴により、パリ控訴院1967年5月17日の先行判決が<sup>(103)</sup>示されることになる。控訴院は、①目的限定性違反については、原審と同様に映画の放映は法律によって与えられた任務の範囲内にあるとしてこれを否定したが、②支配的地位の濫用については、ORTFと映画館との間に競争関係があると仮定して、ORTFの行為が支配的地位の濫用に該当するか否かはカルテル・支配的地位専門委員会の意見を徴したのちに判断する必要があるとして裁判の延期を言い渡した。結局、1972年2月28日の終局判決は、支配的地位の濫用は認められるが、こうした競争の歪曲は「経済的・技術的構造、または立法政策の巡り合わせの所産 (le produit soit des structures économiques et techniques, soit des hasards de la politique législative)」であってORTFの所為には当たらないとして法律上の独占による適用除外を理由に全国映画館連盟の請求を棄却した。<sup>(104)</sup>

高度成長期に公役務の支配的地位が法律上の独占との関係で問題となった第二の、そして最後の事例は、前掲パリ商事裁判所1968年6月17日判決<sup>(105)</sup>である。この事件では、原告はフランスガスの不正競争を導く論拠として、支配的地位の濫用＝法令違反の存在も主張していた。原告である総合タール会社は、フランスガスが自社で新たに開始したタール精製業の原料確保のために生タールを輸入する行為が自己の原料確保を困難にし、よってタール生産市場における競争を阻害すると主張していた。この点に関する判示は簡潔なものであった。裁判所は、45年オルドナンス59条の3の適用除外規定における「法律または行政立法の規定の適用によって生ずる」という文言につき、「〔ガス部門の国有化に関する〕1946年4月8日の法律がこれらの規定のひとつであることには重大な争いがない」と述べたのみ

(103) Paris 17 mai 1967, JCP 1967. II. 15157, concl. Souleau.

(104) Chevallier, *Le pouvoir de monopole*, p. 115 の紹介による。終局判決そのものを参照することはできなかった。

(105) T. C. Paris 17 juin 1968, préc.

で原告の主張を退けた。テレビ放送という本来の任務の枠内で番組内容として映画を利用した ORTF の場合とは異なり、今回はガス企業があえて工場を新設して異業種に参入した事例である。フランスガスの行為がガスの生産・供給の独占を認めた法令の適用によるものといえるかという点については、事案の性質上、先例におけるよりも慎重な判断が必要であったはずであるが、パリ商事裁判所はこれを言下に適法としたのである。

以上のように、フランスの「栄光の30年」は、公役務の事業拡大と市場支配力の行使が法的保障を勝ち取った、公役務にとっての栄光の時代であったといえる<sup>(106)</sup>。インフラ部門で全国的ネットワークを形成する独占的公企業は、「フランス流公役務概念」の体现者であり、公権力が特権の企業を組織するための理論的手段たりうるところに公役務概念の現実的な有用性があった。しかし、こうした国家独占の論理は、80年代後半からのヨーロッパ域内市場の形成とともに試練に直面することになる。

## 第 2 節 ヨーロッパ域内市場と公役務

### 1 公役務と EU 法

#### (1) 共同体法の適用範囲

ローマ条約 (EEC 条約) の成立当初から、域内市場における独占体の処遇については85条と86条がそれぞれカルテルと支配的地位の濫用を規制し、90条1項は加盟国が公企業に対し条約の規定に反する措置を制定または継続することを禁止していた。具体的には37条1項が、供給または販売の条件に関する加盟国国民の間でのあらゆる差別が排除されるよう、「商業的性質を有する国家独占 (monopoles nationaux présentant un caractère commercial)」を調整することを加盟国に義務づけていた。だが実際には、

---

(106) 90年代に入ってから、コンセイユ・デタは、1992年7月15日の意見 (公土木工事部) でパリ交通公団について、1994年7月7日の意見 (公土木工事部) でフランス電力とフランスガスについて目的限定性の原則の射程に関する見解を示し、各企業の事業の多角化を容認する姿勢を明らかにした。Delacour, *op. cit.*, p. 1009.

1968年の関税同盟の成立以後、共同体は加盟国に対し国家独占の改革を積極的に迫ることはなく、関連する条文が問題化することはなかった。状況が変わりはじめたのは、80年代半ばのことであった。

石油危機以来のヨーロッパの経済停滞を打開しようと、ヨーロッパ委員会は、85年6月に域内市場の完成に向けた計画である「域内市場統合白書」を作成し、域内市場にとっての物理的障害（税関）、技術的障害（各国の規格・基準の不一致）および税制上の障害（各国の関税以外の間接税の格差）があることを指摘した。これらの障害を除去するための政策を実施する法的根拠を用意するため、ローマ条約を改正する単一ヨーロッパ議定書は86年に署名、87年に発効した。1992年12月31日までの間に域内市場を漸進的に成立させるための措置を共同体としてとることが規定され、マーストリヒト条約締結に向けた準備が進められた。<sup>(107)</sup>

経済統合に向けた動きを背景に、共同体の産業政策として提示されるようになったのが、ネットワーク企業からなるインフラ部門の規制撤廃であった。ヨーロッパでこのような政策が登場したのは、ヨーロッパ委員会がアメリカの政策を取り入れたことによる。アメリカでは州単位で私的部門のネットワーク企業が独占体制をしき、公的な規制機関を逆に支配して独占利潤を獲得してきた。アメリカの成長率が低下傾向を見せた70年代には、経済停滞の原因の一部が非効率的なネットワーク企業にあるとする論調が現れ、1978年の公益企業規制法（Public Utilities Regulatory Policies Act）によって自由化が進められた。ヨーロッパ委員会はこれを参考に、フランスで独占的公企業が担っているような活動について、市場の自由化、同一産業内での生産・輸送・供給（電力事業でいえば発電・送電・配電）の機能分離、さらには公企業の民営化を行おうとしたのである。<sup>(108)</sup>

(107) 朝倉弘教＝内田日出海『改訂 ヨーロッパ経済 過去からの照射』（勁草書房、2003年）219-224頁。

(108) Maffé et Amenc, *op. cit.*, pp. 343-344. なお、ヨーロッパ委員会の政策文書の検討に基づき EU における公共サービス政策の流れを整理する邦語文献として、青

経済的性格の公役務への共同体法の適用が、ヨーロッパ委員会とヨーロッパ司法裁判所の活動を通じてフランスの国家独占にとっての脅威となりはじめたのは90年代初頭のことであった。<sup>(109)</sup> 共同体法の適用が、公役務にとって新たな法的環境の出現を意味することの思想的要因は、共同体が基幹産業の国家独占を例外的なものと考えている点にある。公役務を公権力の根拠とみなし、全体的利益の目的を掲げることで経済への公的関与を拡張してきたフランスにとって、公役務を全体的利益の充足のための手段のひとつに過ぎないものとするヨーロッパ連合の思想は受容しがたいものと映った。<sup>(110)</sup> マーストリヒト条約の発効直後には、ローマ条約が「仮借なき競争 (concurrency sans nuance)」のイデオロギーに即して適用されることへの懸念が表明される。<sup>(111)</sup> 2000年代に入ってもなお、共同体法において公役務の地位を温存することについてのフランスの関心は根強い。<sup>(112)</sup> ヨーロッパ競争

---

柳由香「EC 委員会の公共サービス事業に関する規制政策の展開」土田和博＝須網隆夫編『政府規制と経済法——規制改革時代の独禁法と事業法』（日本評論社、2006年）73頁以下を参照。

(109) M. Karpenschif, *Vers une définition communautaire du service public?*, RFDA 2008. pp. 59-60. ローマ条約の成立以来、ヨーロッパでは戦後の国有化により拡大した公共サービスの「市場経済化 (marketisation)」が進行していた。その背後には、イデオロギー的、技術的、経済的環境の変化に伴う国家独占の存在意義の動揺があったが、これに加え、域内市場の成立という目標のもとヨーロッパ競争法のより強力な執行が要請されたことで国家独占に対する共同体法の適用はにわかに重要視されるようになった。A. Jones and B. Sufrin, *EC Competition Law : Text, Cases, and Materials* (3rd ed., Oxford University Press, 2008), pp. 614-616.

(110) R. Kovar, *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, RTD eur. 1996. n° 2, pp. 219-220; Voisset, *op. cit.*, p. 310.

(111) N. Belloubet-Frier, *Service public et droit communautaire*, AJDA 1994. p. 278.

(112) 例えば、Karpenschif, *op. cit.*, p. 58; Auby, *op. cit.*, p. 778; Long, *op. cit.*, p. 1168. このほか、市場原理を免れた公役務活動を擁護する立場から共同体法の適用除外を重要視し、共同体法における公役務または全体的利益に属する任務の概念の形成について検討する文献として、S. Rodrigues, *Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire*, AJDA 2006. 84.

法の適用範囲は、一見自明のようでありながら、公役務をも包摂しうる競争法「帝国 (empire)」の版図を画するがゆえにフランスの関心を引き付けてきたのである<sup>(113)</sup>。

EU 運営条約101条1項（旧 EC 条約81条1項）はカルテルについて定める。「企業間のすべての協定、企業団体のすべての決定およびすべての協調行為であって加盟国間の貿易に影響を及ぼすおそれがあり、かつ、域内市場における競争を妨害し、制限または歪曲することを目的とするかまたはそのような効果を有するものは、域内市場と両立せず、禁止される。〔以下略〕」。また、EU 運営条約102条（旧 EC 条約82条）は支配的地位の濫用について定める。「1 または複数の企業が域内市場または域内市場の主要な部分における支配的地位を濫用することは、それによって加盟国間の貿易が影響を受けるおそれがある限り、域内市場と両立せず、禁止される。〔以下略〕」。これらの規定の適用範囲を画する鍵概念は、「企業 (entreprise)」である<sup>(114)</sup>。この概念は非常に広く定義されている。「法的地位および運営態様にかかわらず、経済活動 (activité économique) を行うすべての主体 (entité)」と解するのがヨーロッパ司法裁判所の立場である<sup>(115)</sup>。また、「公企業 (entreprise publique)」の意義については、2006年11月16日の EC 指令<sup>(117)</sup>において、「公権力が、所有、財政的関与または関係法令を理

(113) Kovar, *op. cit.*, p. 222.

(114) Rodrigues, *op. cit.*, p. 85. なお、この概念の解釈に関する邦語文献として、須網隆夫「競争市場の構築と政府規制に対する考察 EC 競争法からの検討」土田和博＝須網隆夫編『政府規制と経済法——規制改革時代の独禁法と事業法』（日本評論社、2006年）42-50頁を参照。

(115) EU 運営条約101条および102条の適用はヨーロッパ委員会の権限に属する。委員会は事件を調査した後、企業に対して違反行為の排除措置を提案し、場合により決定を通じて排除措置を命ずる（EU 運営条約105条）。この決定は、ヨーロッパ司法裁判所に提起される取消訴訟の対象となる（EU 運営条約263条）。

(116) CJCE 23 avr. 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, *Rec. I*-1979; CJCE 17 févr. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91, *Rec. I*-637.

(117) Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises

由に、直接または間接に支配的影響力を行使するすべての企業」(2条b項)と定められている。

以上のほかに、EU 運営条約106条1項(旧 EC 条約86条1項)は加盟国が公企業に対してとる措置について定める。「加盟国は、公企業および自己が特別のまたは排他的な権利を与える企業に関して、EU 諸条約の規定、特に本条約18条および101条から109条の規定に反する措置を制定してはならないし、継続もしてはならない」。域内市場と両立しない公企業への優遇措置は禁止される。この規定の適用範囲を画する鍵概念は、「加盟国(État membre)」である。これには「州、地方または市町村レベルの公権力(autorités publiques)」が含まれると解するのが判例の立場である<sup>(118)</sup>。

## (2) 共同体法の適用除外

「特別の規範」による行政の規律が実体を失って以来、公役務企業は私人と同等に自由競争の舞台に立つことになった。しかし、フランス国内法は、支配的地位の濫用が法律または行政立法の規定の適用によって生ずることという要件をもって競争法の適用除外を認めているため(商法典 L420-4条1項1号)、法令により特権を認められた公役務は、その行為がたとえ外形的には違法行為に該当するとしても規制を免れることができた(本章第1節2(2)を参照)。一方で、共同体法は競争法の適用除外をより具体的な要件に服させている。これが、共同体法の適用が公役務にとって新たな法的環境の出現を意味することの制度的要因である<sup>(119)</sup>。

---

publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises. 1980年6月25日の EC 指令(Directive 80/723/CEE)が改正を重ね煩瑣となったため、これを改めて制定しなおしたものである。

(118) CJCE 4 mai 1988, *Bodson*, aff. C-30/87, *Rec.* 2479. これと同じ趣旨で、上記2006年11月16日の EC 指令は、「公権力(pouvoirs publics)」を「国、ならびに、州および地方の機関、その他すべての地方公共団体を含むすべての公権力」(2条a項)と定義する。なお、公権力(autorité publique/public authority)であることの基準については、トートロジカルではあるが、公権力特権(prérogatives de puissance publique/powers of public authority)の行使にあるとする解釈が示されている。CJCE 19 janv. 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.* I-43.

EU 運営条約106条2項（旧 EC 条約86条2項）は、フランスにおいては「公役務の任務を委ねられた（chargé d'une mission de service public）」と形容されるであろう企業について定める。<sup>(119)</sup>「経済上の全体的利益に属する役務の管理を委ねられた企業、または専売事業（monopole fiscal）の性格を有する企業は、EU 諸条約の規定、特に競争法規定に服する。ただし、これらの規定の適用が、企業に与えられた特別の任務（mission particulière）の法律上または事実上の遂行を妨げない場合に限る。貿易の発展がヨーロッパ連合の利益に反する程度にまで影響を受けてはならない」。この適用除外規定の射程を測る上での鍵概念は、「経済上の全体的利益に属する役務（service d'intérêt économique général：SIEG）」<sup>(121)</sup>である。ある企業が適用除外の対象となるためには、少なくとも、経済上の全体的利益に属する役務を担っていると認められることが必要だからである。<sup>(122)</sup>

判例によって示されたこの概念の定義は、当初は明確さに乏しいものであった。「国家にとって重大な利益を示す活動」<sup>(123)</sup>というものもあれば、「全体的利益にとって必要な事業」<sup>(124)</sup>という、まさに同語反復的なものもある。マーストリヒト条約の成立直前には、「他の経済生活上の活動が有する利益と比較して特殊の（spécifique）性格を示す」<sup>(125)</sup>活動をいうとする見解も

(119) なお、フランスの行政裁判において、公役務特許契約の独占権付与条項の競争法適合性が争われるようになっている。C. E. 3 nov. 1997, *Société Million et Marais*, Rec. 406, concl. Stahl; AJDA 1998. 247, note O. Guézou.

(120) 共同体法は、運輸公役務への公的助成に関する EU 運営条約93条（旧 EC 条約73条）を除き「service public」の概念を知らない。Auby, *op. cit.*, p. 779; M. Bazex, *L'appréhension des services publics par le droit communautaire*, RFDA 1995. p. 295.

(121) 訳語については、さしあたり、中村=新倉=今関・前掲注（46）393頁を参照。

(122) Rodrigues, *op. cit.*, p. 86. なお、この概念の解釈と具体的適用例に関する邦語文献として、須網・前掲注（114）50-67頁を参照。同論文では、「一般的経済利益サービス（services of general economic interest）」という訳語が用いられている。

(123) CJCE 14 juill. 1971, *Port de Mertert*, aff. C-10/71, Rec. 723.

(124) CJCE 11 avr. 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, C-66/86, Rec. 803.

(125) CJCE 10 déc. 1991, *Port de Gênes*, aff. C-179/90, Rec. I-5889. これ以前では

打ち出されたが、曖昧さは多分に残された。具体的判断において、当時のヨーロッパ司法裁判所は、適用除外についてかなり抑制的な態度をとって<sup>(126)</sup>いた。この状況について、フランスの論者は、「経済上の全体的利益に属する役務」の概念はマーストリヒト条約以前には共同体法において等閑視<sup>(127)</sup>されていたとみなしている。

この概念のより詳細な分析は、マーストリヒト条約の署名後に示された。判例は、当該活動が「経済上の全体的利益に属する役務」の性質を有するか否かの問題を、役務の実施を規律する制度を基準として判断するという方法をとった。<sup>(128)</sup>「個別事情および個々の活動の収益性にかかわらず、すべての利用者のために、当該加盟国の領域全体で、一律の料金で、かつ同質の給付を行うという条件で」郵便物の収集・輸送・配達を行うことを義務とする活動、<sup>(129)</sup>ならびに、「委託された地域全体で、すべての消費者、地域送電事業者または最終利用者のために、つねに要求された分量で、一律の料金で、かつ、すべての顧客に適用される基準のみに応じて変動する条件で」電気エネルギーを供給することを義務とする活動が、<sup>(130)</sup>「経済上の全体的利益に属する役務」に該当すると判断された。フランスはこれらの

---

あるが、企業が公権力の監督を受けているという事実のみでは「経済上の全体的利益に属する役務」を認定するのに十分でないとした判例 (CJCE 2 mars 1983, *GVL*, aff. C-7/82, *Rec.* 483) が、「特殊の経済上の公益」の認定方法の一端を示しているものと思われる。

(126) Long, *op. cit.*, p. 1164. 前掲 *Port de Gênes* 事件における法院検事 Van Gerven の論告であるが、共同体に対し直接に利益をもたらす性質の活動のみが「経済上の全体的利益に属する役務」に該当するという意見が見られる (concl. dans l'affaire *Port de Gênes*, préc.). 判決のいう「特殊の性格」の意味内容を示しているといえよう。Kovar, *op. cit.*, p. 238.

(127) J.-C. Zarka, *La place des services d'intérêt économique général dans les traités communautaires : du traité de Rome au traité établissant une Constitution européenne*, D. 2005. p. 1123.

(128) Kovar, *op. cit.*, p. 235.

(129) CJCE 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* I-2533.

(130) CJCE 27 avr. 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, *Rec.* I-1477.

基準を自国の公役務のそれに近いとして歓迎する。<sup>(131)</sup> 20世紀前半の公役務学派の一人であるルイ・ロラン [Louis Rolland] の提示した、継続性 (continuité)、平等性 (égalité)、適応性 (adaptabilité) の「公役務原則 (lois du service public)」が懐古的に語られるのである。<sup>(132)</sup> その結果、今日のフランスにおいて、「経済上の全体的利益に属する役務」とは、公役務の特殊の義務 (obligations spécifiques de service public) に服する取引事業活動 (activité de service marchand)、とりわけ輸送・エネルギー・通信の分野におけるネットワーク公役務 (service en réseaux) を指すものと理解されている。<sup>(133)</sup> 適用除外規定の発動に対するフランスの関心は、その射程が自国の国家独占全体に及びうるだけにいっそう高まるわけである。

## 2 国家独占の調整

### (1) 公役務の任務を有する企業

上記1 (1) で見たように、一定の市場において財またはサービスを供給するという経済活動を行う主体は、すべて企業として EU 運営条約 101条および102条 (普通法) の適用範囲に属する。<sup>(134)</sup> いまや流動的なものとなったが、<sup>(135)</sup> 行政的公役務には公法 (普通法適用除外規範)、商工業的公役務

(131) Long, *op. cit.*, p. 1164.

(132) Kovar, *op. cit.*, p. 236. 公役務制度の最低限の一体性を確保すると考えられているこれらの原則については、Waline, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 376-378.

(133) Auby, *op. cit.*, p. 780; M. Mauraie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 4<sup>e</sup> éd., coll. « U », Dalloz, 2008, n<sup>o</sup> 125. なお、民間医療保険会社への政府助成金に関する事案について、限られた地域または利用者しか対象としない活動であるとか、収益性の考慮のもとで実施される活動であるとかというだけで「経済上の全体的利益に属する役務」該当性が否定されるわけではないとした判決がある。TPICE 12 févr. 2008, *BUPA*, T-289/03, *Rec.* II-81.

(134) Rodrigues, *op. cit.*, p. 85. なお、当該企業が公法人であるか私法人であるかは問われない。Bazex, *op. cit.*, p. 298.

(135) そもそも商工業的公役務の認定自体が、全体的印象 (impression d'ensemble) に頼った相対的なものであると指摘される。Delvolvé, *Droit public de l'économie*, n<sup>os</sup> 498-508.

には私法（普通法）というフランス法の枠組みを共同体法は知らない。<sup>(136)</sup>一方、上記 1（2）で見たように、共同体法の「経済上の全体的利益に属する役務」の概念は、役務の実施を規律する制度を基準として、いわば機能的に分析された結果、「公役務原則」を制度的特徴とするフランス公役務に類似したものを表象することになった。しかし、観念上の一致が実体としてみた場合にも維持されるとは限らない。フランス行政法には、公役務を構成する活動の本質を議論の外におく傾きがある。<sup>(137)</sup>本稿の初めに紹介した、「公法人が、全体的利益に属する需要の充足を自ら実行しまたは自己の監督下にこれを委任することを内容とする、行政活動の一形態」という定義は、公役務の目的、主体、管理態様には言及するが、その実体的性質には触れていない。公役務の確かな定義を示すことに成功した者はおらず、公役務概念は公権力特権を付与するためのラベルに転化した。<sup>(138)</sup>「公権力が公役務にしようと望んだ社会的活動が公役務となる」<sup>(139)</sup>という指摘が、概念の形骸化の状況を集約的に言い表している。全体的利益の名において、私人の経済的自由の制限を進めながら公役務は活動領域を拡張した。<sup>(140)</sup>問題は、そのように増大した公役務活動が実際に全体的利益の目的に適しているか否かにある。「経済上の全体的利益に属する役務」の主体たる企業の現実の活動がヨーロッパ競争法の適用除外を許すものであるかが問われるとき、ヨーロッパ連合は、フランス公役務の活動における全体的利益の存否と独占の必要性について具体的決定を行う外部権力として立ち現れる。

すでに述べたように、ある企業の行為が適用除外の対象となるためには、前提として、その企業が経済上の全体的利益に属する役務を有してい

(136) Waline, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 373-374; Delvolvé, *Le droit administratif*, pp. 52-54.

(137) Bigot, *op. cit.*, p. 6; Kovar, *op. cit.*, p. 237.

(138) Truchet, *Nouvelles récentes d'un illustre vieillard*, p. 430.

(139) Chevallier, *op. cit.*, p. 47.

(140) Delvolvé, *Service public et libertés publiques*, pp. 5 et s.

ることが必要である。しかし、そのことのみで当該企業のあらゆる活動が共同体法の適用除外を受けるわけではない。問題となっている行為への共同体法の適用が、「企業に与えられた特別の任務の法律上または事実上の遂行を妨げ」と認められることが加えて必要となるからである（EU 運営条約106条2項）。特別の任務が阻害されるか否かを判断するにあたり、ヨーロッパ委員会およびヨーロッパ司法裁判所は、①特別の任務の阻害とは何を意味するのか、②特別の任務の阻害を認定する際に依拠すべき要素は何であるかという点を軸に解釈を行ってきた<sup>(141)</sup>。

論点①についての解釈は厳格である。全体的利益に属する任務の実施が困難になる程度では特別の任務の阻害とはいえ、その実施が不可能になることではじめて阻害であると認定される。しかも、公役務の享受する排他的特権または優遇措置のほかに、当該任務の実現を可能とする代替手段が存在しない場合でなければならない<sup>(142)</sup>。これはかねてよりヨーロッパ委員会とヨーロッパ司法裁判所の共通見解であった<sup>(143)</sup>。具体的な適用として、例えば、ヨーロッパ司法裁判所1993年5月19日判決では、「全体的利益に属する任務」として不採算部門の経営を継続する義務を負っている郵便事業者に関して、経済的に許容できる条件で当該任務を実施させるためには、全体的利益に属さない活動から上がる収益を用いた内部補助のかたちで不採算部門の損失を補填させる必要があるとして、全体的利益に属さない採算部門についての競争法の適用除外が認められた<sup>(144)</sup>。続く1994年4月27日判決では、「経済上の全体的利益に属する任務」として電力の継続的供給義務を負う電力事業者に関して、経済的に許容できる条件で継続的供給を行

(141) R. Kovar, *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, RTD eur. 1996. n° 3, p. 501.

(142) Karpenschif, *op. cit.*, p. 58 ; Kovar, *op. cit.*, p. 504..

(143) Décision de la Commission du 10 novembre 1982 *JOCE* L. 360, 21 nov. 1982 ; CJCE 20 mars 1985, *Italie c/ Commission*, C-41/83, *Rec.* 873 ; CJCE 23 avr. 1991, *préc.*

(144) CJCE 19 mai 1993, *préc.*

わせる必要があるという理由から、特定の加盟国からの電力の排他的購入条項についての競争法の適用除外が認められている<sup>(145)</sup>。その後も、競争法が適用されたという仮定のもとで特別の任務の阻害が認定され適用除外が認められた事例が見られるが、排他的特権または優遇措置に対する代替手段の不存在が要求されている点に変わりはない<sup>(146)</sup>。

論点②については、当該企業に課された特別の義務の内容が重視される。競争法の適用を除外するのは、そのような義務の実施に対する代償としてであるという考え方が背景にある<sup>(147)</sup>。上記の93年と94年の判例を参考にみるならば、主として、サービスの供給条件にかかわらず事業を実施する義務があるか、不採算事業にもかかわらず実施する義務があるか、または事業を継続的に実施する義務があるか、という点が考慮されている。

共同体法の適用が、「企業に与えられた特別の任務の法律上または事実上の遂行を妨げ」るかについての判断は以上のとおりであるが、前提として、当該企業が特別の任務を現に遂行していることが要求される点にも注意しなければならない<sup>(148)</sup>。排他的特権を付与された企業のもとで、実際に、一律の料金かつ同一の質的条件で恒常的に需要が満たされているかどうか<sup>(149)</sup>が問われることになるのであり（適用除外における比例性の原則）、そのこと自体によってヨーロッパ競争法はフランスにとって厳格なもの<sup>(147)</sup>と映るわけである。共同体法においては、公権力による特別の任務の付与のみなら

(145) CJCE 27 avr. 1994, préc.

(146) 例えば、補足退職年金事業について、CJCE 21 sept. 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec. I*-5751. 救急搬送事業について、CJCE 25 oct. 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec. I*-8089. なお、上記1993年5月19日 *Corbeau* 判決について、イギリスの文献では、同判決がヨーロッパ司法裁判所が適用除外規定のより柔軟な解釈（代替手段がないことの文字通りの証明までは求めず、企業の収支不均衡を招くことの証明のみで十分とするようになったという意味で）に移行する契機となったとする理解が示されている。Jones and Sufrin, *op. cit.*, pp. 655-656.

(147) Kovar, *op. cit.*, p. 504.

(148) CJCE 23 avr. 1991, préc.

(149) V. Malaurie-Vignal, *op. cit.*, n° 127.

ず、全体的利益の実質的な満足が認められる場合でなければ競争法の適用除外には値しない。これまでフランス公権力は抽象的な意味での全体的利益を抛り所に経済への公的関与を深めてきた。ヨーロッパ連合との姿勢の違いは明白である。そして、公役務の任務を有する企業の行動が規制されるのみならず、公役務の編成に関わる改革が公権力に対し直接に要求されるとき、「フランス公役務の危機」はより一層の現実味を帯びるであろう。

## （２） 公役務の編成を行う公権力

上記１（１）で見たように、共同体法は、各加盟国の公権力は公企業との関係においてローマ条約の規定を遵守する義務を負うと定める（EU 運営条約106条１項）。公企業自体が行うカルテルおよび支配的地位の濫用を規制するのみでは共同体法の遵守を確保するのに不十分であるという考え方が背景にある。公企業とは公権力の「支配的影響力」のもとにある企業を指す（2006年11月16日のEC指令２条b項）。よって、公企業の市場行動を効果的に規制するには、その編成および運営に関する規範を制定する公権力に対して直接に義務を課すことが必要であると考えられているのである。<sup>(150)</sup> この規定の適用は、ヨーロッパ委員会が加盟国に対して発する指令または決定<sup>(151)</sup>（EU 運営条約106条３項）、および、ヨーロッパ委員会またはすべての加盟国が、義務を遵守しない加盟国をヨーロッパ司法裁判所に提訴する義務不履行訴訟<sup>(152)</sup>（EU 運営条約258条、259条）を通じて強制される。

ある企業が「経済上の全体的利益に属する任務」を有することは、当該企業への競争法の適用除外を当然に導くわけではない。たとえその企業に排他的特権が付与されていようとも、その不行使によって当該任務の実施が具体的に不可能となる場合でなければ特権の行使は許されない。このような、上記２（１）に述べた企業についての規制は、EU 運営条約106条

(150) Bazex, *op. cit.*, p. 299.

(151) EU 運営条約106条３項は、「ヨーロッパ委員会は、本条の規定の適用を監視し、必要な場合には、加盟国に対し適切な指令または決定を発する」と規定する。

(152) Voisset, *op. cit.*, p. 309.

1 項のもとで、公権力から企業に対する特権の付与の禁止、ひいては既存の公的独占の解体へと発展する。<sup>(153)</sup> これまでに、輸送・エネルギー・通信の分野における公役務を対象とする部門別指令 (directives sectorielles) によって、公権力の裁量の自由は次々と狭められてきている。<sup>(154)</sup>

公権力から企業に対する独占権の付与の問題は、1991年に新たな段階に入った。従来、国家独占の調整義務が規定されていたにもかかわらず (EEC 条約37条 1 項、EC 条約31条 1 項、現 EU 運営条約37条 1 項)、加盟国が全体的利益への配慮から独占権を付与することに寛容であったヨーロッパ司法裁判所は、一転して抑制的な態度を示すようになる。この年には、加盟国の提起した指令についての取消訴訟 (EEC 条約173条、現 EU 運営条約263条) において、加盟国による電気通信端末の独占的輸入販売権の付与が、輸入数量制限を禁止した EEC 条約30条 (現 EU 運営条約34条) に反し商品<sup>(155)</sup>の自由移動を妨げると認定された。また別の先決裁定手続 (EEC 条約177条、現 EU 運営条約267条) においては、港湾での荷揚げ作業についての独占権の付与が、それ自体で港湾管理会社による支配的地位の濫用を帰結するものであるとして禁止<sup>(156)</sup>されている。上述のように、EU 諸条約の規定

(153) Bazex, op. cit., pp. 300-301.

(154) Auby, op. cit., p. 782. この点、詳細な研究によれば、ヨーロッパ委員会は公役務の自由化の方向性を堅持しそのための共同体の権限の拡大を目指しつつも、加盟国からの反対を踏まえて加盟国の規制権限との均衡を図っていると指摘される。実定法的には、共同体法の適用除外規定について「一般的経済利益のサービス」とその提供手段の比例性が問われるところに、加盟国の判断と共同体法の適用との均衡への配慮が表れている。青柳・前掲注 (108) 81頁以下を参照。

(155) CJCE 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, aff. C-202/88, *Rec. I*-1223.

(156) CJCE 10 déc. 1991, *préc.* 港湾での荷揚げ作業に対する一般的な需要を満たすことができないことが明白な企業に対して排他的権利が付与されている点<sup>(156)</sup>が、支配的地位の濫用につながる高度の蓋然性の有力な根拠となった。反対に、市場における一般的な需要を満たす能力のある企業に対するものであるという理由で、補足退職年金基金への排他的権利の付与が適法とされた事例として、CJCE 12 sept. 2000, *Pavlof*, C-180 à 184/98, *Rec. I*-6451. なお、このように EU 運営条約102条 (支配的

の適用除外につながる「経済上の全体的利益に属する任務」の認定は後者の判決を契機に厳格化された。

さらにヨーロッパ委員会は、80年代末以降、加盟国に対して指令の形式で既存の独占的部門における市場の自由化を迫っている。対象とされるのは、一定地域における基盤的な組織網である「普遍的ネットワーク (réseau universel)」を利用して実施される、「普遍的役務 (service universel)<sup>(157)</sup>」<sup>(158)</sup>と呼ばれる活動である。普遍的役務の定義には対象とされる産業ごとに若干の違いがあるが、その要点は、共同体の全住民に対して手頃な価格で満足のいく程度の基本的サービスが提供されることを確保するところにある<sup>(159)</sup>。これは「経済上の全体的利益に属する任務」と実質的に同じものであり、それが普遍的ネットワークを前提とすることを強調する場合に用いられる概念である。この概念は主として電気通信事業と郵便事業について用いられてきた<sup>(160)</sup>。ヨーロッパ連合は、普遍的役務の提供を確保しようとしながらも、関係する産業の内部で独占的实施を許す部門と自由競争に委ねる部門とを定型的に区別し、委員会の制定する指令を通じて各国の公役務の再編成を要求する。これまでに、郵便事業、電気通信事業、電力事業およびガス事業の自由化が指令により定められ、また電気通信事業、電力事業およびガス事業におけるサービスの生産と基盤施設の管理との機能分離が検討されている<sup>(161)</sup>。そのような指令の不履行を非難された加盟国が前述の適用除外をヨーロッパ司法裁判所において申し立てることは可能である<sup>(162)</sup>が、しかしその場合、加盟国は公役務による独占の正当性を形式的に宣

---

地位の濫用の禁止) に基づいて独占権の付与を規制する考え方を自動的濫用の理論 (théorie de l'abus automatique) という。Maurice-Vignal, *op. cit.*, n° 112.

(157) 訳語については、さしあたり、中村=新倉=今関・前掲注 (46) 394頁を参照。

(158) Kovar, *op. cit.*, n° 3, pp. 506 et s.

(159) Waline, *op. cit.*, n° 379, p. 364; Kovar, *op. cit.*, n° 2, p. 240.

(160) ヨーロッパ委員会の電気通信白書 (1992)、次いで郵便白書 (1993) で使用されたのが始まりである。Rodrigues, *op. cit.*, pp. 84-85.

(161) Waline, *op. cit.*, n° 380; Karpenschif, *op. cit.*, pp. 64-65.

言すれば済むわけではなく、それを具体的に証明しなければならない。<sup>(163)</sup> 全体的利益の存否と独占の必要性についての決定権は、いまやコンセイユ・デタではなくヨーロッパ連合の掌中にある。

## 結語

公役務概念は公権力の市民社会への関与を正当化し、公役務と名づけられた活動の公権力による独占を可能にする。個人の経済的自由が確立したはずのフランスで公権力の経済活動への関与が大規模に行われた理論的要因は、公役務を定義づける全体的利益の抽象性が恣意的に利用された点にある。公役務概念は公権力に基幹産業における国家独占の形成手段を提供し、国家独占は個人と平等に営業の自由を享受することで国民経済に君臨した。フランス公権力は公役務の外皮をまとうことで市民社会への浸透を深めることができたのである。

EU法の思考形式はこれとは反対である。ヨーロッパ競争法は一定の経済活動に全体的利益が存することの具体的証明を加盟国に要求する。そして全体的利益があるとしてもその実現の役割をアプリアリに公権力のものとするわけではない。フランスの国家独占の法理はこの点においてEU法と衝突する。その帰結については、今後、各産業部門についての個別的研究を通じて明らかにしていかなければならない。かつての独占的部門が自由化されるとき、問われるのは経済への公的関与の真価である。戦後フランスの政治経済体制は真実のときを迎えている。

---

(162) Kovar, *op. cit.*, n° 3, p. 515; Jones and Sufrin, *op. cit.*, p. 652.

(163) Rainaud, *op. cit.*, p. 95.