

論文

フランス行政判例における「営業の自由」と「企業活動の自由」 - 最近のコンセイユ・デタ決定を手がかりにして -

蛭原 健介

はじめに

- ・ フランスにおける営業・企業活動の自由の基本原則
- ・ 営業・企業活動の自由の内容と限界
- ・ 行政裁判法典L521条の2における仮処分手続と
コンセイユ・デタ判例の動向

むすびにかえて

はじめに

フランスにおいて、「営業の自由」または「商工業の自由」(liberté du commerce et de l'industrie) が革命期に実定法化されたことは広く知られている。アンシャン・レジーム期のフランスでは、同業組合による産業規制をはじめ、種々の経済活動に対する規制が存在し、したがって、経済活動の自由を確立することが、やがて革命の担い手となるブルジョワジーの主要な課題であった。

1789年宣言には営業の自由に関する明示的規定は含まれていないものの、1791年3月2 - 17日のダラド法では営業の自由の基本原則が以下のように示されていた。すなわち、「何人も自分が好む取引をなし、自分が好む職業・手工業に自由に従事する (exercer telle profession, art ou métier) ことができる。ただし、前もって営業免許状を取得し、後に定められる価額にしたがってその対価を払い、かつ、既定の、あるいは今後定められうる警察規則にしたがう義務を負う」というのがこれである。ここでは、営業の自由という表現は、直接的には用いられていないが、より一般的に、職業・手工業に従事する自由が定められている。そして、この規定の趣旨は、同一職業の労働者や職人の団結行為を禁止する1791年6月14 - 17日のル・シャブリ工法によってより確実なものとなった¹⁾。

ところで、フランスは、第二次世界大戦後、国有化と計画経済にもとづくディリジズムを経験し、今日では、国家介入主義の伝統とは反対に、EUにおけるリベラリズムの進行にともない、公共部門の民営化や規制緩和を迫られている。EU法の進展、フランス経済公法の変容、

さらには行政裁判法典の改正による緊急仮処分制度の導入という新たな状況のなかで、ダラルド法以来の歴史を有する営業の自由の原則　さらに、その構成要素のひとつとされ、あるいは、最近では営業の自由を包含し、経済活動の自由一般を意味するものとして語られる「企業活動の自由」(liberté d'entreprendre)　をめぐって、いまなお議論が展開されている。たとえば、モンペリエ第1大学では、2005年6月に「企業と自由」(Entreprise et liberté)をテーマとするアンリ・カピタン協会のコロックが開催され、公法学者、民法学者、社会法学者による研究報告がおこなわれた。「企業活動の自由と顧客」(Soraya AMRANI-MEKKI)、「企業活動の自由とパートナー」(Daniel MAINGUY)、「企業活動の自由と競争」(Catherine PRIETO)、「労働関係のなかの企業活動の自由」(Paul-Henri ANTONMATTEI)、「企業活動の自由と債権者」(Philippe PETEL) などである。

本稿では、まず、フランスにおける営業の自由および企業活動の自由の基本原則と内容を整理したうえで、とくに、緊急仮処分に関するいくつかのコンセイユ・デタ決定を手がかりにして、行政裁判官による営業の自由および企業活動の自由の保障をめぐる最近の動向について検討することとしたい。

・フランスにおける営業・企業活動の自由の基本原則

1 . 国内法および判例

「何人も自分が好む取引をなし、自分が好む職業・手工業に自由に従事することができる」と定めたダラルド法以来の営業の自由の基本原則は、フランスの国内法のみならずEU法においても確認される。まず、営業の自由および企業活動の自由の基本原則とその内容を概観しておきたい。

フランス革命期の権利宣言草案のなかには経済活動の自由を明記したものもみられたが、1789年の権利宣言には、営業の自由を明示的に保障する規定は含まれていない。Jean-Louis MESTREによれば、権利宣言における明示的規定の欠如は、総合的な人権規定の起草をめざした憲法制定者の意思を意味するにすぎないという。すなわち、1789年宣言2条、4条および5条が総論的規定にあたるのであって、これらの条項において、憲法制定者は、他人を害しないという唯一の条件の下で、企業活動の自由、能力の開花および物質的充足に到達するためにその権能を行使する自由の確立をめざしていた、というのである²⁾。

1789年宣言のみならず、憲法ブロックを構成する1946年憲法前文および1958年憲法でも営業の自由は明記されていない。他方で、1791年憲法前文は、「もはや職業および手工業の宣誓組合も同業組合も存在しない」と宣言し、1793年のジロンド草案の権利宣言19条は、「いかなる種類の労働、商業および耕作も禁止されない。あらゆる種類の生産物を製造し、売却し、運送することができる」と定め、ジャコバン憲法の権利宣言17条も、「いかなる種類の労働、耕作および商業も、市民の営業に対し禁止されることがない」と規定している。また、共和暦3年ブリュクテール5日の憲法(1795年)は、「商業の自由ならびに産業およびあらゆる種類の

技術の営業に対する特権も、親方身分も、同業組合長も、また制限も存在しない」(355条)と定め、1848年11月4日憲法13条は、「憲法は、市民に対して労働および営業の自由を保障する」と規定するなど、過去には営業の自由と言及する共和制憲法もみられた。

1791年のダラルド法によって、営業の自由が承認されるに至ったのは上述のとおりであるが、もちろん第五共和制下の立法にも営業の自由または企業活動の自由への言及がみられる。たとえば、1973年12月27日のロワイエ法は、「企業活動の自由および意思は、手工業・商業活動の基礎である」(1条)と定める。また、地方公共団体の自由に関する1982年7月22日法は、「商業の自由(liberté du commerce)の尊重」を要請している。このほか、民法典における所有権(544条)、契約の自由(6条および1134条)、民事的権利の享受の平等(7条および8条)もまた営業の自由の原則を間接的に確認したものとされている³⁾。

ところで、コンセイユ・デタは、ダラルド法7条を参照しながら、1960年10月28日判決⁴⁾などにおいて、営業の自由は公的自由に含まれると解している。それゆえ、コンセイユ・デタの判断によれば、営業の自由が、公的自由に含まれる以上、その保障は、1958年憲法34条にしたがい法律事項に属することになる。

つぎに、憲法院判例は、営業の自由が公的自由に含まれることを認めているが、その憲法的価値を明示的には承認していない。憲法院は、1982年1月16日の国有化法判決⁵⁾において、1789年宣言に依拠しつつ、営業の自由という表現を援用するのではなく、企業活動の自由について憲法的価値を承認した。すなわち、憲法院は、「1789年宣言4条が定めるように、他人を害しないすべてのことをなすという意味の自由は、恣意的で誤った制限が企業活動の自由に対してなされれば、それ自体維持することは不可能である」と判示したのである。

他方で、憲法院は、企業活動の自由の限界に関し、1989年7月4日判決⁶⁾において、「企業活動の自由は一般的ではなく、絶対的でもない」とし、「その自由の射程について性質を変化させる結果をもたらさないことを条件として、一般利益によって求められる制限を加えることは立法者の裁量に属する」と述べている。また、視聴覚通信の自由に関する2000年7月27日判決⁷⁾において、憲法院は、「一般利益によって正当化される制限または憲法上の要請にもとづく制限を加えるのは立法者の裁量に属する」と述べており、集中排除規則を定めると同時に、多元主義という憲法上の目的によって、企業活動の自由が過度に制約されることにはならないように留意するのは立法者の責任である、としている。さらに、憲法院判例は、しばしば「各人が雇用を獲得する権利」と企業活動の自由との調整をはかっている。したがって、憲法院判例によれば、企業活動の自由が憲法的価値を有するとはいえ、絶対的・一般的に保障される自由ではなく、立法者の裁量により、一般利益あるいは「労働への権利」を理由として制約されるものとして位置づけられるのである。なお、憲法院のいう「企業活動の自由」とコンセイユ・デタ判例における「営業の自由」との異同については、後述する。

2. EU法

EU法は、営業の自由の概念をより明確に採用しており、ローマ条約、単一欧州議定書、マ

ーストリヒト条約、アムステルダム条約、ニース条約によって、経済活動の自由の原則が確立されている。とくにEC条約では、営業の自由に関連して、「物、人、サービス、資本」の自由移動原則が明記され、さらに、43条において、「いずれかの加盟国の国民の他の加盟国の領域における居住・営業の自由に対する制限」が禁止され、「自営業者として事業をおこないかつ活動する権利」や「会社あるいは事務所を設立し、かつ経営する権利」に対する制限も禁止される。また、2000年12月18日のEU基本権憲章は、16条において、「企業活動の自由は、共同体法および国内の法令および慣行にしたがって承認される」と宣言し、同規定は欧州憲法条約にも挿入されたが、フランスは、レフェンダムによって同条約の批准を否決している。

営業の自由に関するEC法の規範は直接適用可能であり、国内裁判所は、これらの自由の完全な効力を確保し、必要な場合には、国内法よりも「共同体法の一般原則」を優先させなければならない。ところが、弁護士などの専門職の資格は、加盟国ごとに異なるため、これが営業の自由に対する制限となる場合がある。たとえば、オランダ人法律家がベルギーにおける弁護士開業を拒否されたReyner事件、オランダ人法律顧問がベルギーで開業した後で、オランダでの営業を拒否されたVan Binsbergen事件などである⁸⁾。欧州司法裁判所は、専門職の資格に関して、徐々に「資格同等性」の原則を発展させるに至り、もはや、加盟国はたんに国内の資格を欠いているという理由だけで、他の加盟国国民が専門職に就くことを拒否することはできない。また、他の加盟国で取得した資格が自国に戻ったときに認められるか否かという点につき、司法裁判所は、他の加盟国に合法的に居住して指令により承認されている職業資格を取得した者は、自己の出身国との関係においても前記EC条約43条を援用することができる、と判断している⁹⁾。

・ 営業・企業活動の自由の内容と限界

1. 営業・企業活動の自由の定義

最近のコンセイユ・デタ判例は、営業の自由を「企業活動の自由の一構成要素」と位置づけているが、営業の自由には、「企業活動の自由」と「競争の自由」という2つの派生原理があるとするのが伝統的な説明である。もっとも、最近では、コンセイユ・デタ判例や「企業活動の自由」の憲法的価値を認めた憲法院判例の影響もあり、一般的な経済活動の自由を意味する広義の「企業活動の自由」のなかに営業の自由を位置づけるものもみられる。

Didier FERRIERによれば、営業の自由の延長として、狭義の「企業活動の自由」と「経営の自由」が存在し、さらにその派生物として「競争の自由」があるという¹⁰⁾。

まず、FERRIERの定義における企業活動の自由とは、すべての自然人および法人が企業の設立または獲得によって事業を開始することのできる自由を意味する。いわば「開業の自由」と捉えることもできよう。コンセイユ・デタは、1963年6月23日判決¹¹⁾において、「政府は、法的制限の対象とならない職業活動については、市民の自由なアクセスを侵害することはできない」と述べている。ただし、企業活動の自由が認められるのは私人および私法人に限られる

と解されている。また、経営の自由は、企業家が自己の流儀で経営することのできる自由を意味し、たとえば、営業戦略の選択、取引相手や顧客の選択、借入れや投資に関する権利等々がこれに含まれる。

これに対して、競争の自由は、営業の自由を保護し、競争制度のなかでの経済活動を保障するものである。コンセイユ・デタは、ダラルド法を参照しながら、職業活動の自由だけでなく、自由競争制度のなかでの職業活動もまた営業の自由に含まれると解してきた。競争の自由は、企業家が、顧客を引きつけ、企業活動を遂行するのにもっとも適切と考えられる正当な手段を用いる権利をとまなう。また、それは、市場の需要および自由な供給に対する妨害を退ける権利を意味する、とFERRIERは述べている。

フランスの競争政策を統制するのは、競争および価格の自由に関する1986年オールドナンスをはじめとする一連の立法である。競争に関する規定が多様化するなか、行政裁判官は、いわば要約的・一般的に営業の自由に言及することがある。たとえば、2000年10月6日、コンセイユ・デタは、Société Pernod-Ricard事件の判決¹²⁾において、コカ・コーラ社による「オレンジーナ」の買収を妨げる経済財政大臣の決定につき、「営業の自由を過度に侵害するものとはみなされない」と述べている。なお、営業の自由は、伝統的に、公法人の商業的活動の制限を意味するものとして理解されてきたが、この点については、後述する。

学説においては、しばしば、営業の自由と企業活動の自由との異同が議論されている。Gilles J. GUGLIELMIおよびGenevière KOUBIは、「企業活動の自由は、営業の自由と混同されてはならない」とし、企業活動の自由は「自由に企業を設立する可能性」を意味し、営業の自由は「すでに設立された企業の営業活動」にかかわり、「その活動に関する法制度」に適用され、公法人との競合や経済活動に対する公的規制の抑制に寄与するものであるという¹³⁾。これに対して、Jean-Yves CHEROTは、憲法院のいう「企業活動の自由」とコンセイユ・デタのいう「営業の自由」の相違につき、「企業活動の自由の内容と営業の自由の内容を過度に区別すべきではない」とし、両者の判例をふまえたうえで、「憲法院とコンセイユ・デタとの相違点は、コンセイユ・デタが営業の自由に結びつけた『公法人と私法人との非競合原則』が憲法院では認められていないことだけであろう」と述べている¹⁴⁾。しかも、後述するように、近年、コンセイユ・デタは、企業活動の自由という概念を用いるようになり、2004年の決定では、それを明確に「現行法令を遵守して経済活動を営む自由」と定義していることから、GUGLIELMIらの定義する「自由に企業を設立する可能性」もしくは「開業の自由」としての企業活動の自由からの逸脱がみられる。むしろ、今日のコンセイユ・デタ判例における企業活動の自由は、かからのいう「すでに設立された企業の営業活動」にかかわる営業の自由とほぼ同一のものとして理解することすら可能であるといえよう。

2. 法的制約と規制緩和

経済的自由に対する政策的制約を要請する現代憲法のもとでは、営業の自由や企業活動の自由が種々の法的制約を課されていることはいうまでもない。憲法院も、企業活動の自由につい

て、絶対的・一般的な自由とはいえないとし、法律によって定められた規則の範囲内で行使されうるにすぎないと述べ、立法による制約を認めている。また、憲法院は、2002年1月12日判決¹⁵⁾において、経済的事由にもとづく解雇を制限する法律の一部を違憲としながらも、以下のように述べている。「労働法の基本原則を定めるために、憲法34条に規定された権限にもとづき、憲法上保障された諸自由との調整をはかりながら、1946年憲法前文の経済的社会的原則を適用するのは立法者の義務である。1946年憲法前文5項にしたがい、各人が雇用を獲得する権利について最善の保障を可能とする措置を実現するため、立法者は、追求される目的に照らして不均衡な侵害を生じさせないという条件のもとで、この憲法上の要請に結合する諸制限を企業活動の自由に対して加えることができる」と。

ところで、フランスでは、行政作用の種類が行政警察 (police administrative) と公役務 (service public) に分けて論じられることが多く、これに対応して、「営業の自由に関する規制は、警察規制と行政府の経済干渉主義による政策的規制との二つの規制にわけて説明されるのが一般的であるといえよう¹⁶⁾。法的規制の類型としては、日本と同様、届出制 (飲料販売、自由業など)、許可制 (薬局、旅行代理店、運輸業など)、資格制 (自動車修理、電気・ガス工事など)、国家独占等々があり、未成年者や成年被後見人などを保護するための規制、公序良俗に反する営業の禁止、一定の職業との兼職の禁止といった規制が存在する。また、経営の自由に対しては、自由競争の確保、労働者および消費者の保護を目的とする法的規制が設けられてきた。今日では、国内法のみならず、競争法をはじめとするEU法による規制も存在する。

しかしながら、国家独占についていえば、EUの影響で公企業の民営化や大幅な規制緩和が進められている。たとえば、ガスの供給は、1946年4月8日法によって設立された商工業的公施設 (EPIC) であるGDF (Gaz de France) が独占してきたが、1998年6月22日のEC指令によってGDFの独占が問題とされ、2000年8月までに市場開放を実現することが要請された。2003年1月3日法では、地方公共団体、企業および事業者が、それぞれガス供給者を選択することが可能となった。電力に関しても、1946年法によって設立されたEDF (Electricité de France) の独占状態がつづいてきたが、電力部門の自由化およびヨーロッパ規模の競争的電力市場の建設をめざす1996年12月19日のEC指令につづいて、2000年2月10日法および2003年1月3日法によって段階的に自由化が進められている。現在、送電部門については、EDF内部の自律的組織として設けられたRTEが担当している。最近では、天然ガス・電力の国内市場に関する2003年6月26日のEC指令を国内法化するために2004年8月9日法が制定された。これにより、EDFおよびGDFは株式会社化され、国が株式の70%を所有することとなったほか、送電事業者およびガス輸送事業者の法的分離がはかられた。一般家庭への供給を除いて、配電およびガスの供給が自由化され、第三者のアクセスに関する条件も明確にされた¹⁷⁾。

また、鉄道に関しては、EPICであるSNCFが鉄道の管理と輸送を独占してきた。しかし、輸送部門と施設管理部門 (インフラストラクチャー) との分離、および他社への鉄道網の開放を要請するEC指令を受けて、1997年2月13日法によって、鉄道インフラ整備を担当するEPICとして、新たにRFFが設立された。現在では、国際貨物輸送については、鉄道網が他社にも開放

されるに至り、旅客輸送の他社参入の検討も進められている。通信の分野でも、一連のEC指令が国内法に取り入れられ、全面的な自由化が進められるとともに、かつてPTTの一部門であったフランス・テレコムも現在は株式会社となっている¹⁸⁾。

3. 公法人の商業的活動の制限とコンセイユ・デタ判例

従来、公法人が商工業的活動に関与することは、私企業の営業の自由を制限し、市場競争原則に矛盾するものと解され、コンセイユ・デタも、判例によって「公法人と私法人との非競合原則」を確認してきた。たとえば、1901年3月29日のCasanova判決¹⁹⁾において、コンセイユ・デタは、無料医療サービスを導入しようとしたコミューン議会の決定につき、当然にこれを無効とした。また、1930年5月30日のコンセイユ・デタ判決²⁰⁾は、原則として、商業的性格を有する事業は私企業に委ねられるべきであるとしつつ、コミューンによる関与が認められる条件として、第一に、地域的・時期的に特殊な状況にあること、第二に、公共団体の介入を正当化する公の利益が存在すること、の2点を示した。

もっとも、1970年4月29日のUnipain判決²¹⁾において、コンセイユ・デタは、公法人がみずからの需要を満たすために商業的性格を有する事業に関与することは許されるとし、刑務所に供給するためのパン製造事業は一般利益に適合し、合法であると判断した。住宅供給や公衆衛生など本来公法人が合法的になしうる事業については、私企業と公共部門との競合関係が生じる場合でも営業の自由に対する侵害とはなりえないとされている。また、地方公共団体の関与に関して、1994年6月26日のトゥールーズ行政裁判所判決²²⁾は、ミヨー市による映画館の取得につき、私企業の活動によっては満たされることのできない地域的な公の利益に応えるものであるとして、これを認めている。1983年10月21日のクレルモン・フェラン行政裁判所判決²³⁾は、ホテルおよびレストランの経営についても地方公共団体の関与を承認している。実際、1982年の地方分権法において、私企業の活動では不十分な場合には、地方公共団体が農村住民の要求に応じて商業的性格を有する事業に関与することが認められている。

さらに、2000年11月8日、コンセイユ・デタは、公法人が官公庁契約 (marchés publics) または公役務委任契約 (contrat de délégation de service public) の入札者となることを妨げる法文や原則は存在しない、とする意見を述べた²⁴⁾。営業の自由の観点から、「非競合原則」にもとづき、商工業的活動に対する公法人の関与を制限してきた従来の判例とは異なり、公法人であるか私企業であるかにかかわらず、市場における「対等な競争」(égale concurrence) を原則とする立場への変化が指摘されている²⁵⁾。このほか、非共用浄化設備の維持・保守業務につき、コンセイユ・デタは、2003年5月23日判決²⁶⁾において、「営業の自由の原則を尊重し、公の利益によって正当化される場合に限って」、コミューンが商工業的性格を有する業務に関与することができる述べたうえで、公法人による業務の遂行を認めるとともに、その関与は営業の自由を侵害し違法であると判断したルール行政裁判所の判決を取り消した。

行政裁判法典L521条の2における仮処分手続とコンセイユ・デタ判例の動向

1. コンセイユ・デタによる「基本的自由」該当性の承認

これまで、行政裁判官は、規制緩和、民営化、国内法の「ヨーロッパ化」、競争法の再編成など、たび重なる経済政策の変化に対処することを求められてきた²⁷⁾。1989年のニコロ事件判決以後のコンセイユ・デタ判例の進展は顕著であり、現在では、行政裁判官は、国内法の「ヨーロッパ化」および「国際化」を完全に受け入れている。

最近では、行政裁判法典 (Code de justice administrative) の改正により新たな緊急仮処分制度が導入され、経済的自由、とりわけ、所有権、営業の自由、および企業活動の自由に関する判例の蓄積が進んでいる。2000年6月30日法によって新設された仮処分手続には、執行停止仮処分 (référé-suspension)、保全仮処分 (référé-conservatoire)、そして、人権救済仮処分 (référé-liberté) という3つの範疇が存在するが、なかでも人権救済仮処分が営業の自由および企業活動の自由の保障において重要である²⁸⁾。

新たに追加された行政裁判法典L521条の2は、以下のように定めている。

「公法人または公役務の管理を課された私法上の機関の権限行使による重大かつ明白に違法な侵害の対象となりうる基本的自由 (liberté fondamentale) を保護するために、仮処分裁判官は、緊急性により正当化された申し立てにもとづき、保全に必要なあらゆる措置を命ずることができる。仮処分裁判官は、48時間以内に宣告する。」

この範疇の仮処分手続の要件とされるのは、「緊急性」と「基本的自由」の2つであり、さらに後者に対する「重大かつ明白に違法な侵害」が認められる必要がある。これまで、コンセイユ・デタが「基本的自由」該当性を認めた権利および自由として、営業の自由および企業活動の自由のほか、労働の自由、往來の自由、労働組合結成の自由、地方公共団体の自由な行政の原則、亡命庇護権、所有権などがある。

ところで、営業の自由のひとつの構成要素として企業活動の自由を位置づける伝統的な説明とは反対に、コンセイユ・デタは、2001年11月12日決定²⁹⁾において、営業の自由を「企業活動の自由の一構成要素」と位置づけ、これが行政裁判法典L521条の2における「基本的自由」に該当することを承認した。

本件では、あるコミューンが、動物の火葬をおこなう企業に賃貸された土地について先買権を行使したことが問題となった。コンセイユ・デタの決定によれば、この先買権の行使は、本件企業の賃借権、および、その企業が得た許可を侵害するものではなく、コミューン議会の決定は、「企業活動の自由の一構成要素である営業の自由」に対して重大な侵害を及ぼすものとは解されない。ただし、営業の自由に対する重大な侵害が認められる場合には、L521条の2にもとづき、仮処分裁判官がその侵害を防ぐために必要な措置を命じることが可能となる。

すでにみたように、企業活動の自由は、従来、企業の設立または獲得によって事業を開始することのできる自由、すなわち「開業の自由」を意味するものとして定義されてきた。しかし、コンセイユ・デタが、このような説明とは異なり、営業の自由を企業活動の自由の一構成要素

と位置づけたことで、後者の定義があらためて検討されることとなった。Fabrice RENEAUDによれば、コンセユ・デタのいう企業活動の自由は、企業の設立、営業および廃業といった経済活動のすべての段階にかかわる。これらの各段階で行政庁の決定が関与しうるが、行政庁が許可を出さないことによって、民間施設の開業を妨げたり、あるいは、正常な活動を妨げる決定を下すこともあり、行政裁判官は、事案に応じて、行政庁の決定が、どの程度、企業活動の自由に対する侵害となるのかを判断しなければならなくなるであろう、と述べている³⁰⁾。実際、コンセユ・デタは、2004年4月29日決定³¹⁾において、企業活動の自由について、「現行法令を遵守して経済活動を営む自由」と定義し、経済活動の自由一般を意味するものと解するに至った。

また同時に、2001年11月12日決定を契機として、営業の自由以外の構成要素が、企業活動の自由に含まれるか否かも議論されることとなった。たとえば、Martine LOMBARDは、伝統的な概念である営業の自由とは別に、コンセユ・デタ判例において承認されている「競争の自由」がもうひとつの構成要素にあたるか否かについて検討している。そして、2001年11月12日決定の解釈として、その他の構成要素も企業活動の自由に含まれると解するのが論理的であり、そこから競争の自由を排除するのは困難である、と述べている³²⁾。

しかしながら、憲法院は、自由競争原則に対して明示的に憲法的価値を認めるには至っていない。2001年1月16日判決³³⁾でも、憲法院は、法律によって設置された新たな公施設法人に許される独占から生じうる市場の妨害および競争原則に対する侵害の問題には応答していない。目的達成と均衡のとれた制約にとどまることを条件として、企業活動の自由に対して、一般利益により正当化される諸制約を加えるのは立法者の裁量に属すると述べているだけである。LOMBARDも、2001年7月11日の憲法院判決に言及し、自由競争原則が平等原則に含まれる可能性を示唆しつつも、現状では、憲法的価値を有する自由競争原則を確立するのはなお困難であろう、と述べている³⁴⁾。

2. 基本的自由に対する侵害の存在が認められなかった事例

営業の自由が行政裁判法典L521条の2における「基本的自由」に該当することを承認した2001年11月12日決定の後、コンセユ・デタは、営業の自由および企業活動の自由に関連するいくつかの決定を下している。しかしながら、コンセユ・デタが、この領域で「基本的自由」に対する侵害の存在を認めるのはきわめて例外的である。

まず、「職業活動の自由」に対する制約が問題となったSociété Route Logistique transports事件のコンセユ・デタ決定をみておきたい。この事案において、原告企業は、ECの輸送免許を最終的に剥奪する県知事命令の停止およびその取消を求めた。ところで、この処分は、輸送、労働条件、安全に関する一定の違反があった場合に、一時的または最終的に免許を剥奪する権限を行政庁に認めた1982年12月30日法37条にもとづき、行政罰の一環としてなされたものであった。

コンセユ・デタは、2002年3月26日決定³⁵⁾において、「公道上の運輸事業は、行政庁の交

付する許可状の取得を条件としてのみ認められる」ことを前提とし、「この種の事業において、職業活動の自由に対して課される制約は、法律そのものに由来する」とした。そして、「県知事が、法律で定められた理由および要件を満たしたうえで、過去に交付された許可を剥奪する権限を行使しても、行政裁判法典L521条の2にいう基本的自由に対する侵害に相当するとは解されない」と判示した。

2002年3月26日のコンセイユ・デタ決定につき、Natalie JACQUINOTは、免許剥奪の宣言は行政庁の義務としてなされたものではなかったことを指摘している。すなわち、「ここで強調されるべきは・・・1982年法37条が、知事にたんに権限を与えているだけであって、違反が明らかでない場合であっても、そのような免許剥奪を宣言する義務はない、ということである。したがって、このようなコンセイユ・デタの判断は、行政庁が完全に縛られた権限を有する場合は、正当に比較することはできない」³⁶⁾と。そのうえで、JACQUINOTは、この決定に関して、2つの異なる解釈を提示している³⁷⁾。まず、第1の解釈は、裁判官が営業の自由は基本的自由の構成要素であることを認めた以上、行政がそれを侵害することは許されず、この決定では、営業の自由に対する侵害が存在しないことが確認された、というものである。しかし、実際には、提訴者である企業は、営業の自由に対する侵害の存在を主張しており、また、この解釈によれば、警察措置に関し、法律で営業の自由に対する制約が認められている場合でも、その制約が不可能になるという点で不都合がある。これに対して、第2の解釈は、営業の自由を行政裁判法典L521条の2にいう基本的自由とみなすにはあまりにも多くの限界がある、というものである。しかし、この解釈についても、一定の場合にしか基本的自由としての性格が認められない自由の存在を認める点で、問題があるという。そして、JACQUINOTは、「いずれの解釈も満足できるものではないが、その結論は、営業の自由の保障は脆弱であるということに変わりはない」³⁸⁾と述べている。

また、原告が「職業活動の自由」に対する侵害を主張したその他の事例においても、行政裁判官は、基本的自由に対する侵害の存在を認めてはいない。たとえば、歯科医師の診察室移転を妨げる全国歯科医師評議会（Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes）の決定はいかなる基本的自由も侵害しないとした事例、配達ドライバーの運転免許返却が拒否された事件につき、職業活動に影響を及ぼすとしても基本的自由に対する侵害は存在しないとした決定などがある³⁹⁾。

同様に、行政裁判官は、公物上の営業の自由についても、広汎な制約を認めている。玉座市（Foire du Trône）を開催するための公物の利用が許可されなかった事案では、行政裁判官は、この不許可処分が商業活動の可能性を奪うものであることを認めつつ、基本的自由に対する侵害とはみなされない、と判断している。同様に、公物上のテラス設置が許可されなかった事案につき、コンセイユ・デタは、2002年9月16日決定において、不許可処分が集客面で不利に作用することを認めながらも、基本的自由に対する侵害はないと判断した⁴⁰⁾。

以上のような諸決定を紹介しながらNatalie JACQUINOTが指摘しているとおり、営業の自由や企業活動の自由に対する制約が問題となった事件について、行政判例は、「基本的自由」に

に対する侵害の存在を認めるのにきわめて消極的であるといえよう。

3. 基本的自由に対する侵害の存在が認められた事例

個別的な営業の自由に対する制限ではなく、職業活動の遂行が一般的に制約される場合には、コンセユ・デタも、基本的自由に対する侵害の存在を認める可能性がある。たとえば、国外追放決定取消を宣言する決定を行政庁が執行せず、労働が禁じられている仮滞在許可証しか原告に交付されなかった事件につき、2002年6月11日のコンセユ・デタ決定⁴¹⁾は、合法的に滞在する外国人に認められた諸自由、とりわけ職業活動の自由に対する重大かつ明白に違法な侵害を及ぼすものであると判断した。

また、コンセユ・デタが、労働の自由に関連して企業活動の自由に対する侵害に言及した例もある。2004年10月4日のSociété Mona Lisa Investissements事件の決定⁴²⁾がこれである。事件の概要は、つぎのとおりである。

X氏は、本件企業の法務・顧客部門の責任者であったが、その行動に対する同部門の労働者からの苦情を受け、社長はX氏および同部門のすべての労働者を招集した。圧倒的多数の労働者がX氏の行動について苦情を表明したことから、社長は、X氏の解雇手続に着手することとなった。2003年10月17日、社長は、女性労働者に対して身体的接触を強要するなどのセクハラを理由として、X氏の解雇について、労働監督官に許可を求めたが、X氏の解雇は拒否された。その後、X氏は1か月の病気休業を申請し、X氏の復業前日に、本件企業および2名の労働者は、人権救済仮処分手続にもとづき、労働監督官の決定の執行停止を求めた。マルセイユ行政裁判所では、訴えは退けられたが、コンセユ・デタは、このマルセイユ行政裁判所の決定を無効とする判断を下した。これは、セクハラを理由とする解雇を労働監督官が許可しないことが、「基本的自由」に対する侵害にあたることとした最初のコンセユ・デタ決定である。

コンセユ・デタによれば、「労働者の解雇を拒否する労働監督官の決定は、・・・基本的自由に対する侵害となりうる」。すなわち、労働監督官の決定が「基本的自由」に含まれる企業活動の自由および労働の自由に対する侵害となりうることが確認された。本件のような解雇は、事前に、労働監督官の許可を必要とするが、解雇の許可が拒否された場合には、企業の経営者は、その意に反して、労働者を雇用し続けなければならない。本件では、解雇不許可の決定について、企業活動の自由に対する侵害の存在が認められたが、ここで注目すべきは、コンセユ・デタが、同じく「基本的自由」に含まれるものとして「労働の自由」に言及している点である。本来、企業活動の自由と労働の自由は、本質的に異なり、場合によっては、対立するものと解されよう。Fabrice RENEAUDが述べていたように、「このコンセユ・デタ決定は、労働の自由と企業活動の自由を明確に分離しようとしている。企業活動の自由は、自己の責任において経済活動を営む自由であるのに対し、労働の自由は、他人に雇われて労働する自由とされているようである。企業活動の自由は、企業家の経営上の選択を保護するのに対し、労働の自由は、労働にさいして労働者の選択を保護するものとなる」⁴³⁾。

問題は、いかなる場合に、労働監督官の決定が企業活動の自由および労働の自由に対する侵

害となりうるか、である。しかしながら、RENEAUDも指摘しているように、労働監督官の決定が企業活動の自由および労働の自由に対する「重大かつ明白に違法な侵害」となる条件は、現時点では明確とはいえない。

むすびにかえて

行政裁判法典の改正によって人権救済仮処分手続が導入されて約5年が経過した。これまでの判例を分析してみると、行政裁判官が、所有権に対する「重大かつ明白に違法な侵害」を認めた例⁴⁴⁾は少なくないが、他方で、営業の自由および企業活動の自由については、「基本的自由」該当性を肯定しているにもかかわらず、これに対する侵害を確認し、実際に、必要な措置を命じることはきわめて稀であるといえよう。基本的自由に対する侵害の存在が認められうるのは、職業活動の遂行が一般的に制約される場合、あるいは、Société Mona Lisa Investissements事件のように、企業活動の自由に対する侵害にとどまらず、労働の自由に対する侵害をも含む場合など、例外的なケースに限られるものと考えられる。

しかしながら、営業の自由および企業活動の自由の保障が脆弱であることは事実であるとしても、2001年11月12日決定において、その「基本的自由」該当性が肯定されている以上、今後の判例の蓄積を待ちつつ、慎重に検討していく必要がある。また、行政判例における営業の自由および企業活動の自由の定義や構成要素、憲法院判例との異同についても、さらなる考察が求められる。他方で、行政裁判法典L521条の2における仮処分手続に関する判例のみならず、商工業的活動に対する公法人の関与と営業の自由をめぐるコンセイユ・デタ判例、あるいは、公法人に対する競争法の適用に関する諸問題も検討の余地があるものと思われる。もちろん、今日、フランスにおける営業の自由および企業活動の自由の保障は、EU法を除外して語ることはできないが、本稿では十分に取りあげることができなかった。これらの諸点の検討は、今後の課題とし、他日を期したい。

注

- 1) 参照、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(第1巻)』(東京大学出版会、1972年)、田端博邦「フランスにおける労働の自由と団結」高柳信一＝藤田勇・前掲編書(第2巻)、中村統一「ル・シャプリエ法研究試論」早稲田法学会誌20巻など。
- 2) Jean-Louis Mestre, Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété, *D.*, 1984, chr., pp. 1 et s.
- 3) Didier Ferrier, La liberté du commerce et de l'industrie, in Remy Cabrillac et al., *Libertés et droits fondamentaux*, 10^e éd., Dalloz, 2004, pp. 651 et s.
- 4) C.E., 28 octobre 1960, *de Laboulaye*, *AJDA*, 1960, p. 20.
- 5) C.C., 81-132 DC du 16 janvier 1982.
- 6) C.C., 89-254 DC du 4 juillet 1989.

フランス行政判例における「営業の自由」と「企業活動の自由」(蛭原)

- 7) C.C., 2000-433 DC du 27 juillet 2000.
- 8) C.J.C.E., affaire 2/74, 21 juin 1974, *Rec.*, 631 ; C.J.C.E., affaire 33/74, 3 décembre 1974, *Rec.*, 1299. V. Louis Cartou et al., *L'Union européenne*, 5^eéd., Dalloz, 2004, pp. 311 et s.
- 9) 庄司克宏『EU法・政策編』(岩波書店、2003年) 35頁以下。
- 10) Didier Ferrier, *op. cit.*, pp. 653 et s.
- 11) C.E., 23 juin 1963, *Synd. du personnel soignant de la Guadeloupe*, *Rec.*, p. 386.
- 12) C.E., 6 octobre 2000, *Sté Pernod-Ricard*, *RFDA*, 2001, p. 409.
- 13) Gilles J. Guglielmi et Genevière Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, 2000, p. 138.
- 14) Jean-Yves Chérot, *Droit public économique*, Economica, 2002, pp. 44 et s.
- 15) C.C., 2001-455 DC du 12 janvier 2002.
- 16) 植野妙実子「フランスにおける営業の自由と警察規制」法学新報88巻 1 = 2号80頁。
- 17) V. Rémy Coin et Guy Block, L'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz, *JCP*, 2004, pp. 1517 et s.
- 18) Christophe Chabrot「ヨーロッパ統合とフランス公法」明治学院大学法律科学研究所年報21号12頁以下参照。
- 19) C.E., 29 mars 1901, *Casanova*, *Rec.*, p. 333.
- 20) C.E., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Rec.*, p. 583.
- 21) C.E., 29 avril 1970, *Sté Unipain*, *Rec.*, p. 280.
- 22) T.A. Toulouse, 26 juin 1994, *M. Migairou et autres*.
- 23) T.A. Clermont-Ferrand, 21 octobre 1983, *AJDA*, 1984, p. 166.
- 24) C.E., avis du 8 novembre 2000, *Sté Bernard Consultants*, *RFDA*, 2001, p. 106.
- 25) Jean-Yves Chérot, *op. cit.*, pp. 41 et s.
- 26) C.E., 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys*, *RFDA*, 2004, p. 299.
- 27) Didier Linotte et Raphaël Romi, *Services publics et droit public économique*, 5^e éd., Juris Classeur, 2003, pp. 148 et s.
- 28) 新たに導入された仮処分制度につき、*RFDA*, 2000, pp. 941 et s ; *RFDA*, 2002, pp. 245 et s ; *AJDA*, 2003, pp. 642 et s. の特集のほか、小原清信「フランス行政法における新しい急速審理手続」久留米大学法学43号、橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査 フランス(下)」ジュリスト1237号、山元一「最近のフランスにおける人権論の変容」中村睦男 = 高橋和之 = 辻村みよ子編『欧州統合とフランス憲法の変容』(有斐閣、2003年) 222頁以下などを参照。
- 29) C.E., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Juris-Classeur Droit Administratif*, février 2002, p. 35, note Martine Lombard.
- 30) Fabrice Reneaud, Une renaissance de la liberté du travail ?, *Droit Social*, 2005, p. 609.
- 31) C.E., 29 avril 2004, *Département du Var*.
- 32) *Juris-Classeur Droit Administratif*, février 2002, pp. 35 et s., note Martine Lombard.
- 33) C.C., 2000-439 DC du 16 janvier 2001.
- 34) *Juris-Classeur Droit Administratif*, février 2002, p. 36, note Martine Lombard. C.C., 2001-450 DC du 11 juillet 2001.
- 35) C.E., 26 mars 2002, *Sté Route Logistique transports*.
- 36) Natalie Jacquinet, La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ?, *AJDA*, 2003, p. 660.
- 37) Natalie Jacquinet, *op. cit.*, p. 660.

- 38) Natalie Jacquinet, *op. cit.*, p. 660.
- 39) Natalie Jacquinet, *op. cit.*, p. 661.
- 40) Natalie Jacquinet, *op. cit.*, pp. 660 et s.
- 41) C.E., 11 juin 2002, *Ait Oubba, AJDA*, 2002, p. 764.
- 42) C.E., 4 octobre 2004, *Sté Mona Lisa Investissements, Droit Social*, 2005, p. 608.
- 43) Fabrice Reneaud, *op. cit.*, p. 610.
- 44) C.E., 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres* など。参照、Laurence Gay (蛭原健介訳) 「所有権と住宅 (1)」明治学院大学法学研究78号。

【付記】本稿は、2004年度（平成16年度）科学研究費補助金・若手研究Bの研究成果の一部である。