

三好充

フランス法における公役務の特許の法的性格 (三)

目次

はじめに

一、序論

二、契約説

(一) 公役務の特許がことごとく契約的性格をもつとする説

(二) 契約説の問題点

(三) 契約説に対する批判（以上、第二十八号）

三、主要学説

(一) はじめに

(二) オーリュウとジェーズの見解

(ア) オーリュウの見解

(イ) ジェーズの見解

(三) デュギーの理論

(ア) デュギーの見解

フランス法における公役務の特許の法的性格 (三) (三好 充)

(イ) デュギーの見解に対する若干の批判(以上、第二九号)
四、現代の理論

- (一) はじめに
- (二) 「二重の性格」の理論
 - (ア) 「二重の性格」の理論の概要
 - (イ) 「二重の性格」の理論の特色
 - (ウ) 「二重の性格」の理論に対する批判
- (三) 「混合行為」の理論
 - (ア) 「混合行為」の理論の概要
 - (イ) 命令的条項と契約的条項とを区別する基準
 - (ウ) 命令的条項と契約的条項とを区別する法的利益
- (四) 結びにかえて(以上、本号)

四、現代の理論

(一) はじめに

公役務の特許は、それに含まれる条項のすべてが契約的性質を有すると理解されるのであれば、その法的性格の問題は、あえて議論されることがなかったであろう。

当初、一九世紀末までは、特許行為に含まれる条項はすべて契約的性質をもつとされていたのである。そこでは、したがって、特許はことごとく契約であるとする理論が中核を占めていた。すでに検討した「契約説」といわれる

ものである。

ところが、この理論は、二〇世紀に入ると、主要な公法学者—オーリュウ・ジェーズ・デュギーなど—によって強力に批判された。これらの学者は、特許行為のなかには、公役務の組織と作用に関する規律が含まれており、それらは「公役務の法」を構成し、命令的性質を有する、としたのである。

しかも、契約説は、今世紀の当初以来、コンセーユ・デタにより否定されている。⁽¹⁾

これらのコンセーユ・デタの判決例によると、特許の執行過程において、特許権付与者によってとられた措置に対し、その利用者が特許の条件明細書の条項を援用して越権訴訟を提起すれば、それが受理されたとしたのである。⁽²⁾ このように越権訴訟が受理されるということは、そこで援用された特許の条件明細書の条項が命令的性質を有しているということの意味する。⁽³⁾ それが契約的性質を有するのであれば、その違反を理由に越権訴訟を提起することができないからである。つまり、越権訴訟とその技術は、もっぱら、「行政の行為」に対するものであり、それが一方的性格を有する場合にのみ適用されるのである。⁽⁴⁾ したがって、条件明細書のある条項が援用され、その条項違反が越権訴訟として受理されるということは、その条項が契約的性質をもたず、一方的性格つまり命令的性質をもつということを認めることになる⁽⁵⁾と解されるのである。このように、特許行為のなかには命令的性質を有する条項が存在するという⁽⁶⁾ことを認めるとすると、同一の行為のなかに契約的条項と命令的条項が並存することになる。

特許が契約形式の行為であるとしても、このように、そのなかに命令的条項が存在するということになれば、特許は単なる契約であるということができず、⁽⁷⁾したがって、その法的性格の問題が議論されるようになったのである。

今日、特許行為における命令的性質をもった条項の存在をどのように理解するかをめぐって見解の対立がみられるのである。⁽⁸⁾「二重の性格」の理論と「混合行為」の理論が、それである。両理論を以下詳細に検討する。

(注)

- (1) C. E. 3 fév. 1905, Storch, *R. D. P.* 1905, p. 436, note Jèze ; C. E. 21 déc. 1906, Syndicat du quartier de la Croix de Seguey-Tivoli, *S.* 1907, III, 33, concl. Romieu, note Hauriou, *R. D. P.* 1907, p. 411, note Duguit ; C. E. 15 nov. 1907, Poirier, *Rec. p.* 826, concl. Teissier, *R. D. P.* 1909, p. 48, note Jèze ; C. E. 19 janv. 1912, Marc, *R. D. P.* 1912, p. 43, concl. Helbronner, note Jèze.
- (2) 越権訴訟は、法律および命令が公役務の作用を委ねるところの法規範に違反する場合に限られる (C. E. 8 mars 1912, Lafage, concl. Pichat, note Hauriou, *S.* 1913, III, 1)°。したがって、契約の違反が当事者間で越権訴訟として提起されることはない。特許契約—条件明細書—のなかには公役務の作用を含む条項があり、それらが利用者に対しては法律あるが命令として機能するので、行政がそれに違反すれば、利用者は、越権訴訟を提起するというのが正しいのである。CF. Raphaël Albert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, PAYOT, PARIS, 1926, p. 314 et s.
- もっともルデュールは「公役務の特許の命令的条項は、実質的な意味の法律の性格をもち、これらの条項に違反してなされる行政の客観的行為のすべてに対する訴えについては、越権訴訟が受理されるべきである」とする。Henri Redeuilh, *Nature juridique de la concession de service public*, Bordeaux, 1925, p. 62.
- (3) René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Editions Montchrestien, 1982, p. 268.
- (4) Alibert, *op. cit.*, p. 80 ; André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé *Traité des contrats administratifs* — 2^e éd. — contrats adm., 2^e éd., t. 2, 2^e éd., L. G. D. J. 1984, p. 1031.
- (5) Francois-Paul Benoît, *Le droit administratif français*, Librairie Dalloz, 1968, p. 825 ; Jean Dufau, *Les concessions de service public*, Editions du Moniteur, 1979, p. 37.
- (6) この点については、学説上の判例上の議論は多岐にわたる。Pierre Laroque, *Les usagers des services publics industriels en droit français*, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 27.
- (7) しかし、特許行為は、そのなかに命令的条項を含むとしても、通例、その全体において「特許契約」と称されるのである。Cf. Laubadère, *contrats adm.*, t. 1, 2^e éd., 1983, p. 105.
- (8) これらの学説上の議論は、しかし、法的観点からすると、制限された利益しか呈さないといえよう。というのは、特許行為は、そのなかに命令的条項を含んでいるとしても、契約的性質を失わないからである。Jean Dufau, "La nature juridique de la concession de service public", in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 152.

(一) 「二重の性格」の理論

(ア) 「二重の性格」の理論の概要

特許が二重の側面を呈し、その法的性格がその適用を受ける対象—特許業者か、利用者その他—に応じて変わるという「二重の性格」の理論は、すでに述べたように⁽¹⁾、一九〇五年二月三日と一九〇六年十二月二日の両判決に関するオーリュウの注釈のなかに垣間見られるが⁽²⁾、しかし、その起源は、つとに指摘されるように⁽³⁾、一九一〇年三月二日のコンセーユ・デタ判決におけるブルムの論告のなかに求められる⁽⁴⁾。

ブルムは、その論告のなかで、全国鉄道に関する一九〇五年八月四日の判決と地方鉄道に関する一九〇七年二月六日の判決を引用して、次のように述べる。「この判例の意図は、要するに、特許につき二重の訴訟を企図することである。一方では、規制に対する訴訟、つまり、規制の合法性に関する訴訟であり、その通常の手続は越権訴訟である。そして、他方では、契約に関する訴訟であり、それは、規制が契約の採算性に及ぼす影響の検討を当然に含む。このような二重の訴訟は、特許のもつ二重の側面、つまり、特許のもつ二重の性格に対応するものであり、それは、ある意味では、一定の形式に対する財政上の配慮であり、他の意味では、変化する需要に対する公役務の管理の態様である⁽⁵⁾。」

その後、さらに具体的に、論告担当官ルトウヌールは、その点を次のように述べる。「特許権付与者と特許業者と

の間の関係では、条件明細書は契約であり、利用者に関しては、それは命令的価値をもつ……。」⁽⁷⁾
 学説上、この理論を踏襲していると解される見解は少数であるが、⁽⁸⁾しかし、今日、これを強力に主張する者として、
 デュホー教授を挙げることができよう。以下、同教授の見解を中心に、⁽⁹⁾これを検討する。

(注)

- (1) 拙著・「フランス法における公役務の特許の法的性格」(国士館法学第二九号(一九九七年二月)一四三頁)。
- (2) M. Hauriou, note sous C. E. 3 fév. 1905. Storch ; C. E. 21 déc. 1906, Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Sequey - Tivoli, S. 1907. III. 33.
- (3) もともと、オーリョウは、この理論を上記面判決の注釈の中心に据えて論じたのではなく、ヌヌワもいうように、その注釈の終わりの間際で「サ、かち気味に」提示したに過ぎない。Cf. Benoit, *op. cit.*, p. 826.
- (4) Dufau, *Les Concessions de service public, préc.*, p. 37 ; Laubadère, *contrats adm.*, t. 1, 2^e éd, p. 102.
- (5) Concl. M. Blum sur C. E. 11 mars 1910, Min. des travaux publics c. Com. gén. française des Tramways, Rec. p. 216 ; S. 1911. III. 1 ; D. 1912. III. 49 ; R. D. P. 1910, p. 216.
- (6) S. 1911. préc., p. 5.
- (7) Latourneur, Concl. sous C. E. 26 juin 1948, Soc. du journal «L'Aurore», S. 1948. III. 71.
- (8) P. Duez et G. Debeyre, *Traité de Droit administratif*, Librairie Dalloz, 1952, p. 565 et s. ; P. Teste et L. Chaudouard, note sous C. E. 5 mai 1961, «Ville de Lyon» C. J. E. G. 1961, p. 184 ets.
- (9) 以下の記述は、デュホー教授の上記の著書から採る。Dufau, *Les concessions de service public*—「*Les concessions*」を略す—Editions du MONITEUR, 1979; Concessions de service public, *JURIS-Classeur, Administratif*, 1990, F.A.S.C. 530.

(4) 「二重の性格」の理論の特色

「二重の性格」の理論によると、特許は二重の側面を呈する。したがって、その法的性格は、それが適用される対象

に応じて変わるのである。特許権付与者と特許業者との間の関係では、特許はことごとく契約的性格を帯び、利用者や利用者以外の第三者に関しては、それが命令的性格を有する行為である、とみなされるのである。

この理論は、したがって、特許のもつ二重の側面に応じて、特許権付与者と特許業者との間の関係(a)と、特許権付与者あるいは特許業者と利用者ないしその他の第三者との間の関係(b)に分けて論じられる。

(a) 1. まず、特許権付与者と特許業者との間の関係であるが、この関係を規律する特許の条項はすべて契約的性質を有する。

したがって、それらを変更する場合には、必ず両者の合意を必要とする。特許権付与者は一方的にその変更を命ずることができない。財政上の利益等の特許業者の利益を規定する条項に関し、その点が指摘される。たとえば、特許権付与者は、特許業者の同意がなければ、料金に関する条項を一方的に変更することができない。特許業者も、特許権付与者の同意がなければ、料金変更の手続きをとることができないのである。⁽¹⁾

公役務の組織と作用に関する条項⁽²⁾についても同様である。これらの条項の変更に関係しては、その権限が法文上あるいは契約の条項に明示されていないなければならない。つまり、これらの条項に関しても、特許権付与機関による一方的変更権は存在しないのである。

ところで、契約が無言の場合はどうか。その場合も、特許権付与機関は特許業者に対し、一方的に変更を命ずることができない、とされる。しかし、特許権付与機関である行政は、役務の執行の過程において、その条件を変更する必要に迫られることがあり、その変更が必然的に契約執行の条件にはね返ることがある。この一方的変更権は、契約的性格を有しないのである。それは、特殊な法文によって設けられた権限の行使である、と理解される。⁽³⁾

このように、特許業者の義務に変更をもたらす特許権付与機関の権限は、法文なり契約の条項なりによって規定さ

れている場合に限り行使され得るのであり、それ以外の場合には、特許業者の義務の変更——つまり、負担の増加——は、特許権付与機関によって一方的決定により行うことができないのである。⁽⁴⁾

ところで、既存の特許事業に新たな公役務の需要が生じた場合に、それに関して、法文上の根拠もなく、契約も沈黙しているとき、特許権付与機関は、その需要を確保するために、まず、その特許業者に話し合いをもちかけなければならない。両者の合意が成立しない場合には、特許権付与機関は、自ら直営事業によってそれを運営するか、あるいは、新たな役務の執行のために他の特許業者と契約しなければならない。⁽⁵⁾ いずれにせよ、特許権付与機関には、いかなる契約上の条項に対しても一方的に変更する権限は認められないとされるのである。⁽⁶⁾

2. 特許権付与機関と特許業者の間で生じる、特許の条件明細書の条項の解釈あるいはその執行に関する訴訟はすべて、契約の行政裁判官に属する。⁽⁷⁾

つまり、公役務の組織と作用を規律する特許の条件明細書は、特許権付与者と特許業者との間の関係においても適用されるのであるが、その場合であっても、両者の間で生じる訴訟は契約の行政裁判官に属するのである。

ところで、「混合行為」の理論によると、公役務の組織と作用に関する特許の条件明細書の条項はすべて命令的性格を有するのである。そうであるとすれば、これらの条項の適用に関して生じる特許権付与者と特許業者の関係における訴訟は当然越権訴訟裁判官に属することになる。しかし、実務上は、これらの訴訟は契約の行政裁判官に属するのである。そこで、「二重の性格」の理論の立場からすると、これらの訴訟がどうして契約の行政裁判官に属することになるのか、その点の矛盾が指摘されているのである。⁽⁸⁾

(b) ついで、特許権付与者あるいは特許業者と利用者ないしその他の第三者との間の関係であるが、この関係では、特許は命令的性質を有するのである。

つまり、公役務の利用者あるいはその他の第三者に関しては、特許はことごとく命令的性格をもった行為であるとみなされるのである。

このように、特許およびその条件明細書が利用者やその他の第三者との関係では命令的性格を有するので、これに違反して行われた特許権付与者や特許業者の行為に対しては、利用者による越権訴訟の提起が可能となる。⁽⁹⁾

また、第三者は、特許の条件明細書に違反してとられた特許権付与者の措置に対し越権訴訟を提起することができる。⁽¹⁰⁾

しかも、特許行為が命令的性格を有する以上、特許業者が利用者との間で特許の条件明細書に違反する合意を締結してはならないことになる。⁽¹¹⁾

(注)

(1) いいかえると、新たな料金は、認可 (homologation) の対象とされる。C. E. 30 avril 1948, Ville de Nantes, Rec. p. 189. Dufau, *concessions*, p. 155.

(2) あくまで検討するように、「混合行為」の理論によると、公役務の組織と作用に関する条項は命令的性質を有するのである。Léon Duguit, "De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public" in *Mélanges Maurice Hauriou*, Recueil Sirey, 1929, p. 283; Roger Bonnard, *Précis de Droit administratif*, Recueil Sirey, 1935, p. 551; Raymond Odent, concl. sous C. E. 5 mars 1943, Cie Gén. des Eaux D. C., 1944, p. 121; Laubadère, *contrats adm.* T. 1, p. 104; André de Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traité de Droit administratif*—*2^e éd.* Droit adm. 2 略号——T. 10^e éd., 1988, p. 682.

(3) この特許権付与機関の一方的変更権に関して、一九一〇年三月十一日のコンヤート・デタ判決 (C. E. 11 mars 1910, Cie. G. éné. fran. de tramways, Rec. p. 216, concl. Blum; S. 1911. III. 1. concl. Blum, note Hauriou; D. 1912. III. 49, concl. Blum; R. D. P. 1910, P. 270, note Jèze) が挙げられる。

については、県知事が条件明細書に規定された電車の便数の増加を市内電車会社に命じたが、それは、特別の法文 (l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 pris en exécution des lois du 11 juin 1880 (art. 38) et du 15 juil. 1845 (art. 211) に基づいており、警察上の権限の行使に過ぎない」とされた。

(4) C. E. 3 avril 1925, Ville de Mascara, Rec. p. 382; 26 mars 1926, Sté d'électricité de la vallée du Rhône, Rec. p. 346.

(5) C. E. 26 mars 1930, Viett, Rec. p. 564; 12 mai 1933, Cie. Gén. des eaux, Rec. p. 508.

(6) Dufau, *Juris-Classeur adm. préc.*, n° 127.

(7) 特許権付与者と特許業者との間の訴訟はすべて、原則として、行政裁判所に提起される。しかし、さらにこれは、訴訟物によって、行政契約の裁判官の権限に属するものと、越権訴訟の裁判官の権限に属するものとに分れる。

(8) Dufau, *Concessions*, p. 38.

(9) Dufau, *op. cit.*, p. 39, p. 184 et p. 190.

(10) *Ibid.*, p. 193; C. E. 3 fév. 1905, Storch, Rec. p. 116; 11 déc. 1963, Synd. de défense en vue du rétablissement de la voie ferrée Bort-Eggarande, *J. C. P.* 1964, III 13753, note Dufau; C. E. 18 mars 1977, Ch. de Commerce de la Rochelle, *D. adm.* 1977, n° 132.

(11) Dufau, *op. cit.*, p. 39; C. E. 5 mars 1943, Cie gén. des eaux, *D. C.* 1944, p. 21. concl. Odent, note Blaevoet.

(ウ) 「二重の性格」の理論に対する批判

1. 「二重の性格」の理論に対してはすでに、ジェーズにより、次のように批判されていた。ジェーズは、デュギーの所説を支持しつつ、まず、「このようにして、その内容によると、条件明細書は一般大衆に関しては契約的行為ではない。特許業者にとっては、条件明細書は、それが一般的かつ恒常的に公役務を組織する限りにおいて、それが同じ内容をもつ以上、同じ法的性質をもつのである。したがって、それは命令的行為である。」と述べ、⁽¹⁾そして、特

許の料金に関し、次のように主張するのである。「法的観点から、その料金は、一般大衆に対しては、明らかに命令的性格をもつが、特許業者に対しては契約的性格をもつと考えることはできない。同一の行為は、それが適用される人によって異なった法的性格をもつことはできないのである。⁽²⁾」

2. ベヌワもまた、この理論に対し、若干の理解を示しつつ、次のように批判する。⁽³⁾

この理論は「実際からはそれほど遠ざかってはいない。しかし、それが定式化されるほどには受け入れることはできない。」しかも、フランスの法秩序は「法律行為がそれ自体で法的性質をもつという選択」に根拠をおいている、とし、次のように述べる。「議会によって行われる行為は法律であり、行政機関によって行われる行為は一方的行政行為であり、両当事者の意思の合致から生じる行為は契約である。そうであるとする、ある行為が法律であると同時に命令であるとはいえないのである。」フランス法秩序の根底にある「公準」(Postulat)によると、このようになる。したがって、「二重の性格」の理論は、フランス法秩序の「根本的な公準」に反しており、「一つの異説」である。このように述べながら、ベヌワは、「しかし、異説ではあるが、それが真実をかすめていることは確かである。」⁽⁴⁾というのである。

3. ところで、マディオによると、この理論は「契約説に対する抵抗の表現である」と⁽⁴⁾としても、契約の理論に関して提起された問題を解決していない、とされる。というのは、この理論のもとでは、特許権付与者と特許業者との間の関係は契約の形式のもとで理解されるので、公役務の組織に関する規律は、両当事者間の交渉のあとでないと変更することができない。そうだとすると、契約説に対してなされた批判はなお解消されたことにはならない。⁽⁵⁾

また、同じ特許行為、つまり「条件明細書」が、それを援用して主張する者によって異なった法的性質をもつとす

る点についても理解できない、とされる⁽⁶⁾。確かに、この理論によれば、条件明細書の同じ条項が契約的であると同時に命令的である、とされるが、しかし、「契約的行為と命令的行為とは排他的性格をもつ」⁽⁷⁾以上、ある行為が「規律行為」(acte-regle)であると同時に「主観的行為」(acte-subjectif)ではあり得ないであろう。このように、マデイオは、この理論の矛盾を突くのである。

4. ローバデル等も、この理論は、契約説に対してなされた一般的な批判からは逃れられていない、としつつ、この理論に対し、次のように反論する。「このような分析は、論理的にいつて、特許行為の全体に適用されなければならないであろうし、そうだとすると、第三者に関しては、純然たる財政的条項にもまた、命令的性格を与えることになる。このことは、弁護の余地がないであろう。」⁽⁹⁾

もっとも、ローバデル等は「コンセーユ・デタの判例にはっきりした学説上のレッテルを張るとすれば、二重の性格の理論が判例にも張られるように思われる。」⁽¹⁰⁾というのである。

5. ところで、ラロックも、判例が「よりニュアンスに富んだ概念」つまり「二重の性格」の理論に与しているように思われる⁽¹¹⁾とし、特許業者・特許権付与者である行政・利用者の各々のおかれた立場を個別的に検討する⁽¹²⁾。そして、判例上の制度の複雑さが、「条件明細書の条項をその内容によって単純に区別する制度」つまり「混合行為」の理論に比べて、いかに顕著であるかが確認される⁽¹³⁾、というのである。

これらの批判を踏まえて、次に、「混合行為」の理論が検討されなければならない。

(注)

(1) Jèze, "Nature juridique de la concession de service public et du cahier des charges de la concession", R. D. P.

1907, p. 681.

(2) Jèze, *Les contrats administratifs*, T. 2, Marcel Girard, 1932, p. 550.

(3) Benait, *op. cit.* p. 826.

(4) Yves Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: Recherches sur la notion d'acte Mixte en droit public français*, L. G. D. J., 1971, p. 151.

(5) Madiot, *ibid.*

(6) *Ibid.*

(7) *Ibid.*

(8) Laubadère, *Droit adm.* T. 1, p. 681.

(9) Laubadère, *contrats adm.* T. 1, p. 104.

(10) Laubadère, *op. cit.*, p. 103.

(11) Laroque, *op. cit.*, p. 27.

(12) *Ibid.*, pp. 28-29.

(13) *Ibid.*, p. 30.

(三) 「混合行為」の理論

(ア) 「混合行為」の理論の概要

1. 「混合行為」(L'acte mixte)の理論は、大多数の学説によって主張されている⁽¹⁾。この理論は、特許権付与者・特許業者・利用者その他の第三者の間のそれぞれの関係とはかわりなく、特許とその条件明細書を構成する条項を、その性質により、命令的条項のカテゴリーと契約的条項のカテゴリーとに区分するのである。

前者は、公役務の組織と作用に関する条項からなり、これらの条項は、特許業者に対しても、利用者に対しても命

令的性質をもち、「役務の法」(loi du service)⁽²⁾ないし「役務の命令」(règlement du service)⁽³⁾を定めるものである。これに対し、後者は、特許権付与者によって特許業者に与えられる種々の利益に関する条項や特許業者に特許の事業を決議させた条項からなる。これらの条項は、契約的性質をもち、特許権付与者と特許業者との間の契約的関係を定めるものである。⁽⁴⁾

このような特許行為の「複合的」(complexe)⁽⁵⁾性格は、すでに述べたように、まず、オーリュウにより確認されたのである。しかし、当初、彼は、特許のもつ「複合性」を指摘しつつも、特許を構成する条項のすべてが契約的性質をもつと主張した。この分析を踏襲したデュギーは、特許が公役務の運営を組織する行為であり、しかも、公役務が法的・命令的性質をもつ点を強調し、特許が二つの異質の要素——主として、公役務を組織する命令的条項と、附随的には、当事者の財政的関係を規律する契約的条項——からなる「複合的行為」(acte complexe)⁽⁶⁾である、としたのである。ここに、今日の「混合行為」(acte mixte)の理論の源流がある、ということが出来る。

2. ところで、「混合行為」の理論は、判例上も採用されているとされ、しかも、その例として、一九四三年三月五日のコンセーユ・データ判決「水道会社事件」⁽⁷⁾が挙げられることがある。⁽⁸⁾しかし、この判決が一般的に引用されるのは、この判決が論告担当官オドンの論告を伴っているからであり、しかも、オドンがそこで明白に混合行為の理論を認めたとされるからである。⁽⁹⁾

オドンは、その論告で、次のように述べる。「その結果、次のように結論づけなければならない。条件明細書は混合行為であり、それは、公役務の概念がしみ込んでいるために帯びる二重の性格をもつ。：条件明細書は、特許権付与者と特許業者との間の財政的関係を定める限りにおいてのみ契約的であるが、しかし、それは、公役務の作用、その具体的・技術的組織、一般大衆に提供すべき給付、および、特許業者が受け取る権限を付与された種々の使用料金、

に關することがらのすべてについて、つまり、要するに、特許業者と利用者の間に存する関係のほとんどすべてについて、命令的性格をもつのである。⁽¹⁰⁾」

オドンは、このように、「混合行為」の理論を説明するが、しかし、その説明は、「二重の性格の理論と混同されかねないぎりぎりのところに位置している」⁽¹¹⁾ようにも思われる。つまり、「二重の性格」を帯びているという説明もさることながら、特許行為における区別の基準が、命令的性格をもつとされる「特許業者と利用者の間の関係」に求められているようにも受けとられるからである。すでに述べたように、特許行為における「命令的なもの」と「契約的なもの」との区別の核心は、混合行為の理論によると、その条件明細書の内容にあると理解されているのである。

オドンの論告を受けて、コンセーユ・データは、次のように判示した。「水道会社(特許業者)とベルテロ通り利用組合(利用者)によって締結された契約は、ヴィジュイフ市と特許業者との間で、この市における公役務の組織と作用を確保するために行われ、しかも、その目的のために、特許権付与者によってその会社に課される義務を定めた合意の条項に違反したのであれば、無効である。⁽¹²⁾」

この判決は、このように、特許業者が利用者と締結する契約は特許の条件明細書の条項に違反することができない、と判示し、特許業者と利用者との間の関係しか考察していないのである。したがって、この判決が「混合行為」の理論を採用しているといえるだろうか、という疑念が浮かぶのである。マディオは、「このような解決は、混合行為の理論の選択を示しているとはいえず、むしろ、二重の性格の理論への依拠を示している。」と述べ、「判例は常に躊躇していた。⁽¹³⁾」というのである。

3. ローバデル等は、「混合行為」の理論を支持する論告担当官として、オドン氏のほかに、ブレバン氏を挙げた。確かに、ブレバンは、「リヨン市」事件のコンセーユ・データ判決における論告で、「特許は、混合行為であり、そ

れが特許権付与機関と特許業者との間の財政上の関係に関する限り、契約的であり、それが公役務の管理の態様を定める限り、命令的である。」と述べる。⁽¹⁴⁾しかし、テスト等がいうように、ブレバンはその態度を明確にしているようにも思えない。ブレバンは、ここでは、「ガス利用契約書は、したがって、契約の継続中に、適及的かつ差別的な料金の値上げを可能とする条項を含んではない。まして、条件明細書の料金に関する条項が利用者に関して命令的性格をもつとしても、その条件明細書は、そのような条項を含んでいないのである。」⁽¹⁶⁾と述べるだけで、特許権付与者が公役務の作用の条件—つまり、料金—を一方的に変更できるとは述べていないからである。つまり、「料金」は、「混合行為」の理論によると、公役務の組織の一部をなし、命令的条項に属する。したがって、論理的には、特許権付与者は、特許業者の意思に反して—もちろん、特許業者に対する補償を必要とする—料金を一方的に変更することができなければならない。しかし、ブレバンの論告には、その趣旨が窺えないのである。

(注)

- (1) L. Duguit, "De la situation des particuliers à l'égard des services", *R. D. P.* 1908, p. 411 et *Traité de droit constitutionnel*, T. I. E. de Boccard, 1927 p. 420; H. Berthelemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e éd., Librairie Arthur Rousseau, 1930, p. 711; M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, 4^e éd. Recueil Sirey, 1938, p. 505; G. Jèze, *R. D. P.* 1907, préc., p. 680, *R. D. P.* 1910, préc., p. 275 et s. et *Les contrats administratifs*, T. 1 Marcel Girard, 1927, p. 65; H. Redeuilh, *op. cit.*, p. 47 et s.; P. Laroque, *op. cit.*, p. 27; P. Compté, *La concession de service public*, Recueil Sirey, 1934, p. 25; R. Bonnard, *op. cit.*, p. 550; F. Lecompte, *Le rachat des concessions*, Imprimerie générale Lahure, 1942, p. 20; J. M. Auby et Ducos¹ Ader, *Grands Services publics*, T. I, P. U. F., 1969, p. 208; G. V edel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. 2, 12^e éd., P. U. F. 1992, p. 771 et s.; Y. Madiot, *op. cit.*, p. 151 et s.; Jean Rivero, *Droit administratif*, 6^e éd., 1973, p. 433; Laubadère, *Droit adm.* T. I préc., p. 681.; Laubadère, *Contrats adm.* T. I. pré

c., p. 104; René Chapus, *Droit administratif général*, T. I, 4^e éd., Montchrestien, 1988, pp. 325-6; Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, L. G. D. J. 1995, p. 56.

- (2) Laubadère, *Contrat adm.* T. I, p. 104.
- (3) Benoît, *op. cit.*, p. 827
- (4) 「混合行為」の理論は、もともと「特許は、じつは一種の「半ば命令的」(mi-règlementaire)」「半ば契約的」(mi-contractuelle) 混合行為である」ということである。Laubadère, *Droit adm.* T. I, p. 681.
- (5) 拙稿・前掲論文一四二頁。
- (6) デュギーの著書・論文をはじめ、二〇世紀初期の「公役務の特許」に関する論文は、このように、その法的性格を示すために「複合的行為」(acte complexe) という文言を用いていた。
なお、「複合的行為」と「混合行為」の異同については、Madiot, *op. cit.*, p. 269 etc. を参照。マディオは、「混合行為」は「複合的行為」のなかに含まれるものと思われ、むしろ *Ibid.*, p. 272.
- (7) C. E. 5 mars 1943, Cie générale des Eaux et Syndicat des communes de la banlieue de Paris, *D. C.* 1944, p. 121, concl. M. Odent, note Ch. Blaevoet.
- (8) Laubadère, *contrats adm.*, T. I, p. 104.
- (9) *Ibid.*.
- (10) Odent, concl. sur C. E. mars 1943, Ciegéné. des eaux, *D. C.* 1944, Préc., p. 122.
- (11) Madiot, *op. cit.*, p. 159.
- (12) *D. C.* 1944, préc., p. 122.
- (13) Madiot, *op. cit.*, p. 160.
- (14) Braibant, concl. sur C. E. 5 mai 1961, 《Ville de Lyon》, *C. J. E. G.* 1961, p. 177.
- (15) P. Teste et L. Chaudouard, note sous C. E., 5 mai 1961, 《Ville de Lyon》, *C. J. E. G.* 1961, préc., p. 187.
- (16) Braibant, *op. cit.*, p. 181.

(イ) 命令的条項と契約的条項とを区別する基準

1. 「混合行為」の理論によると、すでに述べたように、特許とその条件明細書のなかで、命令的条項と契約的条項とが区別されることになるが、両者の区別はどのような標識によって行われるのであろうか。

この理論によると、両者の区別は次のように行われている。

公役務の組織と作用に関する条項はすべて命令的性質をもち、特許権付与者が特許業者に対して与える利益を定める条項は契約的性質をもつとされる。たとえば、前者の例として、公役務の運営上の規律やその安全性の規律、職員の資格、利用者に適用される「料金」などが挙げられ、後者の例として、財政的利益の保障、競争に対する特権、特許の期間などが挙げられる。

デュギーによると、すでに述べたように、命令的条項と契約的条項を区別する基準は、次のように説明される。「公役務が直営事業として運営されるとすれば想像し得ないような条項はすべて、契約的条項である。たとえば、利益の保障に関する条項、行政によって支払われる補助金に関する条項、特許業者によって支払われる使用料に関する条項が挙げられる。これに対し、行政によって直接運営される公役務の場合に想像し得るし、しかも、そのために実際に存在する条項は、まさに役務の法を形成する命令的条項である。たとえば、特許された鉄道の場合であれば、列車の運行の態様、その数量およびその速度に関する条項、料金に関する条項、従業員の手給に関する条項が、それに属する。」⁽²⁾

このように、命令的条項と契約的条項を区別する基準が明確にされると、両条項の区別が容易になるし、しかも、ローバデル等が⁽³⁾のように、契約的条項のカテゴリー化がさらに進めば進むほど、その区別がより一層容易になる

ことはいうまでもない。このようにして、契約的条項のカテゴリーとして、特許業者のために確保される固有の財政上の利益の保障―事前の補助金の約定、利潤の保障など―や、その他特許業者に保障される種々の利益―独占権など―、さらには、特許の期間などが明らかにされる。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

2. ところで、これらの条項のなかには、命令的条項であるか、あるいは契約的条項であるか、判然としない条項もある。特許業者が利用者から徴収する使用料としての「料金」がそうである。しかし、「料金」の法的性格が不明瞭であるのは、判例の態度に由来するといわれる。⁽⁶⁾

「料金」は、多くの学説により、命令的性質をもつとされる。つまり、「料金」は、特許業者の財政上の利益と大いに関係があるが、しかし、それは、公役務の作用の重要な要素をなすし、その利用者と直接関係を有することから、命令的条項に属するとされるのである。

ところが、判例上では、「料金」は、ある場合には命令的性質をもち、他の場合には契約的性質をもつとされたのである。つまり、利用者に関しては、それは命令的性質をもち、⁽⁹⁾特許権付与者と特許業者の間の関係では、それは契約的性質をもつとされたのである。⁽¹⁰⁾ローバデル等は、このような状況を前にして、「コンセーユ・データの判例が混合行為の理論の方よりもむしろ、特許の二重の性格の理論の方に傾いているように思われる。」⁽¹¹⁾というのである。

(注)

(1) 拙稿・前掲論文一五四頁以下

(2) Léon Duguit. *Traité de droit constitutionnel*, T. I, pp. 421 et 422.

(3) Laubadère, *contrats adm.* T. I, p. 107.

(4) メストルは、このような主張に対し、次のように批判する。特許を契約的性質の条項と命令的性質の条項とを区別しよう

フランス法における公役務の特許の法的性格 (三) (三好 充)

とする人々に「特許と条件明細書を目の当りにして、契約的条項とその他の条項とを区別するよう求めると、この人々は非常にとまどった態度を示すのである。誰一人として、その解剖を行う術を心得ていなかったし、できなかったのである。」Mestre, Préface de L'ouvrage de Teste, *Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, 1940, p. XII.

このメストルの意見に対しては、「非常に行き過ぎ」である、と批判され (Laubadère, *op. cit.*, p. 107.) また、その「敵意」が指摘されている (Benoit, *op. cit.*, p. 830)。

(5) ところで、ベヌワは、「混合行為」の理論を支持しつつも、自らの見解を次のように述べる。

まず、特許行為を構成する条項を、大きく次の二つのカテゴリーに分ける。一つは、特許権付与者としての行政の一方的意思にその源をもつ条項であり、他は、特許権付与者と特許業者の意思の合致にその源をもつ条項である。

前者は、役務の定義に関する条項と役務と利用者との関係に関する条項からなるが、これらの条項はすべて、国の直営事業として、役務が運営される場合に行われる決定と同じ決定を内容とする条項である。

役務の定義に関する条項は、水道・ガス・電気・電車・バスなどの供給の質や量を決定する条項である。「これらの条項はすべて、役務の創造の決定そのものであり、まさしく、リセ（高校）を設立したり、あるいは、道路を設けたりする決定と同じである。したがって、それは、その全体において、一般的な効力をもった条件行為 (acte-condition) を構成する条項である。」

役務と利用者との関係に関する条項は、利用者に対し給付の提供の条件を定める条項である。つまり、水道・ガス・電気の接続・中継に関する規定や、輸送車両の利用上の便宜に関する規律、しかも、これらの給付の対価としての利用料金などを内容とする。「これらの条項はすべて、私人のために行政によって作成される役務の利用に関する規律である。したがって、それは、その全体において命令的行為を構成する条項である。つまり、それは『役務の命令』(règlement du service) たる条項である。」

特許権付与者と特許業者の意思の合致にその源をもつ条項は、両者間で確立される個人的関係を定める条項である。つまり、それは、役務の作用に関し特許権付与者と特許業者の間で行われる約定である。具体的には、特許業者に与えられる運営上の特権、財政上の利益その他の特殊な利益に関し、あるいは、特許権付与者の得る特殊な料金―割引料金―に関する。

「これらの条項はすべて、本来的意味の契約である。」

このようにして、ベヌワは、次のように、特許行為が「並置されるが、しかし異なった三つの法的行為からなる複合的な行為である」とする。その三つの法的行為とは、「役務を定義する特許権付与者の一方的条件行為」、「役務と利用者の関係を規律する特許権付与者の一方的命令的行為」、「役務の管理に関して特許権付与者と特許業者とを結びつける契約的行為」である。

そして、さらに、ベヌワは次のように述べる。特許は、契約であるが、しかし、それは「特許権を付与する行政機関の一方的行為が結合した契約である。」というのである。つまり、特許は、二つの一方的行為と結びついた契約であるともいえるし、あるいは、二つの一方的行為をそのなかに含んだ契約である、といえることにもなる。

したがって、「特許権付与者と特許業者との関係では、それは、まさに、契約であり、この契約は両者の個人的関係の態様を定める。しかし、役務の定義と利用者に適用される規律に関するものはすべて、一方的性格をもち、しかも、それは、利用者に関してだけでなく、特許権付与者に関しても、また、特許業者に関しても同じである。」このように、ベヌワは主張するのである。 Benoit, *op. cit.*, pp. 826-829.

- (6) Laubadère, *contrats adm.*, T. I, pp. 107-8.
- (7) Jèze, *Les contrats administratifs*, T. I, préc., p. 69 ; Laroque, *op. cit.*, p. 37 ; compte, *op. cit.*, p. 79 et s. ; Madiot, *op. cit.*, pp. 157-8 ; Laubadère, *contrats adm.*, T. I, p. 330 et s.
- (8) Dufau, *Concessions*, p. 37.
- (9) 特に、破毀院の判例が引用される。それによると、「公土木大臣によって認可された鉄道料金は、その全体において、命令的条項を構成する。つまり、それは、法律の性格を帯びている。」とされる。 Cass. civ. 25 juin 1924, S. 1924. I. 384.
- (10) C. E. 23 mai 1936, Commune du Vésinet, Rec. p. 591 ; C. E. 16 mai 1941, Commune de Vizille, Rec. p. 93 ; C. E. 19 janv. 1946, Ville de Limoges, Rec. p. 15.
- (11) Laubadère, *contrats adm.*, T. I, p. 108.

(ウ) 命令的条項と契約的条項とを区別する法的利益

1. 公役務の特許を構成する各条項がその性質により命令的条項と契約的条項とに区分されるとする「混合行為」の理論には、重要な帰結が伴う。つまり、特許の執行の過程において、その条件明細書の変更が必要とされるとき、特許権付与者たる行政がその変更を行うには、契約的条項に関しては、特許業者たる私契約者との合意が不可欠であるが、命令的条項に関しては、それを必要としないとされるのである。

契約的条項に対しては、このように、特許権付与者たる行政による一方的変更が認められないとされるのであるが、それは、契約的条項が特許権付与者と特許業者との間の関係において、「主観的法的地位」を創造し、特許業者が一般の契約における当事者としての立場に立つからである。⁽¹⁾

しかし、命令的条項に関しては、特許権付与者たる行政は、その変更を一方的に行うことができる、とされる。もっとも、このように、行政に一方的変更権が認められるとしても、その根拠を「行政命令」に適用される制度——行政機関は、自ら定めた命令を常に変更することができる——に求めることはできない。命令的条項が真の命令であるとはいえないからである。⁽²⁾

また、特許行為が「命令的效果を伴った合意」⁽³⁾であると解すると、その根拠を「命令」に求めることはできない。そこで、ローバデール等は、公役務に関する特許の条件明細書の条項（命令的条項）を一方的に変更する行政の権限は、「これらの条項が命令的であるという事実によるのではなく、これらの条項が公役務の作用と直接関係しているという事実によって」根拠づけられるべきである、とするのである。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

2. さらに、命令的条項と契約的条項が区別されることから、命令的条項との関連で、公役務の利用者の地位に特殊性が認められるのである。しかも、その特殊性は、公役務に関する条項の命令的性質から導きだされる。

契約的条項の場合には、公役務の利用者は、その特許契約との関係では第三者であり、その契約の効果に影響を与えるようなことはできない。つまり、契約的条項は、特許権付与者と特許業者との間の契約的關係を定めるものであり、利用者には關係を有しない。したがって、利用者は、これらの条項を援用することができないし、また、これらの条項は、利用者の利益を防禦する手段として用いられることもない。⁽⁷⁾

しかし、命令的条項は、公役務の利用者を有利にしたり、あるいは不利にしたりする。それは、まさしく、命令の役割を演ずるのである。判例は、多くの点で、この趣旨を認めている、といわれる。⁽⁸⁾

3. 命令的条項のもつ命令的性格から、次のような効果が指摘される。

(a) 利用者は、公役務の作用に関する条件明細書の条項違反を取消させるための越権訴訟を提起することができる。⁽⁹⁾ また、利用者以外の第三者にも、条件明細書の命令的条項違反に対する出訴資格が認められる。⁽¹⁰⁾

(b) 特許業者は、利用者と締結される個々の合意によって、条件明細書によって定められている公役務の一般的規律に違反することができない。論告担当官オドンがいうように、「条件明細書が公役務の作用に関するすべてについて：つまり、特許業者と利用者の間に存する關係のほとんどすべてについて命令的性格をもつ」⁽¹¹⁾からである、とされるのである。

(c) 特許の料金は、その基礎を特許権付与者と特許業者との間の合意におくとしても、行政行為の形式をとる。したがって、それは命令的性格をもつとされる。⁽¹²⁾

もっとも、料金は、特許契約の財政的均衡をはかるためのものであり、当事者の合意によるのでなければ変更されない。したがって、それは契約であるとする主張もある。⁽¹³⁾

しかし、利用者に関しては、それは命令的性格をもつというべきであろう。⁽¹⁴⁾ しかも、特許の過程で生じた料金の変

更は、直ちに、利用者と締結された契約に適用されるのである。⁽¹⁵⁾

(注)

- (1) Laubadère, *Droit adm.*, T. 1, p. 681; Laroque, *op. cit.*, p. 28.
- (2) Dufau, *Mél. Chapus*, préc., pp. 155-6.
- (3) ローバデル等によると、特許は「命令的效果を生じさせる合意」である。しかも、その合意的性格は、特許の個々の条件明細書が当事者によって作成される場合だけではなく、標準条件明細書に依拠して作成される場合にも認められる。Laubadère, *contrats adm.*, T. 1, p. 105.
- (4) ラロックも、その点について、「ある合意から生じる命令が、どうして、これらの命令を生じさせるために貢献した意思の合致がなくとも修正され得るのか、わからない。……」と述べている。これは、特許の条項を一方的行為により変更できるとする考え方に対する疑問の現われであると思われる。Laroque, *op. cit.*, p. 27.
- (5) Laubadère, *contrats adm.*, T. 1, p. 108-9.
- (6) 判例は、当初、特許の契約概念を厳密に適用して、特許の条件明細書に規定された公役務の組織に関する条項を変更する権利を行政に認めようとはしなかった。(C. E. 23 Janv. 1903. Ch. de fer, éco. du Nord, p. 62. Concl. Tessier. S. 1904. III. 49. note Hauriou)。また、判例は、特許権付与者が特許業者に対し新たな義務を課すことができる場合は、その権限が条件明細書に規定されている場合か、あるいは、法律に規定されている場合に限る、としていた。他方では、行政は、一般警察権として特許業者に対し新たな規制を課すことができたが、それは「公共秩序の警察を維持するためであって、「公役務の組織」を目的としたものではなかった(Tessier, concl. sur C. E. 23 janv. 1903, préc.)。しかし、以上のような理解のされ方は、今日、完全に放棄されている。判例によると、現在、特許権付与者たる行政は、公役務の利益の観点から、公の需要がそれが必要とするとき、条件明細書に規定されていない義務を特許業者に課することができるのである(C. E. 11 mars 1910. Cie général des tramways, S. 1911. III. 1, concl. Blum, note Hauriou)。
- (7) 契約的条項は、契約に関する効果の原則を適用すると、「他人間で締結された契約文書」(res inter alios acta)であって、第三者である利用者は、それによる影響を全く受けないのである。Cf. Laubadère, *contrat adm.*, p. 104.

- (8) Ibid., p. 109.
- (9) C. E. 21 déc. 1906, Syndicat Croix-de-Segney, S. 1907. III. 33, note Hauriou; 27 nov. 1935, Baudin, *Rec.* p. 1105; 7 nov. 1958, Sté *Electricité et eaux de Madagascar*, *Rec.* p. 530, concl. Heumann.
- (10) C. E. déc. 1963. Syndicat de défense du rétablissement de la vie ferrée Bort-Eygurande, *J. C. P.* 1964. II. 13753, note Dufau.
- (11) Odent, concl. sur l'affaire cie. gén. des eaux, *D. C.* 1944, préc., p. 122.
- (12) Laroque, *op. cit.*, p. 32.
- (13) Mestre, note sous C. E. 27 juin 1945 *«Les Ardennes électriques»* et Conseil de préfecture interdépartemental de la Seine-Inférieure; 18 janv. 1946 *«Société Leçon et Cie»*, *J. C. P.* 1946. II. 3254.
- (14) 判例は、利用者についてあるが、「命令的料金」あるいは「命令的条項」の表現を用いる。Cass. civ. 25 juin 1924, S. 1924. I. 384; C. E. 30 avril 1948. *«Ville de Nantes»*, *Rec.* p. 189.
- (15) Cass. req. 4 mai 1921, *D.* 1922. I. 41, note Appleton, S. 1922. I. 65, note Mestre.

(四) 結びにかえて

1、これまで、公役務の特許に関する現代の理論を検討してきたが、ここでは、特許のもつ二重の側面——契約的側面と命令的側面——が二つの異なった理論をもたらしたということができよう。

その一つである「二重の性格」の理論であるが、それは、特許の適用を受ける人格 (Personne) に応じて、その法的性格を定義しようとするのである。つまり、特許は、特許業者と利用者あるいは第三者との間の関係においては、命令的性格を呈し、特許権付与者と特許業者との間の関係では契約である、とみなすのである。

この理論は、特に、「料金」に関しては、判例の流れに即しているといえよう。「混合行為」の理論を主張するロ

ーバデール等も、「コンセーユ・データの判例にはっきりした学説のレッテルを貼る限りに於いて、二重の性格の理論もまた、判例のものであるように思われる。」⁽¹⁾と述べているからである。

しかし、この「二重の性格」の理論も、「料金」以外の場合には、必ずしも、判例の流れに沿っているとはいえないのではないかと思われる。コンセーユ・データの最近の判決によると、次のように、「二重の性格」の理論に反する主張がなされているからである。まず、この理論は、特許の条項の法的性質がその適用を受ける人格との関係に応じて決定されるところが、判決によると、その性質はその関係とは全く無関係である、とされる。⁽²⁾また、この理論によると、特許業者と利用者ないし第三者との間の関係では、特許は命令的性質をもつ、とされるが、その命令的性質も、判決により抵抗を受ける。つまり、利用者等が特許業者との関係で条件明細書の適法性を争おうとして、越権訴訟を提起しても、それが受理されないからである。⁽³⁾

2、現在、大部分の学者が「混合行為」の理論をとる。それによると、特許およびその条件明細書は、契約的性質をもった条項のカテゴリーと命令的性質をもった条項カテゴリーからなる、とされる。特許権付与者が特許業者に与える特権を定める条項―たとえば、財政上の保障、運営上の特権、特許の期間など―は、前者の例であり、公役務の組織と作用に関する条項は、後者の例である。

しかし、両者を区別する基準が必ずしも明瞭であるとはいえないのである。たとえば、すでに触れた「料金」であるが、これは、明らかに、特許業者がその恩恵に浴する財政上の特権に属するといえよう。そうだとすると、特許権付与機関は、特許業者の同意がなければ、それを変更することができないように思われる。⁽⁴⁾したがって、料金は、特許権付与者と特許業者の間では契約的である、とみなすべきであろう。ところが、それは、公役務の作用の重要な要素をなし、特許業者と利用者との間の関係では命令的条項に属する、とされるのである。⁽⁵⁾

また、特許の期間に関する条項は、特許業者の利益を擁護するものであるし、その特権を定める条項である。したがって、それは契約的条項である。しかし、特許権付与者たる行政が特許をその満期前に終了させることができる⁽⁶⁾とすれば、それは命令的条項に属することになる。

このように、「混合行為」の理論であっても、同じ条項が場合により命令的性質を帯びたり契約的性質を帯びたりする、とされるのである。

しかも、この理論では、公役務の組織と作用を規律する条項はすべて命令的性質を有するが、しかし、これらの条項の執行ないし解釈に関し、特許権付与者と特許業者の間で提起される訴訟はすべて、契約裁判官に属し、越権訴訟の対象とはならないのである。⁽⁷⁾つまり、特許の「命令的」部分に対して提起される訴訟であっても、越権訴訟としては受理されないのである。⁽⁸⁾

3、このようにみえてくると、「二重の性格」の理論も、「混合行為」の理論も、特許に関する事象を十分に説明しているとはいえない。しかし、両理論が特許の本来の「契約的」概念のなかに伏在していた「命令的」部分を顕在化させたという点は、高く評価されなければならない。

もっとも、そこで用いられる「命令的」という形容詞については、その意味が問われるべきであろう。

特許とその条件明細書に含まれるある条項が、特許権者に関してであれ、利用者その他の第三者に関してであれ、「命令的」性格をもつとされるのは、コンセーユ・データの判例の結果である、と考えられる。⁽⁹⁾しかも、「混合行為」の理論によると、「命令的」という形容詞は、公役務の組織と作用に関する特許の条項の特色を示すために用いられる。

マディオによると、「付与された役務の組織と作用を規律する条項が命令的、性格をもち」、「これらの条項は、多くの場合、標準条件明細書の枠のなかで、行政により一方的に決定される」⁽¹⁰⁾のである。つまり、これらの条項のもつ

「命令的性格」が一方的変更権をもたらす、と理解されている。⁽¹¹⁾

しかし、一方的変更権は、付与された役務の組織と作用に関する条項の「命令的」性格とは全く関係がないのである。つまり、一方的変更権は、フランス行政法上の「伝統的原則」からすると、「命令的」条項に關しても「契約的」条項に關しても行使され得るからである。⁽¹²⁾したがって、行政による一方的変更権に關しては、特許のある条項の「命令的」性質は、いかなる説明的価値もたないものである。⁽¹³⁾

また、「命令的」条項は越権訴訟の対象とはならないし、⁽¹⁴⁾「違法の抗弁」の領域においてこれを援用することもできないのである。したがって、それは、真の「命令」と同一視することができない。⁽¹⁵⁾

ところで、「命令的」条項は、主として利用者やその他の第三者に關し、その法的効果をもつのである。つまり、それは、契約が当事間でしか効力を生じないとする原則《Effets relatif des contrats》に反し、第三者のために、第三者の権利・義務を設けることを主たる特色とするのである。そこで、ローバデル等は、「命令的」条項を含む特許が、「命令的効果を伴った合意」⁽¹⁶⁾(accord conventionnel générateur d'effets réglementaires)あるいは「命令的効果を伴った合意」⁽¹⁷⁾(convention à effets réglementaires)の典型的な例である、とするのである。⁽¹⁸⁾この種の契約も、通例、契約の制度に服する。判例の伝統によると、⁽¹⁹⁾契約的形式の行為は、たとえ、その内容が、全部にしろ、部分的にしろ、立法的存在いは命令的条項によって前もって決定されているとしても、常に契約であるとされるからである。したがって、特許も、その命令的効果を伴うにも拘らず、契約的性質を帯びるのである。

このような状況を踏まえて考えると、特許の性質とその効果の人為的区別が、訴訟の場面で、越権訴訟裁判官の権限に服さない理由とされているように思われる。このように、特許に対する越権訴訟の受理可能性が認められない以上、デュホー教授のいうように、利用者やその他の第三者との関係で用いられる「命令的」性格というフィクション

は放棄される方が好ましいであろう。⁽²⁰⁾

(注)

- (1) Laubadère, *contrats adm.* T. 1, p. 103.
- (2) C. E., 29 avril 1981, Ets Fine Frères, *Rec.* p. 201; 24 janv. 1990, Martinetti, *Rec.* p. 288.
- (3) C. E. 16 avril 1986, Cie Luxembourgeoise de Télé diffusion, *Rec.* p. 97; A. J. D. A. 1986, p. 284, Ob. M. Azibert et M. Fornassiani; D. S. 1987, p. 97, note Lamothe.
- (4) C. f. Laubadère, *contrats adm.* T. 2, 2^e éd., 1984, p. 349 et s.
- (5) Laubadère, *contrats adm.* T. 1, p. 107.
- (6) F. Lecompte, *Le rachat des concessions*, Imprimerie générale Lahure, 1942, p. 19.
- (7) Dufau, *concessions*, p. 38.
- (8) なお、契約裁判官と越権訴訟裁判官は、今日では、同一の裁判官である。つまり、一九五三年の行政訴訟の改革以来、行政裁判所では、同一の裁判官が行政契約訴訟と越権訴訟を担当する。Laubadère, *contrats adm.* T. 2, p. 1032, note (33).
- (9) Dufau, *Méi Chapus*, préc., p. 152; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, L. G. D. J. 1995, p. 55.
- (10) Madiot, *op. cit.*, p. 153.
- (11) 確かに、デュホーがいうように、一九八一年四月二十九日のコンセーユ・データ判決は、この観点を確認しているといえよう。C. E. 29 avril 1981, Ets Fine Frères *Rec.* p. 201
- (12) 公役務の内容やその運営は、その時代の要請に応じて必要な変更がなされるべきであり、契約により、行政のもつこのような権限を妨げたり、制限したりすることは許されない。公役務は、警察と同じく、行政機関が契約を締結して、その権限を放棄することの許されない領域である。Dufau, *op. cit.*, p. 156.
- (13) *Ibid.*
- (14) Dutheillet de Lamothé, concl. sous C. E. Ass. 16 avril 1986, C. L. T., R. D. P. 1986, p. 857.
- (15) Dufau, *op. cit.*, p. 156.

- (9) Laubadère, *contrats adm.* T. 1, p. 97.
- (17) *Ibid.*, p. 105.
- (8) *Ibid.*
- (21) C. E. 29 juin 1979, Bourgeois, *Rec.* p. 292. *D.*, 1979, p. 557, note Delvolvé, *A. J. D. A.* 1980. p. 304 ; C. E. 25 mai 1979, RABUT, *Rec.* p. 231 ; C. E. 23 sep. 1987, Sté Sadev. *Rec.* p. 292, *A. J. D. A.* 1987, p. 587, Ch. Azibert-Boisdefre ; Fornacciarì, concl. sous C. E. 31 mars 1989, *R. F. D. A.* 1989, p. 468.
- (28) Dufau, *Mél. Chapus.* préc., p. 157.