

行政行為の区分

— 許可について —

宋

一品

目次

はじめに

第I章 行政処分と行政行為

第一節 行政法上の概念の特殊性

第二節 「処分」概念の意味

第三節 行政処分と行政行為

第II章 行政行為の分類

第一節 伝統的行政行為論

(一) 美濃部達吉教授による分類

(二) 田中二郎教授による分類

(三) 美濃部説と田中説の違い

第二節 伝統的分類論に対する批判

(一) 南博方教授の批判

(二) 藤田宙靖教授の批判

(三) 鈴木庸夫教授の批判

第三節 伝統的分類論に対する批判の検討

第四節 行政行為の新分類

第三章 「許可」の性質について

第一節 行政法の理論としての「許可」と「特許」

第二節 第三の許可制

第三節 規制行政と行政裁量

おわりに

はじめに

「行政行為」とは何か、「行政処分」との違いはどうか。種々の名称をもった処分について、それぞれ論ずるのとは別に行政行為という概念を用いて議論することにどのような意味があるのか。

周知のように、田中二郎教授に始まるとされる系統的・伝統的分類は、「行政行為」を「法律行為的行政行為」と「準法律行為的行政行為」に大分類し、前者は行政権の意思表示をその要素とし、行為者が一定の効果を欲するがゆえにその効果を生ずる行為をいい、命令的行為・形成的行為をその例とし、後者は、意思表示以外の精神作用の発現を要素とし、行為者がその効果を欲するが故にはなく、一定の精神作用の発現について、もっぱら法規の定めるところにより法的効果の付せられる行為をいう。とされたのであるが、多くの批判が提示され、今日では衰退して行政法教科書においてもこの分類を見ることはほとんどない。

しかしながら、この分類については、多くの批判が寄せられていたにもかかわらず、多くの学説の従うところとなっていたし、一部の学説を除いて、いまだこの分類に代わる包括的な分類論は提示されていない状態なのである。

最近では、いいか悪いかは別にして、従来「行政行為」の概念を用いて論じられた行政行為の公定力を「取消訴訟の排他的管轄」という概念を用いて、より実定法に即したかたちでとらえなおそうとする動きや、「行政行為」の手法を用いないで、しかも人民の権利利益に大きな影響を及ぼす行政作用（例えば公共企業等による私法形式での事業経営とか、単発的に行われる行政指導など）が質量ともに増加していることから、包括的な分類の重要性が低下してきているようにも考えられるが、「行政行為」を包括的に系統的に分類することは、行政法学において一つの重要な研究対象であろう。近時、行政行為の分類に関して、いろいろな観点に立つ分類が試みられているのであるが、最も重要なことは、当該行政行為の法的効果自体がどのようなものであるのか、どのような法的効果でもって働きかけているのか、ということであろう。

本稿は、このような観点に立って、伝統的分類に対してなされた批判を検討し、かねてより議論のある営業の許可と公企業の特許の本質的差異を考察することによって、伝統的行政行為論の再構成を試みようとするものである。

第I章 行政処分と行政行為

第一節 行政法上の概念の特殊性

「行政行為」の概念は、ドイツの *Verwaltungsakt* に由来し、ドイツではそれ自体が実定法上の概念になっている(ドイツ行政裁判所法四二条、連邦行政手続法三五条)のに対し、日本では「行政行為」も「行政処分」と共に講学上の概念であるが、ドイツも日本も行政法学は公法と私法の二元論を基礎として展開し、行政作用において私法たる民事法が適用されない公法的行政作用を中心に、公法の領域に属すべき行政機関の種々の行為を、一個の概念のもとに統一的に把握したうえで体系的な考察が展開されてきた。

例えば美濃部教授は、「行政行為とは、法規の下に於いて、或る法律効果を発生する原因となる意思行為で、行政権の公の意思表示又はこれに準ずべき心理の表示を主たる構成要素と為すものを謂う」と述べられ、そのうえで、「行政行為には、行政庁の意思表示のみに依って成立するものと、相手方との合意によって成立するものがある。単独行為たる行政行為は普通に行政処分と称する。双方行為たるものには、公式の名称はなし、これを単独行為と区別する為に、公法上の契約と称する」と述べられている。佐々木教授も行政庁の精神作用に基づく法的行為から行政立法を除いたものを「行政行為」と呼ばれ、その中には一方的精神作用である「行政処分」と双方向的行為である公法上の契約がある⁽³⁾と述べられていることから両教授共に行政行為全般に共通する特有の効力を説かれ、「行政処分」は「行政行為」概念に含意されているものとして説かれている。

これに対し田中教授は「行政行為とは、行政庁が法に基づき公権力の行使として人民に対し具体的な事実に関し、法律的規制をなす行為をいう」⁽⁴⁾と定義され、行政行為には「むしろ一般には、処分とか行政処分という語が用いられる」⁽⁵⁾と述べられ、行政処分と行政行為を別段区別されてはいないが、公法上の契約を行政行為から除外されている。⁽⁶⁾

また柳瀬教授も「行政行為は組成する表示の数から見るときは単独行為と双方行為とに分れる。単独行為たる行政行為が行政機関の表示のみを以て成立する場合は通常に行政処分と称する、また、双方行為たる行政行為は行政機関の表示と相手方の表示とが相俟って始めて行政行為が成立する場合は公法上の合同行為と公法上の契約との二種がある」⁽⁷⁾と述べられて行政行為と行政処分を同義に扱う点では、田中教授と同様であるが、公法上の契約については行政行為に含まれると述べられその用語法は田中教授とはちがうようである。同教授は「公法上の契約については、現在の公法には私法における如き契約自由の原則は存在せず、反対に契約不自由を以て原則とする。法治主義の趣旨によって、行政機関が他の者との間に法律関係を形成し得るのは法律が明示にこれを認めた場合に限り、即ち私法におけるとは反対に、法に規定のないことは行政機関の権能を否定することを意味するものと解すべく、そして相手方同意は固より法の規定に代わり得るものではないから、従って法の規定のない場合に行政機関のなす行為は、仮令相手方の同意がある場合にもすべて無効なものと解する外ないものである」⁽⁹⁾と述べられている。

第二節 「処分」概念の意味

以上のように「行政行為」あるいは「行政処分」という用語の使い方は、学者によって多少異なるのであるが、今

日では行政行為概念の方は、依然純然たる講学上の概念であり、ある種の行政活動に付随する法的特徴を統一的に表現するための目的概念とされているのに対し、行政処分概念の方は、どちらかというところ、実定法の規定に結びついた法律上の概念として用いられている。

現行法の規定を見ても、行政手続法においては「処分」という用語の意義を「行政庁の処分その他公権力の行使に当たたる行為をいう」（行政手続法二条二項）と定義し、行政不服審査法には「行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たたる行為に関し、国民に対して広く不服申立てのみちを開く」（一条）という文言があり、また、行政事件訴訟法においても「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たたる行為（……以下単に「処分」という。）の取消しを求める訴訟をいう」（三条二項）との規定があつて、行政処分という概念は、上記の規定でいう「処分」と同義に用いられている。すなわち、行政手続法の定める行政処分手続（審査規準・処分基準の設定・公開、迅速処理、理由の提示、意見陳述手続など）が適用され、行政争訟法が定める行政争訟手続（異議申立て、審査請求、取消訴訟など）が適用される行政活動の全部が、「行政処分」なのである。

もっとも、行政手続法と行政不服審査法は多くの適用除外を定め（行政手続法二条四号但書・三条・四条、行政不服審査法四条）ていること、そして法律による別段の定めが認められている（行政手続法一条二項、行政審査法一条二項）のであるが、行政手続法上の処分概念は、行政処分手続の対象を画する概念とはなつておらず、⁽¹⁰⁾ そうした機能を果たすのは「申請」に対する処分（行政手続法二条三号）と「不利益処分」（同法二条四号）である。また、行政争訟法上の処分概念は、国民の権利・利益をできるだけ救済するという立場から最高裁はこれを広く解し、⁽¹¹⁾ 場合によっては行政立法や条例をも包含し、⁽¹²⁾ 「人の収容、物の留置」などの継続的事実行為も含まれるとされている（行政不服審

査法二条一項）。

すなわち、行政手続法所定の手続の適用対象となる処分と取消訴訟の対象となる処分を比べれば、後者が前者を包含して広くなっている。

第三節 行政処分と行政行為

以上のように理解するならば、結局行政争訟の対象となる行政処分は行政行為である。というより、行政行為でなければならぬというべきであろうか。最高裁は、取消訴訟の対象となる行政処分について「行政庁の処分とは、……公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう⁽¹³⁾」と述べているが、行政処分を行政行為とほぼ同一に定義したも⁽¹³⁾のとして理解し得る。

そして、行政庁のかかる行為が取消訴訟の対象とされる理由を以下のように述べる。現行の法律制度が「行政庁のかかる行為は仮に違法なものであっても、それが正当な権限を有する機関により取消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、これによって権利、利益を侵害された者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によるべき⁽¹⁴⁾」ものとしているためである、と。

つまり、行政庁の公権力の発動である行政行為には、法制度上適法性の推定（いわゆる公定力）が認められているから、この公定力を否認する特殊な訴訟制度として取消訴訟という手続が用意されているというのである。この説明

によると、法は「行政処分」の効力を取り消すについて明文をもって要求していないが、法が、あえて一般の紛争解決の手段と異なり、紛争の原因になった行政庁の行為それ自体の取消しを求める訴えの制度を作った以上は、その制度によらなければ、原則としてその効力を否定することができないということである。

このことから、行政行為は、取消訴訟の排他的管轄下におかれるといわれ、公定力の由来もここにあるといわれている。しかしながら、このことからいえば行政行為以外の行政活動はいっさい取消訴訟の対象とはなり得ない⁽¹⁵⁾のである。また、日本国憲法の司法国家制の下で民事訴訟・刑事訴訟によって行政処分が適法か違法かを審査することはできないのであろうか。抗告訴訟という特殊の訴訟形態をつくった立法趣旨はどこにあるのであろうか。もし、行政行為の効力は行政機関以外のもの、なかんずく司法裁判所によって審査されてはならないという要求があり、ここから、通常の民事訴訟・刑事訴訟において、行政行為の法適合性が審査されることのない制度が採用されたというのであれば、それは日本国憲法の司法国家制の下では問題があるといわざを得ない⁽¹⁶⁾。

以上のことから、取消訴訟の対象となる「処分」は講学上の行政行為でなければならず、また、行政行為のみで足りるということになる。こうした見方が、今日のほぼ一般的な通念であるとみて、大過ないと考え得る。

第二章 行政行為の分類

第一節 伝統的行政行為論

第一章において述べたごとく、理論上の「行政行為」に当たるものは、法令上「行政処分」と呼ばれている。しかしながら、「行政処分」の概念には、内容的にみて確かに「行政行為」と共通している部分が多いのであるが、必ずしもまったく、同一の意味をもつものではない。即ち、行政手続法制定以前においては、「授益的行為（処分）」や「侵害的行為（処分）」という文言が使われていたが、現在では、行政手続法上の処分概念は、行政処分手続の対象を画する概念とはなっておらず、手続が適用される行政活動として「申請」（行政手続法二条三号）に対する処分」と「不利益処分」（同法二条四号）である。また、行政争訟法上の処分概念は、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの⁽¹⁷⁾」とされ、場合によっては、行政立法や条例をも包含し、「人の収容、物の留置」などの継続的事実行為も含まれるとされている（行政不服審査法二条一項）。このように、理論上の行政処分概念に含意されている行政活動は、普通の考え方では、行政手続法及び行政争訟法上の概念である「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（行政手続法二条二号、行政不服審査法一条二項、行政事件訴訟法三条二項）である。

これに対し、「行政行為」という概念は、もっぱら行政のさまざまな活動の中から共通の性質を持ったものを選び出し、これを統一的に表現するために作りだされた、その意味で純粹に理論的な觀念としての性質をもつにとどまって

いる。⁽¹⁹⁾

行政作用は、多くの場合あらかじめ定められた仕組みに則った法律関係の展開という形式で進行するが、行政作用として予定された実体法上の法律関係の展開そのものに関わる「実体法」的な仕組みと、当該行政作用をめぐる手続・争訟の処理についての「手続法的・争訟法的」な仕組みとが含まれており、行政行為論もそれに対応する二面性をもつが、「行政行為」論は行政作用に関するさまざまな法的仕組みを「行政行為」という一個の概念のもとで体系的に考察するものであったということが出来る。そしてこの「行政行為」の概念については、伝統的にさまざまな観点から分類されてきている。例えば、民法の法律行為論に倣った意思の表示を内容とする法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為、所定の形式によって行なわれるか否かによる要式行為と不要式行為、法規による拘束の程度に基づく拘束行為と裁量行為、瑕疵のない行為と瑕疵のある行為、附款付き行為と附款の付かない行為、相手方の同意を要する行為と要しない行為等である。

本稿において検討するのは、伝統的な系統的内容分類の下で、田中二郎教授にはじまる第一段階の大分類に位置づけられ、その後の学説多数の採用するところとなったが、現在では衰退している法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為についてである。この田中教授に始まるとされる法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の分類について、塩野宏教授は「行政行為の分類表の自身自体は、田中先生の作成にかかっているものではなく、多少の異同はあるが、基本的には美濃部博士のそれに依拠したものであり（美濃部・日本行政法上巻二〇二頁以下）、さらに、その淵源は、ドイツ行政法にある（とくに、コールマンのそれである。Kornann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S.191ff.）。田中先生は、コールマンの方法の問題性、法律行為的・準法律行為的の区別の意義等について配慮されてい

るが（行政法総論二二六一頁、二九六頁）、結局のところこの区別を承認され、かつ、細部の分類についても、美濃部先生のそれをほぼ踏襲されている²¹と述べられている。以下田中説及びそれに先行する美濃部説をみる。

（一） 美濃部達吉教授による分類

美濃部教授は行政行為について「行政行為は行政権の優越な意思の現れであり、其の意思表示又はこれに準ずべき心理の表示を主たる構成要素と為すものであるが、併し行政行為の觀念は一定の法律効果を発生する力あるものとして法律上に認められて居る法律的事実の全体を指す觀念であつて、必ずしも行政権の意思表示が即ち行政行為であるのではない²²」と述べられ、「内容から觀た行政行為は其の種類甚だ雜駁であつて、如何にこれを分類するが適當であるかに付き、未だ定説あるを見ない。併し行政行為の觀念は法規の下に於ける行政権の意思行為に依り或る法律的效果を生ずるものであることを其の要素と為すものであるから、其の分類の基礎的標準となるべきものは第一には、それから生ずる法律的效果の内容に在らねばならぬ。而して法律的效果とは畢竟法としての力に外ならぬのであるから、法律的效果の内容の種類は即ち法の内容の種類に外ならない。法は其の内容から見て大體に於いてこれを二種に大別することが出来る。一は命令的の法であつて、…（中略）…一は形成的の法であつて、…（中略）…内容から見た行政行為の分類も亦法の内容に関する此の二種類の區別を以て其の第一の標準と為すことが適當であり、随つて行政行為は先ずこれを命令的行為と形成的行為との二種に大別することが出来る。²³」

「第二に、行政行為は又其の法律的效果の帰属するところから見て、其の行為者たる国又は公共団体と其の相手方との間に生ずるや、又は其の効果が他の者に帰属するやに依り、自己の為にする行為と他の者の為にする行為との二種

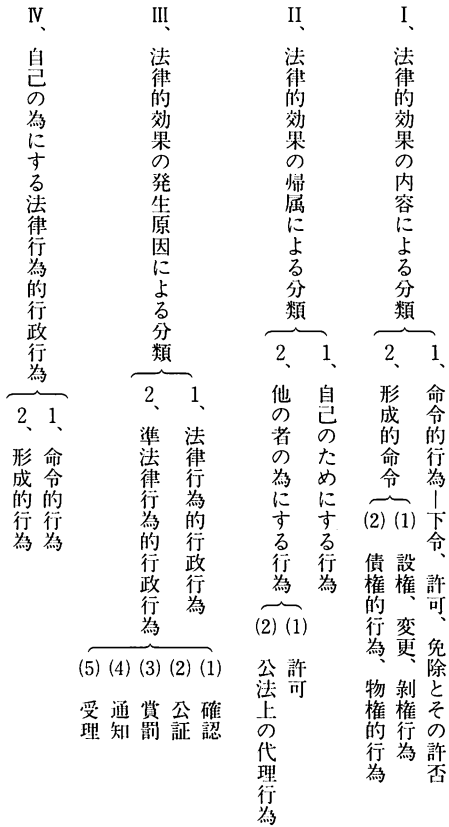
に分つことが出来る。²⁴⁾」

「第三に、行政行為は又其の法律的效果の発生原因から見て、其の効果が行為者の意思の内容に基づいて生ずるや、又は其の意思の内容には関係なし、直接に法規に基づいて生ずるやに因り、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為との二種に分つことが出来る。²⁵⁾」

「以上三種の分類は互に相交又するもので、何れも行政行為の法律的效果に基づく分類であることに於いては共通であるが、第一の分類は効果の内容を、第二の分類は効果の帰属を、第三の分類は効果の発生原因を、その標準と為すもので、従つてこの三種の分類は固より完全に一致するものではあり得ない。しかしながら行政行為の主要な部分を為すものは、自己の為すにする行為であり、又は法律行為的行政行為であつて、他の者の為めにする行為及び準法律行為的行政行為は、比較的限られた部分を占めるに過ぎないのであるから、茲に法律的效果に基づく行政行為の分類を為すに当たり、先ず観察を自己の為すにする法律行為的行政行為に限り、そしてこれをその効果の内容から見て命令的行為と形成的行為とに分ち、そしてこれとは區別して、別個の種類として、他の者の為めにする行為及び準法律行為的行政行為を分けることが適當であると信ずる。²⁶⁾」と述べられている。

即ち同教授は、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為を區別する基準については「法律行為は効果意思の表示を構成要素と為し、其の意思の内容に基づいて其の効果を生ずるものであるに反して、準法律行為は効果意思を構成要素としない意思行為であり、其の効果は意思の内容に拘わらずして発生することにある²⁷⁾」と述べられ、「行政行為は又其の法律的效果の発生原因から見て、其の効果が行為者の意思の内容に基づいて生ずるや、又は其の意思の内容に関係なく直接に法規に基づいて生ずるやに因り、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為との二種に分つこと

が出来る⁽²⁸⁾」と述べられる。同教授による行政行為の分類を图示すれば次のようになる⁽²⁹⁾。

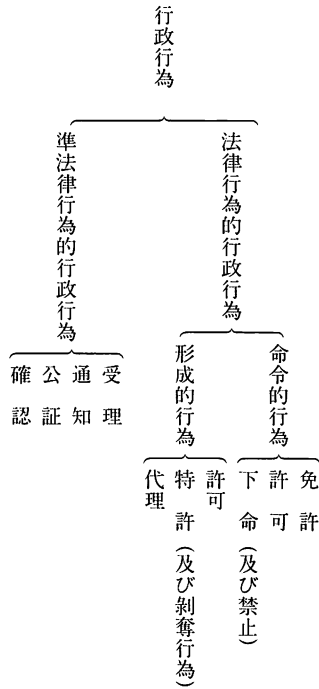


(二) 田中二郎教授による分類

田中教授は行政行為の概念について、「(ア) 最も広義においては、行政庁のなすすべての行為を含む意味に用いられる(ゲ・イエリネック)。この意味では、行政庁のなす私法行為も事実行為もこの中に含まれる。(イ) 次には、行政庁のなす公法上の行為の意味に用いられる(ゲ・マイヤー、ラバント、日本国の通説)。この意味では、(ア)の中から私法行為と事実行為とが除かれる。(ウ) 次には、行政庁が行政に関し、具体的事実についてなす公の意思表示又は

これに準ずる精神作用の発見の意味に用いられる(ワ・イエリネック、美濃部)。この意味では、(イ)の中から更に立法行為が除かれる。(エ)、次には、行政庁のなす公法上の法律行為、すなわち(ウ)の中から準法律行為的行政行為を除外した意味に用いられることもある(コールマン)。(オ)最も狭義においては、行政上の具体的事実について何が法なるかを宣言する公権力(öffentliche Gewalt)の発動なたる行為の意味に用いられる(オ・マイヤ、ヴェルデンベルグ行政法草案二七条)。この意味においては、公法上の契約とか公法上の協定とかが行政行為の概念より除かれる。』行政行為の概念は、実定法秩序の構造の中で、特定の機能を果すべき一連の行政作用について、その目的・性質によって特色づけられた目的、経験的概念である。すなわち、広い意味での行政作用の中に、行政庁が、法に基づき、優越的な意思の発動又は公権力の行使として、人民に対し、具体的事実に関し法的規制をなす行為があり、この種の行為については、その目的・性質・機能等において、他の国家行為や私法行為と異なるものがあり、従ってその法的取扱いにおいても、著しい差異が認められている。³⁰⁾「わが国の通説は、行政行為を単独行為と双方行為とに分ち、前者を行政処分といい、後者のうちに公法上の契約及び公法上の合同行為を含めて理解しているが、私は、前者を行政行為と呼び、後者は、その性質の差異に注意し、これを行政行為から区別して行政法上の管理行為と呼ぶ³¹⁾」と述べられ、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の種別について「私法上の法律行為と準法律行為と種別に対応する種別である。法律行為的行政行為は、意思表示をその要素とし、行為者が一定の効果を欲するが故にその効果を生ずる行為をいい、命令的行為・形成的行為をその例とする。準法律行為的行政行為は、判断・認識・観念等の、意思表示以外の精神作用の発現を要素とし、行為者がその効果を欲するが故にではなく、一定の精神作用の発現について、もっぱら法規の定めるところにより法的効果の附せられる行為をいう。確認、公証、通知、受理等がこれである。」³²⁾と述べ

られている。そして、「行政行為をその性質及び内容によって分類すると、大体、次表の通りである⁽³³⁾」として次のように図示されている。



この図を美濃部教授による分類と比べると相当異っている。美濃部教授が行政行為の内容による分類が法律的效果にあるとして、法律的效果の内容による分類、法律的效果の帰属による分類、法律的效果の発生原因による分類を挙げられ、自己の為にする法律行為的行政行為の分類として命令的行為と形式的行為を挙げられているのに対し、田中教授は、法律行為的行政行為は、意思表示を要素とし、行為者が一定の効果を欲するが故にその効果を生ずる行為をいい、命令的行為・形成的行為等をその例とすると述べられ、形成的行為の中に代理を挙げられている、この代理について同教授は「第三者のなすべき行為を国が代ってなした場合に、第三者自らがなしたのと同じ効果を生ずることがある。これを代理又は代理行為という。当事者間の協議が調わない場合に国が代ってなす裁定、一定の場合に国が

代つてなす会社の定款の作成、役員任命のごとし⁽³⁴⁾。」と述べられている。

(二) 美濃部説と田中説の違い

以上に見たごとく、美濃部教授と田中教授の分類は相当違うことがわかる。すでに見たように(第一章第一節)、美濃部教授は行政行為の中に「公法上の契約」を含められているのに対し、田中教授は除外されている。現在、「公法上の契約」は行政行為に入れないのが一般的であるが、美濃部教授が行政行為に入れられたのは小早川教授が述べられている通り「とくに、国・公共団体と人民との間の公法契約につき、そこでは私法契約の場合のように当事者双方の意思が対等の価値を有するものではなく、単独行為たる行政行為と同様、一方の国・公共団体の意思が公定力を有するとされていたことが、重視されてしかるべきであろう⁽³⁵⁾」。また、田中教授が除外されたのは行政行為の権力性の契機を重視された「理論的展開とおそらく無関係ではない⁽³⁶⁾」。

また、美濃部教授が法律的效果の帰属による分類として、一、自己の為にする行為と、二、他の者の為にする行為に分けられ、他の者の為にする行為を(一)認可(二)公法上の代理行為に分けられているのに対し、田中教授においては法律行為的行政行為を命令的行為と形成的行為に分けられ、形成的行為を認可、特許、代理に分けられている。

この点について遠藤教授は美濃部教授について「田中説におけるように形成的行為の中に、特許と並んで、突如、代理が登場するといった観点の混在しない混乱は、美濃部説においてはみられない⁽³⁷⁾」、「その具体的内容の適否は別として、その理論的明確性なり、分類の観点の整理のはっきりしている点において、美濃部説は田中説と一線を画しており⁽³⁸⁾」と述べられている。

更に行政行為の分類について、「田中説と美濃部説の間に差異があるとすれば、さらに、遑つて、これら伝統的学説の淵源とされ、ときとして、諸悪の根源なり元兇と目されているコールマンの説も実はちがうのではないか⁽³⁹⁾」と述べられ、コールマンによる行政行為の分類を挙げられて、「分類の基準は発生する法律的效果の差異に基づいている（六二頁）。従つて、代理などという得体の知れない行政行為の種類は登場しない。ただ、法律行為的行政行為のまとめのところで異なる分類基準にもとづく雑多な種類のひとつとしてあげているにとどまる（一二三頁⁽⁴¹⁾。」と述べられている。

代理について田中教授は「第三者のなすべき行為を国が代つてなした場合に、第三者自らがなしたと同じ効果を生ずることがある。これを代理又は代理行為という。当事者間の協議が調わない場合に国が代つてなす裁定、一定の場合に国が代つてなす会社の定款の作成、役員任命のごとし。」と述べられているが、例えば代理について、収用委員会の裁決は起業者に対しては特許、土地所有者に対しては剝権、両者に対しては「代理」であろう。だとすれば、確かに「代理」は法律的效果の差異にもとづくものではなく美濃部教授が述べられているごとく、それは法律效果の帰属の問題ではあるけれども、行政客体に対して、その自然には有しない法的な力を設定し、変更しまたは消滅させる行為で田中教授は「形成的行為」と解されているのであろう。

遠藤教授は、田中説におけるように、形成的行為の中に、特許と並んで、突如、代理が登場するといった観念の混乱がないし混乱は、美濃部説においてはみられないと述べられるのであるが、田中教授の行政行為論からいえば「権力性の契機」を重視され、権力関係の領域こそが、行政行為概念の機能すべき本来の場面であり、行政の行為規範的羁束及び行政庁による国家法の忠実な執行具体化の義務性をこそ重視される趣旨であると考えられないこともない。

第二節 伝統的分類論に対する批判

以上みてきた通り、美濃部教授と田中教授の分類は、相当異なるものであったが、田中教授による分類は、伝統的分類として、その後の学説に広くさい採用された。しかし、この伝統的分類については、当初からその有用性・実用性の面でかなりの問題があった。例えば、自動車等の運転免許は免許証を交付して行うことになっている(道路交通法九二条)から、この交付行為は、何よりもまず命令的行為である免許(＝禁止の解除)の行為形式である。それとともに免許証の交付は運転免許の事実を証明する公証としての意味をもつとともに、法は運転者に免許証の携帯および提示を義務付けているから(同法九五条)、この点ではこの行為は、運転者に作為義務を課する命令的行為の一種にも該当することになる。⁴³⁾ また、農地法三条一項は、農地を売買する場合、農地委員会の許可を受けることを規定しているが、同条四項では、この許可を受けないでした行為は、その効果を生じない。と規定しているのであるが、この農業委員会の許可が、まさに事実として権利移転行為がおこなわれること自体をも規制している(つまり、「命令的行為」である)からだと考えられるならば、農地法三条の許可は「認可」としての性質を持つと同時にまた「許可」としての性質とも兼ね備えたもの⁴⁴⁾ということになって、前者のようにひとつの行為が複数の類型に属するということはあり得るとしても、後者のようにある行為が、「許可」という命令的行為と「認可」という形成的行為にも該当するといふ両側面の併用は問題である。その他、公企業の特許と営業許可のように、特許と許可の区別が実際上は必ずしも明瞭ではないものが少なくなかったことである。

昭和三八年に柳瀬教授は「準法律行為的行政行為」に属する「確認」「公証」「通知」「受理」(更に時として「賞罰」)

という四種乃至五種の種別につき（一）それらは「準法律行為的行政行為の何の点を標準とした、如何なる原理に依る種別であるか、更に明かでない」、⁽⁴⁵⁾（二）その結果「それらは又、果して準法律行為的行政行為の種別のすべてであるか否かもまた明かでない」という二点に互たる指摘をされ、伝統的見解が「準法律行為的行政行為」の種別を「行為者の精神作用の発現の態様」の違いによつて行おうとして来たところの問題があるとされ、このような観点からしたのでは、以上の四種乃至五種の行為類型の種別を行うことは不可能であり、かかる種別を可能ならしめるのは、それぞれの行為に付せられた法的効果の違い（「確定力を持つか否か」、「証拠力を持つか否か」、「後続の行為を適法ならしめるか否か」等）でしかあり得ない」と述べられた。⁽⁴⁷⁾

また、昭和四三年には、南博方教授が伝統的な大分類である「法律行為的行政行為」と「準法律行為的行政行為」の区別に関して「この区別は民法の法律行為の概念を借用して立てられたものであるが、行政庁の意思は公務員の心理的意思ではなく、法の中に化体された客観的な国家目的の具現であるから、私法上の法律行為における意思の要素を行政行為に導入することには疑問がある」と批判され、⁽⁴⁸⁾昭和五二年には、藤田宙靖教授が「法律行為的行政行為」と「準法律行為的行政行為」は別次元の問題であるから、そこから全ての下位分類が始まるようなシステムは捨てられるべきだと批判されるに及んで田中二郎教授に始まる伝統的行政行為の分類は、現在の行政法教科書においてほとんど見ることはない。

以下、南博方教授、藤田宙靖教授、鈴木庸夫教授の批判の要点を示し検討する。

(一) 南博方教授の批判

南博方教授は、伝統的な分類論があげる行為類型にびつたり当てはまるものはむしろ稀であり、その間に中間的な行為形式が無数に存在している。「確認・許可・特許というような行為を考えてみると、以上の行為はいずれも公益性の大小、強弱からくる私人の行為の規制形式ないし程度の差にすぎない」と述べられ、「下命によって義務負担状態が形成され、下命はその意味で形成処分である。又、許可があると適法に行為する能力を獲得するのであるから、これも形成処分の性質を持っている。従って、「命令的行為」と「形成的行為」とをはっきり区別することには多くの疑問がある」と述べられている。また、最も根本的には、民法の法律行為と準法律行為の概念を借用して立てられた、「法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の区別に問題がある」とされ、その理由として①行政処分にあつては、内心の意思よりも法律の方が優先する。民法においては意思に絶対的優位が与えられるが、行政処分においては、法律に絶対的優位が与えられなければならない、②民法においては、契約の拘束力は自己拘束であつたが、行政処分にあつては相手方たる国民に対する一方的な拘束である、③民法においては行為の効力は意思の如何によって決せられるが、行政処分においては公務員個人の意思如何というのではなく、処分の効力は専ら法令との関係で決せられなければならないと述べられている。⁴⁹⁾

(二) 藤田宙靖教授の批判

藤田教授は、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の区別について「この両者の区別は、伝統的に説明されてきたような、いわば、行政行為の法的効果の『由来』乃至『源』についての違いとしてではなく、『法規範が行為者

の意思に適合した内容の法的効果を与える場合」と「行為者の意思内容とは無関係に法規範が法的効果を与える場合」との違い、というように、有る意味で法的効果の「内容」に着目した区別として設定される限り、一応理論的に可能ではない⁵⁰と述べられながらも、それは行政行為の相手方に対してどのような法的効果を以て働きかけるかという見地による分類でなく、行政庁の主体的意思の内容が、どの程度行政行為の法的効果に反映しているかによる分類であつて、「両者はいわば、縦軸と横軸のような関係において、違った角度から、全行政行為の分類基準となり得る性質のものである。従つて、私の考えでは前掲図（伝統的な田中教授の分類図＝筆者）のように『法律行為的行政行為』についてのみこれを更に、『命令的行為』と『形成的行為』という法的効果自体に着目した分類によつて細分し、『準法律行為的行政行為』については、これとは全く異つた観点からの細分類を行うような伝統的分類方法は、理論的に甚だ混乱した分類方法だということになる。」⁵¹と述べられ、また、「このように、行為者の主体的意思の内容が、どの程度行政行為の法的効果に反映されているか」という見地から、人間の行動を「法律行為」と「準法律行為」とに二分しようという思考は、元来、私的自治・契約自由の原則をその基本原理とし、行為者の主体的意思の内容を最大限に尊重することを前提とする民法の法律行為論においてこそ分類の基本的観点として、それなりの意味を持っていたのであるが、法律による行政の原理を基本原理とし、行政行為の相手方たる国民の権利・利益の保護に関心の重点が置かれる行政行為論の場合にあつては、これとは事情が異なるのではないか、という疑問がある。そこではむしろ、当該行政行為によつて、行政庁が国民の権利・利益にどのような働きかけをするか、すなわち当該行政行為が如何なる法的効果を持つか、ということこそが、分類の最も基本的な観点となつて然るべきではないか、と思われる。⁵²と述べられる。

要するに藤田教授は①「法律行為的行政行為」と「準法律行為的行政行為」の区別については分類の観点が異なる、②「準法律行為的行政行為」の下位分類を「法的效果如何」という観点に純化して再構成し、そしてこれを「確定力」、証拠力、等々の法的效果の違いとして整理するならば、それは「命令的行為」と「形成的行為」とは分類の観点を異にしている、③「法律行為」と「準法律行為」とに二分しようとする思考は行政行為論に当てはならないとされるのである。

(二) 鈴木庸夫教授の批判

鈴木教授の批判根拠については二つがある。同教授は「一つは私的自治・契約の自由が支配する民法上の法律行為を法律による行政の原理の妥当すべき行政行為に妥当させることへの疑問である。そもそも法律行為という概念は市民社会の成立によって個人が身分から解放されて自由な意思によって取引を行うところから成立したものである。これに対し行政活動はむしろ法律によって拘束されることがその出発点である。互いの成立基盤はまったく異なるのである。二つめは行政上の法律関係の特色から批判する立場である。すなわち重要なものは行政主体に意思があるか否かではなく、その意思の形成過程である。具体的にいえば、行政行為の過程では行政庁たる公務員が法律の執行について執行基準を作成し、これを現場の下級公務員が執行する。執行基準の幅の広さは法律の規定がどれだけ裁量を認めるかによる。執行基準に適合しないケースで上司にフィードバックするのが常であり、これによって手直しが行われる。こうした行政過程をみると行政の意思は多かれ少なかれこうした執行基準の作成に現われるといつてよい、もちろん行政の意思形成はこうした執行基準の形成に限らない。私人の能動的な参加を求める行政手続がそう入

れされる場合もある。法律行為的行政行為論は行政庁の意思を重視することで、結果的にこうした形成過程を隠蔽する機能をもっていたといえないか。」⁽³³⁾と述べられている。

第三節 伝統的分類論に対する批判の検討

伝統的分類論に対する批判は、なんといつても、伝統的行為論が「行政行為」概念の中に「法律行為」と「準法律行為」という私法上の概念をもちこんだことであつたといえる。それは鈴木教授の「私的自治・契約自由が支配する民法上の法律行為を法律による行政の原理の妥当すべき行政行為に妥当させることへの疑問」であり、「法律による行政の原理を基本原理とし、行政行為の相手方たる国民の権利・利益の保護に関心の重点が置かれる行政行為論の場合にあつては、これとは事情が異なるのではないか」という藤田教授の疑問であり、また南教授の「行政庁の意思は、公務員の心理的意思ではなく、法のなかに化体された客観的な国家目的の具現であるから、私法上の法律行為における意思の要素を行政行為に導入することには疑問」であつた。

行政行為概念は、行政作用に関するさまざまな法的仕組みを、行政行為という一個の概念のもとで体系的に考察するものである。

確かに、行為者の主体的意思の保護ということをその関心の中心とする民法の法律行為論と、法律による行政の原理を基本原理とし、行為の相手方である国民の権利・利益に関心の重点が置かれる行政行為の場合とは、観点の相違があつて然るべきであつて、また相違がなければならぬはずである。

だとすれば、柳瀬教授が従来「準法律行為的行政行為」について行われてきた「確認」「公証」「通知」「受理」(更に時として「賞罰」という四種乃至五種の種別につき、それは「準法律行為的行政行為の何の点を標準とした、如何なる原理に依るものであるか更に明かでない」と述べられ、同教授が、伝統的見解が「準法律行為的行政行為」の種別を、行為者の精神作用の発現の態様の違いによって行おうとしたところに問題の所在を見出されたのも当然であろう。そればかりではない。行政作用は多くの場合、予め定められた仕組みに則った法律関係の展開という形式で進行するが、行政作用に関する法的仕組みには、一般に、行政作用として予定された実体法上の法律関係の展開そのものに関わる「実体的」な仕組みと、当該行政作用をめぐる争訟の「争訟法的(あるいは手続法的)」な仕組みとが含まれており、行政行為論も当然それに対応すべきものとなり、また対応すべきものでなければならぬ。

従ってここでは、当該行政行為が如何なる法的効果を持つかということが問題となるのであって、私的自治・契約自由が支配する民法上の行為者の主体的意思の内容が、どの程度行政行為の法的効果に反映されているかというとは異なる、即ち、行為者たる行政庁の主体的意思の内容が、どの程度行政行為の法的効果に反映しているかではなく、行為者の意思自体ではなく、行為者は行政行為の相手方に対して、どのような法的効果を以て働きかけるか、当該行政行為によって行政庁が国民の権利・利益にどのような働きかけをするか、すなわち行政行為の法的効果自体がどのようなものであるかということが問題となるはずであって、そこが問題とされなければならない。

藤田教授は上に示したような、すなわち行政行為が「行政行為の相手方に対して、どのような法的効果を以て働きかけるか」ということと「行政庁の主体的意思の内容が、どの程度行政行為の法的効果に反映しているか」ということは、別次元の問題であって、伝統的行政行為論が後者における観点から「法律行為的行政行為」と「準法律行為的

行政行為」に大分類し、「法律行為的行政行為」についてのみこれを更に、「命令的行為」と「形成的行為」という法的効果自体に着目した分類によって細分し、「準法律行為的行政行為」については、これとは全く異った観点からの細分類したのは「理論的に甚だ混乱した分類方法」であると述べられたのであるが、正鵠を得ていると考えられる。

ただし、同教授がこの二つの分類の観点は、いわば縦軸と横軸のような関係に立つ筈のものであって、従つて例えば『準法律行為的行政行為』の中にも、当然その法的効果如何に依じて『命令的行為』と『形成的行為』とが區別され得ることになる筈である⁽⁵⁴⁾と述べられ、「形成的行為」たる「特許」と「準法律行為的行政行為」である「確認」の違いについて、田中教授が「例えば特許法による特許は、ここでいう学問上の特許ではなく、最先の発明であることの確認行為であり、この確認に対し、法律が財産上の利益付与をいっているために、あたかも学問上の特許の性質を持つ行為のように見えるに止まる。その財産上の利益は、効果意思に対して与えられるのではなく、最先の発明であるとの客観的な判断に対し、法律が付与した効果にほかならない⁽⁵⁵⁾」と説明されたことに対し、藤田教授が「しかし、仮に特許法による特許が以上のような性質持つものであるにしても、このような「判断の表示」が『行政行為』の一種として扱われるのは、まさに、「法律が一定の効果を付与」しているが故に他ならないのであるから、その効果が、以上に述べられているような形成的効果であるとしたならば「行政行為の法的効果」に着目してこれを分類しようとする限り、当然に『特許』と同様『形成的行為』として分類され得ることになるのではなからうか⁽⁵⁶⁾」と述べられ、「少なくとも、『準法律行為的行政行為』に関する伝統的な細分類は分類の観点を「法的効果如何」という観点に純化して再構成し直される必要がある⁽⁵⁷⁾」と述べられるのであるが、では、同教授の理論からすれば種々の「行政行為」はどのように分類され得るのであろうか、問題を破綻なく処理できるのであろうか、その提示がないのは残念というほかな

い。

第四節 行政行為の新分類

学説上注目すべき分類論として今村成和教授の分類がある。同教授は伝統的分類論が、法律行為的行政行為について「行為の効果の内容による分類が行われ、準法律行為的行政行為については、表示の性質を区別の標準とする分類が行われていて、その全体に一元的な分類基準が用いられてはいたわけではない」と述べられ、「行為に付着された効果の内容に着目するときは全く別の括り方が必要となるのであって、そのためには、従来のような基本的な分類をやめ、これまで準法律行為的行政行為に当たるとされてきた『確認』と『登録』も、禁止の解除の効果を持つものであるときは『許可』の一種と見て命令的行為に含めることとすればよい。これに対し、実体法上の効果を伴わない、いわゆる準法律行為的行政行為が、事実行為にすぎないと認められるものは除き、手続的行為の観点からそれにふさわしい分類を試みるべきである」と述べられる。⁽⁵⁹⁾

しかし、続けて「ただし、確認行為、公証行為、通知行為のような表示の性質に基づく法概念も、それぞれの行為の特質を示す上には有用な点もあるので、ここでも分類上の概念ではなく補助的な説明概念としては用いることができることを断っておきたい」と述べられ、同教授は、行政行為はいろいろな角度からいろいろな分類することができるが、その効果が、個人の権利・利益にどのような影響を及ぼす内容のものであるかに着目した分類を、「命令的行為」「形成的行為」および「手続的行為」の三者に分かつことができる」と述べられている。⁽⁶¹⁾

そして、ここでは、命令的行為と形成的行為の相違は伝統的なそれと同様であり、命令的行為が、①作為・受忍義務を課す下命、②不作為義務を課す禁止、③①の解除としての免除、④②の解除としての許可に細分類される点でも伝統的分類と共通する。これに対し、形成的行為は、①設権、②確認、③介入に分けられる。そして、手続的行為とは、法律関係の変動に手続的に結びついた行為であり、①公証、②通知に分けられている。⁽⁶²⁾

また、塩野宏教授は、行政行為の裁量行為と羈束行為の区別を別にして、従来日本の行政行為論で取り上げられてきた重要な分類基準として①行政行為の効果、②行政行為の内容、③効果意思、④行政行為の機能をあげられ、それぞれの長所と短所を述べられている。⁽⁶³⁾①の効果の観点からの分類では、「行政行為は、相手方に対する法効果の観点から、授益処分と侵害処分に分かつことができる。」「この区分は、法律の留保、撤回、裁量、聴聞などの問題を考察する際に一応の判断基準を提供する。」と述べられ、②の内容の観点からの分類では、「行政行為の内容の観点からは、命令的行為と形成的行為に分かつのが通例である（この区分はもともと明治憲法時代に立てられたもので《例えば美濃部・日本行政法上巻二〇二頁以下》、それが現在まで引き継がれている《田中・行政法上巻二二二頁以下、原田・行政法要論一四〇頁以下参照》。」と述べられ、「この分類は、国家と社会の二区分を前提としたもので、その限りにおいて、一つのすぐれた見方を提示している。しかし、国家と社会の峻別ですべてを説明できるかどうか問題のある点もある。」⁽⁶⁵⁾と述べられている。そして、例としてガス、電気等の公益事業と飲食店営業を上げられ、明治憲法の下では、前者の経営権は国家に独占されたものという観念が背景にあったことも指摘され、「現行憲法の下で、公益事業の国家経営権の独占なる観念を認める実証的根拠はないし、また、私人の営業の自由の観点からガス事業と飲食店営業を区別することもできない。……この領域について、一方を命令的行為、他方を形成的行為として質的に異なった領域に

妥当するものとすることは困難であつて、等しく営業の自由に対する規制であつて、その手法を異にするものとするのが妥当であろう。……この分類においては、いわゆる特許企業に対する命令（電気事業法三〇条以下、ガス事業法二五条の三項等）の位置づけが困難である⁽⁶⁶⁾と述べられている。

また、③の効果意思の観点からの分類について、従来の法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の区別を上げられ、「行政行為の内容的区分はもっぱら法律行為的行政行為について立てられたものであるので、準法律行為的行政行為のカテゴリーはそれとは別のものであるが、それはともかくこの分類をそのまま維持することには疑問のあるところである。」と述べられ、また、「確認についていえば、その確定したところに公定力が生ずるとすれば、法律関係等の確定という内容をもった行政行為、つまり、行政行為の内容的分類としての意味を持つもののように解される。また、公証については、公の証明力だけでは行政行為としての資格を与えないのが判例である（最判昭和三九・一・二四民集一八巻一号一一三頁）。これに対して通知行為については、具体的に判例は命令的行為と同様の取扱いしていることもあり（最判昭和五四・一一・二五民集三三巻七号七五三頁）、準法律行為として独立にこれを位置づけることをしていない。さらに受理についても、それが具体的に法効果を与えられるときには、はたして命令的行為、形成的行為と別に独立の行政行為の種類として取り扱うべきかどうか疑問である⁽⁶⁷⁾」と述べられている。

そして、④の機能の観点からの分類では、伝統的理論が取り上げている認可、特許等は行政行為の分類というよりは、私人の行為に対する規制の方法に関する法的仕組みの分類の観点が強いので、行政行為という行為形式のレベルでこの分類基準を維持することは適切ではないとされ、「そこで、行政過程論的見地になつた行政の行為形式論の観点からすると、むしろ機能的見地を徹底させて、以下に示す命令行為、形成行為、確定行為の三分類をとのが適切と考

える。」として次のごとく述べられる。

- (1)、命令行為 「ここで命令的行為とは、端的に私人に対し、作為、不作為を命ずるものである。それは、自然の自由にかかる命令であることもあるし、免許企業の企業活動に対する命令でもよい。前者の場合、例えば、違法建築物の除却命令のように、違法建築物規制という法的仕組みの根幹的部分を構成するものであるし、後者の場合、電気通信事業の改善命令（電気通信事業法三六条）のように、電気通信事業規制という法的仕組みの一端を担うものもある」⁽⁶⁸⁾
- (2)、形成行為 「ここで形成行為とは、私人に対し、法的地位を設定するものである。最も単純な例としては、運転免許のように一般人の自動者運転の自由を回復する手段として用いられるが、また、私人の営業行為の規制の手段としてとられるものであって、これによって、禁止されていた事業活動を行うことが法的に認められる。その意味では、形成行為は各般の営業免許という法的仕組みの重要な要素となす。形成行為は医師免許のように法律上認められた資格付与について用いられることもある。登録もそれにより資格が付与されたり、営業が認められたりする限りで形成行為に当たる。」⁽⁷⁰⁾

(3)、確認行為 「ここで確認行為とは、法律関係を確定させる行為である。租税の更正処分が納付すべき税額を確定する意味での典型例であるが、恩給権の裁定など、従来確認行為といわれてきたものがここに分類される。確定行為にかかる具体の法的仕組みで私人の側の申請が前提とされているときは、その拒否も行政行為と解されることは形成行為と同じである。なお、建築確認は、確認という言葉が用いられているが、それにより建築の自由を回復させるのが建築確認制度という法的仕組みなのであるから、むしろ形成行為にいれるのが妥当である。」⁽⁷¹⁾

以上のように、今村教授は行政行為の効果は、個人の権利利益にどのように影響を及ぼす内容のものであるかに着

目して命令的行為、形成的行為および手続的行為の三者に分類されたのであるが、塩野教授がそこで取り上げられている認可、特許等は行政行為の分類というよりは、私人の行為に対する規制の方法に関する法的仕組みの観点の観点が強いので、行政行為という行為形式のレベルでこの分類基準を維持することは適切でないとして、機能の観点から命令行為、形成行為、確定行為に分類され、ここでは運転の免許、営業の免許、医師免許は形成行為、登録もそれにより資格が付与されたり、営業が認められたりする限りで、形成行為に当たるとされ、従来命令的行為の中の許可も形成行為とされているのである。

周知のように、許可制は規制行政の手段として広く用いられ、従来通説によると、同じく許可を受けて営む営業にも、警察許可と公企業の特許との二種類があるとされている。警察許可と公企業の特許については、その基本的な違いは何かについて、かねてから議論のあったところであるし、塩野教授も現行憲法の下で公益事業の国家経営権の独占なる観念を認める実証的根拠はないし、また、私人の営業の自由の観点からガス事業と飲食店営業を区別することもできない。……この分類においては(行政行為の内容から命令的行為と形成的行為に分類する)筆者、いわゆる特許企業に対する命令の位置づけが困難であると述べられている。従って次にこの問題について考察し、許可の性質について検討する。

第三章 「許可」の性質について

第一節 行政法の理論としての「許可」と「特許」

通常、行政法の理論として説かれたところでは、許可というは、いわゆる命令的行政行為の一種で、ある事業をやるのに許可を受けなければいけないというようなようになっていいる場合には、本来その事業を営むことは、国民のいわば自然の自由に属することであつて、特にその事業を営む権利を国から付与されることは必要でなく、ただそれを野放しにしておくといろいろ弊害が出るというので、一般的には許可を受けなければ事業をやつてはいかぬという禁止の網をかぶせておく、そして個別的に、そういう事業をやらせても弊害が生じないという場合に、その禁止—国民のほうからいえば不作為義務ということになるが、それを解除して、適法にその事業をやらせる行為が許可である。従つてまた、許可をするかどうかということとは、禁止のままにしておくかなければならない理由のない限りは、許可を与えなければならぬという理由で、いわゆる自由裁量の行為ではなく羈束行為であると説明される。

それに対して特許というのは、本来その事業を営むことは、国民の自然の自由に属するというようなものではなく、自然の自由には属さない事業であつて、そういう事業を営む権利は、いわば国家が独占しているところであつて、ただそういう事業をほんとうにちゃんとやつていけるといふ能力のある者に対し、また、そういう事業をやらせることが、公益に適合する場合に、はじめて国家が国民に対してそういう事業をやる権利を与える、その行政行為が特許であるとされ、特許をやるかしないかということとは、その者が事業をちゃんとやつていけるだけの能力があるか、また

そういう事業をやるのが公益上適當であるかという行政的判断によって、特許をするかしないかが決められる。従って、それは自由裁量の行為であるというように説明されている。

そして、許可事業（警察許可）と公企業の特許については、従来の通説では、同じく許可を受けて営む営業にも、警察許可と公企業の特許との二種があるとされている。

それによると、まず、賃屋、公衆浴場、食堂など通常の営業許可は、警察許可の性質を持つとされる。すなわち、これらの営業行為は、本来私人が自由に営むことができるのであるが、社会公共への悪影響を防止するためには、法律でいちおう一般的にその営業を禁止しておき、具体的な申請に応じ、申請者に不適當なところがなければ、行政庁がその禁止を解除する意味で許可をあたえ、自由に営業を営むのを許容するのが警察許可である。営業の自由に対するこうした取締りシステムが、通常の営業許可制である。

これに対し、電気、ガスなどの供給事業や、鉄道、バスなどの運送事業は、国民生活に必須な役務を提供する公益性の高い事業であるので、その営業は本来私人の自由に委ねられるべきではなく、国家の特別の承認を得、国の業務監督を受けながら実施すべき事業であり、これらの事業に対する許可は、講学上の許可ではなく、国が公益事業を営む特権を付与する特許であるとされて、また、法制上も、(1)通常の営業許可は法定の不許可事由がなければ付与しなければならぬ羈束行為であるのに対し、公企業の特許は、行政庁が需給調整を配慮するなど自由裁量によって付与するものとされた。そして(2)いったん特許を受けた企業は、通常の営業許可と異なり、主務官庁の業務上の監督に服しながら(かつては、この関係は特別権力関係とされた)、営業を継続し、国民に対し、良好かつ安定した役務を平等に提供すべき義務を負い(3)特許企業がその営業を休止するには、改めて主務官庁の承認が必要であるとされてきた。⁽⁷²⁾

以上のように、従来警察許可と特許との基本的違いは、三点あるといわれている。その一つは公権力を設定する形式的行為であるかどうかということ、第二は、自由裁量に属するかどうかということ、もう一つは、国家と事業者との間に特別権力関係が設定されるかどうかということである。このうち、第三の問題については、現行の法律では、特許を受ける条件も範囲も、監督命令についても法律にちゃんと書いてあるし、撤回についても法律でその事由を明定されているので、この関係を特別権力関係として構成する余地はないであろう。従って問題は第一の問題と第二の問題となる。

第二節 第三の許可制

すでに述べたように、塩野宏教授は、明治憲法の下では、公益事業の経営権は国家に独占されたものという觀念が背景にあった。しかし、現行憲法の下で、公益事業の国家経営権の独占なる觀念を認める実証的根拠はないと述べられている。

しかし、実定法の規定からいえば許可営業と特許企業の区別は不明瞭の場合が多くなっているとはいえないであろう。すなわち、許可営業といわれるものについては、だいたい公共の秩序という見地から見ても適当でない人間による経営というものを排除する。そういう見地から、人的要件を基準として要求している場合が多いけれども特許企業とされているものについては、事業開始の公益性の有無であるとか、事業の経営能力であるとか、需給関係の相当性であるとか、そういうことから特許基準として取りいれていることが比較的多い。

また事業内容に対する国家の干渉の度合についても許可営業とされているものについては、一般的な監督に関することがらはあるても、あまり広範な干渉を加えるというようなことは無いのに対し、特許企業とされているものについては、公共の安全の維持という消極的目的だけでなく、国民の生活配慮という積極的視点から、一定の事業計画を要求するとか、料金を認可制にして市場への参入を制限したり、事業の休、廃止や譲渡を認可にかからせるとか、いろいろなきびしい規制が課されている。

しかしながら、このように実定法上の規定からみて許可営業と特許企業は、観念的には分け得ることができるとしても、実質的にみて許可営業と特許企業の区別は具体的にどこにあるのであろうか。いいかえれば、国家経営権の独占という観念は日本国憲法の下では、全々維持し得ないものなのであるかということである。

このことについて、山内一夫教授は、私の感想ですがとことわられているが「日本国憲法が営業の自由を自然法的な人間の自由としてとらえているのは説明の要がない：(中略)：ある種類の企業を特許企業とし、国民が当然にそれを営むことが許されないとすることも合理性がある限り可能でしょうが、それは、やはり営業の自由の制限と見るべきものと思われまます。ですから、ア・プリアリに何か国家に留保された独占的経営権が営業の自由といわれるもののもとにあるとは考えにくいのではないか：(中略)：企業に対する規制には、警察的な観念からの規制もあるし、積極的に公共の福祉を向上させていくという観点からの規制もある。大きく分ければその二つに分かれる。：(中略)：私の気持ちからいうと、その両者の間に基本的な差異はないと考えたいと思っっているのです。」⁽⁷³⁾と述べられている。

これに対し、成田頼明教授は、「私は特許事業の免許については、単なる禁止の解除という意味での許可ではなく、やはり形成行為説をとりたいと思うのですが、私の考えでは、企業の公益性に照らして、法律によって一定の保護を

与えるとともに、一定の監督や国家の干渉に服せしめる包括的な地位を設定する行為だとみたのです⁽⁷⁴⁾と述べられ、塩野宏教授は「一応国家独占的なものを、それはそれとして存在し得ると仮定した場合でも、特許企業じゃないものは警察許可による営業だというふうにい切れるかというところがそう簡単にはいえないと思う⁽⁷⁵⁾」と述べられ、山内教授は「私もそこをすべて二者択一的に考えているわけじゃない。むしろいわゆる特許企業といわれるところの特許あるいは警察許可、そのほかに第三の許可というものがあり得るし、第四があるかもしれない⁽⁷⁶⁾」と述べられている。現代の行政は、国民の自由と財産を保護することのみを目的とするのではなく、積極的に市民社会に介入し、国民の健康と福祉の維持向上をはかる使命を担っている。行政を単なる法の機能的執行機関とみるのは相当ではない。憲法自身が、国の行政責任を内閣のもとに統一し、内閣が国会に対し政治責任を負うこととして、行政全体を国民の間接的な民主的コントロールのもとにおいていることを考えれば、現行憲法の下で、公益事業の国家経営権の独占なる観念を認める実証的根拠はないといえるであろうか。

許可営業と特許企業の区別をどのように理論構成するかの問題は残るとしても規制緩和、自由競争の求められる今日、法政策上、特許企業の範囲はせめられ、平成一二年には道路運送法改正によって、タクシーなど一般旅客運送事業が免許制（特許制）から許可制へ移され調整地域以外では、需給調整規制が撤廃されたことなど考えれば、需給関係の安定とか、過当競争の防止とか、過剰投資の抑制とか、広い意味での国の経済秩序というものを一定の方向に向けるための立法、すなわち第三の類型としての許可制が考えられるところではなからうか。

第三節 規制行政と行政裁量

公衆浴場法によると、公衆浴場の許可には、距離制限規定がおかれ、一定の地域には、一軒しか浴場を設けてはならないとされている。この場合に、同一の地域で複数の申請が出されたときに、行政庁がどう対処すべきか問題となるが、公衆浴場法は、警察的取締法規で、許可するかどうかにつき行政庁に裁量権を与えていないから、行政庁としては先に出願したものから逐次審査し、申請が法律上の要件に合致していれば、許可しなければならない。先願者が許可されると、二番目以降の申請距離制限規定に違反することになり、不許可とされる。⁽⁷⁷⁾ また、薬事法五条は、薬局を許可制の下においているが、許可条件の一つとして、都道府県条例の定めにより適正配置のための距離を設けることを認めていた(旧六条二項・四項)のに対し、最高裁は、警察規制を目的とする営業許可制や許可の条件は、他の手段をもってしてはその目的を達成できない場合に限って認められるとして、これを違憲とした。⁽⁷⁸⁾ しかし、距離制限に違反する新たな営業許可を既存の経営者が争う資格を認めるについて、適正な配置基準を許可要件とする公衆浴場法が、「被許可者を濫立による経営の不合理化から守ろうとする意図をも有する」とした最高裁の判決もある。⁽⁷⁹⁾ 距離制限をこのように解するとすれば、これは通常の警察許可の概念と無理なく調和するであろうか。また、明文の規定も判例もないが、距離制限によって独占的地位が保障されている経営者が、通常の警察許可を受けた者のように、長期休業・廃業の自由を有するか否かということも問題となる。われわれを取り巻く生活危険の増大が、警察規制の及ぶ分野をひろげてきている事実もあるが、従来の警察の観念では説明できないものとなっており、規制権限の行使に当たっては、しばしば行政裁量が認められている。

問題は、この場合は自由裁量であるが、この場合は自由裁量ではないということを判定する基準である。法律が要件を何ら定めていない場合、つまり白地要件になっている場合に、雄川一郎教授は「判定する基準というものは、前法律的な事業の性質を考慮に入れてくれば、ある意味では見出し得ると思うのですが、もしそういう考え方がとれないとすると、実定法規の結果だけから、その法規の合理的解釈の基準をどこに求めるかという問題になると思う」と述べられているが、山内一夫教授は「それは営業の自由に一般的禁止をかけている法律の趣旨目的に求めるべきではないかと思うわけです。法律が一般的禁止という制約を設ける以上、必ずそれを必要とする公共の目的というものがある。いまの法律の体裁では、だいたい第一条がそういうことをうたっているわけですが、そこからやはり裁量の基準に関してある種の判断が出てくるのではないかと思う。その書かれていない基準が何であるかはかなり抽象的なものであつて、現実問題としては、裁量が基準を逸脱しているかどうかというのを発見するのはなかなか困難だけれども、理論だけからいえば、基準は法文の上では白地要件になっている場合にもあるといわなければならない」と述べられている。⁽⁸¹⁾

特許企業というものをどういう概念でとらえるか、その点にはいろいろ学問上の立場があると考えられるが、いずれにしても、従来の許可営業の観念では説明できない許可営業か特許企業か、二者択一的に考えられない第三の許可があるということではあるまいか。

おわりに

塩野宏教授は、命令的行為と形成的行為という分類について、先に述べたように現行憲法の下で、公益事業の国家経営権の独占なる觀念を認める実証的根拠はないとし、また、「私人の營業の自由の観点からガス事業と飲食店營業を區別することもできない。さらに、市場への新規参入を制限し、企業活動に一定の制限をおく手法をとるか、原則として規制をせずにおくかについては、立法者の選択の幅は広い。そこで、この領域について、一方を命令的行為、他方を形成的行為として質的に異った領域に妥当するものとすることは困難であつて、等しく營業の自由に対する規制であつて、その手法を異にするものとみるのが妥当であろう」と述べられるのであるが、同教授が「この領域について」といわれるその領域とは、従来の規制行政になじまない領域、それは私が指摘する「第三の許可制」の範疇に属するものではあるまいか。少なくともそれが、従来の觀念では説明できないものになつてなつていけるなら、分類上の概念にいうところの道具概念性について疑問がないではないが、行政行為の分類概念と考えることができよう。私はこれを調整的行為とする。

結局私は、不完全であり、検討が不十分であることを承知の上で、行政行為の分類について、行政行為の効果、すなわち、藤田教授が述べられた当該行政行為によつて行政庁が、国民の権利・利益にどのような働きかけをするかの観点に立つて、従来の伝統的分類を手続的行為、命令的行為、調整的行為、形成的行為の四つに分けて、再構成されるべきだと考えるのである。

なお、行政行為の分類を行うにあつて、いくつかの観点があるが、それらの検討が不十分であることは私の宿題

である。

（注）

- （1） 美濃部達吉『日本行政法』有斐閣、昭和十一年、一五七頁。
- （2） 同上、二二七頁。
- （3） 佐々木惣一『日本行政法論』有斐閣、大正十三年、五一六頁以下。
- （4） 田中二郎『行政法総論』有斐閣、昭和三年、二六二頁。
- （5） 同上、二四九頁。
- （6） 同上、二五八頁。
- （7） 柳瀬良幹『行政法教科書』有斐閣、昭和四年、九二頁。
- （8） 同上、九四頁以下。
- （9） 同上、九六頁。
- （10） どのような申請なら認められ、あるいは拒否されるのか、その要件は各「処分」根拠法律が定める。例えば行政機関情報公開法五条は、不開示となる情報を列挙する。しかし、五条各号を読んだだけでは、どんな情報が不開示となるのか、具体的にイメージすることは容易ではない。そこで、行政手続法第五条は、詳細で具体的な「審査基準」を定めること（一項・二項）、そして、原則としてそれらを公表すること（三項）を行政庁の義務とした。このことから、行政手続法制定以前に使われていた、利害関係人に与える利害の性質に応じた「授益的行為（処分）」と「侵害的行為（処分）」、国民から申請を要するかどうかによって「職権による処分」と「申請に基づく処分」は統合再編され、行政手続法の「申請に対する処分」と「不利益処分」の分類に結実した。
- （11） 最判昭和三〇・二・二四民集九卷二号二一七頁、最判昭和三九・一〇・二九民集一八卷八号一八〇九頁。
- （12） 大阪決昭和四一・八・五行集一七卷七二八号八九三頁。

- (13) 最判昭和三九・一〇・二九民集一八巻八号一八〇九頁。
- (14) 同上、一八一頁。
- (15) 原田教授は、取消訴訟をできるだけ国民の救済本位に運用すべだとする立場から「形式的行政処分論」を提唱されている(原田尚彦「訴えの利益」弘文堂、昭和五四年、一〇六頁)。なお、形式的行政処分の存在を認めるべきかどうかをめぐっては兼子仁『行政法総論』筑摩書房、一九八三年、一五三頁以下参照。
- (16) 高柳信一『行政法理論の再構成』岩波書店、一九八五年、四九五頁以下参照。
- (17) 最判昭和三九・一〇・二九民集一八巻八号一八〇九頁。
- (18) 大阪高決昭和四一・八・五行集一七巻七一八号八九三頁。
- (19) 藤田宇靖『行政法入門』有斐閣、二〇〇四年、九六頁。
- (20) 岡田雅夫「方法論としての行政行為概念」岡山大学法学会雑誌三四巻三号、一九八五年。『行政法学と公権力の観念』弘文堂、平成一九年二一頁。
- (21) ジュリスト七六七号四八頁以下、五三頁注I。
- (22) 美濃部達吉『日本行政法』有斐閣、昭和十一年、一六四頁。
- (23) 同二〇三頁。
- (24)、(25)、(26) 同二〇四頁。
- (27) 同一五六頁。
- (28) 同二〇四頁。
- (29) 同二〇頁〜二三三頁。
- (30) 田中二郎『新版行政法上全訂第一版』弘文堂、昭和四七年、九〇頁。
- (31) 同九一頁。
- (32) 同一〇二頁。
- (33) 同一〇七頁。
- (34) 同一一〇頁。

- (35) 小早川光郎「行政行為概念の意義」(ジュリスト)『行政法の争点』第二版五五頁。
美濃部教授が公法契約の例として挙げているものには、例えば官公吏の選任、公法上の営造物利用関係の設定、公企業の特許、任意的公用負担、補助金交付契約等がある(前掲書一七五頁以下)。
- (36) 同五六頁。
- (37)、(38) 遠藤博也『行政法スツケチ』昭和六二年、有斐閣、一五七頁。
- (39)、(40)、(41) 同一五九頁。
- (42) 田中二郎『新版行政法上全訂第一版』弘文堂、昭和四七年、一一〇頁。
- (43) 今村成和『行政法入門』第七版 有斐閣双書、二〇〇四年、八九頁。
- (44) 藤田宙靖『行政法入門』第四版 有斐閣、二〇〇五年、一〇七頁。
- (45)、(46)、(47) 柳瀬良幹『準法律行為の種別について』(柳瀬『元首と機関』有斐閣、一九七六年所収) 二六七頁以下。
- (48) 成田頼男編『現代行政法』有斐閣双書、一九六八年、一八八頁。
- (49) 南博方『行政手続と行政処分』弘文堂、一三八頁〜一四七頁。
- (50)、(51)、(52) 藤田宙靖『行政法思考形式』木鐸社、昭和五三年、一一八頁〜一二五頁(同「行政行為の分類」ジュリスト増刊『行政法の争点』七一頁。)
- (53) 鈴木庸夫「法律行為的行政行為」地方自治職員研修一四卷一号一〇四頁以下。
- (54)、(55)、(56) 藤田宙靖『行政法思考形式』木鐸社、昭和五三年、一二〇頁。
- (57) 同一二五頁。
- (58) 今村成和『行政法入門』新版、有斐閣、一九七五年、七三頁。
- (59)、(60) 同七四頁。
- (61) 同七一頁。
- (62) 今村成和『行政法入門』第七版、有斐閣、二〇〇四年、七一頁以下。
- (63) 塩野宏『行政法Ⅰ』第二版、有斐閣、一九九七年、九四頁以下。
- (64) 同九五頁。しかし、本文の第II章第一節において紹介したように美濃部教授によるそれは、行政行為の発生原因による分類

であって、効果の内容による分類は命令的行為と形成的行為である。

- (65) 同九六頁。
- (66) 同九七頁。
- (67) 塩野宏 前掲書、九八頁。
- (68)、(69)、(70)、(71) 同九九頁。
- (72) 原田尚彦『行政法要論』学陽書房、二〇〇一年、一六九頁―一七〇頁。
- (73) 山内一夫「座談会事業の免許制・許可制」ジュリストNo.二九三、一九六四年、一二頁。
- (74) 成田頼明 同二二頁。
- (75) 塩野宏 同二二頁。
- (76) 山内一夫 同二二頁。
- (77) 最判昭和四七年五月一九日民集二六卷四号六九八頁。
- (78) 最判昭和五〇年四月三〇日民集一九卷四号五七二頁。
- (79) 最判昭和三七年一月一九日民集一六卷一号五七頁。
- (80) 雄川一郎「座談会事業の免許制・許可制」ジュリストNo.二九三、一九六四年、一六頁。
- (81) 山内一夫 同 一六頁―一七頁。
- (82) 塩野宏 前掲書 九六頁―九七頁。