

行政行為の「許可」と「認可」

庄　司　実

目次

序

- 一 問題の提起
- 二 行政行為の分類上から見た「許可」と「認可」——その(一)——
- 三 行政行為の分類上から見た「許可」と「認可」——その(二)——
- 四 概括——むすびにかえて

序

本稿の研究主題は、行政行為の「許可」と「認可」についての若干の考察にある。ここにいう行政行為の「許可」と「認可」とは、わが国の行政法学の中で、行政行為として叙述されている、あるいは、叙述されてきた「許可」と「認可」を示すものである。「許可」と「認可」の位置づけについては、殆んどの見解が行政行為の「種別」として

扱っており、最近では、行政行為の「系統的分類」として扱われている。

ところで、わが国の行政は、学説上、国家目的を實現する作用であるとか（積極説）、あるいは、国の作用のうち、立法と司法とを差し引いた残りのすべての作用であるとか（消極説）、定義づけられてきたが、高度技術社会の到来と社会生活全体の複雑高度化に伴い、行政需要は多様化し、行政運営は専門性の度を深めており、行政をそのように定義づけること自体困難となっている。このように、現代の行政が拡大膨張している中で、最近では、機関委任事務の在り方や国・地方公共団体を通ずる許認可権限等の在り方が問われている。

そこで、本稿における考察の目的は、わが国における主題の探究にある。この主題は、わが国における行政行為の種類乃至行政行為の系統的分類の中に位置づけられている「命令的行為」と「形成的行為」の分類を考える上で極めて重要な意味を持っているといえよう。何故ならば、「許可」と「認可」とが、それぞれ「命令的行為」と「形成的行為」との中に叙述されているからである。

「許可」と「認可」との区別については、従来から関心の対象とされてきたところであるが、しかし、甚だ、それらの用語を必ずしも明白にとらえられているとは言えず、しばしば、それらの用語が混同して用いられているようであり、わが国行政法学上においても、「許可」と「認可」の違いについて表面から検討された例は見当らず、殆んどの見解は、行政行為の考え方の中で、それを扱っているのみである。従って、本稿では、このような状況に鑑み、本稿の主題を機縁として、それについての若干の検討を加えようとするものである。

昭和六〇年一月

本稿では、主として、わが国において、行政行為の「種別」乃至行政行為の「系統的分類」と題して叙述されてきた「許可」と「認可」について検討することとする。その際、とくに留意しなければならないことは、それらの用語が行政行為の「種別」乃至「系統的分類」の中で扱われているのが通例となっているために、「許可」と「認可」の意味を理解する上では、まず第一に、行政行為とは何であるか、を明白にとらえなければならない。

行政行為は、言うまでもなく、行政機関の行動であつて、行政機関の行動⁽¹⁾については、それを如何なる基準で分類するかによつて、多少の問題がある。

取り敢えず、わが国学説中、第二次世界大戦前後において、行政行為に定義づけを与えている代表的な例を見ることが出来る。

美濃部達吉教授の見解によれば、即ち、「行政行為トハ法規ノ下ニ於ケル行政権ノ公ノ意思表示又ハ之ニ準ズベキ精神作用ノ発現ヲ主タル要素ト為シ之ニ依リ或法律的效果ヲ發生スルモノヲ謂フ。」⁽²⁾「(一)行政行為ノ語ハ其ノ用例必ズシモ一様ナラズ。(イ)或ハ行政作用ト同意義ニ用キラレ、事實的行為タルト法律行為タルト又公法的行為タルト私法的行為タルトヲ間ハズ總テ行政権ノ一切ノ作用ヲ指スコトアリ。(ロ)或ハ行政権ノ公法的行為ノ意ニ用キラルコトアリ。此ノ意義ニ於ケル行政行為ハ行政作用ノ中事實的行為及民法ノ法律行為ヲ除外ス。(ハ)或ハ一層其ノ意義ヲ制限シテ行政権ノ公ノ意思表示ヨリ成ル行為ノミヲ意味スル為ニ用キラルコトアリ。」「行政行為ノ語ヲ此等三種ノ意義ノ何レニ用キルヲ適當トスルカハ專ラ學問上ノ便宜ノ問題ナリ。本書ニ用キル所ノ行政行為ノ語ハ、專ラ其ノ第二ノ意義ニ於テスルモノニシテ、總テ行政権ノ公法的行為ハ意思表示ヲ主タル要素トスルヤ又ハ其ノ他ノ精神作

用ノ、発現ヲ主タル要素トスルヲ問ハズ、法律的效果ヲ發生スル原因タルニ於テハ等シク之ヲ行政行為ト稱セント欲ス。⁽³⁾
「(ニ) 行政行為ハ行政權ノ公法的行為ナリ。公法的行為ノ觀念ハ一面ニハ事實的行為ニ對シ、一面ニハ私法的行為ニ對ス。」⁽⁴⁾と主張される。このようにして、美濃部教授は、行政行為とは何であり、行政行為をどのように考えるか、ということを描きされているのであるが、その要点とするところを重ねて述べれば、次の如くである。即ち、行政行為の觀念は行政權の意思表示を主たる構成要素とし、その意思の内容に従つて法律的效果を發生するものと意思表示以外の精神作用の發現を主たる構成要素とし、行政權の意思に拘らず、法律的效果を發生するものととの二つを包含するものである。⁽⁵⁾

柳瀬良幹教授の見解によれば、即ち、行政は誰が行うかという点、それは行政組織の問題であつて、ここで問題となるのは、そのように組織された国や公共団体は一体如何なることをするのかという行政作用の問題であり、この問題については、第一に、その目策又は内容から見て国や公共団体は一体如何なることをするのか、第二に、その形式から見て国や公共団体は如何なることをするのか、ということを行行政行為の觀念の前提としている。⁽⁶⁾従つて、行政行為の觀念を理解するためには、行政機關の系統を意味する行政組織の問題を説明することも重要な問題であることがわかる。⁽⁷⁾このようにして、柳瀬教授は、行政行為の觀念を定めるにあたって、右の点を前提とし、次に、行政作用を「一定の固有の法律効果を有するもの」としてとらえ、行政作用の目的は「法律上の効果を觀察する」点にあるという順序をとっている。⁽⁸⁾そして、行政行為の意味を導き出すにあたっては、「行政作用は行政機關の行動」であるとの命題の下に、行政作用を「政令・府令・省令・条例・規則等」といった所謂法規の形式を採用するものと、そうでないものとに分け、ここにいう行政作用は、法規の形式を採用しない行政機關の行動である、⁽⁹⁾とされる。尚、法規の形式を採用しない行政機關の行動を理解するためには、そこには事実作用と法律作用とが含まれているものであるから、そ

の兩者を區別しなければならぬ。⁽¹⁰⁾

以上の検討を通して、柳瀬教授は、行政行為とは何であるか、という点について次の如く定義づけられている。即ち、「行政行為は、若しこれを定義すれば、行政機関たるものの意識内容の表示たる公法上の作用で一定の固有の法律効果の原因たるもの⁽¹¹⁾」のとされている。但し、そこには、三つの制限があることに注目しなければならないであらう。⁽¹²⁾

尚、今日まで展開されてきた行政行為の行政作用における地位を理論上の図式で表現すると次の如くである。⁽¹³⁾

(一) 超広義の行政行為	(二) 最広義の行政行為	(三) 広義の行政行為	(四) 狭義の行政行為	(五) 最狭義の行政行為
(1) 行政主体に依る事実行為及び (2) 法的行為を含み、又統治行為をも含む（「行政作用」と區別し得ない）。 行政行為 (1) 事実行為 (2) 一切の法的行為	(1) 行政主体に依る法的行為を意味する。即ち私法行為及び公法行為を含む。 (2) 事実行為も、統治行為をも除外す。 行政行為 (1) 私法行為 (2) 公法行為 (立法法的行為を含む)	(1) 行政主体に依る公法行為を意味す（私法行為を除外す）。 (2) 立法的行為及び狭義の行政行為を含む（司法行為は含まず）。 行政行為 (1) 立法的行為 (2) 狭義の行政行為	(1) 具体的事実につき行政主体の為す法律行為の行為及び準法律行為的行為を意味す。 (2) 立法的行為を除外する。行政処分（単独行為）及び公法上の契約及び合同行為を含む。 行政行為 (1) 行政処分（単独行為） (2) 公法上の契約及び合同行為	(1) 行政処分を意味する。即ち、 (2) 公法上の契約及び合同行為を除く。 行政行為 (1) 法律行為的行政行為 (2) 準法律行為的行政行為

このように、本稿の研究主題である行政行為の「許可」と「認可」について考えようとする場合には、「行政行為」とは何であるかについて、その意味を定めておく必要がある。従って、ここでは、行政行為とは、行政機関の行動がある一定の固有の法律効果を有しないものとしてとらえるだけでなく、行政機関の行動自体がある一定の固有の法律

効果を有するものとしてとらえ、その効果が公法上に基いて生ずるもの、と定める。

ところで、わが国では、“行政行為”なる用語が理論上定着しているのであるが、制度上においては、未だ完全に定着しておらず、“行政処分”⁽⁴⁾なる名称が用いられているだけである。例えば、行政事件訴訟法第四条では「行政庁の処分」と規定している如くである。固より“行政行為”のかかる傾向については、これを齎らした原因と思われるものは幾多想像することも可能なのであるが、ここでは、その原因について追究することは避け、とりわけ、第一には、行政行為の「許可」と「認可」の区別について、わが国行政法学上展開されてきた行政行為の「種別」乃至「系統的分類」という考え方から、「許可」と「認可」の意味を導き出すことに留意するとともに、さらに、「許可」と「認可」の違いについて明瞭に、その存在を確認することに努め、第二には、「許可」と「認可」とを併称した意味としてとらえられている「許認可」制度が存在している中で、制度上、「許可」と「認可」については、どのように規定されているのか、ということを中心として観察し、そして、第三には、行政行為の「許可」と「認可」をめぐる性質上の問題をあきらかにすることによって、多少なりとも、いままで繰り返されてきた各種の混乱を整理していきたいと思う。

〔注〕

(1) わが国の中央政府の行政機関は、内閣及び内閣の総括下に置かれる行政機関（府、省、委員会、庁）からなっており、これらの行政機関には、内部部局（官房、局、部等）、附属機関等（試験研究機関、検査検定機関、国立学校、国立病院等及び地方支分部局（ブロック機関、府県単位及び支所・出張所等府県単位未滿の機関））が置かれている。省庁組織の再編成としては総理府本庁及び行政管理庁の統合再編成による総務庁の設置（昭和五十九年七月一日）のほか国家行政組織法の一部改正による官房、局、部等の設置規制の政令移管を受けて、昭和五十九年度に一〇省庁二〇局の再編成が実施された。地方支分部局については、ブロック段階では、運輸省の陸運局と海運局の統合、郵政省の地方郵便局と地方貯金局等との統合が実施された。行政

機構の改革についての詳細は、『自治研究第五九卷第二号』（昭和五八年二月一〇日、良書普及会刊。）一一五頁以下を見よ。
国家行政組織法正の意義については、『自治研究第六〇卷第二号』（昭和五九年二月一〇日、良書普及会刊。）四四―五八頁を見よ。

- (2) (3) 美濃部達吉『行政法撮要上巻』（昭和五年一月一〇日、有斐閣刊。）六一頁―六二頁と、六二頁（傍点筆者註）。
- (4) 美濃部・同右、六三頁。
- (5) 美濃部・同右、六四頁参照。
- (6) 柳瀬良幹『行政法講義四訂版』（昭和五〇年四月一〇日、良書普及会刊。）一二二頁。
- (7) 行政組織の内部法の問題については、横重博「行政法における内部法とその法理」『上智法学論集第一六卷第三号』（昭和四八年三月二〇日、上智法学会刊。）一―四四頁に詳しい。
- (8) 柳瀬良幹『行政法教科書〔再訂版〕』（昭和五五年一月三〇日、有斐閣刊。）八七頁。
- (9) 柳瀬・同右、八六頁。
- (10) 法規の形式を採らない行政機関の行動である行政作用を把握する場合、事実作用と法律作用とに区別されている柳瀬教授は、事実作用と法律作用について、それぞれ次の如く説明されている。即ち、事実作用とは、「行政機関の行動で意識内容の表示たる性質を有しないもの」をいい、法律作用とは、そうでないものをいうと述べている。しかし、行政行為の観念を定めるにあたって、行政行為が「一定の固有の法律効果を有するもの」に限られるとの見地からは、前者の事実作用は「単に外界の事実状態に変動を生ぜしめるもの」であるから、これには合致しない（柳瀬・同右、八六―八七頁）。とされ、後者の法律作用には、「一定の固有の法律効果を有するもの」と、そうでないものとがあり、この「一定の固有の法律効果を有」しないものには、「一切の感情の表示たるもの」が、これに含まれるとされた上で、法律作用の中の「一定の法律効果を有するもの」を、その法律上の効果から見て、それを「私法上に基いて生ずるもの」と「公法上に基いて生ずるもの」とに分けられ、結局、行政行為の意味するところを、その後者に求めている（柳瀬・同右、八七頁）。
- (11) (12) 柳瀬良幹「行政行為」『行政法講座・第二巻・行政法の基礎理論』（昭和五一年一〇月三〇日、有斐閣刊。）六五頁を見よ。
- (13) 土橋友四郎『行政行為法概論』（昭和三〇年一二月二〇日、有斐閣刊。）の作成による理論上の図式である（同上・六

頁。

(14) 最近では、行政法学上においても、“行政処分”なる名称が定着化しつつある。例えば、兼子仁『行政法総論』（一九八三年四月三〇日、筑摩書房刊。）の中にも、そのような傾向がある。このような傾向に対して、今村成和教授は、そのような混乱を避けるために次の如く主張される。《即ち、行政主体は、一方的な行為で、権利関係を変更したり、権利を設定したりすることもできるし、行政主体がある判断を表示すれば、かりに他に意見の違う者があっても、その判断が唯一の正しいものとして通用するなど、行政主体の行為には、さまざまな点で、個人の行為とは異なった、特殊な効力が認められる。これらはすべて、行政主体に優越的な法的地位が認められ、行政庁の単独の行為により一定の法律関係を作り出せるようになっていくことに基づくもので、この種の行為を総称して、行政行為と呼ぶのである》。《したがって、行政庁のなす行為のすべてを行政行為というのではない。また、ここにいる行政行為は、しばしば、行政処分または処分ともいわれる。法令中にも、「行政庁の処分」という言葉はよく使われており、感じのうえではこの方が使いやすい点もある。ただ行政不服審査法や行政事件訴訟法では、この語を事実行為をも含む意味に使うようになったので、それを除く意味では、やはり行政行為の語を使う方がよい。ただ、この書物の中でも、時には、便宜上、処分の語を使うこともある》（今村成和『行政法入門（新版）』昭和五九年六月二〇日、有斐閣刊。六五—六六頁。）と主張される。

二

行政行為の「許可」と「認可」については、わが国行政法学の中で、行政行為の「種別」乃至行政行為の「系統的分類」として叙述されているのが通常の考え方の方であるが、行政行為の觀念は、一般に、行政機関の行動であるというように性格づけられているために、このことはまた、行政機関の行為類型としてとらえられる問題でもある。従って、「許可」と「認可」の存在は、行政機関の行為類型として確認されなければならない問題を含んでいる。一口に、行政法学上、「許可」とか「認可」とか言われる中には実は「命令的行為」と「形成的行為」との二つの問題が含まれており、そして、この二つの問題は全く別の問題である。

そこで、行政行為は一体どのようなものを内包しているのか、別言すれば、行政機関の行為類型として挙げられているものにはどのようなものがあるのか、ということについて確認することとする。

第一は、わが国行政法学において、通常、行政行為の「種別」乃至「種類」と題して論ぜられているもので、そして、この「種別」乃至「種類」は、通常、まず、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」とに大別し、次にその前者を「命令的行為」と「形成的行為」とに分別し、後者については、それを「確認」「公証」「通知」「受理」の形で細分されている。「法律行為的行政行為」の下に分別された「命令的行為」と「形成的行為」は、さらに細分され、「命令的行為」の下に、「下命」及び「禁止」、又は「免除」及び「許可」を位置づけ、「形成的行為」の下には、「設権行為（特許）」及び「剝権行為」、「代理行為」、「補充行為（認可）」を位置づけている考え方である。^①このような考え方は、行政行為は一体どのようなものを内包しているか、ということを経理論上図式化したものであるが、わが国行政法学において「許可」と「認可」の違いを明白にするためには、行政行為は一体どのようなものを内包しているか、ということが確認されなければならず、このことを確認せずして、それらの用語の意味を定めることは何等意味のないものとなる恐れがあるから、その背景には、行政行為の觀念、とりわけ、行政行為の「種別」乃至「種類」の考え方が確立されているものと把握されなければならない。従って、わが国行政法学上において、行政行為の「種別」乃至「種類」として示されている考え方は、本稿の研究主題である行政行為の「許可」と「認可」を説明する上で、極めて重要な考え方であるといえよう。

第二は、通常、「許可」と「認可」の存在を確認する場合、行政行為を直ちに、「命令的行為」と「形成的行為」とに二分し、前者については、「下命」及び「免除」、又は「許可」及び「禁止」という行為類型に区別し、後者については、「特許（設権）」及び「剝権」、又は「認可」という行為類型に区別する考え方である。この考え方は、わ

が国行政法学上における最近の動向であり、藤田宙靖教授の見解は、その代表的な例である。教授によれば、即ち、右に述べた従来の考え方とは異なり、“私人の権利・義務とどのような形でかわり合うか”という見地から、行政行為を直ちに「命令的行為」と「形成的行為」とに二分される。さらに、教授は、前者については、「下命」及び「免除」、または「許可」及び「禁止」という行為類型に区別され、後者については、「特許（設権）」及び「剝権」、または「認可」という行為類型に区別される^②。従って、「命令的行為」と「形成的行為」の細部の検討については従来の考え方と全く同様である。そして、このような考え方を教授は、それらの行為類型を図式化するとそれが一種の系統図をなす、という理由から、“行政行為の系統的分類”と題している。^③

〔注〕

(1) 柳瀬・前出一註(6)八九一九〇頁、田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』(昭和五四年四月二五日、弘文堂刊。)一二二頁。山内一夫『行政行為論講義』(昭和五三年八月一〇日、成文堂刊。)三五・四二頁等がある。

(2) 藤田宙靖『行政法Ⅰ(総論)』(昭和五五年二月二五日、青林書院新社刊。)二二〇—二二四頁。

(3) 藤田宙靖『行政法学の思考形式』(昭和五三年七月一〇日、木鐸社刊。)一一〇・一一二頁、一一八—一二五頁、一二八—二九頁。

さて、行政行為の「許可」と「認可」について、とくに問題としなければならないことは、「許可」と「認可」とは一体どこが違うのか、ということである。その違いについて理解するためには、単にそれが行政行為の一種であると把握すれば足りる問題でないことは以上述べてきた点から明らかである。従って、その意に沿って、その違いについて述べて行く上で、これ亦無視してはならないことの一つに行政行為の分類に関して、その中に位置づけられている各項目の意味を確認する必要がある。以下には、行政行為の分類の中で扱われている各項目の意味を確認して見よ

うと思う。

とりわけ、行政行為の分類については、従来から、行政行為を大別して、「法律行為的行政行為」と「準法律行為的行政行為」とに分類されてきたことについては前に述べた通りである。然らば、次に問題とすべきは、行政行為の一種として扱われてきた「法律行為的行政行為」とは何をいい、「準法律行為的行政行為」とは何をいうのか、そして、また、そのように分つことが果して「行政行為の許可と認可」について論じて行く上でどれだけの意味を持つのか否かの点である。即ち「行政行為の許可と認可」を論じて行く上で、「法律行為的行政行為」と「準法律行為的行政行為」とが一体どのような関連を持つのかの問題である。

先ずは、わが国学説中、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」とに分ち、その意味を述べるのが現在の通説となっている代表的な例を挙げれば次の如くである。即ち、柳瀬教授の見解によれば、この点に關し、「法律行為的行政行為」とは、「意思即ち欲望の表示で」あって、「その表示したところに従って法律上の効果を生ずるもの」をいうとされ、「準法律行為的行政行為」とは、そうでないものをいうとされる⁽⁴⁾。

田中二郎教授の見解もまた同様で、次の如く説明される。即ち、「法律行為的行政行為」とは、「意思表示をその要素とし、行為者がその効果を欲するが故に、その効果を生ずる行為」である⁽⁵⁾とされ、「準法律行為的行政行為」とは、「判断・認識・觀念など、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付せられる行為をいう。」とされる⁽⁶⁾。

次に、園部敏教授の説明もまた、ほぼ同様で、極めて簡略である。「法律行為たる行政行為は意思表示を要素とし、その法律上の効果は意思表示の内容によってさだまるものである。およそ、行政行為の法律上の効果は、私法上の法

律行為と異って必ず法規によって生ずるものであって、法律行為たる行政行為の効果も、その意思表示のみによって定まるものではないが、法規のほかに行政機関の意思が加わって、はじめて完全な効果を生ずるのである。」「準法律行為たる行政行為は、意思表示を要素とせず単純な判断・願望などの心的表示を要素とし、その効果はこれらの表示にかかるとはいえ、しかももっぱら法規によって生ずるのである。」とされる。⁽⁷⁾

以上の学説はいずれも単に通説のいう「行政行為」の大別を試みようとする見解であるが、抑々、法律行為とか準法律行為というのは、民法上の觀念として發達してきたものであることは人の知る通りである。⁽⁸⁾従つて、今日まで展開されてきた行政法学上の行政行為論は、民法上の觀念として發達してきた法律行為論及び準法律行為論を模範としてきたのである。

あるいは、最近の動向として注目すべき、藤田宙靖教授の見解を挙げれば次の如くである。即ち、それによれば、最も「行政行為の系統的分類」については、⁽⁹⁾「まず、『系統的分類』がその出发点として来た「法律行為的行政行為」と「準法律行為的行政行為」なる分類は、『法規範が与える法効果が、行政庁の意思内容に即した内容を持つものか否か』という見地から行われる分類として、一応理論的には可能な分類であると認めることが出来る。」⁽⁹⁾としながらも、⁽¹⁰⁾しかし、そのような分類の觀點が、行政行為の分類学においてどれ程重要な意味を持つかは疑問であつて、『系統的分類』の出发点は、むしろ行為の法的效果自体に着目した分類でこそあるべきである。」とされる。⁽¹⁰⁾そして、教授は、田中二郎教授の見解を援用しながら、その區別の前提を次の二点に置いている。即ち、第一には、「両者の違いは、行政行為の法的效果の『由来』乃至『源』についての違いであること。」とされ、第二には、「行政行為の中に、『行為者がその効果を欲するが故に』その法的效果が生ずるもの、と、『もっぱら法規の定めるところにより』法的效果が生ずるもの、との區別が存在し得ること。」とされる。⁽¹¹⁾つまり、藤田教授は、今日まで展開されてきた行

行政行為の分類に対しては、論理的には本来不可能な分類である、と、その通説を批判の対象にしている。更に、教授は、その通説に対して、《そこで正確にいうならば、「法律行為的行政行為」と「準法律行為的行政行為」の区別とは、法的効果の「由来」、「源」に着眼した区別であるのではなく、ある意味で、法的効果の「内容」に注目した区別である、ということが出来る。》⁽¹⁹⁾とされる。然らば、何故、通説のいう立場を離れて、「行政行為」を直ちに、「命令的行為」と「形成的行為」とに分類しなければならないのか疑問が残るところであるが、この点について藤田教授は次の理由から、「行政行為」を直ちにそのように分類されている。即ち、「行政行為の概念は、雑多に存在する行政の諸活動について、共通の性質を持ったものを統一的に表現するために作り出された理論的な概念であって、もともとそれ自体が制定法上採用されて来た概念であるわけではない。》⁽¹⁹⁾と。

〔注〕

(4) 柳瀬・前掲註(1) 八八頁。更に、柳瀬教授によって展開される行政行為論を分析すると次の如くである。第一は、《その表示せられる意思内容が意思(欲望)で、且つその表示せられたところに従って法律上の効果を生ずるもの》、二は、《意思で、あるが、その表示せられたところとは関係なく、法が一定の効果を附着せしめたもの》、三は、《觀念(認識・判断)で、従ってその効果は法の規定に依って定まるもの》とされている(柳瀬・同上、八七頁)。このようにして、その三つの点を更に二つに分け、それに「法律行為的行政行為」及び「準法律行為的行政行為」という言葉を当嵌められるのであった。即ち、前者は第一の点を意味し、後者は第二第三の点を意味するとされている(柳瀬・同上)。尚、「準法律行為的行政行為」の詳細は、柳瀬良幹「準法律行為的行政行為の種別について」『元首と機関』(昭和四四年三月三〇日、有斐閣刊所収) 二六九頁以下。

(5) 田中・前掲註(1) 一一六頁。これに対し、田中二郎教授によって展開される行政行為論は、確かに、理論的には意義があると思われるが、行政行為の分類に関しては、単なる用語の定義づけのみに尽きるように見え、論理的には一貫性を欠いている。

(7) 園部敏『行政法論』（一九七二年三月三十一日、法律文化社刊。）二二—二三頁と二三頁。園部敏教授の見解は極めて明瞭である。

(8) 民法上の法律行為論と準法律行為論の検討は、岡松参太郎『法律行為論』（大正二二年四月一五日、京都法学会刊。）四頁以下、と、児玉義史『準法律行為論』（一九七八年二月一〇日、酒井書店刊。）四二頁以下に詳しい。

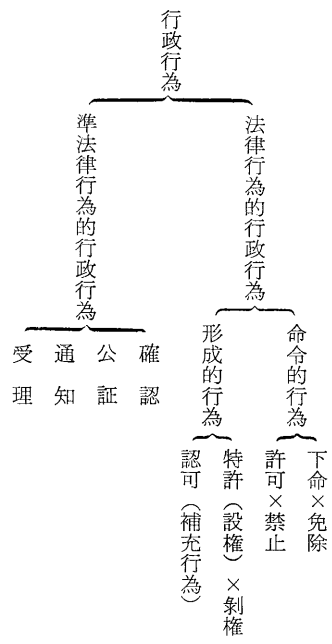
(9) (10) 藤田・前掲註(3) 一一六頁。

(11) 藤田・同右、一一二頁。

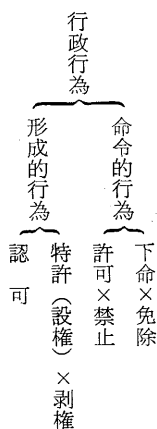
(12) 藤田・同右、一一三頁。

(13) 藤田・前掲註(2) 一一九頁。

以上の如く、通説のいう考え方では、行政行為をまず「法律行為的行政行為」と「準法律行為的行政行為」とに分け、「命令的行為」と「形成的行為」の分類は、前者についてのみ行われ、後者については「確認」「公証」「通知」「受理」という型で分類されている。この考え方を理論上の図式で表現すると次の如くである。



次に、藤田教授の考える行政行為の理論的な分類を図式で表現すると次の如くである。



右の理論上の図式からも見てとれるように、従来の考え方と、藤田教授の考え方とは明らかに異っていることがわかる。

然らば、「行政行為の許可と認可」を論じる上で、これらを如何に取扱うべきであろうか。

この問題に対する一般の答は、「行政行為の許可と認可」を一括して「法律行為的行政行為」とし、これを以って、行政行為の一種である「準法律行為的行政行為」に対する方法を探っている。例えば、わが国の学説では、美濃部達吉教授、田中二郎教授、柳瀬良幹教授、田上穰治教授等、の見解がこれに属する⁽¹⁴⁾。それは又、「法律行為的行政行為」が「命令的行為」と「形成的行為」とに細分されているから、「行政行為の許可と認可」を把握するためには、単に「法律行為的行政行為」を以って語ればよいというわけにはいかない。

然らば、右の如く「行政行為の許可と認可」を「法律行為的行政行為」の部門に一括し、これを「準法律行為的行政行為」に対称せしめることの方法は、一体どのような意味を持つのか推測されなければならない問題である。唯、このような行政行為の分類は、一体何を標準として、どのように分類することを可能ならしめているかを改めて確認する必要がある。

行政行為の分類は通常これを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ものであることは前に述

べた通りである。従って、法律行為的行政行為というのは、行政機関の意思即ち欲望の表示であって、その表示したところから従って法律上の効果を生ずるものをいい、準法律行為的行政行為というのは、行政機関の意思表示とは関係なく、単純な認識・判断等精神作用の表示から成り、それに対して法律上の効果を付したものであって、要するに、行政行為の分類は、行政機関の意思表示に従って法律上の効果を生ずるか、又はその表示とは関係なく、単純な精神作用の表示に対して法律上の効果を付したものであるかが、両者区別の標準となる。それ故に、法律行為的行政行為が行政機関の意思表示に従って法律上の効果を生ずるものであるとすれば、通説の理論上の図式からも見て取れるように、その中に位置づけられている「行政行為の許可と認可」も法律効果を有するものでなければならぬことになる。

行政行為の分類の右の標準に関し、あるいは今村成和教授の見解を挙げることができる。即ち、行政行為の分類は、「行政行為の法律効果が何によって生ずるかによって、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為とに分けられる。」と主張される。即ち、この見解からは、行政行為の分類の標準に關し、その分類の標準を「法律効果の発生原因」に置くべきであり、且つ又、「法律効果の発生原因」に基づいて、そのように大別すべきである、とされるのである。従って、この見解は改めて通説のいう立場に賛同したものである。『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」とに大別する通常の考え方が適當であるか否か、については、「行政行為の許可と認可」を考へる上で極めて重要な問題であるといえるが、蓋し、その分類は、何れも行政行為の法律的效果に基づく分類である点において性質を共通にしており、その分類の標準を通常の考え方の如く「法律的效果の発生原因」に置か、あるいは、藤田教授の考え方の如く「法律的效果の内容」に置くかによって見解の対立が生ずるところであって、従って、以上のことから行政行為の考え方を特に法律行為的行政行為のみに限定することは必ずしも十分の理由

があるとは言い難い⁽¹⁶⁾。それ故に、以下においては、右の点をも十分留意しながら「行政行為の許可と認可」を考えていくこととしたい。

〔注〕

(14) 美濃部・前出一註(1) 七一一八二頁、田中二郎・前掲註(2) 一二一一二五頁、柳瀬・前掲註(1) 八七—九二頁、田上穰治・市原昌三郎『行政法上巻』昭和五年二月一日、法学書院刊。六二—六九頁等がある。

(15) 今村成和・前出一註(11) 七〇頁。

(16) ここに示したような理解は、あるいは、土橋友四郎教授によって展開されている(土橋友四郎『行政行為法概論』、昭和三年二月二〇日、有斐閣刊。四六—四七頁)。教授は、さらに、行政行為の分類の標準として、「法律的效果の帰属主体」から見た分類を挙げている。即ち、この分類は、「自己及び直接の相手方のためにする行政行為」であるか、それとも、「他者のためにする行政行為」であるかによって分けることができる、とされている。前にも述べたように、行政行為の分類の標準に関する藤田教授の見解は、「法律的效果の内容」に着目して「行政行為」を直ちに、「命令的行為」と「形成的行為」とに分類されているのであるが、成田頼明・荒秀・南博方・近藤昭三・外間寛『現代行政法』(昭和五七年三月一〇日、有斐閣刊。)では、その内容に着目した分類として、「法律行為的行政行為」と、「準法律行為的行政行為」の二種がある、とされる(一二七—一二八頁)。傍線筆者註。

次に、「命令的行為」とは何をいい、「形成的行為」とは何をいうのか、ということについてであるが、(イ)「命令的行為」というのは一般に、行政機関の表示する意思の内容が国民に対し特定の義務を命じ又はこれを免ずることにある場合をいう、とされている。換言すれば、即ち、人の事実上の自由を制限し、又はその制限を解除する行為である、とされている⁽¹⁷⁾。(ロ)「形成的行為」というのは一般に、法律上の権利・能力又は法律関係を設定・変更・消滅せしめる行為をいう、とされている。換言すれば、即ち、行政機関の表示する意思の内容が事実上には存在しない

法律上の權利・能力又は法律關係を發生・變更又は消滅せしめる行為をいう、とされている。¹⁸⁾

従つて、「許可」と「認可」というのは、先に示した理論上の図式からも見てとれるように、「許可」は、「命令的行為」のうち、特定の作為が一般に禁止されている場合に、それを解除する行為である、とされている。つまり、行政機関の表示する意思の内容によって、禁止もしくは制限された人の事実上の自由を回復せしめようとする行為が「許可」である。これに対して、「認可」は、「形成的行為」のうち、他の法律關係の当事者の法律的行為の効力を補充して、その法律上の効果を完全に有効ならしめる行為である。故に、「許可」と「認可」を正しく認識して行くには、前者については、命令的行為の中に位置づけられている「下命」「免除」「禁止」と區別されなければならないし、後者については、形成的行為の中に位置づけられている「特許」及び「剝權」と區別されなければならない。尚、「登録」に関しても同様のことが言える。¹⁹⁾

〔注〕

(17) 参照。土橋・『行政行為法概論』五二―六八頁。柳瀬・『行政法教科書〔再訂版〕』八九―九〇頁。

(18) 土橋・同右、六八―八五頁。柳瀬・同右、九〇―九一頁。

(19) 山内一夫「登録制の役割」『学習院大学法学部研究年報20』（昭和六〇年三月二〇日、学習院大学法学会刊）。一一―二五頁。
「命令的行為」と「形成的行為」について、「登録制」の側面から問題としている。

三

現代の行政が拡大膨張している中で、最近では、許認可権限等の在り方が問われているが、許認可等の権限は行政機関に固有のものであり、新たに許認可等を設定しようとする場合には法治主義の原則の内容に基づき、法律又は条

例の根拠を必要とする理解が一般的である。許認可というのは、行政事務の整理・簡素化を図るために用いられている制度であり、本来は許可及び認可の併称を意味するものとして扱われている。

そこで、「許可」「認可」については、制度上、どのように規定されているのか、ということをお六法全書を中心として観察することとする。

(イ) 原子炉等規制法（＝核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律）による原子炉の設置許可の規定を見れば、即ち、原子炉を設置しようとする者は、政令で定めるところにより、主務大臣（内閣総理大臣、通商産業大臣又は運輸大臣）の許可を要する（同法第二三条第一項）。尚、主務大臣の許可を受けないで、原子炉を設置した者は、三年以下の懲役若しくは五〇万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する（同法第七七条。）、とされている。

(ロ) 地方鉄道法による事業の免許の規定を見れば、即ち、「地方鉄道業ヲ営ムトスル者ハ……主務大臣の免許ヲ受クヘシ」（同法第一二条第一項。）と定め、法令違反等に関しては、「地方鉄道業者カ法令ニ基キテ為ス命令又ハ免許、許可若ハ認可ニ附シタル条件ニ違反シ其ノ他公益ヲ害スル行為ヲ為シタルトキハ主務大臣〔免許ノ全部又ハ一部ヲ取消スコト〕ノ処分ヲ為スコトヲ得」（同法第三七条第一項三号。）、とされている。

(ハ) 農地法による農地及び採草放牧地の権利移転⁽³⁾に関する許可の規定を見れば、即ち、農地又は採草放牧地について所有権を移転し、又は地上権、永小作権、質権、使用貸借による権利、賃借権若しくはその他の使用及び収益を目的とする権利を設定し、若しくは移転する場合には、省令で定めるところにより、当事者が都道府県知事及び農業委員会の許可を受けなければならない（同法第三条第一項。）、とされる。

(ニ) 火薬類取締法による火薬類の製造の業を営もうとする者は、製造所ごとに、通商産業大臣の許可を受けなけ

ればならない（同法第三条）、とされており、あるいは、火薬類の販売の業を営もうとする者は、販売所ごとに、都道府県知事の許可を受けなければならない（同法第五条前段）。尚、許可を受けないで火薬類の製造・販売の業を営んだ者は、三年以下の懲役又は三〇万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する（同法第五八条一号・三号）、とされている。

（ホ）医療法による医療法人の解散・合併に関しては、都道府県知事の認可を受けなければ、その効力を生じない（同法第五三条第三項・第五七条第四項）、とされている。

（ヘ）地方自治法による地方公共団体の起債の許可に関する規定を見れば、即ち、普通地方公共団体は、地方債を起し並びに起債の方法、利率及び償還の方法を変更しようとするときは、当分の間、政令の定めるところにより、自治大臣又は都道府県知事の許可を受けなければならない（同法第二五〇条）、とされている。ここにいう地方債は、地方公共団体が国の財政投融资計画及び地方債計画に基づいて資金の総合的な調整を行うために一會計年度をこえる期間にわたって負う金銭債務である。^④従って、地方公共団体の起債の許可については、制度上、地方公共団体に対する国の監督の手段として運用されるのが通例であり、^⑤機関委任事務が膨張している中で、このような正式の監督事項は極めて少ない。

かくの如く、觀察の対象として挙げた実定法を含めて、「許可」と「認可」をめぐる性質上の問題を検討して見ると、法令に「許可」又は「認可」、あるいは、それらに類似の語句を用いている場合に、「許可」の性質を有しているのか、「認可」の性質を有しているのか、の問題を解く上で、次の点に注目すべきであろう。第一には、それが法律によって定まっているか命令によって定まっているかがその区別の標準となる。第二には、それらが法律によって定められている場合には、法律の目的とする所が一体何にあるのを明らかにしなければならない。

従つて、先に挙げた実定法の中で、行政法学上にいう命令的行為としての「許可」はどれであるのか、あるいは、形成的行為としての「認可」はどれであるのか、というのと、(イ)の原子炉等規制法による原子炉の設置許可の規定をはじめ、(ロ)の地方鉄道法による事業の免許の規定、さらに、(三)の火薬類取締法による火薬類の製造・販売の許可の規定については、法令がある行為を為すには許可を受けなければならないことを命じているのであつて、許可を受けずにこれを為せば義務違反となつて、処罰の対象となるが法律行為の効力はこれによつて妨げられないから、明らかに命令的行為としての「許可」の性質を有している。残りの(ハ)の農地法による農地等の権利移転に関する許可の規定とか、(ホ)の医療法による医療法人の解散・合併に関する認可の規定、(ヘ)の地方自治法による地方公共団体の起債に関する規定は、当事者間の法律的行为が行政機関の同意を得るものでなければ、ただ当事者の意思だけではその行為が完全には効力を生じないから、明らかに、形成的行為としての「認可」の性質を有している。このように、行政行為の「許可」と「認可」をめぐる性質上の問題は、制度上明白にとらえきれない「許可」と「認可」、あるいは、これに類似の「免許」「登録」「指定」「承認」等の語句が、果して、行政法学上にいう「許可」と「認可」とのどちらの性質を有しているのか、ということをやより一層検討されなければならないのである。

〔注〕

(1) 法治主義の原則の内容については、正確に見れば、「法律の法規創造力」と、それから生ずる「法律の留保」の三者の關係から成り立っている。柳瀬・前出註(8)二頁以下。あるいは、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』(昭和五四年一月一〇日有斐閣刊)。一一頁―一二頁を見よ。しかし、行政法の基本原理については、行政が何をするかはまず国会の法律でそれを定め、政府の行政はそれに従つて行動しなければならぬ」という法治主義の原則を含めて、現代の行政が拡大膨張している中で、行政法の基本原理そのものの在り方が問われている。殊に、柳瀬良幹教授は、東北大学法学部での講演会において次の如く指摘されている。即ち、「現在の行政法の基本的な原則は、何れも理論的には充分な

根拠のない、現在の国家の制度がそう定めているためにそうなっているだけで、理論的に必然とは言い得ないものだ」「これは誠に不本意の結論ですが、何とも致し方のないことで、そしてそうなるも当然起って来るのは、それなら我々はどうかすればよいのかという疑問であります。そしてそれは更に学問としてどうすればよいのかと実践してどうすればよいのか」という点から指摘されたのである。以上の講演会の内容は、柳瀬良幹「行政法の原理と思想」『法学第四四巻二〇号』（昭和五五年六月、東北大学法学会刊所収。）の引用である。あるいは、藤田宙靖教授は、現代の行政の複雑・多様化に伴い、「現代の行政」が行政法学に対して投げかけている問題に対して、どのように対処していかなければならないのか、という行政法学によるこの問題への対処方法を述べている（藤田宙靖「現代の行政法学」『公法研究第四六号』昭和五九年一〇月五日、日本公法学会刊所収。一一五頁―一三七頁。）。さらには、法律の留保領域の拡大の行き過ぎが指摘されるようになり、このことを「法律の洪水現象」として忠告される見解も現われ、「法律の留保」に対峙する問題として、行政の固有な領域を行政機関に留保させようとする「行政の留保」が叫ばれるようになってきた（参照。大橋洋一氏のH・マウラー、F・E・シュナツプ「行政の留保」（上）『自治研究第六一巻第一二号』昭和六〇年一二月一〇日、良書普及会刊所収に拠る。）。従って、本文で述べる通り、行政行為の「許可」と「認可」は法治主義の原則に基づいて、行政主体が行政客体に対して行う行為であるから、仮令それが制度の性質上、混在しているにしても、国と地方公共団体との機関委任事務の在り方や許可権限等の在り方については、以上の点を含めてあらゆる見地からの理論的な整理を必要とすることがわかるであろう。

(2) 山内一夫「許認可法制の概観」『法と政策』（昭和五七年二月一日、第一法規刊所収。）二一七頁。

(3) 農地等の移動・転用の制限に関する詳細は、加藤一郎『農業法（法律学全集50）』（昭和六〇年八月五日、有斐閣刊。）一三八―一六七頁。

(4) 参照。長野士郎『逐条地方自治法』（昭和六〇年四月一日、学陽書房刊。）九〇七頁と、俵静夫『地方自治法』（昭和四〇年五月三〇日、有斐閣刊。）三五五頁。

(5) 地方公共団体に対する国の監督の問題については、制度上、地方自治団体たる地方公共団体に対しては、国の監督権は制限すべきものとされているが、国の機関としての地方公共団体の長その他機関に対してまでその監督を制約するものではない、と、久世公麿『へ地方自治制度』新地方自治講座一卷』（昭和五四年一二月五日、第一法規刊。二五二頁。）は述べている。この問題は、地方公共団体そのものの事務ではない国又は他の地方公共団体から地方公共団体の機関に委任された所謂機関委任

事務の問題と関連して、制度上、国の所轄行政機関の一般的な指揮監督権等を認めている（国家行政組織法第一五条及び地方自治法第一五〇条）。尚、地方公共団体に対する国の監督について制度上認められている規定を見ると、立法権によるものと司法権によるものと行政権によるものとの三つがある。地方公共団体の起債の許可は、右に述べた点からもわかるように、行政権による国の監督の下に行われている。詳細は、柳瀬良幹「地方自治と国の監督」『憲法と地方自治』（昭和二九年一〇月一日、有信堂刊）七四―七五頁を見よ。

許可制度の運用については、それを法理由という基準で運用するか、それとも公益理由という基準で運用するかによって多少の問題がある。夙に、渡辺宗太郎教授によれば、即ち、「本来許可制度の運用は、法理由に依つてではなくして寧ろ公益理由に依つてその付与または拒絶が決法せられる場合に、却つて一層有意義のものであり得る。許可の付与または拒絶が公益理由に依つて決法せられる場合に、その謂ふところの公益は被監督者たる地方団体の利益を指すか、または監督者たる国家自身の利益を指すものであるか。詳言すれば地方自治の監督手段としての許可の拒否は、地方団体の利益を標準とするその行為の適否に依つて決せらるべきものであるか、または国家自身の利益を標準とするその行為の適否に依つて決せらるべきものであるか、これは理論上は地方自治の根本思想を否認する帰結に到達する。蓋し地方自治の思想は、例へば如何なる個人を以つて地方団体の機関の地位に充てるか、如何なる議決を以つて地方団体の意志とするかなどの点について、それを地方民自身をして自ら決定せしめることを以つて最も地方団体の利益に適合するとする推定をその前提としてゐるからである。」「地方団体の利益の実現は地方団体自身の決定の外に尚之に対する外来の保護を必要とするとする思想、即ち地方団体の丁年性を否認して監督手段たる許可制度を以つて未丁年者に対する国家の後見制と同一視する思想は、理論上は地方自治の根本思想と両立し得ないものである。それ故地方団体に対する許可権の行使は、原則として地方団体の利益を顧慮してではなくて、国家自身の利益を標準として行使せらるべきものである。之を地方団体の機関体の選任に関する国家の許可に就いてのみ、その選任に関する許可制度の意味を生じる。而もかゝる自治体機関の行ふ国家事務がその量に於いて少く、その質に於いて多くの重要性を有しない場合には、国家利益の保障はその選任後の執務を監督することを以つて足るが故に、自治機関の選任に関する許可の制度は殆どその意味を失ふ結果を生じる。地方団体の公共事務の執行に関して許可制度を認める意味は、国家の容喙に依つて地方団体民自身の利益を一層増進せしめんとすることに在るのではなくして、寧ろ地方的特殊

利益の追及を国家的・一般利益の維持発達と調和せしめんとすることに在る。地方団体所屬者の利益を増進せんとする地方団体の活動は、いふまでもなく、それが国家的利益と調和し得ることにその限界を持つ。乃ち予めこの兩者を調和せしめんとすることが、この場合に於ける許可制度の目的である。従つて許可を要する事務の種類は、期せずして、国家生活そのものと最も密接の關係に在る地方的事務に限らるべきものである。許可権限を行使する國家機關は、かゝる性質の事務に就いて、それを地方団体が執行することが、國家生活の消長を齎する意味を考慮し、許可すると否とを決するを要する。以上、渡辺宗太郎「自治監督の手段」『法学論叢第二九卷第三号』（昭和八年三月一日、京都帝國大學法學會刊所収。三〇九—三一〇頁。）に拠る。

四

行政行為の「許可」と認可の問題は、第一に、行政行為との関連でとらえられなければならない。何故ならば、行政行為の「許可」と「認可」は、行政主体（國及び地方公共団体）に屬する行政機關の行動の一種として行政行為の分類の中で叙述されているからである。行政行為の分類に関して「許可」と「認可」の存在を確認する場合、「許可」と「認可」を法律行為的行政行為としてとらえることには多少の問題がある。分類の標準として、「法律的效果の發生原因」に着目して分類するのか、あるいは、「法律的效果の内容」に着目して分類するかによって異なった見方が成立しており、とくに、このような異なった見方が成立している原因は、その標準を混同している点からきているものと思われる。同様に、「命令的行為」と「形成的行為」の分類の標準に関しても、「法律效果の發生原因」に着目して分類するのか、「法律的效果の内容」に着目して分類するのか、且つ又、「法律的效果の歸屬主体」に着目して分類するのかによって、その分類の標準について、學說上は、必ずしも統一がとれていない。しかし、「許可」と「認可」の定義について内容上は、それぞれの標準で論じた場合と何等異なつたところはない。第二に、新たに許認可等を設定しようとする場合には法治主義の内容に基つかなければならないから、この問題は、單に法の認識（解釈）を以て語

ればよいというわけにはいかず、法の創造という問題をも含めて考えなければならない。「許可」は、許可の対象が事実行為（火薬・薬品の製造）であっても、あるいは、法律行為（営業・火薬の販売）であっても、事実として禁止されている行為をなす自由を回復することであり、事実として適法にその行為をなすことにある。従って、許可を得ずして行った行為は、禁止違反として、処罰や強制執行の対象となるが、それが法律行為である場合には、禁止違反を理由としてその行為が無効にはならない。これに対して、「認可」は、法律関係の形成を当事者間に委ねることが行政目的に反すると認められた場合に、第三者の法律上の行為を補充してその効力を完成させるために行なう行政機関の行為であって、「認可」は、その法律的行为の効力要件であるから、認可を受けないでした行為は当然に無効であるといえる。かくの如く、『行政行為の「許可」と「認可」の問題は、以上の立場から「許可」と「認可」の違いについて検討してきたのであるが、検討を加えてきて感じたことは、一口に「許可」とか「認可」と言われる中には、行政法学に関する一切の基礎理論が含まれており、単に「許可」と「認可」とはどこが違うのかということについては行政法の基礎理論を完全に習得した後でなければ回答を出すことのできない複雑な問題を含んでいるということである。しかし、ここではその研究を深めていく上での一応の枠組を得たものとして稿を閉じることとする。

最後に、筆者をこのような心境（研究態度）に導いて下さったのも、昭和六〇年二月に他界された柳瀬良幹教授の御指導があったからこそと確信している。ここに改めて、柳瀬先生の学恩に対して深い感謝の意を表するとともに、御冥福をお祈り申し上げます。

尚、本稿は、筆者が中京大学社会人講座（昭和六〇年一月二五日）において研究報告した内容に若干の加筆・修正を施したものである。本稿の発表の機会を与えて頂いた中京大学法学部長松本昌悦教授に対して、ここに記して厚くお礼申し上げます。