

VI. 行政処分 の 概念

2013.5.22 石崎

本講義（7回から11回）では、①行政処分（行政行為）の基本的な概念と、②行政処分の特徴（特にその権力性）を理解することを主目標とする。その際、素材に取り上げるのは、許認可・除去命令・土地収用裁決など、その公権力性が明確な典型的行政処分である。

ある行政上の措置が行政処分に該当するかどうかという問題（処分性の有無に関する問題）は、行政処分の概念（範囲）を理解する上で重要であるが、行政法の講義ではこの問題にはあまり立ち入らない。

しかし、何が行政処分かは今日の行政法の最も活発に論じられているテーマの一つであり、抗告訴訟の対象となるかどうかという点で、実務上も大変重要な問題である。さらに、最近の最高裁判例は処分性を広く認めるような動向を示しており、同判例の動向が学説及び実務に与える影響も大きい。これらについては司法審査論で扱うが、本講義と司法審査論の講義を前提に、公法問題発見演習でさらに詳しい議論をする予定である。

1. 行政処分（行政行為）とは

(1) 行政処分の概念

①行政手続法 §2 二号は「処分」を「行政庁の処分その他公権力の行使」と定義し、行政不服審査法 §1 ②も不服申立ての対象として同様の表現をし、行政事件訴訟法 §3 ②も取消訴訟の対象として同様の表現をしている。ここでいう「行政庁の処分その他公権力の行使」に該当するものは、各法律では、許可、免許、保護決定、除去命令など様々な用語が使われるが、これらを総称して「行政処分」あるいは「行政行為」と呼んでいる。

法律は「処分」としているが、「処分」という語は多義的であるため、行政庁の処分という意味で「行政処分」と表現する。また、「行政処分」という場合は、行政事件訴訟法 §3 ②の「処分」と同条③の「裁決」の両方を含む概念とする。

なお、「行政行為」と「行政処分」については、後の補足を参照されたい。

②**最高裁昭和39.10.29判決**（民集18-8-1809、判時395-20、ケースブックp.268、LEX/DB 27001355）ゴミ焼却場設置決定事件は、旧行政事件訴特例法に関して、行政庁の処分を次のように定義している。

行政事件訴訟特例法1条にいう行政庁の処分とは、所論のごとく行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、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をいうものであることは、当裁判所の判例とするところである。

しかし、「具体的に」という語を入れた方がよいので、私の講義では、行政処分を次のように定義しておく。

公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を具体的に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

③行政処分は、原則として、次のような性質を備えるものである。

- a) 行政団体または行政機関の行為である。ただし、法律に基づき、本来は行政団体の帰属する処分権限が私人に委任される場合もある。
- b) 法律・条例に根拠規定があること。なお、法律の委任に基づく命令も根拠たりうる。
- c) 法的効果を発生させる行為であること。行政処分は、権利・義務関係を形成または確定する効果を発生させる行政庁の判断の表示である。他方、法的効果の生じない行為や事実行為は原則として行政処分ではない。
なお、相手方の身体または財産に対する実力行使（権力的事実行為）を通知する行為（刑事手続によるものを除く）も行政処分に含める（収用令書の通知など）。
- d) 個別具体的な法関係（権利義務関係）を形成する行為であること。つまり、一般的・抽象的な法規形成行為である立法行為と異なる。
- e) 対外的効果を有する行為であること。つまり、国民の権利義務を形成する行為であり、訓令・通達あるいは職務命令のような行政組織内部の行為と異なる。
- f) 行政庁の一方的な意思表示で法効果が生じるものであること（一方性・単独性）。
行政処分は、行政庁の行政庁の判断（決定）とその外部への表示（相手方への通知や交付など）によって法律効果が生じるものであり、相手方との意思の合致によって成立する契約とは異なる。行政処分には申請を前提とするものや相手方の同意を要するものもあるが、行政庁の意思表示が行政処分である。

※よく、行政処分の概念要素として、公権力性・法効果性・外部性・具体性の四つが挙げられるが、その場合の公権力性には、a) とf) が含まれているように思われる。

④権力的事実行為の処分性について

行政不服審査法は、「行政庁の処分その他公権力の行使」に継続的性質を持つ権力的事実行為も含むと規定しており（同法 § 2①参照）、行政事件訴訟法の処分にもこのような継続的性質を持つ権力的事実行為が含まれると解されている。例えば不法入国者の「収容」や銃砲等の「仮領置」など継続的性質を持つ権力的事実行為である。これらが違法になされている限りで、この措置を取消す（撤廃することの意味はある）。

継続的性質を持つ行為に限定した理由は、行政不服審査法や改正前行政事件訴訟法が、主に処分の取消を求める不服申立てや取消訴訟を念頭においていたからである。なるほど、一回限りの権力的事実行為はそれが終了すれば取消することはできない。せいぜい損害賠償を求めるだけである。

しかし、義務付け訴訟や差止め訴訟が法定されたので、一回的性格の権力的事実行為（違法建築物を強制的に除去する行政代執行など）も義務付け訴訟や差止め訴訟の対象となると思われる。そこで、権力的事実行為についても継続的性質を持つものに限定する必要はないと思う。従って、私は、行政処分概念に「権力的事実行為」を含

めるものとする。(③のc)のなお書き参照。)

(2) 行政庁とは

行政処分を行う権限を持つ団体又は機関を**行政庁**という。行政庁は行政手続法・行政不服審査法・行政事件訴訟法でも特に重要な概念である。もっとも判決などでは「処分庁」「処分行政庁」と表記されることもある。

①一般には行政機関に行政処分権限が与えられることが多く、その場合は行政機関が行政庁となる。

国では、主務大臣、委員会（公正取引委員会など）・人事院、税務署長など
自治体では、知事、市長、委員会（選挙管理委員会・公安委員会・教育委員会など）、警察署長、福祉事務所長、建築主事などがある。

②行政機関ではなく、行政団体（市町村など）が行政庁となることもある。

道路法 § 33と管理者に関する同法 § 15及び § 16

③特別行政団体（独立行政法人・特殊法人・土地改良組合や健康保険組合等の公共組合など）が行政庁となることも少なくない。弁護士会の懲戒処分やJRAの騎手騎乗停止処分は行政処分である。

弁護士法 § 56②、都市再開発法 § 86と同法 § 2の2②、独立行政法人等情報公開法 § 9

※特別行政団体の機関（学長や理事会など）が行政庁となることは、殆どないようである。

④法律の特別の授権により、民間団体や民間人が行政処分を行うこともある（建築基準法の改正により民間による建築確認も可能となったことは、eホームズ問題でよく知られるようになった）。また、地方自治法により公共施設の指定管理者となった法人（例えばビッグスワンの指定管理者は「アルビレックス新潟・都市緑花センターグループ」である）も施設の利用許可等で行政処分を行う。

(3) 行政処分であるかどうかの判断要素

①法律は、行政庁のある行為が処分であるかどうかは規定しない。(1) ③で示したような性質を有するものが行政処分であるが、ある行為が行政処分に当たるかどうかは法解釈によって決定される。しかし、実際にはその判断が困難なことがある。

立法行為なのか、行政処分なのか（小学校の廃止条例）

計画や告示に処分性は認められるのか（ある土地を道路予定地とする都市計画）

行政内部行為なのか、行政処分なのか（市民の権利に直接影響を及ぼす通達）

契約なのか行政処分なのか（公務員の任命は労働契約か処分か）

事実行為か行政処分か（違反者に対する是正勧告や違反者の公表）

などなど

②一応、次のようなことが判断の目安となるであろう。

a) 行政団体または行政機関が、法律または条例の個別の根拠規定に基づき、国民に対して行う行為であることが必要である。同時に、具体的な法効果を発生させることも必要である。

b) 違反行為（無許可行為や条件違反など）に対し行政上の強制措置・違反に対す

る罰則・撤回権や取消権が規定されていれば、行政処分というるのであろう。また、法律に基づき国民の自由な活動を制限する行為や、法律上の制限を解除する行為も、一般的には行政処分といえる。これらは当該行為の権力性が顕著である。

- c) 法律が争訟手段として不服申立てあるいは取消訴訟を予定している場合は、その行政処分性が明らかである。なかには契約と理解することが十分可能なのに、法律が争訟手段として不服申立てを指定しているために、立法政策として当該行為を行政処分としたといわざるを得ない場合もある。

公務員の任命行為や公共施設の使用許可などは、契約と基本的に同じ性質の行為であるが（民間施設である東京ドームを借りようと、公共施設であるビッグスワンを借りようと、借り手からみれば同じことである）、これらに対する争訟は不服申立てと取消訴訟が予定されているので行政処分と言わざるを得ない。情報公開法や個人情報保護法による開示決定も行政処分であるが、本来的には事実行為としての情報提供に関する決定であり、情報提供自体は何ら権力性を含むものではない。しかし、法律は開示に関する決定は不服申立てと抗告訴訟で争うものとしている。情報公開条例・個人情報保護条例も同様である。

2、行政処分の分類

(1) 行政処分の効果の内容に基づく4区分

(通説の分類法とは異なっているが、私はこの分類法が行政処分を概観しやすいと思っている。)

①設権処分 (国民や住民に権利を付与する処分)

- a. 許可 (禁止されていた自由を回復する処分)

自動車運転免許付与、営業許可、建築確認など

- b. 免除 (法律上の義務を免れさせる処分)

納税免除や猶予など、国立学校の授業料の減免

- c. 特許 (新たな法律上の権利や資格を付与したり、新しい包括的な権利義務関係を形成する処分。発明の特許とは異なる概念である。)

漁業権の設定、法人の設立認可、公務員任命行為など。生活保護の給付決定のように受給権を発生あるいは確定する処分もここにしておく。

- d. 認可 (国民相互の法律行為を有効なものとする行為。補充行為ともいう。)

農地売買の許可、公共料金変更の認可など

- e. 確認 (法律関係や事実関係を確認・証明する行為)

車庫証明、印鑑証明、選挙の当選人決定など

※許可と特許と認可の違いは何か→レジユメ補論参照、櫻井・橋本p. 82以下

②拒否処分 (許認可の申請や給付の申請を拒否する処分)

この中には、申請が形式要件を欠くために実体審査をしないで申請を拒否する処分 (俗に言う不受理) と、実体審査をして申請を拒否する処分がある。

③命令的処分 (国民に作為義務・不作為義務を課す処分)

- a. 下命 (国民や住民に作為義務—何かをなす義務—や受忍義務を課すもの)

違法建築物の除却命令、改善命令、課税処分など

- b. 禁止 (国民や住民に不作為義務—しない義務—を課すもの)

- 建築物の使用禁止、営業停止など
- c. 通知（行政代執行など強制措置権の発動要件となるもの）
滞納処分の督促、行政代執行の戒告など

④剥権処分（国民や住民の権利を剥奪し、あるいは制限する処分）

- a. 全面的な剥権処分（権利や資格等を消滅させる処分）
生活保護廃止決定、公務員免職処分、運転免許取消処分など
※既存の行政処分の職権取消や撤回も行政処分である。
- b. 部分的な剥権処分（権利の一部を剥奪したり、法的地位を低下させる処分）
生活保護の不利益変更、公務員の降格・減給処分など
- c. 公用収用処分、公用換地処分、公用権利変換処分など
これらは、土地所有権を剥奪したり、他の土地と強制的に交換したり、他の権利（地上権→賃借権）などに強制的に変換したりする処分である。
※これらの処分は、土地所有者にしてみれば剥権処分であるが、起業者側にしてみれば特許（土地所有権を得る）である。一種の二重効果処分（利害対立する複数の当事者を有する処分）である。

（2）伝統的な分類法及び最近の通説的な分類法

①伝統的な行政法学では、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分け、法律行為的行政行為をさらに命令的行政行為と形成的行政行為に分けていた（伝統的には、「行政行為」という言葉が使われていたので、それを用いる）。

（ア）法律行為的行政行為

1. 命令的行政行為（下命、禁止、許可、免除）
※許可や免除が命令的行政行為であることに注意
2. 形成的行政行為（特許、認可、代理、変更、剥権など）

（イ）準法律行為的行政行為

1. 確認、 2. 公証、 3. 受理、 4. 通知

※今日の学説は、この「準法律行為的行政行為」という概念を設定することに批判的である。塩野 I p. 119

②近年主流になっている分類法（例：塩野 I p. 120。ドイツの主流でもある。）

（ア）命令的行為（下命、禁止）

（イ）形成的行為（許可、特許、認可、剥権など）

許可が形成的行為に分類されていることに注意。

（ウ）確定的行為（確認、公証、裁決など）

（3）行政手続法が採用する区分

①申請に対する処分（上記（1）の①と②がほぼ対応する）

②不利益処分（上記（1）の③と④がほぼ対応する）

特に上記（1）④のa. は、聴聞手続が必要な処分である（聴聞相当処分という）。

※この（3）の区分は、行政手続法及び行政事件訴訟法上の最も重要な区分法である。行政手続法では、①と②の手続の構造が基本的に異なっている。これは行政手続法の講義で説明する。

行政訴訟上もこの分類が意味を持つ。

- ・本来、不利益処分には取消訴訟が対応し、利益的処分には義務付け訴訟が対応するものであろう。
- ・行政事件訴訟法は、義務付け訴訟につき、申請に対する処分の義務付け訴訟とそれ以外の処分（非申請処分という）の義務付け訴訟を区別して規定している（行政事件訴訟法 § 3⑥各号、同法 § 37の2と § 37の3）。申請に対する処分の義務付け訴訟は、申請拒否処分等の取消訴訟若しくは無効確認訴訟又は不作為違法確認訴訟と併合しなければならない。非申請処分の義務付け訴訟では併合は不要である（というか申請行為がないので併合しようがない）。他方、非申請処分義務付け訴訟の代表例は、第三者に対する規制権の発動を行政に義務付ける訴訟であり、これらは処分の名あて人（第三者）にとっては不利益処分である。
- ・取消判決の拘束力の規定も、申請拒否処分取消判決には特別の規定を置いている（同法 § 33②）。
- ・さらには、争訟段階での処分理由追加変更の可否にも影響を及ぼしうる。
申請拒否処分や不利益処分では理由を付さなければならないが、拒否処分や不利益処分に対する取消訴訟があった場合に、行政庁は理由を追加変更できるかという問題が今日の行政法上の重要論点である。私は、申請拒否処分取消訴訟では原則可、不利益処分取消訴訟では原則不可と考えている（なぜ→これは公法問題発見演習で扱う）。

※私が通常とられている区分論ではなく4区分法を採用したのは、その分かりやすさに加え、（3）の分類とうまく対応するからである。

（4）その他の区分概念として

①二重効果的処分

一つの行政処分が、ある人には利益効果を持ち、同時に別の人には不利益的効果をもたらすような行政処分をいう。現代行政の特質（社会的経済的弱者保護のために財産権行使に対し行政が積極的に介入する。環境・国土保全・経済秩序維持のために財産権行使に行政権が介入するなど。）から、近年特に重視されている。開発許可（事業者と周辺住民）や原発許可（電力会社と周辺住民）または競願関係にある場合の許可など。

二重効果性が強く意識されると第三者の手續参加や第三者への処分通知が法律上も規定されるようになる（例：情報公開によって不利益を受ける第三者の意見書提出制と処分の通知など）。

②混合処分

一つの行政処分が相手方にとって利益的側面と不利益側面を持つ行政処分をいう。条件付き許可、申請一部認容など。不利益部分に対する取消訴訟が原則として可能である。

③一般処分

道路の公用開始処分や公用廃止処分のように、不特定多数の者を相手になされる行政処分をいう。特定の道路区間に道路法上の道路としての効果を発生あるいは消滅させるので、これは行政処分である。

④対人処分と対物処分

人の権利義務関係を形成するのが対人処分で、特定の物の法的性質を形成するのが対物処分である。多くは対人処分であるが、道路の用途開始処分・用途廃止処分や保安

林指定及び保安林指定解除処分は対物処分である。

3、行政処分の特徴（権力性）

（1）行政処分の一方的性格ないし規律力

①行政庁の判断の表示が行政処分である。

- ・行政処分によって法律上の効果が発生する。行政処分は相手方との合意によって法律関係が形成されるものではない。
- ・特に不利益処分には、相手方国民の意思を無視して、一方的に行なわれるものが多い。
- ・利益的処分も、申請に対する行政庁の諾否の判断の表示が行政処分であり、行政処分によって法効果が発生する。上述のように申請拒否の判断表示も行政処分である。申請に対する処分には契約と同様の債権債務関係を発生させるものもあるが、許可による自由の回復のように国民と行政団体との債権債務関係として理解することが困難なものも少なくない（許認可の多くはそういうものである）。
- ・実体的にどのような効果が発生するかは、各処分の根拠法規の規定による。
- ・このように行政処分（行政庁の判断とその表示）によって、法効果が発生することを行政処分の「一方性」と表現することが多い。さらにこれを行政処分に特有の効力ととらえ、「**規律力**」と表現する見解がある（塩野 I p.139）。

②行政処分により課せられた義務の不履行に対して、行政上の強制執行が行なわれたり、刑罰が課されるものが少なくない。また、相手方に権利・利益を付与する処分でも、行政庁の一方的な取消・撤回権や停止権が認められることが多い。

③法律又は条例の根拠が必要である。

- ・行政処分は行政庁が勝手に行えるものではなく、その要件・内容・手続が法律や条例によって決められている。
- ・その際、判断余地（裁量）の殆どないもの、狭いもの、広いものがある→根拠となる法律や条例の規定の解釈による。

（2）抗告訴訟（取消訴訟）の排他的管轄

①行政処分は、違法であっても正式に取り消されるまでは有効なものとして通用する

- ・正式に取り消すことのできる機関は、処分行政庁、上級行政庁、不服審査行政庁、取消訴訟の裁判所である。それ以外の機関は行政処分を取り消したり、その効力を無視することはできない。従って、正式に取り消されるまでは、他の行政機関も裁判所（民事訴訟や当事者訴訟が係属している場合）も、それを有効なものとして取り扱わなければならないことになる。この通用力を行政処分の**公定力**という。
- ・不服審査や取消訴訟を提起しても、処分は有効である（執行不停止原則）。
- ・但し、あまりにも違法性の強い行政処分（一般に重大かつ明白な違法性を有するものが該当する）は**無効**であり、公定力は生じない。

②国民が行政処分の効力を否定しようとするれば、原則として行政不服審査（不服申立て）か取消訴訟を提起しなければならない。これを「取消訴訟の排他的管轄」とか「取消訴訟の利用強制」という。

不服申立てや取消訴訟は、一定期間内にしなければならない（その期間が経過し

て、国民の側から取消を求めることができなくなる効力を**不可争力**という)。現行法では、不服申立ては処分があったことを知った日から60日、取消訴訟は同じく6ヶ月である。詳しくは、後の行政処分の効力のところで説明する。

③行政処分を求めたり、差止めようとする場合も、抗告訴訟（義務付け訴訟・差止め訴訟）で争わなければならない。

※通常の民事訴訟や当事者訴訟で、裁判所が自ら、処分を行ったり、処分を義務付けたり、処分を差し止めることはできない。

※抗告訴訟であっても、裁判所は行政庁に代わって自ら行政処分を行うことはできない。行政処分を行うのはあくまでも行政庁であって、裁判所は行政処分を行うことを命ずる（義務付ける）にとどまる。このことは、取消訴訟との違いである（取消訴訟の場合は、裁判所自らが取り消すのであって、行政庁に取消を命じるのではない）。

※上掲のゴミ焼却場設置決定事件最高裁判決（民集18-8-1809、判時395-20、ケースブック p. 268、LEX/DB 27001355）は、先の引用部分に続いて次のように述べている。

かかる行政庁の行為は、公共の福祉の維持、増進のために、法の内容を実現することを目的とし、正当の権限ある行政庁により、法に準拠してなされるもので、社会公共の福祉に極めて関係の深い事柄であるから、法律は、行政庁の右のような行為の特殊性に鑑み、一方このような行政目的を可及的速かに達成せしめる必要性と、他方これによつて権利、利益を侵害された者の法律上の救済を図ることの必要性とを勘案して、行政庁の右のような行為は仮りに違法なものであつても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、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、これによつて権利、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こととしたのである。従つてまた、行政庁の行為によつて権利、利益を侵害された者が、右行為を当然無効と主張し、行政事件訴訟特例法によつて救済を求め得るには、当該行為が前叙のごとき性質を有し、その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なものとして取り扱われている場合でなければならない。

※後の行政処分の効力のところで説明するが、今日の行政法学説は、行政処分の公定力や不可争力は行政処分に本来的に認められるものではなく、取消訴訟でしか争えない（民事訴訟や当事者訴訟ではその効力を否定できない）という訴訟制度を定めた結果であると考えている。その点では、上記最高裁判決は古い考え方（適法性推定説）に立脚している。

※行政処分を訴訟法的に定義する見解

行政処分を実体法的に定義するのではなく、「取消訴訟の排他的管轄に服する行為」と訴訟法（手続法）的に定義する学説もある。これは行政処分の権力性の理解にも関わる重要な問題提起を含むものである。私は、理論的にはこちらの方がよいのではないかと思うところもあるが、ここでは深入りしない。

【補論】 行政処分に關わるいくつかの用語・概念・分類について

(1) 法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為

- ①法律行為的行政行為とは、ある法的効果を発生させるという行政庁の意思（効果意思）を表示する行政行為をいい、準法律行為的行政行為とは、行政庁が事実関係または法律関係を確認してそれを表示するにとどまるものをいう（觀念の通知）。準法律行為的行政行為にあっては、行政庁がその判断を表示すると、効果は法律の規定によって当然に発生するとされている。
- ②例えば、「建築確認」を許可（＝法律行為的行政行為）と理解すれば、それは建築行為を許すという意味を表明するものと説明されるが、「建築確認」を確認（＝準法律行為的行政行為）と理解すれば、それは申請された建築計画が法律に適合していることの確認にとどまり、建築してもよいという効果は、この確認の結果、建築基準法の規定により当然に発生するものと説明される。
- ③この区別は、行政庁に裁量が認められるか（準法律行為的行政行為の場合、建築してもよいという効果は法律によって発生するので、行政庁に裁量の余地はない）、あるいは条件を付すことができるか（許可の場合、ある条件で許可するという余地があるが、確認だと効果発生は法律に基づくので条件を付す余地はない）ということに関係すると説明されてきた。
- ④しかし、今日の行政法学の大勢は、このような「準法律行為的行政行為」という概念を立てることには懐疑的である。

(2) 伝統的な行政法学説における「命令的行政行為」と「形成的行政行為」の区分

- ①命令的行政行為は、人や団体の行動の自由を規制したり（下命・禁止）、あるいはその規制を解除し自由を回復させる（許可・免除）だけの行為と説明される。つまり、私人が本来持つ「自然の自由」に關わるものであって、それ以上の資格や特権を付与するものではないということになる。
- ②形成的行為は、新たな法関係を形成（設定・変更・廃止）するものであり、自然の自由の回復を超える法律上の地位・資格・能力を付与（あるいは剥奪）するものと説明される。
- ③例えば、単なる営業許可は命令的行為の許可であるが、独占的地位を付与する事業認可は形成的行為の特許である。
- ④命令的行為は自然の自由に対する規制（あるいはその回復）であるから行政庁の裁量余地がなく、形成的行為（特に特許）は新たな権利の付与であるから行政庁の裁量余地があると説明されてきた。

(3) 許可と特許と認可

- ①許可は自由を回復するだけであって、排他的・独占的地位を保障するものではない（運転免許など）。従って、伝統的には命令的行為に分類されていた。
- ②特許は、相手方に排他的・独占的地位を与えたり、権利（物権など）を発生させる効果を持つものである。また包括的な法律関係を形成する行為も特許のグループに入れている。当然、形成的行為に分類されていた。
- ③認可は、私人の法律行為（契約など）の効力を発生させる行政行為である。例えば公共料金の値上げの認可や農地売買の許可など。私人の行為の法効果を発生させる行為なので形成的行為に分類されていた。

※法律上は、免許、許可、認可、確認などいろいろな用語が不統一に使われているが、効果の性質に応じて分類する（つまり法律上は「許可」でも分類上は「特許」とか、法律

上は「免許」でも分類上は「許可」というように)。

※発明の特許は、最新の発明であることの確認であり、特許権は法律によって発生すると解されている。つまり発明の特許は確認であるということになる。

※このような分類の結果、許可は単なる取締法規なので、無許可の法律行為は刑罰の対象にはなるが法律行為が無効となるものではないとし、他方、特許や認可は法的能力を付与する行為であり、それを欠く法律行為は無効であるという見解が出された。

※また、許可は自然の自由の回復だから裁量余地はなく、特許は新たな特権の付与だから自由裁量であるといわれたこともある。

(4) 私見

①以上のような説明がなされるが、準法律行為的行政行為といわれるものであっても、国民の側から見れば、この行為の結果として権利や義務が発生することには変わりはない。

また、このような分類から、条件の可否や裁量権の有無が自動的に決まるものではない。確認行為であってもその要件の認定には行政庁の裁量の余地があるものがあるだろうし、いつ確認を表示するかについて裁量(時の裁量)の認められることがある。

従って、私も準法律行為的行政行為という概念は用いない。

②許可と特許と認可に一応の違いがあることは否定しないが、だからといって許可が命令的行為で、特許が形成的行為だということにも賛成しがたい。いずれも権利・利益を付与あるいは回復する行為である。

許可が命令的行為で、特許が形成的行為であるとするだけで、要件や効果が一律に決まるものでもない。どちらも権利が付与されることに変わりはないし、許可でも裁量の認められるものがある一方、特許といわれる行為でも裁量余地の少ないものもある。また、無許可の法律行為であっても、私法上無効とされる場合がありうる。

③そこで、先の4区分では、確認・許可・特許などを設権処分の中の小区分概念として位置づけたのである。いうまでもないことであるが、これらの多くは申請に基づく処分である。

④大切なことは、法律が行政処分にどのような効果を付与しているかであり、その解釈論的見極めである。

分類論は、多種多様な行政処分を整理して、鳥瞰しやすくするとともに、そこに共通法理があればそれを抽出しようというものである。分類論から処分の効果を決定するのは本末転倒であろう。時代が変われば、新しい効果を持つ処分も登場する可能性がある。従前の分類論には上手く収まらない効果を持つ行政処分が法定されたら、分類を見直すべきであろう。(新たなカテゴリーを作るか、カテゴリーを再編するか)

これに関連するが、物理学者須藤靖のコメントは「実に面白い」(同著『解析力学・量子論』東京大学出版会(第2版2010年)100頁の注4)。

(補足) 「行政行為」と「行政処分」の言葉使いについて

行政法学では、レジュメ p. 98の③にあげた性質を有する行為を「行政行為」と総称することが多い(櫻井・橋本、宇賀 I、塩野 I 参照)。これはドイツ語のVerwaltungsaktの直訳語である(英語だと administrative action ということになるだろうか)。これらは事実行為ではなく、あくまでも個別具体的な法規範形成作用であり、その点で法律行為と類似するところがある。つまり、行政行為は行政庁の意思表示または観念の通知であり、それに法律上の効果が生じるものと捉えることができる(相手方との合意によって法効果が生じるものではない点で契約と異なる)。そこで伝統的行政法学説は民法の法律行為理論にならって、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」に分けて考えてきた。

しかし、この概念には権力的事実行為は含まれないこととなる。しかし、レジュメ p. 98の④で書いたように、権力的事実行為も抗告訴訟の対象としての処分たりうる。また、最近の最高裁判例は、勧告であっても取消訴訟の対象としての「処分」性を肯定しうる場合があることを認めている。そうすると理論的概念である「行政行為」概念と抗告訴訟の対象である処分概念は必ずしも一致しない。

すなわち、抗告訴訟の対象としての処分の中には、(a) 上記③に該当する行為と、(b) その他の行為(事実行為等)があることとなる。そこで、行政行為を学問上の概念として、上記③の性質を有する行為として定義する見解もある(櫻井・橋本 p. 79 参照)。行政行為をさらに狭く捉える見解もあるが(自由と財産に対する制約で、いわゆる統治権の行使といえるもの)、いずれにせよ、これらの見解では、「行政処分」は「行政行為」より広い概念となる。

しかし、行政手続法・行政不服審査法・行政訴訟法では「行政庁の処分その他公権力の行使」という概念を使っており、「行政行為」は法律用語ではない。さらに、市民感覚的にも「行政行為」というと行政活動一般をイメージし、特殊な限定された意味はすぐには思い浮かばないだろう。それに対し「行政処分」という言葉でイメージするのは「免許取消」「営業停止」などまさに典型的な行政処分である。そのため、私は「行政行為」よりは「行政処分」の方が市民にも誤解されないと思う。さらにいえば、行政処分概念をめぐっては、国民が権利救済手段として不服申立てや抗告訴訟を使わなければならない行為かどうか最も重要な問題であって、意思表示か権力的事実行為かが決定的問題ではない。つまり、行政行為という概念を設定すべき必要性がまだよく分からないのである(行政処分とは異なる意味での行政行為概念の有意義性については、さらに研究すべきであって、早々に結論を出すべきものではない)。

それらの理由で、私は「行政行為」という概念は使わず「行政処分」という概念を使用することにしていく。(もっとも、宇賀教授は、「行政処分」というと免職・許可取消・営業停止命令のように制裁の意味を持つものだけをイメージしがちであるが、「行政処分」には許可や生活保護決定のように権利を設定するものもあるので、誤解を避けるためには「行政行為」という用語がよいとしている。)

しかしながら、本講義で扱う行政処分は具体的法規範形成行為を念頭においており(いわゆる「行政行為」に該当するもの)、処分性の有無が問題となるような限界的行為(事実行為・勧告・通達等の内部行為・立法行為や計画確定など)はとりあえず考えない。これは司法審査論や公法問題発見演習で扱う。つまり、典型的な行政処分を素材にして、その成立・効力・消滅を検討する。