

行政行為の種別に関する一考察

——許可と特許——

乙 部 哲 郎

- 一 はじめに
- 二 許可と特許の区別
- 三 公企業の特許の性格
- 四 おわりに

一 はじめに

一 行政行為の種別法にはいろいろあるが、行政行為の内容的側面からは、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為に分けるといふのが伝統的な種別法である。この種別法は、その名称から知られるように先進法学である民法学における概念を借用してたてられた。そして、法律行為的行政行為は命令的行為と形成的行為に分け、それぞれの代表例として許可と特許をあげ、準法律行為的行政行為は確認、公証、通知、受理に細分される。⁽¹⁾こ

れに対しては、準法律行為的行政行為についてその法的効果の違いに依じて不可変更力のあるのが確認、証拠力のあるのが公証のごとくみていくべきであるとする柳瀬博士や、⁽²⁾法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の種別法とそれぞれの細分法にも重大な疑問があるとする南教授・藤田教授による批判が現れてくる。⁽³⁾⁽⁴⁾

南教授は許可にも権利・法的地位を形成する側面があるとして許可と特許を区別できるのか疑問とするようにみえるのに対して、藤田教授は、公企業の特許の性格は地域独占的経営権の設定とみて、行政行為の法的効果の差異に応じて許可と特許の区別は理論的には可能としている。その後、大貫教授は、公企業の特許の性格を地域独占的経営権の設定と捉えつつもその権利性は弱く、行政行為の法的効果の側面からの許可と特許の区別は疑問とするように解される。⁽⁵⁾

二 公企業の特許の性格を地域独占的経営権の設定とみることができれば、事業経営について許可と特許との区別はなお可能であろう。ところが、近年の規制緩和の進展のなかで、公企業の特許の性格を地域独占的経営権の設定とみることは問題もある。許可と特許を区別するのであれば、区別の基準は厳密には行政行為の法的効果とは別の、従来は公企業特許法制の特色として指摘されていたものに求めるほかにようにも思われる。本稿は、このような視点から、事業経営をめぐる許可と特許の区別について若干の検討を試みようと思図するものである。

(1) たとえば、田中二郎『行政法総論』(有斐閣、昭三・一九五七)二九五頁以下、三〇一頁以下、今村成和『行政法入門(新版)』(有斐閣、昭五〇・一九七五)七〇頁など。

(2) 柳瀬良幹「準法律行為的行政行為の種別について」(昭三八・一九六三)『元首と機関』所収(有斐閣、昭四四・一九六九)二二六七頁以下。

- (3) 南博方「行政処分概念の動揺」(昭五二・一九七六)『行政手続と行政処分』所収(弘文堂、昭五五・一九八〇)一四二頁以下、藤田宙靖「行政行為の分類学」(昭五二・一九七七)『行政法学の思考形式』所収(木鐸社、昭五三・一九七八)一〇九頁以下。

- (4) 近時、行政法の教科書などでは、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の種別法に疑問を提示するものや、この種別法を基本的に維持する場合でもなんらかの留保を付すものが増えている。兼子仁『行政法総論』(筑摩書房、昭五八・一九八三)一六二頁以下、南博方『行政法』(有斐閣、平二・一九九〇)五〇頁、広岡隆『新版行政法総論』(ミネルヴァ書房、平四・一九九二)一一三頁、小高剛『行政法総論』(ぎょうせい、平六・一九九四)七二頁など。
- 法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為に代わる種別法を提示するものとして、遠藤博也『実定行政法』(有斐閣、昭六四・一九八九)九八頁以下、今村成和『行政法入門(第4版)』(有斐閣、平二・一九九〇)七二頁以下、塩野宏『行政法I(第二版)』(有斐閣、平六・一九九四)九八頁以下、大浜啓吉『行政法総論』(岩波書店、平一一・一九九九)一一〇頁以下。

- (5) 大貫裕之『行政行為の分類学』(覚書)東北学院(法律学)四〇号(平四・一九九二)一七四頁以下。

二 許可と特許の区別

一 諸説の展開

一 伝統的見解によれば、法律行為的行政行為は、その法的効果の内容の差異により、命令的行為と形成的行為とに区別される。命令的行為と形成的行為を区別する実益は、警察上の営業許可(例、旅館業法三条一項に基づく旅館営業の許可、食品衛生法二二条に基づく食堂営業の許可)と公企業の特許(例、道路運送法四条一項に基づくバス事業の免許)との区別の実益の問題でもあり、実際にもこの問題をめぐって盛んに論争されてきたと

ころである。この点、伝統的見解によれば、許可は不作為義務（禁止）を解除して自然の自由を回復させることにより相手方に営業行為等を事実としてすることを認めるものであって、別段に営業等の権利を設定するものではない。そこから、たとえば、既存許可業者には第三者に対する新規営業許可の取消を求める出訴資格はなく、また、人の本来的自由の回復措置であることから許可は羈束行為であるとされる。これに対し、特許は権利・能力その他の法的地位を設定するのであるから既存の特許企業者の出訴資格は認められ、また、特許は裁量行為であることなどの点に、許可と特許とを区別する実益があるとされてきた。⁽⁶⁾

二 伝統的見解による右の許可と特許の区別に関しては、許可も特許も本質的には異ならないと説くいわゆる公企業の許可説より批判が加えられつつある（後記一一頁参照）。このほかにも、たとえば、許可の一例とされている自動車の運転免許（道交八四条一項）は運転行為をなしうる法律・権利状態を形成⁽⁷⁾、逆に、特許の一例とされているガス事業・電気事業等の免許（ガス三条・電気三条）は私人に事業活動の自由を付与するという法的効果もあるとして、許可と特許の区別の基準自体の不明確性が批判されている。また、両者の区別の実益について、抗告訴訟の原告適格論の進展により既存許可業者の出訴資格の可能性もあり、行政庁に法律的羈束を加える立法例が特許の分野でも増えつつあるなど、許可と特許という行為類型の区別から直ちにこれらについて相異なる結論が導かれるわけではないという批判が加えられるようになってきた。⁽⁹⁾

このうち、南教授は、許可は自然の自由の回復であるが特許は権利・能力その他の法的地位の設定であるという基準自体が有効ではないとして、許可と特許の区別に懐疑的であるようにも解される。⁽¹⁰⁾これに対して、藤田教授は、公企業の特許の法的性質に関する今村博士の地域独占的経営権付与説（後記一一頁参照）に従いつつ許可と特許の理念的区別としては右の基準自体は維持するが、実際には電気事業等の免許は自由の回復であるとともに

に権利・能力その他の法的地位を設定する両面を有しているから、許可と特許の合体行為であるといい、南教授とは差異もあるようである。

大貫教授は、南教授・藤田教授の見解にはいずれも批判的である。まず、許可が一定の法律・権利状態を形成するといつてもあくまで「自然の自由」に関わるものであって、「自然には有しない法律上の力」を形成するわけではないとして南教授の見解に批判を加える。¹¹⁾そして、営業許可により営業活動の自由がもたらされるが、営業活動の自由は競争状態から享受（回復）しうる利益の意味で捉えるのに対して、公企業の特許は地域独占的経営権の設定の意味で捉え、この地域独占的経営権は需給適合原則を定める規定から与えられるとしており、このかぎりでは藤田教授と同様に許可と特許の区別はいちおうこれを維持するように解される。もっとも、事業の開始義務等があることを考慮すると地域独占的経営権の権利性はかなり弱いとも述べて、「一定の利益を享受しうる法的状況をもたらす（回復する）」という点に許可と特許の共通性を求めるようにもみえる。また、無許可営業が刑罰の対象となるのは許可という行政行為の効果ではなく法システムから導かれる効果であるといい、行政行為の効果や行政行為による私人の権利義務への働きかけの視点から、許可と特許の差異を説くという藤田教授の提言は必ずしも成功していないといい、結局は、行政行為自体の効果の側面からは許可と特許の区別を否定するよう¹²⁾に解される。

(6) たとえば、田中・注(一)三〇二頁以下、同『行政法上』(弘文堂、昭四九・一九七四)一二二頁以下。

(7) 南・注(3)一四二頁。

(8) 藤田宙靖『行政法Ⅰ総論』(青林書院新社、昭五五・一九八〇)一三二頁。

(9) 藤田・注(8)二三三頁。なお、同『行政行為の分類』ジュリ増刊行政法の争点(昭五五・一九八〇)七二頁以下。

- (10) 広岡・注(4)一六頁も公企業について特許説・許可説のいずれを探るかは実益のある議論とは思われな
い、植村栄治『行政法教室』(有斐閣、平二・二〇〇〇)六七頁は許可と特許の区別はやめたらどうかとい
(11) 大貫・注(5)一七四頁以下。
(12) 大貫・注(5)一七六頁以下。

二 問題の所在

一 まず、許可も特許も営業の自由等の基本的人権に介入する行政手法であることを考慮すれば、いずれも「自
然の(本来の)」自由の回復に関わる面をもっており、「自然の(本来の)」自由の回復に関わるかどうかは、許可
と特許を区別する適切な基準にはなりえないように思う。⁽¹³⁾ つぎに、許可は単に事実として一定の営業をなさしめ
うるにとどまるというよりも、一定の営業をすることができ法的地位を設定すると考える方がむしろ素直な理
解であり、このように考えた方が抗告訴訟の原告適格について伝統的見解をとった場合でも、既存許可業者の救
済にも資することになる。⁽¹⁴⁾ この意味で、許可も一定の法的地位を形成する側面があるという南教授の指摘は的
確なものを含むように思われる。前記のように、結局、大貫教授も「一定の利益を享受しうる法的状況をもた
す(回復する)」という点に許可と特許の共通性を求めようとする点にも、留意すべきであろう。

二 つぎに、藤田教授も指摘するように、ガス・電気事業等の営業免許が事業活動の自由を与えるという側面
があることは否定できないが、この点を重視して許可と特許の合体行為性を用いるのはどうか。同教授の
主張の根幹は、公企業の特許は需給適合基準に基づく地域独占的経営権の設定であるが、営業許可はそうではな
いという点にあらう。この主張自体には、確かに、行政行為の効果や行政行為による私人の権利義務への働きか

けの視点からの区別ということが顕著に現れており、この差異は大きなものがある。たとえ事業開始・継続の義務が付着するとしても、地域独占的経営権の設定ということは、それほど弱い権利性であるとはいえず、なお許可と特許の区別を可能にする基準であるように思う。

ただ、近年の規制緩和の進展のなかで、公企業の特許の性格を地域独占的経営権の設定とみることは問題もある。また、需給適合原則の内容も変質してきており、同原則から文字通りの地域独占的経営権の設定やこれに類するものを導き出すのが難しい場合もある。なお、特許法制からひとまず離れて公企業の特許の実態はもっぱら公企業（公益事業）の免許とみても、従来のごとく公企業概念を生活必需給付と独占的経営の要素により構成することも難しくなってきた。そうすると、地域独占的経営権の設定という行政行為の効果の側面から、許可と特許を区別するのも難しいことになる。事業開始・継続の義務があり（ガス七条・一三条、電気七条・一四條、電通事一二条・一八條など）積極的な監督にも服するということも、厳密には公企業の特許自体の法的効果ではなく、それから後の公企業の事業経営に対する規制のようにも解される。⁽¹⁵⁾そこで、公企業の特許の法的性格や公企業概念をどのように捉えるかが重要となるが、この問題は項を改めて検討を試みることにする。

(13) 小早川光郎『行政法上』（弘文堂、平一一・一九九九）二〇三頁。

(14) たとえば、公衆浴場設置許可処分無効確認請求事件における最判昭三七・一・一九民集一六卷一号五七頁参照。

(15) そうすると、大貫教授が事業開始・継続の義務の特許の法的効果である地域独占的経営権の設定と合わせて地域独占的経営権の設定の権利性は弱いといひ、許可と特許の共通性を導くのも問題があろう。ただし、藤田宙靖『第

三版行政法Ⅰ総論〔再訂版〕』（青林書院、平一二・二〇〇〇）一七八頁。

三 公企業の特許の性格

一 諸説の展開(1)―戦前

一 国家独占経営権付与説 公企業の特許の観念についても、わが国では、美濃部博士が創唱して、公企業の特許とは「国家ノ独占ニ属スル企業権ノ一部ヲ他ノ者ニ付与スル所ノ国家行為ナリ」という⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。美濃部博士は、警察上の営業許可との質的区別として、①警察許可は自然の自由の回復であるが、公企業の特許は自然の自由には含まれない新たな権利を設定すること、②警察上の許可営業は営業の開始・継続の義務を負わず廃業も自由であるのに、特許企業は事業の開始・継続の義務があり任意に事業を縮小・廃止してはならない義務を負うこと、③警察上の許可営業は警察上の監督に服するにとどまるのに、特許企業は国家の特別の監督に服すること、④ほかに、特許は、原則として自由裁量行為であり先願主義は妥当しないことなどをあげる⁽¹⁸⁾。

二 公企業の許可説 北村博士は、帝国憲法二七条の所有権の保障と公益のための法律による制限との関係では、公企業の特許も警察上の営業許可も同じであり、いずれも法律による制限がなければ自然の自由の状態⁽¹⁹⁾で当該営業を行いうること、かくて「営業の警察許可と公企業の特許とに法本質的区別を設くる要は、相当疑問が存」し、両者は「むしろ許可の一語を以って表現」しうるといふ⁽²⁰⁾。しかし、当時はこの批判によっても国家独占事業性を骨子とする通説の優勢は動かず、たとえば、「法律をもってある経済的事業の経営を国家に専属せしめることよって、国家がその経済的活動の純私経済的性質を奪い公の行政の一部たらしむる」という反論は⁽²¹⁾、当時、実際に国家独占経営権を定める法令の出現に伴い、説得力をもっていたと解される。

(16) 美濃部達吉「公企業特許ノ法律上ノ性質」法協三二卷二号(大四・一九一五)二〇―二二頁、同『行政法撮要』(有斐閣、大二三・一九二四)一五一頁以下。なお、国家独占事業であるか否かは法律の規定によるが、法律の明文によらずにその性質上当然に国家独占事業性が認められるものがあるとして、公の交通・道路・学校事業などをあげる。

(17) 同旨、田上穰治「公企業の特許について」新報四六卷五号(昭一一・一九三六)一頁以下。原龍之助「公企業特許の性質」公法雜誌四卷五号(昭一三・一九三八)二九頁以下も同旨であり、なお、公企業特許の性質について近世初めにまで遡って概観する。

(18) 織田万『日本行政法原理』(有斐閣、昭九・一九三四)三五二頁、渡辺宗太郎『日本行政法下1』(有斐閣、昭一・一九三六)一四五―一四六頁は、いずれも、国家独占経営権付与そのものは明示しないものの、そのほかは、大体、美濃部博士と同旨であると解される。

(19) 北村五良「公企業に関する若干疑問」公法雜誌四卷一号(昭一三・一九三八)四〇頁以下。

(20) 山田準次郎「公企業及其の特許に就て」新報四九卷二号(昭一四・一九三九)二六頁以下も、美濃部博士の公企業特許の概念、とりわけ国家の権利に属する事業という觀念に対して批判を加えるが、厳密には公企業の許可説とも異なるところがある。

(21) 原・注(17)二四頁、同『企業行政法概論』(日本評論社、昭一五・一九四〇)一二四頁以下。

二 諸説の展開(2)―戦後

一 国家独占経営権付与説 戦後も、右の美濃部博士の所説の系統が通説的見解をなす。その代表者である

田中博士は、「国の独占に属する国家的事業の経営権を他人に賦与する行為を公企業の特許」と定義づけ、「特許は国家的事業の経営権を付与すると同時に、国に対し事業遂行の義務を課し、その事業につき、特別の監督統制

を加えるのが通例である。その権利と義務とが、一体不可離の関係に在る点からいえば、この行為は、かような法律的地位を設定する行為と解する」としていた。⁽²²⁾その後、田中博士は、特許企業を公企業概念から除外して統制企業とともに「公企業」(規制法)の類型にいれるが、公企業特許の概念そのものは変わらないように思われる。そして、警察上の営業許可との差異として、美濃部博士があげる前記の①から④と大体、同旨のことを指摘するようにみえる。⁽²³⁾

その後、以下の諸説が現れるが、国家の独占に属する事業経営権の付与ということには批判的である点で共通する。

二 包括的法律関係設定説 山田博士は、独禁法二一条、労働関係調整法八条等の規定群を根拠に、「公企業の特許は、「地域的な独占的経営権を保障し、企業経営を適法に行いようと同時に経営遂行の義務を負わしめる」ものであるという意味において、「公権を賦与する形成的行為」であるという。山田博士の特許企業を含む公企業概念の中核には公企業(公益事業)がおかれているが、このほか、銀行業・保険業・倉庫業などを特許企業に加え、その論拠として、特許企業に相当するには「主務大臣の企業経営に対する積極的監督規定の存在をもって決め手であると考えべき」であるという。山田博士は、通説的見解は国家独占事業性の観念を公企業の特許と警察許可の質的区別の体系的説明のために使うとして、⁽²⁴⁾具体的には、公企業の特許は、第一に、公権を設定する形成的行為であること、第二に、原則として自由裁量行為であること、第三に、特許企業者を特別権力関係に従属せしめる行為であることをあげるといい、結局、第三点を除いては承認するのであるが、第一・二点が認められるからといって公企業の特許について国家独占事業性をいうべき必然性はないと結論づける。また、国家独占事業性、特別権力関係の構成には従わないことから、特許企業は公行政の一部であるという通説的見解には賛成

できないとする。⁽²⁵⁾

三 公企業の許可説 右の山田博士による反論を契機として、国家独占経営権付与説に対する批判が次第に有力になっていく。そして、戦前において、また、山田博士によってもあまり重視されなかったようにみえる公企業の許可説がその後、次第に有力になっていく。たとえば、佐藤氏は、許可（例、公衆浴場法の許可）も特許（例、軌道法の特許）も憲法の職業選択の自由・営業の自由として保障されており、公企業経営権は「超憲法的な、いわば『天賦国権』として本来国の権能」に属するという考え方には疑問があるといい、⁽²⁶⁾同旨の見解が続く。⁽²⁶⁾公企業の許可説は、とりわけ、いわゆる特許は自由裁量、許可は羈束行為または法規裁量行為という見方にも反対し、また、手続的規制については両者に差異はないとみるものが多い。⁽²⁷⁾

四 生活配慮説 成田博士は、「私は典型的な公企業、特許企業というものは、日常生活に不可欠な財貨や役務を提供するということが、一つのメルクマルだと思ふ」といい、公共企業・公益事業とはいわずに、ドイツの「生存配慮」概念と結び付けて、第一次的には国家・公共団体が経営するのが公企業であり、第二次的にこれを私人に任せるのが特許企業であり、後者も公行政の一部をなすという。⁽²⁸⁾公企業・特許企業に共通の事業内容として公益事業的なものを想定し、かつ、特許企業の行政的性格を導くためにドイツ的生存配慮概念に結びつけているところに特色がある。

五 独占的経営権設定説（需給適合原則説） 今村博士は、「特許企業規制は、自然独占的性質を内包し、公衆の便益に密接な関係をもつ事業について、その独占を保障し（免許基準）、保護し（侵犯者に対する罰則）、且つ、事業遂行上の利便（公用負担特権など）を供与すると共に、その事業活動に対し、公衆の利益保護のために、高度の公的統制を加えることを目的とする」が、「何を特許企業規制の対象とするかは、結局において立法政策の

問題であり、必ずしも、自然独占的性格のものでなければならぬという要件があるわけではない。……しかし、事業活動に対し高度の規制が加えられることがあっても、独占的経営権の付与を伴わないものは、特許企業ではない」として、倉庫・銀行・公衆浴場・薬局・石油精製等の特許企業性を否認する。なお、警察許可は営業の自由を前提とする羈束裁量であるのに対して、公企業の特許は営業の自由を前提とせず、特許企業をなしうるという特権を付与する設権行為であり、かつ、多かれ少なかれ裁量が認められることに、両者の区別を求め⁽²⁹⁾る。前記のように、藤田教授や大貫教授もこの独占的経営権設定説に従うものと解される。

(22) 田中二郎『行政法下』(弘文堂、昭二九・一九五四)四八一頁。同旨、須貝脩一「公企業の特許」論叢六六卷六号(昭三五・一九六〇)五頁。

(23) 田中二郎『行政法下II(全訂一版)』(弘文堂、昭四四・一九六九)三三二頁以下、同『行政法下(全訂二版)』(弘文堂、昭五八・一九八三)一〇九―一〇頁。

(24) 同旨の見方として、山田・注(20)二六頁以下、須貝・注(22)五―六頁。塩野宏教授はこのような見方には反対する。座談会「事業の免許制・許可制」ジュリ二九三号(昭三九・一九六四)九頁参照。私見も塩野教授の意見に賛成である。

(25) 山田幸男『公企業法』(有斐閣、昭三三・一九五七)七三―七七頁。同旨、金沢良雄「公企業の特許」法教一期六号(昭三六・一九六一)一四六―一四七頁。群馬中央バス事件における東京高判昭四二・七・二五行集一八卷七号一〇一四頁も、バス事業免許は「包括的な権利義務の関係を設定する形成的な行政行為であり、いわゆる公企業の特許たるの性質を有する」と判示する。

(26) 佐藤達夫「行政法・あまのじゃく」時法三七四号(昭三六・一九六一)三―四頁。同旨、群馬中央バス事件における東京地判昭三八・一二・二五行集一四卷一二号二二五五頁。その後も、公企業の許可説をとる学説は少なくない。

たとえば、座談会・注(24)二二頁(山内一夫)、原田尚彦「国の企業規制と特許企業(一)」、「(二・完)」立教法学七号(昭四〇・一九六五)九三頁、八号(昭四一・一九六六)一七九頁、杉村編『行政法各論』(有斐閣、昭四六・一九七二)二六三頁(室井力)、太田益男『行政法各論』(啓文社、昭四八・一九七三)一四三〜一四四頁、高田敏「警察許可と公企業の特許」金子Ⅱ広岡Ⅱ山本編『行政法上』(法学書院、昭四九・一九七四)二八五頁以下、杉村Ⅱ室井編『行政法の基礎』(青林書院新社、昭五二・一九七七)三七八頁(熊本信夫)、田村悦一『行政法Ⅲ』(評論社、昭五七・一九八二)一八八頁、下山瑛二「現代行政法学の基礎」(日本評論社、昭五八・一九八三)八六頁以下など。なお、山内博士・原田教授などは公企業の特許は警察上の営業許可とも異なるとする。

(27) たとえば、杉村編・注(26)二六四〜二六五頁(室井)、高田・注(26)二九〇頁。

(28) 座談会・注(24)一七頁(成田頼明)、成田頼明ほか『現代行政法』(有斐閣、昭四三・一九六八)二六六〜二六七頁。

(29) 今村成和「公企業及び公企業の特許」(昭四一・一九六六)『現代の行政と行政法の理論』所収(有斐閣、昭四七・一九七二)七七頁以下。同旨、遠藤博也『行政法Ⅱ各論』(青林書院新社、昭五二・一九七七)一六一〜一六二頁、和田英夫『行政法(新版)』(日本評論社、昭五六・一九八一)三一五頁、小高剛『行政法各論』(有斐閣、昭五九・一九八四)三五頁など。

三 補 論

一 公企業の特許の性格に関する右の諸説については、以下のように考える。第一に、実定法上、国家独占事業性が認められることがある(郵便二条・五条、下水道三条。なお、水道六条二項)。この場合でも、実定法上、この種の事業経営権を特定の者に付与しうることが認められるときにかぎり、公企業の特許の性質は国家独占経営権付与説のごとく解することも可能であるが、この種の規定はみられないようである。電気・ガス・道路運送

業などは典型的な特許企業に属するが、国営・公営の原則さえ定められておらず、実際にも右の事業は私企業による経営が通例となっている。このようにみると、国家独占経営権付与説は適切ではないように思われる。

第二に、憲法上の営業の自由等（憲二二条一項・二九条）のレベルでみれば、警察上の許可営業も特許企業も本質的な差異は存しない⁽³⁰⁾。しかし、営業の自由という憲法上の権利であっても公共の福祉の見地からの制約は認められており、この制約は通例、法律形式によることになる。法律による制約の内容・程度は、当該企業のもつ公共性などの違いに応じて差異もありうる⁽³¹⁾。地域独占的経営権の設定や事業開始・継続の義務、国家の積極的監督・保護を受けることなどの特色が公企業の特許の法的性格から導かれるものと考えるときは、公企業の許可説はこの特色を軽視することになり適切とはいえないであろう。

第三に、包括的法律関係設定説・生活配慮説・独占的経営権設定説は、包括的権利義務を設定する形成的行為とみることで、原則として自由裁量が認められるとすること、公益事業的な事業を公企業の観念の中核におき、このような公企業の経営権を付与するものとみることなどでは、共通するように解される。他方、山田説は特許企業の行政的性格を否認するが、生活配慮説はドイツの生存配慮に基づき特許企業を行政の一部とみることなどの点では、両説には差異もある。ただ、特許企業の行政的性格をいうことには疑問があるように思われる。山田博士も理論構成は異なるものの公企業の特許は「地域的な独占的経営権を保障」するといひ、今村博士も公企業の特許が包括的な権利義務すなわち法律関係を設定することを否定する趣旨ではないと推測されることから、両説の区別は微妙なものがある。前記の田中二郎博士の見解も、国家独占事業性の要素を除けば、包括的法律関係設定説に属するとみることとも可能である。

近年の規制緩和の傾向や電気通信事業に関する法制の展開などをみると（電通事一〇条・道運六条・鉄事五条・

航空一〇一条など)、公企業の特許を今村説がいうような地域独占的經營權の設定とみることは困難になりつつある⁽³²⁾。そうすると、公企業の特許を地域独占的經營權の付与とみて、これを中心に營業許可との區別を図ろうとする見解には疑問があるということになろう。

二 公企業の特許の性格に関する包括的法律關係設定説・生活配慮説・独占的經營權設定説はいずれも、公益事業的な事業を公企業の觀念の中核におき、公企業の特許はこのような公企業の經營權を付与するものとみる点では共通する。国家独占經營權付与説の中にも同旨のものがある。公共企業概念は、公企業概念よりも特許企業概念の方でより中心的地位を占めるように思われる。ところで、公共企業概念は、特許法制からひとまず離れて、独占禁止法二一条、労働關係調整法八条、災害対策基本法二条六号、共同溝の整備等に関する特別措置法二条三項、土地収用法三条、地方公営企業法二条、地方公営企業労働關係法三条などの規定に基づき、当初は生活必需性と地域独占經營の二つの要素により構成したが⁽³³⁾、その後はこの二要素に固執しない考え方も現れてくる⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾。

たしかに、右の規定を総合して整合的にみると、公共事業とは生活必需の給付を地域独占的に行う事業であり、その典型例としては右の各法に定める事業がこれに相当するという結論が導かれうるように思う。実定法は、「公益(的)事業」というとき、行政学・経営学において生活必需性と独占性を要素とするところの公益事業概念に従うことを前提にしたと解しうる余地もあろう。ただ、これらの法律の規定は量的にも少なく立法目的もいろいろであり内容的に必ずしも統一的ではない。独占法二一条は自然的独占性というが公益事業とかその要素として生活必需性があるとかは明示せず、しかも同条項は最近削除された。労働關係調整法八条は公益事業とその概念要素として生活必需性を明示するだけで独占性はあげない。このほかの法律の規定では、公益(的)事業とだけいうものもあれば、それすらいわないものがある。これらの法律が例示する事業群の名称・性質はほぼ共通

しており、しかもこの事業群を公益(的)事業という場合が多い。そこで、実定法はこれらの事業群をすべて公益事業とみるとはいえても、その概念要素として生活必需性と独占性があるとしたと解するのは必ずしも適切とはいえない(なお、公質、法人二条六号・別表二、相続六五条、地自二六三条の二、民三四条など参照)。

それにもかかわらず公共企業概念の指標は実定法に求めるほかはない。形式的に、右の実定行政法が明示する事業群をそのまま公共企業と捉えうる余地もあるが、解釈上これらの事業群からそこにほぼ共通する性格が導かれる。すなわち、公共企業とは、当該企業の一部でも営業の停廃止をすれば多数の生活者が重大な不利益を受けるような給付(これを生活必需給付といってもよい)を行う事業をいい、典型的には前記の実定行政法が明示するような事業とみるべきである。このために、公共企業の経営主体には営業開始・継続的安定的給付義務や積極的監督をうけるべき義務が課されるわけである。右の意味の生活必需給付は、事業群を明示する規定のほか、営業開始・継続的安定的給付義務規定から導かれ、積極的監督規定からも派生すると解する。継続的安定的給付を確保する方法として必ずしも独占性を必須のものとするわけではないから、独占性とか新規参入制限は不要と解すべきであろう。

(30) ただし、高田・注(26)二八五頁。

(31) この分析として、田中館照橋「営業の許可と事業免許(公企業の特許)」ジュリ増刊行政法の争点(昭五五・一九八〇)七四―七五頁。

(32) なお、電気事業について読売新聞(日刊)平一二・三・二一(8)面参照。この種の事業の免許は特許から許可の領域に追いやることにより、従来の営業許可と公企業の特許との区別をなお維持しうる余地もあるが、この傾向が強くなってくると現実的にも公企業の特許の法的性格を地域独占的経営権の設定と捉えることは難しくなってくるであろう。

う。

(33) 山田・注(25)九五頁。同旨、遠藤・注(29)一五五頁以下、一五九頁以下、田村・注(26)一八四頁以下、小高・注

(29)四二頁以下。

(34) 根岸哲「公的独占と独占禁止政策」『独占禁止法講座1』(商事法務研究会、昭五一・一九七六)二〇八頁、山田幸男「公共企業に関する若干の考察」田中二郎古稀記念『公法の理論下II』(有斐閣、昭五二・一九七七)二二八頁、磯部力「公企業」『岩波講座・基本法学7』(岩波書店、昭五八・一九八三)三〇九頁以下、藤原淳一郎「現代経済社会における公企業と法」『経済法講座1』(第一法規、平二・一九九〇)二五二頁以下、三辺夏雄「公共企業」概念に對する一考察」エコノミア四一卷一号(平二・一九九〇)四〇頁以下。

(35) 以降の記述については、乙部哲郎「公企業概念に関する一考察」神院二六卷一号(平八・一九九六)一八七頁以下。

四 おわりに

一 公企業の特許の性格は、公共企業(公益事業)の事業経営権の付与を中心にみるべきであろう。近年の規制緩和や電気通信事業に関する法制の展開などをみると、公企業の特許の性格や公共企業の要件として地域独占的経営の要素を維持することは困難になりつつ傾向にある。そうすると、公企業の特許を地域独占的経営権の付与とみて、これを中心に営業許可との区別を図ろうとする見解には疑問があるということになろう。行政行為の種別は、行政行為自体の効果からのみ貫徹させるのは疑問の余地があり、一部であれ、他の基準たとえば事業法制のシステム等との関連で行うべきことになろうか。⁽³⁶⁾

二 行政行為の種別法には多様なものがある。たとえば、侵害的行政行為・授益的行政行為・二重効果的行政

行為という種別法、動態的行政過程を考慮した種別法なども重要であり、具体的な問題解決のために適切な種別法が選ばれるべきであろう。⁽³⁷⁾

(36) 塩野・注(4)九四頁以下。なお、遠藤博也『講話行政法入門』(青林書院新社、昭五三・一九七八)一六四頁参照。規制緩和がより徹底すれば、将来的には、事業継続義務や積極的監督に服する義務といった基準も特許企業法制的特色として説明することも難しくなるかもしれない(道運三八条、鉄事二八条・二八条の二、航空一一八条、海運一五条など参照)。

(37) 乙部哲郎「行政行為の観念と種類」『現代行政法大系2』(有斐閣、昭五九・一九八四)一〇八頁以下。動態的行政過程を考慮した種別法の視点からは、同所であげた例のほか、農地売渡計画と売渡処分などの組み合わせもあげうるであろう。たとえば、浦和地判昭三〇・一一・六行集六卷一二号二五四五頁は、農地売渡計画の樹立、公告・縦覧、不服申立ての裁決、売渡計画の承認、売渡処分など「一連の段階的手続中の或る行為」、すなわち旧自作農創設特別措置法に基づく売渡計画は相手方に真正の権利を与えていないから、農地法によりこの売渡計画の効力を失わせることは自由であると判示する。また、換地予定地指定処分と換地処分との組み合わせもあげうるであろう。たとえば、換地予定地指定処分は「暫定的措置(処分)」であるとしてその撤回を比較的広く認めようとする判例もある。東京地判昭三二・一・三一行集八卷一号一九四頁、仙台高判昭三二・七・三行集八卷七号一三五七頁、高松高判昭三六・六・二九行集一二卷六号一三三三頁参照。もつとも、換地予定地指定処分の「暫定的措置(処分)」性を認めながら、その撤回の可否については通例の行政行為のそれと同様に考えようとするものもある。福島地判昭三一・八・一七行集七卷八号二〇四六頁、松山地判昭三四・三・六行集一〇卷三号五六〇頁参照。これらの判例によれば、売渡計画や換地予定地指定処分は最終決定である売渡処分や換地処分との関係では、いわば予備決定に相当するものとされているようにも思われる。