

酒類業の内免許について

綿 引 享

(税務大学
租税理論研究室助教授)

目次

一	はじめに	一七三
二	内免許制度の由来及びその存在意義	一七四
1	内免許制度の濫傷	一七四
2	内免許に関する酒税法の取扱いの沿革	一七七
	(1) 登記手続上内免許が必要とされていた当時の取扱	一七七
	(2) 登記手続上内免許が不要となった後の取扱	一七八
3	内免許制度の存在意義	一七九
三	内免許の行政作用上の性質と問題点	一八〇
1	内免許と不服申立て、抗告訴訟	一八二
2	内免許申請と本免許申請との関係	一八六
3	内免許と信義則	一九三

一 はじめに

酒類、酒母、もろみの製造をしようとする者及び酒類の販売業又は販売の代理業若しくは媒介業をしようとする者は、酒税法の定めるところにより、それぞれ製造場又は販売場等ごとに、その所在地の所轄税務署長の免許を受けなければならぬ。また、製造場又は販売場等の移転については、許可を受けなければならない。

そこで、新たに酒類業免許の対象となる事業を行うことを目的とする会社を設立し、若しくは工場を新設して免許を受けようとする場合、又は既に免許を受けた場所以外において新たに酒類業を営もうとする場合あるいは免許を受けた事業場を移転しようとする場合には、あらかじめ税務署長に対し、会社を設立し又は設備等が完成した際に免許又は許可を受けたい旨の申請をし、税務署長は、申請者が将来これらの行為を完了し免許又は許可の要件を具備すると認めるときに、免許又は許可を与える見込みである旨の内諾を与えることがある。この取扱いを「内免許」又は「内許可」と呼び、その申請を「内免許申請」又は「内許可申請」（以下本稿においては、それぞれ、「内免許」又は「内免許申請」と総称する。）と呼んでいる。

この内免許の取扱いは、税務行政の必要性から設けられているものであって、実定法に基づくものではない。そこで、内免許の制度については、不服申立て、訴訟、先願権などに関して問題があると思われるので、本稿においては、内免許制度についての法的性質及び問題点について、沿革等をたどりながら、若干の考察を試みたものである。

一一 内免許制度の由来及びその存在意義

1 内免許制度の濫觴

そもそも、一般的に内免許、内許可というような制度は、官庁の許認可を要する事業を目的とする会社の設立に当たって、法規の解釈適用上の必要性から生じたもののものである。

すなわち、昭和十三年法律七二号による改正前の商法においては、法律の定める一定の要件を具備するものは直ちに法人格を取得することになっていて、登記は、第三者の對抗要件に過ぎないものとされていた。^(注1)^(注2)ただ、事業目的が官庁の許可を要するものである会社については、大審院判決は、古くはその許可を成立要件としていたが、後に、会社の法人格取得に免許を要する設立免許と会社の事業目的に免許を要する営業免許に分け、前者については会社成立の要件であるが、後者については成立要件ではないとする見解をとり、さきの判例を改めた。^(注4)

その後商法改正により、会社の設立登記は第三者對抗要件に過ぎないこととされ、この商法の規定によって、登記前においては設立行為者相互間又はこれらの者と会社との間では会社の成立を否認できないが、第三者は、会社の成立を認め、又はこれを否認することができるとなつて、法律關係が不安定であつたので、昭和一三年の商法改正において、「会社ハ本店ノ所在地ニ於テ設立ノ登記ヲ為スニ因リテ成立ス」(五七条)と、設立登記を会社の成立要件とすることに改められて、現在に至つてゐる。

ところで、昭和一三年の改正前の商法のもとにおいても、官庁の許認可が会社の成立要件とされているものについては、官庁の許認可を要する事業を目的とする会社の設立にあたりその成立前に官庁の許認可を受けなければならないこととなり、また、商法改正により設立登記が会社成立要件とされた後においても、その設立登記申請書に、それまでのように官庁の許認可書の添付を要するものとされていたため、官庁の許認可がなければ登記申請をすることができないこととなっていた。しかし、会社成立前の人格のないものに対する許認可を与えるというものはあり得ず、かくては官庁の許認可を要する事業を目的とする会社を設立しようとする者は、動きがとれない矛盾を生ずることとなる。

ここに、官庁の許認可を要する事業を目的とする会社の設立登記に当たっては、会社成立前に登記申請人から、あらかじめ、会社が成立した場合には許認可が与えられることの内諾を求める申請書を提出せしめ、これに許認可（内認可等）を与え、その内諾書を登記申請書に添付せしめることとし、法人格取得後に、あらためて法人から正式な免許申請をさせるという制度が成立した。

なお、その後、昭和二六年法務府令一一二号により、前記のような取扱手続を定めていた商業登記取扱手続は廃止され、新商業登記規則が制定された。その規則二一条では「裁判所又は行政庁の認可又は許可がなければ効力を生じない事項の登記申請書には、認可書又は許可書の到達した年月日を記載しなければならない」と規定され、同時に民事局長通達により、非訟事件手続法一五〇条の二に規定する「官庁の許可を要する事項」には営業免許を含まない旨が明らかにされたので、現在においては、上記のような手続上の問題はなくなっている。

(注1) 昭和十三年法律七二号による改正前の商法においては、合名会社及び合資会社は定款の作成によって成立し（四九条、一〇

五条）、株式会社は発起人の株式総数の引受又は創立總會の終結によって成立した（一二三条、一三九条）。

(注2) 昭和十三年法律七二号による改正前の商法四五条は、「会社ノ設立ハ其本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス。」と規定していた。

(注3) 大正二・一〇・二一六審院判決「商會会社ノ設立ニ関シテハ商法ハ準則主義ヲ採用スト雖モ是唯商法ノ原則タルニ止マリ特別ノ法令ニ依リ会社ノ目的トスル營業ニ付主務官庁ノ免許若クハ認可ヲ必要トスルモノニ付テハ商法ノ原則ニ対スル例外トシテ主務官庁ノ免許若クハ認可ヲ以テ会社設立ノ要件ト為ササルヘカラス(中略)故ニ会社ノ目的タル營業ニシテ主務官庁ノ免許若クハ認可ヲ要スルモノナルトキハ其免許若クハ認可以前ニ於テハ会社ハ成立スヘキモノニ非ス。」(大審院民事判決録一九輯八四九頁)

(注4) 大正四・一二・二五六審院判決「他ノ特別法ニ於テ会社ノ設立自体ニ付キ特ニ國家ノ認許ヲ必要条件ト為セルモノヲ除クノ外ハ總テ会社ハ商法ノ規定ニ準拠スルノミヲ以テ設立ノ効果ヲ生スベキモノニシテ假令会社ノ目的タル營業ヲ為スニ付官ノ認可ヲ必要トスル場合ニ於テモ会社ナル法人自体ハ其營業認可ノ有無ニ拘ハラス其成立ヲ遂ケ得ヘシ何トナレハ設立ノ免許ト營業ノ認可トハ全然別箇ノ觀念ナルコトハ疑ヲ容レサル定説ナレハナリ。」(大審院民事判決録二一輯二一九九頁)

右判決において、「銀行業ヲ目的トスル株式会社ハ其認可前ト雖モ商法ノ規定ニ從ヒ有効ニ成立シ得ヘク其株式会社ニ於テ營業ノ認可ヲ申請シ当該官庁ハ之ニ對シテ認可ヲ与フルモノト解セサルヘカラス從テ官庁カ其認可ヲ拒ミタル場合ニ於テハ其会社ハ商法第七四條同二百二十一条ノ規定ニ從ヒ解散スヘク不成立ナリトシテ同法第四百二十二條ノミノ規定ヲ適用スヘキモノニアラス故ニ當院從來ノ判例ハ此点ニ於テ之ヲ變更スルヲ正当ナリトス。」と大正二・一〇・二一六言渡大審院判決を變更した。

(注5) 商法中改正法律案理由書は、「会社ノ如キ存在カ或ハ成立シタルモノトナリ或ハ成立セサルモノトナルカ如キハ取引ノ安固ヲ期スル所以ニ非ス。」と述べている。

(注6) 本条は商業登記法(昭和三八年法律一二五号)の制定に伴い、同旨の規定が同法一九條に移され現在に至っている。

(注7) 昭和二六・八・二一民事甲第一七一七号(登記申請書に添付すべき許可書、認可書等の取扱について)

「非訟事件手続法第一五〇條ノ二並びにその準用規定により登記申請書に添付すべき許可又は認可を証する書面については、当該許可又は認可が登記すべき事項の効力要件である場合に限りこれを添付すべく、例えば營業許可のごとく当該許可又

は認可が登記事項の効力要件でない場合には、その添付を要しないものと解せられる（商業登記規則二二条参照）ので、この旨貴下登記官吏に周知方然るべく取り計らわれない。」

（注 8）

現在一般の会社設立の場合には、設立自体について官庁の許認可を要する場合はないといわれる（大森、矢沢編集代表「注釈会社法」二二七頁。特別法により会社の合併、解散、営業譲渡又は譲受等について官庁の許認可が効力要件とされているものに、例えば、銀行法一四条（合併）、同法二五条（営業の廃止、解散）、ガス事業法十條（事業の全部の譲渡又は譲受）等がある。

2 内免許に関する酒税法の取扱いの沿革

一般的に官庁の許認可の内諾が、会社成立に関する商法の制度及び商業登記手続の必要性から採られていたことは右に述べたとおりであり、酒税法の取扱上の内免許もこれと軌を一にしたものといえる。

酒類製造又は販売等に関する内免許の取扱いを、内免許が登記手続上の必要から設けられていた時代と、登記手続上不必要となった後の時代とに分けて、その沿革を概観すると、次のとおりである。

(1) 登記手続上内免許が必要とされていた当時の取扱

官庁の許認可を要する営業を目的とする会社の設立登記申請書に官庁の許可又は認可を証する書面の添付を要することとされていた当時においては、酒類業内免許は、主としては登記手続上の必要からのものとして考えられていた。すなわち、酒税法の取扱通達は「法人の設立（分割、合併の場合を含む。）又は定款の変更登記に当り、その手続上必要がある場合であつて、当該法人にその製造免許又は販売業免許を与える見込みの者については、税務署長は、その内免許書又は免許見込通知書等を交付することができるものとする。」と定め、会社設立登記前には会社が存在せず、ために

法定の免許申請が不可能の場合でも、設立発起人から内免許申請書を提出せしめ、会社が成立したときにこれに免許を与える見込みの場合においては内免許を与えることができることとしていた。^(注10)

(2) 登記手続上内免許が不要となった後の取扱

昭和三十一年に定められた酒税法基本通達^(注11)は、登記手続上内免許が必要であるとしていた従来の考え方を改め、単に、免許を受けようとする者から内免許申請があった場合に、将来免許を与える見込みの者については内免許を与えることができることとした(五四条)。この通達の改正は、さきに述べたとおり、非訟事件手続法一五〇条の二に規定する登記申請書に官庁の許可又は認可を証する書類の添付を要するのは、当該許可が登記事項の効力要件である場合に限ることが商業登記取扱手続及び民事局長通達により明確にされたので、それに副って改正されたものであるとともに、将来、免許を受けようとする者の便宜をも考慮した結果に基づくものといえることができるであろう。

ついで、昭和三四年に^(注12)、前記酒税法基本通達について全文改正が行われ、その四七条の内免許に関する規定で、酒類業免許は会社等の設立登記の効力要件ではないことを明示し、さらに、「会社を設立し、または酒類もしくは酒母等の製造または販売のための設備等を設置するための必要から、製造免許または販売業免許につき内免許申請があった場合において……」と、設備等設置の場合にも内免許を与えることができる旨が明らかにされた。また、この通達において、内免許という不安定な状態が長期にわたることによる弊害を避けるため、その内免許には、その有効期間や内免許申請の事由となった行為^(注13)に着手すべき期間についての条件を付すべきことが定められた。

右の基本通達は、昭和三八年に再び全文改正されたが、内免許に関する規定は、「設置する設備は内免許申請書に記載されている設備と同等以上のものとしなければならない。」旨の条件を付することの規定が追加されたほかは、改正

前の規定を踏襲したに止まり、現在に至っている。

(注9) 昭和二八・七・一付間酒一八〇「酒税法の取扱について」

(注10) 前尾繁三郎著「新しい間接税の話」四九頁

(注11) 昭三一・二・二四付間酒一一二三三

(注12) 昭三四・一二・二五付間酒一一三三

(注13) 昭三八・四・一六付間酒一一四〇

3 内免許制度の存在意義

現行の、酒類業の内免許制度は、前述のように、主として酒類業を営もうとする者の便宜のための措置として意義づけられているといえる。すなわち、酒税法によれば、酒類業の免許には一定の要件が付されており、申請者が酒類業を行うについて準備行為を行った後において、税務署長の調査により免許要件に適合しないとして免許拒否の処分を受けた場合には、申請者は設備の設置等に要した費用の損失、酒類業を行うことを目的として会社を設立するような場合の設立費、創業費などの支出による損失など、申請者は準備行為についてこれに要した費用の経済的損失を蒙ることになるので、これらの経済的損失を回避するための措置として、内免許制度が意義づけられるわけである。

また、団地などに出店契約をしている酒類業免許申請者がその免許条件に該当しないとして免許が与えられないこととなった場合には、その団地において新たに他の者との出店契約をしなければならぬこととなって、開店が遅延し、ために消費者に不便を強いる結果となるが、出店契約者があらかじめ酒類業の内免許を受けることにより消費者の不便を回避することができることとなるわけで、酒類業の内免許制度は、そのように、消費者の便宜に役立っているもので

あるということができよう。

右のような申請者の準備行為にかかる経済的損失や消費者の不便を回避することによって、酒類業の内免許制度が行政の円滑な運営に資しているということが出来る。

三 内免許の行政作用上の性質と問題点

酒類業の内免許は、前述のように実定法に根拠を有するものではなく、酒税法の酒類業免許の事務の円滑な運営に資するために行われているものであって、具体的には、国税庁長官が定めた酒類製造免許等取扱要領及び酒類販売業免許等取扱要領の各通達^(注14)によって行われているものである。

すなわち、酒類業の内免許は、税務署長が行政行為の一つとして行うものではあるが、税務署長が法令の規定に基づき権力的な行為として行うものではなく、単に将来申請者が酒税法に基づいて酒類業の免許申請をすれば免許を与えることを内諾する行為に過ぎないものであるということができ、いわば、申請者が本免許申請前に具体的事実に基づき免許の可否について照会したことに対する税務署長の回答ともいえるものである。

従って、内免許は単なる私法上の法律行為ということはできないとともに、また、申請者と税務署長との協議によって成立する性質をもつものでもなく、行政法上の立場からすれば、事実行為に該当するものといえることができる。^(注15)

酒類業の内免許は右のような性質のものであるが、しかし、実際問題としては、その内免許が本免許と密接な関係を有するものであることから、申請者からすれば、将来において確実に本免許を得られるとの期待を抱くこととなり、実

質的意義は極めて大きい。そこで

(1) 内免許申請拒否に対する権利救済、すなわち内免許申請拒否と、行政不服審査ないし行政事件訴訟との関係はどうかと、

(2) 内免許申請と本免許申請との関係、具体的には内免許申請に競合があった場合の先願主義との関係及び内免許と本免許申請に対する処分との関係

などの問題がある。

以下、これらの問題について検討してみることとする。

(注14)

酒類製造免許等取扱要領 昭三八・九・二八 間酒二―一二六

酒類販売業免許等取扱要領 昭三八・一・一四 間酒二―一二

そもそも通達は、国家行政組織法十四条二項に基づき各大臣及び外局の長が、その所掌事務について命令又は示達するた
め、所管の諸機関及び職員に対して発せられるものであり、行政の統一的処理の必要性などから通達の必要性が認められてい
る。

酒税法関係においても他の税法と同様、酒税法令に規定する酒税の課税要件、納税義務者、課税標準、税率等の法律解
釈及び取扱基準を酒税法基本通達(昭三八・四・一六 間酒一―四〇)を定めている。特に、酒税法の酒類業免許の規定は、免
許の要件(酒税法十條)が抽象的概念規定であるため、酒類免許にかかる取扱基準や免許基準等を示し、取扱いの統一を図る
必要があるため、酒類製造免許等取扱要領(昭三八・九・二八 間酒二―一二六)、酒類販売業免許等取扱要領(昭三八・一・
一四 間酒二―一二)を定め、これによって取り扱われている。

なお、通達でこのような取扱要領を定め、これにより取り扱うことの合理性については、最高裁第一小法廷判決(昭四六・
一〇・二八)で、道路運送法の個人タクシーの免許基準について、法律が抽象的な免許基準を定めているに過ぎないので、内
部的にせよその趣旨を具体化した審査基準を設定し、公正かつ合理的に適用しなければならぬとしたものがあることから

認められるところである。

(注15)

行政行為は「行政庁が法に基づき、優越的な意思の発動または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さす。」というのが多数を占めている(田中二郎著「新刊行政法」九一頁)が、酒類業内免許はその根基が法律に基づくものではなく、國民に対し公権力の行使として、法律的規制をする行為ではないから行政行為には該当しないもので、いわば「事実行為」に属することとなる。

酒類業内免許は、将来要件を具備すれば免許を与えることの内諾であり、本免許申請前に國民が具体的計画に基づき免許可否について照会したことに對する回答であつて(それは、稅務署長という優越的立場での行為であるから私法上の法律行為とも異なるであらうし(例えば契約の如く對等の立場に於て、意思の合致により行われるものではない)、また、協議決定するものでもないから協定とも異なるであらう)、講學上の事實行為に屬し相手方國民の意思とは關係ない非権力的な意思表現たる行政指導の一態様と解される。

1 内免許と不服申立て、抗告訴訟

内免許申請が稅務署長により拒否された場合、行政不服審査法(以下単に「審査法」と略称する。)又は行政事件訴訟法(以下單に「行訴法」と略称する。)による救済手段に訴えることができるかどうかということがある。

不服申立ての對象は、行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に當たる行為及び不作為であり(審査法一條、二條、三條)、行政事件訴訟法は抗告訴訟、當事者訴訟、民衆訴訟及び機關訴訟に分類し、抗告訴訟とは、公権力の行使に関する不服の訴訟(処分の取消しの訴え、裁決の取消しの訴え、無効等確認の訴え及び不作為の違法確認の訴を含む。)をいうこととしている(行訴法三條)が、いずれも、行政庁の処分その他公権力の行使に當たる行為に関するものであることがその要件とされている。

そして、「行政庁の処分」とは、「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、具体的事案に關し法的規制をなす行為、すなわち權利を設定し、義務を命じその他法律上の効果を發生させる行為」^(注16)をいうとされている。そして、この場合、法令に基づく申請に対する拒否は処分^(注17)に当たり、その処分が法的根拠を有せず、又は処分により法的効果を生じないものは行政処分^(注18)に当たらない^(注19)といふことは、判例通説とするところといえる。

なお、行訴法の前身である行政事件訴訟特例法に關するものであるが、同法に規定す「行政処分」について、「行政事件訴訟特例法が、行政処分の取消、変更を求める訴えを規定しているのは、公権力の主体たる国又は地方公共団体がその行為によって國民の權利義務を形成し、或はその範圍を確立することが法律上認められている場合に、具體的の行為によって權利を侵害された者のためにその違法を主張せしめ、その効力を失わしめるためのものである。従つて、特例法にいう行政処分はこのような効力をもつ行政庁の行為でなければならぬ。」と判示した裁判例^(注20)もある。

内免許の法的性格が前叙のようなものであり、また、「行政庁の処分」を右のような通説、判例のように解する限りにおいては、内免許が法律に根拠を有しない行為であり、また、直接に國民の權利義務に何らかの影響を及ぼすものではないから、争訟の対象となるべき行政庁の処分には該当しないことは明らかである。

また、前述のように、法令に基づく申請に対する拒否は処分に当たると解し、その場合の法令に基づく申請に対し、内免許については法令に申請の規定は設けられていないが、法令に申請を認めた明文の規定がない場合でも、条理上、解釈上申請権ないし拒否に対する行為規範が認められる場合には法的効果を生ずるものとして、その申請に対する拒否に処分性を認めた裁判例^(注21)があるので、内免許申請についても右裁判例によつて法令に基づく申請であると解したとしても、その申請の拒否は法的な免許申請権を何ら侵害するものではないから、内免許拒否に処分性は認められないであ

う。

次に、内免許拒否が審査法にいう「その他公権力の行使に当たたる行為」又は行訴法にいう「公権力の行使」に当たたるか否かが問題となる。まず、審査法は、公権力の行使に当たたる行為は「公権力の行使に当たたる事実上の行為で、人の収容、物の留置その他その内容が継続的性質を有するもの（二条一項）」と定めているので、内免許拒否がこれに当たらないことは明らかである。また、行訴法の「公権力の行使」の意義については、法が認めた優越的な地位に基づき行政府が法の執行としてする権力的意思活動を指し、行政法上の法律行為あるいは準法律行為たる性質をもつ行政処分^(注22)のほか、行政府が一方的に行う事実行為的処分^(注23)で相手方の権利自由の侵害の可能性をもつものを含むのが通説といわれているが、同法の公権力の行使を右のように解しても内免許は法が認めた行政作用すなわち法の執行としてなす権力的意思活動ではなく、国民の身体、財産等に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとするものでもないから、内免許拒否は、行訴法の「その他公権力の行使」にも該当しないということになる。

最後に、内免許申請があった場合に、相当の期間内に何らの処分も行わない、いわゆる不作為が、審査法又は行訴法にいう不作為に当たるかどうかであるが、審査法（二条、七条）及び行訴法（三条、三七条）は、いずれも、行政府が法令に基づく申請に対し、相当の期間内になんらかの処分その他公権力の行使に当たたる行為をすべきにかかわらずこれをしないときに、その不作為について不服の申立て、又は違法確認の訴えを提起することを認めているのであるところ、内免許がここにいう処分その他公権力の行使に当たらないことはすでに述べたとおりであるから、内免許申請につき処分を行わないことがこれらの法にいう不作為に当たらないことも、明らかである。

以上論じてきたように、内免許申請に対する行政府の行為は、審査法及び行訴法にいう「行政府の処分、公権力の行

使又は不作爲」に当たらないから、酒類業の内免許に対する税務署長の行為は、不服申立てや訴えの対象とならないこととなる。

(注16) 田中二郎著「新版行政法上」全訂第一版二一八頁

(注17) 法令に基づく申請に対し、申請手続、形式等の不備を理由として申請を拒否する処分、また、それに対する申請内容の当否を判断して拒否する処分について判例はいずれも処分性を認めている。前者については、住民登録届の返戻について昭和四一・五・二五東京地裁(行裁例集一七卷五号五六二頁)、後者については、昭和四〇・七・一四最高大(民集一九卷五号一一九八頁)。

(注18) 県知事が公有水面埋立免許及び埋立地の利用方法変更承認をしたことにより、景観が失われて眺望の利益が失われ排水に不便をきたしているとして、その取消請求をした事件につき、「公有水面埋立免許に、埋立地の利用目的を制限する条件が付されていない場合において、竣功認可後の右埋立地の利用方法の変更について、埋立免許権者の承認を要する旨の法令上の根拠はなく、これをどのように利用するかは埋立権者の自由であり、竣功認可後の県知事による右埋立地の利用方法の変更承認行為は、具体的な法規の根拠に基づかないいわゆる行政指導としてしたものであって、ならん法律上の効果を生ずるものではなく、取消訴訟の対象となる行政処分とはいえない。」と判示し却下した(昭和四四・四・一〇高松地裁、行裁例集二〇巻四号四五二頁)。なお、埋立地免許取消請求については、出訴期間徒過により却下した。

(注19) 税務事務所長に対し教育の用に供していた土地建物について固定資産税を非課税とされたい旨の申告書を提出したのに対し、同税務事務所長は、地方税法の非課税規定に該当するものと誤認して非課税扱いする旨通知した。この通知書の性質について東京地裁は、「ある固定資産が固定資産税の課税対象から除外されるかどうかは、法律によって当然定まるものであって、この点につき行政庁がとくに判断を表示すべきことの根拠法規もなく、また行政庁が非課税とする旨決定をしてもなんら法的効果を生ずるものではないから、本件で問題の決定を行政処分と解する余地はないものといわなければならない。」と判示している(昭和四〇・五・二六東京地裁、行裁例集一六巻六号一〇三三頁)。

(注20) 昭和三〇・二・二四最高裁(民集九卷二号二七頁)

(注21) 裁判所が、農地の競買申出は、県知事の発布する農地競買適格証明書を所持する者に限りこれを許す旨の制限を定めた場合、右証明書交付申請に対する県知事の却下処分につき福岡高裁は、「国民が民事訴訟法により一般に保障されている競買に参加する権利を奪うものであるから、行政訴訟の対象となる行政処分と解するのが相当である。」と判示している(昭和三八・一〇・一六福岡高裁、行裁例集一四卷一〇号一七〇五頁)

(注22) 杉本良吉著「行政事件訴訟法の解説」九頁、田中二郎著「新版行政法上」全訂第一版三〇一頁

杉本良吉氏は、その著「行政事件訴訟法」において「事実行為」とは行政庁の一方的意思決定に基づき特定の行政目的のために国民の身体、財産権に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとする権力的行為であるから、法律的行政処分と同様に法の根拠を要するとともに国民の権利自由に対する侵害の可能性をもつ行為でなければならないと述べている(同書二二頁)。

田中二郎氏は、その著「新版行政法」において、行政庁が一方的に受忍を強要する事実行為についても、それが公権力の行使に当たる限りにおいて公権性(公定力)を排除するための取消しの訴を認める趣旨であると説いている(同書二九二頁)。

2 内免許申請と本免許申請との関係

内免許の制度が発生した必要性については前述したとおりであって、したがって内免許は、一般的には、将来本免許申請がなされた場合には免許が与えられることの承諾と考えることができる。

ところで、酒類業については免許を要件としている理由のなかには、同業者の濫立の防止、取引の円滑正常化を狙いとしたものもあり、したがって、免許申請の順序によって免許要件に該当するか否かが決せられる場合が生ずる。このような場合には、一般的に免許につきいわゆる先願主義がとられるのが通常である。そこで、免許申請についての先願主義の適用と、内免許申請及び本免許申請との関係を、どう理解するかが問題となる。

そもそも、許可、特許、認可などという用語は実定法上は必ずしもはっきり使い分けられていないようであるが、本来、許可は一種の命令行為で、一般的な禁止を特定の場合に解除し、適法に一定の行為をなす自由を回復する行為であり、特許は、形成的行為で、相手方のために権利、権利能力、包括的な法律的地位等、第三者に対抗し得べき法律上の力を与えるものであると説明されている。営業許可の性質についても、これにしたがって、一般的には、許可と特許と区分して論じられている。そして、営業免許申請に当たって先願主義がとられるかどうかについては、従来、その許可の性質が、許可であるか特許であるかによって左右されるという考え方がとられていた。もっとも、特許と許可についての前述のような考え方も一義的なものではなく、種々の角度からの批判もなされていて、実定法上も両者の区別が相対化してきていることを指摘する説もある。^(注25)

営業許可申請についての先願主義に関し、公衆浴場営業許可について、公衆浴場法二条の許可制が、国民の保健及び環境衛生という公共の福祉の見地から営業の自由を制限するものであることと、同法二条二項の規定の趣旨及び文理上から、許可申請が所定の基準に適合する限り、^(注26) 行政庁は許可を与えるべき拘束を受ける羈束処分であるとして先願主義の適用があることを認めた最高裁判決があり、また、^(注27) たばこ小売営業許可について、たばこ専売法における製造たばこ小売人指定制度の目的に照らし、先願主義は妥当しないし、したがって同法には先願主義を認める明文の規定もないとして先願主義を否定した東京高裁判決がある。^(注28)

酒類業免許は、主としては、酒類の取引の安定を通じて酒税保全に資するものであるといわれているものであって、一般的に禁止されている行為を特定の者に認めるにすぎないから、前述のような理解にたてば、一般的にいわれている講学上の許可に当たるといえることができる。

酒類業の免許が前記のような許可の性質を有するものと解されると、酒類業免許の申請があった場合は、酒税法一〇条（免許要件）により申請者について欠格事由に該当しない限り免許が与えられるべきものであり、同条の趣旨も、欠格要件に該当しない限り税務署長に対し免許を与えるべきことを命じ、国民に対しては免許の付与を要求する権利を認められたものと解されるのであって、^(注29)免許の競願者がいずれも許可条件をみたし、条件が同一であるときは、申請の前後により先願者に許可を与えることが妥当であって、先願主義が適用されると解すべきである。

ところで、酒類業の免許申請について先願主義が適用されるべきことは前述のとおりであるが、内免許の申請についても同様に先願主義の適用があるかどうかを考えてみると、まず、内免許の性質から、内免許申請について先願主義が適用されるべきかどうかの問題となる。酒類業の免許要件は、酒税法一〇条各号に具体的に定められており、同条一号から八号までは犯罪歴を有する等酒類業をさせるに不適格と認められる人的要件を定め、九号から一一号までは場所、事業の経営能力及び酒類の需給調整等の相当性の基準を定めている。そして、同条一一号の「酒税の保全上酒類の製造又は酒類の販売業免許を与えることが適当でない」と認められる場合^(注30)（具体的には、例えば酒類小売業免許については、^(注31)通達の免許基準に距離制限を設けている。）があるために、内免許申請と本免許申請との関係において、先願主義の適用は重要な問題となってくる。

この問題は、内免許申請又は内免許を受けたことの法的性格をどう理解するかということに関連することであるが、まず、内免許申請について先願主義が適用されるかどうかを考えると、内免許申請は法律に根拠を有するものではないから、酒税法上の免許申請に当たらず、したがって、内免許申請と内免許申請が競願となった場合においても、行政実務上の問題は別にあるとしても、内免許申請について法的には先願主義は適用されないということにならう。また、内

免許を受けたことは、前述のように将来申請があった場合に免許が与えられるであろう予約にすぎないということになると、内免許を受けた者の免許申請と他の免許申請とが競願になった場合に先願主義をどう考えるかというような問題があるわけである。

そこで、酒類業の免許の申請について競願となる場合の態様について考えてみると、①内免許申請と内免許申請とが競願となった場合、②内免許申請と本免許申請とが競願となった場合及び、③内免許を受けた者の本免許申請と他の者からの本免許申請とが競願となった場合の三つのケースが考えられ、この場合、①については内免許申請について先願主義が適用されるか否かにより内免許申請相互の関係を考慮すればよいといえようが、②については内免許申請をどうみるかが問題となり、また、③については内免許の性質如何が問題となる。

まず、すでに述べた内免許申請の法的性質から、①については、行政実務上の問題を別として、法的には、内免許申請は先願権の対象とならないといえべく、②についても同様の理由によって、内免許は先願権の対象とならないといべきである。また、③についても、後述の信義則の問題はあるとしても、法的には内免許が将来申請者が酒類業免許申請をすれば免許が与えられることの内諾にすぎないものである以上、内免許があったからといって、直ちに先願権が働くものではない、と理解すべきであろう。

ただ、しばしば指摘するように、行政実務上の問題としては、内免許の制度が酒類業者の経済的損失の回避及び酒類取引の安定のため、事実上の必要から設けられた一種の行政指導ともいえるものであることを考えるならば、これに関する申請又は処分が公法行為とはいえず、法律上の効果が発生しないとしても、このような制度により内免許申請をした者又は内免許を受けた者についての地位は十分保護されなければならないといえよう。

(注23) 成田頼明「ガス事業の許可と自由裁量」(時の法令四八九号四〇頁)

(注24) 保木本一郎「公衆浴場営業許可申請と先願主義」(ジュリスト昭和四八年六月五日号 昭和四七年度重要判例解説二二頁)

(注25) 保木本一郎 前掲書解説。

(注26) 本判決の判示事項は次のとおりである。「おもに、公衆浴場法は、公衆浴場の経営につき許可制を採用し、その二条二項本文において、『都道府県知事は、公衆浴場の設置の場所若しくはその構造設備が、公衆衛生上不適當であると認めるとき又はその設置の場所が配置の適正を欠くと認めるときは、前項の許可を与えないことができる。』と規定しているが、それは、主として国民保健および環境衛生という公共の福祉の見地から営業の自由を制限するものである。そして右規定の趣旨およびその文言からすれば、右許可の申請が所定の許可基準に適合するがぎり、行政庁は、これに対して許可を与えなければならぬものと解されるから、本件のように、右許可をめぐって競願関係が生じた場合に各競願者の申請がいずれも許可基準をみたすものであって、そのかぎりでは条件が同一であるときは、行政庁は、その申請の前後により先願者に許可を与えなければならぬものと解するのが相当である。」

(注27) 本判決の判示事項は次のとおりである。「たばこ専売法二条は製造たばこ等の販売等の権能が『国に専属する。』と規定し、同法三条は、国に専属する右権能等は日本専売公社(以下「公社」という。)に行わせるものと定め、同法二九条は『公社は、その指定した製造たばこの小売人に製造たばこを販売させることができる。』(同条一項)ものとし、『公社又は小売人でなければ、製造たばこを販売してはならない。』(同条二項)旨規定し、同法三四条は『公社は、大蔵大臣の認可を受け製造たばこの小売定価を定めて公告する。』(同条一項)ものとし、『小売人は、第一項の小売定価によらなければ、製造たばこを販売してはならない。』(同条二項)と定めている。」と、たばこ専売法の規定を説き、つづいてかように、国がたばこについて「専売制を採用する所以のものは、国の財政上の見地から国の重要な収入の確保を図ることを主たる目的とするにあることは疑いのないところであるが、それに加えてたばこ専売制を採用することによって、公衆が日常生活上たばこを利用しようとする場合に僻地たとど都会たとどを問わず同一品質のたばこを同一価格により販売することによって、公衆の広い需要を均等にみたく機会を与え、比較的簡便に容易にたばこを購入できるものとし、以て公衆の日常生活の利便を図ろうとしていることは明らかである。」と、たばこ専売制の趣旨を述べた。そして先願主義については、「先願主義を認めるか否かは、

当該許可処分は性質によるべきところ、およそ國民の營業の自由の制約は必要最少限度にとどめるべきであるから、一般的には一義的に明確であつて、所管行政庁の専門的技術の見地からする裁量をさしはさむ余地が極めて少ないような場合には、所定の許可基準に適合するかぎり先願者に許可を与えることが公平であると考へられるが、さきに見たとおり、たばこ専売制は國の財政の見地からその重要な収入の確保を図ることが主たる目的とされ、かかる目的から、製造たばこの販売の権能を國に専屬せしめ、國はその権能を日本専売公社に行わせ、右公社から指定を受けた小売人に製造たばこの販売をさせることができるものとされているのであつて、たばこ小売人の營業収益の確保又は保障を目的とするものではないから、他の營業の許可処分とは異なり、たばこ専売制に基づく製造たばこ小売人の指定については前記制度の目的に照らし、先願主義（先願者の權利としての）が妥当しないものといへば、さればこそたばこ専売法には、製造たばこの小売人にならうとする者の公社に対する指定の申請および指定の制限等についての規定は設けられているが、先願主義の規定は全く存しない。」と述べている。

(注28)

泉美之松他編「酒税法注解」四六頁

「これらの免許制度は、酒税が特に高率であり、しかも、大部分の酒類業者は中小規模の業者が多いために、その乱立を防止して酒税の転嫁を容易にし、酒税の品質を保持し、國民衛生の面からもある程度の規制を行うために設けられたものである。」

酒税の保全及び酒類業組合等に関する法律一条

「この法律は酒税が国税収入のうちにおいて占める地位にかんがみ、酒税の保全及び酒類業界の安定のため、酒類業者が組合を設立して酒類の適切な需給調整を行うことができることとするともに、政府が酒類業者等に対して必要な措置を講ずることができるようにし、もつて酒税の確保及び酒類の取引の安定を図ることを目的とする。」

(注29)

旧酒税法（昭和十五年法律三五号）一八条につき大阪地裁は「酒税法第十八条にも『第十四条、第十六条及び前条の規定による免許の申請ありたる場合において、左の各号の一に該当するときは政府はその免許を与へざることを得』と規定し、免許の申請があつた場合には、政府に対し、原則としてこれを与へることを命じ、ただ法定の例外的事由ある場合にのみ、これを拒否することができる」と定めていること、及び右の例外的事由の存否は、本条各号の規定を酒類販売免許の趣旨たる酒類販売の公正と、酒税の確保という行政目的に照らして解決することによつて決定すべきことを考へ合せると、本件免許処分は、

行政庁（税務署長）の所謂自由裁量に属するものではなく、酒税法の規制するはんい内における裁量、即ち法規裁量と解するを相当とする。」（昭二九・五・二五大阪地裁、行裁例集五卷五号一一五八頁）

〔注30〕 昭和三八・一・一四付「酒類販売業免許等取扱要領」

〔注31〕 酒類販売業免許や製造たばこ小売人指定にあたり距離制限を設けることについて、その必要性は必ずしも明らかでなく、公共の福祉よりは、政府の便宜を優先させているようにも思われると、憲法が認めた職業選択の自由を制限する「公共の福祉に反しない」限度との関連において疑問視するむきもある。（今村成和「営業の自由の公権的規制」ジュリスト四六〇号四六頁）

なお、公衆浴場法の距離制限規定は合憲とされ（昭三〇・一・二六最高大、刑集九卷一号八九頁）、薬事法の距離制限規定は違憲とされた（昭五〇・四・三〇最高大）。

3 内免許と信義則

次に、酒類業の内免許を受けた者から本免許申請があつた場合に本免許を与えないことが、いわゆる信義則違反となるかという問題である。

信義誠実の法理ないし禁反言の原則（以下「信義則」という。）は、公序良俗とともに法と道徳との調和を図るため重要な観念として、元来私法の分野において発生したものであるが、公法分野においても、その性質が許す限り妥当するものと考えられるべきであろうといわれている。^{〔注32〕} そして、非権力的な単なる事実行為たる行政指導についても同様に、信義則の適用があるといわれている。^{〔注33〕} ただ、公法の分野におけるこの法理の適用をめぐる裁判例はまだ少ないが、基本的には同法理が適用されるとしながらも、裁判例の中には、信義則を適用した結果違法となる場合には信義則の適用はないとしたものがある。^{〔注35〕}

ところで、酒類業の内免許について信義則の法理が適用されるかについては、前述のような内免許の法的性格に照らして別の見地から検討されなければならないであろう。

すなわち、信義則ないし禁反言の原則は、制定法上は形式的に適法とされる行為であるのかかわらず、個別的具體的事情のもとで、これを行うことが法の根底をなす正義の理念に反するところから、これを為すことを許さないとするものであり、したがって、酒類業の内免許についていえば、その内免許を受けた者の利益を保護しなければ法の根底をなす正義の理念に反することとなるような事実の存することが要求され、そのためには、相手方の信頼利益が将来に方向しても保護されるべきかどうかの点が吟味されなければならないということである。

酒類業免許の要件の一である需給の均衡についていえば、内免許の段階において将来における需給の状況を正確に予測することは、極めて困難な仕事であるといえる。逆にいえば、内免許者の期待利益というものは、一つの予測の上に成立しているものであって、経済変動等による予測事実の変化に伴う危険は、内免許者がこれを負担するものというべきであろう。すなわち、将来において需給の変動を理由として本免許が与えられないことがあり得ることを一つの付帯条件として内免許がなされたものと考えることが、合理的解釈となる。このように考えると、将来において本免許が与えられないために内免許者が経済的損失を被ったとしても、内免許者の期待利益が右のように解される以上、行政庁が責を問われるべきものではないから、信義則を云々する必要は何ら存在しないこととなる。

ただ、前述のとおり、内免許が将来における需給予測という極めて測定困難な事実を前提としていることにかんがみれば、この制度の運用は極めて慎重に行うべきものであるといえるであろう。

原電之助「行政法における信務誠実の原則」法学雑誌六卷三号一頁

成田頼明「行政指導」(現代法四卷一五五頁)

(注33)
(注34)

公法分野において信義則が論じられた裁判例として、次のようなものがある。

- ① 地方税法においては民法上の財団法人が設置する学校において、直接教育の用に供する不動産に対しては固定資産税が課税されることになっているのに、税務事務所長がこの規定の解釈を誤り、右法人に対し本件「土地建物は……非課税の取扱いをする」ことに決定した。「旨の通知書を交付した。ところが八年後の昭和三六年に至り突然右税務事務所長は遡って五年分の固定資産税を課税した。この事件について東京地裁(昭四〇・五・二六、行裁例集十六卷六号一〇四一頁)は、本件課税処分は「自己の過去の言動に反する主張をすることにより、その過去の言動を信頼した相手方の利益を害することは許されない。」として無効とした。

これに対し、その控訴審判決(昭和四一・六・六東京高裁、行裁例集十七卷六号六一二頁)は原審と結論を異にし、本件の場合における遡及課税処分は、禁反言の法理に違背するものではないとして原判決を取消した。

- ② また、山形地裁(昭四六・六・一四付判決、訟務月報十八卷一号二二頁)は、電解法による金属マンガン製造会社が、金属マンガンを製造していたが、これに対し市長は昭和四〇年の地方税法改正前は、自治省の指導によって、金属マンガンが電気ガス税の非課税物件たる合金鉄に該当するものとして、これが製造のため使用する電気について約十五年にわたり非課税措置の事実状態(会社側では金属マンガン製造のため使用した電気を非課税として申告していたが、市からは何の異議もなかった。)が継続していた。ところが、昭和四〇年の地方税法の改正により金属マンガン(電解法によるものに限る。)が、その製造のため使用する電気の電気ガス税非課税物件として追加規定されたことから、市長は自治省事務官の指示に基づき、昭和四二年四月に、遡って昭和三九年度及び同四〇年度分の電気ガス税を賦課決定したことについて判決は、「本件賦課は、右の事実状態と信頼を破壊し長年培われた平地に波乱を生ぜしめるもので、著るしく原告の利益を損うものであるから……信義則上違法である。」として課税処分を取消した。

これに対し、その控訴審判決(仙台高裁昭五〇・一・二二、シエトイエル一五五号四四頁)は、かかる不作為ないし事実状態をもって禁反言の法理にいう信頼の対象たる表示に該当するということはできない、として原判決を取消した。

(注35)

前掲東京高裁のいう信義則適用要件のうち、「信義則の適用を認めると違法な結果を生ずる場合には、その適用を阻却せると解されている。」という判示は、信義則適用要件としては極めて厳格なもので、これを適用要件として妥当するものとするときは、信義則適用を認めようとする議論は、空論に終るおそれなしとしない、という批判もある(須貝修一「税務事務所長の非課税取扱い決定通知書とその後になされた過年度分課税(禁反言の法理の適用の有無)」シュトイエル五七号四頁。)

(現 葛飾税務署副署長)