

VIII-1. 行政処分の効力

2013. 5. 29 石崎

行政処分の成立・効力の発生・効力の消滅は別に説明するが (VIII-2)、とりあえずは、行政処分は、原則として、それが相手方に到達したときに効力が発生すると理解しておいてもらえばよい。

1、行政処分の実体的効力と規律力

(1) 行政処分の実体的効力

①行政処分は、それぞれ相手方国民に対する一定の法的効果を及ぼす。

直接の名宛人でない者に対しても一定の権利制限を課すことがある。たとえば、空港設置許可は空港周辺の土地所有者の権利を制限する→高い建築物を建築できない (航空法 § 49)。このような場合、許可の告示が必要 (同法 § 40)。

②行政処分の効果は各根拠法規によって定まる。

下命・禁止・許可・免除・特許・認可・剥権等の区分は、その効果による分類である。

許可・特許・認可・確認の違いや、効果意思の有無が問題となる法律行為的行政処分と準法律行為的行政処分の違いは、レジュメ p. 107以下の [補論] を参照されたい。

但し、法律上は、許可という名称であってもいわゆる特許や認可に該当するものもあろうし、特許や裁定という名称であっても確認に該当するものもある。

許可としての性質と認可 (補充行為) としての性質を合わせ持つものがあっても、それが法的に不可能でない限り、何ら問題ではない。

大事なことは分類ではなく、処分の根拠規定がどのような効果を付与しているかである。

(2) 規律力

①塩野 I (第3版・2003年) が行政処分一般に見られる効力として「規律力」の概念を提示した (塩野 I (第5版) では p. 139以下)。しかし、「規律力」概念を認めるかどうかについて学説は必ずしも一致していない。ここでは、塩野説を簡単に紹介する。

- a) 規律力の概念：一方当事者である私人の合意なくして具体的な法律関係を形成する力。
- b) 規律力の制度的根拠：「行政活動のある種のものには、このような効果を持つものがあるということを前提として制度が組み立てられているという以上の明確な制度的根拠」は認められていない。
- c) 規律力の目的：具体的な法関係の一方的形成という方法は、一定の法律関係にはいわば当然のこととして必要とされる (除去命令、租税賦課など)。申請を前提とする処分は契約的構成も可能であるが、「行政に対する法的コントロールを厳格にするという面に着目すれば、申請が法の要件を充足しているかどうかを責任をもって行政庁に審理・判断させるという趣旨から、具体

的法関係形成の最終的判断を行政庁の責任ある判断に留保させるという規律力を認めることにも意味があるといえよう」として、公定力のとの制度的結合にまで言及している。

d) 規律力の限界：権限ある機関が取り消すまで有効。公定力の限界として論じることが可能

②規律力については、宇賀克也「ベーシック行政法第5回 第5章行政行為（1）」法学教室287号（2004年8月）が詳しい説明をしているので参照されたい。

③一方性を行政処分の特徴としてをあげる論者もいる。例えば芝池総論p.125。なおこの点につき、塩野 I p.130の注（2）参照。

他方、一方性を行政処分の概念要素としない見解もある。例えば、小早川光郎『行政法（上）』弘文堂（1999年）p.267。

※私（石崎）は、規律力概念の必要性については、今のところ保留状態。

2、取消訴訟の排他的管轄から生じる効力

行政処分は、国民の側からその効力を争う手段は行政不服申立て又は取消訴訟だけであるという制度から、①**公定力**と②**不可争力**という行政処分に特有の効力が生じる。これらは行政処分一般に生じる効力で、その性質も実体的効力ではなく訴訟法的（手続法的）効力である。

（1）**公定力**

（櫻井・橋本p.88、塩野 I p.144）

①公定力の概念

行政処分は、仮に違法であっても、無効でない限り、正式に取り消されるまで有効なものとして通用する。行政処分のこのような通用力を**公定力**という。

公定力に関する最高裁判例の基本的考え方は、ゴミ焼却場設置決定事件最高裁昭和39.10.29判決（民集18-8-1809、判時395-20、ケースブックp.268）が述べているが、これは適法性推定説という古い根拠付けに立脚している（レジュメ p.104）。後に述べるように、今日では、取消訴訟の排他的管轄制度を採用した立法制度の結果、公定力が生じるという考え方が主流である。

※宇賀 I p.326以下は公定力という概念は用いず、「行政行為と取消訴訟の排他的管轄」というタイトルで公定力を説明している。

②公定力はどのような効果として現れるか

a) 仮に違法であっても（たとえ不服申立てや取消訴訟が提起されていたとしても）、当該処分を有効なものとして手続を続行できる。

b) 行政処分が違法であっても、行政強制の制度（行政代執行や滞納処分等）をとることができる。但し、行政代執行法や国税徴収法の要件を満たすことが必要であることはいうまでもない。

c) 他の行政機関も当該行政処分の効力を否定することができない。

d) 通常の民事訴訟や公法上の当事者訴訟では、裁判官といえども、行政処分の効力を否定することはできない。つまり、行政処分が有効であることを前提として判断しなければならない。最高裁昭和30.12.26判決（民集9-14-2070、判タ54-26）

裁判所に対する公定力の効果は、例えば、既納税金の返還訴訟が提起されたとき、裁判官が課税処分は違法であると判断しても、その課税処分が無効と言えない限り（つまり通常の違法にとどまる限り）は不当利得返還請求は棄却せざるを得ないということに典型的に表れるなぜなら、課税処分が無効でない限り公定力が働くので課税処分もそれに基づく徴税も有効だからである。処分が無効となるのは、原則として処分の違法性が重大明白である場合である。

大阪高裁昭和44.9.30判決（判時606-19、LEX/DB 21031461）スコッチライト事件

既納税金の不当利得返還請求訴訟で、裁判所は課税処分は違法であるが無効とは言えないとしたうえで、次のように述べて、不当利得返還請求を棄却した。

本件の課・徴税処分は権限ある官庁によつて取り消されるまでは有効なものであるから、被控訴人が控訴人から徴収した金員は、適法且有効に徴収されたものと言うことができるのであつて、これを法律上の原因なく不当に利得したものと言うことはできない。したがつて、控訴人の本訴請求はこの点で失当として棄却すべきものである。

※公定力が最も強い効果を示すのはd) の場合である。つまり、司法権を有する裁判所ですら、特定の手続（取消訴訟）によらなければ行政処分の効力を否定できないのである。これを「**取消訴訟の排他的管轄**」とか、「**取消訴訟の利用強制**」という言葉で表現している。

③公定力の根拠としての取消訴訟の排他的管轄

a) 伝統的な行政法学説は、行政処分（行政行為）は行政機関の権威ある決定であるので、適法性が推定されるという理由を挙げていた（適法性推定説）。

b) しかし、このように行政処分にア・プリオリ（先験的）に適法性の推定を認めることに対して、60年代頃から強い批判が出され、今日では適法性推定説を支持する論者は皆無に近い。そして、公定力の実定法上の根拠は、現行法制度が取消訴訟制度を設けており、取消訴訟でしか行政処分を取り消すことができないとする訴訟制度（取消訴訟の排他的管轄）にあるという考えが多数の支持を得ている。

c) なぜ、取消訴訟の排他的管轄が公定力の根拠となるのか

ア) 行政処分の取消権者は限定されている。

職権取消の場合：処分行政庁とその上級行政庁（上級庁に関しては、法律の根拠が必要かどうかについて見解が分かっている）

争訟取消の場合：不服申立てにあっては審査庁（審査請求の場合）又は処分庁（異議申立ての場合）。取消訴訟にあっては裁判所。

イ) これ以外の行政機関や裁判所は、行政処分を取り消したり、その効力を勝手に否定することはできないとされている。

ロ) 従つて、行政処分が正式に取り消されない限り、行政処分はその通用力を持つこととなる。

エ) これは違法な行政処分が事実上通用しているというものではなく、法制度上の通用力である。これが公定力である。

- ④取消訴訟の排他的管轄の他に、公定力（違法な行政処分 of 通用力）を支えるしくみ
- a) 執行不停止原則：日本の現行法制度は、不服申立てや取消訴訟が提起されても、行政処分の効力は妨げられないとしているので（執行不停止原則）、公定力は非常に強い。
※ドイツ行政法も行政行為は取り消されるまでは有効であるとしているが、不服審査請求や取消訴訟が提起されれば、原則として執行が停止される（自動的停止効制度）。つまり、公定力は必然的に執行不停止制度を伴うものではない。
 - b) 公権力の行使に関する仮処分の排除（行政事件訴訟法 § 44）
 - c) 取消訴訟の短期的出訴期間制度（出訴期間を過ぎると、不可争力が生じ、違法な行政処分でも国民の側から取消を請求できなくなる。そのため違法な行政処分の通用力は一段と強くなる。）
 - d) 行政処分の自力執行を認める法律の存在（行政代執行法、国税徴収法の滞納処分及びそれを準用する諸法律）

※2004年行政事件訴訟法改正前は義務付け訴訟が明記されておらず、義務付け訴訟はを提起することは極めて困難であったが、このことも公定力（違法な行政処分の通用力）を強めるものであった。なぜなら、出訴期間後に違法性が判明したり、事情の変更で違法状態となったとしても、職権取消の義務付けを請求することができなかったからである。
今後は、職権取消の義務付けを求める訴訟も可能となると考えられる。

⑤公定力制度の正当性・合憲性

法治主義原則から見れば公定力は不思議な制度である。違憲論があってもおかしくない。では、なぜ公定力（すなわち取消訴訟制度の排他的管轄制度）は認められるのか。塩野 I p. 146は、①紛争処理の合理化・単純化機能、②紛争解決結果の合理性担保機能、③他の制度的効果との結合機能をあげているが、大まかにいうと次のようにいえるのではなからうか。

行政処分をめぐる法関係の画一的確定の要請

行政処分に対する信頼保護の必要性

行政処分の内容の早期実現の必要性

たしかに、権利や資格を付与する処分、公的な確認を行う処分、収用裁決や公共料金認可などのように多数人の権利義務関係に影響を及ぼす処分は、正式に取り消されるまでは通用力を持たせておくべきであろう。また、不利益処分のなかには緊急に執行されるべきものも少なくない。もっとも、これがすべての行政処分にあてはまるともいえない。

従前より公定力の存在に疑問を投げかけていた阿部泰隆は、公定力概念を否定すべきだとする（阿部泰隆『行政法解釈学①』有斐閣（2008年）p. 72以下）。

※⑤のような問題提起が理論的に可能となったのは、公定力の根拠につき、取消訴訟排他的管轄説が有力となったからである。つまり、排他的管轄制度を採用する立法政策の合憲性・合理性が問われるわけである。適法性推定説ではこのような問いかけは論理的に出てこない。適法性の推定が正しいとすれば、通用力に関する

る論拠づけはそれで十分であるからである。

※現行行政事件訴訟法は排他的管轄を明文で定めているわけではない。しかし、現行法制下で「行政処分に関する取消訴訟の排他的管轄」が認められることの根拠は、取消訴訟の短期的出訴期間の制度であると解されている。つまり、取消訴訟に対し短い出訴期間を課しておきながら、その後において、他の訴訟で当該処分の効力を否定することが可能となれば、出訴期間制度の意味がなくなるからである。

なお、行政処分について取消訴訟という特別の制度を一般的に定め、行政処分に不服がある場合にはその利用を強制するという仕組みは、フランスやドイツなどで発達したものである（その歴史的由来は興味深い）。我が国は明治期にドイツをモデルにして行政裁判所制度を作ったので、その仕組みを採用したわけである。行政裁判所制度を廃止した今日においても、抗告訴訟制度、就中（なかんずく）取消訴訟制度を採用しているので、行政処分一般に公定力と不可争力が発生する制度となっている。

ちなみに、ドイツでも行政処分（行政行為）は取り消されるまでは有効なものとして通用すると理解されているが、「公定力」という概念は用いられていない。「公定力」という概念は美濃部博士によるものだと言われている。この概念設定があまりにも見事であったために、さらにそれが適法性推定説（これ自体はドイツにもある）と結びついていたため、それは公権力優位の行政法制度・行政法理論を「構築」するうえで「猛威」をふるった。公定力を適法性推定説から解放し、取消訴訟排他的管轄論で説明するようになるのは、戦後の研究者による1960年代の研究の成果であり（特に兼子仁『行政行為の公定力の理論』）、1970年代ぐらいから教科書にも反映するようになった。このあたりの事情は塩野 I p.151の注（1）参照。

行政事件訴訟法改正（2004年）をめぐる論議でも、行政処分につき抗告訴訟と当事者訴訟の両方を認めるべきだという議論も出されていたがこの仕組みを変えるまでにはならなかった。また、法律で行政処分と規定されたものだけが行政処分（すなわち取消訴訟の排他的管轄に服す）というようにすべきだという見解もあるが、現実的かどうかは疑問である。

⑥ 公定力の範囲と限界

a) 無効の行政処分に公定力は生じない

行政処分の違法性（瑕疵）の程度があまりに高い場合には、行政処分は無効と考えられるので、公定力は生じない。つまり、誰でも行政処分の効力を否定してよい。

つまり、行政処分の瑕疵には、取消理由となる瑕疵と無効原因となる瑕疵の二つのレベルがあることになる。無効原因となる瑕疵は、一般に「重大かつ明白な瑕疵」とされているが、詳しくは後の「行政処分の瑕疵」のところの説明する。

ア) 誰でも行政処分の効力を否定してよいということの最も端的な現れは、民事訴訟や公法上の当事者訴訟で、裁判所が行政処分が無効であると判断したら、その効力を否定して裁判をすることができるということである。先に挙げた課税処分の例で言えば、裁判所が課税処分が無効であると判断したならば、過誤納付につき、不当利得返還請求を認容することができる。

イ) 行政機関も無効の行政処分には拘束されない。例えば、土地収用においては、事業認定（国土交通大臣か知事が行う処分）の後、収用委員会において収用裁決がなされるが、事業認定が単に取り消しうる瑕疵を有するだけのときは、収用委員会は事業認定の効力を否定できない。しかし、収用委員会が事業裁決が無効であると判断したときは、事業認定の効力を否定して裁決をすることができる。（もっとも、収用裁決については、後に述べる違法性承継の可能性があるから、瑕疵があればその効力を否定できるのではないかという見解も存在しうるが——但し実務通説は否定——ここでは立ち入らない。無効の行政処分は誰でもその効力を否定できるということのイメージがつけばよい。）

ウ) 勿論、国民も処分が無効であると考えるときは、その効力を否定してよい。しかし、それを裁判所に認めさせることができなければ、行政処分により形成された法規範に違反した責任を負うことになってしまう。

b) ~~公定力は国家賠償訴訟には及ばない~~ → 公定力は国家賠償請求を妨げるものではない。

ア) 公定力は国家賠償訴訟には及ばないとされている。すなわち、国賠請求が認められるために、予め処分の取消しがなされていなければならないというものではない。もっとも、国家賠償訴訟で行政処分の違法性が認められたとしても、行政処分の効力は否定されない。損害賠償を得るだけである。

これについて、これまでは「公定力は国家賠償訴訟には及ばない」という見出しにしていた。しかし、今日の公定力論は、処分の適法性の通用力ではなく、効力の通用力であると解されている。国賠請求は処分の効力を否定するものではないので、その限りでは公定力は否定されていない。だとすれば、従前の表現から、上記見出しのように「公定力は国家賠償請求を妨げるものではない。」と変えるべきではないかと考える。なお、この指摘は新潟大学法科大学院生によるものである。（もし、公定力を適法性推定説で説明するならば従前の表現でも良かったかも知れないが、適法性推定説を否定した時点で表現を変えるべきであったらう。）

イ) ところが、単に金銭債務を発生させるだけの行政処分や、金銭債権の発生を阻止したりあるいは金銭債権を消滅させるだけの行政処分については、国家賠償訴訟が許されないのではないかという見解が出されている。国家賠償でも同じ結果が得られるので、出訴期間制度の潜脱になるからである。塩野Ⅰ p. 148、塩野Ⅱ p. 326参照（塩野宏は、国家賠償請求権の成立を公務員の故意または重過失に限っている）。しかし、この説に対しては反論もある（例えば人見剛）。

しかしながら、この問題については、最近の**最高裁平成22.6.3判決**（民集64-4-1010、判時2083-71、LEX/DB 25442264）が次のように決着をつけた。

原審は、国家賠償法に基づいて固定資産税等の過納金相当額に係る損害賠償請求を許容することは課税処分¹の公定力を実質的に否定することになり妥当ではないともいうが、行政処分が違法であることを理由として国家賠償請求をするについては、あらかじめ当該行政処分について取消し又は無効確認の判決を得なければならないものではない（最高裁昭和35年（オ）第248号同36年4月21日第二小法廷判決・民集15巻4号850頁参照）。このことは、当該行政処分が金銭を納付させることを直接の目的としており、その違法を理由とする国家賠償請求を認容したとすれば、結果的に当該行政処分を取消した場合と同様の経済的効果が得られるという場合であっても異ならないというべきである。

すなわち、かかる場合でも国賠請求は否定されない。しかしながら、国賠法上の違法性判断を職務行為基準説に基づいて判断するものとしたので、取消訴訟上の違法性とは判断基準が異なる。また、生活保護に関して大阪地裁平成13.3.29判決（訟月49-4-1297、LEX/DB 28081496）参照。この問題については、宇賀 I p. 332以下が詳しい。

c) 刑事訴訟に公定力は及ぶかという問題がある。

- ・行政処分に違反した場合に刑事罰を課されることがある。しかし、公定力はこの場合の刑事訴訟には及ばないとするのが学説の基本的傾向である。つまり、犯罪構成要件の審査は人権保障に関わるものであり、刑事裁判官は行政処分が違法かどうかを独自に判断し、違反行為の有罪・無罪を判断すべきと考えられている。塩野 I p. 152注（6）参照

最高裁昭和53.6.16判決（刑集32-4-605、判時893-19、ケースブックp. 107、LEX/DB 27662111）山形ソーランド事件刑事訴訟

本来、児童遊園は、児童に健全な遊びを与えてその健康を増進し、情操をゆたかにすることを目的とする施設（児童福祉法40条参照）なのであるから、児童遊園設置の認可申請、同認可処分もその趣旨に沿ってなされるべきものであつて、前記のような、被告会社のトルコぶる営業の規制を主たる動機、目的とする余目町の若竹児童遊園設置の認可申請を容れた本件認可処分は、行政権の濫用に相当する違法性があり、被告会社のトルコぶる営業に対しこれを規制しうる効力を有しないとわざるをえない

但し、**最高裁昭和63.10.28決定**（刑集42-8-1239、判時1295-150、ケースブックp. 53、LEX/DB 27804936）は、刑事訴訟にも公定力が及ぶとしているように読める。

（最初）の免許停止処分の当時、処分行政庁は、相当な根拠のある関係資料に基づき、被害者らが傷害を負ったと認めたのであるから、その後……刑事裁判において傷害の事実の証明がないとして、被告人が無罪とされたからといって、右処分が無効となるものではない。そうすると、本件免許停止処分は、無効ではなく、かつ、権限のある行政庁又は裁判所により取り消されてもいないから、（その後、別の交通違反事件を起こした）被告人を（本件免許停止処分の前歴があることを理由に）反則者に当たらないと認めてなされた本件公訴の提起は、適法である。

（※石崎注－もし、本件免許処分が違法であるとして取り消されていたら、

第2の交通違反事件も犯則金を払えば起訴されないはずの事件であったが、原告は取消訴訟を提起していなかった。)

※私(石崎)は刑事訴訟に公定力を及ぼすべきではないと考えているが、最高裁判例は明確な態度を示しているわけではない。

d) 先行行為と後行行為との間に「違法性の承継」が認められる場合は、先行処分の公定力が制約されることとなる。

ア) 「違法性の承継」とは、連続して行われる二つの行政処分があったときに、先行処分の違法が後行処分の違法事由となり、先行処分が取り消されていなくても、当該先行処分の違法を事由に後行処分を取り消すことができる場合を示す言葉である(公定力によれば先行処分が取り消されていない限り、それは有効であるから、先行処分が仮に違法であっても後行処分は適法となるはずである。しかし、違法性の承継を認めると、後行処分取消訴訟で先行処分の効力を否定して後行処分を取り消すことができる。すなわち先行処分の公定力が後行処分に及ばないということとなるのである。)

なお、違法性の承継を認めるかどうかは法律で規定されている訳ではないので、法解釈によることになる。

イ) 判例学説の多数が違法性の承継を認めるものに土地収用の事業認定と収用裁決がある。この場合、事業認定が違法であれば、事業認定が取り消されていなくても、事業認定の違法を理由に収用裁決を取り消すことができる。

ウ) 他方、義務賦課処分と行政代執行とでは違法性が承継されず、課税処分と滞納処分の間でも違法性は承継されないと考えられている。この場合は、義務賦課処分が取り消されていない限り、同処分の違法を理由に代執行の戒告処分の取消を請求することはできない。なお、違法性の承継が認められる方が例外的である。

※違法性の承継については、最近の最高裁平成21.12.17判決(民集63-10-2631、判時2069-3、LEX/DB 25441567)が重要判例であるが、後の「行政処分の瑕疵」のところでも詳しく扱う予定である。

e) 許認可に基づく私人の行為が第三者の権利を侵害する場合

許認可を受けて私人が行う行為が私法上も適法となるものではない。従って、許認可を受けて行う私人の行為に対し、他人が差し止めなどの民事訴訟を提起することはなんら妨げられない。原発建設差止めを認容した志賀原発2号機建設差止め金沢地裁平成18.3.24判決(判時1930-25、LEX/DB 28110929)参照。廃棄物処理施設でも民事で建設差止めを認める事例は少なくない。

もっとも、これは行政処分が第三者を拘束する効果を有しないからであって、この問題は公定力の問題ではなく、処分の実体的効力の問題である。

※それに対し、処分が第三者に対して実体的な拘束力を有するのであれば、当該拘束力は公定力によって支えられる。例えば、レジュメ p.108で書いたように、空港設置許可は周辺土地所有者に対する所有権の制限効果が持つが、このような制限を取り除くためには設置許可の取消しが必要である。

(補足) 病院開設中止等勧告の処分性と公定力について

①病院開設中止勧告に関する最高裁平成17.7.15判決(民集59-6-1661、判時1905-49、ケースブックp.295)と、病床数削減勧告に関する最高裁平成17.10.25判決(判時1920-32)は、これらの勧告が行政指導ではあるが行政処分にあたるとした。従前の行政処分の理解からすれば、行政処分の概念をかなり広げたこととなる。この勧告制度は詳しくは判決を読んでもらうとして、おおむね次のような制度である。

a) 医療法は、病院を開設しようとするときは、開設地の都道府県知事の許可を受けなければならないと定めており(同法§7①)、都道府県知事は、医療計画の達成の推進のために特に必要がある場合には、病院開設申請者等に対し、病院の開設、病床数の増加等に関し勧告することができるとしている(同法§30の11)。但し、医療法上は、上記の勧告に従わない場合にも、そのことを理由に病院開設の不許可等の不利益処分がされることはない。

b) 他方、事件当時の健康保険法§43の3②は、都道府県知事は、保険医療機関等の指定の申請があった場合に、一定の事由があるときはその指定を拒むことができることと規定しており、上記勧告に従わないこともその拒否理由に当たるといふ運用がされてきた。現在は、そのことが同法§65④二号に規定されている。

c) この保険医療機関の申請は病院開設許可を受け、病院が完成してから行うものとされている。病院開設者にすれば、保険医療機関として指定されるかどうかは病院経営上決定的な意味を持つだろうし、勧告を無視して病院を開設するのも大変なリスクであろう。

②公定力によって実体的に通用する効力の内容は、個々の行政処分の有する実体的な効果である。法的拘束力を有しない行政指導を行政処分と認めたとしても、行政指導に拘束力が生じる訳ではない。上記判決でいえば、最高裁の法廷意見は、病院開設中止勧告や病床数削減勧告は行政指導としており(但し、事実上病院開設者を拘束していることも認めている)、これら勧告が法的な拘束力を有する訳ではない。それは行政処分性が認められても同じであるし、その意味では公定力も無に帰す(藤田意見参照)。

③しかしながら、当該勧告に従わないことが後続の行政処分の要件となる場合、行政指導又は勧告であっても行政処分性が認められることがあり(塩野Ⅱp.113)、さらに当該処分には後続処分の構成要件効果が認められ、この効力は公定力によって保護されるという立論も不可能ではない。例えば、病院開設中止勧告では、当該勧告が取り消されない限り、現行健康保険法§65④二号の要件充足性を否定することはできないとする立論である。病床数削減勧告事件の藤田裁判官意見がこの点に触れている。但し、法廷意見がそこまで明言しているものではないことにも注意しておく必要がある。

④もし勧告が行政処分ではないとすれば、公定力は生じないのだから、このような議論は不要で、保険医療機関指定拒否処分を争う訴訟で勧告自体の違法を主張しても何ら問題ない。

他方、実際問題としては、病院設置者としては、勧告の出た時点でそれを争い、中止勧告の違法性を明らかにした方がよいという側面もある。

⑤このような場合、行政処分性を認めた方がよいのだろうか（公定力が生じるが、取消訴訟で争える）、行政処分性を否定した方がよいのだろうか（公定力は生じないが、取消訴訟はできない）。それとも、他の解決方法（例えば取消訴訟が可能だが、公定力は生じないと考えるとか）があるだろうか。

⑥また、一般には行政処分性が否定されるような勧告であっても、実は行政処分だったとされるようだと、国民（病院開設者）は取消訴訟を提起しておかなければならないこととなるので、その判断ミスリスクは国民が負うことになりかねない。出訴期間制度があるのでなおさらである。このような限界的事例では、むしろ国民の側がまずは訴訟形式を選択しても、それが国民の不利にならないという解釈・運用も必要だろう。

※この問題はかなり難しい問題なので、当面は理解できなくてもよい。

（2）不可争力

①不可争力の意味

- ・行政処分は出訴期間を過ぎたら、国民の側からその取消を求めることはできなくなるという効力を**不可争力**という。
- ・取消訴訟の短い出訴期間の制度はドイツや日本などで採用されており、取消訴訟制度を採用する場合に一般に見られる制度である。
- ・行政不服審査や取消訴訟が適法に提起されている限り、不可争力は発生しない。つまり、適法に不服申立てが提起されている限り、処分から1年以上経過しても、取消訴訟の不可争力は生じない。但し、不服申立てに対する裁決があると、取消訴訟の出訴期間が進行し始める。
- ・2004年行政事件訴訟法改正で、出訴期間経過後の出訴制限が緩和された（不変期間規定の廃止、正当化理由がある場合の出訴容認）。つまり不可争力の発生が妨げられる余地が広がった。

②不可争力の限界等

- ・無効の行政処分に不可争力は発生しない。無効確認訴訟は出訴期間の制約を受けない。
- ・行政庁が職権で行政処分を取消すことは、出訴期間経過後でも可能である。

※私（石崎）は、出訴期間経過後に処分を違法とする理由が発見され、処分を維持することが公共の福祉に著しく反するような場合には、職権取消の義務付け訴訟を提起することが可能であると思う。但し、出訴期間内に訴訟を提起しなかったことに正当性があることが必要だろう。

（3）出訴期間制度とその合憲性

①不服申立ての申立期間

a) 異議申立て及び審査請求

処分のあったことを知った日の翌日から起算して60日以内（処分に不服のある者は原則として審査請求をすべきであって、異議申立ては審査請求のできない場合に提起する）。

b) 異議申立て後に審査請求をする場合及び再審査請求

異議申立ての決定または審査請求の裁決があったことを知った日の翌日から起算して60日以内（審査請求ができるにも関わらず法律で特別に異議申立てもできると定めている場合は異議申立て→審査請求となる。再審査請求は法律で規定している場合に限り可能）。

c) いずれにあっても、天災その他やむをえない理由があったために期間内に申立てをできなかったときは、その理由がやんだ日の翌日から起算して1週間以内に申し立てることができる。

d) 処分、決定、裁決があった日の翌日から起算して1年を経過したときは、異議申立て・審査請求・再審査請求はできなくなる。但し、正当な理由があるときは、この限りでない。

※行政不服審査法改正案（2008年国会上程後廃案）では、申立期間が3ヶ月に延長されている。

②取消訴訟の出訴期間（司法審査論のテーマであるが、ここでも説明しておく）

a. 処分又は行政不服申立てに対する決定若しくは裁決（以下、裁決という）のあったことを知った日から6ヶ月以内（翌日起算である）。但し、正当な理由のある場合は、この限りでない。

b. 処分または裁決のあった日から1年を経過したら、取消訴訟は提起できない、但し、正当な理由のある場合は、この限りでない。

c. 行政不服申立て→取消訴訟を提起する場合は、裁決等のあったことを知った日から6ヶ月以内に処分の取消訴訟または裁決の取消訴訟を提起することになる。

d. 審査請求に対する裁決を経なければ取消訴訟を提起できないと特別に定められている場合は、裁決を知ってから6ヶ月以内に取消訴訟を提起することになるが、審査請求後3ヶ月を経過しても裁決がないときは取消訴訟を提起できる。

e. 審査請求の前置を定める規定がないときは、行政不服申立てが提起されている限り、その継続中及び裁決後6ヶ月以内であれば、取消訴訟を提起できる。

※審査請求前置主義の規定されていない処分で、審査請求期間内に適法に審査請求をしたが、なかなか裁決がでないことがある（例えば新潟県の情報公開関係でも、不開示決定に異議申立てや審査請求がなされてから裁決等ができるまで1年以上を要することは少なくない）。では、処分のあったことを知った日から6ヶ月以上経過しているが、まだ裁決が出てないときに、業を煮やして取消訴訟を提起することができるだろうか。

裁決があれば、その裁決のあったことを知った日から6ヶ月以内に出訴できることは明文で規定されている。また審査請求前置主義が規定されている場合も明文規定がある。それに対し、前置主義が採用されていない場合で、裁決のまだない場合については、明文の規定がない。

③出訴期間制度の合憲性

- ・最高裁昭和24.5.18判決（民集3-6-199）は自作農創出特別措置法が出訴期間を1ヶ月としたことについて、農地改革としての買収処分の特殊性を踏まえ憲法 § 32に違反するものではないとしている。
- ・行政事件訴訟法につき上記判例を引用するものとして、最高裁昭和59.2.3判決（税務訴訟資料135-88、LEX/DB 21080215）があるが出訴期間そのものの合憲性は争点となっていない。

- ・短期出訴期間制度の根拠を求めようとする、法律関係の早期安定の必要性ということに求められるであろう。
- ・学説では、従前の3ヶ月の出訴期間制度が短いのではないかという疑問も出されていたが（阿部泰隆『行政救済の実効性』p.242など）、2004年の行政事件訴訟法改正で出訴期間が6ヶ月に延長された。また、従前の「不変期間とする」との規定が削除され、同法 § 14①に正当な理由による延長の規定が取り入れられた。

（補）申請拒否処分と不可争力と再申請の可否について

塩野 I p.157は、申請拒否後の再申請について言及し、申請拒否処分に対し再度の同一申請をすることは許されるが、再度の申請に対しては実質的審査義務を負わないとして、これを出訴期間制度からの要請であるとしている。私は、申請拒否処分があった場合は、取消訴訟（＋義務付け訴訟）を提起してもよいし、再度の申請をしてもよいと思う。行政庁は、最初の申請と事実関係・法律関係に変化がないのであれば、同じ理由で再度の拒否処分をすることとなると思う。申請者は申請を認めてもらわなければならないのだし、それまでは法律状態は変わらないのであるから、訴訟をとるかor再申請をとるかは申請者が選択すればよいと考える。どうしてもその申請を認めさせたいのであれば、申請者はいずれかの拒否処分に対して取消訴訟（＋義務付け訴訟）を提起すればよい。許可基準が変わるときにはいわゆる駆け込み申請があるが、このような申請は拒否後に再申請というわけにいかない、この場合は当該申請拒否処分を争うしかないであろう。そうすると、それぞれの拒否処分毎に取消訴訟（＋義務付け訴訟）が可能かという問題が生じるが、取消訴訟の訴訟物は個々の拒否処分の違法性であると考えられるので、既判力抵触や二重起訴の問題は生じないと考える。^{*4}

但し、申請権の濫用として、再三再四の申請が違法となる可能性を否定するものではない。

3、一部の行政処分に生じる特殊な効力

（1）執行力

①意義

行政処分の中には、裁判所の判決を待たずに、行政庁自ら強制執行できるものがある。このような効力を**執行力**という。

②執行力の認められる行政処分

執行力は、行政処分に一般的に認められる効力ではなく、法律の根拠がある場合にのみ認められるものである（戦前の学説は、行政処分に一般的に認められるとしていた）。

③行政上の強制執行を認める法律

- 行政代執行法：法律（条例を含む）の規定によって、または行政処分によって発生する代替的作為義務については、同法により行政代執行が可能。
- 国税徴収法による滞納処分：国税徴収法が国税について滞納処分の規定をしてお

*4 出訴期間経過後の再申請を認める見解はかねてより人見教授（北大）の主張するところである。入手しやすいものとして、リーガルクエストp.68参照。

り、地方税法、国民年金法、行政代執行法など、国税徴収法の定める滞納処分の準用規定を持つ法律は少なくない。

- c. その他の個別法（例えば成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法 § 3⑥の直接強制に関する規定）

（２）不可変更力

①意義

行政処分の中には、違法であったとしても行政庁自ら職権による取消のできないものがあると考えられる。これを**不可変更力**という。

違法性が判明した行政処分の職権による取消処分や変更処分は原則として可能であるが、行政処分の中には職権で取消・変更をすることが処分の性質上許されないものが存在する。これを不可変更力を有する行政処分と呼称している。このような処分にあっては、職権で取消し又は変更すること自体が違法である。

- ②不可変更力の認められる行政処分としては、次のようなものがあげられている。もっともその範囲をめぐって確立した学説があるわけではない。

- a) 不服審査手続による裁決や決定など（慎重な手続で行われる争訟裁断行為）

最高裁昭和29.1.21判決（民集8-1-102、判タ38-47）

最高裁昭和42.9.26判決（民集21-7-1887、判時504-62）

※塩野 I p. 157は、前者は不可変更力を、後者は実質的確定力を認めたものであると述べている。前者（昭和29年判決）は、訴願（現在の行政不服申立て）の裁決が違法であったとして、それを取り消す裁決をしたことの違法性が問われたものである。それは民訴の自己拘束力あるいは自縛力に相応する不可変更力の問題となる。後者（昭和42年判決）は、訴願に対する裁決を経て一旦確定した法律関係を、同一当事者からの新たな買収申請に基づき変更する決定をしたことの違法性が問われたものである。ここでは、訴願裁決で確定した法律関係を行政庁が変更することが許されるかということが問題となっており、最初の訴願裁決の実質的確定力の問題となっている。なお百選 I p. 138とp. 140の解説を参照されたい。

- b) 利害関係者の参加で慎重な手続で行われる処分（土地収用裁決、土地利用権設定に関する農地委員会の裁定、公正取引委員会の裁決など、準司法的手続で行われる決定や行政審判）

- c) その他、行為の性質上、法的効果を確定させるべき行為（当選人決定など）