

VIII－2．行政処分の成立と消滅

一、行政処分の成立と効力発生

教科書等では行政処分の成立と効力発生を分けて論じるので、一応の説明をするが、重要なのは2の効力発生要件である。

1、行政処分の成立

①行政処分の**成立要件**（効力発生要件と違うので注意）は、行政処分が対外的に表示されることである。

内部意思の決定だけでは（会議で決まったとか、稟議（りんぎ）——書類を回覧し関係者が押印すること——を終わったとか）、行政処分が成立したことにはならない。

最高裁昭和57.7.15判決（民集36-6-1146、判時1055-33、LEX/DB 27000081）給油所変更許可申請不作為違法確認訴訟

行政処分が行政処分として有効に成立したといえるためには、行政庁の内部において単なる意思決定の事実があるかあるいは右意思決定の内容を記載した書面が作成・用意されているのみでは足りず、右意思決定が何らかの形式で外部に表示されることが必要であり、名宛人である相手方の受領を要する行政処分の場合は、さらに右処分が相手方に告知され又は相手方に到達すること、すなわち相手方の了知しうべき状態におかれることによつてはじめてその相手方に対する効力を生ずるものというべきである。（中略）

右の事実によれば、本件許可書の写しの三菱石油大阪支店らに対する交付は、同人らの懇請に応じ大阪通商産業局長に対する関係で昭和47年度の給油取扱所の変更の枠を確保することを目的としてあたかも許可処分があつたかのような状況を作成するためにされたものにすぎず、被上告人に対する許可処分そのものは隣接住民の同意書の提出をまつて許可書の原本を交付することによつて行うこととされ、三菱石油らももとよりこれを了承して許可書の写しの交付を受けたのであるから、右交付をもつて被上告人に対する許可処分の外部的意思表示がされたものとみることはできない。したがつて、これだけでは、本件許可処分は行政処分として未だ成立していないといわざるをえず、…

②内部意思と異なった表示をした場合は、表示された内容の行政処分が成立するとされている。

最高裁昭和29.9.28判決（民集8-9-1779、判時37-5、LEX/DB 27003127）

この場合表示行為が当該行政機関の内部的意思決定と相違していても表示行為が正当の権限ある者によつてなされたものである限り、（この事実は原審の認定したところである）該書面に表示されているとおりの行政行為があつたものと認めなければならない。

2、行政処分の効力の発生

①処分の**効力発生要件**は行政処分が相手方に到達することである。

最高裁昭和29.8.24判決（刑集8-8-1372、判時34-22、LEX/DB 27660386）検察官免官発令処分

特定の公務員の任免の如き行政庁の処分については、特別の規定のない限り、意思表示の一般的法理に従い、その意思表示が相手方に到達した時と解するのが相当である。即ち、辞令書の交付その他公の通知によつて、相手方が現実にこれを了知し、また相手方の了知し得べき状態におかれた時と解すべきである

最高裁平成11.10.22判決（民集53-7-1270、判時1693-133、LEX/DB 28042452）医薬品の製造・輸入承認

医薬品の製造又は輸入を業として行うためには、薬事法に基づく許可を受けなければならないが（薬事法12条、22条）、その許可の申請者が、製造又は輸入しようとする医薬品につき、承認を受けていないときは、その品目について右許可を受けることができない（同法13条1項、23条）。承認は、医薬品の有効性、安全性を公認する行政庁の行為であるが、これによつて、その承認の申請者に製造業等の許可を受け得る地位を与えるものであるから、申請者に対する行政処分としての性質を有するものといふことができる。そうすると、承認の効力は、特別の定めがない限り、当該承認が申請者に到達した時、すなわち申請者が現実にこれを了知し又は了知し得べき状態におかれた時に発生すると解するのが相当である。

そして、関係法令を検討しても承認の告知方法を定めた規定は存在しないが、薬事法14条1項、13条1項等の文理からすれば、告知に関する規定がないことをもつて、同法が、承認について申請者への告知を不要としているものとは解されず、他に申請者への到達なしに承認の効力が生ずることをうかがわせる定めはない。

②法律に効力発生時期に関する特別の規定がある場合は、行政処分に附款（停止条件 or 始期）が付されている場合はそれによる。

法律の特別の規定は字賀 I p. 349以下に紹介されているが、それによると、国籍法 § 10②（帰化）、文化財保護法 § 28②（重要文化財指定）、森林法 § 33②（保安林の指定及び解除）などがある。

③一般処分の場合は公示の方法をとることがある（一般的な規定はないので個別法律の規定による。例えば道路法 § 18）

※一般処分とは、道路の供用開始処分や供用廃止処分のように不特定多数の者を相手としてなされる行政処分のこと。

③相手方の所在が不明の時についても一般的な規定はないので、行政処分の性質に従って個別に判断することになる。

最高裁平成11.7.15判決（判時1692-140、判例自治195-45、LEX/DB 28041261）

失踪公務員に対する懲戒免職処分の通知方法と効力発生時期

所在が不明な公務員に対する懲戒処分は、国家公務員に対するものについては、その内容を官報に掲載することをもつて文書を交付することに替えることが認められている（人事院規則1210「職員の懲戒」5条2項）ところ、地方公務員についてはこのような規定は法律にはなく、兵庫県条例にもこの点に関する規定がないのであるから、所在不明の兵庫県職員に対する懲戒免職

処分の内容が兵庫県公報に掲載されたことをもって直ちに当該処分が効力を生ずると解することはできないといわざるを得ない。

しかしながら、上告人の主張によれば、上告人は、従前から、所在不明となった職員に対する懲戒免職処分の手続について、「辞令及び処分説明書を家族に送達すると共に、処分の内容を公報及び新聞紙上に公示すること」によって差し支えないとしている昭和30年9月9日付け自丁公発第152号三重県人事委員会事務局長あて自治省公務員課長回答を受けて、当該職員と同居していた家族に対し人事発令通知書を交付するとともにその内容を兵庫県公報に掲載するという方法で行ってきたというのであり、記録上そのような事実がうかがわれるところである。そうであるとするなら、兵庫県職員であった被上告人は、自らの意思により出奔して無断欠勤を続けたものであって、右の方法によって懲戒免職処分がされることを十分に了知得たものというのが相当であるから、出奔から約2箇月後に右の方法によってされた本件懲戒免職処分は効力を生じたものというべきである。

※行政処分の効力発生の有無にかかる最高裁判例は少なくない。それを知っておくことは実務上有益であるので、それぞれTKCで確認しておくこと（以下判決日だけを列挙しておいた）

昭和28.2.20、昭和30.4.12、昭和28.9.3、昭和30.3.29、昭和30.6.21、昭和33.5.24、昭和33.10.21、昭和38.11.26、**昭和42.7.5**、**昭和47.9.22**、昭和56.3.27、昭和57.7.23

※行政処分が成立していないのに、あるいは行政処分が効力を生じていないのに、行政庁が処分の有効を主張する場合には、「処分不存在確認訴訟」または「処分無効確認訴訟」を提起することができる（行政事件訴訟法§3④）。勿論、公定力も生じていないので、当事者訴訟で処分の不存在または無効を主張することも可能である。

二、行政処分の効力の消滅

行政処分の効力が消滅するのは次のような場合である。

1. 職権による撤回または取消（これらは行政処分である）
2. 争訟による取消（不服審査の裁決等や裁判所の判決による取消）
3. ある事実の発生や時の経過による失効（これは行政処分による失効ではない）
 - 法律に定められた失効事由が生じたとき
 - 行政処分に付された附款（解除条件・終期）による失効
 - その他、当該処分の性質上、ある事実の発生による失効が認められるとき（行政処分の対象となる行為（工事など）の終了又は相手方の死亡若しくは対象物の消滅など）

1、撤回と職権取消

(1) 撤回

①適法に成立した行政処分を後に発生した理由によって取り消すことを**撤回**という。撤回という概念は学問上のもので、法律では「取消」と規定されることが多い。また

「廃止」など他の用語が使われることもある。

②撤回は、主に次のような理由で行われる。

- ・処分を維持する必要がなくなったため（保安林指定理由が消滅したときの保安林指定解除：森林法 § 26）
- ・資格要件を満たさなくなったため（医師が成年被後見人となったときの医師免許の取消：医師法 § 3と § 7①）
- ・後発的違法状態の発生のため
- ・違法行為や許可条件違反があったため（交通違反による運転免許取消など、制裁としての機能を持つ）
- ・新たな行政上の必要が生じたため（行政財産を本来的目的で使用するための目的外使用許可の取消し。また長沼ナイキ訴訟で問題となった保安林指定解除はナイキ基地という公益目的のために行われた。その公益性の有無をめぐる自衛隊の合憲性が争点となったのはよく知られている。）

③撤回権者は処分庁である（→上級機関は撤回権を有しない）。

④撤回の効果は将来に向かってのみ生じる。

⑤利益付与処分の撤回と根拠規定の要否

a) 問題の所在

- ・伝統的には、撤回事由が存在する場合には、撤回を認める根拠規定がなくとも撤回を行えるという「撤回自由原則」が通説であった。今日でも、撤回に常に法律上の根拠規定を必要とするものではないという見解が多数である。塩野 I p. 173 参照。
- ・しかし、戦後、利益付与処分の撤回は、相手方の権利・利益保護及び信頼保護の要請により自由にはなしえず、相手方の同意又は行政処分の附款として撤回権が留保されている場合を除き、法律の根拠を要するという説がだされ、戦後行政法学の重要な論争点になった。また、許可の相手方に対する改善命令処分や営業停止命令処分には法律の根拠が必要であるのに、それより相手方に対する不利益の大きな撤回（許可取消等）に法律上の根拠を必要としないとなると平仄が合わないという問題も指摘された。
- ・この説に対しては、撤回の要否を考慮してすべての立法がなされている訳ではなく、明文規定がなくとも撤回を必要とする場合を否定できないと言う反論もあった（山内一夫）。
スモン訴訟東京地裁昭和53.8.3判決（判時899-48）は、承認後に有害性が判明した薬品製造承認の取消規定が欠落しているとしても、承認を取り消さないことが違法となりうるとした。薬事法の製造承認取消規定は本判決後の昭和54年改正で明文化された。
- ・また、処分の性質により分けて考えるべきであるという見解も出されている。

b) 最高裁判例の立場

このような学説状況のなかで、優性保護指定医取消事件（いわゆる菊田医師事件）**最高裁昭和63.6.17判決**（判時1289-39、ケースブックp.51、LEX/DB 27802430）が、撤回すべき公益上の必要性が高い場合は直接明文の規定がなくとも撤回は可能であると

いう判断を示した。

菊田医師事件とは、上告人が中絶の時期を逸しながらその施術を求める女性に対し、勧めて出産をさせ、当該嬰兒を子供を欲しがっている他の婦女が出産したとする虚偽の出生証明書を発行することによって、戸籍上も右婦女の実子として登載させ、右嬰兒をあっせんする、いわゆる赤ちやんあっせんを行ってきたことを理由に、優生保護医の指定が医師会によって取り消された事件。

被上告人医師会が昭和51年11月1日付の指定医師の指定をしたのちに、上告人が法秩序遵守等の面において指定医師としての適格性を欠くことが明らかとなり、上告人に対する指定を存続させることが公益に適合しない状態が生じたというべきところ、実子あっせん行為のもつ右のような法的問題点、指定医師の指定の性質等に照らすと、指定医師の指定の撤回によって上告人の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるから、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている被上告人医師会は、その権限において上告人に対する右指定を撤回することができるというべきである。

- c) 主な学説：学説状況については百選 I p. 184（石川敏行）を参照されたい。
- ・ 塩野 I p. 174は、利益的行政処分の撤回について、上記のように撤回権の根拠を許認可等の授権規定に求めつつ、撤回制限の法理で対応すべきであるとしている。
 - ・ 芝池は、授権規定が撤回権の根拠となるという見解に疑問を呈して、法律の根拠なく撤回ができる場合として、本人同意または撤回権留保の他、「行政行為の要件事実とくに基幹的なそれが事後的に消滅した場合（または欠格事由が発生した場合）の撤回である」をあげている（芝池 p. 179）。
 - ・ 利益的処分の撤回は法律上の根拠法規がなければなしえないという見解も有力であった（杉村敏正説が有名）。
 - ・ 利害状況や撤回の機能をもとに類型化して検討する見解もある（今村成和）。
- ※私（石崎）は、現時点では塩野説の立場に立つが、明文の根拠規定のない利益処分の撤回が認められる要件は厳格に解すべきであろう。（なお、薬害事件のように、後に違法性が判明した場合でも、それは当初から有していた違法性の事後的判明と考えるべき場合があると思う。そうだとすると、このような場合の許可や製造承認等の取消は、撤回ではなく職権取消である。）
- d) 許認可の撤回や資格若しくは地位を付与する処分の撤回は、原則として聴聞手続が必要である（私が示した4区分論のうち全面的な剥権処分に該当する）。行政手続法 § 13①参照。
- e) 利益的処分であっても、法律の規定により撤回が義務付けられる場合がある（宇賀 I p. 357）

⑥ 撤回権制限の法理（櫻井・橋本 p. 104、塩野 I p. 174以下）

- a) 国民に権利利益を付与する行政処分は、当該権利利益の保護ないし信頼保護の要請により、その撤回は制限される。
- ・ 何らの撤回理由なく、私人の不利益に撤回をすることは許されない。
 - ・ 撤回事由が発生したときも、当然に撤回しうることにはならず、相手方の事情を

考慮した適切な利益衡量が必要である。

福岡地裁平成10.5.26判決（判時1678-72）生活保護廃止事件

自動車の所有及び借用を理由とする保護廃止処分が取り消された事例（これは違反の程度に対し保護廃止処分が均衡を欠くということで、比例原則違反の問題でもある）。

- ・撤回理由が法律上制限的に列挙されている場合は、それ以外の理由で撤回をすることは許されないと解すべきであろう（運転免許の取消等）。

※形式的には撤回であるが、もはや原処分とはまったく異なる別の処分と考えた方が実態に即していると思われる場合もある（公務員免職処分等）。この場合は、根拠法律が必要であるし、当該処分の可否もその根拠法律によることとなる。

- b) 撤回に当たり、損失補償が必要となる場合がある。

国有財産法 § 24、§ 19参照

最高裁昭和49.2.5判決（民集28-1-1、判時736-41、ケースブックp.528）

なお、この問題については『行政法の争点（第3版）』「許可等の撤回と損失補償」（須藤陽子）及びそこに紹介された文献を参照されたい。

⑦ 不利益処分の撤回

不利益処分の撤回は、その処分を維持する必要性が消滅した場合には原則として可能であると考えられる（宇賀p.356）。つまり原則として撤回可能である。しかし、処分要件を充足の状態が続き、かつ処分を維持することに公益上の必要性もある場合は、不利益処分といえども、その撤回が自由であるとはいえない。

二重効果的処分の場合は、相手方にとって不利益的な処分であっても、反対利害関係者の権利・利益保護のために、撤回が制限されることがある。

(2) 職権取消

- ① 行政処分が瑕疵（違法性）を有していることを理由に、行政機関が職権で処分を取り消すこと（単に「取消」ということが多い）を**職権取消**という。その主たる目的は違法状態の除去である。但し、職権取消事由を違法だけに限定する見解もある。

※瑕疵が違法性の他に不当性も含むのかという問題もあるが、ここでは違法という意味で用いる。

- ② 処分庁は職権取消の根拠規定がなくとも取消権を有するというのが通説である。

上級行政機関が法律に特別の規定がない場合にも職権取消権を持つかどうかについては見解が分かれる。但し、上級行政機関に取消権を認めた規定は少なくない（地方自治法 § 154の2）。

なお、学説は伝統的に上級行政庁は当然に取消権を有するとしていたが、近年は、法律に根拠のない場合は上級行政庁といえども当然に取消権を有するものではなく、法律・条例上の根拠が必要であるという見解が有力になっている。

- ③ 原則として職権取消の効果は遡る。つまり最初から処分の効果は否定される。

- ④ 利益付与処分の職権取消が国民の既得利益保護や信頼保護のために制限される場合があるとするのが学説の大勢である。これを職権取消権制限の法理という。特に継

続的な資格や受給権を基礎付ける処分に職権取消の制限の要請が強い。

福岡地裁昭和53.4.14判決（訟月24-6-1267）在日韓国人永住許可取消事件

永住許可以前の不法出入国が仮にあったとしても、被処分者の許可取消による重大な不利益に比べ、取消の公益上の必要性がないとした事例

※資格要件を欠くことが判明した年金給付決定を取り消した事件で、将来にわたる給付についてだけ取消しを認めた事例がある（松山地裁宇和島支部昭和43.12.10判決＝行集19-12-1896、判時551-22）。しかし、控訴審はこの判断を否定。同様に東京地裁昭和57.9.22判決（行集33-9-1846、訟月29-3-490、老齢年金支給裁定取消事件）も過去に遡る取消を認めた。私は、将来にわたる取消は許されるが、過去の給付の取消し、その返還を請求することが許されなくなる場合があると考ええる。

⑤不可変更力のある処分の撤回や職権取消は許されない。

最高裁昭和30.12.26判決（民集9-14-2070、判タ54-26）訴願棄却裁決取消事件

※不可変更力は、当該行政処分の特殊性質上、当該行政処分に最初から認められるものである。それに対し、④で述べた職権取消権の制約は、利益的処分相手方に当該処分の存続を信頼する正当な理由がある場合に職権取消が制限されるとするものである。つまり、職権取消の可能性を前提とした上で、相手方の信頼を保護すべき特別の事情が発生したことにより、例外的に職権取消が制限されるものである。そのため④の職権取消制限は不可争力とは別のものである。

（3）撤回及び職権取消の処分性

①撤回も職権取消も、それ自体が一つの独立した行政処分である。従って、撤回及び職権取消に対しては取消訴訟を提起することができる。また撤回及び職権取消は公定力を有する。

②行政処分の撤回や職権取消が行政庁によって一方的になされうるところに、行政処分の権力性の一端が現れている。

（4）撤回請求権・職権取消請求権

①処分の後に違法状態が判明したとき、違法状態となったとき、その他の事由で、当該処分を維持すると国民の権利・利益に重大な危険が発生することが予測される場合、当該処分の撤回または職権取消が義務付けられる場合があると考えられる。

②我が国の行政法でこの問題が顕著に問われたのは薬品公害や食品公害事件である。ここでは、薬品製造承認等を取り消さないことの違法性が問われた。いわゆる不作為の違法性を認めた事例として次のようなものがある。

東京地裁昭和53.8.3判決（判時899-48）東京スモン訴訟

東京地裁昭和57.2.1判決（判時1044-19）クロロキン薬害訴訟

なお、クロロキン薬害訴訟最高裁平成7.6.23判決（民集49-6-1600、判時1539-32）は、薬品製造承認の取消をおこなわなかったことが違法ではないとした。

③行政事件訴訟法改正前は義務付け訴訟制度がなかったため、この問題はもっぱら国家賠償訴訟で問われた（薬品公害訴訟等）。しかし、義務付け訴訟が法定されたので、今後は撤回又は職権取消の義務付け訴訟の可否が議論されよう。

2、争訟による取消

争訟による取消には、①不服申立て（異議申立て、審査請求、再審査請求）による取消と、②取消訴訟による取消がある。

※争訟取消の詳細は司法審査論で扱う。

①不服申立てのうち、異議申立ては処分庁が決定し、審査請求は上級行政庁又は法律で定める審査庁（国税不服審判所など）が裁決する。処分が不当・違法の場合は、原処分を取り消すこととなる。なお、不服申立てでは、取消に変えて原処分を変更することも可能である（異議申立ての場合、審査庁が上級庁の場合、その他法律に規定のある場合）。

②取消訴訟では、裁判所が判決で取消す。ただし、裁判所が処分を取り消すことができるのは処分が違法の場合だけ。不当というだけでは取り消せない。

※「不当」とは、処分が違法までとはいえないが、行政目的からすれば不適切な処分という意味。①で書いたように、不服申立てでは、違法と不当の両方が取消理由となる。

3、その他の理由による失効

(1) 法律の規定による当然失効

①法律で期限を定める例は少なくない（法定期限・法定附款）

運転免許の有効期限、放送局免許の期限など。

②ある事実の発生によって、法律上、行政処分が失効する場合がある。

国家公務員の当然失職（国家公務員法 § 76）など

最高裁平成19.12.13判決（判時1995-157、LEX/DB 28140153、レジュメ p.38）

(2) 行政処分に付された解除条件や期限（終期）によって失効する場合

土地収用における事業認定は、事業認定の告示後1年以内に収用または使用の裁決の申請をしないと失効する（土地収用法 § 29①）

(3) その他

①相手方の死亡や対象物の消滅によって、当然に失効する場合

旅館業法の許可は、設備にも着目して行われるので、施設が焼失すると当然に失効する。

②建築確認・開発許可のように工事が完了すると、当該処分の効力は消滅する場合がある。→これは建築確認等に対し隣人が取消訴訟を提起しているときに、工事が完了後も訴訟を継続できるかという問題に関係している。判例は訴えの利益が消滅するとしている。

建築完成後の建築確認取消請求につき最高裁昭和59.10.26判決（民集38-10-1169、判時1136-53、ケースブックp.357）

工事完了後の開発許可取消請求につき最高裁平成5.9.10判決（民集47-7-4955、判

(4) 処分の効力の存否をめぐって争いがあるとき

※(1)から(3)であげた行政処分の失効は、撤回等の行政処分によって原処分の効力が除去されるものではない。従って、処分の失効をめぐって争いがある場合に「失効処分取消訴訟」というものは存在しない。

①国民が「処分の効力は存続している」と考える場合は、処分の効力を前提に民事訴訟や当事者訴訟(給付訴訟など)を提起すればよい。このような訴訟が困難な場合は「処分が存在することの確認の訴え」を提起できる(これは抗告訴訟の一つである:行政事件訴訟法§3④)。

(1) ②であげた前掲**最高裁平成19.12.13判決**参照

本件は、有罪判決を受けてから約27年にわたり国家公務員として郵便局に勤務していた者(上告人)が、国家公務員の欠格事由(国家公務員法§76、§38)に該当するとして、同有罪判決の確定した翌日(1973年12月22日)に失職した旨の人事異動通知書の交付を2000年11月13日に受けた事件であるが、原告は失職通知の取消を請求するのではなく、雇用契約上の地位の確認及び給与の支払いを請求している(被告は、当初は国であったが、郵政事業の民営化により郵政事業株式会社となった)。

※被爆者健康手当につき、受給者が海外に渡航すれば受給資格が失効とする厚生省402号通達により、健康管理手当の支給をしなかった事例でも、原告は不払い分の支給を求める給付訴訟(公法上の当事者訴訟)を提起している。これは、行政が勝手な判断で支給をサボったのであるから、処分(給付認定)の効力があることを前提に給付訴訟が当然に可能である。海外在住中の被爆者健康管理手当の支給を求めた在ブラジル被爆者健康管理手当請求訴訟(**最高裁平成19.2.6判決**=民集61-1-122、判時1964-30、LEX/DB 28130401)は公法上の当事者訴訟である。

仮に、被爆者援護法に「受給者が海外に渡航すれば受給資格は当然に失効する」という規定があり、それに基づいて支給をストップしたとしても、ここには処分は存在していないので、この場合でも給付訴訟を提起することになる。もっとも、上記のような規定が違憲無効であることを裁判官に認めさせなければ勝訴できないだろうが…。

②国民が「処分の効力は失われた」と考える場合も、それを前提に民事訴訟や公法上の当事者訴訟すればよい(例えば、**土地収用裁決の効力が消滅したとして、土地所有権確認訴訟を提起する**)。公法上の当事者訴訟の例として義務不存在確認訴訟が考えられる。また、このような**現在の権利に関する訴訟**が困難な場合は、処分不存在確認訴訟または処分無効確認訴訟を提起することも可能である(これは抗告訴訟の一つである:行政事件訴訟法§3④)。