



〈行政処分は取り消されるまで有効〉の意味 : 公定力概念無用論

興津, 征雄

(Citation)

行政法研究, 47:125-168

(Issue Date)

2022-11

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(Rights)

発行元の許可を得て登録しています。

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100496115>



◆ 2 ◆

〈行政処分は取り消されるまで有効〉の意味
—— 公定力概念無用論 ——

興津 征雄

- I 問題の所在
- II 行政処分の瑕疵と法効果
- III 公定力概念は必要か
- IV 取消訴訟の排他性
- V 結 論

「単なる見通しだけを述べておけば、公定力論のようなすぐれて思考省略的なドグマは、どのように周到に批判しようとしても、その外延の著しい不明確さのゆえに、完全に批判し尽すのは、不可能であると思われる。」⁽¹⁾

「「公定力」は今日においてもなお、行政行為が世俗的なものとしての法律行為に比較して、一種の「秘蹟」としての性格をもつことを示す神学的な概念である。」⁽²⁾

I 問題の所在

1 実体法的な捉え方と手続法的な捉え方

ア 現在の日本の行政法学において、行政処分⁽³⁾の公定力について論理的に最も整序された見解を述べているのは、小早川光郎であろう。少し長くなるが、本稿の考察の出発点となる見解なので、以下に引用する。

「ここでいう公定力の概念に関しては、実体法的な捉え方と手続法的な捉え方を区別する必要がある。

まず、行政庁のある種の行為（行政処分）は、あたかも民法における取り消しうべき意思表示の場合と同様、たとえ瑕疵があっても実体法上その予定された法律効果を生ずる、つまり瑕疵があっても有効であるとし、それを行政処分の公定力として捉えるのが、ここでいう実体法的公定力概念である。しかし、……立法が一定事由の存在を要件としつつ行政庁の行為により一定の法律効果を生ぜしめるものとしている場合、その事由が存在しなければそのような法律効果は生ずべきではない（その行為は関係者に対して拘束力をもつべきではない）のであって、実体法上生ずべきでない効果が実体法上生ずるというのは、いかにも無理な構成である。

(1) 安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造」(1) 国家学会雑誌97巻11=12号(1984年) 711-761頁, 716頁注(九)。

(2) 安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造」(4・完) 国家学会雑誌99巻7=8号(1986年) 473-525頁, 525頁注(6)。

(3) 本稿において、行政処分とは、行政庁が法律の根拠に基づいて一方的に行う、法律関係の変動原因となる意思表示または判断の表示をいうものとする。争訟法上の概念ではなく実体法上の概念であり、行政行為の概念と互換的なものとして用いる。また、本稿における行政処分は、すべて取消訴訟の対象となることを前提とする。

ところで、行政庁がある法律関係を規律する趣旨で一定の行為をした場合に、その行為をなしうるための前提が当該事案において満たされているかどうか、したがってまた、その行為による規律が是とされるべきかどうかにつき、具体的判断が人によって分かれるというのは、起こりうる事態である。そしてこの場合に、法律関係についての規律をいかにして定めるべきかを定めるという意味での手続法の問題として、当該行為により一定の規律をなすことを是とした行政庁の判断が、それと異なる他の関係者の判断に優先し、その結果、当該行為による規律が、真に有効に生じているかどうかはともかく、有効に生じているものとして関係者間に通用するとの考え方が成り立ちうる。これが手続法的な公定力の捉え方、つまり手続法的公定力概念であり、それは、法学上の概念としてはさきの実体法的公定力概念よりも受容しやすいものと言うことができる。〕⁽⁴⁾

イ 本稿は、この見解を一つの手がかりとして、公定力概念を分析するとともに、公定力概念を用いることの論理的な意味を批判的に検討し、結論として、公定力概念は無用であることを主張したい。具体的には、以下のことを論じる。

第一に、公定力の名で呼ばれる法現象について実体法的な捉え方（本稿では「実体法的構成」といいかえることがある）をすると、公定力概念を用いなくても同じことを説明することができるため、公定力概念は論理的に無用となる（後記Ⅱ 3, Ⅲ 1）。

第二に、第一点の帰結として、公定力概念を論理的に意味のあるものとして用いるならば、手続法的な捉え方（本稿では「手続法的構成」といいかえることがある）をするしかない。いいかえれば、公定力概念を維持するならば、手続法的公定力概念のみが唯一の理論構成となる（後記Ⅱ 3, Ⅲ 2）。

第三に、公定力概念を無用とする実体法的構成と、公定力概念を維持する手続法的構成の、いずれが現行の実定法制度の説明として合理的であるか。小早川の上記見解は、「実体法上生ずべきでない効果が実体法上生ずるというのは、いかにも無理な構成である」として実体法的構成を棄却し、手続法的公定力概念を支持している。これは、法治主義または法律による行政の原理に基づいて、〈違法な行政処分は効力を生ずべきではない〉という通念が共有されているためであろう。しかし、本稿の見るところ、手続法的公定力概念はこの通念を維持しようとするあまり別のところで「無理」を犯している。両者の「無理」を比較すると、

（4）小早川光郎『行政法（上）』（弘文堂、1999年）268-269頁。

手続法的公定力概念のほうが「無理」が大きいため、こちらを棄却して実体法的構成を支持すべきであるというのが本稿の主張である（後記Ⅲ，特に2（2））。

第四に、上記見解とは別の学説として、公定力を取消訴訟の排他性（排他的管轄）の反射にとらえ、ひいては公定力概念を取消訴訟の排他性で置き換える見解が近時有力化（あるいは通説化）している。たしかに、取消訴訟の排他性がなければ公定力と呼ばれる法現象は成り立たない。しかし、排他性と公定力は同義ではなく、公定力は排他性を超える現象を含んでいる（後記Ⅳ）。

本稿は、主として上記4点を分析的に論証することを課題とする。

2 前提の整理

（1）有効命題と無効命題

ア 本稿は上述のとおり公定力概念の無用性を主張するが、公定力という名で呼ばれている法現象が日本の現行実定法において存在することを否定するわけではない。そのため、この法現象を別の名前と呼ぶことにしたい。公定力という名で呼ばれている法現象が、〈行政処分は、たとえ瑕疵があっても、無効でない限り、権限ある機関によって取り消されるまでは、有効なものとして扱われる〉という法現象であることは、現在の行政法学において一致があるといってよいだろう⁽⁵⁾。本稿では、この〈 〉で括られた命題を「有効命題」⁽⁶⁾と呼ぶことにしたい。なお、行政処分が有効であるとは、行政処分の法効果が発生しており、その法効果によって形成または確定された法律関係が存続していることをいう（以下では、行政処分の法効果によって形成または確定された法律関係の存続まで含めて「法効果」ということがある）。同じことを、行政処分が効力を有する、効力を生じているなどと表現することもある⁽⁷⁾。

有効命題は、無効と取消しの区別、または取消しという形成行為により処分の法効果を失効させる仕組みを前提とする以上、〈行政処分は、無効でない限り、取消しにより効力を失うまで、有効なものとして扱われる〉旨を述べたトートロジーでしかない。したがって、有効命題を表現するのに行政処分の公定力という概念を用いることは、有効命題（上記〈 〉内の文章）をいちいち長々とくり返さなくても済むようになるという短縮語法以上の意味はなく、公定力という概念

（5）判例も同様である。最判昭和30・12・26民集9巻14号2070頁は、「行政処分は、たとえ違法であつても、その違法が重大かつ明白で当該処分を当然無効ならしめるものと認むべき場合を除いては、適法に取り消されない限り完全にその効力を有するものと解すべき」と判示しており、この判示内容が公定力に相当する。参照、人見剛「公定力」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ〔第7版〕』（有斐閣、2017年）136-137頁。

を用いることにより新たな説明がもたらされる（公定力という概念により、それまで見えにくかった理論構造が可視化・明確化される）といったことは基本的にないはずである⁽⁸⁾。前記1の第一点はそういう趣旨である。

イ にもかかわらず、有効命題を公定力という概念で置き換える、または有効

(6) 巽智彦「規律(Regelung)と取消原理——行政行為の効力論における実体と手続の分化」成蹊法学84号(2016年)264-231頁、261頁は、この命題を「取消原理」と呼ぶ。要は〈 〉内の文章をいちいちくり返さなくても済むように短縮語をどう設定するかの問題だから、先行研究を尊重して同じ名称を用いるのが便宜に適うようにも思える。しかし、本稿がこれに従わない理由は二つある。第一に、巽のいう「取消原理」は手続との関連が重視されているように見える(巽・前掲241頁)。巽が「示唆を得た」(巽・前掲261頁注10)とする山本隆司「開かれた法治国——行政法総論の基本概念の再検討」公法研究65号(2003年)163-174頁、165頁は、行政立法や行政契約と対比して、「行政行為の場合は、[[国側の] 教示義務、期限、および[私人側の] 非難責任が結合して、規範[行政行為]に対する攻撃が遮断される可能性があるため、[[形式的] 確定力が生じる] こと」、つまり、異議手続の「集中化」により規律を「安定化」するための「取消原理」を、認めることができる「〔 〕は原文、傍点は引用者」としており、手続との関連がより明確である。それに対し、本稿は、有効命題(=「取消原理」)を手続から切り離し、実体法上の法命題として理解する可能性を示したいので、最初から手続との関連が含意された言葉は避けることが望ましい。第二に、この命題に「原理」と呼べるほど強い規範的意味があるという立場に本稿は与しない。本稿は、日本の現行実定法(より正確に言えば、実定法の運用を担う裁判官集団)が有効命題を受け入れているという法実証主義的認識を前提とするが、有効命題の採否自体は政策的に決定されるべき事柄であると考えている(後記Ⅳ2(2))。以上の理由から、「取消原理」に代えて「有効命題」という短縮語を用いることにする。

(7) 「効力」と「法効果」は、厳密には区別される。行政処分や契約のように、その行為が一定の法効果の発生原因となるものについては、効力の発生と法効果の発生とはほぼ同義である。しかし、法行為を構成する個々の意思表示のように、それ単独では法効果の発生原因にならないものについても、効力を観念することができる(たとえば民法97条1項)。この場合の効力は、意思表示が意思表示として成立し、他者(法律関係の相手方や第三者)との関係でも対抗できるようになることを意味する。この場合には、意思表示が効力を生じただけでは、さらに他の要件を満たさなければ法効果が発生しないことがある(この点を混同する例として、後掲注(47))。「効力」のまた別の用法として、行政処分の不可争力や公定力のように、行政処分の法効果そのものとは独立に、行政処分の一般的属性として認められた法的な作用を「行政処分の効力」と呼ぶことがある(藤田宙靖『新版 行政法総論(上)』青林書院(2020年)231頁はこの意味で「効力」を定義する)。判決の既判力を判決の効力と呼ぶのも、同じ用法である。本稿はこのような「効力」の多義性を意識しているが、多くの場合には文脈から区別することが容易であると思われるので、特に必要がない限りどの意味であるかいちいち注記しない。

(8) 鶴澤剛「確認的行政行為の性質と違法性の承継」金沢法学62巻1号(2019年)1-39頁、9頁注18は、「公定力」を、処分は取り消されるまでは有効であるという意味に限定する立場を徹底すれば、そもそも「公定力」という用語法自体、あまり適切ではないと思われる。処分については「取消原則」がとられているという説明で十分である」とする。「取消原則」とは、本稿にいう有効命題のことである(前掲注(6)参照)。

命題の前提に〈行政処分は公定力を有する〉という別の命題を措定することに短縮語法以上の意味があるとすれば、有効命題が単独では提供できていない論拠が公定力の概念で補えると考えられるからであろう。このような考え方は、有効命題のうち〈たとえ瑕疵があっても……有効なものとして扱われる〉という部分の妥当性をとりわけ問題にしていると思われる。すなわち、〈瑕疵ある行政処分は本来なら無効である〉はずなのに⁽⁹⁾、それが有効なものとして扱われるとすれば、無効であるはずの行政処分を有効化する特殊な効力が働いているはずである、その特殊な効力が公定力である、との推論があると思われる。前記1で引用した小早川説が、「いかにも無理な構成である」として実体法的な捉え方を退けるのも同じ趣旨である。

そこで、〈瑕疵ある行政処分は本来なら無効である〉という命題を、以下「無効命題」と呼ぶことにしよう。ここでいう〈本来なら〉とは〈実体法上は〉という意味だが、ここでいう実体法の意味は後記(3)で敷衍する。無効命題を肯定すると、公定力概念は有効命題と無効命題とを両立させるために必要不可欠な前提となり、有効命題は公定力概念により初めて意味のある命題として維持できることになる⁽¹⁰⁾。このような考え方を、「公定力概念必要説」と呼んでおこう。

ウ しかし、無効命題は、必然的なものではない。瑕疵ある行政処分は本来的に無効であるとは限らないという見解も、論理的には成り立ちうる⁽¹¹⁾。仮にこの見解を前提とすると、有効命題を有効命題のまま受け取ることができ、前述のとおり有効命題を説明するために行政処分の特殊な効力としての公定力なる概念を介在させる論理的な必要はなくなる。このような考え方を、「公定力概念無用説」

(9) 無効命題を肯定する根拠として、しばしば、法令は違憲・違法であれば当然に無効なのだから、法令を根拠として行われる行政処分についても同様に考えるべきだと主張されることがある(原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版〔補訂2版〕〕』(学陽書房, 2012年)138頁, 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』(有斐閣, 2008年)73頁, 大浜啓吉「法の支配と行政訴訟」三辺夏雄ほか編『原田尚彦先生古稀記念 法治国家と行政訴訟』(有斐閣, 2004年)25-54頁, 52頁注61, 中川丈久「行政訴訟の基本構造——抗告訴訟と当事者訴訟の同義性について」(2・完)民商法雑誌150巻2号(2014年)171-208頁, 186頁など)。しかし、法令についても違憲・違法だからといって無効とは考えない構成がありうることに付き、後掲注(24)参照。

(10) 無効命題と有効命題を両方とも肯定し、かつ、公定力概念を否定するならば、論理的説明を断念し、「処分が違法であれば、本来、処分の効力はないのであるが、有効であるかの如き外観が事実上あるに過ぎない」(大浜・前掲注(9)49頁)などと事実の描写をするだけで満足しなければならない。太田匡彦「行政行為——古くからある概念の、今認められるべき意味をめぐって」公法研究67号(2007年)237-251頁, 250頁は、この見解につき、「法学的構成の付与を拒否して問題にされている現象を敢えて事実(存在)のレベルに止めおくことで一切の正当化を拒否する思考」と評する。

と呼ぶことにしよう。

エ 従来の行政法学においては、法治主義ないし法律による行政の原理から、瑕疵ある行政処分は効力を生ずべきではないという通念が当然の前提として共有されていたために、無効命題もまた当然の前提として措定され、その結果として無効命題と有効命題との矛盾を解消するために公定力概念必要説が維持されてきたように思われる（前記1の第三点）。

以下では、無効命題を前提とする公定力概念必要説と、これを前提としない無用説とを対比して検討し、各説がそれぞれどのような論理的前提を置いて、どのような推論構造によって成り立っているかをまず明らかにする。その上で、現在の日本の実定法の説明として、どちらがより優れているかを検討する。結論として、本稿は、現在の日本の実定法は必ずしも無効命題を採用しているとはいえず、したがって有効命題を説明するために公定力概念を導入する必要はなく、無用説のほうがシンプルかつ合理的であるため、無用説を採用すべきであると主張したい。

オ 以上の諸説の対応関係を示すと、以下のとおりである。

- ① 無効命題肯定＝公定力概念必要説
- ② 無効命題否定＝公定力概念無用説

（2）実体法の世界と手続法の世界

ア 本稿は小早川の見解を出発点として、公定力に関する実体法的な捉え方と手続法的な捉え方を対比している。ここで、本稿が前提とする実体法と手続法の区別を確認しておこう。以下に述べることは、行政法学説では柳瀬良幹が明確に主張し、自己の理論の基礎に置いているもの⁽¹¹⁾と基本的に一致する。もっとも、この区別は柳瀬自身もいうように柳瀬のオリジナルというわけではなく、法学の一般的カテゴリーに属するものである⁽¹²⁾。小早川も行政処分の無効に関して実

(11) 仲野武志「取消訴訟の存在理由」〔2015年〕『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂，2018年）237-263頁，244頁は、取消訴訟制度が廃止されたとしたら違法な行政処分は直ちに無効となるのかという問題について、「学界では、取消訴訟制度が廃止されても違法な処分は有効であるという見解（以下「違法有効説」という）よりも同制度が廃止されれば違法な処分は直ちに無効となるという見解（以下「違法即無効説」という）の方が多数を占めている」と指摘しつつ、「違法即無効説には……なお解決すべき疑問が少なくない」としている。仲野自身はいずれかの見解に与するものではない。

(12) 柳瀬良幹「実体法の世界と手続法の世界——田上先生に献ず」〔1951年〕『憲法と地方自治』（有信堂，1954年）107-122頁。

体法と手続法の区別を前提とする柳瀬の見解を引用しており⁽¹⁴⁾、基本的には以下の理解を前提にしていると見られる。

イ ここにいう実体法とは、客観的に正しく事実の認定と評価がされ、客観的に正しく法の解釈と適用がされた場合に得られる法の世界をいう（以下では事実の認定・評価および法の解釈・適用を総称して単に「法の適用」ということがある）。ここにいう「客観的に正しく」とは、仮に人ならぬ全知全能の神が存在するとして、その神が事実の認定・評価および法の解釈・適用を行うように、という意味である⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾。しかし、現実には神は存在せず、あるいは存在するとしてもその神が出した結論を人が知ることはできないから、客観的に正しい実体法のありようは人にはわからない。にもかかわらず、人の社会を法によって治める選択をした以上、人は法を適用して秩序を維持しなければならない。そのために必要なのが手続法である。

ここにいう手続法とは、客観的に正しい実体法のありようが何なのか人にはわからないとき、あるいは人によって実体法のありように関する見解や判断が分かれるときに、ある特定の人の見解や判断を他の人の見解や判断に優越させること、またはそのような優越性をもつ決定や判断を行う権限をある特定の人に与えることを定めた法をいう。典型的には、紛争において両当事者の主張が食い違ってい

(13) たとえば既判力本質論はこの意味での実体法と手続法（訴訟法）の区別を前提としている。参照、鈴木正裕「既判力論に対する一考察」中務俊昌編『中田淳一先生還暦記念民事訴訟の理論（下）』（有斐閣、1970年）25-50頁。

(14) 小早川・前掲注(4)294-295頁。

(15) ここで神を持ち出すのは唐突に映るかもしれない。しかし、たとえば初学者に刑事訴訟における〈疑わしきは被告人の利益に〉の原則を説明する際に、現実には罪を犯したかもしれない者が無罪になることがあるとしても〈刑事訴訟の目的は神様の目から見て有罪な人を処罰することではない〉などと説明することがあるだろう。これは学習上の便宜のための比喩であるにとどまらず、訴訟で認定された事実の外に客観的な真実（神のみぞ知る真実）が存在するという理論的立場の表明でもある。理論的には、法の世界では裁判所が認定した事実のみが存在するという立場（ハンス・ケルゼン／長尾龍一訳『純粹法学〔第2版〕』（岩波書店、2014年）231頁）もありうるが、神の目から見た真実を措定することはこの立場をとらないことを意味する。手続法から区別した存在として実体法をとらえることは、事実問題のみならず、法律問題についても神の目から見て客観的に正しい法の解釈・適用が存在すると考えること（後述の手続主義的理解をとらないこと）を意味する。

(16) 柳瀬・前掲注(12)119-122頁は、実体法の究極の妥当根拠をルソーの一般意思に求める。柳瀬もいうように、ルソーの一般意思は現に存する人民の全体意思とは区別され、「一の理念であつて、決して現実の事実ではな」く、「永久に到達すべからざる目標」である（121頁）。論理構造上、一般意思が本文の神に相当する地位を占めることは明らかであろう。

るとき（紛争が生じているということは、客観的に正しく実体法を適用するとXのYに対する請求が認められるかどうかについて、XとYの見解や判断が異なっているということである）、神ならぬ人はどちらの主張が客観的に正しいかを知ることはできないが、一定の判断機関（たとえば裁判所）が下した結論をいずれの当事者の主張にも優先させ、当事者間において通用させることを定めた法が、手続法である⁽¹⁷⁾。

ウ 以上のように実体法と手続法を区別しつつ両者が併存すると考える立場は、法を手続法によって判断・決定権限を与えられた機関の公権的決定に解消する立場（端的に言えば裁判所の判決があるまで法は存在せず、判決がすなわち法となるとする立場）⁽¹⁸⁾とは異なる。このような立場（法の手続主義的理解）をとると、公権的決定を実体法に基づいて批判することが原理的に意味をなさなくなる⁽¹⁹⁾。上記の立場は、そうではなくて、客観的に正しい（と論者が信ずる）実体法に依

(17) 実体法と手続法は、現に存する実定法や法律関係を分類する指標としても用いられる。その場合には、〈実体法は権利義務（刑事については犯罪の成立要件と刑罰）を定めた法であり、手続法はその実現手続を定めた法である〉などの定義が用いられることが多い。本文に示した実体法と手続法の区別は必ずしもこれと無関係なわけではないが、本文に示した実体法と手続法は分類概念ではなくモノの見方あるいは法の世界を認識する方法的前提なので、分類概念としての手続法に属する法や法律関係に、本文の意味での実体法と手続法の区別がさらに適用されることもありうる。たとえば、訴訟代理権を欠く者による訴訟行為は無効になるという意味で、訴訟代理権は分類概念としては手続法（訴訟法）上の法律関係に属するが、訴訟代理権が神の目から見て存在するか否かの問題（本文の意味での実体法の問題）と、誰がそれを認定する権限をもつかという問題（本文の意味での手続法の問題）とを区別することができる。参照、鈴木・前掲注(13)44頁。

(18) ケルゼン・前掲注(15)228-230頁。

(19) 安藤馨＝大屋雄裕『法哲学と法哲学の対話』（有斐閣、2017年）311-313頁〔安藤〕。また、同書314頁注6）の引用する井上達夫『法という企て』（東京大学出版会、2003年）第3章「法の存在根拠は決定か正当化か——ケルゼンを突き刺すルール懷疑の毒牙」は、法体系 L_1 と L_2 とを対比して次のように述べる（ L_1 と L_2 は理論的に定義されているが、本稿との関係では、 L_1 が実体法と手続法を区別する法体系、 L_2 が手続法優位の法体系と見て大過ない）。「 L_2 の下では、法定の手続に従って下された判決に対し、その内容が法の適用を誤っていると批判することは無意味である。また判決に先立って裁判官に対し、これこれの内容の判決を下すことが法的には正当であると主張することも意味をなさない。……これに対し L_1 の下では、確定判決に対してさえ、それが法の同定または適用を誤っているという批判が有意味になさるうるのである。判決に先立って、裁判官に一定の内容の判決を法の名の下に要求することが場違いでないのは言うまでもない。…… L_2 の下においても、なされた判決に対する、あるいは、なすべき判決に関する道徳的・政治的論議は成立しうる。しかし、これは L_2 を超えた規範的論議である。これに対し、 L_1 の下では L_1 の中での規範的論議が可能なのである。」（102-103頁、傍点原文）

拠して、手続的に通用している公権的決定が誤っていると批判する余地を残すものである⁽²⁰⁾。

エ 現在の行政法学説の大多数は、明確に意識しているかどうかはともかくとして、上に述べた意味での実体法と手続法の区別を前提にしていると解される。仮に実体法を手続法に従属させる法の手続主義的理解をとると、手続法の授權に基づいて権限ある行政庁が行った行政処分は、裁判所による違法性の認定と取消しを留保して実体法上適法かつ有効である（〈違法だが有効〉なのではない）と考えざるをえない。この場合には、行政処分の違法性は、それが法に違反したことにあるのではなく、それが法に違反したと裁判所に認定されることにある⁽²¹⁾ので、裁判所が違法と認定するまでは行政処分は適法である。しかし、そのような主張を正面から行う学説は見当たらない⁽²²⁾。

(20) 柳瀬・前掲注(12)122頁（「我等は何処までも判決や職務命令が人を拘束する力を有する事実とそれが内容において正しきか否かの問題とを分別し、人を拘束する力を有するに拘らず内容において正しからざるもののある事実を直視すべきである。而してこれを直視することに依つて始めて、この二つを一致せしむるところに我等の努力すべき目標があり、理想があることを知り得るとともに、又それ自身としては何等法律及び公益の意味内容として妥当する力を有しないに拘らず、我等が判決を批評し、法律を解釈し、普遍妥当なる公益の何たるやを論ずることの意義も、始めて誤なくこれを理解することができと思ふのである。」）。皮肉なことに柳瀬本人は「判例批評を嫌忌」（柳瀬良幹「実体法と手続法再論——田上教授の批評について」[1951年]同・前掲注(12)123-140頁、136頁）していたのであるが（柳瀬良幹ほか「柳瀬行政法学の背景」藤田宙靖『行政法学の思考形式〔増補版〕』（木鐸社、2002年）419-482頁、436-439頁も参照）、これは彼の法解釈方法論上の態度決定の帰結にすぎず、判例批評はあるべき実体法を理想に掲げて初めて法的に意味を見出しうるという前提的認識とは矛盾しない。

(21) 手続主義的理解によれば、法律の「違憲性は要件の不充足ではなく要件の不充足の認定に存するのである（したがって裁判所の認定以前には如何なる法規範も端的に合憲である）」（安藤＝大屋・前掲注(19)311-312頁[安藤]、傍点原文）。本文の議論はこれと同型の立論である。

(22) 藤田宙靖「柳瀬博士の行政法学——主として方法論的見地より見たその総合的解釈」[1969-1972年]前掲注(20)『行政法学の思考形式』159-271頁、248頁は、柳瀬理論に託けて、「裁判所・行政庁による認定権・解释权の法的性質を是認しつつ、且つ実定法規の意味は、実定法秩序全体との論理的整合の中においてのみ定まる、との思考を貫徹するならば、実体法の“唯一の意味”なるものは、実は常に、有権的認定権者・有権的解釈者の認定・解釈なる行為を解除条件とした、その意味において流動的な内容を持ったものと、ならざるを得ないのではなからうか」と指摘する。柳瀬の理解としては失当といわざるをえないが、藤田自身が法の手続主義的理解を主張するものと読む余地もある。しかし、藤田自身が「流動的実体法論」と名づけるこの主張は、「実定法秩序の動態的構造を法的に説明する、一つの試みの例として提出したに止ま」（263頁）り、この主張をその後も維持しているとは思われない。したがって、藤田もまた、本文の意味での実体法と手続法の区別を受容していると解される。

(3) 裁判所の先決問題審理権

ア 前記(2)のように実体法と手続法を区別すると、実体法上(神の目から見て、客観的に)処分が瑕疵を帯びているかどうか、無効かどうかという問題と、その処分の瑕疵や無効を認定し、または取り消す権限が手続法上誰に与えられているかという問題とを区別することができる。

イ 現行の実定法を前提にすると、私人にはこれらの権限が与えられていない。これらの権限は裁判所が有している。行政機関にも職権取消しや不服審査などにおいてこれらの権限が与えられているが、行政機関の判断は司法審査に服するので、結局は裁判所がこれらの権限を独占していると考えてよい。その結果、次のようなことが起こる。

たとえば、納税者Xが課税処分を受けたとする。この課税処分が実体法上(神の目から見て、客観的に)瑕疵を帯びていたとする。Xはその瑕疵に気づき、自分は納税義務を負わないと主張したとしよう。ところが、Xが課税処分について不服申立てや訴訟提起などの法的アクションをなんらとることなく、租税の納付をしなければ、実体法上は瑕疵ある課税処分が有効なものとして通用し⁽²³⁾、これを前提に滞納処分や不納付加算税の賦課がなされうる。ただし、これは一般に課税処分の公定力や有効命題の問題とは考えられていない。なぜなら、同じことは課税処分が実体法上無効であったとしても生じるからである。滞納処分や不納付加算税は、おそらく前提となる課税処分が無効であればそれぞれの要件を充たさず違法と解されることになるが、それもあくまでも実体法の世界の話にすぎず、手続法上、滞納処分や不納付加算税賦課決定を行う行政庁が課税処分の無効の瑕疵を看過し、Xが何も法的アクションを起こさなければ、やはり実体法上無効な課税処分が通用してしまうことになる。以上は、私人であるXが課税処分の瑕疵認定権や無効認定権を有しない(課税処分に瑕疵があるとか無効であるとかいうXの主張が手続法上は何の意味ももたない)ことの帰結である。Xは自己の主張を貫徹させたければ、しかるべき訴訟を提起して、裁判所の前で課税処分の瑕疵や無効を主張立証しなければならない。同じことは、行政処分のみならず法令についてもいえる⁽²⁴⁾。

ウ このような私人による瑕疵・無効の認定や取消しの排除は、確かに行政処分の効力の安定化に資する制度ではある⁽²⁵⁾。とはいえ、上に述べたとおり、こ

(23) 公定力を行政処分の「事実上」の効力(通用力)であると表現する学説(稲葉馨ほか編『行政法〔第4版〕』(有斐閣, 2018年)71頁[人見剛], 岡田正則『行政法I 行政法総論』(日本評論社, 2022年)127頁)は、こういう場面を念頭に置いているのだろうか。しかし、本文で述べるとおり、これは公定力の問題ではない。

れは無効の行政処分についても法令についてもいえることである（私人は処分の無効認定権も法令の無効認定権ももたない）。もとより、私人の無効認定権の否定を指して「公定力」という言葉が用いられることもある。無効の行政処分も公定力を有するという「伝統的通説から見ると想像を絶する考え方」⁽²⁶⁾を提唱したのは、柳瀬良幹その人であった⁽²⁷⁾。

柳瀬の見解は、彼の実体法・手続法二分論を前提に論理一貫したものであり、柳瀬理論内在的には想像の範囲内の考え方であるが、公定力というワーディングが通説と異なることは否めない。公定力の概念は有効命題を指して用いるのが判例・通説の用法であり、本稿もそれに従う。したがって、私人に瑕疵・無効認定権や取消権がないことからくる行政処分の通用現象は、公定力や有効命題には含めないことにする。

エ そうすると、公定力またはその内容としての有効命題は、公権的判断機関である裁判所の権限にかかわるルールということになる。有効命題は、行政処分の瑕疵の効果に無効と取消可能性の区別があることを前提として、取り消しうべき瑕疵ある行政処分は取消しという形成行為（取消判決のほか、職権取消処分や不服申立てに対する取消裁決・取消決定等を含む）によって効力が覆滅されるまでは有効なものとして取り扱うことを裁判所に命じるルールである。具体的には、裁

(24) 一般に法令は違憲または違法であれば無効と解されており（無効命題の肯定）、法令の瑕疵を理由とした取消しは行われておらず、取り消されるまで有効という取扱いもされていない（有効命題の否定）。ところが、私人は法令の違憲性・違法性を自ら認定してその効力を否認することは手続法上許されておらず（私人の無効認定権の否定）、裁判所が違憲性・違法性を認定して無効を宣言するまで法令は法令として通用する。実体法上（神の目から見て、客観的に）違憲・違法な法令が、裁判所による無効判断があるまで通用する現象を法的にどう説明するかは、難問である。一つには、そのような法令は実体法上効力を有しないが、無効であるという手続法上の公権的判断がないので事実上通用しているにすぎないという説明がありうる。もう一つには、法令は法令である以上瑕疵があろうと法令としての効力が認められ、裁判所による無効判断はそれを覆滅させるものであるという説明がありうる。後者の説明によれば、裁判所の無効判断は実質的には取消しの性質を有することになる（安藤＝大屋・前掲注(19)314頁注3〔安藤〕、ケルゼン・前掲注(15)266-267頁）。ただし、後者の説明をとった場合でも、行政処分とは違って、無効判断という名の取消しが取消訴訟のような特別の訴訟手続に排他的に留保されているわけではないので、裁判所が先決問題として法令の効力の有無を審理することは制限されない。なお、高木光「法規命令の公定力？」自治実務セミナー48巻10号（2009年）4-7頁は、オーストリアの憲法裁判所による排他性のある法令の廃止手続を紹介して、法令に「公定力」が認められるかどうかを論じている。ただし、排他性と公定力（有効命題）が同義でないことについては、後記Ⅳ2(1)を参照。

(25) 太田・前掲注(10)244-245頁。

(26) 藤田・前掲注(7)266頁。

(27) 柳瀬良幹『行政法教科書〔再訂版〕』（有斐閣、1969年）107-109頁。

判所による取消しが取消訴訟において言い渡される取消判決に留保されること（取消訴訟の排他性）を前提として、取消訴訟以外の訴訟において、取り消されておらず、無効でもない行政処分を有効と扱うことを裁判所に命じるルールである。いいかえれば、取消訴訟以外の訴訟において行政処分の効力の有無が先決問題となっているとき、裁判所の先決問題審理権（瑕疵認定権）を行政処分が無効の場合に限定するのが有効命題の内容である。

そのような訴訟として本稿が主として念頭に置くのは、民事訴訟（争点訴訟）および公法上の当事者訴訟である（具体例は後記Ⅱ 3（1））。それ以外の訴訟、たとえば刑事訴訟は検討の対象としない。刑事訴訟において行政処分の有効性または適法性が争われる場合には、犯罪構成要件との関係を検討する必要がある、単純に行政処分の効力の有無が先決問題になっているとはいえない場合があるからである。ただし、純粹に行政処分の効力の有無が先決問題になっている場合には、刑事訴訟にも本稿の検討結果が妥当するであろう。また、違法性の承継も対象としない。違法性の承継は、先行処分の処分要件が後行処分取消訴訟においてどのような意味をもつかの問題であり、先行処分の法効果や公定力には直接にはかかわらないからである⁽²⁸⁾。

Ⅱ 行政処分の瑕疵と法効果

上で無効命題を〈瑕疵ある行政処分は本来なら無効である〉という命題と定義した。この定義にいう〈本来なら〉とは、前記Ⅰ 2（2）で示した実体法と手続法の区別を前提に、〈実体法上は〉を意味することは明らかであろう。そこで、無効命題の成否、すなわち瑕疵ある行政処分は実体法上無効であるかどうかについて検討する。

1 行政処分の瑕疵の概念

まず、行政処分の瑕疵の概念を同定する必要がある。行政処分の瑕疵は、不当の瑕疵と違法の瑕疵に分類することができる。このうち、本稿では不当の瑕疵は度外視する。本稿は実定法に照らした無効命題の妥当性を検討しているところ、不当の瑕疵は定義上法問題ではなく、したがってそれが法的に行政処分の無効を

(28) 興津征雄「違法性の承継に関する一事例分析——労災保険給付支給処分と労働保険料認定決定処分との関係」佐藤幸治＝泉徳治編『滝井繁男先生追悼論集 行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』（日本評論社、2017年）152-174頁、160-161頁、鶴澤・前掲注(8) 4-5 頁、特に5 頁注10。後掲注(112)も参照。

もたらずとは論理的に考えられないからである。つまり、法論理的に考える限り、行政処分の瑕疵とは法的瑕疵すなわち違法の瑕疵を意味する。

違法の瑕疵とは、行政処分の適法要件（行政処分が適法であるための要件）が欠如していることと定義することができる。行政処分の適法要件には、実体的要件と手続的要件の両方が含まれる。実体的要件には、法定の処分要件を充足していること、法の一般原則に反しないこと、裁量権の逸脱濫用に当たらないことなどが含まれる。手続的要件には、その欠如が違法の瑕疵に当たるもの（判例によれば理由提示⁽²⁹⁾ など）と、当然には違法の瑕疵に当たらないもの（判例によれば公聴会審理⁽³⁰⁾ など）とがありうるが、ここでは、それが欠如していれば違法の瑕疵を構成するものを抽象的に捉えて行政処分の適法要件に含めることにする。なお、以下では実体的要件と手続的要件を包括して処分の適法要件を単に「処分要件」ということがある。

違法の瑕疵は、さらに、取り消しうべき瑕疵と無効の瑕疵とに分類される。無効の瑕疵は、それを帯びた処分を単に取り消しうべきものとするにとどまらず、当然無効とする瑕疵をいう。現在の判例によれば、重大明白な違法性⁽³¹⁾ およびその他の例外的事情⁽³²⁾ がある場合がそれに当たる。違法の瑕疵のうち、無効の瑕疵には当たらないが取消事由にはなるものを取り消しうべき瑕疵である。なお、違法の瑕疵のうち軽微なものは取り消しうべき瑕疵にも無効の瑕疵にも当たらないことがあるが、これは捨象する。以下で「瑕疵ある行政処分」というときは、もっぱら取り消しうべき瑕疵を帯びた行政処分を念頭に置く。

2 単一要件と二重要件

（1）形成判決

ア ここで、分析枠組みとして、近時の民事訴訟法学説および行政法学説において形成判決について論じられている単一要件説と二重要件説の区別を参照してみよう。これは、民事訴訟法学者の垣内秀介が会社関係訴訟の判決効に関する論文⁽³³⁾ で提示した分析枠組みであり、行政法学者の巽智彦が行政処分取消判決の効力（なかんずく第三者効）を分析するために援用しているものである⁽³⁴⁾。

(29) 最判平成23・6・7民集65巻4号2081頁など。

(30) 最判昭和50・5・29民集29巻5号662頁など。

(31) 最判昭和30・12・26前掲注(5)，最大判昭和31・7・18民集10巻7号890頁など。

(32) 最判昭和48・4・26民集27巻3号629頁。

(33) 垣内秀介「形成判決の効力，訴訟担当資格者間の判決効の波及，払戻金額増減の裁判の効力」神作裕之ほか編『会社裁判にかかる理論の到達点』（商事法務，2014年）359-397頁。

この議論は、形成判決による形成結果が発生し存在するために何が要件として必要とされるかを問うものである。形成結果とは形成判決による法律関係の変動または変動の結果として生じた新しい法律関係のことである。形成判決の一種である行政処分取消判決に即していえば、処分の取消しという結果（当該処分の効果が原則として処分時に遡って消滅し、当該処分の効果を基礎として形成された法律関係も原則として遡及的にその法的基礎を失うこと）が認められるために何が要件とされるかという問いである。垣内は、民事訴訟法学説を分析し、形成結果の存在要件につき、単一要件説と二重要件説の二つの見解が対立していると説く⁽³⁵⁾。単一要件説とは、形成結果の存在を認めるために確定形成判決の存在があれば足りるとする見解である。二重要件説とは、確定形成判決の存在とともに、形成原因（行政処分取消判決でいえば行政処分の違法性）の存在が必要であるとする見解である。

イ 単一要件説と二重要件説のいずれに拠るかに応じて、形成結果の後訴における不可争性をどのような理論構成で説明するかが変わってくる。

単一要件説によれば、形成結果を後訴において不可争化するには、形成判決が確定し、再審等によって取り消されずに存在してさえいればよい。形成原因の存在は形成結果の存在の要件ではないので、後訴において当事者が前訴形成判決は形成原因が存在しない（たとえば行政処分が違法でない）にもかかわらずにされた不当なものであり、形成結果の存在を認めるべきでないとして主張したとしても、その主張は形成結果の存在には何の関係もない主張ということになり、前訴形成判決による形成結果はその限りで保護される。いいかえれば、単一要件説によれば形成結果の不可争性は形成判決の形式的確定力⁽³⁶⁾ またはそれによって不可争化する形成力そのものによって担保されることになる。この場合には、次の二重要件説とは異なり、既判力を援用する必要はない。

それに対し、二重要件説によれば、形成結果を後訴において不可争化するには、確定形成判決の存在だけでは足りず、形成原因の存在が確定していることも必要である。仮に、形成原因が存在するという前訴裁判所の認定になんらの効力も生じなければ、後訴において当事者が形成原因の存在を否定する主張立証をし、裁

(34) 巽智彦『第三者効の研究』（有斐閣、2017年）145頁以下。以下の単一要件と二重要件に関する説明は、興津征雄「巽智彦『第三者効の研究』をめぐって（1）——書評」有斐閣 Online 掲載予定・I 2 と重複する。

(35) 垣内・前掲注(33)369-373頁。

(36) 興津征雄「行政訴訟の判決の効力と実現——取消判決の第三者効を中心に」『現代行政法講座Ⅱ 行政手続と行政救済』（日本評論社、2015年）209-260頁、215-216頁、巽・前掲注(34)191頁。

判所がそれを認めることにより、前訴形成判決による形成結果が後訴で覆されてしまうことになる。これを防ぐには、前訴裁判所による形成原因の存在の認定が後訴裁判所をも拘束し、後訴裁判所はそれに反する認定判断をすることができなくなるという効力を認める必要がある。これは確定判決の存在ではなくその内容にかかわる効力であるから、形式的確定力ではなく実質的確定力すなわち既判力の作用である。要するに、二重要件説に立つ場合には、形成判決の既判力を援用しなければ形成結果の不可争性は担保できないわけである。行政処分取消判決でいえば、二重要件説を前提にすると、行政処分が違法であるという裁判所の判断にも既判力が生じ、後訴においてこれを蒸し返すことが封じられる。

(2) 私法上の形成行為

ア 前記(1)は純粹に訴訟法上の議論であるが、単一要件と二重要件の枠組みは、行政処分の法効果の発生・存在要件（以下「法効果発生要件」という）の分析にも有用であるように思われる。ただし、行政処分は判決とは異なり、処分が確定（不可争化）しなくても法効果が発生する。そのため、形成判決に関する議論のうち、確定力（形式的確定力および既判力）に関する部分は行政処分には当てはまらず、この部分は行政処分の性質・構造に即して読み替える必要がある。そこで、読替えの参考にするために、同じく確定を伴わずに法効果が発生する私法上の法律行為ななく形成行為による法効果発生メカニズムをまず分析する。

イ 私法上の法律行為のうち、行政処分との対比のためには、行為者の一方的意思表示により法効果が生じる単独行為、ななく形成行為（形成権の行使）を取り上げるのが適当である。そこで、契約の解除を例にとることとしよう⁽³⁷⁾。民法540条1項は、「契約又は法律の規定により当事者の一方が解除権を有するときは、その解除は、相手方に対する意思表示によってする。」と規定する。この規定からすると、解除の法効果発生要件は、①解除権（解除要件）の存在と、②解除の意思表示であることがわかる。すなわち、これら二つの要件のうちいずれか一つでも欠けていると、解除の効果は発生しない。したがって、解除は二重要件構成がとられている⁽³⁸⁾。解除以外の私法上の形成行為についても、私人の意思表示のみで法律関係の形成が生じるのは私的自治の基礎にある個人の自由や平等に反するおそれがあるので、基本的に、法効果の発生には形成権（形成要件）

(37) 契約の解除との比較は、小早川・前掲注(4)267頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論〔第7版〕』（有斐閣、2020年）345-346頁でもなされており、行政法学では形成行為のプロトタイプとして扱われている観がある。

(38) 巽・前掲注(34)190頁。

の存在と形成の意思表示の両方が必要とされる二重要件構成がとられていると思われる。

これが何を意味するかというと、形成の意思表示だけでは、形成の効果を相手方に対抗することができないということである。たとえば、売買契約を売主が解除する場合を考えよう。売主が解除の意思表示をし、それが買主に到達すれば、意思表示自体は効力を発生する（民法97条1項）。しかし、意思表示が意思表示としての効力を発生しただけでは、解除の効果は発生しない。解除の効果が発生するには、これに加えて売主が解除権を有することが必要である。ところが、解除権は、具体的事実関係の下で法定または約定の解除要件が充足されて初めて発生するので、事実の認定や評価、法（契約）の解釈・適用を伴うため、解除権の存否に関する両当事者の見解や判断が分かれること、すなわち争いになることが少なくない。私法上の法律関係においては、両当事者のうち一方の見解や判断が他方のそれに手続法上優越することはないので、争いになった場合には手続法上の公権的判断機関である裁判所の判断を求めるしかない。

しかも、この場合には、構造上どちらか一方の当事者に訴訟提起の負担が課されるわけではない。売主の解除の意思表示は、それだけではなんら現状を変更する効果をもたないので、必ずしも常に買主が訴えを提起しなければならないわけではない。具体的状況の下で、裁判所の介入による現状の変更を望む者が訴えを提起するのが通常である。たとえば、売主がすでに目的物を引き渡しており、その返還を求めたければ、解除の効果が発生し存在していることを前提に目的物の返還請求訴訟を提起する必要がある。買主が代金の支払いをまだ受けておらず、その支払いを求めたければ、解除の効果が発生しておらず存在しないことを前提に代金支払請求訴訟を提起する必要がある。

そして、それぞれの訴訟において、解除の効果の発生・存在を主張する売主は解除の意思表示が有効に存在すること、および、自らが解除権を有することを立証しなければならない⁽³⁹⁾。解除の効果の不発生・不存在を主張する買主は、解除の意思表示が有効に存在しないこと、または、売主が解除権を有しないことを立証しなければならない。このうち、意思表示の到達の事実は外形的に明らかなことが多く、特に書面で証拠を残していれば売主が証明することは比較的容易で

(39)「立証しなければならない」と書いたが、正確には、各要件事実についての証明責任の分配に従い、証明責任を負う当事者が当該要件事実について立証をしなければならず、反対当事者はそれを真偽不明に持ち込む程度の反証活動をすればよいことになる。しかし、本稿では証明責任は捨象し、証明責任の所在にかかわらず「立証しなければならない」などと表記することがある。

あろう。それに対し、解除権の存否は、前述のとおり具体的事実関係の下での評価を伴うので、売主が一方的に有利というわけではない。

(3) 株主総会決議

ア 行政処分と同じく排他性のある取消訴訟（会社法831条）の対象となる株主総会等の決議は、取り消されるまで有効という現象が生じるので、取消事由たる瑕疵を帯びた決議の取り消されるまでの効果や効力をどう説明するかという問題が理論的には存すると思われる。後述のように株主総会決議はそれによって法効果を生じる法律行為（形成行為）には当たらないこともあるが、決議が決議として法的に効力を生じるためにどのような要件が必要かを考えることができる。これを法効果発生要件になぞらえて効力発生要件と呼んで、その構造を分析しよう。

イ 決議の存在に加えて、取消事由に当たる瑕疵の不存在が効力発生要件に当たるならば二重要件構成がとられており、当たらないならば単一要件構成がとられていることになる。会社法は明文で取消事由（831条1項各号）と無効事由（830条2項）を区別しており⁽⁴⁰⁾、かつ、両者が類型的に異なることからすると、取消事由に当たる瑕疵の不存在は効力発生要件にはならないとする単一要件構成を前提にしていると解されよう。二重要件構成をとった上で、取消事由の不存在に関する株主総会の判断に手続法上の優越性を認めるという公定力類似の構成も論理的に不可能というわけではなく、また会社外の第三者の利害にかかわらない事項については団体自治を理由としてそのような構成をとる合理性もないわけではないが、第三者との関係では私人である会社の機関の判断が別の私人の判断に優越すると解することは困難であると思われる。こうした理由からすると、やはり取消事由たる瑕疵は決議の効力発生要件ではないと考えるのが妥当であろう。

ウ ただし、以上のようにいうことは、決議の存在のみによって法律関係の形成・確定という意味での法効果が発生することを意味しない。その理由は二つある。

第一に、決議は会社の機関による内部的意思決定であるため、決議に基づく法律行為は代表権・代理権を有する取締役等により行われることがあり⁽⁴¹⁾、その場合には決議が法効果の発生原因たる法律行為を構成するわけではないからである。たとえば、決議に基づいて会社外の第三者との間に契約が締結されることを

(40) 不存在事由（会社法830条1項）については、〈不存在事由の不存在〉は法的に決議と評価しうる事実が存在することと同義なので、効力発生要件としては決議の存在から独立した意味をもたないと思われる。

(41) 江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』（有斐閣、2021年）319頁注3参照。

考えると、法効果は契約により発生するのであり、決議によって発生するわけではない。

第二に、とはいえ、事項によっては、決議のみにより当然に効力が生じる場合（会社の計算書類の承認など）や、決議が相手方のある単独行為の性質をもち、執行行為なしに法効果が生じると解されるもの（剰余金の配当決議による具体的配当金請求権の発生など）もある⁽⁴²⁾。この場合には、当該法効果の発生要件として、決議の存在のほかに、実体的要件が定められているのが通常である（剰余金の配当につき会社法461条）。そして、そのような法定の実体的要件を欠くにもかかわらずになされた決議は、決議内容の法令違反を理由として無効となる（会社法830条2項）⁽⁴³⁾。

つまり、株主総会決議については、その効力発生要件のレベルでは取消事由に当たる瑕疵に限り〈瑕疵ある決議も取り消されるまで有効〉という有効命題が妥当しているものの、法効果発生要件のレベルでは必ずしもそうはいえないのである。それに対し、行政処分については、実体法上違法な（処分要件が欠如した）処分も有効であり法効果の発生が認められる。いいかえれば、行政処分と株主総会決議は、訴訟手続上の取扱いの類似性にもかかわらず、実体法の構造がかなり異なっていると考えられ、相互の類比はより慎重になされるべきであろう。

3 行政処分の法効果発生要件の構造

（1） 単一要件構成と二重要件構成の対比

ア 行政処分の法効果発生要件は、根拠となる個別実体法により定められるので、単一要件か二重要件かも根拠法から明確に読み取ることができるならばそれで決まる。しかし、個別法からそこまで明確に読み取ることができることは稀である。そのため、一般的な行政処分を念頭に置いて、単一要件構成をとった場合と二重要件構成をとった場合のそれぞれについて、どのような論理的帰結が導かれるかを見ておこう。

まず、単一要件構成をとるにせよ二重要件構成をとるにせよ、行政庁による行政処分の意思表示（行政処分を構成する意思表示）⁽⁴⁴⁾ が成立要件および発効要件を

(42) 江頭・前掲注(41)所掲箇所。

(43) ただし、会社法461条の分配可能額規制に違反する配当行為（特に会社による自己株式の取得）の効力については、学説上有効説と無効説の対立がある（山下友信編『会社法コンメンタール4 株式〔2〕』（商事法務，2009年）19-20頁〔藤田友敬〕，森本滋＝弥永真生編『会社法コンメンタール11 計算等〔2〕』（商事法務，2010年）196-200頁〔黒沼悦郎〕）。決議の効力とそれに基づく行為の効力との関係・構造をさらに考える必要があるが、立ち入れない。

充たしていることは共通して求められる。意思表示の成立要件としては、行政庁の意思が決定されそれが外部に表示されることが必要である。意思表示の発効要件としては、名宛人のある行政処分については名宛人に到達すること（または個別法に特別の定めがあるとき⁽⁴⁵⁾）は所定の発効要件を充たすこと⁽⁴⁶⁾が必要である⁽⁴⁷⁾。これらの成立要件・発効要件を欠く意思表示は意思表示として不存在または無効であり、したがってそれを構成要素とする行政処分も効力を生じない⁽⁴⁷⁾。

このことを前提に、単一要件構成とは有効な意思表示の存在のみを法効果発生要件とする構成であり、二重要件構成とは有効な意思表示の存在に加えて処分要件の存在を法効果発生要件とする構成である、と整理することができる。

イ したがって、二重要件構成を前提とすると、処分の意思表示が成立し効力を生じたとしても、具体的事実関係の下で処分要件の存否に争いがある場合には、行政庁は処分要件の存在を手続法上の公権的判断機関である裁判所の前で主張立証しそれを是とする判断を得なければ、処分の法効果を援用することはできないはずである。しかし、現行の実定法はそうはなっていない。

たとえば、課税処分を受けた納税者Xが当該租税を納付した後、当該課税処分は課税要件を欠くにもかかわらずされた違法な処分であり、国は収受した税額分の金銭を不当に利得したと主張して、国を被告として提起した不当利得返還請求訴訟を考えよう。この場合、国は請求棄却を求めるために、さしあたり課税処分の存在を主張立証すればよい。これに対し、Xが課税処分の違法性（課税要件の欠如）を主張しても、それは課税処分の法効果に影響を与えないので、請求を根拠づけることはできない。有効命題の一つの現れである。

有効命題は、私人間でも妥当する。土地収用法に基づく権利取得裁決により、被収用者Xが所有していた土地の所有権を起業者Zが取得したケースにおいて、

(44) いわゆる準法律行為的行政処分においては、表示されるのは行政庁の意思ではなく判断や認識であるが、本稿では特に区別する必要がなければ判断や認識の表示を含めて「意思表示」と表記する。

(45) 宇賀・前掲注(37)391-392頁。

(46) 行政処分の名宛人の存否と発効要件の関係については近時理論的問題が提起されているが（日本の学説・判例の検討として、土井翼『名宛人なき行政行為の法的構造』（有斐閣、2021年）30-41頁）、立ち入れない。

(47) 太田・前掲注(10)245頁は、「法行為として到達時を以ての即時発効を原則とする故に、結果として行政行為の規律は、適法違法が確定しなくともその効果を完全な形で主張できる」とするが、この言明は意思表示の発効要件（到達主義）と法効果発生要件を混同しているように思われる。意思表示が発効要件を充足したとしても、二重要件構成をとる場合には意思表示以外の法効果発生要件が求められる。単一要件構成をとれば意思表示だけで法効果が発生するが、それは到達主義のゆえではない。

XがZを被告として当該土地の所有権確認訴訟を提起した場合、Zは有効な権利取得裁決の存在を主張立証すれば勝訴することができる。これに対し、Xが権利取得裁決の違法性（収用要件の欠如）を主張しても、それは権利取得裁決の法効果に影響を与えないので、自己の所有権を根拠づけることはできない。

いずれのケースでも、処分の法効果が発生し存在するために処分の意思表示に加えて処分要件の充足が必要だとしたら（二重要件構成）、処分要件の欠如は処分の無効をもたらす（無効命題）、Xはそれを主張立証して勝訴できるはずである。しかし、上述のとおり実定法上はそうになっていない（有効命題）。そこで、二重要件構成をとる場合には、その間をつなぐ論理として公定力概念が必要である。すなわち、処分要件の存否に争いがあるとしても、当該事実関係の下で処分要件が存在するとした行政庁の認定判断を、それが存在しないとする私人の認定判断に優越させる手続法的な効力を認めることにより、行政庁は処分が有効であり法効果を生じていることを私人に対して対抗することができる⁽⁴⁸⁾。これが公定力概念の手続法的構成である。

ウ それに対し、単一要件構成を前提とすると、権限ある行政庁が行った行政処分の意思表示のみで処分の法効果が発生し、存在する。この構成によれば、処分要件は処分の法効果発生要件ではないが、処分の適法要件ではある。したがって、処分要件を欠く処分は違法ではあるものの、処分の法効果が発生・存在しているという意味で有効である。つまり、単一要件構成は無効命題を否定することで有効命題をそのまま肯定する考え方であり⁽⁴⁹⁾、公定力概念無用説を帰結する。

単一要件構成を前記イの訴訟のケースに当てはめると、次のようになる。すなわち、課税処分や権利取得裁決の存在を主張立証するだけでそれぞれの法効果の発生・存在を認めることができるのは、一方当事者が実体法上の法効果発生要件すなわち課税処分や権利取得裁決という行政処分（意思表示）の存在の立証に成功し、裁判所がそれを認定した場合である。もちろん、行政処分の存在の立証は通常きわめて容易なので、行政主体または処分を自己の有利に援用する者（土地収用の場合の起業者）に優位を認める構造となっていることは否めない。しかし、それは実体法上の法効果発生要件がそういう構造になっていることの帰結であり、処分時における行政庁の認定判断に優越的な効力が認められるという手続法

(48) ただし、これをいうには、行政庁の認定判断が私人の認定判断に優越するにとどまらず、裁判所の先決問題審理権をも制約するといえなければならない。その論理構成と難点については、後記Ⅲ 2(2)ウで検討する。

(49) 垣内・前掲注(33)373頁は、「違法な行政処分であっても原則として取消しまでは効力を有するものとされる」ことを単一要件構成として理解する可能性を示唆する。

の帰結ではない。したがって、この構成は実体法的構成に当たる。また、一方当事者が行政処分が存在の立証に成功した場合に認められるのは、正真正銘の実体法上の法効果であるから、これに「公定力」などという別名を付ける意味はない。

エ 以上の対応関係をまとめると、以下のとおりである。

- ① 二重要件構成＝無効命題肯定＝公定力概念必要説＝手続法的構成
- ② 単一要件構成＝無効命題否定＝公定力概念無用説＝実体法的構成

(2) 無効の瑕疵の位置づけ

ア それぞれの構成をとった場合に、無効の瑕疵がどう位置づけられるかに触れておく。ここでいう無効の瑕疵は、処分要件の認定判断に重大明白等の著しい過誤があったことをいうので、意思の欠缺（による無効原因）⁽⁵⁰⁾とは区別すべきである。

イ 単一要件構成によれば、処分要件は法効果発生要件ではないから、処分要件の認定判断に著しい過誤があったとしても、それが法効果発生要件を充たさないがゆえに処分の無効をもたらすということはできない。したがって、無効の瑕疵は法効果発生要件からは独立して法効果の発生を妨げる事実、いわば実体法上の法効果障害要件を構成すると説明することになろう。いかなる事実が法効果障害要件に当たるかは実体法によって決まるが、現行法上はこれが明文で定められていないので、解釈に委ねられる。判例上は重大明白な違法性または例外的事情がこれに当たると解されており、それが無効の瑕疵と通称されている。

ウ 二重要件構成によれば、処分要件が欠如しているにもかかわらず処分がされた場合には、実体法上その処分は違法であり、かつ無効である（無効命題）。ただし、手続法的公定力により、処分要件を充足するとした行政庁の認定判断が（誤りがあるにもかかわらず）優越性をもち、先決問題における無効認定を免れる。しかし、手続法的公定力は行政庁の認定判断に無効の瑕疵を構成するほどの甚だしい誤りがある場合には及ばず、無効の瑕疵を帯びた行政処分は無効命題の原則どおり無効と認定されることになろう。

もっとも、処分要件を充足するという行政庁の認定判断は、当該処分が適法であるという判断のみならず、当該処分が有効であるという判断をも含むはずであ

(50) 田中二郎『行政法総論』（有斐閣，1957年）348頁（「心神喪失中になした行政行為又は抵抗することのできない程度の強迫によってなした行政行為は、意思のない行為として無効である」）。

る⁽⁵¹⁾。そうすると、行政庁の認定判断に優越性が認められるならば、当該処分が有効であるという判断に反して裁判所が無効であると認定することも排除されそうである。

このような結論を避けるには、無効の瑕疵が存在する場合には、手続法的公定力が発生しないと構成することになろう。つまり、無効の瑕疵を手続法的公定力の障害要件と位置づけることが考えられる（無効の瑕疵の不存在が手続法的公定力の発生要件であるといっても同じである）。手続法的公定力の障害要件の有無については行政庁の認定判断に手続法上の優越性が認められず、裁判所は障害要件としての無効の瑕疵の有無を判断することができ、その存在を認めた場合には、処分要件の認定判断に関する手続法的公定力の発生を否定した上で、処分の無効を認定することができる。裁判官が実際に行っている認定判断の過程の記述としては、いささか技巧的にすぎるが、手続法的公定力の論旨を一貫させると、そのような説明になると思われる。

Ⅲ 公定力概念は必要か

前記Ⅱ 3(1)で述べたとおり、行政処分の法効果発生要件を単一要件と理解するか二重要件と理解するかは、無効命題の肯否を介して公定力概念の要否と論理的に直結する。そのため、公定力概念が必要か否かを論じるには、手続法のみならず実体法の構造をも踏まえて検討する必要がある。

以下では、まず公定力概念無用説について、実体法上単一要件構成をとることが解釈論として可能であることを論証する。次に公定力概念必要説について、その論理構造を分析していくとかつての自己確認説・適法性推定説と同型の立論に至ることを示し、無用説よりも理論的負荷が大きいことを明らかにする。

1 公定力概念無用説

(1) 単一要件構成の成立可能性

ア 公定力概念無用説の基礎をなす単一要件構成については、処分要件が法効果発生要件から除外されるため、処分要件により行政庁のコントロールをすることができなくなるのではないかという懸念が示されよう。また、単一要件構成は無効命題の否定を意味するところ、〈違法なのに無効ではない〉ことを法理論と

(51) 柳瀬良幹「司法裁判所の先決問題審理権」[1939年]『行政法の基礎理論(2)』(清水弘文堂書房、1967年)41-78頁、72頁。

して正面からは認めることに対する法治主義の観点からの懸念も同趣旨のものである。

イ しかし、処分要件が法効果発生要件ではないからといって、行政庁は処分を自由にすることができるわけではない。処分要件は処分の適法要件であることには違いないから、行政庁はあくまでも処分要件の充足を確認した上でなければ、処分を適法にすることはできない。処分要件を欠く処分は違法である。〈違法なのに無効ではない〉と考えるのではなく、〈無効ではないけれども違法である〉と考えて、違法な処分に対する統制を及ぼすことを図るべきである。

現行法において違法な処分に対しては取消訴訟・無効確認訴訟や国家賠償による是正・救済が認められるのはその一例であるし、違法な処分の出現を未然に防ぐための事前手続の整備もここに挙げることができる。注意すべきなのは、無効命題を肯定したとしても、違法な処分の出現は不可避であるし、有効命題を維持する以上事後的な是正・救済手段が中心となることも変わらないことである。無効命題肯定論が法治主義に適合的というのは、あくまでも理念の上でのことにすぎない。

ウ 行政処分の単一要件構成は、私法上の形成権と行政法上の処分権限との構造の違いからも導くことができる。

私法上の形成権は、最初から特定の私人に付与されているわけではなく、具体的事実関係の下で法定の要件を満たした者であれば誰でも、そしてそれを満たした者にのみ、付与される。つまり、私法上の形成権があることと形成要件を充足していることは同義であり、形成権を有する者が形成行為をすることができるという言明は、形成要件を充足した場合に形成行為をすることができるという言明と同義である。そうすると、私法上の形成行為について単一要件構成をとると、形成権を有すると主張する者の意思表示によって一方的な法効果の発生を認めることになり、現状の変更を主張する側に強い地位を認めることになる。しかし、これは私的自治を基礎とする私法上の法律関係の規律としては、合理的ではない。

それに対し、行政法上の処分権限があることと処分要件を充足していることは同義ではない。処分権限は、具体的事実関係から独立して、特定の行政庁に一般的な形で与えられる。そして、処分権限を有する行政庁が、具体的事実関係の下で処分要件を充足した場合に、当該行政庁は行政処分を適法にすることができる。つまり、単一要件構成は誰であれ任意の者が処分権限を有すると主張して行った意思表示を行政処分として通用させる理論ではなく、あらかじめ法によって権限を与えられた行政庁の意思表示によって法効果が発生することを認める理論である。

エ 行政法学説上も、単一要件という言葉は用いないものの、これと同型の主張を行うものが存在するので、後記(2)(3)において見ておこう。

(2) 行政処分の規律力

ア 学説上、単一要件構成を前提にしていると見られるものに、塩野宏の規律力概念がある。塩野は、従前、公定力を取消訴訟の排他性の反射として理解しつつ、そのような理解によると、公定力（行政処分の権力性）と取消訴訟の対象性とは論理的に循環してしまうことを率直に認めていた⁽⁵²⁾。しかし、1996年の論文で「規律権力」の概念を初めて提示し⁽⁵³⁾、2003年に出た教科書の第3版に「規律力」という新たな項目を設け⁽⁵⁴⁾、この概念の導入によって「取消訴訟の対象と権力的行為の循環……を論理的には断ち切ることができるのである」⁽⁵⁵⁾と論じるに至った（教科書の記述は最新版である第6版（2015年）⁽⁵⁶⁾まで、若干の加筆を経つつも維持されているので、以下の引用は第6版による）。

塩野によれば、規律権力とは「権利義務関係を法主体相互の合意なしに、その意味で行政機関の意思のみにより変動させるという意味における権力性」⁽⁵⁷⁾をいう。「民事関係において、双方の合意、つまり契約によって、具体的な法律関係が形成されていくことと対比するならば、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させることが可能なのは、一つの力であって、本書ではこれを規律力と表現するのである」⁽⁵⁸⁾。

イ これに対し、規律力と似て非なる概念として、「規律」という概念が他の学説で用いられることがある。規律概念にはさまざまな用法がありうる⁽⁵⁹⁾が、最大公約数的に要約すれば、行政処分その他の法行為によって生じる実体法上の法効果（法律関係の形成・確定）を意味すると思われる。規律概念と規律力概念

(52) 塩野宏「行政における権力性」[1983年]『公法と私法』（有斐閣，1989年）251-290頁，279頁。

(53) 塩野宏「行政事件訴訟法改正論議管見」成蹊法学43号（1996年）45-68頁。後に同『法治主義の諸相』（有斐閣，2001年）308-327頁に再録。以下の引用は後者の論文集による。

(54) 塩野宏『行政法Ⅰ 行政法総論〔第3版〕』（有斐閣，2003年）122-125頁。

(55) 塩野・前掲注(54)123頁。

(56) 塩野宏『行政法Ⅰ 行政法総論〔第6版〕』（有斐閣，2015年）155-159頁。

(57) 塩野・前掲注(53)『法治主義の諸相』321頁，傍点引用者。

(58) 塩野・前掲注(56)155頁。

(59) 太田・前掲注(10)238頁。なお、同論文は規律概念の理解につき「規律＝法関係の目的の変動」理解と「規律＝拘束的言明」理解とを対置するが、その違いは法効果の内容（法律関係の形成か確定か）の違いであり、規律概念の理解の対立ではないと思われる。参照、興津征雄「行政作用としての特許権発生と特許無効——特許法104条の3と行政法ドグマティック」知的財産法政策学研究38号（2012年）13-75頁，32頁。

の違いは、規律概念が法効果の発生原因（契約か単独行為か）を問わないのに対し、規律力概念が単独行為である行政処分を原因とするものに限り、それを行政処分の一般的属性ととらえている点にある。現在の学説では、私法上の法律行為にせよ行政処分にせよ、法行為を原因とする法効果発生 of 構造は変わらないのだから、行政処分の一般的属性として規律力を観念する必要はなく、法行為一般の属性としての規律にのみ着目すればよいとする見解が、どちらかといえば有力であるように見受けられる⁽⁶⁰⁾。

ウ この対立は、本稿の見るところ、私法上の形成行為にせよ行政処分にせよ、法行為たる単独行為による実体法上の法効果発生 of 構造の理解にかかわる。前記Ⅱ 3(1)およびⅢ 1(1)に示したとおり、行政処分による法効果発生 of 構造は、二重要件構成ととらえることも単一要件構成ととらえることもできる。前者によれば、契約の解除などの私法上の形成行為と同じ構造であるから、行政処分に特有の規律力なる属性を認めることは無意味である（その代わり、行政処分には手続法上の効力としての公定力が認められる）。しかし、後者によれば、行政庁による有効な処分の意思表示のみによって法効果が発生するのは、私法上の行為には見られない行政処分に特有の属性であると思われる⁽⁶¹⁾。規律力概念は、後者の理解に立ってその属性を表現したものと解される⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾。

(3) 行政処分の構成要件的効力

ア 山本隆司は、ドイツ行政法を参照して、行政処分の効力を規律・拘束力、

(60) 最も端的にその旨を表明するのが、阿部・前掲注(9)77頁である。阿部は、解雇や契約解除の意思表示も一方的行為により法効果が発生する例であり、「いずれも権力であり、[行政処分と]性質を異にするものではない」と述べる。同旨、人見剛「行政処分の法効果・規律・公定力」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣、2008年）71-91頁、74-75頁。塩野・前掲注(56)155-156頁も、そのような見解が「むしろ現在の一般的理解であると思われる」とする。

(61) なお、塩野・前掲注(56)155-156頁は、「一方的法関係の形成は民事関係においても存在する」ことを認め、「契約の解除」を例に挙げた上で（ともに挙げられた「所有権に基づく妨害排除請求」は、形成権の行使ではないので適切な例ではない）、「民事関係においては、これは法律行為の一般的属性ではないのに対して、行政行為はその行為の一般的属性としての規律力が語られている」ことを、行政処分についてのみ規律力を観念することの理由としている。しかし、前記Ⅱ 3(1)の分析によれば、私法上の形成行為といえども意思表示のみで法律関係を形成するわけではない。

(62) 高木光『行政法』（有斐閣、2015年）128-129頁は、規律力について、「結局のところ、伝統的理論が参考としたオットー・マイヤーの「自己確認説」という「権威主義的な」説明に回帰しているのではないかが気になるところである」と述べるが、本稿の分析によれば事実は逆であり、自己確認説（の流れを汲む手続法的公定力概念）を避けるために必要となるのが、規律力概念である（自己確認説については、後記Ⅲ 2(2)）。

存続力、構成要件的効力などに分解している⁽⁶⁴⁾。このうち存続力は、日本法にいう形式的確定力（不可争力）および実質的確定力に相当するところ、行政処分の効力が発生するためには（判決とは異なり）処分の確定（不可争化）は不要と一般に考えられており、法効果発生の構造には直接かかわらないので、立ち入らない。ここでは規律・拘束力と構成要件的効力について、本稿との関係に触れておく。

山本によれば、拘束力とは、「法律や法規命令と同様に法規範として、関係行政庁と利害関係のある私人とを拘束する効力」であり、「拘束力は、行政行為とは「規律」であるという定義上、ある行政活動が行政行為に当たれば当然に認められる」⁽⁶⁵⁾。構成要件的効力とは、「行政行為の規律・拘束する法関係とは別の行政上の法関係、私人間の民事法関係、そして刑事訴訟の局面において、利害関係のある私人、管轄する行政庁や裁判所が、行政行為の規律・拘束力を尊重しなければならないこと」⁽⁶⁶⁾をいう。構成要件的効力の具体例としては、「帰化の許可があると、国家公務員を任用する行政庁や民刑事事件を審理する裁判所は、原則として当該者の日本国籍を否定してはならない」ことや、「土地を収用された者が起業者に対し当該土地の所有権確認等を請求すること〔が〕……排斥されること」などが挙げられる⁽⁶⁷⁾。

(63) 中川丈久「議会と行政——法の支配と民主制：権力の抑制から質の確保へ」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』（有斐閣、2011年）115-166頁、130頁は、行政処分の規律力を法律の法規創造力に伴うものと見る。また、この見方は、行政処分を法源と見る見方につながっている（中川丈久「行政法の体系における行政行為・行政処分の位置付け」高木光ほか編『阿部泰隆先生古稀記念 行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）59-87頁、60頁・87頁）。この説の評価は、法規や法源の概念にかかわり、本稿の範囲を超えるので、留保したい。ただし、中川・前掲「議会と行政」130頁注35が、「規律力と、いわゆる公定力（取消訴訟の排他的管轄の意味）とは、論理的には無関係である。法律や委任命令について、特別の訴訟のなかでしか、違法ゆえ無効の主張をなしえないわけではないのと同様である」と述べている点に、コメントしておく。引用部分の後半からすると、中川は法律や委任命令は「違法ゆえ無効」とし、行政処分も「同様」としているの、無効命題を肯定する趣旨と見られる。そうすると、行政処分の法効果の発生には処分要件の充足が必要であり（二重要件構成）、意思表示のみで法効果の発生を認める塩野の規律力とは概念構成が異なっている。したがって、引用部分の前半が、規律力と公定力（有効命題）が論理的に無関係というのは、あくまでも二重要件構成＝無効命題肯定論を前提とする規律力（中川説）についてである。単一要件構成を前提とする規律力（塩野説）は、有効命題と論理的に結びつく。また、取消訴訟の排他的管轄と公定力は、同義ではない（後記Ⅳ2（1））。

(64) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌130巻4・5号（2004年）640-675頁、648-652頁。

(65) 山本・前掲注(64)648頁・649頁。

(66) 山本・前掲注(64)649頁。

イ 構成要件の効力という概念構成は、行政処分が存在のみによってその法効果の発生を一般に主張できるという意味に解される⁽⁶⁸⁾。規律・拘束力についても、「O・マイヤーのいう「自己確認」とは異なり、拘束力は、行政行為が上位の法規範（憲法、法律等）に適合するという行政庁の判断の通用力・優先までは意味しない」⁽⁶⁹⁾と指摘されている。そうすると、処分要件の充足を法効果発生要件とせずに、行政庁の意思表示である行政処分の存在のみによって発生した法効果（規律・拘束力）がそこから派生する他の法律関係の前提となることに、「構成要件の効力」という表現が与えられていると見ることができる。このように考えると、構成要件の効力は、本稿にいう単一要件構成＝無効命題否定論と同型の概念構成と評価することができよう。

ウ このように解すると、構成要件の効力は行政処分の法効果（法律関係の形成・確定）そのものと説明すれば十分であるように思われる⁽⁷⁰⁾。

構成要件の効力は、民事訴訟における判決の効力の一種として挙げられることがある（法律要件の効力、要件事実的效果などともいうが、いずれもドイツ語の Tatbestandswirkung の訳語である）。民法その他の法律が、判決の存在を要件事実（構成要件）として、一定の法効果の発生と結びつけている場合に、その効果を構成要件の効力などという⁽⁷¹⁾。たとえば、民法169条1項は、「確定判決……によって確定した権利については、十年より短い時効期間の定めがあるものであっても、その時効期間は、十年とする。」と規定している。債権者・債務者間で当該債権の履行請求認容判決が確定した場合には、この規定により当該債権の消滅時効期

(67) 山本・前掲注(64)649-650頁。

(68) 人見剛「行政行為の公定力の範囲——ドイツ法を素材とする一考察」兼子仁＝宮崎良夫編『高柳信一先生古稀記念論集 行政法学の現状分析』（勁草書房、1991年）219-247頁、229頁は、ドイツの通常裁判所において行政行為の構成要件の効力が主張された場合には、「①当該行政作用が真に行政行為であるのかどうか。②次にそれが行政行為であるとされた場合、それが判決に対して先決的（vorgreifliche）な意味を有しているかどうか。③最後にその行政行為が有効に成立し、判決の基準時まで有効であったかどうか。」の3点が審査されるとする。有効な行政行為の存在が認定されれば、その法効果が肯定されるという趣旨に解される。

(69) 山本・前掲注(64)649頁。

(70) 山本・前掲注(64)650頁は、土地収用の例は日本では「公定力」により原則として認められないと言われる」とするが、その前提には権利取得裁決による起業者の所有権取得という法効果がある（ただし、後掲注(73)参照）。参照、興津・前掲注(59)36頁（「最初から構成要件の効力の概念を用いるのではなく、行政処分の法的効果（規律）の内容および範囲を見定めたいうえで、それが先決問題となる法律関係に焦点を当てるといった検討の方法を採る」）。

(71) 鈴木正裕「判決の法律要件の効力」『山木戸克己教授還暦記念 実体法と手続法の交錯（下）』（有斐閣、1978年）149-197頁。

間は10年に延長される。この場合、判決主文で確定したのは原告・被告間の債権（給付請求権）の存在であり、消滅時効期間については判決は何も判断をしていないにもかかわらず、民法169条1項という実体法の定めにより、消滅時効期間に関する実体法上の効果が生じるのである。その意味で、構成要件的効力は「判決に通常生じる効力ではない」⁽⁷²⁾との指摘もある。

それに対し、行政処分の構成要件的効力と称される内容は、行政処分により発生した法効果をそこから派生する法律関係において前提とすることが求められるにすぎないから、処分の法効果の作用が派生的法律関係にも及んでいるだけのことである。帰化の許可により発生した国籍という法律関係にせよ、権利取得裁決により発生した土地所有権という法律関係にせよ、行政処分によって形成された法律関係そのものであり、行政処分の直接の規律対象となっていない法効果が他の実体法の規定により発生するわけではないので、判決の構成要件的効力とは意味が異なる。このように考えると、山本の挙げる例を構成要件的効力により説明することは、論理的に不必要であるばかりか、民事訴訟法学の用語法とも乖離をもたらすことになり、適切ではない⁽⁷³⁾。

（４） 評 価

ア 以上の立論は、現行実定法の下で単一要件構成＝無効命題否定論が成立しうることを示すにとどまり、無効命題否定論が現行実定法の唯一可能な理解であると主張するものではない。単一要件構成と二重要件構成は、現行実定法の認識としてはどちらも可能であり、どちらかが絶対的に正しく、どちらかが絶対的に

(72) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2019年）743頁。

(73) 中川文久「行政処分の法効果とは何を指すのか——直接的効果と付随的効果の区別について」伊藤眞ほか編『石川正先生古稀記念論文集 経済社会と法の役割』（商事法務、2013年）201-224頁、212-213頁は、「① 行政処分そのものの効果たる「行政処分が発生させる法律関係」（傍点省略）」と「② 行政処分がなされたという事実を要件（の一つ）」として、「法律が発生させる法律関係」とを区別し、前者を行政処分の「直接的効果」、後者を「付随的効果」と呼ぶ。民事訴訟法学の用語法に揃えるならば、中川のいう付随的効果こそが構成要件的効力の名にふさわしいであろう。この点に関する中川自身のコメントとして、同「続・行政処分の法効果とは何を指すのか——行政処分の付随的効果の立法例として注目されるもの」磯野弥生ほか編『宮崎良夫先生古稀記念論文集 現代行政訴訟の到達点と展望』（日本評論社、2014年）195-216頁、195頁注1。ただし、前掲注(70)の指摘に関連して、中川・前掲宮崎古稀213-214頁は、起業者の所有権取得は権利取得裁決の直接的効果ではなく付随的効果であるとしており、本来の法効果との区別は容易ではない。参照、原田大樹「行政訴訟と民事訴訟」〔2017年〕『公共紛争解決の基礎理論』（弘文堂、2021年）27-44頁、36-37頁（「より根本的な問題として、行政行為の本来の法的効果とそうでない効果を明確に区別できるのかという問題がある」）。

誤っているということとはできない。しかし、実定法の説明能力という点ではどちらもそれなりの長短をもっており、相対的な優劣の比較は可能である。

イ 単一要件構成＝無効命題否定論の弱点としては、前記（１）にも挙げたとおり法治主義との不整合を挙げることができる。たとえば、前記Ⅰ１アにも引用した小早川の次の言明はそれを端的に表している。「立法が一定事由の存在を要件としつつ行政庁の行為により一定の法律効果を生ぜしめるものとしている場合、その事由が存在しなければそのような法律効果は生ずべきではない（その行為は関係者に対して拘束力をもつべきではない）のであって、実体法上生ずべきでない効果が実体法上生ずるというのは、いかにも無理な構成である」⁽⁷⁴⁾。

前記（１）に示したとおり、無効命題否定論は現行実定法の下でそれなりの根拠をもって成立しうるので、この言明は筆者にはあまり説得的とは思えない。しかし、法治主義とはそのようなものだといわれてしまえば、それ以上に返す言葉がないことも事実である。

ウ もっとも、それでは小早川の支持する手続法的公定力概念にそのような「無理」が生じないかという点、そうとはいえないというのが本稿の評価である。両説に一長一短がある以上は、どちらの見解がより「無理」が少ないか、どちらの見解が現行実定法とより整合的か、どちらの見解が現行実定法のより合理的な記述・説明を可能にするかを比較して優劣を決するしかないだろう。そこで、項を改めて、手続法的公定力概念＝公定力概念必要説に「無理」がないかどうかを検討しよう。

２ 公定力概念必要説

（１） 具体法実在性説と予先の実効性説

ア 何度もくり返すとおり、公定力概念に論理的な意味をもたせるには、必然的に公定力を手続法的に構成することになる。学説史上、公定力概念の手続法的構成に大きな貢献をなしたのは、兼子仁の研究である。以下、兼子の公定力理論を参照して、手続法的構成の意味を分析しよう。

イ 兼子は、公定力理論を実体法的公定力説と手続法的公定力説とに分類する⁽⁷⁵⁾。そして、実体法的公定力説を退け、「公定力理論のあるがままの諸類型のうちで、「手続法的公定力説」のみが公定力本質論のあるべき類型として解釈理論上成り立ちうるものである」⁽⁷⁶⁾と結論づける。その理由は、実体法的公定力説

(74) 小早川・前掲注(4)268頁。

(75) 兼子仁『行政行為の公定力の理論〔第3版〕』（東京大学出版会、1971年）317頁以下。

が、第一に「行政行為の無効と取消を法律行為の無効と取消と平行なものであるという考え方を前提にしていること」、第二に「公定力の問題をもっぱら、行政行為の違法は私法上の法律行為の違法とちがい原則として取消原因にとどまる、という瑕疵論上の命題に還元してしまうことになる点」、のいずれもが疑問であるということにある⁽⁷⁷⁾。その背後には、民事訴訟法学者である兼子一の権利実在説⁽⁷⁸⁾を前提に、係争法律関係が行政庁の認定判断および裁判所の認定判断を経て徐々に実在化していく過程に即し、公定力をその実在化の程度を表す概念としてとらえる考え方がある⁽⁷⁹⁾。

兼子仁の「係争法律関係の実在化」理論は難解であり、本稿で深入りすることはできない。しかし、兼子が自説をあくまでも「手続法的公定力説」に分類することには、疑問がある。なぜなら、手続過程を通じて実在化した法律関係はその実在化の程度に応じて実体法上の法律関係として通用することが前提とされているようであり、その意味では実体法と手続法とが完全に峻別されているわけではないように思われるからである⁽⁸⁰⁾。実際、このあと見るとおり、手続法的公定力説の中で兼子が支持する予先の実効性説は、論理構造においては本稿の理解する実体法的構成とほとんど選ぶところがないように思われる⁽⁸¹⁾。

ともあれ、兼子は手続法的公定力説のうちで、二つの説を取り上げているので、これらを検討しよう。

ウ 一つは、具体法実在性（適法性認定権）説である。この説は、行政権をその本質上、司法権（裁判権）と同等同質の国家権力・公権力であると解した上で、公定力は「法律要件（適法性）の実在性（有権的認定）」とそれに裏づけられた「法律効果（有効性）の実在性」（実効性）とを意味するとする⁽⁸²⁾。本稿の整理におけ

(76) 兼子仁・前掲注(75)318頁、傍点省略。

(77) 兼子仁・前掲注(75)42頁、傍点省略。

(78) 兼子一『実体法と訴訟法』（有斐閣、1957年）157-161頁、兼子仁・前掲注(75)48頁。

(79) 兼子仁・前掲注(75)319-320頁。

(80) 兼子一・前掲注(78)162頁（「既判力は、訴訟における実体法及び訴訟法の具体的交渉の成果としての、法的実在であり、……両者の総合である。」）、鈴木正裕「兼子博士の既判力論（権利実在説）について」小山昇＝中島一郎編『兼子博士還暦記念 裁判法の諸問題（上）』（有斐閣、1969年）315-340頁、322頁（「兼子博士は、確定判決によって権利が実在化され、この実在化された権利が既判力の本質である、と説かれている」）。

(81) 森田寛二「行政行為の公定力と無効」（2）自治研究53巻12号（1977年）90-104頁、91頁は、兼子の公定力理論につき、「実体法的公定力説とは公定力概念あるいは公定力概念に該当する事象を「実体法上の（つまり民法学上の）法理」によって基礎づける立場をいうと思われる」（傍点省略）と指摘する。それに対し、本稿は、実体法的な捉え方と手続法的な捉え方を、前記Ⅰ2（2）の意味で理解している。

(82) 兼子仁・前掲注(75)325頁。

る二重要件構成を前提として、法効果発生要件たる処分要件の認定にも公定力が及ぶとする考え方である。

もっとも、具体法実在性説が行政権と司法権との同等同質性を前提に成り立つ理論である以上、この説が解釈論として妥当するのは「行政行為が実際に訴訟的手続にしたがってなされているという事実」が存在する法領域のみであり、「独立な第三者的国家機関により当事者の審問手続をへてなされる権利紛争の法的解決」である審決に限られる。「単なる関係人の聴聞を終っただけの行政庁の処分はもとより、聴聞手続をへた確認行為、さらには異議決定・上級庁の審査裁決などですら」これには該当しない⁽⁸³⁾。

エ もう一つは、予先の実効性説である。この説は、「行政権を、それが紛争当事者たる行政庁が有する公権（公法上の権利）として構成されるという点で、明らかに裁判権（司法権または行政裁判権）の劣位に立つ国家権力（公権力）である、と解する。したがって、行政行為の本質は、権利主張行為たる法律行為にほかなら」ない。「処分行政庁には紛争の仮解決権能たる自らの権利の存否・行為の適法性の有権的認定権はな」く、「「予先の実効性」は法律要件の有権的認定を前提としない法律効果だけの実在性（……）として、とくに制定法規によって創設された超論理的・政策的効力である」⁽⁸⁴⁾。このように予先の実効性説は、行政処分の適法要件の認定に実在性を認めないにもかかわらず、その効果のみの実在性として公定力をとらえる。

では、なぜ効果のみの実在性が認められるのか。いわく、「行政法規は、法律要件の存否（真の意味で適法かどうか）はさしあたり不問として、右のような両当事者の通常人としての判断によって一応明らかなはずの「法的存在」、つまり「法的存在の実在性」に、直接、政策的に「実効性」（……）だけを附与しているのである」⁽⁸⁵⁾。ここにいう行政行為の「法的存在」は、無効の瑕疵（重大かつ明白な違法）がないものであることが前提とされている⁽⁸⁶⁾ので、本稿にいう単一要件構成に相当し、行政庁の意思表示のみで法効果の発生を認めるものと見ることができる。そしてこの説は、「行政事件に関する概括条項による裁判権の保障を内容とする行政裁判制度の確立に照応し、かつ行政行為について訴訟的手続がとられていない領域において妥当するとみられる」ため、わが国においても「原則的に妥当する公定力本質論である」⁽⁸⁷⁾。

(83) 兼子仁・前掲注(75)326-328頁、傍点省略。

(84) 兼子仁・前掲注(75)329頁、傍点省略。

(85) 兼子仁・前掲注(75)330頁、傍点原文。

(86) 兼子仁・前掲注(75)330頁。

前述のように、兼子自身は具体法実在性説と予先の実効性説とをいずれも手続法的公定力説に位置づけている。しかし、予先の実効性説は論理構造としては単一要件構成を前提にしており、行政行為（行政処分）の「法的存在」により直接に法効果が発生するという構成をとるので、そこにいう法効果（効力）は行政庁の認定判断権の優越を認めるという意味の手続法上の効力ではなく、実体法上の法律関係の形成または確定としての法効果であると考えられる。その効力が「制定法規によって創設された超論理的・政策的効力」であることは、推論に影響しない。そうすると、予先の実効性説は、本稿の整理によれば公定力概念無用説と同型の論理構造をもっており、小早川の整理によれば実体法的な捉え方に相当するといえる。

（２） 評 価

ア 以上の分析によれば、兼子説における具体法実在性説こそが、小早川説における手続法的公定力概念に対応し、本稿の整理における公定力概念必要説に結びつく⁽⁸⁸⁾。このように整理すると、手続法的公定力概念の弱点が明らかになる。

すなわち、この説は具体法実在性説にいうように、行政庁による処分要件＝法効果発生要件の認定に実在性（通用性）を認めようとする。ところが、兼子が指摘するとおり、処分要件＝法効果発生要件の認定に生じる実在性（通用性）は、裁判判決の効力（既判力）に準じるものであり、裁判に準じる手続を経た場合でなければ、肯定することはできないだろう。公定力概念必要説＝手続法的公定力概念は、そのような効力をあらゆる行政処分に認めようとする点で手続保障の見地からの疑問を否めない。

イ 小早川は、前記Ⅰ 1 ア引用部分において、「立法が一定事由の存在を要件としつつ行政庁の行為により一定の法律効果を生ぜしめるものとしている場合、その事由が存在しなければそのような法律効果は生ずべきではない（その行為は関係者に対して拘束力をもつべきではない）」という前提（二重要件構成）を置いている。しかし、前記アの手続保障の見地を加味すると、仮に実定法が二重要件構成を前提としているならば、行政処分は事前に裁判所に適法性の確認を受けな

(87) 兼子仁・前掲注(75)332頁，傍点省略。

(88) ただし、兼子仁・前掲注(75)325頁は、具体法実在性説を取消訴訟における証明責任のような解釈論にも関係づけているが、小早川説における手続法的公定力概念や本稿にいう公定力概念必要説がこうした解釈論と必然的に結びつくわけではない。本稿は、あくまでも具体法実在性説と公定力概念必要説＝手続法的公定力概念とが、論理構造において相似であることを指摘しているにとどまる。

れば発効しない制度⁽⁸⁹⁾ がとられていたり、兼子が主張していたように準司法的行政審判手続が一般化していたりするはずだが、実際にはそうっていない。そうすると、現行の実定法は、少なくとも一般論としては、二重要件構成を前提としていないと解するのが合理的ではないだろうか。

むしろ、法治主義に基づいて立法による規律から出発すると、「立法が一定事由の存在を要件としつつ行政庁の行為により一定の法律効果を生ぜしめるものとしている場合」に、処分要件と法効果発生要件を区別し、処分要件が欠如していても法効果の発生にはさしあたり影響を与えないこととした上で、いわばその代償として、処分要件の欠如を理由とする取消請求を私人に認めるとする制度理解も、十分ありうると思われる。

ウ 不当利得返還請求訴訟や所有権確認訴訟などの取消訴訟以外の訴訟において先決問題として処分の違法性の主張が排除されることも、公定力概念必要説＝手続法的公定力概念では説明が難しい。理論構成としては、二つの選択肢がありうる。

一つは、処分要件の存在についての行政庁の認定判断に優越する判断権限は手続法上取消訴訟を審理する裁判所にのみ与えられており、それ以外の訴訟を審理する裁判所には与えられていないとする構成である。もう一つは、処分要件の存在についての行政庁の認定判断が、同じ事項についての私人の認定判断に優越する結果として、取消訴訟以外の訴訟において私人がそれに反する主張立証をすることが禁止されるという構成である。

しかし、前者の構成は、行政庁の認定判断権が裁判所の認定判断権（先決問題審理権）を直接制約することになり、憲法に基礎を置く司法審査制の趣旨に反するといわざるをえない。後者の構成も、取消訴訟における主張可能性を留保しているとはいえ、裁判を受ける権利の観点からの問題を否認ないように思われる⁽⁹⁰⁾。実体法的構成＝公定力概念無用説によれば、裁判所は処分の意思表示の存在だけで実体法上の法効果の発生を認定することができるので、こうした問題

(89) アメリカの例として、中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査——アメリカ」(上)ジュリスト1240号(2003年)90-106頁, 101-103頁。また日本法への部分的な導入を提唱するものとして、同「行政上の義務の強制執行は、お嫌いですか?」論究ジュリスト3号(2012年)56-66頁, 62-65頁。

(90) 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ」(上)ジュリスト1238号(2003年)86-106頁, 97頁(「こうした公定力の観念は、例外的に公定力を「排除」する余地を十分認める限り、即、憲法に反するとは言えない。それでも公定力の観念そのものは、行政の法(律)適合性を審査・判断する権限と責任を裁判所が有し、それにより私人の権利を保障するという、憲法の考え方に適合しないのではないか、との疑問は残る。」)。

は生じない。

エ そもそも、具体法実在性説の原型である自己確認説・適法性推定説⁽⁹¹⁾が戦前のドイツおよび日本で提唱された背景には、当時の列記主義の下で裁判的統制の対象となる行政処分の類型が限定されていたことがあった。つまり、行政訴訟の対象とならない行政処分は、違法であるにもかかわらず有効なものとして通用してしまう（そして私人がそれを争うことができない）ことがありうることを、実定法自身が容認していたことになる。このような実定法のあり方を法治主義の理念と両立させるために、行政処分の適法性は行政庁が自ら確認している（がゆえに法治主義に矛盾しない）という説明が唱えられた⁽⁹²⁾。そうであるならば、列記主義が克服された現代において、自己確認説・適法性推定説の系譜を汲む手続法的公定力概念を維持する理由はない⁽⁹³⁾。

オ このように手続法的公定力概念はさまざまな理論的難点を抱えており、現行実定法の記述としては公定力概念無用説よりも「無理」が大きいというのが本

(91) オットー・マイヤーの自己確認説が行政行為の適法性の原則（本稿にいう二重要件構成＝無効命題肯定論を導く）を前提とし、行政行為の自立性の原則と結合させる理論であったことにつき、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』（有斐閣、1962年）131頁。マイヤーの自己確認説が本稿にいう手続法的構成に相当するものであることにつき、柳瀬良幹『行政行為の瑕疵』（清水弘文堂書房、1969年）116-117頁（「マイヤーの議論は唯行政行為は本来権限ある機関が適法と認めてなしたものであるから仮令客観的には違法であつても特にその権限ある者以外は自己の認定を以て之に代へ之を違法として取扱い得ないといふ手続上の関係を言つたものとしてのみ真理と認め得るので、実体法上の議論としては全く成立し得ないものと言はねばならぬのである」）。

(92) マイヤーの自己確認（自己証明）説につき、巽・前掲注(6)234頁（「マイヤーが確立した自己証明ないし適法性の推定の概念は、我が国における「公定力」のような広汎な解釈論の含意をもつ概念としてではなく、列記主義等による争訟取消可能性の限定の下において法治国原理を形式的に貫徹するための概念として理解される」）。美濃部達吉の適法性推定説につき、塩野宏「田中先生の行政行為論」[1982年]『行政過程とその統制』（有斐閣、1989年）131-145頁、135頁（「美濃部理論における適法性の推定論は、列記主義の下における行政裁判権の網の目からこぼれる行政行為の法治主義的説明という色彩が濃い」）・136頁注14（「もし、列記主義にもれた行政行為が、違法のままに通用するとすれば、それは、法治主義違反の状態の発生を国法がカテゴリーカルに容認することになるからである。これを、補正するのが行政機関の適法性認定権である、ということになる。」）。

(93) 参照、黒田覚「適法性の推定と税務訴訟の立証責任」税法学7号（1951年）1-10頁、5頁（マイヤーの自己確認説について、「われわれは、かように一つの政治的要請と考えられる「自己確認」の観念を、現在の日本の法的制度の解明のためにもちこむことはできないであろう。それは理論的に不可能であるだけでなく、アナクロニズムでもある。」）・7頁（田中二郎の適法性推定説について、「過去の政治的基盤の上に成立した法的構造の認識に役立つかも知れない法的諸概念を、そのまま無批判的に、現在の法学的認識のなかに持ちこむことは、きわめて危険なことである」）。

稿の評価である。このように述べると反発を受けるかもしれないが、この文章の「手続法的公定力概念」を「具体法実在性説」またはその原型となった「自己確認説・適法性推定説」に置き換えれば、手続法的公定力概念の支持者も含めて、ほとんどの論者の支持を受けられるのではないだろうか。仮にそれが事実だとすると、そこにこそ、手続法的公定力概念＝公定力概念必要説の問題点が存する。

兼子が具体法実在性説と予先の実効性説をともに手続法的公定力説と呼んだためか、今日手続法的公定力概念を支持する論者がどちらを前提にしているのか、必ずしも明らかでないことがある。現在の学説状況の下で、自己確認説や適法性推定説を正面から肯定する者はいないと思われるので、多くの論者は予先の実効性説を前提にしているのかもしれない。しかし、本稿の分析によれば、予先の実効性説は実体法的構成であり、この説においては公定力概念は論理的に余剰である。つまり、公定力概念必要説に立つ論者は、自己理解とは異なる説（具体法実在性説）をそれと気づかずに支持しているか、自己理解どおりの説（予先の実効性説）をとる場合には公定力概念無用説に至ることに気づいていないか、いずれかである可能性が高い。それでもなお公定力概念が必要だと主張するならば、必要説の論者はその論理的構成を批判可能な形で明晰に提示すべきであろう。

IV 取消訴訟の排他性

1 排他性説

ア 取消訴訟の排他性とは、取消訴訟以外の訴訟において行政処分の瑕疵を主張立証してその効力の否認を求めることはできず、行政処分の法効果が存在しないことを前提とする判断を求めたければ、取消訴訟を提起して取消判決を得ることが必要であるという法現象を表す概念である。取消訴訟の排他的管轄などとも呼ばれる。

行政処分の公定力が取消訴訟の排他性の反射であるとする見解（この見解を以下「排他性説」と呼ぶ）は、1960年代から有力に主張されるようになり⁽⁹⁴⁾、現在では通説化しているといっても過言ではない⁽⁹⁵⁾。また、近年では、公定力という概念（言葉）に代えて、取消訴訟の排他性という概念（言葉）を用いて有効命題をめぐる法現象を説明する学説も現れている⁽⁹⁶⁾。

イ しかし、論理的に考えると、取消訴訟の排他性は取消訴訟以外の訴訟における裁判所の先決問題審理権の制限を説明することはできる（というより両者は同義である）ものの、それだけで有効命題（公定力）を説明することはできない。

つまり、排他性説が〈排他性から公定力が導かれる（排他性と公定力は同義である）〉と主張するのであれば、それは論理的に誤りといわざるをえない。もっとも、排他性は有効命題（公定力）の構成要素をなしており、排他性が廃止されれば、有効命題（公定力）も論理的に否定される。つまり、排他性説は〈排他性なければ公定力なし〉と主張する限度では正当である。項を改めて敷衍する。

2 排他性説の陥穽⁽⁹⁷⁾

（1）排他性と公定力は同義ではない

ア 有効命題は、瑕疵ある行政処分は無効でない限り取り消されるまでは有効であることを内容とする。〈取り消されるまでは有効〉ということは、取消しという行為によって行政処分が有効ではなくなる、すなわち無効となることを意味する。ある行為（意思表示や判決など）があつて初めて法律関係の変動を主張で

(94) 高柳信一「公法，行政行為，抗告訴訟」〔1969年〕『行政法理論の再構成』（岩波書店，1985年）71-151頁，128頁（「行政行為の法適合性の攻撃方法として，一般的抗告訴訟制度が排他的に特定されているため，その制度の反射として，「取り消されるまでは，乃至は取り消されなければ有効である」かのごとき効果が生ずるにすぎない」），原田尚彦「行政行為の「権力性」について」〔1969年〕『訴えの利益』（弘文堂，1973年）89-120頁，106頁（「取消訴訟が制度として存在する以上は，そのことの当然の効果として，行政行為はたとえ違法であっても正規の取消しの手続を経るまでは民事の法律関係において有効なものとして扱わざるをえないとみるのが素直な解釈である。今日，公定力といわれるものは，まさにこのように，取消訴訟制度が存在することの結果として，行政行為に生ずる不可争力的効果のことであり，いわばみかけ上の有効性を指すものであつて，それ以上の力が当然に行政行為に具わるものとみる必要はないようにおもわれる」（傍点省略）），塩野宏「行政行為の公定力——判例の展望」〔1973年〕前掲注(92)『行政過程とその統制』108-130頁，109頁（「処分又は裁決（……）は，取消訴訟によってのみ，そして取消判決によってのみ取り消されるのであるから，それまで（……）は，行政主体と私人間又は私人相互間の権利義務関係を形成消滅させるものとしての行政行為は，たとえ違法であっても，その効力を維持することを意味する」）。

(95) 阿部・前掲注(9)73-74頁，稲葉ほか編・前掲注(23)71頁〔人見〕，遠藤博也『実定行政法』（有斐閣，1989年）94頁・118頁，大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論〔第4版〕』（有斐閣，2019年）174-175頁，岡田・前掲注(23)127頁，曾和俊文『行政法総論を学ぶ』（有斐閣，2014年）145-146頁，中川・前掲注(9)186頁など。

(96) 宇賀・前掲注(37)365頁以下，高橋滋『行政法〔第2版〕』（弘文堂，2018年）49頁以下，同『法曹実務のための行政法入門』（判例時報社，2021年）99頁以下。また，芝池義一『行政法総論講義〔第4版補訂版〕』（有斐閣，2006年）153頁注1（「行政行為の公定力の根拠やその内容を取消訴訟の排他的管轄にとらえると，もはや，公定力というそれ自体としては意味不明の語を用いる必要はなくなるであろう」）。

(97) この項目で述べることについては，森田寛二「行政行為の公定力論に関する塩野教授の問題提起について——法律学の一つの基本に対する考察」（上）自治研究73巻1号（1997年）24-36頁，（下）73巻2号（1997年）3-15頁に負うところが大きい。

きる場合（その行為がなければ法律関係の変動を主張できない場合）、その行為を形成行為という。行政処分の取消しも、取消しという行為（職権取消処分、取消判決、不服申立てに対する取消裁決・取消決定等を含む）があつて初めて処分が取り消されたことが主張できる（取消しという行為がなければ処分が取り消されたことを主張できない）行為であることを有効命題は含意するので、形成行為である。

排他性とは、ある特定の方法によらなければある特定の法律上の主張が許されないことを意味する。形成行為の定義上、形成行為以外の方法で形成行為によって形成される法律関係の主張をすることは許されないから、形成行為は排他性を有する（というより形成行為であることと排他性を有することとは同義である）⁽⁹⁸⁾。したがって、形成行為である行政処分の取消しも排他性を有する。なお、排他性という言葉は、取消訴訟の排他性や「取消手続の排他性」⁽⁹⁹⁾のように、形成行為がされる手続について用いられることが多いが、正確には排他性を有するのは形成行為であると考えべきだろう。

イ 前記Ⅰ 2(3)で述べたように、行政処分の取消権限は私人には与えられておらず、裁判所または行政庁のみが有する。裁判所が行政処分の取消しを行う場合には、取消しという形成の結果をもたらすために形式的確定力または実質的確定力（既判力）のいずれかが必要だから（前記Ⅱ 2(1)）、取消しの宣言は判決理由中の判断ではなく判決主文で行う必要がある。取消しの宣言を判決主文で行う判決（取消判決）を求める訴訟が取消訴訟である。つまり、取消訴訟が排他性をもつのは、取消訴訟において求められる判決が取消判決という形成判決だからであり、取消判決がなければ主張しえない法律関係の変動（処分の取消し）が求められているからである⁽¹⁰⁰⁾。以上を要するに、有効命題は行政処分の取消しが形成行為であることを含意し、行政処分の取消しが形成行為であることは取消訴訟の排他性を含意するので、〈有効命題→排他性〉が成り立つ。

ウ では、〈排他性→有効命題〉はどうか。つまり、取消訴訟の排他性は有効命題を含意するだろうか。排他性説は、これを肯定する主張である。すなわち、取消訴訟の排他性によりそれ以外の訴訟で先決問題の審理が制限される結果とし

(98) 形成と排他性の関係については、形成訴訟に関する指摘であるが、異・前掲注(34)126-131頁を参照。

(99) 小早川・前掲注(4)292頁。

(100) 森田・前掲注(97)(下) 6-13頁は、取消しが形成行為であること（〔B〕命題）、裁判所が処分の取消しをすることができるのは判決主文によってである（先決問題についての判決理由中の判断においてではない）こと（〔B(1)〕命題）、処分を取り消す判決主文を出すことのできる訴訟が取消訴訟であること（〔B(2)〕命題）を前提として初めて、取消訴訟の排他性が導出できることを明瞭に論証している。

て、取り消されていない行政処分が有効であることを前提に審理がされること（有効命題）を主張する⁽¹⁰¹⁾。

しかし、取消訴訟以外の訴訟で行政処分の瑕疵を主張立証しその効力の否認を求めることが禁止されることの結果として生じるのは、当該行政処分が有効であるとも無効であるともいえないという真偽不明の状態であるはずである。このような場合には、証明責任の分配により決着をつけるのが訴訟法の原則であり、行政処分が有効であることが当然の前提にはならないはずである。あるいは、取消訴訟以外の訴訟で先決問題が主張された場合にはその審理を権限ある裁判所に付託する、その訴訟の審理を中断して当事者に取消訴訟の提起を命じ、その判決を待って審理を再開するなどの選択肢も排他性と両立しうる。こうした可能的選択肢をすべて排除して行政処分は有効であることを前提に審理がされると主張するのであれば、排他性という訴訟手続論に頼るのではなく、行政処分の効力を正面から論ずべきだろう⁽¹⁰²⁾。

したがって、行政処分が有効であることが前提とされるというには、排他性以外に根拠を求めなければならない。本稿の分析によれば、単一要件構成をとって有効な行政処分の存在自体から法効果が生じているというか（行政処分の規律力（前記Ⅲ 1（2））も同旨⁽¹⁰³⁾、二重要件構成をとって行政処分はもしかしたら瑕疵を帯びているかもしれないが取り消されるまでは適法＝有効とする行政庁の判断が他の関係者の判断に優越するという手続法的公定力を認めるか（ただしその優越性が裁判所に及ぶとすることに難があることは前記Ⅲ 2（2）ウで指摘した⁽¹⁰⁴⁾、結

(101) 菱田雄郷「対世効の再構成」三木浩一ほか編『民事裁判の法理と実践 加藤新太郎先生古稀祝賀論文集』（弘文堂、2020年）323-340頁、339頁注29は、形成判決の対世効を排他性のある再審のルート強制の反射と解する見解を主張しつつ、その条件として、「再審のルート強制という規律を設けた以上は、その射程内においては、再審により取り消されない限りは、確定判決により形成された結果が、他の訴訟手続でも一応優先的に通用するという規律が含意されている、とみる必要がある」と指摘し、「判決効に頼らずにこの帰結を説明し切るのは意外と難しい」とする。「判決」を「行政処分」に、「再審」を「取消訴訟」に置き換えれば、行政処分についてもまったく同じ問題が存在するというのが、本文で指摘したことである。現に、菱田は、「この種の理解は行政行為の公定力に関してしばしばみられる」として兼子仁の手続法的公定力説および小早川光郎の公定力の手続法的理解に言及している。

(102) 山本・前掲注(64)648頁（「排他的管轄論だけでは、行政行為が私人に対してどのような法的効力を有するかを、正面から直接説明したことにならないと思われる」）。

(103) 高橋・前掲注(96)『行政法』は、行政行為に規律力を認め（46頁）、「国民の権利義務関係を一方的に形成するという意味での「規律力」と、その効果を争う場合には取消訴訟という特殊な訴訟形態の利用が基本的に要請されるという「取消訴訟の排他的（優先的）管轄」の、2つの側面に分けて説明」（49頁）している。

局はこれら二つの選択肢のいずれかしかない。

エ 公定力概念の内容を有効命題ととらえると、先決問題審理権の制限は有効命題に包含され、その前提をなす命題である。取消訴訟の排他性だけで論理的に説明できるのは、公定力＝有効命題の一部をなす先決問題審理権の制限までであり、行政処分が法効果を生じている（または法効果を生じていることが手続的に通用する）という帰結は当然には出てこない。公定力概念は取消訴訟の排他性以上の内容を含むのである。

（２） 排他性なければ公定力なし

ア 前記（１）イで述べたように、有効命題を前提とすれば、取消訴訟の排他性は論理的に導かれる。本稿は、日本の現行実定法が有効命題を採用しているという認識から出発するので、現行法の認識論としては排他性の根拠についてそれ以上を語る必要はない。しかし、取消訴訟が排他性をもつことは、日本法において明文で規定されているわけではない。取消訴訟が排他性を有するという認識は、解釈により導かれたものである。そうすると、そのような解釈論の妥当性（政策的合理性）を別途問題とする余地はあるはずである。

ところが、排他性説は、取消訴訟が存在する以上それが排他性を有するはずだという、それ自体あまり説得力のない前提から出発し、排他性を動かすことのできない公理であるかのように扱っているフシがあるため、その妥当性を問う議論を自ら塞いでしまっているように見える。本稿が主張するのはあくまでも有効命題を前提とすれば排他性は論理必然的な帰結であるということであり、有効命題を前提としなければ排他性を緩和ないし廃止することに論理的な障害はない。いいかえれば、有効命題および排他性の採否は政策的に決定しうる事柄である。そのことを示しておく。

（104）宇賀・前掲注（37）346頁は、「行政行為の規律力と契約解除の法効果の性質の区別を断念し、契約解除にも行政行為と同様の規律力があることを認めたうえで、規律力の通用力の差によって両者を区別」し、「立法政策としてとられた取消訴訟の排他的管轄という法制度によって行政行為の規律力の通用力が基礎づけられる」とする。宇賀のいう規律力は、契約解除の法効果と区別されないもので、塩野説（前記Ⅲ 1（2））とは異なり、二重要件構成を前提としている。したがって、いうところの通用力は、本稿にいう手続法的公定力に相当するように思われる。しかし、本文で指摘したように、「私人は、自ら取消訴訟を提起して、行政行為の取消しをしなければなら」ないということから、当然に「取消しをしない限り、当該行政行為は有効なものとして取り扱われる」という「原則」が導かれるわけではないので、この立場をとるには取消訴訟の排他性に論理的に先行して手続法的公定力（通用力）を観念しておかなければならない（「 」内は宇賀・前掲注（37）346頁からの引用）。

イ かつて排他性説の主唱者であった塩野宏は、規律力概念の導入（前記Ⅲ 1（2））による改説後も取消訴訟の排他性に関する記述を維持し、次のように述べている。

「この法律〔＝行政事件訴訟法〕には、買収処分の効力を否定するのはこの取消訴訟だけである、ということはどこにも書いてない。しかし、法律がせっかく取消訴訟制度を用意しているのは、この制度を使うのが便宜であるということにとどまらず、訴訟の段階で処分を直接に攻撃できるのはこの訴訟だけであるということを含んでいる、と解するのが素直ではないか。」⁽¹⁰⁵⁾

ウ この記述は、立法である特定の訴訟類型が設けられた場合にはその訴訟が排他性をもつ、理由はそう解するのが「素直」だからである、という主張である。しかし、ある特定の訴訟類型に排他性を認めることは、それ以外の訴訟における先決問題の審理を制限することを意味する。つまり、排他性の有無は当該訴訟類型だけの問題ではなく、他の訴訟類型との関係を踏まえて検討しなければならない問題である。

たとえば無効確認訴訟について考えてみよう。現行の行政事件訴訟法は、行政処分の無効を他の訴訟の先決問題として主張しうることを前提とした規定（36条、45条）を置いているので、無効確認訴訟に排他性をもたせる解釈は文理上とれない。しかし、仮にこれらの規定がなかったとしたら、立法が特に設けた無効確認訴訟は排他性をもつことになる（と解するのが「素直」である）だろうか。救済の便宜のために特別の訴訟を設けるものの、排他性をもたせない（他の訴訟の先決問題として主張することも認める）という解釈も、とる余地があるのではないだろうか⁽¹⁰⁶⁾。この問題は、無効確認訴訟という特別の訴訟類型が設けられているという事実のみならず、無効確認訴訟以外の訴訟において先決問題の審理を認めることと制限することとの得失を衡量して、政策的に決定されるべき問題であると思われる。そうすると、〈立法である特定の訴訟類型が設けられた場合にはその訴訟が排他性をもつ〉ことを一般論として主張することは難しいだろう⁽¹⁰⁷⁾。

(105) 塩野・前掲注(56)161頁。

(106) 排他性をもたせる場合には、その訴訟を形成訴訟として扱うことになるが、行政訴訟以外では、立法により認められた訴訟が形成訴訟ではないとされる例がある。婚姻・縁組の無効の訴え（人事訴訟法2条1号・3号）、株主総会等決議不存在・無効確認の訴え（会社法830条）につき、新堂・前掲注(72)207頁参照。

(107) 興津・前掲注(59)62頁。

エ もっとも、塩野自身はこのことを意識している。塩野は取消訴訟の排他性の制度機能の分析として、紛争処理の合理化・単純化機能、紛争解決結果の合理性担保機能、他の制度効果との結合機能などを挙げ、排他性を認めることが政策的に合理的であることの論証を試みている⁽¹⁰⁸⁾。

本稿は、こうした政策的な論証がそれ自体として説得的かどうかを検討するものではない。そうではなくて、論理的な思考の順序として、排他性を根拠づけるにはこうした政策的合理性を前面に出すべきであり、せっかく取消訴訟が存在するのだからそれを使えというだけでは何の説明にもならない、と主張するものである。このように考えると、政策的な合理性がない場合には、取消訴訟に排他性を認める必要がなく、他の訴訟で先決問題としての主張を許すべきこともありうるという柔軟な解釈論や、その旨を法律に明記すべきであるという立法提案も可能となろう⁽¹⁰⁹⁾。

オ それでは、解釈または立法により、取消訴訟の排他性を廃止する、すなわち他の訴訟の先決問題として行政処分が違法であるがゆえに無効という主張立証を許すと、どのような帰結に至るだろうか。無効確認訴訟と取消訴訟の区別を維持するか否かで場合を分けて考えてみる。この場合分けは、排他性のみを廃止するか、排他性と出訴期間制限を両方とも廃止するかの違いに対応する⁽¹¹⁰⁾。

第一に、無効確認訴訟と取消訴訟の区別を維持しないことは、取消訴訟を排他性も出訴期間制限もない無効確認訴訟に統合した上で、無効の要件を従来の無効の瑕疵（重大明白な違法および例外的事情）ではなく、通常の違法の瑕疵とすることを意味する。処分の効力を否認したい者は、無効確認訴訟でも他の訴訟の先決問題としても、違法の瑕疵を主張立証することにより裁判所の無効判断を得ることができる。

第二に、無効確認訴訟と取消訴訟の区別を維持し、かつ、取消訴訟の排他性を廃止すると、両訴訟は出訴期間の有無のみで区別されることになる。この場合には、従来の無効の瑕疵と取り消しうべき瑕疵の区別も維持されることになる。すなわち、取り消しうべき瑕疵ある処分の効力を否認したい者は、取消訴訟の出

(108) 塩野・前掲注(56)162頁。

(109) 中川・前掲注(9)187-188頁は、この点に自覚的に、取消訴訟に排他性が認められる「実質的根拠」を検討し、排他性（先決問題審理権の制限）が「一般的には合理的な紛争処理方法であると考えられる」こと、しかしその例外が「必要に応じて柔軟に認められるべきである」こと、実際に最高裁判例も排他性を「金科玉条にはしていない」ことを指摘する。

(110) 太田・前掲注(10)244頁は、排他性と期間制限が区別され、従来の公定力概念に期間制限の要素が含まれないことを指摘する。

訴期間内に取消訴訟を提起して取消判決を得るか、他の訴訟の先決問題として取り消しうべき瑕疵を主張立証することにより裁判所の無効判断を得ることができる。先決問題としての主張も、取消訴訟の出訴期間内に制限されることになるだろう。なお、この場合の取消判決は、形成判決ではなく、実質的には無効確認判決の意味をもつようになると解される。取消判決の第三者効（行政事件訴訟法32条）や拘束力（33条）を考えると、先決問題としての主張よりも紛争の抜本的解決に資する場合が考えられ、取消訴訟制度を独立に維持する理由があるだろう。出訴期間経過後は、従来と同様に取り消しうべき瑕疵を主張することは取消訴訟でも先決問題としてもできなくなり、無効の瑕疵のみを無効確認訴訟または他の訴訟の先決問題として主張することができる。

いずれにしても、有効命題に出訴期間制限は含まれないので、排他性が廃止される限り、行政処分は取り消されるまでは有効とはいえなくなり、公定力制度は廃棄されることになる⁽¹¹¹⁾。

カ 前記(1)で述べたのは、有効命題から排他性を導くことはできるが、排他性だけでは有効命題を導くことはできないということだった。ここで述べているのは、排他性を廃止すれば有効命題も否定されるということである。排他性は無効命題の構成要素なので、これもまた論理的な帰結である。つまり、排他性説は、〈排他性から公定力が導かれる（排他性と公定力は同義である）〉と主張する点では誤っているが、〈排他性なければ公定力なし〉と主張する限度では正当である。この両者を混同しがちなところに排他性説の陥穽があると思われる。

V 結 論

本稿の結論を端的に述べると、以下のとおりである。行政処分は違法なら本来は無効であるという、一見したところ法治主義に適合的でリベラルに見える前提こそが、議論をいたずらに複雑にしている根源である。この前提さえ放棄すれば、公定力という前時代的で問題含みの概念から手を切り、実体法に基づく法効果発

(111) 念のためにいえば、ここでいう公定力制度の廃棄と、本稿が主張する公定力概念無用説は、まったく異なる。公定力概念無用説は、日本の現行実定法が有効命題を採用しているという認識を前提に、有効命題を現行実定法と整合的に説明するために（手続法的に理解された）公定力という概念を用いる必要はないと主張するものである。本文で述べたのは、仮に立法または解釈により取消訴訟の排他性を廃止すれば、それは同時に有効命題およびその別名である公定力という制度を日本法が放棄したことを意味するという論理的帰結である。本稿は、有効命題や取消訴訟の排他性が政策的に合理的かどうか、将来的にこれを維持すべきかどうかについて意見を述べるものではない。

生構造をそのまま把握することができる。取消訴訟の排他性は、行政処分の法効果発生構造を直接に説明するものではないので、あくまでも実体法に基づく分析が必要である。

今日では、公定力の概念分析が行政法学において主題的になされることは稀である。にもかかわらず、公定力という概念（言葉）だけがくり返し用いられている結果、公定力あるいは有効命題が厳密に何を意味するかが明晰に認識されないまま、公定力概念が独り歩きして本来有効命題からは導けないような法的帰結までも公定力の名の下に正当化されてしまう危険がなお残されている⁽¹¹²⁾。その意味では、公定力概念は無用なばかりか有害ですらある⁽¹¹³⁾。

本稿の主張によれば、(手続法的) 公定力概念を放棄し、実体法的構成＝単一要件構成をとることにより、行政処分によりどのような法効果が生じるかを根拠法の仕組みから読み取り、そこからどのような法律関係が派生していくかを考えていけば、従来公定力の名の下で議論されてきた問題をカバーすることができる。規律力や構成要件の効力という概念を用いる必要もない。無用な概念はオッカムの剃刀で削り取ってしまおう。

* 本稿の草稿については、西上治准教授（神戸大学）、行岡睦彦准教授（神戸大学）にそれぞれの専門の見地から懇切丁寧なコメントをいただいた。記して謝意を表する。もちろん、本稿に残された誤りの責任はすべて筆者にのみ帰属する。

* 本研究は、JSPS 科研費（22H00782, 20H01422, 19H00568, 19H00570, 19K21677）の助成を受けたものである。

(112) 公定力概念の拡張的な誤用の例として、違法性の承継がある。違法性の承継は、先行処分の違法性を後行処分の取消事由とすることをいうから、先行処分の有効性にはかわりがなく、したがって先行処分の公定力の問題ではない（前掲注(28)に対応する本文参照）。にもかかわらず、違法性の承継を公定力（および不可争力）の問題とした上で、その要件を著しく限定する裁判例が存在する（東京地判平成29・1・31判タ1442号82頁，東京高判平成29・9・21労働判例1230号76頁）。さらに公定力概念の弊害については、阿部泰隆『行政法再入門（上）〔第2版〕』（信山社，2016年）80頁参照。

(113) 原田大樹「行政行為の効力」法学教室446号（2017年）72-81頁，79頁は、従来の公定力の概念は構成要件の効力（前記Ⅲ 1（3））に解消できるとした上で、「公定力の概念にはその理論的有用性がもはや認められず、かえってこれまでの議論に刻印されたイメージが誤解を招くおそれも大きいことから、公定力の概念の使用はやめるべきであろう」と述べる。結論は本稿と同方向と思われる。ただし、この文章に付された同頁注58が、公定力概念に否定的な学説を理由づけの違いに拘らず並列して引用していることには疑問がある。理由づけの違いによって公定力概念を廃棄した結果がまったく異なることもありうるので、公定力の概念がなぜ必要とされたか、なぜそれを不要と考えることができるかを突き詰めておくことは必要であろう。