



行政機関の私人に対する優越的地位 特に公定力理論の批判

阿部, 泰隆

(Citation)

神戸法學雑誌, 76(1):1-60

(Issue Date)

2026-06-29

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/0100504900>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100504900>



神戸法学雑誌第七十六巻第一号二〇二六年六月

行政機関の私人に対する優越的地位 特に公定力理論の批判

阿 部 泰 隆

【目次】

一	はじめに	2
1	筆者の視点：行政の優越性から官民平等の法制度へ	2
2	伝統的通説	3
3	行政処分に意味のある特殊性はあるのか	3
4	学界の現状	5
二	先行学説	7
1	優れた先行学説とその限界	7
2	旧来の立場に近い学説	12
3	コメント	23
三	最近の学説の不十分さ	23
1	研究の仕方	23
2	兼平裕子説	24
3	人見剛説	25
4	興津征雄説	26
四	筆者がなぜこれほどに公定力理論に反発するかー裁判所での誤用・悪用	27

1	園部逸夫の驚くべき実態証言	27
2	公定力を尊重する有力裁判官等	29
3	最高裁判例	34
4	公定力に惑わされた不合理な判例	38
五	興津征雄「阿部論文へのコメント——公定力概念無用論について」に対する意見	42
六	公定力の淵源であるドイツ法の今日の理解	53
1	人見剛説	53
2	山本隆司説	53
3	韓国・洪 康勲（ホン・ガンフン）「独自の行政行為効力論に基づく行政行為効力の新しい再構成 — 公定力、存続力、拘束力の概念間の歴史的・理論的比較分析 —」へのコメント	55

一 はじめに

1 筆者の視点：行政の優越性から官民平等の法制度へ

もともと行政機関と私人の行政法上の関係は、行政に優越的な特権が認められている権力関係とか支配関係と、対等の関係（管理関係、私法上の関係）があるとされてきた。この前者の優越的な法律関係と言われるものは、いわゆる公定力、執行力、執行不停止原則、出訴期間（不可争力）、取消訴訟の存在、取消訴訟の対象性（行政処分性）、民事訴訟での救済不可（排他性）等が、さまざまに関連している。筆者は、法治国家の下で、違法行政を可及的に防止し、また、違法行政が行われた場合に、私人の救済が迅速に行われて、実際に救済されることが不可欠であると思量する。もちろん、違法でない行政活動が適切に行われて、公益が実現されることも不可欠である。

そのためには、これら行政の優越性を具現する法制度を再検討して、官民平等の法制度を作ることが不可欠である。筆者の教科書『行政法再入門第3版』の扉にはこの趣旨の言葉が飾られている。

これらの行政の優越性の根源は行政行為（行政処分、以下、基本的には同義とする）、公定力であると思われる（後記、兼子仁説はこのことを示している）ので、まず、公定力理論から批判的に検討する。

2 伝統的通説

行政機関は私人に対して、優越的地位にあり、行政処分には、かねて、「違法であっても無効でない」、公定力と称する効力があるとされてきた。その理論の代表者である田中二郎（1957年）⁽¹⁾によれば、「行政庁は、その成立に明白且つ重大な瑕疵があり、絶対に無効と認められる場合のほかは、一般に拘束力を有し、相手方はもちろん、行政庁も、これを有効なものとして尊重しなければならない。……一旦、行政行為が行政庁の一般的権限に基づいてなされたときは、一応、行政行為の要件を具備した適法の行為であるという推定を受け、権限ある行政庁の職権による取消しがなされるか、一定の争訟手続によって争われた結果、行政庁又は裁判所による取消がなされるまでは、その行政行為は、相手方はもちろん、行政庁その他第三者をも拘束する力を有する」、「何人も無視しえない」というものである。そして、これは学説判例の一般に承認するところであるとされていた。⁽²⁾これがもともと通説とされてきた。

3 行政処分に意味のある特殊性はあるのか

(1) これは何の根拠も示されず、一方的に言い放たれたものである。その趣旨の理論的解明は田中著ではなされていない。

(2) そして、優越的行為行為とは、一般に命令、強制が念頭におかれている。営業免許や運転免許の取消し・停止、各種禁止命令、即時強制などである。こ

(1) 田中二郎『行政法総論』275～276頁、321～322頁。さらに、『新版行政法上全訂第2版』105頁、133頁。

田中二郎の後継者である雄川一郎も、田中二郎の公定力の説明が通説とし、手続的公定力説にも触れている。『行政の法理』161～164頁。

(2) 田中二郎『行政行為論』159頁。

れは、行政機関の判断で、被処分者の意思に反して行いうるもので、その意味では優越性がある。しかし、それは、行政機関のこれら、命令、強制が、法令に適合していれば、被処分者はこれに従わなければならないということを意味するだけである。行政行為なり処分の特异性は、これだけのことで、それ以上のものではない。

筆者は、「素直に、行政は、法律に基づいて、合意によらず、その判断で、一方的に私人などの権利を制限し義務を課す権限を付与されていると説明すればよい。これが行政行為であるが、ただ、それだけのことである。なんとか力という説明をする方がかえって混乱する⁽³⁾」と主張してきた。そこで、公定力に惑わされずに、現行制度の妥当性に疑問を持ち、新たな法制度を設計するべきである。

(3) また、上記のような不利益処分の他に、給付金、補助金等の交付（法令に基づくもののほか、補助金適正化法で処分とされている）、生活保護決定、労災保護費支給決定など、受益的行為も行政処分であるとされている。それにどんな効力がつくのか。生活保護決定が適法であれば、保護申請者に受給権が発生する。支給決定が違法でも、行われれば被処分者は支給を受ける。保護実施機関がその違法に気が付いて支給決定を取り消すと、職権取消しの限界の関係で、どれだけの返還を求めることができるのかという問題が生ずる。保護決定がなされなければ、保護決定せよという義務付け訴訟を提起することになる。

この過程で、行政の機関の行う受益的行政処分なりその拒否に、私法上の行為と異なるどんな効果があるのか。私法上の負担付贈与と考えても、贈与された以上、簡単には取り消して、支給額を取り返すことはできない。

(4) 地方公共団体の要綱に基づく支給は、最近では行政処分でない⁽⁴⁾とされて、この拒否については、取消訴訟は提起できないが、当事者訴訟が適法とされた例⁽⁵⁾はある。処分の場合に出訴期間がつくが、これには出訴期間はつかない。

(3) 阿部『行政法解釈学Ⅰ』77頁。

(4) 『行政法解釈学Ⅱ』130頁以下、『行政法再入門下第3版』101頁。

(5) 『行政法再入門下第3版』102頁。

しかし、給付が、条例に基づくのか、要綱に基づくのかで、そうした違いをおく理由があるのか。

(5) そもそも、訴訟類型に意味があるのか、中川は、抗告訴訟の訴訟類型はすべて当事者訴訟に置き換え可能である、両訴訟は同質であると述べている⁽⁶⁾。そうすると、抗告訴訟だけではなく、行政行為の特殊性も消滅するはずである。

4 学界の現状

公権力の優越性（官優位）を主張するこの田中二郎の公定力理論は、戦後、民主国家の現憲法にそぐわないと、学説上克服する方向での検討が行われたが、結論は、単に排他的管轄・手続的公定力などと説明し直し、公定力の射程を限定して、範囲外という不十分な議論が多く、取消訴訟と当事者訴訟なり民事訴訟の二分性と取消訴訟の対象たる処分性は維持されて、処分でないとなれば、救済を阻害し、関連して、出訴期間、執行不停止原則等も、権利救済を妨げている。しかし、学界ではこの点の認識は不足しており、むしろ、今日でも大家の書物だけではなく、若手の書物にも古い理論が残っている。

筆者は、こうした公定力理論をはじめとする行政の優越性に由来する理論、制度には何ら根拠がなく、むしろ悪用されているので、廃止すべきであるが、さらに、その先に進んで、行政の優越性から対等関係へ移行せよというもので、『行政法解釈学Ⅰ』71～79頁、『行政法解釈学Ⅱ』60～62、221～231頁（立証責任）、285～289頁、『行政法再入門上第3版』77頁以下、90頁以下でこれを論じた。しかし、悲しいかな、私見は、最近の学説でも福井説を除き、無視され⁽⁷⁾、未来への展望が示されていない。それどころか、台湾でも韓国でも公定力類似の観念が残っている⁽⁸⁾。そこで、ここでは、私見を整理し直して、繰り返し、新

(6) 中川文久「行政実体法のしくみと訴訟方法」、『行政訴訟の基本構造（一・二・完）』。

(7) 阿部傘寿は、このばやきを整理したものである

(8) なお、台湾の伝統的な学説では、行政処分の効力について、「公定力」、「確定力」、「拘束力」、「執行力」で説明されていたが、最近では、「公定力」は批判され、すでに死語となっている。「確定力」は「存続力」（Bestandskraft）に取っ

しい法制度設計の道筋を示そうとするものである。学界の諸氏はさらに学問を深掘されるとともに、公定力概念を廃棄するだけではなく、つまらない理論を繰り返し論じたり、現行制度を説明するのではなく、未来に向けて、あるべき合理的な理論構築と制度設計を試みられることを希望する。

もっとも、中川丈久、福井秀夫⁽⁹⁾の見解は、私見とかなりの点で共通である。福井は公定力理論を徹底的に批判する。しかし、それは例外的な説であると思量するので、とりあえず、かねての持論を繰り返して、これまでの学説の成果と不十分さを指摘して(二、三)、さらに、裁判官が公定力の呪縛にとらわれていることを明らかにする(四)。最近の興津征雄論文が公定力概念を無用と主張しても実質は同じような理論を提示するので、その意見の交換を示す(五)。最後に、公定力理論の淵源であるとされるドイツ法の今日の理解を紹介して、公定力理論は無用であることを説明する(六)

本稿は、紙幅の都合上ここまでにする。そのあと、「行政の優越性・公定力と

て代わられている。行政手続法 111 条では、無効の事由（重大明白瑕疵説を反映した）を明記しつつ、110 条 3 項では「取消し、廃止、その他の事由により失効することのない行政処分は、その効力は存続する」とされており、この存続力を明文化したものである。拘束力について、名宛人以外の第三者に拘束力があるかどうかは、構成要件効力（*Tatbestandswirkung*）として論じられている。執行力について、伝統的な理解とほぼ変わらない（立命館大学蔡秀卿教授による）。ここでは違法と無効の区別が残っている。

韓国では、行政基本法（2021 年施行）15 条において、「処分は、権限がある機関が取り消し、或いは撤回するか又は期間の経過等で消滅するまでは、有効なものとして適用される。ただし、無効の処分は、最初からその効力を有しない。」と定めている。この趣旨は、これまでの学説と判例によって認められていた処分の公定力と無効な処分の効力を明文化し、その法的根拠を示そうとするもの（韓国・法制処・田中孝男訳（公人の友社、2022 年）71 頁、崔祐溶「韓国『行政基本法』の意義と主要内容」自治研究 98 巻 5 号 43 頁、2022 年）ということである。筆者からいえば諸悪の根源である公定力を明文化して固定するのは何ごとぞと思う。

これはドイツの概念であるが、その批判は、六 2、3。

(9) 福井秀夫「公定力概念の検証下」。

いう理論のない世界での官民対等の法制度設計」(以下、仮題、別稿と称する)において、公定力理論の誤謬を整理する。ここで、中川説をも取り入れる。その上で、公定力なき法制度の設計を提案する。

二 先行学説

1 優れた先行学説とその限界

田中説に対し、司法国家一元制で、概括主義をとる現行の法治国家では、「違法法だが無効ではない」という効力は、最初から存在しないとの批判がたくさん行われた。筆者はそれからたくさん学んだ。しかし、それほど徹底していない曖昧な説も少なくない。最近の論文、まして教科書では、その先人の成果を吸収していない(まして、私見は無視されている)ものが多いので、先行学説の功績とその限界を述べる。

(1) 白石健三説

裁判官白石健三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」419頁以下は早い時期(1956年)に大要次のように説く。

行政事件訴訟特例法(当時)は抗告訴訟の対象となるべき公法上の法律関係の特質としてどのようなものを予定しているかを究明することこそ、抗告訴訟の存在理由と本質を究明するゆえんである。逆に言えば、抗告訴訟の存在理由と本質を合理的に説明できるような法律関係の特質が、この種の訴訟の対象となるべき公法上の法律関係の特質として、わが国法の予定するものである。白石は、この見地から、この合理的関係を理解しようと試みる。

公法関係とは、一方的に法律関係を形成することが認められている法律関係であるが、それは私法の分野でも見受けられる(親権者の懲戒権、契約解除)。実体法上は、その行為の法的性質上の区別は存在しない。

公法と私法の法律関係の区別は、具体的形成行為が形成の要件を具備せず、従って、その効力が否定されるべき場合であっても、そのことが特別の争訟手続き(結局は抗告訴訟)で確定されるまでは、行為の相手方は、法的に一応そ

の効力に服さなければならない。私法上の契約関係では、具体的場合に解除の要件が存在するかどうかについて当事者間に争いがある場合には、いずれの当事者の判断にも妥当力（通用力）が与えられていない結果として、この要件の存在が裁判所の判断によって確定されるまでは、相手方当事者は、その効果を承認する必要はない。これに対して、農地買収処分の場合には、買収の要件の存否について当事者間に争いがある場合でも、その存在を肯定する処分庁の側の判断に妥当力が与えられている結果、処分の相手方は、処分の発動を一応法的には拒みえず、処分が発動されたのちにおいては、その効果を一応承認せざるを得ない点が異なる。もちろん、この妥当力は、最終的のものではなく、後に右処分に対する抗告訴訟において、買収要件の不存在が確定されれば、これと同時に失われるものであるが、それまでの間は、形成行為の効力を争うことが許されない法的力として働くわけであるという。

この理論は、行政処分の本質ではなく、抗告訴訟が存在することを前提として、行政処分には、最終的なものではなく一応の妥当力が認められるとする。それは抗告訴訟制度の反映であると説明するので、今日の通説の先駆者である。しかも、行政処分は、親権者の懲戒権、契約解除と性質上同じとする点も先駆的である。

しかし、排他性から一応の妥当力を導くことが不適當とは論じておらず、処分概念には言及していないこと、抗告訴訟の存在意義に疑問を呈していない限界がある（次の論者も同じ）。

（2）渡辺洋三説

民法・法社会学を本職とする渡辺洋三は行政法学にも高い見識を有し、早い時期に（『現代国家と行政権』特に10～20頁、72～82頁所収、初出、1958年）、現憲法の法治国家・民主国家における行政法理論を提唱する。

その要点を述べる。明治憲法時代は、司法審査制が確立しておらず、国家権力が優越的立場にあったので公定力概念が形成されたことを指摘し、現行憲法では法を創造するのは裁判所のみであり、裁判所が法として決定するところのもの以外は、有効に通用する法は現行憲法下ではどこにも存在しない、その結果、

行政庁と国民とは完全に対等な法律関係の当事者として対立しあっていて、行政庁の解釈のほう国民のそれよりも正しいとする理論的根拠も事実上の保障もなにも一つもない、公定力は法治主義に反する。イデオロギー上の欺瞞である。公定力とされているものは、それが裁判所によって肯定されない限り、実は実在の法ではなく、仮象の法である、裁判所が介入する前は、行政庁の主張する仮象の法に実在であるかのような実効性をおくというもので、実体法上仮象に過ぎないものに手続き上実効性を与える・・・法政策的効果が、公定力と呼ばれるものである、という。

本当に立派な説である。実は、筆者が使っている仮象的效果という言葉の元がどこからきているか、すっかり忘れていたが、実は渡辺の鋭い見識のパクリであることに今気が付いた。

なお、渡辺は、行政の優越性について、徹底的な批判を行っている。そして、訴えの利益、自由裁量、執行力についても今日参照すべき見解を開示している。筆者は、これをきちんと学ぶべきだったと反省している。

(3) 高柳信一説

高柳信一⁽¹⁰⁾『行政法理論の再構成』107頁以下、120頁（初出、1969年）、128頁（初出、1969年）、472頁（初出、1973年）、483頁以下（初出、1973年）は、行政行為論をきちんと分析している。国家行為に優越的効力が付着するという発想を克服すべき、行政行為は違法であっても、実体的効力を有すると考える必要も根拠もない、公定力は、「行政行為の法適合性の攻撃について特定の訴訟形態を排他的に法定したことの反射的效果と考えるべき」、行政行為に自力執行力が認められている場合には、優越的効力があるかに見えるが、それは実体的効力ではなく、行政権の自力執行権に基礎をおく行政上の強制執行制度の反射的效果に過ぎない、と述べている。公定力は制度の反映なのである。その論拠

(10) 高柳信一『行政法理論の再構成』に対して、藤田宙靖「裁判規範と行為規範—高柳教授の行政法学の論理構造に関する疑問」『行政法学の思考様式 [増補版]』19頁以下があるが、これに対して、上記の高柳著519頁以下の反論がある。これについては、室井力『現代行政法の原理』26頁以下の「若干の感想」がある。

は丁寧である。⁽¹¹⁾

(4) 宮崎良夫説

高柳の後継者宮崎良夫『行政争訟と行政法学』197頁以下（結論は321頁）は、日本の学説判例を戦前から戦後まで、またドイツの学説を丁寧に分析した立派な業績である。この宮崎著は、結論として公定力理論から導き出された結論は、国民の権利利益の保護の強化の観点からは消極的に評価せざるを得ないものであった、公定力論で残されるものは、取消訴訟の方法によらなければならないということだけであり、それ以外はもはや公定力の概念を用いない方が、問題の解決に有用であると述べている。

(5) 遠藤博也説

遠藤博也⁽¹²⁾『行政行為の無効と取消』213頁以下は本格的な博士論文である。詳細な検討を踏まえている。公定力理論は多義的である。民事法と行政法では、適法性の意義も要件内容も異なるので、比較するのはナンセンスである。事後に取り消されれば、効力は遡及的に失われるので、それまでの間、公定力によって説明するのは本末転倒である。違法の行為について私人の服従義務を論ずるのもその範囲は曖昧である。結論は手続的公定力説である。公定力は、主とし

(11) 筆者は、東大助手を終えた1967年に、高柳先生（及び渡辺洋三先生）の研究姿勢を尊敬していたところから、東大社研助手志願の道もありえたと考えた（『阿部傘寿』15頁）が、結局は神戸大学に就職した。高柳先生の公法学会の報告は1969年に公表されたが、それが1967年までに公表されていれば、当然社研を志願した気がする。後注15『フランス行政訴訟論』における公定力の分析も渡辺、高柳理論の影響を受けていたものと思われる。

その後、筆者は、ドイツ留学で、日本の通説とされる理論（第一次的判断権、司法権の限界、義務付け訴訟消極論）を批判する観点から研究した（『行政訴訟改革論』）し、訴訟類型によるキャッチボールを批判した（『行政救済の実効性』第1章）が、それからは、行政行為論などを論ずるよりも日本の社会の法律問題の解決こそが優先と考えて、行政法学ではないとか書きすぎだとの批判を受けながら、政策法学や行政の法システムの創造に集中し、行政の優越性批判・対等性の創造の視点は、『行政法解釈学Ⅰ、Ⅱ』に待たなければならなかった。

(12) さらに、遠藤博也『行政法スケッチ』100頁以下、『実定行政法』94頁、118頁。

て手続き分配原則の結果生ずる取消請求権その他の手続き上の制約であって、行政行為の効力とするのは適切ではない。排他的管轄説である。遠藤は早世した。誠に残念である。そんな不運がなければ、さらなる展開があったと思う。ただ、では新しい法制度をどう作るべきかには言及がない。

(6) 岡田雅夫説

岡田雅夫『行政法学と公権力の観念』88頁以下は、もともと⁽¹³⁾の田中説のほか、排他的管轄などの説を根本的に批判している。

瑕疵ある行政行為の法的効力は、実体法のレベルでは、無効あるのみである。取消訴訟は違法の瑕疵ある行政行為の無効を確認する手続であって、実体法上有効な行政行為を取り消す手続ではない。まったく正当である。筆者はこの影響を受けている。

(7) 安念潤司説

異才安念潤司⁽¹⁴⁾は憲法学者である建前であるが、行政法についても、次のように評している。異常に細分化されている法律学界では自分の分野の独自性、秘伝を作ってしまう。私法上の法律行為は違法であれば無効になるものが、行政行為は違法でも有効で、無効にならないというもので、ここで行政行為の神秘

(13) さらに、岡田雅夫は、『行政法学と公権力の観念』190頁以下で、兼子、原田説に批判的に応接し、高柳説に好意的に検討している。

(14) 安念潤司「行政訴訟は特殊なのか」『日弁連研修叢書 現代法律実務の諸問題 平成14年』（第一法規、平成15年）705頁。しかも、安念は、憲法学者であるにもかかわらず、憲法訴訟論に疑問を呈する。それは、「憲法訴訟論とは何だったか、これから何であり得るか」論究ジュリスト1号（2012年）132頁以下、「憲法訴訟論に対する至って控えめな疑問」戸松秀典他『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）345頁以下、「安保関連法をめぐる憲法言説を振り返る」『現代憲法学の理論と課題 野坂泰司先生古稀記念』（信山社、2023年）459頁以下ほか、いわゆる東大の助手論文で、「取消訴訟における原告適格の構造（1）～（4）」国家学会雑誌97巻11＝12号～99巻（1984～1986年）という行政法の原告適格を論じている論文でも、公定力の「秘蹟」、神学的概念を論じている（福井・自治研究100巻3号32頁が指摘）し、弁護士としても多方面の活躍をしている。普通の発想とは異次元の秀才である。

化が生じているという。あるいは、より「技術的」に、取消訴訟という特別の救済ルートが存在するところに、瑕疵ある行政行為も有効というドグマの反映があるという説明（手続的公定力説を指すのであろう。阿部注）もあるが、しかし、訴訟法から実体法がどうやって逆算できるのか、これまた不思議というしかない。この点、福井秀夫「公定力概念の検証」も紹介している。まったく、ごもっともである。公定力を宗教という私見の発想をより早くに公表していたことになる。行政法学者が、福井を除き、これを無視しているのも遺憾である。

（8）その他の先人の説

今村成和『現代行政と行政法の理論』243頁は、「国家行為の公権性の故に、行政権の行使一般に公定力を認めるという考え方は、とくに現行憲法の下においては、支持するを得ない」、「行政権は、…法を適用することによってその権限を行使することはできるが、そのことの中に、自己の行為の法適合性をみずから認定する権限が当然に含まれているということとはできない」として、美濃部・田中説を克服している。ただ、結局は、手続的公定力説を採用している（246頁）。杉村敏正『行政法講義（中）』（1963年）37頁以下、室井力『現代行政法の展開』（初出1977年）46頁も手続的公定力説である。

室井「行政不服審査と抗告訴訟－行政救済法制の課題」（初出1979年）136頁は、抗告訴訟の対象とすると、民事訴訟では争えず、執行不停止原則、事情判決の適用があり、仮処分が禁止されることから形式的行政行為論による処分性の拡張に疑問を示している。この点は筆者は別稿で述べるが、抗告訴訟と、処分性概念を廃止すべきだと思っている。

2 旧来の立場に近い学説

（1）兼子仁説

公定力に関する初期の重要な業績は兼子仁『行政行為の公定力の理論』（1961年）⁽¹⁵⁾である。最近の論考でもそれを敷衍させている。

(15) (1) さらに、兼子仁『行政法総論』194頁以下、特に同『行政法学』150頁以下。

同『行政行為の公定力の理論』第3版「補論 公定力本質論の法思想論及び制度論に対する関係」349頁以下（1970年）では、標記のような難解な説明がなされている。筆者は、本文で述べたように簡略にできると思う。

(2) なお、筆者は、いわゆる助手論文『フランス行政訴訟論』において、フランスにおける越権訴訟（フランスの取消訴訟）の発展と自由裁量審査を中心に分析したが、その副産物として、同著66頁以下で、越権訴訟と公定力の関係について検討した。詳細は、この書物を参照してほしいが、ポイントを述べる。越権訴訟には排他性類似的観念が生じているが、それは、司法裁判所における一方的行政行為の審査権の原則否定と、狭い通常の行政訴訟の救済のなかで越権訴訟が救済範囲を広げたという特殊の歴史的沿革によるものであって、行政行為に公定力があるという前提に立って作られた制度ではない。

そして、越権訴訟と既存の訴訟は競合し、必ずしも排他性はない。通常の行政訴訟でも、個別の一方的行為の適法性が審査されることがある。たとえば、年金については、越権訴訟で行為の取消しを求めることができるが、通常の行政訴訟で直接支払いを求めることができる。

フランスで、日本の公定力類似的観念は予先の特権と呼ばれるものであるが、日本的な発想よりは狭そうである。今思うに、この理論も制度の説明であって、この理論を前提に制度を作ったものではないようである。

筆者の公定力観も、このような歴史、制度分析に由来するところが少なくない。制度から理論を作る、まして、いわゆる本質論を論ずるのではなく、制度を歴史的に分析するだけである。

なお、筆者は、この論文は日本法に貢献しないので、失敗作と称してきたが、今、当時の先輩の論文を眺めると、遠藤博也のものが優れた視点を提示しているが、他の先輩の論文は、むしろ古いままで、日本法に貢献していないので、筆者のものも捨てたものではなかったと感じている。

そして、筆者は、『フランス行政訴訟論』74～75頁において兼子のいう予先の特権について検討した。兼子は、予先の特権は、係争法律関係ないし権利を極めて低い程度に実在化せしめる公定力本質論を示すとしたが、筆者は、根拠とされるオーリュウ説の誤読であると批判し、フランスの公定力本質は強い方とも見えるが、そんな議論をすることにも懐疑的である。兼子からは上記第3版360頁による反批判がある。法理論的効力としての公定力の本質論においては、制度的効果の側面よりも、行政行為が裁判判決と同質的な適法性の有権的認定を包含しているか否かが重視され、その点で類型的区分がなされてよいということである。筆者は、このようないわゆる本質論に賛成できないのである。

(3) 兼子『私の法解釈学の成立ちと焦点』（編集工房悠々、2017年）は次のように述べる。公定力は、戦前以来の「適法性の推定」ではなく、“適法違法未決の予先効力”であることは今日有力説に採択されている（6頁）、フランスでは、19世紀末の行政裁判権の確立、「行政の裁判的統制」原理によって、行政決定は取消訴訟で取り消されるまで未決先行的効力を有するという「予先の特権論」がモーリス・オーリューを中心に形成され、これはまさしく紛争解決「手続法」の公権力行政法論である（41頁）。

この議論は、執行不停止原則による処分取消判決確定までの事実上の効力を法的効力として正当化するもので、この制度の不合理を指摘して、法改正するという視点を欠くものである。また、最近の学問を無視している。

(4) さらに、兼子『地域自治法学論集』（編集工房悠々、2018年）123～124頁は次のように述べる。

行政法が“公権力手続法”であることを示すコアが、行政処分の不可争力と公定力の一般原理であるゆえんを論じよう。

不可争力を生じた行政処分も、・・・取消訴訟以外の行政訴訟や民事訴訟において処分の違法瑕疵を理由に「効力」を争うことはできない建前である。

・・・この場合に、取消訴訟期間の遵守を強いない救済本位の立法政策といったことは、申請拒否処分の不可争力が一般法制原則である以上、基本原理的に成り立ちえない。・・・そこに立ちはだかる一般行政法原理が、行政処分の不可争力と「公定力」との不可分一体性なのだ。

すなわち、行政庁による「公権力の行使」である行政「処分」には、その違法を理由に「効力」を否認する訴訟手続は「取消しの訴え」に限られるという“取消訴訟の排他的管轄”に示される争訟制限効が、「公定力」の原理として一般法制的に予定されており、実は「不可争力」はその実定制度的表われにほかならないのである。

したがって、行政処分の「公定力」という一般行政法原理を否認・変更するのでない限り、「不可争力」の争訟制限効を立法政策的に制度技術面で緩和するといったことはできない。これこそが、公法体系を支える行政法原理に則った条理解釈論の筋なのである。

これは、出訴期間の制限が、公法体系を支える行政法原理で、行政法が“公権力手続法”である根拠ということであろう。しかし、出訴期間は、そもそも原理でも何でもなく、二面関係では、いつまでも訴えられたら、行政事務が面倒だという行政側の便宜に過ぎない（『未完の行政訴訟改革』第1部第5章、『行政法再入門第3版』上95頁、下144頁）。二面関係では出訴期間を廃止して、時

これ（特にその317頁以下）は公定力本質論⁽¹⁶⁾という難しい議論をしている。ただ、その要点は、実体法的には違法な処分は拘束力を持たないはずであるが、手続法的には、原則として、取消訴訟で取り消されるまで解除条件付きで公定力を持ち、その意味で「取り消しうべき処分」であって、有効であって無効ではない、行政処分の公定力とは、取消争訟以外の争訟手続においては裁判所でも当該処分の効果を原則として否定できず、承認しなければならないという手続法的効果（争訟制度上の通用性）であると解されると述べて、排他的管轄と同じ説明をしている。

ここで、兼子は、公定力の法律規定の表れとして、執行不停止原則、仮処分禁止を挙げ、ここに、法技術的ではない行政権・行政処分の公権力性の原理が示されていると述べる。しかし、執行不停止原則、仮処分禁止も法技術であり、変更可能であって、現行制度の反映に過ぎないものを公権力の原理などと一般法理に昇華させているので、克服すべき公定力を対象とした唯一のモノグラフィーにもかかわらず、旧態依然としており、公権力、公定力の悪用が正当化されてしまうと筆者は感ずる。

効一本にしても困ることはない。多数の者に関わる法律関係では、後に権利関係が覆滅するのは法的安定性を欠くので、出訴期間が必要である。このように出訴期間は、変更可能な法技術的なもので、公法の原理でも何でもなく、行政法が公権力手続法であることの根拠ともならない。もし、出訴期間が公権力であるとすれば、更正の請求の期間制限を5年としたこと、債権の消滅時効期間を5年としていることも、公権力になるのだろうか。

(5) なお、P.ウェール、D.グイヨー著、兼子仁＝滝沢正『フランス行政法 判例行政法のモデル』（三省堂、2007年）47～48頁は、執行的決定について予先の特権と職権執行の特権を有するとし、訴訟は停止的効力を有せず、刑事制裁がなく、民事訴権もなく、緊急な場合執行されると説明する。まさに行政の優越性を表したような法制度であるが、そこから、公定力のような効力があるとの説明はなされていない。

- (16) 青海純一先生（東大法哲学教授）の講義では、「本質」という曖昧な言葉を使うなど教えられた。公定力本質論も、何を言いたいのか、筆者には不明である。法律の留保論において、ドイツの *Wesentlichkeitstheorie* を本質性留保説と訳する（大橋洋一に始まる）者が多いが、筆者は重要事項留保説と訳している。

(2) 原田尚彦説

原田尚彦『行政法要論全訂第7版補訂2版』138～143頁も、公定力理論⁽¹⁷⁾を認める。その例として、民間の職員の解雇と公務員の免職に関する訴訟の違いを指摘するが、それは排他的管轄の説明である。しかし、排他的管轄というのは訴訟のルールに過ぎず、実体法上の違いではないので、その程度の違いを大げさにしすぎていると思う。

実質的根拠は、かつては国家の権威に求められたが、今日は、行政行為を違法なら無効として、何人も自己の判断でその効力を拒否し、これを無視できるとすると、社会的危険の除去などの公益が害され、行政行為への信頼が失われて、混乱を招くという。公定力とは、行政の迅速性と法的安定を維持するために実定法により行政行為に認められた、仮の効力をいう。行政行為に適法性の推定が働くことを意味するものではない。

何人も無視できるとすると公益が害されるという説明は私見では誤りである(別稿)が、仮の効力とする説明は重要な指摘である。

(3) 藤田宙靖説

藤田宙靖『行政法総論上』234～244頁も、公定力とは取消訴訟の排他的管轄⁽¹⁸⁾

(17) さらに、原田「行政行為の権力性について」『訴えの利益』(弘文堂、1973年、初出、1969年) 89頁以下は、その公定力を詳しく論ずる。本文で述べた仮の効力という表現は、みかけ上の有効性とされる(106頁)。なお、原田は、『訴えの利益』、『環境権と裁判』(弘文堂、2008年)などで、学界を先導した大きな業績があり、尊敬するところである。公定力の説明だけ、旧態依然としているのは筆者には想定外であった。

(18) なお、藤田には、助手論文である『公権力の行使と私的権利主張』(有斐閣、1978年)なる大著があるが、その成果がどう生かされたのか、筆者には不明である。この書物は、行政権は司法権と同様法を宣言し得るのか、個々の私人と同等なのかという行政行為本質論を問題意識とし、この本質を同じとするドイツのペール「法治国」から出発し、ドイツの学説を中心に研究する。そして理論的混乱を整理したという。それはドイツ公権力理論史のようである(237頁)。最後は(268頁)国家と社会という問題を扱い、公定力には触れていない。この書籍は難解であり、筆者ごときが論評する筋ではないが、実定法の制度の在

と同じ説明をし、自力執行力、不可争力はその部分的効果をなすとの見解があるが、取消訴訟の排他的管轄のみを公定力の概念の内容とするものが多くなっている指摘する。

そして、医療法に基づく減床勧告の処分性を認めた最判平成17年10月25日（判時1920号32頁）における補足意見では、最判昭和39年10月29日（民集18巻8号1809頁）等の公定力理論を従来公式として説明するが、これが処分性の判定にふさわしくないことを認めている。

『従来の公式』を、機械的に当てはめるとすれば、医療法の勧告に『行政庁の処分』としての性質を認めることはできない。

講学上の行政行為のみが取消訴訟の対象となるとされるのは、取消訴訟とはすなわち、行政行為の公定力の排除を目的とする訴訟である、との考え方がなされているからである。そしてその前提としては、比較的単純な行政活動のモデルが想定されている。しかし、今日、行政主体と国民との相互関係は、このような単純なものに止まっているわけではなく、一方で、行政指導その他、行政行為としての性質を持たない数多くの行為が、普遍的かつ恒常的に重要な機能を果たしていると共に、重要であるのは、これらの行為が相互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっている、ということである。したがって、『従来の公式』を本件において採用するのは、適当でない。」

こうして、私見によれば、従来の公式、公定力理論、行政行為論、処分性論は破綻したのである。

しかし、藤田は、処分としたときは勧告でも取消訴訟の排他的管轄に伴う遮断効（公定力と呼ぶかどうかはともかく）を有するとして、取消訴訟でしか争えず、出訴期間が適用されるなどと、従来の公式を当てはめている。

り方、まして、日本法を検討する上では参考にならないという感じがする。さらに、筆者は、兼子と同じく、本質論という問題設定が適切ではないと思う。

そして、同『行政法入門』117頁以下では、特定の機関が特定の手續によって取り消す場合を除き、一切の者は、一度なされた行政行為に拘束されるという効力を公定力として、その例として、取消訴訟の排他的管轄と称されているものを挙げるので、排他性が公定力だということになる。しかし、それに続いて、「違法な行政行為は取り消されるまでは原則として有効である」というので、排他性から導けない効果があることにしている。しかも、「公定力」はいわば「法律による行政の原理」の「例外」の一つとなるという。それなら、この理論は、法治国家違反であるから、廃棄すべきであるが、なぜ、そこへ踏み込まないのか。

(4) 小早川光郎説

(ア) 小早川光郎『行政法(上)』268～272頁も、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つ。これが手続法的公定力のとらえ方という。そして、取消訴訟、出訴期間、不服審査前置などの現行法の仕組みを全体としてみると、公定力は現行法の仕組みの中に組み込まれているという。これも公定力を悪用した制度であるが、小早川にはその認識はない。

(イ) これに対し、小早川「先決問題と行政行為」は、公定力概念を前提とするが、有用な研究である。これは、「公定力の範囲」論を軸として、先決問題の場面における行政行為の公定力の概念について、法律効果の通用力以上のものではないとするとともに、遮断効果を公定力とは別個のものとして検討する。小早川の挙げる例とその主張について簡単にコメントする。

まず、公定力の範囲を検討する。総理府恩給局長が恩給法第12条に基づき遺族

(19) 興津126頁は、その論文の出発点として、「現在の日本の行政法学において、行政処分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」と述べているが、筆者は、手続的公定力理論は誤りと信ずるので、それがなぜ論理的に最も整序されているのか、理解できない。この説を出発点にするのが躓きの石だと思う。

扶助料受給権について行った甲乙同順位とする裁定の効力について、真の受給権者でも裁定を受けない限り国家に対して自己が恩給を受ける権利を主張できないが、恩給受給権者の間の配分についてまで及ぶものではない。その理由は、争訟裁判手続というにふさわしい手続構造をとっていないことにある（東京地判昭和39年6月23日判時380号22頁、いわゆる白石コート）。その通りであり、公定力を論ずることは混乱させるだけである。⁽²⁰⁾

債権が発生したら発生主義のために課税処分がなされるが、貸し倒れのために回収できなくなった場合、不当利得返還請求を認めるか、公定力との関係はどうなるかという問題がある。今日では更正の請求で救済される（所得税法64、152条）が、それがなかった当時、最判昭和49年3月8日（民集28巻2号186頁）は、「いったん適法、有効に成立した課税処分が、後発的な貸倒れにより、遡って当然に違法、無効になるものではない」としつつ、当該課税処分が取消し変更されなくても、正義衡平の原則により、貸倒れに相当する部分の税額を不当利得として国は返還する義務を負うとした。

しかし、課税処分を有効としたまま、国の税收を法律上の原因を欠くとするこの理論はわかりにくい。不当利得とするなら、その前提として課税処分はその限りで後発的に無効になったものとする方がわかりやすい。後発的瑕疵については出訴期間の前提がないので、権利救済の実効性の観点から、取消訴訟と不当利得返還請求訴訟のいずれでも争えんとすべきであって、公定力とか排他的管轄などを論ずるから、混乱を生じているのである。⁽²¹⁾

銀行法22条により預金払戻しも含めて業務停止が命じられた場合に預金者が銀行に対し預金の払戻しを裁判上請求できるか。否定するとすれば、業務停止命令の取消判決を先に取得しなければならない。しかし、業務停止命令は銀行に対するもので、預金者に対するものではないので、預金者を拘束するものではない。公定力などと論じなければ、簡単な問題である。

(20) 『行政法解釈学Ⅰ』77頁。

(21) 『行政法解釈学Ⅱ』282頁。『租税法への提言・挑戦』123～124頁。

滞納者の所有に属しない財産についてなされた滞納処分は無効で、競落人は所有権を取得しない。これは確定した判例であるが、その理由として、これは無効だという説明があるが、小早川は、滞納処分は、第三者の所有権を失わせることを内容としない以上は、公定力をもって通用せしめるに由なしと説明する。もっともであるが、公定力の範囲外という説明まで必要とは思われない。

このように、公定力の範囲に関する小早川説はもっともであり、賛成するが、もともと、公定力といった概念があるので、その範囲外という面倒な説明を要する。公定力などを念頭におかなければ、行政機関の権限の範囲と権利救済の実効性の観点から解決できるであろう。

次に小早川の発明した用語である遮断効果に移る。これは、本案の請求・抗弁又はその先決問題について、行政庁がすでに行政行為などで認定判断している場合に、その取消しがなくても、当事者及び裁判所は、これと異なる主張及び判断をなしうるかという問題ということである。そして、小早川は、違法性の承継と不当利得の問題を扱う。

課税処分と滞納処分の関係では、課税処分の本来の効果を後の訴訟で通用せしめる公定力とは別の、課税要件の存否の主張に関する遮断効果が課税処分に結び付けられていることの結果として理解すべきであるとされる。ただ、肝心なのは、なぜ遮断効果が生ずるかで、小早川も記載しているように、課税要件の存否に関する争いの早期確定と滞納処分手続きの安定を考慮すべきなのである。

筆者は、違法性の承継は、通常人が先行処分の段階で訴訟を提起することが期待される（裁判を受ける権利が保障されている）かどうかによると考える。出訴期間の理解によって左右される。課税処分を受けたら、滞納処分を待たずに審査請求・訴訟提起することが通常人に期待されると考えるので、違法性の承継がないというべきであろう。⁽²²⁾ 遮断効果というのは結果であって、その理由は、上記のようだと考えると、公定力や遮断効を論ずる理由がない。

次に、課税要件の不存在を理由とする不当利得返還請求訴訟は、課税処分が

(22) 『行政法解釈学Ⅱ』177頁、『行政法再入門』138頁。

無効か、取り消されない限り成り立たないと解されている。それは公定力で説明されているが、しかし、それは適当ではなく、遮断効で説明すべきだというようである。そして、行政行為について、その実体法的効果の通用力のかに、遮断効果を与えるべき政策的根拠は、当該行為の実体法的効果が直接に否定されるのでない限り、行政行為の適法性が先決問題として全面的に審理されることになり、その結果、迂回的な法律構成を通じて行政目的の完全な実現が妨げられるに至る可能性があることにある。したがって、逆に、行政目的の実現を妨げる性質のものでない場合には、遮断効果はない。

筆者は、ここに異論がある。「迂回的な法律構成を通じて行政目的の完全な実現が妨げられるに至る可能性」は何なのか。あまりに抽象的で、これで実定法を正当化するのは無理ではなかろうか。例えば、先決問題審理権の不存在、排他性などは、現行法を前提とすると、基本的には認められるであろうが、違法性の承継の是非については、これでは答えを得ることは難しい。なによりも、小早川の説は、現行制度を（しかも、難しく）説明するもので、現行制度を破棄して、さらなる未来の制度を作るという志向が見えない。

(5) 太田匡彦説

(ア) 公定力を護持する見解

太田の公法学会報告「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、2005 年）301 頁は、筆者には超難解であるので、正しく紹介できないが、「違法な行政行為も取り消されるまでは有効と扱われる」という現象に何らかの法学的構成を与えるべきであり、公定力という概念は法学的構成を示すものとして維持されるべきである、それは取消権限の集中とその発動手続の排他的設定という。その反射として、規律＝拘束的言明を行う行政行為が得る、その存続に関する高められた安定性と理解できるという。これは現行制度を説明しようとするものであろう。そして、公定力という構成を法学的に有しておくことはよいことだ（279～280 頁）というので、筆者とは真逆である。公法学会における筆者の異論と太田の反論は、公法研究 67 号の 281～282 頁に記載されている。

(イ) あんしん財団最判への悪影響

さらに、大田はいわゆるあんしん財団事件（最判令和6年7月4日民集78巻3号662頁、判タ1526号62頁、判時2615合併号111頁）において大きな影響力を行使した。この事件では、被用者に対し労災認定がなされたならば、特定事業者の労災保険料が値上げされるので、誤った労災認定に基づく保険料値上げを阻止できる訴訟は何かが問題となった。高裁では、特定事業者は労災認定の取消訴訟を提起できるとした（筆者の意見書が採用された⁽²³⁾）が、厚労省は、それでは、被用者の受け取った給付金を遡って全部返還させることになる」と誤解して、この判決を最高裁で逆転させるべく、急遽研究会を組織した。そして、労災認定に基づいて、保険料が増額算定されたときに、労災認定の違法を理由に労災保険料認定（賦課）処分⁽²⁴⁾の違法を理由とする訴訟が適法である、労災認定の取消訴訟は提起できないとの報告書を作成した（「労働保険徴収法12条第3項の適用事業主の不服の取扱いに関する検討会報告書」（令和4年＝2022年12月13日、https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_29742.html、労働法律旬報2023年4月25日53頁）。ここでは、公定力についてさかんに論じられている。

しかし、特定事業主は、労災保険の取消しには利益を有せず、単に保険料への反映を阻止したいので、労災保険支給の違法確認判決を認めれば済むことである。そうすれば、支給された労災保険金の返還は判決の効力からは要求されず、そして信頼保護の原理により、返還の必要はない。他方労災保険料認定の取消訴訟では、歳入徴収官を被告とするが、これでは、労災認定の違法を審理することはできない。したがって、特定事業主の救済手段にはならない。厚労省報告書は、このような欠陥理論を講じて、最高裁判決に完全に影響を与えたのである。公定力の悪影響を痛感させる。⁽²⁴⁾

(23) 詳しくは、阿部「特定事業主は、労災認定により保険料が値上げされることを防止するために、労災認定を争う原告適格を有するか。」（2021年2月10日あんしん財団宛て意見書。神戸法学雑誌75巻3・4号（2026年）。

(24) 阿部「労災認定・労災保険料の認定を巡る雇用者の訴訟－最判令和6年7月4日への重大な疑問」に詳しいので、参照されたい。

3 コメント

筆者は、前記二1の先学から学んだ。先学は、公定力論を批判し、取消訴訟の排他性とか手続的公定力説は、制度の反映で、効力ではないことを指摘した功績がある。さらに、それは、法治国家に反する理論であることを徹底して批判すべきであるが、論者によってニュアンスは異なるもの⁽²⁵⁾の、徹底している感じはしない。抗告訴訟も行政処分も、出訴期間も温存されている。むしろ、二2の古い説が有力者によって説かれ、さらには、藤田説は、「法律による行政の原理」の「例外」の一つとなるというので、時計の針が一世紀近く逆行した感じがある。

そして、公定力なき後の法制度をどのように構築するかについての検討はほとんど見られない。

三 最近の学説の不十分さ

1 研究の仕方

学者の論文執筆のスタイルとして、これまでの学問の成果を摂取した上で、積み重ねるべきである。しかし、多くの論文では、失礼ながら、先行業績の注に引用された論文をもう一度自分流に整理しなおして、濃部達吉、田中二郎から始まって、同じようなことを主張し、どんな進歩があるのか、明白ではない論文が多い。結局は、公定力とは排他的管轄とか手続的公定力とするのが通説⁽²⁶⁾のようである。これでは、まるで、廃棄物処分場を掘り返しているようなもの

(25) 村上順「行政法一般理論と行政行為の権力性」兼子仁＝磯部力『手続的行政法学の理論』（勁草書房、1995年）33頁以下は、渡辺、高柳、兼子、原田、塩野などの見解について、その主張を丁寧に紹介している。

(26) 排他的管轄説なり手続的公定力説は無数なので引用を省略する。しかし、なぜみんな同じような説に従うのであろうか。通説というのは、よく考えない結果、多数の学者が付和雷同した結果ではないのか。しかし、学問をするうえで大事な資質は、「疑うこと」「何事にも？（疑問符）」を付けることであり、教育は、疑って「考え」、発展させる力を養成することではないのか（『阿部傘寿』33～

で、中には有価物であろうが、遺憾である。このことは『行政法の解釈 (3)』304頁で説明したが、無視されている。

本稿の対象である公定力について言えば、前記の諸学者(筆者のも含めて)の業績を踏まえて、また、不適切な説を克服して、さらに発展させるべきである。

以下、気になった最近の学説の若干についてコメントする。

2 兼平裕子説

(1) 兼平裕子『借用概念と税務争訟』310頁以下は、税務訴訟における公定力論を扱い、行政行為論から私法的構成へと、租税債権は金銭債権である(租税債務関係説)から、民事訴訟を通じた救済の可能性を追求する。そして、更正決定などは処分には当たらないという説(中里実、水野武夫説)に親近感を持つが、結局は、更正決定を処分として捉える限り抗告訴訟を提起せざるを得ないので、無効確認訴訟を緩和すべきだと述べる。

(2) 租税債権については抗告訴訟ではなく民事訴訟によるべきだというのは、立法論としてはそれなりの根拠があるし、筆者も処分概念を廃止したいが、解釈論としては、現行法の壁が厚い。⁽²⁷⁾ 関連法制度を含めて、処分概念を廃止する実益は何かをもっと検討する必要があるだろう。筆者は、行政処分概念は、処分かどうかで救済できるかどうかという問題を生ずるので、緩和すべきであるが、租税法においては、課税行為が処分かどうかは明確である。取消訴訟でも、民事訴訟でも、救済の点で困ることはない。むしろ、私見では、租税法関係は2面関係であるから出訴期間を廃止することこそ大事である。⁽²⁸⁾ また、民事訴訟が許容されるとしても、審査請求制度を残した方が権利救済に厚いと思う。課

56頁)。ただし、これは、公定力に関することだけであって、一般的には、学界にある者は、付和雷同せず、前進しようとしていることは承知している。たとえば、塩野は、公法と私法、行政過程論などで、従前の学問を乗り越える努力をしてきた。

(27) 『行政法再入門下第3版』119～120頁、『租税法への提言・挑戦』52頁注(5)。

(28) 『未完の行政訴訟改革』第1部第5章、『行政法再入門上第3版』95頁、『行政法再入門下第3版』144頁。

税行為を処分とする方が理由附記の制度の適用の根拠ともなる。その意味で、租税債権については抗告訴訟なり取消訴訟ではなく民事訴訟によるべきだというよりは、出訴期間廃止が早道で合理的な解決策である（民事訴訟だが、審査請求を残す制度はありうる）。

それに、行政法関係でも、訴訟であれば、処分以外でも、公法上の当事者訴訟・民事訴訟が許容されているのに、不服審査では、処分しか争えないのは不合理であることを指摘すべきである。

無効確認訴訟を緩和すべきだということは、阿部『行政法解釈学Ⅱ』281～282頁で述べているので、参照されたい。

3 人見剛説

(1) 人見剛「行政処分の法効果・規律・公定力」『行政法の新構想Ⅱ』71頁以下は行政処分の法効果として実体法上の効果を論ずる。

人見は、前述の宮崎著の書評を執筆しているが、宮崎著からの収穫、さらに高柳著からの収穫が示されたようには感じない。

しかも、そこで(73頁)、阿部の行政の法システム論は、行政処分の実体法的効果の考究を志したと述べているが、間違いである。筆者は、実体法の分析はしているが、そんな効果の議論は、前記の通り相手にしていないのである⁽²⁹⁾。ただし、同じ頁注(7)で、作用法上の行政処分論を捨て去ったテキストとして、拙著を挙げているのは正しい。

なお、この有斐閣のシリーズが『新構想』とうたっているのに、公定力の絶滅を説かない論文を掲載するのは、タイトルに反すると思う。編者の認識も旧

(29) 人見剛「書評」社会科学研究44巻4号121頁以下（1993年）。

(30) なお、筆者の『行政の法システム上』（特に19頁以下）は、行政行為論をまともには取り上げていないが、それは、従来の行政法総論に幻滅し、それに付き合っている、行政の法システムを解明できないと感じたからであるが、『行政法解釈学Ⅰ、Ⅱ』では、それについてやむなくさらに理論的な説明を行ったものである。

構想どまりなのであろうと皮肉を言いたいところである。

さらに、人見剛「行政行為とその効力—公定力と規律力」、稲葉馨他『行政法「第5版」』（有斐閣、2023年）72頁があるが、省略する。

4 興津征雄説

最新の興津征雄「〈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—」行政法研究47号125頁以下（2022年）は、公定力の概念自体は無用と主張するが、〈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〉という法現象自体は存在するという立場である。そして、結論として、「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」（167頁）という。

この論理は、筆者には極めて難解である。「処分要件が欠如していても（たとえ違法でも）完全な法効果の発生を認めることができる」のはなぜなのか。法治国家では、処分要件が欠如していれば、およそ効果が生じない（前記、白石、岡田説）のではないか。「法効果」とは何か。こんな議論をする必要性は何か。さっぱりわからない。公定力の概念を無用としても、結局は、同じことを主張しているのではないか。これは、当然のことながら、上記の従前の学問の蓄積を無視して、田中二郎の公定力理論同様、一方的に宣言されたと感じた。行政法の理論と実務の発展にどんな貢献をしたのか、不明であり、むしろ、それを阻害しているのではないのかと感じた。まして、私見は無視されている。

筆者の議論は単純なつもりなので、複雑にしているといわれるとは思ってもよらなかった。さっぱりわからないが、先決問題審理といった制度の反映を効力と称しているようである。福井秀夫、田中謙⁽³¹⁾がこれを丁寧⁽³²⁾に検討するので、そ

(31) 福井「公定力概念の検証下」50頁以下は興津説を丁寧に分析する。

(32) 田中謙「違法な行政処分が取り消されるまでの『法効果』（いわゆる『公定力』）なるものの批判的検討」。

ちらに譲る。筆者は、興津教授の説明を頂いたので、意見を交換した（五）。

四 筆者がなぜこれほどに公定力理論に反発するか—裁判所での誤用・悪用

1 園部逸夫の驚くべき実態証言

（1）裁判所では公定力が金科玉条

すでに紹介したことであるが、裁判官の誤解については、最高裁判事のほかに、地裁判事を経験した園部逸夫が本当のことを言ってくれた。園部によれば、「問題は、やれ公定力だとか、適法性の推定だとか、そういうのはお経のようにスラスラ出てくるわけです。行政法では絶対動かせない金科玉条で、行政法とはそうなっていると。だから、行政機関のやったことは基本的に正しいということを前提にして議論をすることになりがちです。一旦そのような議論に刷り込まれてしまうと、原告の方でいくら攻めても、そんなことを言ってもよほどのことがないと行政機関の判断は覆せないと裁判官は思っています」ということである。

筆者は弁護士経験でそのような実態を深刻に感じているが、宮崎良夫⁽³⁴⁾もこの点について同様の指摘をしていた。

（2）裁判官は勉強しなくても法律のことはなんでもわかる八宗兼学だとの傲慢さ

同56頁では、「それこそ八宗兼学だから、裁判官は、全然勉強しなくても法律のことはわかり得るはずだということで起案するわけです。そういう意味で、専門性という点で、裁判官が行政事件を扱うのはなかなか難しいと思います」。

同57頁では、「裁判所の合議は大学の研究室とは違うから、腰だめでやらなければいけません」。これは、裁判官の持っている知識を総動員してわかって

(33) 園部・法教329号56頁、57頁、60頁（2008年）。『行政法解釈学Ⅰ』49～50頁でも紹介した。

(34) 宮崎『行政争訟と行政法』253～255頁。

わからなくてもやらなければならないという趣旨で、「裁判官はどんな事件でもわかるはずだ」と述べられている。

筆者は、老骨に鞭打って、「生涯勉強」、「一步前進」を座右の銘として⁽³⁵⁾いる。この裁判官室の雰囲気は到底許しがたい。

(3) 調査官裁判

「最高裁は、裁判官は八宗兼学でなくても、調査官がいるから安心」という。

筆者は、この通りと考えるが、これに反発する最高裁判事経験者が⁽³⁶⁾いる。

(4) 教科書は難解

大学の先生の教科書は難しすぎて、実務では使いにくいという。

司法試験に合格した者は、教科書くらいは理解しているはずだが、裁判官になると難しすぎてとはどういうことか。退化したのか。教科書が実務でそっくり使えないのは当然のことである。筆者は弁護士であるが、筆者にとっても同様である。考えるべきであるが、考える力がないのだろう。

(5) 筆者の驚愕

裁判官がこのような心理状態でいることは全く驚愕すべきことである。これでは、その任務である客観的な事実認定、法体系の合理的な法解釈をなし得ないということであり、裁判を受ける権利を侵害する。その元凶は旧来の公定力理論であり、今の学者がこれを規律力とか排他的管轄と言い換えても、状況は変わらない。学者はこの現実を直視すべきである。この園部発言は、「エンジョイ 行政法」というテーマの下でなされたが、筆者は一つもエンジョイできなかった。

これは園部一人の放談で、一般的ではないと思う者もいるので、以下、これを敷衍する。

(35) 『行政法学の変革と希望』 xix。

(36) 『司法改革の挫折』 178～183、208頁。

2 公定力を尊重する有力裁判官等

(1) 『改訂—行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』

行政訴訟を担当する裁判官のバイブルと称される現役主流裁判官の著述である司法研修所編『改訂—行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（法曹会、2000年）については、筆者はその初版の書評を書いた。⁽³⁷⁾行政訴訟は難しいという理屈がたくさん並べられているが、裁判官がわざと難しくして、原告の救済を妨げていること、処分性、原告適格について、公定力を論じ、第一次的判断権、制定法準拠主義などの観点に立ち、権利救済の実効性が欠如しているなどを指摘している。実務的研究と称して、学問的検討が欠けているのである。これも行政訴訟を誤らせている原因であるが、そのもとは公定力理論である。⁽³⁸⁾

(2) 越山安久説

越山安久「抗告訴訟の対象」31頁以下は、抗告訴訟の対象と処分性を関連させ、立法政策の問題としている。これは裁判官に大きな影響を持っているので、丁寧に説明する。

① この「公権力の行使」とは、「法が認めた優越的な地位に基づき、行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動」すなわち、行政庁が相手方の意思のいかんにかかわらず一方的に意思決定をし、その結果につき相手方の受忍を強制しようという法的効果をもつ行為を意味するものであり、換言すれば、いわゆる公定力を生ずるような性質の行為であると解するのが、判例・通説である」。

② 「本来的に対等と観念されている私人間であっても、社会的・経済的に優位な地位を背景として事実上相手方の意思を拘束し一方的な命令に従わせる関係が作り出されることがないわけではない。しかし、事実上このような関係

(37) 『行政訴訟要件論』第1部第6章第1節。

(38) 福井「公定力概念の検証上」自治研究100巻3号41頁は、本文の『実務的研究』が、行政処分の第三者の原告適格について、処分の公定力を排除することを理由とする点について、基準が明確ではないし、救済を閉ざすとの確に批判している。筆者は、公定力は、もともと不利益処分の名宛人との関係で論じられたものであり、許可が第三者に対して公定力を持つという議論はしていないと批判している（『行政訴訟要件論』204頁、『国土開発と環境保全』307頁）。

にある者相互間の問題でも、それが法的な世界において取り上げられる場合には、事実上優位にある者の行為に優越的な妥当力（通用力）が認められることはなく、相手方が民事訴訟を提起して優位者の行為の適否・効力を争いその行為の排除ないしその行為によって生じた効果を否定することは何ら妨げられない。したがって、右のような事実上の優位者の行為及びその結果を排除するために特別の訴訟制度が設けられることはない。

ところが、行政庁の行為のなかには、法治行政の原理の下で公益の実現という目的のため行政庁が法律の特別の授権に基づいて法律に定められた要件に適合すると判断して行った場合には一種の優越的妥当力をもち権限ある行政庁又は裁判所がそれを取り消さない限り私人がその効果を否定することができないような法的効力、すなわち公定力を与えられているものがある。このような効力を与えられている行政庁の行為については、私人は、民事訴訟又は当事者訴訟において、直接その行為の効力を否定してその排除を求めあるいは右行為によって形成された法律状態に反する効果を主張することは許されないことになるから、右のような行為の効力を排除するために特別の訴訟制度が必要であり、この要請に応ずるために設けられたのが取消訴訟である。すなわち、取消訴訟は、公定力を生ずるような行為について公定力を排除するために設けられた特別の訴訟制度であり、したがって、その訴訟の対象は公定力を生ずるような性質のものでなければならず、また反面、公定力を生ずるような性質の行為は取消訴訟によってのみその効力の排除を求めることができる（排他的管轄）。そして、それ以外の公定力を生じない行為については、その行為の結果として生じた法律関係を対象として私人の権利利益の保護のため認められた原則的な訴訟形態である民事訴訟（又は当事者訴訟）によってこれを争うべきであり、両者の区別は峻別されるべきものである。このような考え方が、従来の通説及び判例のとる基本的な立場である。

③ もっとも、現在、実定法上明文（公定力という用語）で公定力を認めた規定は見あたらない。しかし、取消訴訟制度は、行政庁の行為のなかに公定力を生ずるものがあることを前提としそれを対象とするものであるから、実定法

である行訴法に処分取消しの訴えが規定されていることは、その反面として、現行法上公定力の存在が認められているということにはかならない。元来、行政庁の行為のなかには、行為の性質上右のような公定力を認めるのが適当なものとそうでないものがあることは疑いのないところであるが、いかなる行為に公定力を認めるかは、取消訴訟制度ともからんだ立法政策に属する問題であって、行政庁の行為に本質的・先験的に認められるものではない。すなわち、公定力は政策的に実定法上付与されるものと解すべきであって、いかなる行政庁の行為が公定力を生ずる行為かは、結局、実定法の解釈問題である。前述のような公定力の性質からみれば、行政庁の行為について不服申立て、取消訴訟に関する規定が設けられているかどうかはこれを判断する有力な基準となるものと考えられるが、基本的には、「法律が右行為を当該行政庁の優越的な意思の発動として行わせ、かつ、私人に対してその結果を受忍すべき一般の拘束を課することとしているかどうか、このような意思の発動を適法化するための要件を定め、右行政庁がこの要件の充足の有無を判断して行動すべきことを要求しているかどうかを慎重に吟味し、これを判断しなければならないものと解される。」

これは処分性を拡大しようとする学説に対して、近時の裁判例と学説を概観し、実務の基本的立場と学説の相違を明らかにしたいという(28～29頁)。そして、越山は、学説には実務を納得させるきめ細かな議論が必要(越山安久「抗告訴訟の対象」28、52頁)とも言う。しかし、それは、公定力を信奉した古い学説と権利救済の実効性の観点から処分性を拡大しようとする学説の相違である。越山説は、古い学説がなぜ今日も妥当かを説明していない。何が「きめ細かな」議論かは不明である。そのうえ、その論理は曖昧であり、飛躍している。これをさらに、説明する。

まず、①「法が認めた優越的な地位に基づき、行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動」すなわち、行政庁が相手方の意思のいかにかわらず一方的に意思決定をし、その結果につき相手方の受忍を強制しようという法的効果をもつ行為」が存在することは明らかであるという。しかし、それはなぜ、いわゆる公定力という効力を有するのか。②の文章をみると、それは、ある者の

行為に優越的な妥当力（通用力）があるという趣旨であるが、その趣旨は、行政庁又は裁判所がそれを取り消さない限り私人がその効果を否定することができないような法的効力をいうもののようである。しかし、行政機関が権限に基づいて行った行為については、私人はもとより他の行政機関でも権限を有しないから、それを取り消すことができないのは当然のことである。そして、当該処分庁や裁判所はそれを取り消すことができるのも当然である。そして、それは民事訴訟では争えないが、行政訴訟では争えて、勝てばすべて覆滅する（いわゆる排他的管轄なり排他性）のであるから、「一種の優越的妥当力をもち」というのは間違いである。

② 「取消訴訟は、公定力を生ずるような行為について公定力を排除するために設けられた特別の訴訟制度であり、したがって、その訴訟の対象は公定力を生ずるような性質のものでなければならず、」というのは循環論法である。公定力と称するが、実際には、取消訴訟の排他性のことをいうのであるから、取消訴訟の対象として初めて、公定力と称するものが発生するのであって、公定力の生ずる行為を取消訴訟の対象とするというのは、論理的破綻である。「取消訴訟制度は、行政庁の行為のなかに公定力を生ずるものがあることを前提としそれを対象とする」というのは間違いである。

③ 結局、これまでの主張が間違っているのであるから、処分性は立法政策だとか解釈論だという③も間違いである。

事柄は、単純に、処分に公定力ありと誤信して、取消訴訟と民事訴訟を並立させた立法政策に誤りがあると素直に認めて、この訴訟類型の違いからくる権利救済の不備を、権利救済の実効性の観点からは是正すべきである。

しかし、現実のかかなりの判例は、この説と実務的研究をバイブルとして、一つも進化しない、シーラカンス、ガラパゴスなのである。

（3）西川知一郎編著『行政関係訴訟』

裁判官が分担執筆した西川知一郎編著『行政関係訴訟』15頁も、「行政庁は、…組織・人員及び知識の面で専門性を有しており、諸般の事情を考慮して、法に準拠して第一次的に公権力行使に関する判断・・・を行う法的権限を与えら

れている。また、行政庁の行為は、公法上又は私法上の権利関係に変動を及ぼすこともあり、その判断を前提にその他の公法上又は私法上の行為が積み重ねられることも少なくないので、その判断に安定性が要求される。行政事件訴訟法は、このような行政庁の行為の特殊性にかんがみ、一方でこのような行政目的を速やかに達成する必要性と、他方でこれによって権利、利益を侵害された者の法律上の救済を図る必要性を勘案して、行政庁の作為的行為が仮に違法なものであっても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、行政庁による作為、不作為の行為によって権利、利益を侵害された者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によることとしたのである」。同著109頁も、現在の通説的見解によれば、取消訴訟は、行政処分⁽³⁹⁾の公定力を排除するための形成訴訟であると理解されているとして、同じく公定力の説明をしている。

なお、前記西川編著では、行政庁の行為は、公法上又は私法上の権利関係に変動を及ぼすこともあり、その判断を前提にその他の公法上又は私法上の行為が積み重ねられることも少なくないというが、同じことは私法上の行為でも生じていることは周知のことである。行政法の特異性として過大な評価をしている。

先に、越山安久説でもコメントしたが、まるで田中二郎説から時計が止まったシーラカンス、ガラパゴスのような感じである。学界（渡辺洋三、今村成和、高柳信一、室井力、岡田雅夫、宮崎良夫等。もちろん筆者も）が戦後田中二郎説を克服しようと努力してきたことが無視されている。裁判では、学問は実務には役立たないというつもりらしいが、⁽³⁹⁾実は古い学問に依拠しているのである。

(39) 本文のような裁判官の学説に対する消極評価は、少なくとも40年前からある。『国土開発と環境保全』270頁で紹介したことであるが、裁判所は学者の力を借りなくても、十分に自由自足できる人材と能力を蓄積している（園部逸夫「書評」『阿部泰隆著行政救済の実効性』民商法雑誌93巻2号315頁（1985年）、同『現代行政と行政訴訟』（弘文堂、1987年）302頁）という。しかし、「考える力のない」先例病患者ではないのか。

(4) 公定力を維持する学者の影響力

二2(5)では、公定力を重視する太田匡彦が最高裁へ大きな影響力を行使したことを説明した。

藤田宙靖が従来の公式という説明で、公定力を維持していることは、二2(3)で説明した。処分性を緩和した判例も、その後あまり踏襲されないのは、この理論のためか。

3 最高裁判例

(1)では、最高裁判決はどうか。直接には公定力を根拠として権利救済を拒否する例は見つからない。最高裁判例で検索しても、上告人が公定力に言及しても、判決自体では、公定力は無視されているのが多い。まだましである。

例えば、国籍回復請求事件：最判昭和昭和24年5月7日（行政裁判月報23号288頁）、路線認定および区域決定に関わる最判昭和59年11月6日昭和56年（行ツ）第146号〔裁判所ウェブサイト〕、源泉徴収の法律関係に関する最判昭和45年12月24日（民集24巻13号2243頁）がそうである。

しかし、公定力の定式を判示する判例も少なくない。最判昭和30年12月26日（民集9巻14号2070頁）がその例である。

ごみ焼却場設置行為の取消訴訟を却下した最判昭和39年10月29日（民集18巻8号1809頁）は公定力と処分の結びつきを説く。処分とは、行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいうものである。そして、かかる行政庁の行為は、公共の福祉の維持、増進のために、法の内容を実現することを目的とし、正当の権限ある行政庁により、法に準拠してなされるもので、社会公共の福祉に極めて関係の深い事柄であるから、法律は、行政庁の右のような行為の特殊性に鑑み、一方このような行政目的を可及的速かに達成せしめる必要性と、他方これによつて権利、利益を侵害された者の法律上の救済を図ることの必要性とを勘案して、行政庁の右のような行為は仮りに違

法なものであつても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、これによつて権利、利益を侵害された者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によるべきこととしたのである。従つてまた、行政庁の行為によつて権利、利益を侵害された者が、右行為を当然無効と主張し、行政事件訴訟特例法によつて救済を求め得るには、当該行為が前叙のごとき性質を有し、その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なものとして取り扱われている場合でなければならないと判示する。

この判例理論はまさに公定力理論そのものである。「その行為によつて、直接国民の権利義務を形成したはその範囲を確定することが法律上認められているもの」が何かを解明していないので、処分性の争いが生ずる。そして、取消訴訟の対象となる行為が公定力を生ずるという循環論法を生み出す。また、適法性の推定という、今日廃棄された理論もここに残っている。

(2) しかし、その後、司法改革を経て、処分性について、公定力や上記の昭和39年の先例にとらわれず権利救済の実効性の観点から、拡大する判例が続いた。

2項道路の包括（一括）指定の処分性（最判平成14年1月17日民集56巻1号1頁）。

要綱に基づく就学援護費の処分性（最判平成15年9月4日判時1841号89頁、判タ1138号61頁）。

食品衛生法上の通知の処分性（最判平成16年4月26日民集58巻4号989頁）。

医療法に基づく勧告の処分性（最判平成17年7月15日民集59巻6号6661頁）。

土地区画整理事業計画の処分性（最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁）

土壤汚染対策法上の有害物質使用特定施設に係る工場又は事業場の敷地であつた土地の所有者、管理者又は占有者が、同法3条2項に基づき、都道府県知事から右特定施設の使用が廃止された旨その他の事項の通知を受けた場合、右所有者等は右土地の特定有害物質による汚染の状況等を調査し、都道府県知事にその結果を報告する義務を負うことになるから、右通知は抗告訴訟の対象と

なる行政処分に該当する（最判平成24年2月3日民集66巻2号148頁⁽⁴⁰⁾）。

健康保険組合が被保険者に対して行うその親族等が健康保険法3条7項各号所定の被扶養者に該当しない旨の通知は、健康保険法189条1項所定の被保険者の資格に関する処分に該当する（最判令和4年12月13日（民集76巻7号1872頁））。

通知は単に事実上お知らせするだけで、権利義務に関する法的効果はないと考えられてきた。勧告を受けても命令とは異なり拒否することができるから同様に処分ではないと考えられてきた。要綱に基づく就学援護費は、法律の根拠を有しないので、処分ではないとされてきた。

(3) 最高裁は、旧来の処分概念を機械的に適用するのではなく、権利救済の実効性を念頭において、法体系の合理的な解釈の下に処分性を認めたのである。

そうすると、処分概念は廃棄され、昭和39年の最判は変更されたかにみえるが、その確証はない。藤田宙靖（前記二2（3））参照。

中川⁽⁴¹⁾は、上記の判例について次のように指摘する。これは処分性の拡大現象がみられると指摘されることがあるが、どの判例も処分性の定義を拡大したり変更したりするのではないから、疑問である。確かに立法者意図としては、食品衛生法、医療法、土地区画整理法のいずれも、違反通知、勧告、事業計画決定を行政処分の性質を有するものと想定していたわけではなかったろう。しかし、これらの事件は、権利利益の合理的な救済から見て個別法の仕組みに欠陥があったり（土地区画整理法で、行政処分であることが明らかである換地処分を争っている、到底間に合わないこと）、行政実務を通じて、個別法の元意とは違った運用が既成事実化していること（税関は輸入不許可処分を行わない慣行であること、医療法に基づく勧告に従わないと健康保険法上不利に扱うこと）から、通知や勧告、計画に処分性を認めなければおよそ実効的な権利救済が得られないという切羽詰まった特殊な事情があった。そこで、最高裁は、行政処分の定義は従来通りに維持したまま、行政処分の定義に当てはまるように

(40) この判例の分析は、『処分性・原告適格・訴えの利益の消滅』93頁以下。

(41) 中川「行政訴訟の基本構造（二・完）177頁。

個別法を再解釈した上で、処分性を肯定する結論を導いたものであるという。

私見では、これらの事件は、古い処分概念を当てはめれば権利救済を拒否することになるが、それでは権利救済の実効性を基本理念とする行政訴訟の改正を踏まえ、これまでの処分概念にとらわれないこととしたと解釈する。個別法をいかに解釈しても、行政処分の定義に当てはまるような解釈は無理と考えるのである。

そうすると、最高裁は、正面では言わないが、処分性の拡大、従来の処分概念の放棄に至ったものと解釈する方が合理的である。

そして、これらの訴訟では、当事者訴訟なり民事訴訟でも救済は可能であろうが、従来の発想で、処分として、取消訴訟が提起されているときに、処分ではない、当事者訴訟等を提起せよというのは、権利救済を拒否するだけだ（取消訴訟と当事者訴訟は中川の言うように基本的に同じだから、窓口を変えれば救済するという発想は間違いだ）と考えたものと善解する。

そうすると、ここに、処分概念も、取消訴訟と当事者訴訟の区別も崩壊していると理解すべきなのである。その後の判例は、しかし、この区別を墨守している。何の意味があるのか。

もっとも、健康保険法に基づく被扶養者該当性通知について処分性が認められた（最判令和4年12月13日民集76巻7号1872頁）。

原審は、同法189条1項所定の被保険者の資格に関する処分は、被保険者の資格の得喪の確認について規定した法39条1項に対応するものであるところ、同項所定の確認の対象ではない被扶養者の認定は、上記被保険者の資格に関する処分に当たらないので、不服申立てをすることができない。

しかし、被扶養者が保険医療機関等から療養を受けたときなどには、被保険者に対し、被扶養者に係る保険給付が行われる。これに対し、被保険者の親族等であっても被扶養者に該当しないものについては、原則として、国民健康保険の被保険者の適用を受ける。上記該当性についての健康保険組合の判断は、被保険者及びその判断の対象となった親族等の法律上の地位を規律するものであり、被保険者の資格の得喪について健康保険組合による確認という処分をもつ

て早期に確定させるものとされている（法39条1項）のと同様に、上記判断を早期に確定させ、適正公平な保険給付の実現や実効的な権利救済等を図る必要性が高いものといえることができる。法は、以上のような点に鑑み、健康保険組合が管掌する健康保険の被保険者が被扶養者を有するかどうかについては、健康保険組合においてその認定判断をし、その結果を被保険者に通知することを当然に予定しているものと解される。したがって、上記の通知は処分に該当すると解するのが相当である。

4 公定力に惑わされた不合理な判例

下級審では、公定力を根拠に権利救済を阻害しているものが時折みられる。

(1) 違法な研修命令への服従義務？

「行政組織が、行政事務の統一的かつ能率的処理及び行政責任の必要のため、ピラミッド型階層的構造をなしていることに鑑みれば、職務命令が、職務上の指揮監督権を有する上司により、当該部下の職務に関するものについてなされた場合、その内容に重大かつ明白な違法の存しない限り、違法な職務命令といえども、それに対する服従義務（地公法第32条、地教行法第43条第2項）が発生し、これに違反して所定の勤務場所に出勤しなければ、給与請求権は発生せず、かつ、懲戒事由（地公法第29条第1項第2号）に該当することがある反面、これに服従して所定の勤務場所に出勤すれば、給与請求権が発生し、かつ、懲戒事由にも該当しないと解するのが相当であり、また、違法な職務命令に対する服従義務が、右にみたとおり、行政組織の構造に必然的に内在するものである以上、右の理は、違法な職務命令が、後日、取り消されるに至つたとしても、何ら径庭はなく、従前の法律関係を覆すに至るものではないと解するのが相当である。」との判例がある（福岡地判昭和57年3月19日行集33巻3号504頁等）。

これは、研修命令を処分と捉えずに、行政組織の構造に必然的に内在する服従義務により、従う義務があるとするもので、公定力理論そのものではないが、それよりもお上優位の理論である。しかし、今日では、研修命令も転勤命令に近ければ処分と解されているので、どうなるか。行政処分は裁判所で違法と認

定されるまでは、有効であるから従え、研修命令の取消判決を得るまでは、研修を受けないと、懲戒処分されるのもやむなしということにならないか。これでは、違法な研修命令に対する救済方法がないことになる。裁判を受ける権利の侵害、法治国家への違反である。

民間の労働関係では、研修命令、転勤命令にこのような効力が認められていることはない。研修命令を行政処分という形式にしたら（出訴期間、不服申立て審査前置主義付きで取消訴訟でのみ争えるとの法制度を適用したら）、まして、行政組織上の行為としたら、途端に、違法でも従えという法治国家違反の実体法上の効力が発生するとは全く理解できない。これでは公務員関係は特別権力関係だ、法律に基づかずに権利を制限できるという、古い理論と変わりはない。

（2）公定力を刑事事件に及ぼす判例は法治国家違反

（ア）違法な行政処分に違反した場合、その取消しを経ずに、刑事事件でその違法を主張できるかといういわゆる違法の抗弁については、それは刑事法における犯罪構成要件の解釈によるとされてはいる。たとえば、行政処分の違法を理由に抵抗した場合の公務執行妨害罪は、処分が違法でも当然に無罪となるものではないが、それは、犯罪構成要件は処分の適法だけではないからである。

しかし、やはり、公安条例に基づくデモ行進の許可条件に違反してデモをして、許可条件の違法・違憲を刑事事件で主張することはできるのである。さもないと、違法な処分に基づいて、処罰できることになり、裁判を受ける権利を侵害するからである。⁽⁴²⁾ 処罰を受けたくなければ、刑事事件になる前に、処分の取消判決を得ておけという考え方があるかもしれないが、取消判決をとるのには時間と費用がかかるので間に合わないし、行政裁判所時代ならともかく、今日、同じ司法裁判所が判断するのに、取消訴訟なら判断できるが、刑事訴訟では判断できないという訴訟類型間の分業が成り立つわけもない。これは公定力の限界として説明されるが、限界以前にそもそも、違法でも有効という効力は

(42) 『行政法解釈学Ⅰ』608頁以下。

ないと理解すべきである。

(イ) しかし、行政処分の公定力を刑事事件に及ぼした事件がある（非反則者のスピード違反事件）。筆者の書物で詳しく分析しているので、ここでは省略するが⁽⁴³⁾、しかし、これも法治国家違反である。

運転免許停止期間中に運転して捕まった場合も、処分が違法と判断されたら、無罪というべきである。さもなければ、違法な処分について救済方法がないことになり、法治国家違反である。

ドイツでも、駐車違反について同旨の判例があったが、逆の判例もあった⁽⁴⁴⁾。

(ウ) 建基法に基づく工事中止命令違反罪の刑事訴訟では、同法第9条第10項前段の規定による特定行政庁の命令に違反することをその構成要件とするものであるから、右停止命令を受けた者においてこれに違反する行為あることによつて違反罪が成立するものと解すべきである。したがつて右命令が仮に違法若しくは不相当である場合においてこれに対する不服申立方法がある場合にはその方法によつてその処分の是正を求めるべきであつて、これを本件において主張することは失当であると解するとした判例がある（大阪地判昭和39年7月29日下刑集6巻7＝8号883頁）。しかし、この命令の取消訴訟は機能しない。

(3) 北総鉄道運賃値下げ義務付け訴訟における公定力の誤用

京成電鉄が北総鉄道の線路上を走行しているが、その線路使用料が格安なので、沿線住民が、北総鉄道と京成電鉄の間の線路使用料契約の認可を取り消して、値上げさせれば、北総鉄道の運賃を値下げできると主張したが、裁判所（東京地判平成25年3月26日判時2209号79頁）は、この認可は、私企業間の契約に関するもので、原告らの権利に直接の影響はないとしつつ、有効に存在するので、それを前提とすべきであるとした。公定力論を適用したのであろう。しかし、線路使用料の認可を争えなければ、その違法は運賃認可処分に承継されなければならない⁽⁴⁵⁾。

(43) 『行政法解釈学Ⅰ』612頁以下。

(44) 宮崎・208頁、ただし、逆の判例もあった。同著314頁。

(45) 行政法再入門下第3版』156頁。

(4) 警告の処分性を否定した大阪高判和6年6月26日

このほか、下級審では公定力を悪用しているものは少なくない。その最近の一例である大阪高判令和5年（行コ）第137号令和6年6月26日は、警告の処分性を否定する文脈で次のように説示する。

（ア）「行政庁の行為が抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるか否かは、結局のところ、当該行為の根拠法規等が、当該行為の効力を抗告訴訟により争わせるに値するものとして規定しているか否かという立法政策に帰するのであるから、行政処分に当たるか否かは、①条文の文言が、権利義務の形成等を予定していると解されるものか、②当該行為によって、国民の地位に法律上どのような変化を生じるか、③複数の行為が一連の手続過程を構成している場合には、どの段階で違法を争えるようにし、公定力の発生を認めるのが適切かなどの点を総合考慮して判断するのが相当である。」

（イ）しかし、この判示は基本的に不適切である。

処分性の有無は、取消訴訟の対象となるかどうかを左右するのであるから、立法政策によるものではなく、裁判を受ける権利という、基本的人権の保障の観点から判断されなければならない。

そして、「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）に当たり、紛争が成熟していれば、行政機関の行為に対しては、取消訴訟か当事者訴訟（又は民事訴訟）の少なくともいずれかの道が開かれていなければならない。この高裁判決は、結局はどちらも許容しなかったので、この基本的な考え方を理解していない違憲の発想である。

取消訴訟では公定力の発生を認めるかどうか処分性の基準となっているが、そもそも公定力とは何か、何ら判示されていない。何をもって公定力と理解しているのか、不明である。

もともと、公定力とは、「違法でも有効として通用する効力」として、行政行為の特殊性を示すものとされていた。裁判官の実務では、前記越山説、実務的研究に見られるように、この古色蒼然とした学説が判例の根拠として珍重されているようである。

しかし、今日では、これは官憲優位の考え方で、法治国家にも反し、現憲法上許容されない考え方であると理解されている。そして、公定力とは処分とすれば、このような意味での効力が発生するが、逆に、処分とすべき判断基準は何ら存在しないのである。処分性が先か、取消訴訟の排他的管轄が先かは、鶏と卵、循環論法である。

そして、仮に公定力を認めるという観点に立てば、警告を処分としたら、民事訴訟でその除去を求めることはできないだけである。警告を処分とするかどうかの判断基準にはならない。

したがって、「公定力の発生を認めるのが適切か」という視点は、何を言いたいのかわからず、しかも、今日の公定力に関する学説上の通説にも、判例にも反するのである。⁽⁴⁶⁾

しかも、筆者のこの事件の意見書では、従来の公式では処分にならないものを、権利救済の実効性の観点から処分とした前記の多数の最高裁判決（3（2））を提出したが、この高裁判決は、それを一切無視した。

学者は公定力を排他性として説明して、悪影響はないと思い込んでいるが、上記のように重大な悪影響があるのである。

五 興津征雄「阿部論文へのコメント——公定力概念無用論について」に対する意見

私見の骨子に対して、興津教授に説明を依頼したところ、次の説明が寄せられた。そこで、（1）～（11）に分けてそれぞれの箇所に※で私見を説明する。（12）（13）は興津論文と阿部説に関する田中謙のコメントに対する阿部の応答である。

（1）拙稿（興津論文）は、個別法が行政処分によって何らかの法効果が発生す

（46） 阿部「ストーカー法の警告に対する救済方法」近刊。なお、この判決は当事者訴訟も却下した。

ることを定めている（たとえば権利取得裁決によって補償金の払渡しまたは供託を条件として起業者が被収用地の所有権を取得する法効果が発生する、課税処分によって納税義務を確定する法効果が発生する、公務員の免職処分によって公務員たる地位を消滅させる法効果が発生する）とき、当該個別法のもとで定められた法効果が発生するためにどのような要件事実が必要であるかを分析したものである。行政庁が行う行政処分たる意思表示（ただしそれが相手方に到達しているなど発効要件を充足していることは前提となる）のみを要件事実として法効果が発生するとする構成を単一要件構成と呼び、行政処分たる意思表示に加えて行政処分の適法要件（収用要件、課税要件、免職要件など）を要件事実として法効果が発生するとする構成を二重要件構成と呼んで（143～146頁）、両者の得失を検討した上で、単一要件構成を支持した（157～160頁）。

興津は、検討の前提として、次の認識を有している。すなわち、行政処分の法効果により形成または確定された法律関係を前提とする訴訟（民事訴訟または当事者訴訟）において、行政処分の法効果が存在しているというためには、行政処分（たる意思表示）の存在のみが証明されれば足り、その行政処分が適法であること（適法要件の存在）までは証明される必要がない。たとえば、権利取得裁決を前提とする被収用地の所有権確認訴訟において、起業者は権利取得裁決（たる意思表示）の存在のみを証明すれば、それが適法であることまでは証明しなくても（またはそれが違法であることを被収用者が証明しても）、勝訴することができる（ただし、権利取得裁決が重大かつ明白な瑕疵を帯びているなどの理由で無効であれば別である）。このように、民事訴訟または当事者訴訟において、裁判所が先決問題たる行政処分の適法性を審理できないことを、先決問題審理権の制限という。興津論文は、〈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、有効なものとして取り扱われる〉という法現象（128頁では「有効命題」と呼んだ）が、突き詰めれば裁判所の先決問題審理権の制限を意味するという理解のもとに（136～137頁）、なぜそのような法現象が認められるかを法論理的に解明しようとしたものである。

なお、上記の例において、起業者は権利取得裁決が有効に存在する限り、完全な所有権を取得する。この効果が仮の効力、仮象的効力、事実上の効力であるとは、興津は考えない。権利取得裁決が取消判決により取り消されれば、法効果発生要件（起業者に被収用地の所有権を取得させるための要件）が消滅するので、権利取得裁決の法効果も消滅し、被収用地の所有権は被収用者が当初から有していたことになる。しかし、これは行政処分（意思表示）の取消しが遡及効を有することの帰結である。権利取得裁決が取り消されなければ、起業者が完全な所有権者である。

※ 阿部は、「行政は、法律に基づいて、合意によらず、その判断で、一方的に私人などの権利を制限し義務を課す権限を付与されている」（一三（二））と説明するが、それは処分が適法であることを前提とするものである。権利取得裁決が取り消されなければ、起業者が完全な所有権者であるのは当然のことである。そして、それが違法であれば、法治国家である以上は、裁判所で取り消されて遡及的に無効になるので、「処分の法効果が発生し、存在する」とは考えていない。取り消されるまで効果があるとしても、仮の効果なり条件付き効果である。また、行政処分の違法を民事訴訟では争えないことは、取消訴訟の排他性とか先決問題審理権（民事訴訟において先決問題となる行政処分の違法を審理する権限）の不存在という法制度の反射的效果にすぎず、それ以上のものではないので、「なぜそのような法現象が認められるかを法論理的に解明しよう」とする必要はない。そのことから、行政庁が行う行政処分たる意思表示のみを要件事実として法効果が発生するとする単一要件構成が、先決問題に限らず、一般的に成り立つとするのは論理の飛躍、行き過ぎであると考える。

（2）阿部は「行政処分は、違法なら本来は無効である」と述べる。これは興津説にいう二重要件構成であり、無効命題肯定論である（144～145頁）。興津説（単一要件構成）は、端的に「行政処分は違法でも有効である」と考えるので、ここは私見が阿部説と異なる部分である。

※ 阿部は、無効命題、有効命題という理論構成をとらないので、これが無効命題肯定論かどうかはよくわからないが、その通り、意見を異にする。「行政

処分は違法でも有効である」というのは、法治行政違反の理論構成で、公定力理論の亡霊が復活した感がある。

(3)「行政処分は、違法なら本来は無効である」(興津説 130 頁にいう無効命題)と考える学説は、現在の行政法学においては多数を占めると見受けられる。しかし、このように考えると、違法な行政処分が取り消されて遡及的に失効するまでに生じている(ように見える)効果をどのように説明するかという問題が出てくる。これを説明するには二つの道がある。一つは、違法な行政処分は本来の法効果を生じるわけではないが、公定力を生じるため、公定力的作用により本来の法効果が生じているものとして通用するという説明である(130 頁)。もう一つは、違法な行政処分は本来の法効果を生じるわけではないが、有効であるかのごとき外観が事実上存在しているため有効であるかのように扱われるという説明である(130 頁注(10))。

阿部が前者の説明を採らないことは明らかであるが、後者の説明を採っているのかどうかはわからない。「権限ある者が行政処分の違法を判定しなければ、行政処分の効力があるかに見えるだけである」と述べていることからすると、後者の説明を採っているようにも思える。

しかし、この説明では、行政処分の有効・無効が民事訴訟の先決問題として争われた場合に、裁判所が行政処分は無効の瑕疵を帯びていない限り行政処分の法効果(たとえば起業者による被収用地の所有権の取得)が生じているものとして取り扱う現在の実務(上記の先決問題審理権の制限)が説明できない。

※ これも制度の反映として説明できる。「行政処分の有効・無効が民事訴訟の先決問題として争われた場合に、裁判所が行政処分は無効の瑕疵を帯びていない限り行政処分の法効果(たとえば起業者による被収用地の所有権の取得)が生じているものとして取り扱う現在の実務(上記の先決問題審理権の制限)」は、その制度を前提とするもので、その制度がなければ、何らの効力も生じない。例えば、収用委員会の権利(不動産)取得裁決を取消訴訟に専属させず、所有者が起業者に対して民事訴訟を提起して争えると定めれば、民事訴訟では、無効も違法も争うことができる。原告が勝訴するまでは起業者がその権

利を保持できるが、原告が勝訴確定すれば、起業者はその権利を返還しなければならない。これは当たり前のことで、それを効力論で説明しようとするから混乱を生ずる。

先にも述べたが、このような先決問題の例を挙げて、それ以外にも通用するかのような効力論を展開するのは、飛躍である。

なお、行政処分の本来の効果は、私見では、制度のいかに問わず判断すべきであるという立場である。

(4) 行政処分が違法であれば無効であるという前提に立てば、裁判所は先決問題審理権として行政処分の無効認定権を有するから、無効に至らない瑕疵でも(単なる違法の瑕疵でも)行政処分が瑕疵を帯びていれば、そのことを認定した上で行政処分が無効であることを前提に判断することができるはずである。しかし、実際には、単なる違法の瑕疵は行政処分の無効をもたらすとは解されていない。裁判所の先決問題審理権は、行政処分が単なる違法の瑕疵とは区別された無効の瑕疵を帯びている場合に限定されている。

阿部は、拙稿のこのような問題設定を次のように批判する。

「しかし、これは、行政処分とする場合には、その効力は抗告訴訟でしか判断できず、民事訴訟で判断するのは先決問題審理権との関係になるという考え方であり、取消訴訟の排他性を反映させたものである。そうした制度がなければ、単なる違法を理由として処分の無効を認定することができる。ここでは、訴訟制度の反映が混乱して混入している。」

公定力という名前で呼ばれる法現象を取消訴訟の排他性の反射に解消する考え方(拙稿 160 頁では「排他性説」と呼んだ)は、現在の行政法学説では最有力といってよい。しかし、興津は、取消訴訟の排他性だけでは、行政処分が行われてから取り消されるまでの法状態(たとえば起業者が被収用地の所有権を完全な形で取得すること)が説明できないと考える。なぜなら、取消訴訟に排他性を認め、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することを禁止しても、「行政処分は違法なら無効である」という前提(無効命題)を維持する限り、先決問題を審理する裁判所に対して行政処分を

有効として取り扱うように命じる規範は出てこないからである（163頁）。それを説明するには、行政処分の根拠となる個別法（たとえば土地収用法）が、行政庁の行政処分（たとえば権利取得裁決）たる意思表示のみを要件として法効果（起業者による被収用地の所有権の取得）を発生させることを定めていると解さなければならない。これが単一要件構成である。

※ ここでも、先決問題を審理する裁判所というように、現行制度の反映が混入しているので、わかりにくい。取消訴訟に排他性を認め、取消訴訟以外の訴訟で行政処分の違法（無効ではない）を主張立証しその効力の否認を求めることを禁止するのであれば、取消訴訟以外の訴訟では、「行政処分は違法なら無効である」という無効命題を主張することは許されないが、それは違法を主張できるのは取消訴訟だけだという制度の反映にすぎず、効力論の問題ではない。

なお、排他性なり先決問題審理権の制限からは、先決問題を審理する裁判所に対して行政処分を有効として取り扱うように命じる規範は出てくるのである。「行政処分は違法なら無効である」という前提（無効命題）は、その限りでは成り立たないが、私見は、行政処分は取消訴訟においては、違法なら取り消され、無効と同じになるという主張をしているのである。先決問題の場合だけを念頭にこれを批判することは適切ではない。

（5）先決問題を審理する裁判所が行政処分の瑕疵の有無や効力の有無の審理判断を禁止される結果として生じるのは、その行政処分が有効か無効かわからないという真偽不明の状態であるはずである。にもかかわらず、排他性説は、取消訴訟に排他性が認められることから、〈行政処分は取り消されるまでは有効として扱われる〉という帰結を引き出してしまうので、ここに論理の飛躍がある。

※ 阿部は、排他性という説明をしていないが、排他性説は、単に、〈行政処分は取り消されるまでは有効として扱われる〉という帰結を述べるのではなく、〈行政処分は取消訴訟で取り消されるまでは、民事訴訟では有効として扱われる〉（処分の違法は主張できない）という説明をしているはずである。民事訴訟では、違法かどうかの審理ができないのであるから、その行政処分が有効

が無効かわからないという真偽不明の状態にも至らず、論理の飛躍はない（なお、真偽不明は立証責任のことかと思うが）。

（6）興津説は、現在の日本の現行法の下で、〈行政処分は取り消されるまでは有効である〉という法現象あるいは法命題（有効命題）が現に妥当している（上記の意味で民事訴訟または当事者訴訟における裁判所の先決問題審理権が制限される）という認識に基づいて、この法現象あるいは法命題を合理的に説明する論理構成を探るものである（129頁注（6）「第二に」以下）。それを超えて、この法現象あるいは法命題が規範的に正しいとか政策的に望ましいとか、ましてや行政法学に内在する原理原則であって変更できないなどとは決して考えていない。解釈あるいは立法によってこの法現象あるいは法命題を制限したり否定したりすることはできると考えている（165～167頁）。しかし、拙稿はそれを直接論じようとしたものではない。拙稿は、〈行政処分は取り消されるまでは有効である〉という法現象あるいは法命題が、行政処分のナントカ力という特別の効力によるものではなく、阿部のいうところの権限ある機関によってなされた行為である以上は、その事実に基づいて法効果が発生するという実体法の構造を前提にしたものであることを解明しようとしたものである。

また、私見を前提にしたとしても、違法な行政処分を放置することにはまったくならない。私見は、違法な行政処分が法効果を生じてしまう現象を、〈違法なのに有効である〉ととらえるのではなく、〈有効だけれども違法である〉ととらえて、違法な行政処分に対する是正・救済手段が伴うべきことを主張している（148頁）。取り消されたら遡及的に効力を失うのも当然である。私見は決して法治主義を軽視するものではない。

※ 興津説は、「現在の日本の現行法の下で、〈行政処分は取り消されるまでは有効である〉という法現象あるいは法命題（有効命題）が現に妥当しているという認識に基づいて」というので、結局は、現行制度を前提としている。しかし、現行制度はどのようなものか、実定法に即したきちんとした説明はない。「この法現象あるいは法命題を合理的に説明する論理構成を探るものである」とするが、それが先決問題審理権の制限によるものであれば、それで十分

で、それ以上、違法でも有効だなどという論理構成をする必要もなければ混乱させるだけである。

私見では、現行制度を前提としても、先決問題審理権の制限を効力論で説明することは前記のように不適切であると考ええる。さらに、私見は、効力論を展開することは意味不明の宗教的な理論であるし、さらなる理論と制度の発展を阻害すると考えて、現行制度を前提とせず、行政処分というものの本来的な効果を考え、それを前提として制度を構築し、また、理解すべきだというものである。現行制度を前提とするならば、単純に行政行為に〈違法なのに有効である〉とか、〈有効だけれども違法である〉といった理論構成をするのではなく、どの制度がどのような仕組みの下でどんな効力を有するのかを説明すべきであると思う。

興津説では、この法現象あるいは法命題が規範的に正しいとか政策的に望ましいとか、ましてや行政法学に内在する原理原則であって変更できないなどとは決して考えていないとはいうが、それを直接に論じていないので、〈違法なのに有効である〉という理論だけが独り歩きし、先の展望がない理論だと思う。

(7) 二重要件構成によれば「公定力を認めざるをえない」とするのなぜなのかという阿部の疑問（問1）に対して、興津は次のように答えた。

二重要件構成によれば、行政庁による行政処分の意思表示の事実があっただけでは行政処分が法効果を生じることではなく、それに加えて処分要件が充足されていることが必要である。しかし、現実には、行政処分の法効果により形成または確定された法律関係に関する訴訟においては、処分要件の充足（行政処分の適法性）は主張立証の対象となる要件事実を構成しない。そうすると、行政処分たる意思表示と同時に示された、処分要件が充足されているという行政庁の認定判断が先決問題を審理する裁判所の判断に優越して通用すると解さなければ、行政処分が法効果を生じているものとして扱われることを根拠づけられない。この行政庁の認定判断の通用力が、(手続法的) 公定力と呼ばれるものである（144～145頁）。

※ 阿部は、有効として扱われるという議論は行政処分の審理権の制限とい

う現行制度を前提としているのであれば、前提が違うと思う。手続的公定力も混乱を生ずる説明であることも前述した。

繰り返しになるが、民事訴訟において行政処分の要件が充足されていないという主張をすることが（無効の場合を除き）許されないという現行制度は、単に訴訟類型の間の権限分配の問題に過ぎず、処分要件が充足されているという行政庁の認定判断が先決問題を審理する裁判所の判断に優越して通用するとわざわざ解する理由もないし（行政庁の判断も取消訴訟では裁判所の判断に劣後する）、行政処分が法効果を生じているものとして扱われるという一般的な説明をすることは飛躍であって、不適切である。

（8）「それは適法性推定説・自己確認説というすでに克服されたはずの理論と同型の構成を（おそらくそれと気づかずに）とることになり」もなぜなのかという阿部の疑問（問2）に対して、興津は次のように答えた。

処分要件が充足されているとは、とりもなおさず行政処分が適法であるということである。行政処分が適法であるという行政庁自身の認定判断に通用力が認められるという主張は、まさに適法性推定説・自己確認説そのものである（155～159頁）。

※ 処分要件が充足され、処分が適法であるときとは、自己の確認によるのではなく、裁判でも通用しているから効力があるのではないか。筆者の主張が、「行政処分が適法であるという行政庁自身の認定判断に通用力が認められるという主張」になぜ成り代わるのか、理解できない。

（9）「行政処分は、違法なら本来は無効であるという前提が議論を複雑にしている」ということもなぜなのかという阿部の疑問（問3）に対して、興津は次のように答えた。

行政処分は違法なら本来は無効であるという前提（無効命題）をとらなければ、上記の問答1・2で述べたような複雑な論理操作が不要になるからである。

※ 阿部は、上記の問答1、2の論理操作は上記のように不適切であり、かえって複雑であると思料する。行政処分は違法なら本来は無効であるが、それを審理する権限を有するのが、取消訴訟の裁判所であって、民事訴訟の裁判所

ではないというだけのことである。効力論を展開するのが基本的な誤りと思う。

(10) 阿部は、興津説が難解であるという。たしかに、拙稿（興津説）では先学説を比較したり批判したりしながら論じたため、行論が一直線ではなく、入り組んでいることは否めない。しかし、推論のステップはなるべく省かずに書いたつもりなので、ロジックを丁寧にたどれば、それなりに理解可能なものではないかと信じているし、出てきた結論（行政処分意思表示があればそれだけで法効果が発生する）はシンプルこの上ない。拙稿の草稿を、行政法学が専門ではない法学研究者複数名に読んでいただいたが、私の言いたいことは理解していただけた。拙稿は、公定力という名前では呼ばれている法現象を、民事訴訟における要件事実の問題（あるいは実体法上の〈要件→効果〉の構造）に解消しようとするものであるので、公定力に関する先入見がないほうが、理解しやすいのかもしれない。

※ 行政処分は、意思表示が違法であっても、最終的には、取消訴訟であれば遡及的に取り消されるのに、なぜ、法効果が発生するのか。民事訴訟では効果が発生しているかに見えるが、それは先決問題審理権の制限による。取り消されるまでの効果は、法効果ではなく、仮の効力なり、事実上の支配力（支配権）の問題ではないかと感ずる。また、本稿の最初に紹介した先学の主張はどれだけ理解されたか。

(11) 拙稿（興津論文）は、決して、公定力に関する難解な概念や論理を振り回そうとしたものではなく、ましてや公定力論議を行政法学の研究領域として復活させることを目論むものではない。むしろその逆であり、公定力に関する難解な概念や論理が振り回され、行政法学者の貴重な知的資源がこれ以上この無益な論議に浪費されることのないように、それが無用であることを明らかにし、公定力概念を行政法の世界から抹消しようとするものである。その点では、阿部の年来の主張とまったく同じ意図に出たものである。

もちろん、拙稿の至らぬ点・論じ足りぬ点・不明確な点について、阿部のように御批判・御叱正をいただくことは今後とも大歓迎である。しかし、最終的にはそうした過程を通じて公定力概念無用論が行政法学に浸透し、何十年後に

なるかわからないが、公定力という言葉が行政法の教科書から消え去るとともに、拙稿の存在も忘れ去られることが、興津の本望である。

※ 筆者は、この興津論文を読んで、難解な概念や論理に振り回され、公定力概念は無用でも別個の説明で存続させるもので、行政法学者の貴重な知的資源がこれ以上この無益な論議に浪費される可能性がかえって高まったと感じて、ここに異論を述べたのである。筆者も、論争を通じて、相互の学説が洗練され、より良い方向へと向かうことを歓迎する。阿部は、ここで持論を撤回することはないが、相互の立脚点が異なり、興津説は、結局は、現行制度特に先決問題審理権の不存在の説明に帰する多くの学説の呪縛にとらわれている（したがって、現行制度を改革する展望が出てこない）ことを指摘できたことは有益であった。

（12）田中謙から次の指摘を受けた。

興津論文の135頁で示されている「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、これを前提に滞納処分や不納付加算税の賦課がなされる」ことについて、回答する必要があるという。

※ この場合には、この処分は、神の目からどうであろうと、人間の世界では、適法な場合と同じ状況にあるから、通用している。この瑕疵は、神の目から見て、客観的に、取り消しうべき瑕疵ではなく、無効でも、同じく通用する。したがって、公定力とは関係がないし、効力論を展開する必要がない。

渡辺洋三（76頁）は、被課税者は、自己の債務を認めた場合にはそれ以上法律問題にならないと指摘している。

（13）興津論文136頁の脚注（24）では、「実定法上（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」と問われる。

田中謙からは、「そのような法令は実定法上効力を有しないが、無効であるという手続上の公権力的判断がないので事実上通用しているにすぎない」という説明と同じという理解で合っていますでしょうか?と質問を受けた。

※ 法令の場合、直接にその取消・無効を求めることができないから、行政行為とは異なり、取り消されるまで、有効かどうかという議論をする地盤がない。刑事事件、行政事件、民事事件の前提として、違憲なら、違法だが有効だなどとは言わずに、当然に無効である。裁判所による無効判断があるまで通用しているというのは、誰かが争わないと、権限のある者の行為は通用するということだけではないか。そんな議論をする価値があるとは思えない。

六 公定力の淵源であるドイツ法の今日の理解

1 人見剛説

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」219頁以下は、ドイツにおける行政行為の諸効力を検討する。それは、拘束力、存続力、確定効果、構成要件的效果などであるが、ドイツの学説は迷路なりジャングルのようなものであるといわれる。そして、日本の公定力に相当するのは、構成要件的效果であるとされ、その範囲を検討するが、最後に、公定力の客観的範囲に相当する問題は、我が国のように、民・刑事訴訟における先決問題という局面ではなく、主に多段階的行政手続における部分決定あるいは競合する許可手続き間の許可の拘束力の範囲といった問題として論じられているという。そこで、その効果の及ぶ客観的範囲・限界は個々の行政行為の効果内容に即して個別具体的に見定められるべきことは我が国と同じとまとめられている。

ドイツ法の分析は重要な業績であるが、日本法への寄与は明らかではない。

2 山本隆司説

ドイツ法の状況については、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)646頁以下も詳しい。山本の説明を借りると、行

行政行為の公定力のもととなる理論は、もともと、かつてのドイツ（オットー・マイヤー）からの輸入品であったが、今日のドイツの学説は、公定力という一体的構成ではなく、規律・拘束力、存続力、構成要件的効力と分解して捉えられている。規律・拘束力とは、法規範として、関係行政庁と利害関係ある私人を拘束する効力とのことであるという。しかし、それは適法であることが前提であろうから、当たり前のことである。

存続力は、私人が一定期間内に所定の手続をとって、行政行為の拘束力を否定する主張をしなければ、もはや私人の主張は法的に認められないことになる（不可争力ないし形式的存続力）という。しかし、これは期間制限の反映である。期間の制限がなければこのような効力はないというのが私見である。

行政庁が職権取消し等によって行政行為の効力を否定できない場合、行政行為に不可変更力ないし実質的確定力が認められるという。しかし、それも、行政行為一般の効力ではない。

構成要件の効果とは、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をいう。もっとも単純な例を挙げると、帰化の許可があれば、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という。

しかし、それも、ごく簡単に、権限で説明できる。それ以上に、効力として説明することが有意味なのか。かえって、問題を混迷させるのではないか。

さらに、山本「開かれた法治国」公法研究65号164頁（2003年）は、現在のドイツでは公定力ないし自己確認に対応する概念は用いられていないことを指摘し、公定力を用いず、行政行為は、形式的確定力が生ずること、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」を求めることができるという。日本とは、前提となる法制度が異なる（計画確定手続等、阿部『行政の法システム上』161頁参照）と認識してよいのか？

結局、筆者はドイツの理論もまともな理論ではなく、そんな効力論は廃棄す

る方が簡明だと感じている。

なお、ドイツ法は、宮崎『行政争訟と行政法』198頁、原田大樹「行政行為の効力」79頁も指摘している。

3 韓国・洪 康勲（ホン・ガンフン）「独自の行政行為効力論に基づく行政行為効力の新しい再構成 — 公定力、存続力、拘束力の概念間の歴史的・理論的比較分析 —」へのコメント

同教授は、現在、延世大学のロースクール教授である（法学博士 Dr. iur.）。掲載雑誌は、韓国公法学会、公法研究第49集第1号（2020年10月）である。

はしがきと結論だけ紹介する。

これは、次の問題意識に立つ。

我が国の行政行為効力論では、一般的に「拘束力」「公定力」「存続力」という概念が、互いに異なる効力として厳密に区別されて論じられている。しかし、これら三つの概念が果たして明確に区別可能なものかどうかには疑問が残る。また、日本から導入された「公定力」とドイツから導入された「拘束力」および「存続力」が混在して論じられている現状は、その区別の混乱をさらに深めている。

過去100年以上にわたって、ドイツと日本でもこの分野は学説が百花繚乱のごとく乱立する代表的な行政法の難題領域であった。しかし今日では、ドイツと日本において過去の混乱を乗り越え、この分野の議論がかなり整理されている状況である。

そこで本論文では、約130年前に行政行為効力理論が始まった時点から現在までの、ドイツと日本における歴史的理論の発展状況を追跡し、両国理論の緻密な比較分析を通じてこれら三つの概念（公定力・拘束力・存続力）を新たに再整理し、それをもとに、現在の我が国（韓国）における行政行為効力理論の盲点を分析し、新たな分類方法を提示しようとするものである。

（中略）

結論は次のようである。

☑ 1. 「公定力」「存続力」「拘束力」は実質的に同一概念である

- 「公定力」は元来、ドイツの「**Rechtskraft**（確定力）」の誤訳から生まれた日本独自の概念である。
 - しかしその内容は、実際には「取消されるまでは行政行為は有効と見なす」という、ドイツにおける「存続力」や「拘束力」の考え方と本質的に一致している。
 - よって、これら3つの概念を併存させる必要はなく、ひとつに統一すべきである。
-

☑ 2. 「実体法的効力 vs 手続法的効力」の議論は不要である

- 日本で始まった公定力に関する「実体法的か手続法的か」という論争は、結局どちらの立場をとっても結論や効果に違いが出ない。
 - 現在では、民事・刑事裁判所の「先決問題判断」も可能であり、立証責任も民事訴訟法学の一般理論に委ねられている。
 - よって、この議論はもはや学問的意味を失っており、今後は必要ない。
-

☑ 3. 効力分類は「存続力」と「構成要件的効力」の2つに単純化できる

- 公定力・存続力・拘束力は統一可能。
 - 強制力は実定法上の制度であり、理論的分類からは除外すべき。
 - 確定的効力（*Feststellungswirkung*）は、韓国法上では該当事例が極めて稀である。
 - よって、行政行為の効力分類は、次の2つに簡素化できる：
 - ① 存続力：当該行政庁および当事者を拘束
 - ② 構成要件的効力：他の国家機関を拘束
-

☑ 4. 長年の概念混乱と理論的重複を克服すべき

- 韓国の行政行為効力論は、70年以上にわたり「公定力」概念を中心に展開されてきた。

- しかし、その根拠となる用語・概念は、翻訳の誤解・理論的誤用・重複に満ちていた。
- 今こそ、混乱を克服し、簡明かつ論理的な体系を確立すべき時期である。

阿部コメント：これは効力論を残しつつ、議論の混乱を整理するものである。つまらない議論を整理する点で、有用である。ただ、そんな効力を論ずる必要はないという私見とは異なる。

※ 本稿作成に当たっては、興津征雄、田中謙、中川丈久、西上治の諸教授からお教えを受けた。感謝する次第である。

主要引用文献一覧

阿部泰隆 以下、書名だけを引用したのは、阿部著である。

- 同『フランス行政訴訟論』（有斐閣、1972年）
- 同『行政救済の実効性』（弘文堂、1985年）
- 同『国土開発と環境保全』（日本評論社、1989年）
- 同『行政法の解釈』（信山社、1990年）
- 同『行政訴訟改革論』（有斐閣、1993年）
- 同『行政訴訟要件論』（弘文堂、2003年）
- 同『行政の法システム上・下新版』（有斐閣、1997年）
- 同『行政法解釈学Ⅰ、Ⅱ』（有斐閣、2008、2009年）
- 同『行政法の解釈（3）』（信山社、2016年）
- 同『行政法再入門第3版上・下』（信山社、2024年）
- 同『未完の行政訴訟改革』（信山社、2020年）
- 同『司法改革の挫折』（信山社、2021年）
- 同『行政訴訟の理論的・実務的課題』（信山社、2021年）
- 同『処分性・原告適格・訴えの利益の消滅』（信山社、2021年）
- 同『政策法学の理論と実践』（信山社、2022年）

同『租税法への提言・挑戦』（信山社、2023年）

同『行政法学の変革と希望』（信山社、2023年）（『阿部傘寿』として引用）

同「行政訴訟における仮の救済の不備は正策」自治研究99巻3号～5号（2023年）。

同「労災認定・労災保険料の認定を巡る雇用者の訴訟－最判令和6年7月4日への重大な疑問」季刊労働法の2026年春号（292号）。

安念潤司「行政訴訟は特殊なのか」『日弁連研修叢書 現代法律実務の諸問題 平成14年』（第一法規、1004）705頁

今村成和『現代行政と行政法の理論』（有斐閣、1972年）

遠藤博也『行政行為の無効と取消』（東大出版会、1968年）213頁以下、

同『行政法スケッチ』（有斐閣、1967年）100頁以下。

同『実定行政法』（有斐閣、1989年）94頁、118頁

岡田雅夫「書評 兼子仁著『行政法総論』岡山大学法学会誌34巻2号117頁（1984年）

同『行政法学と公権力の観念』（弘文堂、2007年）88頁以下

雄川一郎『行政の法理』（有斐閣、1986年）161～164頁

興津征雄「〈行政処分は取り消されるまで有効〉の意味」一公定力概念無用論一 行政法研究47号125頁以下（2022年）。

兼子仁『行政行為の公定力の理論』（東大出版会、1961年）317頁以下

同『行政法総論』（筑摩書房、1983年）194頁以下

同『行政法学』（岩波書店、1997年）150頁以下

兼平裕子『借用概念と税務争訟』（清文社、2016年）

越山安久「抗告訴訟の対象」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座（9）』（日本評論社、1983年）31頁以下。

小早川光郎『行政法（上）』（弘文堂、1999年）268頁

同「先決問題と行政訴訟」『公法の理論上 田中二郎先生古稀記念』（有斐閣、1976年）371頁以下

白石健三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」『岩松裁判官還暦記念 訴訟と

裁判』（有斐閣、1956年）419頁以下

同「行政処分無効確認訴訟について（一）」法曹時報13巻2号132頁（1961年）
杉村敏正『行政法講義（中）』（有斐閣、1963年）

同「行政行為の公定力」『法の支配と行政法』（有斐閣、1970年）

高柳信一『行政法理論の再構成』（岩波書店、1985年）107頁以下。120頁（初出、1969年）、472頁（初出、1973年）、483頁以下（初出、1973年）

田中謙「違法な行政処分が取り消されるまでの『法効果』（いわゆる『公定力』）なるものの批判的検討」（関西大学法学論集75巻5号4頁以下、2026年）。

田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957年）275～276頁、321～322頁

同『新版行政法上 全訂第2版』（弘文堂、1974年）105頁、133頁

同『行政行為論』（有斐閣、1954年）

中川丈久「行政訴訟の基本構造（1・2完）民商法雑誌150巻1号1頁以下、2号182頁以下（2014年）

同「行政実体法のしくみと訴訟方法」法教370号60頁（2011年）

原田尚彦『行政法要論全訂第7版「補訂二版」』（学陽書房、2012年）138～143頁

同「行政行為の権力性について」『訴えの利益』（弘文堂、1973年、初出、1969年）89頁

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」『行政法学の現状分析 高柳信一先生古稀記念論集』（勁草書房、1991年）219頁以下

同「行政処分の法効果・規律・公定力」『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）71頁以下

同「行政行為とその効力—公定力と規律力」法教360号6頁以下（2010年）

福井秀夫『行政法の存在理由』『行政法学の変革と希望』（阿部傘寿）308～309頁

同「公定力概念の検証—実定法に根拠なき理論の廃棄と排他性の廃止」自治研究100巻3号、5号（2024年）

同「美濃部達吉行政法理論と『公定力』の呪縛及び原告適格を基礎づける『法

律上の利益』とは何か」自治研究101巻7号～12号（2025年）

藤田宙靖「裁判規範と行為規範—高柳教授の行政法学の論理構造に関する疑

問」『行政法学の思考様式 [増補版]』（木鐸社、2002年）19頁以下

同『行政法総論上』（青林書院、2020年）234～244頁

同『行政法入門「第7版」』（有斐閣、2016年）117頁以下

宮崎良夫『行政争訟と行政法』（弘文堂、1991年）

村上順「行政法一般理論と行政行為の権力性」兼子仁＝磯部力『手続的行政法学の理論』（勁草書房、1995年）40頁以下

室井力『現代行政法の原理』（勁草書房、1973年）

同『現代行政法の展開』（有斐閣、1978年）

同「行政不服審査と抗告訴訟—行政救済法制の課題」『行政改革の法理』（学陽書房、1982年、初出1979年）

渡辺洋三「法治主義と行政権」（思想414、416、419号、1958年）、「行政権の優越性と国民の権利」（法律時報27巻7号・9号、1955年）『現代国家と行政権』（東京大学出版会、1972年）所収、特に10～20頁、72～82頁。