論　説

韓国の行政基本法制定から見る「行政法の一般原理」に関する一考察

趙　　元　済

目次

Ⅰ　はじめに　～　行政法改革の方法ないしベクトルについて
Ⅱ　行政基本法の総則規定
　1　用語の定義
　2　国等の責務
　3　行政基本法と他の法律との関係
　4　期間の計算
Ⅲ　行政の法原則
　1　法治行政の原則
　2　平等原則
　3　比例原則
　4　誠実義務および権限濫用禁止の原則
　5　信頼保護の原則
　6　不当結付禁止の原則
Ⅳ　行政作用
　1　処分
　　（1）法令等の遡及適用の禁止と法適用の基準時
　　（2）処分の効力
　　（3）授益処分の欠格事由法定主義
　　（4）附款
　　（5）違法または不当な処分の取消
　　（6）適法な処分の撤回
　　（7）処分の自動化
　　（8）裁量権行使と正当な利益考慮
　　（9）不利益処分の根拠法制定の指針と要考慮事項
　　(10) 不利益処分の除斥期間
　2　見做し許認可
　3　公法上の契約
　4　課徴金賦課
　5　行政上の強制
　6　その他の行政作用
　7　処分に対する異議申立ておよび再審査
Ⅴ　行政の立法活動等
Ⅵ　おわりに　～　国が違っても行政法は変わらない

Ⅰ　はじめに　～
行政法改革の方法ないしベクトルについて

大韓民国（以下「韓国」という。）は、その政治・経済を一瞥すると、日本国（以下「日本」という。）と同様に、立憲国家のレジームの下で民主主義と自由（市場）経済主義を共通の基本価値としているといってよい。これらの価値を実現する方法の１つとして、日本は内閣責任制を採択し、韓国は再任を認めない５年任期の大統領制（憲法 70 条）という異なる制度的装置を採択しつつも、両国の行政実務においては、法律留保、委任立法および行政裁量等といった共通の法技術論が広く用いられていることが確認できよう。そして、行政機関には様々な行政基準や行政計画等を策定・決定したり、個人の自由権および財産権を制限・剥奪したりする権限、および行政上の義務違反に対する強制執行と制裁を講じる権限が法的に付与されており、また、その行政権限の程度としては権力的なものもあれば、非権力的なものもあり、その態様として権力的または非権力的なものが並列的、あるいは重畳的に行われているという共通点も散見される。むろん、これらの行政権限行使の多くは、行政目的の１つである公益実現のための行政規制の一環として行われよう。そして、以上のような行政権限の行使は行政実務上、つねに違法もしくは不当に行われたり、または裁量として逸脱・濫用したりするおそれがあるのも、周知のことである。このため、日・韓の行政法学上、行政権限の行使の適法性や適正さを確保することを目的として行政手続や裁判手続による法的統制のための考究が行われており、これらに関する考究は行政法学上、最重要課題の１つであるといえよう。

ところが、裁判手続による法的統制の仕組みに関しては、日本は、周知のように、終審たる最高裁判所を頂点とする司法国家制を採択している。これに対して、韓国は、裁判制度において日本と同様に、法律上の争訟に関わって終審たる大法院（日本の最高裁判所にあたる。以下同じ。）を頂点とする司法国家制を採択しながら、1987 年の憲法全部改正とそれに伴って翌年に憲法裁判所法を制定し、憲法訴願審判および違憲法令審査等の権限を有する憲法裁判所による憲法裁判をも取り入れている[(1)]。つまり、韓国は、司法国家制と並行し、

(1)　憲法裁判所は、違憲法令審査（憲法裁判所法４１条ないし４７条および６８条２項）、弾劾審判（同法４８条以下）、政党解散（同法５５条以下）および行政機関の権限争議（同法６１条以下）に関する審判権を有し、また、公権力の行使または

憲法裁判所を設置し、裁判権の分散を通じて私人の権益救済の途の多元化を図っているという特色がある。また、韓国は、行政上の不服申立てに係る審査の公正さと救済の実効性を高めることを目的として数次にわたり、その一般法たる行政審判法の改正を通じて学識経験者からなる外部の者で構成される中立の第三者機関たる行政審判委員会が、処分または不作為に対する仮の権利救済制度として臨時の直接処分権を有し（31 条）、行政審判請求について審査・議決にとどまらず、裁決をも行うという裁決庁の地位をも兼ねており（43 条）、当事者の同意を得て事件の迅速かつ公正な解決のための調整権（43 条の 2）、不作為に係って直接処分権を有し（50 条）、間接強制の措置を講じることができる（50 条の 2）などといった独自の発展を成し遂げている。同委員会の認容裁決が行われると、行政庁は認容裁決に対する同委員会への再議決権のみならず、法院への提訴権をも有しないため、行政審判請求事件は終結する。この認容裁決の確定効の故に、同委員会は法院と同様に、処分または不作為に対する行政審判を通じて最終的な法令解釈権を有することになり、私人の権益救済の途の多元化に一翼を担っているという特色がある。こうした特色を有する憲法裁判や行政審判制度は、行政救済ルートの多元化をもたらし、法院における訴訟要件の厳格な運用に起因する司法救済の谷間をなくす役割を担うことになり、その結果として行政救済における組織間の競争原理を生むことになる[(2)]。

不行使により、基本権の侵害を受けた者が、法院の裁判を除いて憲法裁判所に憲法訴願審判を提起し、これによって基本権の救済保護を求めるという憲法訴願（同法６８条１項）に関する審判権を有する。韓国の憲法裁判所については、拙著『行政救済　－日・韓の現状と制度―』（信山社、2003 年）281 頁以下参照。

(2) 一般に、違法な行政処分から私人の権利利益を救済保護するものとしては、行政訴訟、とりわけ取消訴訟が主たるものとして位置付けられている。ところが、韓国では、行政訴訟による私人の権益の救済保護のほかに、まず、学識経験者からなる部外者が委員の過半数以上を占める行政審判委員会による行政不服審査が、不服申立人の自由選択による行政訴訟の前審として私人の権益の救済保護の一翼を担っている。つぎに、憲法裁判所の憲法訴願審判制度は、行政訴訟、とりわけ取消訴訟の対象ではないため、救済されない行政作用ないし決定を審判の対象としているが故に、権利救済の死角たる谷間を大幅に減らし、行政訴訟の不十分な権利救済機能を補っている。さらに、これらの訴訟法上の権利救済制度の不十分さを補うべく、1994 年の「行政規制および苦情事務基本法」の制定によってはじめて設置された国民苦情処理委員会による行政上の苦情処理（＝国レベルでの行政オンブズマン制度）が非訴訟法上の権利救済制度として法定された。その後、2005 年の「国民苦情処理委員

他方では、行政法制における立法手法ないし態様を見てみると、韓国は、日本と同様に、特定の個別行政領域を規律するための基本法を多く制定・施行しているという現象を確認することができる[(3)]。この現象からは、とりあえず、個別行政領域を所管する行政機関が基本法を制定し、基本法の定める行政権限行使の行為規範または基準ないし指針となる総則規定等により、行政活動を自ら法的に統制しようとする努力の表れであるとの評価も、一応可能であろう。こうした韓国の行政法制における基本法の制定の中で注目すべき点は、行政調査に関する一般法たる行政調査基本法[(4)]が制定施行されていること、とくに

会の設置と運営に関する法律」（法律第 7650 号）が苦情処理の根拠法となり、各地方自治団体には市民苦情処理委員会が置かれることになった。そして、国民苦情処理委員会は、2008 年の「腐敗防止及び国民権益委員会の設置と運営に関する法律」（法律第 8878 号）によって廃止され、新設された「国民権益委員会」に引き継がれることになり、同年の行政審判法一部改正（法律第 8871 号）によって法制処に置かれていた国務総理行政審判委員会も「国民権益委員会」に属することになった。また、各種人権侵害や差別からの救済保護を目的として、2001 年に制定された「国家人権委員会法」の下で人権委員会が設けられ、これによる人権救済制度が非訴訟法上の権利救済制度の 1 つとして数えられよう。このように、現象的には、韓国における私人の権利救済体系における大きな特徴の 1 つとしては、権利救済制度の多元化によって重畳的かつ網羅的な権利救済体系の形が作られているという私人の権利救済体系における現代的展開を見ることができるという点が挙げられよう。もちろん、これらの制度が私人の権益を救済保護する重要な手段として確立されつつあるかどうかについては、行政審判裁決例および憲法裁判決定例などの分析検討が必要であることはいうまでない。だが、新しい法制定と数次にわたる法改正による韓国の行政救済制度の変遷過程からは、行政審判制度と憲法裁判制度を、違法または不当な行政活動から私人の権益を救済保護する重要な手段として位置付けようとする努力ないし試みを垣間見ることができる。これについては、拙著「権利救済制度の「公共性」確保のための制度設計に関する一考察」室井力先生古希記念論文集『公共性の法構造』所収（勁草書房、2004 年）、同『行政救済　－日･韓の制度と現状－』前掲書参照。近年の韓国の行政不服審査制度の変遷などに関しては、拙著「韓・日の行政不服審査制度に関する比較研究」(韓国語版) 法制 2015 年 3 月号 157 頁以下参照。

(3) 韓国は、国税基本法（1975 年）、消費者基本法（1982 年）、電気通信基本法（1984 年）、環境政策基本法（1991 年）、教育基本法（1998 年）、行政規制基本法（1998 年）、国土基本法（2003 年）、土地利用規制基本法（2006 年）、政府業務評価基本法（2006 年）、建築基本法（2007 年）、行政調査基本法（2007 年）および食品安全基本法（2008 年）などの多くの基本法を制定･施行して来ており、最近においても、住居基本法（2015 年）、水管理基本法（2019 年）、青年基本法（2020 年）および小商工人基本法（2021 年）などを制定・施行している。

(4) 拙著「韓国の行政調査基本法（資料）」駒澤法曹 15 号（2019 年）参照。

2021年には行政の一般に関してその適用のある「一般法」たる行政基本法が制定施行されていることである。

韓国では、従前から行政基本法制定の必要性を謳う見解があったものの[(5)]、行政法総則に係るものを法制化する場合でも、行政手続法の改正を通じて行政手続法がこれを定めるべきであるとする見解が有力であったとされている[(6)]。しかし、2019年2月12日に開催された国務会議（大統領召集・主宰）において行政手続法の改正ではなく、独立した法体系としての行政基本法の制定が方向付けられることになる。これにより、法制処が所管部署となり、同年7月2日開催の国務会議で行政基本法の制定ロードマップを報告し、了承を得て、行政基本法案作成のために、同年9月4日に行政法制革新推進団を置き、翌日に行政法制革新諮問委員会の委員らが委嘱された[(7)]。同諮問委員会には顧問団と運営委員会のほかに、3つの分科委員会が置かれ、その検討を行い、半年余りの検討の末に法制処は2020年2月に行政基本法素案を公表した。同素案は、矢継ぎ早に公聴会および関係機関との協議を経て、同年7月7日に国務会議に上程され、その翌日に政府立法として国会に提出され、国会の法制司法委員会の審査を経て、2021年2月26日に国会本会議において議決・通過されたという経緯がある。行政基本法は、同年3月23日から一部の条項を除いて公布・施行されている。以上の経緯からすれば、行政基本法の制定に関しては、学界や市民団体等による持続的な要望や活発な論議に基づくものであるというより、むしろ法制処の「主導」によるものではないかという節がある。

さて、行政基本法を大雑把に見ると、第1章「総則」、第2章「行政の法原

(5) 行政基本法の制定の必要性が学界ではじめて謳われたのは、김중권，김영수「21세기 국가모델을 위한 가칭 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁」公法研究第41輯第3号（2013.3）。

(6) 정하중「행정기본법 제정안에 대한 소고(小考)」法制2020年6月号8頁。

(7) 法制処行政法制革新推進団は、2009年9月4日に発された「行政法制革新推進団の設置及び運営に関する規定」(大統領訓令第409号)により、法制処次長を団長として、法制処および関係行政機関の所属公務員等で構成し、行政基本法の制定と行政法令の改善に関する業務を効率的に遂行することを目的とするものである。行政法制革新諮問委員会の構成を見てみると、大学教授（35名）、判事（3名）、憲法裁判所研究官（1名）、弁護士（2名）および行政実務家（4名）および研究員など（5名）となっている。

則」、第３章「行政作用」、第４章「行政の立法活動等」という構成となっている。以上の第３章は、第１節「処分」、第２節「見做し許認可」、第３節「公法上の契約」、第４節「課徴金賦課」、第５節「行政上の強制」、第６節「その他の行政作用」、第７節「処分に対する異議申立ておよび再審査」に係る規定を定めている。以上の第１節「処分」における「処分の自動化」、「不利益処分の根拠法制定の指針と要考慮事項」および「不利益処分の除斥期間」に係る規定、第２節「見做し許認可」は、日本の行政法制との比較からすれば、韓国の行政法制の特長であると思われよう。むろん、行政基本法のこれらの規定が行政法制において刮目すべき事象として行政法学や行政実務にどのような影響ないし変化をもたらすことになるかについては、具体的事案に即して検討をする必要がある。

行政基本法の制定との比較法的な観点からすれば、日本の行政法制では、2004年の行政事件訴訟法の改正をその特徴として挙げることができる。同法の主要な改正内容は、原告適格の拡大（9条２項）、国または公共団体を被告とする被告適格の変更（11条１項等）、出訴期間の延長（14条１項）、釈明処分の特則（23条の2）等であり、とくに新たに採択された義務付け訴訟および差止め訴訟は、従来の取消訴訟中心主義のシステムだけでは、行政庁の私人に対する権益侵害からの救済保護が不十分であり、あるいは機能不全であったという評価の下で、実効的な救済保護をより一層高めることを目的として、かつての取消訴訟による事後救済から事前救済の行政救済への転換を図るものである。これは、行政救済法の原理に転換をもたらす重要なファクターとなる。このように、新たな訴訟類型の追加は、取消訴訟中心主義からの脱却[(8)]と、これにとどまらず、行政庁の第一次判断権を尊重するという理由の下で司法府が

(8) ある論者は、「この訴訟類型の再編成は、いわゆる取消訴訟中心主義からの脱却を意図していることが前提とされていることにかんがみれば、日本の行政訴訟法制定史の一つの転機であるということができる。もっとも、取消訴訟中心主義自体は、当時の立法政策の所産であるという見地に立てば、ここに行政訴訟理論上の本質的転換を見たとまで評するには及ばないであろう。」（塩野宏「行政訴訟改革の動向―行政訴訟検討会の「考え方」を中心に―」（法曹時報第56巻第３号10頁（2004年））と述べている。

行政府に対して示す自制自粛の謙譲審査といったドグマチックの克服[9]をも意図したものであろう。もちろん、日本の改正行政事件訴訟法が従来の実質的当事者訴訟の定義規定（4条）の中に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」というフレーズを流し込み、「公法上の確認訴訟」を新たに明示したことも、同訴訟の活性化[10]を図り、取消訴訟中心主義からの脱却を意図するものである。

また、日本の法科大学院における修得されるべき学習内容・水準に関する共通のミニマム・スタンダードとして示されている共通到達目標[11]も行政法（学）の転換点の1つとして数えられよう。比較法的な観点から、共通到達目標の内容からその意義を見てみると、まず、それは、講学上の「行政行為論」が共通到達目標から外されたことにあろう。すなわち、共通到達目標の第一次案（2009.12）は、行政行為の分類論としての法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の区分、さらに許可・特許・下命・認可等の分類に関しては学習目標とせずに、行政処分と行政行為の概念的な異同を理解することにとどめていたが、その後の第二次案（2010.3）とその修正案（2010.9）は、第1章「行政過程の全体像」において行政行為論に関する学習を共通到達目標から削除し、行政処分のみを学習の範囲として挙げていることを確認することができる。つぎに、共通到達目標は、第1章「行政過程の全体像」の学習のほかに、第2章

(9) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』60～61頁（弘文堂、2004年）、高木光「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト1277号17頁（2004年）。

(10) 抗告訴訟が使えないときに確認訴訟の活用を主張するものとしては、斎藤浩『行政訴訟の実務と理論』前掲書322頁、そのほか、中川丈久「行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性」民商法雑誌130巻6号966頁（2004年）。

(11)「法科大学院コア・カリキュラム調査研究グループ」は、法科大学院の法律基本科目及び法律実務基礎科目について、修学上、共通に到達すべき目標を明らかにしようとし、2009年12月に法科大学院における共通的な到達目標（=「共通到達目標」）の第一次案を策定・公表し、第一次案に寄せられた意見を踏まえ、さらに検討を進めて、2010年3月に「共通的到達目標（コア・カリキュラム）と法科大学院教育」というテーマでシンポジウムを法科大学院協会と共催し、同シンポジウムにおいて第二次案についての報告と意見交換を行い、2010年9月には第二次案修正案を策定・公表した。すなわち、共通到達目標とは、日本の法科大学院において修得されるべき学習内容・水準に関する共通のミニマム・スタンダードを示すものである。ちなみに、以上の共通到達目標の策定は、文部科学省の「専門職大学院等における高度専門職業人養成教育推進プログラム」に基づくものである。

「行政処分の実体的違法事由の検討能力」および第３章「行政処分の手続的違法事由の検討能力」を学習範囲とし、さらに第４章「行政上の不服申立制度の運用能力」、第５章「抗告訴訟の運用能力」をも学習範囲としている[(12)]。これらは、従来の行政法テキストにおいて見られない特徴として、従来、行政の行為形式に拘泥した行政行為論等といった概念法学に傾倒した行政法学のドグマチックから脱し、以下のように、具体的事案に即した法的思考能力や訴訟実務能力の涵養を目指すことにその意義があろう。すなわち、この意義とは、法科大学院の学生らが行政法の基本的な用語や基礎的知識を十分身につけることはもちろんのこと、行政活動に関わる個別法の条文を取り上げ、同条文に関連した解釈論（学説）や判例について学習・理解し、これらの学習・理解を踏まえて、個別法の条文の適用の結果たる行政活動の違法・不当について考察し、最終的に行政事件訴訟法などの条文に則って、行政活動という事実関係に係る法律関係をめぐる紛争を解決するというように、法的に思考し判断するという法的思考能力、最終的に紛争を解決するという訴訟実務能力の涵養にあろう。もちろん、以上の行政事件訴訟法の改正や共通到達目標が絵に描いた餅にならず、概念法学に傾倒していた行政法学のドグマチックから脱するためには、訴訟実務上、日本の改正行政事件訴訟法の定める義務付け訴訟と差止め訴訟の訴訟要件・

---

(12) 共通到達目標の内容を大雑把に見てみると、その内容は、第１章「行政過程の全体像」、第２章「行政処分の実体的違法事由の検討能力」、第３章「行政処分の手続的違法事由の検討能力」、第４章「行政上の不服申立制度の運用能力」、第５章「抗告訴訟の運用能力」、第６章「当事者訴訟の運用能力」、第７章「国家賠償法に基づく損害賠償請求権に関する検討能力」、第８章「第８章 損失補償請求権の検討能力」となっている。第１章に関わるものとしては、(1) 基本的概念として法治主義、法律による行政などの基本的概念、(2) 主要な行為形式として行政処分、法規命令と行政規則、行政契約、(3) 行政過程における制度・手法として行政指導、行政調査、行政契約および行政上の義務違反に対する強制執行と制裁、(4) 行政過程の手続的規律として行政手続法、行政調査の手続的規律、(5) 行政過程の担い手に関わるものとして行政組織、行政機関の情報公開と個人情報保護、(6) 行政過程と裁判過程がその内容となっている。これらは、従来の「行政法総論（＝行政法Ⅰ）」の内容のほかに、行政組織や地方自治に係るものをも含んでいる。第２章および第３章は、抗告訴訟等における本案に係る違法性の主張に関するものであり、第４章から第７章は、「行政救済法（行政法Ⅱ）」の内容である。これらは、もちろん、現在の司法試験行政法論文試験問題の内容となる。

本案勝訴要件が如何に柔軟に解釈され、広く活用されることになるかが主要な論点となり、そのための考究[13]が必要であるし、また、共通到達目標の内容と範囲に関する絶え間ない見直しによる改善努力も必要であることは、いうまでもない。ちなみに、行政基本法にいう「行政」とは、行政機関が法令等の定める権限発動要件に基づき、一定の手続的履行を経て、公益実現を目的として行う意思決定やその決定に係るものを指すが、同決定を外部に表示することにより、その結果としてその相手方を含む利害関係者にもたらされる事実上・法律上の効果を指すものとしての処分が行政基本法の主要な規律事項となっている。行政基本法には行政規則の策定を含む行政立法、行政計画および行政組織等に係る総則規定が含まれていない。このため、一般に行政法（学）にいう行政[14]とは、その内容や範疇において異なるものであり、行政基本法にいう行政は、「狭義の行政」となる。これに対して、日本の共通到達目標にいう第1章「行政過程の全体像」は、以上の「狭義の行政」はもちろんのこと、行政立法、行政計画、行政手続および情報公開制度、行政過程の担い手としての行政組織、行政機関相互間の関係、地方公共団体の条例制定権・事務および国の関与の在り方などの項目をも含む「広義の行政」を学習範囲としているという特徴がある。以上のことは、行政基本法が行政活動に係る主要な事項を規律しているとはいえ、行政法（学）のあるべき内容とその学習範囲からすれば、一部に対する規律に過ぎないということを意味するものである。

本稿では、行政基本法による法典化の必要性とその内容に対する正当な評価のために、まず、同法の逐条解説による内容の紹介と若干の検討を行いつつ、同法がこれまでの判例法理や学説を再確認し、踏襲するにとどまらず、行政法制の転換点として、韓国の行政法（学）ないし行政実務に如何なる変化をもたらすことになるかというところに焦点を合わせながら、つぎに、行政機関に対

(13) 拙著「処分性拡大再論と訴訟選択論に関する一試論」早法 95 巻 3 号（2020）、同「処分性拡大論に付随する理論的問題に関する一試論」嶺南法学 50 号（2020）参照。

(14) 伝統的には、行政法は「行政の組織及び作用並びにその統制に関する国内公法」（田中二郎『新版行政法上巻〔全訂第二版〕』24 頁（1976 年、弘文堂））と定義されているように、行政法にいう行政とは、行政機関の決定ないし作用に関わる基本的な用語や基礎的知識などの講学上のものを含み、行政組織や同組織に属する構成員の身分等に関わる法、国と地方自治団体との関係を規律する法、各個別の行政領域に関わる法などの規律対象として用いられる。

する新たな行為規範ないし裁判規範[15]としての機能を果たすことにより、行政を法的に統制し、行政基本法１条にいう「私人の権益保護に資する」ものとして実質的に機能することになるのか、そして行政法の法典化により、行政法が国民にとって分かり易いものとなっている[16]かどうかに関する検討・分析を行う。また、本稿は、以上のような検討・分析を通じて韓国の行政法学の現状を一瞥しながら、比較法的な観点から日・韓の行政法（学）における相違点や類似点を明らかにし、とくに類似点からは日・韓に共通する行政法の「一般原理」の導出を試みることにその目的がある。だが､筆者の限られた能力の故に、同法に対する逐条解説と検討･分析が雑駁かつ断片的であり、充分ではないため、さらなる分析･検討が必要であり、これは今後の課題であることを断わっておく。

Ⅱ　行政基本法の総則規定

行政基本法１章は「総則」と題し、これに係るものとしては、第１節「目的および定義等」（1条ないし5条）と、第2節「期間の計算」（6条、7条）に関する規定を置いている。

1　目的および用語の定義等

（目的）
第１条　この法律は、行政の原則及び基本事項を定めることによって、行政の民主性と適法性を確保し、その適正性と効率性の向上を図り、もって私人の権益保護に資することを目的とする。
（定義等）
第２条　この法律において各号に掲げる用語の意義は、以下のとおりである。

(15) 行政基本法制定の主管部署である法制処の長による新聞インタービュー記事では、「公務員の権限濫用を効果的に予防できる行政基本法があったとすれば、公共部門の透明性と清廉度がより一層高められる。」（法律新聞 2021 年 4 月 22 日付け）とされ、同様に、同基本法が「行政府においては執行規範、法院においては裁判規範、国会においては立案・審査基準として作用することになる。」（이강섭『行政基本法解説書（はしがき)』（法制処、2021 年)）と述べられている。

(16) 法制処「行政基本法案の立法予告」法制処公告第 2020―28 号（2020.3）では、「行政基本法がなかったため、行政実務に携わる公務員と、国民が複雑な行政法の体系を理解し難かった」とされている。

一　法令等とは、次に掲げるものをいう。
(1) 法令：次のいずれかに該当するもの
（イ）法律及び大統領令、国務総理令、部令
（ロ）国会規則、大法院規則、憲法裁判所規則、中央選挙管理委員会規則及び監査院規則
（ハ）前（イ）又は（ロ）の委任を受けた中央行政機関（政府組織法及びその他の法律によって設置された中央行政機関をいう。以下同じ。）の長が定めた訓令、例規及び告示等の行政規則
(2) 自治法規：地方自治団体の条例及び規則
二　行政庁とは、次に掲げるものをいう。
(1) 行政に関する意思を決定し、表示する国又は地方自治団体の機関
(2) 前（1）に掲げるもののほか、法令等に従って行政に関する意思を決定し、表示する権限を有し、当該権限を委任又は委託された公共団体若しくはその機関又は私人
三　当事者とは、処分の相手方をいう。
四　処分とは、行政庁が具体的事実に関して行う法執行として公権力の行使又はその拒否その他これに準ずる行政作用をいう。
五　制裁処分とは、法令等の定める義務に違反したり、同義務を履行しなかったりすることを理由に、当事者に義務を課したり、権益を制限したりする処分をいう。ただし、第30条第1項各号に規定する行政上の強制を除く。

行政基本法は、法令等という用語を用いて、法令等を法令および自治法規と定義し、前者の法令には、（イ）法律および大統領令・国務総理令・部（省）令、（ロ）国会規則・大法院規則・憲法裁判所規則・中央選挙管理委員会規則及び監査院規則、（ハ）前記の（イ）または（ロ）の委任を受けた中央行政機関（政府組織法及びその他の法律によって設置された中央行政機関をいう。以下同じ。）の長が定めた訓令・例規および告示等の行政規則が挙げられており、後者の自治法規には、地方自治団体の条例および規則が挙げられている（2条1号）。地方自治団体の条例に関しては、韓国の地方自治法28条但し書きが「住民の権利制限若しくは義務賦課に係る事項、又は罰則を定める場合に法律の委任が

なければならない。」と規定していることに留意すべきである。

さて、以上の（ハ）の定義規定からすれば、法令には、行政実務上、施行令・施行規則のほかに法令の委任を受けて策定されている中央行政機関の長による様々な基準が含まれる。つまり、以上の（ハ）の文理からすれば、日本において行政規則として分類されている告示、通達等も、韓国では、委任を受けて策定されることがあることを示し、どのような名称が用いられているかに関係なく、委任を受けて策定されていれば、法令に属することになり、法令の委任を受けることなく策定されているとすれば、行政規則として分類されよう。このため、韓国も、日本と同様に、委任の有無によって法規命令と行政規則という分類がなされていることには変わりがない。一般に以上の（ハ）の定義規定にいう「委任」は、個別法の条文が「……については大統領令でこれを定める」、あるいは「……については○○部令でこれを定める」という体裁を取るように、個別かつ具体的な委任を意味するものであろう。だとすれば、大統領令（施行令）および部（省）令（施行規則）のほかに個別かつ具体的な委任を受けて制定される訓令・例規及び告示等の例があるのかという疑義がある。こうした例が存在しないとすれば、（ハ）の定義規定は、以下にみるように、行政規則であっても、同規則が個別的かつ具体的な委任を受けて制定された法規命令と同様に法的拘束力を有し、同様の機能を果たすことになる場合があることを示唆するものとして解されよう。すなわち、韓国の行政法学上でも、一般に法令上の個別的な委任を受けることなく、策定された通達等の行政規則は、対外的拘束力の有しない行政機関の組織内部において効力を有するものである。ところが、当該行政規則の効力に係る法的取り扱いについては、韓国でも日本と同様に、行政機関には処分の根拠法令の缺欠や不備、あるいは不確定概念等を補うための権限として行政規則（解釈基準ないし裁量基準）の策定権があり、これによって策定された行政規則が当該法令の適合性または合理性を有しているとすれば、当該行政規則は法令に結合して法規命令としての効力を有し、私人らに対する拘束力を有することになる[(17)]。このことは、行政規則が法規命令と同様の機能を果たすことになるという「行政規則の外部化」現象または「行政規則と法規命令の相対化」現象を示すものである。こうした現象は、裁判所

(17) 大法院 1998. 6. 9. 宣告 97 ㅌ 19915 判決・土地形質変更不許可処分取消請求訴訟。

の確定判決が行政規則の法適合性や、行政庁によって処分要件として援用されている行政規則の合理性を認めるときに生じるものである。つまり、以上の（ハ）の定義規定は、行政規則の法適合性と合理性が認められると、同行政規則が法規命令と同様に扱われることになることを意味するものである。翻って、確定判決によって行政規則の法適合性や合理性が認められなければ、当該行政規則は私人らに対して法的拘束力を有しないものとなる。ちなみに、韓国の行政手続法も、行政基本法と同様に、法令と自治法規の両者を束ねて、法令等と称しているが、（ハ）のような定義規定を置いていない。ところで、韓国の行政手続法 20 条は、日本の行政手続法のように、申請に対する処分における審査基準と不利益処分における処分基準のような区分を行わず、処分基準という名称のみを使用しているが、その内容においては以上の審査基準たるものをも含む処分基準を具体的に策定し、公表するものとすると規定している[18]。処分基準とは、処分の根拠法令に盛り込まれる形で定められる場合もあるが、行政庁が策定する解釈基準および裁量基準を指し、法令の定める場合を除けば、その法的性質として行政規則に当たる。行政規則の策定または変更が政策、制度および計画の樹立・施行または変更に密接な関りを有するものであると認められ

(18) 参考として、日・韓における処分に係る手続的規律の違いを見てみると、日本の行政手続法は、申請に対する処分（第 2 章）と、不利益処分（第 3 章）に分けて、それぞれの規定を置いている。これに対しては、韓国の行政手続法は、もちろん、申請に対する処分と不利益処分を前提としつつも、日本のように、申請に対する処分（審査基準）と不利益処分（処分基準）との区分を明確にせず、二つを束ねて処理期間の設定と公表（法 19 条）、処分基準の策定とその公表（法 20 条）、処分の事前通知（法 21 条）、処分理由の提示（法 23 条）等について規定し、意見聴取において聴聞が要される場合（法 22 条 1 項）および公聴会が要される場合（同条 2 項）などを定めている。聴聞が要される場合は、他の法令等が聴聞を行うことを規定しているとき（1 号）、行政庁が必要と認めるとき（2 号）、許・認可等の取消、身分・資格の剥奪、法人や組合等の設立許可の取消といった処分を行うときに、法 21 条 1 項 6 号に規定する意見提出期限内で聴聞の申請があったとき（3 号）となっている。以上の意見提出期限内で聴聞の申請とは、行政庁が処分をする際に、事前に処分の相手方に関わる事項、処分の原因となる事実関係と処分内容および法的根拠規定、意見提出の期限等を知らせなければならないと規定する「処分の事前通知」（法 21 条）を通じて行われることになる。

れば、同行政規則は、韓国の行政手続法46条の定める「行政予告」[19]手続の対象となり、事前に私人に広く周知させられなければならないし、裁量による公聴会の開催と意見書提出の機会の対象となる[20]。以上は、行政規則が実際の生活に様々な影響を及ぼしているにとどまらず、私人の法律関係に変動をもたらすという点を重視したことによるものであり、上記の「行政規則の外部効果」現象、あるいは「行政規則と法規命令の相対化」現象を踏まえたものと解されよう。

また、行政基本法2条は、行政庁については、行政に関する意思を決定・表示する国または地方自治団体の機関と、法令等に従って行政に関する意思を決定・表示する権限を有し、当該権限を委任または委託された公共団体もしくはその機関または私人と定義し（2号）、当事者については、処分の相手方と定義している（3号）。行政基本法の当事者に関する定義に対して、韓国の行政手続法2条4号は、「当事者」ではなく、「当事者等」という用語を使用し、当事者等について、(1)「行政庁の処分に対して直接の相手方となる者」、(2)「行政庁が職権または申請により行政手続に参与させられることになった利害関係人」と定義している。以上の違いからは、行政基本法が処分の相手方に対する授益処分に一定の利害関係を有する近隣住民等の第三者の法律関係をめぐる

(19) パブリックコメントとは、日本の行政手続法第6節の定める「意見公募手続」をいい、その対象となるのは命令等（法規命令と行政規則）である。これに対して、韓国の行政手続法上では、行政庁の立案による法令等（法令と地方自治団体の条例または規則）に対する「行政上の立法予告」（41条以下）と行政庁による政策、制度および計画の施行または変更に対する「行政予告」（46条以下）が定められており、これらは、パブリックコメントであり、予告方法としては官報、インターネットによる公告、とくに行政予告の場合には官報、インターネットのみならず、新聞、放送による公告で周知させなければならないし、これらに対する公聴会（電子公聴会）の裁量的開催と意見提出（45条・47条）が定められている。解釈・裁量基準となる処分基準は、政策ないし制度において密接な関りを有するものである場合には、「行政予告」というパブリックコメントの対象となろう。

(20) 韓国の行政規則に対する実務上の取り扱いを見てみると、「法規事項を補充するための行政規則は、法令と同じく、必ず一般国民に周知されなければならないという点が重要である。したがって、一般国民に知らされるべき内容を含む法規事項を補充するための行政規則は、法規範を補充するためのものである点を明らかにし、公告または告示の形式で発令しなければならない。」（法制処『法令立案審査基準』（2020年）21頁）と述べられている。

法事象を射程範囲としていないという点を確認することができる。すなわち、以上の当事者に関する定義からすれば、行政基本法は、行政庁とその相手方という二面関係の行政法現象のみを規律対象としていることを示すものである。

つぎに、行政基本法は、「国民」（1条・3条・6条、8条ないし10条、12条・23条・30条）を権益享受の主体や権益保護の対象者として位置づける場合に使用している。また、同法は、「私人」（2条2号）、「相手方」（2条3号、13条・27条）という用語を用いたり、同法38条の定める行政の立法活動においては意見募集の対象者として「一般国民」および「利害関係人」を用いたりする一方、他方では、同法40条の定める法令解釈要請に限って「何人も」を要請権者として規定している。とくに「何人も」を定める同法40条からすれば、行政基本法にいう「国民」は、国籍を要件とする私人を意味しているようにも読める。だが、同法が行政権の違法または不当な侵害からの権益保護および権益享受の主体に係って外国人を適用除外とする合理的な理由がない。同法が同適用除外に関する明示的な規定を置いていない場合は、以上の「国民」には外国人をも当然含まれると解されよう。以上を踏えて、本稿では、権益享受および行政庁からの権益保護の対象者として行政基本法の使用する「国民」に代わって、とくに権益享受の主体として個人を意味する場合には私人、あるいは行政庁の処分によって直接法的効果の帰属主体である場合には処分の相手方という用語法を用いることにする。

最後に、処分については、行政基本法は、韓国の行政手続法と同様に、「行政庁が具体的事実に関して行う法執行として公権力の行使又はその拒否その他これに準ずる行政作用」と定義しつつ（同法2条4号）、「法令等に規定する義務に違反したり、同義務を履行しなかったりすることを理由に、当事者に義務を課したり、権益を制限したりする処分」を制裁処分とし、ただし、制裁処分は第30条第1項各号に規定する行政上の強制を除くと定義している（5号）。制裁処分は、韓国の行政手続法には定義されていなかった新たな定義規定である。制裁処分は、日本の行政手続法2条4号にいう不利益処分と同様のものである。したがって、本稿では、行政基本法にいう制裁処分に代わって、便宜上、不利益処分という用語法を用いることにする。

2　国等の責務

（国と地方自治団体の責務）
第３条　国と地方自治団体は、国民の生活の質を向上させるために、適法手続の下で公正かつ合理的な行政を遂行する責務を負う。
２　国と地方自治団体は、行政の能率と実効性を高めるために、持続的に法令等と制度を整備・改善する責務を負う。
（行政の積極的推進）
第４条　行政は、公共の利益のために積極的に推進されなければならない。
２　国と地方自治団体は、所属公務員が公共の利益のために積極的に職務を遂行できるように諸般の与件を造成し、これに関連した施策及び措置を推進しなければならない。
３ 前二項の規定に規定する行政の積極的推進及び積極行政の活性化のための施策の具体的な事項等は、大統領令で定める。

行政基本法３条は、国と地方自治団体（以下「国等」という。）に対して、「国民の生活の質向上のための公正かつ合理的な行政遂行の責務」（1項）と、「行政能率と実効性の向上のための法令等・制度の整備・改善の責務」（2項）という性質の異なる２つの責務を負わせている。これらの責務に関しては、『公正かつ合理的」および「能率と実効性」という文言に見るように、その責務遂行の目標値が抽象的であり、その範囲確定も困難である[21] 故に、かりに国等における責務遂行に怠る点があったとしても、この点について法的に統制しうる具体的な方法として制裁等を定めていないため、国等に対する行為規範として作用することはないと解されよう。したがって、同法３条の定める責務をめ

(21) たとえば、環境政策基本法４条は、国等が環境汚染・毀損とその危害を予防し、環境の適正な管理・保全のための環境計画の策定と施行をする責務とを負うとしており、消費者基本法はその４条において消費者の基本的権利を具体的に例示しながら、第６条において国等が同基本的権利の実現のために各号書きの責務を負うと規定している。以上のこれらの責務との比較からすれば、行政基本法３条１項にいう「国民の生活の質の向上」および同法４条１項にいう「公共の利益」とは、抽象性の故に、その範囲確定の困難さを指摘することができる。

ぐって私人との紛争があった場合に憲法裁判所または法院が同紛争解決の方法たる裁判等において同法３条を裁判規範として積極的に使うことになれば、別論であるが、それが期待できないとすれば、同法３条は単なる宣言的効果を有するプログラム規定に過ぎない。

また、同法４条では、行政は公共の利益のために積極的に推進されなければならないとする「公共の利益のための行政の積極的推進」（1 項）が謳われており、同積極行政の推進のために、国等は、所属公務員における積極的な職務遂行のために施策および措置を推進しなければならない（2 項）という「積極行政の推進のための施策・措置義務」を有する。これらの規定を見る限り、同法４条は、前３条と違って、国等および公務員に対する行為規範を定めているように見える。しかし、ここにも、所属公務員が積極的に職務を遂行することができるように、国等が措置等を推進しなければならないという体裁が採られているものの、積極行政とは何を指すのかというように、同法３条と同様に、積極行政という概念が抽象的である故に、その範囲確定が困難であるという問題点がある。ところが、以上の行政の積極的推進（1 項）および積極行政の活性化のための施策（2 項）に係る具体的な事項等は、大統領令で定める（3 項）ことになっており、これを受けて、同法施行令はその２条において行政基本法４条に係る行政の積極的推進および積極行政の活性化のための施策の具体的事項については、「積極行政運用規定」および「地方公務員積極行政運用規定」[22]によることになっている。前者の「積極行政運用規定」を一瞥すると、同運用規定は、積極行政については、公務員が不合理な規制を改善するなどの公共の利益のために、創意性と専門性に基づいて積極的に業務を処理する行為と定義し、消極行政については、公務員が不作為または職務怠慢等の消極的な業務形態で私人の権益を侵害し、国家財政に損失をもたらす行為（2 条）と定義し、こうした消極行政を防止し、積極行政を推進するために、中央行政機関の長による総括・調整する専担部署の指定（6 条）と実行計画樹立（7 条）、積極行政推進の結果に対して重過失のない限り公務員の免責（16 条）と懲戒等の免除（17 条）、行政機関の長に積極的に処理されることを求めることができる国民

(22) これらの規定は、行政基本法が制定される前の 2019 年８月から大統領令として制定・施行されていたものである。

の積極行政「申請」(18 条の 2)、「何人も」による消極行政申告センターへの消極行政の申告（18 条の 3)、消極行政の予防と根絶のために消極行政の公務員に対する懲戒処分のための措置（19 条）等を定めている。このように、同法 4 条の成否は、大統領令である「積極行政運用規定」が行政の積極的推進および積極行政の活性化のための施策の具体的な事項等について詳細に規定しているため、同運用規定が如何に具体的に実行されていくことになるかに関わっているといえよう。ここでは、紙面関係の上、同運用規定を取り上げ、これに関する具体的な検討は差し控えるが、同運用規定の定義規定（2 条 1 号）によると、積極行政の 1 つとして公務員による不合理な規制の改善が例示されているものの、ここでいう「不合理な規制を改善するなどの公共の利益」とは、単に規制緩和・撤廃を意味するのか、さもなければ、同法 4 条の趣旨・目的からして規制強化をも含むのかというように、具体的に何を指すのかが明らかではない。また、確かに同運用規定は、行政の積極的推進および積極行政の活性化のための、積極行政推進の結果に対して重過失のない限り公務員の免責（16 条）と懲戒等の免除（17 条）とともに、同運用規定 1 9 条による消極行政を理由とする所属公務員に対する懲戒処分 (23) を具体的かつ実効性のある施策として位置付けているように見える。しかし、かりに所属公務員が積極行政の推進を怠るという消極行政によって損害を被ったとする者が、同損害の賠償を求める訴訟を提起した場合に、同賠償請求者による当該公務員の過失立証において以上の同法 4 条とこれに係る同運用規定が、同訴訟において使われることになれば、別論であるが、これが期待できないとすれば、同法 4 条とこれに係る同運用規定は、国等に対する行為規範とならず、かつ私人との紛争解決の方法たる裁判等における規範として作用することにはならないとすれば、同法 3 条と同様に、単なる宣言的効果を有するプログラム規定に過ぎないものと解されよう。

ちなみに、行政基本法 3 条にいう「国等の責務」および同法 4 条にいう「行政の積極的推進」とは、単に二面関係の行政法現象のみを想定しているもので

(23) 同運用規定 19 条は、「懲戒議決等の要求権者は、所属公務員の消極行政が発生した場合に、懲戒関係法令に規定する懲戒議決等を要求する等の必要な措置を講じなければならない。」と規定しているが、一般に所属公務員における消極行政義務違反に対しては免職処分等の重い懲戒処分は考えられない。

あるのか、さもなければ、行政権限の行使または不行使によって不利益を被る近隣住民等の権益の救済保護が法的争点となる三面関係の行政法現象をも想定したものであるのかという疑義もある。確かに同法３条１項にいう「国民の生活の質を向上させる」とか、同法４条１項が「公共の利益のために」行政の積極的な推進を定めていることからすれば、行政基本法３条と４条は、三面関係における行政法現象をも想定したものと解することもできる。しかし、同法３条２項にいう「法令等と制度の整備・改善責務」とは、同条２項にいう法令等および制度のほとんどが行政活動の相手方との関係に係るものであるという点に着目すれば、少なくとも同法３条は二面関係の行政法現象をその対象としているものとして解することも可能である。こうした不明な点に関しては、これからの法適用とその運用において明らかにされることを期待したい。

３　行政基本法と他の法律との関係

（他の法律との関係）

第５条　行政に関しては、他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる。

２　行政に係る他の法律を制定したり、改正したりする場合は、この法律の目的と原則、基準及び趣旨に符合するよう努めなければならない。

行政基本法は、その５条１項を見る限り、他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、行政法現象の全体＝行政一般に対するその適用がある一般法としての性格を有するものとして位置付けられているように読める。正確に言えば、行政基本法は、その定める対象事項が処分を中心として一定の事項に限られているため、行政一般ではなく、これらの事項のみに対してその適用のある一般的根拠規定の集合体となる。その対象事項が網羅的なのか、さもなければ、「寄せ集め」にすぎないのか、そのいずれに当たるかにより、行政基本法の一般法としての可否が決まるのである。ところが、同法５条１項により、他の法律に特別の定めがある場合には行政基本法の適用除外となるため、行政基本法の一般法としての可否は、重要な論点ではない。他の法律に特別の定めがある場合とは、如何なる場合であるかに関する究明が必要であり、かりに他の法律に特別の定めが多ければ多いほど、行政基本法は、その一般法としての性格を失うことになろう。そして、同条２項により、行政に係る他の法律の制定・改正が

行政基本法の趣旨・目的に適合することが求められている。この規定は努力義務であるため、各個別行政領域を所管する行政機関が行政基本法に拘束されず、行政基本法の適用除外となる「他の法律に特別の規定」を定めることは可能である。だとすれば、行政に係る他の法律との関係について、行政基本法が一般法として位置付けられるかどうかは、同法が行政一般に係る共通的事項を如何に盛り込んでいるかという行政基本法の規律事項（内容）に関わっているといえよう。

4　期間の計算

（行政に関する期間計算）

第６条　行政に係る期間の計算に関しては、この法律又はその他の法令等に特別な規定がある場合を除いては、民法を準用する。

２　法令等若しくは処分により国民の権益を制限し、又は義務を課する場合に、権益を制限し、義務を持続させる期間の計算は、次の各号の定める基準による。ただし、次の各号の定める基準によることが国民を不利にならしめる場合は、この限りではない。

一　日、週、月又は年によって期間を定めたときは、期間の初日は、算入する。

二　期間の末日が土曜日又は公の休日に当たるときは、期間は、その末日の終了をもって満了する。

（法令等の施行日の期間計算）

第７条　法令等（訓令・例規・告示・指針を含む。以下この条において同じ。）の施行日を定めたり、計算したりするときには、次の各号の定める基準による。

一　法令等を公布した日から施行する場合は、公布した日を施行日とする。

二　法令等を公布した日から一定の期間が経過した日から施行する場合は、法令等を公布した日を初日に参入しない。

三　法令等を公布した日から一定の期間が経過した日から施行する場合は、当該期間の末日が土曜日又は公の休日であるときは、その末日をもって期間は満了する。

行政基本法６条１項により、行政に関する期間の計算に関しては、民法の準用を原則としつつ、この法律またはその他の法令等に特別な規定の定めるところによることになっている。そして、従来、行政法上、不利益処分において初日算入と不算入のいずれによるべきかという問題があった。同法６条２項は、この問題を立法により解決し、不利益処分が期間を伴うものである場合に、その期間の初日を算入する（1号）ことにした。また、同期間の末日が土曜日又は公の休日に当たるときは、期間は、その末日の終了をもって満了する（2号）ことになっている。これらの規定は、期間の計算を分かり易くするという意義があろう。

行政基本法７条により、法令等（訓令、例規、告示および指針等を含む。）の施行日に関しては、法令等を公布した日から施行する場合は、公布した日が施行日となる（1号）。法令等を公布した日から一定の期間が経過した日から施行する場合は、法令等を公布した日は初日に参入されないことになり（2号）、当該期間の末日が土曜日または公の休日であるときは、その末日をもって期間は満了することになる（3号）。この規定は、法令等の施行日を明らかにし、分かり易くするためのものである。

Ⅲ　行政の法原則

行政基本法２章は「行政の法原則」と題し、これに係るものとしては、法治行政の原則（8条）、平等原則（9条）、比例原則（10条）、誠実義務及び権限濫用禁止の原則（11条）、信頼保護の原則（12条）、不当結付禁止の原則（13条）について定めている。

1　法治行政の原則

（法治行政の原則）

第８条　行政作用は、法律に違反してはならない。なお、国民の権利を制限したり、義務を課したりする場合その他の国民の生活に重大な影響を及ぼす場合は法律に基づかなければならない。

法治行政の原則は、行政基本法８条のような成文の規定を待つまでもなく、現代国家における普遍的な価値である。しかし、同原則において議論の余地が

あるのは、如何なる行政作用ないし決定に法律の根拠が要されるかというように、法律留保が及ぶ行政の範囲をめぐる問題である。これについて、同法８条はその範囲を「権利を制限したり、義務を課したりする場合」という不利益処分にとどまらず、「国民の生活に重大な影響を及ぼす場合」（以下「生活への重大な影響」という。）に拡張している。この拡張性から、韓国の行政実務上では、私人に権利を与え、義務を免じるといった授益処分はいうまでもなく、その他の行政作用ないし決定によってもたらされる私人の事実関係または法律関係の変動が同法８条にいう「生活への重大な影響」になれば、その他の行政作用ないし決定も法律の根拠を要することになる。だが、議会の事前承認（法律の根拠）が必要とされる「生活への重大な影響」という重要事項には、「侵害留保説」のような基準と違って、その基準が必ずしも明確でないという問題点がある。だとすれば、如何なる行政作用ないし決定が重要事項に当たるかどうかの可否によって法律留保が決まる重要事項留保説[24]、すなわち重要事項の可否をメルクマールとする法治行政の原則は、私人に対する不利益処分、および申請を棄却・却下する処分（以下「拒否処分」という。）、事実の公表および行政指導などの私人が欲しない行政作用ないし決定のみならず、授益処分をもその射程とするとはいえ、まず、重要事項該当性の可否が行政庁の第一次的判断に委ねられることになるため、最終的に重要事項該当性に関する行政庁の第一次的判断に対して裁判所が重要事項の可否について柔軟に解するのか、あるいは限定的に解するのかといった審査の如何に関わるものであろう。言い換えれば、行政庁は第一次的判断権に基づいて不特定多数の利益（公益）保護のために、法的根拠規定がなくとも、特定の私人に対する「生活への重大な影響」を及ぼす処分や公表等を行うことが可能であり、これに対して、裁判所は、私人の受ける「生活への重大な影響」と、保護される公益との比較「考量」という判断過程を通じて重要事項留保説の範囲確定を行うことになる。ちなみに、韓国の裁判例や行政基本法上では、公益と私益の比較の場合に「衡量」という用語が使われているが、以下の本稿では「衡量」に「考量」という用語を充てる。

---

(24) ドイツにおいて判例法上、1970年代に確立した重要事項留保説は、侵害留保説を克服し、法律留保の範囲拡張を図るのにもっとも適切な説であるという見解が、日本でも有力になりつつあるとされている（宇賀克也『行政法概説（Ⅰ）』39頁（有斐閣、2020年）。

他方では、行政基本法が明文化した法治行政の原則に関しては、依然として立法裁量の下で国民にとって必要不可欠な立法が結実していないという立法不作為の問題もある。こうした立法不作為の場合に、行政機関は法律上の授権規定がないことを理由に、私人が欲する授益処分を含む行政サービスの提供を拒否するという実情が散見されよう。こうした拒否の論理として法治行政の原則が用いられる実情に対しては、行政基本法が国等における「国民の生活の質向上のための適法手続の下で公正かつ合理的な行政遂行の責務」(3条1項)と「公共の利益のための行政の積極的推進」および「同推進のための施策・措置」(4条1項・2項)を定めていることの趣旨・目的に悖るものであるという批判が可能である。以上の同法3条および4条の趣旨・目的を活かすとすれば、行政機関は、立法不作為の故に、授益処分を含む行政サービスが提供されないことによって「生活への重大な影響」が生じるときには、国会の制定法を待つことなく、同法3条および4条に即してその責務の履行として行政サービスの提供を積極的に行わなければならないと解されよう。したがって、行政基本法は、法治行政の原則とともに、私人が欲する行政サービスの提供の拒否が「生活への重大な影響」を及ぼす場合には、単に法律上の根拠規定がないことを理由に同提供を拒んではならないという趣旨の原則をも謳うべきであったと考えられよう。むろん、国会の制定法を待たず、法律上の根拠規定がなくとも、行政機関が私人に提供しなければならない授益処分を含む行政サービスとは何かという問題があり、翻って、私人が欲する行政サービスに対して、法律上の根拠規定がないことを理由に、行政機関がこれを拒否することになると、同拒否が如何に「生活への重大な影響」となるかについては、解釈の余地がある。韓国では、行政機関が法律上の授権規定のないことを理由に、行政サービスの提供を拒否した場合に、同拒否の相手方は、同拒否が処分に当たらず、権限の不行使として「生活への重大な影響」を及ぼすことになれば、これが基本権の侵害に当たるとして、憲法裁判所法68条1項の定める憲法訴願審判を憲法裁判所に提起し、同審判を通じて同拒否の憲法判断を受けることができる。なぜなら、憲法訴願制度は、公権力の行使のみならず、不行使に対しても、同不行使により、基本権の侵害を受けた者が、法院の裁判を除いて憲法裁判所に憲法訴願審判を提起し、これによって基本権の救済保護を求めることのできる包括的な権益救済のための制度的装置だからである。

2　平等原則

（平等原則） 第９条　行政庁は合理的な理由なく、国民を差別してはならない。

韓国では、医療法とその関連法令が精神病院の開設に関しては許可制を定めているのに対して、精神科医院の開設に関しては届出制を定めているという差別が合理的な根拠のあることを理由として平等原則に違反にならないとする判決[(25)]や、開発制限区域内に設置される公共施設の中で電気・ガス供給、油貯蔵および送油設備施設に対しては開発制限区域毀損負担金の賦課率を20％とし、集団エネロギー供給施設を含む一部の施設に対しては同負担金の賦課率を100％と規定していることが、合理的な根拠のないとして平等原則の違反に当たるとする判決がある[(26)]。これらの判決例にみるように、同法９条の定める平等原則は、行政機関が公益実現のための具体的な行政作用ないし決定を行う際に、如何なる不平等（差別的な取り扱い）をも許さないとする絶対的平等ではなく、行政機関の第一次的判断に合理的な理由があるとすれば、不平等も適法となるとする相対的平等を確認するものである。このように、行政作用ないし決定が差別的な取り扱いとして不平等であっても、同不平等には合理的な理由があれば、同不平等は平等原則に違反するものではないとする相対的平等が確立されている[(27)]。この点は日本でも同様に理解されている。したがって、同法９条は、いうまでもなく、韓国憲法11条の定める「法の下の平等」に関わる判例法理を明文化したものである。

行政法学上、平等原則の違反の可否が法的争点となるのは、行政庁が処分を行う際に法令等の規定に対する解釈・裁量基準を差別的に適用した場合であろう。たとえば、日本の行政手続法は、申請に対する処分（第２章）と不利益処分（第３章）に分けて、それぞれの規定を置いている。全く同様の事実関係にあることを仮定した上で、かりに行政庁がＡに対しては審査基準を適用し、

(25) 大法院 2018. 10.25. 宣告 2018 두 44302 判決・医療機関開設届出不受理処分取消請求事件。

(26) 大法院 2007. 10. 29. 宣告 2005 두 14417 全員合議体判決・開発制限区域毀損負担金賦課処分取消請求事件。

(27) 大法院 1999.10. 12. 宣告 99 도 2309 判決・建設産業基本法違反事件。

申請どおりの授益処分を行ったのに、Bに対しては同審査基準を適用せず、拒否処分を行ったときに、あるいは処分理由から見て行政庁がAに対しては、処分基準を適用せずに、不利益処分を行わなかったが、Bに対しては同じ処分基準を適用し、不利益処分を行ったときに、Bはこれらの基準の差別的適用を平等原則の違反に当たると主張し、処分の取消判決を求めて争うことになろう。この際に、行政庁は、これらの基準の差別的適用には合理的な理由があったとする立証を行うこととなろう。韓国の行政手続法20条は、以上の日本の行政手続法のように、申請に対する処分における審査基準と不利益処分における処分基準のような区分を行わず、処分基準のみを名称として用いて、同処分基準を具体的に策定し、公表するものとすると規定しているが、韓国においても、行政手続法20条にいう処分基準の差別的適用に合理的な理由の有無が平等原則の違反となるかどうかの決め手となろう。

3　比例原則

（比例原則）

第10条　行政作用は、次の各号の原則に従わなければならない。

一　行政目的を達成するに有効かつ適切であること

二　行政目的を達成するに必要最小限度で行われること

三　行政作用による国民の利益侵害が当該行政作用の意図する公益より大きくないこと

行政基本法10条は、判例法理であった比例原則を行政の法原則の1つとして明文化し、行政目的の達成のための行政作用が有効かつ適切であること（1号）、同行政作用が必要最小限度であること（2号）、および被侵害法益が公益より大きくないこと（3号）という3つの行政作用発動の充足要件を行政機関に義務付けており、行政機関が同要件のいずれかに違反しているときに、比例原則に反するとして当該行政作用を違法とするという比例原則を謳っている。むろん、比例原則は、法治国家の原理から当然に派生する憲法上の基本原理であり、すべての国家作用にその適用があるとする憲法裁判所決定例がある[28]。

(28) 憲法裁判所 1992. 12.24. 宣告 92 헌가 8 全員裁判部決定。

法院の判決例においても、行政裁量の逸脱・濫用の可否を判断する際に比例原則の違反の可否が争われており、比例原則の違反を理由とする原告の請求を認容する判決例がある。たとえば、旧米所得保全法13条1項や同法13条の2第1項によると、所得補助の対象として登録された農地の中で一部の農地に関して偽り・不正がある場合には、同補助金は支給されないし、すでに支給されたものについて全額返還が義務付けられており、さらに支給された額の2倍の追徴が規定されている。この2倍の追徴の対象を、一部の農地に関して偽り・不正の方法で受給された額に限定せず、受給されたすべての額にするのは、比例原則に反する違法とされた判決例がある[29]。また、公有財産法18条1項が公有財産無断占用者に対する弁償金賦課を規定しているが、ソウル広場の使用および管理に関する条例10条1項が使用許可の対象たる最小面積を500㎡としていることから、ソウル市は、無断占用に対する弁償金賦課対象を実際の無断占用面積（1.76㎡）ではなく、最小面積（500㎡）とし、同最小面積の使用料の120％を弁償金とする同弁償金賦課方式を採択していた。大法院は同賦課方式を比例原則の違反として賦課処分を違法とした[30]。しかし、都市計画の変更や法令改正などの多くの事例において比例原則の違反を理由として処分の取消を求める原告の請求を退ける判決例がある[31]。

4　誠実義務および権限濫用禁止の原則

（誠実義務及び権限濫用禁止の原則）

第11条　行政庁は法令等に規定する義務を誠実に遂行しなければならない。

2　行政庁は権限を濫用したり、当該権限の範囲を越えたりしてはならない。

---

(29) 大法院2019. 2.21. 宣告2014ㅜ12697全員合議体判決・不当利得金賦課処分取消請求事件。

(30) 大法院2019.9. 9. 宣告2018ㅜ48298判決・市有財産弁償金賦課処分取消請求事件大法院2020. 7.9. 宣告2018ㅜ44838判決・療養給付費用返還決定取消請求事件。

(31) 大法院1997. 9. 26. 宣告96ㅜ10096判決・宅地開発予定地区指定処分取消請求事件等、大法院2007. 10.11. 宣告2005ㅜ5390判決・在外国民二世指定取消処分取消請求事件。

行政基本法 11 条の定める誠実義務および権限濫用禁止の原則は、民法の定める基本原則でもある。ところが、同法 11 条にいう誠実義務および権限濫用禁止の原則は、行政庁のみに対してその履行を義務付けているため、行政庁に対する行為規範となる。住宅公社が分譲終了の賃貸アパート分譲原価算出の内訳の公開を求める情報公開請求を拒否したため、同拒否処分の取消を求める情報公開請求訴訟において、行政情報の公開は、意思決定過程の「透明性を確保し、さらに公共機関が陥りやすい行政便宜主義と形式主義および権限濫用による弊害を防止するのに有効な手段として作用する」として、当該情報が公共機関の情報公開に関する法律 7 条 1 項 5 号・6 号の定める非公開情報に該当しないとし、行政情報非開示決定（拒否処分）の取消を命じている判決例がある[(32)]。同判決は、情報公開請求制度による情報の開示を行政庁の権限濫用を防止する手段として位置付けるものであり、間接的に行政庁の権限濫用の禁止を示唆するものであろう。すでに 1998 年施行の韓国行政手続法は、「行政庁は職務遂行の際に信義に従って誠実にしなければならない」（4 条 1 項）と規定している。したがって、行政庁に対する義務の誠実履行を定める行政基本法 11 条 1 項は、同行政手続法の定める規定を取り入れて書き記しているものである。

5　信頼保護の原則

（信頼保護の原則）

第 12 条　行政庁は、公益又は第三者の利益を著しく害されるおそれがある場合を除き、行政に対する国民の正当かつ合理的な信頼を保護しなければならない。

2　行政庁は、権限行使の機会があるにもかかわらず、長期間にわたり権限を行使しないことにより、当該権限が行使されないものとして国民が信ずべき正当な事由がある場合には、当該権限を行使してはならない。ただし、公益又は第三者の利益が著しく害されるおそれがある場合は例外とする。

(32) ソウル行政法院 2000. 1.7. 宣告 99 구 19984 判決・情報非開示決定取消請求事件、ソウル行政法院 2007. 10.9. 宣告 2007 구합 6342 判決・アパート建設原価公開請求事件など参照。

行政基本法12条は、判例法理である信頼保護の原則を明文化している。同法12条の定める信頼保護の原則によれば、まず、行政に対する私人の信頼保護は、正当かつ合理的な信頼を保護の対象としており（1項）、つぎに、行政権限の長期間にわたる不行使に対する信ずべき正当な事由がある場合には、当該権限を行使してはならない（2項）という権限不行使に対する信頼保護が例示されている。同法12条1項には「正当かつ合理的な信頼」（1項）、同条2項には「長期間」および「信ずべき正当な事由」（2項）という文言が用いられているため、私人の信頼保護の可否は、これらの抽象的な文言の具体的適用をめぐる解釈論で決まる。また、同条2項但し書きにより、行政に対する私人の信頼が公益または第三者の利益を著しく害されるおそれがある場合には保護されないと規定されているものの、同信頼保護の可否は、信頼保護による私人の利益と、公益ないし第三者の利益との比較考量によって決せられることになる。むろん、行政に対する私人の信頼が公益または第三者の利益を著しく害されるおそれがある場合とは、具体的に如何なる状況を指すのかという問題もあろう。

大法院判決は、私人の行政庁に対する信頼が法的に保護される正当かつ合理的な信頼について、「第1に行政庁が私人に対して信頼の対象となる公的見解を表明し、第2に行政庁の見解表明が正当なものとして信頼したことに当該私人に帰責事由がないこと、第3に当該私人が行政庁の見解表明を信頼して行動をしたこと、第4に行政庁が以上の見解に反する処分を行うことによって同見解を信頼した私人の利益を侵害する結果を招来したこと」という要件充足性を明らかにしている[(33)]。以上の信頼保護の充足要件の1つである「公的見解の表明」とは、法令等の公布・施行および処分その他の行政作用ないし決定の表明を含むものであろう。以上の大法院判決にいう信頼保護の充足要件は、日本の最高裁昭和62年10月30日所得税更正処分等取消請求上告事件判決が示している信頼保護の充足要件と同じである。同最高裁判決によれば、不利益処分がされないことに対する信頼保護の要件が充足されると、これは同信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別の事情に当たるとされ、同特別の

(33) 大法院1992. 5. 26. 宣告91ㅋ10091判決・建築許可申請返戻処分取消請求事件、大法院2007. 10.29. 宣告2005ㅋ4649（全員合議体）判決・漢薬師国家試験願書受付拒否処分取消請求事件など。

事情をもって、私人の行政に対する信頼を法的に保護すべきであると判示されたのである。さて、不利益処分がされないことに対する信頼保護のほかに、私人の信頼が如何なる場合に保護に値するかについては、行政基本法は、信頼保護の対象を包括的な概念たる「行政」としており、信頼が保護される要件としては「正当かつ合理的な信頼」という抽象的な文言を用いているだけである。このため、如何なる行政作用ないし決定が信頼の対象となり、かつ、正当かつ合理的な信頼とは、何かという解釈の問題がある。これに関連して、韓国の行政手続法は、「行政庁は、法令等の解釈または行政庁の慣行が私人に受け入れられているときは、公益または第三者の利益が著しく害されるおそれのある場合を除いて、新しい解釈または慣行を遡及適用し、不利に扱ってはならない」（4条2項）とし、「法令等の解釈または行政庁の慣行」を信頼の対象として例示しており、これらが私人に受け入れられているとなれば、これらに対する私人の正当かつ合理的な信頼が成立するため、同信頼を保護し、信頼した私人を不利に取り扱ってはならないということを意味するものである。これは、「信頼保護を理由とする不利益変更禁止の原則」とも呼ばれよう。そして、同法にいう「法令等の解釈または行政庁の慣行」には、さしあたり、解釈基準ないし裁量基準が含まれよう。これらの基準に関して、日本の行政手続法は、申請に対する処分における審査基準と、不利益処分における処分基準に分け、前者については、具体的に策定し、同基準を公にすることを行政庁に義務付けており、後者については、公にしておくことを努力義務としている。これに対して、韓国の行政手続法20条は、申請に対する処分と不利益処分の区別をすることなく、処分基準の策定・公表という見出しを付け、「行政庁は、必要な処分基準を当該処分の性質に照らして、可能な限りにおいて具体的に定め、公表しなければならない。処分基準を変更する場合も同様である。」（1項）としつつ、その2項においては、処分の性質から公表が困難であり、または公共の安全もしくは福利を著しく害すると認められる相当の理由があれば、処分基準を公表しなくてよいと規定している[(34)]。このため、韓国の場合には処分基準の策定および公表は行政庁の裁量事項となっている。このように、これらの基準策定な

(34) 処分基準の策定等を含む韓国の行政手続法に関しては、前掲・注（18）（19）参照。以下の「Ⅳ　行政作用」の「1　処分」の「（3）授益処分の欠格事由法定主義」を参照。

どに係る日本の行政手続法と韓国のそれには規定の仕方において違いがあるが、韓国の行政手続法も、申請対する処分と不利益処分という処分の性質に即して諸規定を置いているため、処分基準には、その性質と内容からして日本の行政手続法にいう申請に対する処分における審査基準と、不利益処分における処分基準の両方が含まれよう。以下では、審査基準と処分基準という用語を使用し、これらの基準に対する私人の信頼が如何なる場合に保護に値するかについて見てみる。

以上の審査基準と処分基準に対する私人の信頼を理由として、処分の相手方が不利（益）に扱われることなく、私人の信頼利益が保護されるためには、これらの基準が公にされていること、あるいは公表されていること（以下では、韓国の行政手続法が用いる「公表」という表現を用いる。）がその前提となる。これらの基準が公表されている場合に、とくに韓国の行政手続法の定める行政予告手続（日本の行政手続法にいう意見公募手続）を経てから策定されているとすれば、これらの基準は、まず、信頼保護の判例法理にいう「公的見解の公表」に当たると解される。また、私人は、公表されている審査基準または処分基準を信頼して行動をしたにもかかわらず、行政庁がこれらの基準を変更し、同変更基準に基づいて処分の相手方を不利（益）に扱ったため、これらの基準を信頼した私人の利益を侵害する結果となることからすれば、以上の判例法理にいう信頼保護の要件が充足されよう。このように、審査基準と処分基準に対する私人の信頼保護に係って、以上の判例法理にいう信頼保護の充足要件に関する主張・立証のほかに、処分の性質にパラレルして定められている審査基準と処分基準のそれぞれにおける処分の相手方がどのような主張・立証することになるかについては、以下でさらに検討をしてみる。

まず、審査基準が私人に受け入れられて、定着している状況の下で同基準に従って申請がなされてから、行政庁が申請時の審査基準（以下「旧審査基準」という。）に代わる新しい基準（以下「変更審査基準」という。）を策定し、処分時の変更審査基準に基づいて申請に対する拒否処分を行ったときに、拒否処分の相手方が申請時の旧審査基準を信頼し、同基準であれば、授益処分を行われることに対する信頼は保護に値するのかという問題がある。こうした審査基準の変更という問題状況において、旧審査基準に対する私人の信頼が保護されない場合として、行政基本法 12 条 1 項の定める「公益または第三者の利益が

著しく害されるおそれのある場合」、韓国の行政手続法４条２項の定める「公益または第三者の利益が著しく害されるおそれのある場合」に該当するかどうかが法的争点となろう。狙い撃ちなどの差別的適用という平等原則の違反がない場合に、拒否処分の相手方は、申請時の旧審査基準であれば、申請どおりの処分がなされたとして、旧審査基準の法適合性や合理性を具体的に主張・立証し、旧審査基準を有効なものとして行政庁が旧審査基準に基づいて審査をし、当該申請を認容し、申請どおりの処分をすべきであることを主張・立証することになる。以上に対して、行政庁は、申請時の旧審査基準の不備や不合理性などを理由に、旧審査基準に基づいて当該申請を認容し、申請どおりに処分をすることに不合理性があることについて具体的に主張・立証し、処分時の変更審査基準によって許可等の諾否を決めるべきであるという主張・立証を行うこととなる。言い換えれば、以上の主張は、新しい基準を策定した行政庁が、一般に申請時の旧審査基準の不備や不合理性などを理由に、旧審査基準に基づいて申請を認容し、申請どおりの処分をすることによって公益または第三者の利益が著しく害されることについて、具体的に主張・立証し、処分時の変更審査基準を適用し、当該申請に対する拒否処分の正当性を主張することにほかならない。

つぎに、法令の定める不利益処分の構成要件とその処分の構成要件に関わる裁量ないし解釈基準として処分基準が公表されている場合に、同処分基準が私人に受け入れられて、定着しているときに、同処分基準の下では、私人の特定の行為が不利益処分の構成要件に該当しないため、不利益処分がなされる蓋然性がない状況であったにもかかわらず、行政庁が猶予期間を置かず、不利益処分の構成要件に関わる処分基準の変更や新たな設定（以下「変更処分基準」という。）を行い、変更処分基準に基づいて不利益処分を行ったときに、同不利益処分の相手方が、変更処分基準の前の処分基準（以下「旧処分基準」という。）を信頼し、同基準の下では不利益処分をされないことに対する信頼は保護に値するのかという問題もある。このように、行政庁が変更処分基準に基づいて不利益処分を行ったときに、不利益処分の相手方は、旧処分基準に対する信頼が保護に値するとして、同不利益処分が信頼保護の原則に対する違反になることを理由に、不利益処分の取消を求めて争うことになろう。これに対しては、行政庁は、変更処分基準を適用し、不利益処分を行うべきであるにもかかわらず、旧処分基準を適用し、不利益処分をしないことによって公益または第三者の利

益が著しく害されることについて具体的に主張・立証することになる。なぜなら、行政基本法12条1項は、行政作用ないし決定を信頼した処分の相手方の利益を保護するによって公益又は第三者の利益が著しく害されるおそれがある場合を除くと規定し、これらの場合には信頼保護の原則が適用されないことを明らかにしているからである。むろん、行政作用ないし決定を信頼した処分の相手方の利益を保護することによって公益または第三者の利益が著しく害されることがない場合には、信頼保護を理由に、処分の取消を求める原告の請求は認容されよう。このため、訴訟実務上では、以上の立証責任について、原告と被告のいずれに負わせるのかという立証責任の配分が重要な論点となろう。

以上のように、処分の相手方に対する信頼保護をめぐる問題状況は、理論上、行政庁が権限行使の相手方に対して不利益処分を行ったため、同相手方が不利益処分をしないことに信頼保護を求める場合と、または行政庁が権限行使の相手方に対して拒否処分を行ったため、同相手方が授益処分をすることに信頼保護を求める場合という2つが考えられよう。前者の場合には、不利益処分の相手方による不利益処分のされないことに係る信頼保護の主張・立証に理由があると認められると、裁判所は、信頼保護を理由とする不利益処分がされないことによって保護される私益と、同信頼保護によって侵害される公益との比較考量を行うことになる[(35)]。同法12条1項の定める私人の信頼保護という要件充足性のみにより、行政庁の行った不利益処分が取り消される例は、実際にどの程度にありうるかという疑問がある。一例として、空港や原発等の事業者とその近隣住民との利害関係が対峙している状況において、行政庁が処分の相手方に対して作為、不作為義務を含む是正命令等の不利益処分を行ったときに、処分の相手方が同不利益処分における信頼保護の要件充足を理由に、不利益処分の取消訴訟を提起し、そして、同訴訟において裁判所が信頼保護に値すると判断しても、近隣住民等は不利益処分の取消によって自然環境ないし生活環境の破壊という重大な不利益を被る場合がある。この場合とは、同法12条1項にいう「公益又は第三者の利益が著しく害されるおそれがある場合」に当たるこ

(35) これに該当する裁判例としては、利益の比較考量の判断過程を採用する日本の判決例（福岡高裁平成28年9月5日教員採用決定取消処分取消請求事件および福岡高裁平成29年6月5日教員採用決定取消処分取消請求事件判決）が参照となる。

ととなる。後者の場合には、拒否処分の相手方によって授益処分のされることに係る信頼が保護に値するという主張・立証が行われ、裁判所は、同主張・立証に理由があると認めることになると、信頼保護を理由とする授益処分がされることによって保護される私益と、同信頼保護によって侵害される公益との比較考量を行うことになる[36]。なぜなら、後者の場合は、授益処分を求める申請が処分の根拠法令に適合しているにもかかわらず、行政庁が公益保護または第三者の利益保護を理由に、同申請を拒否するという事例も多いからであろう。このように、同法12条1項における信頼保護の対象としては、不利益処分がされないこと、および授益処分がされることが信頼保護の対象となり、信頼保護の可否は、以上の信頼保護の要件が充足されたとしても、行政目的が公益保

(36) 大法院1998. 11.13. 宣告98ㅌ7343判決・土石採取不許可処分取消請求事件において大法院は、行政庁が「不許可処分をすることによって達成される周辺の環境・風致・景観等の保全・維持という公益は、本件不許可処分によって原告の被る不利益を正当化しうるもの」であることを理由に、本件不許可処分が裁量権の逸脱濫用であるとか、信頼保護の原則に違反しないと判示している。大法院2006.11. 16宣告2003ㅌ12899（全員合議体）判決・不合格処分取消請求事件（弁理士法施行令事件）においては、大法院は、施策の変更が信頼保護の原則に違反するとして、同施策変更を定める施行令の規定を憲法違反の無効と判示している。その事実関係をみてみると、2000年6月.2日に大統領令第16867号で改正された弁理士法施行令が弁理士試験の合格を従前の相対評価制から絶対評価制に変更する（4条）とし、それを2002年1月1日から実施する（附則第1条但し書き）と規定し、これを受けて、特許庁は、2002年1月10日にインターネットホームページの公示欄に絶対評価制による弁理士試験を2002年3月31日に実施すると公告したが、急遽、同年1月12日に以上の公告を削除し、同年1月17日に弁理士試験第1次試験を従前の相対評価制に戻すという内容の施行令改正案を官報に立法予告し、同年3月25日に同様の内容の改正施行令が公布され、同年5月26日に相対評価制による弁理士第一次試験が実施されたという経緯がある。大法院は、相対評価制による試験実施が一次試験合格者の調整をし易くし、これによる二次次試験の運営・管理の利便性を図るという公益を考慮しても、絶対評価制を信頼して、同評価制が要求する合格基準に備えて、受験準備をしてきた受験生に対して、2か月の猶予期間が与えられていることにみるように、十分な猶予期間を置かず、急遽、評価方法を変更した点、とくに全科目において40点以上、平均60点以上の成績の者が不合格とされた点からすれば、以上のような評価方法という施策の変更に対してこれが信頼保護の原則に反すると判示したのである。

護にあることからすれば、利益の比較考量という判断過程によって決せられる。

そして、同法12条2項では、長期間にわたる権限不行使に対する信頼保護が明示されているが、同信頼保護における「国民」という文理からすれば、同不行使には、不利益処分の相手方に対する信頼保護のみならず、授益処分がなされないという不作為の状態に利害関係を有する近隣住民等の第三者に対する信頼保護をも含むものと解されよう。しかし、その但し書きが「公益又は第三者の利益が著しく害されるおそれがある場合は例外とする。」と規定していることや、行政基本法2条3号が韓国の行政手続法2条4号と違って、当事者の定義として処分の相手方に限定しているため、行政庁とその相手方という二面関係の行政法現象のみを規律対象としているものと解することになれば、同法12条2項にいう行政権限の不行使に対する「国民」の信頼保護には、私人たる不利益処分の相手方に対する信頼保護のみを意味するものとなろう。授益処分がなされないことという不作為の場合には、行政訴訟法上、同授益処分の相手方が不作為違法確認訴訟で同不作為を争うことになるため、同法12条2項が使われることはないと解されよう。したがって、同法12条2項は不利益処分の相手方に対する信頼保護のみを射程範囲とするものと解されよう。

また、同法12条2項の定めている「当該権限が行使されない」という権限不行使には、不利益処分がされないことがこれに当たるとすれば、不利益処分とは、私人の行為が法令等の定める処分要件たる違反行為の帰責事由等に該当することを理由として、義務を課したり、権利を制限したりする不利益処分、または法令等の趣旨・目的解釈から不利益処分の構成要件に該当し、もしくはすでになされた授益処分に違法または不当があったため、同授益処分を取り消すなどの不利益処分をいう。こうした不利益処分の不行使に対する私人の信頼保護とは、同法12条2項が定めているように、処分庁が不利益処分を行う機会があったにもかかわらず、裁量権の行使として長期間にわたって不利益処分を行わなかったため、同不行使に対する私人の信ずべき正当な事由があるという要件充足性をもって、不利益処分がなされてはならないということを意味する。ところが、私人の法令等に対する違反行為を理由とする不利益処分に対しては、以下の「Ⅳ　行政作用」の「(10) 不利益処分の除斥期間」に見るように、同法23条が私人による法令違反行為の終了日から5年経過を不利益処分の除

斥期間として定めている。このため、同法 12 条 2 項の「行政権限の不行使に対する国民の信頼保護」は、その対象として私人の法令等に対する違反行為を理由とする不利益処分が除かれることになり、「不利益処分の除斥期間」を定める同法 23 条が使われないときにその適用を想定した包括条項（セービングクローズ）となろう。このように、行政基本法が新たに定める同法 12 条 2 項は、行政実務上、行政庁が裁量権の行使として行政権限を行使する機会があったにもかかわらず、同権限の不行使の状態を作り、いつでも権限行使がありうることをほのめかし、国民、とりわけ企業の「飼い馴らし」の手法として使われるのを禁ずる効果を有し、その適正な運用がなされることになれば、行政法関係における法律関係の早期確定による法的安定性の確保を図り、私人の権益保護に資するものとなろう。

しかしながら、以上の「行政権限の不行使に対する国民の信頼保護」の場合に、「行政権限の不行使」とは具体的に何がこれに当たるのか、「長期間にわたる権限の不行使」にいう長期間とはどの程度の期間を指すのか、つまり、どの程度の期間が経過することになれば、私人がそれを信ずべき正当な事由が生じるのかという要件充足性をめぐる解釈論がもっとも重要な争点となろう。国土の計画及び利用に関する法律が、都市計画施設決定の告示から 20 年経過による同施設決定の失効（48 条）と、同施設決定の告示から 10 年後に実施計画の告示（事業認可）がなされてから、その 5 年以内に土地収用裁決請求がなされない場合に同実施計画の失効（88 条）について定めている例を見るように、とくに社会・経済の複雑多様化に伴って、行政の専門・技術性が求められる現代行政においては、権限行使までには相当の期間が要されるのが常である。このことからすれば、以上の要件充足は現実的に困難ではないかと考えられよう。以上のあれこれの事情を考慮すると、信頼保護の原則や信義則から派生する「権限の不行使に対する信頼保護」を規定する同法 12 条 2 項は、行政実務において活用されることになるのかという疑問があるものの、これらの適正な運用が期待されよう。

6　不当結付禁止の原則

（不当結付禁止の原則）

第 13 条　行政庁は行政作用をするときにその相手方に当該行政作用と実質的な関連性のない義務を課してはならない。

行政基本法13条は、同法における最後の法原則として不当結付禁止の原則を謳っている。行政庁が再建築組合の管理処分計画（整備事業の施行結果として造成される敷地または建物の権利帰属、費用負担に関する事項等）に対する認可の条件として整備区域内で整備されるインフラ施設の寄付採納を課することは、不当結付禁止の原則に該当すると判示されている[37]。他方では、大法院は、「住宅再建築事業施行の認可はその相手方に権利または利益を付与する効果のある授益的行政処分として、同授益的行政処分の要件について法令が一義的に規定していない限り、行政庁の裁量行為に属するために、処分庁が法令上の根拠に基づくものではなくとも、公益上の必要などにより、必要な範囲内で各種の条件（負担）を賦課することができる。」[38]としつつ、下水道工事に関わる費用負担等を事業施行認可の条件として寄付採納を求めることについては、これが不当結付禁止の原則に該当しないと判示している。このように、不当結付禁止の原則も、他の行政の法原則と同じく、大法院判例法理を明文化したものである。しかし、以上の明文化に関係なく、不当結付禁止の原則をめぐっては、行政庁が許可・認可などの授益処分を行う際に費用負担などの条件を課し、あるいは特定の義務履行を授益処分の要件とすることなどの是非が争われており、これらのことが同法13条にいう不当結付禁止に当たるかどうかは、法院の判断に委ねられているといってよい。

日本では、行政基本法13条の定める不当結付禁止という用語は使われていないものの、これに係るものとしては、主に先行行為としてなされた行政指導への不協力を理由に、同不協力者に対して不利益的扱いをすることの是非をめぐる最高裁判決が参照となる[39]。たとえば、行政庁が日照被害を受けるとされる住民の同意を得ることを事業者に求めたり、教育施設負担金の納付を求め

(37) 大法院2012. 8.30. 宣告2010두24951判決・事業施行変更認可処分等無効確認請求事件。

(38) 大法院2007. 7.12. 宣告2007두6663判決・事業施行認可処分一部取消処分取消請求事件、同様に、認可の条件として課されている負担について、同負担が不当結付禁止の原則に反しないとする大法院2014. 2.21. 宣告2012다78818判決・不当利得返還請求訴訟参照。

(39) 最高裁昭和60年7月16日・品川マンション損害賠償請求事件判決、最決平成元年11月8日・水道法違反被告事件・武蔵野市長給水拒否事件決定参照。

たりする行政指導を行い、同行政指導への不協力者に対して給水契約の申し込みを拒否したことには、水道法15条1項にいう正当の理由がなかったとする判例、また、住民との話し合いの継続を求める行政指導への不協力者に対して建築確認を留保したことが国家賠償法上の違法であるとする判例がある。これらの判例は、行政基本法13条にいう不当結付禁止の原則に対する違反の是非を問う事例であるといってよい。日本の行政手続法32条2項が上記の判例法理を明文化しており、韓国の行政手続法48条2項も同様のものを規定している。以上の日本の最高裁判例に照らせば、行政基本法13条にいう不当結付禁止の対象には、「義務を課する」ことにとどまらず、拒否処分等を含む不利益的扱いも含まれるべきであろう。言い換えれば、同法13条の定める不当結付禁止の原則の適否は、同原則の適用をめぐる紛争が法院に持ち込まれたときに、法院が同法13条にいう「義務」の「実質的な関連性」の要否に係る判断として、行政作用の相手方に対する条件や負担等の義務を課するなどの不利益的扱いが同行政作用に実質的な関連性のある義務であるかどうかをめぐる審査を行うというより、むしろ先行行為の不服従または不協力を理由として先行行為の相手方に対する不利益的扱いをすることが行政裁量の行使として許容される範囲内にとどまるかどかをめぐる裁量審査を行うことによって決せられよう。むろん、韓国の国税徴収法112条（事業に係る許可等の制限）に見るように、個別法令が先行行為への不協力・不服従に対する不利益的扱いを定めている場合は、不当結付禁止の原則に反することがない。

総じて、以上の「Ⅲ　行政の法原則」に見るように、行政基本法の定める行政の法原則は、日・韓の学説や判例法理を明文化したに過ぎず、特段に制度改革等をもたらすという性質のものではなく、従来の行政法学ドグマチックを変えるようなものでもない。

Ⅳ　行政作用

行政基本法3章は「行政作用」と題し、これに係るものとしては、第1節「処分」（14条ないし23条）、第2節「見做し許認可」（24条ないし26条）、第3節「公法上の契約」（27条）、第4節「課徴金賦課」（28条、29条）、第5節「行政上の強制」（30条ないし33条）、第6節「その他の行政作用」（34条、35条）、

および第７節「処分に対する異議申立て及び再審査」（36 条、37 条）に関する規定を定めている。

1　処分

行政基本法３章１節の「処分」に関わっては、法令等の遡及適用の禁止と法適用の基準時（14 条）、処分の効力（15 条）、授益処分の欠格事由法定主義（16 条）、附款（17 条）、違法または不当な処分の取消（18 条）、適法な処分の撤回（19 条）、処分の自動化（20 条）、裁量権行使と正当な利益考慮（21 条）、不利益処分の根拠法制定の指針と要考慮事項（22 条）、不利益処分の除斥期間（23 条）という規定が置かれている。

（１）法令等の遡及適用の禁止と法適用の基準時

（法適用の基準時）

第 14 条　新しい法令等は、法令等に特別な規定がある場合を除いては、当該法令等の効力発生前に完成し、若しくは終結した事実関係又は法律関係に適用してはならない。

２　申請に対する処分は、法令等に特別な規定があり、又は処分時の法令等を適用するに困難な特別な事情がある場合を除いては、処分時の法令等による。

３　法令等に違反した行為の成立とこれに対する制裁処分は、法令等に特別な規定がある場合を除いては、法令等に違反した行為時の法令等による。ただし、法令等に違反した行為後の法令等の変更により、当該行為が法令等に違反しない行為に該当し、又は制裁処分の基準が軽減された場合には、当該法令等に特別な規定がないときには、変更された法令等を適用する。

行政基本法 14 条１項は、法令等に特別な規定がある場合を除いて、法令等の遡及適用の禁止を謳っている。行政法学のみならず、行政実務上、法令等の遡及適用の禁止とは、不利益処分が法令等によって授権されていない場合に、行政庁が当該不利益処分を行うことができないこと（法治行政の原則）はいうまでなく、私人における特定の行為が帰責事由等として処分要件に該当しなかった場合に、事後的に法令等を制定・改正し、新しい法令等がかつての私人に

おける特定の行為を処分要件と規定し、同処分要件に基づいて、不利益処分を行ってはならないことを意味する。すなわち、新しい法令等の遡及適用の禁止を定める同法 14 条 1 項は、「租税法律主義」で象徴されているが、課税処分に限らず、不利益処分の全般がその対象となる。

同法 14 条 1 項が法令等の遡及適用の禁止を謳っているものの、「法令等に特別な規定がある場合」には、法令等の遡及的適用が可能である。たとえば、私人による特定の行為を帰責事由等とする法令等が存在しなかったにもかかわらず、新しい法令等の制定・改正による遡及適用により、かつての私人による特定の行為を帰責事由として不利益処分を行うことができるのは、同法 14 条 1 項にいう「法令等に特別な規定がある場合」である。遡及適用を定める特別措置法がこれにあたる。韓国の憲法 13 条が遡及立法による刑事訴追の禁止(1 項)および参政権・財産権制限の禁止（2 項）を規定しているものの、特定の行為を理由とする個人への刑事訴追や権利制限等を遡及的に可能にすることを目的とする特別措置法が多く制定されてきた。これらの例としては、反民族行為処罰法（1948 年制定法律第 3 号）を初めとして反民主行為者公民権制限法（1960 年制定法律第 587 号)、政治活動浄化法（1962 年制定法律第 1032 号)、司法書士法 4 条 1 号 (1973 年改正法律第 1551 号)、租税減免規制法附則 1 3 条等 (1990 年改正法律第 4285 号)、および 5.18 民主化運動等に関する特別法 2 条（1995 年制定法律第 5029 号）その他の遡及立法がある。これらの法律による遡及適用の違憲可否に係る憲法裁判所の判断について見てみると、憲法裁判所は、以上の 5.18 民主化運動等に関する特別法 2 条が反民主行為者の公民権制限および公訴時効進行の停止を定めるものであり、同条がすでに過去に完成し、終結した事実関係について遡及的に適用(規律)の対象とし、新たな法律関係を形成・確定するものであるが、これらの立法を合憲と判断し、「真正遡及立法」と称している [40]。これに対して、1973 年に改正施行された司法書士法 4 条 1 号（法律第 1551 号）等については、同改正法によって旧法の下で受けられる法務士

(40) 合憲とする決定例としては、公訴時効の進行の停止を定め、刑事訴追を可能にした 5.18民主化運動等に関する特別法第2条の違憲可否が問われた事件が参照となろう。同特別法第 2 条は、1979 年 12 月 12 日と 1980 年 5 月 18 日を前後に発生した憲法秩序破壊犯罪と反人道的犯罪に関わって国家の訴追権行使において障碍事由が存在した期間は公訴時効の進行が停止したと見做す（1 項)。第 1 項の定める“国家の訴追権行使に障害事由が存在した期間”とは、当該犯罪行為の終了日から 1993 年 2 月

資格取得のための職歴換算が改正法によって受けられなくなり、改正法の定める資格取得要件が旧法のそれよりも厳格なものとなるというように、これらの立法は、完成されていない継続中の事実関係を適用（規律）の対象としつつ、これに基づいて新たな法律関係を形成・確定するものであるが、憲法裁判所は同立法を合憲とし、「不真正遡及立法」と称している[41]。1990年12月31日に改正施行された租税減免規制法附則１３条等についても、これが改正法の定める低い所得控除率を同改正法の施行日からではなく、同施行日以前の事業年度にも適用するという完成されていない継続中の事実関係を適用（規律）の対象としており、憲法裁判所は、同立法を不真正遡及立法の例として違憲と決定

24日までの期間をいう（2項）。公訴時効が完成した事案に対する訴追を可能にする遡及立法たる同特別法2条ににについて、法院の同特別法2条に対する憲法裁判所への違憲法律審判請求がなされたため、憲法裁判所は、「軍事反乱罪や内乱罪の公訴時効の完成による法的地位への信頼利益が保護に値するほど大きくないのに比して、公訴時効の進行の停止を定めるこの法律条項は、上記の犯罪行為者の信頼利益や法的安定性を上回る格段に重大な公益を追求するもの」（傍点筆者）であることなどを理由として、遡及立法による訴追の原則的禁止に対する例外にあたるとして、合憲と決定した（憲法裁判所1996. 2.16. 決定96헌가2など（全員裁判部決定））。

(41) 1963年に制定された司法書士法（法律第1333号）4条1号が「法院および検察庁で5年以上の書記の職にあった者その他これと同等の学歴、経歴があると認められる者」と規定し、これを受けて、同法施行規則（大法院規則第178号）1条1項が上記の「これと同等の学歴、経歴があると認められる者」を、「法院および検察庁で10年以上の書記補の職にあった者」と例示していた。ところが、1973年に改正施行された司法書士法（法律第1551号）が1963年制定の旧法にあった「これと同等の学歴、経歴があると認められる者」を削除し、これに係る同法施行規則をも廃止したため、旧法の定める司法書士資格取得要件に比してより厳格なものとなったため、同改正法によって不利に扱われることになったとされる者が同新法による基本権の侵害を理由に、直接憲法裁判所に憲法訴願審判を請求したのである。憲法裁判所は、憲法訴願審判において旧法では過去の一定の職歴が司法書士資格取得に換算されていたものが、司法書士法の改正によって換算されないことにしたことについて、同法改正が「司法書士資格取得の途を狭めることになり、職業選択の自由を制限することに結果になってとしても、こうした制限は公共福祉のためのものであり、憲法上の比例原則ないし過剰禁止の原則に違背することなく、さらに司法書士法が職歴換算規定を置いていないとしても、これは立法者の決定事項に属する。」と決定し、司法書士法4条1号を合憲と決定した（憲法裁判所1989. 3.17. 88헌마1（全員裁判部）決定）。

した[42]。

このような真正遡及立法と不真正遡及立法の区分は大法院も採っており、態様の異なる２つの立法について、憲法裁判所は、前記の司法書士法４条１号を合憲とする決定例において、「前者の場合は、立法権者の立法形成権よりも、当事者が旧法に期待した信頼を保護する見地に立ち、法的安定性を図ることに重きを置く必要があるため、特段の事情がない限り、旧法によってすでに得られた資格または権利を新しい立法においてもそのまま尊重する義務がある。後者の場合は、旧法を期待した信頼を保護するよりも、広範囲な立法形成権を軽視してはならないため、特段の事情がない限り、新しい立法を行う際に、旧法による法律関係ないし旧法上の期待利益を尊重しなければならない義務が生じるものではない」（傍点筆者）という旨を述べているが、この旨からは、真正

(42) 1990 年 12 月 31 日に改正施行された租税減免規制法附則 13 条等が、増資所得控除を定める租税減免規制法 55 条の改正規定（法律第 4285 号）の適用について、「第 55 条の改正規定はこの法施行後の最初に終了する事業年度分から適用する。…（省略）…」と規定している。投資金融会社である X は、旧法時税法 10 条の 3 と租税減免規制法 7 条の 2 に依拠し、資本増加をすれば、36 か月間で 18 ないし 20％の増資所得の控除を受けると信頼し、1988 年 1 月に 6 億元、３月に 45 億元を増資した。ところが、1990 年１２月３１日に改正施行された租税減免規制法の附則１３条は、増資所得控除を定める租税減免規制法５５条の改正規定（法律第 4285 号）の適用について、「第５５条の改正規定はこの法施行後の最初に終了する事業年度分から適用する。…（省略）…」と規定し、租税減免法施行令 45 条３項が控除率を 12 ないし 17％と規定した。同規定を受けて、X は、その事業年度が毎年７月１日から翌年 6 月 30 日であることから、1990 年 7 月 1 日から同年 12 月 31 日までの期間については旧法の 20％の増資控除控税率を適用し、1991 年 1 月 1 日から同年 6 月 30 日までの期間に対しては、改正施行された 12％の控除税率を適用し、納税額を計算した。これに対して、税務署長は、租税減免規制法附則 13 条に基づいて、1990 年 7 月 1 日から同年 12 月 31 日までの期間に対しても、改正規定による 12％の増資控除控税率を適用すべきであるとする税務調整を受けた。X は、同調整に従って修正申告し、納付してから、法院に同更正処分の取消訴訟を提起するとともに、租税減免規制法附則１３条が更正処分の取消訴訟という裁判の前提問題となるとして、憲法裁判所法 41 条に基づいて当該法院に対して憲法裁判所への違憲法律審査の申請をしたものの、当該法院が１９９４年１月１９日に X の申請を棄却したため、同年２月１２日に憲法裁判所に直接憲法訴願審判（憲法裁判所法６８条２項）を提起したのである。同附則 13 条等による遡及適用の違憲の可否について、憲法裁判所は、

遡及立法の場合はその適用対象の態様からして遡及立法が原則的に禁止されるものとして捉えられるが、同遡及立法が合憲となるのは、「信頼保護の利益や法的安定性を上回る格段に重大な公益保護の必要性がある」という特段の事情を要することとなる。これに対して、不真正遡及立法の場合はその適用対象の態様からして遡及立法が原則的に禁止されていないものとして捉えられ、経過措置も置かれることとなり、したがってまた、遡及立法の適用の対象となる者が「遡及立法による公益保護を上回る信頼保護の必要性がある」という事情に係る立証責任を負うことになろう。このように、行政基本法14条1項が憲法裁判所の決定例等を踏まえ、新しい法令等の遡及適用の禁止を明文化していることからすれば、行政庁は、かつての私人における特定の行為を規律の対象とするために、新しい法令等を制定・改正するという立法、とくに真正遡及立法に基づく不利益処分を行う際には「信頼保護の利益や法的安定性を上回る格段に重大な公益保護の必要性」を処分理由として具体的に提示すべきであろう。しかしながら、法治主義から遡及立法の禁止が導かれるし、例外として法令等の改正・制定による遡及立法を許容する場合にも、私人の旧法に対する信頼保護の観点から同遡及立法の許容の可否が検討されることになる。だとすれば、憲法裁判所や法院は、遡及立法の態様に拘泥することなく、同立法の是非に関して、遡及立法によって保護される公益と、遡及立法を憲法違反とすることによって保護される信頼利益との比較考量を行い、総合的に判断することになろう[43]。

そして、行政基本法14条2項は、申請に対する処分に関わる法令等の適用の基準時を処分時の法令等によるとし、「処分時」とし、例外として法令等

税務署長が同規定を法人の事業年度中の同法施行以前に当該事業年度における資本増加額の残存増加所得控除期間に適用する限りにおいて、法律改正による遡及立法に当るとして、同遡及立法には、「…旧法を信頼した私人らの期待権を圧倒するほどの公益の必要性が切実であると見られない」し、「少なくとも、立法者として旧法に対する私人らの信頼を保護するために、相当の期間の経過規定を定めるのが妥当であるにもかかわらず、そのような措置を講じていない」などを理由に、同遡及立法を憲法に反するとしたのである（憲法裁判所 1995. 10.26. 94 헌바 12 決定（全員裁判部））。

(43) これについては、前掲の憲法裁判所 1995. 10.26. 94 헌바 12 決定（全員裁判部）参照。

に特別な規定があり、または処分時の法令等を適用するに困難な特別な事情がある場合には、法令等の適用の基準時は「申請時」となる。すなわち、申請に対する処分の場合には、同条２項が申請時の法令等を適用するのではなく、処分時の法令等を適用することを明らかにしているため、申請がなされてから、申請時の法令等が改正され、あるいは新しい法令等が施行されたときには、行政庁は、申請時ではなく、処分時の改正または新しい法令等を適用し、申請どおりの授益処分、あるいは拒否処分のいずれかを行わなければならない。ただし、新しい法令等がすでになされた申請に対する経過措置を講じることなく、処分時の新しい法令等を適用し、申請を退ける拒否処分をしたなどの狙い撃ちの疑いがあれば、拒否処分の相手方は、申請時の旧法令等によれば、申請どおりの処分をなされることを理由に、拒否処分の違法性をめぐって争う場合には、平等原則違反の可否、あるいは行政基本法 12 条および行政手続法 4 条 2 項の定める信頼保護の原則適用の可否が問われよう。他方では、旧法に基づいて申請がなされてから、行政庁が申請時の法令等を改正し、あるいは新しい法令等を制定・施行するときには、行政手続法 4 章の定める立法予告手続（パブリックコメント）が新しい法令等に対する周知期間となり、同手続を経て、施行された新しい法令等に基づいて申請を退ける拒否処分をするという一連の行政過程には、新しい法令等が公的見解として私人に対する再申請を求めるものとして解されるため、前掲の大法院判決に掲げている信頼保護の要件が充足しないこととなろう。だとすれば、法令等の適用の基準時を処分時とする行政基本法 14 条 2 項においては、信頼保護の原則の適否が問われる場面は生じない。処分時の法令等を適用し、行政庁が拒否処分をした場合に、同拒否処分の相手方が処分時の法令等を憲法違反などの無効となるというよう特別な事情がない場合には、新しい法令等に基づいて申請を退ける拒否処分が適法となる。

さらに、同法 14 条 3 項は、不利益処分に関わる法令等の適用の基準時については、その基準時は、法令等に特別な規定がある場合を除いては、私人における特定の行為がなされた時点の法令等に基づいて不利益処分をするべきとする「行為時」としている。このように、不利益処分の場合に法令等の適用の基準時は、処分時ではなく、行為時が原則である。同原則は、同法 14 条 1 項が法令等の遡及適用の禁止を定めていることから来る当然の帰結である。例外として、同法１４条３項にいう「法令等に特別な規定がある場合」に、不利益処

分に関わる法令等の適用の基準時は、行為時ではなく、処分時となる。ここでいう法令等に特別な規定とは、同法14条1項にいう「法令等に特別な規定がある場合」と同様であって、遡及適用を定める制定法たる特別措置法がこれに当たる。また、同法14条3項但し書きにより、法令等に違反した行為後の法令等の変更により、当該行為が法令等に違反しない行為に該当し、または不利益処分の基準が軽減された場合は、当該法令等に特別な規定がないときには、変更された法令等を適用するとされ、法令等の適用の基準時が行為時ではなく、処分時とされている。これは、旧法令等に違反している私人の特定行為が当該法令等の変更によって違法でなくなるという違法性阻却の原理から来る帰結である。

（2）処分の効力

（処分の効力）
第15条　処分は、権限のある機関が取消し、若しくは撤回し、又は期間の経過等により消滅されるまでは、有効なものとして取り扱われる。ただし、無効な処分は、初めから効力が生じない。

行政基本法15条は、処分の効力として公定力を定めている。処分の効力は処分庁による職権取消と、裁判所による取消判決によって失われることになる。この公定力の故に、訴訟実務上、処分の違法性が法的争点となる場合には、行政庁が当該処分を取り消さない限り、処分の相手方が当該処分の取消を求める訴えを提起しなければならないという取消訴訟の排他的管轄権が確立されている。このため、処分に対する取消訴訟の排他的管轄権は、公定力と裏腹の関係にある。この点は、訴訟実務上、日・韓に共通するものである。また、行政基本法上、取消と撤回の区分が行われており、その上、同法19条は、適法な処分の撤回について定めている。実定法上、取消と撤回の区分の意義等については、以下の「（6）適法な処分の撤回」において検討する。

ところが、刑事裁判における「行政処分違法の抗弁」が許容されており[44]、

(44) これについては、大法院 2017. 9. 21. 宣告 2017 도 7321 判決・廃棄物管理法違反被告事件と、日本の最高裁昭和53年6月16日風俗営業等取締法違反被告事件判決参照。

また、国家賠償請求訴訟においては行政処分が違法であれば、国等に賠償せよということを求めているにすぎず、行政処分の効果を覆滅させることを目的としているのではないから、当該行政処分に対しては予め取消の確定判決を得ておく必要はないとするのが、一致した学説・判例である。こうした状況を踏まえると、行政基本法は単に公定力を成文化するというより、むしろ、その限界等を明らかにすべきであったと思われよう[45]。

（3）授益処分の欠格事由法定主義

（欠格事由）
第16条　資格、身分等を取得させ、若しくは付与することができない事由、又は認可、許可、指定、営業登録、届出受理等（以下「許認可」という。）を必要とする営業・事業等をすることができない事由（以下「欠格事由」という。）は、法律で定める。
2　欠格事由は、次の各号の基準によって定める。
一　規定の必要性が明確であること
二　必要な項目のみにおいて最小限で規定すること
三　対象となる資格、身分、営業又は事業等に実質的な関連があること
四　類似の他の制度と均衡が取れること

行政基本法16条1項は、行政庁が授益処分をすることのできない事由を欠格事由とし、これを法律で定めるとしている。授益処分とは、許認可等を欲する申請に対して、行政庁が諾否の応答において同申請を認め、申請通りの処分をすることを指し、同条1項において「資格、身分等を取得させ、若しくは付与すること」、および「認可、許可、指定、営業登録、届出受理等（以下「許認可」という。）」が例示されている。行政基本法上、法令等とは、法律、法規命令、地方自治団体の条例および規則をいい、同条1項にいう法律には、文理上、

(45) 公定力の限界等については、拙著「処分性拡大論に付随する理論的問題に関する一試論」嶺南法学第50号 (2020.6.) 62頁以下参照。

法規命令と地方自治団体の条例および規則が除かれることになる。したがって、同法 16 条 1 項は、授益処分の欠格事由法定主義を定めるものである。欠格事由法定主義は、授益処分を欲する申請者の権益を保護するためのものであろう。もちろん、同欠格事由は、授益処分を求める申請を棄却・却下するという拒否処分の場合に同拒否処分の理由となるものである。そして、同条 2 項は、法律が以上の欠格事由を定める場合に、明確性（1 号）、最小限度性（2 号）、実質的関連性（3 号）、均衡性（4 号）を要するとし、法律に拒否処分の欠格事由を法定する際の立法基準として立法ガイドラインとなる。

ところが、行政基本法 16 条 1 項は、拒否処分の理由となる欠格事由を法律で定めるとする法定主義を採択していることから、同法定主義の厳格な適用がなされると、行政庁が法律の缺欠や不備を補うために裁量基準ないし解釈基準たる行政規則で授益処分の欠格事由を策定することはもちろんのこと、同欠格事由を法規命令で定めること（委任立法）をも排除することになるが、これについては、以下のように検討すべき点がある。前述の「Ⅲ　行政の法原則」の「5　信頼保護の原則」に見るように、まず、韓国の行政手続法 20 条は、申請に対する処分と不利益処分を前提としつつ、行政庁に対する処分基準の具体的な策定とその公表を規定している。同処分基準にも、日本の行政手続法の定める申請に対する処分における審査基準（5 条）、不利益処分における処分基準（12 条）たるものが当然含まれよう。そして、行政基本法 16 条 1 項が法定主義を定めているものの、授益処分の欠格事由を定める法律を補うための審査基準の策定については、同基準を行政規則で定めることが以下のような理由により許容されるべきであろう。すなわち、現代社会・経済構造の複雑・多様化に伴って、行政の専門・技術性と高度な政策的判断はもちろんのこと、現代社会・経済構造の急激な変化に応じた迅速かつ柔軟な行政活動が求められよう。こうした状況において国会がすべての行政活動を詳細に法律で規定するのは事実上不可能である。このため、専門・技術性等の優れた行政庁に一定の規範の定立を委ねる委任立法という方法論が現代国家において必要不可欠な法技術として確立されているのは、周知のとおりである。さらに、社会・経済の変化に対して迅速かつ柔軟に対応できる行政活動のためには、その権限行使における専門・技術性のみならず、政策的判断の尊重の必要性などから、国会制定法が「環境保全または公益上必要」という不確定概念を行政権行使の発動要件として定め、

行政庁に判断の余地を付与する行政裁量という手法も広く活用されているのも否めない。このように、法令が処分の要件認定や効果の選択などを裁量事項と規定しているときに、同裁量に関する基準、いわゆる裁量基準ないし解釈基準を行政規則として定めることも、行政実務上、広く認められていることである。また、行政実務上、どうしても法令には缺欠や不備な部分があり、法律による行政の原則の厳格な適用の下では、迅速かつ柔軟な対応が困難である。このため、私人の生活を規律している法令の安定性と予測可能性を高めるためには、行政庁が法令の缺欠や不備な部分を補うための行政規則を積極的に策定し、必要に応じてこれを守るべき基準として広く知らせるという公表も必要である。このように、法令の缺欠や不備、行政権行使に裁量の余地がある場合に、行政庁は権限行使に係る法令の定める処分要件について、処分の根拠法の趣旨・目的に即して授益処分の基準となる審査基準の策定を自由に行うことは、行政運営における公正の確保と透明性の向上に資するものである。

以上の観点からすれば、行政基本法16条1項は、行政庁が拒否処分を行う際に同処分の根拠となる欠格事由を法律で定めるとする法定主義を採択しているが、これについては、当該法律は当然、法令を指すと解し、さらに法令の定める欠格事由については、法令の缺欠や不備があるとすれば、これを是正し、これらを補足するものとして裁量ないし解釈基準たる行政規則で定めることも可能であると解するべきであろう(46)。法定主義が厳格に求められるのは、拒否処分の理由となる授益処分の欠格事由というより、むしろ不利益処分の要件

(46) 韓国の旧住宅法（2009.2. 3法律第9405号で改正され、2013. 12.24法律第12115号で改正される前のもの）43条7項がその2号の定める入居者代表会議の構成、運営と議決事項について大統領令で定めると規定し、これを受けて、住宅法施行令（2010.7. 6大統領令第22254号改正されたもの）50条4項が共同住宅管理に係って罰金100万元以上の刑を宣告されてから、5年を経過していない者を入居者代表会議の代表者にならないとする欠格事由を定めていたため、行政庁は、Xが以上の欠格事由に該当することを理由に、代表者の再選出を命じ、入居者代表会議の構成員変更の申請を返戻した事案において、Xらは、欠格事由に関する規定の場合に、同規定が私人の自由と権利を制限するものであるため、法律が直接これらを規定すべきであるにもかかわらず、これらを大統領令で委任しているため、法律留保原則に違反し、そして旧住宅法43条7項がその委任の態様において個別・具体的ではないため、包括委任禁止に違反するとする旧住宅法43条7項をめぐる憲法訴願審判事件において、憲法裁判所は、Xらの請求人による憲法違反の主張いずれをも退けていた 。

の場合である。なぜなら、不利益処分は、処分の相手方の権利ないし法的地位を制限・剥奪するなどの法律関係を大きく変動させることになるからである。以上の欠格事由の法定主義に関しては、解釈論上検討すべき点があるものの、同法16条1項の定める欠格事由法定主義と、同条2項の定める欠格事由の立法ガイドラインは、行政庁の恣意的な拒否処分をなくし、授益処分を欲する申請者の権益を保護することをその趣旨・目的とするものと解されよう。

（4）附款

（附款）

第17条　行政庁は裁量処分の場合に附款（条件、期限、負担、撤回権の留保等をいう。以下この条において同じ）を付することができる。

2　行政庁は処分に裁量がない場合には、法律にその根拠があるときに附款を付することができる。

3　行政庁は、附款を付することのできる処分であって、次の各号のいずれかに該当する場合には、当該処分をした後にも附款を新たに付したり、従前の附款を変更したりすることができる。

一　法律に根拠がある場合

二　当事者の同意がある場合

三　事情変更により、附款を新たに付したり、従前の附款を変更したりしなければ、当該処分の目的を達成することができないと認められる場合

4　附款は、次の各号の定める要件に適合しなければならない。

一　当該処分の目的に違背しないこと

二　当該処分と実質的な関連があること

三　当該処分の目的達成のための必要最小限のものであること

行政基本法17条は、裁量処分の場合に付款を付することができるとし、付款の種類として条件、期限、負担、撤回権の留保等を例示している（1項）。処分に裁量の余地がない場合には、行政庁は法律にその根拠があるときに附款を付することができる（2項）。そして、同条3項により、行政庁は、附款を付することのできる処分であって、法律に根拠がある場合（1号）、当事者の同意がある場合（2号）、事情変更により、附款を新たに付したり、従前の附

款を変更したりしなければ、当該処分の目的を達成することができないと認められる場合（3号）のいずれかに該当する場合には、当該処分をした後にも附款を新たに付したり、従前の附款を変更したりすることができるという付款の変更等を行うことができる。また、附款そのものには、当該処分の目的に違背しないこと（1号）、当該処分と実質的な関連があること（2号）、および当該処分の目的達成のための必要最小限のものであること（3号）という要件適合性が義務付けられている（4項）。

日本では、多くの行政法テキストに附款に関する記述があり、学習項目として残っているが、前掲の法科大学院における共通到達目標からは削除されている。附款については、個別法の規定が負担、条件等として定めており、これらの根拠規定がない場合でも行政裁量に対する法的統制の問題として捉えられ、その際には行政基本法17条4項が定めているように、裁量権統制の法理に照らしてその検討が行われることになる。

（5）違法または不当な処分の取消

（違法又は不当な処分の取消）

第18条　行政庁は、違法又は不当な処分の全部若しくは一部を遡及して取り消すことができる。ただし、当事者の信頼を保護すべき価値があるなどの正当な事由がある場合には、将来に向けて取り消すことができる。

2　行政庁は、前項に従って当事者に権利又は利益を付与する処分を取り消す場合には、取消によって当事者が被ることになる不利益と、取消によって達成できる公益との比較・衡量をしなければならない。ただし、次の各号のいずれかに該当する場合には、この限りではない。

一　虚偽又はその他の不正な方法によって処分を受けた場合

二　当事者が処分の違法性を知っていたか、又は重大な過失によって知らなかった場合

行政基本法18条1項は、取消処分の遡及効を定め、その取消事由については違法のみならず、不当をも挙げている。一般に処分の取消には行政庁が不利

益処分を取り消す職権取消の場合と、同条２項の定める「当事者に権利又は利益を付与する処分を取り消す場合」のように、授益処分を取り消す職権取取消の場合の二種類がある。むろん、処分の相手方が不服とし、法的に争点となるのは前者ではなく、行政庁が授益処分を取り消す職権取消という後者の場合である。たとえば、前者は、韓国の食品衛生法上、行政庁が私人に法令違反の是正を命ずるという作為義務（71 条等）、または法令の定める食品とその添加物に関する基準や規格に違反する品目の製造停止を命ずるという不作為義務（76 条）を課したが、これらの作為または不作為義務を課する不利益処分が違法または不当になされたことを理由に、同不利益処分を取り消す場合である。これに対して、後者は、韓国の食品衛生法上、行政庁が私人による同法の定める遵守事項違反や義務違反等（44 条等）を理由として営業許可等を取り消す場合（75 条）のように、行政庁が私人の欲する許可・認可等の何らかの利益を付与するという授益処分を行ってから、当該授益処分の相手方に違法または不当があることを理由に、当該授益処分を取り消す場合である。さしあたり、前者における違法とは、行政庁による事実認定や処分要件の違反または裁量権の逸脱・濫用をいい、後者における違法とは、授益処分の相手方による同処分の根拠法令の定める遵守事項違反や義務違反等をいう。以上のような違法のほかに、とくに後者の取消事由たる「違法または不当」とは具体的に何を指すのか、また、同法 18 条１項と２項の規定の仕方からすれば、同法 18 条１項の定める処分の取消には、前者の不利益処分の取消と後者の授益処分の取消の両者を示しているように読めるが、果たして同法 18 条１項にいう処分の取消には前者のみを指すのか、さもなければ後者をも含むのかという疑義もあろう。以上の疑義を明らかにするために、以下では、不利益処分の職権取消と授益処分の職権取消のそれぞれにおける遡及効の可否について順次に見てみる。

一般に不利益処分の取消を求める原告の請求を認容する取消判決が確定すると、当該不利益処分は遡ってその効力を失うため、行政庁による取消を必要としない。こうした取消判決の力は形成力（効）と称されている。また、行政庁が自ら行った不利益処分における違法または不当（すなわち同処分が違法または不当になされたこと）を理由に、同処分を取り消すという職権取消をした場

合にも取消判決と同様に、不利益処分の効力は、同不利益処分がなされた時点に遡ってその効力を失う。このように、取消処分の遡及効を定める同法 18 条 1 項柱書きの規定がなくとも、不利益処分の職権取消には遡及効が認められるため、同法 18 条 1 項柱書きは確認規定にすぎない。そして、同法 18 条 1 項但し書きが処分の取消に遡及効を認めない場合として「当事者の信頼を保護すべき価値があるなどの正当な事由がある場合」を規定しているが、これについては、法制処の「解説」(47) によると、「違法な処分を根拠に、権利義務関係が成立している場合」が挙げられている。以上の「違法な処分」とは違法な不利益処分を指すとすれば、同違法な不利益処分によって新たに形成・確立される権利義務関係の例が果たして行政実務上、具体的に実在するのかという疑義がある。この疑義を払拭することができなければ、不利益処分が取り消されても当該職権取消に遡及効を認めない場合を定める同法 18 条 1 項但し書きは、その適用のない無用の規定になろう。このようにならないためには、処分の取消とその遡及効を定める同法 18 条 1 項は、処分の取消には不利益処分の取消のみならず、授益処分の取消をも含むとし、不利益処分の職権取消のみならず、授益処分の職権取消にも、同法 18 条 1 項の定める遡及効が原則的に認められることになり、そして、授益処分の職権取消に例外的に遡及効が認められない場合として「当事者の信頼を保護すべき価値があるなどの正当な事由がある場合」を定めているというような立法趣旨を含むものとして解されなければならない。しかし、果たして授益処分の職権取消の場合に同法 18 条 1 項の定める通りに授益処分を遡及して取り消す必要があるのかという重要な疑義がある。授益処分の取消処分の遡及効の可否に関する検討を行う前提として授益処分の職権取消における取消事由について見てみる。

授益処分の職権取消に関しては、まず、その取消事由から見てみると、以下のような二種類の職権取消がある。授益処分の職権取消における根拠となる法令の定める要件にはその態様・程度において様々な違いがあり、同違いの故に、行政庁が取消事由を引き出す方法に差があるにせよ、行政庁は処分の相手方が処分の根拠法令の定める遵守事項や義務等に違反していること、もしくは事後的に当該授益処分の処分事由が消滅したこと、または処分の根拠法令の趣旨・

(47) 法制処行政法制革新推進団『行政基本法条文の解説』72 ～ 73 頁（2021.4）。

目的解釈から引き出された根拠法令の趣旨・目的に悖る行為をなしているなどのように、「処分の名宛人の帰責事由などの要件適合性」を授益処分の違法として捉え、同違法を取消事由として授益処分を取り消すことができるのである。むろん、授益処分の職権取消は処分の相手方にとって不利益処分となる。こうした処分は、職権取消と改めて称する必要もなく、処分の根拠法令の定める行政目的を実現するための行政権限の行使として行政実務上、よく見られる一般的ないし恒常的な法現象である。したがって、この種の職権取消は、「一般的職権取消」と称することができよう。

以上の一般的職権取消の事由との比較からすれば、行政庁が一旦なされた授益処分に違法または不当があることを理由に、当該授益処分を取り消すというように、処分理由が全く異なる職権取消がある。たとえば、行政庁が当初の授益処分をする際に行政庁の法令適用や解釈等の誤り、または事実認定の誤りなどの審査不尽等があったという行政庁の落ち度に起因する違法を授益処分の取消事由とする場合、あるいは以上のような違法性を帯びないものの、同授益処分を維持することのできない何らかの事由があるという不当を授益処分の取消事由として、行政庁が授益処分を取り消すという職権取消がある。この種の職権取消は、一般的職権取消の事由たる「処分の名宛人の帰責事由などの要件適合性」が該当されず、処分庁が授益処分をする際に審査不尽等の違法がなかったとすれば、本来、授益処分が行われることがなかったという行政庁の落ち度に起因する違法が授益処分にあるとして、同違法を同授益処分の取消事由とする場合、または事情変更等により授益処分を維持することのできない何らかの事由という不当が授益処分にあるとして、同不当を同授益処分の取消事由とする場合である。この種の職権取消は、一般的職権取消の事由との比較からすれば、授益処分の相手方における帰責事由と全く関係ない取消事由で授益処分が取り消されるという特異性を確認することができる。したがって、この種の職権取消は、取消事由の特異性に着目し、「例外的職権取消」と称することができる。このように、行政実務上、行政基本法 18 条 1 項柱書きにいう処分の取消が法的に争点となるのは、そのほとんどが一般的職権取消であり、例外的職権取消は稀に見られる法現象であろう。とくに不当とは、授益処分に違法性がないものの、同授益処分を取り消さなければならない場合がありうることを想定した包括的事項（概念）であることや、少なくとも授益処分の職権取消が権

利や法的地位等を制限し、あるいは剥奪するという侵害行政に当たり、法律の根拠が必要である「侵害留保説」の観点などを勘案すれば、同法 18 条 1 項柱書きの定める不当とは、例外的職権取消における取消事由となり、不当な処分の取消とは、例外的職権取消の範疇に見られるものと考えられよう。以上の職権取消の分類に即して遡及効の可否について検討してみる。むろん、こうした二種類の職権取消における取消事由が全く異なっている点からすれば、当然、以下に見るように、二種類の職権取消に対する裁判所の審査過程や審査密度等も異なってくるのである[(48)]。

前述のように、不利益処分の職権取消には、同法 18 条 1 項柱書きを待つまでもなく、当該不利益処分がなされた時点に遡及して取り消されるという遡及効がある。これに対して、韓国の食品衛生法 75 条の定める営業許可等の取消という授益処分の職権取消の場合には、当初の授益処分たる営業許可がなされた時点に遡及して営業許可が取り消される必要がないため、行政庁の授益処分たる営業許可によって生じている営業の権利・法的地位は同職権取消がなされた時点から将来に向けて失われることになる。つまり、行政庁が許認可や指定等の権限行使として私人への一定の権利・法的地位等を付与する授益処分を行ってから、同授益処分の相手方における法令違反などの帰責事由を職権取消の事由として確定し、以上の一定の権利・法的地位等を制限または剥奪するという一般的職権取消を行う場合に、虚偽またはその他の不正な方法によって授益処分を受け、同処分によって不当利得を得たため、同不当利得を返還させなければ、正義に反するなどといった特段の事情がなければ、授益処分として付与された一定の権利・法的地位等の効力は、一般に同職権取消がなされた時点から将来に向けて失われることになる。これは、とりもなおさず、授益処分を取り消す処分として一般的職権取消の場合には以上のような特段の事情がないという条件の下で、これに対して例外的職権取消の場合にはその処分理由からして無条件に、当初の授益処分がなされた時点に遡って当該処分の効力を失わせるという遡及効の必要性がないことを意味し、翻って、授益処分を取り消す職権取消は、同処分の取消がなされた時点から将来に向けて当該授益処分の効力

(48) これらについては、拙著「行政法学上の当・不当と職権取消処分の司法審査に関する一試論」駒澤法曹第 15 号（2019）60 頁以下参照。

がなくなるのが通常である。このように、授益処分の職権取消には遡及効を認める必要がないとすれば、処分の取消とその遡及効を定める同法18条1項の射程には、授益処分の職権取消が含まれないことになる。このため、「当事者の信頼を保護すべき価値があるなどの正当な事由がある場合には、将来に向けて取り消すことができる。」とする同法18条1項但し書きも、授益処分の職権取消に適用されないのは、いうまでもない。したがって、以上の遡及効の可否に関する以上の究明からすれば、同法18条1項但し書きは適用されることのない無用の規定になるだろう。

そして、同法18条2項柱書きは、授益処分の職権取消の場合に「取消によって当事者が被ることになる不利益と、取消によって達成できる公益との比較・衡量をしなければならない。」とする利益の比較考量を要することを定めている。一般に利益の比較考量は、以上の「（1）法令等の遡及適用の禁止と法適用の基準時」に見るように、不利益処分を遡及的に処してはならないにもかかわらず、公益の保護等を理由とする遡及立法により、不利益処分がなされた場合、または、以上の「5　信頼保護の原則」に見るように、私人が公的見解を信頼して行動したにもかかわらず、同見解に反して不利益処分がなされた場合のように、私人の信頼保護の可否が争点となるときに、裁判所が同信頼保護を如何に考慮し、これらの処分の是非を判断することになるのかという判断過程の1つである。以上の事例と違って、授益処分の職権取消の場合には同授益処分によって形成・確立されている法律関係の効力は、同職権取消には原則として遡及効が認める必要がなく、同職権取消がなされた時点から将来に向けて失われることになることを前提とすると、職権取消の対象たる授益処分を信頼したという特別な事情もなく、同授益処分に対する相手方の信頼保護が問われる場面は原則として生じないため、そもそも相手方の信頼保護の可否が争点とならないのではないかと思われる。ただし、一般的職権取消と例外的職権取消における処分理由の違いに着目し、とくに後者における処分理由の毛色を勘案すれば、職権取消の対象たる授益処分を信頼したことに対する私人の信頼保護が強く要請されることになるため、当然、授益処分に対する相手方の信頼保護の可否が争点となる。つまり、例外的職権取消における取消事由の特異性に着目すると、同職権取消に遡及効が認められないとして将来に向けて当該授益処分を取り消すとしても、当該授益処分に対する相手方の信頼保護の可否が争点となるため、同相手方の信頼利益を保護し、当該授益処分を維持することによる

私人の利益と、当該授益処分を取り消すことによって保護される公益との比較考量が行われることになる。したがって、同法18条2項柱書きの定める利益の比較考量は、例外的職権取消の場合にその適用があると解されよう。以上のように、同法18条2項柱書きの定める利益の比較考量は、例外的職権取消の場合にその適用があると解することになれば、同法18条2項但し書き各号の定める「虚偽又はその他の不正な方法によって処分を受けた場合」(1号)、「当事者が処分の違法性を知っていたか、または重大な過失によって知らなかった場合」(2号）のいずれに該当するという特段の事情があれば、同法18条2項柱書きにいう利益の比較考量を要しないとなるのも、例外的職権取消の場合となろう。

以下では、「例外的」職権取消に対する利益の比較考量を除外する場合を定める同法18条2項但し書き各号について見てみる。確かに処分の根拠法令が、一旦された授益処分を取り消す要件として、上記の同1号と同様のものを定めるものもあり[49]、かりに同1号と同様のものを定めていなくても、同1号該当性は、当該授益処分の根拠法令の趣旨・目的解釈から、前掲の一般的職権取消の処分理由たる「処分の名宛人の帰責事由などの要件適合性」として解することができる。このため、私人が職権取消の対象たる授益処分を信頼する事情がそもそもないし、処分の相手方への信頼保護の利益が生じる場面がなく、同1号該当性はそもそも利益の比較考量を要しない場合となろう。だとすれば、同1号該当性は例外的職権取消における利益の比較考量を除外する事情として機能するものではないと思われよう。同法18条2項但し書き1号の該当性があれば、同該当性は、利益の比較考量を除外する事情ではなく、授益処分の職権取消にも遡及効を例外的に認める場合として援用されるべき事情となろう。たとえば、授益処分たる給付決定処分の職権取消の場合に、「処分の名宛人の帰責事由などの要件適合性」として同法１８条2項但し書きの定める同1号の該当性があれば、行政庁は同該当性を特段の事情として、給付そのものを返還させる必要性があると認めると、同給付決定処分のなされた時点に遡って当該給付決定処分を取り消すことになろう。これは、同1号の該当性が授益処分の職権取消においても遡及効を例外的に認める事情となることを示すものである。

(49) 韓国の廃棄物管理法27条1項1号が許可の取消要件の1つとして「欺罔その他の不正な方法により許可を受けた場合」を挙げている。

そして、同法18条2項但し書き2号の該当性があれば、同2号該当性が例外的職権取消における行政庁による利益の比較考量を除外する事情になるかについて見てみる。かりに処分の根拠法令が授益処分の職権取消の処分要件として同2号と同様のものを定めていれば、別論であるが、同2号と同様のものを定めていない場合に、同2号該当性は、同2号が処分の相手方の主観的事情を定めているという点からすれば、行政庁が一旦なされた授益処分に違法または不当があることを理由に、当該授益処分を取り消すという例外的職権取消における利益の比較考量を除外する事情ではなく、行政庁が例外的職権取消の是非を判断するという判断過程において考慮されるべき事項として解されよう。だとすれば、裁判所は、例外的職権取消の是非を審査する際に、同2号該当性を、利益の比較考量の判断過程を排除するものとして捉えるのではなく、同2号該当性の態様と程度の如何により、利益の比較考量において参酌すべき事項とすべきであろう。むろん、授益処分の職権取消における同1号該当性、とくに処分の相手方の主観的事情を定める同2号該当性に関しては、行政庁が処分理由の1つとして同該当性に係る具体的な主張・立証責任を果たすべきである。かりに　以上の同2号該当性が裁判において立証されたとしても、処分の相手方の主観的事情は、前述のように利益の比較考量において参酌されるべき事項として解されることを踏まえると、利益の比較考量が要しないとする同法18条2項但し書きは、ミスリーディングとして利益の比較考量という裁判所の判断過程に制約を課しかねないという懸念がある。ちなみに、以上の懸念は、同2号該当性が同1号のそれと違って、前掲の一般的職権取消の処分理由たる「処分の名宛人の帰責事由などの要件適合性」と同様のものとして解されないことに見るように、同法18条2項但し書き1号と同2号の毛色が全く異なるにもかかわらず、これらを無視し、以上の該当性をもって同法18条2項但し書きが一律的に利益の比較考量が要しないと定めていることからも起因するものである。

確かに行政基本法18条1項と2項の文理とその仕方からすれば、同法18条1項にいう処分の取消には不利益処分の職権取消と授益処分の職権取消の両方が含まれていることを前提とした規定である。しかし、以上のあれこれの論点に関する検討を踏まえると、まず、取消処分の遡及効の検討からすれば、処分の取消とその遡及効を定める行政基本法18条1項にいう違法または不当な処分の取消は、不利益処分の職権取消のみとなるのではないかという疑問があ

り、不明な点がある。つぎに、不利益処分の職権取消には同法18条1項柱書きがなくとも、当然、遡及効が認められるため、同法18条1項柱書きはこれの確認規定であるものの、遡及効を認めない場合を定める同法18条1項但し書きが果たして不利益処分の職権取消に適用される場合が実際にあるのかという疑義もある。そして、授益処分の職権取消には原則として遡及効を認める必要がなく、例外としてそれを認める必要があるかどうかといった遡及効の可否に関する検討が個別具体的に行われることになる。これらのことからすれば、違法また不当な処分の取消は、不利益処分の職権取消と、授益処分を取り消すという職権取消を指し、さらに後者の職権取消をその処分理由から一般的職権取消と例外的職権取消に分けて、これらの区分に即して遡及効の可否および利益の比較考量の適否等に関する検討を通じて、行政基本法18条は定められるべきであろう。すなわち、以上のような職権取消の区分に基づかない行政基本法18条の文理とその仕方には、不明な点が多くあり、これを明確にし、ミスリーディングをなくすためには、同法18条の全面的な改正が必要であると思われよう。

（6）適法な処分の撤回

（適法な処分の撤回）

第19条　行政庁は、適法な処分が次の各号のいずれかに該当する場合には、当該処分の全部又は一部を将来に向けて撤回することができる。

一　法律が定める撤回の事由に該当する場合

二　法令等の変更又は事情変更により、処分をこれ以上存続させる必要がなくなった場合

三　重大な公益のために必要な場合

2　行政庁は前項によって処分を撤回しようとする場合には、撤回によって当事者が被ることになる不利益について、撤回によって達成する公益と比較・衡量しなければならない。

行政基本法上では、確かに違法または不当な処分の取消（18条）と、適法な処分の撤回（19条）というように、取消と撤回の区分が行われている。これにより、学説上の区分にすぎなかったものが実定法上の区分となった。ところが、以上の「（5）違法または不当な処分の取消」において述べているよう

に、職権取消が法的争点となるのは、行政庁が一旦なされた授益処分を取り消すという職権取消の場合であり、以上の職権取消には、その処分理由の違いから一般的職権取消と例外的職権取消の二種類があるものの、職権取消の遡及効については、特段の事情（一般的職権取消の場合）がなければ、原則的に当該授益処分がなされた時点に遡って当該処分の効力を失わせるという遡及効を認める必要がなく、当該授益処分を取り消す職権取消がなされた時点から将来向けて当該授益処分の効力が失われるというものである。とくに例外的職権取消はその処分理由の特異性に着目すると、職権取消の対象たる授益処分を信頼したことに対する相手方の信頼保護が強く要請されるし、同法 18 条 2 項柱書きが定めているように、利益の比較考量が要されることになる。そして、例外的職権取消の事由の 1 つとされている「授益処分を維持することのできない何らかの事由があるという不当」とは、学説上、職権撤回の事由とされている「後発的な事情として公益上の必要性」と同様のものであり、これと概念上異なるものとして捉える必要がなく、また、行政基本法 19 条 1 項は、適法な処分の撤回事由として、「法律の定める撤回事由に該当する場合」（1 号）、「法令等の変更又は事情変更により、処分をこれ以上存続させる必要がなくなった場合」（2 号）、「重大な公益のために必要な場合」（3 号）を定めているが、同 1 号を除くこれらの撤回事由は、以上の例外的職権取消の事由たる「授益処分を維持することのできない何らかの事由があるという不当」と同様のものか、あるいは例外的職権取消の事由に包摂されるものと解されよう。だとすれば、同法 19 条 1 項の定める適法な処分の撤回事由たる同 1 号は、以上の「（5）違法または不当な処分の取消」において述べているように、一般的職権取消の事由の 1 つとしての授益処分の根拠となる法令の定める要件該当性と同様のものと解することもできよう。これらの解釈と、同法 18 条の定める「違法または不当な処分の取消」の 1 つとして例外的職権取消は遡及効が認められないこと、かつ利益の比較考量が要されることを合わせて勘案すれば、適法な処分の撤回は、その 19 条 1 項が「当該処分の全部又は一部を将来に向けて撤回することができる」とし、遡及効を認めないことを規定しており、同条 2 項が利益の比較考量を要すると規定しているように、例外的職権取消と同様のものか、あるいは例外的職権取消に包摂されるものとして解することができよう。したがって、実定法上、取消と撤回の区分はその実益がなく、また、撤回と職権取消の違法性については、これらの処分の相手方が取消訴訟を提起し、同違法性について

争うことになるため、行政基本法が取消と撤回を区分して、同法19条が適法な処分の撤回を規定することの意義はどこにあるのかという疑義が生じる[50]。

（7）処分の自動化

（自動的処分）
第20条　行政庁は、法律の定めるところにより、完全に自動化されたシステム（人工知能技術を適用したシステムを含む。）により、処分をすることができる。ただし、処分に裁量がある場合は、この限りではない。

科学技術の進歩に伴い、インターネットの利用による行政情報へのアクセスと、これによる情報の共有化の促進という利便性向上のために、すでに韓国の行政手続法はインターネット上の電子文書による申請（17条2項）、同申請に係る申請先の行政機関、処理期間、必要な書類などの掲示（3項）、当事者の同意の下で電子文書による処分（24条1項）、およびインターネットを利用したオンラインによる電子公聴会（38条の2）などを規定している。これらは、スマートフォン等の普及に伴って、人々の行政情報へのアクセスの利便性向上による情報の共有化のみならず、双方向性の意思疎通（コミュニケーション）を容易にさせるとともに、手続の迅速さを図ることによる人々の利便性と行政の効率化を高めるものとして、科学技術の進歩による行政法制の変化を表すものである。実際に多くの人々が「政府24」というポータルサイトを通じて、いつでもどこでもスマートフォン等を使い、各種の証明書等を申請し、取得しており、また、青瓦台（大統領府）のポータルサイトには30日間20万名以上の請願があれば、政府各部署や公共機関の長等は同請願に対する応答をするものとするという「国民請願」もあり、多くの人が同請願を通じて法令の改廃や政策改善・提言を行っている。

行政基本法20条は、科学技術の進歩に伴い、インターネットの利用による人々の利便性の向上にとどまらず、個別法の定めるところにより、人工知能（AI）を利用した自動的処分（処分の自動化）の制度化を明示的に嚮導し、処

(50) 撤回と職権取消との区別の意義に関しては、拙著「行政法学上の当・不当と職権取消処分の司法審査に関する一試論」前掲論文94頁以下参照。

分の自動化への途を開くためのプログラム規定である。むろん、以上の個別法は、同法 20 条が「法律の定めるところにより」と明示しているものの、その自動化の選定に高度の専門・技術性が要されるために、その詳細については委任立法の方式を取り入れることになろう。処分の自動化は、まず、事実関係の特定と、同事実関係への処分要件の適用が容易かつ簡単な事案において、違反行為の点数化と累積点数に応じた処分の種類が定型化されており、かつ処分が大量に行われるような道路交通法上の反則行為を想定するものであろう[(51)]。このように、行政処分の自動化は個別法上の根拠規定が制定されてはじめて行われることになるが、行政庁の恣意を排除することはもちろんのこと、大量かつ画一的に処理する必要のある行政領域における行政事務処理の効率化を図ることを目的とするものであり、同法 20 条但し書きが裁量処分には自動的処分ができないと規定しているように、行政庁の専門的・政策的（ないし政治的）判断や特別な考慮を要する場合は人工知能を利用した処分の自動化が除かれる。こうした処分の自動化には、不利益処分のみならず、申請に対する授益処分も含まれることになり、裁量の余地がない処分であって、事務処理の効率化を図る等の目的があることを勘案すると、各行政領域における如何なる処分が自動的処分に該当し、かつ当該処分の要件ないし基準について事前に公表し、これらを周知させておく必要がある。行政手続法上、不利益処分に対して要される意見陳述の機会は自動的処分には必要ではないと解されよう[(52)]。いずれにしても、個別法が自動的処分を規定する場合には、各行政領域における如何なる処分が処分の自動化に適しているのかを含めて、自動的処分のあり方等に関する検討として、従来の処分と異なる行政手続による事前救済と行政上の不服審査制度の方法についても専門の委員会による十分な検討・分析はもちろんのこと、検討すべき課題は多い。

---

(51) 前掲の法制処「解説」80 頁では、交通信号、試験採点、税の賦課決定などが可能な分野として挙げられている。

(52) 不利益処分の自動的処分に対しては、行政手続法上の事前通知（21 条）や意見陳述の機会（21 条）を付与されるべきである見解がある（김 대 인「행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰」法制研究第 59 号（2020）45 頁）。

（8）裁量権行使と正当な利益考慮

（裁量権行使の基準）
第21条　行政庁は裁量の余地がある処分をするときには、関連のある利益を正当に衡量しなければならず、当該裁量権の範囲を越えてはならない。

行政基本法21条は、行政庁が裁量処分をする際に関連利益を正当に衡量しなければならないとし、その上で裁量の範囲を逸脱・濫用してはならないという裁量権行使の仕方について定めている。同法21条は「衡量」という文言を使用しているが、以下では、これに「考慮」という用語を充てる。以上の規定の文理からすれば、裁量処分における行政庁による関連利益の正当な考慮とは、当該裁量処分が不利益処分もしくは拒否処分である場合にその相手方が受ける損害の内容・性質や程度・態様を考慮し、または当該裁量処分が授益処分である場合には同処分によって近隣住民等の第三者が受ける損害の内容・性質や程度・態様をも正当に考慮し、最終的に合理的な裁量処分が行われることを図るためのものであろう。したがって、裁量処分における行政庁による関連利益の正当な考慮を「正当な利益考慮」と称する。周知のように、裁量には手続の裁量、要件認定や効果選択の裁量およびタイミングの裁量等といった多種多様のものがあり、とくに裁量処分のための事実認定と同事実に対する処分要件のあてはめの場合における法令の定める処分要件が不確定概念をもって規定されることが多いため、処分をするか否かを含め、最終的に如何なる処分をするかに関しては、全く行政庁の裁量権行使に委ねられているといってよい。こうした裁量処分に対しては、周知のように、裁判所は裁量判断の基礎となる事実認定を含む要件認定の誤り、平等原則、比例原則その他行政の法原則の違反、もしくは裁量権行使の判断過程において要考慮・他事考慮事項の違反があるかどうか、または裁量権行使が著しく妥当性（合理性）を欠いているかどうかによって裁量権の逸脱・濫用の可否について判断しているのが通常である。以上の「要考慮事項」は、いうまでもなく、行政庁が裁量処分の判断過程において考慮すべき事情を考慮しないことにより、当該裁量処分が社会通念上著しく妥当性を欠くものと認められるときに、裁判所が要考慮事項の違反として当該裁量処分の逸脱・濫用と判断するという裁量権の審査方式の1つである。こうした通常

の裁量処分において同法 21 条の定める「正当な利益考慮」は、以上の「要考慮事項」を意味し、以下の同法 22 条 2 項の定める「不利益処分における要考慮事項」にあたるのか、さもなければ、さらに拡張的なものとなるのかという解釈論上の疑義があろう。

行政基本法の体系上、同法 21 条と 22 条 2 項の関係性についてどのように理解したらよいかという疑義が生じるものの、授益処分の職権取消（例外的職権取消の場合）を定める同法 18 条 2 項、および適法な処分の撤回を定める同法 19 条 2 項は、利益の比較考量を行政庁に義務付けている。そして、同法 22 条 2 項が裁量の余地のある不利益処分に対する要考慮事項を定めている。このため、同法 21 条の定める「正当な利益考慮」は、利益の比較考量が要される例外的職権取消および適法な処分の撤回にはその適用がなく、また、これらを除く裁量処分としての不利益処分に対しては要考慮事項を定めている同法 22 条 2 項の適用があるとすれば、結局のところ、裁量処分として拒否処分の相手方に対して、または授益処分に係る第三者に対して行われることになると解釈せざるを得ない。だとすれば、同法 21 条により、行政庁が以上のような裁量処分を行う際に必ず「正当な利益考慮」をしなければならないし、また、裁判所は、同裁量処分においては「正当な利益考慮」の有無とその程度が主要な法的争点となるため、「正当な利益考慮」の判断過程を通じて裁量処分の逸脱・濫用を判断しなければならない。以上のよう理解の仕方からすれば、処分の根拠法の文理上、拒否処分の相手方に対する正当な利益考慮、または授益処分に係る第三者に対する正当な利益考慮を行政庁に課するものとして読める規定がない場合にも、同法 21 条の定める「正当な利益考慮」は、行政庁に対する行為規範として一般的根拠規定（以下「一般規定」という。）となるかどうか、とくに裁量処分としての授益処分に係る第三者に対する利益考慮をも含むものかどうか、また、同法 18 条 2 項および同法 19 条 2 項の定める「利益の比較考量」とは、どのような違いがあるのかといった解釈論上の疑義がある。これらの論点については、以下で見てみる。

前述のように、行政基本法 21 条の定める「正当な利益考慮」は、具体的に何を意味するのかという疑義があるものの、同法 22 条 2 項が裁量の余地のある不利益処分に対する要考慮事項を定めていることからすれば、拒否処分の相手方または授益処分に係る第三者に対する「権益」保護を目的とするものであ

ると解されよう。だとすれば、授益処分の職権取消（例外的職権取消）に係る同法 18 条 2 項（あるいは適法な処分の撤回に係る同法 19 条 2 項）の定める利益の比較考量や、不利益処分に係る同法22条2項の定める要考慮事項に比して、同法 21 条の定める「正当な利益考慮」はより緩やかなものであるとされても、理論上、行政庁が裁量処分の際に「正当な利益考慮」を欠如し、同欠如が社会通念上著しく妥当性を欠くものとなれば、裁判所が同裁量処分を逸脱・濫用として同処分を取り消すことのできる一般規定となる。ところが、処分の根拠法令上の規定の中で、裁量処分として拒否処分の相手方または授益処分に係る第三者に対する利益考慮を定めるものとして解される規定がなくとも、「正当な利益考慮」を定める同法 21 条により、拒否処分の相手方または第三者に対する利益考慮として「正当な利益考慮」が行われることになるのかという疑義がある。かりに裁量処分としての拒否処分の場合に同処分の相手方が受ける損害の性質・内容ないし程度・態様をも考慮することが、「正当な利益考慮」に当たり、または裁量処分として授益処分がなされた場合に同処分によって第三者が受ける損害の性質・内容ないし程度・態様をも考慮することが同法 21 条の定める「正当な利益考慮」に当たるとすれば、同考慮は、少なくとも当該授益処分の根拠法令上、拒否処分の相手方または授益処分に係る第三者に対する利益考慮を定めるものとして解される具体的な規定がある場合のみに要されるものと解されよう。とくに後者の授益処分に係る第三者に対する利益考慮は、授益処分に係る第三者が処分の根拠法令によって保護される利益（法律上保護利益）がある場合に、第三者が当該授益処分の取消を求める原告適格を有することと同様の論理だからである。むろん、日本の場合に原告適格を広げて来た判例法理と、同法理を明文化した行政事件訴訟法 9 条 2 項により、授益処分に係る第三者が法律上保護される利益を有する者として原告適格が拡大されることにつれ、当該第三者に対しては「正当な利益考慮」の要請も拡大することになろう。だとすれば、「正当な利益考慮」を定める同法 21 条は、立法論として「行政庁は、行政上特別の支障があるときを除き、裁量処分の基準を定めるものとする。」という規定を追加し、その上で、「行政庁は、裁量処分の基準に則って裁量処分を行い、かつ必要に応じて関連のある利益を正当に考慮するものとし、当該裁量権の範囲を越えてはならない。」に改められるべきであろう。なぜなら、同法 21 条のままでは、すべての裁量処分には「正当な利益考慮」が行われな

ければならないというミスリーディングを招くからである。

（9）不利益処分の根拠法制定の指針と要考慮事項

（制裁処分の基準）

第22条　制裁処分の根拠となる法律は、制裁処分の主体、事由、類型及び上限を明確に規定しなければならない。この場合に、制裁処分の類型及び上限を定めるときには、当該違反行為の特殊性及び類似した違反行為との衡平性等を総合的に考慮しなければならない。

2　行政庁は、裁量の余地がある制裁処分をするときには、次の各号の事項を考慮しなければならない。

一　違反行為の動機、目的及び方法

二　違反行為の結果

三　違反行為の回数

四　その他前項の第1号ないし第3号に準ずる事項として大統領令の定める事項

行政基本法22条は、行政庁が不利益処分の根拠法を制定する際に立法指針となるものと、裁量の余地の不利益処分をする際における考慮事項について定めている。すなわち、不利益処分を定める根拠法律には、同処分の主体、事由、類型および上限が明確に規定されること、また、その類型および上限を定める際には、当該違反行為の特殊性および類似した違反行為との衡平性等が総合的に考慮されることが義務付けられている（1項）。同規定は、法律が不利益処分の根拠規定を定める際に立法ガイドラインとなるものである。行政基本法という名称からすれば、同ガイドラインは、政府立法に限られる。しかし、不利益処分の根拠法律に係る同ガイドラインは、その趣旨・目的が私人の権益保護に資することにあるとすれば、政府立法のみならず、議員立法にもその効力が及ぶものと解されよう。そして、行政庁は裁量処分として不利益処分を行うときには、違反行為の動機、目的および方法（1号）、違反行為の結果（2号）、違反行為の回数（3号）、その他に同1号ないし同3号に準ずる事項として大統領令の定める事項（4号）を考慮しなければならない（2項）。同4号にいう

大統領令の定める事項については、同法施行令3条が違反行為者の帰責事由の有無とその程度（1号）、違反行為者の法違反状態の是正・解消のための努力の有無（2号）という考慮事項を定めている。これらは、「行政庁の不利益処分における要考慮事項」に当たるものである。同要考慮事項は、裁判所が行政庁における不利益処分の合理性を審査し、とくに不利益処分が裁量処分であるときに同裁量処分の適正さを有効に統制する審査方式たる判断過程審査方式に関わるものである。

確かに不利益処分の多くが効果裁量の余地のある処分であることを勘案し、法律による行政の原則を徹底しようとすれば、具体的かつ明確な授権規定を要されるために、同条1項の定める不利益処分の立法ガイドラインは必要不可欠である。実際に同立法ガイドラインに基づいて裁量処分の根拠法律が制定されることになると、これは、如何なる場合に裁量処分としてどのような不利益処分が行われることになるかという処分の予見可能性や透明性を高めることになる。また、同法22条2項の定める「不利益処分における要考慮事項」は、処分に係る量定を加重したり軽減したりするものとなり、とくに裁量処分としての不利益処分における公正かつ平等な取扱いのみならず、裁量権を法的に統制し、これによる適正な裁量権の行使を確保するという観点からしてその意義が少なくない。さらに以上の同法施行令3条の定める考慮事項は、裁量の余地のある不利益処分の量定をより軽減する要因として働き、私人の権益保護に資するためのものとして重要な要素となるものと解されよう。そして、以上の「不利益処分における要考慮事項」を明文化する同法22条2項の意義は、裁量処分をする行政庁に対してより一層慎重さを期するという機能にあり、また、行政庁が同法22条2項の定める事項について十分に考慮せずに、裁量処分として不利益処分をしたとすれば、以上の要考慮事項という明文の規定の故に、裁判所が行政庁による不利益処分の判断過程において要考慮事項の義務違反を理由に、より確実に不利益処分の取消を命ずることができるようになる。このように、以上の同法22条は、裁量処分として不利益処分の予見可能性や透明性を高め、不利益処分の行政過程を分かり易くさせるし、不利益処分に対する司法統制がより可能とならしめるという実益があるため、評価に値する。

ところが、同法22条2項の定める「不利益処分における要考慮事項」に関しては、行政庁が同処分の相手方における違反行為の程度・態様（1号ないし

3号）および帰責事由の程度・態様と違法行為者の法違反状態の是正・解消のための努力の有無（施行令3条）の考慮にとどまらず、裁量処分として不利益処分がなされた場合に同処分の相手方が受ける損害の性質・内容ないし程度・態様をも考慮し、不利益処分を行うという運用が肝要ではないかと思われよう。

（10）不利益処分の除斥期間

（制裁処分の除斥期間）

第23条　行政庁は、法令等の違反行為が終了した日から5年を経過すると、当該違反行為を理由とする制裁処分（許認可の停止・取消・撤回、登録抹消、営業所閉鎖と停止に代わる課徴金賦課をいう。以下この条において同じ。）を行うことができない。

2　次の各号のいずれかに該当する場合には、前項を適用しない。

一　虚偽その他の不正な方法により許認可を受け、又は申請した場合

二　当事者が許認可、若しくは申請の違法性を知っていたか、又は重大な過失により知らなかった場合

三　正当な事由がなく、行政庁の立入調査・検査を忌避・妨害・拒否して除斥期間が経過した場合

四　制裁処分を処しなければ、私人の安全・生命若しくは環境を著しく害し、又は害するおそれがある場合

3　行政庁は、前項にかかわらず、行政不服申立ての裁決又は裁判所の判決により、制裁処分が取消・撤回された場合には、裁決又は判決が確定された日から1年（合議制行政機関は2年）を経過する前に、その趣旨に従って新たな制裁処分をすることができる。

4　他の法律が第1項及び第3項の期間と異なる期間を定めている場合には、当該法律の定めるところによる。

〔施行日：2023. 3, 24〕第23条

行政基本法23条は、私人による法令等の違反行為が終了した日から5年を経過すれば、行政庁が当該違反行為を理由として不利益処分を行うことができない（1項）とする不利益処分の除斥期間を定めている。期間の経過による除

斥の対象となる処分は、許認可の停止・取消・撤回、登録抹消、営業所閉鎖と停止に代わる課徴金賦課が挙げられている（1 項括弧書き）。同法 23 条の立法趣旨は、行政庁が私人による法令等の違反行為を確知することができなかったなどの何らかの事情により、当該違反行為から 5 年が経過した場合には当該違反行為を理由として不利益処分を行うことができないと規定し、処分の相手方における現在の法律関係・事実関係の確定による法的安定を図り、同相手方の将来的な不安定ないし不安を解消し、権益保護に資することにあると思われる。韓国の弁理士法 18 条 2 項により、弁理士の資格停止処分の事由が発生してから 3 年が経過すると、特許庁長は当該資格停止処分をすることができないと規定されており、秩序違反行為規制法 19 条 1 項により、秩序違反行為が終了してから 5 年が経過すると、行政庁は当該違反行為に対する過料を課することができないと規定されており、そのほかに資本市場と金融投資業に関する法律 429 条、建設産業基本法 84 条の 2 などが除斥期間を定めている。このように、除斥期間は個別法によって異なっており、他の法律が行政基本法 23 条 1 項・ 3 項の期間と異なる期間を定めている場合には、他の法律が特則となり、行政基本法 23 条 1 項・3 項は適用除外となる（ 4 項）。行政訴訟法の定める出訴期間は、処分の相手方等に対する裁判所への訴えを制限し、処分によって形成された法律関係・事実関係の早期確定による法的安定性を確保し、行政目的の迅速な実現を目的とするものとして、その期間が処分等のあったことを知った日から 90 日以内（韓国の行政訴訟法 20 条）となっている。除斥期間を定める個別法の規定がなければ、すべての不利益処分に対する行政基本法 23 条 1 項の定める画一的な 5 年の除斥期間が適用されるが、出訴期間との比較からすれば、画一的な 5 年という期間には如何なる合理的根拠があるのかという疑義がある。

また、同法 23 条 2 項が不利益処分の除斥期間の適用除外事項を定めており、その適用除外事項としては、虚偽その他の不正な方法により許認可を受け、または申請をした場合（1 号）、当事者が許認可もしくは申請の違法性を知っていたか、または重大な過失により知らなかった場合（2 号）、正当な事由がなく、行政庁の立入調査・検査を忌避・妨害・拒否して、除斥期間が経過した場合（3 号）、不利益処分を処しなければ、私人の安全・生命もしくは環境を著しく害し、または害するおそれがある場合（4 号）が挙げられている。これらの除斥

期間の適用除外事項をめぐっては、同事項の該当性が裁判上の争点となる場合に原告と被告のどちらが主張・立証責任を負うのかという立証責任の配分が重要な論点となる。たとえば、行政庁が除斥期間経過後であるにかかわらず、除斥期間の適用除外事項の同１号ないし同４号のいずれかに該当する旨を示し、不利益処分を行った場合にこれを不服として同処分の取消を求める訴えにおいては、不利益処分の除斥期間が処分の相手方の権益保護に資することにあるとすれば、行政庁は、以上のような旨を示すだけでは足りず、不利益処処分の相手方における如何なる事実関係が除斥期間の適用除外事項のいずれかに該当しているかについて具体的に主張・立証しなければならないという主張・立証責任を負うものと解されよう。

また、行政基本法 23 条３項は、不利益処分が裁決または判決で取消・撤回された場合には、行政庁が「裁決又は判決が確定された日から１年（合議制行政機関は２年）を経過する前に、その趣旨に従って新たな制裁処分をすることができる。」と規定している。同規定は、行政争訟で、不利益処分が争われていることにより、同法 23 条１項の定める不利益処分の除斥期間が中断することを意味し、原告請求に対する認容裁決または判決（以下「原告勝訴判決」という。）の確定日から１年経過後には行政庁が不利益処分をしてはならないとする「原告勝訴判決後の不利益処分の除斥期間」を定めるものである。これも、処分の相手方における現在の法律関係・事実関係の早期確定による法的安定を図り、同相手方の将来的な不安定ないし不安を解消し、権益保護に資するためのものである。ところが、処分の相手方が不利益処分の取消を求める請求の通りに、裁判所が同不利益処分を取り消す原告勝訴判決の場合に、行政庁が同勝訴判決の趣旨に従って新たな不利益処分をすることができるのは、如何なる場合であり、行政実務上、具体的な例として実在するのかという疑義がある。これに関する考究が必要である。確かに原告勝訴判決後に行政庁が新たな不利益処分をすることができるかどうかは、判決の拘束力（韓国の行政訴訟法 30 条１項、日本の行政事件訴訟法 33 条１項）に関わるものである。これは、かりに裁判所が処分の根拠法に照らしつつ、行政基本法 22 条の趣旨･目的を勘案し、不利益処分の取消を求める請求を認容する原告勝訴判決を下した場合に、果たして行政庁が認容判決の趣旨に従いながら、別の理由をもって再び不利益処分を行うことができるかに関するものであろう。行政不服審査の一例として不利

益処分を変更する裁決（変更裁決）がなされた場合に、当該処分の相手方が同変更裁決または原処分を不服としないときは、当該変更裁決は新たな処分となるため、行政庁がその趣旨に従って新たな不利益処分をする必要がない。「原告勝訴判決後の不利益処分の除斥期間」を定める行政基本法23条3項は、比例原則の違反を理由とする規制権限の最小限性＝より制限的でない手段の選択などの効果裁量における誤りに限られるため、実際にその適用のある場面が多くないのではないかと考えられよう。

日本の個別法上では、国税通則法70条1項1号により、更正又は決定に係る国税の法定申告期限から5年を経過した日以後においては、更正決定等は、することができないと規定されており、地方自治法236条1項により、金銭の給付を目的とする普通地方公共団体の権利（債権）あるいは普通地方公共団体に対する金銭の給付を目的とする権利（債務）については、原則5年の消滅時効が定められている。こうした権利（権限）の不行使に係る根拠規定が多くあれば、別論であるが、こうした根拠規定が多くない状況の下で不利益処分の除斥期間を定める行政基本法23条は、不利益処分の一般にその適用がある一般規定となるため、その適正な運用がなされると、行政法関係における法律関係の早期確定による法的安定性の確保を図り、私人の権益保護に資するものとなろう。

2　見做し許認可

行政基本法3章2節は、「見做し許認可」と題し、これに係るものとして見做し許認可の基準（23条）、見做し許認可の効果（25条）および見做し許認可の事後管理（26条）について定めている。

（見做し許認可の基準）

第24条　この節において「見做し許認可」とは、1つの許認可（以下「主たる許認可」という。）を受けると、法律の定めるところにより、それに関連した複数の許認可（以下「関連許認可」という。）を受けたと見做されることをいう。

2　見做し許認可を受けるためには、主たる許認可を申請するときに関連許認可に必要な書類をも一緒に提出しなければならない。ただし、

やむを得ない事由により、一緒に提出することができない場合には、主たる許認可の行政庁が別に定める期限までに提出することができる。

3　主たる許認可の行政庁は、主たる許認可をする前に関連許認可に関して予め関連許認可の権限を有する行政庁と協議しなければならない。

4　関連許認可の行政庁は、前項による協議の要請があれば、当該要請があった日から20日以内（第5項ただし書きによる手続にかかる期間は除く。）に意見を提出しなければならない。この場合に前段に規定する期間内（苦情処理関連法令により、意見提出期間を延長した場合にはその延長した期間をいう。）に協議の可否に関し、意見を提出しなければ、協議が行われたものと見做す。

5　第3項に規定する協議の要請を受けた関連許認可の行政庁は、法令に違反して協議に応じてはならない。ただし、関連許認可に必要な審議、意見聴取等の手続に関しては、見做し許認可の際に法律に当該手続を経ることを求める明示的な規定がある場合のみにこれを経る。

（見做し許認可の効果）

第25条　第24条第3項・第4項に規定する協議が行われた事項に関しては、主たる許認可を受けたときに、関連許認可を受けたものと見做す。

2　見做し許認可の効果は、主たる許認可の法律が定める関連許認可に限る。

（見做し許認可の事後管理）

第26条　見做し許認可の場合に関連許認可の行政庁は、関連許認可を直接に行った者と見做し、関係法令に規定する管理・監督等の必要な措置を講じなければならない。

2　主たる許認可があった後に、これを変更する場合には第24条・第25条及び本条第1項を準用する。

3　この節に規定する事項のほか、見做し許認可の方法その他の必要な細部事項は、大統領令で定める。

〔施行日：2023. 3.24.〕第24条、第25条、第26条

行政基本法24条ないし26条は、私人が1つの許認可（以下「主たる許認可」という。）を受けると、法律の定めるところにより、それに関連した複数

の許認可（以下「関連許認可」という。）を受けたとする見做し許認可制について定めている。見做し許認可制は、事業主などの私人が複数の行政庁からの関連許認可を必要とする場合にも、主たる許認可を所管する行政庁に同許認可を申請することができるようにすること（One-Stop Service）により、行政手続の簡易化と申請業務の迅速な処理を図り、申請者に対する利便性の向上にその目的があり、また、主たる許認可の行政庁と関連許認可の権限を有する行政庁との協議が行われることになるため、縦割り行政の弊害を是正する効果もある。韓国は、行政基本法の制定以前の早い時期から、以上の目的実現のために、1973年制定・施行の旧産業基地開発促進法が初めて見做し許認可制を導入していた。以上の旧法を廃止し、1990年から施行の産業立地および開発に関する法律はその21条において開発実施計画に対する行政庁の承認があれば、国土の利用及び利用に関する法律（旧都市計画法）、港湾法、農地法、鉱業法等の多くの個別法の定める許認可等がなされたものとする見做し許認可制について定めている。温泉法上でも、同法10条の2の定めるところにより、知事等が予め関連許認可の関係行政機関との協議を行い、温泉開発権者等の策定した温泉開発計画を承認すれば、同承認によって建築法11条、14条および16条等の定める許可ないし届出、骨材採取法22条の採取許可、農地法34条1項の定める農地転用の許可等がなされたものと見做すのである。その後も、廃棄物管理法32条、建築法11条・22条、鉱業法43条および国土の計画及び利用に関する法律42条・61条などの多くの個別法[53]が見做し許認可制を定め、その運用が行われている。このように、行政基本法は、個別法の定める見做し許認可制を取り入れて書き記しているものに過ぎないが、見做し許認可制に係る総則的な規定として、関連許認可に必要な書類の提出（24条2項）、主たる許認可の行政庁による関連許認可の権限を有する行政庁への協議要請（3項）、同協議要請に対する意見提出（4項）、法律が見做し許認可時において関連許認可に必要な審議、意見聴取等の手続を明示的に規定している場合のみにはこ

(53) 前掲の法制処「解説」72頁によると、116の個別法令において141の条文があることを明らかにしている。見做し許認可制に関しては、이광제「인 · 허가의제 제도의 입법적 대안 연구」法制2015年12月号、立法理論実務学会「인 · 허가의제 제도의 집행실태 및 개선방안에 관한 연구」(2017.11)、정남철「행정기본법상 인허가의제 제도의 법적 쟁점과 개선방안」行政法学第21号（2021.9）参照。

れを経ること（5項）について規定し、同法25条により、同法24条3項・4項に規定する協議が行われた事項に対して、主たる許認可を受けたときに、関連許認可をも受けたものと見做す（1項）とされるため、その効果は、主たる許認可の法律が定める関連許認可に限られる（2項）。見做し許認可の事後管理については、同法26条により、見做し許認可の場合に関連許認可の行政庁は、関連許認可を直接に行った者と見做して関係法令に規定する管理・監督等の必要な措置を講じなければならない（1項）。主たる許認可があった後に、これを変更する場合には24条、25条及び本条1項を準用する（2項）とし、この節に規定する事項のほか、見做し許認可の方法その他の必要な細部事項は、大統領令で定める（3項）ことになっている。これを受けて、同法施行令では、主たる許認可に係る行政庁による関連許認可に係る関連行政庁との協議調整のための会議開催権（4条）と、関連許認可に必要な審議、意見聴取等の手続を経る場合に見做し許認可に係る行政庁相互間の通知・連絡（5条）に係る規定があり、これらは見做し許認可の迅速かつ円滑な処理を目的とするものである。

ちなみに、主たる許認可の行政庁と関連許認可の権限を有する行政庁との協議が不調に終わったことを理由に、主たる許認可を所管する行政庁が建築許可の申請を棄却する拒否処分を行う場合には、理由の提示として協議不調の具体的な内容（たとえば、農林畜産食品長官による農地転用不許可）を明らかにしなければならず、拒否処分の相手方は主たる許認可の行政庁を被告にして、以上の理由の提示に対する法令違反ないし不合理性について争うことになろう。

3　公法上の契約

行政基本法3章3節は、「公法上の契約」と題し、公法上の契約締結（27条）について定めている。

（公法上の契約締結）
第27条　行政庁は法令等に違反しない限りにおいて行政目的を達成するために必要な場合に、公法上の法律関係に関する契約（以下「公法上の契約」という。）を締結することができる。この場合に、契約の目的及び内容を明確に記した契約書を作成しなければならない。
2　行政庁は公法上の契約の相手方を選定し、契約の内容を定めるときに、公法上の契約の公共性と第三者の利害関係を考慮しなければならない。

行政基本法27条は、行政庁による公法上の契約締結が行政目的の達成のために必要であること、当該契約の内容が法令等に違反しないことやその契約の形式として契約書作成という書面主義を要件とする契約の締結を定めている(1項)。そして、契約締結の相手方を選定し、契約の内容を定めるときに、行政庁は、公法上の契約の公共性と第三者の利害関係を考慮しなければならない（2項)。以上の公法上の契約とは、国等が財産権の主体として自己の財産上の法律関係に関連して私人と締結する契約（私法上の契約）を除くものとなり、行政目的として公益実現のための契約を指す。このように、同法27条が一般規定となり、経済活動の一環としての財産権の主体ではなく、行政権の主体としての国等が公益という行政目的を実現するために、様々な行政領域において私人と対等な立場で契約を締結することができるようになり、この場合に同契約は公法上の契約となる。法定の公法上の契約の例としては、韓国の廃棄物管理法16条（協約の締結）に基づく環境保全協定がこれに当たる。ところが、法定外の公法上の契約締結の際には、同法27条がその2項において、契約の内容として契約の公共性と第三者の利害関係の考慮を義務付けているが、契約の公共性とは、行政目的の達成（公益の実現）のための契約を上回る何かを意味するのか、また、公法上の契約の締結に係る利害関係を有する第三者とは、どのような者がこれに当たるのか、あるいはこれらに対する考慮が必要だとすれば、具体的にどのような考慮が要されることになるのかについては、さらなる究明が求められよう。

むろん、公法上の契約の内容に係る不履行をめぐる紛争は、行政事件第一審の専門裁判所たる「行政法院」が裁判権を有し、同紛争を解決することになる

が[54]、当該契約の内容は、法令等に違反しないことはいうまでもなく、そのほかに含まれてはならないものについても、同法27条が予めその例示を行って然るべきであろう。たとえば、国等が契約の相手方に行政調査の受忍を求めたり、義務不履行に対する直接強制等の行政上の強制執行とその制裁としての公表等をしたりすることのできる条項は契約の内容に含まれてはならないものと解されよう[55]。

4　課徴金賦課

行政基本法3章4節は、「課徴金」と題し、これに係るものとして課徴金の基準（28条）、課徴金の納付期限および分割納付（29条）について定めている。

（課徴金の基準）

第28条　行政庁は、法令等に規定する義務に違反した者に対しては、法律の定めるところにより、当該違反行為に対する制裁として課徴金を賦課することができる。

2　課徴金の根拠たる法律には、課徴金に係る次の各号の事項を明確に規定しなければならない。

一　賦課・徴収の主体

二　賦課事由

三　上限額

四　加算金を徴収しようとする場合にその旨

五　課徴金又は加算金の滞納時に強制徴収をしようとする場合にその旨

（課徴金の納付期限及び分割納付）

第29条　課徴金は、一回で納付することを原則とする。ただし、行政庁は、課徴金賦課を受けた者が次の各号のいずれかに該当する事由により、当該課徴金の全額を一回で納付することが困難であると認めると

(54) 前掲の法制処「解説」111頁では、「公法上の契約の契約書に係る紛争の発生時に管轄法院を規定するときには民事訴訟ではなく、行政訴訟の管轄として規定しなければならない。」としている。

(55) これについては、櫻井敬子・橋本博之『行政法』（弘文堂、2016年）128頁参

きには、当該納付期限を延期したり、分割納付をさせたりすることができる。この場合において必要に応じて担保を供させることができる。
一　災害等によって財産に著しい損失が生じた場合
二　事業をめぐる諸与件の悪化によって事業が重大な危機に陥った場合
三　課徴金を一回で納付すれば、資金調達に顕著な困難が予想される場合
四　その他前三号に準ずるものとして大統領令の定める事由がある場合

行政基本法28条の定める課徴金賦課は、個別法上の根拠規定に基づいて行われることになる（1項）。同条1項は、課徴金賦課の対象を「法令等」に規定する義務の違反者としながら、同課徴金賦課に対しては「法律」でこれを規定するという規定の仕方を採っている。このことは、地方自治団体の条例に規定する義務の違反者に対しては、条例で課徴金賦課を定めることができず、法律のみが同賦課の授権規定となり、同規定に基づいて課徴金が賦課されるという課徴金賦課法定主義が採られていることを意味する。同条2項は、課徴金賦課の根拠となる法律を定める際に同法において規定されるべき事項（1号ないし5号）を示し、立法ガイドラインとなるものである。そして、同法29条柱書きは、課徴金の一回納付を原則としつつ、その但し書きが課徴金の納付期限の延期と分割納付ができる要件（1号ないし4号）について規定している。とくに同4号は、同1号ないし同3号に準ずるものとして大統領令の定める事由がある場合（4号）と規定し、当該納付期限の延期と分割納付について大統領令に委任している。これを受けて、同法施行令7条2項は、以上の同4号について行政庁が必要と認めるときと規定し、裁量による納付期限の延期および分割納付を定めている。

課徴金賦課制度は、周知のように、日本の独占禁止法7条の2や国民生活安定緊急措置法11条などにみるように、違反行為によって経済的利益を得ている場合に同違反行為に対する非刑事的制裁の1つとして用いられるものである。韓国の場合にも独占禁止法が課徴金の上限、減額ないし免除に関する規定を定め、日本と同様に課徴金賦課制度を採択しており、しかも、同独占禁止法

103条が行政基本法29条の定める同1号ないし同4号のほかに、納付期限の延期と分割納付の申請手続、延期または分割納付決定の取消等に関する規定をも定めている。代理店取引公正化に関する法律25条も課徴金賦課を定めつつ、課徴金賦課を定める独占禁止法102条ないし107条の準用を定めており、課徴金賦課に関する必要な事項については、同法施行令19条3項が公正取引委員会の策定する「代理店取引公正化に関する法律の違反者に対する課徴金賦課基準に関する告示」によるとし、課徴金賦課の適正化に努めているといえよう。このように、行政基本法28条は、個別法の定める課徴金賦課制度を取り入れて書き記しており、個別法律の根拠規定に基づいて課徴金が賦課されることを明らかにしつつ、課徴金の納付期限および分割納付等を定める個別法がある場合を除いて、課徴金賦課における課徴金の納付期限および分割納付に関しては同法29条が一般規定となる。

5　行政上の強制

行政基本法3章5節は、「行政上の強制」と題し、これに係るものとして行政上の強制の定義と種類（30条）、履行強制金賦課（31条）、直接強制（32条）、即時強制（33条）について定めている。

（行政上の強制）

第30条　行政庁は、行政目的を達成するために必要と認めるときに、法律の定めるところにより、必要最小限の範囲において次の各号のいずれかに該当する措置を講じることができる。

一　行政代執行：義務者が行政上の義務（法令等により直接に命ぜられ、又は法令等に基づき行政庁に命ぜられた行為をいう。以下この節において同じ。）として、他人が代わってなすことのできる義務を履行しない場合に、法律が定める他の手段によってその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるときは、当該行政庁は、自ら義務者のなすべき行為をなし、又は第三者をしてこれをなさしめ、その費用を義務者から徴収すること

二　履行強制金賦課：義務者が行政上の義務を履行しない場合に、行

政庁が適切な履行期間を定め、当該期間までに行政上の義務を履行しないとき、金銭納付義務を課すること

三　直接強制：義務者が行政上の義務を履行しない場合に、行政庁が義務者の身体又は財産に実力を行使して、当該行政上の義務を履行されたものと同じ状態を実現すること

四　強制徴収：義務者が行政上の義務の中で金銭給付義務を履行しない場合に、行政庁が義務者の財産に実力を行使して、当該行政上の義務を履行されたものと同じ状態を実現すること

五　即時強制：現在の差し迫った行政上の障害を除去するために、次の各目のいずれかに該当する場合に、行政庁が直ちに義務者の身体又は財産に実力を行使して、行政目的を実現すること

イ　行政庁が予め行政上の義務を命ずる時間的余裕がない場合

ロ　行政上の義務の性質上、当該義務の履行を命じるだけで行政目的の達成が困難な場合

2　行政上の強制措置に関しては、この法律の定める事項のほか、必要な事項は、別の法律で定める。

3　刑事、行刑及び保安処分の関係法令に基づいて行う事項、外国人の出入国・難民認定・帰化・国籍回復に関する事項に関してはこの節は適用しない。

（履行強制金賦課）

第31条　履行強制金賦課の根拠となる法律は、履行強制金に関する次の各号の事項を明確に規定しなければならない。ただし、第4号又は第5号を規定することが立法目的ないし立法趣旨を害するおそれが大きいと認められる場合として、大統領令で定めるものは除く。

一　賦課・徴収をする行政機関

二　賦課要件

三　賦課金額

四　賦課金額算定基準

五　年間の賦課回数ないし回数の上限

2　行政庁は次の各号の事項を考慮して履行強制金賦課金額を加重し、又は軽減することができる。

一　義務不履行の動機、目的及び結果
二　義務不履行の程度及び常習性
三　その他行政目的を達成するのに必要と認められる事由

3　行政庁は、履行強制金を賦課する前に適切な履行期間を定め、その期間までに義務者が行政上の義務を履行しないときは、履行強制金を賦課する旨を、予め文書で戒告しなければならない。

4　行政庁は、義務者が前項による戒告の定める期間までに行政上の義務を履行しないときは、履行強制金賦課金額・事由・時期を文書で明確にして義務者に通知しなければならない。

5　行政庁は、義務者が行政上の義務を履行するまでに履行強制金を繰り返して賦課することができる。ただし、義務者が義務を履行すれば、新たな履行強制金賦課を直ちに中止し、すでに賦課された履行強制金は徴収しなければならない。

6　行政庁は、履行強制金賦課を受けた者が納付期限までに履行強制金を納付しない場合に、国税徴収の例又は「地方行政制裁・賦課金の徴収等に関する法律」によって徴収する。

(直接強制)

第32条　直接強制は、行政代執行又は履行強制金賦課の方法では行政上の義務履行を確保することができないとき、又はその実現が不可能な場合に実施しなければならない。

2　直接強制を実施するために、現場に派遣される執行責任者は、当該者が執行責任者であることを示す証票を呈示しなければならない。

3　直接強制の戒告及び通知に関しては、第31条第3項及び第4項を準用する。

(即時強制)

第33条　即時強制は、他の手段により行政目的を達成することができない場合のみに許容し、この場合においても最小限度で実施しなければならない。

2　即時強制を実施するために、現場に派遣される執行責任者は、当該者が執行責任者であることを示す証票を呈示しなければならず、即時強制の理由と内容を告知しなければならない。

〔施行日：2023. 3.24〕第30条、第31条、第32条、第33条

行政基本法30条1項により、行政庁は、行政目的を達成するために必要と認めるときに、法律の定めるところにより、必要最小限の範囲において行政代執行（1号）、履行強制金賦課（2号）、直接強制（3号）、強制徴収（4号）、即時強制（5号）のいずれかの措置を講じることができる（1項）。同5号の即時強制は義務賦課を前提としないため、行政上の義務違反に対する義務履行確保を目的とする行政上の強制執行である同1号ないし同4号措置とは、その性質が異なるものである。行政基本法上では、行政上の強制執行（1号ないし4号）と即時強制（5号）とを区別せず、これらの措置を束ねて「行政上の強制」と称している。

行政基本法上、同法を指すときには「この法」という文言を使用しているため、同法30条1項にいう「法律の定めるところ」の法律とは、同1号の根拠規範たる行政代執行法、同4号の根拠規範たる国税徴収法を指し、以上の同2号、同3号および同5号の場合には、これらのいずれかの発動要件と手続に係る根拠規定を定める個別法を指す。このため、行政上の強制は、これらの法律の定める根拠規定に基づいて講じられることになる。そして、「行政上の強制」のほかに代替的作為義務を除く他の場合においても、韓国は日本と同様に、刑事的制裁（＝行政刑罰）と非刑事的制裁（行政制裁）に分けられ、非刑事的制裁には事実の公表（食品衛生法15条の2、健康機能食品に関する法律37条の3、食品等の表示・広告に関する法律21条等）、給付の拒否（国民基礎生活基本法30条2項等）、課徴金賦課（独占禁止法8条・38条・43条等）等の措置が個別法の規定によって認められており、秩序罰については多くの個別法の規定がこれを定めている。以上のような現状を踏まえて、同法30条2項が「行政上の強制措置に関しては、この法律の定める事項のほか、必要な事項は、別の法律で定める。」と規定しているように、行政基本法は、個別法の定める行政上の強制執行等の措置を取り入れつつ、「行政上の強制」に係る総則的な規定をも定めている。したがって、行政基本法の定める「行政上の強制」に係る規定は、決して行政上の強制執行等のための一般規定にはならない[56]。言い換えれば、

(56) 韓国における「行政上の強制」に係る一般法制定を唱える見解としては、정하중「한국의 행정상 강제집행제도의 개선방향」公法研究第24輯第3巻（1996.6）87頁以下参照。

「行政上の強制」の措置が講じられるためには根拠法ないし個別法上の根拠規定が必ず必要となり、行政庁は根拠法ないし個別法上の根拠規定の定める発動要件と手続に則り、実現しようとする行政目的に応じてその使い分けをしなければならない。立法政策論上、個別法の定めるところにより、義務の性質および義務不履行ないし行政目的実現の具体的な状況に応じた「厳格な」発動要件と手続の下で行政上の強制が講じられるという限定的な使い分けの現行制度を取り止め、かりに同２号、同３号および同５号の根拠規範となる一般法を制定し、同法によってすべての行政上の義務がこれらの措置の対象となるとすれば、これは、日本の明治憲法の下で1900年に制定された「行政執行法」当時の戦前に回帰することにほかならない。なぜなら、一般法の方式では、現行制度と同じく、義務の性質に応じた行政上の強制の措置を定めることが可能であるが、義務不履行ないし行政目的実現の具体的な状況に応じた行政上の強制の限定的な使い分けを定めることは困難であるからである。

日本の行政代執行法２条は、同法の適用対象となる義務について、「法律（法律の委任に基く命令、規則及び条例を含む。以下同じ。）により直接に命ぜられ、又は法律に基き行政庁により命ぜられた行為」と規定しているため、文理上、同括弧書きにいう条例は委任条例となる。だが、解釈論上、以上の条例には委任条例のみならず、自主条例をも含むものとし、自主条例に規定する代替的作為義務の不履行に対しても同法の適用対象となると解されている。そして、執行罰（＝間接強制、行政基本法にいう履行強制金賦課）、直接強制は条例で創設し、行政庁が条例を根拠規定としてこれらの措置を講じることができるかどうかに関しては、日本の行政代執行法１条が「行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法律の定めるところによる。」と規定しており、一般的に法律に条例を含めて解釈できる場合もあるが、ここでは同法１条にいう法律に条例が含まれると解するのは困難であるとされている。その理由は、日本の行政代執行法上、法律に条例を含む場合は、同法２条括弧書きにみるように「法律の委任に基く命令、規則及び条例を含む。」という体裁で条例が含まれることを明らかにしているが、同法１条にいう法律は、同法２条括弧書きにみるような規定の体裁を採っていないことが挙げられてい

る[57]。これに対して、義務を課さずに直接に実力を行使する即時強制ですら条例を根拠規定として行えると解されているにもかかわらず、義務を課して自発的履行の機会を与える直接強制、執行罰（履行強制金賦課）が条例を根拠規範として行うことができないのは均衡を欠いていること等を理由に、立法論として条例でこれらの措置を認めるべきであるとする見解がある[58]。

1954年に制定・施行されている韓国の行政代執行法も、以上の日本の行政代執行法1条と同法2条括弧書きと同様に、その1条に「行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法律の定めるところによる。」と規定し、その2条に同法の適用対象となる義務について、「法律（法律に基づく命令、地方自治団体の条例を含む。以下同じ。）により直接に命ぜられ、又は法律に基き行政庁により命ぜられた行為」と規定している。これらの規定を見る限り、まず、韓国の行政代執行法2条括弧書きにいう地方自治団体の条例には、委任条例のみならず、自主条例を含むかどうかが明らかではないため、自主条例が定める代替的義務の不履行の場合に同義務が同法の適用対象となるかについては議論の余地がある。また、地方自治団体が執行罰（履行強制金賦課）、直接強制を条例で創設し、条例を根拠規定として講じることができるかどうかに関しても、前記の韓国の行政代執行法1条と2条括弧書きは、日本の行政代執行法1条と2条括弧書きと同様の体裁および内容となっている。このため、条例が直接強制、執行罰（履行強制金賦課）の措置を定めることができるかについては、日本と同様の解釈の問題がある。

ところが、以上の解釈の問題に対しては、行政基本法は、その30条1項1号において行政代執行法の適用対象となる義務等を定める同法2条を取り込む際に、同法2条の定める発動要件と手続と同様のものを定めつつ、その括弧書きにおいては「法令等により直接に命ぜられ、又は法令等に基き行政庁により命ぜられた義務」と書き換え、行政代執行法2条括弧書きと異なって「法令等」に規定する義務を行政代執行の対象としている。むろん、行政基本法上、法令等とは、法律と、法律の委任を受けた施行令・施行規則等の法規命令、および

(57) 直接強制と執行罰は条例によって導入できないとする見解については、櫻井敬子ほか『行政法』前掲書178頁

(58) 宇賀『行政法概説Ⅰ』前掲書246頁。

地方自治団体の条例および規則と定義されている（2条1号）。このため、従来、行政代執行法上、同法の適用対象として自主条例に規定する義務が含まれるかどうかに関して解釈の余地があったものの、行政基本法は、法令等に規定する義務を行政代執行法の適用対象とすることによって、以上の解釈論上の問題を立法論として解決したかのように見える。ところが、韓国の地方自治法28条但し書きが「住民の権利制限若しくは義務賦課に係る事項、又は罰則を定める場合に法律の委任がなければならない。」と規定しているため、自主条例は住民の義務を定めることができない。したがって、行政代執行法の適用対象となる法令等に規定する義務は、法令と委任条例が規定する代替的義務のみとなる。

そして、韓国でも、「行政上の強制」の措置として執行罰（履行強制金賦課）、直接強制は条例でこれらのいずれかを創設し、行政庁が条例を根拠規定としていずれかの措置を講じることができるかどうかに関しては、行政基本法30条1項1号括弧書きは、行政代執行法の適用対象となる義務に係る行政代執行法2条括弧書きを改め、「法令等により直接に命ぜられ、又は法令等に基き行政庁により命ぜられた義務」と書き換えながらも、行政基本法30条1項柱書きが行政上の義務の履行確保の方法を法律で定めるとする韓国の行政代執行法1条について全く変更することなく、同法1条と同様の内容を取り入れて書き記しているため、行政基本法30条1項柱書きと同法30条1項1号括弧書きが日本の行政代執行法1条と2条括弧書きと同様の体裁となっている。したがって、行政基本法は執行罰（履行強制金賦課）および直接強制のみならず、即時強制をも法律で定めるとする法律事項（留保）説を採用し、自主条例はもちろんのこと、委任条例による「行政上の強制」の創設を排除しているという趣旨を明らかにしていることにほかならない。行政基本法30条1項柱書きと同様に、同法30条2項も、「行政上の強制の措置に関しては、この法律の定める事項のほか、必要な事項は、別の法律で定める。」と規定し、「法律」に拘っているのである。このように、行政基本法が「法律」に拘っているのは、行政代執行法の制定当時の1954年から、1972年第7次憲法全面改正の第4共和国憲法（いわゆる維新憲法）の下で住民自治が全く認められなかった時代[59]を経て、

(59) 第4共和国憲法附則第10条は、「この憲法による地方議会は祖国統一が成し遂げられる時まで設置しない。」と規定し、地方議会設置を先送りし、住民自治の途を閉ざした。韓国では、1991年に地方議会議員の住民による直接選挙、1995年に首長の住民による直接選挙が行われた。

1990年改正施行の地方自治法86条が地方自治団体の長に対する住民直接選挙を規定したにもかかわらず、地方自治団体が条例で住民の権利を制限・剥奪したり義務を賦課したりする場合に法律の委任がなければならないとする1956年改正施行の地方自治法28条但し書きがそのまま、現行の地方自治法に受け継がれていることに基因するものであると考えられよう。

さて、行政基本法30条1項はその同1号の定める行政代執行について、韓国の行政代執行法の定める発動要件および手続と同様のものを定めている。これは、日本の行政代執行法2条の定めるそれらを同様のものとなっている。そして、同法30条1項2号は、履行強制金賦課について、義務者が行政上の義務を履行しない場合に、行政庁が適切な履行期間を定め、当該期間までに行政上の義務を履行しなければ、金銭給付義務を課することと定義している。これは、間接強制（執行罰）と呼ばれるものである。その一例として、建築法80条が「是正命令を受けてから、是正期間内に同是正命令を履行しない建築主等に対しては、行政庁は、当該是正命令の履行に必要な正当な期間を定め、当該期間内に同是正命令を履行しなければ、次の各号の履行強制金を賦課する。」と規定しており、以上の是正命令とは、違反建築物に対する工事の中止ないし使用禁止・制限（不作為義務）または解体・改築（作為義務）の措置命令（建築法79条1項）がこれに当たる。以上の例のほかに、行政庁は、売却・原状回復の命令（農地法63条1項）、是正措置（独占禁止法17条の3）および救済命令（勤労基準法33条）という作為義務の履行、または使用･占用禁止（漁村特化発展支援特別法39条）、設置・面積超過禁止（葬儀等に関する法律43条）という不作為義務の履行を目的として、これらの義務が履行されないときに履行強制金を賦課することもできる。このように、行政基本法は、個別法の定める履行強制金賦課制度を取り入れて書き記していることにすぎないが、以下のような総則規定を置き、同制度の適正化を図っているといえよう。すなわち、同法31条1項は、履行強制金賦課の根拠となる法律が履行強制金に関する賦課・徴収をする行政機関（1号）、賦課要件（2号）、賦課金額（3号）、賦課金額算定基準（4号）および年間の賦課回数ないし回数の上限（5号）を明確に規定しなければならず、ただし、同4号または同5号を規定することが立法目的・趣旨を害するおそれが大きいと認められる場合として、大統領令で定めるものは除くと規定している。この但し書き規定を受けで、同法施行令8条

1項は、合議制行政機関の議決を経て賦課金額が決定される場合（1号）および同賦課の根拠法が履行強制金賦課の上限を規定している場合（2号）を挙げている。このように、同法31条1項は、個別法が履行強制金賦課を定める際における立法ガイドラインとなるものである。なお、同条2項は、同賦課金額の加重または軽減の考慮事項として義務不履行の目的、動機および結果（1号）、義務不履行の程度と常習性（2号）、さらにその他行政目的を達成するのに必要と認められる事由（3号）を規定している。ところが、同1号および同2号の考慮事項が如何なる事象において加重に働き、または軽減に働くかに関する具体的な基準を示しておらず、とくに同3号が包括条項（セービングクローズ）となっている。このため、同賦課金額の加重または軽減は全く行政裁量となっているため、同裁量権の統制のための具体的な裁量基準が策定されるべきであろう。履行強制金賦課の手続としては、行政基本法は、同賦課の旨を示す文書による戒告（3項）、履行強制金賦課金額・事由・時期について文書による通知（4項）を定めている。そして、同条5項により、行政庁は、義務者が行政上の義務を履行するまでに履行強制金を繰り返して賦課することができる。ただし、義務者が義務を履行すれば、新たな履行強制金賦課を直ちに中止し、すでに賦課された履行強制金は徴収しなければならない（5項）。これは、履行強制金賦課制度の特徴を再確認するものである。また、行政庁は、履行強制金賦課を受けた者が納付期限までに履行強制金を納付しない場合は、国税徴収の例または「地方行政制裁・賦課金の徴収等に関する法律」によって徴収する（6項）。以上の個別法が履行強制金賦課の規定を定める際における立法ガイドラインを定める行政基本法31条1項、履行強制金賦課の軽重といった量定を決する際に行政庁の考慮すべき事項を定める同条2項、履行強制金賦課の手続に係る同条3項・4項、また前記の3項の戒告に記載されなければならない事項を定める同法施行令8条2項[60]および同戒告に記載される行政上の義務の履行期間について、「行政上の義務の性質及び内容等を考慮し、社会通念上その履行に必要な期間が十分に確保されるように定めなければならない。」とする

(60) 行政基本法施行令8条2項は戒告に記載される事項について、①義務者の氏名と住所、②不履行の義務の内容とその法的根拠、③行政上の義務の履行期間、④義務不履行の場合に履行強制金の賦課があるとする旨、⑤その他の異議申立ての方法等の戒告の相手方に知らせる必要があると認められる事項を挙げている。

同施行令８条３項は、個別法の定める履行強制金賦課の適正化のみならず、同賦課における私人の権益保護に資する一般規定として機能するものである。

また、同法30条１項３号は、直接強制について、義務者が行政上の義務を履行しない場合に、行政庁が義務者の身体または財産に実力を行使して、当該行政上の義務を履行されたものと同じ状態を実現することと定義している。一例として、食品衛生法79条１項３号により、行政庁は、営業許可が取り消され、またはその登録が抹消された以降も、営業が継続されている場合に営業所閉鎖のための措置として関係公務員に当該営業所の施設物や営業に使用されている器具等を使用させないための封印措置を講じることができる。同措置が不作為義務の履行のための直接強制に当たる。そのほかの例としては､学園（予備校）等の閉鎖と教習の中止のための施設物の設置等の措置という直接強制（学園の設立・運営及び課外教習に関する法律19条２項１号）による不作為義務の履行、道路上の違法な人工構造物の除却という直接強制（道路交通法71条２項）による作為義務の履行が挙げられるし、また、出入国管理法62条にいう強制退去命令書の執行の場合には、退去命令がなされてから、命令書の執行がなされるとすれば、直接強制となる。直接強制も、非代替的作為義務と不作為義務の履行を確保する方法であるが、同法32条１項により、行政代執行または履行強制金賦課制度の方法では行政上の義務履行を確保することができないか、その実現が不可能な場合に実施しなければならない。このように、行政基本法は、個別法の定める直接強制を取り入れて書き記しているのであり、直接強制は、個別法の根拠規定が必要であることはもちろんのこと、行政代執行または履行強制金賦課の方法に対する補充的なものとして位置付けられている。これらは、直接強制による権益侵害の程度・態様を考慮したものである。直接強制の手続としては、同法32条により、直接強制の実施のために現場に派遣される執行責任者による証票の呈示（２項)、直接強制の戒告および通知（３項）が規定されている。直接強制の戒告に記載される事項については、同法施行令９条が「義務不履行の場合に直接強制の実施があるとする旨」（４号）のほかに、前記の履行強制金賦課の戒告の記載事項を定める同法施行令８条２項と全く同様のものを定めている。

つぎに、同法30条１項４号は、強制徴収について、義務者が行政上の義務の中で金銭給付義務を履行しない場合に、行政庁が義務者の財産に実力を行使

して当該行政上の義務を履行されたものと同じ状態を実現することと定義し、国税徴収法の定める強制徴収（滞納処分手続）を取り入れて書き記している。

最後に、同法30条1項5号は、即時強制について、現在の差し迫った行政上の障害を除去するために、行政庁が予め行政上の義務を命ずる時間的余裕がない場合（イ）、行政上の義務の性質上、当該義務の履行を命ずるだけで行政目的の達成が困難な場合（ロ）のいずれかに該当する場合に、行政庁が直ちに義務者の身体または財産に実力を行使して、行政目的を実現することと定義している。さらに、同法33条により、即時強制は、他の手段により行政目的を達成することができない場合のみに許容されなければならず、この場合においても最小限度で実施されなければならない（1項）。その手続に関しては、即時強制の実施のために、現場に派遣される執行責任者による証票の呈示と、即時強制の理由と内容に係る告知（2項）が規定されている。このように、即時強制は、その即時強制による権益侵害性の程度や態様から行政目的達成の方法における最後の補充的な手段として位置付けられており、最小限の実施が要求されている。即時強制の例としては、韓国の精神健康増進及び精神疾患者福祉サービス支援に関する法律50条にいう応急的入院措置、出入国管理法56条の4にいう保護のための強制力の行使、感染病の予防及び管理に関する法律42条の定める感染病に関する強制処分、同法46条の定める健康診断・予防接種等の措置、および同法47条の感染病予防のための防疫措置等は、これらの法が定める該当者に義務が課されることなく、行政庁が以上のこれらの措置を講じることができるため、即時強制に当たる。

ちなみに、同法30条3項は、「刑事、行刑及び保安処分の関係法令に基づいて行う事項、外国人の出入国・難民認定・帰化・国籍回復に関する事項に関してはこの節は適用しない。」とし、行政上の強制の措置の適用除外を規定し、行政上の強制と異なる別途の措置が講じられることを意味するものである。だが、行政基本法30条2項も「行政上の強制措置に関しては、この法律の定める事項のほか、必要な事項は、別の法律で定める。」と規定しているように、同法3章5節に係る行政上の強制の発動要件と手続も、行政代執行法、国税徴収法、または個別法の規定に最終的に委ねられていることからすれば、行政上の強制と異なる別途の措置として強制執行等も、立法政策論として個別法の定める別途の発動要件と手続に係る規定に委ねられているため、同法30条3項

は確認規定にすぎない。

6　その他の行政作用

行政基本法3章6節は、「その他の行政作用」と題し、これに係るものとして受理の有無に係る届出の効力（34条）、手数料及び使用料（35条）について定めている。

（受理の有無に係る届出の効力）
第34条　法令等の定めるところにより、行政庁に一定の事項を通知しなければならない届出は、法律に届出の受理が必要であると明示されているとき（行政機関の内部業務処理の手続として受理を規定している場合は除く。）には、行政庁が届出を受理してその効力が発生する。
〔施行日：2023. 3.24〕第34条
（手数料及び使用料）
第35条　行政庁は、特定人のための行政サービスの提供を受けた者に対して、法令の定めるところにより、手数料を徴収することができる。
2　行政庁は、公共施設及び財産等の利用又は使用に対しては、事前に公開された金額若しくは基準による使用料を徴収することができる
3　前二項にかかわらず、地方自治団体の場合は地方自治法の定めるところによる。

韓国の行政手続法40条2項により、届出にその記載事項において缺欠がない場合（1号）、必要な書類が備えている場合（2号）、その他法令等の定める形式上の要件が適合している場合（3号）は、当該届出がその提出先とされている機関の事務所に到達したときに、届出の義務が履行されたものと見做される。行政庁は、同条2項の各号の要件に適合しない届出については、遅滞なく相当な期間を定めて補正を求めなければならない（3項）。同法40条と同様に、日本の行政手続法37条も、届出の効力に係る受理の有無については規定しておらず、届出に係る「受理・不受理」という法的観念を明確に否定しているといえよう。これは、受理概念無用説に基づくものである。

以上に対して、行政基本法34条は、法令等の定める届出の場合に、法律が届出の受理を要する旨を明示しているとき（行政機関の内部業務処理の手続と

して受理を規定している場合は除く。）には、行政庁が届出を受理してその効力が発生すると規定し、行政庁の受理の有無を届出の効力発生の要件とするという受理概念有用説を採用している。この受理概念有用説は、以下のような意味を有するものであると考えられる。つまり、法律が届出に対して受理を効力発生の要件として定めているとき、届出に対する受理は、同届出が韓国の行政手続法 40 条にいう同 1 号、同 2 号および同 3 号（同様の内容を定める日本の行政手続法 37 条）を充足することはもちろんのこと、さらに法令等の定める届出の記載事項等の要件充足性について行政庁が一定の審査を行い、審査の結果として同届出に対する要件充足性を認める法行為に当たるものである。したがって、当該届出は、実質的に申請に当たるものであり、届出の受理とは、実質的に許可に当たる法効果を生じさせるものである。たとえば、韓国の食品衛生法の定める届出の仕組みを見てみると、同法は、事業主の行政庁に対する一定事項の届出義務を定めており、届出があった日から 3 日以内に届出の受理の可否について当該届出人への通知を義務付けており、以上の期間内に通知がなければ、同期間の末日の翌日から同届出が受理されたものとして見做すと規定している（同法 37 条 12 項・13 項、39 条 4 項・5 項など）。韓国の建築法 14 条も同様に、同条 1 項各号のいずれかの事項に該当する場合に建築主が行政庁に当該事項を届け出れば、行政庁は届出に対して 5 日以内に受理の可否等について通知しなければならないと規定している。日本の場合も、たとえば、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律 24 条 1 項・2 項が同営業者への届出義務を定め、届出書の提出があったときに、公安委員会が同法 27 条 4 項により、届出の旨を記載した書面（同法施行規則 44 条にいう届出確認書交付・不交付通知書）の交付を定めている。ここでいう届出確認書交付・不交付の通知書は、韓国における届出に対する受理の可否に当たるものである。

以上の行政基本法 34 条は、届出に対して法律が受理の可否を定める場合があることを確認するものである。だとすれば、韓国では、法令等に基づく申請の場合にも、当然、法令等が当該申請に対しても受理の可否を前提とする受理概念有用説を採用していることになるのかという疑義がある。日本の行政手続法 7 条は申請に対する受理概念無用説に基づくものである [(61)]。申請の場合は、

（61）塩野宏『行政法Ⅰ』（2009 年、有斐閣）294 ～ 5 頁。

届出と異なり、申請に対する補正等の過程を経て最終的に行政庁の諾否が必ず行われるという前提にあることを考えると、日本の行政手続法７条の定める受理概念無用説が妥当である。これに対して、届出は、個別法が行政庁による受理の通知を必要するとする規定がある場合と、法令等が届出の義務を定めるものの、法律が受理の通知の可否に係る規定を定めていない場合がある。前者は受理の通知を要する届出と称されており、後者は行政手続法上の届出がこれに当たり、届出が行政機関の事務所に到達したときに補正を求められなかった場合に効力が発生するものとして、自己完結的届出と称されている[(62)]。つまり、届出は受理を要する受理概念有用説の届出と、受理を要しない受理概念無用説の届出という二種類がある。

ちなみに、行政基本法34条をみると、同条は、「法令等」の定める届出としながら、届出の効力発生要件たる受理については、「法律」が受理を要すると明示している場合と規定し、法令等ではなく、法律が受理概念有用説を採用することを明らかにしている。しかし、受理概念有用説はなぜ、「法令等」ではなく、「法律」に限定しているのかという疑義が生じる。少なくとも委任条例が住民の届出義務を定めているとすれば、地域の実情等の必要に応じて当該条例で受理の通知の可否に係る規定をも定めることは可能であろう。だとすれば、以上の「法律」には地方自治団体の条例も含まれると解されよう。

そして、手数料および使用料は、個別法の規定が受益者負担の原則としてその費用負担を定め、費用負担の詳細について所管部署の長に委任しており、同委任命令に基づいて手数料等が課され、徴収されているのがその現状である。ところが、同法35条は、「行政庁は、特定人のための行政サービスの提供を受けた者に対して、法令の定めるところにより、手数料を徴収することができる。」（1項）とし、「行政庁は、公共施設及び財産等の利用又は使用に対しては、事前に公開された金額若しくは基準による使用料を徴収することができる。」（2項）と規定している。同条１項の定める「法令の定めるところ」にいう法令とは、手数料徴収のための個別法上の根拠規定を指す。これに対して、同条２項の定める使用料の徴収は、「法令の定めるところ」というフレーズを用いていない。このため、使用料の徴収に関わっては、行政庁は、個別法の規定を待つことなく、

（62）前掲の法制処「解説」148頁参照。

行政基本法35条2項を一般規定として、行政規則等により必要に応じて使用料の金額とその基準を定めて、同行政規則に従って使用料を課することができることになった。ただし、行政基本法を根拠規定とする使用料の賦課については、インターネットホームページ等により、事前にその金額と基準が公表されなければならない（2項）。このように、行政基本法は、手数料と使用料の区分の下で手数料については個別法上の根拠規定を必要とし、使用料については個別法上の根拠規定がない場合でも、行政規則でこれを定め、使用料を賦課することができることを明らかにしている。最後に地方自治団体は、地方自治法153 条の定める使用料と、同法154条の手数料を徴収することができるため、これらの規定が地方自治団体における使用料および手数料の賦課徴収の根拠規定となる。行政基本法35条3項は、これらを確認し、地方自治団体は地方自治法の定めるところによると規定している。

7　処分に対する異議申立ておよび再審査

行政基本法3章7節は、「処分に対する異議申立て及び再審査」と題し、これ係るものとして処分に対する異議申立て（36条）、処分の再審査（37条）について定めている。

（処分に対する異議申立て）

第36条　行政庁の処分（行政審判法第3条により、同法に規定する行政審判の対象となる処分をいう。以下この条において同じ。）に異議のある者は処分を受けた日から30日以内に当該行政庁に異議申立てをすることができる。

2　行政庁は第1項に規定する異議申立てがあれば、その申立てがあった日から14日以内にその異議申立てに対する結果を申立人に通知しなければならない。ただし、やむを得ない事由により、14日以内に通知することができない場合には、その期間が満了した日の翌日から起算して10日の範囲において一回延長をすることができる。この場合に延長の事由を申立人に通知しなければならない。

3　第1項に規定する異議申立てをした場合には、その異議申立てに関係なく、行政審判法に規定する行政審判を請求し、又は行政訴訟法に規定する行政訴訟を提起することができる。

4　異議申立てに対する結果の通知を受けた後に、行政審判又は行政訴訟を提起しようとする者は、その結果の通知があった日（第2項に規定する通知期間内に結果の通知を受けなかった場合には、同項に規定する通知期間の満了する日の翌日をいう。）から90 日以内に行政審判又は行政訴訟を提起することができる。

5　他の法律が異議申立てとこれに準ずる手続を定めている場合には、その法律が規定していない事項に関しては、この条の定めるところによる。

6　第1項から第5項までの規定が定める事項のほか、異議申立ての方法及び手続等に関する事項は、大統領令で定める。

7　次の各号のいずれかに該当する事項に関しては、この条を適用しない。

一　公務員の人事関係法令に規定する懲戒等の処分に関する事項

二　国家人権委員会法第30条に規定する陳情に対する国家人権委員会の決定

三　労働委員会法第2条の2に規定する労働委員会の議決を経て行う事項

四　刑事、行刑及び保安処分の関係法令に基づいて行う事項

五　外国人の出入国・難民認定・帰化・国籍回復に関する事項

六　過料の賦課及び徴収に関する事項

（処分の再審査）

第37条　当事者は、処分（制裁処分及び行政上の強制は除く。以下この条において同じ。）が行政審判、行政訴訟及びその他の争訟を通じて争うことができなくなった場合（法院の確定判決がある場合は除く。）でも、次の各号のいずれかに該当する場合は、当該処分を行った行政庁に対して処分を取消・撤回し、又は変更することを申請することができる。

一　処分の根拠となっていた事実関係又は法律関係が以後に当事者に有利に変わった場合

二　当事者に有利な決定をもたらす新たな証拠がある場合

三　民事訴訟法第451条に規定する再審事由に準ずる事由が発生した場合等の大統領令で定める場合

2　第1項に規定する申請は、当該処分の手続、行政審判、行政訴訟及

びその他の争訟において当事者に重大な過失がなく、第1項の定める各号の事由を主張することができなかった場合のみにすることができる。

3　第1項に規定する申請は、当事者が第1項の定める各号の事由を知った日から60日以内にしなければならない。ただし、処分の日から5年が経過したときは、申請することができない。

4　第1項に規定する申請を受けた行政庁は、特別な事情がなければ、申請を受けた日から90日（合議制行政機関の場合は180日）以内に処分に対する再審査の結果（再審査の可否と処分の維持・取消・撤回・変更等の決定を含む。）を申請者に通知しなければならない。ただし、やむを得ない事由により、90日（合議制行政機関の場合は180日）以内に結果を通知することができない場合は、その期間を満了した日の翌日から起算して90日（合議制行政機関の場合は180日）の範囲内で一回の延長をすることができる。この場合に延長事由を申請者に通知しなければならない。

5　第4項に規定する処分の再審査の結果の中で処分を維持する結果に対しては、行政審判及び行政訴訟その他の争訟を通じて不服することができない。

6　第18条に規定する取消及び第19条に規定する撤回は、処分の再審査によって影響を受けない。

7　第1項から第6項までの規定のほか、処分の再審査の方法及び手続等に関する事項は、大統領令で定める。

8　次の各号のいずれかに該当する事項に関しては、この条を適用しない。

一　公務員人事関係法令に規定する懲戒等の処分に関する事項

二　労働委員会法第2条の2に規定する労働委員会の議決を経て行う事項

三　刑事、行刑及び保安処分の関係法令に基づいて行う事項

四　過料の賦課及び徴収に関する事項

五　その他の法律においてその適用を排除している場合

〔施行日：2023. 3.24〕第36条、第37条

行政基本法は、処分に対する異議申立て（36条）、処分の再審査（37条）について定めている。ところが、韓国の行政審判法は、日本の行政不服審査法に当たるものとして、その3条が「行政庁の処分又は不作為に対しては他の法律の特別な規定がある場合を除くほか、この法律の定めるところによる。」（1項）と規定しているため、行政審判の対象について一般概括主義を採択し、同法を行政上の不服申立てに関する一般法として位置付けている。そして、行政上の不服申立てである行政審判請求に対する公正さの確保と救済の実効性の向上のための数次にわたる行政審判法の改正により、同法の定める行政審判委員会は、行政組織の中における処分等に関する決裁ラインから完全に独立した外部委員による合議制機関として裁決を行う裁決庁となり（6条）、当事者の同意を条件として事件の迅速かつ公正な解決のための調整権（43条の2）、および不作為に係って直接処分権を有する（50条）という独自の発展を成し遂げてきた。こうした状況の下で、行政上の不服申立てには、行政審判法が行政審判委員会への不服申立てを定める行政審判請求と、同法3条が定めているように、他の法律の特別な規定による不服申立てがある。その他の法律の特別な規定としては、たとえば、国税基本法55条以下の定める異議申立て、審査請求、租税審判院への審判請求があり、出入国管理法55条・60条、道路交通法101条の3および住民登録法21条、地方自治法157条等の定める異議申立てがある。このように、韓国では、行政審判法の適用除外としては個別法の定める特別行政審判（これは日本の特殊審査手続にあたる）、審査請求、略式制度としての異議申立ての三種類がある。とくに多くの個別法が異議申立てに関する規定を定めており、同規定に基づいて異議申立てが行われるという実態を垣間見ることができる。このように、現行法制度上、行政上の不服申立てに関する一般法たる行政審判法の定める行政審判請求と、個別法の定める行政上の不服申立てが混在している中で、以上の行政審判法3条1項に見るように、同法は行政上の不服申立てに関する一般法としての性格を有し、行政審判の対象について一般概括主義を定めつつ、他の法律の特別な規定がある場合には行政審判法が適用除外となることを明らかにしている。この適用除外のために、個別法の規定が略式制度たる異議申立てを定めている場合には、行政審判請求が認められないことになる。しかし、1998年施行の「公共機関の情報公開に関する法律」（1996年制定）は、情報公開に係る非開示決定等を不服とする者が異議申立てをし、

同異議申立てについての決定を経た後に、行政審判または行政訴訟を提起するか、あるいは異議申立てを経由せずに直ちに行政審判または行政訴訟を提起することができると規定している（18条・19条・20条）。

さて、行政基本法36条は、以上の「公共機関の情報公開に関する法律」の定めるこれらの規定とほぼ同様の内容を取り入れて書き記しつつ、処分のあった日から30日以内に異議申立てをすることができる（1項）と規定し、異議申立てに対する結果の通知期間を、同申立てのあった日から14日以内とし、やむを得ない事由による10日の範囲において一回延長することができる（2項）と規定し、異議申立てについて「法律の定めるところにより」という法律留保に係るフレーズを定めていない。さらに同条5項が「他の法律が異議申立てとこれに準ずる手続を定めている場合でも、その法律が規定していない事項に関しては、この条の定めるところによる。」と規定している。このため、かつては個別法が異議申立てを定めている限り、同異議申立てが行わることになっていたが、異議申立てを定める同法36条はすべての処分にその適用のある一般規定となり、異議申立てを定める個別法の根拠規定がなくとも、処分に不服がある者が自由に異議申立てすることができるようになり、すべての処分に対する異議申立ての途を開くことになる。その上で、同法36条3項・4項により、異議申立てをした場合でも、あるいは異議申立てに関する結果の通知があった場合にも、これらにかかわらず、手続的権利をより保障し、かつ審判の公正さを確保すべき第三者機関たる合議制の行政審判委員会に裁決等の権限を付与する行政審判法の定めるところにより、私人は当該処分に対する審判請求をすることができるし、または行政訴訟を提起することもできる。これらは、異議申立てを定める個別法の根拠規定を要することなく、すべての処分に対する異議申立てをすることのできるようになり、また、異議申立てがなされた場合にも、同異議申立てにかかわらず、行政審判または行政訴訟をも提起することができるようになり、救済方法の自由選択肢を増やしたことを意味し、重畳的権利救済体系作りの一環として私人の権益の救済保護のための制度改革の1つとして評価に値する。

日本では、2014年に改正された行政不服審査法5条が、「行政庁の処分につき処分庁以外の行政庁に対して審査請求をすることができる場合において、法律に再調査の請求をすることができる旨の定めがあるときは、当該処分に不服

がある者は、処分庁に対して再調査の請求をすることができる。」（1 項柱書き）と規定し、個別法の規定による選択的再調査の請求制度を採択し、また、「行政不服審査法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」が成立し、同法による個別法の定める異議申立てを廃止した。これに対して、韓国では、行政基本法 36 条が一般規定となり、処分に不服がある者は個別法の根拠規定がなくとも、処分に対する異議申立てを自由に行うことができるようにし、意義申立ての全面的な拡充という特徴が見られる。

ところが、韓国の行政審判法 4 条は、「事案による審理の専門性と特殊性を活かすために、特に必要な場合を除いては、この法の定める行政審判に代わる特別な行政不服手続（以下「特別行政審判」という。）、又はこの法の定める行政審判手続に対する特例を他の法律で定めてはならない。」（1 項）とし、「他の法律で特別行政審判を定め、又はこの法の定める行政審判手続に対する特例を定めた場合にも、当該法律で規定されていない事項に関しては、この法律の定めるところによる。」（2 項）とし、「関係行政機関の長が特別行政審判又はこの法の定める行政審判手続に対する特例を新設したり、変更したりする法令を制定・改正するときには、予め中央行政審判委員会と協議しなければならない。」（3 項）と規定している。行政審判法 4 条は、個別法の定める特別行政審判が特殊分野の専門性等を活かすという意義や、行政審判手続に対する特例（異議申立て）が簡易であるという利便性を認めつつ、個別法の定める特別審判制度と簡易な制度たる異議申立ての濫設が行政審判法の一般法としての性格を曖昧にし、かつ私人の権利救済の途をいたずらに複雑にするという弊害を防ぐことにその趣旨・目的があろう。このことは、かつて行政審判請求事件の却下の事由として、他の法律に特別の定めがある（他の救済手続がある）という理由が最も多かったことによって根拠付けられよう[(63)]。以上の行政審判法 4 条の立法沿革を見てみると、2008 年の政府組織再編に伴う行政審判法の改正により、かつて行政審判法の主管部署は法制処から国民権益委員会に移り、そして同国民権益委員会が 2010 年に同法を全部改正・施行する際に同法 4 条を採択したという経緯がある。

かつて行政審判法の主管部署であった法制処が今回の行政基本法の主務部署

(63) 拙著『行政救済－日・韓の制度と現状－』（信山社、2004 年）211 頁、同「日・韓の行政不服審査制度に関する比較研究－最近改正された日本の行政不服審査制度を中心に－」法制 2015 年 3 月号 183 ～ 184 頁（韓国語版）。

となり、行政基本法36条を、処分に対する異議申立てに係る一般規定の地位を有するものにしたのである。このことについては、行政基本法36条が、前述のように、救済方法の自由選択肢を増やし、重畳的権利救済体系作りの一環として私人の権益の救済保護のための制度改革の1つであるとの評価がありうるとしても、同法36条が以上の行政審判法4条の趣旨・目的に悖るのではないかという真逆の評価もありうる。韓国の行政審判法が審判の公正さを確保するために、第三者機関たる合議制の行政審判委員会を設け、かつ同委員会が裁決を行う裁決庁と位置付け（6条）、救済の実効性を高めるために、当事者の同意を得て事件の迅速かつ公正な解決のための調整権（43条の2）、または不作為に係って直接処分権（50条）を有することになるという独自の発展を成し遂げてきたのは、周知の通りである。こうした行政審判法の独自の発展は、かつての処分庁またはその上級行政庁への不服申立て制度が私人の権益救済として機能していないという機能不全から、不服申立ての審理の公正さを高め、これによる私人の権益の十全な救済保護とその実効性を高めることを目的として成し遂げられてきたといってよい。このことからすれば、異議申立ての一般規定として定められた行政基本法36条に対する評価も、処分に対する異議申立てが実際に私人の権益救済制度として如何に機能することになるかどうかに関わってくる。

さらに、行政基本法は、異議申立てに対する一般規定の創設にとどまらず、同法37条1項による「処分の再審査」をも新設している。つまり、当事者は、処分（制裁処分および行政上の強制は除く。以下この条において同じ。）が行政審判、行政訴訟およびその他の争訟を通じて争うことができなくなった場合（法院の確定判決がある場合は除く。）でも、処分の根拠となっていた事実関係または法律関係が以後に当事者に有利に変わった場合（1号）、当事者に有利な決定をもたらす新たな証拠がある場合（2号）、民事訴訟法451条に規定する再審事由に準ずる事由が発生した場合等の大統領令で定める場合（3号）[(64)]

(64) 行政基本法施行令12条は、民事訴訟法451条に規定する再審事由に準ずる事由について、処分業務に直接または間接的に係った公務員が当該処分に関して職務上の罪を犯した場合（1号）、処分の根拠となった文書その他の資料が偽造若しくは変造された場合（2号）、第三者の偽った陳述が処分の根拠となった場合（3号）、処分に影響を及ぼす重要な事項に関する判断の欠落があった場合（4号）を挙げている。

のいずれかに該当するときには、当該処分を行った行政庁に対して処分を取消・撤回し、または変更することを求めるという「処分の再審査」を申請することができる。このように、「処分の再審査」は、その対象が拒否処分であり、処分が行政審判、行政訴訟およびその他の争訟を通じて争うことができなくなった場合とは、拒否処分に対する審判請求期間や出訴期間の徒過を指す。すなわち、申請に対する拒否処分がなされてから、新たに以上の同1号、同2号または同3号の要件充足がある場合には、授益処分を欲する者は、行政庁に対して新たに授益処分を求める申請をすることなく、すでになされた拒否処分を取り消し、または変更することを求める「処分の再審査」を申請することになる。ここで、変更することを求める「処分の再審査」の申請は、申請どおりの処分を行うことを内容とするものを指すとすれば、同申請を認容することとは、行政審判法50条の定める拒否処分ないし不作為に対する行政審判委員会の直接処分権と同様の効果を有するものとなろう。解釈論上、不作為は審査請求期間や出訴期間の徒過がないため、行政審判、行政訴訟およびその他の争訟を通じて争うことができなくなることがないが、相当の期間経過後には「処分の再審査」の対象となると解されよう。

以上の「処分の再審査」を求める申請は、「当該処分の手続、行政審判、行政訴訟及びその他の争訟において当事者に重大な過失がなく、第1項の定める各号の事由を主張することができなかった場合のみにすることができる。」(2項）という再審査申請者に対する重大過失の有無を要件とされており、また、「当事者が第1項の定める各号の事由を知った日から60日以内にしなければならない。ただし、処分の日から5年が経過したときは、申請することができない。」(3項）という再審査の申請期間と申請の除斥期間が定められている。再審査の申請に係る手続としては、再審査結果について行政庁の申請者に対する通知とその期間等（4項）が定められている。そして、処分の再審査を求める申請に対して、行政庁が同申請を棄却または却下し、従前の拒否処分を維持するという審査結果に対しては、行政審判および行政訴訟その他の争訟を通じて不服することができない（5項)。以上の処分の再審査は、拒否処分に係るものであり、したがって、処分庁がすでになされた授益処分に違法または不当があることを理由に、当該授益処分を取り消すという職権取消処分は、不利益処分（行政基本法にいう制裁処分）であり、同不利益処分については同法37条

1 項括弧書きが「処分の再審査」の対象から除かれているため、そもそも「処分の再審査」を定める同法 37 条の適用対象ではない。また、かりに行政庁が拒否処分に対する再審査を行い、その結果として申請どおりの授益処分を行った場合にも、その後、同法 18 条・19 条に規定する職権取消・撤回の事由があるという要件充足性を理由に、当該授益処分を取消・撤回することができる。このことを確認するものとして、授益処分の職権取消・撤回の場合は「処分の再審査によって影響を受けない」(6 項) という規定が置かれている。ちなみに、同条 1 項ないし 6 項の規定のほか、処分の再審査の方法および手続等に関する事項は、大統領令で定める（7 項）ことになっている。ちなみに、同条 8 項はその適用除外事項として、公務員人事関係法令に規定する懲戒等の処分に関する事項（1 号)、労働委員会法 2 条の 2 に規定する労働委員会の議決を経て行う事項（2 号)、刑事、行刑および保安処分の関係法令に基づいて行う事項（3 号)、外国人の出入国・難民認定・帰化・国籍・回復に関する事項（4 号)、過料の賦課および徴収に関する事項（5 号)、その他の法律においてその適用を排除している場合（6 号）を挙げている。

V　行政の立法活動等

行政基本法 4 章は、「行政の立法活動等」と題し、これに係るものとして行政の立法活動（38 条)、行政法制の改善（39 条)、法令解釈（40 条）について定めている。

（行政の立法活動）

第 38 条　国又は地方自治団体が法令等を制定・改正・廃止し、又はこれに関連した活動（法律案の国会提出と条例案の地方議会提出を含む。以下この章において「行政の立法活動」という。）をするときは、憲法と上位法令に違反してはならない。この場合において憲法と法令等の定める手続を順守しなければならない。

2　行政の立法活動は、次の各号の基準に従わなければならない。

一　一般国民及び利害関係者から意見を募集し、関係機関との充分な協議を経て、責任をもって推進するものとする。

二　法令等の内容と規定は、他の法令との調和をなすべきであり、法令等の相互間において重複したり、衝突したりしてはならない。

三　法令等は、一般国民がその内容を分かり易く、かつ明確に理解できるように策定されなければならない。

3　政府は、毎年、当該年度に推進すべき法令案の立法計画（以下「政府立法計画」という。）を樹立しなければならない。

4　行政の立法活動の手続及び政府立法計画の樹立に関して必要な事項は、政府の法制業務に関する事項を規律する大統領令で定める。

（行政法制の改善）

第39条　政府は、権限のある機関によって違憲と決定されたため、当該法令が憲法に違反し、又は法律に違反していることが明白な場合その他大統領令で定めるものについては、当該法令を改善しなければならない。

2　政府は、行政分野の法制度改善と一貫した法適用の基準の備え等のために必要な場合は、大統領令の定めるところにより、関係機関との協議及び関係専門家からの意見聴取を経て改善措置を講じることができる。なお、この改善措置のために現行法令に関する分析を実施することができる。

（法令解釈）

第40条　何人も法令等の内容に関わる疑問があれば、法令を所管する中央行政機関の長（以下「法令所管機関」という。）と自治法規を所管する地方自治団体の長に法令解釈を要請することができる。

2　法令所管機関と自治法規を所管する地方自治団体の長は、各々の所管法令等を憲法と当該法令等の趣旨に符合するように解釈・執行する責任を負う。

3　法令所管機関又はその解釈に異議を有する者は、大統領令の定めるところにより、法令解釈業務を専門とする機関に法令解釈を要請することができる。

4　法令解釈の手続に関して必要な事項は、大統領令で定める。

行政基本法は、行政の立法活動（38 条）および行政法制の改善（39 条）を行政活動の１つとして確認しつつ、人々の法令解釈に対する要請権（40 条）を定めている。同法は、行政の立法活動について、国又は地方自治団体が法令等を制定・改廃し、またはこれに関連した活動（法律案の国会提出と条例案の地方議会提出を含む。）と定義し、行政法制の改善については、法令が憲法に違反し、および法律違反が明白である場合その他大統領で定める場合には当該法令を改善することと定義している。ここでいう行政の立法活動と行政法制の改善は、これらの規定を待つまでもなく、行政実務上、常に行われるべき事柄であることからすれば、同法の定めるこれらの規定は、特段の意味を有しない確認規定に過ぎない。強いて意義があるとすれば、それは同法施行令 14 条により、法制処に置かれる国家行政法制委員会の設置等にあるのではないかと考えられよう。そのほかに、韓国の行政手続法 41 条が行政上の立法予告（パブリックコメント）を定め、その 45 条が立法案に対する公聴会またはオンラインによる公聴会の開催を定めているものの、これらの公聴会の開催による意見の募集と集約を行政庁の裁量的事項としているが、以上の行政基本法 38 条 2 項 1 号は、「一般国民及び利害関係者から意見を集約し、関係機関との充分な協議を経て、責任をもって推進するものとする。」と規定し、原則的に意見の募集と集約を義務付けていることに意義があろう。同法 38 条 2 項は法令等における重複と衝突があってはならないこと（2 号）、法令等が一般国民にとって分かり易く、かつ明確に理解できるように策定されなければならないことを原則とし、そのほかに、政府は、毎年、当該年度に推進すべき法令案の立法計画（以下「政府立法計画」という。）を樹立するものとする（3 項）と規定しているが、これらの規定は自己規律として意味があり、行為規範としては特段の意味を有するものではない。行政の立法活動の手続および政府立法計画の樹立に関して必要な事項は、政府の法制業務に関する事項を規律する大統領令で定める（4 項）。

そして、行政基本法 39 条により、政府には、以下のような努力義務が課せられている。すなわち、権限のある機関によって違憲と決定されたため、当該法令が憲法違反または法律違反であることが明白な場合その他大統領令で定めるものについては、当該法令を改善すること（１項）、行政分野の法制度改善と一貫した法適用の基準の備え等のために必要な場合は、大統領令の定めるとこ

ろにより、関係機関との協議および関係専門家からの意見聴取を経て改善措置を講じることや、その改善措置のために現行法令に関する分析を実施することができる（2 項）という行政法制の改善が努力義務として課されている。ところが、同法 38 条 1 項の定める行政の立法活動の主体に関しては、その主体を国または地方自治団体とし、同法 38 条 3 項の定める毎年当該年度において推進すべき法令案の立法計画の主体に関しては、主体を政府としている。同じく同法 39 条の定める行政法制の改善に関する主体をも政府としている。

また、行政基本法 40 条は、何人も法令等の内容に関わる疑問があれば、法令を所管する中央行政機関の長（以下「法令所管機関」という。）と、自治法規を所管する地方自治団体の長に法令解釈を要請することができる（1 項）とし、法令所管機関と、自治法規を所管する地方自治団体の長は、それぞれの所管法令等が憲法と法令等の趣旨に符合するように解釈･執行する責任を負う（2 項）とし、法令所管機関またはその解釈に異議を有する者は、大統領令の定めるところにより、法令解釈業務を専門とする機関に法令解釈を要請することができる（3 項）とし、法令解釈の手続に関して必要な事項は、大統領令で定める（4 項）と規定している。以上の同法 38 条 4 項、39 条 2 項および 40 条 4 項にいう大統領令とは、行政基本法施行令 18 条により、「法制業務運営規定」を指す。法制業務運営規定 26 条 1 項によると、行政基本法 40 条 3 項にいう法令解釈業務を専門とする機関、いわゆる法令解釈機関は、法務部（省）と法制処が明示されており、法務部は、民事、商事、刑事、行政訴訟、国家賠償の関連法令および同省所管法令と他の法令の定める罰則条項に対する解釈を担当し、法制処は、法務部が担当するものを除くすべての行政関係法令の解釈がその業務となる。行政実務上、従前、委任の根拠法がないまま、1995 年制定施行の大統領令である法制業務運営規定が法令解釈の根拠となり、法令解釈の業務分担等が行われていた。ところが、法制業務運営規定は、行政基本法 38 条ないし 40 条に取り込まれることになり、行政基本法が母法となったのである。また､同法 40 条により､法令解釈要請権が何人もの権利として認められているが､同法令解釈の要請に対する応答義務や期間等が規定されていないため､同法は､行政基本法の主務部署である法制処が法令解釈権を有していることを確認しているに過ぎず、行為規範として特段の意味を有しないのではないかと思われよう。

Ⅵ　おわりに ～ 国が違っても行政法は変わらない

まず、行政基本法制定に対しては、「基本」という命名がア・プリオリな概念定義に基づくものであるとして、同基本法の本質的な内容から「統合法典化」が正しいとする命名の誤謬を指摘する見解[65]や、行政手続法制定の際には10年以上の期間が要されたのに比して行政基本法の制定にはわずか2年足らずに制定されたとして同法の制定経緯に対する批判的な見解[66]があり、行政基本法には立法技術的な指針事項が多く含まれている一方、他方では実体的内容を有する制度も盛り込まれているが、早急に制定された結果、国の根幹に係る法（＝行政基本法）をあまりも簡単に制定してしまったため、その内容の完結性が劣っているとして法体系上多くの問題点があることを指摘する見解[67]がある。　以上の指摘する問題点のほかに、行政実体法とは、行政手続と密接な関りがあることを理由に、行政基本法たるものを定めるにしても、これを行政手続法の改正により定めるべきとし、別途に行政基本法の形で制定する必要がないとする見解が韓国の行政法学界の有力なものであったとされている[68]。以上のような行政基本法制定に対する批判的な見解がある中で、韓国は法制処が所管部署となり、行政基本法を制定・施行しているという現状にある。この現状を目の当たりして、各行政領域に係る個別法が各所管行政庁に処分権限等の行政権限を授権しているものの、こうした授権法を有しないため、処分権限等を有しない法制処が主務部署となり、行政基本法を制定・施行している現象については、比較法的な観点からどのように理解すればよいかという知的好奇心が湧いてくる。

さて、その名称からすれば、行政基本法は、行政一般にその適用を目的・趣旨とする一般法の性格を有すると思われる。同法の内容について一瞥すると、その内容の多くは判例法理や学説上、形成・確立されているものが同法に盛り込まれる形で書き記されている。これには同法2章「行政の法原則」、同法3

(65) 金鉉峻「기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류」法曹第68巻第4号（2019.8）26～41頁。

(66) 배병호「행정기본법의 평가와 과제」成均館法学第33巻2号（2021）505頁。

(67) 김용섭「한국행정법학회의 학술활동 성과분석 및 행정기본법 제정이후 전망」行政法学20号（2021.9）47～49頁。

(68) 정하중「행정기본법 제정안에 대한 소고」法制2020年6月号8頁。

章1節「処分」に係る多くの規定、同法3章3節「公法上の契約」が当たる。そして、行政基本法は、同法20条「処分の自動化」、同法3章2節「見做し許認可」、同章4節「課徴金賦課」、同章5節「行政上の強制」、および同章6節「その他の行政作用」等についても定めているが、これらに係る規定の場合は「法律（あるいは法令等）の定めるところにより」という法律留保に係るフレーズを用いているように、行政基本法の規定の多くは、個別法の定める制度の共通的事項を取り入れて書き記しているにすぎないため、他の法律に特別の定めがある場合には特別の定めが適用されることになり、行政基本法の適用が排除されることを意味し、一般法として行政基本法の意義が希薄であるといえよう。こうした中で、「処分」に係る規定として同法12条2項「行政権限の不行使に対する私人の信頼保護」、同法22条「不利益処分の根拠法制定の指針と要考慮事項」、同法23条「不利益処分の除斥期間」および同法3章7節「処分に対する異議申立て及び再審査」は、行政一般に対してその適用のある一般規定として機能をすることになっている。とくに行政基本法が規定している同法12条2項と23条は、その適正な運用がなされることになれば、行政法関係における法律関係の早期確定による法的安定性の確保を図り、私人の権益保護に資するものとして評価に値するものとなろう。行政基本法の中には、同法16条1項が授益処分の欠格事由法定主義を定め、同2項が立法ガイドラインを定めているが、同ガイドラインは、行政庁に対する嚮導的機能を有するものとして忠実に守られることになれば、行政庁の恣意的な拒否処分をなくし、授益処分を欲する申請者の権益を保護するためのものとして評価に値する。不利益処分の基準に係る立法ガイドラインを定める同法22条1項も、不利益処分の予見可能性や透明性を高め、不利益処分の行政過程を分かり易くさせるし、不利益処分に対する司法統制がより可能とならしめるという実益があるため、権益保護に資するものとして評価に値する。

他方では、行政基本法3章7節「処分に対する異議申立て及び再審査」にみるように、個別法上の制度にすぎなかったものを、行政基本法の規定の中に総則的なものを規定することにより、処分に対する一般規定として置き換えることにより、すべての処分に適用のある一般的な制度を創設するものもある。だが、個別法の規定による異議申立ての方式に代わって、「処分に対する異議申立て」の一般規定となる同法36条による一般的な制度の創設は、これまでに

おける韓国の行政審判制度が審判の公正さの確保と救済の実効性の向上において独自の発展を成し遂げてきたという観点からすれば、いたずらに救済のルートを増やし、複雑にし、分かりにくいものとした評価も可能である。処分に対する異議申立てが実際に私人の権益救済として機能することになるかという懸念もある。むろん、行政法現象に対して一般法と特別法（ないし個別法）による規律の中でいずれの方法を採るかに関しては、つねに議論の余地があるものとして行政手続・裁判手続、および確立された行政の法原理などは、一般法による規律が可能であり、かつ妥当であろう。これらを除いて、様々な行政法現象を束ねて、これらを行政一般と称して、1つの法典に盛り込むことはそもそも無理筋であり、妥当ではない。このため、行政基本法の法典化がなされても、同法には個別法による様々な制約が実質的に伴うものであり、民法や刑法等の法典とは性格の異なるものであることに留意すべきであろう。

行政基本法案作成のための法制処行政法制革新推進団は、パブリックコメントの際に同法制定の意義について、以下のように述べている。すなわち、行政基本法の制定は、複雑な行政法令を国民中心の法体系に転換させることにあるとし、「行政法令は、・・・法令の大部分を占めている最重要法令であるにもかかわらず、行政法分野における原則と基準となる行政基本法がなかったため、行政実務に携わる公務員と、国民が複雑な行政法の体系を理解し難く、個別法が類似した制度を異に規定しているため、1つの制度改善のために数百の法律を整備しなければならない問題点があった。」(69) とし、法典化によって「行政法が分かり易くなったこと」を意義の1つとして挙げられていた。ある研究者からは、行政基本法の制定意義について、「同法がその立法目的において行政の民主性を初めて掲げていることからも分かるように、同法を通じて、国民が行政の実行メカニズムを目の当りにすることになる。こうした点において同法の制定が日本式の行政法から脱する契機となる。」(70) とし、同法が「行政法ドグマチックの改革および行政法改革のベースキャンプとなる。」(71) と述べられ

(69) 法制処行政法制革新推進団・報道資料「行政基本法案の立法予告」法制処公告第2020―28号（2020.3）

(70) 김중권「행정기본법 의 보통명사 시대에 행정법학의 과제―「행정소송법」등의 개혁을 중심으로 ―」法制 2021年6月号 15～16頁。

(71) 김중권前掲論文 38頁。

ている。さらに、行政基本法所管部署の行政実務家からは、「韓国の法制は日本法の影響を少なくなく受けた。これからは行政実体法(行政に関する通則法)がない日本に比して、少なくとも行政法の分野は先を行くことになった。日本が韓国法を学ぶ日が来るとすれば、その対象は行政基本法となろう。」(72) と述べられており、「行政の実体的規定に関する単一の法典を未だ有しないドイツ、日本等の多くの先進国を追い抜く立法成果である。」(73) と評価されている。韓国における行政基本法に対する以上のような評価からすれば、同法の制定を行政法（学）および行政実務の新たな転換点となるエポックとして捉えているようにみえる。

確かに行政基本法の内容には、判例法理や学説上、形成・確立されている行政法の一般原則や、個別法の定める見做し許認可、課徴金賦課および行政上の強制等の各種の制度が含まれており、また、同法 36 条「処分に対する異議申立て」および同法 37 条「処分の再審査」にみるように、これらの条項のそれぞれがすべての処分または拒否処分に対してその適用がある一般規定として定められているものもあり、これらを 1 つの法典として定めることにより、同法典を通じて行政法たるものの主要な内容が一目で分かり易くなったという側面もあろう。しかしながら、これらの法典化には、判例法理や学説上、形成・確立されているもの、および個別法の定める制度の共通的事項を取り込んで書き記しているに過ぎないものが多く含まれている。だとすれば、行政基本法の定める如何なる規定が、「行政法ドグマチックの改革」をもたらすものに当たり、同法の如何なる箇所が「日本等の多くの先進国を追い抜く立法成果」となるのかに関する究明とその検討・分析が求められよう。さらに行政法の法典化がなされたとしても、同法典化の規定の中には、たとえば、同法 14 条「法令等の遡及適用の禁止と法適用の基準時」、同法 18 条「違法又は不当な処分の取消」、同法 19 条「適法な処分の撤回」などのように難解なものも多く含まれているだけではなく、同法 18 条 2 項と同法 19 条 2 項の定める利益の比較考量、同法 21 条の定める「正当な利益考慮」と同法 22 条 2 項の定める「不利益処分にお

(72) 行政基本法の制定などの主管部署である法制処長の新聞インタービュー記事（法律新聞 2021 年 4 月 22 日付け）からの引用。

(73) 法制処行政法制革新推進団・報道資料「行政基本法の公布・施行」2021 年 3 月 23 日。

ける要考慮事項」との関係性（体系性）が曖昧であること、そのほかに公益（10条など）、衡平性（22条1項）および公共性（27条）等といった抽象的な概念が用いられているため、行政法研究者などからのさらなる解釈ないし解説が必要な場合もある。したがって、単なる法典化は、国民が行政法ないし法制を理解するのに寄与し、分かり易くさせているとは言い難い。なぜなら、行政法に専門的な知識のない一般人は、行政法が条文として定められ、1つの法典としてまとめられているだけで、これらの条文を読むことでその内容ないし体系を正確に理解することができないからである。今回の法典化を目の当たりにして、法典化は、文理上の限界による別途の解釈論を誘発させる場合もあり、却って行政法の内容ないし体系がさらに難解なものになりかねないという側面もあるのではないかと思われよう。行政法の一般原理の確立は、法典化ではなく、事例ごとの多くの判例の蓄積によって可能であろう。こうした状況において行政基本法が行政法学ないし行政実務そのものを大きく変えることになるかどうかについては、行政基本法の各規定が今後の行政過程および裁判過程において如何に活用されるかに関わっているため、制定・施行されて間もない現時点において韓国の一部の論者が述べているように、行政基本法が行政法ドグマチックの改革となるといった制定意義等に係る積極的な評価は、時期尚早として客観的な評価にはならず、希望的観測にすぎないものであろう。

結局のところ、行政基本法の多くの規定は、同法12条2項「行政権限の不行使に対する私人の信頼保護」および同法37条「処分の再審査」などの一部を除けば、判例法理を明文化したり、個別法の定める制度の共通的事項を盛り込んで書き記したりするものが多く散見されるため、日本の法科大学院において修得されるべき学習内容・水準に関する共通のミニマム・スタンダードを示す共通到達目標の1つとして第1章「行政過程の全体像」の教育内容とほぼ同様のものとなっていることを確認できる。行政基本法は、以上の共通到達目標の教育内容における一部のものを明文化し、網羅的ではないものの、これをもって行政法教育における指針を明確にしたとの所感がある。この所感が間違いないとすれば、当然、韓国の行政基本法の内容から見る行政法の「一般原理」たるものは日本にも共通するものである。このことからすれば、「憲法は変っても行政法は変らない」というオットー・マイヤーの言葉は、「国が違っても行政法は変わらない」に代わることになり、行政法の一般原理は、民主主義と

いう基本価値の下ですべての国に共通するものであるといってよい。なぜなら、行政法には、行政権の行使に対する法的ないし民主的統制のためのドグマチック（一般原理）が普遍性を有するという共通の原理がなければならないからである。

最後に、行政基本法の検討を通して、法令と条例の使い分けが日本と違うところがあることも分かった。たとえば、日本では、法令と命令等の用語を使用しており、とくに拘ることがない場合、一般に法律という文言に条例を含めて解釈できる場合が多い。行政基本法 30 条の定める「行政上の強制」においては法律と法令等の使い分けがなされており、その上、同法律には、法令等にいう条例が含まれないと解される。ところが、同法 19 条が「適法な処分の撤回」においてその事由として「法律の定める撤回事由に該当する場合」（1 号）、「法令等の変更又は事情変更により、処分をこれ以上存続させる必要がなくなった場合」（2 号）と定めており、同法 28 条が「課徴金賦課の基準」について、「法令等に規定する義務に違反した者に対しては、法律の定めるところにより、当該違反行為に対する制裁として課徴金を賦課することができる。」と規定し、また、同法 34 条も「受理の有無に係る届出の効力」について、「法令等」の定める届出において「法律」に届出の受理が必要であると明示されている場合には届出の受理によって効力が発生すると規定している例に見るように、法律と法令等の使い分けがなされていることを確認することができる。同法律には自主条例のみならず、委任条例も含まれないという趣旨として読める。この趣旨は、韓国の地方自治法 28 条但し書きが「住民の権利制限若しくは義務賦課に係る事項、又は罰則を定める場合に法律の委任がなければならない」とする条例制定権の制限によるものであろう。こうした使い分けには、どのような合理的な理由に基づくものかという疑義がある。また、行政基本法の多くの規定は、たとえば、同法 16 条の定める「授益処分の欠格事由」および同法 22 条の定める「不利益処分の基準」について法律で定めるとしているように、「法律」という文言を使用しているが、これに法規命令と委任条例を含む場合には、法令等を使用していることからすれば、「法律」にはこれらを含まないことになる。以上のような使い分けと韓国の地方自治法 28 条但し書きは、日本における「地方分権国家」ないし「自治立法権」を唱える見解からすると、日本憲法 92 条の定める「地方自治の本旨」に悖る「後見的中央集権」の残滓であるとの指摘

が可能となる。韓国の地方自治に関しても、日本と同様に、韓国の憲法 117 条 1 項が法令の範囲内で自治に係る条例を制定することができるとする条例制定権を付与し、同法 118 条 1 項が地方自治団体に議会を置くとし、その 2 項が地方議会の議員と長の選任方法について法律で定めると規定しており、これを受けて、地方自治法 38 条・107 条は議員・首長の住民直接選挙を定めている。これらのことからすれば、韓国でも日本と同様に、過疎化と高齢化の問題が深刻化しつつある現状において、各地域における異なる実情に迅速かつ的確に応えるための地方自治団体の役割とその機能がより一層重要になってくることを踏まえると、行政基本法の制定に先立って、以上の地方自治法 28 条但し書きの定める条例制定権の制限に関する議論としての法令と条例との関係論をはじめ、行政法学上、主要な論点である国と地方自治団体との関係論を含む地方分権国家の形成のための検討も行われるべきではないかという感を禁じ得ない。