



## 「職権取消しと撤回」の再考

中川, 丈久

---

**(Citation)**

行政と国民の権利 : 水野武夫先生古稀記念論文集:366-395

**(Issue Date)**

2011-12

**(Resource Type)**

book part

**(Version)**

Version of Record

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90008323>



## 「職権取消しと撤回」の再考

中川 丈久

- I はじめに
- II 「職権取消しと撤回」の定義
- III いわゆる「法律の根拠」問題について
- IV いわゆる「制限」問題について
- V おわりに——応用問題へ

### I はじめに

「職権取消しと撤回」（以下、まとめて単に「取消し」の行為、「取り消す」行為、「取り消す」権限などと呼ぶことがある）は、行政法の初学者が必ず学ぶトピックであり、いまさら論ずべき事柄はないと思われるかもしれない。しかし、いまなお、実務家の間や研究者の間、さらには教科書の記述の間でも、微妙な認識のずれが残されている。

その原因は、「職権取消しと撤回」について取り上げられるふたつの問題、すなわち、いわゆる「法律の根拠」の問題と、いわゆる「制限」の問題について、そもそも何が問われているのかが、必ずしも明確にされていないことにあるように思われる。本稿は、いずれの問題も、「職権取消しと撤回」に固有なものではなく、行政処分一般論に解消されるべきものであることを指摘し、両問題についてもうすこし明確な像を描き出そうとするものである。

本稿の結論をあらかじめ示すと、次のとおりである。

まず、いわゆる「法律の根拠」の問題は、取り消す行為の根拠となる条文が法律（または条例）に明文で存在せずとも、法律（または条例）の解釈によって、取り消す権限があるといえるかどうかを論じるものである。ここで重要なことは、単に、取り消す明文の根拠の「要否」ではなく、それが明文で存在しない

ときに、取り消す根拠の「存否」がどのような法解釈作業で導かれうるのかである。ここで問われているのは、取り消す根拠の「要否」よりはむしろ、取り消す根拠の「存否」なのである。

次に、いわゆる「制限」の問題は、取り消す権限が存在することを前提としたうえで（明文で存在するか、解釈で導かれるかを問わない）、当該事案において取消しをすることの<sup>11</sup>実体的違法を論じるものである。「職権取消しや撤回」に固有の「制限」が論じられているわけではない。不利益処分（行政手続法第3章の意味の不利益処分）の実体的違法事由を考えるとときに検討されなければならない論点となんら変わらないからである。

以上をひとことでいうと、「法律の根拠」の問題は、行政処分権限の存否を問い、「制限」の問題は、行政処分の実体的違法事由を取り上げているのであるから、両者あわせて、行政処分一般に共通するごく基本的な問題を、「取消し」と呼ばれる場面を素材に論じているだけである（ちなみに、このふたつの問題は委任命令にも存在する。前者は、明文の委任規定、すなわち個別具体の委任規定がない場合にも、委任命令の根拠があるとみなしてよいかという権限の存否に関する法律解釈の問題であり、後者は、委任命令が委任の趣旨を逸脱して実体的に違法かという問題である）。

このように整理するならば、「法律の根拠」の問題と、「制限」の問題は、次元の異なる問いであることは明らかであるから、どちらを議論しているのか、常に峻別されなければならない。しかしながら、「職権取消しをすることができるか」や「撤回をしてよいか」という表現は、いずれの問題の意味でも使うためであろうか、両者が混淆している（すくなくともそう見える）記述は、しばしば見受けられる。たとえば撤回対象が受（授）益的処分であるか否かという区別をする必要があるのは、「制限」の問題を論じる場合であって、「法律の根拠」の場合ではないから、「受益的処分を撤回する場合に限り法律の根拠が必要である」という表現は、正確ではないように思われる。

また、「職権取消しと撤回」の区別は、法律（または条例）に明文の根拠が無い場合にのみ有用であるわけではないことに注意する必要がある。「制限」の問題は、明文の根拠規定がある場合も含めて、論じうるものだからである。<sup>11</sup>

以下では、「職権取消しと撤回」に関する議論のうち、どこまでが定義なのか、

なにか「法律の根拠」の問題であり、それについてどう考えるべきか、そしてなにか「制限」の問題であり、それについてどう考えるべきかという順で論じる。最後に、「職権取消しと撤回」の議論が、いくつかの現在の課題の解決に役立つ可能性を示唆して、本稿を閉じる。

## II 「職権取消しと撤回」の定義

まずは、「職権取消しと撤回」の定義を確認しておこう。この区別は、法令上や行政実務上のものではなく、行政法解釈学説が生み出した分類である（戦後の行政法学説において用語が定着した<sup>2)</sup>）。

職権取消しは、(i)ある行政処分がなされたところ、(ii)当該処分には、その成立の当初から違法事由（学説上とくに明言されることはないが、実体的違法事由のほか、手続的違法事由〔重大な手続的瑕疵〕も含まれる余地がある<sup>3)</sup>）があったことが判明したため、(iii)そのことを理由に、当該行政処分の効力を否定するべく「取消し」の行為をすることを指す。他方、撤回は、(i)ある行政処分がなされたところ、(ii)処分後に生じた事情に鑑みると、当該行政処分を消滅させることが必要と判断されたため、(iii)そのことを理由に、当該行政処分の効力を否定するべく「取消し」の行為をすることを指す。

このように、両者の定義上の違いは、(ii)の箇所、すなわち「取消し」の行為をする理由にある。たとえば、運転免許が人違いで交付されたことを理由に、その運転免許を取り消すこと（職権取消し）と、運転免許を受けた者が、その後、免許時に充たしていた身体的要件を充足しなくなったことを理由にその免許を取り消すこと（撤回）の違いである。

この定義から論理的に導かれることは、職権取消しも撤回も、行政処分の性質を有することである。行政処分の法効果を否定する（「取消し」をする）ことができるのは、同じ行政処分しかないと考えるのが、論理的だからである<sup>4)</sup>。その意味では、行政処分であることも定義に含めてよい。

そして、「職権取消しと撤回」の定義上の違いは、(ii)だけにあると考えるべきである。たしかに、(ii)の違いの結果、(iii)において、行政処分の効力の遡及的取消しをすることが原則となる職権取消しと、将来的取消しをすることが原

則となる撤回という違いも生じる。しかしこれはあくまでそのような傾向があるに止まり、とりわけ金銭に関わる行政処分の場合は例外が必要である。<sup>5)</sup>後述するように、遡求的か将来的かは、取消しの「制限」の問題、すなわち<sup>6)</sup>実体的違法事由(そのうちの効果裁量の合理性)の問題であるから、定義に含めるべき要素ではないと考えられる。

以上が、「職権取消しと撤回」の定義である。学説がこの2つを区別する理由は、同じ「取消し」と呼ばれる行為であっても、上記(ii)の違いによって、「法律の根拠」の問題、および「制限」の問題の取扱いが異なってくるからである。これを次にみてみよう。

### Ⅲ いわゆる「法律の根拠」問題について

#### 1 何が問われているのか——取り消す根拠の「要否」か「存否」か？

「職権取消しと撤回」というタイトルのもと、最初に取り上げられるのは、これを「法律の根拠なく行いうるか」という問いである。著名な問題設定であるが、しかしこれは、かなりミスリーディングな表現である。

なぜならば、法律の根拠がなくても行いうる行政処分など、そもそも存在しないからである。行政処分という権限(行為形式)は、その定義上、法律(または条例)において、その権限が創出されたことを示す根拠となる条文が見出されないならば、存在しない。最判昭和39・10・29民集18巻8号1809頁(大田区ごみ焼場設置条例無効確認等請求事件)が、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが<sup>7)</sup>法律上認められているものをいう」(傍点筆者)と述べるのは、このことである。ちょうど、法律(または条例)に、委任命令を制定する権限が創出されたことを示す根拠(委任規定)無くして、委任命令の権限は存在しないというのと同じである。行政処分も、委任命令も、法律(および条例)のみが創造しうる権限(行為形式)であるから、法律(または条例)の根拠が常に必要である。

そうすると、職権取消しや撤回を「法律の根拠なくなしうるか」という問いを、その表現どおりに、法律の根拠の<sup>8)</sup>要否を問うものだとすると、「要」と答

えるよりほかない。むしろこの問いは、一旦された行政処分を取り消す行政処分の権限の根拠（授權規定）が、法律（または条例）に明文では存在しない場合であっても、法律解釈によってその根拠が存在すると解する余地はあるかという趣旨を言わんとしたものと考えるよりほかないように思われる。<sup>81</sup>「……の場合には取り消すことができる」という明文の根拠規定がなくとも、なんらかの法令解釈によって、取消しをすることが授權されていると解してよいかである。

以上を要するに、「職権取消しと撤回は法律の根拠なくなしうるか」という問題は、法律の根拠（授權規定）の要否というよりは、法律の根拠（授權規定）の存否に関する法律解釈を取り上げているというべきである。

## 2 「取消し権限の存否」についての法律解釈

では、その法律解釈はどのようになされるべきだろうか。そのためには、行政処分の法律（条例）上の根拠、すなわち行政処分の授權規定とは、具体的に何を指すのかが明らかにされなければならない。

それは、法律（または条例）のもと、具体的事案において私人に、どのような権利義務その他法的地位が生じているかの公権的判断を、（少なくとも第一次的には）裁判所以外の組織（多くの場合は、国または地方公共団体の機関であるが、それ以外の組織のこともある<sup>91</sup>）に授權する条文のことである。ここで授權されている公権的判断とは、法律を具体的事案にあてはめる裁判類似的作用である。すなわち、「ある私人（行政処分の名宛人）が、〇〇という要件を充たすかどうか」（処分要件の充足）、および「その要件を充足する当該私人に、どのような権利義務その他の法的地位を生じさせるか」（処分内容の選択）を判定することである。

このうち、公権的判断の授權規定とは、(ア)判断基準、すなわち処分要件（取消事由）と処分内容（取り消すこと）を（両者を区別せずに、考慮要素という形で規定されることもある）、(イ)どの組織（行政庁）に授權しているかを読み取ることのできる条文を指す。

たとえば、道路交通法84条1項は、「自動車及び原動機付自転車（以下「自動車等」という。）を運転しようとする者は、公安委員会の運転免許（以下「免許」という。）を受けなければならない。」と定めている。これは、ある私人が、同法所定の運転免許の要件を充足しているかどうかを判定し、充足している者に

については、公道においてどのような車を運転することができる地位をいつまで有するのかを判定する権限を、公安委員会に授権しようとする立法である。また、道路交通法 103 条のように、一定の事由が生じた場合に公安委員会は運転免許を取り消すという規定は、ある者に取消事由があったか否かを判定し、あった者については、公道を適法に運転することができるという地位を消滅させるのか否かを判定する権限を公安委員会に授権する規定である。

さて、行政処分の権限の存否は、上記のような法律（または条例）の明文から明らかなことが多いが、それが明らかではなく、権限の存否についての法律解釈が必要となる代表的な場面は、次のふたつである。

ひとつは、契約か処分かを性質決定しなければならない場面である。社会保障分野における金銭の交付・不交付決定や、行政財産の使用許可・不許可の決定（市庁舎、公民館から公営住宅まで）の性質を、契約の締結ないし締結拒否とみるか、それとも行政処分としての許可ないし拒否処分とみるかである。最高裁は、供託金関係を契約関係とみるのか、行政処分による法律関係とみるのかという問題<sup>11)</sup>、労災就学援護費の不交付決定が行政処分か、契約締結拒否か（さらには法令の定めによって直接に受給権（給付請求権）が発生するのか）という問題<sup>12)</sup>を取り上げている。後者について最高裁判決は、労働者災害補償保険法の条文ではなく、その全体構造にかんがみ了解釈によって、同法が行政処分として支給決定を行う権限を想定したものと結論している。

もうひとつが、本稿のテーマである「職権取消しと撤回」である。「……の場合には、行政庁が、すでにした行政処分を取り消すことができる」という明文規定がない場面に、取消しという行政処分の根拠（授権規定）、すなわち、処分によって私人に生じた法効果を消滅させることについての(ア)処分要件（取消事由）と処分内容（取り消すこと）を、(イ)どの組織（行政庁）に授権しているかが、法律（または条例）から読み取られるかどうかという問題である。

ここで、(イ)の要素が読み取らなければならないことを考えると、解釈の手がかりは、取消対象たる行政処分の授権規定のほかには、考えにくい。そのため、「職権取消しや撤回の対象となる行政処分をすることを授権する規定において、職権取消しや撤回の権限をすることも授権されていると解釈してよいか」が、ここで問われているといえる（いわゆる上級庁の職権取消権限は、上級庁は、

どこまで下級行政庁の権限をみずから行使しうるかという行政組織法上の問題に帰着する)。

そうすると、次に、取消対象たる行政処分の授權規定から、(ア)の問題、すなわちなに「取消し」事由であるのかが、「取消し」の対象となる行政処分の根拠(授權規定)から読み取られるかが問題となる。たとえば、許可、認可などの行政処分の授權規定の解釈として、「〇〇という要件を充足する場合には職権取消しをすることができる」と解されるか、「△△という事情がある場合には撤回をすることができる」との授權がなされていると解してよいか」という問題である。

以上を要するに、取消対象の行政処分(許認可等や不利益処分)の授權規定から、取消事由が読み取られるのであれば、当該授權規定は、その事由がある場合の取消しをする権限(それが職権取消しであれ撤回であれ)をも授權していると解されるのである。そして、どのような取消事由が読み取られるかを考えるにあたって、職権取消しと撤回の定義の違い(定義における(ii)の部分の違い)が効いてくるのである。これを次にみておこう。

### 3 職権取消しの場合

職権取消しの事由は、定義(ii)で述べたように、取消しの対象にしようとする行政処分が、当初から実体的(または手続的に)違法であったことである。

一般に、どのような行政処分であっても、それが誤っていたことに行政庁が気づけば、それを正すための「取消し」の行為をする権限も同時に与えられていると解される。なぜならば、法律に違反した行政処分については、法の支配・法治国の理念のもとでは、必ず是正のための裁判的救済の機会が保障されるはずであり<sup>13)</sup>、そうである以上、行政庁がみずから正す権限も有して当然であるからである(争訟的取消しと職権取消し)。

大要、このような理屈で、行政処分の取消権限の権限は常に認められるべきであるという結論において、学説も判例も一致している<sup>14)</sup>。なお、「学説は、行政行為の取消しには法律の特別の根拠は必要でないとする点で一致している。ただ、その際、当然の事理のごとくに解する見解(……)、取消権の根拠は、もとも行政行為の根拠法に含まれているとする見解(……)、不文の法理に求



める見解（……）がある。私は、法治国原理の要請するところと考える（……。）」（塩野宏<sup>15)</sup>）という記述について、私には、そこに挙げられている説の間にさして対立があるようには思われない。職権取消しも行政処分である以上、法律の根拠は必要であるところ、法律違反の行政活動は許されないという原則から、あらゆる行政処分の権限には、それが誤って行使された場合には取り消してやり直す権限も含まれていると解することが合理的であるという趣旨において差はないと思われるからである。

なお、2点付言しておく。第1に、職権取消しは、いわゆる不可変更力が認められる場合には、することができないとされる。最高裁が不可変更力を行政上の不服申立ての制度趣旨から導いているように<sup>16)</sup>、これは、取り消されようとしている行政処分の制度趣旨から、そもそも職権取消しの権限が授権されていないと解するべき場面である。

第2に、職権取消しの権限を認める明文規定がある場合の次のような問題は、なお未解決である。許認可の取消事由として、たとえば、「虚偽の申請をした場合」という規定がある場合、それ以外の職権取消しの事由——申請に虚偽はなかったが行政庁側のミスで誤って許可をしてしまったことなど——を理由とした取消しはできるのかということである。虚偽申請という条文は、単に職権取消事由の主なものを確認的に規定したに過ぎないのか、それとも、もっと積極的に職権取消事由をそれに限定する趣旨であるのかという問題である。

#### 4 撤回の場合

撤回の場合も、法律解釈にあたっての目の付け所は同じである。すなわち、撤回対象となる行政処分の授権規定と当該処分の制度趣旨（存在理由）にかんがみて、いかなる撤回事由が合理的に導かれるかを検討することに尽きる。撤回を検討する必要がある場面として、次の3つを考えてみよう<sup>17)</sup>。

##### （1）行政庁側の事情による撤回

第1に、行政庁側に生じた事由を理由に、当該行政庁がした行政処分を撤回する場面である。当該事由をもって撤回事由としうることは、撤回対象の行政処分の制度趣旨（存在理由）から合理的に導かれる限りにおいて、撤回の権限が存在すると解される。

この例としてもっともよく挙げられるのが、行政財産の目的外使用許可である。東京都中央卸売市場の使用許可に関する最高裁判決は、次のように述べている。

「公有行政財産たる土地は、その所有者たる地方公共団体の行政活動の物的基礎であるから、その性質上行政財産本来の用途または目的のために利用されるべきものであつて、これにつき私人の利用を許す場合にその利用上の法律関係をいかなるものにするかは、立法政策に委ねられているところと解される。この点につき、〔関係条例においては〕……行政財産はその用途または目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる旨……と同旨の定めがされていたのである（……）。したがつて、本件のような都府行政財産たる土地につき使用許可によつて与えられた使用権は、それが期間の定めのない場合であれば、当該行政財産本来の用途または目的上の必要を生じたときはその時点において原則として消滅すべきものであり、また、権利自体に右のような制約が内在しているものとして付与されているものとみるのが相当である。」（下線筆者）

これは、行政財産の目的外使用許可の授權規定から、当該行政財産を必要とする行政庁側の事情が発生するときには、それをもって当該使用許可の撤回事由となることが読み取られるとしたものである。

## （2）行政処分の名宛人側の事情による撤回その1

第2に、撤回対象となる行政処分の名宛人が、処分要件のうち処分後も充足し続けるべきものを充足しなくなったことを理由に、行政庁が当該処分を撤回する場面である。当該要件を事後的に充足しなくなった時点で、当該処分は違法になったといえるから、これが当該処分を撤回する事由になるという解釈は、ごく自然に導かれるものである。その限りでは、このタイプの撤回は、職権取消しと似た側面を持つ。しかし、処分時の違法ではなく、手続的違法も含まないから、職権取消しではなく、やはり撤回の一例というべきである。

たとえば、運転免許の許可要件のうち、拒否事由に事後的に該当したり、身体的運転能力が事後的に欠けたりした場合は、撤回（運転免許の取り消し）事由になると考えられよう（現在は明文がある。道路交通法89条、90条および103条の対応関係を参照）。また、法人設立時に要件とされた基本財産は、設立後もその額以上を維持することが求められると解される事が多いであろう。危険物質を含む排水の排出禁止命令が出された場合、禁止対象となる危険物質が含まれな

なくなったならば、それは排出命令の撤回（解除）事由になると解されるであろう。

いわゆる菊田医師事件の最高裁判決は、この理を述べたものである。菊田医師は、旧優生保護法の行為規制に違反したわけではない（たとえば実子あっせん行為の禁止といった規定があったわけではないから、次に述べる（3）の場面ではない）。しかし判旨は、指定医としての適格性を有する医師という、指定申請時のみならず、指定後も充足し続けるべき要件を菊田医師が充足しなくなったことが、指定の撤回事由になると述べるのである。すなわち、「上告人に行った実子あっせん行為に対する少なからぬ非難は免れないものといわなければならない」としたうえで、「上告人が法秩序遵守等の面において指定医師としての適格性を欠くことが明らかとなり、上告人に対する指定を存続させることが公益に適合しない状態が生じた」（傍点筆者）ことを指摘し、「法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている被上告人医師会は、その権限において上告人に対する右指定を撤回することができるというべきである。」としたのである（なお、判決理由は、「制限」の問題もあわせて検討しているが、それは分割して後で述べる。）

### （3）行政処分の名宛人側の事情による撤回その2

第3は、撤回対象となる行政処分の名宛人が、法令において定められた禁止や義務——いわゆる行為規制——を遵守しなかったことを理由に、行政庁が当該許認可等を取り消す場面である。

これは、許認可等（行政手続法第2章の意味で用いる）の制度の一環として、許認可等を得た者をどう扱うか（行為規制をどう定め、その実効性担保をどうするか）の問題である。たとえば、運転免許を受けた者が道路交通法違反を犯した場合や、宅地建物取引業の許可を受けた者が、宅地建物取引業法31条以下の重要事項説明義務や誇大広告禁止に違反する場合に、違反者にどのような措置をとるかということである。

しかるに、参入規制である許認可等の授権規定から、行為規制およびその実効性担保方法をどのようにするべきかについての立法者の意図を、合理的に読み取することは、通常、極めて困難ではないかと思われる。どの程度の行為規制違反をもって許認可等の取消しをする（すなわち退場を命じる）のか、逆に、どの程度の行為規制違反であれば、営業停止命令や改善命令等にとどめるのか、

あるいは刑事罰や過料という措置にとどめるのかというように、選択の幅が広い。これは、論理的に決まることではないから、法律（または条例）が行為規制を定める際の立法裁量に委ねられた事柄である。そのため、条文がなければ、行為規制違反者に、誰が（必ずしも許認可等の権限者とは限らない）、どのような措置をとる権限を有するのか、したがってなにが撤回事由になるのかの解釈を行いようがないであろう。

そうすると、この第3の場面では、撤回対象となる行政処分の根拠とは別に、撤回権限（撤回事由を含む）を読みとることができる規定がない限り、撤回権限があるとは解されないように思われる。なお、行為規制が存在しなくても、重大な非難に値する行為があったことを理由に、許認可等の要件のうち、事後的にも充足しつづけなければならないもの（菊田医師事件最判がいうような「適格性」要件）が失われたという形に問題をひき直せば、第2の場面として処理することは可能であると考えられる。

#### （4）まとめと付言

以上の3場面を総合すると、撤回についての明文の授權規定（つまり撤回事由を定めた規定）がなくとも、撤回対象となる行政処分の授權規定から撤回事由を読み取る可能性があるのは、第1と第2の場面である。

学説上は、撤回に明文の根拠が必要かどうか（つまり、撤回事由が明文規定で必要であるかどうか）について様々な説明が現れているが<sup>21</sup>、「受益的行政行為であっても、公益上の必要等があれば明示の法律の根拠がなくても撤回は可能という見解が続き通説の見解となった<sup>22</sup>」とされる。これは教科書でもよく用いられている表現である。しかし、およそ公益上の必要に関連づけなくして、撤回事由があるとは解し得ないはずであるから、これでは何も述べたことにはならないのではなかろうか。

また、学説では、受益的処分の撤回に限って「法律の根拠」を問う必要があるという表現が見られる。しかし、撤回が行政処分である以上、受益的処分の撤回であれ、侵害的処分の撤回であれ、法律の根拠が必要である点に変わりはないはずであり、明文の根拠の要否に違いがあるわけでもない。受益的行為の撤回か、侵害的行為の撤回かは、「法律の根拠」を論じるときは不要であり、「制限」の問題を考えるとときに必要なファクターではなかろうか。

さらに、「撤回権の留保」がされていれば撤回しようという説明が見られるが<sup>23)</sup>、これもミスリーディングである。許認可等の授權規定をおく法律（または条例）が、そもそも撤回事由を予定しないと解されるのであれば、いかに行政処分の附款として撤回権の留保を記したとしても、撤回権限が生じるはずはない（いわゆる「例文」にとどまる）。したがって、撤回権の留保をするしないにかかわらず、撤回権があるかどうかは、これまで第1から第3の場面に分けて述べた法律（または条例）の解釈次第であるというべきである。

なお、公務員の免職処分を任命処分の撤回とはいわないことの理由は、必ずしも明らかではない。その免職処分の事由が、行政庁側の都合（人事管理）による分限免職もあれば、私人の側の事情（非違行為等）による懲戒免職もあるというように、様々な撤回事由を包括するからだろうか。

#### IV いわゆる「制限」問題について

##### 1 何が問われているのか——行政処分の実体的違法事由

さて、職権取消しであれ撤回であれ、その権限が存在する（明文規定があるか、なくても解釈により権限があるとされる）場合、次に問題となるのは、職権取消しや撤回をすることには「制限」があるのではないかということである。

「制限」というと、いかにも特殊な問題のように響くが、そうではない。当該事案において「取消し」という行政処分をすることが、実体的に違法かどうか問われているに過ぎない。

一般に、行政処分の実体的違法事由は、(a)処分の要件が充足されているか、(b)処分する・処分しない（処分を行う場合は処分内容）の選択につき問題はないか、(c)以上の2点に問題はなくとも、信義則や信頼保護その他正義の観点からあえて違法と評価されるべき特段の事情があるかという3点に分けて理解することができる。このような実体的違法事由の構造は、取消しの明文の根拠規定がある場合と、ない場合とで変わるところではない。

まず、(a)(b)が、実体的違法事由を発見するための正攻法である。

すこし具体的に述べると、行政処分が、許認可等の申請に対する処分（行政手続法第2章にいう申請に対する処分）である場合、(a)は、許認可要件の意味に

ついて解釈を誤っていないか、およびその要件を充足する具体的事実があり、あてはめを誤っていないかどうかという問いであり、(b)は、許認可の内容（許認可要件を充足している以上、許認可をしないという判断をする余地はないが、許認可する事項の範囲や期間等に選択の余地があればその選択）が、法令解釈やあてはめを誤っていないかという問いである。

不利益処分（行政手続法第3章にいう不利益処分）の場合であれば、(a)は、処分要件（処分手由）について解釈を誤っていないか、およびその要件（事由）に該当する具体的事実があり、あてはめを誤っていないかという問いであり、(b)は、処分手由があるとしても、不利益処分をする必要性はあるのか（処分するかしないかの判断、する場合は不利益処分の内容選択の判断が適切か）が、法令解釈やあてはめを誤っていないかという問いである。

もしも(a)に行政裁量が認められれば、要件裁量の行使に合理性が欠如した場合に、また、(b)に裁量が認められれば効果裁量の行使に合理性が欠如した場合に、あてはめを誤ったことになる。

不利益処分の場合の(b)を取り上げた最高裁判決として、神戸税関事件に関するものが著名である。その法廷意見は、<sup>26)</sup>「国公法〔国家公務員法のこと〕は、同法所定の懲戒事由がある場合に、懲戒権者が、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をするときにいかなる処分を選択すべきかを決定するについては、……懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきか、を決定することができるもの」と解されることから、「公務員につき、国公法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されているものと解すべきである」として、(b)における裁量（いわゆる効果裁量）の審査をおこなったものである。

法廷意見はこの裁量について比較的緩やかな審査をするに止めたが、反対意見は、「懲戒処分に際し、右のようにその厳しさにおいて格別である免職処分を選択する……ことには特別に慎重でなければならないというべきである。」

という立場から、「懲戒処分が裁量権の範囲をこえず適法であるとされるためには、当該職員の職務上の義務の違背や非行の程度が重いというだけでなく、一般の事案における場合よりも特に慎重な配慮のもとで、なおかつ、その行為を徴憑として当該職員が全体の奉仕者である公務員としての自覚と責任感を著しく欠如することが明らかに認められるなど、労使間の前述の信頼関係が失われその回復が至難であることが、客観的に十分な合理性をもつて肯認できる場合でなければならぬと考える。」と述べる。

以上の(a)(b)はいずれも、行政処分が、その根拠をおく法令（および関連する法令）に即して行われたものかどうかをみるのである。他方、(c)は、法治主義（行政活動は法律に違反してはならないという適法原則の意味）と緊張関係にある信義則等の利用の場面である。法治主義と緊張関係にあると表現される所以は、(a)や(b)の意味での法律違反は認められず、根拠法令には適合する行政処分であるけれども、それとは別の観点から違法と評価せざるをえない特段の事情があるかどうかを検討されることにある。

最高裁は、租税法律主義と緊張関係にある信義則の法理について、次のように述べている。

「租税法規に適合する課税処分について、法の一般原理である信義則の法理の適用により、右課税処分を違法なものとして取り消すことができる場合があるとしても、法律による行政の原理なканずく租税法律主義の原則が貫かれるべき租税法律関係においては、右法理の適用については慎重でなければならず、租税法規の適用における納税者間の平等、公平という要請を犠牲にしてもなお当該課税処分に係る課税を免れしめて納税者の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な事情が存する場合に、初めて右法理の適用の是非を考<sup>27)</sup>えるべきものである」。

これを要するに、課税処分庁が、積極的に私人を信頼させ、かつ私人が行政庁を信頼したことに落ち度はなく（行政庁の誤った言動の原因を作っていないなど）、にもかかわらず、行政庁が“はしごを外す”形で前言を翻し、その結果、行政庁を信頼した私人が経済的損害を被っているならば、法令に適合する行政処分であっても、正義の観点から、あえて違法と評価せざるをえないというのである。

また、余目町事件の最高裁判決は、行政庁が私人を“陥れようとする”よう

な不正な動機に支配された「行政権の濫用」というべき特段の事情があるならば、当該行政処分が根拠法令には適合していても、違法と評価するという。すなわち、児童公園設置許可それ自体に児童福祉法違反は見られないことを前提としたうえで、判旨は、「本来、児童遊園は、児童に健全な遊びを与えてその健康を増進し、情操をゆたかにすることを目的とする施設（……）なのであるから、児童遊園設置の認可申請、同認可処分もその趣旨に沿ってなされるべきものであつて、前記のような、被告会社のトルコぶろ営業の規制を主たる動機、目的とする余目町の若竹児童遊園設置の認可申請を容れた本件認可処分は、行政権の濫用に相当する違法性があり、被告会社のトルコぶろ営業に対しこれを規制しうる効力を有しない<sup>28)</sup>」というのである。

なお、2点付言しておく。第1に、いわゆる実質的確定力によって行政処分が制限されるという場面は<sup>29)</sup>、先例によって、(a)や(b)についての判断が固定されていることを意味する（取消判決の拘束力・既判力と似ている）。すでに述べたように、不可変更力は、そもそも職権取消しの権限の不存在という次元で議論をたてている。これに対し、実質的確定力は、行政処分の実体的違法事由の次元での議論である点で、区別されるのである。

第2に、行政訴訟において上記の実体的違法事由を主張しようとする原告私人側からすると、まず(a)を主張し、次に仮に(a)が成り立たないとした場合の予備的主張として(b)を主張し、さらに、予備的主張として(c)を主張するように、立体的な構成になる（これは、主張立証責任の所在とは別の問題である）。

## 2 職権取消しと撤回への応用

上記(a)(b)(c)を、職権取消しや撤回という行政処分（不利益処分の一類型）にあてはめると、次のようになる<sup>30)</sup>。これを見ると、学説・判例におけるいわゆる「制限」論は、(a)の充足を当然の前提としたうえで、(b)（とくに効果裁量）と(c)（とくに信頼保護）の議論をしていることに気づくであろう。

まず、職権取消しの場合、それが実体的に違法であるのは、

- (a)職権取消事由（取消しの対象となった行政処分の原始的違法）の不存在、または、
- (b)職権取消しを選択したこと、および取消内容の選択（適及的か将来的か、全部取消しか一部取消しか、その他不利益緩和措置を伴わせるか）に、比例原則や



平等原則違反があること、または、当該事案においてとくに重視すべき事情（相手方への不意打ち度、事実上の影響の甚大さなど）への周到な考慮を欠くなど、合理的な効果裁量が行使されたとはいえない事情があること、である。そして、(a)や(b)に問題はないとしても、

(c)信頼保護や「行政権の濫用」の観点から、あえて当該取消しの行為を違法と評価すべき特段の事情があること

である。このような実体的違法事由の構造は、職権取消しの明文の根拠の有無を問わず、妥当する。撤回の場合も同様であり、それが実体的に違法であるのは、

(a)撤回事由（既述の3分類を参照）の不存在、または、

(b)撤回を選択したこと、および取消内容の選択（将来的か遡及のか〔撤回事由発生時に遡求ないし処分時にまで遡求〕、全部取消しか一部取消しか、その他金銭的補償を伴わせるかなどの不利益緩和措置を伴わせるか）に、比例原則や平等原則違反があること、または、当該事案においてとくに重視すべき事情（相手方への不意打ち度、事実上のまたは法的利益への影響の甚大さなど）への周到な考慮を欠くなど、合理的な効果裁量が行使されたとはいえない事情があること、

である。そして、(a)や(b)に問題はないとしても、

(c)信頼保護や「行政権の濫用」の観点から、あえて当該取消しの行為を違法と評価すべき特段の事情があること

である。この構造は、撤回の明文の根拠の有無を問わず、その権限がある限りにおいては、妥当する。

さて、学説・判例におけるいわゆる「制限」論では、信頼や信義則、法的安定性といった言葉が登場し、職権取消しや撤回が相手に与える不利益（たとえば、年金など生活の糧となる継続的給付がなされている場合にそれが取り上げられることによる生活の混乱など）への必要十分な配慮がなされているかが検討されている。しかし、それが、上記(b)と(c)のいずれを議論しているのかを区別しておく必要があると思われる。

学説の多くは、上記(b)を論じているように思われる。たとえば、職権取消しと撤回について、「取り消すかどうかは行政庁の裁量に委ねられるから、裁

量統制のための諸原則に服することになる。この場合、平等原則や比例原則はある局面ではまさに決定的な役割を果たすが、その機能は限定的である。取り消すかどうかは当該事案での取消を求める公益等と相手方との利益との比較考量に依存<sup>32)</sup>するという指摘(乙部哲朗)がそうである。また、職権取消しについて、「職権取消しが相手方に与える打撃ないし不利益」、「打撃の緩和措置や代償措置」、「違法性の程度や内容」等を考慮せよという指摘(芝池義一<sup>33)</sup>)も、効果裁量の合理的行使を論じる例と思われる。

学説においては、職権取消しや撤回をするだけの「公益上の必要性」があるかどうかを考慮せよということも、しばしば指摘される<sup>34)</sup>。この「公益上の必要性」は、職権取消事由や撤回事由の趣旨(なぜその事由が存在すると、職権取消しや撤回がなされるべきなのか)という意味にも捉えうるし、職権取消しや撤回をする(適及的に取り消す等の内容面を含む)以外に選択肢はなかったのかの検討が必要という意味にも捉えられる。いずれにせよ、効果裁量の合理性審査をしていることに変わりはないと思われる。

これに対し、(c)(正義の要請に反する特段の事情)のほうは、法令適合性の審査が尽くされたあと、なおくみつくされない、正義の要請に反する特段の事情がある場合に認定される、きわめて例外的な違法事由である。たとえば、取消しの行為をしようとする行政庁が、積極的に私人を信頼させ、かつ私人が行政庁を信頼したことに落ち度はなく(行政庁の誤った言動の原因を作っていないなど)、にもかかわらず、行政庁がいわば“はしごを外す”形で、前言を翻し、その結果、行政庁を信頼した私人が経済的損害を被っているならば、法令に適合する行政処分であっても、違法と評価しうる。また、行政庁が私人を“陥れようとする”ような不正な動機に支配されて、取消しの行為をするならば、「行政権の濫用」というべき特段の事情があり、違法と評価されるであろう。

学説判例が、「職権取消しと撤回」の「制限」論においてこのような(b)と(c)の区別を明言している例はさほど多くはないが、次の学説は、両者を区別するものではないかと思われる。

すなわち、職権取消しの「制限」について、「授益的処分の相手方つまり私人が、それは私人の側の行政に対する信頼を裏切る、あるいは法的安定性を害する、という主張をする」というのが、問題の起こり方であるとし、「法律に

よる行政の原理と私人の信頼保護という二つの利益が衝突するのであって、ここに取消権の制限という問題が生ずる」として、「問題の焦点が、法律による行政の原理を否定するに足る相手方並びに利害関係者の保護の必要性が認められるかにある」とする指摘<sup>35)</sup>は、本稿でいう(c)のみを論じようとするものと思われる。その背景には、職権取消しは法治主義の回復だから、(b)として議論すべき問題はそれほど存在しないという考え方があってではないかと推察される。翻って同説は、撤回の制限については、職権取消しの場合と議論の仕方がまったく異なるとして、「ここで考慮すべき要素として、いずれも、法律による行政の原理と密接に関係していることがある」<sup>36)</sup>と指摘する。撤回の制限論は、むしろ、本稿でいう(b)の問題が正面に出るという認識がそこに示されていると考えられる。

もっとも筆者自身は、次項で述べるように、(b)と(c)の問題は、論理的には、職権取消しと撤回のいずれにおいても生じうる問題であり、どちらかの場合にどちらかが主要な問題になるというわけではないと考えている。

なお、付言すると、学説上、「制限」論は、いわゆる受益的行政処分の職権取消しや撤回に限って議論されることが多い。学説上、職権取消しの「制限」論は、主に受益的処分の職権取消しの場面を念頭に、公益上の必要性や、取消しが相手に与える影響を考慮することを求めるものである<sup>37)</sup>。撤回についても、同様である<sup>38)</sup>。しかし、第三者の提起する取消訴訟を考えると、侵害的処分の職権取消しや撤回（たとえば、建築物や廃棄物の撤去命令、業務改善命令、営業許可取消等の取消しを行うこと）についても、ベクトルは逆であるが、同様な議論はありうるはずである。近時、「職権取消しと撤回」を、受益的処分の取消しだけでなく、二重効果（複効）的行政行為についても論じる例が増えているとされるのは、その意味で当然のことと思われる<sup>39)</sup>。

### 3 職権取消しの「制限」

筆者は、職権取消しにおいても、(b)と(c)の双方の検討が必要であると考える。

すなわち、(b)では、そもそも取消しに値する事案かどうか、また、取り消すとしても、遡求して取り消すのか、将来的にのみ取り消すのかなどが問われる。これらは、懲戒免職処分や退学処分が相手方に与える事実上の不利益の性

質や程度をどう考えるかと同種の問題であるから、法治主義（適法性原則）内で処理されるべき問題である。

受益的処分の職権取消しを考えると、相手方はそもそも当該権利を有していなかったから、そこに保護されるべき既得権はない。この職権取消しが相手方に与える影響は、法的に保護されるべき権利利益への影響ではなく、突然に受益的処分が打ち切られることによる、生活や事業活動の混乱である。租税や社会保険給付であっても、完全な平等は実現されえない以上（時効はその典型的な例である）、合理的な範囲内での微調整は法律自体が予定していると考えれば、ここで問われるのは、違法な給付であったとはいえ、遡及的取消しをしてもよいかどうか、遡求させる場合であっても生活や事業活動への影響を緩和するような措置（分割払いによる返還など）を含む配慮をしているかどうかであろう。これは、(c)の問題というよりは、法令適合的な行政活動がなされたかどうかという(b)の問題である。

他方、(c)は、そうした法令上求められる配慮がなされているとしても、なお、当該取消処分を違法とすべき特段の例外的事情があるかどうかをみるものである。法治主義と緊張関係にある信義則や「行政権の濫用」に関する最高裁判例に照らすと、(c)はかなり例外的にのみ使われるものではないかと思われる。

実際、職権取消しの制限に関する最高裁は、(b)で処理しようとする例が多い。

まず、「本件売渡処分は、現実に耕作の業務を営む小作農を自作農化することにより耕作者の地位の安定を図ろうとする自作農創設特別措置法の目的に全く反する違法の処分であることが顕著であるといわなければならない。他面、原審認定の事実によれば、本件売渡処分と取消処分との間に約3年の年月の経過があるとはいえ、その間、事実上法律上の状態にはほとんど変動はなく、右処分の取消により関係人の被る不利益が特に重大であると認めるべき格別の事情もどうかかわれないところである。従つて、以上のような事情の下では、本件売渡処分を放置することによる公益上の不利益は、処分の取消により関係人に及ぼす不利益に比してはるかに重大であり、本件売渡処分を取り消すべき公益上の必要があるものと解するのが相当である。されば右取消処分は適法であり、これと同趣旨に出た原審の判断は正当である。」<sup>40)</sup>(下線筆者)と述べる判決がある。

また別の事件では、「買取計画、売渡計画のごとき行政処分が違法または不

当であれば、それが、たとえ、当然無効と認められず、また、すでに法定の不服申立期間の徒過により争訟手続によつてその効力を争い得なくなつたものであつても、処分をした行政庁その他正当な権限を有する行政庁においては、自らその違法または不当を認めて、処分の取消によつて生ずる不利益と、取消をしないことによつてかかる処分に基づきすでに生じた効果をそのまま維持することの不利益とを比較考量し、しかも該処分を放置することが公共の福祉の要請に照らし著しく不当であると認められるときに限り、これを取り消すことができると解するのが相当である<sup>41)</sup>」(下線筆者)と述べる。

逆に、違法事由の中身に勘案して、全部取消しが行きすぎであると判示する例もある。すなわち、「原審の確定するところによれば、被上告人秋田県知事は昭和23年1月訴外佐々木市亮所有の本件土地につき買収令書を発したが、その後約3年4箇月を経過した昭和26年5月21日右買収令書を全部取消した、取消の理由は、買収目的地のうちに宅地約200坪(全買収地の10分の1にも足りない面積)が含まれているのに、これを一括して農地として買収したことは違法であるというにあり、なお、上告人は、買収地のうち農地部分につき売渡を受くべき地位にあつた、というのである。以上の事実関係の下では、特段の事情のない限り買収農地の売渡を受くべき上告人の利益を犠牲に供してもなおかつ買収令書の全部(農地に関する部分を含む)を取り消さなければならない公益上の必要があるとは解されないから、右特段の事情がない限り、本件取消処分は、違法の瑕疵を帯びるものと解すべきである。<sup>42)</sup>」(下線筆者)という。

以上はいずれも、本稿でいう(b)の問題を取り上げたものである。これに対して、最高裁が、職権取消しの制限として(c)に言及した例はないようであるが、それに近いものはある。

国がした受給者に対する恩給裁定取消しの効果が、同受給者が借入れの担保を提供した国民金融公庫にも及ぶかという事件(国が国民金融公庫に対し、同受給者が公庫に担保として供した恩給を不当利得返還請求した)において、最高裁は、「上告人〔公庫〕は、右にみたように恩給受給者に対しては恩給を担保に貸付けをすることが法によって義務付けられているものであるところ、恩給裁定の有効性については上告人自らは審査することができず、これを有効なものとして信頼して扱わざるを得ないものであるから、被上告人〔国〕がA〔受給者〕に対し

て不当利得の返還を請求することは当然として、本件裁定取消しの効果を右のような利害関係に立つに至った上告人に及ぼすことは、被上告人のした恩給裁定の有効性を信頼して義務的に恩給担保貸付けを実行し、かつ、弁済された旨の処理をしている上告人に対して著しい不利益を与えるものであり、被上告人が本件裁定取消しの効果を上告人との関係で実現できないことによる不都合も上告人に右のような不利益を甘受させなければならないほどに重大であるとはいえない上、本件で恩給裁定が取り消されたのは、前記一にみるとおり、上告人への最初の払渡しが行われてから12年7か月後、最終の払渡しが行われてからでも7年2か月後であって、被上告人からの払渡しをもって恩給担保貸付けが弁済された旨の処理をする上告人の立場からすると、上告人においては、もはや弁済の効果が覆されることはないと考えても無理からぬ期間が経過した後であるといわなければならない」として、「このような事情の下において、被上告人が上告人に対して、本件裁定取消しの効果を主張し、本件払渡しに係る金員の返還を求めることは、許されないものと解するのが相当である」とした。

この判決は、直接的には、不当利得返還請求をすることが信義則に違反するというのであるが、判示の構造としては、国は恩給受給者には不当利得返還請求ができるとする一方で、恩給裁定の職権取消しによって公庫が“はしごを外された”関係になるから、公庫には職権取消しの効果を及ぼすことができず、不当利得返還請求をすることができないというものである。

なお、(b)と(c)は、(b)で処分の違法が認められる限り(c)にまで立ち入る必要はないという関係にある((c)は(b)の予備的主張にとどまる)のであるが、あえてその両方を取り上げたように思われる例が、次の下級審判決である。

それは、障害年金の支給裁定を受け、年金の支給を受けていた原告が、被告社会保険庁長官が原告の障害年金額を再調査した上、従前の支給裁定を平成13年に取り消し、年金額を昭和50年11月に遡って減額させる旨の再裁定処分を行ったことを争った事件の東京地裁判決である<sup>41)</sup>。判旨は、「1 本件処分の適法性」において、まず、「(1) 前裁定の職権取消しの可否」という標題のもとに、「授益的行政行為が取り消し得るものであるか否かについては、当該処分を取り消すべき公益上の必要性和処分の相手方の信頼保護の必要性和を比較

衡量し、処分を取り消すべき公益上の必要性が関係者の信頼を覆してもやむを得ないほどのものである場合に初めて取消しが認められるものと解すべきである。」「そして、その比較衡量に当たっては、取消しが行われる時期・取消しにより失われる利益等の具体的事情から判断される取消しにより生じる相手方の不利益、取消しによる不利益の緩和措置（取消しの遡及効の制限を含む。）や代償措置の有無、当該処分の違法や程度の内容、当該処分の違法状態が存続することにより第三者に与える影響を具体的に考慮すべきであり、また、違法状態が発生することについて相手方自身の行為が関与しているか否かも考慮の要素となるものと解される。」と述べて、事案を検討し、「前裁定の取消しは、取消時以降の部分に関しては適法なものといえるが、取消時以前に遡った部分については違法なものというべきである」と結論する。

続いて、「(2) 信義則違反の存否」という標題のもとに、「被告社会保険庁長官において再裁定を行うことが可能であった旨主張し、にもかかわらず、長期間にわたり、再裁定をせずに支給を続けたのであり、にもかかわらず平成13年にいって前裁定を取り消すのは信義則違反である旨主張する」ことを取り上げ、「行政の違法な活動を信頼して行動した私人の保護につき民法の信義誠実の原則や権利濫用の禁止に関する一般条項を適用することについては、法律による原理にかんがみれば、慎重でなければならないと解される。」と述べつつ、信義則違反も認めている。

控訴審である東京高裁の判決は、原審判決を取り消したものであり、そのためか、同様の2段構造で判示している。<sup>45)</sup>

すなわち、(b)に相当するカ所では、「取り消されるべき行政処分の性質、相手方その他の利害関係人の既得の権利利益の保護、当該行政処分を基礎として形成された新たな法律関係の安定の要請などの見地から、条理上その取消しをすることが許されず、又は、制限される場合があるというべきである。」「行政処分の取消しにより処分の相手方が受ける不利益と処分に基づいて生じた効果を維持することの公益上の不利益とを比較考量し、当該処分を放置することが公共の福祉の要請に照らし著しく不当であると認められるときには、処分をした行政庁がこれを職権で取消し、遡及的に処分がされなかったのと同一の状態に復せしめることが許されると解する」と述べたうえで、事案を検討し、「法は、

年金の過誤払があった場合には、年金財源確保の見地から、可及的に返還を求めるべきことを公益上の必要としていることが明らかである。したがって、年金給付の裁定に当たって年金額決定の基礎に誤りがあり、本来の年金額よりも多額の裁定がされて支給された場合に、そのような年金の支給を容認することは、法の趣旨に反することが明らかであり、かかる違法な裁定の効果をそのまま維持することは、不当、不公平な結果を招来し、公益に著しく反するものといわなければならない」こと、および「控訴人国が、上記金額の限度で、しかも、本来過払金は一括返還をするのが原則であるにもかかわらず、内払調整という分割返済の方法による返還を求めるに止めていることは、返還請求を受ける被控訴人の不利益、生活への影響に配慮したものということができ、被控訴人が前裁定の取消しによって受ける不利益を緩和する措置の一つであるということが出来る」ことを指摘し、濫及的な職権取消しをなしうる事案であるとす

る。また、(c)、すなわち「その後21年以上もこれを放置していたのであるから、平成13年9月13日に至って前裁定を取り消したことは行政権を濫用したものであり、信義則上許されないと主張する」ことについては、「控訴人社会保険庁長官の側で、被保険者期間や職歴の申告について何らかの誤った指導を行う等、誤った裁定請求を誘発し、相手方の信頼や誤解を生じさせる原因となるような行為をした事実はないことが認められる。そうすると、前裁定において誤った年金額が裁定されたことについては、不正確な申告をした被控訴人の側に主たる原因があったものというべきである。」と述べ、こちらの主張も採用しなかった。

#### 4 撤回の「制限」

撤回の場合の(b)と(c)も、職権取消しと基本的な構造は同じである。撤回事由が生じている以上、撤回するかしないかの選択肢があり、撤回する場合には、撤回内容として、撤回がもたらす不利益の緩和措置をとる必要があったかどうか問題になる。ただ、職権取消しの事由が、撤回事由とは異なっているため、そのことが、(b)の効果裁量が合理的であるというためにどのような事情が考慮されている必要があるのかの違いに反映されるのである。



第1に、撤回事由が、行政庁側の事情による場合、私人の側には、撤回対象となった行政処分（たとえば行政財産の使用許可）によって、法的に保護されるべき既得権が生じている可能性がある（常に生じるわけではもちろんない）。そこでまずは、そのような既得権状態の有無を調べておく必要がある。それ以外にも、撤回が相手方に与える事実上の不利益（生活や事業活動への混乱の性質、度合いなど）をも考慮して、撤回するか否か、および撤回した場合は撤回内容（不利益を緩和する措置を加えるか否か）の判断が合理的であったか、当該事案においてとくに重視すべき事情の考慮し落としはないかを検討することになる。

既得権が発生しているかどうかが重要な要素となることは、既出の東京都中央卸売市場事件の最高裁判決がよく示している。同判決は、行政財産の目的外使用許可の撤回にあたって、撤回処分の内容、すなわち既得権侵害に対する補償を伴わせるべきかに着目したものであった。判旨は次のように保護されるべき（つまり補償されるべき）既得権状態の発生の有無について述べている。

「使用許可の取消に際して使用権者に損失が生じても、使用権者においてその損失を受忍すべきときは、右の損失は同条のいう補償を必要とする損失には当たらないと解すべきところ、……被告人は、原告人から原告人所有の行政財産たる土地につき使用期間を定めないで使用の許可を受けていたが、当該行政財産本来の用途または目的上の必要が生じて右使用許可が取り消されたものということができる。」「本件のような都有行政財産たる土地につき使用許可によつて与えられた使用権は、それが期間の定めのない場合であれば、当該行政財産本来の用途または目的上の必要を生じたときはその時点において原則として消滅すべきものであり、また、権利自体に右のような制約が内在しているものとして付与されているものとみるのが相当である。すなわち、当該行政財産に右の必要を生じたときに右使用権が消滅することを余儀なくされるのは、ひつきよう使用権自体に内在する前記のような制約に由来するものということができるから、右使用権者は、行政財産に右の必要を生じたときは、原則として、地方公共団体に対してもはや当該使用権を保有する実質的理由を失うに至るのであって、その例外は、使用権者が使用許可を受けるに当たりその対価の支払いをしているが当該行政財産の使用収益により右対価を償却するに足りないと認められる期間内に当該行政財産に右の必要を生じたとか、使用許可に際し別段の定めがされている等により、行政財産についての右の必要にかかわらず使用権者がなお当該使用権を保有する実質的理由を有すると認めるに足りる特別の事情が存する場合に限られるというべきである。」（下線筆者）

第2に、撤回事由が私人側の事情による場合であつて、処分要件のうち、処

分後も充足し続けるべき特定の要件が事後的に充足されなくなったという場面を考えてみよう。この場合は、撤回事由（要件の事後的不充足）が生じた時点で、当該処分はすでに違法である。そうすると、撤回しないという選択肢は現実的ではないかもしれない。多くの場合、撤回内容（撤回による不利益緩和措置の要否や程度）の合理性が問題になると思われる。

既出の菊田医師事件最高裁判決は、「上告人の行った実子あっせん行為に対する少なからぬ非難は免れないものといわなければならない」と、撤回事由となった事柄の深刻さを指摘したうえで、「そうすると、被上告人医師会が昭和51年11月1日付の指定医師の指定をしたのちに、上告人が法秩序遵守等の面において指定医師としての適格性を欠くことが明らかとなり、上告人に対する指定を存続させることが公益に適合しない状態が生じたというべきところ、実子あっせん行為のもつ右のような法的問題点、指定医師の指定の性質等に照らすと、指定医師の指定の撤回によって上告人の被る不利益を考慮しても、なおそれを撤回すべき公益上の必要性が高いと認められるから、法令上その撤回について直接明文の規定がなくとも、指定医師の指定の権限を付与されている被上告人医師会は、その権限において上告人に対する右指定を撤回することができるというべきである。」（下線筆者）と述べて、撤回することが違法になるとはいえないとした。

第3に、撤回事由が、私人による法令上の行為規制（義務・禁止）違反による場合については（すでに述べたように、本稿はこれを撤回事由とするには、撤回対象となる処分の根拠とは別に、法律または条例の根拠が必要であると考えている）、不利益処分の実体的違法事由の典型的場面であるので、本稿ではこれ以上の言及は省略する。

## V おわりに——応用問題へ

本稿を閉じるにあたり、「職権取消しと撤回」を以上のように整理することで、さらに次のような応用問題を解く手がかりが得られることを指摘したい。

第1に、撤回事由のうち、処分後も充足すべき要件が事後的に充足されなくなったという類型（撤回事由の第2の場面）については、統一的な立法措置が必

要ではないかということである。

というのも、許認可等の要件のうち、安全性に関するものは、知見の進歩により評価が変わりうる代表的なものであるが、知見の進歩をとりこんで撤回することができるのかどうかという、きわめて重要な問題をどう取り扱うべきか代替工が不明確な立法が多いからである。

たとえば、原子炉等規制法における原子炉設置許可は、「災害の防止上支障がないものであること」その他を要件とするが（同法24条1項参照）、設置許可後の知見の進歩により、もしいまの時点で申請し直すと「災害の防止上支障がないものであること」とはいえないことが判明した場合、そのような原子炉は既存不適格として許容されるのか、それとも原子炉の安全性は、設置時に安全であればよいのではなく、設置後も、知見の進歩に対応して原子炉等規制法24条1項各号の要件を充足し続ける必要があるから、そのことは設置許可の撤回事由になると解釈されるべきかという問題がある。

他方、健康増進法26条は、特定健康用途表示許可（いわゆるトクホの表示許可）の根拠となる条文であるが、同法28条3号は、「当該許可を受けた日以降における科学的知見の充実により当該許可に係る食品について当該許可に係る特別用途表示をすることが適切でないことが判明するに至ったとき」は、許可を取消すことができると定める。これは、許可時に充足すべき要件（特定用途に適すること）が、その後の知見の進歩により充足されなくなった場合、既存不適格とは扱わず、当該許可は事後的に違法になり、撤回するという趣旨である。

この種の安全性要件については、処分後も充足し続けるべきであるから、明文規定がなくとも撤回事由になると解されるが、撤回が相手方にもたらす不利益の大きさ（事業活動への混乱の度合い）にかんがみると、撤回についての明文規定をおき、かつ行政庁と事業者のいずれが、どのような情報（新たな知見情報）を収集し、どちらがどの程度の立証をしたときに、撤回についての手続が開始されるのかといった事柄をあらかじめ決めておかないと、撤回権限が実際にはなかなか行使されず、画餅に帰すのではないかと危惧される。統一的な立法措置が必要と考えられる所以である。

第2に、伊方原子力発電所の原子炉設許可の取消訴訟において、最高裁は、「災害の防止上支障がないものであること」の要件充足性を、処分時ではなく「現

在の科学技術水準に照らし」審査すると述べた。<sup>461</sup>これは、撤回法理（撤回事由の第2の場面）から説明する余地がありそうである。原子炉等規制法24条1項の「災害の防止上支障がないものであること」という要件は、設置後の知見の進歩に応じて充足し続けなければならないと解されるからだと説明するのである。なお、その場合、原子炉設置許可の取消訴訟と、原子炉設置許可撤回の義務付け訴訟の両方が考えられるところ、行訴法37条の2第1項の補充性要件にかんがみると、前者が提起されるべきという結論になるであろう。

第3に、本稿でみた撤回事由の3場面のいずれにも該当しないが、なお撤回の一例と考える余地のある事案についての判決が、近時、東京地裁であった。<sup>471</sup>

原告らが、ポリプロピレンの販売価格の引き上げをしたことが独占禁止法2条6項の不当な取引制限違反行為に当たることを理由に、公正取引委員会より排除措置勧告及び課徴金納付命令等がなされたところ、原告のみが本件カルテルの実行期間の終期が遅いと認定されている等として、被告（国、公正取引委員会）に対し、国家賠償法に基づく損害賠償または不当利得返還を求め、予備的に納付命令の一部取消しを求めて提訴した事案である。排除命令や課徴金納付命令の対象となった事業者のうち、これを争った者が勝訴判決を得た結果、カルテルの実行時期の終期といったきわめて重要な事実の認定が変更された場合に、公正取引委員会は、命令等を争わなかった事業者に対してした命令等が事後的に違法になったとして、撤回をする（いわば撤回的職権取消し）義務が生じるかという問題である。東京地裁判決はこのような問題の立て方をしていないが、行政法的にはこうした視点が重要であると考えられる。

- 1) 明文の「取消し」規定がある場合にも、職権取消しと撤回の区別を論じる例として、塩野宏『行政法I（第5版）』（有斐閣・2009年）172頁（「ここで法文上取り消すとするのは、行政法学でいう撤回に当たる」）、175頁「撤回権について個別法に定めがある場合には、現実の撤回権行使の要件は当該個別法令の解釈問題となる」、東京高判平成11・3・31判時1689号51頁（パチンコ店営業許可取消事件）（「風営法8条は、……の一般的取消事由を定めているところ、特に後者の場合にはその取消しはいったん有効に成立した営業許可を将来に向かって廃止するもので講学上「撤回」に当たるものと解される。そして、そのような行政処分の撤回（法文上は「取消し」）がどのような場合に許されるか、またその撤回が必要的か裁量的かなどについては、それぞれの法令の規定、趣旨、目的に従って判断されるべきである。」）などを参照。

- 2) 戦前から戦後にかけての学説上の用語法の変遷について、乙部哲郎『行政行為の取消と撤回』（晃洋書房・2007年）367-369頁、420-427頁参照。
- 3) 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第2版）』（弘文堂・1974年）154頁注(4)は、手続的瑕疵による職権取消しに言及する例である。なお、同書は、手続上の瑕疵等を理由とする場合は、取り消すだけの公益上の必要性がないというが、現在の最高裁判決にかんがみれば、その必要があるかどうかは、個々の事案における手続上の瑕疵の重大さによって左右されると考えるべきではないだろうか。
- 4) 塩野・前掲書169頁（「法律関係……〔を〕形成・消滅させたのが行政行為であるので、それを旧に復するのも行政行為であるということになろう。」）。
- 5) 職権取消しであっても、たとえば遺族年金給付を遡って取り消すのではなく、将来的取消しに止めることがありうる（後出IV3における東京地裁・東京高裁判決を参照）。撤回であっても、たとえば、補助金適正化法17条（交付決定の取消し）や18条（返還命令）に基づき、すでに交付された補助金の返還を命じうる。これは交付決定を遡及的に撤回していることになる。将来的職権取消しや、遡求的（撤回事由発生時）撤回の例について、乙部・前掲書424頁注29を参照。また、小早川光郎『行政法上』（弘文堂・1999年）286頁の注も参照（貸し倒れの場合の課税処分取消しは、撤回の性質を有することを指摘）。
- 6) 遡及効・将来効を定義に含めるべきか否かについて、乙部・前掲書422-425頁を参照。また、同書414頁は、「取消の効果が過去に遡求するか将来に向かってのみ生ずるかは相手方の信頼保護等の視点から決められることになろう」と述べる。
- 7) 委任命令のみならず、行政処分についても、法律の根拠の要請は、法律の独占的法規創造力の副産物であると考えべきことについて、中川丈久『議会と行政』磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想I』（有斐閣・2011年）を参照されたい。
- 8) 早坂禧子「撤回法理についての一考察」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革（上巻）』（有斐閣・2001年）576-577頁（「塩野教授・柳瀬教授、最高裁の考え方は、新たな法律は必要でないにしても、根拠法規は必要とされているというのである」）。
- 9) 弁護士連合会や指定確認検査機関など、公益判断ができるとされた民間団体のこともある。さらに、行政機関としての裁判所のこともある（非訟事件）。
- 10) これらのうち多くは、条文解釈上、ほぼ問題なく行政処分とされているが、公営住宅の利用関係については、使用許可なのか、賃貸契約なのか、その両方であるのかは、明確ではない。信頼関係破壊法理に関する最判昭和59・12・13民集38巻12号1411頁（東京都公営住宅明渡等請求事件）を参照。
- 11) 最大判昭和45・7・15民集24巻7号771頁（法廷意見は供託金取戻却下請求を行政処分とした）。
- 12) 最判平成15・9・4判時1841号89頁。
- 13) 中川・前掲「議会と行政」を参照。
- 14) 学説判例の様子につき、乙部・前掲書370-371頁、376-377頁を参照。
- 15) 塩野・前掲書170頁。
- 16) 小早川光郎ほか編『行政判例百選I（第5版）』138-139頁（中川丈久執筆）を参照。
- 17) 撤回事由の違いによる場合分けの重要性を指摘するのは、芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』（有斐閣・2006年）175、177-178頁であり、「相手方の義務違反」・「公益上の必要」（＝「外在的優越的公益」）・「要件事実の事後消滅」の3つを挙げる。塩野・前掲

書174-175頁も同様の3つを撤回事由の例として掲げる。

- 18) 最判昭和49・2・5民集28巻1号1頁。
- 19) 大浜敬吉『行政法総論(新版)』(岩波書店・2006年)223-224頁。
- 20) 最判昭和63・6・17判時1289号39頁。
- 21) 学説状況について、乙部・前掲書417-419頁、430-440頁を参照。
- 22) 乙部・前掲書431頁。
- 23) 撤回権留保を述べる学説および判例について、乙部・前掲書459頁参照。
- 24) 例文に止まる撤回権について、田中・前掲書156頁参照。同書157頁注(3)は、撤回権の留保は多くの場合、例文的規定として設けられており、「この意味での撤回権の留保のあることだけを理由として撤回をすることは許されない」と指摘する。
- 25) 塩野・前掲書172-173頁。
- 26) 最判昭和52・12・20民集31巻7号1101頁。
- 27) 最判昭和62・10・30判時1262号91頁。もっとも、行政訴訟における信義則は、常に法治主義と緊張関係にあるわけではない。最判平成8・7・2判時1578号51頁(在留期間更新不許可処分取消請求事件)は、「信義則」の観点から、「本件処分は、右のような経緯を考慮していない点において、Yがその裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものであるとの評価を免れ」ないという文脈で用いている。
- 28) 最判昭和53・6・16刑集32巻4号605頁(余目町個室付き浴場刑事事件)。
- 29) 小早川光郎ほか編『行政判例百選I』140頁(小早川光郎執筆)など参照。
- 30) 中川丈久「判批」(東京高判平成11・3・31判評499号180頁)183-184頁における「第1のプロセス」と「第2のプロセス」は、本稿でいう(a)(b)を、風営法8条の取消しの判断構造として説明したものである。
- 31) 撤回の場合に補償を伴わせることを明示する立法例について、乙部・前掲書414頁参照。
- 32) 乙部・前掲書383頁(職権取消し)および489頁(撤回)。
- 33) 芝池・前掲書170-171頁。
- 34) 田中・前掲書154頁注(4)は、職権取消しについて、「取消をするためには、取消原因が存するだけでは足りず、これを取り消すだけの公益上の必要がなければならぬ。」とする。また、同書157頁注(4)は、撤回について、「補償をすることを考慮に入れても、なおかつ撤回をするだけの公益上の必要があるかどうかを比較考量しなければならぬ。」とする。
- 35) 塩野・前掲書170-171頁。
- 36) 塩野・前掲書174-176頁。
- 37) 職権取消しの制限の考え方に関する戦後の学説について、乙部・前掲書371-376頁。
- 38) 撤回の制限の考え方に関する戦後の学説について、乙部・前掲書454-482頁。
- 39) 乙部・前掲書732頁注33。
- 40) 最判昭和31・3・2民集10巻3号147頁。
- 41) 最判昭和43・11・7民集22巻12号2421頁。
- 42) 最判昭和33・9・9民集12巻13号1949頁。
- 43) 最判平成6・2・8民集48巻2号123頁。
- 44) 東京地判平成16・4・13訟月51巻9号2304頁。
- 45) 東京高判平成16・9・7判時1905号68頁。
- 46) 最判平成4・10・29民集46巻7号1174頁。

- 47) 東京地判平成 22・4・28 判タ 1349 号 87 頁。