

行政行為の撤回

——判例を中心に——

乙 部 哲 郎

- 一 はじめに
- 二 撤回の意義
- 三 撤回の根拠(1)——学説
- 四 撤回の根拠(2)——判例
- 五 侵益的行政行為の撤回
- 六 授益的行政行為の撤回
- 七 撤回制限の根拠・撤回の効果
- 八 おわりに

一 はじめに

一 行政行為の撤回をめぐる論点には種々あるが、とりわけ撤回の根拠・制限についての論議が盛んである。

支配的見解は、撤回には法律の明示の根拠は不要という前提のもとに、侵益的行政行為の撤回は原則として自由であるが、授益的行政行為の撤回は相手方に責めのある場合や相手方の同意のある場合を除いてすることはできず、それにもかかわらず公益上の必要から撤回するときはこれにより生じた損失を補償しなければならぬという。これに対して、有力説は、侵益的行政行為の撤回は要件事実の事後的消滅の場合を除いて、授益的行政行為の撤回は相手方の同意や撤回権の留保のある場合を除いて、いずれも撤回を明示に認める法律規定があつて初めて許されるという。⁽¹⁾ 両者の折衷的見解もある。

二 本稿は、判例を中心に、撤回の意義をみたのちに、撤回の根拠・制限の問題について分析と検討を試みようと意図するものである。⁽²⁾ 判例は、法律規定に定める撤回事由の解釈をめぐって現れることも少なくない。なお、法律規定はほとんど「取消」といいその中に撤回も含めて扱う。「取消」権者は所管の大臣であることが圧倒的に多く、ついで都道府県知事の順序となろう。とくに学問上の取消事由と撤回事由を区別することなく混然一体として「取消」事由を定めるが、規定の仕方から両者の区別が可能なものもある。⁽³⁾ 撤回事由や撤回制限の問題については、ドイツ連邦行政手続法四九条などの規定も参考になろう。⁽⁴⁾

(1) 諸説の整理については、広岡隆「行政行為の撤回の自由性」ジュリ学説展望(昭和三九・一九六四)九二頁、石川敏行・ジュリ行政判例百選Ⅰ(第四版)(平成一一・一九九九)一一〇頁。

(2) 本稿に収めた判例は、判例体系CD-ROMより得たものを中心に筆者が気づいたものを加えた。判例の搭載文献が不明なものもあり、筆者の不手際により見逃した判例もかなりあるのではないかと思われる。

(3) 乙部哲郎「行政行為の取消・撤回の事由—法律規定の分析・検討—」神院三二巻四号(平成一五・二〇〇三)一頁以下。なお、同時掲載の拙稿(資料)からもうかがわれるように、行政行為の取消・撤回の義務や許容の事由を定

める法律規定はきわめて多数にのぼり、共通・類似する事由もかなり多い。他方、後掲のように、明示の法律規定に基づかない撤回についてその適法性を承認する学説・判例が支配的である。将来的には、共通の撤回事由を中心に一般条項化、特殊例外的なものや個別の法律規定中におくことも検討してよいであろう。

(4) さしあたり乙部哲郎「ドイツ連邦行政手続法等における行政行為の撤回」神院三二巻四号(平成一四・二〇〇二)一頁以下。

二 撤回の意義

一 撤回の観念

1 諸説の展開

(1) 戦前、美濃部博士は、行政行為の成立時に瑕疵ある場合の「取消」と瑕疵なき場合の「廃止」の区別があることを指摘しながらも、両者は大体共通の性質をもち、同一の原則が妥当するとして両者をあわせて「取消」として論じる。⁽⁵⁾

戦後、遠藤教授は事後の行政介入の手法としての共通性に着目して取消と撤回をあわせて基本的に「(職権)取消」として共通に扱う。⁽⁶⁾ 大浜教授は取消と撤回をいちおう区別するが、撤回とは処分後の事情変更により違法となった処分の将来的効力を否認する処分をいうとして、法律による行政の回復という点では取消も撤回も同じとみる。⁽⁷⁾

判例の中にも、「買収処分 of 瑕疵の有無、理由の如何を問わず」、「売渡処分 of 瑕疵の有無理由の如何を問わず」、適法に買収処分や売渡処分を取り消すことができるという(大阪地判昭和三一・一〇・二四行集八卷一〇号一七

四二頁〔1〕。なお、後掲の〔17〕、一見、撤回と取消を共通に扱うかのように解しうるものがある。

(2) 渡辺博士は、行政処分成立時に瑕疵ある場合の「取消」と瑕疵なき場合のその廃止変更とを区別しながら、後者は、行政処分の「実質的確定力」のところで扱う。行政処分の実質的確定力とは行政主体による廃止や変更を許さないことをいい、「廃止」とは行政行為の効果の全部の消滅、「変更」とはその一部の消滅をいうとする。⁽⁸⁾このことから、取消と異なり撤回は原則的に許されないと趣旨がうかがわれうる。

戦後は、田中博士を初めとして、行政処分成立時に瑕疵ある場合の「取消」と瑕疵なき場合のその「撤回」を区別して扱うのが通説的見解である。⁽⁹⁾

判例では撤回の観念を明示するものは少ないが、このなかにも通説と同旨の視点から撤回の概念を定義づけるものがある。すなわち、「撤回とは『瑕疵のない行政行為につき、将来その行為の効力を存続せしめ得ない事由が発生したとき、将来に向つてその効力を失はしめる独立の行政行為』をいうのであるから、撤回せらるべき行為はその成立に瑕疵のない行政行為であることを要する」、「無効行為の撤回は法上意味をなさない」(佐賀地判昭和三〇・四・二三行集六巻四号一〇七頁〔2〕)。このほかにも、撤回は瑕疵のない行政行為につきその効力を失わせる行為であることを明示するものがある(後掲の〔24〕・〔25〕)。

(3) 芝池教授は、撤回は有効に成立した行政行為の効力を後発的事情を理由に将来に向かつて失わせることをいうとする。成立時に瑕疵がある行政行為についても撤回は可能として、取消と撤回の区別の基準を結局、遡及効の有(取消)無(撤回)に求める点に特色がある。⁽¹⁰⁾

判例の中にも、「換地予定地指定処分の撤回は処分庁において勝手に為し得るものではなく、その処分後に生じた事情の変遷により該処分を存続せしめ難い公益上の必要が有する場合に限り、これを許される」としながら

も、原始的瑕疵のある行政行為についてこの瑕疵の是正のための撤回は許されないが、同時に後発的事情が存在してこの後発的事情が撤回のための公益上の必要に相当する場合には、結局、撤回は許されることを判示するようなものもみられる。すなわち、被告知事が本件換地予定地指定処分を撤回した理由は、①換地設計の方針に反すること、②原告所有の別地についての換地予定地の減歩率が平均減歩率よりも過少（真実はそうではなかった）であったためこれを是正するためであること、③従前の所有者の不服を認容して同地を同人のために換地予定地として指定するにあつたことにある。判旨は、①・②は原処分当時に存在していた事情であるなどとして、本件撤回は「爾後に生じた事情の転移による公益上の必要に基づきなされたものではなく、被告の恣意平壇による」ものであるといひ、その取消請求を認容した（青森地判昭和二八・二・二八行集四卷二号三四八頁（3））。

2 検討

(1) 行政行為の発付時における瑕疵の有無を基準に取消と撤回を区別することには、基本的に賛成である。法律による行政の視点からは、違法な行政行為の取消と適法な行政行為の撤回とは、行政行為の効力を剥奪する根拠・制限に重要な差異があるからである。

実際に、当該行為が撤回行為に相当するかどうかが問題となることがある。戦前に、田中博士は、許可の更新が予定されている場合の更新の拒否は実質的には許可の撤回に相当するといふが、⁽¹⁾賛成である。この場合の更新の拒否は、撤回の根拠・制限の理論に服することになる。判例の中にも、住宅緊急措置令に基づく「使用権存続期間更新処分は既存の使用権を将来に向つて延長するものであるから地方長官は更新処分をなすに当つては新たに使用権を設定する場合と異り起業者、建物所有者双方の利害を比較検討し若し過去において起業者が損失補償金の支払を甚だしく怠り又は建物の用法に著しく反してこれを使用し或はその目的を逸脱する使用をする等のこ

とがあつて使用権取消の原因に該当する事由があり、将来建物所有者に多大の損害を加えるおそれがあること明かな場合においては更新処分をしてはならない」として、更新処分の取消請求を認容したものがあつた（東京地判昭和二五・一二・九行集一卷追録二〇四四頁〔4〕）。明言はしないが、使用権存続期間更新処分の拒否は使用権設定処分の撤回に相当するとみるものと解される。その後、「期間の更新が予定されている道路占用許可」について、「更新拒絶は、期間の定めがない場合における許可の取消とその実質において異なる」（東京地判昭和四七・八・二八判時六九一四〇頁〔5〕）、緑地公園ゴルフ場の更新が予定されていた場合の更新拒否は「実質的には許可期間中の取消（撤回）に類似する」（横浜地判昭和五三・九・二七判時九二〇号九五頁〔6〕）と明言して、この意味の取消（撤回）が当該事案で許されるかどうかを検討するものがある（なお、後掲の〔47〕）。

このほか、当該行為が行政行為の撤回行為であるかそれとも新たな行政行為であるかが問題となることがある。たとえば、仮換地指定処分の変更処分は、当初の指定処分の撤回を意味するというのが判例である（後掲の〔27〕、〔86〕はこのことを明示¹²⁾）。仮換地指定処分の変更処分は当初の指定処分と同じ法律要件に基づいて行われ、新たに地積などに変更を加えた仮換地指定の法効果を発生させるものと扱われている。そこで、正確にいえば、変更処分は当初の指定処分の撤回と新たな指定処分の二つを含むものと理解すべきであろう（後掲の〔26〕、〔70〕、〔73〕もこのことを明示）。

(2) 大浜説には、撤回概念を不当に狭く把握する点で疑問がある。撤回は、事後の処分要件の消滅のほか、相手方の義務違反や公益上の理由などから当該の行政行為が適法のままであるにもかかわらず行われることも多い。後者の場合は、撤回の目的は適法状態の回復というよりも制裁や行政の柔軟性に資することにある。法律規定の定める撤回事由も多彩であり、事後の処分要件の消滅は重要ではあるがこの撤回事由の一部をなすにすぎない。

(3) 行政行為の成立時に瑕疵があるということはその効力を剥奪する強い動機となるはずであり、この瑕疵を不問にしたままで後発的事情のみを理由に撤回するのは、実例としてはあまりないのではないかと思われる。もし、将来に向かって行政行為の効力を剥奪することにこだわって、原始的瑕疵ではなく後発的瑕疵を理由とする撤回の道を選ぶとするのであれば、この考え方は適切ではない。原始的瑕疵を理由とする取消にあつても、相手方の信頼保護を考慮して将来に向かってのみ行政行為の効力を剥奪することも許されるからである。しかし、芝池教授がいうように原始的瑕疵を不問にしたままで後発的事情のみを理由に撤回することも理論的には可能である。(3) からもうかがわれるように、実際には一つの行政行為について取消と撤回の双方の側面からその可否をみる必要があるものもでてくる。このかぎりでは、通説のごとく取消は瑕疵ある行政行為、撤回は瑕疵のない行政行為を前提とするというのは必ずしも正確ではない。

また、芝池教授が取消と撤回の区別の基準を遡及効の有無に求めるのは、取消と撤回の区別の基準の一面を正確に捉えている。取消の効果は遡及的であるが、撤回の効果は将来に向かって生ずるのが原則であるからである。この点、学説はほぼ一致している。判例の中にも、〔2〕は撤回の観念として、撤回の将来的効果を組み込んである。このほか、撤回の観念らしきものを明示する判例の中にも同様の例はみられる(後掲の〔16〕、〔21〕・〔22〕、〔70〕、〔75〕)。ただし、取消にも将来に向かって取消の効果を生ずるものがあり、撤回にも過去の時点(撤回事由の発生時)に撤回の効果が遡及する場合もあることに留意する必要がある。⁽¹³⁾たとえば、当時の法人税法二五條七項に「列記する事由に該当する場合はその事実があつたと認められる時に遡って青色申告の承認を取消すことができる」(熊本地判昭和三三・二・一八行集九卷三三三号一八六頁〔7〕)。

撤回の効果は将来に向かって生ずるということは、行政行為により持続的な効果が発生して撤回にもかかわら

ず過去に残存する効果もあることを意味する。行政行為の持続的な効果が発生することなく完結済である場合は、遡及効をもつ取消は可能であっても撤回は不可能ということになる。「同一事項を目的とする行政処分が重複してなされた場合は常に後の処分によって前の処分が撤回されたものと解すべきではなく、四囲の状況を考察し、後になされた処分から見ても前の処分に瑕疵があり、そのためこれが取消されたものと解されるような場合は格別、先行処分が既に有効に完結している以上これと全く同一事項を目的とする後行処分はその目的が不能である点において無効な処分と解する」と判示する例もある（静岡地判昭和三四・一・三〇行集一〇巻一号二〇頁（8））。

また、公の施設の利用許可等の撤回に関しては、地方自治法に定めはないが（同二四四条・二四四条の二参照）、各地の市民会館（公民館）条例中には公益を害するときなどの場合は会館使用の許可をすることができず、許可を取り消すこともできると定める例もあるようである。⁽¹⁴⁾この場合に、特定日時に会館を使用することの許可の撤回はこの日時経過後は不可能のように思われる。ただし、たとえば一週間の会館使用の許可を使用開始から二、三日後に撤回するということは可能であろう。このほか、公務員の免職処分については、将来に向かって効力を失わせる撤回の余地はないように思う。⁽¹⁵⁾

(5) 美濃部達吉『行政法撮要』（有斐閣、大正一三・一九二四）八七頁以下。佐々木忽一『改訂日本行政法論 総論』（有斐閣、大正一三・一九二四）五〇七～五〇八頁も同旨であるが、用語法に差異がある。渡辺宗太郎『行政行為取消論』（昭和一六・一九四二）『ナチスの行政法理論』所収（有斐閣、昭和一八・一九四三）五三頁以下は、行政行為の取消を本来の意味の取消と撤回とを含める意味で使っている。

(6) 遠藤博也『行政行為の無効と取消』（東大出版会、昭和四三・一九六八）三五頁以下、一八〇頁以下。同旨、田上穰治Ⅱ市原昌三郎『行政法上』（法学書院、昭和四一・一九六七）一一九頁以下、市原昌三郎『行政法講義』（法学

- 書院、昭和六二・一九八八）一四〇頁以下、兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、昭和五八・一九八三）一七六頁以下。
- (7) 大浜啓吉『行政法総論』（岩波書店、平成一一・一九九九）一七五頁。早坂禊子「撤回法理についての一考察」塩野宏古稀記念『行政法の発展と変革上』（有斐閣、平成二三・二〇〇一）五七七頁もこれに近い。遠藤博也「職権取消の法的根拠について」田上穰治喜寿記念『公法の基本問題』（有斐閣、昭和五九・一九八四）二四四頁は、取消と撤回の区別を否定する説として自説を整理することに反論を提示しているが、ここでいう「職権取消」を通説の見解がいう取消と大浜説にいうような撤回を含めて、これと争訟取消との差異を明らかにしようとするように解される。
- (8) 渡辺宗太郎『改訂日本行政法上』（弘文堂、昭和二二・一九三七）三三五頁以下。同『日本国行政法要論上』（有斐閣、昭和二四・一九四九）三三〇頁以下は、戦前の自説とほぼ同旨のことを述べる。
- (9) 田中二郎『行政法講義案上』（有斐閣、昭和二六・一九五二）一七九頁以下。同旨、杉村敏正「行政行為の撤回の法理」（昭和三四・一九五九）『法の支配と行政法』所収（有斐閣、昭和四五・一九七〇）一五七頁、山内一夫『行政行為論講義』（成文堂、昭和四八・一九七三）一六二頁、広岡隆『行政法総論』（ミネルヴァ書房、昭和四八・一九七三）一二七頁、山本徳栄「行政行為の取消と撤回」法七三二一号（昭和五六・一九八一）三四頁など。
- (10) 芝池義一『行政法総論講義』（第2版）（有斐閣、平成六・一九九四）一七一頁以下。
- (11) 田中二郎「行政行為の取消に関する一考察―公益を理由とする行政行為の撤回―」（昭和一一・一九三六）『行政行為論』所収（有斐閣、昭和二九・一九五四）二五八頁以下。宇賀克也「行政財産の使用許可の撤回と損失補償（上）」ジュリー一〇一六号（平成五・一九九三）五四頁以下は、同旨の立場から、このほかの判例も含めて行政財産の使用期間の性格についてくわしく検討している。
- (12) 長崎地判昭和四四・一〇・二〇行集二〇巻一〇号一二六〇頁、福岡高判昭和四五・七・二〇行集二一巻七〇八頁、一〇四五頁。ほぼ同旨のものに、最判昭和二八・一一・二〇行集四巻二二号二六〇八頁、名古屋高判昭和三〇・九・一三行集六巻九号二〇六三頁、青森地判昭和三七・四・一〇行集一三巻四号七七頁、東京地判昭和四四・二・二六

行集二〇巻二二三号一六七頁。

(13) 同旨のドイツの法律規定については、米丸恒治「給付行政行為の撤回の遡及効」福島四巻二号（平成三・一九九

一）二五頁以下。一九九六年改正後の連邦行政手続法四九条三項も遡及的撤回を明認するにいたったことについては、乙部・注（4）二〇頁以下。

(14) 関連の判例として、鹿児島地決昭和四八・四・二六判時七一六号三七頁、長野地判昭和四八・五・四行集二四巻四二五号三四〇頁、大阪地判昭和五〇・五・二八判タ三三九号二三三頁、最判昭和五四・七・五判タ四〇〇号一四八頁などがある。

(15) 同旨の学説の紹介も含めて、乙部哲郎「公務員の免職処分等の職権取消」神院二七巻一―二二号（平成九・一九九七）一〇〇頁以下。なお、免職処分等の職権取消は相手方に詐欺など顕著な不正がある場合に限られ、しかも極めて短期の除斥期間に服すべきものと少々、改説することにする。

二 撤回の機能

1 諸説の展開

(1) 戦前に、渡辺博士は、撤回には、「外部的事情の変動に根拠付けられる場合」と「相手方の行政義務の不履行に根拠付けられる場合」があり、後者には「処罰に因る」撤回があるが、この場合、相手方の義務の不履行が故意・過失に基づくことは必須ではないとしていた。¹⁶⁾これより先、田中博士にも、公益上の必要に基づく撤回について右と同旨の分け方がみられる（後記一四頁参照）。

戦後、遠藤博士は、①事情（法状態・事実関係）変更による事後的違法、②制裁的撤回など受益者側の行為に帰因するもの、③撤回権の留保、④狭義の公益要求に分けて撤回事由を検討する。¹⁷⁾今村博士も、①公益上の必要

による撤回（これにも二種がある）、②制裁手段としての撤回、③撤回権の留保をあげている⁽¹⁸⁾。芝池教授は、「撤回の機能」として、①義務違反に対する制裁のための撤回（例、交通違反による自動車の運転免許の取消）、②外在的優越的公益のための撤回（例、行政財産の使用許可の撤回）、③要件事実の事後消滅・欠格事由該当（例、重大な副作用がある薬品の製造承認等の撤回）をあげる⁽¹⁹⁾。

(2) 従来、実務家の多くは、自動車運転免許の取消等は過去の行為に対する制裁というよりは将来の危険防止を目的とするとい⁽²⁰⁾い、塩野教授も、撤回は制裁的目的として行われるのではなく、義務違反者を免許制から排除または義務違反を抑制して秩序維持に奉仕することにあるのではないかとい⁽²¹⁾う。中川教授も、風俗営業の規制及び業務の適正化等に関する法律二六条に基づく営業許可の取消についてその制裁的性格を否認する⁽²²⁾。

判例の中にも、「各運転免許が独立の処分であり、その免許の取消し等が制裁的性質のものであることにかんがみ、疑義がないわけではないが」として、いわゆる併記免許の取消は許されるとするものがあるが（東京地判昭和四四・七・一九行集二〇巻七号九二〇頁〔9〕）、「免許取消制度の目的は、被免許者に対して制裁を科するためではなく、危険な運転者を自動車運転より排除することによって、交通事故を防止し、道路交通の安全と円滑を維持することにある」として、併記免許の取消を許したものもある（大阪地判昭和五四・一・一八行集三〇巻一号一三頁〔10〕）。運転免許の取消は「危険運転者を排除するという公益の要請・目的の下に行われる」が、「刑事処分は、過去の道交法違反等の違反行為に対し、刑罰を科すというものであって、その法目的は本質的に異なる」というもの（山口地判平成四・七・三〇判タ八〇六号一〇九頁〔11〕）、風営法二六条一項前段に基づく営業許可の取消との関連で、「刑事処分は過去の違反行為に対する制裁を目的とするのに対し、営業許可取消制度は将来における行政秩序の維持、行政目的の達成を目的とする」というもの（大阪高判平成九・一〇・一判

タ九六二号一〇八頁〔12〕、後者の系統に近いであろう。

2 検討

(1) 一般に、撤回の機能は撤回の観念や撤回事由から類推することができる。第一に、事情変更による事後的違法の場合に行われるものがあり、この場合の撤回は適法状態の回復の機能を果たす。行政行為の発付要件の事後的消滅の場合がこの例にあたろう。撤回の観念についての大浜説によれば、撤回はもっぱらこの機能を果たす。第二に、相手方の義務違反など相手方の責めに帰すべき事由がある場合に行われるものがあり、この場合の撤回には、制裁としての機能を果たすこともあると解される。相手方による負担の不履行などがこの例にあたろう。

第三に、適法状態の回復以外の行政側の事情すなわち公益上の必要から行われるものがある。この場合の撤回は、行政の柔軟性の確保の機能があるように思われる。これらの撤回事由は必ずしも孤立的に存在することなく、重疊的に存在する場合もある。たとえば、相手方に責めに帰すべき事由があり、かつ、公益上の必要からも撤回が行われるという場合もありうる（例、後掲の〔24〕・〔25〕）。

撤回権の留保は右のいずれのケースとも異なるようにもみえるが、実際に留保された撤回権が行使されるのは、相手方の責めに帰すべき事由やとりわけ公益上の必要から行われる場合が多いように思われる（例、後掲の〔44〕）。相手方の要請・同意を得て撤回するケースもこれに近い場合がある。

(2) 自動車運転免許の取消は制裁的機能をもつこともあり、危険な運転者を自動車運転より排除するということとは制裁の態様であるようにも思われる。風営法二六条に基づく営業許可の取消についても、ほぼ同様の指摘が可能であろう。このほか、たとえば、公営住宅の使用許可の取消・明渡請求については、判例によれば、公営住宅法に所定の家賃の滞納、住宅・共同施設の故意毀損、無断の転貸・譲渡・用途変更・増築などを理由とする場

合は、いわば相手方の責めに基づく使用許可の撤回・明渡請求に相当することが多い。これに対して、公営住宅の建替えを理由とする場合は、いわば行政側の事情・公益上の必要に基づく使用許可の撤回・明渡請求に相当するとみるべきことが多い。使用許可の取消・明渡請求の制限の根拠についても、前者では信賴保護法理、後者では信義則の適用がもつばら問題となる。²³⁾

(16) 渡辺・注(5) 五六頁、七一頁以下、九八頁以下。

(17) 遠藤・注(6) 一八〇頁以下。

(18) 今村成和『行政法入門』(第6版)(有斐閣、平成八・一九九六)一一六頁以下。

(19) 芝池・注(10) 一七二頁。

(20) 萩原重夫「判批」判評四一五号(平成五・一九九三)一九七〜一九八頁参照。萩原氏もこれに同調する。

(21) 塩野宏『行政法(第二版)』(有斐閣、平成六・一九九四)一四六頁。早坂・注(7) 五七七頁も、撤回は法治主義実現のために違法状態にある行政行為の効力を消滅させるものであり、制裁を目的とするものではないという。

(22) 中川丈久「判批」判評四九九号(平成一二・二〇〇〇) 一八一〜一八二頁。

(23) 乙部哲郎『行政法と信義則―判例を中心に―』(信山社、平成一二・二〇〇〇) 三四頁以下。

三 撤回の根拠(1)―学説

一 法律根拠不要説

1 戦前に、美濃部博士は、原則として、侵益的行政行為の「取消」は自由裁量に属するが、授益的行政行為の「取消」は法規裁量であり、後者は、確定力のある行政行為を除いて、法律の明文の規定のない場合にも、①行政行為の内容が違法であるか、手続上の欠缺のあるとき、または、不正の申告・賄賂そのほかの不正行為によ

り行政行為を得たとき、②行政行為の要件の消滅、③相手方の義務違反、④事情の変更により行政行為の存続を許すべきではない公益上の必要を生じたときは、取り消すことができるという。いずれの場合にも、行政官庁は取り消すべき公益上の必要、取り消すことにより当事者に及ぼす不利益、取り消さないことにより公の秩序に及ぼす影響等を比較考量して、取り消すかどうかを決すべきである⁽²⁴⁾。

田中博士は、基本的には美濃部博士と同様であるが、「権利利益を賦与する行為」の撤回事由に差異もみられる。すなわち、①負担の不履行・取消権留保、②相手方の同意、③事情の変更・行政庁の見解の変更のほか、④公益上の必要をあげこれについて以下のように述べる。行政行為により相手を得る権利利益を尊重してみだりに侵害しないということは法治国家の根本的要請であり、法的安全 (Rechtssicherheit) なる公益目的が実現される。結局、公益上の必要に基づく撤回の許否は彼の公益とこの公益との比較考量に依存する。この場合、行政行為の存続自体が積極的に公益と相いれないとき、行政行為の存続自体が公益を害するわけではないが、その撤回によりより多くの公益を実現しうるときの両者を区別しなければならない。「前者は、行政行為の撤回が自己の責に帰せらるべき場合であり、後者は他在の原因に基づく場合である」。前者は撤回を可能とする場合が多いのに対して、後者は行政行為の存続を認めるべき場合が多く、それにもかかわらず撤回するときは補償または代償が必要である⁽²⁵⁾。

2 戦後、田中博士は、撤回の根拠については、法律の規定に基づくかなくとも公益上の必要等があれば撤回は許されることをより明確にする。すなわち、確定力またはこれに準ずる効力を生ずる行為(例、懲戒免官)を除いて、撤回は原則として自由であるが、「既成の法律秩序維持の見地から」一定の制限があるとして、侵益的行政行為の撤回は自由であり、授益的行政行為の撤回は、①取消権の留保、②相手方の責めに帰すべき事由、③相

手方の同意のある場合を除いて許されず、④それにもかかわらず公益上の必要から撤回をするときは公用収用の場合に準じて補償しなければならぬ。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾ 戦前の自説と比較して、負担の不履行や事情変更等が撤回事由から落ちているようであるが、前者は②に後者は④などに吸収されうるであろう。その後、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的見解となった。⁽²⁸⁾

(24) 美濃部・注(5) 八七頁以下。

(25) 田中・注(11) 二五八頁以下。

(26) 田中・注(9) 二六三頁以下、田中二郎『行政法総論』(有斐閣、昭和三二・一九五七) 三六一～三六二頁。

(27) 杉村章三郎「有効な行政処分に対する事後取消について」自研二五卷七号(昭和二四・一九四九) 八頁は、撤回の根拠に関しては、法律が撤回事由を定めていない場合でも、事情変更の原則により撤回しうるかは将来の課題であるという。撤回の制限については、侵益的行政行為と授益的行政行為との区別を前提に考えようとする意図もうかがわれるが、美濃部・田中説に匹敵するような撤回理論は展開されていない。

(28) 山田幸男「行政行為の撤回(廃止)」ジュリ法学教室二号(昭和三六・一九六一) 一四六頁、田上Ⅱ市原・注(6) 一一九頁以下、市原・注(6) 一四〇頁以下、原田尚彦『行政法要論』(学陽書房、昭和五一・一九七六) 一三二頁以下、藤田宙靖『行政法Ⅰ(総論)』(青林書院、昭和五五・一九八〇) 一五一頁以下、兼子・注(6) 一七六頁以下、南博方『行政法』(有斐閣、平成二・一九九〇) 七二頁以下、小高剛『行政法総論』(ぎょうせい、平成六・一九九四) 一一一頁以下、小早川光郎『行政法上』(弘文堂、平成一一・一九九九) 二九九頁以下、大浜・注(7) 一七五頁以下など。

二 羈束・裁量行為区別論

1 戦前に、渡辺博士は以下のようにいう。羈束処分は実質的確定力を有するが裁量処分は実質的確定力を有しない。実質的確定力のない行政処分を廃止変更する行政処分は、それ自体、独立の行政処分であるために法治主義の原則の拘束をうける。すなわち、制定法が廃止変更事由を明示する場合は、この事由に該当するかぎり廃止変更をしなければならず、これ以外の事由により廃止変更することはできない。実質的確定力のない授益的処分の廃止変更は制定法の根拠が必要である。⁽²⁹⁾

2 渡辺説は、結局、裁量行為として行われる侵益的行政行為を除き、すべて行政行為の撤回には法律の根拠が必要と主張するものと解される。⁽³⁰⁾撤回の許容性やその制限の問題を検討する場合には、基本的に侵益的行政行為と授益的行政行為との種別法が重要であり、羈束処分と裁量処分の区別に固執すべきではない。⁽³¹⁾ただし、付随的には、撤回の対象となる行政行為が羈束行為か裁量行為かも区別する必要がある。⁽³²⁾この視点からは、侵益的行政行為の撤回は、相手方の権利利益を損なうというよりもむしろそれに資することが多いから、原則としてその撤回は許されるが、要件事実の消滅の場合を除いて侵益的行政行為の発付義務が存在するときはその撤回は許されない。

(29) 渡辺・注(8)三四五頁以下。戦後、渡辺博士は戦前の自説とほぼ同旨のことを述べる。

(30) 杉村・注(9)一八七頁は、全部留保説を前提におけば裁量行為として行われる侵益的行政行為の撤回にも法律の根拠は必要であると批判する。

(31) 同旨、柳瀬良幹「行政処分の撤回について」(昭和二六・一九五二)『憲法と地方自治』所収(有信堂、昭和二九・一九五四)二二四頁以下。同旨、遠藤・注(7)二六五、二七七頁。

(32) ところで、羈束処分と裁量処分の区別の基準としては、渡辺・注(8)二九〇頁以下はもっぱら制定法の規定の仕方を重視するが、裁量処分は原則として個人の自由の制限を内容としないとも述べており、このかぎりでは侵益的行政行為と授益的行政行為の区別を考慮しているように解される。他方、美濃部・田中説も一般に侵益的行政行為は羈束行為、授益的行政行為は裁量行為というから、渡辺説との区別はそれほど顕著ではないようにもみえる。しかし、撤回の根拠・制限について、美濃部・田中説では侵益的行政行為と授益的行政行為の区別、渡辺説では羈束処分と裁量処分の区別をそれぞれ前提に論じているという差異があろう。

三 原処分規定授權説

1 柳瀬博士は、法定の事由がない場合にも行政行為の廃止は自由であって、行政行為の発付権限を授与する法は同時にその廃止権限をも授与するが、授益的行政行為の廃止は公共の福祉のため止むを得ない場合と限度にとどまり、実質的確定力ある行為は廃止できないという。⁽³³⁾塩野教授も基本的に同旨のように解される。⁽³⁴⁾いずれも撤回にはとくに明示の法律の根拠は不要とする点では、通説的見解と同じであろう。

2 柳瀬説は、処分要件の事後的消滅とりわけ許認可等をしてはならない絶対的欠格事由に該当するに至った場合には適合するようにも解される。この場合、もともと処分は発せられてはならなかったからである。しかし、処分権限を授与する法律規定とは別にその廃止権限をも授与する法律規定が多数あり、しかも処分要件または重要な処分要件の事後的消滅の場合を撤回義務または撤回許容の事由とするものも多いことをどのようによくみるべきかが問題となろう。柳瀬説のように理解する場合、これらの法律規定の存在意義を無視または軽視することになりかねないからである。⁽³⁵⁾なお、行政処分とその強制執行との関係につきそれぞれ別個の根拠規定が必要となるという支配的見解が行政処分とその取消・撤回にも妥当しうるとなれば、⁽³⁶⁾柳瀬説には疑問があることになろう。こ

のほか、相手方による業務遂行の過程に責めのある場合や撤回を求める公益上の必要のある場合、処分の授権権限はその廃止権限をも授権するというほどに包括的な内容をもつことになるかは疑わしい。

(33) 柳瀬良幹『行政法教科書上』(有斐閣、昭和三三・一九五八)一一二頁。同旨、宮田三郎「行政行為の取消しと撤回」金子Ⅱ広岡Ⅱ山本編『行政法上』(法学書院、昭和四九・一九七四)一五九頁。早坂・注(7)五七七頁は、柳瀬説は新たな法律の制定は不要であるにしても根拠法規が必要とみる「処分権限説」であるのに対して、前掲の田中説は法律根拠不要説であり、両者は異なるとみる。柳瀬説は、「法律根拠必要説」からの批判がありうることを考慮して行政行為の授権権限はその廃止権限をも授権すると反論するのであり、仮に法律根拠必要説の立場にたつとしても撤回権限は与えられているとみることも可能という趣旨のように解しうる余地もあろうか。なお、後掲〔27〕をも参照されたい。

(34) 塩野・注(21)一四三頁。同旨、大橋洋一『行政法』(有斐閣、平成一三・二〇〇二)三四七頁。

(35) 杉村・注(9)一八五頁、芝池・注(10)一七八頁。

(36) 遠藤・注(7)二六六頁以下の指摘が詳細かつ有益である。

四 法律根拠必要説

1 杉村敏正博士は、イプセンは、自由と財産の侵害に法律の根拠を求めるワイマール憲法一一四条・一五三条を根拠にすべての授益的行政行為につき撤回制限を主張、そこでは、通説のごとく行政の目的(公益の実現)・性質(事情変遷の即応)から撤回自由を主張するという態度は見られないが、全部留保説の立場からは右のイプセンの見解にも従いえないこと、わが国でも戦後に制定された法律は、相手方の義務違反や要件事実の消滅があつてもその程度等により撤回事由とするものやしないものがあることなどを考慮して、行政行為の撤回にはそ

の発付権限を授権する法律とは別個の授権法律を必要とするという。「賦課的行政行為」についても同様であるが、例外的に要件事実の事後的消滅の場合は法律の根拠がなくても撤回可能であり要求もされる。「授益的行政行為」の撤回は、法律が定める撤回事由があるとき、相手方の同意、撤回権の留保があるときに限られるという。⁽³⁷⁾ 杉村説では賦課的行政行為は要件事実の事後的消滅の場合は法律の根拠がなくても撤回可能というが、前記の柳瀬説によればこのケースは法律の根拠に基づき撤回とみる余地がある。授益的行政行為の撤回事由では、法律の定めのないかぎり、相手方に責めのある場合や公益上の必要は撤回事由にはならないとする点で通説的見解とは大きく異なる。憲法一三条および全部留保説を前提におき、羈束行為と裁量行為の区別を前提に撤回の制限を論ずるものではない点で渡辺説とも異なる。

芝池教授も基本的には杉村説に属する。すなわち、営業の一時停止命令や施設の改善命令については法律の授権があることをみると、これらの命令よりも相手方に大きな不利益を加える営業許可等の撤回に法律の根拠は不要というのは困難であるとして、比例原則および法治主義の要請に照らして原行政行為の授権をもってその撤回の授権とみることはできないといい、授益的行政行為の撤回は、法律が定める撤回事由があるとき、相手方の同意、撤回権の留保があるときに限られるという。⁽³⁸⁾

2 申請に対して許認可を与えないこともできる場合に当然に法律の規定に基づく必要があるとすれば、一旦与えた許認可を撤回するのはより法律の規定に基づく必要があるということもできる。いわば白紙の状態で許可申請を拒否する場合と比べて、許可の撤回は許可により生ぜせしめた利益状態を奪うという効果をもつからである。

判例の中にも、許可をするかどうかと許可の撤回をするかどうかとは違いがあることを明示するものとして、

〔4〕のほか、以下の例がある。すなわち、監獄法三一条・監獄法施行規則八六条二項に基づく在監者の制限冊数外私本所持の許可の「取消しは当該受刑者に対し一種の懲罰的效果を与え、これを許可した教育的効果をかえって害することになりかねないのであるから、制限冊数外所持を許可するかどうかに際する場合に比してより一層慎重に、前示刑務行政の目的にてらしこれを取消すべき合理的事由があるかどうかを判断しなければならない」(広島地判昭和四八・七・四判時七二八号三八頁〔13〕)、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律八条二号・四条一項五号に基づく営業「許可後の取消し(撤回)の場合には、当初の許可の是非の判断と異なり、当初の許可を前提として新たな法律秩序が次々と形成されているから、違反行為の性質、態様などに伴う取消し(撤回)の必要性、取消し(撤回)による相手方への影響の程度も比較考量の上、取消し(撤回)の是非を判断するのが相当である」(東京高判平成一一・三・三一判時一六八九号五一頁〔14〕³⁹⁾。法律の定める撤回事由としての処分要件の事後的消滅も、処分要件のいずれでもよい場合もあるが、重要な処分要件の消滅に限定することも少なくないことに留意すべきである。⁴⁰⁾

この意味で、法律根拠必要説は、少なくとも授益的行政行為の撤回については説得力に富むようにも思われる。しかし、撤回許容または撤回義務の事由を定める法律の規定は多いが、法律の規定は必ずしも統一的・体系的に整備して制定されてはいない。このため、法律規定をあまり重視するのは、公益への適応を欠き国民の権利保護に欠ける結果にもなる。法律規定の定める以外には撤回は許されないというのであれば、国民の権利保護等の観点から撤回許容やそれが撤回義務に変わりうるための要件を探ろうとする判例や学説の真摯な努力も無駄にしかねない(例、葉害訴訟に関する後掲の〔31〕～〔33〕参照)。また、侵益的行政行為の要件事実の事後的消滅の場合には撤回許容や撤回義務が導かれるというのであるが、撤回許容や撤回義務を定める法律規定がまれにみられ

ることとの整合性はどうかであろうか。

芝池説に対して、法律規定をあまり重視するのはどうかという疑問が生ずる。たとえば、右の改善命令と許可等の取消に共通の事由を定める例が多いが、このことは法律的には両者の軽重を明示することに必ずしもこだわらず、比例原則など裁量統制の法理に委ねることを示すようにも解される。

(37) 杉村・注(9)一五七頁以下。授益的行政行為の撤回についてはほぼ同旨ではあるが、撤回事由としては、法律が定める撤回事由のほかは撤回権の留保のみをあげるものとして、広岡・注(9)一二八頁、楠本茂「行政行為における撤回の制限について」鹿兒島短大商経論集二三号(昭和四九・一九七四)七六頁。

(38) 芝池・注(10)一七一頁以下。このかぎりでは、遠藤・注(7)二七八頁も同旨である。

(39) 判旨賛成、中川・注(22)一八四頁。なお、本判決は「『取り消すことができる。』との規定振りは公安委員会の権限を示すのみでなくその裁量の余地を示した規定とみることが相当である」として撤回義務を否認したが、判旨は適切であろう。中川教授は、結論的には判旨に賛成するが、「できる」という文言から裁量規定の有無を判断するのは一般的には不可能であるという。

(40) 乙部・注(3)六頁以下。

五 折衷的見解

1 法律根拠不要説と法律根拠必要説との折衷的見解もある。これにも種々のものがある。

山内博士は、侵益的行政行為の撤回は、相手方に利益を与えることを理由に、公益上の必要がなくなったときは明文の法律の根拠なくして撤回でき、かつ、速やかに撤回すべきとさえいう。授益的行政行為の撤回も、①相手方の義務違反、②成功不能(相手方が授益を利用しないとき)、③相手方の同意のある場合は明文の法律の根

拠は不要であるが、④公益支障による撤回の場合は明文の法律の根拠が必要であり、かつ、撤回による相手方の損失を補償すべきという⁽⁴¹⁾。

晴山教授は、基本的には杉村敏正説によりつつ、例外的に、授益的行政行為がその後の事情変更により第三者の権利利益を侵害するに至った場合には、比較考量の結果、撤回により得られる利益が優越するとみなされるかぎり、明文の規定がなくても撤回可能という。このような場合にも原行政行為を存続させることは授権法律の趣旨に反するものであるが⁽⁴²⁾、前掲の柳瀬説の影響がみられるようである。

今村博士は、不利益処分の撤回は明文の規定がなくても許されるが、授益的処分の撤回は以下のように区別すべきであるという。①「行政行為によって生じた法律状態が、社会的に有害な結果をもたらす虞を生じたときは、明文の規定の有無にかかわらず、撤回可能」である。②現にある法律状態をより大なる公益のために犠牲に供するという場合には、損失補償が必要であるが、補償さえすれば明文の規定がなくても撤回可能とはいえない。③制裁の手段としての撤回にも明文の規定が必要である⁽⁴³⁾。右の①の理由として、許可・認可制などにより個人の行為を行政的規制のもとにおいた法の趣旨から導かれることを指摘するが、前掲の柳瀬説の影響がみられるように思われる。①と②の区別は、戦前の田中説がいう公益に関する区別論に近いものがあるが、②の場合の撤回は法律の根拠が必要と解する余地がうかがわれ、このかぎりでは田中説とも異なるであろう。

2 折衷的見解についても、ある種の撤回について明示の法律の根拠が必要とするかぎり、法律根拠必要説に対する批判が妥当する。たとえば、山内説には、公益上の必要を撤回事由として明示する法律規定はむしろ少なく、このほかの場合に撤回はすべて許されないとするのは行政の柔軟性確保の視点からは実情に沿わないであろう。

(41) 山内・注(9) 一六三頁以下。

(42) 室井力編『現代行政法入門』(法律文化社、昭和五六・一九八一)一三三頁以下(晴山一穂)。

(43) 今村・注(18) 一一六頁以下。なお、古城誠『撤回』と法令用語』法教一四五号(平成四・一九九二)五一頁。

六 結論

1 撤回許容または撤回義務の事由を定める法律の規定は多いが、法律の規定は必ずしも統一的・体系的に整備して制定されてはいない(以下、撤回許容の事由を前提におくことにする)。法律根拠不要説が支配的見解であることを考えて、あえて撤回を許す明示の法律規定をおかなかったという場合もある⁽⁴⁴⁾。後掲の〔31〕が「明文の規定はないけれども、条理上」その撤回は許されると判示するのは、有益であろう。ただ、法律規定の定める撤回事由が非常に多いことを考えれば、条理法はこの法律規定を補完するとみるか、それとも条理法の重要な内容の一つとして法律規定の定める撤回事由があるときは撤回が許されるとみるのかは問題である。

2 撤回事由を定める法律規定は非常に多い。法律根拠必要説はこのことを重視している。撤回には明示の法律の根拠が必要かどうかという議論は、もっぱら当該法律が明示する撤回事由がある場合にのみ撤回は許されるかどうかという議論を意味するように解される。法律の定める撤回事由を充足する場合でも、具体的事案で直ちに撤回が許されるかどうかは行政庁の裁量に委ねられ、この場合、不文の法理を含む周知の裁量統制法理に服することになる。とりわけ相手方の信頼保護の要請や撤回を求める公益上の必要などとの比較考量が重要となる。いわゆる撤回の制限の理論である。撤回の根拠と撤回の制限の理論はいちおう区別が可能である。

具体的事案で直ちに撤回が許されるかどうかは撤回の根拠と制限の双方の側面からみる必要がある。そうすると、授益的行政行為の撤回は相手方から一方的に利益を奪う行為であることなどを理由に法律の留保の原則によ

れば法律の根拠が必要という論拠は、前者のみを重視して後者を軽視しており、結局、撤回の制限の側面を法律の留保の拘束から外している。したがって、右の論拠は貫徹されておらず、適切であるとはいえない。

相手方の利益保護の視点からは、最終局面である撤回制限の理論がより重要であろう。第一段階で当該法律が撤回事由を明示していなくても撤回は許されうると理解しても、結局、実際に撤回が許されるかどうかは撤回制限の理論に照らしてみるから、相手方の利益保護に欠けるということにはならない。法律が明示する撤回事由のほかは、撤回はおよそ許されえないといわば門前払いをしまうのは、公益への適応を欠き国民の権利保護に欠ける結果にもなる。このことは、後掲のように明示の法律の規定がないにもかかわらず撤回の可能性を認める多数の判例があることから窺われよう。

(44) 田上Ⅱ市原・注(6)一二〇頁は、戦後に撤回を認める法律の出現は、この趣旨を認める宣言的意味をもち、ときに本来撤回制限に反するのにあえて撤回を認めるという意味や、それ以外の事由に基づく撤回を許さないという制限的意味をもつものと解されるという。同旨、市原・注(6)一四二頁。

四 撤回の根拠(2)―判例

一 法律根拠必要説

東京地判昭和二七・九・四行集三卷九号一八〇九頁〔15〕

許認可等臨時措置法に基く措置令四条一項は、「中央行政官庁の許認可については地方行政官庁がその職権を行うものと定めて居るのであるが、その許認可の取消についてふれる処がない」。許認可の違法を理由にこの許認可を取り消す場合は別として、「それ以外の公益上の理由からする許認可の取消は一旦付与し

た利益を剥奪（本件の場合は特に自然人の死刑に等しい結果となる人格の剥奪である）する処分であり、極めて重大な問題であるから許認可取消の権限の委任をも含むと速断することはできず」、本件措置令五条五号は「詐欺又は錯誤に基く許認可の取消及之に伴う原状回復その他の措置に係る命令」は地方行政官庁に委任するが、それ以外の場合は地方行政官庁に委任する趣旨ではない。そして、無免許で度量衡の制作販売をしたことを理由に民法七一条に基づき東京都教育委員会がした財団法人設立許可の取消処分は、権限なき処分として当然無効であるとした。

本判決は、許認可権限の委任はその撤回権限の委任を含まないとする趣旨のように解される。⁽⁴⁵⁾許認可の撤回には許認可権限を授権する法律規定とは別個の法律規定が必要とする意味であり、柳瀬説を否認する趣旨であろう。もつとも、許認可の違法を理由にこの許認可を取り消す場合は別としてという判旨部分は、必ずしも処分時に違法な許認可の取消だけでなく事後に許認可要件を欠き違法となった許認可の取消についても、許認可権限を授権する法律規定と別個の法律規定は不要とする趣旨と解する余地もある。

(45) 田中・注(26)三六〇頁。山内・注(9)一六三頁は、行政庁が他の行政庁に行政行為の発付権限を委任した場合はその留保の意思が読み取れないかぎり、当該行政行為の撤回権限の委任をも含むといふこの判旨に賛成する。

二 裁量行為法律根拠不要説

判例の中には、撤回されるべき行政行為が羈束処分か裁量処分の視点から撤回の根拠・制限の問題をみる点で渡辺説に共通するものがある。ただし、裁量処分であれば授益的性格のものでも公益上の必要があれば法律の根拠がなくても撤回は許されるとする点で渡辺説とも異なる。

和歌山地判昭和三〇・一一・二二行集六卷一一号二四二七頁〔16〕

自作農創設特別措置法五条は、農地買収除外の指定地として土地使用目的の変更を相当とする農地を定めるが、農地買収除外の指定の取消・撤回については定めない。「事はもっぱら行政行為の撤回（以下便宜上取消と称する）の問題に限定されるところ、右の点につき原告等は指定は法規裁量行為であり一たんなされた以上爾後これを行行政庁の自由裁量により取消し得ないとし当裁判所もまた右の見解を是認する。ただこのような指定処分も確定力を有する行政処分ではないのであるから、その効力を将来に存続せしむべきでない特別な公益上の必要が生じた場合には原処分庁においてこれを取消し得る」。本件では、指定後、原告らは一年九か月間も使用目的の変更のための何らの措置もとらなかつたから、農林省通達によれば指定の取消が可能であるなどの事情が認められるが、この程度では本件指定を取り消すべき特別な公益上の必要は生じていないといひ、本件取消が効力を生じたことを前提とする本件各買収計画・訴願棄却裁決は違法として、同裁決の取消請求を認容した。

法規裁量行為は羈束処分と必ずしも同一ではないことを考えれば、判旨前段の法規裁量行為であるから「行政庁の自由裁量により取消し得ない」というのは、前掲の渡辺説と必ずしも同一ではない。渡辺説でも、羈束処分でも多義的概念による羈束であれば事情変更に基づく公益的見地から撤回できるとしているため、判旨は渡辺説のようにも解されるが、判旨後段が授益的処分の撤回であつても特別な公益上の必要が生じた場合には法律の根拠を必要としないとする点では、通説の見解に近いであらう。

神戸地判昭和三九・七・一五行集一五巻七号一四一五頁〔17〕

懲戒処分の取消によつて「被処分者の権利が侵害されるものでも、被処分者に義務が課せられるものでもなく、また第三者の権利関係に影響があるものでもなく、一旦なした処分を取消することが当該特別権力関係

内部における法的秩序の客観的安定の見地から問題とされるにすぎない」、「そうすると、国家公務員に対する懲戒処分を取消すかどうかは、処分に瑕疵がある場合か否かにか、ならず、懲戒権者の裁量に任せられて「いる」といい、懲戒処分は有効に取り消されたとして懲戒処分の不存在確認請求等を認容した。⁽⁴⁶⁾

懲戒処分の発動は懲戒権者の裁量に委ねられるが（国家公務員法八二条一項・地方公務員法二九条一項）、懲戒処分の取消・撤回については明規しない。右の判決は必ずしも明示はしないが、後掲の控訴審判決（36）が「懲戒処分が懲戒権者の自由裁量行為であるからといって、当然その撤回も自由裁量行為であるとの論理的帰結は導かれず、撤回については別途にその目的、作用、要件を勘案せらるべきものである」などとして、懲戒処分の不存在確認請求等を棄却していることなどをも考慮に入れると、「17」は裁量行為法律根拠不要説をとるよう
に解しうが、懲戒処分が侵益的行政行為であることを考えれば渡辺説とみる余地もあろう。

—東京地判昭和五三・八・三判時八九九号四八頁〔18〕—

「医薬品の品目ごとの承認が自由裁量処分であつてみれば、承認後における当該医薬品の有効性と安全性とのバランスの変動からその有用性が否定される場合に行なわれる承認の取消（講学上いわゆる撤回）もまた、自由裁量処分たることを当然とするのであり、取消権を行使するか否かの決定も厚生大臣の自由裁量に委ねられるのを本則とする」という。ついで、本判決は、一定の要件のもとでは裁量は縮減して撤回義務が発生するとして、撤回権限の不行使は作為義務違反として違法となるといい、国の国家賠償義務を認めた。東京スモン訴訟第一審判決である。当時の薬事法は、厚生大臣は医薬品の製造承認の許可を発することができると定めるが、製造承認後に副作用が判明した場合の規制権限の発動については定めていなかった（昭和五四年改正後の同法七四条の二は、製造承認の取消義務・権限を定める）。判旨の前半において、裁量行為法律根拠不

要説が明確に現れているように思われる。

大阪地判昭和五四・七・三一判時九五〇号二四一頁〔19〕

大阪スモン訴訟における判決であるが、右とほぼ同旨の判示を行い、かつ、「明文がなくても厚生大臣の自由裁量により製造承認の取消（撤回）をなすことも可能」として⁽⁴⁷⁾いる。なお、後掲の〔44〕もある。

〔46〕 判旨賛成、鈴木重武「判批」自研四九卷二号（昭和四八・一九七三）一一八～一九九頁。

〔47〕 このほか、同時期に各地のスモン訴訟において、法的根拠は明確ではないが、国家賠償責任における注意義務の一つに厚生大臣による医薬品の製造等の許可の撤回義務がありうることを承認するものとして、広島地判昭和五四・二・二二判時九二〇号一九九頁、札幌地判昭和五四・五・一〇判時九五〇号五三頁、前橋地判昭和五四・八・二二判時九五〇号三〇五頁。

三 法律根拠不要説

撤回を許容する法律の根拠が存在しない事案において、判例の多くは、とくに撤回には法律の根拠が必要とかなしと明示するわけではなく、撤回されるべき行政行為の裁量性の有無を問題にすることなく、当該事案で撤回の許容性を認める。判例の中には、以下のように撤回には法律の根拠は不要であることを明示するものもある。ただし、撤回制限の問題については必ずしも一様ではない。

東京地判昭和三二・一・三一行集八卷一号一九四頁〔20〕

「一般に行政庁が自己のなした行政処分にかしのある事を発見したときは、これを取り消し若しくは変更することにより公益もしくは私人の既得権を害するおそれのない限り、原則として法律の規定をまつ迄もなす可い」。特別都市計画法に基づく換地予定地指定処分は「換地指定のな

される迄の暫定的措置とみるべきものであって、「土地関係者に対し私法上の権利義務の関係を新たに創設する趣旨のものではなく、従前の土地に関する使用収益の関係がそのまま、換地予定地に移行することを定めたに過ぎないものであるから、換地予定地上に生ずる使用収益の関係もまた換地指定処分に至る迄の仮の關係に過ぎないと解する妨げとはならない。従って一たん換地予定地指定処分のなされた後においても、区画整理事業の施行上重大な支障を生じ、又は施行地区内の土地の権利者相互間に著るしい不公平を生ずるに至った場合には、その取消変更をなすことは許されるべきである」。本件「変更指定に基く換地予定地はいずれも原告らの従前の所有地若しくは借地に比して殆んど増減がないから、本件変更処分は原告らの期待に背いたとは言え、事実上不利益を与えたものと認めることもできない」といい、本件変更処分の取消請求等を棄却した。⁽⁴⁸⁾

本件判旨は、まず、違法な行政処分の取消だけでなく適法な行政処分がその後の状況変化により瑕疵を帯びた場合のその撤回をも念頭において判示したものと解される。本件でも、当初、昭和二十一年九月一〇日を基準日として過小宅地・借地について増換地の設計をしたが、過小宅地等は増やしてもらえらるという風評が立つなど過小宅地等は次第に増加、結局、被告知事は、他の土地の減歩率が高率となり「著しく公平を欠くに至ったため」、昭和二十二年六月二十八日以降に造成の過小宅地等は増換地をしないとしたのであり、本件変更処分は「公益上やむを得ない措置である」と判示、換地予定地指定処分の変更処分はその撤回を意味するものと解される。

福岡地判昭和三八・一・二二行集一四卷一二号二〇八五頁〔21〕

福岡高判昭和三九・一・三一民集一九卷三号六八四頁収録〔22〕〔21〕の控訴審判決

〔21〕は、農地法五条の許可は「その対象たる私法上の所有権移転の効力を完成せしめる行政処分である

が、当該行政庁（県知事）は、当該許可処分取消し得べき瑕疵が存するとか、当事者が右許可処分付けられた条件（農地法第五条第二項、第三条第三項参照）に違背したとか、その他事情の変更があった場合において右許可処分により形成された法律状態を持続せしめることが公共の利益に反し、これを取消さなければならぬ公益上の必要があるときは、明文の規定をまつまでもなく、自ら右許可処分を取り消すことができる。本件許可処分に付された条件の「履行は不可能の状態にあるというべきである。しかも他面において石橋文化センターは久留米市が全国に誇り得る最も近代的な文化施設として公衆に多大の利益を供している」、「本件土地に対する原告らの所有を存続させることは著しく公共の利益に反する……該処分を取消す（正確にいえば、処分の効力を将来に向かつてのみ失わしめる、いわゆる処分の撤回に該当する）だけの公益上の必要性ある」といい、撤回の適法性を認め、その無効確認請求および取消請求を棄却した。〔22〕は、知事が「一定の要件の下に、これを取消すことができることは、原判決の説示するとおり」、右許可を受けたる者は「右義務の不履行（行不能をも含む）の場合には、特段の事情がある場合を除きこれを理由として当初の許可処分の取消（撤回）を受けることがあり得ることは当然予期しなければならない」などといい、原判決は正当として控訴を棄却した。

本件では、昭和二九年六月、原告は、自己が経営を企画している診療所から公道に通じる道路敷地として使用することを条件に農地法五条により農地の宅地転用のための許可を得た。昭和三二年二月、石橋文化センターの敷地の一部が原告ら所有の本件土地にも及ぶことから、原告らの同意を得て施設工事が行われ、同センターは同市に寄贈、一般公開されるに至った。原告らは本件土地の売渡しに応ぜず、板塀で囲いその中に木造小屋を立てるなど同センターの美観・風致を侵すなどしたため、被告知事は原告らに円満解決をみない場合には本件許可処

分を取り消す旨の通知を行い、数日後に本件許可処分を取り消した。当時の農地法では五条一項に基づく許可処分に条件（学問上の負担である場合が多い）を付すことはできるが、条件違反の場合に許可を撤回しうる旨の規定は存在しなかった（現行の農地法八三条の二は、五条一項等の許可の取消または条件の変更等の措置をとることを命じうる旨を定める）。この場合、法律根拠必要説によれば撤回不可能となるが、これは行政の柔軟性の確保の視点からは問題がある。この負担の不履行は原告らの責めに帰すことができるが、撤回の許容性は公益上の必要にも求められるように思われる。したがって、「21」の考え方は適切であり、⁴⁹「22」にも問題の余地はないように思われる。⁵⁰

福井地決昭和四六・一〇・一六行集二二卷一〇号一六一八頁〔23〕

「公安委員会が横断歩道を廃止できる明文の根拠規定はないが、道路交通法第一二条第一項は『公安委員会は歩行者の横断の安全を図るため、横断歩道を設けることができる。』と規定しており、また当該行政行為をした行政庁は一旦なした行政行為に拘束固定されるものでなく、その後事情変更を生じ公益上相当の理由のあるときは先の行政行為を取消撤回できることを考えると……道路その他の状況変化により横断歩道の必要が消滅したとか、あるいは当該横断歩道の存在が適切に一般公共の用に供せられるべき道路の公益目的に合致せず、これを廃止することが相当であると認められるに至った場合には、公安委員会は既設の横断歩道を廃止することもできる」として、横断歩道廃止処分の執行停止の申立てを却下した。

前掲の柳瀬説の影響がみられるが、撤回の根拠の問題については法律の明文の規定は不要とする趣旨であるように解される。現行の道路交通法一二条一項は右とは異なる内容となっている。

仙台地判昭和五七・三・三〇行集三三卷三三三号六九二頁〔24〕

仙台高判昭和六〇・三・二九行集三六卷三号四五七頁〔25〕（〔24〕の控訴審判決）

〔24〕は、一般に「行政処分がいったん適法有効になされた後において事情が変遷し、それを存続せしめることが公益に適合しないことになった場合には、これを公益に適合せしめるため、法律による明文の規定が存すると否とにかかわらず、原則として自由に行政処分の撤回をすることができ、ただ、国民に権利又は利益を付与する授益的行政処分については、相手方の責に帰すべき事由によって撤回の必要性を生じたような場合を除き、撤回は許されないと解されている」が、「当裁判所も右の見解を正当と考える」といい、優性保護法（平成八年の改正後は、母体保護法と改名）に基づく指定医の指定の撤回は裁量の範囲内にあるとしてその取消請求等を棄却した。〔25〕はほぼ原判決を引用して控訴を棄却する。

右の二判決はいわゆる菊田医師実子あっせん事件におけるものである。〔24〕・〔25〕は、指定医の指定の性質を特許に近いものとみるがそこに重点を置くというよりも、その機能が授益的かどうかを重視して、相手方に責めのある場合に公益上の必要があるときは法律の根拠がなくても授益的行政行為の撤回は許されるとする。相手方に責めのある場合に限定するように解される点では、前記の法律根拠不要説よりも厳しく、相手方の同意や撤回権留保の場合にのみ法律の根拠は不要と説く法律根拠必要説とも差異がある。ただ、〔24〕は具体論では公益上の必要があれば相手方に責めのないときでも撤回可能とみるようであるが、本件指定は「極めて公益的かつ倫理的な性格を持つことに照らすと、単なる授益的な行政処分」ではないことをその理由とするのに対して、〔25〕は「授益的行政処分たる性質を帯有していることは否定し難いところである。しかし、被指定者の責に帰すべき事由によって撤回の必要性、すなわち公益に適合しない事情が発生した場合には」撤回は許されるとする点では、両者に微妙な差異もある。

本件指定医の指定の撤回は、実子あつせんのための虚偽の出生証明書の作成により医師法違反等を理由に罰金刑に処せられたことが原因となっている。この撤回事由は、相手方の責めに帰すべき事由⁽⁵¹⁾、または、「重大な不適格条件が発生した場合」には、定期的更新を待つことなく直ちに再検討を行なう」（被告医師会が作成した指定医の指定の指定基準）といういわば処分要件の事後的消滅⁽⁵²⁾に相当すると解する余地がある。いずれの場合でも、論者もいうように、明示の法律の規定がなくても撤回が許される場合として、あえて撤回のための公益上の必要があることをいう必要はなかったと解しうる余地もある。

盛岡地判平元・一一・九判夕七一八号七九頁〔26〕

「土地改良法上、一時利用地の指定の変更について定めた明文の規定は存しない。しかしながら、一時利用地の指定は、終局的又は確定的な性質を有する処分ではないから、その必要に基づきこれを取消す（撤回）すること可能であると解されるし、そのような取消し（撤回）がなされた場合であっても、一時利用地の指定の要件を満たす限りにおいては、行政庁が、更に新たな一時利用地の指定を行うことを否定すべき理由は何ら認められない」。本件一時利用地の指定の変更は、土地改良事業の工事のためまたは換地処分を行うにつき必要がある場合という指定要件（土地改良法八九条の二第六項）を具備しないから違法として、その取消請求を認容した。

本判決は「一時利用地の指定の変更は、既になされた一時利用地の指定の取消し（撤回）と新たな一時利用地の指定を合わせ行う処分として許容される」とも判示するが、指定変更処分の内容を正確に捉えているように解される（前記六頁参照）。そうすると、指定変更処分中、後者の部分は法律の明文の根拠があるが、前者の部分は理論的には法律の明文の根拠はなく、判旨もいうように本件「取消し（撤回）」には法律の明文の根拠がない

と解されることになろう。

(48) 判旨賛成、川上勝己「判批」自研三五卷一号(昭和三四・一九五九)一六九頁以下は、換地予定地指定処分 of 暫定的性格は承認するが授益的性格は否認する。判旨も同様であるとするが、授益的性格を否認しながら換地予定地指定処分 of 撤回は不利益変更ではないというのは蛇足であるという。

(49) 判旨賛成、山田幸男Ⅱ東平好史「判批」民商五三卷六号(昭和四一・一九六六)九五二頁。

(50) 判旨反対、真柄久雄「判批」法協八三卷一号(昭和四一・一九六六)一〇〇頁。本件上告審・最判昭和四〇・四・一六民集一九卷三三六六七頁は、原判決を維持して上告を棄却したが、本条件は負担ではなく停止条件であつて本件取消はいわば行政行為の無効宣言の意味での撤回(前掲「2」)のそれとは状況は異なる)のごとくみるようにも解される。

(51) 兼子仁「判批」自研五九卷一〇号(昭和五八・一九八三)一二七頁。

(52) 浜川清「判批」判評二九三号(昭和五八・一九八三)一七六頁以下。浜川教授は総じて〔24〕には批判的であるが、原伸太郎・昭和五七年行政関係判例解説(ぎょうせい、昭和五八・一九八三)四八七頁以下もまた同様である。

四 原処分規定授權説

判例の中には、つぎのように前掲の柳瀬博士の見解に近いものがある。

松山地判昭和三四・三・六行集一〇卷三三五六〇頁〔27〕

換地予定地変更指定処分は「当初の換地予定地指定処分の一部撤回と解すべき」と明言する。ただ、「換地予定地指定処分は私人に権利利益を附与する行政庁の処分であるから、これが撤回には法の根拠を必要とする」と解すべきであるに拘らず、これを許容する明文の規定は存在しない」と判示するかぎりでは、法律根拠必要説に従うようにもみえる。しかし、判旨は、続けて、特別都市計画法一三条は「土地区画整理の施行

者である行政庁に対し、換地予定地指定処分をなしうる権限を附与しているのであり……一旦右処分をなした後でも、もしより大なる公益実現のため必要がある等の特別の事情があれば、行政庁において、その処分を撤回することも、右権限内の処分として是認せられる」といい、結局、柳瀬説を支持するように解される。

福岡地判昭和五三・一一・一四判時九一〇号三三頁〔28〕

京都地判昭和五四・七・二判時九五〇号八七頁〔29〕

右の二判決はスモン訴訟におけるものであるが、柳瀬博士の見解に近いものがある。ただ、遠藤博士による紹介と分析があるのでこれに譲りたい。⁽⁵³⁾

最判昭和六三・六・一七判時一二八九号三九頁〔30〕（〔25〕の上告審判決）

「実子あつ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つ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ても、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」といい、原判決の判断は正当として是認できるとして上告を棄却した。

前記の菊田医師実子あつせん事件に関する上告審判決である。最高裁も指定医師の指定の性格については〔24〕・〔25〕と同旨と解される。結論的には原判決と同じであるが、相手方に責めに帰すべき事由があるかどうかを問うことなく比較考量のうえ「撤回すべき公益上の必要性が高い」ことを重視すること、柳瀬説の影響があることなどの点において、その理論構成は異なるように解される。本件は相手方の有責性に対する制裁措置として撤回が許されるかどうかのケースであり、撤回をすべき公益上の必要があることをいう必要はなかつたとみる余地

もある。⁽⁵⁴⁾

(53) 遠藤・注(7)二六三頁以下。なお、吉戒修一・昭和五三年行政関係判例解説(ぎょうせい、昭和五四・一九七九)六八九頁以下。

(54) 三邊夏雄・ジュリ昭和六三年重要判例解説(平成元・一九八九)三七頁。石川・注(1)二二一頁は、本件最高裁判決の射程距離を問題にして、田中説と同旨のようにみえるが杉村敏正説を否認するものでもないとする。

五 その他

判例の中には、以下のように前掲の折衷的見解中、今村説が現れる契機を与えたものもある。

東京地判昭和五七・二・一判時一〇四四号一九頁〔31〕

東京高判昭和六三・三・一一判時一二七一号三頁〔32〕(〔31〕の控訴審判決)

最判平成七・六・二三民集四九卷六号一六〇〇頁〔33〕(〔32〕の上告審判決)

〔31〕は、「薬局方収載時又は製造承認時に知られていなかった副作用が後日判明した場合、明文の規定はないけれども、条理上、厚生大臣」はこれを日本薬局方から削除または製造承認の全部・一部を撤回することができる」と判示する。なお、厚生大臣の撤回権の行使はその自由裁量に属するが、例外的に医薬品の副作用による危険という「結果の回避には厚生大臣の規制権限の発動以外にあり得ない事情に至り、そして国民も厚生大臣の右権限の行使を信頼し期待しているような状況にあるときは、もはや厚生大臣には右裁量の余地はなく、一義的に……規制権限の客観的に適切な行使が義務づけられる」といい、本件はこの場合にあたるとして国の国家賠償責任を肯定した。

逆に、〔32〕は、「国民の生命、身体、健康の侵害される危険が顕在、切迫化し、これを回避するには厚生

大臣による直接の規制、介入をまつほか、方途が他に全くないような特別の緊急事態が発生したときには、法文にその規定はなくても、この事態に対処するため厚生大臣に、当該医薬品について、これを薬局方から削除するとか、製造の許可・承認の全部または一部を取り消す等の特別、異例の権限が生ずるとともに、同時にそれが、厚生大臣の關係国民に対する義務ともなるとい得よう」が、本件では厚生大臣に右権限・義務は生じないと判示する。〔33〕は、「薬事法の目的並びに医薬品の日本薬局方への収載及び製造の承認に当たつての厚生大臣の安全性に関する審査権限に照らすと、厚生大臣は薬事法上、製造の承認を取り消すことができる」がその判断は厚生大臣の裁量に委ねられ、本件の場合、「クロロキン製剤の有用性が否定されるまでには至つていなかった」として国家賠償を求めらるる上告を棄却した。

右の三判決は第一次クロロキン薬害訴訟におけるものである。〔31〕は「条理上」製造承認等を撤回できると判示する。⁵⁵これに対して、最高裁〔33〕が「薬事法上」製造承認等の撤回が許されるというのは、前掲の柳瀬説に近いところもあるように思われる。⁵⁶〔32〕が医薬品の特質・薬事法の立法趣旨・厚生省設置法に基づく同省設置の趣旨などの総合的考察から右のように判示するのは、最高裁に近いように解される。

東京地判昭和六二・五・一八判時一二三二一三頁〔34〕

東京高判平成六・九・一三判時一五〇五号一七頁〔35〕（〔34〕の控訴審判決）

右の二判決は第二次クロロキン薬害訴訟におけるものであるが、いずれも国の国家賠償責任を否認した。〔34〕は医薬品の製造・販売についての指導や勧告権限があることはいうが製造承認の撤回権限があることにはやや及び腰であり、撤回義務の余地には言及していない。〔35〕は、原判決とはほぼ同旨であるが、括弧書で紹介する衆議院決算委員会が当時の厚生大臣が薬事法の解釈として明文の規定はなくとも製造承認等の撤回が許されるとの

答弁は、前掲の柳瀬説に近いところもある。

(55) 根本眞・昭和五七年行政関係判例解説(ぎょうせい、昭和五八・一九八三) 五九〇頁は、法律の留保の原則からみて製造承認の撤回の根拠を条理に求めることに批判的である。同旨、宗宮英俊・昭和六二年行政関係判例解説(ぎょうせい、平成元・一九八九) 五七三頁、波床昌則・昭和六三年行政関係判例解説(ぎょうせい、平成二・一九九〇) 四七八頁以下。

(56) 判旨賛成、宇賀克也「判批」判評四四六号(平成八・一九九六) 二〇七頁。浜秀樹・平成七年行政関係判例解説(ぎょうせい、平成八・一九九六) 三三九頁は、本件最高裁判決は、有用性を欠くこととなった医薬品の製造承認の取消義務を定める昭和五四年改正後の薬事法は創設的規定ではなく確認的規定とみるという。

五 侵益的行政行為の撤回

一 撤回自由の原則

1 前記のように、通説的見解である法律根拠不要説によれば、侵益的行政行為の撤回はこれにより相手方の権利利益を損なわないから撤回は自由であるとみる。羈束・裁量行為区別論にたつ渡辺説は、結局、裁量行為として行われる侵益的行政行為に限り法律の根拠は不要という。折衷的見解とみられる山内・今村博士も、不利益処分撤回については法律の根拠は不要とみる。

判例の中にも、授益的行政行為と異なり、侵益的行政行為の撤回は自由であることを明示するものがある。

〔一〕が農地売渡処分前には「農地買収処分の取消は何人の権利、利益も侵害しないから」取消・撤回しうると判示するのは、農地買収処分という侵益的行政行為の撤回は自由であるというものであろう。これに対して、農

地売渡処分後は「処分庁は、関係人（売渡処分の相手方たる買受人、売渡処分後当該農地に権利を取得した者）の同意があつたときは」売渡処分を取消・撤回しうると判示するのは、農地売渡処分という授益的行政行為の撤回は自由ではなく、撤回には相手方の同意が必要であることをいうものと解される。

侵益的行政行為の撤回は自由であるというのは、一般論としては賛成できる。ただし、当該の侵益的行政行為をなす義務が行政庁にある場合には、要件事実の消滅や公共の福祉に対する重大な損失の防止・除去のために必要であるときを除いて、撤回は許されない。

2 前記のように、杉村説は、「賦課的行政行為」の撤回についても法律の根拠が必要であるが、例外的に要件事実の事後的消滅の場合は法律の根拠がなくても撤回は可能であり要求もされるといふ。晴山教授も同旨である。

判例の中にも、侵益的行政行為の撤回は必ずしも自由ではないと判示するものもある。

大阪高判昭和四六・一一・二五行集二二卷一一一一号一八六三頁〔36〕（〔17〕の控訴審判決）

最判昭和五〇・五・二三訟月二二卷七号一四三〇頁〔37〕（〔36〕の上告審判決）

〔36〕は、「適法かつ有効に成立した行政処分は、処分庁といえどもはやその効力を自由に変更、消滅させることはできないのが原則である。尤も、懲戒処分のように被処分者の権利を侵害する処分の撤回は、それによって被処分者の侵害された権利を復活させるものであり、新たに権利を侵害するものではないから、一見処分庁が自由になし得ると考えられないではないが」、公務員に義務違反がある場合は懲戒処分をなすべき義務があるため、「特別の規定……がない限り、法的安定の立場から、原則として一旦なした懲戒処分をその後自由に撤回することはできず」または行政処分の撤回は「公益上その効力を存続せしめ得ない新たな

「な事由が発生した場合に限る」といい、本件撤回はこの場合にあたらず無効として原判決を破棄した。^{〔37〕}は簡単に原判決の判断は正当として上告を棄却した。^{〔57〕}

右の二判決は懲戒事由がある場合は懲戒処分をなすべき義務があることを前提におく点で、賛成できない。懲戒処分やその撤回をするかどうかは任命権者の裁量に委ねられ、裁量行使の限界論に従うべきことになる。すると、侵益的行政行為の撤回は、相手方の権利利益を侵害せずむしろこれに資することになることから、原則として法律の根拠がなくても許されよう。ただ、本件のように「処分撤回斗争としての数日にわたる執拗かつ激しい大衆団交の結果」撤回されたというような場合は、撤回は裁量の限界を超えるか、相手方の強制そのほかの不正な手段に得られた行政行為として無効またはその撤回（撤回の撤回）が許されると思われる。

（57） 高野修・ジュリ公務員判例百選（昭和六一・一九八六）七一頁は、最高裁〔37〕は巧妙な判決であったという。

二 撤回義務？

1 侵益的行政行為の撤回は自由であるだけでなく、その撤回義務があるのではないかが問題となる。遠藤博士は、取消・撤回義務を問題とするが、結局、利益考量に委ねるべきとしている。^{〔58〕}前記のように、法律の根拠がなくても撤回は可能であり要求もされる場合として、杉村博士・晴山教授は要件事実の事後的消滅の場合をあげ、^{〔59〕}山内博士は公益上の必要がなくなったときをあげる。

2 判例はどうであろうか。〔4〕は、法令の定める撤回事由を充足する場合でも、直ちに撤回が許されるわけではなく、住宅困窮者の住宅の確保という公益上の必要と建物所有者（原告）の利害を比較考量のうえ住宅使用権の更新により建物所有者に甚だしい不利益を加える結果となる場合には更新拒否（撤回）義務があるといい、本件更新処分は違法としてその取消請求を認容した。公務員の懲戒処分に関する〔17〕は当該事案では撤回義務

を否認する。

ところで、国家公務員法七九条は、職員が刑事事件に関して起訴されたなどの場合には休職処分をすることができる（同旨、地方公務員法二八条二項）。この休職処分をするかどうかは任命権者等の裁量に属する。第一審無罪判決後の起訴休職処分の撤回義務・国家賠償請求について、つぎの三判決中、第一審はこれを肯定、控訴審・上告審はこれを否認した。

福岡地判昭和五五・一二・一七勞判三五六号一九頁〔38〕

福岡高判昭和五九・四・二六勞判四三三二号三八頁〔39〕（〔38〕の控訴審判決）

最高裁〔40〕もいうように、起訴休職制度の趣旨・目的に照らして「休職を継続する必要性が消滅したか否か

を判断し、休職処分を撤回すべきか否かを決定することができるのであって、その判断は、任命権者の裁量に任されている⁽⁶⁰⁾」。裁量収縮により撤回義務が導かれるのは例外的場合に限られる。〔39〕は第一審判決の無罪理由や検察官控訴事件の有罪率などが重要な意味をもつというが、妥当であろう。一般に、第一審無罪判決に対して検察官が控訴している以上、任命権者としては有罪の疑いがあることを否認するわけにはいかない⁽⁶¹⁾。本件では、起訴休職処分の撤回義務は否認されるべきであろう。

次の三判決も起訴休職の撤回をしなかったのは違法とはいえないというなど、判旨・結論は右の最高裁〔40〕とほぼ同じである。

横浜地判昭和五九・一〇・二五訟月三一巻六号一三〇一頁〔41〕

東京高判昭和六一・一〇・二八勞民三七巻四〥五号四〇一頁〔42〕（〔41〕の控訴審判決）

〔東京地判平成元・一〇・二六判時一三三七号一三六頁〔43〕〕

(58) 遠藤・注(6)二〇四頁以下。

(59) ほほ同旨、広岡・注(9)一二八頁。

(60) 木村実「判批」判評三六六号(平成元・一九八九)一九七頁は、国家公務員法八〇条によれば起訴休職事由が消滅したときは起訴休職処分は当然に終了して任命権者は復職を義務づけられるから、同処分の撤回義務のないことをいう必要はないとする。

(61) 同旨、上野至・昭和五五年行政関係判例解説(ぎょうせい、昭和五六・一九八二)二一〇頁、森脇勝・昭和五九年行政関係判例解説(ぎょうせい、昭和六一・一九八六)二〇八頁、小見山進・昭和六三年行政関係判例解説(ぎょうせい、平成二・一九九〇)四四二頁。

六 授益的行政行為の撤回

一 概 説

1 一般に、授益的行政行為の撤回事由として議論されるのは、撤回することが許される事由のことである。授益的行政行為の撤回義務が問題となることもあり、法律の規定中にも授益的行政行為の撤回義務の事由を定めるものは少なくない。撤回義務の事由は、葉害訴訟に関する〔18〕、〔19〕、〔28〕、〔29〕、〔31〕～〔35〕、後掲の〔65〕～〔67〕などからもうかがわれるように撤回許容の事由とはかなり異なる。また、侵益的行政行為の撤回義務の事由がもつばら法律による行政と相手方の利益の確保にあることと比較して、授益的行政行為の撤回義務の事由は異質なものがある。以下では、授益的行政行為の撤回許容の事由(単に撤回事由という)を中心として扱

う。

授益的行政行為の撤回事由の類型については、撤回の機能との関係ですでに述べた。また、美濃部博士、田中博士、杉村博士などが提示する撤回事由にもすでにふれたが、南教授はドイツ連邦行政手続法四九条に列挙する撤回事由に近いものを提示する⁽⁶²⁾。

2 一般に、授益的行政行為の撤回が許されるためには、まず、一定の撤回事由を充足しなければならない。法律規定の多くもこのような考え方にたっている。つぎに、撤回事由を充足しても直ちに撤回が許されるわけではなく、撤回が許されるかどうかは相手方の信頼保護の要請と撤回を求める公益などとの比較考量に依存することが多い。

(62) 南・注(28)七三頁以下。なお、乙部・注(4)八頁以下。

二 撤回権の留保

1 撤回権の留保がある場合には、法律根拠不要説はもとより法律根拠必要説も法律の根拠がなくても撤回は許されるとみるものが多い。これに対して、遠藤博士は、撤回権の留保は単なる宣言的意味しかなく、具体的に撤回が許されるかどうかは留保されていない撤回権の行使と同じく具体的利益考量に依存する⁽⁶³⁾というが、例文的な撤回権の留保の場合を除いて、撤回権の留保はその行使を予期すべき理由となり、それだけ当該行政行為の存続についての相手方の信頼は弱くなるう。

2 判例の中にも同旨のものとして、つぎの例がある。

東京地判昭和三五・一二・一四行集一一卷一二号三三九一頁〔44〕

出入国管理令（現在の出入国管理及び難民認定法）二六条に基づく再入国許可処分は自由裁量行為であり、

法務大臣は「許可処分に附した取消権留保附の条件に違背したとか、当該許可処分に取り消し得べきかしが存するとか等の場合において、これを取り消すべき公益上の必要があるときは、明文の規定をまつまでもなく、一般の場合と同様自ら右許可処分を取り消し得べきことも明らかである」。在日華僑である原告らが商業視察の目的でマカオに渡航するのであり、目的外の活動や目的地以外には行かないとの誓約書を提出して許可を得ながら、マカオで商業視察をすることもなく直ちに中国本土に行ったことを理由に許可処分を取り消した。判旨は、「取消権留保の表示及び通知がなくても、右条件違背の事実のみによって再入国許可処分を取り消し得るといふが、この再入国許可処分の取消が原告らの本邦上陸の権利、ひいては原告らが今迄有していた本邦在留資格という重大法益を奪うにいたることを考えるならば右の主張はとうていこれを容認することができない」といひ、本件取消処分は違法としてその取消請求を認容した。

判旨が撤回権の留保のある場合でもこれを撤回すべき公益上の必要があることを求める点には賛成である。ただ、撤回権の留保事項として、公益上の必要や相手方の責めに帰すべき事由が発生したなどの場合には撤回することがある旨を含むことが多いのではないかと思われる。「一般の場合と同様」という判旨部分は、この場合の撤回には明文の根拠は不要というのが支配的見解であるとの認識を示すものであろう。なお、撤回制限の根拠をもっぱら行政行為の適法・存続についての相手方の信頼保護に求める以上、撤回権留保の趣旨が相手方に明確に知られる必要がある。本件では、撤回権留保の趣旨が相手方に知られているかは必ずしも明確ではなく、撤回権留保に基づく撤回のケースに相当するかは疑問がある。ただ、相手方の誓約書違反という事実は認められ、相手方の負担の不履行または相手方の同意に基づく撤回としては適法ではないかと解しうる余地もある。

三 負担の不履行

1 負担の不履行が独立に撤回事由となるかどうかについては、学説は必ずしも一致しない。法律根拠不要説のうち、田中博士や南教授は負担の不履行を独立の撤回事由とみるようであり、このほかにも相手方の義務違反の一つとして撤回事由となるとみるものが多いようである。遠藤教授は、①負担の付加や負担自体が適法であること、②負担の不履行について受益者の責任の有無は問わない、③まず撤回の警告など負担の履行を促す措置をとるべきであり、撤回は最後の手段であるべき⁶⁴という。これに対して、法律根拠必要説は、負担の不履行の場合でも法律の根拠がないかぎり撤回は許されないとみるものが多い。折衷的見解は区々である。

負担の不履行の場合は無条件に撤回可能となるわけではなく、当該事案において撤回が裁量の限界を超えるものであつてはならない。一般論としては、負担の不履行についてその履行を確保するための強制執行が可能である場合には、比例原則に基づきまずこれによるべきであり撤回は最後手段であるべきである（なお、後記五六頁の〔27〕参照）。また、相手方の信頼保護の観点からは、負担の不履行の場合は「取消（撤回）を受けることがあり得ることは当然予期しなければならぬ」が（〔22〕）、比例原則に基づき撤回をする前に、撤回の警告など負担の履行を促す措置をとるべきであろう（〔21〕・〔22〕の事案ではこれが行われている）。

2 判例の中にも、負担の不履行と撤回の許否に関わるものとして、以下のものがある。

(1) 農地関係処分⁶⁵の撤回

農地法五条により宅地転用のための許可処分に付された条件の不履行の場合の撤回の許否について、〔21〕は撤回するだけの「公益上の必要性ある」といい、〔22〕は相手方は撤回があり得ることは「当然予期しなければならぬ」ことをも付加する。

(2) 道路占用許可の撤回

青森地決昭和三二・一一・二九行集八卷一一号二〇七一頁〔45〕

「申立人等は、占用許可の条件に違反したことによる許可の取消の場合でも、公益上やむをえない必要が生じた場合でなければ許されないと主張するが、道路占用の許可は、道路法第七一条第一項により許可処分
に附された条件に違反した事実が存すればこれを取り消し得る」といい、許可された〇・六七坪を越えて一
坪を占拠する屋台についての占用許可取消処分を前提とするその除去のための代執行に対する執行停止の申
立てを却下した。

青森地判昭和三四・三・三一行集一〇巻三号六六四頁〔46〕〔45〕の本案判決

原告等が屋台の坪数を大きくし、かつ従来の組立式のものから作り付けのものに改造したことは「占用許
可条件に違反して屋台を改造したものであるから」、道路法七一条に基づく本件占用許可取消処
分は違法ではないとして、その除去命令の無効確認請求を棄却した。そのさい、「右取消処分当時青森市内
には原告等主張のとおり無許可で道路上に屋台を設置していたもの約四百軒が存在していた……と……直
ちに原告等に対する取消が権限乱用であると認めるべき証拠はない」と判示する。

右の二つの判例は、負担の不履行があれば直ちに取り消すことができるかとみるようであるが、一般論としては
賛成できない。本件でも、先ず許可条件どおりの屋台とすべき旨の指導や命令を先行させるべきであろう。〔46〕
の判旨後半はいわゆる「不法に平等なし」をいうものであると解されるが、より道路法違反の程度が重い約四百
軒の無許可屋台の除去をしないまま原告の道路占用許可条件違反を理由に許可を取り消して代執行に及ぶのは
平等原則違反の疑いがある。

(3) 行政財産の目的外使用許可の撤回

熊本地判昭和五一・三・二九判夕三三四号一三九頁〔47〕

熊本大学が同大生活協同組合に対して大学施設の使用を昭和四五年四月一日以降、許可しなかった意思表示は、国有財産法一八条に基づく行政財産の目的外「使用許可の取消（講学上の撤回）」と解すべきである。組合が「昭和四三年一月分以降の水光費を支払わないことは、本件使用許可条件の違反にあたり……許可を撤回しうる一応の理由とはなりうるが、右撤回時における未払水光費は一〇〇万円弱であつて、それほど多額とはいえない金額であり、しかもそのうちの約三分の一弱……は支払う用意がある」と宣言していたことなどを考慮して、本件撤回は権利濫用であり違法・無効と判示する。本件撤回は「他大学の事例に比べてみても、酷に過ぎた処分」ともいう。

本件未払水光費については大学による強制徴収は認められないであろう。そうすると、使用許可の撤回は許されるようにも解されるが、一般論としては、この場合にも、支払いの指導や督促を先行させるべきである。使用許可の撤回は、これらの指導や督促にも応じないなど悪質な場合に限られるように思う。なお、判旨によれば、生協側が確認・了解事項に違反して決算書・事業報告書を大学側に提出しないという「違反の程度が信義誠実の原則に照らして著るしく重大であれば、使用許可撤回の事由となる」が、大学側は決算書・事業報告書の内容を容易に知ることができ違反の程度は重大ではないということであり、やはり本件撤回は許されないであろう。

(64) 遠藤・注(6)一八六頁以下。遠藤博士は、ドイツ連邦行政手続法三三六条一項が定めるような行政行為の法律要件の一部の履行を確保するために負担を付すことは認めないようである。

(65) 「不法に平等なし」については、乙部哲郎『行政の自己拘束の法理』（信山社、平成一三・二〇〇一）二四八頁以

および同所に掲記の文献を参照されたい。

四 このほか、相手方の責めに帰すべき事由

1 青色申告承認の撤回

所得税法・法人税法に定める青色申告承認の撤回に関わる判例は、〔7〕のほか、以下のものがあるが（なお、後記七一頁参照）、その多くは法律に所定の撤回事由があればそれだけで撤回は許されるとみるものと解される。

松山地判昭和三二・二・一四行集八卷二号二四六頁〔48〕

松山地判昭和三二・二・一四行集一〇卷一〇号二一五七頁収録〔49〕

東京地判昭和三四・一〇・二八行集一〇卷一〇号二〇一四頁〔50〕

高松高判昭和三四・一一・五行集一〇卷一一号二一四三頁〔51〕の控訴審判決

高松高判昭和三四・一一・五行集一〇卷一一号二一五〇頁〔52〕の控訴審判決

東京高判昭和三六・一・二二行集一二卷一〇号八三頁〔53〕の控訴審判決

大分地判昭和三六・一二・一五行集一二卷一二号二四三八頁〔54〕

広島地判昭和四一・五・一六税資四四号六〇三頁〔55〕

東京地判昭和四一・八・一六税資四五号一五六頁〔56〕

広島地判昭和四一・八・三〇行集一七卷七〇八号九五二頁〔57〕

岡山地判昭和四二・一・一九訟月一三卷三号三四八頁〔58〕

大阪高判昭和五〇・六・一一行集二六卷六号七九五頁〔59〕

最判昭和五一・二・二〇判時八一〇号一八頁〔60〕〔59〕の上告審判決

長野地判平成五・一・二五税資一九九号九〇九頁〔61〕

東京高判平成七・一二・一一税資二一四号七一五頁〔62〕〔61〕の控訴審判決)

右の判例の中には、備付帳簿書類に「不正確な記帳がなされている場合には、これのみをもってすでに青色申告承認の取消事由となる」と明言するものもある〔55〕。一般に、法律による授權から直ちに撤回の許容性が導かれるわけではなく、裁量とその限界論からも個別事案ごとに撤回が可能かどうかを検討する必要がある。この意味で、青色申告承認取消は「形式上所得税法一五〇条一項一号に該当する事実があれば必ず行われるものではなく、現実に取り消すかどうかは、個々の場合の事情に応じ、原処分庁が合理的裁量によって決すべき」というのは〔61〕・〔62〕、適切な判示であろう。

2 道路関係処分撤回

道路交通法関係では、〔9〕、〔10〕のほか、以下の判例がある。

広島地判昭和三五・八・一行集一一卷八号二三四一頁〔63〕

運転免許の取消基準を定めた昭和二八年一月二〇日総理府令第七五号の八条一項によれば、免許停止処分期間満了日から起算して一年以内に再び免許停止処分を受けることになるものであるとき、その他情状により処分を加重する必要があると認めるときに該当するかの判断は、免許停止・取消処分が「権利侵害の性格を具有している」ことなどを考慮すると自由裁量ではなく法規裁量に属すること、本件転回違反が前年の駐車違反による免許停止処分の期間満了から一年以内に再び免許停止処分を受けることになるものであるときに該当するからといって、本件免許取消処分は違法としいその取消請求を認容した。

本件判旨は、その理由として、「過去一年内に一回の停止処分があることによりただちに取消処分に飛躍する

ことには大いに疑問」があると判示するのは比例原則を、従来、転回違反を理由に免許取消処分にした例はないことをも判示するのは平等原則違反を、それぞれ考慮しているようでもある。相手方はタクシー運転手であるから、免許取消により就業能力を奪うことになるか配転が可能かも考量の必要がある。

〔11〕は、「警察許可の一種と解される運転免許が付与された場合にも、公益上その効力を存続せしめ得ない新たな事情が発生したときには、これを撤回（取消）することができる。しかし、右警察許可は、自由に撤回することが許されるのではなく、法令の定める要件を充足する場合に限り撤回することができ、かつ、それ以上の要件の充足を要するものでない」として、交通違反当時「精神状態が正常であるなど責任能力を有するものであったとの要件を要するものではない」といい、本件取消処分の取消請求を棄却した。判旨は公益上の必要を道路交通法に定める運転免許取消事由と同視して、この事由があれば即、取消は可能とみるようにも解されるが、現実に取り消すかどうかは個々の場合の事情に応じ原処分庁が合理的裁量に従って判断すべきである。

—東京地判平成四・九・二五判時一四四五号一五三頁〔64〕

道路運送車両法九四条の八第一項に定める適合証の交付の停止命令は「講学上の行政処分の撤回に該当する……かような行政処分の撤回については、法が要件を定めている場合には、その要件に該当する事実がある場合に行い得るものである」。この停止命令は「事業者については客観的に車両法九四条の八にいう違反行為があれば足り、その行為につき故意又は過失を要すると解釈する余地はない」として、損害賠償請求を棄却した。⁶⁶⁾

本判決も、法律の定める撤回事由があれば即、取消は可能とみるようにも解される。〔11〕や〔64〕は法律に定める撤回事由の発生について相手方の故意・過失は必要でないとするが、撤回するかどうかの裁量判断では考

慮すべき要因の一つにはなるであろう。

3 宅地建物取引業の免許の撤回

宅地建物取引業法六五条二項は、業務停止権限の行使は知事等の裁量に委ねるのに対して、同六六条は、免許要件として定める事由中あるものを欠くにいたったとき、免許後一年以上の事業不開始や事業休止があつたときなどの場合には、宅建業免許の取消義務を課している。後者に関しては、以下の判例がある。

京都地判昭和五八・七・二〇判タ五一七号一七五頁〔65〕

大阪高判昭和六一・七・一判時一二二二号四六頁〔66〕〔65〕の控訴審判決)

最判平成元・一一・二四民集四三卷一〇号一一六九頁〔67〕〔66〕の上告審判決)

第一審は京都府の国家賠償責任を認容、第二審はこれを否認、最高裁はつぎのように判示する。同法六五条二項各号のいずれかの事由（業務停止の事由）に該当し情状が特に重いつき（六六条九号）という取消義務の「要件の認定に裁量の余地がある……当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が損害を被つた場合であっても、具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、当該取引関係者に対する関係で国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではない」といい、結局、原審の判断は正当として是認できるとした。

取消義務の要件の認定について判断余地を認めることには賛成であるが、宅建業法六六条によればこの要件はもっぱら業者についてみるべきであるのに、最高裁は行政庁の規制権限の行使の側面からみるように解され、問題の余地もある。

4 風俗営業許可の撤回

〔12〕は、「許可営業名義貸しが刑罰的見地から悪質であることは、直ちにそれがあつたときに許可取消に結びつける論理的な必要性はない」といい、許可営業名義貸しについて起訴猶予処分となつた者に風営法二六条一項前段の公益要件を充足するとして行われた営業許可の取消処分の取消請求を認容した。〔14〕は、パチンコ台の当たり率の調整などの「不正の規模や態様に照らし行為の悪性は極めて高く、しかもこれらの不正行為は」被控訴人有限会社の実質的経営者の意思に基づくものでありその「人的属性からして、本件の営業許可の取消により被控訴人及びその従業員の受ける経営上、生活上の影響を考慮に入れても」本件取消に裁量の違法はないとしてその取消請求を棄却した。⁽⁶⁷⁾

(66) 判旨賛成、萩原・注(20)一九七頁。なお、本件撤回は解除期限付撤回にあたるといい、運転免許の取消等は過去の行為に対する制裁というよりは将来の危険防止を目的とするから、故意・過失を要件としないという解釈にも馴染むという。

(67) 判旨結論に賛成、中川・注(22)一八一頁。原判決(静岡地判平成九・五・一六。判例集未搭載という)は裁量の違法を理由に取消請求を認容したようである。

五 事実・法状況の変更

1 事実の変更により行政行為の発付要件が消滅する場合、前掲の法律根拠必要説が法律の根拠がなくても撤回は許されるとみるか否かは必ずしも統一的ではない。杉村博士・広岡教授は否定的、芝池教授は肯定的のよう解される。法律根拠不要説中、美濃部博士は肯定的である。遠藤博士は、継続効をもつ行政行為のうち、年金給付や扶助決定などの撤回は許されるというほか、警察許可などは処分後も行政庁の関心が持続して行政介入が

留保されているものは、撤回を認める明示の規定がなくてもその撤回は許されるのに対して、私権設定的行政行為や国籍付与など完結的行政行為については、私権の保護や法的安定性の視点から撤回は許されないという。⁽⁶⁸⁾

事実の変更により行政行為の重要な発付要件が消滅する場合は、一般に行政行為の撤回は許されるであろう。法律規定にも同旨のものは多いが、必ずしも重要な発付要件に限らず発付要件のいずれかでも消滅する場合を撤回事由と定めるものも多い。

判例の中にも、薬品の製造承認に関する〔28〕～〔32〕のごとく同旨のものがある。逆に、後発的事情ではなく処分当時すでに存在していた事情が撤回事由となっていることを理由に、撤回は許されないとしたものがあるが〔33〕、前記のような撤回の観念からすれば判旨は適切であろう。このほか、つぎのものがある。

一 東京地判昭和五二・六・二七判タ三四九号一六八頁〔68〕

東京高判昭和五三・一一・二七判タ三八〇号九四頁〔69〕（〔68〕の控訴審判決）

〔68〕は、食品衛生法六条に基づく食品添加物の指定後に「指定の要件が欠缺しているものとして厚生大臣により指定の取消がなされるべきことはいうまでもないことである。換言すれば、厚生大臣の指定にかかる当該化学的合成品等について右指定の取消がなされるべき要件は、当該化学的合成品等が本来指定を受けべき要件である『人の健康を害するおそれのないこと』の積極的な確認がえられないことに尽きるのであって、指定にかかる当該化学的合成品等について有害であること、あるいは有害のおそれのあることが確認されなければ指定を取消することができないというものではない」といい、〔69〕もほぼ同旨である。

食品衛生法は指定の要件を定めるが、指定の撤回については定めていない。右の両判決は、指定要件の事後的消滅の場合、明文の規定がなくても指定の撤回は許されることを認め、かつ、損害賠償・損失補償請求を棄却し

た。⁽⁶⁹⁾

2 法令の改廃により行政行為が事後に違法となる場合はどうか。撤回事由として、この問題を扱うものは少ない。法律根拠不要説中、遠藤博士は、法律が撤回権限を定めなにかぎり撤回は許されないといい、⁽⁷⁰⁾南教授は、受益者がいまだ給付を受けていないか受給内容を享有していない場合で撤回しないと公益に障害を生ずるおそれがあるときは撤回は許されるという。

法律根拠不要説を前提におくかぎり、法律が撤回権限を定めなにかぎり撤回は許されないというのは適切ではないように思われる。他方、適法状態の回復のため当然に撤回は許されるというのも適切ではない。行政行為の発付時にすでにその要件が欠けていた場合と、事後に要件が欠けるにいたった場合とは、行政行為の効力を剥奪できるかどうかの判断では差異もあるからである。法改正により許可要件が厳しくなった結果、既存の許可要件が欠けることになった場合に、当然に撤回が許されるということにはならない。⁽⁷¹⁾具体的には、撤回を求める公益上の必要と相手方の信頼保護の要請などとの比較考量によるべきことになろうが、このさい、受益者が給付を受けたか給付を実現したかなどは重要な考量の要素となろう。

(68) 遠藤・注(6)一八一頁以下。ただし、同一九九頁は私法形成的行政行為は将来に向かつての取消撤回は可能という。

(69) 判旨賛成、藤村啓・昭和五三年行政関係判例解説(ぎょうせい、昭和五四・一九七九)六八六頁。

(70) 遠藤・注(6)一八一頁。

(71) 東京地判平成六・九・一六判タ八八八号一五六頁参照。

六 公益上の必要

1 法律の定める取消・撤回事由中では、「公益」・「公共の利益」・「公共の福祉」（以下もつばら「公益上の必要」という）を明示するものは少ないが、学説・判例では公益上の必要に基づく撤回の許否が最大の問題となる。前掲の法律根拠不要説は、法律の根拠がなくても公益上の必要があれば撤回を認める。これに対して、法律根拠必要説は、法律の根拠がないかぎり公益上の必要のみを理由に行政行為を撤回することはできないとみる。折衷的見解には、一部に限り両説と同様に解するものがある。

2 以下のように、法律の根拠がなくても事情変更等に起因する公益上の必要があれば行政処分撤回は適法と判示する判例は非常に多い。なお、法律規定が定める撤回事由との関連で公益上の必要に関わる判示をするものもある。

(1) 住宅関係処分の撤回

公営住宅の使用許可の撤回・明渡請求が許されるかどうかを公営住宅の建替えの必要性などの公益と入居者の利益との比較考量により決するものとする一連の判例があり、これらの判例については検討したことがあった（前記一二頁参照）。

(2) 道路関係処分等の撤回

〔23〕は、撤回について法律の明文の根拠がなくても、「道路の公益目的に合致」しないときは公安委員会は横断歩道を廃止することができるという。道路法七一条は道路占用許可等の撤回または工事の中止等の事由を定めるが、〔5〕は、「道路占用許可のごとき公物使用の特許による使用権は、公益の必要が生じた場合は何時でも一方的に行政主体において消滅させ得るという内在的制約があるものであり、その取消は、行政の所謂設権処分

により特別に与えられた利益を剥奪して一般人並に扱うに過ぎないのであって、営業許可の公益上の理由による取消や、土地収用のごとく元来私人の享有する権利自由を剥奪し、特にその者に特別の犠牲を負わせるのとはその利益状況を異にする」と判示しつつ、公有水面埋立てにより造成の道路敷地で映画興行・倉庫業を営んでいる原告会社の道路法七二条に基づく補償請求を棄却した。

判旨とは逆に、設権処分は権利を設定するが営業許可は権利を設定するわけではなく事実として自由を回復せしめることに注目して、前者の取消・撤回にはより厳しい制限があるという見方もある⁷²⁾。本件判旨は特許や許可の前段階としての禁止の対象となる権利自由の性格に注目して、営業許可が元来私人の享有する権利自由の禁止の解除であることとの違いから、道路占用許可という特許の撤回はより容易であるかのように判示する点でこれに先立つ阿部教授の見解を踏襲するように解される。ただ、許可も特許も営業の自由等の基本的人権に介入する行政手法であることを考慮すると、いずれも本来的自由の回復にかかわる側面をもっており、⁷⁴⁾このかぎりでは判旨には疑問もある。

(3) 指定医の指定の撤回

〔24〕・〔25〕は、「公益に合致しない事情が生じた場合には」指定医の指定の撤回について法律の明文の根拠がなくてもこれを撤回しようといひ、最高裁〔30〕も「公益上の必要」があるときはこれを撤回しようという。

(4) 換地予定地指定処分の撤回

〔3〕が認定する事情のもとでは、本件撤回には重要な事実誤認も認められ換地予定地指定処分の撤回の取消請求を認容する判旨の結論は是認できる。〔20〕についても同様である。〔27〕では、訴外は自己に対する換地予定地指定の結果、その従前地は道路敷地にあてられることとなったが、原告に対する当初の換地予定地の一部は

自己の従前地（真実はそうではなかった）であるからこれを返還してくれなければ道路敷地予定地上の家屋の移動に応じないとの陳情に接して、原告の当初の換地予定地の右の部分を削減して訴外の換地予定地に追加指定するために原告に新たな換地予定地指定処分をしたのであった。このような事情のもとでは、判旨が原告の換地予定地指定処分の変更処分は公益上の必要があるとはいえず違法としたのは適切である。なお、訴外による家屋移動の義務履行の確保のために代執行をする代わりに原告に換地予定地指定処分の撤回をすることはできないという意味で、判旨は本件変更処分をもって行政代執行法二条にいう義務履行確保のための「他の手段」にはあたらないというが、これにも賛成である。このほか、以下のような判例がある。

福島地判昭和三一・八・一七行集七卷八号二〇四六頁〔70〕

仙台高判昭和三二・七・三行集八卷七号一三五七頁〔71〕（〔70〕の控訴審判決）

〔70〕は、「一般に瑕疵なく成立した行政行為について将来にわたり、その行為の効力を存続せしめ得ない新たな事由が発生した場合に、たとえその行為が人民に権利又は利益を与えるところかその他法律上の権利関係を設定する行為であっても、これを撤回しなければならぬ公益上の必要があるならば、これを撤回し得るものと解すべきである」。「換地予定地指定は、工事完了後に行われる換地処分と異って、整理工事の必要上行われる暫定的処分であるが、それ自身独立した行政行為としての効力を生ずるため、従前の土地の所有者その他関係者に対し義務または不利益とともに権利または利益をも与えるものであり、従ってこれを撤回するためには、公益上の必要がなければならぬ」といい、特別都市計画法に基づく本件換地予定地指定処分の撤回は「当事者に一その利益を与えるだけでなく」、「土地区画整理を実施する上において、公益上必要である」として、その取消請求を棄却した。〔71〕も、一般論としては、換地予定地指定処分は「暫定的

措置」であること、区画整理事業の施行上、公益上の事情が生ずるときは取消変更をなしうることを判示して、本件では、当初の換地予定地指定処分後、指定対象とする土地の所有者が変更になり関係者間の協定をまつも不調に終わったため、改めて「仮換地を指定して、その使用、収益の関係を確定せしめ、以て土地区画整理事業の実施を急速適確に進めようとする公益上の必要に基くものである」といい、本件変更処分は適法としている。

静岡地判昭和三四・一二・八行集一〇卷一二号二五六八頁〔72〕

「都市計画法に基く換地予定地の指定をするに際し合理的な理由がないのに同種の事情にある宅地所有者を差別して扱うことは違法な処置といわねばならないところ、本件換地予定地の指定変更処分は原告所有地と隣接し同様の事情にある」旧所有者等には増坪としながら、原告には「増坪は全くない」こと、「区画整理事業の円滑迅速な進行をはかるという公益上の必要」もなかったとして、同処分の取消請求を認容した。

津地判昭和四〇・一一・一八行集一八卷八〃九号一一七七頁収録〔73〕

名古屋高判昭和四二・八・二九行集一八卷八〃九号一一六六頁〔74〕〔73〕の控訴審判決

両判決とも一般論としてはほとんど同旨であるが、ここでは〔74〕の判旨のみを紹介する。すなわち、「仮換地指定処分は工事完了後における換地処分とは異なり土地区画整理事業の必要上行われる暫定的処分にすぎず、その変更はもとより許されるべきものであることは多言を要しない。しかしながら、仮換地指定処分といえども、その効力として従前の宅地所有者その他の関係者に対し義務ないし不利益を与える反面、権利ないし利益をも与えるものである。従って原処分の変更はすでに仮換地指定を受けた者及びその他の利害関係人の既得権ないし利益を侵害する筋合であるからその変更の許されるのは、公益上特段の必要ある場

合に限る。」

両判決とも本件仮換地指定処分の変更処分は無効確認請求を棄却したが、〔73〕はその取消請求を認容した。本件仮換地指定処分には訴外が経営する病院建物が現存する土地が含まれていたが、本件変更処分はこの部分を指定地から除外するものであった。〔73〕は、本件変更処分は当初の仮換地指定処分を「撤回して新たに別個の換地予定地を指定する行為」であるが、「原告の本件係争地使用の期待権を侵害し」、訴外の「陳情を受け、同地を他人のために仮換地指定するにあつた」もので撤回すべき公益上の必要はなく「被告の恣意による違法処分」であるという。〔74〕は、本件変更処分は訴外の個人的利益を図る趣旨ではなく建物移転の費用の節減を図るといふ閣議の基本方針に沿うものであり「公益上特段の必要性があつたと認められる」、被控訴人（原告）に「不利益を与えるものとは称し得ない」という。

右の判例中、公益上の必要の内容は、土地区画整理事業の実施を迅速適確に進めるといふ（特別）都市計画法の目的（〔71〕、〔72〕。〔20〕もこれに近い）、土地区画整理事業の事業費節減という閣議の方針（〔73〕・〔74〕）に求められる。また、前記の田中博士による公益上の必要に基づく撤回の二態様中（一四頁参照）、行政行為を存続せしめ得ない新たな事由（〔70〕）がいずれを指すかは必ずしも明確ではないが、「より大なる公益実現のため必要がある等の特別の事情があれば、行政庁において、その処分を撤回することも」是認されるというのは（〔27〕）、田中博士がいう第二の場合を指しているようにも解される。

なお、換地予定地指定処分は相手方にとって必ずしも常に授益的性格をもつわけではなく、侵益的性格のものもあるほか、相手方には授益的だが第三者には侵益的またはその逆の場合もあると思われる。したがって、その変更処分も常に授益的行政行為の撤回としてみることもできない。具体的事情により、当該の換地予定地指定処

分は侵益的・授益的等が決まることになろう。⁽¹⁵⁾〔27〕は「換地予定地指定処分は私人に権利利益を附与する」といい、〔20〕や〔72〕も同様に理解するものと解することもできよう。〔70〕や〔73〕・〔74〕は換地予定地指定処分は授益的的性格とともに侵益的的性格をもつという（後者中にはこれと矛盾する判旨もみられる）。いずれも当該事案では相手方は換地予定地指定処分の撤回の取消を訴求していることから、相手方には授益的だが第三者には侵益的の性格をもつものと解される。

(5) 農地関係処分の撤回

農地関係処分の撤回について法律の明文の根拠がない場合に、〔16〕は、農地買収除外の指定処分を「取消すべき特別な公益上の必要は生じていない」としたが、〔21〕・〔22〕は、農地所有権の移転の許可を撤回すべき「公益上の必要性」があるとしたほか、つぎの判例がある。

大阪地判昭和三九・六・一九行集一五巻六号九三二頁〔75〕

訴外地主が農地調整法に基づく農地使用目的変更許可申請書には小作人はいない旨の虚偽記載をしても、被告知事は「申請書の右記載が虚偽であることを知りながら、あえてその調査したところに従って許可を与えたものというべく、右調査の結果に事実と相違するところがあり、許可を与えるか否かの裁量に錯誤があったとしても、右記載が虚偽であったとの理由で処分庁みずから右処分を取り消すことは許されない」。訴外地主は申請書には転用目的として戦災者用の住宅建設などと記載しながら、許可後は本件土地を原告らに売り渡して原告らに潰廃させる意図であったとしても、これは内心の意図にすぎず「処分を取り消さなければならぬ公益上の必要があるとは認められない」。しかし、「一旦適法に成立した行政処分であっても、その後の事情の変更により処分の効果を存続させることが公益に適合しなくなったときは、処分の効果を将来

にむかつて消滅させるため、これを撤回できる」、「土地所有者は農調法九条による市町村農地委員会の承認を受けさえすれば、土地使用目的の変更を理由に賃貸借の解約もしくは更新拒絶をすることができ、その反面として賃借人が右許可のない土地に比較して不安定な地位におかれること」などを理由に、本件の場合、「右許可処分の効力を将来も維持することより以上に、耕作者の地位の安定をはかるべき公益上の必要がある」。

前記のように美濃部博士も、相手方に不正がある場合には取消・撤回は許されるという。詐欺・強迫・贈賄など不正手段、不当不十分な申立てにより行政行為を得たときという事由も、撤回事由となろう。⁽⁷⁶⁾右の判決は、この場合でも行政側の責めに帰すべき事由が加担するときは撤回事由とはならないが、さらに撤回すべき公益上の必要があるときは撤回は許されるというものである。判旨は適切であるように思われる。

(6) 行政財産の目的外使用許可等の撤回

行政財産の目的外使用許可は、公共用などに供するために必要を生じたときなどの場合には撤回することができる(国有財産法一八条以下・地方自治法二三八条の四)。行政財産の目的外使用許可の撤回に関する判例として、たとえば、つぎのようなものがある。

東京地判昭和三九・一〇・五(搭載文献不明)〔76〕

東京高判昭和四四・三・二七判時五五三号二六頁〔77〕(〔76〕の控訴審判決)

最判昭和四九・二・五判時七三六号四一頁〔78〕(〔77〕の上告審判決)

右の三判決は、いわゆる東京都築地魚市場の使用許可の取消事案についてのものである。使用許可の撤回の許容性を認める点では共通するが、第一審・第二審は東京都の損失補償義務を認めたのに対して、最高裁は行政財

産の使用許可により生じた使用権の内在的制約を理由にこれを否認して事案を原審に差し戻した。⁽⁷⁷⁾ 本件撤回は許され、かつ、損失補償義務は否認すべきであろう。

名古屋地判昭和五〇・四・三〇判時七八七号一一二頁〔79〕

名古屋高判昭和五二・一・三一民集三六卷一〇号二二八頁収録〔80〕（〔79〕の控訴審判決）

最判昭和五七・一〇・七民集三六卷一〇号二〇九一頁〔81〕（〔80〕の上告審判決）

〔79〕は、「郵政省庁舎管理規程」に基づく本件掲示板の使用許可は、同時に国有財産法一八条三項に基づく目的外使用許可であるが（他方、行政財産の許可使用ではないという判示もある）、被許可者は「何らの私法上の権利をも有せず……事実上の利益を享受しているにすぎない場合、管理者は、庁舎管理本来の目的を逸脱しない範囲において、その裁量により許可の取消ができ」、「本件掲示許可の一部取消は、環境整備の一環として掲示板の規格を統一し、設置場所の統合を図るために行われたもので」裁量権の逸脱・濫用はないとして、本件掲示板の使用・国家賠償請求を棄却した。〔80〕もほとんど原判決をそのまま引用する。

最高裁〔81〕は、右の許可は「なんらかの公法上又は私法上の権利を設定、付与する意味ないし効果を帯有するものではなく（したがって、使用の対価を徴することなどは、全く予定されていない）、もとより国有財産法一八条三項にいう行政財産の目的外使用の許可にも当たらない」、「庁舎管理者は、庁舎等の維持管理又は秩序維持上の必要又は理由があるときは、右許可を撤回することができる」といい、原判決は結論的には正当と判示した。

公益上の必要を明示しないものの、実質的には環境整備や庁舎等の維持管理がこれに相当するとみることもできる。具体的には、東海郵政局・昭和郵便局は、組合掲示板は一局一箇所の原則で臨むこと、本件掲示板が設置

されている食堂の利用者は必ずしも多くはなく、一階掲示板の方が職員の目に触れやすいこと、本件撤去に際して一階掲示板を相当程度拡大し、組合事務室も使用しやすくするなど代償措置を十分にとっていることなどが認定されており、これによれば判旨の結論は是認しうるであらう。

なお、都市公園法一一条も道路法七一条とほぼ同じ撤回事由を定めるが、前掲の〔6〕は、以下のように判示する。緑地公園ゴルフ場を更新するかどうかについて、都市公園法には明文の規定がないが、当事者間に更新しないことについて「了解」が存する場合にも、更新拒否には「正当な事由（すなわち都公法一一条二項各号所定要件に準じ、公益上やむを得ない必要）」が存在しなければならぬ。その判断は市長の裁量に委ねられるが、この場合、「本件ゴルフ場の管理許可関係が発現している公益機能と、右関係を撤廃することにより実現されるべき公益機能との比較衡量を中心としつつ、併わせて、右管理許可関係が撤廃されることにより倶楽部側の失うべき権益その他の諸事情を十分考慮する必要がある」として、「本件ゴルフ場は、公園施設でありながら、極く限定された人々のみ（人数、利用料金等の面からみても）の利用にしか供し得ない」、他方、「一般市民の散策・休息等の場として、その自由な利用に供するとすれば……都市公園としてはるかに高い効用を発揮し得る」などとして、本件更新不許可処分には裁量の違法は存しないとしたが、損失補償請求はこれを認容した。

本件事案での具体的な比較考量からみて、更新不許可処分（撤回）には裁量の違法は存しないという判旨に賛成である。なお、更新しないこと、つまり許可処分を撤回することについて当事者間に「了解」が存するだけでは撤回できないという判旨は、いわゆる受益者の同意の撤回事由性を否定するものと解される。

〔72〕 かつてのドイツの考え方である。渡辺・注（5）六〇頁以下参照。

〔73〕 阿部泰隆「行政財産の使用許可の撤回と損失補償」（昭和四四・一九六九）『行政法の解釈』所収（信山社、平成

二・一九九〇）一六七頁。

(74) 乙部哲郎「行政行為の種別に関する一考察」神院三一巻一号（平成一三・二〇〇一）六頁。

(75) 行政行為の授益性の基準については、乙部・注（4）三七頁以下および同所に掲記の文献を参照。

(76) 原田・注（28）一三二頁。ドイツの場合について、乙部・注（4）三八頁。

(77) 本件事案に言及するものは多い。たとえば、阿部泰隆・ジュリ行政判例百選Ⅰ（平成一一・一九九九）二二二頁および同所に掲げる文献を参照。宇賀・注（11）五五頁以下は、行政財産の目的外使用許可の撤回に関するこのほかの判例についても言及している。

七 受益者の同意等

1 受益者の同意がある場合には法律の根拠がなくても撤回は許されるか否かについては、前掲の法律根拠不要説はほぼ肯定する。法律根拠必要説中、杉村博士・芝池教授も肯定的であるが、広岡教授らは否定的のようである。折衷的見解中、山内説は肯定的であるが晴山説は否定的である。相手方の申請・届出などを撤回事由として定める法律規定も少数ある。強大な行政と弱者である個人の対立という構図のなかで個人の同意を一般的な撤回事由として承認することには問題もあるが、事案によっては受益者の同意を撤回事由として認めてよい場合もあるように思われる。

以下の判例は受益者の同意と撤回の許容性に関わる（なお、〔6〕、〔44〕参照）。

(1) 農地関係処分撤回

〔1〕は農地売渡処分の撤回事由としては買受人の同意のみをあげる（なお、本件農地買収計画等の取消訴訟の係属中、村農地委員会は買収計画、知事は買収処分をそれぞれ取り消したようであり、訴え却下の判決であつ

た)。このほか、つぎの判決もある。

仙台地判昭和三五・八・一七行集一一卷八号二一〇六頁〔82〕

原告借地人は本件畑の所有権を地主に譲渡する代わりに別地の譲渡をうけること、このために本件畑については原告への売渡処分を取り消して改めて地主に売渡手続を行うことという協議が原告・地主間に成立したのであり、「本件畑の売渡処分は、その後原告の同意により適法に撤回された」といい、本件畑の所有権を有効に取得したことを前提とする所有権確認請求等を棄却した。

本件売渡処分の撤回が原告・地主間の協議を移行するための形式としてとられたのであれば原告や地主の利益を損なうものではなく、他に公益に反するものでもなければ撤回は許されるであろう。

(2) 社会保険関係処分の撤回

千葉地判昭和三三・六・二八労民九卷四号五六六頁〔83〕

失業保険法八条一項に基づく任意包括加入の認可の取消により「失業保険の適用事業主たる資格を奪はれることにより、その従業員等は被保険者たる資格を喪失することにより失業保険法上の利益又は権利を将来に向つて失うことは勿論であるから、行政処分たる被告がみだりに認可の取消（撤回）をなし得ないことは明である」。いわし揚繰網漁業を営む原告事業主に対して、労働省通達に沿うかたちで「季節的循環的に離職者を生じせしめた節は解約其の他如何なる処置にも一切苦情を申すまじき旨の」誓約書を提出させて行った右認可は、「附款の記載のないこと、及び行為の相手方以外である従業員等代理人からも誓約書を差入れしめた点を見れば本件認可はこれを附款つき行政行為と見るよりはむしろ右認可については原告及び従業員等による予めの撤回の同意が為されていたものと認めるのを相当とする」。原告は、昭和三〇年秋に大量

の離職者を発生させたことから右の同意の前提条件を満たしており、知事による本件認可の取消は適法とい
いその取消請求を棄却した。

季節的循環的に大量の離職者が発生するものには失業保険法上の加入資格がないということであれば、実際に
大量の離職者が発生したことは認可要件の事後的消滅を意味するからこの視点からも撤回は許されうようにも
解されるが、判旨はこの点には言及していない。右の誓約書の提出はこの視点からの撤回に異論はない旨の同意
と解することもでき、いずれにしても本件撤回は許されるように思われる。⁽⁷⁸⁾

2 なお、〔13〕は受刑者の制限冊数外私本所持許可を「取消すべき合理的事由」がなく違法といい、つぎの
判決は換地予定地指定処分の変更には相当の理由・必要性があるなどとしてその適法性を認めた。

高松高判昭和三六・六・二九行集一二巻六号一三三三頁〔84〕（〔27〕の控訴審判決）

〔78〕 土地区画整理事業計画の変更は、従前の事業計画によつては事業の適正な遂行が困難になる場合等合理的な理由
がない限り、当該利害関係者の同意なくしては許されない（浦和地判昭和六〇・二・一八行集三六巻一号一二九頁）。
同計画の処分性を肯定する立場にたてば、同計画の変更は行政行為の撤回の性格をもつであろう。

七 撤回制限の根拠・撤回の効果

一 撤回制限の根拠

1 概説

〔1〕や〔24〕・〔25〕はいずれも、侵益的行政行為とくらべて授益的行政行為の撤回は自由ではないことを明
示する。これらは撤回について法律に明示の規定がない場合であるが、行政行為の条件違反（例、〔45〕）や法律

に定める撤回事由（例、〔11〕、〔12〕、〔55〕、〔64〕）を充足すれば直ちに撤回しうるとして、とくに撤回の制限やその根拠を明示せず、また、撤回が許されるかどうかの判断のために公益上の必要との比較考量が必須であることを明示しないものもある。しかし、法律に所定の撤回事由を充足するときでも、具体的に撤回することが許されるかどうかは行政庁の裁量に委ねられ、この場合、裁量判断は具体的事案での事情の比較考量に依存することが多い。

なお、遠藤博士は、私権設定的行政行為の撤回の許容性には否定的である（前記五三頁参照）。〔20〕は換地予定地指定処分について「私法上の権利義務の関係を新たに創設する趣旨のものではないことをも考慮して、〔79〕～〔81〕も「郵政省庁舎管理規程」に基づく本件掲示板の使用許可は何らの権利をも設定するものではないことなどを理由に、それぞれ撤回の許容性を認める。授益的行政行為により発生した使用権には内在的制約等があり、撤回は適法というものとして、道路占用許可の撤回についての〔5〕、食品添加物の指定の撤回に関する〔69〕がある。行政財産の目的外使用許可の撤回についての〔78〕もここにあげうるであろうか。

撤回が許されるかどうかは個別事案での相手方の信頼保護の要請と取消を求める公益上の必要などとの比較考量に委ねられるから、行政行為により相手方に既得権（〔73〕・〔74〕、後掲の〔85〕）そのほかの権利利益（〔70〕）が発生したことは、重要な考量要因ではあるが必ずしもその撤回を排除するわけではない。なお、不可争力の発生後であっても、撤回は許される（〔73〕）。撤回の撤回も許される（〔26〕）。

前掲の学説中、法律根拠不要説は、授益的行政行為の撤回は自由ではなく撤回には制限があるというが、撤回制限の根拠については必ずしも同じではなく、もっぱら法的安定性の原則（例、田中博士）、利益考量原則（例、遠藤博士）、信頼保護原則（例、南教授）などに求める。法律根拠必要説は、法律の定める撤回事由や撤回権の

留保等があるときは撤回は許されるといい、撤回制限の根拠をとくに明示しないが、法律に所定の撤回許容事由があるときでも具体的に撤回するかどうかは行政庁の裁量に委ねる趣旨であろう。

2 法的安定性

前記のように田中博士は、授益的行政行為の撤回は「既成の法律秩序」の保持の視点から制限があるという。つぎの二判決も、授益的行政行為の撤回は「既成の法律秩序」や法的安定性の保持の視点から制限があるという。

仙台高判昭和三三・七・一五行集九卷七号一三一二頁〔85〕

「行政庁といえども、一たん行政処分をしたときは、その行政処分に瑕疵が内在するとか、或はその後に事情が変遷し、これを存続せしめることが公益に適合しなくなった場合等の事由がない限り、ことに当該行政処分によって国民に権利また利益を与えた場合は、右行政処分を取り消すことは許されないものと解すべきである。けだし、一たん行政処分がされると、それを基礎として多種多様な生活関係が築かれ、法律秩序が発展してゆくのであるから、これを自由に取り消し得るとなると、国民の権利を不当に奪い、既成の法律秩序を破壊することになるからである」。造林臨時措置法に基づく本件造林地指定処分に従って控訴人が「すでに相当範囲にわたり造林を実施し終った現在、これを取り消すことは控訴人の既得の権利を侵害し、かつ多大の損害を被らしめることになることが明白であり、しかもこれを取り消さなければならぬ特段の公益上の理由の見当らない本件では」造林地指定処分の取消は許されないといい、その取消請求を認容した。⁷⁹⁾

福岡高判昭和四五・七・二〇行集二二卷七二八号一〇四五頁〔86〕

「第二次処分は第一次処分と別個の独立した行政処分であり、第一次処分をこれによって撤回する意思表示

示を含有するものと解される。成程仮換地指定は一旦これが為されると、それを前提として新たな法律関係、事実関係が形成されるからその撤回は右の法律関係や事実関係の当事者の権利を害し、法的安定性をそこなうおそれがあり、濫りに為されるべきでないことは云うまでもないが、絶対に許されないわけではない。

本件仮換地指定の第二次処分は「第一次処分により指定された仮換地を含み、街区番号、画地番号も同一で、かつ僅かながら地積も増加しているのであるから」右のような事情は見られず、「第一次処分の撤回は有効である」⁽⁸⁰⁾。

右の二判決による利益考量によれば、判決の結論はいずれも適切であろう。最近、「14」も「当初の許可を前提として新たな法律秩序が次々と形成」していることを撤回許容の判断では考慮すべきという。既成の「法律秩序」の保持の視点は、授益的行政行為だけでなく侵益的行政行為が形成した法律秩序の維持も含まれるであろう⁽⁸¹⁾。「36」・最高裁「37」も「法的安定」を根拠に懲戒処分という侵益的行政行為の撤回制限をいう。侵益的行政行為の撤回制限をいうことは、相手方の権利利益の保護の視点からみて問題がある。また、行政行為の発付後の事実変更等によりこの行政行為の重要な発付要件が消滅した場合でも、原行政行為が形成した法律秩序すなわち法律違反の秩序維持をも求めるようにも解され、適切とはいえないように思う。

3 利益考量

遠藤博士は、撤回が許されるかどうかは当該事案における総合的な利益考量によるべきことを強調する。したがって、撤回制限の根拠も統一的ではなく、当該事案により信頼保護、私法上の法律関係の維持や法的安定性に求められる⁽⁸²⁾。市原教授も同旨の立場であるように解される⁽⁸³⁾。

判例の中では、「6」も撤回には公益上の必要があるという前提のもとに、当該事案における総合的な利益考

量の結果、撤回は許されるとしている。このほか、換地予定地指定処分の撤回に関する〔3〕、〔70〕～〔74〕のほか、〔75〕、〔79〕なども同旨の立場に属するように解される。

4 信義則・信頼保護

東平教授は、取消・撤回が許されるかどうかは利益考量により決めるべきであるとしつつ、「国民の信頼保護」をも考慮すべきこと、補償さえすれば撤回が許されるというわけではないことをも付言する⁽⁸⁴⁾。南教授も、撤回自由の原則に立ちながら、相手方の信頼保護との調和を図りつつ撤回の許否を考へるべき⁽⁸⁵⁾。保木本教授も、授益的行政行為の許容性と限界は市民の信頼保護の要請と公益を的確に追求すべき国家行為の可変性の要請との比較考量によるべきことを説く⁽⁸⁶⁾。筆者も撤回制限が問題となる多くの事案では、撤回制限の法的根拠は相手方の信頼保護に求めるのが適切である⁽⁸⁷⁾と考へる。

なお、石川教授は、「法治主義と信頼保護との比較衡量を行い、後者の要請が前者の要請を上回る場合には」、行政処分⁽⁸⁸⁾の取消・撤回が制限されるとい、大浜教授は、「適法処分の原則」と「信頼性・法的安定性」とを対比させる⁽⁸⁹⁾。事実変更等により行政行為の発付要件が消滅して違法となる場合の撤回では、法治主義や適法処分の原則が信頼保護と対立するであろうが、相手方の義務違反や公益上の必要に基づく撤回の場合には、法治主義や適法処分の原則によっては撤回を是認できないケースも少なくない。

判例の中にも、以下のように撤回制限の根拠として信義則・信頼保護をあげるものがある。

- (1) 公営住宅の使用許可の取消・明渡請求については、信義則・信頼保護法理の適用を否認、使用許可の取消・明渡請求は適法とするものがほとんどであるが、なかには信義則・信頼保護法理を適用して使用許可の撤回・明渡請求は違法とした判例もある（前記一三頁参照）。行政財産の目的外使用の許可の撤回については、〔47〕は、

使用許可条件の違反の程度、平等原則のほか、信義則を基準に判断しようとするものであった。

(2) 青色申告の承認の撤回に関して、つぎの判例は信義則違反という相手方の主張を斥けその取消請求を棄却している。

大津地判昭和四九・四・一〇行集二五卷四号二四九頁〔87〕

所得税法施行規則六三条一項に所定の五年の帳簿保存期間、国税通則法七〇条二項四号に所定の五年の更正期間の経過後でも、青色申告承認の取消は可能とするのは「衡平の原則上検討を要すべき」であり、この取消に「除斥期間のないことと、青色申告承認を受けた者の地位の法的安定性との調和は、立法上の解決をみるまでは、やはり権利濫用ないし信義則など一般条項の適用による処理に期待せざるを得ない」といい、この一般条項が適用されるべき事案をも例示するが、結局、税務署長による本件青色申告承認取消処分は八年前に遡及する程度であるからこの一般条項に違反せず裁量権の濫用にはならないといい、その取消請求を棄却した。

この判決は行政法における失効の法理の適否が問題となった事案と考えられるが、控訴審判決〔59〕は明示的には権利濫用の問題として扱い、上告審判決〔60〕は明示的には信義則・失効法理や権利濫用の問題としてもみていない。⁽⁸⁹⁾

その後、以下の判例は、いずれも青色申告の承認の撤回は信義則違反ではないと判示している。

京都地判昭和五四・四・二七訟月二五卷八号二二九六頁〔88〕

浦和地判昭和五八・一・二二行集三四卷一号三二頁〔89〕

長崎地判昭和五九・一一・三〇行集三五卷一一号一九七八頁〔90〕

福岡高判昭和六〇・八・二九行集三六卷七〇八号一二五二頁〔91〕（〔90〕の控訴審判決）

静岡地判昭和六一・六・一九税資一五二号三六五頁〔92〕

右の判例中、青色承認取消処分は適法であるとする点では共通しても、〔89〕は納税者の信義則違反を認め、〔88〕や〔90〕・〔91〕は課税庁の信義則違反を否認する点では差異がある。〔92〕は青色申告者の大多数は原告と同程度の記帳しかしていないという事実はなく、「平等則」違反でもないことなども判示する。

〔31〕は、医薬品としての有用性が否定されることになった場合のその製造承認等の撤回義務が国民の信頼保護から導かれうることを承認している。⁽⁹⁰⁾

5 平等原則

学説では、平等原則が撤回制限の根拠になることを明示するものはほとんどない。しかし、一般に裁量行使の平等適合性は承認されており、撤回するかどうかも原則として裁量行使であるから、当然に平等原則も撤回制限の根拠となりうる。ただし、平等原則が撤回制限の根拠として機能するのは限定的である。⁽⁹¹⁾ 同種事案との比較では撤回が許されるとしても、当該事案での撤回が許されるかはさらに相手方の信頼保護の要請に照らして検討する必要がある。

判例の中にも、以下のように平等原則が撤回制限の根拠になりうることを認めるものがある。換地予定地指定処分について〔20〕、〔72〕、青色申告承認について〔92〕、道路関係処分について〔46〕、運転免許について〔63〕、行政財産の目的外使用の許可について〔47〕など。

6 比例原則

芝池教授は、撤回することが許されるかどうかの判断で法律規定のほか、比例原則を重視する。⁽⁹²⁾ 法律規定は撤

回または業務停止などの事由を共通に定めるものが多いが、この事由を充足する場合に具体的に撤回するかそれとも業務等の停止を命ずるかの判断では比例原則に基づく考慮が必要となろう。ただし、比例原則が撤回制限の根拠として機能するのは限定的である。業務停止等との比較では撤回が許されることとなっても、撤回が許されるためにはさらに相手方の信頼保護の要請に反しないかなどより重要な事情を考慮する必要があるように思われる。

判例の中にも、撤回するかどうかの判断では比例原則を考慮すべきことをいうものに、免許取消処分について〔63〕のほか、つぎのものがある。食品添加物の指定の取消に関して〔68〕は、「当該化学的合成品が指定の要件を欠くと認めるに至った場合においては、むしろ即時かつ全面的に使用禁止の措置をとるのを原則とすべきものである。もとより厚生大臣は、人体に対する影響力の度合、使用状態等、危険性の程度を勘案して適宜、合目的に緩和の措置をとることも許される」が、「緩和的措置はあくまでも危険性の見地から許容される範囲内においてなされるべき例外的なものであるべきであり、右以外の見地、例えば当該化学的合成品を使用している業者の利益保護等はいわば一切他事ともいふべきものであって、これを直接考慮の対象となすべきものでないことはいうまでもない」という。この判旨は、本件指定の取消処分は比例原則違反でもないとするように解される。ただ、従来、授益的行政行為の撤回により相手方が受ける不利益の緩和的措置をとるべきことが比例原則により要請されると理解される傾向にあったのと比較すると特色がみられる。

7 結論

撤回する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。撤回するかどう

かは当該事案での取消を求める公益等と相手方の利益との比較考量に依存し、利益考量原則の指摘は正しいものがある。ただ、事案ごとに適切な結論を出せばよいというわけではなく、あらかじめ問題解決のための原則を定めておく必要がある。重要であるのは、この利益考量の場面において、相手方の保護に値する利益を基礎づける法原則は何かである。前記のように法的安定性原則には問題点があり、結局、信賴保護原則（信義則）がより適切であるように思われる。

(79) 控訴人は、本件造林地指定処分は信義則違反であり行政権の濫用にあたりその瑕疵は重大明白であるから無効と主張しているが、判旨は信義則・行政権の濫用については明示していない。原判決である青森地判昭和三二・一・一七行集八巻一頁一頁は、本件造林地指定処分は違法でありその取消は適法といい、本件取消を学問上の取消とみているが、この原判決は破棄された。

(80) 樋口哲夫「判批」ひろば二四巻二号（昭和四六・一九七二）四四頁は、本判決の結論には賛成するが、判旨は撤回の要件である公益適合性の問題を無視する点で疑問があるという。

(81) 乙部哲郎「行政法における信賴保護」公法三九号（昭和五二・一九七七）一七二頁。

(82) 遠藤・注（6）三五頁以下、一八〇頁以下。

(83) 田上Ⅱ市原・注（6）一二〇、一一五頁、市原・注（6）一四一、一三六頁。

(84) 東平好史「行政行為の取消撤回と損失補償」ジュリ行政法の争点（昭和五五・一九八〇）一八二頁。

(85) 南・注（28）七二〜七三頁。なお、遠藤・注（6）二五五〜二五六頁。

(86) 保木本一郎「行政活動の変更と補償」『現代行政法大系6』（有斐閣、昭和五八・一九八三）二二六頁。

(87) 石川敏行「行政処分の取消し・撤回の制限」法教二三七号（平成一二・二〇〇〇）四七頁。

(88) 大浜・注（7）一七一頁。

(89) 同判決の論評や学説などについては、乙部・注(23) 三三三頁以下。

(90) なお、〔4〕は「衡平」の観念を基準に公益上の必要と私人の利益の比較考量により撤回の可否を決めるべきと
いい、〔73〕は撤回は相手方の「期待権」を侵害するというが、とりわけ前者が信頼保護・信義則説に近いかどうか
は必ずしも明らかではない。

(91) 乙部・注(65) 二三四頁。

(92) 芝池・注(10) 一七三頁以下。

二 撤回の効果

1 撤回の効果は原則として将来に向かって生じ、取消の効果が遡及的であるのと異なる。ただし、撤回の効果が過去の一時点に遡及して生ずることもある(前記七頁参照)。

撤回の効果として、損失補償をすべきかどうかが問題となる。前記のように田中博士をはじめとして通説的見解は、公益上の理由に基づく撤回の場合に相手方の損失補償が必要となるときがあるとする⁽⁹³⁾。法律の規定も相手方の責めに帰すべき事由に基づく撤回の場合と、公益上の必要に基づく撤回の場合を区別して、後者の場合のみ損失補償義務を課すものが多い(例、海岸法一二条、下水道法三八条)⁽⁹⁴⁾。

公益上の理由に基づく撤回の場合でも、これにより相手方の財産権を侵害するときでなければ損失補償義務は認められない。いわゆる東京都築地魚市場の使用許可の撤回に関して、〔76〕・〔77〕は東京都の損失補償義務を承認したが、最高裁〔78〕は使用権の内在的制約を理由にこれを否認した。〔5〕も同様である(前記五五頁参照)。逆に、〔6〕は緑地公園ゴルフ場の使用更新拒否事案で損失補償請求を認容する。〔68〕は食品衛生法六条の食品添加物の指定の取消による販売不能等は「商品自体に内在する社会的制約」といい、〔69〕は食品添加物

の指定の取消は「食品添加物に本来内在する制約」といい、いずれも国に対する損失補償請求等を棄却した。後者は「チクロの食品添加物指定を信頼して、チクロを使用して食品の製造、販売をなして……損失を蒙ったとしても、特別の規定をまたずに、禁反言ないし信義誠実の原則によって当然に」損失補償すべき義務はないとする。

2 つぎに、撤回の効果というわけではないが、撤回が許されないにもかかわらず撤回をした場合の効果が問題となる。前掲の判例の中では、「15」は財団法人設立許可の撤回は権限なき処分として無効といい、「47」は大学施設の使用許可の更新拒否は「社会通念に照らして著しく妥当を欠くものであり、権利の濫用として違法、無効」という。撤回行為も行政行為であり、通例の無効と取消の区別の基準に従って判断すべきであろう。「36」は公務員の懲戒処分⁹⁵の撤回は「重大かつ明白な瑕疵があるから無効」といい、「27」、「73」はいずれも重大明白説の立場から換地予定地指定処分⁹⁶の撤回は公益上の必要がなく違法ではあるが無効ではないとして無効確認請求を棄却、「73」は取消請求についてはこれを認容した。

他方、違法に撤回したときや撤回義務があるにもかかわらず撤回しなかったことは違法であり、賠償責任要件である違法性を充足する。医薬品の製造許可⁹⁷に関しては、スモン訴訟の「18」、「19」、「28」、「29」、クロロキン薬害訴訟の「31」～「35」、公務員の起訴休職処分⁹⁸に関する「38」～「43」、道路関係処分⁹⁹に関する「64」がある。このほか、受刑者の制限冊数外私本所持許可の撤回事案の「13」は国家賠償請求を認容、郵便局掲示板使用許可の撤回に関する「79」～「81」は国家賠償請求を棄却、宅地建物取引業の免許の取消義務事案の「65」～「67」も国家賠償責任に言及している。

(93) 同旨、南・注(28)七三～七四頁、保本本・注(86)二二八頁以下。

(94) ドイツの場合については、乙部・注(4)一七頁以下。

(95) 規制権限の不行使と国家賠償の問題については、たとえば、原田尚彦「業害と国家賠償責任」(昭和五三・一九七八)『行政判例の役割』所収(弘文堂、平成三・一九九一)一八四頁以下や同所に掲記の文献を参照されたい。

八 おわりに

一 以上のように、行政行為の撤回の根拠・制限の問題を検討する場合には、とりわけ侵益的行政行為と授益的行政行為の種別法が重要である。このほか、いわゆる私権設定的行政行為の撤回は厳しい制約に服するといわれることがあるが(前記六七頁参照)、私権設定的行政行為も授益的行政行為の一種であり、その撤回の制限の問題は基本的には授益的行政行為の場合と同様に扱われることになろう(同旨、〔21〕・〔22〕)。二重効果的行政行為の撤回の制限の問題も、結局は、その侵益的側面や授益的側面のどちらを重視するかが問われていることが多い(例、〔4〕、〔70〕、〔73〕・〔74〕)。

二 段階的行政手続の側面からはいわゆる予備決定と最終決定といった種別法もあるが、予備決定と最終決定とでは、撤回制限にも差異があるのではないかが問題となる。たとえば、〔20〕、〔71〕は、最終決定である換地処分との関係では換地予定地指定処分は「暫定的措置(処分)」であるとしてその撤回を比較的広く認めようとするのに対し、〔70〕、〔73〕・〔74〕は、換地予定地指定処分の「暫定的措置(処分)」性を認めながらその撤回の許否については通例の行政行為のそれと同様に考えようとする(なお〔3〕、〔72〕は、換地予定地指定処分の「暫定的措置(処分)」性には明示しない)〔26〕も土地改良法に基づく一時利用地指定処分は「終局的又は確定的な性質を有する処分ではないから」その撤回は許されるという⁹⁶⁾。

なお、〔27〕と〔84〕は第一審・第二審の関係にあり、換地予定地指定処分の変更処分は無効確認請求を否認

した点では共通する。ただ、第一審は変更処分は違法ではあるが無効ではないといい、第二審は変更処分は違法ではないとしていること、第一審は換地予定地指定処分の「暫定的措置（処分）」性を明示しないが第二審はこれを明認することといった差異があるのも興味深いものがある。

(96) このほか、ある種の公務員の懲戒処分の撤回は許されない理由を行政行為の不可変更力に求める見解がある。学説の紹介も含めて、乙部・注(15)九九頁以下。