

# 職権取消しの可否

## 第1 はじめに

許可処分をしたが、許可要件を充足していなかったことが判明した場合、もともと許可をするべきではなかったのであるから、その許可を取り消すべきであることは当然の理であるように思われる。民法においても、意思表示に要素の錯誤があるときは、その意思表示は無効とされ、ただし、表意者に重過失があったときに限り、無効を主張することができないとされている（民法第95条。もつとも、動機の錯誤については、それが意思表示の内容として表示された場合に限り無効とされる（最高裁昭和29年11月26日判決）。）。

ところが、行政処分（講学上の行政行為）については、職権取消しをすることができる

場合が限られているという。それはなぜなのか、それはどのような場合なのか。以下、このことに関する重要判例を概観する。

## 第2 リーディングケース（最高裁昭和28年9月4日判決）

### 1 事案の概要

X（被上告人）は、Aに農地を賃貸していたが、期間満了に際し更新を拒絶することとし、農調法に基づき、群馬県知事Y（上告人）に更新拒絶の許可を申請したところ、これが許可された。ところが、Yは、「Yにおいて再調査の結果、Xの許可申請書記載の事項と事実と相違する点が明白となったから許可処分」に要素の錯誤による違法を認め且かかる処分を存置するのは一般農民に対し悪影響があ

るので公益的見地から右処分を断行した」として、許可を取り消した。そこで、XはYに対して、許可取消しの取消しを求め訴訟を提起した。

### 2 判旨

(1) 「元来許可が行政庁の自由裁量に属するものであっても、それはもともと法律の目的とする政策を具体的の場合に行政庁をして実現せしめるために授權されたものであるから、処分をした行政庁が自らその処分を取消すことができるかどうか、即ち処分を拘束力をどの程度に認めうるかは一律には定めることができないものであって、各処分について授權をした当該法律がそれによって達成せしめんとする公益上の必要、つまり当該処分

性質によって定まるものと解するのが相当で

ある。」

(2) 「都道府県知事は農地の賃貸借の当事者が農調法九条三項所定の許可を受けるために申請書を提出しても、その申請書の記載にはかわりなく、同法施行令一一条所定の基準に従って、当該賃貸人が自作を為すに必要な経済能力、施設等を有するかどうか、当該賃貸人の自作によって当該農地の生産が増大するかどうか、更に賃貸借の解除、解約（合意解約を含む）又は更新の拒絶により当該農地の賃借人の相当な生活の維持が困難となることがないかどうか等諸般の事情を考慮して許可を与えることが相当であるかどうかを決しなければならぬ」。

「それ故かりに右申請書に不実の記載があつても、行政庁は申請書の記載にかかわらず、当事者双方に存する前記諸般の事情を勘案した上許可を与えることが相当であると決定することができるのであつて行政庁がその権限に基いて許可を与えれば、それによつてたゞに申請者だけが特定の利益を受けるのではなく、利害の反する賃貸借の両当事者を拘束する法律状態が形成せられる」。

「それ故かような場合に、申請者側に詐欺等の不正行為があつたことが顕著でない限り、処分をした行政庁もその処分に拘束されず、処分後にはさきの処分は取消しできないこ

とにしなれば、農調法九条三項所定の法律行為について特に賃貸借当事者の意思の自主性を制限して、その効力を行政庁の許可にからしめた法的秩序には客観的安定性がないことになつて、それでは却て耕作者の地位の安定を計る農調法の目的に副わないことにならぬ」。

「されば所論のように、上告人において許可後に許可申請書記載の事項と事実とが相違することが明となつて、さきの許可を与えなかつた方がよかつたという見解に到達したとしても、それは上告人においてさきの調査が不充分であつたかも知れないという内部の事情に過ぎないことであつて、かかる事情の下においては、所論要素の錯誤を理由として農調法上の法的秩序に優位せしめなければならぬ程度にさきの許可を取消すべき公益上の必要あるものとはとうてい認めることができない」。

「よつてかかる場合は行政処分によつてさきの処分を取消すことは許されないとした原判決は正当であつて論旨は理由がない。」

### 3 若干の考察

昭和28年判決は、要素の錯誤があつても、行政処分を取り消すことができな場合があることを認めている。そして、行政処分を取り消すことができるのかどうかは「処分の性

質によつて定まる」とする一方で、結論は、法的安定性（「法的秩序には客観的安定性」、「耕作者の地位の安定」、「農調法上の法的秩序」と公益上の必要（「内部の事情に過ぎないこと」）の比較考量により導いている。なお、「申請者側に詐欺等の不正行為が顕著」である場合を例外としている。

## 第3 最高裁昭和43年11月7日判決（本判決）

### 1 事実の概要

玉川地区農業委員会は、昭和23年4月本件各農地を不在地主たるAの所有する小作地であると認定して、自作農創設特別措置法の規定に基づき買取計画、売渡計画を樹立し、都知事は、同月25日付令書によつてこれを買収し、次いで、Xら（上告人）に売り渡した。

ところが、その後、Bより買取計画に対する異議の申出があり、同委員会は、調査の結果、本件各農地は、耕地整理施行中に、Y1（被上告人）よりAの亡父Cに譲渡され、さらに、Aよりその小作人であつたBに売却され、Bにおいて在村地主の自作地としてこれを耕作するようになり、昭和21年8月10日付でBよりY1に対して売買に基づく登記名義の変更願が提出されており、前記譲渡についても都知事の許可のあつた事実が判明する

にいたったので、Bの申出のとおり、本件各農地は在村地主たるBの所有する自作地であると認めて、さきの買取計画及び売渡計画を取り消す旨の決議をなし、農業委員会等に関する法律第49条に基づく都知事その旨の確認を得た上で、昭和28年5月14日ころXらに対し書面で右各取消しの通知をした。

そこで、Xらは、上記買取計画及び売渡計画の取消しには、重大かつ明白な瑕疵があり無効であるとして、新地番で本件各農地の所有権取得登記をしたY1に対して所有権確認と所有権移転登記手続を求め、本件各農地をBから譲り受け耕作しているY2(被上告人)に対して植木撤去土地明渡しを求める訴訟を提起した。

## 2 判旨

(1) 「自作農創設特別措置法の規定に基づく農地の買取計画、売渡計画のごとき行政処分は、それが一定の争訟手続に従い、なかんずく当事者を手続に關与せしめて紛争の終局的解決が図られ確定するに至った場合は、当事者がこれを争うことができなくなることはもとより、行政庁も、特別の規定のない限り、それを取り消しまたは変更し得ない拘束を受けるに至る」が、本件はそのような場合には当たらない。

(2) 「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経過により争訟手続によってその効力を争い得なくなったものであつても、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、処分の取消によって生ずる不利益と、取消をしないこと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」。

(3) 「自作農創設特別措置法の規定に基づく農地買収は、個人の所有権に対する重大な制約であるところ、かかる重大な制約は、その目的が自作農を創設して農業生産力の発展と農業経営の民主化を図ることにあるという理由によつて是認され得る強制措置であるから、かかる処分が、本件におけるごとく、法定の要件に違反して行なわれ、買収すべからざる者より農地を買収したような場合には、他に特段の事情の認められない以上、その処分を取り消して該農地を旧所有者に復帰させることが、公共の福祉の要請に沿う」。

「のみならず、原判決の適法に確定したところによれば、本件各農地の売渡を受けた上

告人らは、本件各農地の従前地について政府売渡を原因とする所有権取得登記を経由しているとはいへ、該農地の引渡を受けていなかったというのであるから、前記諸般の事情を勘案すれば、違法な買取処分によつて本件各農地の旧所有者たるBや同人からこれを買収した被上告人Y2の蒙つた不利益は、違法な売渡処分に基づき本件各農地の所有者となつた上告人らが右処分取消によつて蒙る不利益に比し著しく大である」。

「それ故、これらの処分を取り消して本件各農地を旧所有者またはその買受人に復帰させることが、公共の福祉の要請に反するものと認めるべき特段の事情の存しない本件においては、玉川地区農業委員会が都知事の確認を得て本件各農地の買取計画および売渡計画を取り消したことは、是認することができる」。

## 3 実務上の検討

(1) 行政処分の取消しの法律上の根拠  
行政処分の取消しは、それ自体が行政処分(取消処分)であるから、法律による行政の原理(法律の留保)により、法律上の根拠が必要となるように思われる。

この点、本判決は、「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、……これを取り消すことができると解する」として、

結論として、取消しを認める明文の規定がなくとも、処分等が行政処分を取り消すことができることを述べているが、その理由については述べていない。昭和28年判決は、「元来許可が行政庁の自由裁量に属するものであつても」と述べており、行政処分の取消しの法律上の根拠は、もとの行政処分の根拠法に含まれていることを前提としているようにもうかがわれるが（自由に処分することができるのであるから、自由に取り消すこともできる）、一般的には、「法治国原理の要請」（櫻井・橋本「行政法」初版98頁）と説明されている。

(2) 違法な行政処分でも取り消せない場合があるのか

ア 行政処分をしたが、処分要件を充足していなかったことが判明した場合、それは違法な行政処分であり、むしろ積極的に取り消すべきであるように思われるが、昭和28年判決及び本判決は、いずれも違法な処分でも取り消せない場合があることを認めている。

この点、昭和28年判決は、「都道府県知事は農地の賃貸借の当事者が農調法九条三項所定の許可を受けるために申請書を提出しても、その申請書の記載にはかかわりなく、同法施行令一条所定の基準に従つて、当該賃貸人が自作を為すに必要な経済能力、施設等

を有するかどうか、当該賃貸人の自作によつて当該農地の生産が増大するかどうか、更に賃貸借の解除、解約（合意解約を含む）又は更新の拒絶により当該農地の賃借人の相当な生活の維持が困難となることがないかどうか等諸般の事情を考慮して許可を与えることが相当であるかどうかを決しなければならぬ」と、「それ故かりに右申請書に不実の記載があつても、行政庁は申請書の記載にかかわりなく、当事者双方に存する前記諸般の事情を勘案した上許可を与えることが相当であると決定することができる」のであるから、更新拒絶の許可は違法な処分とはいえず、そもそも行政処分に要素の錯誤がないと理解することも不可能ではない事案であつたように思われる。

ところが、本判決は、真実は「在村地主たるBの所有する自作地」であるのに、それを「不在地主たるAの所有する小作地」であると誤認し、その結果「小作地」という買収及び売渡の要件を充足していないにもかかわらず、買収計画及び売渡計画の対象としたという、違法な行政処分であり、行政処分に要素の錯誤があることが明らかな事案において、取り消すことができないう場合があることを認めている。

その理由について、本判決は何も述べてい

ない。昭和28年判決は、「元来許可が行政庁の自由裁量に属するものであつても、それはもともと法律の目的とする政策を具体的の場合に行政庁をして実現せしめるために授けられたものであるから、処分をした行政庁が自らその処分を取り消すことができるかどうか、即ち処分の拘束力をどの程度に認めうるかは一律には定めることができない」と述べており、もとの行政処分はその根拠法が目的とする政策を実現するために行われたものであることを理由としているようだが、櫻井・橋本「行政法」初版99頁）からと説明されている。

イ 違法な処分であつても取り消すことができない場合があるとすると、実務上重要となるのは、取消しができる場合とできない場合の判断基準である。

この点、昭和28年判決には、「処分の性質」という比較的形式的な基準により判断するかのようないし二重効果的処分かといふこと。なお、上記第2の3で考察したとおり、実際

は昭和28年判決も比較考量により結論を導いている。)、本判決ではそのような記述は姿を消している。そのうえで、本判決は、「処分  
の取消によって生ずる不利益と、取消をしない  
ことによっ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」すると述べているが、これは、  
すぐれて実質的な判断基準であつて、「具体  
の場合においてどのような線を引くかは困難  
な問題があり……類型的なケースごとの蓄積  
はない」(塩野「行政法I」第四版157頁)。

しかも、本判決は、取り消すことができる  
のは、比較考量の結果、「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」ると述べてお  
り、これを文字どおりに受け取ると、違法な  
処分を取り消すことができる場面はきわめて  
限定されることになるが、現在の実務感覚か  
ら乖離しているように思われ、代表的な教科  
書(塩野「行政法I」第4版155～158  
頁、宇賀「行政法概説I」第3版340～  
343頁、櫻井・橋本「行政法」初版97～  
101頁)にも、これと同旨の記述は見られ  
ない。

ところで、審査請求(行政不服申立て)及  
び取消訴訟においては、違法な処分につい  
ては取消裁決(行審法第40条第3項)ないし取

消判決がなされ、事情裁決(行審法第40条第  
6項)ないし事情判決(行訴法第31条)の場  
合を除いては、「処分の取消によって生ずる  
不利益」を考慮して取消しが制限されること  
はない。本判決は、「一定の争訟手続に従い、  
なかならず当事者を手続に関与せしめて紛争  
の終局的解決が図られ確定するに至った場  
合」は取扱いを異にすることを認めているが、

職権取消しの場合と争訟取消しの場合で取扱  
いを異にすべき実質的な理由があるのか疑問  
なしとせず、取消しの可否の問題と取消しの  
遡及効の制限の問題が混同されているくらい  
がある。宇賀克也・東京大学教授は、「行政  
法概説I」第3版340～342頁において、  
職権取消しの制限については言及せず、取消  
しの効果としての遡及効の制限として論じて  
いるが、もしもこれが上記と同旨をいうもの  
であれば、含みのある記述である(さらに、  
実務感覚ではあるが、取消しの遡及効の制限  
の問題ではなく、本来受けることのできない  
利益については返還することを基本とすべき  
であり、その調整については、不当利得返還  
請求における現存利益の問題として、それによ  
って生じた損害については、国賠請求の問題  
として処理すれば足りるように思われ  
る。)

(3) 適法な処分でも取り消すことができる場

合があるのか

不当な行政処分(「裁量権行使が不適切で  
ある場合」(櫻井・橋本「行政法」初版93頁)  
であっても、処分要件を充足している場合に  
は、適法な行政処分であるし(ただし、「裁  
量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場  
合」(行訴法第30条)は違法な行政処分とな  
る。)、行政処分が不当であることは、動機の  
錯誤でありかつそれが表示されていない場合  
に当たり、行政処分に原始的瑕疵があるとも  
いえないから、取り消すことはできないよう  
にも思われる。

この点、宇賀教授は、「行政法概説I」第  
3版340～342頁において、行政処分の  
取消しの法律上の根拠について、「錯誤や申  
請者等の不正な手段により違法になされた行  
政行為の取り消しは、法律による行政の原理  
の要請するところであ」とした上で、違法  
な行政処分についてのみ言及し、不正な行政  
処分の取り消しについては言及していない  
が、もしもこれが上記と同旨をいうものであ  
れば、こちらも含みのある記述である。

ところが、本判決は、「行政処分が違法ま  
たは不当であれば」と述べており、違法な行  
政処分だけでなく、不当な行政処分も取り消  
すことができることを前提としているし、審  
査請求においても、不当な行政処分について

<モデル例①>

自由裁量行為 → 不当 → 取消しにより得られる利益<失われる利益 → 取消制限  
 羈束裁量行為 → 違法 → 取消しにより得られる利益>失われる利益 → 取消し  
 羈束行為 → 違法 → 取消しにより得られる利益>失われる利益 → 取消し

<モデル例②>

侵害的処分 → 不当/違法 → 得られる利益>失われる利益 → 取消し  
 授益的処分 → 不当/違法 → 得られる利益<失われる利益 → 取消制限  
 二重効果的処分 → 不当/違法 → 得られる利益<失われる利益 → 取消制限

は取消裁決がなされることになっている（行政不服審査法第40条第6項参照）。

もつとも、違法な行政処分については、法律による行政の原理の破壊が著しく、それを回復する必要性が高い（「取消をしないこと」によっ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」が大きい）のに対して、不当な行政処分については、それが低いと判断され、「処分の取消によって生ずる不利益」との比較考量の結果、取消しが制限されることになる場面が多いであろう。

(4) 実務対応

行政処分をしたが、処分要件を充足していなかったことが判明した場合でも、行政処分を取り消すことができないのかどうかの判断基準はすぐれて実質的であり、「具体的場合においてどのような線を引くかは困難な問題があり……類型的なケースごとの蓄積はない」。一方で、違法な行政処分により、例えば、公金を支出していた場合、行政処分を取り消して、その返還を受けていなければ、本来支出する必要のなかった公金を、違法に支出したことになり、住民訴訟（地方自治法第242条の2第1項第4号。職員個人に対する損害賠償請求）が提起されるリスクがある。そのようなリスクを回避するために、実務対応としては、違法な行政処分は、それによ

り過酷な結果が生じることが誰の目にも明らかであるような場合であればともかくとして、判断に迷うような場合は、原則として取り消すべきであるということになる。なお、行政処分を取り消すに当たっては、まず、処分の名宛人に説明をして、取消しの可否が紛争とならないようにすることが重要となる。