

## 行政処分の職権取消しについて —比較衡量に際しての重要な指標に基づく判断枠組みの構築に向けて—

### Revocations of Administrative Dispositions by Government Authorities: Towards the construction of the framework of judgements based on important indicators in the light of the balancing of the considerations

濱西 隆男  
HAMANISHI, Takao

#### [要約]

近時の学説は、従前の学説と比較して、法律による行政の原理と信頼原則の両要請のバランスを重視する。そして、「利益衡量」を通じて行政処分の取消しと維持の両ベクトル間の調整を図るようになってきている。近時の学説は、最終的には個々の事案に即して考慮を要する事項を総合して判断を下すことになるとする。筆者は、当該判断をするに当たり見通しを与える重要な指標に基づく「比較衡量」の判断枠組みが課題として残されていると考える。比較衡量に際して、考慮を要する事項のうち重要な指標になるものが、法律による行政の原理の要請から主として「行政処分の瑕疵の程度」、信頼原則の要請から主として「行政処分の相手方の利益」、それに公共の福祉の要請から主として「瑕疵のある行政処分が公共の利益に及ぼす影響の程度」の三つであると考えられる。

#### キーワード

行政処分の職権取消し、法律による行政の原理、信頼原則、利益衡量、比較衡量

#### [Abstract]

The recent theory gives weight to keep the well balance between the principal of government by law and the trust relations policy in comparison with the previous theory. And it is understood that the interests of both parties must be specifically balanced in the light of conflicting vectors such as revocations and maintenances of administrative dispositions.

The recent theory is understood that the individual cases must be finally made the general judgements of considerations. I think that the remaining challenge of the recent theory is to construct the framework of judgements based on important indicators which gives the prospect about the judgements in the light of the balancing of the considerations. I think that important indicators are the following three. The first indicator is the degree of the defects of administrative dispositions mainly based on the principle of government by law. The second is the interests of the

counterparties of administrative dispositions mainly based on the trust relations policy. The third is the degree of the effects of the defects of administrative dispositions on public interests mainly based on the public welfare.

Keywords:

Revocations of administrative dispositions by government authorities, the principle of government by law, the trust relations policy, the balancing of conflicting interests of both parties, the balancing of the considerations

## 1 問題の所在

裁判所にあつては、既に処分時において行政処分に違法性を有する瑕疵が存在するとして、出訴期間等の訴訟要件を充足していれば、法律による行政の原理の要請から、原則として当該処分を取り消さなければならない。また、審査権限を有する行政庁（審査庁）にあつては、既に処分時において行政処分に違法性または不当性を有する瑕疵が存在するとして、不服申立期間等の不服申立要件を充足していれば、同じく原則として当該処分を取り消さなければならない。取消訴訟および不服審査においては、信頼原則の要請から行政処分の相手方または第三者の既得の利益<sup>(1)</sup>を考慮して、当該処分の取消しが制限されることはない。例外として当該処分の取消しにより公の利益に著しい障害を生ずる場合に限って事情判決（行政事件訴訟法31条）または事情裁決（行政不服審査法45条3項）でもって当該処分を維持できるとどまる。

さらに、通説は、行政処分をした行政庁（処分庁）にあつても、既に処分時において行政処分に違法性または不当性を有する瑕疵が存在すれば、特に明文の根拠規定がなくとも、法律による行政の原理の要請から、出訴期間または不服申立期間の制限には関係なく何時でも当該処分を職権で取り消せると解する。行政処分の相手方に帰責事由があるケースなど信頼原則の要請が働かない場合には、この基本ルールに従うことでよい。しかし、取消訴訟および不服審査とは異なり、信頼原則の要請から行政処分を信頼する相手方または第三者の既得の利益を考慮して、行政処分に瑕疵があつたとしても当該処分の職権取消しが制限される場合があるとして、どんな場合に認めるのかが議論されてきた。

例えば授益的処分の職権取消しであれば、法律による行政の原理の要請から当該処分の瑕疵を理由とする取消しのベクトルと、信頼原則の要請から相手方の既得の利益の保護を理由とする当該処分の維持のベクトルが衝突する。また、侵害的処分の職権取消しであれば、法律による行政の原理の要請から当該処分の瑕疵を理由とする取消しのベクトルと、

---

(1) 中川文久「『職権取消しと撤回』の再考」（水野武夫先生古稀記念論文集刊行委員会編「行政と国民の権利（水野武夫先生古稀記念論文集）」（法律文化社 2011年）所収）は、「授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。そ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、突然に授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」（384頁）と的確に指摘する。

信頼原則の要請から第三者の既得の利益の保護を理由とする当該処分維持のベクトルが衝突する。法律による行政の原理と信頼原則の両要請からのベクトルの調整が必要になる。本稿では、基本ルールを適用できない場合において、どんな調整ルールとするかに絞り、以下の考察を進めることとしたい。

## 2 学説

### 2.1 概況

従前の学説の代表例として、下記2.2において田中二郎博士の所説を取り上げる。また、近時の学説の代表例として、下記2.3～2.5において塩野宏博士、藤田宙靖博士、芝池義一博士の各々の所説を取り上げる。従前の学説にはどんな問題点があるのか、その問題点の解消のために近時の学説がどんな修正をするのか、そして近時の学説にもどんな課題があるのかについては、下記2.6において取り上げる。

### 2.2 田中二郎「行政法〈上巻〉(全訂第2版)」(弘文堂 1974年) 151～152頁

行政行為の成立に瑕疵があったという理由だけで、無条件に、これを取り消しうるものとすることはできない。……一般的にいえば、瑕疵ある行政行為についても、これを取り消すためには、その取消を必要とするだけの公益上の理由がなければならないと解すべきである。……法の明文に何らの制限のない場合においても、その取消は、既得の権利または利益の侵害を正当化するだけの公益上の必要がある場合に限り、しかも、その目的に必要な限度においてのみ、その取消をすることができるものと解すべきである。

### 2.3 塩野宏「行政法Ⅰ(第6版)」(有斐閣 2015年) 190頁

〔授益的行政行為の取消権の制限の〕問題は、すぐれて利益衡量的なものであるので、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、抽象的な利益衡量原則については判例法が形成されているけれども、類型的なケースごとの蓄積は形成されていない。ただ、一般論としては、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どうかにあることからすると、利益保護の対象は財産的価値(金銭又は物の給付)に関係するもので(逆にいえば、資格等の地位付与に関する場合は公益上必要な要件が欠けている以上、取消権の制限は及ばない)、取消権の行使の結果蒙る相手方の不利益の具体的状況、当初の行政行為の瑕疵をもたらした原因(相手方の責めに帰するものかどうか)等の利益の比較を当該授益的処分にかかる法律の仕組みに即して判断することになる。

### 2.4 藤田宙靖「行政法総論」(青林書院 2013年) 242～244頁

通説・判例は、仮に違法な行政行為であっても、それを取り消すことが関係者の利益を著しく害するような場合(授益的な行為、あるいは、その行政行為を基にして私的な法律関係が形成されているような場合が多い)には、行政庁は職権取消しをすることができず、取り消せばかえってその取消し自体が違法になる、という考え方を採っている。……わが国の場合、法律による行政の原理ないし法治主義との関係で、違法な行政行為の取消制限が何故許されるのかを理論的に説明している論者は、極めて少ないと言ってよい。違

法な行政行為の取消制限ということが一般に認められるのは、あくまでも、「法律による行政」という要請と相手方および関係者の法的安全の保護という要請との価値衡量の結果、後者に重きが置かれる場合が存する、ということが承認されているからであるが、理論的に見る限り、それはやはりさしあたって、「法律による行政の原理」の例外（ないし限界）を成すものと言わざるを得ない。……なお、取消しが許される場合であっても、授益的行為の場合には、既成の法律秩序を破壊することが無いように、取消しの効果は、原則として始めに遡ることなく将来に向かってのみ生ずる、という考え方もある。問題が、法律に適合した行政という要請と相手方および関係者の法的安全の保護という要請の間での利益衡量の問題であるとすれば、具体的事案によっては、違法な行政行為につき、これを、問答無用で取り消すべき場合、取消しはするがその効果は将来に向かってのみ及ぶものとするべき場合、将来に向かって取消しを制限すべき場合等、様々な解決方法が考えられることとなろう。しかし他面で、……「法律による行政の原理」を、今日なお行政法解釈論の出発点として採用しようとする限りにおいては、違法な行政行為について、原則としての取消しと例外としての取消制限、という理論的なけじめを明確につけておくことが必要であると思われる。

## 2.5 芝池義一「行政法総論講義（第4版補訂版）」（有斐閣 2006年）169～171頁

従来の考え方は、利益保護の要請を強調することによって、取消の可能性よりはむしろその不可能性を原則とするものである。……しかし、いかに相手方に落ち度がないとしても、例えば違法な社会保障給付を、相手方に対する打撃回避の名目で、いつまでも打ち切ることができないというのでは（この可能性も認められなければならないが）あまりに不合理なことがある。従来の学説は、相手方の利益の保護の要請を過度に重視することによって、法治主義の形式的要請を適切に考慮していない嫌いがある。……授益的行政行為の職権取消においては、一方において、相手方の利益ないし信頼の保護の要請から職権取消の抑制のベクトルが働くが、他方において、法治主義の形式的要請に基づき当該行為の取消を求めるベクトルが働くのである。

授益的行政行為の職権取消が相手方に対して与える打撃ないし不利益は、その行為の性質により、また、同一の行政行為であっても、状況により異なる。したがって、対象が授益的行政行為であることから、その職権取消を一律に制限することは適切ではない。授益的行政行為によって相手方が受ける利益は行為の性質や状況によって異なるのであるから、その行為の職権取消による打撃ないし不利益も個々の事案に即して判断しなければならない。……まず、……もとの行政行為（原行為）の直後に行われる取消とその数年後における取消とでは、相手方等に対する打撃の程度は通例異なる。したがって、職権取消の行われる時期は、その許否を判断する上での一つの手がかりである。……次に、相手方に対する打撃は、取消による打撃の緩和措置（例えば事前の通知）や代償措置（例えば補償）がとられるか否かによっても異なる。したがって、取消の許否を決するには、これらの措置がとられる可能性の有無や行政庁がこれらの措置をとったか否かあるいはとろうとしているかどうかを考慮することが必要であろう。〔これら2点に加えて、〕違法性の程度や内容を考慮する必要がある。……取消を促すモメントとして、違法性と並んで、当該違法行為が存続すると損われるおそれのある第三者の利益や公共の利益が考慮される必

要がある。……他方、公益上当該行為の存続が要請されることが考えられる。……以上、要するに、授益的行政行為の取消に関しては、相手方の権利利益の保護の要請が比較的強く働くことは確かであるが、法治主義の形式的要請や第三者・公共の利益も看過されるべきではなく、したがって、取消の許否の判断に際しては、右にみたような諸点を考慮する必要があるのである。

## 2.6 近時の学説が抱える課題

上記2.2の田中二郎博士は、「一般的にいえば、瑕疵ある行政行為についても、これを取り消すためには、その取消を必要とするだけの公益上の理由がなければならないと解すべきである」と述べる。つまり、処分庁が行政処分を職権で取り消すには、違法性または不当性だけでなく、積極的に公益性をも求める。行政不服審査にも事情裁決があるけれども、行政処分の取消しにより公の利益に著しい障害を生ずる場合に限定される。行政不服審査では、違法性（不当性）と公益性の「比較衡量」において、例外的に公益性が優先して取り消せない場合があるに過ぎないのであって、審査庁が裁決で行政処分を取り消すに当たり、積極的に公益性を求めてはいない。田中二郎博士の所説は、積極的に公益性を求めるだけでなく、相手方の利益が公益を上回る限り、違法性の程度を問うことなく、行政処分の職権取消しを制限するところに問題点がみられる。田中二郎博士に代表される従前の学説は、法律による行政の原理と信頼原則の両要請が衝突する場合において、信頼原則の要請を過度に優先し過ぎるきらいがあった。

上記2.3～2.5の塩野宏博士、藤田宙靖博士、芝池義一博士に代表される近時の学説は、従前の学説を修正して、法律による行政の原理と信頼原則の両要請のバランスを重視し、比較衡量（利益衡量）を通じて行政処分の取消しと維持の両ベクトル間の調整を図るようになってきている。ただし、近時の学説について、筆者は、最終的には個々の事案に即して考慮を要する事項を総合して具体的な判断を下すことになるにしても、当該判断をするに当たり見通しを与える重要な指標に基づく判断枠組み（モデル・ケース化）が課題として残されていると考える。

## 3 判例

### 3.1 概況

行政処分の職権取消しについては、自作農特別措置法に基づく農地売渡しに違法性を有する瑕疵があるとして、農業委員会が職権で取り消したところ、農地売渡しの相手方が取消請求した事件として、下記3.2の最高裁判決昭和31年3月2日民集10巻3号147頁と3.3の最高裁判決昭和43年11月7日民集22巻12号2421頁の2つの最高裁判決がある。また、教育委員会が、公立学校教員採用選考試験の成績に不正な加点操作があったとして教員の採用処分を職権で取り消したところ、採用を取り消された教員が取消請求した事件として、下記3.4の福岡高裁判決平成28年9月5日判例時報2352号3頁と3.5の福岡高裁判決平成29年6月5日判例時報2352号3頁の2つの高裁判決がある（両事件ともに最高裁決定平成30年6月28日で採用処分の職権取消に関して判断を示すことなく、上告棄却および上告不受理として確定した）。これらの4判決は、いずれも興味深い点があるので、順次、判旨を取り上げるとともに、下記3.6で各判決の判断枠組みに関して分析を加える。

### 3.2 最高裁判決昭和31年3月2日民集10巻3号147頁（以下「最判昭和31年」という）

この事件は、昭和23年7月10日付け、同月14日交付の本件売渡処分が、買収の時期（昭和22年12月2日）において本件土地の転借人として現実に耕作の業務を営んでいた訴外Aが売渡手続の存在を知らなかったため買受けの申込みをなさず、転貸人Xが耕作者として買受けの申込みをしたため農業委員会（売渡し当時は農地委員会）が誤認してXを売渡しの相手方として行われたことから、改めてAに売渡処分をすることを理由として、Xに対する昭和26年5月30日付け、同年6月6日交付の売渡処分の職権取消しを行ったものである。

最高裁は、Xについて、その当時から売渡処分の取消しがあるまで本件土地を自ら耕作したことは一度もないのであって、本件売渡処分は、現実の耕作者であるAを自作農化する結果とはならず、かえってAに対しては地主的地位に当るXに単に土地の所有権を付与するに終わったことが明らかである。してみると、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。他面、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ほとんど変動はなく、売渡処分の取消し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うかがわれないところである。従って、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、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として、Xに対する売渡処分の職権取消しを是認して、Xの取消請求の棄却を判示した。

### 3.3 最高裁判決昭和43年11月7日民集22巻12号2421頁（以下「最判昭和43年」という）

この事件は、本件各農地について、農業委員会（買収当時は農地委員会）が、昭和23年3月、これを不在地主たる訴外Aの所有する小作地であると誤認して自作農創設特別措置法の規定に基づき買収計画、売渡計画を樹立し、都知事が、同月25日付けの令書によってこれを買収し、次いで、Xらに売り渡した。ところが、その後、訴外Bより買収計画に対する異議の申出があり、農地委員会は、調査の結果、本件各農地について、買収当時既に訴外Aよりその小作人であつた訴外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った事実が判明するにいたつた。このため、Bの申出のとおり、本件農地はBの所有する自作地であると認めて、さきの買収計画および売渡計画を取り消す旨の決議をなし、Xらに対し昭和28年5月14日付けの書面で各取消しの通知をしたというものである。

最高裁は、争訟手続による終局的解決がなされておらず、農業委員会のした取消処分は、自作農創設特別措置法の規定による争訟手続としての異議申立期間を経過した後における訴外Bよりの買収計画に対する事実上の異議の申出を契機として、同委員会のした調査に基づきなされたものであり、従って、取消処分の対象となった本件買収計画および売渡計画は、特別の規定のない限り行政庁が自らそれを取り消しまたは変更し得ない拘束を受けるに至った場合に該当する行政処分でないことが明らかである。しかして、このような場合においては、買収計画、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、既に法定の不服申立期間の徒過により争訟手

続によってその効力を争い得なくなったものであっても、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、取消をしないことによってかかる処分に基づき既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と述べる。そして、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っ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所以である。のみならず、本件各農地の売渡しを受けたXらは、政府売渡しを原因とする所有権取得登記を経由しているとはいえ、引渡を受けていなかったのであるから、本件各農地の旧所有者Bやその買受人Cの蒙った不利益は、違法な売渡処分に基づき本件各農地の所有者となったXらが処分の取消しによって蒙る不利益に比し著しく大であるというべきである。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べき特段の事情の存しない本事件にあっては、農業委員会が本件各農地の買収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として、Xの取消請求の棄却を判示した。

#### 3.4 福岡高裁判決平成28年9月5日判例時報2352号3頁（以下「高判平成28年」という）

Xは、平成19年に実施された平成20年度大分県公立学校教員採用選考試験に合格し、平成20年4月1日付けで大分県教育委員会から大分市公立中学校教員（保健体育教員）に採用された。しかし、その後、県教委は、採用選考試験に係る原告の成績に不正な加点操作があったとして、同年9月8日付けで採用処分の職権で取り消したというものである。

高裁は、採用処分は、唯一の選考資料とされた採用選考試験の得点について、Xの本来の点数とは異なる加点操作後の得点をもとに試験の合否の判定が行われ、その選考結果に基づいて行われたものであり、Xの本来の点数およびこれに基づく順位は採用選考試験の合格水準に達していなかったものであるから、客観的・事後的にみれば、地方公務員法および教育公務員特例法の要請する成績主義または能力実証主義の趣旨に反するものであったとする。そして、行政処分をした行政庁において違法または不当を理由に当該処分を取り消す場合にあっては、当該処分の取消しによって生ずる不利益と、取消しをしないことによって当該処分に基づき既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た上、当該処分を放置することが公共の福祉に照らして著しく不当であると認められるときに限り、当該処分を取り消すことができると解するのが相当である（最高裁判決昭和31年3月2日民集10巻3号147頁、最高裁判決昭和43年11月7日民集22巻12号2421頁）とする。かかる比較考量に際しては、当該処分の性質および内容、当該処分に内在する違法性または不当性の有無および程度並びにこれに対する当該処分の相手方側の関与の有無および程度、当該処分が行われてから取り消されるまでの期間、当該処分を取り消した場合の効果、当該処分を取り消すことに対する相手方の同意の有無等の具体的事情を考慮する必

要があるものと解するのが相当であるとする。そのうえで、比較考量を行うと、採用処分がXの同意を要する処分であって、Xはその存続および適法性について信頼を寄せていたものといえることができ、かつ、Xは採用選考試験の加点操作について何ら関与しておらず、Xの信頼は法的にみて保護に値するものといえることができ、そのような採用処分に対するXの信頼を保護するため採用処分の取消しを制限する必要性も生じているものと認められるほか、本件取消処分によって生ずる不利益と、取消しをしないことによって採用処分に基づき既に生じた効果をそのまま維持することの不利益を比較考量するも、採用処分を維持することが公共の福祉に照らして著しく不当であるとは認めることができないとして、Xの取消請求の認容を判示した。

### 3.5 福岡高裁判決平成29年6月5日判例時報2352号3頁（以下「高判平成29年」という）

Xは、平成19年に実施された平成20年度大分県公立学校教員採用選考試験に合格し、平成20年4月1日付けで大分県教育委員会から大分市公立小学校教員に採用された。しかし、その後、県教委は、採用選考試験に係る原告の成績に不正な加点操作があったとして、同年9月8日付けで採用処分の職権で取り消したというものである。

高裁は、採用処分は、大幅に改ざんされた点数に基づいて行われたものであり、かつ、改ざんがなければ、改ざん前の点数およびこれに基づく順位が合格水準に達していなかったXについて採用処分がされることはなかったのであるから、採用処分は事実の基礎を欠く違法なものであり、瑕疵があるとする。そして、授益的な行政処分をした行政庁において違法等を理由に当該処分を取り消す場合にあっては、当該処分の取消しによって生ずる不利益と、取消しをしないことによって当該処分に基づき既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た上、当該処分を放置することが公共の福祉に照らして著しく不当であると認められるときに限り、当該処分を取り消すことができると解するのが相当である（最高裁判決昭和31年3月2日民集10巻3号147頁、最高裁判決昭和43年11月7日民集22巻12号2421頁）とする。かかる比較考量にあたっては、当該処分の性質および内容、当該処分の瑕疵の有無および程度、当該処分の相手方側の関与の有無および程度、当該処分が行われてから取り消されるまでの期間および経過、当該処分を取り消した場合の効果および取消しを受けた相手方が置かれる状況、当該処分を取り消さずに維持することによって生ずる具体的不利益等の事情を総合考慮した上で、判断するのが相当であるとする。そのうえで、比較考量を行うと、本件取消処分によりXが被る不利益、特に正規教員として採用されたことについての信頼と期待を侵害されたXの精神的苦痛は軽視し難いものであるが、採用処分から取消処分に至るまでの期間、取消処分後にXが置かれた状況等を考慮すると、採用処分を維持することによる公益上の不利益は、取消処分によりXが被る不利益と比較しても重大であり、採用処分を維持することは公共の福祉に照らし、著しく相当性を欠くものといわざるを得ないとして、Xの取消請求の棄却を判示した。

### 3.6 判例の判断枠組みに関する分析

#### 3.6.1 最高裁の両判決

自作農創設特別措置法に基づく農地売渡しの職権取消しに関して、上記3.2の最判昭和31年は、農地売渡しの職権取消しを是認する理由として、①処分の違法性が顕著であるこ



と、②処分から取り消すまでに約3年間が経過するも法律上事実上の状態にほとんど変動がないこと、③公益上の利益が関係人に及ぼす不利益に比してはるかに重大であることの3点を摘示する。そして、前者の処分の瑕疵の程度と、後2者の取り消すまでの経過期間、利益衡量を区別して論じるものと解される。また、上記3.3の最判昭和43年は、農地売渡しの職権取消しを是認する理由として、①買取すべからざる者から買取するという法定の要件に違反する処分は取り消すことが公共の福祉の要請に沿うこと、②売渡しを受けた者は引渡しを受けていないから旧所有者等の不利益が違法な売渡しを受けた者の不利益に比して著しく大きいこと、③処分を取り消しても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ことの3点を摘示する（処分から取り消すまでに約5年間が経過する点は触れていない）。そして、3点の各々を区別して論じるものと解される。

最高裁の両判決について、処分の瑕疵の程度と利益衡量を区別して論じるところが共通すると解される。筆者は、処分の瑕疵の程度の考慮は主として法律による行政の原理から要請されることなのに対し、利益衡量の考慮は主として信頼原則から要請されることなので、ファーストステップで両者を区別して論じたうえで、セカンドステップで両者を総合的に考慮する必要があると考える。ところが学説は、両判決が農地売渡しの職権取消しを是認する理由について、専ら利益衡量に着目してきたきらいがあり<sup>(2)</sup>、見直しが必要ではないかと考える。

他方で、最高裁の両判決には、相違するところもみられる。両判決の事案は自作農創設特別措置法の立法目的に照らして誰に農地を所有させるべきかという法的紛争を解決するにとどまる。その意味において、法的紛争の当事者以外の第三者には、基本的には何らの影響も及ぼさない事案といえる。それにもかかわらず、最判昭和43年は、「処分の違法の有無および程度」+法的紛争の当事者双方の利益の「利益衡量」だけでなく、「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」を加えるという判断枠組みを採る。最判昭和43年の事案について、当該判断枠組みの適用をみると、個別の農地売渡しとその取消しが公共の利益に及ぼす影響が限定されるにもかかわらず、

---

(2) 可部恒雄「農地の売渡処分完了後において農業委員会のした当該処分の買取計画および売渡計画の取消処分が有効とされた事例（昭和43・11・7、一小判）」法曹時報21巻7号（法曹会 1969年）は、「本判決も、処分の取消しによって生じる不利益と、処分を放置し既成の効果のまま維持することの不利益とを比較考量し、これを放置することが公益上いちじるしく不当と認められるときにかぎり、行政庁みずから処分の取消しが許されるとする点で、従前の判例の趣旨と同じくする」と述べる（73頁）。学説は、この最高裁調査官解説の影響を受けている可能性がある。

(3) 可部・前掲注（2）書は、「判文は、その結論において、『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あっては』云々としているが、その趣旨は、『他に特段の事情の認められない本件においては、……旧所有者またはその買受人に復帰させることが、公共の福祉に合致するというべく』とするのと、おそらく異なるところはないであろう」と述べて（76頁）、処分の職権取消しを特に制限する趣旨ではないと解するように見える。しかし、この判決は田中二郎博士の所説に立つと考えられることから、この解説には少なくとも田中二郎博士の所説との関係においては疑問がある。

無理に適用するために、農地売渡しの取消しをしても「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」と判示するにとどまる<sup>(3)</sup>。この判断枠組みは、公共の利益に無視できない影響を及ぼすケースには適用できるとしても、行政処分職権取消し一般に適用するには問題があるものとする。

これに加えて、この判断枠組みは、上記2の学説にあるとおり、従前の学説を代表する2.2の田中二郎博士の所説におおむね立つものと理解される。その点でも、近時の学説からみて、法律による行政の原理と信頼原則の両要請が衝突する場合において、結果として信頼原則の要請を過度に優先し過ぎるきらいがある。ちなみに、最判昭和43年は、田中二郎博士の最高裁判官在職時のものであるが、田中二郎博士は関与されていない。

この点について最判昭和31年をみると、「処分の違法の有無および程度」+「利益衡量」だけを判断枠組みとしていて、「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」を採用していない。そうだとすれば、最判昭和31年の方が、近時の学説にむしろ近いといえる。最高裁判所の両判決には、結論に影響を及ぼし得る微妙な相違点がみられると考える。

### 3.6.2 高裁の両判決

公立学校教員の採用処分の職権取消しに関して、上記3.4の高判平成28年と上記3.5の高判平成29年の両判決は、最判昭和31年と最判昭和43年の両判決を引用するが、後者の最判昭和43年の判断枠組みに従うものと理解される。この理由は、教員の採用処分とその取消しが公共の利益に無視できない影響を及ぼすことが関係しているのではないかと解される。高裁の両判決は、最判昭和43年の判断枠組みに従いながらも、処分の瑕疵の程度と利益衡量を区別しないで、主として「利益衡量」を取り上げて論じるところが共通すると解される。他方で、採用処分の職権取消しについて、高判平成28年は取消請求を認容するのに対し、高判平成29年は取消請求を棄却して、結論が相違する。

両判決が処分の瑕疵の程度と利益衡量を区別しないで、専ら「利益衡量」を取り上げて論じるのは、最高裁の両判決について、近時の学説が専ら利益衡量に着目してきたきらいがあることと符合する。また、両判決は、いずれも大分県の平成20年度大分県公立学校教員採用選考試験に係る事件であり、採用選考試験の成績に不正な加点操作が行われ、それを理由として採用処分が職権で取り消されるという類似点が多くみられる。他方で、相違点が少ないように見えるにもかかわらず結論が相違することについて、筆者は、個々の事案に即して具体的な判断をするに当たり見通しを与える重要な指標に基づく判断枠組み（モデル・ケース化）が必要であるにもかかわらず、それがなくことによるものとする。なお、両判決の結論の相違に対する筆者の見解については、下記4.4.5の高判平成28年および高判平成29年への当てはめのところで取り上げたい。

## 4 筆者の見解

### 4.1 行政処分の職権取消しにおける法律による行政の原理と信頼原則の両要請の調整

最高裁判決昭和62年10月30日判時1262号853頁は、青色申告の申請とその承認がなかったにもかかわらず、適法性を欠く青色申告を受け取ってそのまま処理をしていたに過ぎない事案である。果たしてこの事案が申告者に帰責事由がなく、法律による行政の原理と信

頼原則の両要請の衝突する場合といえるかどうかには疑問があるけれども、最高裁は、両要請が衝突する場合について、原則として法律による行政の原理の要請を優先させ、特別の事情が認められる例外的な場合に限り、信頼原則の要請を優先させる判断規準を判示し、現在の学説もおおむね支持する。

この事案は租税の内容のみならず賦課手続の法定も求める租税法律主義（憲法84条）の下で、違法状態の解消を目的とする行政処分に係るものであり、行政処分の職権取消しに係るものではない。しかし、筆者は、原則として法律による行政の原理の要請を優先させ、特別の事情が認められる例外的な場合に限り、信頼原則の要請を優先させるという最高裁の判断規準について、法律の規定の根拠を求めること（法定主義）と法律の規定に違反すること（法律違反）は別次元の問題（前者は法律の留保の問題であるのに対し、後者は法律の優位の問題である）であるので、租税法律主義の下での事案のみならず、一般化できる判断規準になると考える。つまり、違法状態の解消を目的とする行政処分と行政処分の職権取消しのどちらの行為も適法性を回復させることを共通目的とする行政処分といえるから、筆者は、行政処分の職権取消しの制限についても、原則として法律による行政の原理の要請を優先させ、特別の事情が認められる例外的な場合に限り、信頼原則の要請を優先させる判断規準に立つ。

そのうえで、最終的には個々の事案に即して考慮を要する事項を総合して具体的な判断を下すことになるにしても、当該判断をするに当たり見通しを与える重要な指標の検討に移りたい。

#### 4.2 行政処分の職権取消しと当該処分の瑕疵の程度との関係

行政処分の職権取消しが適法性ないし合目的性の回復を目的として行われるものと理解するならば、行政処分の職権取消しの制限に関する問題についての判断枠組みを検討するに当たり、筆者は、当該処分を信頼する「相手方または第三者の既得の利益」と並んで、当該処分の「瑕疵の程度」が最も重要な指標になると考える<sup>(4)</sup>。

もちろん行政処分の職権取消しには、行政訴訟のような無効な行政処分と取り消し得べき行政処分の区別はない。しかも、行政訴訟において無効な行政処分であると主張立証するのは私人であって、行政主体ではない。そこで誤解を避けるため、「行政処分に看過し得ない重大かつ明白な瑕疵がある場合」ということにする。しかし、行政処分の職権取消しの制限に関する問題を検討するに際して、行政処分に看過し得ない重大かつ明白な瑕疵がある場合と、行政処分に取り消し得べき瑕疵があるにとどまる場合とを区別する必要があると考える。両者には、法律による行政の原理の要請の優先度に顕著な相違がみられるからである。ちなみに、筆者は、違法性の有無および程度について客観的な与件と解するので、行政処分に看過し得ない重大かつ明白な瑕疵がある場合における当該処分の職権取消しについて、理論的にいえば行政訴訟と同じく、無効な処分として当該処分の違法確認をするものと理解する。

第一に、行政処分に看過し得ない重大かつ明白な瑕疵がある場合には、法律による行政の原理の要請を優先させて、当該処分は職権取消しをしなければならないと考える。信頼

---

(4) 高橋滋教授の論点提起による。論点とその展開の文責は筆者にある。

原則の要請を優先させ、相手方の利益と第三者の利益との利益衡量をして、行政処分の職権取消しを制限する余地はないと解される（ただし、例えば土地のような財物支給に係る行政処分で転得した第三者がいるケースでは、当該者の取引の安全の要請が働いて保護されることがあり得る。このケースは法律による行政の原理と取引の安全の両要請の衝突する場面であって、区別する必要がある<sup>(5)</sup>。「公の利益に著しい障害を生ずる」と認められる場合も同様である（無効確認等訴訟に行政事件訴訟法31条の事情判決を準用しない同法38条参照）。

しかし、行政処分に看過し得ない重大な瑕疵があるにしても、明白性を欠く場合には、別に考察する必要がある。侵害的処分の職権取消しのケースでは第三者について、また、授益的処分の職権取消しのケースでは相手方について、当該処分に対する信頼を保護すべき場合もあり得るからである。つまり、行政処分に看過し得ない重大かつ明白な瑕疵の規準とは、法律による行政の原理と信頼原則の両要請を調整するものといえる<sup>(6)</sup>。したがって、行政処分の瑕疵について、明白性の要件を欠く場合には、信頼原則から特別の事情が認められる例外的な場合として、当該処分の職権取消しの制限が認められる余地がある。こうした例外的な場合には、第二の行政処分に取り消し得べき瑕疵がある場合で述べるところに従って、処分の「瑕疵の程度」と当該処分を信頼する「相手方または第三者の既得の利益」を総合的に考慮して、当該処分の職権取消しの可否について判断することになる。

第二に、行政処分に取り消し得べき瑕疵がある場合には、上記4.1の判断規準を基本的な前提としながらも、法律による行政の原理と信頼原則の両要請のバランスを良く考えて、当該処分の職権取消しの可否について検討しなければならないと考える。法律による行政の原理の要請からは、処分について取り消し得べき瑕疵の程度が大ききほど職権取消しをすべきことになるし、瑕疵の程度が小さいほど職権取消しを制限すべきことになる。また、信頼原則の要請からは、処分を信頼する相手方または第三者の既得の利益が大ききほど職権取消しを制限すべきことになるし、既得の利益が小さいほど職権取消しをすべきことになる。

したがって、総合的な考慮に際して、処分の「取り消し得べき瑕疵の程度」と当該処分を信頼する「相手方または第三者の既得の利益」は考慮を要する事項として、当該処分の職権取消しの可否について判断することになる。両者を区別する意義は、上記3.6の判例の判断枠組みに関する分析でも述べたように、法律による行政の原理と信頼原則の両要

---

(5) 可部・前掲注(2)書も、最判昭和43年の事案において「一般に、買収処分に取消原因たる瑕疵があり、その有効を前提として売渡処分がなされ、売渡しの相手方のため所有権取得登記を経由したうえ、当該農地につき、さらに第三取得者が現われたような場合に、法定の争訟提起期間経過後、処分庁が買収・売渡処分の取消しをなしうるかは、きわめて疑問というべきであろう」と述べる(74頁)。

(6) 櫻井敬子・橋本博之「行政法(第5版)」(弘文堂 2016年)は、「法治主義の観点からは、重大な瑕疵があれば行政行為は無効とされるのが当然であり、明白性要件を要求する意義ははっきりせず、無効とすべき場合をいたずらに限定するものである」という批判を紹介したうえで、「無効事由たる瑕疵については、当該瑕疵が行政行為の無効を帰結せざるを得ないような重大な瑕疵であるかどうかを、問題となる法律関係のもとで個別的な利益考量により判断するのが妥当というべきであろう」と述べる(94頁)。

請を調整する場合であるから、法律による行政の原理の要請からは主として前者の処分の「取り消し得べき瑕疵の程度」の考慮が要請され、信頼原則の要請からは主として後者の処分を信頼する「相手方または第三者の既得の利益」の考慮が必要とされるからである。さらに、行政処分から当該処分の職権取消しが行われるまでの期間の長短も、当該処分を信頼する「相手方または第三者の既得の利益」を検討する際に、判断の補助になろう。

第三に、行政処分に軽微な瑕疵があるにとどまる場合には、信頼原則の要請を優先させて、当該処分は職権取消しを制限すべきことになるを考える。軽微な瑕疵とは、例えば手続上の瑕疵であって、結果に影響しないものをいう。したがって、侵害的処分であれば当該処分を信頼する第三者の既得の利益を考慮して、あるいは授益的処分であれば相手方の既得の利益を考慮して、当該処分を維持しなければならない。軽微な瑕疵を理由として取り消しても同一内容の行政処分をすることになるので意味がないとして根拠付けられることもあるけれども、全てのケースに当てはまらないにせよ、信頼原則の要請からも根拠付けることもできる。

以上より、行政処分の職権取消しの制限に関する問題であって検討を要するものは、当該処分の瑕疵の程度との関係では、当該処分に取り消し得べき瑕疵があるにとどまる場合ということになろう。したがって、行政処分に取り消し得べき瑕疵があるにとどまる場合に限定して、検討を続けることにする。

#### 4.3 侵害的処分における職権取消しの制限

そのうえで、侵害的処分と授益的処分を区別する。まず侵害的処分については、その職権取消しは処分の相手方に対する授益的処分になるから、行政処分に取り消し得べき瑕疵があれば、法律による行政の原理の要請に従って、原則として取り消さなければならないと考える。

しかし、第三者が登場する複効的処分のケースでは、信頼原則の要請から処分を信頼する第三者の既得の利益についても考慮する必要がある。複効的処分における行政処分の職権取消しの制限に関する問題の判断枠組みを考察するに際して、当該処分を信頼する「第三者の既得の利益」と並んで、当該処分の「瑕疵の程度」が最も重要な指標になると考える。

そこで、処分を信頼する「第三者の既得の利益」と当該処分を取り消すことによる「相手方の利益」を利益衡量して前者の「第三者の既得の利益」が上回るのであれば、「第三者の既得の利益」と処分の「取り消し得べき瑕疵の程度」を総合的に考慮し、特別の事情が認められる例外的な場合に該当するか否かを判断して、行政処分の職権取消しの可否を決定することになると考える。例えば第三者の既得の利益が大きく、処分の瑕疵の程度が小さいという場合であれば、特別の事情が認められる例外的な場合に該当するものとして、行政処分の職権取消しの制限が認められる。「公の利益に著しい障害を生ずる」(事情裁決を定める行政不服審査法45条3項参照)<sup>(7)</sup>など「公共の利益」が「相手方の利益」を

---

(7) 宇賀克也「行政法概説Ⅰ(第6版)」(有斐閣 2017年)は、「取消しが公共の福祉を著しく害するおそれがある場合には、職権取消しは認められないと解される」と述べる(371頁)。なお、大浜啓吉「行政法総論(第3版)」(岩波書店 2012年)は、侵害的処分だけでなく授益的処分の職権取消しにまで適用することに反対する(309頁)。

上回ると認められる場合も同様である。この場合には、瑕疵のある処分の「公共の利益に及ぼす影響の程度」も重要な指標になる。逆に（相手方の利益を上回るとしても）第三者の既得の利益が小さく、処分の瑕疵の程度が大きい場合であれば、行政処分の職権取消しをしなければならない。

#### 4.4 授益的処分における職権取消しの制限

##### 4.4.1 行政処分の公共の利益に及ぼす影響の程度

次に授益的処分については、その職権取消しは処分の相手方に対する侵害的処分になるから、当該処分に取り消し得べき瑕疵があっても、当該処分を信頼する相手方の既得の利益との関係において、行政処分の職権取消しの制限が問題になる。授益的処分におけるこの問題の判断枠組みを考察するに際しても、当該処分を信頼する「相手方の既得の利益」と並んで、当該処分の「瑕疵の程度」が最も重要な指標になると考える。

そのうえで、授益的処分の職権取消しについては、当該処分を信頼する相手方の既得の利益と当該処分の瑕疵の程度に次いで、公共の福祉の要請から主として瑕疵のある当該処分の「公共の利益に及ぼす影響の程度」が重要な指標になると考える。事案によっては、利益衡量に際して「相手方の既得の利益」に対抗する「公共の利益」が考慮を要する事項になるからである。そこで、処分の相手方には影響を及ぼすけれども、公共の利益への影響は限定される行政処分と相手方のみならず公共の利益にも無視できない影響を及ぼす行政処分を区別することが有用となる。例えば上記3.2と3.3の最判昭和31年および最判昭和43年の農地売渡しの職権取消しの事案は、前者の公共の利益への影響が限定される行政処分に該当する。他方で、上記3.4と3.5の高判平成28年および高判平成29年の採用処分の職権取消しの事案は、後者の公共の利益にも無視できない影響を及ぼす行政処分に該当すると解される。

また、行政処分の類型でいえば、法効果の継続が重要な意味を持たない行政処分（例えば年金支給のような給付に係る行政処分）と法効果の継続が重要な意味を持つ行政処分（例えば営業許可のような資格・地位を付与する行政処分）を区別することも有用と考える。やはり、前者の法効果の継続が重要な意味を持たない行政処分の方が、後者の法効果の継続が重要な意味を持つ行政処分よりも、当該処分の職権取消しが制限されて当該処分の維持が認められやすいといえよう（処分を維持するのではなく、将来効を否定するにとどめることもあり得る）。例えば上記3.2から3.5までの最判昭和31年および最判昭和43年の農地売渡しの職権取消しの事案と、高判平成28年および高判平成29年の採用処分の職権取消しの事案は、いずれも後者の法効果の継続が重要な意味を持つ行政処分に該当すると解される。

##### 4.4.2 上記4.4.1の公共の利益への影響が限定される行政処分の職権取消しの制限

上記4.4.1の公共の利益への影響が限定される行政処分において、取り消し得べき瑕疵があるときには、法律による行政の原理と信頼原則の両要請のバランスを良く考えて、当該処分の職権取消しの可否について検討しなければならない<sup>(8)</sup>。

もっとも、相手方の信頼を保護すべき特別の事情として、処分を信頼する相手方の既得の利益があり、猶予期間を与えて相手方において違法状態を解消できるケースであれば、

行政庁において、行政処分職権取消しをしないで当該処分を維持することができる<sup>(9)</sup>。この場合に該当するケースの判例は見当たらないが、想定例として、申請者は誠実に申請を行ったが、本来、許認可等を与える要件が欠如していたにもかかわらず、行政庁がそれを看過または誤解して、許認可等を与えてしまった場合が考えられる<sup>(10)</sup>。筆者は、処分の相手方において違法状態を解消できるか否かについての検討が、処分の瑕疵の程度と利益衡量を総合的に考慮する前に行われる必要があると考える。最判昭和31年および最判昭和43年は農地売渡しの職権取消しに関する事案であって、相手方において違法状態を解消できないケースであり、判断枠組みから省略されていること自体は理解できる。しかし、これらの最判の判断枠組みだけでは、公共の利益にも無視できない影響を及ぼす行政処分にまで適用しても、比較優位に立つ公共の利益を前にして、例えば不当性の瑕疵のような処分の「取り消し得べき瑕疵の程度」が相当に小さいといえるケースでない限り、行政上の救済の途を閉ざしてしまう結論を導きかねないところに問題がある<sup>(11)</sup>と考える。

また、相手方において違法状態を解消できないケースであるとしても、処分の瑕疵の程度に加えて、公共の利益への影響が限定されることから、処分を信頼する「相手方の既得の利益」と処分を維持することによって損われる「公共の利益+第三者の利益」（後者の第三者の利益は複効的処分の場合に該当する）を利益衡量することには、合理性が認められると考える<sup>(11)</sup>。処分を信頼する相手方の既得の利益については、「相手方の既得の利益」と当該処分を取り消すことによる「公共の利益+第三者の利益」を利益衡量して前者の「相手方の既得の利益」が上回るのであれば、「相手方の既得の利益」と処分の「取り消し得べ

---

(8) 最高裁判決昭和33年9月9日民集12巻13号1949頁は、買収令書を全部取り消した理由は、買収地のうちに宅地約200坪（全買収地の10分の1にも足りない面積）が含まれるのに、一括して農地として買収したことは違法であるというものであるが、上告人は買収地のうち農地部分につき売渡しを受けるべき地位にあったというのである。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しを受けるべき上告人の利益を犠牲に供しても買収令書の全部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、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判示する。阿部泰隆「行政法再入門（上）（第2版）」（信山社 2016年）は、「これは、過大な権力行使であり、宅地部分だけ職権で取り消すべき事案であった」と述べる（298頁）。

(9) 宇賀・前掲注（7）書は、「許認可等を与えた時点において欠けていた許認可等の要件がその後充足されており、現時点においては、許認可等を適法に与えうる場合にまで、いったん職権取消しをしなければならぬと解する必要はないように思われる」と述べる（370頁）。筆者の見解は、宇賀克也教授の見解よりも、信頼原則による保護を一步進めるものといえる。

(10) 本文の想定例は、宇賀・前掲注（7）書の掲載例を借用している（369頁）。

(11) 筆者は、「相手方の既得の利益」と「公共の利益+第三者の利益」を利益衡量すべきと考える。しかし、大浜・前掲注（7）書は、「処分庁YのXに対する処分が第三者Aに影響を与えようとする。この場合においても、比較の対象となるのは、あくまでも『適法処分の原則』と私人側の利益である。ただ私人の側の利益がXとAの両極に分かれている点に複雑さがあるに過ぎない。したがって、まず私人XとAとの利益を衡量の上で優劣を決定し、しかる後にYとの利益衡量をするというのが筋道であろう」と述べる（309頁）。

き瑕疵の程度」を総合的に考慮し、特別の事情が認められる例外的な場合に該当するか否かを判断して、行政処分の職権取消しの可否を決定することになると考える。例えば相手方の既得の利益が大きく、処分の瑕疵の程度が小さいという場合であれば、特別の事情が認められる例外的な場合に該当するものとして、行政処分の職権取消しの制限が認められる。逆に（公共の利益+第三者の利益を上回るとしても）相手方の既得の利益が小さく、処分の瑕疵の程度が大きい場合であれば、行政処分の職権取消しをしなければならない。

#### 4.4.3 最判昭和31年および最判昭和43年への当てはめ

上記4.4.1および4.4.2を踏まえて、最判昭和31年および最判昭和43年の自作農創設特別措置法に基づく農地売渡しの職権取消しに関する事案をみていくと、最判昭和43年の事案では認定事実を見る限りにおいて処分の相手方の帰責事由が見当たらないことから、上記1で整理した行政処分の職権取消しの基本ルールではなく、法律による行政の原理と信頼原則の両要請の調整ルールによることになる。ところが、最判昭和31年の事案では認定事実を見ると本来は申し出るべき農地の転借人が申し出ないで処分の相手方の転貸人が申し出したことが原因であり、相手方には帰責事由があるとも解し得る。相手方に帰責事由があるならば、法律による行政の原理と信頼原則の両要請の調整ルールを当てはめるまでもなく、行政処分の職権取消しの基本ルールに従って、農地の売渡しを職権で取り消さなければならないことになり、その限りにおいて最判昭和31年には疑問がある。しかし、この点は相手方に帰責事由があるとしても、農地委員会の調査不足に主たる原因があったとして、調整ルールによって検討を進めよう。

まずは農地売渡しの瑕疵の程度について検討すると、自作農を創設するという自作農創設特別措置法の立法目的に照らして、農地売渡しの相手方を間違える（最判昭和31年のケース）、既に自作農がいて農地売渡しそのものが不要である（最判昭和43年のケース）というものであって、取り消し得べき瑕疵の程度が大きいといえよう。特に後者の最判昭和43年のケースでは、農地の売渡しそのものが不要ということで、上記4.2で取り上げたように行政処分に看過し得ない重大な瑕疵があるけれども、相手方からみて明白性の要件を欠くと解し得ることから、行政処分に取り消し得べき瑕疵があるところから従って、当該処分の瑕疵の程度と利益衡量の結果を総合的に考慮することになる。

次いで利益衡量について検討すると、農地売渡しの職権取消しによって利益を得られる第三者〔最判昭和31年では農地の転借人（小作農）、最判昭和43年では農地の所有者（自作農）〕が登場する複効的処分に該当するといえる。これらの事案では、処分から取り消すまでが短期間とはいえない（最判昭和31年の事案では約3年、最判昭和43年の事案では約5年）にせよ、その期間の法律上事実上の変動がほとんどなく、かつ、実際の耕作者（第三者）の利益が実際の耕作者ではない相手方の既得の利益を上回る。したがって、農地売渡しの瑕疵が大きいことに加えて、農地売渡しの職権取消しによって利益を得られる第三者の利益が相手方の既得の利益を上回ることから、総合的な考慮すれば、農地売渡しの職権取消しをしなければならない事案であるといえよう。

#### 4.4.4 上記4.4.1の公共の利益にも無視できない影響を及ぼす行政処分の職権取消しの制限

上記4.4.1の公共の利益にも無視できない影響を及ぼす行政処分において、取り消し得べ



き瑕疵があるときには、法律による行政の原理と信頼原則の両要請のバランスを良く考えるだけでなく、公共の福祉の要請からの「公共の利益」も考慮を要する事項に加えて、当該処分の職権取消しの可否について検討しなければならない。

もっとも、相手方の信頼を保護すべき特別の事情として、処分を信頼する相手方の既得の利益があり、猶予期間を与えて相手方において違法状態を解消できるのであれば、行政庁において、行政処分の職権取消しをしないで行政処分を維持することができるので、行政上の救済の途が認められるケースもある。もっとも、高判平成28年および高判平成29年は採用処分の職権取消しに関する事案であって、相手方において違法状態を解消できないケースである。相手方において違法状態を解消できないのであれば、処分の瑕疵の程度と（「公共の利益」が「相手方の既得の利益」を上回るとして）公共の利益を総合的に考慮することになるけれども、例えば不当性の瑕疵のような処分の瑕疵の程度が相当に小さい場合でない限り、公共の利益にも無視できない影響を及ぼすことから、行政庁は行政処分の職権取消しをしなければならないと考える。

#### 4.4.5 高判平成28年および高判平成29年への当てはめ

上記4.4.1および4.4.4を踏まえて、高判平成28年および高判平成29年の採用処分の職権取消しに関する事案をみていくと、高判平成28年は、利益衡量に当たり、処分の性質および内容、処分の瑕疵の有無および程度、相手方の関与の有無および程度、処分が行われてから取り消されるまでの期間および経過、処分を取り消した場合の効果、取り消すことに対する相手方の同意の有無等の事情を挙げている。そのうえで、採用処分が相手方の同意を要する授益的処分であって当該処分に信頼を寄せていたこと、相手方が点数改ざんに関与する証拠がないことを重視して、処分の維持が公共の福祉に照らして著しく不当とはいえないとして、採用処分の職権取消しを違法とする。

高判平成29年は、利益衡量に当たり、処分の性質および内容、処分に内在する違法性または不当性の有無および程度、相手方の関与の有無および程度、処分が行われてから取り消されるまでの期間、処分を取り消した場合の効果および相手方の置かれる状況、処分を維持することによって生ずる不利益等の事情を挙げている。そのうえで、処分を取り消すことによる相手方の不利益と処分を維持することによる公共の不利益を重視して、後者の公共の不利益が前者の相手方の不利益と比較しても重大であるとして、採用処分の職権取消しを適法とする。

高判平成28年および高判平成29年の2つの事案では、採用処分の相手方は採用選考試験における点数改ざんに関与する証拠がなく帰責事由が見当たらないことから、行政処分の職権取消しの基本ルールではなく、法律による行政の原理と信頼原則の両要請の調整ルールによることになる。そして、まずは採用処分の瑕疵の程度について検討すると、採用選考試験における意図的かつ大幅な点数改ざんによって本来の不合格者を合格者にすることに基づく採用処分には看過し得ない重大な瑕疵があると認められる。しかし、採用処分の外観からは採用選考試験における点数改ざんの有無は分からないし、高判平成29年に従えば「相手方やその親族は点数改ざんには関与しておらず、その資格を喪失するような心当たりはなかった」（高判平成28年の相手方も類似の状況）のであるから、採用処分の瑕疵が看過し得ないほど重大としても明白性の要件を欠くと認められ、採用処分の瑕疵の程度

と利益衡量の結果を総合的に考慮することになる。

次いで利益衡量について検討すると、県教委は、当初不合格としたが本来合格させるべきであった受験者については、改めて採用処分を行っている<sup>(12)</sup>。あらかじめ採用処分の職権取消しをしなければ当該受験者に対して採用処分を行えないという法関係とは認められないので、第三者の利益との利益衡量が求められる複効的処分に係る事件とはいえない。そこで、公共の利益に無視できない影響を及ぼすものかどうか問われることになるが、教員選考試験は公正な実施が求められるにもかかわらず、意図的かつ大幅な点数改ざんという公教育の基盤を揺るがし県民の信頼を損ねる問題として公共の利益のき損が重大といえる。さらに、採用処分から職権取消しまでの期間を利益考慮の際の考慮を要する事項に補助的に加えても、条件附採用期間（1年間）内の約5月間にとどまる。最後に比較衡量として総合的に考慮すると、採用処分には看過し得ない重大な瑕疵があり、かつ、処分を信頼した相手方には教員の地位の喪失の不利益があるにしても<sup>(13)</sup>、当該処分を維持することにはその不利益を上回る公共の利益のき損が重大である。したがって、採用処分の職権取消しをしなければならなかった事案であると考えられる。

以上より、高判平成28年は、考慮を要する事項（例えば採用処分の瑕疵の程度、採用処分の維持による公教育への県民の信頼のき損）を精確に評価せず、考慮する必要に乏しい事項（例えば採用処分の職権取消しにおける相手方の同意の有無）を過大に評価して、採用処分の職権取消しを違法として取り消した結論そのものに問題があると考えられる。

また、高判平成29年は採用処分の職権取消しを適法と認めた結論については是認できる。しかしながら、採用処分の瑕疵の程度が利益衡量における考慮事項の一つとされるにとどまるだけでなく、利益衡量の際に採用処分に成績主義または能力実証主義に反する瑕疵があると判示するのみで瑕疵の程度を考慮しているのか否か、考慮しているとすればど

---

(12) 大分県教育委員会教育長名による平成21年6月12日付けの「教員採用試験等に係る贈収賄事件から1年を迎えて」によれば、「教員採用試験における点数改ざん行為について、『正すべきは正す』という観点から、採用取消しを行うとともに、本来合格すべきであった方については採用しました」と記載されている（大分県教育委員会ホームページ参照）。

(13) 高判平成29年では、訴外大学教員Aから訴外県教委職員Bに対して、Aの勉強会に参加していた受験生について口利きがなされた結果、相手方の成績に改ざんが行われて合格と判定され、採用処分が行われたものであるが、相手方やその親族は点数改ざんには関与しておらず、その資格を喪失するような心当たりはなかったと事実認定している。他方で、高判平成28年では、訴外県教委職員Cが第三者から合格の請託を受けるなどして点数操作を行ったものであるが、県教委は点数操作の経緯や理由等を個別具体的に解明しておらず、相手方の得点の加算につき、相手方およびその親族をはじめとする関係者がCに対して合格の請託をしたりするなど、相手方側の関与があったことをうかがわせるものは、本件全証拠を精査しても特に見当たらないと事実認定している。つまり、高判平成29年は、処分に対する相手方の信頼を積極的に肯定しているが、高判平成28年は、精確には相手方側の関与をうかがわせる証拠が見当たらないとしていて、処分に対する相手方の信頼について積極的に肯定しているわけではないところが異なる。この相違点を考慮して、本文では「処分を信頼した相手方には教員の地位の喪失の不利益があるといえるとしても」と表現している。

のように考慮しているのかもはっきりしない。既に述べたように、比較衡量に際して、採用処分 of 瑕疵の程度と利益衡量の結果については、意識的に区別して判示する必要があると考える。

## 5 終わりに

近時の学説は、最終的には個々の事案に即して考慮を要する事項を総合して具体的な判断を下すことになるとする。しかし、近時の学説は、当該判断をするに当たり専ら「利益衡量」に着目してきたきらいがある。筆者は、利益衡量だけにとどまらず、処分の瑕疵の程度との「比較衡量」へと見直しが必要であると考え。また、当該判断をするに当たり見直しを与える重要な指標に基づく比較衡量の判断枠組み（モデル・ケース化）が課題として残されていると考える。比較衡量に際して、考慮を要する事項のうち重要な指標になるものが、法律による行政の原理の要請から主として処分の「瑕疵の程度」、信頼原則の要請から主として処分を信頼する「相手方の既得の利益」である。それに公共の福祉の要請から主として瑕疵のある処分の「公共の利益に及ぼす影響の程度」が加わることがある。

これら三つの重要な指標を使用し、行政処分の職権取消しの制限に関する判例である最判昭和31年および最判昭和43年、高判平成28年および高判平成29年に当てはめて比較衡量を行ってみたところ、検証結果として当該処分の職権取消しの可否についての見直しを得ることができた。また、これまで見過ごされてきたと思われる各々の判例の疑問点（問題点）も浮かび上がらせることができたと考え。

