

11. 行政行為の撤回～最判昭 63.6.17【百選 189】

【論述例】

1 Xは、Yに対して、YによるXの指定医師の取消し（以下「本件取消処分」という。）について、「処分の取消しの訴え」（行政事件訴訟法3条2項）を提起し、本件取消処分の取消しを請求することが考えられる。かかる請求が認められるためには、本件取消処分が違法といえる必要がある。

(1) まず、本件取消処分は、行政庁が瑕疵なく成立した行政行為について後発的事情を理由にその効力を消滅させるものであり、講学上の撤回にあたるところ、優生保護法に基づく指定医師の指定取消処分について、同法には明文の規定がない。

そこで、行政行為の撤回に法律の根拠が必要か問題となるも、行政行為の撤回は、行政の公益適合性を維持するための積極行為であり、撤回権限と処分権限は同視できる。そうだとすれば、撤回権限は処分権限と表裏一体であるといえ、特別の根拠なくして行政行為の撤回は認められると解する。

(2) もっとも、指定医師の指定のような授益的行政行為の撤回の場合、一度有効に成立し、行政行為自体には瑕疵がないにもかかわらず撤回するのであり、相手方・利害関係人の信頼や法的利益を害するおそれがある。そこで、相手方・第三者の既得権益を失わせることの不利益より公益上の必要性が高い場合に限り、撤回を認めるべきである。

これを本件についてみると、Xが継続して行った実子あっせん行為は、医師の作成する出生証明書の信用を損ない、戸籍制度の秩序を乱し、不実の親子関係の形成により、子の法的地位を不安定にし、未成年の子を養子とするには家庭裁判所の許可を得なければならない旨定めた民法798条の規定の趣旨を潜脱するばかりでなく、近親婚のおそれ等の弊害をもたらすものであり、また、将来子にとって親子関係の真否が問題となる場合についての考慮がされておらず、子の福祉に対する配慮を欠くものといわなければならない。したがって、実子あっせん行為を行うことは、中絶施術を求める女性にそれを断念させる目的でなされるものであっても、法律上許されないのみならず、医師の職業倫理にも反するものというべきであり、本件取消処分の直接の理由となった当該実子あっせん行為についても、それが緊急避難ないしこれに準ずる行為にあたるとすべき事情は窺うことができない。しかも、Xは、上記のような実子あっせん行為に伴う犯罪性、それによる弊害、その社会的影響を不当に軽視し、これを反復継続したものであって、その動機、目的が嬰兒等の生命を守ろうとするにあったこと等を考慮しても、Xの行った実子あっせん行為に対する少なからぬ非難は免れないものといわなければならない。そして、Yが指定医師の指定をしたのちに、Xが法秩序遵守等の面において指定医師としての適格性を欠くことが明らかとなり、Xに対する指定を存続させることが公益に適合しない状態が生じたというべきこと

る、実子あつせん行為のもつ上記の法的問題点、指定医師の指定の性質等に照らすと、指定医師の指定の撤回によってX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。

よって、本件取消処分は適法である。

2 以上より、Xの請求は認められない。

注1) 本判例の事案においては、指定申請却下処分の取消訴訟も提起されているが、上記の論述例では省略している。

注2) 行政行為の撤回と補償について、最判昭 49.2.5【百選 I 90】参照。同判例は、Xは、中央卸売市場内にある土地を東京都から期間の定めなく借り受け、その一部を使用していたが、東京都はその後、その土地を卸売市場用地として使用するため、その土地の大部分の使用許可を取り消した（撤回した）ため、東京都に対し、使用許可を取り消された部分につき補償金の支払を求めたという事案において、「公有行政財産たる土地は、その所有者たる地方公共団体の行政活動の物的基礎であるから、その性質上行政財産本来の用途または目的のために利用されるべきものであって、これにつき私人の利用を許す場合にその利用上の法律関係をいかなるものにするかは、立法政策に委ねられて」おり、地方自治法 238 条の4によれば、行政財産はその用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる。「したがって、本件のような都有行政財産たる土地につき使用許可によって与えられた使用権は、それが期間の定めのない場合であれば、当該行政財産本来の用途または目的上の必要を生じたときはその時点において原則として消滅すべきものであり、また、権利自体に右のような制約が内在しているものとして付与されているものとみるのが相当である。すなわち、当該行政財産に右の必要を生じたときに右使用権が消滅することを余儀なくされるのは…使用権自体に内在する前記のような制約に由来するものといことができるから、右使用権者は、行政財産に右の必要を生じたときは、原則として、地方公共団体に対しもはや当該使用権を保有する実質的理由を失うに至るのであって、その例外は、使用権者が使用許可を受けるに当たりその対価の支払いをしているが当該行政財産の使用収益により右対価を償却するに足りないと認められる期間内に当該行政財産に右の必要を生じたとか、使用許可に際し別段の定めがされている等により、行政財産について右の必要にかかわらず使用権者がなお当該使用権を保有する実質的理由を有すると認めるに足りる特別の事情が存する場合に限られるというべきである」と判示した。