

論文式試験問題集  
[行政法]

## 〔行政法〕

株式会社Aは、Y県内のα区画に地上5階建ての賃貸マンション（以下「本件建築物」という。）を建築する事業計画を決定した。本件建築物は、建築基準法（以下「建基法」という。）6条1項の建築主事の建築確認を受けなければならない「建築物」である。

α区画は、平成元年頃から約30年、β区画、γ区画とそれぞれ建基法上の道路を挟んで隣接している（以下α区画を含むこれら区画を合わせて「本件土地」という。）。本件土地は、かつて株式会社Bが社宅の敷地として一体的に利用していたが、Aが平成5年に本件土地を一括して取得し所有した。Aは本件土地の取得後、本件土地全体の再開発事業を進めようとしたが、計画が難航し、β区画やγ区画の事業計画は未だ具体的に決定していない。

本件土地は、都市計画法（以下「法」という。）上の都市計画区域（一体の都市として総合的に整備・開発し、保全する必要がある区域）のうちの、市街化区域内にある。そのため、Aは、Y県知事に対し、本件建築物の建築の前提となるα区画の工事（以下「本件工事」という。）につき、法29条1項の開発許可の要否判定願書を提出し、α区画に係る開発許可の要否の判定を求めた（都市計画法施行規則（以下「規則」という。）60条）。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、関係法令の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

### 〔設問1〕

Y県知事は、Aに対し、本件工事が「開発行為」（法4条12項）に該当すると判定した上で、開発許可をした。これを受け、Aは、本件工事を完了し、当該工事が開発許可の内容に適合しているかの検査を完了した旨の検査済証（法36条2項）も交付された。α区画の周辺住民であるXは、従前から本件建築物の建築に反対しており、開発許可の取消訴訟（行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）3条2項）の提起を予定している。当該訴訟において、（狭義の）訴えの利益は認められるか検討しなさい。原告適格を含むその他の訴訟要件及び審査請求については検討しなくてよい。

### 〔設問2〕

(1) 設問1と異なり、Y県知事は、本件工事が「開発行為」に該当しないとし、開発許可は不要とする旨の判定行為（以下「判定行為」という。）を行い、その旨記載した規則60条所定の証明書を交付した（以下「交付行為」という。）。これを受け、Aは、交付行為の取消訴訟の出訴期間（行訴法14条）経過後、本件建築物の建築確認を受けた。Xは、建築確認取消訴訟の提起を予定しているが、当該訴訟において、交付行為を違法事由として主張することができるか、交付行為の「処分」性（行訴法3条2項）の有無に留意しつつ検討しなさい。なお、行訴法10条1項の主張制限については論じなくてよい。

(2) 小問(1)につき、仮に上記建築確認取消訴訟において規則60条の交付行為（及び判定行為）自体を違法事由として主張できるとして、α区画のみに着目してα区画の工事が開発行為に該当しないと判定しその旨証明書を交付した行為は適法か否か、想定される被告の反論を踏まえて検討しなさい。その際には、α区画のみの工事は開発行為に該当しないことを前提としなさい。手続上の問題については検討しなくてよい。

【資料】

○ 建築基準法（昭和25年法律第201号）（抜粋）

（建築物の建築等に関する申請及び確認）

第6条 建築主は、（中略）建築物を建築しようとする場合（中略）においては、当該工事に着手する前に、その計画が建築基準関係規定（中略）に適合するものであることについて、確認の申請書を提出して建築主事の確認を受け、確認済証の交付を受けなければならない。（略）

2～9 （略）

○ 建築基準法施行令（昭和25年政令第338号）（抜粋）

（建築基準関係規定）

第9条 法第6条第1項（中略）の（中略）規定は、次に掲げる法律の規定（中略）とする。

一～十一 （略）

十二 都市計画法（中略）第29条第1項（略）

十三～十六 （略）

○ 都市計画法（昭和43年法律第100号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もつて国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。

（定義）

第4条 1～11 （略）

12 この法律において「開発行為」とは、主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行なう土地の区画形質の変更をいう。

13 この法律において「開発区域」とは、開発行為をする土地の区域をいう。

14～16 （略）

（開発行為の許可）

第29条 都市計画区域（中略）において開発行為をしようとする者は、あらかじめ、（中略）都道府県知事（中略）の許可を受けなければならない。（略）

（開発許可の基準）

第33条 都道府県知事は、開発許可の申請があつた場合において、当該申請に係る開発行為が、次に掲げる基準（中略）に適合しており、かつ、（中略）と認めるときは、開発許可をしなければならない。

一 次のイ又はロに掲げる場合には、予定建築物等の用途が当該イ又はロに定める用途の制限に適合していること。（略）

二 主として、自己の居住の用に供する住宅の建築の用に供する目的で行う開発行為以外の開発行為にあつては、道路、公園、広場その他の公共の用に供する空地（中略）が、次に掲げる事項を勘案して、環境の保全上、災害の防止上、通行の安全上又は事業活動の効率上支障がないような規模及び構造で適当に配置され（中略）ていること。（中略）

イ 開発区域の規模、形状及び周辺の状況

ロ 開発区域内の土地の地形及び地盤の性質

ハ 予定建築物等の用途

ニ 予定建築物等の敷地の規模及び配置

三～十四 （略）

2～8 （略）

(監督処分等)

第81条 (略) 都道府県知事(中略)は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、都市計画上必要な限度において、この法律の規定によつてした許可(中略)を取り消し(中略)、工事その他の行為の停止を命じ、(中略) その他違反を是正するため必要な措置をとることを命ずることができる。

一 この法律若しくはこの法律に基づく命令の規定若しくはこれらの規定に基づく処分に違反した者(略)

二～四 (略)

2～4 (略)

**○都市計画法施行規則(昭和44年建設省令第49号)(抜粋)**

(開発行為又は建築に関する証明書等の交付)

第60条 建築基準法第6条第1項(中略)の規定による確認済証の交付を受けようとする者は、その計画が法第29条第1項(中略)の規定に適合していることを証する書面の交付を都道府県知事(中略)に求めることができる。

2019年11月17日

担当：弁護士 山下大輔

# 参考答案

## [行政法]

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>第 1 設問 1</b></p> <p>1 訴えの「利益」(行訴法9条1項)とは、争訟の必要性・実効性をいう。本件では、開発許可に係る開発工事は既に完了し、検査済証も交付されているため、開発許可を取り消す争訟の必要性・実効性はなく、訴えの「利益」が欠けるのではないか。</p> <p>2 取消訴訟が処分の効果の除去を求めることを目的とすることから、訴えの利益の有無は、①取消しの対象となる処分に除去すべき直接的法効果があるか、②直接的法効果がなくとも、それ以外に何らかの間接的法効果があり、その除去のために取消訴訟を提起する必要があるか(行訴法9条1項かつこ書)の観点から決する。</p> <p>3 ①につき、本件許可は、開発行為が法33条所定の要件に適合しているかどうかを公権的に判断する行為であって、直接的には、これを受けなければ適法に開発行為を行うことができないという法的効果を有する。しかし、本件では許可に係る開発行為に関する工事は既に完了しているため、開発許可の上記法効果は失われている。</p> <p>また、②につき、法33条所定の要件に適合しない開発行為について開発許可がされ、工事がされたときは、工事を行った者は、同法81条1項1号の「この法律に違反した者」に該当し、行政庁は同規定に基づき違反是正命令を発することができる。他方で、法81条1項は「できる」と規定しており、違反是正命令を発するかどうかは行政庁の裁量に委ねられる。そのため、開発許可の存在は、法81条1項の違反是正命令を発する上で法的障害となるものではなく、他方</p> | <p>で、開発許可が違法であるとして判決で取り消されたとしても、違反是正命令を発すべき法的拘束力が生じるものではない。このように、開発許可には違反是正命令に影響を与える効果はないから、開発工事は違反是正のために開発許可を取り消す必要性はない。</p> <p>4 よって、本件では、訴えの利益は認められない。</p> <p><b>第 2 設問 2 小問 (1)</b></p> <p>1 交付行為が「処分」(行訴法3条2項)に当たる場合、交付行為の取消訴訟の出訴期間経過後に、後続の処分たる建築確認の取消訴訟において無制限に交付行為の違法を主張できるとすると、交付行為の公定力を実質的に否定することになる。また、取消訴訟の排他的管轄・出訴期間制限(行訴法14条)の趣旨たる法的安定性の要請にも違背する。そのため、原則として違法主張は認められない。そこで、まず交付行為が処分に当たるとかが問題となる。</p> <p>「処分」とは、①公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、②その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが③法律上認められているものをいう。</p> <p>交付行為は、Y県知事の一方的判断に基づく行為であり、①は認められる。しかし、交付行為は、法29条1項に適合することを証する事実を通知する効果があるに過ぎず、Aの権利義務の範囲を画するものではないから、②は認められない。その上、交付行為は規則60条に根拠があるに過ぎず、他に交付行為が法律に基づくと認めるに足る法の仕組みは存在しないため、③も認められない。</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>したがって、交付行為は「処分」に当たらない。</p> <p>2    そして、交付行為が「処分」に当たらない以上、建築確認取消訴訟において交付行為の違法を主張しても、公定力等を否定することにはならない。また、建築確認は「建築基準関係規定」（建基法6条1項・同施行令9条12項）である法29条1項の規定に適合していること、すなわち交付行為を前提になされるものである。</p> <p>これらのことから、建築確認取消訴訟において、建築確認の前提としてなされた交付行為の違法を主張することは当然にできる。</p> <p><b>第3 設問2 小問(2)</b></p> <p>1    本件では、α区画のみの開発工事は「開発行為」に該当しない。そのため、Xとしては、かつてBが本件土地を社宅として一体的に利用していたこと、Aが本件土地を一括して取得し、本件土地全体の再開発事業を進めようとしていたことを理由に、本件土地全体のものとして「土地の区画」（法4条12項）に当たると、ゆえに、本件では、本件土地全体の「開発行為」該当性を判定すべきであったのに、それをしなかった違法がある旨主張することが考えられる。</p> <p>これに対し、Y県としては、本件土地内の各区画は、それぞれ建基法上の道路によって明確に区分されている上、実際にα区画のみ再開発事業の工事が行われているので、本件土地一体のものとして「土地の区画」には当たらない旨反論することが考えられる。そこで、本件土地が一つの「区画」といえるかが問題となる。</p> <p>2    法は、無秩序な開発を規制し良好な都市環境を確保するため(法</p> | <p>1 条)、開発許可制度(法29条・同33条)を定めており、その規制の基準として、法33条が土地の利用形態や物理的な性質・規模等を開発許可の基準としている。また、法は開発区域の設定について、「開発行為をする土地の区域」という定義規定(法4条13項)を置いていないに過ぎず、開発区域の設定の方法については何ら規制がなく、その申請者が定めるところに委ねられている。</p> <p>これらのことから、どの範囲の土地を一つの「区画」とみるかは、①当該土地の周囲の道路等の物理的な境界の状況及び②許可の前提となる申請内容を基準として社会通念に従い決すべきである。</p> <p>3    ①につき、本件土地は、Xが主張するようなかつての利用形態・取得経緯があるとしても、遅くとも約30年前から建基法上の道路を挟んで物理的に境界が区分されていた。</p> <p>また、②につき、原告の主張のとおり、Aが本件土地を一括して取得し、本件土地全体の再開発事業を進めようとしていたとしても、本件では最終的にα区画のみ再開発の許可申請が行われている。そして、α区画のみを工事の対象としたのはβ区画・γ区画の再開発計画が難航したに過ぎず、Aが開発許可規制を潜脱するためα区画のみの工事を対象として要否判定を求めたという事情もない。</p> <p>これらのことから、α区画のみが一つの「区画」といえ、本件土地を一つの「区画」とみることはできない。したがって、α区画のみに着目してα区画の工事が開発行為に該当しないと判定しその証明書を交付したことは適法である。</p> <p style="text-align: right;">以 上</p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

|  |                                 |
|--|---------------------------------|
|  |                                 |
|  | 2019 年 11 月 17 日<br>担当：弁護士 山下大輔 |

# 予備試験答案練習会(行政法)採点基準表

受講者番号

|                                              | 小計   | 配点 | 得点 |
|----------------------------------------------|------|----|----|
| 〔設問1〕                                        | (13) |    |    |
| 訴えの利益の定義とともに、問題の所在を端的に示している。                 |      | 3  |    |
| 訴えの利益の有無につき、理由をつけて判断枠組みを示している。               |      | 3  |    |
| 本件許可の性質から、本件許可の法的効果を示している。                   |      | 3  |    |
| 違反是正命令との関係で、本件許可の法的効果が残存するか示している。            |      | 4  |    |
| 設問2小問(1)<br>※処分性を認め承継の要件を論じた場合も、12点を限度に採点する。 | (12) |    |    |
| 違法性の承継が問題となりうることを示している。                      |      | 1  |    |
| 公定力等を根拠に、違法性の承継が原則認められないことを示している。            |      | 3  |    |
| 処分性の定義を示している。                                |      | 1  |    |
| 交付行為の公権力性を端的に検討できている。                        |      | 1  |    |
| 交付行為の具体的法効果性を検討できている。                        |      | 2  |    |
| 交付行為が法律上認められるものか検討できている。                     |      | 2  |    |
| 交付行為が建築確認の前提であることを示している。                     |      | 2  |    |
| 設問2小問(2)                                     | (15) |    |    |
| Xの違法主張の内容を、問題文の事情を踏まえて具体的に示している。             |      | 3  |    |
| Yの反論の内容を、問題文の事情を踏まえて具体的に示している。               |      | 3  |    |
| 法の趣旨や仕組みを踏まえて、規範を設定できている。                    |      | 5  |    |
| 本問の事実や法の規定を、自身の挙げた規範に適切に当てはめることができている。       |      | 4  |    |
| 裁量点                                          | (10) | 10 |    |
| 合 計                                          | (50) | 50 |    |

# 行政法 解説レジュメ

## 1. 出題の趣旨

行政法は、例年、受験生になじみのない法令をもとに、訴訟選択、訴訟要件、実体違法、手続違法等を幅広く問う傾向にある。特に、平成26年以降は、設問1で訴訟要件が問われ、設問2で処分の違法性が問われており、一定程度確立した傾向とみることができる（ただし、平成29年は逆の順序で違法性と訴訟要件が問われている）。

問題文については、会議録等もなく、個別法の条文の掲載も多くなく、本試験に比べて全体的に分量は少ない。ただし、会議録等の誘導がないということは、自身で法律構成や論点を考える必要があり、その点での難しさがあるといえる。もっとも、設問の形式につき、近年は、「処分性の有無に絞り」（平成27年設問1）、「手続上の違法性と実体上の違法性に分けて」（平成28年設問2）、「原告適格について」（平成31年設問1）などのように、検討対象が明らかになっているため、そもそも何を検討すればよいのかなどと、悩まなくてよい形式となっている。ただし、主張反論形式が続いており、本試験同様、高い答案構成能力が試されている。また、素材としては、直近の重要判例、特に、重判や最新百選判例から出題される傾向にある。

上記の出題傾向及び本試験の出題傾向に鑑み、近年の重要判例を素材に、設問1で訴訟要件、設問2で処分の実体違法を問う問題とし、検討対象は極力明確になるようにした。また、設問2（2）で主張・反論形式の出題とした。

設問1では、（狭義の）訴えの利益について検討する問題とした。予備試験では平成28年に出题されているものの、以後は処分性と原告適格が交互に出題されており、訴えの利益の問題は出題されていないこと、予備試験では重要判例である建築確認と訴えの利益に関連する出題が未だなく、今後出題されることが予想されることからである。

設問2では、解釈違反の問題と違法性の承継・処分性の問題を出題した。行政法の実体違法については、裁量の逸脱・濫用論が重要ではあるが、法解釈の姿勢を問われることもあるため、この機会に整理して頂きたいと出題した。また、違法性の承継は、近年の本試験では平成28年・平成31年に出题されているが、予備試験では未だ出題がないことから、関連して問題となる処分性の問題と絡めて出題した。なお、安直ではあるが、予備試験では平成29年以降、原告適格→処分性→原告適格と出題されていることから、処分性の出題可能性は依然として高いと考えられる。

## 2. 設問1（訴えの利益）について

### 1 問題の所在

開発許可に係る本件工事は既に完了し、検査済証も交付されている。この場合に、取消訴訟を提起して開発許可を取り消しても、既に開発許可の効果は工事の完了等によって完結しており、取り消すことは無意味ではないか、すなわち、訴えの利益が認められないのではないかが問題となる。

### 2 訴えの利益とは

#### (1) 意義

裁判所が抗告訴訟に係る請求の可否につき判断をするだけの具体的必要性。  
より一般的に言えば、**争訟の必要性・実効性**。

## (2) 判断枠組み

取消訴訟は、処分の効果を失わせることを目的とする訴訟であるから、判決時までに関間の経過等の理由により処分の効果がなくなった場合には、原則として訴えの利益はなくなる。しかし、その場合でも、処分の取消しによって回復すべき法律上の利益がある場合には訴えの利益が認められる（行訴法9条1項かつこ書）。

↓ まとめてと…

### ①取消しの対象となる処分に除去すべき直接的法効果があるか。

#### ○ある場合

- ・原則…訴えの利益あり<sup>1</sup>
- ・例外…訴えの利益なし<sup>2</sup>

#### ○ない場合

→②取消しの対象となる処分に除去すべき処分本体の直接的法効果がなくとも、それ以外に何らかの間接的法効果があり、その排除のために取消訴訟を提起する必要があるか（行訴法9条1項かつこ書）

- ・間接的法効果がある場合<sup>3</sup>  
→訴えの利益あり
- ・間接的法効果がない場合<sup>4</sup>  
→訴えの利益なし

## (3) 判例について

### 重要判例 最判昭和59年10月26日(行政判例百選Ⅱ[第7版]174事件)<sup>5</sup>

建築確認は、建築基準法6条1項の建築物の建築等の工事が着手される前に、当該建築物の計画が建築関係規定に適合していることを公権的に判断する行為であつて、それを受けなければ右工事を行うことができないという法的効果が付与されており、建築関係規定に違反する建築物の出現を未然に防止することを目的としたものである。しかしながら、右工事が完了した後における建築主事等の検査は、当該建築物及びその敷地が建築関係規定に適合しているかどうかを基準とし、同じく特定行政庁の違反是正命令は、当該建築物及びその敷地が建築基準法並びにこれに基づく命令及び条例の規定に適合しているかどうかを基準とし、いずれも当該建築物及びその敷地が建築確認に係る計画どおりのものであるかどうかを基準とするものでない上、違反是正命令を発するかどうかは、特定行政庁の裁量にゆだねられているから、建築確認の存在は、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を

<sup>1</sup> 例えば、地方公務員が問題を起こして3か月の停職処分を受けた場合、その3か月間は地方公務員として働くことができないという停職処分の直接的法効果がある。そのため、当該公務員はその3か月以内であれば、訴えの利益が認められ、適法に取消訴訟等提起できる。

<sup>2</sup> 例えば、代償措置が講じられた場合(最高裁昭和57年9月9日民集36巻9号1679号(行政判例百選Ⅱ[第7版]177事件))

<sup>3</sup> 停職処分の例で、3か月経過後には地方公務員は復職でき、地方公務員として働くことができないという停職処分本体の効果は失われている。しかし、停職処分により、法律上は3か月間給与が支払われなかったという間接的効果は残っている。そのため、3か月経過後であっても、俸給請求権を回復するためならば、訴えの利益が認められる。

<sup>4</sup> 例えば、事実上の効果しかない場合(最判昭和55年11月25日(行政判例百選Ⅱ[第7版]176事件))

<sup>5</sup> 最判昭和44年1月24日(行政判例百選Ⅱ[第7版]178事件)との関係性も要検討。

発する上において法的障害となるものではなく、また、たとえ建築確認が違法であるとして判決で取り消されたとしても、検査済証の交付を拒否し又は違反是正命令を発すべき法的拘束力が生ずるものではない。したがって、建築確認は、それを受けなければ右工事を行うことができないという法的効果を付与されているにすぎないものというべきであるから、当該工事が完了した場合においては、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われるものといわざるを得ない。

**関連判例** 市街化調整区域

最判平成 27 年 12 月 14 日(平成 28 年度重要判例解説行政法 3 事件)

市街化調整区域のうち、開発許可を受けた開発区域以外の区域においては、都市計画法 4 3 条 1 項により、原則として知事等の許可を受けない限り建築物の建築等が制限されるのに対し、開発許可を受けた開発区域においては、同法 4 2 条 1 項により、開発行為に関する工事が完了し、検査済証が交付されて工事完了公告がされた後は、当該開発許可に係る予定建築物等以外の建築物の建築等が原則として制限されるものの、予定建築物等の建築等についてはこれが可能となる。そうすると、市街化調整区域においては、開発許可がされ、その効力を前提とする検査済証が交付されて工事完了公告がされることにより、予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果が生ずるものということができる。

したがって、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発行為については当該開発行為に係る予定建築物等の建築等が制限されるべきであるとして開発許可の取消しを求める者は、当該開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しによって、その効力を前提とする上記予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果を排除することができる。以上によれば、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発許可に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しを求める訴えの利益は失われないと解するのが相当である。

**素材判例** 市街化区域

最判平成 5 年 9 月 10 日(判タ No. 868 行政争訟法 1)

都市計画法…… 8 1 条 1 項 1 号は、建設大臣又は都道府県知事は、この法律若しくはこの法律に基づく命令の規定又はこれらの規定に基づく処分に違反した者に対して、違反を是正するため必要な措置を採ることを命ずることができる(以下、この命令を「違反是正命令」という。)としているが、同法 2 9 条ないし 3 1 条及び 3 3 条の各規定に基づく開発行為に関する規制の趣旨、目的にかんがみると、同法は、3 3 条所定の要件に適合する場合に限って開発行為を許容しているものと解するのが相当であるから、客観的にみて同法 3 3 条所定の要件に適合しない開発行為について過って開発許可がされ、右行為に関する工事がされたときは、右工事を行った者は、同法 8 1 条 1 項 1 号所定の「この法律に違反した者」に該当するものというべきである。したがって、建設大臣又は都道府県知事は、右のような工事を行った者に対して、同法 8 1 条 1 項 1 号の規定に基づき違反是正命令を発することができるから、開発許可の存在は、違反是正命令を発する上において法的障害となるものではなく、また、たとえ開発許可が違法であるとして判決で取り消されたとしても、違反是正命令を発すべき法的拘束力を生ずるものでもないというべきである。そうすると、開発行為に関する工事が完了し、検査済証の交付もされた後においては、開発許可が有する前記のようなその本来の効果は既に消滅しており、他にその取消しを求める法律上の利益を基礎付ける理由も存

しないことになるから、開発許可の取消しを求める訴えは、その利益を欠くに至るものといわざるを得ない。<sup>6</sup>

### 3 本問について

本問では、素材判例と同様の事案であるが、素材判例を知らなくても、重要判例を想起し、自分なりに関係法令を読み解き検討することが求められる。

## 3. 設問2小問（1）について

### 1 違法性の承継について

#### (1) 意義

先行処分の出訴期間経過後に、後続処分の違法性を争おうとする場合に、当該後続処分の前提とされた先行処分の違法性を主張することができるか、という問題。なお、先行処分は当然、「処分」性が認められることが前提となる。

#### (2) 問題の所在

後続処分の取消訴訟において先行処分の違法性を主張することが一切遮断されないとする  
と、先行処分の公定力<sup>7</sup>が実質的に否定されることになる。

#### (3) 肯否の基準<sup>8</sup>

- ・原則…違法性の承継は認められない。

- ・例外…①実体法的観点

先行処分と後行処分とが結合して一つの目的・効果の実現を目指しているか

②手続法的観点

先行処分を争うための手続的保障が十分か

---

<sup>6</sup> 参考判例と素材判例とで結論が異なった理由

市街化調整区域は市街化を抑制し、優れた自然環境等を守る区域であるところ、市街化調整区域のうち、開発許可を受けた開発区域以外の区域内においては、原則として都道府県知事の許可を受けなければ建築物の建築等できない（法43条1項）。裏を返せば、市街化調整地区においては、開発許可によって予定建築物等を建築することができることを意味する。しかし、市街化区域は既に市街地を形成している区域と、おおむね10年以内に優先的かつ計画的に市街化を図るべき区域であるところ、市街化区域では原則として用途地域が定められるため、法42条1項ただし書により、一部の場合を除いては建築物の建築等は制限されない。このことから、市街化区域に係る開発許可は、①「これを受けなければ適法に開発行為を行うことができないという法的効果」を有するにとどまるが、市街化調整区域に係る開発許可は、①に加え、②「その効力を前提とする検査済証が交付されて工事完了公告がされることにより、予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果」を有する。原告は、②の法的効果を排除することにより予定建築物の建築を回避して自らの法的利益を回復することが可能となるため、訴えの利益が認められる。

<sup>7</sup> 公定力とは

「行政処分は、たとえ違法であっても、その違法が重大かつ明白で当該処分を当然無効ならしめるものと認むべき場合を除いては、適法に取り消されない限り完全にその効力を有する」という、行政処分特有の効力（最判昭和30年12月26日（行政判例百選Ⅰ[第7版]67事件））。

行政行為に瑕疵があり違法であるとして争う場合、行政事件訴訟法は、原則として、もっぱら取消訴訟のルートで争うべきとしている。これを取消訴訟の排他的管轄といい、その結果、公定力が認められる。

<sup>8</sup> 平成28年度司法試験本試験の出題趣旨では、「いわゆる違法性の承継の問題であるが、取消訴訟の排他的管轄と出訴期間制限の趣旨を重視すれば、違法性の承継は否定されることになるという原則論を踏まえた上で…」と記載されているので、違法性の承継は原則として否定されるべきであるという原則論を明示すべきである。

**重要判例** 最判平成 21 年 12 月 17 日(行政判例百選Ⅰ[第 7 版]84 事件)

……建築確認における接道要件充足の有無の判断と、安全認定における安全上の支障の有無の判断は、異なる機関がそれぞれの権限に基づき行うこととされているが、もともとは一体的に行われていたものであり、避難又は通行の安全の確保という同一の目的を達成するために行われるものである。そして、前記のとおり、安全認定は、建築主に対し建築確認申請手続における一定の地位を与えるものであり、建築確認と結合して初めてその効果を発揮する……。

他方、安全認定があっても、これを申請者以外の者に通知することは予定されておらず、建築確認があるまでは工事が行われることもないから、周辺住民等これを争おうとする者がその存在を速やかに知ることができるとは限らない（これに対し、建築確認については、工事の施工者は、法 89 条 1 項に従い建築確認があった旨の表示を工事現場にしなければならない。）。そうすると、安全認定について、その適否を争うための手続的保障がこれを争おうとする者に十分に与えられているというのは困難である。仮に周辺住民等が安全認定の存在を知ったとしても、その者において、安全認定によって直ちに不利益を受けることはなく、建築確認があった段階で初めて不利益が現実化すると考えて、その段階までは争訟の提起という手段は執らないという判断をすることがあながち不合理であるともいえない。

以上の事情を考慮すると、安全認定が行われた上で建築確認がされている場合、安全認定が取り消されていなくても、建築確認の取消訴訟において、安全認定が違法であるために本件条例 4 条 1 項所定の接道義務の違反があると主張することは許されると解するのが相当である。

## 2 処分性について

### (1) 問題の所在

処分とは、①公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、②その行為によって直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが③法律上認められるものをいう（最判昭和 39 年 10 月 29 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]148 事件)）。

規則 60 条の交付行為については、②単なる事実証明の効果を持つに過ぎず、法的効果がなないのではないか、③規則に根拠があるに過ぎず、法律上認められるものではないのではないかが問題となる。

### (2) 判例について

**重要判例** 最判平成 15 年 9 月 4 日(行政判例百選Ⅱ[第 7 版]157 事件)

労災就学援護費は、給付自体は法律において予定されており、給付を行う際の管轄も委任命令によって定められているものの、給付のための一連の手続・要件は、行政の内部規範とされる通達によって定められている。しかし、最高裁は、労災就学援護費の根拠・性格を法律から、具体的仕組みを通達から認定し、「制度の仕組みにかんがみれば」、「保険給付と同様の手続」で行われる労災就学援護費の仕組みを法が規定していると判断した。

**関連判例** 東京高判平成 12 年 4 月 13 日訴月 47 巻 9 号 2771 頁

本件規則 60 条の規定する適合証明書は、本来的には行政証明制度の一環として設けられており、単なる事実証明の性格を持つものにすぎず、その制度の趣旨から「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する」という行政処分性があるということとはできない。

……直接申請者の権利義務を形成する処分性を有することとなると解する。したがって、都道府県知事又はその委任を受けた行政庁が発行する……適合証明書や非該当証明書の内容の誤りを主張しかつ原告適格を有する者は、右のと通りの判定判断に基づいてされた建築確認処分そのものに対して抗告訴訟を提起することができるのであり、……適合証明書や非該当証明書の発行交付に独自の処分性を認めて、抗告訴訟の提起を許す利益はない……。

**素材判例** 大阪地判平成 30 年 3 月 22 日(判例地方自治 440 号 91 頁)

……都道府県知事等による開発許可を不要とする旨の判定行為やその旨を記載した都市計画法施行規則 60 条所定の証明書の交付には処分性がないと解されているから、先行処分の違法性の承継の議論を経るまでもなく、都道府県知事等の上記判断が客観的に誤っていれば、これを前提としてされた建築確認も処分要件を欠くものとして違法となることは、建築基準法 6 条 1 項及び 4 項並びに建築基準法施行令 9 条 12 号から明らかというべきである。また、被告の主張によれば、当該計画に係る建築物の近隣に居住する住民は、違法な開発許可がされた場合にはその取消訴訟等を提起してこれを争うことができるにもかかわらず、誤って開発許可が不要とされた場合にはこれを争うことができないこととなり、明らかに不合理である。

### 3 本問について

交付行為に処分性を認める見解に立てば、建築確認取消訴訟において、交付行為の違法性を主張できるか、すなわち違法性の承継が問題となる。他方で、多くの裁判例に従い、交付行為に処分性を認めない見解に立てば、建築確認取消訴訟において、建築確認の前提としてなされた交付行為の違法性を主張できることになる。

#### 4. 設問2小問(2)について

##### 1 問題の所在

本問では、 $\alpha$  区画のみの開発工事は「開発行為」に該当しないことが前提であるから、違法事由として考えられるのは、本件土地が一体のものとして「土地の区画」(法4条12項)に当たるとして、本件土地全体の「開発行為」該当性を判定すべきであったのに、それをしなかった違法である。そこで、本件土地全体が「土地の区画」に当たるかが問題となる。

##### 2 実体違法について

###### (1) 裁量の有無に応じた違法性判断

| 行政行為 | 裁量          | 審査方式                 | 審査密度 | 審査手法              | 審査基準                 |
|------|-------------|----------------------|------|-------------------|----------------------|
| 羈束行為 | 無           | 解釈違反                 | 高    | 判断代置審査            | 法の趣旨目的<br>信義則・信頼保護原則 |
| 裁量行為 | 狭<br>(羈束裁量) | 裁量の逸脱・濫用<br>(行訴法30条) | 中    | 社会観念審査            | 事実誤認等                |
|      |             |                      |      | 判断過程統制審査          | 考慮遺脱・他事考慮<br>考慮不尽    |
| 裁量行為 | 広<br>(自由裁量) | 裁量の逸脱・濫用<br>(行訴法30条) | 低    | 社会観念審査<br>(最小限審査) | 重大な事実誤認等             |
|      |             |                      |      | 判断過程統制審査          | 考慮遺脱・他事考慮            |

###### (2) 裁量の有無について

###### ①法の文言

多義的概念等を用いて、行政機関に判断の余地を認めている文言かどうか。

###### ②法の仕組み

・原則例外関係があるかどうか。

→許可等することが原則となっている場合、例外的に不許可等とするか否かについての裁量は否定されやすい。

・刑罰の対象となっているかどうか。

→対象となっている場合には、罪刑法定主義の観点から裁量は否定されやすい。逆に、本来的には刑罰法規が適用される行為の違法性を阻却する効果を持つ行政処分には、裁量が認められやすい。

###### ③処分の性質

国民の権利・自由を制限する処分については裁量が認められにくい。他方、国民に利益を与える処分については、裁量が認められやすい。

###### ④裁量を認める実質的理由

行政庁の専門的・技術的知見・資料を要する等、行政判断を尊重する必要性や根拠があるかどうか。

### 3 解釈違反について

#### 重要判例 最判昭和 33 年 3 月 28 日(行政判例百選 I [第 7 版]54 事件)

……社会観念上普通に遊戯具とされているパチンコ球遊器が物品税法上の「遊戯具」のうちに含まれないと解することは困難であり、原判決も、もとより、所論のように、単に立法論としてパチンコ球遊器を課税品目に加えることの妥当性を論じたものではなく、現行法の解釈として「遊戯具」中にパチンコ球遊器が含まれるとしたものであつて、右判断は、正当である。

なお、論旨は、通達課税による憲法違反を云為しているが、本件の課税がたまたま所論通達を機縁として行われたものであつても、通達の内容が法の正しい解釈に合致するものである以上、本件課税処分は法の根拠に基く処分と解するに妨げがなく、所論違憲の主張は、通達の内容が法の定め合致しないことを前提とするものであつて、採用し得ない。

#### 素材判例 大阪地判平成 30 年 3 月 22 日(判例地方自治 440 号 91 頁)

……都市計画法 4 条 1 3 項は、同法において「開発区域」とは、開発行為をする土地の区域をいう旨規定し、同条 1 2 項は、同法において「開発行為」とは、主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行う土地の区画形質の変更をいう旨規定するところ、無秩序な開発を規制し良好な都市環境（良好な宅地水準及び立地の適正性）を確保するという開発許可制度の趣旨（甲 3 8 参照）や、同法 3 3 条が定める開発許可の基準の内容等に照らすと、同法にいう「土地の区画」とは、不動産登記上の土地の区画ではなく、実際の土地の利用形態としての区画をいい、どの範囲の土地を一つの「区画」とみるかは、当該土地の周囲の道路、通路、塀、垣、柵等の物理的な境界の状況により、社会通念に即して判断するのが相当である。

……本件全体土地や A B E 区画が一つの区画であると評価され、その全体につき開発許可を経ることが必要となるものとは解されない。原告らの主張は採用することができない。

以上によれば、本件土地につき開発許可は不要であるとした本件不要判定は適法であり、本件計画は都市計画法 2 9 条 1 項に違反しないというべきである。そして、他に本件建築確認を違法とすべき事由も見当たらないから、本件建築確認は適法というべきである。

### 4 本問について

本問では、「土地の区画」という文言、Y 県（知事）の専門的判断を要する要素がないことなどから、「土地の区画」該当性について Y 県に裁量は認められない。そのため、X としては解釈違反を主張することになる。その上で、問題文の事情から、X は、本件土地が一連一体のものとして「土地の区画」に該当し、 $\alpha$  区画のみの工事を対象として開発許可は不要と判定した行為及び交付行為は違法であると主張することになる。

これに対し、Y 県としては、各区画が物理的に区分されていることなどを重視し、本件土地は一連一体のものとはいえず、「土地の区画」に該当しない旨反論することが考えられる。

私見では、開発許可制度の趣旨や法 3 3 条の規定内容等を踏まえ、「土地の区画」の定義を示すなどして説得的に論じることが求められる。なお、素材判例は本件土地を一つの区画とは評価できず、本件土地全体につき開発許可を経ることは不要と判示したが、私見は説得的であれば、いずれの結論でも採点上差異を設けない。

【参考文献】

- ・ 櫻井敬子・橋本博之 『行政法 [第5版]』 弘文堂 2016/2/17
- ・ 中原茂樹 『基本行政法 [第3版]』 日本評論社 2018/3/23
- ・ 宇賀克也 『行政法概説 行政救済法 [第5版]』 有斐閣 2015/4/10
- ・ 宇賀克也・交告尚史・山本隆司 編『行政判例百選Ⅰ [第7版]』 有斐閣 2017/11/30
- ・ 宇賀克也・交告尚史・山本隆司 編『行政判例百選Ⅱ [第7版]』 有斐閣 2017/11/30
- ・ 曾和俊文・野呂充・北村和生 編著『事例研究行政法 [第3版]』 日本評論社 2016/11/20
- ・ 『判例タイムズ No. 868』 判例タイムズ社 1995/4/1

以 上

2019 年 11 月 17 日

担当：弁護士 山下大輔

司法試験予備試験 答案練習会 特別講演

『予備試験合格のための勉強法』

星 野 拓 哉

# 予備試験合格のための勉強法

## 第1 予備試験合格に必要なこと

- 1 予備試験合格のために必要な四技能
  - ①適切な条文を検索できるか
  - ②要件効果に従って考えることができるか
  - ③基本的な論点を理解しているか
  - ④法的三段論法を使えるか
- 2 予備試験のレベル
  - ・一見難易度は高そうに見えるが・・・？
  - ・合格ラインは？
- 3 やるべきこと
  - ・基本的な（典型的な）問題の正確な理解
  - ・その中で、四技能を身に着けていることをアピールする
  - ・未知の問題、高難易度な問題はあくまで加点要素であるという意識

## 第2 論文式試験の勉強法

- ①各科目1周して概要を把握する
  - ・スピード重視、暗記などはそこまで意識しない、趣旨や論理を追う
- ②網羅型典型問題集を解く（1回目）
  - ・ここで把握すべきは、何が典型問題（基本事項）なのか
  - ・合格に必要な知識を絞り込む、やるべきことの圧縮
  - ・問われたことを逐一基本書等に戻って確認する
  - ・これ以降は問題集を勉強の起点として、基本書等との往復が基本姿勢
- ③網羅型典型問題集を解く（2回目以降できるようにするまで）
  - ・条文→要件→論点発見→三段論法という流れをしつこいくらいに意識
  - ・論点が、どの条文との関係で問題となるのか、どの事実に着目すれば気付けたのか
  - ・答案の型を習得→型に合わせた知識のカスタマイズ
  - ・あてはめの仕方を学ぶ（規範に対して責任を持つ）
- ④過去問を解く（③と並行して、なるべく早い時期に）
  - ・予備試験のレベル感を体感する（なんとかかなりそうだという感覚を掴んでほしい）
  - ・70分という時間の使い方を覚える（短い！）
  - ・③で身につけた方法論を実践で試す
  - ・再度の出題に備える
  - ・逃げ方を身につける

### 第3 法律実務基礎科目の勉強法

#### 1 民事編

- ・特有な分野は要件事実、執行・保全、二段の推定、準備書面の書き方など
- ・要件事実は暗記しないこと、理解する
- ・『民事裁判実務の基礎 入門編』がオススメ

#### 2 刑事編

- ・『刑事実務基礎の定石』（弘文堂）で刑実特有の問題はほぼ網羅できる
- ・身柄関係、公判前整理手続、直接証拠 or 間接証拠などは頻出
- ・定石に出てくる条文は規則も含めて全てチェックしておく
- ・現場で条文を探さなければならないこともあるので、刑訴と刑訴規則の条文は何回か素読する

### 第4 答練活用法

#### ①敗因分析

- ・なぜ出来なかったのか→どうすればいいのか

#### ②勝因分析

- ・なんとなくできたでは意味がない
- ・出来たときの思考フローを確立する

#### ③事前準備

- ・出題範囲はきちんと予習してから答練を受講する
- ・来年論文を突破する意気込みの人は、本番の1週間前はどんな準備をするか（できるのか）、前日は何をするか、会場までの電車の中では何をするかなどを意識すると良い

#### ④70分で得点を最大化する訓練

- ・70分をどのように使うかを自分なりに模索
- ・どのように問題文を読むか？何回読むか？マークは？答案構成の方法は？
- ・分からないなら分からないなりに70分フルに使って、今持っているもので1点でも多くもぎ取る努力をする。1点がとてつもなく大事な試験。1点を絞り出す執念を答練からみせておかないと、本番では絶対にできない

### 第5 短答式試験の勉強法

- ・短答の勉強は早め早めに始めること
- ・油断せずしっかりやる、ただしやりすぎない。合格点を超えれば良いという気持ち
- ・過去問と基本書・条文の往復が基本。特に条文を大切に
- ・科目の優先順位を考える
- ・今から覚えていないといけないものか、直前期に詰め込めばいいのか

2019 年 11 月 17 日  
星野拓哉

## 最優秀答案

回答者 R S 31 点

### 第 1

#### 1 設問 1

当該訴訟において「訴えの利益」は認められるか。その意義と関連して問題となる。

- (1) ア そもそも訴えの利益は、紛争解決に無益な事項を訴訟の対象から除くために訴訟条件として求められている。

なぜなら、裁判所及び裁判官の数には限りがあり、無益的な事項まで訴訟の対象とすると、事件を処理できなくなり、国民の救済という機能を発揮できなくなってしまうからである。

イ 思うに取消訴訟は当該行為を取り消すことでその行為が行われる前の法律関係に戻す趣旨である。

ウ だとすれば取消し訴訟における「訴えの利益」の有無は、元に戻すことができる法律関係の有無によって、判断すべきである。

- (2) 本件行政行為は開発許可であり、これによってAは本件工事をしうる法的地位に立つことになる。(都市計画法29条)

そしてAは本件工事を完了しているので、元に戻すことができる法律関係が存在しているとは言えない。

- (3) よって、当該訴訟では、「訴えの利益」が認められない。

- (4) またこのように解しても、Xは本件建築物の建築に反対しているので建築確認の際に改めて訴訟を提起することができるので不都合はない。

### 第 2

#### 2 設問 2 小問 (1)

Xは建築確認取消し訴訟の際に、交付行為を違法事由として主張することができるか。

- (1) そこでまず交付行為に「処分」性が認められれば、交付行為を取消し訴訟の対象とでき、(出訴期間が経過している以上)建築確認での取消し訴訟で

その違法性を主張すべきでないといえる。そこで交付行為に「処分」性が認められるかが問題となる。

ア 思うに取消し訴訟は、国民の権利・利益が侵害された場合に国民を救済する措置であるので、国民の権利・利益を侵害する行政機関の行為をその対象としている。

だとすれば、「処分」とは直接に国民の権利・義務を形成し、またはその範囲を確認することが法律上認められる行政機関の行為を意味すると考えられる。

イ 本件では、開発許可は不要とする旨を記載した証明書の交付であり、これは、その旨を証明するためのものであり、これを交付することで、直接に国民の権利・義務を形成しないと考えられる。(都市計画法施行規則60条)

ウ よって、本件交付行為は「処分」性が認められない。

(2) だとすれば、交付行為自体を取消し訴訟の対象とすることはできないので、交付行為の出訴期間内でも交付行為を対象とできない(行訴法3条2項)以上、交付行為の違法性を争うべき機会を与えるべきである。

(3) よって建築確認の取消訴訟でXは交付行為の違法事由として主張することができる。

### 3 設問2小問(2)

$\alpha$  区画のみの工事が開発行為に該当しないと判定しその旨の証明書を交付した行為の適法性が問題となる。

(1) この点  $\alpha$  区画は本件土地の一部であり、 $\alpha$  区画は  $\beta$  区画、 $\gamma$  区画と共に一体をなして本件土地を形成しているので、 $\alpha$  区画のみに着目して、開発工事に該当しない旨を交付するのは違法とも考えられる。

(2) 被告の反論

しかし、Aは $\alpha$ 区画のみに本件建築物を建築しようとしているのであり、その前提となる本件工事も $\alpha$ 区画のみ行うので $\alpha$ 区画のみに着目しても違法とはならないとの反論が考えられる。

(3) 思うに、法33条2項二は予定建築物等の敷地の規模や配置を考慮することができることを規定しているし、 $\alpha$ 区画は $\beta$ 区画、 $\gamma$ 区画とは道路を挟んで隣接しているので、例え本件土地の前所有者であるBが本件土地のそれぞれ区画を一体として利用したいとの事情があっても別個独立した土

地とみることができる。

- (4) だとすれば本件建築物は $\alpha$ 区画のみで足りる規模であるし、実質的に見て、 $\alpha$ 区画は $\beta$ 区画と $\gamma$ 区画とは道路を挟んで隣接しており独立した土地と見ることも可能であるので $\alpha$ 区画のみに着目して $\alpha$ 区画の工事が開発行為に該当しないと判定し、その旨証明書を交付した行為は適法である。

## 最優秀答案

回答者 KM 31 点

### 第 1 設問 1

1. 本件において、A は既に本件工事を完了し、検査済証（法 36 条 2 項）の交付も受けている。そのため、本件工事の開発許可を取り消す本件訴訟は、「回復すべき法律上の利益（行訴法 9 条 1 項カッコ書き）が認められないのではないか。訴えの利益が問題となる。
  - （1）この点について、訴えの利益とは、当該処分を取り消す必要性のことである。そこで、当該処分を取り消すことにより回復される権利・利益があるか、取消判決の効果により除去すべき法的効果があるかといった観点から判断すべきである。
  - （2）これを本件についてみるに、法 29 条の開発許可は、当該開発行為が開発許可の基準（法 3 条 1 項）をみたしているか否かについて検査したうえで、かかる開発行為を適法ならしめるものである。そして、当該開発許可が取り消されれば、当該開発行為は、初めからなかったことになり、「この法律…に…違反した者（法 81 条 1 項 1 号）として、監督処分による本件工事の是正等がなされる。また、当該開発行為が既に完了しているといっても、かかる事情は、事情判決の際に考慮すべき事情にすぎない。
  - （3）したがって、本件開発許可を取り消すことで、本件建築物の除去等の是正処分が基礎付けられるため、本件開発許可処分を取り消すことによって回復される権利・利益がある。
2. よって、本件訴訟は、「回復すべき法律上の利益」が認められ、訴えの利益が認められる。

### 第 2 設問 2（1）

1. 本件建築確認取消訴訟において、交付行為の違法を主張することはできるか。まず、交付行為が「処分」（行訴法 3 条 2 項）に当たれば、違法性の承継が問題となりうるため、交付行為の処分性が問題となる。
  - （1）この点について、「処分」とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行為

のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。

- (2) 本件において、規則60条にもとづく交付行為は、公権力の主体たるY県知事が、その優越的地位に基づいてなしており、公権力性がある。

もっとも、交付行為は、当該計画が法29条1項の規定に適合していることを証するだけであって、外部的な法効果が発生するものとはいえない。そのため、交付行為は、直接国民の権利義務を形成するものとはいえない。

- (3) したがって、交付行為は「処分」といえず、違法性の承継は問題とならない。

2.

- (1) もっとも、交付行為の後に続く建築確認行為が、かかる交付行為を前提としていれば、交付行為の違法は建築確認行為と一体のものとして、当該建築確認取消訴訟において主張できると考える。

- (2) 本件についてみるに建築確認の根拠法規である建基法6条1項は、「計画が建築基準関連規定に適合」することを要件としている。そして建基法施行令9条12号において、法が「建築基準関連規定」にあたるとされている。そのため、本件計画が法29条1項に適合することが建築確認行為の前提となっているといえる。

- (3) したがって、交付行為は、本件建築確認行為の前提といえ、両者は一体といえる。

3. よって、本件訴訟において、交付行為自体の違法を主張できる。

### 第3 設問2(2)

1.  $\alpha$ 区画の工事が開発行為に該当しないと判定してその旨の証明書を交付した行為は適法か。かかる工事が「開発行為」(法4条12号)に当たるか。

- (1) この点、同号は主として「建築物の建築」について、開発行為に当たると規定する。

そして、本件建築物は、建基法6条1項の「建築物」に該当する。また、 $\alpha$ 区画は、平成元年頃から約30年間、 $\beta$ 区画及び $\gamma$ 区画と一体となっている。そして、これらの土地をAは一括取得している。そのため、 $\alpha$ 区画の開発といっても、本件土地全体の開発といえる。これに対し、本件 $\beta$ 区画や $\gamma$ 区画の事業計画は未だ決定していないため、本件土地を一体としてはとられないとの反論が考えられる。

しかし、本件土地全体が A という同一主体に移転している以上、本件開発行為は本件土地一体のものとみるべきである。

(2) したがって、 $\alpha$  区画のみに着目して「開発行為」にあたらないとした本件交付行為は、要件解釈に誤りがある。

2. よって、本件交付行為は、違法である。

以 上

# 採点講評

(2019 年 11 月 17 日 行政法)

## 第 1 全体について

本問は、参照すべき法令が複数あり、検討すべき事項も多岐にわたるなど、ボリュームのある問題でした。しかし、問われていることは、狭義の訴えの利益、処分性、違法性の承継、解釈違反といった、典型的かつ頻出の分野からの出題です。最低限、これらの問題の所在や定義、規範をおさえておけば、ある程度の点数がつくような出題になっています。

答練実施直前に注意喚起をしたこともあってか、例年散見される、行政法の勉強がまったく進んでいないが故に、問題文の事情をすべて無視し、憲法論を展開するという答案はなくなりました。答案中に、わからなくても個別法の規定を解釈する姿勢が多くみられたことは、良い傾向であると思います。また、例年、合格水準に達していると認められる答案は全体の 1 割又はそれ以下でしたが、本年度は 2 割ほどあり、上位層の厚み・レベルの高さを感じました。ただし、処分性の要素の理解が不十分、訴えの利益の概念整理ができていない、処分性を認めておきながら違法性の承継論にまったく気づかない、など、基本中の基本すらできていない答案が続出し、全体的なレベル自体は例年通りだったように感じます。本年度は学部生、とくに 1・2 年生が多いとは思いますが、来年度合格・短期合格のためには、この時期に行政法まで手が回っている必要があります。

## 第 2 個別の注意点について

### 1 設問 1 について

「(狭義の) 訴えの利益は認められるか」、「原告適格を含むその他の訴訟要件……については検討しなくてよい。」との指示があるにもかかわらず、処分性や原告適格について論じる答案が多数ありました。また、原告適格とは明示せずとも、周辺住民の日照権や住環境、安全等が法律上保護されているか、といった原告適格の考え方を根拠に、訴えの利益が認められるか否か検討する答案が散見されました。これは、そもそも訴えの利益がどういう概念か、まったく学習していないことが原因かと思われます。(広義の) 訴えの利益が、①原告適格(当事者に着目した利益)と②(狭義の) 訴えの利益(処分の効果に着目した利益)に整理できることは、基本知識レベルです。

訴えの利益は、処分性や原告適格に比べると出題頻度は低いですが、講学上も実務上も、それらと並ぶ重要かつ基本的な訴訟要件であり、百選にも多くの判例が掲載されている分野です。この機会に必ず百選判例は読んで、概念整理をし、処理手順を確立しておいてください。

## 2 設問2小問(1)について

論述の冒頭で、「交付行為に処分性は認められるか」といきなり問題提起をする答案が散見されました。設問1のように、設問で「狭義の訴えの利益は認められるか」と、何を検討するのか具体的に指示がある場合には、問題の所在を長々書く必要はなく、参考答案のように、定義から書き始めてもあまり問題はありません(できれば問題提起は書いた方がよいですが。)。しかし、設問2小問(1)のように、そもそも何を検討すべきか、何故前提として処分性を検討させるのか、設問の指示が明らかでない場合は、問題の所在をある程度丁寧に論じないと、論点相互の関係、ひいては体系的な理解ができていないか、採点者にとってはわかりません(論じる実益の明示)。本問では、「処分性が認められれば違法性の承継論が問題となるため以下論じる。」程度の記載はあったほうが良いです。

処分性の論述においては、直接的具体的法効果性について、「交付行為により相当程度の確実さをもって建築確認がなされる」、「交付行為により建築確認がなされる蓋然性がある」、「証明するに過ぎず事実上の効果しかない」、など、バラエティーに富んでいました。どのような論述でも、説得性があれば点数がつきますが、法の仕組みを挙げず、簡単に結論付けている論述には、低い点数がつけました。

違法性の承継の問題では、判例の規範を挙げて、手続保障につき、「YからAに対し証明書が交付されたに過ぎず、交付の事実が公表されたといった事情もない」、などと深い考察をする答案が複数ありました。また、交付行為の処分性を否定し、承継論の議論を経ないにもかかわらず、参考答案のように、具体的な規定を挙げ、建築確認の前提として交付行為がなされることを理由に当然に違法主張できる、とまで言及できている答案が1通だけありました。これらの答案には、高い点数がつけました。

## 3 設問2小問(2)について

設問に「 $\alpha$ 区画のみに着目して」とヒントが明示され、また問題文の事情にも、 $\alpha$ 区画やその他区画の物理的状況や所有関係が明示されていたにもかかわらず、多くの答案では、それらの一切を無視して、「裁量は広い、いや、狭い」だとか、「開発行為は公益に適合する、いや、適合しない」などと抽象的な議論に終始する答案が多かったです。本問は、もともと時間の制約が厳しい予備試験本番の問題よりもさらに1.2倍ほどボリュームのある問題であり、小問(2)の検討が不十分になることは仕方がありません。また、講義で触れたとおり、裁量の逸脱濫用の問題として論じることが、大きな痛手ではありません。しかし、そもそも、設問の指示や問題文の事情を踏まえない答案は、いくら多くの分量を書いてもほとんど点数はつきません。

また、裁量の有無及び広狭を両当事者の対立軸として設定する答案も複数みられました。それ自体決して誤りではありませんが、そのような対立軸を設定してしまうと、結局、裁量の有無及び広狭のみで結論が出てしまい、論述の具体性が欠けてしまいます。まずは、法の仕組み解釈や問題文の具体的事情から、対立軸が設定できないか検討するようにしましょう。

なお，例年指摘していますが，実体違法の問題になると，突然作文のように両当事者の主張を書き並べるだけの答案が続出します。実体違法は個別法の解釈など，現場思考型の問題になることは多いですが，他の科目同様，法律論文である以上，趣旨や個別の規定から，判断枠組みを挙げ，当てはめることが肝要です。

以 上

# 司法試験予備試験答案練習会 2019年11月17日分 得点分布表

行政法

出席者 38名

平均点 13.7点

(人数)

