

論文式試験問題集
[行政法]

〔行政法〕

XはY市内に駐車場（以下「本件駐車場」という。）及びその敷地（以下「本件敷地」といい、本件駐車場と合わせて「本件駐車場等」という。）を所有しており、その一部に、通勤のため毎日運転使用する自己所有の車両1台を駐車するとともに、他の部分を月極駐車場として、現在、3名の者に賃貸し賃料収入を得ている。本件駐車場は、屋根や柱などの構造物はなく、本件敷地上に車両ごとの境界を示す白線や各境界部分に簡易なメーター等が設置されているだけの駐車場（いわゆるコインパーキング）である。なお、Xの自宅は本件敷地の東側から約900m離れた位置に居住している。

本件敷地の西側には、Aが所有する土地（以下「本件土地」という。）が隣接しており、本件敷地及び本件土地は、建築基準法（以下「法」という。）65条の準防火地域に当たる。Aは、建築主として、本件土地上に木造地上3階建て、高さ約9mの一戸建住宅（以下「本件建築物」という。）の建築につき、建築確認を受け、建築工事も完了し、検査済証の交付も受けた。この本件建築物の外壁は、耐火構造ではなく、本件駐車場等は本件土地の境界線から約10cmの位置にある。

Xは、本件建築物の建築工事中、本件建築物が法65条の要件を満たしておらず、民法234条1項に違反するとしてY市建築審査会に対し、審査請求、再審査請求をしたが、Y市建築審査会は、そもそも法65条、民法234条1項、いずれも法9条の「建築基準法令」に当たらず、また、本件建築物の高さが比較的高くないこと等を考慮して、工事施行停止までの事案ではないことを理由に、いずれの請求も却下する旨の裁決がなされた。

そこでXは、Y市長に対し、義務付けの訴え（行政事件訴訟法（以下「行訴法」とする。）3条6項1号）として、本件建築物の除却命令（法9条1項、以下「本件命令」という。）をすべき旨を命ずることを求めた（以下「本件訴訟」という。）。

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〕

本件訴訟において原告適格、「重大な損害が生ずるおそれ」（行訴法37条の2第1項）、「他に適当な方法がないとき」（同項）はそれぞれ認められるか、Xの立場から簡潔に論じなさい。その他の訴訟要件については検討しなくてよい。

〔設問2〕

本件命令の義務付けは認められるか。法65条と民法234条1との関係にも留意しつつ、想定される被告の反論を踏まえて検討しなさい。なお、民法234条2項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）

（目的）

第1条 この法律は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もって公共の福祉の増進に資することを目的とする。

（違反建築物に対する措置）

第9条 特定行政庁は、建築基準法令の規定（中略）に違反した建築物（中略）については、当該建築物の建築主（中略）に対して、当該工事の施工の停止を命じ、又は、相当の猶予期限を付けて、当該建築物の除却、移転、改築、（中略）使用制限その他これらの規定又は条件に対する違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる。

2～15 （略）

（構造耐力）

第20条 建築物は、自重、積載荷重、積雪荷重、風圧、土圧及び水圧並びに地震その他の震動及び衝撃に対して安全な構造のものとして、次の各号に掲げる建築物の区分に応じ、それぞれ当該各号に定める基準に適合するものでなければならない。

一～四 （略）

2 （略）

（容積率）

第52条 建築物の延べ面積の敷地面積に対する割合（以下「容積率」という。）は、次の各号に掲げる区分に従い、当該各号に定める数値以下でなければならない。（略）

一～七 略

2～15 略

（建蔽率）

第53条 建築物の建築面積（中略）の敷地面積に対する割合（以下「建蔽率」という。）は、次の各号に掲げる区分に従い、当該各号に定める数値を超えてはならない。

一～六

2～9 略

（建築物の各部分の高さ）

第56条 建築物の各部分の高さは、次に掲げるもの以下としなければならない。

一～三 略

2～7 略

（隣地境界線に接する外壁）

第65条 防火地域又は準防火地域内にある建築物で、外壁が耐火構造のものについては、その外壁を隣地境界線に接して設けることができる。

2020年11月15日

担当：弁護士 山下 大輔

参考答案

[行政法]

第 1 設問 1 1 原告適格(行訴法 3 7 条の 2 第 3 項) (1)「法律上の利益を有する者」とは、基準の明確性の観点から、法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害される者をいう。そして、原告の主張する利益が、行訴法 9 条 2 項の要素を考慮した上で(同法 3 7 条の 2 第 4 項)、処分の根拠法規によって一般的公益に吸収解消させるにとどまらず、個々人の個別的利益としても保護されている場合、当該利益は法律上保護された利益に当たると解する。 (2) X が主張すべき利益は、本件建築物の倒壊、炎上等に対する生命身体上の安全の利益である。 法は、建築物の構造耐力の基準(2 0 条)、建築物の容積率の制限(5 2 条)、建蔽率の制限(5 3 条)、建築物の高さの制限(5 6 条)等を定めている。これら規定は、建築物が備えるべき性能の基準を定めその安全性を確保するとともに、建築密度、建築物の規模等を規制して建築物の敷地上に適度な空間を確保し、地震、火災等により当該建築物の倒壊、炎上等が生じた場合に、その周辺の敷地利用者の生命等(法 1 条)に重大な被害が及ぶことを防止することを目的としている。 以上の目的や、生命身体上の安全の利益が一度侵害されると取り返しがつかないものであることに鑑みて、法 9 条 1 項は、違法建築物の倒壊、炎上等による被害が直接的に及ぶことが想定される周辺の敷地利用者の生命の安全等を、一般的公益に吸収解消させるにとどまらず、個々人の個別的利益として保護していると解する。したがって当該利	益は法律上保護された利益に当たり、これを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は原告適格を有すると解する。 本件建築物の高さは約 9 m であり、倒壊、炎上等した場合、本件土地から約 10 cm しか離れていない本件駐車場等内にいる者にも被害が及ぶ。そして、X は自己所有の本件駐車場等に自身の車両を駐車し、毎日本件駐車場に立ち入っている者である。これらのことから、X は、本件建築物の倒壊、炎上等により法律上保護された利益たる生命身体上の安全等の利益が必然的に侵害されるおそれのある者である。したがって、X は本件訴訟の原告適格を有する。 2 「重大な損害を生じるおそれ」(行訴法 3 7 条の 2 第 1 項・同 2 項) 上記のとおり本件建築物の倒壊、炎上等により X の生命身体上の安全が著しく害されるおそれがあり、かかる損害は金銭賠償等になじまず、回復は不可能又は著しく困難であるから、同要件を満たす。 3 「他に適当な方法がないとき」(行訴法 3 7 条の 2 第 1 項) 法律上他の救済手続が用意されている場合に行政への義務付けまで認める必要性は乏しいため、同要件は、義務付けの請求に代替する救済手続がとくに法定されていない場合に満たすと解する。 本件では、救済手続は法定されていないため、同要件を満たす。 第 2 設問 2 1 要件該当性 (1) Y 市長は、法 6 5 条、民法 2 3 4 条 1 項は法 9 条の建築基準法令に当たらず、本件命令の要件を満たさないと反論する。
---	---

(2) まず、民法234条1項は私人間の相隣関係を調整する規定である。他方、建築基準法令の規定は、建築物の敷地、構造等に関する最低の基準を定め、国民の生命等の保護を図り、公共の福祉の増進に資するという法の目的(1条)に基づき定められるものであり、相隣関係調整規定たる民法234条1項とはその趣旨目的を異にする。 したがって、民法234条1項は、建築基準法令の規定に含まれず、建築物が同項に適合するか否かは建築確認申請の審査基準(以下「建築基準」という。)とならない。 (3) 次に、法65条は、その文言によると、防火地域又は準防火地域内の建築物で外壁が耐火構造のものについて、その外壁を隣地境界線に接して設けることを許容する趣旨の規定であり、同条が建築基準として同境界線との距離について規制する趣旨の規定ではない。また、法に、同境界線との距離につき規制する規定はないから、法65条を他の規定によりに定められている建築基準を緩和する趣旨の特則規定と解することもできない。そのため、法65条は、耐火構造の外壁を設けることが防火上望ましいことや、防火地域又は準防火地域における土地の合理的、効率的な利用を図る必要があることに鑑み、各地域内の建築物で外壁が耐火構造のものに限り、相隣関係に関する民法234条1項の規定の適用を排除し、その外壁を隣地境界線に接して設けることができる旨を定めたものであると解する。 したがって、法65条は、民法234条1項の特則規定と解すべきであり、同項と同様、建築基準法令の規定に含まれない。	(4) よって、本件建築物は建築基準法令の規定に反する建築物、すなわち、法9条1項に基づく除却命令の対象となる建築物ではない。 以上より、本件除却命令を発する要件を満たさない。 2 効果裁量の逸脱濫用(行訴法37条の2第5項) 仮に要件を満たしても、Y市長としては、本件建築物の高さ等を考慮すれば、本件命令の必要はないと反論することが考えられる。 複数の処分が列挙され、「できる」旨規定され(法9条)処分選択に幅があること、建築基準等の公法的専門的知見を有するのはY市長であることから、Y市長に除却命令発出の裁量が認められる。もともと、法の趣旨・目的や、規制権限の性質等に照らし規制権限不行使につき合理性を欠く場合は、裁量の逸脱濫用として違法となる。 上記のとおり法は建築物の倒壊、炎上等が生じた場合に、その周辺の敷地利用者の生命等に重大な被害が及ぶことを未然に防止することとを趣旨としており、建築物の高さや周囲の者の避難可能性等を考慮し建築物に対する規制権限が適切に行使される必要がある。ところが、本件建築物は高層でなくとも本件駐車場等と約10cmしか離れておらず、本件駐車場に立ち入る者の位置状況等によっては、高さ9mの本件建築物の倒壊等による被害が直接的不可避的に及ぶため、避難可能性は高いとはいえない。したがって、本件命令発出の必要があったといえ、これを行使しなかったことは合理性を欠く。 よって、要件を満たす場合には、Y市長が本件命令を発出しないことは、裁量の逸脱濫用として違法となる。 以 上
---	---

		2020 年 11 月 15 日 担当：弁護士 山下 大輔
--	--	----------------------------------

予備試験答案練習会(第1回行政法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
設問1(原告適格)	(14)		
小田急判決を意識した原告適格の規範が定立できている。		3	
Xがいかなる利益を主張しているか、具体的に示せている。		2	
Xが主張する利益につき、法の規制の条文を挙げ、その趣旨を論じることができている。		5	
Xの主張する利益が法律上保護された利益か当てはめられている。		4	
設問1(重大な損害, 他に適当な方法がないとき)	(6)		
考慮, 勘案要素を意識してXの被る損害を評価できている。		3	
理由をつけて「他に適当な方法がないとき」の規範を挙げて当てはめている。		3	
設問2(①要件該当性を否定し, 又は仮に否定して②効果裁量を論じた場合は, ①, ②をあわせて20点を限度として採点する。)	(20)		
想定されるYの反論を示している。		2	
解釈違反が問題となることを示せている。		2	
民法234条1項の趣旨を論じ, 建築基準法令に当たるか検討できている。		6	
法の文言や仕組みから, 法65条の意義を示せている。		6	
法65条と民法234条1項の関係を, 理由をつけて論じることができている。		4	
裁量点	(10)		
合 計	(50)		

行政法 解説レジュメ

第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）、「Bは、本件取消訴訟2において、本件不許可処分の違法事由として、基準1が条例に反して無効である旨を主張したい。この点につき、Bがすべき主張を検討しなさい。」（令和元年設問2）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、重判や百選判例のみならず、最新の地裁判決等からも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、近年の地裁判決を素材に、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で主張・反論形式の出題とした。

設問1では、非申請型義務付け訴訟の訴訟要件について検討する問題とした。予備試験では未だ非申請型義務付け訴訟の訴訟要件を検討させる問題は出題されていない。この理由は、そもそも実務上、行政庁に処分を義務付けるハードルが高く裁判例の集積が少ないこと、講学上も要件解釈につき争いが比較的少ないことなどが挙げられる。しかし、平成16年行訴法改正の意義は大きく、今後本試験と同様、差止めや義務付けの訴えが問われる可能性は高いため、今回出題することとした。なお、原告適格の重要性と出題頻度については、説明するまでもない。

設問2では、実体違法の問題を出題した。行政法の実体違法については、とにかく受験生が苦手なため、実体違法の議論の出発点となる解釈違反、裁量の逸脱・濫用論それぞれ問題になり得る問題とし、例年より誘導をつけるなどして容易に解答できるようにした。

本年度はコロナ禍により司法試験本試験・予備試験いずれも史上初の延期となり、本問作成時は本年度の論文式試験が開始されていない。そのため、本年度の論文式問題を反映しておらず、問題によっては被りなども出てくる可能性もあるが、いずれにせよ本問は基本的かつ重要な問題であるので、この機会にぜひ修得して頂きたい。

第2. 設問1 原告適格

（1）問題の所在

Xに原告適格が認められるか。いかなる利益を主張することにより「法律上の利益を有する」といえるか。

（2）意義

一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者」（行訴法37条の2第3項）

…処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者（法律上保護された利益説）

（３）類型

①権利を侵害される者

- ・ 処分の名宛人
- ・ 処分の第三者であっても、処分の法的効果によって直接権利を侵害される者
（最判平成 25 年 7 月 12 日（平成 25 年度重要判例解説行政法 3 事件）
→行訴法 37 の 2 第 4 項・9 条 2 項を適用するまでもなく原告適格が認められる。

②法律上保護された利益を侵害される者

→行訴法 37 条の 2 第 4 項・行訴法 9 条 2 項を適用し、判断。

（４）処理手順

①主張利益の特定

まず原告の主張する利益を特定しなければ、それが保護範囲に含まれるかの議論も出てこない。答案で論じる際に、独立の要件として挙げなくとも、当該利益を示すことは必要不可欠である。

②保護範囲要件の検討

処分の根拠法規が原告の主張する具体的利益を法的に保護しているか否か。

③個別保護要件の検討

一般的公益に吸収解消されない個別に保護された利益とされているか否か。

→原告が主張する利益が個別的に保護されていないとすると、それは反射的利益にすぎない。

④当てはめ

原告が主張する利益を現実には有しているか否か。

重要判例 最大判平成 17 年 12 月 7 日（行政判例百選Ⅱ[第 7 版]165 事件）

素材判例 大阪地裁平成 30 年 4 月 25 日判決

法 9 条 1 項は、建築基準法令の規定等による規制の実効性を確保するため、特定行政庁に警察行政上の措置として建築基準法令の規定等に違反する建築物等に対して除却命令等の行政処分をする権限を与えたものであると解される。そして、法による規制内容についてみると、建築物の構造耐力の基準（20 条）、大規模の建築物の主要構造部に係る耐火構造の基準（21 条）、敷地等と道路との関係（43 条）、建築物の容積率の制限（52 条）、第一種低層住居専用地域又は第二種低層住居専用地域内における建築物の高さ制限（55 条）、前面道路の幅員及び隣地境界線からの水平距離に応じた建築物の高さの制限（56 条）、日影による中高層建築物の高さの制限（56 条の 2）、高度地区内の建築物の高さの制限（58 条）等が定められているところ、これらの規定は、建築物が備えるべき性能の基準を定めてその安全性を確保するとともに、建築密度、建築物の規模等を規制して建築物の敷地上に適度な空間を確保することにより、地震、火災等により当該建築物が倒壊、炎上するなどの事態が生じた場合に、その周辺の建築物やその居住者に重大な被害が及ぶことを防止することをその目的に含むものと解するのが相当である。

以上のような法 9 条 1 項の趣旨、法による規制の目的に加え、法が建築物の敷地、構造等に関する最低の基準を定めて国民の生命、健康及び財産の保護を図ることなどを目的とする

ものであること（1条）に鑑みれば、法9条1項は、建築基準法令の規定等に違反する建築物の倒壊、炎上等による被害が直接的に及ぶことが想定される周辺の一定範囲の地域に存する他の建築物についてその居住者の生命、身体、安全等及び財産としてのその建築物を、個々人の個別的利益として保護すべきものとする趣旨を含むものと解すべきである。そうすると、当該建築物の倒壊、炎上等により直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に存する建築物に居住し又はこれを所有する者は、当該建築物について除却命令等の義務付けを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その義務付け訴訟の原告適格を有すると解するのが相当である。

これを本件についてみると、原告は、本件敷地に隣接する本件駐車場に本件構築物（鉄骨の柱及び梁を組んだ金属製の波板の屋根）を全面に設置してこれを所有しており……、本件構築物は法上の建築物（法2条1号）に当たるものと解される。そして、本件建築物は、別紙物件目録記載のとおり、木造地上3階建ての一戸建て住宅であり、本件境界線から約10cmの位置に建築されており、最高高さは9.974mである……。これらの事実等によれば、原告は、本件建築物の倒壊、炎上等により直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に存する建築物を所有する者に当たるといえることができ、本件建築物についての除却命令（本件除却命令）の義務付けを求めるにつき法律上の利益を有するものとして、本件義務付け訴訟の原告適格を有するといえるべきである。

（5）本問について

本問では、そもそもXがいかなる主張利益を設定するのかが、「重大な損害」要件と絡んで問題となる。①Xの生命身体、安全の利益、②駐車場の所有権や自己所有の車両、及び賃料収入等が考えられるが、②を失った場合の損害額等が本問では不明である。そこで、このような経済的・財産的損害ではなく、本問の事情に目配せをして、①を主張利益として設定することも考えられる。

保護範囲要件、個別保護要件については、【資料】に掲げられている建築基準法の各規定を余すことなく活用することが求められる。

第3．設問1 「重大な損害」

（1）問題の所在

損害の性質等を考慮して原告適格が認められるとしても、他の要件である「重大な損害」（行訴法37条の2第1項）要件は認められるか。

（2）「重大」の程度

ア 趣旨

原告の救済の必要性

→H16年改正

⇒原告の不利益が相当程度大きいことが必要。

申請権を有しない事案において規制権限訴求

→司法による行政への介入

イ 考慮・勘案要素（行訴法37条の2第2項）

- ①損害の回復の困難の程度¹…金銭賠償可能か、賠償可能でも事実上回復不可能又は著しく困難か（機会の利益等）。
- ②損害の性質…生命、身体、財産、環境利益 etc…
- ③損害の程度
- ④処分の内容

素材判例 大阪地裁平成30年4月25日判決

原告は、本件建築物の火災により本件構築物及び本件駐車場に駐車中の車両が全焼した場合には、原告は本件構築物及び本件駐車場に駐車中の自己所有の車両を失うとともに、本件駐車場の賃借人からの賃料収入を失うこととなり、多大な損害を被ることになるから、本件除却命令が発令されないことにより重大な損害が生ずるおそれがあると主張するが、原告の主張する損害は経済的な損害であって、その損害の程度を認めるに足りる証拠はなく、事後的な金銭による回復が困難ともいえないから、原告の主張する損害をもって本件除却命令がされないことにより原告に重大な損害が生ずるおそれがあるとはいえない。

しかしながら、本件除却命令が発せられないことにより原告に重大な損害が生ずるおそれがあるかという点は訴訟要件であることから、この点について職権をもって検討すると、①原告は、本件駐車場を月極駐車場として使用しており、3名の者が利用し、原告自身も本件駐車場に自己所有の車両1台を駐車していること……、②原告の住居地は本件駐車場の近隣に位置すること（顕著な事実）、③本件駐車場には鉄骨の柱及び梁を組んだ金属製の波板の屋根（本件構築物）が全面に設置されていること……からすれば、原告は、本件駐車場の賃貸人として本件駐車場を管理し、又は本件駐車場に駐車している自己所有の車両を使用するため、本件駐車場に日常的に立ち入り、一定時間、本件駐車場に留まっているものと推認されるところであり、そうすると、本件建築物が倒壊又は炎上した場合には、本件駐車場に設置された本件構築物の屋根部分が倒壊又は炎上し、場合によっては、本件駐車場に駐車中の車両に延焼するなどして、本件駐車場内にいる原告の生命及び身体に損害が生ずるおそれがあるといえることができる。そして、このような損害は、その性質上、原状に回復することが困難ないし不可能であり、事後的な金銭による回復に委ねることが相当であるともいえないものであることからすれば、本件除却命令が発せられないことにより原告には重大な損害が生ずるおそれがあるというべきである。

（3）原告適格と重大な損害要件

両者はともに損害に着目した要件であるが、理論上の位置づけは異なる。実際上も、原告適格においては損害の重大性は勘案要素の一つにすぎないため、「重大な損害」が認められなくても、原告適格が認められることはあり得る。

（4）本問について

本問では、原告適格において①Xの生命身体の安全の利益を主張した場合は、重大な損害要件においても、①の程度等を検討することになるが、当該利益に対する損害が重大であることは明らかなので設問の指示通り簡潔に論じたいところである。原告適格において②経済的・財産的利益を主張した場合は、問題文中に経済的・財産的損害の程度を示す事情が不足しているため、素

¹ 回復困難な損害に限定しない。

材判例のように①を重大な損害と捉えることも考えられる²。②が重大な損害であるとの主張を固持するのであれば、Xの立場から論じる以上、安易に金銭賠償可能などと評価づけずに、駐車場賃借人との高度な信頼関係、営業の機会の損失等を推認・強調して、重大との評価をするべきであろう。

第4．設問1 「他に適当な方法がないとき」

①法律上別の救済手続が用意されている場合、それを利用することなく、司法が行政へ介入することまで認めるべきではない。

②第三者に対する民事上の請求を「適当な方法」と解釈すると、およそ義務付け訴訟が認められる余地はなくなり、平成16年行訴法改正の趣旨を没却する。

⇒義務付けの請求に代替する救済手続がとくに法定されているような場合を除いて、「他に適当な方法がないとき」（行訴法37条の2第1項）に当たる。

素材判例 大阪地裁平成30年4月25日判決

……本件除却命令が発せられないことにより原告に生ずる損害は、原告の生命及び身体の損害であり、その性質上、原状に回復することが困難ないし不可能であり、事後的な金銭による回復に委ねることが相当であるともいえないものであって、茨木市長に本件除却命令を発するよう義務付けることにより前記の損害を回避することは可能である一方、前記の損害を避けるための法令上の特別な手段は存在せず、本件除却命令の義務付けの訴えよりも実効的に原告の権利救済を図ることができる方法は見当たらない。

したがって、本件除却命令が発せられないことにより生ずる原告の損害を避けるために本件除却命令の義務付けの訴え以外に適当な方法はないというべきである。

被告は、原告において、①本件建築物の所有者等に対し、民事上の請求として本件建築物の収去を求めることができる上、②本件駐車場において本件建築物から離れた位置に車両を駐車させる等の方法によって本件建築物の火災により生ずる損害を回避することができるため、原告には損害を避けるため本件除却命令の義務付けの訴え以外の適当な方法があるというべきである旨主張する。

しかしながら、①については、本件建築物の収去を求める民事訴訟が、要件、効果等において、本件除却命令の義務付けを求める行政訴訟よりも実効的に原告の権利救済を図り得るものであるということはできない。また、②については、前記（3）のとおり、本件除却命令が発せられないことにより生ずるおそれのあると認められる原告の重大な損害には、本件建築物が倒壊することにより本件駐車場に設置された本件構築物の屋根部分が倒壊することで、本件駐車場に日常的に立ち入り、一定時間、本件駐車場に留まっている原告の生命及び身体に生ずる損害が含まれ、この損害は、本件駐車場において車両を本件建築物から離れた位置に駐車することにより回避し得るとはいえない。この点を措いても、被告の主張は、建築基準法令の規定等に違反する建築物の周辺の建築物の所有者又は居住者の犠牲の下に建築基準法令の規定等に違反する状態を継続させる事態を容認するものであって、採用し難いものである。

² ただし、原告適格と重大な損害要件で、検討対象の損害項目が変わることには若干の違和感があり、両者においては同じ損害項目を主張するほうが明快である。素材判例は原告の主張立証に従い原告適格を判断し、原告の主張立証がなされていない重大な損害要件については職権で判断したため、損害項目が変わったように思える。

第5. 設問2 実体違法

(1) 本問について

Y市建築審査会は、①法65条、民法234条1項いずれも法9条の「建築基準法令」に当たらないこと、②本件建築物の高さ等を考慮して、除却命令まで発出する事案ではないことを理由に、審査請求、再審査請求を却下しており、Y市長も同様の反論をすることが想定される。①については、専ら法令解釈の問題であり、Xとしては要件該当性につき解釈違反を主張することが考えられる³。②については、除却命令の発出につき、効果裁量を認めたうえで、裁量の逸脱・濫用（行訴法30条参照）を主張することが考えられる。

(2) 実体違法について

ア 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 信義則・信頼保護原則
裁量 行為	狭 (羈束裁量)	裁量の逸脱・濫用 (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 考慮不尽
裁量 行為	広 (自由裁量)	裁量の逸脱・濫用 (行訴法30条)	低	社会観念審査 (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

イ 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。
- ・処分内容につき選択肢があるかどうか。
- ・条件等の付款を付することができるかどうか。
→付款を付することができる場合は、柔軟な裁量処分を認める趣旨であり、裁量は認められやすい。

③処分の性質

国民の権利・自由を制限する処分（規制的処分）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（授益的処分）については、裁量が認められやすい。

³ 異なる法令の適用関係について問われた例として、平成27年度本試験参照。

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(要件該当性)について

行政庁は、本来的な法の執行として、法を解釈適用し、処分する・しないの判断をする。そのような行政庁の解釈が違法といえるか否かは、法の文言、法の仕組み、法の趣旨や社会通念を考慮して判断する(判断代置審査)。

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。

(4) 民事法と行政法令の不適合

ア 問題の所在

法65条は、防火地域、準防火地域における外壁が耐火構造の建物の接境建築を許容している。他方、相隣関係を規律する民法234条1項では境界線から50cm離して建築するよう規制しており、法65条と矛盾している。これは、一般に、民事上の法理と異なる仕組みを行政法令が定めている場合、行政法令による民事法の修正がどの範囲まで及ぶか、という解釈問題である。

イ 判断枠組み

民法と行政法令の双方について、そこで定められた法的仕組みの趣旨・目的・機能等を明らかにしつつ、個々の法律関係を具体的に定位する。

ウ 法65条と民法234条1項の関係

・非特則説

素材判例 最高裁平成元年9月19日(行政判例百選Ⅰ[第7版]10事件)

伊藤正己裁判官反対意見

民法234条1項は、相隣接する土地所有権の内容に制限を加え、私人間の権利関係を調整する規定である。これに対し、建築基準法は、建築物の敷地、構造、設備及び用途について公益の観点から最低の基準を定めているのであり(同法1条)、公法上の見地から規制を加えているのであって、法律全体としてみれば、私人間の権利を調整しているわけではない。したがって、規定自体において、民法その他の私法規定の特則を定める旨の特段の文言があればともかく、そうでない限り、建築基準法の各規定は、公法上の規制を定めているものといわなければならない(最高裁昭和54年(行ツ)第103号同55年7月15日第三小法廷判決・裁判集民事130号253頁参照)。

……しかしながら、建築基準法65条においては、同条が民法234条1項の特則を定めた旨明示されておらず、しかも、建築基準法65条の前後には、確認申請の審査の対象となる公法上の規制についての規定が置かれているだけであることに照らすと、多数意見のいう論拠のみをもってしては、同条が卒然として私人間の相隣関係を規律する規定を設けたものと解することはできず、同条は、民法234条1項の特則を定めたものではないといわなければならない。

……多数意見のいうように、防火地域及び準防火地域に限って、防火上の見地及び土地の合理的ないし効率的な利用を図るという見地だけから、早い者勝ちの防止及び右生活環境利益が犠牲となるべき筋合はないといわなければならない。

・ 特則説

素材判例 最高裁平成元年9月19日（行政判例百選Ⅰ[第7版]10事件

……建築基準法65条は、防火地域又は準防火地域内にある外壁が耐火構造の建築物について、その外壁を隣地境界線に接して設けることができる旨規定しているが、これは、同条所定の建築物に限り、その建築については民法234条1項の規定の適用が排除される旨を定めたものと解するのが相当である。

エ 本間について

民法234条1項を建築基準法令と解することは困難であり、法65条を民法234条1項の特則と捉えた場合、法65条も建築基準法令ではないと解することになる。伊藤正己裁判官の反対意見のように法65条は民法234条1項の特則ではないと解した場合は、法65条は公法上の基準として機能するなどの理由をつけ、建築基準法令に含まれると解することができる。

素材判例 大阪地裁平成30年4月25日判決

法9条1項に基づく除却命令は、建築基準法令の規定又は法に基づく許可を付した条件に違反した建築物について発せられるものであるところ、民法234条1項は、相隣接する土地所有権の内容に制限を加え、私人間の権利関係を調整する規定であって、建築物の敷地、構造、設備及び用途について公益の観点から最低の基準を定める法（1条）とは異なるものであるから、民法234条1項は、建築基準法令の規定には含まれないというべきである（最高裁昭和54年（行ツ）第103号同55年7月15日第三小法廷判決・裁判集民事130号253頁参照）。そして、法65条は、耐火構造の外壁を設けることが防火上望ましいという見地や、防火地域又は準防火地域における土地の合理的ないし効率的な利用を図るという見地に基つき、相隣関係を規律する民法234条1項の特則として、前記各地域内にある建築物で外壁が耐火構造のものについては、その外壁を隣地境界線に接して設けることができることを規定したものと解すべきである（最高裁昭和58年（オ）第号平成元年9月19日第三小法廷判決・民集43巻8号955頁）。そうすると、法65条は、法の中に規定されてはいるものの、相隣関係を規律する趣旨の私法法規たる性質を有するものであり、民法234条1項と同様に建築基準法令の規定には含まれないと解するのが相当である。以上のことからすれば、仮に、本件建築物が法65条の要件を満たしていないにもかかわらず民法234条1項の距離制限に反する建築物であるとしても、法9条1項に基づく除却命令を発する理由とな

るものではなく、茨木市長において本件除却命令を発しないことが、その裁量権の範囲を逸脱し又は濫用となると認められる余地はないというべきである。⁴

素材判例 大阪高裁平成30年月25日判決⁵

……控訴人の本件義務付け訴訟に係る請求は、裁量権の逸脱、濫用の点について検討するまでもなく、理由がない。

(5) (効果) 裁量の逸脱・濫用について

ア 社会観念審査

行政庁の判断が（全く）事実の基礎を欠き、又は社会観念上（著しく）妥当（性）を欠く場合に限って処分を違法とする審査手法。

事実誤認、目的違反・動機違反、信義則違反、平等原則違反、比例原則違反が審査基準となる。

関連判例 最大判昭和53年10月4日（行政判例百選Ⅰ[第7版]76事件

……判断の基礎とされた重要な事実⁴に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうか……。

イ 判断過程統制審査

行政庁が考慮すべき事項を考慮せず（考慮遺脱）、考慮すべきでない要素を考慮したか（他事考慮）、重視すべき要素を重視せず、重視すべきでない要素を重視したか否か（考慮不尽）⁶、といったように、行政庁の判断過程に不合理な点がないかを審査する手法。⁷

関連判例 東京高判昭和48年7月13日（判タ 297号124頁）－日光太郎杉事件

……本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽すべき考慮を尽さず、または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し、これらのことにより同控訴人のこの点に関する判断が左右されたものと認められる場合には、同控訴人の右判断は、とりもなおさず裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして、違法となる……。

⁴ 素材判例の第一審は、要件該当性につき、裁量の逸脱濫用論を用いているようにもみえるが、そもそも要件を満たさないとの解釈をしたうえで、効果裁量の逸脱濫用の余地はないと判断したものと思われる。第二審は、この点をより明確にして判示している。

⁵ 大阪地裁平成30年4月25日判決の控訴審。

⁶ 令和元年度本試験採点実感において、「「他事考慮」とは……、「考慮不尽」は……であるが、考慮事項の審査を論じるに当たり、これらの言葉について、その意味を踏まえないで用いているものがあつた」、「これらすべてを「考慮不尽」の一言で済ませる答案がとても目についた」と指摘されており、これら言葉の意味は使い分けるべきである。

⁷ 平成30年度本試験採点実感において、「法令が求める考慮事項や他事考慮について判断せず、直ちに利益衡量を行っている答案が少なからず見受けられた」、「他事考慮に当たるか否かの具体的な検討に際し、関係法令の文言や趣旨の検討等を踏まえることなく、自らの価値判断から直接結論を導こうとするものが相当数見られた。」とあるので、法令の趣旨目的・具体的仕組みなどから、法令が求める考慮すべき事項は何か、考慮すべきではない事項は何か、を規範化して論じるべきである。

ウ 社会観念審査+判断過程統制審査

関連判例 最判平成8年3月8日（行政判例百選Ⅰ[第7版]81事件）

……高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである……。しかし、退学処分は学生の身分をはく奪する重大な措置であり、学校教育法施行規則13条3項も4個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限って退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである……。また、原級留置処分も、学生にその意に反して1年間にわたり既に履修した科目、種目を再履修することを余儀なくさせ、上級学年における授業を受ける時期を延期させ、卒業を遅らせる上、神戸高専においては、原級留置処分が2回連続してされることにより退学処分にもつながるものであるから、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求されるものというべきである。

……退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。

重要判例 最判平成18年2月7日（行政判例百選Ⅰ[第7版]73事件）

地方自治法238条の4第4項、学校教育法85条の上記文言に加えて、学校施設は、一般公衆の共同使用に供することを主たる目的とする道路や公民館等の施設とは異なり、本来学校教育の目的に使用すべきものとして設置され、それ以外の目的に使用することを基本的に制限されている（学校施設令1条、3条）ことからすれば、学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられているものと解するのが相当である。……その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となる……。

(6) 規制権限の不行使と裁量論

ア 問題の所在

非申請型義務付け訴訟の裁量の逸脱・濫用（行訴法37条の2第5項）について、①審査手法・審査基準、②考慮要素、③審査密度それぞれをどのように論じるべきか、非常に悩ましい。以下のとおりいくつかの考え方があり得る。

イ 判断枠組みについて

①審査手法・審査基準について

- a. 作為と同様の社会観念審査や判断過程統制審査
- b. 消極的濫用論
- c. 裁量権収縮論

②考慮要素

- a. 取消訴訟等、他の抗告訴訟と同じとし、義務付け訴訟独自の考慮要素を設定しない。
- b. 本来的に行政の規制権限に対する司法の介入は謙抑的であるべきとして、義務付け訴訟独自の考慮要素を設定する。

③審査密度

- a. 取消訴訟等、他の抗告訴訟と同じ。
- b. 本来的に行政の規制権限に対する司法の介入は謙抑的であるべきとして、取消訴訟よりも審査密度は低くする。

ウ 学説及び裁判例の状況

- ・「裁量処分に対して義務付け判決がなされるのは、裁量権の消極的濫用によって権限の不行使が違法になる場合である。」⁸、「重要なのは、裁量権の収縮というか消極的濫用というかというよりも、作為義務を認定するに際し、いかなる事項がどのように考慮されるかである。」⁹（宇賀克也）
- ・「行訴法37条の2第5項後段の意義は取消訴訟における裁量条項（30条）との平仄を合わせることにありと思われる。その意味で、裁量権の濫用の認定につき特段の要素がここに付加されたとみるべきではない。」¹⁰（塩野宏）
- ・「……現時点において、福岡県知事が法に基づく上記規制権限を行使せず、本件措置命令をしないことは、上記規制権限を定めた法の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、著しく合理性を欠くものであって、その裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められる。」（福岡高判平成23年2月7日）

エ 処理例

あくまで一例であるが、①審査基準、審査手法についてはb. 消極的濫用論を用い、②考慮要素についてはa. 取消訴訟等、他の抗告訴訟と同じとし、義務付け訴訟独自の考慮要素を設定しない、③審査密度については、a. 取消訴訟等、他の抗告訴訟と同じ、として処理するほうが簡便である¹¹。

⁸ 宇賀克也『行政法概説 行政救済法 [第3版]』有斐閣 2011/3/30 328頁引用。

⁹ 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 2017/11/30 457頁引用。

¹⁰ 塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法 [第六版]』有斐閣 2019/4/30 251頁引用。

¹¹ ①については、作為・不作為とで異なる宇賀説、福岡高裁判例と合致し、塩野説とも矛盾しないと考える。取消訴訟との平仄をあわせる意味で、特段の要素を付加するべきではないとの記載からすると、塩野説は実質的な判断要素としての②、③について取消訴訟と同様に考えたとしたと解され、形式的な判断枠組みである①について、不作為の場合に必ずしも消極的濫用論を用いないと考えているわけではないようにみえる。

重要判例 最判平成 26 年 10 月 9 日（行政判例百選Ⅱ[第 7 版]224 事件）

国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法となる……。

重要判例 最判平成元年 11 月 24 日（行政判例百選Ⅱ[第 7 版]222 事件）

重要判例 最判平成 7 年 6 月 23 日（行政判例百選Ⅱ[第 7 版]223 事件）

重要判例 最判平成 16 年 10 月 15 日（行政判例百選Ⅱ[第 7 版]225 事件）

（7）本問について

本問では、除却命令の要件を満たさないことが裁判例上確立しており、要件該当性を肯定することは困難であると思われる。その場合でも、Y 市建築審査会が理由で挙げている以上、念のため要件該当性を仮に肯定した上で効果裁量の逸脱濫用を論じてよい。

伊藤正己裁判官の反対意見のように非特則説を採用し、要件該当性を肯定した場合は、効果裁量の逸脱濫用を論じることになる。効果裁量を論じる場合には、上記のようにいくつかの考え方があるので、自身の見解を示されたい。

いずれの検討方法・結論でも、それ自体で採点上差異を設けないが、問題文の事情に着目して考慮要素を挙げ、具体的に検討することが必要である。

以 上

②、③についても処理例のように考えると、塩野説、宇賀説、福岡高裁判例と合致する、又は矛盾しないと考えられる。②については、宇賀説のとおり、いかなる事項がどのように考慮されるかが重要であり、答案では考慮事項の先出しを必ずされたい。なお、この点については平成 29 年度司法試験本試験も参照。また、③については、結局のところ、処分庁に認められる裁量の広狭次第であり、義務付け訴訟特有の理由付けで変わるようなものではないと考えられる。例えば、裁量が広い申請拒否処分に対する社会観念審査も審査密度は相当低いこと、取消判決の拘束力に鑑みれば、仮の救済を除き、機能的にも申請拒否処分の取消しと義務付けは相当類似することから、当該取消訴訟の審査密度は実質的に義務付け訴訟のそれと同程度と考えられる。

なお、そもそも国家賠償法上の違法と抗告訴訟における違法とが同一の意味を指すのか（違法性一元論・二元論）の議論も関わってくるようにもみえるが、義務付け訴訟事案における消極的濫用論が国賠事案の消極的濫用論と同じか、抗告訴訟独自の審査手法・審査基準によって一元論からも二元論からも説明がつくと考えられるので、議論の実益があるかは疑問である。

これらの議論は最高裁判例等で明確に判示されたことがなく、また担当講師が調べた限りでは詳細に論じている学説も見当たらず、しかも考え方としてはいずれの考え方も成り立ちうるため、難易度としては予備試験の範疇を超えていると思われる。そのため、受験生は現時点では深入りはせずに、処理手順のみ確立しておき、予備試験合格後、平成 29 年度本試験の問題を解く際に深く考えて頂きたい。

【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3版]』 有斐閣 2011/3/30
- ・ 塩野宏 『行政法Ⅱ 行政救済法 [第六版]』 有斐閣 2019/4/30
- ・ 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

2020年11月15日

担当：弁護士 山下 大輔

最優秀答案

回答者 RS 36 点

第 1 設問 1

1. X が本件訴訟の原告適格を有するには行政庁が本件命令をすることについて「法律上の利益を有する者」である必要がある。(行訴法 37 条の 2 第 3 項)

(1) 基準の明確性から「法律上の利益を有する者」とは当該処分がなされないことによって自己の権利又は法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害される恐れのある者をいう。

そして当該処分を定めた根拠法令が不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収・解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護しようとしている趣旨の場合は当該利益も法律上保護された利益にあたる。そしてその判断には 9 条 2 項に規定された事項を考慮・勘案する。(行訴法 37 条の 2 第 4 項)

(2) あてはめ

ア. 不利益要件

本件命令がなされず本件建築物が建築されれば火事の延焼や建築物の倒壊によって X の生命・財産に危険が及ぶおそれがある。

イ. 保護範囲要件

そして、本件命令の根拠法令である建築基準法は建築物の敷地・構造設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命・健康・財産の保護を図ることを目的としている。(法 1 条) そして 20 条は地震等に対して安全な構造であることを定めているが、これは建築物の倒壊を防止しようとしている。また 52 条は容積率を定めており、建築物の面積に対する、敷地面積の割合を定めることで倒壊等の被害をこの敷地内で収めようとしているといえる。さらに 56 条は高さに制限を課すことで倒壊による被害拡大を制限しようとしているし、65 条は外壁が耐火構造の場合だけ、外壁を隣地境界線に接して設けることを認めているので、火事が隣地に延焼することを防止しようとしている。以上を考慮すると法は建築物の倒壊や火事の延焼によって国民の生命・財産を侵害されない利益を少なくとも公益としては保護しよう

としている。

ウ．個別保護要件

生命が侵害されれば回復は不可能である。また財産は金銭で回復できると思われるが、財産の種類は多種・多様で、建築物が侵害されれば再建には時間が掛かり、必ずしも回復は容易とはいえない。また火事・倒壊で被害を受けるのは周辺に居住している人や財産を有している人など特定の者に限られ、また近いほど侵害の程度は大きくなる。(利益の内容・性質) そうだとすれば少なくとも隣接地に敷地を有しており、当該建築物の火事・倒壊により、直接被害を受けるおそれのある者の生命・財産は個別的利益として保護しようとしているといえる。

エ．本件では X は本件敷地の東側から約 900m 離れた場所に居住しているので本件敷地の西側に隣接する本件建築物の倒壊等によって生命を侵害される恐れはない。また、本件駐車場は X ではない 3 名が利用し、コインパーキングなので他の者が自動車を駐車するが、X の財産ではないし、構造物などもない。しかし X 自身も自己の車両を駐車しており、自己の敷地に自動車を駐車している。そして、本件敷地に隣接する地に本件建築物が建築されれば高さが 9m で、10 cm しか離れていないので火事・倒壊により X は自己の財産を直接侵害されるおそれがあるといえる。

(3) よって X は「法律上の利益を有する者」といえ原告適格を有する者といえる。(行訴法 37 条の 2 第 3 項)

2. 「重大な損害が生じるおそれ」があるか (行訴法 37 条の 2 第 1 項) 同条 2 項の事情を考慮して判断する。まず、X の損害は生命ではなく、自動車やコインパーキングという財産的損害である。

自動車は値段が高く、登録なども要するので直ちに利用できない財産といっても 1 度侵害されると容易に回復はできない。またコインパーキングも侵害されるとしばらくは駐車場として利用できず継続的に収入が得られなくなり、積み重なって被害は莫大になる可能性もある。そうだとすれば損害の回復は著しく困難といえる。よって「重大な損害が生じるおそれ」がある。

3. 「他に適当な方法がない」とは (同項)、個別法令に独自の訴訟形態を規定していない場合をいう。

本件では法は、訴訟を認める規定がないので独自の訴訟形態はないし、工事が完了し、検査済証の交付を受けたので、訴えの利益がなく取消訴訟も提起できない。

よって本件訴訟が権利救済のために最も適当であり「他に適当な方法がない」といえる。

第2 設問2

本件命令をしないことは裁量の逸脱・濫用といえ義務付けが認められないか（行訴法37条の2第5項後段）

1. そもそも本件命令についてY市長に裁量が認められるか。

まず要件については「建築基準法令の規定に違反した建築物」と定めており、文言上、明らかだし専門的考慮も必要ないので要件裁量は認められない。

他方、命令は除却・移転など選択肢が多数あるし、文言上「できる」と規定されている。さらに本件命令は国民の生命や財産の保護という観点から発せられるので、周囲の状況や建築物の構造などの専門的考慮が必要なので効果裁量は認められる。

2. 次に本件命令の要件をみたすか。要件裁量は認められないので法の解釈が問題となる。（「建築基準法令の規定」）

（1）この点本件命令は国民の生命・財産の保護のためになされるので、これらを保護している法令は建築基準法令の規定といえる。

（2）本件では法65条は延焼のおそれがない場合に隣地境界線に接して、設けることを例外的に認めているし、民法234条1項が50cmの距離を求めている。これらは倒壊延焼による被害を防止しようとしているので建築基準法令に含まれる。そして65条は建築の隣地との距離制限の例外を規定しており、法にこれを制限する規定がない以上、65条は民法234条1項の特則となる。そして本件建築物は外壁が耐火構造でないので65条の適用はなく、民法234条1項が適用されるが10cmしか離れていないのでこれに反する。

（3）よって「建築基準法令の規定に違反」しているので要件をみたす。

3. そして本件命令をしないことが裁量の逸脱・濫用とならないか。

（1）重大な事実誤認や判断過程に著しく不合理な点があれば逸脱・濫用となる。

（2）本件では木造建築なので燃えやすく本件駐車場と10cmしか離れていない。

しかも9mの高さがあるので、10cmという距離を考えれば本件駐車場に被害が及ぶ。よって延焼や倒壊による被害が生じるおそれがあるし、9条の趣旨から当然に考慮すべきなのにしていないので裁量の逸脱・濫用があり、本件命令の義務付けは認められる。

以 上

第一設問

1. ~~再~~ Xが本件訴訟の原告適格を有するには行政庁が本件命令を拒否
しについて「法律上の利益を有する者」である必要がある。(行訴法37条の2第1項)
①基準の日月照会性から「法律上の利益を有する者」とは当該処分がなされたことにより
自己の権利又は法律上保護された利益を侵害する、又は~~侵害~~^{妨害}の必然的に
侵害される、恐れのある者をいう。②その判断には行訴法9条2項に規定する
事項を考慮判断する(行訴法37条の2第4項)

(2) 表 12 女

只不利益事件

本件命令がなされず本件建築物が建築されたのはXの生命財産=火事の延焼^{火災}や建築物の倒壊^{地震}などによりXの生命・財産が侵害される可能性がある。

1. 保證¹⁵三^又車軌圓西件

孫

として当該知見を定めた根拠法令が保護しようとしている利益がそ
 れが帰属する具体的利益不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公
 益の中に吸収解消させるに止まらず、それが帰属する個人の個別的
 利益についてもこれを保護しようとしている趣旨の場合は当該利益も法律
 上保護された利益にあたる。 としてその判断には9条2項に規定された事項を
 考慮し、案ずる。(行訴法37条の2第1項)

(2) あいはい × ← タイトルとして不適切です。

只不利益要件

本件命令がなされた本件建築物が建築されたのは火事の延焼^燃後建築物

の倒壊によりXの生命・財産に危険が及ぶおそれがある。

イ. 保護範囲要件 × タイトル

△ 逆です。

そして本件命令の本根拠法令である建築基準法は建築物の敷地・構造、設備及び用途に関する最低の基準を定め、国民の生命・健康・財産の保護を図ることを目的としている。(法1条) 27条は地震等による安全な構造であることを定めているが、これは建築物の倒壊を防止しようとしている。また52条は容積率を定め、建築物の面積に対する敷地面積の割合を定めることにより倒壊等の被害をその敷地内で収めようとしている。さらに56条第3項に制限を課すことにより倒壊による被害拡大を制限しようとしている。57条は外壁が耐火構造の場合には、外壁を隣地境界線に接して設けることを認めているので、火事が隣地に延焼することを防止しようとしている。以上を考慮すると法は建築物の倒壊や火事の延焼により国民の生命・財産を侵害しない利益を少なくとも公益として保護しようとしている。①

とても丁寧に評価づけできており、素晴らしいです。

ロ. 個別保護要件 × タイトル

生命が侵害された場合は回復は不可能である。財産は金銭で回復できると思われ、財産の種類は多種多様で、建築物が侵害された場合は再建には時間が掛かり、仮に回復が容易ではない。また火事・倒壊で被害を受けるのは周辺に居住している人や財産を有する人など特定の者に限られ、また近隣の侵害の程度が主となる(利益の内容・性質) したがってXは少なくとも当該建築物の火事・倒壊により、直接被害を受けるおそれがある者の生命・財産は個別的利益として保護しようとしている。②

エ. 本件下はXは本件敷地の東側から約900m離れた場所に居住しているため本件

45 敷地の西側に隣接する本件建築物等~~の倒壊~~の倒壊等により生命を侵害
46 した恐れはない。また、本件駐車場はXではない。3名が利用し、インバーンが他の
47 者が自動車を駐車するが、Xの財産ではない。構造物などもない。しかしX自身も自己
48 の車両を駐車して、自己の敷地に自動車を駐車している。そして本件敷地に隣接する
49 地に本件建築物が建築された高さが9m、10cmしか高くないので、倒壊によりX
50 は自己の財産を直接侵害を受けるおそれがある。 △ 不利益要件で挙げたXの利益をズレています。

51 13) Xは「法律上の利益を有する者」として原告適格を有する者である。(行訴法37条2第3項)
52 2. 重大な損害が生じるおそれがある。(行訴法37条2第1項) 同条2項の事情を考慮して判断
53 する。まず、Xの損害は生命ではない。自動車やインバーンという財産的損害である。
54 自動車は値段が高く、登録などでも要するが、^{過失と責任}財産について一度侵害されると容易に回
55 復できない。またインバーンも侵害されるといかに駐車場として利用できず継続的に
56 収入が得られなくなり、積み重なれば重大な可能性もある。 ~~他方Xは~~ そうしてXの
57 損害の回復は著しく困難である。よって重大な損害が生じるおそれがある。 ○ 良く考えられています。

58 3. 他に適當な方法がない(同項)。個別法令に独自の不服申立ての規定がない場
59 合は、訴訟形態を規定していない場合をいう。 ○ 理由があるとおっしゃっています。
60 本件では民法訴訟を認める規定がないので、独自の訴訟形態はない。工事が完了し、検査
61 済証の交付を受けたので、訴人の利益がなく取消訴訟も提起できない。 ○
62 よって本件訴訟が格別経済のために最も適当であり、他に適當な方法がないといえる。

第2設1.2 Yの反論を示します。

64 本件命令をしないことは裁量の逸脱・濫用といふ義務付けが認められないか
65 (行訴法37条の事第5項後段)
66 1. しても本件命令に基づいてY市長に裁量が認められるか。

- 67 本件要件については「建築基準法全の規定に違反した建築物」と定められている。
- 68 上、明らかだし専門的専門的考慮も必要ないので要件裁量は認めない。
- 69 他方、本件は陳部・細根なで選母根股が多数ある。又「下」規定と
- 70 小71、さらに本件命全の国民の生命・財産の保護という観点から発せられるので、周囲の状
- 71 況や建築物の構造など垂の専門的考慮が必要なので、裁量裁量は認めない。
- 72 長2.次に本件命全の要件をみたすか、要件裁量認めないのか、法の解釈が問題と
- 73 なる。(建築基準法全の規定)。
- 74 川この点、本件命全は国民の生命・財産の保護のためになされるので、これを保護し
- 75 る法全は建築基準法全の規定である。私人間の相隣関係を調整する規定
ですので、このように解するのは困難です。
- 76 内、本件では法65条は延火然のおておた、場合に隣地境界線に接して設けることを例外
- 77 的に認めない。民法234条1項が50cmの距離を定める。これは倒壊延火然による
- 78 被害を防止しようとしているので建築基準法全と異なる。そして65条は建築の距離、隣地への
- 79 距離制限の例外を規定しており、法にこれを制限する規定がない以上、65条は民法
- 80 234条1項の特例に在る。そして本件建築物は外壁が面状構造下ないため65条の適用に
- 81 なく民法234条1項が適用されるが10cmしか高くないため、これを反する。特別規定の適用
- 82 により「建築基準法全の規定に違反」しているため要件をみたす。
- 83 3.そして本件をみたすこと、裁量の逸脱・濫用となるか(行状)
- 84 小重大な事実誤認や判断過程上著しく不合理な点があるか、逸脱・濫用となる。
- 85 内、本件では本建建築の下火然とややく本件島坪等10cmしか高くないため、9mの高さか
- 86 なるので倒壊しやう、10cmという距離を著しく本件島坪等に被害がある、延火然や倒
- 87 壊による被害が生じるおておた、9条の趣旨から当然に考慮すべきでない、裁量の逸脱・濫
- 88 用が、本件命全の義務付けは認めない。考慮すべき事項を明らかにして設定できています。以上

〇 講評

- ・ 全体的にとっても良くできており、内容面ではほぼ何も言うことはありません。
- ・ 「当てはめ」や「保護施設要件」といった講学上の用語は、実際の論文式試験では用いないほうがよいです。

採点講評

(2020 年 11 月 15 日 行政法)

第 1 全体について

全体の答案の出来は例年に比べても悪かったです。この原因は、受講生全体に占める法学部 1 年生など初学者の割合が例年より増加傾向にあること、原告適格や実体違法等、受験生の苦手な分野からの出題であったことなどが挙げられます。初学者にとって、行政法の問題自体解くことが困難であることは理解できますが、1 年以上学習している受験生にとっては、それほど難しくはないはずです。少なくとも、原告適格の規範や処分の要件論・効果論については正確な理解を示してほしかったところです。

なお、現時点で司法試験本試験行政法を受けても上位答案となる答案(35 点前後)が 3 通ほどありました。それとあわせて予備試験合格答案レベルの答案(25 点以上)は全体の約 2 割であり、やはり例年通りの比率となりました。

全体的な形式面の注意として、主張反論私見形式の問題については、「X の主張」「Y の反論」「私見」といったように、それぞれ別立てて論じると文章ごとのつながりが悪く、またほぼ無意味な論述の量も増えてしまいます。設問の指示内容にもよりますが、本試験の採点実感でも言われているとおり、主張反論形式ではあくまで論点摘示、問題提起のために反論を持ち出す程度で十分です。また、本試験憲法の採点実感でも言われているとおり、タイトルで「あてはめ」「保護範囲要件」など、講学上のみ使用されている用語を使用するのはタブーです。司法試験は実務家登用試験ですので、裁判例で広く使用されている用語を使用するようにしましょう。

第 2 個別の注意点について

1 設問 1 について

原告適格の問題は、いかに参照条文を豊富に挙げ、法の趣旨目的や被侵害利益の性質を具体的に論じることができるかにかかっています。例年のことながら、法 1 条の文言を書き写して、「法は X の利益を保護している」などといった抽象的な論述が散見されましたが、そのような論述には点数がつきません(ただし、原告適格は書くべきことが多いので、丁寧に論じすぎて原告適格の問題だけで答案用紙 2 頁以上論述しないよう、時間や論述量の配分はとくに気をつける必要があります。)

なお、原告適格は 2, 3 年に 1 回は出題される最重要分野です。未だに原告適格の規範さえ正確に挙げられないベテランの受講生は、自身の学習の仕方に問題がないか、そもそも学習が足りているのか、今一度振り返る必要があります。

補充性要件の問題では、意外にも、「Y 市建築審査会は法 65 条も民法 234 条 1 項も建築基準法令に該当しないと考えている」、「審査請求は却下されている」、「本

件建築物は違法な建築物である」など、実体違法の理由づけをして「Xとしては除却命令しか手段が残されていない」と結論付けている答案が多数ありました。訴訟要件で実体違法の観点を持ち出すこと自体、不適切ですが、義務付けの補充性要件がなぜ訴訟要件として課されているのか、行訴法改正の趣旨に遡って考えて頂く必要があります。

なお、設問1では「Xの立場から」論じることを求められていたにもかかわらず、いずれかの要件を満たさないと結論付ける答案が多数ありました。確かに依頼者の主張や請求がおよそ成り立たないこと、それゆえ訴訟提起の方針をとっても費用や労力の点から得策ではないことなどを依頼者に説明する局面はあります。しかし、本問はおよそXの主張・請求が成り立たない事案ではありません。本問のような事案で訴訟要件を満たさないと結論は試験本番でも実務でも致命的です。設問をよく読むことを徹底してください。

2 設問2について

設問1はよくできていたのに、設問2になると途端に、原告適格を欠く、重大損害要件を欠く、補充性要件を欠く、訴えの利益を欠くなど訴訟要件の問題にする答案が散見されました。おそらく実体違法の論述の仕方がわからないため、苦肉の策で設問1と同じように訴訟要件を論じたものと思われます。この傾向は例年通りですが、本年度はまったく関係ない憲法（人権侵害）の論述を長々する答案がほとんどなかったただよかったですと思います。ただ、実体違法の問題をまったく論じられないと、訴訟要件の問題で過半数の点数を取れていたとしても、実体違法が0点になるので全体にしてみると4分の1の点数に収まってしまいます。必ず実体違法の問題も論じられるようにしてください。実体違法の問題は、現場思考の問題だと思い、対策が不足しがちです。ですが、法律論文ですので、必ず書くべき順序や事項、ルールがあります。また、実体違法の問題は、問題となっている条文を挙げ、要件・効果をそれぞれ検討するという基本的な法律解釈適用能力が試されており、民法や刑法と思考過程は変わりません。行政裁量という行政法独特の観点はありますが、裁量論に縛られて基本的な法律論から離れた思考過程にならないようにしてください。

なお、恐らく初学者の受講生で、行政法理論や規範をまるで論述できていないながらも、補充性要件で「Xが約50cm離れたところに駐車すればよい」などと、自力で素材判例のYの反論にたどり着き、設問2でも粘り強く法の規定ぶりや関係性を検討している素晴らしい答案がありました。このような、自ら問題を発見して考えることができる受験生は、逆に理論面さえ抑えれば、安定して上位合格答案を書けるようになります（しかも行政法のおさえるべき理論面は民法などに比べてごく僅かです。）。他の受験生も、日々の学習で考える姿勢をぜひ身につけるようにしてください。

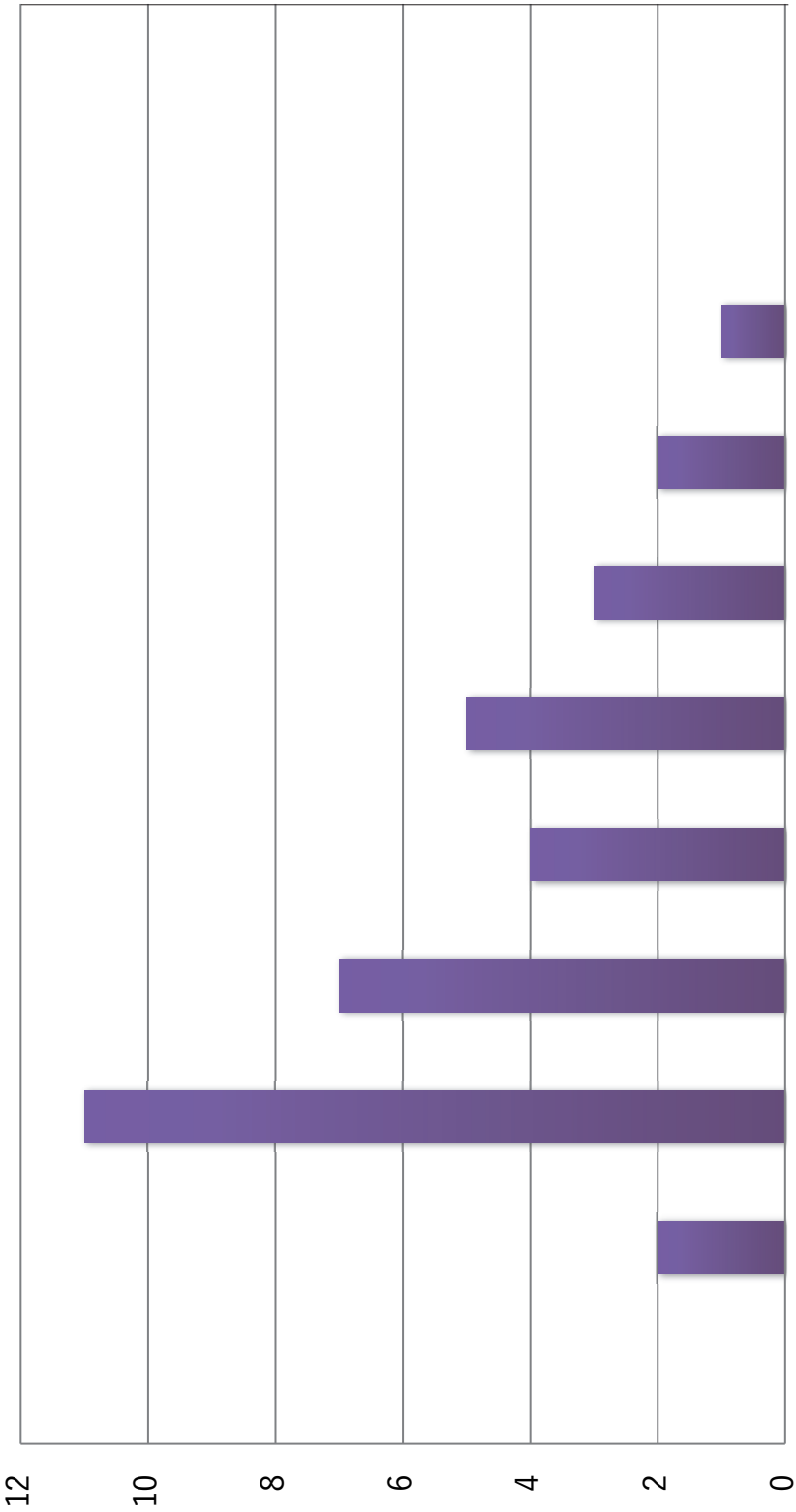
以 上

司法試験予備試験答案練習会 2020年11月15分 得点分布表

行政法

出席者 35名 平均点 15.9点

(人数)



(得点)

分布	人数
0	0
1~5	2
6~10	11
11~15	7
16~20	4
21~25	5
26~30	3
31~35	2
36~40	1
41~45	0
46~50	0