

論文式試験問題集

[行政法]

[行政法]

Xは、平成10年に一級建築士免許を取得し、A県で一級建築士として個人の建築士事務所（以下「本件事務所」という。）を営んでいた。現在本件事務所に所属している一級建築士はX一人であり、他に多数の従業員が雇用されている。

XがA県内で設計し建築した複数の建築物について建築基準関係法令に定める構造基準に適合しない設計を行い、虚偽の確認済証の作成・行使しているという事件が起きた。国土交通大臣は建築士法（以下「法」とする。）10条の2第1項に基づいて報告・検査等を行った上で、法10条1項に基づく免許取消処分をするに当たり、同条2項及び行政手続法所定の聴聞手続を実施した。

その後、聴聞手続の結果を受けて、令和7年2月1日、国土交通大臣は、中央建築士審査会の同意を得て（法10条4項）、建築士法10条1項に基づき、Xの一級建築士免許を取り消す処分（以下「本件処分」という。）をした。本件処分を受けて、A県知事は、法26条2項に基づき、本件事務所の登録を取り消す処分をした。

本件処分の通知書には、本件処分の理由について、「Xが設計し建築した複数の建築物が建築基準関係法令に定める構造基準に適合しない設計を行い、それにより耐震性等を不足する構造上危険な建物を現出させた。また、当該建築物の設計者として、構造計算書に偽造が見られる不適切な設計を行った。このことは、法10条第1項第1号及び2号に該当する。」と記載されており、それ以上の記載はなかった。Xは本件処分を選択するに至った具体的な適用関係が分からなかったため、これについて問い合わせたところ、本件処分から15日後になって、Xによる建築基準関係法令に定める構造基準に適合しない設計が一級建築士の懲戒処分の基準（以下「本件基準」という。）における「40 設計、構造設計、設備設計、工事監理規定違反」に当たること、Xによる虚偽の確認済証等の作成・行使が本件基準表1における「47 虚偽の確認済証等の作成又は同行使」に当たること、個別事情による加減等も含めて、本件基準の適用関係を明らかにした。

本件処分によりXは本件事務所の経営を継続することができなくなるという不利益を被ることになる。特に、本件事務所の経営を継続できなくなると、Xだけではなく、現に本件事務所に依頼をしている利用者や本件事務所の従業員にも不利益が生ずることになる。

また、上記違反が行われていたのは、Xが本件事務所を開所した平成10年頃に建築された複数の建築物だけであり、それ以降にXが設計し建築した建築物には同様の違反が生じていなかった。

Xは、国に対して、本件処分の取消訴訟（以下「本件取消訴訟」という。）の提起と執行停止の申立て（以下「本件申立て」という。）を提起した。

Xの立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、法の抜粋を【資料1】、本件基準の抜粋を【基準2】として掲げるので、適宜参照しなさい。また、【資料1】及び【資料2】に掲げられていない法及び本件基準の規定については、考慮しなくてよい。

〔設問1〕

本件申立てにおいて、Xはどのような主張をすべきか、想定される国の反論を踏まえて、検討しなさい。

〔設問2〕

本件取消訴訟において、Xは、本件処分が違法であるとして、どのような主張をすべきか、想定される国の反論を踏まえて、検討しなさい。なお、本件処分について行政手続法が適用されることを前提とすること。

【資料 関係法令】

○建築士法（昭和25年法律第202号）（抜粋）

（懲戒）

第10条 国土交通大臣又は都道府県知事は、その免許を受けた一級建築士又は二級建築士若しくは木造建築士が次の各号のいずれかに該当する場合においては、当該一級建築士又は二級建築士若しくは木造建築士に対し、戒告し、若しくは一年以内の期間を定めて業務の停止を命じ、又はその免許を取り消すことができる。

一 この法律若しくは建築物の建築に関する他の法律又はこれらに基づく命令若しくは条例の規定に違反したとき。

二 業務に関して不誠実な行為をしたとき。

（監督処分）

第26条

1 （略）

2 都道府県知事は、建築士事務所につき次の各号のいずれかに該当する事実がある場合においては、当該建築士事務所の開設者に対し、戒告し、若しくは一年以内の期間を定めて当該建築士事務所の閉鎖を命じ、又は当該建築士事務所の登録を取り消すことができる。

一～三 （略）

四 管理建築士が第十条第一項の規定による処分を受けたとき。

五～十 （略）

3・4 （略）

○ 一級建築士の懲戒処分の基準（平成27年5月8日制定平成29年6月1日一部改正）

（抜粋）

2 用語

本基準における次に掲げる用語の定義は、それぞれ次に定めるとおりとする。

（1） 「免許取消」とは、法第10条第1項の規定に基づき行う免許の取消しをいう。

（2）～（4） （略）

4 処分等の基準

（1） 一般的基準

処分等の内容は、表1「ランク表」に掲げる懲戒事由に対応するランクを基本に、下記

（2）及び（3）を勘案して処分等のランクを決定したうえで、表3「処分区分表」によって決定するものとする。

（2） （略）

（3） 個別事情によるランクの加重又は軽減

懲戒事由に該当する行為について、表2「個別事情による加減表」に掲げる事情があると認められるときは、同表の区分に従い、ランクを加重又は軽減することができるものとする。

(4) 過去に処分等を受けている場合の取扱い

過去に処分等の履歴のある者に対する処分等の内容は、上記(1)から(3)により今回相当とされる処分等のランクに、表4「過去に処分等を受けている場合の取扱表」の区分に従ってランクを加重したうえで、決定するものとする。ただし、過去と今回の懲戒事由がいずれも表1「22. 定期講習受講義務違反」である場合は、この限りでない。

表1 ランク表

懲戒根拠	懲戒事由	関係条文	ランク
建築関係法令違反	建築基準法違反 40 設計、構造設計、設備設計、工事監理規定違反	5の6	6
不正実行為 (建築士法第10条第1項第2号)	47 虚偽の確認済証等の作成又は同行使		6

表3 処分区分表(抜粋)

処分等のランク	処分等の内容
1～15	(略)
16	免許取消

表4 過去に処分等を受けている場合の取扱表(抜粋)

過去の処分等 今回相当処分等	文書注意 (ランク1)	戒告 (ランク2)	業務停止 (ランク3～15)	免許取消 (ランク16以上)
文書注意 (ランク1)	+1ランク (+2ランク)	+3ランク (+4ランク)		
戒告 (ランク2)				
業務停止 (ランク3～15)				
免許取消 (ランク16以上)	免許取消			



表

試験科目	受験番号			フリガナ	
行政法				氏名	

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会
講師：司法試験合格者 藤原大輔
質問：keidai.shihou.0126@gmail.com
2025.4.6実施 行政法

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会



裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、憲法的答案用紙です。

行政法的答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申し出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください。（試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出には一切応じません。）。

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

(1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外（着色部分及びその外側の余白部分）に記載した場合には、当該部分は採点されません。

(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆（ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。）で記載することとし、これ以外で記載した場合には、無効答案として零点となります。

(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で1行の場合には横線で消して、その次書き直してください。

(4) 答案用紙の表裏を書き通えて答案を作成した場合には、表が白紙の時には「裏から記載」、それ以外の時は「裏から記載」とだけ、試験期間中に表の解答欄に記載してください。（試験時間終了後に記載することは認めません。）

(5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。

4 その他

解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

講師：司法試験合格者 藤原大輔

質問：keidai.shihou.0126@gmail.com

2025.4.6実施 行政法

行政法 3 頁

45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

行政法 4 頁

67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

参考答案 〔行政法〕

第1 設問1

1 本件「処分の効力の停止」（行政事件訴訟法（以下「行訴法」とする。）25条2項）を求める本件申立ては認められるか。

(1) まず、Xは本件取消訴訟を提起していることから、「処分の取消しの訴えの提起があった場合」に当たる。

(2) 次に、Xは、「重大な損害」として、①Xの本件事務所を営むことができなくなる不利益、②Xの本件事務所に依頼をしている利用者やXの建築士事務所の従業員への不利益を主張することが考えられる。

ア この点について、「重大な損害」に当たるかは、同条3項に従って検討する。また、申立人以外の第三者に生じる損害は「損害」に含まれないと解する。もっとも、申立人以外の第三者に生じる損害は「処分の内容及び性質」（同項）として、申立人が被る損害の考慮要素となり得ると解する。

イ 国は、②の不利益は「損害」に含まれないと反論することが想定される。確かに、②の不利益は申立人以外の第三者に生じる損害であるから「損害」に含まれない。したがって、かかる反論は妥当である。

さらに、国は、①の不利益は事後的な金銭賠償により回復可能な損害にすぎず、「重大な損害」に当たらないと反論することが想定される。

もっとも、本件処分により本件事務所の経営の継続が不可能にな

るという損害が生じることに加えて、②の不利益も生じることになる。かかる①の不利益と②の不利益を勘案すれば、その損害の「程度」は強度であるといえる。

したがって、①の不利益は「重大な損害」に当たる。

(3) そうだとしても、国は、執行停止しなければ本件取消訴訟の訴えの利益（行訴法9条1項かつこ書）が認められないとはいえないから「緊急の必要」はない、と反論することが考えられる。

ア(ア) この点について、公正・平等な取扱いの要請や、基準の内容に係る相手方の信頼の保護の観点から、裁量基準から逸脱した後行処分は、特段の事情がない限り、裁量権の範囲の逸脱・濫用に当たる。そこで、当該処分基準の定めにより不利益な取扱いを受けるべき期間内は当該処分の取消しによって「回復すべき法律上の利益」を有すると解する。

(イ) 本件では、過去に処分等を受けている場合には次回の処分等において加重されることから（本件基準4(4)、表4）、本件処分により免許取消しがなされた後であっても本件取消訴訟の訴えの利益が認められる。そのため、執行停止しなければ本件取消訴訟の訴えの利益が認められないとの関係にはない。したがって、本件では「緊急の必要」は認められないとも思える。

イ しかし、本件取消訴訟の訴えの利益が失われなくても、上述の「損害」の重大性に鑑みれば、これを避ける「緊急の必要」があるというべきである。したがって、本件では「緊急の必要」が認

められる。 (3) さらに、Xによる建築基準法違反は開所時の一過性のものであり、以降の建築物については当該違反がなされていないことからすれば、本件処分の執行停止を認めても「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」(同条4項)とはいえない。また、後述のように、「本案について理由がないとみえる」(同項)とはいえない。 2 よって、本件申立ては認められる。 第2 設問2 1 本件取消訴訟において、Xは、本件処分が違法であるとして、どのような主張をすべきか。 (1) まず、Xは、不利益処分(行政手続法(以下「行手法」とする。)2条4号)たる本件処分は行手法14条1項に反して違法であると主張する。 ア この点について、恣意抑制機能及び争訟便宜機能という同項の趣旨から、理由呈示の程度は、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、当該処分の性質及び内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮して決定すべきである。また、同項の趣旨から、同項に反する場合は手続の違法として直ちに処分取消事由になると解する。 イ 本件処分は法10条1項に基づく処分であるところ、同項1号の定める処分要件は抽象的であり、いずれの処分を選択するかについて効果裁量が認められる。そして、同項に基づく処分については	裁量基準たる本件基準が規定・公表されているところ、本件基準は懲戒事由の類型ごとの処分ランクや個別事情による処分ランクの加減等、複雑な内容となっている。また、本件の事実関係には個別事情による加減等も含まれており、本件処分の理由の記載だけではいかなる処分基準の適用によって本件処分が選択されたのかを知ることができない。さらに、本件処分により生じる財産的損害は重大である。以上のことから、本件で呈示すべき理由の程度は、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることができるような記載であることを要する。 しかし、本件処分の理由の記載から、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることとはできない。 したがって、本件処分は、行手法14条1項に反し、処分取消事由が認められる。 (2) これに対して、国は、Xに対して本件基準の適用関係を明らかにしたことにより上述の手続的瑕疵は治癒されるから本件処分は同項に反しない、と反論することが考えられる。 ア この点について、かかる瑕疵の治癒を認めると、不十分な理由を呈示すれば足りることとなり、上述の理由呈示の趣旨が損なわれる。そこで、かかる瑕疵の治癒は認められないと解する。 イ したがって、国の上記反論は認められない。 2 よって、Xはかかる主張をすべきである。 以上
--	--

予備試験答案練習会（第2回行政法）採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
設問 1（執行停止）	20		
本件申立ての対象を指摘できている。		1	
「重大な損害」要件の判断基準（行訴法25条3項）を指摘できている。		2	
申立人以外の第三者の不利益が「重大な損害」に当たるか、第二次的考慮要素として考慮できるか等を指摘できている。		3	
Xの主張及び想定される国の反論を踏まえて、Xの主張する不利益が「重大な損害」に当たるか検討できている。		7	
「緊急の必要」要件について、本件取消訴訟の訴えの利益（行訴法9条1項かつこ書）との関係を意識して検討できている。		5	
執行停止に関するその他の要件について端的に指摘できている。		2	
設問 2（理由呈示の程度・理由の追完の可否）	20		
本件処分が不利益処分であることを指摘できている。		1	
本件処分の理由呈示の程度が不十分であるとXが主張することを指摘できている。		2	
理由呈示の程度について、判例・学説を意識して規範を定立できている。		3	
本件処分の理由呈示の程度が不十分かどうかを、自説から説得的に論じることができている。		5	
理由呈示の程度が不十分であるという瑕疵が直ちに処分取消事由になることを指摘できている。		2	
理由の追完により理由呈示の程度が不十分であるという瑕疵は治癒されると国が反論することを指摘できている。		2	
理由の追完の可否について、判例・学説を意識して結論を導くことができている。		5	
裁量点	10		
合 計	50		

2025年4月6日実施 講師：司法試験合格 藤原大輔

行政法解説レジュメ

第1 出題趣旨

近年、予備試験の行政法では、設問1において訴訟要件に関する問題が出題され、設問2において本案論（実体的違法）が出題される傾向にある。行政法は、個別法の法構造の把握も併せて事案の分析に時間がかかるため、その処理手順¹や基本的な考え方（現場での解法）をある程度事前に準備しておくことが重要であると考ええる。

本問は、建築士法を題材に、訴訟要件、実体違法を問うシンプルな問題構成である。全体として、重要論点に対する理解とその応用力を試した。また、理由の追完の可否以外の論点については、いずれも司法試験又は予備試験で出題されているものであり、過去問を丁寧に分析・検討していれば相応に解くことができたものと思われる。本問を通じて、当該論点の論じ方や理解を深めるとともに、司法試験・予備試験に向けた勉強方針について確認してほしいと思いい、出題した。

なお、本問の素となった判例は、最判平23. 6. 7（百選Ⅰ（第7版）[120]）である。また、各論点と司法試験又は予備試験の過去問の出題歴については以下の表の通りである。

論点	過去問
執行停止	司H19～21、司R 5
理由の呈示	予H24、予 28
（参考）手続的違法が処分の取消事由となるか	予H24、司H28、予R 4
理由の追完	出題歴なし

¹ ここでは、答案の枠組みという意味での処理手順に加えて、当てはめの段階で具体的にどのように論じるかという意味での処理手順も含む。

第2 設問1 解説

1 解説

(1) 執行停止－総論－

処分取消訴訟の提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない（執行不停止原則、行政事件訴訟法（以下「行訴法」とする。）25条1項）。そのため、取消訴訟を提起しただけでは、当該処分に関する行政過程の進行を止めることはできない。これは、取消訴訟の乱発（濫訴）を予防し、行政の円滑な運営を確保する趣旨とされる。

そして、①処分の効力の停止、②処分の執行の停止又は③手続の続行の停止をするためには、執行停止の申立てをする必要がある（同条2項）。ただし、①は最も強力な執行停止であるため、②③により目的を達することができる場合に、①を行うことはできない（効力停止の補足性、同項ただし書）²。

(2) 執行停止－要件－

(a) 積極的要件

執行停止の実体的要件のうち、①「処分の取消しの訴えの提起があった場合」であること（すなわち、本案訴訟が係属していること）、②「重大な損害を避けるため緊急の必要がある」ことを、積極要件という。これらは、申立人が主張・疎明すべき事項である³。

そして、②の判断に当たっての第一次的考慮事項は「損害の回復の困難の程度」、第二次的考慮事項は「損害の性質及び程度」ならびに「処分内容及び性質」である。第一次的考慮事項では損害の原状回復可能性や事後的金銭賠償の実効性を考慮することになり、代替性のある財産的利益の場合には事後的金銭賠償で足りると判断される可能性もあるが、第二次的考慮事項で「損害」の「性質」のみならず「程度」も勘案する必要がある、申立人に対してどの「程度」の影響があるのかを精査することになる。これに対して、非財産的損害（人格的損害）の場合には事後的金銭賠償では足りない判断されやすい。また、第二次的考慮事項のうち「処分内容及び性質」では、処分により得られる利益と申立人の損害との利益衡量がなされる⁴。

さらに、申立人以外の第三者の損害であっても、損害を受ける第三者と申立人との間に特別の関係があり、当該損害を申立人に生ずる損害と同視できれば、「損害」に該当し得ると解される。また、申立人以外に生ずる損害が同項の「損害」と言えない場合であっても、「処分内容及び性質」（同条3項）の判断の中で「重大な損害」を肯定する方向に導く要素になり得る⁵。

東京高決平21. 2. 7は、工事完了による訴えの利益消滅を「重大な損害を避けるための緊急の必要」として認める。また、東京地決平19. 1. 24は、「重大な損害」と

² 以上につき、技法・25～26頁、基本・360頁～361頁

³ 技法・26頁、基本・361頁。

⁴ 技法・26頁～27頁。

⁵ 「別冊法学セミナーNo. 272 司法試験の問題と解説 2023」・128頁。

「緊急の必要」を区別した上で、工事完了による訴えの利益消滅を「緊急の必要」として認める。なお、東京地決平 11. 8. 2 は、建物が関係しても、生命、身体及び財産の被害が現実化、具体化していないとして、工事完了による訴えの利益消滅を「重大な損害を避けるための緊急の必要」として認めなかった⁶。

(b) 消極的要件

消極的要件は、③「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」及び④「本案について理由がないとみえるとき」である。本案に理由がないとみえることの主張・疎明の責任は、被申立人（行政）側にある⁷。

2 論文式試験に向けた整理

(1) 総論

以上のような知識を抑えておくだけでは試験本番で論述することは難しい。そのため、論文式試験の試験現場で答案上に上記知識を反映できる形で知識を整理しておく。

(2) 答案枠組み

・《答案枠組み》執行停止の申立て

1 本件申立て（25 条 1 項）が認められるか。

(1) 執行停止の対象・本案訴訟の係属

(2) 「重大な損害」が認められるか

ア 【論証】「重大な損害」が認められるか

【論証】申立人以外の第三者の損害も「損害」に当たるか

イ 事実認定

(3) 緊急の必要性

ア （参考）【論証】訴えの利益と「緊急の必要」

イ 事実認定

(4) 消極的要件（＊）

ア 「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」か

イ 「本案について理由がないとみえるとき」か

2 結論

＊注：消極的要件は、条文上は「または」で規定されているが、両要件のいずれかが認められれば執行停止が認められないことになる。そのため、執行停止が認められるためには、両要件いずれにも該当しないことを論じる必要がある。

(3) 論証／事実認定

⁶ ぶんせき（2011 年）・113 頁

⁷ 基本・362 頁

【論証】「重大な損害」（行訴法 25 条 1 項本文）が認められるか

この点について、「重大な損害」が認められるかは、**行訴法 25 条 3 項に従って**検討すべきである。

○〈事実認定の方向性〉

①「損害」の認定

- ・問題文の損害や不利益を挙げる
(・申立人以外の第三者の損害がある場合、「損害」該当性を判断)



②第一次的考慮事項

- ・原状回復可能性
- ・事後的金銭賠償の実効性

= 原状回復可能性や事後的金銭賠償が可能である場合、「**重大**」**ではない方向へ**傾く。



③第二次的考慮事項

- ・金銭的損害の程度
- ・社会的信用・業務上の信頼関係の毀損⁸
- ・申立人以外の第三者に生じる損害の程度

= (**原状回復可能性や事後的金銭賠償が可能であっても、**) **金銭的損害の程度が強度な場合や社会的信用・業務上の信頼関係が毀損される場合は、「重大」である**といえる。

○補足

- ・フォーマット：「確かに、第一次的考慮事項ゆえに『重大』ではないとも思える。しかし、第二次的考慮事項ゆえに『重大』である」(答案例参照)。
- ・「損害」ごとに区別して検討したほうが明瞭な答案になる (答案例参照)。

【論証】申立人以外の損害が「損害」に含まれるか

(論証 1)

この点について、**申立人以外の第三者に生じる損害は「損害」に含まれないと解する。もっとも、申立人以外の第三者に生じる損害は「処分内容及**

⁸ 最判平 19.12.18 (弁護士懲戒処分の執行停止 百選Ⅱ (第 7 版) [199])。なお、東京地決平 4.12 は、司法書士の業務の停止の仮の差止めが問題となった事案で、「その顧客のほとんどは、以前勤めていた生命保険会社の知人や、金融機関、葬儀会社等からの継続的な紹介に基づくものであるというのであるから、その顧客の相当程度は縁故による紹介であるとうかがえる」としている。かかる信頼関係は社会的信用・業務上の信頼関係とはいえず、「重大な損害」を肯定する方向に導く要素(「社会的信用・業務上の信頼関係」として考慮することはできないということになると思われる。

び性質」(行訴法 25 条 3 項)として、申立人が被る損害の考慮要素となり得ると解する。

(論証 2)

この点について、**損害を受ける第三者と申立人との間に特別の関係があり、当該損害を申立人に生ずる損害と同視することができる場合**には、「損害」に含まれると解する。

また、**申立人以外に生ずる損害が行訴法 25 条 2 項の「損害」といえない場合であっても、「処分内容及び性質」(同項 3 項)の判断のなかで申立人の被る損害の考慮要素となり得る**と解する。

○〈事実認定の方向性〉

①「損害」の認定

- ・ ①サービスの提供者と利用者という特別な関係があること
- ・ ②法人と従業員は雇用契約という特別な関係があること



②第一次的考慮事項

- ・「損害」に含まれる場合、上記申立人の損害同様の指標で判断する。



③第二次的考慮事項

- ・「損害」に含まれない場合、上記申立人の損害同様の指標で判断する。

○補足

- ・ 答案上は、【論証】「重大な損害」(行訴法 25 条 1 項本文)が認められるかに続けて論じればよい。
- ・ 上記①②は一例にすぎないため、個別具体的事例に応じて損害が生じた第三者と申立人との間の関係性を評価する必要がある。
- ・ (論証 1) と (論証 2) はいずれを用いてもよいが、答案戦略上は申立人の損害が財産的損害の場合は(論証 1)を使用するほうが書きやすい。かかる場合は、不可逆的な損害を生じさせない単なる経済的不利益であれば本件処分を維持する必要性に対抗できないが、利用者等への不利益の発生という一種の「援軍」を併せて考慮することで本件処分を維持する必要性に対抗しうる「重大な損害」ということができる、と申立人は主張することになるからである⁹。具体的にイメージを持ちたい場合は、後述の思考過程の「重大な損害」要件部分を確認してほしい。

⁹ 事例・310 頁。

(参考)【論証】行政手続法(以下「行手法」とする。)12 条 1 項の規定により定められ公にされている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合、「回復すべき法律上の利益」(狭義の訴えの利益、行訴法 9 条 1 項かつこ書)が認められるか

この点について、行手法 12 条 1 項に基づいて公にされている処分基準は、判断過程の公正と透明性を確保し、相手方の権利利益の保護にも資する。そこで、公正・平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護の観点から、後行処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることは、特段の事情がない限り、裁量権の範囲の逸脱・濫用に当たる。

したがって、当該処分基準の定めにより不利益な取扱いを受けるべき期間内は、なお当該処分の取消しによって「回復すべき法律上の利益」を有すると解される。

○〈事実認定の方向性〉—省略—

○補足

・執行停止の「緊急の必要」要件との関係で整理しておく必要がある。

3 思考過程

(1) 総論—問題の把握—

本問では X の本件申立てが認められるかを、X の立場に立って、国の反論を想定しながら論じることが求められている。本問は X と国の主張反論を踏まえて答案を構成していくことになる以上、本問の設問に正面から回答している答案にすべく、上記《答案枠組み》を適宜修正していくこととなる。

(2) 執行停止の各要件の検討

(a) 執行停止の対象・本案訴訟の係属

まず、本件申立ての対象について論じる必要がある¹⁰。本件処分は X に対する免許取消処分であるところ、かかる処分は後続する執行行為や手続行為が想定されない処分であることから、停止すべき対象の内容としては本件処分の効力の停止を求める申立てとなろう¹¹。

¹⁰ 技法・26 頁。「執行停止の申立てをする場合、①～③(作成者注：①処分の効力の停止、②処分の執行の停止、③手続の続行の停止)のいずれの申立てを行うべきかを検討する必要がある」。

¹¹ 『技法』・26 頁。「①処分の効力の停止は、営業停止処分や懲戒免職処分のように、後続する執行行為や手続行為が想定されないような場合に用いられ」る。

また、本問でXは本件取消訴訟を提起していることから、「処分の取消しの訴えの提起があった場合」に当たる。

(b) 「重大な損害」要件

ア 総論

「重大な損害」要件について、行訴法 25 条 3 項に従って検討する¹²。なお、基本書では「重大な損害を避けるために緊急の必要がある」こととして、「重大な損害」と「緊急の必要」は一つの要件として論じられることが多いが、答案上は両者を分けて論じたほうがよい¹³。

以下は、上記〈事実認定の方向性〉に従って「重大な損害」に当たるかを検討する。

イ 「損害」の認定

まず、問題文において、①本件処分によりXは本件事務所の経営を継続することができなくなるという不利益と②本件事務所に依頼をしている他の利用者や事務所の従業員に生じる不利益が挙げられていることから、Xとしては①・②の不利益が「重大な損害」とであると主張することが考えられる。

これに対して、国は、②の不利益は申立人であるX以外の第三者の損害であることから「損害」に当たらないと反論することが考えられる。

* なお、(論証2)を用いる場合、Xと現に本件事務所に依頼をしている利用者、Xと本件事務所の従業員との間に特別な関係があるかを検討していくこととなるが、いずれも特別な関係を肯定してよいと考えられる(上記〈事実認定の方向性〉参照)。

ウ 第一次的考慮事項・第二次的考慮事項

次に、第一次考慮事項では、原状回復可能性や事後的金銭賠償の実効性が指標となり、非財産的損害(人格的損害)と比較して、財産的利益は原則として代替性があるものとして事後的金銭賠償で足りると判断される傾向にある¹⁴。そこで、国としては、①の不利益について事後的な金銭賠償により回復可能な損害にすぎないとの反論が想定される。

もっとも、①の不利益について、第二次考慮事項として検討する。まず、本件処分により本件事務所の経営の継続が不可能になるという損害が生じることに加えて、②の不利益も生じることになる。かかる①の不利益と②の不利益を勘案すれば、その損害の「程度」は強度であるといえる。したがって、①の不利益は「重大な損害」に当たる。

¹² 平成 21 年司法試験採点実感等では、「重大な損害の解釈について論じないまま」論じている答案が見られたと指摘されていることから、25 条 3 項に関する言及は必須であると考えられる。

¹³ 平成 21 年度司法試験採点実感では、「重大な損害」と「緊急の必要性」と両者を分けて表現している。また、令和 5 年度司法試験では「重大な損害」要件のみについて問われる設問があることから、司法試験委員会は両者を分けて論じることを想定していると考えられる。なお、このように「重大な損害」と「緊急の必要性」を区別した判決として、東京地決平 19. 1. 24 がある。

¹⁴ 前掲「司法試験の問題と解説」・128 頁

＊ 他方で、(論証 2) を用いる場合で、かつ②の不利益についても「損害」に当たるとする場合、②の不利益についても同様に第二次的考慮事項を検討していくことになる。しかし、本件処分により現に本件事務所に依頼をしている利用者や本件事務所の従業員の不利益はいずれも財産的損害にすぎず、本件処分により建築できない利用者の不利益や従業員の給与等が多額であると評価することも困難であることから、「重大な損害」には当たらないと判断することになろう。もっとも、この点については判例等も見当たらないことから、説得的な論述が出来ればいずれの結論であっても評価されるように思われる。

このように、②の不利益のみを「損害」として抽出しても、「重大な」損害と認められない場合には、かかる第三者の不利益を単体の「損害」として論じる実益が申立人側にはないように思われる。そのため、かかる場合には(論証 1) を用いて、申立人以外に生じた不利益は、申立人の損害の第二次的考慮事項として考慮するのが無難であろう。

(c) 執行停止の必要性

国としては、執行停止しなければ本件取消訴訟の狭義の訴えの利益(行訴法 9 条 1 項 かつこ書)が認められないとはいえないから、「緊急の必要」はないと反論することが考えられる¹⁵。

この点について、行手法 12 条 1 項に基づいて公にされている処分基準は、判断過程の公正と透明性を確保し、相手方の権利利益の保護にも資する。そこで、公正・平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護の観点から、後行処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることは、特段の事情がない限り、裁量権の範囲の逸脱・濫用に当たる。したがって、当該処分基準の定めにより不利益な取扱いを受けるべき期間内は、なお当該処分の取消しによって「回復すべき法律上の利益」を有すると解される¹⁶。

本件では、過去に処分等を受けている場合には次回の処分等において加重されることから(本件基準 4(4))、本件処分により免許取消しがなされた後であっても本件取消訴訟の狭義の訴えの利益が認められる。そのため、執行停止しなければ本件取消訴訟の訴えの利益が認められないとの関係にはないから、執行停止をする「緊急の必要」はないとも思える。

¹⁵ 「緊急の必要」とは、**執行停止をしなければ訴えの利益が認められない場合**をいうことを、当該反論は前提としていえると考えられる。

¹⁶ 最判平 27. 3. 3 (百選Ⅱ (第 7 版) [175])。

これに対して、Xは、本件取消訴訟の訴えの利益が失われないとしても、上述の「損害」の重大性に鑑みれば、本件申立ては認められると反論することが考えられる。この点を強調すれば、「緊急の必要」が認められることとなろう。

(d) 消極的要件

「緊急の必要」が認められないとする場合、本件申立ては、消極的要件を検討するまでもなく、認められないこととなる。

他方で、「緊急の必要」が認められるとする場合には、消極的要件を検討することとなる。

まず、Xによる建築基準法違反は開所時の一過性のものであり、以降の建築物については当該違反がなされていないことからすれば、本件処分の執行停止を認めても「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがある」（同条4項）とはいえない。

また、設問2で見るように、「本案について理由がないとみえる」とはいえない。

(3) 結論

よって、「緊急の必要」が認められるとする場合、本件申立ては認められることとなる。

第 3 設問 2 解説

1 解説

(1) 行政手続法—総論—

行政手続法の適用除外に当たらない場合、行政処分には行手法が適用される。その際、行手法は、申請に対する処分（同法 2 条 3 号）と不利益処分（同条 4 号）とを区別し、両者で異なった手続を定めているので、まず、当該処分がいずれに当たるのかを判断する必要がある¹⁷。

そして、手続的違法の瑕疵の処理手順のベースラインは、係争処分について、①手続規範の探索→②手続の瑕疵の有無を検討→③手続の瑕疵が取消事由になるか検討、となる¹⁸。

行政処分について手続的瑕疵の有無を検討するには、行政手続の一般法である行手法の解釈が基本となる。行手法は、行政機関の意思決定過程について、利害関係人が自己の権利・利益を手続的に防御するべく、適正手続・公正手続原理を具体化する行政手続（事前手続）の一般法である。手続に瑕疵があった場合に、その手続は違法（ないし違憲）となるが、その処分が実体法上違法になるか（手続の瑕疵が、当該行政処分の取消事由となるか）は、もう一段別の解釈が必要である¹⁹。上記ベースラインの②→③はこれを意味している。

(2) 理由呈示の不備

(a) 申請に対する処分の場合

理由の呈示（行手法 8 条）の制度趣旨は、理由を呈示することにより、行政庁による決定が慎重になり（慎重合理性担保・恣意抑制機能）、申請者が行政不服申立て等の事後的な争いにしやすくなる（争訟便宜機能）点にある。理由の呈示については、処分の相手方を説得する機能、行政決定過程を公にする機能等もあるとされるが、理由の呈示が違法か解釈する場合には、慎重合理性担保・恣意抑制機能、争訟便宜機能の両者が制度趣旨であることから立論するのが「作法」である。

理由の呈示については、呈示（書面の場合は付記）される理由の内容・程度が手続の瑕疵を構成するか、という論点がある。申請拒否処分の「理由」であるため、処分要件（法令上の許認可等の要件＋審査基準の内容）と事実関係を呈示することになるが、行手法上の瑕疵（義務違反）に当たるかの判定は、処分要件の具体性ともあいまって個別具体的に解釈する必要がある。

この点について、最判昭 60. 1. 22（百選 I（第 7 版）[119]）は、個別法の定める理由付記の制度趣旨について、①処分庁の判断の慎重合理性担保・恣意抑制、②処分の相手方の争訟便宜であるとした上で、求められる理由付記の程度として、いかなる事実

¹⁷ 基本・103 頁

¹⁸ 技法・149 頁

¹⁹ 技法・150～151 頁

関係に基づきいかなる法規を適用して申請を拒否されたか、申請者においてその記載自体から領置し得るものでなければならない、とした。加えて、同判例は、理由付記に瑕疵がある場合、理由付記の制度趣旨に照らして、直ちに処分自体の取消事由になることも示した。

なお、同判例は、行手法制定前の個別法の事案であるが、行手法 8 条の解釈にも妥当すると考えられる。もっとも、行手法 5 条が審査基準を法制化したことから、理由の呈示の瑕疵の判断基準についても、「いかなる事実関係に基づき、いかなる法規・審査基準を適用して申請拒否処分がされたか、申請者においてその記載自体から了知し得るか」という形になる²⁰。

(b) 不利益処分の場合

理由の呈示については、その制度趣旨に照らして、不利益処分の名宛人が、どのような事実関係に基づきいかなる法令・処分基準が適用されて不利益処分を受けるのか、具体的に理解できるだけの理由が呈示される必要がある。そうでなければ、行手法 14 条に照らして違法であり、理由の呈示の瑕疵は、原則として不利益処分の取消事由になると解釈される。

最判平 23. 6. 7 (百選 I (第 7 版) [120]) は、処分基準が設定・公開されていたケースで、不利益処分の理由の瑕疵について、以下のように判示している。同判例の事案は、個別法上、不利益処分の要件が抽象的・概括的である一方、事前手続を経て詳細な内容の処分基準が設定・公開されていたというものである。

★最判平成 23. 6. 7 (百選 I (第 7 版) [120])	
【判旨】 行手法 14 条 1 項本文が不利益処分をすると同時に理由呈示を求めているのは、「行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を名宛人に知らせて不服の申立てに便宜を与える趣旨に出たものと解される。」そして、「どの程度の理由を提示すべきかは、……同項本文の趣旨に照らし、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、当該処分の性質及び内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮してこれを決定すべきである。」	5
本件では、処分要件が抽象的かつ効果裁量も認められる一方、事前手続を経て複雑な内容の処分基準が設定・公開されており、「その内容は、……多様な事例に対応すべくかなり複雑なものとなっている。」	10
そうすると、「懲戒処分に際して同時に示されるべき理由としては、処分の原因となる事実及び処分の根拠法条に加えて本件処	15

²⁰ 技法・154～155 頁

分基準の適用関係が示されなければ、処分の名宛人において、… …いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることは困難である。」	
本件では理由として処分基準が全く示されておらず、上記のような複雑な基準の下では、Xは「いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって免許取消処分が選択されたのか知ることとはできない……。」	20
したがって、「本件の事情の下においては、行手法 14 条 1 項本文の趣旨に照らし、同項本文の要求する理由提示としては十分でないといわなければならない、本件免許取消処分は、同項本文が定める理由提示の要件を欠いた違法な処分であるというべきであって、取消しを免れない。」	25

なお、審査基準が行手法上処分基準と同様の機能を果たすことからすると、前掲最判平成 23 年判決の射程は、審査基準が設定・公表されている場合の申請拒否処分の理由呈示にも基本的に及ぶと解される²¹。かかる考え方に立脚すれば、処分基準・審査基準が設定・公表されていない場合は前掲最判昭 60 年判決の規範を用い、処分基準・審査基準が設定・公表されている場合は最判平 23 年判決の規範を用いるという整理になると考えられる。すなわち、当該論点を論文式試験に向けて知識を整理する際には、①申請に対する処分の場合／不利益処分の場合で区別する方法（「行政法解釈の技法」の考え方）、②処分基準・審査基準が設定・公表されていない場合／設定・公表されている場合（「基本行政法」の考え方）で区別する方法の 2 通りが考えられる。いずれの見解を採ってもよいものと考えられる。後掲論文式試験に向けた整理は、①の考え方をベースに作成している。

(3) 理由の追完の可否

理由呈示不備の瑕疵の治癒について、最判昭 47. 12. 5（百選 I（第 7 版）[86]）は、理由付記の趣旨（①恣意の抑制と②不服申立ての便宜）に鑑みて、処分の後から具体的根拠が明らかにされたとしても、瑕疵は治癒されないとしている²²。

2 論文式試験に向けた整理

(1) 答案枠組み

・《答案枠組み》理由呈示の不備①—申請に対する処分の場合—（*₁）

²¹ 基本・109 頁

²² 基本・107 頁

1 本件処分は申請に対する処分に当たるところ、本件における理由の呈示は行手法 8 条 1 項に反するか。

(1) 【論証】理由呈示の程度①—申請に対する処分の場合—（*₂）

(2) 事実認定

2 結論

*₁注：「基本行政法」の考え方に立脚すれば、同論証は、処分基準・審査基準が設定・公表されていない場合に用いられることとなる。

*₂注：解説で述べている通り、手続的違法の有無と当該違法が取消事由になるかは異なる段階であることから、手続的違法が問題となる事案に対する原則的な答案枠組みは後掲（参考）《答案枠組み》手続的違法のようになる。もっとも、理由呈示の不備の場合、かかる瑕疵は理由呈示の制度趣旨に照らして、直ちに処分自体の取消事由になる（絶対的取消事由、最判昭 60 年判決）。そのため、かかる論述をすれば足り、後述の（参考）【論証】手続的違法が処分の取消事由になるかを論じる必要がない。

・《答案枠組み》理由呈示の不備②—不利益処分の場合—（*₁）

1 本件処分は不利益処分に当たるところ、本件における理由の呈示は行手法 14 条 1 項に反するか。

(1) 【論証】理由呈示の程度②—不利益処分の場合—（*₂）

(2) 事実認定

2 結論

*₁注：「基本行政法」の考え方に立脚すれば、同論証は、処分基準・審査基準が設定・公表されている場合に用いられることとなる。

*₂注：解説で述べている通り、手続的違法の有無と当該違法が取消事由になるかは異なる段階であることから、手続的違法が問題となる事案に対する原則的な答案枠組みは（参考）《答案枠組み》手続的違法のようになる。もっとも、理由呈示の不備の場合、かかる瑕疵は理由呈示の制度趣旨に照らして、直ちに処分自体の取消事由になる（絶対的取消事由、最判昭 60 年判決）。そのため、かかる論述をすれば足り、後述の（参考）【論証】手続的違法が処分の取消事由になるかを論じる必要がない。

・《答案枠組み》理由の追完の可否

- 1 本件処分は不利益処分であるところ、理由呈示に不備があることから、行手法 14 条 1 項に反する点で手続的瑕疵が認められる（*₁）。
- 2 では、本件理由を追完することによって本件理由呈示の不備の瑕疵を治癒することができるか。
 - (1) 【論証】理由の追完の可否
 - (2) したがって、本件理由の追完によって本件理由呈示の不備の瑕疵は治癒されない。
- 2 結論：よって、本件処分は理由呈示に不備が認められ、行手法 14 条 1 項に反し違法である（*₂）。

*₁注：《答案枠組み》理由呈示の不備①・②に沿って論じればよい。

*₂注：あくまで理由の追完の可否は、「理由の追完によって、理由呈示の不備という手続的瑕疵が治癒されるか」という論点であることを意識して答案枠組みを構成する必要がある。

・(参考)《答案枠組み》手続的違法が処分の取消事由となるか

- 1 本件処分は不利益処分であるところ、本件では……の点で手続的違法が認められる。
- 2 では、本件理由を追完することによって本件理由呈示の不備の瑕疵を治癒することができるか。
 - (1) (参考)【論証】手続的違法が処分の取消事由となるか
 - (2) 事実認定
- 3 結論

*注：理由呈示の不備以外の手続的違法が問題となる場合は、この答案枠組みで処理する。

(2) 論証・事実認定の方向性

【論証】理由呈示の程度①－申請に対する処分の場合－

この点について、理由呈示の趣旨は、恣意抑制機能及び争訟便宜機能にある。そこで、理由呈示の程度としては、いかなる事実関係に基づき、いかなる法規・審査基準を適用して申請拒否処分がされたのかが、申請者においてその記載自体から了知し得ることを要すると解する。

また、かかる理由呈示の趣旨に鑑みれば、行手法 8 条 1 項に反する場合は手続の違法として直ちに処分取消事由になると解する。

○〈事実認定の方向性〉

①いかなる事実関係に基づき、いかなる法規・審査基準を適用して申請拒否処分がされたのか

- ・事実 a が審査基準 α から処分要件 A に該当し、事実 b が……と法規の適用・処分要件に該当する具体的事実等の本件の適用関係を示す。

②①が申請者においてその記載自体から了知し得たか

- ・「しかるに、本件処分の通知書には「……」としか記載されておらず、その記載自体からは上記のような複雑な適用関係を了知することはできない」。

＝行手法 8 条 1 項の趣旨（恣意抑制機能、争訟便宜機能）を害する。

○補足

- ・「基本行政法」の考え方に立脚すれば、同論証は、処分基準・審査基準が設定・公表されていない場合に用いられることとなる。
- ・解説のベースラインと本論証との対応関係は、第一段落が②手続の瑕疵の有無、第二段落が③手続の瑕疵が取消事由になるかに対応している。

【論証】理由呈示の程度②－不利益処分の場合－

この点について、理由呈示の趣旨は、恣意抑制機能及び争訟便宜機能にある。そこで、どの程度の理由を呈示すべきかは、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、当該処分の性質及び内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮して決定すべきであると解する。

また、かかる理由呈示の趣旨に鑑みれば、行手法 14 条 1 項に反する場合は手続の違法として直ちに処分取消事由になると解する。

○〈事実認定の方向性〉

①処分要件の抽象性・裁量の有無・処分基準の公表の有無・当該処分の原因となる事実関係の内容

- ・処分要件が抽象的であること
- ・処分に行政裁量（効果裁量）が認められること
- ・当該処分において、個別事情による加減等の該当性も含まれていること

＝本件ではいかなる具体的事実がいかなる処分基準の選択によって本件処分が選択されたかが判然としない

☞

②処分の重大性

- ・本件処分が重大な財産的損害を生じさせるものであること

☞

③総合考慮（①＋②）による規範の導出

- ・①と②を総合考慮すれば、処分の原因となる事実及び根拠法条の提示によって処分要件の該当性に係る相応の理由を知り得るとしても、**いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることができなければ、行手法 14 条 1 項の趣旨を害することとなる。**



④本件への当てはめ

- ・「しかるに、本件処分の通知書は……とだけ記載されており、Xはいかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることができない。したがって、本件における理由呈示には不備があり、行手法 14 条 1 項に反し違法である」。

○補足

- ・「基本行政法」の考え方に立脚すれば、同論証は、処分基準・審査基準が設定・公表されている場合に用いられることとなる。
- ・たとえば、判例の事案と異なり、①処分要件がそれほど複雑ではない・処分要件が抽象的ではない・裁量が狭い等の事情のもとで、②処分による不利益の程度が重大でない場合（例：免許取消処分ではなく、業務停止処分の場合）には、処分の原因となる事実及び根拠法条の提示によって処分要件の該当性に係る相応の理由を知り得る程度の記載で足りると解される余地もあるものと考えられる²³。
- ・厳密には、i. 当該処分の根拠法令の規定内容、ii. 当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、iii. 当該処分の性質及び内容、iv. 当該処分の原因となる事実関係の内容の 4 点の方向から総合的に考慮して、いかなる程度の理由を呈示すべきかを決する。上述の〈事実認定の方向性〉における①は i. ii. iv. をまとめたものであり、②は iii. に対応する。

【論証】理由の追完の可否

理由呈示に不備がある場合に、理由の追完によってかかる瑕疵が治癒されるか。

この点について、理由呈示の**趣旨**は、**恣意抑制機能**及び**争訟便宜機能**にある。そうすると、**理由の追完によって理由呈示の不備の瑕疵が治癒されると**

²³ 技法・235～241 頁を参考にしている。

解すると、不十分な理由でも呈示すれば足りることとなり、恣意抑制機能が損なわれることとなり、妥当ではない。

そこで、理由の追完によって理由呈示の不備の瑕疵は治癒されないと解する。

○〈事実認定の方向性〉

- ・本論点は事実認定の方向性が要求されない論点（規範通りに事実認定すれば足りる論点）である。

○補足

- ・特になし

（参考）【論証】手続的違法が処分の取消事由になるか

この点について、行手法の目的（1 条）から、行政法関係においては適正な手続により行政処分を受ける権利を保障していると解される。

そこで、重要な手続を履践せず行われた処分は、特段の事情がない限り、処分の取消事由に当たると解する。

○〈事実認定の方向性〉－省略－²⁴

○補足－省略－

3 思考過程

(1) 問題の把握

設問 2 では、本件取消訴訟において X が本件処分の違法性を争うために主張すべき内容について、相手方たる国の反論を踏まえて論じることが求められている。

(2) 理由呈示の程度

まず、X としては、本件処分は不利益処分であるところ（行手法 2 条 4 号）、本件処分の通知書に記載された処分理由の呈示の程度は不十分であり、行手法 14 条 1 項に反して違法であると主張することが考えられる。

不利益処分の場合における理由呈示の程度については、理由呈示の趣旨（恣意抑制機能及び争訟便宜機能）に照らして、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、当該処分の性質及び内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮して決定することとなる。かかる基準に即して、本件理由の呈示の程度が不十分かを検討する。

本件処分は法 10 条 1 項に基づく処分であるところ、同項 1 号の定める処分要件は抽象的であり、戒告、1 年以内の業務停止又は免許取消しのいずれの処分を選択するかについて効果裁量が認められる。そして、同項に基づく処分については裁量基準たる本件基準が規

²⁴ 平成 24 年予備試験、平成 28 年司法試験、令和 4 年予備試験で同論点は出題されているため、これらを参考に事実認定の方向性を確認してほしい。

定・公表されているところ、本件基準は懲戒事由の類型ごとに処分ランクを定め、さらに情状等による処分ランクの加減方法を定める等、多様な事例に対応するためにかなり複雑な内容となっている。また、国が明らかにした本件基準の適用関係では個別事情による加減等も含まれており、本件処分の理由の記載だけではいかなる処分基準の適用によって本件処分が選択されたのかを知ることができない (①)。さらに、本件処分は免許取消処分であるところ、本件処分により以降の一級建築士としての営業活動ができなくなる。そうすると、本件処分により生じる財産的損害は重大であるといえる (②)。以上の点を総合考慮すれば、本件処分に際して呈示すべき理由の程度は、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることができるような記載であることを要するとすべきである (①+②)。

本件では、本件処分の際に通知された理由には、「X が設計し建築した複数の建築物が建築基準関係法令に定める構造基準に適合しない設計を行い、それにより耐震性等を不足する構造上危険な建物を現出させた。また、当該建築物の設計者として、構造計算書に偽造が見られる不適切な設計を行った。このことは、法 10 条第 1 項第 1 号及び 2 号に該当する。」とだけ記載されている。しかし、かかる記載から、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることができない。したがって、理由の呈示の程度として不十分であり、行手法 14 条 1 項に反するという手続的違法が認められる²⁵。

そして、判例は、上述の理由呈示の趣旨に鑑みれば、行手法 14 条 1 項に反する場合は手続的違法として直ちに処分取消事由になるとしている。本件では上述のように本件理由の呈示の程度は不十分であり、行手法 14 条 1 項に反するから、直ちに処分取消事由になる。

(3) 理由の追完

国としては、理由呈示の程度が不十分であったとしても X の問い合わせに対して本件基準の適用関係を明らかにしたことによりかかる瑕疵は治癒されるから本件処分は行訴法 14 条 1 項に反しない、と反論することが考えられる。

しかし、理由の追完によって理由呈示の不備の瑕疵が治癒されると解すると、不十分な理由でも呈示すれば足りることとなり、上述の理由呈示の趣旨が損なわれて妥当とはいえないことから、理由の追完によって理由呈示の程度が不十分であるという瑕疵は治癒されないと考えればよい。

したがって、かかる反論は認められない。

(4) 結論

よって、X の主張通り、本件処分は行手法 14 条 1 項に反する点で手続的違法が認められ、かかる違法は直ちに処分取消事由になる。

²⁵ もっとも、特に予備試験との関係では、紙面に限界があることから、よりコンパクトに書くことが求められる。

第 4 最後

1 論文式試験に向けた整理の一例（問題演習後の復習方法・分析方法）

- (1) 答案枠組み・論証・事実認定の方向性をセットで抑える。その際には、これら 3 点セットで点数が付けられることを意識する。すなわち、論証だけが完璧でも事実認定の方向性が明後日の方向へ行ってしまうと点数にはならない。論点に対する理解は、答案枠組み・論証・事実認定の方向性という 3 点セット全体で示すことを意識する。本問の採点においても、このような観点から採点を行う予定である。
- (2) 事実認定の方向性を分析・検討する際の注意点を以下に挙げておく。
 - ・事実認定が要求される論点についてのみ丁寧に分析・検討する。
 - ・論述例の事実認定の流れから、論述例の事実認定の裏にある考え方を把握する。最初は事実認定の流れを形式的に抑えるだけでもよい（段々と事実認定の裏にある考え方を理解していく）。
 - ・判例の事実や当該事実に対する評価（肯定要素・否定要素）をストックし、それを答案の事実認定に反映できるように整理する。
- (3) 以上の点に加えて、論述（答案）の「枝葉の部分」の完成を目指していく。すなわち、論点に対する理解とは別に、法律の基本原則・原理に対する理解も答案の節々に宿らせる必要がある（例：理由の追完の論じ方）。その都度、問題提起や結論部分まで丁寧に検討する。
- (4) 予備試験と司法試験の差異に気を付ける。司法試験対策では、特定の重要論点に対する解像度を高める必要がある（例：処分性、原告適格など）。

【参考文献・略記一覧】

- ・『技法』 伊藤健ほか『行政法解釈の技法』（弘文堂、2023 年）
- ・『基本』 中原茂樹『基本行政法』（日本評論社、第 3 版、2021 年）
- ・『事例』 曾和俊文ほか『事例研究行政法』（日本評論社、第 4 版、2021 年）
- ・『ぶんせき』 西口竜司ほか『新司法試験論文過去問答案パーフェクトぶんせき本』（辰巳法律研究所）
- ・その他脚注で示した文献及び各年度の司法試験出題趣旨・採点実感

以上

2025 年 4 月 6 日開催 (行政法)

最優秀答案

回答者 K.S さん

第1 設問 1

1.X は本件申立てにおいて㊦本件処分により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があること(行政事件訴訟法(以下、「行訴法」という。)25 条 2 項)㊧本件申立てが認められても公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがないこと(行訴法 25 条 4 項)㊨本来について理由があること(同法同条項)を主張する。

2.㊦について

(1)「重大な損害」が生じるか否かは行訴法 25 条 3 項に規定される要素を勘案して判断する。

まず、本件処分は X の一級建築士の免許を取り消す処分であり、再度免許を取得しなければ仕事を続けられない性質の処分である。そして免許がなければ本件事務所の経営を継続できないため経済的な不利益を被る。これに伴う不利益は X のみに留まるものでなく、現に本件事務所に依頼をしている利用者や本件事務所の従業員にも及ぶため損害の程度は大きい。加えて、本件事務所は一級建築士が X のみの個人事務所であ

り、経営ができなくなれば、仮に再度免許を取得し経営を再開したとしても事務所の信用性は大きく損なわれるため今まで通りの経営が可能とは言えない。そのため、本件処分による損害の回復は困難であり、したがって「重大な損害」が生じると評価できる。

(2)そして、本件処分により免許が取り消されれば、「重大な損害」がすぐに発生するといえ「緊急の必要」もある。

(3)国側の反論としては、Xの被る不利益は経済的損失のみであり、事後的な賠償によって回復できるため、損害の回復は困難でなく「重大な損害」は生じないとの主張が想定される。

しかし2(1)で述べたように、Xの被る損害は後の金銭賠償によっては回復できない信用性についてのものもあるため、国側の反論は認められない。

3.①について

(1)国としては、Xは建築基準関係法令に基める構造基準に適合しない設計を行ったり、構造計算書に偽造を行ったりしていた。そのため、本件申立てを行えば、このような違法行為により耐震性等に問題のある建築物がはびこりようになる。したがって本件申立てを認めることは公共の福祉に重大な影響を及ぼすと反論する。

(2)しかし、Xが違反行為を行っていたのは平成10年頃に建築された建築物だけであり、令和7年現在にXがそのような行為を行っているわけではない。そうであれば、本件申立てを認めても、直ちにXが違法行為をし違法建築物がはびこる危険性は低い。

(3)したがって㊸は認められる。

4.㊹について

設問2で述べるように、本件処分には理由提示につき瑕疵がある。

したがって㊹も認められる。

5.Xは以上のような主張をするべきである。

第2 設問2

1.手続的違法事由

(1)Xは、本件処分の通知書の理由提示は行政手続法(以下、「行手法」という。)**14条1項**に基づくものであるところ、同条項の要求する理由提示の程度に至っていないとして、理由提示の瑕疵を主張する。

(2)これに対して国側は、同条項は「理由を示さなければならない」と定めており程度は問題にしていないこと、及び、仮に程度を問題としても、本件処分は**法10条1項1**

号及び2号に基づく旨の記載があるから十分なものであると反論する。また、後日、本件基準の適用関係を示しており瑕疵があったとしても治癒されたと主張する。

(3)この点、行手法14条1項が理由提示を求める趣旨は、行政庁の判断の慎重と公正妥当を担保し、もって諮意を抑制すると共に、処分の名宛人に対して不服申立ての便宜を与える点にある。そうであれば、理由提示は単に根拠法が示されていれば良いものではなく、根拠法の仕組み等が複雑な場合には、いかなる規定にいかなる事情が適用されて処分に至ったのか、その適用関係まで明らかにしなければ趣旨を没却する場合があるといえる。そしてそのような場合に法規の適用関係が不明確であれば行手法14条1項違反になると考える。また、かかる趣旨から、後日に詳細な適用関係が示されても理由提示の瑕疵が治癒されることにはならない。

(4)本件処分は本件基準に沿ってなされている。本件基準は機械的に懲戒処分を導ける態様のものではなく、個別事情によって処分のランクが加重又は軽減される性質を有する。また、過去に処分を受けている場合には表4の適用もある。これらの事情から、本件処分は本件基準が複雑に適用されてなかったといえ、いかなる法規が適用されたのか、その適用関係まで示されてないと、名宛人であるXが不服申立てに便宜を与えたとは評価できない。また、後日に詳細が示されたことは瑕疵を治癒しない。

(5)したがって理由提示の程度が不十分であり行手法 14 条 1 項違反の行為があるといえる。

2.実体法的違法事由

(1)本件処分の通知書に記載の X の違法事由のランクを合わせれば「12」であり、表 3 の「免許取消」の「16」に至らない。それにもかかわらず、本件処分がなされるのは行政庁の裁量権の逸脱濫用で違法である(行訴法 30 条)。

(2)国側としては、法 10 条本文は「できる」と規定し、同条 2 号の「不誠実な行為」は抽象的な表現である。そして、いかなる場合にいかなる処分をするのかは、専門技術的知見を有する行政庁の判断に委ねるべきだから、行政庁は要件裁量及び効果裁量を有し、その範囲は広いと反論する。

(3)確かに処分基準(行手法 12 条 1 項)はあくまで行政規則であり法的拘束力はない。しかし、法手法の目的である判断過程の公正と透明性を確保するために定められており、単なる行政庁の運営上の便宜にとどまらない。そうであれば、原則として処分基準に沿った処分がされなければ平等原則違反であり、根拠法の趣旨・目的を損なう場合でないにもかかわらず、処分基準を機会的に適用しない場合には裁量権の逸脱・濫用に当たると考える。

(4)本件では X が数回の戒告等をうけていたにもかかわらず、違法な設計を続けていたとの事情はない。むしろ 25 年以上前の違法事由が処分の根拠となった。そのため、本

件基準をXに機械的に適用しても違法建築物を出現させないという法の趣旨を損なう
場合でない。したがって機械的に本件基準を適用せず処分を加重したことは裁量権の
逸脱・濫用に当たる。

3.以上の違法事由をXは主張すべきである。

以上

回答者: K.S.さん

衆

試験科目	行政法
------	-----

[illegible]

×は事件申立てにおいて ⑦ 事件処分に5/19が重要大改正意見を提出したため
 緊急の必要があること（行政事件訴訟法（以下、「行政訴訟」という。）25条第2項）
 ⑧ 事件申立てが審理から始っても公平の審判に主たる影響を及ぼすおそれがない
 ないこと（行政訴訟25条第2項） ⑨ 本来に於いて理由があること（同法17条第1項）を
 主張する。

2. ① に つ い て

(1) 「重大な障害」が生じる場合に、何年三ヶ月五條以上に規定され、需要を避ける
して禁止する。

しっかりと本文を朗讀してください。

まず、事件処分は、一般建築工の免許を取り消す処分であり、再度免許を取得しなければ工事と承認が下りない。この場合、国庫である性質の処分である。そして免許が下れば、本件事務所の経営もシステムでなく、個人経済的になり、利益を被る。これに似て、不利な点として、留保があるため、現に本件事務所に依頼されている利用者が、本件事務所からの注文にも及ばない程度は大丈夫。加えて、本件事務所には一般建築士のための個人事務所があり、経営が下がるとはいい、假に再度免許を取得し経営を再開したとしても、事務所の信用性は更に（損耗される）今の通り、経営が可能とは言えない。そのために、事件処分にこそ、損害の回復に困難であり、したがって「重大な損害」が生じると言われている。

(2) そして、事件処理には「先許の取り消し」が「可」に
 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100 101 102 103 104 105 106 107 108 109 110 111 112 113 114 115 116 117 118 119 120 121 122 123 124 125 126 127 128 129 130 131 132 133 134 135 136 137 138 139 140 141 142 143 144 145 146 147 148 149 150 151 152 153 154 155 156 157 158 159 160 161 162 163 164 165 166 167 168 169 170 171 172 173 174 175 176 177 178 179 180 181 182 183 184 185 186 187 188 189 190 191 192 193 194 195 196 197 198 199 200 201 202 203 204 205 206 207 208 209 210 211 212 213 214 215 216 217 218 219 220 221 222 223 224 225 226 227 228 229 230 231 232 233 234 235 236 237 238 239 240 241 242 243 244 245 246 247 248 249 250 251 252 253 254 255 256 257 258 259 260 261 262 263 264 265 266 267 268 269 270 271 272 273 274 275 276 277 278 279 280 281 282 283 284 285 286 287 288 289 290 291 292 293 294 295 296 297 298 299 300 301 302 303 304 305 306 307 308 309 310 311 312 313 314 315 316 317 318 319 320 321 322 323 324 325 326 327 328 329 330 331 332 333 334 335 336 337 338 339 340 341 342 343 344 345 346 347 348 349 350 351 352 353 354 355 356 357 358 359 360 361 362 363 364 365 366 367 368 369 370 371 372 373 374 375 376 377 378 379 380 381 382 383 384 385 386 387 388 389 390 391 392 393 394 395 396 397 398 399 400 401 402 403 404 405 406 407 408 409 410 411 412 413 414 415 416 417 418 419 420 421 422 423 424 425 426 427 428 429 430 431 432 433 434 435 436 437 438 439 440 441 442 443 444 445 446 447 448 449 450 451 452 453 454 455 456 457 458 459 460 461 462 463 464 465 466 467 468 469 470 471 472 473 474 475 476 477 478 479 480 481 482 483 484 485 486 487 488 489 490 491 492 493 494 495 496 497 498 499 500 501 502 503 504 505 506 507 508 509 510 511 512 513 514 515 516 517 518 519 520 521 522 523 524 525 526 527 528 529 530 531 532 533 534 535 536 537 538 539 540 541 542 543 544 545 546 547 548 549 550 551 552 553 554 555 556 557 558 559 560 561 562 563 564 565 566 567 568 569 570 571 572 573 574 575 576 577 578 579 580 581 582 583 584 585 586 587 588 589 590 591 592 593 594 595 596 597 598 599 600 601 602 603 604 605 606 607 608 609 610 611 612 613 614 615 616 617 618 619 620 621 622 623 624 625 626 627 628 629 630 631 632 633 634 635 636 637 638 639 640 641 642 643 644 645 646 647 648 649 650 651 652 653 654 655 656 657 658 659 660 661 662 663 664 665 666 667 668 669 670 671 672 673 674 675 676 677 678 679 680 681 682 683 684 685 686 687 688 689 690 691 692 693 694 695 696 697 698 699 700 701 702 703 704 705 706 707 708 709 710 711 712 713 714 715 716 717 718 719 720 721 722 723 724 725 726 727 728 729 730 731 732 733 734 735 736 737 738 739 740 741 742 743 744 745 746 747 748 749 750 751 752 753 754 755 756 757 758 759 760 761 762 763 764 765 766 767 768 769 770 771 772 773 774 775 776 777 778 779 780 781 782 783 784 785 786 787 788 789 790 791 792 793 794 795 796 797 798 799 800 801 802 803 804 805 806 807 808 809 810 811 812 813 814 815 816 817 818 819 820 821 822 823 824 825 826 827 828 829 830 831 832 833 834 835 836 837 838 839 840 841 842 843 844 845 846 847 848 849 850 851 852 853 854 855 856 857 858 859 860 861 862 863 864 865 866 867 868 869 870 871 872 873 874 875 876 877 878 879 880 881 882 883 884 885 886 887 888 889 890 891 892 893 894 895 896 897 898 899 900 901 902 903 904 905 906 907 908 909 910 911 912 913 914 915 916 917 918 919 920 921 922 923 924 925 926 927 928 929 930 931 932 933 934 935 936 937 938 939 940 941 942 943 944 945 946 947 948 949 950 951 952 953 954 955 956 957 958 959 960 961 962 963 964 965 966 967 968 969 970 971 972 973 974 975 976 977 978 979 980 981 982 983 984 985 986 987 988 989 990 991 992 993 994 995 996 997 998 999 1000 1001 1002 1003 1004 1005 1006 1007 1008 1009 1010 1011 1012 1013 1014 1015 1016 1017 1018 1019 1020 1021 1022 1023 1024 1025 1026 1027 1028 1029 1030 1031 1032 1033 1034 1035 1036 1037 1038 1039 1040 1041 1042 1043 1044 1045 1046

緊急の必要性についてもしっかりと検討させていただきます。

輔導
試校答案練習會
ail.com

[illegible]

(7) 国債の存続と利息、又、租税と不利益は、経済的便宜とあり、事後の正當性によつて回復せざるべし、要するに、国債の回復は「至大の利益」を生むに在り、その主張が根據となる。

27 し、(2)に述べた通り、父の親身教育に父の全財産償に上り、
28 回復が可能な信用性についてのものであるに、国債の反動に課せられ

(1) 国として、Xの建築基準法を流石に定めて標準に適合しない設計を行つたり、標準計算書に依拠して行つたりして、そのため、事件申立てを行へば、その上では違ふ行為前に依り所定性等に問題がある建築中や、その上では違ふ。したがって事件申立てを認めざるべき公共の福祉に基き、下位法令等及び法令と矛盾する。

(2) しかし、Xが違法行為を行つてゐたのは平成10年頃に建築工場の建設物
だつてあり、令和7年現在にXがその工場の行為を行つてゐるわけはない。
もう2つあるは、月件申立を否認して元、直ちにXが違法行為をして違法
建築物が、世にこの危険状態に在ることを主張しては行ない。

(3) $\psi = \phi^n$, $n \in \mathbb{N}$. ψ is also harmonic.

$$4. \textcircled{4} | = 7.12$$

① 設問を「式」で示すに、条件として理由提示に「式」が示す。
② 「式」が示すに、理由提示に「式」が示す。

× 以上の 87 年 5 月 2 日 2 日 2 日。

第 2 卷 第 2 期

1. 平衡的球連法由

仙居縣志卷之五 仙居縣志卷之五

五、六、七、八

丁亥年

〈総評〉

・全体を通して、しっかりと条文・重要判例等を意識した論述がされており、知識が定着しており、その知識を答案に反映させることができていることが窺えました。特に、実体的違法まで書いた上で4頁以内に収まっているにもかかわらず、出題意図の論点についても触れられており、メリハリのある答案でした。答案を書く技術も申し分なく、このまま学習を進めていけば合格できると感じました。

・さらに高い評価を得る答案を書くためには、細かい部分のブラッシュアップを進めていきたいと思います。例えば、理由呈示の程度に関しては二つの重要な判例があるところ、どのような場合にいずれの判例の考え方をを用いるべきか等を整理しておきましょう。また、理由呈示違反の場合は絶対的取消事由となること等も、予備校によっては論証集に載っていないこともありですが、細かく点数が振られているので、この機会に論証に付け加えておきましょう。