

司法試験予備試験 答案練習会 特別講演

『予備試験・本試験勉強のコツ 覚えるから考えるへ』

枝 窪 史 郎



## 予備試験・本試験勉強のコツ 覚えるから考えるへ

### ・従来の自分の勉強方法

- …論文：問題集，過去問，答練で答案を書く
  - 参考答案と解説を読む
  - 出題論点について参考書等で復習
- …短答：肢別・過去問を解く（3月から）

→問題点：1つ1つの論点は一応理解していたものの，論点主義的だった。

そのため，法体系や全体構造に関する理解，および，その意識が欠けており，答案において，うまく答えられていない。

- ・どこで論点に触れるかの順番がおかしい（論点に飛びつく）。
- ・各論点についてどれだけ述べるかのバランスがおかしい。
- ・問題提起→あてはめ→結論という流れが，全体としてできておらず，結局，聞かれたことに正しく答えられていない。
- ・論点を覚えることに必死になり，あてはめに対する意識も薄い。  
（参考答案でもあまりあてはめのところは見ない）

### ・覚える勉強から考える勉強へ

…インプット・アウトプット両面において，考える勉強法に切り替える。

#### →インプットにおけるポイント

- ・論点や論証を，なぜ？の思考で考える

…例：何で民法545条1項但書の第三者は解除前の第三者に限られる？

→法の趣旨が契約の拘束力からの解放だから

→何で契約に拘束力？

→契約は意思表示の合致で成立する。合致しているということは，こっちも相手も，普通，債務にあたることをちゃんとしてほしいと思ってる。そうやって成立した以上，理由もなくやめたとはできない。

→じゃあ，その意思表示に問題があったら？

契約成立後に問題が生じたら？

…このように考えていくと，

- ・原理・原則に遡っていくことに気づく＝法体系への理解

→各論点がなぜ出てくるのか，つながりが分かる。

…論ずべき順番を間違えない。論点への触れ方が自然になる。

- ・法の趣旨を大事にし始める。＝条文の文言・趣旨

→論証が頭に入りやすくなる。文言を忘れていてもその場で書ける。

#### →アウトプットにおけるポイント

…あてはめはその場で一生懸命考える。

→あてはめにおけるそれまでの自分の傾向

…参考答案等のかすかな記憶や，なんとなく関係ありそうという感覚から事実を拾って摘示（羅列）。よって，法～条にいう△△にあたり，同条を満たす。

→答案において求められていること

…事案における事実について法律を適用し結論を導くこと

→事実を摘示して、評価を加えることが重要。

…この事実は、こういうものといえるのだから（評価）、法～条にいう〇〇にあたるといえる。

→評価ってどうやってやる？

…このような事実は、法の趣旨が～ということにあることからすれば、社会通念上、  
…といえる

→ポイント：法の趣旨から考える

社会通念（常識）で考える

※この評価の部分こそが力の見せ所。評価は、自分で事案について考えて行うものであり、よほどおかしいことを書かない限り、割と自由に書いていいし（憲法や行政法などは特に自由度が高いように感じる）、自分で法の趣旨などに照らして考えたということが示せれば、むしろ高い評価がつく。

※ここまでの話については、神田先生の講義や、11月11日配布の、村上先生の資料を御参照いただけると、より正確に、詳しく理解していただけたと思います。

## ・ 答案の型について

…答案の型=答案を作成する際の具体的な流れ、書き方のテンプレート

### ☆ 答案の型をしっかりと構築するメリット

- ・答案が流れのよいものになる。
  - 採点者に、言いたいことが伝わりやすく、必要に応じて論点が出てくるといった流れになるため、文章としても、法的思考としても優れた答案が書ける。
  - たくさんの論点の中で何から書いていくのか、順番を間違えないし、論点を落とさずらい。
- ・勉強の効率化
  - 基本的な書き方さえ分かれば、アウトプットの練習に時間を割く必要がない。
  - インプットの際も、今、型でいうところのどの部分の話をしているかを意識することで、理解が高まるし、記憶に定着しやすい。
    - これにより、択一の勉強（肢別の解説、択一六法、条文の素読）さえ、論文の勉強に直結する。

### ☆ 民法を例に

#### 1. Xの請求の明示

…何がしたいか

何を根拠に（契約や、物権、不法行為責任など）

→Xとしては、売買契約に基づき、代金支払を請求する

#### 2. 当該請求が認められるには何を主張する必要があるか（=要件事実）

- (1) 請求に係る要件事実を挙げる
- (2) 事案から問題となりそうな要件を解釈
  - =当該を満たすといえるのはどういう場合か（条文解釈）
  - 法の趣旨、妥当性の観点から、具体的規範を立てる。
- (3) 事実を摘示→評価
  - …本件事実を評価した結果、規範に妥当するかの判断

#### 3. 要件事実が認められても、請求が認められない事情（=抗弁）があるか

…通常、請求に係る要件事実を満たせば、請求は認められる。しかし、抗弁に係る要件事実を満たせば請求は認められない。

- (1) 抗弁に係る要件事実を挙げる
- (2) 事案から問題となりそうな要件を解釈→具体的規範
- (3) 事実を摘示→評価

#### 4. 結論

※民法の型を理解するのに役立つ概念、および、これを学べる資料

…民法は、請求と、これに対する否認・抗弁（反論）という構造を理解すると、型が身につくやすい。主に法律実務基礎民事に関するものであるが、早めに理解しておいた方がよい。

→「問題研究 要件事実 一言い分方式による設例15題」が非常に有用。

☆ 他の科目ではどうか

・ 刑法

…答案は、構成要件該当性（実行行為、結果、因果関係、故意）、違法性、責任、罪数で構成され、主に構成要件該当性を論じる（違法性や責任は阻却事由となる事情ある場合に触れればよい）。

その中で、例えば、実行行為性に関して、総論の不作为犯の問題や、各論の論点（各論は基本的には実行行為性の話）を論じることになる。

→単独既遂犯を基本として、共犯や、未遂などは例外的場合として、どこを修正して書けばいいかという形で把握。

・ 刑事訴訟法、商法、民事訴訟法

…各科目とも、例えば、刑事訴訟法でいえば、捜査法における所持品検査や、現行犯逮捕、捜索・差押、証拠法における、伝聞法則、自白法則といった分野毎に、いくつか型を用意する必要があるが、どれも定型的な書き方がある。

→例：刑事訴訟法 所持品検査の適法性

… 1 根拠

2 原則承諾を要する

→承諾の有無について事実認定

3 (1) 承諾ないとしても捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、任意捜査の限界を超えない限りで許される

(2) 捜索に至るか：捜索とは（規範）→事実認定

(3) 強制にわたるか：強制とは（規範）→事実認定

(4) 任意捜査の限界：規範→事実認定

4 結論

・ 憲法、行政法

…最も型を決めることで点がのびる科目。別途配布の資料を参照。

☆ 答案の型の学び方

…答練の活用

→参考答案を分析する。

…参考答案のこの部分は、何の話をしているのか、解説の時間に考えながら読んでみる。

…作成した講師の先生に、どのように書いたらいいか聞いてみる。

※明大答練では、講師の先生が皆実務家である＝司法試験に合格しているから、答案の型について、優れた型を持っているはずだし、参考答案作成者に、自分が答案を書いた直後に、直接質問できる機会は非常に貴重であるし、即起案力に繋がると考える。

☆ 型を作ったら意識すべきこと

…論点や、あてはめの仕方を学ぶ際、これは答案の型でいうどの部分の話なのかを意識しながらすることが大事。こうすることで、実際に起案をしなくても論文を書く際に書くべきことが分かってくる。

→憲法でいえば、保障の話なのか、重要性の話なのか、制約の強度について述べているのかなど。

## ・勉強方法について

1. えんしゅう本（辰巳） →答案構成して解答・解説を読む，の繰り返し  
伊藤真試験対策講座（弘文堂）→法律の全体構造を理解することを意識して読む  
…論点のインプットは，繰り返しながら，段々定着させることが重要なので，分かりやすい本を使うとよい。  
→えんしゅう本では，答案の型を，試験対策講座では，法体系を学びながら，論点も学べる点が有用。
  
2. 肢別本  
択一六法  
…1のみでは，知識量として不安がある。そこで，えんしゅう本や試験対策講座で，例えば，代理など一つの分野を終えたら，代理について，肢別本で問題を解き，解説を読み，択一六法の代理に関する部分を読み込むという方法をとった。  
→簡単な論点解説，判例規範が載っている点，図表，関連項目の記載などの点で，理解に有用。  
→択一を解くことは，事例に対する判断を養う練習にもなるため，択一試験対策はもちろん，論文の勉強にもなる。

司法試験予備試験 答案練習会 特別講演

『答案の書き方』

枝 窪 史 郎

## 目 次

1. 憲法答案の書き方	基本形態	3
2. 憲法答案の書き方	憲法14条	9
3. 行政法答案の書き方	改	13

# 憲法答案の書き方

## 法令違憲の場合

### 第1 設問1について

#### 1 主張の骨子 (これを書かずに第2の部分から始めてもよい)

原告としては、(問題となる法令部分)が、憲法～条に反し、違憲である旨を主張することが考えられる。

#### 2 憲法上の主張

##### (1) 権利の特定

本法令は、～な者について、〇〇という規制をしている。そのため、～な者は、△△することができなくなっているから、△△する自由が制約されている。

…制約から権利を導く。権利の内容は具体的に書くこと(大事)。

注意しなければならないのは、法令とは不特定多数に向けられるものだから、法令違憲では、誰々の自由、というように主体は特定せず、～な者とする。(適用違憲ではXなどと特定する)

##### (2) 権利の保障

憲法～条は、□□を保障している。よって、△△の自由は、憲法～条によって、保障される。

※ 1、2は、憲法保障における要件のようなもの。絶対書く必要があるが、短く書くのがポイント。

(特に、2が、よく基本書や参考書に論点としてかかれる部分なので、長くなりがちだが、抽象論は少なくコンパクトに！)

#### 3 審査基準の設定

##### (1) 制約理由(公共の福祉など)

…公共の福祉なら、書かなくてもよい。書いても一言。

##### (2) 権利の重要性

…ここが重要。抽象論をコンパクトに、問題文の立法事実は厚めに書く。

※ 模範解答などを見ると、ここでは立法事実をあまり拾わないパターンも多い。確かにあてはめと重複することも多いし、時間や紙面の配分も考えて、あてはめに回すのもあり。

##### (3) 制約の程度

→抽象論としては、

…内容着目規制か、中立規制か

…直接的規制か、間接・付随的規制(猿払事件(最判昭49.11.6)参照)か

…許可制(制約強い)か、届出制・特許制(制約弱い)か、など。

…要件が、客観的(自分の力でどうにかなる)か、主観的(自分の力でどうにかならない)か。

##### (4) 審査基準の定立

…厳格・中間・緩やかなのどれか。(原告の主張だから、厳格か中間。厳格でいきがちだが、そこは権利の性質に従い、無理な筋は立てないほうがよい)

→① (2)(3)に示したように、権利が重要である+制約の程度が強い

→② よって、制約が許される場合を限定的に解すべきである

→③ (厳格審査基準 or 厳格な合理性の基準・LRAの基準)

…基準の名前は書かないが、基準が厳格とか中間であることを示すのが大事

※ 審査基準は、権利の重要性と制約の程度で決まる。よって、①②③の三段論法。(②を書き忘れないのが大事！)

#### 4 あてはめ

##### (1) 目的審査

…法令の1条がヒントをし、そこから自分で考える。加えて、問題文の事情から、違憲になりそうな目的を見つけられるとよい。

##### (2) 手段審査

…事実を多く書けるのはここなので、超重要。

#### 5 結論

よって、(問題となる法令部分)は、憲法～条に反し、違憲である。

### 第2 設問2について

… 設問2は、論点毎に、被告の反論→私見という書き方で、対立軸だけに要点を絞って書く。(そうすると、被告の反論と私見がかみ合わないということがない。被告の反論は、基本的には、ポイントを示すだけでよい。また、反論する以上は私見を書く必要があるため、重要なものに絞らなければいけないところ、審査基準設定段階の問題よりも、次のあてはめ段階の方が、問題文の事実を拾いやすいので、審査基準定立までの部分は、そこまで書かなくてもよい。

→ただし、私見としてどの審査基準をとるのかはしっかり書くこと!

#### 1 審査基準設定段階の問題

##### (1) 権利の保障について

###### ア 被告の反論

…～という理由により、△△の自由という権利は憲法～条により保障されない。

###### イ 私見

###### ア 被告の反論

…～という理由により、△△の自由という権利は重要性が低い。よって、違憲審査は緩やかに行うべきである。(抽象論による理由も、具体的事実からの理由もありうる)

###### イ 私見

#### 2 制約の程度について

##### (1) 被告の反論

～という理由により、○○という規制の制約の程度はそれほど強くない。よって、違憲審査は緩やかに行うべきである。(抽象論による理由も、具体的事実からの理由もありうる)

##### (2) 私見

#### 2 あてはめ段階の問題

##### (1) 目的について

###### ア 被告の反論

…(審査基準を緩やかに考えた上で)～なので目的は正当である。

…(審査基準は、厳格ないし中間であるとしても)～なので目的はやむにやまれぬ重要な公益的目的  
or 重要である。

###### イ 私見

※ 基本的に目的で原告が勝てることはほぼないし、答案作成上も目的段階で否定しない方が流れがスムーズなので、目的審査段階において、私見で原告に賛同しないほうがよいと考える。

(2) 手段について

ア 被告の反論

… (審査基準を緩やかに考えた上で) ~なので手段は目的と合理的関連性がある。

… (審査基準は、厳格ないし中間であるとしても) ~なので手段は必要最小限 or 代替的なより緩やかな手段はない。

イ 私見

3 結論

以上より、(問題となる法令部分) は、憲法~条に反し (反せず)、違憲 (合憲) である。

## 処分違憲（適用違憲）の場合

- …① 法令を合憲とした上で、しかし処分は違憲であると書くパターン
- …② 法令違憲を問題とせず、処分の違憲性だけを論ずるパターン

### ※ 法令違憲か処分違憲かの判断の手法

- ・ 一般人・素人の感覚で、「法令そのものが憲法に反している」と思わなければ処分違憲
- ・ 当事者が法令自体を違憲にしたいのかどうか（問題文に誘導があることもある）
- ・ 立法事実（法律制定の経緯など）が上がっていなければ、処分違憲の可能性が高い
- ・ 当該法令を違憲無効にしたらどうなるかを考える  
例 大学での政治目的での集会を禁止する規則を違憲にしたら大学内で自由に政治目的集会を行うことができるようになる→授業どころじゃなくなるおそれ→規則を違憲無効にしたらずい→処分違憲のみを問題にする
- ・ 争点から考える  
…法令違憲と処分違憲のいずれで書いた方が争点をたくさん拾えるか

## 第1 設問1について

### 1 主張の骨子

（法令違憲に同じく省略してもよいが、①パターンのときは書いておいた方が、言いたいことが整理されてよいと思う。）

#### →①の場合

…原告としては、（問題となる法令部分）が、憲法～条に反し、違憲である旨を主張することが考えられる。また、仮に、（問題となる法令部分）が、憲法～条に反しないとしても、（問題となる処分）が、憲法～条に反し、違憲である旨を主張することが考えられる。

#### →②の場合

…原告としては、（問題となる処分）が、憲法～条に反し、違憲であると主張することが考えられる。

### 2 憲法上の主張

#### →①の場合

##### （1）権利の制約

…本処分は、誰々について、〇〇という規制をしている。そのため、誰々は、△△することができなくなっているから、憲法～条に保障される、誰々の、△△という自由が制約されている。（問題となる権利が、法令違憲の部分と同じならこの程度でよい。違うなら、②の場合と同様に。）

#### →②の場合

##### （1）権利の特定

##### （2）権利の保障

※ やることは法令違憲の場合の、第1の2（1）、（2）部分と同じ。

##### （2）規範の定立

…法令の文言について、解釈（合憲限定解釈）をする。

（自分は、法令違憲との区別を示すため、目的手段審査ではなく、解釈の手法を用いていた。

しかし、目的手段審査でもよいと考える人もいるし、試験でもそれによってマイナスされることはないとも言われているので、どちらでもよいかも。正直、合憲限定解釈自体、複数の使い方がある概念であり（この理由より、文中で合憲限定解釈という文言を用いないほうがいいとの意見もある）、また、合憲限定解釈について自分は理解不足なので、見当違いのことを言っているかもしれない。ただ、少なくとも、処分の合憲・違憲を判断するのに、処分の根拠法令を解釈し、本事例ではその法令に該当するかしないかを判断する、という以下の手法で、合格点は取れるとは思う。）

※ 合憲限定解釈のポイント

- …事情を使いやすく、かつ、具体的な規範を立てうる解釈をする
- …条文のどの部分を問題にするのか、明確にする

※ 合憲限定解釈の手法

…法令の文言について、合憲になる場合を限定的に解釈する。

→ (3) のあてはめは、今回の処分は、その合憲になる場合に当たらないと主張することになる。

- ・設問1 (原告) では、「問題となる人権は重要、制約の程度は強い、法の趣旨など→合憲となる場合を限定的に解すべきである」として、文言解釈。
- ・設問2 (被告の反論) では、「問題となる人権は重要、制約の程度は強い、規制により得られる利益が重要、法の趣旨 (広い裁量を認めているなど)」など→広く解すべきである」とするのみ。
- ・設問2 (私見) では、どちらかに依拠するか、中間的な立場をとる形で、文言解釈。

ア 権利の重要性

イ 制約の程度

ウ 法の趣旨・目的

エ 仮に〇〇というように解すると、××という弊害があるという考慮 (広い解釈が可能なのに弊害)

オ 以上より、合憲となる場合を限定的に解すべきである。具体的には、法令××条の～という文言は、●●という様に、解釈できる。

…例：「政治目的」とは、政治目的が学問目的を優越する場合を指すと考える。

(3) あてはめ

…今回の処分が、合憲限定解釈した法令に照らして、違憲となる事情 (すなわち当該法令に定める場合でないのに処分がなされたことを示す事実) を、問題文の具体的事実などから書く。

- ・ 問題文の事実をあげる
- ・ そこに自分なりの評価 (=価値観、経験則) を加える

例：本件の、Xの行為は、～という態様で行われている。このような行為は、社会通念に照らし、純粋に学問的探求を目的としたものと考えられる。

(4) 結論

… 以上より、本処分は、憲法～条に反し、違憲である。

(正確には、違法ではないかとも思えるが、違憲と書いてよいらしい。)

第2 設問2について

1 法令の解釈段階の問題

(1) 被告の反論 (以下のア、イ、ウの他、法の趣旨や、裁量なども挙げられる)

ア 権利の重要性は低い

イ 制約の程度は強くない

ウ 規制により得られる利益の方が重要。

エ よって、法令の文言は、限定的に解すべきではない。

(2) 私見

…原告・被告に依拠するか、中間を設定する形で、合憲限定解釈。

## 2 本件法令該当性について

### (1) 被告の反論

…（仮に法令の文言が、原告主張のように解されるとしても）本件処分は、合憲となる場合に該当することを、問題文の事実から主張。

### (2) 私見

## 3 結論

### ・注意

…権利の重要性や、あてはめにおいて、問題文中の事実を書く際

→法令違憲では、今回の処分についての事実を書いてはならない。（書いていいのは立法事実のみ）

→適用違憲では、今回の処分についての事実を書いてよい。（司法事実を書いてよい）

## 憲法14条（法の下での平等）が問題となる場合の答案の書き方

※ 問題文中に、原告となる者の他に、比較対象となる者がいる場合、比較に係る事実を、的確に拾うために、憲法14条の問題として書くべきである。

… なお、気をつけなければならないこととして、別異の取扱いは、合理性がなく、違憲といえる場合に、初めて差別となるものであるから、基本的には、差別ではなく、区別の言葉を用いるべき。

### ・法令違憲の場合

#### 第1 設問1について

##### 1 平等に扱われるべき権利についての異なる取扱い

###### (1) 異なる取扱い

… 法～条により、Aは、○○できるのに対し、Bは○○ができなくなっている（××になっている）。

よって、法は、（…の自由という、平等に扱われるべき権利につき）不平等な取扱いをするものとして、憲法14条1項に反し、違憲であると主張する。

###### (2) 法の下での平等の意義

→ 全ての区別が、合理性を有しない差別ではなく、合理性を有する区別として、合憲となる余地もあることを示す。（原告であっても無茶な主張をすべきでない）

ア 憲法14条1項は法の下での平等を保障しているが、その保障内容をいかに解すべきか。

まず、不公平な法をいくら平等に適用しても、個人の尊厳（憲法13条前段）が無意味に帰するから、憲法14条1項は、法内容の平等まで要求していると解すべきである。

イ また、事実上の差異を無視した形式的取扱いによっては、妥当な結論を導くことはできないことから、合理的区別は許容されていると解すべきである（相対的平等）。

###### (3) 後段列举事由の意味

ア 憲法14条1項後段は、不平等な取扱いが禁止される場合を列举するが、民主主義的な合理性を満たさない不平等な取扱いが禁止されることは当然であるから、平等的な取扱いが要求されるのは憲法14条1項後段列举事由に限られない。

したがって、後段列举事由は例示列举であるとみるべきである。

イ もっとも、後段列举事由は、民主国家において、通常区別するのに理由がない事由であるといえるから、これを単なる例示と解すべきではない。かかる事由に基づく区別は、違憲性の推定が働くものと解すべきである。

よって、後段列举事由に基づく区別については、その合理性を、厳格に判断すべきものと考える。

→今回は後段列举事由に基づく区別である旨を書く。

###### (4) 権利の重要性（これをちゃんと書くといい答案）

→本件区別が、何の権利・利益についてなされているか（区別によりどのような権利・利益を侵害されているか）を認定。

この権利・利益の重要性を述べる。

…基本形態の場合同様、表現の自由・生存権等の抽象論＋問題文中の具体的事実

→この点からも、区別の合理性は厳格に審査されるべきと考えられる。

・制約の程度として、区別が、客観的事由（自分の力でどうにかならない）であることなども述べるとよい。

※ (3)、(4) = 2の厳格な審査基準を導くための理屈。

→ 区別が後段列挙事由に基づくものでない場合、(3)イの部分については、以下のような論述を展開した上で、(4)の権利の重要性を書いていく。

→ (3)イ 後段列挙事由でない事由に基づく区別の場合であっても、合理性のない区別が禁止されることは異ならない。そこで、対象となる権利の性質の違いを考慮し、当該区別の合理性を判断すべきである。

## 2 審査基準の定立

→ (厳格審査基準) = 後段列挙事由や、精神的自由、生存権等についての区別の場合など

… 具体的には、**当該区別が合憲といえるためには、やむにやまれぬ公益目的のために、必要最小限度の手段によることを要するものと解する。**

→ (中間審査基準) = 経済的自由についての区別の場合など

… 具体的には、**当該区別が合憲といえるためには、目的が重要であり、その目的と手段が実質的関連性を有することを要するものと解する。**

## 3 あてはめ

(1) 目的審査

(2) 手段審査

## 4 結論

## 5 14条1項違反の解消方法

…法令～条が、14条1項に違反するとした場合、当該法令～条の全部を違憲無効とすることの妥当性を考える必要がある場合がある。

→ 1 問題点の指摘

- ・ 全部無効とすることにより、原告の権利救済が図られるか
- ・ 全部無効とすることによる問題はないか など。

…平等権は、他者の権利と関るところが大きいから、このように、法令を全部無効とするこの問題点を指摘する必要がある場合がある。

→ 2 14条1項違反の解消方法

… 1を受けて、このような問題を避けつつ、原告の権利救済をする方法を述べる。

→ 例：法令のある「文言」、又は、「意味」のみについて、一部無効と解する。

## 第2 設問2について

### 1 違憲審査基準の定立について

#### (1) 被告の反論

憲法14条1項は、合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、各人に存する経済的、社会的その他種々の事実関係上の差異を理由としてその法的取扱いに区別を設けることは、その区別が合理性を有する限り、何ら同項に違反するものではない。

##### ・①後段列举事由に該当する場合

…ア 14条1項後段列举事由は、例示的なものにとどまるから、特別な意味はないものと解すべきである。

…イ 権利の重要性が低い旨を述べる。

→よって、区別の合理性の違憲審査は緩やかになされるべきである。

##### ・②後段列举事由以外の場合

…ア 後段列举事由でないから緩やかに審査すべき旨の主張

…イ 権利の重要性が低い旨を述べる。

→よって、区別の合理性の違憲審査は緩やかになされるべきである。

##### ・①・②に共通して以下の事情ある場合にはこれに触れる必要あり

…ウ 本件法令は、積極的差別是正措置にあたることの指摘。

=制約としての違憲性の疑いは小さい。

…エ (特に生存権などの場合)

…多方面にわたる複雑多様な高度の専門技術的な政策的判断の必要がある。

→どのような措置を講ずるかについて、立法府に広範な裁量が認められる。

→よって、区別の合理性の違憲審査は緩やかになされるべきである。

#### (2) 私見

…被告の反論であげた点につき、原告・被告の主張に触れながら、自身の見解を書く。

### 2 問題文中の事実について

#### (1) 被告の反論

#### (2) 私見

### 3 違憲状態解消方法について

#### (1) 被告の反論

…違憲状態の解消は、第一次的には、議会に委ねられるべき問題。

#### (2) 私見

・適用違憲の場合

…基本的に、法令違憲と同じ。

→違うのは、問題提起と、区別の合理性（違憲か否か）の判断方法（これは基本形態に同じこと）。

（設問1）

1 平等に扱われるべき権利についての異なる取扱い

（1）異なる取扱い

本件処分により、Aは、〇〇できるのに対し、Bは〇〇ができなくなっている（××になっている）。

よって、本件処分は、～の自由という、平等に扱われるべき権利につき、不平等な取扱いをするものとして、憲法14条1項に反し、違憲であると主張する。

（2）、（3）は、法令違憲同様。

2 規範の定立

（1）「～」（処分に係る法令の文言）の解釈（規範）

本件では、Cは、Aが、～であるとして、本件処分をしている。

→これは、後段列挙事由に基づく区別である。

→権利の重要性

→ そこで、この区別の合理性は、厳格に判断すべきであるから、不許可事由たる、「～」（法令）については、合憲となる場合を厳格に限定して解釈すべきである。

よって、「～」とは、△△の場合をいうものと解する。

（2）あてはめ

3 結論

# 行政法答案の書き方

## 行政法のパターン（設問1、2として、A・B両方書くこともあり）

- A 考える行政事件訴訟法上の救済手段を述べる問題
    - 1 提起しうる訴訟（等）を書く。（取消、差止、義務付けなど）
    - 2 訴訟要件について問題となる点を検討する。（取消訴訟なら処分性や、原告適格など、差止訴訟なら「重大な損害」など）
  
  - B 本案の主張を述べる問題
    - 1 実体法上の違法事由
      - ア 要件該当性の判断パターン…条文の解釈により、本件の処分は、法令の要件を満たしているかを判断するパターン
      - イ 裁量の逸脱・濫用パターン…要件以外の考慮要素をもって本件の処分をすることの違法性を問題にするパターン
    - ☆ この区別は、裁量（要件裁量・効果裁量）の有無（及び、広狭）によりなされる。
      - 法令の文言
        - …文言に不確定概念（例：公共の利益を著しく害する場合には）がある。
          - = 要件裁量（=要件該当性判断の裁量）がある。
          - …～できるという規定の仕方=効果裁量（=処分をしようかどうかの裁量）広い
            - 許可=性質上狭い / 特許=広い
            - 義務付け訴訟などは、効果裁量が重要。
      - ※ 注意しなければならないのは、例えば、法に、～できると書いてあってもイコール裁量パターンではないこと。要件が具体的に限定されていればこの場合でも要件該当性パターンと考えられる。
    - 法令の趣旨・目的
      - …国民の権利保護=裁量狭い
      - …法の趣旨目的が専門技術的=裁量広い
      - ⇒結果：裁量なし（又は狭い）=ア
      - 裁量あり=イ
- 2 手続法上の違法事由
  - (1) 理由付記や、告知聴聞など。
  - (2) (1) が処分の違法を導くか。
    - …例：行手法の趣旨（公正確保・透明性向上）
      - 一定の重大な手続きについての瑕疵は、処分の違法を導く

## A について

### 第1 考えうる救済手段

#### 1 処分が存在する場合

…取消訴訟、無効等確認訴訟

→両者の区別（使い分け）

…出訴期間に注目

→出訴期間を経過している場合は、正当な理由（行訴法14条1項但書）の有無を検討

→正当な理由なければ、無効確認訴訟

#### 2 現段階では処分がなされていない場合

→①処分がなされるべきなのに、なされない場合＝義務付けの訴え

…申請・非申請型の別は、申請権の有無で振り分け

→②処分がなされるべきでないのに、なされようとしている場合＝差止訴訟

#### 3 処分が存在する余地がない場合

…①民事訴訟

②当事者訴訟

→①②は、訴訟物が公法上のものか私法上のものかで区別

…権力性があるか否かで分ける。

＝私人でもできるかできないか。

→公表などは私人でも名誉毀損・プライバシー侵害という形で可能＝民事訴訟

#### 4 仮の救済

…取消訴訟→執行停止の申立（行訴法25条）

…義務付訴訟→仮の義務付（行訴法37条の5第1項）

…差止訴訟→仮の差止（行訴法37条の5第2項）

#### 5 財産的損害に対する救済手段

→国賠…違法を前提

→損失補償…適法を前提

## 第2 訴訟要件の検討

### ・取消訴訟（他の訴訟形態については各項のA部分を参照）

#### …訴訟要件

##### →処分性、原告適格、訴えの利益、出訴期間、不服申立前置

…問題になる場合は必ず検討。問題にならない場合には、「～について問題となる事情は認められない。以上より、訴訟要件を満たす」というように言葉だけ出す。

→被告適格、管轄については、試験問題ではあまり触れる機会はないと思う。

### 1 処分性

…取消訴訟（行訴法3条2項）の対象たる処分とは、（1）公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為の内、（2）その行為によって、直接、（3）国民の権利義務を形成し、または、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。

→（1）＝公権力性

→（2）＝直接性

→（3）＝法効果性

→（4）外部性＝行政庁内部の行為でないこと

※ 処分性が容易に肯定され問題とならない場合

・典型例＝行政行為（命令、許可の取消・停止、申請の拒否・認容など）

・処分の存在を前提とする法律規定が存在する場合（不服申立規定）

※ 処分性が問題となりうる場合

→①一般的行為（政令・省令・規則・条例制定行為）

②行政の内部行為（通達、同意など）

③行政計画

④行政指導・勸告・事実行為

### 2 原告適格

#### →1 問題提起

…処分の名宛人については、問題なく原告適格が認められるもの。

→よって、まず問題提起として、処分の名宛人以外の者について問題とすることを明示する。

#### →2 規範

…①原告適格は、処分の取消を求める法律上の利益を有し、これを侵害、又は、侵害されるおそれのある者に認められる。（行訴法9条1項）

…②法律上の利益といえるには、法が、当該利益を、一般の公益として保護するに止まらず、それとは区別された、一定の範囲の者の、個別的利益として保護している必要がある。

#### →3 具体的判断の手法（行訴法9条2項）

…（処分の名宛人以外の者について）原告適格の有無を判断する際は、行訴法9条2項より、根拠法令の文言のみならず、根拠法令及び関係法令の、趣旨・目的や、利益、及び、侵害態様の内容・性質等を勘案して判断する。

##### →条文構造

…①根拠法令の文言、趣旨・目的を考慮

→関係法令の趣旨・目的をも参酌

…②利益の内容・性質を考慮

→処分等が法令に反してなされた場合に害されることとなる利益の内容・性質、及び、侵害の態様・程度をも勘案

## →判断の手法

### →(1) 利益(不利益)の確定

=今回問題となる原告の利益とは何か。

…問題文や誘導から自分で考える。

### →(2) 一般的公益としての保護の有無

…これを判断する際に、

a 根拠法令・関連法令の文言

b 根拠法令の趣旨・目的

c 関係法令の趣旨・目的 を検討する。

→法の文言・趣旨からは、(1)のような利益を、少なくとも一般的公益としては保護している。では、個別的法益としても保護しているか?という流れで(3)に持っている、個別に利益や処分の内容等を検討していくという構成をとっているが、分かりにくければ最初から、個別的利益としての保護の問題として(2)、(3)の内容を併せて検討してもよいのかも。

### →(3) 個別的利益として法が保護しているか

…a 利益の内容・性質

b 処分等が違法な場合に害されることとなる利益の性質・内容

c 侵害の内容・程度 を検討する。

→違法な処分がなされた場合、一般的にどのような影響が生じるか、の検討。

→(2)に述べた法の趣旨・目的からすれば、上記の権利、制約の、内容や性質、程度に鑑み、(1)で確定した利益につき、法は、個別的利益としても保護しているといえる。

☆ 利益は、個別的よりのものから、一般的利益よりのものまで様々。

…生命・身体=個別的利益としても保護されるといいやすい

…財産=中間的

→私有財産制の下、個別的利益と云うのが、否定する判例もある。

→(最判平13.3.13)

…生命・身体につき、個別的利益とし、財産権につき、これを否定。

…風俗・環境=一般的公益に止まりやすい

→単なる周辺住民の生活環境に関する利益でなければ、個別的利益の余地あり

…景観=一般的公益だが、個別的利益となる余地あり

…消費者利益=個別的利益となる余地なし、一般的公益にすぎない

※上記は判例に依拠しているがあくまで目安、傾向。自分で事案を評価していく姿勢が大事

### →(4) 侵害・侵害のおそれの有無

…(3)として、保護された利益があることを前提に、問題文中の事実から、この利益を侵害・侵害のおそれがある事情が認められるか。(あてはめ)

### 3 訴えの利益

- ・効果完了、期間経過などによる訴えの利益の消滅  
→例外として「回復すべき法律上の利益」を有するか
- ・処分の撤回
- ・原状回復が不可能な場合→事情判決で処理すべきであり訴えの利益を否定しない

### 4 被告適格

### 5 管轄

### 6 不服申立前置

- ※ 不服申立前置規定があるかは必ずチェックする
- ※ 裁決（棄却裁決）を経た場合は原処分主義に注意  
→原処分の違法を攻撃したい場合は、原処分の取消訴訟を提起

(1) 不服申立期間の範囲内か

(2) 審査請求か異議申立てか

ア 処分

原則＝審査請求中心主義

例外＝異議申立て（この場合、異議申立前置主義）

イ 不作為

原則＝自由選択主義

例外＝上級行政庁がない場合（異議申立てのみ）

(3) 申立要件の検討

①処分又は不作為

②原告適格（不服申立適格）

③被告適格

④期間

⑤方式

### 7 出訴期間（行訴法14条）

- …期間（処分・裁決を知ってから6ヶ月/処分・裁決から1年）を経過していれば「正当の理由」の有無の検討  
→正当の理由がなさそうなら、無効等確認訴訟が考えられる

Bについて

・ 処分が存在する場合

1 取消訴訟

第1 実体法上の違法事由

… 以下の、ア・イのどちらのパターンにおいても、(①規範→②あてはめ→③結論)という三段論法は崩さない。

→規範を定立する際は、法令の文言・趣旨に基づき、「これにあてはめれば問題を解決できる」という具体的な規範を立てること。

→法の趣旨については、法1条、法全体、及び、問題文中の事実などから、自分で考えてよい。(むしろそれが望ましい)

… 本案の主張として、どのような違法事由を原告が主張したいかは、基本的には、問題文中の事実、及び、誘導を読むと分かるようになっている。

→これに基づき、裁量がない・あっても狭いものとして、要件該当性を問題にする＝ア  
裁量があることを前提に、なされた処分の裁量の逸脱濫用を問題にする(事実誤認、他事考慮、考慮不尽、比例原則違反、平等原則違反など)＝イ

→区別：裁量の有無(及び、広狭)

・ 法令の文言

…～できるという規定＝効果裁量広い(許可＝性質上狭い/特許＝広い)

…文言に不確定概念＝要件裁量広い

・ 法令の趣旨・目的・事柄の性質

→裁量狭い：権利侵害行為や、目的が国民の権利保護

→裁量広い：専門技術的判断の必要(教育、科学技術、政策)

地域的事項(地域事情に精通した者の判断尊重、全国一律は妥当でない)

予測困難な状況・変化への対応の必要

権利付与的行為(法律上、請求権が認められる場合を除く)

⇒結果：裁量なし(又は狭い)＝ア

裁量あり＝イ

→ア 要件該当性判断パターン

※ 裁量が狭いことからこのパターンになる場合には、裁量があることだけは書く。

(この認定にも点数がふられているはず)

…①規範定立

→処分の根拠法令について、解釈する。

…1 趣旨を考える。

…法1条、法全体、問題文の事実などから、問題になる根拠法令部分の趣旨を自分で考える。

2 趣旨に基づき文言の意味を解釈する(＝規範の定立)。

…上記趣旨からは、～法～条の「○○」とは、「××な場合」(規範)を指すものと考えられる。

…規範は、具体的、かつ、これにあてはめれば本件の事案を解決できるというものを作る。

…②あてはめ

…③結論

→イ 裁量の逸脱・濫用パターン

…主張内容＝「〇〇という事情を基に（考慮して）本件処分をしていることの違法性」

→1 裁量の有無

…どの条文により裁量が認められるかを書く必要。

→法律の文言・趣旨から判断する。

…文言：許可事由について定める条文が、「公共の利益に反すると認めるときは、許可をしてはならない」などと、幅のある表現をしている場合など

…趣旨：法全体から、「当該地方において、事業を許可するか否かは、地方の実情を把握し、これに精通する者の判断を尊重すべき」との趣旨が読み取れる場合など

→裁量あり

→2 裁量の広狭

…裁量が広ければ、例えば、他事考慮を問題にする場合に、条文にない事情を、考慮要素とすることも認めうるし、狭ければ、これは認められない。

…法の趣旨目的が国民の権利保護＝狭い/法の趣旨目的が専門技術的＝広い

…許可＝性質上狭い/特許＝広い

※ 裁量の有無・広狭についての基本的考え方

…当該行政行為の根拠となっている法規の、文言、趣旨・目的に照らして、行政庁の専門技術的・政策的判断をどこまで尊重すべきかという問題

→①権利侵害行為＝自由の制約、義務の賦課

…いかなる場合も自由裁量（裁量有・広）ではありえない

→②人民への権利利益の設定・付与

…法律上、それに対して請求権が認められている場合を除いて、原則、自由裁量行為

→③人民の権利義務を直接左右しない行為

…原則として自由裁量

→3 抽象的規範

…（1、2に示した）行政庁の（広範な）裁量に照らし、裁量逸脱となる場合を、抽象的に述べる（抽象的な規範を立てる）。

→問題となるもの

イ 事実誤認

ロ 考慮不尽、他事考慮

ハ 平等原則

ニ 信義則

ホ 比例原則

ヘ 目的、動機違反

…イ～ヘを全て書くのではなく、自分で、本問ではどれが問題になるかを考えて、趣旨を基に、規範を立てる。

例：イやロの場合

→イ＝その基礎とされた重要な事実に誤認があることなどにより重要な事実の基礎を欠くこととなる場合には、裁量の逸脱濫用がある。

→ロ＝重視すべきでない考慮要素を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠く場合には、裁量の逸脱濫用がある。

※ これだけを書いても規範を立てたことにはならない!

→問題毎の、法・制度の趣旨を組み合わせ、具体的規範を自分で考えて初めて規範を示したことになる。

#### →4 具体的規範

…例として、他事考慮や、考慮不尽、事実誤認を問題とする場合、本件で、…という事情を考慮したこと（しないこと）に合理性が認められるか（適法か）を検討するために、3の抽象的規範に続いて、

・ 条文の文言

・ 法・制度の趣旨（自分で考える） より、

→ 法～条による処分をする際には、〇〇や、××という事情を考慮すべきものと考える。

（この考慮要素の決定が具体的規範。なので考慮事項は、本問の処分の適法・違法を判断できるものを書いて書く）

#### →5 あてはめ

… 本件では、〇〇という事情を考慮すべきであったのにしていない。（考慮不尽）

本件では、〇〇という事情を考慮すべきでなかったのにしている。（他事考慮）

本件では、〇〇という事情の考慮に当たって、基礎となる重要な事実について誤認がある。

（事実誤認）

※ 特殊なパターン

・ 配慮義務違反（最判平 16. 12. 24/紀伊長島町水道水源保護条例事件）

・ 裁量基準が設定されている場合

①裁量基準が適用された場合

(a) 基準が不合理であるとの主張（基準の合理性判断）

(b) 基準が合理的であっても、個別事情を考慮すべき義務があると主張

②裁量基準が適用されなかった場合

裁量基準自体は法規ではないから、厳格に拘束されるわけではない

→しかし、合理的な理由がない限り等しく適用されるべきであり、合理的な理由がない場合は平等原則違反の問題を生じる

## 第2 手続法上の違法事由

①申請に対する処分

ア 審査基準の設定・公表

イ 理由の提示

②不利益処分

ア 告知・聴聞手続

イ 理由の提示

※ 手続法上の違法事由がある場合、処分の効力を左右するかを検討する。

## 2 無効等確認訴訟

※ 必ず執行停止を検討

### A=訴訟要件

#### (ア) 予防的無効確認訴訟

- ① 処分性は取消訴訟と同様
- ② 「当該処分…に続く処分により損害を受けるおそれ」の有無（二元説）

#### (イ) 補充的無効確認訴訟

- ① 処分性は取消訴訟と同様
- ② 原告適格
- ③ 補充性＝現在の法律関係の訴え（当事者訴訟、争点訴訟）と、無効等確認訴訟のいずれが当該紛争を解決するのに直截的で適切であるか
  - (a) 処分の無効を前提とする当事者訴訟  
→補充的無効確認訴訟とどちらが「直截的で適切であるか」を検討  
…無効確認訴訟の方が「直截的で適切」であれば、確認訴訟の訴えの利益も認められる。  
※ 受益的行政行為が問題となる場面では、給付の訴えを提起することになる
  - (b) 処分の無効を前提とする民事訴訟（＝争点訴訟）  
…処分の名宛人に対し提起するもの  
→補充的無効確認訴訟とどちらが「直截的で適切であるか」を検討  
…無効確認訴訟の方が「直截的で適切」であれば、確認訴訟の訴えの利益も認められる。

### B=本案の主張

#### (ア) 実体上の違法事由

…重大な法規違反、瑕疵の明白性（＝処分成立の当初から、外形上客観的に明白か）

#### (イ) 手続上の違法事由

…基本的には取消訴訟と同じ。ただ、理由が一切ないなどの例外的場合に限る。  
※ この場合は手続上の違法が処分の効力に影響することは明らか

### ※ 事情判決の要否

… 明文の準用規定はないが（そもそも無効であるから、取り消す・取り消さないが問題とならない）、公共の福祉に配慮して事情判決の法意を及ぼすべきとする見解がある

・ 現段階では処分が存在しない場合

3 非申請型義務付け訴訟（規制権限の不行使）（行訴法3条6項1号→37条の2）

A 訴訟要件

①一定の処分（処分性・特定性）

…特定性＝裁判所の判断を可能にする程度の特定性  
（具体的・一義的に特定する必要まではない）

②重大な損害

…回復困難の程度、損害・処分の性質・内容を検討（仮の救済においても同じ）

③補充性（その損害を避けるために他に適当な方法がある）がないこと

…義務付けの訴えに代替する手段が個別法で特に法定されているような場合  
…私人に協力を求めることで容易に損害を回避しうる場合

→補充性あり

…私人に民事訴訟を提起しうるだけなら、補充性ありとはいえない。

④原告適格

B 本案勝訴要件

…裁量がないにもかかわらず処分しない

…裁量権の濫用・逸脱

→効果裁量の有無（～できるの文言）に注意

4 申請型義務付け訴訟（不作為、拒否処分）（行訴法3条6項2号→37条の3）

A 訴訟要件

①法令に基づく申請（申請権＋申請）

②不作為又は拒否処分

③併合提起

…不作為＝不作為の違法確認

…許否処分＝取消・無効確認

※ 原告適格は併合提起の要件で検討

B 本案勝訴要件の検討

①併合提起された訴訟に理由があること

②裁量権の逸脱・濫用

→効果裁量の有無（～できるの文言）に注意

## 5 差止訴訟（処分の蓋然性）（行訴法3条7項→37条の4）

### A 訴訟要件

①一定の処分（処分性・特定性）

②処分の蓋然性

③重大な損害

…（最判平24.2.9）

→重大な損害とは、処分後に取消訴訟を提起し、執行停止（行訴法25条1項）を受けることで、容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止をするのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する。

→反復継続的かつ累積加重的に処分がされていくと、事後的な損害の回復が著しく困難。

（あてはめで使いやすい文言）

④補充性

⑤原告適格

### B 本案勝訴要件

…一義的明白性又は裁量権の濫用・逸脱

## 6 仮の救済（執行停止・仮の義務付け・仮の差止）

### (1) 執行停止（取消訴訟、無効等確認訴訟）（行訴法25条）

①本案訴訟の係属

②「重大な損害」、「緊急の必要」

③本案について理由がないとみえないこと

④公共の福祉

…執行不停止の原則（25条1項）があることをまず書く。

…効力、執行、手続続行の停止のどれを行うか必ず書く。

→効力停止の場合には、執行・手続続行では足りない旨（補充性）の検討が必要

### (2) 仮の義務付け・仮の差止（行訴法37条の5）

①本案訴訟の係属

②「償うことのできない損害」、「緊急の必要」

…償うことの出来ない損害＝重大な損害よりも厳しい

③本案について理由があるとみえること

④公共の福祉

・ 処分が存在する余地がない場合

※ 「処分」の無効を前提とする場合には、無効等確認訴訟との訴訟選択が必要になる

7 公法上の当事者訴訟

…処分性が認められないなどの場合に、公法上の法律関係を対象に争う訴訟。

→①形式的当事者訴訟

=当事者の法律関係を確認又は形成する処分、又は、裁決に関する訴訟で、法令の規定により、その法律関係の当事者の一方を被告とするもの

→本質的には、行政庁の処分又は裁決の効力を争う抗告訴訟の実質を持つ訴訟であるが、当事者間で争う方が妥当といえる場合に、形式的に、対等な当事者間の訴訟で争うべきことが法定されるもの。

→例：土地収用法 133 条 2 項

…争いの実質は、収用委員会の行った収用裁決についてであるが、収用処分自体ではなく、補償額が少ないことが不満という場合、裁決の取消ではなく、当事者間（起業者・被収容者）で補償額を争うのが妥当。

→②実質的当事者訴訟

=公法上の法律関係に関する確認の訴えその他公法上の法律関係に関する訴訟

→処分性が認められない場合に、行政訴訟の可能性を拓くもの。

…行政計画、通達、行政指導などに対する救済

例：ア＝法律関係確認訴訟

…通達が定める義務を負わないことの確認訴訟（債務不存在確認等）

イ＝行為確認訴訟

…通達自体の違法確認訴訟

※ 行訴法 4 条の文言から、アのみが認められるとも考えられるが、当該紛争解決にとって直裁的かつ有効・適切ならば、過去の行為を争うことになるイについても許容すべき。

A 訴訟要件（仮処分も検討）

…訴えの利益（確認の利益）を検討

→ 1 方法選択の適否：他に適切な形成・給付訴訟が存在しない

2 対象選択の適否：紛争解決に有効・適切な対象が選択されている

→原則＝自己の現在の権利・法律関係

3 即時確定の利益：権利・利益の重要性から現時点での確認が必要か

B 本案勝訴要件

…公法上の請求権が立つか

（裁量の逸脱・濫用の有無等、抗告訴訟と同じ検討）

8 民事訴訟

A 訴訟要件

…通常の民事訴訟法の問題（この場合、仮処分も検討する）

B 本案勝訴要件

…私法上の請求権が立つか（ex. 民法 709 条）

## 9 国家賠償請求

①「国又は公共団体」

②「公権力の行使に当たる公務員」の行為

→公権力の行使＝国又は公共団体の作用のうち、純粋な私経済作用と2条の対象となる営造物の設置管理作用を除く全ての作用

→公務員＝公権力の行使にあたる人間。(特定不要)

③「その職務を行うについて」

…外形標準説(職務行為基準説)

④「故意又は過失によって」

…公務員が職務上要求される標準的な注意義務に違反すること

→原則＝通常、違法と一元的に判断される

→例外＝監獄法施行規則の事案など

…この事案では根拠となる施行規則自体が違法無効だったので、それに基づく処分も違法とせざるを得なかった。しかし、賠償請求自体は認めるべきではなかったので「過失」を認めなかった。

⑤「違法に」

…作為＝職務上尽くすべき注意義務を尽くしていたか

…不作為＝具体的事情の下で、著しく合理性を欠くかどうか(規制権限不行使)

→申請に対する不作為(条理上の作為義務違反)はさらに要件が厳しくなる

1 手続上必要と考えられる期間からさらに長期の遅延

2 通常期待される努力によって遅延を解消できたこと

3 にもかかわらず遅延を解消する努力を尽くさなかったこと

※ 取消訴訟の「違法性」とは区別(違法性相対説、二元説)。

…取消訴訟の「違法性」とは「処分が法令に違反していること」であって、国賠上の違法は「職務上尽くすべき注意義務を尽くしていないこと」である

→取消訴訟における「違法」であるという判断には、「違法性」一般について既判力が及ぶ。

→もっとも、それは「処分が法令に違反していないこと」を国賠訴訟で主張できないことを意味するのみであって、「職務上尽くすべき注意義務を尽くしていたこと」は主張して差し支えないことになる。

⑥「損害」

…精神的損害も含まれる

・訴訟選択

1. 処分が存在する場合

(1) 取消訴訟、無効等確認訴訟

…出訴期間を経過している場合は、「正当な理由」の有無を検討し、「正当な理由」もなければ、無効確認訴訟

(2) それ以外の抗告訴訟

- ・処分がなされるべきなのになされない場合→義務付けの訴え（申請権の有無で振り分け）
- ・なされようとしている場合→差止訴訟

(3) 仮の救済は常に注意。当事者訴訟、民事訴訟でも仮の救済はあり得る

2. 処分が存在する余地がない場合

…民事訴訟

…当事者訴訟

→訴訟物が公法上のものか私法上のものかで区別

…権力性があるか否かで分ける。

（私人でもできるかできないか。たとえば、公表などは私人でも名誉毀損・プライバシー侵害という形で可能＝民事訴訟）

3. 国賠・損失補償（処分の違法・適法で区別）