

憲法・行政法の論文書き方セミナー

2012.1/8（日）実施

1 はじめに

旧司法試験との比較で、予備試験において出題形式が大きく変わったのが憲法です。出題形式が変化したのにもとない、答案の書き方も大きく変わりました。旧司法試験では問題点を指摘したうえで自説を検討することができれば十分であったのに対し、予備試験では、自説のみならず、原告等の主張、被告等の反論も検討する必要があります。新しい出題形式に対応した答案の書き方に慣れていないと、当該問題で問われている事項は分かっているのに整理した答案を作成することができないという状態になってしまいます。

また、最近の旧司法試験では課されていなかった行政法が予備試験ではあらたに試験科目となりました。行政法の知識を習得するので手一杯で、なかなか答案を書くトレーニングまで手が回らないという方も多いようです。行政法については、問題文に誘導が記載されていますが、答案を書き慣れていないと、その誘導を活かすことができないという状態になってしまいます。

そこで、今回は、憲法・行政法の書き方に焦点をあてて、また、その前提として、問題文の読み方に焦点をあてて検討していきたいと思います。

2 憲法

(1) 旧司法試験におけるイメージ～人権パターン

通常の人権制約が問題となってくる事例では、いわゆる人権パターン型の答案で論述を進める方が多かったと思われます。予備試験においても、原告等の主張、被告等の反論及び自説の各部分の検討において、この型は依然として活用可能といえます。

- ① 事案分析→問題となる人権の指摘
↓
- ② 当該人権の憲法上の保障の有無
↓
- ③ 人権制約の契機（公共の福祉 13条後段）
↓
- ④ 人権制約の審査基準の定立
↓
- ⑤ 審査基準へのあてはめ
↓
- ⑥ 結論（違憲・合憲）

(2) 予備試験

ア 設問の形式

〔設問1〕

あなたがA大学法科大学院で是非勉強したいというBの相談を受けた弁護士であった場合、どのような訴訟を提起し、どのような憲法上の主張をするか、述べなさい（なお、出訴期間について論ずる必要はない。）。

〔設問2〕

原告側の憲法上の主張とA大学法科大学院側の憲法上の主張との対立点を明確にした上で、あなた自身の見解を述べなさい。

⇒ 設問1で原告の主張、設問2で原告と被告の主張の対立点を明確にしたうえで自説を展開～いわゆる主張反論型の出題形式

<着眼点>

(ア) 設問1

- ・「あなたが～Bの相談を受けた弁護士であった場合」
⇒ Bの弁護士になったつもりで考える。中立的な立場ではなく、Bの利益をなんとか確保することを一番に考えてみる。
- ・「A大学法科大学院で是非勉強したいというBの相談」
⇒ Bの要求を念頭におく。ここでは、勉強するためにA法科大学院に入学することを実現する方向で検討する。損害賠償を得ること自体はBの要求にそうものではない。
- ・「どのような訴訟を提起」
⇒ Bの要求を実現するために最も適切な訴訟を考える。行政救済法か民事法か。A法科大学院に入学することを実現するには、いかなる訴訟が適切か。損害賠償請求訴訟（のみでは）はBの要求にそわない。不合格決定を取り消しただけでは、入学することができるわけではない。
- ・「どのような憲法上の主張」
⇒ Bの弁護士としての主張。Bの利益を実現するための主張。
- ・「出訴期間について論ずる必要はない」
⇒ 検討不要部分

※ 法令違憲と適用違憲

法令違憲：法令の規定自体そのものを違憲と判断する方法

適用違憲：法令の規定自体は違憲とはせずに、当該事件での具体的な適用のみを違憲とする方法

※ 立法事実と司法事実（判決事実）

立法事実：立法の基礎を形成し、かつその合理性を支える社会的・経済的・科学的等の事実

司法事実：当該事件において認定されるべき個別的な事実

(イ) 設問 2

・「対立点を明確にした上で」

⇒ 原告の憲法上の主張に対する被告の憲法上の反論を想定する（被告側の弁護士立場）。また、本案前の答弁として、憲法訴訟上の要件等に関する主張も想定する（司法権の対象、司法権の限界、主張適格等）。

・「あなた自身の見解」

⇒ 論述の中心は自分の考え方を示すこと。原告等の主張と被告等の反論の双方をふまえることがポイント。

※ 参考資料のデータにも着目（法曹人口における女性の占める比率が低い）

イ 答案のイメージ

第 1 設問 1

- 1 法令違憲
- 2 適用違憲

第 2 設問 2

1 対立点

- (1) 本案前の問題点の指摘
- (2) 法令違憲（に対する反論を想定して指摘）
- (3) 適用違憲（に対する反論を想定して指摘）

2 自説（対立点に関する双方の考え方をふまえる）

- (1) 本案前の問題点に関して
- (2) 法令違憲に関して
- (3) 適用違憲に関して

3 行政法

(1) 出題形式

(〔設問1〕直前の部分)

Aは、本件施設の新築に対する乙町長の同意を得るための訴訟の提起について、弁護士であるCに相談することにした。同年7月上旬に、当該訴訟の提起の可能性についてAから相談を受けたCの立場で、以下の設問に解答しなさい。

なお、本件条例の抜粋は資料として掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件不同意決定は、抗告訴訟の対象たる処分（以下「処分」という。）に当たるか。Aが乙町長の同意を得ないで工事を開始した場合に本件条例に基づいて受けるおそれがある措置及びその法的性格を踏まえて、解答しなさい。

〔設問2〕

本件不同意決定が処分に当たるという立場を採った場合、Aは、乙町長の同意を得るために、誰を被告としてどのような訴訟を提起すべきか。本件不同意決定が違法であることを前提にして、提起すべき訴訟とその訴訟要件について、事案に即して説明しなさい。なお、仮の救済については検討しなくてよい。

⇒ 設問1で処分性を、設問2で義務付け訴訟の要件を検討
～訴訟要件検討型

<着眼点>

(ア) 設問1直前の部分

- ・「町長の同意を得るための訴訟」

⇒ Aの要求内容をふまえる。

- ・「Aから相談を受けたCの立場で」

⇒ 弁護士Cの立場で検討。もっとも、「当該訴訟提起の可能性」とあるので、あらゆる可能性をふまえて検討する（処分性を肯定しない方向での検討も可能。そのため、設問2では、「仮に～」との文言を入れているものと思われる。）

- ・「本件条例の抜粋は資料として掲げてある」

⇒ 条例内容を確認。ただし、最初から全部は読まない。

(イ) 設問1

- ・「抗告訴訟の対象たる処分（以下「処分」という。）に当たるか」

⇒ 処分性の検討。

- ・「Aが～本件条例に基づいて受けるおそれがある措置及びその法的性格を踏まえて」

⇒ 措置及びその法的性格を検討。どのような措置があるのかに着目して条例内容を確認

(ウ) 設問 2

- ・「本件不同意決定が処分に当たるという立場を採った場合」
⇒ 設問 1 の結論の結果を問わず、処分性を肯定する。
- ・「誰を被告としてどのような訴訟を提起すべきか。」
⇒ 被告及び訴訟形式を検討
C の要求をふまえた救済形式を検討
- ・「本件不同意決定が違法であることを前提にして」
⇒ 同意決定の違法性は検討不要。
- ・「提起すべき訴訟とその訴訟要件について、事案に即して説明」
⇒ 条文へのあてはめをする。
- ・「仮の救済については検討しなくてよい」
⇒ 検討不要事項

(2) 答案のイメージ～処分性、原告適格、訴えの利益に焦点をあてて

ア 処分性

処分性（行政事件訴訟法 3 条 2 項）



①公権力性、②国民の権利義務に対する直接具体的な法効果性



措置及びその法的性格等をふまえて検討



結 論

イ 原告適格

原告適格（処分の名宛人でない場合に問題）

※ 処分の名宛人の場合は簡潔に済ます



「法律上の利益」（行政事件訴訟法 9 条 1 項）



法律上保護された利益



根拠法令が、被侵害利益を個別具体的に保護しているか否か

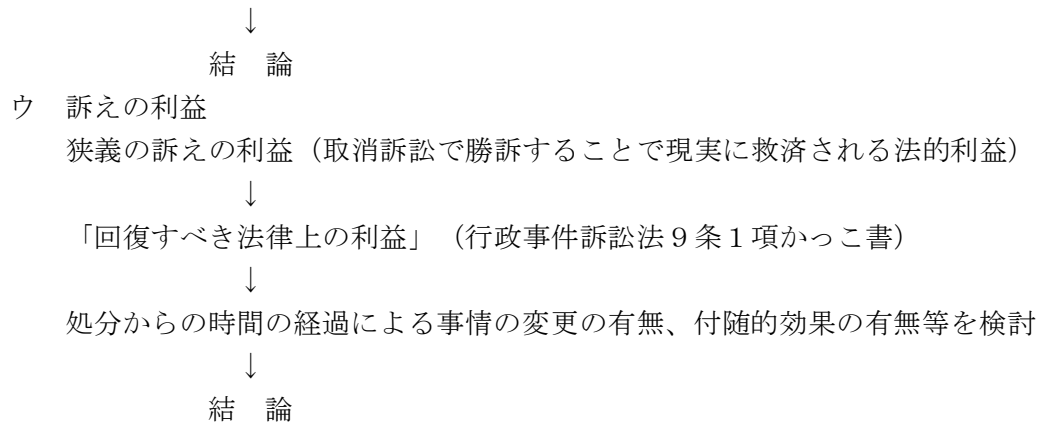


行政事件訴訟法 9 条 2 項を指針

- ①「当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく」
- ②「当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮する」
 - ～・当該法令の趣旨及び目的を考慮～当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌
 - ・当該利益の内容及び性質を考慮～当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案



根拠法令検討



問 題

〔憲 法〕

多くの法科大学院は2004年4月に創設されたが、A大学（国立大学法人）は、2005年4月に法科大学院を創設することとした。A大学法科大学院の特色は、女性を優遇する入学者選抜制度の採用であった。A大学法科大学院が女性を優遇する入学者選抜制度を採用する主たる理由は、法科大学院・新司法試験という新しい法曹養成制度の目的として多様性が挙げられているが、法曹人口における女性の占める比率が低い（参考資料参照）ことである。A大学法学部では、入学生における女子学生の比率は年々増え続けており、2004年度には女子学生が約40パーセントを占めていた。A大学法科大学院としては、法学部で学ぶ女子学生の増加という傾向を踏まえて、法科大学院に進学する女性を多く受け入れることによって、結果として法曹における女性の増加へ結び付けることができれば、法科大学院を創設する社会的意義もある、と考えた。

A大学法科大学院の入学者選抜制度によれば、入学定員200名のうち180名に関しては性別にかかわらず成績順に合格者が決定されるが、残りの20名に関しては成績順位181位以下の女性受験生のみを成績順に合格させることになっている（このことは、募集要項で公表している。）。

男性であるBは、2007年9月に実施されたA大学法科大学院2008年度入学試験を受験したが、成績順位181位で不合格となった。なお、A大学法科大学院の2008年度入学試験における受験生の男女比は、2対1であった。

〔設問1〕

あなたがA大学法科大学院で是非勉強したいというBの相談を受けた弁護士であった場合、どのような訴訟を提起し、どのような憲法上の主張をするか、述べなさい（なお、出訴期間について論ずる必要はない。）。

〔設問2〕

原告側の憲法上の主張とA大学法科大学院側の憲法上の主張との対立点を明確にした上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料】法曹人口に占める女性の比率（2004年までの過去20年のデータ）

		女性割合 (裁判官) (%)	女性割合 (検事) (%)	女性割合 (弁護士) (%)
昭和60年	1985年	3.3	2.1	4.7
昭和61年	1986年	3.5	2.0	4.8
昭和62年	1987年	3.9	2.1	5.0
昭和63年	1988年	4.1	2.5	5.2
平成元年	1989年	4.5	2.9	5.3
平成2年	1990年	5.0	3.5	5.6
平成3年	1991年	5.5	3.8	5.8
平成4年	1992年	6.0	4.1	6.1
平成5年	1993年	6.7	4.6	6.3
平成6年	1994年	7.2	5.0	6.5
平成7年	1995年	8.2	5.7	6.6
平成8年	1996年	8.9	6.4	7.3
平成9年	1997年	9.7	7.1	7.8
平成10年	1998年	10.2	8.0	8.3
平成11年	1999年	10.4	8.4	8.9
平成12年	2000年	10.9	9.2	8.9
平成13年	2001年	11.3	10.6	10.1
平成14年	2002年	12.2	11.6	10.9
平成15年	2003年	12.6	12.6	11.7
平成16年	2004年	13.2	12.8	12.1

（出題趣旨）

本年の問題は、いわゆる積極的差別是正措置を含む法科大学院の入学選抜制度の合憲性（憲法第14条違反か否か）を問う問題である。憲法第14条の「平等」は、いわゆる結果の平等ではなく、形式的平等（機会の平等）を意味すると解されてきたところ、性中立的な「結果」（実質的な平等）を目指す積極的な差別是正措置がどのような場合に許容されるのか、そのような差別是正措置がもたらす「逆差別」の問題をどう考えるのか、というのが本問の核心であり、これを、問題文や資料に示されている具体的事情を踏まえて検討することが求められている。なお、本問で求めているのは、観念的・抽象的な「暗記」からパターンで答えを導くような「学力」ではなく、正確に判例・学説を理解した上で判断枠組みを構築し、事案の内容に即した個別的・具体的検討を踏まえて一定の理にかなった答えを導き出す「学力」である。

講師参考答案

1 第1 設問1

2 1 Bによる憲法上の主張

3 A大学法科大学院（以下、「A」という。）の2008年度入学試験（以
4 下、「本件入試」という。）において、成績順位182位以下の女性受験
5 生のうち、合格とされる者がいるにもかかわらず、成績順位181位の
6 Bを不合格とするのは、「性別」（憲法14条1項後段）に基づく不
7 理な差別である。そこで、このような差別を認めるAの入学者選抜制
8 度（以下、「選抜制度」という。）及び本件入試におけるBの不合格は、
9 憲法14条1項に違反する。

10 2 Bが提起すべき訴訟

11 (1) Bの不合格が憲法14条1項に違反し、無効であるとしても、そ
12 れによって直ちにBが本件入試に合格していたとはいえないから、
13 BがAによる不合格の無効確認を求めるだけでは、Aで勉強したい
14 というBの希望がかなうわけではない。

15 (2) 本件入試におけるBの成績順位は181位であるから、本件選抜制
16 度における女性優遇措置がなければ、Bは合格とされ、Aの学生と
17 しての地位を有していたといえる。そしてそのことが確認されれば、
18 BがAで勉強することが可能となる。そこで、Bの弁護士は、Aに
19 対して、BがAの学生としての地位を有することを確認する実質的
20 当事者訴訟（行政事件訴訟法4条後段）を提起する。

21 第2 設問2

22 1 A側の憲法上の主張

23 (1) 法科大学院の入学試験における合格、不合格の判定は、試験実施
24 機関の最終判断に委ねられるべきであって、法律上の争訟にあた
25 らないから、Bの訴えにはそもそも裁判所の審査権が及ばない。

26 (2) 仮にBの訴えに裁判所の審査権が及ぶとしても、本件選抜制度は、
27 法曹人口における女性の比率を高めて、実質的平等を図るための積
28 極的差別解消措置であって、合理的な区別を定めるものであるから、
29 憲法14条1項に違反せず、本件入試におけるBの不合格も、憲法
30 14条1項に違反しない。

31 2 両者の憲法上の主張の対立点

32 両者の憲法上の主張の対立点は、①Bの訴えに裁判所の審査権が及
33 ぶか、②本件選抜制度が憲法14条1項に違反するか、③本件入試に
34 おけるBの不合格が憲法14条1項に違反するか、である。

35 3 私の見解

36 (1) Bの訴えに裁判所の審査権が及ぶか

37 法科大学院の入学試験における合格、不合格の判定は、将来法曹
38 となるべき者としての資質を備えているかどうかの判断をするも
39 のであるから、その性質上、試験実施機関の最終判断に委ねられ
40 べきであって、その判断の可否を裁判所が審査し、具体的に法令を
41 適用して、その紛争を解決できるものとはいえない。

42 そこで、Bの訴えは、「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）にあ
43 たらず、Bの訴えには裁判所の審査権が原則として及ばない。

44 しかしながら、Aは国立大学法人であり、国が財政の基盤を整え、

運営の大枠に関与する公の営造物であるから、入学試験における合否の判定にあたり、憲法に反する判定基準により、例えば、合理的な理由がなく、性別、社会的身分等による差別が行われたことが明白である場合には、いわゆる他事考慮にあたり、Aに与えられた裁量権を逸脱、濫用したものであるといえる。

そして、これらの点についての判断は裁判所が具体的に法令を適用して審判することができるかと解する。

(2) 本件選抜制度が憲法 14 条 1 項に違反するか

ア 憲法 14 条 1 項にいう「平等」とは、いわゆる相対的平等を意味する。そこで、各人の事実的な差異を前提とした合理的な区別を行うことは憲法 14 条 1 項に違反しない。

本件選抜制度は、合格者の決定に際して「性別」という憲法 14 条 1 項後段列举事由に基づく区別を定めているが、法曹人口における女性の比率が低いことを是正して、実質的平等を図るための積極的差別解消措置である。国家は、従来から行われてきた女性差別を是正するために女性を優遇することが期待されるが、不合理な逆差別を定めることは許されない。そこで、規制の目的が重要であり、規制手段が目的と実質的な関連性を有する場合に、当該優遇措置は、憲法 14 条 1 項に違反しない。

イ 本件選抜制度の目的は、法曹人口に占める女性の比率を高めることであるが、人口の過半数が女性であるにもかかわらず、平成 16 年時点では法曹人口における女性の比率が 12 パーセント程度にとどまることからすると、法曹人口における女性の比率を高める必要があるといえる。また、それは法曹の多様性を確保するという新しい法曹養成制度の目的にかなうものである。したがって、本件選抜制度の目的は重要である。

ウ 本件選抜制度は、181 位以下の受験者のうち、20 人について女性を優遇するものであるが、仮に上位 180 名の受験者の男女比が 2 対 1 であるとする、女性に全体で 80 人合格する。これに対して、優遇措置がない場合、仮に上位 200 名の受験者の男女比が 2 対 1 であるとする、女性は約 67 人合格するため、本件優遇措置によって優遇された女性は約 13 名にとどまる。また、それを全体としてみても、A 大学法学部の女子学生の比率とほぼ同じとなるにとどまる。そこで、本件優遇措置は、男性受験者の合格を過度に制限するとはいえない。さらに、20 名分の女性優遇枠を設けることは募集要項で公表されているから、男性受験者に不測の不利益を課するものではない。一方、本件選抜制度により、法科大学院に入学する女性が確実に増加し、女性法曹の比率の増加に資することは否定できない。よって、目的と手段との間に実質的関連性が認められる。

エ 以上より、本件選抜制度は、憲法 14 条 1 項に違反しない。

(3) 本件入試における B の不合格が憲法 14 条 1 項に違反するか

本件選抜制度が憲法 14 条 1 項に違反しないから、同制度に則って行われた本件入試における B の不合格も同条項に違反しない。以上

論 点

- 1 訴訟形式の選択
- 2 憲法 14 条 1 項の「平等」の意義
- 3 憲法 14 条 1 項後段列举事由の意味
- 4 積極的差別解消措置と違憲審査基準
- 5 司法審査の可否

コメント

- 1 本問は、入学者選抜制度により不合格となった受験生 B から相談を受けた弁護士であった場合を想定して、「どのような訴訟を提起し」（訴訟形式の選択）、「どのような憲法上の主張をするか」を述べさせた上（設問 1）、両当事者の憲法上の主張の「対立点を明確にした上で」、「あなた自身の見解」を述べさせる（設問 2）という設問形式になっていますから、答案もこの形式に対応させる必要があります。
 - 2 まず、訴訟形式の選択に関しては、国立大学法人法制における大学生の法的地位をどのように考えるか（公法上の特別権力関係又は営造物利用関係と捉えるか、あるいは一般の学校法人である大学と同様の在学契約関係にあると捉えるか）という問題とも関係して、どの程度述べるべきか悩むところです。この点については、平等原則違反と主張する当該入学者選抜制度ないしそれに基づく不合格の取扱いを違憲無効であると主張するのみでは、A 大学法科大学院で是非勉強したいと思っている B の救済にはならないことを踏まえた上で、B は、どのような訴訟を提起するのが B の救済として適切かという観点から、いくつか考えられる選択肢（行政事件訴訟法に基づく入学できる地位にあることを確認する当事者訴訟か、入学許可を義務付ける義務付け訴訟か、あるいは民事訴訟法に基づく入学許可請求訴訟か）の中から、答案全体とのバランスを考慮して、簡潔に述べれば十分と思われます。
 - 3 次に、本問では、国立大学法人である法科大学院の入試において女性受験生を優遇する入学者選抜制度という、従来から憲法 14 条に関して議論されていた積極的差別解消措置（優先処遇措置）の合憲性が問われていますから、憲法 14 条 1 項の基本的解釈（特に、14 条 1 項の「平等」の意味）についての理解を示した上で、本問のテーマの 1 つであるいわゆるアファーマティブ・アクション（積極的差別解消措置・優先処遇措置）に関する違憲審査基準としてどのような審査基準を用いるべきかにつき、従来からの平等原則違反の違憲審査基準についての議論を踏まえて検討する必要があります。
- すなわち、憲法 14 条 1 項の法的性格（形式的平等か実質的平等か）、「平等」の解釈、14 条 1 項後段列举事由の意味と違憲審査基準についての基本的理解を答案で示した上で、それら基本的理解と関連づけて、本件入学選抜制度における女性優先処遇措置の合憲性を審査する基準について検討することになります。そして、その際本件優先処遇措置が、実質的平等実現の要請に適うものであることを踏まえつつ、それが憲法 14 条 1 項の形式的平等の要請に反すること、優先処遇の方法や限度を誤れば、「逆差別」を生じるおそれがあることなどを意識しつつ、A 及び B の主張の対立点を明確に摘示した上で、本件入学者選抜制

度の具体的内容，具体的事実・資料を踏まえて，自己の見解を説得的に論じることが求められているといえます。

- 4 また，A大学法科大学院の主張として，本件入学選抜制度ないし当該制度に基づく不合格の取扱いの当否について，そもそも裁判所による司法審査が及ばないという主張（法律上の争訟，部分社会論），あるいは大学の自治に基づく裁量論も考えられますから，この点についても述べて，それに対する自己の見解を示しておくことも必要かと考えられます。ただ，この点は，答案で触れるとしても，設問の他の論述との関係・バランス等を考えながら，簡潔に述べれば十分でしょう。

Aさんの再現答案

1 設問 1

(1) 訴訟選択

ア 弁護士としては、A大学の不合格認定の取消訴訟（行政事件訴訟法（以下「行訴法」とする）3条2項）を提起することが考えられる。そして、取消訴訟だけではBの希望が実現できないことから合格認定の義務付け訴訟（行訴法 37 条の3）を併合して提起すべきである。さらに、Bは 2008 年度の入学を希望しているのであるから仮の義務付け訴訟（行訴法 37 条の5）を提起すべきである。

考えたことがなかった。
憲法の答案で、こんなに行政法を書いていいのかと思った

イ また、実質的当事者訴訟（行訴法4条後段）でBがA大学合格の地位を確認することもできる。

(2) 原告側の憲法上の主張

原告としては、A大学の 181 位から 200 位までを女性に限る措置は憲法（以下略す）14 条 1 項後段の「性別」による差別であり、LRAのような厳格な基準で違憲審査すべきと主張すると考える。

規範定立、当てはめまで書くべきだった。原告・被告・自分の見解というパターンを書いたことがなかった

2 設問 2

(1) 被告側の主張

被告としては、14 条の平等は合理的差別は許容されること、本件措置はアファーマティブアクションであり、緩やかな審査基準で判断すべきである。

(2) 私の見解

ア 14 条 1 項の「法の下」は不平等な法を平等に適用しても意味がないので法内容をも意味し、「平等」は例えば男女には体格・体力などの差異があるから絶対的平等は妥当ではなく、相対的平等を意味し、合理的差別は許容される。

不要だったかも

イ BのA大学法科大学院に進学する自由は、幸福追求権（13 条後段）として保護される利益を有すると考える。けだし、大学院に進学することによって、自己の知性を高め自己実現に資する利益があるからである。

平等権の場合にこの話をするのは良かったのかわからない

ウ そこで、本件措置が合理的差別といえるのか、合憲性判定基準が問題となる。

確かに本件措置は、性別に着目した差別といえる。とすれば、厳格に判断すべきとも思える。しかし、A大学の主張するように本件措置はアファーマティブアクションであるから、一定程度緩やかにすべきである。

そもそも本件措置はアファーマティブアクションといえるのかという点に気が付かなかった

そこで、①目的が重要で、②目的と手段との間に実質的関連性があるといえる場合には、合理的差別として許容され合憲となるものと解する。

(3)ア 本件A大学の 181 位から 200 位までを女性に限る措置は、法曹における女性の増加を目的とするものである。【参考資料】によると昭和 60 年のとき女性の法曹は約 3 %であり、平成 16 年のときは約 13%であり、約 4 倍にも増加している。しかし、全体からすれば平成 16 年のときにおいても未だ 13%にすぎず、数が少ないといえる。そして、例えば、性的暴行など女性が男性の弁護士

【参考資料】に食いつく姿勢は示すことができたと思う

に相談し難いことについて、女性の弁護士に相談したいという社会の要請があることからすれば、女性の法曹を増加させるという目的は重要であるといえる。

イ その手段は、入学試験において 181 位から 200 位までを女性に限るというものであり、本来 200 位以内であった男性が不合格となることがあり、その不利益は大きい。しかし、その枠は 20 人であり、全体の十分の一にすぎず、180 位以内であれば合格できる。そして、本件措置により最大 20 人の女性が法科大学院進学者になることになる。そうすればその中から司法試験に合格し法曹になる女性が誕生することが期待できる。よって、目的と手段との間に実質的関連性があるといえる。

(4) 以上より、本件差別的措置は合理的差別として許容され合憲とである。

以 上

コメント

まさかこの答案の分量で原告・被告・自分の意見を求められるとは思わなかった。この形式を書いたことがなかったのであせった。原告は基準・当てはめまで軽く書くべきだった。資料があったので、できるだけ向き合って評価した。訴訟選択は憲法の答案なので、もっとあっさり書くべきだったのかも。

Bさんの再現答案

1 設問1について

2 1 提起する訴訟

3 A法科大学院でぜひとも勉強したいというBの要望に応えるた
4 め、国家賠償請求ではなく、A法科大学院の入学者選抜制度が憲法
5 14条に違反し無効であることを理由に、BがA法科大学院に入学で
6 きる地位にあることの確認を求める訴訟（行政事件訴訟法4条）を
7 提起する。

よく知らない訴訟類型だ
った。Bの要望に応える
ための訴訟類型を六法を
見て現場で探した

8 2 憲法上の主張

9 A法科大学院の入学者選抜制度が憲法 14 条に違反し無効である
10 ことを主張する。

11 設問2

12 1 原告側の主張

13 憲法は 14 条で性別によって差別されないことを保障している。

14 A法科大学院の入学者選抜制度では、入学定員 200 名のうち 20
15 名について女子のみを優先的に入学させる。このような取り扱いは、
16 入学希望者について性別を理由に差別するものである。

17 したがって、A法科大学院の入学者選抜制度は憲法 14 条に違反
18 する。

19 2 A法科大学院側の主張

20 大学には憲法 23 条により大学の自治が認められている。

21 A法科大学院は、大学の自治に基づいて、女子を優先的に入学さ
22 せることが、結果として法曹における女性の増加につながると判断
23 して入学者選抜制度を定めた。

24 したがって、A法科大学院の入学者選抜制度は憲法 14 条に違反
25 しない。

26 3 主張の対立点

27 女子のみを優先的に入学させることを認めたA法科大学院の入
28 学者選抜制度が、大学の自治に基づく制度として合理性があるか。

29 4 私の意見

30 憲法 14 条は、性別についても合理的な区別的取り扱いは認めて
31 いる。合理的か否かは、区別的取り扱いの目的、内容・程度を考慮
32 して、その必要性・合理性があるかを基準に判断する。

33 A法科大学院の入学者選抜制度の目的は、女子を優先的に入学さ
34 せることで法曹における女性の増加につなげることにある。法律的
35 なトラブルの内容によっては、男性よりも女性の法律家に相談した
36 いと考えるものもあるので、法曹における女性の増加は、利用者に
37 とって好ましい。

女性の法曹人口が増える
ことのメリットについ
て、この程度のことしか
思いつかなかった

38 したがって、女子を優先的に入学させる必要性は認められる。

39 A法科大学院の入学者選抜制度では、女子のみを優先的に入学さ
40 せることを認めているが、優先枠は入学定員 200 名のうち 20 名で
41 あり、定員の 10%にすぎない。残りの 90%、180 名については純粹
42 に成績順に選抜されるのであるから、区別的取り扱いの程度は低い。

43 したがって、A法科大学院の入学者選抜制度には合理性が認めら
44 れる。

したがって、A法科大学院の入学者選抜制度は憲法 14 条に違反しない。

以上

- ・冒頭の段階で何を書いて良いのかわからずパニックになってしまいました。
- ・その後も争点を明確にできないまま、だらだらと書いてしまい後悔してます。
- ・もっと事例に即して具体的に書ければよかったと思います。

問 題

〔行政法〕

Aは、甲県乙町において、建築基準法に基づく建築確認を受けて、客室数20室の旅館（以下「本件施設」という。）を新築しようとしていたところ、乙町の担当者から、本件施設は乙町モーター類似旅館規制条例（以下「本件条例」という。）にいうモーター類似旅館に当たるので、本件条例第3条による乙町長の同意を得る必要があると指摘された。Aは、2011年1月19日、モーター類似旅館の新築に対する同意を求める申請書を乙町長に提出したが、乙町長は、同年2月18日、本件施設の敷地の場所が児童生徒の通学路の付近にあることを理由にして、本件条例第5条に基づき、本件施設の新築に同意しないとの決定（以下「本件不同意決定」という。）をし、本件不同意決定は、同日、Aに通知された。

Aは、本件施設の敷地の場所は、通学路として利用されている道路から約80メートル離れているので、児童生徒の通学路の付近にあるとはいえず、本件不同意決定は違法であると考えており、乙町役場を数回にわたって訪れ、本件施設の新築について同意がなされるべきであると主張したが、乙町長は見解を改めず、本件不同意決定を維持している。

Aは、既に建築確認を受けているものの、乙町長の同意を得ないまま工事を開始した場合には、本件条例に基づいて不利益な措置を受けるのではないかという不安を有している。そこで、Aは、本件施設の新築に対する乙町長の同意を得るための訴訟の提起について、弁護士であるCに相談することにした。同年7月上旬に、当該訴訟の提起の可能性についてAから相談を受けたCの立場で、以下の設問に解答しなさい。

なお、本件条例の抜粋は資料として掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件不同意決定は、抗告訴訟の対象たる処分（以下「処分」という。）に当たるか。Aが乙町長の同意を得ないで工事を開始した場合に本件条例に基づいて受けるおそれがある措置及びその法的性格を踏まえて、解答しなさい。

〔設問2〕

本件不同意決定が処分に当たるという立場を採った場合、Aは、乙町長の同意を得るために、誰を被告としてどのような訴訟を提起すべきか。本件不同意決定が違法であることを前提にして、提起すべき訴訟とその訴訟要件について、事案に即して説明しなさい。なお、仮の救済については検討しなくてよい。

【資料】乙町モーター類似旅館規制条例（平成18年乙町条例第20号）（抜粋）

（目的）

第1条 この条例は、町の善良な風俗が損なわれないようにモーター類似旅館の新築又は改築（以下「新築等」という。）を規制することにより、清純な生活環境を維持することを目的とする。

(定義)

第2条 この条例において「モーテル類似旅館」とは、旅館業法(昭和23年法律第138号)

第2条に規定するホテル営業又は旅館営業の用に供することを目的とする施設であつて、その施設の一部又は全部が車庫、駐車場又は当該施設の敷地から、屋内の帳場又はこれに類する施設を通ることなく直接客室へ通ずることができるものと認められる構造を有するものをいう。

(同意)

第3条 モーテル類似旅館を経営する目的をもって、モーテル類似旅館の新築等(改築によりモーテル類似旅館に該当することとなる場合を含む。以下同じ。)をしようとする者(以下「建築主」という。)は、あらかじめ町長に申請書を提出し、同意を得なければならない。

(諮問)

第4条 町長は、前条の規定により建築主から同意を求められたときは、乙町モーテル類似旅館建築審査会に諮問し、同意するか否かを決定するものとする。

(規制)

第5条 町長は、第3条の申請書に係る施設の設置場所が、次の各号のいずれかに該当する場合には同意しないものとする。

- (1) 集落内又は集落の付近
- (2) 児童生徒の通学路の付近
- (3) 公園及び児童福祉施設の付近
- (4) 官公署、教育文化施設、病院又は診療所の付近
- (5) その他モーテル類似旅館の設置により、町長がその地域の清純な生活環境が害されると認める場所

(通知)

第6条 町長は、第4条の規定により、同意するか否かを決定したときは、その旨を建築主に通知するものとする。

(命令等)

第7条 町長は、次の各号のいずれかに該当する者に対し、モーテル類似旅館の新築等について中止の勧告又は命令をすることができる。

- (1) 第3条の同意を得ないでモーテル類似旅館の新築等をし、又は新築等をしようとする建築主
- (2) 虚偽の同意申請によりモーテル類似旅館の新築等をし、又は新築等をしようとする建築主

(公表)

第8条 町長は、前条に規定する命令に従わない建築主については、規則で定めるところにより、その旨を公表するものとする。ただし、所在の判明しない者は、この限りでない。

2 町長は、前項に規定する公表を行うときは、あらかじめ公表される建築主に対し、弁明の機会を与えなければならない。

(注) 本件条例においては、資料として掲げた条文のほかに、罰則等の制裁の定めはない。

(出題趣旨)

行政訴訟の基本的な知識，理解及びそれを事案に即して運用する基本的な能力を試すことを目的として，旅館の建設につき条例に基づく町長の不同意決定を受けた者が，訴訟を提起して争おうとする場合の行政事件訴訟法上の問題について問うものである。不同意決定の処分性を条例の仕組みに基づいて検討した上で，処分性が認められる場合に選択すべき訴訟類型及び処分性以外の訴訟要件について，事案に即して説明することが求められる。

MEMO

講師参考答案

1 第1 設問1

2 1 本件不同意決定は、「処分」(行政事件訴訟法3条2項)に当たるか。

3 2 ここで、「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体が「行う行為(①公
4 権力性)のうち、直接国民の権利義務を形成したまたはその範囲を確定すること
5 (②直接法効果性)が法律上認められているものをいう。

6 本件不同意決定は、①公権力たる町長の意思を示すものであるが、②後に予
7 定されている中止命令の前段階にある中間的な性格の行為であって、単に事前
8 の建築計画の見直しを求めるものにすぎず、直接法効果性を有しないから、不
9 同意決定それ自体では「処分」に該当しない。もっとも、不同意決定の後、A
10 が受けるおそれのある措置によって、Aの権利義務に変動を及ぼす地位に立た
11 されるという法的効果を伴うことが確実視されるのであれば、不同意によって
12 ②直接法効果性が生じるから、不同意が「処分」に当たるものと解する。そこ
13 で、Aが受けるおそれのある措置及びその法的性質を踏まえた上で、不同意の
14 処分性を検討すべきものと解する。

15 3 本問の検討

16 (1) 本問においてAが受けるおそれのある措置は何か。本件条例の仕組みから
17 検討すると、乙町長の同意(本件条例3条)がないのに、Aが「モーテル類
18 似旅館の新築等をし、又は新築等しようとする」場合には、⑦新築等の中
19 止勧告(同7条1項)又は④中止命令(同7条1項)を受けるおそれがある。
20 そして、当該中止命令にAが従わなかった場合、Aは、その旨を⑨公表され
21 る措置を受けるおそれ(同8条1項)がある。

22 (2) これら⑦④⑨というAが受けるおそれのある措置の法的性格を検討し、本
23 件不同意決定の処分性の有無に影響を及ぼすかを検討する。

24 ア まず、⑦中止勧告(同7条1項)の法的性格は、Aの任意の中止を促すと
25 いう行政指導にすぎず、Aに対して、法的義務を課するものではないため、
26 Aの権利義務に対して直接法効果性を有しないから、本件不同意決定の処
27 分性の有無に関わるものとはいえない。

28 イ 次に、④中止命令については、どうか。

29 (ア) まず、④中止命令は、それ自体として、建築主に対して、建築を中
30 止する義務を生じさせるものであるため、建築主の権利義務を形成・
31 確定するものといえるから、直接法効果性を有し、「処分」に該当する。

32 (イ) この中止命令という処分が、不同意決定の後になされる措置として
33 本件条例に規定されていることからすると、不同意決定の処分性を肯
34 定する根拠になるようにも思える。

35 (ウ) しかしながら、当該中止決定は「することができる」(本件条例7条
36 柱書)のにとどまるのであって、中止命令が確実になされるとの仕組
37 みにはなっていない。また、建築を「しようとする」建築主に対して
38 も、乙町長は、中止命令をすることができる。乙は、Aが建築
39 をしようとしているのに、未だAに対して中止命令をしていないので
40 あるから、乙がAに中止を望む意思はそれほど強いものではないこと
41 が推測され、今後も中止命令がなされる可能性が高いとはいえない。

42 よって、不同意決定があったとしても、中止命令がなされることは
43 確実視されるものとはいえないので、中止命令の存在が不同意決定に
44 直接法効果性を生じさせるものとはいえず、不同意の処分性を肯定す

45 る理由にはならない。

46 ウ さらに、㊦公表制度の存在をどのように考えるべきか。

47 公表措置は、中止命令を前提とするので、不同意決定があったからとい
48 って確実になされるものではない。また、公表制度の法的性質は、義務履
49 行確保の担保手段として、制裁的意味合いを持つものではあるものの、本
50 件条例にはより強制力の大きい罰則がなく公表制度のみであるため、本件
51 モータルの建築を止めるほどの直接法的効果性を有しないから、同意の処
52 分性に影響を与えない。

53 エ 以上より、本件不同意決定は、今後、Aが受けるおそれのある措置を考
54 慮したとしても、Aの法的地位に影響を与えるものとはいえず、直接法効
55 果性を有しないから、処分性を有しない。そして、このように解しても、
56 処分性を有する中止命令に対して差止め訴訟を提起することができるから、
57 具体的妥当性に欠けるところもない。

58 第2 設問2

59 1 Aは、本件不同意決定を取り消すだけでは、別理由による再度の不同意決定
60 をされるおそれがあるから、Aは、乙町長の同意を得られるとは限らない（行
61 政事件訴訟法33条）。

62 そこで、Aは、乙の同意を得るために、乙町を被告として（同法38条、11条
63 1項1号）、乙町長に同意をすることを義務付ける申請型義務付け訴訟（同法3
64 条6項2号、37条の3第1項）を提起すべきである。

65 2 訴訟要件の検討

66 (1) 「申請を…却下し又は棄却する処分…がされた場合において、…取り消さ
67 れるべきもの」（37条の3第1項2号）に当たるか。

68 この点、本件では、2011年2月18日に不同意決定がなされているので、申
69 請を棄却された場合に当たる。また、本件決定は違法であるから、取り消さ
70 れるべき処分である。よって、この要件を満たす。

71 (2) 「法令に基づく申請…をした者」（37条の3第2項）に当たるか。

72 ここで、本件条例3条は、「申請書」の提出を規定しているから、法令に基
73 づく申請権が規定されている。そして、Aは、この申請をした者であるから、
74 「法令に基づく申請…をした者」に当たり、原告適格を有する。

75 (3) さらに、取消訴訟の併合提起が必要とされる（37条の3第3項2号）とこ
76 ろ、本件で取消訴訟の要件をみたすか。

77 ア まず、本件不同意決定は、処分性を有する。

78 イ 次に、Aは、本件不同意決定の直接の名宛人であるから、原告適格（9
79 条1項）も有する。

80 ウ さらに、Aは、乙町長の同意を受けた場合、今後、新築工事をする際に、
81 同意を得た状態で本件施設を建設することができ、Aの法的地位を確保す
82 ることができるので、訴えの利益も有する。

83 エ さらに、本件通知がされて、Aが「処分があったことを…知った日」は、
84 2011年2月18日であるところ、現在は、7月上旬であり、6か月の出訴期
85 間（14条1項）の要件も満たす。

86 オ その他管轄等の要件に欠けるところもなく、取消訴訟の要件をみたす。

87 (4) 以上より、義務付け訴訟の訴訟要件を満たし、Aは、かかる訴えを提起で
88 きるので、乙町に対して、これを提起すべきである。 以 上

論 点

- 1 同意の処分性の有無
 - (1) 中止勧告が同意の処分性の有無に与える影響
 - (2) 中止命令が同意の処分性の有無に与える影響
 - (3) 公表制度の存在が同意の処分性の有無に与える影響
 - (4) 罰則制度が存在しないことが同意の処分性の有無に与える影響
- 2 申請型義務付け訴訟
 - (1) 取消訴訟と義務付け訴訟の実効性の比較
 - (2) 義務付け訴訟の被告
 - (3) 法令に基づく申請権（原告適格）
 - (4) 取消訴訟の併合提起

コメント

事案の元となったと考えられるのは、ラブホテル建築中止命令無効確認等請求事件（名古屋地判平 17. 5. 26）です。もっとも、事案が全く同じわけではなく、①裁判例の事案は、既に中止命令が実施された後の事案であるのに対して、本問では、中止命令はなされていない点、②裁判例の事案では、条例に罰則があったのに対して、本問では、罰則制度は存在しないこととされている点が、異なります。そこで、この裁判例が、傍論で不同意の処分性を肯定していること（判例自治 271 号 85 頁）は本問の事案には直接には当てはまらないものといえます。

また、三木市パチンコ店建築計画不同意処分取消請求事件（神戸地判平 12. 10. 31）も類似した事案の裁判例です。この裁判例は、罰則があるのにもかかわらず、同意の処分性を否定しています。

これらのことからすると、本問においては、罰則を意図的に存在しない事案に改変していること及び参考答案に示した理由によって、処分性を否定することができるものと考えられます。もっとも、処分性の有無の結論は、いずれでもよく、本問の事案の法律の仕組み及び事実関係に着目したうえで、説得的かつ矛盾のない理由を書けたかによって、答案の評価が決するものといえるでしょう。

設問 2 については、いきなり義務付け訴訟に飛び付くのではなく、まずは取消訴訟によった場合の不都合性に触れるべきでしょう。原告の望むことを実現できる訴訟類型を選択する姿勢を示すことが答案の印象をよくするポイントであると考えられます。

訴訟選択をしたあとは、申請型であることを見落とさず、訴訟要件を淡々と検討することが必要と考えられます。

MEMO

Cさんの再現答案

1 第1 設問1

2 1 「処分」(行訴法3条2項)とは、公権力の主体たる国または公共
3 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
4 またはその範囲を確定することが法律上認められたものをいう。

5 2 本問では、Aが乙町長の同意を得ないで工事を開始した場合、本
6 件施設の新築について中止の勧告または命令を受けるおそれがあ
7 る(本件条例7条1号)。そこで、本件不同意決定が「処分」に当
8 たるかにつき、勧告および命令の法的性格を踏まえて以下検討する。

9 (1) まず勧告についてみると、勧告は、乙町長がAに対して、任意
10 に新築を中止することを求める行為であり、行政指導に当たる。
11 よって、勧告は国民の権利義務を形成するものとはいえず、「処
12 分」に当たらない。

13 (2) 次に命令につき見ると、本件条例8条1項は、町長は命令に従
14 わない建築主についてその旨を公表すると規定する。条例違反の
15 モーテルであることが公表されると、そのようなかわしいモー
16 テルに泊まろうとする者が減り経営上打撃を受ける。よって、
17 命令は、国民の営業の自由(憲法22条1項)という権利の範囲
18 を確定することが法律上認められたものに実質上当たり、「処分」
19 に当たり得る。

20 また、本件条例8条2項は、町長は公表を行うときは、あらか
21 じめ公表される建築主に対し弁明の機会を与えなければならない
22 旨規定する。弁明の機会は、不利益処分を行う際に必要とされ
23 る手続きであるから(行手法13条1項2号)、本件条例は、命令
24 が「処分」に当たることを前提としているといえる。

25 よって、命令は「処分」に当たる。

26 (3) 以上のような勧告および命令を背後に控えて行われる本件不
27 同意決定は、直接国民の権利の範囲を確定することが法律上認め
28 られたものといえ、「処分」に当たる。

29 第2 設問2

30 1 Aは乙町を被告として(行訴法11条1項1号)、処分の取消訴訟
31 (行訴法3条2項)を提起することが考えられる。

32 しかし、取消判決の拘束力(行訴法33条1項)は、行政庁が異
33 なる理由で再度不同意決定をすることを妨げないから、乙町長の同
34 意を得るための手段としては実効的でない。

35 2 そこで、Aは、乙町を被告として(行訴法38条1項、11条1項
36 1号)、同意決定の義務付け訴訟(行訴法3条6項2号)を提起す
37 べきである。そこで、その訴訟要件につき検討する。

38 (1) 本件不同意決定は違法であり、取り消されるべきものに当たる
39 (行訴法37条の3第1項第2号)。

40 (2) Aは、同意を求める申請書を乙町長に提出しており、法令(本
41 件条例3条)に基づく申請をした者に当たる(行訴法37条の3
42 第2項)。

43 (3) よって、Aは、処分の取消訴訟を併合提起(行訴法37条の3
44 第3項)すれば、訴訟要件を充たす。

- 45 (4) よって、Aは乙町長を被告として上記義務付け訴訟を提起すべ
46 きである。

47 以 上

48
49 コメント

- 50 ・設問1では、問題文の問いに形式的に答えることに注意した。
51 ・設問1の当てはめで、資料として掲載されている条例の8条1項
52 の「公表」によって建築主がどんな不利益を受けるかにこだわっ
53 て書いてみた。
54 ・設問2は淡々と条文の要件を検討したのみ。出訴期間についても
55 検討すべきだったかもしれないが、気づかなかった。
56
57 ・模試では行政法で時間切れになることが多かったので、本試験で
58 は行政法から解いた。何とか憲法行政法とも書き切れたと思う。
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

Dさんの再現答案

1 <設問1>

2 一 本件不同意決定は「処分」(行政事件訴訟法3条2項。以下「行政事
3 件訴訟法」を省略する。)に当たるか。

4 二1 まず、3条2項にいう「処分」とは、国又は地方公共団体の行う
5 行為のうち、直接国民に権利義務を発生させ又はその範囲を確定す
6 る行為をいう。

ここで、処分性の定義を
ド忘れして焦る

7 とすると、本件不同意決定は、これ自体直接国民に何らの権利義
8 務を発生させるものでなく事実行為にすぎないので、処分に当たら
9 ないといえそうである。

10 2(1) しかし、たとえ当該行為自体は事実行為にすぎないとしても、
11 これに続く公権力の行為がなされることによって国民に直接権
12 利義務を発生させるなどの法的効果をもたらす場合がある。「処
13 分」の実質が一方的強制的に国民に具体的法的効果をもたらすこ
14 とにあることからすれば、たとえ形式的には事実行為にすぎない
15 と認められる場合であっても、実質的に「処分」性が認められ
16 ば、「処分」として認めてよいと解する。

あれ、公権力性とか一方
的、直接具体的とかって
どこで出てくるんだっ
けと思いつつ

17 具体的には、事実行為に続く処分と当該事実行為が不可分的に
18 結び付くなど、密接な関連性が認められ、社会通念上全体として
19 一連の行政行為の結果として国民に具体的法的効果を生じると
20 いえるときは、前提となった事実行為についても「処分」性を認
21 めてよいと解する。

22 (2) 本問では、同意を得ないまま建築主が工事を続行した場合、町
23 長は工事の中止の勧告又は命令をすることができるとされ(乙町
24 モーター類似旅館規制条例7条1号。以下「条例」と称する。)
25 ており、更にこれに従わずに工事をすすめたときは「公表」され
26 るとしている(条例8条1項)。そして、「公表」された場合、建
27 築主は、命令違反行為を世間に知らされ、信用が失墜するなどの
28 おそれがあることから、事実上工事を中止することを余儀なくさ
29 れる。

ここまで書いて、「公表」
も事実行為であること
に気がつく。むりやり法
的効果の発生を結論づ
ける。

30 とすれば、実質的に工事中止という法的効果を発生させるもの
31 と考えることができる。

32 (3) 従って、不同意決定は、それに続く不可分的に接着する行政行
33 為と一連の流れの中で、一方的強制的に法的効果が生じるものと
34 認められる。

35 3 よって、「処分」性を肯定できる場合に当たる。

36 三 以上から、本件不同意決定は「処分」に当たる。

37 <設問2>

38 一 Aは誰を被告としてどのような訴訟を提起すべきか、

39 1 まず、Aは不同意決定についての取消訴訟を提起することが考え
40 られるが、取消訴訟は処分を取消すのみにとどまるので、町長に同
41 意させるという積極的效果を伴わず、Aの希望を充足することはで
42 きない。

43 2 そこで、町長に同意させるという積極的效果を直接生じさせる義
44 務付け訴訟(3条6項)を提起することが考えられる。

設問2で処分が違法とか
あってあるから、やはり結
論としては「処分」にす
るんだろう

ここは問いに形式的に応
えて

45 3 義務付訴訟においては、取消訴訟について行政主体の行為につい
46 て行政主体を被告とすべきとする被告適格を定めた規定(11条1項
47 1号)を準用している(38条)ので、乙町長の所属する乙町を被告
48 とすることになる。

49 二 では、義務付訴訟の要件を満たすか。

50 1 本問で、Aは同意について申請しているが、乙町長はこの真正に
51 対し応答義務があるので(条例4条、6条)、本件義務付訴訟は申
52 請型(3条6項2号、37条の3第1項2号)に当たる。

53 2 Aは、そもそも同意について「申請をした者」であるので、原告
54 適格は肯定できる。

55 そして、申請型義務付訴訟においては、原処分について取消訴訟
56 を併起しなければならないため、取消訴訟の要件も満たす必要があ
57 る(37条の3第3項)。

58 この点、Aは通知を受けた2月18日から6ヶ月以内である7月
59 上旬に本件訴訟を提起しようとしているので、出訴期間は満たして
60 いる(14条1項)。

61 そして、裁量行為について処分を取消す場合には、当該処分が裁
62 量を逸脱・濫用したときのみ認められる(30条)こととされている。
63 この点、町長の同意は同意しない場合が定められているので(条例
64 5条)、裁量は限定的で狭いと解することができる。とすれば、5
65 条記載事由によって不同意とすることは、その基準を明示すべきと
66 解するところ、Aは、抽象的に通学路付近(条例5条2号)にあた
67 るとして不同意としており、何ら基準を示されていない。

68 とすれば、裁量逸脱があると認められ、取消事由が認められる。

69 3 そして、不同意が取消され同意処分がされれば、Aは工事を続行
70 できるのであるから、同意を求める利益(7条)が認められる。

71 三 以上から、Aは、乙町を被告とする本件同意の義務付訴訟を提起す
72 るべきである。

73 以 上

何を書いてよいかわから
ないから要件の羅列

75 コメント

76 「処分性と義務付訴訟の訴訟要件ね。」と思いつつ、答案構成に入る。
77 構成ではキーワード、結論位しか記載しないので、答案を実際書き
78 始めた時に「処分性」の定義をド忘れし、頭が真っ白になる。そのた
79 め、評価・あてはめに使おうと思っていた事実を見落とししたり、引用
80 を間違えたりする。

81 設問2では思ったより時間がなくなり、やはりあてはめがいろいろ加減に
82 なってしまった。