

民法の思考フロー

第1 原告（訴状）

1 請求（主張）

訴訟の始まりは、原告の「請求」（なお、試験では「主張の当否」が問われることも）

→「請求の趣旨」（民事訴訟法 133 条 2 項 2 号）を想定（厳密なものでなくてよい）

Ex1. 「被告は、原告に対し、金 1000 万円を支払え」

Ex2. 「被告は、原告に対し、乙建物を収去して甲土地を明け渡せ」

Ex3. 「1 被告とZとの間でなされた、甲土地についての財産分与は、これを取り消す
2 被告は、甲土地について、所有権移転登記の抹消登記手続をせよ」

2 法的根拠

原告の「請求」を基礎付ける「法的根拠」（条文，訴訟物）を特定

→当事者間に契約関係がある場合は、契約上の請求権を検討。当事者間に契約関係がない場合は、①物権，②法定債権（事務管理，不当利得，不法行為等），③債権者代位権，④詐害行為取消権を検討

Ex1. 不法行為に基づく損害賠償請求権（709 条）

Ex2. 所有権に基づく返還請求権

Ex3. 詐害行為取消権（424 条）

3 要件（請求原因事実）

当該「法的根拠」の「要件」を抽出し，その「全て」について要件該当性を検討（ただし，要件を1つでも満たさなければ効果は発生しない以上，満たされない要件があると考えられる場合は，論述を当該要件に絞るのもあり。逆に，全ての要件を満たすと考える場合は，全ての要件該当性について論述が必要）

→条文から要件を抽出する場合と，要件事実論で要件を抽出する場合を使い分ける

→論点の 90%は要件該当性をめぐる論点（残りの 5%ずつが法的根拠と効果）

Ex1. ①「故意又は過失」、②「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」、③「損害」、④「よって」（因果関係）（709 条）

Ex2. ①原告が甲土地を所有していること、②被告が乙建物を所有して甲土地を占有していること

Ex3. ①「債権者」、②「債務者が債権者を害することを知ってした行為」、③「受益者…がその行為の時において債権者を害することを知らなかったとき」でないこと（以上 424 条 1 項）、④「財産権を目的としない行為」でないこと（同条 2 項）、⑤「債権が…行為の前の原因に基づいて生じたものである」こと（同条 3 項）、⑥「その債権が強制執行により実現することのできないもの」でないこと（同条 4 項）

4 効果

当該「法的根拠」の「要件」を全て充たす場合、その「効果」が原告の「請求」に対応しているか否かを確認（自明すぎる場合は書かなくてよい）

Ex1. 「賠償する責任を負う」（709 条）

Ex2. 所有権に基づく返還請求権（建物収去土地明渡請求権）の発生

Ex3. 「取消しを裁判所に請求することができる」（424 条 1 項本文）

→「債権者は…債務者がした行為の取消しとともに、その行為によって受益者に移転した財産の返還を請求することができる。受益者がその財産の返還をすることが困難であるときは、債権者は、その価額の償還を請求することができる」（424 条の 6 第 1 項）

→「債権者は、詐欺行為取消請求をする場合において、債務者がした行為の目的が可分であるときは、自己の債権の額の限度においてのみ、その行為の取消しを請求することができる」（424 条の 8 第 1 項）

→「債権者は…受益者…に対して財産の返還を請求する場合において、その返還の請求が金銭の支払又は動産の引渡しを求めるものであるときは、受益者に対してその支払又は引渡しを…自己に対してすることを求めることができる」（424 条の 9 第 1 項前段）

→「詐欺行為取消請求を認容する確定判決は、債務者及びその全ての債権者に対してもその効力を有する」（425 条）

第2 被告（答弁書）

1 反論（抗弁）

被告の「反論」を想定

Ex1. 過失相殺

Ex2. ①売買契約による所有権喪失, ②占有権原（賃借権）

2 法的根拠

被告の「反論」を基礎付ける「法的根拠」を特定

Ex1. 722 条 2 項

Ex2. ①555 条, ②601 条

3 要件（抗弁事実）

当該「反論」の「要件」を抽出し, その「全て」について要件該当性を検討

Ex1. ㉞「被害者」, ㉟「過失」（722 条 2 項）

Ex2. ①売買契約の成立＝「当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し, 相手方がこれに対してその代金を支払うことを約すること」（555 条）

②㉞賃貸借契約の成立＝「当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し, 相手方がこれに対してその賃料を支払うこと及び引渡しを受けた物を契約が終了したときに返還することを約すること」（601 条）, ㉟㉞に基づく「引渡し」

4 効果

当該「法的根拠」の「効果」が被告の「反論」に対応しているか否かを確認

Ex1. 「裁判所は, これを考慮して, 損害賠償の額を定めることができる」＝損害賠償額の減額（722 条 2 項）

Ex2. ①「物権の…移転は, 当事者の意思表示のみによって, その効力を生ずる」（176 条）＝所有権の移転（喪失）, ②所有権に基づく返還請求権の行使を阻止

第3 原告（第1準備書面）

再反論（再抗弁）→法的根拠→要件（再抗弁事実）→効果

第4 原告（準備書面(1)）

再々反論（再々抗弁）→法的根拠→要件（再々抗弁事実）→効果

：

補論 実際の訴訟と答案の違い

実際の訴訟では、当事者の主張反論が尽くされてから裁判所が判断する（判決を書く）が、答案では、「請求（主張）→法的根拠→要件→効果」、「反論→法的根拠→要件→効果」の枠組みで1つ1つ検討する中で結論が出てしまえば、それ以上検討する必要はない

商法（会社法）の思考フロー

第1 会社法上の法定訴訟類型を使わない場合

民法の考え方（「請求→法的根拠→要件→効果」）と同様に考えればよい

Ex. 役員等の第三者に対する損害賠償責任

→請求：「被告は、原告に対し、金 1000 万円を支払え」

法的根拠：会社法（以下略）429 条 1 項

要件：①「役員等」、②「その職務を行うについて」、③「悪意又は重大な過失」、
④「第三者」、⑤「損害」、⑥「よって」（因果関係）

効果：「賠償する責任を負う」

第2 会社法上の法定訴訟類型を使う場合

民法の考え方（「請求→法的根拠→要件→効果」）のうち、「法的根拠」が「訴訟類型」に置き換わり、「要件」が「訴訟要件」と「本案勝訴要件」に分解されるだけで、あとは民法の考え方と同様に考えればよい

1 請求

Ex. 「被告の令和〇年〇月〇日開催の定時株主総会における A を取締役を選任する旨の決議を取り消す」

2 訴訟類型

Ex. 株主総会等の決議の取消しの訴え（831 条）

3 要件

(1) 訴訟要件

Ex. ①原告適格＝「株主等」、②提訴期間＝「株主総会等の決議の日から 3 か月以内」
③「訴え」によること（以上、831 条 1 項柱書前段）、④被告適格＝「当該株式会社」（834 条 17 号）、⑤管轄＝「被告となる会社の本店の所在地を管轄する地方裁判所」（835 条 1 項）、⑥訴えの利益（ex. 取締役選任決議、計算書類承認決議）その他民事訴訟法上の一般の訴訟要件

(2) 本案勝訴要件

Ex. ①831 条 1 項各号該当性＝「次の各号に掲げる場合」のいずれかに該当すること（同項柱書前段），②裁量棄却事由がないこと＝「株主総会等の招集の手續又は決議の方法が法令又は定款に違反する」こと，又は「その違反する事実が重大でなく，かつ，決議に影響を及ぼさないものであると認める」ことのいずれかに該当しないこと（同条 2 項）

4 効果

Ex. 「当該決議の取消しを請求することができる」（831 条 1 項柱書前段）

民事訴訟法の思考フロー

第1 条文がある場合

民法の考え方（「請求→法的根拠→要件→効果」）のうち、「請求」を「主張」に置き換える以外は、民法と同様に考えればよい

Ex. 重複する訴えの提起の禁止

→主張：「第2訴訟は却下されるべきである」

法的根拠：142条

要件：①「裁判所に係属する事件」について、②「当事者」が、③「更に訴えを提起」

効果：「することができない」

第2 条文がない場合

「主張→法的根拠→要件→効果」のうち、「法的根拠」として「概念」を指摘し、「要件」の代わりに当該概念の「定義」を用いるだけで、あとは民法と同様に考えればよい

1 主張

Ex 「第1審判決の事実認定には違法がある」（控訴理由）

2 法的根拠（概念）

Ex. 弁論主義第1テーゼ、第3テーゼ

3 要件（定義）・効果

Ex. 「裁判所は、当事者が主張しない事実を、判決の基礎としてはならない」

→「当事者」とは？（主張共通）、「事実」とは？（弁論主義の適用範囲）

「裁判所は、当事者間に争いのある事実を認定するには、当事者の申し出た証拠によらなければならない」

→「証拠」とは、主張立証責任を負う当事者が申し出た証拠に限られるのか？（証拠共通）

補論 民事訴訟法と要件事実論

現実社会における民事訴訟は、要件事実論で動いている

→要件事実論がわからなければ、民事訴訟法は一生理解できない

→ざっくりとで構わないので、必ず、問題文を要件事実論で分析する

Ex. 弁論主義の適用範囲は主要事実（＝要件事実）

→当事者の主張した主要事実は何か？裁判所が認定した事実が主要事実なのか？

刑法の思考フロー

第1 総論

「犯罪」とは、「構成要件に該当する，違法かつ有責な行為」

第2 各論

1 行為¹

犯罪が成立するのは、人の「行為」について

→問題文の中から、罪責が問われている人の犯罪になりそうな行為を抽出

→自分が検察官だったら、どの行為を何罪で起訴するか（起訴状の「公訴事実」、「罪名」（刑訴法 256 条 2 項 2 号，3 号），「罰条」（同条 4 項）に何を書くか）

→行為を細分化しすぎない（時系列ごとに犯罪を成立させない），成立し得る罪の中で最も重いものから検討する（「区別が問題となる」とは書かない），既遂犯の場合は結果まで含めて抽出する（公訴事実の結果が書いてなかったら未遂になる）

2 構成要件該当性

(1) 客観的構成要件

- ・ 実行行為＝結果発生の危険性を有する行為＋正犯性
- ・ 結果＝構成要件が行為から発生することを要求している一定の事態²
- ・ 因果関係＝事実的因果関係（条件関係）＋法的因果関係（危険の現実化）

(2) 主観的構成要件

- ・ 構成要件の故意＝「罪を犯す意思」（38 条 1 項本文）
- ・ 不法領得の意思＝財産犯（窃盗罪（235 条）等）
- ・ 目的＝偽造罪（有印私文書偽造（159 条 1 項）等）

¹ 学説の中には、行為を構成要件該当性判断に先立つ独立の犯罪成立要件とし、「行為→構成要件該当性→違法性→有責性」という 4 つの犯罪成立要件から犯罪論を構成しようとする見解もあるが、当該見解に立つという意味ではない。行為は、「構成要件に該当する行為」としてのみ犯罪成立要件となる（井田良・入門刑法学・総論〔第 2 版〕102 頁脚注 14 参照）

² 井田・前掲書 108 頁

3 違法性阻却事由

- ・ 正当行為（35 条）
- ・ 正当防衛（36 条 1 項）
- ・ 緊急避難（37 条 1 項本文）＊争いあり
- ・ 被害者の承諾（傷害罪等）＊構成要件該当性が否定される場合も（住居侵入罪等）
- ・ 自救行為

4 責任阻却事由

- ・ 責任故意（38 条 1 項本文）＊違法性阻却事由の錯誤，違法性（法律）の錯誤等
- ・ 心神喪失（39 条 1 項）
- ・ 刑事未成年（41 条）
- ・ 期待可能性

5 処罰阻却事由

罪責を問われている者の行為が「構成要件に該当する，違法かつ有責な行為」ということが確認されれば，「犯罪」が成立する。「犯罪」が成立する場合，次に，処罰阻却事由（刑の減免事由）の有無を検討する

- ・ 過剰防衛（36 条 2 項）
- ・ 過剰避難（37 条 1 項ただし書）
- ・ 違法性の錯誤（38 条 3 項）
- ・ 心神耗弱（39 条 2 項）
- ・ 自首（42 条）
- ・ 中止犯（43 条ただし書）

6 罪数

以上の検討の結果，複数の犯罪が成立する場合，罪数処理をする

補論1 修正された構成要件

1 未遂

検討すべき客観的構成要件が43条本文になる以外は、通常的思考フローと同じ

→「犯罪の実行に着手して」＝実行行為を行ったが³

「これを遂げなかった」＝結果が発生しなかった、又は因果関係が否定された

2 (広義の) 共犯

検討すべき客観的構成要件が60条乃至62条になる以外は、通常的思考フローと同じ

Ex1. 教唆犯 (61条1項)

→「人を教唆して」＝実行行為、「犯罪を実行」＝結果、「させた」＝因果関係

Ex1. 幫助犯 (62条1項)

→「幫助」＝実行行為、「正犯」＝結果、「した」＝因果関係

補論2 刑法各論と客観的構成要件

刑法各論を勉強する際は、各罪の条文上の構成要件が、客観的構成要件要素のどれに対応するかを意識することが有益である

Ex1. 傷害致死罪 (205条)

→「身体を傷害」＝実行行為、「人を死亡」＝結果、「よって」＝因果関係

Ex2. 詐欺罪 (246条1項)

→「人を欺いて」＝実行行為、「財物を交付」＝結果、「させた」＝因果関係

³ 近時は、実行行為性と実行の着手時点の問題を切り離す見解が有力である

刑事訴訟法の思考フロー

第1 基本的思考フロー

民事訴訟法と同じく、「主張→法的根拠→要件→効果」で考えればよい

第2 主要3分野（捜査，訴因，伝聞）の思考フロー

1 捜査

何のために当該捜査の違法性を主張するのか？

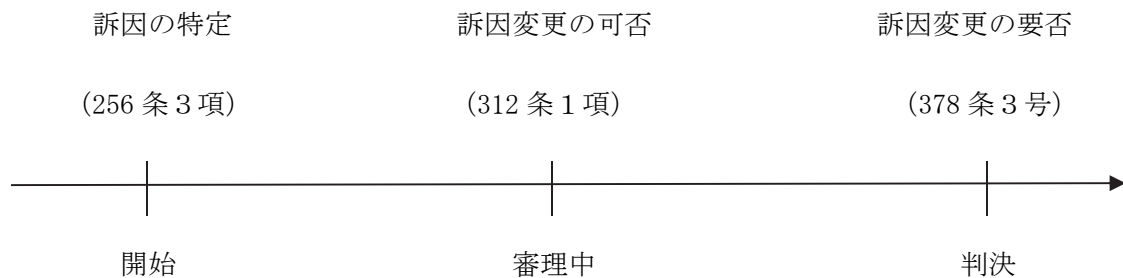
→違法収集証拠排除法則・自白法則適用のため？

勾留却下・取消しのため？

国家賠償請求のため？

2 訴因

訴因を巡る主要3論点（特定，可否，要否）の根拠条文と問題となる時点を考える



3 伝聞

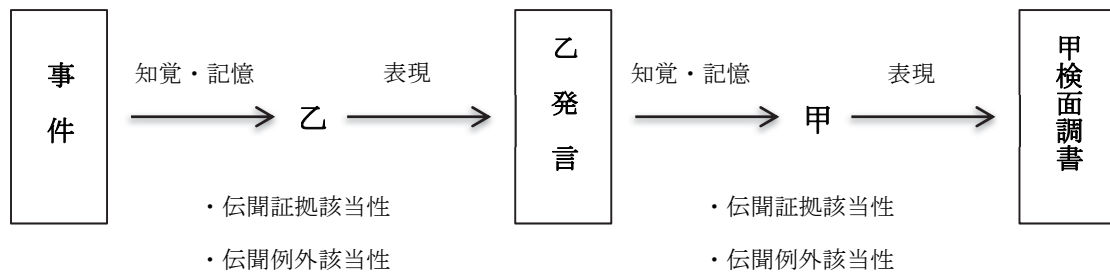
別紙「伝聞法則の思考フロー」参照

伝聞法則の思考フロー

第1 「伝聞法則の問題」の考え方

当該証拠が出来上がるまでの「知覚・記憶・表現」の過程を分析

→当該証拠に「近い」ところから、伝聞証拠該当性を検討し、伝聞証拠該当性が肯定されたら、伝聞例外該当性を検討する



第2 伝聞証拠該当性¹

1 伝聞証拠とは

「公判期日における供述に代」わる「書面」（伝聞書面）、又は「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」（伝聞供述）のうち（320条1項）、要証事実との関係で内容の真実性が問題となるもの（形式説）

∴真実を述べる旨の宣誓と偽証罪（刑法 169 条）による処罰の予告，不利益を受ける相手方当事者による反対尋問（憲法 37 条2項），裁判所による供述態度の観察

cf. 実質説＝事実認定をする裁判所の前での反対尋問を経ていない供述証拠

2 要証事実と立証趣旨の関係

立証趣旨とは、当該証拠の取調べを請求する当事者がその証拠によって立証しようとする事実をいい、要証事実とは、具体的な訴訟の過程でその証拠が立証するものと見ざるを得ないような事実（いわば必然的に証明の対象とならざるを得ないような事実）をいう。そのため、立証趣旨がそのまま要証事実となるわけではない

¹ 古江頼隆・事例演習刑事訴訟法〔第2版〕320頁，336頁参照

ただ、立証に関して当事者主義が採られているため、原則としては、当事者が示す立証趣旨に沿って要証事実が決定されるが、「当事者が設定した立証趣旨をそのまま前提にするとおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合」²は、裁判所がそれとは異なる要証事実を定めることができる

したがって、まずは、当事者の提示した立証趣旨Aを前提にして、当該訴訟における争点との関係で、Aを立証することに意味があるかどうかを検討し、意味があるときは、裁判所は、当事者が提示した立証趣旨どおりに要証事実を決定することになるが、Aを立証することが争点との関係で無意味であり、当該証拠は、Bを立証することに用いてこそ意味があるときは、裁判所は、要証事実をBと決定する

第3 伝聞例外該当性

伝聞例外の根拠条文を特定し、その要件を1つ1つ検討していただく（必要に応じて三段論法で）

² 芦澤政治・最判解刑事篇平成17年度346頁

憲法の思考フロー

第1 訴訟類型

民事訴訟，行政訴訟，刑事訴訟の中から，その事案に適した訴訟類型を選択する

1 民事訴訟

国賠法1条1項 「違法」

民法709条 「権利又は法律上保護される利益を侵害」

2 行政訴訟

取消訴訟（行訴法3条2項） 処分の違法性一般

3 刑事訴訟

「無罪」（刑訴法336条） 「罪とならない」又は「犯罪の証明がない」

第2 訴訟要件

訴訟要件の問題があればこの段階で論じる。憲法上の訴訟要件の問題としては、「法律上の争訟」性（ex. 板まんだら事件），統治行為論（ex. 苫米地事件，砂川事件），部分社会の法理（ex. 富山大学事件，共産党袴田事件）等が典型例である

第3 本案勝訴要件

1 文面審査

文面上違憲の問題があれば，この段階で論じる。文面上違憲の問題としては，明確性の原則（21条1項，31条），検閲（21条2項），委任立法（41条），「法律の範囲内」（94条）等が典型例である

2 実体審査・処分審査（適用審査）

以下，平等原則以外の問題を前提に述べる（平等原則の問題については(4)で述べる）

(1) 制約された権利と保障範囲の確定

「法令や処分の合憲性を検討するに当たっては，まず，問題になっている法令や処分が，どのような権利を，どのように制約しているのかを確定することが必要である。次に，制約されている権利は憲法上保障されているのか否かを，確定する必要がある。この二つが確定されて初めて，人権（憲法）問題が存在することになるのであり，こ

こから、当該制約の合憲性の検討が始まる。」（平成 22 年新司法試験の採点実感等に関する意見（憲法））

(2) （広義の）審査基準の設定

審査基準は、権利の性質と制約態様の相関関係に諸要素を加味して決する

ex. 二重の基準論，自己実現・自己統治，全面的制約／部分的制約，許可制／届出制，事前規制／事後規制，内容規制／内容中立規制，消極目的規制／積極目的規制，裁量の有無・広狭，「全体の奉仕者論」等

ア 法令審査（目的手段審査）ⁱ

厳格な基準→目的：必要不可欠（やむにやまれぬ利益），手段：必要最小限度

厳格な合理性の基準→目的：重要，手段：実質的関連性

合理性の基準→目的：正当，手段：合理的関連性

イ 処分審査（適用審査）ⁱⁱ

①合憲限定解釈が不可能である場合に，当該法令が事件に適用される限りで違憲
→適用違憲（目的手段審査）

②合憲限定解釈が可能にもかかわらず，そうせずに解釈・適用したことが違憲
→処分違法（文言解釈）

③法令に違憲の瑕疵はないが，執行者が人権を侵害する形で適用したことが違憲
→処分違憲（明白かつ現在？比例原則？判断過程審査？）

(3) あてはめ

あてはめとは，「事実を摘示し→摘示した事実に評価を加え→規範との結び付きを示す作業」をいう。立法事実又は司法事実に照らして個別具体的に検討する

「必要不可欠の（重要な，あるいは正当な）目的といえるのか，厳密に定められた手段といえるか，目的と手段の実質的（あるいは合理的）関連性の有無，規制手段の相当性，規制手段の実効性等はどうなのかについて，事案の内容に即して個別的・具体的に検討することが必要である」（平成 20 年新司法試験の採点実感等に関する意見（憲法））

(4) 平等原則の問題の場合

区別の認定→審査基準の設定→あてはめ、となる。審査基準の設定にあたっては、14 条 1 項の文言（「法の下」、「平等」、「差別」）に即して各文言の意義を明らかにした上で、「合理的理由」の厳格度を上げ下げする。平等原則違反の問題の典型的な主張反論構造を以下に示しておく

区別の認定		
「法の下」→法内容の平等 「平等」→相対的平等 「差別」→不合理な区別		
14 条 1 項後段列举事由 →厳格審査	例示列举説 （立法）裁量 →合理的関連性	同反論 もっとも、「慎重に」 ⁱⁱⁱ ∴重要な法的地位、自らの 意思や努力で変えられな い

第 4 補論

1 いわゆる主張反論型の書き方（後記「争点对応表」も参照）

「設問 1 の『原告の主張』においては、違憲という結論を導き出す論拠を十分に書くことが求められている。…設問 2では、まず最初に、想定される県側の反論を書くことになる。ここでは、合憲となる論拠のポイントだけを簡潔に書けばよいのであって、想定される県側の反論の論拠等を詳細に書く必要はない。…『あなた自身の見解』は、『あなた自身』が検討しなければならない原告と被告の判断枠組みにおける理論的対立点、そして事実認定・事実評価における相違点を明らかにした上で、筋の通った理由を記して、『あなた自身』の結論を導き出すことが求められている」（平成 25 年司法試験論文式試験問題出題趣旨）

2 いわゆる意見書型の書き方

考え方としては、主張反論型と同じで良い。すなわち、主張反論型において争点とならない点は、そのまま私見として書けば良い。他方、主張反論型において争点となる点は、私見として採る見解を決め、私見の理由付けをするとともに、反対の見解を論駁す

る。論じ方としては、概ね以下の2パターンがあり得よう（司法試験の採点実感では、後者が想定されているようである）

ex1. 「この問題については、××という見解が想定される。しかし、…（以下、反対の見解に対する論駁と私見の理由付けについて述べる。）。したがって、〇〇と解すべきである。」

ex2. 「この問題については、…（以下、私見の理由付けについて述べる。）。したがって、〇〇と解すべきである。これに対しては、××という見解が想定される。しかし、…（以下、反対の見解に対する論駁について述べる。）。したがって、かかる見解は失当である。」

【争点对応表】

	主張	反論	私見
訴訟類型			
訴訟要件			
法令審査（文面審査）			
法令審査（実体審査） 制約 保障 審査基準 あてはめ			
処分審査（適用審査） 制約 保障 審査基準 あてはめ			

ⁱ 判例が固有の規範を示している場合は、当該規範を用いる（ex.薬事法違憲判決、小売市場合憲判決、森林法違憲判決、在外邦人選挙権確認訴訟等）

ⁱⁱ 曾我部真裕ほか・憲法論点教室 33 頁乃至 35 頁、岡山大学法科大学院公法系講座・憲法事例問題起案の基礎 57 頁乃至 74 頁参照

ⁱⁱⁱ 国籍法違憲判決参照

行政法の思考フロー

第1 行為の特定

行政庁のどの「行為」を捕まえて争うか

Ex1. 申請不許可処分

Ex2. 建築確認の留保（行政指導）

Ex3. 受益的行政行為の撤回

第2 訴訟類型の選択

当該「行為」を争うために最も適切な訴訟類型は何か

Ex. 取消訴訟（行訴法3条2項）＋申請型義務付け訴訟（行訴法3条6項2号）

Ex2. 国賠訴訟（国賠法1条1項）

Ex3. 取消訴訟（行訴法3条2項）or 損失補償請求（憲法29条3項）

第3 訴訟要件

Ex1. 取消訴訟の訴訟要件＝①「処分」性（行訴法3条2項）、②原告適格、③訴えの利益（以上、同法9条1項）、④出訴期間（同法14条）、⑤被告適格（同法11条）、⑥管轄（同法12条）、⑦不服申立前置（同法8条1項但書）

＋

申請型義務付け訴訟の訴訟要件＝①「行政庁に対し一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がされた場合」であること（行訴法3条6項2号）、②「当該法令に基づく申請…を却下し又は棄却する旨の処分…がされた場合において、当該処分…が取り消されるべきもの…であること」（同法37条の3第1項2号）、③「法令に基づく申請…をした者」であること（同条2項）、④「処分…に係る取消訴訟」を「併合して提起」すること（同項3項2号）

Ex2. 特になし（強いていえば、民事訴訟法上の一般訴訟要件）

Ex3. 取消訴訟の訴訟要件（上述）or 特になし（強いていえば、民事訴訟法上の一般訴訟要件）

第4 本案勝訴要件

Ex1. 取消訴訟の本案勝訴要件＝処分の違法性一般（事実誤認，裁量権の逸脱・濫用（行訴法 30 条），理由呈示の不備（行手法 8 条 1 項本文）等）

＋

申請型義務付け訴訟の本案勝訴要件＝①取消訴訟「に係る請求に理由があると認められ」，かつ，②－1「その義務付けの訴えに係る処分…につき，行政庁がその処分…をすべきであることがその処分…の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ」又は②－2「行政庁がその処分…をしないことが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とき」（行訴法 37 条の 3 第 5 項）

Ex2. ①「国又は公共団体の…公務員」，②「公権力の行使」，③「職務を行うについて」，④「故意又は過失」，⑤「違法」，⑥「損害」，⑦「よって」（因果関係）（国賠法 1 条 1 項）

Ex3. 取消訴訟の本案勝訴要件（上述）

or

①「私有財産」を「公共のために用ひる」こと（憲法 29 条 3 項），②特別の犠牲