

1 全体について

- (1) 職業の自由に対する規制と、営利的表現に対する規制という基本論点に関する出題であり、問題も規制ごとに論ずべき事柄を丁寧に示しているため、完全に論点を外して加点事由がほとんどないという答えは僅かであった。しかし、基本論点だからこそ、事案の個性を十分に考慮せずに型にはまった解答をする答案が多かったため、全体としての出来は必ずしもよくなかった。とりわけ、規制①について、狭義の職業選択の自由に対する規制なのか、職業遂行の自由に対する規制なのかを十分に意識していない答案が多かったのは残念である。また、本問においては、許可制（免許制）それ自体の憲法適合性ではなく、許可要件ごとの憲法適合性の検討が求められている。これらの論点に関してしっかりとした記述をした答案のほとんどは、全体的に高得点となる内容のものであった。
- (2) 規制①については、規制の対象となる人権の種類に基づいて審査基準を定立する際に、この規制がどのような性質をもち、どれくらい権利に重大な制限を課すのかを見極めるところに大きな比重をかけて解き明かすことが必要不可欠であった。
- (3) 他方で、違憲審査基準の定立のための検討につき、目的の合理性、手段の相当性など基準定立後の当てはめの議論と見間違えると言わざるを得ないような、個別具体的な当てはめをして基準を導いているものが散見された。結果として、当てはめの部分は、同じ内容の書き直しか、「前記のとおり」で極めて簡易に終わってしまうものとなっており、評価が伸びないものとなった。こうした答案は、侵害される権利の一般的な性質・重要性や規制の類型といった規範定立のために検討すべき事項と、個別具体の事情として検討すべき要素を混同し、両者の区別ができていないと言わざるを得ない。
- (4) 例年も同様の問題があるが、当てはめにおいて、単に問題文に記載された事実を列挙し、直ちに「重要である」とか、「合理的である」という結論を示しているものが多い。当てはめでは、当該規範の考慮要素に係る事項を摘示した上で、それをどう評価したかを示すことが高評価に結びつく。逆にそうした評価がなく結論のみ述べているものは、そうした評価過程が不明であり、得点に結びつかない。
- (5) 「参考とすべき判例」に言及すべきことが問題文に明記されているにもかかわらず、判例又はその趣旨に関する言及のない答案は、参照の必要性を認識できなかったと解さざるを得ず、結果として、低い評価を与えざるを得なかった。薬事法事件判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）について言及している答案も、その判旨を正確に理解し、本問との関係・異同に着目しながら論じようとしていた答案はほとんどなく、判旨の各所に現れたキーワードをつまみ食いし、順序を独自に入れ替えて切り貼りしただけのものとなっているものが大半であり、その結果、全体の論旨が不明瞭になっていたり、判例の理解が十分に示されているとは評価できないものとなっていたりするものが多かった。

2 狭義の職業選択の自由・職業遂行の自由について

- (1) 規制①については、前述のとおり、そもそもこの規制が狭義の職業選択の自由の問題なのか、それとも職業遂行の自由の問題なのかを全く検討していない答案が少なからず見られたが、そうした答案は、事案の分析・検討を欠いた答案として低く評価せざるを得ない。他方で、犬猫をペットとして飼養している人の割合等に照らしてこの検討が丁寧になされている答案の評価は高くなった。いずれの立場を採るにせよ、薬事法事件判決に基づけば、規制①による権利制限の程度が、その職業の遂行を不可能にし、実質的に狭義の職業選択の自由を制限するほどの重大な制限となっていないか見極める必要がある。その際、犬猫以外のペットは規制①の対象外であり、それらのシェアが50パーセント近くまで拡大している点を、この解釈の手掛かりの一つにしている答案が一定数見

られ、この点は評価できる。

- (2) 判例によって憲法第22条第1項の保障内容に狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由とが含まれるとされていることは、多くの答案が適切に論述していた。しかし、狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由とでは合憲性の推定の程度が異なることについて、適切な言及がなされている答案は少なく、それを具体的な違憲審査のレベルに反映できている答案となるとその数は更に減少する。具体的な審査の段階で適切に区別ができなければ、憲法第22条第1項の保障範囲に2種類の自由が含まれると論じることの意義は大きく損なわれる。
- (3) 新規参入業者と既存業者を区別して論じる答案も一定数あった。両者を区別することは、理論上は可能だが、具体的な検討内容に有意な差がない場合や、両者で合憲・違憲の結論を分けている際の理由付けに十分な説得力がない場合、答案作成者が想定する独立の「職業」の定義の観点からすると、両者を区別すること自体が不自然な立論になっている場合、そうした答案は高く評価することはできなかった。
- (4) なお、過去の採点実感でも累次にわたり指摘されてきたところであるが、問題となる権利を細分化して設定するもの、すなわち「犬猫を販売する自由」や「イラスト・写真・動画等を用いて宣伝する自由」などと、当事者の具体的な行為ないしそれを類型化したものをそのまま権利内容として設定する答案が、なお相当数に上っている。だが、問題の所在を的確に把握した論述のためには、憲法第22条第1項が保障する狭義の職業選択の自由や職業遂行の自由に犬猫の販売行為が含まれるかどうか、憲法第21条第1項が保障する営利的表現の自由にイラスト・写真・動画等を用いた宣伝行為が含まれるかどうか、という形で、当事者の行為・状態が、憲法の規範内容として導出される権利・自由の内容に包摂される否か、という観点から論述することが必要であろう。

3 狭義の職業選択の自由・職業遂行の自由に対する規制の合憲性について

- (1) 判例への言及に関し、薬事法事件判決について言及している答案も、その大半は、いわゆる規制目的二分論の文脈で同判決に触れるのみであり、同判決が判断枠組みの構築に際し、その二分論（消極目的規制）に触れる前提として、下記のように出発点において立法裁量論や目的審査（公共の福祉に合致）、手段審査（必要性・合理性）の一般論に言及していたことや、許可制という規制の態様に言及していたことについて全く言及がない答案が多数に上っており、そうした答案は、重要基本判例についての知識・理解に難があるものとして評価できなかった。同判決は、職業への規制に際して必要となる衡量判断が「第一次的には立法府の権限と責務」であり「規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性和合理性」については立法裁量に委ねられるとしつつ、「許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要」する、としている。もとより判例とは異なる見解を採用すること自体は差し支えないが、その場合でも、判例法理に明示的に言及し、その問題点を指摘した上で立論を構築することが求められる。
- (2) 積極目的・消極目的いずれでもないことが問題文中で示唆されているにもかかわらず、無理に積極目的若しくは消極目的の規制であると解した上で、論述を展開する答案が相当数見られた。自分の知っている、若しくは書きやすい形に無理に落とし込むようなことはせず、素直に問題文から読み取れる規制の趣旨を踏まえて、違憲審査基準を定立すべきであった。
- (3) 規制①に含まれる3つの要件には、主観的制限と分類し得るものと客観的制限と分類し得るものの双方が含まれる。客観的制限であることを理由として違憲審査の密度を上げる必要があることについては、少なくない答案が言及できていた。しかし、それにもかかわらず、具体的な審査の段階において、主観的制限とみるべき要件と客観的制限とみるべき要件とを区別して論じた答案は極めて少なかった。「客観的制限については審査密度を上げるべき」ことを知っていたとしても、それを

具体的な審査段階で適切に実践できていない答案には、それほど高い評価を与えることはできない。逆に、要件を主観的制限と客観的制限とに適切に区別し、それぞれについて丁寧に論述が行われていた答案は、高く評価した。

- (4) 問題文において、本件法案は動物の愛護及び管理に関する法律の特別法であるとして、その目的を共有する旨明示されているにもかかわらず、各規制の違憲審査の目的及び手段審査において、この点を看過したと考えられる答案があった。また、各規制がどのような目的によるものか具体的な検討を欠いたまま、表面的に手段審査を行って憲法適合性を結論付ける答案も見られた。例えば、手段審査に関して、本件法案骨子の第2の1の要件の規制目的は、法案の目的に照らし「適切な飼養の確保」にあると読み解くことが求められているところ、当該規制目的が需給均衡ないし供給制限にあるとして、第2の1の要件は目的との実質的関連性がないと結論付ける答案もあった。
- (5) 本問で表れた具体的な事情を適切に評価しているものは多くなかった。例えば、規制対象が犬猫に限られ、それ以外の動物を販売することに規制がかかっていないことや犬猫の市場占有率について触れられていない答案が相当数見られたことは残念である。この点について、同じ動物とはいっても管理の仕方や必要な施設が異なることを指摘して、説得的な論述を展開している答案は高く評価できた。

4 営利広告の自由について

- (1) 職業の自由の問題としてのみ憲法適合性を検討し、営利的表現の自由が問題となり得ることについて全く触れられていない答案も散見された。
- (2) 営利的表現を表現の自由として保護すべき理由として、消費者の知る権利に資することなどを適切に指摘できていない答案が一定数あった。
- (3) 営利的表現の自由については、自己統治の価値が不在であること、純粋な表現の自由ほど高い審査密度を要しないことへの言及はよくできていた。他方で、営利的表現の制約の可否は、誇大広告や虚偽広告だけではなく真実の表現についても問題になることを理解している答案は極めて少なかった。

5 営利広告に対する規制の合憲性について

- (1) 規制②に関しては、営利的表現の自由について、その特性等の基本的な事項が丁寧に説明され、それを踏まえて規制②の合憲性の判断基準が設定されていた答案は、営利的表現の自由に関する理解が伝わり、相対的に良い評価が付いたように思う。他方、規制②が内容規制か内容中立規制かという点について厚く論じている答案が相当数あったが、営利広告に関する規制にはそもそも内容規制が含まれており、内容規制・内容中立規制の二分論で審査密度が決まるものではないという理解に欠けているものと思われ、残念であった。
- (2) 規制②を「事前規制」とする答案が相当数あったが、およそ法における一般的な行為強制・禁止規定などの全てが事前規制に当てはまるかのような書きぶりのものは評価できなかった。事前規制の典型は、許可留保が付された制度のように、私人の個々の行為の許否を当局の審査に係らしめる（その前提として審査のための種々の提出義務を行為前に課す）場面であろう。
- (3) 営利的表現の自由の審査密度について、先例となり得るあん摩師等法による灸の適応症広告事件判決（最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁）について言及できている答案は極めて少なかった。
- (4) 飼い主等による犬猫シェルターへの持込み増加等の問題への対応は飼い主個人の意識改革だけでは限界があるという立法事実や、規制②の規制対象にECサイトが含まれており、経済活動の自由の制約の側面が強く表れるということに言及できている答案は極めて少なかった。
- (5) 目的審査については、規制②がパターンリスティックな側面を含むことについて言及できている答案はかなり少なかった。また、手段審査について、本件法案骨子の第3の存在（甲とXとのやり

とりにも言及あり)を検討していない答案がかなり多くあった。時間配分の問題かもしれないが、問題文及び検討する法案については、答案構想の段階で丁寧に検討をしてほしい。

6 形式面について

- (1) 極めて小さい字で書かれたものや、あまりにも字が汚いものなど、判読できない答案が散見された。採点者が読めない文字では評価の対象にならないことを十分に意識した上で解答を作成願いたい。
- (2) 記述途中に「*部分を挿入」とか「後述の○頁○行目の記述を挿入」と記載して、他の場所に書いてある文章を前の方の文章の補遺として使う答案が見られるが、十分な答案構成をして文章全体を順序良く記述することが望ましい。

1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を参照いただきたい。

2 採点方針

採点に当たり重視している点は、例年と同じく、①分析力（問題文及び会議録中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができるか）、②基本的な理解及び応用力（基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応に言及することができる応用力を有しているか）、③論理的な思考・表現力（事案を解決するに当たっての論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・構成し、本件の具体的事情を踏まえた多面的で説得力のある法律論を展開することができるか）である。知識量には重点を置いていない。

3 答案に求められる水準

(1) 設問1(1)

- ・ 行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）第3条第2項に規定する「処分」の該当性について、判例の一般的な判断基準あるいは法効果性等の各要素を指摘した上で、都市再開発法に基づく第二種市街地再開発事業の事業計画決定に関する最判平成4年11月26日民集46巻8号2658頁、土地区画整理事業の事業計画決定に関する最判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁（以下「平成20年判決」という。）を踏まえ、本件における事業計画が施行地区内の宅地所有者等の権利ないし法的地位に対して有する法的効果を手掛かりに組合設立認可に処分性を認めることができることを指摘し、本件事業計画変更認可が、そのような施行地区内の宅地所有者等の権利ないし法的地位を、何らかの形で直接的に変動させるという意味で、直接的な（個別具体的な）法的効果を持つといえることを示す答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、新たな施行地区の編入を伴う事業計画の変更があると、都市再開発法（以下、単に「法」という。）第71条第5項により、同条第1項の定める権利変換を希望しない旨の申出期間につき、上記変更認可の公告があった日が改めて当該期間の起算日となることや、本件事業にあっては再開発ビルの設計の概要の変更が伴わない形で施行地区が拡大されるため、個々の組合員に割り当て得る権利床の面積が変化することに触れながら、本件事業計画変更認可の処分性を肯定しているものは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、法第38条第2項が、事業計画変更認可についても、原則として事業計画認可と同等の参加手続と公告を定めていることを指摘するものや、法第66条が定める建築行為等の制限について、事業の実現の確実性と関連付けて言及しているものなどは、優秀な答案と判断した。

(2) 設問1(2)

- ・ 手続法上の瑕疵につき、法第38条第2項によれば、事業計画変更認可の申請があった場合には法第16条が適用されるので、同条に従い事業計画の縦覧及び意見書提出手続が履践されなければならないとされていることを踏まえた上で、法第38条第2項括弧書きによれば、当該変更が「政令で定める軽微な変更」である場合には、上記の手続を行う必要はないとされているが、本件事業計画変更認可に係る事業計画の変更は、都市再開発法施行令（以下「法施行令」という。）第4条第1項各号所定の「軽微な変更」には該当しないこと、また、実体法上の瑕疵のうち、都市計画基準（都市計画法第13条第1項第13号）違反については、新たに施行区域に編入されたC地区がB地区とは橋のない河川によって隔てられていること

などから、本件都市計画変更は、同号の「一体的に開発し、又は整備する必要」があるということとはできないこと、施行区域要件（法第3条第4号）違反については、現況が空き地であり、B地区と機能的に関連付けることが困難なC地区を公園として整備しても、同号の「都市の機能の更新に貢献する」と評価することができないことを指摘するものは、一応の水準に達しているものと判断した。

- これに加えて、手続法上の瑕疵につき、手続法上の瑕疵と処分の違法性との関係についての検討をしており、また、実体法上の瑕疵につき、第一種市街地再開発事業を定める都市計画決定には処分性が認められないため、都市計画基準への適合性を事業計画変更認可の違法性として主張し得ることや、法第2条の2第2項により、都市計画決定された施行区域においてのみ市街地開発事業を実施し得るため、施行区域が違法に指定されていれば事業計画も違法になることを指摘するものは、良好な答案と判断した。
- さらに、手続法上の瑕疵につき、法第16条第2項が意見書提出権者を事業に係する権利を有する者に限定していることから、この手続は権利保護目的を持つことを指摘する答案や、「重要な手続に瑕疵がある」ことはそれだけで処分取消事由に該当すると指摘している答案は、優秀な答案と判断した。

(3) 設問2

- 違法性の承継についての最判平成21年12月17日民集63巻10号2631頁(以下「平成21年判決」という。)を踏まえた上で、実体法的観点及び手続法的観点の両面からそれなりに本件事案に即した検討を加え、実体法的観点からも手続法的観点からも違法性の承継が肯定されるとの結論を導いている答案は、一応の水準に達しているものと判断した。
- これに加えて、違法性の承継を否定する立場からの論拠を一定程度挙げた上で、実体法的観点及び手続法的観点の両面から違法性の承継が肯定される論拠を本件事案に即して的確に指摘している答案は、良好な答案と判断した。
- さらに、違法性の承継が、個別的な事情に結論が左右される性質の論点ではなく、制度自体に内在する救済の必要性、許容性を論ずるものであり、事業計画変更認可の制度一般を前提に論ずる必要があることを踏まえた上で、全体として論理的かつ説得的な論述ができている答案は、優秀な答案と判断した。

4 採点実感

以下は、考査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

(1) 全体的印象

(悪筆・誤字等)

- 基本的な理解を疑わせる誤字（権利変更処分など）がないように注意されたい。
- 条文の引用がない答案や引用が不正確な答案が散見された。法律実務家を目指す以上、条文を出発点として議論を組み立てる必要があり、このことは日常の学習においても意識してほしい。
- 判読が困難な悪筆や著しく小さい文字は、採点上非常に困難を来すことになる。可能な限り判読に努めるものの、容易に判読できない場合には、いくら正しいことが書かれていても付点できないことになるので、留意されたい。
- 判読困難な字で解答している答案が少なくなかった。答案には読み手がいること、「書いたこと」ではなく最終的に「読み手に伝わったこと」が採点の対象となることに留意する必要がある。

(法解釈・基礎的知識等)

- 本問で挙げられている関連法令を十分に参照していないと思われる答案が散見された。例えば、設問1(2)において、本問での事業計画変更はC地区の施行地区への編入であるから、

法施行令第4条第1項第1号の「都市計画の変更に伴う設計の概要の変更」には該当しないが、設例において事業計画変更の前に本件都市計画変更が行われたと説明しているためか、本件事業に係る計画変更が同号に該当するとした答案が散見された。しかし、事業計画の内容は、施行地区、設計の概要、事業施行期間及び資金計画とされており（法第7条の11第1項）、施行地区と設計の概要は並列する別個の概念であることに注意しなければならない。

- 本問は都市計画を題材とするものである。一般に、計画策定権者には広範な裁量権が認められるとされているところ、計画策定という行為の性質を踏まえると、それは必ずしも誤った認識ではない。しかし、本問におけるように、計画策定の際に遵守すべき基準が法令上示される場合もある。その場合、それら基準を遵守しているか否かが端的に問われることとなる。

（問いに対する的確な対応）

- 問題文に示されている指標や事情を十分に拾うことができず、その幾つか又は一つのみを取り上げて論ずる答案が多数を占めていた。一つ二つを挙げて事足りりとするのではなく、問題文をよく読み、論ずべき点がないかどうか丁寧に検討されたい。

（判例の論述）

- 設問1(1)、設問2においては、それぞれ参考とすべき最高裁判決が摘示されており、これらの判決は、司法試験受験者であれば必ず学習するはずの有名判例であるにもかかわらず、これらを参考にして的確に論じる答案は少なかった。これは、学習した判例が実際に使える形では身に付いていないことを示すものと言わざるを得ない。
- 設問1(1)は、法科大学院において当然学習したことのある最高裁判決を踏まえて論述することが求められる問題であったところ、当該最高裁判決の理解が十分ではないのではないかと思われた。最高裁判決が、処分性を認めるためには何が問題（ハードル）となると考えて当該判決の理由付けを示していったかを理解していれば省略できないはずの理由付けを省略している答案が散見されたからである。判決の論理を、その各段階・理由として指摘されている各々の点について、それによって何を論証しようとしているのか把握しながら、理解することが必要である。

（途中答案・時間配分）

- 時間が不足していたためか、設問2について、検討が不十分な答案や途中答案が目についた。答案作成に当たっては、時間配分にも留意すべきである。

（2）設問1(1)

（全体について）

- 全体的に出来があまりよくなかった。論述すべき点が多いにもかかわらず、その一部しか論述できていない答案が多かった印象である。
- 問題・ものごとを順序立てて考えて答案にまとめる必要がある。本問の場合、議論の順序としては、①事業計画において定められる（記載される）事項を確認し、次に、②事業計画の策定とその認可により施行地区内の所有権者等の権利義務又は法的地位に対していかなる法的効果が生じたかを確認し、その上で、③当該事業計画の変更とその変更認可によって、当初の事業計画及びその認可により施行地区内の所有権者等に生じていた法的効果に対してどのような変化が生じたかを述べ、この法的効果の変化が処分性を基礎付けることを述べなくてはならないはずである。しかし、残念ながら、このような形で問題を明確に順序立てて、議論している答案はほとんどなかった。

（処分性の基準等について）

- 多くの答案は、処分性について、行訴法第3条第2項を引用の上、最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁（以下「昭和39年判決」という。）が示した基準を挙げ

ることができていたが、ごく稀に、昭和39年判決が示した基準及び処分性に係る要素のいずれも示さない答案もあった。

(平成20年判決について)

- 平成20年判決の多数意見からすると、本件においても、法第66条が定める建築行為等の制限は、本件事業計画変更認可の処分性を肯定する直接の根拠とはならないものと解されるが、同制限のみを根拠として処分性を肯定する答案が散見された。
- 本件事業計画変更認可の処分性が肯定される根拠を、建築制限がなされることや、建築制限の対象が組合員に限定されていることのみに求めたり、あるいは、後続の権利変換処分の取消訴訟では実効的な権利救済が得られないことのみに求めたりするといった、平成20年判決の理解が不十分であると思われる答案が多数見られた。
- 本件事業計画変更認可の処分性を肯定するに当たり、変換計画認可の対象が組合員に限られることのみから法的効果の直接性(個別具体性)を肯定するなど、平成20年判決の理解が不十分であると思われる答案が多数見られた。

(本件事業計画変更認可の処分性を肯定する根拠について)

- 処分性を肯定する根拠として、法第66条による建築行為等の制限を挙げる答案が多かったが、これを建築行為等の制限が「事業実施の確実性を高める」趣旨で正しく指摘している答案は少なかった。
- 本件事業計画変更認可の処分性を肯定するに当たっては、施行地区内の宅地所有者等が、認可の公告の日から起算して30日以内に、金銭の給付を受けて施行地区外へ転出するか、又は新たに建築される施設建築物等に関する権利を取得するかを選択を余儀なくされることが重要となる。しかしながら、同認可により組合員は選択できる権利を得るといったような論調の答案が多かった。法第71条第5項が前提とする同条第1項が「… … 希望し、又は… … 申し出ることができる」と定めているためかもしれないが、このような制度把握からは、処分性を的確に肯定することは難しいであろう。
- 本件事業計画変更認可の処分性を肯定するに当たり、権利変換処分が組合員の財産権に及ぼす影響を論じる答案が見られたが、これでは、本件事業計画変更認可の処分性を論じたことにはならない。
- 処分性を肯定するに当たり、「紛争の成熟性」や「実効的な権利救済」といった用語をお題目のように記載する答案も多かったが、その意味するところを本件に即して説得的に論じている答案はほとんどなかった。
- 処分性を肯定する論拠として、権利変換計画認可の取消訴訟を提起しても事情判決が出される可能性が高いことを指摘する答案が目立った。しかし、問題文中の【市街地再開発事業の制度の概要】で紹介があるように、実際の工事が着手されるのは、権利変換計画認可がなされた後、土地の明渡しを経てからである。この点で、平成20年判決で問題となった土地区画整理事業計画とは異なる。したがって、権利変換計画認可の取消訴訟において事情判決が出される可能性の指摘は、同認可の処分性を肯定する論拠とならない。問題文を丁寧に読むことが求められる。

(処分性の検討の仕方について)

- 本件事業計画変更認可の処分性について、本件事案における固有の事情を検討して論じる答案が散見された。しかし、処分可否かは、基本的に、根拠法令の解釈によって決まるものであって、事案における個別事情の内容で左右されるものではない(ある法律に基づく措置が、事案ごとに処分とされたりされなかったりということは基本的にない)。このことは、平成20年判決をはじめとした、処分性が争われた多くの最高裁判決から明らかかなはずである。

(3) 設問1(2)

(全体について)

- 会議録を読めば、法第16条の手続違反、都市計画基準違反及び施行区域要件違反について検討する必要があることは容易に分かるはずであるのに、そのいずれかの検討を落としている答案が少なからず見受けられた。

(手続法上の瑕疵について)

- 手続の不履践が重大な違反であるとして不履践自体を違法事由とする答案が少なくなかった。本問が問うているのは何故不履践が違法であるかであるので、それが関係規定に違反することを論じなければならない。しかし、不履践自体が違法というのは結論のみを述べるもので、本問の求めるものとは異なるものである。重要な手続の瑕疵は、手続違法が処分を違法とすることの要件の一として捉えた上で、別途論ずべきものである。

(法第38条第2項括弧書きの「政令で定める軽微な変更」について)

- 本件事業計画認可に係る事業計画の変更が「政令で定める軽微な変更」(法第38条第2項、法施行令第4条第1項各号)に当たるか否かにつき、全く検討していない答案が散見された。問題文や会議録を読めば、その点についても検討を求められていることは明らかである。
- 法第38条第2項によれば、事業計画変更認可申請の審査における縦覧・意見書提出手続を省略し得る場合としての「軽微な変更」は「政令」で定めることとされている。したがって、「軽微な変更」という文言がいかにも不確定的であろうとも、いかなる変更が「軽微な変更」であるかは、「政令」の定めのみから判断されなければならない。

「軽微な変更」について法施行令第4条第1項各号への適合性を検討するところまでは到達しながら、第5号「その他第2号に掲げる者に準ずる軽微な設計の概要の変更」が裁量を認める規定であるとして、本件での事業計画変更を個々に含まれないとして行政判断が裁量の逸脱濫用に当たるか否かを検討する答案が散見された。そもそも「設計の概要」の変更を対象にした条文であるため本件には適用し得ないことはおくとして、「第2号に準ずる」軽微な変更として国土交通省令(紙幅の制限により条文そのものは掲げ得なかったが主な内容は注記した。)に掲げるものとされており、法令で十分に具体的に定められているのであるから、端的に条文との関係を検討することで足りる。

- 法第38条第2項の「政令で定める軽微な変更」に当たるか否かの検討に当たり、法施行令第4条第1項第2号は、施設建築物の延べ面積が10分の1を超えるか否かを問題としており、施行地区の編入とは何ら関係がない規定であるにもかかわらず、B地区の面積が約2万平方メートルであること及びC地区の面積が約2千平方メートルであることを理由に、同号に該当し、「軽微な変更」に当たるとする答案が非常に多く見られた。答案作成に当たっては、条文をよく読み、落ち着いて解答することが求められる。
- 手続法上の瑕疵の当てはめについては、初見の条文であることから混乱した受験者も多いように思うが、本件のように権利床に影響を与えるような施行地区の編入がされたにもかかわらず、これが「軽微な変更」であるとして、影響を受ける者への手続保障がされていないというのは不合理であるというバランス感覚を有していれば、当てはめが多少粗かったとしても、答案の方向性自体を大きく誤ることはないため、平素の学習においては、結論の妥当性に関するバランス感覚も養ってもらいたい。

(法施行令第4条第1項の位置付け)

- 法施行令第4条第1項を、行政規則、とりわけ裁量基準であるかのように論じる答案が多かったことには驚いた。確かに、様々な局面で、様々な論拠に基づきながら、行政規則の外部化現象と呼ばれるものは生じている。しかし、法規命令と行政規則はまずは別物であり、法規命令が行政規則のようになっているわけではない。基本的学習がおろそかであると思われた。

- 法第38条第2項が定める「軽微な変更」に当たるか否かについて裁量が認められるとして裁量権濫用の有無を論じる答案が散見された。「軽微な変更」に該当するか否かの判断について行政庁に選択の余地がないことは、法施行令第4条第1項各号の定めから明らかである。条文を丁寧に読むことが求められる。

(手続法上の瑕疵と処分の違法性との関係)

- 法第16条、第38条第2項違反を肯定した上で、「このような手続的瑕疵（手続違法）は実体的瑕疵（実体違法）に当たるか」という問題設定をするという、処分手続の瑕疵の効果という論点を誤解していると思われる答案が散見された。
- 法第16条の手続を履践していないことが本件事業計画変更認可を違法とするか否かについて言及する答案は少なかった。他方で、少数ながら、この点に言及し、かつ、法第16条の手続が関係権利者の権利保護目的を有することや、重要な手続の瑕疵はそれだけで処分の取消事由に該当することなどを説得的に論じる答案もあった。
- 手続規定違反は、当然に処分取消事由となるわけではないため、本件での手続規定違反が事業計画変更認可の効力の帰趨にいかなる影響を及ぼすかを、手続規定違反とは別に検討する必要があるが、手続規定違反を肯定する答案では、比較的多くがその検討を行っていた。その際、答案の大半が、重大な手続規定違反は処分取消事由となり得ることを指摘していたが、本件での手続規定違反が権利保護手続の完全な不実施であったことも重要である。

(都市計画基準違反と施行区域要件違反について)

- 都市計画決定の違法が、本件事業計画変更認可の違法事由となることにつき言及する答案はほとんどなかった。論理的には検討が必要なはずであり、答案作成の際には、順を追って論旨を展開することが求められる。
- 都市計画基準違反（都市計画法第13条第1項第13号）や施行区域要件違反（法第3条第4号）を論じる際に、裁量について長々と論じる答案が目立ったが、本問では、そのような論述は求められていない。解答に当たっては、出題趣旨を的確に把握した上で、問われたことに対し、端的に答えることが求められる。
- 本件事業計画変更認可の違法性を論じるに当たり、法令の規定の文言のみから裁量の存在を肯定した上で裁量権濫用の有無を論じるなど、裁量権濫用論を誤解していると思われる答案が散見された。
- 都市計画基準への適合性と施行区域要件への適合性との区別はおおむねついているものの、問題文で挙げられている具体的な事実をそのいずれかで論ずるかについて誤っている答案が少なくなかった。
- 都市計画基準への適合性と施行区域要件への適合性をまとめて判断する答案が目立った。両者は異なる定めによる異なる基準である以上、それぞれの基準への適合性の判断内容は当然に異なる。条文を丁寧に読むことが求められる。

(4) 設問2について

(全体について)

- 違法性の承継の論点を論じる前提として、公定力や出訴期間制度の趣旨について長々と論じる答案が目立ったが、本問では、実体法的観点と手続法的観点の両面から違法性の承継を肯定する主張を検討することが求められているのであるから、端的に本論に入ることが肝要である。また、Dが本件事業計画変更認可の取消訴訟の出訴期間を徒過していることにつき、問題文中の日付も引用して長々と論じる答案もあったが、本問では、Dが本件権利変換処分の取消訴訟を提起していることを前提に、違法性の承継が問われているのであるから、全く無用の記述である。
- 会議録において、違法性の承継の可否を判断する際に最高裁が手がかりとした点が掲げら

れているのであるから、その議論を踏まえた個別法の解釈を丁寧にしなくてはならない。時間の限界もあったのかもしれないが、極めていい加減であった。行政法の能力は、最後は、個別法の解釈をいかに丁寧にかつ適切に行えるかにおいて示される。一般論を再現するだけでは足りない。

- 本問で求められている「被告B地区組合の反論」について全く触れない答案や、結論として、Dの立場（違法性の承継肯定）ではなく、違法性の承継を否定する立場で結論を導く答案も存在した。設問に対する解答が求められていることを今一度意識してもらいたい。

（実体法的観点からの検討について）

- 実体法的観点からの検討で問題とされるべき同一目的・同一効果について、本件の事案に即して具体的な論述ができている答案は皆無に近く、曖昧にこれを指摘する答案ばかりであった。
- 事業計画変更認可と権利変換計画認可の処分庁が同じかどうかを論じるといった、平成21年判決の理解が不十分である答案が散見された。

（手続法的観点からの検討について）

- 本件事業計画変更認可に当たって、施行地区内の宅地所有者等の権利保護の観点から予定されている手続として、同意（法第38条第2項、第14条第1項）、縦覧及び意見書提出手続（法第38条第2項、第16条）、公告（法第38条第2項、第19条第1項、都市再開発法施行規則第11条第3項第2号）があり、これらについて手続保障の観点から十分といえるかどうかを検討する必要があるところ、これらのうち二つ以上を挙げることができた答案は1割にも満たなかった。
- 手続法的観点に関し、違法性の承継は、制度的・類型的に考察すべきものであるのに、本件においてDが不利益を認識できたかどうかなどの個別的事情を論じている答案が相当数あった。
- 手続法的観点から違法性の承継を肯定する論拠として、Dが事業計画変更認可の取消訴訟を提起できたことを挙げる答案が散見された。しかし、ここで論じられるべきは、取消訴訟を提起する機会を保障する手続が制度化されているかどうかである。
- 手続法的観点からの検討に当たっては、先行行為である事業計画変更認可を争う機会を保障する手続が制度化されているか否かを検討しなければならないところ、この点を肯定する論拠として、施行地区内の宅地所有者等は、施行者に対し、権利変換を希望せず、金銭の給付を希望するか、施行地区外に移転すべき旨を申し出ることができるという、法第71条第1項が定める手続を挙げる答案が目立った。しかし、この手続が、上記事業計画変更認可の違法を争うための手続に該当しないことは明らかである。条文を丁寧に読むことが求められる。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- これまでも繰り返し指摘されていることであるが、行政法の基本的な概念・仕組みを確実に押さえるとともに、重要な最高裁判例を丁寧に読んでその内容・射程を理解した上で、それらの知識を前提にして、事例問題の演習を行うことが求められる。これらを通じて、単に判例の知識を得るにとどまらず、重要な判例が示した法理や判断枠組みを具体的な事例の中で使いこなせるようになることが期待される。また、重要判例の理解や事例問題の演習においては、個別法の条文を読んで、問題となっている制度の仕組みを正確に把握することも目標とされるべきであろう。一見遠回りのようにも、重要判例の事案を丁寧に読み込み、個別法の条文を参照して、その仕組みや法解釈を学び、演習を通じて、その理解を答案に表現することができるようになることが肝要である。