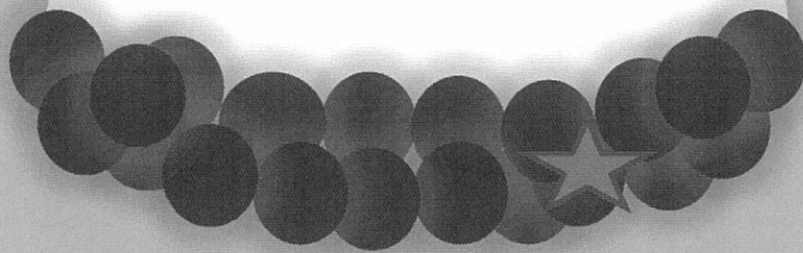


平成 25 年度 司法試験（論文式試験）

（中村充講師の）

出題趣旨分析セミナー



成 績 付 再 現 答 案 レ ジ ュ メ

< 公 法 系 >

TACw セミナー 司法試験講座

< T A C > 無断複製・無断転載等を禁じます。

公法系目次

第 1 問

問題	．．．．．	1
出題趣旨	．．．．．	4
再現答案①	．．．．．	5
再現答案②	．．．．．	9

第 2 問

問題	．．．．．	15
出題趣旨	．．．．．	21
再現答案①	．．．．．	23
再現答案②	．．．．．	25

〔第 1 問〕（配点：100）

A は、B 県が設置・運営する B 県立大学法学部の学生で、C 教授が担当する憲法ゼミナール（以下「C ゼミ」という。）を履修している。C ゼミの 202 * 年度のテーマは、「人間の尊厳と格差問題」である。C ゼミ生は、C 教授の承諾も得て、ゼミの研究活動の一環として貧富の格差の拡大に関して多くの県民と議論することを目的としたシンポジウム「格差問題を考える」を県民会館で開催した。そのシンポジウムでの活発な意見交換を経て、「格差の是正」を訴える一連のデモ行進を行うことになった。そのデモ行進については、C ゼミ生を中心として実行委員会が組織され、A がその委員長に選ばれた。実行委員会は、第 1 回目のデモ行進を 202 * 年 8 月 25 日（日）に行うこととして、ツイッター等を通じて参加を呼び掛けたところ、参加希望者は約 1000 人となった。そこで、A は、主催者として、B 県集団運動に関する条例第 2 条（【参考資料 1】参照）の定めにより、B 県の県庁所在地である B 市の金融街から市役所、県庁に至る片道約 2 キロメートルの幹線道路を約 1000 人の参加者が往復するデモ行進許可申請書を提出した。デモ行進が行われる幹線道路沿いには多くの飲食店があり、市の中心部にある県庁や市役所の周りは県内最大の商業ゾーンでもある。B 県公安委員会は、デモ行進は片側 2 車線の車道の歩道寄りの 1 車線内のみを使うことという条件付きで許可した。

第 1 回目のデモ行進の当日、A ら実行委員会は、デモ参加者に対し、デモ行進中は拡声器等を使用しないこと、また、ビラの類は配らず、ゴミを捨てないようにすることを徹底させた。第 1 回目のデモ行進は、若干の飲食店から売上げが減少したとの県への苦情があったが、その他は特に問題を起こすことなく終えた。そこで、A ら実行委員会は、第 2 回目のデモ行進を同年 9 月 21 日（土）に、第 1 回目と同じ計画で行うこととし、同月 5 日（木）にデモ行進の許可申請を行った。これに対し、B 県公安委員会は、第 1 回目と同様の条件を付けて許可した。

B 県では、次年度以降の財政の在り方をめぐり、社会福祉関係費の削減を中心として、知事と県議会が激しく対立していた。知事は、同月 13 日（金）に、B 県住民投票に関する条例（【参考資料 2】参照）第 4 条第 3 項に基づき、「社会福祉関係費の削減の是非」を付議事項として住民投票を発議し、翌 10 月 13 日（日）に住民投票を実施することとした。

第 2 回目のデモ行進も、拡声器等を使用せず、ビラの類も配らずに無事終了した。ただし、住民投票実施ということもあって参加者は 2000 人近くに達し、「県の社会福祉関係費の削減に反対」という横断幕やプラカードを掲げる参加者もいたし、「社会福祉関係費の削減に反対票を投じよう」というシュプレヒコールもあった。また、デモ行進が行われた道路で交通渋滞が発生したために、幹線道路に近接した閑静な住宅街の道路を迂回路として使う車が増えた。第 2 回目のデモ行進終了後、市民や町内会からは、住宅街で交通事故が起きることへの不安や騒音被害を訴える苦情が県に寄せられた。また、第 1 回目よりも更に多くの飲食店から、デモ行進の影響で飲食店の売上げが減少したという苦情が県に寄せられた。

A ら実行委員会は、第 3 回目のデモ行進を同年 9 月 29 日（日）に行うことにして、参加予定人員を 2000 人とし、その他は第 1 回目・第 2 回目と同様の計画で許可申請を行った。しかし、B 県公安委員会は、住民投票日が近づいてきて一層住民の関心が高まっており、第 3 回目のデモ行進は、市民の平穏な生活環境を害したり、商業活動に支障を来したりするなど、住民投票運動に伴う弊害を生ずる蓋然性が高いと判断し、当該デモ行進の実施が B 県集団運動に関する条例第 3 条第 1 項第 4 号に該当するとして、当該申請を不許可とした。

この不許可処分に抗議するために、A ら実行委員ばかりでなく、デモ行進に参加していた人たち約 200 人が、B 県庁前に集まった。そこに地元のテレビ局が取材に来ていて、A がレポーターの質問に答えて、「第 1 回のデモ行進と第 2 回のデモ行進が許可されたのに、第 3 回のデモ行進が不許可とされたのは納得がいかない。平和的なデモ行進であるのにもかかわらず、デモ行進を不許可としたことは、県の重要な政策問題に関する意見の表明を封じ込めようとするものであり、憲法上問題がある」と発言する映像が、ニュースの中で放映された。そのニュースを、B 県立大学学長や副学長も観

ていた。

A たち Cゼミ生は、当初から、学外での活動の締めくくりとして、学内で「格差問題と憲法」をテーマにした講演会の開催を計画していた。デモ行進が不許可になったので学内講演会の計画を具体化することとなったが、知事の施策方針に賛成する県議会議員と反対する県議会議員を講演者として招き、さらに、今回のデモ行進の不許可処分に関する C 教授による講演を加えて、開催することにした。C 教授の了承も得て、A たちは、Cゼミとして教室使用願を大学に提出した。同じ頃、Cゼミ主催の講演会とは開催日が異なるが、経済学部ゼミからも、2 名の評論家を招いて行う「グローバル化と格差問題：経済学の観点から」をテーマとした講演会のための教室使用願が提出されていた。

B 県立大学教室使用規則では、「政治的目的での使用は認めず、教育・研究目的での使用に限り、これを許可する」と定められている。この規則の下で、同大学は、ゼミ活動目的での申請であり、かつ、当該ゼミの担当教授が承認していれば教室の使用を許可する、という運用を行っている。同大学は、経済学部ゼミからの申請は許可したが、Cゼミからの申請は許可しなかった。大学側は、A が中心となって行ったデモ行進が県条例に違反すること、ニュースで流された A の発言は県政批判に当たるものであること、また講演者が政治家であることから、Cゼミ主催の講演会は政治的色彩が強いと判断した。

A は、B 県を相手取ってこの 2 つの不許可処分が憲法違反であるとして、国家賠償訴訟を提起することにした。

〔設問 1〕

あなたが A の訴訟代理人となった場合、2 つの不許可処分に関してどのような憲法上の主張を行うか。

なお、道路交通法に関する問題並びに B 県各条例における条文の漠然性及び過度の広汎性の問題は論じなくてよい。

〔設問 2〕

B 県側の反論についてポイントのみを簡潔に述べた上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料 1】B 県集団運動に関する条例（抜粋）

第 1 条 道路、公園、広場その他屋外の公共の場所において集団による行進若しくは示威運動又は集会（以下「集団運動」という。）を行おうとするときは、その主催者は予め B 県公安委員会の許可を受けなければならない。

第 2 条 前条の規定による許可の申請は、主催者である個人又は団体の代表者（以下「主催者」という。）から、集団運動を行う日時の 7 2 時間前までに次の事項を記載した許可申請書三通を開催地を管轄する警察署を経由して提出しなければならない。

- 一 主催者の住所、氏名
- 二 集団運動の日時
- 三 集団運動の進路、場所及びその略図
- 四 参加予定団体名及びその代表者の住所、氏名
- 五 参加予定人員
- 六 集団運動の目的及び名称

第 3 条 B 県公安委員会は、前条の規定による申請があつたときは、当該申請に係る集団運動が次の各号のいずれかに該当する場合のほかは、これを許可しなければならない。

一～三（略）

四 B 県住民投票に関する条例第 14 条第 1 項第 2 号及び第 3 号に掲げる行為がなされることと

なることが明らかであるとき。

2 B県公安委員会は、次の各号に関し必要な条件を付けることができる。

一、二（略）

三 交通秩序維持に関する事項

四 集団運動の秩序保持に関する事項

五 夜間の静ひつ保持に関する事項

六 公共の秩序又は公衆の衛生を保持するためやむを得ない場合の進路、場所又は日時の変更に
関する事項

【参考資料 2】B県住民投票に関する条例（抜粋）

第 1 条 この条例は、県政に係る重要事項について、住民に直接意思を確認するための住民投票に係る基本的事項を定めることにより、住民の県政への参加を推進し、もって県民自治の確立に資することを目的とする。

第 2 条 住民投票に付することができる県政に係る重要事項（以下「重要事項」という。）は、現在又は将来の住民の福祉に重大な影響を与え、又は与える可能性のある事項であって、住民の間又は住民、議会若しくは知事の間で重大な意見の相違が認められる状況その他の事情に照らし、住民に直接その賛成又は反対を確認する必要があるものとする。

第 4 条 （略）

2 （略）

3 知事は、自ら住民投票を発議し、これを実施することができる。

4 住民投票の期日は、知事が定める。

第 14 条 何人も、住民投票の付議事項に対し賛成又は反対の投票をし、又はしないよう勧誘する行為（以下「住民投票運動」という。）をするに当たっては、次に掲げる行為をしてはならない。

一 買収、脅迫その他不正の手段により住民の自由な意思を拘束し又は干渉する行為

二 平穏な生活環境を害する行為

三 商業活動に支障を来す行為

2 （略）

【出題趣旨】

本年の問題も、判例を正確に理解した上でそれらを主体的に検討して判断枠組みを構築すること、そして事案を丹念に拾って個別的・具体的に検討することを求めている。本年の問題は、伝統的に表現活動のために使用されてきた場所である道路と、伝統的には公衆の集会のための使用に供されていない場所である大学の教室という、対比的構造となっている。

まず、本問で制約されている権利・自由を確定することが必要である。

道路の使用が許可されないことによって制約される権利・自由は、デモ行進の自由である。デモ行進の自由が憲法上保障されていることについては、異論がない。ただし、その憲法上の位置付けに関して、憲法第 21 条第 1 項の解釈の仕方と関わって、学説は大きく 2 つの見解に分かれる。そのいずれの見解によるのかを、理由も述べつつ、明らかにする必要がある。大学の教室使用不許可処分の場合には、大学の教室は公衆に「開かれた」場所ではないし、学生も当然に教室を使用する権利があるわけではない。しかし、その場合でも、学問や表現・集会の意義を踏まえつつ、Cゼミの使用申請に対する不許可処分の平等原則違反を問うことはできる。したがって、Cゼミによる講演会と経済学部ゼミによる講演会の内容・性質の違いが問題となる。

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。

本問では、1 回目、2 回目と許可されたのに、デモ行進のための 3 回目の道路使用申請が不許可とされた問題であるので、論ずべき中心は当該不許可処分の違憲性である。なお、条例自体の違憲性を論ずる場合には、付随的規制という観点や事前規制という観点から検討を加え、きちんと論じていることが求められる。

道路使用不許可処分の違憲性に関しては、道路の場所としての 2 つの特性が関係する。それは、伝統的に表現活動の場として使用されてきたことと、多くの人がその他の目的で利用する場所であることである。その際、デモ行進の重要性、条例に取り込まれた付随的理由による規制の問題性を、用語の観念的な使用によってではなく、きちんと説明し、検討する必要がある。さらに、「明らか」といえるか否か等について、事案の内容に即して個別的・具体的に検討する必要がある。

教室使用不許可処分の違憲性の場合には、前述したように、教室という場の特性を踏まえた平等原則違反が問題となる。表現の観点に基づいた差別ではないかを、事案の内容に即して検討することもあり得る。Cゼミによる講演会と経済学部ゼミの講演会とは講演者の職業が異なっている等の相違点もあるが、とりわけ、Cゼミの講演会への評価においては、それが学問研究活動の一環であるのか、それとも実社会の政治的社会的活動であるのかについて検討することになる。さらに、Aの発言が県政批判といえるか、仮に県政批判といえるとしても、表現の自由として保障されるAの発言を大学側がマイナスに評価することは許されるのか等についても検討する必要がある。

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。被告の反論の論拠は、設問 2 の第 2 パートである「あなた自身の見解」において、必要に応じて述べればよい。

「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。

その際、「あなた自身」の見解が、原告とも被告とも異なることがあり得る。その場合には、なぜそれらの見解と異なるのかについて、「あなた自身の見解」を論じる必要がある。また、「あなた自身の見解」が結果として原告あるいは被告のいずれかと同じであったとしても、原告あるいは被告と「同じ意見である」と書いてあるだけでは、全く不十分である。その場合でも、「あなた自身」がいずれかの見解に同調する理由をきちんと述べる必要が、必要不可欠である。

1 設問 1

2 第 1 デモ更新申請に対する不許可処分について

3 1 憲法上の主張内容

4 本件 B 県公安委員会が行った不許可処分は、法学部の学生で
5 ある A の、貧富の格差の是正を訴えることを内容したデモ行進
6 をする自由（以下「デモ行進をする自由」と略す）を不当に制
7 約するものとして、憲法（以下略）21 条 1 項に反するものとし
8 て、違憲である。

9 2 憲法上の権利の制約

10 本件では、A は、202* 年 9 月 29 日において、デモ行進の実
11 施の許可申請を行ったが、B 県公安委員会は、B 県集団運動に関
12 する条例（以下「条例 1」とする）3 条 1 項 4 号、B 県住民投票
13 に関する条例（以下「条例 2」とする）14 条 1 項 2 号及び 3 号
14 に該当するものとして、不許可処分をしている。これにより、A
15 は、同日のデモ行進を行うことができなくなった。この意味で、
16 A の「デモ行進をする自由」は制約されている。

17 そして、かかる制約される「デモ行進をする自由」は、21 条
18 1 項において、憲法上保障される権利である。なぜなら、21 条 1
19 項は、表現の自由として、自己の考えや意見を外部に伝達する
20 自由を保障しているところ、A の「デモ行進をする自由」も、
21 貧富の格差の是正に関する意見を外部に伝達するものとして、
22 これに含まれるからである。

23 3 判断枠組み

24 表現の自由は、傷つき壊れやすい権利であるからこそ、最大
25 限の保障が必要である。とりわけ、本件の「デモ行進をする自
26 由」は、貧富の格差の是正という点に固有の価値を見出し、そ
27 れによって、A 自身の人格を形成、発展させようという自己実
28 現の価値を有する。また、同自由は、貧富の格差が拡大してい
29 る要因について、公共的議論を尽くし、それに伴って世論を形
30 成し、それを選挙によって具体化するという自己統治の価値を
31 有し、重要な価値を有する権利である。

32 一方で、規制態様としては、不許可であり、一切のデモの禁
33 止であることから、強度な規制である。

34 そこで、かかる重要な権利に対する強度な制約については、
35 制約してもやむを得ないといえる必要性・相当性がなければなら
36 ないとする。具体的には、「条例 1」3 条 1 項 4 号の前提要
37 件となる「条例 2」14 条 1 項 2 号、3 号は、「明らかに生活環境
38 に対する差し迫った具体的な危険があり、平穏な生活環境が害
39 される蓋然性がある場合」（同 2 号）、「明らかに商業活動に対す
40 る支障を来す差し迫った危険があり、その蓋然性がある場合」
41 に、同条に該当するというべき と考える。

42 4 具体的検討

43 まず、本件不許可処分の目的は、周辺住民の生命身体や商業
44 活動の保護にあるといえるが、本体 B 県公安委員会は、その上
45 記被侵害利益に対する危険性を判断するべきであり、が、住民
46 投票が近づいてきて一層住民の関心が高まってきていることを

法令違憲の検討は、①A は、第 1 回目、第 2 回目のデモ行進の申請は許可されており、許可制自体に不満を抱いているわけではないこと、②立法事実が問題文上書かれていないこと、③時間との関係で不許可処分自体の違憲性について論じることがかなり多いと感じたという理由から検討しなかった。

まず、A の自由がどのように制約されているかを論じた上で、それが憲法上保障されているかという流れで書いた。

自己統治の具体化が選挙であるということを答案上示してほしいと試験委員である先生がいていたので、これは丁寧に論じようと心掛けた。

できるだけ条文解釈を示した判断枠組みを立てようと考えた。

考慮に入れることは、許されないはずである。次に、B 県公安
委員会は、第 1 回目、第 2 回目と続いて行われたデモにおいて、
住民や飲食店からの苦情を重視し、その弊害が生じる蓋然性が
高いと判断している。しかし、実際に、交通事故や騒音被害の
拡大、飲食店の売り上げの減少という弊害が生じていたとはい
えず、かかる住民らの苦情は、いまだ不安感ないし危惧感にと
どまるものといえる。そして、仮に、このような危険・弊害が
生じ得るとしても、デモ行進にあたっては、主催者は、条例 1
第 2 条からすれば、警察署に許可申請書を提出しなければなら
ず、これにより警察側は、その実施日（同条 2 号）、場所（同条
3 号）規模（同条 5 号）等を把握することができる以上、警察の
警備によって十分防止することが可能な危険であるといえる。
よって、本件では、上記条例 2 第 14 条 1 項 2 号 3 号に該当する
ような明らかに差し迫った危険がないにもかかわらず、同条に
該当するとして、不許可処分をしている。

上尾市福祉会館事件を意識し
た論述をしようと考えた。

したがって、本件不許可処分は、21 条 1 項に反し、違憲であ
る。

第 2 教室使用申請に対する不許可処分について

1 憲法上の主張内容

B 県立大学の行った本件不許可処分は、法学部の学生である
A が、B 県立大学において、貧富の格差問題と憲法のテーマに
ついての研究結果を発表する自由（以下「研究結果発表の自由」
とする）を不当に制約するものであり、23 条に反し、違憲で
ある。

答案構成段階では、21 条 1 項の
集会の自由の侵害であると書こう
と考えていた。だが、いざ書き
始めようと思った時に、学問の
自由のうちの研究結果発表の
自由のほうが素直であるし、受
験生の大半が 23 条で論じるで
あらうと考えたことから、急ぎ
よ変更した。

2 憲法上の権利の制約

B 県立大学は、B 県立大学使用規則に基づいて不許可処分を行
っているが、これにより、A は、B 県立大学において、教室を使
用できず、これに伴って、研究結果の発表をすることができな
くなった。この意味において、A の研究結果を発表する自由は、
制約されている。

そして、制約される A の同自由は、23 条で、憲法上保障され
る権利である。なぜなら、23 条は、学問の自由として、研究の
自由、研究結果発表の自由、教授の自由を保障しているところ、
A の同自由も、この研究結果発表の自由に含まれるからである。

3 判断枠組み

学問の自由は、歴史的に弾圧を受けてきた自由であり、特に
手厚い保護が必要な権利ある。とりわけ、本件 A の自由は、自
己が固有の価値を見出し、その成果を発表するものであるから、
個人の人格形成・発展・成長に資するものあり、自己実現の価
値を有するものとして、重要な価値を有する。

一方で、不許可処分は、一切の教室の使用の禁止であるから、
強度な規制である。

そこで、前述したのと同様に、制約してもやむを得ないとい
える必要性・相当性を具備している場合にのみ、不許可処分を
することができる考える。

4 具体的検討

本件では、A としては、「政治的目的」で、教室の使用を申請したわけではなく、あくまで、C ゼミにおける学外での活動の締めくくりとしての学内講演会として、申請をしている。そして、本件では、B は、A らのデモ行進が県条例に違反するとしているが、前述のように、A らのデモ行進は、県条例に違反するものではない。また、講演者に政治家がいるとしても、それによって、政治的色彩が強いということとはできない。むしろ、B 県立大学の学長らは、A がニュースで、A の発言・放映をみていた以上、これに伴って、B 県側にデモ参加者が押し寄せるといった弊害を重視した結果、不許可処分をしたといえる。しかし、原則として、「政治的目的」以外のものについては、許可をするべきである以上、かかる裁量は認められない。

「大学の自治」というキーワードを答案上示すべきであった。

したがって、本件不許可処分は、その必要性・相当性も具備していない以上、23 条に反し、違憲である。

設問 2

第 1 デモ行進申請に対する不許可処分について

(1) B 県側からは、本件では第 1 回目第 2 日目とは異なり、住民投票の実施に伴って、その危険性が増加しており、平穏な生活環境・商業活動を害する相当高度の蓋然性があったため、本件不許可処分は合憲であるとの反論が想定される。

(2) そこで、検討すると、本件では、確かに、A のデモ行進の規模は、第 1 回目の 1000 人から、2000 人とその数は増加し、その規模も大きく、また、その際には、本来の A のデモ行進の目的以外のプラカード等を掲げる者もいた。さらに、実施日が、日曜日であるということもあり、不特定多数人に与える影響も大きかったといえる。しかし、デモ行進の実施においては、片道 2 キロメートルと時間にして、1 時間もかからない程度のものであったし、また、その態様においては、A は、拡声機、ビラ等を使用せず、条例 1 第 3 条 2 項に基づき条件については、遵守しており、住民らに不当な影響を及ぼすようなものではなかったといえる。そうすると、原告のいうように、これによって、寄せられた住民からの苦情については、客観的なデータに基づくようなものではなく、やはり不安感・危惧感に基づくものにすぎないというべきである。そして、他の弊害については、条例 1 第 3 条 2 項 3 号 4 号に基づいた条件をさらに付すこと及び警察の警備を合わせることによって十分に対処することが可能であったはずである。なにより、本件では、社会福祉関係費の削減を中心と知事と県議会が激しく対立していたのであるから、A の貧富の格差の是正を求めるデモ行進の自由は、その重要性をさらに増していたといえる。

この部分は、より深い考察をするべきであったと思われるが、時間もほとんどなく、事実の羅列になってしまったように思う。

したがって、被告の反論を踏まえたとしても、本件では、条例 2 第 14 条 1 項 2 号 3 号に該当するような相当高度の蓋然性も存在しないため、本件不許可処分は、21 条 1 項に反し、違憲である。

この部分は、自信が全くなかったが、本問のような状況の下では、A の貧富の格差の是正を求めるデモ行進の自由は、普段よりも、重要性が増しているのではないかと思い、最後に加えた。

第 2 教室使用申請に対する不許可処分について

(1) B 県側からは、学校内の教室使用許可については、学業に通

139 曉した学校長の裁量が広く認められるため、本件不許可処分は
140 合憲であるとの反論が想定される。

141 （2）そこで、検討すると、確かに、前述のように、A のデモ行進
142 に条例違反があったわけではない。しかし、学内講演会の講演
143 者として、県議会議員の賛成派と反対派が参加していることか
144 らすれば、それは、一学生の研究結果の発表にとどまらず、「政
145 治的」色彩が強い点は否定することができない。そして、A の
146 デモ行進の規模が 2000 人を超えるような人数であること、A が
147 B 県側のニュースに発言をしていることからすれば、A の学内
148 講演会に、多数人が押し寄せることもあり、かかる弊害に対処
149 することも、学校長の裁量の範囲内にあるものといえることが
150 できる。

どのような弊害が生じる
のか、教育環境や他の学生
に対する影響なども具体
的に論じられればよかつ
た。

151 したがって、本件不許可処分は、23 条に反せず、合憲である。

152 以上

<総合コメント>

憲法に関しては、できるだけ攻めすぎず、受験生が書くよう
なことを無難に処理しようと考えていた。問題をみた際には、
試験委員が書いて欲しい事実が問題文に散りばめられていたた
め、できるだけ答案構成を短くして、量を書こうと思った。そ
の際には、デモ行進の自由と住民の生命身体の安全の対立、研
究結果発表と大学の自治の対立だけは明確に示しながら書いて
いこうと思った。

<時間配分>

答案構成：37 分

答案作成：83 分

第 1 設問 1

- 1 A の訴訟代理人として、国家賠償法 1 条 1 項の「違法」性を基礎づけるために、以下の 1 点の法令違憲と、2 点の処分違憲の主張をする。
- 第 1 に、B 県集団運動に関する条例（以下、単に「条例①」という。）3 条 1 項柱書が、許可制を採用している点と、それが合憲としても、要件として 3 条 1 項 4 号にて「平穏な生活環境を害する行為」、「商業活動に支障を来す行為」を不許可事由としている点が、B 県にて集団運動を行う主催者の集会の自由を侵害し、憲法（以下、省略する。）21 条 1 項に反し、違憲である。
- 第 2 に、B 県公安委員会が、デモ行進の実施が条例① 3 条 1 項 4 号に該当するとして申請を不許可とした処分（以下、単に「処分①」という。）が、A の集会の自由を侵害し、21 条 1 項に反し、違憲である。
- 第 3 に、B 県立大学教室使用規則（以下、「本規則」）に基づき、同大学が、C ゼミの申請は許可しなかった処分（以下、単に「処分②」という。）が、A の集会の自由及び研究発表の自由を侵害し、21 条 1 項、23 条に反し、違憲である。

導入は、立法不作為以外の国賠が初めて出題されたから、やや助長。

2 第 1 の主張

- (1) まず、集会とは、複数の者が同一の場に集まり、相互に意見の表明、交換を行うことを言い、何らかの思想の表明を内包するものである。そのため、集会を行う際に公権力からの干渉を受けない自由としての集会の自由は、表現の自由の内容として保障される。そして、集団運動も動く集会として、集会に含まれる。
- この点、道路の使用を求める権利は、いわゆる国家からの自由としての自由権では説明できない。
- しかし、本来の利用目的に加え、表現の場としての意義を持つ場については、その機能に鑑み、表現の自由の保障に対して可能な限り配慮すべきとするパブリック・フォーラム論により、従来から伝統的に表現の場として利用されてきた公共施設や道路を、表現活動のために使う限りにおいては、その利用を請求する権利も表現の自由の内容として保障されるといえる。
- したがって、B 県民が集団活動という表現活動を行うために道路のような公共施設の利用を求める権利は、集会の自由の内容として 21 条 1 項により保障される。
- (2) そして、萎縮効果のある許可制を採用し、事後的に罰するのではなく、事前に規制して利用自体を認めないことは、上記自由への制約となる。
- また、条例① 3 条 1 項 4 号が、B 県住民投票に関する条例（以下、条例②）14 条 1 項 2 号 3 号が守ろうとしている「平穏な生活環境」と「商業活動」との利益への侵害を理由に不許可処分を行うこととしていることも、上記自由への制約となる。
- (3) そこで、公共の福祉（13 条後段）による制約として、正当化されるか、合憲性判断基準が問題となる。
- まず、集会の自由は精神的自由であり、民主政の過程を支え、かつ、裁判所に審査能力が認められ、立法府の判断を必要以上に尊重すべきともいえず、厳格な審査をすべきである。
- また、個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させる自己実現の価値、言論活動によって国民が政治的意思決定に関与する自己統治の価値が認められ、重要な権利でもあり、厳格な審査が妥当する。
- さらに、表現の自由に対する制約の強さの違いによって審査密度が変わるべきである。本件規程は、B 市の住民が道路にて集団運動をすることを禁止するものであり、集団運動という費用を要せず利用しやすく、かつ、大衆への影響力の多大な表現手段を広範囲に規制することは、多数の賛同者を率いて議会及び周辺地域へと意見を表明しようとする住民に対し、その遂行を困難とさせる。
- そこで、かかる規制は、表現の自由に対する強い制約なり、たとえ内容中立規制であっても、厳格な審査基準にて判断すべきこととなる。
- 具体的には、規制目的がやむにやまれぬ必要不可欠なものであり、かつ、目的達成手段として必要最小限である場合にのみ、合憲といえる。
- (4) 本件では、条例①が 3 条 1 項柱書にて許可制を採る目的、および 3 条 1 項 4 号が不許可事由として条例②の自由を準用する目的は、集団運動により弊害が生じることを未然に防止する点にあるといえ、それ自体は重要と言える。
- しかし、許可制にて集団運動を行うこと自体を原則として禁止せずとも、届出制を採用し、条例① 3 条 2 項の「必要な条件を付ける」との手段を活用することで目的は達成しうると言える。
- また、仮に許可制を採用すること自体が正当化されても、その不許可事由とされる条例① 3 条 1 項 4 号、条例② 14 条 1 項 2 号 3 号が守ろうとしている平穏な生活環境と商業活動の利益は、いずれも自己統治の価値を有する集団行進の自由に対して劣後する利益であり、それらの利益の保護のために集団運動を行うこと自体を制約することは、目的との間に実質的関連性が無いと言える。
- したがって、目的達成手段として、実質的関連性が認められず、条例① 3 条 1 項柱書及び、同項 4 号は、21 条 1 項に反し、違憲である。

保護範囲の部分と、正当化の部分でパブリックフォーラム論を展開。

3 第 2 の主張

- (1) 上記のとおり、主催者である A には、B 県にて集団活動という表現活動を行うために道路のような公共施設の利用を求める権利は、集会の自由の内容として 21 条 1 項により保障される。
- (2) そして、A が、第 3 回目のデモ行進の許可申請を行ったのに対し、デモ行進の実施が条例① 3 条 1 項 4 号に該当するとして、当該申請を不許可とされており、上記自由に対して制約がある。
- (3) そこで、公共の福祉による制約として、正当化されるかが問題となる。

抽象論は全部上でしたから、あとは明白かつ現在の危険のあてはめ。

この点、集会の自由の重要性に鑑みれば、公共施設の管理者は、当該施設の構造やその設置目的、申し込みの競合等の物理的な理由による場合の他は、施設をその集会のために利用させることによって他者の基本的な人権が侵害され、公共の福祉が損なわれる危険がある限り、その利用を拒むことができる。

そして、そのような規制は、集会の自由の重要性と、集会の開催によって侵害される危険性のある他者の人権の内容等を比較衡量し、必要かつ合理的と認められる限り、21条1項に反せず、合憲と言える。

そのうえ、危険性の程度としては、単に危険な状態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が客観的・具体的に予見されることが必要である（泉佐野市民会館事件参照）。このことは、条例①3条1項4号にて「なされることが明らかであること」との文言が用いられていることから根拠づけられる。

(4) 本件では、「格差の是正」を訴える連のデモ行進で、主催者も、憲法ゼミナールである C ゼミにて「人間の尊厳と格差問題」をテーマに履修している学生である。この中の A の主催により行われる集団運動にて生じる危険性の程度としては、実行委員会が、デモ参加者に対し、デモ行進中は拡声器等を使用しないこと、また、ビラの類を配らず、ゴミを捨てないようにすることを徹底させたことから、非常に低いと言える。

一方で、平穏な生活環境を害する行為の該当性としては、第2回目のデモ行進で、騒音被害が生じたことや、交通事故の起きる可能性があったこと、そして、商業活動に支障を来す行為の該当性としては、飲食店の売上げが減少したという苦情があったことが考えられるか。だが、いずれも、それらの被害が生じるように A らが意図的に行動したわけでもなく、デモ行進が行われた道路に近接した閑静な住宅街の道路を迂回路として使う車が増えたという偶発的な事情によるものである。また、交通事故、売上げ減少はいつもの観念上の想定に過ぎないもので、それに基づける具体的事実はない。

また、住民投票実施が間近であることもあって3回目の集団運動にて参加者が増加すること、「県の社会福祉関係費の削減に反対」という横断幕やプラカードを掲げる参加者、「社会福祉関係費の削減に反対票を投じよう」というシュプレヒコールの存在も想定されるが、A の許可申請は参加予定人数以外につき第1回、第2回と同内容のものであり、単に危険な状態を生ずる蓋然性があるに過ぎない。

よって、第3回目のデモ行進により明らかな差し迫った危険の発生が客観的・具体的に予見されるとまではいえず、いまだ観念上の想定に過ぎない。したがって、処分①は、21条1項に反し、違憲である。

4 第3の主張

(1) 憲法23条の学問の自由は、学問的研究の自由とその研究成果の発表の自由とを含むものであって、同条が学問の自由はこれを保障すると規定したのは、一面において、広くすべての国民に対してそれらの自由を保障するとともに、他面において、大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とすることにかんがみて、特に大学におけるそれらの自由を保障することを趣旨としたものである。

そして、C ゼミによる講演会には、集会との側面と、学問研究の発表としての側面があり、いずれの面でも、A は21条1項および23条にて保障されている。

(2) そして、処分②により、大学の施設利用ができないため、ゼミの講演会ができなくなっており、制約がある。

(3) この点、大学の自治により、大学の施設と学生の管理についても、ある程度大学に自主的な秩序維持の権能が認められている。そのため、教室利用につき許可制を採用し、規則により規律することにつき大学には一定の裁量権認められる。

しかし、本規則では、「政治的目的での使用」は認めず、「教育・研究目的での使用に限り」、許可すると定められている。

そして、大学施設とは、学問研究の場として提供される施設であるため、当該大学で行われている学問研究については、原則として許可しなければならず、拒否できるのは明白かつ現在の危険が認められ、他に取得手段がない場合に限るといえる。

そして、生じる危険のうち、類型的に「政治的目的での使用」と定めるのであれば、その該当性判断は、当該学問の性質と政治との関連性をも判断すべきである。具体的には、政治を研究の対象とする社会科学の分野を扱う学問においては、党派的な意見がなされる場合にのみ、学問の自由として想定される範囲を超える危険が生ずるといえ、意見として肯定否定の両面を含む中立の立場のものによっては危険が生じないといえる。

(4) 本件では、C ゼミは、「人間の尊厳と格差問題」をテーマとし、経済問題を扱う憲法ゼミである。そして、ゼミ生は以前 C 教授の承諾も得てゼミの研究活動の一環として貧富の格差の拡大に関して多くの県民と議論することを目的としたシンポジウム「格差問題を考える」を県民会館で開催している。そして、その学外での活動の一環として、当初からデモ行進と学内講演会を行うことを計画していた。そのため、講演会は憲法という政治に関する学問の一環として格差社会を研究するために行われるに過ぎず、県の重要な政策問題に関して意見を述べるために開催するものとはいえない。よって、明白かつ現在の危険はないといえる。

また、同大学は、2名の評論家を招きグローバル化と格差問題を検討する経済学部のゼミからの申請は許可している。この経済学部のゼミも C ゼミも「教育・研究目的での使用」として内容面で異ならず、かつ、ゼミ活動目的での申請でゼミの担当教授が承認もしているため、経済学部のゼミに使用許可がなされるのであれば、C ゼミの講演会にも明白かつ現在の危険はないとして許可処分がなされることとなるはずである。

23条だけの方がよかったかもしれない。21条をあげてしまったために、「一般集会としての性質を有する場合に、学問研究の発表でない」との趣旨の構成が保たれなくなって、後半がぐまかされている。

したがって、処分②は、21条1項、23条に反し、違憲である。

第2 設問2

1 第1の主張

(1) 反論

集団行動は、多数人が集まり物理的な力を潜在的に有し、瞬にして暴徒と化す危険性がある。そのような危険性を回避するために最小限度の事前規制をすることは21条に反しない。

その最小限度の判断基準の審査密度は、規制が恣意的か否かで判断すべきであり、時・場所・方法に着目した内容中立規制である以上、狙い撃ちとなる危険性は低いといえ、立法府の裁量を尊重した緩やかな規制で足りる。

そして、目的達成手段として最小限度のものとしては届出制が考えられるが、文面上では許可制を採用していても、原則として許可が義務付けられ、きわめて例外的に不許可処分をなしているような場合には、実質が届出制と異ならず、最小限度の制約と言える。そして、条例①は届出制にあたる。

よって、合憲である。

(2) 私見

ア まず、集会の自由がB県民に保障され、制約を受けていることは原告の主張が正しい。

イ そして、内容規制が厳格な審査をされる根拠は、恣意的な規制がされる恐れが高い点と、表現の自由に対する規制の程度が強い点にある。

つまり、内容規制が、特定の表現への狙い撃ちとなり、かつ、特定の表現が思想の自由市場に顕出すること自体を封じるのに対し、内容中立規制は、時・場所・方法に着目するのみで恣意的な規制の疑いが低く、かつ、別の形式にて顕出が可能であるとの違いに審査基準の厳格さに差が出る。

そして、審査密度は、このような観点に加え、規制が直接的なものか、又は、間接的・付随的なものかという点からも判断すべきである。

ウ 本件では、規制態様に着目した内容中立規制といえ、かつ、集団運動を行う者の意見表明そのものの制約を狙いとせず、その行動のもたらす弊害の防止を狙いとした間接的・付随的な制約といえる。そのため、審査基準はやや緩やかに、規制目的が重要であり、かつ、目的達成手段として実質的関連性がある場合にのみ、合憲といえる。

エ 本件では、目的自体は重要と言える。

そして、瞬にして暴徒と化す危険性を含む集会へ事後規制で対応することが困難な場合は存在し、事前に許可制にて集団運動自体をすることは、目的達成手段として、実質的関連性があるといえる。

さらに、不許可事由として条例①3条1項4号は、「なされることが明らかであること」との文言を用いている。この点で、単に蓋然性がある場合を除いているといえ、目的との間に実質的関連性があるといえる。

したがって、目的達成手段として、実質的関連性が認められず、条例①3条1項柱Ⅱ及び、同項4号は、合憲である。

2 第2の主張

(1) 反論

B県公安委員会は、住民投票日が近づいてきて、府住民の関心が高まっており、第3回目のデモ行進は、多くの飲食店や、市の中心部にある県庁や市役所の周りの県内最大の商業ゾーンにて、市民の平穏な生活環境を害したり、商業活動に支障を来したりするなど、住民投票運動に伴う弊害を生ずる蓋然性が高く、処分①は合憲であると反論する。

具体的には、集団運動の活動内容が同じであっても、住民投票の期日が迫っていることから集団運動への住民の関心が高まっており、必ず参加者が増加するとの点で前の2回の運動とは異なることを指摘し、平穏な生活環境を害する行為も商業活動に支障を来す行為も、第2回目のデモ行進以上に起きる可能性が高いことを主張する。

(2) 私見

ア 不許可事由である、条例②14条1項2、3号に掲げる行為が「なされることが明らかであるとき」の意味・内容の解釈にあたっては、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるようなものでなくてはならない。

そして、許可権者を「B県公安委員会」（条例①1条）、提出先を「開催地を管轄する警察署」（条例②2条）としていることから、その意味は、平穏な生活環境への侵害や、商業活動への支障の程度が、警察力で防止できないほどの被害が発生する蓋然性がある場合や受忍限度を超える場合を意味しているといえる。（上尾市福祉会館事件参照）。

イ たしかに、住民投票実施ということもあって参加者は2000人以上になることが見込まれ、第2回に引き続き、横断幕やプラカードを掲げる者、シュプレヒコールがいて、住宅街で交通事故が起きることへの不安や騒音被害を訴える苦情、多くの飲食店から、デモ行進の影響で

被告はポイントのみと指定。

暴徒。ルール論は時間不足。

あっさり合憲。「そもそも第1回、第2回の許可処分の時には叫び訴求しなかったではないか」との点も浮かんだが、無視。

事実を拾い、比較

上尾意識。事件が1つになっているようできどなく、やや抽象的。

139 飲食店の売上げが減少したという苦情が県に寄せられ、何の対処もしなければ前回以上の危険が生じるともいえる。
140 しかし、3000人以上が参加したとしても、警察が人員を動員することで生じる弊害を防止し、発生を回避することは可能である。また、
141 これまで生じている苦情は、いずれも集団運動により当然に生ずる弊害であり、未だ受忍限度を超えているとはいえない。よって、警察力では
142 防止できないほどの被害が発生する蓋然性がなく、受忍限度を超えてもいないといえる。

143 したがって、処分①は、21条1項に反し、違憲である。

144 3 第3の主張

145 (1) 反論

ばばろ意識

146 ア 前提として、処分②は、そもそも大学内部の問題であり、部分社会の法理により、自律的法規範を持つ大学の自治的措置に任せられるべき
147 であり、司法審査の対象とならない。

148 イ そして、一般の公衆が自由に入場券を買って入場することを許されたものと判断されるのであって、本件集会は決して特定の学生のみの集
149 会とはいえず、むしろ実社会の政治的社会的活動である学外の集会と見なさるべきである。そのため、もはや真に学問的な研究と発表のため
150 のものでなくなるものとして、大学の学問の自由と自治は、これを享有しないこととなる。

151 具体的には、①Aらが行ったデモ行進が県条例に違反した点、②ニュースで流された「デモ行進を不許可としたことは、県の重要な政策問題
152 に関する意見の表明を封じ込めようとするものであり、憲法上問題がある」とのAの発言は県政批判に当たる点、③講演者が政治家である点か
153 ら、ゼミ主催の講演会は「政治目的」であり、反論と主張する。

154 (2) 私見

①②③を評価。

155 ア 前提として、部分社会の法理については、処分②は、講演会という一般市民法秩序と直接の関係を有する事案についての問題であり、司法
156 審査の対象となるといえる。

157 イ そして、大学の自治が23条によって保障され、大学には施設管理の自治が認められる。だが、大学の自治とは、大学の自主的な決定に任
158 せ、大学内の問題に外部勢力が干渉することを排除する機能をもつものであり、外部からの制約が歴史的に多いことから制度的保障として形
159 成された大学の自治を、構成員である学生への制約の根拠とすべきでない。そのため、大学の自治を大学と学生との内部問題に援用し、施設
160 管理について大学の過度の裁量を根拠づけることは不適切といえる。

161 そこで、大学の施設と学生の管理についての裁量にも限界はあり、必要な程度でのみ大学に自主的な秩序維持の権能が認められることにな
162 る。

163 ウ そこで、真に学問的な研究又はその結果の発表のためではなく、実社会の政治的社会的活動に当たり、かつ、公開の集会又はこれに準じる場
164 合にのみ、「政治目的での使用」に該当するといえ、それに該当しないにもかかわらず不許可とした場合には裁量の逸脱濫用として、21条1
165 項、23条に反し、違憲となる。

166 エ まず、①Aらが行った集団運動が県条例に違反との点については、AらCゼミ生は、当初から、学外での活動の締めくくりとして、学内で
167 「格差問題と憲法」をテーマにした講演会の開催を計画していた。そのため、集団運動と講演会とは、格差問題を考える学習の環として共通
168 してはいるものの、別の行事であり、前者の条例違反を理由に、後者が当然に真に学問的な研究結果の発表のためとの性質を失うものではな
169 い。

170 次に、②Aによる県政批判とも読める発言については、デモ行進が不許可になったことが、学内講演会の計画を具体化するきっかけとはな
171 っていないが、講演会の内容に、Aの意見が特に出反映される点は見られず、憲法のゼミとして現実の政治問題を扱うのに必要な限りで実社会の
172 政治的社会的活動についての意見がなされるといえる。このような政治社会に関する意見が講演会にてなされることは、憲法という学問の性質
173 から当然のことである。

174 そして、③講演者が政治家との点については、知事の施策方針に賛成する県議会議員と反対する県議会議員を講演者として招いており、た
175 とえ、B県で、次年度以降の財政の在り方をめぐり、社会福祉関係費の削減を中心として、知事と県議会が激しく対立していたとしても、両
176 立場の講演者に発言させることから、内容が中立的であるといえ、真に学問的な研究又はその結果の発表としての性質は失われないといえる。

177 したがって、Cゼミの講演会は、真に学問的な研究又はその結果の発表のためのものであり、実社会の政治的社会的活動といえず、「政治目
178 的での使用」に該当しない。したがって、処分②は21条、23条に反し、違憲である。

179 4 結論

180 以上より、処分①及び処分②について違憲といえ、Aによる国家賠償請求は認められる。

以上

＜総合コメント&時間配分＞

- ・昼飯は「サバほぐし弁当@セブンイレブン」。釣りに行く時の親父の好物。うまい。
- ・昼休みは某答練の参考答案と、表現の自由の論証、注意すべき考慮要素の復習をまんべんなく。

13:15 着席

- ・トイレが混む。早め行く人と、直前に行く人が多いから、昼休み半ばが狙い目。
隣は結局来ない。遅刻して暴れたらどうしようと考えていたが杞憂だった。少し寂しい。

13:30 問題配布

- ・表紙の3「1ページから4ページまで」、少ない。よかった。
もう法令違憲がでるだろうから、2ページ事案で、1ページ仮想の法文だろうと予想。

13:45 開始（青シールはがし成功。枚数が少ないと失敗しやすいとのデマに畏怖）

- ・まずは全体。設問2つ。なお書きと、「反論についてポイントのみ」との新記載に苦笑い。
- ・集団行進（「その他表現」or 動く集会）と大学の自治かあ。東京都公安、新潟公安、泉佐野、上尾市、東大ボロとの違いを意識して読む決意。資料は条例×2。しかし、立法事実がなさそう。
- ・設問1が原告、設問2がポイント絞って反論と、私見か。次に、設問を斜め読み。だが、司法事実がほとんど。
取り敢えず、構成用紙中心に縦線1本、横に3本線を入れ、法令違憲1、処分違憲2と予想。

13:46 検討、条文さがし

- ・司法事実が多く、立法事実が少ないため、メインは2つの処分の適用違憲だろう。しかし、B県立大学教室使用規則が2行しか引用されていないのに対して、B権条例は抜粋したある以上、法令違憲を書く受験生も多いだろう。…簡易であっても、書くべきだと決定。
- ・時間切れを警戒し、1で主張を要約しておこう。
- ・H22年のホームレス事案以来の国賠問題。あれは立法不作為だったから「違法」について在外国民の規範を書いたが、今回はどうすべきか。ゼミでも結論が出なかった部分。
最初の1行にて、「違憲＝違法」という立場を示し、憲法上の主張に集中することに。
- ・書くべきことは浮かんだが、パブリックフォーラムの扱いに悩む。「道路」という伝統的一について、「公の施設」についての泉佐野の問題意識や、吉祥寺駅ビラ配布の伊藤補正意見の考え方をどこまで及ぼすことができるか。また、許可制自体についても争うべきか。
- ・「集会」の定義と特性、表現の自由の重要性、事前の規制や内容規制が厳格な審査を受ける理由、などの抽象論についても、あてはめの時間が無くならない程度に記載。
- ・文言、目的、行進態様、3回目といった事情から、危険な状態が生じる蓋然性の認定。
- ・「政治目的」解釈後、憲法ゼミ、偏向なし、使用に至る経緯などの事情から、該当性判断

14:02 答案構成終了（普段は25分だが、適用違憲に時間を割くために短めに）

・
・
・

- ・第1 設問1 約45分で答案作成
- ・第2 設問2 約50分で答案作成

・
・
・

15:45 終了

MEMO

〔第 2 問〕（配点：100〔設問 1〕と〔設問 2〕の配点割合は、6：4）

A は、土地区画整理法（以下「法」という。）に基づいて 1987 年に設立された B 土地区画整理組合（以下「本件組合」という。）の組合員である。本件組合の施行する土地区画整理事業（以下「本件事業」という。）については、当初、国及び C 県からの補助金並びに保留地（事業費を捻出するために売却に用いられる土地をいう。）の処分による収入により実施する計画であったが、地価の下落により、保留地の処分が計画どおり進まなかったため、本件組合は、度々資金計画を変更して、補助金の増額や事業資金の借入れにより対応してきた。しかし、なおも地価の下落が続ぎ、事業費不足が生じたため、本件組合は、組合員に対して総額 15 億円の賦課金の負担を求めることとした。

本件組合は、2012 年 6 月 17 日に開催された臨時総会（以下「本件臨時総会」という。）において、賦課金の新設を内容とする定款変更（以下「本件定款変更」という。その内容については、【資料 1】を参照。）について議決した。また、本件臨時総会においては、賦課金の額及び徴収方法を定める賦課金実施要綱（以下「本件要綱」という。）が議決された。本件要綱によると、300 平方メートル以下の小規模宅地の所有者又は借地権者（以下「所有者等」という。）には、賦課金は課されず、300 平方メートルを超える宅地の所有者等に対して、300 平方メートルを超える地積に比例して、賦課金が割り当てられる。すなわち、各組合員の賦課金の額は、 $\{(地積 - 300\text{m}^2) \times \text{賦課金単価}\}$ とされ、賦課金単価は、 $\{15\text{億円} \div (\text{総地積} - \text{総賦課金免除地積})\}$ とされている。本件臨時総会で、本件組合の理事 D は、小規模宅地の所有者等に対する政策的配慮から、小規模宅地の所有者等については一律に賦課金支払義務を免除した旨を説明した。

本件臨時総会における本件定款変更の議決状況は、【資料 2】のとおりである。書面による議決権行使の書類については、本件組合の理事 D が組合員により署名捺印された白紙のままの書面議決書 500 通を受け取り、後で議案に賛成の記載を自ら施していた。

本件組合は、法第 39 条第 1 項の規定に基づき、本件定款変更について認可を申請し、C 県知事は、2012 年 12 月 13 日付けで、本件定款変更の認可（以下「本件認可」という。）を行った。

本件事業の施行区域内に 2000 平方メートルの宅地を所有する A は、本件認可に不満を持ち、C 県の担当部署を訪れて、本件認可を見直すよう申し入れるとともに、聞き入れられない場合には、本件認可の取消しを求めて訴訟を提起する考えを伝えた。しかし、C 県職員からは、本件認可を見直す予定はないこと、及び、本件認可は取消訴訟の対象とならないことを告げられた。途方に暮れた A は、知り合いの弁護士 E に相談した。

以下に示された【法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士 E の指示に応じ、弁護士 F の立場に立って、設問に答えなさい。

なお、土地区画整理法の抜粋は【資料 3】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。ただし、土地区画整理法及び同法施行令の規定によると、費用の分担に関する定款変更は総会の特別議決事項とされており、組合員の 3 分の 2 以上が出席し、出席組合員の（人数及び地積における）3 分の 2 以上で決することとされているが、これに関する規定は【資料 3】には掲げていない。

〔設問 1〕

本件認可は、取消訴訟の対象となる処分に当たるか。土地区画整理組合及びこれに対する定款変更認可の法的性格を論じた上で、本件認可の法的効果を丁寧に検討して答えなさい。

〔設問 2〕

本件認可は適法か。関係する法令の規定を挙げながら、適法とする法律論及び違法とする法律論として考えられるものを示して答えなさい。

【法律事務所の会議録】

弁護士 E：A さんは、本件認可の取消訴訟を提起したい意向です。そこで、まず、訴訟要件について検討しましょう。本件認可に処分性は認められるのでしょうか。

弁護士 F：「認可」という文言からして、処分性は問題なく認められるのではないのでしょうか。

弁護士 E：本件では、土地区画整理組合に対する認可である点に注意が必要です。A さんの話では、C 県の職員は、「本件組合は、行政主体としての法的性格を与えられている」と述べたそうです。

弁護士 F：本件組合が行政主体であるとは、どういうことでしょうか。土地区画整理法にそのようなことが規定されているのでしょうか。

弁護士 E：認可の法的性格を考える上で前提になりますから、検討をお願いします。それから、C 県の職員は、「下級行政機関である本件組合に対する本件認可は、処分に該当しない」と明言していたようです。なぜ本件認可の処分性が否定されることになるのか、C 県側の立脚している考え方について、整理してください。その際、C 県側の主張の論拠となり得る土地区画整理法の規定があれば、挙げてください。

弁護士 F：承知しました。ただ、本件認可の法的効果を幅広く検討することによって、処分性が認められる余地があるのではないのでしょうか。

弁護士 E：なるほど。本件認可の法的効果を条文に即して幅広く検討する必要がありますね。A さんの話では、C 県の職員は、「市町村が土地区画整理事業を行う場合には、定款ではなく施行規程を条例で定めることとされています。条例の制定行為に処分性が認められないのと同様に、本件認可は処分に該当するものではありません。」と述べたそうです。この主張がどのような法的根拠に基づいており、何を理由に処分性を否定する趣旨なのか、明らかにする必要があります。また、この主張に対してどのように反論すべきかについて、重要な点ですから、賦課金の具体的な仕組みに即した丁寧な検討をお願いします。

弁護士 F：承知しました。

弁護士 E：次に、本件認可の適法性について検討しましょう。A さんの話では、本件事業は、地価が高騰しつつあったバブル経済期に計画され、保留地を高値で売却できることが資金計画の前提とされていました。ところが、バブル経済の崩壊により、この前提が大きく崩れたにもかかわらず、本件組合は、地価はいずれ持ち直すという楽観的な見通しのもとに資金計画を変更し、さらに資金計画の変更を迫られるということを繰り返しています。今回の資金計画の変更は、事業当初から数えて 7 回目に当たります。このような度重なる資金計画の変更は、本件組合が本件事業を遂行できるのかについて大きな疑問を抱かせるものであること、また、本件事業は既に実質的に破綻しており、賦課金の新設を認めることは違法であることなどが、A さんの主張です。A さんの主張が本件認可の違法事由として法律構成できるものなのかについて、土地区画整理法の条文に即して検討してください。

弁護士 F：承知しました。

弁護士 E：それから、A さんの不満は、本件定款変更が本件臨時総会で議決された経緯にもあるようです。費用の分担に関する定款変更は、特別議決事項とされていますが、本件臨時総会の議決状況を見ると、形の上では、議決の要件を満たしていますね。ただ、書面議決書の取扱いに問題があるように思われますので、この点についての違法性を、C 県側の反論も想定した上で、検討してください。

弁護士 F：承知しました。A さんは、賦課金の算定方法が不公平であるという点にも不満を持っておられるようです。私の方で少し調査しましたところ、本件組合の組合員 1 人当たりの平均地積は約 482 平方メートルですが、300 平方メートル以下の宅地の所有権等を有し、賦課金が免除される組合員は 930 名で、総組合員の約 80 パーセントを占めています。ま

た、賦課金が免除される宅地の総地積は約 23 万平方メートルで、施行地区内の宅地の総地積の約 41 パーセントを占めています。

弁護士 E：なるほど。そのデータを踏まえ、本件の賦課金の算定方法の違法性につき、土地区画整理法の規定に照らして、検討してください。ただ、賦課金の算定方法は本件定款において直接定められているわけではありませんので、C 県側は、賦課金の算定方法の違法性が本件認可の違法性をもたらすわけではないという主張をしてくるかもしれません。これに対する反論についても検討をお願いします。

弁護士 F：承知しました。

【資料 1 本件定款変更の内容】

賦課金に関する規定を新設し、第 6 条第 2 号を挿入して同条第 3 号以下を繰り下げるとともに、第 7 条及び第 8 条を挿入して第 9 条以下を繰り下げる。変更後の第 6 条ないし第 8 条は、以下のとおりである。

（収入金）

第 6 条 この組合の事業に要する費用は、次の各号に掲げる収入金をもってこれに充てる。

- 一 補助金及び助成金
- 二 次条の規定による賦課金
- 三 第 9 条の規定による保留地の処分金
- 四 （略）
- 五 寄付金及び雑収入

（賦課金）

第 7 条 前条第 2 号の賦課金の額及び賦課金徴収の方法は、総会の議決に基づき定める。

（過怠金及び督促手数料）

第 8 条 前条の規定による賦課金の滞納に督促状を発した場合においては、督促 1 回ごとに 80 円の督促手数料及びその滞納の日数に応じて当該督促に係る賦課金の額に年利 10.75 パーセントの割合を乗じて得た金額を延滞金として徴収するものとする。

【資料 2 本件臨時総会における本件定款変更の議決状況】

総組合員数 1161 名

宅地の総地積 56 万平方メートル

出席組合員数 907 名

（投票者 287 名、書面による議決権行使者 620 名）

賛成した出席組合員数 795 名

（投票者 225 名、書面による議決権行使者 570 名）

賛成した出席組合員が所有権又は借地権を有する宅地総地積 39 万平方メートル

（投票者 18 万平方メートル、書面による議決権行使者 21 万平方メートル）

【資料 3 土地区画整理法（昭和 29 年 5 月 20 日法律第 119 号）（抜粋）】

（この法律の目的）

第 1 条 この法律は、土地区画整理事業に関し、その施行者、施行方法、費用の負担等必要な事項を規定することにより、健全な市街地の造成を図り、もって公共の福祉の増進に資することを目的とする。

(定義)

第 2 条 この法律において「土地区画整理事業」とは、都市計画区域内の土地について、公共施設の整備改善及び宅地の利用の増進を図るため、この法律で定めるところに従って行われる土地の区画形質の変更及び公共施設の新設又は変更に関する事業をいう。

2～8 (略)

(土地区画整理事業の施行)

第 3 条 (略)

2 宅地について所有権又は借地権を有する者が設立する土地区画整理組合は、当該権利の目的である宅地を含む一定の区域の土地について土地区画整理事業を施行することができる。

3 (略)

4 都道府県又は市町村は、施行区域の土地について土地区画整理事業を施行することができる。

5 (略)

(設立の認可)

第 14 条 第 3 条第 2 項に規定する土地区画整理組合（以下「組合」という。）を設立しようとする者は、7 人以上共同して、定款及び事業計画を定め、その組合の設立について都道府県知事の認可を受けなければならない。（以下略）

2～4 (略)

(定款)

第 15 条 前条第 1 項（中略）の定款には、次に掲げる事項を記載しなければならない。

- 一 組合の名称
- 二 施行地区（中略）に含まれる地域の名称
- 三 事業の範囲
- 四 事務所の所在地
- 五 (略)
- 六 費用の分担に関する事項
- 七～十二 (略)

(設立の認可の基準等及び組合の成立)

第 21 条 都道府県知事は、第 14 条第 1 項（中略）に規定する認可の申請があつた場合においては、次の各号（中略）のいずれかに該当する事実があると認めるとき以外は、その認可をしなければならない。

- 一 申請手続が法令に違反していること。
- 二 定款又は事業計画若しくは事業基本方針の決定手続又は内容が法令（中略）に違反していること。
- 三 (略)
- 四 土地区画整理事業を施行するために必要な経済的基礎及びこれを的確に施行するために必要なその他の能力が十分でないこと。

2～7 (略)

(組合員)

第 25 条 組合が施行する土地区画整理事業に係る施行地区内の宅地について所有権又は借地権を有する者は、すべてその組合の組合員とする。

2 (略)

(総会の組織)

第 30 条 組合の総会は、総組合員で組織する。

(総会の議決事項)

第 31 条 次に掲げる事項は、総会の議決を経なければならない。

- 一 定款の変更
- 二 事業計画の決定
- 三 事業計画又は事業基本方針の変更
- 四～六（略）
- 七 賦課金の額及び賦課徴収方法
- 八～十二（略）

（議決権及び選挙権）

第 38 条 1, 2（略）

- 3 組合員は書面又は代理人をもつて（中略）議決権及び選挙権を行うことができる。
- 4 前項の規定により議決権及び選挙権を行う者は、（中略）出席者とみなす。
- 5, 6（略）

（定款又は事業計画若しくは事業基本方針の変更）

第 39 条 組合は、定款又は事業計画若しくは事業基本方針を変更しようとする場合においては、その変更について都道府県知事の認可を受けなければならない。（以下略）

- 2（中略）第 21 条第 1 項（中略）の規定は前項に規定する認可の申請があつた場合又は同項に規定する認可をした場合について準用する。（以下略）

3～6（略）

（経費の賦課徴収）

第 40 条 組合は、その事業に要する経費に充てるため、賦課金として（中略）組合員に対して金銭を賦課徴収することができる。

- 2 賦課金の額は、組合員が施行地区内に有する宅地又は借地の位置、地積等を考慮して公平に定めなければならない。

3（略）

- 4 組合は、組合員が賦課金の納付を怠つた場合においては、定款で定めるところにより、その組合員に対して過怠金を課することができる。

（賦課金等の滞納処分）

第 41 条 組合は、賦課金（中略）又は過怠金を滞納する者がある場合においては、督促状を発して督促し、その者がその督促状において指定した期限までに納付しないときは、市町村長に対し、その徴収を申請することができる。

2（略）

- 3 市町村長は、第 1 項の規定による申請があつた場合においては、地方税の滞納処分の例により滞納処分をする。（以下略）

- 4 市町村長が第 1 項の規定による申請を受けた日から 30 日以内に滞納処分に着手せず、又は 90 日以内にこれを終了しない場合においては、組合の理事は、都道府県知事の認可を受けて、地方税の滞納処分の例により、滞納処分をすることができる。

- 5 前 2 項の規定による徴収金の先取特権の順位は、国税及び地方税に次ぐものとする。

（施行規程及び事業計画の決定）

第 52 条 都道府県又は市町村は、第 3 条第 4 項の規定により土地区画整理事業を施行しようとする場合においては、施行規程及び事業計画を定めなければならない。（以下略）

2（略）

（施行規程）

第 53 条 前条第 1 項の施行規程は、当該都道府県又は市町村の条例で定める。

- 2 前項の施行規程には、左の各号に掲げる事項を記載しなければならない。

- 一 土地区画整理事業の名称
- 二 施行地区（中略）に含まれる地域の名称

三 土地区画整理事業の範囲

四 事務所の所在地

五 費用の分担に関する事項

六～八 （略）

（換地処分）

第 103 条 換地処分は、関係権利者に換地計画において定められた関係事項を通知してするものとする。

2 換地処分は、換地計画に係る区域の全部について土地区画整理事業の工事が完了した後において、遅滞なく、しなければならない。（以下略）

3 個人施行者、組合、区画整理会社、市町村又は機構等は、換地処分をした場合においては、遅滞なく、その旨を都道府県知事に届け出なければならない。

4 国土交通大臣は、換地処分をした場合においては、その旨を公告しなければならない。都道府県知事は、都道府県が換地処分をした場合又は前項の届出があつた場合においては、換地処分があつた旨を公告しなければならない。

5, 6 （略）

（報告、勧告等）

第 123 条 国土交通大臣は都道府県又は市町村に対し、都道府県知事は個人施行者、組合、区画整理会社又は市町村に対し、市町村長は個人施行者、組合又は区画整理会社に対し、それぞれその施行する土地区画整理事業に関し、この法律の施行のため必要な限度において、報告若しくは資料の提出を求め、又はその施行する土地区画整理事業の施行の促進を図るため必要な勧告、助言若しくは援助をすることができる。

2 （略）

（組合に対する監督）

第 125 条 都道府県知事は、組合の施行する土地区画整理事業について、その事業又は会計がこの法律若しくはこれに基づく行政庁の処分又は定款、事業計画、事業基本方針若しくは換地計画に違反すると認める場合その他監督上必要がある場合においては、その組合の事業又は会計の状況を検査することができる。

2～7 （略）

【出題趣旨】

本問は、賦課金の新設を内容とする土地区画整理組合（以下「組合」という。）の定款変更の認可（以下「本件認可」という。）に対し、組合員が取消訴訟を提起する事案における法的問題について論じさせるものである。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、土地区画整理法（以下「法」という。）の趣旨を読み解いた上で、取消訴訟の訴訟要件及び本案における違法事由を論じる力を試すものである。

設問 1 は、本件認可の処分性を検討させる問題である。組合に行政主体としての法的性格が与えられていることを法の規定から読み取った上で、本件認可が組合員の法的地位に変動を及ぼすか否かにつき、賦課金の仕組みに即して、丁寧に検討することが求められる。解答に当たっては、その前提として C 県側の主張を正確に理解しておくことが必要であることから、行政機関相互の行為で行政組織外部に対する効力を有しないものは処分にあたらないという考え方（いわゆる内部行為論）に C 県側が立脚していることを明らかにすることが求められる。

具体的には、組合につき強制加入制がとられていること（法第 25 条第 1 項）、賦課金及び過怠金の賦課徴収及び滞納処分申請の権限が組合に付与されていること（法第 40 条、第 41 条）、及び、換地処分の権限が組合に付与されていること（法第 103 条第 3 項）を、法の規定から読み取り、これらが組合の行政主体としての法的性格を示すものであることを説明しなければならない。また、C 県の立場に立った場合には、例えば、知事の組合に対する監督等について定める法第 123 条、第 125 条は、知事と組合との関係が上級行政機関の下級行政機関に対する指揮監督関係であることを示すものと解され得ることなどを指摘すべきである。そして、内部行為論について説明した上で、本件認可が外部に対する効力を有するか、すなわち組合員の法的地位に変動を及ぼすかに関して、以下の点を検討することが求められる。

すなわち、費用の分担に関する事項を定款に記載しなければならないとする法第 15 条第 6 号の規定を受けて、本件定款変更において、賦課金の収入を本件事業の費用に充てること、並びに、賦課金の額及び徴収方法は総会の議決に基づき定めることが規定され、さらにこれを受けて、賦課金の額の設定方法が「賦課金実施要綱」に定められ、これに従い賦課金の賦課徴収が行われる。このような賦課金の仕組みに着目すると、一方で、本件定款変更自体は、個々の組合員に対して具体的な賦課金納付義務を課すものではなく、組合員に個別具体的な権利変動を生じさせるものではない（成熟性に欠ける）との C 県側の主張が考えられる。他方で、これに対する反論として、本件定款変更により組合員は特段の事情がない限り賦課金を徴収される立場に立たされるから、本件認可は、組合員の法的地位に変動を及ぼすものとして処分性が認められる等の主張が考えられる。その際、C 県側が、市町村が土地区画整理事業を行う場合には条例で施行規程を定めることとされていることを指摘し、条例の制定行為が処分にあたらないのと同様に本件認可は処分に該当しないと主張しているので、C 県の指摘の根拠とされている法第 53 条を挙げた上で、C 県の主張の理論的根拠を分析し、反論を加えることが求められる。

設問 2 は、本件認可の適法性につき、適法とする立場及び違法とする立場の双方から、総合的に検討させることにより、関係法令の規定及び本件の具体的な事情を説得的に結び付けて法律論を展開する能力を試すものである。

まず、本件組合が保留地の金額に関する見通しを誤り、資金計画の変更を繰り返した上で賦課金を新設することについて、「土地区画整理事業を施行するために必要な経済的基礎及びこれを的確に施行するために必要なその他の能力が十分でないこと」（法第 21 条第 1 項第 4 号）という要件の解釈を通じて、適法か否かを論じることが求められる。次に、署名捺印された白紙の書面議決書に理事 D が自ら議案に賛成の記載を施し、本件臨時総会がこれを議案に賛成の議決権行使として扱ったことについて、定款変更の「決定手続又は内容が法令（中略）に違反していること」（法第 21 条第 1 項第 2 号）という要件に結び付けて、書面による議決権行使を認める法第 38 条第 3 項、第 4 項の趣旨に照らし、適法か否かを論じなければならない。また、賦課金の算定方法について、組合員の約 80 パーセントが賦課金を免除される等の本件の具体的な事情を踏まえ、法第 40 条第 2 項の定める公平の要請を満たすか否かを論じることが求められる。その上で、賦課金の算定方法の違法性が本件認可の違法性をもたらすわけではないという主張に対する反論として、例えば、本件定款変更と本件要綱とは同時に議決されており、本件定款変更の議決において本件要綱の内容が前提とされていたと解され得ることなどを指摘することが考えられる。

なお、受験者が出題の趣旨を理解して実力を発揮できるように、本年も各設問の配点割合を明示するこ

ととした。

設問 1

本件認可は、取消訴訟の対象となる「処分」（行政事件訴訟法（以下略）3 条 2 項）にあたるか。

「処分」性とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又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と考える。これをまとめると、①公権力性、②直接法効果性となる。

1 まず、本件組合が行政主体としての法的性格を有しているかが問題となる。

土地区画整理組合は、公共施設の整備や土地の区画形質の変更及び公共施設の新設又は変更に関する「土地区画整理事業」を施行することができる組合である。（法 2 条、3 条 2 項）また、直接的に国土交通大臣から、報告を求められたり、勧告、助言、若しくは援助を受けることができ（法 123 条）、都道府県知事からは、直接組合の事情又は会計の状況を検査される（法 125 条）。これらの事情に照らせば、土地区画整理組合は、私的な組合とは異なり、公権力性を有する以上、行政主体としての法的性格を有しているといえる。

2 次に、定款変更認可の法的性格に関連して「下級行政機関である本件組合に対する本件認可は、処分に該当しない」との C 県側の主張の根拠が問題となる。

本件では、土地区画整理組合が前述のように行政主体としての法的性格を有しているとすると、都道府県知事は、その監督権限を有しており、（法 125 条）、この変更の認可は（39 条）、いわば行政内部相互間の行為にすぎない。そうすると、処分性の前提となす外部法効果性を、本件定款変更認可を有していない。

以上のように、C 県側としては、主張すると考えられる。

3 では、本件認可の法的効果を幅広く検討することによって、処分性を認めることができるか。

認可とは、行政主体相互間における効力を補充するために行われるものであり、補充的規範となるものである。そのため、条例の制定行為が、一般的抽象的法規範性を有しているのと同様に、処分性は認められないとも思える。しかし、本件定款変更の認可は、事業費不足に伴って、組合員に対する総額 15 億円の賦課金の新設を内容とするものであり（40 条）、これに伴って、国民である、組合員に対して金銭的負担を負わせ、財産権という権利義務に関する法効果を与えるものであるということが出来る。

これらの事情に照らせば、本件認可は、公権力の主体である都道府県が、（①充足）、国民である組合員に対して、直接財産権という権利義務に関して、直接法効果性を与えるものであるということが出来る（②充足）

以上より、本件認可は、取消訴訟の対象となる処分にあたる。

設問 2

本件認可は適法か。

1 資金計画の変更

（1）まず、被告である C 県からは、土地区画整理事業を施行するために必要な経済的基礎及びこれを的確に施行するために必要なその他の能力が十分であるか否か（法 21 条 1 項 4 号）は、経済的基礎の変動というあらかじめ変動することが予定されているものである以上、裁量が

去年処分性が出題されていたことから、今年は、原告適格か訴えの利益が出題される可能性が思っていた。またかと思いつつも誘導にしっかり乗ろうと思った。

大きく 3 つの誘導があったが、それぞれが関連・連動していることに気づくまでに、かなり時間がかかった。ただ、去年は、よくわからないまま書きだして、意味のわからない文章になってしまっていたので、今年は枚数自体は少なくてもいいから、自分の理解をしっかりと示そうと思った。

条例に処分性が認められない理由については、具体的法効果性がなく、一般的抽象的法規範性を有しているからということしか思いつかなかったため、その点についてのみ書いた。

設問 2 のほうが読み解くのが難しいと感じたことから、最初に答案構成した。答案構成段階では、①違法論、②適法論、③自己の見解の判断枠組み、④あてはめという形でそれぞれを論じていこうと思ったが、全くそれを書いている時間はなく、①②→結論という流れになってしまった。

小田急高架の判例の枠組みも書いている時間がなかった。

47 広く認められるものであり、本件では、違法事由にあたらないとの反
48 論が想定される（適法論）。

49 （2）これに対して、A としては、法 21 条 1 項柱書は、「…その許可をし
50 なければならない」として、21 条 1 項各号に該当する場合を除いては、
51 文言上、認可を義務付けていること及び、法 21 条 1 項各号は、「法令」
52 「違反」等の明確な違反事由に限定していえることから、その裁量は
53 狭いとの主張が想定される（違法論）

54 （3）本件では、C 県は、7 回もの資金計画の変更をしており、もはや法
55 21 条、39 条 2 項に伴う認可を受けるつもりもないといえ、社会通念上
56 著しく妥当性を欠くものとして 30 条、法 21 条 1 項 4 号に反するもの
57 といわざるをえない。以上からすると、違法論を採用するべきである。

この部分は、よくわからなかったため、事実の指摘をするにとどまった。

58 2 臨時総会における手続違反

59 （1）まず、被告である C 県からは、組合員からの書面による議決権行使
60 について白紙のままの書面議決書 500 通を賛成の記載としているとし
61 ても、これは、組合員による自由委任によるものであり、何ら違法事
62 由にあたらないとの反論が想定される（適法論）

63 （2）しかし、本件臨時総会における本件定款変更の議決状況（資料 2）を
64 みると、賛成した出席組合員数は、795 名であり、このうち、500 通が
65 上記書面議決書であれば、そもそも定款変更に要求される特別議決（法
66 31 条 1 号）を得ていたということはできない。（違法論）

67 （3）したがって、違法論を採用するべきである。

この部分も裁量の話が出ると思ったが、時間の関係で、小田急高架の枠組みを占く時間はなかった

68 3 賦課金の算定方法

69 （1）まず、被告である C 県からは、賦課金については、組合は、その事
70 業に要する経費に充てるため賦課金として組合員に対して金銭を賦課
71 徴収することができる（法 40 条 1 項）権限を有している以上、本件の
72 ような賦課金の算定方法であるとしても、裁量の範囲内として、適法
73 であるとの反論が想定される（適法論）

74 （2）しかし、法 40 条 2 項からすれば、賦課金の額は、公平に定めなけれ
75 ばならないことが要請されており、その範囲内でのみ裁量が認められ
76 るというべきである。

77 本件では、賦課金を課せられる組合員のうち、930 名と組合員の約
78 80 パーセントの者が免除されることになっており、これは、20 パーセ
79 ントの者についてのみ、負担を課すものであるから、社会通念上著し
80 く妥当性を欠くものといえ、裁量権の逸脱濫用として、30 条、法 40
81 条 2 項に反するものである（違法論）

82 （3）したがって、違法論を採用するべきである。

83 なお、本件認可は、賦課金の算定方法が適正であることが前提となっ
84 ている以上、本件算定方法に違法があれば、認可にも違法事由がある
85 といえることができる。

86 以上

<総合コメント>

政法に関しては、しっかりと誘導に乗ることだけを意識して、あらかじめ誘導文から問題文を読み始める等の工夫をしていた。ただ、本問は、処分性の部分の誘導が、かなり障害になっており、これを読み解くのにかなり時間を割いてしまった。そのため、各誘導についても、触れる程度になってしまった。

<時間配分>

答案構成：55 分 / 答案作成：65 分

第 1 設問 1

1 本件認可は、取消訴訟（行政事件訴訟法（以下、省略する。）3 条 2 項）の対象となる「処分」に当た
るか。本件組合は、土地区画整理法（以下、単に「法」という。）3 9 条 1 項に基づき、本件定款変更に
ついて認可を申請し、C 県知事が本件認可を行っているが、「認可」（法 1 4 条 1 項）という文言から、
直ちに処分性を認め得るかが問題なる。

2 年連続処分性。
山本連載の最終回が
参考とされたかな。

2 まず、「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のうち、その行為によって、直接
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。
これを分析すれば、①公権力性、②法的効果、③外部性、④個別具体性ないし成熟性が処分性の要素と
なる。

点数稼ぎ。

3 土地区画整理組合の法的性格について

誘導に乗る。

C 県の職員は、本件組合が、行政を行う権利と義務を持ち、自己の責任で行う団体としての行政主体で
あると主張している。

その根拠規定としては、土地区画整理組合が土地区画整理事業を施行できることを定める法 3 条 2 項、
及び、換地処分を行うことを定める 1 0 3 条 3 項がある。

誘導に乗る。

4 定款変更認可の法的性格について

(1) C 県側の立脚している考え方

誘導に乗る。

そして、そのことを前提に、C 県の職員は、「下級行政機関である本件組合に対する本件認可は、
処分に該当しない」と主張している。これは、本件認可は、上級行政機関たる C 県知事から、下級
行政機関たる B 土地区画整理組合に対する監督手段にすぎず、行政機関相互の行為と同視すべきも
のとして、処分性が否定されとの主張である。つまり、上記処分性の要素のうち、外部性に欠け
るとの主張である。

「知事」で検索。

その根拠規定としては、「都道府県知事」に組合に対して報告を求め、勧告をする権限を認める
法 1 2 3 条、「都道府県知事」が組合に対して監督することができるとする法 1 2 5 条 1 項が挙げ
られる。これらにて規定される内容は、上級行政機関から下級行政機関に対する監督手段といえる
ためである。

また、「都道府県知事」に設立の認可権限を認める法 1 4 条 1 項、換地処分をした場合に「都道
府県知事」への届出を義務付ける法 1 0 3 条 3 項も根拠となる。下級行政機関の行動につき上級行
政機関がチェックする役割を担っているといえるためである。

(2) A がすべき反論

そして、この主張に対しては、組合は「土地区画整理事業に係る施行地区内の宅地について所有
権又は借地権を有する」私人である組合員（法 2 5 条 1 項）により構成されるものであり、その私
人たる国民に対する処分として外部性が認められるため、行政機関相互の行為とは評価できず処
分性は肯定されとの反論と、本件認可の法的効果に着目すると、処分性は肯定できると反論を
することとなる。後者の是非につき、両者の主張を踏まえ、詳言する。

反論しろとは言
っていないが、結論と
して処分性を肯定
すると決めていた
ため、軽く検討。

5 本件認可の法的効果

誘導に乗る。

(1) C 県側の立脚している考え方

誘導に乗る。

ア C 県は、まず、法 5 2 条 1 項にて、都道府県又は市町村が土地区画整理事業を行う場合には、「施
行規則」及び「事業計画」を定める必要があり、そのうち「施行規則」については、法 5 3 条 1 項
にて定款ではなく「条例」で定めることとされることに着目する。次に、法 5 2 条 1 項にて「施行
規則」とともに並列して規定されていた「事業計画」が、「事業計画」等の変更につき定める法 3 9
条 1 項にて「定款」とともに並列して規定されていることに着目する。そして、これら 2 点から、
「事業計画」と「定款」は同様の性質のものとし、一般に、条例の制定行為には処分性の要素のう
ち、個別具体性が欠け、処分性が認められていないことから、「定款」の変更についても処分性が否
定されとの主張をしている。つまり、処分性が否定される条例により制定される「施行規則」と
同様の性質の「事業計画」と同様の性質の「定款」変更には、処分性が否定されとの主張である。

また、「施行規則」の内容を定める法 5 3 条 2 項と、「定款」の内容を定める法 1 5 条の文言が類

47 似していることから、施行規程における条例」と対応する「定款における認可」にも処分性が認
48 められないとの主張をしている。

こっちを途中で思いつく。

49 イ これは、公立小学校の廃止条例が一般的規範にすぎず、具体的に特定の区立小学校で教育を受け
50 させる権利、法的利益がないとした最高裁平成 14 年判決と、水道料金増額の条例について、水道
51 料金を一般的に改定するものであり、限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、本
52 件改正条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできな
53 いとした最高裁平成 18 年判決に依拠した主張である。

加点狙い。

54 具体的には、条例制定行為は、普通地方公共団体の議会が行う立法作用に属し、制定時の特定の
55 者に限られず、将来組合に入る者も拘束される点で特定性にかけることと、そのみでは一般的抽
56 象的な法的効果しか生じず、後続の具体的処分の段階で争えば足りるという点で直接性にかけるこ
57 とから、一般的には処分に該当しないといえる。

58 本件について言えば、賦課金支払義務や滞納処分は個人の権利義務に変動をもたらすものといえ
59 るが、その前提となる定款変更認可は、組合員全体に、賦課金の支払い義務を課し、延滞金に関し
60 て将来的に影響を及ぼし得る地位を付与するものととどまり、それ自体で個人の権利義務を変動す
61 るものとはいえないとの主張となる。

62 (2) A がすべき反論

誘導に乗る。

63 ア たとえ条文上双方を列挙しているとしても、両者は賦課金の具体的な仕組みに照らすと、その法
64 的効果に違いがあり、その違いによって、施行規則の変更には処分性がなくとも、定款変更には処
65 分性があると反論すべきである。

66 加えて、条文上も、処分性の違いがあるからこそ、直接に「定款」を条例で定めるとの規定が設
67 けられていないことも根拠として主張する。

68 これは、特定の保育所で現に保育を受けている児童とその保護者に、実施期間満了までは当該保
69 育所にて保育を受けることを期待しうる法的地位を認め、保育所廃止を内容とする条例の制定のみ
70 で、他の処分を待つことなく廃止の効果を発生させ、上記法的地位を奪う結果となる条例制定行為
71 に処分性を認めた最高裁平成 21 年判決と同様の主張である。

加点狙い。

72 具体的には、①条例の規定から、権利ないし法的利益を導き出され、条例の制定のみで直接、特
73 定範囲の者の法的地位に影響を与え、かつ②第三者効（32条）が認められる取消訴訟にて争うこ
74 とに合理性がある場合にのみ、例外的に、行政庁の処分と実質的に同視し得、条例制定行為にも処
75 分性が肯定できる。

76 イ まず、認可により変更された定款に服することとなる者は、当該組合の構成員としての組合員で
77 ある。その組合員は、「土地区画整理事業に係る施行区域内の宅地について所有権又は借地権を有す
78 る」者全員という特定の者である（法25条1項）。そのため、定款変更の効果が及ぶ利害関係者の
79 特定性が認められる。将来施行区域内に宅地を所有する者へも適用されはするが、その者には定款
80 の存在を知って宅地を購入するか判断する機会が与えられる点で、現在所有する者と異なると言え、
81 特定性が存在するとの結論へは影響しない。

82 そして、組合は、過怠金について定めた定款について認可を受けた場合、賦課金の納付を怠った
83 場合に過怠金を課すことができ（法41条）、市町村に過怠金の徴収を申請することも（同1項）、
84 市町村長による滞納処分もできる（同3項）。そして、本件定款も6条にて賦課金につき定め、8
85 条にて滞納時には延滞金を課すと定めている。

やや無理がある。

86 そのため、本件認可により、それ自体で組合に対して組合員に滞納処分を課する権限が与えられ
87 ることとなり、組合員からすると、本件認可によって、「総会の議決」で定められた通りの賦課徴収金
88 を支払う義務が形成され、かつ、支払わなくては過怠金の支払いを余儀なくされる地位が確定され
89 たこととなる。

90 よって、①他に行政庁の具体的処分を経ることなく、当該定款変更の認可によって、その適用を
91 受ける特定の個人の権利義務や法的地位に直接影響を及ぼしているといえ、法的効果の発生、法的
92 地位の侵害の直接性が認められる。

また、組合員個人毎に訴訟を提起しては、新たな紛争が連鎖し、実際の対応が困難となる。そのため、そこで、基本となる法律関係としての本件認可の是非を確定させ、派生する法律関係としての個々人の負担額についての訴訟につて個別の判断がされるのを防ぐことに合理性が認められる。よって、②取消訴訟にて争うことに合理性もある。

6 結論

したがって、定款変更の認可により生ずる法的効果からも、実効的な権利救済を図るという観点からも、これを対象とした抗告訴訟の提起を認めるのが合理的であるといえる。したがって、本件認可は、取消訴訟の対象となる処分に当たる。

第2 設問2

1 本件認可は適法か。前提として、法39条2項は法21条1項を準用しているため、不認可事由があると認めるとき以外は、その認可をしなければならない。この規定からは、明文で定められている事項以外の事項を理由に認可を拒む余地は無く、効果裁量は認められないといえる。そこで、法39条2項により準用される21条1項各号の不認可事由が無いにもかかわらず、不認可処分をした場合にのみ違法となる。

そこで、不認可事由の有無につき、双方主張することとなる。以下、各号該当性につき検討する。

2 適法とする法律論

(1) 1号該当性

本件組合は、法39条1項の規定に基づき本件定款変更について認可を申請している。よって、「申請手続が法令に違反している」との事情は見られない。

(2) 2号該当性

ア まず、費用の分担に関する定款変更は総会の特別議決事項とされており、組合員の3分の2以上が出席し、出席組合員の（人数及び地積における）3分の2以上で決することとされている。

そして、出席組合員数907名の3分の2である604名以上の795名が賛成し、賛成した者が有する39万平方メートルとの地積も、宅地の総地積56万平方メートルの3分の2である36万平方メートル以上であるため、当然に、出席組合員の地積3分の2といえる。

よって、定款変更の議決要件を満たしており、「定款…の決定手続…が法令…に違反している」とはいえない。

イ また、小規模宅地の所有者に対する政策的配慮をし、一定範囲のものに賦課金支払義務を免除している。そして、賦課金の算定方法につき定款に規定が無いため、算定に当たり組合には裁量が認められ、それを逸脱、濫用したとの事情も見られない。

よって、「定款…の決定…内容が法令…に違反している」ともいえない。

(3) 4号該当性

本件組合は、これまで、補助金、助成金、保留地の主文金、及び寄付金等により、地価の下落に対応しており、賦課金の負担を組合員に求めるのは今回が初めてである。そのため、「土地区画整理事業を施行するために必要な経済的基礎」も、「これを的確に施行するために必要なその他の能力」も十分でないといえない。

(4) よって、いずれの不認可事由にもあたらず、本件認可は適法である。

3 違法とする法律論

(1) 2号該当性

ア まず、本件定款変更は、形式的には定款変更の議決要件を満たすものの、書面による議決権行使の書類のうち、定款変更に賛成した書面による議決権行使者570名中500人分については、白紙の書面議決書に理事が賛成の記載を施していたことから、実質的に議決要件を満たしているといえない。

よって、費用の分担に関する定款変更につき総会の特別決議を要求する法に反し、「定款…の決定手続…が法令…に違反している」といえる。

イ また、本件要綱では総組合員の約80パーセントが賦課金を免除されていることから、本件事業

の施行区域内に 2000 平方メートルの宅地を所有する A のように、不当に高額な賦課金を課せられるものが存在する。このような決定内容は、「賦課金の額は、…公平に定めなければならない」と規定している法 40 条 2 項に反している。

よって、「定款…の決定…内容が法令…に違反している」といえる。

(2) 4 号該当性

本件事業は、当初補助金、保留地の処分による収入により実施する計画だったが、地価の下落により計画どおり進まず、本件組合は度々資金計画を変更して、補助金の増額や事業資金の借入れにより対応している。そして、なおも地価の下落が続く、事業費不足が生じている。このような事情のもとでは、「土地区画整理事業を施行するために必要な経済的基礎」も、「これを的確に施行するために必要なその他の能力」も十分でないといえる。

4 私見

(1) 前提として、1 号に該当する事情は見られない。そして、4 号についても、本件事業が資金計画の前提としていたバブル経済期に乗じた保留地の高値売却ができないことや、資金計画の変更が事業当初から数えて 7 回目に当たることを踏まえても、本当に本件事業が実質的に破綻しているかは不明であり、経済的基礎や能力が不十分とは断定できない。

そこで、2 号該当性について検討する。

(2) 定款決定手続の法令違反について

まず、形式的には、費用の分担に関する定款変更には要する特別議決要件を満たす。

そして、たとえ会社法施行規則 6 条 1 項 2 号のような趣旨の規定が存在せずとも、白紙で提出する行為は定款変更の議決に賛成する意思の表明であると考えられることには合理性があるといえる。

そのため、「定款…の決定手続…が法令…に違反している」といえない。

(3) 「定款…の決定…内容が法令…に違反している」

ア まず、賦課金の算定方法につき定款に規定が無く、その算定にあたっては、専門技術的、政策的な考慮が必要となるため、算定について組合には裁量（30 条）が認められ、「公平に定めなければならない」とする 40 条 2 項に反するのは、当該裁量を逸脱、濫用した場合に限られるといえる。

具体的には、判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らして著しく合理性を欠くと認められるときには違法となる。

イ 本件では、組合の組合員 1 人当たりの平均地積は約 482 平方メートルで、300 平方メートル以下の宅地の所有権等を有し、賦課金が免除される組合員は 930 名で、総組合員の約 80 パーセントを占めている。また、賦課金が免除される宅地の総地積は約 23 万平方メートルで、施行地区内の宅地の総地積の約 41 パーセントを占めている。

このような事情の下では、総組合員の約 20 パーセント、施行地区内の宅地の総地積の約 59 パーセントにあたる 300 平方メートルを超える宅地の所有者等のみで賦課金を負担することとなり、その額も不当に高額に課されることになる。

このような免除基準の設定につき、本件組合の理事 D は政策的配慮によると説明するが、その本心としては、賦課金の負担を求める定款変更につき必要な特別議決要件を満たすために、約 8 割の地権者の負担金を免除したものといえる。

このことから、賦課金の算定にあたり、特別議決要件を満たすためには金額をいくらに設定すべきかとの考慮すべきでない事情を考慮したものと言え、裁量の逸脱、濫用が認められる。よって、法 40 条 2 項に反すると言える。

ウ そして、反するとしても、賦課金の額は定款で定められたものではないことから、それを本件定款変更の認可に対する取消訴訟の中で争えるかが問題となるが、両方相俟って効果を生じるものであり、かつ、賦課金の額の決定が組合内部で秘密裏になされ、その不当性につき争う手続保障もないことから、取消訴訟の中で争えると言える。

エ そのため、「定款…の決定…内容が法令…に違反している」といえる。

(4) したがって、本件認可は、違法である。

以上

＜総合コメント&時間配分＞

16:00 着席

休み時間に机にてどら焼きを食べていたら怒られた。注意事項に書いてあった。少し反省。

直前

訴訟要件まとめ、重判まとめ、模試および答練（ともに国賠）を眺める。

16:15 問題配布

- ・表紙の 3「1 ページから 7 ページ」、まあ例年通り多い。事案 2 頁、誘導 1 頁、条文 3 頁、判例との比較をしつつ、ひたすら誘導問題だろうと予想。

16:30 開始（青シールはがし成功。初日は 3 勝。）

- ・まず、配点「6:4」。誘導も弁護士 E 第 5 発言が「次に」となっている。ここに境界線。
設問 1 は「処分にあたるか」…2 年連続かあ。設問 2 は両構成比較から私見も忘れず。
- ・個別法は「土地区画整理法」の他に、「定款」「組合」との言葉が。
「条例」との言葉も見かけたため、小学校と水道と保育所の比較だと予想。やっててよかった『判例から探究する行政法』。

16:31 検討、条文さがし

- ・設問 1 は「処分にあたるか」、「土地区画整理組合…の法的性格」、「これに対する定款変更認可の法的性格」、「本件認可の法的効果」という問い方。
去年の司法試験の採点実感も、浜松の処分性について「法的効果」と「権利保護の実効性」とに着目した仕組み解釈を要求していたから、被告の立場から水道の判例に沿った主張をして、最終的には保健所の判例に沿って処分性を肯定するんだろうと予想。

16:52 答案構成終了

・
・
・

第 1 設問 1 約 4 5 分で答案作成

第 2 設問 2 約 4 5 分で答案作成

・
・

18:30 終了