

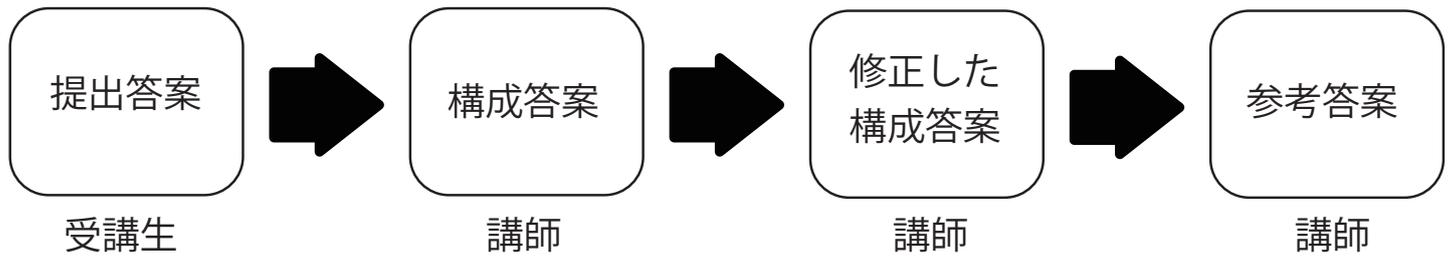
# 武藤遼先生による 参考答案

## 平成 29 年司法試験行政法



# 個別指導答案例

## 【全体の流れ】



## 【使用問題】

平成 29 年司法試験行政法

## 1. 使用問題

平成 29 年司法試験行政法

## 2. 提出答案

### 第 1 設問 1

#### 1 小問(1)

(1) X らとしては、本件フェンスと撤去させるために、本件フェンス撤去の義務付訴訟(行政事件訴訟法(以下略)37条の2、3条6項1号)をすることが考えられる。以下、要件を検討する。

#### (2) ア「一定の処分」

「一定の処分」とは、裁判所が義務付の対象となる処分を特定できる程度の処分をいうと解する。なぜなら、非申請型義務付訴訟においては、その対象が不明確でなければ必要十分だからである。

本件においてみると、本件フェンスを撤去するというのは裁判所にとって、義務の内容が特定できるものであるといえる。

したがって、要件を充足する。

#### イ「重大な損害」

非申請型義務付訴訟においては、処分しないことによって「重大な損害」が生じるおそれがあることが必要である。そして、重大な損害が生ずるか否かは、37条の2第2項の要素により判断する。

本件フェンスは本件市道の北端と南端にある。そして、本件市道は、災害時の避難場所に指定してある C 小学校へ向かうのに、X らは、緊急避難路として利用する予定であった。本件フェンスがあることにより、仮に災害が発生した場合に、X らは緊急避難路である本件市道を利用することができない。よって、災害が生じた場合、X らの生命・身体に回復し難い程度の損害の発生する可能性が大きいといえる。

したがって、「重大な損害」の要件を充足する。

#### ウ「適当な方法がない」

「他に適当な方法がない」とは、個別法に救済の規定がない場合をいう。こ

れは民事訴訟法の提起が可能かどうかを問わないと解する。なぜなら、非申請型義務付訴訟の対象となる義務の内容は、緊急性を有する性質のものであり、民事訴訟法によるだけでは、訴訟の期間の長期化などから、その目的を達し得ないおそれがあるからである。

本件では、参考判例にあるのと同様に民事訴訟を提起することは可能である。しかし、上記理由の通り、民事訴訟提起の可能性は補充性の要件に関係がない。そして、個別法たる道路法には救済規定が存在しない。

したがって、「他に適当な方法がない」の要件を充足する。

エ「法律上の利益を有する者」

法律上の利益を有する者とは、自己の利益又は法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう。そして、「法律上の利益の有無」は、9条2項によって判断する(37条の2第3項、4項、9条2項)。

本件についてみると、根拠放棄たる道路法は道路整備を通じて公共の福祉を増進することを目的としている。そして、公共の福祉の中には当然に国民の生命・身体の安全の保護も含まれる。したがって、同法は国民の生命・身体も保護する趣旨を含むといえる。

また、上述の通り、仮にフェンス撤去がなされなければXらは災害が生じた緊急時に避難場所であるC小学校へ避難するのに、本件市道を通ることができず、避難の遅れ等により、Xらの生命・身体に危険が生じるおそれがある。

したがって、Xらは「法律上の利益を有する者」にあたり、要件を充足する。(3)以上から、すべての要件を充足する。

## 2 小問2

(1)本件フェンスの設置は、「交通に支障を及ぼす虞のある行為」(43条2号)にもかかわらず、Y市長が71条の監督処分(71条)をAにしないことは、Y市長の裁量権の逸脱・濫用があるものとして違法(37条の2第5項)であると主張する。

(2)まず、市町村道は市町村長(道路法(以下、「法」という)8条)が認定し、市町村道の管理は市町村が行う(本法16条)。本法43条において、「交通に支障を及ぼす虞のある行為」は、禁止行為とされているところ、かかる文言は抽象的である。

そして、かかる禁止行為にあたるか否かは道路管理者の専門的判断を要するので、かかる要件の認定については、Y市長に裁量権がある。

前述の通り、道路法の趣旨は、国民の生命・身体の保護を含むので、認定にあたっては、かかる利益を考慮せずに行った認定は裁量の逸脱・濫用になり、違法と解する。

本件では、Y市長はAの行為は、法43条の「交通に支障を及ぼす虞のある行為」に当たらないと判断している。

しかし、本件市道は本件保育園の関係者以外にも、X2らが小学校への通学路としても利用しており、交通量の多いB通りを利用するよりも安全であること、また、Xらは本件市道を避難路として利用予定であることなど、かかる事情を考慮していない。

したがって、Y市長の判断は、裁量の逸脱・濫用にあたり、違法であり、誤っている。

(3)また、法71条1項は「道路管理者は各号に該当する者に対して、道路を原状に回復することを命じることができる」と規定しており、監督処分の行使についてY市長は裁量権を有している。

そして、本条に明白に違反しているにも関わらず、監督処分をしないことは、裁量の逸脱濫用にあたり違法である(37条の2第5項)。

本件では、(2)で述べたとおり、Aの行為は法43条1項2号の禁止行為に当たる。それにもかかわらず、監督処分をしないことは、裁量の逸脱・濫用にあたり違法である。

## 第2 設問2

### 1 小問(1)

(1)本件市道の路線の廃止に処分性(3条2項)が認められるか。

ア 処分性とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、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。

イ まず、本件市道の廃止は法10条を根拠とする。そして、その主体は市長であることから、当然に公権力性が認められる。

市町村道(法3条4号)は市町村長が路線を認定する(法8条)。そして、市町村道の管理は市町村が行う(法16条)。さらに、路線が指定され又は認定もしくは変更が公示された場合、道路の区域を決定して管理者は一般に縦覧に供する。(18条1項)。上記により道路の区域が設置されると道路の供用が開始されるまでの間、当該区域の土地の所有者は土地の形質の変更や工作物の新築等が

できなくなるという制限を受ける。(91条)

他方で、道路の廃止の決定が行われれば、それまでの制限が解除されるのであるから、所有地を自由に使用することができる。

そうだとすれば、土地の所有者は市長の道路の認定又は廃止により、自己の土地の利用についての制限又はその解除という法的効果が生じることになる。

また、路線の認定が行われれば、道路の通行車は認定道路を通行できるようになり、また他方で路線が廃止されれば、それまでの通行車は当該道路を通行できなくなるという法的効果が生じる。

以上より、Y市長による本件市道の路線廃止によって、直接国民の権利義務が形成されるといえる。

よって、処分性が認められ、取消訴訟の対象となる。

## 2 小問2

(1)まず、本件市道の路線の廃止は、法10条による。法10条によれば「一般交通の用に供する必要がなくなったと認める場合」に市町村長は廃止「できる」と規定している。かかる規定の文言や路線の廃止には専門的技術的判断が必要といえるので、市長にはかかる判断に裁量権が認められる。

そして、Y市は市道の廃止には市道に隣接するすべての土地の所有者の同意を必要とする内部基準を設けている。かかる内部基準は、法10条の判断のための裁量基準としての性質を有する。

そして、かかる基準が法の趣旨と合致しており合理性を有するのであれば、裁量にあたっては、当該基準に従って判断しなければ裁量の逸脱・濫用にあたり違法になる(30条)と解する。

Y市長は、本件市道の廃止について、職員に命じ調査を行わせている。職員から本件市道の幅員が1メートルしかなく普通自動車は通行できないこと、本件保育園の関係者以外のものによる本件市道の利用は乏しいとの報告を受けたことにより、「路線を廃止しても支障がない」と判断している。しかし、職員は聞き取り調査をAのみにしか行っていない。そもそも、Y市のウェブサイトには、指導を廃止するためには隣接するすべての土地の所有者から同意を得ることを記載している。かかる基準は、道路法の趣旨が道路の整備の適切な運用と、所有者の利益の調整にあることからすれば、その内容に合理性が認められる。

そうだとすれば、Y市長は裁量にあたって、土地所有者全員から聞き取り調査

を行い、それに基づいて支障の有無について判断しなければ考慮すべきことを考慮せずに廃止の決定を行ったものとして、裁量の範囲を逸脱・濫用したものと見え、違法となると解する。

本件では、土地の所有者であるXらは、X2が小学校に行うのに本件市道を通った方が交通量が少ない点で安全なこと、災害時の緊急避難路として本件指導が必要なことから、廃止に反対している。

しかし、Y市の職員はXらに聞き取り調査を行っておらず、土地所有者のすべての者に同意を得るという要件を充足していない。それにもかかわらず、Aらの意思のみを根拠に方10条の判断をしており、考慮すべきことを全く考慮しておらず、判断の重要な事実の基礎を欠くものといえ、社会通念条妥当と言えず、裁量の範囲を逸脱・濫用したといえる。

よって、違法である。

以上

### 3. 提出答案 答案構成

#### 第1 設問1

##### 1 小問(1)

- (1)義務付け訴訟の提起
- (2)ア「一定の処分」
  - イ「重大な損害」
  - ウ「適当な方法がない」
  - エ「法律上の利益を有する者」
- (3)すべての要件を満たす

##### 2 小問(2)

- (1)裁量権の逸脱・濫用
- (2)43条について
- (3)71条1項について

#### 第2 設問2

##### 1 小問1

- (1)処分性あるか

ア論証

イあてはめ

##### 2 小問2

- (1)裁量権の逸脱・濫用

#### 4. 参考答案 答案構成

##### 第1 設問1(1)について

- 1 義務付け訴訟の提起
- 2 「一定の処分」
  - (1) 「一定」
  - (2) 「処分」
  - (3) 結論
- 3 「重大な損害」
- 4 「適当な方法がない」
  - (1) 論証
  - (2) あてはめ
  - (3) 結論
- 5 「法律上の利益を有する者」
  - (1) 論証
  - (2) あてはめ
  - (3) 結論
- 6 すべての要件を満たす

##### 第2 設問1(2)について

- 1 裁量権の逸脱・濫用
- 2(1) 「交通に支障を及ぼす虞のある行為」
  - (2) あてはめ
- 3(1) 論証
  - (2) あてはめ

##### 第3 設問2(1)について

- 1 論証
- 2(1) 公権力性
  - (2) 直接国民の権利義務形成
- 3 結論

##### 第4 設問2(2)について

- 1 論証
- 2 裁量基準の検討

3 あてはめ

4 結論

## 5. 参考答案

### 第1 設問1 (1)について

1 Xらとしては、本件フェンスを撤去させるために、**道路法(以下、「法」という)71条1項1号に基づく**本件フェンス撤去命令の義務付訴訟(行政事件訴訟法(以下略)37条の2、3条6項1号)をすることが考えられる。以下、その要件を検討する。

2 **まず、本件フェンス撤去命令が「一定の処分」といえるか。**

(1)「一定の」処分とは、裁判所が義務付の対象となる処分を特定できる程度の処分をいうと解する。なぜなら、非申請型義務付訴訟においては、その対象が不明確でなければ必要十分だからである。本件フェンスの撤去命令は、裁判所にとって、義務の内容が特定できるものといえ、「一定の」処分といえる。

(2)次に、「処分」とは、**公権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、その行為によって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。**本件フェンス撤去命令は、公権力の主体である道路管理者Y市長が行うものであり、その設置者Aに対し、本件フェンスを撤去する義務を発生させるものであるから、「処分」にあたる。

(3)したがって、本件フェンス撤去命令は、「一定の処分」にあたる。

3 **次に「重大な損害」があるといえるか。37条の2第2項の要素により判断する。**

本件フェンスは、本件市道の北端と南端にある。そして、Xらは、本件市道を、災害時の避難場所に指定してあるC小学校への緊急避難路として利用する予定であった。しかし、本件フェンスがあることにより、仮に災害が発生した場合、Zらは緊急避難路である本件市道を利用することができない。そのため、災害が生じた場合、Xらの生命・身体に回復し難い程度の損害が発生する可能性が大きいといえる。

したがって、「重大な損害」があるといえる。

4 次に、「他に適当な方法がない」といえるか。

(1)「他に適当な方法がない」とは、個別法に救済の規定がない場合をいう。これは民事訴訟法の提起が可能かどうかを問わないと解する。なぜなら、非申請型義務付訴訟の対象となる義務の内容は、緊急性を有する性質のものであり、民事訴訟法によるだけでは、訴訟の期間の長期化などから、その目的を達

し得ないおそれがあるからである。

(2) 本件では、参考判例にあるのと同様に、民事訴訟を提起することは可能である。しかし、上記理由の通り、民事訴訟提起の可能性は補充性の要件に関係がない。そして、個別法たる道路法には救済規定が存在しない。

(3) したがって、「他に適当な方法がない」といえる。

5 では、Xらは「法律上の利益を有する者」にあたるか。

(1) 法律上の利益を有する者とは、自己の利益又は法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう。そして、「法律上の利益の有無」は、9条2項によって判断する(37条の2第3項、4項、9条2項)。

(2) これを本件についてみる。本件フェンス撤去命令の根拠法規は、法71条1項1号である。そして、法は、道路整備を通じて、公共の福祉を増進することを目的としている(1条)。そして、公共の福祉の中には、当然に国民の生命・身体の安全の保護も含まれる。そのため、法は、国民の生命・身体も保護する趣旨を含むといえる。

また、上述の通り、仮にフェンス撤去がなされなければ、Xらは災害が生じた緊急時に避難場所であるC小学校へ避難するのに、本件市道を通ることができず、避難の遅れ等により、Xらの生命・身体に危険が生じるおそれがある。

(3) したがって、Xらは、「法律上の利益を有する者」にあたる。

6 よって、上記訴えの訴訟要件を充足する。

第2 設問1(2)について

1 Xらは、本件フェンスの設置が「交通に支障を及ぼす虞のある行為」(43条2号)であるにも関わらず、71条1項1号の監督処分をY市長がAにしないことは、裁量権の逸脱・濫用にあたるとして違法である(37条の2第5項)と主張すべきである。

2(1) まず、市町村道は、市町村長が認定し(法8条)、その管理は市町村が行う(法16条)。次に、法43条において、「交通に支障を及ぼす虞のある行為」は禁止行為とされているところ、かかる文言は抽象的である。このような禁止行為にあたるか否かの判断は、道路管理者の専門的技術的判断を要するので、

「交通に支障を及ぼす虞のある行為」にあたるかの判断については、Y市長に裁量権がある。そして、前述の通り、道路法の趣旨は、国民の生命・身体の保護を含むので、道路の認定にあたってはかかる利益を考慮する必要がある。そ

ここで、「交通に支障を及ぼす虞のある行為」とは、道路利用者の生命・身体に危険を与える可能性のある行為をいうと解する。

(2) これを本件についてみる。本件において、Y市長は、Aの行為は法43条の「交通に支障を及ぼす虞のある行為」に当たらないと判断している。しかし、本件市道は、本件保育園の関係者以外にもX2らが小学校への通学路としても利用しており交通量の多いB通りを利用するよりも安全である。また、Xらは本件市道を緊急避難路として利用予定である。これらの事情から、本件市道はXらの生命・身体の安全保護のため重要な道路であるといえる。そのため、本件フェンスの設置は、「交通に支障を及ぼす虞のある行為」に当たる。

3(1)そして、法71条1項は、「道路管理者は各号に該当するものに対して、道路を原状に回復することを命ずることができる」と規定しており、監督処分の実施について、効果裁量を有しているといえる。そのため、本条に明白に違反しているにもかかわらず、監督処分をしないことは、裁量の逸脱・濫用にあたり違法であると解する。

(2)前述の通り、Aの行為は、法43条2号の禁止行為に当たる。それにもかかわらず、監督処分をしないことは、裁量の逸脱・濫用にあたる。

4 よって、法71条1項1号の監督処分をY市長がAにしないことは、行訴法上違法である。

### 第3 設問2(1)について

1 取消訴訟の対象となる「処分」(行訴法3条2項、3項)とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、その行為によって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。

2 以下、本件市道の路線の廃止が「処分」にあたるかを検討する。

(1)まず、本件市道の廃止は、法10条1項を根拠とする。そして、その主体はY市長であることから、公権力性が認められる。

(2)次に、市町村道(法3条4号)は、市町村長がその路線を認定する(8条)。そして、市町村道の管理は市町村長が行う(16条)。さらに、路線が指定され又は認定もしくは変更が公示された場合、道路の区域を決定して、管理者は一般の縦覧に供する(18条1項)。また、道路の区域が認定されると、道路の供用が開始されるまでの間、当該区域の土地の所要者は土地の形質の変更や工作物の新築等ができなくなるという制限を受ける(91条)。他方で、道路の廃止の決定が行われれば、それまでの制限が解除されるのであるから、所有地を自由に使用

することができる。そうだとすれば、土地の所有者は、市町村の道路の認定又は廃止により、自己の土地の利用についての私権の制限又はその解除を受けるという法的地位に立たされる。

さらに、路線の認定が行われれば、道路の通行者は認定道路を通行できるようになる。他方で、路線が廃止されれば、それまでの通行者は当該通路を通行できなくなるという法的地位に立たされることになる。

これらの事情から、Y市長による本件市道の路線廃止によって、直接国民の権利義務が形成されているといえる。

3 よって、本件市道の路線の廃止は、「処分」にあたり、取消訴訟の対象になる。

#### 第4 設問2(2)について

1 まず、本件市道の路線の廃止は、**法10条1項**による。同項によれば、「一般交通の用に供する必要がなくなったと認める場合」に、市町村長は廃止「できる」と規定している。かかる規定の文言や路線の廃止には専門的技術的判断が必要といえるので、Y市長には、本件市道の路線の廃止につき要件裁量および効果裁量が認められる。そして、かかる基準が法の趣旨を合致しており、合理性を有するものであれば、裁量権の行使にあたっては、当該基準に従って判断しなければ、裁量権の逸脱・濫用にあたり、違法になると解する(行訴法30条)。

2 Y市長は、本件市道の廃止について、職員に命じ本件市道についての調査を行わせている。同調査は、本件市道の幅員が約1メートルしかなく、普通自動車は通行できないこと、本件保育園の関係者以外の者による本件市道の利用は乏しいことなどを報告しており、Y市長は、これに基づいて「路線を廃止しても支障がない」と判断している。しかし、職員は聞き取り調査をAのみにしか行っておらず、これは不十分な調査であると言わざるを得ない。

そもそも、Y市のウェブサイトには、市道@を廃止するためには隣接するすべての土地の所有者から同意を得ることを必要とする旨の記載がある。かかる基準は、法の趣旨が、道路の整備の適切な運用と所有者の利益の調整にあることからすれば、その内容に合理性が認められる。**そうだとすれば、Y市長は、裁量権の行使にあたって、土地所有者全員から聞き取り調査を行い、それに基づいて、支障の有無について判断する必要がある。**

3 本件では、土地の所有者であるXらは、X2が小学校に通うのに本件市道を

通った方が交通量が少なく安全であること、災害時の緊急避難路として本件私道が必要なことから、路線の廃止に反対している。そして、Y市の職員は、Xらに聞き取り調査を行っておらず、土地所有者すべてのものに同意を得るという要件を充足していない。それにもかかわらず、Aらの意思のみを根拠に、法10条1項の判断をしており、これは、考慮すべきことを全く考慮しておらず、判断の重要な事実の基礎を欠くものといえ、裁量権の逸脱・濫用にあたる。

4 よって、本件市道の路線の廃止は、行訴法上違法である。

以上

## 6. 講評

- ・ 答案の分量もあり、これが本番で書ければ十分合格水準にあると考えられる。2週間前にいただいたものとは見違えるような答案になっており、構成が大事だと指摘するだけでこんなに変わるものかと私自身驚いている。

- ・ 構成について。設問1の構成は良いが、設問2の構成がまだ不十分。そのため、参考答案では構成を若干変更している。変更点は赤字の部分。黒字は提出答案の記述を用いているところ。参考答案は、構成を私が修正し、いただいた答案の記述をできる限り使用したものになっている。

- ・ 内容面について。内容的に物足りない点は、原告適格の部分。原告適格は設問1(1)のメインの論点になると考えられるので、ここが弱いとなかなか評価が得られないと考える。ここができるだけで、さらに飛躍する答案になる。個別指導で原告適格について議論する予定。その他細かいところで気になる点はあるが、合否には影響しない部分。個別指導の時に指摘する予定。