

平成29年司法試験再現答案

公法系科目

第2問 行政法

整理番号	ランク
1	B
2	A
3	B
4	C
5	D
6	E
7	A
8	A
9	D

再現答案（行政法）

設問 1(1)

1. Xらは、Y市を被告として(行政事件訴訟法(以下、行訴法という)38条1項、11条1項)、本件フェンスの撤去命令を義務付けることを求める非申請型義務付訴訟(行訴法3条6項1号)を提起することが考えられる。以下、訴訟要件を検討する。

2.(1) 「一定の処分」(行訴法37条の2第1項)とは、裁判所が審判可能な程度に具体的に特定されていれば足りる。

Xらは、道路法(以下、法という)71条1項1号に基づく原状回復命令として本件フェンスの撤去命令の発令を求めており、これは裁判所が審判可能な程度に特定されているといえるから「一定の処分」に当たる。

(2) 「重大な損害を生ずるおそれ」の有無は、行訴法37条の2第2項を参照して判断する。

本件フェンスは本件市道に設置されているところ、本件市道を通行すると、C小学校までの距離が約400メートル短くなる。そして、本件市道は普通乗用自動車が行き止まりで交通量が少ない。X2はC小学校に通う者であるところ、本件フェンスの撤去命令がなされず本件市道を通過することができないと、小学校へ早く通学することができないし、B通りの通行により交通事故の被害を受ける可能性がある。また、C小学校は災害時の避難場所として指定されており、Xらは、災害時に本件市道を利用する予定であったから、本件市道が本件フェンスの設置により通行できなくなれば、災害時に逃げ遅れ自己の生命身体に重大な被害が生じるおそれがある。このようなXらの被害は、生命身体について生じるものであって回復困難な損害であるといえる。他方、本件フェンスは簡易なものであり、その撤去についてAに大きな負担をかけるものではない。そうすると、Xらに「重大な損害を生ずるおそれ」があるといえる。

(3) 「損害を避けるため他に適当な方法がないとき」とは、非申請型義務付け訴訟の方がより直接的で適切な争訟形態である場合をいう。資料2参考判例によれば、本件フェンスの設置者であるAに対する民事訴訟の提起が考えられるが、この可能性が上記要件の充足に影響を及ぼすか。

非申請型義務付け訴訟は、職権の発動を求めることを目的とする訴えである。他方、民事訴訟は原告の権利の保全を目的とする訴えであり、その目的を異にする。そうすると、民事訴訟の提起により、非申請型義務付け訴訟の目的を達成することはできないといえ、民事訴訟の提起の可能性が上記要件の充足に影響を及ぼさない。したがって、非申請型義務付け訴訟の方がより直接的で適切な争訟形態であるといえ、「損害を避けるため他に適当な方法がないとき」に当たる。

(4) 非申請型義務付け訴訟は「法律上の利益を有する者」(行訴法37条の2第3項)にのみ原告適格が認められる。法律上の利益の有無は、同条第4項を参照して判断する。

法1条は、法の目的は交通の発達に寄与し、公共の福祉を増進することであるとしてい

る。そして、法 71 条は道路の交通に支障が生じている場合に、その支障を除去するため原状回復措置命令の発令ができることを定めている。これらのことからすると、法は、道路利用者の利益をも個別的利益として保護する趣旨を含むものと解される。

X らは、本件市道を通学路ないし緊急避難道路として利用する者であるから、上記利益を有する者である。したがって、X らは「法律上の利益を有する者」に当たり、原告適格が認められる。

設問 1(2)

1. 本件フェンスの撤去命令は法 71 条 1 項 1 号に基づくものであるところ、同項柱書は、「命ずることができる」と効果裁量を認めている。そのため、本件で提起する訴訟の勝訴要件は、行政庁がその処分をしないことが裁量権の逸脱濫用となることである(行訴法 37 条の 2 第 5 項)。

2. もっとも、道路は公共のために利用されるものであること、道路にフェンスを設置し、その通行を不可能とすることは道路の効用を著しく減少させるものであること、法 43 条 2 号は交通に支障を及ぼすおそれのある行為について、罰則をもって禁止していること(法 102 条 3 号)からすると、道路管理者は、道路の交通に支障を及ぼすおそれのある行為に対し原状回復命令を発しないという選択をする裁量は狭いものと解される。

そして、本件において、A は、本件フェンスの設置により本件市道の通行を不可能としており、本件市道の効用を著しく減少させるものであり、本件フェンスの撤去命令を発すべきでないという特別の事情は存しない。そのため、A に対し、本件フェンスの撤去命令を発令しないことについて、Y 市長の裁量権の行使に逸脱濫用があるといえ、本件訴訟の勝訴要件を充たす。

設問 2(1)

1. 路線の廃止が取消訴訟の対象となる「処分」(行訴法 3 条 2 項)に当たるか。「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。

2. まず、路線の廃止(法 10 条 1 項)に法的効果が存するか。

路線が廃止されると、道路自体が消滅することとなり、供用行為が消滅することとなるから、道路の通行者は当該道路の利用権を失うこととなる。他方、道路の区域の決定により、道路の所有者は私権を行使することができない(法 4 条)から、路線の廃止がされると、道路の所有者は私権の行使が可能となり、これは許可と同様の性質を有するものである。そうすると、路線の廃止は、道路の通行者に対し当該道路の利用権を消滅させ、道路の所有者に対し私権の行使を可能とする法的効果を有するといえる。したがって、路線の廃止に法的効果が認められる。

3. また、路線の廃止により、直接上記法的効果は生じる。そして、路線の廃止は法 10 条 1 項に基づくものであるから、法律上の根拠も認められる。さらに、路線の廃止は Y 市の優越的な地位に基づくものであるから、公権力性も認められる。したがって、路線の廃止は「処

分」に当たる。

設問 2(2)

1.(1) まず、Xらは、本件市道をXらが利用していたことから、「一般交通の用に供する必要がなくなった」とは認められず、本件市道の路線の廃止は違法であると主張することが考えられる。

(2) これに対し、Y市は、「一般交通の用に供する必要」の有無の判断には専門技術的な判断が必要であるから、その判断には裁量が認められ、そして、「一般交通の用に供する必要」とは不特定多数の者による利用がある場合をいうと解することも上記裁量の範囲内であると反論することが考えられる。

確かに、「一般交通の用に供する必要」の有無の判断に裁量があり、かつ、上記のように解することも合理性があるものの、上記判断に裁量があるといえど、その判断は適切な調査をしたうえで行われなければならない。本件市道では時折原動機付自転車が通行しており、本件市道が利用されていたことは確かである。そして、Y市長は、Y市の職員がAに対してのみ行った聞き取り調査に専ら依拠した上で、「本件市道の利用は乏しい」と判断している。しかし、Aは路線の廃止により利益を受け得る立場にあるのだから、そのようなAに対し、道路の利用状況を調査したとしても、適切な調査結果が出るとは到底考えられない。そうすると、Y市の調査には不備があり、そのような調査に基づきなされた路線の廃止は考慮不尽ないし重要な事実の誤認があるといえる。したがって、Y市長の裁量権の行使には逸脱濫用が認められ、路線の廃止は違法である。

2.(1) 路線の廃止は、前記の通り、市長に裁量が認められている。そして、本件内部基準が法の委任を受けずに定められたものであることからすると、本件内部基準は裁量基準にすぎないと解される。そうすると、本件内部基準に従わない路線の廃止も直ちに違法とはならないといえる。

(2) もっとも、本件内部基準は、廃止となる道路に隣接する全ての土地の所有者の同意を必要とする旨を定める。法1条が、その目的を交通の発達に寄与し、公共の福祉を増進することとしていることからすると、本件内部基準の趣旨は、路線の廃止により大きな影響を受ける者をより保護するという点にあると考えられる。そのため、本件内部基準の定める土地所有者の同意は、路線の廃止にあたって重要な事項であるといえ、その同意なく路線の廃止をすることは法の趣旨に反することになると解される。本件において、路線の廃止は土地所有者の同意なく行われているところ、そのような同意を不要とすることを正当化するような特段の事情は存しない。したがって、本件における内部基準に従わない路線の廃止は、法の趣旨に反するものであり、Y市長の裁量に逸脱濫用があるといえるから違法となる。

Xらは以上のように主張する。

再現答案 行政法

設問 1

小問(1)

(1)X らは、本件市道を利用したいのであり、本件フェンスがその利用を妨げている。そこで、X らは、Y 市を被告として、道路法 71 条 1 項に基づく本件フェンスの撤去を命ずる旨の措置命令の義務付け訴訟を提起する（行政事件訴訟法 3 条 6 項 1 号）。

(2)非申請型義務付け訴訟の訴訟要件は、①一定の処分がされないこと、②重大な損害が生ずるおそれがあること、③その損害を避けるため他に適当な方法がないこと（補充性）、④原告適格である（行政事件訴訟法 37 条の 2 第 1 項、3 項）。

(3)①の「一定の」とは処分が特定されていることをいい、「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体の行う行為のうち、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。

本件においては、まず対象となる行為は、Y 市の行う道路法 71 条 1 項に基づく措置命令であり、その命令の内容は本件フェンスの本件市道からの撤去である。そうすると、対象となる行為の根拠規定及びその行為の客体も特定されているのだから、処分は特定されているといえるから、「一定の」の要件を満たす。

また、道路法 71 条 1 項の措置命令は、根拠規定を同項とし、その命令が発せられると Y 市に本件フェンスの撤去義務が生じ、その義務に違反すると道路法 104 条 4 号により罰則が科せられている。このような規定に鑑みると、本件フェンスの撤去義務の措置命令は、公権力の主体たる Y 市の行う行為のうち、直接 A 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。したがって、本件フェンスの撤去の措置命令は「処分」であるといえ、①を満たす。

(4)②の「重大な損害」とは、金銭的な補填では補うことが事実上できない損害をいい、行政事件訴訟法 37 条の 2 第 2 項に基づいて判断する。また、「おそれ」とは、当該処分がなされないことにより、重大な損害が生じる蓋然性が認められることをいう。

本件においては、本件フェンスが撤去されないと、X2 は通学に際して、本件市道を利用することができない結果、本件市道より普通乗用自動車の通りが多い B 通りを利用しなければならないが、それにより交通事故で死亡ないしは傷害を負う危険性が高くなる。また、本件市道は X らの住居からの災害避難経路として最短ルートであり、本件市道が利用できないことになるとそれよりも 400 メートルも長い避難経路を利用せざるを得なくなるが、災害時では 1 分 1 秒を争う緊急状況なのであるから、そのような本件市道が利用できないことによる避難の遅れで災害に巻き込まれ、生命・身体に損害が生じることになる。そして、生命・身体は、財産上の損害とは異なり、金銭的賠償になじまないかけがえのない利益なのである。したがって、本件フェンスの撤去がされないことにより生じる損害は「重大な損害」であるといえる。

また、本件フェンスが撤去されないと X2 は B 通りを利用せざるを得ないことは明白であり、通常普通乗用自動車の交通量が多ければ多いほど交通事故にある可能性も高くなる。加えて、災害が起これば本件市道が利用できないため遠回りの道を選択せざるを得ないことも明白であるから、災害が起これば本件フェンスがない場合よりも災害に巻き込まれる危険性が高くなるといえる。したがって、上記損害が生じる蓋然性が認められるから「おそれ」もあり、②を満たす。

(5)③の補充性とは、他の抗告訴訟では目的を達成することができない場合をいい、民事訴訟の提起が可能か否かはかかる要件に影響しない。

本件においても、X らの希望通り、本件フェンスを撤去して本件市道を利用することができるようになる方法は、他の抗告訴訟ではないし、資料 2 の参考判例は民事訴訟であるから、③の補充性要件には影響しない。したがって、③の要件を満たす。」

(6)④の原告適格とは、当該処分により法律上保護された利益または権利が侵害されもしくは侵害されるおそれが認められるものをいう。処分の名宛人ではない第三者の原告適格については、当該処分の根拠規定が不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むものといえる場合には、肯定される。

本件においては、本件の処分の根拠規定たる道路法 71 条 1 項は要件として第 1 号で定めるように、道路法に違反することを挙げている。そして、道路法 1 条によれば道路に関する公共の福祉を保護することを目的としており、道路における公共の福祉とは自動車等による交通事故によって侵害される人の生命・身体をいうのであり、したがって、道路法 71 条 1 項は、交通事故により侵害される生命・身体を保護している。そうすると、災害時における損害は同項が保護していないから、X らの主張する損害のうち、災害時に避難経路が遠回りになることにより侵害される X らの生命・身体を理由として X らの原告適格を認めることはできない。他方で、X2 が通学に際する交通事故に関する損害を理由とすることは可能である。そして、X1 は小学生の X2 の親であるから、X2 同様、X1 も原告適格が認められることは可能である。

次に、道路法が一般的公益ではなく個々人の個別具体的利益として保護する趣旨であるかについては、生命・身体は環境とは異なり、そもそもが個別的な利益であり、かけがえない利益である。このような生命・身体の利益の特殊性・重大性に鑑みると、道路法は生命・身体を一般的公益に吸収解消させているのではなく、個々人の個別的利益としても保護しているといえる。

よって、X らは、本件フェンスが利用できないことになる結果利用せざるを得ない B 通りの利用に伴う交通事故による損害を理由にして、原告適格が認められるから、④を満たす。

(7)以上より、上記義務付け訴訟は適法である。

小問(2)

1 Y市が権限を行使しないという不作為について

(1)Y市は本件フェンスに関する監督処分 of 措置を執っていないが、かかる不作為は違法か。不作為が違法となるかが問題となる。

(2)道路法 71 条 1 項は、いわゆる「できる」規定であり、道路法 71 条 1 項の要件に該当するからといって当該処分庁が処分を行わなければならない義務はない。また、道路法 71 条 1 項はいかなる措置をとるかにつき処分庁の裁量に委ねているといえる。したがって、原則として道路法 71 条 1 項の要件に該当する場合に処分庁が権限を行使しなかったとしても、それが直ちに違法とは評価されない。

もっとも、道路法は小問(1)で述べた通り、交通事故等による生命・身体という重大な利益の保護を目的としており、それらの利益が明らかに侵害されているないしは侵害されようとしているような場合にまで、処分庁が何ら権限を行使しないことは、道路法の趣旨・目的に反するものであり、妥当でない。

そこで、道路法に反し違法であることが明白であり、かつ、その権限不行使により生命・身体等の重大な利益が侵害されているないしは侵害されようとしている場合には、当該不作為は違法であるといえると考ええる。

(3)本件においても、本件フェンスの撤去がされないと、X らの生命・身体が侵害される危険性が認められるので、道路法 71 条 1 項の要件に該当することが明白である場合には、当該不行使は違法となる。

2 Y市の判断に誤りがあるか否かという点について

(1)そうすると、道路法 71 条 1 項 1 号は、道路法に反することを要件にしているところ、本件フェンスの設置が道路法 43 条 2 号の要件に該当する場合には、道路法 71 条 1 項 1 号の要件に該当するといえる。

(2)では、道路法 43 条 2 号の要件に該当し違法であることが明白であるといえるか。確かに、道路法 43 条 2 号の要件は、「みだりに」「おそれ」「公共の福祉」等の抽象的な文言を用いている。また、道路の支障の有無については、技術的専門的判断が要求される。したがって、道路法 43 条 2 号に該当するか否かについては、処分庁の裁量が尊重される。

もっとも、問題となる利益は生命・身体等の極めて重要な利益であるから、裁量が狭められるべきである。そこで、道路法 43 条 2 号に該当するか否かについては、考慮すべき事情を考慮せず、重視すべきでない事情を重視し、または、判断の基礎とした事実につき明らかな誤りがあるといえる場合には、かかる裁量を逸脱し、違法であるといえると考ええる。

(3)本件においては、Y 市長は（ア）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と思われること、（イ）現に本件市道上で園児と原動機付自転車との接触事故が発生しており、現場の状況からすると同種事故が発生しかねないこと、（ウ）A が本件市道の路線の廃止及び売渡しを希望しており、いずれ路線の廃止が見込まれることを理由に、本件フェンスの設置が道路法 43 条 2 号に違反しないと判断している。

このうち、(ア)については、本件保育園の関係者以外の者による利用が乏しいとはいえ、現に本件市道を利用しているXらがいるのだから、そのXらの生命・身体への危険について考慮すべきであるにもかかわらず、それらが考慮されていない。

また、(イ)については、確かに原動機付自転車と園児との接触事故が今後も見込まれるにしても、原動機付自転車の進入を禁止する等の標識を設置することで対処すべきであり、本件フェンスにより逆にXらの生命・身体が危険にさらされては本末転倒である。

さらに、(ウ)については、いずれ路線が廃止されるにせよ、いまだ廃止されていないし、確実に廃止されるとも限らないのだから、考慮すべきでない事情を重視しているといえる。

よって、本件フェンスの設置は道路法43条2号に違反しているといえる。そして、X1は本件市道の廃止に強く反対していることからすると、本件市道が利用できないことでXらが不利益を被ることはY市長にとっては明白であったといえる。故に、道路法43条2号に違反し違法であることが明白であったといえる。

(4)以上より、本件フェンスの設置に対してY市長が何ら監督処分等をとらなかったことは違法である。

設問2

小問(1)

(1)取消訴訟(行政事件訴訟法3条2項)の「処分」は、設問1小問(1)と同様である。まず、路線の廃止は、主体が公権力の主体たるY市長であり、道路法10条1項を根拠規定とする。

(2)では、路線の廃止が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といえるか。

本件市道の道路の廃止は道路自体の消滅を意味するので、当該路線について定められていた道路の区域や当該道路にされていた供用行為も自動的に消滅する。また、道路法10条3項により、道路の廃止の場合にも路線の認定の場合と同様に公示することが義務付けられる(道路法9条)。そして、路線の廃止または変更がなされ公示されると、道路の区域を決定し、公示しなければならない。

さらに、道路の区域が決定された後道路の利用が開始されるまでの間は、何人も権原を取得する以前は土地の改良行為等はしてはならないとされている(道路法91条1項)。このような規定は、他人の所有する敷地なら当然に改良行為をしてはならないのであり、あえてこのような規定があることからすると、道路法91条1項や4条は私人の所有する敷地が道路の区域とされることが前提となっているといえる。

これらの規定からすると、道路が廃止されると、敷地の所有者は自己の所有地でありながら自由に改良等が行えなくなるのであるから、所有権が著しく制約されることがになり、権利義務に影響する。もっとも、通行者もその道路が廃止されると今までの日常的に利用してきた道路が利用できなくなり、新たな道路の供用開始まで別の道路を利用せざるを得ないことになるが、このような日常的に道路を利用する利益なるものは法的に保護されて

いるわけではないから、そのような通行者の権利義務に影響はしない。そして、道路が廃止されると、ほぼ確実に新たな道路の指定等が始まるのであるから、道路の廃止の段階で紛争が争熟しているといえる。

(3)よって、道路法 10 条 1 項に基づく道路の廃止は、公権力の主体たる国または公共団体の行う行為のうち、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といえるから、取消訴訟の対象たる処分であるといえる。

小問(2)

(1)道路法 10 条 1 項によると、「一般交通の用に供する必要がなくなったと認める場合」に道路の廃止をすることができるとしている。この点について、Y 市長は、道路の廃止には専門技術的判断が要求されるので裁量が尊重されるべきだと反論することが想定される。しかしながら、仮に Y 市長の裁量が尊重されるにしても、本件市道は明らかに X らが使用している以上は、他の全ての隣接地の居住者等が利用しないとしても、「一般交通の用に供する必要がなくなった」とはいえない。

また、Y 市長は本件保育園の関係者及び X ら以外にも本件市道を利用している者がいないか、その利用頻度等、十分な調査がされていないのであり、そのような不十分な調査に基づいて下された判断については裁量が尊重されるべきではない。

(2)さらに、Y 市ではウェブサイトで、市道の路線を廃止するには当該市道に隣接する全ての土地の所有者の同意を要するとする裁量基準（行政手続法 12 条）を定めている。裁量基準の公示は努力義務ではあるが、一度公示されるとそれは裁量基準として、合理的な根拠がない限り、かかる基準に従って市道を廃止するか否か決めなければならない。それにもかかわらず、その基準に従っていない以上、本件市道の廃止はかかる裁量の逸脱になり、違法である。

以上

第一設問 1に2117.

1. 小問(1)に2117.

12頁1号

(1) Xらは、Yを被告として、道路法(以下「法」)71条の監督処分をする必要を義務付ける訴えを提起しているか(行政事件訴訟法(以下「行訴法」)第62頁1号)。66号訴の訴訟要件は、①「一定の処分がなされていない」と(同号)、②「重大な損害を生ずるおそれがある」と(重損要件)、③「その損害を避けるため他に適当な方法がない」と(補充要件、以上37条の2第12頁)、④「法律上の利益を有する者」であること(同条32頁)である。

(2) また、道路管理者は、法43条2号に違反する行為をした者に対して監督処分を行うことができる(法71条1頁1号)。Xらは、本件フェンスの設置が法43条2号に該当すると考えているが、Y市長はAに対して本件フェンスの撤去を求めるとの監督処分の措置を執っている。

17に於いて、「一定の処分がなされていない」といえる(①)。

(3) 次に、重損要件を検討するに際しては行訴法37条の2第22頁を考慮して判断する。

確かに、X2はC小学校までB通りを通過して行くことになる。本件フェンスの設置で本件市道が通行できないとしてもXらに重大な損害が生ずるとはいえないとも思える。もともと、C小学校は災害時の避難場所であること、本件市道を通る者がC小学校までの距離が短く、交通量が少ない(特に)

である。とすれば、仮にXが本件市道が利用できずに災害を蒙った場合、安全かつ迅速に避難できるが、Xらの生命・身体が害されるおそれがある。Xら~~の利益~~損害は金銭的賠償だけでなく補填できているおそれもあると、重大な損害といえる(2)。

(4) 次に補償は要件について検討する。補償は要件は、義務付け訴訟によるもの民事訴訟を提起するよりも直截かつ適切である場合を意味すると解する。とく、仮に民事訴訟が提起されている場合には補償は要件をみたさないといえ、国民の権利救済の見地から妥当ではないからである。

判例により、国民は道路を使用するための自由権を有するとして、かかる公法関係から由来する権利には当然に民法上の保護が与えられる。したがって、不法行為に基づき民事裁判を提起し訴訟を提起できる。

本件において、Xは本件工区に設置された本件市道を通行不能と主張しているとして、Aに対して民事訴訟を提起している。とも、XはB通行を使用しているとして、民事訴訟において原告であることは不明である。とすれば、義務付け訴訟を提起して違法事由を争うよりも直截かつ適切であるといえる。したがって、補償はを認める(3)。

(5) 次に「法律上の利益を有する者」については、行政手続法第22条を準用する(同37条の2第4項)。「法律上の利益を有する者」とは、自己の権利もしくは法律上保護される利益

を侵害し又は必然的に侵害を及ぼす者という。Xの事件
市道を通行する権利は三法上の「権利」であつた。現実に
「侵害」を及ぼしている。

よて、Xは「三法上の利益を有する者」にあつてゐる(4)。

(6)以上より、訴訟事件とせらる。

2. 小問(2)に於いて、

Xは、本案の訴えにおいて、~~市~~市長が処分をしないことが
裁量権の逸脱・濫用である旨主張する(行訴三法37条の2
第5項)。

すなわち、三法71条1項1号は「~~市~~市長が裁量を
認められている。

よて、確かに、本件市道の利用が乏しい点に於いては、
交通に支障を及ぼすおそれがあるとも思ふ。ちよも、市長は
本件市道の事故発生危険と将来の路線の廃止を考慮している。
三法の目的は交通の発達において公共の福祉を増進する点にある
とて、事故の危険~~を~~や将来の危険を考慮して禁止行為にあつてゐる
判断の事とて、交通の発達を阻害し得る。したがつて、市長の
かかる考慮は三法の趣旨に反する他事考慮にあつてゐる
したがつて、裁量権の逸脱・濫用が認めらる。

よて、Xは~~市長~~以上のことを主張する。

第二設問 2に於いて、

1. 小問(1)に於いて、

(1) 本件市道の路線の廃止は、処分にあつてゐる(行訴

（第 問）

1 法3条22頁）。処分とは、公権力の主体たる国または公共団体が
2 行う行為のうち、その行為により直接国民の権利義務を
3 形成しまたはその範囲を確定するものとして法律上認められ
4 ているものをいふと解する。

5 (2)市町村道は路線の~~指定~~認定、道路区域の決定を経て
6 使用が開せられること、その廃止は道路自体の消滅を意味し、
7 道路の区域も使用行為の自動的消滅をも意味する。

8 故、道路利用者は、民法上当該道路を通行する
9 権利を有し、民法上の権利は保護されているとされ、
10 道路の廃止は道路^路利用者の民法上の権利を侵害
11 するのである。

12 (1)から、道路利用者の民法上の地位を変動させる
13 のである。

14 (3)他方、道路敷地所有者は、敷地の私権制限を
15 受ける(法4条)。よって、道路予定区域については法9条
16 12頁、22頁によって道路管理者に一定の権限が与えられて
17 いる。よって、道路管理者は損失補償しなければならない(同22頁)。

18 法は、私人所有の~~道路~~敷地が道路になり得ることを
19 前提としているので、敷地所有者と道路管理者が同一で
20 ある場合と別異に取り扱わなければならない。したがって、敷地
21 所有者は道路の廃止により、前記制限を解除される
22 こと、何らの制限なく敷地利用する地位が与えられる。

23 (1)から、敷地所有者の民法上の地位を変動させる。

(4) したがって、本件市道の廃止は「適切」にある。

2. 小問(2) について、

(1) 確かに、Xは通学路に利用しているため、本件市道の機能
が失われていない以上、~~（無）~~路系集の廃止は許さぬかとも思える。
もっとも、三法10条1項は抽象的な文言を規定していること、市町村
長に路系集の廃止について裁量を与えておらずとも、（無）路系集の廃止については専門的政策的判断が必要であること、
市町村長に彈力的に判断させる方が適切であるからである。

とすれば、現実に利用者がいても一般交通の用に供する
必要が生じたという場合がある。（したがって、Xの利用のみを
もって本件市道の廃止が違法といえるとはできない。）

(2) 次に、Y市長はAの聞き取り調査に依拠して路系集
の廃止を三決定している。もっとも、Aは本件市道の廃止に特に
利害関係を有する者である。Aは自身の有利となる情報を提供
しないおそれがある。とすれば、Y市長はA以外の本件市道の
通行者からも聞き取り調査を行わなくてはならない。したがって、
Y市長が十分な調査を（たとえは）（無）、考慮不尽の違法
がある。

(3) 次に、Y市はウェブサイト上に内部基準を公表している。
かかる内部基準は裁量基準たる（無）基準であり（行政手
続法36条1項、2項）、裁判所や国民を拘束しない。
もっとも、かかる基準が公表された以上、国民は（無）基準に従って
処分されるものと信頼する。

（第 問）

よって、基準自体が不合理な場合には、その基準に従わずとも違法とみなすところとする。そして、基準が不合理であるといえる場合にも、基準と異なる判断をすべき特段の事情が認められていない場合には、基準と異なる判断をするとは裁量権の逸脱・濫用として違法とみなすところとする。

すなわち、道路通行者は市道の廃止に利害関係を有し、通行負担度が高いと考えらるる隣近隣土地所有者全員の同意を得ることも不合理とはいえない。

次に、Xらは市道の廃止に強く反対しているところ、全員の同意を得られていない以上、廃止がなされることはおそれ信頼している。そして、特段の事情も認められない。

したがって、裁量権の逸脱・濫用である。

(4) Xらは(1)X以上の如くに主張する。

以上

平成29年度司法試験 再現答案

公法系科目 第2問

〔設問1〕(1)

Xらは、Y市を被告として、本件フェンスを撤去させるために、道路法（以下「法」という。）43条1号に基づく、道路に存する工作物の除却命令を発する旨の義務付け訴訟を定期する（行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という。）3条6項1号）。その訴訟要件は、①一定の処分をすべきであるにかかわらずこれがされないこと、②重大な損害を生ずるおそれ、③他に適当な方法がないこと、④原告適格である（行訴法37条の2第1項、3項）。

1. 一定の処分

Xらは、本件フェンスの撤去という処分を求めている。裁判所が行政に対していかなる判決を出すべきかが明らかになる程度には明確である。よって、①の要件は満たす。

2. 重大な損害

当該要件を検討するにあたっては、行訴法37条の2第2項の事項を勘案する。本件フェンスの設置により、Xらは本件市道を利用できなくなる。それにより、X2は危険な道路を利用して通学しなければなくなる。それにより、事故の可能性が高くなり、生命や身体という、金銭では回復できないような利益に損害が生じるおそれがある。また、道路の利用は移動の自由（憲法22条1項）に欠かせない。本件フェンスは、憲法で保障された重要な自由を妨げることにもなっている。これらを考慮すると、本件フェンスの設置により、Xらに重大な損害が生じるおそれがあるといえる。②の要件も満たす。

3. 補充性

Aに対して民事訴訟を提起できるのであれば、「他に適当な方法」があると評価されるのか。そのように解釈すれば、義務付け訴訟の利用できる場面が著しく限定されてしまう。当該要件は、ある問題について、解決の手段を法律が特別に設けているといった場合にのみ認められると解釈すべきである。

法には、道路上の工作物の撤去については、法71条による除却命令しか設けられていない。そのため、本件フェンスの撤去のためには、同命令の義務付け以外に他に適当な方法はないと評価すべきである。よって、③も満たす。

4. 原告適格

義務付けの訴えは、「法律上の利益を有する者」に認められる（行訴法37条の2第3項）。法律上の利益を有する者とは、一定の処分がなされないことで、自己の利益が侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう。そして、当該処分を定める行政規定が、不特定多数の具体的利益を専ら公益に吸収解消させず、それが帰属する個々人の個別的利益としてこれを保障する趣旨を読み取れる場合には、そのような利益もここにいう法律上保護された利益にあたる。その判断にあたっては、行訴法37条の2第4項、9条2項の事項を考慮する。

法は、道路を市民に適切に利用させることで、市民の移動の自由を保障し、安全な生活を維持することを目的としている（法1条参照）。法71条1号に基づく道路上の工作物を除却する命令は、市民のこれらを享受する利益を保護していると言える。そして、移動の自由は憲法上の利益であるし、安全な生活は、生命身体にかかわる重要な利益である。そのため、これらは専ら公益に吸収解消されるものではなく、個別的に個々人に帰属する利益であると評価すべきである。Xらは、本件市道を利用している者であり、これらの利益を有している。よって、Xらには原告適格が認められる。④も満たす。

以上より、本件フェンスの除却命令の義務付け訴訟の訴訟要件は満たされる。

〔設問1〕（2）

1. Y市長の判断の誤りについて

Y市長が、本件フェンスの設置について法43条2号に違反しないと判断したことは適法か。それが、本件市道の「交通に支障」が生じていないかが問題となる。

本件市道は実際にXらや他の原付自転車などが利用していたのであるから、ほとんどが本件保育園の関係者の利用であるとしても、他の利用者が存在する以上、それらの利益も考慮されなければならない。一方で、確かに、原付自転車と園児の接触事故の発生は問題である。しかし、道路は公益的な要素が極めて強いので、法は私人による道路の管理を予定していない。そのため、私人が道路についての問題を解決するために私的な対策を勝手に講じていることは、法は認めておらず、その解決は法に従って、行政が行うべきである。そのため、Aの本件フェンスの設置が問題解決に資するとしても、これを考慮して「交通に支障」がないと判断することは認めるべきでない。さらに、いずれ路線の廃止が予定されているとしても、利用者の現在の道路の利用の利益は保護すべきである。

これらを考慮すると、本件フェンスの設置が本件市道の「交通に支障」が生じていないということはできない。Y市長の判断には誤りがある。

2. 監督処分をとらないことの違法について

確かに、文言上は「交通に支障」があったとしても、監督処分の措置を執らないことが直ちに違法にはならないように解釈しうる。しかし、発生している状況が、法の趣旨、生じている不利益の内容、程度等に照らして、もはや法の許容する状況とはいえないという場合には、監督処分を執る義務が生じると解釈すべきである。

Xらは実際に本件市道を利用できなくなっているし、X2は危険な道路を利用して通学することを余儀なくされている。また、災害時に迅速にC小学校に避難することができない。法が市民の移動の自由、安全な生活を維持することを趣旨とすることから、一部の市民にこのような不利益が生じていることは、法の是認できる状況ではない。よって、本件フェンスの設置がされている状況は、もはや法の許容する状況とはいえない。

したがって、本問では、Y市には、本件フェンスの除却命令を発する義務が生じていたと評価すべきである。

〔設問2〕（1）

1. 取消訴訟の対象となる処分（行訴法3条2項）とは、国又は公共団体の行為のうち、当該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。本問では、特に本件市道の路線の廃止が国民の法的地位を形成し、又はその範囲を確定するかが問題となる。

2. 道路の区域の決定及び供用について

道路の区域の決定及び供用によって、当該敷地の所有者はその私権を自由に行使できなくなる（法4条、91条）。これについては、それによって生じた損失について補償する規定もある（法91条2項）。これは、道路の区域の決定及び供用が一方的に私人の当該敷地に対する私権を制限する、公権的な権利義務の形成であると評価しているものと解釈できる。一方で、道路の区域の決定及び供用により、道路利用者は当該敷地を道路として利用することになる。しかし、そのような利益は、当該敷地の所有者の私権を制限したことによる反射的な効果にすぎない。よって、道路の区域の決定及び供用が道路利用者の法的地位を形成し、又はその範囲を確定するものであるとは解釈できない。

3. 路線の廃止は、道路の区域の決定及び供用の逆の効力を有する。そのため、当該敷地の所有者の法的地位を形成し、又はその範囲を確定する。よって、原則として、路線の廃止には処分性が認められると解釈できる。しかし、当該敷地の所有者が国又は公共団体であれば、私人の権利義務に変動を生じさせるものではない。このような場合には、例外的に処分性は認められない。

本件市道の所有者は、Y市である。よって、本件市道の路線の廃止によって、ある私人の権利義務を形成し、又はその範囲を確定すると評価することはできない。確かに、本件市道の路線の廃止によって、本件市道の利用者はそれを利用できなくなるという不利益を被る。しかし、それは上述のとおり、処分性を肯定する要素とはならない。

以上より、本件市道の路線の廃止は国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定するものではないので、取消訴訟の対象となる処分には当たらない。

〔設問2〕（2）

1. 法10条の要件について

X2はB通りを利用して通学出来ることから、「一般交通の用に供する必要がなくなった」と評価することはできるか。法が公共の福祉の増進を目的としていることから、行政には、道路の運営についてより安全性を追求することが求められていると解釈すべきである。ある道路の廃止につき、他の代替的な道路があるとしても、それが安全性に不安があるものであれば、未だその道路を利用させる必要性はある。

B通りはX2の通学路としては迂遠なものであり、安全性も低い。そのため、X2にとっては、B通りは本件市道の代替的な道路としては機能しない。よって、本件道路が「一般交通の用に供する必要がなくなった」と評価することはできない。本件市道の路線の廃止については、法10条の規定する要件を満たさないという違法性がある。

2. 手続き上の瑕疵

法10条の要件は抽象的に規定されており、その判断は行政の裁量が一定程度認められている。しかし、路線の廃止が道路利用者に大きな不利益を生じさせることから、その裁量権の行使については、制限を加えるべきである。具体的には、その要件が存するかの判断の過程において、適切な資料を適切に収集し、合理的な評価を行ったかを審査し、それがなされていない場合には、裁量権の逸脱、濫用と評価すべきである。

路線の廃止は当該道路の利用者全員に不利益が生じる。そのため、その要件の判断にあたっては、当該道路の利用者であると思われる周辺住民等から広く意見を集めるべきである。ところが、Y市長はAからしか聞き取り調査をしていない。これでは、本件市道の利用状況について適切に判断することはできない。よって、Y市長の法10条の要件の判断についての手続には問題があり、裁量権の逸脱、濫用と評価すべきである。

3. 内部基準違反について

内部基準は、上記のように法10条の要件の裁量判断の合理性を担保するために設けられた、裁量基準である。そのため、これに反することから直ちに法律上の違法が生じるわけではない。しかし、行政自ら定めた基準にあえて反している以上、それに合理的な理由があるといえなければ、比例原則違反が推認される。

内部基準では当該市道に隣接する全ての土地の所有者から同意を得る必要があるとされている。しかし、本問ではXらから同意を得ていない。これについて、Y市は何らの合理的な理由も示していない。確かに、Xら以外のほとんどの者からの同意はあるため、一定程度の周辺住民の理解は得られているとは評価しうる。しかし、X2が本件市道を通学路として日常的に利用しているように、Xらは本件市道について大きな利益を有している。そのような者の同意は重要なものと評価すべきである。よって、ほとんどの者からの同意があることは、Xらの同意がなく本件市道を廃止することの合理的な理由とはならない。したがって、本件市道の路線の廃止は比例原則に反する違法がある。

4. Y市長への反論

Y市は、本件市道は普通乗用車が通行できないことを廃止の理由にあげる。しかし、歩行者や原付自転車は利用できる以上、そのような者の利益も同様に保護すべきである。また、B通りがあることも廃止の理由にあげる。しかし、上述のとおり、B通りは本件市道の代替的な道路とはなりえない。

以上

H29 行政再現答案

設問 1(1)

1. 監督処分の義務付けの訴え(行訴法 3 条 6 項 1 号)を提起することが考えられる。
2. (1)まず、監督処分は広告訴訟の対象たる処分(3 条 2 項)にあたる。
 (2)そして裁判所が判断可能な程度に特定されているので一定の処分といえる。
 (3)X2 は小学校への安全な通学路として利用しているのであるから、監督処分がされないと本件市道を通れず、安全に通学できない。そのため X2 の身体に危険が及ぶ。これは金銭賠償で償えるものでなく、一旦害されれば回復困難である。よって重大な損害が生じるおそれがある。
 (4)法律上の利益を有する者(37 条の 2 第 3 項)とは、自己の権利もしくは法律上保護された利益を害され又は必然的に害されるおそれのあるものをいう。そして当該処分を定めた行政法規が不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめずこれが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解されるときはこのような利益もここにいう法律上保護された利益に含む。その判断は 9 条 2 項による。

本件では、X2 は処分の相手方ではない。しかし監督処分を定めた法 71 条 1 項 1 号の関係法規たる 43 条 2 号は道路の交通への支障を防いでいる。道路交通が害されると、日々継続して利用するものにとってはそれだけ反復継続して交通の利益を害される性質のものである。また、道路はそれに近隣して居住する者ほど利用頻度は高い。そのため法は道路の近隣に居住し反復継続して利用するものの利用益を個別的利益として保護している。

X2 は本件市道に隣接して居住し、通学のためにほぼ毎日利用している。よって X2 の利用益が害されるおそれがあるので X2 は法律上の利益を有する者である。

- (5)では補充性は認められるか。

本件では柵を設置したのは A であるから A に対して民事上の撤去義務付け訴訟を提起することは可能である。しかし、私人相手に勝訴してもその実効性は弱いので、紛争解決実効性のためには行政主体を被告とした義務付けの訴えが有効である。よって補充性もある。

- (6)被告は Y 市であり(38 条・11 条 1 項 1 号)、管轄は Y 市の普通裁判管轄である(38 条・12 条 1 項)。

設問 1(2)

監督処分をするか否かの判断は交通状況を踏まえた専門的判断が要求される。そのため監督処分をするかの判断は行政庁の裁量に委ねられる。では裁量の逸脱濫用(30 条)あったか。

本件では、Y 市は A の関係者以外が本件市道を利用していないと判断している。しかし、

少なくとも X2 と原動機付自転車は通行していたのであるから、この点に事実誤認がある。また、路線の廃止が見込まれるため 43 条 2 号違反は無いと判断しているが、現に X2 が通学できなくなっており交通に支障が生じているため現実に 43 条 2 号違反はある。

以上より、監督処分をしないという判断は裁量の逸脱濫用にあたり違法である。

設問 2 (1)

1. 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、これ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。

2. まず、路線廃止処分は、路線であることを一方的に消滅させるので公権力性がある。

路線廃止処分は、路線でなくすこと、すなわち区域設定・供用行為を消滅させる効果を有する。そこで区域設定・供用行為の効果を見るに、法 91 条 1 項 2 項は区域設定・供用あれば所有者に一定の行為を禁じる効果がある。また、路線でなくなれば道路でなくなるため(法 2 条、3 条 4 号)、道路を構成する物件への私権行使が可能となる(4 条)。これは法は道路敷地が個人所有であることを予定していることである。

よって、路線廃止によって、所有者は区域設定によって禁止されていた行為ができるという法効果があり、通行者は通行できなくなるという法効果がある。

したがって処分に当たる。

設問 2 (2)

1. 路線廃止するかどうかにあたっては、交通事情に関する専門的知識を要するので判断は裁量に委ねられている。では裁量の逸脱濫用あるか。

2. まず、X2 が通学に利用している以上市道としての機能が失われていないので 10 条 1 項に該当しないとも思える。これに対して Y の反論としては、10 条 1 項が要求しているのは一般交通の用に供する必要であるところ、X2 のみが利用したところで一般交通とまではいえないというものが考えられる。そしてかかる反論は妥当である。

3. 次に本件市道聞き取り調査が不十分で違法との主張がある。

(1)路線廃止に当たっての情報収集としては、道路に隣接する者の聞き取りをすることが有用である。そして本件では Y は A 関係者のみに聞き取りを行っており X に聞き取りしていない。X への聞き取りが不可能であった客観的事実は無いのであるからかかる調査は不十分であり違法である。

(2)調査が不十分である場合、これが処分自体の違法事由となるか。

この点原則として両者は別個の手続であるから違法とならないと考える。ただし適正手続の観点から重大な違法がある場合には処分の違法事由となると考える。

本件では路線廃止という、通行者に重大な影響を与える処分をするにあたってはその情報収集は慎重に行う必要があったのであり、道路隣接居住者たる X に理由も無く聞き取り調査をしなかったという違法は重大な義務違反であり、違法は重大である。

よって路線廃止処分も違法である。

4. Y 市は路線廃止に当たっての内部基準をウェブサイトで公表している。そして路線は

廃止に裁量が認められることと、この基準が法の委任を受けずに一般人に法的拘束力を有しない行政による規範定立であることに照らせば、内部基準は裁量基準としての性質を有する。

(1)基準自体に合理性無ければ処分は違法となる。

本件では、隣接する全ての者への聞き取りを要求しているが、これは上記のように路線廃止が多大な影響を与える処分であることに照らせば合理性がある。

(2)基準に合理性が合ってもそれを個別事情を考慮せずに機械的に適用すれば比例原則違反として裁量逸脱となる。

本件では、Yは全ての者に聞き取りをしていない。そして基準に反して全員への聞き取りをすべきでない個別的事情が無いのであるから、かかる処分は基準に反する。よって裁量違反がある。

5. よって処分は違法である。

設問 1. 小問(1)

1.X らは Y 市を被告として本件フェンスを撤去の義務付け訴訟(行政事件訴訟法(以下略)3条6項1号)を提起すべきである。以下要件を検討する。

(1)義務付け訴訟は道路法 71 条に基づく市の一方的な処分を求めるものであるから、「一定の処分」(37条の2第1項)を求めるものであるといえる。そして、Y 市はかかる処分をしていない。

(2)「重大な損害」とは、金銭賠償等で回復できない損害をいうと解する。具体的には 37 条 2 項に従って考える。

本件で、X らは本件市道を通れないと①C 小学校まで 400m 遠くなる②より交通量が多く安全でない道路を使用しなければならない③災害時の緊急避難路として利用できなくなることを主張する。①は、単に通学に時間がかかるようになるだけであり、重要な損害とはいえない。②については、確かに道路の安全性が確保されないことは、生命に関わる重要な損害とも思える。しかし、他の道路を使ったからといって生命が危険にさらされるわけではないし、本件市道の安全性享受は、市道の存在によって事実上得ている利益にすぎない。そうすると、本件市道を使えないことによる損害は本件市道よりは安全性の低い道路を使わなければならないという不安感に過ぎない。よって、重大な損害を生じるものとはいえない。③については、一刻を争う災害時には、少しでも短時間で避難できることは、人の生命・身体の安全に影響する重要な利益である。また、災害の危険が具体化していない状況においても、災害は人の生命を奪いかねないものである以上、万全の対策を望むのが当

然であって、これを奪われることは、重要な損害に当たると考える。

よって、重大な損害が認められる。

4.「他に適切な方法がない」とは、他に法定された救済手段がないことをいうと解される。そのため、資料2のように考えることで民事訴訟によって救済を得られる場合であっても、当然にこの要件充足が否定されるのではなく、義務付け訴訟によることがより直接的で適切な場合には要件を充足する。

本件訴訟を、民事訴訟をし、本件フェンスの撤去を妨害排除請求として求めることが考えられるが、道路に資料2と同様「使用の自由権」が認められ、妨害排除が認められるかは、定かでない。また、民事訴訟法においては本件フェンスの撤去の執行確保に苦勞する可能性があるが、義務付けによればこれを間接的に担保できる(道路法104条参照)。更に、AはY市に対する道路の買取りを考えており、Y市が買い取れば民事訴訟提起によりフェンスの撤去をする意味がなくなる可能性がある。

よって、義務付け訴訟によることがより直接的で適切だから「他に適切な方法がない」といえる。

設問 1.(2)

1.Y市長は本件フェンス設置が「みだりに道路…の…交通に支障を及ぼす虞のある行為」(道路法43条1項2号)に当たらないと判断しているが、これが違法とならないか。同条は、「…虞のある行為」と規定しており、抽象的である。また、かかる行為に当たるかは、専門的判断が必要であるから、市の道路状況をよく知った市町村長に裁量を認めて判断を委ねているものと解される。そこで、判断が社会通念上著しく不合理であり、

裁量の逸脱・濫用に当たる場合に、Y市長の判断は違法となる。

本件で、確かに市長の措置の理由(イ)にあるように、保育園児との接触事故が発生しており、同様の事件の再発のおそれがあるから、本件フェンスは必要なものとも思える。しかし、本件市道は保育園の近くであり、保育園児が通り易い道路ではあるが、他の道路に比べて特に危険な道路であるわけではない。また、事故は園児の横断時に職員が気をつければ防げるものであるはずだ。そのため、(イ)を重視しすぎるべきでない。また、接触事故が発生していることから、本件市道は、本件保育園関係者以外の者によっても使用されていることが分かり、理由(ア)のように他の者による利用が乏しいとはいえない。また、本件市道は前述のように緊急避難場所であるC小学校への通路になっているから、これを通れることは市民が身の安全を守る公益に関わる。それなのに(ア)が十分考慮されていない。一方、(ウ)である本件市道の廃止見込みは、未だ見込みでしかなく、更に公共の利益に直接関係するものでないから、考慮すべき事項とはいえない。そうすると、考慮すべきことを考慮せず、つまり(ア)を十分に考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮し、つまり(ウ)を考慮し(イ)を重視していることになるから、審理不尽の違法があり著しく不合理であり違法である。71条は「この法律…に違反している者」に対しての処分を規定しており、違反している以上は71条による処分がなされるものと解されるから、ここに裁量はない。そうすると、43条2号に反するのに71条の処分がなされていないことは違法である。

設問2.(1)

1.処分性は公権力の主体たる国また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場合に認められると解される。

2.本件で、道路は国民の所有するものでない以上、その路線の廃止によって国民の法的地位に影響するものでなく、「国民の権利義務」に影響しないため、処分性が認められないとも思える。しかし、路線の廃止は、道路自体の消滅を意味するものであって、これにより当該路線についてされていた供用行為も自働的に消滅することになると理解されている。そして、道路法は私人が所有する敷地が道路の区域とされる場合があることを前提にしていることから、道路が供用され所有者でなくとも利用できる地位は、法的地位として認められていると考えられる。そうすると、かかる地位を奪う本件処分は、法的地位に影響するものといえる。また、処分は本件市道という特定の道路を対象にするもので、本件道路を使用する特定の者に影響するものだから、処分は特定人に対する具体的なものといえる。よって、処分性は認められる。

設問 2(2)

Y 市長が本件市道は「一般交通の用に供する必要がなくなった」と判断したことが違法か。

(1)まず、X らは、X2 が通学路に利用しており、本件市道の機能が失われていない以上、「…必要がなくなった」とはいえないと主張することが考えられる。

しかし道路法は、「交通の発展に寄与し、公共の福祉を増進することを目的」(道路法 1 条)としている。そうすると、「一般の交通の用に供する必要」の有無も、公共的な観点から決されると解される。よって、単に

X2の利用があることだけで「必要」とは認められない。

(2)もっとも、前述のように本件市道はXら以外にも時折原動機付自転車が通行する等の一般の利用がある。そうであるのに、一般の利用についての考慮がされていないから、審理不尽の違法がある。

(3)また、Y市は市道の路線を廃止するには、当該市道に隣接する全ての土地所有者の同意を必要とする旨の内部基準を設け、ウェブサイトで公表しているのに、X1の同意を得ておらず、違法でないか。

内部基準は、法的拘束力を有しないから、これに反しても、違法とならないと思える。しかし、内部基準は行政行為の透明性確保のためのものであり、公表されれば、これを国民が信頼することは当然であるし、基準と異なる処分は平等原則に反する。よって、内部基準が公表された場合には、特段の事情がない限り、基準と異なる処分をすることは信義則(1条)及び平等原則に反し、違法である。

本件で、X1は本件市道を利用する者であり、かつ路線に強く反対する者であったから、本件市道に強い利害関係を有する、むしろ同意を得ることが必要とされる者であった。また、同意を得ないことを正当化するような特段の事情も見当たらない。よって、基準と異なり同意を得ずに処分を行ったことは、信義則及び平等原則に反し違法である。

行政法

設問 1 — (1)

1 訴訟形態

道路法 7 1 条の監督処分として原状回復命令をすべきであると、行政訴訟法（以下行訴）3 条 1 号の義務付け訴訟を提起することが考えられる。以下行訴 37 条の 2 の要件に即して検討する。

2 一定の処分

「一定の」とは裁判所が審判の対象として判断可能な程度に特定されていることを意味する。本件では、本件市道の原状回復命令を求めるものであるので到底の程度としては十分具体化されている。

では、処分といえるか。処分とは公権力の主体である国または公共団体の行う行為のうち、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るものをいう。

原状回復命令は道路法によって認められた命令で、対象者に道路の原状回復義務を直接課すものである。そして、それは道路管理者によって一方的に行われる。道路は行政機関が公的機関として公共の利益のために管理するものであるため、そのような道路管理者が一方的に行う行為は公権力性が認められる。道路法 1 0 4 条 4 号が命令違反者に罰を課していることから、私人の行為でないことがうかがわれる。

よって、処分性も認められる。

3 重大な損害

重大な損害が生じるのかは、行訴 37 条の 2 第 2 項により損害の回復困難性を考慮し、損害の性質程度、処分内容及び性質を勘案して判断する。

本件で X が主張する不利益は、本件市道を利用できなくなることにより通学に余分に 400 メートルかかること、より安全な道を通れなくなること、緊急時にはこの差が影響することである。

まず、400 メートルという距離は徒歩でも長距離というのではなく、重大な負担とはいえない。過分の費用がかかったとしても金銭での賠償が可能である。また、B 通りは車が通り本件指導よりも危険だとしても、それが直ちに生命への危険に直結するわけではない。緊急時には上述の B 通りと本件市道との差は大きな影響力を有し、生命への危険につながる恐れがあることは否定しがたい。しかし、例外的に義務付け訴訟を認める必要性を根拠づける要件である、重大な損害要件において、緊急時という特殊な状況下で初めて生じる損害について考慮するのは妥当ではない。

よって、重大な損害が生ずるとはいえず、要件を満たさない。

4 他に適当な方法

他に適当な方法がないことを要件としている趣旨は、非申請型義務付訴訟はあくまで例外的に認めるものであるから、個別法に救済制度がある場合はそれを利用すべきというものである。したがって、当事者訴訟や民事訴訟での救済の道があるからといって、他に適当な方法があるということにはならない。

「資料2 参考判例」のように民事訴訟の可能性があっても、他に適当な方法があることにはならない。個別の規定もない以上補充性要件は満たす。

5 原告適格

行訴37条の2第3項は法律上の利益を有するものにのみ訴えの提起を認めている。

ここにいう法律上の利益を有するものとは、当該処分がなされないことにより自己の権利又は法律上保護された利益が侵害され又は必然的に侵害される恐れがあるものをいう。処分の名宛人が第三者である場合、当該処分を定めた行政法規が不特定多数者の具体的利益を一般公益として吸収解消させるにとどめず、個々人の個別的利益として保護する趣旨を有する場合には、当該利益は法律上保護された利益に当たると解すべきである。

道路法により道路の供用が開始されれば、Xらはたしかに本件市道を利用する利益を獲得する。しかし、この利益はあくまでも道路供用に伴う反射的利益として事実上認められているにすぎない。

したがって、原状回復命令がなされないことに関して、事実上不利益を受けたとしても法律上保護された利益の侵害を受けるわけではないので、原告適格は認められない。

6 訴えの利益・管轄・被告適格

原状回復命令により本件フェンスが撤去されれば、Xら一般通行者の通行が可能になるため訴えの客観的利益はある。そして、Y市を対象に、そこを管轄する裁判所に訴えを提起すればその他の要件は問題とならない（行訴38条、11条、12条）

7 結論

以上より、重大な損害及び原告適格の要件を欠き、訴訟要件を満たさない。

設問1（2）

1 要件該当性

道路法43条2号は道路の交通に支障の虞のある行為を禁止している。そして、本件フェンスの設置により、Xらは本件指導の交通が不可能となっているため、交通に支障があるといえる。

これに対し、市長は本件保育園関係者以外の利用は乏しいとしているが、乏しくともXらの利用がある以上、交通に支障がないとはいえない。また、園児との接触事故の危険のために、本件フェンスの設置はみだりなものとはいえないとも考えられる。しかし、接触事故の防止のためなら歩行者の利用まで阻む必要はなく、手段として相当とはいえない。また、近々廃止決定されるか否かはそもそも交通の支障の有無に関わりのないことである。

よって、道路法43条2号の該当性は認められる。

2 不作為の違法性

道路交通に関しては政策的な判断があることは否定できない。また、道路法 43 条 2 号の文言は「できる」となっている。そのため、43 条 2 号の要件に該当していたとしても、Y 市に監督処分をするかどうかの裁量があることは否定しがたい。そこで、X らとしては、監督処分の不執行が裁量権の逸脱濫用にあたり違法であると主張する必要がある。

行政法規によって、行政に裁量が認められている場合であっても、その趣旨・目的・内容・権限不行使によって生じうる不利益等に照らし、当該処分を行うべき責務があると評価される場合には、権限不行使は違法となる。

3 検討

道路法 43 条 2 号の規定に違反したものや、71 条の命令に違反したものに対しては、同法 102 条、104 条で刑罰を課しており、嚴重に。また、道路法は交通の発達に寄与することにより、公共の福祉の増進を目的としている。そのため、43 条該当事由がある場合に政策的な観点から一定の不処分が許容されるとしても、交通への支障が大きい場合にはそれを除去する責務があるといえ、不作為は違法となる。

本件では、X らは本件指導を全く通行できなくなっているため、交通上の支障は大きい。また、市長はいずれ、路線の廃止が見込まれるから取り立ててフェンスを除去する必要はないと考えている。しかし、現に一般交通のための道路である以上、個人への売り渡しを念頭において判断することは法の目的に反することであり、裁量の範囲を超えた他事考慮である。よって、そのような判断は許されない。

以上より、Y 市には、監督処分をすべき責務があったといえその不行使は違法となる。

設問 2

1 処分とは

処分とは公権力の主体たる国または公共団体の行為であって、直接国民の権利義務を形成しその範囲を確定することが法律上認められている行為をいう。そして、取消訴訟が救済制度であることに鑑みて、処分性は柔軟に判断すべきである。

2 Y 市への影響の検討

本件市道の所有者は Y 市である。所有権などの私法上の権利主体としては、地方公共団体も私人と同様の立場に立つことになる。そして、道路法は、損失補償の規定（道路法 91 条 3 項）など、私人の敷地が道路区域のとされる場合があり得ることを前提として規定を置いている。

以上からすると、廃止決定の処分性を判断するにあたっては、本件市道の所有者が Y 市であったとしても、私人と同様にその影響を判断すべきである。

3 道路利用者に対する影響

道路法 10 条 3 項は同法 9 条を準用し、道路の廃止が決定された場合その公示を義務付けている。このことから、道路法は路線の廃止が通行者へ影響があることを念頭に置いている。

と考えられる。もっとも、上述のように道路の通行者は、あくまで道路の供用に伴い反射的利益としてその利用が可能となっているだけである。そのため、廃止決定がなされたとしても、反射的利益が失われるだけで、法律によって直接何らかの権利が奪われるわけではない。よって、道路通行者への法的地位への影響からは処分性を肯定できない。

4 所有者に対する影響

道路とされる土地の所有者は当該土地が予定区域に指定されると、道路法 9 1 条によりその形質変更などが制限される。また、自己の土地であるにも関わらず道路法 43 条により、道路の供用の阻害となる行為を禁止されることになる。廃止決定は、これらの所有者に課せられた義務を一切取り払うものであるので、法律によって直接国民の義務を消極的に形成する行為であるといえる。また、廃止決定は一方的になされ、その公示が義務付けられていることからすれば、私人としての行為ではなく公権力の主体としての行為であるといえる。

よって、処分性は認められる。

設問 2 (2)

1 Y 市からの主張

道路法 10 条は一般交通の用に供する必要が無くなった場合には路線の廃止が「できる」としている。また、いかなる交通網を整備するかは、都市計画等に基づく政策的な判断が必要とされる。そのため、道路交通の用に供する必要が無くなったか、実際に意思決定をなすかには、Y 市に裁量が認められると主張して考えることが考えられる。

2 反論の内容

行政に裁量が認められる場合であっても、その判断過程が不合理である場合にはその判断結果は社会通念上妥当性を欠くことになる。そのため、そのような場合には、裁量権の逸脱濫用があるとして、違法となると主張することが考えられる。

3 検討

まず、道路供用の必要性の判断について検討する。Y 市としては、利用者が存在する道路であったとしても、交通網全体の観点から供用によって生じる利益と不利益を考慮し、利益に乏しく、B 通りのような他の交通手段があるため廃止による不利益も乏しい場合には供用の必要性がないと判断することも裁量の範囲内であると主張すると考えられる。このような解釈も可能であろう。

しかし、その判断過程において Y 市は以下のような不合理な判断をしている。

まず、本件市道は主に歩道として利用を想定して供用されていると考えられるにも関わらず、普通乗用車の交通ができないといった供用目的と関わりのないことを考慮要素としている。また X らの利用があるにも関わらず、もっぱら A への聞き込みのみで本件市道が保育園関係者以外の利用が乏しいと判断している。これでは、判断がのための調査が不十分といえる。

また、Y市は廃止決定をなす場合には隣接する土地所有者すべての同意を得ることとしている。これは、法律の委任もないことから裁量基準であると考えられる。裁量基準に反したとしても処分が直ちに違法となるわけではないが、合理的な理由なく異なる取り扱いをすれば平等原則違反となる。

本件では、何ら合理的な理由なく X らの同意を得ずに廃止決定をなしているので平等原則に違反する。

以上より、Y市の本件廃止決定は裁量権の逸脱濫用として違憲となる。

行政法

第 1, 設問 1 (1)

1, 本件において R らとしては, 法 71 条 1 項 1 号に基づいて本件フェンスの除去命令を義務付ける義務付け訴訟 (行政事件訴訟法 (以下行訴法とする) 3 条 6 項 1 号) を提起すべきと考える。

2, その訴訟要件を考えるにあたって, まず処分性が問題となる。処分性とは公権力の主体たる国または公共団体の行う行為の内, その行為によって直接国民の権利義務ないし法律関係を形成し, 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の事を言う。具体的には, ①公権力性②直接性③具体的法効果性によって判断する。

本件についてこれを見ると, 本件除去命令は, 上記法規に基づき, 名宛人に対して工作物等を除去するという義務を直接に課する者であるから, 処分性が認められる。

また「一定の処分」といえるためには, 義務付けの対象は審判対象を確定するために特定されていなければならないところ, 本件フェンスの除去というように特定がなされている。したがって, 「一定の処分」であると言える。

3, 次に, 原告適格が問題となる。原告適格は, 行政庁の処分により自己の権利もしくは法律上の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に認められる。そして, 処分の根拠となる処分法規が, 不特定多数人の具体的利益を一般的公益に吸収解消させるにとどめず, それが帰属する個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むと解されるときは, かかる利益も法律上保護された利益に当たる。

本件についてこれを見ると, 除去命令の根拠規範である法 71 条 1 項 1 号は, 法 43 条 2 号違反を発令事由の一つとして挙げている。したがって, 法は道路上の物件によって道路の交通に支障を受けない利益も保護の対象とする趣旨であると言える。

また, 特定の道路を用いた交通に支障が生じることが, 災害時の避難の困難性にも影響を与え, 個人の生命身体という侵害されると回復が不可能もしくは困難である重大な利益に対して侵害をもたらす危険がある。このような利益に対する危険は一般的公益に吸収することができないような性質のものである。

したがって, 法は除去命令によって, 道路上の物件によって, 災害時の避難に支障を生じさせ, 生命身体に対する被害を直接的に受けるものについては, 上記利益について個々人の個別的利益として保護する趣旨であると言える。

本件については, まず, X2 は C 小学校までの通学路として本件市道を利用するという利益を有している。そして本件市道のほうが交通事故の危険性が少ないことからすると, 道路上の物件によって生じる交通事故による生命身体に対する直接的な侵害が生じることになる。したがって, このような侵害を避ける利益は X2 の原告適格を基礎づける。

次に X1X2 が災害時に C 小学校に行くための緊急避難路として本件市道を利用していることから, 避難に支障が生じることにより生命身体に対する直接的な被害を受けないという利益は X1X2 の原告適格を基礎づける。

4, そして, 上記の通り生命身体という害される恐れのある利益の重男性から, 「重大な損害を生ずるおそれ」(行訴法 37 条の 2 第 1 項 2 項) も認められる。

5, 最後に, 補充性についてであるが, 義務付け訴訟における補充性は, 特別の救済方法が個別実定法において法定さ荒れている場合に限って認められなくなると考える。

本件についてこれを見ると, 道路法上特別の救済方法が法定されていないから, 補充性は問題なく認められる。

6, 以上より, 本件においては, 訴訟要件を充足する。

第 2, 設問 1 (2)

1, 法 7 条 1 項の「できる」という文言及びその裁量判断においては道路利用者などの利益にも考慮する必要がある。このことからすると, 監督処分については効果裁量が認められると言える。したがって, 当該裁量権に逸脱濫用があるような場合には処分は違法となると考える。

2, 法 43 条 2 号の趣旨は道路上の物件が道路の構造又は交通の支障を通じて, 道路利用の利便性や国民の生命身体を害することを防止することにある。そこで, 法 43 条 2 号違反の有無は, 道路上の工作物によってこのような利益が侵害されるかによって判断する。

この点について, 本件フェンスによって本件市道における原付事故を防止することが見込める。また, 本件保育園の関係者以外の者によって本件市道が利用されることはほとんど無いから, 交通の利便性が損なわれるともいえないとも思える。

しかしながら, 本件保育園の関係者以外によって, 全く利用されていないわけではなく, 本件フェンスによって X2 の C 小学校までの通学の利便性が害される。また X2 は本件市道が使えないことによって, より交通事故の危険性が高い B 通りを利用することを強いられる結果, 生命身体に対する危険を負うことになる。そして, X1X2 は災害時において避難路の通行に支障が生じ, 避難遅延が生じる。

一方, 除去命令の実行として撤去が困難であるとの事情も存しない。

よって, 本件フェンスは X らの交通の利便性や生命身体を害するから, Y 市長の判断には, 裁量の逸脱濫用があり, 違法となる。

第 3, 設問 2 (1)

1, 処分性の定義は上記のとおりであり, 処分性の判断は①公権力性②直接性③具体的法効果性によって判断する。

2, この点について, 路線の廃止は, 市町村長が法 10 条 1 項に基づいて, 公権力の主体として行うものである。したがって公権力性が認められる (①)。

また, 路線の廃止の際には, 公示も義務付けられている(法 10 条 3 項, 9 条)ことからすると, 処分の直接性も認められる (②)。

そして, 路線の廃止は, 道路自体の消滅を意味するのであるから, これによって当該路線について定められていた道路の区域や, 当該道路についてされていた供用行為も自動的に消滅する。そして, 道路の区域の決定によって, 道路敷地に対する私権の行使が制限され

る（法 91 条 2 項，4 条）。このような路線の廃止による効果からすると，具体的な法効果性が認められると言える（③）。

以上より，本件市道の廃止は，道路敷地の所有者及び通行者の上記法的地位に直接影響を及ぼすものであるから，処分性が認められる。

第 4，設問 2（2）

1，路線を廃止するためには，「一般交通の用に供する必要がなくなったと認める場合」

（法 10 条 1 項）という廃止要件に該当する必要がある。この点について，法が不明確な文言を用いていることや，いかなる処分が交通の発達に寄与し，公共の福祉の増進に役立つものかどうかという判断には，専門的な判断が要求されることから，当該要件該当性については裁量が認められる。

したがって，当該裁量権に逸脱濫用がある場合には処分は違法となる。

2，この点について，確かに，路線を廃止したとしても，B 通りを利用することによって，本件市道を普段利用する者であったとしても，交通に支障をきたすことはないとも考えられる。

もっとも，X2 による通学に本件市道が用いられていたことや，原付等によって，本件市道を利用していた者がいるにもかかわらず，専ら Y 市の職員が A に対してのみ行った聞き取り調査に基づいていることからすると，十分な調査を行っているとは言い難い。

よって，廃止要件に該当するとの判断に裁量権の逸脱濫用があるとは言えない。

3，次に X1X2 の同意がないのに本件市道を廃止することは，指導廃止に関する Y 市の内部基準に違反する。

そして当該内部基準は行政規則であり，裁量基準としての性質を有する。

したがって，当該裁量基準と異なる取り扱いを相当と認めるべき特段の事情が無い限り，裁量基準を考慮しないことは裁量権の逸脱濫用に該当すると解する。

本件内部基準は，路線廃止に，路線の利用につき利害関係を害する隣接地の所有者の意思を反映させようとするものであるから，合理的な裁量基準である。

そして，X2 による通学のための利用関係や，X1X2 の避難路の確保による安全にも関係するため，生命身体に関する重大な利害関係を有すると言える。そのため，特段の事情もあるとは言えない。

よって，X1X2 について同意を得ずになされた本件処分は裁量権の逸脱濫用であって違法である。

公法系 第2問

第一、設問1小問(1)

1. 提起すべき訴訟

Xらは、Y市に対し、本件フェンスの設置が道路法（以下「法」とする）43条2号に反していることを前提として、Aに法71条1号に基づく本件フェンスの移転ないし除却を命ずるよう、非申請型義務付訴訟（行政事件訴訟法（以下「行訴法」とする）3条6項1号）を提起する。

2. 訴訟要件について

(1) 非申請型義務付訴訟の訴訟要件は、①一定の処分、②重大な損害の生ずるおそれ、③補充性（上行訴法37条の2第1項）、④原告適格（同法同条第3項）の4つである。

(2) ①について

私人によって行政機関に特定の処分を命じさせるためには、求める処分が特定されていなければならない。

本件において、「法71条1号に基づく本件フェンスの除却」という処分の特定はされている（①充足）。

(3) ②について

非申請型義務付訴訟は、私人の働きかけによって行政機関に特定の行為（処分）を強制させるものである。そのため、不当な目的による提訴によって、行政運営が滞ることや、訴訟経済が浪費されることを防ぐため、原告に「重大な損害」が生じるおそれが必要とされている。

本件において、Xらに生じうる損害としては、(i) X2の通学路が従前に比して片道400メートル長くなること、(i i) 交通量が少なかった本件市道を使用できなくなることにより、X2の通学の危険性が高まること、(i i i) 災害時の緊急避難場所であるC小学校への最短経路である本件市道を緊急避難道路として使用できなくなることによる危険性の上昇、の3つである。

まず、(i) について、通学路は居住場所によって長短が当然に存するものであり、本件市道が使用できなくなることによって、X2の通学の労苦が増えるとしても、「重大な損害」とは認められない。

(i i) について、X2が通学路で事故にあう事態となれば、財産的損害のみならず、生命や身体の損害が生じうることに照らせば、「重大な損害」のようにも思われる。しかしながら、本件市道でも原動機付自転車と子供の接触事故が発生しており、格別安全性が高いとは言えない。距離的にも400メートル程度の差異であり、本件市道が使用できないことによる「重大な損害の生じるおそれ」は認められない。

(i i i) について、災害時、緊急避難場所に一刻も早く到着できるか否かは生死を分ける。しかしながら、Y市において災害が起こる蓋然性が格別高いという事情はなく、そ

のような事態が極めて例外的であること、400メートル程度の距離の違いはそれほど大きくないことに照らすと、Xらに「重大な損害」が生じるおそれは高くない。

以上より、②の要件は充足されていない。

(3) ③について

私人に本来行政機関に属する処分を下すか否かのイニシアチブを与えるという効果の重大性に鑑み、非申請型義務付訴訟を提起するためには、補充性が要求されている。

参考判例によると、道路上の通行妨害排除に関する民事訴訟が適法とされている。よって、Xらとしては、民事訴訟という手段がある以上、補充性はないのではないかとと思われる。

しかしながら、行訴法 37 条の 2 第 1 項が補充性を求める趣旨は、関係各法上、不服申立制度等他の制度が予定されているならば、当該手続きによるべきことを明記しているのであり、民事訴訟の提訴可能性の有無は、補充性を左右しない。

よって、③は認められる。

(4) ④について

原告適格とは、処分をみとめることにつき法律上の利益を有する者を指し（行訴法 9 条 1 項参照）、法律上の利益を有するか否かは、処分を定めた行政法規が当該具体的利益をもパラ一般的公益に吸収解消するにとどめず、個々人の個別的利益として保護する趣旨か否かによって定まる。そして、この判断に当たっては、行訴法 9 条 2 項に掲げられている各々の要素を考慮する。

法 1 条は、道路法の目的を、交通の発達・公共の福祉増進としている。法 71 条に基づく監督処分は、法 43 条 2 号の「道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞」を排除するため、即ち行動の利用者を保護することにある。法 18 条 2 項が道路の供用の開始または廃止しようとするときに公示すべきとしている点からも、少なくとも当該道路付近住民の利用は、個別的利益として保護されていると解される。

本件 X らは本件市道に接する本件土地上の住民であり、本件市道を利用していた事実もあるので、その利用ができない状態から、利用できる状態へと回復するための措置を求める法律上の利益を有すると認められる。

よって、④原告適格も認められる。

(5) 以上より、X らは訴訟要件①③④は充足しているが、②を具備していない。

第二、設問 1 小問 (2) について

1. 法 43 条 2 号違反の存否

本件フェンスの設置によって、X らの本件市道利用は阻害されている。A の目的が、原動機付自転車と本件保育園園児との接触事故発生を受け、保護者からの申し入れに応じるためであるとしても、未だ道路の廃止がされておらず、公共の用に供されるべき本件市道の一般通行者の利用を、一私人たる A が本件フェンスの設置によって妨げる行為は、法 43 条 2 号の「みだりに…道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある行為」と認められる。

2. 是正措置を採らないことの違法性の存否

たとえ、法 43 条 2 号に反する状態であるとしても、法 71 条に基づく監督処分命令を出さない Y 市の措置に裁量権の範囲内と認められる場合、義務付訴訟は裁量棄却される（行訴法 37 条の 2 第 5 項）。

本件において、本件市道は X や原動機付自転車利用者等一般利用者也利用していたが、主要な利用者は本件保育園関係者であった。特に、園児が頻繁に横断している一方、原動機付自転車と園児の接触しかける事故が年数回単位で発生しており、実際に接触事故も発生し、園児に身体・生命に対する高度の危険が存したことから、少なくとも原動機付自転車の利用を制限する必要性は高かった。そして、本件保育園関係者以外、B 通りの利用によって、目的地に到達できない事態はなく、弊害は小さい。

以上より、本件フェンスの設置を黙認することは、Y 市の裁量権の範囲内といえる。よって、監督処分を執らないことも、違法とはいえない。

第三、設問 2 小問（1）について

1. 取消訴訟の対象たる「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体の行為であり、その行為によって直接国民の権利義務関係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。

2. （1）路線の廃止は、道路の消滅を意味する。そして、当該道路についてされていた供用が自動的に消滅する。よって、一般人の道路としての通行（利用権）が制限されることになる。

（2）廃止される道路所有者が私人である場合、路線決定・廃止は当該敷地利用権についての具体的権利義務関係を左右する。これは、処分性の定義に該当する。

他方、本件市道のように敷地所有者が私人ではない場合、敷地所有者（本件において Y 市）の法的地位に影響はなく、処分性は認められないか。

（3）路線の廃止によって道路としての供用がなくなると、付近住民等従前の一般利用者は、以後通行利用権が左右される。よって、敷地利用者が私人であるか否かにかかわらず、路線の廃止は、直接、付近住民の権利義務関係（通行利用権の存否）を形成し又はその範囲を確定する効果を有していると認められる。

3. 以上より、本件指導の路線廃止には、処分性が認められるので、取消訴訟の対象となる。

第四、設問 2 小問（2）について

1. 実体的違法事由

（1）法 10 条 1 項は、路線廃止の要件として「一般交通の用に供する必要がなくなったと認める場合」としている。

（2）本件市道については、X らや原動機付自転車を運転していた通行利用者がおり、当該要件を満たさないのではないか、とも思われる。

しかしながら、道路法解釈上、交通発達・公共の福祉（法 1 条参照）の観点からの考慮

が必要であり、特定人ではなく、一般的利用の存否についての検討が必要である。

(3) Y 市長としては、①本件市道の幅員から普通自動車の乗り入れが不可能であったこと、②本件保育園関係者以外の利用が乏しいこと、③認定道路 B が存在し支障がないことから、本件市道について一般利用の必要性はない、と主張する。

当該事情を鑑みると、普通自動車の乗り入れができない以上、X らや原動機付自転車運転者ら以外の利用者は考え難く、これらの者にとって、B 通りがあるため影響は小さく、「一般交通の用に供する必要」は小さいといえる。

(4) 以上より、法 10 条 2 項の要件は充足されていると認められる。

2. 手続的違法事由

(1) 聞き取りが A のみになされたこと

行政手続法 13 条 1 項 1 号ロは利用者の地位を直接はく奪する場合、聴聞が必要である。

本件において、路線廃止されると本件市道を利用できなくなる（利用権を喪失する）X らに対し聴聞はなかった。これは、行政手続法 13 条 1 項に反し、違法である。

(2) ウェブサイト記載の基準不充足について

ウェブサイトで公表されている基準は、法 10 条 1 項の必要性消滅の認定に係る判断基準であり、裁量基準に当たる。

裁量基準は内部的拘束力のみを有し、外部的拘束力はない。

しかし、一旦制定・公表されると、一般人の信頼保護・公正な手行政運営担保の観点から、基準の合理性があり、かつ、個別具体的事情を検討して基準の適用が適当と認められる場合、裁量基準に反する判断は違法である。

本件において、X の同意を得ていない路線廃止は違法である。

(3) 取消事由に当たるか

処分内容に問題はなく、手続的問題しかない場合、原則当該処分は違法ではない。しかし、法律による行政担保の観点から、対象者の地位を左右しかねない重大な手続違法がある場合、処分も違法となる。

本件において、(1) の違法は、X らの防衛の機会を奪うものであり、X らの地位を左右する重大な手続違法である。よって、取消事由である。

(2) については、本件市道で事故が発生していたことや、従前の状況、A が購入予定であると言った事情に照らすと、B の同意を得ていないとしても重大な違法事由とは認められず、取消事由には当たらない。

以上