

62 / 100

## H29 行政法

### 第1 設問1 小問(1)

22 / 35

- 1 Xらは、Y市を被告として、Aに対し本件フェンスの撤去を命ずること（道路法（以下、法とする。）71条1項）を義務付ける訴え（行政事件訴訟法（以下、略する。）3条6項、37条の2第1項）を提起することが最も適切だと考えられる。

① 2

### 2 訴訟要件

- (1) 「一定の処分」（3条6項1号、37条の2第1項）

ア 「処分」とは、公権力の主体たる国または公共団体のなす行為のうち（公権力性）、その行為により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（直接具体的法効果性）。

② 2

本件撤去命令は、法71条1項各号に該当する者に対し、道路監督者等が一方的に発することができ（公権力性）、これにより、相手方に撤去義務という具体的な法効果を直接的に生じさせる（直接具体的法効果）。したがって、「処分」性が認められる。

③ 1

④ 0

イ 「一定の」とは、裁判所の判断が可能な程度に特定されていることをいうと解するところ、本件では、法71条1項に基づき、Aに対する、本件フェンスの撤去命令と裁判所に判断可能な程度に特定されておりこれをみたとす。

⑤ 2

ウ よって、「一定の処分」といえる。

- (2) 「重大な損害を生じるおそれ」（37条の2第1項）

ア 同要件の検討に当たっては、37条の2第2項の判断要素を勘案する。

(15) 1/2

イ 本件フェンスが撤去されないと、X2において、B通りを通ることを余儀なくされ、C小学校まで400メートル長い通学路を強いられる。しかも、B通りは本件市道より交通量が多く、危険性がより高まる。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、400メートルの差は、緊急性が要求される災害時において命取りとなるおそれがある。

(16) 2

(17) 2

(18) 2

このように、フェンスが撤去されないことにより、毎日の通学の負担が増えるのみならず、1秒でも早い避難を要する災害時に迂回を余儀なくされ、身体生命に重大な損害を生じさせるおそれがあるといえる。

(19) 1

ウ したがって、同要件をみたす。

(3) 「その損害を避けるために他に適当な方法がない」こと  
(補充性)(37条の2第1項)

本件フェンスが設置され続けることにより、Xらの、本件市道を使用する権利が侵害され、その状態が継続する。したがって、フェンスの排除を民事訴訟において主張しうる。

もっとも、同要件は、救済の必要性の観点から要求されるものであり、民事訴訟との自由な選択を許すべきである。したがって、民事訴訟を提起しうることをもって、「他に適当な方法」があるとはいえず、義務付けの訴えに代替する救済手続が

(20) 2

(21) 0

特に法定されている場合に限定して解すべきである。

本件では、特にこのような手続きは法定されておらず、「他に適当な方法」はないといえ同要件をみたす。

(4) 「法律上の利益を有する者」であること（原告適格）（37条3項）

「法律上の利益を有する者」（37条の2第3項）とは、当該処分により、自己の権利もしく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のであるが、当該処分を定めた根拠法規が、不特定多数者の具体的権利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場合には、このような利益も含まれる。そして、処分の相手方以外について判断する際の勘案事項を定めた9条2項は、義務付け訴訟においても準用される（37条の2第4項）。

ア Xらは、本件フェンスが設置されていることにより、道路を通行する自由、及び、身体・生命の安全が侵害されると主張することが考えられる。

イ 本件フェンスの撤去命令の根拠条文である法71条1項1号は、この法律に違反することを命令をなすための要件としているところ、法43条2号は、道路に関し、「交通に支障を及ぼす虞のある行為」を禁止事項として挙げており、道路を通行する自由も保護する趣旨といえる。もっとも、

道路を通行する自由なるものは、これが一般的な自由として保護された結果、各人が享有可能となるものであり、個々人の個別的利益として保護されるものではない。したがって、同自由は、専ら一般的公益の中に吸収解消されるといえ、「法律上保護された利益」とはいえない。

(10) 0

(10) 0

(12) 0

-3

ウ 他方、法 71 条が、除去命令という強力な手段を認めているのは、道路上の物件が、道路利用者の身体・生命を侵害する場合がありますことを想定しているからといえる。そして、これらの利益は重大で、侵害された場合は回復が不可能若しくは著しく困難といえる。したがって、身体・生命という利益は、これが帰属する個々人の個別的利益として保護する趣旨といえる。

エ 本件で、小学生とまだ幼い X 2 は、本件フェンスがあるために、通学のために本件市道を通ることができず、普通乗用車の交通量が多く身体生命への危険が高い B 通りを通ることを余儀なくされる。また、X らは、災害時に避難場所である C 小学校へ行くための緊急避難路である本件市道を通れず、400 メートルの迂回を余儀なくされ、避難が遅れることで身体生命が侵害される危険が高まる。

(19) 2

(13) 2

したがって、X らは、本件フェンスにより、身体・生命という利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれがある者といえ、原告適格が認められる。

(5) 以上から、訴訟要件をみताす。

一般の法  
に71条の19  
個別の利益  
に71条の19  
から  
して

190712  
190712  
190712

第2 設問1 小問(2)

12/20

1 法43条2号に違反しないとする判断について

(1) 裁量の有無

法43条2号が、監督処分の対象たる禁止行為につき、「その他道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある行為をすること」と抽象的な文言を用いているのは、道路や交通に関する専門的・技術的な知見を有する者の判断に委ねる必要があるためである。このような監督処分の性質から、道路管理者に要件裁量が認められるといえる。

①/

②/

(2) 裁量権の逸脱・濫用の有無

逸脱・濫用の有無は、裁量権の行使としてなされた判断の内容又はその過程に重要な事実の基礎を欠くか、社会通念上著しく妥当性を欠くか否かで判断する。

②/2

本件で、たしかに、本件保育園関係者以外の本件市道の利用は乏しく(問題文(ア))、現に園児と原付自転車との接触事故が発生し、同種事故が発生しかねないこと(イ)。また、いずれ路線の廃止が見込まれていること(ウ)から、「虞」はあるとも思える。

④  
⑤  
⑥

2/6

しかし、X2の通学路がより危険性の高いB通りとなってしまうことや、Xらの災害時の避難が遅れてしまうことは考慮されていない。

もう少し  
深い  
検討を

したがって、本件判断は、考慮すべき事項を考慮しておらず、その判断過程に著しく合理性を欠き、裁量権の逸脱又は濫用が

⑦/1

認められ違法である。

## 2 監督処分を執らないことについて

### (1) 裁量の有無

法 71 条 1 項柱書が、「できる」と判断の余地を認める規定の仕方をしているのは、道路に存する工作物等から生じる損害を予防するために、監督処分を行うか否か、行うとしていかなる処分を行うかにつき、道路管理者の専門技術的な判断に委ねる必要があるからである。したがって、道路管理者に効果裁量が認められる。

### (2) 裁量権の逸脱・濫用の有無

前記した通り、Y 市長は、事故防止や路線の廃止が見込まれていることのみを重要視し、X らの通学時の危険性や避難遅滞の可能性について考慮していない。したがって、この判断過程は、社会通念上著しく妥当性を欠くといえ裁量権の逸脱・濫用が認められ違法である。

## 第 3 設問 2 小問 (1)

1 「処分」(3 条 2 項)に当たるためには、前記した通り、公権力性、直接具体的法効果性が必要となる。

2 本件路線の廃止は、市町村長が、法 10 条 1 項に基づき一方的になすものであるから、公権力性が認められる。

また、路線の廃止により、道路の区域が決定されまた供用行為も自動的に消滅することになるところ、道路の区域が決定された後道路の供用が開始されるまでの間は、何人も、道路管理者

の許可を受けなければ、当該区域内において土地の形質を変更し、工作物を新築し、改築し、増築し、新しく大修繕し、又は物件を付加増置してはならない（法9 1条1項）。

このように、路線の廃止により、所有者の権利義務に直接具体的な法効果を及ぼすことが法的に認められている。また、通行人に対しては、通行できなくなるという直接具体的法効果が及ぶ。

3 したがって、本件市道の路線の廃止は、「処分」にあたる。

第4 設問2小問(2) 20/25

1 そもそも路線の廃止が許されないのではないか

(1) 法10条1項が、廃止要件につき「一般交通のように供する必要がなくなったと認める場合」と判断の余地を認める規定の仕方をしているのは、路線及び交通の現状及び将来の見通しを全体的に把握している市町村長の専門技術的な判断に委ねる趣旨である。したがって、市町村長に要件裁量が認められる。

(2) 本件では、原動機付自転車と園児の接触事故が起こったという事実があり、A保育園の関係者以外の利用は乏しいという調査結果から「一般交通のように供する必要がなくなった」と判断されている。しかし、この判断は、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てなされたものである。その判断の際にX2が通学のために利用していることは考慮されていない。また、園児との接触事故があったということは、他の者の利用もあることを裏付けているといえるが、それは全

く考慮されていない。したがって、考慮不尽等の裁量権の逸脱・濫用が認められ違法であると主張すべきである。

2 隣接する全ての土地の所有者の同意を要するとする内部基準

(1) 路線の廃止に関し、法10条1項は「廃止することができ(3) 2  
る」と抽象的な文言を用い、市町村長の専門技術的な判断に委(4) 2  
ねており、市町村長に効果裁量が認められる。(5) 2

(2) もっとも、本件では、路線を廃止するためには所有者の同意を要するとする内部基準がY市により設けられている。

この内部基準は、行政規則たる裁量基準であり、外部効果を(9) 2

有しないのが原則である。しかし、裁量基準であっても、公表(10) 0  
されている場合には、それが合理的といえる限り、平等原則や(11) 2  
信頼保護原則の観点から、外部に対する関係でも行政庁を拘束  
することになり、異なる取り扱いが認められる特段の事情がない限り、裁量権の逸脱・濫用となりうる。

(3) 本件裁量基準は、Y市により、ウェブサイトで公表されている。また、廃止された場合には法91条等により所有権に影響を及ぼすこととなるから、隣接する全ての所有者の同意を必要とすることは合理的といえる。そして、本件では、Xらの同意を得ていないが、Xらのみを同意を要する対象から除外することに特段の事情は認められない。(12) 2

したがって、裁量権の逸脱・濫用が認められると主張すべきである。

以上