

1 設問 1 (1)

18/35

2 1 Y市は、本件フェンスを撤去させるべく、Aに対して道
3 路法71条にもとづく原状回復命令を出すことができるにも
4 かかわらず、出していない。そこで、Xらは、本件フェンス
5 を撤去させるために、Y市に対して行政事件訴訟法（以下行
6 訴法）3条6項1号の非申請型義務付け訴訟を提起すること
7 が考えられる。

① 2

8 2 (1) 義務付け訴訟の訴訟要件は、行訴法37条の2第1
9 項より、①「一定の処分」、②「重大な損害が生ずるおそれ」、
10 ③「他に適当な方法がないこと」、④原告適格、のそれぞれ
11 が認められることが必要である。

12 (2) まず、義務付けの対象となる原状回復命令は、道路法
13 71条1項1号所定の行政処分であるが、これは裁判所にと
14 って十分特定可能であり、「一定の」といえる。また、71
15 条の原状回復命令は、Y市という公共団体が法律上直接国民
16 に義務を課すものであるから、「処分」といえる。

⑤ 2

② 0

③ 1/2
④ 1/2

17 次に、「重大な損害・おそれ」の有無については、金銭賠
18 償等で回復困難な取り返しのつかない損害が認められるかど
19 うかで判断すべきところ、フェンスが設置されることによっ
20 て、X1は、撤去される市道よりも交通量の多く、400メ
21 ートルという小学生にとっては比較的大きな距離が加算され
22 るB通りを通行せざるを得なくなるため、通学時間が増える
23 分だけ交通事故にあう蓋然性が高まる。また、緊急避難場所

⑤ 1/2

⑥ 2

⑦ 2

1 として指定される C 小学校へ、有事の際に避難することが遅
2 れてしまい、災害時に生命身体（○）の安全を害する危険性がその
3 分だけ高まるといえる。これらのリスク増大は金銭賠償では
4 回復困難な生命身体（○）の安全性を害する帰結を生むから、「重
5 大な損害・・・おそれ」が認められる。
6 次に、「他に適当な・・・方法がない」かどうかについてである
7 が、これは、義務付け訴訟以外にも複数の訴訟手続きが想定
8 される場合に、義務付け訴訟以外により紛争解決にとって直
9 接的かつ有効な方法がないと認められる場合に要件を満たす。
10 最判昭和39年1月16日は、村道（○）に対して村民各自が使用
11 の自由権を有しており、これが妨害された場合には、不法行
12 為が発生しており、妨害が継続する場合には妨害排除権が存
13 在する旨判示している。この判例を踏まえれば、X は民事訴
14 訟手続きを利用して自己の権利を保全し実現することができる
15 から、補充性要件を満たさないとも思える。
16 しかし、行政訴訟ひいては義務付け訴訟の目的は、行政の作
17 為あるいは不作為に対して不服があるときにこれを裁判所を
18 通じて争う点にあり、民事訴訟の目的は、私人間の権利義務
19 を終局的に判断して紛争を解決する点にある。したがって、
20 民事訴訟と行政訴訟とでは、争う対象が違うのであり、本件
21 で X が A に何らかの民事訴訟を提起できるとしても、その
22 点は X らの義務づけ訴訟の補充性要件の判断に影響を与えな
23 い。したがって、「他に適当な・・・方法」があるといえる。

18 2

19 1

20 2

21 2

原・道!!

1 そして、X らは、義務付け訴訟により、市道の利用を再びす
2 ることができるようになるから、法律上の利益を有するもの
3 と認められる。

⑥ ~ ⑭

1/13

4 (3) 以上より、義務付け訴訟の訴訟要件を満たす。

5 設問 1 (2)

10/20

6 1 X らは、①道路法 7 1 条 1 項所定の原状回復命令発出の要
7 件が充足していることを主張し、次いで②当該命令を出さな
8 いことが不合理であり、規制権限不行使の違法が存在すると
9 主張することが考えられる。

10 2 (1) まず、道路法 7 1 条 1 項の原状回復命令の要件は、
11 「この法律・・・違反している」ことであるが、A は、市道
12 として道路法 8 条 1 項に基づき認定された認定道路の上に、
13 北端と南端にフェンスを設置している。これは、「道路の構
14 造・・・に支障を及ぼす恐れのある行為」でありこれを禁じた
15 道路法 4 3 条 1 項違反である。したがって、A は道路法違反
16 の行為をしており、7 1 条 1 項の要件を満たす。

17 (2) では、要件を満たすにもかかわらず原状回復命令を行
18 わない Y 市に、規制権限不行使の違法があるといえるか。

19 まず、Y 市の裁量の有無を判断するに、7 1 条 1 項は
20 「・・・できる」という効果裁量を定めた条文構造となっ
21 ており、また道路に関する裁定は公共団体により、地域の交通
22 状況や人間関係を考慮したうえで決定されるべきものであり、
23 専門的政策的判断が要求されるから、裁量を有すると考えら

⑧ /

⑨ /

1 れる。もっとも、裁量権の行使の結果、規制権限を行使しな
2 いことが、考慮すべき事項を考慮していないなど明らかに合
3 理性を欠き、社会通念上妥当を欠くなど、規制権限を与えた
4 法の国民救済の趣旨を没却するような場合には、裁量権の逸
5 脱乱用があり、違法となると解する。

③ 2

6 (3) 本件では、Y 市長は、(ア) 本件市道の利用が乏しい
7 と思われること (イ) 本件市道上で接触事故が発生しており、
8 同種事故が発生する恐れがあること (ウ) A が廃止売渡を希
9 望し、廃止が見込まれることという 3 点を根拠に、規制権限
10 不行使を決定している。

11 もっとも、(ア) については、そもそも利用数の正確な数値
12 の調査結果等のデータが不足しており、事実の基礎を欠いて
13 いる。(イ) については、同種事故が発生するおそれがある
14 からといってフェンスの設置を許容することで、かえって近
15 隣の交通量が増加して、B 通りを通行する市民が交通事故に
16 あうことを考慮しておらず、考慮不尽であるといえる。(ウ)

④ 2

⑤ 0

⑥ 2

17 については、A ただひとりだけの意向を専ら重視しており、
18 反対している X らを含め、他の住民の意向を一切考慮してい
19 ないから、重視すべきでない事項を重視しており、妥当でな
20 い。したがって、Y 市の判断は、考慮すべき事項を考慮し、

⑦ 1/2

⑧ 0

⑨ 0

21 事実の基礎を欠くため、社会通念上妥当を欠いており、裁量
22 権の逸脱濫用がある。よって、Y の規制権限不行使は違法と
23 なる。

⑩ 1

1

2 設問 2 (1)

3 1 「処分」(行訴法 3 条 2 項)とは、国又は公共団体等の公
4 権力が主体となって直接国民の権利義務を形成し、またはそ
5 の範囲を確定することが法律上認められているものを意味す
6 ると解する。

7 2 道路の廃止の処分性を検討するに際しては、まず、道路の
8 区域決定がどのような影響を与えるのか検討する必要がある。

9 道路法 9 1 条 1 項は、18 条 1 項に基づき、道路の区域が決
10 定された後、供用が開始されるまでの間、許可を受けなけれ
11 ば当該道路の現状を変更してはならないという義務を、当該
12 道路の権利者に課している。また道路法 9 1 条 3 項の損失補
13 償規定を踏まえれば、私道が道路として收容されることを当
14 然の前提としており、その意味で、私道の所有者は、区域決
15 定により、上記の義務を課されるという法的地位の変動をう
16 けることになる。

17 そして、道路が廃止された場合、道路の所有者はそれらの権
18 利義務から解放されることになる。

19 もっとも、道路の利用者については、ただ道路を利用するこ
20 とができなくなるという事実上の利益を有するにとどまる。

21 法律上、何らかの地位にたたされることはない。

22 2 したがって、道路の利用者に対して、法効果性が認められ
23 ないから処分にあたらない。

① 2

② 2

③ 2

④ 0

⑤ 2

⑥ ~ ⑨

0

⑩ 1/2

1 設問 2 (2)

15/25

2 1 X としては、①本件市道には利用者がいる以上はその廃止
3 は許されない、具体的には道路法 10 条の「一般交通の用に
4 供する必要がなくなった」といえないから、要件を満たさな
5 いにもかかわらず要件充足を判断した点につき裁量権の逸脱
6 濫用の違法があると主張し②裁量基準がある以上、これに従
7 わないことは、平等原則に反し、裁量権の逸脱濫用の違法が
8 あると主張することが考えられる。

① 2

9 2 ①に対しては、Y 市からは、「一般交通・・供されなくな
10 った」という抽象的な文言から、要件裁量が存在するとの反
11 論が予想される。

本意にない

12 この点、X としては、裁量があるとしても、裁量権の逸脱濫
13 用があり、なお違法であると主張する。

14 本件では、Y 市は、専ら A に対する聞き取りのみに基づいて、
15 利用者が乏しく、「一般交通・・なくなった」との要件充足
16 性を判断している。道路の廃止の可否に関する調査に関して
17 は、その道路をとりまく周辺住民の意見を複数収集して判断
18 すべきところ、A だけの意見を重視して判断しているから、
19 考慮不尽の違法がある。

② 2

① 2

20 したがって、要件を充足すると判断した Y 市の裁量判断に裁
21 量権の逸脱濫用の違法がある。

22 3 ②について、

23 本件内部基準の法的性質が問題となるところ、本件内部基準

③ 1/2

④~⑥

0/7

1 は、道路法 10 条の廃止をする際に、隣接するすべての土地
2 所有者の同意を要するというものであるが、これは 10 条の
3 裁量権行使の際に用いる裁量基準である。裁量基準の趣旨は、
4 行政の恣意抑制と不服申し立て便宜にあるから、裁量基準に
5 反した行政行為が行われたとき、裁量基準は外部的拘束力を
6 有すると解する。すなわち、平等原則に反し、裁量権の逸脱
7 濫用を招来すると解する。

8 本件では廃止する道路周辺の土地の所有者すべての同意を得
9 る必要がある旨ウェブサイトで公開されているところ、X の
10 同意を得ていないから、裁量基準に反している。にもかかわ
11 らず、廃止決定を行うことは、裁量権の逸脱濫用であり、違
12 法である。

(9) 2

(10) 2

(11) 2

(12) 2