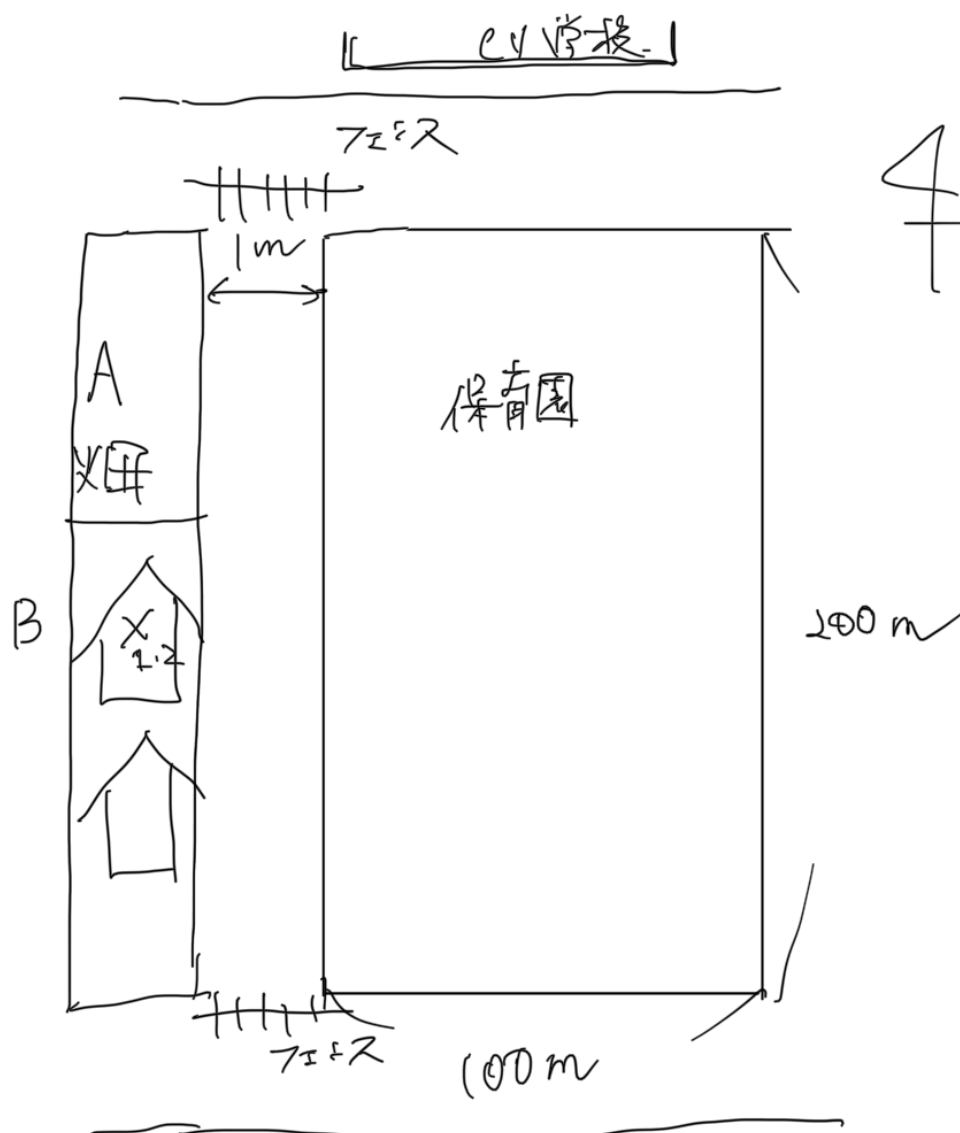


2023年9月8日（土）午後8時

2023年度前期 再チャレンジプログラム（3/4）

作成：中野知美

*平成29年公法系第2問（行政法）



〔設問1〕

Xらは、現時点において、Y市を被告として、本件フェンスを撤去させるための抗告訴訟を提起したいと考えている。

- (1) 抗告訴訟として最も適切と考えられる訴えを具体的に一つ挙げ、その訴えが訴訟要件を満たすか否かについて検討しなさい。なお、仮の救済については検討する必要はない。
- (2) (1)の訴えの本案において、Xらはどのような主張をすべきか。解答に当たっては、当該訴えが訴訟要件を満たすことを前提にしなさい。

→訴訟要件についてすべて検討した上で、その本案についても検討が求められている。

〔設問2〕

仮に、Y市長が、道路法第10条第1項に基づき、本件市道の路線を廃止したとする。

- (1) 本件市道の路線の廃止は、取消訴訟の対象となる処分当たるか。
- (2) 本件市道の路線の廃止の取消訴訟において、Xらはどのような違法事由の主張をすべきか。解答に当たっては、当該取消訴訟が訴訟要件を満たすことを前提にしなさい。

→訴訟要件については処分性のみ、その後本案について検討が求められている。

※法令の構造等を一緒に見ていきましょう。

〔設問1〕

Xらは、現時点において、Y市を被告として、本件フェンスを撤去させるための抗告訴訟を提起したいと考えている。

- (1) 抗告訴訟として最も適切と考えられる訴えを具体的に一つ挙げ、その訴えが訴訟要件を満たすか否かについて検討しなさい。なお、仮の救済については検討する必要はない。

<ポイント> 【法律事務所の会議録】

- ・今回は抗告訴訟に絞って検討し、当事者訴訟や住民訴訟については検討しないことにしましょう。
- ・当該民事訴訟の可能性が、Y市を被告とする抗告訴訟の訴訟要件の充足の有無に影響を及ぼすかという点は、落とさずに検討してください。
- ・選択した訴訟類型を定める条文の規定に即して、全般的に検討をしてください。

行政事件訴訟法第3条

6 この法律において「義務付けの訴え」とは、次に掲げる場合において、行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める訴訟をいう。

一 行政庁が一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされないとき（次号に掲げ

る場合を除く。).

→非申請型義務付け訴訟

(義務付けの訴えの要件等)

第37条の2 第三条第六項第一号に掲げる場合において、義務付けの訴えは、一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り、提起することができる。

2 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする。

3 第一項の義務付けの訴えは、行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる。

4 前項に規定する法律上の利益の有無の判断については、第九条第二項の規定を準用する。

5 義務付けの訴えが第一項及び第三項に規定する要件に該当する場合において、その義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする。

① 求める行為の「処分性」→処分の特定

道路法第71条

道路管理者は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、この法律若しくはこの法律に基づく命令の規定によつて与えた許可、承認若しくは認定を取り消し、その効力を停止し、若しくはその条件を変更し、又は行為若しくは工事の中止、道路（中略）に存する工作物その他の物件の改築、移転、除却若しくは当該工作物その他の物件により生ずべき損害を予防するために必要な施設をすること若しくは道路を原状に回復することを命ずることができる。

一 この法律若しくはこの法律に基づく命令の規定又はこれらの規定に基づく処分に違反している者

② 原告適格

→第三者の原告適格の判断枠組み（行政事件訴訟法9条2項）

③ 一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあること

④ その損害を避けるため他に適当な方法がないこと

→民事上の妨害排除請求権の可能性

(2) (1)の訴えの本案において、Xらはどのような主張をすべきか。解答に当たっては、当該訴えが訴訟要件を満たすことを前提にしない。

＜ポイント＞【法律事務所の会議録】

・我々としては、道路法の規定に即して、Y市長のこのような判断に誤りがないかどうかを検討し、仮に誤りがある場合には、さらに、本件フェンスに関する監督処分 of 措置を執らないことが違法といえるかどうかを検討しなければなりませんね。

裁量権の逸脱濫用

→要件裁量か、効果裁量か

(道路に関する禁止行為)

第43条 何人も道路に関し、左に掲げる行為をしてはならない。

一 (略)

二みだりに道路に土石、竹木等の物件をたい積し、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。

(道路管理者等の監督処分)

第71条 道路管理者は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、この法律若しくはこの法律に基づく命令の規定によつて与えた許可、承認若しくは認定を取り消し、その効力を停止し、若しくはその条件を変更し、又は行為若しくは工事の中止、道路(中略)に存する工作物その他の物件の改築、移転、除却若しくは当該工作物その他の物件により生ずべき損害を予防するために必要な施設をすること若しくは道路を原状に回復することを命ずることができる。

一この法律若しくはこの法律に基づく命令の規定又はこれらの規定に基づく処分に違反している者

*要件と効果にあたるものをピックアップしてみる

*裁量の逸脱濫用があったか否かを検討するための要素をあげてみましょう。

〔設問２〕

仮に、Ｙ市長が、道路法第１０条第１項に基づき、本件市道の路線を廃止したとする。

(1) 本件市道の路線の廃止は、取消訴訟の対象となる処分に当たるか。

<ポイント> 【法律事務所の会議録】

- ・この問題を検討するに当たっては、市町村道の路線の廃止が道路敷地の所有者及び通行者の法的地位にどのような影響を及ぼすかを検討して、それが処分に当たるか否かを明らかにする必要があります。
- ・市町村道は、路線の認定、そして道路の区域の決定という過程を経た上で供用が開始されます。
- ・また、Ｙ市が検討している路線の廃止は、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こととなると理解されています。
- ・ですから、本件市道の路線の廃止に係る処分性の有無を検討するためには、道路の区域の決定及び供用の開始が、道路敷地の所有者及び通行者の法的地位に対してどのような影響を及ぼすかについても検討する必要があります。
- ・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り得ることを前提とした規定を置いていますので、処分性の検討に当たっては、そのような規定も踏まえ、道路の区域の決定及び供用開始や路線の廃止が道路敷地の所有者の法的地位に及ぼす影響を検討する必要があります。
- ・これらの行政上の行為が道路の通行者の法的地位にどのような影響を及ぼすかも検討しておくべきでしょう。
- ・なお、Ｘらの原告適格については、これまで検討をお願いした点とかなりの程度重なるように思われますので、本件市道の路線の廃止の取消訴訟との関係では、差し当たり検討しなくて結構ですし、その他の訴訟要件についても、今は検討しないで構いません。

→ 道路法の規定を指摘して検討。

処分根拠：

(路線の廃止又は変更)

第１０条（前略）市町村長は、（中略）市町村道について、一般交通の用に供する必要がなくなつたと認める場合においては、当該路線の全部又は一部を廃止することができる。（以下略）

(2) 本件市道の路線の廃止の取消訴訟において、Xらはどのような違法事由の主張をすべきか。解答に当たっては、当該取消訴訟が訴訟要件を満たすことを前提にしない。

<ポイント> 【法律事務所の会議録】

・現に本件市道上で、園児と原動機付自転車の接触事故が起こっていますし、それ以前にも時折原動機付自転車が通行して園児と接触しかけたことがあったようですから、利用されていたことは確かですが、どの程度の頻度で利用されていたのかはよく分かりません

・Y市長は、本件フェンスにより本件市道が閉鎖された状況の下において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」としています。

・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の所有者の同意を必要とする旨の内部基準を設け、その旨をウェブサイトで公表しています。この内部基準の法的性質や、道路法の規定との関係を検討した上で、本件市道の路線の廃止の違法性とこの内部基準がどう関係するかについても検討しなければなりませんね。

→10条1項は要件裁量か。効果裁量か。

→内部基準の存在

―――
【参考】

<最高裁昭和62年11月24日判決集民152号247頁>

本件里道が上告人に個別的具体的な利益をもたらしていて、その用途廃止により上告人の生活に著しい支障が生ずるという特段の事情は認められず、上告人は本件用途廃止処分の取消しを求めるにつき原告適格を有しないとした原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係及びその説示に照らし、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。本件訴えを却下したからといって憲法三二条に違反するものでないことは、当裁判所大法廷判決（昭和三二年（オ）第一九五号同三五年一二月七日判決・民集一四卷一三号二九六四頁）の趣旨に徴して明らかである。本件訴えが適法であることを前提として本件用途廃止処分の違憲をいう上告人の主張は、失当であり、また、その余の違憲の主張はその実質において単なる法令違背の主張にすぎないところ、原判決に法令違背のないことは、右に述べたとおりである。論旨は、いずれも採用することができない。

よつて、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

《事案の概要》 本件里道は、Y県知事が国有財産法三条二項二号所定の公共用財産と

して、建設省所管国有財産取扱規則三条によりいわゆる認定外道路として管理してきたものであるが、Yは、本件里道が既に道路としての機能を喪失しているとして、同規則一七条一項に基づきその公共用財産としての用途を廃止する処分（本件用途廃止処分）をした。これに対し、本件里道の西端の出入口正面に永年居住してきたXは、本件処分の取消しを求めて本件訴えを提起した。

一審判決は、本件用途廃止処分の行政処分性を肯定したが、Xの原告適格の有無については、一般公衆が公共用物を利用し得る利益は反射的利益にすぎないので、利用者であるということのみで原告適格を肯定することはできないが、公共用財産であっても、特定個人の日常生活に個別性の強い具体的利益をもたらしていて、その廃止によって日常生活上著しい支障が生ずるという特段の事情が認められる場合には、その使用利益をもって法的に保護された利益とみる余地がないではないとしたうえ、本件里道が長期間にわたり里道としての機能を失っていたこと、Xの交通に何ら支障を与えないこと等からみて、右特段の事情は認められないので、Xは本件用途廃止処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有せず、原告適格に欠けるとして本件訴えを却下した。二審判決は、ほぼ同様の理由により、Xは原告適格を有しないとしてXの控訴を棄却し、本判決も、Xの原告適格を否定した二審判決の認定判断を是認してXの上告を棄却した。

【解説】

《問題の所在》 本件一審では、里道についての用途廃止処分の行政処分性の有無と里道の利用者が用途廃止処分の取消訴訟を提起するについての原告適格の有無の二点が争点となったが、本件上告審では主として後者の原告適格の問題が争われた。

道路・河川・海岸・公園等の公共用物は、一般公衆の使用に供することを目的とする公共施設であり、何人も他人の共同使用を妨げない限度で、その用法に従い、自由にこれを使用することができる。道路の自由使用は、道路がその供用の開始により一般公衆の用に供せられた結果、その反射的利益として、これを享受する関係であって、一般公衆に特定の権利としての使用権が与えられているわけではない。したがって、道路管理者が道路の供用を廃止したことによって交通の便が閉ざされ、一般公衆の自由使用が不可能になって不利益を受けることがあっても、これをもって直ちに自己の権利又は法的利益の侵害であるとして道路廃止の違法を主張することは許されない（原・公物営造物法〔新版〕二五三頁）。

行訴法九条は、処分の取消訴訟の原告適格を当該処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者に限って認めている。これは、処分の取消訴訟は主観訴訟として訴えの利益がある限り認められること、原告となりうる者は必ずしも処分の相手方に限らず、取消しを求めるにつき法律上の利益を有すれば足りること、この点において取消訴訟が民衆訴訟・機関訴訟と異なる性質および目的をもつことを明らかにしたものである

(杉本・行訴法の解説三七頁)。

道路の一般使用者は、前述のとおり、道路が一般公衆の用に供された結果、その反射的利益として道路を自由に使用することができるにすぎないものであり、特定の使用権が与えられているわけではなく、また、その使用が本来法律上個別的に保護されているものでもないから、当該道路が廃止されても、その用途廃止処分の取消しを求めるについて原告適格を有しない。

しかし、特定の者の住宅又は事業所が一つの道路にのみ接し、その唯一の出入口が道路の廃止によって塞がれ、生活上又は業務上重大な支障を生ずるような特段の事情がある場合には、道路法、国有財産法規には明文の規定がないけれども、その者の当該道路を使用する利益は法律上個別的・具体的に保護されているものとして、当該道路の用途廃止処分の取消しを求めるについて原告適格を肯定するのが相当ではないかと思われる。そこで、このような特段の事情の有無を原告適格を認めるかどうかの判断基準とすることの可否などが問題となる。

(判例タイムズ主要民事判例解説 706 号 354 頁 臨時増刊)

以上