

第1 設問1 (1)

1 Xらは、Y市に対し、道路法（以下、「法」）71条1項に基づく、本件フェンスの除却命令を義務付ける旨の、非申請型義務付け訴訟（行政事件訴訟法（以下「行訴法」）3条6項1号）を提起することが、最も適切だと考えられる。

2 では、Xらは、訴訟要件を充足しているか。

(1) 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、②①によって、重大な損害が生じるおそれがあること、③損害を避けるために他に適当な方法がないこと（①～③につき、行訴法37条の2第1項）、④原告適格が認められること、⑤訴えの利益が認められること（④、⑤につき、行訴法37条の2第3項、第4項、9条2項）、⑥被告適格が認められること（行訴法38条1項、11条1号）、⑦当該裁判所に裁判管轄が認められること（行訴法38条1項、12条1項）の7点である。

(2) 「処分」とは、国または公権力が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上予定されているもののことを指す。そして、「一定の」とは、裁判所が判断することが可能な程度に特定されていることを意味する。

本件フェンスの除却命令は、法71条1項を根拠規定としており、除却命令ができれば、命令を受けたものは、対象物の除却義務を負う点で、国民の権利義務の変動が法律上予定されているといえる。また、除却命令の後になされる手続はないため、直接的な行政行為であり、その行為は、法律に基づき、命令を受ける者の意思に関係なくなされる点で、公権力の行使にあたる。加えて、除却対象は本件フェンスと明確であり、裁判所の判断が可能な程度に特定されているといえる。

以上より、本件フェンスの除却命令は、「一定の処分」にあたる（①充足）。

(3) 次に、Xらに原告適格が認められるか。Xらが、「法律上の利益を有するもの」といえる場合には、原告適格が認められる。

ア 「法律上の利益を有する者」とは、当該処分によって、自己の権利または法律上保護された利益が変動し若しくは必然的に変動するおそれのあるもののことを指す。そして、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数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利益も保護すべきとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もこの法律がいう「法律上の利益」にあたる。Xらが「法律上の利益を有する者」に当たるか否かは、上記定義と行訴法9条2項に従い判断する。

イ 本件でこれを見るに、法71条1項1号は、法に違反する者に対して、除却命令をだすことができる旨を規定している。法43条2号は、「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」を禁止しているところ、全体の解釈指針である法1条が、交通の発達に寄与することをこの法の目的としていることから、

コメントの追加 [中野1]: OK です。

コメントの追加 【疑問】

個人的には、民法の要件事実の答案のように要件を先に並べて、あてはめるという答案が好みです。行政法でもそれを意識したのですが、分量が多くなりがちで、コンパクトに書くとすればこれはカットなんですかね？

コメントの追加 [中野3R2]: 私は書くタイプです。できれば書いたほうが、後の当てはめはしやすいかなと思います。

コメントの追加 [中野4]: OK です。

コメントの追加 【メモ】

取消訴訟の時は、「処分が権利を侵害する」というロジックが使えたが、非申請型義務付け訴訟ではそのロジックが使えない（処分をさせようとするため、いまだ処分がない）。そこで、規範を若干いじってみました。他の人の答案も比較検討する。

コメントの追加 [中野6R5]: この定義でも良いと思います。

道路法において、道路通行の利益は保護されているといえる。道路通行の利益は反射的利益にすぎず、一般的公益の中に吸収解消されるべきものとも思えるが、実際にその道路を使用する者は、使用していた道路が使用困難になった際に、具体的な不利益を受ける以上、日常使用する者の道路通行の利益を保護しなければ、保護した道路通行の利益が画餅過ぎないことになりかねない。以上より、近隣住民が日常利用する道路の通行利益が、個々人の個別的利益として保護されていると解する。

- ウ　そして、X1 と X2 は本件畑の南側に隣接する本件土地に居住するものである。彼らは、本件市道を通らなくても生活することはできるものの、緊急避難時には、B 通りよりも 400 メートルも短縮して避難できる本件市道をつかって避難する実益があるといえる。また、災害時に B 通りが使用困難になった際に、本件市道が使えなければ、避難に支障を来し、X らの生命身体に影響が出る可能性があるといえる。以上のことから、X らが、本件市道を利用し通行する利益は、一般的公益に吸収解消させるとどまらず、個々人の個別的利益として保護されていると解する。

エ　以上より、X らに原告適格は認められる（④充足）。

- (4)　本件フェンスが撤去されなければ、本件市道を通行することは不可能であり、災害避難に支障を来した結果 X らの人命に影響がでるといって「重大な損害が生じるおそれ」があるといえる（②充足）。また、本件のように、民事訴訟が適法に提起できる場合であっても、補充性要件は満たされる。公権力行使に関する抗告訴訟と、人格権侵害を理由とする民事訴訟は争点を異にし、訴訟選択は当該私人に自由に決められるためである。本件では、民事訴訟ができてなお、道路法に個別の救済手段が法定されていない以上、補充性要件を充足する（③充足）。
- (5)　被告適格は、Y 市にあるため、訴訟を提起する裁判所に裁判管轄が認められれば、上記抗告訴訟は訴訟要件を充足する。

第2 設問1 (2)

- 1　本件フェンスの設置が、法43条2号にあたるため、法71条1項1号に該当し、除却命令を出すべきであると主張することが考えられる。

- (1)　まず、法43条1項2号は、「その他道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞」という抽象的な文言を規定している。しかし、法102条3号が、法43条に違反した者に対する罰則を規定している以上、要件裁量は認められない。

一方で、法71条1項は、道路法に規定する望ましい社会の実現方法として、工事の中止や改築、除却等の様々な手段を用意しており、「できる」との文言をもって、執行者にどの手段を選択するかを自由を与えている。以上より、法は、行政庁に効果裁量を認めている。

コメントの追加 **【参照】**

TKC 解説。自力では、個々人の個別的利益として保護されている条文を見つけることができず、原告適格はないのかなと思った。

コメントの追加 [中野8R7]: 裁判例との関係を考慮すると、保護に値すると言えるかもしれません、

コメントの追加 **【参照】**

TKC 解説。正直このあてはめがしっくりこない。こんな書けないと思う。また、採点実感には細かめの判例が引用されて、フェンス撤去の原告適格は認められないとも書かれているから、素直に原告適格否定の方がよかった？

コメントの追加 [中野10R9]: 書いてもらっている内容で違和感はないです。

コメントの追加 | 原告適格は基本的に認められるテンションで書いても問題はない（中野先生）

コメントの追加 **【疑問】**

この書き方がぐちゃちゃとして読みにくくなってしまった。段落をわけて、問題提起→規範→あてはめとわけて書くべきだったのか（この時点で分量がすごいことになっているので、できるだけ省略して書きたかったです）。

コメントの追加 [中野13R12]: 今の書き方でも整理できているので、良いかと思います。

コメントの追加 [中野14]: 罰則を規定していると要件裁量が認められない、となる理由についてもう一言欲しいです。

コメントの追加 [中野15]: OK です。

- (2) 行政庁の裁量は尊重に値するといえども、行訴法 37 条の 2 第 5 項が規定するような場面においては、その裁量権行使は認められない。
- (3) 本件でこれを見るに、本件フェンスの設置行為は、本件市道が、そもそも本件保育園の関係者以外による利用は乏しいことや、実際に園児と原動機付自転車の接触事故が起きていること、いずれ本件市道の廃止が見込まれることから、「虞のある行為」とはいえないとも思われる。しかし、いまだ廃止されていない本件市道の管理者は Y 市（法 16 条 1 項）であって A ではない。そして、市の財産である本件市道を A の独断で管理することは許されず、管理にあたっては、本件市道を利用する X らの利益をも本来は考慮されるべきである。にもかかわらず、A のみの利益を考慮したことは、考慮すべき事実の考慮に欠けており、本件フェンスの除却命令を出さないことは、「裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となる」といえる。
- (4) よって、本件フェンスの除却命令を出さないことは、裁量権の逸脱・濫用にあたる。

第3 設問2 (1)

- 1 本件市道の路線の廃止が「処分」（行訴法 3 条 2 項）にあたるか。
- (1) 市道の路線の廃止は、法 10 条 1 項に基づきなされ、市道の路線が廃止されれば、私権制限（法 4 条）が解除され、当該区域で自由に工作物の設置等が認められるという法効果が付与される。この効果は、市道の路線の廃止によって生じ、他の手続や行政行為を要しない。また、法 10 条 1 項を根拠にしている以上、周辺住民の意思とは無関係にできるため、公権力の行使にあたるといえる。
- (2) 以上より、本件市道の路線の廃止は、「処分」にあたる。

第4 設問2 (2)

- 1 本件市道の路線の廃止が、行政庁に与えられた裁量権の逸脱濫用にあたり、取消対象になる（行訴法 30 条）旨主張することが考えられる。
- (1) 路線の廃止は、「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）に可能であるところ、この判断には、交通経済学や交通政策といった専門的・技術的判断が要求されるものである。したがって、要件裁量が認められる。また「廃止できる」という文言や、廃止対象を全部または一部と選択することができる以上、効果裁量も認められる。
- (2) そして、本件市道の路線の廃止の理由として、Y 市側は、①普通自動車が行きにくいような狭い通路であること、②本件保育園の関係者以外の本件市道の利用は乏しいこと、③B 通りが代替機能を果たすため、本件市道の路線を全部廃止しても問題ないことの 3 点を理由に、裁量権行使による本件市道の路線の廃止は

コメントの追加 [中野16]: 少しわかりづらいです。

コメントの追加 | 小田急本案（CB4-9、149 頁）の規範がよい。渡辺さんの答案 4 頁も参考になる。

- ①事実誤認によって重要な事実の基礎を欠く
- ②評価の明白な合理性の欠如
- ③他事考慮・考慮不尽

コメントの追加 [中野18]: あてはめ OK です。

コメントの追加 [中野19]: 端的ですが OK です。

コメントの追加 [中野20]: OK です。

適法である旨主張することが考えられる。

しかし、X らは、X 2 が通学する C 小学校への通学路として日常利用していることから、本件市道の路線が普通自動車の通れないほどに細いことをもってしても、本件保育園関係者以外の本件市道利用が乏しいという事実から直ちに、廃止の正当性を導くことはできない。また、本件市道の調査のうち、聞き取り調査は A にしかなされていない。法 18 条 2 項が、路線を廃止する際に、その旨を公示し広く一般の縦覧に供することを要求することからも、道路の多数の利害関係人の存在を法は想定しているといえるにもかかわらず、特定の利害関係人にしか調査しなかったことは、調査義務違反である。調査義務に違反した調査報告をもとになされた、本件市道の路線の廃止は裁量権の逸脱濫用に当たると主張できる。

- (3) 加えて、市道の路線の廃止は、不利益処分（行政手続法 2 条 4 号）にあたるため、内部基準は、処分基準（行政手続法 12 条）にあたる。処分基準は、裁量権行使の恣意抑制と不服申し立て便宜のために行政庁自らが作成するものであり、基準に違反することで、直ちに裁量権の逸脱濫用となるものではない。しかし、行政庁が定めた処分基準に従って処分がなされるのが通常であるため、当該処分基準の定めと異なる取り扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がある場合を除いて、処分基準に反する裁量権行使は、裁量権の逸脱濫用に当たると解する。

本件では、処分基準が、廃止しようとする指導に隣接するすべての土地所有者から同意を得ることを義務付けているにもかかわらず、Y 市は、全員の同意が法律上の要件でないことを理由に、同意がないのに本件市道の廃止をしようとしている。

以上より、処分基準と異なる取り扱いをする特段の事情が認められない場合は、この別異取り扱いをもって、裁量権の逸脱濫用に当たると主張できる。

以上

コメントの追加 [中野21]: この調査義務違反の結果、要件、効果のいずれの問題になるのでしょうか。

コメントの追加 [中野22]: 事実誤認→調査不
→要件裁量
廃止の選択をするための調査不
→効果裁量

要件裁量と効果裁量のどちらにもなりうる。

コメントの追加 [中野23]: 内部基準に関する考え方 OK
です。内部基準が合理的かどうか、という判断は一言
あると良いです。