

司法試験受験生応援・特別無料講座

# 2017 緊急!【成績通知】答案分析会

---

---

## ◆ 公法系再現答案集 ◆

辰巳専任講師・弁護士

---

松永 健一 先生

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

# ● 目 次 ●

◆ 公法系第 1 問再現答案 .....	1
★合格者再現答案 A 評価 (甲さん) .....	1
●合格者再現答案 D 評価 (乙さん) .....	5
◆ 公法系第 2 問再現答案 .....	9
★合格者再現答案 A 評価 (甲さん) .....	9
●合格者再現答案 D 評価 (丙さん) .....	13

## 平成29年論文式試験公法系第1問

## ★ 合格者再現答案 A評価（甲さん 公法系科目143点台）★

Memo

## P.1 設問1

2 1. 特労法5条8号は、外国人が日本国内で妊娠出産する自由を侵害  
3 し、憲法13条に反する。

4 (1) 憲法13条は国民の生命、自由および幸福追求についての権利  
5 を保障しているが、明文になくとも人格的生存に不可欠な権利は  
6 保障していると解される。

7 女性が好きなときに好きな場所で妊娠出産する自由は、家族を  
8 形成すると言う点で、自己の描いたライフスタイルを実現するも  
9 のであり、人格的生存に不可欠といえる。

10 よって、上記自由は自己のライフスタイルを決定する自己決定  
11 権の一環として13条により保障される。

12 (2) そして、人権の不可侵性（憲法11条）、国際協調主義（前文、  
13 憲法92条）からして、外国人であっても権利の性質上日本国民  
14 にしか保障されない自由をのぞいて人権享有主体となる。

15 上記自由は、国民主権にかかわるものではなく、外国人であっ  
16 ても自己のライフスタイルを描くことは自由にできるはずである。  
17 よって、外国人が日本国内で妊娠出産する自由は憲法13条によ  
18 って保障される。

19 (3) 同条は外国人が日本国内で妊娠出産することを禁止事項として  
20 定めており、全面的に上記自由を認めていない点で重大な制約が  
21 ある。

22 (4) 自己のライフスタイルを決定することは自らがどのように生き  
23 ていくかを定める点で人格的生存の中枢にかかわる重大な権利で  
P.2 あること、また本号が上記自由を全面的に奪う強度な制約である  
2 ことに照らせば、本号は①目的が必要不可欠で②手段が最小限度  
3 の場合に限って合憲といえると解する。

4 (5) 本号の目的は、外国人が日本に定住することで、社会的・政治  
5 的な軋轢が生じかねないことに鑑み、外国人の定住を防止する点  
6 にある。たしかに、欧米諸国では移民を受け入れた結果、社会  
7 的・政治的な軋轢が生じているが、欧米諸国に比べて多民族性・  
8 多宗教性が低い日本においても同様な事態が生じると断ずること  
9 はできない。そこで、上記軋轢の懸念は、観念上の想定にすぎず、  
10 外国人の定住を避けることは、必要不可欠な目的とはいえない  
11 (①不充足)。

12 仮に目的が必要不可欠だとしても、外国人の妊娠出産を禁じる  
13 ことが必要最小限度ということとはできない。日本で妊娠出産した  
14 女性であっても、日本に定住するつもりはなく母国に帰る予定の  
15 人もいるのだから、妊娠出産が必ずしも定住に結びつかないため、  
16 本件手段は目的に適合しない。また、妊娠出産は女性の身体にと  
17 って大きな負担がかかることにかんがみれば、女性の妊娠出産自  
18 体は許容した上でその後数か月したら母国に帰還させるなどのよ  
19 り制限的でない方法も考えられる。よって、必要最小限度とはい  
20 えない(②充足)。

21 したがって、本号は憲法13条に反し違憲である。

22 2. 特労法18条1項は令状なく外国人を收容できるとする点で、外  
23 国人が令状なく身柄を拘束されない権利を害するとして、憲法33

- P.3 条の令状主義に反する。
- 2 (1) 令状なく身柄を拘束されない権利は人身の自由として同条で保  
3 障される。  
4 そして、かかる自由は外国人であっても享受されるべきだから、  
5 外国人にも上記自由は保障される。
- 6 (2) 特労法18条1項は令状なく外国人を収容できるとしており、  
7 上記権利に対する強度な制約がある。そこで、①必要不可欠かつ  
8 ②必要最小限度といえる場合に合憲となる。  
9 本件では、問題のある外国人の収用を迅速に行うことを目的と  
10 しており、これ自体は必要不可欠と言える(①充足)。しかし、  
11 令状を入手することは、その人物に問題があることが明らかであ  
12 る場合そこまで時間がかかるとは考えにくく、令状の下でしか自由  
13 を奪われないと言う重要な権利を侵害すべき合理的理由はない。  
14 そこで、令状を要件としても上記目的は達成できると言え、本号  
15 は必要最小限度とはいえない(②不充足)。
- 16 (3) よって、本項は憲法33条に反し違憲となる。
- 17 3. 最後に、Bの妊娠出産は15条8号の禁止行為にあらず、本号  
18 をBに適用することは憲法13条に反し違憲と主張する。  
19 15条8号は、日本国内での妊娠出産を禁じるが、前述の同号の  
20 趣旨と妊娠出産する自由の重要性に照らせば、妊娠出産後に定住を  
21 予定している者の妊娠出産に限ると合理的に解釈すべきである。  
22 本件で、Bはこの先日本に定住する予定はないと答えており、同  
23 号が禁止する妊娠出産にあたらぬ。

P.4 よって、同号をBに適用することは憲法13条に反し違憲である。

#### 設問2

##### 1. 法令違憲(憲法13条)

- (1)ア 国としては、外国人の入国滞在が許されるかどうかは、国が  
5 判断すべき事項であることに照らせば、外国人が日本に滞在し  
6 て妊娠出産する自由は、国が特別に許容するかの問題であり、  
7 憲法上保障されているものではないと反論する。

8 また、仮に保障されたとしても、外国人に対する保障の程度  
9 は弱いと反論する。

- 10 イ 私見としては、外国人が日本で妊娠出産する自由は、原告が  
11 主張する通り13条で保障されると解する。

12 外国人の場合、権利の性質上日本国民にのみ保障すべきと解  
13 されるものを除き保障が及ぶ。元々、海外で妊娠した女性がわ  
14 ざわざ日本で出産するのならばともかく、妊娠は女性の意図し  
15 ない場合に起こることを鑑みれば、元々、日本で働くことが許  
16 された特定労務外国人の女性が日本で妊娠することは十分あり  
17 得ることである。そして、どこで産むかは女性の人生設計に大  
18 きくかわかる問題であるから、女性が自ら選ぶべきであり、そ  
19 れは外国人女性であっても変わらない。よって、外国人が日本  
20 で妊娠出産する自由は保障される。

21 さらに、国側は、外国人の場合、権利の保障の程度は弱いと  
22 反論するが、これには同意しかねる。権利の性質上可能な限り  
23 人権が保障される法人と異なり、外国人は権利の性質上保障で  
P.5 きない権利以外は「保障される」のだから、権利の性質上保障  
2 できない権利以外の保障の程度は日本国民と変わらないと考  
3 えるべきである。

- 4 (2)ア 国としては、以下のように反論する。日本政府には外国人の  
5 入国滞在を認めるか否かと言う点と、財源が限られているため

6 に保育・教育・医療サービスをどのように割り振るかと言う点  
7 に裁量がある。そこで、外国人が国内に増えすぎると保育、教  
8 育、医療サービスに影響を及ぼしかねないことを理由に、日本  
9 は外国人の滞在を制限できるため、国内で妊娠した女性を強制的  
10 的に出国させることは裁量の範囲内であり、審査基準が弱まると  
11 反論する。

12 イ 私見は以下の通りである。たしかに、外国人には入国滞在を  
13 求める権利はなくその許可不許可は政府の裁量である。しかし、  
14 保育・教育サービスなどにおける裁量は、滞在している外国人  
15 がそのような社会サービスを使うかはまだ分からない以上、実  
16 際にその者に給付を行う時点で問題となる裁量である。よって、  
17 かかる点を入国滞在における判断で考慮すべきではないので、  
18 本件で問題になるのは外国人の入国滞在を認めるか否かと言う  
19 点における裁量だけである。

20 そこで、かかる裁量によって審査基準が緩められても、前述  
21 の通り本件権利は日本国民と同様の保障程度が及ぶ重要なもの  
22 であり、また本件規制は妊娠出産した場合に強制出国させ生活  
23 の基盤を奪う点で、実質的に上記権利をなく奪う非常に強度  
P.6 なものであるから、①目的が重要で、②手段が密接関連性のあ  
2 る場合に限って合憲となると解する。

3 本件目的は、外国人が日本に定住することで、社会的・政治  
4 的な軋轢が生じかねないことに鑑み、外国人の定住を防止する  
5 点にある。そして、欧米諸国で実際にかかる軋轢が生じている  
6 以上、それが日本国内で起こる可能性は十分ありうるため、単  
7 なる観念上の想定とは言えない。よって、上記目的は重要であ  
8 る(①充足)。

9 しかし、女性の身体的負担にかんがみれば、妊娠中に強制出  
10 国させるのではなく、出産後に出国させるといったより制限的  
11 でない方法が考えられる。また、妊娠した女性のすべてが日本  
12 国内で定住したいと考えているわけではないので、定住を考  
13 えている女性に限定することもできる。よって、本件手段は密接  
14 関連性を欠く(②不充足)。

15 以上より、本号は憲法13条に反する。

## 16 2. 法令違憲(憲法33条)

17 (1) 国としては、憲法33条は刑事手続について定めた規定であ  
18 り、行政手続には原則適用されず、実質的直接的に刑事手続に  
19 結びつく場合のみ適用されるところ、本件は何ら刑事手続に関  
20 わりない行政処分の場面では適用されないと反論する。

21 (2) 私見は以下の通りである。

22 ア たしかに、憲法33条は刑事手続について定めている。しか  
23 し、同条が令状なく逮捕されないとするのは、逮捕が身柄拘束  
P.7 と言う形で身体の自由を奪う点に鑑み、適正な法律上の手続に  
2 もとづく審査を要求し、その判断を慎重にすべきとした点にあ  
3 る。そうであれば、刑事手続でなくとも、刑事手続と同程度の  
4 身体の自由に対する侵害がある場合には同条を適用できると解  
5 する。

6 本件収容は一定の長時間に及ぶものであり、収容されたもの  
7 は個人の移動の自由を奪われ、後には強制出国させられかねな  
8 いものだから、身体の自由に対する重大な侵害がある。

9 よって、憲法33条が適用される。

10 イ そして、令状なく身体拘束されない権利は、人身の自由の基

11 盤として重要であり、無令状でよいとすることは、かかる権利  
12 を全面的に奪うものだから、その合憲性判断は厳格に行うべき  
13 である。

14 本件目的は問題のある外国人を迅速に出国させることであり、  
15 その目的自体は必要不可欠である (①充足)。では、手段はど  
16 うか。たしかに、国は、収容後に一定の手續保障が与えられて  
17 おり、特に警備官の業務に関わらない第三者である審査官によ  
18 る審査が予定されているから、その判断は公正なものになると  
19 予想される、と反論しうる。しかし、手續保障は収容後に行わ  
20 れるものであり、収容時点の手續保障は何ら尽くされていない。  
21 いったん収容されてしまえば、その時点で身体の自由に対する  
22 制約が発生するのだから、その後には手續保障があっても、収容  
23 時点の手續の適正さを高めることはない。

P.8 よって、令状請求にそれほど時間を取るとは考えられないこ  
2 とからしても、無令状の収容を許容すべき合理的な理由なく、  
3 本件規制は必要最小限度とはいえない (②不充足)。

4 ウ 以上より、本項は憲法 33 条に反する。

### 5 3. 適用違憲

6 (1) 国としては、15 条 8 号は明確に「妊娠し又は出産するこ  
7 と」と規定しており、滞在中に明らかに妊娠した B に本号を適  
8 用することは合憲と反論する。

9 (2) 私見も国に同意する。同号のような明確な規定を原告が主張  
10 するように合理的に限定解釈することは立法者の意思に反する  
11 こととなり許されない。

12 もっとも、そもそも本法は前述の通り違憲であるから、この  
13 点で B の救済は図れる。

14 以 上

## 平成29年論文式試験公法系第1問

## ● 合格者再現答案D評価（乙さん）●

Memo

## P.1 設問1

2 1 弁護士甲としては、特労法15条8号、18条1項、19条3項、  
3 23条が憲法13条に反し違憲無効であるから、本件收容及び強制  
4 出国は国家賠償法上違法であると主張する。

5 2(1) 憲法13条は、幸福追求権を保障する。幸福追求権には、人格  
6 的生存に不可欠なものとして自己決定権が含まれる。

7 (2) 女性が自ら望む場所で妊娠又は出産する自由も、自己決定権の  
8 一内容である。

9 (3) したがって、女性が妊娠又は出産する自由は憲法13条により  
10 保障される。

11 3(1) 15条8号に該当すると、18条1項に基づき收容され、19  
12 条3項により強制出国命令書が発付され、23条により強制出国  
13 がなされることになる。

14 (2) 15条8号は、妊娠又は出産すれば一律にその適用を受けるこ  
15 となり、なんら例外が設けられていない点で規制の範囲として  
16 は広範にわたる。

17 4(1) 自己決定権は、各人の人格形成に大きく寄与する重要な権利で  
18 ある。加えて、妊娠又は出産する自由は、自己の家族の構成とい  
19 うライフスタイルそのものを直接決定するものであり、保護の必  
20 要性が高い。これは、憲法24条2項が家族に関する事項につい  
21 て法律を制定するに際して、特別の配慮を求めていることから  
22 も明らかである。

23 (2) したがって、妊娠又は出産する自由を規制する法律の合憲性は  
P.2 厳格に判断されなければならない。具体的には、立法目的が重要  
2 であり、手段が立法目的達成との間に実質的な関連性を有してい  
3 る場合でなければならない。

4 (3) 本件法の立法目的は、1条および立法過程に照らせば、外国人  
5 との間の社会的・政治的な軋轢を回避すること、および我が国の  
6 社会保障制度等に与える影響を回避するという点にある。しかし、  
7 社会的・政治的な軋轢が生じる原因は、外国人が我が国に対して  
8 不満を有することにあると考えられるところ、国際協調主義を建  
9 前とする憲法の趣旨に照らせば、そのような外国人の不満を法律  
10 によって封殺すべきではなく、この点に重要性は認められない。  
11 また、外国人が増加したとしても我が国の社会保障制度等にどの  
12 ような影響が生じるかは明らかでない以上、立法目的が必ずしも  
13 重要であるとはいえない。したがって、立法目的の重要性は肯定  
14 できない。

15 また、仮に目的の重要性が肯定されるとしても、社会的・政治  
16 的な軋轢が生じ国民に対する危害のおそれが生じた場合には、他  
17 の法律等により対処すれば足りるのであり本件法を設けることの  
18 必要性は存在しない。したがって、立法目的達成との間に実質  
19 的な関連性を有しているともいえない。

20 (4) 以上より、本件法は立法目的の重要性、手段の実質的関連性の  
21 いずれも肯定することはできない。

22 5 よって、15条8号、18条1項、19条3項、23条は憲法1  
23 3条に反し違憲無効である。

P.3 設問 2

2 第 1 国の反論

- 3 1 国としては、最高裁判所判例によれば憲法上の権利が性質上可  
4 能な限り外国人に対して保障されるとしても、外国人が我が国に  
5 滞在するにあたり、外国人のなす行為を不利益にしんしゃくされ  
6 ないことまでは保障されないのであるから、外国人が妊娠又は出  
7 産したことを理由に収容及び強制出国をしたとしても、憲法上の  
8 権利を制約するものではないと反論する。
- 9 2 また、仮に外国人の権利を制約するものであるとしても、国民  
10 主権原理（前文）の下で選挙によって選出された国会議員が行う  
11 立法に関して、立法裁量が認められるのであるから、その判断は  
12 尊重されるべきであり原告のこのような厳格な審査は妥当しないと  
13 反論する。
- 14 3 そうすると、合憲性判断については立法目的が正当であり、手  
15 段が目的達成のために合理的な関連性を有していれば足りる。目  
16 的は法 1 条によれば国民生活の安定及び社会経済の発展に資する  
17 ことという点あるところ、国民主権原理の下においてはその担い  
18 手である国民の生活や社会経済を保護すべきことは、立法府であ  
19 る国会に当然に要請されるものであり、正当である。また、手段  
20 の点については、本邦滞在中の妊娠又は出産を禁止することによ  
21 り、日本への長期の定住を回避することができ、結果的に国民生  
22 活の安定及び社会経済の発展に資するのであるから、合理的な関  
23 連性を肯定できる。

P.4

したがって、15 条 8 号、18 条 1 項、19 条 3 項、23 条  
は憲法 13 条に反しない。

2 第 2 私見

- 3 1(1) まず、国の反論 1 点目について検討すると、確かに外国人の  
4 行為を不利益にしんしゃくされないことについてまで憲法上保  
5 障が及ぶものではない。したがって、その限りで国の反論は正  
6 当である。
- 7 (2) しかし、「不利益にしんしゃくされない」とは、他の諸要素  
8 を考慮する際に、当該行為を不利益の方向に考慮してもよいと  
9 いうにとどまるところ、本件では本邦における妊娠又は出産と  
10 いう一事をもって不利益を課している。これはまさに原告の有  
11 する妊娠又は出産をするという自由を直接的に制約するもので  
12 あり、原告の有する憲法上の権利に対する制約は存在する。
- 13 (3) したがって、国の反論は失当である。
- 14 2(1) 次に、国の反論 2 点目について、確かに国の反論のように立  
15 法裁量が存在することは否定しえない。したがって、本件法の  
16 立法過程においてこの程度の制約はやむを得ないと意見が大  
17 勢を占めるに至ったという事実については最大限尊重されな  
18 なければならない。しかし、原告が主張するように憲法 24 条 2 項  
19 が家族に関する法律を制定する際には特別の配慮を要するとし  
20 ている点に鑑みれば、立法裁量も無限定に許容されるものでは  
21 なく、一定程度の制限を受けることは否定できず、これは憲法  
22 自らが予定しているものである。
- 23 (2) そうすると、本件法の合憲性判断については原告のいうよう  
な基準が妥当すると考えられる。
- 2 3(1) そして、国の反論 3 点目について検討すると、本件法の目的  
3 は 1 条のみならず立法過程における議論についても考慮されな  
4 なければならない。そうすると、本件法の目的は原告の主張する  
5



6 ように、外国人との間の社会的・政治的な軋轢を回避すること、  
7 および我が国の社会保障制度等に与える影響を回避するという  
8 点にあると考えられる。そして、これらの点についての重要性  
9 について検討すると、欧米諸国では移民を大規模に受け入れた  
10 結果として社会的・政治的な軋轢が生じている事実が認められ  
11 る。そして、近年かかる軋轢により自国民の生命や身体に対す  
12 る危害が生じていることに鑑みれば、これを防止するために法  
13 律を制定することも立法府である国会に要請されたものであり  
14 重要であるといえる。また、我が国の社会保障制度等に与える  
15 影響を回避するという点について、社会保障制度等は自国民の  
16 ライフラインを維持するという観点から重要な制度であり、こ  
17 れを適切に維持していくことは国民の権利利益を保護するとい  
18 う点から重要性が認められる。

19 したがって、本件法目的はいずれも重要である。

20 (2) 次に、本件法の立法目的達成との間の実質的な関連性の有無  
21 について検討すると、確かに外国人は異なる歴史や文化を有し  
22 ていることから、我が国において社会的・政治的な軋轢が生じ  
23 うることは否定できない。もっとも、外国人が本邦において子  
P.6 どもを出産した際には、その子どもは我が国において自国民と  
2 同様の教育等を受けることになるのであり、自国民と同様の歴  
3 史や文化を共有することになる。そうすると、必ずしも社会  
4 的・政治的な軋轢が生じるとまではいえず、本邦における妊娠  
5 又は出産を禁止する必要性は認められない。また、社会保障制  
6 度等に与える影響との関連性について検討すると、外国人が増  
7 加することで社会保障等にかかる費用の負担者が増加すれば、  
8 結果的に社会保障制度が拡充されるに至るのであるから、むしろ  
9 我が国にとってプラスになる。そうすると、本邦における妊娠  
10 又は出産を禁止する必要性は認められない。加えて、本件法  
11 の適用対象である特定労務外国人は我が国において雇用関係を  
12 締結している者であり、継続的かつ安定的な収入が確保されて  
13 いるといえる。そうすると、社会保障にかかる費用について延  
14 滞することなく支払えるだけの支払能力を有しているものであり、  
15 社会保障制度等に経済的な影響を与えるおそれは存在しない。  
16 仮に、社会保障制度等になんらかの影響が生じるのであれば、  
17 別途サービス毎に外国人に対する制約を認めれば足りるのであ  
18 り、一律に制約する必要性はない。そうすると、立法目的との  
19 間に実質的な関連性を有しているとはいえない。

20 (3) したがって、立法目的は重要であるものの、手段が実質的な  
21 関連性を欠く結果、本件法は違憲である。

22 4 よって、15条8号、18条1項、19条3項、23条は憲法  
23 13条に反し違憲無効であるから、本件収容及び強制出国は国家  
P.7 賠償法上違法である。

2 以 上

・・MEMO・・

## 平成29年論文式試験公法系第2問

## ★ 合格者再現答案 A 評価（甲さん 公法系科目143点台）★

Memo

P.1 第1 (1)について

2 1 Xらは本件フェンスを撤去する監督処分<sup>1</sup>の義務付け訴訟を提起する  
3 ことが考えられる。

4 (1) 同訴訟の訴訟要件は、①重大な損害（「一定の処分がなされない  
5 ことにより重大な損害を生ずるおそれがある」こと）、②補充性  
6 （「その損害を避けるため他に適当な方法が無いとき」）、③原告適  
7 格（37の2第3項、4項）、④被告適格（38条1項、11条）、  
8 ⑤管轄裁判所（38条1項、12条）である。では、本件は上記訴  
9 訟要件を満たすか。

10 (2) 重大な損害とは、一定の処分がなされないことにより重大な損害  
11 を生ずるおそれがあることであり、37の2第2項に従って考える。  
12 監督処分は本件フェンスを撤去すると言う内容のものであり、特  
13 定されているから「一定の処分」といえる。

14 本件で生じうる損害は、X2がC小学校に通う距離が400m長  
15 くなり不便になってしまう損害（損害1）、X2が安全に小学校に  
16 通えなくなるという損害（損害2）、災害時に避難場所であるC小  
17 学校に行きづらくなるという損害（損害3）である。

18 このうち、損害1は、生活上の不便にすぎないため、重大な損害  
19 と言うことはできない。また、損害2は、本件市道においても原付  
20 自転車との接触事故が複数発生していることにかんがみれば、本件  
21 市道の方が一般道より安全とは必ずしも言い切れないので、発生し  
22 ないといえる。一方、損害3は、災害時には一刻も早く安全な場所  
23 に避難することが自己の生命・身体を守るために重要であることから  
24 して、避難場所に行くまでに400m分の時間的ロスが発生して  
25 しまうことは生命・身体を失いかねない危険を増大化させる重大な  
26 損害である。そして、生命・身体はいったん失われれば取り返しが  
27 つかないことを鑑みても「重大な損害」にあたる（①充足）。

28 (3) 補充性とは、その損害を避けるため他に適当な方法が無いときを  
29 言う。

30 ここで言う方法には民事訴訟は含まれないと解する。なぜなら、  
31 民事訴訟を含むとほぼすべての場合で補充性の要件を満たすことが  
32 できなくなり、行政処分について適切な解決手段を定めた行政事件  
33 訴訟法の趣旨を没却するからである。

34 本件では、たしかに参考判例にあるように民事訴訟を提起できる  
35 が、これは補充性の要件には影響しない。そこで、本件フェンスを  
36 撤去させることをY市に直接義務付けるには、義務付け訴訟以外に  
37 適切な方法は考えられないため、補充性要件を満たす（②充足）。

38 (4) 原告適格は、「法律上の利益を有する者」すなわち、法律上保護  
39 された利益が侵害され、または必然的に侵害されるおそれがある者  
40 に認められる。当該処分を定めた行政法規が、不特定多数の具体的  
41 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  
42 属する個々人の個別的利益としてこれを保護すべきものとする趣旨  
43 を含むと解される場合には、このような利益もここにいる法律上保  
44 護された利益にあたる。

45 そして、処分の第三者の利益が個別的利益として保護されている  
46 かどうかの判断に当たっては、行訴法9条2項を参照して判断する

P.3

(37の2第4項)。

2 本件で、Xらが主張する利益は災害時において生命・身体が害され  
3 れない利益である。そして、本件監督処分の根拠法規は71条1項  
4 1号であり、本件では43条2号違反を理由とする。そして、43  
5 条2号は「道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある行為」を禁  
6 じているところ、道路法が交通の発達に寄与し、公共の福祉を増進  
7 することを目的としている(1条)ことにかんがみれば、43条2  
8 号、71条1項1号は公共の福祉を害するような交通に支障を及ぼ  
9 す行為を禁じていると言え、生命・身体といった公共の福祉に関わ  
10 る利益が交通の支障によって害されないことは法が保障した利益と  
11 言える。そして、生命・身体が害されるおそれはその交通に支障を  
12 及ぼすものに近ければ近いほど高まる。そのため、交通を害するも  
13 のの近隣住民の生命・身体を害されない利益は個別に保護されてい  
14 ると解する。

15 よって、近隣住民であるXらの利益は「法律上の利益」といえ、  
16 原告適格が認められる(③充足)。

17 (5) Y市を被告として、適切な管轄裁判所に提起すればよい(④⑤充  
18 足)。

19 2 以上より、訴訟要件を満たす。

20 第2 (2)について

21 1 非申請型義務付け訴訟の勝訴要件は、①行政庁がその処分をすべき  
22 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  
23 められること又は②行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範  
P.4 囲を超え若しくはその濫用となると認められることである(37の2  
2 第5項)。

3 そして、本件監督処分は、後述の通り裁量処分なので②要件が問題  
4 となる。

5 2 本件監督処分は「命ずることができる」という文言が用いられてい  
6 ること、「道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある行為」という  
7 文言が抽象的であり、その判断に当たっては道路行政に関する専門的  
8 技術的知識を要することから、道路管理者たるY市(道路法16条)  
9 に裁量がある。そのため、監督処分をしないことにも裁量が認められ  
10 る。そこで、規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目  
11 的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不  
12 行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められると  
13 きは違法となる。

14 本件で、43条2号、71条1項1号は公共の福祉を害するような  
15 交通に支障を及ぼす行為を禁じており、その趣旨は生命・身体といっ  
16 た公共の福祉に関わる利益が交通の支障によって害されることを防止  
17 する点にある。そして、監督処分を発しなければ災害時にフェンスが  
18 あるために本件通路を通ることができないという状態が放置されるこ  
19 ととなり、Xらの生命・身体という1度喪われると回復しがたい利益  
20 が害される危険性があり、それは十分Y市にとって予測可能である。  
21 また、監督処分が発せられれば、フェンスが撤去されかかる危険を回  
22 避することができる。

23 以上より、不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠く  
P.5 と認められるので、本件処分は違法であり、裁量権の逸脱濫用が認め  
2 られる。

3 設問2

4 第1 (1)について

5 1 路線廃止は取消訴訟の対象たる「処分」(3条2項)にあたるのか。

6 「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  
 7 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  
 8 を確定することが法律上認められているものをいう。その判断に当た  
 9 っては、①公権力性、②直接国民に権利義務を形成するという法効果  
 10 性を満たす必要がある。

11 (1) 公権力性

12 公権力性とは、国・公共団体が優越的地位にもとづいておこなう  
 13 必要があると解する。

14 本件で、路線廃止は道路法10条により、地方「公共団体」の長  
 15 である市町村長が「必要がなくなると認める場合」に一方向的に廃  
 16 止できるものである。よって、公権力性を満たす。

17 (2) 法効果性

18 ア 路線の廃止は、権利義務を形成および範囲を画するといえるか。  
 19 路線の廃止は、当該路線について定められていた道路の区域や当  
 20 該道路についてされていた供用行為が自動的に消滅する。そこで、  
 21 道路の区域決定や供用行為によって権利義務を形成する場合は、  
 22 路線の廃止はかかる権利義務を消滅させる点でその範囲を画する  
 23 と言えるから法効果性が認められると解する。

24 イ まず、道路の区域決定の法効果を検討する。区域決定がされる  
 25 と、その供用開始前であっても、敷地所有者は道路管理者の許可  
 26 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  
 27 物を新築し、改築し、もしくは大修繕し、又は物件を付加増置し  
 28 てはならない（道路法91条1項）。すなわち、敷地所有者に対  
 29 して、工作物の新築等に当たって、道路管理者の許可を受ける義  
 30 務が形成される。また、区域決定がされるとこれを一般の縦覧に  
 31 供ししなければならない（道路法18条1項）のも、敷地所有者に  
 32 義務という負担を課すことになるために、周知手続をとっていると  
 33 考えられる。

34 次に、道路の供用開始の法効果を検討する。供用開始がされれば、  
 35 道路構成する敷地、支壁等については私権を行使することが  
 36 できなくなる（道路法4条）。すなわち、敷地所有者に対して、  
 37 自由に私権を行使できないという義務を課す。供用開始も縦覧に  
 38 供ししなければならない（道路法18条2項）ので、この点の検討  
 39 は区域決定と同様である。また、道路の供用開始は、道路利用者  
 40 は道路を利用できる権利を形成する。

41 以上より、道路の区域決定や供用行為によって上記の権利義務  
 42 を形成するので、路線の廃止はかかる権利義務を消滅させる点で、  
 43 その範囲を画するので法効果性が認められる。

44 2 したがって、路線廃止は取消訴訟の対象たる「処分」（3条2項）  
 45 にあたる。

46 第2 (2)について

47 1 Xらとしては、路線の廃止はY市長の裁量権行使を逸脱濫用した違  
 48 法があると主張する（行訴法30条）。

49 (1) 路線の廃止は「できる」という文言、「一般交通の用に供する必  
 50 要がなくなった」という抽象的な文言が用いられていること、道路  
 51 行政に関わる専門的な知識を要することから、市町村長の裁量が認  
 52 められる。もっとも、路線の廃止は道路利用者の道路を利用する権  
 53 利を失わせるという重大な不利益をもたらすから、裁量の逸脱濫用  
 54 がある場合には違法となる。

55 (2)ア そして、Y市は当該市道に隣接する全ての土地の所有者の同意  
 56 を要するという内部基準を設けている。たしかにこれは内部的な



## 平成29年論文式試験公法系第2問

## ● 合格者再現答案D評価（丙さん）●

Memo

## P.1 第1 設問1(1)

2 1 本件フェンスを撤去させるために、本件フェンス除却命令（道  
3 路法71条1項柱書）を出すことを義務付ける非申請型義務付け  
4 訴訟を提起する（行訴法37条の2第1項）ことが考えられる。

## 5 2 「一定の処分」

6 「一定の処分」は、裁判所が判断可能な程度に処分の特定が  
7 ればよい。本件では、本件フェンスを撤去するという処分を求め  
8 ているから、処分の特定が認められる。

## 9 3 「重大な損害を生じるおそれ」

10 「重大な損害を生じるおそれ」とは、当該処分の義務付けがな  
11 されなければ、事後的な金銭賠償では回復困難な損害が生じる可  
12 能性がある場合をいう。

## 13 4 「その損害を避けるため他に適当な方法がないとき」

14 この要件は、民事訴訟との比較により検討する。

15 本件では、資料2にあるとおり、地方公共団体の開設している  
16 村道に対して、村民各自は自己の生活上必須の行動を自由に行い  
17 得べきところの使用の自由権（民法710条）を有する。そして、  
18 かかる権利をもって妨害排除請求が可能となる。そこで、使用の  
19 自由権に基づく妨害排除請求という民事訴訟との比較をする。

20 民事訴訟であれば、仮処分（民事保全法23条）を申し立てる  
21 ことで、暫定的な解決を図ることができる。他方、非申請型義務  
22 付け訴訟の場合、仮の義務付けを申し立てるとすると、「償うこ  
23 とのできない損害」（行訴法37条の5第1項）が必要となるた

P.2 2 ため、本件ではかかる要件が充足されないとして、仮の義務付けを  
3 申し立てることができないことにもなりかねない。そうすると、  
4 民事訴訟の方が暫定的な解決を図ることができる点で、非申請型  
5 義務付け訴訟よりも優れている。

6 よって、本件では、「その損害を避けるため他に適当な方法が  
7 ないとき」には該当しない。

8 5 以上より、訴訟要件を充たさない。

## 9 第2 設問1(2)

10 1 道路法71条1項柱書の除却命令を出さないことは、裁量権の  
11 逸脱濫用となる（行訴法37条の2第5項）。

## 12 2 道路法43条2号、71条1項1号該当性

13 (1) 「道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある」とは、虞の  
14 あるという文言から裁量があるとも思える。しかし、要件裁量  
15 を肯定する文言である「〇〇が、～と認めるとき」という文言  
16 を用いていない。また、実質的に見ても、道路の構造・交通に  
17 支障があるかどうかは、国民の生命身体にかかわるものである  
18 ことから、行政庁の専門技術的裁量を認めるまでもなく、裁判  
19 官において判断できる事項である。よって、「道路の構造又は  
20 交通に支障を及ぼす虞のある」の判断には要件裁量は認められ  
21 ない。

22 (2) 「道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある」場合とは、  
23 その文言から、物件設置者以外の者への支障の虞も含むべきで  
ある。

- P.3 (3) 本件では、Xらが本件市道を利用していたところ、本件フェ  
2 ンス設置によりXらは本件市道を利用できなくなっているの  
3 物件設置者以外の者への支障の虞が認められる。よって、本件  
4 フェンスの設置は「道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞の  
5 ある」場合に該当する。
- 6 (4) 以上より、本件フェンスの設置は、道路法43条2号、71  
7 条1項1号に該当する。
- 8 3 道路法71条1項柱書
- 9 (1) 道路法71条1項柱書が「できる」として、効果裁量を認め  
10 る文言を用いている。そして、監督処分においては「改築、移  
11 転、除却…必要な施設をすること…」とされており、監督処分  
12 の内容は多様多様である。そのため、監督処分には効果裁量が  
13 認められる。
- 14 (2) 監督処分における裁量権の逸脱濫用の有無は、危険の存在、  
15 結果予見可能性、結果回避可能性、LRAの手段があるかなど  
16 を総合的に判断して決する。
- 17 (3) 本件では、設問1の重大な損害での検討の通り、X1には交  
18 通事故の危険、Xらには緊急避難路が無くなることにより生命  
19 身体への危険が生じている。そして、本件市道を利用する者が  
20 本件フェンス設置者以外にも存在することから、本件市道を利  
21 用できないことによる交通事故の危険を予見できる。さらに、  
22 本件フェンスを撤去すれば、本件市道を利用できるようになる  
23 ことから、かかる危険を回避できる。
- P.4 また、Y市長は、現に本件市道上で園児と原動機付自転車と  
2 の接触事故が発生しており、現場の状況等からすると、同種事  
3 故が発生しかねないことを道路法43条2号に該当しないこと  
4 の根拠としている。しかし、本件市道に入る所に「原動機付自  
5 転車は押し歩いてください」との看板を設けたり、本件市道  
6 に入る所に歩行者だけが通れるようなバリケードを設けること  
7 でも、接触事故を防ぐことができる。本件市道の通行権への侵  
8 害の程度にかんがみると、看板やバリケードの手段はLRAの  
9 手段に当たる。よって、LRAの手段をとるために、監督処分  
10 をするべきである。
- 11 (4) 以上より、本件フェンスの除却命令を出さないことは裁量権  
12 の逸脱濫用である。
- 13 第3 設問2(1)
- 14 1 「処分」(行訴法3条2項)は、公権力の主体たる国又は公共  
15 団体の行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を  
16 形成しその範囲を画することが法律上認められている処分をいう。
- 17 2 道路区域決定及び供用開始の処分性
- 18 道路法91条1項によると、道路の区域が決定された後道路の  
19 供用が開始されるまでの間、道路管理者の許可を受けなければ新  
20 築改築等ができないことになる。そして、道路法91条2項から、  
21 4条、43条、71条の規定が準用される。102条、104条  
22 の規定があることからすると、刑事罰にも処せられることになる。  
23 当該区域がもともと私人所有の土地であることから、私人には  
P.5 新築改築等をする自由があるところ、これを制限する。また、路  
2 線の指定は個別的になされることが想定される(道路法18条参  
3 照)。
- 4 よって、道路区域決定及び供用開始は、「処分」である。
- 5 3 路線廃止の道路敷地所有者の法的地位への影響



