

答案の書き方・論証例が学べる 合格答案テンプレ講座 5月ガイダンス

本試験過去問から答案の型を学べば  
途中答案のリスクは大きく減らせます

## ガイダンス

---

平成29年公法系第2問

辰巳専任講師・弁護士 本多 諭 先生

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

## — Contents —

◆ 開講にあたって .....	1
◆ 行政法の一般的な書き方 .....	3
◆ 行政法の論証例 .....	8
◆ 問題文 .....	9
◆ 法務省発表の出題趣旨 .....	18
◆ 平成29年司法試験の採点実感（公法系科目第2問） .....	20
◆ 講師作成参考答案 .....	28
◆ 合格者再現答案 .....	32

## ガイダンス～開講にあたって

### 第1 本講座のねらい

#### 1 型を覚える

(新) 司法試験は、平成30年で13回実施されたこととなります。平成23年から民事系の大大問が廃止され、出題パターンも定まってきました。この定まったパターンについて、一定の処理手順をお示しして、まずは答案の型を講義します。

#### 2 誰でも書ける合格答案

出題趣旨等を読んでいると、かなりハイレベルな論文を求めているようにも思えますが、実際には平均的な合格答案は、出題趣旨に書かれていること全てが書けているわけではありません。

本講座では、私が今まで読んできた合格者の再現答案からどの程度まで書ければ平均的な合格点を取ることができるかといったことをお話いたします。また、講義の度に、平均的な合格者の答案を、一緒に読んで解説していくことによって、合格答案とはどの程度まで書ければいいのかを知ってもらいます。

#### 3 自分なりの答案の書き方の樹立

出題趣旨や採点実感等から、科目ごとに自分なりの書き方を皆さんにレジュメで提示いたします。この書き方は、私も受験時代に使っていたもので、論文を書く際の基本的な書き方となります。その書き方に沿って、実際に私が作成いたしました参考答案を解説していきます。

#### 4 比較

また、講義で私の作成した答案と平均的な受験生の答案とを比較することもあります。この比較により、書けなくてもやむを得ないところ、受験生が陥りやすい誤りや、ちょっと書き方を工夫すれば高得点が狙えるところが浮き彫りになります。

皆さんはそこを特に意識して、今後答練等で論文を書いていただきたいと思います。そうすれば、途中答案になることを回避でき合格答案をしっかりと書くことができるようになると思います。

### 第2 配付物について

#### 1 書き方レジュメ

これは、出題趣旨等から私なりに導き出した書き方で、誰でも簡単にマスターすることができるものです。

ただ、この書き方に固執するのは危険です。あくまでもこの書き方は基本ですので、論文の出題の形式によっては、応用をきかせて多少アレンジして書いてください。

#### 2 論証例・定義・趣旨レジュメ

これは、私が受験時代に使っていたものを、講義用にやや修正をしたものです。この論証例は、最低限このくらいは押さえて欲しいという趣旨で作成してありますので、これを覚えれば論文が書けるというものではないので注意してください。かなり論証例は絞ってあります。

また、定義・趣旨についても、私が受験時代に使っていたものを、講義用にやや修正をしたものです。

### 3 参考答案

これは、私なりの書き方を使って作成してあります。いつも同じような書き方をする事により、自分なりの書き方をマスターするためのものです。

ですので、この参考答案を覚えたり、この参考答案が標準の答案である等と考えないで下さい。また、これを熟読しても過去問が書けるようにはなりませんので、あくまでも書き方をマスターするための参考として下さい。

講義を聴いた後に、ご自身で実際に答案を作成してみる事によって、自分なりの書き方がマスターできますので、答案構成だけでもいいですので必ず実際に書いてみるという復習をしてください。

なお、この参考答案ですが、出題趣旨等にかかれている事の中で重要なものは、一応全て取り入れてあり、やや長い答案となってしまうこともあります。そこで、本講座のコンセプトから、講義中に私が「この部分は書けなくてもいいよ」等と解説をしていきますので、そこも注意して頂きたいと思います。

### 第3 最後に

本講座で過去問を分析することにより、平均的な合格答案はどの程度書ければいいのか、どの論点は落としてはいけないのか等というものを知り、今後の勉強の基礎にしていきたいです。

また、書き方というものがある程度自分の中で決めておくと、常に一定の形で論文が書けるようになり、成績が安定します。また、書き方がある程度決まっているので、書き方で迷わず、かなり時間の短縮ができます。

この2点を意識して、講義を聴いていただければと思います。

## 一 行政法の一般的な書き方 一

### 講師作成 “書き方レジュメ” より

## 第1 訴訟選択

### 1 選択の仕方

- ・訴訟選択は、基本的に判例の具体例で押さえる。
- ・処分がやはり中心になるので、行政庁の行為のうちどれが処分に当たるかを考える。
- ・原告は何をして欲しいのか（目的）、その訴訟を起こすとどうなるのか（効果）を常に考える。

### 2 実際の書き方

- ・まず、選んだ訴訟を、条文を出しつつ端的に指摘する。その際に、必ず当該訴訟の対象を明確にする（例えば、何を取り消すのか、何を確認するのか、何を義務付けるのか等）。
- ・問題に応じて、選んだ訴訟の有用性（どうしてその訴訟を使うのか）を書くことがある。その際には、効果から考えると書きやすい。
- ・執行停止を書く場合は、執行不停止の原則から有用性を書くといい。

例えば・・・

「取消訴訟を提起しても執行は停止しないため（行訴法25条1項）、取消訴訟係属中に〇〇がされてしまうおそれがある。そこで、〇〇を阻止するため、〇〇の処分の効力の停止を求めて執行停止（行訴法25条2項）の申立てを行う。」

## 第2 訴訟要件

### 1 書き方の総論

#### (1) 訴訟要件をあげる。

「処分性」「原告適格」等とタイトルを付けると採点がしやすい。

#### (2) その訴訟要件について一言説明し、規範（定義）を定立し、当てはめる。

処分性等は、その訴訟要件についての定義を書くだけでいい。訴訟要件の説明は、覚えなければならないので、論証例で確認する。

訴訟要件の当てはめの際に、問題文に誘導が入っていることがあり、誘導が入っていたら、誘導のとおり解答する。

#### (3) その他の訴訟要件

規範や定義を書く必要のない訴訟要件であっても、必ず訴訟要件として紹介し、規範や定義を書かずに、そのまま当てはめる。

ほとんど問題にならない訴訟要件は「その他の訴訟要件」とタイトルを付けてまとめてしまってもいい。

## 2 処分性の書き方

### (1) 定義からの流れ（原則）

#### i 定義

処分性の定義を書く。

#### ii 条文

次いで条文（法令）の流れを説明する。

とにかく問題となる条文（複数）を拾えるかがポイントになる。その際には、根拠条文は必ず意識すること。条文の目的だけを出して処分性を肯定しないこと。

#### iii 効果

その条文の流れからまず、軽く公権力性を出して当てはめる。

次に、当該処分の効果を考える。その効果から、当該処分が国民の権利義務を侵害しているか否か説明する。どのような効果が発生するのかをとにかく意識する。

### (2) 補充的に（+α）

定義からの流れに加えて、この時点で争わないと原告に不利な場合は、その後それを説明する（補充性）。

### (3) 誘導

一般的には、上記の流れで処分性を書くが、誘導で異なる視点から（判例との対比等）処分性を考えなければならないときがある。その場合は、必ず誘導に乗ること。

ただ、その場合であっても、基本的には条文から効果を考えるという流れは変わらないので、それを意識して誘導を読むこと。

## 3 原告適格の書き方

### (1) 論証

まず、法律上保護された利益説を紹介する（論証）。

### (2) 関係法令等

#### i 関係法令といえるかの説明

問題文に出ている法令等が根拠法令あるいは関係法令といえるかについて言及する。

根拠法令が、他の法令に委任をしている場合は、その委任を受けた法令は根拠法令となることに注意すること。

ii 個別的な権利・利益

まず、原告が何を主張するのか(自己の財産権が侵害されている等)を明確にするとよい。

そして、関係法令等のうち、原告の権利・利益を保護していると考えられる条文、法令を挙げる。その際に、処分の根拠となる条文は、メインとなることが多いので、必ず挙げること。また、法令の1条(目的)だけでなく、なるべく個別的な条文を拾うこと。

この条文が拾えるかが合否を分けることになるので、メインとなる条文は必ず拾うこと。

その拾った条文から、根拠法令等が個別に保護している権利・利益を説明する。その際に、どの範囲の者の権利を保護するのか明確にするとよい。

例えば、「関係法令等は、近隣住民が良好な生活環境下で生活する利益を保護する趣旨といえる」等と書く。

(3) あてはめ

最後に、それぞれの原告について、原告適格を有しているか説明する。

前述した原告が主張する権利・利益が、法令上保護されているのか、個別具体的な事実から検討する。その際には、当該権利がどの程度侵害されているのかを必ず説明すること。

### 第3 本案上の主張

#### 1 裁量の濫用逸脱について

(1) 総論

本案上の主張を書く際に、裁量論を書く場合がある。

裁量論を書くか否かの判断は、基本的に誘導に乗るが、法令に記載されていないにもかかわらず、行政庁が判断基準を出したり、条件を出したりする場合は、裁量の範囲であれば許されるので、法令を確認すること。

平成23年以降、裁量論を書く問題が多いので、同じような聞かれ方をした場合は、必ず裁量論を書くようにする。

(2) 実際の書き方

① 裁量があるか(裁量の存否)

まず、裁量の問題であることを指摘する。その際に、要件裁量の問題か効果裁量の問題かを必ず挙げること。

条文の文言解釈が裁量の問題となっている場合は、必ずどの条文のどの文言解釈が問題となっているか明確に書くこと。

その後、裁量の存否を書くが、裁量があるか否かは、法令から判断する。

行政庁の法令の文言、趣旨、目的等を出してそこから、行政庁に本問で問題となっている点について、法令から裁量を認めることが合理的か否かを判断する(根拠条文を必ず挙げること)。

② 裁量の範囲

(ア) 通常の手書き方

以下の考慮要素から裁量の範囲が広い手狭い手かを考える。

裁量が狭い手否かの手考慮要素

- ・条文の文言（許可しなければならない。許可することができる。）
- ・専門的・技術的裁量の必要性や程度

(イ) 行政庁が独自の審査基準（裁量基準）を用いている場合

行政庁の審査基準が法の手趣旨などから合理的といえる手かを検討する。

合理的といえる手かの考慮要素

- ・法の手趣旨・目的
- ・専門・技術的裁量の必要性
- ・地域的な特殊性
- ・他の法律と手均衡

③ 裁量の濫用・逸脱

(ア) 通常の手書き方

裁量の手逸脱濫用になる手、以下の裁量の手濫用逸脱事項から考える。当てはめ手際には、上述した裁量の手範囲も考慮に入れること。

裁量の手濫用・逸脱事項

- ・事実誤認
- ・法の手目的に反する又は不正な動機に基づくこと
- ・比例原則・平等原則に反すること
- ・判断過程が合理性を欠く場合
- ・他事考慮及び要考慮事項の手考慮不尽

(イ) 行政庁が独自の審査基準（裁量基準）を用いている場合

仮に、当該審査基準（裁量基準）が合理的であったとしても、当該審査基準（裁量基準）を手機械的に、対象者に適用することに、裁量の手濫用・逸脱はない手かを検討する。

裁量の手濫用・逸脱事項は、上記と同様である。

- ・事実誤認
- ・法の手目的に反する又は不正な動機に基づくこと
- ・比例原則・平等原則に反すること
- ・判断過程が合理性を欠く場合
- ・他事考慮及び要考慮事項の手考慮不尽



## 2 手続上の違法事由の主張

- ・行政手続法や問題文に載っている法令等の手続違反があればそれを端的に示す。
- ・特に、条例の場合は、行政手続法が適用されるか否か行政手続法の条文を出して検討する。
- ・そして、手続上の違法事由があることを端的に示す。
- ・最後に、当該手続上の違法が取消事由となるか判例の規範に沿って検討する。

## 3 本案上の主張論点

本案上の主張が論点になっている場合がある。

例えば、行政事件訴訟法10条1項の主張制限、違法性の承継等

行政手続法、行政代執行法で問題となっていることを聞いてくることもあるが、基本的に論証例で押さえてあるものを書く。

## 第4 その他

- 1 問題文に記載してある点数配分から、各設問のページ配分を振り分けると時間切れにならずによい。
- 2 問題文に条文の説明が書いてあった場合、その条文を使う可能性が高いので注意する。
- 3 数字に注意。数字は評価しやすいのでなるべくあてはめで使う。
- 4 本案上の主張の設問に「関係する法令の定め、自治会の同意を要求する通達、及び国土交通大臣がAに対し執り得る措置の範囲ないし限界を・・・」などと誘導が入っていることが多いが、必ずしも誘導がなされている順序で答案を作成するとは限らない。
- 5 本案上の主張(裁量の濫用・逸脱も含む)を書く際に、会話文などの誘導で相手側の見解が入っていたら、必ずそれを紹介し批判するか肯定する。誘導で入っていることが多いので、注意すること。
- 6 行政法は、とにかく誘導に乗れるかが勝負の分かれ道となる。それゆえ、必ず誘導に乗るよう意識すること。誘導通りにうまく書けない場合は、最後の手段として、誘導を要約して解答してしまう。

## － 行政法の論証例 －

### 講師作成 “論証例・定義・趣旨レジュメ” より

#### 1 原告適格（法律上保護された利益説）

「法律上の利益を有する者」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、又は侵害されるおそれのある者をいう。そして、行訴法9条2項に列挙された事項を考慮して、法律上の利益の有無を判断することになる。

#### 2 直接型義務付け訴訟の訴訟要件 A

##### ① 一定の処分がなされない場合（行訴法37条の2第1項）

「一定の処分」とは、裁判所の判断を可能にする程度の特定を必要とする。

※処分の内容が具体的・一義的に確定される必要はない。社会通念上合理的な特定がなされていれば、「一定の処分」と認められる。

##### ② 重大な損害を生ずるおそれ（行訴法37条の2第1項）

「重大な損害を生ずるおそれ」については、行訴法37条の2第2項を考慮しつつ、金銭賠償のみによる救済では、社会通念に照らして著しく不合理な場合も含むと考える。

##### ③ 損害を避けるため他に適当な方法がないこと（行訴法37条の2第1項）

「損害を避けるため他に適当な方法がない」こととは、義務付けの請求に代替する救済手続が特に法定されているような場合を指し、民事訴訟が提起可能であっても、抗告訴訟とは目的等が異なるため、当該要件を満たす。

##### ④ 処分の発動につき法律上の利益を有する者（行訴法37条の2第3項）

義務付け訴訟の場合も、取消訴訟と同じく、行訴法9条2項の要素を判断する（行訴法37条の2第4項）

本案勝訴要件

##### ⑤ 行政庁が求められた処分を発動すべきことが法令の規定から明らかである場合、又は、当該処分を発動しないことが裁量権の逸脱・濫用にあたる場合であること（行訴法37条の2第5項）

#### 3 行政庁が内部基準を定めているがそれを使用しなかった場合、裁量の逸脱・濫用となるか。

行政庁がいったん合理的な裁量基準を定めた場合には、自己拘束力が生じる。そのため、当該裁量基準をそのまま適用した場合に不合理な結果となるような特段の事情がない限り、原則として当該裁量基準に従わなければ裁量の逸脱・濫用となる。

本試験過去問から答案の型を学べば途中答案のリスクは大きく減らせます

## 論文式試験問題集

[平成29年公法系科目第2問]

[公法系科目]

1 【第2問】(配点:100〔設問1〕(1),〔設問1〕(2),〔設問2〕(1),〔設問2〕(2)の配点割合  
2 は,35:20:20:25)

3 Y市に所在し,社会福祉法人Aが運営する保育園(以下「本件保育園」という。)の敷地(南北  
4 約200メートル,東西約100メートルのほぼ長方形)は,その西側境界線の全部が,幅員約1  
5 メートル,全長約200メートルの南北方向に通る市道(以下「本件市道」という。)に接してい  
6 る。本件市道は,その北端及び南端(それぞれ本件保育園の敷地の北西端及び南西端に接する部分)  
7 で,それぞれ東西方向に通る別の公道に接続している。本件市道は,古くからその敷地をY市が所  
8 有し,市道として道路法第8条第1項に基づく路線の認定を受けた道路(以下「認定道路」という。)  
9 であるが,幅員が狭いため,歩行者,自転車及び原動機付自転車の通行は可能であるものの,普通  
10 乗用自動車の通行はできない。

11 本件市道を挟んで本件保育園の敷地と向かい合う位置には,Aが所有する畑(以下「本件畑」と  
12 いう。)があるほか,数戸の住宅が立ち並んでいる。これらの本件畑及び住宅の敷地は,いずれも,  
13 その東側で本件市道に接し,その西側で,南北方向に通る幅員5メートルの別の認定道路である市  
14 道(B通り)に接している。

15 本件保育園においては,保育活動の一環として,本件畑が園児の農業体験等に頻繁に利用されて  
16 おり,本件市道も,農業体験等の際に園児が自由に横断するなど,本件保育園の敷地及び本件畑と  
17 事実上一体的に利用されていた。そのため,本件市道を通行する原動機付自転車が園児と接触しか  
18 ける事件が年数回発生しており,保護者らもAに対し園児の安全確保を申し入れることがしばしば  
19 あった。このような状況の下で,園児が本件市道を通行する原動機付自転車に接触して負傷する事  
20 故が実際に発生したことから,Aは,園児の安全を確保するための緊急措置として,本件市道の北  
21 端と南端に簡易フェンス(以下「本件フェンス」という。)を設置し,一般通行者が本件市道に立  
22 ち入ることができないようにした。同時にAは,抜本的解決のためには本件市道を買取るしか  
23 ないと考え,本件市道を管理するY市との間で,本件市道の路線の廃止及び売渡しについて事前相談  
24 を開始した。

25 Y市長は,Aからの相談の内容を踏まえ,(ア)本件保育園の関係者以外の者による本件市道の利  
26 用は乏しいと思われること,(イ)現に本件市道上で園児と原動機付自転車との接触事故が発生して  
27 おり,現場の状況等からすると同種事故が発生しかねないこと,(ウ)Aが本件市道の路線の廃止及  
28 び売渡しを希望しており,いずれ路線の廃止が見込まれることから,本件フェンスの設置は道路法  
29 第43条第2号に違反しないと判断し,Aに対してその撤去を求めるなどの道路法に基づく監督処  
30 分の措置を執らなかつた。

31 また,Y市長は,職員に命じて,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本  
32 件市道の調査を行わせ,上記職員から,①本件市道の幅員は約1メートルしかなく,普通乗用自動  
33 車が通行できないこと,②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思われ  
34 ること,③本件市道の近くには認定道路であるB通りがあること等から,道路法第10条第1項に基  
35 づき本件市道の路線を全部廃止しても支障がないと考えられる旨の報告書の提出を受けた。なお,  
36 上記調査のうち聞き取り調査は,Aに対してのみ行われた。Y市長は,上記報告書を踏まえ,本件  
37 市道は一般交通の用に供する必要性がなくなったと判断し,Aに対し,本件市道に隣接する全ての  
38 土地(本件市道の西側に立ち並んでいる前記の数戸の住宅の敷地)の所有者から本件市道の路線の  
39 廃止に関する同意を得た上で売渡しに向けた手続を進めるよう回答した。

1 Aは、Y市長からの回答を受けて、上記隣接土地所有者と交渉を進め、そのほとんどの者から本  
2 件市道の路線の廃止に関する同意を得たが、本件畑の南側に隣接する土地（以下「本件土地」とい  
3 う。）を所有するX 1だけは強く反対し、同意を得ることができなかった。

4 X 1及びその子X 2（以下、併せて「Xら」という。）は、本件土地上の住宅に居住し、X 2は、  
5 C小学校への通学路として本件市道を利用してきた。C小学校まではB通りを通っても行くことが  
6 できるが、周辺の道路状況から、本件市道を通る方が、C小学校までの距離は約400メートル短  
7 い。また、普通乗用自動車が通行できず交通量が少ない点で、B通りよりも本件市道の方がX 2に  
8 とって安全であるとX 1は考えている。さらに、C小学校は、災害時の避難場所として指定されて  
9 おり、Xらとしては、災害時にC小学校に行くための緊急避難路として、本件市道を利用する予定  
10 であった。

11 Y市のウェブサイトには、市道の路線を廃止するためには当該市道に隣接する全ての土地の所有  
12 者から同意を得る必要がある旨の記載がある。しかし、X 1がY市に問い合わせたところ、隣接す  
13 る全ての土地の所有者から同意を得ることは法律上の要件ではなく、X 1の同意が得られなくても  
14 本件市道の路線の廃止は認められる旨の回答があった。

15 XらはY市に対して訴訟を提起しようと考え、知り合いの弁護士Dに相談した。

16 以下に示された【法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Dの指示に応じる弁護士Eの立場  
17 に立って、設問に答えなさい。

18 なお、道路法の抜粋を【資料1 関係法令】に、関連判例の抜粋を【資料2 参考判例】に掲げ  
19 があるので、適宜参照しなさい。

## 20

### 21 〔設問1〕

22 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  
23 したいと考えている。

24 (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  
25 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。

26 (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  
27 訴訟要件を満たすことを前提にしなさい。

28

### 29 〔設問2〕

## 30

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。

31 (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。

32 (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  
33 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。

1 【法律事務所の会議録】

2 弁護士D：今日は、Xらの案件について議論したいと思います。Xらは、本件市道をX2のC小学校  
3 までの通学路として利用していること、また、災害時の緊急避難路として利用したいと考えて  
4 いることから、本件フェンスによって本件市道を通行できなくなっている状態を解消する  
5 ための行政訴訟の提起を検討しています。そこで、まず、本件市道の路線がまだ廃止されて  
6 いない現時点の状態において、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  
7 訟を提起することができないかを検討したいと思います。今回は抗告訴訟に絞って検討し、  
8 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。

9 弁護士E：通行妨害を排除するためには、本件フェンスの設置者であるAに対する民事訴訟の提起も  
**10** 考えられますね。この点については、村道を利用して生活及び農業を営んでいると主張する  
11 原告が、その村道上に建物を建築するなどして排他的に占有しているとされる被告に対し、  
12 通行妨害の排除を求めた事案についての最高裁判所の判例（【資料2 参考判例】参照）が  
13 あるようです。

14 弁護士D：そうですね。本件でそのような民事訴訟をAに対して提起して勝訴できるかどうかは分か  
15 りませんが、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  
16 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。また、訴訟要件の検討に当た  
17 っては、選択した訴訟類型を定める条文の規定に即して、一般的に検討をしてください。

18 弁護士E：分かりました。

19 弁護士D：Y市長は、本件フェンスの設置は道路法第43条第2号に違反していないと判断し、道路  
**20** 法に基づく監督処分を執らないこととしています。我々としては、道路法の規定に即  
21 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、  
22 さらに、本件フェンスに関する監督処分の措置を執らないことが違法といえるかどうかを検  
23 討しなければなりませんね。

24 弁護士E：分かりました。次に、Y市は道路法第10条第1項に基づき本件市道の路線を廃止してA  
25 に売り渡すことを検討していますから、路線が廃止された場合の対応についても検討してお  
26 かなければならないと思います。

27 弁護士D：なるほど。本件市道の路線の廃止前にそれを阻止するための訴訟を提起することも考えら  
28 れますが、今回は、路線が廃止された場合を前提として、それに対して取消訴訟を適法に提  
29 起できるかに絞って検討しましょう。

**30** 弁護士E：本件市道の路線の廃止が取消訴訟の対象となる処分に当たるか否かが問題となりますね。

31 弁護士D：そうですね。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  
32 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  
33 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  
34 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  
35 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  
36 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  
37 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  
38 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  
39 を及ぼすかについても検討する必要があります。

**40** 弁護士E：道路敷地の所有者とおっしゃいましたが、本件市道の敷地の所有権は、古くから、私人で  
41 はなくY市にあります。道路の区域の決定及び供用開始や路線の廃止がY市の法的地位に与

1 える影響を検討する必要があるのでしょうか。

2 弁護士D：そうですね。そのような疑問も生じ得るでしょうが、道路法は、私人が所有する敷地が道路  
3 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  
4 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  
5 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。また、それに加えて、  
6 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  
7 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  
8 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  
9 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  
**10** せん。

11 弁護士E：分かりました。

12 弁護士D：次に、訴えの適法性が認められた場合、本件市道の路線の廃止の違法性についてどのよう  
13 な主張をすべきか検討してください。

14 弁護士E：そもそもX2が通学路に利用していて本件市道の機能が失われていない以上、路線の廃止  
15 は許されないのではないかと思うのですが。

16 弁護士D：道路法の規定に即してそのような解釈が可能かどうか検討してください。また、我々とし  
17 ては、Y市長が、本件市道の路線の廃止の適法性をどのような理由付けで主張してくるかを  
18 想定し、そのようなY市長の主張を前提としても本件市道の路線の廃止が違法といえるか  
19 ついても、検討する必要があります。

**20** 弁護士E：分かりました。

21 弁護士D：本件市道を利用していた人は、Xらと本件保育園の関係者以外に誰かいますか。

22 弁護士E：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  
23 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  
24 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  
25 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  
26 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  
27 の利用は乏しい」としています。しかし、X1としては、Y市長が十分な調査をしていない  
28 のではないかとの不満を持っています。

29 弁護士D：ところで、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  
**30** 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  
31 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  
32 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。

33 弁護士E：分かりました。

1 【資料1 関係法令】

2

3 ○ 道路法（昭和27年6月10日法律第180号）（抜粋）

4 （この法律の目的）

5 第1条 この法律は、道路網の整備を図るため、道路に関して、路線の指定及び認定、管理、構造、  
6 保全、費用の負担区分等に関する事項を定め、もつて交通の発達に寄与し、公共の福祉を増進する  
7 ことを目的とする。

8 （用語の定義）

9 第2条 この法律において「道路」とは、一般交通の用に供する道で次条各号に掲げるものをいい、  
10 トンネル、橋、渡船施設、道路用エレベーター等道路と一体となつてその効用を全うする施設又は  
11 工作物及び道路の附属物で当該道路に附属して設けられているものを含むものとする。

12 2～5 （略）

13 （道路の種類）

14 第3条 道路の種類は、左に掲げるものとする。

15 一 高速自動車国道

16 二 一般国道

17 三 都道府県道

18 四 市町村道

19 （私権の制限）

20 第4条 道路を構成する敷地、支壁その他の物件については、私権を行使することができない。但し、  
21 所有権を移転し、又は抵当権を設定し、若しくは移転することを妨げない。

22 （市町村道の意義及びその路線の認定）

23 第8条 第3条第4号の市町村道とは、市町村の区域内に存する道路で、市町村長がその路線を認定  
24 したものをいう。

25 2～5 （略）

26 （路線の認定の公示）

27 第9条 （前略）市町村長は、（中略）前条の規定により路線を認定した場合においては、その路線  
28 名、起点、終点、重要な経過地その他必要な事項を、国土交通省令で定めるところにより、公示し  
29 なければならない。

30 （路線の廃止又は変更）

31 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  
32 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）

33 2 （略）

34 3 （前略）前条の規定は前2項の規定による市町村道の路線の廃止又は変更について（中略）準用  
35 する。

36 （市町村道の管理）

37 第16条 市町村道の管理は、その路線の存する市町村が行う。

38 2～5 （略）

39 （道路の区域の決定及び供用の開始等）

40 第18条 （前略）第16条（中略）の規定によつて道路を管理する者（（中略）以下「道路管理者」  
41 という。）は、路線が指定され、又は路線の認定若しくは変更が公示された場合においては、遅滞



1 なく、道路の区域を決定して、国土交通省令で定めるところにより、これを公示し、かつ、これを  
2 表示した図面を（中略）道路管理者の事務所（中略）において一般の縦覧に供しなければならない。

3 （以下略）

4 2 道路管理者は、道路の供用を開始し、又は廃止しようとする場合においては、国土交通省令で定  
5 めるところにより、その旨を公示し、かつ、これを表示した図面を道路管理者の事務所において一  
6 般の縦覧に供しなければならない。（以下略）

7 （道路に関する禁止行為）

8 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。

9 一 （略）

10 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  
11 のある行為をすること。

12 （道路管理者等の監督処分）

13 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  
14 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  
15 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  
16 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  
17 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。

18 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  
19 る者

20 二、三 （略）

21 2～7 （略）

22 （道路予定区域）

23 第91条 第18条第1項の規定により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  
24 間は、何人も、道路管理者（中略）が当該区域についての土地に関する権原を取得する前において  
25 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、  
26 改築し、増築し、若しくは大修繕し、又は物件を付加増置してはならない。

27 2 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においても、道路管理者が当該区域  
28 についての土地に関する権原を取得した後においては、当該区域又は当該区域内に設置された道路  
29 の附属物となるべきもの（以下「道路予定区域」という。）については、第4条、（中略）第43

30 条、（中略）第71条（中略）の規定を準用する。

31 3 第1項の規定による制限により損失を受ける者がある場合においては、道路管理者は、その者に  
32 対して通常受けるべき損失を補償しなければならない。

33 4 （略）

34 第102条 次の各号のいずれかに該当する者は、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

35 一、二 （略）

36 三 第43条（中略）の規定に違反した者

37 四 （略）

38 第104条 次の各号のいずれかに該当する者は、100万円以下の罰金に処する。

39 一～三 （略）

40 四 第71条第1項（中略）の規定による道路管理者の命令に違反した者

41 五 （略）

1 【資料2 参考判例】

2

3 ○ 最高裁判所昭和39年1月16日第一小法廷判決（民集18巻1号1頁）（抜粋）

4 「地方公共団体の開設している村道に対しては村民各自は他の村民がその道路に対して有する利  
5 益ないし自由を侵害しない程度において、自己の生活上必須の行動を自由に行い得べきところの使  
6 用の自由権（民法710条参照）を有するものと解するを相当とする。勿論、この通行の自由権は  
7 公法関係から由来するものであるけれども、各自が日常生活上諸般の権利を行使するについて欠く  
8 ことのできない要具であるから、これに対しては民法上の保護を与うべきは当然の筋合である。故  
9 に一村民がこの権利を妨害されたときは民法上不法行為の問題の生ずるのは当然であり、この妨害  
10 が継続するときは、これが排除を求める権利を有することは、また言を俟たないところである。」

本試験過去問から答案の型を学べば途中答案のリスクは大きく減らせます

【MEMO】

## 【法務省発表の出題趣旨】

1 本問は、道路法第8条により市町村道としての認定を受けていた道路（以下「本件市道」という。）  
2 に、本件市道に隣接する保育園（以下「本件保育園」という。）を経営する社会福祉法人Aが簡易  
3 フェンス（以下「本件フェンス」という。）を設置し、さらに、本件市道を管理するY市が同法第  
4 10条第1項に基づき本件市道の路線を廃止してAに売り渡すことを検討しているという事案に  
5 おける法的問題について論じさせるものである。論じさせる問題は、本件市道の路線がまだ廃止さ  
6 れていない状態における本件フェンスを撤去させるための抗告訴訟（〔設問1〕）及びY市長が本  
7 件市道を廃止した場合を想定した取消訴訟（〔設問2〕）である。問題文と資料から基本的な事実  
8 関係を把握し、同法の関係規定の趣旨を読み解いた上で、非申請型義務付け訴訟における訴訟要件  
9 及び一定の処分がされないことの違法事由並びに取消訴訟における処分性及び本案の違法事由に  
10 ついて論じることを求めるものである。

11 〔設問1(1)〕は非申請型義務付け訴訟の訴訟要件に関する基本的な理解を問うものである。行政  
12 事件訴訟法第3条第6項第1号及び第37条の2の規定に従って、本件フェンスを撤去させるため  
13 に道路管理者Y市長が道路法第71条第1項の規定に基づき行うべき処分を「一定の処分」として  
14 具体的に特定した上で、当該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か、また、  
15 その損害を避けるため他に適当な方法がないか、そして原告適格の有無について論じなければなら  
16 ない。

17 重大な損害を生ずるおそれの検討に当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮し、損害の性質  
18 及び程度並びに処分内容及び性質を勘案した上で、本件市道を、X2が小学校への通学路として  
19 利用できないこと及びXらが災害時の避難路として利用できないこと（以下「本件被侵害利益」  
20 という。）がそれぞれ「重大な損害」に当たるかどうかについて論じることが求められる。

21 損害を避けるための他に適当な方法の検討に当たっては、参考判例に示されているように「通行  
22 の自由権」を主張して民事訴訟によるAに対する妨害排除請求の可能性のあることを指摘し、それ  
23 が「他に適当な方法」に当たるかどうかを検討することが求められる。

24 原告適格の検討に当たっては、行政事件訴訟法第37条の2第4項で準用されている同法第9条  
25 第2項の規定に基づき、道路法第71条第1項及び第43条第2号の規定の趣旨・目的を踏まえ、  
26 本件被侵害利益がこれらの規定によって考慮されているか、また本件被侵害利益の内容・性質及び  
27 それが悪される態様・程度を勘案しなければならない。

28 〔設問1(2)〕は、道路管理者による「一定の処分」がなされないことが違法であるかどうかを論  
29 じさせるものである。道路法第71条第1項第1号は「この法律（中略）に違反している者」に対  
30 して監督処分が可能としているため、まず、Aによる本件フェンスの設置行為が同法第43条第2  
31 号に違反しているかどうかを、道路管理者の要件裁量の有無も含めて検討しなければならない。そ  
32 の上で、Aの行為が同法第43条第2号に違反していると評価された場合でも、同法第71条第1  
33 項第1号は、監督処分を行うかどうか、いかなる監督処分を行うかについて道路管理者の効果裁量  
34 を認めていることを指摘した上で、一方ではXらが受ける本件被侵害利益、他方でY市側が主張す  
35 るような諸事情が、裁量権を行使するに当たって考慮すべき事項に当たるか、考慮に当たってどの  
36 程度重視されるべきかについて検討することが求められる。

37 〔設問2(1)〕は、取消訴訟の訴訟要件である処分性に関する理解を問う問題である。Y市長が道  
38 路法第10条第1項に基づき行うことが想定される本件市道の路線の廃止が、行政事件訴訟法第3

1 条第2項に定める「行政庁の処分その他公権力の行使」に当たるかどうかを検討することが求めら  
2 れている。

3 設問に示されているD弁護士の手示に従って道路法の規定を分析して、道路の区域決定・供用開  
4 始が敷地所有者及び道路通行者に対してそれぞれどのような法効果を及ぼすかを検討し、道路法第  
5 10条第1項に基づくY市長による本件市道の路線の廃止が、それらの法効果を一方的に消滅させ  
6 るものであることについて論じること、道路通行者については、当該市道を生活上不可欠な道路と  
7 して利用していた通行者の生活に著しい支障が生ずる場合があることを踏まえた上で論じること  
8 が求められる。

9 [設問2(2)]は、Y市長が道路法第10条第1項に基づき行うことが想定される本件市道の路線  
**10** の廃止の違法性の有無について論じさせるものである。本件市道の路線の廃止は、同法第10条第  
11 1項「一般交通の用に供する必要がなくなった」ことを要件にしていることを指摘した上で、まず、  
12 現に通行者による利用が存在して道路としての機能が喪失していない以上は同条の要件を満たさ  
13 ないといえるのか、それとも、現に利用が存在しても、通行者による利用の程度の乏しさ、代替的  
14 な交通路の存在などに鑑みて一般交通の用に供するに適さない状況があれば「必要がなくなった」  
15 として廃止できるのかを検討し、更に上記の要件該当性の判断について行政庁に裁量権が認められ  
16 るのかを検討しなければならない。また、同法第10条第1項が「廃止することができる」という  
17 文言を用いていること、廃止するかどうかの判断に当たって考慮される事項などの性質に着目して、  
18 要件が充足されている場合において廃止するかどうかの判断についても行政庁に裁量権が認めら  
19 れるのかを検討することが期待される。

**20** その上で、要件裁量又は効果裁量が認められる場合は、裁量権の範囲の逸脱濫用の有無を検討し  
21 なければならない。Y市による調査が通行の実態を適切に調査できていないのではないかと、Xらが  
22 主張する本件被侵害利益が適切に考慮されていないのではないかなどの点について検討すること  
23 が求められる。

24 また、Y市は道路法第10条第1項の路線廃止について、隣接土地所有者の同意を必要とする内  
25 部基準を定め、これをウェブサイトで公表しているが、本件において、当該内部基準の法的性質及  
26 び、本件において隣接土地所有者であるX1の同意が得られていないことが、裁量権の範囲の逸脱  
27 濫用の有無とどのように関係するかを検討することが求められる。

平成29年司法試験の採点実感（公法系科目第2問）

1 1 出題の趣旨

2 別途公表している「出題の趣旨」を参照いただきたい。

3

4 2 採点方針

5 採点に当たり重視していることは、例年と同じく、問題文及び会議録中の指示に従って基本的な  
6 事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができ  
7 ているか、基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることのできる応用能  
8 力を有しているか、事案を解決するに当たっての論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・  
9 構成し、本件の具体的な事情を踏まえた多面的で説得力のある法律論を展開することができている  
10 か、という点である。決して知識の量に重点を置くものではない。

11

12 3 答案に求められる水準

13 (1) 〔設問1〕(1)

14 ・ 訴訟類型として非申請型義務付け訴訟（行政事件訴訟法第3条第6項第1号、第37条の2）  
15 を選択し、訴訟要件として、①処分の一性を検討し、②原告適格について、第三者の原告適  
16 格の判断枠組みを適切に提示した上で、根拠法令の趣旨・目的、考慮される利益の内容・性質  
17 についての一般的な検討及び本件事案に即した検討を行い、③重大な損害について、上記②の  
18 考慮される利益の内容・性質と同様の検討を行い、④補充性について、社会福祉法人Aに対す  
19 る民事上の妨害排除請求の可能性を指摘して検討している答案は、一応の水準に達しているも  
20 のと判断した。

21 ・ これに加えて、上記②の根拠法令の趣旨・目的に関し、監督処分（道路法第71条第1項）  
22 の趣旨・目的、及び、違反行為である同法第43条第2号（道路の構造又は交通に支障を及ぼ  
23 す虞のある行為をすることの禁止）の趣旨・目的を十分具体的に検討し、上記②の考慮される  
24 利益の内容・性質及び上記③の重大な損害に関し、X2の小学校への通学路（距離の増大、交  
25 通量の増加）及びXらの緊急避難路としての利用について十分具体的に検討し、上記④に関し、  
26 社会福祉法人Aに対する民事上の妨害排除請求の可能性を補充性の要件に関連して十分に論  
27 じている答案は、良好な答案と判断した。

28 ・ さらに、上記①に関し、本件フェンスの除却に加えて原状回復まで求めることなどが述べら  
29 れており、上記②に関し、里道の近くに居住する者が当該里道の用途廃止処分の取消しを求め  
30 るにつき原告適格を有しないと判断した最高裁判所昭和62年11月24日判決（集民152  
31 号247頁）に言及して適切に論じている答案は、優秀な答案と判断した。

32 (2) 〔設問1〕(2)

33 ・ 道路法第71条第1項第1号及び第43条第2号の規定に即して、要件裁量の有無を検討し、  
34 同法第71条第1項第1号所定の監督処分をするかどうか、いかなる監督処分をするかについ  
35 て、道路管理者の効果裁量が認められていることを指摘した上で、裁量権行使の合理性の検討  
36 を具体的に行っている答案は、一応の水準に達しているものと判断した。

37 ・ これに加えて、上記の各規定の趣旨を具体的に検討して要件裁量及び効果裁量の有無の検討  
38 を行い、具体的な裁量権行使の合理性に関し、Y側が主張する、本件保育園の関係者以外の者  
39 による本件市道の利用が乏しいことや、Aが本件市道の路線廃止及び売渡しの相談をしており

1 いずれ路線廃止が予想されること、Xらにとっての通行上の利益の重要性等の事情を具体的に  
2 検討し、行政事件訴訟法第37条の2第5項「行政庁がその処分をしないことがその裁量権の  
3 範囲を超え若しくはその濫用となる」に該当することを指摘している答案は、良好な答案と判  
4 断した。

5 (3) 〔設問2〕(1)

6 ・ 処分性の定義を適切に提示した上で、道路区域の決定及び供用開始の法的効果についての検  
7 討を行い、路線廃止はこれらの行為が道路敷地所有者に対して有する法的効果を解除するとい  
8 う法的効果があることについて検討し、路線廃止の道路通行者の法的地位に対する影響を検討  
9 している答案は、一応の水準に達しているものと判断した。

10 ・ 上記の区域決定・供用開始の法的効果に関し、道路区域が決定されると、道路敷地の所有者  
11 の法的地位に関し、道路管理者による権原取得前でも、土地の形質変更や工作物の新築等につ  
12 き、道路管理者の許可を要することとなること(道路法第91条)、道路が供用開始されれば、  
13 道路敷地の所有者に対して、私権が行使できなくなる法的効果があること(同法第4条)を具  
14 体的に論じ、加えて、路線廃止の道路通行者の法的地位に対する影響に関し、当該市道を生活  
15 上不可欠な道路として利用していた通行者の生活に著しい支障が生ずる場合があることにつ  
16 いて検討している答案は、良好な答案と判断した。

17 ・ さらに、本件市道を生活上不可欠な道路として利用していた通行者の生活に著しい支障が生  
18 ずる場合があるという観点から、前記.の最高裁昭和62年判決に言及している答案は、優秀  
19 な答案と判断した。

20 (4) 〔設問2〕(2)

21 ・ 「一般交通の用に供する必要がなくなった」という道路法第10条第1項の要件を検討し、  
22 これに関する要件裁量の有無及び廃止することについての効果裁量の有無を検討した上で、本  
23 件における裁量権の逸脱濫用の有無に関し、調査不足及び考慮事項の不足について具体的な検  
24 討を行い、更に本件内部基準の法的性質(裁量基準)についての見解を示し、その合理性と基  
25 準から逸脱していることについての合理的理由の有無を検討している答案は、一応の水準に達  
26 しているものと判断した。

27 ・ これに加えて、上記の道路法第10条第1項の要件に関し、現に通行者による利用が存在し、  
28 道路としての機能が喪失していない以上は、同条の要件を満たさないといえるか否かについて  
29 具体的に検討し、同条項の趣旨を具体的に考慮して上記の要件裁量及び効果裁量の有無を検討  
30 し、調査不足がなぜ裁量権の逸脱濫用を導き得るのかを的確に説明し、上記の考慮事項の不足  
31 について、Xらの生活上の不利益、本件市道の利用状況、付近の代替的交通路の存在を具体的に  
32 に検討し、裁量基準としての本件内部基準の合理性を十分具体的に検討している答案は、良好  
33 な答案と判断した。

34 ・ さらに、本件内部基準の合理性に関し、その趣旨が、同意を得る過程で、利害関係のある者  
35 の意見を聴取し、道路の使用実態等に関し、よりの確な認定に資する資料を幅広く収集すると  
36 ころにあると解されることを検討している答案は、優秀な答案と判断した。

37

38 4 採点実感

39 以下は、考査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

40 (1) 全体的印象

41 ・ 例年繰り返し指摘し、また強く改善を求め続けているところであるが、相変わらず判読困難

- 1 な答案が多数あった。極端に小さい字、極端な癖字、雑に書き殴った字で書かれた答案が少なく  
 2 なく、中には「適法」か「違法」か判読できないもの、「…である」か「…でない」か判読  
 3 できないものすらあった。第三者が読むものである以上、読み手を意識した答案作成を心掛け  
 4 ることは当然であり、採点者が努力を払っても解読できない文字は、何も書かれていないに等  
 5 しいことを肝に銘じ、丁寧に判読できるような文字を書いていただきたい。また、癖字である  
 6 との自覚がある者は、大きめの文字で空間を空けて書くことを推奨したい。
- 7 ・ 脱字、平仮名を多用しすぎる答案も散見され、誤字（例えば、検当する、概当性、多事考慮、  
 8 通交する等）も少なくなかった。
  - 9 ・ 問題文では、Xらの相談を受けた弁護士立場に立って論じることが求められているにもか  
 10 かかわらず、各論点の検討において、問題文に記されているY側の主張を単に書き写してXに不利  
 11 な結論を導いたり、ほとんど説得力がないYやAの立場に立つ議論を案出したり、Xの側に  
 12 有利となるべき事情を全く無視して議論したりする答案が相当数見られた。原告代理人として  
 13 は、もちろん訴訟の客観的な見通しを示すことは重要であるが、まずは依頼人の事情と主張に  
 14 真摯に耳を傾けることこそが、実務家としての出発点であろう。
  - 15 ・ 例年指摘しているが、条文の引用が不正確又は誤っている答案が多く見られた。行政事件訴  
 16 訟法や道路法の条文を引用していない答案も見られた。
  - 17 ・ 冗長で文意が分かりにくいものなど、法律論の組立てという以前に、一般的な文章構成能力  
 18 自体に疑問を抱かざるを得ない答案が少なからず見られた。
  - 19 ・ どの論点を論じているのか段落の最後まで読まないと分からない答案や、どの小問について  
 20 の解答かが明示されていない答案が見られた。
  - 21 ・ 結論を提示するだけで、理由付けがほとんどない答案、問題文中の事実関係や関係法令の規  
 22 定を引き写したにとどまり、法的な考察がされていない答案が少なからず見られた。論理の展  
 23 開とその根拠を丁寧に示さなければ説得力のある答案にはならない。
  - 24 ・ 法律解釈による規範の定立と問題文等からの丁寧な事実の拾い出しによる当てはめを行うと  
 25 という基本ができていない答案が少なからず見られた。
  - 26 ・ 問題文等から離れて一般論について相当の分量の論述をしている答案（設問1(1)において処  
 27 分性の判断基準を長々と論述するものなど）が少なからず見られた。問題文等と有機的に関連  
 28 した記載でなければ無益な記載であり、問題文等に即した应用能力がないことを露呈すること  
 29 になるので、注意しておきたい。
  - 30 ・ 一般的な規範については一応記載されているが（例えば、原告適格や処分性の判断基準）、  
 31 それに対する当てはめがなされていない答案や、あるいは、提示した一般的な規範とは全く別  
 32 個の根拠で結論を出している答案が見受けられた。これでは一般的な規範が何のために記載さ  
 33 れているのか不明であるし、その内容を正確に理解していないのではないかという疑念を生じ  
 34 させるものである。
  - 35 ・ 問題文の指示を十分に把握せずに答案作成をしているのではないかと思われる答案も少な  
 36 からず見られた。例えば、設問2.において、路線の廃止に係る処分性を検討するに当たり、そ  
 37 の前提として道路の区域の決定及び供用の開始の法的効果を論ずべきことが会議録に明記さ  
 38 れているにもかかわらず、その検討を行っていない答案が少なからず見受けられた。
  - 39 ・ 小問が4問あったことも一因と思われるが、時間が足りず、最後まで書ききれていない答案  
 40 が相当数あり、時間配分にも気を配る必要がある。
- 41 (2) 〔設問1〕(1)



- 1 ・ 訴訟類型の選択及び処分の一貫性に関しては、ほとんどの答案が、提起すべき訴訟類型として、  
2 非申請型義務付け訴訟を正しく選択していた。ただし、道路管理者Y市長が行うべき「一  
3 定の処分」について、「本件フェンスの撤去を義務付ける」と述べ、処分と事実行為の区別  
4 に関する理解が不十分と思われる答案や、誰に何を命ずるのが明確でない答案が一定数見られ  
5 た。また、ごく少数ではあるが、路線廃止に対する差止訴訟を誤って選択したものもあった。  
6 ・ 非申請型義務付け訴訟の訴訟要件は行政事件訴訟法第37条の2第1項及び第2項に尽きて  
7 いるとの誤解からか、原告適格の有無について全く触れていない答案が一定数見られた。  
8 ・ 原告適格の判断基準に関しては、多くの答案が行政事件訴訟法第9条第2項や最高裁判例の  
9 一般的な判断基準を示すことができていた。
- 10** ・ 原告適格の有無の判断における法令の趣旨・目的の検討については、道路法第71条第1項  
11 及び同法第43条第2号の規定の趣旨・目的の分析が行われておらず、単に被侵害利益の重要  
12 性等のみを示して原告適格の有無を判断している答案が少なからず見られた。また、道路法の  
13 条文を挙げていても第1条の目的規定のみという答案も少なくなかった。さらに、単に上記の  
14 条文を列挙するのみで、何らの媒介的論理もなく、個別的利益としての保護に関する結論を導  
15 いている答案も多く見られた。
- 16 ・ 原告適格の有無の判断における考慮される利益の内容・性質に関しては、そもそもこれを検  
17 討していない答案が目立った。また、これを検討するとしても、単に問題文に現れた(ア)ない  
18 し(イ)の事情を引用するのみで十分な分析が加えられていない答案が多く見られた。特に、X  
19 らが本件市道の近隣に居住していることは、原告適格を肯定する方向に働く事情になる一方で、  
**20** 迂回を余儀なくされることが生活上の程度の損害に結び付くのかという検討を要するもの  
21 と解されるところ、この点を指摘する答案は少数にとどまった。市道に設置された障害物の除  
22 却命令をすることの義務付け訴訟という事案の性質や障害物の設置により侵害されている利  
23 益が通行利益であるという利益の性質上、原告適格が認められる第三者の範囲がそれほど広い  
24 ものではないという点を指摘する答案はほとんど見られなかった。
- 25 ・ 重大な損害の要件に関しては、本案で検討すべきと思われる内容を当該訴訟要件において検  
26 討している答案が一定数見られた。また、ごく少数ではあるが、行政事件訴訟法第37条の2  
27 第2項に定める考慮事項の一つである「損害の回復の困難の程度」について、そこで検討され  
28 べき内容を誤解している答案があった。さらに、上記の原告適格の有無の判断において考慮  
29 される利益の内容・性質と同様、単に問題文に現れた(ア)ないし(イ)の事情を引用するのみで十  
**30** 分な分析が加えられていない答案が目立った。
- 31 ・ 補充性の要件に関しては、民事訴訟(Aに対する妨害排除請求)の可能性を、この要件との  
32 関連において丁寧に論じている答案が極端に少なかった。また、会議録における指示は、当該  
33 民事訴訟の可能性が訴訟要件の充足の有無に影響を及ぼすか否かの検討を求めるものであ  
34 ったにもかかわらず、上記民事訴訟を提起して勝訴することができるか否かを検討する答案が少  
35 数ながら見られた。さらに、民事訴訟と異なり、義務付け判決には第三者効が認められること  
36 を根拠としている答案が少数ながら見られた(法改正に当たって様々な議論があったのは事実  
37 だが、少なくとも現在の行政事件訴訟法上は、義務付け判決に第三者効は準用されていない。)  
38 (3) [設問1] (2)
- 39 ・ 要件裁量及び効果裁量については、多くの答案が論じていたが、両者の区別を十分に意識し  
**40** ない答案が少なからず見られた。
- 41 ・ 裁量の有無を検討する答案でも、単に法律の文言のみに依拠して判断している答案が多く見

1 られた。裁量が肯定される実質的な理由についても併せて検討することが重要である。

2 ・ 効果裁量については、道路法第43条第2号違反該当性と同法第71条第1項の監督処分と  
3 の関係の理解が不十分と思われる答案が一定数見られた。前者が認定されて初めて後者に関する  
4 効果裁量が問題になることを理解した上での論述が望まれる。

5 ・ 道路法第71条第1項の命令違反に対して罰則が規定されていること（同法第104条第4  
6 号）を根拠に監督処分を発動しない効果裁量が存在しないと論じた答案が一定数見られたが、  
7 そのような推論に説得力があるか、慎重な検討が求められよう。

8 ・ 問題文にはY市が監督処分をしなかった判断根拠が列挙されており、それらの吟味を行うこ  
9 とが求められていたところ、それには触れずに、国家賠償法における規制権限不行使の合理性  
**10** の判断と同様の検討を行った答案が相当数見られた。また、上記の判断根拠についても、単に  
11 問題文に記載された事実を書き写すだけの答案も少なくなかった。これらがなぜ、どのように  
12 考慮されるべきかを各考慮事項ごとに丁寧に分析するのでなければ、法的論証とは言い難い。

13 (4) 〔設問2〕(1)

14 ・ 処分性の定義は、ほとんどの答案が適切に論じていたが、公権力性についての当てはめの検  
15 討（路線廃止が道路管理者の道路法に基づく管理権限行使としてされたこと）を行っていない  
16 答案が多く見られた。

17 ・ 「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与える影響」  
18 について、関係する規定（道路法第91条第1項・第2項、第4条）を指摘した上で正確に論  
19 じることができていない答案が少なくなかった。道路法の条文がほとんど初見のためか、誤読  
**20** や読み落としが少なくなく、特に、区域決定・供用開始それぞれの法的効果が十分区別されて  
21 いない答案が多く見られた。また、ごく少数ではあるが、会議録中の弁護士Dの発言にあるよ  
22 うに、本件市道の敷地の所有権がY市にあることを理由として処分性を否定した答案も見られ  
23 た。

24 ・ 敷地所有者の法的地位はほぼ全ての答案で論じられていたが、通行者の法的地位については、  
25 会議録の誘導があったにもかかわらず、検討されていない答案が少なからず見られた。通行者  
26 の法的地位について論じるとしても、単に通行できなくなる効果がある又は通行権を失うとす  
27 るにとどまるものが圧倒的に多く、通行者にとって本件道路が日常不可欠なものであるか否か  
28 や通行できなくなることによる日常生活上の影響の程度について検討している答案はごく少  
29 数にとどまった。単に通行者というだけで通行し得る法的地位が保障されているといえるのか、  
**30** 当該道路の通行を日常生活上不可欠とする者等に対してしか、通行し得る法的地位は保障され  
31 ていないのではないかについても考察することが期待される。

32 ・ 路線廃止が、道路敷地所有者の法的地位に対する制限・禁止を解除する法的効果を有するこ  
33 とについては、おおむねよく記載されていた。

34 (5) 〔設問2〕(2)

35 ・ 道路法第10条第1項の「一般交通の用に供する必要がなくなった」という要件について、  
36 現に通行者による利用が存在して道路としての機能が喪失していない以上は同条の要件を満  
37 たさないといえるのか、それとも、現に利用が存在しても諸般の事情に鑑みて「必要がなくな  
38 った」として廃止できるのかという点を分析した答案は少数にとどまった。

39 ・ 道路法第10条第1項の判断における要件裁量・効果裁量の有無について、両者の区別（効  
**40** 果裁量は、同項の要件が充足されている場合であっても裁量権を認めることができるか否かと  
41 という問題である。）ができていない答案が少なからず見られた。また、裁量が肯定される実質

- 1 的な理由を検討することなく、法律の文言のみから裁量の有無を論じる答案も多く見られた。
- 2 特に、同項の「認める」という文言のみから要件裁量が認められるとの解釈が説得力を有する
- 3 か否かについては、慎重な検討を要しよう。
- 4 ・ 本問における裁量権の逸脱濫用には、調査不足と考慮事項の不足の問題及び内部基準からの
- 5 逸脱の問題が含まれるが、両者を共に適切に論じている答案は少なく、そのいずれかを十分に
- 6 論じつつも他方の論述がなく又は粗雑なものが多数見られた。
- 7 ・ 調査不足と考慮事項の不足の問題については、本件フェンスにより本件市道が閉鎖された状
- 8 況の下で調査をしていることを指摘する答案は少なく、それがなぜ裁量権の逸脱濫用という評
- 9 価を受けるのかについて論じている答案は更に少数にとどまった。調査不足であることについ
- 10** て、手続的な瑕疵という側面と、実体的な考慮要素の不足という側面の区別がついていないと
- 11 見受けられる答案も散見された。
- 12 ・ 裁量権の逸脱濫用の有無については、どのような事実がどのように具体的に考慮されたのか、
- 13 考慮すべきなのに考慮しなかった事実はあるか、その上で考慮した事実を踏まえた判断は合理的
- 14 的か否かという観点からの検討が求められるところ、このような考慮事項の検討を十分に行っ
- 15 ている答案は極端に少なかった。
- 16 ・ 本件内部基準の性格について、処分基準、審査基準などとする答案が少なからず見られた。
- 17 市道の路線の廃止は、「特定の者を名あて人と」するものではないため、行政手続法上の不利
- 18 益処分（同法第2条第4号）に当たらないことに留意すべきである。
- 19 ・ 本件内部基準の法的性格を整理していないためか、同基準の合理性につき検討することなく、
- 20** 同基準に反すると直ちに違法とするという答案や、内部基準であっても公表されることにより
- 21 信義則上拘束を受けるといった表面的な分析にとどまるものが大多数であった。本件内部基準
- 22 の拘束力の検討においては、前提として、道路法第10条第1項の定める路線の廃止の要件に
- 23 照らし、内部基準の合理性を検討すべきであるが、この点の検討を十分に行った答案はほとん
- 24 ど見られなかった。また、本件内部基準自体の合理性の検討と当該基準から逸脱することの合
- 25 理性の検討とを混同する答案が一定数見られた。
- 26
- 27 5 今後の法科大学院教育に求めるもの
- 28 ・ 本年の出題も、昨年と同様に、書くべき論点の問題文及び議事録において丁寧に明示されてい
- 29 たこともあり、論ずべき問題点の検討・把握という点では、比較的平易な問題であった。それだ
- 30** けに、基本的な判例や概念等についての正確な理解に基づき、本件事案に即した適切な見解を導
- 31 く応用能力があるか、特に問題文において指摘されている事案固有の考慮要素（原告適格や重大
- 32 な損害を基礎付ける個別的事情、裁量権の逸脱濫用の判断の基礎となる事情等）についての法的
- 33 評価を適切に行う能力、多くの受験生にとってなじみのない道路法の具体的な規定において考慮
- 34 されている様々な利益・事情等を読み解く能力があるか、これらの問題点につき論理的な思考に
- 35 基づき説得的な論述ができていくかによって、評価に大きな差が出る問題であったといえる。
- 36 ・ 行政手続法上の不利益処分の概念を正しく理解できていないため、ウェブサイトの記載を処分
- 37 基準と誤解する答案が目立ったことなどに鑑みると、法科大学院においては、行政法学（行政法
- 38 総論）の基礎的な概念・知識がおろそかにならないような教育を期待したい。
- 39 ・ 法科大学院には、単に条文上の要件・効果といった要素の抽出、法的概念の定義や最高裁判例
- 40** の判断基準の記憶だけに終始することなく、様々な視点からこれらの要素を分析し、類型化する
- 41 などの訓練を通じて、試験などによって与えられた命題に対し、適切な見解を導き出すことがで

1 きる能力を習得させるという教育にも、より一層力を注いでもらいたい。本年も、論点単位で覚  
2 えてきた論証を吐き出すだけで具体的な事案に即した論述が十分でない答案、条文等を羅列する  
3 のみで論理的思考過程を示すことなく結論を導く答案のほか、提示した一般的な規範とは全く別  
4 個の根拠で結論を出している答案すら散見されたところであり、これでは一般的な規範が何のため  
5 に記載されているのか、そもそもその内容を正確に理解しているのかについて疑念を抱かざる  
6 を得ない。法律実務家を志す以上、論述のスタートは飽くまで条文であり、そこから法律解釈を  
7 して規範を定立し、具体的事実を当てはめるというプロセスが基本であるが、そのような基本さ  
8 えできていない答案が少なからず見られた。上記のような論理的な思考過程の訓練の積み重ねを、  
9 法律実務家となるための能力養成として法科大学院に期待したい。

**10**

• 各小問に即して、上記のような観点からの能力の不十分さを感じさせる答案として特に目に付  
11 いたものとしては、原告適格、重大な損害、裁量権の逸脱濫用の判断に当たり、単に問題文に記  
12 載された事実を書き写すだけで、これを、問題文に指定された立場から法的に評価していない答  
13 案（設問1(1)、1(2)、2(2)）、裁量が肯定される実質的な理由を検討することなく、単に法律の  
14 文言のみによって判断する答案（設問1(2)、2(2)）、法的論拠を全く示すことなく、突如として  
15 本件内部基準の法的性質やその合理性の有無についての結論を述べる答案（設問2(2)）等が挙げ  
16 られる。

• 法律実務家は、裁判官、検察官、弁護士のいずれにせよ、自己の見解とは異なる立場に立つて  
17 も柔軟にその立場に即した法的検討、論述を展開し得る能力を身に付けることが期待されている  
18 ものである。問題文に、Xらの依頼を受けた弁護士の立場で解答することを求める指示があるに  
19 もかかわらず、Xらの主張は認められないとの結論を導く答案や、Y側の主張を十分に理解した  
**20** 上でこれに法的評価を加えようという姿勢が見られない答案、ほとんど説得力を感じさせない主  
21 張の展開を試みる答案などが少なからず見られたのは、法科大学院教育又は学生の学習態度が、  
22 前記のような条文解釈に関する学説・判例の暗記に終始してしまっているところに一因があるの  
23 ではないかとの懸念を生じさせるものである。  
24

• 前記4(1)に記載したとおり、法律的な文章という以前に、日本語の論述能力が劣っている答案  
25 も相当数見られた。法律実務家である裁判官、検察官、弁護士のいずれも文章を書くことを基本  
26 とする仕事である。受験対策のための授業になってはならないとはいえ、法科大学院においても、  
27 論述能力を十分に指導する必要があると思われる。  
28

• 法科大学院教育において、一般的な判断基準や主要な最高裁の判例を学習し覚えることが重要  
29 であることはいうまでもないが、更に進んで、これらの基準を具体的な事案に当てはめるとどの  
**30** ようになるかを学ぶ機会をより一層増やすことが求められているのではないか。  
31

本試験過去問から答案の型を学べば途中答案のリスクは大きく減らせます

【MEMO】

## 平成29年論文式試験公法系第2問

### ＝ 講師作成参考答案 ＝

Memo

#### P.1 設問1(1)

2 第1 Xらは、Y市に対して、本件フェンスの撤去命令（法71条1  
3 項）を求めて非申請型義務付け訴訟（行政事件訴訟法（以下「行  
4 訴訟法」という）3条6項1号、37条の2）を提起する。

5 第2 「一定の処分」について

6 本件では、フェンスの撤去であるので国民の財産権を制限して  
7 おり、処分性は認められる。また、本件義務付け訴訟の内容は、  
8 本件フェンスの撤去であり、これは裁判所が判断可能な程度に特  
9 定されているといえるので、当該要件を満たす。

10 第3 「重大な損害を生ずるおそれ」について

11 次に、「重大な損害を生ずるおそれ」については、行訴訟法37  
12 条の2第2項を考慮しつつ、金銭賠償のみによる救済では、社会  
13 通念に照らして著しく不合理な場合も含むと考える。

14 X2が、本件市道ではなくB通りを通学路として通行すると、  
15 B通りは交通量が多いため交通事故の危険があり、通学は毎日の  
16 ことであり、生命身体の危険性が高い。また、X1、X2が、災  
17 害時の避難通路に本件市道ではなくB通りを使用すると、B通り  
18 では400メートルも遠回りになるため、避難が遅れてしまい、  
19 生命身体に危険性が生じる可能性がある。

20 生命・身体への侵害は、金銭賠償のみによる救済では不合理で  
21 あることから、当該要件も満たすといえる。

22 第4 「損害を避けるために他に適当な方法」について

23 これは、義務付けの請求に代替する救済手続が特に法定されて  
いるような場合を指し、民事訴訟が提起可能であっても、抗告訴  
訟とは目的等が異なるため、当該要件を満たす。

#### P.2

2 本件では、資料2の参考判例のように、X1らは、「通行の自  
3 由権」を主張して、民事訴訟によりAに対する妨害排除請求を求  
4 める可能性があるが、民事訴訟が提起可能であっても当該要件に  
5 は影響はない。そして、本件の法には、特に救済手続が法定され  
6 ていないため、当該要件を満たす。

8 第5 原告適格について

9 1 最後に原告適格であるが、「法律上の利益を有する者」とは、  
10 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  
11 害され、又は侵害されるおそれのある者をいう。そして、行訴訟  
12 法9条2項に列挙された事項を考慮して、法律上の利益の有無を判  
13 断することになる。

14 2 本件では、Xらの被侵害利益は、交通の便宜及び交通の安全で  
15 ある。

16 法43条2号は、道路において交通を妨害するような行為を禁  
17 止しており、また、法71条1項1号は、交通の妨害等があった  
18 場合に道路管理者に原状回復命令等の処分を下すことを認めて  
19 いる。ここから、法は通路の安全、すなわち通行人の生命・身体  
20 の安全を個別的利益として保護する趣旨であるといえる。

21 そして、Xらは、上述したようにB通りを通学路、避難道路と  
22 して使用せざるをえない可能性があり、その場合には、生命・身  
23 体に重大な影響を及ぼすことから、原告適格も肯定される。

P.3 以上より、本件では要件を全て満たすと考える。

2 設問1(2)

3 第1 本件フェンスの設置行為の違反について

4 1 Xらは、Aによる本件フェンスの設置行為が法43条2号に違  
5 反しているため、道路管理者であるY市長が一定の監督処分をし  
6 ていないことが違法であると主張する。そこでまず、本件フェ  
7 スの設置行為が法43条2号に違反しているかを検討する。

8 2 Y市長は、本件フェンスの設置行為が法43条2号に反してい  
9 ないと判断しているため、当該判断にY市長に要件裁量が認めら  
10 れるかが問題となる。

11 法43条2号は、条文は「道路の構造又は交通に支障を及ぼす  
12 虞のある行為」と抽象的な規定をしており、道路・交通の問題は  
13 専門・技術性が高いことから、Y市長に広い要件裁量が認められ  
14 る。

15 3 Y市長に広い要件裁量があったとしても、考慮すべきではない  
16 事項を考慮して判断した場合は、裁量の逸脱・濫用（行訴法37  
17 条の2第5項）となる。

18 Y市長は、本件保育園の関係者以外の者による本件市道の利用  
19 は乏しいこと(ア)を理由として、本件フェンスの設置行為が法4  
20 3条2号に反していないと判断している。しかし、Xらや本件保  
21 育園の関係者が現に本件市道を利用しており、本件市道の利用は  
22 乏しいとはいえないため、考慮すべき事項を考慮していない。

23 また、Y市長は、本件市道で原動機付自転車との接触事故が発  
P.4 生していること(イ)もその理由としているが、事故があったとし  
2 ても、原動機付自転車のみを進入禁止にすればよく本件フェンス  
3 を設置するのは合理的ではない。Y市長は考慮すべき事項を考慮  
4 していないといえる。

5 さらに、Y市長は、本件市道はいずれ路線の廃止が見込まれる  
6 こと(ウ)もその理由としているが、いずれ廃止が見込まれるとし  
7 ても、現在本件市道を利用している者の通行を妨げることは許さ  
8 れない。Y市長の判断は、考慮すべき事項を考慮していないとい  
9 える。

10 以上から、本件フェンスの設置行為は法43条2号に反する。

11 第2 法71条1項1号の監督処分について

12 1 本件フェンスの設置行為が法43条2号に反するとしても、Y  
13 市長が法71条1項1号の監督処分を行うことができるか、行う  
14 としていかなる内容の監督処分を行うべきであるか。Y市長に効  
15 果裁量が認められるかが問題となる。

16 2 法71条1項1号の処分の内容は、許可の取消から原状回復ま  
17 で様々なものが規定されており、前述したように道路の管理につ  
18 いては専門性の高いものであることから、Y市長に広い効果裁量  
19 が認められる。

20 3 Y市長は、本件フェンスの撤去を求める監督処分をなしていな  
21 いが、これは裁量権の消極的逸脱・濫用にならないか。

22 Xらは、本件フェンスの設置により生命・身体が侵害され  
23 される危険がある。生命・身体は、一度侵害されると取り返  
P.5 しのつかなくなる可能性が高く、非常に重要なものである。

2 他方、Y市長は、上述した(ア)～(ウ)の理由から監督処分を行っ  
3 ていない。しかし、これらの事情はいずれも裁量権を行使するに  
4 当たって、考慮すべき重要な事項を考慮しておらず理由がない。

5 以上から、Y市長の本件監督処分の不行使は、裁量の逸脱・濫

6 用といえ違法となる。

7 設問 2(1)

8 第1 本件市道の路線の廃止は、処分といえるか。取消訴訟の対象と  
9 なる処分とは、公権力が行う行為のうち、直接国民の権利義務を  
10 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  
11 のをいうと解される。

12 第2 道路の区域決定・供用開始の効果

13 法によると、道路は、まず区域決定がなされその後供用が開始  
14 される。区域決定がなされると道路の敷地所有者は道路管理者の  
15 許可を受けなければ土地の形質の変更、工作物の構築等をするこ  
16 とができなくなる（法91条）。区域決定の後、供用開始がなさ  
17 れると、道路の敷地所有者の私権が制限される（法4条）。また、  
18 道路の通行者は、交通の妨げとなるような行為が禁止され（法4  
19 3条）、違反すると道路管理者の監督処分（法71条1項1号）、  
20 罰金等の制裁が課されることになる（法102条、104条）。

21 従って、道路の区域決定・供用開始がなされると、敷地所有者  
22 は自己の土地の使用が制限され、道路の通行者も交通の妨げにな  
23 るような行為が制限される。もっとも、通行者は安全に道路を利  
P.6 用できる権利を有する。

2 第3 路線の廃止の効果

3 路線の廃止がなされると、上記のような法効果が一方的に消滅  
4 させられることになる。特に、本件市道が廃止されると、通行者  
5 は、交通量が多く、事故の危険の多いB通りを使用せざるを得な  
6 くなり、安全性が高く生活上不可欠な道路として本件市道を利用  
7 していた通行者の生活に著しい支障が生ずる場合がある。そのた  
8 め、国民の生命身体の安全を脅かすことになる。

9 よって、路線の廃止は直接国民の権利義務を形成するといえ、  
10 処分に該当する。

11 設問 2(2)

12 第1 要件裁量

13 1 Xらは、本件市道の廃止は違法であると主張する。本件市道は、  
14 「一般交通の用に供する必要がなくなった」（法10条1項）と  
15 判断され廃止となっていることから、まずは当該要件該当性につ  
16 いて、Y市長に裁量が認められるかが問題となる。

17 2 法10条1項の文言は、前述の通り抽象的なものであり、また、  
18 道路に関する問題は、専門性の高いため、Y市長の広範な要件裁  
19 量が認められる。

20 3 Y市長に広い要件裁量があったとしても、本件要件の解釈に考  
21 慮すべき事情を考慮していない場合には、裁量の逸脱・濫用（行  
22 訴法30条）となる。「一般交通の用に供する必要」があるか否  
23 かは、本件市道の利用者の程度、代替的な交通路の存在など様々  
P.7 な事情を考慮して合理的に判断しなくてはならない。

2 この点、Y市長は、①本件市道は普通乗用自動車が行き通  
3 ないことを廃止の理由としている。しかし、普通乗用自動車が行  
4 き通なくても、徒歩や自転車等の通行ができるため、本件市道を  
5 廃止する理由とはならない。

6 また、Y市長は、②本件保育園関係者以外の者による本件市道  
7 の利用は乏しいことも、廃止の理由としている。しかし、これは  
8 Y市の職員が本件市道の廃止に肯定しているAに対してのみ行  
9 った聞き取り調査に専ら依拠したものである。現に、本件市道で  
10 原動機付自転車との接触事故があったことから、本件保育園関係



11 者以外の者による利用があったことは肯定されるので、それがど  
12 の程度であるか調査する義務があったがそれがなされていない。  
13 さらに、Y市長は、③代替的な交通路としてB通りが存在する  
14 ことも廃止の理由としているが、B通りは交通量が多く危険であ  
15 り、そのことが考慮されていない。

16 従って、十分な調査がなされていないため、Y市長の判断は、  
17 考慮すべき事情が考慮されておらず裁量の逸脱・濫用が認められ  
18 る。

19 第2 効果裁量

20 1 仮に、本件市道が「一般交通の用に供する」必要がなくなった  
21 といえたとしても、本件市道の廃止という効果をY市長が選択し  
22 たことに問題はないか。法10条1項は「廃止することができる」  
23 という抽象的な文言が用いられており、Y市長に広い効果裁量が

P.8

2 認められる。  
3 2 もっとも、Y市長の判断に合理性が認められなければ、当該判  
4 断は裁量の逸脱・濫用となる（行訴法30条）。

5 ここで、Y市は、路線の廃止について隣地土地所有者の同意を  
6 必要とする内部基準を定めている。行政庁がいったん合理的な裁  
7 量基準を定めた場合には、自己拘束力が生じる。そのため、当該  
8 裁量基準をそのまま適用した場合に不合理な結果となるような  
9 特段の事情がない限り、原則として当該裁量基準に従わなければ  
10 裁量の逸脱・濫用となる。

11 Y市は、この内部基準に反し隣接土地所有者であるX1の同意  
12 を得ていない。よって、本件道路の廃止は、裁量の逸脱・濫用が  
13 認められ、違法である。

以 上

## 平成29年論文式試験公法系第2問

— 合格者再現答案 —

公法系 **116** 点以上 **ランク A**

(※公法系合計得点です)

Memo

## P.1 第1 設問1(1)

2 1 Xらは、Y市を被告として(行政事件訴訟法(以下、略)38条1項・  
3 11条1項1号)、Aに対して、本件フェンスの「除去」を命じる(道路  
4 法71条1項1号・43条2号)旨の義務付訴訟(37条の2第1項・  
5 3条6項1号)を提起すべきである。

6 2 まず、「一定の処分」とは、当該処分が具体的に特定されているものを  
7 いう。

8 本件において、道路管理者の監督処分について、Aという特定の人に  
9 対して、本件フェンスを除去するという特定の行為を命じるものである  
10 ので、具体的に特定されている。

11 よって、「一定の処分」にあたる。

12 3 次に、「重大な損害」とは、非申請者の被害救済と、司法と行政の適切  
13 な権限の均衡の観点から、回復困難な著しい損害をいう。その判断は、  
14 37条の2第2項による。

15 本件において、X2は、本件市道をX2のC小学校までの通学路とし  
16 て利用している。C小学校まではB通りを通っても行くことができるが、  
17 本件市道を通る方がC小学校までの距離は約400メートル短く、また、  
18 自動車が通行できず交通量が少ない点で、B通りよりも本件市道の方が  
19 X2によって安全である。B通りしか通れないとすれば、X2は、交通  
20 事故の危険にさらされながら、日々、C小学校まで通学しなければなら  
21 なくなる。一度、交通事故が起きた場合には、生命身体が脅かされ、事  
22 後的に回復することは困難である。そして、X1は、X2の親であるの  
23 で、X2が被る不利益を援用することができると思える。

P.2 また、Xらとしては、災害時にC小学校に行くための緊急避難路とし  
2 て、本件市道を利用する予定であった。B通りを通って緊急避難したの  
3 では、遅れてしまう危険があり、大きな不利益が生じる危険がある。

4 よって、「重大な損害」がある。

5 4 次に「他に適当な方法がない」とは、上記損害を避けるために特別な  
6 規定がないことをいう。また、民事訴訟により被害救済が可能であった  
7 としても、被害者保護の観点から、自己によって都合の良い訴訟を選択  
8 することができると思えるべきである。なぜなら、補充性の要件を厳し  
9 くしたのでは、わざわざ義務付訴訟を創設して、被害者救済を図ろうと  
10 した法の趣旨に反するからである。

11 ここで、昭和39年判決によれば、民事訴訟において、通行妨害排除  
12 として、本件フェンスの除去を求めることができることになる。しかし、  
13 Xらは、村道を利用して生活及び農業を営んでいる者ではなく、必ずし  
14 も、民事訴訟で勝訴することができるとは限らない。また、勝訴可能性  
15 があっても、Xらには上記重大な損害が生じているため、義務付訴訟の  
16 方が被害救済として適している。

17 よって、「他に適当な方法がない」といえる。

18 5 そして、「法律上の利益を有する者」(同条3項)とは、自己の権利又  
19 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  
20 ある者をいう。その判断は、同条4項・9条2項による。

21 本件において、Xらは、回復困難な重大な損害を被ることになる。交  
22 通に支障を及ぼすおそれのある行為が禁止され、除去命令の対象とされ  
23 ている(71条1項1号・43条2号)趣旨は、道路の利用者の生命身

P.3 体を保護する点にある。そのため、Xらの利益は個々人の個別的利益として保護すべきである。

2  
3 よって、Xらは「法律上の利益を有する者」である。

4 6 よって、訴訟要件を満たす。

5 第2 設問1(2)

6 1 Y市長が、監督処分をしないことが違法であるかどうかは、37条の  
7 2第5項によって判断する。

8 2 まず、裁量の有無について考える。これについて、法は、「支障を及ぼ  
9 す虞」「生ずべき損害を予防するために必要な」という抽象的な文言を用  
10 いており、「命じることができる」という「できる」規定としている。こ  
11 れは、行政庁に対して、当該道路状況や通行人の程度等の事情を考慮し  
12 て、専門的に判断することを委ねている趣旨である。

13 よって、Y市長は、監督処分をするかしないかについて裁量権を有す  
14 る。

15 3 次に、Y市長は、(ア)(イ)(ウ)について判断している。

16 (1) まず、(ア)について、Xらは、現に本件市道を利用しているため、  
17 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はいえ  
18 ない。

19 (2) 次に、(イ)について、本件市道上で園児と原動機付自転車との接触  
20 事故が発生していた。そのため、本件フェンスを維持する一定の理由  
21 はある。しかし、本件フェンスがあることで、Xらの利益が侵害され  
22 ていることには変わらない。

23 (3) そして、(ウ)について、いずれ路線の廃止が見込まれるとしても、  
P.4 現在、Xの利益が侵害されているので、本件フェンスを維持すべき理  
2 由にはならない。

3 (4) よって、(ア)(イ)(ウ)の判断は誤りである。

4 4 そして、上記のとおり、(ア)(イ)(ウ)の判断は誤りであるので、本  
5 件フェンスを維持すべく、監督処分をしないことは合理性を欠く。その  
6 ため、Y市長には、裁量逸脱濫用がある。

7 5 よって、違法である。

8 第2 設問2(1)

9 1 本件市道の路線廃止(道路法10条1項)は「処分」(3条2項)にあ  
10 たるか。

11 2 ここで「処分」とは、公権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、  
12 直接国民の権利義務を形成し、またはその範囲を確定することが法律上  
13 認められていることをいう。本件では、道路敷地所有者、道路通行者の  
14 法的地位にどのような影響が生じるか問題となる。

15 3 市町村道は、路線の認定(道路法8条1項)、道路の区域の決定(道路  
16 法18条)という過程を経た上で供用が開始される。また、Y市が検討  
17 している路線の廃止は、道路自体の消滅を意味し、供用行為が自動的に  
18 消滅する。道路敷地所有者は、私権が制限されているが(道路法4条)、  
19 路線の廃止により、その制限が解除されることになる。また、道路通行  
20 者は、交通に支障を及ぼす行為をしてはならないが(道路法43条)、路  
21 線の廃止により、自由に通行をすることができるようになる。そして、  
22 道路予定区域(道路法91条1項)の制限も解除されるため、道路敷地  
23 所有者は、自由に、当該敷地を利用することができることになる。

P.5 よって、本件市道の路線廃止は、道路敷地所有者及び道路通行者に対  
2 して、直接権利を形成する。

3 4 よって、本件行為は、「処分」にあたる。

4 第3 設問2(2)

5 1 本件処分は違法か。

6 2 まず、X 2が通学路に利用していて本件市道の機能が失われていない  
7 以上、路線の廃止は許されないと判断することはできない。なぜなら、  
8 道路は、通学だけでなく、通勤や移動のために利用されるため、特定の  
9 目的についてのみ利用されているからといって、「一般交通のように供す  
10 必要がなくなったと認める場合」(道路法10条1項)にあたらないと  
11 はいえないからである。

12 3 次に、Y市長は、①②③を主張している。

13 これについて、本件市道について自動車が通行できないからといって  
14 道路の効用がなくなったとはいえない。また、現に、園児と原動機付自  
15 転車の接触事故が起こっているため、利用されていたことは確かである  
16 が、どの程度の頻度利用されていたのか分からない。これについて、Y  
17 市長は十分な調査をしていない。

18 よって、①②③はいずれも失当である。

19 4 ここで、路線の廃止をするか否かは、当該道路状況等を考慮して専門  
20 的に判断すべきであるので、Y市長には裁量が認められる。また、Y市  
21 では、全ての土地の所有者の同意を必要とする旨の内部基準があるが、  
22 これについて、法の委任はない。そのため、本件基準は、行政規則であ  
23 り、裁量基準である。

P.6 そして、本件基準には、法的拘束力はないが、ウェブサイトで公表さ  
2 れているため、国民の予測可能性を保護すべく、法の一般原則がはたら  
3 く。

4 しかし、Y市長は、全員の同意をとらなかったことについて合理的な  
5 説明をしていない。

6 よって、違法である。

7 5 以上より、本件処分は違法である。

8 以 上







## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6  
TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）  
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F  
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）  
京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435  
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F  
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F  
TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335