

1 各問題で求められていること

(1) 設問1(1)

・訴訟選択

行政に対して、私人が行った行為の是正を要求する際に使われる訴訟はどれか？

→ 非申請型義務付け訴訟

・訴訟要件

すべての訴訟要件を検討することが必要

→ 会議録には「訴訟要件の検討に当たっては、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。」と書かれています。

・非申請型義務付け訴訟の訴訟要件

第三十七条の二

- 1 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。

→ 「一定の処分」

「重大な損害を生ずるおそれ」

「損害を避けるため他に適当な方法がないとき」（補充性）

「法律上の利益を有する者」

**第三十八条** 第十一条から第十三条まで、第十六条から第十九条まで、第二十一条から第二十三条まで、第二十四条、第三十三条及び第三十五条の規定は、取消訴訟以外の抗告訴訟について準用する。

（被告適格等）

**第十一条** 処分又は裁決をした行政庁（処分又は裁決があつた後に当該行政庁の権限が他の行政庁に承継されたときは、当該他の行政庁。以下同じ。）が国又は公共団体に所属す

る場合には、取消訴訟は、次の各号に掲げる訴えの区分に応じてそれぞれ当該各号に定める者を被告として提起しなければならない。

一 処分の取消しの訴え 当該処分をした行政庁の所属する国又は公共団体

二 裁決の取消しの訴え 当該裁決をした行政庁の所属する国又は公共団体

(以下省略)

(管轄)

**第十二条** 取消訴訟は、被告の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所又は処分若しくは裁決をした行政庁の所在地を管轄する裁判所の管轄に属する。

(以下省略)

→ 被告適格及び管轄も訴訟要件に含まれる。

#### ・ どの訴訟要件を中心に論じていくべきか？

→ 会議録によれば、「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、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）がある」「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。」とのこと。

→ ほかに取りうる訴訟があることから、非申請型義務付け訴訟をする必要がないのでは？すなわち、補充性の要件が欠けるのではないかが問題となる。

→ また、非申請型義務付け訴訟においては、一般に「一定の処分」としてなにを上げるのか、本当に非申請型義務付け訴訟を提起するに値する「重大な損害」が発生しているのか、「法律上の利益を有する者」に当たるのかが問題となりやすい。

↓

が、今回の事例は、本当であれば自由に使えるはずの市道＝公道が、一私人によって封鎖され、使えなくなっているというものである。そして、訴訟提起しようとしているX1はこの市道に面した土地所有者である。道路を自由に使えるという法律上の利益(仕組み解釈をして導出する必要があるけど)を有している者が、通行妨害をされている場合に重大な損害がないというのはどうもおかしい(重大な損害という文言に拘泥しないことが重要)

→ たいいてい非申請型義務付け訴訟における「重大な損害」と「法律上の利益を有する者」の認定判断が被ることも感覚として身に着けておきたいところ

→ そうすると、本問において、メインは補充性要件のあてはめにあり(配点割合35点中15点)原告適格及び重大な損害要件がその次(配点割合35点中15点)残りの部分はさっさと終わらせる(5点分)ということが読み取れる

## (2) 設問 1(2)について

### ・非申請型義務付け訴訟における本案勝訴要件と違法事由

#### 第三十七条の二

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。

→ 会議録によれば、「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、道路法に基づく監督処分の措置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の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。」ということである。詳しい事実関係は問題文中にあげられている。

「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分の措置を執らなかった。」

詳しい誘導はなく、使う条文のみを指摘している

**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。

→ 道路法43条2号該当性につき裁量があるとは考え難い。そのため、判断代置審査を行い、違法か否かを判断することになると考えられる。そして、Y市長は、Aが(処分時点においては)道路である本件市道に本件フェンスを設ける形で物件を堆積し、一般通行者が通れなくなるという形で交通に支障を及ぼしているにもかかわらず、のちに道路でなくなるからよいだろうとして本件行為は43条2号に該当しないと判断している。＝違法(5点くらいかなあ)

→ そして、監督処分を出さないことにつき違法があるかを審査する。

(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

→ 71条1号に該当することは明らかであるので、問題となるのは本件フェンスを移転もしくは除却させないことが違法といえるのかを考えることになる。

→ 選択できる処分が多数存在し、しかも命ずることが「できる」（しないこともできると今回は読むことができる）ので、Y市長には監督処分をするかしないか、およびどのような内容の監督処分をするかにつき、裁量が認められる。

→ とはいっても、処分の内容が、道路という行政が管理しないと誰が管理するんだという公共用物についてのものであること、処分をしなかった場合には通行が妨害され、多大な迷惑を周辺住民が被ることからすると、裁量の範囲はさほど広くはない。

せいぜい、その地域を照覧し、道路状況等を把握している行政に任せるのが一番いい処分が下せるというぐらいのものでしょう。

→ というわけで、判断過程審査を通過できるかどうか問題となります（不作為の違法については消極的裁量権濫用論が採用されています）

→ 今回の問題点は、Y市長がAの意見だけを聞いて決めたこと。

監督処分をするかどうかの考慮要素として、その工作物でどれほど交通に支障が出ているか、工作物を置いたことにつきどれほどの帰責性があるか（処分をだして、無理矢理撤去させないといけないのかを考えようということ）が挙げられる。

子供たちのために、幅員の狭い道路に突っ込んでくる原付をとめようというのはよくわかるけど、だからって通行人が一切通れないフェンスを作ることまで許されるってするのはどうなんだ、と。これで監督処分を出さないのは、ちとおかしい。

本件市道をフェンスで区切ってしまうと、本件事道に接している土地を有し、住宅を構えている人たちは本件事道を使って別の道路に出ることはできなくなる。

この人たちのこと考えてないなあ、ともいえる。

### (3) 設問 2(1)について

#### ・ 処分性

→ 本件路線廃止決定は、通説裁判例によって処分であることが当然の前提とされているもの。路線廃止決定を争う訴訟では主に原告適格が争点となっている。

→ にもかかわらず処分性で出題したのは、法律の仕組み解釈をしてほしかったから。

→ 会議録によると、「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。また、それに加えて、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。」とのことである。あまりに詳しすぎる誘導は、類似判例がなく(そもそも処分性が問題にならないので、素直に定義にあてはめればよいことになる)とまどう受験生が出る可能性を踏まえたものではないか。

→ 出題者も原告適格で出題しない不自然さを和らげるため、以下のように付言している。

「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。」

#### (4) 設問 2(2)について

##### ・法10条1項の解釈

法10条1項は、「一般交通の要に供する必要がなくなつたと認める場合」に路線を廃止することが「できる」としている

→ まず、「一般交通の用に供する必要がなくなつたと認める場合」とはどういう場合か、解釈する必要がある。ここで、道路法の目的規定や、道路である場合にかかってくる試験制限などを踏まえ、どういう状態になれば当該土地を「道路」としない＝一般国民に自由に使用させないようにしようという事になるのかを説明する。

##### ・法10条1項該当性について

→ 路線廃止をすればもうそこは道路ではなくなる＝自由使用できなくなるという大きな効果をもつので、市長に裁量権はなさそう、あっても狭く、判断過程審査(厳しめ)になるだろう(どっちでもいいと思う)

##### ・行政調査が不十分？

行政調査の瑕疵が行政行為の瑕疵になるか、という問題。事実認定がゆがめられてしまっていることを指摘することになる。

##### ・内部基準の法的性質およびY市の回答の意味

この内部基準は裁量基準。路線廃止をしようとする道路の周辺の土地を所有している者は、その道路を生活のために使用している可能性がある。そのため、その道路を使えなくても本当に大丈夫なのか聞き取りをして、10条1項該当性を判断するのがよい。そのためにとりあえず「同意」をもらっておこう(路線廃止に「同意する」ということは「使っていないから、自由使用できなくなってもいいよ」ということを意味する)と内部で決めたものと考えられる。

そうすると、Y市の回答も、「同意がないと10条1項に該当しないというわけではない。資料はそろっているから大丈夫」という意味になろう

##### ・内部基準違反と違法事由

この内部基準はウェブサイトにて公表されている。そのため、路線廃止手続に係る者たちからすれば、「同意しなければ路線廃止はされないのではないか」と思われることになる(行政規則を公開することによる自己拘束)。そうすると、公表した裁量基準に従わずに処分することは特別な事情がない限り違法となる。

そして、本件ではそんな特別の事情が見当たらないため、本件路線廃止処分は違法である。

## 2 分析してみた結果