

司法試験

平成29年本試験徹底分析会

公法系

LEC 東京リーガルマインド



0 001221 174419

LU17441

平成29年本試験分析会

公法系・第1問

平成29年司法試験 公法系第1問 問題文

〔第1問〕（配点：100）

20**年、少子高齢化の影響で日本では労働力の不足が深刻化し、経済成長にとって大きな足かせとなっていた。日本では、それまで外国人のいわゆる非熟練労働者の受入れは認められていなかったが、政府は、労働力不足の深刻化を受け、労働力確保の必要性が特に高い農業と製造業を対象として、外国人非熟練労働者を受け入れる方針を決めた。受入れに際しては、十分な数の労働者を迅速かつ円滑に確保するとともに、適性のある労働者についてはある程度長期間にわたり雇用を継続できるようにすることが望まれた。他方、政府の上記方針決定に対し、野党からだけではなく与党からも、欧米諸国で移民を大規模に受け入れた結果として社会的・政治的な軋轢が生じた経験を参照した慎重論が強く主張された。そのため、特に労働力確保が必要な区域として受入れの対象区域を指定し、受け入れた外国人はその指定区域内でのみ就労できることとした上、いずれも必ず帰国し、日本への長期にわたる定住を認めないこと、さらに、受け入れた外国人に問題がある場合には迅速に出国させることが求められた。このように、外国人非熟練労働者の受入れについては、現行の出入国管理制度とは大幅に異なる枠組みが必要とされたことから、政府は、「農業及び製造業に従事する特定労務外国人の受入れに関する法律」（以下「特労法」又は「法」という。）を制定して外国人非熟練労働者のみに適用される本邦滞在制度（以下「新制度」という。）を創設し、新制度の下で受け入れる外国人については、出入国及び在留に関して、出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」という。）を適用しないこととした。

新制度の概要は以下のとおりである（特労法の関連条文は【参考資料】のとおり。）。

- ・ 本邦において、熟練した技能や専門的知識を要しない特定の農業及び製造業の業務（以下「特定労務」という。）への就労を希望する、一定の条件を満たした外国人は、申請により、特定労務に従事する者として認証を受けることができる。
- ・ 特定労務外国人は、入管法上の在留資格を得ることなく本邦に入国し、法務大臣が指定する地域（基本的に市区町村を単位とする。）内で特定労務に就労することができる。
- ・ 滞在期間は3年とし、更新可能とする。ただし、滞在が長期間にわたったとしても、永住や帰化は認めない。
- ・ 特定労務外国人については、新制度の趣旨・目的を達成するため、滞在中の妊娠・出産を禁止するなど、本邦に滞在するに当たっての特別な禁止行為を定める（法第15条）。
- ・ 新制度の運用のため、滞在の認証に係る審査や強制出国についての審査及び強制出国命令書の発付等を行う行政官として、特定労務外国人審査官（以下「審査官」という。）を置き、新制度により滞在する外国人の違反事件の調査や、強制出国の執行等を行う行政官として、特定労務外国人警備官（以下「警備官」という。）を置く。審査官は、外国人の出入国ないし在留管理等の業務に10年以上従事した経歴があり、一定の試験に合格した者から任用する。審査官となった者は、警備官の行う業務には携わらない。
- ・ 警備官は、上記の禁止行為を行ったことが疑われる者（以下「嫌疑者」という。）を覚知したときには調査を開始し、その結果、禁止行為を行ったと疑うに足る相当な理由があるときは、裁判官の発する令状や、行政官の事前審査に基づく収容令書など、身柄を拘束する者とは別の立場の者が強制処分のために発する書面を要しないで、嫌疑者を収容することができる。
- ・ 警備官は、嫌疑者を収容するときは、違反が疑われる事実を告知し、収容後速やかに弁解を聴取する。警備官は、収容のために身柄を拘束したときから48時間以内に、審査官に、調査及び証拠物を送付するとともに、当該嫌疑者の収容を報告しなければならない。
- ・ 審査官は、警備官から報告を受けた場合、速やかに当該嫌疑者による禁止行為の存否について審査を開始し、その存在を確認した場合には、同人を強制出国とする。

立法過程では、滞在中の妊娠・出産を認めないのは女性の自己決定権に対する制約として厳し過ぎるのではないかなど、禁止行為が厳格に過ぎるのではないかとの意見のほか、裁判官の令状等を得ることもなく、警備官限りの判断で、直ちに外国人の身柄を拘束することは手続的保障の観点から問題ではないかとの疑問が呈された。しかし、日本への長期にわたる定住を認めないという趣旨を徹底する必要性や、外国人被扶養者の増加が我が国の社会保障制度や保育、教育、医療サービス等に及ぼす影響への懸念から、この程度の制約はやむを得ないとの意見が大勢を占めるに至った。また、収容の要件が限定され、収容後に一定の手続保障が与えられていることのほか、労働力確保の要請から入管法に比して緩やかな要件で入国を認める以上、受け入れた外国人に問題がある場合には迅速に出国させることにより我が国の秩序を守り国民の安心を得る必要があること、更には外国人の入国・滞在の可否は国家の主権的判断に属するという原則等が強調され、結局、特労法が制定された。

A国籍の女性Bは新制度に基づいて来日し、機械部品を製造する工場で特定労務に従事していた。Bは、同じく新制度に基づいて入国し、同じ工場に勤務していたA国籍男性Cと親しくなり、しばらくして妊娠した。Bは懐妊後も引き続き工場で働いていたが、Bの体型の変化に気付いた雇用主がBの妊娠について通報した。これを受けて、警備官が早速調査を開始したところ、Bが産婦人科で受診した事実も確認された。このため、警備官は、Bが妊娠しているとの疑いを強め、法第18条第1項に基づきBを拘束して出国準備センターに収容した。警備官は、収容に際し、法第18条第2項に基づき、Bに対し、滞在中に妊娠し、法第15条第8号の禁止行為に該当するため収容する旨口頭で告げた。また、警備官が、法第18条第2項に基づき、収容後速やかにBから弁解を聴取したところ、Bは、「Cとの間の子を妊娠しているのは間違いない。ただ、滞在中に妊娠することを禁じられていると知っていたので、望んで妊娠したわけではない。この先日本に定住するつもりはなく、日本である程度お金を稼いだらA国に戻りたいとの気持ちは変わらないが、Cを愛しているので今は出産したい。」旨申し立てた。さらに、警備官から報告を受けた審査官は、審査を行った結果、Bの妊娠事実を認定し、強制出国命令書を発付した。

Bは、間もなくA国に送り返された。Bは、妊娠したことを理由にいきなり収容されて帰国させられたことが納得できず、日本政府を訴えたいと考え、引き続き日本にいるCに相談した。Bから相談を受けたCが弁護士甲に相談したところ、甲は、Bの委任を受けて、Bの収容及び強制出国の根拠となった特労法の規定が憲法違反であるとして、国家賠償請求訴訟を提起しようと考えた。

〔設問1〕

あなたが弁護士甲であるとして、上記の国家賠償請求訴訟においてどのような憲法上の主張を行うかを述べなさい。なお、憲法第14条違反については論じなくてもよい。

〔設問2〕

〔設問1〕で述べられた甲の主張に対する国の反論を想定しつつ、憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

【参考資料】農業及び製造業に従事する特定労務外国人の受入れに関する法律（抄）

（目的）

第1条 この法律は、我が国の農業及び製造業に必要な労働力の確保に支障が生じつつあることに鑑み、我が国において就労しようとする特定労務外国人の受入れに関して必要な措置を定めることにより、我が国の文化や秩序との調和を図りつつ、特定労務における労働力の円滑な供給を実現し、もって国民生活の安定及び社会経済の発展に資することを目的とする。

（定義）

第2条 この法律で、「特定労務」とは、農業又は製造業の業務のうち、その習得に相当の期間を要する熟練した技能や専門的知識を要しないものとして、法務大臣が指定したものをいう。

（認証の付与及び認証の効果）

第4条 法務大臣は、以下の各号を満たす外国人の申請により、当該外国人に本邦において特定労務に従事する者として認証を付与することができる。

- 一 申請時点で年齢が満20歳以上45歳未満であること
- 二 心身ともに健全であること
- 三 本邦において特定労務への就労を希望していること
- 四 本邦への帰化又は永住を希望しないこと
- 五 過去に第15条各号のいずれかに該当して本邦からの出国を強制されたことがないこと
- 六～八 （略）

2 前項の認証を受けた外国人（以下「特定労務外国人」という。）は、出入国管理及び難民認定法（昭和26年10月4日政令第319号。以下「入管法」という。）の規定にかかわらず、本邦に入国し、滞在することができる。

3 特定労務外国人は、法務大臣が告示により指定する特別区域内において、特定労務に従事することができる。

4 特定労務外国人の認証は、認証を受けた日から3年を経過した時又は本邦を出国した時のいずれか早い時に、その効力を失う。ただし、特定労務外国人は、申請により認証期間の更新を受けることができる。

5 特定労務外国人については、別段の定めがない限り、入管法の規定は適用しない。

（認証の申請に必要な書類）

第5条 外国人は、特定労務外国人の認証の申請に際し、次に掲げる書類を提出しなければならない。

一～四 （略）

五 第15条各号に掲げる事項を理解した上で同事由に該当する行為をしない旨を誓約する書面（禁止行為）

第15条 特定労務外国人は、次に掲げる行為をしてはならない。

一～五 （略）

六 正当な理由なく、特定労務を継続して1月以上行わないで滞在すること

七 本邦内において配偶者又は子（日本国民及び入管法上の在留資格を有する者を除く。）を扶養すること

八 本邦滞在中に妊娠し又は出産すること

（収容）

第18条 特定労務外国人警備官（以下「警備官」という。）は、特定労務外国人について第15条各号に該当する事実があると疑うに足る相当な理由がある場合には、当該特定労務外国人（以下「嫌疑者」という。）を収容することができる。

- 2 前項の規定によって収容するときは、警備官は、嫌疑者に対し、収容の理由を口頭で告知し、収容後速やかにその弁解を聴取しなければならない。
- 3 第1項の規定によって収容する場所は、出国準備センターとする。
- 4 警備官は、第1項の規定により嫌疑者を収容したときは、嫌疑者の身体を拘束した時から48時間以内に、特定労務外国人審査官（以下「審査官」という。）に、調書及び証拠物を送付し、当該嫌疑者の収容を報告しなければならない。
- 5 第1項の規定による収容は、14日を超えてはならない。
（収容後の審査官による審査）

第19条 審査官は、前条第4項の規定により嫌疑者の収容に関する報告を受けたときは、速やかに審査を開始し、第15条各号に該当する事実の有無を確認しなければならない。

- 2 審査官が、審査の結果、嫌疑者に第15条各号に該当する事実がない又は当該事実の存否が明らかでないとして認定したときは、警備官は、直ちにその者を放免しなければならない。
- 3 審査官は、審査の結果、嫌疑者に第15条各号に該当する事実が存在すると認定したときは、速やかに強制出国命令書を発付しなければならない。
- 4 前条第5項の規定にかかわらず、前項の強制出国命令書が発付されたときは、出国の時まで前条第1項に基づく収容を継続することができる。
（強制出国命令書の執行）

第23条 強制出国命令書は、警備官が執行する。

- 2 警備官は、強制出国命令書を執行するときは、強制出国命令を受ける者に強制出国命令書又はその写しを示して、速やかにその者の国籍又は市民権の属する国に出国させなければならない。

平成29年司法試験 公法系第1問 解答例 その1

第1 設問1

1 13条違反

特労法15条8号、18条1項、19条3項が、本邦滞在中に妊娠し又は出産した特定労務外国人を収用し、強制出国させることとしているのは、憲法13条に反する。以下詳述する。

まず、妊娠・出産する自由は憲法13条によって保障されている。

憲法制定時に想定されていなかった権利でも、社会の変化に伴い、憲法上保障する必要があるし、13条の幸福追求権は、包括的権利としての性質を有しているため、13条に基づいて新しい人権を認めることができるからである。

しかし、新しい人権を無制限に認めていくと、人権のインフレ化が起こり、既存の人権の価値が低下する。また、裁判所の主観的な価値判断により権利が創設されてしまい、三権分立に抵触するおそれもある。

そこで、人格的生存に不可欠な権利に限って認めるべきである。

そもそも子どもを妊娠し出産するか否か、あるいは誰の子どもを妊娠し出産するかは、人間の子孫を残す行為そのものであるとともに、その人がどのような生を送るか否かの問題に密接にかかわるものである。従って、妊娠し又は出産する権利は、人格的生存に不可欠な権利といえ、13条によって保障される。

しかし、人権も公共の福祉によって制約を受ける。ではどこまでの制約が許されるのか、違憲審査基準が問題となる。この点、違憲審査基準は、制約される人権の重要性と、制約の態様を考慮して決するべ

きである。

ここで、前述したとおり、妊娠・出産する自由は人格的生存に不可欠な権利であり極めて重要である。そして、特労法の規定は、日本に滞在し続けたい特定労務外国人にとっては、妊娠・出産をすれば出国という著しい不利益を科すものであって、妊娠・出産を事実上困難にするものであり、極めて厳しい制約態様である。

よって、立法目的が必要不可欠であり、手段が必要最小限度のときに限り合憲と解する。

特労法の立法目的は、労働力確保の要請から入管法に比して緩やかな要件で入国を認める以上、受け入れた外国人に問題がある場合には迅速に出国させることにより我が国の秩序を守り国民の安心を得る必要があること、日本への長期にわたる定住を認めないこと及び外国人被扶養者の増加が我が国の社会保障制度や保育、教育、医療サービス等に及ぼす悪影響を防ぐためであり、外国人の在留を認めるか否かについては国家の主権にかかわる問題であることを考慮すると、必要不可欠といえなくはない。

しかし、特定労務外国人が妊娠出産したからといって、我が国の秩序に影響は与えないし、また、血統主義を原則とする日本の国籍法からは、特定労務外国人が妊娠出産しても、日本へ長期にわたる在住をすることと何らつながりがない。加えて、特定労務外国人は労働する者であり、社会保障もそれ相応の負担をしていることを考慮すると、我が国の社会保障制度に悪影響を与えとは考えられない。従って、手段と目的の間に実質的関連性すらなく、手段が必要最小限度とは到

底いえない。

よって、特労法15条8号、18条1項、19条3項は憲法13条に反し、違憲無効である。

2 34条違反

法18条が、特定労務外国人警備官が、第三者機関の令状なしに、嫌疑者の収用を認めていることは、憲法34条に反する。

憲法34条は、令状がなければ、現行犯逮捕の場合を除いては、逮捕されない旨を定めている。この条文は、直接的には刑事手続について定めたものであるが、福祉国家理念のもと、現代社会においては行政権の行使による国民の権利・自由への侵害の危険性が大きくなってきている。とすれば、憲法34条は行政手続にも準用されると解する。

但し、行政手続にも多種多様なものがあり、その中には緊急性の要求されるものもある。従って、行政手続において、令状が要求されるか否かは、行政処分を受ける場合に制限される権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分によって達成される公益の内容、程度等を総合較量して決すべきである。

ここで法18条による嫌疑者の収用は、嫌疑者の人身の自由を奪うものであり、逮捕手続に極めて類似する。また、収用によって、嫌疑者の証拠隠滅を防ぎ、審判の準備をし、さらには、違反者の出国を容易にすることが考えられる。とすれば、達成される公益の内容、程度等を考慮しても、逮捕手続に類似するのである。

従って、逮捕手続と類似する以上、身柄を拘束するものと別の立場

の者が発する令状が必要だと解する。但し、収用は行政処分である以上、必ずしも裁判官の発する令状でなくてもよく、行政官が発する令状でもよい。

しかし、第三者が発布する令状が求められない以上、法18条は憲法34条に反する。

第2 設問2

1 国の反論

- (1) Xは、禁止行為を理解した上で、特定労務外国人の認証の申請をした(法5条)のであり、妊娠・出産の権利や、令状なしに収用されることにつき同意していた。
- (2) 特労法15条8号、18条1項、19条3項が制約しているのは、妊娠・出産する権利ではなく、あくまで特定労務外国人が日本に滞在する権利である。そして、憲法22条1項は、外国人が我が国に入国する権利については何ら規定していない。また、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではないので、外国人に、憲法上、入国の自由はもとより在留の権利は認められない。
- (3) 憲法34条は行政手続である収用手続には適用されない。
- (4) 仮に憲法34条が収用手続に適用ないし準用されるとしても、警備官は一定の資格を有しており、また代替的手続保障があるので、違憲ではない。
- (5) 仮に、法に違憲の瑕疵があったとしても、国会議員には広汎な立法裁量があるので、国家賠償法上違法とはならない。

2 私見

(1) まず、同意によって人権の保障が放棄されている可能性は、一般論としてある。しかし、本件ではXは、特定労務外国人になりたいが故に、誓約したのであって、妊娠出産する権利や、令状なしに収用されることまで個別に同意したとは認められない。

(2) 確かに、特労法15条8号、18条1項、19条3項が制約しているのは、直接的には日本に滞在する自由である。しかし、妊娠・出産すると収用され結果的に日本にいられなくなることは、實際上妊娠・出産を困難にするものといえる。ただし、妊娠・出産の権利に対する直接の制約ではない以上、審査基準は若干緩やかになると解する。

従って、より制限的でない他に選びうる手段がないときに限って合憲となる、LRAの基準を用いるべきである。

ここで、原告の主張するとおり、特定労務外国人が妊娠出産したからといって、我が国の秩序に影響は与えない。また、血統主義を原則とする日本の国籍法からは、特定労務外国人が妊娠出産しても、日本へ長期にわたる在住をすることと何らつながりがない。仮に日本人と特定労務外国人の間に子どもができたときは、確かに特定労務外国人の長期定住につながるかもしれないが、それは特定労務外国人特有の問題ではなく、一般の不法滞在者にすらあてはまる問題なので、手段と目的の間に関連性がない。

さらに、我が国の社会保障制度に与える影響であるが、これは納めた税金の額に応じて処遇を変えることも考えられるのであ

り、一律に特定労務外国人の妊娠・出産に不利益を科している点で、より制限的でない他に選びうる手段があるといえる。

従って、違憲となる。

(3) 仮に行政手続に一切適用されないとすると、実質は逮捕であるのに行政手続とするだけで、憲法上の令状主義の規制を潜脱できることになり不当である。原告の主張するとおり、一定の場合は、行政手続にも適用があるとすべきである。

(4) 確かに警備官は一定の資格を有するものの中から選ばれ、被収容者に告知・聴聞の機会は与えられている（法18条2項）。しかし、憲法34条の趣旨は、身体拘束に関与していない第三者が身体拘束の必要性を審査することで、無用な身体拘束を防ごうとする点にある。いかに身体拘束をする者の能力が高く、告知・聴聞の機会を与えてようとも、憲法34条の趣旨を満たしたことはならない。

従って、原告の主張するとおり、法は憲法34条に反する。

(5) 国会の立法裁量も濫用は許されないのであって、無制限ではない。

従って、立法不作為は違憲となりうる。

しかし、国会の立法行為（立法不作為を含む）は高度な政治判断であって、立法裁量もかなりの広範囲にわたる。従って、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法上違法にはならない。

この点、確かに、憲法13条違反があるか否かは、憲法の文言に一義的に反するとはいえない。しかし、令状発布を不要にした点は、憲法24条の文言に反するし、立法過程で問題点が表れていた以上、国会も認識可能であった。

従って、国家賠償法上も違法といえる。

以 上

平成29年司法試験 公法系第1問 解答例 その2

設問1

1 主張の骨子

日本国政府が、特定労務外国人に憲法上保障される権利を侵害する内容を含む法15条第8号及び法18条1項を制定したこと及びこれに基づき出国処分をしたことは、国家賠償法上の違法（国家賠償法1条1項）に該当する。

2 法令違憲の主張

(1) 法15条第8号が憲法13条に違反すること

特定労務外国人に対し、本邦滞在中の妊娠出産を禁止する法15条第8号は、特定労務外国人の自己決定権（憲法【以下省略】13条後段）を不当に侵害するものであって、違憲である。

ア 妊娠又は出産の決定が憲法上の保護を受けることについて

13条後段は、「自由及び幸福追求に対する」権利は、「公共の福祉に反しない限り」立法等の場面で最大の尊重をすることを定める。個人の人格的生存に関わる重要な私的事項を、公権力の介入・干渉なしに各自が自立的に決定できる自由としての自己決定権は、13条後段によって保障される。そして、妊娠又は出産にまつわる決定は、公権力の介入を受けずに各人が決定すべき私的事項なので、自己決定に含まれるものであり、13条の保障のもとにある。それにも関わらず、法15条第8号は、特定労務外国人に対し、妊娠又は出産することを禁止するものであるから、自己決定権に対する制約にあたる。

イ 権利の性質について

自己決定権は、個人の幸福追求にあたって必要不可欠な権利である。そのなかでも特に、妊娠又は出産にまつわる自己決定とは、24条2項が、「家族に関するその他の事項に関しては」個人の尊厳に立脚して立法されなければならないと定め、憲法上の保障を及ぼしていることからわかるとおり、個人の人格的自立に不可欠な事項である。そのため、妊娠出産に関する自己決定権は、重要な権利であるといえる。

ウ 制約の態様について

法15条第8号は、特定労務外国人に対し、本邦に滞在する限り、妊娠又は出産しないことの決定を強いるものであるのみならず、これに反した場合、自国への強制出国という重大な不利益処分を課すものであるから、制約の態様は極めて強力だといえる。

エ 違憲審査基準について

重要な権利に対する強力な制約である以上、「公共の福祉」のため制約の合憲性を肯定しうるのは、立法目的が必要不可欠であって、かつ、当該制約が目的達成のための手段として必要最小限の場合に限定される。

特定労務外国人の妊娠又は出産を禁止する目的は外国人被扶養者の増加が日本の社会保障制度や保育、教育、医療サービス等に悪影響を及ぼすというものであり、重要とはいえない。また、特定労務外国人の被扶養者による上記制度の利用範囲を限定するなどの方法をもってしても、上記目的は達成可能であり、妊娠又は出産の禁止は、手段として必要不可欠とはいえない。

オ 小括

以上より、法15条第8号は、自己決定権を不当に侵害し、違憲である。

(2) 法第18条1項が31条に違反すること

特定労務外国人は、法15条各号に該当すると疑うに足りる相当な理由がある場合、警備官が、令状によらず当該特定労務外国人の身柄を拘束できるとする法18条1項は、適正手続(31条、33条)に反するものであり、違憲である。

ア 行政手続にも適正手続の保障が及ぶことについて

31条は、「法律の定める手続によらなければ」身体を自由を奪われないこと定める。当該規定は、刑事手続についての規定であるが、行政手続においても、行政処分によって制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度と、行政処分によって達成しようとする公益の内容、程度、緊急性を総合考慮して、必要な限度で当該規定の保障が及ぶ。本件において制約を受ける権利利益とは、特定労務外国人の身体的自由という重要な権利利益であり、その程度も最長14日(法18条第5項)と勾留にも並ぶ強力なものである。他方、収容によって達成しようとする公益は、特定労務外国人の被扶養者が増加することで、日本国における保育、教育、社会保障制度へ影響が及ぶことを避けるという、長期的視点に立ったものであり、緊急の必要性が認められるものではない。そのため、法に基づく収容所分にあたって、適正手続の保障が及ぶ。

イ 行政手続にも令状主義が及ぶことについて

適正手続の保障が及ぶ以上、法律で定める手続が適正でなければならない。33条が現行犯逮捕を除く身柄拘束にあたっては、令状を要すると定めていることからわかるとおり、身体拘束は、厳格な手続のもと行われる必要があり、当該趣旨は、刑事手続における身柄拘束と同様の効果を生じる行政手続における身柄拘束にあたっても妥当する。そのため、行政手続における身柄拘束についても、令状主義に則った手続規定が設けられなければならない。それにも関わらず、法18条第1項は、身体拘束を、令状によらず可能としているのであって、令状主義の要請に反する。

ウ 小括

以上より、法18条第1項は、適正手続及び令状主義の保障に反し、違憲である。

設問2

第1 国の反論

1 自己決定権の制約の主張について

特定労務外国人は、日本国籍を有するものではなく、日本国憲法によって自己決定権を保障されるものではない。仮に自己決定権の保障が及ぶとしても、外国人の在留資格の要件の制定については、国家に広汎な裁量が認められているのであるから、特定労務外国人について妊娠又は出産をもって在留資格を剥奪することも、公共の福祉によって正当化される。そして、特定労務外国人は、法15条各号に掲げる行為の禁止について理解し、禁止事項を遵守する旨の誓約書を提出して入国している(法5条第5号)のであって、妊娠又は出産に関する

自己決定権は放棄されている。更に、特定労務外国人の妊娠又は出産の禁止が自己決定権の制約にあたるとしても、当該禁止はあくまでも本邦滞在中に限定されるものであって、違反した場合にも本国に帰国するに過ぎないため、制約の様子は重大とはいえず、緩やかな違憲審査基準が用いられるべきである。

2 適正手続及び令状主義違反の主張について

外国人の在留制度の設計は、国家の主権的権利に属するものであり、在留資格を満たさない外国人に対し、強制出国の制度を設け、これに先立ち身柄拘束を行う場合にまで、適正手続及び令状主義の保障が及ぶものではない。

第2 私見

1 自己決定権に対する制約について

(1) 特定労務外国人にも自己決定権の保障が及ぶこと

自己決定権は、各人の人格的自立に対して国家による不当な介入が生じることを防ぐことを憲法上保障したものであり、この要請は日本国籍の有無によって異なるものではない。よって、特定労務外国人の自己決定権も、13条後段によって保障される。当該権利は、当該権利を侵害する立法行為そのものを禁止するものであって、法の適用対象者個々人の同意によって包括的に放棄される性質のものではない。

(2) 法15条第8号が公共の福祉によって正当化されないこと

ア 特定労務外国人にも自己決定権の保障が及ぶことについては、上述のとおりである。そして、妊娠又は出産に関する事項が、自己決

定に含まれること及び妊娠出産に関する自己決定が個人の人格的自立に不可欠な重要な権利であることは原告の主張のとおりである。

イ 法15条第8号は、特定労務外国人が日本に滞在中に妊娠または出産することを禁止し、これに違反したと疑うに足りる相当な理由がある場合には、令状なく来出国準備センターに身柄を収容される(法18条1項、3項)。そして、収容状態で行われる警備官及び審査官による審査の結果、同号違反の事実が存在すると認定されたときには、強制出国命令書が発付され(法18条3項)、当該特定労務外国人の国籍又は市民権の属する国に出国させられることとなる(法23条2項)。妊娠又は出産とは、年齢等の生物学上の制限があるため、これを禁止することは本邦滞在中のみであっても、特定労務外国人の家族構成に対する決定等に大きな影響を及ぼすものである。そして、当該妊娠又は出産の禁止は、違反した場合逮捕勾留にも並ぶ長期間の身柄拘束と、強制出国という罰則によって担保されているのであって、その強制力は強固である。更に、特定労務外国人は、日本において就労し、賃金を得ることを目的とする者であるところ、強制出国によって当該目的を達することが全く不可能となるため、特定労務外国人に大きな不利益を生じるものである。よって、法15条第8号は、特定労務外国人の自己決定権に非常に重大な制約を課すものだと見える。

ウ 以上のとおり、法15条第8号は、重要な権利にする重大な制約を課すものである以上、立法目的が不可欠であって、かつ当該目的達成のための手段として必要最小限の場合でなければ公共の

福祉によって正当化されるものではない。なお、在留資格に関する制度設計にあたっては、国家に主権的判断が認められるものにはあるが、前国家的権利である妊娠又は出産にまつわる自己決定の内容のみによって在留資格の不存在を決定づけることまで認めるものではない。

法15条第8号の立法目的は、本邦の農業や製造業における労働力の確保と、外国人被扶養者の保育や教育、社会保障制度への流入防止の調和を図るところにある。少子高齢化が進むなかで、担い手が減少している分野への外国人労働者の受け入れ自体は、促進する必要がある一方、これら外国人労働者の被扶養者が増加することで、日本国籍を有する子どもの保育や教育の機会や質が後退し、社会保障加入者の負担が増加することが予想される。労働力の確保とこれら社会資源の分配を適正にすることは国の役割であり、社会資源の分配に悪影響が生じることを防ぐことは必要不可欠な目的である。

しかし、上記立法目的を達成するためには、特定労務外国人の被扶養者の保育や教育、社会保障への加入を制限すれば足り、妊娠又は出産自体を禁止することまでは必要ない。そのため、法15条第8号は、上記立法目的を達成するために必要最小限とはいえない。

(3) 結論

よって、法15条第8号は、特定労務外国人の自己決定権を不当に侵害するものであって、違憲である。

2 適正手続及び令状主義違反の主張について

(1) 適正手続及び令状主義の保障が特定労務外国人にも及ぶこと

31条は、人身の自由が、国家による侵害を受けやすいという歴史の経緯を踏まえ、人身の自由に対する公権力の行使の場面にあつては、手続を拘束することでその保障を担保しようとするものである。人身の自由とは前国家的なものであるから、日本国政府に対する手続保障の要請は、公権力行使の対象者が国民であると外国人とを問わず及ぶものである。なお、身柄収容の場面における適正手続の保障は、在留資格の要件の設計とは無関係のものである。

そのため、原告の主張のとおり、法に基づく行政手続上の収容処分にあつても、適正手続の保障が及ぶため、収容手続自体が憲法上の要請に従った適正なものではならず、33条令状主義の保障も及ぶこととなる。

(2) 法18条第1項が適正手続及び令状主義に違反すること

上述のとおり、特定労務外国人の強制出国処分に先立つ身柄拘束にあつても、憲法上の要請である令状主義に従った手続を整備し、これに則つて処分を行わなければならないところ、法18条第1項は、現行犯逮捕と同程度に法15条各号違反が明らかな場合に限定することなく、警備官が令状によらずに出国準備センターに収容することを認めるものであり、令状主義の要請を満たさない。

(3) 結論

よって、法18条第1項は適正手続及び令状主義に違反するものであり、違憲である。

以上

－ MEMO －

平成29年本試験分析会

公法系・第2問

平成29年司法試験 公法系第2問 問題文

〔第2問〕（配点：100〔〔設問1〕(1),〔設問1〕(2),〔設問2〕(1),〔設問2〕(2)の配点割合は、35：20：20：25〕）

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）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。）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、普通乗用自動車の通行はできない。

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、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道（B通り）に接している。

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で接触して負傷する事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を開始した。

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。

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、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。

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」という。）を所有するX1だけは強く反対し、同意を得ることができなかった。

X1及びその子X2（以下、併せて「Xら」という。）は、本件土地上の住宅に居住し、X2は、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

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メートル短い。また、普通乗用自動車が行き交わず交通量が少ない点で、B通りよりも本件市道の方がX2にとって安全であるとX1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であった。

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者から同意を得る必要がある旨の記載がある。しかし、X1がY市に問い合わせたところ、隣接す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、X1の同意が得られなくても本件市道の路線の廃止は認められる旨の回答があった。

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。

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の立場に立って、設問に答えなさい。

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】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔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。

〔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。

【法律事務所の会議録】

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、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。

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）があるようです。

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。また、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。

弁護士E：分かりました。

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、道路法に基づく監督処分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。

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かなければならないと思います。

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起できるかに絞って検討しましょう。

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。

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。

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市の法的地位に与える影響を検討する必要がありますのでしょうか。

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。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。

弁護士E：分かりました。

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な主張をすべきか検討してください。

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、路線の廃止は許されないのではないかと思います。

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についても、検討する必要があります。

弁護士E：分かりました。

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。

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。しかし、X1としては、Y市長が十分な調査をしていないのではないかと不満を持っています。

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。

弁護士E：分かりました。

【資料1 関係法令】

○ 道路法（昭和27年6月10日法律第180号）（抜粋）

（この法律の目的）

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、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ことを目的とする。

（用語の定義）

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、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。

2～5 （略）

（道路の種類）

第3条 道路の種類は、左に掲げるものとする。

- 一 高速自動車国道
- 二 一般国道
- 三 都道府県道
- 四 市町村道

（私権の制限）

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、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。

（市町村道の意義及びその路線の認定）

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したものをいう。

2～5 （略）

（路線の認定の公示）

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、公示しなければならない。

（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 （略）

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）準用する。

（市町村道の管理）

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。

2～5 （略）

（道路の区域の決定及び供用の開始等）

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」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。

（以下略）

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

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般の縦覧に供しなければならない。（以下略）

（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

二、三 （略）

2～7 （略）

（道路予定区域）

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、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。

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条、（中略）第71条（中略）の規定を準用する。

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、その者に対して通常受けるべき損失を補償しなければならない。

4 （略）

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。

一、二 （略）

三 第43条（中略）の規定に違反した者

四 （略）

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。

一～三 （略）

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

五 （略）

【資料2 参考判例】

○ 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）

「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。」

－ MEMO －

平成29年司法試験 公法系第2問 解答例

第1 設問1 (1)

Y市に対し、道路法（以下「法」とする）71条1項に基づく本件フェンスの除却命令の義務付け訴訟（行訴3条6項1号）を提起する。

まず、義務付けの対象は、本件フェンスの除却命令と特定されており、「一定の処分」といえる（行訴3条6項1号）。

次に、Xらは、本件市道をX2のC小学校までの通学路として利用しておりまた、災害時の緊急避難路として利用したいと考えている。しかし、本件フェンスによって、Xらのこのような利用は阻害されている。そして、本件市道は、X2にとって他の道路を通行するよりも400mほど近道になるだけでなく、普通自動車が通行できない点で、X2にとって安全性が高い道となっている。また、災害時の緊急避難路としては、一番近い本件市道を通行することが、生命や身体の保護に役立つ。そして、生命や身体は、一度奪われると回復が困難なものである（行訴37条の2第2項）。従って、本件除却命令がなされないことにより、Xらの生命や身体への危険という「重大な損害が生ずるおそれ」がある。

では、損害を避けるために他に適当な方法がない（同条第1項）といえるか。

確かに、参考判例によれば、Xらが、Aに損害賠償請求訴訟や妨害排除請求をすることは認められている。しかし、損害賠償請求を求めても除却にはつながらない。また、本件市道は、Y市の所有物であり、Xらが有するのはあくまでも通行の利益であるので、妨害排除請求をすれば本件フェンスの除却が認められるとは必ずしも言えない。従って、本件

フェンスの除却命令の義務付け訴訟は、Xらが本件市道を通行できるようにするために、最も直截的な方法と言えるので、「損害を避けるために他に適当な方法がない」といえる。

では、Xらは「法律上の利益」を有する（同条3項）といえるか、「法律上の利益」の意義と関連して問題となる。

この点、解釈の明確性から、実定法の規定を判断基準とすべきである。すなわち、「法律上の利益」とは「法律上保護された利益」であり、行政法規が個々人の個別的利益を保護している場合、その法律上保護された利益を有すれば原告適格が認められると解すべきである。

ここで、道路法は交通の発達の寄与を通じて公共の福祉の増進を目的としている（法1条）。そして、市町村道の認定を受けると（法8条）、私権が一定程度制限される（法4条）。これは、私権が行使されると、通行に障害が出るためである。

また、路線の認定は公示され（法9条）、路線の廃止は「一般交通の用に供する必要がなくなった場合（法10条）とされている。加えて、路線の指定も縦覧に供される（法18条1項）ことから考えると、路線の認定や廃止、指定が市町村道を通行する者に与える利害に鑑みて、法は通行者に情報を公開していると言える。

さらに、交通に支障を生じる行為を法は禁止し（43条2号）、その違反に対しては監督処分が予定され（71条1号）、監督処分に従わない者に対しては刑罰まで用意されている（104条4号）ことを鑑みると、法は、市町村道を通行する通行者の利益を具体的に保護しているといえる。

従って、除却命令の義務付けにあたっては、実際に本件市道を通行していたXらには、原告適格が認められる。

よって、訴訟要件を満たす。

第2 設問1 (2)

まず、本件フェンスの設置は、法43条2号に反するか。市長は、(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ている。

しかし、交通の発達の寄与を通じて公共の福祉の増進を目的としている道路法の趣旨から考えると、法43条2号に規定する「道路」とは、一般交通の用に供する道であって次条各号に掲げるもの(法2条)という要件に該当するか否かで判断すべきであり、そこに市長の裁量の余地はない。要件裁量の余地を認めるような文言は見当たらないし、道路利用の平等性を考えると裁量を認めるべきではないからである。

従って、(イ)の事情は関係がないし、10条に「廃止」の手続がある以上、「廃止」されない限りは、「道路」であり続けると考えられる。従って(ア)(ウ)は理由がない。さらに、道路利用は原状のみで判断すべきであるし、実際に保育園の関係者以外の利用者としてXらも存在するので、その意味でも(ア)(ウ)は理由がない。

加えて、本件フェンスによって、実際に本件市道は通行が困難となっ

ているので、本件フェンスの設置は法43条2号に反する。

では、本件フェンスの除却命令を出さないことが、法に反する、あるいは裁量権の逸脱濫用となるか(行訴37条の2第5項)。この点、法71条1号の文言及びどのような命令を出すかは行政の専門的判断が必要な点を考慮すると、行政が監督権限を行使するか否かに裁量が付与されているといえる。しかし、裁量権も逸脱濫用があると違法となる。

とすれば、行政の規制権限の不行使が、逸脱濫用と評価されれば、義務付けが認められる。そして、逸脱濫用となるか否かは、①危険の切迫、②予見可能性、③結果回避可能性、④補充性、⑤権限行使に対する国民の期待可能性を考慮すべきである。

ここで、実際にXらは本件フェンスにより市道を通行できなくなっており、①危険は現実なものとなっている。また、Y市は本件フェンスの存在を②認識している。さらに、本件フェンスの除却命令を出すことで、市道の通行はほぼ可能になり、③結果を回避できるし、④除却命令以外に、本件市道の通行を可能にするような手段は見当たらない。さらに、Xらは実際除却命令が出されることを望んでいる。

従って、Y市が本件フェンスの除却命令を出さないことは、権限の逸脱濫用となる。

第3 設問2 (1)

処分とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し、またはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。そして、処分性が抗告訴訟という救済手段を認めるか否かの要件である以上、救済を認める必要性

も考慮すべきである。

ここで、路線の廃止（法10条1項）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。

そして、路線の廃止によって、所有者にとっては道路上の私権の制限もまた解除されることになり（法4条）、所有者が私権を行使することで、道路の通行ができなくなる。また、所有者は道路に土石、竹木等の堆積物を置くことも可能になり（法43条2号）、この点でも道路の通行が困難になる。また、所有者は監督処分を受けなくなる（法71条）。このように、本件廃止により、道路の所有者及び利用者の法的地位に直接影響が与えられる。

また、道路の利用者にとって、廃止されようとする道路を通行するためには、妨害排除請求等の民事訴訟より、廃止自体を争った方が抜本的解決につながる。道路利用者の救済の観点からも、本件廃止行為の処分性を認めるべきである。

従って、本件廃止行為は、処分といえる。

第4 設問2（2）

路線を廃止するか否かについては、市長に裁量が認められる（法10条1項）。なぜなら、条文の文言が「できる」となっているし、路線を廃止するか否かは地域の実情や交通事情に合わせた専門的技術的判断が必要だからである。

しかし、裁量行為といえども、逸脱濫用がある場合は違法となる（行

訴30条参照）。

そして、①重大な事実誤認、②目的違反・動機違反、③平等原則違反、④比例原則違反、⑤考慮不届があれば、逸脱濫用があるといえる。

ここで、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は乏しいと思われることを路線廃止の根拠にあげている。しかし、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おり、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り、さらにはXらも利用しているのであるから、本件保育園の関係者以外の市道利用はそれなりにあったことが推認される。従って、①重大な事実誤認がある。

加えて、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て、このような結論を出している。さらなる調査を行えば異なった事実が発覚する可能性も考慮すると、市長の裁量判断には、⑤考慮不届の違法がある。

さらに、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る。当該基準は、裁量判断の基準を行政内部で定めたもので、法規ではない以上、直接行政庁や国民を拘束するものではない。しかし、この基準自体は合理的と解されるところ、合理的な基準を、別異に扱う理由もないのに、用いないことは③平等原則に反すると言える。本件では、全ての土地の所有者の同意を必要としない特段の事情はないのであるから、市長の裁量判断は平等原則に反する。

以上

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17441