

論文式試験問題集
[行政法]

[行政法]

A県は、漁港漁場整備法（以下「法」という。）に基づき、漁港管理者としてB漁港を管理している。B漁港の一部には公共空地（以下「本件公共空地」という。）があり、Cは、A県の執行機関であるA県知事から、本件公共空地の一部（以下「本件敷地」という。）につき、1981年8月1日から2014年7月31日までの期間、3年ごとに法第39条第1項による占有許可（以下「占有許可」とは、同法による占有許可をいう。）を受けてきた。そして、1982年に本件敷地に建物を建築し、現在に至るまでその建物で飲食店を営んでいる。同飲食店は、本件公共空地の近くにあった魚市場の関係者によって利用されていたが、同魚市場は徐々に縮小され、2012年には廃止されて、関係施設も含め完全に撤去されるに至った。現在Cは、観光客などの一般利用者をターゲットとして飲食店の営業を継続し、2013年には、客層の変化に対応するために店内の内装工事を行っている。他方、A県知事は、魚市場の廃止に伴って、観光客を誘引するために、B漁港その他の県内漁港からの水産物の直売所を本件敷地を含む土地に建設する事業（以下「本件事業」という。）の構想を、2014年の初めに取りまとめた。なお、本件事業は、法第1条にいう漁港漁場整備事業にも、法第39条第2項にいう特定漁港漁場整備事業にも、該当するものではない。

Cは、これまで受けてきた占有許可に引き続き、2014年8月1日からも占有許可を受けるために、本件敷地の占有許可の申請をした。しかし、A県知事は、Cに対する占有許可が本件事業の妨げになることに鑑みて、2014年7月10日付けで占有不許可処分（以下「本件不許可処分」という。）をした。Cは、「Cは長期間継続して占有許可を受けてきたので、本件不許可処分は占有許可を撤回する処分と理解すべきである。」という法律論を主張している。A県側は、「法第39条第1項による占有許可をするか否かについて、同条第2項に従って判断すべき場合は、法第1条の定める法の目的を促進する占有に限定されると解釈すべきである。Cによる本件敷地の占有は、法第1条の定める法の目的を促進するものではないので、Cに対し本件敷地の占有許可をするかどうかについては、その実質に照らし、地方自治法第238条の4第7項が行政財産の使用許可について定める基準に従って判断すべきである。」という法律論を主張している。なお、B漁港は、A県の行政財産である。

A県の職員から、Cがなぜ上記のような法律論を主張しているのか、及び、A県側の法律論は認められるかについて、質問を受けた弁護士Dの立場に立って、以下の設問に解答しなさい。なお、法の抜粋を資料として掲げるので、適宜参照しなさい。

[設問1]

本件不許可処分を、占有許可申請を拒否する処分と理解する法律論と、占有許可の撤回処分と理解する法律論とを比べると、後者の法律論は、Cにとってどのような利点があるために、Cが主張していると考えられるか。行政手続法及び行政事件訴訟法の規定も考慮して答えなさい。

[設問2]

- (1) Cによる本件敷地の占有を許可するか否かについて、法第39条第2項に従って判断する法律論と、A県側が主張するように、地方自治法第238条の4第7項の定める基準に従って判断する法律論とを比べると、後者の法律論は、A県側にとってどのような利点があるか。両方の規定の文言及び趣旨を比較して答えなさい。
- (2) 本件において、A県側の上記の法律論は認められるか、検討しなさい。

【資料】漁港漁場整備法（昭和25年法律第137号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、水産業の健全な発展及びこれによる水産物の供給の安定を図るため、環境との調和に配慮しつつ、漁港漁場整備事業を総合的かつ計画的に推進し、及び漁港の維持管理を適正にし、もつて国民生活の安定及び国民経済の発展に寄与し、あわせて豊かで住みよい漁村の振興に資することを目的とする。

（漁港の保全）

第39条 漁港の区域内の水域又は公共空地において、（中略）土地の一部の占用（中略）をしようとする者は、漁港管理者の許可を受けなければならない。（以下略）

2 漁港管理者は、前項の許可の申請に係る行為が特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し、その他漁港の保全に著しく支障を与えるものでない限り、同項の許可をしなければならない。

3～8 （略）

明治大学法曹会 過去問ゼミ 平成 26 年予備試験行政法参考答案

第 1 設問 1

1 行政手続法上の利点

- (1) 占用許可申請を拒否する処分と理解する法律論(以下「法律論①」という)の場合、行政手続法(以下「行手法」という。)上、申請に対する処分(行手法第 2 章)に該当する。この場合、行政庁は審査基準を設け(行手法 5 条 1 項)、それを公にしなければならない(行手法 5 条 3 項)。また、行政庁は処分にあたって処分の理由を提示しなければならない(行手法 8 条 1 項本文)。
- (2) 占用許可の撤回処分と理解する法律論(以下「法律論②」という)の場合、行手法上、不利益処分に該当する。この場合、行政庁が処分基準を定めること及びそれを公にしておくことは努力義務となる(行手法 12 条 1 項)。他方、行政庁は処分にあたって理由を提示しなければならない(行手法 14 条 1 項)。また、本件拒否処分は許認可を取り消す不利益処分にあたるため、聴聞手続きを執らなければならない(行手法 13 条 1 項 1 号イ)。
- (3) 以上より、法律論②の方が聴聞手続きが義務付けられており、C に自らの意見を主張する機会が与えられていることからして、C の手続保障に厚く、利点がある。

2 行政事件訴訟法上の利点

- (1) 法律論①の場合、拒否処分を取り消しても C は占用を継続できないため、占用許可の義務付け訴訟(行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)3 条 6 項 2 号、37 条の 3 第 1 項 2 号)及び占用不許可処分の取消訴訟(行訴法 3 条 2 項)を併合提起しなければならない(行訴法 37 条の 3 第 3 項 2 号)。

また、仮の救済を求めるとなると、仮の義務付けを申し立てることとなるが(行訴法 37 条の 5 第 1 項)、この申立てが認められるためには「償うことのできない損害」という要件を満たす必要があり、容易に認められるわけではない。

- (2) 法律論②の場合、拒否処分の取消訴訟(行訴法 3 条 2 項)を提起すれば C としては占用を継続できるため、義務付け訴訟は不要である。

また、仮の救済を求めるとなると、執行停止を申し立てることとなるが(行訴法 25 条 2 項)、この申立てが認められるためには「重大な損害」という要件を満たせばよく、「償うことのできない損害」に比べて容易に認定され得る。

- (3) 以上より、後者の方が義務付け訴訟を併合提起しなくて良い点及び仮の救済が認められやすいという点で、C にとって負担が軽いという利点がある。

3 処分の性質について

授益処分の撤回の制限法理により、法律論②をとった場合、当該処分の性質、有効期間の有無及び意味、撤回によりもたらされる公益と相手方の受ける不利益等の事情を総合考慮して、A 県による本件不許可処分が許されるか判断することになる。

他方、法律論①をとった場合、Cの不利益を判断の基礎とする必要がない。

したがって、この点からも、法律論②を採る方がCに利点がある。

第2 設問2

1 小問(1)

- (1) A県にとっては、地方自治法 238 条の 4 第 7 項の定める基準に従った法律論による場合の方が、占用許可をするか否かについて広い裁量が認められるので、本件不許可処分が違法となりやすく、利点がある。
- (2) 即ち、法 39 条 2 項は、「許可しなければならない」として行政庁に効果裁量を認めていない。これらの文言からすれば、法 39 条 2 項は、行政財産を「漁港の保全に著しく支障を与えるものでない限り」広く住民の使用に供させようとする趣旨であって、行政庁に占用を許可するか否かについて広範な裁量は認めていないものと考えられる。
- (3) 他方、地方自治法 238 条の 4 第 7 項は、「許可することができる」として行政庁に効果裁量を認めているので、同項は、行政財産の効率的な運用の見地から、住民の行政財産の使用を制限し、占用の許可をするか否かについて、行政庁に広範な裁量を認める趣旨であると考えられる。

したがって、同項の定める基準に従った法律論による場合の方がA県に広範な裁量が認められるので、本件不許可処分が違法となりにくい。

2 小問(2)

- (1)ア A 県の主張する法律論が認められるのは、本件占用許可について法 39 条 2 項が適用されない場合である。

そして、本件占用許可がそもそも法の目的に沿うものではないのであれば、39 条 2 項の適用対象ではないこととなるため、まず、本件占用許可が法の目的に沿うものかどうか検討する。

- イ 法の目的は「水産業の健全な発展及びこれによる水産物の供給の安定を図るため、環境との調和に配慮しつつ、漁港漁場整備事業を総合的かつ計画的に推進し、及び漁港の維持管理を適正にし、もって国民生活の安定及び国民経済の発展に寄与し、あわせて豊かで住みよい漁村の振興に資すること」(法 1 条)である。

水産業のみならず、「環境」や「国民生活」「国民経済」、「豊かで住みよい漁村」など様々な利益を広く保護することを目的としているので、水産業そのものに限らず、1 条に挙げられている利益であれば、法の目的に沿うものであり、法が適用されると考えるべきである。

- ウ たしかに、C が経営する飲食店は、かつては魚市場の関係者によって利用されていたものの、魚市場が廃止されたことで、魚市場関係者の利用はなくなった。このような事情によれば、C が本件敷地において飲食店を経営することは、「水産業の健全な発展」や「水産物の供給の安定」という法の目的には沿わないように思える。

もっとも、現在のCは観光客などの一般利用者をターゲットとして飲食店の営業を行っており、2013年には客層の変化に対応するために店内の内装工事を行っている。このように、Cは観光客向けの営業を行っており、それがB漁港へ観光客が訪れることに一定の寄与を果たしていると考えられる。B漁港へ観光客が訪れることは、いわば「町おこし」であり、B漁港周辺地域の「国民生活」「国民経済」に資することはもちろん、B漁港における「水産業の健全な発展」や「豊かで住みよい漁村の振興」という、法1条の目的の実現につながるものといえる。

したがって、本件占用許可には法が適用される。

(2)ア もっとも、本件占用許可が「特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し、その他漁港の保全に著しく支障を与えるもので」ある場合、法39条2項によりA県が許可をしないことはその裁量として認められるので、これを検討する。

イ A県が本件不許可処分をしたのは、Cに本件占用許可を出すことが本件事業の妨げとなるからである。

しかし、本件事業は、法第1条にいう漁港漁場整備事業にも、法第39条第2項にいう特定漁港漁場整備事業にも、該当するものではない。

したがって、本件占用許可は特定漁港漁場整備事業の施行を阻害するものではない。

また、もし本件占用許可が漁港の利用を著しく阻害するものであれば、Cが1981年から30年以上にわたり本件占用許可を受けられるはずはないといえる。

よって、本件占用許可が「特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し、その他漁港の保全に著しく支障を与えるもので」あるとは認められず、A県が許可をしないことは認められない。

(3) 以上から、A県側の法律論は認められない。

以上

1 法律答案の書き方・作法

- ・ 文字は読みやすく、略字は用いない
- ・ 設問変わる場合でも、頁を変えたり、行を空けたり絶対にしない
1行目から最後の行の「以上」まで行を空けることはない
- ・ ナンバリングした場合には、ナンバリングに合わせて字を下げ、左端に空白のスペース（インデント）をとる

具体例

1 本件勧告について

- (1) Xは、本件勧告に処分性が認められることについて、どのような主張をすべきか。
- (2) 「処分」（行政事件訴訟法(以下、行訴法)3条2項)とは、公権力の主体たる国または公共団体の行う行為のうち、それにより直接国民の権利義務を形成し……
ア 本件におけるXの……

2 行政法について

(1) 予備試験における行政法の位置付け

- ・ 受験生が後回しにしがち
→ そのためか、受験生全体のレベルが低い(おそらく主要7科目で一番低い)
- ・ しかし、覚えることはそこまで多くない(おそらく憲法に次いで少ない)
- ・ 出題パターンがだいたい決まっている
→ 早いうちから取り組んでもものにしておけば、安定して高得点狙える

(2) 行政法の出題パターン

- ・ 設問は2つ
片方で訴訟要件該当性を、もう一方で本案で主張する違法性の内容について問うパターンが多い
…最近はこのパターンとは異なる(マニアックな)論点も混ぜてくる傾向
- ・ 訴訟要件該当性として問われるのは、処分性か原告適格の可能性が高い(数年前までは交互に出題)
- ・ 違法性の主張については、裁量の逸脱濫用の可能性がかなり高い
手続上の違法もそれなりの頻度で出題される
→ めちゃくちゃ複雑な法律論を考えさせられることはあまりないので、行政法全般の基本的な理解ができているか、初めて見る法令の仕組み解釈ができるか、判例をきちんと理解しているか、こういった事項が問われる

3 本問(平成 26 年行政法)の解説

(1) 総論

行政法を解く際の注意点

- ・ 設問をしっかりと読んで、何を問われているか把握（誰の立場で？結論決まっているか？主張すること決まっているか？）
- ・ 誘導に乗る（設問、問題文中の各事実の分量、当事者が不満を持っている点）

(2) 設問 1

・ 設問

本件不許可処分を、占有許可申請を拒否する処分と理解する法律論と、占有許可の撤回処分と理解する法律論とを比べると、後者の法律論は、Cにとってどのような利点があるために、Cが主張していると考えられるか。行政手続法及び行政事件訴訟法の規定も考慮して答えなさい。

・ 行政手続法上の比較

占有許可申請を拒否する処分と理解する法律論

→行手法第 2 章の規定

占有許可の撤回処分と理解する法律論

→行手法第 3 章の規定

⇒聴聞手続があるので、後者の方が有利

・ 行政訴訟法上の比較

占有許可申請を拒否する処分と理解する法律論

→不許可処分の取消訴訟+占有許可処分の申請型義務付け訴訟の併合提起

占有許可の撤回処分と理解する法律論

→不許可処分の取消訴訟のみ提起

⇒提起する訴訟が少ないので後者の方が有利

・ 仮の救済

占有許可申請を拒否する処分と理解する法律論

→執行停止+仮の義務付け

占有許可の撤回処分と理解する法律論

→執行停止

⇒提起する訴訟が少ない上、仮の義務付けの勝訴要件は厳しいので、後者の方が有利

・授益処分撤回の制限法理

当該処分の性質、有効期間の有無及び意味、撤回によりもたらされる公益と相手方の受ける不利益等の事情を総合考慮して判断する

→後者の法律論の方が勝訴しやすい

(3) 設問2(1)

法39条2項

「特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し、その他漁港の保全に著しく支障を与えるものでない限り」「許可をしなければならない」

→要件裁量なし、効果裁量なし

地方自治法238条の4第7項

「行政財産は、その用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる」

→要件裁量なし、効果裁量あり

⇒地方自治法238条の4第7項の方がA県の裁量あり

→A県に有利

(4) 設問2(2)

○A県の主張する法律論が認められるには？

→占有許可について39条2項が適用されないことが必要

→①本件許可が「特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害し、その他漁港の保全に著しく支障を与えるもので」ある場合

or

②そもそも法が適用されない場合

①か②の場合でない限り、認められない

⇒①の検討

本文第1段落最後

A県が本件不許可処分をした理由である「本件事業は、法第1条にいう漁港漁場整備事業にも、法第39条第2項にいう特定漁港漁場整備事業にも、該当するものではない」

→①の場合には当たらない

⇒②の検討

法が適用されるかどうか問題

→法の目的は「水産業の健全な発展及びこれによる水産物の供給の安定を図るため、環境との調和に配慮しつつ、漁港漁場整備事業を総合的かつ計画的に推進し、及び漁港の維持管理を適正にし、もつて国民生活の安定及び国民経済の発展に寄与し、あわせて豊かで住みよい漁村の振興に資すること」（法1条）

→本件許可は上記目的に沿うか否か、基準を立て、具体的事情を拾ってあてはめ

→判断基準

法1条は水産業のみならず、「環境」や「国民生活」「国民経済」、「豊かで住みよい漁村」など様々な利益を広く保護することを目的としているので、水産業そのものに限らず、1条に挙げられている利益であれば、法の目的に沿うものであり、法が適用されると考えるべき

→あてはめ

使えそうな事実

- ・1982年から営業
- ・魚市場の関係者に利用されていた
- ・魚市場は2012年に廃止
- ・現在は観光客などの一般利用者をターゲットとしている
- ・2013年に内装工事

→ たしかに、Cが経営する飲食店は、かつては魚市場の関係者によって利用されていたものの、魚市場が廃止されたことで、魚市場関係者の利用はなくなった。このような事情によれば、Cが本件敷地において飲食店を営むことは、「水産業の健全な発展」や「水産物の供給の安定」という法の目的には沿わないように思える。

もっとも、現在のCは観光客などの一般利用者をターゲットとして飲食店の営業を行っており、2013年には客層の変化に対応するために店内の内装工事を行っている。このように、Cは観光客向けの営業を行っており、それがB漁港へ観光客が訪れることに一定の寄与を果たしていると考えられる。B漁港へ観光客が訪れることは、いわば「町おこし」であり、B漁港周辺地域の「国民生活」「国民経済」に資することはもちろん、B漁港における「水産業の健全な発展」や「豊かで住みよい漁村の振興」という、法1条の目的の実現につながるものといえる。

⇒本件許可は法の目的に沿うものであり、法が適用される

⇒結論：Aの法律論は認められない

以上

最優秀答案

表

試験科目	試験地
行政法	明治大学

回答者：I.S. 評価：A

行政
法
1
頁

第1 設問1

1 本件を不許可処分と、占有許可申請を拒否する処分と理解する法律論
(以下、法律論①とする) についで

(1) 行政手続法 についで

占有申請を拒否する処分は、~~併法~~行政手続法上、第二章より規定
する。申請に対する処分には該当する。

そのため、A県知事は、本件不許可処分は、「申請により求められた音程
可等と拒否する処分」(行政手続法8条)に当たするため、
理由提示を行う義務を負う。

(2) 行政事件訴訟法 についで

本件不許可処分が取消訴訟(行政事件訴訟法(以下略)第1項)
により取り消された場合、A県知事は取消訴訟の拘束力により、
改めて申請に対する処分を審査請求に対する裁判をしない
ければならない(33条2項)こととなる。

2 本件不許可処分を占有許可撤回処分と理解する法律論(以下、
法律論②とする) についで

(1) 行政手続法 についで

まず、Cに対する撤回処分は、これより得られた占有許可を
付した地位を失奪する処分であり、「権利を制限する処分」(行政
手続法2条4号)に当たる。ため、第三章以下の規定に服する。

そのため、A県知事は、本件不許可処分の理由の提示(行政
手続法14条1項)、聴聞手続(行政手続法13条1項1号以下)等の

※	A B C
---	-------

--

23 手続を行うこととなる。

24 (2) 行政事件訴訟法に717

25 (は、本件不許可処分を取消すために、取消訴訟(第2項)
26 を提起することとなる。

27 3 Cが法律論②を主張する理由

28 (1) 行政手続法上、主張する理由 A県の

29 法律論②の方が、処分にあたり、行わねば義務内容が多く
30 法定されている。そのため、法律論②を選択した方が、
31 不服申立てを行ってもいいし、Cは法律論②を主張する
32 と考えられる。

33 (2) 行政事件訴訟法上、主張する理由

34 法律論①の場合、処分を取り消すと、A県知事は、
35 再度処分を行うこととなるが、その内容は、「判決趣旨に
36 従い」(33条2項) 行うものとされ、Cの求めたとおりの
37 処分がなされることは限らない。そのため、Cとしては自己の
38 求めた処分をせよのために、取消訴訟に併合して、申請型
39 義務付け訴訟(第6項1号)を提起することとなる。
40 一方、法律論②は、上記のような併合提起は要求され
41 ず、手続が簡明である。そのため、Cは法律論
42 ②を主張したと考えられる。

手続・訴訟提起については書けてます
本業勝訴事件については書けると良かった

43 第2 設問 2 (1)

44 1 法律第2項に従って判断する法律論(以下、法律論①の方)



裏

(注意事項)

1 試験用紙の種類

本試験用紙は、行政法の試験用紙です。
試験の準備を本用紙に付属して提出した場合には、試験開始前に中封が壊れた場合は除き、無効となるので、注意してください。
なお、試験開始中に試験用紙の取扱いに誤った場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験開始後の試験用紙の取扱いの取扱いは一切ありません)。

2 試験用紙の取扱い

試験用紙の取扱い：追加配布はしませんので、四しり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

- (1) 答案は縦書きとし、解答欄の枠内に資料に基いて記入してください。
- (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、ボールペン)で記入してください。
- (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が資料にわたらないようにしてください。
- (4) 試験用紙の準備を要するときは、試験監督員の指示に従ってください(試験開始後の試験用紙の準備はできません)。
- (5) 試験用紙の枠外の記入は認められません。
- (6) 答案欄に解答欄の記入は特許人の署名で記入してください。

行政法 3 頁

45 法34条2項は、「前項、許可~~の~~申請に係る行為が…漁港

46 の利用を著しく阻害し、…保全に著しく支障を与えるものでない

47 限り、同項の許可をしないこととならば」と規定しており、

48 原則、許可が義務付けられ、例外的場合に不許可とする

49 ことができる」と解釈できる。

50 2 地方自治法第238条、9第7項(以下、法律論②)

51 地方自治法第238条の9第7項^(以下略)は、「その用途又は目的

52 を妨げない限度において、その~~第4項の許可~~範囲を

53 限定し、「許可することができる」として、許可するかに

54 ついて裁量が認められると解釈できる。

55 3 法律論②からA県側りにどのような利益があるか、

56 法律論①が原則、許可が義務付けられるのに対し、法律

57 論②は、必要な範囲で裁量的判断のうえ、使用許可を認

58 るため、法律論②の方が不許可処分を適用し法とせば

59 有利という利益がある。

第3 設問2 (2)

61 ~~1 法律論①と法律論②のどちらを認めるべきか。~~

62 1 法律論①は認められるか、

63 本件に於て、漁港は、A県の行政財産であり、238条の

64 9第7項の規定に服する。よって、法34条1項を法34条

65 2項と見ると、「漁港の維持管理を適正に行うことを

66 目的としており、その範囲で合理的利用は認められるべきである。





お読みください。なお、解答欄の枠外（青色部分及びその外側の空白部分）に記載した場合には、当該部分は採点されません。
 インクがプラスチック製演習シゴム等で消せないものに限る。）で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として得点
 合は計算で、1行の場合には横線まで測り、その次に書き直してください。
 は、黒が白紙のときは「裏に記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に裏の解答欄に記載してください（試験時
 にされる記載のある答案は無効答案として得点となります。

法の目的のついで
 も、その目的のついでに書いて

67 したがって、漁港の維持管理を適正にする目的であれば、
 68 漁9条2項により判断する。
 69 ①の利用目的は当初は魚市場の関係者による利用であり、
 70 漁港の維持管理を適正にする目的で行われていたといえる。
 71 しかし、現在では魚市場の廃止と、遊客観光客の誘引
 72 ための利用の構想を以てあり、上記目的によるものとはいえない。
 73 よって、法34条2項により判断されるべきとなし、法律論
 74 ①は認めらるべき。
 75 2. 以上より、A側側、上記法律論は認めらるべき。
 76 (しっかり)問題点に気付いて論じられており、良いです。以上
 77 だが、文中にはむしろ事実があるのだから、より多くの具体的な事
 78 実を挙げるとさらに良いのではないか。
 79 問題点に気付いたのであれば、もう少し悩みを
 80 見せて、あてはめを充実させてほしいからでです。
 81
 82
 83
 84
 85
 86
 87
 88

行政
 法
 4
 頁

最優秀答案

回答者 I.S. 評価：A

第1 設問1

1 本件不許可処分を、占有許可申請を拒否する処分と理解する法律論（以下、法律論①とする）について

(1) 行政手続法について

申請を拒否する処分は、行政手続法上、第二章の申請に対する処分に該当する。

そのため、A県知事は、本件不許可処分は、「申請により求められた許認可等を拒否する場合」（行政手続法8条）に当たるため、理由提示を行う義務を負う。

(2) 行政事件訴訟法について

本件不許可処分が取消訴訟（行政事件訴訟法（以下、略）3条2項）により取り消された場合、A県知事は取消訴訟の拘束力により、「改めて申請に対する処分をしなければならない」（33条2項）こととなる。

2 本件不許可処分を占有許可の撤回処分と理解する法律論（以下、法律論②とする）について

(1) 行政手続法について

まず、Cに対する撤回処分は、これまで得られていた占有許可された地位をはく奪する処分であり、「権利を制限する処分」（行政手続法2条4号）にあたるため、第三章の規定に服する。

そのため、A県知事は、本件不許可処分の理由の提示（行政手続法14条1項）、聴聞手続（行政手続法13条1項1号イ）等の手続を行うこととなる。

(2) 行政事件訴訟法について

Cは、本件不許可処分を取消すために、取消訴訟（3条2項）を提起することとなる。

3 Cが法律論②を主張する理由

(1) 行政手続法上、主張する理由

法律論②の方が、処分にあたり、行うべき義務内容が多く法定されている。そのため、法律論②を選択した方が、不服申立てを行いやすく、Cは法律論②を主張すると考えられる。

(2) 行政事件訴訟法上、主張する理由

法律論①の場合、処分が取り消されると、A県知事は、再度処分を行うことになるが、その内容は、「判決の趣旨に従い」(33条2項)行うものとされ、Cの求めているとおりの処分がなされるとは限らない。そのため、Cとしては自己の求める処分をさせるために、取消訴訟に併合して、申請型義務付け訴訟(3条6項1号)を提起することになる。

一方、法律論②は、上記のような併合提起は要求されておらず、手続きが簡明である。そのため、Cは法律論②を主張したと考えられる。

第2 設問2(1)

1 法39条2項に従って判断する法律論(以下、法律論①とする)

法39条2項は、「前項の許可の申請に係る行為が…漁港の利用を著しく阻害し、…保全に著しく支障を与えるものでない限り、同項の許可をしなければならない」と規定しており、原則、許可が義務付けられ、例外的場合に不許可とすることができる」と解釈できる。

2 地方自治法第238条の4第7項(以下、法律論②)

地方自治法(以下、略)第238条の4第7項は、「その用途又は目的を妨げない限度において」と範囲を限定し、「許可することができる」として、許可するかについて裁量が認められると解釈できる。

3 法律論②がA県側にどのような利点があるか

法律論①が原則、許可が義務付けられるのに対し、法律論②は、必要な範囲で裁量的判断のうえ、使用許可をしうるため、法律論②の方が不許可処分を適法としやすいという利点がある。

第3 設問2(2)

1 法律論①は認められるか

B漁港は、A県の行政財産であるところ、238条の4第7項の規定に服する。そこで、法1条をみると、「漁港の維持管理を適正に」することを目的としており、その範囲で利用は認められるべきである。

したがって、「漁港の維持管理を適正に」する目的であれば、法39条2項により判断される。

Cの利用目的は当初は魚市場の関係者により利用されており、漁港の維持管理を適正にする目的で行われていたといえる。しかし、現在では魚市場が廃止され、観光客の誘引のための利用の構想をしており、上記目的にあるものとはいえない。

よって、法39条2項により判断されるものでなく、法律論①は認められない。

2 以上より、A県側の上記法律論は認められる。

以 上