

【出題趣旨】

港湾法（法）に基づき港湾区域内の一部の水域について占有許可（占「有」許可ではない）を受けて、栈橋を設置し、小型船舶を係留していたXが、新たな占有許可の申請を不許可とする決定（本件決定）を受けた事案において、Xが引き続き占有許可を受けるために提起すべき訴訟および用いるべき仮の救済の手段（設問1）、ならびに、Xが本件決定の取消訴訟において主張すべき実体的および手続的違法（設問2）について検討することを求めるものである。

設問1（1）は、本件決定の処分性を肯定する主張を述べることを求めるものである。検討の順序としては、まず、占有許可につき、処分性の定式に照らし、特に占有許可の法的効果を正確に指摘して処分性を肯定すべきである。次に、本件決定の処分性を認めるために、占有許可にかかる申請権を肯定し、申請拒否処分として本件決定の処分性を肯定すべきである。具体的には、行政手続法2条3号を参照して「申請」の意義を示したうえ、（国有財産法と異なり）法37条1項による許可については同法37条の3第1項に「申請」という文言があることや、占有許可は申請者による申請を当然の前提としていると解しうることなどを根拠に、申請権を肯定する主張を具体的に組み立てることが期待される。

同（2）は、本件においてXが仮の救済を求めるために提起すべき訴訟および仮の救済の手段について問うものである。まず、申請拒否処分の執行停止が認められない理由として、執行停止決定には、取消判決の拘束力に関する規定のうち申請拒否処分が取り消された場合に処分のやり直しを義務付ける行訴法33条2項の準用がないため（行訴33条4項）、申請拒否処分の執行停止（効力の停止）の決定を受けても、拒否処分がされる前の段階に戻るだけであるから、執行停止申立ての利益が認められないことについて説明することが求められる。次に、Xが提起すべき訴訟として、本件申請に対する許可の義務付けを求める申請型義務付け訴訟（行訴3条6項2号）、仮の救済の手段として、同許可の仮の義務付け（行訴37条の5第1項）を用いるべきことを指摘することが求められる。

設問2では、まず、実体的違法について、処分の性質、関係法令の定めおよび事実関係を踏まえ、目的外使用の不許可を違法と判断した判例（最判平成18年2月7日CB4-8・呉市公立学校施設使用不許可事件など）の判断基準を参考にしながら論ずべきである。行政財産の目的外使用許可に当たる、港湾内の占有許可については、判例の立場を前提にすれば、港湾の利用への支障がないからといって当然に占有許可をしなければならないものではない。このことを踏まえ、港湾の利用への支障を否定するのみならず、占有目的の正当性、占有許可を受ける必要性、Yの他事考慮などについて主張することが求められる。

具体的には、まず、港湾の利用への支障（栈橋の破損による事故や、船舶同士の接触事故）が生じるおそれについて、具体的に反論すべきである。この点については、資料1で示されているCの主張を踏まえて論じるべきであるが、30年以上特段の問題が生じていないことや、栈橋の破損のおそれについては、港湾法60条の2第1項により許可に条件を附することで対処できることも指摘しておれば、高く評価しうる。

次に、その他の事情等として、第1に、占有目的の正当性として、港湾を船舶の係留のた

めに用いるのは、港湾の本来の目的に近い利用方法であることや、XがYの主導により結成されて30年以上許可を受けてきたこと、第2に、占用許可を受ける必要性として、資料1で示されている事情（Aマリーナの料金が高額であることや入艇数の不足）、第3に、動機の不当性（他事考慮）として、資料1で示されている事情（Aマリーナの経営改善）などを指摘することが考えられる。その他、A漁協への許可が継続される予定であることを平等原則違反等の観点から指摘することも考えられる。

手続的違法としては、理由の提示の瑕疵があることを、判例の立場に照らして具体的に論じるべきである。具体的には、本件決定は申請拒否処分であるため、行手法8条により理由の提示が義務付けられることを指摘した上で、まず、理由の提示制度の目的ないし機能（恣意抑制と争訟提起の便宜）やどの程度詳細な理由を提示する必要があるか等の一般論を、判例（最判昭和60年1月22日CB3-5・旅券発給拒否処分理由付記事件など）の立場に即して述べることが求められる。次に、本件において提示された理由についてのあてはめとして、港湾法の条文しか示されておらず、どのような支障が生じるおそれがあるのかについて事実関係が示されていないこと（なお、口頭での説明はされているが、それでは適法とはいえないこと）、および、審査基準の適用関係が示されていないこと（処分基準につき、最判平成23年6月7日CB3-8・一級建築士免許取消事件）を指摘すべきである。ただし、後者の審査基準の適用関係については、事例判決である最判平成23年6月7日の趣旨を十分理解した上、本件では結論として違法事由とはならないと論じていても差し支えない。

【採点基準】

設問1.（20点）

（1）本件決定の処分性

○処分性の定式（3点）

最判昭和39年10月29日（CB11-2・大田区ごみ焼却場設置事件）の定式を正確に示しておればよいものとする。

○占用許可の処分性（3点）

占用許可の法的効果を中心に、処分性の定式を適切に用いて処分性を肯定していることが、評価のポイントとなる。

○本件決定の処分性（6点）

申請権を肯定し、本件決定の処分性を申請拒否拒否処分として肯定していることが、評価のポイントとなる。

なお、申請権について検討することなく、本件決定により占有ができなくなるから、とか、占有する権利を侵害するから、というような実体的な法的効果を指摘するのみで処分性を肯定することは適切ではない。申請権が認められる場合、申請拒否処分については、申請権（＝申請が適正に取り扱われることを求める権利）の侵害という手続的効

果により処分性を認めるのが学説の一般的考え方である（ただし、理論的により正確な説明として、申請に対して可否いずれの判断がされるか不確定な段階から、申請が認められないことが確定した段階へと地位が形成されるということも可能である）。特に、行政財産の目的外使用（講学上の特許）については、使用を求める実体的権利は認められないので、目的外使用が拒否されても、実体的な権利の侵害を観念することはできないからである。

（２）申請拒否処分の執行停止の申立てが認められない理由およびXが仮の救済を求めるために提起すべき訴訟ならびに用いるべき仮の救済の手段（８点）

訴訟類型の指摘については、訴訟の対象とすべき処分（何を義務づけるのか）や、申請型か非申請型かの区別ないし根拠条文（行訴３条６項２号）が示されていることが必要である。仮の救済の手段の指摘についても、申立ての対象とすべき処分や根拠条文が示されていることが必要である。

設問２．（３０点）

○実体的違法（２０点）

- ・港湾の利用への支障がないことの主張（８点）
- ・占用目的の正当性、占用許可を受ける必要性、Yの他事考慮などの主張（１２点）

これらの主張にあたっては、事実を評価し、なぜXに有利な事情となるかを述べる必要がある。単に、問題文から書き写した事実を羅列するだけの解答や、「〇〇という考慮すべき（またはすべきでない）事情を考慮していない（またはしている）」、というだけで、なぜ当該事情を考慮すべきか（または考慮してはならないか）を説明していない解答については、低い評価とすべきである（平成元年司法試験の採点実感等でも指摘されている点である）。

○手続的違法（１０点）

- ・理由の提示についての一般論（５点）
- ・本件における理由の提示の違法性（５点）