

第5章 行政裁量 #57／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1 「できる」と書いてあれば好きにしてよいのか 導入

条文の書き方と裁量の問い

条文の書き方	問い
「することができる」と書いてある	行政庁は好きにしてよいのか →そうとは限らない
意味のはっきりしない言葉がある	裁判所はもう口を出せないのか →そうとは限らない
今回の見方	条文の書き方は最初の手がかり

図：条文の書き方と裁量の問い

- ・ 「することができる」と書いてある→行政庁は好きにしてよいのか
- ・ 意味のはっきりしない言葉がある→裁判所はもう口を出せないのか
- ・ どちらも「そうとは限らない」
- ・ 条文の書き方は裁量の有無の最初の手がかり

することができる、とあれば好きにしてよい、とも、はっきりしない言葉なら裁判所は口を出せない、とも限りません。今回の問いは、目の前の処分に裁量があるかを、どう見分けるか、です。第5章の最初の回で、裁判所の審査には2通りあると見ました。裁判所が判断をやり直す判断代置と、行政庁の判断を尊重して枠を踏み外したときだけ違法とする、逸脱・濫用の審査です。どちらになるかは、法律が裁量を認めているかどうかで決まります。その見分けの最初の手がかりが、法律の書き方です。持ち帰るものは3つです。1つ目は、要件と効果の書き方から裁量の可能性を読む、手がかりの表。2つ目は、文言だけでは決まらない場合。3つ目は、学校施設の規定と護身用具の判決で、文言のほかに何が効くかです。先に答えを言います。条文の書き方は、裁量の有無の最初の手がかりです。ただし、手がかりにとどまります。できる、と書いてあっても裁量が無いことがありますし、不確定な言葉があっても、裁判所が意味を決めることがあります。

2 要件の書き方から読む——幅があるかもしれない言葉 短答・論文共通

判断の5段階の振り返り

段階	中身
①	事実の認定
②	要件の解釈と認定事実のあてはめ（要件裁量）
③	手続の選択
④	行為の選択（効果裁量）
⑤	時の選択

今回は②と④に裁量がありそうかを条文の書き方から探る

図：判断の5段階の振り返り

- ・ ①事実の認定
- ・ ②要件の解釈と認定事実のあてはめ（要件裁量）
- ・ ③手続の選択

- ④行為の選択（効果裁量）
- ⑤時の選択／今回は②と④に裁量がありそうかを条文の書き方から探る

本題の前に、前回の振り返りを1問。判断の5段階のうち、要件裁量が問題になるのは、何段目でしたか？答えは2段目です。要件の解釈と、認定した事実のあてはめが、要件裁量の段階でした。4段目の行為の選択が、効果裁量です。今回は、この2段目と4段目に、裁量がありそうかを、条文の書き方から探ります。軸は、裁量の定義です。裁量とは、上のルールが決めていない幅でした。ですから、条文がどこまで決めて、どこから先を決めていないかを、書き方から探るのです。

設例チ 要件の3通り

要件の書き方		決めている範囲
1	午後10時を過ぎて営業している飲食店に対し	時計で決まる＝幅なし
2	近隣の生活環境を害すると認めるとき	何が当たるか条例は決めていない＝不確定概念
3	要件の定めなし	どんな場合に命じてよいか条文から出ない

効果はどれも「町長は営業の停止を命ずることができる」（実在の法律ではない仮定）

図：設例チ・要件の3通り

- 効果はどれも「町長は営業の停止を命ずることができる」（実在の法律ではない仮定）
- 1「午後10時を過ぎて営業している飲食店に対し」→時計で決まる＝幅なし
- 2「近隣の生活環境を害すると認めるとき」→何が当たるか条例は決めていない＝不確定概念
- 3 要件の定めなし→どんな場合に命じてよいか条文から出ない

設例チです。町の条例で、効果はどれも、町長は営業の停止を命ずることができる、とします。町長は、これまでどおり、町の役場Aです。違うのは要件だけで、3通りに書いてみます。実在の法律ではなく、説明のための仮定です。1つ目は、午後10時を過ぎて営業している飲食店に対し、と書く条例です。2つ目は、近隣の生活環境を害すると認めるとき、と書く条例。3つ目は、要件を書かずに、町長は飲食店に対し営業の停止を命ずることができる、とだけ書く条例です。喫茶店Bが、夜11時まで店を開けていたとします。1つ目の条例なら、午後10時を過ぎているかどうかは、時計を見れば決まります。条文が、答えの出るところまで決めています。決めていない幅が無いので、裁判所が自分で確かめて、判断代置ができます。

設例チ 要件の3通り 2と3

要件の書き方		決めている範囲
1	午後10時を過ぎて営業している飲食店に対し	時計で決まる＝幅なし
2	近隣の生活環境を害すると認めるとき	何が当たるか条例は決めていない＝不確定概念 何時から・何デシベルからも書いていない →要件裁量の可能性
3	要件の定めなし	どんな場合に命じてよいか条文から出ない 決めていない幅がいちばん大きい形

効果はどれも「町長は営業の停止を命ずることができる」（実在の法律ではない仮定）

図：設例チ・要件の3通り

- 2と3=2「近隣の生活環境を害すると認めるとき」→何が当たるか条例は決めていない＝不確定概念
- 3 要件の定めなし→どんな場合に命じてよいか条文から出ない

2つ目は、どの程度の音なら近隣の生活環境を害するのかを、条例が決めていません。何時から、何デシベルから、とも書いていません。言葉の意味に幅があります。こうした、意味が一義的に、つまり1つに決まらない言葉を、不確定概念と言います。ここに、要件裁量の可能性が出ます。3つ目は、そもそも要件が書かれていません。どんな場合に命じてよいのか、条文から出てきません。決めていない幅が、いちばん大きい形です。第5章の最初の手で見た要件裁量説も、要件を定めていない場合には、自由裁量を認めていました。一義的に決まらない言葉があっても、要件裁量は、認められる可能性がある、と言うにとどめます。手がかりにすぎないからです。不確定概念が使われていても、裁判所が意

味を決めるべき場合があります。それは、後の節で見ます。今は、要件の側の手がかりを2つ押さえてください。要件を書いていないこと。そして、一義的に決まらない言葉を使っていることです。どちらも、要件裁量の可能性を示します。

★ **論文で書く規範**：解釈（一般的な整理）：要件の側の手がかりは、要件を書いていないこと、意味が一義的に決まらない言葉（不確定概念）を使っていること。どちらも要件裁量が認められる可能性を示す。数字などで答えが決まる要件には幅が無く、判断代置の出番。あくまで手がかりにとどまる（短答・論文共通）

3 効果の書き方から読む――選べる幅があるかもしれない書き方

短答・論文共通

設例チ 効果の3通り

効果の書き方		選べる余地
1	「3日間の営業の停止を命じなければならない」	命じるかも内容も条例が決めている
2	「営業の停止を命ずることができる」	するかしないかを選べる余地
3	「注意、営業の停止又は営業許可の取消しのうち、いずれかの処分をすることができる」	どの処分にするか選べる余地

要件は「近隣の生活環境を害すると認めるとき」に固定

図：設例チ・効果の3通り

- 要件は「近隣の生活環境を害すると認めるとき」に固定
- 1「3日間の営業の停止を命じなければならない」→命じるかも内容も条例が決めている
- 2「営業の停止を命ずることができる」→するかしないかを選べる余地
- 3「注意、営業の停止又は営業許可の取消しのうち、いずれかの処分をすることができる」→どの処分にするかを選べる余地

次は効果の側です。今度は、要件を、近隣の生活環境を害すると認めるとき、に固定して、効果の書き方を3通りに変えます。1つ目は、町長は、3日間の営業の停止を命じなければならない、です。命じるかどうか、内容も、条例が決めています。命じるか命じないか、何をどの内容で命じるかの選び方に、幅はほとんど残りません。4段目の効果裁量は、無いか、ごく小さい形です。2つ目は、町長は、営業の停止を命ずることができる、です。できる、は、しなければならない、と違って、強制ではありません。命じるか命じないかを選べる余地がありそうです。するかしないかの裁量の可能性です。3つ目は、町長は、注意、営業の停止又は営業許可の取消しのうち、いずれかの処分をすることができる、です。複数の処分が並んでいて、しかも、できる、です。命じるかどうかに加えて、どの処分にするかを選ぶ幅があります。どの処分にするかの裁量の可能性です。

要件の書き方と効果の書き方は、組み合わせて読めばいいんですか。組み合わせて読みます。4通りだけ並べてみます。

設例チ 要件×効果の組み合わせ

組	要件	効果	2段目・4段目
組1	午後10時を過ぎて営業	3日間の停止を命じなければならない	判断代置の出番 2段目・4段目とも幅なし
組2	生活環境を害すると認める	3日間の停止を命じなければならない	要件の側だけ幅あり得る 2段目の幅あり得る・4段目の幅なし
組3	午後10時を過ぎて営業	注意・停止・取消しのいずれかをすることができる	効果の側だけ幅あり得る 2段目の幅なし・4段目の幅あり得る
組4	生活環境を害すると認める	営業の停止を命ずることができる	どちらも幅あり得る 2段目・4段目とも幅あり得る（前回の設例 ソと同じ型）

図：設例チ・要件×効果の組み合わせ

- 組1 要件＝午後10時を過ぎて営業＋効果＝3日間の停止を命じなければならない→2段目の幅なし・4段目の幅なし→判断代置の出番
- 組2 要件＝生活環境を害すると認める＋効果＝3日間の停止を命じなければならない→2段目の幅あり得る・4段目の幅なし
- 組3 要件＝午後10時を過ぎて営業＋効果＝注意・停止・取消しのいずれかをすることができる→2段目の幅なし・4段目の幅あり得る

- 組4 要件＝生活環境を害すると認める＋効果＝営業の停止を命ずることができる→2段目・4段目とも幅あり得る（前回の設例ソと同じ型）
- 組1は、要件が午後10時で、効果が3日間の停止を命じなければならない、です。2段目にも4段目にも、幅の手がかりがありません。裁判所が判断をやり直す、判断置の番です。組4は、要件が生活環境を害すると認めるときで、効果が停止を命ずることができる、です。2段目にも4段目にも手がかりがあります。前回の設例ソと同じ型です。組2と組3は、どちらか片方の段階にだけ手がかりが出る形です。5段階に重ねると、要件の書き方は2段目の要件裁量に、効果の書き方は4段目の効果裁量に、1対1で結びつきます。

★ 論文で書く規範：解釈（一般的な整理）：効果の側の手がかりは、処分を複数並べていること（どの処分にするかの裁量）、「することができる」と書いていること（するかしないかの裁量）。どちらも効果裁量の可能性を示す。「しなければならない」で内容まで決まっていれば幅は小さい。要件の書き方は2段目、効果の書き方は4段目に結びつく（短答・論文共通）

文言の手がかりの表

	手がかり	読み
要件の側	要件を書いていない 不確定概念	要件裁量の可能性（2段目）
効果の側	複数の処分を並べる 「することができる」	効果裁量の可能性（4段目）

いずれも手がかりにとどまる

図：文言の手がかりの表

- 要件の側＝要件を書いていない
- 不確定概念→要件裁量の可能性（2段目）
- 効果の側＝複数の処分を並べる
- 「することができる」→効果裁量の可能性（4段目）
- いずれも手がかりにとどまる

ここまでを表にします。要件の側は、要件を書いていないことと、不確定概念です。効果の側は、複数の処分を並べることと、できる、です。どれも、裁量の可能性を示す手がかりです。ここで問いです。条文に、することができる、と書いてあれば、必ず裁量はあると言えるでしょうか？できる、と書いてあれば必ず効果裁量がある、とは言えません。できる、と書いてあっても、裁量が無い場合があります。次の節で見ます。

4 文言だけでは決まらない——逆向きの2つ

短答・論文共通

文言と逆向きになる2つ

	文言	実際
1	不確定概念がある	裁判所が意味を確定する →要件裁量なし（例＝土地収用の補償額・情報公開法の不開示情報）
2	「できる」と書いてある	拒む権限を授けただけ →要件を満たせば「しなければならない」と読む→効果裁量なし

文言は最初の手がかり

図：文言と逆向きになる2つ

- 1 不確定概念があっても裁判所が意味を確定する→要件裁量なし（例＝土地収用の補償額・情報公開法の不開示情報）
- 2 「できる」と書いてあっても拒む権限を授けただけ→要件を満たせば「しなければならない」と読む→効果裁量なし
- 文言は最初の手がかり

できる、と書いてあっても、必ず裁量があるとは言えません。同じように、不確定概念があっても、必ず要件裁量があるとは言えません。文言と逆向きになる場合が、2つあります。1つ目は、不確定概念があっても、裁判所が意味を確定する場合です。第5章の最初の回で、土地収用の補償額を見ました。相当な価格などの一義的でない言葉があっても、最高裁は、収用委員会に裁量を認めず、裁判所が自分で額を認定しました。もう1つの例が、情報公開法です。条文を見ます。

条文 行政機関の保有する情報の公開に関する法律5条柱書（各号は省略）

行政機関の保有する情報の公開に関する法律第5条（柱書）

行政機関の長は、開示請求があったときは、開示請求に係る行政文書に次の各号に掲げる情報（以下「不開示情報」という。）のいずれかが記録されている場合を除き、開示請求者に対し、当該行政文書を開示しなければならない。

原則は、開示しなければならない、です。開示しなくてよいのは、不開示情報が記録されている場合だけです。不開示情報とは、各号に挙げられた、個人に関する情報などです。何が不開示情報に当たるかは、法律の解釈の問題として、裁判所が判断するという整理が一般的です。

情報公開法5条

中身	
何が不開示情報か	法律の解釈の問題として裁判所が判断するという整理が一般的
任せない理由	原則が開示で、例外を限って挙げる仕組み 行政の判断に任せると原則が骨抜きになりかねない
5条の中の号	号によって審査の仕方が違うものがある（情報公開の章で扱う）

図：情報公開法5条

- 何が不開示情報かは法律の解釈の問題として裁判所が判断するという整理が一般的
- 原則が開示で例外を限って挙げる仕組み→行政の判断に任せると原則が骨抜きになりかねない
- 5条の中でも号によって審査の仕方が違うものがある

なぜ、行政庁に任せないのか。原則が開示で、例外を限って挙げる仕組みだからです。例外に当たるかどうかを行政の判断に任せてしまうと、原則が骨抜きになりかねない、と考えられます。注意が1点あります。5条の中でも、号によって、審査の仕方が違うものがあります。その中身は、情報公開の章で扱います。ここでは、不確定な言葉があっても、裁量が否定される例がある、ということまでです。

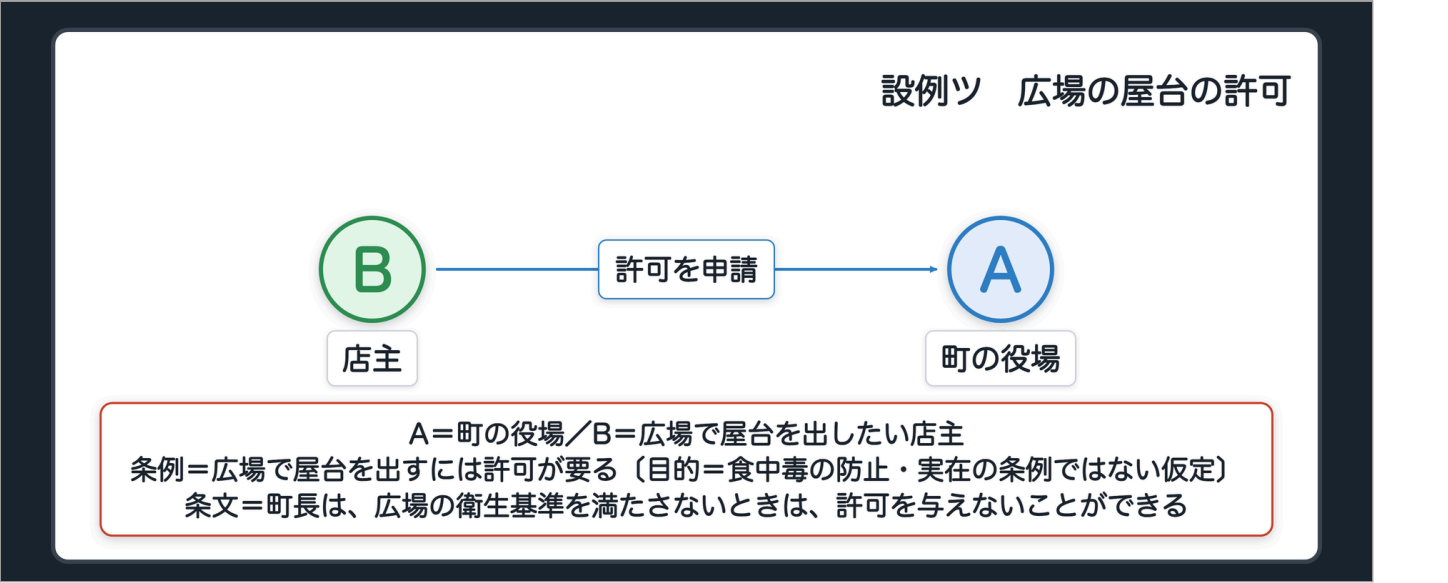
設例チの2つ目 どう考えるか

中身	
要件	「近隣の生活環境を害すると認めるとき」は文言だけでは決まらない
決め手	客観的に認定できる事項か、町長の判断に任せたものか＝法律の仕組みから見る
この設例	仕組みを示す規定が書かれていない→書きぶりと事項の性質から見る
事項の性質	補償額・不開示情報＝客観的に認定できる側 生活環境を害するか＝静けさや暮らしを見て測る評価
見方	町長の判断に任せたものと読む余地がある

図：設例チの2つ目をどう考えるか

- 要件「近隣の生活環境を害すると認めるとき」は文言だけでは決まらない
- 決め手＝客観的に認定できる事項か町長の判断に任せたものかを法律の仕組みから見る
- この設例の条例は仕組みを示す規定が書かれていない→書きぶりと事項の性質から見る
- 補償額・不開示情報＝客観的に認定できる側・生活環境を害するか＝静けさや暮らしを見て測る評価
- 町長の判断に任せたものと読む余地

設例チの2つ目、近隣の生活環境を害すると認めるとき、という要件は、文言だけでは決まりません。決め手は、その事項が、客観的に認定できるものなのか、町長の判断に任せたものなのかを、法律の仕組みから見る点です。ただ、この設例の条例には、仕組みを示す規定が書かれていません。条例の書きぶり、事項の性質から見るしかありません。補償額や不開示情報は、客観的に認定できる事項の側でした。生活環境を害するかは、その町の静けさや、住む人の暮らしを見て測る評価です。補償額のように、経験則と社会通念から1つの額が出る、というものではありません。その見方に立てば、この要件は、町長の判断に任せたものと読む余地がある、と考えられます。



図：設例ツ

- A=町の役場
- B=広場で屋台を出したい店主
- 条例=広場で屋台を出すには許可が要る（目的=食中毒の防止・実在の条例ではない仮定）
- 条文=町長は、広場の衛生基準を満たさないときは、許可を与えないことができる
- B→A 許可を申請
- Bの屋台が基準を満たさない場合と満たす場合

2つ目は、できる、が、権限を授ける言い方にすぎない場合です。設例ツです。町の広場で屋台を出すには、許可が要る、という条例があるとします。実在の条例ではなく、仮定です。条例の目的は、食中毒の防止です。条例には、こう書かれています。町長は、広場の衛生基準を満たさないときは、許可を与えないことができる。屋台を出したい店主Bが、町の役場Aに、許可を申請しました。まず、Bの屋台が、衛生基準を満たしていない場合です。できる、と書いてあるなら、許可を与えない、も選べるし、与える、も選べるんじゃないですか。文字だけ見れば、そう見えます。でも、条例の目的は食中毒の防止です。衛生基準を満たさない屋台に、町長の気分で許可を出せるとしたら、目的が果たせません。ですから、この、できる、は、基準を満たさないときに、許可を拒む権限を町長に授けた言い方にすぎない、と読みます。基準を満たさない屋台に許可を出す幅は、町長にはありません。

設例ツ Bの屋台が基準を満たすか

場合	読み
基準を満たさない	「できる」＝許可を拒む権限を町長に授けた言い方にすぎない 条例の目的は食中毒の防止
基準を満たしている	拒む根拠は書かれていない 気に入らないという理由で拒む幅もない
まとめ	満たせば許可を与えなければならず、満たさなければ与えてはならない→効果裁量が否定される
設例チの2つ目	「営業の停止を命ずることができる」 生活環境を害すると認めた後でも様子を見る選択に理由がつけられる場面→選ぶ幅が残る

図：設例ツ・Bの屋台が基準を満たすか

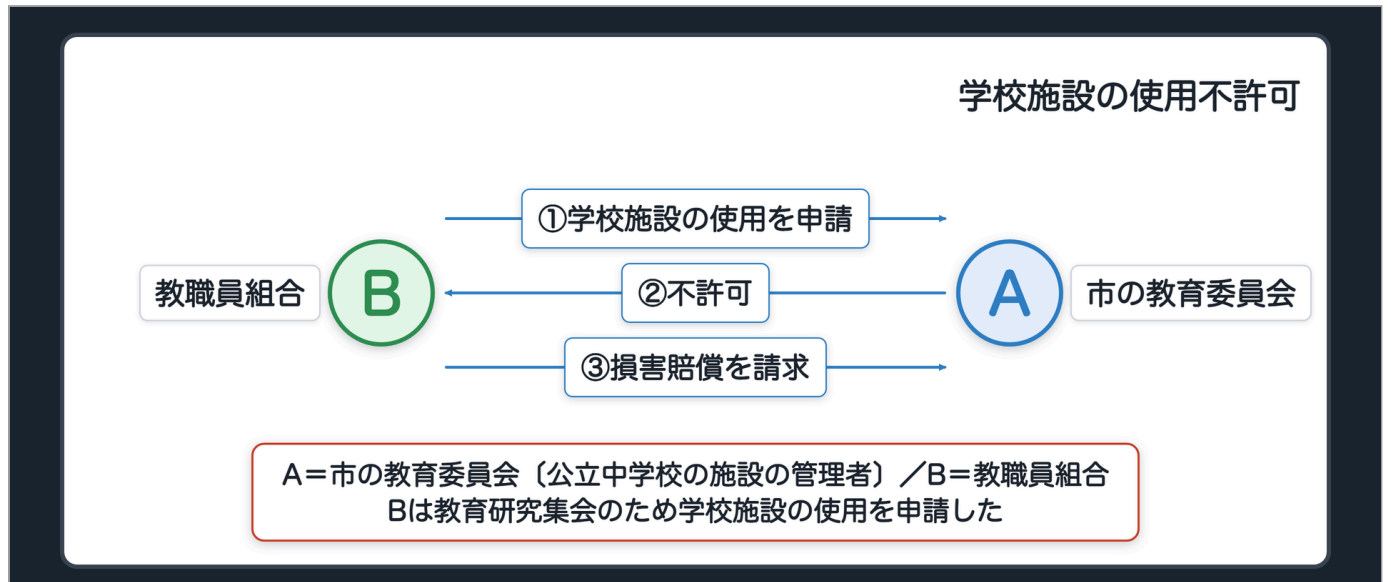
- 満たさない場合＝許可を拒む権限を授けた言い方にすぎない
- 満たしている場合＝拒む根拠は書かれていない
- 基準を満たせば許可を与えなければならず満たさなければ与えてはならない→効果裁量なし
- 設例チの2つ目の「できる」とは違う

次に、Bの屋台が、衛生基準を満たしている場合です。条例は、基準を満たさないとき、に拒めると書いています。満たしているときに拒む根拠は、書かれていません。ですから、満たしている屋台を、気に入らないという理由で拒む幅も、ありません。まとめると、基準を満たせば許可を与えなければならない、満たさなければ与えてはならない、と読めます。できる、と書いてあっても、効果裁量が否定される形です。設例チの2つ目、営業の停止を命ずることができる、とは事情が違います。あちらは、生活環境を害すると認めた後でも、停止まではせずに様子を見る、という選択に理由がつけられる場面があります。だから、あちらの、できる、には、選ぶ幅が残ります。

★ 論文で書く規範：解釈（一般的な整理）：文言は裁量の有無の最初の手がかりにすぎない。不確定概念があっても裁判所が意味を確定する場合があり（要件裁量が否定される）、「することができる」が拒む権限を授けただけの言い方で、要件を満たせば「しなければならない」と読む場合がある（効果裁量が否定される）。「できる」なら裁量あり、不確定概念なら裁量あり、と短絡しない（短答・論文共通）

5 一つの条文の中の縛り——学校施設の目的外使用

短答・論文共通



図：学校施設の使用不許可

- ・ A＝市の教育委員会（公立中学校の施設の管理者）
- ・ B＝教職員組合
- ・ B→A 教育研究集会のため学校施設の使用を申請
- ・ A→B 不許可
- ・ B→A 損害賠償を請求

次は、一つの条文の中でも、縛られている部分と、縛られていない部分が分かれる例です。公立の中学校の施設を、教職員組合Bが、教育研究集会に使いたい、と申請しました。管理者である市の教育委員会Aは、不許可にしました。Bは、損害賠償を求めて争いました。根拠の条文を見ます。

条文 学校教育法137条

学校教育法第137条

学校教育上支障のない限り、学校には、社会教育に関する施設を附置し、又は学校の施設を社会教育その他公共のために、利用させることができる。

条文の骨格は、学校教育上支障のない限り、学校の施設を、社会教育その他公共のために、利用させることができる、です。判決の当時は、この条文は85条でした。その後の改正で137条に繰り下がり、内容は同じ趣旨です。この条文を、2つの部分に分けて読みます。

学校教育法137条の分解

部分	読み
「学校教育上支障のない限り」	縛り＝支障があれば使わせられない 判決も「学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らか」
「利用させることができる」	支障がないとき必ず使わせるかは文言から決まらない→裁量の余地

図：学校教育法137条の分解

- ・「学校教育上支障のない限り」＝縛り（支障があれば使わせられない・判決も「学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らか」）
- ・「利用させることができる」＝支障がないとき必ず使わせるかは文言から決まらない→裁量の余地

1つ目は、学校教育上支障のない限り、の部分です。ここは、縛りです。支障があるなら、使わせることはできません。判決も、学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らか、と言っています。2つ目は、利用させることができる、の部分です。支障が無いときに、必ず使わせなければならないのか。ここは、文言から決まりません。支障が無ければ必ず使わせなければならない、と読みたくなりますが、最高裁は違う読み方をしました。判旨を読みます。

判例 最判平18・2・7 民集60巻2号401頁

学校施設の目的外使用は管理者の裁量 学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられているものと解するのが相当である。すなわち、学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らかであるが、そのような支障がないからといって当然に許可しなくてはならないものではなく、行政財産である学校施設の目的及び用途と目的外使用の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断により使用許可をしないこともできるものである。

判旨の読み方

中身	
結論	学校施設の目的外使用の許否は、原則として管理者の裁量
縛られた部分	支障があれば許可できない
裁量を認めた部分	支障がなくても当然に許可しなければならないわけではない （合理的な裁量判断により許可しないこともできる）

図：判旨の読み方

- ・結論＝学校施設の目的外使用の許否は原則として管理者の裁量
- ・支障があれば許可できない＝縛られた部分
- ・支障がなくても当然に許可しなければならないわけではない＝裁量を認めた部分（合理的な裁量判断により許可しないこともできる）

判旨の前半は結論です。学校施設の目的外使用を許可するかは、原則として、管理者の裁量にゆだねられている。後半が、その中身です。支障があれば許可できないことは明らか。しかし、支障が無いからといって、当然に許可しなければならないわけではない。使用の目的や態様との関係に配慮した、合理的な裁量判断で、許可しないこともできる。つまり、支障が無いときに使わせるかどうかの部分に、裁量があると言ったのです。当たる例と、すぐ外の例で、線を引きます。例えば、授業のある日の昼間に、体育館を集会に使えば、授業ができなくなります。こうした学校教育に支障が出る使い方は、管理者に選ぶ幅は無く、許可できません。縛られた部分です。休みの日に、空いている体育館を使う場合のように、学校教育に支障が出ない使い方で、管理者は、合理的な裁量判断で、許可しないことができます。支障が無ければ必ず許可しなけ

ればならない、という読み方はしません。ただし、この事案そのものでは、最高裁は、休みの日の集会への不許可を、裁量の範囲を外れた違法なものとした。

判旨の読み方 施設の性質

中身	
文末の「できる」	同じ「できる」の中に、縛られた部分と縛られていない部分がある
裁量を認めた理由	文言だけではなく、学校施設という施設の性質 行政財産＝公用や公共用に供される財産
道路や公民館との違い	一般の人が使うことを主な目的とする施設とは違い、本来は学校教育の目的に使うものとして設置され、それ以外の目的の使用は基本的に制限されている
教育以外の目的で使いたい人	もともと使う権利を持っているわけではなく、例外として使わせてもらう立場 →支障が無くても管理者が考える余地が残る

図：判旨の読み方・施設の性質

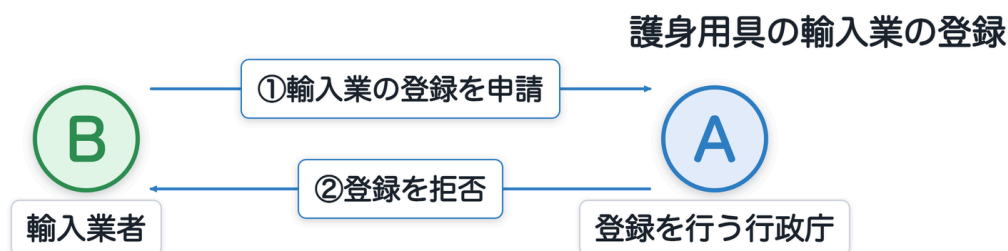
- ・ 同じ「できる」の中に縛られた部分と縛られていない部分
- ・ 裁量を認めた理由＝文言のほか学校施設の性質（行政財産・道路や公民館との違い）
- ・ 教育以外の目的で使いたい人は例外として使わせてもらう立場

文末が、できる、だから全体が縛られていない、と考えるのは間違いです。同じ、できる、という文末の中に、縛られた部分と縛られていない部分があります。支障があれば許可できない部分は、縛られています。支障が無いときに必ず使わせるかは、文言からは決まらず、判決が裁量を認めた部分です。どんな事情を考えて許可しないことが許されるかは、この章の後ろの回で扱います。判決が裁量を認めた理由は、文言ではありません。学校施設という施設の性質です。学校施設は、行政財産に当たります。行政財産とは、公用や公共用に、つまり役所の仕事や、みんなが使うことのために供される財産のことです。学校施設は、道路や公民館のように、一般の人が使うことを主な目的とする施設とは違い、本来、学校教育の目的に使うものとして設置され、それ以外の目的の使用は基本的に制限されています。ですから、教育以外の目的で使いたい人は、もともと使う権利を持っているわけではなく、例外として使わせてもらう立場です。だから、支障が無い場合でも、使わせるかどうかを管理者が考える余地が残る、と考えられます。判決自身が、道路や公民館と対比しているのです。文言のほかに、施設の性質も効いたのです。

★ 論文で書く規範：判例の整理：学校施設の目的外使用の許否は、原則として管理者の裁量。ただし、学校教育上の支障があれば許可できない部分は縛られており、支障が無くても当然に許可しなければならないわけではない。文末が「できる」だから縛られていない、と読むのは誤り（短答・論文共通）

6 同じ条文を三つの裁判所はどう読んだか——護身用具の輸入業の登録

短答・論文共通



A＝登録を行う行政庁（判決当時は厚生大臣・現行は都道府県知事）／B＝催涙作用のある護身用具の輸入業者
根拠＝毒物及び劇物取締法の輸入業の登録／拒否の理由＝内容液を人又は動物の眼に噴射し開眼不能にさせる以外の用途がない製品
争点＝用途の危険を理由に登録を拒めるか

図：護身用具の輸入業の登録

- ・ A＝登録を行う行政庁（判決当時は厚生大臣・現行は都道府県知事）
- ・ B＝催涙作用のある護身用具の輸入業者
- ・ B→A 輸入業の登録を申請

- A→B 登録を拒否（理由＝内容液を人又は動物の眼に噴射して開眼不能にさせる以外の用途がない製品）
- 根拠＝毒物及び劇物取締法の輸入業の登録
- 争点＝用途の危険を理由に登録を拒めるか

行政行為の分類の回で見た判決に、戻ります。思い出してください。護身用具の輸入業の登録で、法律が拒める場合として書いていたのは、何でしたか？設備が基準に適合しないと、登録を取り消されて2年を経過していないときだけ、が答えです。用途の危険は、入っていません。この判決を、今回は、読み方の比較として見直します。事案を、一言で思い出します。催涙作用のある護身用具は、毒物及び劇物取締法の対象で、その輸入業は、登録を受けて行います。輸入業者Bが、その登録を申請して、拒否されました。判決の当時、登録を行うのは厚生大臣で、これをAと呼びます。いまは都道府県知事ですが、読み方の話は変わりません。拒否の理由は、この製品は、内容液を人や動物の眼に噴射して開眼不能にさせる以外の用途がない、というものでした。

同じ5条を三つの裁判所はどう読んだか

	結論	登録の拒否
第一審	拒否は適法	拒める
控訴審	拒否は違法	拒めない
最高裁	上告棄却（拒否は違法）	拒めない

分かれ目＝条文の書き方の読み方と、何を重く見たか

図：同じ5条を三つの裁判所はどう読んだか

- 第一審＝拒否は適法・拒める
- 控訴審＝拒否は違法・拒めない
- 最高裁＝上告棄却（拒否は違法）・拒めない
- 分かれ目＝条文の書き方の読み方と、何を重く見たか

問いは、同じ条文を、第一審、控訴審、最高裁がどう読んだか、です。結果から言います。第一審は、拒否は適法と判断しました。控訴審は違法。最高裁は、上告を退けて、拒否は違法と結論しました。ここで問いです。第一審は拒めると読み、控訴審と最高裁は拒めないと読みました。同じ文言で、何が分かれ目だと思いますか？分かれ目は、条文の書き方をどう読むかと、判決ごとに何を重く見たかの、両方です。表にします。

三つの読み方の比較 第一審と控訴審

審級	結論	決め手
第一審 東京地判昭50・6・25 行集26巻6号 842頁	処分適法	法の規定の仕方（要件を積極的に定めず拒否事由を消極的に列挙） 法の目的（保健衛生上の取締り）
控訴審 東京高判昭52・9・22 行集28巻9号 1012頁	処分違法	処分の性質（登録＝許可に相当・一般的禁止を解除して自由を回復） 営業の自由（制限は必要最小限）

図：三つの読み方の比較

- 第一審（東京地判昭50・6・25 行集26巻6号842頁）＝処分適法
- 決め手＝法の規定の仕方（要件を積極的に定めず拒否事由を消極的に列挙）＋法の目的（保健衛生上の取締り）
- 控訴審（東京高判昭52・9・22 行集28巻9号1012頁）＝処分違法
- 決め手＝処分の性質（登録＝許可に相当・一般的禁止を解除して自由を回復）＋営業の自由（制限は必要最小限）
- 最高裁（最判昭56・2・26 民集35巻1号117頁）＝上告棄却（処分違法）

- ・ 決め手＝法の仕組み（拒める場合を限定・用途は他の法律が規制）＋他の法律との役割分担

第一審は、法の規定の仕方と、法の目的を重く見ました。登録の要件を積極的には定めず、拒否事由を消極的に並べる形です。この書き方を、要件を満たしても、直ちに登録すべきものとは限らない、と読みました。法の目的も、保健衛生上の見地からの取締りです。そこで、拒否事由が書かれていなくても、それがある場合と同程度か、それ以上に危害の危険が予測される場合は、規定を類推適用して、つまり、書かれていない場面にも同じ理由で当てはめて、拒否できる、としました。控訴審は、処分の性質と、営業の自由を重く見ました。登録は、学問上の分類という、広い意味での許可に当たり、一般に禁止されていたものを解いて、自由を回復させるものだ、という性質づけです。営業の自由の制限は、必要最小限でなければなりません。そこで、登録は、法律の要件を備える者には拒否できないという拘束を課す趣旨で、この法律の5条は、拒める場合を、設備が基準に適合しないときだけに限った、と読みました。拒否事由を消極的に書く形にも左右されず、不都合があるなら立法の問題だ、としました。

三つの読み方の比較 最高裁

審級	結論	決め手
第一審 東京地判昭50・6・25 行集26巻6号842頁	処分適法	法の規定の仕方（要件を積極的に定めず 拒否事由を消極的に列挙） 法の目的（保健衛生上の取締り）
控訴審 東京高判昭52・9・22 行集28巻9号1012頁	処分違法	処分の性質（登録＝許可に相当・一般的 禁止を解除して自由を回復） 営業の自由（制限は必要最小限）
最高裁 最判昭56・2・26 民集35巻1号117頁	上告棄却 （処分違法）	法の仕組み（拒める場合を限定・用途は 他の法律が規制） 他の法律との役割分担

図：三つの読み方の比較・最高裁

- ・ 第一審・控訴審・最高裁の3行
- ・ 最高裁〔最判昭56・2・26 民集35巻1号117頁〕＝上告棄却〔処分違法〕
- ・ 決め手＝法の仕組み（拒める場合を限定・用途は他の法律が規制）＋他の法律との役割分担

最高裁は、法の仕組みと、他の法律との役割分担を重く見ました。5条は、拒める場合を限っていて、用途は、毒物の中でもとくに毒性の強い特定毒物を除き、特に規制していません。人体に有害な物質を使った製品の危害の防止は、食品衛生法や当時の薬事法など、他の個々の法律が、それぞれの目的に応じて規制しています。ですから、この法律は、輸入業の規制を設備の面からの登録制限で足りるとして、用途の規制は他の法律に委ねた趣旨だ、と読みました。用途の危険を理由に拒むのは、法の趣旨に反して許されない、という結論です。ここから分かることが3つあります。1つ目。同じ条文の同じ文言を前にして、第一審は拒める幅があると読み、控訴審と最高裁は拒める場合は限られていると読みました。文言だけでは、決まりませんでした。2つ目。何が効いたかは、審級で違います。書き方、法の目的、処分の性質、他の法律との役割分担の、どれが前に出るかで、読み方が変わります。

三つの読み方 最高裁と分かれ目

中身	
最高裁	登録は許可だ、とは言っていない 控訴審の許可という性質づけには触れず、判決文に「裁量」という言葉も出ない 法律の仕組みの読み方だけで、拒めるのは法律が定めた場合に限られると結論
第一審	拒否事由を消極的に並べた書き方＝拒める幅を残す書き方
控訴審・最高裁	同じ書き方＝拒める場合を限った書き方 同じ書き方でも、仕組みの読み方で逆の結論になりうる

図：三つの読み方・最高裁と分かれ目

- ・ 最高裁は登録は許可だとは言っていない・控訴審の性質づけには触れず「裁量」という言葉も出ない
- ・ 分かれ目＝拒否事由を消極的に並べた書き方を拒める幅を残す書き方と読むか拒める場合を限った書き方と読むか

最高裁は、登録は許可だ、とは言っていない。控訴審の許可という性質づけには触れず、判決文には、裁量という言葉も出てきません。法律の仕組みの読み方だけで、拒めるのは法律が定めた場合に限られる、と結論したのです。第4章で見たとおり、分類の名前を決めないまま、結

論を出しました。3つ目。分かれ目は、拒否事由を消極的に並べた書き方を、拒める幅を残す書き方と読むか、拒める場合を限った書き方と読むか、にありました。同じ書き方でも、仕組みの読み方で、逆の結論になりえます。

★ **論文で書く規範**：判例の整理：護身用具の輸入業の登録は、法定の拒否事由（設備が基準に適合しない等）がないのに、用途の危険を理由に拒むことは許されない。決め手は、法が拒める場合を限り、用途の規制を他の法律に委ねている仕組み。第一審・控訴審・最高裁で、文言の読み方も決め手も違った（短答・論文共通）

◆ 今日の地図（保存版）

今日の整理

中身	
要件の側	要件の不記載／不確定概念→要件裁量の可能性
効果の側	複数の処分／「できる」→効果裁量の可能性
文言と逆向き	不確定概念でも裁判所が確定（情報公開法5条） 「できる」が拒む権限を授けただけ（設例ツ）
部分ごとの縛り	学校教育法137条 支障があれば許可できない・支障がなくても当然に許可ではない
三つの読み方	護身用具の輸入業の登録は文言だけでは決まらず、法の目的・仕組み・処分の性質が効いた

図：今日の整理

- ・ 要件の側＝要件の不記載
- ・ 不確定概念→要件裁量の可能性
- ・ 効果の側＝複数の処分
- ・ 「できる」→効果裁量の可能性
- ・ 文言と逆向き＝不確定概念でも裁判所が確定（情報公開法5条）・「できる」が拒む権限を授けただけ（設例ツ）
- ・ 部分ごとの縛り＝学校教育法137条（支障があれば許可できない・支障がなくても当然に許可ではない）
- ・ 三つの読み方＝護身用具の輸入業の登録は文言だけでは決まらず法の目的・仕組み・処分の性質が効いた

まとめます。冒頭の問いに答えます。できる、と書いてあれば、行政庁は好きにしていよいのか。そうとは限りません。屋台の許可の条例のように、拒む権限を授けただけの、できる、があります。学校施設の規定のように、一つの条文の中にも、支障があれば許可できない、という縛られた部分があります。逆に、はっきりしない言葉があれば、裁判所はもう口を出せないのか。これも、そうとは限りません。情報公開法の不開示情報のように、不確定な言葉でも、裁判所が意味を確定する場合があります。手がかりを通して読みます。要件の側は、要件を書いていないこと、一義的に決まらない言葉があること。どちらも要件裁量の可能性です。効果の側は、複数の処分が並ぶこと、できる、と書いてあること。どちらも効果裁量の可能性です。ただし、どれも手がかりにとどまります。護身用具の輸入業の登録では、裁判所ごとに、同じ条文の読み方が分かれました。文言のほかに、法の目的や仕組み、処分の性質を合わせて見る必要があります。

今日の短答の誤り肢

肢	判定
「することができる」と書いてあれば必ず効果裁量が認められる	誤り
要件に不確定概念が使われていれば必ず要件裁量が認められる	誤り
学校教育上支障がなければ管理者は目的外使用を許可しなければならない	誤り
輸入業の登録は保健衛生上の危険が予測されれば法定の拒否事由がなくても拒める	誤り

図：今日の短答の誤り肢

- ・ 「することができる」と書いてあれば必ず効果裁量が認められる（誤り）

- 要件に不確定概念が使われていれば必ず要件裁量が認められる（誤り）
- 学校教育上支障がなければ管理者は目的外使用を許可しなければならない（誤り）
- 輸入業の登録は保健衛生上の危険が予測されれば法定の拒否事由がなくても拒める（誤り）

最後に、短答の誤り肢です。条文に、することができる、と書いてあれば、必ず効果裁量が認められる、は誤りです。できる、が拒む権限を授けただけの場合があり、要件を満たせば許可しなければならない、と読むことがあります。要件に不確定概念が使われていれば、必ず要件裁量が認められる、も誤りです。情報公開法の不開示情報のように、裁判所が意味を確定する場合があります。学校教育上支障がなければ、管理者は目的外使用を許可しなければならない、も誤りです。支障が無くても、当然に許可しなければならないわけではなく、合理的な裁量判断で許可しないこともできます。輸入業の登録は、保健衛生上の危険が予測されれば、法定の拒否事由がなくても拒める、も誤りです。拒める場合は法律が限っていて、用途の規制は他の法律に委ねられているからです。