

職業選択の自由をめぐる司法消極主義と積極主義 (12)

中 谷 実

目次

I はじめに

—以上 (1), 南山法学 42 卷 3・4 号 (2019)

II 消極主義のアプローチ

《消極主義Ⅰ》

(1) 「法律上の争訟に当たらない／却下」アプローチ

(2) 「訴えの利益の事後喪失／却下」アプローチ

(3) 「法律判断 (法律違反, 不明確ゆえ無効) / 取消」アプローチ

—本アプローチのみ, (10) 南山大学アカデミア社会科学編 24 号 (2023) 【お詫びと修正・補足】③に追加—

《消極主義Ⅱ》

αタイプ

(1) 「申請時の法令の定める許可基準／処分は違法」アプローチ

(2) 「裁量権の範囲を逸脱／処分は違法, 無罪」アプローチ

βタイプ

(1) 「罰条の違憲性を上告趣意で初めて主張するのは不適法／有罪」アプローチ

(2) 「抽象的に違憲違法を主張するのは不適法／処分は適法」アプローチ

(3) 「処分は適法, 有罪」アプローチ

—以上 (2), 南山大学アカデミア社会科学編 17 号 (2019)

《消極主義Ⅲ》

(1) 「公共の福祉に基づく制限／処分は適法, 有罪」アプローチ

(A) 概要

(B) 裁判例

—以上 (3), 南山大学アカデミア社会科学編 19 号 (2020)

(C) このアプローチを支える思想

—以上 (4), 南山法学 43 卷 3・4 号 (2020)

(D) このアプローチをめぐる

(2) 「立法政策／処分は適法」アプローチ

(3) 「積極目的・必要かつ合理的な範囲・著しく不合理であることが明白でない／処分は適法, 有罪」アプローチ

(A) 概要

(B) 裁判例

(C) このアプローチを支える思想

——以上 (5), 南山大学アカデミア社会科学編 20 号 (2020)

- (D) このアプローチをめぐって
- (4) 「(消極, 積極) 両目的・必要性, 合理性あり/処分は適法」アプローチ
- (5) 「目的正当・合理的関連性・比較衡量/処分は適法」アプローチ
- (6) 「総合的衡量・(消極, 積極) 両目的・著しく不合理であることが明白でない/有罪」アプローチ
- (7) 「総合的衡量・社会経済政策上の積極目的・著しく不合理であることが明白でない/処分は適法」アプローチ
- (8) 「目的不言及・一見極めて明白に憲法に違反しない/立法行為は適法」アプローチ
- (9) 「税目的・必要性, 合理性を欠くことが明らかでない/有罪」アプローチ
- (10) 「消極目的・必要性, 合理性あり/公権力の行使は適法」アプローチ

——以上 (6), 南山法学 44 卷 3・4 号 (2021)

- (11) 「税目的 (財政目的)・著しく不合理であることが明白でない/処分は適法, 有罪」アプローチ
- (12) 「総合的衡量・重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置・著しく不合理でない/処分は適法, 有罪」アプローチ
- (A) 概要
- (B) 裁判例
- (C) このアプローチを支える思想

——以上 (7), 南山大学アカデミア社会科学編 22 号 (2022)

- (D) このアプローチをめぐって
- (13) 「総合的衡量・(重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置)・様々な目的・必要性, 合理性あり/処分は適法」アプローチ
- (A) 概要
- (B) 裁判例

——以上, 南山法学 45 卷 3・4 号 (2022)

- (C) このアプローチを支える思想
- (D) このアプローチをめぐって
- (14) 「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置・著しく不合理であることが明白でない/処分は適法」アプローチ
- (15) 「(消極, 積極) 両目的・合理性, 必要性あり/処分は適法」アプローチ

——以上 (9), 南山大学アカデミア社会科学編 23 号 (2022)

- (16) —— (7) の補足——「総合的衡量・社会経済政策上の積極目的・著しく不合理であることが明白でない/有罪」アプローチ
- (17) 「社会経済政策目的・手段は不合理でない/有罪」アプローチ
- (18) 「社会経済政策上の積極目的・不合理な方法ではない/有罪」アプローチ
- (19) 「公共の福祉目的・必要性, 合理性あり・明らかに不合理とはいえない/有罪」アプローチ
- (20) 「総合的衡量・必要性, 合理性に欠けていることが明らかでない/有罪」アプローチ
- (21) 「総合的衡量・公共の福祉目的・必要性, 合理性あり/有罪」アプローチ
- (22) 「(社会政策上の積極目的)・明らかに不合理とはいえない/有罪」アプローチ

- (23) 「当該権利とは、直接、関連を有しない／有罪」アプローチ
 ——以上 (10), 南山大学アカデミア社会科学編 24 号 (2023)
- (24) 「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置・消極目的・より制限的でない他の選ぶ手段なし／有罪」アプローチ
- (25) 「権利保障なし／立法行為は適法」アプローチ
- (26) 「合理的でないことが明白でない／立法行為は適法」アプローチ
- (27) 「総合的衡量・行政の裁量判断が、重要な事実の基礎を欠かず、社会通念に照らし著しく妥当性を欠かない／処分は適法」アプローチ
- (28) 「総合的衡量・重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置・社会経済政策上の目的（経済的劣位者保護）・著しく不合理でない／処分は適法」アプローチ
- (29) 「総合的衡量・重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置・社会経済政策上の目的（経済的弱者保護）・合理性、必要性あり／処分は適法」アプローチ
 ——以上 (11), 南山法学 46 卷 3・4 号 (2023)

(30) 「総合的衡量・重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置・社会福祉, 社会経済目的（経済的弱者保護）・著しく不合理であることが明白でない／処分は適法」アプローチ

(A) 概要

これは、法令が憲法 22 条 1 項に違反し無効であり、それに基づく処分も無効であるとの主張に対し、「総合的衡量原則」(≡ (12) (A)) をいい、規制は重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置かを問い、規制目的を社会福祉, 社会経済目的（経済的弱者保護）と捉え、規制措置は著しく不合理であることが明白でない、として斥けるアプローチである。このアプローチの職業選択の自由へのコミットは弱く、職業選択の自由制限へのコミットは強い。

(B) 裁判例

(1) R-2.6.8 (い医業関係 / 不認定 (あはき師養成施設) / 取消) 仙台地判令和 2 年 6 月 8 日 (Westlaw, ② → R-2.12.14 仙台高判) は、原告の主張—あはき師法附則 19 条 1 項は憲法 22 条 1 項に違反する—について、「職業選択・職業活動の自由テーゼ」(⇒ (C) (1) 【全体】ア)), 「精神的自由に比較して公権力による規制の要請がつよいテーゼ」(⇒ (C) (2) 【全体】ア)), 「規制措置は各種各様テーゼ」(⇒ (C) (1) 【全体】イ), (C) (2) 【全体】イ)), 「憲法 22 条適合性を一律に論ずることは不可テーゼ」(⇒ (C) (1) 【全体】ウ), (C) (2) 【全体】ウ)) をいい、「総合的衡量原則」—「具体的な規制措置について、規制の目的, 必要性, 内容, これによって制限される職業の自由の性質, 内容及び制限の程度を検討し, これらを比較考量した上で慎重に決定されなければならない」—を導く。そして、「職業一般での立法府尊重の司法哲学」(⇒ (C) (3) ア)), 「合理的裁量の範囲は広狭ありとする司法哲学」(⇒ (C) (3) イ)) をいい、「裁判所は, 具体的な規制の目的, 対象, 方法等の性質と内容に照らして, これを決すべき」とする。ついで、「許可制は強力な制限テーゼ」(⇒ (C) (1) 【全体】エ)) をいい、「その合憲性を肯定しうるためには, 原則として, 重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」(50 年薬事判決援用) という。さらに、「社会福祉, 社会経済分野での立法府尊重の司法哲学」(⇒ (C) (3) ウ)) をいい、「当該制限が, 社会政策ないし経済政策上の積極的目的のための措置である場合には, 立法府が裁量権の範囲を逸脱し, 当該法的規制措置が著しく不合理であることが明白である場合に限って, これを違憲として, その効力を否定することができる」(47 年小売市場判決援用) とする。そして、「経済的弱者である視覚障害者

の職域確保テーゼ」(⇒(C)(2)【全体】エ)),「規制措置の必要性,手段の合理性テーゼ」(⇒(C)(2)【い医業関係】ア)),「制約は限定的テーゼ」(⇒(C)(2)【全体】オ))をいい,「本件不認定処分がされた平成28年においても,視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の職域優先を図り,視覚障害者の生計の維持が著しく困難とならないようにし,もって視覚障害者を保護することを重要な公益と認め,附則19条1項を,その目的のために必要かつ合理的な措置であるとした立法府の判断が,その裁量権の範囲を逸脱し著しく不合理であるとは認められない」とし,附則19条1項は,憲法22条1項に違反せず,同項を適用した本件処分も違法でないとし¹⁾,請求を棄却する。

(2) R-4.2.7(い医業関係/非認定(あはき師養成施設)/取消)最2判令和4年2月7日²⁾(裁判所Web,①→R-1.12.16東京地判,②→R-2.12.8東京高判)は,原告の主張—前出,1審参照—について,「職業選択・職業活動の自由テーゼ」(⇒(C)(1)【全体】ア)),「規制措置は各種各様テーゼ」(⇒(C)(1)【全体】イ), (C)(2)【全体】イ)),「憲法22条1項適合性を一律に論ずることは不可テーゼ」(⇒(C)(1)【全体】ウ)), (C)(2)【全体】ウ))をいい,「総合衡量原則」—「具体的な規制措置について,規制の目的,必要性,内容,これによって制限される職業の自由の性質,内容及び制限の程度を検討し,これらを比較考量した上で慎重に決定されなければならない」—を導く。そして,「職業一般での立法府尊重の司法哲学」(⇒(C)(3)ア)),「合理的裁量の範囲は広狭ありとする司法哲学」(⇒(C)(3)イ))をいい,「裁判所は,具体的な規制の目的,対象,方法等の性質と内容に照らして,これを決すべき」とする。さらに,「許可制は強力な制限テーゼ」(⇒(C)(1)【全体】エ))をいい,「その合憲性を肯定し得るためには,原則として,重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」(50年薬事判決援用)とする。そして,「経済的弱者である視覚障害者の職域確保テーゼ」(⇒(C)(2)【全体】エ))をいい,「目的が公共の福祉に合致することは明らか」という。そして,「社会福祉,社会経済分野での立法府尊重の司法哲学」(⇒(C)(3)ウ))をいい,あはき師法附則19条1項は,「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることについての立法府の判断が,その政策的,技術的な裁量の範囲を逸脱し,著しく不合理であることが明白な場合でない限り,憲法22条1項の規定に違反するものということとはできない」とする。ついで,「規制措置の必要性,合理性テーゼ」(⇒(C)(2)【い医業関係】ア)),「制約は限定的テーゼ」(⇒(C)(2)【全体】オ))をいい,本件規定は,「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることについての立法府の判断が,その政策的,技術的な裁量の範囲を逸脱し,著しく不合理であることが明白であるということとはでき」ず,「憲法22条1項に違反」しない,「以上は」47年小売市場判決「の趣旨に徴して明らか」とし,上告を棄却する。

(C) このアプローチを支える思想

(1) 職業選択の自由への弱いコミット

【全体】

ア) 職業選択・職業活動の自由テーゼ (⇐《消Ⅲ》(12)(C)(1)【全体】ア))

最高裁において,R-4.2.7(い医業関係/非認定(あはき師養成施設)/取消)最2判は,上記テーゼをいう³⁾。下級審において,R-2.6.8(い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消)仙台地判は,

1) 原告の憲法31条,13条違反の主張,及び,本判決の対応については,R-1.12.16(い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消)東京地判と同旨(⇐(28)注1)。

2) 多数意見:菅野博之,三浦守,岡村和美,意見:草野耕一。

3) 本判決は,あはき師法附則19条1項の規制について,「許可制の性質を有する規制を定め,直接的には」,「養成

同旨。

イ) 規制措置は各種各様テーゼ (≡《消Ⅲ》(12)(C)(1)【全体】イ))

最高裁において、R-4.2.7〈い医業関係 / 非認定 (あはき師養成施設) / 取消〉最2判は、上記テーゼをいう。下級審において、R-2.6.8〈い医業関係 / 不認定 (あはき師養成施設) / 取消〉仙台地判は、同旨。

ウ) 憲法22条1項適合性を一律に論ずることは不可テーゼ (≡《消Ⅲ》(12)(C)(1)【全体】ウ))

最高裁において、R-4.2.7〈い医業関係 / 非認定 (あはき師養成施設) / 取消〉最2判は、上記テーゼをいう。下級審において、R-2.6.8〈い医業関係 / 不認定 (あはき師養成施設) / 取消〉仙台地判は、同旨。

エ) 許可制は強力な制限テーゼ (≡《消Ⅲ》(12)(C)(1)【全体】エ))

最高裁において、R-4.2.7〈い医業関係 / 非認定 (あはき師養成施設) / 取消〉最2判は、上記テーゼをいう。下級審において、R-2.6.8〈い医業関係 / 不認定 (あはき師養成施設) / 取消〉仙台地判は、同旨。

【い医業関係】

ア) 規制は直接的には養成施設等の設置者の職業の自由を、間接的には養成施設等において教育又は養成を受けることにより免許を受けてあん摩、マッサージ又は指圧を業としようとする視覚障害者以外の者の職業の自由を制限するテーゼ

R-4.2.7〈い医業関係 / 非認定 (あはき師養成施設) / 取消〉最2判は、上記テーゼをいう。

(2) 職業選択の自由制限への強いコミット

【全体】

ア) 精神的自由に比較して公権力による規制の要請がつよいテーゼ (≡《消Ⅲ》(12)(C)(2)【全体】イ))

R-2.6.8〈い医業関係 / 不認定 (あはき師養成施設) / 取消〉仙台地判は、上記テーゼをいう。

イ) 規制措置は各種各様テーゼ (≡《消Ⅲ》(12)(C)(2)【全体】ウ))

上記テーゼについては、≡(C)(1)【全体】イ))。

ウ) 憲法22条1項適合性を一律に論ずることは不可テーゼ (≡《消Ⅲ》(12)(C)(2)【全体】エ))

上記テーゼについては、≡(C)(1)【全体】ウ))。

エ) 経済的弱者である視覚障害者の職域確保テーゼ (≡《消Ⅲ》(28)(C)(2)【い医業関係】ア))

最高裁において、R-4.2.7〈い医業関係 / 非認定 (あはき師養成施設) / 取消〉最2判は、あはき師法附則19条1項について、「その制定の経緯や内容に照らせば、障害のために従事し得る職業が限られるなどして経済的弱者の立場にある視覚障害者がある者を保護するという目的のため、あん摩マッサージ指圧師について、その特性等に着目して、一定以上の障害がある視覚障害者の職域を確保すべく、視覚障害者以外の者等の職業の自由に係る規制を行う」という。下級審において、R-2.6.8〈い医業関係 / 不認定 (あはき師養成施設) / 取消〉仙台地判は、「附則19条1項の「目的は、

施設等の設置者の職業の自由を、間接的には、「養成施設等において教育又は養成を受けることにより、免許を受けてあん摩、マッサージ又は指圧を業としようとする視覚障害者以外の者の職業の自由を、それぞれ制限する」という。この言明は、「草野裁判官の意見が、職業活動に対する制約の合理性を考えるに当たっては、商品役務の供給者の利益だけでなく、需要者の利益をも考慮に入れるべきであると指摘していることに由来する」[伊藤 2022: 18]との指摘がある。

視覚障害者のあん摩マッサージ指圧師の職域優先を図り、視覚障害者の生計の維持が著しく困難とならないようにし、もって視覚障害者を保護しようとする点にある、「同項にいう『当分の間』も、視覚障害者について、あん摩マッサージ指圧師以外の適職が見出されるか、又は視覚障害者に対する所得保障等の福祉対策が十分に行われるか、いずれにしても視覚障害者とその生計の維持をあん摩関係業務に依存する必要がなくなるまでをいう」(傍点一筆者)とし、「経済的弱者保護」とは明言しないが、同旨と捉える。

オ) 制約は限定的テーゼ (≡《消Ⅲ》(16) (C) (2) 【全体】ア))

最高裁において、R-4.2.7 (い医業関係 / 非認定 (あはき師養成施設) / 取消) 最2判は、あはき師法附則19条1項について、「養成施設等の設置又はその生徒の定員の増加を全面的に禁止するものではなく、文部科学大臣又は厚生労働大臣において、諸事情を勘案して、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の生計の維持が著しく困難とならないようにするため必要があると認めるときに限り、上記の認定又は承認をしないことができるとするものにとどまる。さらに、その旨の処分をしようとするときは、あらかじめ、学識経験を有する者等により構成される医道審議会の意見を聴かなければならないものとして(法19条2項)、当該処分の適正さを担保するための方策も講じられている。また、あん摩、マッサージ又は指圧を業としようとする視覚障害者以外の者は、既存の養成施設等において教育又は養成を受ければ、あん摩マッサージ指圧師国家試験に合格することにより、免許を受けることが可能である」、「本件処分当時においても、あん摩マッサージ指圧師に係る養成施設等で視覚障害者以外の者を対象とするものは、10都府県に合計21施設あり、その1学年の定員は合計1239人と相当数に及んでおり、その定員に対する受験者数の割合も著しく高いとまではいえないことからすれば、本件規定による」視覚障害者以外の者の「職業の自由に対する制限の程度は、限定的なものにとどまる」という。下級審において、R-2.6.8 (い医業関係 / 非認定 (あはき師養成施設) / 取消) 仙台地判は、同旨。

【い医業関係】

ア) 規制措置の必要性、合理性テーゼ (≡《消Ⅲ》(28) (C) (2) イ))

最高裁において、R-4.2.7 (い医業関係 / 非認定 (あはき師養成施設) / 取消) 最2判は、「視覚障害がある者は、その障害のために従事し得る職業が限られ、一般的に就業率も高くはないところ、あん摩マッサージ指圧師は」、あはき師法附則19条1項の「施行以前から、その障害にも適する職種とされ、その多くが職業として就いていた。その後、視覚障害がある者のうちあん摩マッサージ指圧師の数及びその割合は減少傾向にあるものの、本件処分当時においても、あん摩マッサージ指圧師は、視覚障害がある者のうち相当程度の割合の者が就き、また、その障害の程度が重くても就業機会を得ることのできる、主要な職種の一つである」、「現に、あん摩マッサージ指圧師は、障害者の雇用の促進等に関する法律48条1項及び同法施行令11条により、所定の視覚障害がある者に係る特定職種(労働能力はあるが障害の程度が重いため通常の職業に就くことが特に困難である身体障害者の能力にも適合すると認められる職種)として定められている。その一方で、あん摩マッサージ指圧師のうち視覚障害がある者以外の者の数及びその割合やあん摩マッサージ指圧師に係る養成施設等の定員のうち視覚障害者以外の者の割合は増加傾向にあり、また、あん摩マッサージ指圧師のうち視覚障害がある者の収入はそれ以外の者よりも顕著に低くなっている。これらの事情に加えて、視覚障害がある者にその障害にも適する職業に就く機会を保障することは、その自立及び社会経済活動への参加を促進するという積極的意義を有する」とし、また、「あん摩マッサージ指圧師免許を受けるには、認定を受けた養成施設等において教育又は養成を受ける必要があるものと

されていること（法2条1項）からすれば、「視覚障害者以外のある摩マッサージ指圧師の増加」の「〔抑制のため、あん摩マッサージ指圧師に係る養成施設等で視覚障害者以外の者を対象とするものについての認定又はその生徒の定員の増加の承認をしないことができるものとする〕ことは、規制の手段として相応の合理性を有する」という。下級審において、R-2.6.8〈い医業関係 / 不認定（あはき師養成施設） / 取消〉仙台地判は、同旨。

(3) 司法哲学

ア) 職業一般での立法府尊重の司法哲学（≡《消Ⅲ》(12) (C) (3) ア）

最高裁において、R-4.2.7〈い医業関係 / 非認定（あはき師養成施設） / 取消〉最2判は、「この場合、上記のような検討と考量をするのは、第1次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及び必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、立法政策上の問題としてこれを尊重すべき」という。下級審において、R-2.6.8〈い医業関係 / 不認定（あはき師養成施設） / 取消〉仙台地判は、具体的な規制措置の『合憲性の司法審査に当たっては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及び必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、立法政策上の問題としてこれを尊重すべきである』という、

イ) 合理的裁量の範囲は広狭ありとする司法哲学（≡ (12)《消Ⅲ》(C) (3) イ）

R-4.2.7〈い医業関係 / 非認定（あはき師養成施設） / 取消〉最2判は、「その合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭があり得る」という。下級審において、R-2.6.8〈い医業関係 / 不認定（あはき師養成施設） / 取消〉仙台地判は、同旨。

ウ) 社会福祉、社会経済分野での立法府尊重の司法哲学

最高裁において、R-4.2.7〈い医業関係 / 非認定（あはき師養成施設） / 取消〉最2判は、「障害のために従事し得る職業が限られるなどして経済的弱者の立場にある視覚障害がある者を保護するという」「目的のためにこのような規制措置を講ずる必要があるかどうかや、具体的にどのような規制措置が適切妥当であるかを判断するに当たっては、対象となる社会経済等の実態についての正確な基礎資料を収集した上、多方面にわたりかつ相互に関連する諸条件について、将来予測を含む専門的、技術的な評価を加え、これに基づき、視覚障害がある者についていかなる方法でどの程度の保護を図るのが相当であるかという、社会福祉、社会経済、国家財政等の国政全般からの総合的な政策判断を行うことを必要とする」、「このような規制措置の必要性及び合理性については、立法府の政策的、技術的な判断に委ねるべきものであり、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重すべき」という。下級審において、R-2.6.8〈い医業関係 / 不認定（あはき師養成施設） / 取消〉仙台地判は、「社会経済の分野における法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段社会経済の分野における法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあたっては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であって、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家机关である」という。

(D) このアプローチをめぐって

【い医業関係】

R-4.2.7〈い医業関係 / 非認定（あはき師養成施設） / 取消〉最2判は、「総合的衡量原則」をいい、

規制が「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」かを問い、「経済的弱者である視覚障害者の職域確保テーゼ」, 「社会福祉, 社会経済分野での立法府尊重の司法哲学」をいい, 著しく不合理であることが明白でないとした。1 審, 2 審も, 「総合的衡量原則」をいい, 規制が「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」かを問い, 「社会経済政策上の目的テーゼ」, 「社会経済政策分野での立法府尊重の司法哲学」, 「視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の職域優先, 生計維持テーゼ」でもって, 規制は著しく不合理でないとした。この点, 最高裁判決は, 「本件規定の規制目的が『経済的弱者の立場にある視覚障害がある者を保護する』ことにであると認定し, 立法府の判断が著しく不合理であることが明白な場合に限って違憲となると判示した。そして, 積極目的規制に関する合憲性審査の枠組みを設定した先例である」⁴⁾47 年小売市場判決「の趣旨に徴すれば, 規制を合憲とする結論が導かれるとして, 同判決を明示的に引用している」, 「1 審・2 審判決では, 規制の必要性・合理性の審査に先立って, 制定から 50 年が経過した本件規定の立法目的の正当性が失われているのではないかという問題について, 各種の統計などを用いた検討が行われた。これに対して, 本判決は, 『経済的弱者の立場にある視覚障害がある者を保護するという目的』が『公共の福祉に合致することは明らかである』と評価した上で, 『規制措置を講ずる必要があるかどうかや, ……規制措置が適切妥当であるか』という判断には『社会福祉, 社会経済, 国家財政等の国政全般からの総合的な政策判断』が必要となることを根拠として, 立法裁量を導き出している。合憲性審査の枠組みに関する判断の変化は, 単に文言上のものではなく, 合憲性審査の厳格度の違いに反映されている」⁴⁾ [武田 2022 : 125] とのコメント, 「本件規定が小売市場判決のいう典型的な積極目的のためのものであることに鑑みると, 第 1 審・控訴審両判決が, 小売市場判決を引きつつ酒販免許制事件判決の手続的基準を導いていたこととの対比において, 本判決は, 先例に従ったものといえる。従来は, 積極目的規制で『著しく不合理であることが明白』でないことを求める場合, 許可制であったとしても『重要な公共の利益』の基準への言及がなされない傾向が見受けられたことからすると, 今後は, 積極目的規制でも制約の態様から実体的基準を変動させることになるのが注目されよう」, 「本件に関する一連の裁判過程において, 関連する数値や割合等の立法事実が統計資料を参照しながら比較的詳細に認定されており, それらに鑑みると, 本判決の結論に対する異論はそこまで多くないように思われる。ただ理論的には, 本判決を受けて, 職業の自由に関する審査枠組みを改めて整理する必要がある, それとの関係で, 立法事実の審理方法に関する指針を提示していくことが求められよう」 [伊藤 2022 : 17-18] とのコメントがある。

4) 本コメントは, 「職業の自由に対する規制の合憲性審査については, いわゆる規制目的二分論の限界が指摘され, 判例も規制目的に加えて, 規制の態様を考慮して審査の厳格度を決定していると考えられてきた。本判決では, 視覚障害者を保護するために本件規制が必要かどうかを判断するためには『正確な基礎資料を収集』することが必要であり, 『いかなる方法でどの程度の保護を図るのが相当であるか』という判断も求められることを踏まえて, 規制の必要性と合理性については立法府の政策的, 技術的な判断に委ねるべきであると判断されている。ここでは, 裁判所の審査能力の限界を示唆する具体的な考慮要素が提示されており, 規制目的から単純に立法裁量が導き出されたわけではない。このように考えると, 最高裁も規制目的二分論の限界を意識した上で, 合憲性審査の枠組みを設定するにあたって, 本件規制の必要性等について立法府の判断を尊重しなければならない実質的な根拠を提示しようとしたと評価することができる」 [武田 2022 : 125] と続ける。

Ⅲ 積極主義のアプローチ

《積極主義Ⅰ》

αタイプ

(1) 「裁量権の範囲を逸脱、又は濫用／処分は違法」アプローチ

(A) 概要

これは、法令自体の合憲性ではなく、法令の適用である行政処分が憲法 22 条 1 項に違反し、違憲、違法であり、処分は無効であるとの主張に対し、処分は、同条項に違反し、裁量権の範囲を逸脱する違法な処分であるとして無効とするアプローチである。職業選択の自由へのコミットは強く、職業選択の自由制限へのコミットは弱い。

(B) 裁判例

(1) S-38.12.25 [う運送 (バス) / 免許申請却下 / 取消] 東京地判¹⁾ (行集 14 卷 12 号 2255 頁, ② → S-42.7.25 東京高判, ③ → S-50.5.29 最 1 判) は、「国民の権利の保障は手続の保障と相いまって完全なものとなり得るテーゼ」(⇒ (C) (1) 【全体】 ア)), 「他事考慮を疑われることのないような手続上の保障テーゼ」(⇒ (C) (1) 【全体】 イ)) をいう。そして、「一般乗合旅客自動車運送事業の免許許否処が営業の自由の規制と解すれば、その手続は、いっそう公正でなければならないテーゼ」(⇒ (C) (1) 【う運送】 ア)) をいう。そして、「一般の警察許可と公企業の特許との区別は本質的なものではないテーゼ」(⇒ (C) (1) 【う運送】 イ)), 「道路運送法の欠格事由に該当しないかぎり免許を付与すべき義務を負うテーゼ」(⇒ (C) (1) 【う運送】 ウ)) をいう。そして、「国民の基本的人権にかかわる個別的行政処分に関する事項を扱う公聴会の重要性テーゼ」(⇒ (C) (1) 【う運送】 エ)) をいい、「国民は、運輸審議会が適正な手続で答申決定することについて、直接の権利ないし法的利益を有」し、「運輸審議会の手続の違法は、その答申を尊重してなされた大臣の処分の違法事由を構成する」という。そして、運輸審議会の審理手続について、「その事実の認定と判断とに、恣意、独断ないし他事考慮の介入を疑うことが客観的にもっともと思われるような手続にあたるものといわざるを得ず、その結果、原告のかような適正な手続によって免許の許否の判断を受くべき法的利益を侵害した」とし、被告がした免許申請の却下処分は違法であるとして取り消す。

(2) S-41.4.12 [ふ風俗 (個室付浴場) / 不許可 / 無効確認] 大阪地判 41 年 4 月 12 日 (行集 17 卷 4 号 352) は、原告の主張—公衆浴場法 2 条および府条例の規定は、個室付浴場について適用される限り、憲法 22 条 1 項に違反する—について、原告適格を肯定する²⁾。ついで、「本件浴場は営利企業としての性格が強いテーゼ」(⇒ (C) (1) 【ふ風俗関係】 ア)) をいい、S-30.1.26 <公衆浴場 / 無許可 / 刑> 最大判昭和 30 年 1 月 26 日 (≠ <<消Ⅲ>>) (1) (B)) を援用して、「適正配置に関する規定が適用さるべき公衆浴場とは、多数の国民の日常生活に必要な欠くべからざる厚生施設と

1) 判文を見る限り、原告は憲法問題を提起していないが、判決は憲法判断に入っている。

2) 本判決は、「原告が適法に営業をなし得べき地位にあることの確認を求める訴は現行法上認められておらず、現在の法律関係に関する訴によってはその目的を達し得ないと解されるから、原告は、本訴につき行政事件訴訟法第 36 条に定める原告適格を有する」という。

して公共性を有するような浴場ターゼ」(⇒ (C) (1) 【ふ風俗関係】 イ)) をいい、「原告の経営にかかる本件浴場が、公衆浴場の一種として公衆の入浴衛生上の見地から、その設備等の衛生管理上の面からの規制をうけるのは格別、これに対し配置の適正を理由にその設置を場所的に制限することは公共の福祉を維持するために必要なものとは認められず、かえって個人の職業選択の自由を保障する憲法の精神に適合しない」という。そして、「本件浴場のようなトルコ風呂については、法第2条の適正配置に関する規定およびこれに基く府条例第2条の距離制限の規定はその適用を排除され」、「被告において右規定を適用してなした本件不許可処分は明かに法律の適用を誤り、ひいては、原告の職業選択、営業の自由を著しく不当に制限する」、「右の如き重大かつ明白な誤りは単に本件不許可処分を取消しうべきものとするに止まらず、これを無効ならしめる」とし、原告の請求を認容する。

(3) S-42.11.21〔は廃棄物(清掃業)／不許可／取消〕東京高判昭和42年11月21日(行集18巻12号1569頁, ①→S-40.7.1横浜地判, ③→S-47.10.12最1判, ②'→S-51.3.30東京高判)は、原告の主張—清掃法施行時に認められていた既存業者に対する経過措置が厚生省の通達により適用されないのは憲法22条1項に違反する³⁾—について、「汚物取扱業の許可における市町村長の自由裁量尊重の司法哲学」(⇒ (C) (3) ア)) をいうが、「営業の自由の原則上、清掃法による許可についても業者の営業の意思、過去の実績、地位などを故なく冒してはならないターゼ」(⇒ (C) (1) 【は廃棄物】 ア)), 「控訴人を業者に加えない方がかえって不当ターゼ」(⇒ (C) (1) 【は廃棄物】 イ)) をいい、不許可処分は裁量権の範囲をこえる違法な処分であるとして取り消す。

(4) S-45.2.23〔か会計士／登録抹消／取消〕東京地判昭和45年2月23日(行集21巻2号332頁, ②→S-45.12.17東京高判, ③→S-50.9.26最2判)は、原告の主張—大蔵大臣のした公認会計士名簿の登録抹消処分は憲法22条1項(職業からの離脱の自由)を侵害する—について、「公認会計士は業務の廃止時から身分を失うターゼ」(⇒ (C) (1) 【こ公認会計士】 ア)) をいい、「原告は、遅くとも」、「廃業届が日本公認会計士協会によって受理された昭和43年7月13日公認会計士たる身分を喪失したものであるから、その後に行なわれた」 「本件懲戒処分は、その効力を生ずるに由ないものである」とし、原告に対してした公認会計士名簿登録抹消処分を取り消す。

(5) S-49.7.8〔ふ風俗(個室付浴場)／営業停止(児童遊園設置認可)／国賠〕仙台高判昭和49年7月8日⁴⁾(行集25巻7号833頁, ③→S-53.5.26最2判)は、原告の主張—知事の認可処分は、

3) その他、憲法29条、31条違反を主張する。

4) 1審、山形地判昭和47年2月29日(判時661号25頁)において、原告が、知事の認可処分は、適法に許容すべき原告のトルコ風呂営業を阻止、妨害することを決定的な動機、目的としてなされた違法無効な行政処分であると主張した際、憲法31条違反—余目町と山形県知事は、原告の営業を妨害するため、殊更に、その営業禁止の事由の作出を共謀した上、一方では原告への公衆浴場許可を故意に引きのばし、他方ではその間に児童遊園なるものを作り上げたことが明らかであって、斯様な作爲は法の濫用である—を主張しているが、憲法22条1項違反は主張していない。判決は、「知事において余目町の本件遊園認可申請が原告のトルコ風呂営業の阻止が主たる目的であることを認識しながらなした本件遊園認可についても、同申請行為は余目町が自主的に決定したものであり、かつ、客観的に、申請の要件が具備している限り、知事はこれに従って認可をすべき立場」 「にあるから、右認識は、認可行為と無関係であり」、「本件遊園の認可が違法となるものではない」とし、個室付浴場営業の停止処分に対する国家賠償請求を認めなかった。もっとも、判決は、上記引用部分に先立って「被告山形県および余目町は、いずれも、当初原告に対し」、「トルコ風呂設置についての相談に協力し、かつ、建築確認」等、「近い将来、原告をしてトルコ風呂営業が可能であるとの観念を抱かせるような態度」 「を示しながら、特に余目町は、同町婦人団

憲法 21 条 1 項に違反する一について、「本件認可処分はトルコ風呂営業を阻止することを直接の動機としてなされたテーゼ」(⇒ (C) (1) 【ふ風俗関係】ウ))をいい、「現今トルコ風呂営業の実態に照らし、その営業を法律上許容すべきかどうかという立法論はともかく、一定の障害事由のない限りこれを許容している現行法制のもとにおいては、右のような動機、目的をもってなされた本件認可処分は、法の下における平等の理念に反するばかりでなく、憲法の保障する営業の自由を含む職業選択の自由ないしは私有財産権を侵害」し、「行政権の著しい濫用と評価しなければならない」、「本件認可処分は、控訴会社の右トルコ風呂営業に対する関係においては違法かつ無効のものであり、控訴会社の本件トルコ風呂営業を禁止する根拠とはなりえない」、「このことは、本件の場合本件児童遊園認可申請の日が本件公衆浴場申請の日以前であったことによって消長をきたすものではない」とし、個室付浴場業営業の停止処分に対する国賠請求を認めなかった原判決を取り消し、請求を認容する。

(6) S-52.9.22 [ゆ輸入 (毒物) / 登録拒否 / 取消] 東京高判昭和 52 年 9 月 22 日⁵⁾ (行集 28 卷 9 号 1012 頁, ③→S-56.2.26 最 1 判) は、原告の主張—毒物及び劇物取締規則 4 条の 4 に基づく登録拒否処分は違法である一について、「毒物及び劇物取締法にいう『登録』は新たに権利を設定するものではないテーゼ」(⇒ (C) (1) 【ゆ輸入】ア)), 「職業選択の自由テーゼ」(⇒ (C) (1) 【全体】ウ)), 「営業の自由の制限は必要最小限度テーゼ」(⇒ (C) (1) 【全体】エ)), 「毒物及び劇物取締法 5 条は登録の申請を拒否し得る場合を限定テーゼ」(⇒ (C) (1) 【ゆ輸入】イ))をいい、厚生大臣が、「設備が法定の基準に適合しないと認められるということ以外の理由に基づき、控訴人の輸入業の登録の申請を許さなかった本件拒否処分は、明らかに、法 5 条の解釈適用を誤った」とし、厚生大臣による毒物・劇物輸入業の登録申請拒否処分を認容した 1 審判決処分を取り消す。

(C) このアプローチを支える思想

(1) 職業選択の自由へのコミット

【全体】

ア) 国民の権利の保障は手続の保障と相いまって完全なものとなり得るテーゼ

S-38.12.25 [う運送 (バス) / 免許申請却下 / 取消] 東京地判は、「国民の権利、自由の保障は、これを主張し擁護する手続の保障と相いまって初めて完全、実質的なものとなり得るのであるから、

体などからのトルコ風呂営業阻止の陳情に遭い、にわかには翻意しトルコ風呂営業を阻止するため、その手段として本件遊園設置の認可申請を行い、被告代表者知事も、余目町の右目的を認識しながら、右申請を認可したものと認めるのが相当であり、斯様な経過によると同認可は、甚だ当を得ないものとされる余地がある」と述べており、また、引用部分の直後においても、原告が「営々として築きあげた開業資金により本件トルコ風呂の開業に着手し、具体的にその建物を建て始めるに至ってから、同営業を法的に阻止する目的をもって、児童遊園としては、その設備上必ずしも充分であるとは言い難い」、「小学校校庭跡地を児童遊園として認可申請に及んだ余目町の行為は、原告に対する関係において、所謂、営業妨害的行為と言わざるを得ず、職業選択の自由を保障した憲法第 22 条、財産権の不可侵を規定した同法第 29 条の各精神にてらし、極めて妥当性を欠く」と言する。

5) 1 審、東京地判昭和 50 年 6 月 25 日 (行集 26 卷 6 号 842 頁) は、「毒物及び劇物につき輸入業などの登録申請がなされた場合、被告厚生大臣は、単に法 5 条、規則 4 条の 4 所定の拒否事由の有無について判断するにとどまらず、右拒否事由がない場合においても、当該登録を許すことによって保健衛生上の安全を明らかに害すると認めるときは」、「法の目的及び趣旨に照し、法 5 条、規則 4 条の 4 を類推適用して登録拒否処分をすることができる」とし、憲法判断を行うことなく、原告の請求を棄却する。判文を見る限り、原告は憲法問題を提起していない。2 審においても、判文を見る限り、原告は憲法問題を提起していないが、判決は憲法判断をする。

国民の権利、自由は、実体的にのみならず、手続的にも尊重されなければならないことは当然であって、この憲法の規定は、同法第31条と相いまって、国民の権利、自由が、実体的にのみならず手続的にも尊重されるべきことを要請する趣旨を含意する⁶⁾。

イ) 他事考慮を疑われることのないような手続上の保障テーゼ

S-38.12.25 [う運送 (バス) / 免許申請却下 / 取消] 東京地判は、「行政庁が国民の権利自由の規制にかかる処分をするにあたって」、「処分が行政庁の裁量判断に基づいて行われる場合、処分の掌に当る行政庁は、法の趣旨からして本来考慮に加うべからざる事項を考慮」「して処分を行ってはならないことは当然であるから、行政庁は、できるかぎり他事考慮を疑われることのないような手続によって処分を実施する義務があり、この点においても、いかなる手続を採用すべきかについての行政庁の裁量権には制約があるのであって、国民は、他事考慮を疑われることのないような手続によって処分を受くべき手続上の保障を享有する」という。

ウ) 職業選択の自由テーゼ (≡《消Ⅲ》(1)(C)(1)【全体】ア))

S-52.9.22 [ゆ輸入 (毒物) / 登録拒否 / 取消] 東京高判は、上記テーゼをいう。

エ) 営業の自由の制限は必要最小限度テーゼ

S-52.9.22 [ゆ輸入 (毒物) / 登録拒否 / 取消] 東京高判は、毒物及び劇物取締法が「毒物及び劇物の営業を一般的に禁止し、その解除を登録にかからしめていることは、国民の営業の自由を制限するものであるから、かかる自由の制限は、必要最小限度にとどめるべき」という。

【う運送】

ア) 一般乗合旅客自動車運送事業の免許許否処が営業の自由の規制と解すれば、その手続は、いっそう公正でなければならないテーゼ

S-38.12.25 [う運送 (バス) / 免許申請却下 / 取消] 東京地判は、上記テーゼをいう、

イ) 一般の警察許可と公企業の特許の区別は本質的なものではないテーゼ

S-38.12.25 [う運送 (バス) / 免許申請却下 / 取消] 東京地判は、「一般乗合旅客自動車運送事業の免許を受けようとするもの」に対する道路運送法の「規定は、事業がその性質上国の独占事業であって、免許を付与するかどうか、及びこれを付与する要件、手続は、憲法第22条第1項の規定とは無関係に、国家が法律をもって自由に定め得るとの見地から定められたものと解すべきものではなく、かえって、右諸規定は、この種の事業も、本質的には、憲法の右規定により、原則として何人もこれを選択することの自由が保障された営業に属することを前提としつつ、それが憲法自らも予定する公共の福祉の要請により、制限され、規制を受けている一つの場合と考えるべきで

6) 本判決は、「そもそも、行政の作用は、国民の政府に対する信託に基づくものであって」、「行政の掌にあたる公務員は、全体の奉仕者として、誠実にその事務を処理する義務を負う」、「これらの点から考えれば、行政庁が国民の権利自由の規制にかかる処分をするにあたって、現行法制上なんらの手続規定がなく、またはこれが簡略なものであって、いかなる手続を採用するかを一応行政庁の裁量に委ねているようにみえる場合でも、この点に関する行政庁の裁量権にはなんらの制約がないものと解することはできない。けだし、この種の処分が具体的、個別的事実の認定に基づき行われるべき場合に、事実認定の過程において行政庁の恣意、独断が介入するときは、法の趣旨にそぐ適正な処分が行われることは期待し得ないところであるから、処分の掌にあたる行政庁は、できるかぎり、恣意、独断の介入する余地のないような手続によって処分を行うよう配慮すべきことは当然であり、この限りにおいて、いかなる手続を採用すべきかについての行政庁の裁量権には一定の制約があり、国民は、恣意、独断を疑われることのないような手続によって処分を受くべき手続上の保障を享有する」と続ける。

あり]、「この見地から考えれば、事業の性格上当然国家に独占さるべき性質のものを除き、一般の警察許可といわゆる公企業の特許と称せられるものの区別は、要するに時の立法政策に基づく技術的、相対的な法規制上の区別にすぎないものであって、憲法第22条の関係、とくに手続的保障の関係においては、この区別は本質的なものではない」という。

ウ) 道路運送法の欠格事由に該当しないかぎり免許を付与すべき義務を負うテーゼ

S-38.12.25 [う運送(バス)／免許申請却下／取消] 東京地判は、「一般乗合旅客自動車運送事業の免許は、本質的には憲法第22条第1項の営業の自由の規制にかかわるものであって、運輸大臣は、免許の申請が、道路運送法第6条第1項所定の免許の基準に適合しないかぎり免許を付与してはならない拘束を受けると同時に、同項の基準に該当し、同法第6条の2の欠格事由に該当しないかぎり、免許を付与すべき義務を負うものであり、免許申請を違法に却下した場合は、国民の営業の自由を違法に侵害する」とする。

エ) 国民の基本的な権利にかかわる個別の行政処分に関する事項を扱う公聴会の重要性テーゼ

S-38.12.25 [う運送(バス)／免許申請却下／取消] 東京地判は、「国民は、適正な手続によって行政処分を受くべき権利ないし法的利益を有し、「運輸審議会制度は、国民の免許申請について、公聴会主義の原則をとって、かかる適正手続の要請を保障するためのものというべきである」、「免許の許否の判断においては、正確な事実の認定とこれに基づく公正な判断が要求されるのであるが、それを保障するための手続として、運輸審議会の構成、手続について詳細な規定がおかれている」という。

【公認会計士】

ア) 公認会計士は業務の廃止時から身分を失うテーゼ

S-45.2.23 [か会計士／登録抹消／取消] 東京地判は、「公認会計士は、自己の自由意思に基づき独立してその業務を営むものであるから、法律に別段の規定がない限り、自らその業務を廃止することにより、かつ、そのときから、公認会計士の身分を失う」、「公認会計士法17条は、公認会計士となる資格を有するものであっても、公認会計士名簿の登録を受けなければ、公認会計士となることができないと規定しているが、同条は、公認会計士の職務の重要性と主務官庁の監督上の必要から、特にその身分の取得につき登録を法定条件としたものであるので、この規定を根拠として、かかる必要の認められない廃業についてまで同様の結論を導き出すことは、許されない」、「憲法22条の保障する職業選択の自由には廃業の自由が含まれるものと解すべきであるから、廃業の自由は、公共の福祉のために設けられた法律の規定をもってするのでなければ、これを制限することが許されない⁷⁾」という。

【は廃棄物】

ア) 営業の自由の原則上、清掃法による許可についても業者の営業の意思、過去の実績、地位などを故なく冒してはならないテーゼ

7) 本判決は、「公認会計士法には、弁護士法36条のごとき明文の規定がなく、また、弁護士法36条は、「弁護士の使命および職務の特殊性にかんがみ、また、弁護士会が弁護士の品位の保持と事務の改善進歩を図ることを目的とする弁護士の自主的団体であるところより、弁護士会がその自律権に基づき所属弁護士に対して行なう懲戒処分を実効あらしめ、延いては弁護士の倫理を高揚せしめんとする配慮から、特に設けられた規定であるので、この規定を、弁護士とはその使命、職務を異にする公認会計士に対して、しかも、主務大臣がその監督権限に基づいて行なう懲戒処分についてまで類推適用することは、到底、許されない」と続ける。

S-42.11.21〔は廃棄物（清掃業）／不許可／取消〕東京高判は、「汚物取扱業が営業として成り立ち存在する以上（なお特別清掃地域外では自由営業である。）、営業の自由の原則上」、「清掃法による許可についても、業者の営業の意思、過去の実績、地位などを故なく冒してはならないのであり、また不合理な差別待遇などをしてはならず、かような配慮を欠いた許否の処分は市町村長の裁量の限界を超える違法な処分ともなり得る」という。

イ) 控訴人を業者に加えない方が不当テーゼ

S-42.11.21〔は廃棄物（清掃業）／不許可／取消〕東京高判は、「不許可理由のうち、既存6業者で平市の清掃業務は充分間に合うとの点、控訴人に許可を与えれば業者間に無用の摩擦が生じるとの点は不許可理由の中心をなすものであろうが、前者については」、「控訴会社の実績を抹殺して既存業者の業務範囲を拡張することによって間に合わせるというに帰着し、従って控訴人を業者に加えない方がかえって著るしく不当であるといえるし、後者については、行政指導等によって解決すべきであり、従来的一般汚物取扱にあたってなされた業者間の調整の実績からみて、浄化槽汚物取扱について別個の調整をなし得る可能性は十分あると思われ、浄化槽関係だけについて業者間の摩擦云々を強調するのは不可解である」という。

【ふ風俗関係】

ア) 本件浴場は営利企業としての性格が強いテーゼ

S-41.4.12〔ふ風俗（個室付浴場）／不許可／無効確認〕大阪地判は、「原告の経営する本件浴場は、銭湯の如く周辺住民により日常継続的に反覆して利用されるものでなく、公共性ある厚生施設というよりむしろ営利企業としての性格が強く、「本件浴場の設備構造、営業形態等が銭湯のそれと相異なることは明らか」という。

イ) 適正配置に関する規定が適用さるべき公衆浴場とは、多数の国民の日常生活に必要な欠くべからざる厚生施設として公共性を有するような浴場テーゼ

S-41.4.12〔ふ風俗（個室付浴場）／不許可／無効確認〕大阪地判は、「適正配置に関する規定の適用さるべき公衆浴場とは」、「多数の国民の日常生活に必要な欠くべからざる厚生施設として公共性を有するような浴場に限られ、こうした公共性を有しない浴場には右規定は適用されないものと解するのが合目的々であり、また、職業選択の自由、営業の自由を侵すべからざる基本的人権として公共の福祉に反しない限りこれを最大に尊重すべきものとする憲法の問題にも合する」という。

ウ) 本件認可処分はトルコ風呂営業を阻止することを直接の動機としてなされたテーゼ

S-49.7.8〔ふ風俗（個室付浴場）／営業停止（児童遊園設置認可）／国賠〕仙台高判は、上記テーゼをいう。

【ゆ輸入】

ア) 毒物及び劇物取締法にいう『登録』は新たに権利を設定するものではないテーゼ

S-52.9.22〔ゆ輸入（毒物）／登録拒否／取消〕東京高判は、「毒物又は劇物といえども、本来は、何人も、自由にこれを製造したり、輸入したり、販売したりすることができるはずである。しかるに、右のような法の規定が設けられるに至ったのは、毒物又は劇物とその薬理作用によって人畜に被害を与える危険性の大きさに鑑み、その危険を防止するため、法は、その製造、輸入、販売を業として行なうことを一般的に禁止し、一定の要件を具備する申請人に対してのみ営業の登録を認め、適法に毒物又は劇物を取り扱うことができるとしたものである」、「同法にいう『登録』は、講学上の広い意味における『許可』に相当し、申請人に対し右の一般的禁止を解除して適法に当該行為をなし得る自由を回復せしめるものであり、特許のように新たに権利を設定するものではない」

という。

イ) 毒物及び劇物取締法 5 条は登録の申請を拒否し得る場合を限定テーゼ

S-52.9.22 [ゆ輸入(毒物) / 登録拒否 / 取消] 東京高判は、「普通の許可にあっては、許可を与えるべきかどうかについて行政庁に或る程度の裁量の余地が残されている場合もあり得るが、登録にあっては、その性質上、法律の定める要件を具備する申請人に対しては、登録を拒否することができない拘束を行政庁に課する趣旨が含まれている」、「登録の申請を拒否し得る場合を、申請に係る営業所等の設備が同法施行規則 4 条の 4 所定の基準に適合しないと認められるときだけに限定するとともに、いやしくもその設備が右の基準に適合しないと認められない以上、厚生大臣又は都道府県知事は、営業の登録を行なわなければならない」という。

(2) 職業選択の自由制限へのコミット

上記判決に、職業選択の自由制限にコミットする記述は見られない。

(3) 司法哲学

ア) 汚物取扱業の許可における市町村長の自由裁量尊重の司法哲学

S-42.11.21 [は廃棄物(清掃業) / 不許可 / 取消] 東京高判は、「市町村長がその公共団体の実情、政策のもとで、清掃法の目的に照らし、どの業者をしてどの範囲で汚物の清掃、収集、処分をなさしめるか、汚物取扱業を許可するかどうかは、市町村長の自由裁量に属するものというべく、その意味で一般の営業に関する保健、警察上の許可とは趣を異にする」という。

(D) このアプローチをめぐって

【う運送】

S-38.12.25 (う運送(バス) / 申請却下 / 取消) 東京地判は、「国民の権利の保障は、手続の保障と相いまって完全なものとなり得るテーゼ」他をいい、免許申請の却下処分を取り消した。本判決について、「実体的判断代置的司法審査方式を排し、英米流の公正手続の原則を解釈論の平面に持ち込み、これによって行政の判断過程の統制を図ったもので、いわば、事前手続の創造と判断過程の統制の混合型である」、「この判決は諸外国において行政手続の法理や判断過程の統制を形成した先駆的判決と軌を一にする面があり」、「判例による行政法原則の創造に不慣れなわが国の法意識の下では、きわめて斬新かつ衝撃的なもので、多くの波紋を投げた」、同判決は、「形式に墮しがちな聴聞、公聴会手続に徹底的な批判のくさびを打ち込み、わが国における公正手続法の研究、その形成発展に一大転機を画し、また、行政手続と司法手続の合理的な機能分担のあり方、ないし行政行為の司法審査のあり方についても、新しい問題を提起するものであった」[阿部 1975: 50] という好意的コメントがある。他方、同判決について、「裁判所が、現在まだ実定法化しているとはいえない行政手続法に関し、独断的に、一つのあるべき理想像を想定し、それに照らして、実際に行なわれた免許申請の審査手続が不備、不十分であったとして違法であるとした」と理解し、「現行法制下では、せいぜい、当・不当の行政庁の裁量問題として扱うべきもので、司法審査の対象となるような適法・違法の問題ではないのではないか」⁸⁾ [S.H.E. 1968: 50] とする批判もある。

【ふ風俗関係】

S-41.4.12 [ふ風俗(個室付浴場) / 不許可 / 無効確認] 大阪地判は、「本件浴場は営利企業とし

8) 同コメントは、「バス事業、すなわち、路線を定めて定期に運行される一般乗合旅客自動車運送事業の免許は、一般に、行政法学の上いわゆる公企業の特許的なものとして考えられているが、裁判所は、この考え方を排斥して、営業の自由を前提とする警察許可的なものとして扱った」[S.H.E. 1968: 50] ことも批判する。

ての性格が強いテーゼ」,「配置の適正を理由に本件浴場の設置を場所的に制限することは憲法の精神に適合しないテーゼ」をいい,原告の無効確認の請求を認容した。本判決について,「第51回国会で改正された後の風俗営業等取締法第4条の4の規定によると,一団地の官公庁施設,学校,図書館,児童福祉施設その他その周辺における善良の風俗を害する行為を防止する必要がある施設の附近にトルコぶろを設けることは禁止され,また,都道府県は,条例で地域を定めて,その地域内にトルコぶろを設けることを禁止することもできることとされたが,そういう設置禁止区域以外では,トルコぶろの設置許可は,依然として公衆浴場法第2条の基準により行なわれるわけであり,その意味で,本判決は,「なお今日の意義をもつ」,「原告の経営する本件トルコぶろは,銭湯のように周辺住民によって日常継続的に反覆利用されるものではなく,公共性のある厚生施設というよりむしろ営利企業としての性格が強いものであることなどの点が認められ,本件浴場の設備,構造,営業形態などが,銭湯のそれと異なり,「解釈論としても,大阪地裁のような立論の仕方は可能なのではなからうか」⁹⁾ [S.H.E. 1966: 58, 59, 61] とのコメントの他,「本件のような問題がおきるのも所詮立法の不備によるものであるから,当然の結果であろう。むしろ,トルコ風呂営業法でも設けるか風俗営業の一態様として規制するのが合理的であろう」,「トルコ風呂には距離制限の規定は適用はない」,「本件不許可処分は違法であるが,そのみならず,重大明白な違法といってよい」[阿部 1969: 193] とのコメントがある。

S-49.7.8 [ふ風俗(個室付浴場)／営業停止(児童遊園設置認可)／国賠] 仙台高判は,停止処分に対する国家賠償請求を認めなかった1審判決を,「本件認可処分はトルコ風呂営業を阻止することを直接の動機としてなされたテーゼ」でもって取り消した。本判決の考え方について,「ある意味では歯切れがよすぎる感もあるが,その事実関係がここに認定されたとおりとすれば,こういう結論が出てくるのもやむを得ないところであり,近頃,市町村や都道府県の当局が,住民運動や声の大きいマスコミなどにおされて,しばしば,本来の行政姿勢をやや曲げたような措置をするのに対する頂門の一針ともいえるものであって,その点の勇敢さと率直さとは評価してよい」¹⁰⁾ [S.H.E 1975: 58] とする肯定的な評価がある。他方,本判決に対し,「たしかに,一般論としていえば,行政庁が本来の公益目的のためにではなく,もっぱら特定人に害を加えることを目的として,その権限を行使した場合には,権限の濫用であり違法と解される」としながらも,「昨今では,地方公共団体は地域環境を保全し地域住民の環境権を保護することをその重要な使命に加えるに至っているのであり,住民の意向を反映して健全な町づくりに努むべき地位にある。これらの事情を考える

9) 本コメントは,「ただ,この考え方で行くと,トルコぶろの設置については,距離制限による抑制がきかないことになり,その設置が野放しになることになりそうである。公衆浴場法の関係からいえば,その設備が公衆衛生的見地から基準に適合していれば許可せざるを得ないことになるからである。トルコぶろの営業形態が風俗警察的見地からの取締りを要する状況にあることは認められるが,そういう見地からする取締りは,たとえば,風俗営業等取締法の系統によってすべきもので,これを公衆衛生の維持を目的とする公衆浴場法の運用でまかなおうというのはいささかすじちがいが」[S.H.E. 1966: 61] と続ける。

10) もっとも,本コメントは,「余目町の地元で,婦人団体などによるトルコぶろ反対運動を批判しているわけではない。地元でこういう反対運動が起こるのは,一般のトルコぶろの営業実態からいって,ある程度,自然のことともいえる」とし,「問題は,町や県の当局が,こういう反対運動におされて,立法政策論としてはともかく,現行法上は,正当に営業することの認められているトルコぶろの営業をすじのとおらないやり方をもって間接的に妨害阻止しようとしたところにある」[S.H.E 1975: 58] と続ける。

と、町が、住民の反対運動を契機にして従来の政策を深く反省し、トルコ風呂などのない健全な環境のもとに児童福祉施設の充実をはかるべく在来の政策を変更することは、町として当然の対応であり、むしろ望ましい場合すらある」。「本判決は、住民運動に嫌悪感を抱くあまり、営業の自由を過大視しこれを形式的に尊重して、地方公共団体の環境形成という重大な使命についての配慮を軽視ないし無視したきらいがないではないようにおもわれる」〔原田 1976：146, 147, 148〕という批判がある。

【ゆ輸入】

S-52.9.22〈ゆ輸入（毒物）／登録拒否／取消〉東京高判は、「営業の自由の制限は必要最小限度テーゼ」、「毒物及び劇物取締法5条は登録の申請を拒否し得る場合を限定テーゼ」等でもって、毒物・劇物輸入業の登録申請拒否処分を取り消した。本判決について、毒物及び劇物取締法を「文理解釈して登録申請人の権利を尊重したので、国民の権利の保護に徹しているかにみえるが、一步誤れば多数国民の生命・身体に危害を及ぼしかねない保健衛生行政に対する理解が足りなかったとの批判は免れない」¹¹⁾〔細川 1978：78〕とのコメントがある。

(2) 「憲法の趣旨を勘案した法令の限定解釈（合憲限定解釈）・処分，訴追は法令の射程外／処分は違法，無罪」アプローチ

(A) 概要

これは、法令が憲法22条に違反し無効であり、それに基づく処分、もしくは訴追も無効である、または、法令の当該事例への適用は、違憲、違法であるとの主張について、法令の合憲限定解釈¹⁾により、問題となった事例は限定された法令の射程に入らないとして、処分は違法、もしくは無罪とするアプローチである。このアプローチの職業選択の自由へのコミットは強く、職業選択の自由制限へのコミットは弱い。

(B) 裁判例

(1) H-4.7.15〈し酒類／免許拒否（経営・需給）／取消〉宇都宮地判平成4年7月15日（訟月39巻4号708頁，②→H-6.1.27東京高裁，③→H-10.7.3最2判）は、原告の主張—酒税法9条1項，10条10号，11号は憲法22条1項に違反する—について、「職業選択の自由テーゼ」(⇒(C)(1)【全体】ア))，「積極的な社会経済政策テーゼ」(⇒(C)(2)【全体】ア))，「精神的自由と比較して公権力による規制の要請がつかないテーゼ」(⇒(C)(2)【全体】イ))，「社会経済政策上の積極的な目的の分野での立法府尊重の司法哲学」(⇒(C)(3)ア))をいい、裁判所が「個人の経済活動の

11) 本論者は、「一般論として、国民も裁判所も、行政庁が法の精神を酌んだうえでより弾力的な法の解釈をすることを期待しているように思われる。国民多数の健康を重視してXの登録申請を拒否した厚生大臣の本件処分は、結果の妥当性を慮った極めて合理的な法律の解釈・適用であって、当然是認されるべき」〔細川 1978：78〕という。

1) 以下で見ると、最大判昭和59年12月12日（札幌税関検査事件，民集38巻12号1308頁）は、合憲限定解釈について、「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならない。また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならない」とするが、本稿では、このような厳格な定義をせず、「憲法の趣旨を踏まえ、法令を限定的に解釈するアプローチ」と広く捉える。したがって、多様な『合憲限定解釈』がありうると考える。

自由に対してなされる法的規制措置」の「合憲性を判断するに際しては、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることが明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができる」とし、「明白性の原則」をいうものの逡巡²⁾、結局、一種の「総合衡量原則」—「酒税制度の国家財政における重要性、徴税の確保の必要性との関連において、免許制度の必要性、合目的性、より緩やかな規制の有効性、経済活動の自由に対する制限の強度等を比較考量して、立法府の裁量を踏まえつつ、規制措置が必要性、合理性を有するかを検討することにより決するほかない」—をいう。そして、「免許制度は国家財政上重要な酒税収入の確保を図るテーゼ」(⇒(C)(2)【し酒類販売】ア))をいい、「酒税徴収の確保という立法目的達成は、より緩やかな規制によっては十分に果すことができないとの判断のもとに、立法府が酒販免許制度を採用したことは是認できないものでなく、立法府の立法裁量の範囲内の選択である」、「立法府が、その裁量権を逸脱して、立法目的の実現のみを重視して、不当に職業の自由を制限していると断ずることは困難である」とする。さらに、「酒税収入が低下したとしてもテーゼ」(⇒(C)(2)【し酒類販売】イ))をいうが、「免許拒否要件の拡大解釈適用は職業選択の自由には違反する疑いテーゼ」(⇒(C)(1)【し酒類】ア))をいう。そして、酒税法10条10号該当性について、「経営能力要求テーゼ」(⇒(C)(2)【し酒類】ウ))をいうが、事案を検討し、同号該当性を否定する。また、10条11号該当性については、「十分な判断資料をもとに本件処分がなされたとは言いがたい」、「同号該当性の判断を誤ったか、少なくとも裁量権を濫用ないし逸脱した違法がある」とし、免許申請に対する拒否処分を取り消す。

(2) H-8.3.29〔し酒類／条件(需給)／刑〕広島高岡山支判平成8年3月29日(判時1582号149頁)は、被告人の主張—酒税法9条1項、11条1項は憲法22条1項に違反する—について、「免許拒否要件の拡大解釈適用は職業選択の自由には違反する疑いテーゼ」(⇒(C)(1)【し酒類販売】ア)注13)、をいい、「本件酒類の授受は」卸売に該当せず、「小売に限るとの条件違反にも該当」しない、とし、酒類販売業免許の小売に限るとの条件に違反したとして有罪とした原判決を破棄し、被告人を無罪とする。

(3) H-9.10.27〔し酒類販売／条件解除拒否(需給)／取消〕仙台地判平成9年10月27日(税資229号298頁)は、原告の主張—酒類販売業免許の「小売に限る」旨の条件解除申請の拒否処分は違法である³⁾—について、税務署長が46年通達によらなかったことの違法性の主張を斥ける⁴⁾。そ

2) 本判決は、「酒販免許制度の目的は、酒税の保全にあると理解されるところ、この目的自体は、国の財政政策に関するものとはいえ、租税の賦課徴収権そのものに関するものでなく、むしろ既に成立した酒税債権を確実に徴収するための手段方策にかかわるものであり」、「その合憲性を審査するにおいては」、「直截に社会経済政策上の積極目的のために経済的自由を制約する場合の合憲性を判断する基準である明白の原則によることは相当でない」としつつ、「他方、酒税制度を、その徴収を確実にするための措置、方策と切り離して考えることもできないところであり、酒税確保のための措置選択については、立法府の裁量は相当程度に広範なものとして尊重されるべきであるから、基本的人権の内在的制約に基づく消極目的のために経済的自由を制約する場合の基準を用い、よりゆるやかな制限によっては規制の目的を十分に達成することができないかどうかを厳格に検討して、合憲性を審査することも相当でない」という。

3) 原告は、酒税法10条11号、11条1項にいう「酒類の需給の均衡の維持」を具体化する46年通達は、38年通達の基準を著しく緩和してその裁量の内容、基準を改め、下級機関にこれを遵守するよう明示、しかも、国民に対し酒税法12条2項の裁量の基準を公開し、基本的人権たる職業選択の自由の範囲を拡大することを宣明したものであり、法規に準ずるものであるから、税務署長がこれを適用しなかった本件拒否処分は違法である、と主張する他、平成元年の通達によらなかったことの違法、需給の均衡の維持の必要性の判断の違法を主張した。

して、「免許制度は国家財政上重要な酒税収入の確保を図るテーゼ」(⇒(C)(2)【し酒類販売】ア))をいうが、「免許拒否要件の拡大解釈適用は職業選択の自由に違反する疑いテーゼ」(⇒(C)(1)【し酒類】ア)),「具体的事実により客観的に根拠付けられる必要テーゼ」(⇒(C)(1)【し酒類販売】イ))をいう。そして、事案を検討して、「本件^マ許否処分は被告署長の裁量権を逸脱した違法なもの」とし、条件解除申請に対する拒否処分を取り消す⁵⁾。

(4) H-10.7.3〈し酒類／免許拒否(経営・需給)／取消〉最2判平成10年7月3日(集民189号11頁, ①→H-4.7.15宇都宮地判, ②→H-6.1.27東京高判)は、上告人の主張—酒税法9条1項, 10条10号, 11号は憲法22条1項に違反しないとし、上告人は法10条10号, 11号の免許拒否要件に該当するとした原審の判断は誤っている—について、「免許制度は国家財政上重要な酒税収入の確保を図るテーゼ」(⇒(C)(2)【し酒類販売】ア)), 「免許拒否要件の拡大解釈適用は職業選択の自由に違反する疑いテーゼ」(⇒(C)(1)【し酒類販売】ア))をいう。そして、本件申請の10条10号該当性について、「原審の挙げる点は、上告人の経営が順調とまではいえないというにとどまり、その基礎が薄弱であると断ずる根拠としては不十分」とする。また、本件申請の10条11号該当性について、「具体的事実により客観的に根拠付けられる必要があるテーゼ」(⇒(C)(1)【し酒類販売】イ))をいい、「本件処分当時、本件申請が法10条11号に該当すると断定することはできない」、「本件申請が小売基準数量要件を充足するにもかかわらず、なお酒類の需給均衡を破るおそれがあるというべき具体的な事由があるかどうかにつき更に審理を尽くして判断する必要がある」とし、原判決を破棄し、東京高裁に差し戻す。

(5) H-22.12.20〈ほ法務(行政書士)／禁止(書類作成)／刑〉最1判の宮川補足意見は、「行政書士法にいう『事実証明に関する書類』の外延は広く、職業選択・営業の自由と調和し得るよう合理的に限定解釈されるべきテーゼ」(⇒(C)(1)【ほ法務関係】ア)), 「行政書士の資格を有しない者が家系図作成を行うと国民生活や親族関係に混乱を生ずる危険があるというのは大仰にすぎるテーゼ」(⇒(C)(1)【ほ法務関係】イ))をいい⁶⁾、被告人の家系図作成行為は行政書士法19条1項に違反しないとし、被告人を無罪とする。

(6) H-26.4.25〈ふ風俗(ダンス)／無許可／刑〉大阪地判平成26年4月25日(裁判所ウェブ, ②→H-27.1.21大阪高判)は、被告人の主張—ダンスホールの無許可営業を処罰する風営法2条1項3号, 3条1項, 49条1号の規定(以下、各規定と呼ぶことがある)は、憲法22条1項に違反する—について、3号のダンス営業の許可制の合憲性の判断に先だち、「善良な性風俗秩序の維持及び少年の健全な育成に障害を及ぼす行為の防止テーゼ」(⇒(C)(2)【ふ風俗関係】ア))をい

4) 本判決は、「46年通達は、酒税法上の免許事務の処理に当たって依拠すべき同法の解釈基準等を示した38年通達及びこれに付属する取扱要領における卸売及び小売の区分という制度上の制約を緩和する特別措置を定めたものにすぎず、それ自体が法規性を有するものとはいえず、「被告署長が本件許否処分に当たって46年通達に従わなかったとしても、そのことから直ちに右処分が違法となるものではない」として斥ける。

5) 本判決は、国家賠償の請求については、「本件^マ許否処分が違法であり、取り消されるべきであるとしても、行政処分上の違法が、直ちに損害賠償上の違法性と認められるわけではない」とし、棄却する。

6) 宮川補足意見は、「本件では、被告人は手数料を支払って行政書士から『戸籍謄本・住民票の写し等職務上請求書』を取得し、戸籍・除籍謄本の請求を行うという不正行為^マ」を行っており、その点に問題があるというべきであるが、そうした行為は、本来、行政書士の自覚と自律を高めることにより予防すべきことであり、そして、今後は、戸籍法133条により不正行為者を処罰することとなる」という。

いつつ、「職業選択の自由テーゼ」(⇒ (C) (1) 【全体】 ア))をいい、「本件各規定の規制対象となる営業については、これらの憲法上の権利を不当に制約することのないように、規制目的との関係で必要かつ合理的な範囲に限定すべく、慎重に解する必要がある」とする。そして、「本件各規定による規制の目的のほか、当該規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮して検討すると、許可の対象とされる3号」のダンス「営業とは、形式的に『ナイトクラブその他設備を設けて客にダンスをさせ、かつ、客に飲食をさせる営業』との文言に該当することはもちろん、その具体的な営業態様から、歓乐的、享乐的な雰囲気や過度に醸成し、わいせつな行為の発生を招くなどの性風俗秩序の乱れにつながるおそれが、単に抽象的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められる営業を指す」、「このようなおそれが実質的に認められるかどうかは、客が行っているダンスの態様、演出の内容、客の密集度、照明の暗さ、音量を含む音楽等から生じる雰囲気などの営業所内の様子、ダンスをさせる場所の広さなどの営業所内の構造設備の状況、酒類提供の有無、その他性風俗秩序の乱れにつながるような状況の有無等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である」と限定解釈する。続いて、3号のダンス営業の許可制の合憲性について、「無許可営業の規制は職業の自由を制約するテーゼ」を再度いい、「総合的衡量原則」—「職業の自由の制約が是認されるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量した上で慎重に決定される」—をいう。そして、「職業の許可制は強力な制限テーゼ」(⇒ (C) (1) 【全体】 イ))をいい、職業の許可制の「合憲性を肯定するためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」とし、さらに、50年薬事法判決を援用し、「それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するより緩やかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によってはその目的を十分に達成することができないと認められることを要する」(LRAの基準—中谷)という。そして、「ダンス営業の無許可営業に対する規制は、消極的、警察的目的テーゼ」(⇒ (C) (2) 【ふ風俗関係】 イ))をいい、「これが国民全体にとっての重要な公共の利益に当たることは明らかであり」、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であるとともに、職業活動の内容及び態様に対する規制によってはその目的を十分に達成することができないと認められるから、憲法22条1項に違反」しないとす。かくして。限定解釈された風営法2条1項3号のダンス営業の概念を事案にあてはめ、「本件当日、本件店舗において、歓乐的、享乐的な雰囲気を過度に醸成し、わいせつな行為の発生を招くなど、性風俗秩序の乱れにつながるおそれが実質的に認められる営業が行われていたとは、証拠上認めることができない」とし⁷⁾、被告人を無罪とする。

7) 本判決は、本件各規定は、表現の自由の制約に当たるとの主張について、「重要な立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的なものといえることができるから、憲法21条1項に違反するものではない」とする。また、本件各規定は、性風俗秩序の著しい乱れが生ずる具体的な危険が典型的に存在しないクラブにおける『ダンスをさせる営業』をも含めて一律に事前規制の対象とする点で、過度に広汎な規制となっており、また、一般人において、風営法の条文から具体的にいかなる営業が規制対象となるのかを読み取ることができず、刑罰法規としての明確性を著しく欠いており、憲法21条1項、31条に違反するとの主張について、最大判昭和59年12月12日(≡《積Ⅰ》αタイプ(2)注1)、最3判平成19年9月18日(広島市暴走族追放条例事件、刑集61巻6号601頁)等を援用し、「本件各規定による規制の対象となるのは」、「その具体的な営業態様から、歓乐的、享乐的な雰囲気を過度に醸成し、

(7) H-27.1.21 〈ふ風俗（ダンス）／無許可／刑〉大阪高判平成27年1月21日⁸⁾ (Westlaw, ① → H-26.4.25 〈ふ風俗（ダンス）／無許可／刑〉大阪地判)は、控訴人の主張一風営法2条1項3号のダンス営業の限定的な解釈を行い、無罪とした原判決には法令適用の誤りがある一について、原審のいう「善良な性風俗秩序の維持と少年の健全な育成に障害を及ぼす行為防止テーゼ」(⇒ (C) (2) 【ふ風俗関係】ア))が規制目的として狭い点を、「ダンス営業規制の主目的は性的逸脱行為の発生を防ぎ健全な性風俗秩序の維持テーゼ」(⇐ (C) (2) 【ふ風俗関係】ウ))でもって批判しつつも、「営業の許可制は職業の自由に対する強力な制限テーゼ」(⇒ (C) (1) 【全体】イ))をいい、「営業の内容及び態様に対する規制によっては弊害防止の規制目的が達成されない場合に必要性和合理性が認められ」、3号のダンス「営業として規制される営業の範囲については、その規制目的を達成するのに必要な限度で認めるのが相当であり」、「原判決」「説示のうち、これと同旨といえる前段部分の判断は正当である」と肯定する。しかし、「営業開始後の実態をも含む諸般の事情を考慮して規制の対象となる営業に当たるか否かを判断すべきとする原判決の3号営業に関する「解釈は、判断の基準時という観点からして、事前許可制と矛盾し、「3号のダンス「営業に対する許可制を定める風営法の解釈としては採ることができない」⁹⁾と批判しつつ、「客にダンスをさせ、

わいせつな行為の発生を招くなど、性風俗秩序の乱れにつながるおそれが実質的に認められる営業に限られ」、「このような解釈の下においては、本件各規定が規制目的との関係で過度に広汎な規制であるとも、その規制対象が不明確なものであるともいうことはできない。また、このような規制の対象となる営業は、その内容からして、一般人にとっても判断することは可能」であるとして斥ける。

- 8) 上告審、最3決平成28年6月7日 (Westlaw)は、「検察官の上告趣意のうち、憲法の解釈の誤りをいう点は、原判決が所論のような憲法の解釈を示したものとはいえないから、前提を欠き」、50年業事法判決「を引用して判例違反をいう点は、同判例は事案を異にし、本件に適切でなく、福岡高裁宮崎支部昭和54年(う)第21号同年7月17日判決を引用して判例違反をいう点は、同判例が所論のような趣旨の法律判断まで示したのではないから、前提を欠く」として、上告を棄却する。
- 9) 本判決は、「事前規制としての3号」のダンス「営業の許可制を運用するためには、営業開始前である申請時及び審査時において、当該営業3号営業に該当するか否かを判断できる基準でなければならないが、客の密集度など、実際に営業を開始した後でなければ明らかになり得ない事情、さらに、演出や照明、音量などの営業内容によって容易にかつ様々に変化し得る事情を考慮要素に含めて、諸般の事情を総合して決するという原判決の挙げる判断基準は、実際に行われた営業に対する事後の総合判断には適するとしても、営業開始前の時点における該当性審査になじまないことが明らかであり、事前規制である許可制の運用を著しく困難にする」、「また、原判決の示す、性風俗秩序の乱れにつながるおそれが抽象的なものにとどまらず現実的に起こり得るものとして実質的に認められる営業という基準も、実際に行われた営業に対する事後の判断ではなく、営業開始前における判断の基準としては、その内容が明確とはいえないのであり、諸般の事情を総合して判断するという原判決の示した判断手法をも考慮すると、このような基準による判断は、許可申請の要否を決めなければならない一般人にとって困難であることが明らかである」と批判する。また、原判決が、最大判昭和59年12月12日(⇐《積I》αタイプ(2)注1))、最3判平成19年9月18日等を援用し、限定解釈は許されるとする点について、「法律が憲法に適合するように裁判所が限定解釈をなし得るのは、その解釈による規制対象とそれ以外のものを明確に区別して示すことができ、かつ、当該規定の解釈としても合理的なものである場合に限られるところ、原判決の示す3号営業の解釈では、一般人はもとより規制当局においても3号営業に当たるか否かを許可の申請時及びその審査時に判断することが困難となり、許可制の対象となる営業と対象とならない営業とを区別して示すことができず、かえって恣意的な運用を許す危険がある」、「それらの判例は、「既に発生した具体的事実に対する事後の規制を定めた法規を解釈適用した事案であ

飲食をさせる営業が全て3号営業に該当し、風営法による規制対象となると解するのが相当ということにはならない」とし、「立法事実の変遷テーゼ」(⇒(C)(1)【ふ風俗関係】イ))をいい、「立法事実が変遷していることを踏まえ、設備を設けて客にダンスと飲食をさせる営業であれば、男女間の享乐的雰囲気や過度に醸成するおそれがあるか否かを問わず一律に3号」のダンス「営業として規制の対象とすることは」、「3号」のダンス「営業に対する規制目的に照らして必要のない範囲にまで規制を広げることになり、妥当ではない」、「ダンス及びダンスをさせる営業の多様化により、遅くとも本件当時には、全ての種類、様式のダンスが3号営業の要件となるダンスに当たるとする解釈の合理性は失われていた」、「そうすると、3号営業の要件となるダンスの種類、様式は」、「3号」のダンス「営業に対する規制目的から見て規制が必要なものに限られるべきである」という。また、「付随的な規制目的は、他の法令による規制によっても抑制可能テーゼ」⇒(C)(1)【ふ風俗関係】ウ))ともいう、かくして、「風営法2条1項3号にいう『ダンス』とは、男女が組になり、かつ、身体を接触して踊るのが通常の形態とされているダンスを指し、風営法が3号営業として規制する営業は、設備を設け、このようなダンスを客にさせ、かつ、客に飲食をさせる営業であると解するのが相当」とし、「本件の証拠関係からは」、そのような「ダンスを客にさせる営業を行っていた事実を認定することはできない」として、被告人に無罪を言い渡した原判決の結論は正当であるとして、控訴を棄却する。

(8) H-30.11.14 [い医業関係/禁止(入墨)/刑] 大阪高判平成30年11月14日(裁判所ウェブ、①→H-29.9.27大阪地判、③→R-2.9.16最2決)は、被告人の主張—医師法17条は、本件行為に適用される限りにおいて憲法22条1項に違反する—について、医師法17条にいう医業の意義につき、「学説は医療関連性要件も必要説テーゼ」(⇒(C)(1)【い医業関係】ア))をいい、「医業の内容である医行為については、保健衛生上の危険性要件のみならず、当該行為の前提ないし枠組みとなる要件として、弁護人が主張するように、医療及び保健指導に属する行為であること(医療関連性があること)、従来の学説にならった言い方をすれば、医療及び保健指導の目的の下に行われる行為で、その目的に副うと認められるものであることが必要である」という。さらに、「医療及び保健指導と関連性を有しない行為は医師法による規制の対象外テーゼ」(⇒(C)(1)【い医業関係】イ))、「医療関連性要件も必要とする解釈の方が処罰範囲の明確性に資する」(⇒(C)(1)【い医業関係】ウ))、「美容整形外科手術等は医行為に該当テーゼ」(⇒(C)(1)【い医業関係】エ))、「最高裁判例は医療関連性要件も必要説テーゼ」(⇒(C)(1)【い医業関係】オ))をいい、本件タトゥー施術が医師法17条で禁止される医行為に該当するかについて、「タトゥー施術は保健衛生上の危険性要件を満たすテーゼ」(⇒(C)(2)【い医業】ア))をいいつつも、「タトゥー施術は医療と関連

り、営業に対する事前の許可の要否に係る3号営業の解釈に妥当するかは疑問がある」と批判する。さらに、弁護人が、原判決の採用した上記解釈の基準及び手法は、最2判平成24年12月7日(堀越事件最高裁判決、刑集66巻12号1337頁)の判断枠組み及び手法を事実上援用したものであり、合憲性審査における合理的な限定解釈として評価すべきであるとの主張について、「同判例は、規範的ないし評価的な構成要件について、条文の文言、趣旨、目的等を考慮した解釈に基づき、行為者の地位、権限及び行為態様等の具体的要素を挙げて、該当するかどうかの当てはめの判断をしたものであるが、本件では構成要件が具体的に規定されている上、許可の要否に係る事前判断が求められる点で、事案が異なっており、しかも、原判決は、総合判断に当たって個々の考慮要素を列挙するにとどまっているのであって、事後的にも、無許可営業として処罰される場合かどうかの類型的判断が行われているとはいえない。原判決の用いた判断基準及び判断方法は、上記判例に照らしても相当とはいえない」と批判する。

を有する行為であるとは考えられてこなかったテーゼ」(⇒(C)(1)【い医業関係】カ))をいう。かくして、本件タトゥー施術は、「医師法17条が禁止している医業の内容である医行為には該当しない」とし、原判決を破棄し、被告人を無罪とする。なお、末尾で、「付言」とし、「タトゥー施術業を営むために医師免許が必要とすれば、職業選択の自由を制約するテーゼ」(⇒(C)(1)【い医業関係】ク))をいい、「原判決も、これを前提として判断している」と理解するが¹⁰⁾、原判決が、「医師法17条は国民の保健衛生上の危害を防止するという重要な公共の利益保護を目的とするテーゼ」(⇐《消Ⅲ》(24)(C)(2)エ))を強調し、医療関連性要件を不要とし、「消極的・警察的目的を達成するためには、営業の内容及び態様に関する規制では十分でなく、医師免許の取得を求めること以外のより緩やかな手段によっては、上記目的を十分に達成できない」とした点について、「他の規制手段で保健衛生上の危害発生の防止は可能テーゼ」(⇒(C)(1)【い医業関係】ケ))でもって批判し、「結局、医師に入れ墨(タトゥー)の施術を独占させ、医師でない者のタトゥー施術業を医師法で禁止することは、非現実的な対処方法というべきであり、そのような医師法の解釈は合理性、妥当性を有しない」という。

文献リスト

- 阿部泰隆 1969 「営業不許可処分無効確認訴訟の訴の利益の有無」『自治研究』45巻1号：193-200。
阿部泰隆 1975 「公正手続の観点からする行政行為の司法審査」『ジュリスト』598号：49-58。
伊藤健 2022 「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律19条の憲法適合性」『新・判例 Watch』vol. 31: 15-18。
S.H.E. 1966 「配置の適正を欠くという理由でトルコプロの設置を許可しないのは違法」『時の法令』583号：57-61。
S.H.E. 1968 「群馬中央バス事件の第二審判決」『時の法令』638号：50-59。
S.H.E. 1975 「トルコぶろの設置を邪魔する目的で児童遊園を児童福祉施設として認可した県知事の行為は違法な公権力の行使にあたる」『時の法令』893号：52-58。
武田芳樹 2022 「あん摩マッサージ指圧師養成施設非認定事件上告審判決」『判例セレクト Monthly』503号：125。
原田尚彦 1976 「トルコ風呂建設の阻止を目的とした児童遊園の設置が行政権の濫用とされた事例」『自治研究』52巻1号：142-151。
細川俊彦 1978 「護身用噴霧器の輸入業の登録を、法令で明定する登録拒否事由以外の事由によって拒否した厚生大臣の処分を取消したが、国の国家賠償責任を否定した事例」『法律のひろば』31巻3号：74-80。

10) 本判決は、原判決が、50年薬事法判決を援用して、「免許制は強力な制限テーゼ」をいい、職業の免許制の「合憲性を肯定するためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」とし、職業の免許制が「自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的・警察的措置である場合には、職業の自由に対するより緩やかな制限によってはその目的を十分に達成することができないと認められることを要する」と説示したこと自体は「正当である」という。

Judicial Passivism and Activism concerning Freedom to Choose Occupation (12)

Minoru NAKATANI

要 旨

筆者の研究は、憲法の各分野における最高裁の多数意見、補足意見、反対意見、さらに下級審判決を網羅的に収集し、筆者の消極主義、積極主義という枠組みによる体系的・時系列的分析を通じ、憲法判例形成の全体像を明らかにし、あるべき司法像を探ろうとするものである（『日本における司法消極主義と積極主義Ⅰ』勁草書房〔2015〕、「公務員の政治的行為をめぐる司法消極主義と積極主義（1）—（8）」（1）（3）（4）（7）アカデミア社会科学編10号〔2016〕, 11号〔2016〕, 12号〔2017〕, 14号〔2018〕, （2）（5）（6）（8）南山法学39巻3・4号〔2016〕, 40巻3・4号〔2017〕, 41巻号〔2018〕, 41巻3・4号〔2018〕）。本稿は、職業選択の自由に関する判例を素材とする既発表論文「職業選択の自由をめぐる司法消極主義と積極主義（1）—（11）」（1）（4）（6）（8）（11）南山法学42巻3・4号〔2019〕, 43巻3・4号〔2020〕, 44巻3・4号〔2021〕, 45巻3・4号〔2022〕, 46巻3・4号〔2023〕, （2）（3）（5）（7）（9）南山大学アカデミア社会科学編17号〔2019〕, 19号〔2020〕, 20号〔2021〕, 22号〔2022〕, 23号〔2022〕, 24号〔2023〕に続くものであり、消極主義Ⅲのアプローチとして、（30）「総合的衡量・重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置・社会福祉、社会経済目的（経済的弱者保護）・著しく不合理であることが明白でない／処分は適法」アプローチを、積極主義のアプローチとして、《積極主義Ⅰ》 α タイプ（1）「裁量権の範囲を逸脱、又は濫用／処分は違法」アプローチ, （2）「憲法の趣旨を勘案した法令の限定解釈（合憲限定解釈）・処分、訴追は法令の射程外／処分は違法、無罪」アプローチ（A）（B）を扱う。