

論 説

職業選択の自由をめぐる
司法消極主義と積極主義 (11)

中 谷 実

I はじめに

《凡 例》

— 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

《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
- (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

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って

(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

【お詫びと修正・追加】

—以上(8), 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

職業選択の自由をめぐる司法消極主義と積極主義 (11)

- (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
- (22) 「(社会経済政策上の積極目的)・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) ——

II—《消極主義 III》

[承前]

- (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
う手段なし/有罪」アプローチ

(A) 概 要

これは, 法令自体の憲法 22 条 1 項適合性は争わないが, 法令に基づく訴追は同条に違反するとの主張に対し, 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」であるかを問い, 規制目的を消極目的と捉え, 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できないかを問い (LRA の基準), 十分に達成できないとすることにより, 法令は, 憲法 22 条 1 項に違反せず, その適用も合憲として有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) H-29.9.27〔医業関係/禁止(入墨)/刑〕大阪地判平成29年9月27日(判タ1451号247頁, ②→H-30.11.14大阪高判, 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, 「医行為とは医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為テーゼ」(⇒(C)〈2〉【い医業関係】ア))をいい, 被告人の主張する「医療関連性理論」を否定する¹⁾。そして, タトウの施術を検討し, 「入れ墨の施術は保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為テーゼ」(⇒(C)〈2〉【い医業関係】イ))をいう。そして, 憲法22条1項適合性について, 「公共の福祉テーゼ」(⇒(C)〈2〉【い医業関係】ウ))をいいつつ, 「免許制は強力な制限テーゼ」(⇒(C)〈1〉【全体】ア))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」とする。そして, 50年薬事法判決を援用し, 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」とし, 「医師法17条の目的は国民の保健衛生上の危害防止という重要な公共の利益保護テーゼ」(⇒(C)〈2〉【い医業関係】エ))をいい, 「入れ墨の施術は保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為テーゼ」を繰り返し, 入れ墨の施術を「医師免許を得た者にのみ行わせることは」, 「重要な公共の

1) 「医療関連性理論」とは, 医業の内容となる医行為の定義について, 「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為要件」の他に, 「医療及び保健指導に属する行為要件」も満たさなければならないとする主張である。本判決は, この「主張によれば, 医療及び保健指導に属する行為ではないが, 医師が行うのでなければ保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為(例えば美容整形外科手術等)を医師以外の者が行うことが可能となるが, このような解釈が医師法17条の趣旨に適うものとは考えられない」と批判する。

利益を保護するために必要かつ合理的な措置」であり、「このような消極的・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認められ」、本件行為に医師法 17 条を適用することは憲法 22 条 1 項に反しないとして²⁾、有罪とする³⁾。

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

H-29.9.27 <い医業関係/禁止(入墨)/刑> 大阪地判は、上記テーゼをいう。

2) 本判決は、被告人の主張——医師法 17 条が医療関連性を有しないあらゆる保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為を規制しようとするのは、一般人の理解を超えた範囲を禁止の対象としており、刑罰法規として曖昧不明確であって、憲法 31 条に違反する——について、本判決のいう「医行為とは医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為テーゼ」(⇒(C)〈2〉【い医業関係】ア))は、医師法 17 条の「趣旨から合理的に導かれ、通常の判断能力を有する一般人にとっても判断可能である」として斥ける。また、入れ墨を他人の体に彫ることも表現の自由として保障されるべきであり、医師法 17 条は、本件行為に適用される限りにおいて憲法 21 条 1 項に違反するとの主張について、「表現の自由といえども絶対無制約に保障されるものではなく、公共の福祉のための必要かつ合理的な制限に服する」、「国民の保健衛生上の危害を防止するという目的は重要であり、その目的を達成するために、医行為である入れ墨の施術をしようとする者に対し医師免許を求めることが、必要かつ合理的な規制である」として斥ける。さらに、「人が自己の身体に入れ墨を施すことは、憲法 13 条の保障する自由に含まれる」との主張について、同「自由も絶対無制約に保障されるものではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を受け」、「入れ墨の施術に医師免許を求めることは重要な立法目的達成のための必要かつ合理的な手段」であるとして斥ける。

3) 本判決は、「施術の際には施術場所を清掃して養生シートを張ったり、施術用具を滅菌処理したりするなど、被告人なりに衛生管理に努めていたと認められ、被告人の行為によって実際に健康被害が生じた者は認められないこと、被告人には前科前歴がないことなど、被告人に有利な事情も存在する」とし、求刑、罰金 30 万円のところ、20 万円とした。

〈2〉 職業選択の自由制限への強いコミット

【い医業関係】

ア) 医行為とは医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為テーゼ

H-29.9.27 〈い医業関係/禁止(入墨)/刑〉大阪地判は、「医師法 17 条は、医師の資格のない者が業として医行為を行うこと（医業）を禁止している。これは、無資格者に医業を自由に行わせると保健衛生上の危害を生ずるおそれがあることから、これを禁止し、医学的な知識及び技能を習得して医師免許を得た者に医業を独占させることを通じて、国民の保健衛生上の危害を防止することを目的とした規定である」、「同条の『医業』の内容である医行為とは、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」だ、という。

イ) 入れ墨の施術は保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為テーゼ

H-29.9.27 〈い医業関係/禁止(入墨)/刑〉大阪地判は、「被告人が行った施術方法は、タトゥーマシンと呼ばれる施術用具を用い、先端に色素を付けた針を連続的に多数回皮膚内の真皮部分まで突き刺すことで、色素を真皮内に注入し、定着させるといういわゆる入れ墨である。このような入れ墨は、必然的に皮膚表面の角層のバリア機能を損ない、真皮内の血管網を損傷して出血させるものであるため、細菌やウイルス等が侵入しやすくなり、被施術者が様々な皮膚障害等を引き起こす危険性を有している」、「本件行為が保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為であることは明らかである。そのため、入れ墨の施術者は、まず、施術に伴う危険性を十分に認識・理解した上で、保健衛生上の危害発生防止のために、どのような方法・環境で施術を行うかを検討し、選択しなければならない。そして、施術前には、被施術者に対し、入れ墨の危険性を説明することが求められるであろうし、アレルギーや感染症等に関する検査又は診断を行う必要もある。施術中は、被施術者の身体に常に注意を払い、異変が生じた場合には、直ちに施術を中断してその原因を探り、いかなる対処が求められるかを判断し適切な措置をとらなければ

ばならない。また、針先が誤って施術者自身の身体に刺さるなど他人の血液や体液が付着した可能性のある場合には、施術を中断して血液検査をするなど感染防止の措置をとる必要がある。施術後も、ウィルス等の感染を予防するため、施術に使用した針等血液や体液が付着した用具や廃棄物を適正に処理することが求められる。このように、入れ墨の施術に当たり、その危険性を十分に理解し、適切な判断や対応を行うためには、医学的知識及び技能が必要不可欠である」という。

ウ) 公共の福祉テーゼ (≪《消 III》(1)(C)(2)ア))

H-29.9.27 <い医業関係/禁止(入墨)/刑> 大阪地判は、上記テーゼをいう。

エ) 医師法 17 条の目的は国民の保健衛生上の危害防止という重要な公共の利益保護テーゼ

H-29.9.27 <い医業関係/禁止(入墨)/刑> 大阪地判は、上記テーゼをいう。

(3) 司法哲学

本判決は、規制を消極目的とし、LRA の基準を使用するところまでは、積極的な司法哲学といえるが、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」かを問う段階において、規制の方向に強くコミットしており、結局は、消極的な司法哲学といえる。

(D) このアプローチをめぐって

【い医業関係】

H-29.9.27 <い医業/入れ墨/刑> 大阪地判は、規制目的を消極目的と解し、LRA の基準による審査をパスする（即ち、より緩やかな制限によっては、その目的を十分に達成できない）とし、医師法 17 条の適用は憲法 22 条 1 項に違反しないとした。本判決に対して、「規制の態様及び目的を考慮して、規制の必要最小限度を要求する LRA の基準を導いた」、「入れ墨の危険性及び危険防止のための医学的知識・技能の必要性を詳細に検討しており、ここでもそれに基づいて規制を正当化した」と理解しつつ、「本判決は、規制の

必要性・合理性のみを強調し、それによって制約される『入れ墨の施術業』の性質、内容及びその制約の程度を考慮していない」、「入れ墨の施術は、身体への侵襲を伴う点で医業と共通するが」、「表現活動として文化的・芸術的な職種に分類され得るとすれば、求められる職業の要件は医業と根本的に異なるはずである。それにもかかわらず、入れ墨の施術者に医師の資格を求めることは、職業に関連しない知識・技能の習得を課すことになるため、職業の自由に対する制約の程度は極めて大きい」、「また、資格は、本人の努力により取得可能であるとしても、医師免許の取得には多大な時間的・金銭的負担を要することも、考慮されるべきであろう」〔高田 2018:21〕との批判、「本判決は、薬事法事件最判を参照しながら、医師法 17 条を職業選択の自由の制約と位置づけ、これを消極目的規制と性格づけたうえで違憲審査し、合憲判断を導いている。もっとも、許可制の適正配置要件（本人の努力によらない客観的要件）に関する薬事法事件と、本人の能力を問題とする資格制に関する本件とを区別せず、単純に規制の目的のみに着目し判例法理を当てはめることには疑問を感じる。医学的知識を必要とする『保健衛生上の危害が生じるおそれ』を根拠に、一定の行為に医師免許を必要とする措置が一般的には必要かつ合理的とはいっても、本件行為に医師免許を要求（医師法 17 条を適用）することが必要かつ合理的と言いうるかは、慎重な検討を要する」〔濱口 2018:120〕等の批判がある。

(25) 「権利保障なし / 立法行為は適法」アプローチ

(A) 概 要

これは、改正された法令は憲法 22 条 1 項に違反し、国賠法上、その立法行為は違法であるとの主張について、主張される権利は憲法で保障されていないとして請求を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) H-29.9.27〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉東京地判(裁判所 Web, ②→H-30.5.16東京高判)は,原告らの主張——給費制を廃止した裁判所法の平成16年改正は憲法22条1項に違反する——について,「憲法は法曹養成を要請テーゼ」(⇒(C)〈1〉【ほ法務関係】ア))をいうものの,「給費制は憲法上の要請でなく,制度設計は立法に委ねているテーゼ」(⇒(C)〈2〉【ほ法務関係】ア))をいい,「歴史的経緯により,統一司法修習制度及び給費制が昭和22年裁判所法により定められたとしても,それにより創設された給費制は,立法府が当時の社会情勢を踏まえてその制度設計をした結果であり,これが憲法上保障されたものであるということとはできない」とする。さらに,「修習専念義務は給費を受ける権利の根拠とならないテーゼ」(⇒(C)〈2〉【ほ法務関係】イ))をいい,「不利益があることは否定できないテーゼ」(⇒(C)〈1〉【ほ法務関係】イ))をいうものの,「給費制は憲法上の要請でなく,法曹養成の制度設計は立法に委ねているテーゼ」を再度いい,職業選択の自由を侵害しないと¹⁾,

1) 原告らのその他の主張,そして,それらに対する本判決の対応は,次のようである。

【憲法15条違反】 憲法15条の司法修習生の身分・地位に基づいて給費を受ける権利が保障されるとの原告らの主張に対し,「司法修習生は」,「国家公務員ではなく,司法修習は,司法修習生の公的な職務として行われるものではない」として斥ける。

【憲法13条違反】 憲法13条が法曹となるための司法修習を受けるときに給費を受ける権利を認めたとの原告らの主張に対して,「司法修習が法曹となるために原則として必要となる過程であること,法曹が憲法上明記された司法権を担う存在であることを踏まえても」,「原告ら主張の権利を保障したものであるとは解されない」とし,さらに,憲法13条が幸福追求権の一態様として公の利益のための特別犠牲に対して損失補償を求める権利を保障するとの主張も斥ける。

【憲法25条違反】 平成16年改正までの裁判所法67条2項の規定する給費制は,司法修習に専念できる生活保障として最低限度の生活を営むために憲法25条の趣旨を具体化したものであるとの原告らの主張に対し,「旧法に基づいて支給されていた給与は,生活保障のためではなく,立法政策上支給されていたにすぎない」として斥ける。

【憲法27条違反】 司法修習生が憲法27条1項にいう「勤労」をする者に当たり,賃金支払請求権として給付を受ける権利が保障されるとの原告らの主張に対し,「司

法修習は、原告らが自ら選択した法曹という職業になるために受ける必須の教育課程であって、原告らが何らかの公務を提供するものではない」として斥ける。

【立法裁量の制約】 給費制ないし本件権利は、憲法の保障が及ぶ具体的な制度ないし権利であり、給費制の廃止についてはこれが自由裁量ということはあり得ないから違憲であるとの原告らの主張に対し、「給費制ないし本件権利が憲法上保障されていることを前提とする原告らの主張は、その前提を欠く」として斥ける。

【憲法 14 条違反】 司法修習の内容がほぼ同様であったにもかかわらず、新 64 期生は給費を受給できたが、新 65 期生は受給できなかったことは憲法 14 条 1 項に違反するとの原告らの主張に対し、最大判昭和 39 年 5 月 27 日（民集 18 卷 4 号 676 頁）等を援用し、「本件改正に向けた議論では、司法試験合格者数を給費制導入時から大幅に増加することを計画していた中で、① 国家公務員でない司法修習生に給与を支給するという極めて異例である給費制の説明が困難であるとの指摘、② 個人が法曹資格を取得するための司法修習において、受益と負担の観点から必要経費は司法修習生が負担すべきとの指摘、③ 給費制は法曹人口が希少だった時期に導入されたものであるが、法曹人口に係る情勢が大きく変化しているとの指摘などとともに、司法制度改革全体に対する国費の投入のバランスなどの財政面での制約があることも理由として、給費制を廃止すべきとの意見が出され、そういった意見が給費制を廃止して貸与制に移行するとの意見に集約されていった」、「新 65 期生の平均月額支出は、住居費の負担のない者で 13 万 8000 円、住居費の負担のある者で 21 万 5800 円であることからすれば、無利息で利息の負担をすることなく、5 年の期限の利益を得て、修習生活に必要な資金の融通を得られ、長期返済ができる点で、司法修習期間中の生活の基盤を確保するのに合理的な内容である」と述べ、斥ける。さらに、新 64 期生、裁判所書記官との差異が憲法 14 条 1 項違反であるとの主張も斥ける。

【立法行為、立法の不作為の国賠法上の違法】 本件改正及び本件改正後に給費制を復活させなかった立法不作為が国賠法上の違法であるとの原告らの主張に対して、「国会議員の立法行為又は立法不作為が国賠法 1 条 1 項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であって、立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などに、例外的に、「違法の評価を受ける」（最大判平成 17 年 9 月 14 日、最 1 判平成 18 年 7 月 13 日援用）とし、「そもそも本件改正が原告らに憲法上保障されている権利を何ら侵害し、又は、平等原則に違反するものではない」として斥ける。

【損失補償】 新 65 期生が司法修習に従事することが「公共のために用ひる」ことに該当し、憲法 29 条 3 項に基づく損失補償請求権を有しているとの原告らの主張に対して、「憲法 29 条 3 項が定める損失補償は、私人の意に反して強制的に私有財産を公共のために用いる場合に関する規定である」、「司法修習生となることは当該個人の意思に基づくものであり、同項が予定する場合には当たらない」として斥ける。

原告らの請求を棄却する。

(2) H-29.9.27〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉広島地判(裁判所 Web, ②→H-30.10.10 広島高裁)は, 原告らの主張——給費制を廃止した裁判所法の平成 16 年改正は憲法 22 条 1 項に違反する——について, 「憲法は法曹養成を要請テーゼ」(⇒(C)〈1〉【ほ法務関係】ア))をいうものの, 「給費制は憲法上の要請でなく, 法曹養成の制度設計は立法に委ねているテーゼ」(⇒(C)〈2〉【ほ法務関係】ア)), 「修習専念義務は給費を受ける権利の根拠とならないテーゼ」(⇒(C)〈2〉【ほ法務関係】イ))をいい, 「本件改正法が, 法曹になる職業選択の自由を侵害し違憲であるとは認められない」とし²⁾, 原告らの請求を棄却する。

(3) H-29.10.17〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉福岡地判平成 29 年 10 月 17 日(裁判所 Web, ②→R-1.9.19 福岡高判)は, 原告らの主張——給費制を廃止した裁判所法の平成 16 年改正は憲法 22 条 1 項に違反する——について, 「憲法は法曹養成を要請テーゼ」(⇒(C)〈1〉【ほ法務関係】ア))をいうものの, 「給費制は憲法上の要請でなく, 法曹養成の制度設計は立法に委ねているテーゼ」(⇒(C)〈2〉【ほ法務関係】ア)), 「修習専念義務は給費を受ける権利の根拠とならないテーゼ」(⇒(C)〈2〉【ほ法務関係】イ))をいい, 「平成 16 年改正法が, 憲法 22 条に違反するとはいえないとし³⁾, 原告らの請求を棄却する。

2) その他, 本判決は, 原告らの憲法 13 条(人格権としての給費を受ける権利)違反の主張について, 「憲法上何ら司法修習に関する規定がないにもかかわらず, 自由権の包括的な根拠規定である憲法 13 条に基づいて, 原告らが国に対して生活等に支障なく司法修習に取り組むことができるよう求める権利(給費の支給を求める権利)があると解することはできない」として斥ける。その他, 原告らの【憲法 25 条違反】, 【憲法 27 条違反】, 【憲法 14 条違反】, 【立法行為, 立法的不作為の国賠法上の違法】, 【損失補償請求】の主張, 及び, これらに対する本判決の対応については, H-29.9.27〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉東京地判と同旨(←注 1)の該当箇所)。

3) その他, 原告らの【憲法 27 条違反】, 【憲法 14 条違反】, 【立法行為, 立法的不作為の国賠法上の違法】, 【損失補償請求】の主張, 及び, これらに対する本判決の対応については, H-29.9.27〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉東京地判と同旨(←注 1)の該当箇所)。なお, 原告は, 憲法尊重擁護義務を負っている内閣総理大臣らが憲法違反の方針を定めたことについて国賠法上違法な行為であり, 内閣総理大臣らの責

(4) H-29.12.20〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉名古屋地判平成29年12月20日(Westlaw, ②→R-1.5.30名古屋高判)は,原告らの主張——給費制を廃止した裁判所法の平成16年改正は憲法22条1項に違反する——について,「憲法は法曹養成を要請テーゼ」(⇒(C)〈1〉【ほ法務関係】ア))をいうものの,「給費制は憲法上の要請でなく,法曹養成の制度設計は立法に委ねているテーゼ」(⇒(C)〈2〉【ほ法務関係】ア)),「修習専念義務は給費を受ける権利の根拠とならないテーゼ」(⇒(C)〈2〉【ほ法務関係】イ))をいい,給費制の廃止は,憲法22条1項に違反しないとし⁴⁾,原告らの請求を棄却する

(5) H-30.5.16〈ほ法務(修習)/給費制廃止/国賠〉東京高判⁵⁾(訟月65巻5号739頁,①→H-29.9.27東京地判)は,基本的に,前出,1審と同旨で棄却する。

(6) H-30.10.10〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉広島高裁⁶⁾(LEX/DB, ①→H-29.9.27広島地判)は,基本的に,前出,1審と同旨で棄却する。

(7) R-1.5.30〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉名古屋高判(裁判所Web, ①→H-29.12.20名古屋地判)は,基本的に,前出,1審と同旨で棄却する。

(8) R-1.9.19〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉福岡高判令和1年9月19日⁷⁾(LEX/DB, ①→H-29.10.17福岡地判)は,基本的に,前出,1審と同旨で棄却する。

任が認められるべきと主張するが,【立法行為,立法の不作为の国賠法上の違法】と同じ論理で斥ける。

4) その他,原告らの【憲法13条違反】,【憲法25条違反】,【憲法27条違反】,【立法裁量の制約】,【憲法14条違反】,【立法行為,立法の不作为の国賠法上の違法】,【損失補償請求】の主張,及び,これらに対する本判決の対応については,H-29.9.27〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉東京地判と同旨(←注1)の該当箇所)。本判決は,憲法79条6項後段,80条2項後段等により,国民のための司法を担うべく,法曹実務の中で修習に専念するという法曹に準じた身分及び地位にある者であり,公務員に準じた権利の制約を受けており,修習専念義務による制約等に対する対価補償として給費を受ける権利が保障されているとの原告らの主張も斥ける。

5) 上告審,最2決令和1年7月10日(LEX/DB)は,上告棄却。上告審として不受理。

6) 上告審,最2決令和1年7月10日(LEX/DB)は,上告棄却。上告審として不受理。

7) 上告審,最1決令和2年9月3日(LEX/DB)は,上告棄却。上告審として不受理。

(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

【ほ法務関係】

ア) 憲法は法曹養成を要請テーゼ

H-29.9.27 東京〈ほ法務(修習)/給費制廃止/国賠〉東京地判は、「戦前の司法権の劣後の反省を踏まえ、現行憲法は、司法権、立法権、行政権の三権を分立させることにより、三権相互に権力を抑制し、均衡させて、憲法の謳う国民主権、平和主義及び基本的人権の尊重を実現しようとしている」、「このことからすれば、憲法は、明文で定めたその普遍的価値の実現のために、国に対し、かかる三権分立の趣旨を実効的なものとするべく、司法権が実効的に機能するために必要な司法権の担い手である法曹を養成することを要請している」という。H-29.9.27〈ほ法務(修習)/給費制廃止/国賠〉広島地判、H-29.10.17〈ほ法務(修習)/給費制廃止/国賠〉福岡地判、H-29.12.20〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉名古屋地判は、同旨。

イ) 不利益があることは否定できないテーゼ

H-29.9.27 東京〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉東京地判は、「原告らの司法修習には、いわば立法政策の変更に伴う本件改正法と平成29年改正法との狭間に位置したことによる不利益があることは否定できない」という。

〈2〉 職業選択の自由制限への強いコミット

【ほ法務関係】

ア) 給費制は憲法上の要請でなく、法曹養成の制度設計は立法に委ねているテーゼ

H-29.9.27 東京〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉東京地判は、「憲法は普遍的価値実現のために法曹養成を要請しているとしても、「具体的にいかなる法曹をどのように養成すべきかなど、司法権が三権分立の下で実効的

に機能するための必要かつ適切な法曹養成の在り方は、時代の変化とともに変化する必要があり、かつ、実際にも変化するものであり、一義的に定まるものではないから、原告ら主張に係る給費制を前提とした法曹養成制度まで憲法上要請していると解することはできず、憲法は、それぞれの時代毎に社会の要請に応える形でその制度設計を立法に委ねている」という。H-29.9.27〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉広島地判，H-29.10.17〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉福岡地判，H-29.12.20〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉名古屋地判は、同旨。

イ) 修習専念義務は給費を受ける権利の根拠とならないテーゼ

H-29.9.27 東京〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉東京地判は、「現行憲法制定後の司法修習制度において、司法修習生に課された修習専念義務は、立法により創設された法曹養成制度の本質から導かれた結果であって、かかる結果からさかのぼって給費制が憲法上保障されているとすることはできない。また、修習専念義務を課すことによって、その反面で司法修習生の諸権利が制約されることについては、法曹の重要性及び司法修習の意義に照らせば、違憲の疑いが生じる余地はなく、権利の制約に対して何らかの対応を執るべきか否かも立法府に委ねられた制度設計上の問題であり、これを給費制という制度で保障すべきことまで憲法上要求されているとはいえない」、「憲法 22 条 1 項の定める職業選択の自由が、自らが選択した職業になるための必須の過程について、給費を受領しながら行うことができることまで保障したものであるとは解されない」という。H-29.9.27 広島〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉広島地判，H-29.10.17〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉福岡地判⁸⁾，H-29.12.20〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉名古屋地判⁹⁾は、同旨。

8) 本判決は、「修習専念義務や兼職・兼業の禁止は、司法修習制度の本質から導かれるものであるから」、「自らの意思で司法修習生となることを選択したことに伴う内在的制約というべきである」という。

9) 本判決は、「司法修習生が修習専念義務を負うことは、司法修習をすることによる内在的制約というべきである」という。

〈3〉 司法哲学

上記諸判決に司法哲学の記述は見られないが、消極的な司法哲学が内在していると思われる。

(D) このアプローチをめぐって

【ほ法務関係】

H-29.12.20〈ほ法務(司法修習)/給費制廃止/国賠〉名古屋地判は、「憲法は法曹養成を要請テーゼ」をいうものの、「給費制は憲法上の要請でなく、法曹養成の制度設計は立法に委ねているテーゼ」、「修習専念義務は給費を受ける権利の根拠とならないテーゼで」もって請求を斥けた。「憲法は法曹養成を要請テーゼ」について、「憲法によって、国による法曹養成制度の創設が要請されているのであれば、どのような制度が憲法上、望ましいと考えられるのかという問題が、制度自体の合憲性とは別に検討される必要があるように思われる。いやしくも、司法試験合格者に対して臨床教育課程への参加を強制する法曹養成制度を設けるのであれば、その趣旨を確実に実現することのできる制度設計を検討すべきである。財政負担に対する国民の理解が必要であるとしても、法曹養成制度が国民生活に与える影響について説明を尽くすことも国の重要な責務というべきであろう」¹⁰⁾[武田 2018: 116] との批判がある。

10) その他、給費制廃止に関する訴訟に関し、1審判決がいずれの訴訟においても下されていない時点において、「一般論としていえば、憲法上の司法権概念を踏まえた法曹養成システムの有り様について、立法者はスタート地点においては広範な裁量権を有しており、給費制を採用するか否かも立法政策に委ねられていたであろう。しかしながら給費制は、いったんそれが採用され長年維持されてきたなかで、統一的な法曹養成システムとしての司法修習制度、すなわち日本型法曹一元の前提条件とされてきた法曹養成課程の共通化の伝統にとり、まさに核心的な要素になるに至ったのであり、その廃止という立法政策上の制度後退は、厳格な裁量統制に服するというべきである」[棟居 2019: 116] とのコメントがある。

(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

(A) 概 要

これは、改正された法令、また、同法令のさらなる改正後の条項も憲法 22 条 1 項に違反しており、国会議員の立法行為、立法不作為は違法であるとの主張について、違憲と主張された条項は、職業選択の自由を合理的な理由なく制約することが明白であるとはいえないとして請求を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) H-30.6.13 (ほ法務/(司法試験)/受験回数等制限/国賠) 東京地判平成 30 年 6 月 13 日 (Westlaw) は、原告の主張——司法試験法旧 4 条 1 項の受験回数等の制限は憲法 22 条 1 項に違反する——について、まず、「国会議員の立法行為又は立法不作為が国賠法上違法の評価を受けるのは、『明白性の要件』と『放置要件』を満たす例外的場合とする司法哲学」(⇒(C)〈3〉ア))をいう。そして、司法試験法 14 年改正に関し、「受験回数制限及び受験期間制限は、法科大学院における教育の効果等からの政策判断テーゼ」(⇒(C)〈2〉【ほ法務関係】ア))をいい、これらの「制限は」、「明白性の要件を満たさ」ないとして、「旧 4 条 1 項が憲法 22 条 1 項の保障する職業選択自由を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に反することが明白であるとはいえず¹⁾——本判決は、「不作為行為に係る放置要件を検討する必要はない」と

1) 本判決は、司法試験法旧 4 条 1 項が憲法 14 条 1 項の保障する法の下での平等を合理的な理由なく制約するとの原告の主張について、前述の、「受験回数制限及び受験期間制限は、法科大学院における教育の効果等からの政策判断テーゼ」(⇒(C)〈2〉【ほ法務関係】ア))注 2) で述べる①ないし⑤に加え、「司法試験以外の他の専門職・専門課程によって要請される資格者と法曹とでは、求められている資質・能力や養成制度

いう——、「旧4条1項の立法行為に係る国会議員の行為が国家賠償法上の違法行為となるとは認められない」とする。さらに、26年改正において、受験期間制限が存置されたことの国会議員の立法不作為について、「有為な法曹育成の環境整備テーゼ」(⇒(C)〈2〉【ほ法務関係】イ))をいい、「14年改正の政策判断が26年改正当時には妥当しなくなったと断ずることはできず、受験期間の制限を存置したことは、旧4条1項が憲法22条1条の保障する職業選択の自由や憲法14条1項の保障する法の下での平等を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に反することが明白であるとはいえず、国家賠償法上の違法行為とは認められないとして、訴えを棄却する。

(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

上記判決には、職業選択の自由にコミットする記述は見られない。

〈2〉 職業選択の自由制限への強いコミット

【ほ法務関係】

ア) 受験回数制限及び受験期間制限は、法科大学院における教育の効果等からの政策判断テーゼ

H-30.6.13〈ほ法務/(司法試験)/受験回数等制限/国賠〉東京地判は、「旧4条1項に規定された受験回数制限及び受験期間制限は、旧司法試験下で、受験競争の激化による受験技術優先傾向に伴う法曹の質の低下や、多数の司法試験浪人による社会的損失が問題視されたことを踏まえ、法科大学院における教育の効果が薄れないうちに司法試験を受験させ、受験生の滞留を回避し、本人に早期の転進を促すという政策判断から設けられた」という²⁾。

における課題等が全く異なるため、その資格試験の方法等につき、差違が生じるのは当然である」とし、憲法14条1項違反が「明白であるとはいえない」という。

2) 本判決は、司法試験法旧4条1項「は、① 司法制度改革審議会の平成13年6月12日付け司法制度改革審議会意見書の提言に基づいたものであること、② 同提言の当時、旧司法試験下で、受験競争の激化による受験技術優先傾向に伴う法曹の質の低下

イ) 有為な法曹育成の環境整備テーマ

H-30.6.13〈ほ法務/(司法試験)/受験回数等制限/国賠〉東京地判は、26年改正について、前出注2)で引用した②③の趣旨を再度述べ、「いわゆる『受け控え』を防いで、法科大学院終了直後から間断なく司法試験を受験し、有為な法曹として早期に活躍できるよう、環境整備を図ったものである」という。

〈3〉 司法哲学

ア) 国会議員の立法行為又は立法不作為が国賠法上違法の評価を受けるのは、「明白性の要件」と「放置要件」を満たす例外的場合とする司法哲学(≠《消III》(3)(C)(3)ウ), (8)(C)(3)ア))

H-30.6.13〈ほ法務/(司法試験)/受験回数等制限/国賠〉東京地裁は、最1判昭和60年11月21日(在宅投票制訴訟, 民集39巻7号1512頁), 最大判平成17年09月14日(在外選挙権訴訟, 民集59巻7号2087頁), 最大判平成27年12月16日(夫婦別姓訴訟, 民集69巻8号2427頁)を援用し、「国会議員の立法行為又は立法不作為が」, 国家賠償法1条1項「の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである」、「上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定

や、多数の司法試験浪人による社会的損失が問題視されていたこと、③ この問題を解決するために、法科大学院における教育の効果が薄れないうちに司法試験を受験させ、受験生の滞留を回避し、本人に早期の転進を促すという政策判断がされたものであること、「④ 法曹は国民の権利義務に影響する重要な職業であり、法曹となるには、法曹として必要な学識及び応用能力を有することが求められている(司法試験法1条1項)のであって、法曹の資格を、相応の学識及び能力を有する者に制限することは当然のことであり、法曹について職業選択の自由が無制約に保障されるものではないこと、⑤ 受験資格を喪失した者も、再び法科大学院を修了し又は予備試験に合格することにより、新たに受験資格を取得し、司法試験を受験することが可能である」という。

に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない」といつつ、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがある」(傍点-中谷)という。

(D) このアプローチをめぐる

上記判決へのコメントは、とくに見られない。

(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

(A) 概 要

これは、法令に基づきなされた行政処分に付された附款が憲法22条1項に違反するとの主張について、法令の規定を、「総合的衡量原則」(≒《消III》(12)(A))でもって合憲としつつ、附款の違法性については、行政の裁量判断が、重要な事実の基礎を欠くか、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くと認められる場合に限り、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるという基準を設定し、当該事件においては、その基準をパスするとして適法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-1.9.26〔は廃棄物/許可処分(附款)/国賠〕静岡地判令和1年9月26日(Westlaw)は、原告の主張——許可に際して付された附款は憲法22条1項に違反する——について、「国民の権利及び義務の各条項は性質上可能なかぎり国内法人にも適用されるべきテーゼ」(⇒(C)〈1〉【全体】ア)),「職業選択・職業活動の自由テーゼ」(⇒(C)〈1〉【全体】イ)),「精神的自由と比較して公権力による規制の要請が強いテーゼ」(⇒(C)〈2〉【全体】ア)),「規制措置は各種各様テーゼ」(⇒(C)〈1〉【全体】ウ), (C)〈2〉【全体】イ))をいい、50年薬事法判決を援用し、「総合衡量原則」を導く。そして、「一般廃棄物処理業の適正な運営が継続的、安定的に確保される必要テーゼ」(⇒(C)〈2〉【は廃棄物】ア)),「市町村長の行政裁量尊重の司法哲学」(⇒(C)〈3〉ア))をいい、「この裁量判断は」、「一般廃棄物収集運搬業の性質、当該市町村全体における処理能力や需給状況、当該条件の目的及び内容、それが許可業者に与える影響等の諸般の事情を総合考慮してなされるものであり、その裁量権の行使が逸脱又は濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断要素の選択や判断の過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の逸脱又は濫用として違法となる」とする。そして、「市町村長が業者の使用車両の台数等を制限することも法が当然に予定テーゼ」(⇒(C)〈2〉イ)),「事業活動に支障を来すほどのものではないテーゼ」(⇒(C)〈2〉【は廃棄物】ウ))をいい、「本件附款の内容は、法の目的のために必要かつ合理的なものといえ、その判断が重要な事実の基礎を欠くとも、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものともいえないから、静岡市長が本件附款を付したことにつき、法が許容した裁量権を逸脱又は濫用したものとはいえない」、「本件附款による規制は憲法22条1項に違反」せず、「違法なものとは評価することはできない¹⁾」として、原告の請求を棄却する。

1) 本判決は、憲法14条1項に違反するとの原告の主張——市が、他の一般廃棄物収

(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) 国民の権利及び義務の条項は性質上可能なかぎり国内法人にも適用されるべきテーゼ

R-1.9.26〔は廃棄物/許可処分(附款)/国賠〕静岡地判は、最大判昭和45年6月24日(八幡製鉄政治献金事件,民集24巻6号625頁)を援用し、上記テーゼをいう。

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

R-1.9.26〔は廃棄物/許可処分(附款)/国賠〕静岡地判は、「職業は、生計を維持するための継続的活動であるとともに、社会の存続と発展のための機能分担の活動たる性質を有し、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものであるから、職業の選択のみならず、選択した職業の活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請され、憲法22条1項の職業選択の自由は、職業活動の自由の保障をも包含している」という。

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

R-1.9.26〔は廃棄物/許可処分(附款)/国賠〕静岡地判は、「職業は、それ自体制約が内在するものであり、その規制の目的も、社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものまで様々であり、それに対応して、職業の自由に対して加えられる制限も、各種各様の形をとる」という。

集運搬許可業者と異なり、本件附款を付することにより、日常の業務を滞りなく遂行する上で明らかに不足するような台数しか使用の許可をせず、無用な手続的負担を課すのは不合理な差別である——に対し、「一般廃棄物処理に関する需給状況に着目し、その調整に係る規制の仕組みとして同事業に係る許可の制度を設け、生活環境の保全上必要な条件を付することができるとする法の目的、制度等に照らせば、本件附款が必要性及び合理性を有する」として斥ける。

〈2〉 職業選択の自由制限への強いコミット

【全 体】

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

R-1.9.26 [は廃棄物/許可処分(附款)/国賠] 静岡地判は、「職業は」、「社会的、経済的な活動であり、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、精神的自由と比較して、公権力による規制の要請が強く、憲法22条1項に『公共の福祉に反しない限り』という文言が存するの、その趣旨からのものと解される」という。

イ) 規制措置は各種各様テーゼ

このテーゼについては、≡(C)(1)【全体】ウ。

【は廃棄物】

ア) 一般廃棄物処理業の適正な運営が継続的、安定的に確保される必要
テーゼ

R-1.9.26 [は廃棄物/許可処分(附款)/国賠] 静岡地判は、廃掃法において、「許可業者は、市町村による所定の規制に服するものとされている」のは、「一般廃棄物処理業は、市町村の住民の生活に必要な不可欠な公共性の高い事業であり、その遂行に支障が生じた場合には、市町村の区域の衛生や環境が悪化する事態を招来し、ひいては一定の範囲で市町村の住民の健康や生活環境に被害や影響が及ぶ危険が生じ得るものであって、その適正な運営が継続的かつ安定的に確保される必要があるからと考えられる。また、一般廃棄物は人口等に応じておおむねその発生量が想定され、その業務量には一定の限界があるから、法が、業務量の見込みに応じた計画的な処理による適正な事業の遂行の確保についての統括的な責任を市町村に負わせているのは、このような事業の遂行に支障を生じさせないためであると考えられ、市町村が市町村以外の者に許可を与えて事業を行わせる場合においても、一般廃棄物の発生量及び処理量の見込みに基づいてこれを適正に処理する実施主体等を定

める一般廃棄物処理計画に適合すること等の許可要件に関する市町村長の判断を通じて、許可業者の濫立等によって事業の適正な運営が害されることのないよう、一般廃棄物処理業の需給状況の調整が図られる仕組みが設けられている」という。

イ) 市町村長が業者の使用車両の台数等を制限することも法が当然に予定テーゼ

R-1.9.26〔は廃棄物/許可処分(附款)/国賠〕静岡地判は、廃清法「の目的、一般廃棄物処理業の適正な運営が継続的かつ安定的に確保される必要性、一般廃棄物は人口等に応じておおむねその発生量が想定されること、その業務量には一定の限界があることに照らせば、市町村長が、一般廃棄物処理業に係る許可に際し、区域全体における事業者の収集運搬能力を勘案しつつ、既存の一般廃棄物収集運搬許可業者の使用車両の台数等を制限することも、法が当然に予定している」という。

ウ) 事業活動に支障を来すほどのものではないテーゼ

R-1.9.26〔は廃棄物/許可処分(附款)/国賠〕静岡地判は、「本件附款により、原告の一般廃棄物収集運搬業を営むこと自体が困難になっているものとはいえず、また、本件届出は、定型の書式や所定の書類を用いてこれに『○』等を記入し、写しを作成するなどして行えばよいから」、「本件届出が1年間に100回を超える多数回に上っているとはいえ、およそ原告の事業活動に支障を来すほどのものとはいい難い」という。

〈3〉 司法哲学

ア) 市町村長の行政裁量尊重の司法哲学

R-1.9.26〔は廃棄物/許可処分(附款)/国賠〕静岡地判は、「市町村長には」、廃清法「7条1項の許可をするに際し、同条11項の条件を付するか、条件を付するとしていかなる内容の条件を付するかにつき、廃棄物処理行政上の専門技術的な観点から一定の裁量が認められている」という。

(D) このアプローチをめぐる

上記判決へのコメントは、特に見られない。

- (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・社会経済政策上の積極目的（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

(A) 概 要

これは、法令が憲法 22 条 1 項に違反し無効であり、それにもとづく処分、もしくは訴追は無効であるとの主張について、「総合的衡量原則」（≡《消 III》(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、規制目的は「社会経済政策上の目的（経済的劣位者保護）」とし、規制措置は著しく不合理でない、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-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(判タ 1484 号 147 頁, ②→R-2.12.8 東京高判)は、原告の主張——当分の間、視覚障害者以外の者を対象とするあん摩マッサージ指圧師の養成施設等の設置及び定員増加を制限することを認めた、あはき師法附則 19 条 1 項は憲法 22 条 1 項に違反する(以下、〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉の事件における原告の主張は、「あはき師法附則 19 条 1 項は憲法 22 条 1 項に違反する」と記す)——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 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、「総合的衡量原則」を導く。そして、「許可制は強力な制限テーゼ」(⇒(C)〈1〉【全体】エ))をいい、規制の「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年薬事法判決援用)とする。そして、「社会経済政策上の積極目的(経済的劣位者保護)テーゼ」(⇒(C)〈2〉【全体】オ))をいい、47年小売市場判決を援用して、「社会経済政策分野での立法府尊重の司法哲学」(⇒(C)〈3〉ア))をいい、附則19条1項による「規制については、それが重要な公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するもので著しく不合理である場合に限り、憲法22条1項に違反する」とする。そして、「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」(⇒(C)〈2〉【い医業関係】ア))をいい、「視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の職域を優先し、その生計の維持が著しく困難とならないようにするというあはき師法附則19条1項の目的の正当性が、現在において失われたと認めることはできない」とする。さらに、「制約は限定的テーゼ」(⇒(C)〈2〉【全体】エ)),「規制措置の必要性、合理性テーゼ」(⇒(C)〈2〉【い医業関係】イ))をいい、「総合的に考慮すると」、「あはき師法附則19条1項を定め、これを今なお維持している立法府の判断が、その政策的・技術的な裁量の範囲を逸脱するもので著しく不合理であるとはいえず、憲法22条1項に違反せず¹⁾、同項「を適用した本件処分が違法であるということとはできない」とし、請求を棄却する。

(2) R-2.2.25 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪地判令

1) 本判決は、あはき師法附則19条1項の規定は、認定等をしない処分の要件・基準が曖昧不明確であり、憲法31条、13条に違反するという原告の主張について、「処分の要件や勘案すべき事情をあらかじめ詳細に規定することができない立法技術上の制約があり、そのような制約がある中でも、あん摩マッサージ指圧師の総数及びあん摩マッサージ指圧師の養成施設等の生徒の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合というような重要な勘案事情を例示するなどして、厚生労働大臣等の裁量判断が恣意に流れないようにする配慮がされていることからすれば、同項の規定が、処分要件等の曖昧不明確さゆえに憲法31条、13条に違反するということができない」とする。

和2年2月25日(裁判所Web, ②→R-3.7.9大阪高判)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)),「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,「総合的衡量原則」を導く。そして,「許可制は強力な制限テーゼ」(⇒(C)〈1〉【全体】エ))をいい,規制の「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年薬事法判決援用)とし,さらに,「社会経済政策上の積極目的(経済的劣位者保護)テーゼ」(⇒(C)〈2〉【全体】オ)),「社会経済政策分野での立法府尊重の司法哲学」(⇒(C)〈3〉イ))をいい,「当該法的規制措置が当該目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまるとの立法府の判断が,その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,「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」(⇒(C)〈2〉【い医業関係】ア)),「規制措置の必要性,合理性テーゼ」(⇒(C)〈2〉【い医業関係】イ)),「制約は限定的テーゼ」(⇒(C)〈2〉【全体】ウ))をいい,「本件規定による法的規制措置は,視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の職域を優先し,視覚障害者の生計の維持が著しく困難となることを回避する目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまるとの立法府の判断が,その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ということはできず,本件規定が憲法22条1項に違反しない²⁾,本件各処分が違法であるということとはできないとして,訴えを棄却する。

(3) R-2.12.8〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉東京高判(裁判所Web, ①→R-1.12.16東京地判)は,前出,1審,R-1.12.16東京地判を引用して棄却する。

2) 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〉東京地判と旨(←注1))。

(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))

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, R-2. 2. 25 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪地判は, 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)(1)【全体】イ))

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, R-2. 2. 25 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪地判は, 上記テーゼをいう。

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))

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, R-2. 2. 25 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪地判は, 上記テーゼをいう。

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

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, R-2. 2. 25 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪地判は, 上記テーゼをいう。これらの判決は, 附則 19 条 1 項の規制を, 「一種の許可制」, もしくは, 「許可制」と捉えている。

〈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-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, R-2.

2.25 <い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消> 大阪地判は、上記テーゼをいう。

イ) 規制措置は各種各様テーゼ

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

上記テーゼについては、⇐(C)〈1〉【全体】ウ)。

エ) 制約は限定的テーゼ

R-1.12.16 <い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消> 東京地判は、「あはき師法附則 19 条 1 項は」、「当該養成施設等の設置等を全面的に規制しているわけではなく、諸般の事情を勘案して、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られる場面に限つての規制であるから、規制の必要性に係る厚生労働大臣等の判断が適正に行われている限り、その制限は限定的である」、「あん摩マッサージ指圧師の資格を取得しようとする視覚障害者以外の者は、現に設置されている養成施設等に通うことによりその取得が可能となることからすれば、その職業選択の自由に対する制約は限定的である」という。R-2.25 <い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消> 大阪地判は、同旨。

オ) 社会経済政策上の積極目的(経済的劣位者保護)テーゼ

R-1.12.16 <い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消> 東京地判は、「憲法は、全体として、福祉国家的理想の下に、社会経済の均衡のとれた調和的発展を企図しており、その見地から、全ての国民にいわゆる生存権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請し、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものということができ、職業の自由を含む個人の経済活動の自由に関する限り、社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところ」(傍点—中谷)という。R-2.2.25 <い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消> 大阪地判は、同旨 (⇒(C)〈2〉【い医業関係】ア))。

【い医業関係】

ア) 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

R-1.12.16（い医業関係/不認定（あはき師養成施設）/取消）東京地判は，あはき師法の「制定経緯³⁾からすれば」，「附則 19 条 1 項は，視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の職域を優先することを専らの目的として制定されたものというべきであり，同項にいう『当分の間』も，視覚障害者に関し，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ことにより，視覚障害者が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の間を意味するものと解するのが相当である」，「視覚障害者の総数は減少しておらず，視覚障害者の就業率は現在も低水準となっており（平成 18 年で 21.4%），就業者の中ではあん摩・マッサージ・はり・きゅう関係業務に就いている者の割合がなお高い状況にあり（平成 18 年で 29.6%），重度の視覚障害のある有職者に至っては，7 割を超える者があん摩・マッサージ・はり・きゅう関係業務に就いていることが認められる。また，視覚特別支援学校における生徒数やあん摩マッサージ指圧関係の科目を履修する生徒が減少しているとしても，平成 28 年において，視覚障害のある新卒者のうちの相当数（355 名）があん摩マッサージ指圧師国家試験の受験をしていることが認められる。そ

3) 本判決は，あはき師法附則 19 条 1 項の制定経緯について，「従前より，国会等において視覚障害者であるあん摩師等の職域の保護を求める意見がみられ，昭和 34 年頃には，中央審議会の要望を受けて，視覚障害者以外のあん摩師の養成学校等の新設及び生徒の定員増加を抑制する行政措置がとられ，昭和 36 年のあはき師法改正時において，視覚障害者であるあん摩師の職域優先確保のための法的措置を速やかに検討・実施することが附帯決議されていたこと，その後，中央審議会において，あん摩師を保健あん摩師と医療マッサージ師とに分けた上，保健あん摩師について視覚障害者の職域を優先的に確保するという意見が採択されたが，この意見については一部の関係団体から強い反対があったことから法案提出には至らず，議員提出法案の形で，上記意見に代わる視覚障害者の職域優先措置として，あはき師法附則 19 条 1 項が制定された」と捉える。

うすると、視覚障害者におけるあん摩マッサージ指圧師業の重要度が特別な保護を必要としない程度にまで低下したとみることは相当ではない。さらに、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師・はり師・きゅう師の収入をみても、平成 25 年時点で年収 300 万円以下の者が約 76% を占めており、また、障害年金は必ずしも視覚障害者全員が受給できるものではなく、実際、平成 14 年時点では視覚障害者であるあん摩マッサージ・はり・きゅう業者のうち約半数が公的年金を受給していなかったことからすれば、障害年金制度の拡充等によっても、視覚障害者の生計が更に特別な保護を必要としない程度にまで改善されたとみることは相当ではない」という。R-2.2.25〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪地判は、「本件規定は、晴眼者対象学校等の新設等を一定の場合に規制することをもって、かねて多数の視覚障害者が従事してきたあん摩マッサージ指圧師業に関し、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の職域を優先し、視覚障害者の生計の維持が著しく困難となることを回避するという社会経済政策上の積極的な目的から設けられた」という。

イ) 規制措置の必要性、合理性テーゼ

R-1.12.16〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉東京地判は、規制措置の必要性について、「視覚障害者は、その障害のため、事実上及び法律上、従事できる職種が限られ、転業することも容易ではないところ」、「その就業率は現在も低水準となっており、重度の視覚障害のある有職者のうち 7 割を超える者があん摩・マッサージ・はり・きゅう関係業務に就いており、現在においても、あん摩マッサージ指圧師業に依存している状況にある。他方で」、「視覚障害者以外のあん摩マッサージ指圧師は、昭和 39 年頃より増加し、その収入も、平成 25 年時点であん摩マッサージ指圧師・はり師・きゅう師の年間収入が平均 636 万 2000 円と、視覚障害者の 290 万円を大幅に上回っており、視覚障害者以外の者を対象とするあん摩マッサージ指圧師の養成施設の受験者数も、平成 27 年度において定員を大幅に上回っている状況にある。また、あはき師法附則 19 条 1 項に相当する規定のない隣

接業種（はり師、きゅう師及び柔道整復師）においては、柔道整復師養成施設の指定をしない処分を違法として取り消す旨の判決⁴⁾「があった平成10年度以降、大幅に養成施設等の施設数及び定員が増加している状況が認められる。これらのことからすれば、あはき師法附則19条1項による制限がなくなれば、視覚障害者以外の者を対象とするあん摩マッサージ指圧師の養成施設等の数及び定員が急激に増加し、視覚障害者以外のあん摩マッサージ指圧師の数も急激に増加することが想定されるのであって、このような急激な増加は、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の業務を圧迫することになる。以上によれば、現在においても、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の職域を優先し、その生計の維持が著しく困難とならないようにするという目的を達成するため、視覚障害者以外の者を対象とするあん摩マッサージ指圧師の養成施設等の設置及び定員の増加を抑制する必要性の存在を認めることができる」という⁴⁾。R-2.2.25 くい医業関係/不認定(あはき師養成施

4) 本判決は、規制措置の合理性について、「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」にいう「目的を達成するために必要な」「規制の手段として、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られる場合に限り、視覚障害者以外の者を対象とするあん摩マッサージ指圧師の養成施設等の設置の認定及び定員増加の承認をしないことができるという手段を採用することは、それ自体合理的なものといえることができる」、「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規制が必要か否かの判断において勘案すべき事情として、あん摩マッサージ指圧師の総数及びあん摩マッサージ指圧師の養成施設等の生徒の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合を挙げることは合理的な関連性が認められるし、その判断は、その時々における上記割合のほか、視覚障害者の総数、雇用状況及び医療の状況、社会におけるあん摩マッサージ指圧師に対する需要等の様々な事情に左右されるものであり、その要件や勘案すべき事情を立法者においてあらかじめ詳細に規定することが困難な性質のものであるから、その判断を上記割合のほか諸般の事情に基づく厚生労働大臣等の専門的・技術的な裁量に委ねることとすることも不合理とはいえない」という。さらに、「あはき師法附則19条2項は、厚生労働大臣等は、同条1項の規定により認定又は承認をしない処分をしようとするときは、あらかじめ医道審議会の意見を聴かなければならないとしている。これは、学識経験等を有する委員により構成される医道審議会の意見を処分に反映させることを意図したものと解され、その委員の構成や議事の運営が適正なものである限り、処分の適正さを担保するための方策として合理的である」という。

設)/取消)大阪地判は、同旨。

〈3〉 司法哲学

ア) 社会経済政策分野での立法府尊重の司法哲学 (←《消 III》(3)(C)(3)ア))

R-1.12.16 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉東京地判は、「社会経済の分野において、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当たっては、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に基づき、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を必要とする」、「したがって」、「社会経済政策上の積極的な目的のためにする個人の経済活動に対する法的規制措置については、このような評価と判断の機能を備えた立法府の政策的・技術的な判断に委ねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ない」(47年小売市場判決援用)という。R-2.2.25 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪地判は、同旨。

(D) このアプローチをめぐって

【い医業関係】

R-1.12.16 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉東京地判は、「総合的衡量原則」をいい、「社会経済政策上の積極目的(経済的劣位者保護)テーゼ」、「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」、「制約は限定的テーゼ」、「規制措置の必要性、合理性テーゼ」等でもって、著しく不合理であるとはいえないとした。本判決について、「緩やかな合理性の基準を採用した」、「本判決は、特定職域のみを対象としているが、視聴覚障害者を『経済的劣位に立つ者』と位置づけ、それへの限定的救済を目的とした立法措置に対する合憲判断を示した初めてともいえる

判決であろう」, 「一般論として, 広範な行政裁量が認められやすい積極目的規制立法は, 原告がその不合理性を立証することは難しい。本判決は, 厚生労働大臣による処分前にその意見を聴かねばならないとする医道審議会の審査も, 『委員の構成や議事の運営が適正なものである限り, 処分の適正さを担保するための方策として合理的』だと述べるが, その適正さについての具体的な審査方法には触れていない」, 「訴訟が提起された『現時点』では, 規制を正当化する立法事実は存在したといえるが, それはいつ, どのような状態になったら克服されるのか。つまり, 附則 19 条 1 項にいう『当分の間』とはいつまでか」, 「視覚障害者があはき師業だけに依存せずすむような, また, すべての多様な障害者が自由に職業を選択できるような, 積極的な社会経済的施策の必要性がみえてくる」[彼谷 2020: 28] とするコメント, 「本判決は, ① 当該規制が重要な公益のために必要かつ合理的な措置であることについて, ② 立法府の判断が著しく不合理である場合に限って違憲と判断されると判示している」, 「①の検討対象は, 薬事法違憲判決が, 許可制の合憲性審査に適用したものであり」, 「②の立法裁量論は, 酒類販売免許制合憲判決が採用した判断枠組みである。このことから, 少なくとも本判決は積極目的規制に適用される『明白の原則』を採用したものではないと評価することができそうである」, 「本判決の合憲性判断については, 立法事実に係る検証を比較的丁寧に行っている印象を受ける」, 「近時の最高裁判決(特に違憲判決)の特徴のひとつに, 立法事実の変化に着目した違憲審査が挙げられる」, 「本判決は, 具体的な統計を参照しながら, 視覚障害を有する就業者のうち, あん摩・マッサージ・はり・きゆう関係業務に従事する者の割合が現在も高い状況を指摘し, 『視覚障害者におけるあん摩マッサージ指圧師業の重要度が特別な保護を必要としない程度にまで低下したとみることは相当ではない』との判断を導いている。規制の必要性については, 隣接業種である柔道整復師養成施設の指定をしない処分を違法とする判決が下されて以降, 同養成施設の数と定員が増加した事実に触れて, 法附則 19 条 1 項による規制がなければ, 視覚障害者以外の者を対象とする施設や定員が増加する結果

として、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の業務が圧迫されることになる」と判断した。他方で、規制の合理性については、当該規制により、視覚障害者を社会政策上保護するという目的を達成することができるのかどうかを検証するのではなく、規制の適用が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ために必要があると認められる場合に限られていることなどを指摘するのみで、他の代替手段の検討などは行われなかった。この点で、本判決の採用した合憲性審査の枠組みは、薬事法違憲判決と比較した場合に、厳格なものであったとは評価できない」[武田 2020:127] 等のコメントがある。

(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

(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ついて、「総合的衡量原則」（≡《消 III》(12) (A) をいい¹⁾、規制の「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」とする。そして、規制は、社会経済上の目的（経済的弱者保護）と捉え²⁾、規制措置に必要性、合理性があるとし、法令の規定は、現在も立法府の裁量の範囲を超えているとはいえず、憲法 22 条 1 項に反しないとして、訴えを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

- 1) 後述、R-2.12.14 仙台高判には「総合的衡量原則」が見られないが、同判決が基本的に肯定する 1 審判決は、「総合的衡量原則」に言及することに鑑み、ここに分類する。
- 2) 後出、R-3.7.9 大阪高判は、「経済的弱者保護」を明言するが、R-2.12.14 仙台高判は明言しない（⇒(C)(2)【全体】ウ）。従って、経済的弱者保護に()を付し、「社会、経済政策上の目的（経済的弱者保護）」と表現する。

制限へのコミットは強い。

(B) 裁判例

(1) R-2.12.14 <い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消> 仙台高判令和2年12月14日(裁判所ウェブサイト, ①→R-2.6.8 仙台地判)は, 原告の主張——前述, 1審参照——について, 基本的に1審を肯定しつつ, 「社会経済政策上の目的(経済的弱者保護)テーゼ」(⇒(C)〈2〉【全体】ウ)), 「制約は限定的テーゼ」(⇒(C)〈2〉【全体】イ))をいい, 「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という同項の規制の合理性が失われているとはいえない」, 「附則19条1項の規定は, 本件処分時においても, 重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であって, 公共の福祉のために必要な制限であり, 憲法22条1項に反せず, 「本件処分は, 違法とはいえない」として, 控訴を棄却する。

(2) R-3.7.9 <い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消> 大阪高判令和3年7月9日(裁判所Web, ①→R-2.2.25 大阪地判)は, 「規制措置は各種各様テーゼ」(⇒(C)〈1〉【全体】ア))をいい, 「総合的衡量原則」をいう。そして, 「職業一般での立法府尊重の司法哲学」(⇒(C)〈3〉ア)), 「許可制は強力な制限テーゼ」(⇒(C)〈1〉【全体】ア))をいい, 許可制の「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」とする。そして, 「社会経済政策上の目的(経済的弱者保護)テーゼ」(⇒(C)〈2〉【全体】ウ))をいい, 「このような状況を踏まえて視覚障害者の職域を確保するために本件規定を新設する法改正に至ったのであるから, 立法当時から視覚障害者の職域保護の必要性があり, 本件規定の立法目的には正当性が認められ, 「本件規定は, その後, 時間の経過によってその立法目的を失ったとは認められず, 正当性を失っていない」とする。さらに, 「規制措置の必要性, 合理性テーゼ」(⇒(C)〈2〉【い医業関係】イ)), 「制約は限定的テーゼ」(⇒(C)〈2〉【い医業関係】エ))をいい, 「本件規定は, 現在も立法府の裁量の範囲を超えているとはいえず, 本件規定は憲法22条1項に反するとは

認められない」として³⁾、控訴を棄却する。

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

R-3.7.9 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪高判, 上記テーゼをいう。

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

R-3.7.9 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪高判は, 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) 規制措置は各種各様テーゼ

上記テーゼについては, ≡(C)(1)【全体】ア)。

イ) 制約は限定的テーゼ (≡《消 III》(28)(C)〈2〉【全体】ウ))

R-2.12.14 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉仙台高判, R-3.7.9 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪高判は, 上記テーゼをいう。

ウ) 社会経済政策上の目的(経済的弱者保護)テーゼ

R-2.12.14 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉仙台高判は, 「昭和39年の立法後, 半世紀を経た今もなお, 重い視覚障害を有する者の多

3) 原告の憲法31条, 13条違反の主張, 及び, 裁判所の対応については, 原審, R-1.12.16 東京地判と同旨 (≡(28)注1)。本件規定が憲法23条, 26条1項に反するとの原告の主張について, 「本件規定は, 控訴人が設置する大学において, あん摩, マッサージ及び指圧に関して研究し, その成果を発表することを禁止したのではなく, 控訴人の学問の自由を制約するものではないし, 大学において, あん摩, マッサージ及び指圧について, 教育を受ける権利を侵害するものでもない」として斥ける。

くが、あん摩マッサージ指圧師の業務に依存している実情にあり、「本件処分がされた平成 28 年当時においても、原判決説示のとおり、障害により職業活動に著しい制約があり、あんまマッサージ指圧師の業務に相当程度依存せざるを得ない視覚障害者、とりわけ附則 19 条 1 項の規定にいう視覚障害者である著しい視覚障害を有する者の実情を見れば、附則 19 条 1 項が処分要件として定めている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必要は、まさに極めて重要な公共の利益である」、原告は、「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という附則 19 条 1 項が立法目的としている公共の利益が、社会経済的に見て極めて重要な利益であることを正しく理解しないで、政策の当否を論じている」という。R-3.7.9〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪高判は、「昭和 27 年の法等の一部を改正する法律案の審議の過程から本件規定の審議をした昭和 39 年までの審理過程によれば」、「視覚障害者は従来からあん摩業に従事することが多い中、昭和 22 年の法改正後、視覚障害者以外のあん摩師の増加や免許を有しない者の増加により、その職域を圧迫されることが多く、そのための視覚障害者のあん摩師らに対する支援策が検討され、国会衆参両議院の厚生委員会、社会労働委員会における審議の結果、昭和 39 年には本件規定が設けられたことが認められる。このような審理経過から、本件規定は、経済的に弱者である視覚障害者の職域を護るという社会経済政策を立法目的としている」(傍点-中谷)という。

【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))

R-3.7.9〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪高判は、上記テーゼをいう。

〈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))

R-3.7.9 〈い医業関係/不認定(あはき師養成施設)/取消〉大阪高判は、上記テーゼをいう。

(D) このアプローチをめぐって

上記判決に、特にコメントは見られない。

【お詫びと訂正】

① 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)」南山法学 42 巻 3・4 号 (2019) 134 頁, 12 行目以下を, 次のように修正する (下線部が修正し, 追加した部分)。裁判所法改正の経緯を加え, 正確な表現に改める。

◎ 司法修習生

〈ほ法務(司法修習生)/給費制廃止/国賠〉

裁判所法(昭和 22 年)は, 平成 16 年の改正までは 67 条 2 項において, 「司法修習生は, その修習期間中, 国庫から一定額の給与を受ける」とし給費制をとっていたが, 平成 13 年, 司法制度改革審議会意見書は, 法曹人口の大幅な増加を提言し, 従来の給費制を将来的には貸与制に切り替えることが検討されることになった。平成 16 年, 「裁判所法の一部を改正する法律」が成立し, 平成 23 年 11 月から修習に入った新 65 期司法修習生より貸与制が開始された。この改正により, 給付を受けることができなくなった新 65 期司法修習生が, 給費制を廃止した本件改正は, 憲法 21 条 1 項に違反すると主張する他, 憲法 15 条, 憲法 13 条, 憲法 25 条, 憲法 14 条違反等を侵害し, 改正前の裁判所法が効力を有するとして, 被告, 国に対し, 改正前の裁判所法に基づく給費支払い, または, 本件改正という立法行為ならびに本件改正後に給費制を復活しなかった立法不作為が国家賠償法上違法であることを理由とする改正前に支給されていた給与額及び慰謝料額の支払い, さらに, 損失補償による正当な補償(給費相当額)の支払い等を求めた(原告らの主張は事件により多少異なる)。本改正の後に生じた法曹志望者の大幅な減少を踏まえて, 平成 29 年, 改正法が成立し, 67 条の 2 において, 修習給付金が規定され, 平成 29 年 11 月 1 日から施行された。

② 上記論文, 同頁 23 行目 (即ち, 【ほ暴力団指定】の前に), 以下の文章を追加する (当初, 検索できなかった判決を今号で扱うため)。

◎ 司法試験

〈ほ法務/(司法試験)/受験回数等制限/国賠〉

平成 26 年改正前の司法試験法 4 条 1 項は, 「司法試験は, 「法科大学院」を修了した

者」が、「その修了の日後の最初の4月1日から5年を経過するまでの期間」において、「3回の範囲内で受けることができる」とし、受験回数の制限及び受験期間の制限をしていた(旧4条1項と呼ぶ)。その後、平成26年の改正において、受験回数制限は廃止され、5年間の受験期間制限は存置された(現行4条1項と呼ぶ)。法科大学院を修了し、司法試験に不合格となり、旧4条1項所定の下で、司法試験の受験資格を喪失した者が、旧4条1項の受験制限をしたこと、及び、現行4条1項において受験期間の制限を存置したことは、憲法22条1項、憲法14条1項に違反するとして、国会議員の立法行為、及び、立法不作為に対して、国家賠償法1条1項に基づき、慰謝料10万円の支払いを求めた。

③ 上記論文、124頁4行目に、即ち、【ば売春】の前に、以下の文章を追加する(当初、検索できなかった判決を今号で扱うため)。

〔は廃棄物/許可処分(附款)/国賠〕

廃掃法(昭和45年。R-1.9.26〔は廃棄物/許可処分(附款)/国賠〕静岡地判当時)7条1項は、「一般廃棄物の収集又は運搬を業として行おうとする者は、当該業を行おうとする区域……を管轄する市町村長の許可を受けなければならない」とし、11項は、「第1項……の許可には、一般廃棄物の収集を行うことができる区域を定め、又は生活環境の保全上必要な条件を付することができる」とする。浄化槽の維持、管理及び清掃業、一般廃棄物の収集及び運搬業等を目的とする株式会社である原告が、静岡市長から平成28年4月1日付けで、廃掃法7条1項の規定による一般廃棄物収集運搬業の許可を受けたところ、被告、静岡市は、許可の条件として4台の収集運搬車両のみを使用し、収集運搬車両の車体には事業所名及び許可番号を表示することを条件とする附款を付した。原告は、同附款は業務遂行の方法を決定する自由を過度に規制しており、憲法22条1項に違反するとして、被告の裁量権の逸脱又は濫用に当たる違法な規制であると主張し、損害賠償を求めた。

【文献リスト】

- 彼谷環 2020『「あん摩マッサージ指圧師等に関する法律」附則19条1項の合憲性』『新・判例解説 Watch』27号:25-28。
- 高田倫子 2018「入れ墨の施術者に医療免許を求めることが合憲とされた事例」『新・判例解説 Watch』23号:19-22。
- 武田芳樹 2018「司法修習生給費制廃止の合憲性」『法学セミナー』761号:116。
- 武田芳樹 2020「あん摩マッサージ指圧師養成施設に係る許可制の合憲性(判例セレクト Monthly/憲法)」『法学教室』475号:127。
- 濱口晶子 2018「彫り師のタトゥー施術行為と職業選択の自由」『法学セミナー』763号:120。
- 棟居快行 2019「給費制廃止の憲法問題」判例時報社『憲法訴訟の実践と理論』:159-184。