

# 職業選択の自由をめぐる司法消極主義と積極主義 (13)

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

#### 《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

—本アプローチは, (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—

(4) 「法律の限定解釈(適用に際し, 総合的に考慮し, 社会通念に照らして判断)／無罪」アプローチ

—本アプローチは, 本号末尾【お詫びと訂正】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的目的・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べる手段なし／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・社会経済政策上の積極目的(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

### Ⅲ 積極主義のアプローチ

#### 《積極主義Ⅰ》

##### a 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)／処分は違法, 無罪」アプローチ
- (A) 概要
- (B) 裁判例
- 以上, 南山大学アカデミア社会科学編 25 号 (2023)

#### (C) このアプローチを支える思想

##### (1) 職業選択の自由へのかなり強いコミット

#### 【全体】

##### ア) 職業選択の自由テーゼ (≡ (1) (C) 【全体】ア))

H-4.7.15<し酒類／免許拒否(経営・需給)／取消>宇都宮地判は, 上記テーゼをいう。H-26.4.25<ふ風俗(ダンス)／無許可／刑>大阪地判は, 「本件各規定による3号」のダンス「営業の無許可営業規制は, 職業の自由」「を制約する」という。

##### イ) 職業(営業)の許可制は強力な制限テーゼ (≡ (12) (1) 【全体】エ))

H-26.4.25<ふ風俗(ダンス)／無許可／刑>大阪地判は, 上記テーゼをいう。H-27.1.21<ふ風俗(ダンス)／無許可／刑>大阪高判は, 同旨。

#### 【い医業関係】

##### ア) 学説は医療性関連要件も必要説テーゼ

H-30.11.14 [い医業関係/禁止(入墨)/刑]大阪高判は, 「従来学説は, 医行為を広義と狭義の2つに分け, 広義の医行為とは, 医療目的(医師法1条に定められた医師の職分からすれば,

「医療及び保健指導の目的」とするのが正確である。)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とした上、疾病の治療・予防、出産の際の処置、あん摩、マッサージ、はり、きゅうなど医療目的に適う行為がここに含まれることになり、医師は当然にこれらの行為を業として行うことが認められるが、医師以外にも特定の行為についてその資格を有する者が行うことを認めるものも含まれると解し、他方、医師法 17 条により医師以外の者が業として行うことが禁じられる狭義の医行為とは、広義の医行為の中で、医師が医学的知識と技能を用いて行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれのある行為であり、診療行為に限らず、輸血用の血液の採取、予防接種など医師が行うのでなければ、危険を生ずるおそれのある行為が含まれると解していた。弁護人の主張する医療関連性の要件は、結局、従来の学説が狭義の医行為について『広義の医行為の中で』という枠組みを設定していたのと同趣旨に帰着する」という。

イ) 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

H-30.11.14 [い] 医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑 大阪高判は、「医師法 17 条が医師以外の者の医業を禁止し、医業独占を規定している根拠は、もとより無資格者が医業を行うことは国民の生命・健康にとって危険であるからであるが、その大きな前提として、同条は、医業独占による公共的な医師の業務の保護を通じて、国民の生命・健康を保護するものである」、「医師法 17 条は、生命・健康に対して一定程度以上の危険性のある行為について、高度な専門的知識・技能を有する者に委ねることを担保し、医療及び保健指導に伴う生命・健康に対する危険を防止することを目的としている」、「したがって、医師は医療及び保健指導を掌るものである以上、保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為であっても、医療及び保健指導と関連性を有しない行為は、そもそも医師法による規制、処罰の対象の外に位置づけられる」という。

ウ) 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

H-30.11.14 [い] 医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑 大阪高判は、「現代社会において、保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為は、医療及び保健指導に属する行為に限られるものではなく、これとは無関係な場面で行われる行為の中でも、いろいろと想定される。そういう状況の下で、医師法 17 条の医行為を『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』という要件のみで判断する場合、その危害防止に医学的知識及び技能が求められるか否かの判断が決定的に重要な意味を持つこととなるが、この要件は、理容行為等について本件当事者間でも見方を異にしていることにも表れているように、必要とされる医学的知識及び技能並びに保健衛生上の危害についての捉え方次第で判断が分かれ得るという意味で、一定の曖昧さを残している」、「そうすると、保健衛生上の危険性要件の他に、大きな枠組みとして医療関連性という要件も必要であるとする解釈の方が、処罰範囲の明確性に資する」という。

エ) 美容整形外科手術等は医行為に該当テーゼ

H-30.11.14 [い] 医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑 大阪高判は、「美容整形は」、「我が国に根付き始めた当初から医師によって担われ、形成外科医を中心に発展し、形成外科の一分野をなして専門分化してきた背景があり、また」、「昭和 53 年の「医療法の改正当時、既に、美容外科の基礎となる知識及び技術が各大学の医学部において教育され、その他大病院においても研修の機会が多々設けられており、現在でも、医学部で美容整形外科に関する教育が行われている」、「医療とは、現在の病気の治療と将来の病気の予防を基本的な目的とするものではあるが、健康的ないし身体的な美しさに憧れ、美しくありたいという願いとか醜さに対する憂いといった、人々の情緒的な劣等感や不満を解消することも消極的な医療の目的として認められる」、「美容整形外科手術等により、個人的、主

観的な悩みを解消し、心身共に健康で快適な社会生活を送りたいとの願望に医療が応えていくことは社会的に有用であると考えられ、美容整形外科手術等も、このように消極的な意義において、患者の身体上の改善、矯正を目的とし、医師が患者に対して医学的な専門的知識に基づいて判断を下し、技術を施すものである。『美容整形外科手術等は、従来の学説がいう広義の医行為、すなわち、『医療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』に含まれ、その上で、美容整形外科手術等に伴う保健衛生上の危険性の程度からすれば、狭義の医行為にも該当する』という<sup>11)</sup>。

オ) 最高裁判例は医療関連性要件も必要説テーゼ

H-30.11.14 [い 医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 大阪高判は、最3判昭和30年5月24日(刑集9巻7号1093頁)、最1決昭和48年9月27日(刑集27巻8号1403頁)、最1決平成9年9月30日(刑集51巻8号671頁)、そして、これらの原審判決を検討し、「最高裁判例は、医業の内容である医行為について、保健衛生上の危険性要件のみならず、弁護人が主張する医療関連性、すなわち、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という要件も必要としていると解するのが妥当」という。

カ) タトゥー施術は医療と関連を有する行為であるとは考えられてこなかったテーゼ

H-30.11.14 [い 医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 大阪高判は、「入れ墨(タトゥー)は、地域の風習や歴史的ないし風俗的な土壌の下で、古来行われてきており、我が国においても、それなりに歴史的な背景を有するものであり、1840年頃には彫り師という職業が社会的に確立したといわれている。我が国では、ある時期以降、反社会的勢力の構成員が入れ墨を入れるというイメージが社会に定着したことなどに由来すると思われるが、世間一般に入れ墨に対する否定的な見方が少なからず存在することは否定できない。他方で、外国での流行等の影響もあって、昨今では、若者を中心にファッション感覚から、あるいは、個々人の様々な心情の象徴として、タトゥーの名の下に入れ墨の施術を受ける者が以前より増加している状況もうかがわれる。そのような中で、入れ墨(タトゥー)を自己の身体に施すことを希望する人々の需要に応えるものとして、タトゥー施術業がそれ相応に存在している。このように、入れ墨(タトゥー)は、皮膚の真皮に色素を注入するという身体に侵襲を伴うものであるが、その歴史や現代社会における位置づけに照らすと、装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義があり、また、社会的な風俗という実態があって、それが医療を目的とする行為ではないこと、そして、医療と何らかの関連を有する行為であるとはおよそ考えられてこなかったことは、いずれも明らかというべきである。彫り師やタトゥー施術業は、医師とは全く独立して存在してきたし、現在においても存在しており、また、社会通念に照らし、入れ墨(タトゥー)の施術が医師によって行われるものというのは、常識的にも考え難いことである」という<sup>12)</sup>。

11) 本判決は、アートメイクについて、「アートメイクの概念は、必ずしも一様ではないが、美容目的やあざ・しみ・やけど等を目立ちづらくする目的で、色素を付着させた針で眉、アイライン、唇に色素を注入する施術が主要なものであり、その多くの事例は」、「美容整形の概念に包摂し得るものと考えられ、アートメイクは、美容整形の範疇としての医行為という判断が可能であり」、「医療関の施術とアートメイクを同一に論じることはできない」という。

12) 本判決は、「そもそも、入れ墨(タトゥー)の施術については、その性格上」、「感染症やアレルギー反応等、血液や体液の管理、衛生管理等に関する医学的知識や技能は、当然に一定程度必要となろうが、入れ墨(タトゥー)の施術において求められる本質的な内容は、その施術の技術や、美的センス、デザインの素養等の習得であり、医学的知識及び技能を基本とする医療従事者の担う業務とは根本的に異なっている」、「医師免許を取得した者が、入れ墨(タトゥー)の施術に内在する美的要素をも修養し、入れ墨(タトゥー)の施術を業として行うという事態は、現実的に想定し難いし、医師をしてこのような行為を独占的に行わせることが相当とも考えられない」と続ける。

キ) 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

H-30.11.14 [い医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 大阪高判は、「仮に、原判決のように、医療関連性という要件を不要とし、保健衛生上の危険性要件のみで足りるという解釈をとれば、本件行為は医行為に該当し、タトゥー施術業に医師法 17 条を適用することになる。しかしながら、このような医師法 17 条の解釈適用によると、「憲法が保障する職業選択の自由との関係で疑義が生じる」、「入れ墨 (タトゥー) の施術を、医師法 17 条の医行為に該当すると解釈した場合、医師以外の者が行うことが禁止され、これに違反した者は処罰されて、医師のみが入れ墨 (タトゥー) の施術を行うことを許容されるという結果になる。タトゥー施術業は、反社会的職業ではなく、正当な職業活動であって、憲法上、職業選択の自由の保障を受けるものと解されるから、タトゥー施術業を営むために医師免許を取得しなければならないということは、職業選択の自由を制約する」という。

ク) 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

H-30.11.14 [い医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 大阪高判は、「海外主要国においては、タトゥー施術業に医師免許を要求している例は見当たらず、医師が行うべき医療行為とは別個の規制がなされている。そうすると、我が国でも、彫り師に対して一定の教育・研修を行い、場合によっては届出制や登録制等、医師免許よりは簡易な資格制度等を設けるとか、タトゥー施術業における設備、器具等の衛生管理や被施術者に対する施術前後の説明を含む手順等に関する基準ないし指針を策定することなどにより、保健衛生上の危害の発生を防止することは可能である」、「上記目的を十分に達成するため、入れ墨 (タトゥー) の彫り師にとっては禁止的ともいえる制約をもたらす医師法による規制が、必要不可欠であるといえるか甚だ疑問であり、医師法の規制対象にするのではなく、より緩やかな規制の下でも社会的に許容できる水準の安全性を確保することは可能と考えられる」、「医師免許という厳格な資格制限による医師法の規制を及ぼすことは、他により緩やかな制限が可能であることからすれば、規制の範囲が必要な限度を超えている」、「その意味で、タトゥー施術業を医師法で規制することには、目的と手段との関連において合理性がない」という。さらに、「当裁判所のように、タトゥー施術業に医師法 17 条が適用されないという解釈をとると、現状においては、入れ墨 (タトゥー) の施術に伴う保健衛生上の危害のおそれに着目したタトゥー施術業自体に対する規制は、存在しないことになる」が、「入れ墨 (タトゥー) の施術に伴う保健衛生上の危害のおそれという問題に対しては、医師法の医行為を拡張的に解釈してこれを処罰対象として取り込むのではなく、必要に応じて、業界による自主規制、行政による指導、立法上の措置等の規制手段を検討し、対処するのが相当」という。

#### 【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

最高裁において、H-10.7.3 (し酒類 / 免許拒否 (経営・需給) / 取消) 最 2 判は、「免許の要件を定めた法 10 条は、同条各号の 1 に該当するときは免許を与えないことができると規定しているが、これは、右免許制が憲法 22 条 1 項の保障する職業選択の自由に対する規制措置であることにかんがみ、酒類製造者において酒類販売代金の回収に困難を来すおそれがあると考えられる場合を限定的に列挙して、免許の申請がそれらのいずれかに該当すると認められる場合に限りて免許を与えないことができるものとし、それらに該当するとは認められない場合には申請どおり免許を与えなければならないものとする規定である」、「法 10 条 10 号及び 11 号の規定は」、「立法目的に沿う合理的なものといえることができるが」、「経営の基礎が薄弱である」(10 号)「酒類の需給の均衡を維持する必要がある」、「免許を与えることが適当でない」(11 号)という抽象的な文言をもって規定さ

れている免許拒否の要件を拡大して解釈適用するときは、右の立法目的を逸脱して、事実上既存業者の権益を保護するため新規参入を規制することにつながり」、憲法 22 条 1 項の保障する職業選択の自由の「規定に違反する疑いを生ずる」という。

下級審において、H-4.7.15〈し酒類／免許拒否（経営・需給）／取消〉宇都宮地判、H-8.3.29〈し酒類／条件（需給）／刑〉広島高岡山支判<sup>13)</sup>、H-9.10.27〔し酒類販売／条件解除許否（需給）／取消〕仙台地判<sup>14)</sup>は、同旨。

イ) 具体的事実により客観的に根拠付けられる必要テーゼ

最高裁において、H-10.7.3〈し酒類／免許拒否（経営・需給）／取消〉最 2 判は、「取扱要領は、免許を与えるのは小売基準数量要件又は基準世帯数要件のいずれかを充足する場合に限ることとした上、本件ただし書において、これらのいずれかを充足する場合でも、酒類の需給均衡を破り、ひいては酒税の確保に支障を来すおそれがあると認められる場合は免許を与えないものとする旨定めている」、「右のような取扱要領の定め方が同号の趣旨に沿うものであるかどうかには、問題があるが、小売基準数量要件及び基準世帯数要件自体には、相応の合理性があるものと考えられるから、これらのいずれかを充足する場合、とりわけ需給のバランスを直接的に示す小売基準数量要件を充足する場合には、それでもなお酒類の需給均衡を破るおそれがあることが具体的事実により客観的に根拠付けられて初めて、同号に当たるといえることができる」という。

下級審において、H-9.10.27〔し酒類販売／条件解除許否（需給）／取消〕仙台地判は、同旨。

【ふ風俗関係】

ア) 許可の対象とされる 3 号のダンス営業とは、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テーゼ

---

13) 本判決は、「酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的のためでも酒類販売業の許可制をとることについて憲法適合性が論議されているが、酒税法 11 条 1 項により税務署長が酒税の保全上酒類の需給の均衡を維持する必要があると認めて付する条件についても、これが酒類販売業を許可する場合に付されるもので、職業活動の内容及び態様に対する規制であるとして軽視することはできない」、「右条件に違反した場合には、酒税法 11 条 1 項、58 条 1 項 1 号により処罰され、裁量的ではあるが、同法 14 条 2 号、10 条 7 号により酒類の販売業免許を取り消されるのであって、狭義の職業選択の自由そのものの規制としての免許の許可制に繋がる問題となる」、「このような規制が合憲的な措置であるというためには、その条件を付するについて必要性と合理性があり、具体的な基準のもとに付された明確な条件でなければならない」、「本件の『小売に限る。』という条件に違反する行為に該当するかどうかは、本件酒類の授受が卸売に該当するかどうかを判断し、卸売に該当しない限り、前記条件に違反しないものというべきであり、卸売の意義についても厳密に解釈すべきである」という。

14) 本判決は、「所轄税務署長が酒税徴収の確保という」「目的からすれば、所轄税務署長が酒税法 11 条 2 項の運用にあたり、酒税徴収の確保という目的を超えて、既存の販売業者の保護を図ったり、新規参入を不当に抑制したり、また、酒税確保の目的が転じて、必然的にこれと結びつくとは限らない酒類の安売りを防止すること自体を目的とすることは、酒販免許制度の趣旨に反するとともに、憲法上の要請である営業の自由の保障、経済的自由競争の原則にも反し、許されない」、「そもそも、新規に免許を取得した者が一定の市場に参入した場合、当該地域の酒類の供給につき競争状態が生じ、これに伴って販売価格が変動することは避け難いところであり、その際の個別の業者の営業態様にまで介入するのは、それが販売価格が原価を下回り過当競争を誘発するような不当廉売等の不公正なものでない限り、行き過ぎであって、酒税の徴収の確保という目的を超えて、既存の販売業者の保護を図ったり、新規参入を不当に抑制したりすることに帰するものであり、営業の自由の保障、経済的自由競争の原則に照らして許されない」という。

H-26.4.25 〈ふ風俗（ダンス）／無許可／刑〉大阪地判は、「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、享乐的な雰囲気を過度に醸成し、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」という。

イ) 立法事実の変遷テーゼ

H-27.1.21 〈ふ風俗（ダンス）／無許可／刑〉大阪高判は、「立法経緯並びにダンスの多様化及びダンスをさせる営業の実態の変化<sup>15)</sup>を併せて検討すると、風俗営業取締法の立法当時には、ダンスホール営業と売春が結び付いていたことや、男女が組になり、身体を接触させて踊るというダンスの様式から、客にダンスをさせることが直ちに男女間の享乐的雰囲気を醸成するような状況にあったといえる。しかし、その後のダンスホール営業の変化に加え、男女が組にならず、身体も接触させずに個別に踊るダンスの流行など、ダンスの様式も変化した結果として、客にダンスをさせることで男女間の享乐的雰囲気が醸成される可能性は低下している。このため、現在では、客にダンスと飲食をさせる営業であっても、ダンスの種類や様式によっては男女間の享乐的雰囲気を過度に醸成するおそれのない営業があるということが出来る。したがって、客にダンスと飲食をさせるという指標により、男女間の享乐的雰囲気を過度に醸成するおそれのある営業類型とみなすことは、実態に即さず、困難になった」という。

ウ) 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

H-27.1.21 〈ふ風俗（ダンス）／無許可／刑〉大阪高判は、「夜間に酒食を提供し遊興等をさせる営業に対しては、その実態に即した別の指標ないし基準に基づく規制によることが考えられるところであり、粗暴事案や酔客による迷惑行為は個別の刑罰法規等によって取り締まるべきものである」という。

【ほ法務関係】

ア) 行政書士法にいう「事実証明に関する書類」の外延は広く、職業選択の自由・営業の自由と調

15) 本判決は、「3号営業を含む接待飲食等営業に対する立法の経緯についても、立法当時は、女性従業員とダンスの相手客との売春が多発しており、ダンスホール営業が売春の温床となりやすいという実情があり、主として売春防止を目的として、客にダンスをさせる営業を風俗営業として規制する風俗営業取締法が昭和23年に制定され」、「その後の昭和31年には売春防止法が制定されて翌年施行され、売春の周旋や勧誘等は同法で処罰されることになった。さらに、ダンスホールないしクラブなどの営業所で流行したダンスの態様を見ると、風俗営業取締法の立法当時は、男女が組になり、互いに手を取り合うなど身体を接触させて踊るダンスが一般的であったが、昭和30年代には男女が組になっても接触が少ないマンボダンスが流行し、その後もツイスト、モンキーダンス、ゴーゴードダンスなど、男女が組まずに踊るダンスが広まり、ジャズダンス、ディスコダンスやヒップホップダンスなど、個人が音楽に合わせて自由に踊るものが多くなるなど、ダンスの様式も多様化している」、「ダンスの多様化を受けて、男女が組になって踊るダンスホールの営業自体が次第に低調となり、客にダンスをさせる営業の内容が大きく変化してきた結果、ダンスホールやクラブの営業と売春との結び付きも希薄化してきた」、「さらに、ダンスが健全な娯楽として認知されるようになったことから、昭和59年の改正時には、客にダンスをさせる営業（2条1項4号）に当たるダンススクールへの18歳未満の者の立入禁止の規制が緩和され」、「平成10年の改正時には、ダンスの技能及び知識を教授するダンススクール営業は、男女間の享乐的雰囲気を過度に醸成するおそれがないとして、一定の基準を満たすものが風俗営業から除外されている」という。



和し得るよう合理的に限定解釈されるべきテーゼ

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1条の2第1項にいう『事実証明に関する書類』の外延は甚だ広く、行政書士法の立法趣旨に従い、その範囲は『行政に関する手続の円滑な実施に寄与し、あわせて、国民の利便に資する』（同法1条）という目的からの限定を受けるべきであるとともに、職業選択の自由・営業の自由（憲法22条1項）と調和し得るよう合理的に限定解釈されるべきものである。そして、行政書士法1条の2第1項では『官公署に提出する書類その他権利義務又は事実証明に関する書類』とあり、文理上、『事実証明に関する書類』の内容については『官公署に提出する書類』との類推が考慮されなければならない」、「『事実証明に関する書類』とは、『官公署に提出する書類』に匹敵する程度に社会生活の中で意味を有するものに限定されるべき」という。

イ) 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

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、「家系図は、家系についての調査の成果物ではあるが、公的には証明文書とはいえず、その形状・体裁からみて、通常は、一見明瞭に観賞目的あるいは記念のための品物であるとみることができる。家系図作成について、行政書士の資格を有しない者が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判断は大仰にすぎ」る、という。

(2) 職業選択の自由制限への弱いコミット

【全体】

ア) 積極的な社会経済政策テーゼ (← (3) (C) (2) 【全体】 イ))

H-4.7.15〈し酒類／免許拒否（経営・需給）／取消〉宇都宮地判は、「憲法は、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おり……」という。

イ) 精神的自由と比較して公権力による規制の要請がよいテーゼ (← (12) (C) 【全体】 イ))

H-4.7.15〈し酒類／免許拒否（経営・需給）／取消〉宇都宮地判は、「個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なり、右社会経済政策の実施の一手段として一定の合理的規制措置を講ずることを予定し、かつ、許容している」という。

【い医業関係】

ア) 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

H-30.11.14〔い医業関係／禁止（入墨）／刑〕大阪高判は、「確かに、本件行為に伴って、原判決が指摘するような保健衛生上の危害を生ずるおそれがあることは否定できず、これに応じて、本件行為の施術者には、施術によって生じるおそれがある感染症やアレルギー反応等、血液や体液の管理、衛生管理等を中心とする一定の医学的知識及び技能が必要とされることも事実であるから、本件行為は保健衛生上の危険性要件を満たす」という。

【し酒類販売】

ア) 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 (← (12) (C) (2) 【し酒類】 ア))

最高裁において、H-10.7.3〈し酒類／免許拒否（経営・需給）／取消〉最2判は、「酒類販売業につき免許制が採られているのは、酒税の納税義務者とされた酒類製造者のため、酒類の販売代金の回収を確実にさせることによって消費者への酒税の負担の円滑な転嫁を実現する目的で、これを阻害するおそれのある酒類販売業者の酒類の流通過程から排除することとして、酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るためである」という。

下級審において、H-4.7.15〈し酒類／免許拒否（経営・需給）／取消〉宇都宮地判、H-9.10.27〔し酒類販売／条件解除許否（需給）／取消〕仙台地判は、同旨。

イ) 酒税収入が低下したとしてもテーゼ（← (12) (C) 【し酒類】 イ）

H-4.7.15〈し酒類／免許拒否（経営・需給）／取消〉宇都宮地判は、上記テーゼをいう。

ウ) 経営能力要求テーゼ（← (12) (C) 【し酒類】 オ）

H-4.7.15〈し酒類／免許拒否（経営・需給）／取消〉宇都宮地判は、上記テーゼをいう。

#### 【ふ風俗関係】

ア) 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

H-26.4.25〈ふ風俗（ダンス）／無許可／刑〉大阪地判は、3号のダンス営業の規制目的について、「『設備を設け客にダンスをさせ、かつ、客に飲食をさせる』という営業の内容が、その具体的な営業態様によっては、歓乐的、享乐的な雰囲気を通じて醸成し、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あることから、一定の基準を満たした場合にのみ営業を許すこととして、業務の適正化を図ることによりその弊害の発生を防止し、善良な性風俗秩序を維持するとともに、併せて少年の健全な育成に障害を及ぼす行為の防止を図ることを目的とする」という。

イ) 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

H-26.4.25〈ふ風俗（ダンス）／無許可／刑〉大阪地判は、「本件各規定は、その具体的な営業態様から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3号」のダンス「営業を規制することにより、善良な性風俗秩序を維持するとともに、併せて少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するという、いわゆる消極的、警察的目的を定めるものと解されるが、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る」、「そして、風営法は、3号」のダンス「営業について、その営業を行う適格を疑わせる事由を人的欠格事由、性風俗秩序の乱れや風俗環境の悪化につながるような営業所の構造等を物的欠格事由として定め、これらに該当した場合は許可を与えないこととしているが、これは」、3号のダンス「営業の性質に鑑みると、適性を欠く者が経営に参入したり、不適切な設備を設けたりすることによってその営業内容が不健全なものとなり、性風俗秩序の乱れが現実化する事態が容易に想定されるからである」という。

ウ) 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

H-27.1.21〈ふ風俗（ダンス）／無許可／刑〉大阪高判は、3号営業の規制の目的について、一審が、「性風俗秩序の維持及び少年の健全育成に限られるような説示をし、他の規制目的を實際上考慮していない点は」、「相当とはいえない」と批判しつつ、「規制薬物の蔓延や粗暴事犯の発生防止、騒音や振動による周辺環境の悪化の防止は、いずれも風俗環境の保持の一要素として副次的に考慮されるにとどまる」と結論する。

#### 【ほ法務関係】

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) 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

司法哲学に関し、H-4.7.15〈し酒類／免許拒否（経営・需給）／取消〉宇都宮地判のように、「社会経済政策上の積極的な目的のために個人の経済活動の自由に対してなされる法的規制措置については、その規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる限り、その具体的な態様及びその必要性和合理性については、立法府の政策的、技術的な裁量の判断を尊重するのを建前とし……」という判決もあるが、このアプローチは、一般的に、職業選択の自由に強くコミットしており、か

なり強い積極的な司法哲学を内在させているといえよう。

(D) 235 このアプローチをめぐって

#### 【い医業関係】

H-30.11.14 [い医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 大阪高判は、「学説は医療関連性要件も必要説テーゼ」,「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」他でもって、タトゥー施術は、「医行為には該当しない」として医師法 17 条の解釈でもって被告人を無罪とするものの、末尾の「付言」において、医師法 17 条の解釈にとどまらず、「タトゥー施術業を営むために医師免許を取得しなければならないとすれば、職業選択の自由を制約するテーゼ」,「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」をいい、「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」とする。

本判決の付言について、「本判決は医師法 17 条の解釈によって」被告人を「無罪としたのであるから、憲法判断をする必要はないといえる」,「この『付言』は、『医療関連性を欠くタトゥー施術の医行為性を肯定することはできないという……解釈適用の妥当性』を示すためになされた」とのコメント、また、本判決は、1 審と同じく LRA の基準を用いたが、反対の結論となった点について、「原審と本判決は、目的達成のために医師免許を必要と考えるか否かで結論を分けた」,「本判決は、タトゥー施術業に対する適切な見方を前提に、施術者に医師免許を求めることに憲法上の疑義を示したものとして、高く評価されるべき」[榎 2019:39, 40] とのコメント<sup>16)</sup>、「本判決は、『付言』として、本件行為が医行為に該当するという 1 審判決のような解釈をとれば、憲法 22 条 1 項との関係で疑義が生じることを指摘した上で、その理由を詳細に検討し、実質的に違憲判断を行っている」,「憲法訴訟における必要性の原則からすれば、こうした判断が許容されるかが問題となる」が、「今回の憲法判断は許容されると考える。何よりも、本件では、当事者間で合憲性に関する主張がかなり詳細になされており、憲法判断をするに熟した状況があったといえるからである」[曾我部 2019: 134, 137]<sup>17)</sup> とのコメントの他、「本判決は『医業』については『職業選択の自由との

16) 本コメントは、「保健衛生上の危害の発生を防止することが目的であるならば、本判決が指摘するように、彫り師に対する教育・研修、届出制や登録制の導入、衛生管理や施術の手順等に関する基準・指針の策定等によって、当該目的を達成できると考える余地がある。そうだとすれば、施術の技術や美的センス、デザインの素養を求められる彫り師に対して、感染症やアレルギー、衛生管理等に関する一定の医学的知識が求められるとしても、医師と同様の医療に対する高度な知識と技能を要求する必要はない。こうした要求は、彫り師に過度な制約を課するものである」[榎 2019: 40] という。他方、本判決の「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」について、「保健衛生上の危険性に加えて、医療関連性をも医行為の要件とする本判決の立場は、現在確立している最高裁判例と整合しない疑いがある。さらにこれとの関連では、これまで医行為性が認められてきた、『器具を用いて、他人の耳に穴をあけイヤリングを装着する』行為や永久脱毛行為と、本件行為をいかにして棲み分けるのか、という疑問もある」[天田 2019:182] との批判的コメントの他、「本判決のように解した場合、入れ墨（タトゥー）も消極的な医療目的に含まれてしまうのではないかという点にある。立法論としては、医師法の制定、(1948 年) と同時に歯科医師法が設けられたように、新たな分野である美容整形手術については、別に美容整形医師法を制定することによって対処する方が適切であるように思われる」[浅田 2020:185] との指摘がある。

17) 本コメントは、1 審と 2 審における LRA 基準の具体的な適用の仕方の違いを検討し、「憲法学説は、違憲審査基準をいかに選択すべきかについては熱心に議論するものの、審査基準の構成要素をどう考えるか、審査基準をどのように適用すべきかということについては十分に議論しない傾向にあるように感じられる。その結果として、審査

関係で疑義」を生じさせないため、『付言』という方法で『医業』の絞り込みを志向する憲法解釈を行っている」(広範な『医業』概念の解釈に際し、職業選択の自由を『充填』する『憲法適合的解釈』である)[笹田 2019: 152]<sup>18)</sup>等のコメントがある。

#### 【し酒類】

H-10.7.3 〈し酒類／免許拒否(需給)／取消〉最2判は、「免許拒否要件の拡大解釈適用は職業選択の自由で違反する疑いテーゼ」,「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」をいい、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とした。本判決について、「酒類販売免許制を合憲的に解釈するために、その拒否要件を厳格解釈したもので、その具体的判断方法も妥当」[三木 1999: 119]とのコメントがある<sup>19)</sup>。

#### 【ふ風俗】

H-26.4.25 〈ふ風俗(ダンス)／無許可／刑〉大阪地判は、「総合的衡量原則」を述べた後、「職業の許可制は強力な制限テーゼ」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、50年薬事法判決を援用する。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」,「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、LRAの基準をパスするしつつ、被告人の行為は、限定解釈された風営法の各規定に該当しないとして無罪とする。

この点、同判決は、50年薬事法判決「を踏まえ規制目的二分論を採用した上で、本件規制が許可制であること、積極目的ではなく消極目的による規制であることから、薬事法判決と同様のいわゆる『厳格な合理性』の基準による審査を行い、規制を合憲とした」と捉えつつ、LRAの基準をパスするかの「審査を実質的に行っているとはいえない」,「判決におけるこの点の検討は、許可

---

基準の使い勝手が悪いものにとどまっているのであれば、審査基準論が実務に受け入れられることも望めないのではないか」[曾我部 2019: 136]と根本的な問題を提起する。

18) その他、「本判決は、本件行為に医師法17条を適用すると『職業選択の自由との関係で疑義が生じる』ことを認めつつも、適用違憲の判断を下すのではなく、医行為に医療関連性を要求するという解釈により、本件行為の医行為該当性を否定した。これは、堀越事件最高裁判決」(≡《積I》a(2)注9)「による『政治的行為』の解釈と同様の法令解釈手法といえよう。適用違憲には法令の規制範囲が曖昧になるなどの欠点がある(堀越事件判決の千葉勝美補足意見参照)ため、法令の合理的解釈による解決が可能な場合には、適用違憲を避けることは賢明な選択であろう」[堀口 2019: 128]とのコメントの他、本判決が「付言」において、「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」を「おくことで医行為からタトゥー施術行為を除くという憲法適合的解釈を示したのである。医療関連性の要請によって医行為概念を狭めるという医師法17条解釈との関連性は弱そうであるが、同法の体系的解釈の段階で憲法判断を示すものであろう」[河嶋 2021: 33]とのコメントがある(同コメントは、憲法適合的解釈について、「『法令の規定それ自体は合憲であると同時に、憲法論を前提とした解釈を行うことで、規定の適用に際して開かれていた解釈の余地を充填し、その適用の違法・合法を決定するというもの』であり、このことは、裁判所が真正面から憲法判断を行わないときにも、『法令解釈の段階で憲法解釈が働く』場合があることを示している」[河嶋 2021: 33]とする)。

19) 他方、「憲法問題については直接的、明示的な判断を示さず、酒販免許制度が憲法22条1項の保障する職業選択の自由に対する規制措置であることを踏まえて、専ら法10条10号及び同法11号の解釈適用について判断し、原審の認定事実を前提として、右各号の要件該当性を判断した事例判決である」[武下 1999: 761]とのコメントがある。

制でなければ、適正を欠く者の経営参入や不適切な設備によって営業内容が不健全となり、性風俗秩序の乱れが現実化する事態が容易に想定され、その防止は許可制でなければ達成できない、というだけである。だが、厳格度の高い審査をするのであれば、『より緩やかな制限』の有無について、より立ち入った実質的な検討をし、それが存在しないということを論証すべきであった」[大野 2014：29-30] との批判がある<sup>20)</sup>。

また、同判決が風営法の各規定を限定解釈し、許可の対象とされる3号のダンス営業について、「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テーゼ」でもって限定し、被告人を無罪とする点について、「憲法上の権利制約の可能性を前提に、法文の形式的要件の充足だけではなく実質的害悪の充足を構成要件該当性の中に読み込んで罰則を適用するという説示は、公務員の休日のビラ配布が問題となり国家公務員法 102 条（及びその罰則規定）の適用が争われた、近年の堀越事件最高裁判決」（≡《積 I》α（2）注 9）「に近似する。本件は、同最高裁判決を引用してはいないものの、その影響を受けた判断手法であった」[新井 2014：93]<sup>21)</sup> とのコメントがある。

H-27.1.21 〈ふ風俗（ダンス）／無許可／刑〉大阪高判は、原審の3号営業の限定解釈が規制目的として狭い点、及び、「営業開始後の実態をも含む諸般の事情を総合して判断する」するアプローチが、「事前許可制と矛盾」すると批判し、「立法事実の変遷テーゼ」でもって、「3号」のダンス営業規制を限定し、無罪とする。憲法問題については、原審がダンス営業の許可制自体を合憲とした「判断は正当である」とするのみである。本判決の憲法判断に対する態度について、「原審判決では、不十分ながらも法の該当規定そのものの合憲性に関する検討に入っていたように思われる」が、「本判決は、基本的には自ら法令の合憲性判断には積極的には臨まなかった」、「本件では違憲判断をしないあまりに、『ダンス』の解釈をめぐって、一般的にはにわかには理解できないような解釈を通じて、本件の無罪を維持している。しかし、憲法 21 条 1 項や 22 条 1 項に対する言及がないとしても、『ダンス』の意味合いをそこまでして厳格に捉えるのであれば、少なくとも『不明確性（憲法 21 条、31 条）に関する違憲判断は、明示的に行うことが求められたように感じられる。こうした憲法判断を避ける意味としては、政治（具体的には風営法改正の動き）との距離をどのようにすべきか、という問題があると思われる。裁判所に求められる機能としての『政治と司法との対話』もたしかに重要かもしれない。しかし、そうした対話に積極的意義が認められるのは、政治部門と司法府との相互作用によって、よりよい人権保障や憲法価値の実現が行われる場面であるべきであ

20) その他、「本件における風営法の諸規定の合憲性審査の場面では、本件規制目的を消極目的と認識しながら、その先の具体的検討をするまでもなく『必要かつ合理的な措置』であったと示すにすぎない。また（許可制といった）事前措置の必要性の審査にあつては、それがいかなる点で規制目的の達成に不可欠なのかといった審査も省略される。しかし、本件規制の目的を性風俗秩序の乱れの防止とするならば、別途存在する性犯罪に関する法規制や売春防止法の規制等によってなぜその目的を達成できないのかを検証してよい。そこでこれからは、本判決で裁判所が自ら立てた判断枠組みに応答した審査を進んで行っていない印象が残る」[新井 2014：92] との批判がある。

21) その他、堀越事件最高裁判決との近似性の指摘として、「本件規定の規制対象を限定的に解釈し、これを踏まえて本件規定の憲法適合性と、被告人の具体的行為の構成要件該当性を判断し、最終的に構成要件非該当性を理由に無罪判決を導いている。この枠組みにおいては、限定的に解釈された規制対象との関係で法令の合憲性が判断されるため、法の文言それ自体の規制対象の広汎さは解消され、規制目的との関連性も緊密となる。また同時に被告人の当該行為が限定的に解釈された構成要件に該当する可能性も小さくなる。こうして、法律を違憲の瑕疵から、被告人を有罪からそれぞれ救う形で、限定解釈が判決全体を支配することになる」[平地 2015：23] とのコメントがある。

る。さらに裁判所は、法原理を提示する機関としての役割を担っており、政治とは一定の距離を置いた純粋な法理論の展開がなされてよい。違憲審査に関しては、とりわけ『距離』が重視されがちではあるが、そのために法的論理が遠回りになってしまうのは、本末転倒である」[新井 2015 : 76-77] との批判の他、本判決の「立法事実の変遷テーゼ」による限定解釈アプローチについて、「立法事実の変化により規制の合理性が失われたというのであれば、行われるべきは限定解釈ではなく違憲判断だったのかもしれない」[平地 2015 : 23] とのコメントがある<sup>22)</sup>。

#### 【ほ法務】

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、職業選択の自由・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」でもって、「家系図」は事実証明に関する書類に該当しないとし、無罪とした。このテーゼについて、「家系図もまた、人の家系を証明することができるのであるから、いかなる場合でも『事実証明に関する書類』に当たらないと断ずることはできない。しかし、業としての作成が行政書士法によって刑罰で禁止されるというのであれば、そこにいう『事実証明に関する書類』の意味は、同法の目的に即して縮小解釈されるべきである。この点で、最高裁の結論は常識的と思われるが、宮川裁判官の補足意見は、この目的論的縮小解釈の論理を、より明確に示している」、「これは、行政書士という専門職の制度目的と家系図の目的を照らし合わせた典型的な目的論的縮小解釈であり、説得力のある論証であろう」[松宮 2011 : 123]<sup>23)</sup> との好意的コメントの一方、「戸籍・除籍の調査は行政書士の専門の範囲内であり、その調査に基づいて作成された『家系図』であれば、専門家としての行政書士が作成すべき書類であるというべきではないだろうか。本件家系図がどのような調査に基づいて作成されたかは事実関係からは必ずしも明らかではないが、仮に本件家系図が戸籍・除籍の調査に基づいて作成された書類であるとすれば、戸籍

22) 本コメントは、「立法事実の変化は」、「通常、『立法当時に規制の合理性を支えていた事実が裁判時には失われているので、規制の合理性も失われている』という形で用いられ、違憲の判断と結びつくことが多い。ところが本件は、ダンス営業の多様化という立法事実の変化により『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』と述べているものの、すぐに続けて『規制の対象とすることが合理的な営業の態様の検討』に移り、「限定解釈を示している点に特徴がある」、「こうして導かれた限定解釈であるが、原審で参照されていた札幌税関事件判決」[において示された、(イ) 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あること、(ロ) 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あること、という憲法上許される限定解釈の条件を満たさないおそれがある。というのも、(ロ) の条件の『その規定』がもともとの規定であるとするれば、『客にダンスをさせ』という3号営業の文言を『男女が組になり、かつ、身体を接触して踊る』ことを意味すると解するのは社会風俗や関連法規の変遷にそれほど詳しくない『一般国民』には至難の業である。判旨は、税関検査を事後的規制として本件許可制と区別し、限定解釈の条件から上記(ロ)を排除して(イ)の『明確な区別』を強調しているが、一般国民にとってはダンス営業の許可申請と同様税関検査も『表現の事前規制たる側面を有する』(札幌税関事件判決)のものであり、どちらの場合も不明確な文言による表現行為への萎縮効果は免れない」[平地 2015 : 23] という。

23) 本コメントは、「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を行っており、戸籍法 133 条に該当しうる」[松宮 2011 : 123] とする (≪積Ⅲ≫(2) 注 6)。

を調査するという専門的能力を有する行政書士に任されるべき業務であったともいいうる」[嘉門2012:148] とのコメントもある。

## βタイプ

### (1) 「裁量権の範囲を逸脱、濫用・法令の合憲限定解釈／処分は違法」アプローチ

#### (A) 概要

ここで扱うアプローチは、既に扱った《積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)／処分は違法、無罪」アプローチと同質のアプローチであるが(下記、裁判例において、S-40.9.16東京高判、S-46.10.28最1判、S-52.2.3東京高判、H-1.3.22福岡地判は前者に、H-6.12.8東京高判は後者に対応する)、処分を違法と判断する際における職業選択の自由への配慮が、それらのアプローチよりも弱い、もしくは、わずかな言及にとどまる点に留意し、ここに分類する。といっても、このアプローチの職業選択の自由へのコミットは、それなりに強く、職業選択の自由制限へのコミットは弱い。

#### (B) 裁判例

(1) S-40.9.16〔う運送／免許申請却下／取消〕東京高判<sup>1)</sup>(行集16巻9号1585頁、③S-46.10.28.最1判)は、原告の主張—被告が原告に対してした免許申請却下処分は、不公正な手続でなされ、職業選択の自由に違反する—について、「聴聞・審査・判定の手続・方法等については行政庁の裁量に任せているテーゼ」(⇒(C)(3)ア))をいうが、「聴聞・審査・判定の手続は、公正な、事実の認定につき行政庁の独断を疑われないものでなければならないテーゼ」(⇒(C)(1)【う運送】ア))をいう。そして、「個人タクシー事業の免許の許否は職業選択の自由にかかわるテーゼ」(⇒(C)(1)【う運送】イ))、「申請の却下処分をする場合には、聴聞その他適切な方法によって、申請人に対しその主張と証拠の提出の機会を与えなければならないテーゼ」(⇒(C)(1)【う運送】ウ))をいい、「控訴人」、東京陸運局長は、「聴聞担当官」「に対し特段の指示をすることなく、ために」聴聞担当官「としてもこれらの事実の調査に格別の意を用うることがなかった点において本件審査手続は不公正な手続であることを免れない」、「控訴人が被控訴人の本件申請を却下した処分は、公正な手続によって判定をうけるべき被控訴人の法的利益を侵害したという点において違法として取

1) 1審、東京地判昭和38年9月18日(民集25巻7号1053頁)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」とし、憲法13条、31条、15条に言及し、道路運送法に「方法、手続につきなんらの定めがない場合においても、免許申請者は、公正な、事実の認定につき独断を疑うことがいわれがないと認められるような手続によって判定を受くべき法的利益の保障を享有する」、「多数の者のうちから少数特定の者を選定するについては、単なる抽せんによる場合は格別、具体的、個別的事実の認定に基づき選定を実施しようとするかぎり、具体的基準の設定なくしては公正な取扱いをすることは不可能であるから、かような場合に、具体的基準を設けることなしになされた処分は、それだけで、不公正な手続によりなされた処分として違法性を帯びる」とし、原告の法的利益を害したとして申請却下処分を取り消す。本判決の論理は、2審、最高裁とさほど変わらないが、職業選択の自由への言及は、「個人タクシーの免許の性質をいわゆる公企業の特許に当るものと解するか、営業の自由に対する一般的禁止の解除(いわゆる警察許可)に当るものと解するかは一の問題であるが、そのいずれに解するにしても……」という表現にとどまっているので、この注において記す。

消を免れない」とし、控訴を棄却する。

(2) S-46.10.28〔う運送(個人タクシー)／免許申請却下／取消〕最1判昭和46年10月28日(民集25巻7号1037頁, ②→S-40.9.16〔う運送／免許申請却下／取消〕東京高判)は, 原告の主張一前出, 1審参照一について, 「個人タクシー事業の免許の許否は個人の職業選択の自由にかかわりを有するテーゼ」(⇒(C)(1)【う運送】ウ)), 「申請の却下処分をする場合には, 聴聞その他適切な方法によって, 申請人に対しその主張と証拠の提出の機会を与えなければならないテーゼ」(⇒(C)(1)【う運送】ウ))をいい, 「被上告人に対する聴聞担当官は, 被上告人の転業の意思その他転業を困難ならしめるような事情および運転歴中に含まるべき軍隊における運転経歴に関しては被上告人に聴聞しなかったというのであり, これらの点に関する事実を聴聞し, 被上告人にこれに対する主張と証拠の提出の機会を与えその結果をしんじやくしたとすれば, 上告人がさきにした判断と異なる判断に到達する可能性がなかったとはいえないであろうから, 右のような審査手続は, 「かしあるものというべく, したがって, この手続によってされた本件却下処分は違法たるを免れない」とし, 本件処分を取り消すべきものとした原判決の判断は正当とし, 上告を棄却する。

(3) S-52.2.3〔う運送(個人タクシー)／免許申請却下／取消〕東京高判昭和52年2月3日(行集28巻1・2号56頁 ①→S-46.4.17東京地判)は, 原告の主張一免許申請許否の決定手続において, 道路運送法6条に基づく具体的審査基準の適用上必要とされる事項について弁解の機会を与えずに却下処分としたのは違法である<sup>2)</sup>一について, 前出, S-46.10.28. 最1判を援用し, 「当裁判所もこの判示を正当とする」という。ついで, 「個人タクシー事業の免許の許否は職業選択の自由にかかわるテーゼ」(⇒(C)(1)【う運送】イ))をいい, 事案を検討し, 「本件申請の審査においては聴聞及び現地調査が形式に流れて委曲を尽くさず, その本来の目的を果していないと認められ, 若し, 右審査手続において申請人に弁解の機会が与えられ主張・立証が尽くされその結果が斟酌されたとすれば, 本件処分とは異った判断がなされる可能性がなかったとはいえないから本件審査手続はこの点において瑕疵があり, このような手続を経てされた本件処分は, その余の点を判断するまでもなく, 違法であり, 取消を免れない, 「本件処分は, 公正な手続によって判定を受けるべき控訴人の法的利益を侵害したという点において違法として取り消すべき」とし, 控訴人の本件請求は正当として認容し, 原判決を取り消す。

(4) H-1.3.22〔よ予備校／不認可／取消〕福岡地判平成元年3月22日(行集40巻3号268頁)は, 原告の主張一予備校設置不認可処分は, 学問の自由, 教育の自由, 私立学校設置の自由, 教育を受ける権利等を侵害する<sup>3)</sup>一について, 「各種学校には, 憲法上職業選択の自由が原則的に認められ, 公の性質をもつ教育であっても私学教育の自由が一定限度認められるテーゼ」(⇒(C)(1)【よ予備校】ア)), 「予備校においては他校に転学することは容易であり, 総体的には競争による利益がこれに優るテーゼ」(⇒(C)(1)【よ予備校】イ)), 「各種学校規程には『適正配置』を考慮すべきとする規定はないテーゼ」(⇒(C)(1)【よ予備校】ウ))をいい, 「本件処分は, 考慮すべきでない事項を考慮してなされたものとして, 違法のもの」とし, 原告の請求を認容する。

(5) H-6.12.8〔し酒類／免許拒否(経営)／取消〕東京高判平成6年12月8日(判タ865号70頁,

2) 1審と同じく, 判決文からは, 原告による職業選択の自由侵害の主張は窺いえないが, 本判決は職業選択の自由  
に言及する。

3) 判決文からは, 判決文からは, 原告による職業選択の自由侵害の主張は窺いえないが, 本判決は職業選択の自由  
に言及する。



①→H-5.4.26 浦和地判)は、原告の主張—酒税法9条、10条10号後段の各規定は憲法22条1項に違反する—について、酒税法9条、10条10号の合憲性については、1審と同様、とするが<sup>4)</sup>、控訴人につき酒税法第10条第10号に該当する事由があるとした被控訴人の判断の適否について「同号の規定の文言及び立法趣旨、酒税法の他の規定の趣旨、酒販免許制度の目的等に鑑みると、基本通達の右見解は、右10号後段の規定の趣旨を具体化するものとして合理的なものといえることができる」が、「酒税法10条10号の規定等の運用において、酒類の安売りを防止したり、既存の酒類販売業者の権益の保護を図ったりすることを目的とすることが許されないテーゼ」(⇒(C)(1)【し酒類販売】ア))、「基本通達の見解は、経営の基礎が優秀ないしは優良といい得る場合に初めて、この要件に該当しないこととなるのでないテーゼ」(⇒(C)(1)【し酒類販売】イ))をいい、事案を検討して、「被控訴人の主張する各事由は、控訴人の経営の基礎について、そこにある程度の問題点があることを示すものとしては首肯し得ないではないが、そこに相当な欠陥があって、事業の経営が確実でないと認められる場合に当たるものとするには充分とはいえないから、本件処分を支持するものとすることはできない」とし、原判決を取り消し、酒類販売業免許申請を拒否する処分を取り消す。

(C) このアプローチを支える思想

(1) 職業選択の自由へのある程度のコミット

【う運送】

ア) 聴聞・審査・判定の手続は、公正な、事実の認定につき行政庁の独断を疑われないものでなければならないテーゼ

S-40.9.16 [う運送/免許申請却下/取消] 東京高判は、上記テーゼをいう。

イ) 個人タクシー事業の免許の許否は職業選択の自由にかかわるテーゼ

最高裁において、S-46.10.28 [う運送/免許申請却下/取消] 最1判は、道路運送法「による個人タクシー事業の免許の許否は個人の職業選択の自由にかかわりを有する」という。

下級審において、S-40.9.16 [う運送/免許申請却下/取消] 東京高判<sup>5)</sup>、S-52.2.3 [う運送(個人タクシー)/免許申請却下/取消] 東京高判<sup>6)</sup>は同旨。

ウ) 申請の却下処分をする場合には、聴聞その他適切な方法によって、申請人に対しその主張と証拠の提出の機会を与えなければならないテーゼ

最高裁において、S-46.10.28. [う運送/免許申請却下/取消] 最1判は、「被原告人の免許申請の却下事由となった他業関係および運転歴に関する具体的審査基準は、免許の許否を決するにつき

4) 1審、H-5.4.26 (し酒類/免許拒否(経営)/取消) 浦和地判は、「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」アプローチを用いて、法令を合憲とし、適用も適法とした(≡《消Ⅲ》(12)アプローチ)。

5) 本判決は、「個人タクシー事業の免許の許否は、憲法の保障する基本的人権の一である職業選択の自由の規制に関するもの」という。

6) 本判決は、道路運送法の自動車運送事業の免許申請(同法5条)及びこれに関する聴聞手続の規定について、「申請人が個人であるか法人であるかにつき別途に取扱うことなく、一括して同一の規制に服させているばかりでなく、法人又は設立中の法人のために発起人が申請人である場合も、窮極においては、法人制度に依拠して事業を行おうとする個人の職業選択の自由が制肘を受けるのであって実質的には個人として申請する場合と同日に論ぜられるべきもの」という。

重要であるか、または微妙な認定を要するものであるのみならず、申請人である被上告人自身について存する事情、その財産等に直接関係のあるものであるから、とくに申請の却下処分をする場合には、右基準の適用上必要とされる事項については、聴聞その他適切な方法によって、申請人に対しその主張と証拠の提出の機会を与えなければならない」という。

下級審において、H-40.9.16〔う運送／免許申請却下／取消〕東京高判、S-52.2.3〔う運送（個人タクシー）／免許申請却下／取消〕東京高判は、同旨。

#### 【し酒類販売】

ア) 酒税法 10 条 10 号の規定等の運用において、酒類の安売りを防止したり、既存の酒類販売業者の権益の保護を図ったりすることを目的とすることが許されないテーゼ

H-6.12.8〈し酒類／免許拒否（経営）／取消〕東京高判は、「酒類販売業の免許制が右のように財政目的の見地から従前に引続き存置されているものであることに鑑みると、所轄税務署長が酒税法第 10 条第 10 号の規定等の運用に当たり、酒類の安売りを防止したり、既存の酒類販売業者の権益の保護を図ったりすることを目的とすることが許されない」という。

イ) 基本通達の見解は、経営の基礎が優秀ないしは優良といい得る場合に初めて、この要件に該当しないこととなるのでないテーゼ

H-6.12.8〈し酒類／免許拒否（経営）／取消〕東京高判は、酒税法第 10 条第 10 号「後段の規定が『薄弱であると認められる場合』としていること及び酒販免許制度が憲法 22 条 1 項の規定と関わりがあることを考えると、税務署長は、具体的な申請に対しては、基本通達の右見解のうちの『事業の経営が確実とは認められない場合』という文言を、事業の経営が確実でないとも認められる場合、すなわち、事業の経営が確実でないということが積極的に認定できる場合と理解して事案の処理に当たるときのものであって、右文言を盾に取って、申請者の殊更に不利益な点のみを取り上げ、事業の経営が確実であるということを確認することができないとして、免許することを制限する方向にこれを運用することは許されない」、「第 10 号後段の規定を、その前段の『破産者で復権を得ていない場合』と同程度ないしはこれに準ずる程度に経営の基礎に欠陥がある場合であるとまで限定して解釈しなければならないといえないことは、右規定の文言に照しても明らかである」という。

#### 【よ予備校】

ア) 各種学校には、憲法上職業選択の自由が原則的に認められ、公の性質をもつ教育にあっても私学教育の自由が一定限度認められるテーゼ

H-1.3.22〈よ予備校／不認可／取消〕福岡地判は、「各種学校の設置認可の実体的要件について、学教法及び私立学校法は具体的な基準を定めておらず、学教法及び同法施行規則を受けて制定された各種学校規程」〔が、各種学校の施設、設備、教員組織等について基準を定めているのみである〕、「1 条校」—学校教育法（S-23 年制定）1 条は、「この法律で、学校とは、幼稚園、小学校、中学校、高等学校、中等教育学校、特別支援学校、大学及び高等専門学校とする」と規定する—中谷—「においては、学教法が、これを設置できるものを国、地方公共団体及び学校法人に限定するとともに」、「各学校の種類ごとにその目的、性格、修業年限、組織編制等について体系的に規定しているのに対し、各種学校については、同法の規則中に規定を置き、設置の認可等 1 条校に関する若干の規定を準用するほか、必要な事項は監督庁がこれを定めるものとしており」、「設置について的人格上の制限もない」〔等 1 条校に比べその取扱いに格段の差異があること、そして、同法及び各種学校規程の趣旨に照らせば、各種学校の設置等を監督庁の認可にかからせたのは、その教育水準の維持、向上を図ることによって、そこに学ぶ生徒の教育を受ける権利を実質的に保障することにある〕と

し、「憲法上職業選択の自由が原則的に認められ、また、公の性質をもつ教育にあっても私学教育の自由が一定程度認められ」（学テ最高裁判決，最大判昭和 51 年 5 月 21 日，刑集 30 卷 5 号 615 頁引用）という。

イ) 予備校においては他校に転学することは容易であり、総体的には競争による利益がこれに優るテーゼ

H-1.3.22 〈よ予備校／不認可／取消〉福岡地判は、上記テーゼをいう。

ウ) 各種学校規程には「適正配置」を考慮すべきとする規定はないテーゼ

H-1.3.22 〈よ予備校／不認可／取消〉福岡地判は、「高等学校設置基準中に、被告の主張する適正配置の根拠となるべき規定を見出すことはできないうえ、そもそも、高等学校を含む 1 条校と各種学校とは」、「その法的地位に明確な差異があり、この差異に応じて、これらに対する規制も異なるべきことを法が当然に予定しているものと解せられるのであるから、高等学校設置基準を各種学校たる予備校の設置認可に関する処分にあって当然に考慮すべきものということとはできない」という。

(2) 職業選択の自由制限への弱いコミット

職業選択の自由制限へコミットする記述は、見られない。

(3) 司法哲学

ア) 聴聞・審査・判定の手続・方法等については行政庁の裁量に任せているテーゼ

司法哲学に関し、S-40.9.16〔う運送／免許申請却下／取消〕東京高判は、上記テーゼをいう程度であって、明確な表現は見られないが、それなりに積極的な司法哲学を内在させていると思われる。

(D) このアプローチをめぐって

【う運送】

S-46.10.28.〔う運送／免許申請却下／取消〕最 1 判は、「個人タクシー事業の免許の許否は職業選択の自由にかかわるテーゼ」、「申請の却下処分をする場合には、聴聞その他適切な方法によって、申請人に対しその主張と証拠の提出の機会を与えなければならないテーゼ」でもって、免許申請却下処分を取り消した。1 審、S-38.9.18〔う運送／免許申請却下／取消〕東京地判、2 審、S-40.9.16〔う運送／免許申請許否／取消〕東京高判とも、ニュアンスの違いがあるが、基本的にはかわらない。

最高裁判決について、「本判決が、聴聞の具体的な手続や方法について明文の規定がないのにかかわらず、公正手続確保の観点から立入った審理を進め、(イ) 多数の中から少数特定の者を選択する場合には、行政庁はあらかじめ具体的な審査基準を定立すべきこと、ならびに、(ロ) 右の審査基準の適正な運用に関する必要な事項については、申請人に主張・立証の機会を十分に提供すべきこと、を明示したのは、この意味できわめて有益であった」[原田 1972:75]、最高裁判決は、「警察許可事業と公益事業の特許との区別については直接的には触れていないが、『個人タクシー事業の免許の許否は個人の職業選択の自由にかかわりを有するもの』と判示して、憲法第 22 条の職業選択の自由にかかわりをもつものについては、行政手続の適用のあることを認めている。従来、わが国において憲法第 31 条を行政手続の根拠規定と考えることが妥当か否かに関し学説が分かれ、とくに、本件のような免許申請者の期待する財産的利益が憲法第 31 条により保護されるべき権利・利益の中に含まれるか否かについては問題があるとされていた。しかし、本判決は、個人の職業選択の自由について行政手続の適用を認め、また、「警察許可事業と公益事業の特許との分類に触れずに公正手続の保障を承認したことは、この両者の分野についても、行政手続の保障を認めたもの

と解してよい」[田中館 1972 : 5-6] との好意的コメントがある<sup>7)</sup>。他方、「道路運送法第3条に基づく一般乗用旅客自動車運送事業（タクシー業）の免許は、本来人が自由にできる行為を公共の秩序維持などのために一般的に禁止して、これを特定の場合に解除するという学問上の『許可』というよりは、特定の人に、ふつうの人もたないような特別の権利や地位を与えるという、学問上の『特許』の性質をもつという立て前で立法されているとみるべきであると思われるが、これらの判決は、どちらかといえば、これを本来職業選択の自由に属することがらを制限する『許可』的性質のものと解し、そういう前提の下に、本件でみられた程度の手続上の瑕疵（かし）の場合にも、その行政処分は不当であるにとどまらず、違法になるものとしているが、これを『特許』的性質を多分にもつものと解すれば、本件の場合、聴聞にあたった係官が、行政庁内部で作成された審査基準を十分に知らされておらず、したがって、それを申請人側に周知させなかったということは、たしかに、行政手続上のミスにはちがいないが、その審査基準が、道路運送法そのものに直接に規定されている免許基準ではなく、これに基づいて行政庁が内部的に作成した細目的審査基準程度のものであってみれば、その適用をあやまったということだけでは、その処分が行政的に不当だという批判を受けることはあっても、これを、司法審査権によって違法と判定されるほどの重大な瑕疵というべきではなからう」[S.H.E 1971 : 59-60] との批判的コメントがある。

#### 【よ予備校】

H-1.3.22 〈よ予備校／不認可／取消〉福岡地判は、「各種学校には、憲法上職業選択の自由が原則的に認められ、公の性質をもつ教育にあっても私学教育の自由が一定限度認められるテーゼ」、[「各種学校規程には『適正配置』を考慮すべきとする規定はないテーゼ』をいい、本件処分を違法とした。本判決について、「各種学校たる予備校については、公費助成の対象とならないのであるから、各種学校の設置認可について、明文要件をこえて裁量の余地を認めることは、職業選択の自由である私立学校設置の自由を侵害することになる」[白井 1989 : 17]、「各種学校の設置認可は、従来の行政行為の分類にあてはめて考えるならば、いわゆる許可制に類似する法的性質を有しているということができよう」、「本件のような予備校の教育活動の自由は、主として1条校の教育活動に関して主張される、いわゆる『教育の自由』としてよりも、むしろ、職業選択の自由の一内容として憲法22条により保障されるべきものと思われる。判旨も、各種学校の教育活動が原則として自由であることの根拠として憲法22条を前面に出していることから、このような立場に立っている」、「各種学校の教育活動が原則として自由であることを根拠に設置認可の要件を限定的にとらえている点に鑑みれば、概ねこのようなものとして設置認可をとらえているものと思われる。妥当な判断といえよう」、「『本件処分は、考慮すべきでない事項を考慮してなされたものとして、違法のものというべきである』とした判旨は、妥当」[横田 1992 : 129, 130, 133] とのコメントがある。

#### 【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 (10)」南山大学アカデミア社会

7) その他、「本判決は特許と許可との両分野についても行政手続の保障を認めたものと解する見解もある」が、「本判決ではむしろ『多数の者のうちから少数特定の者を、具体的個別的事実関係に基づき選択して免許の許否を決しようとする』点に着目し、しかも個人の職業選択の自由ともかかわるものであることを考慮して、このような場合にどのような手続で免許の許否の決定をすればよいかという発想に基づいて判断されているのではなからうか（この点については本件1審判決にかなりはっきりと示されている）」[東平 1972 : 140] とのコメントがある。

科学編 24 号 (2023) 末尾【お詫びと修正・補足】③追加口において、《消極主義Ⅱ》a のアプローチとして、(3)「法律判断 (法律違反, 不明確ゆえ無効) / 無罪」アプローチを追加したが、さらに、(4)「法律の限定解釈 (適用に際し, 総合的に考慮し, 社会通念に照らして判断) / 無罪」アプローチを追加する。最高裁判例が判例集に登載されたため。

(4)「法律の限定解釈 (適用に際し, 総合的に考慮し, 社会通念に照らして判断) / 無罪」アプローチ

#### (A) 概要

これは、被告人に適用された法令は、同人に適用される限りにおいて憲法 22 条 1 項に違反するとの主張について、憲法判断は行わないが、法令の適用において、問題となった行為の方法や作用、その目的、行為者と相手方との関係、同行為が行われた際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして適用するのが相当とし、当該事案における被告人を無罪とするアプローチである。表向きは、憲法判断に入っていないが、職業選択の自由へのコミットは実質的にはかなり強く、職業選択の自由制限へのコミットは弱い。

#### (B) 裁判例

(1) R-2.9.16 [い医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 最 2 決 (刑集 74 卷 6 号 581 頁, ①→H-29.9.27 大阪地判, ②→H-30.11.14 大阪高判) は、被告人の主張—医師法 17 条は、本件行為に適用する限りにおいて憲法 22 条 1 項に違反する—について、「医療関連性要件も必要テーゼ」(⇒(C) (1)【い医業関係】ア)), 「医行為に当たるかは種々の点を考慮する必要テーゼ」(⇒(C) (1)【い医業関係】イ)) をいい、「ある行為が医行為に当たるか否かについては、当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断するのが相当」とする。そして、「タトゥー施術行為は医学とは異質の行為テーゼ」(⇒(C) (1)【い医業関係】ウ)) をいい、「被告人の行為は、社会通念に照らして、医療及び保健指導に属する行為であるとは認め難く、医行為には当たらず、「原判断は正当である」として、上告を棄却する。なお、本判決は、「タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険は、医師に独占的に行わせること以外の方法により防止テーゼ」(⇒(C) (1)【い医業関係】エ)) をいう。

#### (C) このアプローチを支える思想

##### (1) 職業選択の自由へのかなり強いコミット

#### 【い医業関係】

##### ア) 医療関連性要件も必要テーゼ

R-2.9.16 [い医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 最 2 決は、医師法 17 条について、「医師の職分である医療及び保健指導を、医師ではない無資格者が行うことによって生ずる保健衛生上の危険を防止しようとする規定である」、「したがって、医行為とは、医療及び保健指導に属する行為のうち、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をいう」とする。

##### イ) 医行為に当たるかは種々の点を考慮する必要テーゼ

R-2.9.16 [い医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 最 2 決は、「ある行為が医行為に当たるか否かを判断する際には、当該行為の方法や作用を検討する必要があるが、方法や作用が同じ行為でも、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況等によって、医療及び保健指導に属する行為か否かや、保健衛生上危害を生ずるおそれがあるか否かが異なり得る。また、医師

法 17 条は、医師に医行為を独占させるという方法によって保健衛生上の危険を防止しようとする規定であるから、医師が独占して行うことの可否や当否等を判断するため、当該行為の実情や社会における受け止め方等をも考慮する必要がある」という。

ウ) タトゥー施術行為は医学とは異質の行為テーゼ

R-2.9.16 [い医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 最 2 決は、医師法 17 条は、「被告人の行為は、彫り師である被告人が相手方の依頼に基づいて行ったタトゥー施術行為であるところ、タトゥー施術行為は、装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義がある社会的な風俗として受け止められてきたものであって、医療及び保健指導に属する行為とは考えられてこなかった」、[タトゥー施術行為は、医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であって、医師免許取得過程等でこれらの知識及び技能を習得することは予定されておらず、歴史的にも、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきた実情があり、医師が独占して行う事態は想定し難い] という<sup>1)</sup>。

エ) タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険は、医師に独占的に行わせること以外の方法により防止テーゼ

R-2.9.16 [い医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 最 2 決は、上記テーゼをいう。

(2) 職業選択の自由制限への弱いコミット

【い医業関係】

R-2.9.16 [い医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 最 2 決は、「タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険は、医師に独占的に行わせること以外の方法により防止テーゼ」をいうが、原審、H-30.11.14 [い医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 大阪高判がいう「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」(≡【積 I】 a (2) (C) (2) ア))には言及がない。この点、草野補足意見は、「タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険を防止するため合理的な法規制を加えることが相当であるとするならば、新たな立法によってこれを行うべき」としつつ、「タトゥー施術行為は、被施術者の身体を傷つける行為であるから、施術の内容や方法等によっては傷害罪が成立し得る」と付言する。

(3) 司法哲学

憲法判断に入っていないが、それなりに積極的な司法哲学というよう。

(D) このアプローチをめぐって

【い医業関係】

R-2.9.16 [い医業関係 / 禁止 (入墨) / 刑] 最 2 決は、「医療関連性要件も必要テーゼ」をいい、「ある行為が医行為に当たるか否かについては、当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断するのが相当」とした。この点、「行為の外形により区別

1) 草野補足意見は、「タトゥーを身体に施すことは古来我が国の習俗として行われてきた」、「これを反道徳的な自傷行為と考える者もあり、同時に、一部の反社会的勢力が自らの存在を誇示するための手段としてタトゥーを利用してきたことも事実である」が、「他方において、タトゥーに美術的価値や一定の信念ないし情念を象徴する意義を認める者もあり、さらに、昨今では、海外のスポーツ選手等の中にタトゥーを好む者がいることなどに触発されて新たにタトゥーの施術を求める者も少なくない。このような状況を踏まえて考えると、公共的空間においてタトゥーを露出することの可否について議論を深めるべき余地はあるとしても、タトゥーの施術に対する需要そのものを否定すべき理由はなく、「医療関連性を要件としない解釈はタトゥー施術行為に対する需要が満たされることのない社会を強制的に作出しもって国民が享受し得る福利の最大化を妨げるものである」という。

し難いアートメイクとタトゥー施術とで医行為該当性の結論が異なる根拠として持ち出されたものと理解できよう」, 「医療に属する行為といっても, 日進月歩で発展し変化しうる医療を定義することは簡単なことではない。当該行為が医療に属する行為であるか否かを『社会による受け止め方』や『社会通念』により決することが可能であり, また適切であるのか疑問が生ずる。たとえば, アートメイクやピアスの穴あけが医療であるとする社会通念が現在存するのだとすれば, それはそれらの行為が医行為とされてきたことに由来する可能性があるであろう。本決定の医行為該当性判断において考慮されている事情もけっきょくはタトゥー施術が医療か, 医療と考えられてきたか, 医師が行う施術かといったことであり, 医療に該当する行為や医師がなすとされている行為であれば医行為に該当するとのトートロジーに陥っている。新規技術や施術が登場したときにそれが医療か否かをいかに判断するのだろうか」[小谷 2020: 123-124] という批判<sup>2)</sup>, その他, 「原判決が『憲法適合的解釈』を行った」と評価する論者は(≡《積Ⅰ》aタイプ(2)「憲法の趣旨を勘案した法令の限定解釈(合憲限定解釈)／処分は違法, 無罪」アプローチ注 18)), 「本決定は, こうした憲法論を全く展開していない」, [河嶋 2021: 33] とコメントする<sup>3)</sup>。

#### 【お詫びと訂正】

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 卷 3・4 号(2019) 103 頁 15 行目-32 行目(道路運送法……触れている。)部分を削除し, 次の文章を挿入する(削除する部分の記述は誤っていないが, 新たに①判決を加えたため, 整合性を図った)。

道路運送法(昭和 26 年。以下に述べる①②③判決当時) 3 条 2 項 3 号は, 一般自動車運送事業の一つとして, 一般乗用旅客自動車運送事業(1 人 1 車制の個人タクシー事業)を位置づける。4 条 1 項は, 「自動車運送事業を営もうとする者は, 運輸大臣の免許を受けなければならない」

- 2) 本コメントは, 「ある行為の医行為該当性を判断するときには, その行為を医師がなしてきたかどうかではなく, 施術の受け手の安全の見地から医師が行うべき行為かどうかで判断すべきであったと考える。本件においても, 医師でなくても施術の受け手の身体の安全が十分図れるかどうか, 本件行為が被施術者にもたらす保健衛生上の危険を, 医師免許を有しない者であっても医師がその学識と技倆をもって行うのと同等に縮減可能であるか否かを基準として, より客観的に判断すべきであった」[小谷 2020: 124] と続ける。
- 3) 本コメントは, 「一方, 草野裁判長の補足意見は, 法廷意見が彫り師業の歴史性を重視していることを敷衍して, 『医療関連性を要件としない解釈はタトゥー施術行為に対する需要が満たされることのない社会を強制的に作出しもって国民が享受し得る福利の最大化を妨げる』と述べる。ここにも憲法に対する言及はないが, あたかも『国民が享受し得る福利』に職業選択の自由の価値を包含することによって, 彫り師業の保護を志向しているようである。同様に, タトゥーの身体装飾性につき, その芸術性や被施術者の信条との深い関わりを指摘し, 彫り師の表現の自由や被施術者の信条に関する自由に配慮しているようにもみえる。仮に法廷意見も憲法上の人権価値を取り込んだ医師法解釈を行っているとするれば, にもかかわらず判決文中ではそれを顕在化させていない。本件は医師法解釈のみで解決できる事案ではあったが, 憲法価値への隠れた配慮をいかに抽出し, 憲法秩序形成や立法作用に取り込むかという課題は残ろう」, 「仮に職業選択の自由や表現の自由等の憲法上の人権価値が, 本決定における彫り師業の歴史性やタトゥーの身体装飾性への考慮を下支えしているとするれば, これらの考慮要素が重視された理由を説明できる。今後, 医師法 17 条は憲法上の人権価値を充填するような解釈がとられ, 医行為該当性は, 行政通知によってそれを画定せざるをえない場合も含め, 当該行為の性質と人権とのかわりあいを考慮して検討される可能性もある」[河嶋 2021: 33, 34] という。

とし、6条1項は、「運輸大臣は、一般自動車運送事業の免許をしようとするときは、左の基準に適合するかどうかを審査して、これをしなければならない」とする。そして、3号は、「当該事業の遂行上適切な計画を有するものであること」、4号は、「当該事業を自ら適確に遂行するに足る能力を有するものであること」、5号は、「その他当該事業の開始が公益上必要であり、且つ、適切なものであること」を規定する。① S-40.9.16〔う運送（個人タクシー）／免許申請却下／取消〕東京高判 原告が個人タクシー事業の免許申請をしたところ、被告、東京陸運局長は、右申請が、道路運送法6条1項3号、4号、5号の各条項に適合しないとして申請を却下した。原告は、個人タクシー事業の免許手続は、憲法の保障する基本的人権の一つである職業選択の自由の規制に関するものであり、公正な、事実の認定につき独断を疑われることのないようなものでなければならず、被告の却下処分は原告の法的利益を害し違法であるとし、取消しを求めた。② 5-43.2.22〔う運送（個人タクシー）／免許申請却下／取消〕東京地判 原告が、東京陸運局長に対し個人タクシー事業の免許申請をしたところ、聴聞を経たうえで申請を却下された。原告は、タクシー事業の免許の許否につき、被告、東京陸運局長が「運転歴8年未満の者には免許しない」との内部的審査基準を定立したことは道路運送法6条1項4号の趣旨を逸脱していると主張した他、少なくとも個人タクシーについて道路運送法が免許制を採用したことは憲法22条1項に違反すると主張し、却下処分の取消しを求めた。③ S-46.4.17〔う運送（個人タクシー）／免許申請却下／取消〕東京地判 個人タクシー免許を申請したが却下された原告が、申請の許否決定手続において、道路運送法6条に基づく具体的審査基準の適用上必要とされる事項について弁解の機会を与えずに却下処分とされたことと主張し、処分の取消しを求めた。判決文からは原告が憲法問題を提起していることは確認できないが、1審判決、2審判決とも職業選択の自由に触れている。

#### 文献リスト

- 浅田和茂 2020 「入れ墨（タトゥー）施術が医師法17条違反の罪に当たらないとされた事例」『新・判例解説 Watch』26号：183-186.
- 天田悠 2019 「医師法17条にいう『医業』の内容をなす医行為の意義—タトゥー事件控訴審判決」『刑事法ジャーナル』60号：176-183.
- 新井誠 2014 「風営法によるダンス営業規制をめぐる憲法論—大阪地裁平成26年4月25日判決の検討」『法律時報』86巻9号：89-94.
- 2015 「ダンス飲食店（クラブ）の無許可営業に対する処罰をめぐる大阪高裁控訴審判決」『広島法学』39巻1号：67-78.
- 榎透 2019 「入れ墨の施術者に医師免許を求めると憲法22条1項」『新・判例解説 Watch』24号：37-40.
- S.H.E 1971 「個人タクシーの免許申請を却下するにあたり公正な行政手続をふまなかったことは違法」『時の法令』769号：56-60.
- 大野友也 2014 「ダンスクラブの無許可営業が風営法に違反しないとされた事例」『新・判例解説 Watch』15号：27-30.
- 嘉門優 2012 「鑑賞ないしは記念のための品として作成された家系図が、行政書士法1条の2第1項にいう『事事証明に関する書類』に当たらないとされた事例」『新・判例解説 Watch』10号：145-148.
- 河嶋春菜 2021 「『業としてのタトゥー施術行為が医師法17条違反に当たらないとされた事例』『新・判例解説 Watch』28号：31-34.



- 小谷昌子 2020「医師法 17 条にいう『医業』の内容となる医行為の意義:タトゥー事件最高裁決定」『民事判例』22 号: 122-125.
- 笹田栄司 2019「『医業独占』(医師法 17 条)とタトゥー施術業」『法学教室』462 号: 152
- 白井皓喜 1989「大手予備校の設置不, 認可処分に対する取消請求事件」『判例地方自治』66 号: 15-17.
- 曾我部真裕 2019「タトゥー施術行為に医師法 17 条を適用して処罰することは, 職業選択の自由を侵害するおそれがあり, 憲法上の疑義があるとされた事例」『判例評論』728 号(判時 2415 号): 132-137.
- 武下満 1999「酒類販売免許申請に対する拒否処分取消請求事件」『訟務月報』45 卷 4 号: 751-762.
- 田中館照橋 1972「個人タクシー事業の免許申請却下処分取消請求事件と正当手続」『判例評論』157 号(判時 655 号) 108 頁: 2-10.
- 原田尚彦 1972「個人タクシー事業の免許申請の審査と公正手続」『判例タイムズ』274 号: 74-78.
- 東平好史 1972「個人タクシー事業の免許申請の審査と公正手続」『民商法雑誌』67 卷 1 号: 132-143
- 平地秀也 2015「風営法によるダンス営業規制の合憲性」『ジュリスト』1479 号(平成 26 年度重判解): 22-23
- 堀口悟郎 2019「タトゥー医師法事件控訴審判決」『法学セミナー』771 号: 128.
- 松宮孝明 2011「鑑賞ないしは記念のための家系図と行政書士法にいう『事実証明に関する書類』」『法学セミナー』675 号: 123.
- 三木義一 1999「酒税法 10 条に規定する酒類販売免許拒否要件の解釈」『民商法雑誌』121 卷 3 号: 116-119.
- 横田光平 1992「私立各種学校の設置認可における考慮事項」『自治研究』68 卷 12 号: 124-133.

## Judicial Passivism and Activism concerning Freedom to Choose Occupation (13)

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2号,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）-（12）」（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）（10）（12）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〕,25号〔2023〕に続くものであり、積極主義のアプローチとして、《積極主義Ⅰ》 $\alpha$ （2）「憲法の趣旨を勘案した法令の限定解釈（合憲限定解釈）／処分は違法、無罪」アプローチ（C）（D）、 $\beta$ （1）「裁量権の範囲を逸脱、濫用・法令の合憲限定解釈／処分は違法」アプローチを扱う。