
論 説

職業選択の自由をめぐる 司法消極主義と積極主義 (1)

中 谷 実

I はじめに

《凡例》

(以上、本号。以下、南山大学アカデミア社会科学編 17 号 [2019] に続く)

I はじめに

日本国憲法は、29 条において財産権を保障するとともに、22 条 1 項において職業選択の自由¹⁾を保障し、自由な経済活動を保障する。と同時に、同項は、「公共の福祉に反しない限り」という限定を付しており、現実には、市場参入において、また、参入後の経済活動に対して、様々な目的から種々な規制がなされてきた²⁾。本稿は、職業選択の自由・営業の自由を侵害するとして経済活動への規制の合憲性が争われた事件を網羅的にとりあげ³⁾、最高裁の多数意見 (全員一致を含む)、補足意見、反対意見、さらに、下級審に見られる様々な憲法判断のアプローチを、筆者の消極主義、積極主義の枠組⁴⁾でもって整理し、さらに、各アプローチを支えている思想⁵⁾を抽出するとともに、学説の対応⁶⁾も検討する。

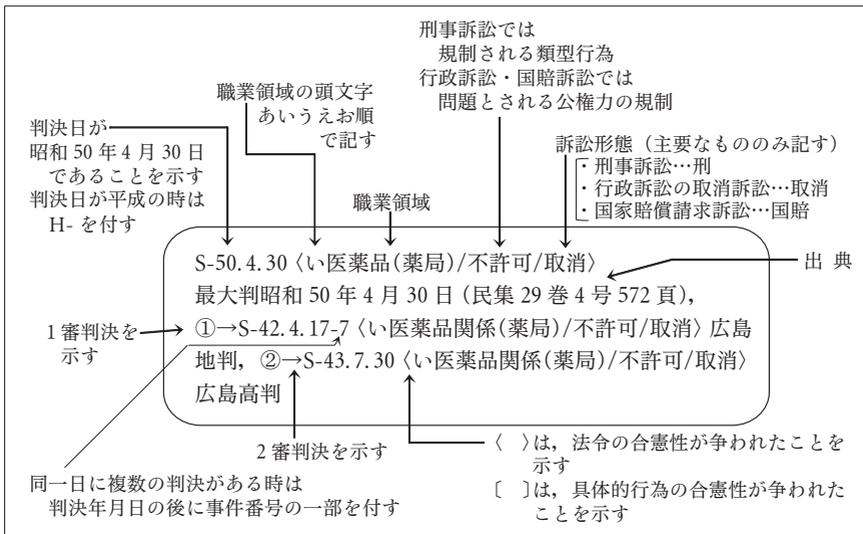
以下、各判例を扱う際、各判例の内容のポイントを示すため、また、事例説明の重複を避けるため、判例の冒頭に略号を付す (後述、《凡例》参照)。

職業選択の自由の分野は、昭和 20 年代 30 年代における公共の福祉論アプ

ローチから、後述、小売市場判決（S-47.11.22〈こ小売市場/無許可/刑〉最大判昭和47年11月22日）、薬事法違憲判決（S-50.4.30〈い医薬品(薬局)/不許可/取消〉最大判昭和50年4月30日）という目的二分論への流れ、そして、その後の非目的二分論への動きや、同じく経済的自由である財産権判例の流れ——とくに森林法違憲判決（最大判昭和62年4月22日、民集41巻3号408頁）との関係——、さらに、学説において通説的地位を占めているといえる二重の基準論との関係等において、憲法訴訟論上、極めて興味深く、また、「経済的規制は『原則自由』に、経済的規制については、『原則自由・例外規制』を基本とする」⁷⁾という規制緩和論の流れ⁸⁾との関係、さらには、市場経済に対する国家の、そして、司法のあるべき役割という根本的問題にかかわる問題でもある⁹⁾。

本稿は、我が国における憲法訴訟の全体像を明らかにし、憲法訴訟のあり方を探ろうとする筆者の司法消極主義・積極主義シリーズを構成するものである。

《 凡 例 》



以下、略号中の〈 〉, []部分について説明する。なお、例えば、【い医業関係】、[い医業関係/禁止(類似行為)/刑]表記の冒頭の、ひらがら「い」は、いぎょう(医業)の「い」であり、検索の便宜のために、あいうえお順に並べている。

【い医業関係】

[い医業関係/禁止(類似行為)/刑]

あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法(昭和23年制定。以下、年のみを記す。S-28.4.16[い医業関係/禁止(類似行為)/刑]平簡判当時——以下、〇〇判決「当時」という表現を用いる。それは、しばしば法令改正がなされ、適用された法令の改正時を確定するのが困難であることによる。同一事件において複数の審級の判決を各アプローチの裁判例で扱っている場合、〇〇には最下級の審級をあげる。以下、同じ)12条は、「何人も、第1条に掲げるもの(医師やあん摩など4種の業において、免許を有する者)を除く外、医業類似行為を業としてはならない……」とし、違反には罰金を科す(14条2項)。H・S式無熱高周波療法と称する療法を1回100円の料金を徴して施し、医業類似行為を業としたとして訴追された者が、同療法を業とすることは憲法22条に保障されている自由な職業であり、この療法は全然無害で何等公共の福祉に反しないゆえ、被告人の行為は処罰の対象とならないと主張した。

〈い医業関係/禁止(薬品塗布)/刑〉

医師法(昭和23年。S-36.12.13〈い医業関係/禁止(薬品塗布)/刑〉東京高判当時)17条は、「医師でなければ、医業をなしてはならない」とし、違反には懲役または罰金を科す(31条1項1号)。医師の免許を受けていない者が、水薬(コロイド硫黄)を3名の患者に対し、治療を目的として容体を聴き病状を判断して患部に塗布し、または持ち帰って塗布させるために交付したとして医師法違反で訴追された。同人は、医業類似行為を禁止する医師法17条は憲法22条に違反すると主張した。

[い医業関係/禁止(放射線)/刑]

診療放射線技師及び診療エックス線技師法(昭和26年。S-58.7.14[い医業関係/禁止(放射線)/刑]最1判当時)2条2項は、「この法律で『診療放射線技師』とは、厚生労働大臣の免許を受けて、医師又は歯科医師の指示の下に、放射線を人体に対して照射……することを業とする者をいう」とする。そして、24条1項は、「医師、歯科医師又は診療放射線技師でなければ、第2条第2項に規定する業をしてはならない」とし、違反には刑罰が科される(24条1項)。柔道整復師の業務に従事していた者が、医師・歯科医師・診療放射線技師・エックス線技師のいずれの免許も有しないのに、整骨院においてエックス線装置を使用して業としたとして訴追された。同人は、エックス線を診断のために人体に照射する行為は、法2条2項の「放射線を人体に対して照射する」場合にはあたらず、法令の解釈適用が職業

の自由を不当に制限するとして無罪を主張した。

〔い医業関係/指定拒否(保険医療機関)/取消〕

健康保険法（大正元年。H-13.10.30〔い医業関係/指定拒否(保険医療機関)/取消〕福岡高宮崎裁判所当時）43条ノ3第2項は、保険医療機関の指定を拒否できる場合をあげた上で、「其ノ他保険医療機関若ハ保険薬局トシテ著シク不適当ト認ムルモノナルトキハ其ノ指定ヲ拒ムコトヲ得」とする。病院の開設者である者が鹿児島県知事に対し保険医療機関の指定の申請をしたところ、医療法に基づく病院開設中止勧告を受けたことを理由に指定拒否処分を受けた。同人は、法43条ノ3第2項の指定拒否の要件に、病院開設中止勧告に従わない場合を含むと解釈することは裁量権の逸脱又は濫用であり、憲法22条に違反するなど主張して処分の取消しを求めた。

〔い医業関係/不許可(分院開設)/取消〕

医療法（昭和23年。H-20.4.24〔い医業関係/不許可(分院開設)/取消〕名古屋地判当時）12条1項は、「病院、診療所又は助産所の開設者が、病院、診療所又は助産所の管理者となることができる者である場合は、自らその病院、診療所又は助産所を管理しなければならない」とし、2項は、「病院、診療所又は助産所を管理する医師、歯科医師又は助産師は、その病院、診療所又は助産所の所在地の都道府県知事の許可を受けた場合を除くほか、他の病院、診療所又は助産所を管理しない者でなければならない」とする。これを受けた愛知県病院開設許可等事務処理要領（昭和53年4月1日）第5章第2アは、「病院等の管理者が、他の病院等を同時に管理することは、原則として認められないが」、「(ア) 特定の者を診療対象として開設した無床の診療所であって、診療時間などからみて管理者として、その業務が遂行できると認められるとき。(イ) 地域住民の医療の確保の上から、診療所の設置が必要不可欠と認められる場合であって、管理者としてその業務が遂行できると認められるとき」に限り許可するとする。a 医院の開設者兼管理者であり医師の資格を有する原告が、b 分院を併せて管理するため、2か所管理の許可申請したところ、保健所長は、近隣の医療機関の配置状況等から、2つの診療所を運営しなければ地域住民の医療の確保ができない場合に相当するとは判断できないこと、原告が現在管理している診療所が有床であり、2か所の診療所を管理する業務を適正に遂行することが可能であるとは判断できないとして不許可処分をした。

原告は、保健所長が準拠した処理要領の基準(ア)(イ)が不合理だと主張するとともに（基準(イ)については、病院、診療所等の開業の自由、つまりは職業選択の自由を著しく制限するもので、医療法12条2項の趣旨及び内容に適合しないという）、基準(ア)(イ)を満たさないとの保健所長の判断は違法だとし、不許可処分の取消しを求めた。

〔い医業関係/禁止(入墨)/刑〕

医師法(昭和23年。H-29.9.27〔い医業関係/禁止(入墨)/刑〕大阪地判当時)17条は、「医師でなければ、医業をなしてはならない」とし、違反には懲役または罰金を科す(31条1項1号)。医師でない者が業として、4回にわたり、aほか2名に対し、針を取り付けた施術用具を用いてaらの左上腕部等の皮膚に色素を注入する医行為を行い、医業をなしたとして医師法17条違反で訴追された。被告人は、医師法17条は、刑罰法規として曖昧不明確であり、憲法31条に違反すると主張する他、施術者及び被施術者の憲法上の権利を不当に制約し、本件行為に適用する限りにおいて、憲法22条1項、21条1項、13条に違反すると主張した。

【い医薬品関係】

◎ 更新義務

〈い医薬品関係(薬局)/許可更新義務/不存在確認〉

薬事法(昭和35年。S-37.10.24〈い医薬品関係(薬局)/許可更新義務/不存在確認〕東京地判当時)5条第1項は、「薬局は、その所在地の都道府県知事の許可を受けなければ、開設してはならない」とし、2項は、「前項の許可は、2年ごとにその更新を受けなければ、その期間の経過によって、その効力を失う」とする。違反には、懲役若しくは罰金が科せられる(84条1号)。登録を受けて現住地において薬局を開設している原告、薬剤師が、許可制度は、薬剤師の免許制度に矛盾するのみならず、このような制度のもとにおいては、薬剤師は、その免許された薬剤師としての職業の適正な遂行を著しく妨げられるとし、許可制度を定めた薬事法5条は憲法22条、13条、14条、29条に違反する等を主張し、薬事法5条に基づく薬局の開設許可または許可更新の各申請義務が存在しないことの確認を求めた。

◎ 無登録販売

〈い医薬品関係/無登録(販売)/刑〉

薬事法(昭和23年。S-40.7.14〈い医薬品関係/無登録(販売)/刑〕最大判当時)29条1項は、「医薬品の販売業を営もうとする者は、省令の定めるところにより、手数料を納めて、店舗を有する販売業者にあつては、その店舗ごとに、配置販売業者にあつては、その営業区域ごとに、当該店舗の所在地又は営業区域を管轄する都道府県知事の登録を受けなければならない」とする。違反には、懲役または罰金が科せられる(56条)。被告人は、医薬品販売業を営むにつき、都道府県知事より医薬品販売業の登録を受けることなく、NBK医療連盟本部の看板を掲げ会長と自称し、NBK医術品なるもの(容器の外袋には、厚生省公認哲医学万能療法と表示し、厚生省が公認したものの如く誤解される虞れがある虚偽の記載がある)を販売したとして訴追された。被告人は、医薬品の販売業の登録制を定めた薬事法29条1項は、憲

法 22 条 1 項, 25 条に違反すると主張した。

〔い医薬品関係/無登録(販売)/刑〕

薬事法 (昭和 23 年。S-45.9.30 [い医薬品関係/無登録(販売)/刑] 津山簡判当時) 2 条 1 項 2 号は, 「医薬品」の 1 つとして, 「人又は動物の疾病の診断, 治療又は予防に使用されることが目的とされている物であつて, 機械器具, 歯科材料, 医療用品及び衛生用品……でないもの」をあげ, 24 条 1 項は, 「薬局開設者又は医薬品の販売業の許可を受けた者でなければ, 業として, 医薬品を販売し, 授与し, 又は販売若しくは授与の目的で貯蔵し, 若しくは陳列……してはならない」とする。細胞土なるものを無登録で販売したとして訴追されたものが, 細胞土は自然の粘土を掘り出したものであつて特別な加工もしておらず, 有益無害であるから, 薬事法 2 条にいう「医薬品」にあらず, かりにあるとしても, 憲法 22 条において何人にも職業選択の自由が保障されることから, 「医薬品」の解釈は限定的になされるべきであつて, 本件のごとき有益無害な医薬品の販売は処罰の対象とならないと主張した。

◎ 適正配置

〈い医薬品関係(薬局)/不許可/取消〉

薬事法 (昭和 23 年) は, 昭和 35 年に全面改正がなされた。その後, 昭和 38 年の改正では, それ以前にはなかった適正配置規制が設けられた。薬事法 (S-42.4.17-7 〈い医薬品関係(薬局)/不許可/取消〉 広島地判当時) 6 条 2 項は, 「薬局の設置の場所が配置の適正を欠くと認められる場合」薬局開設の許可を与えないことができとし, 4 項は, 「第 2 項の配置の基準は, 住民に対し適正な調剤の確保と医薬品の適正な供給を図ることができるように, 都道府県が条例で定めるものとし, その制定に当たっては, 人口, 交通事情その他調剤及び医薬品の需給に影響を与える各般の事情を考慮するものとする」とする。薬事法 6 条 2 項および各都道府県の条例の配置基準に適合しないとして不許可処分を受けた者が, 薬事法 6 条 2 項, それを受けた条例は, 憲法 22 条に違反するとして不許可処分の取消しを求めた。

◎ 無許可製造

〈い医薬品関係/無許可(製造)/刑〉

薬事法 (昭和 23 年。S-57.12.21 〈い医薬品関係/無許可(製造)/刑〉 名古屋高金沢支判当時) 12 条 1 項は, 「医薬品, 医薬部外品, 化粧品又は医療用具の製造業の許可を受けた者でなければ, それぞれ, 業として, 医薬品, 医薬部外品, 化粧品又は医療用具の製造 (小分けを含む……) をしてはならない」とし, 医療用具の小分けを無許可で業として行うことを禁止し, 違反には刑罰が科される (84 条 2 号)。円皮鍼を無許可で業として小分けし, 小分けされた円皮鍼を販売したとして訴追された者が, 薬事法 12 条 1 項等の規定は, 憲法 22 条 1 項に違反すると主張した。

◎ ネット販売

〈い医薬品関係/禁止(ネット販売)/権利確認〉

平成 18 年、薬事法が改正された。その施行に伴い、薬事法施行規則等の一部を改正する厚生労働省令（平成 21 年。H-22.3.30〈い医薬品関係/禁止(ネット販売)/権利確認〉東京地判当時）により、第 1 類医薬品および第 2 類医薬品については、薬局開設者または店舗販売業者が当該薬局または店舗以外の場所にいる者に対し、郵便その他の方法で販売または授与することが禁止され、第 1 類医薬品および第 2 類医薬品の販売または授与および情報提供は有資格者（薬剤師、登録販売者）が対面で行うこととされた（15 条の 4 第 1 項 1 号、159 条の 14、159 条の 15 第 1 項 1 号、159 条の 16 第 1 号、159 条の 17 第 1 号及び 2 号）。インターネットを通じて郵便等販売を行う事業者らが、上記各規定は、改正薬事法の委任の範囲外を規制するものであって違法であるとするとともに、憲法 22 条 1 項に違反する他主張し、① 原告らが第 1 類医薬品及び第 2 類医薬品につき店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による販売をすることができる権利（地位）を有することの確認、② 改正省令のうち、薬事法施行規則に、15 条の 4 第 1 項 1 号、159 条の 14、159 条の 15 第 1 項 1 号、159 条の 16 第 1 号並びに 159 条の 17 第 1 号及び第 2 号の各規定を加える改正規定が無効であることの確認、③ 前項の省令の改正規定の取消しを求めた。

【い飲食業（自動車）】

〈い飲食業(自動車)/営業妨害/妨害排除〉

自然公園法（昭和 32 年。S-47.6.30〈い飲食業(自動車)/営業妨害/妨害排除〉釧路地判当時）24 条 1 項は、「国立公園又は国定公園の特別地域又は集団施設地区内においては、何人も、みだりに次の各号に掲げる行為をしてはならない」とし、2 号は、「著しく悪臭を発散させ、拡声機、ラジオ等により著しく騒音を発し、展望所、休憩所等をほしいままに占拠し、けんおの情を催させるような仕方でも客引し、その他当該国立公園又は国定公園の利用者に著しく迷惑をかけること」をあげる。昭和 42 年 8 月頃から摩周湖展望所の駐車場において、公道使用権に類似した公共駐車場使用権に基づいてバスを改造した自動車により飲食業を営んでいた者が、自然公園法 24 条 1 項 2 号に該当するとして、保健所職員、警察官等により営業を妨げられた。同人は、憲法 22 条の職業選択の自由の内容をなす営業権に基づき、被告、北海道に対し、自動車による駐車場部分における飲食店営業を妨害することの排除、及び、国家賠償を求めた。

【う運送関係】

◎ 自家用有償運送(無免許)

〈う運送(自家用)/無免許(有償)/刑〉

道路運送法（昭和26年。① S-34.10.7〈う運送(自家用)/無免許(有償)/刑〉大阪高判，② S-35.11.14〈う運送(自家用)/無免許(有償)/刑〉東京高判当時），③ S-38.4.12〈う運送(自家用)/無免許(有償)/刑〉東京高判，④ S-38.11.22〈う運送(自家用)/無免許(有償)/刑〉京都地判，⑤ S-42.11.29〈う運送(自家用)/無免許(有償)/刑〉神戸地判当時）4条1項は、「自動車運送事業を經營しようとする者は、運輸大臣の免許を受けなければならない」とする。①判決当時、道路運送法102条1項は、「運輸大臣は、自家用自動車を使用する者が左の各号の1に該当するときは、6箇月以内において期間を定めて自家用自動車の使用を制限し、又は禁止することができる」とする。免許を受けず自家用自動車を使用して自動車運送事業を經營し、自家用自動車の使用を禁止した兵庫県知事の処分違反したとして道路運送法130条4号により罰金を科せられた被告人が、道路運送法4条1項及び102条1項2号が職業選択の自由に違反すると主張した。②，③，④，⑤判決当時、道路運送法101条1項は、「自家用自動車は、有償で運送の用に供してはならない」とし、違反は罰せられる（128条1項）。自家用自動車を有償で運送の用に供したとして訴追された者が、道路運送法4条1項，101条1項は、憲法22条1項に違反する無効の法律であると主張した（事例は少しずつ異なる）。

◎ バス事業免許申請

〔う運送(バス)/免許申請却下/取消〕

原告、バス会社は、営業路線の延長を求めて運輸大臣に対し、道路運送法（昭和26年。S-38.12.25〔う運送(バス)/免許申請却下/取消〕東京地判当時）5条により一般乗合旅客自動車運送事業の免許の申請をした。運輸大臣は運輸省設置法6条に基づき運輸審議会に諮問し、同審議会は、公聴会を開催し、原告及び、利害関係人、一般公述人に公述させ、既設の交通機関の乗り継ぎによる方が申請路線よりも利便性が高く、申請路線は緊急性に乏しいとして道路運送法6条1項1号（「当該事業の開始が輸送需要に対し適切なものであること」）および5号（「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」）に適合しないとの理由で却下が適当であるとの答申をした。運輸大臣は、これを受けて申請を却下。そこで、原告は、運輸大臣に対し、① 道路運送法6条1項1号および5号に定める免許基準の要件事実の認定を誤った違法がある、② 当時の運輸大臣が情実関係のある訴外会社の観光開発計画の妨げとならないように運輸大臣が他事考慮を行った違法がある、③ 免許申請に対する審理状況は、東京陸運局長による簡単な聴聞が行われただけで、現地調査その他十分な資料収集の手続も、また原告に対し必要な証拠と

主張をなすべき適切な措置もとられず、運輸審議会の答申は、独立、公正な立場によるものでもなければ、独断に陥るおそれのない手続によって認定された事実に基づくものでもない等主張し、却下処分は違法とし、取消しを求めた。原告は、「行政処分は、本来、適正な手続によってなされるべきものであり、国民は、適正な手続によって処分を受くべき法定利益を享有するものと解すべきである。とりわけ当該処分が、国民の基本的権利、自由の規制に係るものであり、処分要件の存否が事実の認定に基づき判定されるべきことが要求されているような処分については、行政庁の判断は、国民の権利、自由を規制する手続としてふさわしいような手続、すなわち公正な、事実の認定につき独断に陥るおそれのないような手続によって形成されなければならない」と主張する。職業選択の自由という概念は用いないが、1審判決、最高裁判決は、本件処分が、憲法22条1項により国民に保障された営業の自由の規制に係るものと捉えている。

◎ 個人タクシー免許・許可

〈う運送(個人タクシー)/免許申請却下/取消〉

道路運送法（昭和26年。S-43.2.22〈う運送(個人タクシー)/免許申請却下/取消〉東京地判当時）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」とし、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」をあげる。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条に違反すると主張し、却下処分の取消しを求めた。

〔う運送(個人タクシー)/免許申請却下/取消〕

個人タクシー免許を申請したが、却下された原告が、申請の許可決定手続において、道路運送法（昭和26年。S-46.4.17〔う運送(個人タクシー)/免許申請却下/取消〕東京地判当時）6条（前述〈う運送(個人タクシー)/免許申請却下/取消〉参照）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なったと主張し、却下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。

〈う運送(個人タクシー)/不許可/取消〉

平成12年、道路運送法が改正され、4条1項は、「一般旅客自動車運送事業を営もうとする者は、国土交通大臣の許可を受けなければならない」とし、免許

制から許可制に移行した。6条は、「国土交通大臣は、一般旅客自動車運送事業の許可をしようとするときは、次の基準に適合するかどうかを審査して、これをしてしなければならない」とし、許可基準として、「当該事業の計画が輸送の安全を確保するため適切なものであること」(1号)、「前号に掲げるもののほか、当該事業の遂行上適切な計画を有するものであること」(2号)、「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」(3号)をあげる。もっとも、8条は、緊急調整地域の指定制度を創設した(1項は、「国土交通大臣は、特定の地域において一般乗用旅客自動車運送事業の供給輸送力……が輸送需要量に対し著しく過剰となっている場合であって、当該供給輸送力が更に増加することにより、輸送の安全及び旅客の利便を確保することが困難となるおそれがあると認めるときは、当該特定の地域を、期間を定めて緊急調整地域として指定することができる」とし、2項は、「前項の規定による指定は、告示によって行う」とする)。さらに、平成21年、特定地域及び準特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法(=特措法、平成21年、(H-29.12.7(う)運送(個人タクシー)/不許可/取消)東京地判当時)3条1項は、「国土交通大臣は、特定の地域において、一般乗用旅客自動車運送事業が供給過剰……であると認める場合であって、当該地域における一般乗用旅客自動車運送事業の次に掲げる状況に照らして、当該地域における供給輸送力の削減をしなければ、一般乗用旅客自動車運送事業の健全な経営を維持し、並びに輸送の安全及び利用者の利便を確保することにより、その地域公共交通としての機能を十分に発揮することが困難であるため、当該地域の関係者の自主的な取組を中心として一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化を推進することが特に必要であると認めるときは、当該特定の地域を、期間を定めて特定地域として指定することができる」とし(特定地域指定制度。3条の2第1項は、準特定地域の指定を規定し、特定地域指定制度が準用される)、4条1項は、「国土交通大臣は、特定地域及び準特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する基本方針……を定めるものとする」とする。国土交通大臣は、平成21年9月29日、「特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する基本方針」を告示した。そして、関東運輸局長は、平成21年9月30日、「特定地域の指定及び特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化の推進のために監督上必要となる措置の実施について」を公示したところ、その公示の一部に「収支計画要件」——収支計画上の営業収入が当該申請に係る営業区域で当該運輸開始後に新たに発生する輸送需要によるものであることが明らかであるものに限り許可する——があった。原告(準特定地域の交通圏)が個人タクシー事業の経営許可申請をしたところ、関東運輸局長から「収支計画要件」に該当せず、道路運送法6条2号に適合しないとして不許可処分を受けた。原告は、特措法3条1

項、公示における「収支計画要件」が憲法 22 条 1 項に反するほか主張し、申請却下の取消しを求めるとともに、事業許可の義務付けを求めた。

◎ タクシー最大乗務距離

〈う運送(タクシー)/最大乗務距離/地位確認〉

道路運送法（昭和 26 年。H-25.5.31 〈う運送(タクシー)/最大乗務距離/地位確認〉名古屋地判他、〈う運送(タクシー)/最大乗務距離/地位確認〉の略号が付されている判決当時）27 条 1 項は、「一般旅客自動車運送事業者は、事業計画……の遂行に必要な員数の運転者の確保、事業用自動車の運転者とその休憩又は睡眠のために利用することができる施設の整備、事業用自動車の運転者の適切な勤務時間及び乗務時間の設定その他の運行の管理、事業用自動車の運転者、車掌その他旅客又は公衆に接する従業員……の適切な指導監督、事業用自動車内における当該事業者の氏名又は名称の掲示その他の旅客に対する適切な情報の提供その他の輸送の安全及び旅客の利便の確保のために必要な事項として国土交通省令で定めるものを遵守しなければならない」とする。27 条 1 項を受けて、旅客自動車運送事業運輸規則（以下、運輸規則と略す）22 条 1 項は、「交通の状況を考慮して地方運輸局長が指定する地域内に営業所を有する一般乗用旅客自動車運送事業者は、次項の規定により地方運輸局長が定める乗務距離の最高限度を超えて当該営業所に属する運転者を事業用自動車に乗務させてはならない」とし、2 項は、「前項の乗務距離の最高限度は、当該地域における道路及び交通の状況並びに輸送の状態に応じ、当該営業所に属する事業用自動車の運行の安全を阻害するおそれのないよう、地方運輸局長が定めるものとする」と規定する。この規則に基づき、近畿はじめ各地域の運輸局長は、一般乗用旅客自動車運送事業の最高乗務距離の指定地域及び最高限度を定める公示を行った。当該指定地域内に営業所を有するタクシー事業者である原告らは、（ア）乗務距離の最高限度を規制する運輸規則 22 条が営業の自由を保障する憲法 22 条 1 項に違反する、（イ）乗務距離の最高限度を規制する運輸規則 22 条が道路運送法 27 条 1 項の委任の範囲を超えている、（ウ）公示において各交通圏を指定したこと又は乗務距離の最高限度を隔日勤務運転者につき 360 km（350 km の地区もある）、日勤勤務運転者につき 270 km（250 km、280 km、365 km の地区もある）と定めたことに必要性、合理性はなく（日勤勤務運転者の乗務距離の最高限度のみを問題にした事件もある）、公示は違法である等主張し、① 運輸局長が発した乗務距離の最高限度を定める公示処分の取消しを求めるとともに、② 原告らが、その営業所に属する隔日勤務運転者を、1 乗務の乗務距離の最高限度を超えても事業用自動車に乗務させ、その営業所に属する日勤勤務運転者を、1 乗務の乗務距離の最高限度を超えても事業用自動車に乗務させることができる地位を有することの確認、③ 公示に係る乗務距離の最高限度を超えたことを理由とする道路運

送法 40 条に基づく不利益処分差止めを求めた（さらに、原告が、運輸局長が原告に対してした事業用自動車の使用停止処分及び附帯命令の取消しを求めた事件もある）。

◎ タクシー公定幅運賃

〈う運送(タクシー)/運賃変更命令/仮差止, 差止〉

道路運送法（昭和 26 年。H-26.5.23 〈う運送(タクシー)/運賃変更命令/仮差止〉大阪地決, H-27.11.20 〈う運送(タクシー)/運賃変更命令/差止〉大阪地判当時）9 条の 3 第 1 項は、「一般乗用旅客自動車運送事業者は、旅客の運賃及び料金……を定め、国土交通大臣の認可を受けなければならない」とする。特定地域及び準特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法（平成 21 年。前述〈う運送(個人タクシー)/不許可/取消〉参照。H-26.5.23 〈う運送(タクシー)/運賃変更命令/仮差止〉大阪地決, H-27.11.20 〈う運送(タクシー)/運賃変更命令/差止〉大阪地判当時）16 条 1 項は、「国土交通大臣は……当該特定地域又は準特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業に係る旅客の運賃……の範囲を指定し、当該運賃の範囲を、その適用の日の国土交通省令で定める日数前までに、公表しなければならない」とする。16 条の 4 第 1 項は、「第 16 条第 1 項の規定により運賃の範囲が公表された特定地域又は準特定地域内に営業所を有する一般乗用旅客自動車運送事業者は、当該運賃の範囲の適用後に当該特定地域又は準特定地域において行う一般乗用旅客自動車運送事業に係る旅客の運賃を定め、あらかじめ、国土交通大臣に届け出なければならない。これを変更しようとするときも、同様とする」とし、2 項は、「前項の運賃は、当該特定地域又は準特定地域について第 16 条第 1 項の規定により指定された運賃の範囲内で定めなければならない」とする。さらに、3 項は、「国土交通大臣は、第 1 項の規定により届け出られた運賃が、前項の規定に適合しないと認めるときは、当該一般乗用旅客自動車運送事業者に対し、期間を定めてその運賃を変更すべきことを命ずることができる」とし、公定幅運賃制度を定める。国土交通大臣の委任を受けた（18 条）近畿運輸局長は、特措法の施行に伴い、公定幅運賃の範囲の指定方法を定め、公示した。近畿運輸局長に対し、公定幅運賃を下回る運賃の届出を行い、公定幅運賃内に変更する旨の行政指導にも従わなかった原告、京都市他の一般乗用旅客自動車運送事業（タクシー事業）を営む株式会社らが、公定幅運賃制度は憲法 22 条 1 項に違反すると主張するとともに、公定幅運賃の範囲の指定は裁量権の逸脱・濫用であるとして、運賃変更命令、輸送施設（タクシー等）の使用停止処分またはタクシー業許可取消処分（特措法 17 条の 3 第 1 項）の差止訴訟を国に対して提起するとともに、仮の差止めを申し立てた。

【か会計士】

〔か会計士/登録抹消/取消〕

公認会計士法（昭和23年。S-45.2.23〔か会計士/登録抹消/取消〕東京地判当時）17条は、「公認会計士……となる資格を有する者が、公認会計士となるには、公認会計士名簿に、氏名、生年月日、事務所その他内閣府令で定める事項の登録……を受けなければならない」とする。21条1項は、「次の各号のいずれかに該当する場合には、日本公認会計士協会は、公認会計士の登録を抹消しなければならない」とし、1号は、「公認会計士……がその業務を廃止したとき」をあげる。30条1項は、「公認会計士が、故意に、虚偽、錯誤又は脱漏のある財務書類を虚偽、錯誤及び脱漏のないものとして証明した場合には、大蔵大臣は……懲戒の処分をすることができる」とする。原告は、昭和26年以来、公認会計士としての業務を行ってきたが、某会社が、大蔵大臣に提出した上場有価証券報告書の財務書類に虚偽の証明をしたところから、昭和43年6月4日、大蔵大臣の聴聞を受けるようになった。昭和43年7月13日、日本公認会計士協会に廃業の届出をし、即日受理された。その後、大蔵大臣は、前記財務書類に粉飾経理の事実を知悉しながら適正証明をしたことを理由として30条1項に基づき、原告に対し、昭和43年7月17日付で公認会計士名簿の登録抹消の懲戒処分を行なった。原告は、自身が協会に廃業の届出書を提出し、受理された昭和43年7月13日をもって公認会計士の身分を喪失したのであるから、その後になされた懲戒処分は効力を生じない、国民は、憲法上、職業選択の自由を有し、この自由には職業からの離脱の自由も含まれるなど主張し、被告、大蔵大臣のした公認会計士名簿の登録抹消処分の取消しを求めた。

【か貸金業】

〈か貸金業/無届出/刑〉

貸金業等の取締に関する法律（昭和24年。S-29.11.24〈か貸金業/無届出/刑〉最大判、S-30.2.28〈か貸金業/無届出/刑〉大阪高判、S-36.12.20〈か貸金業/無届出/刑〉最大判当時）2条は、「この法律において『貸金業』とは、何らの名義をもってするを問わず、金銭の貸付又は金銭の貸借の媒介をする行為で業として行うものをいう」とし、3条は、「貸金業を行おうとする者は、あらかじめ左に掲げる事項を記載した届出書を大蔵大臣に提出しなければならない」とする。そして、5条は、「貸金業者でなければ貸金業を行ってはならない」とし、違反には、懲役若しくは罰金が科される（18条1項1号）。届出をせず貸金業を営んだとして訴追された者がこの届出制が職業選択の自由に反すると主張した。

【き金属屑業】

〈き金属屑/禁止(売買)/刑〉

広島県金属屑業条例（昭和26年。S-28.9.9〈き金属屑/禁止(売買)/刑〉広島高判当時）10条は、「業者は、未成年者又はその委託を受けた者と金属屑を売買し、若しくは交換し又はこれらの者からその売買若しくは交換の委託を受けてはならない」とし、金属屑の未成年者との売買を禁止する（20条は違反行為を罰する）。金属屑業の許可を受けて金属屑業を為している者が未成年者より金属屑を買い受けたとして訴追され、金属屑条例10条等は、憲法22条他に違反し無効であると主張した。

【ぎ技術士】

〈ぎ技術士/禁止(称号)/国賠〉

技術士法（昭和32年。S-36.6.8〈ぎ技術士/禁止(称号)/国賠〉東京地判当時）8条は、「本試験に合格した者は、技術士となる資格を有する」とし、14条は、「技術士となる資格を有する者が技術士となるには、技術士登録簿……に、氏名及び住所、事務所の名称及び所在地、生年月日、合格した本試験の技術部門その他総理府令で定める事項の登録を受けなければならない」とする。そして、39条は、「技術士でない者は、技術士又はこれに類似する名称を使用してはならない」とする。昭和24年8月以来、技術士の称号を使用して営業活動が続けてきた原告が、技術士法39条は、旧技術士の職業選択遂行の自由を剝奪、制限するものであるから憲法22条に違反すると主張し、内閣総理大臣および主任の国務大臣が39条を含む技術士法を施行させるべきでないのに、故意もしくは過失により、職務上の義務に違反して同法律を施行するに至らせたとして国家賠償を求めた。

【こ公衆浴場関係】

〈こ公衆浴場/無許可/刑〉

公衆浴場法（昭和23年）制定時の2条1項は、「業として公衆浴場を經營しようとする者は、政令の定める手数料を納めて、都道府県知事の許可を受けなければならない」とし、2項は、「都道府県知事は、公衆浴場の設置の場所又はその構造設備が、公衆衛生上不適當であると認めるときは、前項の許可を与えないことができる」とした。公衆浴場法は、昭和25年に改正され、改正後の2条1項は、「業として公衆浴場を經營しようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない」とし、大差ないが、2項は、「都道府県知事は、公衆浴場の設置の場所若しくはその構造設備が、公衆衛生上不適當であると認めるとき又はその設置の場所が配置の適正を欠くと認めるときは〔傍点—中谷〕、前項の許可を与えないことができる」とし、3項は、「前項の設置の場所の配置の基準については、都道府

県が条例で、これを定める」とした。無許可営業には懲役又罰金が科される(8条1号)。無許可で営業したとして訴追された者が、公衆浴場法2条2項並びに都道府県条例が憲法22条1項に違反し違憲無効であると主張するとともに、条例が公衆浴場法2条3項の委任の範囲を超えて無効であって罪とならないと主張した。

〈こ公衆浴場/不許可/取消〉

公衆浴場経営の許可を申請したが、不許可処分を受けた者が、公衆浴場法2条2項の配置規制と3項に基づく条例が違憲であると主張し(前述〈こ公衆浴場/無許可/刑〉参照)、不許可処分の取消しを求めた。

〈こ公衆浴場/贈賄/刑〉

公衆浴場新設許可申請の適否を審議する大阪府公衆浴場審議会の委員としての職務行為に関して贈賄罪に問われた府会議員が、公衆浴場法2条2項の適正配置規制とそれに基づく条例の違憲無効(前述〈こ公衆浴場/無許可/刑〉参照)、及び審議会の根拠となっている大阪府浴場審議会規則は無効だとし、贈賄罪は成立しないと主張した。

〈こ公衆浴場/建築確認なし/刑〉

建築確認を受けないで、また、青森県知事の許可を受けないで、自ら設備した浴場において所定の入浴料を徴し、多数の公衆を入浴させ、公衆浴場を経営したとして建築基準法違反、公衆浴場法違反に問われた被告人が、確認処分の段階で違法があると主張するとともに、一般公衆を対象とせず、入浴者を組合員に限定しているゆえ公衆浴場法2条1項の適用を受けないとし、無罪を主張した。判決文からは、被告人が憲法問題を提起したことを確認できないが、判決は職業選択の自由の問題として扱っている。

【こ小売市場】

〈こ小売市場/無許可/刑〉

小売商業調整特別措置法(昭和34年。S-43.9.30〈こ小売市場/無許可/刑〉東大阪簡判当時)1条は、「この法律は、小売商の事業活動の機会を適正に確保し、及び小売商業の正常な秩序を阻害する要因を除去し、もって国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする」とし、3条1項は、「政令で指定する市……の区域……内の建物については、都道府県知事の許可を受けた者でなければ、小売市場(一の建物であって、その建物内の店舗面積……の大部分が50平方メートル未満の店舗面積に区分され、かつ、10以上の小売商……の店舗の用に供されるものをいう。以下同じ。)とするため、その建物の全部又は一部をその店舗の用に供する小売商に貸し付け、又は譲り渡してはならない」とする。違反者には罰金を科す(22条1号)。5条は、都道府県知事が許可をしないことができる場合をあげ、1号は「当

該小売市場が開設されることにより、当該小売市場内の小売商と周辺の小売市場内の小売商との競争又は当該小売市場内の小売商と周辺の小売商との競争が過度に行われることとなりそのため中小小売商の経営が著しく不安定となるおそれがあること」とする。大阪府知事の許可を受けないで、法所定の指定区域内において鉄骨モルタル塗平家建1棟を建設し、小売市場とするために、右建物を野菜商4店舗、生鮮魚介類商3店舗を含む49店舗を、その店舗の用に供する小売商人に貸し付けたとして訴追された者が、小売商業調整特別措置法3条1項、同法施行令1条、2条、並びに法5条1号に基づく大阪府小売市場許可基準内規は、憲法22条1項、憲法14条1項、25条に反する違憲の法規であって、被告人らの行為は無罪であると主張した。

【こ古紙回収】

〈こ古紙回収/無指定/刑〉

世田谷区清掃・リサイクル条例（平成11年。H-19.12.18〈こ古紙回収/無指定/刑〉東京高判，H-19.12.26〈こ古紙回収/無指定/刑〉東京高判当時）31条の2第1項は、「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所に置かれた廃棄物のうち、古紙、ガラスびん、缶等再利用の対象となる物として区長が指定するものについては、区長及び区長が指定する者以外の者は、これらを収集し、又は運搬してはならない」とし、2項は、「区長は、区長が指定する者以外の者が前項の規定に違反して、収集し、又は運搬したときは、その者に対し、これらの行為を行わないよう命ずることができる」とする。79条1号は、31条の2第2項による命令に違反した者に罰金を科す。世田谷区清掃・リサイクル条例施行規則22条の2第2項は、31条の2第1項の区長が指定する者として世田谷区リサイクル協同組合を指定している。古紙回収業を営む者（世田谷区長が指定する者以外の者）が、区長からの禁止命令（条例31条の2第2項）違反に問われた。同人は、条例31条の2、79条1号の規定は、憲法31条、22条1項、29条、14条等に違反すると主張する他、憲法94条、地方自治法14条1項に違反するとし、無罪を主張した。

【こ古物商】

〈こ古物商/無許可/刑〉

古物営業法（昭和24年。S-28.3.18〈こ古物商/無許可/刑〉最大判当時）2条1項は「古物商になろうとする者は……公安委員会の許可を受けなければならない。」とする。違反は罰せられる（31条1号）。公安委員会の許可を受けないで、他人から販売の委託を受け、5回にわたり数名の者に対し、各中古自転車1台を販売し以て古物営業をなしたものとして無許可営業で訴追された被告人が、古物営業を許可制

とし、無許可営業を処罰する古物営業法の規定は、職業選択の自由を保障した憲法 22 条に違反すると主張した。

【ごゴミ袋指定】

〈ごゴミ袋製造/指定/国賠〉

西伊豆町では、ゴミ袋に関し、平成 11 年以前は、成分等指定された条件を満たし、町長の承認を得たごみ袋であれば、一定の手続を経さえすれば誰でも町内で小売店へ卸すことができたが、平成 12 年 4 月以降、「一括購入・一括販売方式」——小売店への納入は町が一括して行い、町は、指名競争入札の方法を用いた見積合わせにより決定した納入業者から、西伊豆町ごみ処理指定袋に関する規則（H-21.10.29〈ごゴミ袋製造/指定/国賠〉静岡地下田支判当時）3 条所定の要件に適合したごみ袋を一括して購入する方式——の運用を開始した。指名競争入札に参加せず、平成 12 年度以降の販売業者としての指定が受けられず、ごみ袋の販売ができなくなった原告は、指定ごみ袋の一括購入・一括販売方式は、憲法の定める営業の自由、租税法律主義に反すると主張し、原告が販売を企図して仕入れたごみ袋は無価値となったとして国家賠償を求めた。

【ごゴルフ場造成】

〈ごゴルフ場/不同意/取消〉

山梨県ゴルフ場等造成事業の適正化に関する条例（昭和 48 年。H-9.3.25〈ごゴルフ場/不同意/取消〉甲府地判当時）4 条は、「事業主は、造成事業を行なおうとするときは、当該造成事業の計画についてあらかじめ知事に協議し、その同意を得なければならない」とし、6 条 1 項は、勘案すべき事項を種々規定している。同県においてゴルフ場造成事業を行おうとする会社が、知事の同意を得ようとしたところ、知事は、原告の計画するゴルフ場造成事業について、「県民意識や時代の要請にあった土地利用の在り方を考える必要があること」、「諸事情を十分勘案した甲府市の総合的な判断を尊重すべきこと」、「千代田湖西側一帯の水資源の保全に配慮する必要があること」の 3 点を理由に、同意をしない旨の処分をした。原告は、条例 6 条 1 項の規定する基準の内容は著しく曖昧であって明確性を著しく欠くものであり、憲法 13 条、22 条、29 条及び 31 条に違反し無効であると主張するとともに、条例の規定自体が違憲でないとしても、本件不同意は、条例 6 条 1 項の勘案事項に抵触しないにもかかわらず、客観的合理的理由もなく本件事業を規制するものであるから違憲であるとして、不同意処分の取消しを求めた。

【し塩小売】

〈し塩小売/不指定/取消〉

塩専売法（昭和24年。H-2.1.26〈し塩小売/不指定/取消〉大阪地判当時）19条1項は、日本たばこ産業株式「会社は、その指定した塩の元売人又は小売人……に塩を販売させることができる」とし、2項は、「会社又は販売人でなければ、塩を販売してはならない」とする。22条は、「会社は、次の各号の一に該当するときは、販売人の指定をしないことができる」とし、3号は、「塩の販売予定数量が大蔵省令で定める標準に達せず、その他著しく不相当と認められるときとき」をあげる。同法施行規則（昭和60年）18条は、販売標準数量の設定について、都道府県ごとに予定営業所の所在地の区分に応じて定められている標準供給人口に1人当りの消費量を乗じた数量とする。原告は、昭和61年7月2日付で、被告、日本たばこ産業株式会社に対し、予定営業所を京都市上京区河原町通△とする塩小売人指定申請をした。被告は、同年9月10日、塩専売法22条3号、同法施行規則18条に基づき、販売予定数量が標準数量に達しないことを理由に不指定処分をした。原告は、不指定処分の根拠となった塩小売人指定制及び販売標準数量による塩小売人指定は違憲、違法であり、処分は効力を有せず違法であるとして不指定処分の取消しを求めた。

【し歯科関係】

〈し歯科関係(技工士)/禁止(印象採得)/刑〉

歯科医師法（昭和23年。S-33.2.10〈し歯科関係(技工士)/禁止(印象採得)/刑〉大阪高判，S-55.9.1〈し歯科関係(技工士)/禁止(印象採得)/刑〉札幌地判当時）17条は、「歯科医師でなければ、歯科医業をしてはならない」とし、違反には懲役又は罰金が科される（29条1項1号）。また、歯科技工法20条は、「歯科技工士は、その業務を行うに当っては、印象採得、咬合採得、試適、装着その他歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為をしてはならない」とする。歯科医師を介せず、客を取り、印象採得等を行ったとして歯科医師法17条違反に問われた歯科技工士が、印象採得等は、歯科技工士の正当業務の範囲に属するものであり、歯科技工士に対し、このような行為を禁止する法律は、憲法に違反する無効のものであると主張した。

〈し歯科関係/不登録(保険医)/取消〉

健康保険法（大正11年。H-26.4.18〈し歯科関係/不登録(保険医)/取消〉東京地判当時）64条は、「保険医療機関において健康保険の診療に従事する……歯科医師……は、厚生労働大臣の登録を受けた……歯科医師……でなければならない」とする。71条1項は、「第64条の登録は……歯科医師……の申請により行う」とし、2項

は、「厚生労働大臣」が、「登録をしないことができる」場合をあげ、4号は、「前3号のほか、申請者が、保険医又は保険薬剤師として著しく不相当と認められる者であるとき」をあげる。国民健康保険法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係法令の改正について（平成10年7月27日付け厚生省老人保健福祉局長及び厚生省保険局長通知）第1の5の(2)は、「保険医等の登録取消を2度以上重ねて受けたとき」に該当する保険医等については、「保険医又は保険薬剤師として著しく不相当と認むるものなるとき」として、地方社会保険医療協議会の議により保険医等の再登録を拒否することができる旨定めている。歯科医師であり、過去に2回、健康保険法に基づく保険医の登録取消処分を受けたことのある原告が、平成23年12月5日付けで保険医の登録を申請したところ、中国四国厚生局長は、71条2項4号に該当するとして保険医の登録をしない旨の処分をした。原告は、処分の前提となった通知の規定は、原告の職業選択の自由を侵害するものであり、本件処分は、被告、中国四国厚生局長の裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用した違法なものであるとし、処分の取消しを求めるとともに保険医の登録の義務付けを求めた。

【し酒類販売関係】

◎ 免許拒否

〔し酒類/免許拒否/取消〕

旧酒税法（昭和15年。S-29.5.25〈し酒類/免許拒否/取消〉大阪地判当時）18条は、「免許ノ申請アリタル場合ニ於テ左ノ各号ノ一ニ該当スルトキハ政府ハ其ノ免許ヲ与ヘサルコトヲ得」と規定し、免許をしないことができる幾つかの不免許事由を記した。酒類販売の免許を申請したが、消酒類販売に経験が少ない、酒税法違反の経歴があるとして拒否処分を受けた原告が、拒否処分は、憲法22条に違反するほか主張し、拒否処分の取消しを求めた。

〈し酒類/免許拒否(経営・需給)/取消〉

酒税法（昭和28年。S-58.6.28〈し酒類/免許拒否(経営・需給)/取消〉青森地判からH-11.7.15〈し酒類/免許拒否(需給)/取消〉東京高判に至るまで〈し酒類/免許拒否(経営・需給)/取消〉の略号を付した判決当時において、以下で扱う条文には変化がない)9条1項は、「酒類の販売業又は販売の代理業若しくは媒介業……をしようとする者は、政令で定める手続により、販売場……ごとにその販売場の所在地……の所轄税務署長の免許……を受けなければならない……」とし、酒類販売業の免許制を定める。10条は、「次の各号のいずれかに該当するときは、税務署長は、酒類の製造免許、酒母若しくはもろみの製造免許又は酒類の販売業免許を与えないことができる」とし、10号は「酒類の販売業免許の申請者が破産者で復権を得ていない場合

その他その経営の基礎が薄弱であると認められる場合」, 11号は「酒税の保全上酒類の均衡を維持する必要があるため……酒類の販売業免許を与えることが適当でないと認められる場合」をあげる。以下, 略号において, 10号が問題になる場合を〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉と表記し, 11号が問題になる場合を〈し酒類/免許拒否(需給)/取消〉と表記する。10号又は11号, もしくは双方に該当するとして免許を拒否された者が, 酒類販売業の免許制, そして, その要件を定める10条の規定は, 職業選択の自由の保障に違反して無効であり, 各規定に基づく免許拒否処分も違憲違法であると主張するとともに, 仮に違憲違法でないとしても酒税法9条1項, 10号, 11号の拒否事由に該当しないから処分は違法であるとし, 処分の取消しを求めた。ほとんどの事例は, この構成をとるが, 逆の構成——申請は10条10号, 11号に該当しない, 該当するとしても, 10条10号, 11号の規定, さらに, 免許制自体が憲法22条1項に違反する——をとる場合もある。なお, 10号, 11号を具体化する国税庁長官通達である昭和38年取扱要領, これを全面的に改正した平成元年取扱要領がある。なお, 平成元年取扱要領について, 小売基準数量要件及び基準世帯数要件を用いず, 基準人口要件のみを用いることとしており, 需給のバランスを間接的にしか示すことができなくなり, 人口1人当たりの酒類消費量の増減を反映することができなくなったとして, 同取扱要領及びこれに従ってされた免許拒否処分は, 酒税法10条11号に違反し, ひいては憲法22条1項に違反すると主張する事例もある。

◎ 無免許

〈し酒類/差押(無免許)/取消, 無効確認, 国賠〉

酒税法(昭和28年。S-59.7.19〈し酒類/差押(無免許)/取消・無効確認〉東京地判, S-60.10.23〈し酒類/差押(無免許)/国賠〉福島地白河支判, S-62.3.30〈し酒類/差押(無免許)/無効確認〉福島地判当時)9条1項(前述〈し酒類/免許拒否(経営・需給)/取消〉参照)の酒類販売業の免許を受けないで酒類の販売をしているとして, 国税犯則取締法2条1項の規定に基づき, 差押処分を受けた者が, 酒税法9条1項の規定は, 憲法22条1項に規定する職業選択の自由の保障に違反する無効なものであるから, 同条に違反するとしてなされた差押処分も違法, 無効であると主張し, 差押処分が無効であることの確認, 取消し, 国家賠償を求めた(事案は, 事件によって多少変わる)。

〈し酒類/無免許/刑〉

酒税法(昭和28年。H-2.3.27〈し酒類/無免許/刑〉静岡地裁, H-9.12.12〈し酒類/無免許/刑〉東京地判, H-10.10.15〈し酒類/無免許/刑〉宇都宮地判当時)56条1項1号は, 無免許で酒類の販売業をした者に懲役又は罰金を科す。無免許で酒類の販売をしたとして訴追された者が酒類販売業を免許制とした酒税法9条1項が憲法22条1項に違反すると主張した。

◎ 条件関係

〈し酒類/条件/刑〉

酒税法（昭和28年。H-8.3.29〈し酒類/条件/刑〉広島高岡山支判当時）11条1項は、「税務署長は……酒類の販売業免許を与える場合において、酒税の保全上酒類の需給の均衡を維持するため必要があると認められるときは……販売する酒類の範囲若しくはその販売方法につき条件を付することができる」とし、違反には罰金が科される（58条1項1号）。酒類販売免許に「販売方法は小売に限る」という条件が付された酒類販売業者が、条件に違反したとして訴追され、酒税法9条1項、11条1項が憲法22条1項に違反し、また、本件に酒税法9条1項、11条1項を適用することが憲法22条1項、31条等に違反すると主張した。

〈し酒類/条件緩和拒否/取消〉

酒税法（昭和28年。H-8.1.31〈し酒類/条件緩和拒否/取消〉仙台地判当時）11条1項（前述〈し酒類/条件違反/刑〉参照）は、酒類の販売業免許を与える場合に、販売する酒類の範囲若しくはその販売方法につき条件を付することができるとし、2項は、「その必要がなくなったときは、その条件を緩和し、又は解除しなければならない」とする。「自己が輸入した酒類並びに果実酒類、ウィスキー類、スピリッツ、リキュール類、及び雑酒の卸売販売に限る」旨の条件が付された輸入酒類並びに洋酒卸売販売業の免許を受けていた原告が、平成4年1月29日、酒税法11条2項に基づいて、被告、税務署長に対し、全種類の酒類の卸売販売ができるように条件緩和の申立てをしたが、平成4年12月25日付けで、拒否処分を受けた。原告は、酒税法10条及び11条は不当に私人の権利を制限するもので、憲法22条1項に違反すると主張するとともに、免許付与の判断が平成元年取扱要領に示された形式的な基準に依拠するからといって本件処分が適法であるとはいえず、また、行政組織の内部規範に過ぎない通達である取扱要領によって憲法上の人権である職業選択の自由を制約し違法である等主張し、処分の取消しを求めた。

〔し酒類/条件解除拒否/取消,国賠〕

「全酒類小売」の条件付で酒類販売業を営んでいた原告が、酒税法（昭和28年。H-9.10.27〔し酒類/条件解除拒否/取消〕仙台地判当時）11条2項（前述〈し酒類/条件緩和拒否/取消〉参照）に基づいて昭和59年2月17日、「小売に限る」旨の条件解除を申請したところ、被告、税務署長は、平成2年8月1日付けで、酒税法10条11号にいう「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られる場合」に該当するとして条件解除を拒否した。原告は、許否処分の取消しを求めるとともに、被告署長としては遅くとも昭和60年12月31日までには本件申請を認めるべきであったにもかかわらず行わなかったとして国家賠償を求めた。判決文からは、原告が憲法問題を主張していることは確認できないが、判決は職業選択の自

由に触れている。

◎ 免許取消

〈し酒類/免許取消/取消〉

酒税法（昭和28年。H-16.11.10〈し酒類/免許取消/取消〉宇都宮地判当時）10条は、「酒類の販売業免許の申請があった場合において、次の各号のいずれかに該当するときは、税務署長は……酒類の販売業免許を与えないことができる」とし、7号は、「免許の申請者が国税若しくは地方税に関する法令……の規定により通告処分……を受け、それぞれ、その刑の執行を終わり、若しくは執行を受けることがなくなった日又はその通告の旨を履行した日から3年を経過するまでの者である場合」をあげる。原告は、昭和63年1月25日設立された酒類・食料品の販売等を業とする有限会社であるが、酒税法違反（無免許販売）の嫌疑で起訴され、有罪判決を言い渡された。被告、税務署長は、原告に対し、聴聞を行った結果、平成15年1月20日、酒税法10条7号の規定を理由に免許取消の処分をした。原告は、取消処分がされた平成15年1月20日の時点において、酒類販売業について免許制を存続させることの必要性及び合理性は既に失われており、酒税法9条ないし11条の規定は憲法22条1項に違反する違憲、無効な規定であり、これを根拠にされた取消処分は違法かつ無効なものと主張した。

【し職業紹介】

〈し職業紹介/禁止(有料)/刑〉

職業安定法（昭和22年。S-24.5.10〈し職業紹介/禁止(有料)/刑〉仙台高判当時）32条1項は、一定の職業以外、「何人も、有料で又は営利を目的として職業紹介事業を行ってはならない」とし、違反には懲役又は罰金を科す（64条1号）。同法違反に問われた被告人が、職業安定法32条は憲法22条に違反すると主張した。

〈し職業紹介/禁止(公衆衛生・公衆道徳)/刑〉

職業安定法（昭和22年。S-29.3.9〈し職業紹介(公衆道徳他)/禁止/刑〉大阪高判、S-36.4.11〈し職業紹介(公衆衛生他)/禁止/刑〉最3判当時）63条2号は、「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務に就かせる目的で、職業紹介、労働者の募集若しくは労働者の供給を行った者又はこれらに従事した者」に懲役又は罰金を科す。同法違反に問われた者が、職業安定法63条2号は憲法22条1項に違反すると主張した。

【し食肉販売】

〈し食肉/価格統制/刑〉

食肉に関する価格統制令（昭和14年。S-26.9.14〈し食肉/価格統制/刑〉最2判当時）違反により有罪となった者が、他の違反業者が検挙、処罰されなかったことは憲

法 14 条に違反すると主張するとともに、価格統制令による食肉価格の統制は憲法 22 条違反であると争った。

【じ砂利採取】

〈じ砂利採取/作業中止命令/取消〉

α 町地下水の水質保全に関する条例（平成 12 年。H-27.3.12〈じ砂利採取/作業中止命令/取消〉名古屋地判当時）10 条の 2 は、掘削を行う前の地盤面から垂直距離で 6 m を超える掘削を行う場合には、その掘削跡全部につき、掘削を行う前の地盤面まで在来の土砂で埋め戻すことを要するとし、在来の土砂以外の土砂を使って掘削跡の全部又は一部を埋め戻す作業を伴う掘削を行うことを禁止する。11 条 5 項は、町長は、掘削規制に違反する作業を行っている者に対し、作業の中止を命ずることができ、また、6 項は、同作業を行った者に対して埋め戻し及びその埋め戻しに使う土砂による地下水の汚染を防止するために必要な措置を執るべきことを命ずることができる。砂利採取業等を営む原告（株式会社）が、土地を掘削して砂利を採取しようとしたところ、条例 10 条の 2 が定める禁止作業に当たることを理由に、町長から、11 条 5 項に基づき、平成 24 年 11 月 12 日付けて掘削作業の中止命令を受けた。原告は、10 条の 2 が定める本件掘削規制は、憲法 22 条 1 項が国民に保障する営業の自由の侵害に当たり違憲であるから、掘削規制に違反するものであることを理由としてされた処分は違法であるとして処分の取消しを求めるとともに、違法な処分により損害を被ったとして国家賠償を求めた。

【じ銃砲登録】

〈じ銃刀/登録却下/取消〉

銃砲刀剣類所持等取締法（＝銃刀法。昭和 33 年。S-58.10.27〈じ銃刀/登録却下/取消〉東京高判当時）3 条 1 項は、「何人も、次の各号のいずれかに該当する場合を除いては、銃砲又は刀剣類を所持してはならない」とし、例外的に所持できる場合の 1 つとして 6 号は、「第 14 条の規定による登録を受けたもの……を所持する場合」をあげる。そして、14 条は、「都道府県の教育委員会は、美術品若しくは骨とう品として価値のある火縄式銃砲等の古式銃砲又は美術品として価値のある刀剣類の登録をするものとする」とし、これを受けた銃砲刀剣類登録規則（昭和 33 年）4 条 1 項は、「火縄式銃砲等の古式銃砲の鑑定は、日本製銃砲にあつてはおおむね慶応 3 年以前に製造されたもの、外国製銃砲にあつてはおおむね同年以前に我が国に伝来したものであつて、次の各号のいずれかに該当するものであるか否かについて行うものとする」とし、「火縄式、火打ち石式、管打ち式、紙薬包式又はピン打ち式（かに目式）の銃砲で、形状、象嵌がん、彫り物等に美しさが認められるもの

又は資料として価値のあるもの……」(1号)他をあげる。登録を却下された原告は、規則4条1項が憲法22条1項, 13条, 31条に違反すると主張するとともに、銃刀法14条1項の委任の範囲を超えている等主張し、登録却下処分取消しを求めた。

【せ石炭販売】

〈せ石炭販売/禁止/刑〉

臨時物資需給調整法(昭和21年)1条1項は、「主務大臣は、産業の回復及び振興に関し、経済安定本部総裁が定める基本的な政策及び計画の実施を確保するために」、「経済安定本部総裁が定める方策に基く供給の特に不足する物資の割当又は配給」他の「事項に関して、必要な命令をなすことができる」とし、違反には懲役又は罰金を科す(4条1項)。配炭公団法に基づく昭和22年商工省令18号(石炭等売渡規則)3条は、「石炭等は、配炭公団以外の者が、これを販売してはならない」とする。駅構内に落ちていた石炭を拾い集め、売ったとして、臨時物資需給調整法違反(ならびに窃盗罪)に問われた者が、同法が憲法14条に違反すると主張するとともに、商工省令18号が憲法22条に違反すると主張した。

【た煙草販売】

◎ たばこ専売法

○ 無指定

〈た煙草小売/無指定/刑〉

たばこ専売法(昭和24年。S-32.10.30〈た煙草小売/無指定/刑〉東京高判当時)2条は、「たばこ種子の輸入、葉たばこの一手買取、輸入及び売渡、製造たばこの製造、輸入及び販売並びに製造たばこ用巻紙の一手買取、輸入及び販売の権能は、国に専属する」とし、たばこの専売制を規定し、3条は、「前条の規定により国に専属する権能及びこれに伴う必要な事項は、この法律及び日本専売公社法……日本専売公社……に行わせる」とする。そして、29条1項は、「公社は、その指定した製造たばこの小売人……に製造たばこを販売させることができる」とし、2項は、「公社又は小売人でなければ、製造たばこを販売してはならない」として、小売人指定制をとる。違反には、懲役又は罰金を科す(71条第5号)。無指定で製造たばこを販売し、訴追された者が、たばこ専売法29条2項は、憲法22条の保障する職業選択の自由違反すると主張した。

○ 不指定

〈た煙草小売/不指定/取消〉

たばこ専売法(昭和24年。S-59.3.13〈た煙草小売/不指定/取消〉青森地判, S-60.4.26

〈た煙草小売/不指定/取消〉名古屋地判，S-63.9.26〈た煙草小売/不指定/取消〉東京地判当時）2条，3条は，たばこ販売等につき専売制を採用し，29条は小売人指定制を定める。そして，31条1項は，日本専売公社が，「小売人の指定をしないことができる」場合として，3号は「営業所の位置又は設備が製造たばこの小売業を営むのに不相当と認められる場合」を，4号は「製造たばこの取扱の予定高が公社の定める標準に達せず，その他著しく不相当と認められる場合」をあげる。日本専売公社は，専売法31条1項3号及び4号の規定の趣旨を具体化させた内部基準である小売人指定関係規程（昭和42年。3条は距離制限を，4条は標準取扱高を定める），さらに，たばこ小売人指定関係規程運用要領（昭和42年）を作成している。原告は，被告，日本専売公社支社長に対し，たばこ小売人の指定を申請したところ，たばこ専売法31条1項3号，4号に該当するとして不指定処分を受けた。原告は，たばこ専売法2条，3条，29条1，2項，31条1項3，4号，規程及び要領は，憲法22条1項に反し，処分は違法であるとしてその取消しを求めた。

◎ たばこ事業法

○ 無 許 可

〈た煙草小売/無許可/刑〉

たばこ事業法（昭和59年8月10日，たばこ事業法及び日本たばこ産業株式会社法が制定され，日本専売公社は，日本たばこ産業株式会社に改組された。たばこ事業法（H-15.11.20〈た煙草小売/無許可/刑〉福岡高宮崎支判当時）22条1項は，「製造たばこの小売販売……を業として行おうとする者は，当分の間，その製造たばこに係わる営業所……ごとに財務大臣の許可を受けなければならない」とし，違反には罰金を科す（49条3号）。無許可販売に問われた被告人が，たばこ事業法22条1項，49条3号等は，違憲無効であると主張した。

○ 不 許 可

〈た煙草小売/不許可/取消〉

たばこ事業法（昭和59年。① H-2.1.26-79〈た煙草小売/不許可/取消〉大阪地判，② H-20.5.23〈た煙草小売/不許可/取消〉東京地判当時）23条は，財務大臣は，22条第1項（〈た煙草小売/無許可/刑〉参照）「の許可の申請があった場合において，次の各号のいずれかに該当するときは，許可をしないことができる」とし，3号は，「営業所の位置が製造たばこの小売販売を業として行うのに不相当である場合として財務省令で定める場合であるとき」をあげる。これを受け，たばこ事業法施行規則（昭和60年）20条は，「法第23条第3号に規定する営業所の位置が製造たばこの小売販売を業として行うのに不相当である場合」として，2号は「予定営業所と最寄りの小売販売業者の営業所との距離が，特定小売販売業……を営もうとする場合その他財務大臣の定める場合を除き，予定営業所の所在地の区分ごとに，

25メートルから300メートルまでの範囲内で財務大臣が定める距離に達しない場合」をあげる（①事件では大蔵大臣依命通知が、②事件では大蔵省告示が距離をより具体的に定める。製造たばこ小売販売業者の許可申請をした者が、被告（①事件では、近畿財務局長、②事件では、関東財務局長）により、たばこ事業法23条3号に規定する営業所の位置が不適当な場合、また、同法施行規則20条2号の距離不足にあたるとの理由で不許可処分をした。原告は、処分の根拠となったたばこ事業法22条（①事件のみ）、23条3号、同法施行規則20条2号等は違憲であり、処分は効力を有しないとして処分の取消しを求めた。

【た宅地建物取引】

〈た宅建/登録取消/無効確認〉

宅地建物取引業法（＝宅建業法。昭和27年。S-35.4.18〈た宅建/登録取消/無効確認〉山口地判当時）附則7項および8項は、既存の宅建業者に対し、登録更新の際、新たに営業保証金の供託義務を課している。知事の登録を受けて宅建業を営んでいた者が、登録更新の際、営業保証金を所定の供託期限まで供託しなかったため、登録の取消処分を受けた。同人は、営業保証金の供託義務を課する宅建業法の規定は、職業選択の自由を侵害し、法の下での平等に反する違憲無効の規定であり、登録取消処分も無効であると主張した。

〈た宅建/無免許/刑〉

宅建業法（昭和27年。S-59.12.26〈た宅建/無免許/刑〉東京高判当時）3条1項は、「宅地建物取引業を営もうとする者は……一の都道府県の区域内にのみ事務所を設置してその事業を営もうとする場合にあっては当該事務所の所在地を管轄する都道府県知事の免許を受けなければならない」とし、12条1項は、「第3条第1項の免許を受けない者は、宅地建物取引業を営んではならない」とする。違反には、懲役若しくは罰金が科される（79条2項）。宅建業の免許をもつ法人名義による営業が実質において個人による無免許営業とされて訴追を受けた者が、宅建業法79条2号は、少なくとも業者が購入者となる場合は、無免許営業として処罰する必要性はないのに、これをも含め広く規制の対象としている点において憲法22条1項の保障する職業選択の自由を反すると主張するとともに、無免許営業を罰する宅建業法12条1項が憲法22条1項違反と主張した。

【だ大学理事】

〈だ大学理事/調停手続開始/無効確認〉

長期にわたる学校法人紛争に対応するために、学校法入紛争の調停等に関する法律（昭和37年）が成立した。3条は、「所轄庁は、学校法人紛争が生じ、これに

より学校法人の正常な管理及び運営が行なわれなくなり、かつ、そのため当該学校法人が法令の規定に違反するに至ったと認めるときは」、「学校法人紛争調停委員……に調停を行なわせることができる」、9条2項は、所轄庁は、「当該当事者に対し、その調停の内容を履行すべきこと……を命ずることができる」とし、さらに、10条1項は、「所轄庁は、当該学校法人に対し……当該当事者を解職すべきことを勧告することができる」、2項は、「所轄庁は……直接当該当事者に対し……辞職すべきことを勧告することができる」、4項は、「当該学校法人の正常な管理及び運営を図るため他に方法がないと認めるときは、所轄庁は、当該勧告に係る者を解職し、かつ、解職した者の後任者の選任について、当該学校法人に対し、必要な指示をすることができる」とする。昭和37年7月10日、文部大臣は同法に定める調停手続を開始する決定をし、調停委員を任命するとともに、同法施行令第2条により原告（昭和35年2月、学校法人名城大学の理事長に就任し今日に至っている）らを調停に係る当事者に指定した。原告らは、調停法10条は、調停委員の示す調停案を当事者が受諾しなかった等の場合には、「当該学校法人の正常な管理及び運営を図るため他に方法がないと認めるとき」という要件のもとに当事者を解職する権限を所轄庁たる被告に与えており、これは憲法11条、12条、22条に違反する等主張し、原告を学校法人名城大学の紛争当事者としてした調停手続開始の決定が無効であることの確認を求めた。

〈だ大学理事/解職/無効確認〉

被告、文部大臣は、昭和38年8月22日、学校法人紛争の調停等に関する法律10条4項にもとづき原告に対し理事および評議員を解職する処分をした。原告は、調停法は憲法22条1項に違反し無効であり、解職処分も無効であるとし、主位的に、被告が原告に対してした理事および評議員の解職処分は無効であることの確認、予備的に、解職処分の取消しを求めた。

【ど土石採取】

〔ど土石採取/不許可/取消〕

原告は、昭和46年2月5日、被告、地方建設局長に対し河川法（昭和39年。S-53. 2.24〔ど土石採取/不許可/取消〕仙台地判当時）25条による名取川河口における土石等の採取の許可及び砂利採取法16条による採取計画の認可をそれぞれ申請したが、同月15日、不許可及び不認可の各処分を受けた。これを不服として、同年4月14日、被告、建設大臣に対し審査請求をしたが、棄却の裁決を受けた。原告は、被告が原告の許可申請に対し何ら主張ないし証拠提出の機会を与えることなく、しかも何らの調査も行うことなく申請受理後僅か10日のうちに不許可処分をなし、原告の職業選択の自由を侵害したとして、また、被告、建設大臣のなした裁決、並

に、被告、東北地建局長のなした右不許可処分及び不認可処分を違法として取消しを求めた。

【の農業共済組合】

〈の農業/差押(共済掛金)/無効確認〉

農業災害補償法（昭和22年。H-17.4.26〈の農業/差押(共済掛金)/無効確認〉最3判当時）は、水稻等の耕作の業務を営む者は農業共済組合の組合員となり、組合員と農業共済組合との間において、農作物共済の共済関係が当然に成立するという「当然加入制」（15条1項、16条1項、19条、104条1項）を定めている。86条は、「組合員等は、共済規程又は共済事業の実施に関する条例……の定めるところにより、定額の共済掛金を組合等に支払わなければならない」とし、87条の2は、「1 農業共済組合は……共済掛金……又は……賦課金……を滞納する者がある場合には、督促状により……督促しなければならない」、「2 農業共済組合は……督促をした場合において、その督促を受けた者が……滞納に係る共済掛金等……を完納しないときは、市町村に対し、その徴収を請求することができる」、「3 市町村は、前項の規定による請求があった場合には、地方税の滞納処分の例によりこれを処分する」とする。原告が、平成9年ないし11年産の水稻に係る農作物共済の共済掛金等を払わなかったため、被告、〇〇地区農業共済組合は、87条の2に基づき滞納処分として、原告の有する金融機関に対する預金払戻請求権について差押えをした。そこで原告は、「当然加入制」が職業の自由を侵害するとして、差押えの無効確認又は取消しを求めて提訴した。

【は廃棄物収集運搬業】

〔は廃棄物(清掃業)/不許可/取消〕

清掃法（昭和29年。S-40.7.1〔は廃棄物(清掃業)/不許可/取消〕当時）15条1項は、「特別清掃地域内においては、その地域の市町村長の許可を受けなければ、汚物の収集、運搬又は処分を業として行ってはならない」とし、汚物取扱業につき、市町村長の許可制であったが、同法付則において同法施行時（昭和29年7月1日）における既存業者の権利を保障するための経過措置が定められ、清掃法施行時において既存業者であった者は、同法施行時より2か月以内に、その旨市町村長に届出ると許可を受けた業者として業務に従事し続けることができた（4項）。ところが、昭和37年5月12日付厚生省環境衛生局長の通達によって、従来許可が不要であった特別清掃地域（平塚市も含まれる）では、市町村長の許可がなければ営業ができないこととなった。平塚市において、し尿浄化槽汚物の収集運搬、し尿浄化槽の清掃管理を業としてきた原告は、市長に対し、昭和38年1月8日、汚物取

扱業許可申請をしたところ、同月 12 日付で不許可処分を受けた。原告は、厚生省の通達といえども職業選択の自由を制限することになる以上実質的には法の改正であり、既存業者に対する経過措置は単に清掃法施行時にのみ適用されるにとどまるのではなく、同法施行時と同様な事態においても適用乃至準用されると考えるべきであるとし、不許可処分の取消しを求めた。

〈は廃棄物/受託停止/国賠〉

廃棄物の処理及び清掃に関する法律（＝廃掃法。昭和 45 年。清掃法は昭和 45 年に全面改正され、廃掃法となる。H-18.8.30〈は廃棄物/受託停止/国賠 福井地判当時〉）6 条の 2 第 2 項は、「市町村が行うべき一般廃棄物……の収集、運搬及び処分に関する基準……並びに市町村が一般廃棄物の収集、運搬又は処分を市町村以外の者に委託する場合の基準は、政令で定める」とする。これを受けて制定された廃掃法施行令 4 条 2 号は、産業廃棄物処理業の許可を取り消され、その取消しの日から 5 年を経過しない者を受託者の欠格事由と定めている。この規定によって、金津町から一般廃棄物処理を委託されなくなった廃棄物収集運搬を業とする原告が、内閣の構成員による廃掃法施行令 4 条 2 号の制定行為又はこれを改廃しない不作為が憲法 22 条 1 項に違反するなど主張して、被告、国に対し、逸失利益など国家賠償を求めた。

〈は廃棄物/許可取消/取消〉

廃棄物の処理及び清掃に関する法律（＝廃掃法。昭和 45 年。H-18.6.20〈は廃棄物/許可取消/取消 千葉地判当時〉）14 条 1 項は、「産業廃棄物……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……を管轄する都道府県知事の許可を受けなければならない」とする。産業廃棄物収集運搬業者が法人である場合には、当該法人の役員が禁錮以上の刑に処せられ、その執行を終わり、又は執行を受けることがなくなった日から 5 年を経過しない者（14 条 5 項 2 号ニ）に該当すれば、都道府県知事は、当該法人に対する産業廃棄物収集運搬業の許可（法 14 条 1 項）を取り消さなければならない（14 条の 3 の 2 第 1 項）とする。埼玉県において産業廃棄物収集運搬業の許可をもつ会社の取締役が禁錮以上の刑に処せられ、同県知事から運搬業の許可を取り消された。同会社は、千葉県にも会社をもっており、千葉県の会社に前記取締役が有罪判決の確定後も取締役として在籍していたという理由で、千葉県知事が行い、船橋市中核市移行に伴い市長が行ったとみなされる同市の区域に係る産業廃棄物収集運搬業の許可を取り消された。原告は、廃掃法は、役員が産業廃棄物収集運搬業の許可の欠格要件に該当すれば、その理由を問わず、法人も許可の欠格要件及び取消要件に該当するとしており、過ちに対する制裁として不均衡であるから憲法 31 条に違反し、法人の業務と関係がない役員の犯罪についても法人の許可取消事由とする規定は、営業の自由及び職

業選択の自由を著しく不当に制限するものであり憲法 22 条 1 項に違反すると主張し、埼玉県知事の別件取消処分が違法、無効であれば、本件取消処分も違法だとして処分の取消しを求めた。

【ば売春】

〈ば売春/禁止/刑〉

売春防止法（昭和 31 年。S-36.1.30〈ば売春/禁止/刑〉大阪高判当時）12 条は、「人を自己の占有し、若しくは管理する場所又は自己の指定する場所に居住させ、これに売春をさせることを業とした者は、10 年以下の懲役及び 30 万円以下の罰金に処する」とする。女性を住み込ませ、売春させ、同法違反に問われた被告人が、憲法 22 条の保障する職業選択の自由を奪うもので違憲であると主張した。

【ふ風俗関係】

◎ 非性風俗系

〈ふ風俗(麻雀)/営業取消/取消〉

風俗営業取締法（＝風営法。昭和 23 年。S-25.7.19〈ふ風俗(麻雀)/営業取消/取消〉東京地判当時。なお、後述のように、昭和 59 年、風営法は、大幅に改正され、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律〔＝風適法〕となった〔以下、昭和 59 年改正前の風俗営業取締法を風営法と略し、昭和 59 年改正後は、風適法と略す〕）3 条は、「都道府県は、条例により、風俗営業における営業の場所、営業時間及び営業所の構造設備等について、善良の風俗を害する行為を防止するために必要な制限を定めることができる」とし、4 条は、「公安委員会は、風俗営業を営む者……又はその代理人、使用人その他の従業者が、当該営業に関し、法令又は前条の規定に基く都道府県の条例に違反する行為をした場合において、善良の風俗を害する虞があるときは、営業の許可を取り消し、若しくは営業の停止を命じ、又は善良の風俗を害する行為を防止するために必要な処分をすることができる」とする。麻雀屋を営んでいた原告が、被告、東京都特別区公安委員会から、賭博開帳の幫助等で、東京都風営法施行条例 23 条 1 号及び 4 条 1 項違反として営業許可取消しの処分を受けた。原告は、処分の根拠となった風営法は職業選択の自由を保障している憲法 22 条 1 項他に違反し無効であると主張するとともに、都条例 23 条 1 号は、風営法 3 条の委任の範囲を超えた無効の規定であると主張し、処分の取消しを求めた。

〈ふ風俗(簡易飲食店)/営業時間/刑〉

風営法（昭和 23 年。S-35.3.1〈ふ風俗(簡易飲食店)/時間制限/刑〉東京簡判当時）3 条は、「都道府県は、条例により、風俗営業における営業の場所、営業時間及び営業所の構造設備等について、善良の風俗を害する行為を防止するために必要な制限

を定めることができる」とし、7条2項は、「第3条の規定に基く都道府県の条例に違反し、又は前条の規定による当該官吏及び吏員の立入を拒み、妨げ、若しくは忌避した者は、これを3千円以下の罰金に処する」と規定する。これを受け、東京都風営法施行条例（昭和34年）22条は、「営業時間は、キャバレー、ナイトクラブ及びダンスホールは午後5時から午後11時30分まで、その他の営業は午前10時から午後11時までとする」とする。都風営法施行条例22条等違反に問われた簡易料理店が、同条による営業時間制限が憲法22条の保障する職業選択の自由に違反し無効だと主張した。

〈ふ風俗(ビンゴ)/不許可/取消〉

風営法（昭和23年。S-41.6.7〈ふ風俗(ビンゴ)/不許可/取消〉福岡地判当時）1条7号は、「まあじゃん屋、ぱちんこ屋その他設備を設けて客に射幸心をそそる虞のある遊技をさせる営業」を「風俗営業」の1つとし、2条は、「前条の営業を営もうとする者は、当該都道府県が条例で定めるところにより、都道府県公安委員会……の許可を受けなければならない」とする。Hの相続人である原告は営業を継続するため、昭和37年2月12日附で相続による継続風俗営業許可申請書を被告に提出した。被告、福岡県公安委員会は、原告の申請が風営法に基づく福岡県風営法施行条例（昭和23年）6条2項に規定する承継許可申請期間を経過してなされたものとして不許可処分とした。原告は、パチンコやスマートボールについては営業を認めながら、ビンゴゲーム営業については新規営業のみならず相続による承継までも認めないのは憲法22条1項の職業選択の自由、14条第1項の法の下の平等原則に反し違法であると主張し、不許可処分の取消しを求めた。

〈ふ風俗(パチンコ)/工事中止命令/工事続行禁止〉

宝塚市パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例（昭和58年。H-9.4.28〈ふ風俗(パチンコ)/工事中止命令/工事続行禁止〉神戸地判当時）3条は、「市内において、パチンコ店等、ゲームセンター又は旅館等……の建築等をしようとする者は、あらかじめ市長の同意を得なければならない」とし、4条は、「市長は、前条の規定により建築等の同意を求められた施設がパチンコ店等、ゲームセンター又はラブホテルに該当し、かつ、その位置が都市計画法第7条第1項に規定する市街化調整区域であるとき、又は同法第8条第1項第1号に規定する商業地域以外の用途地域であるときは、同意しないものとする」とする。そして、8条は、「市長は、第3条の規定に違反して指導対象施設の建築等をしようとする者……に対し、建築等の中止、原状回復その他必要な措置を講じるよう命じることができる」とする（中止命令違反に対する罰則規定はない）。被告は、準工業地域内にパチンコ店を建築しようとし、市長に建築同意申請をしたが、市長は建築予定地が、都市計画法上の準工業地域に属することから、条例4条に基づ

き、申請に同意しないこととした。その後、紆余曲折を経て、被告は、建築確認を得ることができ、市長の同意を得られないまま、パチンコ店の建築工事に着手した。市長は、条例8条に基づく工事中止命令を発したが、被告が工事を続行したため、原告、市長は、条例8条に基づき、建築工事の続行禁止を求める民事訴訟を提起した（民事訴訟に先立ち、市長は、工事の続行禁止を求める仮処分を申し立て、認容の決定がなされ、本件工事は中断されていた）。本件は、市民が公権力による人権の侵害を争うという構図となっておらず、訴訟において、被告側が、本件条例は、風適法、兵庫県風適法施行条例（昭和39年）、建築基準法に反し違法であり、職業選択の自由を保障する憲法22条1項にも反し違憲だと主張した（冒頭の略号、〈ふ風俗(パチンコ)/工事中止命令/工事続行禁止〉における傍点部、工事続行禁止は、例外的に公権力の請求が記されている）。

◎ 性風俗系

○ 個室付浴場・店舗型性風俗特殊営業

〔ふ風俗(個室付浴場)/不許可/無効確認〕

原告は、公衆浴場（特殊浴場）を計画し、昭和37年6月6日付で公衆浴場法（昭和23年。S-41.4.12〔ふ風俗(個室付浴場)/不許可/無効確認〕大阪地判当時）2条による営業許可申請をしたが、2条及びこれに基づく大阪府公衆浴場法施行条例により、既設浴場との関係において配置の適正を欠くとして不許可処分を受けた。原告は、公衆浴場法2条および府条例の規定は、本件浴場の如き個室付浴場について適用される限り、憲法22条1項の職業選択の自由の規定に抵触し違憲無効のものであり、これを適用してなされた本件不許可処分もまた違憲無効であると主張し、営業不許可処分は無効であることの確認を求めた。

〔ふ風俗(個室付浴場)/営業停止(児童遊園設置認可)/国賠〕

風営法（昭和23年。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〕仙台高判当時）4条の4第1項は、「浴場業……の施設として個室を設け、当該個室において異性の客に接触する役務を提供する営業（以下「個室付浴場業」という。）は、一団地の官公庁施設……、学校……、図書館……若しくは児童福祉施設（児童福祉法……第7条に規定するもの……）又はその他の施設で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ものとして都道府県の条例で定めるものの敷地……の周囲200メートルの区域内においては、これを営むことができない」とする。違反には、懲役若しくは罰金が科される（7条2項）。4条の4第4項は、「公安委員会は、個室付浴場業を営む者又はその代理人、使用人その他の従業者が、当該営業に関し、次の各号の一に該当する場合においては、当該営業を営む者に対し、当該施設を用いて営む浴場業について、8月をこえない範囲内で期間を定めて営業の停止を命ずることができる」とし、「この法律に規定す

る罪」(1号)他をあげる。原告は、昭和43年7月31日、公衆浴場の許可を山形県知事から受け、個室付浴場を営業していた。他方、山形県東田川郡余目町は、原告が公衆浴場許可申請をした昭和43年6月6日以前の昭和43年6月4日、知事に対し、浴場建設予定地から約134.5メートルの地点にある児童遊園設置の認可申請を行い、同月10日、知事から児童福祉法35条3項所定の認可を受けた。山形県公安委員会は、風営法4条の4第4項に基づき、同法5条の公開による聴聞を行ったうえ、昭和44年2月25日、原告に対し、原告の営業所は児童福祉法7条に規定する児童福祉施設である余目町立若竹児童遊園から約134.5メートルの距離にあり、原告は同営業所において、個室付浴場業を営むことができないのに行ったとして、同年2月26日から同年4月26日までの60日間の営業停止処分を行った。原告は、個室付浴場の営業を停止するという動機、目的をもってなされた知事の児童遊園認可処分は、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するとして国家賠償を求めた。

〔ふ風俗(個室付浴場)/営業禁止(児童遊園設置認可)/刑〕

被告会社は、児童遊園の近辺において個室付浴場を営業していたとして、営業主たる法人が風俗営業等取締法4条の4第1項違反(前述〔ふ風俗(個室付浴場)/営業停止(児童遊園設置認可)/国賠〕参照)で訴追された。被告人は、山形県知事が、被告会社の個室付浴場の営業を阻止、妨害することを決定的な動機・目的として、その行政権限を濫用して、粗末で不適当な余目町の児童遊園の設置を認可したとし、知事の右認可は、憲法22条、29条、31条、地方自治法138条の2の諸規定に違反し当然無効であり、児童遊園は存在しないとして無罪を主張した(本件の被告会社は、前述〔ふ風俗(個室付浴場)/営業停止(児童遊園設置認可)/国賠〕の原告と、実質、同一であり、知事の児童遊園設置認可を問題にしている点においても同じである)。

〈ふ風俗(個室付浴場)/営業禁止(条例)/刑〕

風営法(昭和23年。S-49.10.22〔ふ風俗(個室付浴場)/営業禁止(条例)/刑〕東京高判当時)4条の4第2項は、「前項に定めるもののほか、都道府県は、善良の風俗を害する行為を防止するため必要があるときは、条例により、地域を定めて、個室付浴場業を営むことを禁止することができる」とする。これに基づき制定された神奈川県条例は、模原市全域を個室付浴場の禁止区域と指定した。同条例違反で訴追された被告人が、同条例は、風営法4条の4第2項の委任の範囲を越え違法であると主張するとともに、営業活動の自由を侵害すると主張した。

〈ふ風俗(個室付浴場)/建設阻止/国賠〕

風営法(昭和23年。S-58.12.26〔ふ風俗(個室付浴場)/建設阻止/国賠〕新潟地判当時)4条の4第1項は、個室付浴場を規制する(前述〔ふ風俗(個室付浴場)/営業禁止(児童

遊園設置認可)/刑]参照)。原告、株式会社は、個室付浴場の営業を営むことを計画し、建設予定地として、当時、新潟県風営法施行条例によっては個室付浴場の営業が禁止されていない地域にあった土地を建物とともに買い受け、手付金を支払った。原告は、昭和51年3月から5月にかけて、市建築主事に対し、建築基準法に基づき確認申請を行ったが、開業予定地の200メートル以内に児童遊園があることを理由に受理されず、同年7月7日に再度の申請が受理され、同月15日確認通知を受けた。他方、新潟市長は、昭和51年3月26日、新潟県知事に対し、新潟市〇所在の新生公園を児童福祉法7条にいう児童福祉施設である児童遊園として設置することの認可を求め、県知事は4月6日に認可した(右施設の設置に必要な条例の制定が欠如していたので、市議会は、同年7月12日、新潟市児童遊園設置条例を制定した)。また、県議会は、県風営法施行条例の一部を改正し、同年7月25日から県下全域において新たに個室付浴場の開業が禁止されることとなった。個室付浴場の営業計画を中止せざるを得なかった原告は、計画中止によって甚大な損害を蒙ることを知悉しながら何らの補償措置を講じることなく、個室付浴場の営業を阻止することのみを目的に条例を制定する等、原告らの開業を妨害したことは、憲法22条及び29条に違反し、違憲・違法であると主張し、国家賠償を求めた。

〈ふ風俗(店舗型)/営業継続不可/既得権有効確認〉

風営法は、前述のように(◎非性風俗系〈ふ風俗(麻雀)/営業取消/取消〉参照)、昭和59年、大幅に改正され、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律(=風適法)となり、ファッションヘルス業は、店舗型性風俗特殊営業に該当することとなった。風適法(昭和59年。H-21.1.28〈ふ風俗(店舗型)/営業継続不可/既得権有効確認〉東京高判当時)28条1項は、「店舗型性風俗特殊営業は、一団地の官庁施設……、学校……、図書館……若しくは児童福祉施設……又はその他の施設でその周辺における善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害する行為若しくは少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止する必要があるものとして都道府県の条例で定めるものの敷地……の周囲200メートルの区域内においては、これを営んで百はならない」とし、2項は、「都道府県は、善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害する行為又は少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため必要があるときは、条例により、地域を定めて、店舗型性風俗特殊営業を営むことを禁止することができる」としたが、3項は、「第1項の規定又は前項の規定に基づく条例の規定は、これらの規定の施行又は適用の際現に第27条第1項の届出書を提出して店舗型性風俗特殊営業を営んでいる者の当該店舗型性風俗特殊営業については、適用しない」とした。原告は、昭和60年3月6日、東京都公安委員会に対し、風適法28条3項により、同条1項、2項の適用を受けない店舗型特殊性風俗営業

として営業を継続していた。原告が営業所の工事を行ったところ、所轄警察署より、同工事は大規模な修繕等に当たり、風適法 28 条 2 項に基づく条例の適用を受ける結果、今後は営業を継続できないとされた。原告は、風適法は、職業選択の自由を保障する憲法 22 条に違反すると主張する他、そもそも大規模な改修でない等主張し、原告が営業所で営む店舗型性風俗特殊営業について風適法 28 条 1 項、2 項の規定に基づく条例の規定が適用されないことの確認を求めた。

○ モーター・ホテル系

〈ふ風俗(モーター)/営業廃止/無効確認〉

従来、旅館業として旅館業法の規制を受けていたモーター営業は、風営法(昭和 23 年)の改正(昭和 47 年 7 月 5 日)、ならびにモーター営業の施設を定める総理府令の公布施行により、風俗営業の一種として規制を受けることとなった(改正法 4 条の 6 第 1 項, 第 3 項)。これを受けて愛知県風営法施行条例が改正され、31 条の 3 は、風営法(S-50.4.14〈ふ風俗(モーター)/営業廃止/無効確認〉名古屋地判当時)「4 条の 6 第 1 項の規定により、個室に自動車の車庫が個々に接続する施設であってモーター営業の施設を定める総理府令……で定められるものを設け、当該施設を異性を同伴する客の宿泊(休憩を含む)に利用させる営業を営むことができない地域として条例で定める地域は、別表 3 に掲げるとおりとする」とし、一定地域での営業を禁止した。原告は、昭和 44 年 4 月以降、モーター営業を営んできたが、営業禁止地域において営業を営んだとして、愛知県公安委員会は、風営法 4 条の 6 第 1 項, 第 3 項および条例 31 条の 3 に基づき、昭和 48 年 11 月 20 日付で、営業の廃止を命ずる処分をなした。原告は、風営法 4 条の 6 第 1 項は憲法上認められた職業選択の自由に対するいわれなき制約であるから違憲であると主張するとともに、風営法 4 条の 6 第 1 項および条例に基づいてなされた処分は違法であり、その瑕疵は重大かつ明白であるとして、主的に処分の無効確認、予備的に処分の取消しを求めた。

〈ふ風俗(モーター)/建築不同意/取消〉

飯盛町旅館建築の規制に関する条例(昭和 53 年, S-55.9.19 〈ふ風俗(モーター)/建築不同意/取消〉長崎地判当時) 2 条は、「旅館業……を目的とする建築物を建築しようとする者……は、当該建築及び営業に関する所轄官庁に認可の申請を行う以前……に町長の同意を得なければならない」とし、3 条は、その位置が、「住宅地」、「官公署、病院及びこれに類する建物の附近」、「教育、文化施設の附近」、「児童福祉施設の附近」、「公園、緑地の附近」、「その他町長が不適当と認めた場所」に「該当する場合は同意しないものとする」と規定する。原告は、飯盛町に旅館を建築することを計画し、昭和 53 年 11 月 9 日、飯盛町長に、建築の同意処分を求めたところ、町長は、3 条により、(a) 建築予定地が教育文化施設の附近にあり、児童

生徒の通学路である、(b) 青少年の非行問題が増加の一途をたどっている世相の中で、モーター類似施設は社会環境の破壊をもたらし、善良で素朴な町民特に青少年に与える影響から好ましくない、(c) 地域住民、各種団体ごぞつての反対は変っておらず住民感情から同意できないとの理由で、昭和53年11月17日、不同意処分をなした。原告は、不同意処分は、旅館業法、建築基準法に違反する条例であつて無効であり(憲法94条)、また、職業選択の自由を著しく侵害するものとして憲法22条に違反し違法であるとし、処分の取消しを求めた。

〈ふ風俗(ホテル)/建築中止/無効確認〉

東郷町ホテル等建築の適正化に関する条例(平成6年。H-17.5.26〈ふ風俗(ホテル)/建築中止/無効確認〉名古屋地判当時)1条は、「この条例は、ホテル等の建築の適正化に関し必要な事項を定めることにより、町民の快適で良好な生活環境を保持し、併せて青少年の健全な育成を図ることを目的とする」とし、5条は、「建築主は、あらかじめ町長に申請し、その同意を得なければならない」とする。そして、10条は、「第5条第1項の規定に違反してホテル等を建築し、又は建築しようとする者」に「町長は」、「当該ホテル等の建築の中止その他必要な措置を命ずることができる」とする。東郷町内でホテルの建築に着手した原告が、被告、東郷町長から条例10条に基づくホテルの建築中止命令を受けたため、条例は、風適法、旅館業法ひいては憲法22条に違反する無効なもの主張し、主位的に同命令が無効であることの確認、予備的には同命令の取消しを求めた。

○ その他

〈ふ風俗(案内所)/禁止/営業権確認〉

風適法(昭和59年。H-26.2.25〈ふ風俗(案内所)/禁止/営業権確認〉京都地判当時)2条1項2号は、「待合、料理店、カフェーその他設備を設けて客の接待をして客に遊興又は飲食をさせる営業」を「風俗営業」とし、3条は、「風俗営業を営もうとする者は、風俗営業の種別……に応じて、営業所ごとに、当該営業所の所在地を管轄する都道府県公安委員会……の許可を受けなければならない」とする。そして、4条2項2号は、「営業所が、良好な風俗環境を保全するため特にその設置を制限する必要があるものとして政令で定める基準に従い都道府県の条例で定める地域内にあるとき」、公安委員会は、許可をしてはならないとする。これを受けた風営法施行条例(昭和34年。昭和59年、風適法施行条例と改称)3条1項2号は、同条例の定める第3種地域においては、学校、児童福祉施設、病院、図書館などの保護対象施設から70m内での風俗営業を禁止する(1条別表は、第3種地域として京都市内の歓楽街である木屋町・祇園地域を指定する)。他方、京都府風俗案内所の規制に関する条例(平成22年。H-26.2.25〈ふ風俗(案内所)/禁止/営業権確認〉京都地判当時)3条1項は、保護対象施設——学校教育法1条に規定する学校、児童福祉法7条1

項に規定する児童福祉施設，図書館法2条1項に規定する図書館，博物館法2条1項に規定する博物館，医療法1条の5第1項に規定する病院及び同条2項に規定する診療所・保健所，主として街区内に居住する者の利用に供することを目的とする都市公園——の敷地から200m以内の区域を風俗案内所の営業禁止区域とし，違反には懲役又は罰金を科す(16条1項1号)。第3種地域において風俗案内所を営んでいたが，案内所条例の制定により営業ができなくなった原告は，①案内所条例3条1項，16条1項1号等が，風適法に抵触し，憲法94条に違反する，②案内所条例2条4号ないし6号，3条1項，16条1項1号は，明確性の原則に反し，憲法31条に違反する，③案内所条例は，営業の自由を侵害し憲法22条1項に違反する，④案内所条例各規定は，営利的表現の自由を不当に制限し，憲法21条1項，22条1項に違反する等主張し，主位的に，(1)京都府風適法施行条例にいう第3種地域において，風適法2条1項2号所定の接待飲食等営業に関する情報を提供する方法により，風俗案内所を営む法的地位を有することの確認，(2)前項の風俗案内所の内部において，風適法2条1項2号所定の接待飲食等営業に従事する者を表し，若しくはこれを連想させる図画若しくは文字，数字その他の記号を表示し，又は表示したものを掲出し，若しくは配置する法的地位を有することの確認を求めるとともに，予備的に，第3種地域内で保護対象施設の敷地から70mの範囲に含まれない場所で風俗案内所を営む法的地位を有することの確認を求めた。

〈ふ風俗(ダンス)/無許可/刑〉

風適法(昭和59年。H-26.4.25〈ふ風俗(ダンス)/無許可/刑〉大阪地判当時)2条1項3号は，「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」を風俗営業とし，3条1項は，「風俗営業を営もうとする者は，風俗営業の種別……に応じて，営業所ごとに，当該営業所の所在地を管轄する都道府県公安委員会……の許可を受けなければならない」とする。違反には，懲役若しくは罰金が科せられる(49条1号)。無許可営業に問われた被告人が，風適法2条1項3号，3条1項，49条1号の各規定が，憲法21条1項，22条1項，31条に違反すると争った。

【ベ米穀小売】

〈ベ米穀/無許可/刑〉

食糧管理法(昭和17年。H-7.9.28〈ベ米穀/無許可/刑〉名古屋高金沢支判当時)8条の3第1項は，「米穀ノ……・小売ノ業務ヲ行ハントスル者ハ政令ノ定ムル所ニ依リ都道府県知事ノ許可ヲ受クベシ」，2項は，「前項ノ許可ハ之ヲ受ケントスル者ガ同項ノ業務ヲ的確ニ遂行スルニ足ルモノトシテ政令ノ定ムル要件ヲ具フル場合ニ消

費者ニ対スル米穀ノ適正且円滑ナル供給ヲ確保スルコトヲ旨トシテ之ヲ行フモノトス」とし、米穀の小売業について許可制を採用した。これを受けて、食糧管理法施行令（昭和22年）、同令に基づく省令が開業を規制している。知事による許可を受けなくて、米穀の卸売及び小売業をしたとして訴追された者が、食糧管理法8条の3第1項は憲法22条1項に違反すると主張するとともに、8条の3第1項、第2項が許可の具体的要件等を定めることを政令に委任しているのは委任立法の限界を越えて憲法41条に違反すると主張した。

〈ベ米穀/不許可(分店)/取消〉

食糧管理法（昭和17年。H-7.9.28〈ベ米穀/不許可(分店)/取消〉名古屋高金沢支判当時）8条の3第1項（前述、〈ベ米穀/無許可/刑〉参照）を受けた食糧管理法施行令（昭和22年）5条の12第1項6号は、既に米穀の小売業の許可を受けている者が分店設置の許可の申請をする場合には、申請に係る営業所における米穀の年間販売見込数量に関する要件を設けている。既に米穀の小売業の許可を受けている者が分店設置の許可申請をしたところ、県知事は、施行令5条の12第1項6号の要件を充足していたとは認められないとして不許可処分とした。原告は、米穀小売業につき都道府県知事による許可制度を採用した食糧管理法8条の3の規定及びこの許可の要件を定めた施行令5条の12等の規定は、憲法22条1項所定の職業選択の自由の保障に違反し無効であるとして取消しを求めた。

【ほ法務関係】

◎ 司法書士

○ 不認可

〈ほ法務(司法書士)/不認可/取消〉

司法書士法（昭和25年。S-36.4.14〈ほ法務(司法書士)/不認可/取消〉大阪高判当時）2条は、「左の各号の1に該当する者は、第4条の認可を受けて司法書士となることができる」とし、「裁判所事務官、裁判所書記官、裁判所書記官補、法務府事務官又は検察事務官の職の1又は2以上に在ってその年数を通算して3年以上になる者」（1号）他をあげる。3条は、「司法書士となる資格を有しない」者として、「公務員であって懲戒免職の処分を受け、その処分の日から2年を経過しない者」（3号）他をあげる。4条1項は、「司法書士となるには、事務所を設けようとする地を管轄する法務局又は地方法務局長の認可を受けなければならない」とする。懲戒免職処分を受け、公訴を提起せられていることを理由に司法書士として認可されなかった者が、地方法務局長を相手に、司法書士法4条の認可が、一般的禁止を前提として個別的にこれを解除する趣旨であるとすれば、憲法上の自由を不当に制限するものであるから、憲法22条に違反するとして、不認可処分の取消し

を求めた。

〔ほ法務(司法書士)/不認可/取消〕

司法書士の認可申請をしたが、司法書士法(昭和25年。S-41.4.8〔ほ法務(司法書士)/不認可/取消〕徳島地判当時)の下で試験を課され、不認可とされた者が、選考試験をしたうえで不認可処分をしたことは、憲法22条等に違反すると主張し、処分の取消しを請求した。

○ 禁 止

〈ほ法務(司法書士)/禁止(登記申請)/刑〉

司法書士法(昭25年。H-8.4.25〈ほ法務(司法書士)/禁止(登記申請)/刑〕福島地郡山支判当時)19条1項は、「司法書士会に入会している司法書士でない者……は、第2条に規定する業務を行ってはならない」とし、違反には、懲役若しくは罰金を科す(25条1項)。司法書士でない者が、業として約2年2か月間にわたり多数の者から囑託を受け、登記申請代理を行い、司法書士業務を行ったとして訴追された。同人は、司法書士法19条1項、25条1項が、憲法13条(幸福追求権)、18条(幸福追求を抑えることに対する苦痛・拘束からの自由)、22条1項(職業選択の自由)に違反し無効であると主張した。

◎ 弁 護 士

〈ほ法務(弁護士)/業務停止/裁決取消〉

弁護士法(昭和24年。H-1.4.27〈ほ法務(弁護士)/業務停止/裁決取消〕東京高判当時は、「弁護士となるには、日本弁護士連合会に備えた弁護士名簿に登録されなければならない」(8条)、「弁護士となるには、入会しようとする弁護士会を経て、日本弁護士連合会に登録の請求をしなければならない」(9条)、「弁護士名簿に登録又は登録換を受けた者は、当然、入会しようとする弁護士会の会員となり、登録換を受けた場合には、これによって旧所属弁護士会を退会するものとする」(36条1項)とし、弁護士会の強制加入制度を規定する。依頼事件の相手方及びその親族らに対し、恐喝的行為ないし強要的行為に該当すると判断されるような書面を送付したとして、所属する弁護士会により、弁護士法56条1項に規定する弁護士の「品位を失うべき非行」に当たるとして退会命令を、後に、日本弁護士連合会によって6か月間の業務停止の懲戒処分の裁決を受けた弁護士が、弁護士会の強制加入制度は、結果的には会員相互間の友好関係を強制し、会員相互間の馴れ合いによる事件の解決を招きやすくするものであって、弁護士法8条、9条、36条は、憲法18条、19条に違反し、かつ、22条の職業選択の自由に違反すると主張し、裁決の取消しを求めた。

◎ 行政書士

〈ほ法務(行政書士)/禁止(書類作成)/刑〉

行政書士法（昭和26年。H-22.12.20〈ほ法務(行政書士)/禁止(書類作成)/刑〉最1判当時）1条の2第1項は、「行政書士は、他人の依頼を受け報酬を得て、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……を作成することを業とする」とし、19条1項は、「行政書士又は行政書士法人でない者は、業として第1条の2に規定する業務を行うことができない」とし、違反には、懲役又は罰金が科される（21条2号）。行政書士でないのに、共犯者と共謀の上、業として依頼を受け事実証明に関する書類である家系図を作成し、報酬を受け取ったとして訴追された者が、行政書士法19条1項は、職業選択の自由・営業の自由に反すると主張した。

◎ 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、改正により給費制は廃止された。新65期司法修習生であった原告らが、被告、国に対し、(1) 主位的に、給費制を廃止した本件改正は、法曹となる職業選択の自由（憲法22条1項）、憲法13条が保障する幸福追求権、平等権他を侵害するゆえ違憲無効であり、本件改正後も改正前の裁判所法が効力を有するとして、① 改正前の裁判所法による給費受給権を有する地位に基づく給与の支払請求、又は、② 逸失利益及び慰謝料の国家賠償、(2) 予備的に、損失補償による正当な補償（給費相当額）の支払い（各請求の一部として1万円）を求めた。

【ほ暴力団指定】

〈ほ暴力/指定/取消〉

暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律（＝暴対法。平成3年。H-7.3.28〈ほ暴力団/指定/取消〉福岡地判当時）3条が、「都道府県公安委員会……は、暴力団が次の各号のいずれにも該当すると認めるときは、当該暴力団を、その暴力団員が集団的に又は常習的に暴力的不法行為等を行うことを助長するおそれが大きい暴力団として指定するものとする」とし、指定暴力団制度をつくる。そして、9条が、「指定暴力団等の暴力団員……は、その者の所屬する指定暴力団等又はその系列上位指定暴力団等……の威力を示して次に掲げる行為をしてはならない」とし、様々な暴力的要求行為を禁止する。平成4年6月26日、暴力団として指定処分を受けた原告が、暴対法の立法目的、立法体系、立法過程、各条項等が、憲法21条、14条、22条、29条、31条等に違反し、関係法令の制定・運用、指定処分に

至る手続き等が違法であり、指定要件も欠缺しているなどと主張し、指定処分
の取消しを求めた。

【ま麻薬売買】

〈ま麻薬/禁止/刑〉

麻薬取締法（昭和28年。S-31.12.26〈ま麻薬/禁止/刑〉最大判当時）12条1項は、厚生大臣の許可を得た一定の場合の他は、「麻薬は、何人も、輸入し、輸出し、製造し、製剤し、譲り渡し、譲り受け、交付し、施用し、所持し、又は廃棄してはならない」とし、違反には懲役または罰金を科す（64条1項、常習は67条2項）。常習として、かつ営利の目的で、麻薬を譲り受け、譲り渡し、所持した行為に対し、麻薬取締法67条2項等を適用された被告人が、右規定は職業選択の自由を制限し、憲法22条1項に違反すると主張した。

【もモデルガン製造販売】

〈もモデルガン/禁止(所持)/国賠〉

警察庁は、拳銃等に類似する形態のモデルガンの工法につき業界の自主規制を求める行政指導をしてきたが、昭和52年5月19日、銃砲刀剣類所持等取締法（＝銃刀法。昭和33年）が改正された。銃刀法（H-2.7.11〈もモデルガン/禁止(所持)/国賠〉東京地判当時）2条の3第1項は、「何人も、販売の目的で、模擬銃器（金属で作られ、かつ、けん銃、小銃、機関銃又は猟銃に類似する形態及び撃発装置に相当する装置を有する物で、銃砲に改造することが著しく困難なものとして総理府令で定めるもの以外のものをいう。）を所持してはならない」と規定する。これを受けて、同年9月10日、銃砲刀剣類所持等取締法施行規則（総理府令）の改正が行われ、その17条の3第1項、別表第2において、模擬銃器の形態による区分に応じ銃砲に改造することが著しく困難なものに該当するための構造等の内容が具体的に規定され、この定めに応じない構造の模擬銃器は、販売の目的で所持することが禁止された。モデルガンの製造販売業者らが、このような規制強化は憲法22条1項に保障された職業選択の自由を侵すと主張するとともに、被告、国による違法な行政指導、行政指導の撤回あるいは法案立案作業、更には国会による憲法違反の立法により、モデルガン製造用の金型や部品等が無駄になったこと等の損害を被ったとして国家賠償を求めた。また、モデルガン愛好者らが憲法13条に保障された幸福追求権の一内容としての「あそびの自由」を侵す違憲、違法なものであって、精神的損害を被ったとして国家賠償を求めた。

【ゆ輸出関係】

〔ゆ輸出/不承認/取消〕

外国為替及び外国貿易管理法（昭和24年。S-44.7.8〔ゆ輸出/不承認/取消〕東京地裁当時）48条1項は、「特定の種類の貨物を輸出しようとする者又は特定の取引若しくは支払の方法により貨物を輸出しようとする者は、政令で定めるところにより、通商産業大臣の承認を受ける義務を課せられることがある」とし、これを受けた輸出貿易管理令（昭和24年）1条6項は「通商産業大臣は、国際収支の均衡を維持し、並びに外国貿易及び国民経済の健全な発展を図るために必要があると認めるときは」、貨物の輸出を「承認をせず、又は同項の承認に条件を附することができる」とする（いわゆるココム統制物資に該当する貨物の輸出規制）。原告は、通商産業大臣に対し、昭和43年11月13日、1969年北京・上海日本工業展覧会に出品するため、貨物19点を含む貨物につき輸出承認申請をした。同大臣は、昭和44年1月13日付で、輸出貿易管理令1条6項により不承認処分をした。日工展は、ココムによる禁輸統制に服するとなれば、憲法22条の職業選択の自由で保障されている貿易の自由の原則を制約することになると主張するとともに、本件処分は、輸出貿易管理令1条6項によって輸出不承認処分の要件とされている「国際収支の均衡の維持と外国貿易及び国民経済の健全な発展を図るための必要性」の解釈、適用を誤り、裁量権の限界を越えた違法な処分であるとして不承認処分の取消しを求めた。

【ゆ輸入関係】

〈ゆ輸入(蘭糸)/制限/国賠〉

昭和51年、蘭糸価格安定法（昭26年）への追加の議員立法がなされた。追加された12条の13の2第1項は、「外国産の生糸の輸入は、当分の間、事業団……事業団の委託を受けた者その他政令で定める者でなければ、してはならない」として生糸の一元輸入措置を規定し、2項は、「事業団は、当分の間、農林大臣の承認を受けて、外国産の生糸を輸入することができる」とする。12条の13の3第1項は、「事業団は、前条第2項の規定による輸入によって保有する外国産の生糸……を、政令で定めるところにより、一般競争入札その他の方法で売り渡すことができる」とし、同事業団が輸入生糸を売り渡す際の売渡方法について規定する。12条の13の3第2項は、「輸入生糸の売渡しは、国内において製造された生糸の価格が基準糸価を下っている場合又は当該輸入生糸の売渡しによって国内において製造された生糸の価格が基準糸価を下るおそれがある場合には、してはならない」とし、さらに、3項は、「輸入生糸の売渡しの価格は、事業団による当該輸入生糸の買入れの価格にその買入れ及び保管に要する費用の額を加えて得た額を下って

はならない」とし、売渡価格について規定する。京都の西陣織工業組合に加入し、生糸を原料として絹ネクタイ生地を生産している織物業者ら原告が、生糸の一元輸入措置および生糸価格安定制度を内容とする繭糸価格安定法を改正する立法行為は、原告ら絹ネクタイ生地織物業者らの営業活動の自由及び自由権としての生存権を一方的に奪うもので、憲法 22 条 1 項、25 条 1 項、29 条 1 項等に違反しており、違法であると主張するとともに、この改正により、自由に外国産生糸を輸入する途を閉ざされ、国際糸価の約 2 倍という極めて高い国内価格で生糸を購入せざるを得なくなり、損害を被ったとして国家賠償を求めた。

〈ゆ輸入(繭糸)/制限/刑〉

関税法（昭和 29 年。H-13.9.14 〈ゆ輸入(繭糸)/制限/刑〉神戸地判当時）110 条 1 号は、「偽りその他不正の行為により関税を免れ、又は関税の払いもどしを受けた者」に懲役若しくは罰金を科す。株式会社 A の代表取締役としてその業務全般を統括していた被告人 C 他が、A 社が香港から輸入する繭及び生糸の関税を免れたとして 110 条 1 号違反で訴追された。被告人は、A 社の本件行為は、実質的には関税法違反に該当する行為ではなく、当時のわが国政府による一律の生糸・繭の輸入制限措置に反する行為にすぎない、そもそも、この生糸・繭の輸入制限措置は、被告人会社等一般の生糸・繭の輸入卸売業者らや国内の絹、生糸織物業者らに対する何らの代替的救済措置もなく、国内の絹、生糸生産業者のみの一方的な保護を目的としたものであって、憲法 22 条 1 項の職業選択の自由や営業の自由に反するというべきであるから、A 社の行為は、違法なものとはいえず、少なくとも関税法違反の可罰的違法性はないと主張した。

〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉

特定石油製品輸入暫定措置法（＝特石法。昭和 60 年。H-2.3.29 〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉東京地判当時）3 条は、「特定石油製品の輸入の事業を行おうとする者は、通商産業省令で定めるところにより、特定石油製品の種類ごとに、通商産業大臣の登録を受けなければならない」とする。5 条は、「通商産業大臣は、第 3 条の登録の申請が次の各号に適合すると認めるときは、登録をしなければならない」とし、1 号は、「申請に係る特定石油製品の輸入量が変動した場合にその他の石油製品……の生産量に影響を及ぼすことなく当該特定石油製品の生産量を変更するために必要な設備として通商産業省令で定める設備を有すること」を、3 号は、「申請に係る特定石油製品で輸入されるものについてその品質を調整し当該特定石油製品の使用者の需要に適合させるために必要な設備として通商産業省令で定める設備を備えていること」をあげる。石油製品の輸入及び販売等を目的とする会社である原告が、昭和 61 年 6 月 25 日、被告、通商産業大臣に対し、3 条に基づき、揮発油について輸入事業の登録申請をしたところ、通商産業大臣は、5 条 1 号及び

3号に適合しないとの理由で登録拒否処分をした。原告は、特石法5条1号、3号要件は職業選択の自由を保障する憲法22条1項に違反する違憲無効な規定であり、処分は違法であると主張して処分の取消しを求めた。

〔ゆ輸入(毒物)/登録拒否/取消〕

毒物及び劇物取締法(昭和25年。S-52.9.22〔ゆ輸入(毒物)/登録拒否/取消〕東京高判当時)は、厚生大臣の製造業、輸入業の登録を受けなければ、毒物及び劇物の製造、輸入をすることができないとし(3条1項、2項)、また、都道府県知事の販売業の登録を受けなければ、販売、授与、またそれらの目的で貯蔵、運搬、陳列をすることができないとする(3条3項)。そして、4条1項は、毒物、劇物輸入業の登録申請について規定し、5条は、「厚生大臣……は、毒物又は劇物の……輸入業……の登録を受けようとする者の設備が、厚生省令で定める基準に適合しないと認めるとき……は、第4条の登録をしてはならない」とする。同法施行規則(昭和26年)4条の4第1項は、「毒物又は劇物の貯蔵設備」について、「イ 毒物又は劇物と他の物とを区分して貯蔵できるものであること。ロ 毒物又は劇物を貯蔵するタンク、ドラムかん、その他の容器は、毒物又は劇物が飛散し、漏れ、又はしみ出るおそれのないこと」他を規定する。原告、株式会社Sが、強度の催涙作用及び眼機能に対する攻撃的作用を有する護身具の輸入につき、毒物及び劇物取締法4条1項に基づく毒物・劇物輸入業の登録を申請したところ、厚生大臣は、同法施行規則4条の4を類推適用して輸入業の登録を拒否した。原告は、登録拒否処分が違法であるとして、処分の取消しを求めるとともに、国家賠償を求めた。判決文を見る限り、原告は憲法問題を提起していないが、2審判決は職業選択の自由に言及する。

【よ予備校】

〈よ予備校/不認可/取消〉

学校法人である原告は、福岡県知事に対し、昭和62年7月31日、同64年4月開校予定の私立各種学校「代々木ゼミナール小倉校」の設置認可の申請をしたが、被告、知事は認可しない旨の決定をした。原告は、本件処分は、学問の自由、教育の自由、私立学校設置の自由、教育を受ける権利の保障のため、国民は、自ら志望する大学・高校へ進学すること及びそのために最も自分にふさわしいと考える予備校に入学することが保障されるべきであるとし、不認可処分の取消しを求めた。判決文からは、原告は職業選択の自由侵害を主張していないが判決(H-1.3.22〈よ予備校/不認可/取消〉福岡地判)は言及している。

注

I はじめに

- 1) この点, 『『職業選択の自由』は, ① 職業を『選択』する自由および ② 職業を『遂行』する自由の両者よりなる』, 薬事法違憲判決も, 『『職業選択の自由』は, 『狭義における職業選択の自由』(職業の開始・継続・廃止の自由)と『職業活動の自由』(選択した職業活動の内容・態様における自由の2つを含むとする。①の『選択』する自由は, 自己が主体的に営む職業を選択する自由のみならず, 自己が雇われる職業を選択する自由をも含む』, 『『職業選択の自由』を保障するとは, このような『選択』および『遂行』につき公権力により妨げられないことを意味する』, 『『職業選択の自由』には, 営利を目的とする自主的活動の自由である『営業の自由』が含まれる』(佐藤幸治『日本国憲法論』299-300頁〔2011〕)との解説参照。
- 2) 佐藤・前出注1) 301頁以下参照。
- 3) 判例の収集は, 南山大学図書館電子リソースポータル内の, Westlaw JAPANを用いた。一部, TKC LEX/DB インターネットを使用した(LEXと記す)。本稿で焦点を当てるのは, 原告, 被告人が22条1項の職業選択の自由の論点を提起している事件である。もっとも, 判決文から見て, 当事者が, 22条1項の職業選択の自由と言及していないようであっても, 裁判所が, 職業選択の自由の問題として扱う場合は対象とする。データベースにおいて, 例えば, 2審判決は検索できるが, 1審判決を検索できない場合や, 判決日のみ掲載されている場合は, 当然, 扱うことはできない。
- 4) 筆者は, 目下, 次のように考えている。

《消極主義Ⅰ》これは, ① 法令の合憲性は争われず公権力の具体的行為の合憲性が争われる場合, 及び, ② 公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われる場合において, 本案判断に入ることなく, 事件として成立しないとして訴えを斥けるアプローチである。

《消極主義Ⅱ》これは, ① 法令の合憲性は争われず公権力の具体的行為の合憲性が争われる場合において本案判断に入るが, 憲法上の権利侵害の主張を法律上の権利の問題と捉えること等により, 及び, ② 公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われる場合において本案判断に入るが, 法令レベルの判断により, 憲法判断を行うことなく事件を処理するアプローチである。この①②の場合, 判決主文において, 合憲性を争う側に有利な結論を導く α タイプと, 合憲性を争う側に不利な結論を導く β タイプに分けることができる。

《消極主義Ⅲ》これは, ① 法令の合憲性は争われず公権力の具体的行為の合憲性が争われる場合に本案判断に入り, 公権力の具体的行為は違憲でないとするアプローチ, 及び, ② 公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われる場合に本案判断に入り, 公権力の具体的行為の根拠となっている法令を違憲でないとし,

その適用も違憲でないとする（当然として明示されないこともある）アプローチである（これには、合憲限定解釈により問題となった行為は限定された合憲の部分の適用として違憲でないとする場合を含む）。

《積極主義Ⅰ》これは、第1に、① 法令の合憲性は争われず公権力の具体的行為の合憲性が争われる場合において、違法性阻却他、被告人の行為の正当性の判断において違憲判断が見られる場合のアプローチ、また、行政裁量の逸脱、濫用の審査において違憲判断が見られる場合のアプローチである。違憲判断が見られるといっても、違憲判断が文言上、明確に表現される α タイプもあれば、違憲判断は文言上、明確には表現されていないが、内在もしくは潜在していると考えられる β タイプもある。第2に、② 公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われる場合において、法令について合憲、違憲を明言することなく、「合憲限定解釈」、「適用違憲」のアプローチにより、被告人、原告を救済する場合である。この場合は、違憲判断が明確といえるので α タイプに分類される。もともと、この α タイプにおいても、違憲判断が強く明確に表現されているハードコア的なタイプから違憲判断が強く表現されていないタイプまで、種々のアプローチがある（合憲限定解釈については、中谷実「公務員の政治的行為をめぐる司法消極主義と積極主義（8・完）」南山法学41巻3・4号110頁〔2018〕参照）。

《積極主義Ⅱ》これは、① 法令の合憲性は争われず公権力の具体的行為の合憲性が争われる場合、② 公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われる場合において、一旦は、違憲判断がなされるものの、最終的には合憲性を争う側に不利な結論を導くアプローチである。

《積極主義Ⅲ》これまでの拙稿では、《積極主義Ⅲ》は、② 公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われている場合において、法令に違憲の判断を加え、無効（一无効を含む）とすること等により、合憲性を争う側に有利な結論を導くアプローチとしてきた。本稿では、これまでの《積極主義Ⅲ》のアプローチを α タイプと類別し、さらに、職業選択の自由へのコミットから法令違憲を直接的に導くのではなく（当然、職業選択の自由にコミットしていると思われる）、他の憲法上の根拠から法令を違憲と判断するアプローチのほか、一般的には法令違憲として扱われないが、実質的には、職業選択の自由へのコミットの下に法令に違憲判断を加えるアプローチと捉えることができるアプローチを β タイプとして類別する。

- 5) 各アプローチを支えている思想は、職業選択の自由のコミット、職業選択の自由制限へのコミット、司法哲学という視点から分析される。中谷実『日本における司法消極主義と積極主義』12頁（2015）、中谷実「公務員の政治的行為をめぐる司法消極主義と積極主義（6）」南山法学41巻2号198頁（2018）参照。
- 6) 学説は、筆者の目についた主要なものに限られる。
- 7) 平成5年11月8日 経済改革研究会・座長平岩外四「規制緩和について（中間報

告) 内橋克人『規制緩和という悪夢』(1995) 所収。同報告は、「1. 経済的規制は『原則自由に』, 「需給調整の観点から行われている参入規制, 設備規制, 輸入規制及び価格規制については, 「できるだけ早い時期に廃止することを基本とする」とし, 「2. 社会的規制は『自己責任』を原則に最小限に, 「安全・健康の確保, 環境の保全, 災害の防除などの社会的見地から行われる規制は, 不断に見直しを進め, 本来の政策目的に沿った必要最小限な規制内容とし, その透明な運用を行う」とする (3-4 頁)。

8) その後, 政府において, 規制改革委員会 (1999-2001年), 総合規制改革会議 (2001-2004年), 規制改革・民間開放推進会議 (2004-2007年), 規制改革会議 (2007-2010年, 2013-2016年), 行政刷新会議 (2010-2012年 [民主党政権]), 規制改革推進会議 (2016年-) 等が, 政策提言を行ってきた。

9) 例えば, 「違憲審査基準の精緻化は, 戦後憲法学が, 大きなエネルギーをさいてきた領域の一つである。そこには, 裁判所による憲法判断プロセスの客観化により, 裁判所による恣意的な判断を避け, 裁判所による人権保障を期待しうる条件を形成しうるという問題意識があった。職業の自由規制に関する規制目的二分論は, 規制目的が社会経済政策上の積極的な目的に基づく場合と警察的消極的な目的に基づく場合によって, 異なった違憲判断の基準を適用することを示し, わが国の違憲審査基準論の展開に大きな影響を与えた」(木下智史・法教 205 号 65 頁 [1997]), 「そもそも資本主義の発達とともに, 社会経済政策上, 様々な営業規制が必要とされている。とりわけ現代国家においては, 保健・衛生など社会に対する害悪を除去するための伝統的な警察目的の規制に加えて, 社会国家 (福祉国家) 原理ないし生存権保障原理に基づく社会的経済的弱者の保護のための規制というまったく性格の異なる規制も行われる。このように多種多様なものを含む営業規制に対し, 違憲審査権をいかに行使して, 司法的な整序を加えていくかは, すぐれて現代憲法的な課題でもある」(木下智史・法教 204 号 75 頁 [1997]) という指摘がある。