

旅行業法違反被告事件

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所第一小法廷

【裁判年月日】 平成 27 年 12 月 7 日

【事 件 番 号】 平成 26 年（あ）第 1118 号

【事 件 名】 旅行業法違反被告事件

【裁 判 結 果】 棄却

【参 照 法 令】 憲法 22 条 1 項、旅行業法 2 条 1 項・3 条・29 条 1 項 1 号

【掲 載 誌】 裁判集刑 318 号 163 頁

LEX/DB 文献番号 25447725

事実の概要

旅行業法 3 条は、「旅行業又は旅行業者代理業を営もうとする者は、国土交通大臣の行う登録を受けなければならない。」ここでいう「旅行業」とは、「報酬を得て、次に掲げる行為を行う事業を言う」（2 条 1 項）として、同項 1 号から 9 号にわたって 9 種類の行為を定め、これらの行為に該当する旅行業を営む場合には登録を義務づけている。登録を受けずに旅行業を営んだ場合には 100 万円以下の罰金が課せられる（同法 29 条 1 項 1 号）と定めている。

被告人 X は、旅行業を営む観光会社の代表取締役であったが、同社の業務に関し登録を受けずに、平成 23 年 4 月及び同年 8 月の 2 回にわたり、A ホテルのための集客の仲介業務を行い、同ホテルから金員（これが 2 条 1 項の「報酬」に該当するかについて争いがある）を受領した。この行為が旅行業法に違反するとして起訴された。

第一審（前橋簡判平 26・2・24）は、被告人に罰金 30 万円の有罪判決を下した。判決理由の中で憲法違反を主張する点に関し、「本件登録制度の目的、必要性、登録要件等に鑑みると、旅業法 3 条は、公共の利益のために必要かつ合理的な措置を定めたものといえるものであり、著しく不合理であることが明白な規制措置であるとはいえないから、公共の福祉の要請に適い、憲法 22 条 1 項に違反するとはいえない」と判示した。控訴審判決（東京高判平 26・6・20 高等裁判所刑事裁判速報集（平 26）67 頁）も、旅行業法の定める登録制度が憲法 22 条 1 項職業選択の自由に違反するとの主張に対し、旅行業法の目的である「旅行業務に関する取引の公正の維持、旅行の安全の確保

及び旅行者の利便の増進を図ること」（1 条）という目的のために設けられた登録制度は 6 条 1 項所定の登録拒否事由に該当しない限り、登録にあたっての裁量を認めておらず、しかも拒否事由についても「公共の福祉のために必要かつ合理的な措置を定めたものといえる」と述べ、さらに、登録後の規制にあっても「正当な目的を達成するための手段として必要性や合理性に欠けるものとはいえず、……立法府の合理的な裁量の範囲を超えるものではない」と判示したうえで、旅行業法 3 条に定める登録制度は、憲法 22 条 1 項に違反するものではないとの判断を下している。

判決の要旨

「被告人本人の申告趣意のうち、旅行業の登録制度に関し、憲法 22 条 1 項違反をいう点について

所論は、旅行業法 29 条 1 号、3 条、2 条 1 項は、憲法 22 条 1 項に違反する旨主張する。しかし、旅行業法の上記各規定は、旅行業務に関する取引の公正の維持、旅行の安全の確保及び旅行者の利便の増進を図ることを目的として、旅行業を営む者について登録制度を採用し、無登録の者が旅行業を営むことを禁止し、これに違反した者を処罰することにしたものである。上記各規定が、憲法 22 条 1 項に違反するものでないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和 31 年（あ）第 914 号同 36 年 12 月 20 日大法廷判決・刑集 15 卷 11 号 1864 頁、最高裁昭和 38 年（あ）第 3179 号同 40 年 7 月 14 日大法廷判決・刑集 19 卷 5 号 554 頁、最高裁昭和 45 年（あ）第 23 号同 47 年 11 月 22 日大法廷判決・刑集 26 卷 9 号 586 頁）の趣旨に

徴して明らかである。」

判例の解説

一 本判決の位置づけ

1 経済的自由権に対する2類型の判例

経済的自由に対する違憲審査につき、最高裁は小売商業調整特別措置法判決（最大判昭47・11・22刑集26巻9号586頁。以下「小売判決」という）と薬事法判決（最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁。以下「薬事法判決」という）の2つの判決により、積極目的による規制には「明白の原則」を、消極目的による規制には「厳格な合理性の基準」を適用する、いわゆる「目的二分論」を採用したとする理解が学説上で、また講学上でも一般化した¹⁾。しかしながら、最高裁は、その後の判例理論の展開の中で、(1)小売判決を先例として引用する判例群、例えば、公衆浴場距離制限二小判決（最一小判平元・1・20刑集43巻1号1頁）、西陣ネクタイ訴訟判決（最判平2・2・6訟月36巻12号2242頁）、たばこ小売販売業の距離制限判決（最判平5・6・25判時1475号59頁）、特定石油製品輸入暫定措置法判決（最判平8・3・28訟月43巻4号1207頁）と、(2)薬事法判決を先例として引用する判例群、例えば、森林法判決（最大判昭62・4・22民集41巻3号408頁）、酒類販売免許制判決（最三小判平4・12・15民集46巻9号2829頁）、司法書士法違反事件（最判平12・2・8刑集54巻2号1頁）、(3)さらにごくわずかであるがどちらも引用せずに結論を出している判例、例えば、公衆浴場の距離制限をめぐるもう1つの判決である公衆浴場距離制限三小判決（最三小判平元・3・7判時1308号111頁）に区分けしている。このうち上記(3)の類型を例外とすると²⁾、最高裁は、両判決以降の基本的なスタンスとして「小売型」か「薬事法型」か、いずれかを採る2類型論を踏襲している。

2 小売型判決の法理

小売判決の段階では、最高裁は、経済活動に対する法的規制措置には、①「個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制」（こ

こではとりあえず「消極的警察的規制」という）、②憲法は「福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、……経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請し……国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定している」ということができ、「国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも」憲法上許される（「社会経済政策的規制」という）。こうした類型概念を前提に、判断手法として「社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまつほかない。……裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限つて、これを違憲として、その効力を否定することができるものと解するのが相当である」との立場をとっている。

このように小売判決における社会経済政策的規制は、「経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策」として限定的に捉えられ（ここでは「狭義の社会経済政策的規制」という）、それらの規制については「当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合」に限って違憲とする「明白の原則」を採用していた。

しかし、薬事法判決になると、「国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なもの」と、積極的な規制目的の中に「経済的弱者の保護等」と並列して、「国民経済の円満な発展」や「社会公共の便宜の促進」が目的に掲げられ、規制領域が拡げられている（「広義の社会経済政策的規制」という）。

そして、その後の判決の流れをみると、実際の判例の中で社会経済政策的規制領域が次第に拡大していくことになる。まず、公衆浴場距離制限第二小法廷判決及び西陣ネクタイ訴訟判決では、経済的弱者保護措置としての「狭義の社会経済政策的規制」である「積極的、社会経済政策的な規制

目的」ないし「積極的な社会経済政策の実施の一手段」とし、小売判決に倣って「狭義の社会経済政策的規制」と認定をしていた。さらに、たばこ小売販売業の距離制限合憲判決では、一審・二審判決は「社会経済政策的見地からのもの」と認定したものの、学説の一部から「消極目的規制ではないか」との異論が提出された故なのか、「社会経済政策的な規制目的」という言葉は使わず、「零細業者」や「身体障害者等」への「特別な配慮」という歴史的経緯に言及し、「激変を回避」するための「小売人の保護」を目的とするものと述べて、実質的には社会経済政策的規制と認定し、「公共の福祉に適合する目的のために必要かつ合理的な範囲にとどまる措置」とし、「明白の原則」を適用して合憲とする判断を下している。すなわち、「公衆浴場二小判決」、「西陣ネクタイ判決」、「たばこ小売判決」までの判例は、小売判決で示された「狭義の社会経済政策的規制」と認定し、そこにとどまっていた。しかし、特定石油製品輸入暫定措置法判決になると、「登録制度の採用は、特定石油製品の円滑な輸入と石油製品全体の安定的な供給」という規制目的を認定し、それが「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「公共の福祉」適合性を認定し、手段審査として小売判決の「明白の原則」を適用して合憲とした。この「特定石油製品の円滑な輸入と石油製品全体の安定的な供給」という規制目的の認定は経済的弱者保護措置とはいえず、「広義の社会経済政策的規制」を想定しなければ理解不能といえる。このような特石法判決による規制目的の拡大化は、薬事法判決の一般論が「経済的弱者の保護等」と並んで「国民経済の円満な発展」、「社会公共の便宜の促進」を含めて積極的な社会経済政策と捉えた「広義の社会経済政策的規制」論の具体化といえる³⁾。しかし、「狭義の社会経済政策的規制」が最高裁も述べているように「憲法が予定し、かつ、許容する」（小売判決）規制であるのに対し、「広義の社会経済政策的規制」（拡大化された領域）を憲法論（＝人権規制の理由づけ）としてどのように整合的に理解するか、改めて問われるべき課題である。

3 薬事法型判決の法理

他方で、最高裁は、憲法 22 条 1 項、憲法 29 条の経済的自由の分野につき、薬事法型の判例理論を展開している。その特徴を要約して述べれば、

①「規制の目的、必要性、内容」、②「制限される職業の自由（財産権）の性質、内容」及び③「制限の程度」の要素を「比較考量」して審査基準の寛厳を導き出し、その基準に則って目的審査・手段審査を行うのが薬事法型判決の「比較考量」の手法である。具体的には、薬事法判決では「許可制」という規制を受ける人権の態様を重視することによって、また、森林法判決では「共有物分割請求権」を原則的所有形態である単独所有への移行を可能にする本質的属性と位置づけ、規制を受ける人権に重きを置いた衡量をし、いずれも比較的厳しい審査基準を採用して違憲の結論を導いた。酒販免許判決では、「許可制」が「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」と人権の規制態様を衡量するとともに、酒類販売が「致酔性を有する嗜好品で……何らかの規制が行なわれてもやむを得ない」性質を有する人権であること、他方で「租税法の定立」であり、そこから導かれる基準は「立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないもの」として、総合的考量の結果、緩やかな基準で合憲の判断を下している。かように薬事法型判決の特徴は、①「規制の目的、必要性、内容」、すなわち「規制する側の事情」（「公共の福祉」）だけを衡量するのではなく、②「制限される職業の自由（財産権）の性質、内容」及び③「制限の程度」等、「規制される側の事情」（人権）をも衡量して審査基準を導き出し、結論に導く点にある。薬事法型判決は、審査基準を導き出すための比較考量論であり、これを採用したからといって必ずしも厳しい審査基準が帰結されるわけではないことに注意する必要がある。

これに対して、小売型判決の特徴は、上記①の「公共の福祉」適合性だけが衡量され、②、③は衡量されないという偏った判断手法をとる点にある。

当初最高裁は、2 類型論を財産権を含めた経済的自由権一般の法理として使い分けてきたが、近年、財産権（内容形成が立法に委ねられる権利であることから、憲法上の権利として同列に扱えない要素を有する）については 2 類型論を放棄したようである⁴⁾。したがって、現在では、2 類型論は憲法 22 条 1 項職業選択の自由のみを射程に置いている。では最高裁はこのような 2 類型論をどの

ように使い分けているだろうか。詳しく論じる余裕はないが、結論だけ述べると、それは「規制目的」によって分けをする「目的二分論」ではなく、当該立法に係る立法裁量の幅をどのように見るべきかといった観点からの「立法作用の性質」を考慮して立法裁量との距離を測る手法である⁵⁾。しかし、その区分の指標は明確ではない。

4 本判決の法理

こうした判例の流れの中で、本判決は、旅行業の登録制度の合憲性判断につき、3つの先例を引用して合憲とする結論を導いている。先例とされたのは、貸金業の届出制の合憲性が問われた事例（最大判昭36・12・20）、旧薬事法の下での医薬品販売業の登録制度が問われた事例（最大判昭40・7・14）、そして市場営業の距離制限による許可制が問われた小売判決である。最高裁は、本件の規制目的を「旅行業務に関する取引の公正の維持、旅行の安全の確保及び旅行者の利便の増進を図ること」にあるとする。この規制目的がいかなる性格の目的であるかを明らかにすることなく、さらに審査基準を明示することもなく、憲法22条1項に違反するものでないことは、上記3判決の「趣旨に徴して明らか」として合憲の判断を下している。小売判決以降の判例の流れの中で捉えれば、本判決も小売型判決の1つといえる。しかも、小売判決のように経済的弱者保護を目的とする「狭義の社会経済政策的規制」と解することには無理があるので、特許法判決に準じた「広義の社会経済政策的規制」であり、最高裁の言葉で表現すると、「社会公共の便宜の促進」のための積極的な社会経済政策ということになる。小売型判決は、公益の重要性、すなわち規制の目的、必要性、内容を認定すると、規制を受ける権利の側の事情、すなわち制限される職業の自由の性質、内容や「制限の程度」は衡量されることなく「明白の原則」により合憲とする手法で、本件も小売判決に準じて規制目的の認定だけを行い、立法府の裁量的判断に踏み込まず、合憲の結論を導いたということになる。しかし、本件判決をさらに吟味してみると、小売判決の他に2つの先例を引用している。貸金業の届出制判決及び医薬品販売業の登録制度判決はいずれもこれらの業を自由放任すると弊害が生ずることから、それを防止するための規制、すなわち消極的警察的規制に関わる事例を先例として挙げている。旅行業の規制もこうした性格を

持つ規制と認識して先例引用を行ったとすると、消極的警察的規制についても小売型法理が適用されることを暗示的に表明した判決ともいえる。となると、最高裁の2類型論は混迷の度合いを増すことになる。

5 「小売型」より「薬事法型」法理を採用すべきではないか

最後に、小売型判決の問題点を指摘して本稿を締めることとする。小売型判決の法理は、人権論（立法権限の限界画定）を基軸とするのではなく、規制する立法者の裁量的判断が優先され、規制の正当化事由の検証（立法権限の確認）から始まり、多くの場合はそこでとどまる、偏った「利益衡量」といえる。裁判所は、政治部門が権限を有する社会経済政策には敬意を払うことは当然であるにしても、人権の保護による立憲民主主義の維持保全に関与することが役割であることから、人権価値への考量がまずあってしかるべきではないか。その意味からすると、憲法22条1項に関わる審査基準のあり方はすべて薬事法型法理（＝審査基準導出の比較考量論）を採るべきではないのか。それによって違憲判断が頻発するという事態になることは必ずしもありえない。

●——注

- 1) 石川健治「97 薬局開設の距離制限」憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕（2013年）207頁、前田徹生「経済的自由規制立法の違憲審査基準と最高裁判所——小売判決と薬事法判決の検証」『日独憲法学の創造力（上）』（信山社、2003年）621頁。
- 2) 本判決がいずれの立場も採らなかった理由として「最高裁が二分論の射程範囲の理解について未だ統一した見解を持ちえていないことのあらわれ」（木下智史「公衆浴場の距離制限の合憲性」平成元年度重判解（1990年）32頁）とすると、この類型は無視してもよいと思われる。
- 3) ただし、薬事法判決で加えられた「国民経済の円満な発展」は、次の森林法判決では削除され、「社会公共の便宜の促進」と「経済的弱者の保護等」をもって「積極目的規制」と捉え、その後の判例の中でも復活してはいない。
- 4) 「証券取引法164条1項の合憲性」（最大判平14・2・13）以降の判決では、2類型論を採っていない。
- 5) 詳しくは、前田徹生「最高裁判所薬事法型判決の検証」桃山法学20＝21合併号448頁以下参照。