

「あん摩マッサージ指圧師等に関する法律」附則 19 条 1 項の合憲性

【文 献 種 別】 判決／東京地方裁判所

【裁判年月日】 2019（令和 1）年 12 月 16 日

【事 件 番 号】 平成 28 年（行ウ）第 316 号

【事 件 名】 非認定処分取消請求事件（あはき師法 19 条訴訟）

【裁 判 結 果】 請求棄却

【参 照 法 令】 憲法 22 条 1 項・31 条・13 条・14 条 1 項、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律（昭和 22 年 12 月 20 日法律第 217 号、最終改正：平成 26 年 6 月 13 日法律第 69 号）

【掲 載 誌】 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25570652

事実の概要

2015 年 9 月、学校法人 X（原告）は、「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律」（以下、「あはき師法」という。）2 条 2 項に基づき、その運営する医療専門学校について、視覚障害者以外の者を対象としたあん摩マッサージ指圧師養成施設（以下、養成施設という。）の認定を申請した。しかし、2016 年 2 月、厚生労働大臣は、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の生計の維持が著しく困難とならないようにする必要があるとして、「あはき師法」附則 19 条 1 項（以下、附則 19 条 1 項とする。）に基づき、上記認定をしない旨の処分をした。

そこで、原告は、附則 19 条 1 項が職業選択の自由を保障する憲法 22 条 1 項に反すること、申請が認められる場合の要件が曖昧で基準が不明瞭であるため、憲法 31 条、13 条に反すること、さらに、1982 年に視覚障害者以外の者を対象とした養成施設の定員増加が承認されている例を挙げ、本件申請が不認定とされたことは憲法 14 条 1 項に反することを理由に、処分の取消しを求めて提訴した。

1947 年制定の「あはき師法」12 条は、あん摩、はり、きゅう又は柔道整復以外の医業類似行為を「原則として禁止」したが、それらの業務を直ちに全面的に禁止すればその生活権を奪うとされたため、一定期間当該業務に就いており都道府県知事に届け出た者には、「暫定的な特例措置」（旧附則 19 条 1 項）により 1955 年末まで業務の継続が認められた。しかし、上記期限は法改正のたびに

延長され、また、視覚障害者以外のあん摩師も増加してきた。

こうした状況を受け、国会では、視覚障害者の職域優先措置が審議され、議員提出法案として 1964 年 6 月 23 日、改正「あはき師法」が可決された。同法附則 19 条 1 項は、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の生計維持が著しく困難とならないよう「必要があると認めるとき」は、「当分の間」視覚障害者以外の者の養成施設を承認しないことができると定める。改正法の解説書によれば、「当分の間」とは、「視覚障害者がその生計の維持をあん摩関係業務に依存する必要がなくなるまでの間」を意味し、この措置が「当分の間」とされたのは「学校・養成施設の設置者の職業選択の自由を制限するものであるから」とされる。

「あはき師法」改正後も、視覚障害者数は増加する一方（1960 年：20 万 2000 人、2006 年：31 万人）、視覚障害者の就業率は減少し（1960 年：35.7%、2006 年：21.4%）、あはき師業におけるその割合も減少している（1960 年：38.2%、2006 年：29.6%）。視覚障害者以外の者を対象とする養成施設は、2015 年度は 10 都道府県に計 21 施設、1 学年の定員は計 1239 人である。2016 年のあん摩マッサージ指圧師国家試験の合格率は、視覚障害のある新卒者 81.1%、視覚障害者以外の新卒者 97.0%であった。なお、あはき師の平均年間収入は、視覚障害者以外の者 636 万 2000 円に対し、視覚障害者 290 万円であり、後者の年間収入 300 万以下の割合は 76.3%である。

判決の要旨

1 憲法 22 条適合性について

職業は「その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから」、職業の自由は公権力による規制の要請が強い。そして、「職業の自由に対する強力な制限である」許可制について、「その合憲性を肯定し得るためには……重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要するものというべきである」（最大判昭 50・4・30 民集 29 卷 4 号 572 頁）。

他方、憲法は福祉国家的理想の下に「経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請し」、個人の経済活動の自由に対して一定の合理的規制措置を講ずることは、「憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当である」。そして、その「法的規制措置については」、裁判所は立法院の「裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである」（最大判昭 47・11・22 刑集 26 卷 9 号 586 頁）。

附則 19 条 1 項の規制措置の目的は、視覚障害者は「事実上及び法律上、従事できる職種が限られ、転業することも容易ではな」く、従来からその多くがあん摩マッサージ指圧師の業務に従事してきたことから、「視覚障害者を社会政策上保護すること」である。そのための手段として、「視覚障害者以外の者を対象とするあん摩マッサージ指圧師の養成施設等の設置及び定員の増加について一種の許可制を採用する」。したがって、その法的規制は、「それが重要な公益のために必要かつ合理的な措置であることについての立法院の判断が、その政策的・技術的な裁量の範囲を逸脱するもので著しく不合理である場合に限り」憲法 22 条 1 項違反となる。

2 立法目的の正当性

附則 19 条 1 項の立法目的の正当性が、「現在において失われたと認めることはできない」。同項が制定された 1964 年当時と現在を比較すれば、障害者福祉に関する法制度の整備や ICT 技術の普及により、「視覚障害者をめぐる社会事情は変化してきている」。しかし、重度視覚障害のある有職者のうち 7 割超があはき関係業務に就いていることから、「視覚障害者におけるあん摩マッサージ指圧師業の重要度が特別な保護を必要としない程度にまで低下したとみることは相当ではない」。

さらに、障害年金制度が拡充されたとはいえ、必ずしも視覚障害者全てが受給できるわけでないため、「視覚障害者の生計が更に特別な保護を必要としない程度にまで改善されたとみることは相当ではない」。

3 規制の手段とその合理性

附則 19 条 1 項は「一種の許可制を採用する」が、視覚障害者以外の者を対象とする養成施設の設置を「全面的に規制しているわけではなく」、視覚障害者の「生計の維持が著しく困難とならないようにするため必要があると認められる場面に限って」であり、「規制の必要性に係る厚生労働大臣等の判断が適正に行われている限り、その制限は限定的である」。このことは、資格を得ようとする視覚障害者以外の者の「職業選択の自由を制約している」が、「現に設置されている養成施設等に通うことによりその取得が可能となる」ため、その「制約は限定的である」。

上記の目的達成のための規制は、「手段としての合理性が認められる」。なぜなら、養成施設等の設置の認定及び定員増加の「承認をしないことができるという手段を採用すること」は、「それ自体合理的なもの」であり、「規制が必要か否かの判断」を、視覚障害者以外の者があん摩マッサージ指圧師に占める割合のほか、諸般の事情に基づく厚生労働大臣の専門的・技術的な裁量に委ねることも「不合理とはいえない」。なお、厚生労働大臣の処分については、あらかじめ医道審議会の意見を聴かなければならないが（附則 19 条 2 項）、「その委員の構成や議事の運営が適正なものである限り、処分の適正さを担保するための方策として合理的であるといえる」。

4 憲法 31 条、13 条、14 条適合性

原告は、附則 19 条 1 項は「処分の要件・基準が曖昧不明確である」と主張する。しかし、「処分の要件や勘案すべき事情をあらかじめ詳細に規定することができない立法技術上の制約」がある中で、「重要な勘案事情を例示するなどして、厚生労働大臣等の裁量判断が恣意に流れないようにする配慮がされている」ため、憲法 31 条、13 条違反とはいえない。

また、1982 年の養成施設の定員増加の承認は、「本件申請（30 名）より少ない 10 名」の定員増加であり、6.5 倍から 7.6 倍もの志願者が過去 3 年間続いたこと、「当時の中央審議会においても

定員増加を認めて差し支えないとの意見」であったことから、「憲法 14 条 1 項に違反する不合理な差別に当たるとすることはできない」。

判例の解説

一 本件の背景

2019 年度「障害者白書」によれば、身体障害、知的障害、精神障害の 3 区分における障害者数(概数)は各々 436 万人、108 万 2 千人、419 万人であり、国民の約 7.6%が何らかの障害を有しているという¹⁾。身体障害に含まれる視覚障害を持つ人の多くは、あん摩マッサージ指圧、はり、きゅうの「三療」に従事してきたが、近年、ユニバーサルデザインの考え方が普及するとともに、社会参加を支援する情報通信システムの開発が進んだことで、その活躍の場は広がっている。また、2000 年代に大きく変化したといわれる日本の障害者雇用政策の背景には²⁾、2006 年 12 月に国連総会で採択された障害者権利条約(2008 年 5 月発効)、2011 年 8 月の障害者基本法改正、2013 年 6 月の障害者差別解消法成立(2016 年 4 月施行)、1960 年制定の障害者雇用促進法の見直しなど関係法規の整備が挙げられるだろう。

そうしたなか、視覚障害者以外の者を対象とした養成施設の認定を申請した学校法人に対し、制定から既に 55 年が経過した「あはき師法」附則 19 条 1 項を根拠に、厚生労働大臣が不認定処分をした。これを不服とし、その取消しを求めたのが本件であるが、本判決は、現在でも附則 19 条 1 項の立法事実は失われていないとし、厚生労働大臣による不認定処分の取消請求を棄却した。

二 立法事実の審査

法律が合憲であるためには、法律の背後にあってそれを支える一般事実の存在とその事実の妥当性が認められなければならない³⁾。原告は、ICT 等の発達等により視覚障害者も様々な職業選択が可能になってきたこと、また、附則 19 条 1 項の視覚障害者の生計維持という「目的」と、視覚障害者以外の者を対象とした養成施設の認定をしないという「手段」との間に合理的関連性が認められる立法事実は存在しないことを主張する。これに対し、本判決は、附則 19 条 1 項制定後も、視覚障害者の就業率は低迷し、あん摩マッサージ指

圧師を希望する者が多いにもかかわらず、その割合も年間収入も視覚障害者以外の者と比べ低いことを、具体的数値を挙げて原告の主張を退ける⁴⁾。

本判決が事実認定した数値は 2015 年頃までのものだが、その後の状況も大きな変動はなく、厚生労働省「衛生行政報告例」でも、ここ 10 年間のあはき師の就業者は、視覚障害のないはり師、きゅう師が全体の 8 割超を占めており、視覚障害を持つ者にとって附則 19 条 1 項による措置は依然として意義があるといえよう。

三 「職業選択の自由」に対する規制の必要性と合理性

1 規制措置の合憲性

本件で扱われた争点は、附則 19 条 1 項の、①憲法 22 条 1 項適合性、②憲法 13 条、31 条適合性、③本件申請への適用の違法性である。ここでは特に、①に重点を置いて考察したい。

憲法 22 条 1 項が保障する職業選択の自由は、「自己の生計を維持するために行う経済的活動」という側面を持つが、現代憲法の歴史的要請をふまえて、経済的自由は社会的調整が必要とされ「公共の福祉」による制限が付される。しかし、その制約は無制限ではなく、いかなる目的のために規制されるのかが問われる。

本判決は、従来の判決を引用しつつ、附則 19 条 1 項の合憲性を次のように導く。まず、薬局距離制限違憲判決に依拠し、許可制は職業の自由に対する強力な制限であるから、それが合憲だといえるためには「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」と述べる(最大判昭 50・4・30 民集 29 巻 4 号 572 頁(最高裁昭和 43 年(行ツ)第 120 号))。そのうえで、小売市場合憲判決を引用し、法的規制措置の「必要の有無」やその「対象・手段・態様」については、「相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断を必要とする」が、裁判所は、そうした「機能を備えた立法府の……裁量の判断を尊重せざるを得ない」(最大判昭 47・11・22 刑集 26 巻 9 号 586 頁(最高裁昭和 45 年(あ)第 23 号))とする。本件で争われた附則 19 条 1 項の目的は、「視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の職域を優先し」、「視覚障害者を社会政策上保護する」ことである。そして、そのための手段として採用された「一種の許可制」については、「必要かつ合理的な措置

であることについての立法府の判断が、その政策的・技術的な裁量の範囲を逸脱するもので著しく不合理である場合に限り」憲法 22 条 1 項に反するとしており、緩やかな合理性の基準を採用したと考えられる⁵⁾。本判決は、特定職域のみを対象としているが、視覚障害者を「経済的劣位に立つ者」と位置づけ、それへの限定的救済を目的とした立法措置に対する合憲判断を示した初めてともいえる判決であろう。

2 規制の必要性と合理性

附則 19 条 1 項によれば、視覚障害者以外の者の養成施設についての認定又は生徒の定員増加は、文部科学大臣又は厚生労働大臣が、これを認定又は承認をしない旨の処分ができるとする。本件における厚生労働大臣の不認定処分は、職業選択の自由を制限するものだが、本判決はふたつの理由から「制限は限定的」だと解する。ひとつは、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の生計維持が著しく困難とならないよう必要と認められる場面に限った設置規制であること、もうひとつは、その資格を取得しようとする視覚障害者以外の者は、「現に設置された養成施設等に通うことによりその取得が可能となる」こと、である。

ただし、本判決は、「制限が限定的であるといえる」には、厚生労働大臣等の「判断が適正に行われている限り」という条件をつける。しかし、当該判断が適正か否かについては、時々における養成施設の生徒総数に占める視覚障害者以外の者の割合、視覚障害者の総数、雇用状況、医療状況、社会における需要等様々な事情に基づく所轄大臣の専門的・技術的裁量に委ねることも「不合理とはいえない」と述べるにとどまる。一般論として、広範な行政裁量が認められやすい積極目的規制立法は、原告がその不合理性を立証し主張することは難しい。本判決は、厚生労働大臣による処分前にその意見を聴かねばならないとする医道審議会の審査も、「委員の構成や議事の運営が適正なものである限り、処分の適正さを担保するための方策として合理的」だと述べるが、その適正さについての具体的な審査方法には触れていない。

四 残された問題——障害者をめぐる雇用環境の障壁

原告は、本判決を導いた東京地裁のほか、大阪地裁、仙台地裁にも同様の訴訟を提起した。

2020 年 2 月 25 日、大阪地裁は、本判決とほぼ同様の判断枠組を採用し、原告が敗訴した⁶⁾。

最後に、本判決では明らかにされなかった問題点を指摘しておきたい。訴訟が提起された「現時点」では、規制を正当化する立法事実は存在したといえるが、それはいつ、どのような状態になったら克服されるのか。つまり、附則 19 条 1 項という「当分の間」とはいつまでか。この点、本判決は「時限的なもの」ではないとするが、視覚障害者の生計の維持という目的の達成は「本来社会保障の充実化によって対処すべき問題」とであるという原告の主張にも一理あろう。今後、より具体的な指標の提示が望まれよう。本判決は、あはき師業という限られた職種、視覚障害のある人だけを対象とした「暫定的な特例措置」が問題とされた事例である。しかし、ここから、視覚障害のある人があはき師業だけに依存せずすむような、また、すべての多様な障害者が自由に職業を選択できるような、積極的な社会経済的施策の必要性がみえてくる。

●——注

- 1) 厚生労働省『令和元年度障害者白書』231 頁、233 頁 (<https://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/r01hakusho/zenbun/pdf/ref2.pdf> (2020 年 3 月 13 日閲覧))。各障害の概数は、厚生労働省「生活のしづらさなどに関する調査」(2016 年)、同「社会福祉施設等調査」(2015 年)、同「患者調査」(2017 年)による。
- 2) 永野仁美「障害者雇用政策の動向と課題」労研 646 号 (2014 年) 4～5 頁。
- 3) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第 7 版〕』(岩波書店、2019 年) 395 頁。
- 4) 紛争解決をする裁判所が行うべき立法事実の認定方法として、司法事実と立法事実との関連づけが活用されるべきだとするのは、木下智史「営業の自由をめぐる実践と理論の課題」毛利透＝木下智史＝小山剛＝棟居快行『憲法訴訟の実践と理論』(判時臨増 2408 号) (判例時報社、2019 年) 132 頁。
- 5) 本判決の論理構造と類似しつつ、「明白の原則」を用いて合憲判決を導出するものとして、たとえば、たばこ小売距離制限合憲判決(最二小判平 5・6・25 訟月 40 巻 5 号 1089 頁)がある。参照、辻村みよ子＝山元一＝佐々木弘通編『憲法基本判例——最新の判決から読み解く』(尚学社、2015 年) 第 14 章 203 頁 [岡田順太執筆分]。
- 6) 大阪地判令 2・2・25 (平成 28 年(行ウ) 第 187 号(第 1 事件)、同第 188 号(第 2 事件) 各非認定処分取消請求事件)。