

あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律 19 条の憲法適合性

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 令和 4 年 2 月 7 日

【事 件 番 号】 令和 3 年（行ツ）第 73 号

【事 件 名】 非認定処分取消請求事件

【裁 判 結 果】 棄却

【参 照 法 令】 憲法 22 条 1 項、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律 2 条 1 項・19 条 1 項・同条 2 項

【掲 載 誌】 裁時 1785 号 1 頁、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25571941

弘前大学助教 伊藤 健

事実の概要

専門学校を設置する原告が、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律（以下「法」という）に基づき、あん摩マッサージ指圧師に係る養成施設で視覚障害者以外の者を養成するものについての法 2 条 1 項の認定を申請したところ、厚生労働大臣から、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の生計の維持が著しく困難とならないようにするため必要があるとして、法 19 条 1 項（以下「本件規定」という）により上記認定をしない処分（以下「本件処分」という）を受けたため、本件規定は憲法 22 条 1 項等に違反して無効であると主張して、本件処分の取消しを求めた。第一審（東京地判令元・12・16 判時 2458 号 18 頁）、控訴審（東京高判令 2・12・8 裁判所ウェブサイト）ともにこれを棄却したため、原告が上告を行った。

判決の要旨

上告棄却。

1 審査枠組み

本件規定は、「あん摩マッサージ指圧師に係る養成施設等で視覚障害者以外の者を対象とするものの設置及びその生徒の定員の増加について、許可制の性質を有する規制を定め、直接的には、上記養成施設等の設置者の職業の自由を、間接的には、上記養成施設等において教育又は養成を受けることにより、免許を受けてあん摩、マッサージ

又は指圧を業としようとする視覚障害者以外の者の職業の自由を、それぞれ制限する」。

「憲法 22 条 1 項は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由も保障しているところ」、職業の自由に対する規制措置の同項適合性は、「具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量した上で慎重に決定されなければならない。」「上記のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及び必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、立法政策上の問題としてこれを尊重すべきものであるところ、その合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭があり得る」。

「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」（以上につき、最高裁昭和 43 年（行ツ）第 120 号同 50 年 4 月 30 日大法廷判決・民集 29 巻 4 号 572 頁〔薬事法判決〕参照）。

本件規定は、「障害のために従事し得る職業が限られるなどして経済的弱者の立場にある視覚障害がある者を保護するという目的のため、あん摩

マッサージ指圧師について、その特性等に着眼して、一定以上の障害がある視覚障害者の職域を確保すべく、視覚障害者以外の者等の職業の自由に係る規制を行うものといえ、「上記目的が公共の福祉に合致することは明らかであるところ、当該目的のためにこのような規制措置を講ずる必要があるかどうかや、具体的にどのような規制措置が適切妥当であるかを判断するに当たっては、」正確な基礎資料を収集した上、将来予測を含む専門的、技術的な評価を加え、これに基づき、社会福祉、社会経済、国家財政等の国政全般からの総合的な政策判断を行うことを必要とする。「このような規制措置の必要性及び合理性については、立法府の政策的、技術的な判断に委ねるべきものであり、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重すべき」である。

「以上によれば、本件規定については、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し、著しく不合理であることが明白な場合でない限り、憲法 22 条 1 項の規定に違反するものということとはできない」。

2 目的審査

視覚障害者は「その障害のために従事し得る職業が限られ」、あん摩マッサージ指圧師は「その障害にも適する職種とされ」てきたところ、視覚障害者のうち「あん摩マッサージ指圧師の数及びその割合は減少傾向にあるものの、本件処分当時においても、あん摩マッサージ指圧師は、視覚障害がある者のうち相当程度の割合の者が就き、また、その障害の程度が重くても就業機会を得ることのできる、主要な職種の一つである」。他方で、「あん摩マッサージ指圧師のうち視覚障害がある者以外の者の数及びその割合やあん摩マッサージ指圧師に係る養成施設等の定員のうち視覚障害者以外の者の割合は増加傾向にあり、また、あん摩マッサージ指圧師のうち視覚障害がある者の収入はそれ以外の者よりも顕著に低くなっている。」

加えて、「視覚障害がある者にその障害にも適する職業に就く機会を保障することは、その自立及び社会経済活動への参加を促進するという積極的意義を有する」。それゆえ、「視覚障害がある者の保護という重要な公共の利益のため、あん摩マッサージ指圧師について一定以上の障害がある

視覚障害者の職域を確保すべく、視覚障害者以外のあん摩マッサージ指圧師の増加を抑制する必要があるとすることを、不合理であるということとはできない。」

3 手段審査

「あん摩マッサージ指圧師免許を受けるには、認定を受けた養成施設等において教育又は養成を受ける必要があるものとされていること（法 2 条 1 項）からすれば、上記の抑制のため、あん摩マッサージ指圧師に係る養成施設等で視覚障害者以外の者を対象とするものについての認定又はその生徒の定員の増加の承認をしないことができるものとするとは、規制の手段として相応の合理性を有する。」

「そして、本件規定は、上記養成施設等の設置又はその生徒の定員の増加を全面的に禁止するものではなく、文部科学大臣又は厚生労働大臣において、諸事情を勘案して、視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師の生計の維持が著しく困難とならないようにするため必要があると認めるときに限り、上記の認定又は承認をしないことができるものにとどまる。さらに、その旨の処分をしようとするときは、あらかじめ、学識経験を有する者等により構成される医道審議会の意見を聴かなければならないものとして（法 19 条 2 項）、当該処分の適正さを担保するための方策も講じられている。」

「また、あん摩、マッサージ又は指圧を業としようとする視覚障害者以外の者は、既存の養成施設等において教育又は養成を受ければ、あん摩マッサージ指圧師国家試験に合格することにより、免許を受けることが可能であり、「あん摩マッサージ指圧師に係る養成施設等で視覚障害者以外の者を対象とするものは、10 都府県に合計 21 施設あり、その 1 学年の定員は合計 1239 人と相当数に及んでおり、その定員に対する受験者数の割合も著しく高いとまではいえないことからすれば、本件規定による上記の者の職業の自由に対する制限の程度は、限定的なものにとどまる」。

4 結論

「以上によれば、本件規定について、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し、著しく不合理であることが明白であるということはできず、「本件規定が憲法 22 条 1 項に違反するものということとはできない。」

「以上は、当裁判所大法廷判決（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 巻 9 号 586 頁〔小売市場判決〕）の趣旨に徴して明らか」である。

なお、本判決には、草野耕一裁判官の意見が付されている。

判例の解説

本判決は、職業の自由に関する従来の判例に概ね沿いつつも、その審査枠組みを考えるに際しての新たな素材を提供してくれるものである。

一 審査枠組み

本判決はまず、憲法 22 条 1 項が「狭義における職業選択の自由」のみならず、「職業活動の自由」も保障していること¹⁾、職業の自由に対する規制措置の同項適合性は、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討・比較考量した上で「慎重に決定」することを確認する。そして、このような検討と考量は立法裁量の問題であるから、規制措置の必要性和合理性については、立法府の「合理的裁量の範囲にとどまる限り」尊重すべきであるが、その合理的裁量の範囲についても「事の性質」上、広狭があり得るといふ。

次に、本判決は、本件における「事の性質」として、本件規定が許可制であることと、本件規定が経済的弱者である視覚障害者の保護という立法目的のためのものであることに着目する。その際、前者からは、許可制が狭義における職業の選択の自由に制約を課すもので、「職業の自由に対する強力な制限である」ことに基づき、薬事法判決を引用して、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」といふ。他方、後者からは、経済的弱者の保護という目的のための規制措置の適切妥当性を判断するに当たり、正確な基礎資料の収集と将来予測を含む専門的・技術的な評価に基づき、「国政全般からの総合的な政策判断を行うことを必要とする」ので、「規制措置

の必要性及び合理性については、立法府の政策的、技術的な判断に委ねるべき」ことを導く。

その結果、本件規定は、「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し、著しく不合理であることが明白な場合でない限り」、違憲とはいえないという判断基準を定立する。この基準は、本件規定が「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」か否かという実体的基準と、それについての立法府の判断が「著しく不合理であることが明白」か否かという手続的基準に分析することができる²⁾。

ただ従来は、「重要な公共の利益」の基準が採られる場合、「著しく不合理なものでない」基準が採られることはあっても³⁾、本判決のような「著しく不合理であることが明白」でない基準はあまりみられなかった。実際、本件第一審・控訴審両判決は、実体的基準としては「重要な公共の利益」の基準を採りつつ、手続的基準としては「著しく不合理なものでない」基準を採っていた⁴⁾。しかし、本判決は、実体的基準については両判決を維持しつつ、手続的基準としては両判決と同じ根拠づけで、「著しく不合理であることが明白」でない基準を採っている⁵⁾。この点については、本件規定が小売市場判決のいう典型的な積極目的のためのものであることに鑑みると、第一審・控訴審両判決が、小売市場判決を引きつつ酒販免許制事件判決の手続的基準を導いていたこと⁶⁾との対比において、本判決は、先例に従ったものといえる⁷⁾。従来は、積極目的規制で「著しく不合理であることが明白」でないことを求める場合、許可制であったとしても「重要な公共の利益」の基準への言及がなされない傾向が見受けられたことからすると⁸⁾、今後は、積極目的規制でも制約の態様から実体的基準を変動させることになるのかが注目されよう。

二 目的・手段審査

まず立法目的について、経済的弱者たる視覚障害者の保護は典型的な積極目的であるといえ、小売市場判決で問題となった中小企業保護政策より「本件の場合の方が正当性が格段に高」く⁹⁾、実際に本判決も、「公共の福祉に合致することは明らかである」としている。その上で、あん摩マッサージ指圧師は視覚障害者の数や割合が減少傾向

にあるとしつつも未だ視覚障害者にとっての主要職種の一つとするとともに、あん摩マッサージ指圧師のうち視覚障害者以外の数や割合等が増加傾向にあり、あん摩マッサージ指圧師たる視覚障害者の収入は他の者よりも顕著に低いとし、加えて、障害者にその障害に適した就業機会を保障することは自立及び社会参加の促進という意義を有するので、「重要な公共の利益」であると評価している。このような評価は、本件で認定された統計資料や社会の実情に鑑みると¹⁰⁾、頷けるところがある。そして、視覚障害者の職域確保のために、視覚障害者以外のあん摩マッサージ指圧師の増加を抑制する必要性を認めた立法者の判断を「不合理であるということとはできない」としている¹¹⁾。

次に立法手段については、一方で、視覚障害者以外のあん摩マッサージ指圧師の増加抑制のため、視覚障害者以外の養成施設等の不認定またはその定員増加の不承認ができることに、「手段として相応の合理性」を認めている。これは、視覚障害者以外の養成施設を認定したり定員増加を承認したりしなければ視覚障害者以外のあん摩マッサージ指圧師の数は一定数にとどまるという因果関係を考えると、当然であろう。他方で、上記養成施設の設置または定員増加の全面禁止ではなく、文科大臣または厚労大臣が「必要があると認めるときに限り」不認定または不承認ができるにとどまるとされ、その処分の適正さを担保するため学識経験者の意見を聴かなければならないとされていることが、視覚障害者以外の者には既存の養成施設等での教育・養成を受けるという代替経路があり、その定員に対する受験者数の割合も著しく高くないことと相まって、視覚障害者以外の者の職業の自由に対する制限の程度は「限定的」であるという評価につながっている。

三 おわりに

本件に関する一連の裁判過程において、関連する数値や割合等の立法事実が統計資料を参照しながら比較的詳細に認定されており、それらに鑑みると、本判決の結論に対する異論はそこまで多くないように思われる。ただ理論的には、本判決を受けて、職業の自由に関する審査枠組みを改めて整理する必要がある、それとの関係で、立法事実の審理方法に関する指針を提示していくことが求められよう¹²⁾。

●——注

- 1) この点、本判決が判旨冒頭で、本件規定は、直接的には、あん摩マッサージ指圧師に係る養成施設等の設置者の職業の自由を、間接的には、あん摩マッサージ指圧師になろうとする視覚障害者以外の者の職業の自由を制限するとしているのは、草野耕一裁判官の意見が、職業活動に対する制約の合理性を考えるに当たっては、商品役務の供給者の利益だけでなく、需要者の利益をも考慮に入れるべきであると指摘していることに由来すると考えられる。
- 2) 松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準（一）」民商 113 巻 4 = 5 号（1996 年）743 頁、曾我部真裕「職業の自由」法教 496 号（2022 年）62～63 頁を参照。
- 3) 例えば、最判平 4・12・15 民集 46 巻 9 号 2829 頁〔酒販免許制事件判決〕を参照。
- 4) 本件第一審判決に関する武田芳樹「判批」法教 475 号（2020 年）127 頁、控訴審判決に関する同「判批」法教 487 号（2021 年）151 頁を参照。
- 5) 本判決と同じく、「重要な公共の利益」と「著しく不合理であることが明白」でないことの両方に言及するものとして少なくとも、特定石油製品輸入暫定措置法の合憲性に関する最判平 8・3・28 訟月 43 巻 4 号 1207 頁、農業災害補償法の合憲性に関する最判平 17・4・26 判時 1898 号 54 頁がある。
- 6) このことを検討するものとして、本件第一審判決に関する山本真敬「判批」令和 2 年度重判解（2021 年）17 頁、松本哲治「判批」判時 2484 号（2021 年）189～191 頁を参照。
- 7) ただし、本判決は、「著しく不合理であることが明白」でない基準を導く際に、小売市場判決を引いているわけではない。
- 8) 曾我部・前掲注 2）63 頁、64 頁注 20 を参照。なお、前掲注 5）に挙げた 2 つの判決は民集に掲載されたものではないことと、2 つ目の判決で問題となったのは狭義における職業選択の自由に対する制約（許可制）ではないことに留意されたい。
- 9) 松本・前掲注 6）191 頁。
- 10) 本件第一審判決に関する彼谷環「判批」新・判例解説 Watch（法七増刊）27 号（2020 年）27 頁、松本・前掲注 6）191～192 頁も参照。
- 11) ここは、立法目的の「実現の必要性」を認めたと読めようか。拙著『違憲審査基準論の構造分析』（成文堂、2021 年）88～91 頁、350～351 頁を参照。
- 12) 別件であるが、最判令 3・3・18 民集 75 巻 3 号 552 頁〔要指導医薬品ネット販売規制事件判決〕に関する荒谷謙介「判解」ジュリ 1566 号（2022 年）139 頁でも、実務側から、立法事実の審理方法に関する理論的分析が望まれている。