

第10章 経済的自由

職業選択の自由（憲法 22 条 1 項）、居住・移転の自由（憲法 22 条 2 項）、財産権（憲法 29 条）を総称して、経済的自由と呼ぶ。これらの権利は、封建的な拘束を排して、近代市民階級が自由な経済活動を行うために主張された権利であり、市民革命当初は、不可侵の人権として厚く保護された。現代において、経済的自由はむしろ社会的に拘束負ったものとして、法律による規制を広汎に受ける人権と理解されている。

芦部 233 頁

第1節. 職業の自由

A

1. 保障の範囲

A

(1) 「職業」

「職業」は、人が社会において、通常は「自己の生計を維持するためにする」、「継続的活動」を意味する。

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I
92、憲法 I 324 頁、赤坂 137 頁

そして、「職業」は、「分業社会」における「社会的機能分担の活動たる性質」を有し、また、通常は「自己の…個性を全うすべき場として、個人の人格的価値」との不可分関連性を有する。

このように、「職業」には、自己の生計維持手段としての継続的活動、分業社会における社会的機能分担、個人の人格的価値との不可分関連性という意義・性質がある。

精読 470 頁

(2) 「選択」

狭義における「職業選択の自由」には、選択した職業を開始する自由のみならず、職業を継続・廃止する自由も含まれる。

薬事法事件、佐藤 301 頁、憲法 I
324 頁

職業の開始のみを保障し、その変更・終了を保障しないのでは「職業選択の自由」を保障した意味が失われるからである。

渋谷 289~290 頁

(3) 職業遂行の自由

選択した職業を遂行する自由が保障されないのでは狭義の「職業選択の自由」を保障した意味が失われかねないから、営業の自由も「職業選択の自由」に含まれるものとして、憲法 22 条 1 項により保障されると解する。¹⁾

渋谷 289~290 頁

薬事法事件大法廷判決も、前記 (1) で述べた「職業」の性格と意義からすれば、職業活動の内容・態様が自由であることも要請されるとの理由から、職業遂行の自由の保障が「職業選択の自由」の保障に内包されると解している。

最大判 S47.11.22・百 I 91

2. 規制

A

(1) 規制の根拠（必要性）

「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、…精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法 22 条 1 項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たもの」である。すなわち、「職業は、

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I
92、芦部 233~234 頁

¹⁾ 「営業」の概念については、①職業遂行行為のことだと定義する職業遂行説、②職業遂行行為のうち、営利事業の遂行行為であるとする営利事業遂行説、③自己が主体となって営む営利事業であるとする営利事業説がある。②・③の見解からは、営業の自由は「営利事業の遂行方法」の自由であると定義され、職業遂行の自由の一部に位置づけられる（赤坂 138~141 頁）。これに対し、多数説である①からは、営業の自由とは「自己の選択した職業を遂行する自由」と定義されることになる（赤坂 138 頁、芦部 224 頁）。なお、営業の自由そのものは、財産権を行使する自由を含むから、憲法 29 条とも密接にかかわる（芦部 224 頁）。

…その性質上、社会的相互関連性が大きい」ものであるから、これを無制限に許すと「社会生活における安全の保障や秩序の維持等」が脅かされるおそれ大きいとともに、社会国家の理念を実現するために「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」規制を加える必要性も高いのであって、憲法 22 条 1 項による「公共の福祉に反しない限り」という留保は、そのことを強調する趣旨によるものである。

(2) 規制の種類

①届出制 (ex.理容業等)、②許可制 (ex.風俗営業、飲食業、貸金業等)、③資格制 (ex.医師、薬剤師、弁護士等)、④特許制 (ex.電気、ガス、バス等の公益事業)、⑤国家独占 (ex.(旧)郵便事業、旧たばこ専売制等)がある。

芦部 234 頁

(3) 規制の目的

消極目的規制とは、主として国民の生命及び健康に対する危険を防止し若しくは除去ないし緩和するために課せられる規制であり、通常、警察的規制と呼ばれてきたものである。この消極的・警察的目的のための規制は、警察比例の原則(=規制措置は社会公共に対する障害の大きさに比例したもので、規制の目的を達成するために必要な最小限度にとどまらなくてはならないという原則)にも届くものでなければならない。各種の営業許可制は、おおむね消極目的規制に属する。

芦部 234~235 頁

規制目的は左の 2 つに限られない。

積極目的規制とは、福祉国家の理念に基づいて、経済の調和のとれた発展を確保し、特に社会的・経済的弱者を保護するためになされる規制であり、社会・経済政策の一環としてとられる規制である。

(4) 違憲審査基準

小売市場事件判決は、積極目的に基づく小売市場間の距離制限について明白の原則を採用し、薬事法事件判決は、消極目的に基づく薬局等の適正配置規制について厳格な合理性の基準を採用した。この 2 つの判決の関係を整合的に説明する理論として、従来の学説は、積極目的規制については明白の原則が採用し、消極目的規制については厳格な合理性の基準を採用するのが判例法理であるとする規制目的二分論に立っていた。

憲法 I 331~332 頁、最大判 S47.11.22・百 I 91、最大判 S50.4.30・百 I 92

しかし、規制目的二分論には、(i) 職業規制の中には積極目的と消極目的的かを区別することが困難なものもある(前掲公衆浴場法事件判決等)、(ii) 積極目的と消極目的の他にも職業の自由を規制する正当な目的が考えられる(酒類販売免許制事件判決における「国家の財政目的」等)といった批判がある。

憲法 I 332~333 頁

最判 H4.12.15・百 I 94

そこで、現在では、職業規制に関する判例の違憲審査の手法について、規制目的二分論で理解するのではなく、「職業の自由の制限態様、制限の重大性、制限目的の具体的検討を通じて、立法裁量の範囲と目的・手段審査の審査密度を決定しているのが、判例法理の真の姿だ」と考えられている。

憲法 I 334 頁

すなわち、職業の自由は、その性質上、社会的相互関連性が強いため、精神的自由と比較して公権力による規制の要請が強く働くから、その分だけ職業を規制する立法の違憲審査において、裁判所が立法裁量を尊重すべき要請が強く働くことになる。憲法 22 条 1 項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものである。

もっとも、職業規制に関する立法裁量にも限界があるし、この立法裁量の

論点教室 154 頁

広狭は、規制の態様と規制の目的といった事の性質により異なる。

まず、事の性質の1つ目として、規制の態様から考慮することになる。ここでは、例えば、職業規制が狭義の職業選択の自由まで制約するものであるなど、職業の自由に対する強力な制限である場合には、その分だけ立法裁量が縮小するから、そのことが違憲審査基準の厳格度を高める方向で評価されることになる。反対に、職業規制が職業遂行の自由に対する制約にとどまるものであるなど、職業の自由に対する強力な制約とはいえない場合には、その分だけ立法裁量が広がるから、そのことが違憲審査基準の厳格度を緩和する方向で評価される。

次に、事の性質の2つ目として、規制の目的が考慮される。規制の目的から、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性の高低を明らかにすることにより、裁判所としては立法府による政策的判断や専門技術的判断をどれだけ尊重する必要があるのかを判断するのである。つまり、裁判所は、立法府による政策的判断や専門技術的判断の当否について判断すべき十分な資料や判断基準を持たないのだから、立法府による政策的判断や専門技術的判断が多分に必要とされる規制については、立法事実を踏み込んだ判断をすることが困難となる（つまり、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性が低くなる）ため、そのことが違憲審査基準の厳格度を緩和する方向で評価されるのであり、立法府による政策的判断や専門技術的判断がどれくらい要求されるのかを決するのが規制の目的なのである。²⁾ 例えば、積極目的や財政目的に基づく規制については、立法府による政策的判断や専門技術的判断が多分に必要とされるため、原則として、厳格な違憲審査基準を採用することができない。³⁾ 反対に、消極目的に基づく規制など、規制の目的に照らして立法府による政策的判断や専門技術的判断がさほど必要とされない規制については、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性が高くなるから、規制の強度によっては、厳格な合理性の基準を採用することができる。

〔論点1〕 職業規制に関する違憲審査基準についての判例理論

職業規制の違憲審査基準の厳格度については、積極目的規制については緩やかに審査し、消極目的規制については厳格に審査するとの規制目的二分論もある。

しかし、職業規制のなかには積極目的と消極目的の区別が困難であるものもあるし、これら以外の目的に基づくものもあるから、規制目的二分論は妥当でない。

そして、職業規制に関する違憲審査基準の厳格度は当該規制についての立法府の裁量の広狭により決せられるべきものであるところ、職業規制についての立法府の裁量の広狭は規制の目的だけでなく規制の態様によっても変わり得るものである。

そこで、職業規制の違憲審査基準の厳格度は、規制の態様と規制の目的を考慮して当該規制に関する立法府の裁量の広狭を明らかにすることにより判断すべきである。

論点教室 154 頁、憲法判例の射程

136 頁

憲法判例の射程 136 頁

A

最大判 S50.4.30・百 I 92

²⁾ 規制目的は、裁判所による規制を支える立法事実の確実な把握の可能性を判定するために考慮されるものである（酒類販売免許制事件・最判 H4.12.15・百 I 99・園部逸夫裁判官の補足意見）

³⁾ 積極目的であるからといって審査基準を極端に緩和すべきではなく、強力な制限については立法事実を踏まえた相応に厳しい審査が求められるとする見解もあり得る（令和2年司法試験・出題の趣旨）。

[論点 2] 上記の判例理論の適用

A

1. 狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制

(1) 例えば、形式的にも実質的にも狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制については、職業の自由に対する強力な制約であるから、その分だけ、立法裁量を尊重する要請が弱くなる。

しかも、規制の目的が消極目的であるなど、規制の目的に照らして立法府による政策的判断や専門技術的判断がさほど必要とされない規制については、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性が高くなるから、その意味でも立法裁量を尊重する要請が弱くなる。

そこで、このような規制には、厳格な合理性の基準を採用すべきである。

(2) 薬事法事件大法廷判決では、薬局開設に関する適正配置規制が単なる開業場所の制限にとどまらず薬局開設そのものの断念につながるおそれがあるとして、実質的には狭義の職業選択の自由に対する制約に当たると解されているため、形式的には職業遂行の自由を制約するにとどまる規制も、実質的にみて狭義の職業選択の自由に対する制約に当たることがある。この場合、当該規制については、職業の自由に対する強力な制約と評価されることになるため、その分だけ立法裁量を尊重する要請が弱くなるから、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が弱いといえるのであれば、厳格な合理性の基準を採用することができる。

最大判 S50.4.30・百 1 92

(3) 狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制であっても、規制の目的が積極目的や財政目的にあるなど、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が強いといえる場合には、酒類販売免許制事件判決のように、緩やかな審査基準が妥当する。

最判 H4.12.15・百 1 94

2. 職業遂行の自由を制約するにとどまる規制

(1) 実質的にも職業遂行の自由を制約するにとどまる規制については、職業の自由に対する強力な制約であるとはいえないのが通常であるから、仮に規制の目的に照らすと立法裁量を尊重する要請が強くないという場合であっても、原則として、厳格な合理性の基準を採用することはできない。

(2) 実質的にも職業遂行の自由を制約するにとどまる規制であり、なお且つ、規制の目的が積極目的や財政目的にあるなど、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が強いといえる場合には、小売市場大法廷判決が採用した明白の原則を採用することになる。

(5) 判例

以下では、職業規制に関する判例を取り上げる。

[判例 1] 公衆浴場事件 (1)

C

事案：公衆浴場業の許可制を定める公衆浴場法 2 条の委任条例である福岡県条例 3 条では、公衆浴場の適正配置の基準として、「公衆浴場の設置の場所の配置の基準は、既に許可を受けた公衆浴場から市部にあつては 250 米以上、郡部にあつては 300 米以上の距離とする」と定めていた。

最大判 S30.1.26・百 1 89

判旨：①「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設である。そして、若しその設立を業者の自由に委せて、何等その偏在及び濫立を防止する等その配置の適正を保つために必要な措置が講ぜられないときは、その偏在により、多数の国民が日

常容易に公衆浴場を利用しようとする場合に不便を来たすおそれなきを保し難く、また、その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来たすおそれなきを保し難い。このようなことは、上記公衆浴場の性質に鑑み、国民保健及び環境衛生の上から、出来る限り防止することが望ましいことであり、従つて、公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠き、その偏在乃至濫立を来たすに至るがごときことは、公共の福祉に反するものであつて、この理由により公衆浴場の経営の許可を与えないことができる旨の規定を設けることは、憲法 22 条に違反するものとは認められない。」

②「右条例は、公衆浴場法 2 条 3 項に基き、同条 2 項で定めている公衆浴場の経営の許可を与えない場合についての基準を具体的に定めたものであつて、右条例 3 条、4 条がそれであり、同 5 条は右 3 条、4 条の基準によらないで許可を与えることができる旨の緩和規定を設けたものである。即ち右条例は、法律が例外として不許可とする場合の細則を具体的に定めたもので、法律が許可を原則としている建前を、不許可を原則とする建前に変更したのではなく、従つて右条例には、所論のような法律の範囲を逸脱した違法は認められない。それ故所論は採用できない。」

解説：ここでは、適正配置規制が消極目的であると認定されている。しかし、消極目的規制であると捉えると、距離制限の合理性を裏付ける立法事実の存在の論証は極めて困難である。

芦部 228 頁

[判例 2] 公衆浴場事件 (2)

C

事案：公衆浴場法 2 条 2 項による公衆浴場の適正配置規制及び同条 3 項に基づく大阪府公衆浴場法施行条例 2 条の距離制限の憲法 22 条 1 項違反が問題となった。

最判 H 元.1.20

判旨：「衆浴場法に公衆浴場の適正配置規制の規定が追加されたのは昭和 25 年法律第 187 号の同法改正法によるのであるが、公衆浴場が住民の日常生活において欠くことのできない公共的施設であり、これに依存している住民の需要に応えるため、その維持、確保を図る必要のあることは、立法当時も今日も変わりはない。むしろ、公衆浴場の経営が困難な状況にある今日においては、一層その重要性が増している。そうすると、公衆浴場業者が経営の困難から廃業や転業をすることを防止し、健全で安定した経営を行えるように種々の立法上の手段をとり、国民の保健福祉を維持することは、まさに公共の福祉に適合するところであり、右の適正配置規制及び距離制限も、その手段として十分の必要性と合理性を有していると認められる。もともと、このような積極的、社会経済政策的な規制目的に出た立法については、立法府のとつた手段がその裁量権を逸脱し、著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲とすべきであるところ…、右の適正配置規制及び距離制限がその場合に当たらないことは、多言を要しない。」

解説：本判決は、適正配置規制を積極目的規制であると認定した上で明白の原則を適用した。

芦部 236 頁

[判例 3] 公衆浴場事件 (3)

C

事案：公衆浴場法 2 条 2 項に基づく適正配置規制の憲法 22 条 1 項違反が問

最判 H 元.3.7

題となった。

判旨：「公衆浴場法…2条2項の規定が憲法22条1項に違反するものでないことは、当裁判所の判例とするところである…。おもうに、法2条2項による適正配置規制の目的は、国民保健及び環境衛生の確保にあるとともに、公衆浴場が自家風呂を持たない国民にとって日常生活上必要不可欠な厚生施設であり、入浴料金が物価統制令により低額に統制されていること、利用者の範囲が地域的に限定されているため企業としての弾力性に乏しいこと、自家風呂の普及に伴い公衆浴場業の経営が困難になっていることなどにかんがみ、既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体を確保しようとするのも、その目的としているものと解されるのであり、前記適正配置規制は右目的を達成するための必要かつ合理的な範囲内の手段と考えられるので、前記大法廷判例に従い法2条2項及び大阪府公衆浴場法施行条例2条の規定は憲法22条1項に違反しないと解すべきである。」

解説：本判決は、消極目的・積極目的とを併有することを理由に、合理性の基準により合憲としている。⁴⁾

芦部 238 頁

〔判例 4〕医療類似行為事件

事案：あん摩師・はり師・きゅう師及び柔道整体師法（以下「あん摩師等法」）は、医師やあん摩師等の免許を受けたものを除き、医療類似行為を業とすることを罰則をもって禁止していた。

判旨：「憲法22条は、何人も、公共の福祉に反しない限り、職業選択の自由を有することを保障している。されば、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法12条が何人も同法1条に掲げるものを除く外、医業類似行為を業としてはならないと規定し、同条に違反した者を同14条が処罰するのは、これらの医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するものと認めたが故にほかならない。ところで、医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するのは、かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるからである。それ故前記法律が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するのも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨と解しなければならないのであつて、このような禁止処罰は公共の福祉上必要であるから前記法律12条、14条は憲法22条に反するものではない。」

C

最大判 S35.1.27・百 I [5 版] 99

〔判例 5〕無許可の古物営業事件

事案：古物営業法が古物営業につき許可営業主義を採用し、無許可営業につき罰則を設けていることについて、憲法22条1項違反が問題となった。

判旨：「憲法22条は国民の権利として「職業選択の自由」を保障しているが、その自由を無制限に享有させているのではなく「公共の福祉」の要請がある限りそれは制限されうることをも認めているのである。従つて古物営業法が許可制限をとり、無許可営業を処罰することが「公共の福祉」を維持するために必要であるならば、その制限は何等憲法に違反す

C

最大判 S28.3.18

⁴⁾ 芦部 226 頁は「合理性の基準」を「厳格な合理性の基準」と「明白の原則」に分類しており、228 頁でいう「合理性の基準」がいずれの基準を意味しているのかは定かではない。百 I [5 版] 98 解説では、「規制は「必要かつ合理的」であるとして、明白性の原則にはとくに言及されていない。」とされている。

るものではないのである。

…古物営業については、旧古物商取締法時代から許可営業主義をとり、各人の自由に放任する主義を採用しなかつたのであるが、それは贓物の相当数が古物商に流される現実の事態に鑑み、その流れを阻止し、又はその発見に努め、被害者の保護を計ると共に犯罪の予防、鎮圧乃至検挙を容易にするために必要であり、右は国民生活の安寧を図り、いわゆる「公共の福祉」を維持する所以であるからである。古物営業法は旧法を廃止し新たに立法されたもので幾多の点において新たな規定を設けているが、許可主義をとつた点においては終始一貫しておるのである。けだし許可主義をとることが前記の如く公共の福祉の維持に必要であるから新法もまた旧法の主義を踏襲したのである。ただ旧法においては古物商の免許については何ら基準を設けず、すべて行政庁の自由裁量に委ねられていたのであるが、新法において第 4 条において許可の基準を設け、その許可不許可が行政庁の独断恣意によつてなされることのないようにし、特に同条 2 項において不許可のときは公安委員会は理由を附した書面をもつて申請者に通知しなければならないと規定し、申請者がこれに不服あるときは第 26 条によつて訴を提起することができるように配慮しているのである。

以上を要するに、古物営業法が許可制度をとり、無許可営業を処罰することは「公共の福祉」を維持するための必要な制限であるといわねばならないから、何等、憲法 22 条に違反するものではなく従つて論旨は理由がない。」

[判例 6] 白タク営業事件

事案：道路交通法は、自家用自動車を有償で運送の用に供する「白タク」を免許制に服せしめており（同法 101 条 1 項）、同条項違反の有償運送行為に対しては、当該自家用自動車の使用の制限・禁止という行政処分（同法 102 条 1 項 3 号）、3 万円以下の罰金（同法 130 条 1 号）が定められている。

判旨：「憲法 22 条 1 項にいわゆる職業選択の自由は無制限に認められるものではなく、公共の福祉の要請がある限りその自由の制限されることは、同条項の明示するところである。道路運送法は道路運送事業の適正な運営及び公正な競争を確保するとともに、道路運送に関する秩序を確立することにより道路運送の総合的な発達を図り、もつて公共の福祉を増進することを目的とするものである。そして同法が自動車運送事業の経営を各人の自由になしうるところとしないで免許制をとり、一定の免許基準の下にこれを免許することにしては、わが国の交通及び道路運送の実情に照らしてみても、同法の目的とするところに副うものと認められる。ところで、自家用自動車の有償運送行為は無免許営業に発展する危険性の多いものであるから、これを放任するときは無免許営業に対する取締の実効を期し難く、免許制度は崩れ去るおそれがある。それ故に同法 101 条 1 項が自家用自動車を有償運送の用に供することを禁止しているのもまた公共の福祉の確保のために必要な制限と解される。されば同条項は憲法 22 条 1 項に違反するものでなく、これを合憲と解した原判決は相当であつて、論旨は理由がない。」

解説：「本判決自身は、弊害除去が道路運送法の立法目的だと考えていた節

B

最大判 S38.12.4・百 190

百 190 解説 3 (安念潤司)

がある。…しかし、同法および関係政省令が定める免許基準、事業計画の記載項目、運転者の資格要件には、上記の弊害を防止しようとして意図しているかのようなものは見出しがたい。では、道路運送法の免許制が積極的目的の規制に当たる、と考えることはできるであろうか。免許制によって直接保護されるのがタクシー事業者であることはいうまでもないが、…大手4社…が一貫して大きなシェアを占めてきたし、そのほかに中堅規模の企業も少なくなく、免許制が中小・零細事業者を保護していると言い難い。では、免許制は運転者を保護する目的を有するのだろうか。しかし、…タクシー運転手は…戦前には比較的に稼ぎの良い職業であり、本件当時は誰も彼もが貧しかったから」、その「ような考え方が道路法制定時の背景にあったとは考えにくい。実際、本件当時の同法には、運転者の労働条件を向上させようとする条項は見当たらない。最後に、…本件当時、…タクシーを利用することは小金持ちのちょっとした贅沢に属することであった」ことから、「エンドユーザー」である「乗客」を「経済的劣位に立つ者」と捉えて保護する目的と捉えることも難しい。そうすると、「タクシー事業の免許制は、消極目的の規制だとすれば、規制手段が規制目的に照応しておらず、積極目的の規制と見るには、保護すべき「経済的劣位に立つ者」が見出し難いので、上記の二分法による限り、いずれにせよ合憲性を説明するのは困難であると思われる。」

【判例 7】 小売市場事件

事案：小売商業調整特別措置法 3 条 1 項所定の小売市場の許可基準のうち、過当防止競争のための制限として、大阪府では、700mの小売市場間の距離制限が設けられていた。

要点：本判決は、①積極目的規制の憲法適合性について、(i)「憲法は、…福祉国家的理想のもとに、…経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策としての…積極的な社会経済政策の実施を予定している」から、職業に対する積極目的規制は「必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、憲法の禁ずるところではない」と述べた上で、(ii)「個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねる」ほかないとの理由から、「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り」違憲となると述べ、明白性の原則を採用している。

②当てはめでは、(i)規制目的が「小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によって招来されるのであろう小売商の共倒れから小売商を保護する」ことにあること、(ii)規制対象が「その所定形態の小売市場のみ…であつて、…過当競争による弊害が特に顕著と認められる場合についてのみ、これを規制する趣旨であることが窺われる。」ことを理由に、小売市場の許可規制を合憲と判断している。

判旨：①「右条項に基づく個人の経済活動に対する法的規制は、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である限りにおいて許されるべきことはいうまでもない。のみならず、憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は、全体として、福祉国家的理想のもと

B

最大判 S47.11.22・百 1 91

に、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、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いるものといふことができ、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つて、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、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り、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、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであつて、決して、憲法の禁ずるところではないと解すべきである。もつとも、個人の経済活動に対する法的規制は、決して無制限に許されるべきものではなく、その規制の対象、手段、態様等においても、自ら一定の限界が存するものと解するのが相当である。

ところで、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。というのは、法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあつては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であつて、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関であるといふべきであるからである。したがつて、右に述べたような個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、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。」

②「これを本件についてみると、本法は、立法当時における中小企業保護政策の一環として成立したものであり、本法所定の小売市場を許可規制の対象としているのは、小売商が国民のなかに占める数と国民経済における役割とに鑑み、本法1条の立法目的が示すとおり、経済的基盤の弱い小売商の事業活動の機会を適正に確保し、かつ、小売商の正常な秩序を阻害する要因を除去する必要があるとの判断のもとに、その一方策として、小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によつて招来されるのであろう小売商の共倒れから小売商を保護するためにとられた措置であると認められ、一般消費者の利益を犠牲にして、小売商に対し積極的に流通市場における独占的利益を付与するためのものでない

ことが明らかである。しかも、本法は、その所定形態の小売市場のみを規制の対象としているにすぎないのであつて、小売市場内の店舗のなかに政令で指定する野菜、生鮮魚介類を販売する店舗が含まれない場合とか、所定の小売市場の形態をとらないで右政令指定物品を販売する店舗の貸与等をする場合には、これを本法の規制対象から除外するなど、過当競争による弊害が特に顕著と認められる場合についてのみ、これを規制する趣旨であることが窺われる。これらの諸点からみると、本法所定の小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的発展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとつた措置ということができ、その目的において、一応の合理性を認めることができないわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白であるとは認められない。そうすると、本法3条1項、同法施行令1条、2条所定の小売市場の許可規制が憲法22条1項に違反するものとすることができないことは明らかであつて、結局、これと同趣旨に出た原判決は相当であり、論旨は理由がない。」

[判例8] 薬事法事件

事案：改正薬事法では、医薬品の一般販売業の許可条件として、薬局等の設置場所が配置上適正であることも加わり、適正配置の具体的基準については各都道府県条例に委任されており、広島県の条例では、適正配置基準として既存の薬局との間に最短距離で概ね100mと定められていた。本事件では、薬局開設の距離制限を規定する薬事法6条2項及び県条例が憲法22条1項に違反するかどうか主たる争点となった。

要点：①消極目的に基づく職業の許可制の憲法適合性については、厳格な合理性の基準（中間審査の基準）により審査する（[論点1]）。

②医療品の供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したこと自体は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守るためという公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的な措置として、合憲である。

③許可条件に関する基準のうち、「薬局の構造設備」・「薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数」・「許可申請者の人的欠格事由」についての許可条件は、いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であるから、比較的容易にその必要性和合理性を肯定できる。

④「適正配置規制」は、不良医薬品の供給の防止の目的に直結する直接の関連性を有しないから、その必要性和合理性について、別途検討する必要がある。

適正配置規制は、主として不良医薬品の供給による国民の生命・健康に対する危険を防止することを内容とする消極目的に基づく規制であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止は不良医薬品の供給を防止する手段にすぎない。したがって、適正配置規制は、重要な公共の利益のための規制といえる。

しかし、適正配置規制は、設置場所の制限にとどまるものの、薬局等を開業する際には、経営上の採算や諸般の生活上の条件を考慮して自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるから、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有するものであるといえる。とす

A

最大判 S50.4.30・百192

れば、規制の必要性・合理性が認められるためには、適正配置規制がなければこれによる職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが合理的に認められることが必要であるというべきである。

そして、「適正配置規制の不存在—薬局等の偏在—競争の激化—経営の不安定—法規違反による不良医薬品の供給」という因果関係のうち、「適正配置規制の不存在—薬局等の偏在—競争の激化—経営の不安定」までは容易に想定される。しかし、経営が不安定化した薬局等において法規違反による不良医薬品の供給が起こるという危険が相当程度の規模で発生する可能性については、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とはいえない。したがって、手段の必要性の前提として要求される手段の適合性が認められない。したがって、「適正配置規制」は、必要かつ合理的な規制とはいえず、憲法 22 条に反し違憲である。⁵⁾

判旨：①「憲法 22 条 1 項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有すると規定している。職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。右規定が職業選択の自由を基本的人権の一つとして保障したゆえんも、現代社会における職業のもつ右のような性格と意義にあるものといえることができる。そして、このような職業の性格と意義に照らすときは、職業は、ひとりその選択、すなわち職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがって、右規定は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。」

「もつとも、職業は、前述のように、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、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、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法 22 条 1 項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、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に至るまで千差万

5) “ 薬事法事件判決では、…手段審査については、…目的と手段の合理的関連性を否定した。「厳格な合理性の基準」という定式からは、あたかも目的達成手段が必要最小限度にとどまらないことを、違憲判断の決め手にしたように想像されるが、本判決の理論はそうではない。もちろん本判決は、立入検査制の強化等の方策にも言及しているが、それは最終的には「供給業務に対する規制や監督の励行等によって防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠く」という形で、法が防止しようとする公益が害される危険の程度に関連づけて、手段の必要性を議論していることに注意すべきである。”（憲法 I 335 頁）

別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の職業につき私人による遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたした者にのみこれを認め、更に、場合によつては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義務を課し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様について規制する等、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法 22 条 1 項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつ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うえで慎重に決定されなければならない。この場合、右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その必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右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うるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。」

「職業の許可制は、法定の条件をみたし、許可を与えられた者のみにその職業の遂行を許し、それ以外の者に対してはこれを禁止するものであつて、右に述べたように職業の自由に対する公権力による制限の一態様である。このような許可制が設けられる理由は多種多様で、それが憲法上是認されるかどうかも一律の基準をもつて論じがたいことはさきに述べたとおりであるが、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うるためには、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し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである。そして、この要件は、許可制そのものについてのみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であつても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである。」

②「薬事法は、医薬品等に関する事項を規制し、その適正をはかることを目的として制定された法律であるが（1 条）、同法は医薬品等の供給業務に関して広く許可制を採用し、本件に関連する範囲についていえば、薬局については、5 条において都道府県知事の許可がなければ開設をしてはならないと定め、6 条において右の許可条件に関する基準を定

めており、また、医薬品の一般販売業については、24条において許可を要することと定め、26条において許可権者と許可条件に関する基準を定めている。医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、不良医薬品の供給（不良調剤を含む。以下同じ。）から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができる…。」

③「そこで進んで、許可条件に関する基準をみると、薬事法6条（この規定は薬局の開設に関するものであるが、同法26条2項において本件で問題となる医薬品の一般販売業に準用されている。）は、1項1号において薬局の構造設備につき、1号の2において薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数につき、2号において許可申請者の人的欠格事由につき、それぞれ許可の条件を定め、2項においては、設置場所の配置の適正の観点から許可をしないことができる場合を認め、4項においてその具体的内容の規定を都道府県の条例に譲っている。これらの許可条件に関する基準のうち、同条1項各号に定めるものは、いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であり、比較的容易にその必要性と合理性を肯定しうるものである…のに対し、2項に定めるものは、このような直接の関連性をもつておらず、本件において上告人が指摘し、その合憲性を争っているのも、専らこの点に関するものである。それ故、以下において適正配置上の観点から不許可の道を開くこととした趣旨、目的を明らかにし、このような許可条件の設定とその目的との関連性、及びこのような目的を達成する手段としての必要性と合理性を検討し、この点に関する立法府の判断がその合理的裁量の範囲を超えないかどうかを判断することとする。

④「右の適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給の防止のための手段であるにすぎないものと認められる。すなわち、小企業の多い薬局等の経営の保護というような社会政策的ないしは経済政策的目的は右の適正配置規制の意図するところではなく…、また、一般に、国民生活上不可欠な役務の提供の中には、当該役務のもつ高度の公共性にかんがみ、その適正な提供の確保のために、法令によつて、提供すべき役務の内容及び対価等を厳格に規制するとともに、更に役務の提供自体を提供者に義務づける等のつよい規制を施す反面、これとの均衡上、役務提供者に対してある種の独占的地位を与え、その経営の安定をはかる措置がとられる場合があるけれども、薬事法その他の関係法令は、医薬品の供給の適正化措置として右のような強力な規制を施してはおらず、したがって、その反面において既存の薬局等にある程度の独占的地位を与える必要も理由もなく、本件適正配置規制にはこのような趣旨、目的はなんら含まれていないと考えられるのである。…薬局の開設等の許可条件として地域的な配置基準を定めた目的が前記…に述べたところにあるとすれ

ば、それらの目的は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益といえることができるから、右の配置規制がこれらの目的のために必要かつ合理的であり、薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達することができないとすれば、許可条件の一つとして地域的な適正配置基準を定めることは、憲法22条1項に違反するものとはいえない。

「薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。しかしながら、薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的效果を有するものである。…現行法上国民の保健上有害な医薬品の供給を防止するために、薬事法は、医薬品の製造、貯蔵、販売の全過程を通じてその品質の保障及び保全上の種々の厳重な規制を設けているし、薬剤師法もまた、調剤について厳しい遵守規定を定めている。そしてこれらの規制違反に対しては、罰則及び許可又は免許の取消等の制裁が設けられているほか、不良医薬品の廃棄命令、施設の構造設備の改繕命令、薬剤師の増員命令、管理者変更命令等の行政上の是正措置が定められ、更に行政機関の立入検査権による強制調査も認められ、このような行政上の検査機構として薬事監視員が設けられている。これらはいずれも、薬事関係各種業者の業務活動に対する規制として定められているものであり、刑罰及び行政上の制裁と行政的監督のもとでそれが励行、遵守されるかぎり、不良医薬品の供給の危険の防止という警察上の目的を十分に達成することができるはずである。もつとも、法令上いかに完全な行為規制が施され、その遵守を強制する制度上の手当がされていても、違反そのものを根絶することは困難であるから、不良医薬品の供給による国民の保健に対する危険を完全に防止するための万全の措置として、更に進んで違反の原因となる可能性のある事由をできるかぎり除去する予防的措置を講じることは、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえない。しかし、このような予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上是認されるためには、単に右のような意味において国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とするというべきである。…薬局の開設等について地域的制限が存在しない場合、薬局等が偏在し、これに伴い一部地域において業者間に過当競争が生じる可能性があることは、さきに述べたとおりであり、このような過当競争の結果として一部業者の経営が不安定となるおそれがあることも、容易に想定されるところである。…しかし、…被上告人の指摘する医薬品の乱売に際して不良医薬品の販売の事実が発生するおそれがあったとの点も、それがどの程度のものであったか明らかでないが、そこで挙げられている大都市の一部地域における医薬品の乱

売のごときは、主としていわゆる現金問屋又はスーパーマーケットによる低価格販売を契機として生じたものと認められることや、一般に医薬品の乱売については、むしろその製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激しい販売合戦、流通過程における営業政策上の行態等が有力な要因として競合していることが十分に想定されることを考えると、不良医薬品の販売の現象を直ちに一部薬局等の経営不安定、特にその結果としての医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等に直結させることは、決して合理的な判断とはいえない。殊に、常時行政上の監督と法規違反に対する制裁を背後に控えている一般の薬局等の経営者、特に薬剤師が経済上の理由のみからあえて法規違反の挙に出るようなことは、きわめて異例に属すると考えられる。このようにみてくると、競争の激化一経営の不安定一法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとするのは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない。なお、医薬品の流通の機構や過程の欠陥から生じる経済上の弊害について対策を講じる必要があるとすれば、それは流通の合理化のために流通機構の最末端の薬局等をどのように位置づけるか、また不当な取引方法による弊害をいかに防止すべきか、等の経済政策的問題として別途に検討されるべきものであつて、国民の保健上の目的からされている本件規制とは直接の関係はない。

仮に右に述べたような危険発生の可能性を肯定するとしても、更にこれに対する行政上の監督体制の強化等の手段によつて有効にこれを防止することが不可能かどうかという問題がある。この点につき、被上告人は、薬事監視員の増加には限度があり、したがつて、多数の薬局等に対する監視を徹底することは實際上困難であると論じている。このように監視に限界があることは否定できないが、しかし、そのような限界があるとしても、例えば、薬局等の偏在によつて競争が激化している一部地域に限つて重点的に監視を強化することによつてその実効性を高める方途もありえないではなく、また、被上告人が強調している医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等は、不時の立入検査によつて比較的容易に発見することができるような性質のものともみられること、更に医薬品の製造番号の抹消操作等による不正販売も、薬局等の段階で生じたものというよりは、むしろ、それ以前の段階からの加工によるのではないかと疑われること等を考え合わせると、供給業務に対する規制や監督の励行等によつて防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠くというべきである。」

⑥「本件適正配置規制は、右の目的と前記…論じた国民の保健上の危険防止の目的との、二つの目的のための手段としての措置であることを考慮に入れるとしても、全体としてその必要性和合理性を肯定しうるにはなお遠いものであり、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない。…以上のとおり、薬局の開設等の許可基準の一つとして地域的制限を定めた薬事法6条2項、4項（これらを準用する同法26条2項）は、不良医薬品の供

給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものとい
うことができないから、憲法 22 条 1 項に違反し、無効である。」

【判例 9】 西陣ネクタイ事件

事案：生糸輸出の増進・蚕糸業の経営安定を目的として、一元輸入措置（＝外国産生糸の輸入は、日本蚕糸事業団（当時）から委託を受けた者又はその他政令で定める者でなければしてはならない）を定めた改正繭糸価格安定法の条項の違憲性が、国家賠償請求訴訟で主張された。

判旨：「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらずあえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法の評価を受けるものでないことは、当裁判所の判例とするところであり…、積極的な社会経済政策の実施の一手段として、個人の経済活動に対し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、許容するところであるから、裁判所は、立法府がその裁量権を逸脱し、当該規制措置が著しく不合理であることの明白な場合に限って、これを違憲としてその効力を否定することができるというのが、当裁判所の判例とするところである（昭和 45 年（あ）第 23 号同 47 年 11 月 22 日大法院判決・刑集 26 卷 9 号 586 頁）。そして、昭和 51 年法律第 15 号による改正後の繭糸価格安定法 12 条の 13 の 2 及び 12 条の 13 の 3 は、原則として、当分の間、当時の日本蚕糸事業団等でなければ生糸を輸入することができないとするいわゆる生糸の一元輸入措置の実施、及び所定の輸入生糸を同事業団が売り渡す際の売渡方法、売渡価格等の規制について規定しており、営業の自由に対し制限を加えるものではあるが、以上の判例の趣旨に照らしてみれば、右各法条の立法行為が国家賠償法 1 条 1 項の適用上例外的に違法の評価を受けるものではないとした原審の判断は、正当として是認することができる。所論は、違憲をも主張するが、その実質は原判決の右判断における法令違背の主張にすぎない。論旨は、採用することができない。」

【判例 10】 司法書士法違反事件

事案：司法書士法は、登記に関する手続の代理等を司法書士の業務と定め（2 条 1 項 1 号）、司法書士会に入会している司法書士以外の者にこれらの業務を行うことを原則として禁止し（19 条 1 項）、違反者を 1 年以下の懲役又は 30 万円以下の罰金に処する（25 条 1 項）ことを定めている。登記申請の代理を司法書士に原則的に独占させている司法書士法の合憲性が問題となった。

判旨：「司法書士法の右各規定は、登記制度が国民の権利義務等社会生活上の利益に重大な影響を及ぼすものであることなどにかんがみ、法律に別段の定めがある場合を除き、司法書士及び公共嘱託登記司法書士協会以外の者が、他人の嘱託を受けて、登記に関する手続について代理する業務及び登記申請書類を作成する業務を行うことを禁止し、これに違反した者を処罰することにしたものであって、右規制が公共の福祉に合致した合理的なもので憲法 22 条 1 項に違反するものでないことは、当裁判所の判例…の趣旨に徴し明らかである。」

解説：段階理論を前提にすると、司法書士の資格制は、主観的条件による事前規制であり、客観的条件による事前規制である薬局開設の距離制限よ

C

最判 H2.2.6・百 193

小売市場事件・最大判 S47.11.22・
百 191

B

最判 H12.2.8・百 195

百 195 解説 2

りも緩やかな規制態様のものであるという位置づけになる。

しかし、参入条件が主観的か客観的かという区別自体、必ずしも明快なものではない。なぜならば、生来の能力や資質は本人の努力で左右できない場合もあり、資格が常に自らの努力で克服できる主観的条件であるとは限らないし、他方、本人が適切な場所を選べば距離制限を克服することも可能だからである。

なお、本判決は消極目的規制の事例として判断したものと理解されている。

[判例 11] 酒類販売免許制事件

事案：酒税法は、酒類販売業について免許制度を定めるとともに、免許基準の一つとして「…その経営の基礎が薄弱であると認められる場合」には免許を与えないとすることができると規定していた。

要点：本判決は、①薬事法事件大法廷判決を参照して、「一般に許可制は、…狭義における職業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」と述べた。

その上で、②消極目的・積極目的のいずれでもない「租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」の存在を認め、「租税法の定立」については「総合的な政策判断」及び「極めて専門技術的な判断」が必要であるとの理由から「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」として、かかる目的に基づく「職業の許可制による規制については、その必要性と合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り」合憲であるとの判断基準を示した。これは、「明白」という表現が用いられていないため、明白性の原則よりは厳格な基準であると理解されている。

判旨：法令による職業規制の「合憲性の司法審査に当たっては、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と合理性については、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であるが、右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。ところで、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ものというべきである（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頁参照）。」

②「憲法は、租税の納税義務者、課税標準、賦課徴収の方法等については、すべて法律又は法律の定める条件によることを必要とすることのみを定め、その具体的内容は、法律の定めるところにゆだねている（30条、84条）。租税は、今日では、国家の財政需要を充足するという本来の機能に加え、所得の再分配、資源の適正配分、景気の調整等の諸機能をも有しており、国民の租税負担を定めるについて、財政・経済・社

芦部 239 頁

A

最判 H4.12.15・百 1 94

最大判 S50.4.30・百 1 92

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 1

92

会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とするばかりでなく、課税要件等を定めるについて、極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかである。したがって、租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、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いうべきである…。以上のことからすると、租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の職業の許可制による規制については、その必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法 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。」

③「酒税法は、酒類には酒税を課するものとし（1 条）、酒類製造者を納税義務者と規定し（6 条 1 項）、酒類等の製造及び酒類の販売業について免許制を採用している（7 条ないし 10 条）。これは、酒類の消費を担税力の表れであると認め、酒類についていわゆる間接消費税である酒税を課することとともに、その賦課徴収に関しては、いわゆる庫出税方式によって酒類製造者にその納税義務を課し、酒類販売業者を介しての代金の回収を通じてその税負担を最終的な担税者である消費者に転嫁するという仕組みによることとし、これに伴い、酒類の製造及び販売業について免許制を採用したものである。酒税法は、酒税の確実な徴収とその税負担の消費者への円滑な転嫁を確保する必要から、このような制度を採用したものと解される。酒税が、沿革的に見て、国税全体に占める割合が高く、これを確実に徴収する必要性が高い税目であるとともに、酒類の販売代金に占める割合も高率であったことにかんがみると、酒税法が昭和 13 年法律第 48 号による改正により、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に、このような制度を採用したことは、当初は、その必要性和合理性があったといふべきであり、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を免許制によって酒類の流通過程から排除することとしたのも、酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ重要な公共の利益のために採られた合理的な措置であったといふことができる。その後の社会状況の変化と租税法体系の変遷に伴い、酒税の国税全体に占める割合等が相対的に低下するに至った本件処分当時の時点においてもなお、酒類販売業について免許制度を存置しておくことの必要性及び合理性については、議論の余地があることは否定できないとしても、前記のような酒税の賦課徴収に関する仕組みがまだ合理性を失うに至っているとはいえないと考えられることに加えて、酒税は、本来、消費者にその負担が転嫁されるべき性質の税目であること、酒類の販売業免許制度によって規制されるのが、そもそも、致酔性を有する嗜好品である性質上、販売秩序維持等の観点からもその販売について何らかの規制が行われてもやむを得ないと考えられる商品である酒類の販売の自由にとどまることをも考慮すると、当時においてなお酒類販売業免許制度を存置すべきものとした立法府の判断が、前記のような政策的、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とまでは断定し難い。」⁶⁾

④「もっとも、右のような職業選択の自由に対する規制措置については、当該免許制度の下における具体的な免許基準との関係においても、その必要性和合理性が認められるものでなければならないことはいうまでもないところである。そこで、本件処分の理由とされた酒税法 10 条 10 号の免許基準について検討するのに、同号は、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に、酒類販売業の免許を与えないことができる旨を定めるものであって、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最も典型的な場合を規定したものということができ、右基準は、酒類の販売免許制度を採用した前記のような立法目的からして合理的なものということができる。また、同号の規定が不明確で行政庁のし意的判断を許すようなものであるとも認め難い。そうすると、酒税法 9 条、10 条 10 号の規定が、立法府の裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理であるということとはできず、右規定が憲法 22 条 1 項に違反するものということとはできない。」

補足：「私は、財政目的による規制は、いわゆる警察的・消極的規制ともその性格を異にする面があり、また、いわゆる社会政策・経済政策的な積極的規制とも異なると考える。一般論として、経済的規制に対する司法審査の範囲は、規制の目的よりもそれぞれの規制を支える立法事実の確実な把握の可能性によって左右されることが多いと思っている。）そして、そのような酒税の重要性の判断及び合理的な規制の選択については、立法政策に関与する大蔵省及び立法府の良識ある専門技術的裁量が行使されるべきであると考え。」

園部逸夫裁判官の補足意見

【判例 12】医薬品ネット販売事件

事案：新薬事法は、一般用医薬品を健康被害のリスクに応じて第 1 類医薬品・第 2 類医薬品・第 3 類医薬品に分けた上で、これらの販売・授与の方法等について規定するとともに、販売・授与の方法の具体的態様について厚生労働省令に委任していた。この委任を受けて、新薬事法施行規則は、第 1 類医薬品・第 2 類医薬品について、郵便等販売を一律に禁止するとともに、店舗における販売・授与・情報提供を対面によることを義務付けた。これにより、インターネット等での販売が可能な一般用医薬品は、第 3 類医薬品のみとなった。

B

最判 H25.1.11・百IIA19

6) 本判決は、酒類販売業の免許制について、薬事法事件大法廷判決を参照して、①「一般に許可制は、…狭義における職業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」と述べる一方で、②当該免許制は「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的」に基づくものであり、「総合的な政策判断」及び「極めて専門技術的な判断」が必要であるとの理由から、「必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り」合憲であると述べている。このように、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さがずれている。

職業規制に関する判例について、判例の立場であると理解されている利益較量論に従って理解するのであれば（総まくり 66 頁・脚注 8））、積極目的又は財政目的に基づく狭義の職業選択の自由に対する規制については、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さがずれることになる。利益較量論だからこそ、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さが異なることも許容されるのである。

これに対し、学説の違憲審査基準論に従って理解するのであれば、目的審査と手段審査とで厳格度を一致させる必要があるから、判例のように規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さが異なるということは許されない。この点については、職業規制が出題された平成 26 年司法試験の採点実感でも、「定立した審査基準と、目的審査において求められる正当性のレベルがかみ合っていないものが多かった。例えば、厳格な合理性審査を採りながら、目的が「正当」であればよいと記述している答案などである。」として批判されている。

本事件では、新薬事法施行規則は郵便等販売を広範に禁止するものであり、新薬事法の委任の範囲外の規制を定める違法なものではないかという点が問題となった。

要点：本事件の調査官解説によると、「委任命令が授権規定による委任の範囲内といえるか否か」は、授権規定の文理、授権規定が下位法令に委任した趣旨、授権法の趣旨・目的・仕組みとの整合性、委任命令によって制限される権利・利益の性質等を考慮して判断される。

そして、本判決は、(i) 安全面及び消費者の利便性の見地からみて、一般医薬品の販売・授与の方法を店舗における対面のものに限定すべき理由は乏しいという意見が、一般消費者、専門家・有識者等、さらには政府内部でも存在したこと、(ii) 「旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである」ことを理由に、委任の趣旨の解釈を厳格に行い、具体的には、「新薬事法 36 条の 5 及び 36 条の 6 を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授権の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要する」としている。

判旨：①「薬事法が医薬品の製造、販売等について各種の規制を設けているのは、医薬品が国民の生命及び健康を保持する上での必需品であることから、医薬品の安全性を確保し、不良医薬品による国民の生命、健康に対する侵害を防止するためである…。このような規制の具体化に当たっては、医薬品の安全性や有用性に関する厚生労働大臣の医学的ないし薬学的知見に相当程度依拠する必要があるところである。なお、上記事実関係等からは、新薬事法の立案に当たった厚生労働省内では、医薬品の販売及び授与を対面によって行うべきであり、郵便等販売については慎重な対応が必要であるとの意見で一致していたことがうかがわれる。」

②「そこで検討するに、上記事実関係等によれば、新薬事法成立の前後を通じてインターネットを通じた郵便等販売に対する需要は現実に相当程度存在していた上、郵便等販売を広範に制限することに反対する意見は一般の消費者のみならず専門家・有識者等の間にも少なからず見られ、また、政府部内においてすら、一般用医薬品の販売又は授与の方法として安全面で郵便等販売が対面販売より劣るとの知見は確立されておらず、薬剤師が配置されていない事実直接起因する一般用医薬品の副作用等による事故も報告されていないとの認識を前提に、消費者の利便性の見地からも、一般用医薬品の販売又は授与の方法を店舗における対面によるものに限定すべき理由には乏しいとの趣旨の見解が根強く存在していたものといえる。しかも、憲法 22 条 1 項による保障は、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の保障をも包含しているものと解されるところ…。旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである。これらの事情の下で、厚生労働大臣が制定した郵便等販売を規制する新施行規則の規定が、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの（行政手続法 38 条 1 項）であり、その委任の範囲

調査官解説 [岡田幸人]、憲法判例
の射程 211～213 頁、137～138 頁

を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんしゃくした上で、新薬事法 36 条の 5 及び 36 条の 6 を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するものというべきである。

③「しかるところ、新施行規則による規制は、前記…のとおり一般用医薬品の過半を占める第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止する内容のものである。これに対し、新薬事法 36 条の 5 及び 36 条の 6 は、いずれもその文理上は郵便等販売の規制並びに店舗における販売、授与及び情報提供を対面で行うことを義務付けていないことはもとより、その必要性等について明示的に触れているわけでもなく、医薬品に係る販売又は授与の方法等の制限について定める新薬事法 37 条 1 項も、郵便等販売が違法とされていなかったことの明らかな旧薬事法当時から実質的に改正されていない。また、新薬事法の他の規定中にも、店舗販売業者による一般用医薬品の販売又は授与やその際の情報提供の方法を原則として店舗における対面によるものに限るべきであるとか、郵便等販売を規制すべきであるとの趣旨を明確に示すものは存在しない。なお、検討部会における議論及びその成果である検討部会報告書並びにこれらを踏まえた新薬事法に係る法案の国会審議等において、郵便等販売の安全性に懐疑的な意見が多く出されたのは上記事実関係等のとおりであるが、それにもかかわらず郵便等販売に対する新薬事法の立場は上記のように不分明であり、その理由が立法過程での議論を含む上記事実関係等からも全くうかがわれないことからすれば、そもそも国会が新薬事法を可決するに際して第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を禁止すべきであるとの意思を有していたとはいい難い。そうすると、新薬事法の授權の趣旨が、第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止する旨の省令の制定までも委任するものとして、上記規制の範囲や程度等に応じて明確であると解するのは困難であるというべきである。

したがって、新施行規則のうち、店舗販売業者に対し、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品について、〔1〕当該店舗において対面で販売させ又は授与させなければならない(159 条の 14 第 1 項、2 項本文) ものとし、〔2〕当該店舗内の情報提供を行う場所において情報の提供を対面により行わせなければならない (159 条の 15 第 1 項 1 号、159 条の 17 第 1 号、2 号) ものとし、〔3〕郵便等販売をしてはならない (142 条、15 条の 4 第 1 項 1 号) ものとした各規定は、いずれも上記各医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止することとなる限度において、新薬事法の趣旨に適合するものではなく、新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべきである。」

第2節. 居住・移転の自由

1. 居住・移転の自由

(1) 意義・性質

「居住、移転」とは、住む場所（住所・居所）を選んでその場所に住み続け、あるいは別な場所に住み変える人間行動を意味する。¹⁾

このうち、「居住」は生活の本拠を決めることで、「移転」は生活の本拠を移すことであり、生活の本拠を自己決定できることに居住・移転の自由の人格関連性が見出される。

居住・移転の自由は、①資本主義経済の不可欠の要素である自由な経済活動の基礎的条件であるとともに、②自己の移動したいところに移動できるという点で人身の自由としての側面をもち、さらには、③自己の選択するところに居を定め様々な自然と人に接し、私生活を形成維持することで、人格形成・精神生活にとって決定的に重要であるという意味で、精神的自由としての側面も有する。

【論点1】 一時的な移動の自由

「居住、移転の自由」には、住所・居所の決定・変更を伴わない一時的な移動の自由も含まれるか。

確かに、人を一定の土地と結び付ける身分制度を固定させていた封建社会から脱却して近代社会を形成したときに、職業選択の自由の当然の前提として自由に住所・居所を定めそれを移動させることを認めるためという「居住、移転の自由」の経済的自由としての側面からは、住所・居所の決定・変更を伴わない一時的な移動の自由が「居住、移転の自由」に含まれると説明することはできない。

しかし、「居住、移転の自由」には、人身の自由の側面と、他者との意見や情報の交流などを通じて人格の形成・発展に役立つという精神的自由の側面もあるところ、一時的な移動にもこれらの側面が認められる。

そこで、「移転の自由」には一時的な移動の自由も含まれると解する。

(2) 審査基準

「居住、移転の自由」に対する制約についての違憲審査基準の厳格度は、主として、制約されている「居住、移転の自由」の性質と制約の態様を考慮して判断するべきである。

まず、制約されている「居住、移転の自由」が経済的自由の側面のみならず、人身の自由や精神的自由の側面を有するのであれば、そのことが違憲審査基準の厳格度を上げる方向で評価される。

次に、制約が強度であれば、そのことも違憲審査基準の厳格度を上げる方向で評価される。

(3) 判例

以下では、居住・移転の自由に関する判例を取り上げる。

【判例1】 帆足計事件

事案：帆足計は、モスクワで開催される国際経済会議に出席するために、外務大臣に対してソ連行き的一般旅券の申請をしたところ、外務大臣が旅券法13条1項5号（現：7号）の「著しく且つ直接に日本国の利益又

B

赤坂 163 頁

憲法 I 319 頁

佐藤 296 頁

B

旅券発給拒否処分事件・最判
S60.1.22・伊藤正己裁判官の補足意見、令和2年司法試験・採点実感

芦部 239 頁、2016 法セミ 12 頁

平成2年司法試験の出題趣旨・採点
実感

C

最大判 S33.9.10・百 I 105

¹⁾ 「居住、移転の自由」については、「自己の住所または居所を自由に決定し、移動すること」という定義もある（芦部 230 頁）。

は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」に当たると認定し、旅券の発給を拒否したため、モスクワの国際経済会議に出席することができなくなり、海外渡航をする権利に対する侵害を理由として、国に対する国家賠償を求めて出訴した。

判旨：①「憲法 22 条 2 項の「外国に移住する自由」には外国へ一時旅行する自由を含むものと解すべきであるが、外国旅行の自由といえども無制限のままに許されるものではなく、公共の福祉のために合理的な制限に服するものと解すべきである。そして旅券発給を拒否することができる場合として、旅券法 13 条 1 項 5 号が、「著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」と規定したのは、外国旅行の自由に対し、公共の福祉のために合理的な制限を定めたものとみることができ、所論のごとく右規定が漠然たる基準を示す無効のものであるということとはできない。」

②「論旨は、旅券法 13 条一項 5 号が仮りに違憲でないとしても、本件の旅券発給申請は、同条に該らないに拘らず、原判決が同条を適用してその発給を拒否した外務大臣の処分を適法であると認めたのは同条の解釈適用を誤った違法がある。又本件拒否処分は国家賠償法 1 条 1 項にいう故意過失があつたものとはいえない旨の判示も同条の解釈を誤った違法があると主張する。しかし、旅券法 13 条 1 項 5 号は、公共の福祉のために外国旅行の自由を合理的に制限したものと解すべきであることは、既に述べたとおりであつて、日本国の利益又は公安を害する行為を将来行う虞れある場合においても、なおかつその自由を制限する必要のある場合のありうることは明らかであるから、同条をことさら所論のごとく「明白かつ現在の危険がある」場合に限ると解すべき理由はない。」

解説：原告の海外渡航の目的は、モスクワで開催される国際経済会議に出席するという表現行為にあるから、仮に法令違憲とみることができないとしても、本件旅券発給拒否処分について、厳格な裁量統制が行われるべきであり、具体的には、日本国の利益又は公安を害する相当の蓋然性が客観的に存在していることが要求されるべきである、との指摘もある。

芦部 231 頁、赤坂 167 頁

【判例 2】ハンセン病訴訟

事案：らい予防法（昭和 28 年成立）は、昭和 20 年代前半までにハンセン病が伝染し発病に至るおそれが極めて低い病気であることが広く認められ、ハンセン病に著効を示すプロミンの登場により、ハンセン病が治療可能で不治の病気であるとの観念が妥当しなくなっていたにもかかわらず、患者の強制隔離・外出制限・懲戒検束規定などの旧法の基本原理を引き継いだまま成立した。

らい予防法 11 条の国立療養所に入所していた X らは、国に対し、厚生大臣が策定・遂行したハンセン病患者の隔離政策が違法であること、及び国会議員がらい予防法を制定した立法行為又はらい予防法を平成 8 年まで改廃しなかった立法不作為が違法である等として、国家賠償を求めて出訴した。

要点：①本判決は、「居住・移転の自由」については、「経済的自由の一環」「人身の自由」としての側面のみならず、「自己の選択するところに従い社会の様々な事物に触れ、人と接しコミュニケーションする」という「人

B

熊本地判 H13.5.11・百 II 192

が人として生存する上で決定的重要性を有すること」にとって「不可欠の前提というべきものである」としている。

②「新法の隔離規定によってもたらされる人権の制限」の評価については、「当該患者の人生に決定的に重大な影響を与え…、人として当然に持っているはずの人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわれ、その人権の制限は、人としての社会生活全般にわたるものである」との理由から、「このような人権制限の実態は、単に居住・移転の自由の制限ということで正当には評価し尽くせず、より広く憲法 13 条に根拠を有する人格権そのものに対するものにとらえるのが相当である」とする。

③人権制限の許容性については、新法の隔離規定による人権制限の重大性を理由に、「最大限の慎重さ」が必要であり、「伝染予防のために患者の隔離以外に適当な方法がない場合で…、しかも、極めて限られた特殊な疾病にのみ許されるべきものである」と述べ、④の通り、「遅くとも昭和 35 年には、新法の隔離規定は、その合理性を支える根拠を全く欠く状況に至っており、その違憲性は明白となっていた」とする。

⑤法律が違憲である場合における国家賠償責任については、「少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとする」新法の隔離規定による人権侵害事案では「多数決原理」による救済が望めないという事案の特殊性を理由に、「議会制民主主義や多数決原理」を根拠として国家賠償法上の「違法」要件を限定した在宅投票廃止違憲訴訟最高裁判決の判断枠組みは、そのままの形では本件に妥当しないとしている。

判旨：①「憲法 22 条 1 項は、何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転の自由を有すると規定している。この居住・移転の自由は、経済的自由の一環をなすものであるとともに、奴隷的拘束等の禁止を定めた憲法 18 条よりも広い意味での人身の自由としての側面を持つ。のみならず、自己の選択するところに従い社会の様々な事物に触れ、人と接しコミュニケーションすることは、人が人として生存する上で決定的重要性を有することであって、居住・移転の自由は、これに不可欠の前提というべきものである。新法は、6 条、15 条及び 28 条が一体となって、伝染させるおそれがある患者の隔離を規定しているのであるが、いうまでもなく、これらの規定（以下「新法の隔離規定」という。）は、この居住・移転の自由を包括的に制限するものである。」

②「ただ、新法の隔離規定によってもたらされる人権の制限は、居住・移転の自由という枠内での確に把握し得るものではない。ハンセン病患者の隔離は、通常極めて長期間にわたるが、たとえ数年程度に終わる場合であっても、当該患者の人生に決定的に重大な影響を与える。ある者は、学業の中断を余儀なくされ、ある者は、職を失い、あるいは思い描いていた職業に就く機会を奪われ、ある者は、結婚し、家庭を築き、子供を産み育てる機会を失い、あるいは家族との触れ合いの中で人生を送ることを著しく制限される。その影響の現れ方は、その患者ごとに様々であるが、いずれにしても、人として当然に持っているはずの人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわれるのであり、その人権の制限は、人としての社会生活全般にわたるものである。このような人権制限

最判 S60.11.21・百 II 191

の実態は、単に居住・移転の自由の制限ということで正当には評価し尽くせず、より広く憲法 13 条に根拠を有する人格権そのものに対するものととらえるのが相当である。」

③「もっとも、これらの人権も、全く無制限のものではなく、公共の福祉による合理的な制限を受ける。しかしながら、前述した患者の隔離がもたらす影響の重大性にかんがみれば、これを認めるには最大限の慎重さをもって臨むべきであり、伝染予防のために患者の隔離以外に適当な方法がない場合でなければならず、しかも、極めて限られた特殊な疾病にのみ許されるべきものである。」

④「これを本件についてみるに、…新法制定当時の事情、特に、ハンセン病が感染し発病に至るおそれが極めて低いものであること及びこのことに対する医学関係者の認識、我が国のハンセン病の蔓延状況、ハンセン病に著効を示すプロミンの登場によって、ハンセン病が十分に治療が可能な病気となり、不治の悲惨な病気であるとの観念はもはや妥当しなくなっていたことなど、当時のハンセン病医学の状況等に照らせば、新法の隔離規定は、新法制定当時から既に、ハンセン病予防上の必要を超えて過度な人権の制限を課すものであり、公共の福祉による合理的な制限を逸脱していたというべきである。そして、さらに、…新法制定以降の事情、特に、昭和 30 年代前半までには、プロミン等スルフォン剤に対する国内外での評価が確定的なものになり、また、現実にも、スルフォン剤の登場以降、我が国において進行性の重症患者が激減していたこと、昭和 30 年から昭和 35 年にかけても新発見患者数の顕著な減少が見られたこと、昭和 31 年のローマ会議、昭和 33 年の第 7 回国際らい会議（東京）及び昭和 34 年の WHO 第 2 回らい専門委員会などのハンセン病に関する国際会議の動向などからすれば、遅くとも昭和 35 年には、新法の隔離規定は、その合理性を支える根拠を全く欠く状況に至っており、その違憲性は明白となっていたというべきである。」

⑤「ある法律が違憲であっても、直ちに、これを制定した国会議員の立法行為ないしこれを改廃しなかった国会議員の立法不作為が国家賠償法上違法となるものではない。この点について、最高裁昭和 60 年 11 月 21 日第一小法廷判決（民集 39 卷 7 号 1512 頁）は、在宅投票制度を廃止しこれを復活しなかった立法行為についての事案について、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けない」と判示し、その後にも、これと同旨の最高裁判決がある。…しかしながら、右の最高裁昭和 60 年 11 月 21 日判決は、もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする。右判決は、その論拠として、議会制民主主義や多数決原理を挙げるが、新法の隔離規定は、少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとするものであり、その適否を多数決原理にゆだねることには、もともと少数者の人権保障を脅かしかねない危険性が内在されているのであって、右論拠は、

本件に全く同じように妥当するとはいえない。また、その後の最高裁判決の事案も、一般民間人戦災者を対象とする援護立法をしないことに関するもの…、生糸の輸入制限に関するもの…、民法 733 条の再婚禁止期間に関するもの…等であり、本件に匹敵するようなものは全く見当たらない。もっとも、右一連の最高裁判決は、立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのは、容易に想定し難いような極めて特殊で例外的な場合に限られるべきである旨判示しており、その限りでは、本件にも妥当するものである。ただ、右判決の文言からも明らかなように、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」ことは、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件とは解されない。右一連の最高裁判決が「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」との表現を用いたのも、立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎないものというべきである。

2. 国籍離脱の自由

「国籍」は、特定の国家に所属することを表す資格であり、それを個人の自由意思で離脱することは、明治憲法時代の国籍法では許されず、原則として政府の許可を必要とした。その意味で、憲法 22 条が国籍離脱の自由を認めたことは、一つの画期といえよう。

しかし、それは、無国籍になる自由を含むものではない。国籍法が「外国の国籍を取得したときは、日本の国籍を失う」（11 条 1 項）と定めているのは、その趣旨である。

もっとも、最近の急激な国際化の動きは、「国籍唯一の原則」に基づく従来の厳格な重国籍防止の考えに波紋を広げている。

C

芦部 241 頁