

判例評釈

〔社会保障判例研究〕

東京社会保障判例検討会

あん摩マッサージ指圧師法19条1項の合憲性

(最二小判令和4年2月7日民集76巻2号101頁)

遠藤美奈

I. 事案の概要

学校法人である X (原告・控訴人・上诉人) は、平成27年、運営する医療専門学校につき、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 (昭和22年法律217号。以下、「法」という。) 2条2項に基づき、厚生労働大臣に対し、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について同条1項の認定を申請したところ、「当分の間」、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は、同項の認定をしないことができるとする法の附則に置かれた19条1項 (以下、「本件規定」という⁽¹⁾。) により、上記認定をしない旨の処分 (以下、「本件処分」という。) を受けた。そのため、X は、本件規定が憲法22条1項等に違反し無効であるとして、国 (被告・被控訴人・被上诉人) に対し処分の取消しを求めて出訴した。一審判決 (東京地判令和元年12月16日判時2458号18頁、民集76巻2号132頁) は X の違憲の主張を斥けて請求を棄却し、控訴も棄却された (東京高判令和2年12月8日民集76巻2号181頁) ことから、X が上告した。

II. 法の定め

1条 医師以外の者で、あん摩、マッサージ若しくは指圧、はり又はきゆうを業

(1) 本件規定は法制定時の当初附則中に置かれた規定であるが、条名には本則からの通し番号が付されている。一審・控訴審はともに「附則19条1項」と表記していたのに対し、最高裁が「法19条1項」としたのはこのためと思われる。本稿では最高裁の表記に従った。

としようとする者は、それぞれ、あん摩マッサージ指圧師免許、はり師免許又はきゆう師免許（以下免許という。）を受けなければならない。

2 条 免許は、学校教育法〔略〕第90条第1項の規定により大学に入学することのできる者〔略〕で、3年以上、文部科学省令・厚生労働省令で定める基準に適合するものとして、文部科学大臣の認定した学校又は次の各号に掲げる者の認定した当該各号に定める養成施設において解剖学、生理学、病理学、衛生学その他あん摩マッサージ指圧師、はり師又はきゆう師となるのに必要な知識及び技能を修得したものであつて、厚生労働大臣の行うあん摩マッサージ指圧師国家試験、はり師国家試験又はきゆう師国家試験〔略〕に合格した者に対して、厚生労働大臣が、これを与える。

一 厚生労働大臣 あん摩マッサージ指圧師の養成施設、あん摩マッサージ指圧師及びはり師の養成施設、あん摩マッサージ指圧師及びきゆう師の養成施設又はあん摩マッサージ指圧師、はり師及びきゆう師の養成施設

二 都道府県知事 はり師の養成施設、きゆう師の養成施設又ははり師及びきゆう師の養成施設

2 前項の認定を申請するには、申請書に、教育課程、生徒の定員その他文部科学省令・厚生労働省令で定める事項を記載した書類を添付して、文部科学省令・厚生労働省令の定めるところにより、これを文部科学大臣、厚生労働大臣又は養成施設の所在地の都道府県知事に提出しなければならない。

3 第1項の学校又は養成施設の設置者は、前項に規定する事項のうち教育課程、生徒の定員その他文部科学省令・厚生労働省令で定める事項を変更しようとするときは、文部科学省令・厚生労働省令の定めるところにより、あらかじめ、文部科学大臣、厚生労働大臣又は同項の都道府県知事の承認を受けなければならない。

19 条 当分の間、文部科学大臣又は厚生労働大臣は、あん摩マッサージ指圧師の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合、あん摩マッサージ指圧師に係る学校又は養成施設において教育し、又は養成している生徒の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合その他の事情を勘案して、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は、あん摩マッサージ指圧師に係る学校又は養成施設で視覚障害者以外の者を教育し、又は養成するものについての第2条第1項の認定又はその生徒の定員の増加についての同条第3項の承認をしないことができる。

2 文部科学大臣又は厚生労働大臣は、前項の規定により認定又は承認をしない

処分をしようとするときは、あらかじめ、医道審議会の意見を聴かなければならない。

Ⅲ．判旨（上告棄却）

「第2 上告理由のうち本件規定の憲法22条1項違反をいう部分について

1（1）本件規定は、法の下での養成施設等〔注：あん摩マッサージ指圧師に係る学校及び養成施設を併せて指す〕の位置付けに照らせば、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、それぞれ制限するものといえる。

（2）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、こうした職業の自由に対する規制措置は事情に応じて各種各様の形をとるため、その同項適合性を一律に論ずることはできず、その適合性は、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。この場合、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のであって、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である。

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ものというべきである（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頁参照。）。

（3）本件規定は、その制定の経緯や内容に照らせば、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る。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、対象となる社会経済等の実態についての正確な基礎資料を収集した上、多方面にわたりかつ相互に関連する諸条件について、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、視覚障害がある者についていかなる方法でどの程度の保護を図るのが相当であるかという、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ものである。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ものと解される。

(4) 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というべきである。

2 (1) 前記事実関係等によれば、視覚障害がある者は、その障害のために従事し得る職業が限られ、一般的に就業率も高くないところ、あん摩マッサージ指圧師は、本件規定の施行以前から、その障害にも適する職種とされ、その多くが職業として就いていた。その後、視覚障害がある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ということができる。現に、あん摩マッサージ指圧師は、障害者の雇用の促進等に関する法律48条1項及び同法施行令11条により、所定の視覚障害がある者に係る特定職種（労働能力はあるが障害の程度が重いため通常の職業に就くことが特に困難である身体障害者の能力にも適合すると認められる職種）として定められている。その一方で、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。

これらの事情に加えて、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といえること等も考慮すれば、視覚障害がある者について障害基

礎年金等の一定の社会福祉施策が講じられていることを踏まえても、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のもって、不合理であるということとはできない。

(2) 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のは、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る。そして、前記事実関係等によれば、本件処分当時においても、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といえる。

(3) 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とはできない。

3 したがって、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）の趣旨に徴して明らかというべきである。」

草野耕一裁判官の意見

「職業活動の主たる意義の一つは、当該職業活動が生み出す商品役務の効用（福利の増加）にある」。「この効用が生み出す付加価値が、市場の働きを通して、当該商品役務の供給者と需要者の双方に利益をもたらすことは、普遍の真理といえる。これまで、憲法22条1項適合性の問題は、主として、商品役務の供給者の利益に対する制約の問題として論じられてきたように思われるが、職業活動に対する制約は、当該職業活動が生み出す商品役務に対する需要の充足を妨げ、その需要者が受ける利益を減少させることにつながるから、職業活動に対する制約の合理性を考えるに当たっては、それによってもたらされる需要者の利益の減少についても検討がされるべきである。」

IV. 検討（結論、判旨ともに賛成）⁽²⁾

1. 判例法理の動向

あん摩、マッサージ若しくは指圧、はり又はきゅう業については免許制が採用され、医師を除き免許を有しない者には、これらの業を行うことが禁止されている（法1条）。免許制による業務独占がとられたのは、これらの業務が医業類似行為に該当することによる。⁽³⁾ 本件では免許制そのものは問題とされておらず、あん摩マッサージ指圧師の免許を取得するために合格しなければならないあん摩マッサージ指圧師試験の受験資格として、そこで3年以上必要な知識技能を習得することが求められる養成施設の非認定処分について争われる中で、本件処分の根拠となった本件規定の憲法適合性について判断が示されたものである。

職業選択の自由に対する規制の違憲審査に際しては、小売市場事件判決（最大判昭和47・11・22刑集26巻9号586頁）及びこれを踏まえた薬事法判決（最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁）の読解から、最高裁が積極・消極の規制目的二分論を採用したものと理解されてきた。しかしその後、財産権領域で二分論を用いなかった森林法判決（最大判昭和62・4・22民集41巻3号408頁）、財政目的の許可制による規制への審査で積極・消極の文言を用いなかった酒類販売免許制事件判

(2) 以下、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師が「あはき師」、あん摩マッサージ指圧、はり、きゅうが「あはき」と略されることがある。

(3) 厚生省健康政策局医事課編著『逐条解説 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／柔道整復師法』（ぎょうせい、1990年）27頁によれば、「あん摩、マッサージ若しくは指圧、はり又はきゅうの業務は、医業と密接な関係にあり、身体に及ぼす影響も大きいので、これらの業を行うことを一般には禁止し、免許を取得した者はこの禁止を解除されて業をなすものと説明されている。こうした規制の有効性への疑義を含め、米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016年）89-91頁も参照。

決（最一小判平成4・12・15民集46巻9号2829頁）や、二分論に対しそれぞれ異なるアプローチをとった公衆浴場許可制に関する刑事・行政事件の2判決（最一小判平成元・1・20刑集43巻1号1頁、最一小判平成元・3・7判時1308号111頁）など、最高裁における二分論の採用を疑わせる判決が登場し、さらに、たばこ小売販売業許可制事件（最一小判平成5・6・25判時1475号59頁）など、二分論になじむ事案ながら積極目的であることを明言しない判決も示され、判例法理は図式的・機械的には捉えられないと評価されている⁽⁴⁾。そうした中、最近になって要指導医薬品指定事件判決（最一小判令和3・3・18民集75巻3号552頁）が、二分論ならば消極といえる目的のために許可制以外の手段を用いた規制に係る判断枠組みを明らかにしたところであり、もう一方のカテゴリーである積極といえる目的のために「許可制の性質を有する」手段が取られたことが争われた本判決は、職業選択の自由についての引き続き重要判例となった。

なお、原告及びそのグループ学校法人は本件のほかに、大阪地裁及び仙台地裁に同様の非認定処分の取消訴訟を提起している（以下それぞれ「大阪訴訟」「仙台訴訟」という）。大阪訴訟については、大阪地判令和2・2・25判時2458号39頁（請求棄却）、大阪高判令和3・7・9判タ1494号58頁（控訴棄却）、仙台訴訟については仙台地判令和2・6・8判例集未登載（LEX/DB 文献番号25566351、請求棄却）、仙台高判令和2・12・14判タ1497号69頁（控訴棄却）と進行していたが、いずれの上告も本判決と同日に、同じく第二小法廷ですべて棄却されたとのことである⁽⁵⁾。

2. 先例との関係と憲法適合性の判断枠組み

(1) 職業の自由制約に係る基本的な考え方

本件事案では、本件規定の採用する許可制の性質を有する規制によって、視覚障害者以外の者（以下、「以外者」という。）を対象とする養成施設等の設置者の職業の自由とともに、養成施設等における知識・技能習得の機会が事実上制限されることに由来して、あん摩マッサージ指圧師の免許を取得しようとする以外者の職業の自由についても、制約されることが問題となる⁽⁶⁾。

(4) 戸松秀典『憲法』（弘文堂、2015年）325頁、長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣、2017年）471頁〔矢野常寿執筆〕参照。

(5) 社会福祉法人日本視覚障害者団体連合 web サイトの情報による（<http://nichimou.org/notice/191216-jouhou-3/#ahaki10>、以下情報取得はすべて2022年10月2日）。

(6) 伊藤健「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」Watch・憲法 No.198（https://www.lawlibrary.jp/pdf/z18817009-00-011982163_tkc.pdf、2022年4月22日掲載）4頁注1は、本判決が職業の自由を制約される主体として二者を想定したのは、職業活動に対する制約の合理性は、商品役務の供給者の利益だけでなく需要者の

本判決は憲法適合性の判断枠組みについて、まず、本件規定による規制が許可制の性質を有することを前提に、①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」、手段の「具体的内容及び必要性と合理性」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」で尊重されるが、②この「合理的裁量の範囲」には事の性質上広狭があるところ、③許可制という職業の自由への強力な制限を合憲というには、「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、以上を薬事法判決の参照部分とする。そのうえで、④経済的弱者の立場にある視覚障害者の保護という、「公共の福祉に合致すること」が明らかな目的のための規制措置の必要性と合理性は、専門的、技術的評価に基づき国政全般からの総合的な政策判断を要するために「立法府の政策的、技術的判断に委ねるべきものである」から、裁判所は「基本的にはその裁量の判断を尊重すべきものと解される」とし、⑤許可制の性質を有する本件規定は、「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」、憲法22条1項に反しないとする。

①～③の部分の判示は、酒類販売免許制事件判決における薬事法判決の引用法を基本的に踏襲した記述といえるが、一方で、薬事法判決オリジナルへの「回帰」も見られる点が目を惹く。①は、憲法22条1項適合性に係る判断の、最高裁の「デフォルト」とも見うる一般的枠組みであり、小売市場事件の判示と矛盾しない形で、多種多様な規制目的を包摂するように薬事法違憲判決において一般化され整理されたものと理解される。本判決で、薬事法判決に存在した規制の多種多様性と積極／消極への言及を含む規制目的の千差万別性に関する記述が見られないのは酒類販売免許制事件と同様であるが、興味深いのは、①と②の間に、規

利益も考慮すべきとする草野裁判官の意見に由来していた可能性を示唆する。

(7) 上田健介「京都府風俗案内所規制条例の合憲性」民商153巻5号777頁(2017年)及びそこで参照されているLS憲法研究会編『プロセス演習憲法〔第4版〕』(信山社、2011年)310頁〔石川健治執筆〕。

(8) そもそも小売市場事件で「職業選択の自由」の含意として焦点化されたのは、その制約の違憲を主張する被告人に株式会社が含まれるにもかかわらず、「個人の経済活動の自由」(傍点筆者)だったのであり、それだけでも同事件の判示は、爾後の事案で職業規制の判断に係る一般論としては用いにくかったのではないか。このずれを意識したのか、薬事法判決では権利主体としての「個人」は封印されたが、同判決で「個性の発揮」を主張する法人企業について「人格的価値」を語れるかという問題は残る(石川健治「薬事法違憲判決」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選〔第7版〕』〔有斐閣、2019年〕199頁)。なお、最高裁は自然人以外の主体にも「職業の自由」概念を用いているが、その場合は「職業」という語から、「業」として遂行する経済活動という意味を取り出しているのであろうか。

制措置の憲法22条1項適合性を決定するのに必要な「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る」とする記述が、見られる点である。

この部分は薬事法判決に登場して以後、長く最高裁が引用することのなかったものが、2021（令和3）年の要指導医薬品指定事件判決で第一小法廷において復活し、本判決においても記述が維持されたものである。機能論を強く前景化する記述の意図は判旨から明らかではなく、推測するほかはないが、要指導医薬品指定事件では、この判決に先行して、委任の趣旨を逸脱した省令による医薬品のネット販売規制が違法とされていたため⁽⁹⁾、行政との関係でも立法府の権限と責務の第一次性をあらためて強調すべきとの判断がありうること、また、同事件判決に引き続く本件で判断枠組みの「デフォルト」部分から当該記述を再び省いて記述に違いが生じると、両者における規則目的の違いと結びつけられて意図しない趣旨が読み取られるのを懸念したことなどが考えられるとともに、より本質的には、本件規定が1964（昭和39）年に制定されてから70年近くが経過しているにもかかわらず実質的には改正されていない中で、④に示されるような視覚障害者の保護に係る国政全般からの総合的政策判断の責を負う立法府に、その権限と責務の自覚を促しているようにも見えなくもない。

②に続く③で許可制が合憲となる要件が示され、薬事法違憲判決の引用が終わると、今度は④で小売市場事件を下敷きとしつつ、「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項に反しないと判断枠組みが示される。このきわめて緩やかな枠組みは、本件の「事の性質」に照らして、「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」ことについての立法府の裁量判断は基本的に尊重されるとして、立法裁量の否定される機会が狭められたことと連動する。立法府に対して裁判所がこのような態度をとる理由は、本件事案における規制の必要性や内容の適切妥当性を判断するには「正確な基礎資料の収集」を行ったうえで「国政全般からの総合的な政策判断」を要すること——本件の「事の性質」にあたる——によると説明されており、裁量の広狭に係る判断は目的二分論の機械的整理にはよらないことを確認させる判示といえよう。この点、

(9) 最二小判平成25・1・11民集67巻1号1頁。

(10) 本件の「事の性質」の認定につき、最高裁が「本件規制の必要性等について立法府の判断を尊重しなければならない実質的な根拠を提示しようとしたと評価」しようとする、武田芳樹「あん摩マッサージ指圧師養成施設非認定事件上告審判決」法教503号125頁（2022年）及び貝阿彌亮「あんまマッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律19条1項と憲法22条1項」ジュリ1579号119頁（2023年）参照。この点、立法府の合理的裁量の範囲の広狭について、やはり長らく最高裁判決で引用されることのない薬事法判決の、「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」決すべきという手順に関する記載が、要指導医薬品指定事件判決ではなく本判決で復活していた点が興味深い。その理由もまた明

本件から30年を遡るたばこ小売販売業許可制事件判決は、明白の原則による当てはめのための簡潔な判示にとどまるところ、その判時匿名解説において、本件判決とほぼ同じ判断枠組みが製造たばこの小売販売業の許可制度に「妥当すると考えられる」司法審査基準としてすでに示されていたことは、小売市場事件と本件の間を埋めて、当時もカテゴリカルでない判断基準の導出が行われていた可能性を推察させるものとして興味深い。なお、東京訴訟・大阪訴訟各一審は十分な説明のないまま判断枠組みから「明白」の要件を落とし、「著しく不合理である場合に限って」としていたが⁽¹¹⁾、本判決は、積極目的に分類される規制のうち本件のように許可制の性質を持つものであっても、小売市場事件の示した判断枠組みへは緩厳の調整を要しないことを示したものといえよう。

もっとも、一口に積極目的といっても、その内容は様ではない。この先、判断枠組みの調整は起こりうることであるし、枠組みは同じでも具体的な当てはめの仕方は変化するかもしれない。

この点につき次に検討する。

(2) 積極目的の「グラデーション」

本件規定の目的と認定された「経済的弱者の立場にある」視覚障害者の保護⁽¹³⁾については、学説からも目的の正当性に疑義を呈する見解は見られない。のみならず、同じ積極目的規制でも小売市場事件における距離制限などに比して「正当性が格段に高い」とまで評価されている⁽¹⁴⁾。このように積極目的と一括りにされる中にも、個々の目的ないし保護法益そのものは様ではない。また、最高裁で扱われてきた積極目的規制で実現が目指されたのは、本来の意味での生存権ではなく、「特定の既存業者」の「生存権の営業利益」であることに学説からは注意が

らかではないが、裁量の広狭を正面からは判断しなかった要指導医薬品指定事件判決と異なり、本判決では、立法府の判断は尊重されるという裁判所の態度表明がなされており、武田のいうその「実質的根拠」が「提示」される手順を確認したものと見ることもできようか。

(11) 判時1475号59-60頁(1994年)。

(12) 松本哲治「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附則19条1項の規定と憲法22条1項」判評749号3-4頁(2021年)は、先例理解の観点からこのことに疑問を呈していた。なお、仙台訴訟一審は判断枠組みとしては「著しく不合理であることが明白である場合に限り」憲法22条1項に違反するとしていた。

(13) 本件規定による措置に現在も依然として意義があるとするものとして、本件一審に係る彼谷環『『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』Watch・憲法No.171 (http://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-011711879_tkc.pdf, 2020年5月15日掲載) 3頁。より広い文脈で本件規定を検討する石村修「あんま師等法附則第19条における視覚障害者への優遇策」専法135号349-366頁(2019年)も参照。

(14) 松本・前掲注12) 5頁。

促されていた⁽¹⁵⁾。もっとも、積極目的規制は必ずしも狭義の生存権保障と直結しない、「積極的な社会経済政策」も許容しうるところである。

そこで判断枠組みに明白の原則を用い、積極目的規制が問われた（と見うる）判例における保護の対象となる、「経済的劣位に立つ者」（小売市場事件判決）の劣位性ないし経済的弱者性について見てみたい。まず、小売市場事件の規制措置では、小売商における既存業者の利益（営業できていることの利益）が新規参入希望業者の利益（共倒れリスクを伴う事業を選択し遂行する自由）に優先されたが、両者の違いは既存か新参かでしかないために「弱者性において」差があるように思われず、公衆浴場許可制刑事事件判決も同様の構造をもつように見える。西陣ネクタイ事件判決（最三小判平成2・2・6 訟月36巻12号2242頁）は、衰退する国内養蚕業者の利益（業界保護）を国内絹ネクタイ生地製造業者の利益（安価な外国産生糸を輸入しての事業遂行）に優先したことになり、零細業者を保護するコストを「業態としては非常に零細なところに押しつけ」、弱者サークルの中でコストが転嫁されているとの指摘がある⁽¹⁶⁾。農作物共済強制加入事件判決（最三小判平成17・4・26判時1898号54頁）は、規制措置が「米の安定供給と米作農家の経営の保護」を保護法益とすることから積極目的と見る余地はあるが、米作農家の保護は主食の生産確保のためであり弱者としてではない⁽¹⁷⁾。これらに比べればたばこ小売販売規制は、社会福祉的配慮で開業を認められた身体障害者や寡婦等を少なからず含む、零細個人事業の経営悪化・共倒れ防止を目的とすることから、そのような属性を持つ既存小売人（集団）の弱者性を否定するのは困難であると考えられる⁽¹⁸⁾。ただし、根拠法令が社会福祉的配慮を含み持つものである以上、新規参入希望者もまた社会福祉的配慮を要する人々たりうることに注意を要する⁽¹⁹⁾。そうすると両者の違いは、やはり既存か新参かでしかないことになり、積極目的

(15) 松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性判断基準（一）——人権基礎づけ論からみた目的二分論」民商113巻4・5号747頁（1996年）及び松本が「生存権的営業利益」という語を引用した棟居快行『人権論の新構成』（信山社、1992年）260頁を参照。

(16) 棟居快行・小山剛「経済的自由権と規制」法セ579号47頁（2003年）〔棟居発言〕。

(17) 小山剛「農作物共済当然加入制と職業の自由」平成17年度重判解21-22頁（2006年）はそもそもこの事案を職業の自由に制限を加えたものとするべきでないとする。

(18) たばこ小売販売業許可制事件の一審判決（大阪地判平成2・1・26訟月37巻11号2092頁）参照。身体障害者福祉法24条及び母子及び父子並びに寡婦福祉法26条は、今なお身体障害者及び母子家庭の母によるたばこ小売販売業許可申請に対して許可を与える努力義務を財務大臣に課し、たばこ事業法23条3号が許可の基準として定め具体的内容が同法施行規則20条2号で財務大臣に委任された距離制限も、これらの者に対しては基準が緩和されている（平成10年3月17日大蔵省告示74号）。

(19) なお、同上事件最高裁判決では、規制目的が「重要な公共の利益」にあたるかどうかは判断されていない。

の重要なファクターであるはずの弱者性は薄れてゆかざるをえないように思われる。

以上の事案と比べると、本件は規制によって保護される人的集団が視覚障害者であって、規制ないし自由の制約の対象とされた養成施設等の設置者及び以外者とは、両者の「弱者性」において大きな差がある。この点で本件規制措置は、小売市場事件判決にいう「福祉国家的理想」を根幹として要請される「経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策」という文言に、本来的により親和的なものと評価しうる。本件に先立つ積極目的規制の諸事案が、「護送船団方式」の、市場を經由して実現される福祉国家⁽²¹⁾の側面において展開されてきたと考えるなら、同様の規制が構造改革と規制緩和を経た現在においても「著しく不合理であることが明白」でないとは、従来にも増した正当化が必要であるように思われ、立法裁量と利益衡量を基調としながらも丁寧な論証を行う最高裁の姿勢は、本件のような本来的に弱者保護目的の規制でも、その合憲性を維持できないときが来うることに対して備えをしているようにも見える。

3. 視覚障害者の勤労権との関係

本件規定による養成施設等の設置者及びあん摩マッサージ指圧師の資格を取得しようとする以外者の自由の制約は、視覚障害者の雇用の安定を図る措置として理解でき、障害者の職業の安定を図る障害者雇用促進法と目的を同じくするものである。厚生労働省の担当部局による同法の逐条解説によれば、障害者に限らず、「労働者の職業の安定を通じてその生活の安定を図ることは、すべての国民に勤労権を保障する憲法の規定を実現すること」と⁽²³⁾とされる。同法の前身である身体障害者雇用促進法の解説書も、身体障害者の職業の安定を図ろうとするという

(20) 同上事件での原告も自らが障害者であった。

(21) 中島徹『財産権の領分——経済的自由の憲法理論』（日本評論社、2007年）54頁参照。ここにいう日本型福祉国家では、「一定の市場競争と自己責任原則が貫徹される一方で、市場を通じて自律的に社会権保障の等価物が実現されていた」（傍点筆者）のであり、この点で「事実」は十分に「規範」（＝日本国憲法）に適合していたと評価することも可能とされる（同書47頁）。

(22) 御幸聖樹「あん摩マッサージ指圧師養成施設非認定事件」判例秘書ジャーナル、文献番号 HJ100139（2022年6月15日掲載）8頁。伊藤・前掲注6）4頁も立法事実が「比較的詳細に認定されて」いるとする。一審における立法事実の検証も同様に評価されている。武田芳樹「あん摩マッサージ指圧師養成施設に係る許可制の合憲性」法教475号127頁（2020年）及び山本真敬「あん摩マッサージ指圧師養成施設の認定要件の合憲性」令和2年度重判解17頁（2021年）参照。

(23) 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部編著『障害者雇用促進法の逐条解説』（日刊労働通信社、2003年）本論1頁。

同法の趣旨が、「憲法第27条（勤労の権利及び義務）の理念に基づくものである」として⁽²⁴⁾。本件において制約を受ける、養成施設等の設置者及び以外者の職業の自由に対置される権利利益を憲法に即して考えるならば、それはやはり視覚障害者の勤労の権利（の実現）ということになる。ここでは、小売市場事件判決において、憲法は全体として「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、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」旨判示されていたことがあらためて想起される。この判示を「構造的な憲法構想」と捉え、（生存権とこれに由来する）勤労の権利が、経済的自由への合理的制限を正当化しうる客観法として作用することを示唆するものとみる見解がある。⁽²⁵⁾ ここにおいて同判決のいう「経済的劣位に立つ者」への「保護政策」としての、免許取得機会の確保を通じた視覚障害者の職域保護は、視覚障害者の勤労の権利を実現するための規制措置として正当化可能であるように思われる。

もっとも、本件訴訟において視覚障害者は当事者としては登場せず、彼ら／彼女らの利益を代弁する国側の主張にはこの権利に触れるところがない。本判決は規制措置の必要性・合理性判断において、視覚障害者に「いかなる方法でどの程度の保護を図るのが相当」かという「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」が必要だとしたが、視覚障害者の勤労の権利の実現を促進するかどうかは、少なくともこうした立法裁量の「中」で考慮されるべき要素なのではないか。のみならず、この権利は「重みづけ規範」として働き、慎重な衡量を導きうる客観法たりうるのではないか。勤労の権利は、「①私企業などへの就職の機会が得られるよう国に対して配慮を求め、②就職できない場合には、雇用保険などを通じて適切な措置を講ずることを要求する権利」と理解される。⁽²⁷⁾ ①において国に求められる配慮として想定されてきた職業訓練・能力開発や職業紹介などは、⁽²⁸⁾ 他者の権利・利益を（少なくとも直接には）損なわないが、本

(24) 堀秀夫『身体障害者雇用促進法解説』（労働法令協会、1961年）129頁。

(25) 長谷部恭男編『注釈日本国憲法（3）』（有斐閣、2020年）56頁【駒村圭吾執筆】参照。

(26) この、裁量の「中」への人権の位置づけは、宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号106頁（2009年）が行政裁量に対する判断過程統制における人権について述べたものである。「個人の人格的価値」との「不可分の関連性」（薬事法判決）は個別具体的な「職業」だけでなく、働いていないし働く場があるという意味での「勤労」にもあるように思われ、そこに「重みづけ規範」としての作用可能性があるように思われた。

(27) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）410頁。

(28) 佐藤・同上411頁において、職業安定法、労働施策推進法、職業能力開発促進法、職業訓練の実施等による特定求職者の就職の支援に関する法律、男女雇用機会均等法が例示されていることを参照。

件のようにこれを損なう方法をもって配慮が正当化されることがありえ、配慮の限界が問題になり得ることが踏まえられる必要がある。

関連して、法の制定経緯に照らして本件一審判決が認定するところによれば、本件規定における「当分の間」とは、「視覚障害者に関し、あん摩マッサージ指圧師以外の適職が見出されるか、又は視覚障害者に対する所得保障等の福祉対策が十分に行われることにより、視覚障害者と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」と解され、ここには本件規定による規制措置が正当性を失う 2 つの状況が示される。しかし視覚障害者の適職開発あるいは合理的配慮による既存の職の適職化が手つかずのまま、福祉対策のみの存在をもって本件規定を廃することは、日本国憲法が勤労を権利としたこととは適合しないように思われる。⁽²⁹⁾ 薬事法違憲判決のいう職業の人格的価値に鑑みれば、前者にかかわる施策が可能であるならば後者に優先してとられるべきであり、そのような施策がとられない状態のままでは保護が解除された場合には視覚障害者が自身の勤

(29) 2000年代後半以降の障害者雇用促進においては、「障害者雇用政策と福祉施策との有機的な連携を図りつつ就労支援の強化が図られて」おり（菊池馨実『社会保険法 [第3版]』〔有斐閣、2022年〕575頁）、近時の方向性も適職そのものを開発するというよりは、障害の特性に応じた業務配置や合理的配慮によって、さまざまな業務へのアクセスを可能にしようとするもののように思われる。労働政策審議会障害者雇用分科会意見書「今後の障害者雇用施策の充実強化について」（2022年6月17日、<https://www.mhlw.go.jp/content/11704000/000952801.pdf>）3頁など参照。なお、障害者雇用における合理的配慮の役割は、「障害者が職務遂行上抱える支障を取り除き、雇用を獲得・維持することができるようにすること、および、障害のない者を中心としたルールや基準を障害者の個別の事情に合わせて調整することにある」と理解される（長谷川珠子『障害者雇用と合理的配慮——日米の比較法研究』〔日本評論社、2018年〕419-420頁）。

(30) 松本・前掲注12）6頁は、ICT活用などの現代的方法で視覚障害者であるあん摩マッサージ指圧師有資格者の生計維持の困難を乗り越えうるならば、「むしろ本件規定があろうがなかろうが、そのような施策が直ちに取られるべきものであるはず」と指摘する。なお、視覚障害者を雇用している262事業所に対して視覚障害者の担当職務を尋ねた調査では、260事業所から611人の担当職務につき回答があり、あはき師327名（53.5%）、事務的職業69名（11.3%）、ヘルスキーパー（企業内理療士）60名（9.8%）の順に多い中、情報処理技術者・システムエンジニア4名（0.7%）の存在が目される。視覚障害者の職域は拡大しており、その背景として、「専攻科において中途視覚障害者をも受け入れている盲学校（視覚特別支援学校）の事業所開拓と卒業生の転職支援、企業説明会の機会や一般求人等を生かしたハローワークによる学校への支援等が大きな役割を果たし、地域の視覚障害者の雇用促進の基軸ともなっていた」ことが挙げられていた。以上、独立行政法人高齢・障害・求職者雇用支援機構障害者職業総合センター『視覚障害者の雇用等の実情及びモデル事例の把握に関する調査研究』（2019年3月、<https://www.nivr.jeed.go.jp/research/report/houkoku/p80cur000000n4j-att/houkoku149.pdf>）34・66頁。

労の権利と職業選択の自由を根拠に、また、そのような政策が可能であるのとられない状態が長期間続き、保護が解除される見通しが立たない場合には、養成施設等の設置者側が職業の自由を根拠に、施策が取られないことの不合理を主張しうるであろう。

4. 「職業教育」を受ける機会の均等

本件規定は、文部科学大臣または厚生労働大臣が非認定処分をする際に勘案すべき事項として「その他の事情」を挙げるが、これには「あん摩マッサージ指圧師の需要と供給の状況等」が含まれる⁽³²⁾。それゆえ、本件規定は需給調整規定としての側面を含み持つことになる。需給調整の方法は一樣ではないが、本件のような養成施設等の不認定は免許取得が可能である生徒数の総量規制にあたる。総量規制は、距離制限のように個別の既存同業者の存在に着目した規制ではないため、「既存同業者の利益が個別的に保護されていると解する方向に作用する度合いは、必ずしも強いものとはいえない」と考えられる。本判決において以外者が既存の養成施設等で教育・養成の機会を得て免許取得が可能であること、以外者を対象とする養成施設等の定員は相当数に及び、受験者数の対定員比も著しく高いとまで言えないことから、以外者の職業の自由に対する制限の程度が「限定的」にとどまると評価されたことも、前記のような一般論とは矛盾しない。

この点に関連して、現時点での以外者の定員が相当数に及ぶとしても、それ以上の増枠を認められないことについては、以外者があん摩マッサージ指圧師を職業として選択する前提となる免許取得のための、職業教育を受ける機会に関して不合理な差別があるとの主張が考えられる⁽³⁴⁾。憲法26条1項の「能力に応じて、ひとしく」が、憲法14条の平等原則の教育領域への適用を意味⁽³⁵⁾、教育を受けるの

(31) 本件原告側は取締りの強化などを求めるだけでなく、前注で示したような方策を採らないことの不合理を主張する方が賢明かもしれないと指摘する松本・前掲注12) 6頁を参照。

(32) 厚生省健康政策局医事課・前掲注3) 97頁。

(33) 上村考由「一般廃棄物収集運搬業又は一般廃棄物処分業の許可処分又は許可更新処分の取消訴訟と当該処分の対象とされた区域につき既にその許可又は許可の更新を受けている者の原告適格」最判解民事篇平成26年度37-38頁。

(34) なお、上田真理「若者の職業教育を受ける権利——ドイツにおける雇用と生活保障の交錯」洋法61巻3号80-81頁（2018年）によれば、職業教育は日本では根付いていないが、欧州諸国では、職場だけでなくその前段階の職業教育を受ける場を公正に配分することに取り組んでいるという。本稿では扱えなかったが、日本国憲法の人権規定における職業教育の位置付けは、概念整理を含め本件との関係でも重要な論点であるように思われる。

(35) 佐藤功『ポケット注釈全書・憲法（上）[新版]』（有斐閣、1983年）445頁。もともと、憲法26条1項の教育を受ける権利が、学校教育に限らず、「社会教育など広く国民一般にかかわる教育に国家が責任を負うこと」を意味する（長谷部・前掲注25) 27頁〔阪口正二郎執

に必要な能力とは無関係な事情を理由に入学を拒否することは許されないとすれば、法律に基づくとはいえず定員増が認められないことで、能力にかかわらず以外者であるがゆえに養成課程で教育を受ける機会が妨げられることについて、教育の機会均等も論点たりうる。しかしそもそも本件は立法裁量が広く認められる領域での事案であるだけでなく、ここでの不利益は、視覚障害者への優遇措置によって社会の多数派である以外者に生じているものであって、少数者差別に起因するとはいえない。そのため、平等原則違反の審査を行うとしても審査密度を上げる要因に乏しく、かりに中間審査を用いた場合でも、本判決で目的の重要性が認定され、手段の必要性・合理性についてこれらが否定されない方向で一定程度具体的に論証されていることに照らせば、本件規定を憲法上許容されない視覚障害者への優遇措置とする結論は導きたいように思われる。

なお、本件一審において原告からは、「マッサージに対する需要が増加しているにもかかわらず、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困難であるとすれば、その原因は無資格あん摩師の「急増・跋扈」であるから、なすべきは有資格者数の制限ではなく無資格者の根絶であるとの主張があった⁽³⁸⁾。原告主張のようにマッサージに対する需要が増加しており、有資格者数の制限を撤廃することでさらに需要が掘り起こされるなら、養成施設認定の「申請者が提示する需要予測にある程度の合理性が認められればこれを認めて、「後は業者の自己責任に委ねるべきだ」とする考え方もありえなくもない。医療保険との関係では、近年では、はり・きゅうとあん摩マッサージ指圧に係る療養費の支出の急増が指摘されていることから、その前提である需要の増加も推定されるところで

筆)ならば、ここに権利として個別具体的な職業教育を含めるのは難しいように思われる。

(36) 宮澤俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年)274頁。

(37) ただし優遇措置がスティグマにつながる危険性は潜在する。本件規定が視覚障害者は保護すべき弱者であるとの障害者像を押し付けるものだとする、原告側の本件一審における主張も理由のないものではない。積極的差別是正措置に対する審査基準のあり方を含め、長谷部恭男『憲法【第8版】』(新世社、2022年)175頁も参照。

(38) 松本・前掲注12)5-6頁はこの主張の妥当性につき細やかに検討する。

(39) 交尚史「行政法学が前提としてきた憲法論」公法研究70号74頁(2008年)における、舟田正之「受給適合要件を充足しないことを理由とする廃油処理事業許可申請の却下処分の適否」自研62巻2号121-122頁(1986年)に示された見解のまとめである。

(40) 近時の療養費支出及び政策の方向性については、第25回社会保障審議会医療保険部会あん摩マッサージ指圧、はり・きゅう療養費検討専門委員会【オンライン会議】(2022年5月6日)配布資料(https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000204312_00015.html)のうち、「あー参考 参考資料」39・40頁参照。これによればあん摩マッサージ指圧は医師の同意書(傷病名、症状、施術種類、施術部位等を記載)において医療上マッサージが必要と認められている場合に療養費の支給対象とされる。

ある。しかしながら療養費支出の急増は適正化が課題とされるレベルに達しており、社会の高齢化に伴い医療費抑制と適正化が政策の基調であるとするれば、有資格者数の制限撤廃へと方針転換することは容易ではないように思われ、制限の維持を正当化する場合の一つの考慮要素にもなりうるように思われる。⁽⁴¹⁾

5. むすびにかえて

本件は視覚障害者の保護のありようが問われた点で、堀木訴訟（最大判昭和57・7・7民集36巻7号1235頁）と共通する。その一審判決では視覚障害者世帯と母子世帯の苦しい生活実態が統計を通じて認定され、それに基づいて併給調整の憲法14条違反が認められた（神戸地判昭和47・9・20行集23巻8=9号711頁）が、最高裁では生活実態へ言及されないまま、併給調整が立法裁量の範囲内とされた。他方、最高裁による本判決では、統計調査に基いて、視覚障害者の生計維持の困難と、あん摩マッサージ指圧師の中でも以外者に比して視覚障害者の収入が顕著に低いことが認定されている。社会保障給付か他者の職業の自由の制約かという保護の手段の違いにもよるであろうが、「軒並み広範な裁量を前提とした緩やかな審査になる傾向」にある立法裁量⁽⁴²⁾にあつて、本判決の立法事実の扱いは目を引く。社会保障給付の領域でも、近年では全国各地で提訴されている年金減額訴訟⁽⁴³⁾や行政裁量にかかわるものながら生活保護基準改定訴訟の下級審判決において、判断過程審査（的なものを含む）が行われ、比較的詳細な事実認定に基づいた判断を行う傾向が生まれつつあるように思われる。もちろんその一方で、遺族基礎年金不支給事件（最三小判平成30・9・25判例集未登載、LEX/DB 文献番号25561677）のように極めて簡潔な判決もなお存在する。司法による立法事実の扱いには、制定からの時の経過と社会の変化が多分に影響する⁽⁴⁵⁾。本件規定のように制定から年月を経て、その帰趨に立法府じしんが関心を寄せなくなった立法は他にもあるものとも推測され、司法における立法事実の検討のありようについて、さらに先行

(41) 菊池・前掲注29) 411-412頁を参照。

(42) 柴田憲司「行政裁量・立法裁量と『専門技術的・政策的判断』の内実」横大聡編著『憲法判例の射程〔第2版〕』（弘文堂、2020年）346頁。

(43) 札幌地判平成31・4・26訟月65巻8号1183頁を皮切りに、全国で展開されている。各地の訴訟について判断過程審査の様相を確認した遠藤美奈「社会権判例理論の課題と展望」憲法研究10号245-246頁（2022年）参照。

(44) 中でも、改定の違法と保護変更処分取消しを認めた大阪地判令和3・2・22判時2506・2507合併号20頁が目される。

(45) 貝阿彌・前掲注10) 120頁は、本件判決で立法事実具体的な検討が加えられた理由として、原審における具体的・詳細な認定と、本件規定制定時からの50年以上の時の経過を挙げる。

きを注視する必要があるように思われる。

[付記] 本稿を原稿化する段階で、福祉権理論研究会において今川奈緒、尾形健、藤澤宏樹、山崎栄一の各氏から有益な示唆をいただいた。記して感謝したい。なお、本稿は科学研究費補助金（基盤研究（C）・課題番号20K01301）による成果の一部である。