

あん摩マッサージ指圧師養成施設の非認定処分と職業の自由

最高裁判所第二小法廷令和4年2月7日判決
令和3年（行ツ）73号

最高裁判所民事判例集76巻2号101頁，判例時報2529号5頁，判例タイムズ1497号51頁，
裁判所ウェブサイト

伊奈川 秀和*

I 事実等の概要

1 (1) 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年法律第217号）（以下単に「法」又は必要に応じて「あはき法」という）2条1項は，あん摩マッサージ指圧師免許について，厚生労働大臣（以下「厚労大臣」という）の認定した養成施設において，必要な知識及び技能を修得したものであって，同大臣の行うあん摩マッサージ指圧師国家試験に合格した者に対して，同大臣が，これを与えると規定する。また，同条3項は，同条1項のあん摩マッサージ指圧師（以下，判決引用箇所以外「あま指師」という）に係る養成施設（以下「あはき養成施設」という）の設置者が生徒の定員等を変更しようとするときは，あらかじめ，同大臣の承認を受けなければならないと規定している。

(2) これに関連して法附則19条第1項（以下「本件規定」という）は，当分の間，厚労大臣は，あま指師の総数のうちに視覚障害者以外の者が占める割合，あま指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ま指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，あま指師に係る養成施設で視覚障害者以外の者を教育・養成するものについてあはき養成施設の認定又は定員の増加を承認しないことができると規定する。また，同条2項は，厚労大臣は，本件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と規定している。

2 学校法人である原告（X）は，あはき法に基づき，神奈川県知事に対して，あはき養成施設で視覚障害者以外の者を養成する1学年30名のあはき養成施設を設置するのに必要な厚労大臣による認定（法2条第1項）を申請した。進達機関である神奈川県知事は，関東信越厚生局長に対し，神奈川県の見解及び関係団体等の意見書を添えて本件計画書を進達し，同計画書等は厚労大臣に送付された。

厚労大臣が法附則19条第1項に基づき養成施設の認定等をしないためには，あらかじめ，医道審議会あん摩マッサージ指圧師，はり師，きゆう師及び柔道整復師分科会（以下「医道審分科会」という）の意見を聴くことが必要である。本件に関して，医道審分科会は本件施設設置を望ましくないとする結論に至った。これを受け，厚労大臣は，法附則19条第1項の規定に基づき，本件認定をしない処分（以下「非認定処分」という）を行っ

* 東洋大学福祉社会デザイン学部 教授

た。神奈川県知事を経由して結果通知を受けた原告Xは、法附則19条第1項の規定が視覚障害者以外の者を対象とするあま指師の養成施設等を設置しようとする者及びあま指師の資格を取得しようとする視覚障害者以外の者の職業選択の自由を制限するものとして、憲法22条第1項等に違反するとして、国(Y)を相手に本件非認定処分の取消しを求める訴訟を提起した。

1審(東京地判令和1・12・16判タ1484号147頁)と原審(東京高判令和2・12・8民集76巻2号181頁)のいずれもXの請求を棄却したことから、Xは上告受理申立てを行ったところ、最高裁はこれを受理した¹⁾。

II 判旨(上告棄却)

1(1) 本件規定は、「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) 「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ふべきである(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に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、その特性等に着目して、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

¹⁾ 1審の判例評釈には、[武田(2020)], [松本(2021)], [山本(2021)]がある。

ることが憲法22条1項の規定に違反するものというこ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,」「あん摩マッサージ指圧師は,本件規定の施行以前から,視覚障害「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出来る。」「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をもつて,不合理であるということとはできない。」

(2)「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ものは,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とするものにとどまる。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,」「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。論旨は採用することができない。」(草野耕一裁判官の意見がある。)

Ⅲ 検討(結論・判旨に賛成)

1 本判決の意義

本判決は,視覚障害がある者以外の者(以下「晴眼者」という。)を対象とするあはき養成施設の非認定処分の憲法22条1項(職業の自由)適合性(法令違憲)を主たる争点とする事案である²⁾。上告理由では,憲法31条(適正手続きの保障)及び

13条（幸福追求権）違反による法令違憲，憲法22条1項，31条及び13条の解釈適用違反による適用違憲も挙げられているが，裁判所は，その前提を欠くものであって，上告理由に該当しないとしている。

憲法22条1項を巡っては，これまでも①昭和30年公衆浴場判決（最大判昭和30・1・26刑集9巻1号89頁），②小売市場判決（最大判昭和47・11・22刑集26巻9号586頁），③薬局距離制限判決（最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁），④平成元年公衆浴場判決①（最二小判平成1・1・20刑集43巻1号1頁），⑤平成元年公衆浴場判決②（最三小判平成1・3・7判タ694号84頁），⑥たばこ小売判決（最二小判平成5・6・25集民169号175頁），⑦保険医療機関指定拒否判決（最一小判平成17・9・8訟月52巻4号1194号），⑧酒類販売免許制判決（最三小判平成4・12・15民集46巻9号2829頁）等の最高裁判決がある。

また，医療職種の養成施設関係の判決としては，柔道整復師養成施設指定の認可申請に対する厚労大臣の指定拒否処分を取り消した⑨柔道整復師養成施設指定拒否判決（福岡地判平成10・8・27判タ987号157頁）がある。その他，学校教育法の各種学校関係の判決では，予備校の設置認可申請に対して，設置不認可処分を取り消した⑩私立各種学校設置不認可処分判決（福岡地判平成1・3・22行裁集40巻3号268頁），総定員数を減らして認可した処分を取り消した⑪私立各種学校設置認可処分判決（大阪地判平成4・12・15判自108号27頁）がある。

職業の自由を巡る各種判決の中であって本判決は，あはき法のあはき養成施設の認定に関するものである。同じく医療系資格である柔道整復師の養成施設（⑨判決）の場合と異なり，あはき法には，視覚障害者の社会福祉等の観点からの特例措置が存在しており，それとの関係で職業の自由が

問題となっている。その点で本判決は，最高裁が障害者福祉に踏み込んだことに意義がある。障害者という点では，⑥判決もあるが，「身体障害者福祉法等の趣旨に従って身体障害者等についてはその指定に際して特別の配慮が加えられてきた」と述べるのに止まる。また，公共の福祉との関係で言えば，「他人の利益のため」の人権制限において想定される「他人」は，多数派ということになりそうである³⁾が，本事案では，制限を受けるのが多数派であって，むしろ少数派（視覚障害者）の利益が問題となっている。その点で，積極的差別是正措置（アファーマティブアクション）に関する判決とも言える。

なお，X等からは，別の施設等に係る非認定処分について，仙台と大阪で取消訴訟が提起されている。いずれの訴訟も上告は棄却（最二小判令和4・2・7D1-Law.com；判タ1497号69頁）されている。このうち大阪訴訟は，大学の保健医療学部鍼灸学科に係る認定申請であったことから，非認定処分は文部科学大臣によるものであった。また，大学ということでの学問の自由（憲法23条）及び教育を受ける権利（同26条）が問題となったが，大阪高判令和3・7・9判タ1494号58頁は，「あん摩，マッサージ及び指圧に関して研究し，その成果を発表することを禁止したものはな」いこと等を理由に主張を退けている。大学ではない本件では，その点は最高裁での争点となっていない。

2 判決の判断枠組等

判決は，あはき師養成施設等の設置及び定員増により，直接的に影響を受ける本件施設等だけでなく，間接的に影響を受けるアマ指師志望の晴眼者の職業の自由も保障範囲にあることを前提とする（判旨1（1））。この結果，判旨は，あはき養成施設等の職業の自由を制限する本件許可制度（判旨1（2））が視覚障害者の保護という目的（判旨1（3））

²⁾ 本判決の評釈としては，[武田（2022）]，[石村（2022）]，[伊藤（2022）]，[貝阿彌（2023）]，[青井（2023）]，[小川（2023）]がある。

³⁾ [高橋（2020），p.125]は，公共の福祉を4つに類型化し，第3類型（主として経済活動の自由の制限の領域）として「他人の利益のために人権を制限する措置」を挙げ，この場合には「安易に多数派の利益を重視することのないようにしなければならない」と述べている。

を実現する上で立法裁量の範囲内にある必要かつ合理的な措置かという枠組を提示する。それに続く具体的検討（判旨2）では、目的実現のための手段が、「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」かという②判決の判断基準が採用されている。

審査に当たっては、③判決が述べるように、公共の福祉ということだけで規制措置を「一律に論ずること」はできず、「規制の目的、必要性、内容及び制限の程度」を具体的に検討した上で「慎重に」合憲性を決定しなければならない。そのためには、審査時点での「立法事実」に即した審査が必要であり⁴⁾、本判決は比較考量論に立つと思われる詳細な議論を展開している。

以下では、法令違憲との関係での立法事実、規制措置の目的と手段に便宜分けて、社会保障の視点も加味しながら評釈することにする。もちろん、これらは密接に結びついており、手段は目的との関係で必要性や合理性が立法事実にも照らしながら審査されることになる⁵⁾。

3 立法事実

規制措置の目的とも関係して重要な立法事実が、判旨1（3）の「経済的弱者の立場にある視覚障害がある者を保護」する正当性である。本件で裁判所が立法事実を詳細に検討する必要性としては、立法事実の変化の問題があると推察される⁶⁾。本件では、上告理由がその点を挙げていることから尚更である。これまでも、事案を異にするが、立法当時は合憲でもその後に違憲状態となり、一定の合理的期間内には是正措置を講じないことを理

由とする違憲判決がある⁷⁾。前掲の平成元年公衆浴場判決（④㊦及び㊧）も、立法時点から現在までの公衆浴場を取り巻く状況の変化を審査している。その点で、「当分の間」とされた本件規定も、立法事実の変化によっては、違憲とされる可能性があったことになる。

また、立法事実としての視覚障害者の「保護」も検討を要する。職業選択の自由との関係で、身体障害者の保護目的に言及する判決としては、⑥判決がある。この事案では、たばこ専売制度廃止後の激変緩和措置として、当分の間に限り採用された規制措置であるたばこの小売販売業の許可制が憲法22条1項との関係で問題となったが、裁判所は合憲判断を支える立法事実として、「身体障害者福祉法等の趣旨に従って身体障害者等についてはその指定に際して特別の配慮が加えられてきたこと」を挙げている。

ただし、⑥判決と比べると、本判決の立法事実に関する審査密度は高い。注目点は、視覚障害者の保護に関しては、「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」の必要性を挙げていることである。つまり、社会保障が社会福祉や社会経済のみならず国家財政との関係を抜きには論じ得ないことを裁判所が認めているからである。その一方、判決が障害者を経済的「弱者」と理解していることは、インクルーシブな社会を目指す障害者権利条約や障害者基本法との関係で気になるところである。ただし、判決は、あま指師を視覚障害者の収入確保手段としてだけでなく、視覚「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

⁴⁾ 立法事実は合憲性審査の基準時点と関係しており、それが「立法当時の過去の事実そのものではなく、裁判時において立法を支える事実に合理性があるか否か」〔芦部（1994），pp.202-203〕が問題となる。さらに、本件がもともと取消訴訟であることからすれば、処分時か裁判時かも問題となる。取消訴訟に関して、最二小判昭和27・1・25民集6巻1号22頁は処分時説を採用しているが、裁判所が合憲判断を行っている本件に関する限り、特段問題にする必要はないのかもしれない。

⁵⁾ 〔高橋（2008），p.64〕によれば、③薬局距離制限判決は、「審査基準論を意識して」「基本的に目的・手段審査の枠組を使っている」。

⁶⁾ 詳細な審査に関して、〔貝阿彌（2023），p.120〕及び〔青井（2023），p.25〕は、本規定が「当分の間」の措置であることを挙げるが、必ずしも時間の長短ではなく、「他の法律によつて廃止されないかぎり」（最大判昭和昭和24・4・6刑集3巻4号456頁）と理解すべきであろう。

⁷⁾ 最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁（議員定数不均衡違憲判決）、最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁（在外日本人選挙権剥奪違憲判決）等。

参加を促進するという積極的意義を有する」とも述べている。その点で裁判所は、障害者の自立や社会参加も重視し、本件規定が経済的な弱者保護とは別の意味での積極的目的の規制措置であることを示唆する⁸⁾。

4 規制の目的

(1) 審査の基準

規制の目的は、職業の自由と対抗関係にある比較考量される利益を特定し、規制手段の審査につなげる点で重要である。判旨1(2)の文言は、③判決の一般論とほぼ同じである。これは、判旨1(1)において、あはき養成施設の設置等の認定が講学上の許可であり、薬局の開設許可と同様に、職業活動の内容・態様ではなく「狭義における職業選択の自由そのものに制約を課す」「強力な制限」であることの反映ともとらえられる。あるいは、③判決の基準が規制目的を問わない普遍性を有しているともとらえられる。いずれの理解に立つにせよ、本件許可制が合憲であるためには、③判決の審査基準として登場する「重要な公共の利益のため」であることが求められることになる。つまり、規制目的が「公共の利益のため」であるだけでなく、それが「重要な」ものである必要があるわけである。確かに養成施設の設置等の認定を受けなければ、少なくともその地域での養成が行えない以上、直接的かつ事前の制約であり、職業の自由に対する制約の程度は大きい⁹⁾。

ところで、目的の審査に関しては、基準の厳格度の順番で、a.立法目的が「必要不可欠」「やむにやまれぬ」「最高度に重要性の高い」利益が必要とされる「厳格審査の基準」、b.立法目的が「重要な利益が要請される「中間審査」の基準、c.「合理

的」「正当」な利益で足りる「合理性」の基準に分けると理解しやすい¹⁰⁾。「重要な」という文言からすれば、本件もb.中間審査の基準が適用されそうである。実際、③判決では、「重要な公共の利益のため」の規制措置であることに続き、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「消極的、警察的措置」であることから、「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」によっては目的を十分に達成することができないことを要すると判示している。

ところが、本判旨では、b.中間審査の基準を想起させるような説示は見当たらない。これは、最高裁が単純な規制目的二分論（消極的目的と積極的目的）を採用していないことの表れともとれる¹¹⁾。実際、判旨1(2)において、規制措置に関する立法裁量の範囲は「事の性質上おのずから広狭があり得る」と述べており、比較考量論との関係で、「事の性質」が裁判所の裁量統制の厳格度（審査密度や基準）に影響してくることを示唆する¹²⁾。本特例措置の場合には、⑦判決と同様に許可制に関する事案ではあっても、「消極的、警察的措置」でなく社会政策的な目的ということである。

この点でも、規制目的は重要である。判旨1(3)の「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」が「公共の福祉に合致することは明らかである」という文言、そして判旨2(1)の「積極的意義を有する」という文言は、本件規定の規制目的が社会政策としての福祉目的であり、立法府の広範な裁量を許容することになる。詰まるところ、本件規定は、②判決がいうところの「積極的な社会経済政策」に関する規定であり、需給調整を通じて「社会経済全体の均衡の

⁸⁾ 制定時の立法事実が弱者保護だったとすれば、現在は規定を支える立法事実が変化したことになる。しかし、裁判所がいう「総合的な政策判断」は何でも含み得る概念でもあり、基準として広すぎるという懸念はあるかもしれない。

⁹⁾ ③判決の距離制限が「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」ことに比べると、本件の場合には設置自体ができなくなる。

¹⁰⁾ [門田(2007), p.154]。

¹¹⁾ [貝阿彌(2023), p.119], [綿引(1995), p.583]。

¹²⁾ [石川(2008), p.61]は、「裁量統制基準としての比例原則の厳格度を決めるのは…『事の性質(Natur der Sache, nature des choses)』である」と述べている。

とれた調和的發展」を目的とするものであると理解できる。

(2) 附則19条1項の建付け

このように判旨が許可制との関係で「重要な」公共の利益といいながら、公共の福祉への合致は「明らか」としており、この部分の審査密度が低いことには、ちぐはぐ感がある。一つには、「事の性質」から裁判所が端的に立法府に広範な裁量を認めているということがある¹³⁾。しかし、見方によっては、消極的・警察的目的（許可制）と積極的目的（視覚障害者の特例措置）が同居するというあはき法の建付けに遠因がありそうである。すなわち、医業類似行為の業務の適正化という「消極的、警察的措置」を目的とするあはき法の中に、障害者保護という社会福祉という社会政策上の積極的な目的の規定が埋め込まれているために、許可制の目的が変質しているという問題である。

仮に本件規定がなければ、あはき養成施設の非認定処分は、⑨判決と同様に違法又は違憲と判断されるかもしれない。柔道整復師法が規定する柔道整復師養成施設は、厚労大臣の「認定」ではなく都道府県知事の「指定」となっている（12条）が、柔道整復師法とあはき法の養成施設に関する規定は、類似の構造となっている。これは、両法が昭和22年制定のあん摩、はり、きゅう、柔道整復師等営業法に淵源を有しており、それが昭和45年に分離され単独法になったこととも関係する。柔道整復師養成施設の指定拒否処分を違法とした上記⑨判決は、あはき法附則19条1項にも言及しながら、指定「基準が充たされる以上は、被告は原則として、養成施設の指定を行わなければならない」と判示している。ここで「原則として」いるのは、例外的に指定を行わない場合であっても、「それは被告の広範な裁量に委ねられるものではなく、個別案件において合理的かつ具体的な理由が必要であり、その点が裁量権の逸脱との判断につながっている。また、予備校に関する事案

ではあるが、⑩判決及び⑪判決では、予備校業界の過当競争の排除による既設校の経営利益や既得権の保護、県内の学校の適正配置といった目的が学校教育法等の法令上根拠規定がなく、違法な他事考慮であることを理由に処分が取り消されている。

類似の問題は、⑦判決にもある。医療法の病床規制は、最終的には「国民の健康の保持に寄与すること」（1条）を目的とする。それを、「医療を受ける者の利益の保護及び良質かつ適切な医療を効率的に提供する体制の確保を図」（同条）ることで実現するという目的規定の文言に照らしても、病床規制が「消極的、警察的措置」から社会政策上の「積極的な目的のための措置」に変質してきたと理解できるのかもしれないが、医療法上の規制は勧告にとどまっておらず、保険医療機関の指定拒否は医療保険という社会保険上の制度である。法の建付けは立法政策にかかわる問題であるにしても、合憲判断を前提に附則19条1項の視覚障害者の特例を理解するとすれば、あはき法自体が衛生法規であると同時に社会福祉法であることになろう。また、需給調整という点では、「酒税の保全上酒類の需給の均衡を維持する必要」（酒税法9条11号）を不許可要件とする酒類の免許制に関する⑧判決に類似するといえる。

以上の判決等も踏まえるなら、元来消極的、警察的規制である衛生法規の場合には、経緯的又は社会経済環境の変化により社会政策的配慮や需給調整の必要性が増大したとしても、何ら法的手当なしで社会経済政策の観点からの積極的目的の規制措置に変質することにはならないといえよう。

5 規制の手段

(1) 審査の基準

規制の手段に関しても、裁判所が本件規定を積極的な目的の規制措置ととらえていることが審査にも反映している。判旨1(3)では、「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、

¹³⁾ [高橋(2020), p.171] は、法の下での平等に関してではあるが、アフーマティブ・アクションの場合には、「多数派が少数派を差別するという通常の差別問題と比べれば審査の厳格度を緩めてもよいように思われる」と述べている。

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」と述べており、合憲性推定の原則が働いている。その上で、判旨1(4)では、「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はできない」としており、明白性の原則が採用されている¹⁴⁾。要するに、本判決における審査基準は、判旨1(2)が「必要かつ合理的な措置であることを要する」と述べているように、必要性と合理性を検討する必要がある（これ自体は、②判決も掲げる基準である¹⁵⁾）。

(2) 必要性及び合理性の審査

明白性の原則に即して、裁判所は、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は違憲となり得るとの前提に立ち、必要性及び合理性等に関する具体的な手段審査を行なっている。

まず必要性に関して判旨は、視覚障害者が置かれた状況に鑑み、あま指師が今なお職域確保上の必要性を有していることに加え、「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」を認めている。なお、判旨が、「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」と述べているのは、上告理由が障害者の収入や生活保障との関係で、障害年金制度の存在を挙げているためであり、このことは本件規制措置が積極的目的を有することにつながる。

次の規制手段の合理性に関しては、資格取得に

認定養成施設認定等における教育又は養成が条件となることから、養成施設の不認定制度には「相応の合理性」があるとしている。ただし、視覚障害者の職域確保等が晴眼者の職業の自由を制限してまで認められる措置なのかという問題がある¹⁶⁾。その点、判旨2(2)は、「定員の増加の承認をしないことができる」という「できる規定」であること、養成施設等の設置又は定員増が「全面的に禁止」ではないことなどを指摘している。その上で、裁判所は、数的には不足状況にない既存の養成施設等において資格取得が可能であるとの理由から、「制限の程度は、限定的なものにとどまるといえる」と判示している。このことは、裁判所が、利益均衡の観点から、視覚障害者の利益と晴眼者の不利益を比較考量し、前者の方が後者よりも大きいとの判断をしていることを意味する。

判旨が挙げるその他の考慮要素としては、規制の態様と憲法31条がある。まず規制の態様に関して、裁判所は③判決のような「厳格な合理性の基準」¹⁷⁾を求めているが、本件規制措置が養成施設設置の設置等の全面禁止ではなく、かつ、「できる」規定であり、視覚障害者以外の志願者は既存施設を通じた免許取得が可能であることを指摘し、権利に対する「制限の程度は、限定的なものにとどまる」と結論づけている。また、憲法31条と関係する適正手続きは、医道審議会への付議が法律上も義務づけられていることにより担保されているとの判断である。この点は、保険医療機関の指定における過剰病床の不指定処分に当たり、地方社会保険医療協議会への諮問が健康保険法で義務づけられている（67条）こととも共通してい

¹⁴⁾ [伊藤 (2022), p.17] は、積極的目的規制で明白性の基準を援用する場合、「重要な公共の利益」の基準への言及がなされない傾向との違いとの関係で、本判決に注目している。

¹⁵⁾ 1審では、いわゆる明白性の原則の文言とは違い、「著しく不合理である場合に限り」違憲であるとしている。[山本 (2020), p.16], [武田 (2020), p.127] は、この点が⑧判決の枠組に類似することを指摘する。原審でも、その判断枠組は踏襲されている。大阪関係の訴訟も同様の枠組みが採用されている。ただし、大阪地判令和2・2・25判時2458号39頁では、⑧も引用されている。それに対して、仙台地判令和2・6・8 LEX/DB 文献番号25566351では、②小売市場判決を引用している [松本 (2021), p.188]。

¹⁶⁾ [小川 (2023), pp.147-149] は、視覚障害者の保護（目的）→その職域の確保（手段Ⅰ）→晴眼者の職業の自由に係る規制（手段Ⅱ）に分節して検討を加えている。

¹⁷⁾ ③の判旨に即して言えば、「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」ことになる。

る。審議会の媒介が自動的に内容の適正性を担保するわけではなにもせよ、裁判所の合憲判断に影響していると思われる。

このように裁判所は、規制目的二分論のように、あはき法附則19条1項を単に積極的目的規制であることだけでもって判断するのではなく、立法事実を照らし、規制の目的、必要性・合理性、態様及び手続きにわたって制限される権利（職業の自由）の性質、内容、態様及び制限の程度を検討するなどの段階を踏んでおり、その判断は妥当といえよう。このような詳細な検討は、一審以来の事実認定の積み重ねや上告理由との関係もあるが、「事の性質」（判旨1（2））に応じた裁判所による合理的裁量に対する統制、とりわけ本件特例措置が③判決と同様の許可制にかかわることの影響があるように思われる。

6 おわりに

アマ指師等の医療関係資格法、医療提供体制に関する医療法等は、もともと消極的・警察的目的の衛生法規として、国民の健康、公衆衛生等の向上・増進を目的として制定されてきた¹⁸⁾。しかし、医療におけるデリバリーとファイナンスは裏表の関係である。医療法における病床規制は、直接的には医療保険財政の均衡を目的とするものではないが、保険医療機関の指定拒否制度を通じて、医療保険財政に関係することになる。

このような需給調整は、現在、介護保険制度等の社会福祉関係の法律にも総量規制の形で導入されている。資格制度との関係で言えば、医師偏在対策としての地域枠も需給調整としてとらえることができる。現在、需給調整制度は、必要に応じてそれぞれの分野で登場してきているが、社会保障全体として統一的な仕組みとはなっていない。しかも、法令の根拠を有した制度ばかりではない。そうした中で、需給調整の問題に一石を投じたのが本判決であるといえる。既に柔道整復師に関しては、⑨判決により、柔道整復師養成施設が増加することになった。医療関係職種の実術等のサー

ビスは、医療保険の受領委任により療養費の支給対象となっているものもある。それだけに、病床規制以外の需給調整に関する規制においても、それが憲法22条1項との関係で法的に問題のないものにする必要があろう。

参考文献

- 青井未帆「あん摩マッサージ指圧師養成施設の認定要件の合憲性（最二小判令和4・2・7）」『令和4年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊）』1583号、pp.24-25。
 芦部信喜（2019）『憲法〔第七版〕』岩波書店。
 石川健治（2008）「30年越しの問い 一判例に整合的なドグマティックとは」法学教室332号、pp.58-66。
 石村修（2022）「あん摩マッサージ指圧師等に関する法附則19条1項と憲法22条1項：非認定処分取消請求事件」『専修ロージャーナル』18巻、pp.99-114。
 伊藤健（2022）「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」『新・判例解説Watch』31号、pp.15-18。
 小川亮（2023）「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師に関する法律19条1項の憲法22条1項適合性」『自治研究』98巻5号、pp.129-152。
 貝阿彌亮（2023）「最高裁時の判例」『ジュリスト』1579号、pp.117-121。
 高橋和之（2008）「審査基準論の理論的基礎（上）」ジュリスト1363号、pp.64-76。
 ———（2020）『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』有斐閣。
 武田芳樹（2020）「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」『法学教室』475号、p.127。
 ———（2022）「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」『法学教室』503号、p.125。
 松本哲治（2021）「あんま、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」『判例時報（判例評論749号）』2484号、pp.188-193。
 山本真敬（2021）「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年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊）』1557号、pp.16-17。
 門田孝（2007）「違憲審査における『目的審査』の検討（一）—自由権規制立法の違憲審査基準論を主たる素材として—」広島法学31巻2号、pp.145-171。
 綿引万里子（1995）「酒税法九条、一〇条一〇号と憲法二二条一項」法曹会編集『最高裁判所判例解説民事篇〔平成四年版〕』法曹会、pp.569-588。

（いながわ・ひでかず）

¹⁸⁾ 歯科医師法に基づく歯科技工士の行為の制限に関して、最大判昭和34・7・9刑集13巻7号1132頁は、「国民の保健衛生を保護するという公共の福祉のための当然の制限であ」と判示している。