

【問題の論理構造】

1. 本問条例は、理容所に給湯可能な設備を設けることを義務付けることを内容としているが、理容所はそれを行えば、営業をすることができる点で、営業態様に対する規制にすぎず、強度の制約とはいえないようにも思えるため、この点が争点となる。
2. 従来の理容所の利用者が激減したことを背景に給湯設備の設置の義務付けをする本問条例が制定されているが、掲げられた目的は公衆衛生の向上を図る目的であり、消極目的規制なのか積極目的規制なのか不明確であるため、目的をどちらにすべきかが争点となる。

【論点】（答案上で論証が必要と思われるものに絞る）

論点①：営業の自由の保護範囲

事案の問提 本問条例：理容師店舗に洗髪設備の取付けを義務付け
 = 理容師の営業の態様を制限するもの → 理容師の営業の自由（22条1項）の侵害？
論点の問提 営業の自由が憲法上保障されるか？（明文を欠くため問題）
結論 職業選択の自由だけではなく、職業を遂行する自由（営業の自由）も含む。
根拠 経済活動の自由の実質的な保障。

論点②：制約の強度

事案の問提 本問条例：①理容師店舗に洗髪設備の取付けを義務付け（ているのみ）
 = 営業態様の規制にすぎない（参入規制とはいえない）
 ②給湯設備を設ければ営業自体行うことはできる
 = 主観的要件による規制にすぎない（客観的要件による規制とはいえない）
論点の問提 いかなる要素を考慮して制約の強度を判断すべきか？（職業の自由に対する制約はそれぞれの事情に応じて各種各様の形を取るため問題）
結論 i 客観的要件、かつ ii 参入規制と同視できるもの → 制約は強い。
根拠 i 客観的要件による規制は、本人の努力ではいかんともしがたいものであり、人格に対する侵害が最も強度である。 ii 参入規制は職業選択の自由という自律そのものに対する制限である。

論点③：規制目的二分論

事案の問提 本問条例：実質的には積極目的規制 → 緩やかな審査基準？
論点の問提 掲げられた目的と、規制の背景から読み取れる目的のどちらを目的手段審査の目的としてとらえるべきか？
結論 当該規制の掲げる目的だけでなく、当該規制に至った立法事実を考慮して、何が規制の主要な目的であるのかを実質的に判断すべき。
根拠 消極目的規制には、積極目的規制よりも世論の共感を得やすい面があり、背後にある立法動機の隠れ蓑として消極目的が標榜されることがありえ、こうした立法目的の幻惑的な濫用を防ぐために実質的な立法動機をあぶり出す必要がある。

【裁判例】

最判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁

「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。」
 規制目的は「不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止すること・・・無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進することの2点を挙げ・・・その中でも前者がその主たる目的をなし、後者は副次的、補充的目的であるにとどまると考えられる。」

【出題の仕掛け】

論点②：制約の強度

★給湯可能な設備を設けることの義務が、i 事前規制と評価でき、かつ ii 客観要件といえるか

| i 事前規制か | |
|---|---|
| ○ | × |
| 当該給湯可能な設備を設けなければ、「閉鎖を命」ぜられ、営業をすることができなくなる | 本問条例は理容所に給湯可能な設備を設けることを許可のための条件としているわけではない |
| →給湯可能な設備を設けなければ、結果的に「閉鎖を命」ぜられ、営業をすることができなくなる。 = 実質的には許可の条件と同視できる。 →事前規制。 | |
| ii 客観要件か | |
| ○ | × |
| 洗髪設備を設けないことによるコスト削減によって、「安価・迅速に散髪を行う」というビジネスモデルが確立できたのであって、給湯設備を設置することによってその分の経済的負担が増えてしまえば、上記ビジネスモデルでもって理容所を運営することができなくなってしまう可能性がある。 | 給湯設備を設けることによって生じる負担は、経済的負担にすぎず、金銭をその分出せば理容所を営業することができる。 |
| →経済的負担の増加によって「安価・迅速に散髪を行う」ことができなくなることは、経済理論上明らか。 = 本人の努力ではいかんともしがたい。 →客観要件。 | |

論点③：規制目的二分論

★掲げられた目的と立法事実との異同（どちらが主たる目的であるかによって審査基準が変動する）

| 掲げられた目的 | 問題文に含まれる立法事実 |
|--|---|
| 「理容師が洗髪を必要と認めた場合や利用者が洗髪を要望した場合等に適切な施術ができるようにすることで理容業務が適正に行われるようにするとともに、理容所における一層の衛生確保により、公衆衛生の向上を図る目的」 | 「A県では、公共交通機関の拠点となる駅の周辺を中心に、簡易な設備（洗髪設備なし）で安価・迅速に散髪を行うことのできる理容所が多く開設され、そこで利用者が増加した結果、従来から存在していた理容所の利用者が激減していた。」 |
| →問題文に含まれる立法事実を踏まえると、当該立法事実をもって、主たる目的を実質的に積極目的にあると認定すべきである。掲げられた目的という消極目的は、必要性が高いとはいえない。 | |

【合否を分けたポイント】

- ✓ 「期間を定めて理容所の閉鎖を命」ぜられることとなるという問題文の記載に着目すれば、実質的な事前規制であるか否かを論ずることが求められる問題と判断できる。
- ✓ 「そのような事情を背景」にという記載から、その直前に立法事実という実質的な規制の理由が記載されていることが読み取れるため、立法事実について立ち入った検討を行うことが求められる問題と判断できる。