

判例研究

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 —

専修大学名誉教授 石村 修

最高裁 第二小法廷令和4年2月7日判決（令和3年（行ツ）第73号）

民集76巻2号，判例タイムズ 1497号（2022年8月）1頁

控訴審 東京高裁令和2年12月8日判決，LEX/DB 25571237

原審 東京地裁令和元年12月16日判決，判時2458号，18頁

【参照条文】 憲法22条1項，あん摩マッサージ指圧師，はり師，きゅう師等
に関する法1条，2条1項，3項，附則19条1項

【事実】

「あん摩マッサージ指圧師，はり師，きゅう師及び柔道整復師に関する法律」（昭和22年法律217号）は，四つの資格（免許）に関して定め，それぞれ免許取得の方法としての教育機関とその国家試験について定めていた。この内で，柔道整復師のみが分かれて，別個の法（柔道整復師法，昭和45年）の下での国家資格となった¹。残された「あん摩マッサージ指圧師，はり師，きゅう師」は同一の法規のなかで扱われている関係で，同法は3種の頭文字をとって通称「あはき法」と呼ばれてきた。これらの免許は独立しており，この資格を取得するには，同法2条1項が定める原則は高等学校卒業者が，文部科学大臣が認定した養成施設において3年以上所定の科目を学び，厚生労働大臣の行う国家試験に合格することを必要としている²。

1 その結果，附則19条の制約から離れたこの資格をえるための養成校が乱立したという現象が起きた。

2 著しい視覚障害者は，高等学校に代わって「あん摩マッサージ指圧師養成施設」で5年間学ぶことで，試験を受けることができる。埼玉県所沢にある「国立障害者リハビリテーションセンター」が有名である。

医学部と異なるのは、これらの資格が個別にあり、それぞれ個別の教育課程を踏まえて、それぞれの資格を得た後に、その施術行為を行うことができるところにある。ただし医師ではないので、手術等は制限されており（4条）、その効用について広告を行うことはできない（7条）。全体で、「医業類似行為」との認識の下で、各種の制約がある。医師もこの資格をとることは可能であるが、実際に行っているのは、先の「あはき法」2条1項の学校を出た者になる。三様の資格をもつことで、施術行為者にとってその営業行為を有利に展開できることは明らかである。これら三種の資格の中で、「あん摩マッサージ指圧師」は、伝統的に視覚障害者が行う割合が高く、これを法が考慮して彼らへの一種の優遇策をとってきており、それが附則の19条1項に表されている（昭和39年、法律120号）。

H医療専門学校とこれの系列校であるT医療大学による養成学校、さらにY医療専門学校は、「あはき法」2条1項に基づく養成学校を新規開設することを求め、厚生労働大臣の認定を受けることになった。H・T・Yは、これまで締め出されていた、視覚障害者以外の者（いわゆる晴眼者）を主に受け入れる養成学校の設立を意図していた。しかしながら、「あはき法」附則19条1項の制限が合法的であることをもって、厚生労働大臣は新規養成学校の設立は認められないとして、非認定の処分を行った。問題となる、附則19条1項は「当分の間」を枕言葉にして、以下のような特別の条文内容をもって、これらの業務に晴眼者が参入することを長い間制限してきた。

附則第19条1項「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三項の承認をしないことができる」（下線、石村）

これらの非認定処分を受けた原告は、視覚障害者以外の者が通うあん摩マッサージ師養成学校の設立を意図しており、上記の附則19条1項に絡む申請になることを承知の上で設立申請を行っており、申請手続は附則19条2項が定める文部科学大臣

又は厚生労働大臣の求めに応じて医学の専門家から構成される「医道委員会」の審査に入った。この医道委員会の審査を受けて、厚生労働大臣は上告人の養成施設を認めないとする行政処分を行った。理由は、この処分が「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ために必要である」とした(平成28年2月5日)。原告らは、仙台、東京、大阪の地裁に行政訴訟を提起した。

原審の東京地裁の判断は、職業の多様性を前提としてその規制は「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し、これらを比較考慮した上で慎重に検定する」とした上で、法附則19条1項の判断を行った。そこで目的の正当性、重度の視覚障害者があん摩マッサージ業に依存する状態は継続しているとして、請求は棄却され、法附則19条1項は、違憲とはいえないとした。原告は他に憲法31条、13条違反を主張していたが、法附則19条1項の規定が「処分要件等の曖昧不明確さゆえに」違反するものではないとした³。

この判決では「小売市場判決」(最大判昭47・11・22)を先例としているが、「明白」の文言が欠落している。積極目的との関係で、積極で臨むという判決枠組みであれば、それを徹底する姿勢が必要であったのではないだろうか⁴。

高裁は、原審の判断枠組みを維持し、原審を上書きする形式で、若干の数値の変更をもって控訴を棄却した。控訴人は法制定後50年という時代の流れを主張し、「当分の間」としたことにもかかわらず行政側が意識的に「あはき法」が抱えている現況を改善してこなかったことを問題としていた。つまり、実態と法の祖語の大きさが問題になる。それでも重度の視覚障害者の総数が増加していること、その視覚障害者が低い収入である「あん摩マッサージ指圧師」業務であっても、これに生きがいを感じている等の事実をもって、状況の変化がないことが判決の中で指摘される。控訴人は、あはき法附則19条1項の、目的の正当性、必要性、合理性を失っていると主張してきたが、判決では「特に重度の視覚障害者を中心に、あはき業に対する依存度は依然として高く、かつ、生計の維持が著しく困難な状況が現在でも継続しているというべきである」から、控訴人の主張を採用することはできないとした。高裁においても、「明白の原則」は使用されてはいない。民間資格の

3 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」法学教室475号(2020)127頁。松本哲治「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附則19条1項の規定と憲法22条1項」判例時報2484号、188頁。

4 2での松本の批評を参照、190頁、地裁の間には見解の相違があった。

「マッサージ」業（整体師）⁵が多様化している事情が展開され、法が介入しない業務の問題が展開されている状況は、判決には反映はされていない。

そこで、上告人は厚生労働大臣による平成28年2月5日付けの認定処分をしないという処分が、憲法22条1項等に違反して無効であるとして、被上告人である国を相手にした「本件処分の取消」を求めることになった。

【判旨】

主文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理由

1 原審の確定した事実関係

法附則19条1項（以下、本件規定）は、昭和39年6月、第46回国会における衆議院社会労働委員会が提出した法律案が可決されたことによるものである。本件規定の主旨は、「あん摩業は、視覚障害がある者にとって古来最も適当な職業とされてきたところ、近時、それ以外の者のため、その職域を圧迫される傾向があることから、あん摩マッサージ指圧師について視覚障害がある者を優先する措置を講ずるものである」旨の説明がされた。本件規定の内容について、現在まで実質的な改正はされていない。

視覚障害がある者の就労状況等は、大要、以下のとおりである。

ア 視覚障害がある者の総数は、昭和35年に20万2000人、平成18年に31万人であった。その就業率は、昭和35年に35.7%、平成18年に21.4%であった。そのうち、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師として働く者は、昭和35年に38.2%、平成18年に29.6%であった。

イ 平成15年において、身体障害者手帳の交付を受けたあん摩マッサージ指圧師及びきゅう師の内で、障害の程度が1級又は2級の割合は83.8%であった。

ウ 公共職業安定所での視覚障害者が職業紹介を受けた職業のうち、あん摩

5 この業種は、さらに「スポーツトレーナー、カウンセラー、アロマセラピスト、カイロセラピー、リフレソロジスト、リンパマッサージ」等の名称で分かれている。

マッサージ指圧師に係る割合は、平成18年度から26年度において、5割以上（重度の視覚障害があるものに限れば7割以上）であった。

エ 平成25年度において、あん摩マッサージ指圧師の年収の平均値は、視覚障害があるものが290万円、それ以外のものが636.2万円であった。視覚障害があるものについて、年間収入が300万円以下の割合は76.3%であった。

オ あん摩マッサージ指圧師国家試験に必要な科目を履修する高等部の保健医療科及び理療科の生徒数は減少傾向にある。

あん摩マッサージ指圧師の養成状況は、大要、以下のとおりである。

ア 昭和37年において、あん摩マッサージ指圧師の総数は5万1477人であり、視覚障害者があるもの以外は40.1%であった。平成26年には、あん摩マッサージ指圧師の総数は11万3215人であり、このうち視覚障害のある者以外の者は77.0%であった。

イ あん摩マッサージ指圧師に係る学校及び養成施設の定員は、昭和39年度は3980人であり、平成9年度以降は、2973人、平成27年度に2706人であった。この定員の内、視覚障害者以外の者の割合は、昭和39年度に36.8%であったが、平成9年度に40.7%、平成27年度に45.8%と増加した。

ウ 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、平成27年度において、10都道府県で合計21施設あり、その定員は合計1239人である。

エ 視覚障害者以外の者を対象とする養成施設の定員に対する受験者数の割合は、平成27年度において、昼間養成施設が149.2%、夜間施設が118.6%、すべての資格の昼間養成施設が202.3%、同夜間養成施設が296.6%であった。

2 憲法22条1項違反について

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。」「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講ずることはできず、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。」

「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、その合理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」(最高裁大判昭和50年4月30日、薬事法違憲訴訟)。

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る。」

「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。」

3 (あてはめ)

1 「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。」「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を抑制する必要があるということをもって、不合理であるということとはできない」。

2 上記目的を実現するための抑制策として「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

員の増加を承認しないことができるものとすることは、規制の手段としては相応の合理性を有する。」

附則19条1項の規定は養成施設の設置やその定員の増加を「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」。しかも、この処分については、学識経験者から構成される医道委員会の意見を聴かなければならない（法19条2項）ことによって、「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」。

「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（最高大判47年11月22日、小売市場事件）に照らして明らかである。

4 裁判官草野耕一の意見

問題となっている「あはき法」は3つの施術を別個に扱っているが、「職業の異同を現行法上の免許及び国家試験の分類どおりに捉えるべき必然性はない」。というのも「職業活動の主たる意義の一つは、当該職業が生み出す商品役務の効用にあるから、同等のコストで他の商品役務を調達しても得ることができない効用をもたらす商品役務の提供活動は、これを一つの独立した職業として捉えることが合理的である。」

つまり、すべての資格をもっている総合施術者（症状に応じて、多様な施術を行うことができる者、石村補充）と個別の免許しか有しないものとは、別の職業と見なければならない。「本件において上告人が認定の申請をした養成施設は、当該施設において養成を受けることにより、あん摩マッサージ指圧師国家試験、はり師国家試験及びきゅう師国家試験の全ての受験資格が得られるものであるから、総合施術師の養成施設等としての性格を有するものといえる。」鍼灸師のみの資格を取得する学校は増加されているが、総合施術者を養成する養成校は、視覚障害者を優遇

するために設立は制限されている。

小法廷がさらに審理を進めるべきであった点があった。「それは、総合施術師の養成業及び総合施術業に対する超過需要の発生及び程度である」

「総合施術師の養成業に対する需要は総合施術師に対する需要の派生需要であるから、・・総合施術業に対する超過需要もまた存在していたにもかかわらず、総合施術業となる視覚障害者以外の者の数が制限される一方で総合施術者となる視覚障害者の数が増加しなかったことによって、当該需要の充足が妨げられたことがうかがえる。そして、以上のことが本件処分当時も成立しており、それによって総合施術業の需要者の利益の減少が生じているとすれば、本件規定の合憲性については、これらのことも考慮に入れた検討がされてしかるべきであろう。」「この点について的確な判断をするためには、本件において既に検討されている問題に、総合施設業に対する超過需要の有無及び程度や上記の参入の問題等をも加えて、総合的に検討することが必要であろう」。

【研究】

1 障害者法制の推移

本上告審において争われている憲法の条項は、憲法22条1項の「営業の自由」に限定されている。被上告人となった国の立場は、視覚障害者の利益を代弁するために、視覚障害者を優遇する現行法制の必要性と合理性を明らかにすることにあつた⁶。私は、たまたまこの訴訟を下級審の段階で知ることになり、この訴訟が推移していく方向を見定めるための小論を書いた⁷。判決は筆者が予測した方向で出されてきたが、最高裁まで行くとは予測できなかった。

この訴訟が特殊なのは、本来は主役になるべき障害者、特に、「視覚障害者」を国側が間接的に弁護しているところであり、視覚障害者（団体）は、その推移を傍観することに徹しなければならなかったところにある。期待すべきは、1963（昭和39）年に、「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法」（以下、あ

6 判決では「障害者」と表記しているが、近時の多様な人のあり方を配慮する意味で、本稿では「障害者」と表記しておく。用語において、できるだけ差別の意図が含まれないように配慮した。

7 石村 修「あん摩等師法附則19条における視覚障害者への優遇策」専修法学論集135号（2019年）349頁以下。

はき法)に付け加えられた附則19条の精神を継続してくれることを望み、最高裁にもこれに同調する判決を書いてもらうことにあった。問題は多方面に及んでおり、裁判の進行は遅れると予測していたが、最高裁までの道のりは、以外にも早く進行してきた。第二小法廷(菅野博之裁判長)に回ったところで違憲判決は回避の方向が見えてきたが、この最高裁判決でも示された視覚障害者がもっている困難さ、とくに、低収入の現状が大きく変わることはないであろう。つまり、最高裁判決は、障害者法制の適用場面での現況をあらわにしたが、立法だけでなく、行政側が実行しなければならない役割はまだ残されてしまったことになる。最高裁判決を伝える報道も、「視覚障害者の立場を十分に理解してくれた」と言っているが、業界には無資格のものが多く参入しており、「野放し状態」の現状は、判決文からは知ることはできない⁸。

憲法25条1項に保障された「生存権」を実現するために、国は各種の社会保障立法を行ってきた。この中で近時の障害者にとって有効なものを時系列に示すと、以下のようなになる。

- 1969(昭和35)年 障害者の雇用等に関する法律
- 1993(平成5)年 障害者基本法
- 1997(平成9)年 介護保険法
- 2000(平成12)年 社会福祉の増進のための社会福祉事業法等の一部を改正する等の法律
- 2005(平成17)年 障害者自立支援法
- 2006(平成18)年 国際連合 障がいのある人の権利に関する条約
- 2012(平成24)年 障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法(障害者総合支援法)⁹
- 2013(平成25)年 障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律
地域社会における共生の実現に向けて新たな障害保険施策を講ずるための関係法律の整備に関する法律

8 日本あん摩マッサージ指圧師会会長は「野放し状態」と発言している、朝日新聞2022年2月8日朝刊。

9 九州弁護士会連合会・大分県弁護士会編『障害者の権利と法的諸問題』現代人文社2008年、31頁の図を参考にした。

国の障害者に対応する政策は、地方に権限を多く配分し、多様な現場主義が実践できるように改正されてきている。ただし、本稿で問題にしているのは、身体障害者でも自立が難しい重度な視覚障害者である。だれでも視覚は加齢に伴い弱くなるが、眼鏡、手術で補える場合は生活には問題がない。しかし、先天的な視覚障害を有している者は、実際にモノを認識することができない関係で日常生活が難しく、ましてや就業に困難をきたしてきた。後天的に視覚障害になった者も、既存の生活環境を変え職業も変える必要もある。こうした事情も、教育、器具によって視覚困難な環境を簡単に改善できる状態にはない。専門の教育を受けることで、点字・指を使用してコミュニケーションすることができるようになり、各種の職に就けるまでには至った。特別なソフトを使用したパソコン入力も可能になったことにより、多少であるが自宅での従事者も増えてきている。障害者立法が「自立支援」に拘るのは、自立した生活をする中で、尊厳ある人間との自覚をもつことを期待しているからである。国連は条約の実施状況をヒヤリングすることになっており、日本国の進み具合がやがて明らかになるであろう。

「あはき法」附則19条は視覚障害者の自立した生活を守る意図で立法されたことは、当時の国会での記録からも明らかである¹⁰。江戸時代から、「あん摩さん」と言われたように、この職種は鍼灸師杉山和一が広めた職業とされてきた。彼の業績を称えた「鍼灸あん摩博物館」が墨田区の両国にある。視覚障害者は手に集中的に神経を集めることが可能であり、そこで施術者の筋肉の状態を的確に把握し、問題個所を抑え（按）、なでる（摩）、圧をかける（指圧）ことで、現状を改善する効果をもたらすことができた。したがって、あん摩マッサージ指圧は一体的な行為であり、一連の行為である。これとは別の流れをもつマッサージ行為とは別物であった。民間の資格によるマッサージは、実はこの行為の値段はバラバラであり、保険の適用外のものもある。しかも、「あはき法」での施術は東洋医学の流を汲むことにあるため、保険適応から外されるという差別を受けている¹¹。さらに、効用を宣伝することが「あはき法」で制限されており、この制約が判例で正当化されて久しい（「営利的な広告の自由の制限」（最大判昭和36年2月15日）¹²）。こうした制約

10 衆議院議会議事録情報第046回国会、社会労働委員会第53号。超党派による立法であった。

11 一回の施術は概ね5000円程度が相場である。領収書は出されて、医療控除の対象になる。マッサージは30分、3000円程度である。

12 太田裕起「営利的な広告の自由の制限」長谷部恭男他編『ジュリスト 憲法判例百選Ⅰ』（第7版）2019年、120頁。一方で営業を認め、他方で、その施術内容を制限することに、その行

があるにもかかわらず、あん摩マッサージ指圧師が職業として成り立っているのは、この職業に賭けてきた人々の必死な生活があったからである。しかし、健康志向ブームや運動過多がもたらした新しい形のマッサージ需要は、別の形での「マッサージ業や鍼灸師」のニーズを求めるようになった。視覚障害者以外の者が行うマッサージには別の魅力があり、価格やイメージからしての商品価値は、こちらが優位になり得る。

本判決が指摘しているように、本件を構成するのは「憲法社会学」を用いた因果関係論である。視覚障害者の存在を前提として、この集団の教育を介して、一定の職業の確保があり、次に、この職業に優先的に視覚障害者を導き、視覚障害者でない者を抑制することによって、最後は、視覚障害者の自立を確保する、という長い因果関係を成立させなければならなかった。問題は「風が吹けば桶屋が儲かる」式の因果関係がこの分野にあっても、それが長きに亘って認められるかどうかの問題になる。判決は、「当分の間」の解釈を立法目的と併せて実証するという困難な作業に向かわなければならなかった。それを証明する数値は、より具体的で納得できるものでなければならず、公判にでたものに限っては十分ではなかったように思われる。これを批判したのは、草野補足意見であったようだ。

2 判決の構造

本判決は、こうした因果関係を実証するために、「視覚障害がある者の就労状況等とあん摩マッサージ指圧師の養成状況等」を別個に調べ提示している。この数値で本件に関わる全ての問題を客観的に示すことはできていないと思われるが、憲法22条1項と附則19条との関係を、違憲審査する場合の必要最低限度の数値を示したものになる。問題はこの数値の提示で、視覚障害者の優遇策を導き出すことができるのかである。訴訟が展開されるのは人の体に施術者が直接ふれる「準医学行為」の場面である。たとえマッサージであったとしても、それが本来の体の改善に向かわなければ意味がないわけで、そのための理解と技量を、施術者が安全に実行できるかにかかってくる。

この点の分析手法が判決は半ば不十分であったことに言及しているのが、草野裁判官の個別意見であったと思われる。彼は弁護士経験を踏まえた上で、現実の社会での「商品交換体系」を想定した、顧客の商品を選択する動機と商品を提供する側

為への敬讓のなさが見えている。

の誠意を考察しようとしている。顧客は自分の利益を満足する選択をする際に、値段だけではなく商品の良さを判断材料にするわけであり、この「あはき法」が関係する実社会の顧客の心理まで草野は理解しようとしている。患者は病院を選択する余地は少ないが、歯科医のように都会であれば、患者は施術師を選択する余地がある。同じように、すべての資格を備えた施術者であれば、良質の施術の提供を受け入れる可能性が見える。草野判事が「総合施術師」に拘るのはこの点にある。つまり、はり師、きゅう師を養成する学校は比較的多く、多くの者がこの難関な免許の取得にチャレンジすることができる。しかし、あん摩・マッサージ・指圧師を総合的に学ぶ養成学校が、とくに地方に少ないということであれば、総合施術師になれる可能性が、視覚障害者以外であれば低くなる可能性が出てくる。これは判決の中で示された数値を合理的に考えれば、結論として出てくる結果である。

それでも、視覚障害者を優遇すべき理由が勝っているという結論に至ることで、法附則19条1項の正当化は導かれることになる。医学部受験で、年齢の高い志願者を落とし（群馬大学医学部事件）、女性の志願者に低い評価を（東京医科大事件）することは許されないが、視覚障害者があん摩マッサージ指圧師になることを優遇するには、格別の理由があれば可能であることが認められてきた。本判決では、附則19条の立法目的を尊重することが先行し、その結果として、あん摩マッサージ指圧師養成校の増設が認められなかったことになり、総合施術師になれる可能性が少なくなった。それでも、あん摩マッサージ指圧師として働く者のうち視覚障害者の数は減少してきている。その点の分析を本来は正確に行わなければ、この業界の実態を性格に知ることは出来ないであろう。民法の適用される商品交換体系は、生の力が作用し、顧客と営業利益をえる努力を、商品提供者は行う必要がある。

鍼灸師の免許を取得するには、記憶すべき事項が多いため多くの困難がある。しかし、鍼灸師の資格だけでは他方では営業が不十分となり、そのためには総合的資格者が有利になる晴眼者がこの職域に参入する事例が増えるのかどうか、さらに検討しなければならないことになる。

他方で、マッサージに関しては、安易に名乗ることが可能であり、用意する機材も少なく、個人営業には多くの経費を必要としない。これがこうした業界に伴う混乱の現況であるといえよう。判決には表れてこない、複雑な現実があることを理解しなければならない。視覚障害を有する個人が、実際に施術を行う場所に赴くには補助者が必要であり、仮に単独で行動するにあっては、多くの危険をもって移動しなければならないことを覚悟しなければならない。現代の街には多様な障害物があ

り、白杖と介助者（犬）と点字ブロックだけでは行動しにくい状態になっている。視覚障害者が養成校で学ぶことになっても、学ぶ場合のハンデイキャップもある。実際の免許取得にいたるプロセスの差は大きい。視覚障害者があん摩業から離れる傾向があるのは、医療行政に与る側も、詳細に分析する必要があるだろう。

3 営業の自由

上告人は法附則19条1項によって、営業の自由を侵害されたという憲法訴訟を提起している。獣医学部の四国での開設が政治問題化したように、こうした準医学部系校新設には、これまで国は慎重であった。総合的な判断が必要になるが、具体的には、上告人は認可の処分を認められなかった。その処分不認可は営業の自由の侵害だけなのか、それとも教育権や平等原則違反をも構成することはなかったであろうか。平等の問題は既存の養成校とのバランスになり、より政策が絡んでくるので、これを用いるのは難しいと判断したのであろう。他方で、憲法26条1項は、「国民の教育を受ける自由」を保障したものであって、本条文は一定の資本をもって養成校を開設する（認可してもらう）ことまでも含んでいないはずなので、結局、営業の自由のみをもって原告は訴えたことになる¹³。原告は22条以外で、平等違反や学問、研究の自由で争う方法もあった。しかし、直接に、学校を経営する原告らがこれらの自由を侵害されたと主張するのは、難しかった¹⁴。

営業の自由に関しては、それは財産権（29条1項）を母体とし、さらに職業選択の自由（22条1項）の行使として位置づけられ、その自由としての性格には論争があった（営業の自由論争）¹⁵。本事件でも引用されている「薬事法判決」で定式化された、消極規制と積極規制の二区分は、それぞれに対応する形式を正当化することを求めている。さらに、薬事法判決で示されたように、ドイツ憲法裁判所の判断の影響を受けて、自己が主体となっていく「職業の自由」と異にして、社会性の強い「営業の自由」の形態があり、そこでは多様な規制方式が考えられた¹⁶。その

13 大阪高裁に控訴された事件は、憲法23条、憲法26条1項を問題にしていたが、判決では（令和3年7月9日）、控訴人の大学でこれらの権利が侵害されるものではないとされて、簡単に処理されている。

14 大阪高裁（令和3年7月9日）ではこの点も争われていたが、控訴人がこれらの自由権を侵害されているわけではないと簡単に退けられている。

15 経済史専攻の岡田与好が「公序」と定義したことで、論争が始まった。法学では権利性を残す意図で、「規制2元論」を提唱したことになる。同、『経済的自由主義』（東大出版会、1987年）。

16 参照、石川健治「営業の自由とその規制」大石・石川編『ジュリスト増刊 憲法の争点』（2008

規制方式を、本判決でも踏襲し、意識的にこれを明確に書き込んでいる。実際には「比較考量」の手法が採用され、立法府の判断を尊重しながら、合的的な判断枠組みを調べる作業を行う。合憲判断を行う意向がはっきりしている関係からこの部分の論理の展開は、安易に実行されている感がある。

そこで、実際には詳細に論じなければならない、「あてはめ」の部分についても判決は、簡略的に描いているという印象がある。つまり「事実関係等によれば、視覚障害がある者は、その障害の存在をもって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」とする。この部分は、実は国の政策としても十分に対応してこなかったという負の部分を含んでいる部分であるが、それを淡々と表記せざるを得なかった。もちろん、この部分は様々な桎梏があったであろうことは推定できる。先に記したように、視覚障害者側の努力によって、免許制度ができる以前に「あん摩師」という集団を形成し、これを社会の中で認知させてきた。法は後からこの伝統を追認したことになる。後発の「マッサージ」集団は、自分達だけで通用する資格（独自の資格）をもって営業することが行われている。法で規制されない利点から、自由に動ける範囲は広く、後発組は有利である。

立法者は、過去の慣行を法の中で整除し、これに連動する養成施設を作り上げた。さらに、こうした視覚障害者が、特定の職業で自立できる制度を確立し、同じ制度を他国にも推奨している¹⁷。その背景には、薬事法判決が描いていたような「人格権に基礎づけられた職業感」があった。

さらに、職業は人格的な選択によるものであり、それは選択した以上、誇りをもって行うものであるとする「天職」感が「職業選択」者の側にはあった。あん摩マッサージ指圧師も、こうした「職業選択の部分」の誇りがあったこともある。しかしながら、これに見合う収入はよくないし、社会的な職業への尊敬度は低い。東洋医学への軽視は戦後のGHQ以来の伝統であるようで、さらに、日本医師会の冷遇が続いてきた。

上告人が、単に晴眼者のためだけに「あん摩マッサージ指圧師養成校」を作り、

年) 148頁。ドイツ憲法裁の薬局判決が日本の薬事法判決に与えた影響は大きい。ドイツ基本法の基本権体系は、人格権が作用する部分が大きい。ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの基本判例 第2版』44 野中俊彦, 272頁以下。

17 フランスにて同様の制度が紹介された歴史がある。

財産形成に与るという目的のために、養成校の許可を申請したのであれば、その目的が「あはき法」の目的に反すると、判決では強く書き込むこともあり得たかもしれない。それは優先処遇の政策に繋がることになるが、判決はこの点にまで深く立ちっではない。

4 まとめ

本判決は、結果的に、医学類似行為養成校での優先処遇が認められた事例として、判例集に残る可能性がある。アメリカ最高裁が出した、「Regents of University of California v. Bakke, 438U.S.265 (1978)」の多様な学生を受け入れるという考え方は、形を変えて日本の最高裁でも示されたことになる¹⁸。アメリカでは人種が考慮要素であったが、日本では障害者、とくに、視覚障害者が優先処遇の対象になる。視覚障害者でもその個性を伸ばして、芸術、文化、音楽等の分野で活躍する者もいるが、多くは国からの社会保障を期待してきた。ノーマライゼーションを宣言する国であるが、教育、社会活動と進むに連れて困難が多い。しかし、障害者の人格を尊重して、実生活を豊かなものにするには、さらに時間が必要になっている。厳格審査を行うことで合憲としてきたアメリカ最高裁の影響を、本判決も参考に行っていることは明らかであろう。そうであるが故に、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に必要があると認める限り、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」との例外事例の宣言が、合憲判決の基礎にある。

この判決が生み出されてきたのは、国際連合を含む障害者への配慮がやっと動き出したことを背景にしている。日本国の出生率の低下と老人化の問題は、社会保障政策を変えざるをえない現況を生み出してきた。厚生労働省もやっと、「高齢者保健福祉推進10年計画」(1989年)打ち出し、介護保険を実行してきた。消費税も社会保障費に充てるとの政策は、社会保障を国民の等しい負担で実現しようとする表れであり、日本もヨーロッパ化を目指し出したことになる¹⁹。しかし、立法の流れ

18 憲法訴訟研究会編『続・アメリカ憲法判例』(有斐閣, 2014年)大沢秀介「高等教育機関入試におけるアフアーマティヴ・アクション」219頁。国によって平等の対象を異にしてきたが、現時点では「性」に係る優先処遇が問題となっている。辻村みよ子『ポジティブ・アクション』(岩波新書, 2011年)。

19 例えば、障害者差別解消法解説委員会編『概説 障害者差別解消法』(法律文化社, 2014年)、本書は政治家と行政官との組み合わせからなる研究会の成果として、望ましい方向を提示していると思われる。

は遅く、計画のまま進行する部分もあり、本件で問題となった「障害者の自立」はお題目に留まる感がある。「技術国家」を自負してきた日本であれば、ITC（情報通信技術）を駆使して、視覚障害者の生活環境の改善を図る努力があっただけで済むべきことである。自宅でできる仕事の拡大は、今の職域開発と重なって出てくるであろう。こうして視覚障害者が自由に自分の意思を表現することができるようになれば、自ずと職業の多様な場面での活動が可能となり、そうして財政的自立が生み出されることになる。その時点ではじめて、法附則19条の「当分の間」の文言が消される条件が作られると言えることになろう。

視覚障害者の職業としてあん摩師は確かに有意義なものであった。しかし、現実には、民間の資格によってより安易に営業できるマッサージ類似事業が、都会に溢れることによってまず、視覚障害者のマッサージ業は脅かされ、さらに、総合施術のできる施設を備えた大型の「整体業」が増えることで、個人型あん摩マッサージ指圧師の営業は、窮地に押しやられる可能性がある。視覚障害者のあん摩業が減少し、老化している理由を、行政機関と視覚障害団体は、一層に検討しなければならない。新規の職域の開発を進めなければならない。