

判例研究 ダンス店規制の合憲性—大阪地裁平成26年4月25日判決

中曾 久雄

NAKASO Hisao

(愛媛大学教育学部)

はじめに

ダンス店規制は、売春勧誘の場として機能していたとされる男女のペアダンスをさせるダンスホール営業の規制が典型であった。しかし、その後の風俗文化の変化で、ダンスホール営業のそのような機能が薄れてきた。本来であれば風俗文化に合致するように、法改正をし、適切な風俗産業統制が求められるはずであるが、ダンス営業は規制の対象とされ続けた¹。ダンス営業については許可制とし、無許可営業に対しては罰則規定が設けられ、また、施設の広さ面積や照明の明るさ等の構造的要件を設定している。加えて、許可を得たとしても営業時間については深夜0時あるいは1時までという規制がある。こうした規制は、表現の自由や職業選択の自由といった憲法上の権利に対する強い制限となっており²、その制約が憲法上正当化される否かが問題となってきた³。本件はこの問題に対して、裁判所が初めて応答を示したものである。以下では、ダンス店規制に関わる憲法上の諸問題

について考察していくことにする。

1 事案の概要

風営法は、風営法上規制対象となる営業形態を「風俗営業」、「性風俗関連特殊営業」、「深夜における飲食店営業」に区分し、「風俗営業」の中に（接待飲食等営業1号～6号営業）と「遊技場営業（7～8号営業）」を規定する。このうち、ダンスに関わる営業形態としては、キャバレーなどを含む1号営業（ダンス接待飲食店業）、ナイトクラブなどを含む3号営業（ダンス飲食店業）、ダンスホールなどを含む4号営業（ダンスさせ営業）が規定されている。以上の「風俗営業」について都道府県公安委員会による許可制とされ、無許可営業に対しては罰則を科すとしている。被告人は大阪市内において無許可でダンス店を営業したとして摘発され、風営法違反で起訴された。

2 判旨・本件ダンス営業は3号営業に該当せず無罪

風営法の目的

「風営法は、『善良の風俗と清浄な風俗環境を保持し、及び少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため、風俗営業及び性風俗関連特殊営業等について、営業時間、営業区域等を制限し、及び年少者をこれらの営業所に立ち入らせること等を規

¹ 新井誠「風営法によるダンス営業規制をめぐる憲法論—大阪地裁平成26年4月25日判決」法律時報1076号（2014年）91頁。

² 大野友也「ダンスクラブの無許可営業が風営法に違反しないとされた事例」新判例解説 Watch（2014年）2頁。

³ 新井誠「風営法におけるダンス営業規制の合憲性について」広島法科大学院論集10号（2014年）172頁。

制するとともに、風俗営業の健全化に資するため、その業務の適正化を促進する等の措置を講ずることを目的とし(1条)、その規制の対象となる風俗営業として、3号営業を含む6種類の接待飲食等営業(2条4項、1項1号ないし6号)及び2種類の遊技場営業(2条1項7号及び8号)を規定している。そして、その営業内容のほか、風営法の立法及びその後の改正経緯を踏まえると、これらの営業は、その具体的な営業態様によっては、性、射幸、飲酒等人の欲望に端を発する歓乐的、享乐的雰囲気を通じて過度に醸成するおそれがあることから、規制の対象とされたものと考えられる。そして、風営法は、3号営業につき、その内容に照らして、具体的な営業態様によっては、わいせつな行為の発生を招くなど性風俗秩序の乱れにつながるおそれがあることを理由に、風俗営業として規制しているものと解するのが相当である」。

風営法2条1項3号営業について

「本件各規定による3号営業の無許可営業規制は、職業の自由(憲法22条1項)を制約するものであるほか……場合によっては表現の自由(憲法21条1項)の制約にもなり得るものである。そうすると、本件各規定の規制対象となる営業については、これらの憲法上の権利を不当に制約することのないように、規制目的との関係で必要かつ合理的な範囲に限定すべく、慎重に解する必要がある。このような観点を踏まえて、……本件各規定による規制の目的のほか、当該規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮して検討すると、許可の対象とされる3号営業とは、形式的に『ナイトクラブその他設備を設けて客にダンスをさせ、かつ、客に飲食をさせる営業』との文言に該当することはもちろん、その具体的な営業態様から、歓乐的、享乐的な雰囲気を過度に醸成し、わいせつな行為の発生を招くなどの性風俗秩序の乱れにつながるおそれが、単に抽象的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められる営業を指すものと解するのが相当である。そしてこのようなおそれが実質的に認められるかどうかは、客が行っているダンスの態様、演出の内容、客の密集度、照

明の暗さ、音量を含む音楽等から生じる雰囲気などの営業所内の様子、ダンスをさせる場所の広さなどの営業所内の構造設備の状況、酒類提供の有無、その他性風俗秩序の乱れにつながるような状況の有無等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である」。

風営法2条1項3号の憲法適法性

職業選択の自由について

「職業の自由の制約が是認されるかどうかは、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、これらを比較考量した上で慎重に決定されることになる。そして、職業の許可制は、法定の条件を満たし、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、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という職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定するためには、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。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緩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そ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。これを本件についてみると、本件各規定は、その具体的な営業態様から性風俗秩序の乱れにつながるおそれが実質的に認められる3号営業を規制することにより、善良な性風俗秩序を維持するとともに、併せて少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するという、いわゆる消極的、警察的目的を定めるものと解されるが、これが国民全体にとっての重要な公共の利益に当たることは明らかである。そして、風営法は、3号営業について、その営業を行う適格を疑わせる事由を人的欠格事由、性風俗秩序の乱れや風俗環境の悪化につながるような営業所の構造等を物的欠格事由として定め、

これらに該当した場合は許可を与えないこととしているが、これは、上記のような3号営業の性質に鑑みると、適性を欠く者が経営に参入したり、不適切な設備を設けたりすることによってその営業内容が不健全なものとなり、性風俗秩序の乱れが現実化する事態が容易に想定されるからである。このような事情に照らすと、風営法が3号営業について許可制を採用したのは、上記の重要な公共の利益を保護するため必要かつ合理的な措置ということが出来る。また、このように容易に想定される弊害を防止して業務の適正化を図るためには、上記のような事前の規制を行うことが必要不可欠であって、営業の内容及び態様に対する事後の規制によってはその目的を十分に達成することができないと認められる。なお、無許可営業を行った者に対して刑罰をもって臨むこととしていることが、目的との関係で均衡を欠くということもできない」。

表現の自由について

「3号営業を営むという営業行為を規制するもので、何らかの表現行為を規制することを目的とするものではない。もっとも、3号営業の性質上、音楽を流すなどして、客がダンスをするのに適した雰囲気醸成することが通常の営業形態として想定される。そして、3号営業を営もうとする者が、そのような雰囲気の醸成のために自ら客室において流す音楽の選曲や実施するイベントの企画立案を行うなどした場合、その内容によってはそうした行為が表現の自由によって保護される範ちゅうに含まれることを一概に否定することはできない。また、3号営業の中で客が行うダンスについても、その程度からして単なる一般的行為の自由の範ちゅうにとどまるものが多いと解されるとはいえ、中には表現の自由による保障を受け得るものが含まれる可能性も否定することができない。そうすると、本件各規定は、3号営業を営もうとする者や、当該営業において客となる者の表現の自由に対する制約になり得るというべきである」。

「憲法21条1項により保障される表現の自由は、憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視さ

れるべきものであるが、もとより絶対的なものではなく、公共の福祉による必要かつ合理的な制限を受けることがあることはいうまでもない。そして、このような自由に対する制約が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、目的達成のために制約が必要とされる程度と制約される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決するのが相当である。「これを本件についてみると、本件各規定の目的が重要な公共の利益である善良な性風俗秩序の維持にあることは前記のとおりであって、その達成のために性風俗秩序の乱れにつながるおそれが実質的に認められる営業を制約する必要性は高いといえる。他方、上記のとおり、本件各規定は表現行為の規制を目的とするものではない上、3号営業を営もうとする者や当該営業において客となる者の表現の自由に対する制約を伴う場合であっても、それはあくまで表現行為が上記のような性質を有する3号営業の中で行われる限度で課されるにすぎず、例えば、営業行為としてではなく同様のイベント等を行うことや、客が他の場所で同様のダンスをすることが妨げられるものではないから、本件各規定によって3号営業を営もうとする者や客がその表現行為に関して受ける制約の程度が大きいとはいえない。そうすると、本件各規定によって表現の自由が制約されるとしても、その制約の程度は必要やむを得ない限度にとどまるというべきである。以上を踏まえると、本件各規定は、表現の自由の制約に当たるとしても、重要な立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的なものということが出来るから、憲法21条1項に違反するものではない」。

過度の広汎性について

「本件各規定による規制の対象となるのは、『ナイトクラブその他設備を設けて客にダンスをさせ、かつ、客に飲食をさせる営業』との文言に当てはまるのみならず、その具体的な営業態様から、歓乐的、享乐的な雰囲気を過度に醸成し、わいせつな行為の発生を招くなど、性風俗秩序の乱れにつながるおそれが実質的に認められる営業に限られ」「この

ような解釈の下においては、本件各規定が規制目的との関係で過度に広汎な規制であるとも、その規制対象が不明確なものであるともいうことはできない。また、このような規制の対象となる営業は、その内容からして、一般人にとっても判断することは可能なものと解される」。

3号営業該当性

「本件イベントにおいて客がしていたダンスは、流れていた音楽のリズムに合わせてステップを踏んだり、それに合わせて手や首を動かすというのが大半であり、比較的動きの激しいものでもボックスステップを踏んだり腰をひねったりするという程度で、客同士で体を触れ合わせて踊っていたこともない。したがって、客のしていたダンスそれ自体が性風俗秩序の乱れにつながるような態様のものではあるとはいえない。また、DJブースやモニターがあったフロアでは、DJが英国のロック音楽を大音量で流すとともにこれに合わせてモニターに映像が流され、客を盛り上げるような演出を行っていたこと、その結果、フロアにいた客はDJブースの側により多く集まり、近いところでは客同士が30cm程度の距離にあったことが認められるが、客同士が接触するような状態には至っておらず、フロアでもその時々によって椅子に座って音楽を聞いている客もいたというのであるから、単に音楽や映像によって盛り上がりを見せていたという域を超えていたとは認めることができない。そのほか、本件イベントにおいて、来店する客に露出度の高い服装の着用を促すなど、殊更にいせつな行為をあおるような演出がされていたなどの事実は認められない。以上の事実を総合すると、酒類が提供されており、フロアが相当程度暗い状況にあったことを踏まえても、本件当日、本件店舗において、歓乐的、享乐的な雰囲気を過度に醸成し、いせつな行為の発生を招くなど、性風俗秩序の乱れにつながるおそれが実質的に認められる営業が行われていたとは、証拠上認めることができない。そうすると、被告人が、本件公訴事実記載の日時場所において、本件各規定の構成要件に該当する行為、すなわち3号営業を無許可で営んだ

ということとはできないというべきである」。

3 本判決 4の位置づけ

本判決は、無許可でダンス店（ダンスクラブ）の営業をしていた者に対し、本件営業は風営法上の3号営業に該当しないとして無罪としたものである。過去、ダンスについてそれを正面から表現の自由の保障を受けうることを認めた裁判例はなく、ダンスと表現の自由の関係、ダンス営業と職業選択の自由をめぐる議論の蓄積のない中において⁵、本判決では、ダンス店規制が表現の自由の制限になることを認めており注目に値する⁶。

4 本判決の構造と意義

4-1 職業選択の自由を制限するか否かについて

まず、ダンス店規制が職業選択の自由を制限するかどうかである。通説は、職業選択の自由について、消極目的規制の場合には、裁判所は規制の必要性・合理性および同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段の有無を立法事実に基づいて審査する厳格な合理性の基準を適用し、積極目的規制の場合には、当該規制措置が著し不合理であることが明白である場合に限りて違憲とする明白の原則を用いて審査するとされ、判例もこれを認めているという⁷。ただ、近年ではこの規制目的二分

⁴ 本判決については、新井・前掲注(1)、大野・前掲注(2)。

⁵ 新井・前掲注(1) 92頁。

⁶ 大野・前掲注(2) 3頁。

⁷ 毛利透・小泉良幸・淺野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権』（有斐閣、2013年）257頁（松本哲治担当）、芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第五版』（岩波書店、2011年）218頁。ただし、薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）が規制目的二分論を採用しているかどうかについて、近年、疑義が示されている。薬事法判決は、職業の自由に対する規制措置一般について述べたものでもなければ、経済的自由に対する規制措置一般について述べたものでもない。薬事法判決の述べたことは、距離許可制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する、ということである。第2に、許可制が積極的な目的のための措置ではなく、警察的措置として採られている場合に、許可制に比べてより緩やかな制限である職業活動の内容および態様に対する規制によっては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という目的を十分に達成しえないと認められることを要する、ということである。そうすると、規制目的が積極目的であるか消極目的であるかによって異なる違憲審査基準が適用されるという考え方が示されているものの、それはあくまでも直近の小売市場判決を意識し、本件の消極目的規制を小売市場事件の積極目的規

論に対しては、そもそも規制目的を積極目的、消極目的に二分できるのか、あるいは、積極目的であればなぜ緩やかな審査なのか、逆に、消極目的であればなぜ厳格な合理性の審査なのかといった批判が寄せられている⁸。とは言え、本判決は、規制目的二分論を踏襲し、「職業の許可制は、法定の条件を満たし、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、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という職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定するためには、原則として、重要な公共の利益のために必要か

制と対比したのであるとされている。それはあくまでも許可制の審査の枠内に関してということになる。野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』(有斐閣,2011年)224~225頁。

⁸ 櫻井智章『判例で読む憲法』(北樹出版,2016年)148頁、渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I 基本権』(日本評論社,2016年)332頁(宍戸常寿担当)。そこで、近年、規制目的二分論は以下のような形で再構成されている。まず、裁判所の機能の観点からの説明である。消極規制の場合は、立法事実の把握の面において裁判所にとって比較的容易であるということのほか、手段に関し必要最小限にとどまるかどうかの判断が可能であるのに対し、積極規制の場合には、「積極規制の場合は、典型的には、国際的な視野も含めて国としてどのような戦略的視点に立って、いかなる産業をどのように保護・規制するのかといった事柄にかかわり、裁判所として必要最小限度性の基準を用いにくいという事情を指摘できる」と指摘されている。佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂,2011年)303頁。

次に、政治過程の観点からの説明である。「経済的自由を規制する立法の多くは、特定の市場への参入制限や価格統など、競争を制限する性格を」有している。経済的自由を規制する立法は、「通常、当該規制からカルテル類似の利益を得ようとする集団のために制定され」、「そのメンバーの数が多しなどの理由で私的カルテルの形成と執行のコストが高い反面、票数や資金力などの点で政治過程に強い影響力を行使しうる産業では、独占禁止法制の網の目をくぐって私的なカルテルを結ぶ代わりに、政治過程から規制立法を獲得して、公然と適法なカルテルを結ぼうとする」。しかし、「この種の規制の立法目的としては、より普遍的で正当らしく見える公益の増進がうたわれることがある」という。そして、「国会が特定の業界の保護立法をあたかも国民一般の福祉に貢献する消極的警察規制であるかのように装って制定した場合、目的と手段との関連性を立ち上げて審査する必要があるという。「このような審査が行われる結果、立法過程において手段と直接に関連する特定の業界保護という本来の立法目的が明示される効果か期待できる」という。他方で、「国会が正面から特定の業界の保護をうたって参入規制を設定した場合、それは国会が本来果たすべき交渉と妥協による利害調整の結果であるから、裁判所が立ち入った審査を行う必要はない」と指摘する。長谷部恭男『比較不能価値の迷路 リベラルデモクラシーの憲法理論』(東京大学出版会,2000年)108~109頁。

つ合理的な措置であることを要する」とする⁹。

もっとも、本判決は、「本件各規定は、その具体的な営業態様から性風俗秩序の乱れにつながるおそれが実質的に認められる3号営業を規制することにより、善良な性風俗秩序を維持するとともに、併せて少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するという、いわゆる消極的、警察的目的を定めるものと解される」としつつ、「風営法は、3号営業について、その営業を行う適格を疑わせる事由を人的欠格事由、性風俗秩序の乱れや風俗環境の悪化につながるような営業所の構造等を物的欠格事由として定め、これらに該当した場合は許可を与えないこととしているが」、その理由を「適性を欠く者が経営に参入したり、不適切な設備を設けたりすることによってその営業内容が不健全なものとなり、性風俗秩序の乱れが現実化する事態が容易に想定されるからである」として、これは「重要な公共の利益」であり、「必要かつ合理的な措置といえることができる」とする。また、このように容易に想定される弊害を防止して業務の適正化を図るためには、上記のような「事前の規制を行うことが必要不可欠であって、営業の内容及び態様に対する事後の規制によってはその目的を十分に達成することができないと認められる」と指摘する。このように、本判決においては、本件における規制が消極目的であるとしながらも、その規制の合憲性は容易に肯定されている。

本判決は、許可制でなければ、適正を欠く者の経営参入や不適切な設備によって営業内容が不健全となって、性風俗秩序の乱れが現実化する事態が容易に想定され、その防止は許可制でなければ達成できないと判断するだけである¹⁰。しかし、本件における規制が消極目的であり、その規制について、その「合憲性を肯定するためには、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」とするならば、その審査は厳格なものでなくてはならなかったはずである¹¹。

⁹ 新井・前掲注(1) 92頁。

¹⁰ 大野・前掲注(2) 3~4頁。

¹¹ 大野・前掲注(2) 3頁。

そこでは、規制目的が正当か、目的が正当化できたとしても、それを達成する手段がより制限的でない手段が要求される¹²。

そうすると、まず、規制目的の審査について、性風俗秩序の乱れや風俗環境の悪化の防止、具体的には売春のような不健全行為の禁止、青少年の健全育成、麻薬取引の防止、周辺環境の悪化の防止が規制目的として挙げられるが、これらの目的が正当であることは否定できない。ただ、規制目的について、売春のような不健全行為の禁止は、当初の立法目的であったが、しかし、こうした目的は、時代や社会の変化のなかで、すでに消滅している¹³。また、現在において、ダンスが男女の出会いの手段と認識されることは皆無であり、ダンス自体が健全なスポーツとして認識されつつある。ダンスは芸術、あるいは、スポーツとして広く認識されている¹⁴。そうすると、ダンス＝売春の温床という観念は想定することが困難になっている¹⁵。青少年の健全育成、周辺環境の悪化の防止は立法当初にはなく、後付けされたものである。次に、許可制について、青少年保護、周辺環境の悪化を実現するために、許可制が必要かつ合理的であるかどうかは疑わしい。許可制を採用しなくとも、青少年の入店規制を行い、麻薬取引や騒音防止などは他の法令による取締りが可能である¹⁶。

許可制の合憲性の審査については、許可制の採用以外にも、許可制を充足する要件が正当なものかどうかの審査も必要である¹⁷。フロア面積や照明の明るさ等の規制について、「フロアの面積が狭いことにより人々の密着性が高まりひいては男女の享乐的雰囲気や過度に形成されるおそれ」といった規制理由が示されるが、フロア面積が狭ければそれだけ集客可能数が小さいということを示すにすぎず、これをもって人々の密着性は語れず、逆

に、広くても人が密接に近づく可能性は否定できない¹⁸。また、面積規制は資金や場所を確保できる人しかダンス店の営業機会を与えられなくなるという効果をもたらすことになる¹⁹。さらに、営業時間の規制についても、「売淫」や「賭博」といった「風俗を害する行為」の防止という目的自体が「重要な公共の利益」であるとしても、深夜営業の一律全面的禁止がそれを防止する必要な手段であるかは疑わしい。現代において生活時間がかつてに比べ、深夜帯にずれ込んでおり様々な営業種に深夜営業が認められるようになっている²⁰。そのなかで、ダンス店だけが深夜営業ができないとすれば、ダンス店に対する差別的取扱いということになる²¹。それは同時に、深夜営業を行う娯楽施設との営業競争をも避けるといった利益が介在し、「類似業界保護」が疑われる²²。

以上のことからすれば、そもそもダンス店において許可制が必要であるとは言い難いというべきであろう²³。

4-2 表現の自由を制限するか否かについて

表現の自由の制限についてである。ダンス店規制を表現の自由の観点から考察した場合に、まず、問題となるのが表現の主体である。この点について、本判決によれば、ダンス店が「音楽を流すなどして、客がダンスをするのに適した雰囲気や醸成することが通常の営業形態として想定され」、「そのような雰囲気や醸成のために自ら客室において流す音楽の選曲や実施するイベントの企画立案を行うなどした場合、その内容によってはそうした行為が表現の自由によって保護される範ちゅうに含まれ得ることを一概に否定することはできず、また「中には表現の自由による保障を受け得るものが含まれる可能性も否定することができない」ので、ダンス店規制が表現の自由の制約になりう

¹² 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）100～101頁。

¹³ 新井誠「経済的自由—ダンスさせ営業規制」新井誠編『ディベート憲法』（信山社、2014年）147頁。

¹⁴ 新井・前掲注(3) 181頁。

¹⁵ 新井・前掲注(3) 181～182頁。

¹⁶ 新井・前掲注(13) 147頁。

¹⁷ 新井・前掲注(13) 148頁。

¹⁸ 新井・前掲注(3) 188頁。

¹⁹ 新井・前掲注(13) 148頁。

²⁰ 新井・前掲注(3) 190頁。

²¹ 新井・前掲注(13) 148頁。

²² 新井・前掲注(3) 191頁。

²³ 新井・前掲注(13) 148頁。

ることを認め²⁴、ダンス店の経営者の表現の自由保障、ダンス店の客のダンスの表現性について言及している点は注目すべきであろう²⁵。そもそも、表現の場の提供者は、表現の自由による保障を伝統的に受けている²⁶。そのために、ダンス店の経営者が表現の自由の享有主体であること疑いはない²⁷。さらに、本判決は客の表現の自由についても言及している。ダンス店では経営者がダンスを行う場を提供し「そこでいかなる文化発信を行うのかという中身」を決定し²⁸、そこに音楽家・プロダンサーといった人々が参画し、音楽やダンスを通じて表現、芸術、文化を形成する²⁹。そして、ダンス店の客はそこにアクセスする自由を有している。そうしたアクセス権は興行場法などの最低限の制限を受けることになるが、それを超えて本件のようなダンス店規制はそうした客のアクセス権の制限ということになる³⁰。

次に、本判決は、表現の自由に対する制限の問題を判断するに際して、先例としてよど号ハイジャック記事抹消事件判決³¹を引用し、利益衡量に基づく判断を行っている。ここで適用されている利益衡量は、問題となる権利との関係において、厳格度を高めたものである³²。よど号ハイジャック記事抹消事件判決において提示されたのは、「自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきもの」とする利益衡量であ

る。この利益衡量は、基本的人権の制約約の合憲性審査に際して、「一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容・性質、制限の態様・程度等を具体的に比較する利益衡量論を採用し、その際、事案に応じて厳格な審査基準等を併せて考慮する」ものである³³。この利益衡量は、衡量を目的手段審査の枠組みで検討し、もって一定の利益の確保をはかるものである³⁴。

もっとも、本判決は、事案に応じて厳格な審査基準等を併せて考慮して審査を行ったかどうかは定かではない。むしろ、本判決は、表現それ自体の規制を行うことではないことに着目し³⁵、表現の自由に対する規制はやむを得ないとしている。また、本判決は、「本件各規定は表現行為の規制を目的とするものではない上、3号営業を営もうとする者や当該営業において客となる者の表現の自由に対する制約を伴う場合であっても、それはあくまで表現行為が上記のような性質を有する3号営業の中で行われる限度で課されるにすぎず、例えば、営業行為としてではなく同様のイベント等を行うことや、客が他の場所で同様のダンスをすることが妨げられるものではないから、本件各規定によって3号営業を営もうとする者や客がその表現行為に関して受ける制約の程度が大きいとはいえない」とし、ダンス店規制を内容中立規制として捉えている節がある³⁶。

確かに、表現手段の方法としてのダンスに着目すれば³⁷、ダンスを内容中立規制として捉えることも可能である。しかし、本判決のいうように、「本件各規定によって3号営業を営もうとする者や客

²⁴ 横大道聡「ダンス規制と表現の自由」 阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二編『なぜ表現の自由か: 理論的視座と現況への問い』(法律文化社,2017年) 249頁。

²⁵ 新井・前掲注(1)92頁。

²⁶ ただし、それは直接表現の自由の保障対象となるわけではないと指摘されている。横大道・前掲注(24) 247頁。

²⁷ 21条はあらゆる表現媒体による表現活動を保障している。松井茂記『日本国憲法 第3版』(有斐閣,2007年) 444頁。

²⁸ 新井・前掲注(3) 194頁。

²⁹ 新井・前掲注(3) 194頁。

³⁰ 新井・前掲注(3) 195頁。

³¹ 最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁。

³² 千葉勝美「最高裁判所判例解説民事編平成4年度」242~224頁。

³³ 尾形健「最高裁判例における利益衡量」曾我部真裕・赤坂幸一・新井誠・尾形健編『憲法論点教室』(日本評論社,2012年) 30頁。

³⁴ 千葉勝美『違憲審査 その焦点の定め方』(有斐閣,2017年) 48頁、尾形・前掲注(33) 30~31頁。ただし、審査基準とは異なるという指摘がなされている。高橋和之『体系憲法訴訟』(岩波書店,2017年) 263頁。

³⁵ 明示されていないが、本判決は3号の規制が表現内容に中立的な規制として捉えているのではないか。表現内容規制と内容中立規制の区分については、市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社,2005年) 207頁。

³⁶ 大野・前掲注(2) 3頁。

³⁷ 新井・前掲注(3) 197頁。

がその表現行為に関して受ける制約の程度が大きいとはいえない」といえるかどうかは、疑問の余地がある。表現の時・場所・方法の意義は人によって異なり、特定の時・場所・方法での表現行為が重要な意義を有する場合がある³⁸。ことに、ダンスそれ自体が、一定の場所を必要とするものであり、表現行為なのである。ダンスをする者にとっては、ダンスによる表現こそが重要なのであり、他の手段が残っているかどうかは無関係である³⁹。特定の時、場所、方法での表現行為を規制する場合であっても、情報の伝達が阻害され、情報の多様性が減少することになり、そのことを軽視すべきではない⁴⁰。しかし、より根源的には、表現の自由は、自らの伝達したい情報について、自らの望む時・場所・方法で伝える自由を包含するものなのではならず、安易に表現の時、場所、方法の規制は認められてはならない⁴¹。

また、ダンスは、「言語的代替性を必ずしも有していない非言語的行為でありその非言語的表現性そのものに固有の意味」があり、「特殊な表現行為形態」である⁴²。そのために、ダンスの持つメッセージを理由としない禁止を内容中立規制、ダンスの持つメッセージを理由とする規制を内容規制として観念することはできないのである⁴³。また、ダンス店規制は象徴的表現とも異なる。象徴的表現とは、言葉によらず行為により思想を伝達するものである。そのために、「言葉によらないコミュニケーション行為」と称されている⁴⁴。ダンスは、特定の言語的に説明しうるメッセージを他者に伝達しようとして行われるのではなく、「非言語的コミュニケーションそのもの（または非言語的・非コミュニケーションであることもある）を行うの」

である⁴⁵。ダンス店規制は一見すれば「方法」であるように見えても⁴⁶、「非言語的コミュニケーション」を内容とする表現内容規制として観念すべきことになる⁴⁷。

さらに、表現の自由についての制限については、表現の自由の客観的法的側面も問題となる⁴⁸。言うまでもなく、表現の自由は自由権であるが⁴⁹、複合的な性格を併せ持つ⁵⁰。表現の自由は「情報流通の全過程」にかかわり⁵¹、統治の在り方とも関連している⁵²。自己統治や思想の自由市場は「広範な社会的サーキュレーション」を前提とするものであり⁵³、客観法として理解することが可能である⁵⁴。表現の自由を客観法として捉えた場合にはシステムの思考が重要となり⁵⁵、そこで保護されるのは情報流通のシステムの維持であり、そこに公権力が介入しないことにある⁵⁶。要するに、客観法としての表現の自由の保護の対象は、情報発信・情報受領である⁵⁷。ことに、インターネットを中心する現在のメディア状況では「システムとしての情報流通」の維持が必要となる⁵⁸。例えば、インターネット空間に対する政府の介入が仮に誰かの主観的な表現の自由に対する制約にならないとしても、それは情報流通に対する介入となる政府の行為は、表現の自由の秩序維持の観点から憲

⁴⁵ 新井・前掲注(3) 198頁。

⁴⁶ 新井・前掲注(3) 198頁。

⁴⁷ 新井・前掲注(3) 199頁。

⁴⁸ 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回：憲法的論証を求めて（法セミLAW CLASS シリーズ）』（日本評論社、2013年）253頁。

⁴⁹ 駒村・前掲注(48) 253頁。

⁵⁰ 駒村・前掲注(48) 254頁。

⁵¹ 駒村・前掲注(48) 253頁。

⁵² 駒村・前掲注(48) 255頁。

⁵³ 駒村・前掲注(48) 253頁。

⁵⁴ 駒村・前掲注(48) 255頁。

⁵⁵ 駒村・前掲注(48) 255～256頁。

⁵⁶ 駒村・前掲注(48) 256頁。

⁵⁷ 駒村・前掲注(48) 260～261頁。

⁵⁸ 駒村・前掲注(48) 256頁。同様の指摘として、金井光生「表現空間の設計構想(アメリカ)―思想の自由市場という思想の自由市場」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由I 状況へ』（尚学社、2011年）91頁。思想の自由市場の背景には、自由で開かれたコミュニケーションの場そのものを確保せよという要請があると指摘する。そのため、表現の自由には情報流通システム全体の保障を要請する客観法的側面があると述べている。

³⁸ 新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ人権』（日本評論社、2016年）123頁（曾我部真裕担当）。

³⁹ 大野・前掲注(2) 3頁。

⁴⁰ 市川・前掲注(35) 225頁。

⁴¹ 新井・曾我部・佐々木・横大道・前掲注(38) 47頁。

⁴² 新井・前掲注(3) 198頁。

⁴³ 新井・前掲注(3) 198頁。

⁴⁴ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)[増補版]』（有斐閣、2000年）432頁。

法原則違反となる⁵⁹。そうすると、ダンス店規制は、ダンス店という音楽を通じてのコミュニケーションの場⁶⁰、あるいは、表現の場に対する政府による不当な介入ということになる⁶¹。

4-3 風営法上の3号営業に該当するか

本判決は、風営法上の規定は合憲であるとしつつも、本件無許可営業に対して罰則を適用することはなかった。本判決は、3号営業に該当するか否かは、「形式的に『ナイトクラブその他設備を設けて客にダンスをさせ、かつ、客に飲食をさせる営業』との文言に該当することはもちろん、その具体的な営業態様から、歡樂的、享樂的な雰囲気や過度に醸成し、わいせつな行為の発生を招くなどの性風俗秩序の乱れにつながるおそれが、単に抽象的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められる営業を指すものと解するのが相当である」とする。そして、「このようなおそれが実質的に認められるかどうかは、客が行っているダンスの態様、演出の内容、客の密集度、照明の暗さ、音量を含む音楽等から生じる雰囲気などの営業所内の様子、ダンスをさせる場所の広さなどの営業所内の構造設備の状況、酒類提供の有無、その他性風俗秩序の乱れにつながるような状況の有無等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である」とする。このように、本判決は、風営法上の構成要件に該当するかどうかについて、規制対象となる危険の発生につき実質的に認められることを求め、処罰範囲を限定している。

こうした判断手法は、国家公務員法102条1項が問題となった堀越判決⁶²において採用されたものである⁶³。堀越判決では、国公法・人事院規則によって禁止されている「政治的行為」は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的

に認められる政治活動に限定されるとして、その上で「政治的行為」に該当するか否かは、「当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断」するとしている⁶⁴。堀越判決は、憲法の趣旨を踏まえて、国公法、人事院規則の禁止する「政治的行為」を公務員の職務遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものに限定している⁶⁵。

本判決は、憲法上の権利制約を前提にして、法律の条文の形式的要件の充足だけではなく、実質的害悪の充足を構成要件該当性の中に読み込んで罰則を適用すると説示する⁶⁶。こうした限定が合憲限定解釈⁶⁷として評価されるかどうかは定かではないが⁶⁸、風営法の適用を慎重に行ったことが⁶⁹、害悪の「おそれの発生を観念的に想定させることを排除し、現実的なそれに限定して、自由の可能性を拡大する論理」として機能し⁷⁰、それが「本件当日、本件店舗において、歡樂的、享樂的な雰囲気や過度に醸成し、わいせつな行為の発生を招くなど、性風俗秩序の乱れにつながるおそれが実質的に認められる営業が行われていたとは、証拠上認めることができない」との判断につながった⁷¹。こうした

⁶⁴ 堀越判決の枠組みについては、市川正人「国公法二事件上告審判決と合憲性判断の手法」法律時報 85 卷 5 号(2013 年) 67 頁、木村草太「公務員の政治的行為の規制について」法律時報 85 卷 2 号(2013 年) 74 頁。

⁶⁵ 市川・前掲注(64) 70 頁。

⁶⁶ 新井・前掲注(1) 93 頁。

⁶⁷ 合憲限定解釈の意義については、蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む」法学セミナー697号(2013年)30～32頁。

⁶⁸ 合憲限定解釈をめぐるのは、最高裁が、表現の自由を規制する法規定の限定解釈が許容される場合として「その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され」、「合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかになれる場合でなければならぬ」とし、それが満たせない場合には、規制の基準が不明確であるか広汎に失するなどして、法令違憲の可能性を示すことになるとしており、本件ではそうした区分が規定そのものから読み取れるとは限らないとする。新井・前掲注(1) 93 頁。

⁶⁹ 新井・前掲注(1) 93 頁。

⁷⁰ 駒村・前掲注(48) 411 頁。

⁷¹ なお、本件当時、被告人は営業時間を午前0時までとして深夜帯での営業を自粛して、そこで行われていたイベントは、様々な音楽ジャンルのアーティストが招かれるなどして平然としたイベントが行われており、フロアの照明については、法律で要求する照度5ルクス以上を遵守し、フロアの広さについて、風営法の

⁵⁹ 新井・前掲注(3) 195～196 頁。

⁶⁰ 駒村・前掲注(48) 262 頁。

⁶¹ 新井・前掲注(3) 196 頁。

⁶² 最判平成24年12月7日刑集66卷12号1337頁。本判決については、中曾久雄「国公法102条1項の合憲性—堀越事件判決(最判平成24年12月7日刑集66卷12号1337頁)を読む」愛媛法学会雑誌43卷1・2号(2016年)153頁。

⁶³ 新井・前掲注(1) 93 頁。

た判断は、ダンス店の営業の自由、表現の自由を保護すると同時に⁷²、ダンス店に対する風営法の規制に対して、一定の歯止めをかけるものになっている。同時に、それが本判決の特色であるといえよう。ダンス店に対する法による強力な規制について、あいまいにされた法規定が残るなかで⁷³、本判決は、表現の自由を含む憲法上の権利との関連性があることを示し、そうした憲法価値との適合性を重視した法解釈・適用を意識した⁷⁴。その意味で、本判決が憲法上の権利制約の可能性を前提とした厳格な法解釈を行い法の適用に慎重な姿勢を提示したことは、今後も風営法の解釈を考える上で重要であるというべきであろう⁷⁵。

むすび—本判決の意義と射程

現在では、社会の変化、風俗文化の変化に伴い、ダンス店にはかつてのような売春の温床といった危険性も存在せず、ダンス店を風俗営業に分類することはもはや妥当ではない⁷⁶。このようにダンス店に対する取り締まりを行う理由がないにも関わらず、ダンス店にということだけに着目して風営法違反で警察当局が取締りを行い続けることこそが本件における問題の深層である⁷⁷。明確な正当化理由が存在しないにもかかわらずダンス店に対する取り締まりを行うのであれば⁷⁸、その動機はダンス店に対する狙い撃ちということになる⁷⁹。本判決が、この問題に対して、ダンスに関わる表現性について配慮をしつつ（本判決は表現の自由の保障を広く捉え、ダンスそのもののみならず、ダンスを通じての文化的コミュニケーションをその保

障の範囲内に含めている）⁸⁰、風営法の適用に際して限定解釈を加えることで、一定の歯止めをかけている点で注目される。この点は、本判決の重要な意義として位置付けられる。それは同時に、本判決の射程は、ダンス営業を風俗営業として分類すること、あるいは、ダンス営業に対する規制そのもの問題に及ぶことを意味する。

本件について、検察は即日控訴した⁸¹。なお、本判決後、超党派によるダンス文化推進議員連盟が風営法の規制の緩和を目指し、警察もダンス店などの規制を緩和することを検討し、その結果、2016年に風営法が改正され、クラブについては、店内の照明が10ルクス以上であれば、通常の飲食店として24時間営業を認められることになった。

基準を充足していないものの、男女が過度に密着するものではなかったとされている。新井・前掲注(3) 205～206頁。

⁷² 新井・前掲注(1) 94頁。

⁷³ 大野・前掲注(2) 4頁。

⁷⁴ 新井・前掲注(1) 94頁。

⁷⁵ 新井・前掲注(1) 93頁。

⁷⁶ 新井・前掲注(3) 156頁。

⁷⁷ 新井・前掲注(13) 156頁。関連して、風俗規制はいかなる理由でどの程度まで容認され正当化されるのか、という重要問題も存在している。横大道・前掲注(24) 249頁。

⁷⁸ しかも、必ずしも法規定からは明確には読み取れない麻薬取締、喧騒の防止といった利益を付加し、ダンス規制権限を拡大してきたという実態がある。

⁷⁹ 木村草太「表現内容規制と平等条項—自由権から〈差別されない権利〉へ」ジュリスト1400号(2010年)102頁。

⁸⁰ 新井・前掲注(1)94頁。

⁸¹ 大阪高裁では、一審判決と同様に、無罪判決を下しているが、一審判決と理由づけは異なる。風営法2条1項3号の規制目的について、風俗秩序の維持にあったとしつつ、営業実態及びそれを取り巻く社会環境の変化に応じて、他の規制目的も考慮し得ることは立法が予定するところであるし、一審判決が性風俗秩序の維持及び少年の健全育成のみに限定し、他の規制目的をほとんど考慮しなかった点で、風営法の解釈として相当ではないとする。