

風営法におけるダンス営業規制の 合憲性について

新 井 誠

【解題】 本稿は、客にダンスをさせ、かつ、飲食をさせる営業形態である、いわゆる「クラブ」の無許可営業についての風営法（風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律）違反に対する刑事罰適用の可否が争われた「平成24年（わ）第1923号風俗営業等の規制及び業務の適正化に関する法律違反被告事件」に関する意見書として書かれたもので、2013年7月22日付で大阪地方裁判所第5刑事部3係に提出され、証拠採用されたものである（本誌への掲載にあたっては、意見書としての性質の下、最小限の誤字・脱字と一部内容の各修正を行い、また引用・参考文献の情報は最小限の内容を文中に示すこととする）。

本件の憲法上の争点

風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和23年7月10日法律第122号）（以下、「風営法」という）2条は、この法律における「風俗営業」として、1項3号に「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（第一号に該当する営業を除く。）」、同項4号に「ダンスホールその他設備を設けて客にダンスをさせる営業（第1号若しくは前号に該当する営業又は客にダンスを教授するための営業のうちダンスを教授する者（政令で定めるダンスの教授に関する講習を受けその課程を修了した者その他ダンスを正規に教授する能力を有する者として政令で

定める者に限る。) が客にダンスを教授する場合にのみ客にダンスをさせる営業を除く。)と規定する。これらのうち、3号を「ダンス飲食営業」、4号を「ダンスさせ営業」とそれぞれ呼ぶ（本稿では、これら3号、4号営業をあわせて「ダンス営業」と呼ぶ）。

以上のダンス営業について風営法は、許可制を設けており（同3条1項）、その許可要件として、施設の広さ面積（客室床面積1室につき66㎡以上とし、かつ、ダンスをさせる客室部分の床面積をそのおおむね1/5以上）や照明の明るさ等の構造的要件が見られる。また、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。以上の無許可営業に対しては、罰則規定が設けられている（同49条1号）。

しかし、ダンス営業に対する以上のような諸制約は、憲法上の諸権利に対する強い制限となっており、その制約が憲法上の権利の観点から正当化される否かが問題となる。

第1 風営法諸規定の合憲性

I 憲法22条1項（職業選択の自由・営業の自由）との適合性

本件ではまず、「ダンス営業」という営業規制が問題となることから、憲法22条1項（職業選択の自由）の観点からの考察が必要である。

1. 憲法22条1項の規範理解

(1) 人格的価値との不可分性

憲法22条1項に定める職業選択の自由は、人々の生計維持とともに、職業を通じて人格の形成を図るという意味において「人の人格価値ないし精神生活と緊密な関係を有する『自由』」（佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、

2011年) 299頁)である。最高裁もまた、職業については「各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関係を有する」(最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁(薬事法違憲判決))と判示している。職業はその社会的相互関連性も大きいことから、精神的自由との比較で、職業選択の自由については、一般的には、その合憲性が緩やかに審査されるとの考え方が示される。しかし、以上のような、個人の人格的価値と職業との不可分の関係性をふまえるならば、職業選択の自由に対する制約の合憲性についても慎重に検討される必要がある。

(2) 職業「選択」の制約と許可制のあり方

また、職業選択の自由には、一般的に、①職業を「選択(開始・継続・廃止)する自由」と②「遂行する自由」が含まれるとされ、②に比べて①に対する制約のほうが、憲法上の権利への、より強力な制約となる。そして、(営業の開始という意味での)職業選択に関する許可制については、既述の薬事法違憲判決で最高裁も「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」と判示するように、営業の許可制は、職業の選択自体に対する制約となることから、許可制そのものの合憲性審査に加えて、その許可要件についても慎重な合憲性審査が行われる必要がある。

(3) 規制目的に着目した合憲性審査

最高裁は、職業選択に対する規制措置について「憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつ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うえで慎重に決定されなければならない。」(薬事法違憲判決)と示している。その指標の中でも、従来、学説などで注目さ

れてきたのが、規制目的に注目した審査基準の確定である。すなわちそれは、「消極的・警察的規制（消極目的規制）については、裁判所が規制の必要性・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、積極的・政策的規制（積極目的規制）については、いわゆる『明白の原則』が用いられている。『明白の原則』とは、「当該規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限り違憲とする』という方法を言う」（芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第5版）』（岩波書店，2011年）218頁）。

規制目的二分論に対しては、これら2つ以外にも規制目的が観念しうのではないかといった、その有用性に関する懐疑的な見解も見られる。しかし、①ある法律の規制目的が、上記二分論のどちらかの目的に該当すれば、規制目的二分論の有用性に対する疑念は不要であり、②消極目的規制の審査が、積極目的規制よりも厳格であるべきことを正当化づける新たな理由を提示する学説（長谷部恭男『憲法（第5版）』（新世社，2011年）238頁以下）も提示されている。また、規制目的二分論は最高裁も採用しており、それに関する明示的な判例変更はされていない。こうしたことから従来の二分論は今なお有用である。

さらにこの二分論をめぐる最高裁（薬事法違憲判決）が、職業に関する許可制の導入につき「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」としながらも、さらに「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もの、というべきである」として、目的と手段との関連性の審査に関し、特に消極的、警察的措置に該当すべき場合を積極目的と区別して議論する点が重要である。

以上をふまえて、以下では、本件規制の憲法22条1項適合性について検討する。

2. 本件規制の憲法22条1項適合性

(1) 本件「ダンス営業」の要保護性

本件規制の憲法22条1項適合性を検討するにあたっては、まず、本件規制対象となる「ダンス営業」が、憲法22条1項で保障する自由の保護領域に入るか否かが問題となる。この点で、世の中には「反社会的職業」として保護対象とならない職業(例えば、「殺し屋」、「窃盗団」、といったもの)が観念されよう。関連して最高裁は、管理売春の禁止の合憲性が問われた事件において、管理売春を憲法上の保護の対象とはしなかった(最二小判昭和36・7・14刑集15巻7号1097頁)。これに対して本件における「ダンス営業」については、反社会的職業とは全くいえないものであって、憲法22条1項の保障の対象になることは明らかである。

(2) 風営法の目的

本件では、風営法においてダンス営業開始のための許可制を設けていることが、憲法22条1項に違反しないかが問題となる。その検討のために、以下では(1)風営法の目的、(2)風営法においてダンス営業の許可制を設けていることの目的、それぞれにわけて検討するが、まずは、風営法の法目的について検討する。

①旧法における目的規定の不在

風営法の歴史的変遷を紐解くと、かつての風営法には目的条項が存在しなかった。しかし、その(旧)風営法の憲法適合性が争われた裁判例(東京地判昭和25・7・19行裁例集1巻892頁)では、「取締法第一条に列举せる

風俗営業は客を接待して遊興又は飲食をさせ設備を設けてダンスをさせ或は射倖心をそゝる虞のある遊技をさせる営業であつて、それ自体では何等公共の福祉に反するものではないけれども、その性質上やゝもすれば売淫、賭博等の所謂風俗犯罪を誘起する危険がありこの種の営業を何らの制限を加えることなく何人にも場所的、時間的、数的又はその態様に於て自由に営ましめるに於ては社会秩序を維持し、公共の福祉を増進せんとする国家目的」であるという理解が示された。

当該裁判例をめぐるのは、①そこに登場する「公共の福祉」をめぐる外在的制約説的な憲法解釈論は現在の学説では肯定的評価を受けないこと、②下級審判断であり判例とは言いがたいこと、などから現在における先例としての価値は低い。それでもなお、(旧)風営法の目的について、裁判所が当時、「売淫、賭博等の所謂風俗犯罪を誘起する危険」を理由とする「社会秩序の維持」という「国家目的」を示していながら、後年に明文で登場する風営法の法目的である「少年の健全な育成」という点に言及していないことは重要である。それは、同裁判例時の風営法の法目的的理解としては、「少年の健全な育成」が明確には認識されていなかったことの証左となるからである。そこで現在のダンス営業規制の目的とされる「少年の健全な育成」は、ダンス営業規制が設定された当時の立法事実では、ダンス営業規制を正当化する論拠と見ることはできなかつたといつてよい。

②現在の風営法の目的

昭和59年に制定された現在の風営法1条は、「この法律は、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する」と規定している。ここでは、風営法の

目的が「善良の風俗と清浄な風俗環境（の保持）」と「少年の健全な育成に障害を及ぼす行為（の防止）」とされる。

③「善良な風俗と清浄な風俗環境」の保持について

これらのうち「善良の風俗と清浄な風俗環境（の保持）」には、一般的に警察目的規制としての性格があるとされる。すなわち「放任すると公衆の生命・安全等に関わることに着目して許可制がとられるもので、古物商、質屋、旅館、風俗営業、飲食店などがその例である」（佐藤・前掲書 305 頁）と理解される。しかし、この指摘は続けて、「これらのうち風俗営業は、『善良な風俗』の保持という抽象的概念の下に徹底した規制の対象とされ」、「一般の『警察許可』とは異なる特徴をもっている。」（同）と示している。そこでは風俗営業規制は、必ずしも衛生目的・治安目的には還元されないこととなるが、風俗営業規制のうち、特に「性風俗」秩序維持を目的とする場合、警察目的・衛生目的と同様、消極目的規制の範疇に入れるとしても、規制法益としての「善良な風俗」侵害は、いわゆる「わいせつ物頒布罪」などと同様、「被害者なき犯罪」としての社会的法益保護のカテゴリーに入ることになる。

もっとも、「わいせつ物頒布」に関しては、憲法 21 条 1 項の表現の自由との関係性を十分ふまえつつも、頒布される物の「わいせつ」性が認定されれば、それは「伝統的に価値の低い表現物」のカテゴリーに入れられ、それ自体の憲法上の要保護性も低いものとして認識される。これに対し、風営法に定める風俗営業は、そもそも、「(管理) 売春」や「とばく」といった、憲法上の要保護性の低い業種ではなく、それらには及ばない程度の、当然にして憲法上の権利が保障される業種に対する規制を定めている。以上から考えるに、ここでの「善良な風俗」は、わいせつ物頒布罪等を構成する行為制限に用いられるそれとは異なり、憲法上の権利が当然に及ぶ業種に関する制約であることをふまえた解釈でなければならない。しかも「風俗」は、広く「社会風俗」などを含めて解釈でき、何から何まで包含できる、およそ多義的な

文言である。そうした広い解釈が可能な文言を用いて法目的自体を設定すれば、目的規定としての意味がそもそも薄らぐ。以上から「善良な風俗」の理解には、限定的な解釈が要請される（その意味で、「無制限に酔客が遊興するときに周辺住民とのトラブルが惹起される懸念」を、ここでの「善良な風俗」概念に含ませる解釈は疑問である）。もし、そうした限定解釈が不可能ならば、この規制目的に「重要な公共の利益」性があるかないかの審査を経るまでもなく、当該規定は、文面上違憲との評価も受けることになる。

では「善良な風俗」とはいかなる概念を示すのか。これについて、警察実務家による、風営法に関する詳細な注釈書によれば、「善良の風俗」の「保持」とは、国民の健全な道義観念により、人の欲望を基盤とする風俗生活関係を善良の状態に保持することをいう」（蔭山信『注解風営法Ⅰ』（東京法令、2008年）78頁）。こうした定義は、それ自体あまり限定的とはいいがたいが、ここではあわせて、「善良の風俗」を害する行為というのは、具体的に言いますと、やはり売春、わいせつあるいは賭博、あるいはこれらの行為に通常結びつくようなそういう蓋然性の高い行為」（蔭山・前掲書80頁）とする、かつての参議院における政府委員答弁が紹介されている。また、風営法で守るべき「善良な風俗」に関連して、「営業に伴う危険」として、「酒席を盛り上げるサービスであれば、それ自体がいがわしいものではなく、それが過度に性的な雰囲気になつたときに売春のおそれが生じたり、あるいは、料金設定が明確でなかったときにいわゆるほったくりの危険が生じたり、またあるいは、無制限に酔客が遊興するときに周辺住民とのトラブルが惹起される懸念が生じることになる。」（蔭山・前掲書13頁）といった記述も見られる。

以上からは、風営法における「善良の風俗」の保持とは、とりわけ「売春」、「わいせつ」、「とばく」、「ほったくり」及び「これらの行為に直接結びつくようなそういう蓋然性の高い行為」等の防止であることが判る。

このうち「(管理) 売春」、「とばく」、「ほったくり」は、それら自体が伝統的に法律で犯罪行為として処罰対象とされるような行為であり、憲法学説

でもその憲法的要保護性がそれほど認められない。これらに直接結びつく蓋然性の高い行為の防止という意味で「善良の風俗」(の保持)を捉えるならば、「善良な風俗」(の保持)という法目的は「重要な公共の利益」に資するものとして、正当化される可能性も残されている。

他方、以上のカテゴリーのうち「わいせつ」には注意が必要である。というのも、「わいせつ」な行為は、(刑法上の強制わいせつ罪や公然わいせつ罪が規定されるように)「強制わいせつ」や「公然わいせつ」は憲法上の保護は得られないかもしれないが、その裏返しとして、「強制」性がなく同意に基づく場合や、「公然」性がなく非公然で行われる場合には、人々の一般的に自由な行為であり、憲法上の保障の対象にもなりうるからである。

そこで風営法全体の法目的としての「善良な風俗」を害する行為に「わいせつな行為におよぶ蓋然性が高いもの」を含める場合、それは「強制わいせつ」や「公然わいせつ」といった特定の行為に限定されるべきである。仮に、そうしないことには、ここでの「善良な風俗」(の保持)という法目的は、「重要な公共の利益」に資するとはいえなくなる。

④「少年の健全育成」について

現在の風営法では、「少年の健全育成」という法目的を併せ持つ。これは、歴史的には、風営法に新たな意味づけを与えるための、途中からの追加的な目的であることをすでに述べた。ではなぜこうした「少年の健全育成」を入れるのか。それは、一般的にはこうした目的がそれ自体「重要な公共の利益」と観念されやすく、これにより風俗営業の制約の正当化理由がより得られやすいからである。かつて青少年保護条例における有害図書の自動販売機での販売一律禁止規制をめぐる最高裁判決(最三小判平元・9・19刑集43巻8号785頁)で伊藤正己判事が補足意見で「青少年の保護育成という名分のもとで規制が一般に受け入れられやすい状況がみられるに至っている」と述べたように、この法目的は「道徳的、政治的に正しい」認識になりやすく、基本的にはそれ自体

を否定しづらいのである。

そこで、仮にこの法目的を「重要な公共の利益」と捉えるのであれば、それ自体の審査はそれほど真剣に行わないとしても、①本法で採用される措置は、本来的にそのような法益を守るべきとされている措置であるのかどうか、②こうした法益保護を理由に、営業に関する過度な規制がなされていないか（必要最小限の手法であるのか）、といった点については、改めてより慎重に吟味しなければならない。

（3）風営法における「ダンスさせ営業」の許可制の目的

次に、風営法に「ダンスさせ営業」の許可制を規定することの固有の目的について述べる。

既述のように、ダンス営業には、「ダンスさせ営業」（4号営業）と「ダンス飲食営業」（3号営業）とがある。これらの関係については、風営法2条1項4号の「ダンスさせ営業」が「ダンスという単一の要素からなるものである。すなわち同号は1号及び3号の一般規定であ」り、「四号営業（ダンスさせ営業）が更に客の接待をして客に飲食をさせようとするときは、現にダンスをさせている以上、一号営業（ダンス接待飲食営業）の許可が必要である。同じく更に、客に飲食のみをさせようとするときは、三号営業（ダンス飲食営業）の許可が必要となる。」（蔭山・前掲書123頁）と説明される。そこで、ダンスを端的に規制のメルクマールとする「ダンスさせ営業」に絞って、以下、検討を加える。

「ダンスさせ営業」は、ダンスを客に行わせる営業である。このように「客にダンスをさせる営業」が風俗営業として規制の対象となっているのは、我が国においては、ダンスホールがキャバレーに近似した形態で営業され、かつ売春事犯が多数発生していたという歴史的経緯によるものである」（蔭山・前掲書115頁）。また「ダンスホールが風俗営業から除外されていないのは、これが客同士又は客とホール所属のダンサーが自由にダンス（社交ダ

ンス)を行う業態であり、かつ、ダンサーの資格も特に必要とはされていないことから、なお、男女の享乐的雰囲気が過度にわたる可能性があり、したがって、善良の風俗を害するおそれ除去されているとはいえないからである」(蔭山・前掲書 123頁)と一般的には指摘される。このように「ダンスさせ営業」規制は、風営法ができた当時の「風俗」を保持するために設けられたという特徴がある。

(4) 風営法における「ダンスさせ営業」の許可制の合憲性審査

では、以上の「ダンスさせ営業」の許可制は正当化されるか。以下では、①立法事実(の変遷)の審査、②許可制導入の目的審査、③目的と手段との関連性審査、を順に行う。

①立法事実(の変遷) —現代における法規定継続の正当化根拠の欠如

まずは、立法事実(の変遷)について検討する。先述のように、風営法における「ダンスさせ営業」とは、歴史的経緯のなかでは元々、いわゆる「(男女ペアで踊らせる)ダンスホール」や「キャバレー」などが観念されていたのであり、現在にいう、いわゆる「クラブ・ミュージックをかけて客がリズムにあわせて体を揺らすダンス」は観念されていなかった。

しかも、「ダンスさせ営業」に対する許可営業規制が設けられたのは、かつて、社交ダンスをさせる営業施設において、店の用意する踊り子との間で、社交ダンスを隠れ蓑にした、売春取引が頻繁になされていたという時代的事情があるからである(例えば、昔、夕刻のテニスコート営業の場で、テニスコート営業施設が用意した女性とのテニス・プレーを通じて売春取引がなされるという事態が頻繁に起きた、という立法事実が仮に設定されたならば、テニスコート営業についても、風営法上の許可制が設けられた可能性はある。しかし、実際にはそのような「事実」が当時の時代の中で起きなかったからこそ、テニスコート営業の風営法上の許可制を設定するという事態がなかつ

たにすぎない)。当時は、社交ダンス自体が、男女が密接に近づける数少ない娯楽であり、一定の「いかがわしさ」を想起させた可能性がある。そして、少なくない人々が社交ダンスの場を「売春」へのアプローチの場として認識し、ひいては社交ダンスの場が管理売春を成立させる場となる可能性があったことが、「ダンスさせ営業」の許可制導入の原因となったと推測しうる。

しかし、現代では娯楽も多用化し、少なくとも若年層にとって、社交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る。また、社交ダンス自体が健全なスポーツとして認識されつつある。もはや、かねて観念されえた「ダンスさせ営業」の場での売春斡旋（またはそこでの管理売春の成立）のおそれなどは、現在、皆無な状況にある。

では、さらに進めて、現代において、社交ダンスなど以外の「ダンスさせ営業」、例えば、若年層が集ういわゆる「クラブ」の類が、かつての「ダンスさせ営業」規制で保持しようとした売春斡旋を頻繁に引き起こす場となっているか、あるいは管理売春を成立させる場となっているかといえば、それもいえない。「クラブ」は、クラブ・ミュージック等のグルーブ感を味わいつつ、体全体を踊らせて楽しむ場所にすぎない。それは、テニスコートでテニスをしたのと同じである。万が一、売春斡旋行為などがこうしたクラブで起きるならば、それは、クラブだけではなく、通常の飲食業等の場、あるいは先のテニスコートであっても起こりうるのである。

以上のようにみると、現在の社交ダンスからクラブ・ミュージックにあわせて踊るダンスまでを行わせる「ダンスさせ営業」施設は、少なくとも現代において、「売春」等を生じさせる手段としての機能を持たない。このことから、かつての法律の存在意義を支えていた「立法事実」が現在では消滅している。そうした正当化根拠を失った法規定は、すでに「文面上違憲」と評価しうる事態にある。

なお、他業種との単純な比較は難しいが、風営法では、かつて「ビリヤードさせ営業」が、1950年代に規制除外になるまで、「ダンスさせ営業」と同

様の許可営業規制を受けていた。この「ビリヤードさせ営業」については、「玉突き場」が賭博の温床になると考えられており、それが「善良な風俗」の維持に抵触するおそれがあったからとされる。しかし、「ビリヤードさせ営業」に関しては、同業界が風営法規制の除外を求める政治的運動を展開し、有力議員に働きかけ、議員立法での風営法改正を達成した（永井良和『風俗営業取締り』（講談社、2002年）88 - 89頁）。以上のような規制の撤廃には、当時のビリヤード団体の運動やそこに関わる政治家の力が大きかったと推察されるが、そうした規制が撤廃されたのも、そもそも「ビリヤードさせ営業」が賭博の温床となるおそれを防止する」ことで「善良な風俗」の維持を達成するという法目的自体が、荒唐無稽のものとして認識されつつあったからであろう。実際にその後、規制を除外されたからといって、「ビリヤードさせ営業」の場が再度「賭博の温床」になったという話は聞かない。本件「ダンスさせ営業」規制もまた、こうしたビリヤードの場合と同様の状況にあり、この点でも規制を維持する立法事実はすでに存しないといえる。

②目的審査

先述の薬事法違憲判決で最高裁は、職業に関する許可制の導入については「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を要」としながらも、さらに「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ず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」と示した。しかし、本件「ダンスさせ営業」に対する許可制の設定は、最高裁が示した同要件を満たさない。それは以下のような点からである。

第1に、許可制導入の目的には、「重要な公共の利益」があるかどうかである。上述のように、「ダンスさせ営業」に許可制を導入する場合には、保

持されるべき「善良な風俗」をめぐる限定解釈が必要であり、その範囲においてのみ「重要な公共の利益」があることが観念される。これについては、「ダンスさせ営業」規制が登場した背景である「我が国においては、ダンスホールがキャバレーに近似した形態で営業され、かつ売春事犯が多数発生していたという歴史的経緯」（蔭山・前掲書 115 頁）が重要となる。つまり、ここでの「善良な風俗」の保持とは、歴史的経緯から見た場合、「売春」（あるいはその斡旋）行為が行われるおそれがないこと（あるいはそれが管理売春の温床とならないこと）であって、それらの防止から得られる利益のみが「重要な公共の利益」となりうる。これについては、しかしながら、現状では、いわゆる「クラブ」をはじめとする「ダンスさせ営業」は、かつての「ダンスホール」とは明らかに異なり、売春（斡旋）事犯が多数発生する営業形態ではないというのが実情であることは既に述べた。

ところが、かつて売春（斡旋）事犯等が見られた、いわゆる「ダンスホール」営業形態が減少して以降、本法をめぐる実際の運用では、「善良な風俗」の解釈について「男女の享樂的な雰囲気は過度に醸し出されるおそれ」といった理解が新たに採用された感がある。ここでは「売春の温床」といった懸念があえて外されて理解・運用される。この場合、（ア）商売上での見知らぬ男女の一時的情愛から生じる雰囲気とは別に、それ以外の、（イ）（商売上の関係性はない）特定の付き合いをしているカップルなどが醸し出す「ムードある雰囲気」をも含む概念となる。

以上について（ア）の場合には、たしかに売春の温床等となる可能性もないわけではなく、その防止のために「男女の享樂的な雰囲気は過度に醸し出されるおそれ」を防ぐという「重要な公共の利益」がある程度観念しうるのかもしれない。しかし（イ）の場合にはどうか。これについては、先に風営法全体の目的についてふれた際、性秩序維持にまつわる「善良な風俗」を乱す行為に「売春」の他「わいせつ」を挙げつつも、「わいせつ」の場合には、その「強制性」や「公然性」が認識されない限り、人々の一般的に自由な行

為として認識されるべきであるから、そこでの「わいせつ」概念を限定して初めて、合憲的解釈が可能であるとした。

そこで、「売春」とは無関係なカップル間でも「男女の享乐的な雰囲気が過度に醸し出される」ことで結果的にわいせつな行為が、公共の場でなされたり、一方が他方への強制を迫る形で行われたのであれば、これは刑法上の公然わいせつ罪・強制わいせつ罪などの適用を受けることが考えられる。そして、そうした法の適用は妥当な措置である。しかし、本件法運用では、商売上の付き合いではないカップル間の「公然」あるいは「強制」わいせつ的事態が具体的には生じていない「おそれ」の段階での規制が可能となる。つまり、売春行為にも結びつかず、また公然わいせつ、強制わいせつ等にも結びつかないにもかかわらず、抽象的危険の「おそれ」全ての防止が規制の対象となっているのである。ここでは、これがはたして「重要な公共の利益」になるのだろうか、という問題設定が忘れ去られている。これについて本稿は、商売上の付き合いではないカップル間の「公然」あるいは「強制」わいせつ的事態が具体的には生じていない場合も含む上記「おそれ」全ての防止は、「重要な公共の利益」とはいえず、人々の性的自由を強く侵害していると考える。

③手段審査

本稿では、第1の目的審査において、「ダンスさせ営業」の許可制導入の目的としての「善良な風俗」(の保持)の意味については限定的な解釈がなされるべきであり、それが的確に行われていない限り、「重要な公共の利益」があるとはいえないとした。他方で、万が一、その目的を正当化できた場合には、次のような目的と手段との関連性審査が改めてなされなければならない。

そこで第2の手段審査を試みるものの、ここでも「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もの」という最高裁の薬事法違憲判決の挙げる合憲性要件に該当しない、といえる。

薬事法違憲判決で最高裁は、薬局の薬品の品質低下による国民の健康侵害の防止を「重要な公共の利益」とする。ここでの「国民の健康と安全」の防止という利益は非常に重要であり、その利益保護のための許可制導入は、やむをえない消極目的の措置となりうるかもしれない。ただしそれは、薬の供給自体が、場合によっては、事後的には取り返しのつかない健康上の危険を広く国民にもたらす可能性があるがゆえでの許可制の採用であった点が重要である。

他にも、例えば、クローン技術規制法で、あえて一部のクローン技術の実践を全面的（あるいは部分的）に禁止するのは、そこで登場する危険の度合いが、事後的解決によって回避するにはあまりにも未知であるからである。また、場合によっては、バイオハザードが起きた場合の感染症の伝播などの危険が際限なく生じてしまうことが推測されるからである。そこで、事後的には取り返しのつかない急激な事態を回避するというやむを得ない措置として、学問の自由の重要性を考慮しながらも、研究の事前規制を行う点に意味があるのである。

これに対して、クラブ営業規制の場合には、そうした許可制をおかなければ防止できない、あるいは取り返しのつかない事後的危険性が、「ダンスさせ営業」の場に固有なものとして、にわかには発生する蓋然性は観念できない。つまり、誤って処方された薬を飲むこと（あるいは資格のない者が誤った医療行為をしたこと）により直接に身体上の危険が及ぶこととか、（裁判などで）無資格者による間違った法律知識に基づいて財産上の損失が生じるのに比べ、ダンス営業が—他の業種と比べて固有に一人の身体への取り返しのつかない危険や財産上の損失を導く、といったことは考えづらい。もし、何か生じた

としてもそれは営業に付随した「人の集合」によって、さらにその「人の集合」が何らかの喧騒を起こした場合などの間接的・付随的に生じる危険である。かつそれは、事後的な法的手当でも救済しうる場合がほとんどである。「ダンスさせ営業」により、仮に、周辺住民が騒音に悩まされた、客同士の暴力事件により客が暴行を受けた、という事態が生じたとしても、以上のような付随的効果として考えるしかない。そしてそれは、通常の飲食業などでも起こりうる、もはや、ダンスさせ営業に固有の事態ではないのである。

つまり、このことは、まさに「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」「重要な公共の利益」を「十分に達成することができる」場合でありながら、本件では、許可制「よりゆるやかな制限」手法が採用される事態となっていないことを示すものである。

クラブ営業に生じる可能性が観念される「害悪」としては、性風俗の乱れや、少年非行、といったものが(正当化できるかどうかは別にして)一般的に挙げられる。しかし、(弁護士予定主張1に見られるように)こうした諸害悪の除去に関しては、売春防止法や青少年保護条例、刑法上の公然わいせつ罪といったものが用意されている。そして、こうした法規制によって十分にその効果は達成できる。また「少年の健全育成」を図るというのであれば、一定年齢未満の人々の入店規制の設定でも、その目的は十分達成できる(なお関連して、風営法は「青少年の健全育成」ではなく「少年の健全育成」を法目的とする。この点、蔭山・前掲書50頁は、18歳未満の者を観念している。もっとも、「青少年」と「少年」を意識的に使い分けしているならば、「少年」のほうが、より低年齢を観念しうる。そうなれば、ここでの法目的は、「青年」は除く「少年」保護を目的としているのであるから、文言の意味については、より狭い解釈がなされるべきであろう。)

他方、近年新たに注目されるのは、「ダンスさせ営業施設周辺での泥酔者の発生や喧騒が、近隣に迷惑をかける」という視点である。が、これなどは、

そもそも、あらゆる娯楽施設に通常発生しうる事態でもある。逆に、適切な対処を各店舗が行うのであれば、発生しないことも多く、それを「許可制」という手法で制限することについては、目的との実質的（あるいは合理的）関連性がない。

（４）許可要件の合憲性—特に面積要件について

以上では、許可制の合憲性の審査を行った。しかし、仮に「許可制の採用自体が是認される場合であっても、個々の許可条件については、更に個別に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならない」（薬事法違憲判決）とされる。そこで、以下では、許可要件の合憲性について簡潔に検証する。

本法では、許可要件としてフロア面積や照明の明るさ等の規制が設けられている。このうち特にフロア面積に関する規制については、「フロアの面積が狭いことにより、人々の密着性が高まり、ひいては男女の享樂的雰囲気が過度に形成されるおそれ」といった規制理由が示されるときがある。しかし、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ない。逆にいえば、広くても人が密接に近づく可能性は否定できないのである。そこで、広さと人々の密接性（そこから生じる「男女の過度の享樂的な雰囲気形成のおそれ」の防止という法目的）に実質的（あるいは合理的）関連性はない。

さらに、クラブ経営の経営母体の経済的事情から、それほど大きな容量の場を用意できないという事情もある。この観点からは、結果的には経済的に豊富な資金を持つ経営者しか、こうした産業への参入ができなくなるおそれが生じる。このことは、規制目的を達成する手段として正当化できないばかりか、結果的にみて、消極目的を名目とした新規参入規制になる可能性もあることから、憲法上許容できない可能性が強まる。

以上については、距離制限による適正配置により、当初の「人々の健康安全」が達成できるという「もっともらしい理由の連鎖」には、合理的な関連

性はないとした最高裁の薬事法違憲判決のロジックともつながる議論である。

(5) 営業時間規制の合憲性

現行風営法は13条1項において「風俗営業者は、午前零時（都道府県が習俗的行事その他の特別な事情のある日として条例で定める日にあつては当該事情のある地域として当該条例で定める地域内は午前零時以後において当該条例で定める時、当該条例で定める日以外の日にあつては午前一時まで風俗営業を営むことが許容される特別な事情のある地域として政令で定める基準に従い都道府県の条例で定める地域内に限り午前一時）から日出時までの時間においては、その営業を営んではならない。」、2項において「都道府県は、善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害する行為又は少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため必要があるときは、前項の規定によるほか、政令で定める基準に従い条例で定めるところにより、地域を定めて、風俗営業の営業時間を制限することができる。」と規定している。

以上のような風営業に関する営業時間の設定をめぐっては、(旧)風俗営業等取締法第3条に基づく東京都風俗営業等取締法施行条例第22条(営業時間の制限)の合憲性を判断した大法廷判決が存在する(最大判昭和37・4・4刑集16巻4号377頁)。ここで最高裁は、以下のように述べている。

「論旨は、風俗営業等取締法三条に基づく東京都風俗営業等取締法施行条例22条は、憲法13条、22条1項及び25条等に違反すると主張する。

風俗営業等取締法3条は、都道府県は、条例により、風俗営業における営業の場所、営業時間及び営業所の構造設備等について、善良の風俗を害する行為を防止するため必要な制限を定めることができるものとし、東京都の風俗営業等取締法施行条例22条は、右規定に基づいて「営業時間は、キャバレー、ナイトクラブ及びダンスホールは、午後5時から同11時30分まで、その他の営業は、午前10時から午後11時までとする。ただし、特別の事由があつて、あらかじめ公安委員会の承認を受けた場合は、この限りでない。」

と定めている。しかして右のように営業時間を規制する所以のものは、同法1条に掲げるような風俗営業について、特に深夜に及び営業することを認めるにおいては、往々にして売淫や賭博その他善良の風俗を害する行為を誘発する虞れあるがためであつて、しかも右条例22条但書によれば、かかる虞れのない特別の事由ある場合においては、あらかじめ公安委員会の承認を受けて、深夜営業をなすこともできるものと解せられる。それ故右条例22条による営業時間の制限は、右のような弊害を防止するために必要な措置であつて、公共の福祉のために是認されるべきである。従つて所論違憲の主張はすべて採用できない」。

結果として本判決は、深夜営業規制を合憲とする。しかし、現状の憲法学説では「公共の福祉」の内実により憲法上の制約の妥当性の程度を変化させるが、当該判決はそのような作業が一切なされていない。本判決は、昭和37年という今から50年近くも前に出されたものでもあり、現時点から見れば、まずはその憲法論の粗雑さに問題がある。

次に、深夜の営業をめぐるのは、現在と50年前とでは、それ自体の一般的考え方に、時代間の相当程度の開きが生じているであろうから、昭和37年時点での「深夜営業」規制がそのまま通用するわけではない、という限界がある。

さらに、以上の諸問題を別にして、その論理構成を考えるとやはり、深夜営業と「往々にして売淫や賭博その他善良の風俗を害する行為を誘発する虞れ」との関係性についての説明が不十分な点が問題となる。すなわち、既述のように「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は、「重要な公共の利益」に適うと万が一考えたとしても、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否かについては、十分慎重な検討が必要である。これについては現在、人々の生活時間がかつてに比べ、より深夜帯に拓かれるようになり、深夜でも様々な営業種が（取り立てて許可もなく）認められるようになっている。そうしたところ、「ダン

「ダンスさせ営業」の深夜営業が、固有に「売淫」や「賭博」の温床になると考えることは、そもそも「ダンスさせ営業」が一般的に「売淫」や「賭博」の起き易い場所であるという認識も間違っていることを加えるまでもなく、合理的ではない。

ちなみに、こうした「ダンスさせ営業」の深夜営業の一律禁止規制において、万が一、(深夜営業が可能となっている)飲酒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ているとなれば、類似業界保護の色彩を帯びることにもなる。その場合、深夜営業の一律禁止という手段による「売淫」や「賭博」といった「風俗を害する行為」をなくすという法目的の達成手段については、一層の厳格な審査が求められることになる。

なお、本件事件の当事者は、そもそも無許可営業をしていたのであるから、被告人主張としては、営業時間規制を違憲論の対象とはできない、との見解も出てくる可能性はある。しかし、本件被告人を含め、クラブの無許可営業者のなかには、そもそも許可を取っても「ダンスさせ」営業時間が深夜一時までとの制限があることから十分なビジネスが成立しないことを、許可申請を断念した1つの理由とする可能性は高い。そこで、深夜営業規制がなければ許可を取って営業していることを推測すれば、営業時間規制もまた事件当事者の憲法上の権利に対する強い制約となっており、本件のような営業許可制の合憲性を論じる問題と密接に関係していることから、当事者として許可要件の違憲論を主張する適格は十分に備えていることを付言しておく。

II 憲法21条1項(表現の自由・芸術の自由・文化活動の自由)との適合性

映画館や劇場等に対する興行規制が「営業」とともに「表現」規制を伴う場合があるのと同じく、本件「ダンスさせ営業」規制は、営業の自由に関する問題を越えて、「ダンス」表現(または文化・芸術)、あるいは「ダンス」に不可欠な諸々の表現活動に対する強い制約になっている。そこで、本件規

制についての憲法 21 条 1 項（表現の自由）適合性を考える必要がある。

1. 憲法 21 条 1 項の趣旨

憲法 21 条 1 項に定める表現の自由は、「人の内心における精神作用を，方法のいかんを問わず，外部に公表する精神活動の自由」（佐藤・前掲書 248 頁）である。ここに「方法のいかんを問わず」とあるように，その表現方法は，「口頭・文章のほか，絵画・彫刻・音楽・演劇・映画・放送等々と多種多様であり，憲法がその自由を保障する「表現」は，条文にも「一切の表現」とあるように，これらを広く包摂する」（同）。そして，そこには「芸術上の表現活動」も含まれるが，ドイツ連邦共和国基本法 5 条 3 項では，芸術の自由については，表現の自由とは別に保障されており，原則的に制約は許されず，強い保護が及ぶと一般的には観念される（初宿正典『憲法 2 基本権〔第 3 版〕』（成文堂，2010 年）253 頁）。

本件で問題となる「ダンス」は，体を使った創作表現活動である。そこで併用されるクラブ・ミュージック等の演奏は，そうした「ダンス」表現と一体となった総合的な芸術・文化活動である。こうした一連の行為は，憲法 21 条 1 項にいう表現に入る。

しかも，これらは，（ドイツの憲法などで強い保護を受ける）「芸術の自由」の範疇にも該当し，こうした「芸術の自由」は，日本では憲法 21 条 1 項での保障に包摂される。なお，ドイツの「芸術の自由」論では，①表現の芸術的「価値」そのものを裁判官が審査してはならない，「国家の『芸術裁判官』禁止」論が展開される（杉原周治「芸術の自由と青少年保護（1）—ドイツの有害図書規制を素材として—」*広島法学* 26 卷 1 号（2002 年）151 頁）点は重要である。というのも，本件で問題となる「クラブ」での表現の類は，ともすると一般的に高尚な芸術といわれそうな「クラシック音楽」などとの間の差異の中で語られる可能性が否めないからである。当然であるが，そう

した音楽の性質論の観点からの差異取扱いはできない。またドイツの場合、②「少年の健全育成」との関係でも、「芸術の自由」はきわめて高い保護が要求される(杉原・前掲論文147, 157頁)。日本では、青少年保護の議論が登場するや、「表現の自由」論を包括的に制約してしまっただけのような、憲法上の権利を軽視した比較衡量論が登場する場合が頻繁に見られる。しかし、そうした審査手法を少なくとも裁判所が無批判に採用するとしたら、法解釈者としては筋が悪い。

2. ダンス営業規制と表現の自由の関係

(1) 「ダンス営業規制」を「表現の自由」論で語ることの意義

ダンス営業規制は、クラブ・ダンス(とそれに伴うクラブ・ミュージックやプロダンサーなどとの総合的芸術表現)という特定の表現形式に関して制限を加えるものであるから、表現の自由規制となる。

こうした主張に対しては、本件規制が「ダンスをすること」を規制しておらず、「ダンスさせ営業」の許可制のために、場所の適正さ・広さなどに加え、営業時間を規制するにすぎず、純粋な意味での「表現活動」規制ではないとの意見もみられる。しかし、例えば、世間に見られる興行映画館(「映画視聴させ営業」)に対して「〇〇の内容を含む映画を流してはいけない」といった法令が制定されるならば、それは、単なる営業活動規制ではなく、表現の流通を妨げる表現の自由の内容規制の問題となる。つまり営業活動規制で扱われるものが「表現」に密接に関連するならば、表現の自由規制の問題として扱われてよい。

(2) 「誰」の表現の自由か?—「表現の自由」の主観的権利性

表現の自由の観点から本件問題を論ずるにあたり注目されることの一つに、「本件で表現の自由を制限されるのは誰か」という問題がある。一般的

にこれは、訴訟での違憲主張適格の観点から注目される。

これについて、回答を用意するならば、第一義的には、経営者ということになる。その場合に、経営者は2つの側面を持つ。1つには、<「表現」の場の提供者>としての側面である。しかし、この点だけでは、経営者は何も表現の中身に貢献しないこととなる。そこでもう1つ大切なのは、<「表現」自体をプロデュースする当事者>としての側面である。一般に興行主としての経営者は、その場の設置、すなわち入れ物（入れるもの＝*contenant*）の用意をするだけでなく、多くの場合、そこでいかなる文化発信を行うのかという中身（入れられるもの＝*contenu*）の選択（どのような音楽発信が自身の開設する「場」にふさわしいか）をも行う。その意味で経営者（興行主）は、文化発信の中身を決定する積極的表現者としての地位にある。

第二義的には、興行主が選択する中身を人的に形成する、クラブ営業であれば、DJ・音楽家・プロダンサーといった人々の表現の自由である。彼／彼女は、音楽を通じた表現者として自己実現を形成する。こうした自己実現は、クラブ営業の場でなくても実現できるとの反論も登場しよう。しかしながら、あらゆる表現・芸術・文化を実践する人々が、日常生活を行うにあたっての一定の収入をこうした表現活動を通じて獲得することは、表現者として一般的である（例えば、文筆家と文芸誌との関係などを見よ）。また、こうした表現者による（観賞者との）コミュニケーション行為は、一定の「場」の提供がなされて初めて成立する性質を持ち合わせており、そうした「場」の喪失・限定が、彼／彼女にとっての自己実現の場を強度に制約する場合がある。

第三義的には、クラブ文化を享受しようとする客体である「客」の情報アクセス権を制限する。人々の文化に関する趣味嗜好は様々であるが、人々が自由に好きな文化にアクセスして自己の人格形成を行うことは、一般的に広く認められる。そうした文化（特に音楽等の表現）に直接しようとする場合、人々はコンサートやライブに出向き一体感を享受する。こうした文化表

現へのアクセスは、一般的には（経営者側が用意する「映画、演劇、音楽、スポーツ、演芸又は観せ物を、公衆に見せ、又は聞かせる施設」が衛生的・消防的観点から一定の基準を満たされているかどうかを規制対象とする）興行場法などの最低限の法規制を受けない限り、自由に享受できるべきである。しかし、そうした自由がさらなる制約を受ける場合には、「情報へのアクセス権」への制限と観念しうる。

（3）「誰」の表現の自由か？—客観法秩序としての「表現の自由」

以上では、本件での「表現の自由」保障の保護主体として、経営者、そこに参加するミュージシャン、集う客などを観念した。こうした「表現の自由」保障の主体の確保をめざすのは、訴訟における実践としては、表現の自由の主観的権利性の観点を確保することで、「表現の自由」主張の当事者適格性を導く意味があるからに他ならない。

しかし、憲法21条1項は、そうした当事者の権利制限を防ぐことのみを意図した規定であるのか。この点近年では、特定人の人格形成などへの寄与の観点から「表現の自由」を捉えるのではなく、「情報が行きかうこと自体の意味」を積極的に観念することで、情報発信と受領の交流（コミュニケーションの場）を遮断することの不当性の観点で捉えるべきとする考え方が見られる（駒村圭吾「情報をめぐる権利と制度（その1）」法学セミナー687号（2012年）102頁）。

そうした考え方のもとでは、憲法21条1項違反の主張については、従来の「表現の自由」論のように、ある人の人格的利益の形成（自己実現）にとって必須の「表現の自由が侵害された」という「主観的な権利」主張にとどまらない。すなわち、公権力が人々の「表現の自由」を不当に制約できないことに目を向け、公権力の不作為・行為規範としての「客観的法秩序」原則保障規定として憲法21条1項を捉えるのである。例えば、これは、インタ

ーネット空間における公権力の介入が、たとえ「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、「自由な情報流通」自体への意図的介入となる政府の行為は、「表現の自由」秩序維持の観点から憲法原則違反となるといった理解に結びつく。クラブ等の「ダンスさせ営業」規制は、まさに<ダンス表現の場としての>私的文化施設への公権力による不当な介入となっており、「表現の自由」秩序維持原則違反となっているのである。

以上からすれば、「本件では、「誰か」の表現の自由が具体的に侵害されていない」といった反論を受けたとしても、だからといって「表現の自由」論を終えたことにならないのである。

3. 本件法規制の検討

(1) ダンスの「表現行為」性

上述のように、「ダンス」は表現の自由で保障される表現行為の一種である。それは否定の余地がない。もっとも、風営法でのダンス（させ営業）関連規制では、それ自体が表現行為への一定の制約となっておりながら、ダンスについての表現性、芸術性、文化性等への配慮が全くなされていないのが特徴的である。この点は、同法の制定において見落とされていたことであろう。しかし現時点で同法は、表現行為としてのダンスに対する規制となっていることは明白であり、その点をふまえての憲法適合的解釈・運用がなされなければならない。もし、そうした解釈・運用に限界があるならば、法規定そのものが違憲となる場合も観念されよう。

(2) いかなる表現規制か？

本件を表現規制の文脈で捉える場合、「ダンスさせ営業」規制における「ダンス」規制については、①表現内容規制か、それとも②表現内容中立規制か、という論点が考えられる。また、①の表現内容規制の場合には、それ

が (i) 「見解」規制になっているか、(ii) 「主題」規制になっているかという議論に向う。他方、②表現内容中立規制の場合には、規制の態様として (i) 時・所・方法の規制、(ii) 象徴的表現の規制ないし行動を伴う表現 (speech plus) の規制かどうか、といった議論に向う (以上について、芦部・前掲書 189 頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 (第2版)』(有斐閣、2010年) 200 頁などを参照)。

以上をふまえた場合、①- (i) に該当する場合には、特定の立場の議論を公共の場から排除することとなるので、きわめて厳格な審査 (必要不可欠な公共の利益の存在/立法目的の達成のために必要最小限度の手段) となる。これに対して、①- (ii) の場合、「主題」規制が「見解」規制と同様なものになっている場合には、①- (i) の場合と同じように厳しく、その場合でも公共の議論の場から必ずしも排除されていない場合には、②の表現内容中立規制と同様の審査となる、とされる (高橋・前掲書 200 頁)。②の表現内容中立規制の場合、有力学説では、②- (i) 時・所・方法の規制については「原則として LRA の基準」であり、②- (ii) 象徴的表現ないし行動を伴う表現 (speech plus) の場合には、厳格度の弱い、合理的関連性の基準が採用される (芦部・前掲書 189 頁)。

以上に基づいて「ダンス」(させ営業) 規制の「表現の自由」の制約性を考えた場合、1つの見解として、それは表現手段の「方法」としての「ダンス」について「時」・「所」の制約をしているのだから表現内容中立規制であるとの評価がなされる可能性がある。また、表現内容中立規制の中でも、「行動を伴う表現」あるいは「象徴的表現」の性格も帯びているなどと指摘されるかもしれない。

しかし、「ダンス」(させ) 営業規制に見られる「ダンス」規制については、以上のような判断枠組みでの審査が必ずしも適当でないと考える。それは、「ダンス」が、そもそも非言語的行為であることに加え、それ自体が言語的行為で代用できるものではないという事情があるからである。

たとえば「公道でのビラ配布禁止」などを考えてみる。ビラ配布は、以上の分類では「行動を伴う表現」ということになり、表現（の自由）を直接的に制約するのとは異なる利益（交通安全など）を理由に規制した場合も含め、それは（単なる）「ビラ配布の禁止」としての内容中立規制となる。他方で「戦争に関するビラ配布の禁止」は「主題」内容規制、「戦争反対を主張するビラ配布の禁止」は「見解」内容規制、とカテゴライズされる。もっとも「ビラ配布」は、その行為自体の政治的意義もあるものの、基本的には、「見解」内容規制が徹底的に実施されない限り（つまり、「戦争反対」のメッセージは、いかなる方法によっても禁止といった規制が徹底されない限り）、そこでの主張「内容」を別の言語的手法で行うことが可能となる手法である。例えば、ビラを配布できなくても、言語を用いて自らの主張を行うために、新聞を発行したり、演説したり、といった具合に、である。

しかし「ダンス」は、事の本質上、そうした言語的代替性を必ずしも有していない非言語的の行為であり、その非言語的表現性そのものに固有の意味がある、特殊な表現行為形態である。つまり、「ダンスの（持つメッセージを理由としない）禁止」＝内容中立規制、「戦争に関するダンスの禁止」＝「主題」内容規制、「戦争反対のダンスの禁止」＝「見解」内容規制、という区別はほとんど意味をなさない。では、これは象徴的表現のカテゴリーに入るかという、それも違う。象徴的表現の場合には、非言語的の行為による一定のメッセージの伝達が目標とされており、その非言語的の行為のメッセージ性については、多くの場合、一般的にその意義が分かりやすいものが多い（例えば、国旗焼却という行為は、その当該国に対する何らかの反政府的メッセージを含んでいると通常観念しうる）。これに対して「ダンス」は、そうした特定の（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。

以上のようにダンスは、一見すると（何らかの言語的）主張を示すための

「方法」であり、その規制は、表現内容中立的に制約するにすぎないように見えつつも、「ダンス」そのものが非言語的コミュニケーション「内容」となる表現態様である点に注目すべきである。そこで、ダンスという行為自体を内容規制と同様にとらえ、その規制の合理性を検討しないことには、結局のところ、言語的行為において保護されるようなメッセージの保護と同等の保護が及ばなくなる可能性も生じかねない。これは、コミュニケーションの内容と方法との二分論が成立しない「ダンス」としては致命的である。以上のことから、ダンス(させ営業)規制の合憲性審査については、「内容」規制と同等の厳しい基準が必要になってくる。

(3) 目的・手段審査

以上から、本件規制の「表現の自由」に対する制約について考える。これについては、まず、以上のように本件規制を「内容」規制と捉えるならば、すでに「I 憲法22条1項(職業選択の自由・営業の自由)との適合性」の箇所では、「重要な公共目的」があるかどうかを検討したところ、本件規制の目的は、現在時点において「必要不可欠な公共の利益」を有しないことは明らかである。また万が一、それが認められるとしても、同様に、手段について必要最小限度のものであるとはいえない。

また、万が一、ダンスに関する本件規制を(一般的に指摘されやすい)「時・所・方法」に対する規制であるとして、本件規制が「重要な公共の利益」を満たすか否かを考えたとする。しかし、これもまた上述のように「重要な公共の利益」を現時点では観念しえない。

さらに、万が一「重要な公共の利益」を観念しえたとしても、(以下の点もすでに述べたように)少なくとも、より制限的でない他の選ぶう手段(LRAの基準)を満たすことはない。

以上のことから、本件法規制は、憲法21条1項にも抵触する可能性が否めない。

Ⅲ 法規定の不明確性・過度広汎性

1. 罪刑法定主義（憲法 31 条）との関係

刑罰法令は、憲法 31 条の観点から、不明確であってはならない。それは「刑罰という重大な制裁が科されるには、予めいかなる行為が対象となるかが明確に定められていなければならないという罪刑法定主義の帰結とされる」（高橋・前掲書 187 頁）からである。

もっとも最高裁は、徳島市公安条例事件（最大判昭和 50・9・10 刑集 29 卷 8 号 489 頁）において、憲法 31 条で保障される法令の明確性について「その規定が通常的判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさ（ない）」場合に、不明確性が認められるとしている。これについて本件ダンスさせ営業の無許可営業に対する罰則付与に関しては、上記の基準に立つならば「許可」営業と「無許可」営業とを識別する基準は明確であり、最高裁の理解に基づくならば、憲法 31 条における「漠然性ゆえに無効」理論を援用することでの違憲論主張は難しいように思われる。

他方で、本件風営法の目的規定である「善良な風俗（の保持）」といった内容については、その内容が不明確であるとの評価が可能である。そこで本件規制は、「善良な風俗（の保持）」という漠然とした規制目的から許可制を導入し、それにも関わらず無許可営業者を処罰することになるから、そもそも「漠然性ゆえに無効」であるとの理解も成立する。ただし、こうした規定を合憲と考えるためには、合理的な限定解釈がなされることでその漠然・不明確性を消去し、憲法に適合するものと読むようにする、といった見解もある。上述のように「善良な風俗（の保持）」については、合理的な限定解釈自体

が可能であるとの読み方もできなくはない。

2. 表現の自由(21条1項)との関係

他方で、国家のある法令が憲法21条1項の「表現の自由」に対する制約となる場合、以上の憲法31条の「漠然性ゆえに無効」の法理に加え、こうした法令が表現行為に対する萎縮効果を及ぼすことになるから文言が不明確であってはいけない、という法理論も存在する。そして、こうした表現の自由に対する制約になる場合、「法文は一応明確でも、規制の範囲があまりにも広汎で違憲的に適用される可能性のある法令も、その存在自体が表現の自由に重大な脅威を与える点で、不明確な法規の場合と異ならない」(芦部・前掲書197頁)という意味で、規制が過度に広汎になる場合についても違憲無効とされる。

本件では「ダンスさせ」営業の無許可営業について厳しい罰則を設けており、「ダンスさせ」営業を主催する経営者、そこに参加するアーティスト、さらに客についても、「ダンスさせ」営業の場でのダンスにまつわる文化的活動には参加しないほうがよい、といった萎縮効果が実際に生じている。こうしたことから、本件規制についての、憲法21条の観点からの不明確性・過度広汎性が論じられてよい。

もっとも、許可制を導入して、許可を受けていれば合法、許可を受けていなければ違法であることから、許可営業と無許可営業とを切り分けるメルクマールはそれほど不明確ではない。不明確性の要件に該当しそうなのは、上述したように、風営法の目的規定である「善良な風俗」という部分であろう。もっともこうした「善良な風俗」概念も、場合によっては限定的に解釈しうることはすでに述べた(ただし、限定解釈でできようができまいが、「ダンスさせ営業」の許可制導入の目的としては、法全体の目的解釈からの逸脱があることはすでに示しており、その点の問題性はなお残る)。

そこで以下で注目したいのは、表現の自由に関する制約の場合、（先に有力学説により示したように）法文の明確性が確保されていたとしても「規制の範囲があまりにも広汎」である場合には、「違憲的に適用される可能性がある」として「過度の広汎性のゆえに無効」が主張できる点である。そこで特に挙げたいのは、「ダンス」という語に基づく規制の過度広汎性である。

ダンスという語は、「ダンス」の名目の下に「(ダンスだか何だかよくわからない)単に体を少し揺らす動作」についてまでも規制をしない限り、それ自体不明確ではないともいえる。しかしながら、「ダンス」については、法が当初予定していた社交ダンス以外にも、本件で問題となるようなクラブ・ミュージックにあわせて体を揺らす動作、ディスコ・ダンス、ヒップホップ・ダンス、ジャズ・ダンス、サルサ、各地の民謡踊り、幼稚園のお遊戯での踊り、などなどを広汎に含む。そしてそうした様々な「ダンス」をいわゆる公民館などで会費を取って「踊らせる」場合においても、本法の適用の対象になることが実際におこりうる。それは、本件規制の法目的である「善良な風俗」の保持、すなわち「男女の享乐的な雰囲気や過度に生じるおそれ」などの防止に実質的に関連するか否かにかかわらず、である。また、過度広汎性が問題となった広島市暴走族条例事件で最高裁は、広島市の条例による明示の規定により「暴走族」の定義などに限定解釈できることをもって合憲とした（最三小判平成19・9・18刑集61巻6号601頁。なお、こうした手法に対しては、そもそも条例自体を違憲とすべきとした藤田反対意見が付されているのは周知のことである）。しかし、本件の風営法規定の場合、「ダンス」を定義づける規定はないばかりか、そもそもダンス一般につき限定解釈をして法適用を行おうとする実務は、ほとんど見られないのである。

なお、平成24年12月に警察庁生活安全局保安課長から各部局へ示された「客にダンスをさせる営業に係る質疑応答について」（平成24年12月17日付警察庁丁保発第188号）では、「ヒップホップダンスや盆踊りなど、男女がペアとなって踊ることが通常の形態とされていないダンスを客にさせる営業は、

それだけでは、男女間の享樂的雰囲気が過度にわたる可能性があるとは言い難く、現実に風俗上の問題等が生じている実態も認められない」としながら、「ヒップホップダンスや盆踊りをさせる営業のほかに、どのようなダンスをさせる営業であれば4号営業としての規制の対象外となるかについては、当該営業の実態をみて、男女間の享樂的雰囲気が過度にわたり風俗上の問題等を生じさせるおそれがあるかといった観点から、個別に判断することとなる。」としている。これは「ダンス」の定義を一部試みているように見えながら、結果的に個別判断に委ねることになっており、定義を与えないのと同じ、広汎な範囲の規制を行う効果を持つように思われる（この点に関しては、罰則の効果を伴う可能性があるにもかかわらず、「ダンス営業」の「ダンス」の中身について「個別に判断する」ということになれば、「ダンス」そのものの意味の不明確さはないとしても、「規制対象となるダンス」とは何かについて、刑罰に関わる法文の適用の不明確さが残る可能性がある。そこで、その解釈が可能となる規定であるならば、刑罰の予期不可能性や表現に対する萎縮効果の点から、「ダンス」（営業）を規制対象とする法文そのものが、明確性の原則による文面上違憲にもなる可能性も残るように思われる）。

いずれにせよ、こうした「ダンス」一般を広く規制のメルクマールとする本規定は、（少なくとも）不明確でなくても過度広汎な規制であり、「それ自体が表現の自由に重大な脅威を与える」（芦部・前掲書197頁）ことになり、文面上違憲であるといわざるをえない。

第2 風営法諸規定の本件への適用の合憲性

上述のように、本稿では、風営法において「ダンスさせ営業」の許可制を導入する規定については、憲法22条1項、21条1項等に違反すると考える。もっとも、裁判における憲法判断には、「法律」を「事実」に適用するに際して、「事実」に着目してその憲法的評価をする場合と、「法文」に着目して

その憲法的評価をする場合がある。」（高橋・前掲書 393 頁）とされる。そこで本稿では、法令の違憲性そのものに着目しないとしても、今回の法律を本件に適用する限りにおいて違憲とする可能性もあわせて提示したい。

I 憲法上の諸権利をふまえた風営法諸規定の解釈の必要性

これについては既述のように、本件風営法の諸規定は、憲法 21 条 1 項、憲法 22 条 1 項等に定める人々の憲法上の権利を強く制約する可能性がある規定であり、それらの法規定の適用に際しては、限定的な解釈がされるべきである。また、風営法の諸規定による処罰により保護されるべきとされる利益は「善良な風俗」の維持、あるいは、「男女の享乐的な雰囲気は過度に生じるおそれ」の防止という、具体的な被害者を観念しづらく、非常に抽象的な危険性を対象にした処罰である。そもそも経済的自由に関する規制については、抽象的危険性を持って規制をしてよいとの見解も見られる（佐藤・前掲書 301 頁）。しかし、本件規制の場合、それが経済的自由に関わることでありつつも、同時に、人々の人格的利益の達成に不可欠な自由に関わることであり、かつ、憲法 21 条 1 項に定める表現の自由規制にも深く関連している。

こうしたことにかんがみれば、本件風営法の「善良な風俗」の保持、許可制規定の「男女の享乐的な雰囲気は過度に生じ」ることで「売春などが発生する」「おそれ」が生じることを防止するといった法目的が必要性を満たすと（仮に）考えたとしても、規制される権利の重要性に鑑みれば、そうした法目的を損うおそれを実質的に認められるかどうかが重要となる。そしてそのことについて審査するにあたっては、当該事件における経営実態や「売春」との関連等がどのようなものであったか、などといった諸般の事情を総合的に考慮して判断しなければならない。

以上のような判断枠組みを用いて、最高裁が法令自体を合憲としつつも、具体的な法適用の場面において、当該事件における罰則規定の構成要件該当

性について検討した事例として、最二小判平成24・12・7判時2174号21頁がある。そこで以下では、本件への法適用の妥当性についても、同判例の判断枠組みを援用しつつ、検討を進めることとする。

II 本件への法適用

以上を前提に、本件について考えれば、本件無許可営業行為が本法罰則規定の構成要件に該当するかどうかをめぐっては、本件無許可営業行為が本法罰則規定が定める行為類型（無許可営業）に文言上該当する行為であるとはいえるものの、それが風営法の「ダンスさせ」営業について許可制を定めた目的である「男女の享樂的な雰囲気過度に生じることで」「売春などが発生する」といった「おそれ」が実質的に認められるかどうかを判断しなければならない。

このことについて、本件被告人の経営するクラブでは、①摘発前の一定期間にあっては営業時間を午前0時までとして「深夜帯」での営業を自粛している。本稿では、そもそも深夜帯から早朝まで営業をしたところで、「男女の享樂的な雰囲気が過度に生じることで」「売春などが発生する」といった「おそれ」が生じるとは考えないものの、少なくとも、本件被告人自体が、法が考える営業許容時間の遵守を試みており、そうした「おそれ」の発生の抑止を試みている。②そこで行われていたイベントでは、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、特に「売春」斡旋事例、その他の「善良な風俗」を害する行為は認識できなかった。③フロアの照明については、（法で要求する）照度5ルクス以上は順守されていた。④フロアの広さについては、本件被告人の経営するフロア（のみの）面積は47㎡であり、風営法施行規則第8条の許可条件の「客室床面積の一室を66㎡以上かつダンスフロアをその1/5以上」には満たないものの、DJブースなどは別にあり、必ずしも男女が過度に密接になるスペースであっ

たとはいえない（なおこの点、一定程度のフロア面積が確保された場所では、そこにどれだけの人絶対数として入れるかが問題なのであり、広さが固有に「男女の密接性」を観念できるわけではないことは前述した）。

これらの事情によれば、本件営業行為は「男女の享乐的な雰囲気が過度に生じることで」「売春などが発生する」といった「おそれ」が実質的に認められるものとはいえない。そうすると本件営業行為は、本件罰則規定の構成要件に該当しないというべきである。

第3 結論

1. 風営法におけるダンス営業規制の諸規定（本件では特に、風営法49条1号、3条1項及び2条1項3号、4号）は、憲法22条1項、憲法21条1項等に違反する。

2. 仮にダンス営業規制の諸規定そのものが合憲であったとしても、憲法22条1項、憲法21条1項等の趣旨に鑑みると、被告人の本件無許可営業行為は、本件処罰規定（風営法49条1号）の構成要件に該当せず、無罪である。

【謝辞】 意見書の執筆では、本件被告人弁護団（弁護団長・西川研一弁護士、主任弁護人・水谷恭史弁護士）の皆様大変お世話になった（本誌への掲載には水谷弁護士の同意を受けた）。丸山敦裕教授（甲南大学）には同弁護団との接触の機会を与えていただいた。記して感謝申し上げます。