

判例研究

ダンス飲食店（クラブ）の無許可
営業に対する処罰をめぐる大阪高
裁控訴審判決

（大阪高等裁判所平成二六年（う）第七〇五号平成二七年一月二二日第四刑事部判決、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被告事件、判例集未登載〔LEX/DB 25505605〕）

新井 誠

一 事実と経過

風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下、「風営法」、あるいは単に「法」とする。）二条一項では「風俗営業」の一種としてその三号に（客にダンスをさせ、かつ飲食をふるまう）「ダンス飲食店業」（以下、「三号営業」とする。）のカテゴリーをおき、同三条一項では同営業を許可制とし、同四九条一号では無許可営業に対する罰則を設けている。Yは、以上に定める許可を得ることなくダンス飲食店（クラブ）^①を経

営したとして摘発され、起訴された。これに対して二〇一四年四月二五日、大阪地裁はYに対して無罪の判決を言い渡したものの、検察はこれを不服として控訴した。

控訴の趣意は、法二条一項三号の定める営業の意義につき原審判決が、形式的にその文言に該当するだけでなく、「その具体的な営業態様から、歓楽的、享乐的な雰囲気過度に醸成し、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」と限定的な解釈を行い、Yの本件営業はこれに該当しないとして無罪の言渡しをしたことにつき、「判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがある」とのことであった。

その控訴審判決である本判決で大阪高裁は、控訴を棄却し原審によるYに対する無罪の判断を維持した。そこでは、「三号営業の解釈適用に関する原判決の判断には誤りがあるというべきであるが、その誤りは判決に影響を及ぼすものとはいえない」と示されている。

二 判決理由

（一）三号営業の規制目的

本判決において大阪高裁は、まず、風営法全体の法目的を以下のように述べる。「風営法は、三号営業について、営業所内

の構造や営業時間、青少年の立入りに関する規制のほか、営業者につき幅広い欠格事由を定め、地域の実情に応じた立地に関する規制を予定するとともに、照度の確保や騒音振動を抑制するための構造や設備の基準を設けている。このような三号営業に対する規制内容からすると、風営法は、性風俗秩序の維持と少年の健全な育成に障害を及ぼす行為の防止に止まらず、三号営業が善良な風俗や周囲の風俗環境に与える悪影響を広く防止するために種々の規制を設けている¹⁾。

このように述べた上で大阪高裁は、原審が「規制薬物の蔓延や粗暴事案の発生の防止、騒音又は振動による周辺環境の悪化の防止などについて、三号営業の内容と一般的な関連性がない、積極的に基礎付けるものではないなどとした上で、三号営業の規制の目的について、性風俗秩序の維持及び少年の健全育成に限られるような説示をし、他の規制目的を實際上考慮していない点は、相当とはいえない」として批判する。もともと大阪高裁は、(他の規制目的となる)薬物使用・粗暴事犯・騒音や振動等周辺環境の悪化の防止については、いずれも風俗環境の保持の一要素としての「副次的」考慮事項にとどまるとし、これらの「他の目的は付随的」とする。

(二) 三号営業の規制対象の解釈

大阪高裁は、本法の解釈にあたり、本件許可制が、憲法上の権利の制約となるかどうかにつき、憲法二二条一項に定

める「職業の自由」の制約になり、場合によっては憲法二二条一項に定める「表現の自由」の制約にもなるとし、この点に関する原審の判断は正当だとする。

しかし、「事前規制としての三号営業の許可制を運用するためには、営業開始前である申請時及び審査時において、当該営業が三号営業に該当するか否かを判断できる基準でなければならないが、客の密集度など、実際に営業を開始した後でなければ明らかになり得ない事情、さらに、演出や照明、音量などの営業内容によって容易にかつ様々に変化し得る事情を考慮要素に含めて、諸般の事情を総合して決するという原判決の挙げる判断基準は、実際に行われた営業に対する事後の総合判断には適するとしても、営業開始前の時点における該当性審査になじまないことが明らかであり、事前規制である許可制の運用を著しく困難にする²⁾」ので問題であるとす³⁾。

また、大阪高裁は、原審が示した「性風俗秩序の乱れにつながるおそれが抽象的なもの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という基準」にも問題があるという。というのも、「営業開始前における判断の基準としては、その内容が明確とはいえないのであり…このような基準による判断は、許可申請の要否を決めなければならない一般人にとって困難である」からとされる。そして大阪高裁により、裁判所による限定解釈の要件が示され⁴⁾、原審判決による限定解釈はその要件によるならば、「一般人はもとより規制当局においても

3号営業に当たるか否かを許可の申請時及びその審査時に判断することが困難となり、許可制の対象となる営業と対象とならない営業とを区別して示すことができず、かえって恣意的な運用を許す危険がある」とされる。

なお、原審や弁護人が最高裁の諸判例を参照して以上のような限定解釈をしたことにも批判が向けられる。すなわち、最大判昭和五九年二月二日・民集三八卷一〇号一三〇八頁（関稅定率法事件）や最判平成一九年九月一八日刑集六一卷六号六〇一頁（広島市暴走族条例事件）を参照した原審に対しては、「既に発生した具体的事実に対する事後の規制を定めた法規を解釈適用した事案」であるとされ、最判平成二四年二月七日・刑集六六卷一〇号一三三七頁（堀越事件）を参照した弁護人に対しては、「同判例は、規範的ないし評価的な構成要件」を総合考慮したものであるのに対して、本件は「構成要件が具体的」かつ「許可の要否に係る事前判断が求められる」ので事案が違うといったことが指摘される。

以上のようなことを示したうえで大阪高裁は、「しかしながら、原判決の示す3号営業の解釈が事前許可の対象を決する基準として採り得ないからといって、客にダンスをさせ、飲食をさせる営業が全て3号営業に該当し、風営法による規制対象となると解するのが相当ということにはならない」として、次の法解釈を展開する。

（三）本判決による解釈

まずは、立法の経緯からみた3号営業の解釈である。大阪高裁は、戦後の客にダンスをさせ飲食をさせる営業形態に対する法的規制の変遷を述べた上で、現在では、「客にダンスと飲食をさせるという指標により、男女間の享乐的雰囲気を過度に醸成するおそれのある営業類型とみなすことは、実際に即さず、困難になった」とし、「遅くとも本件当時には、全ての種類のダンスが3号営業の要件となるダンスに当たるとする解釈の合理性は失われていた」とする。次に大阪高裁は、以下の二つのカテゴリーにわけて規制の対象を吟味する。すなわち、「立法当時から想定されていた、男女が組になり、かつ、身体を接触して踊るのが通常の形態とされているダンスをさせる営業は、それ自体の社交性の強さからして、飲食をすることと相まって、具体的な営業の態様次第では、男女間の享乐的雰囲気を過度に醸成するおそれのある営業類型であり、「性風俗秩序の維持と少年の健全育成という3号営業に対する主たる規制目的を達成するためには、このようなダンスをさせる営業を引き続き規制する必要がある」。「これと異なり、男女が組になり、かつ、身体を接触して踊ることを通常の形態とするダンス以外のダンスについては、これを客にさせる営業によって男女間の享乐的雰囲気を過度に醸成し、売春等の風俗犯罪を始めたといった性的な逸脱行動を誘発するなど、性風俗秩序を害するおそれがある類型とはいえないのであり、3号営業の主要な規制目的に

照らして規制が必要な営業と考えることはできない。また、このようなダンスを客にさせる営業所に少年が立ち入ることと直ちにその健全な育成を障害するおそれがあるともいえない」とする。なお、騒音・振動・薬物蔓延・粗暴事案等の「付随的規制目的を達成する観点から、性風俗秩序の維持のためには規制の必要性が認め難い形態のものまで含めて一律にダンスをさせる営業全体を規制の対象とするのは、過度に広汎な規制を行うことになり、合理性が認められない」とする。

以上から大阪高裁は、「風営法」二条一項三号にいう「ダンス」とは、男女が組になり、かつ、身体を接触して踊るのが通常の形態とされているダンスを指し、風営法が三号営業として規制する営業は、設備を設け、このようなダンスを客にさせ、かつ、客に飲食をさせる営業」と解する。

なお、大阪高裁は、自らの法解釈もまた解釈の明確さを欠くのではないのか、といった批判をかわすためか、ダンス要件の限定化に関して自ら付言を試みる。すなわち、まずは「男女が組になり、かつ、身体を接触して踊るのが通常の形態とされているダンスに当たるか否かという基準は、比較的明確であり、判断も容易」なので解釈として許されるという。また、許可申請書類（施行規則一〇条二項、別記様式三号）に「記載する遊興の種類として、客にさせるダンスの態様を明記させることで、その営業開始前であっても、ダンスの種類による三号営業の該当性が判断できるのであるから、事前許可制との整合も確保さ

れる」として、事前的な判断基準としての妥当性にも言及する。さらに、「実際に客が踊るダンスの内容を営業者の側で必ずしも指定できない」といった懸念に対して、「営業者は、営業所内の構造や配置、照明及び音響による演出といった間接的な方法や、客への告知及び注意しないしは制止という直接的な方法により、身体との接触の有無という点で客にさせるダンスの種類を指定することが可能であるから、客にさせるダンスの上記のような種類を考慮して三号営業に該当するか否かを判断することとも不合理とはいえない」としている。

（四）三号営業の該当性

以上をもとに大阪高裁は、「本件の証拠関係からは、被告人が本件店舗において、男女が組になり、かつ、身体を接触して踊るのが通常の形態とされているダンスを客にさせる営業を行っていた事実を認定することはできない」とし、被告人を無罪とした原判決の結論は正当であるとして控訴を棄却した。

三 検討

（一）原判決の法解釈に対する本判決による批判

本判決は、大阪地裁平成二六年四月二五日判決⁵⁾における被告人無罪の結論を不服とした検察側の控訴に伴う控訴審判決である。その結論は、控訴を棄却する（本件被告人を無罪とする）

ものであり、高裁が原審に続いて被告人の無罪判決を維持したこと自体、重要である。しかし、あわせて（あるいはそれ以上に）特徴的であるのは、本判決では、事実認定に関する部分や最終的な無罪という判断に原審との差異は見られないものの、高裁が、原審の法解釈を鋭く批判し、自ら進んで法解釈を展開した点である。特に、(A)三号営業に関する法目的の解釈、(B)事前規制としての許可制と事後的要素との関係をめぐる解釈が、それぞれ注目される。

①三号営業の規制目的の理解をめぐる原判決と本判決との違い
まず特徴的であるのは、原審が三号営業の規制目的を「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こと」と認識し、少年の健全育成の保護についても「性風俗秩序の乱れにつながるおそれのある場所に少年を近付けさせないことよって、併せてその健全な育成に障害を及ぼす行為の防止を図っている」として、その他の規制薬物の蔓延、騒音・振動による周辺環境の悪化、粗暴事案の発生等の防止は、三号営業に関する規制根拠とはいえない、としたことに対する高裁の批判である。前述のように本判決は、原審判決とは異なり、風営法では、性風俗保持・少年保護に加えて、営業地域の規制や騒音振動の規制等をしていることから「善良な風俗や周囲の風俗環境に与える悪影響を広く防止するために、種々の規制を設けている」点を強調する。

たしかに本判決のように、風営法の三号営業をめぐる法令の

仕組みでは、住宅地や良好な風俗環境の保全のためだろうか、全ての風俗営業者による騒音・振動の抑制の遵守が念頭に置かれている（法一五条）。ただし、本法における規制利益につき、法一条では、「善良な風俗」と「清浄な風俗環境」の保持、「少年健全育成」と示されており、この「善良な風俗」等の意味は、その理解の仕方によって広範に及ぶ場合も生じる。そこで従来、この語句の意味の理解に関しては、一定の狭義の解釈が取られてきており、「善良な風俗」を害する行為というのは、⁷¹売春、わいせつまたは賭博、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」といったものが観念されてきた。このことからすれば、「善良な風俗」概念の理解を広げる場合には、この語句の意味するものが過度に広汎あるいは不明確な規制利益になる可能性を常に慎重に検討せねばなるまい。特に、風営法が騒音・振動に関する規制を設けているとしても、全ての風俗営業の種類のなかで、もともと同利益の保護が風営法の主たる規制目的であったのかどうかは疑ってみる必要がある。その点、以下で見ると、本判決が、騒音・振動規制という目的を三号営業については付随的、副次的と示したことは、裁判所による一定の慎重さが見られる点で評価される。

②「性風俗秩序の維持及び少年の健全育成」以外の規制目的
本判決における三号営業に「性風俗秩序の維持及び少年の健全育成」と「それ以外」の規制目的があることを前提にしつつ、後

者の規制目的はあくまで「付随的」、「副次的」とし、この目的に基づく制度設計の合理性審査には慎重な姿勢を見せた点である。つまり本判決は、こうした付随的、副次的な目的の存在を認めつつも、結局のところ、「性風俗維持のためには規制の必要性が認め難い形態のものまで含めて一律にダンスをさせる営業全体を規制の対象とすることは、過度に広汎な規制を行うことになり、合理性が認められない」として、付随的、副次的な目的の達成のためには個別的な関係法規による取締りでなくてはならないとする。通常、裁判所における憲法的観点からの法令審査では、法に一定の正当な目的があれば、その目的を達成するための手段の妥当性もあわせて認めてしまう傾向にある。しかし、本判決は、目的と手段との審査において、目的の付随性、副次性から手段の広汎性を統制する。つまり、立法事実と目的との関連性の弱さ自体が、手段の妥当性（あるいは目的と手段との関連の妥当性）をも希薄にするという判断手法が取られていると見受けられる。

他方、付随的、副次的な目的の場合、どの程度の手段での統制であれば許容されるのか、本判決では判らない。もともと、本判決の実質的意義を読み取るならば、本判決では副次的、付随的な目的の存在を認めつつ、一つ一つの目的に対応する丁寧な制度設計が用意されなければならないことが示されている。そうなるると本判決は、風営法における性風俗の保持（それとの関連での少年保護）以外の目的達成をするためには、風営法に

おける手段設計があまりにも詰めが甘く、これらを目的とする限りにおいて、風営法に定める規制手段としてのダンス営業の一律規制（許可制等）は違憲であることを（最小限に見ても）示唆していると考えられる。

③事前規制としての許可制と事後的要素との関係

原審判決では、法規定の規制対象を「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かどうか」を基準に、本件無許可営業に関する無罪判決を導いている。これに対して本判決では、こうした実質的害悪が実際に生じるか否かについては事前（許可を出す時点）には判らないにもかかわらず、事前規制である許可制に関する基準として用いることに強く反発する。たしかに原審の判断手法は、事前規制を支えるそれとしては不十分でもあり、また「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かどうか」を法文から読み込みこむことは難しく、許可がいかなる場合に出されるのか、あるいは、いかなる無許可営業が有罪とされるのか、本件事例の場合を除き、現実的には不明のままになるおそれが強い⁸⁵。そこで本判決では、事前規制である許可制運用の客観化のため、本件法規制の法文を違憲としないまま、原審とは異なる、いかなる法解釈を展開すべきなのかという点に苦心した様子⁸⁶がうかがわれる。

以上の懸念のもと本判決は、実際の法運用の方法として、①事前の営業許可申請様式におけるダンスの種類の記事、②営業開始後の客に対する注意について、それぞれ言及している。ダ

ンスの中身を許可申請時に報告することで事前に許可基準が明らかになるという本判決の指摘は、原審判決に比べれば、その通りであるように感じられる。もつとも、こうした記載や客への注意は、困難であるという声もありうる。特に事前の申請書への記載については、一つの裁判所がそれを示したからといって、ただちにそうした運用が全ての実務において期待されるのかという問題が生じる。実際に、三号営業の許可申請における様式を見ると、そのことを記載する場としては、「客に遊興をさせる場合にはその内容及び時間帯」を記入する場所があるものの、「遊興の内容」について、ダンスの様式等を義務的に記述させる具体的指示はない。こうした義務的記載を求めることを裁判所が一般的に求め得るのだが、（立法府、あるいは行政府との関係を考慮しても）問題となろう。

ところで、原審判決とは異なる本判決のような解釈手法を採用としてもなお、ここにいるダンスの中身について、本判決のような一定の幅を持つものとして解釈を施すことにそもそも無理はないであろうか。すなわち、本判決は、（立法事実の検証を踏まえた）現状の状況からすれば、規制対象となるダンスの中身が過度に広汎であってはならないことを理由に、規制対象となる「ダンス」に限定的な解釈を加え、これにより法規定自体の合憲性を担保したのかもしれない。しかし、「ダンス」という言葉が示された場合、通常の人々が裁判所のようなダンスの仕分けを常にできるとは限らない。⁹ すなわちここでは「過度

広汎性」だけが問題ではなく、場合によっては「ダンス」という言葉が何を表すのが人々には分からなくなってしまうという意味で、法文の「不明確性」が問題となってくる可能性も出てくる。本判決は、そうした法文自体の問題を理由とした違憲判断をする解決法もあつたはずであるが、本判決はその解決をしなかつた。しかし、これを続ける限り、原判決あるいは本判決のように、規定の合憲性の維持を目的としたかに見える無理な合憲的な解釈が行われることになり、ひいては限定解釈論でしばしば指摘される問題点¹⁰に行き着くことになろう。

（二）本判決における「ダンス」の限定解釈の手法

①立法事実の検証とその効果

本件控訴審判決では、規制対象となるダンスの限定解釈を行うにあたり、立法事実の検証が行われる。こうした検証は、法律の合憲性審査の場面において一般的に重視されており、本判決でもそれがなされたことは積極的に評価できる。とりわけ本件では、ダンス営業をめぐる時代の変化についての事実認識が、裁判所と一般的な人々とで一致していると考えられることから、多くの人に受け入れられやすいものとなっている点は重要である。もつとも、これまでの判例では通常、その検証によって立法事実の欠如があつた場合（あるいは現状において立法事実が消滅した場合）には、そのまま違憲の論証へと流れる論理展開が示されてきたといえる。これに対し本判決では、立法事

実の変化の議論を通じて、規制対象となるダンスの幅を限定的に解釈したにすぎない（それは、裁判所が、当初より規制対象となつていようなダンス営業形態も僅かながら存在していることを（外形上）観念することで成立する解釈である）。こうした解釈手法は、従来の立法事実論の観点では想定されていなかったようにも感じられる。他方、本判決では、立法事実の変更を前に、法の文言の意味の幅そのものの解釈を変更し、当初、法の文言が持つていた意味合いを一部消去するという効果を持つ判断をしている。これは、公衆浴場の経営をめぐる事件において、昭和三〇年代の判例¹³では、立法事実を背景に、同法の距離制限について消極目的規制であるとの判断がなされたと一般的には解釈されつつ、平成元年の同様のことが問題となつた事件¹⁴では、消極目的と積極目的と両者の目的があるといった従来の目的理解の変更とも読めるような言説をしながらも、具体的な適用の対象等の変更もせずに合憲としたのとは対照的である。その点においては、一定の意義を持つ手法として注目できる。

②「ダンス」の内容の仕分け
 本判決は、付随的、副次的な目的に基づく規制の場合、一律のダンス規制は、過度に広汎な規制となり合理性がないとする。他方で、主たる目的である性風俗の保持や少年の健全育成の観点からの規制の場合、ダンスを二つにわけて検討する。つまり、(A)「男女が組になり、かつ、体を接触して踊るのが通常の形態」となるダンス、(B)「そういう形態ではないダンス、の二

つである。そして、(A)に該当するダンス営業は、「飲食をすることと相まって、具体的な営業の形態次第では、男女間の享乐的雰囲気や過度に醸成するおそれ」が生じる営業であるといひ、「このようなダンスをさせる営業を引き続き規制する必要がある」としている。こうした説示からは、本件のクラブ営業のような場で見られる一般的なダンスが規制対象から外れるように読むことができ¹⁵（実際に、本件の司法事実としても、規制の対象となるべきダンスはされていなかったことが、裁判所より認定されている）、本事例の営業については、そこで行われていたダンスの形式的な意味の視点から、許可の必要のない営業になるとして無罪の判断が維持された点で、一定の意義があったといえる。

他方で問題があるとすれば、本判決では、実質的な害悪が生じるおそれの認定ではなく、ダンスの形式的形態をメルクマー¹⁶とした判断基準を用いたことで、結果的に、ダンススタイルとしての「ペアダンス」が、外形的に見る限り、今後とも規制の対象とすべきとされた点である。これだと一見、数あるダンスの種類間での分断を想起させ、ペアダンスをさせる営業の経営者をその他のダンス営業者との関係で孤立させる機能を持つことにもなりかねない。また、ペアダンスであっても、必ずしも「男女間の享乐的雰囲気や過度に醸成するおそれ」があるとは限らないはずであるといった、本判決に対する批判的言説を生み出すことにもつながる可能性がある。

③「ダンス」の限定解釈の読み方

しかし、三号営業の規制に関する判断である本判決が、全ての「ペアダンス」形態のダンス営業規制を一律に合理化するつもりがあるのかといえば、本判決の論理では一概にそうとはいえないように感じる。このことについてまず、裁判所は本判決において、あくまで三号営業のみを検討対象にしており、基本的には四号営業を検討対象にしない点に注意したい。というのも、本判決では、規制を受けるダンス営業として「飲食することと相まって」という文言があえて入っているからであり、この点で、本判決が示す規制対象となるダンス営業には、四号営業が含まれないことが明確になっている。また本判決が、四号営業を議論の対象としている場面でも、「平成一〇年の改正時には、競技ダンスなど男女が組んで踊るダンスについても、これをさせる営業（二条一項四号）を風俗営業として規制することに強い違和感が示されていたこと」などをあえて挙げて、ダンスの多様化とその下でのダンスの一律規制の不合理性（しかも、そこでも三号営業の要件の議論に極小化している点に注意）を論じている。こうしたことから考えるに、本判決では、基本的には三号営業を射程とする議論にすぎず、そのことが積極的に示されていることに注意すべきである。

では、三号営業であれば、全てのペアダンスを規制対象とするのかといえば、そうでもない。というのは、本判決において裁判所は、「立法当時から想定されていた、男女が組になり、

かつ、身体を接触して踊るのが通常の形態とされているダンスをさせる営業は、それ自体の社交性の強さからして、飲食をすることと相まって、具体的な営業の態様次第では、男女間の享樂的雰囲気や過度に醸成するおそれのある営業類型であるといえる。性風俗秩序の維持と少年の健全育成という三号営業に対する主たる規制目的を達成するためには、このようなダンスをさせる営業を引き続き規制する必要があると認められる。」というように、飲食を伴う三号営業でも、「男女間の享樂的雰囲気や過度に醸成するおそれのある営業類型」になるのは「具体的な営業の態様次第」であるとの限定を加えているからである。

つまり「具体的な営業態様次第」の語句をメルクマールとして「男女が組になり、かつ、身体を接触して踊るのが通常の形態」とされているダンスをさせる営業」をも二分しているのである。ならば、ここにおいて「具体的な営業の態様次第」とは何を指すのであろうか。これについて本判決は、直接的に言及してはいない。しかし、直前に引用した本判決の文言に続き「これと異なり、男女が組になり、かつ、身体を接触して踊ることを通常の形態とするダンス以外のダンスについては、これを客にさせる営業によつて男女間の享樂的雰囲気や過度に醸成し、売春等の風俗犯罪を始めとした性的な逸脱行動を誘発するなど、性風俗秩序を害するおそれがある類型とはいえないのであり、三号営業の主要な規制目的に照らして規制が必要な営業と考えることはできない。また、このようなダンスを客にさせる営業所

に少年が立ち入ることと直ちにその健全な育成を障害するおそれがあるともいえない。」と言及する点に注目したい。すなわちそこでは、「男女間の享樂的雰囲気や過度に醸成し、売春等の風俗犯罪を始めとした性的な逸脱行動を誘発するなど、性風俗秩序を害するおそれがある類型」であれば「三号営業の主要な規制目的に照らして規制が必要な営業」にあたるとの理解を示しているのであり、結局「売春等の風俗犯罪を始めとした性的な逸脱行動を誘発する」営業態様であるか否かを、あえて述べていると読むことができる。そうすると、ダンスをさせる三号営業に該当するものとして観念されるものは、「売春等の風俗犯罪を始めとした性的な逸脱行動を誘発する」ペアダンスに限定されるのであり、また、そうした限定によって、風俗法で規制対象となる三号営業は、(本判決でも認定する)ダンス営業規制が当初制定された立法事実の中にあつた、かつての時代に見られた営業形態としての(売春等の温床の場であるとされていた)「キャバレーに似た)ダンスホール」等のことをいうに過ぎないことが、論証されているのである。

そして実はこうした論証においては、そこで観念される(売春等の温床の場であるとかつてされていた)「キャバレーに似た)ダンスホール」等自体が、実は現在のダンス営業の形態としてはほとんど残っていないということが背後で積極的に認識され、裁判所は、そのことを分かつて取えてこうした論証をしていると推察できる点が重要である。つまり本判決の射程は、

ペアダンスをさせる営業が狙いうちされたように外形上見えつつも(便法としての「ペアダンス」)、それは本判決の意図とするところではない。本判決では、本判決が射程とする営業形態は、少なくとも日本の現時点の風俗状況においてはすでに「ほぼ存在しない」ことを前提に、その「ほぼ存在しない」規制対象を中核に据えた「規制の必要性」の論証を示すことで、事實上、本法の三号営業規制の意味を空虚なものとする手法が用いられているのである。そこで本判決は、三号営業規制を違憲としないまま、実質的には、すでに死文化した法規制として扱っているとの評価ができると思われる。

(三) 憲法論・法令審査の不在

本件をめぐっては、原審判決では、不十分ながらも法の該当規定そのものの合憲性に関する検討に入っていたように思われる。他方、本判決では、原審判決で示された憲法二二条一項、二二条一項に定める諸権利を制限する可能性への言及に関する追認のみがなされ、また、限定解釈をしないことによる「過度に広汎な規制」となる可能性が示唆されたに留まる。こうしたことから本判決は、基本的には自ら法令の合憲性判断には積極的には臨まなかった判断であるといえる。もともと、既述のように、原審と本審の両判決については、結果から見て、本件のような営業形態に関して三号営業規制の枠にはめる必要がないことを示そうとし、そのために原判決では、実質的害悪の発生

のおそれの有無、本判決ではダンスの内容の限定解釈をもって、それぞれ対応している。しかし、こうした判断手法には、それぞれ少々無理があることは述べてきたとおりであり、法規定そのものの違憲判断をしないことから生じる「法解釈の粗悪さ」がかえって目立っているように思われる。上述のように、本件では違憲判断をしないあまりに、「ダンス」の解釈をめぐって、一般的にはわからぬに理解できないような解釈を通じて、本件の無罪を維持している。しかし、憲法二二条一項や二二条一項に対する言及がないとしても、「ダンス」の意味合いをそこまでして厳格に捉えるのであれば、少なくとも「不明確性（憲法二二条、三一条）に関する違憲判断は、明示的に行うことが求められたように感じられる。

こうした憲法判断を避ける意味としては、政治（具体的には風管法改正の動き）との距離をどのようにするべきか、という問題があると思われる。裁判所に求められる機能としての「政治と司法との対話」もたしかに重要かもしれない。しかし、そうした対話に積極的意義が認められるのは、政治部門と司法府との相互作用によって、よりよい人権保障や憲法価値の実現が行われる場面であるべきである。¹⁶ さらに裁判所は、法原理を提示する機関としての役割を担っており、政治とは一定の距離を置いた純粋な法理論の展開がなされてよい。違憲審査に関しては、とりわけ「距離」が重視されがちなことはあるが、そのために法的論理が遠回りになってしまうのは、本末転倒である。

〔付記〕本稿には、二〇二二—二〇二四年度・科研費・基盤研究C（課題番号・二四五三〇—一七）の研究分担者としての研究成果も反映されている。【校正中の本年六月一七日、改正風管法が国会で成立した（公布から一年以内の施行）。】

(1) ここにいう「クラブ」とは、「DJが選曲をし音楽をプレイし、オーディエンスが自由に踊る店舗空間のこと」（太田健二「風管法による規制とクラブカルチャー—摘発の増加と規制の論理—」四天王寺大学紀要五五号（二〇二三年）七五頁）をいう。

(2) 大阪地判平成二六年四月二五日裁判所HP「LEXDB登録番号・二五〇三六四三」。

(3) この点、大阪高裁は、「営業開始前である許可制の適用場面では三号営業の範囲をその文言通り形式的に画する一方、実際に営まれた営業が三号営業に当たるか否かという無許可営業罪の成否を事後に判断する際には三号営業の範囲をより実質的に限定するという解釈方法もあり得ないではないが、許可を得るべき風俗営業の無許可営業を処罰することで、許可制の実効性を担保するという無許可営業罪（四九条一号）の趣旨からすると、三号営業について、許可を要する営業の範囲と無許可営業として処罰される営業の範囲は同一と理解すべきであり、これが異なるような二重の基準を採る解釈は、混乱を生じさせるものであって、採ることができない」とし、慎重な解釈を示す。

(4) ここでは「解釈による規制対象とそれ以外のものを明確に区

別して示すことができ、かつ、当該規定の解釈としても合理的なものである場合に限られる」と示される。

- (5) 地裁判決の評釈として、大野友也・新・判例解説 Watch (法学セミナー増刊) 一五号(二〇一四年)二七頁、小野上真也・刑事法ジャーナル四二二号(二〇一四年)一四三頁、新井誠・法律時報八六巻九号(二〇一四年)八九頁(新井①)。なお、本件をめぐっては、高山佳奈子「風営法「ダンス」規制の問題性」生田勝義先生古稀祝賀論文集『自由と安全の刑事法学』(法律文化社、二〇一四年)一五五頁、永井良和「風営法とダンス」井上章一・三橋順子編『性欲の研究―東京のエロ地理編』(平凡社、二〇一五年)一九七頁、棟居快行ほか編『基本的人権の事件簿』(有斐閣、二〇一五年)六七頁(市川正人執筆)、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一〇号(二〇一四年)一七二頁(新井②)、同編『ディベート憲法』(信山社、二〇一四年)一四三頁(新井誠執筆)(新井③)などを参照。
- (6) 高裁判決の評釈として、平地秀哉・平成26年度重要判例解説(二〇一四年)一三三頁。
- (7) 藤山信『注解風営法I』(東京法令、二〇〇八年)八〇頁において紹介されている、参議院における政府委員答弁を参照。
- (8) 筆者は、地裁判決の評釈でそのことを示していた(新井①・前掲注(5)九四頁)。
- (9) 同様の指摘として、平地・前掲注(6)23頁。
- (10) たとえば、「無理な解釈をすれば、事実上法文を書き換えるのと同じになり、司法の権限を逸脱する危険性が生ずる」とした、

高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第三版)』(有斐閣、二〇一三年)四一六頁を参照。

- (11) ダンス営業をめぐる歴史的経緯の認定にあたり、原審証人の意見書等を参照した点も注目される。その意見書にあたるものが、永井・前掲注(5)二〇六頁以下に掲載されている。
- (12) 同様の指摘として、平地・前掲注(6)二三頁。
- (13) 最大判昭和三〇年一月二六日刑集九巻一八八九頁。
- (14) 最判平成元年三月七日判例時報一三〇八号一一頁。
- (15) こうした理解は、従来の風営法解釈から必ずしも突出していない。たとえば、藤山・前掲注(7)一四頁では、風営法二条の「ダンス」とは「およそ「踊り」すべてのうち、「社交」に置く比重の高いダンス」であり、それを対象にするのは「そのようなダンスにあつては、人と人との交際の中でも男女の交際を主たる目的としており」、「当該ダンスに係る営業の行われ方によっては」男女間の「享乐的雰囲気」が過度にわたり、風営法の目的を阻害するからである」と説明される。そこで同一五頁では「風営法は、男女間の享乐的雰囲気が過度にわたるようなおそれのないダンスに係る営業についてまで、規制しようとするものではない」とされ、さらに同一二頁では、三号営業の「ダンスをさせ」の意味が「客同士にダンスをさせること」とされており、単体でのダンスが觀念されていない。
- (16) 政治部門と司法府(とりわけ最高裁)の対話については、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』(三省堂、二〇一三年)四頁など。
- (17) 法原理機関としての裁判所という議論については、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)五七五頁。