

論 説

## 酒販免許制の憲法論

長 尾 英 彦

はじめに

1. 問題の視角
2. 主要な判例
3. 検 討
4. 酒販免許制と憲法論

おわりに

は じ め に

酒税法が定める酒類製造業・酒類販売業における免許制度については、特に「職業選択の自由」(憲法22条1項)等の観点から、以前より疑義が呈示されている。すでに、最高裁判決を含め、判例の蓄積もかなりの数にのぼり、最高裁判例は免許制について合憲の見解を維持しているのに対し、学説においては合憲論・違憲論の対立が見られ、筆者の知る限りでは後者の方が優勢と思われるが、なお、合憲論の側からも有力な主

張のあるところでもある。<sup>(1)</sup>

本稿においては、これらの内容について必ずしも目新しいものを付加することはできないが、筆者自身も、判例の内容・結論について納得している訳ではないのと同時に、諸学説の内容に関しても個人的に考えるところもあるので、従前の諸判例の整理と問題点の確認をも兼ねて、以下で論じていきたい。

## 1. 問題の視角

酒税法は、1条において、「酒類には、この法律により、酒税を課する」と定め、6条1項において、「酒類の製造者は、その製造場から移出した酒類につき、酒税を納める義務がある」として、酒類製造者を納税義務者として定め、さらに、7条1項において、「酒類を製造しようとする者は、政令で定める手続により、製造しようとする酒類の種類別……に、製造場ごとに、その製造場の所在地の所轄税務署長の免許を受けなければならない」とし、また、9条1項において、「酒類の販売業又は販売の代理業若しくは媒介業……をしようとする者は、政令で定める手続により、販売場……ごとにその販売場の所在地……の所轄税務署長の免許を受けなければならない」として、酒類の製造業及び販売業について、免許制を採用している。さらに、10条は、税務署長が「免許を与えないことができる」場合として、1号~12号の消極要件を列挙している。<sup>(2)</sup>

免許制採用の理由は、後に見るように、理論上はいくつか考えられようが、最も重要なものは「酒税の確実な徴収」という目的のためである、と、従来、説明されてきた。しかし、免許制に関する規定が設けられた昭和戦前当時の状況から比較すると、その後の社会状況、とりわけ社会経済構造上の変化や、租税法体系それ自体の変遷などにより、国税全体に対する酒税の地位（割合）が低下したこと等からして、免許制を存置しておくことの必要性・合理性については、以前より疑義が呈示される

に至っている<sup>(3)</sup>。

すなわち、憲法22条1項は「職業選択の自由」を保障しているが、免許制を採用する以上、免許を付与されなかった者にとっては、自身の当該権利に対する重大な制約となる。特に、具体的な営業遂行方法に対する制約（営業時間の規制など）と異なり、免許の付与拒否は、そもそもその職業に就くこと自体の拒否を意味し、相当の合理的理由なくしては許されないはずである、という見方が一方で成り立ち得るであろう。

但、従来の学説によれば、そうした「経済活動の自由」の制約については、精神的自由権とりわけ表現の自由の制約の場合に妥当するような「厳格な基準」までは要求されず、立法裁量の余地が広く認められる、とされるがゆえに、上記の問題に対していかなる合憲性審査基準を適用すべきか、検討する必要が生じてくる。後述の通り、諸判例は比較的緩やかな基準で足りると考えているように見受けられるが、そのような「緩やかな基準」が妥当するのだろうか、さらに、仮にその「緩やかな基準」が妥当したからといって、本当に合憲の結論になるのだろうか、も、なお争いの余地があるのではないか。筆者は、この点について、憲法上の「職業の自由（職業選択の自由）」の把握の仕方に問題があるのではないかと考えているが、後に言及する。

また、無免許の酒類製造ないし販売等については、同法が罰則を置いているが（54条1項、56条1項1号）、これらの行為（全て）が処罰に足るだけの実質的な違法性があるのだろうか、という憲法31条関連の問題、また、特に自家酒造の問題について、近年、わが国において、食品に対する国民の不信を招来するような様々な事件が世間を賑わせていることとの関連から言っても、憲法13条（幸福追求権、自己決定権）に絡むような問題は存在しないのだろうか、という論点も思いつくので、併せて言及していきたい。

## 2. 主要な判例

関連判例は極めて多数にのぼるが、本稿においては、主として最高裁判決を軸として検討していくこととし、下級審判例については、必要な限度で参照するに止めることとする。<sup>(4)</sup>

### 最 1 小判平元.12.14 (判例時報1339号83頁)

上告人は、自己消費目的で清酒数十リットルを製造したため、罰金30万円の刑罰に処せられた者である。上告人は、自己消費目的の酒造は酒税法の保護法益を侵害せず、これを処罰することは実体的デュープロセスの観点から許されないし、また、同行為は憲法13条で保障される自己決定権の行使であって社会経済政策の規制領域外であるから、規制の合憲性についてはより厳格な基準で審査すべきである、と主張した。

第1小法廷は、以下のような理由で上告を棄却した。

酒税法7条1項、54条1項は、「自己消費を目的とする酒類製造であっても、これを放任するときは酒税の徴収確保に支障を生ずる事態が予想されるところから、国の重要な財政収入である酒税の徴収を確保するため、製造目的のいかんを問わず、酒類製造を一律に免許の対象とした上、免許を受けないで酒類を製造した者を処罰することとしたものであり……、これにより自己消費目的の酒類製造の自由が制約されるとしても、そのような規制が立法府の裁量権を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるとはいえず、憲法31条、13条に違反するものでないことは、当裁判所の判例 (最大判昭60.3.27 [いわゆるサラリーマン税金訴訟最高裁判決 = 引用者註]) ……の趣旨に徴し明らかである」。<sup>(5)</sup>

### 最 3 小判平4.12.15 (判例時報1464号3頁)

上告人は、酒税法9条1項に基づき、所轄税務署長に対して酒類販売業の免許の申請をしたが、税務署長は法10条10号の消極要件 (「その経

営の基礎が薄弱であると認められる場合)に該当するとして、免許付与の拒否処分を行った。上告人は、同処分の取消を求めて行政訴訟を提起した。

1審(東京地判昭54.4.12判例時報1259号45頁[参考])は、同消極要件に該当しないので当該拒否処分は違法である、として、請求を認容した。ところが、控訴審(東京高判昭62.11.26判例時報1259号30頁)は、免許制の採用が職業選択の自由に対する重すぎる制約であって違憲無効、とまではいえず、また、10条10号所定の拒否事由が実際に存在した、と認定して原判決を取り消し、上告がなされた。

第3小法廷は、以下のような理由により上告を棄却した。

「……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、その憲法22条1項適合性を一律に論ずることはできず、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、その合憲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(最大判昭50.4.30 [=薬局距離制限違憲判決])」。

「……国民の租税負担を定めるについて、財政・経済・社会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とするばかりでなく、課税要件などを定めるについて、極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかである。したがって、租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである(最大判昭60.3.

27 [=サラリーマン税金訴訟判決])。

.....以上のことからすると、租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的のための職業の許可制による規制については、その必要性と合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法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。

酒類販売業免許制は「.....社会状況の変化と租税法体系の変遷に伴い、.....必要性及び合理性について議論の余地があることは否定できないとしても、.....酒税の賦課徴収に関する仕組みがいまだ合理性を失うに至っているとはいえないと考えられることに加えて、酒税は、本来、消費者にその負担が転嫁されるべき性質の税目であること、.....規制されるのが、そもそも、致酔性を有する嗜好品である性質上、販売秩序維持等の観点からもその販売について何らかの規制が行われてもやむを得ないと考えられる商品である酒類の販売の自由にとどまることをも考慮すると、.....立法府の判断が、.....著しく不合理であるとまでは断定しがたい<sup>(6)</sup>」。

(園部裁判官補足意見)

「.....致酔飲料としての酒類の販売には、警察的な見地からの規制が必要であることはいうまでもないが、これは、酒税法による規制の直接かかわる事項ではない.....」。

(坂上裁判官反対意見)

「.....酒類販売業の免許制度の採用の前後において、酒税の滞納率に顕著な差異が認められないことからすれば、.....憲法22条1項の職業選択の自由を制約してまで.....[制度を]維持することが必要であるとも、合理的であるとも思われない」。

最3小判平10.3.24 (判例タイムズ988号163頁)

無免許で酒類を販売した者についての刑事裁判において、第3小法廷

は、基本的に 判決と同様の見地に立って、酒税法9条1項、56条1項1号の合憲性を肯定した上で、以下のように述べた。

[酒税の国税全体に占める割合が低下し、また、近時、規制緩和論が高まり、免許制の柔軟な運用を求める動向が一層強まっていることは事実であるが]、「酒税の重要性が酒類販売業免許制自体を維持することの合理性を失わせるまでに低下するに [事件当時] 至っていたとはいえないものと考えられる」。

(園部裁判官補足意見)

判決の同裁判官補足意見とほぼ同旨。本件は、免許の申請に対する許否の事例ではないので、許可制の運用における法令適用上の違憲性を論ずる余地はない、と述べる。

最1小判平10.3.26(判例時報1639号36頁)

酒税法9条1項、10条10号(経営基礎の薄弱)に基づいてなされた酒類販売業免許拒否処分の取消請求訴訟で、平成元年時点での各条項の合憲性を肯定した。

第1小法廷は、許可制(免許制)そのものが合憲であること、及び、制度存置にあたり議論の余地があることは否定できないが、酒税の重要性・特殊性は変化していないがゆえに、平成元年当時の制度が著しく不合理とまではいえない旨を前出 判決とほぼ同様の言い回しで示しながら、以下のように結論づけた。

「……酒税法10条10号は、免許の申請者が破産者で復権を得ていない場合その他その経営の基礎が薄弱であると認められる場合に、酒類販売業の免許を与えないことができる旨を定めるものであって、酒類製造者において酒類販売代金の回収に困難を来すおそれのある者を酒類の流通過程から排除する規定と解することができ、……立法目的からして合理的なものといえることができる」。

最 2 小判平10.7.3 (判例時報1652号43頁)

法10条10号, 11号に基づく昭和63年時点での免許拒否処分が争われた事案で, 第 2 小法廷は, 両号に該当する事由があると断定することはできないとして, 原審 (東京高判平 6.1.27訟務月報41巻3号475頁) の判断を覆し, 事案を東京高裁に差し戻した。免許制自体の合憲性についての具体的判断はしなかった。<sup>(7)</sup>

最 1 小判平10.7.16 (判例時報1652号52頁)

酒税法 9 条 1 項に基づき, 所轄税務署長に酒類販売業の免許を申請したところ, 税務署長から, 法10条11号の消極要件規定 (需給均衡維持の必要) に該当する事由があるとして, 申請を拒否する処分を受けたため, その取消を求めた事案で, 1, 2 審とも請求を棄却した。

上告審において, 第 1 小法廷は, 以下のような理由で請求を棄却した。

「……酒税法10条11号は, ……免許の申請者が参入することにより申請に係る小売販売地域における酒類の需給の均衡が破れて供給過剰となった場合には, 酒類販売業者の経営の基礎が危うくなり, その結果, 酒類製造者による酒類販売代金の回収に困難を来し, 酒税の適正かつ確実な徴収に支障を生ずるおそれがあることから, 新規の参入を調整することによって, 供給過剰となる事態を避けようとしたものと解され, 右規定は, ……立法目的を達成するための手段として, 合理性を有するものといえることができる」。

「上告人の申請に係る小売販売地域が事務所や商店の集中する昼間人口の多い地区であることは公知の事実であるから, 例外的取扱いの採否が問題とされるべきであるが, 他方, 既に基準人口比率45を著しく上回る数の販売場に免許が付与されていることも考慮すると, 平成元年取扱要領に従ってされた本件処分に違法はないとした原審の判断は, 正当として是認することができる」。<sup>(8)</sup>



## 最3小判平14.6.4 (判例タイムズ1094号117頁)

いわゆるフランチャイズ方式により、酒類販売業の免許を受けないで、会社の蔵置所として届け出られた営業所において、顧客に酒類を販売した行為が、無免許販売として処罰された事案である。1, 2審とも有罪。

第3小法廷は、免許制の合憲性について、基本的に前出及び判決を踏襲してこれを根拠づけた上、以下のように判示した。

「……社会経済の状況や税制度の変化に伴い、酒税の国税収入全体に占める割合が相対的に低下するに至ったことから、免許制を存続させることの必要性及び合理性については、議論があるところであり、また、近時、酒類販売業に関するいわゆる規制緩和論が高まり、これを受けて、免許制の運用が大幅に緩和されるに至っていることも、明らかである。しかしながら、本件当時……における酒税の国税収入全体に占める割合、その収入総額、販売代金中の酒税比率等に諸状況に加え、景気の動向の影響を比較的受けにくく、安定した税金をもたらすという酒税の性質等に照らすと、酒税の重要性が低下したとはいえ、酒類販売業免許制自体を維持することの合理性が失われるには至っていなかったと考えられる」。

## 3. 検 討

「職業選択の自由」は、通常、「経済的自由権」の一環として扱われ、その「社会的相互関連性」という特質のため、様々な制約がありうると思われ、精神的自由権（とりわけ、表現の自由）を制約する場合と比較しても、広範な立法裁量が許容され、制限立法の合憲性審査にあたっては相対的に「緩やかな審査」が妥当する、と説明されている（いわゆる「二重の基準」論<sup>(9)</sup>）。

しかし、判決をはじめとする諸判例も言及するとおり、一口に「職業選択の自由」の制約といっても、その内容・態様は多種多様である。

現在の学説の多数は、「距離制限」という形での「職業選択の自由」の制約の当否を巡って争われた「小売市場距離制限合憲判決」(最大判昭47.11.22判例時報687号23頁)と、「薬局距離制限違憲判決」(最大判昭50.4.30判例時報777号8頁)を対比させ、「社会政策上の積極目的のための規制(弱者保護、福祉目的)」については、当該規制立法が不合理であることが明白である場合に限り違憲とされる、とする、いわゆる「明白性の原則」が妥当するのに対して、「警察目的、消極的目的(危険防止、安全確保)のための規制」の場合は、「より緩やかな制限では目的を達成できない、と認められることを要する」という、「厳格な合理性の基準」が妥当する、と説明してきた(いわゆる「目的二分論」<sup>(10)</sup>)。

酒販免許制に関する上述の諸判例を、この枠組の中に(敢えて)入れるとすると、諸判例は各々の事案の内容や判決文の言い回しにおける差こそあれ、いずれも基本的に立法府の広範な裁量を許容する姿勢を採っているように見受けられ、したがって、「明白性の原則」を適用しているものとして話を収めてしまうことも可能かもしれない。

しかし、「目的二分論」が、経済的自由権の制約の問題全てについて(アプリアリに)妥当するかとなると、それは定かではないし、比較的早い時期から、そのような趣旨の疑義も提起されていた。実際に、「目的二分論」を適用していない、又は、必ずしも明白な形で適用していない例として、

- ・「奈良県ため池条例事件判決」最大判昭38.6.26判例時報340号5頁

条例が「堤塘地の耕作」を禁止しているのは、災害を防止し、公共の福祉を保持する上に社会生活上やむを得ないもの(であるから、損失補償は不要)とした。

- ・「森林法分割制限規定違憲判決」最大判昭62.4.22判例時報1227号21頁

「森林の細分化を防止することにより、森林経営の安定を図る」

という立法目的は「公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない」としたものの、持分価格2分の1以下の共有者に分割請求権を否定している森林法186条は、立法目的との関連において必要性・合理性がない、として違憲判決を下した。

- ・公衆浴場法の距離制限規定合憲判決（最3小判平元.3.7判例時報1308号111頁）

他の同種の事例と同様、合憲判決を下したが、立法目的の認定においては、「国民保健及び環境衛生の確保にあるとともに、……既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより……」と、両方の目的が存在するのではないかと、<sup>(11)</sup>ともとれそうな判示をしている。などが挙げられる。そして、「目的二分論」はどこまで妥当するのか、さらには、そもそも、日本国憲法上の人権体系上において、「目的二分論」は妥当なのか、といった議論がなされてきた。<sup>(12)</sup>

酒税法の「酒販免許制」による新規参入規制は、すでに多くの論者が指摘するように、端的に積極 - 消極どちらの目的であるのか割り切れない性質を有している、と見るのが妥当である。しかしながら、判決をはじめ諸判決は、先に見たとおり「サラリーマン税金訴訟最高裁判決」（最大判昭60.3.27判例時報1149号30頁）に依拠し、税制について「極めて専門技術的な判断が必要」というところから、立法府の裁量が尊重される、とのスタンスを採り、結果的に合憲判断を導いているので、その限りにおいては、「酒販免許制」の立法「目的」如何は、実は、決定的な意味を持たない、と見ることもできるかのようである。<sup>(13)</sup>

しかし、他方では、税制のあり方そのものの問題と、徴税の方法・租税負担の転嫁の方法（としての、免許制の採用）の問題とを、同次元で考えることができるかは疑問であるとし、さらに、免許制の設定が、弱者保護目的でなく新規参入規制の側面を（立法者の主観的意図はともかくとしても）持っているがゆえに「L R Aの基準が妥当する」とする有力な見解も存在している。<sup>(14)</sup>

「租税の適正な賦課・確実な徴収」それ自体は、確かに、重要な立法目的になりうる。しかし、先述の諸判決の中には、酒税の重要性が相対的に低下してきていることを明示的に認めているものもある。にもかかわらず、結論がいずれも合憲であるということは、うがった見方をすれば、逆に、この点は実はあまり重要なポイントなのではなく、要は「はじめに免許制ありき」といったような視角があるのではないか、という批判を受けることにもなるかと思われる。

なお、判決は、「致酔性」の問題に言及している。言ってみれば、「酒類」とはある種「危険なもの」であり、売買等について全くの野放しにはできない、という趣旨らしいが、これは、同判決に付された園部裁判官の補足意見が指摘するとおり、徴税方法（免許制）の合理性の問題とは別次元の問題であらう。<sup>(15)</sup>これよりも後の判例では、致酔性にことさらに言及したものはないように思われる。

、判決は、近年の「規制緩和」の潮流に言及しつつも、なお、「免許制自体の合理性が失われるには至っていない」と結論づけている。しかし、(当該事件発生当時はまだしもとして) 今日ではすでに、スーパーマーケットやコンビニエンスストア等でも普通に店頭で酒類を並べて販売している時世であるから、その「合理性」がどの程度説得力を持つのか、定かではない。むしろ、判決における坂上裁判官反対意見が言明するように、今日においては、もはや「職業選択の自由」を制限してまでも免許制を維持する必要性・合理性は（ほとんど）消滅している、と見る方が、現実認識として無理がないのではなからうか。

最後に、判決は、近年の経済不況を背景とした上で、「景気の影響を受けにくい酒税の特質」を挙げているが、「酒の好きな人は、景気が悪くとも、同じように酒を飲む」という趣旨であらうか。仮にそのことが立証できたとしても、免許制それ自体といかなる関係に立つのか、筆者にとっては不明であり、合憲判断の根拠となるのかどうか、再考の必要があるのではないか。

## 4. 酒販免許制と憲法論

## (1) 「営業の自由」と「職業選択の自由」

先に述べた「目的二分論」との関連が深い「小売市場の距離制限」、  
「薬局の距離制限」に関する2判例と、それらを取り巻く諸学説は、日  
本国憲法と「職業選択の自由」及び「営業の自由」との関係、ないしは、  
各々の位置づけの問題を提起している。

そもそも、「職業選択の自由」つまり何らかの職業に(自ら選んで)  
就く、という「自由」が、本質的に「経済的自由権」といえるのかどう  
か、は一考の余地があるのではないであろうか。もとより、「職業」(な  
いしは、「営業」)は、対社会的なものであり、その意味で自分自身の外  
部からの様々な制約(この「制約」というのは、極めて一般的な意味で  
あるが)がありうることは否定できないであろうが、筆者の考えるところ  
では、この職業の「社会的相互関連性」というものは、専ら(全てと  
は言わないまでも)職業の「遂行」の場面で認められるものであって、  
自身の「職業」を「選択」という行為(というより、「決断」?)  
は、より「内面的(内向的)」なものなのではないか、と思われる。

このような(職業の「選択」と「遂行」とを区別する)議論の先鞭は、  
周知のとおり、すでに、いわゆる「『営業の自由』論争」において示さ  
れてきたものであるが、結果的に、経済学分野はともかく、憲法学の  
分野においては、必ずしも十分に厳密な検討がなされないままに議論自  
体が収まってしまった、というような現実があるのではないか。<sup>(16)</sup>

## (2) 「職業選択の自由」の本質

従来の学説においては、「職業の自由」の内実について厳密に分析せ  
ず、かつ、「職業選択の自由」と「営業の自由」とを必ずしも突き詰め  
て区別せず、(日本国憲法上に明示の文言のない)「営業の自由」も、22  
条1項の「職業選択の自由」の規定によって保障されている、という説

明が行われてきた。<sup>(17)</sup>

「職業選択の自由」は、個人の最も根源的な自由であるところの「居住・移転の自由」と並置されて、同じく憲法22条1項において保障されているところからも推察されるとおり、(少なくとも、立法府の裁量的な制約を許容するとか、その制約の合憲性判断について緩やかな基準で足りるとするなどと言う意味での)「経済的自由権」とは異なり、より、個人的人格(あるいは、「生き方」)の中核にかかわるものなのではないか、<sup>(19)</sup>と思われる。

もとより、筆者は、そうした「職業選択の自由」も、無制約であるなどと考えている訳ではないが、上述したところによると、その制約のあり方や許容性云々の問題については、従来の学説におけるそれよりも、かなりイメージを違える必要があるのではないか、と懸念する。

### (3) 制約方法としての「免許制」とその合憲性の根拠

酒販免許制の目的の捉え方、及びその性質(積極か・消極か)については、上で見たとおり諸説が存在し、これをとりあえず「税込確保」という「財政目的」と捉えたとしても、その性質については、単純に積極目的とするもの、消極目的とするもの、いずれでもなく又は両方の性質を有する第3の類型であるとするもの、等、考え方は分かれている。<sup>(20)</sup>

筆者個人としては、少なくとも「財政目的」というのは弱者保護そのものとは異なる、と言わねばならないと考えるので、結果、「積極・消極」いずれとも異なる第3の類型ではないかと見ているが、<sup>(21)</sup>上述のとおり、結論が合憲となっている以上、裁判所の見解は、筆者にとってはそれほど重要な関心事ではない。より問題にすべきは、「税込確保」という「財政目的」たる立法目的、言ってみれば国家の都合が、何ゆえに「サラリーマン税金訴訟判決」で示されたような「緩やかな審査」を導くのか、という点であろうと思われる。

この点、諸判例の判決文が、専ら(立法の)合理性云々にのみ言及し、

(不合理が)「明白」であるかどうかには言及していないことを指摘して、真正(?)の「積極目的」でないが故に「明白」の方が落ちたのではないかと、とする分析もそれなりに興味深くはあるが<sup>(22)</sup>、やはり、合憲の結論が導かれている以上は、過大評価するほどのものでもないように思われる。肝要なことは、「財政目的」を根拠に個人の「職業選択の自由」を制限(ここでは、「拒否」)できるのか、という点であり、筆者の上述のような問題関心からすれば、そのようなことはありえない、ということになる。

また、判決文を別の角度から見て、免許制の目的を端的に積極目的(=既存業者の保護)と捉えて、よって「明白性の原則」の適用を導こうとする見解もあるように見受けられるが、それならば、「財政目的などを隠れみのとせず、正面からその旨を明定すべきではないか」との批判が妥当しようし<sup>(23)</sup>、既存業者の既得的な営業利益を保護するために、新規参入(希望)者の「職業選択の自由」を制限する(特に、当該職業に「就く」こと自体を拒否する)ことが許されるかどうか、は疑問である。

さらに、酒類を、欲しいと思う者が容易に入手できるようにすることが「福祉目的」である(=したがって、需給を調整し均衡を維持する)、とする説明も見られるが<sup>(24)</sup>、酒類が、販売方法においてそのような措置までも採る必要があるほどの「生活必需品」とは言い難く(酒類についてそのような主張をしていたら、まさに戦時下のような物品統制を敷かねばならなくなる)、理由付けとしては無理があるように思われる。

#### (4) 酒類の自家製造

無免許の酒類製造の禁止・処罰が憲法31・13条に違反しない旨は、前出判決が判示しているが、筆者は疑問である。この問題は、前述した酒販免許制に係る論点とも若干関連するところがあるので、併せて少しく検討を加えておきたい。

筆者は、酒類製造免許制の規定が、自己消費目的の自家酒造も禁止し

ている、との解釈は支持できない。酒類製造の免許制の合憲性を主張する論者は、「自己消費酒造によって、酒税収入が減少する」、「自己消費目的の自家醸造酒が第三者に譲渡されて、酒税収入が減少する」といった根拠を挙げる。<sup>(25)</sup>しかし、先に見たとおり、近年すでに酒税自体の重要性 (国税に占める割合) が低下しており、自家酒造による収入減少がそれほど大きな問題になるとは思えない。むしろ、無免許の自家酒造を禁止し取り締まることの労力と費用の方が、より大きな負担になるのではないかと思われる。<sup>(26)</sup>所得税の徴税においても一定の免除の範囲があるように、税制全体の中では無視してしかるべき部分、捕捉を免れても処罰の必要の無い部分であると考えられないであろうか。

また、判決は、事案を「経済活動 (の規制)」の問題として直接検討することをせず、酒販免許制に関する各判決と同様に「サラリーマン税金訴訟最高裁判決」に依拠することにより、合憲の結論を導いている。しかし、件の「税制」のあり方そのものの妥当性の問題と、徴税のための免許制設定とを、同一に論ずることができないことは、先の酒販免許制の検討の項で見たとおりである。さらに、経済活動に対する種々の規制が要請されるのは、その「社会的相互関連性」の故である (前述) と考えられるので、自己消費目的の自家酒造にまで、そのような性質を認めることができるかは疑問である。<sup>(27)</sup>

筆者は、「自己消費目的の自家酒造」は、究極的には、憲法13条の「幸福追求権」ないし「個人の自己決定権 (ないしは、ライフスタイル)」という理念から保障が根拠づけられないか、と考える。筆者は、税目のひとつとしての酒税そのものを否定ないし敵視する意図はないが、すでに多くの論者により指摘されているとおり、現行の酒税のシステムには矛盾・疑問点が多すぎ、消費者を誤解させるものになっている。<sup>(28)</sup>さらに、近年においては、食品に対する国民の信頼を損なうような企業の不祥事が相次いだ。そうした中で、自身が納得いく材料・工程において自身の納得のいく飲食物を (一種の「自己防衛行為」として) 作り出すことは、



少なくとも自己消費目的のものに限っては「一般的な個人の自由」の領域の範囲内の問題として、許容されて差し支えないのではないかと考  
 えるものである。<sup>(29)</sup>

## お わ り に

以上、時間と紙幅の関係によりまとまりのない論述となったが、筆者の言わんとするところは、各々の項においてひととおり示したところである。酒類製造・酒類販売の免許制は、旧い歴史をもつものではあるが、すでに時代の趨勢に遅れた、意味のないものになっていると見るべきであり、一步譲って諸最高裁判例が述べるように仮に「明白」に違憲とまでいえるようなものではないとしても、改められるべき制度であろうと思われる。

なお、本稿においては、筆者自身の「職業の選択」という所為の性質についての見方を記したが、その一方では、近年、この「先行き不透明な時代」において、実は、個々人にとっての「職業」の意義(価値)、ないしは「『職業』観」といったものも、変化しつつあるのかもしれない。その点については、意識はしつつも、立ち入ることができなかった。別に検討の機会を得たいと願う。

### [註]

- (1) 営業活動の規制一般に関する文献は枚挙に暇がないが、ここではさしあたり、浦部法穂「営業の自由と許可制」ジュリスト増刊・憲法の争点[新版](昭60)116頁、石川健治「営業の自由とその規制」同[第3版](平11)128頁など参照。
- (2) 酒税法全体の概観については、田中二郎『租税法[第三版]』(有斐閣法律学全集11, 平2)568頁以下、ジュリスト809号31頁以下に掲載の「特集・

酒税法」中に所収の諸論文など参照。

- (3) 本稿の問題設定全体にかかわって、三木義一『現代税法と人権』(勁草書房, 平4)ととりわけ282頁以下, 同編『うまい酒と酒税法』(有斐閣新書, 昭61)ととりわけ93頁以下, 183頁以下, 同「酒と税金」ジュリスト増刊総合特集33・日本の税金(昭54)196頁以下, 同「現代の視点 疑問深まる酒類販売免許制の合憲性」法学セミナー372号24頁などから多くの示唆を戴いた。
- (4) 関連下級審判例のリストについては, 判例タイムズ988号164頁など参照。
- (5) 判決の評釈・解説として, 高井裕之・平成2年度重要判例解説11頁, 首藤重幸・租税判例百選[第三版](平4)128頁, 出田孝一・ジュリスト954号98頁, 高野敏樹・月刊法学教室118号96頁, 小林武・法学セミナー425号125頁など参照。
- (6) 判例の評釈・解説の類は極めて多数にのぼるが, ここでは, 筆者が特に重点的に参照したものを掲げるに止める。占部裕典・判例評論421号25頁, 永田秀樹・法学セミナー459号112頁, 西山由美・ジュリスト1039号143頁, 米沢広一・ジュリスト1023号29頁, 長谷部恭男・法学協会雑誌123巻6号(平5)111頁, 野中俊彦・平成4年度重要判例解説28頁, 藤井俊夫・月刊法学教室153号110頁, 三木義一・判例セレクト'93 13頁, 綿引万里子・ジュリスト1033号103頁。
- (7) 判例の評釈として, 三木義一・判例評論483号14頁。
- (8) 判例の評釈として, 三木義一・同前, 松本哲治・平成10年度重要判例解説16頁, 下井康史・同34頁。
- (9) 佐藤幸治『憲法[第三版]』(青林書院, 平7)371頁以下など参照。
- (10) 佐藤幸治・同前558頁以下, 註(1)に掲げた諸論文など参照。
- (11) 公衆浴場の距離制限については, その合憲性や, 小売市場及び薬局の判例との比較における体系的な説明の可能性云々から諸説あるところであるが, 筆者は, 公衆浴場に関しては, その設備等からして転業が困難であること等の特殊性から, 経営保護の必要上, 新規参入規制が要請されると見てよいのではないかと考えている。

なお, 佐藤幸治・前掲書(註9)561頁は, 消極・積極両方の目的が存在すると認めているように読める。
- (12) 「目的二分論」の問題点と限界を示すものとして, 石川健治・前掲(註1)論文[131頁]のほか, 棟居決行『人権論の新構成』(信山社, 平4)215頁以下[223頁以下], 松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準(二・完)」民商法雑誌113巻6号(平8)36頁以下[47頁以下]など参照。

- (13) 「サラリーマン税金訴訟」最高裁判決の評釈・解説等についても枚挙に暇がないが、ここではさしあたり、碓井光明・憲法判例百選 [第四版] (平12) 72頁, 畠山武道・月刊法学教室56号134頁, 金子宏・判例評論332号2頁など参照。
- (14) 佐藤幸治「職業選択の自由規制と司法審査」芝池・田中・岡村編『租税行政と権利保護』(平7, ミネルヴァ書房) 357頁以下に所収 [378頁]。
- (15) 未成年者, アルコール中毒者, 病人, ドライバー等への酒類の販売を規制する必要があることは当然認められようが, このことと酒販免許制の存在とは必然的に結びつくものではない。なお, 佐藤幸治・同前 [378頁] は, この点を指摘して, 「判決の基礎が必ずしも堅固なものでないことを推測させる」と述べる。また, 玉国文敏「酒類販売免許制度と酒税法」ジュリスト755号122頁 [123頁] は, 免許制の合理性は「酒類の致酔飲料としての性質のみ求めうと思われる」としながらも, このような立場から免許制を維持するとすれば, 「免許要件の大幅な見直しと再検討が迫られることになる」と述べる。
- (16) この点について, 石川健治・前掲(註1)論文 [128頁] 参照。
- (17) 佐藤幸治・前掲書(註9) 557頁は, 「『職業選択の自由』は, 職業を『選択』する自由および 職業を『遂行』する自由の両者よりなる」とし, 「『職業選択の自由』には, 営利を目的とする自主的活動の自由である『営業の自由』が含まれる」と述べる。
- (18) たとえば, ハンセン病患者に対する隔離政策を国が採り続けてきたことを違法と認定し, 国家賠償を命じた熊本地判平13.5.11判例時報1748号30頁は, 「居住・移転の自由」に対する不当な制限であり, 「他に比類のないような極めて重大な自由の制限」であると述べている。
- (19) 佐藤幸治・前掲書(註9) 556 - 557頁は, 「職業」が, 「個人がその人格の展開をはかる主要な場でもあり, したがって『職業選択の自由』は, 経済活動の自由であるとはいっても, 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』であるので, 「制約の目的・趣旨に照らしその合憲性についてはなお慎重な配慮が要請される」と述べる。
- (20) 後に見るように, 一口に「積極目的」と言っても, その内容は論者により様ではない。端的に「税収確保」を「積極目的」と説示するものとして, 東京高判昭62.1.22行裁例集38巻1号1頁 [8 - 9頁] など参照。又, 「消極目的」とする(ないし, 「積極目的」を併せ持つとする)例として, 先に見た「致酔性」に言及するものの他, 「税収が警察規制にも使用されるから」という独特の見解も存在する(たとえば, 判決の原審・東京高判昭62.11.26判例時報1259号30頁)が, これはいささか奇異な論法であり,

「...そんなことをいえばそれこそ税収は当然警察規制の財源にもなることであるから「明白の原則」にも「必要最小限度の原則」のいずれにも関係がある等という訳の分からない結論になってしまうことになる」( 判決上告人の上告理由: 判例時報1652号55頁 [56頁]) といった批判も存在する。他方, 合憲論の立場をとるものとして, 作間忠雄・ジュリスト809号43頁など参照。諸学説の整理としては, 占部裕典・前掲(註6) 評釈 [181 - 182頁] などに詳しい。

- (21) 筆者の見解は, 判決について, 「規制目的二分論を意識した上で, 消極目的と積極目的による合憲性審査基準の間で, 「財政目的のための規制」という独自の目的により, 両目的の間で極めて明白性の原則に近い審査基準を導き出した」と分析される占部裕典・前掲(註6) 評釈 [181頁] に近い。
- (22) 西山由美・前掲(註6) 評釈 [144頁] 参照。
- (23) 玉国文敏・前掲(註15) 論文 [125頁] 参照。なお, 松本哲治・前掲(註8) 評釈は, 10条10号(経営基礎薄弱) について形成された先例の論理を, 判決において, 申請者本人には如何ともしがたい11号(需要均衡) 要件についても適用したことを批判し, 同号が「直接的に競争を制限し, 既存酒販店を保護するものである」旨を指摘する。同評釈は, 現在の酒販免許制が「既存酒販店の保護に墮していることは.....今日疑いのないところである」と述べる。
- (24) 作間忠雄・前掲(註20) 論文 [46頁], 山内一夫「営業許可制(一)」法曹時報31巻6号1頁 [7 - 8頁] など参照。但, 山内教授は免許制は違憲と解する。
- (25) 首藤重幸・前掲(註5) 評釈 [129頁]。
- (26) 判決の被告人宅にも, 「100人の機動隊員をともなった税務官による家宅捜索」があった, という。前田俊彦「あえてドブロクをつくるの弁」ジュリスト増刊総合特集33・日本の税金(昭59) 217頁。
- (27) 高井裕之・前掲(註5) 評釈 [12頁]。
- (28) (註2)(註3) に掲げた諸文献を参照。
- (29) 酒類製造も, 酒類販売も, むしろ自由に委ねた方が, 酒の質も向上するし, 販売に工夫・努力することにより酒税の増収につながる, と, 各所で有力に主張されている。とりわけ, (註3) に掲げた三木義一教授の諸論文を参照。