

公衆浴場と法

木藤伸一郎*

目次

はじめに
公衆浴場の現状
公衆浴場をめぐる法と行政
公衆浴場をめぐる主な判例
公衆浴場をめぐる法的視点
むすびにかえて

はじめに

公衆浴場の数が急速に減っている。1990年に11,725軒あったものが、08年3月末現在で6,005となっており、89年の公衆浴場に関する最高裁判決当時から20年でおよそ半減している。

また、燃料の高騰によって、各都道府県で入浴料金の改定がおこなわれ、最高額の東京都と神奈川県料金は、大人450円となり、毎日利用する施設の料金としてはもはや限界に達している。

これまで公衆浴場の問題は職業選択の自由の代表的な判例として取り上げられていたので、この問題は、全国的に共通の問題だと認識があるかもしれないが、調べてみると意外にも公衆浴場というのは、いまや特定の地域に偏在しており、県によってはなくなる地域もありうる状況である。

歴史的にみても、公衆浴場の問題は、公衆浴場法の立法当時の状況や、公衆浴場の距離制限についての1955年判決が想定していた時代背景から大

* きとう・しんいちろう 京都学園大学教授

大きく変貌している。その後、薬事法の距離制限規定が違憲とされた75年を経て、89年に新しい最高裁判決が出されるが、その判決当時から、自家風呂の普及状況、公衆浴場の経営環境は全く変わってきている。古い問題ではあるが、現時点で、公衆浴場の距離制限という問題について今一度検討してみたい。

公衆浴場の現状

1. 現 状

(1) 公衆浴場の数

公衆浴場の定義は法令上の規制の箇所で見ると、厚生労働省大臣官房統計情報部「衛生行政報告例」によると、公衆浴場を、一般公衆浴場、個室付浴場、ヘルスセンター、サウナ風呂、スポーツ施設、その他に分類して統計を取っている¹⁾。

2007年3月末現在、全国の私営の普通浴場は5,903軒、公営の普通浴場は419軒で、一般公衆浴場全体では6,322軒となっている。

私営の普通浴場について、地域別にみると、北海道441軒、青森284軒、東京964軒、神奈川265軒、愛知208軒、京都258軒、大阪1,050軒、兵庫281軒、鹿児島280軒などが多い地域で、この9都道府県の合計は4,031軒となり、全国の約68%を占める。

これ以外で三桁の数の県は、埼玉115軒、千葉101軒、富山144軒、石川115軒、広島106軒、大分139軒であり、この6県を加えると、15都道府県で4,751軒となり、全国の約8割になる。逆に少ない県をみると、山形5軒、茨城10軒、島根5軒、佐賀4軒、沖縄10軒となっている。

さらに都道府県のなかの分布をみてみると、公衆浴場は都市部に集中していることがわかる。たとえば、東京都のデータ(07年12月末)によると、923軒のうち23区に837軒で、市町村には86軒存在する²⁾。同じことが京都府のデータ(07年12月末現在)でも、京都府全体で231軒のうち、京都市

に205軒が集中しており、京都市以外には26軒しかないことがわかる³⁾。他の府県をみても、大阪府全体が1,050軒に対して、大阪市が600軒、兵庫県全体281軒のうち、神戸市が117軒、愛知県全体208軒のうち、名古屋市142軒となっている。

以上の統計をみると、公衆浴場は地域的に偏在しており、特定の都道府県のなかでもさらに都市部に集中して存在していることがわかる。

次に経年変化をみてみよう。同じく厚生労働省の統計に「生活衛生関係営業施設数の年次推移」があり、それによれば、公衆浴場の数は急速に減少していることがわかる。

一般公衆浴場の数は、1975年には19,161軒あったものが、85年には13,787軒、90年に11,725軒となり、95年にはついに1万軒を割り、9,741軒、以降、00年8,117軒、05年6,653軒と減少し、08年3月末で6,005軒となっている。

京都府における公衆浴場数を京都市・京都府保健所・京都府公衆浴場業生活衛生同業組合調(各年12月末現在)でみると以下のようにになっている⁴⁾。

1960年に586軒あったのが、75年502軒、85年435軒、90年395軒、00年308軒、07年231軒と減少してきた。京都府公衆浴場業生活衛生同業組合調べによると、京都府内の組合員である公衆浴場数は、1963年の595軒が最も多く、最新の調査である08年12月15日現在では、199軒となっている⁵⁾。

東京都も、95年に1,546軒あったものが、00年1,273軒、05年1,025軒、07年923軒と減少している。

(2) 料 金

原油価格の上昇により、2008年は12月1日現在までで、19都道府県が入浴料金を改定している。

公衆浴場の料金区分は、年齢で、大人が12歳以上、中人が6歳以上12歳未満、小人が6歳未満となっているが、これは「公衆浴場入浴料金の統制額の指定等に関する省令」(昭和三十二年九月十二日厚生省令第三十八号)

1条2項に基づくものである。

現在の大人の最高額は、東京都と神奈川県が450円、最低額は、山形県の300円である⁶⁾。ただし入浴料金としては佐賀県の280円が最低であるが、同県は、洗髪料50円を別途徴収しているので、実際には330円となっている。なお、現在、洗髪料を徴収しているのは佐賀県のみである。08年12月1日現在の全国平均は、大人が383円、中人が145円、小人が71円となっている。

入浴料金の変遷を京都府のデータでみると、最初の最高裁判決があった1955年は、大人15円、中人12円、小人6円、洗髪料10円であった。

大人料金のみを推移をみると、65年28円、70年35円、75年100円となり、1973年からのオイルショック時に急騰しており、73年の大人60円が76年には2倍の120円になっている。なお、京都府では73年11月20日改定から洗髪料は廃止されている。

その後80年190円、85年220円、90年250円、95年300円、00年350円と改定されてきた。最近では、370円(05年1月1日)、390円(06年10月1日)と改定され、現在の入浴料金(08年8月1日以降)は、大人410円、中人150円、小人60円である。

東京都の場合は、公衆浴場法が制定された1948年は、大人6円、中人4円、小人2円で洗髪料が6円であった⁷⁾。大人料金は、その後、75年に100円、81年220円、90年310円、00年400円と改定され、現在は、大人450円、中人180円、小人80円となっている。1970年以降洗髪料はとっていない。

公衆浴場をめぐる法と行政

1. 法令上の規制

(1) 許可制・距離制限

公衆浴場法によると、公衆浴場は、許可制であること、配置基準がきめ

られていること、そして、それに違反すると罰則があることが規定されている。

そもそも公衆浴場とはどう定義されているのであろうか。公衆浴場を区別・分類する名称で、かつては普通公衆浴場と特殊公衆浴場という区別の例があったが、厚生労働省の最近の統計では、さきにみたように、「一般公衆浴場」(普通公衆浴場)と「その他の公衆浴場」に区別されており、日常生活における保健衛生上必要な入浴のために設けられた公衆浴場が、一般公衆浴場いわゆる銭湯にあたるものである。

それでは公衆浴場法ではどのように規定されているか以下にみてみよう。

まず、公衆浴場とは、「温湯、潮湯又は温泉その他を使用して、公衆を入浴させる施設をいう。」とされ、浴場業とは、「都道府県知事(保健所を設置する市又は特別区にあつては、市長又は区長。第七条の二を除き、以下同じ。)の許可を受けて、業として公衆浴場を経営することをいう。」と定義されている(第1条)。

次に許可制と距離制限の根拠規定である2条では、「業として公衆浴場を経営しようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。」とし、「都道府県知事は、公衆浴場の設置の場所若しくはその構造設備が、公衆衛生上不適当であると認めるとき又はその設置の場所が配置の適正を欠くと認めるときは、前項の許可を与えないことができる。」と規定されている。

設置の場所の配置の場所の基準については、法律が定めるのではなく、都道府県が条例で定めることになっており、都道府県がそれぞれ条例を制定している。

なお、2条の規定にもかかわらず、許可を受けない者などには、六月以下の懲役又は一万円以下の罰金に処せられる(8条)。

以上のように、公衆浴場法は設置の場所の基準を条例に委ねているが、次に、条例の内容で確認してみよう。

京都府では、「公衆浴場の設置の場所の配置の基準等に関する条例」が

制定され、配置の基準などを定めている。

いわゆる距離制限規定は、「第2条 法第2条第3項に規定する設置の場所の配置の基準は、各公衆浴場間の最短距離が250メートル以上保たれていることとする。ただし、日常生活における保健衛生上必要な入浴のために設けられた公衆浴場（以下「一般公衆浴場」という。）で、次の各号のいずれかに該当するもの及び一般公衆浴場以外の公衆浴場（以下「その他の公衆浴場」という。）については、この限りでない。(1) 一般公衆浴場について法第2条第1項の規定による許可を受けた者が、当該一般公衆浴場を廃止し、引き続き同一の場所で経営しようとするもの (2) 一般公衆浴場の譲渡があつた場合において、譲受人が引き続き同一の場所で経営しようとするもの (3) 前2号に定めるもののほか、土地の状況、人口の密度その他の特別の事情により知事が公衆衛生上必要と認めたもの」とされている。

東京都は「公衆浴場の設置場所の配置及び衛生措置等の基準に関する条例」で、「一 設置場所が特別区の区域であるとき 二百メートル以上 二 設置場所が市町村の区域であるとき 三百メートル以上」となっており、大阪の「大阪府公衆浴場法施行条例」では、「市の区域にあつてはおおむね二百メートル以上、その他の区域にあつてはおおむね二百五十メートル以上離れていることとする。」となっている。兵庫県の「公衆浴場法基準条例」では、「(1) 市の区域に設置する場合 法第2条第1項の規定により許可を受けた一般公衆浴場（以下「既設の浴場」という。）から最短直線距離で220メートル以上隔てること。(2) その他の区域に設置する場合 既設の浴場から最短直線距離で250メートル以上隔てること。」となっている。

このように各都道府県で距離に若干の違いがあるが、距離制限規定が条例にある。ただし、距離制限の適用にあつては、京都府の条例にもあるように「知事が公衆衛生上必要と認めたもの」という規定や、兵庫県条例4条の「その他の特別な事情がある場合であつて、知事が衛生上支障がないと認めるときは、この限りでない。」というように弾力的運用も可能で

ある。

さらに、措置基準として、換気設備や採光などの細かい規定がある。その中には、「主浴槽の湯の温度は、常に摂氏42度内外を保持するよう努めること。」や、「7歳以上の男女を混浴させないこと。」ことが含まれており、このような規定の内容は各都道府県でもほぼ同じものである。最近、男女混浴の禁止に関して、兵庫県では6歳から10歳に引き上げることと、家族風呂を認める条例改正がなされている。

次に、公衆浴場の許可申請手続は、京都市の場合、京都市公衆浴場法施行細則でさだめられており、許可申請には以下のようなものを求めている。「第2条 省令第1条の規定による申請は、浴場業許可申請書(第1号様式)に次に掲げる図書を添えて行わなければならない。(1) 営業施設の敷地の周囲おおむね350メートルの区域内の見取図(隣接する浴場及び営業施設との距離を明示すること。)(2) 営業施設の平面図及び断面図並びに構造設備の配置図 (3) 定款又は寄付行為の写し及び法人の登記事項証明書(法人である場合に限る。)(4) その他市長が必要と認める図書。」

以上、現在の公衆浴場法とそれをうけた都道府県の条例のあらましを見てきたが、次に、公衆浴場法の制定経緯についてふりかえてみたい。

公衆浴場法は1948(昭和23)年に法律139号として制定された。ジュリスト100号は、特集「戦後法制の変遷 回顧と展望」を組んでいるが、それによると、衛生・医薬法規の変遷の回顧によると、「多数者の集合する場所に関する法律としては、昭和二二年に理容師法(同年法二三四その後昭二六法二五一によって「理容師美容師法」と改称)が制定され、翌二三年に興業場法(法一三七)、旅館業法(法一三八)及び公衆浴場法(法一三九)のいわゆる営業三法が制定された。いずれも従来はもっぱら警察行政の対象とされ府県令に委ねられていたのが、新憲法の趣旨に従って立法化されたものであって、兼ねて衛生法規としての性格が明りように打出されたのであった。」⁸⁾と回顧されている。

そもそも制定当初になかった距離制限規定を導入する経緯を振り返ると、

その背景には、業者達の熱心な要望があったようである。それに対して、当初、政府の側には距離制限が憲法違反になるのではないかという判断をしており、その結果、議員立法の形で距離制限規定が導入されたことが指摘されている⁹⁾。このような経緯が、後にみるように1955年の最高裁判決をめぐって憲法学者や行政法学者が否定的な評価をした一因となっており、既存業者の利益確保のために距離制限が導入されたのではないかという批判がなされている。

(2) 料金規制

公衆浴場をめぐる法的規制のもうひとつの特徴点は、料金が規制されていることである。料金統制をすることになったもとの根拠は、物価統制令にさかのぼる。

物価統制令(1946(昭和21)年勅令第118号)第4条は、「主務大臣物価が著シク昂騰シ又ハ昂騰スル虞アル場合ニ於テ他ノ措置ニ依リテハ價格等ノ安定ヲ確保スルコト困難ト認ムルトキハ第七条ニ規定スル場合ヲ除クノ外政令ノ定ムル所ニ依リ当該價格等ニ付其ノ統制額ヲ指定スルコトヲ得」と規定している。

公衆浴場料金が対象となったのは、「公衆浴場入浴料金の統制額の指定等に関する省令(昭和三十二年九月十二日厚生省令第三十八号)」が、物価統制令を実施するために、公衆浴場入浴料金の統制額の指定等に関して定めた以降からである。

同省令によると、公衆浴場入浴料金に関して統制額を指定することができること、公衆浴場入浴料金の区分は、「一 十二才以上の者についての入浴料金 二 六才以上十二才未満の者一人についての入浴料金 三 六才未満の者一人についての入浴料金」に分けること、都道府県知事が、統制額を指定することになっている。

その後、「公衆浴場入浴料金の統制額の指定について(依命通知)(昭和三十八年八月九日厚生事務次官通知)」によって、それまでの最高統制額の改訂する場合の厚生大臣に対する協議が廃止された。この通知では、最

高統制額を策定する場合、公衆浴場経営について実態調査をすること、公衆浴場入浴料金協議会等を設置して、関係者の意向を把握することが求められている。さらに厚生省は都道府県知事宛の厚生省環境衛生局長通知「公衆浴場入浴料金の統制額の指定について(昭和三十八年八月十二日)」で、「公衆浴場経営実態調査要綱」と「公衆浴場入浴料金諮問機関設置要領」を指示している。

これを現在の京都府を例についてみると、京都府公衆浴場入浴料金協議会設置要綱が、京都府公衆浴場入浴料金協議会の設置を定めており、第3条によると、協議会の委員は、15名以内、構成は、有識者、利用者代表、業界代表、関係吏員となっている。実態調査について、最近の例をみると、2007年度公衆浴場経営実態調査の場合、調査依頼は、2008年3月11日に、京都府公衆浴場業生活衛生同業組合を通じて依頼して、2007年1月1日から2007年12月31日までを調査対象期間にし、京都府内私営一般公衆浴場全施設(休業中を除く。)213施設を対象に調査を行っている。有効回答数は、「営業の形態等の調べ」が179施設(有効回答率84.0%)、「平成19年の経営収支状況調べ」が172施設(有効回答率80.7%)となっており、協議会で集計結果が報告されている。

2008年度の京都府における入浴料金改定の手続は、5月28日に第1回協議会が開かれ、「公衆浴場の現況等について」が議題となっている。6月4日に第2回の協議会が開かれ「公衆浴場入浴料金統制額」が審議され大人のみ20円の引き上げが決定され、20日に知事に答申し、8月1日の新統制額の施行が決まった¹⁰⁾。

2. その他の行政施策

公衆浴場は、他の業種とならんで、生活衛生関係営業に分類されている。これは、1957年に制定された「環境衛生関係営業の運営の適正化に関する法律」(1957(昭和32)年法164号)に基づくもので、現在この法律の名称は、「生活衛生関係営業の運営の適正化及び振興に関する法律」となって

いる。

同法第1条によると、「この法律は、公衆衛生の見地から国民の日常生活に極めて深い関係のある生活衛生関係の営業について、衛生施設の改善向上、経営の健全化、振興等を通じてその衛生水準の維持向上を図り、あわせて利用者又は消費者の利益の擁護に資するため、営業者の組織の自主的活動を促進するとともに、当該営業における過度の競争がある等の場合における料金等の規制、当該営業の振興の計画的推進、当該営業に関する経営の健全化の指導、苦情処理等の業務を適正に処理する体制の整備、営業方法又は取引条件に係る表示の適正化等に関する制度の整備等の方策を講じ、もつて公衆衛生の向上及び増進に資し、並びに国民生活の安定に寄与することを」目的としている。

同法が対象としている業種は、飲食店営業、喫茶店営業、食肉販売業及び冰雪販売業、理容業、美容業、興行場営業のうち映画、演劇又は演芸に係るもの、旅館業、浴場業、クリーニング業であり、1業種につき各都道府県に生活衛生同業組合の設立が認められている。これに基づいて、京都府では、「京都府公衆浴場業生活衛生同業組合」が設立されている。

公衆浴場については、さらに、1981年に「公衆浴場の確保のための特別措置に関する法律」が制定された。同法の目的は「公衆浴場が住民の日常生活において欠くことのできない施設であるとともに、住民の健康の増進等に関し重要な役割を担っているにもかかわらず著しく減少しつつある状況にかんがみ、公衆浴場についての特別措置を講ずるように努めることにより、住民のその利用の機会の確保を図り、もつて公衆衛生の向上及び増進並びに住民の福祉の向上に寄与すること」とされ、特別措置の内容としては、「国及び地方公共団体は、公衆浴場の経営の安定を図る等必要な措置を講ずること」(3条)や活用についての配慮(4条)、貸付けについての配慮(5条)、助成等についての配慮(6条)が規定されている。

次に、地方公共団体による具体的な施策について京都を例にみてみよう。

まず、固定資産税については、京都市市税条例施行細則によると、第4

条の6で「条例第55条第1項第5号に規定する市長が特に必要と認める固定資産は、次の各号の一に該当する固定資産（第1号及び第2号の固定資産については、有料で借り受けたものを除く。）とし、それぞれ当該各号に掲げる金額を減免する。」とされ、公衆浴場については、「(4) 公衆浴場法第2条第1項の規定により営業の許可を受け、かつ、物価統制令第4条に規定する統制額の指定を受けている公衆浴場の用に供する固定資産（土地については、法第349条の3の2第1項に規定する住宅用地以外の土地に限る。）税額のうち当該部分に相当する金額の3分の2相当額」という減免措置がある。

次に、水道料金については、京都市水道事業条例15条、別表2で、公衆浴場業（特殊な営業を行う公衆浴場業を除く。）において使用する場合の使用水量で100立方メートルを超える部分の従量料金が低く抑えられている。

さらに、利子補給に関して、「公衆浴場施設整備資金等利子補給金交付要綱」が定められている。

その趣旨は、「第1 知事は、公衆衛生の向上及び増進に資するため、普通公衆浴場を営む者（新規に営業しようとする者を含む。以下同じ。）が、国民生活金融公庫（以下「公庫」という。）等から施設整備資金等を借り受けた場合に、普通公衆浴場を営む者に対し、補助金等の交付に関する規則（昭和35年京都府規則第23号。以下「規則」という。）及びこの要綱の定めるところにより、予算の範囲内において利子補給金を交付する。」ことであり、利子補給の対象は、「第3 第1に規定する利子補給金の交付の対象となる施設整備資金等は、次に掲げる資金とする。ただし、改装資金にあつては、5,000万円を限度とする。(1) 公庫から借り受けた国民生活金融公庫法（昭和24年法律第49号）第18条第3号イ及びロに規定する資金のうち、普通公衆浴場を営む者を対象として貸し付けられる特別利率対象設備に係る資金 (2) 公庫以外の銀行、信用金庫等の金融機関から借り受けた前号に準ずる資金」となっているが、「利子補給金の額は、利子補

給金の交付を受けようとする期間の約定借入残高に日数を乗じて得た額を365日で除した額に年利率3パーセントを超える部分の利率(ただし、公庫所定の年利率から3パーセントを減じた利率を限度とする。)を乗じて得た額とし、1,000円未満の端数は切り捨てるものとする。」とされている。

ただし、利子補給に関しては、近時の低金利状態に鑑み、実際の運用ではさらに利率を上げて運用しているようであるが、業者にとってはほとんど実効性がないようである。

その他の京都府における支援事業の最近の例としては、お風呂屋さんに関する川柳を募集し、市バスなどに広告を出す事業をおこなっている。

公衆浴場をめぐる主な判例

公衆浴場をめぐる判例はさまざまあるが、距離制限に関する判例としては1955年の最高裁と1989年の2つのものがある。この2つの判例の間に、1975年に薬事法の距離制限についての違憲判決がだされている。この3つの判例を中心に、それぞれの評価と、これらの判例をどのように歴史的に位置づけるかについて、以下に検討してみたい。

1 1955年判決

被告は福岡県知事の許可をうけず、1952(昭和27)年1月8日から3月16日の間、一般公衆を入浴させて、公衆浴場を経営した。被告人は、無許可営業にあたるとして、第1審判決で罰金5000円の判決をうけた。無許可になった背景は、上告趣意によると、営業に関して県と交渉したようであるが、業者の反対運動で許可されなかったのである。

福岡県の条例が職業選択の自由に違反するとした上告に対して、最高裁は以下のような理由で上告を棄却している。

「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設である。そして、若しその設立を業者の自由

に委せて、何等その偏在及び濫立を防止する等その配置の適正を保つために必要な措置が講ぜられないときは、その偏在により、多数の国民が日常容易に公衆浴場を利用しようとする場合に不便を来たすおそれなきを保し難く、また、その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来たすおそれなきを保し難い。このようなことは、上記公衆浴場の性質に鑑み、国民保健及び環境衛生の上から、出来る限り防止することが望ましいことであり、従つて、公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠き、その偏在乃至濫立を来たすに至るがごときことは、公共の福祉に反するものであつて、この理由により公衆浴場の経営の許可を与えないことができる旨の規定を設けることは、憲法二二条に違反するものとは認められない。なお、論旨は、公衆浴場の配置が適正を欠くことを理由としてその経営の許可を与えないことができる旨の規定を設けることは、公共の福祉に反する場合でないに拘らず、職業選択の自由を制限することになつて違憲であるとの主張を前提として、昭和二五年福岡県条例五四号第三条が、憲法二二条違反であるというが、右前提の採用すべからざることは、既に説示したとおりである。そして所論条例の規定は、公衆浴場法二条三項に基づき、同条二項の設置の場所の配置の基準を定めたものであるから、これが所論のような理由で違憲となるものとは認められない。それ故所論は採用できない。」¹¹⁾

この最高裁判決については、「その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来たすおそれなきを保し難い。」とした点に批判が集中している。

代表的なものとして成田教授は、距離制限規定が業者の運動の結果導入されたのではないかという経過を強調して、「公衆浴場の配置の適正を営業許可の基準に採用することが公共の福祉の見地から必要であるとは考え

られない。このような規定を新設したことの真意が、伝えられているように、公衆の利用上の利便や衛生設備の向上に名を藉りた既存業者の独占的利益の確保 新規業者の閉め出し - にあるとすれば、それは『公共の福祉』とはおよそ程遠いものであるといわなければならない。」と厳しく批判している¹²⁾。

一方、小嶋教授は「この問題は、もっぱら公衆浴場の確保という見地から、公衆浴場の特殊性を考慮して決定されなければならない。そして、ここで重要なのは、その料金の低廉なことも公衆衛生上不可欠で、その故に料金決定にかんする許可制を必要とするという意味でも公共的な業種であることである。しかも、営業の性質上附近住民しか日常利用せぬという意味で企業の弾力性は極度に乏しく、その施設の衛生水準はつよく要求され、建設費が巨額であるにかかわらず、他業への転用可能性はない。このような業種については、公営を建前とせぬ以上、業者に健全な経営を保障する以外に、その遂行を確保する道はない。距離制限が、このような経営確保のために不可欠であるならば、事業の公共性と企業の特殊事情を厳格な要件として、その『公共の福祉』実現策としての合理性をみとめることは不可能ではない。」として、容認する立場にたっている¹³⁾。

同じ時期に、奈良県の無許可営業事件について、最高裁判決がある¹⁴⁾。これは、被告人が、奈良県知事の許可を受けずに、1957(昭和32)年12月11日より1958(昭和33)年1月20日まで公衆浴場を経営したため、第1審で懲役2月、第2審では執行猶予がついたのであるが、最高裁は、「被告人及び弁護人島秀一の上告趣意第一点及び第二点について 所論公衆浴場法二条及び昭和二四年奈良県条例一条の二が憲法二二条一四条に反しないことは当裁判所昭和二八年(あ)四七八二号同三〇年一月二六日大法廷判決(刑集九巻一号八九頁)の趣旨によつて明かであるから所論ばその理由がなくまた同第三点は量刑不当単なる訴訟法違反の主張であつて、上告適法の理由に当たらない。」として、上告を棄却している。

この判決についての判例批評でも、「偏在・濫立自体が直接公共の福祉

に反するとはいえないし、距離制限の方法によって公共の福祉が増進せられる保障もない。又、濫立から誘発されるかもしれない衛生設備の低下が公共の福祉に反するとしても、配置の適正のための距離制限という方式でこれに対処することは必要な限度を超えて憲法に保障された基本権を制約するものといわねばならない」とされており、ここでも最高裁の論理に批判的な立場が鮮明になっている¹⁵⁾。

次に登場するのが62年の最高裁判決である¹⁶⁾。

この事件は、従来の無許可営業による刑事事件ではなく、既存の業者が第三者に対する営業許可処分の無効確認を求めて出訴したものである。

本件事案は、京都府知事が、1956(昭和31)年10月27日に新たな公衆浴場の許可処分を行ったが、原告の経営する公衆浴場と最短距離で208メートルしか離れておらず、利用圏内の人口が2000人を下回る状況になった。そこで京都府知事の営業許可の手続が、条例にてらしても無効だとして訴えたのである。

京都地裁判決は、「公衆浴場法制定の目的は専ら公衆衛生の維持向上をはかるにあつて既存公衆浴場についての営業権の保護を目的とするものではなく、従つて既設公衆浴場の経営者は同法の規制のための競争業者の濫立によつて蒙る不利益を免れる結果とはなるけれど、これは既存業者が同法による営業許可を受けたことにより何らかの権利を創設されているためではなく、ただ同法の前記目的遂行上反射的に事実上の利益を受けているに過ぎないと解するのが相当である。ところで訴により行政処分の無効確認を求め得る者は当該処分により権利又は法律上の利益を侵害された者に限られるものと解すべきところ、原告等は右の如く本件営業許可処分により何らの権利又は法律上の利益を侵害されていないから、右処分の無効確認を求める利益を有しないものと謂わねばならない。」として、原告の請求を棄却した¹⁷⁾。大阪高裁も第1審の判断を維持したため、原告が上告したところ、最高裁は以下の理由で、「原判決を破棄し、第一審判決を取り消す。本件を京都地方裁判所に差し戻す。」という判決をくださった。なお、

多数意見とその理由を異にする裁判官池田克の意見と、第1審判決を支持する裁判官奥野健一の反対意見がある。

最高裁判決は、「公衆浴場法が許可制を採用し前述のような規定を設けたのは、主として『国民保健及び環境衛生』という公共の福祉の見地から出たものであることはむろんであるが、他面、同時に、無用の競争により経営が不合理化することのないように濫立を防止することが公共の福祉のため必要であるとの見地から、被許可者を濫立による経営の不合理化から守ろうとする意図をも有するものであることは否定し得ないところであつて、適正な許可制度の運用によつて保護せらるべき業者の営業上の利益は、単なる事実上の反射的利益というにとどまらず公衆浴場法によつて保護せられる法的利益と解するを相当とする。」として原告適格を認めている¹⁸⁾。

この判決は、既存業者の原告適格を認めるかどうかという、行政法の重要な論点に関するものであるが、この判例評釈で、原田教授は、「本件の多数意見は、公衆浴場法の性格についてのこれまでの見方を改め、同法は、公衆衛生維持のための衛生警察立法であるばかりでなく、公衆浴場業の特殊性に鑑みこれを保護育成するために（需要の非弾力性に鑑み、無用の競争を排除し、経営の合理化をはかる）新設を抑止して既設業者の利益を確保するための保護立法である（田上「警察法」六三頁）との見解を示したものである。それゆえ、距離制限規定により既設業者に生ずる営業上の利益は、反射的利益ではなく、まさに法の保障する公権であつて、裁判上の保護に値するというのである。しかし、多数意見の右の公衆浴場法の解釈には難点があると思う。なぜなら、距離制限規定はそれ自体憲法二二条に抵触する疑いの濃い規定であるが、それが既設業者の利権保護のために他者の職業の自由を排除することを目的とするものであることを公認すると、その違憲の疑いはますます濃厚とならざるをえない。」として、憲法判断に踏み込んで、最高裁判決を批判している¹⁹⁾。

2 薬事法違憲判決

薬事法は1948(昭和23)年に制定されているが、適正配置規制が求められるようになった背景は、1957年頃大阪で始まった薬の乱売売がきっかけになっている。その後、60年2月には愛知、岐阜、山口、福岡など全都道府県の6割にも達し、特に、59年12月から始まった東京池袋西口の廉売競争はすざましかったようである。これを受けて、厚生省は行政指導に乗り出し、参議院社会労働委員会でも薬の乱売が取り上げられ、参考人招致もされている。

この間、薬事法は、60年に大改正されているが、その審議過程で適正配置規制導入論が登場した。しかし、当時の政府は、公衆浴場と薬局の違いをあげて、結果として規制は導入されなかった²⁰⁾。

その後、厚生省の行政指導として、62(昭和37)年4月に、「許可申請の取扱いに関する薬務局長通知」が各県知事宛に出され、そこでは薬局の許可に際して、適正配置を指導することと、スーパーマーケットの規制を打ち出している。このながれから、最終的に63(昭和38)年に薬局の配置規制を含む薬事法改正案が成立し、7月12日に公布、施行された。これも公衆浴場法の改正時と同じ議員立法である。改正内容については、「薬事法の一部を改正する法律の施行について」(昭和38年9月3日薬発第454号厚生省薬務局長から各都道府県知事あて)が詳しい²¹⁾。

このような背景でうまれた薬事法の距離制限規定が、以下の理由で最高裁で違憲とされるのである。

「このようにみえてくると、競争の激化 - 経営の不安定 - 法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとする事は、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない。なお医薬品の流通の機構や過程の欠陥から生じる経済上の弊害について対策を講じる必要があるとすれば、それは流通の合理化のために流通機構の最末端の薬局等をどのように位

置くか、また不当な取引方法による弊害をいかに防止すべきか、等の経済政策的問題として別途に検討されるべきものであつて、国民の保健上の目的からされている本件規制とは直接の関係はない。」²²⁾。

3 公衆浴場をめぐる新しい判決

公衆浴場の距離制限について最高裁が判断するのは、さらに時代が下つて1989年になる。この年にだされた2つの最高裁判決は、大阪府における同一事例を対象にした事件であり、その経緯は以下のとおりである。

1956年	「高津トルコ」を特殊浴場として大阪府知事が営業許可。実質的には、普通の公衆浴場と変わらない形で経営。
1963年	保健所の指導
1976年	大阪市立入検査
1980年 1月	「高津トルコ」廃業届
3月	「高津サウナ」特殊浴場営業許可申請
7月	「高津サウナ」営業許可
1983年 3月	大阪地裁、営業許可処分取消しの判決(確定)
8月 3日	「高津温泉」営業許可申請
13日	不許可処分
1985年 2月20日	大阪地裁判決(営業不許可処分取消請求事件)
9月25日	大阪高裁判決(")
11月25日	大阪簡易裁判所判決(公衆浴場法違反被告事件)
1986年 8月28日	大阪高裁判決(")
1989年 1月20日	最高裁第2小法廷判決(公衆浴場法違反被告事件)
3月 7日	最高裁第3小法廷判決(営業不許可処分取消請求事件)

まず刑事事件について簡単にみてみよう。本件は、大阪市において、営業許可申請が不許可となったにもかかわらず、公衆浴場を営業したことが

ら、公衆浴場法8条1号違反に問われた事案である。

第2小法廷は以下のように判示している。

「公衆浴場法に公衆浴場の適正配置規制の規定が追加されたのは昭和二五年法律第一八七号の同法改正法によるのであるが、公衆浴場が住民の日常生活において欠くことのできない公共的施設であり、これに依存している住民の需要に応えるため、その維持、確保を図る必要のあることは、立法当時も今日も変わりはない。むしろ、公衆浴場の経営が困難な状況にある今日においては、一層その重要性が増している。そうすると、公衆浴場業者が経営の困難から廃業や転業をすることを防止し、健全で安定した経営を行えるように種々の立法上の手段をとり、国民の保健福祉を維持することは、まさに公共の福祉に適合するところであり、右の適正配置規制及び距離制限も、その手段として十分の必要性和合理性を有していると認められる。もともと、このような積極的、社会経済政策的な規制目的に出た立法については、立法府のとつた手段がその裁量権を逸脱し、著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲とすべきであるところ（最高裁昭和四五年（あ）第二三号同四七年十一月二日大法廷判決・刑集二六卷九号五八六頁参照）、右の適正配置規制及び距離制限がその場合に当たらないことは、多言を要しない。」²³⁾

これに対して、民事事件に対する第3小法廷判決は以下のようになっている。

原告は1956年以来、「特殊浴場」として営業許可を受けていたが、実態は「普通浴場」と変わりがなかった。そこで同業者が適正配置基準違反を理由に訴えたところ、請求認容の判決がでて廃業に追い込まれた。その後、設備構造の変更、名称変更をして営業許可申請を提出したが不許可になったので、距離制限規定が憲法違反だと主張して出訴した。

「おもうに、法二条二項による適正配置規制の目的は、国民保健及び環境衛生の確保にあるとともに、公衆浴場が自家風呂をもたない国

民にとって日常生活上必要不可欠な厚生施設であり、入浴料金が物価統制令により低額に統制されていること、利用者の範囲が地域的に限定されているため企業としての弾力性に乏しいこと、自家風呂の普及に伴い公衆浴場業の経営が困難になっていることなどにかんがみ、既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体を確保しようとするのも、その目的としているものと解されるのであり、前記適正配置規制は右目的を達成するための必要かつ合理的な範囲内の手段と考えられるので、前記大法廷判例に従い法二条二項及び大阪府公衆浴場法施行条例二条の規定は憲法二二条一項に違反しないと解すべきである。論旨は採用することができない。」²⁴⁾

公衆浴場をめぐる法的視点

本章では公衆浴場をめぐる、距離制限規定に関する憲法論という、理論的視点と、公衆浴場を確保維持する観点から行政は何ができるのかという視点から今後の課題を検討してみたい。

1. 距離制限規定に関する憲法論

公衆浴場法は、衛生行政法規のひとつとして制定されたので理容、美容業とならんで警察規制であることはまちがいない。したがって1955年判決の中心は、国民保健、環境衛生を保持するという目的のために距離制限という手法が憲法上認められるかということであった。山下教授の解説にあるように55年判決については当時の憲法学会は総じて批判的であった²⁵⁾。

55年判決当時の状況として、自家風呂は少なく、公衆浴場に対する需要が大きく、公衆浴場の数自体が増加する時代であったことが考えられる。したがって、55年判決の事案もそうであるが、公衆浴場をめぐる争われた裁判の構図は、新規に公衆浴場経営を模索していた業者が、何らかの事

情で許可がもらえず、その結果、無許可営業になり、それに対する刑事裁判という形で問題が現れている。したがって距離制限によって新規参入を規制するのではなく、公衆浴場の設置を認める方向が望ましいという判断が背景にある。

もう一つの理由としては、より原理的に、基本的人権の規制に対する理論的な問いであったのではないだろうか。つまり、日本国憲法が制定され、基本的人権の尊重がうたわれる状況で、公共の福祉の名の下に安易に職業の自由を制限することに対して厳しい目で見るといえるという学界の状況も一因であろう²⁶⁾。

公衆浴場の濫立が、国民衛生に好ましからざる影響をおよぼすという点について、最高裁は丁寧に説明していない。したがって、当時の研究者は、「その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来たすおそれなきを保し難い。」という点に合理的な理由がないことと、距離制限規定導入の過程が、既存業者の利益確保であったことを強調して、最高裁判決を批判している²⁷⁾。

その後、アメリカの憲法訴訟研究の成果が取り入れられ、憲法判断のあり方に大きな変化をもたらされた時期に薬事法の距離制限規定について違憲判決がでる。薬事法の距離制限規定が導入された背景は、すでに簡単に見たが、公衆浴場法と同じように議員立法の形で法改正が実現している。63年当時の社会背景や、その後違憲判決がでる75年にかけてどのような変化があったのかなどを精査しなければならないだろう²⁸⁾。

この薬事法違憲判決をめぐる座談会において、距離制限という手法が違憲とされたことの影響が、公衆浴場問題に波及するかどうかを検討されている。そこでは、同じように適性配置規制をしている公衆浴場と薬局に違いがあるのか、薬事法の違憲判決のあとで公衆浴場の距離制限規定は安泰なのか議論されている。

この薬事法違憲判決後、さらに時代を経て89年判決が登場する。55年判

決、薬事法判決との比較でどのように理解すべきであろうか。

そもそも公衆浴場の距離制限をめぐるのは、配置規制の目的は、「消極的な警察規制」か、「社会経済政策的な積極規制」のいずれか、ということから出発している。

89年判決のうち第三小法廷判決は、適正配置規制の目的を「国民保健及び環境衛生の確保」とともに「既存公衆浴場経営者の経営の安定」というものを初めて認めることになる。このような最高裁の合憲判断の背景には、「公衆浴場をめぐる情勢の大きな変化」と「公衆浴場の確保のための特別措置に関する法律」の制定が合憲判断の基礎にあったようである²⁹⁾。この点について、以下検討してみたい。

公衆浴場の確保のための特別措置に関する法律第1条では、「この法律は、公衆浴場が住民の日常生活において欠くことのできない施設であるとともに、住民の健康の増進等に関し重要な役割を担っているにもかかわらず著しく減少しつつある状況にかんがみ、公衆浴場についての特別措置を講ずるよう努めることにより、住民のその利用の機会の確保を図り、もつて公衆衛生の向上及び増進並びに住民の福祉の向上に寄与することを目的とする。」と規定している。ここから目的規定について、なんらかのヒントを導き出せるであろうか。「公衆浴場の重要な役割」、「公衆浴場についての特別の措置」という規定を、ストレートに「既存公衆浴場経営者の経営の安定」とは読みにくい。

このようにみてくると、利用者である国民の国民保健、環境衛生、福祉の向上という目的は確認できるが、いっぽうの「公衆浴場経営の安定」という目的について、「既存」という修飾語が当然につくかは判然としな³⁰⁾い。

次に、2つの最高裁判決とも、目的達成手段である距離制限の手法の妥当性そのものは分析していない。この点は、公衆浴場の確保のための特別措置に関する法律からも当然に導き出されるものではない。したがって、現在でも、憲法論とすれば、距離制限という手法が違憲ではないかという

論点は実は決着はついていない³¹⁾。

したがって、現時点で距離制限の妥当性を検証するならば、あらためて、薬事法の違憲判断の論理が公衆浴場法の距離制限規定にあてはまるのか、最高裁の判断のもとになっている「時代の変化」はどのように反映されるか、さらに、公衆浴場の確保のための特別措置に関する法律の存在をどう考慮するかを検討し、仮に距離制限という手法が違憲ならばどのような手段が考えられるかも検討しなければならないだろう。

公衆浴場が減少している状況でいまさら新規業者の参入が問題となる可能性は少ないと思われるが、89年判決の事例のように、都市部の特定の地域では、固定資産税の減免、水道料金の軽減という公衆浴場経営者が享受しているメリットをねらって、公衆浴場業への新規参入がある可能性がある。あるいは他の類似の業者が公衆浴場に衣替えする可能性があるだろう。ここでは既存施設との最短距離が保たれない場合は、距離制限が違憲だと主張する業者もでてくるであろうし、距離制限規定自体は問題にならず、いわゆる「弾力の運用」によって知事が新規業者に許可を与えることも考えられなくはない。その場合、結果として既存業者が廃業においこまれる可能性もある。このような事案では、利用者にとっては、新規業者の参入によって施設、サービス面が向上して競争原理がはたらくことがよい効果をもたらすこともありうる。そうすると、利用者、既存業者、新規業者の利害関係が複雑になり、利害の対立が表面的には新規業者と利用者対既存業者となる。このような事例に従来の議論が解決方法を見いだせるかなお検討の余地があるう。

2 公衆浴場をどうするのか

公衆浴場の現状の箇所でもみたが、利用者の減少、施設の老朽化、燃料費の高騰、後継者不足、類似業種との競合などの理由により急速に公衆浴場が減少している。

公衆浴場の確保のための特別措置に関する法律は「住民のその利用の機

会の確保を図り、もつて公衆衛生の向上及び増進並びに住民の福祉の向上に寄与することを目的」としているが、主に地方公共団体によって現在行われている固定資産税の減免、水道料金の軽減、補助金の給付、利子補給制度、個別の支援事業などの行政施策も、地方財政悪化の影響で限界に達している。また、減少原因の一つである後継者不足に対しては、行政は対応できるものではない。

公衆浴場経営者の実態をみても、規模が小さく、個人営業の形態をとっているため、他の業種のように、月極料金、年間割引、カード制、ポイント制などの工夫ができていく状況にある。そのため、スーパー銭湯などの対抗やスポーツ施設との競合でさらに経営環境が悪化する原因にもなっている。

公衆浴場をめぐる法体系としては、公衆浴場の確保のための特別措置に関する法律があるが、まさに基本法として国と自治体の特別措置を抽象的に規定しているだけである。自治体レベルでは、都道府県、市町村それぞれの行政施策をおこなっているが、何度も強調するように、公衆浴場問題は必ずしも全国的な問題、全県的な問題ではない。今後、財政的な事情により施策の優先順位が問われたときに、かなり厳しい事情に直面するかもしれない。

元々自家風呂がなかった時代、当然のように徒歩圏内に公衆浴場があり、日常生活になくはならない存在であったころから時代は明らかに変化している。それでも様々な理由から自家風呂がない世帯が存在する。しかし、いわゆる自己責任の論理からすると、それらの世帯は転居するか自家風呂を設置することも視野に入れるべきである、ということになる。

行政施策として、同じ税金を投入しようとするならば、公衆浴場経営に何らかの補助金を支出するのではなく、密集地の木造賃貸住宅の改良事業にあてたほうがいいという判断もありうる。もちろん、行政施策は二者択一的に進むのではないので極論ではあるが、今後、公衆浴場を確保して国民の福祉増進をはかることは非常に困難な状況にあるといわなければならない。

むすびにかえて

89年の公衆浴場法をめぐる最高裁判決が出てから既に20年が経過している。この間公衆浴場は減少し、入浴料金もかなりの金額になっている。いわゆる規制改革・規制緩和が進められてきた今日、距離制限をとまなう許可制と物価統制令に基づく料金規制という強力な規制が残っているのが公衆浴場である。

理論的には距離制限という手法の合憲性はなお検討の余地がありうるし、公衆浴場確保という観点からは行政施策として今後どのような対応が可能かについて残された課題は多い。

- 1) 厚生労働省のホームページの統計情報のページでみることができる。本稿は、拙稿「公衆浴場をめぐる法的諸問題」(京都学園大学法学会編『転換期の法と文化』法律文化社、2008年)の内容と重複する部分がある。
- 2) 東京都のホームページによる。
- 3) 京都府公衆浴場業生活衛生同業組合提供資料による。
- 4) 京都府健康福祉部生活衛生課提供資料と京都府公衆浴場業生活衛生同業組合提供資料による。
- 5) この数は、京都府公衆浴場業生活衛生同業組合に加盟している公衆浴場の数で、京都府統計や厚生労働省統計とは必ずしも一致していない。
- 6) 全国公衆浴場業生活衛生同業組合連合会の公式 Web サイトと山梨県のホームページにある山梨県福祉保健部衛生薬務課「平成20年度山梨県公衆浴場入浴料金協議会資料」による。
- 7) 東京都公衆浴場業生活衛生同業組合のホームページによる。
- 8) 真田秀夫「衛生医薬法規」ジュリスト100号56頁。
- 9) 小嶋和司「職業選択の自由の制限」ジュリスト憲法判例百選(1963年6月)によると、「旧公衆浴場法(昭二三法一三九号)は、浴場営業許可を与えぬことができる場合として、『設置の場所が配置の適正を欠くと認めるとき』を規定していなかった。が、業者達は設置についての距離制限を要望し、条例または規則によって、これを創設しようとした。けれども法務府法制意見局は、そのような規定は公衆浴場法の許容せぬものとの見解をしめしたので(福岡県知事あて回答、昭二四・一一・一八・法制意見総覧一三一二頁)、業者の運動は法律の改正に向けられることとなった。」となっている。その後の経過は、成田頼明「公衆浴場法二条二項と職業選択の自由」ジュリスト続判例百選(1960年10月)122頁によると、「その後、配置の適正を欠く場合に許可を与えないようにしたいという要望

公衆浴場と法(木藤)

が業者からの間から強くなって、1950(昭和25)年に公衆浴場法の一部を改正する法律案が議員提案として提出され、可決・成立して(昭和25年法律187号)現行法の姿になった。しかし、この法案が議員提案になったことの裏には、次のような経緯があったといわれている。すなわち、当初は、この法案を厚生省当局で立案して内閣提出にする予定であったところ、当時の政府部内の法令審査部である法務府法制意見局(現在の内閣法制局の前身)では、適正配置を欠くという理由で許可を与えないことにするのは憲法二二条に違反するおそれがある、というので内閣提出にするのに難色を示したので、議員提案にされたのであるという(「公衆浴場の配置規制は憲法違反か」・時の法令一六二号二九頁参照)。

- 10) 公衆浴場入浴料金協議会の議事録、関係資料は兵庫県と山梨県のホームページが情報公開しており、特に、兵庫県では経営実態調査の詳細が公表されており非常に参考になる。
- 11) 最大判1955(昭和30)・1・26刑集9巻1号93頁～94頁。
- 12) 成田頼明「公衆浴場法二条二項と職業選択の自由」ジュリスト統判例百選(1960年10月)122頁。
- 13) 小嶋和司「職業選択の自由の制限」ジュリスト憲法判例百選(1963年6月)56頁。その他の判例評釈には、深瀬忠一「条例一般」行政判例百選 増補版(1965年)60頁。成田頼明「統判例百選 第二版」(1971年)14頁。覚道豊治「職業選択の自由の制限」憲法の判例第二版(1971年5月)80頁などがある。

また、「座談会 事業の免許制・許可制 いわゆる特許企業の理論をめぐる諸問題」ジュリスト293号6頁(1964年3月)では以下のような山内一夫発言がある。「最高裁の判決の合憲性を私なりに考えると、公衆浴場というのは、市民の生活に必須の事業ですが、その料金に物価統制令のかませがあるわけですね。そこに公衆浴場は、市民に法律上のオペレーションを負っているわけですが、そのため、過度競争があったのでは自力でもって衛生設備を完備できないという事情がある。そういうエレメントを加味すると、距離制限をし、競争を制限しても、合憲といってもいいんじゃないかという気はするのです。」24頁。
- 14) 最一小判1960(昭和35)・2・11刑集14巻2号119頁。
- 15) 山下健次「判例批評 公衆浴場法第二条および昭和二四年奈良県条例第二号公衆浴場法施行条例第一条の合憲性」民商法雑誌43巻1号150頁～151頁(1960年10月)。
- 16) 最二小判1962(昭和37)・1・19民集16巻1号57頁。
- 17) 同、72頁。
- 18) 同、59頁～60頁。
- 19) 原田尚彦「公権と反射的利益」行政判例百選 増補版 238頁(1965年10月)。
- 20) 吉川和宏「薬局距離制限事件」田中二郎他編『戦後政治裁判史録』(第一法規、1980年)67頁以下が詳しい。
- 21) 「座談会 営業制限立法の問題点」ジュリ592号36頁以下。宮嶋 剛厚生省薬務局長(当時)発言は以下のとおり。「もっと具体的に言いますと、先ほど触れなかったのですが、実は医薬品に対する国民の需要と申しますか、終戦後、物もなくて薬もなかった、特に二〇年代の後半にペニシリンとかパステルとか、いろいろないい薬が出ましたね。要するに薬に対する国民の関心が高まり、需要が高まったことは事実なんです。三〇年代も強かったで

すね。具体的には保健剤その他についての国民の需要がきわめて旺盛で、また売るほうもそれに対応して強気に出ておって、そういう状況の中で特に見られた現象は、スーパーなんかで、いわゆる現金問屋というのですが、要するに正式のルートから横にはみ出した物を買ってきて、品質の悪い物を売ったことは事実なんです。期限切れの物、あるいは製造番号などを墨で消した物とか、そういうものをおかまいなしにばら売りしたという事実が方々にあったのです。これは本当にこわいことなんです。そういうことがスーパーの進出とともに方々で見られたことも事実なんです。ですから一つの危機意識を政府側も持った、業界のつき上げだけでやったというわけではない、そういうことだと私は思っております。」40～41頁。

- 22) 最大判1975(昭和50)・4・30民集29巻4号572頁。
- 23) 最二小判1989(平成元)・1・20刑集43巻1号1頁。
- 24) 最三小判1989(平成元)・3・7判時1308号111頁。
- 25) 山下健次「職業選択の自由の制限」憲法判例百選(新版)60頁(1968年12月)。同、「営業の許可制と距離制限」憲法判例百選(第三版)88頁(1974年6月)。同、「公衆浴場の適性配置規制と職業の自由」憲法判例百選106頁(1980年4月)。同、「公衆浴場の適性配置規制と職業の自由」憲法判例百選150頁(第二版)(1988年1月)。同、「公衆浴場の適性配置規制」憲法判例百選[第三版]180頁(1994年9月)。同、「公衆浴場の適性配置規制」憲法判例百選[第四版]194頁(2000年9月)。
- 26) 山下健次「公衆浴場の適性配置規制と職業の自由」憲法判例百選(1980年4月)によると、「初期の批評は、憲法が自由主義経済・自由競争を基調とすることを強調しつつ、距離制限がこの目的を達するための必要最小限度をこえると断じてきたのである。消極的な警察規制目的を前提とすれば、距離制限という手段の合理性を論証することは難しい。」(106頁)。「公衆浴場における距離制限は、もともと消極的な警察規制、社会経済政策的な積極規制のいずれかに、二者択一的の属せしめるのが困難な領域である。だからこそ判決批評も、あるいは前者の視点に、あるいは後者のそれにゆれ動いてきたといえる。しかし、いずれにせよ判決の論理は、立法目的と規制手段およびその合理的関連、さらに、それらを支える事実の認定にあたってあいまいさ、というより誤った判断をしていたがゆえに批判を招いたのであった。」(107頁)という解説がある。
- 27) 奥平康弘「営業の自由の規制」続判例展望17頁(1973年6月)では、「……既存業者との関係では、その経営的利益を国家的に保護しなければならないという理由がないことはない。よく指摘される諸点ではあるが、日常生活に不可欠の施設でありながら、(1)業としての経営は、斜陽化している、(2)料金が押さえられている、(3)経営に弾力性がない(サービスの性質上、また顧客の地域的限定上)、(4)それにもかかわらず設備投資・維持費が少なくない……などである。こうゆう観点からみて、大法廷判決とは別個にその合憲性を根拠づける可能性はある(もともと、これにたいし、浴場の公共化をもって対処すべしという意見もありうる)。」(22頁。)という説明がある。
- 28) 薬事法判決については、以下の解説がある。芦部信喜「薬局距離制限の違憲判決と憲法訴訟」ジュリ592号21頁(1975年7月)。根岸 哲「市場参入に対する競争制限的行政介入」ジュリ592号22頁。「座談会 営業制限立法の問題点」ジュリ592号36頁以下。今村成

和「営業許可制と距離制限」雄川編『田中二郎古稀記念公法の理論(上)』(有斐閣, 1976年) 446頁。覚道豊治「職業選択の自由の制限」憲法の判例第三版84頁(1977年10月)。山下健次「職業の自由の制限」憲法の基本判例109頁(1985年12月)。最近のものとしては、野坂泰司「薬局等の適正配置規制と職業の自由」法学教室312号54頁(2006年9月)、石川健治「薬局開設の距離制限」憲法判例百選[第5版]206頁(2007年2月)、柳瀬昇「薬局距離制限事件」川崎政司・小山剛編『判例から学ぶ憲法・行政法』法学書院82頁(2007年4月)などがある。

- 29) 原田國男「公衆浴場法2条2項, 大阪府公衆浴場法施行条例2条の各規定と憲法22条1項」ジュリスト934号98頁(1989年6月)。「このような判断の背景には、公衆浴場をめぐる情勢の大きな変化がある。すなわち、前記大法廷判決当時の昭和三〇年代には、公衆浴場は増加する傾向にあり、競争の激化による経営の不安定化という懸念もあったが、昭和四〇年代からは、自家風呂の普及に伴い、公衆浴場は減少に転じ、現在に至っても、その傾向に歯止めがかかっていない。他方、公衆浴場を必要とする住民(今日では、外国人労働者も多いという)にとっては、公衆浴場はまさに日常生活に不可欠な公共施設である(この点は、前記大法廷判決も適切に指摘しているところである)。立法当時のような過当競争の弊害を心配する必要はなく、むしろ、公衆浴場を確保するために、積極的に既存業者を保護、助成する必要が一層強くなっている。国においても昭和五六年には、『公衆浴場の確保のための特別措置に関する法律』(法律第六八号)が制定され、他方、東京都等では、確保浴場制度がとられ、公衆浴場の助成がはかられている。このような現状のもとでは、距離制限も経営安定のための方策として必要かつ合理的であるといえよう。」という解説から理解できる。
- 30) 第2小法廷判決については、以下のものがある。戸波江二「公衆浴場の距離制限と職業選択の自由」法学教室106号74頁(1989年7月)。常本照樹・判例セレクト89法学教室113号別冊付録13頁。小林武「公衆浴場配置の距離制限の合憲性」法学セミナー416号95頁。原田國男「公衆浴場法2条2項, 大阪府公衆浴場法施行条例2条の各規定と憲法22条1項」ジュリスト934号98頁(1989年6月)。第3小法廷判決については、藤原淳一郎・法学セミナー418号122頁、田中館照橋「自家風呂が普及している状況における公衆浴場の距離制限」法令解説資料総覧91号82頁があり、木下智史「公衆浴場の距離制限の合憲性」平成元年重要判例解説(ジュリ957号)は、「今回の第三小法廷判決はその理由付けにおいて小嶋教授の合憲説の影響を強く受けている」(32頁)との指摘がある。
- 31) 戸波江二「公衆浴場の距離制限と職業選択の自由」法学教室106号74頁(1989年7月)では、「まず、公衆浴場業者の経営の安定のために、距離制限は一応役にたっているといえよう。しかし、他方で、距離制限は『職業選択の自由』そのものを制限しており、規制手段として行き過ぎではないか、あるいは、他に補助金の交付等の手段があり、むしろそれこそが必要ではないか、という問題がある。また、近年公衆浴場の転廃業が続いており、保護の必要性が高いことが事実であるが、しかし、公衆浴場が新設されない現状において、距離制限は、実際には、業者の『健全な経営』に資するものとはなっていないことも留意されよう。また、距離制限は『国民の保健福祉を維持』すると解することも問題となる。ごく単純に考えれば、住民にとっては近隣に公衆浴場が開設されることこそが望ましいか

らである。住民の保健福祉のために、住民の近隣に公衆浴場を開設することを禁止する、という論理は、矛盾する要素を含んだ屈折したものである。」と批判され、小林武「公衆浴場配置の距離制限の合憲性」法学セミナー416号95頁でも、「そしてなよりの問題は、距離制限によって右住民の需要に応えることができるかという、規制手段の適切性にある。むしろ、法は公衆浴場が下宿学生や外国人労働者などの居住地域に重点的に配置されるよう配慮すべきであるところ、距離制限は、それに適合した制度であるとはいえず、やはり、既存業者の狭い利益保護の性格の強いものであって、合理性をもちいえないと思われる。」という指摘もある。