

結社と職業の境界条件

倉 田 玲*

目 次

- 1 はじめに
- 2 結社の自由の保護領域
- 3 職業の自由の保護領域
- 4 おわりに

1 はじめに

首相官邸のウェブサイトに、すべての国務大臣を構成員にして内閣総理大臣が主宰する「犯罪対策閣僚会議の開催について」が掲載されている。2003年9月2日の閣議口頭了解が2017年3月24日までに都合5回の一部改正を施されている文書として公表されており、当初より冒頭に「「世界一安全な国、日本」の復活を目指し、関係推進本部及び関係行政機関の緊密な連携を確保するとともに、有効適切な対策を総合的かつ積極的に推進するため、……隨時開催する」と明記されている¹⁾。

もちろん実際に「隨時開催」されてきており²⁾、2013年12月10日の第21回の会合においては「「世界一安全な日本」創造戦略」が³⁾、2022年12月20日の第35回の会合においては「「世界一安全な日本」創造戦略2022」が⁴⁾、それぞれ策定されている。どちらも同日の閣議決定として公表されているが、前者の全部を変更しているのが後者である。

全部変更前の「創造戦略」を閲覧して「Ⅲ戦略の内容」という大項目の

* くらた・あきら 立命館大学大学院法務研究科教授

「4 社会を脅かす組織犯罪への対処」という中項目を探ると、最初に「(1)暴力団対策等の推進・強化」という小項目があり、その細目として並べられている「④ 各種業・公共事業等からの暴力団排除の徹底」と「⑤ 民間取引等からの暴力団排除の推進」に各1段落の記載がある(30頁)。次に抜粋しておくとおり、それぞれの小見出しにも明記されている「徹底」と「推進」の使い分けは、官民の分別を反映しているようである。

④ 各種業・公共事業等からの暴力団排除の徹底

暴力団が介入し、資金獲得を図っている業の許認可要件に暴力団排除条項を導入するほか、東日本大震災からの復旧・復興事業、2020年オリンピック・パラリンピック東京大会開催に向けた施設整備事業等を含めた、国及び地方公共団体のあらゆる公共事業等の入札・契約から、暴力団の排除を徹底する。また、さらなる暴力団排除のための制度の導入を促進するとともに、不動産競売・公売への暴力団の参加防止等の方策について検討する。

⑤ 民間取引等からの暴力団排除の推進

暴力追放運動推進センター、弁護士会等と緊密に連携し、「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」(平成19年6月19日犯罪対策閣僚会議幹事会申合せ)を踏まえた、事業者等による契約書や取引約款における暴力団排除条項の導入及び活用等の取組を促進するとともに、暴力団排除に取り組む事業者等に積極的かつ適正な暴力団情報の提供を行うなど、暴力団の組織又は活動に真に打撃を与える暴力団排除施策を推進する。特に、金融・クレジット業界において、業界内で暴力団情報を共有できるよう必要な取組を行う。

これら2段落の記載は、全部変更の成案である「創造戦略2022」において1段落に圧縮されている(39頁)。「II 戦略の内容」という大項目の「4 組織的・常習的に行われる悪質な犯罪への対処」という中項目の最初に「(1)対立抗争への対応をはじめとする暴力団対策等の推進」という小項目があり、その細目の1つとして挙げられている「⑤ 暴力団排除の推進」の1

段落である。

なお、犯罪対策会議の第35回の議事録には、火曜日午前中の定例閣議の開始時刻を繰り下げる開かれていたかとも思しき10：02～10：14の会合の第1議題として「創造戦略2022」の策定が挙げられており、司会の内閣官房長官により指名された内閣官房副長官補が趣旨を説明して、同じく指名された国家公安委員長と法務大臣とデジタル大臣が順に発言したことと記録されている。この種の会合らしく所要時間10分未満の行事であったことかと推察されるが、いずれの説明や発言にも、また、この議題が原案のとおり決定され、続いて第2議題も決定された後に入室した報道関係者が退室するまでの間のことと記録されている内閣総理大臣の指示の内容にも、次に抜粋しておく1段落の記載事項に直接言及しているところがない⁵⁾。

⑤ 暴力団排除の推進

各種業から暴力団を排除するため、法令等における暴力団排除条項の導入を引き続き進めるほか、国及び地方公共団体のあらゆる公共事業等の入札・契約からの暴力団排除を徹底する。また、暴力団の資金獲得活動が巧妙化・不透明化していることから、企業が、取引先が暴力団関係企業等であると気付かずに経済取引を行ってしまうことを防ぐため、犯罪対策閣僚会議の下に設置された「暴力団取締り等総合対策ワーキングチーム」における申合せ等を踏まえ、暴力団排除に取り組む事業者等に積極的かつ適正な暴力団情報の提供を行うなど、関係機関・団体が連携を強化し、民間取引等からの暴力団排除を推進する。

句読点や鉤括弧を算入しても300字未満の1段落の文章に、見出しにもある「排除」の2文字が5回も繰り返し使用されている。官民の分別を紛失しているわけではなく、全部変更前の「徹底」と「推進」の書き分けも維持されているが、それでも「暴力団の組織又は活動に真に打撃を与える暴力団排除施策を推進する」ために「法令等における暴力団排除条項の導入を引き続き進める」のは、もとより公法の領分に限定されていないから、も

もちろん私的自治の空間にも続々と食い込むことになる。

巷間の深刻な恐怖感や不安感に正対しようとする真摯な正義感や使命感の集大成には、各種の「法令等における暴力団排除条項の導入」という漸進的な手法よりも、むしろ1つの包括的な「排除」立法の方が好ましく感じる向きもある。しかしながら、1991年5月15日に公布され、翌年3月1日から施行されている暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律が、いまでも制定当初からの題名のとおり不当な行為の防止等に徹しており、暴力団対策法などと略称されてはいても、組織の存在を否定して社会から文字どおり「排除」するような対策を採用していない立法措置であるのにも相応の理由があろう。ならば、それが漸進的な手法に対しても立ち塞がる障壁になりはしないか。

周知のとおり、1948年1月1日施行のイタリア共和国憲法であれば、第18条第1項に、「市民は、個人に対して刑法により禁止されていない目的であれば (per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale)、自由に、許可を受けることなく、結社する権利を有する」と定められている。第41条第1項の「私人としての自発的な経済活動 (iniziativa economica privata)」についても、続く第2項に、「社会の公益に反して、または安全、自由もしくは人間の尊厳を害する方法により (in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana) 営んではならない」と定められている。

また、1949年5月24日施行のドイツ連邦共和国基本法も、第9条第2項に、「刑法に違反し、または憲法秩序もしくは諸国民の協調の思想に反抗する目的を有し、または活動をする結社 (Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten) は、禁止される」と定められている。同じく敗戦後の制定ながら少しばかり古く改定の履歴もない日本国憲法には、伊独の憲法典のように「目的」などにより保護領域を区切る明文がない。

それでも第21条第1項の「結社」には「暴力団」が含まれず、第22条第1項の「職業」には「暴力団員」が含まれないという趣旨の見識もある。しかしながら、それらが奈辺に「結社」や「職業」の境界を見出しているのかは、必ずしも明らかでないように見受けられる。これら2つの条項に定められている「自由」の制約の要否や可否を論じて何か禁忌のようなものを穿つのではなく、ひたすら境界条件への接近を試みる。

2 結社の自由の保護領域

暴力団対策法の規定に基づく各種の禁止について、「団体の活動を規制するものであるが、特に憲法問題は生じないだろう。結社の自由の制限として合憲だというより、犯罪目的の結社は、結社の自由の保護範囲に属さないというべきかもしれない」と指摘している研究がある⁶⁾。そこには「制限」されるような「自由」などない「かもしれない」という推察が「犯罪目的の結社」の場合を挙げているのは、もちろん「犯罪」のなかでも罪責の本質において前国家的な自然犯を想定している。

そもそも「特定の目的の結社を最初から保護範囲から排除すべきではない」という簡潔明瞭な提言もあるが⁷⁾、この発想が通用しない番外地があり、存在理由が「犯罪目的」に尽きるという認定に無理のない場合があるのだとしても、第21条第1項の規定に基づいて保障される「結社の自由の保護範囲」が、まさか「犯罪」の法定により随意に確定されてよいというのでは、どうにも本末転倒である。大日本帝国憲法第29条が「日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ言論著作印行集会及結社ノ自由ヲ有ス」という文言により「結社ノ自由」の「範囲」を限定する「法律」の制定を予定していたのとは、この点も明らかに大きく違うことだろう。「犯罪」の種類を増やすことにより「結社」の種類を減らすことができるという反比例の操作は、さすがに承認されがたい。

とはいって、治安立法の部類に属する特別刑法に定められた典型例を

思い浮かべてみると、「憲法秩序の基礎を暴力により破壊することを目的とする結社」の場合は「保障の対象とならないと抽象的には言える、と説かれることもある」ものの、「過度に広汎で不明確な原則をもち出して結社の自由を規制する試みは、規制の対象、理由、方法、時期などのいかんにもよるが、一般的には、かえって憲法を支える立憲民主主義の崩壊につながるおそれが大きい」という指摘がある。「冷戦下のアメリカで、暴力による政府の転覆または破壊を唱道する結社を組織したり、その目的を知りながら会員になったりすることを禁止する旨の法律の合憲性が激しく争われたことが想起される」と繰り返してから、「わが国の現行法で最も問題になるのは、破壊活動防止法である」が、「機関紙活動や集会の自由の制限に加えて、結社の存在そのものを否定することまで認めることには、異論が有力である」とも指摘されている⁸⁾。

また、「結社の自由は団体の存立の自由を含むから、団体の存立を否定する団体解散制度について、学説では違憲説が有力に主張されている」と案内している教科書もある。直後の補註には、破壊活動防止法と無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律が挙げられており、その次の補註に、「団体に対する規制としては、ほかにも、暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律（暴力団規制法）がある。その団体の意思に反して暴力団であると指定されると、暴力的要要求行為の禁止など、さまざまな規制がなされるが、解散制度は定められていない。暴力団の指定が厳格になされる限り同法は合憲であると解されてきたが、しかし、各地方公共団体でいわゆる暴力団排除条例が制定され、事業者に対して暴力団への利益供与を禁じている。この条例は、資金源を断つことで、暴力団の存立を否定（排除）しようとするものであるから、結社の自由との関係で問題が生じることは避けられない」という踏み込んだ祖述がある⁹⁾。

同書の「保護領域」が解説されている箇所には、「あらゆる団体が結社の自由の保護を受けるわけではない。犯罪を目的とする結社や憲法秩序の基礎を暴力で破壊することを目的とする結社は憲法上の「結社」ではないと

解すべきであろう。ただし、いかなる結社がこれに該当するかの判断は、慎重でなければならない」と記述されている¹⁰⁾。前の段落に引用している補註の指摘と接合すると、現行法上の「暴力団」が必ずしも「犯罪を目的とする結社」であるとは限らないという論旨を読むことができる。

実質的な「否定（排除）」にまで論及されているが、そもそも保障されない「結社の自由」であれば、あえて制約されるまでもなく、現行法による「結社の自由」の制約は、その対象として措定されている「結社の自由」の認知を前提にしていよう。暴力団対策法の場合は、題名のとおり暴力団員による不当な行為の防止等に徹することにより、「結社の存在そのものを否定することまで認めること」を避けていよう。

同法第3条の規定に基づいて、都道府県公安委員会が、「当該暴力団を、その暴力団員が集団的に又は常習的に暴力的不法行為等を行うことを助長するおそれが大きい暴力団として指定する」のには、第1号の「名目上の目的のいかんを問わず、当該暴力団の暴力団員が当該暴力団の威力を利用して生計の維持、財産の形成又は事業の遂行のための資金を得ることができるようするため、当該暴力団の威力をその暴力団員に利用させ、又は当該暴力団の威力をその暴力団員が利用することを容認することを実質上の目的とするものと認められること」という要件も充足される必要がある。この「実質上の目的」は、同時に該当する必要のある次号の規定には頻用されている「暴力的不法行為等」を構成要素としておらず、存在を否定するのではなく指定して規制の対象とする仕組み自体も「犯罪を目的とする結社」の認定を必須としていない。

同法よりも新しく1999年12月7日に公布され、同月27日から施行されている無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律の場合は、第1条に明記されているとおり、すでに「無差別大量殺人行為を行った団体につき、その活動状況を明らかにし又は当該行為の再発を防止するために必要な規制措置を定め、もって国民の生活の平穏を含む公共の安全の確保に寄与することを目的とする」。とりわけ「無差別大量殺人行為」の「再発を

防止するために必要な規制措置」が不可欠であることは、誰しも疑いようのないところだが、あくまでも過去に「行った」という事実がなければ「再発を防止するために必要な規制措置」も発動されようがなく、純粹な予防のために「犯罪を目的とする結社」を取り締まるような現行法ではない。

なお、同法の場合は、第2条に、「この法律は、国民の基本的人権に重大な関係を有するものであるから、公共の安全の確保のために必要な最小限度においてのみ適用すべきであって、いやしくもこれを拡張して解釈するようなことがあってはならない」と定められており、第3条第1項に、「この法律による規制及び規制のための調査は、第一条に規定する目的を達成するために必要な最小限度においてのみ行うべきであって、いやしくも権限を逸脱して、思想、信教、集会、結社、表現及び学問の自由並びに勤労者の団結し、及び団体行動をする権利その他日本国憲法の保障する国民の自由と権利を、不当に制限するようなことがあってはならない」と定められている。これらに相当する規定が暴力団対策法には盛り込まれていないが、よもや定められていなければ戒められようもないということではなかろう。

同法の合憲性をめぐる初期の裁判例として、京都地判1995(平成7)年9月29日(訟月42巻8号1930頁)がある。「原告は、暴対法は、特定の団体(暴力団)を壊滅させることを目的として制定されたものであるから、暴対法及びその関係法令全体が憲法二条一項、一四条に違反すると主張する」(1979頁)のに対して、「目的」の誤認を指摘している合憲判決である。

立法事実を検証しながら、第1条に、「この法律は、暴力団員の行う暴力的 requirement 行為等について必要な規制を行い、及び暴力団の対立抗争等による市民生活に対する危険を防止するために必要な措置を講ずるとともに、暴力団員の活動による被害の予防等に資するための民間の公益的団体の活動を促進する措置等を講ずることにより、市民生活の安全と平穏の確保を図り、もって国民の自由と権利を保護することを目的とする」と定められているのを丸ごと引用しているのに続き、このような「目的を達成するため、

暴力団自体ではなく、暴力団員の行う民事介入暴力行為について行政的規制を行い、対立抗争時には暴力団事務所の使用制限や事務所周辺における迷惑行為を規制することとしており、これら立法目的、規制措置の内容等に照らすと、暴対法は、暴力団の壊滅を目的として制定されたものとは認められず、原告の右主張は、その前提を欠き、失当というべきである」（同頁）と判定している。原告が主張するとおりの立法目的であるとしても必須だから合憲とは裁いていないあたり、ことさら慎重に、「暴力団の存立を否定（排除）しようとするものであるから、結社の自由との関係で問題が生じることは避けられない」ということにはならないよう捌いているのだろう。

この判決の末尾にも別紙一として掲げられているが、同法の立法過程においては、ともに全会一致の法案可決を記録している両議院の附帯決議も可決されている。ともに地方行政委員会という当時の常任委員会の附帯決議が承認されている恰好であり、ともに「政府は、本法施行に当たり、次の諸点に留意し、その実効に遺憾なきを期すべきである」という様式である。各9点の列挙を対照してみると、文面に若干の相違のある項目も並んでいるが、筆頭の項目などは、完全に同文である。

どちらの附帯決議も、まずは「暴力団の不法、不当な行為による国民の権利、自由への侵害はいまや放置することができない実情にあることから、関係機関の協力を緊密にし、暴力団の壊滅のための総合的かつ有効な対策を確立することに努めるとともに、本法の的確な運用を含めて暴力団の不当行為及び犯罪の摘発、取締りを強化し、その解体と団員の更生を推進すること」を挙げている¹¹⁾。たしかに同法そのものが「暴力団の壊滅のための総合的かつ有効な対策」ではないことを自認しているようでもあり、附帯決議にしか「解体」が謳われていないことは、少なくとも京都地判に立法目的の誤認がないことを裏付けていよう。

同法には平均して2年に1回ほどの頻度の改正が施されてきており、それらのうち暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律の一部を改正

する法律という題名の立法だけでも、1993年5月12日公布の第1次、1997年6月6日公布の第2次、2004年4月28日公布の第3次、2008年5月2日公布の第4次、2012年8月1日公布の第5次がある。これらのうち第2次と第5次の改正に際しても、衆議院と参議院の双方において附帯決議が可決されている。

第2次改正に際しては、各議院の地方行政委員会による各5項目の附帯決議が、それぞれの本会議でも可決されている。衆議院決議の第2項目は、「最近における暴力団をめぐる諸情勢にかんがみ、偽装暴力団化等の防止策を一層強化するとともに、暴力団の解散・壊滅のための総合的かつ有効な対策を推進すること」を¹²⁾、参議院決議の第3項目は、「組織実態を意識的に隠蔽する等による暴力団勢力の不透明化が進んでいる状況にかんがみ、偽装暴力団化等の防止策を一層強化するとともに、不退転の決意をもって、暴力団の解散・壊滅のための総合的かつ有効な対策を推進すること」を¹³⁾、それぞれ政府に対して要請している。

これらや制定時の附帯決議とは異なり、第5次改正に際しての各議院の内閣委員会と本会議の附帯決議には「暴力団の解散・壊滅のための総合的かつ有効な対策を推進すること」の要望が盛り込まれていない。先議の参議院では内閣委員会の全5項目の附帯決議が本会議でも可決されているが¹⁴⁾、これに相当するような項目は含まれていない。衆議院の内閣委員会では全8項目の附帯決議の最後に、「国及び地方公共団体の責務を果たすため、各府省の連携を一層強化するほか、暴力団排除条項の整備をはじめとした地方公共団体の取組に対する支援を行うこと」が挙げられており¹⁵⁾、通例のとおり本会議でも可決されているが、これも「暴力団の解散・壊滅のための総合的かつ有効な対策を推進すること」と同義ではなかろう。

あるいは不承不承なのかもしれないが、それでも全否定には及ばず、立法の原意を示唆する附帯決議の文言も直截ではない方向に遷移している。ここでも「結社の自由」が認知されており、一般に抜けようとすれば抜けられるのも「結社の自由」であるだけに、すべての構成員に対して一斉に

抜けるのも同然になることを強いるのは、本来的に普遍性のある人権の制約ではなく否認に該当してしまうという単純な理屈が悟られているのではないかと察せられる。

度重なる改正による制約の漸進は、普遍性を区切る境界の設定とは異なり、そこに制約の対象があることを前提にしていよう。たとえば最1小判2023（令和5）年1月23日（裁判所ウェブサイト、裁時1808号20頁）が、「暴力団対策法11条2項、46条1号は、結社の自由それ自体を規制するものではない」と判定しているのも¹⁶⁾、制約の対象を限定しているのではなく、むしろ制約それ自体を狭く捉えているように見える。

3 職業の自由の保護領域

初公判の冒頭手続においては、刑事訴訟規則第196条の規定に基づく人定質問により「人違いでないことを確認するに足りる事項」として、氏名のほかに生業なども確認されるが、被告人が仮に「暴力団員」とでも答えようものなら聴き咎められ、ましな再回答が要求されることがあるかもしれない。しかしながら、憲法第22条第1項の規定に基づいて「何人」にも保障されている「職業選択の自由」が貴賤の世評や司法の体面などとは無関係に享有可能であり、そこに「職業選択の自由」があると認識されていればこそ、その行使が他を害するに及ぶような逸脱時には必然的に「公共の福祉」に基づく内在的制約に服するという簡明な論理を踏襲する種類の有罪判決もあるのではなかろうか。

もちろん、「殺人請負業、麻薬・覚醒剤の密売業等のように、公共の福祉に明らかに反する「職業」は憲法の保障の対象ではなく、したがってこれらの反社会的職業の禁止は、あえて職業選択の自由の制限と捉える必要はない」という解説の仕方もある¹⁷⁾。「なお、明示的には保護範囲の問題として議論されないものの、常習的な強盗行為や窃盗行為が罪に問われても職業選択の自由の制約に当たるか否かが通常、問題とされないのは、これら

の行為を遂行する利益が22条の保護範囲に含まれないからである」という註釈の仕方もある¹⁸⁾。

どちらの指摘にも健全な良識や巷間の常識が反映されていようが、仮に「犯罪」の所業を「職業」とは呼ばないという単純な約束事が当然に成り立つのだとすると、たとえば刑法第230条第1項の規定に基づいて処罰される「犯罪」としての名誉毀損とて憲法第21条第1項の「表現」ではあると捉えることも難しくなりはしないだろうか。人権の名にも値する個人の貴重な法益を侵害するのが普通の名誉毀損も前国家的な自然犯であり、その常習犯もないわけではない。逞しい商魂が萎縮効果にも耐性を發揮するという趣旨の見立てもあるが、もっぱら重大な「犯罪」に手を染めることばかりを悍ましく反復継続して営む明白に危険な所業に限定して憲法上の規範的な「職業」の定義には該当しないという趣旨の説明の仕方が普及するのには、それなりの理由があり、それゆえ例示により「犯罪」の仕分けの必要性と可能性を示唆するところにも相応の賢慮がある。

刑法第175条第1項の「わいせつな文書」も「表現」であることを全否定されず、あん摩マツサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律第7条第1項や柔道整復師法第24条第1項や医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律第66条第1項などに散見される「広告」禁止規定も「表現の自由」の制約であると把握されるのは、他人や社会に対して、わかりやすく危ないばかりとも限らないと考えられるからでもあるとすると、およそ言語などによる限りは、とでも割り切り、たとえば犯行声明や犯行予告も犯行それ自体から独立した単体の「表現」として捉え直してみる、ということにはなりそうにない。「職業」についても同じように境界条件を模索して、その内側においては制約の必要性と可能性を深慮するのが賢明だろう¹⁹⁾。

最大判1975（昭和50）年4月30日（民集29巻4号572頁、575頁）が「職業」を定義して、「人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社

会的機能分担の活動たる性質を有し、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連を有するものである」と判示しているのは、国家権力による「個性」や「人格的価値」の公認を要件として提示しているように読み直してみることもできる。もっとも、ことさら悍ましく反「社会的機能分担の活動たる性質」が露出するような逸脱例を除き、これらの要件を格別の難関として設定しているような判旨ではなかろう。

この違憲判決が、「本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法22条1項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる」（同頁）と推察しているのは、さすがに反「社会的相互関連性が大きいもの」だけは格別の例外として、二重の基準の緩やかな側を選ぶので足りるという発想を反映していよう。他人や社会に対して、わかりやすく危ないばかりとも限らず、そこに「個性」や「人格的価値」を認めようもないというのではない限り、合憲性の推定を働くかせて立法裁量の所産を尊ぶ裁き方に期待されたいという趣旨の導きを読むこともできそうである。

後法により実質的に上書きされて破却される前法のようには見受けられない裁判例の1つとして、最2小判1961（昭和36）年7月14日（刑集15巻7号1097頁、1098頁）があり、「職業の選択の自由は無制限に認められるものではなく、公共の福祉の要請がある限りその自由は制限される……。そして、売春を助長する行為を刑罰をもつて禁止することは、結局人の尊厳を保ち、性道德を維持し、社会を健全ならしめるために必要なことであつて、公共の福祉に適うことは、言を俟たないところである」と断じている。これを典型例として、たとえば「著しく反社会性を帯びる職業は、禁止される」と要約され²⁰⁾、あるいは「反社会性を理由に、一切許されないものがある」

と説明されることもある²¹⁾。

もちろん罪を憎んで人を憎まずというのとは趣が異なるが、この合憲判決により「公共の福祉」に適合すると判定されているのは、あくまでも「売春を助長する行為を刑罰をもつて禁止すること」である。こればかりを懲りずに繰り返す「職業」が否認されているわけではなく、それが認知されているからこそその立法による制約が司法により追認されている。そこにも「自由」がなければ、行使を制約されることにならないという道理は、ここにも確認することができよう。困難な問題を抱える女性への支援に関する法律が2022年5月25日に公布されたときにも改正されている売春防止法の第2章「刑事処分」の諸規定に違反する種類の「犯罪」は²²⁾、それらを専業にするのでも、特定の「職業」を丸ごと嫌うような言葉づかいをしていない最高裁判例の論法において憲法上の規範的な「職業」の定義から除外されているわけではないように見受けられる。

なお、「何らかの意味で性欲を満足することに貢献する産業、というくらいの意味」の「性産業を経営したりそれに従事したりする自由も、憲法の保護を受ける」と説き、「そう考える最大の理由」として「政府の介入を正当化するほどの外部不経済があるとは思われないこと」を挙げる研究もある。「悉皆的に規制しようとするとそのコストが非常に大きくなることも、副次的ながら政府の介入を正当化しない理由の一つとして挙げられる」と述べている部分では、「仮に自由放任しても、性産業が巷に満ち満ちる、などという事態は生じない」と補足しており、「性欲の総量には所詮上限があり、市場は簡単に飽和してしまうから」と説明している。「要約すれば、性産業を性産業であるという理由で、換言すれば、性産業それ自体の中に受け入れ難い《悪》が存在している、という理由で禁止し、制限し、あるいは差別的取扱いをすることは違憲である」という主張である²³⁾。

同じ研究者が、「暴対法・暴排条例は、フロント企業あるいはその従業者等を暴力団員あるいはその密接関係者であるという属性によって差別する点で、憲法14条1項に違反するという考え方があり得る」という論点につ

いては、暴力団対策法第2条第2号の規定を引用して、「この定義においてすでに、暴力団は、いったん緩急あれば実力闘争方針を探り、対立団体からの攻勢にも積極的に対抗することが見込まれる。そして、フロント企業がそうした暴力団の外郭組織である以上、暴力団員あるいはその密接関係者であるという属性によって差別することに違憲性はないのである」と主張している²⁴⁾。

憲法第14条第1項は、これ自体として「保護範囲が論理的に問題とならない条項」である²⁵⁾。「これは便利で使い易いものだから、理論的検討をバイパスしレトリック上の効用だけに着目して……頼ってしまう傾向が、法実践のレベルには見られる」と指摘され、「法実践目的からすれば、抵触可能性ある憲法条文をできるだけたくさん挙げるに越したことはない。多々ますます弁ず、というわけである。けれども、理論的に言ってどうだろうか」と懸念されてきた条項でもある²⁶⁾。これを駆使したところで不合理な「差別」にも該当しないという論法は、とりわけ論理的に先行する憲法判断により「自由」の保障の枠外にあることを論証している場合に説得的であろうから、そこには「自由」がないのか、あるいはするけれども制約されてよいのか、という論点についても説明してあるのが手堅く丁寧だろう。

暴力団対策法第2条第6号の「暴力団員」は、きわめて簡潔に「暴力団の構成員をいう」と定義されているが、はたして憲法上の規範的な「職業」の定義に該当する余地などなかろうか。同条第2号にある本邦初の「暴力団」の定義は、「その団体の構成員（その団体の構成団体の構成員を含む。）が集団的に又は常習的に暴力的不法行為等を行うことを助長するおそれがある団体」である²⁷⁾。これに先立つ第1号に「暴力的不法行為等」の定義があるが、その「違法な行為」の実質は、同法の別表と国家公安委員会規則である同法施行規則の第1条に列挙されている各種の「犯罪」である。観念としては国家の都合により指定されるまでもない自然犯が多く並べられているようだが、それらばかりでもないようである。

風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律第4条第1項第3号

や警備業法第3条第4号や銃砲刀剣類所持等取締法第5条第1項第17号に共通して、「集団的に、又は常習的に暴力的不法行為その他の罪に当たる違法な行為で国家公安委員会規則で定めるものを行うおそれがあると認めるに足りる相当な理由がある者」が挙げられていると似ているが、これらの本人に係る条項とも共通の「集団的」や「常習的」という要件の充足は、属する誰もが多かれ少なかれ関わるということを必ずしも含意しないのではなかろうか。それでも懲りずに繰り返すような人たちに混ざるのなら相応に「自由」を制約されても仕方なかろうという論法は、ともあれ抜けたり辞めたりする「自由」の方が保障されているという論理により補強されてしまう。

もしや抜けたり辞めたりするのが憲法上の「結社」や「職業選択の自由」の行使であると把握されていようものなら、さすがに憲法第18条前段の「奴隸的拘束」からの解放などとは弁別されていそうなだけに、片面的にしか行使できないようでは「自由」の本義に背反するのではないかとも懷疑されよう。暴力団対策法第16条第1項に、「指定暴力団員は、少年（二十歳未満の者をいう。以下同じ。）に対し指定暴力団等に加入することを強要し、若しくは勧誘し、又は少年が指定暴力団等から脱退することを妨害してはならない」と定められているのは、もとより「指定暴力団員」の存在の法認を前提にしている。そもそも「暴力団員」の存在を否認してはいない現行法の規定であり、このあたりにも憲法上の「結社」や「職業選択の自由」の保障が敷衍されていようとは見受けられる。

4 おわりに

日本国憲法の人権規定に列挙されている「自由」は、列挙されていること自体を指し示している第12条前段の用例を除き、公定英訳において单複同形ではない可算名詞の单数形により表記されている。だからというわけでもないが、第21条第1項の「集会、結社及び言論、出版その他一切の表

現の自由」や第22条第1項の「居住、移転及び職業選択の自由」も、それぞれ1つの広義の「自由」として捉えることができる。とりわけ後者については、大日本帝国憲法第22条の「居住及移転ノ自由」が「法律ノ範囲内」から解放されたときに、それまで否認されることもあった暗意が明文により追補されているという読み方もある²⁸⁾。

最2小判2015（平成27）年3月27日（民集69巻2号419頁）により、西宮市営住宅条例第46条第1項第6号の「暴力団員であることが判明したとき（同居者が該当する場合も含む。）」に「市長は、……当該入居者に対し、当該市営住宅の明渡しを請求することができる」という規定が合憲と判定されている理由を読むと、そこでは「暴力団員」にも保障される「居住」と「職業選択の自由」の普通とは異なる使い方が教示されているようでもある。なお、お墨付きを与えられている規定は、2007年12月15日施行の改正により新設されており、第7条の「普通市営住宅に入居することができる者」の要件の1つとして、第5号に、「その者及び現に同居し、又は同居しようとする親族が暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律（平成3年法律第77号）第2条第6号に規定する暴力団員（以下「暴力団員」という。）でないこと」が挙げられているのを承けている。

合憲判決により、「地方公共団体が住宅を供給する場合において、当該住宅に入居させ又は入居を継続させる者をどのようなものとするのかについては、その性質上、地方公共団体に一定の裁量があるというべきである」（423頁）と判示されているのは、公営住宅に「居住」する「自由」が否認されているわけではない。むしろ手出しをされないのとは対照的に手助けをされるかたちで行使される種類の「自由」の制約について「一定の裁量」を確認することにより、緩やかに裁く支度を調えている。

直後の段落に、「暴力団員が市営住宅に入居し続ける場合には、当該市営住宅の他の入居者等の生活の平穏が害されるおそれを否定することはできない」と判示されているのが、主要な理由の提示なのだろう。もっとも、さらに読み進めると、「他方において、暴力団員は、自らの意思により暴力団

を脱退し、そうすることで暴力団員でなくなることが可能であり、また、暴力団員が市営住宅の明渡しをせざるを得ないとしても、それは、当該市営住宅には居住することができなくなるというにすぎず、当該市営住宅以外における居住についてまで制限を受けるわけではない」(同頁)とも判示されている。

本件の裁判長が調査官として担当している最大判1992(平成4)年7月1日(民集46巻5号437頁)の「趣旨に徴して明らかである」(424頁)という裁き方は、要するに利益衡量の手法である²⁹⁾。「他の入居者等の生活の平穏」は、最2小判2008(平成20)年4月11日(刑集62巻5号1217頁)が刑法第130条前段の罪の保護法益として「管理権者の管理権」とともに尊重している「そこで私的生活を営む者の私生活の平穏」(1225頁)を自然と連想させる。

凌駕されている側には「暴力団員でなくなることが可能」という意味の「職業選択の自由」や「当該市営住宅以外における居住」の「自由」が措定され、どちらか1つだけを行使する「選択の自由」も示唆されているようである。あえて転職や転居も可能と指摘して、お仕着せの「自由」を読ませるような裁きぶりは、批判を覺悟してでも境外に放逐するのは断念するという特殊な利益衡量の所産なのではなかろうか。もとより「多々ますます弁ず」というのとは真逆の教訓が見え隠れする文脈もあるが、全否定の回避策でもある換骨奪胎は、司法審査に固有の対処方針ではない。

自力脱却の可能性と必要性を取り違えて、抜けたり辞めたりすることもできるのにしないのを自業自得の仕儀として突き放すのにも限界があるというのが、この小稿に瞥見している現行法の基調である。なお、「暴力団の結成や維持を違法としたり、暴力団を解散させる法制度を設けることも憲法上不可能ではない。しかし、そのために費やす労力は、規制効果に比べてあまりに過大である。煩瑣な憲法論や人権の観点からの反論にも対応しなくてはならない。そのようなコストを払うより、暴力団の活動を制限したり、資金源を断つことにより、暴力団の結成を違法化するのと同じ効果がもたらされることも事実である」という分析もある³⁰⁾。この種の「コス

ト」も積もれば山となると見込まれようから、さては「理論的検討をバイパス」させがちな「レトリック上の効用」にも奈辺にありやと懸念される種類の限界があろう。

もとより「三段階審査は、切れ味ではなく、愚直さを売りにした手法である。基本権解釈には、天賦の才は要求されない」という³¹⁾。達見に傾聴しながらも、さしあたり保護領域の輪郭にばかり執着している菲才の観察の成果は、「それ自体の中に受け入れ難い《悪》が存在している、という理由」が明晰に境界条件を説明するほどには確固としていないという「愚直」な管見である。

- 1) https://www.kantei.go.jp/jp/singi/hanzai/pdf/170324_konkyo.pdf (最終閲覧2025年8月8日)。
- 2) <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/hanzai/kaisai.html> (最終閲覧2025年8月8日)。
- 3) <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/hanzai/kettei/131210/kakugi.pdf> (最終閲覧2025年8月8日)。
- 4) <https://www.kantei.go.jp/jp/content/000119821.pdf> (最終閲覧2025年8月8日)。
- 5) <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/hanzai/dai35/35gijiroku.pdf> (最終閲覧2025年8月8日)。
- 6) 高橋和之『人権研究1——表現の自由』(有斐閣、2022年) 196頁。芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第8版〕』(岩波書店、2023年) 241頁には、「集会の自由と同じく一定の内在的制約に服する。たとえば、犯罪を行うことを目的とする結社が許されることは、よく挙げられる例である」と書かれている。
- 7) 毛利透ほか『憲法II人権〔第3版〕』(有斐閣、2022年) 266頁(毛利執筆部分)。もっとも、出典には「犯罪目的の結社」など登場していない。「結社は人々が一定の目的のために結成する団体であり、結社の自由は、そのような団体を結成することの自由(しない自由も含む)、そしてそのような団体として活動することの自由を意味する。広く解すれば、株式会社など経済活動のための団体も結社ということになる。しかし、21条1項は表現の自由の一環として、あるいはそれと密接な関係を有する自由として結社の自由を規定しているから、ここで問題となるのは主として表現活動のために結成された結社であるということになる。ただし、例えば各種の経済団体も政治的活動を行うことは多く、特定の目的の結社を最初から保護範囲から排除すべきではない」という段落の末尾の端的な指摘に、もとの文脈を超えて広がる汎用性があると見定めて、この文字列を借用している。なお、駒村圭吾「憲法における「私益」と「公益」の距離——《反社会的私益の公益性》というアクロバットは可能か?」(駒村圭吾・松井智予(編)『公益の実現における個人の役割』250頁以下(日本評論社、2025年) 261頁は、「優等生的な言論ではなく、民主政を支えるわけでもなく公共性も標榜しない言論、それどころかむしろ反社会的と思われる言論表現を憲法

的に擁護する文脈で、なんと言論表現の公益性が語られる事例が、最高裁判例の中に散見できる」(圈点も原文)と指摘して、とりわけ『悪徳の栄え』事件の最大判1969(昭和44)年10月15日(刑集23巻10号1239頁)を例示している。もしや「結社の自由」が行使され、それが保障されることが「むしろ反社会的と思われる」という場合の探究にも果敢に応用することのできる可能性を秘めた指摘なのではなかろうか。

- 8) 芹部『憲法』(前掲註6) 241~242頁。
- 9) 渡辺康行ほか『憲法I〔第2版〕』(日本評論社、2023年) 295~296頁(工藤達朗執筆部分)。
- 10) 渡辺ほか『憲法I』(前掲註9) 292~293頁(工藤執筆部分)。
- 11) 第120回国会衆議院地方行政委員会議録11号(1991年4月19日) 31頁(福永信彦委員)、第120回国会参議院地方行政委員会会議録10号(1991年4月26日) 20頁(渡辺四郎委員)。なお、通例のとおり、衆議院の委員会議事録の題字には「会」という文字の重複がない。
- 12) 第140回国会衆議院地方行政委員会議録11号(1997年5月13日) 25頁(山本公一委員)。
- 13) 第140回国会参議院地方行政委員会会議録12号(1997年5月29日) 25頁(小林元委員)。
- 14) 第180回国会参議院内閣委員会会議録12号(2012年6月20日) 13頁(岡田広委員)。
- 15) 第180回国会衆議院内閣委員会会議録10号(2012年7月20日) 15頁(平沢勝栄委員)。
- 16) 総じて簡略な目的手段審査により「正当なものというべきである」と認めている暴力団対策法第1条の「目的を達成するために必要かつ合理的なものであり、指定暴力団員について合理的な理由のない差別をするものということはできない」とも裁いている。
- 17) 渡辺ほか『憲法I』(前掲註9) 344頁(宍戸常寿執筆部分)。
- 18) 長谷部恭男(編)『注釈日本国憲法(2)国民の権利及び義務(1) §§10~24』(有斐閣、2017年) 36頁(長谷部執筆部分)。
- 19) 松井茂記『日本国憲法〔第4版〕』(有斐閣、2022年) 464頁は、あくまでも「政治参加に不可欠な職業、例えば政治家、ジャーナリスト、政治評論家、弁護士などの職業に自由に就いて政治参加することを保障することが、職業選択の自由の本来の趣旨である」という立場から、憲法第22条第1項は「政治参加に関わるものかどうかを区別することが難しいことに照らし、居住・移転の自由及び職業選択の自由を広く保護している。従って、その制約の許容性を考える際には、政治参加に関するものとそうでないものを区別して、政治参加に関する場合には厳格な審査を適用することが必要となろう」と提言している。もとより「区別することが難しい……ものを区別して」という難題が提起されているようにも見受けられるが、あるいは複数の段階に分節可能な「審査」における「保護」と「制約の許容性」の分別に応用可能な識見ではないかとも見受けられる。
- 20) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(成文堂、2020年) 339頁。
- 21) 毛利ほか『憲法II』(前掲註7) 290頁(松本哲治執筆部分)。
- 22) 関良徳「セックス・ワーカーになる自由はあるか?」瀧川裕英(編)『もっと問いかける法哲学』33頁以下(法律文化社、2024年)は、「職業選択の自由と売春防止法」の改正から説き起こして46頁に「セックス・ワーカーを現実的に保護するための非犯罪化は避けられない」という結論を提示しているが、その必須の前提として、「まず、未成年者の売春を禁止し、その買春を犯罪化する。次に、貧困を理由とするセックス・ワーク従事者に対して手厚い——無条件にその生活を保障するベーシック・インカムに相当するような——福祉的措置を講ずる。つまり、福祉的措置の最大化を通じて、セックス・ワーカーの最小化を

図る」という手立てを列挙しており、このような条件つき「非犯罪化」が「経済格差を拡大させ続けるネオリベラリズムと、性差別を再生産し続ける家父長制的社会構造の変革のうえに定位されるべきものであることを忘れてはならない。この2つを根源的に変革しなければ、セックス・ワーカーにならない「自由」さえも保障されないのである」と主張している。

- 23) 安念潤司「性産業と人権問題」憲法問題36号106頁以下（2025年）106～108頁。ただし、末尾に近い116頁に、「私の議論は、一種の理念論であり、その理念に立った上での思考実験にすぎないものでした。しかし、従業者の尊厳・安全を守ることによって性産業を《より少なく不健全な営業》にしようという目標は、賛同を得られるのではないでしょうか」と記されている。
- 24) 安念潤司「暴対法・暴排条例によるフロント企業の規制は違憲か？」危機管理研究会（編）『実戦！ 社会vs暴力団～暴対法20年の軌跡』487頁以下（金融財政事情研究会、2013年）493頁。なお、「相當に異なる文脈においてではあるが」という前置きのもと、最3小判1995（平成7）年3月7日（民集49巻3号687頁）の判旨が活用されている。直前の492頁には、「暴力団にとっても、犯罪は手段であって目的ではなかろうが、少なくとも、手段として犯罪行為を行うことを躊躇しない集団であることは明らかであり、……してみれば、暴力団の存続をまったく不可能にする規制はもとより、暴力団の外郭組織ともいべきフロント企業の存続をまったく不可能にする規制も、ともに憲法上は是認されるのであって、暴排条例の規制が過剰であって違憲であるということはできない」と主張されている。
- 25) 長谷部（編）『注釈日本国憲法（2）』（前掲註18）36頁（長谷部執筆部分）。
- 26) 奥平康弘『憲法III——憲法が保障する権利』（有斐閣、1993年）125、139頁。
- 27) 日本弁護士連合会民事介入暴力対策委員会（編）『注解 暴力団対策法——逐条解説と比較法研究』（民事法研究会、1997年）12頁に、「暴力団についての法律上の定義づけがなされたのは本法が初めてであり、暴力団の不法または違法な行為や反社会的行為について、他の法律や条例などで規制することが容易となったほか、賃貸借契約などの民事上の契約書に暴力団排除条項などをとり入れやすくなった」という註釈がある。16頁には、「なお、暴力団という用語は、昭和三〇年代後半頃から警察やマスコミで用いられていたものが一般化したものといわれている」という註釈もある。第2条第2号の「集団的に又は常習的に」という要件については、語義が自明だとみなされているのか、とくに解説されていない。
- 28) 宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂 日本国憲法』（日本評論社、1978年）253頁、高橋和之『人権研究2——経済活動の自由および社会権』（有斐閣、2022年）18頁、脚註2参照。
- 29) 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線——その先に見ていた世界』（有斐閣、2019年）の「第一部 最高裁における憲法判例形成の実情等」の「II 最高裁憲法判例における合憲性審査基準の呈示の仕方と裁判官の思考方法」の末尾に「三 法理の全体像を示さずに厳格な基準による審査を行った例」が挙げられており、そこで「成田新法事件大法廷判決」の直後に「市営住宅暴力団排除事件判決」が挙げられている。25～26頁に、「本判決は、合憲性審査基準について簡潔な、しかも古めかしい説示に止めた判文となっており、審査基準を呈示しているとは言い難いものとなっているが、その理由は、次のようなものと考える」と書かれており、回想調ではなく解説風に、「基本的人権の規制立法の合憲性審査の基準・手法をどのように、あるいはどの程度利用するかが問題となり、利益衡量論による審査の必

要性が生ずる」ものの、「暴力団員への市営住宅の貸与を制限する本件条項において、市営住宅入居について失われる暴力団員の自由、利益の内容・程度と、市営住宅の貸与を断ることにより市側が得る（守る）利益等を衡量すれば、利益衡量の優劣が明らかであり、厳格な基準（LRA等）を持ち出すまでもない。すなわち、利益衡量が恣意的にされるおそれもなく、容易に正しい結論が出るものである」などと説明されている。なお、27頁には、「要するに利益衡量の手法の用い方も事項・事案によりけりであって、常に法理の全体像を示しているものではないといえよう」と締め括られている。

- 30) 橋本基弘「結社の自由と暴力団規制」危機管理研究会（編）『実戦！社会vs暴力団』481頁以下（前掲註24）486頁。
- 31) 小山剛『憲法上の権利』の作法〔第3版〕（尚学社、2016年）7頁。なお、井上典之「基本権の制約を正当化する法理——違憲審査基準論か構造化された比例原則か」高橋和之・長谷部恭男（編）『芦部憲法学——軌跡と今日的課題』109頁以下（岩波書店、2024年）121頁の指摘によると、「保護領域に含まれない行為に対する規制は憲法上の正当化を必要としない」での、なぜ問題として制限されている行為が保護領域に含まれないのかを説得力をもって論証しなければならないが、それは、保護領域に含まれるが制限が憲法上正当化できるという論証の内容とは異なるために、保護領域からの除外については慎重な検討が必要とされる。三段階審査の手法における第一段階では、保護領域を広くとらえておくことが、規制の憲法適合性審査においては基本とされる。この「基本」に忠実であろうとしているのが、いかにも「愚直」な小稿の試みである。