

○ 主文

一、原判決を取り消す。

二、被控訴人は控訴人に対し、一〇万円およびこれに対する昭和四四年六月一八日から支払済みまで年五分の割合による金員を支払え。

三、訴訟費用は、第一、二審とも被控訴人の負担とする。

○ 事実

控訴代理人は、主文と同旨の判決を求め、被控訴代理人は、控訴棄却の判決を求めた。

当事者双方の主張および証拠関係は、次に記載するほかは、原判決事実摘示のとおりであるから、ここにこれを引用する（但し、原判決四枚目表五行目に「貫徹」とあるのを「貫通」と訂正する。）。

（控訴人の主張）

一、控訴会社代表者 a は、昭和四三年五月一日本件浴場建物の建築確認申請と同時に、個人として山形県知事に対し、公衆浴場法に基づき、名称「トルコハワイ」、種類「蒸気を使用する公衆浴場」として許可申請を行つた。しかし、その後営業主体を会社にするとし、同年六月六日控訴会社を設立し、同日改めて控訴会社が a 所有の右建物を借り受けて営業するものとして、本件公衆浴場の許可申請を行つたものである。

二、本件児童遊園の認可申請とその認可は、山形県知事が控訴会社のトルコ風呂営業の開設を阻止し、もしくはその営業を妨害するため、余目町長と意思相通じてなしたものである。すなわち、

（一）山形県当局は、昭和四三年五月二日本件浴場建物の建築確認をした際には、本件浴場が個室付浴場として建築されることについては、何ら異議を述べず、また何らの指導もしていなかつた。他方、地元の余目町長も、右建築確認を受理した際には同町において個室付浴場が開設されることは町の発展に寄与するものとして賛意を表し、さらに右建築確認がなされた直後においても、同町長は a に対し同町としては本件児童遊園を児童福祉施設とする計画をもつていない旨言明していた。

（二）しかるに、鶴岡市の婦人団体が中心となつて反対運動が活発に展開され、県の関係部局へその陳情がなされるや、山形県当局は、このままでは現行法律、条例上本件トルコ風呂営業を阻止する方法がないところから、本件児童遊園を児童福祉施設とすることにより間接的に右阻止の目的を達成しようと考え、まず県警本部において余目警察署に指示して本件浴場建物の所在地と本件児童遊園との距離を測定したうえ、県警察本部長は県議会において、本件児童遊園を児童遊園として認可すれば事実上トルコ風呂営業はできなくなる、その方向で検討して欲しい旨提案し、その発案に端を発して県民生部もこれに同調し、本件トルコ風呂営業を阻止する手段として、余目町に対して本件児童遊園を児童福祉施設として認可申請をするよう積極的に指導、働きかけを行い、余目町もそれ以来態度を一変し、急速同年六月四日本件児童遊園の認可申請を行い、県当局はこれに呼応して同月〇日異例の短時日内に右認可を行つた。これによつて控訴会社のトルコ風呂営業を禁止する口実が作り上げられたのである。

三、本件児童遊園の認可が右のような動機、目的をもつてなされたものであることは、その後生じた次のような事情からも明らかである。

（一）控訴会社のなした本件浴場営業の許可の申請は、公衆浴場法の許可要件をすべて具備していたものであるから、すみやかに許可されるべきであつたにもかかわらず、右許可は異例に遅延し、同年七月三一日に至つてようやくなされた。本件浴場の建物は既に同年六月半ば頃にはほぼ完成して営業可能な状態に達しており、同年六月末には建築工事は完了し、a はその旨を山形県衛生部環境衛生課に通知した。従つて、本来ならば同年六月中旬頃には許可がなされてしかるべきであるにもかかわらず、山形県知事は故なく右のように許可をひきのばしたのである。

（二）控訴会社の右申請を受理した環境衛生課はもちろん山形県知事としては現行法上右申請を許可せざるを得ないとの態度をとつていたが、控訴会社のトルコ風呂営業を阻止、妨害すべく主導的役割を演じていた県警察本部がこれに反対したために許可を出すことができず、遂に環境衛生課は営業許可に関する主体性を失い、余目町をトルコ風呂営業禁止区域に指定するための条例の改正まで許可をひきのばそうとする県警察本部の態度に同調せざるを得なかつたのである。

（三）昭和四三年七月二五日 a は県警察本部に呼び出され、県警側との会談がないされた。右会談は、会談というものではなく、県警側がトルコ風呂営業を認めない

方針のもとに、異性の客に接する役務を提供しないようその営業内容の変更を求め
るのみで、一方的な通告、おどしつけに終始した。しかし、aが右営業の許可を求
める態度を維持したため、会談は打ち切りとなつた。

(四) 右会談打ち切り後も営業許可は出されず、同月二十九日に至り、県警察本部はい
わゆるトルコ風呂営業はなさない旨の営業内容説明書を提出するよう要求してき
た。

その当時aは、県条例の改正を目前に控え、右のように営業許可がひきのばされる
ため、そのあせりで正常な判断をすることが不可能な状態にあつた。そこで、本件
浴場の開設に尽力していたb、cの両名が相談のうえ、条例改正前に営業許可をと
るためには県警本部の右要求に従うほかないと判断し、aには秘匿して余目警察署
に赴き、警察署員の下書どおりに説明書を作成して環境衛生課と余目署あてにこれ
を提出し、その結果同月三十一日右営業の許可がなされ、控訴会社代表者aは右説明
書提出の事実を知らないままトルコ風呂営業を開始した。従つて、右書面は控訴会
社を拘束せず、控訴会社のトルコ風呂営業禁止の根拠とはなしえない。

かりに右説明書が控訴会社の意思に基づいて作成されたものであるとしても、警察
当局は右説明書を提出しなければ営業の許可をしないとして右書面の提出を強要し
ており、右提出を拒否するときは右許可をひきのばされ、右許可に先じて右条例の
改正がなされるであろうことは明白であつたから、控訴会社としては何よりもまず
右営業の許可を受けなければならなかつた。このような状況のもとで作成提出され
た営業内容説明書は控訴会社を拘束するいわれはない。

右のように営業内容説明書の提出を強要したのは、県当局および警察当局が、本件
児童遊園の認可が営業の自由との関係上疑問があり、これを根拠として控訴会社の
トルコ風呂営業を阻止することについて確信をもてないことから、右のような約束
をとりつけ、その目的を達成しようとしたのである。

四、法的考察

(一) 本件児童遊園の認可は次の理由によつて無効である。

1、本件児童遊園は、その施設の点において厚生大臣の定める児童福祉施設の最低
基準に達しておらず、その環境も児童の情操教育のうえから極めて不適當なもので
あるから、認可の要件を充足していない。

2、また山形県知事およびその補助機関たる職員は公務員として憲法、法律、条例
を遵守すべき義務を負うものであり、行政行為も、地方自治法第一三八条の二に示
されているとおり、憲法秩序下の民主主義的原理の支配下にある以上、信頼、誠実
の原則に従つてなされなければならない。憲法第二二条はすべての国民に営業の自
由を含む職業選択の自由を保障し、また同法第二九条は財産権を侵してはならない
と定めている。しかるに、山形県知事は、控訴会社代表者が永年営々と貯えた
全資金を投入し、憲法、法律、条例により適法に許容されたトルコ風呂営業を開始
すべく、建築確認を得たうえ、浴場建物の建築を半ば進行させ、かつ、本件公衆浴
場営業許可申請をなしている段階において、右トルコ風呂営業に阻止、妨害するこ
とを決定的な動機目的として、その行政権限を濫用して前述の如き粗末で不適當な
本件児童遊園の設立を認可したのであるから、右認可はこの点においても無効であ
る。

3、かりに、本件児童遊園の認可それ自体が当然無効ではなく、適法な行政処分と
みられるとしても、前述のように控訴会社の適法な営業を阻止、妨害する意図をも
つてなされたものである以上、右処分は控訴会社に対する関係においては効力を有
しないものであり、従つて右処分をもつて控訴会社のトルコ風呂営業禁止の根拠と
することは許されないものである。

(二) 本件営業停止処分は、次の理由によつて無効である。

1、本件営業停止処分は、児童福祉施設として認可された本件児童遊園が存在する
以上、本件浴場においてトルコ風呂営業をなしえないのに、控訴会社が右営業をな
し、もつて風俗営業等取締法第四条の四の罪を犯したことを理由とするものであ
る。そうすると、本件児童遊園の認可処分は、右処罰の前提手続をなしている。
ところで、右認可処分は前述のように無効であり、かりにそうでないとしても、控訴
会社のトルコ風呂営業禁止の根拠とはなしえないものであるから、憲法第三一条の
予定する法定の適正な手続とは解することはできず、本件児童遊園の存在を根拠と
して控訴会社を前記違反を理由として処罰することは憲法第三一条に違反してい
る。従つて、控訴会社が本件浴場においてトルコ風呂営業をしたことが風俗営業等
取締法違反に問われないものである以上、その罪を犯したことを理由とする本件
営業停止処分は前提を欠く違法無効な処分である。

2、本件営業停止処分は、控訴会社が前記の罪を犯したことを理由とするものであるが、右のような行政処分にも憲法第三一条が準用されるものと解されるところ、本件児童遊園の認可は、控訴会社のトルコ風呂営業の阻止ないし禁止を目的としてなされたもので、実質上本件営業停止処分のためにその前提手続をなしており、それが適正な手続とはみられないのであるから、右停止処分自体憲法第三一条に違反して無効というべきである。

五、以上の主張を前提として、控訴会社は本件国家賠償請求の根拠として次のように主張する。

(一) 第一次的主張

1、本件児童遊園認可処分は、そもそも当初から山形県知事が控訴会社のトルコ風呂営業を阻止ないし禁止することを決定的な動機、目的としてなしたものであるから、右処分をした山形県知事としては、もして控訴会社が右認可処分を無視して右営業を行うときは右認可処分の存在を理由として山形県公安委員会によつて右営業の停止処分がなされることおよびその結果控訴会社に損害が生ずることを当然予期、認識していた。そして客観的にみても、本件児童遊園認可処分を不可欠の前提として本件営業停止処分がなされ、同停止処分によつて控訴会社に損害が発生したのであるから、本件児童遊園認可処分と損害の発生との間に相当因果関係が存在する。

2、本件児童遊園認可処分は、公権力の行使にあたる山形県知事がその職務の執行としてなしたものであるところ、前述のように右認可処分は同知事の故意に基づく(少なくとも控訴会社に対する関係において)違法無効な行政処分である。

3、かりに同知事に故意がなかつたとしても、少なくとも同知事としては右認可のいきさつからみて右処分が違法であり、これによつて控訴会社が損害をこうむることを当然認識すべきであつたにもかかわらず、不注意にもその認識を欠き、過失によつて違法な右認可処分をした。

4、してみると、控訴会社は、山形県知事が故意もしくは過失によつてなした本件児童遊園認可処分により違法に損害を加えられたのであるから、国家賠償法第一条第一項に基づき被控訴人に対して右損害の賠償を請求する。

(二) 第二次的主張

1、山形県公安委員会は、本件児童遊園の施設が所定の基準に達していないことおよび許可のいきさつ、動機、目的を熟知したうえ、右認可処分が山形県知事の故意による違法な営業妨害であることおよび本件営業停止処分により控訴会社が損害をこうむることを認識しながら本件営業停止処分をした。すなわち、本件認可処分にもいたる前述の県警本部の一連の行為は、本件営業停止処分を目的としてなされたものであるところ、県警察本部は県公安委員会がその権限行使のため警察法第三八条第三項によりその管理下にある実施機関であるから、法律上県警察本部の行為および故意はとりもなおさず、県公安委員会の行為および故意とみなされるものであり、事実上も県公安委員はその管理下にある県警察本部から当然なべき報告に基づき、かつ、当時の新聞報道の記事をとおして右事情を知悉していたものとみられる。

2、かりに県公安委員会に右のような認識がなかつたとしても、少なくとも過失がある。すなわち、県公安委員会は、本件営業停止処分を行うにあたり、本件児童遊園の存否の判断に関連して本件認可処分のなされたいきさつおよびその適法性を調査確認すべき職務上の義務があつたにもかかわらず、その義務を怠り、そのために右停止処分が違法無効であることに気づかなかつたのである。

3、してみると、控訴会社のこうむつた本件損害は、山形県知事の所轄のもとにあつて、被控訴人の公権力の行使にあたる県公安委員会がその職務の執行としてなした前述の如き違法無効な本件営業停止処分に基づくものである。よつて、控訴会社は被控訴人に対し、国家賠償法第一条第一項に基づき右損害の賠償を請求する。

(被控訴人の主張)

1、控訴会社が主張する事実のうち、控訴会社が昭和四三年六月六日山形県知事に対し公衆浴場の許可申請をしたこと、これに対し同知事が同年七月三十一日許可を与えたこと、同年七月二十九日控訴会社が県環境衛生課長および余目警察署長あてに営業内容説明書を提出したことは認めるが、その余の事実は否認する。

2、本件児童遊園認可処分は、処分がなされた以上、それが行政庁である山形県知事によつて取り消されるか、もしくは取消または無効の裁判が確定しない限り、有効として取り扱うほかはない。県公安委員会には、右のように他の行政庁によつてなされた行政処分の有効無効を審査する権限はない。従つて、県公安委員会のなした本件営業停止処分は無効な行政処分を前提としたものではない。

(証拠関係) (省略)

○ 理由

一、控訴会社が昭和四三年七月三十一日山形県知事から指令環第三八九三号をもつて蒸気を使用する公衆浴場の許可を受け、それ以来肩書住居地において「トルコ風呂」という名称で右浴場の営業をしていること、山形県知事の所轄下にある山形県公安委員会が昭和四四年二月二五日控訴会社に対し、右浴場は児童福祉法第七条に規定する児童福祉施設たる余目町立若竹児童遊園(以下本件児童遊園という。)から約一三四・五メートルの距離にあるため、控訴会社としては右浴場において個室を設け、当該個室において異性の客に接触する役務を提供する、いわゆる個室付浴場(以下トルコ風呂営業という。)を営むことができないのにこれを行つたという理由で、同年二月二六日から六〇日間控訴会社の右営業を停止する処分(以下本件停止処分という。)を行つたこと、控訴会社が右浴場の許可申請をしたのは、昭和四三年六月六日であること、山形県東田川郡余目町が控訴会社において右浴場の許可申請をした日以前である同年同月四日山形県知事に対し、右浴場所在地から約一三四・五メートルの地点にある本件児童遊園設置の認可申請を行い、控訴会社が右浴場許可を得た日以前の同月一〇日児童福祉法第三五条第三項所定の認可(以下本件認可処分という。)を受けたことは、いずれも当事者間に争いがない。

二、そこで本件認可処分の適否について判断する。

(一) 控訴人は、まず本件児童遊園が厚生大臣の定める児童福祉施設の最低基準に達していないなどの理由により、本件認可処分は違法無効である旨主張する。しかし、当裁判所も、本件児童遊園は認可当時厚生大臣の定める児童福祉施設の最低基準に達しており、かつ、その環境も必ずしも児童厚生施設の目的に合致しているものとはいえないと認める。その理由は、原判決が説示するところと同一であるから、原判決八枚目表一三行目から同一一枚目表六行目までの記載をここに引用する(但し、同九枚目表一〇行目に「一遇」とあるのを「一隅」と改め、同一〇枚目裏七行目の「本件遊園から」の次に「容易に」を挿入する。)

(二) 次に本件認可処分は、当時適法に許容さるべき控訴会社のトルコ風呂営業を阻止、妨害することを決定的な動機、目的としてなされた違法無効な行政処分である旨の控訴人の主張について判断する。

1、前記争いのない事実、成立に争いのない甲第二号証の一ないし五、第三号証、第四号証の一、二、第五、六号証、第八号証、第一四号証の一ないし九、第一五号証の一ないし一二、乙第八、九号証、第一一号証、原本の存在およびその成立について争いのない甲第一〇号証、当審証人dの証言によつて成立を認めうる乙第一二、一三号証、第一四号証の一、二、第一五、一六号証、原審証人e(後記措信しない部分を除く。)、同f、同g、同h、当審証人i(同上)、同j、同k、同c(同上)、同b(同上)、同d(同上)、原審および当審証人l(同上)、同kの各証言、原審および当審における控訴会社代表者本人尋問の結果(同上)および検証の結果を総合すると、次の事実が認められる。

(1) 控訴会社代表者aは、かねてよりトルコ風呂営業を行うべく計画していたところ、昭和四一年頃から各地においてその立地条件や営業禁止区域等を調査した結果、昭和四二年夏頃にいたり山形県東田川郡余目町が最も立地条件が良いとの判断に到達し、しかも同町は風俗営業等取締法(以下風営法という。)第四条の四第二項の条例に基づく指定禁止区域に該当しないこと(余目町は、その当時はもちろん昭和四三年八月山形県の条例が改正されるまでは、トルコ風呂営業の禁止区域ではなかつた。)を確認した。右調査にあたりaは山形県庁に赴き、山形県条例を調べるとともに係員の説明を受け、またトルコ風呂営業のため必要な建築上の制限などについて指導を受けた。

(2) そこでaは余目町内において土地を物色した結果、昭和四三年三月頃同町の郊外で国道に面した肩書住居地を右営業のための敷地として入手することができた。右上地を購入するにあたり、aはその周囲二〇〇メートル以内の区域を丹念に調査し、風営法第四条の四第一項所定の官庁、学校(附近にあつた常万小学校は後記のようにその当時廃校となつていた。)、児童福祉施設等の公共用施設がないことをも確認した。

(3) aは、その後直ちにkに対し、トルコ風呂の建築設計および建築確認申請の手續を依頼した。同人も山形県庁等に赴き、右建設予定地にはトルコ風呂営業に関する地域的規制のないことを確かめたうえ、約一箇月間にわたり、山形県土木部建築課の指導を受けながら設計を行い、同年五月一日a個人名義で余目町に対し個室付のトルコ風呂営業用建物の建築確認申請を行い、同申請書は同月一三日右建

築課で受理された。aは、右建築確認申請とともに個人名義で山形県知事あてにトルコ風呂営業のための公衆浴場の許可申請をした。

(4) これより先同年四月中にaはe余目町長を訪ね、前記場所においてトルコ風呂営業を開設する予定であることを伝えたところ、同町長は、町の発展のために好ましいことであると賛意を表していた。またaは同月下旬頃余目警察署長に対しても右と同様の趣旨を伝えた。

(5) 右建築確認申請書を受理した建築課は、衛生部環境衛生課、県警察本部防犯課の意見を聴いたうえ、後記のような注意書を付して同年五月二三日aに対し建築確認の通知をした。

(6) 他方、同年五月初旬頃から本件トルコ風呂開設の噂が次第に広まり、余目町常万部落民、山形県婦人連盟および同町婦人連合会などの婦人団体から余目町長に対して右トルコ風呂開設を阻止するよう陳情がなされ、その反対運動は日増に活発化していった。その頃か町としても右トルコ風呂の開設を阻止する方針を打ち出し、まず町長、町議会議長が婦人団体とともに山形県知事、県警察本部その他関係部局に右開設阻止のための陳情を行うとともに、余目町をその営業禁止区域に指定するよう条例の改正を要望したが、県議会召集の時期の関係上、早急にこれを実現することは困難であることが判明した。

(7) かくするうち、同年五月一五日頃余目警察署は右建設予定地から至近の距離に本件児童遊園のあることを目をつけ、その距離が約一五〇メートルであることを測量確認したうえ、県防犯課に報告した。その頃から山形県当局においては、右トルコ風呂を好ましかる施設としてその開設を阻止すべきであるとの見解が強くなり、そのためには、余目町に働きかけ、本件児童遊園を児童福祉施設として認可する以外には方法はないとの方針を打ち出すに至った。右開設阻止については県警察本部が特に強硬な態度を示し、県の他の部局においては営業の自由、既得権の侵害をおそれた消極論もなかつたが、結局右方針に同調することとなつた。そのようないきさつもあつて、aに対する前記確認通知書には、本件児童遊園を児童福祉施設とする動きもあり、それが認可されればトルコ風呂営業はなしえなくなる旨の注意書が付されるに至った。

(8) 次いで、同月二五日開催の県議会厚生常任委員会において、トルコ風呂営業禁止区域の拡張を決める一方、本件トルコ風呂営業を阻止するため当面の対策とを協議した。その度上、山形県の民生部長は、「県としては好ましくない施設という立場から余目町に指導を行つてきた。しかし、去る二三日建築確認済みであり、建築後申請される営業許可も認められる公算も強い。残された対策は建設予定地から約一三〇メートルある同地区の遊園地(無認可)を認可施設に昇格させる以外にない。そうすれば風営法に基づいて、いわゆるトルコ風呂営業にはできなくなる。町当局も近く遊園地の認可申請をしてくれる方針である」旨県の態度を表明し、これによつて山形県が本件トルコ風呂営業を阻止するため積極的に余目町に指導、働きかけを行つていることが明らかとなつた。また同委員会の審議を傍聴していたe余目町長もその後記者会見をし、「五月二七日の町臨時議会で本件児童遊園を認可施設とするよう議決、直ちに県に申請したい。一週間位あれば必要な遊具などを完備できる」旨余目町の方針を説明した。

(9) ところで、本件児童遊園は、もと常万小学校の敷地の一部であつたが、同校が昭和四〇年頃小学校の統廃合により廃校となり、その敷地を民間に売却する際も部落民の要望により子供の遊び場、部落公民館の敷地(町有地)として残されたものであつた。余目町内には遊園らしきものは、本件児童遊園を含めて五箇所にあつたが、余目町としては財政上の理由で当面これを認可施設とする予定をもつていなかった。しかるに、本件トルコ風呂開設の反対運動が起き、県警防犯課などの関係機関から、本件児童遊園を認可施設とすることにより右営業を阻止する旨の指導を受けるや、町としては今早急に本件児童遊園を認可施設とする格別の必要性はないのに、本件トルコ風呂営業を阻止するため急遽認可申請の方針を決め、とりあえず常万部落から遊具、砂場などの寄附を受けたうえ、短期間内に施設の基準に合致するよう一応整備し、五月二七日の町議会においてはじめての「余目町児童遊園設置条例」を制定して、本件児童遊園を町営のものとする可決し、直ちに山形県に対し本件児童遊園を児童福祉施設とする旨の認可の申請をしたが、不備があつたため一旦却下され、改めて補正のうえ、同年六月四日認可の申請をした。

(10) これを受けた山形県は、六月六日現地に係員を派遣し、その規模、整備等必要な要件を具備しているかどうかを調査したうえ、異例の早さをもつて六月一日山形県知事の名において右申請を認可するにいたつた。

(11) これより先 a は、前記建築確認に基づいて本件浴場の建築に着手し、その工事は六月末頃には完成し、七月一日には建築の検査済証が発行された。なお、a はそのことを直ちに環境衛生課に通知した。

(12) a は、前記のように右確認申請と同時に同人名義で山形県知事に対して本件公衆浴場の許可申請をしたけれども、同年六月六日改めて控訴会社名義で右許可申請をした。

(13) 右公衆浴場の許可は通常ならば要件を具備している限り（本件の場合その要件を欠いていたことを認めるに足る証拠はない。）、建物完成後間もなくなされるにもかかわらず、本件の場合はかなり遅延し、同年七月三十一日にいたつてその許可がなされた。

その間控訴会社は再三にわたり環境衛生課に赴き許可の促進方を申し入れたが、県警察本部が本件浴場が個室付であることを理由に終始許可に反対し続けたため、環境衛生課としては許可を出せない状態となつていた。

(14) 同年七月二五日県警察本部の提唱で、環境衛生課長ら出席のもとに、a に対して、本件公衆浴場を個室付でない構造に改め、かつ、異性の客に接触する役務を提供しない営業を行うよう再三勧告指導がなされた。しかし、控訴会社としては、浴場建物も既に完成しており、トルコ風呂営業を断念する考えがなかつたため、その勧告を拒否した。なおその際、県警側から右勧告に応じないでトルコ風呂営業を行うときは、風営法違反として取締を受け、かつ、営業停止の処分がなされる旨の警告がなされた。

(15) 同年七月二九日県警察本部の指示を受けた余目警察署員が控訴会社に対して、いわゆるトルコ風呂営業はしない旨の営業内容説明書の提出を求め、これを提出すれば本件公衆浴場の許可が出されることが明らかとなつた。そして当時余目町をトルコ風呂営業禁止区域に指定する旨の県条例が八月上旬頃施行の運びとなつていた。そこで控訴会社としては、トルコ風呂営業を断念する考えは毛頭ないのに、一刻も早く公衆浴場の許可を得たい一心でやむなく右要求に応じて七月三〇日前記趣旨の説明書を余目警察署および環境衛生課に提出した。その結果前記のようにその翌日本件公衆浴場の許可がなされた。

(16) けれども、控訴会社は同年九月頃からトルコ風呂営業をはじめたため、昭和四四年二月二五日付で山形県公安委員会から六〇日間その営業を停止する旨の本件停止処分を受けた。

原審証人 e、当審証人 i、同 c、同 b、同 d、原審および当審証人 l の各証言、原審および当審における控訴会社代表者本人尋問の結果、甲第一号証の供述内容中、右認定に反する部分は措信できず、他に右認定を左右するような証拠はない。

2、以上認定したところによると、控訴会社の計画していた本件公衆浴場におけるトルコ風呂営業は、昭和四三年六月六日控訴会社が本件公衆浴場の許可を申請した段階においては、その営業の場所が指定禁止区域に該当せず、かつ、その周囲二〇〇メートル以内に風営法第四条の四第一項所定の公共用施設が存在しなかつたのであるから、本件浴場の営業許可がなされたときは、現行法上適法に営業をなすものであるものであつたといわねばならない。

しかるに、その後同年六月一〇日に至つて本件浴場から一三四・五メートルの距離にある本件児童遊園が山形県知事により児童福祉施設として認可されたことにより、控訴会社としては、本件公衆浴場の営業許可を受けた場合、トルコ風呂営業以外の公衆浴場営業はなし得ても、同条の四第一項の規定により本件浴場においてはトルコ風呂営業はなし得ないこととなつたわけである。

3、ところで、本件児童遊園はさきに認定したように児童福祉施設としての基準に適合していたものであるから、客観的にみると、本件認可処分それ自体としては違法ということとはできない。

しかしながら、前記認定によると、山形県および余目町当局は、余目町が条例による指定禁止区域に該当しない現状においては、控訴会社の本件トルコ風呂営業が適法なものとして許容されることになる関係上、右トルコ風呂営業を阻止するという共通の目的をもつて、間接的な手段を用いて右営業をなし得ない状態を作り出すべく、本件児童遊園の児童福祉施設への昇格という方法を案出した。そして余目町としては早急にこれを児童福祉施設とすべき具体的必要性は全くなかつたのに、山形県は余目町に対し積極的に指導、働きかけを行い、余目町当局もこれに呼応して本件認可申請に及んだものであり、結局山形県知事は余目町当局と意思相通じて、控訴会社の計画していたトルコ風呂営業を阻止、禁止すべく、本件児童遊園を児童福祉施設として認可したものである（なお、右認定の経過に照らすとき、

余目町がその形式はともかく実質的に全く独自の立場において本件認可申請に及んだものとは到底認められない。)

4、してみると、山形県知事のなした本件認可処分は、控訴会社が現行法上適法になし得るトルコ風呂営業を阻止、禁止することを直接の動機、主たる目的としてなされたものであることは明らかであり、現今トルコ風呂営業の実態に照らし、その営業を法律上許容すべきかどうかという立法論はともかく、一定の阻害事由のない限りこれを許容している現行法制のもとにおいては、右のような動機、目的をもつてなされた本件認可処分は、法の下におけるa等の理念に反するばかりでなく、憲法の保障する営業の自由を含む職業選択の自由ないしは私有財産権を侵害するものであつて、行政権の著しい濫用と評価しなければならない。すなわち、本件認可処分は、控訴会社の右トルコ風呂営業に対する関係においては違法かつ無効のものであり、控訴会社の本件トルコ風呂営業を禁止する根拠とはなりえないものである(このことは、本件の場合本件児童遊園認可申請の日が本件公衆浴場申請の日以前であつたことによつて消長をきたすものではない。)

三、次に前記争いのない事実、原審における証人1の証言、控訴会社代表者本人尋問の結果およびこれによつて成立を認めうる甲第九号証の四によつてみると、控訴会社は、本件停止処分を受ける数箇月以前から本件停止処分時まで、本件公衆浴場の経営により一箇月a均しくとも四〇万円(入浴者数一日a均しくとも三〇人、入浴料一人あたり一、〇〇〇円、必要経費一箇月四〇ないし五〇万円)を得ていたことが認められ、反証のない本件においては、六〇日間の本件停止処分により、約八〇万円の得べかりし利益を失つたことになる。

四、そこで、本件認可処分と右逸失利益の喪失(損害)との間の因果関係について考えるに、前記認定の事実によると、本件停止処分は、本件児童遊園から二〇〇メートル以内の場所においてトルコ風呂営業を営むことができないのに控訴会社がこれを営んだという理由により風営法第四条の四第四項に基づいてなされたものであつて、右処分を行うについては本件認可処分の存在することが不可欠の前提とされており(本件認可処分が控訴会社に対してその効力を及ぼし得ないものであれば、本件停止処分はなされなかつたはずである。)、従つて本件認可処分がなされなければ右損害は生じなかつたという関係にあり、同時に右損害の発生は本件認可処分を不可欠の前提とする本件停止処分によつて通常生ずべき損害とみることができ、のみならず、地方公共団体の公権力の行使にあたる公務員たる山形県知事によつてなされた本件認可処分が控訴会社のトルコ風呂営業を阻止、禁止することを直接の目的、主たる動機とするものであることは前に認定したところであつて、同知事としては、控訴会社が本件認可処分を無視してトルコ風呂営業を行うときは、法律上右認可処分を根拠として山形県公安委員会によつて営業停止処分がなされ、その結果控訴会社に営業上損害の発生することを当然予見、認識していたものと認められる(この点において本件処分は故意に基づく行為である。))。してみると、本件認可処分と損害の発生との間には法律上因果関係が存在する。

五、以上によると、控訴人のその余の主張について判断するまでもなく、控訴会社は、公権力の行使にあたる山形県知事がその職務を行うにつき故意をもつてなした控訴会社に対する関係において違法な本件認可処分により前記逸失利益相当額の損害をこうむつたものと認定することができる。

なお、控訴会社が昭和四三年七月二十九日本件公衆浴場の営業許可を受けるにつき、本件公衆浴場においてトルコ風呂営業を営む旨の営業内容説明書を提出したことはさきに認定したとおりであるが、同じく右に認定した事情によると山形県としはトルコ風呂は好ましくない施設であるとの見地から行政指導の一環として右説明書を徴したに過ぎないものであり、しかも本件停止処分は風営法第四条の四第四項に基づくものであつて、右処分の性質上右営業内容説明書による誓約に違反したことを右処分の要件とするものではないことは明らかであるから、右営業内容説明書の提出により本件認可処分の違法性が阻却される筋合はないものといふべきである。

六、よつて、被控訴人に対し右損害の賠償として一〇万円およびこれに対する本件停止処分以後の日である昭和四四年六月一八日から支払済みまで民法所定の年五分の割合による遅延損害金の支払を求め本訴請求は正当として認容すべく、右趣旨を異にする原判決はこれを取り消すべきである。そこで民訴法第三八六条、第九六条、第八九条を各適用して主文のとおり判決する。

(裁判官 佐藤幸太郎 佐々木 泉 小林隆夫)

(原裁判等の表示)

○ 主文

原告の請求を棄却する。
訴訟費用は原告の負担とする。

○ 事実

第一、当事者の求める裁判

一、原告

被告は原告に対し金一〇万円およびこれに対する昭和四四年六月一八日から支払済みに至るまで年五分の割合による金員を支払え。

訴訟費用は被告の負担とする。

との判決並びに仮執行の宣言。

二、被告

主文同旨の判決

第二、当事者の主張

一、請求の原因

(一) 原告は昭和四三年七月三十一日山形県知事から指令環第三八九三号をもつて蒸気を使用する公衆浴場の許可を受け、以来肩書地において「トルコハワイ」という名称で右浴場を営業している。

(二) 被告代表者山形県知事の所轄下にある山形県公安委員会は、昭和四四年二月二五日原告に対し、原告の右営業所は児童福祉法第七条に規定する児童福祉施設たる余目町立若竹児童遊園（以下本件遊園という）から約一三四、五メートルの距離にあるため、原告は同営業所においては個室を設け、当該個室において異性の客に接触する役務を提供する、所謂、個室付浴場業（以下単にトルコ風呂営業という）を営むことができないのにこれを行つたという理由で、同年二月二六日から同年四月二六日までの六〇日間原告のトルコ風呂営業を停止する処分（以下本件処分1という）を行つた。

(三) 本件処分は後記四（二）のとおり、憲法、その他の法規に違反する。

(四) 本件処分により原告は、次の如く少なくとも金九〇万円の損害を蒙つた。

(一日 a 均入浴者数) 三〇名

(一名あたり入浴料金) 金一、〇〇〇円

(必要経費) 一日金一万五、〇〇〇円

(損害額) { 1. 000 × 30 - 15. 000 } × 60 = 90

0. 000

(五) よつて原告は被告に対し、医家賠償法第一条に基づき、右（四）の損害金九〇万円のうちの金一〇万円およびこれに対する不法行為の後たる昭和四四年六月一八日から支払済みに至るまで民法（国家賠償法第四条）所定年五分の割合による遅延損害金の支払いを求める。

二、答弁

請求原因事実のうち、その（一）（二）は認、その余（四）は不知。

三、抗弁

本件処分は適法である。

(一) 訴外山形県東田川郡余目町（以下単に余目町という）は、原告が右公衆浴場許可申請をした日（昭和四三年六月六日）以前の昭和四三年六月四日、山形県知事に対し、右浴場建設予定地から約一三四・五メートルの地点にある本件遊園設置の認可申請を行い、同知事から右一日の原告が右浴場許可を得た日以前の同月一〇日、児童福祉法第三五条第三項所定の認可を受けた。

(二) 右（一）のとおり、原告の右営業所は本件遊園から約一三四・五メートルの距離にあるため風俗営業等取締法第四条の四第一項により、トルコ風呂営業を営むことができないにも拘らず、同年八月頃から昭和四四年二月八日頃までの間、女子従業員六名が、右営業所個室浴場内において、その客六四名に対し、九三回に亘り、身体の洗い流し、マツサージ、手淫（スペシャル）、或いは相互手淫（ダブルスペシャル）をするなどして異性の客に接触する役務を提供し、同営業を共同して管理している原告会社代表取締役 a および同社員である同人の妻 m は、右行為を放置容認し、もつてトルコ風呂営業を営んだ。

(三) 山形県公安委員会は、右（二）の事由をもつて、風俗営業等取締法第四条の四第四項に基づき、同法第五条の公開による聴聞を行つたうえ、本件処分をした。

四、抗弁に対する答弁と原告の主張

(一) 答弁

抗弁事実につき

- 1、その（一）は、そのうち、余目町の認可申請をした日付は否認、その余は認（ただし、認可の法律効果は争う。）。
- 2、その（二）はそのうち、aおよびmが放置容認していたとの点は否認、その余は不知。
- 3、その（三）は認。

（二） 主張

1、本件遊園の認可は無効ないし違法であるから、本件処分も違法である。

（1） 本件遊園はその広場中央部に町民が徒歩および自動車通行に供する道路が貫徹し、この道路との境界には溝が走つていて、樹がなく、その他の周囲には僅かに高さ一メートル位の木が二、三メートル開隔で植えてあるだけであり、広場内部には砂場、便所、部落公民館として使用されてきたものを単に看板がえして室内遊技場としただけの建物および旧小学校時代からのブランコ、鉄棒があるのみで、その内容上、厚生大臣の定める、児童福祉施設最低基準に達していない。

（2） 本件遊園の東北隅から約一〇メートルの地点には、男性性器および男女両性器の結合を如実に形どつた計五個の石工物が、又、右遊園に接続する屋外には、牛や馬の種つけ場が、各設置されているため、同遊園は、環境上児童の情操教育に不適當である。

（3） 右（1）（2）の事情であるにも拘らず、余目町は、もつぱら原告のトルコ風呂営業を妨害する目的で、右三（一）の申請を行い、被告代表者たる山形県知事もこれをうけて、その認可を行つた。（4） 右（1）ないし（3）によると、右（3）の認可は、当然無効又は違法として取消しを免れない性質のものであり、従つて右認可が適法であることを前提とする本件処分も違法である。

2、本件処分は憲法第三条に違反する。

（1） 原告代表者（その当事個人として）は、かねてから、トルコ風呂営業開業のため、各地において、その立地条件や法律教限の有無につき調査した結果、金目町が最適であるとの結論に達し、昭和四二年八月頃から昭和四三年春にかけて、数回に亘り山形県庁において、係官からの聴取等により、同町が風俗営業等取締法第四条の四第二項に基づく右営業の制限に関する県条例による禁止区域に入っていないことおよび、右一日の営業所の地点が同条の四第一項の禁止区域に含まれていないことを確認したので、同所に本件個室付浴場業を開業することを決意した。

（2） そこで、原告代表者は、昭和四三年四月頃右（1）の地点の土地を購入した上、建築士の訴外kに右営業所建設の設計を依頼し、同年五月一日、同訴外人を介して右営業所用建物の建築確認を申請し、これに対し同月二三日に至つて漸く確認がなされたので、同月三〇日右建物建設に着手した。

（3） 原告は、同年六月六日山形県知事に対し、右建物を原告代表者から借受けた上、公衆浴場法に基づき、蒸気を使用する公衆浴場の許可申請を行つたが、同申請は公衆浴場法の定める許可条件をすべて具備していたのであるから速やかに許可がなされるべきであつたにも拘らず、それは異例に著しく遅延し、同年七月一日に至り漸くなされた。

（4） 他方、余目町は、右（2）のとおり、個室付浴場の建築確認をなし、かつ、原告の建築着手を認識しながら、原告のトルコ風呂営業に対する婦人団体などの反対の声に左右され、にわかに右営業の妨害を企て、右浴場所在地の西方約一三〇メートルの地点にある元小学校の運動場跡に急拠砂場と便所を設けた上、これにつき同年六月六日頃、右三（一）のとおり認可申請をなし、同知事はこれを受け、右（3）のとおり原告への公衆浴場許可を故意に遅らせながら、右遊園については、わずか申請から四日後の同年六月一〇日これを認可したが、右遊園の実体は右1（1）（2）のとおりである。

（5） 右（1）ないし（4）の経過に照らすと、余目町と山形県知事は、原告の営業を妨害するため、殊更に、その営業禁止の理由の作出を共謀した上、一方では原告への公衆浴場許可を故意に引きのばし、他方ではその間に若竹児童遊園なるものを作り上げたことが明らかであつて、斯様な作為は法や濫用であり、原告代表者が右の禁止をおかしたことを理由に処罰されることは憲法第三条に照らして許されず、従つて右処罰が許されない以上、右罪をおかしたことを前提とする本件処分も許されない。

五、右四（二）に対する被告の答弁

- （一） その1は否認
- （二） その2（1）（2）は不知

(三) その2(3)は、そのうち、その主張の日に原告が公衆浴場許可申請をし、それに対し許可がなされたことは認、その余は否認

(四) その2(4)は、そのうち、その主張の如く認可申請があり、その主張の日に山形県知事が遊園の認可をしたことは認、その余は否認

(五) その2(5)は否認

第五、証拠関係(省略)

○理由

第一、請求の原因について(その(三)四を除く)

請求原因(一)(二)の事実は、いずれも当事者間に争いがない。

第二、抗弁等(本件営業停止処分の適否)について

一、本件処分理由たる事実の存否

(一) 本件遊園と原告の営業所の距離が約一三四・五メートルであること、および、余目町は、山形県知事に対し本件遊園設置の認可申請をなし、これに対し昭和四三年六月一〇日同知事により、右遊園の認可がなされたことは、当事者間に争いがなく、成立に争いのない甲二号証の五によれば、余目町が認可申請をした日は、同月四日であることが認められ、これに反する証拠はない。

(二) 成立に争いのない乙二号証の一ないし二九、第三号証の一ないし一七、第四号証の一ないし二二、第五号証の一ないし一五、第六号証の一ないし八、第七号証の一ないし一四、および弁論の全趣旨を総合すれば、原告会社の女子従業員六名は、昭和四三年八月頃から翌昭和四四年二月八日頃までの間、原告会社個室浴場内において、その客六四名に対し、九三回に亘つて、身体の洗い流し、マツサージ、手淫(スペシャル)、相互手淫(ダブルスペシャル)をするなどして、異性の客に接触する役務を提供し、原告会社を管理している原告会社代表取締役aはこれを放置容認し、トルコ風呂営業を営んだこと(以下本件行為という)が認められ、これに反する証拠はない。

二、原告の本件行為に対する風俗営業等取締法第四条の四第一項、第四項を適用することの適否につき

(一) 本件遊園認可の適否

1、実体法的考察

(1) 児童福祉法第四五、四六条には、厚生大臣は児童福祉施設の設備および運営等につき最低基準を定めなければならない、都道府県知事等の行政庁は、右基準を維持するため、その実施につき監督しなければならない旨、同法第四〇条には、児童遊園等の児童厚生施設は、児童に健全な遊びを与えてその健康を増進し、又は、情操を豊かにすることを目的とする施設とする旨、昭和二三年一月二九日厚生省令第六三三号児童福祉施設最低基準第六〇条第一号には「児童遊園等屋外の児童厚生施設には、広場、ぶらんこ及び便所の外、必要に応じ砂場及び滑台を設けること」と、同第六一条には「(1)児童厚生施設には、児童厚生員(児童厚生施設において、児童の遊びを指導する者をいう。以下同じ)を置かななければならない。

(2) 児童厚生員の左の各号の一に該当する者でなければならない。(一)寮母の資格を有する者(二)(略)」と各規定されているので、これを本件にあてはめると本件遊園の設備等が右最低基準に達しており、かつ、その環境等が右児童厚生施設の目的に合致するものであれば、その認可は、実体法的意味においては適法であると解するのが相当である。

(2) 最低基準に達しているか否か

イ 成立に争いのない甲二号証の一ないし五、第六号証、証人f、同n、同eの各証言および検証の結果を総合すれば、本件遊園は、昭和四〇年廃止された元の余目町立常万小学校の校舎跡と、その校庭の一部であつて、その総面積は約一、二〇〇平方メートルで、右一(一)の認可前、その一週に常万部落が建てた部落公民館があつたところ、同公民館は右認可申請の際、余目町が右部落から寄付を受けた上、これを木造トタン葺平家建四六・二平方メートルの、屋内遊戯場に収造し、右認可申請時は、約一、〇〇〇平方メートルの広場の外二連式ブランコ二基、六段式鉄棒一連、オーシヨンウエーブ一基、一三・三平方メートルの砂場、右遊戯場に卓球台一台、三・三平方メートルの便所、水炊場等の設備があり、これらの多くは右の旧常万小学校が使用していたもので、老朽化しているが、以後相当の間使用可能であること、児童厚生員として三名(うち二名は寮母の資格を有する者)が配置予定となつていて、同厚生員のうち、寮母の資格を有する二名は、同町立若竹児童館と、他の一名は同町役場と、各兼務であるが、いずれも、本件遊園における児童の遊びを指導できる勤務体制(右若竹児童館の職員が多いこと、および距離、時間関

係等)にあること(現に、右認可後、寮母の資格を有する右児童館児童厚生員nは本件遊園において、右遊びの指導を行つている)、右常万部落の住民においても、本件遊園の設置に積極的協力体制にあり設備と遊具の維持管理にあたることを承認していたこと等の事実が認められ、これに反する証拠はない。

ロ 右イ認定の事実によれば、本件遊園は、右(1)の劣令に定められた最低基準に達しているものと認めるのが相当である。なお、本件遊園には滑台がないが、右省令の、滑台設置は必要に応じ設ける旨の規定の体裁からすると、滑台の存在は必須条件にはなつていないものと解するのが相当である。

(3) 環境等が児童福祉施設の趣旨、目的に合致しているか否か
イ 成立に争いのない甲第一号証の一ないし二、証人eの証言検証の結果および弁論の全趣旨によれば、本件遊園から東方約一〇メートルの雑木林の中には、道祖神があり、その回りには男性性器および女性性器の交合を型どつた計五個の石工物があり、本件遊園内東端には、牛馬の種付け場又は牛馬の爪切りに使われたと見られる四本柱の木造建築物(屋外)があること、右木造建築物は最近は全く使用されておらず、右道祖神は林の中にあつて本件遊園から見とおすことができず、かつ、それは数十年前設置されたもので、旧常万小学校の児童の目に触れることもあつたが、児童に対し、教育上の支障が生じたことはなかつたことその他、特に本件遊園につき、児童の情操上、悪影響をもたらす施設等は存しないことが認められ、これに反する証拠はない。

ロ 右イ認定の事実によれば、右石工物および木造建築物の存在は本件道園の環境を特に悪化させるものでなく、従つて全体的にみて、本件遊園はその環境上、児童厚生施設の目的に合致しているものと認めるのが相当である。

(4) 右(2)(3)によると、本件遊園認可行為には、実体法的にみて、違法事由は存在しない。

2 手続法的考察

(1) 原告が、被告代表者知事に対し、本件公衆浴場許可申請をしたのは昭和四三年六月六日であることは当事者間に争いがなく、その許可がなされたのが同年七月三十一日であり、訴外余目町が同年六月四日右知事に対し、本件遊園の認可申請を行い、同月一〇日その認可を得たことは、右第一および第二、一(一)認定のとおりである。

(2) 風俗営業等取締法第四条の四第一項によれば、認可された児童福祉施設の周囲二〇〇メートル以内の地点においては、既に公衆浴場法第二条第一項の許可を受けてトルコ風呂業を営んでいる者を除いては同営業を営むことができないとされているから、右(1)によると、本件遊園の認可以降、原告は仮に知事からその許可を得ても、トルコ風呂業を営むことはできない(従つて、できるのはトルコ風呂業以外の公衆浴場営業のみであり、もし、その逆の順で許認可がなされた場合は、遊園認可申請者は、その二〇〇メートル以内の地点に、児童福祉の趣旨からみて必ずしも好ましくないトルコ風呂施設を有したまま、右遊園を開かざるをえなくなる)。

(3) 一般に、事実上又は法律上その利益(本件においては原告の、トルコ風呂営業を営む利益と、余目町の児童遊園の近接地において児童福祉上好ましくない施設を営業させたくない利益)が衝突する、右(1)の如き二つの申請が競合している場合、許認可権者としては、許認可申請の順位に従い、その申請の可否を判断し、許認可のための法律上の要件を備えているものから順次その申請の許認可の決定をする(本件遊園の認可は、児童福祉法の規定の仕方からみて、羈束行為と解するのが相当である)、のが法の一般原則たる信義則又は公平の原則に合致するものと言うべきであり、従つて、特段の事情のない限り右の方法によりなされた許認可は適法であると解するのが相当であるところ、本件においては、右1(2)(3)のように、本件遊園の認可申請時には、その認可のための実体的要件が備わつており、(その後補正したのではない)かつ、右(1)のように、本件遊園の認可申請が、トルコ風呂営業許可申請より先順位であるから、特段の事情のない限り知事の認可行為は、手続法的に見て、適法と認めるのが相当である。

(4) 右(3)の特段の事情の存否

イ 成立に争いのない甲第二号証の一ないし五、第三号証、第四号証の一、二、第六号証、証人e、同g、同h、同i、同kの各証言、原告代表者本人尋問の結果および弁論の全趣旨を総合すると、次のような事実が認められ、これに反する証拠はない。

A 原告代表者aはかねてからトルコ風呂営業をしたいと考え、各地において、そ

の立地条件や法律制限の有無等につき調査した結果、余目町が最適であるとの結論に達し、かつ、原告の現営業所の地点が風俗営業等取締法第四条の四第一項の禁止区域に入っていないこと（その際、認可前の本件遊園も調べている）を確認したので、昭和四三年三月頃右地点に、トルコ風呂営業所設置のための土地を買入れた。

B 右Aの土地買入れ後aからトルコ風呂建設のための設計を依頼された測量士の訴外kは、右建築予定地点にはトルコ風呂営業を阻む法的制限がないことを確かめたうえ、その後約一ヶ月の間山形県土木部建築課の指導を受けながら右設計を行った。

C 同年五月一日aは、右Bのkを介して、余目町に対し、トルコ風呂営業用建物の、建築確認申請を行い、同申請書は同日中に山形県鶴岡建設事務所で、同月一日三日同県土木部建築課で、各受付られ、これについて同県建築課、環境衛生課および同県警察本部とが合議をしたうえ、同月二三日右aにその確認通知がなされた。

D 右Cの確認通知と同時にaは、同項の建築課から、近く、余目町において、トルコ風呂営業用建物建築予定地より約一五〇メートル離れた児童遊園地を、児童福祉法第七条に定める児童福祉施設とする動きがあり、それが実現された場合は、トルコ風呂営業は、風俗営業等取締法の場所規制に抵触することになる旨の注意書を受取った。

E aは同月三〇日トルコ風呂営業用建物の建設に着手し、同年六月六日原告会社を設立した上、右（1）のとおり同日中に山形県知事に対し、原告において蒸気を使用する公衆浴場の許可申請を行いこれについての許可は、申請後五九日経過している。

F 同年五月初旬頃から、余目町民間に、原告のトルコ風呂営業が開始されるとの噂が広まり、そのころ同町長は、同町常万部落民、山形県婦人連盟および同町連合婦人会等から、右トルコ風呂営業を阻止されたい旨の陳情をうけたが、右陳情団から、トルコ風呂営業所の近くに県公認の児童遊園があればトルコ風呂営業を阻止することができる旨を聞知したので、同月下旬頃、同町議会議長、同町連合婦人会長らとともに、山形県庁に赴き、知事に対し、その権限で右トルコ風呂営業の開始を阻止されたい旨の陳情を行った。

G その頃余目町は、山形県知事に対し、本件遊園設置の認可申請を行ったが、手続上の要件不備で却下され、それを補正して改めて申請するまで一〇日間位の期間を要した。

H 右Gの後同町長は、再び県に赴き、県議会の厚生常任委員会に右Fと同旨の陳情を行ったが、同委員会では、認可された児童遊園があれば、トルコ風呂営業を阻止できる旨の話がかわされていた。

I 右FないしGの経過をたどり、右（1）のとおり、本件遊園設置の認可申請とその認可がなされた。

ロ 右イ認定の事実によれば、次のような判断ができる。

A 被告山形県および余目町は、いずれも、当初原告に対し、近い将来、原告をしトルコ風呂営業が可能であるとの観念を抱かせるような態度（aからのトルコ風呂設置についての相談に協力し、かつ、建築確認をしたこと等）を示しながら、特に余目町は、同町婦人団体などからの、トルコ風呂営業阻止の陳情に遭い、にわかには翻意しトルコ風呂営業を阻止するため、その手段として本件遊園設置の認可申請を行い、被告代表者知事も、余目町の右目的を認識しながら、右申請を認可したものと認めるのが相当であり、斯様な経過による同認可は甚だ当を得ないものとされる余地がある。

B そこで、先づ右Aの建築確認を行いながら、同建物によるトルコ風呂営業を不可能化した本件遊園認可の当否について考えると、右確認の時点において、トルコ風呂営業を阻害するに足る事由（認可された本件遊園の存在）は存在しなかつたことと、および建築確認という行政行為は、当該建築物が建築基準法に定める基準に合致していれば、これを行わざるを得ない性格のものであることからすると、トルコ風呂営業用建物についての建築確認がなされた一事をもつて、被告代表者知事が、本件遊園の認可よりも先に、後順位申請のトルコ風呂営業の許可をしなければならぬという拘束を受ける理由にはならないものと言ふべきであり、次に右知事において余目町の本件遊園認可申請が原告のトルコ風呂営業阻止が主たる目的であることを認識しながらなした本件遊園認可についても、同申請行為は余目町が自主的に法定したものであり、かつ、客観的に、申請の要件が具備している限り、知事はこれに従つて認可すべき立場（右（3）の如く羈束行為）にあるから、右認識は、

認可行為と無関係であると言ふべきであり、これらによると、被告代表者知事に存する右Aの事情をもつて本件遊園の認可が違法となるものではない。

付言するに、aが、営々として築きあげた開業資金により本件トルコ風呂の開業に着手し、具体的にその建物を建て始めるに至つてから、同営業を法的に阻止する目的をもつて、児童遊園としては、その設備上必ずしも充分であるとは言い難い、旧常万小学校校庭跡地を児童遊園として認可申請に及んだ余目町の行為は、原告に対する関係において、所謂、営業妨害的行為と言わざるを得ず、職業選択の自由を保障した憲法第二二条、財産権の不可侵を規定した同法第二九条の各精神にてらし、極めて妥当性を欠くものと言わざるを得ない。

ハ 右口によると、本件遊園認可行為には、手続法的にみてこれを違法とするに足る特段の事情は存在しないことに帰着する。

3、右1、2によると、本件遊園の認可は適法であるから、これが違法であることを前提として本件処分が違法であるとする、原告の主張は理由がない。

(二) 原告代表者を風俗営業等取締法第四条の四第一項違反として処罰することが憲法第三条に違反するか否か

原告が憲法第三条違反であると主張するところは、要するに、余目町と山形県は、原告のトルコ風呂営業を妨害するためその営業禁止の事由の作出を共謀し、一方では原告に対する、右営業許可を引きのばし、他方では、その間に、本件遊園を作り上げた、というものであるが、右(一)2(1)(3)のとおり、右浴場許可申請は、本件遊園の認可申請後のものであり、かつ先順位申請に対する認可が先行するのが適法であるから、右浴場許可がその申請後五九日も経てからなされたことの当否はともかくとして、右主張が理由のないものであることが明らかであり、他に同法第三条に違反すると認めるに足る事由は存しない。

(三) 右(一)(二)によれば、本件処分は適法であると言ふべきである。

第三、結語

よつて、原告の本訴請求は、その余について判断するまでもなく、理由がないからこれを棄却し、訴訟費用の負担につき民事訴訟法第八九条を適用して主文のとおり判決する。