

# 法と公共政策メジャーへの招待

— 薬事法事件にみる法と政策の関係を中心に —

川 又 伸 彦

## はじめに

日本では2020年の春から始まったCOVID-19（いわゆる新型コロナウイルス — 以下「新型コロナ」）感染症の流行・拡大は、さまざまな新たな問題を浮かび上がらせました。たとえば「日本では法律上のハードルがあるために、欧米諸国で取られているロックダウン（都市封鎖）はできない<sup>(1)</sup>」という状況をどのように考えたらよいのかというような問題です。なぜ日本の法律はロックダウンができない内容なのか、なぜ法律を改正してロックダウンができるようにしないのか、あるいは都市が封鎖されて休業することになった店やそこでバイトしている人への収入の補償はどうするのかなど、いろいろと疑問がわいてきます。「法と公共政策メジャー」では、このような法と

公共政策にかかわるさまざまな問題を考えるための理論的な道具を学びます<sup>(2)</sup>。この道具を提供するのは、法学と公共政策学です。

ここでは、私の専門である憲法学を素材に、法学、つまり法を学ぶということ、そして法と公共政策とのかかわりについて、なるべくわかりやすくお話ししたいと思います<sup>(3)</sup>。

## 1. 法学で学ぶこと

### 条文暗記は不要

さて、法を学ぶというと条文を覚えること、法を学んだ人とは、何かあったときにスラスラと暗記している条文を示して、スパッと問題を解決できる人とイメージしていませんか？ 法学とは、いわばマニュアルのように法律を覚えて、問題を処理できるようになることだと思いませんか？

- (1) ロックダウンの代表的な内容の一つは、外出の原則禁止です。日本は、禁止ではなく「自粛」でした。この自粛は、新型インフルエンザ等対策特別措置法が定める「感染を防止するための協力要請等」（45条）が根拠になっています。条文を抜粋します。「特定都道府県知事は、……新型インフルエンザ等のまん延を防止……するため必要があると認めるときは、当該特定都道府県の住民に対し、……生活の維持に必要な場合を除きみだりに当該者の居宅……から外出しないこと……（について）……協力を要請することができる。」つまり、外出しないことの協力要請のみが定められています。罰則付きで外出禁止を定める規定はありません。
- (2) 本稿では、これらの問題に答えることはしません。関心のある人のために、さしあたり次の文献を紹介しておきます。大林啓吾編著『感染症と憲法』青林書院、金井利之『コロナ対策禍の国と自治体』ちくま新書。
- (3) 公共政策学については、齋藤友之「法と公共政策メジャーへの招待」本誌第146=147号（2016年）33頁以下に、詳細で、しかもわかりやすい説明があります。また、法と公共政策メジャーに所属するメンバーによる、それぞれのアプローチによる「招待」がありますので、ぜひご参照ください。土川信男「『法と公共政策』メジャーの紹介、そして「政治史」という科目について」本誌149=150号（2017年）21頁、藤井まなみ「法と公共政策メジャーへの招待」本誌152=153号（2018年）31頁、江口幸治「法と公共政策メジャーへの招待」本誌157号（2019年）23頁、芝園子「法と公共政策メジャーへの招待」本誌160号（2020年）31頁、田平恵「法と公共政策メジャーへの招待」本誌163号（2021年）31頁。

確かに、そのような場合もあります。たとえば、17歳の男性が婚姻<sup>(4)</sup>しようとしたときに、「民法731条によれば、男は18歳にならないと婚姻できないから、君はまだだ」というようなときです。

では、次のような場合はどうでしょう。AさんとBさんが、学生支援機構に給付奨学金の申請をしたところ、Aさんは奨学金をもらえたけれども、Bさんは家計基準を満たさなかったので、もらえなかった。このとき、「憲法14条1項は『すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。』と定めているので、家計基準を理由にBさんに奨学金を与えないのは憲法違反の差別だ。」ということになるでしょうか。

条文を覚え、その条文が差別を禁止しているから、差別は許されないと主張するのは、この例を考えると、すこし乱暴にみえるでしょう。では、なぜ乱暴にみえるのでしょうか。それは、給付奨学金に家計基準を設けること、つまり家計の状況からみて真に奨学金を必要とする人だけにのみ（あるいは優先的に）与えることが、限られた資源の有効活用だというような合理的な理由があるからでしょう。そして、そのような合理的な理由のある別扱いまで、「差別」とするのは、かえって適当とはいえないと感じるからでしょう。

そうすると、条文を覚えたとしても、それだけ

では、必ずしも問題の解決にはつながらないことになります。というより、そもそも条文だけをみていても、学問的な興味がわくとは思えません<sup>(5)</sup>。法を学ぶことの目的は、条文を覚えることではありません<sup>(6)</sup>。

### 生きた人間社会を学ぶ

尾高朝雄<sup>(7)</sup>という、私が法学部1年の頃から読んで影響を受けた法哲学者<sup>(8)</sup>に、つぎのような文章があります。

「昆虫採集をしたり、文学書を読んだりすることに寝食を忘れる人はあるが、六法全書が飯より好きだと思う人はいない。法学は、学問としては、決して人気のある方ではない。むしろ、法学は、味も素気もないつまらない学問として通っている。（しかし）……法は活社会の活秩序であり、……その『意味』をとらえ、その『精神』にふれるならば、法学は、無味乾燥どころか、生きた人間社会の生きた学問と直結する活学問であることが知られる。<sup>(9)</sup>」

つまり、法を学ぶとは、条文のみではなく、その背後にある人間社会も学ぶということです。

### 社会の変化と法解釈の変化

最高裁判所（以下「最高裁」）は、平成25年に非嫡出子<sup>(10)</sup>（婚外子）の法定相続分を嫡出子（婚内子）の法定相続分の2分の1としていた民

(4) 法の世界では、「結婚」とはわずかに「婚姻」といいます。ちなみに、日常会話では離婚のことも離縁といいますが、法では離縁は養子縁組を終了させるときに使います。つまり、夫婦関係ではなく、養親子の親子関係に使われます。

(5) 「酒に酔って公衆に迷惑をかける行為の防止等に関する法律」という法律があり、酔っぱらって人に迷惑をかけると警察に捕まるなどと、雑学的に興味を覚えるのは別です。

(6) もちろん、一定の基本的な条文は覚えるべきです。

(7) 尾高朝雄の母方の祖父は、2021年のNHK大河ドラマ「青天を衝け」の主人公で、埼玉県出身の渋沢栄一です。尾高は、歯科治療の際に用いられたペニシリンによりショック症状を起こして急逝しました。彼の死は、薬害問題が注目されるきっかけにもなりました。新型コロナワクチンの副反応問題にも通じますね。

(8) 法学には、法を哲学的に考察する法哲学という分野もあります。

(9) 尾高朝雄『法学概論（新版）』有斐閣4頁。ちなみに、私が最も読んだ彼の著作は、『法の窮極に在るもの（新版）』有斐閣です。

(10) 父母が法律上の婚姻関係にない子を、民法上、こう呼びます。なお、「非」嫡出子という呼び方は、本来の子どもの在り方は嫡出子であるのに、それから外れた子どもという、取りようによっては差別的なニュアンスを含むとして、今日では、これを使わず、婚外子という表現を使うことも多くなっています。この言葉の選択（言い換え）も、社会の家族観の変化を反映したものといえます。

法 900 条 4 号ただし書（当時）を、憲法 14 条 1 項に反すると判断しました<sup>(11)</sup>。この決定において、次のようなことがいわれました。

「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきた……法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」。

つまり、社会の変化によって婚外子の家族における立場にも変化が生じたのであり、法定相続分を 2 分の 1 とする理由が失われたとしたのです。実は、最高裁は、この判決より 18 年前の平成 7 年には、この規定を憲法に違反しないとしていました<sup>(12)</sup>。ですから、条文はそのままでも、変化する人間社会における婚姻・家族の在り方の観察が、この新たな判断を導いたということができましょう。憲法 14 条や民法 900 条を眺めていただけでは、このような判断は出てきません。この背後にある人間社会における婚姻観の変化に目を向けて、初めて理解できる判断です。

### 法解釈の前提

法学では、このように、条文を、社会の状況に応じて、どのように解釈するのがより適当なのかを考えます。また、このことは、条文の意味が、常に一つであるとは限らず、複数存在しうること、そしてその中から最も適当と考えられるものを、説得力のある理由に基づいて選択することが求められていることを意味します。そして、法学の分野は、公法、民事法、刑事法のように分かれますが、解釈の前提となる基本的なものの考え方は、

それぞれの分野によって異なります。この基本的なものの考え方の違いを理解することは、法解釈のさまざまな技法を理解する以上に重要といえます。法的なものの考え方をリーガルマインド (legal mind) といいますが、法学とはこれ自身をつけることであるともいわれます。

さらにいえば、法学は、条文そのものだけを相手にしているわけではありません。たとえば、条文の前提として条文が形成する制度を支える理念を考察することがあります。日本国憲法は、25 条 1 項<sup>(13)</sup> で生存権を保障するなど、いわゆる社会権において、日本という国家が社会福祉国家であり、社会・経済的弱者を救済することを国家の役割として定めています。しかし、憲法 29 条 1 項<sup>(14)</sup> では不可侵の財産権を定めていて、これは経済体制としては自由主義経済を採用したものと一般に理解されています。そうすると、これらの規定から、日本国憲法は、自由主義経済を基本におきつつも、自由な経済活動のもたらす弊害を是正し、社会福祉国家的な観点から、経済活動を政策的に制限することも認めるのであり、そのような役割を国家に課している<sup>(15)</sup> ということができます。

話が大きくなり、また、抽象的になってきたので、経済活動の政策的制限が裁判で争われた薬事法事件をみることで、より具体的に考えてみましょう。

## 2. 薬事法事件の背景

この事件では、社会問題に対処する経済政策の提案、その政策を実施するための法律制定（改正）、その法律の憲法適合性を否定した判決という一連の流れで、経済学、公共政策学、法学が交錯しています。時代背景などもみながら、検討してみま

(11) 最高裁大法廷平成 25 年 9 月 4 日決定（民集 67 巻 6 号 1320 頁）。

(12) 最高裁大法廷平成 7 年 7 月 5 日判決（民集 49 巻 7 号 1789 頁）。

(13) 憲法 25 条 1 項 すべて国民は、健康で文化的な最低限の生活を営む権利を有する。

(14) 憲法 29 条 1 項 財産権は、これを侵してはならない。

(15) さらに、この役割を国家はどこまで引き受けるべきなのかというような議論もあります。

しょう。

### (1) 時代背景

この事件の発端は、昭和32年(1957年)の後半ごろから、大阪市平野町(当時)の現金問屋の一部が大衆薬を卸売価格で小売りを行ったところ、附近の小売業者(薬局)がこれに対抗して大幅な値引き販売を行い、価格競争に発展したことです<sup>(16)</sup>。これは、戦後の食糧難の時期、不足する栄養を簡単に補えるとしてビタミン剤などが売れ始め、この需要がその他の大衆薬<sup>(17)</sup>にも及んだことが背景にあります。また、いわゆる高度経済成長期が始まり、国民の購買意欲が向上したこと、商品販売の方法として、いわゆるスーパー形式、ディスカウント形式が始まり、このスーパーなどが、お客を呼び寄せるための目玉として医薬品も提供するようになったことも、薬乱売の原因です<sup>(18)</sup>。

この薬の乱売の過当競争は、大阪から各都市に波及していきました。また、価格競争に耐えられない小売店の倒産なども、起きていました。このような薬の乱売合戦は、東京都豊島区池袋での大廉売合戦で頂点に達します。

### 池袋大廉売合戦

池袋大廉売合戦は、昭和34年(1959年)末に始まります。この年の12月8日に、池袋駅西口に三共薬品という大衆医薬品のディスカウントストアが開店し、大幅な値引き価格で薬の販売を始めました。これにより大打撃を受けた都内の業者は、対抗して、翌年2月7日に「都内の卸・メーカー、小売の三者協議会を母体とする三協薬品総本店を三共から約五〇メートルの場所に開店し、四～六割引きで販売し始めた。しかし、三共側も

同日のうちに三～七割引きの逆攻勢に出て、両『サンキョウ』の販売競争は激烈の極に達しようとしていた。』<sup>(19)</sup> わずか50メートルの距離を隔てて、二つの店が値下げ競争を行ったのです。

### 行政の介入

このため、三協薬品総本店が開業してすぐの、2月10日に、厚生省が薬の乱売は薬の品質や信用の低下をもたらすため保健衛生上好ましくないという理由で、東京都衛生局に対して、過剰な宣伝などを中止させるよう指示しました。衛生局は、翌日に過剰な宣伝の中止を勧告し、さらにその翌日の12日に、三共薬品の代表者、三協薬品総本店の代表者、そして東京都薬業協同組合連合会長を集めて、宣伝合戦を行わない旨の誓約書を求めました。これに対して「三共は『宣伝はしないが割引販売は続ける』、三協も『これでは乱売問題の根本的解決にはならない。われわれは三共をつぶすのが目的で、今後も安売りを続ける』……と両者とも強気で、乱売問題は收拾されそうになかった。」<sup>(20)</sup> この乱売合戦は、行政が問題視するだけではなく、社会的にも問題となり、マスコミでも注目を集めました。

### 2つの政策課題

このような事態は、不良医薬品等の流通・販売による国民の健康に対する危険という観点からも、過当競争による問屋や薬局等の経営破綻という観点からも、無視することはできないでしょう。国民の健康は、いうまでもなく国が守るべき利益ですから、何らかの政策を講じることが求められるでしょう。

では、過当競争による経営破綻は、どうでしょう。自由競争を徹底するなら、競争の勝ち負けは

(16) 以下の記述は、厚生白書(昭和38年度版, [https://www.mhlw.go.jp/toukei\\_hakusho/hakusho/kousei/1963/dl/06.pdf](https://www.mhlw.go.jp/toukei_hakusho/hakusho/kousei/1963/dl/06.pdf)) および、吉川和弘「薬局距離制限事件」田中二郎、佐藤功、野村二郎編『戦後政治裁判史録第4巻』第一法規67頁以下によります。なお、この当時は、厚生労働省ではなく、厚生省です。

(17) 厚生白書(注16)2頁によれば、「ビタミン剤、その他の代謝性医薬品等の保健栄養剤及び胃腸薬、感冒薬等と称されているものなど、いわゆる大衆向けのもの」です。

(18) 厚生白書(注16)5頁。

(19) 吉川前掲(注16)68頁。

(20) 吉川前掲(注16)69頁。池袋の乱売合戦は、結局、昭和35年12月に両方が閉店するまで続きました。



当然に生じることで、負けた側に対して国の資源を投じて救済を図る必要はないといえるかもしれません。けれども、経営基盤の弱い中小の薬局を、大資本のスーパーなどとそのまま競争させて、弱肉強食を放置することが妥当なのか、その結果発生する生活困窮者をどうするかは、政策的な問題となります。とくに、憲法 25 条がいわゆる生存権を保障していることに鑑みれば、むしろ救済のための政策を考えることが求められるともいえるでしょう。

このように考えると、国民の健康を守るという課題と、経営基盤の弱い企業の保護・救済という 2 つの政策課題が、国に課されているということができます。

### 生産流過程の問題

なお、薬の価格を低下させた要因には、当時の薬、とくに大衆薬の生産流過程の問題もあったようです。すなわち、昭和 20 年代後半には医薬品の生産は飛躍的に伸びていて、医薬品メーカーは「直接に消費者に対する宣伝合戦を繰り広げていた。さらに、メーカーは新薬を連発し、それを各問屋に強制的に押し付ける。……問屋は以前の薬をさばききらないうちに新たな大量の……商品を押しつけられ、資金繰りができない問屋は現金問屋に安く売り渡すことになる。……流過程の実態からみると、生産過剰——宣伝合戦・問屋の弱体化——乱売という図式が成り立つのである。」<sup>(21)</sup> 薬売のもとで、競争のために経営が苦しくなるのは、小さな薬局だけでなく、問屋も同じでした。

## (2) 薬事法改正と適正配置規制をめぐる判例

### 昭和 35 年の薬事法改正

池袋大廉売合戦に対して、国会は早い段階で反応をみせました。

まず参議院は、合戦が始まって間もない昭和 35 年 2 月 11 日に、日本薬剤師会会長でもあった高野一夫議員が、社会労働委員会で、この問題を取り上げました<sup>(22)</sup>。衆議院でも、同年 3 月 18 日に、やはり社会労働委員会で参考人からの意見聴取が行われています<sup>(23)</sup>。そして、こういった状況のなかで、薬事法改正の議論がなされます。

当時の薬事法は、昭和 23 年に制定されたものでした。この見直しについて、昭和 34 年に厚生大臣が薬事審議会に諮問し、昭和 35 年 2 月に答申が出ました。昭和 35 年の薬事法改正は、この答申に沿ったものです。本稿の関心に関わる改正は、薬局を登録制から許可制に変えたことです。

そして、なによりこの審議で注意すべきは、許可基準に適正配置規制（代表的なものとして、既存の薬局から一定の距離を置かなければならないとする距離制限）を導入するか否かです。この適正配置規制には、参考になる最高裁判例がありました。昭和 30 年 1 月 26 日に出された、公衆浴場の距離制限合憲判決<sup>(24)</sup>です。この判決で適正配置規制（距離制限）が認められていたために、許可基準に適正配置規制も盛り込もうという主張が有力になされました。しかし、この時点では、適正配置規制の導入は見送られました。

### 公衆浴場適正配置規制合憲判決

ここで、公衆浴場事件<sup>(25)</sup>を概観しておきましょう

(21) 吉川前掲（注 16）7 頁。

(22) 第 34 回国会参議院社会労働委員会議事録第 4 号（<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detailPDF?minId=103414410X00419600211&page=7&spkNum=19&current=12>）7 頁以下。

(23) 第 34 回国会衆議院社会労働委員会議事録第 19 号（<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detailPDF?minId=103404410X01919600318&page=1&spkNum=0&current=6>）1 頁以下。

(24) 最高裁判所大法廷昭和 30 年 1 月 26 日判決（刑集第 9 卷 1 号 87 頁）。

(25) この事件の当時は、自宅に浴室がないのがむしろ普通で、一般の人は公衆浴場（銭湯）に通っていました。自宅に浴室のある割合は、戦後徐々に向上しますが、判決が出てから約 10 年後（昭和 43 年）の東京都で 42.2 %です（<https://www.shouhiseikatu.metro.tokyo.jp/chousa/yokujyo/kyougikai/documents/1904shiryou5.pdf>）。

う。

この事件では、公衆浴場法の適正配置規制が憲法22条1項の職業選択の自由を不当に制限するかが争われました。最高裁は次のように判断しています。

公衆浴場の「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き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きたすおそれなきを保し難い。このようなことは、……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、従って、公衆浴場の設置場所が適性を欠き、その偏在乃至濫立を来すに至るがごときことは、公共の福祉に反する」から、適正配置規制は憲法22条1項に違反しない。

この判決には、「経営を経済的に不合理ならしめ」という公衆浴場業者の経営への配慮と、「衛生設備の低下」という国民の健康への配慮が示されています。ただ、「国民保健及び環境衛生の上から、出来る限り防止する」としているのも、後者に重きを置いているようにも読めます。薬局の乱売合戦で問題となっていた過当競争による経営悪化と国民の健康不安という政策課題は、ここにもみることができ、そして、最高裁は、この二つの課題、とくに健康不安解消のため、適正配置規制は憲法上許されると判断したのです。

昭和35年の国会での議論は、この点を踏まえて、薬局についても適正配置規制を導入することが主張されたのでした。そして、この主張は、2年後の昭和37年の薬事法改正で実を結びます。

### 昭和38年の適正配置規制導入

昭和37年4月に、厚生省は、薬局許可申請の取扱いについての通知を、各県知事に宛てて出します。この通知ではスーパー規制が強調され、

「既存業者との話し合いがつかない限りは許可すべきではないこと等も指示している……適配規制はスーパーの進出阻止のための有効な手段と考えられた<sup>(26)</sup>」のでした。ここでは、二つの政策のうち、経営基盤の安定化、すなわち既存業者の保護のための自由競争制限のみが挙げられていることに注意が必要です。

そして、翌年昭和38年に適正配置規制を導入する薬事法改正案が国会で審議されます。この改正案は、前出の高野一夫議員らによる、議員提案です。3月26日の参議院社会労働委員会における提案理由は次のとおりです。

「医薬品の調剤及び供給の業務に携わっている薬局、薬種商及び一般販売業のごときは、現在都市に集中し、繁華街に偏在乱設され……必然過当競争の激化となり、いわゆる乱売が行なわれ、その結果は経営の不安定を招来して、あるいは施設に欠陥を生じ、あるいは医薬品供給の適正を阻害する……。このことは、偏在乱設に大いなる原因があるばかりでなく、医薬品販売の特殊の使命感を持たずに、単なる営利事業として経営に当たる大企業体を実現することにも原因があると考えます。

現行の薬事法をもってしては、偏在乱設を防止する道もなく、一定の基準に適合すれば開設を許可するよりほかない状態にあるのであります。……これらの欠陥を是正して、乱設偏在を防ぎ、各自が適正なる医薬品の供給や調剤を行なうことができるようにいたしまして、国民の医療と保健に奉仕せしむべきであります。<sup>(27)</sup>」

この提案理由では、薬局の偏在（都市部集中）→ 過当競争 → 経営の不安定化 → 医薬品供給の適正阻害（＝不良医薬品販売）→ 国民の健康への悪影響 というストーリーが語られています。ただ、医薬品販売に「単なる営利事業として経営に当たる大企業体」が参入していることも問題と指摘しています。この大企業体が、スーパーを指

(26) 吉川前掲（注16）72頁。

(27) 第43回国会参議院社会労働委員会議事録第12号（<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=104314410X01219630326&current=7>）。

すことはいうまでもないでしょう。このため、「この適配規制は、『医薬品供給の適正』の名の下に市場への新規参入を制限して競争を排除し、特にスーパーを排除することによって、既存薬局の保護を図るもの<sup>(28)</sup>」という指摘がなされています。

国会の審議においては、3月28日の参議院社会労働委員会で、適正配置について憲法2条1項との関係について若干の議論はみられました。しかし、公衆浴場事件最高裁判決を根拠に問題なしとされ、3月29日に参議院本会議で可決、7月4日に衆議院本会議でも可決され、成立しました。そして、7月12日に公布され、即日施行されました。

また、この成立を受けて、各都道府県は、適正配置規制に基づく許可基準として、距離制限を条例で定めるようになりました。

### もう一つの適正配置規制事件

さて、薬事法事件をみる前に、もう一つ、適正配置規制をめぐる事件をみておきたいと思います。憲法の教科書<sup>(29)</sup>などで、薬事法事件と並んで必ず取り上げられている、小売市場事件です。小売市場とは、一つの建物などに小売店が複数集中して、一つの市場を形成するものです。最高裁は、次のように述べて、小売市場の適正配置規制を合憲と判断しました<sup>(30)</sup>。

「憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し……経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。……憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものということがで

き、個人の経済活動の自由に関する限り、……社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと憲法が予定し、かつ許容するところ（である。）……

個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量にゆだねるほかはなく、裁判所は、……立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限り、これを違憲としてその効力を否定することができる……（小売市場が許可制となっているのは）経済的基盤の弱い小売商の事業活動を適正に確保……（する）判断のもとに、その一方策として、小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によって将来されるであろう小売商の共倒れから小売商を保護するためにとられた措置であると認められ……中小企業保護政策の一方策としてとった措置ということができ」るから違憲とはいえない。

この判決では、小売市場を経済的弱者と位置付け、その保護のために一定の経済政策<sup>(31)</sup>をとることは憲法が求めているとしました。憲法は、徹底した自由経済ではなく、福祉国家的な「社会経済の均衡のとれた調和的發展」を企図しているとして、経済政策の一方策として経済的弱者保護のために、適正配置規制を導入し参入規制を行うことは許されるとしました。最高裁が、憲法の解釈として、日本が市場経済に政府の介入を認める福祉国家的経済を採用していること、そしてその故に経済的弱者保護の政策を採用しうることを述べたことは注目しておく必要があるでしょう。

### 3. 薬事法事件

さて、大変前置きが長くなりましたが、薬事法

(28) 吉川前掲注(16)74頁。

(29) たとえば芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第7版』岩波書店235頁以下、佐藤幸治『日本国憲法論 第2版』成文堂336頁以下。

(30) 最高裁大法廷昭和47年11月22日判決（刑集26巻9号586頁）。

(31) 学説は、この判決でいわれた「社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図る」ための規制を積極的規制、政策的規制としました。これに対して、国民の生命健康などを保護するための規制を消極的規制、警察的規制といます。

事件そのものをみることにしましょう。

## (1) 事実の概要

広島市、岡山市等に店舗を設けているスーパー角吉は、昭和38年6月25日に広島県福山市での医薬品販売業の許可申請をしました。この許可申請は、同年7月11日—改正薬事法施行日前日(!)—に、福山保健所で受理されました。しかし、広島県の当局は、審査を引き延ばし、薬局の配置基準を定める条例の制定をまってから審査を開始し、昭和39年1月27日に条例の定める配置基準に適合しない、つまり角吉の出店予定地の近隣にすでに既存の薬局があることを理由に、不許可処分を下しました。

そこで、角吉は、適正配置規制が憲法22条1項の職業選択の自由を不当に制限することなどを理由<sup>(32)</sup>に、訴えを提起しました。第1審は角吉の訴えを認めましたが、控訴審は、訴えを退けました<sup>(33)</sup>。そこで、角吉は、最高裁に上告しました。

## (2) 最高裁判所の判断要旨

最高裁は、次のように判断しました<sup>(34)</sup>。要旨<sup>(35)</sup>を紹介します。

### 職業選択の自由の意義

「憲法22条1項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有すると規定している。……職業は、ひとりその選択……において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体……においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがって、右規定は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動

の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。」

### 職業選択の自由規制の合憲性審査

「職業……の規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限も……それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。……裁判所としては、……立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。」

一般に職業の「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、狭義における職業の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うるためには、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し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に對

(32) もう一つ、行政法上の争点として、許可申請の審査は、申請時、つまり改正薬事法以前の法令に基づいて行われるべきか、審査時、つまり改正薬事法後の法令に基づいて行われるべきかというものがありました。

(33) 広島地方裁判所昭和42年4月17日判決(行裁例集第18巻4号501頁)、広島高等裁判所昭和43年7月30日判決(行裁例集第19巻7号1346頁)。

(34) 最高裁大法廷昭和50年4月30日判決(民集第29巻4号572頁)。角吉が許可申請してから12年後です。

(35) 裁判所の判決の要旨を「判旨」といいます。なお、読みやすいように、原文にはない見出しをつけました。判決原文は長文なので、ここではごく一部を紹介しました。時間を見つけて、原文全体をぜひ読んでみてください。法学では、判決原文を読むことはとても大切です。



する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである。」

### 薬事法の許可制の具体的検討

#### (a) 許可制自体の合憲性

「医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、不良医薬品の供給（不良調剤を含む。以下同じ。）から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができる……。」

#### (b) 適正配置規制の目的

薬事法の「適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給の防止のための手段であるにすぎないものと認められる。すなわち、小企業の多い薬局等の経営の保護というような社会政策的ないしは経済政策的目的は右の適正配置規制の意図するところではなく（この点において、最高裁判昭和……四七年一月二日大法院判決……で取り扱われた小売商業調整特別措置法における規制とは趣きを異にし、したがって、右判決において示された法理は、必ずしも本件の場合に適切ではない。）、……既存の薬局等にある程度の独占的地位を与える必要も理由もなく、本件適正配置規制にはこのような趣旨、目的はなんら含まれていないと考えられる。」

#### (c) 予防措置としての適正配置規制に求められる

##### 合理性の程度

「不良医薬品の供給による国民の保健に対する危険を完全に防止するための万全の措置として、……予防的措置を講じることは、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえない。しかし、

このような予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上是認されるためには、……このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とするというべきである。」

#### (d) 薬局偏在と不良医薬品販売の因果関係

「薬局の開設等について地域的制限が存在しない場合、薬局等が偏在し、これに伴い一部地域において業者間に過当競争が生じる可能性があることは、さきに述べたとおりであり、このような過当競争の結果として一部業者の経営が不安定となるおそれがあることも、容易に想定されるところである。被上告人は、このような経営上の不安定は、ひいては当該薬局等における設備、器具等の欠陥、医薬品の貯蔵その他の管理上の不備をもたらし、良質な医薬品の供給をさまたげる危険を生じさせると論じている。確かに、観念上はそのような可能性を否定することができない。しかし、……大都市の一部地域における医薬品の乱売のごときは、主としていわゆる現金問屋又はスーパーマーケットによる低価格販売を契機として生じたものと認められることや、一般に医薬品の乱売については、むしろその製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激しい販売合戦、流通過程における営業政策上の行態等が有力な要因として競合していることが十分に想定されることを考えると、不良医薬品の販売の現象を直ちに一部薬局等の経営不安定、特にその結果としての医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等に直結させることは、決して合理的な判断とはいえない……。競争の激化一経営の不安定一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のは、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。」

### 結 論

「薬局等の設置場所の地域的制限の必要性と合

理性を裏づける理由として被上告人の指摘する薬局等の偏在——競争激化——一部薬局等の経営の不安定——不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害という事由は、いずれもいまだそれによつて右の必要性和合理性を肯定するに足りず、また、これらの事由を総合しても右の結論を動かすものではない。

……本件適正配置規制は……全体としてその必要性和合理性を肯定しうるにはなお遠いものであり、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない。」適正配置規制は憲法22条1項に違反し、無効である。

### (3) 若干の考察

この判決は、許可制自体は許容されるけれども、許可基準である適正配置規制は違憲無効であるとしました。

#### 適正配置規制の目的

違憲無効の理由として、判決は、まず、適正配置規制の目的を「国民の生命及び健康に対する危険の防止」という消極的、警察的目的であるとします。そして、「薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給の防止のための手段であるにすぎない」「小企業の多い薬局等の経営の保護というような社会政策的ないしは経済政策的目的は右の適正配置規制の意図するところではな」として、小売市場事件で目的とされた経営基盤の弱い店舗の保護は、本件ではあてはまらないとします。被上告人（＝広島県知事）は、本件でも薬局を経営基盤の弱い、保護すべきものと主張したのですが、それが退けられたのでした。すでにみたように、国会の審議での適正配置規制提案理由では、過当競争を排して既存の薬局の経営の安定を図ることが不良医薬品販売抑制のために不可欠であるとされていました。しかし、最高裁は、この事態で本来の目的とすべきは国民の生命

健康の保護であり、薬局経営の安定は、そのため的手段と位置付けられました。薬局は小売市場とは性格が異なるとされたのです。そして薬局経営の安定が国民の生命健康保護という目的を達成するための手段ということになれば、目的達成手段の選択肢の一つにすぎないことになり、また、目的達成のためにふさわしいかなどの合理性が問題となります。

#### 手段の前提となる事実

最高裁は、次に適正配置規制という手段の合理性の検討を行います。被上告人は、国会での審議に基づいてこの手段の合理性を支える根拠として、薬局の偏在——競争激化——薬局の経営不安定——不良医薬品の供給という因果関係を挙げました。これに対して最高裁判所は、薬の乱売の原因は偏在による過当競争より、一部問屋やスーパーによる安売りや製造段階での過剰生産やメーカーの宣伝合戦がむしろ有力であるとしました。そして、不良医薬品供給対策の手段として、適正配置規制という手段は合理性を欠くとされました。ここでは、不良医薬品供給の原因となる事実について、被上告人と最高裁判所との理解の違いがみられます。適正配置規制を導入する際の国会の審議では、先にみたように、国民の生命健康保護に関連付けつつも、主に薬局の偏在の問題性が強調されましたが、それに基づいた被上告人の主張に最高裁は与しなかったのです。このことは、目的の段階で、薬局の経営の安定ではなく、国民の生命健康保護を真の目的と判断した段階で、示唆されていたとみることができます。この点について、次のような指摘もあります。「薬事法距離制限規定のように、国会が特定の業界の保護立法をあたかも国民一般の福祉に貢献する消極的警察規制であるかのように装って制定した場合には、裁判所は目的と手段との関連性を立ち入って審査し、十分な関連性がない場合には違憲無効とすべきである。<sup>(36)</sup>」この指摘どおり、目的と手段の関係性について、最高裁は十分な関連性がないと判断した

(36) 長谷部恭男『憲法 第6版』新世社248頁。

のでした。

この事件では、薬の乱売と不良医薬品販売という社会問題に対して、政府が採用した政策である適正配置規制を、最高裁が合理性のないものと評価しました。ここでは、適正配置規制によって制限される職業の自由という基本的人権の観点から、つまり法的観点から政策が評価され、合理性が否定されました。ここに、法と公共政策との交錯をみることができます。

### 基本的人権の許容範囲

ところで、判例は、具体的な考察に先立って、職業の自由の規制が憲法上許容される基準を提示していました。国民の生命健康を保護するというような消極的警察目的で職業の許可制を導入するときは、「許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」などです。事件に即していえば、不良医薬品の販売を防止するため、品質管理の徹底を義務付けるなどの、職業活動に一定の規制を設ける緩やかな手段で代替できるのであれば、職業選択そのものの制限である距離制限という強い手段を用いるべきではないということです。行政が公の利益を実現するための政策も、規制は、基本的に必要最小限にとどめるべきなのであり、基本的人権を不当に制限することは許されません。ここに政策の限界があります。薬事法事件判決は、そのことをはっきり示したものであることができます。

### おわりに

政策は、通常、法律によって具体化されます。いいかえれば、法律は政策立案の結果として生まれます。その法律は、憲法に照らして判断され、場合によってはダメだしされます。法と公共政策は、いわば相互にかかわりあっているといえます。

最後に、新型コロナ対策をもう一度考えてみましょう。ロックダウンのうち、外出の原則禁止は居住移転の自由制限という面を持ちます。店舗の営業禁止は、職業の自由の制限ですね。また、これにより生活が困窮すれば、生存権ともかわるでしょう。ヨーロッパでは、最近、ワクチン接種の義務化も議論<sup>(37)</sup>されていますが、これはどうでしょうか。これらの新型コロナ対策は、それが新型コロナ対策としてどこまで有効かという医学的な見地、対策がもたらす経済への影響という経済学的見地についてはよく取り上げられているといえます。しかし、それに加えて、そのような対策をとったとして、国民がどこまできちんと守るかという政策としての実効性も考える必要があるのでしょう。国民が守らなければ、対策として意味を持たないからです。さらに、そのような政策が規制する国民の権利・自由という観点からみて、そのような制限は合理的範囲なのかという法学的な問題もあります。

興味の尽きない法と公共政策の世界で、みなさんをお待ちしています。

(37) たとえば、2021年11月23日付テレビ朝日ニュース ([https://news.tv-asahi.co.jp/news\\_international/articles/000236032.html](https://news.tv-asahi.co.jp/news_international/articles/000236032.html)—2020年1月19日最終閲覧)を参照。