

# 経済法序説(2)

舟 田 正 之

はじめに

序 章

一 経 済 法

二 経 済 法 学

第1章 経済法の原理と展開

第1節 経済秩序と法秩序

一 社会秩序における経済秩序と法秩序

二 近代市民革命と近代市民社会

三 自由資本主義段階における経済と法

四 独占資本主義段階における経済と法

五 現代資本主義段階における経済と法

第2節 社会法と経済法

一 2つのモメント

二 社会法の生成と理論

三 社会法としての経済法（以上、前号掲載）

第3節 憲法上の経済的自由

一 経済的自由の多義性

二 財産権と経済的自由

三 経済的自由の制限に関する違憲審査（以上、本号掲載）

四 経済的自由の再構成

第4節 経済法の原理

第2章 競争秩序法

第3章 経済的規制法

## 第1章 経済法の原理と展開 (承前)

### 第3節 憲法上の経済的自由

#### 一 経済的自由の多義性

##### 1 経済的自由の諸内容

###### (1) 「国家からの自由」への縮小過程

(i) 本稿(1)の「近代市民革命における立憲主義と人権」(第1章第1節二)において、近代市民社会形成の特殊性につき、以下のように述べておいた。

- a. 近代市民革命は、国家・社会の総体を、他ならぬ人間が構成・組織するということを自覚的に遂行しようとした。
- b. それを、人々が新たに作り出した基本的制度 (Verfassung) の実定法化、すなわち、憲法 (Verfassungsrecht) の制定という方法で明示した。
- c. この基本的制度は、社会的生活連関を全体として秩序づけようとするものであり、とくに人権は、社会と国家をともに包括して組織する制度の原理であった。
- d. そこでは、「営業の自由」は、「独占・取引制限からの自由」として捉えられていた。

(ii) しかし、市民革命の後、ドイツについて言えば、19世紀の後半には、法実証主義の隆盛の下で、「営業の自由」は、国家権力に対する防御としての自由権(「国家からの自由」=消極的自由)として構成される。この国家権力に対する防御としての自由権という構成は、ドイツなど大陸諸国だけでなく、英米や日本においても広くみられるものである。

しかも、19世紀のドイツにあっては、「営業の自由」は、他の自由と同様に、「臣民の権利」または「公民の権利」(「公民権」)として認められたに過ぎず、それは国家(国王)が与えた権利・自由であって、「法律の留保」という制約の下で保障されたにすぎなかった。これはフランス革命の打ち立てた人権概念を否定する内容の概念であり、第2次大戦前の日本帝国憲法も同様であった。

ようやくワイマール憲法、また戦後の日本国憲法において、経済的自由は、

基本的人権、すなわち、すべての人の一般的自由の1つとして認められる。もっとも、それらの憲法においては、既に現代社会に特有の状況を踏まえ、広範な社会的制約に服すべきことが明示されている。すなわち、ワイマール憲法151条1項2文は、各人の経済的自由は「正義の諸原則」という限界内でとされ、日本国憲法22条1項にも「公共の福祉に反しない限り」という文言が付されている。

今日のドイツにおける「基本権」(Grundrechte)は、すべての人に対し認められる「人権」(Menschenrechte)と、ドイツ人に対し認められる「市民権(=公民権)」(Bürgerrechte)を含む概念である。この区別は歴史的には重要であるが<sup>1)</sup>、実定法上は、後者はドイツ国籍を持つ者とは完全には一致しないし、人権と市民権の区別は実務上わずかであるとされている<sup>2)</sup>。日本では、一般にこの区別は行われず、ドイツの基本権が日本における(基本的)人権にほぼ相当するとされる。

(iii) 今日の日本憲法の通説的説明によれば、基本権カタログのなかの「国家からの自由」は、精神的自由、人身の自由、経済的自由の3種類に整理され、このうちの経済的自由には、財産権の保障、職業選択の自由、そして営業の自由(=取引の自由)が含まれる<sup>3)</sup>。最高裁も、憲法は「財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している」と判示している(例えば三菱樹脂事件=最判昭和48・12・12民集27巻11号1536頁)。

日本の憲法学においては、職業選択の自由は、職業遂行の自由をも含み(以下、両者をあわせ、「職業の自由」と略記)、同様に、営業の自由は、狭義における営業をすることについての自由、すなわち、開業の自由、営業の維持・存続の自由、廃業の自由だけでなく、より広義に、その営業活動を行いうる自由も含むと解されてきた<sup>4)</sup>。ただし、営業の自由は、職業選択の自由の遂行として

1) 「人」と「公民(または市民)」の区別は、近代国家の成立時から重要な意味を持っていたし、憲法理論上もこれらの権利をどう理解するかは今日でも大きな問題である。例えば、樋口陽一[1994]141頁以下(「『citoyen』の可能性」)参照。

2) アーベントロート[1971]109頁以下、ヘッセ[2006]186頁以下、芦部信喜[1994]49頁以下、芦部信喜[2011]83頁以下等を参照。

3) 例えば、芦部信喜[2007]210頁参照。職業選択の自由と同じ条項(22条1項)に、「居住・移転の自由」も規定されており、後述のように、歴史的には、これら2つの自由を同じカテゴリーに含めることに意味があったが、今日では「居住・移転の自由」は経済的自由と別に位置づけることも可能である。

解するか、自己の計算に基づき行われる独立の経済主体 (=取引主体) が経済活動を行う自由を指すと解するか等の議論がある<sup>5)</sup>。

字義ないし語源からは、ドイツでは、職業 (Beruf) と営業 (Gewerbe) は異なる淵源を持ち、これに対応して職業の自由 (Berufsfreiheit) と営業の自由 (Gewerbefreiheit) は区別されて理解されてきた<sup>6)</sup>。ドイツの営業法 (Gewerbeordnung)<sup>7)</sup>における「営業」は、事業体 (個人事業主と法人をともに含む) による独立 (自営) の活動を指す。これに対し、「職業」(ドイツ基本法12条1項) は、「個々人にとっての生活基盤であるすべての活動を含む」<sup>8)</sup>。つまり、「職業」は、前記の「営業」と、非独立的活動 (雇用契約の下での労働) の双方を含んでおり、かつ、後述のように、「人格の自由な発展を目的とする権利」(基本法2条1項) の具体化を担保する役割を有するとされている<sup>9)</sup>。

日本の憲法22条の解釈として、上記のような職業と営業の区別を採用するか否かは措くとして、憲法22条1項または29条から、職業の自由と営業の自由がともに、「国家からの自由」という意味で憲法上保障されているという結論自体には、前記の岡田与好の批判がありながら、法学者の間ではほとんど異論はない<sup>10)</sup>。

以下では、憲法22条・29条の財産権の保障、職業の自由、そして営業の自由ないし取引の自由をすべて含む意味で、「経済的自由」という用語を用いることとしよう。これは、三菱樹脂事件最高裁判決の前記判示部分などにもみられるように、広く用いられている用語法のようなものである。そして、憲法上の経済

---

4) 今村成和 [1971] 90頁、池田政章 [1973] 295頁以下参照。

5) 渋谷秀樹 [2013] 297頁以下、赤坂正浩 [2011] 138頁以下、赤坂正浩 [2012] 等を参照。なお、日本においても、営業とは、取引を業として行うことであり、営業と取引を区別すべきだとも説かれている (今村成和 [1972] 144頁参照)。しかし、両者は市場における行為として「取引」を行うことを中心としていることでは変わりはないから、ここでは両者を区別しない議論を進めることとする。

6) 宮崎良夫 [1971] 115頁等を参照。

7) 先述 (本稿(1), 第1章第1節二) した1869年北ドイツ連邦営業令が、今も法律として効力を有している。参照、<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gewo/gesamt.pdf> 本法に関する詳細は、赤坂正浩 [2012] を参照。

8) ヘッセ [2006] 267頁。

9) 舟田 [1975] 32頁参照。

10) 樋口 [2010] 248頁以下は、本文で挙げた岡田の所説に与するが、人権としての営業の自由 (「国家からの自由」) を否定しているわけではない。

的自由は、今日の憲法学と判例においては、「国家からの自由」=消極的自由として構成されていることを確認しておこう。

## (2) 自然権的人権と政策的権利

本稿では、岡田与好 [1975] の問題提起、すなわち、「営業の自由」は、「国家による営業・産業規制からの自由であるだけでなく、何よりも営業の『独占』と『制限』からの自由であり」、市民革命当時の反独占の運動の中で、旧来の経済秩序を根底から変革し、新しい経済秩序を構成する「公序」または秩序原理として唱えられた、とする主張に留意しながら検討を進めてきた（第1節二参照）。

長谷部恭男 [2011] は、この議論を憲法学の枠組みで受け止め、次のように述べる<sup>11)</sup>。

「いわゆる『営業の自由』論争を提起した岡田与好教授の議論の核心には、憲法上保障された経済的自由は、基本的人権としての個人的自由の不可欠の如何（ママ）をなす部分と、公共の福祉の観点からする政策的選択の結果として保障され、ときには社会の構成員に強制される部分とからなる、との主張があった。

本章の枠組みでいえば、前者は『切り札』としての人権であり、後者は公共財としての憲法上の権利である<sup>12)</sup>。このような複合的な性格は、本文で見た通り経済的自由のみではなく、表現の自由のような、典型的な精神的自由権についてもみることができる」。

ここには、「切り札」としての人権、公共財という同書特有の用語が用いられているが、これと同様のことを、渋谷秀樹 [2013] は、人権の本質について次のように説く。

人権をどう捉えるかについて、「憲法典の前提としてすでに存在していたものを憲法典が確認したものか、それとも憲法典によって初めて創設されたものかの区別」が問題になっているとされ、前者は「自然権的権利」（あるいは「切り札としての人権」）、後者は「狭義の憲法上の権利」と呼ばれる<sup>13)</sup>。

11) 長谷部恭男 [2011] 112 頁。

12) 「切り札としての人権」について、長谷部恭男 [2011] 108 頁以下、樋口陽一 [2010] 161 頁以下等をも参照。その代表的論客として、ドゥオーキン [2003] が挙げられる。

13) 渋谷秀樹 [2013] 91 頁以下。自然権と（基本的）人権については、従来から議論が多くあるが、概観として、例えば樋口陽一ほか [1984] 223 頁以下（佐藤幸治執筆）参照。

本稿では、これらの議論を踏まえ、憲法上保障された経済的自由について、次の2種類がともに含まれる、ということを確認しておこう。

① 個人的自由にとって不可欠とされる権利 (=個人の人權としての経済的自由)

② 憲法典によって公共の福祉の観点から創設された権利 (=政策的に認められる経済的自由)

経済的自由に関する上記の2つの性格のうちの①については、特に個人の職業選択の自由について、人間がその能力発揮の場の選択の自由を保障するものとして、いかなる社会体制にも通用する普遍的原理である<sup>14)</sup>、とか、「人間の尊厳に結びついた全く人間の基本的な自由である」<sup>15)</sup>、などと説かれている。

もう1つの性格である②については、職業選択の自由を定める憲法22条と財産権を保障する憲法29条が、ともに「公共の福祉」による制限を明言していることに関し、現代憲法の一般的特徴である経済的自由・財産権に対する政策的制約が強く働くことを表していると広く説かれているところである。政策的に認められる経済的自由であるから、「政策的制約原理」が広範に妥当するというわけである。

本稿では、以下の行論から明らかになるように、憲法上保障される権利を、個人 (=自然人) の享有する(基本的) 人權と、法人が享有する憲法上の権利に分けて考えるべきだという立場をとる。なお、法人格を持たない団体もあることから、理論的には個人と団体の区別とすべきであるが、慣用に従って個人と法人という区別として述べる。

本稿の主対象である経済的自由については、個人の経済的自由は、それぞれの人格や生き方に深く関わるものであり、歴史的沿革からも、自然権的権利、あるいは前記①の個人の人権としての経済的自由の1つとして捉えられる。この場合の個人とは、第一に消費者であり、第二に、農業・商業など小規模事業者としての、いわゆる個人事業主を指す。

ところで、さきに述べた、人權としての経済的自由と「憲法典によって初めて創設された」政策的に認められる経済的自由という区別は、自由の性格に関する区別であり、個人か法人かという区別は、自由の担い手による区別であ

---

14) 今村成和 [1980] 143頁以下、151頁、樋口陽一ほか [1984] 514頁 (佐藤幸治執筆) 参照。

15) 覚道豊治 [1973] 277頁、樋口陽一ほか [1984] 517頁 (佐藤幸治執筆) 参照。

る。人権としての経済的自由は、個人にのみ認められるべきだと述べたが、個人の経済的自由であっても、具体的制度や状況によって、政策的観点から認められた自由として、広く政策的観点からの制約に服すべき場合もあろう。

これに対し、法人に認められるのは、政策的観点から、狭義の憲法上の権利、あるいは前記②の政策的に認められる経済的自由であって、原則として人権としての経済的自由を享有することはないと考えられる。

以下では、憲法が個人と法人などすべての者に保障する権利を「基本権」と呼び、そこには「自然権的権利」と「狭義の憲法上の権利」の2つがあるとし、個人と法人の区別を特に明確にすべきときは、特に個人について認められる基本権を指す場合に限って「人権」(human right : Menschenrechte)と呼ぶことにしよう<sup>16)</sup>。

### (3) 「国家からの自由」と「国家による自由」

(i) 岡田与好 [1975] の問題提起は、上記の点だけで尽きるものではなく、経済的自由には、「国家からの自由」だけではない、新しい経済秩序の秩序原理としての意味がある、という点も含まれていた。それは、「ときには社会の構成員に強制される部分」であり(長谷部前記引用)、「国家による自由」として表現されることもある。

「国家による自由」は、本稿(1)(第1章第2節二3(6))でふれたように、一般には、社会権における積極的自由(国家に対し、積極的に保護・給付を要求する権利)を指す。しかし、岡田与好の説く「営業の自由」は、次の2つの意味を与えられていた。これらから、国家に対する請求権としての積極的自由が引き出されるとしても、ここではその源としての自由の概念それ自体を確認することが重要である。

① 旧勢力の既得権に対する自由 = 「取引(営業)の制限」からの自由<sup>17)</sup>

② 上の意味での自由は、国家の「公序」(=客観的基本秩序)として具体的

16) 初宿正典 [2010] 13頁, 40頁以下は、「憲法が国民に保障している権利・自由を総称」して「基本権」と呼ぶ。そこには、「生まれながらの」(inherent) 権利(自然権的権利)と、それ以外の権利の両方が含まれる。本書では、これに従って総称としての「基本権」という用語を使用する。ここまでは通常用語法であろうが、「人権」という用語を個人 = 自然人に限って用いることは特異な用法かもしれない。

17) 「取引(営業)の制限」の法理については、本稿第1章第1節二2を参照。「『営業の自由』は、『営業の制限』からの自由として理解されねばならない」(岡田与好 [1975] 76頁)。

に制度化され、その基礎の上で競争法（私の理解では、より広く私法秩序）が構築され、それが実際に機能すべきこと

このうち、①は、コモン・ロー上の法理の展開において、旧勢力による私人の営業の自由の制限を違法とするようになった過程を踏まえ、現代経済においても、独占者やカルテルなどの私的な経済力を持つ者が私人の経済的自由を実質的に侵害することを憲法上の問題であるとする考え方に基づく。この意味での自由は、「国家からの自由」ではなく、「社会的力からの自由」を国家介入によって確保しようとすることを意味するから、「国家による自由」と呼ぶことができよう<sup>18)</sup>。

また、②の「公序」論は、経済的自由を主観的自由ではなく、今日の用語では、「営業の自由の制度的側面」、あるいは「客観的秩序原理としての営業の自由」、として捉える議論である（これについては、本節四で検討する）。

以上のように、日本の憲法上の経済的自由が、「国家からの自由」のみならず、「国家による自由」としての性格をもっていること、さらに個人の主観的自由権だけでなく客観的原理としても捉えられること、また、これら2つのことから、経済的自由の制限は、制限を課された当事者の利益または当該制限にかかわる第三者（取引の相手方など）の利益、さらにそれらを越えた公益のいずれによって正当化されるかについて再検討すべきことは、まさに本稿の主関心事項であり、これから何度も検討の俎上にのぼることである。

まず以下で、諸外国でこれらの問題がどう現れているかについて瞥見しておこう。

(ii) 西ドイツ連邦憲法裁判所のいわゆる「薬局判決」(1958年)は、ボン基本法12条1項での「問題は基本権に関するものであって——例えばワイマール憲法151条3項におけるように——、社会経済秩序の客観的原理としての“営業の自由”の宣言が問題になっているのではない」、と判示し、薬局の距離制限条項は上記の意味での「職業の自由」を違法に侵害するかという問題であるとした上で、これを違憲とした<sup>19)</sup>。

上記の前半の判示部分は、原告側の主張（客観的原理としての“営業の自由”）

---

18) 本文における「国家による自由」という用語については、樋口陽一 [1994] 114頁以下、136頁等、樋口陽一 [2007] 86頁注6、133頁以下、樋口陽一 [2010] 159頁以下等を参照。「国家による自由」については、戸波江二 [2003]、三並敏克 [2006] 等も参照。



に答えた箇所であり、ドイツにおいて、「営業の自由」が「社会経済秩序の客観的原理としての」それを指すという理解が広くあったことを示唆するものである。しかし、同判決は、前記引用のように、この主張を斥けて、個人の主観的自由としての職業の自由への侵害という観点から見ており、この点では日本の判例・通説と軌を一にしている。

イギリスでは、コモン・ローにおける反独占の法理によって、「個人の取引における活動の自由に対するすべての制限、そして取引制限は……公序に反して無効となる」とされつつ、例外として、「制限が合理的であれば、またそのときに限り正当化される」<sup>20)</sup>。その判断は、制限を課された当事者の利益の観点とかかる制限が公益に反するか否かの2点からなされ、実際にはもっぱら前者の判断が優先されることとなっていた。この判断基準はともかくとして、王権による独占権付与も、私人による独占ないし取引制限も、ともに「取引の自由」に対する違法な制限となり得る、とされていたわけである<sup>21)</sup>。その後、営業（または取引）の自由 (freedom of trade) と、契約の自由 (freedom of contract) の関係が、資本主義経済の進展の中で問題とされてきた<sup>22)</sup>。

米国の反トラスト法における不当な取引制限も、当初はコモン・ローに従って契約の自由を不合理に制約する（「不当な」）行為だけを違法とする判例が続いたが<sup>23)</sup>、1897年のTrans-missouri Freight Association事件最高裁判決を契

19) 1958年6月11日BVerfGE 7,377.本判決については、覚道豊治 [1969], 舟田 [1975], 舟田 [1975-77] (7) 616頁以下, 富澤達 [1977], 覚道豊治 [1978], 野中俊彦 [2003] 272頁以下, ヘッセ [2006] 268頁以下, 岡田健一郎 [2008] 390頁, 坂本昌成 [2010] 等を参照。また、雄川一郎ほか [1975] をも参照。

本文の訳は、舟田 [1975] 31頁から引いた。岡田与好 [1987] 4頁以下は、同判決を引用し、「営業の自由」と「職業の自由」を区別すべきであるという自説の補強としている。

20) 川濱昇 [2004] 64頁以下参照。本文で引用したのは、川濱昇 [2004] 68頁にある、Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co. [1894] の判決文である。

21) イギリスの「取引の自由」についての歴史的展開については、堀部政男 [1968], 高橋幸八郎 [1969], 岡田与好 [1987] 等を参照。

22) 岡田与好 [1987] 各所参照。例えば23頁では、田中英夫の論文を引用して、「営業の自由」が「公序」として追求された後、19世紀の中頃、「契約の自由」が強く主張されるようになったという事情を説く。なお、取引制限の法理については、前述、第1章第1節2で簡単にふれた。

23) ただし、コモン・ローおよび初期の反トラスト法においても、生活必需品に関する価格協定は、消費者にとっての取引強制と評価され、違法な取引制限とされてきた。川濱昇 [2004] 75頁等を参照。

機に、州際通商等に影響を及ぼすすべての取引制限を違法とするようになり、さらに、トラストに対する1911年のStandard Oil判決において「合理の原則」が確立される。その過程で、事業者の私的利益保護としての取引の自由ではなく、市場における競争を促進させるために必要とされる取引の自由が反トラスト法によって守られるという、「ベースラインの変更」が行われる<sup>24)</sup>。反トラスト法が「自由の憲章」、「自由企業のマグナ・カルタ」などと呼ばれるのは、この故である(第1章第1節二3参照)。

## 2 個人の人格と結びついた職業の自由・財産権

### (1) 薬事法判決における職業の自由

薬事法距離制限事件=最判昭和50・4・30(民集29巻4号572頁。以下、「薬事法判決」と略記)は、憲法22条1項の職業選択の自由には、「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」、と述べる<sup>25)</sup>。

ここで注意すべきことは、「職業」とは、本来は「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」から、自然人が従事する職業だけを意味している、ということである。ここから、職業は、「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」、という捉え方がなされることになる(以上は、すべて同判決からの引用)。

このような人格権に係わる個人の職業・財産の制限に係る理論づけは、本来は自然人に関する事柄に限られるものであるが、職業選択の自由に係る判例では拡張されて(あるいは抽象化されて)議論されている。

薬事法距離制限事件における原告も、個人ではなく、株式会社であったから、その拡張の一例である。すなわち、同事件判決は、薬局の設置場所が配置の適正を欠く場合には薬局開設許可を与えないことができる、と規定していた薬事法(旧)6条2項が、憲法22条1項に反し、違憲・無効としたものである。しかし、薬局の経営主体は法人であることが多く、本件の原告も、数店舗のスーパーマーケット等を経営する株式会社であった。

もっとも、少なくとも本件事案当時の薬局は、「常時従業員数は1~2人が圧

---

24) 川濱昇 [2004] 83頁以下参照。川濱昇 [2008] 279頁, 299頁以下をも参照。

25) 宮沢俊義 [1971] 389頁も、同項は「その職業を行う自由(営業の自由)をも含む」とする。

倒的に多く」、中小・零細企業が多かった<sup>26)</sup>。また、本判決によれば、薬局に対して、「薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数」（当時の薬事法6条1項1号の2）が規制され、薬剤師法には「薬剤師の増員命令」までであり、実態として薬剤師の職業選択と密接に結びついていると理解されていた。

しかしその後、薬事法は、規制緩和の流れのなかで、平成18年改正（施行、平成21年）において、「登録販売者」というカテゴリーを新たに設け、登録販売者は薬剤師を置かなくても、医薬品（ただし、第一類医薬品を除く）を販売できることになり、コンビニ等が医薬品販売に参入することとなった。この登録販売者については、もはや上記のような個人の人格権との関連は完全に失われている。

## (2) 職業の自由の制限

薬事法判決は、前記のように、職業が「個人の人格的価値とも不可分の関連を有する」から憲法上、自由が保障されているとしながら、「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と比較して、公権力による規制の要請が強く」、と述べて、「規制措置が憲法22条1項という公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうか」、という検討を行っている。

したがって、本判決は、「人格中心の個人権的アプローチ」<sup>27)</sup>をとったように見えながら、その後の具体的審査においては「個人の人格的価値」との関連という視点は何ら生きていないのである。もっとも、最高裁判決では、このように直接的には具体的な判示事項にかかわらないことについて一般論を述べられることがしばしばあり、それには一定の意味があるとされているので、こもそのようなものとして受け取るべきかもしれない。

同判決は、職業の許可制について、上記引用のように「公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうか」というだけでなく、さらに踏み込んで、「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うるためには、原則とし

26) 民集29巻4号605頁以下、618頁以下等を参照。中小・零細企業が多いという事実を背景に、国は、本件距離制限をはずせば薬の乱売合戦に陥る危険が大きいと主張していた。

27) 石川健治 [2008a] 150頁。

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」という、これも一般論を展開している。

このように、職業の開始についての制限と、その活動の内容及び態様に対する制限を区別して審査すること、かつ、前者について、「重要な公共の利益」という内容的要件と、「必要かつ合理的な措置」という手段に係る要件を付け加えること、この2つは、ドイツの前記薬局判決が打ち出した論理構成(“Stufentheorie” = 段階理論)と同じであり、本判決はおそらくこの薬局判決の影響を受けたものであろう(この点については、後述、本節三4(4)をも参照)。

### (3) 個人的人格と職業の自由

個人的人格と職業の自由を結び付ける議論は、ドイツにおいても、基本法2条1項の「人格の自由な発展を目的とする権利」(=「一般的な行為の自由」)には、経済的自由も含むと解するのが通説であり、「経済的な基礎なしに人格の自由な発展はありえない」と説かれている<sup>28)</sup>。

日本国憲法22条1項は、「居住、移転の自由」と並んで「職業選択の自由」を挙げているが、これは市民革命以来の伝統に沿っているものであり、身分制の軛から解放された個人が、自由に移動して職業に就くことを認めることから近代が始まったという意味で象徴的な文言である<sup>29)</sup>。このような歴史的意味を踏まえれば、「職業選択の自由」は、単に経済的な意味合いを持つだけでなく、憲法13条の幸福追求の権利の1つでもあると位置づける見方があることも首肯できる。

個人の職業に関する自由、および、個人の生活や職業にかかわる財産は、各人の生活の基礎をなすものであり、個人の自由な私的生活領域にとって不可欠なものとして、憲法上の保障を受けるべきものであるとされてきた<sup>30)</sup>。ロックのpropertyをめぐる議論を想起するまでもなく、そのような意味をもつ経済的活動や財産は、「個人の生き方にかかわる人格的な要素」と密接に結びついているのである<sup>31)</sup>。

---

28) 五十嵐清 [1976] 60 頁参照。これはドイツ連邦憲法裁判所の判決で述べられたことである。ヘッセ [2006] 267 頁参照。

29) 芦部信喜 [2000] 558 頁以下参照。

30) 長谷部恭男 [2011] 232 頁参照。

31) 樋口陽一 [2010] 249 頁。長谷部恭男 [2011] 228 頁も、経済的自由、財産権の保障につき、「個人の生き方の選択にかかわる側面を持つ」と述べる。

## (4) 職業開始についての制限——士法など

このような「人格中心の個人権的アプローチ」は、論理的には、個人（＝自然人）の職業ないし経済活動に対してのみ有効なはずである。具体的には、いわゆる個人事業主として、例えば、個人としての薬剤師が経営する薬局の他、弁護士、医師、弁理士、公認会計士、不動産鑑定士、建築士、保健師、助産師、看護師、柔道整復師、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師などの公的資格を持つ者が個人で営業する場合、あるいは、個人的資格を要しない個人商店、農民等がこれに当たる。戦後初期の「職業の自由」に関する違憲訴訟は、上記の公的資格にかかわって提起されたものが多かったが、それは「個人の生き方にかかわる人格的な要素」と密接に結びついているからなのである。

なお、特定の業種に従事する者に対して資格の制限を設け、国家試験その他の方法で公の認定を受けた者に対し、士・師などの名称を与え、その資格を持つ者にのみ特定業種に従事を認める制度を、「士法」の制度と呼ぶことがある。具体的には、弁護士、医師、弁理士、公認会計士、不動産鑑定士、建築士などがあり、これと並んで、前記の薬剤師のように「師」の名称をもつ、保健師、助産師、看護師、柔道整復師、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師なども同様である。

これらの職業については、専門技術者として一定の素養と能力を備えた者と公的に認められたものに限って、当該職業に従事することができるという制度がとられており、それ自体は（それらの具体的な制限の合理性には議論があり得るとしても）合理的な制限といえる<sup>32)</sup>。

## (5) 個人事業主・消費者の経済的自由

(i) 以上述べてきたことは、個人の職業の開始・遂行に関する自由についてであるが、個人は、農林業・畜産業・水産業・飲食業などに多く見られるように、個人事業主として経済的活動を行うこともある。すなわち、法人を設立せずに、事業主一人のみ、家族のみ、または少人数の従業員による事業を行う場

32) 「士法」については、成田頼明 [1970]、成田頼明 [1975] 参照。専門的職業の歴史的意義等については、石村善助 [1969] 参照。ただし、これらの資格は、同時に、一定の行為・業務範囲を限定する効果も有しており、これに対する違反には刑事罰まで用意されていることから、この業務範囲に関する規制に関する疑問も生じる。例えば、あん摩マッサージ指圧師等による医療類似行為規制に関し、工藤達郎 [2007] 200 頁以下参照。

合である。一人事業主であれば、上記の個人の職業そのものであり、家族や従業員を雇用して行う場合も、実態は個人の職業遂行に近いであろう。かつては主としてこれらの事業形態が営業の自由の対象として観念されてきたものであろうし、今日でも、わが国の企業のうち、57.6%を個人事業主が占めている(中小企業庁)<sup>33)</sup>。

これら個人事業主には、個人の職業と同視してよい実態をもつ場合と、従業員を雇用し、法人形態をとる中小企業と同様の経営実態をもつ場合の両方がある。憲法上も、基本権についての前述の個人と法人の区別に従って、前者には個人の享有する人権、また後者には法人が享有する憲法上の権利を認めると区別するのが実態に見合った理解であろう。ただし、本稿では叙述の便宜上、個人と法人の区別と記述することにし、個人事業主については特にふれないこととする(個人事業主、中小企業に関しては、後の第3章「経済的規制法」において取り上げる)。

(ii) これとは別に、個人は、自らの生活、または家族との生活のために、消費者として経済的取引を行うことはいうまでもない。消費者が直接かかわる取引は、経済的取引の重要部分を占めており、また、大部分の経済活動は消費者取引を最終的な目的としているともいえる。

従来の憲法学が、「職業の自由」、「営業の自由」を論じるときは、いうまでもなく事業者が念頭にあり、これは憲法22条1項の文言、および、伝統的な経済的自由に関する考え方によるものであろう。しかし、自由な市場経済体制において、消費者は、消費財を購入する取引主体であるにもかかわらず、取引の他方当事者である事業者だけが、憲法上の経済的自由を享有し、消費者の利益は「公共の福祉」の内容で考慮される、というアンバランスには疑問が生じる。文言上の制約があるとすれば、例えば、憲法12条、13条を根拠として、消費者の権利を憲法上の人権として認めるなどの可能性が考えられてよいのではないか。

憲法学において、消費者の経済的自由にふれるものは数少なかったが、ようやく近年少数の論考が現れるに至っている<sup>34)</sup>。経済法学においては、正田彬

---

33) 中小企業庁「個人事業主を巡る状況と事業承継に係る課題について」(2014年)参照。

34) もっとも詳細に検討を加えているのは、藤井俊夫[1996]であり、それ以前の研究についてはそこに所掲の文献を参照。

が消費者の積極的な法的位置づけを行ってきたことは前述のとおりである（第2節三）。

消費者の経済的自由を基本権としてどう捉えるかは、本稿の目的の1つでもあり、ここでは、事業者の経済的自由と並んで、消費者の経済的自由を憲法・経済法の両方でどう捉えるかという問題があることを指摘するにとどめる。

### 3 法人の経済的自由

#### (1) 法人への拡張

前述のように、判例における経済的自由に関する「人格中心の個人権的アプローチ」は、実際には、個人のみならず、法人の経済活動に対しても拡張されている。前記のように、薬事法距離制限事件の原告も、スーパーマーケットの経営をも行う株式会社であるにもかかわらず、同事件の最高裁判決は、職業選択の自由について「人格中心の個人権的アプローチ」と呼ばれるような一般論を述べた。もっとも、同判決は、その後続く違憲審査の判断においては、そのような人格論的アプローチを実際に活かすことなく、専ら規制の目的・性格・機能等を中心に検討がなされ、規制を受ける側としては個人でも法人でもどちらにも通じる論旨になっている。

同様に、憲法学説の多くも、憲法上の職業の自由には営業の自由も含まれるとして、法人の経済活動もカバーし、経済的自由は、個人の職業の自由と、個人事業主・法人の営業の自由の両者を含むものとしている。また、経済的自由の制限の合憲性を検討する際にも、個人と法人を区別する議論は少数説にとどまっている。

#### (2) 八幡製鉄政治献金事件最高裁判決

本稿第1節の叙述から明らかなように、市民革命の歴史からは、基本権、特に人権は、本来は個人（＝自然人）について説かれていたのであるが、今日では、他の諸国と同様に、わが国の憲法において、性質上可能な限り、法人にも基本権規定が適用される、と一般に解されている<sup>35)</sup>。ドイツにおいては、基本法自体において、「基本権は、その本質上内国法人に適用しうる限りにおいて、これにも適用される」と明文で認められており（19条3項）、わが国でもこれと同様に解すべきであると説かれることも多い。

35) 芦部信喜 [2007] 87頁以下、伊藤正己 [1974] 等を参照。

法人が基本権を享有する根拠については、私法学における法人の能力に関する法理論的根拠についての多様な議論を受けて、憲法学においても、自然人還元説<sup>36)</sup>と法人社会的実在説<sup>37)</sup>などがあるが、いずれにせよ基本的に法人の基本権を肯定することには変わりがない(憲法学において、法人の基本権を否定する説もあるが、ここでは立ち入らない)。

これに対し、本稿が、基本権を、自然人に対してのみ認められる(自然権的)人権と、法人に対し、憲法典によって初めて政策的に認められた権利との2つに分けて考えていることは前述のとおりである(本節—1(2)参照)。この立場によると、第一に、精神的自由と人身の自由は、その性質上、原則として個人に対してのみ認められ、他方で、法人に認められるのは、原則として経済的自由・財産権に限られると解すべきである<sup>38)</sup>。第二に、法人の経済的自由・財産権は、自然権的人権ではなく、政策的に認められた権利にすぎないという前提から、その意味内容を再検討する必要がある、これが本稿の課題につながることである。

法人にも基本権規定が適用されるということを明示した最高裁判決とされる八幡製鉄政治献金事件=最判昭和45・6・24(民集24巻6号625頁)の具体的な帰結は、法人たる会社も政治献金をなし得るということである。多くの批判があるように、同判決は、憲法上の各人権規定は「性質上可能な限り、内国の法人にも適用されるべきである」としながら、株式会社の政治献金について具体的に「性質上可能」か否かを吟味することなく、法人の「政治的行為をなす自由」を承認し、さらに、そこから直ちに政治献金を許容する議論につながっている。また、同判決は、法人の「政治的自由」および献金に関する実態認識においても、あまりに素朴な論理のみで処理されているように見え、司法消極主義の現れとして割り引いて評価するとしても、説得な議論がなされているとはいえないように思われる。

なお、この八幡製鉄政治献金事件では、上記の、法人が個人と同様に人権を享受するかという憲法上の論点と並んで、政治献金の寄付行為は定款所定の目

---

36) 宮沢俊義 [1971] 245 頁参照。

37) 法人社会的実在説を説くものとして、芦部信喜 [1994] 164 頁以下参照。これに関して、渋谷秀樹 [2013] 124 頁以下を参照。

38) 例外として、マスメディアとしての新聞社等に関する表現の自由など、法人に対して精神的自由が認められる場合があると説かれており、妥当と考えられる。



的の範囲内か、取締役の忠実義務違反かという民法・会社法上の論点についても争われ、定款所定の目的の範囲内の行為であり、忠実義務違反でもないと判示しており、これに対しても厳しい批判が行われている<sup>39)</sup>。

### (3) 法人の経済的自由——歴史的な根拠

個人のみならず一定の法人に対し、私法のレベルで法主体性を与えること（「法人」の承認）にとどまらず、その経済的自由と財産権について憲法上の保護ないし保障を認める根拠は、何であろうか。これについては、歴史的な根拠と、個別具体的な根拠に分けて考えよう。

第一に、法人の経済的自由には、前述のような、個人の経済的自由と人格的価値ないし個人の自立・自律との関連付けのような根拠を見出すことはできない。そこで、前述のように、法人の経済的自由・財産権に対し憲法上の保障を与えることが、「社会全体の利益」＝公共の福祉にかなっていると憲法政策的に判断されたから、憲法上の権利として認められた、と理解するほかはない<sup>40)</sup>。

これは、現在の憲法の仕組みから、法人の経済的自由を認める論理である。その論理を肯定するとして、しかし、どのようにして「憲法政策的に判断された」のかについては、その歴史的生成を振り返ってみる必要がある。

そのためには、前述（本章第1節参照）のように、経済的自由は、市民革命当時、新興産業資本が、旧来の前期的商業資本などの既得権を批判して、「営業の自由」を主張したという経緯を想起する必要がある。岡田与好 [1975] が、「『営業の自由』は、歴史的には、国家による営業・産業規制からの自由であるだけでなく、何よりも営業の『独占』と『制限』からの自由であり、かかるものとして、誤解をおそれずにいえば、人権として追求されたものではなく、いわゆる『公序』として追求されたものであった」、と述べたとき、ここでは経済主体が、今のカテゴリーとしての個人であるか法人であるかは問題ではなかった。ただし、市民革命において特権を付与された中間団体への攻撃という一般的動きがあったことはよく知られていることであり、前期的商業資本

39) 富山康吉 [1975] 第5章は、コモン・ローや米国法も含め、民法・商法を中心に検討し、株式会社をなす政治献金は、「公の秩序違反の行為（民法90条）としてその私法上の効力を否定されるべき行為である」とする。本判決後の近年までの諸判決・議論については、渡辺康行 [2010] を参照。

40) 長谷部恭男 [2011] 107頁以下、123頁以下参照。

を担う者は、14世紀末頃からの regulated company, 16世紀からの joint stock company などの形態を持ったとされるが<sup>41)</sup>、新興産業資本のほうは中小規模の工場主など、その多くは個人事業主であった、と推測される。

憲法の下での基本権の担い手についての解釈論の以前の問題として、個人以外に、どのような経済主体を法的主体として認めるかについて、16世紀後半以降の欧州各国で、国王の特許 (charter) 等によるものから、いわゆる準則主義の成立に至るまで多様な推移があった (前述, 第1節三4)。その過程で、一定の条件を満たした団体に法人格を与えて経済活動を許した方が経済的・社会的に望ましいという実際の判断が広く受け入れられるようになり、これが今日の市場経済の発展をもたらした、1つの法的基礎であったことは否定できない。

これらの歴史的過程において、一定の団体に対し法的主体の資格を与えたのは、直接的には、憲法上の人権保障によってではなく、特許や免許による団体の承認などに関する近代市民法の形成・発展の中で実現されてきたものであることに留意しなければならない。近代憲法において人権保障を法人に対して認めることは、これら市民法の展開の後追いの結果なのである。すなわち、法人に関する基本権の承認は、歴史的根拠からは導き得ないということであり、これは次の個別具体的な根拠に基づくとしかいえないと考えられる。

なお、この「営業の自由」の歴史的意義と、人権として「職業 (選択) の自由」が追求・獲得されたということは別のスジであることはおさえておかなければならない。先に、職業 (Beruf) と営業 (Gewerbe) は異なる淵源を持つと述べておいた (本節一(1))。「営業の自由」が、営業の『独占』と『制限』からの自由であり、絶対王政とそれにより既得権を承認された前期的商業資本などの担い手に対する自由であったのに対し、「職業 (選択) の自由」は、近代において析出された個人が身分制から解放され、「居住・移転の自由」とともに個人の自然権 (人権) として認められたということも、歴史的事実である。「営業の自由」と「職業 (選択) の自由」が、もともとは異なる意義を持っていたということである。

#### (4) 法人の経済的自由——個別具体的な根拠

第二に、法人の経済的自由・財産権を憲法上保障することの個別具体的な根

---

41) 例えば、松井秀征 [2010] 7頁以下 11頁以下を参照。

拠については、実際に保障の必要が出てくるのは、具体的な立法や行政庁の行為が特定の法人の権利ないし利益を不当に侵害したことに對し、当該法律上の規定または国家の行為を違憲として、その法的効果を否定する場面である。その時々々の立法あるいは法律に根拠をもつ行政庁の行政処分や事実上の行為等によって、法人の経済的自由・財産権が恣意的に制限されたり、没収されるということがあれば、経済主体の大部分を占める法人の経済活動が大きな打撃を受けるおそれがある。極端な場合として、国家による経済的自由・財産権の恣意的制限・没収などの、いわゆるカントリー・リスクを最小限に抑えることは、一国の経済社会の安定と発達に不可欠であり、そのためには個人と法人の区別なく、すべての法主体の経済的自由・財産権を憲法上の基本権として保障する意義は大きい。

この観点から、法人の経済的自由・財産権を憲法上の基本権として保障する意義を考えてみれば、法人が社会的実体として活動していることを前提に、その活動に係わる社会的関係ないし市場経済体制を円滑に運営する上で、それが必要であるということ以外にはあり得ないと思われる<sup>42)</sup>。

このように、法人が憲法に基づく保護を受けるべきだとされる具体的な状況があるかということ、個別具体的に考えるべきであり、上記の、「性質上可能な限り」、法人にも基本権規定が適用される、という一般論は、上記のような意味で許容されると考えられる<sup>43)</sup>。

なお、以上の議論に対しては、法人に対する基本権の保障を消極に解する説も有力であり<sup>44)</sup>、また、財産権の項（第3節—3）でふれたように、憲法29条による個別の財産権の保障は、「人権としての財産権」にだけ及び、「独占財産」は保障されない、あるいは後者は制度的保障の問題であって、個別の保障を意味しない等々の説もあり、それらによれば個別具体的な法的取り扱いに差異が生じることもあろう。

42) これに對し、赤坂正浩 [2011] 346 頁は、「結社の自由」が憲法上認められていることが、法人の基本権の根拠であるとする。

43) 前記（本節—3(2)）のように、この「性質説」が判例・通説とされている。例えば、長谷部恭男 [2011] 123 頁以下参照。逆に、この一般論から、会社の政治献金を憲法上認める根拠には疑問が生じるということになる。

44) 樋口陽一 [2010] 182 頁以下参照。また、渋谷秀樹 [2013] 122 頁以下も限定的に解する。

(5) 法人と消費者の経済的自由——経済的自由の衝突

上では、自由資本主義段階までにおける経済的自由の保障が、個人から法人に拡張される論理を述べたのであるが、現代の経済においては、別のベクトルが重要になっていることを指摘しなければならない。すなわち、法人（特に大企業）の経済的自由が、個人の実質的な経済的自由を侵害する、という問題である。現在の経済における経済主体の大部分は法人であり、そのなかで、社会に対し大きな影響力を持っているのは、会社形態を採る企業、特に大企業である。これらについて、前記のような「人格中心の個人権的アプローチ」を採ることは実態とかけ離れている。

例えば、寡占市場において複数の大企業が、消費者向けの商品について価格カルテルを結んで、消費者価格を斉一的に引き上げた場合、上記の「国家からの自由」としての経済的自由を前提にする、通説的な考え方によれば、当該大企業にとってはカルテルを結ぶことはそれらの経済的自由であって、それを独禁法上の規定に基づいて公正取引委員会が違法として行政処分を下すとき、これによるカルテル参加事業者の経済的自由の制限は憲法 22 条 1 項に違反しないか、という形で問題にされる。

これに対しては、当該違法行為によって被害を受ける消費者は、当該カルテルによる不当な値上げを甘受せざるを得ないのであって、これは公正かつ自由な競争市場において適正な選択を行うという意味での経済的自由を侵害されたのではないか、という形で問題提起がなされ得る。

ここにおいては、既に経済的自由の捉え方が変わっているのであり、既に示唆したように（本節一(5)）、このような消費者の経済的自由を憲法上の基本権として位置づけることができるとすれば、前記の分類で言えば（第 2 節三(6)参照）、「国家からの自由」ではなく、「国家による自由」=積極的自由として捉えている訳である。これは、営業の自由を「公序」として再定義すべきだという岡田与好の主張とも関係することであり、後に再検討しよう（本節四参照）。

そこで法人の経済的自由の根拠に戻れば、法人の経済的自由は、「人権」としてでなく、単に政策的観点から憲法上保障されているに過ぎない、と述べてきたが、法人の経済的自由がなぜ憲法上保障されているかについては、結論を先取りして述べれば、日本とドイツの判例に見られるような個人権的アプローチとは異なり、上記の大企業と消費者の経済的自由の衝突のようにみえる現象が現代経済社会の 1 つの特徴的な構造的実態であることを踏まえるならば、現

行憲法は、経済の基本秩序として市場経済体制 (= 自由競争経済体制) を採用し、そこにおける不可欠の要素として各経済主体 (法人および個人 = 個人事業主・消費者) の経済的自由を認めた、という経済秩序についての認識からアプローチすべきであると考えられる。

## 二 財産権と経済的自由

### (1) 財産権保障

経済的自由の憲法上の意味を検討する際に、財産権との関係についても考えておく必要がある。経済的自由は、財産権行使の自由に基づくことであるから、それを保障するのは、憲法 29 条である、という有力説もあり、すぐ後に述べるように、憲法学の通説は、財産権の保障は財産権それ自体の保障にとどまらず、財産権を行使する自由の保障も含むと解している。

憲法 29 条による財産権の保障には、憲法学の通説によれば、各人が現に持っている個別の財産権に対する保障、および、私有財産制度についての「制度的保障」の 2 つが含まれている<sup>45)</sup>。本稿の関心からは、ここでは前者の個別財産権保障に関し、次の諸点を指摘しておく。

### (2) 「所有の自由」→「取引の自由」→「契約の自由」

(i) 憲法 29 条で不可侵として保障される財産権は、財産そのものだけでなく、財産を自由に使用・収益・処分しうる権能のことであり、「自由権」的に構成するのが通説である<sup>46)</sup>。したがって、憲法 22 条に基づく職業選択の自由がその職業を行う自由も含むとすれば、それと部分的に重なることになる。

財産権と経済的自由の関係につき、既に伊藤正己 [1965] は、次のように述べていた。すなわち、所有の自由の保護は、当然に取引の自由をとともなうものであり、取引は契約の形式であらわれるところから、契約の自由が憲法上の基本原則の 1 つであるとの承認をうける。この契約の自由が、「憲法的自由としての保障をうけたのは、そのような (「人間意思の尊重などの理念」を指す。舟田注) 人格権の構成ではなく、経済的自由の平面においてであった」<sup>47)</sup>、と。

45) 森林法共有林分割事件 = 最判昭和 62・4・22 (民集 41 卷 3 号 408 頁) も同旨のように読める。

46) これを批判するものとして、高橋正俊 [1985-1986]、高橋正俊 [2008] 152 頁以下がある。

47) 伊藤正己 [1965] 44 頁。

ここにおける「所有の自由」→「取引の自由」→「契約の自由」という関連は、多くの論者と共通するものである。しかし、後半における「人格権的構成ではなく、経済的自由の平面において」という点については、現在の多くの学説は、憲法22条1項の職業の自由を人格と結びつけて把握していることは前記の通りである。この点については、前記の市民革命における「営業の自由」をめぐる歴史および古典的理解からも、また経済主体の多くが法人であるという実態からも、前記の伊藤正己の説く、「経済的自由の平面において」、契約の自由が憲法上の基本原則の1つとして承認されたという理解のほうが妥当であると考えられる。

(ii) ただし、上記の財産権と経済的自由の関連は、古典的な自由主義的理解であって、現代でもそのまま維持できるものではない。特に、憲法29条2項(「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」)については、古典的な自由主義的理解と異なり、現代資本主義経済および社会国家の理念の下で、財産権には高度の政策的制約が許容される、と一般に解されていることは周知のとおりである<sup>48)</sup>。そうすると、財産権それ自体だけでなく、その「所有の自由」、さらには「取引の自由」、「契約の自由」についても、自由主義的理解と異なる理解があり得ることになる。それは、単に政策的制約が広く認められるというだけでなく、質的な違いが要請されるというのが、本稿の立場である。既に、「国家からの自由」から「国家による自由」など述べてきたが、以下の検討においてさらにこの点を深めていこう。

### (3) 憲法と民法による財産権の制限の関係

(i) 憲法学の多数説によれば、財産権に対する規制は、内在的制約(消極(的)目的の規制)と、政策的制約(積極(的)目的の規制)に分けられる(「(規制目的)二分論」)<sup>49)</sup>。

消極目的の規制とは、主として国民の生命・健康に対する危険を防止または除去・緩和するために課せられる規制であり、古くは行政法において警察的規制と呼ばれてきたものである。これに対し、積極目的の規制とは、社会国家ないし福祉国家の理念に基づいて、社会経済の調和のとれた発展を確保し、とく

48) 特に中村睦男 [1984] 678 頁以下等を参照。

49) 芦部信喜 [2011] 217 頁以下、226 頁以下、樋口陽一ほか [1984] 679 頁以下等を参照。ただし、内在的制約=消極的目的の規制、政策的制約=積極的目的の規制という区別には批判がある。例えば、渋谷秀樹 [2013] 317 頁以下、浦部法穂 [1989] 93 頁以下等を参照。

に社会的・経済的弱者を保護するためになされる規制である。この二分論は、広く経済的自由に対する制限に関する判断基準でもあり、後に再検討する(本節32)。

(ii) 財産権の制限に関し、ここで特に考えたいことは、憲法と民法による財産権の制限の関係である。憲法29条における保障は、財産権の本体の保障にとどまらず、その使用・収益・処分という「行使の自由」を含むとされ、しかしそれは前記のように、内在的制約または政策的制約を受ける。しかし他方で、例えば財産権の中心である所有権について、民法(206条)は、「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」と規定する。憲法29条2項に基づく財産権が、例えば民法や知的財産権法等の実定法によって内容が定まるとすれば、戦前の「法律の留保」の下での人権保障と同様に、憲法上の保障は空回りするだけだ、という議論が日本やドイツで古くからなされている。

逆に、論理的には、憲法に基づいて民法の諸規定が制定され、解釈されるべきであるから、「法令の制限内において」確定される所有権の前に、憲法上の財産権の自由があることになる、ということを強調すれば、今度はそれは、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」(29条2項)とあることと整合的な理解が可能か、という疑問が提示される<sup>50)</sup>。

民法上の規定が、すべて憲法29条1項の内在的制約という性質をもち、それ以外の個別立法、例えば森林法(旧)186条は政策的制約に基づくものであるというように、民法とその他の諸法を内在的制約と政策的制約に画然と分けられれば、一応の整理は可能であろうが、そのように画然と分けられるか否かは疑問なしとしない(森林法共有林分割事件判決については、後述、本節三を参照)。二分論それ自体は前提とするとしても、民法の規定およびその解釈それ自体が、現代の社会経済の変化に対応して変化してきており、それ以外の森林法等の特別法との区別には合理的な理由が見いだせないからである。

(iii) 上記の憲法と民法による財産権の制限の関係という問題は、通説における憲法上の自由が、内容のない、「何でもできる」という意味での形式的自由、かつ、「国家からの自由」として構成されていることから生じていると考えられる。自由の制限という具体的場面で、内在的制約と政策的制約という区別を

50) この点については、高橋正俊 [1985-1986] 等の指摘がある。

持ち出しても、上記の自由の一般的概念との関係が整合的かどうか疑問が残る。

これとの関連で想起されるのは、原島重義 [1973] が、民法の古典的権利概念を固持する立場から、次のように述べていることである。

「『自由』はすべての権利の土台であり、出発点である。『自由』のためにこそ『権利』がありうる、という意味で、『自由』は『権利』と同次元にはない。さらにまた、自由領域・人格領域は、所有権のようにそれじたいとして一義的に、明白に画定されるものではない。……古典的権利論において、『自由』や『人格』が権利的構成をとらなかったのは、このような二重の意味においてである」<sup>51)</sup>。

本稿は、後に述べるように、「取引の自由」＝経済的自由という概念を中心に構成することを試みるが、その際には、上記のような、内容のない、「何でもできる」自由、「国家からの自由」ではない構成を考え、そこから、憲法と民法や独占禁止法など個別実定法上の権利の関係を再度考えることとする。

#### (4) 個人と法人の財産

従来から憲法 29 条の財産権論においては、「人権としての財産権」と「独占財産」<sup>52)</sup>、財産権を「生存権」に基づく規範であると解する説<sup>53)</sup>、「大きな財産」・「小さな財産」の区別で正当性を確保しようとする説<sup>54)</sup>、人格的自律の前提となる財産権のみが憲法の保障する財産権であるとする説<sup>55)</sup>、などが唱えられてきた<sup>56)</sup>。

それらにおいては、法人の財産、および、個人の財産であっても、その生活ないし職業にかかわりのある範囲を超えるものについては、人権ないし個人の職業にかかわる価値とは異なる、政策的な根拠から憲法上の保障を受けるにすぎない、あるいは、もはや憲法上の権利としては認められない、等々の議論がなされている。あるいは、それら法人の財産等に関する財産権は、個別財産権

---

51) 原島重義 [1976] 76 頁。

52) 影山日出弥 [1969] 参照。

53) 今村成和 [1968] 8 頁以下参照。

54) 高原賢次 [1978] 2 頁以下参照。

55) 棟居快行 [1992] 239 頁以下参照。

56) 以上については、藤井俊夫 [1996] 149 頁以下、浦部法穂 [1989] 101 頁以下、土田和博 [2002] 18 頁以下等を参照。



保障を受けるものではなく、制度的保障を受けるに過ぎないという説もある。

これらの説について立ち入って検討することはできないが、憲法の保障する財産権を、個人の生活にかかわる財産、または人格的自立の前提となる財産と、会社等の法人の財産に分けて考えるというのは、憲法上の権利を、個人に対する「自然権的権利」と、法人に対し政策的に認められた権利の2つに分けるという本稿の立場と整合的である。

この立場を前提として、次の問題は、この区別を実定法上の解釈、あるいは立法の指針として、どう活かすか、ということである。次の三で検討する合憲審査(=違憲審査)の際に、比例原則についての具体的な考量、および立法事実論のレベルで活かせるのではないかと、また、経済的自由に関する制度論を構築する際の重要な視点になるのではないかと、というのが本稿の立場である。

### 三 経済的自由の制限に関する違憲審査

#### 1 判例・学説の動向

(1) 憲法で保障されている財産権の保障、職業選択の自由、そして営業の自由等を含む広義の経済的自由は、今日多くの法律上の規定とその運用によって制限されている。

憲法上の経済的自由についての検討を進める上で、ここで、それらを制限する法律または行政処分が合憲か違憲かについて問題になった代表的な裁判例を挙げてみる<sup>57)</sup>。これらはすべて法令違憲にかかる事件であり、これら以外に条例についての法令違憲や、個別の行政処分が争われた事案(適用違憲)も、かなりの数にのぼる<sup>58)</sup>。

なお、本稿では、経済法を競争法と経済的規制法等に分けて整理するものであるが、憲法上の経済的自由との関係で裁判上問題になったのは、すべて経済的規制法にかかわる諸法である。ただし、独占禁止法と憲法の関係について、裁判において違憲の主張が行われたことはあり、独占禁止法を扱う箇所(第2章)でふれる。

(2) 第一に、経済的規制法において、個人の職業選択の自由の制限の合憲性

57) これについては極めて多くの文献があり、引用注は省略する。競争法との関連では、藤井俊夫 [1996]、およびそこで主として検討対象とされている馬川千里 [1992] が詳しい。

58) やや古いのが、中谷実 [1996] は経済的自由に関する下級審レベルの事件を扱っている。

が問題になった事件で最高裁判決が出ている主な事件として、以下の諸事件がある。

あん摩師等法違反事件＝最判昭和 35・1・27 刑集 14 卷 1 号 33 頁

白タク営業事件＝最判昭和 38・12・4 刑集 17 卷 12 号 2434 頁

司法書士資格制事件＝最判平成 12・2・8 刑集 54 卷 2 号 1 頁

第二に、上記の個人の職業選択の自由に係る事例を除き、営業の自由を制限する規制の合憲性が問題になった主な事件を、消極目的規制・積極目的規制に分ければ、以下のとおりである。

① 消極目的規制に属するものとして、

公衆浴場適正配置事件＝最判昭和 30・1・26 刑集 9 卷 1 号 89 頁、最判平成元・1・20 刑集 43 卷 1 号 1 頁、最判平成元・3・7 判時 1308 号 111 頁  
薬事法距離制限事件＝最判昭和 50・4・30 民集 29 卷 4 号 572 頁（「薬事法判決」）

② 積極目的規制に属するものとして、

小売市場距離制限事件＝最判昭和 47・11・22 刑集 26 卷 9 号 586 頁（「小売市場距離制限事件判決」）

森林法共有林分割事件＝最判昭和 62・4・22 民集 41 卷 3 号 408 頁

西陣ネクタイ事件＝最判平成 2・2・6 訟務月報 36 卷 12 号 2243 頁<sup>59)</sup>

酒類販売免許制事件<sup>60)</sup>＝最判平成 4・12・15 民集 46 卷 9 号 2829 頁その他多数

特石法事件＝東京地判平成 2・3・29 判時 1349 号 9 号 44 頁、判タ 1349 号 44 頁<sup>61)</sup>

たばこ小売販売業距離制限事件＝最判平成 5・6・25 判時 1475 号 59 頁

---

59) 本件は、繭糸価格安定法によって、生糸の一元輸入措置等により高価な生糸の輸入を余儀なくされたネクタイ業者からの国家賠償法に基づく損害賠償請求事件であり、その理由として、同法上の規定が憲法 22 条 1 項、29 条 1 項等に違反すると主張されたが、本判決ではいずれも否定されている。

60) 本件事案は、財政的目的（＝国の財政収入）による規制の事例であるが、この場合も「明白性の原則」を採用して合憲とされている。酒類販売免許制については、その後も同旨の判決が多数出されている。ただし、学説上は、本許可制については、違憲論が有力のようである。差し当たり、棟居快行 [2001] 238 頁注 2 に挙げられている諸説を参照。

61) 特定石油製品輸入暫定措置法（昭 60）は、得率調整能力、品質調整能力を備える設備を持つ者（精製事業者）だけに輸入を認めていたことが争われた。同法上の規制は消極的規制と積極的規制の両面を持つが、「明白性の原則」を採用して合憲とされた。

短期売買利益返還請求事件＝最判平成14・2・13民集56巻2号331頁

(3) これまでの憲法学の通説である「二重の基準」論によれば、経済的自由に対する制限は、精神的自由に対する制限に比べ、よりゆるい審査基準である「合理性の基準」で合憲性が判断される。

さらに、経済的自由に対する制限は、消極的警察的規制（消極目的規制）と積極的・政策的規制（積極目的規制）に分けて判断されるべきである、とされる（「二分論」または「規制目的二分論」と呼ばれる。既に本節二で財産権の制限に関し簡単にふれた）。

消極目的規制とは、「社会公共の安全と秩序の維持の見地から」の規制を指し、積極目的規制とは、「積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もって社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るため」の規制をいう（小売市場距離制限事件判決）。薬事法判決もほぼ同様に、以下のように区別している。消極目的規制とは、「自由な職業活動が社会公共に対してもたらず弊害を防止するための消極的、警察的措置」であり、積極目的規制は、「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」である<sup>62)</sup>。

この区別によれば、消極目的規制については、規制の必要性、および「同じ目的を達成できる、より緩やかな規制手段」の有無に基づいて審査する「厳格な合理性」基準で判断され（薬事法判決）、これに対し、積極目的規制については、「緩やかな審査基準」（「合理性の基準」または「明白性の基準」）が用いられる（小売市場距離制限事件判決）、とされてきた。

しかし、今日では、上記の消極目的規制・積極目的規制という「二分論」に対しては、この区別の根拠には疑問があり、判例でも採用されなくなっているとして否定する学説も有力である。

経済的自由ではなく、財産権の制限（憲法29条）が問題になった事例であるが、森林法共有林分割事件＝最判昭和62・4・22は、この消極目的規制・積極目的規制の区別に触れずに、森林法186条による共有地に関する共有者からの分割請求の制限を否定し、民法の原則にしたがって当該請求を可能とすべきであるとした。本件は、積極目的規制の性格をもつ規定について、当該規制の目

62) 厳密にみると、この区別には多様な内容があるようである。例えば、池田政章 [1974] 296頁は、消極目的規制は、「人権内在的（人権の相互調整的）規制」、積極目的規制は、「政策的規制」と説明する。かつては、このような理解も「公共の福祉」の解釈と連動して広く行われた。これら学説の展開については差し当たり、渋谷秀樹 [2013] 164頁以下を参照。

的・手段に関し厳格に審査したようにみえること、また、憲法のレベルだけでなく、森林法と民法という2つの法律上の規定との関係について具体的に検討したことが特徴的である。

これと同じく財産権に関する事件である、短期売買利益返還請求事件＝最判平成14・2・13は、上記の森林法共有林分割事件判決を文章上も踏襲し、消極的・積極的という文言が注意ぶかく削りとられていると評されている。

酒類販売免許制事件＝最判平成4・12・15は、「職業の自由に対する規制措置は事情に応じて多種多様な形をとるため、その合憲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、その規制の目的、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」、という一般論を述べており、上記の二分論等にはふれていない。なお、酒税法(9条1項)に基づく免許制は、二分論における消極目的規制・積極目的規制のいずれにも当たらない、徴税目的の規制である。

(4) これらの違憲審査基準をめぐる憲法学上の議論について、経済法の関心からは、以下の諸点を指摘し、立ち入った検討は次項以下で述べることとする。

第一に、これまで合憲性が問題になったケースの中では、前記の森林法共有分割事件のような財産権の制限にかかる事件は少数であり、職業選択の自由または営業の自由にかかるケースが多い。しかし、前述のように、財産権保障には財産権を行使する自由が含まれるとして職業の自由と重なる把握がなされ、また、多数説では違憲審査の基準は同じでよいと説かれており<sup>63)</sup>、憲法上は両者を区別する実益はないようである。

第二に、これら経済的自由にかかるケースの多くは、職業・営業を開始する際の規制にかかるものである。この種の規制は、市場における競争という面から「参入規制」とも呼ばれ、上記の公衆浴場に関する諸事件や薬事法距離制限事件で議論されたように、過当競争防止の観点から立法されることも多い。

この種の参入規制の、より洗練された立法技術である需給調整条項による参入規制は、道路運送法や電気通信事業法などにおいて採用されてきたが、80

---

63) 芦部信喜 [2007] 220 頁以下、藤井俊夫 [1996] 149 頁以下等を参照。ただし、後者では、財産権を区別する諸説(本章第3節3参照)も検討されている。

年代頃の規制緩和の流れの中で、次々と緩和・撤廃されてきた（規制緩和については前述、第1節5.4(2)参照）。

これに対し、職業・営業に係る諸活動、例えば価格や特定の取引の相手方などに対する規制（具体的には輸入規制）が争われた事件として、前記の西陣ネクタイ事件、特石法事件などがあるが、少数である。

## 2 消極目的規制・積極目的規制の区別（「二分論」）

### (1) 薬事法判決の判示事項

上記の諸判決の中で、薬事法判決は、今日でも検討に値する重要な位置を占めていると考えられる。本判決について、芦部信喜 [2011] は、次の4点にまとめている<sup>64)</sup>。

① 消極目的規制と積極目的規制の区別をした上で、前者については、規制の必要性・合理性の審査、LRAの基準を採用する。

② 薬局の距離制限は消極目的規制である。

③ 「薬局の開設の自由→薬局の偏在→競争激化→一部薬局の経営の不安定→不良薬品の供給の危険性」という因果関係は、立法事実によって合理的に裏付けることはできない。

④ LRAの基準に照らして、距離制限の立法目的はよりゆるやかな規制手段によっても十分に達成できる。

このうち、①と②は、前記の二分論を明確に採用したものである。また、③と④は、いわゆる立法事実論を本件事案について説得的に判示したものと評価され、多くの支持を得た。以下、まず二分論、その根拠としての「機能論的観点」について、次に立法事実論について順次検討する。

### (2) 消極目的規制・積極目的規制と社会的規制と経済的規制

消極目的規制・積極目的規制という区別は、規制緩和の議論の中でしばしば用いられた、社会的規制と経済的規制の区別（第1章第1節5.4参照）を想起させる。社会的規制と経済的規制の区別は、1980年代当時の世界的な規制緩和への潮流の中での政治的な運動・政策的議論においては一定の有用性があったともいえるであろうが、厳密に法的な意味で妥当かには疑問があり、また、

64) 芦部信喜 [2011] 219頁参照。芦部信喜 [1981] 277頁以下をも参照。立法事実につき、芦部信喜 [1973]、芦部信喜 [1994] 202頁以下も参照。

真の意味で有用か、むしろ政策論をミスリードするおそれがあることに留意すべきである。

経済的規制は、市場における自由な競争に委ねることでは財・サービスの適切な供給や望ましい価格水準が確保されないおそれがあると判断される場合に、参入規制や、設備投資・生産数量・価格等を直接規制することであり、薬事法による薬局開設についての距離制限は、まさにこの経済的規制、具体的には参入規制に当たる。これに対し、社会的規制は、消費者や労働者の安全・健康の確保、環境の保全、災害の防止等を目的として、商品・サービスの質やその提供に伴う各種の活動に一定の基準を設定したり、制限を加えたりすることであり、薬局開設についての距離制限が、不良医薬品の供給の防止を目的とするという立法当時の建前からすれば、これは社会的規制のカテゴリーに含まれることになる。同一の規制が、目的と手段・形態の関係で、経済的規制と社会的規制の両方の性格をもつということである。

これに対し、違憲審査基準としての、消極目的規制・積極目的規制という二分論は、目的で分けるという点では明快に見える。しかし、薬局の距離制限の例をとっても、「国民の保健に対する危険」、不良医薬品の供給を防止という点では、確かに消極目的規制で問題ないようであるが、そのために薬局の経営の不安定を防止するという点では、積極目的規制に属する。薬局判決では、後者の目的は否定されたのであるが、仮にそう判断できないときは、どのレベルの目的をもって、消極目的規制・積極目的規制の区別をすべきか自明ではない。

上の点とともに、今日の社会の実態にとってより深刻な問題は、消費者の生命・健康のための規制を、消極目的規制・積極目的規制のいずれに当たるとするか、という問題であろう。これらの目的それ自体をみれば、消極目的規制に当たるのであろうが、これに対する違憲審査が厳格な基準でなされるべきだとされ、そこにおける規制は必要最小限の基準（LRAの基準）をクリアするかなどの考慮でよいか、疑問が生じる（これについては、電気用品安全法による安全規制について後述する（本節3(4)参照））。これらの安全規制と同様に、環境保護のための規制も、従来は消極目的規制に属するとして問題なかったのであろうが、今日の社会的認識からは、また多くの環境法関係の諸実定法の考え方としても、排出事業者等に対する必要最小限の規制にとどまることなく、より積極的に環境を形成していくという方向が是認されるように思われ、積極目的規制に近づいているともいえよう。

以上のように、消極目的規制・積極目的規制という二分論は、今日の社会の実態および規制の仕組み・考え方の変化を踏まえると、違憲審査基準として妥当かは疑わしいし、この区別が裁判所の違憲審査をミスリードするおそれがあるように思われる。

### (3) 二分論——行政法学から憲法学へ

この違憲審査に関する二分論は、ドイツ行政法学における伝統的な「警察」(Polizei) 概念と、「警察比例の原則」を1つの論拠として、憲法学に導入され、違憲立法審査の基準としての二分論の基礎となったという経緯のようである<sup>65)</sup>。

これらを継受した日本の戦前の行政法学説の中で、田中二郎は、「警察」を「社会公共の秩序を維持する為に、一般統治権に基づき人民に命令し強制し、その自然の自由を制限するの作用」と概念設定し、これに対し、「統制」を「積極的に国民の経済・社会・文化生活の健全性を維持しその発達を図ることを直接の目的とし、国家の権力により、私人の自由活動特に私経済生活関係に関与する行政作用」として区別した<sup>66)</sup>。後者の「統制」は、戦後の田中二郎[1983]では、「規制法」の概念へと拡張された。これは、従来の(経済)統制法に、「経済秩序法」、「公共企業規制法」、「その他の規制法」を加えたものである<sup>67)</sup>。

現在の行政法学においては、上記の(消極目的の)「警察」と(積極目的の)「統制」の区別等の二分論は、自由主義的法治国家思想を背景としたものであって、「社会公共の秩序を維持」することと、「積極的に国民の経済・社会・文化生活の健全性を維持しその発達を図ること」の区別が自明であった(と考えられた)時代の産物であり、今日では維持し得ないとする立場が有力である。

産業資本主義段階から独占資本主義段階、さらに現代資本主義段階へと展開していく中で、国家と経済の関係が構造的に変化し、両者間の相互浸透ないし融合が多様に深まっているということを踏まえると、国家が私人の活動に制約を加えることにつき、「警察」と「統制」に分類すること、あるいは、消極目

65) この点を詳細に検討したものとして、岡田健一郎[2008] 386頁を参照。ドイツ行政法学における「警察」(Polizei) 概念については、塩野宏[1962] 175頁以下、小早川光郎[1999] 16頁、34頁以下等を参照。

66) 岡田健一郎[2008] 403頁以下、409頁による。

67) この「規制法」の概念を批判的に検討したものとして、塩野宏[1989] 213頁以下参照。

的規制と積極目的規制に分類して、その法的性格を異なるものとするものの根拠は疑わしい。憲法学においても、前述のように違憲審査に関する二分論が次第に支持を失いつつあるようにみえるが、これには相当の理由があると思われる。

### 3 「機能論的観点」と「実体論的観点」

#### (1) 裁判所の能力、裁判所と立法府の機能分担

消極目的規制と積極目的規制という区別（「二分論」）に基づいて、合憲性の判断基準を変えるというアプローチの背景には、裁判所と立法府の衝突をどう回避・調整するか、また両者の機能分担をどう整理するかという論点があり、「機能論的観点」と呼ばれることがある<sup>68)</sup>。

最高裁も、前掲の小売市場距離制限事件＝最判昭和47・11・22等において、同様の態度を表明している。同判決によると、「法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあたっては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であって、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関であるというべきであるからである。したがって、右に述べたような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委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、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ものと解するのが相当である」。

上の判示部分は、消極的規制と区別される、「積極的な社会経済政策」につ

---

68) この見方にふれた最近のものとして、二本柳高信 [2011] 22 頁参照。長谷部恭男 [2011] 238 頁以下は、政治的多元主義という視角から、裁判所と政治過程の機能を分析する。岡田健一郎 [2008] 387 頁以下は、行政法学説、特に田中二郎の所説を追いながら、「警察」と「統制」・「規制法」には「行政裁量」の違いがあること、特に後者の概念形成において行政と立法の「権限配分論」が形成されていったことを明らかにしている。また、藤井俊夫 [1996] 21 頁以下は、松井茂記 [1994] の「プロセス的司法審査論」を批判的に検討する。



いて、裁判所と立法府の機能の違いを基礎に立論しており、そこから「明白性の原則」が導かれている。

これ以外にも、例えば、法令違憲について、「社会政策よりは経済政策の領域の立法に、将来予測を（その失敗も含めて）政治部門に委ね、立法事実論を回避すべきものが多いのではないか」、と説かれることもある<sup>69)</sup>。ここでは、「社会政策」と「経済政策」が、異なる領域とされ、後者のほうが立法府の裁量に委ねられる部分が多いとされているわけであるが、これらを区別することには疑問があるし（前述、本稿(1)、第1章第1節五4(3)参照）、立法事実論を回避すべきものが多いという点も首肯できない（立法事実論については後述、本節三4を参照）。

これらの「機能論的観点」に対しては、「実体論的観点」が説得的に主張されている。すなわち、緩やかな審査を行うにせよ、厳格な審査を行うにせよ、権利の価値序列の観点を基礎に、個別具体的に実質的な規制根拠と手段の当否を問うことは、違憲審査の当然の任務であり、その際に、裁判所としての能力の限界も踏まえて行うのは当然であるが、最初から上の限界を理由にして、裁判所が過度に自己限定することは避けるべきである、と<sup>70)</sup>。

## (2) 実体論的観点の重要性

上の点については、実体論的観点の主張が妥当であると考えられる。二分論に対する批判は既に述べたが、これを、裁判所と立法府の機能分担という観点から根拠付けることについて再検討しておく。

第一に、機能論的観点は、民主主義社会の全体的な仕組みの理解、特に、多元主義ないし多元的民主主義論（第1章第1節二3参照）に基づくものであり、そこから立法府には広狭様々な立法裁量が認められるべきだという議論は成立するであろう。しかし、そのことが直ちに、二分論による区別を前提にし、一般的に裁量の広狭を引き出すことの根拠にはなるわけではない。

ここでは、裁判所と立法府の事実認定ないし事実の評価等に関する法的判断に関する能力についての議論が問題である。機能論的観点からは、前出の小売市場距離制限事件判決が説くように、裁判所よりも、立法府（その立法担当者、およびその背後にある行政府・関係各行政庁）のほうがより正確、詳細な情報を

69) 石川健治 [2008a] 151頁。

70) 藤井俊夫 [1996] 44頁以下等各所を参照。

基に適切な判断を行うことができるから、広い裁量を認めるべきだと説かれており、これは一般論としてはあり得るところであろう。しかし他方で、個別具体的にみれば、薬事法距離制限規定のように、既存事業者保護のための規定として極めて疑問の多い立法もあり得ることは否定できない（なお、同規定は議員立法である）。

司法審査という仕組みにとって重要なことは、立法府と裁判所のどちらが立法について実際に認識・判断能力があるかという問題の立て方ではなく、立法府が仮に豊富な情報と専門的判断に基づき、十分に民主主義的な討議を経て立法したとしても、それとは異なる組織が異なる手続で再考する、という権力分立の原則に重要な意味があるとする認識である。

特に、立法事実に関する審査は、問題となっている法令について立法府がどのような事実認識・判断に基づいて立法したかを、裁判所が資料等に基づいて再検討することであり、これはまさに司法の任務に属することである。裁判の基本的な判断ルール（証拠による事実認定、主張・立証責任、自由心証主義等）の下で、立法事実の審査を含め、司法審査を積極的に行うことには十分な理由と意義があると考えられる。

第二に、薬事法判決や小売市場距離制限事件判決で問題になった経済的規制は、被規制者の経済的自由を制約すると同時に、その被規制者と競争する事業者または取引する者（以下、「第三者」という。取引の相手方の多くは消費者である）の権利・利益を保護または侵害する可能性があることを十分踏まえる必要がある（この点は、後に詳述する）。規制の側が、どのような目的ないし政策的観点から、経済的自由を制限するにせよ、規制の影響を間接的に受ける側にとっては、規制目的の区別は意味がないことであるともいえる<sup>71)</sup>。特に第三者の権利・利益の侵害に関する判断の重要性という点からも、実体論的観点の重要性は否定できないと考えられる<sup>72)</sup>。

当該規制が、被規制者だけでなく、前記の第三者（個人）の人権（経済的自由、あるいは生命・健康などの人格的利益）にかかわるのであれば、立法事実を支えられていない法律による人権侵害がないか否か等を正面から判断すべきで

---

71) 高橋和之 [2005] 215 頁参照。

72) この文脈で消費者の利益にふれたものとして、藤井俊夫 [1996] 217 頁以下、その他各所参照。

あって、この点を不問に付し立法府の裁量の範囲内であるとするのは、人権尊重という憲法の基本に反するともいえよう。

第三に、前述のように、消極目的規制と積極目的規制という区別、あるいは社会政策と経済政策という領域の区別は、今日の経済社会においては具体的な立法・行政の実態としても次第に曖昧になっているし、それら立法または行政運営に関する政治過程の過程でも、両者で明確な違いはみられないといえるのではないと思われる。それにもかかわらず、司法審査の過程で、消極目的規制と積極目的規制を区別し、特に積極目的規制に関して、裁判所と立法府の衝突を回避・調整することだというのは、上記の実態との間に齟齬があり妥当ではない。

### (3) 比例原則

(i) 上記の実体論的観点による審査をする際には、法の一般原則として妥当するとされる、比例原則がまず参照されるべきである。

比例原則の出自である、行政法学における「警察比例の原則」については、前記のように伝統的な「警察」の概念それ自体は今日では維持できないとしても、比例原則は、現在の学説において、行政法一般についての基本的な原理とされて、対象を拡大して参照されてきている。この一般化された比例原則もドイツで発達した法理であり、もともとは行政法において行政裁量の統制の際の基準として用いられてきたものである<sup>73)</sup>。しかし現在では、「警察」の文言を取り払った比例原則は、行政学における一般的法原則として認められており、さらに、憲法学における法令審査の一般的基準として広く説かれるに至っている。

ドイツにおける警察比例の原則は、以下の3原則からなる。

「適合性の原則」—— 手段が目的に適合していること

「必要性の原則」—— 手段が目的達成にとって必要不可欠であること

「均衡性の原則」—— 手段と目的が均衡を失っていないこと（狭義の比例原則）

これは、わが国の違憲審査に係る最高裁判決が明らかにしてきたこととほぼ

73) (警察) 比例の原則については、日本でも古くから多くの研究があり、例えば、山下義昭 [1991-1995]、高木光 [1993]、シュテルン [1994-1995]、山本敬三 [2000] 218 頁以下、252 頁以下等、石川健治 [2005]、石川健治 [2008a] 61 頁以下、岡田健一郎 [2008] 417 頁、須藤陽子 [1990-91]、須藤陽子 [2000] 等を参照。

重なる。薬事法判決は、「これらの規制措置が憲法 22 条 1 項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、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うえで慎重に決定されなければならない」と判示し、上記の適合性の原則以下に整理されている考慮を実質的に行っているとみることができる。憲法学説にも、同判決は比例原則によったものであり、二分論として整理するのは妥当ではない、という理解もあるところである<sup>74)</sup>。

(ii) 薬事法判決における比例原則における「目的」と「手段」について、ここで若干の補足しておく。

同判決において、前掲の判示事項③として、供給者の過剰 → 過当競争 → 一部薬局の経営の不安定 → 不良薬品の供給の危険性（安全性やサービスの質の低下）、という因果関係は、立法事実によって合理的に裏付けることはできない、とされたことを挙げておいた。この因果関係のうち、目的は、「一部薬局の経営の不安定」の防止（目的 A とする）と、「不良薬品の供給の危険性」の防止（目的 B）の両方があることは、既に指摘した（本節三 2(2)）。手段は、「供給者の過剰」を防止するための距離制限であり、市場にとっては参入規制の性格を持つ（この点については、後述、本節三 4(3)参照）。

この距離制限によって、侵害される経済的自由とは、新規参入しようとする事業者の経済的自由であるが、本規制によって間接的には、仮に参入が許されたなら得たであろう顧客（消費者）の利益も侵害されるおそれもある。ここで顧客の利益とは、具体的には、参入が活発になれば、競争によって価格が低下し、サービスが向上する等のことである。もっとも、距離制限を定めた薬事法の観点からは、距離制限によって、安全性の向上やサービスの質の低下の防止もたらされる、という逆の判断があったのであろう（目的 C）。比例原則の具体的な適用に当たっては、規制の目的として挙げられた事柄だけではなく、上記の顧客の利益（目的 C）も勘案する必要があると考えられる。

もちろん、顧客の利益（目的 C）にとって最も重要なことは、「不良薬品の供給の危険性」の防止（目的 B）であるが、それ以外の要素もある。すなわち、距離制限という競争制限的効果をもたらす手段をとる以上、当該市場にお

---

74) 石川健治 [2008a] 参照。

ける取引の多様な要素（価格，サービス）をも勘案すべきである。競争制限的効果である以上，価格への影響は自明であるが，そのほかに，例えば，参入を容易にすれば，多様な業態の薬局が，薬についての多様な情報提供を行うとか，既存の薬局にない医薬品や医薬部外品・サプリメントや健康食品等の選択を可能にするなどもあり得るであろうから，それらを規制によって抑制することをどう考えるかということである。ここでは，消極目的と積極目的という二分論が不十分であることが示されているともいえる。

他方で，距離制限という手段については，本判決が指摘するように，「薬局等の業務執行に対する規制」，「行政上の監督と法規違反に対する制裁」という手段では不十分か，ということが最も重要な観点であろう。この点についても，薬事法によって定められている業務執行規制が，実際の行政運用としてどれだけ実効性があるか（例えば薬剤師の「名義貸し」の問題），という具体的検討が要請される。

このように考えてくると，比例原則を適用するためには，関係する事業者と顧客の利益を個別にみるだけではなく，薬局ないし医薬品の取引に関する具体的な法制度を全体として捉え，評価するという視点が重要であるということになる。後に，基本権という主観的な利益と，客観的な法制度とを一体的に捉えることの重要性を述べるが，その1例を上にも垣間見たことになる。

(iii) もう1点，比例原則における「目的」について，前述の個人の人権と，法人の政策的に認められた憲法上の権利の区別を踏まえると，薬事法判決の扱う参入規制がこれら両者のうちのどちらにかかわるのか，という観点から検討することが必要である。

まず目的については，薬局の経営それ自体は純粹の経済的事業であるから，個人の人権と法人の憲法上の権利を区別する前に，むしろ影響が及ぶであろう顧客（消費者）の生命・健康という基本権（人権）を第一に重視すべきであるということになろう。

次に，手段としての，客観的条件に係る参入規制を考えると，例えば薬剤師などの，まさに職業選択の自由を制限する場合には，それらの者の人格や生き方にかかわる問題になるのであるから，その制限は重大な公益がある場合のみ，しかも，必要最小限の原則が厳格に適用されるべきものと考えられる（本節3に挙げたあん摩師等法違反事件＝最判昭和35・1・27以下の諸事件も同様である）<sup>75)</sup>。

これに対し、法人に対する、客観的条件に係る参入規制は、法人の基本権が憲法典によって政策的に認められた権利にすぎないのであるから、当該法人の経済的自由(営業の自由)だけでなく、顧客の生命・健康という人権、その他の者の経済的自由、あるいは当該問題に関係する事業全体の法制度のなかで、妥当かどうか判断されるべきであろう。

#### (4) 必要最小限の原則

二分論の立場から、消極目的規制に対しては、「厳格な合理性の基準」が適用され、それは「必要最小限の原則」として置き換えられることもある。これは、行政法における「警察」作用については、国民の身体的自由を拘束する機能を持つことから説かれてきたものである<sup>76)</sup>。

「必要最小限の原則」は、「人権制限はそもそも必要最小限のものであるべき」とすることから導かれるのであろう<sup>77)</sup>。ただし、『必要最小限度』といっても、それは決して『絶対的な』必要最小限度を意味するものではなく、保護法益と規制を受ける権利・自由との両者を考慮するという相関関係の中で決定されるべき『相対的な』必要最小限度を意味する<sup>78)</sup>。

ここでは、「相対的な」必要最小限度とされていることに注目したい。ある規制を行う(または行わない)ことは、規制を受ける事業者だけでなく、その競争者または取引の相手方の権利・利益にも影響を与えるものであり、そもそも規制の目的は、「公共の福祉」という一般概念だけでなく、取引の相手方の個別的な利益保護にあるという場合も少なくない。規制が必要最小限であるべきであるという原則は、被規制者の経済的自由への制約しか見ていないのであり、このような三面関係を踏まえるならば「相対的な」必要最小限度という見方が重要となる。

例えば、伝統的に消極目的規制に当たるとされてきた安全規制の例として、

---

75) ここで参入規制は、過当競争防止などの客観的条件に係る規制を想定して述べており、人的条件に係る規制は別である(後述、本節三4(4)参照)。この観点からは、例えば、弁護士的人数を過当競争を理由に制限することは疑問であるということになろう。

76) 例えば、かつて多くの議論が行われた、警察官によるいわゆる職務質問を明示的に根拠付けた警察官職務執行法は、「この法律に規定する手段は、目的のために必要な最小の限度において用いられるべきものであって」(同法1条2項)と規定する。行政法の教科書等では、この事例等を念頭に必要最小限の原則、比例原則が論じられてきた。

77) 藤井俊夫 [1996] 17頁。

78) 藤井俊夫 [1996] 163頁。同書49頁以下、127頁以下等をも参照。

電気用品安全法（昭和36年法律第234号）は、メーカーの製造、販売する電気用品に関し、安全のための技術基準に適合するようにしなければならないとする。この規制の目的は、いうまでもなく当該電気用品を購入する消費者の安全の確保である。仮に、ある家庭用の機器に関する法的安全基準が不当に低く、その基準を遵守して製造された機器によって、消費者が損傷を受けたという場合を考えてみる。被害を受けた消費者は、機器メーカーに対し、私法上の損害賠償請求を行うことができるのは当然であり、当該メーカーは法的基準を遵守していたことを抗弁として請求を拒否することはできないであろう。他方で、消費者は、国に対し、不当な基準を設定したことを理由として私法上の損害賠償請求を行うことも可能であろう。

国が法的安全基準を設定する際には、メーカーの経済的自由を過度に侵害していないか、「必要最小限」か等を考慮する義務を有するとともに、消費者に対しその安全を図る義務がある。しかも、メーカーに関しては、個人の人格と結びついた経済的自由ではなく、法人の経済的自由の制限が問題になっていること、これに対し、消費者の被害は、まさに人権として尊重されるべき人命にまで及ぶ可能性があることも重要な点である。

この種の法的安全基準を設定する際には、先に引用したように、「保護法益と規制を受ける権利・自由との両者を考慮するという相関関係の中で決定されるべき『相対的な』必要最小限度」か否かを見るべきだとするならば、それはとりもなおさず、第三者が関わる規制事案については、「必要最小限の原則」という誤解を招きやすい用語ではなく、前記の比例原則の下で慎重に判断する必要がある。

#### 4 立法事実論

##### (1) 薬事法判決における立法事実

薬事法判決の今日的意義は、前記の機能論的観点ではなく実体論的観点から、当該規制の事実関係ないし実態に則して当該距離制限規定を審査したことにある。すなわち、違憲審査基準として打ち立てられた消極目的規制・積極目的規制の二分法ではなく、これから述べる立法事実の解明を通じて、比例原則を踏まえ結論を導き出したという点が重要であると考えられる。

それまでの判例・学説の説いてきた「明白性の原則」基準、「厳格な合理性」基準などのうちのどれを採用しようと、その先の実質的検討・判断が問題であ

り、その際に可能な限り当該規制と規制対象に関する実態を明らかにした上で判断すべきことはいうまでもない。そして、公衆浴場適正配置事件以来の諸事件に関する諸判決には、憲法学で説かれてきた審査基準を図式的に当て嵌めてるだけでなく、各事件の事案に関連する法制度と実態とを綿密に解明しようという姿勢がみられるものも多いとも評されている<sup>79)</sup>。

違憲立法審査の際には、当該法律（ないしその中の特定の規定）が前提として  
いる立法事実の存否を判断することが重要である。立法事実は、「司法事実」（訴訟当事者の行為等に関する事実）に対する概念であり、当該法律（または規定）の合理性を裏付け、支える社会的・経済的・文化的な一般事実を指し、これは立法府が立法の資料として収集、認定する事実と同質である<sup>80)</sup>。司法事実は当事者の主張・立証に依存する事実問題であるのに対し、立法事実は、基本的には裁判所の専権事項である法律問題に属するとされている。

薬事法判決は、国側の主張に対して、諸々の立法事実について独自の判断を行い、違憲という結論を導いたのであり、この点で画期的なことであった。同判決の判示事項については、既に①～④にまとめられることを紹介したが（本節三2(1)）、そのうち立法事実についての具体的な判断は、後半の③と④で行われている。

同判決は、その判示事項②で、薬事法の目的は「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」という消極目的規制であるとした上で、薬局の距離制限がない場合は、過当競争が生じる可能性があり、そ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は容易に推察しうる、と述べて、その限りで国側の主張に一定の理解を示す。

すなわち、同判決は、薬事法による薬局の適正配置（距離制限）の目的は不良医薬品の供給の防止であって、「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」、とする。ここでは、「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」、としており、小売市場距離制限事件との事案の相

---

79) 例えば、小島和司 [1981] は、これら諸判決につき、立法事実という用語は使わずに、実質的には同様の見方を説得的に示している。

80) 芦部信喜 [2007] 366 頁以下、時国康夫 [1997] 1 頁以下等を参照。



違を明確にしたのである。

その上で、「配置規制がこれらの目的のために必要かつ合理的であり、薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達することができずれば、許可条件の一つとして地域的な適正配置基準を定めることは、憲法22条1項に違反するものとはいえない。問題は、果たして、右のような必要性和合理性の存在を認めることができるかどうか、である」、とする。

この点につき、同判決は、薬局に関する規制システムを検討し、また、医薬品の乱売につき、それと「不良医薬品の販売の事実」の関連が明らかでないこと、乱売の原因等についての産業の実態を踏まえた検討を行った後、以下のよう

に述べる。「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。殊に、常時行政上の監督と法規違反に対する制裁を背後に控えている一般の薬局等の経営者、特に薬剤師が経済上の理由のみからあえて法規違反の挙に出るようなことは、きわめて異例に属すると考えられる」。

すなわち、本判決は、供給者の過剰 → 過当競争 → 一部薬局の経営の不安定 → 不良薬品の供給の危険性（安全性やサービスの質の低下）、という因果関係は、立法事実によって合理的に裏付けることはできない、とした（前掲、判示事項③）。

さらに、前記判示事項の④ LRA の基準については、薬事法・薬剤師法による諸規制をあげて、「それが励行、遵守されるかぎり、不良医薬品の供給の危険の防止という警察上の目的を十分に達成することができるはずである」、また、乱売については、「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」、「製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激烈な販売合戦」等によるものであると述べる。ここでは、本規制の薬局の距離制限によって乱売が防止されるという、手段・目的の関係は疑問であり、また、「行政上の監督体制の強化等の手段」など、他のとり得る手段もある、と指摘されている。

同判決は、薬品の製造から販売までの産業構造の実態に立ち入って検討しており、この点で、例えば本判決の前に出された小売市場距離制限事件判決と著しく異なっている。ここまで踏み込んだ実態判断をしているなら、実は、本件

距離制限が消極的ではなかったと言い切ってもよかったとの批判があるのも肯けるところである<sup>81)</sup>。

薬局開設の距離制限は、「国民の保健に対する危険」を防止するという表面的な立法理由ではなく、既存の事業者の既得権益の保護のために立法化され、既得権益の保護という観点から法の運用がなされている、ということが本件事案で露呈されたといえるかもしれない。立法事実についての判断は、そのような立法の経緯や運用の実態などの諸事情まで含めた上での考慮によるべきであり、本判決の意義は今も色褪せていない。

## (2) 「目的審査」・「手段審査」

立法事実に関する審査は、「目的審査」のみならず、「手段審査」も含まれる。規制の手段の選択は、どの程度まで、あるいはどのように政策を具体的に進めるべきかという具体的な立法目的と表裏一体である。立法目的については、例えば、前記の薬事法距離制限事件において国側が主張した「国民の保健に対する危険」あるいは「不良医薬品の供給の防止」などの抽象的レベルにとどまらず、「手段に裏付けされた立法目的」をみななければならない<sup>82)</sup>。これはまさに前述の比例原則が要請することである。

そのためには、具体的な規制の手段についての、より実態に則した調査・判断が要請されているのであり、これは規制の対象である、個々の産業の競争・取引の実態についての認識と評価を要する。この点につき、薬事法判決は、「具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつ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うえで慎重に決定されなければならない」、と述べ、実際に医薬品の流通の実態にまで踏み込んで検討している。学説には、このような審査方法は、本判決に特異なものではなく、合憲・違憲判断の事案において、「最高裁は、……当該事案においてみられる具体的制限の態様や程度をも考慮に入れて審査するのが通例である」、と説くものもある<sup>83)</sup>。

---

81) 安念潤司 [2007] 86 頁、今村成和 [1980] 179 頁参照。後者では、なぜ率直に、積極目的の経済政策立法としなかったかとの問い、そうすると余計、合憲性について説得力ある議論ができないからと述べられている。

82) 藤井俊夫 [1996] 34 頁は、この点を説得的に論じている。米国の議論につき、時国康夫 [1997] 5 頁以下等を参照。

83) 坂本昌成 [2010] 277 頁。

その際の目的を、例えば小売市場距離制限事件に関していえば、抽象的な中小企業保護などのレベルではなく、規制の対象となる各地域における青果・生鮮食料品・日常品等の小売市場における中小企業保護のための具体的目的と予測される効果を明確にし、かつ、小売市場開設につき地域制限をかけるという手段との関連で、当該規制の合理性、すなわち市場における取引・競争の実態に即した規制であるか否かを検討することが要請される<sup>84)</sup>。

最高裁は、その後、酒類販売免許制事件＝最判平成4・12・15においても、具体的な事案に即して、「具体的な規制措置について、その規制の目的、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」、判断すべきであると述べている。

裁判所には、このような複雑な事実認定と立法事実についての認識、そして法的判断が要請されているのであり、また、実際にこの種のことは民事事件でも行われており、また、個々の産業の競争・取引の実態についての事実認識が特に要求される独占禁止法違反に係る審決取消訴訟や民事事件でも同様である。ここからも、前記(本節三三)の裁判所の能力の限界を説く議論には疑問がある。

### (3) 第三者の権利・利益等の考慮

「目的審査」・「手段審査」という区別からは漏れてしまうおそれのあることとして、ある経済的自由を制限する規制の合理性・適正性をみる際に、先に指摘したように、国・地方自治体(具体的にはそれらの規制行政庁)と被規制者の関係だけでなく、当該規制によって影響を受ける第三者の権利・利益や関連する競争・取引の実態をも考慮する必要がある、という問題がある。

その例として、公衆浴場適正配置事件に関し、当該配置規制だけではなく、公衆浴場経営者に対するその他の各種の規制、公衆浴場を利用する者の利益、公衆浴場の競争をめぐるその時々状況などを考慮することが重要であると説かれてきたし、薬事法距離制限事件、西陣ネクタイ事件などでも同様である。

例えば、薬事法距離制限事件について、樋口陽一[1975]は、「既存業者を競争から保護する」というとき、問題は、いかなる競争からの保護かという点であろう」と指摘する。また、尾吹善人[1975]は、小売市場距離制限事件に

84) 小売市場距離制限事件判決に対し、このような検討がなされていないと批判する議論は数多い。例えば、安念潤司[2007]84頁以下参照。

おける競争制限は、「自ら額に汗して働く小売商の利益のために制限するもので、不公正とはいえない」という議論を引いている<sup>85)</sup>。

これらの事件では、薬局の経営者、または多数の小売商を収容する小売市場の経営者に対する事業開始の制限の可否が争われているが、この参入制限によって事実上の利益を受けるのは、競争者である近隣の既存薬局や既存小売市場であり、同時に間接的には、これらの店舗の利用者(取引の相手方)である消費者が影響を受けることになる。このように、経済的自由を制限する規制は、ほとんどの場合、関連する市場における競争に介入することになるのであるから、規制を受ける者以外の競争者や、取引の相手方を含む市場全体の構造と状況を踏まえ、当該規制によるそれらの変化を予測する必要がある。

前記のように(4(1)参照)、立法事実は、司法事実と異なり、当該法律(または規定)の合理性を裏付け支える社会的・経済的・文化的な一般事実であるから、職業や事業に関する社会的・経済的ないし制度的な事実を含む、広い観点から解明される必要がある。これらの諸事実は、そもそも立法や具体的な行政による法運用の際に考慮すべき事柄であるが、同時に、立法事実として司法審査において検討されるべきものである。

#### (4) 客観的条件に係る参入規制

これまで、主として薬事法判決を素材に、立法事実について検討した。しかし同判決については、立法事実論だけでなく、本判決の解釈論は前記(本節一2)の(旧)西ドイツの憲法判例の影響を受けていると理解する者も少なくないので、この点にふれておく。

1958年、西ドイツ連邦憲法裁判所判決(「薬局判決」)<sup>86)</sup>は、「職業選択」と「職業活動」の規制のいずれかで分け、さらに、「職業選択」に関する規制について上記の「主観的条件」と「客観的条件」を区別した上で合憲性を審査する、という「段階理論」を展開し、日本と同様の薬事法距離制限条項を定めて

---

85) 樋口陽一 [1975] 4頁以下、尾吹善人 [1975] 192頁以下参照。もっとも、小売市場距離制限が小売商の利益のためというものは法律の建前であっても、実態に即していたかは疑問であることは、前注81)の諸研究が説得的に示している。

86) この薬局判決については、舟田 [1975] で詳しく検討した。坂本昌成 [2010] 276頁以下は、この判決が日本の薬事法違憲判決に大きな影響を与えたと推測する。この点については、富澤達 [1977] 208頁以下、石川健治 [1992] 166頁をも参照。本判決とその段階理論に関する研究は数多い。差し当たり、青井未帆 [2010] 68頁の脚注、赤坂正浩 [2012] に挙げられている文献を参照。

いた旧バイエルン薬事法の規定を、基本法12条に違反するとした。

今日の競争法上の議論における用語でいえば、同判決は、本規制を、第一段階で、各種の行為規制(=「職業活動」の規制)とは異なる、「参入規制」(=「職業選択」の規制)と捉え、その上で、第二段階で、参入規制の要件を、「主観的条件」か「客観的条件」かで区別する。本件事案は、「客観的条件」による参入規制であり、とくに重要な共同体の利益が危険にさらされているか否か、そのために本規制が役立つか否か、それ以前の段階での規制によって同じ目的が達成できないか、という厳格な審査基準を立て、詳細な立法事実を検討した上で、違憲との結論を出している。

以上からも明らかなように、日本の薬事法判決はこのドイツ薬局判決に極めて近い論理構造を持っている。薬事法判決は、医薬品販売等の許可制度につき、薬剤師、申請者の人的欠格事由等の「主観的条件」に当たる要件を定めていることを「必要かつ合理的措置」であり是認できるとした上で、「客観的条件」による参入規制について前記のような厳しい判断を下しているのである。前記の芦部信喜〔2011〕による本判決の要約は、消極目的規制と積極目的規制を区別することから始まっているが(本節三2)、本判決は、明示的に、薬局開設の許可制に限って検討しているのであり、また、「許可制は、……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……」、としている点でも、前記ドイツ薬局判決に近いと考えられる。

参入規制については、特に日本の判例にも現れているように(本節三1(2)参照)、専門的職業としてのあん摩師や薬剤師などの生命・健康に対し危険を及ぼすおそれのある職業等について、それに携わる者の技術・能力・知識・設備等の「主観的条件」に関し、一定の法的要件を設けることは、当然あり得ることである。これに対し、当該職業・事業の開始につき、「需要の審査」(日本の例では、前出の距離制限や需給調整条項)などの「客観的条件」に係らしめることは、当該職業を希望する者の資質や努力いかんにかかわらないことであるから、まさに人格の自由な展開を保障すべき「職業選択の自由」として重大な制限となり、厳格な合憲性審査が要請されることとなる。

また、市場における競争秩序にとって、「市場の開放性」は自由競争の大前提であり、したがって、これを制限する参入規制、特に、需給調整条項などの客観的条件に係る参入規制は、極めて反競争性が強く、また、これは必然的に

既存事業者の既得権益を守ることになることは明らかである。近年、各種の公益事業などについて、需給調整条項に基づく参入規制の緩和・撤廃が政策的課題とされてきたことは前述のとおりである(第1節54, 第3節31(4)参照)。

日本の薬事法に基づく薬局設置に関する距離制限も、前述のように、実際は既存事業者の既得権益を守るために立法されたと推測される。薬事法判決は、距離制限が消極目的によるとしたので、二分論に基づいて厳しい審査を行ったのであるが、仮にこれが積極目的に基づくものであるとすると、広い立法裁量を認めざるを得ず、違憲を導くことも困難になったかもしれない。また、距離制限規定が既存事業者の既得権益擁護を目的とすると端的にいうとすると、広い立法裁量を前提としても、その非合理性が赤裸々にされることから、違憲とせざるを得ず、これは立法府に対する正面からの批判になり、司法消極主義の傾向にある裁判所としてやや躊躇するところとなったかもしれない。

#### (5) 薬事法とインターネット薬局規制

薬事法判決が立法事実の解明を通じて結論を導き出したことは、次に述べる最近の判決にも受け継がれている。

市販薬ネット販売権訴訟事件=東京高判平成24・4・26(民集67巻1号211頁, 判例タイムズ1381号105頁等)は、薬事法施行規則がいわゆるインターネット薬局を一律に禁止したことにつき、法律の委任の範囲を逸脱し違法、無効とした<sup>87)</sup>。さらに同事件の上告審判決である最判平成25・1・11(民集67巻1号1頁, 判時2177号35頁等)は、薬事法判決を引用した後に続けて、次のように判示し、上告を棄却した。

「これらの事情の下で、厚生労働大臣が制定した郵便等販売を規制する新施行規則の規定が、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの(行政手続法38条1項)であり、その委任の範囲を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんしゃくした上で、新薬事法36条の5及び36条の6を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するものというべきである」<sup>88)</sup>。

87) 松本哲治 [2012], 舟田 [2012] 等を参照。

88) 本判決については、小谷真理 [2013], 岡田幸人 [2014], 辰野嘉則=足立格 [2014], 山下竜一 [2014] 等を参照。

上記引用の冒頭にある、「これらの事情の下で」とは、薬事法判決における諸判示、すなわち、同法が国民の生命、健康に対する侵害を防止するためのものであり、「職業活動の自由を相当程度制約するものである」こと等を含んでいる。その後にある「立法過程における議論をもしんしゃくした上で」は、本件事案について薬局経営者、消費者などから出された多様な意見、特にネット販売制限に批判的な意見を念頭に置いたものであり、やや深読みしすぎかもしれないが、これも立法事実在即して判断するというを示したものと思われる。

既に述べたように、経済的自由の制限に関する判断の際には、国家と被規制者の間の2面関係だけでなく、被規制者と競争関係にある事業者や、取引関係にある者（特に消費者）との関係をも考慮すべきである。本件については、薬事法や薬剤師法などによって、薬局に関する制度が構成されているが、それらに基づいて活動する薬局経営者、薬剤師、薬局を新規開店したいとする者、さらには患者ないし消費者の立場について、立法過程やその関連の動きや議論を踏まえて、経済的自由の制限にかかわる制度が合理的に実定法化されているか否かを審査する、という過程が重要である。上記の平成25年最高裁判決は、この合理性についての疑念を暗に示唆していると理解することも可能であると考えられる<sup>89)</sup>。

---

89) 本判決が、「職業活動の自由を相当程度制約するものである」こと等をことさらメンションしたことについて、本規制についての疑義を払拭できないとの判断があったのではないかという見方がある。岡田幸人 [2014] 93頁, 辰野嘉則 = 足立格 [2014] 等を参照。

## 文献リスト（略語表）（続）

- \* 50音順。矢印（→）の後に、本文で用いた略語（姓名と刊行年）を示した。  
外国名についても、日本名と同様に、姓を先に出し、カンマで区切って、名、という順序にした。

### あ

- 愛敬浩二「憲法と独占禁止法」前掲『政府規制と経済法』17頁以下 → 愛敬浩二 [2006]
- 青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」ジュリスト1400号68頁以下（2010年）→ 青井未帆 [2010]
- 赤坂正浩「二つの制度的保障論」東北大学法学49巻1号82頁以下（1985年）→ 赤坂正浩 [1985]
- 赤坂正浩「人権と制度的保障の理論」『憲法の争点』（有斐閣，第3版，1999年）60頁 → 赤坂正浩 [1999]
- 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社，2011年）→ 赤坂正浩 [2011]
- 赤坂正浩「ドイツ法上の職業と営業の概念」早稲田大学グローバルCOE『季刊・企業と法創造』8巻3号85頁以下（2012年）→ 赤坂正浩 [2012]
- 淡路剛久「独占禁止法違反損害賠償訴訟における損害論」経済法学会年報3号48頁（1982年）→ 淡路剛久 [1982]
- 石岡克俊『著作物流通と独禁止法』（慶應義塾大学出版会，2001年）→ 石岡克俊 [2001]
- 石村善助『現代のプロフェッション』（至誠堂，1969年）→ 石村善助 [1969]
- イーゼンゼー，ヨーゼフ（ドイツ憲法判例研究会編訳，栗城壽夫編）『保護義務としての基本権』（信山社，2003年）→ イーゼンゼー [2003]
- 大西健夫（編）『現代のドイツ』（三修社，1981年）→ 大西健夫（編）[1981]
- 岡田幸人「薬事法施行規則15条の4第1項1号……，159条の14第1項及び2項本文，159条の15第1項1号並びに159条の17第1号及び2号の各規定の法適合性（平成25. 1. 11最高二小判）」ジュリスト1462号90頁以下（2014年）→ 岡田幸人 [2014]
- 押久保倫男「職業の自由と私法関係——代理商決定」『ドイツの憲法判例Ⅱ』[2001] 265頁以下 → 押久保倫男 [2001]



か

- 覚道豊治『憲法』（ミネルヴァ書房，1973年）→ 覚道豊治 [1973]
- 角松生史「『民間化』の法律学——西ドイツ Privatisierung 論を素材として」『國家學會雑誌』102巻11・12号719頁以下（1989年）→ 角松生史 [1989]
- 角松生史「憲法上の所有権？——ドイツ連邦憲法裁判所の所有権観・砂利採取決定以後」『社會科學研究』45巻6号1頁以下（1994年）→ 角松生史 [1994]
- カナーリス，クラウスーウィルヘルム（山本敬三訳）「ドイツ私法に対する基本権の影響」『法学論叢』142巻4号1頁以下（1998年）→ カナーリス [1998]
- 川端 望「バーリ&ミーンズ『近代株式会社と私有財産』批判の方法的視点：「所有と支配」論争との関わりで」『東北大学研究年報・経済学』52巻1号83頁以下（1990年）→ 川端望 [1990]
- 木下智史『人権総論の再検討』（日本評論社，2007年）→ 木下智史 [2007]
- 後藤 晃 = 鈴木興太郎（編）『日本の競争政策』（東京大学出版会，1999年）→ 後藤晃 = 鈴木興太郎（編） [1999]
- 小宮隆太郎 = 奥野正寛 = 伊藤元重（編）『日本の産業政策』（東大出版会，1984年）→ 小宮隆太郎 = 奥野正寛 = 伊藤元重（編） [1984]
- 小山 剛「イーゼンゼーの基本権保護義務論 [解説]」前掲『保護義務としての基本権』238頁以下 → 小山剛 [2003a]
- 小山 剛「基本権の私人間効力・再考」『慶應義塾大学・法学研究』78巻5号40頁以下 → 小山剛 [2005a]

さ

- 櫻井敬子 = 橋本博之『行政法』（弘文堂，第4版，2013年）→ 櫻井敬子 = 橋本博之 [2013]
- 鈴木秀美『放送の自由』（信山社，2000年）→ 鈴木秀美 [2000]
- 鈴木興太郎「適用除外・政府規制・行政指導」前掲『日本の競争政策』383頁以下 → 鈴木興太郎 [1999]
- 須藤陽子「行政法における『比例原則』の伝統的意義と機能（一）～（三）」『東京都立大学法学会雑誌』31巻2号347頁以下，32巻1号501頁以下，32巻2号101頁以下（1990～1991年）→ 須藤陽子 [1990-91]
- 須藤陽子「比例原則」『法学教室』237号18頁以下（2000年）→ 須藤陽子 [2000]
- 芹沢 齊「公的規制とパターンリズム」『公法研究』60号133頁以下（1998年）→ 芹沢齊 [1998]

た

高橋岩和 = 本間重紀 (編著) 『現代経済と法構造の変革』 (三省堂, 1997 年)

→ 高橋岩和 = 本間重紀 [1997]

高橋和之 『立憲主義と日本国憲法』 (有斐閣, 第 2 版, 2010 年)

→ 高橋和之 [2010]

高橋和之 「人権規定の『私人間適用』と『第三者効力』」法律時報 84 卷 5 号 86 頁以下 (2012 年) → 高橋和之 [2012]

高見勝利 「薬局開設の距離制限と職業選択の自由」大須賀明ほか (編) 『憲法判例の研究』 (敬文堂, 1982 年) 405 頁以下 → 高見勝利 [1982]

武市周作 「連邦憲法裁判所初期の判例における価値秩序論について」中央学院大学法学論叢 23 卷 1 号 168 頁以下 (2010 年) → 武市周作 [2010]

辰野嘉則 = 足立 格 「医薬品ネット販売規制に関する最高裁判決 (最二判平成 25・1・11 裁判所 HP)」NBL995 号 4 頁以下 (2014 年) → 辰野嘉則 = 足立格 [2014]

ドゥオーキン, ロナルド (木下毅 = 小林公 = 野坂泰司訳) 『権利論』 (木鐸社, 増補版, 2003 年) → ドゥオーキン [2003]

戸波江二 「国の基本権保護義務と自己決定のはざままで—私人間効力論の新たな展開」法律時報 68 卷 6 号 126 頁以下 (1996 年) → 戸波江二 [1996]

戸波江二 (編) 『叢書 企業社会の変容と法創造 2 企業の憲法的基礎』 (日本評論社, 2010 年) → 戸波江二 (編) [2010]

富山康吉 「現代の経済における自由」法律時報 42 卷 13 号 94 頁以下 (1970 年) → 富山康吉 [1970]

な

中山 勲 「人権保障規定の私人間に対する効力」阪大法学 55 号 66 頁以下 (1965 年) → 中山勲 [1965]

西川利行 『経済法の基礎』 (専修大学, 1998 年) → 西川利行 [1998]

西原博史 「保護の論理と自由の論理」『人権論の新展開』 [2007] 283 頁以下 → 西原博史 [2007]

西原博史 「憲法上の権利と制度との関係をめぐって」長谷部恭男 = 中島徹 (編) 『憲法の理論を求めて』 (日本評論社, 2009 年) 201 頁以下 → 西原博史 [2009]

野口貴公美 「委任命令の違法性の審査—医薬品ネット販売の権利確認等請求事件 (平成 25. 1. 11 最高二小判)」月刊法学教室 394 号 36 頁以下 (2013 年)

→ 野口貴公美 [2014]

野中俊彦 「薬事法距離制限条項の合憲性」『ドイツの憲法判例』 [2003] 272 頁以下

→ 野中俊彦 [2003]

は

橋本寿朗『戦後の日本経済』（岩波書店，1995年）→ 橋本寿朗 [1995]

橋本寿朗 = 長谷川信 = 宮島英昭『現代日本経済』（有斐閣アルマ，第3版，2011年）

→ 橋本寿朗 = 長谷川信 = 宮島英昭 [2011]

橋本祐子「市場は政治的社会的権力から人権を護る砦となり得るか」井上達夫（編）『人権論の再構築』（法律文化社，2010年）203頁以下 → 橋本祐子 [2010]

長谷河亜希子「フランチャイズ契約終了後の競争避止義務について—再論」弘前大学人文社会論叢・社会科学篇 22号 69頁以下（2009年）→ 長谷河亜希子 [2009]

長谷川晃「法と市場の間」前掲『競争法の現代的諸相（上）』57頁以下

→ 長谷川晃 [2005]

長谷川晃「主体・法・正義——リベラルな平等のポテンシャル」法社会学 64号 86-101頁（2006年）→ 長谷川晃 [2006]

濱田純一『メディアの法理』（日本評論社，1990年）→ 濱田純一 [1990]

原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学 4号 54頁（1976年）

→ 原島重義 [1976]

原島重義「役款と契約の自由」『現代契約法大系 第1巻 現代契約の法理』（有斐閣，1983年）37頁以下 → 原島重義 [1983]

フィケンチャー，ヴォルフガング（Fikentscher, Wolfgang）（丹宗昭信監訳）『競争と産業上の権利保護』（六法出版社，1980年）→ フィケンチャー [1980]

樋口陽一 = 佐藤幸治 = 中村睦男 = 浦部法穂『注解 日本国憲法（上巻）』（青林書院，1984年）→ 樋口陽一ほか [1984]

樋口陽一『『からの自由』をあらためて考える』法律時報 73巻 10号 93頁以下（2001年）→ 樋口陽一 [2001]

樋口陽一『今，憲法は「時代遅れ」か』（平凡社，2011年）→ 樋口陽一 [2011]

舟田正之「競争の実質的制限（東宝株式会社事件）」『独禁法審決・判例百選』18頁以下（有斐閣，第3版，1984年）→ 舟田 [1984]

舟田正之「消費者による石油価格カルテルの損害賠償請求」昭和60年度重要判例解説 221頁以下（1986年）→ 舟田 [1986a]

舟田正之「カルテルと損害賠償請求(2)—鶴岡生協事件」『独禁法百選』248頁以下（有斐閣，第四版，1991年）→ 舟田 [1991]

ヘッセ，コンラート「ドイツ連邦共和国における基本権の展開」公法研究 42号 1頁以下（1980年）→ ヘッセ [1980]

ま

松原光宏「保護義務論のベーシック」前掲『企業の憲法的基礎』125頁以下

→ 松原光宏 [2010]

三並敏克『私人間における人権保障の理論』(法律文化社, 2005年)

→ 三並敏克 [2005]

三並敏克「人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論」立命館大学政策科学会・政策科学13巻3号181頁以下(2006年) → 三並敏克 [2006]

や

矢島基美「財産権の制限と補償の要否」前掲『憲法の争点』154頁以下 → 矢島基美 [2008]

山下義昭『『比例原則』は法的コントロールの基準たりうるか——ドイツにおける『比例原則』論の検討を通して(1)~(3)』福岡大学法学論叢36巻1・2・3号139頁以下, 38巻2・3・4号189頁以下, 39巻2号243頁以下(1991~1995年)

→ 山下義昭 [1991-1995]

山下竜一「薬事法施行規則15条の4第1項1号……, 159条の14第1項及び2項本文, 159条の15第1項1号並びに159条の17第1号及び2号の各規定の法適合性」判例評論665号(判例時報2220号)137頁以下(2014年)

→ 山下竜一 [2014]

ら

ラムズマイヤー, J・マーク『法と経済学——日本法の経済分析』(弘文堂, 1990年)

→ ラムズマイヤー, J・マーク [1990]

わ

我妻 榮『民法總則』(岩波書店, 新訂, 1965年) → 我妻榮 [1965]

渡辺 洋「憲法の私人間効力・外論」前掲『企業の憲法的基礎』79頁以下

→ 渡辺洋 [2010]

渡辺康行「団体の活動と構成員の自由」前掲『企業の憲法的基礎』79頁以下

→ 渡辺康行 [2010]