

憲法第2問 解説

ネタにした判例

- 薬事法違憲判決

出題趣旨

著名判例である薬事法違憲判決を題材に人権の保障から制約、正当化の流れまでがどう有機的に関連しているのかを判例をいかに読むかという学習方法を習得しつつ学ぶ。

また判例との差異を意識しつつ判例の規範、枠組みをどう当てはめていくかについても学習する。

保障（5点）

- 法人の人権
 - 「性質上可能な限り」（最大判昭和45年6月24日八幡製鉄事件）
- 職業の自由
 - 職業選択の自由
 - 職業活動の自由（営業の自由）
 - 「職業は、ひとりその選択、すなわち職業の開始、継続、廃止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、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請される」

制約の有無（5点）

- 確かに通常の薬局は開業できるが、大型ドラッグストアが開業できないという不利益を受けているという点をどのように評価するか。
 - 職業選択の自由に対する制約と言えるのか、それとも職業遂行の自由に対する制約にとどまるのか。

権利の性質（7点）

- 二重の基準論
- 「職業は、①人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、②分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与するという社会的機能分担の活動たる性質を有し、③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性を有する」
- 法人にも③自己実現の価値は妥当するのか？
 - 法人擬制説と法人実在説
- 社会的相互関連からの立法裁量（公共の福祉）

制約の態様（7点）

- 許可制の評価
- 段階理論
 - 職業の自由を事後規制（職業活動の自由に対する制約）と事前規制（職業選択の自由に対する制約）とに分け、さらに事前規制の内部においても主観的な許可条件（資格制など）によるものと客観的な許可条件（距離制限など）によるものとに分ける。
 - 自らの意思や努力によっては変えることのできない条件に関しては厳しく審査をするという考え。
 - 国籍法違憲判決など
- 位置規制についても判例参照「薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有するものである」

審査基準（2点）

- 適切なものを適切に
- もっとも判例は「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」としており、これを用いることにより判例を押し替えることのアピールをするべき。

目的（5点）

- 本間においては既存の小規模薬局の保護という積極目的と高齢者等の健康保護という消極目的とが混在しているように見える。
- そこで立法事実を検討した上で、立法目的の詳細な検討が求められている。

目的（5点）

- 「その提案の理由として、① a 一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために b 一部業者に経営の不安定を生じ、c その結果として施設の欠陥等による不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止すること、及び② 薬局等の一部地域への偏在の阻止によつて無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進することの二点を挙げ、③ これらを通じて医薬品の供給（調剤を含む。以下同じ。）の適正をはかることがその趣旨であると説明しており、薬事法の性格及びその規定全体との関係からみても、この二点が右の適正配置規制の目的であるとともに、その中でも**前者がその主たる目的をなし、後者は副次的、補充的目的であるにとどまると考えられる。**」

目的（5点）

「主として国民の生命及び健康に対する措置の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 a 薬局等の過当競争及び b 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過ぎない**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目的は右の適正配置規制の意図するところではなく」

目的（5点）

- 以上から最高裁は
 - 「主たる目的」と「副次的、補充的目的」とをまず区別し
 - その後主たる目的の最終目的以外のものは手段として位置付けていることがわかる。
- 本間ではどうか？
 - 主たる目的が高齢者の保護にあるとすれば
 - その手段としての小規模薬局の保護
 - 結局のところ本問の新薬事法は消極目的となる。
 - 目的と手段の分離という意識は抑えておくこと
- 参考として最判平成19年2月27日藤田宙靖反対意見（上記の流れとは異なる？見解）

合理性（7点）

- 薬事法違憲判決においては「競争の激化—経営の不安定—法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとすることは、単なる観念上の想定にすぎず」としてている。
- 本問においては、「大型ドラッグストアの進出—既存薬局の経営の不安定—処方箋につき身近な相談相手がいなくなる—高齢者の健康被害」が相当程度の規模で発生する可能性があり、観念上の想定であるかどうかを見れば良い。
- もっとも「予防措置を講じることは、決して無意義ではなく」とあり、判例も一定程度の関連性は認めている。そのため審査密度によって結論は変わりうる

合理性（7点）

- 本問においてはどうか…例えば
 - 経営悪化が進んでいる地方の既存の薬局はどうせ潰れるから、新薬事は無意味でないのか？高齢者の増加により薬自体の需要が増えているのを考えるとどうか。
 - 大型ドラッグストアだけではなく、小型の薬局の出店も規制しなければ意味がないのではないか。立法事実を考慮するとどうか。

必要性（7点）

- 「必要性が全くないとはいえない」「というだけでは足りず、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」
 - 「合理的」という言葉を使っているが内実は比較考慮
- 薬事法違憲判決においては罰則や許可又は免許の取消等の制裁行政上の是正命令などがあることが「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」となされている。

必要性（7点）

- 本問においてはどうか？例えば…
 - 都市部では特に問題は生じていないのに全国一律に規制することはどうなのか？少子高齢化が都市部でも進むことが見込まれていることを考慮するとどうなのか。
 - 1kmという距離をどう評価するか。小型の薬局であれば開業できるのを合わせて考えるとどうか。
 - 小型の薬局に対する補助などでは対応できないのか？

裁量点 (5 点)