

## 第 26 問

総まくり 281 頁 [判例 8]、

論証集 92 頁 [判例 1]

### (事案)

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を守る必要がある。

そこで、薬事法は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守ることを目的として、医薬品等の供給業務に関して広く許可制を採用し、薬局については、5 条において都道府県知事の許可がなければ開設をしてはならないと定め、6 条において薬局開設許可の許可条件に関する基準を定めている。

薬事法 6 条は、許可条件の 1 つとして、2 項においては、設置場所の配置の適正の観点から許可をしないことができる場合を認め、4 項においてその具体的内容の規定を都道府県の条例に委ねている。

A 県では、薬事法 6 条 4 項の委任に基づき、適正配置基準として、既存の薬局との間に最短距離で概ね 100 m と定める委任条例を設けていた。

X は、A 県 B 市内の C 地点で薬局を開設するために、A 県知事に対して、薬局開設の許可の申請をしたところ、A 県知事は、許可申請に係る薬局の開設予定地である C 地点が既存の薬局から 50 m しか離れていなかったため、適正配置基準を満たさないとして、申請を拒否した。

X は、経営上の採算を考えて薬局を開設する場所として C 地点を選択したのであり、C 地点で薬局を開設できないなら、薬局の開設そのものを断念せざるを得なくなるから、適正配置規制は X の薬局開設に係る自由に対する不当な制約であり、違憲であると考えている。

### (設問)

本問における憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

(参考答案)

1. 薬局開設の許可制そのものを定める薬事法 5 条と許可基準として適正配置規制を定める薬事法 6 条・A 県条例は、薬局開設予定者の狭義の「職業選択の自由」を侵害するものとして憲法 22 条 1 項に反し違憲ではないか。
2. 薬局を開業する自由は、狭義の「職業選択の自由」として憲法 22 条 1 項により保障される。
3. 薬事法 5 条の薬局開設の許可制自体は、薬局を開業する自由そのものを制約するものであるから、問題なく狭義の「職業選択の自由」に対する制約に当たる。

他方で、薬事法 6 条・A 県条例の適正配置規制は、形式的には薬局を開業する場所という選択した職業の遂行方法に対する制約にとどまる。

もっとも、薬事法事件大法廷判決によれば、形式的には職業遂行の自由に対する制約にとどまる規制が実質的には狭義の「職業選択の自由」に対する制約に当たることもある。

そして、薬局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、経営上の採算などを考慮し、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経営上の採算が取れないなどの理由から開業そのものの断念にもつながりうるものである。

そうすると、適正配置規制による薬局の開業場所の地域的制限は、実質的には薬局を開業する自由という狭義の「職業選択の自由」に対する制約に当たるといえる。

4. 職業規制の違憲審査基準の厳格度は、規制の態様と規制の目的を考慮して当該規制に関する立法府の裁量の広狭を明らかにすることにより判断すべきである。

前記 3 の通り、許可制自体も許可基準である適正配置規制も、狭義の「職業選択の自由」に対する制約であるから、職業の自由に対する強度の制約である。

また、いずれの目的も、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守るという消極目的にある。積極目的や財政目的のように政策的判断や専門技術的判断が多分に要求されるようなものではないため、規制を支える立法事実の司法的把握が比較的容易であるから、立法裁量を狭くする方向で評価される。

そこで、許可制自体と適正配置規制の憲法 22 条 1 項適合性は、①立法目的が重要であり、かつ、②手段が立法目的との間で実質的関連性を有するかで審査されるべきである。

5. 許可制自体と適正配置規制の立法目的は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守ることにより、問題なく重要であるとい

総まくり 272 頁・1(3)、論  
証集 91 頁・1(3)

総まくり 281 頁 [判例 8]、  
論証集 92 頁 [判例 1]

総まくり 272 頁・2、論証  
集 91 頁・2

える (①)。

また、上記目的のために、業務内容の規制のみならず、一定の許可事由を満たさない者による薬局の開業を禁止することは、目的達成手段として有効かつ必要であるといえるから、手段適合性も手段必要性も認められる。したがって、許可制自体は、手段の実質的関連性が認められ (②)、憲法 22 条 1 項に違反せず合憲であるといえる。

他方で、適正配置規制は、㉞適正配置規制の不存在、㉟薬局の偏在、㊱競争の激化、㊲経営の不安定、㊳法規違反による不良医薬品の供給という因果関係を前提として定められたものである。これらの因果関係のうち、㉞から㊲までは、立法事実による支持がある。これに対し、㊳から㊵については、単なる観念上の想定にすぎず、立法事実による支持が認められない。そうすると、㊲から㊵までの因果関係がないことを前提として手段審査をすることになるから、開業場所の如何が不良医薬品の供給をもたらす危険性と無関係であるにもかかわらず、開業場所を禁止していることになる。したがって、適正配置規制は立法目的の達成を促進するものではないから、手段適合性を欠く。

仮に㉞から㊵までの因果関係が認められるとしても、適正配置規制以外の許可事由によって薬局の開業について事前規制を及ぼし、これをクリアした薬局を対象として立入検査をすることなどにより、不良医薬品の供給の危険性を相当程度下げることができるから、立法目的を達成できるより制限的でない他の選び得る手段があるとして、手段必要性が否定される。

したがって、適正配置規制は手段の実質的関連性を欠く (②)。

以上より、許可制自体は憲法 22 条 1 項に違反せず合憲であるが、適正配置規制は憲法 22 条 1 項に違反し違憲である。 以上



(参考文献1)

- ・「憲法」第7版(著:芦部信喜、補訂:高橋和之-岩波書店)
- ・「憲法学Ⅰ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅱ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅲ」増補版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法Ⅰ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
- ・「憲法Ⅱ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
- ・「立憲主義と日本国憲法」第3版(著:高橋和之-有斐閣)
- ・「体系 憲法訴訟」初版(著:高橋和之-岩波書店)
- ・「憲法Ⅰ基本権」初版(著:渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)
- ・「憲法講義(人権)」初版(著:赤坂正浩-信山社)
- ・「憲法」初版(著:青柳幸一-尚学社)
- ・「憲法訴訟」第2版(著:戸松秀典-有斐閣)
- ・「憲法」第3版(著:渋谷秀樹-有斐閣)
- ・「憲法起案演習 司法試験編」初版(著:渋谷秀樹-弘文堂)
- ・「日本国憲法論」初版(著:佐藤幸治-成文堂)
- ・「憲法論点教室」第2版(著:曾我部真裕・赤坂幸一ほか-日本評論社)
- ・「憲法上の権利の作法」第3版(著:小山剛-尚学社)
- ・「判例から考える憲法」初版(著:小山剛・畑尻剛・土屋武-法学書院)
- ・「憲法判例の射程」初版(編著:横大道聡-弘文堂)
- ・「精読憲法判例[人権編]」初版(編集代表:木下昌彦-弘文堂)
- ・「憲法の地図」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法ガール」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法判例百選Ⅰ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例百選Ⅱ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例」第8版(著:戸松秀典・初宿正典-有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)

(参考文献2)

- ・「行政法」第6版(著:櫻井敬子・橋本博之-弘文堂)
- ・「行政法Ⅰ」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第5版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ」第4版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法①」第3版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法⑩」第2版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第3版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説ⅠⅡⅢ」(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法総論を学ぶ」初版(著:曾和俊文-有斐閣)
- ・「行政判例百選ⅠⅡ」第7版(有斐閣)