

違憲審査における「目的審査」の検討（二・完）

— 自由権規制立法の違憲審査基準論を主たる素材として —

門田 孝

第一節 はじめに

第二節 日本の違憲審査基準論における目的審査とその問題点——声部説を中心に

第三節 日本の違憲審査における目的審査の可能性——浦部説を手がかりに（以上三二卷二号）

第四節 具体的事例に即しての検討

第五節 むすびに代えて（以上本号）

第四節 具体的事例に即しての検討

（一） 検討の視点

前節までで、主として自由権規制立法に関する日本の違憲審査基準論を整理したうえで、特に「目的審査」の手法に関する問題点をいくつか指摘し、そうした問題点に対処する方途を、通説的立場とは若干異なる違憲審査基準論を提示する浦部説を参照しつつ、考察した。本節では、そうした考察を踏まえ、自由権規制立法の合憲性に関する最高裁判決を素材に、実際の判決において、違憲審査とりわけ「目的審査」がどのように行われたのかを分析し、併せてその当否を検討することとしたい。通常、違憲審査基準論という視点から判例を検討する場合には、当該事案においてどのような違憲審査基準が用いられているのかを見定めたい。採用された基準の当否、あるいは基準の適用の

仕方の当否等を吟味する作業が中心になってくるであろう。本稿での検討もこれと大きく異なるものではないが、ただ、前節までの考察を踏まえ、以下の三点に特に着目したいと思う。

第一に、自由権規制の合憲性が争われた具体的事例において、いかなる「規制対象行為」に対するいかなる「規制」が問題にされたかを明らかにし、検討することである。この点、基本権を規制する立法の違憲審査として、典型的に想起されるのは、「規制対象行為」としては、例えば、表現の自由（憲法二二条一項）で保障された「表現行為」や、職業活動の自由（憲法二二条一項）で保障された「職業活動」であり、「規制」としては、このような行為に対する端的な「禁止」であろう。しかしながら、個々の事案においては、「規制対象行為」や「規制」自体が、必ずしも明らかでない場合もあり得るだけでなく、それらがいかなる性格のものとして理解するかについても、意見の違異が生じ得ることもあろう。この点に関して、個々の判決においては、どのような判断が示されているのか（あるいはいないのか）の見定めが、検討の出発点である。

第二に、そうした「規制対象行為」に対する「規制」の「目的」は、個々の判決ではいかなるものとして理解されたのかを明らかにし、検討することである。こうした「規制目的」は、判例や学説においては、「立法目的」として言及される場合が多い。¹⁾ 本稿自体、これまで両者を必ずしも区別しないで論じてきたが、両者は概念的に区別できるのではないか、あるいは区別が必要な場合もあるのではないかと、といった点についても留意されるべきであろう。個々の判決において、こうした「立法目的」あるいは「規制目的」は、どのようにして認定され、どのような内容のものとして理解されているのかを見定める作業が、検討にあたっての二つめの課題である。

第三に、そのようにして明らかにされた「規制目的」について、その合憲性が、どのようにして審査され、どのように判断されたかを明らかにし、検討することである。これは、本稿の主題でもある「目的審査」の検討の中心的作

業に属するものでもある。本稿で仮説的に示した立場からすれば、憲法で保障された基本権を規制する場合の「規制目的」が憲法上容認されるのは、原則として、それが他者の権利・利益の保護、あるいはそうした権利・利益に対する弊害の防止・除去を内容とする場合であり（もつとも、後述するように憲法自体が別に「規制目的」を掲げていると解される場合もある）、本稿では、このように「目的」の内容が、「憲法上許容される」ということを示す意味で、規制目的の「正当性」という語を充てることとする。^②「規制目的」の合憲性審査は、さらに、そうした目的の「重要性」および規制対象行為との「関連性」という観点からも吟味される必要がある。個々の判決においては、こうした点について、どのような判断が示されているのか（あるいはいないのか）、そうした判断は妥当なものと評し得るのかについて、検討を加えることとしたい。その際、「目的審査」と密接な関係に立つ「手段審査」についても、必要な限りで言及することになるであろう。

検討の素材としてとり上げる具体例としては、紙幅の都合上、公務員の政治活動の自由に関する猿払事件判決と、薬局開設場所の自由に関する薬事法違憲訴訟判決^④という、よく知られた一九七〇年代半ばの二つの最高裁大法廷判決に限定せざるを得ない。以下では、これらの判決における違憲審査の概要をまず確認したうえで、主として、右に挙げた、規制対象行為と規制、規制目的、および規制目的の合憲性に関して、判決がどのような判断を行なっているのかを分析し、併せてその当否について検討を試みることにする。もつとも、こうした事柄に関して、判決自体が明示的に、あるいは意識的に語っていない場合も少なくないであろうし、そのような場合には、判決の論理から推定せざるを得ない場面も出てくるであろう。あるいは、判決自身が問題にしたことと異なる論点にまで言及することになるかもしれない。そうした意味では、以下の作業は、いわゆる判例評釈などではもちろんなく、本稿で仮説的に示した目的審査の手法の有用性を検証するための、一種の「思考実験」である。こうした検討を通じて、これまで十分論じ

ることのできなかつた問題についても、必要に応じて、適宜補足し敷衍していききたいと思う。

(二) 公務員の政治的行為の自由に対する規制——猿払事件判決⁵⁾

1 概要 郵便局に勤務する郵政事務官が、衆議院議員選挙の際に、日本社会党を支持する目的で、同党公認候

補の選挙用ポスターを公営掲示場に掲示し、あるいは他に依頼して配布した行為が、国家公務員法(以下「国公法」という)一〇二条一項および人事院規則一四一七(政治的行為)(以下本節において単に「規則」ともいう)五項三号および六項一三号により、一般職公務員に禁じられた政治的行為に当たるとして起訴された事件に関する、一九七四年の猿払事件判決はよく知られている。ここでは、政治的行為の禁止の合憲性に関して法廷意見が判示したうちから、本稿の主題に関連する部分を中心に抽出してみよう。

最高裁は、問題となった政治的行為が「政治的意見の表明としての面をも有するものであるから、その限りにおいて、憲法二一条による保障を受けるもので「あり」；国民一般に対して禁止されるのであれば、憲法違反の問題が生ずる」としつつ、国公法一〇二条一項および人事院規則による政治的行為の禁止が、公務員に向けられたものであることを指摘した後、次のように述べる(以下では、刑集二八卷九号の該当する頁数を引用文の末尾に示すこととする)。

①「公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならない。」(三九九頁)

②「国公法一〇二条一項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が右の合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあつては、禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の三点から検討することが必要である。」(三九九頁)

③禁止の目的に関して、「もし公務員の政治的行為のすべてが自由に放任されるときは、おのずから公務員の政治的中立性が損われ、

ためにその職務の遂行ひいてはその属する行政機関の公務の運営に党派の偏向を招くおそれがあり、行政の中立的運営に対する国民の信頼が損われることを免れない。また、公務員の右のような党派の偏向は、逆に政治的党派の行政への不当な介入を容易にし、行政の中立的運営が重められる可能性が一層増大するばかりでなく、そのような傾向が拡大すれば、本来政治的中立性を保ちつつ一体となつて国民全体に奉仕すべき責務を負う行政組織の内部に深刻な政治的対立を醸成し、そのため行政の能率的で安定した運営は阻害され、ひいては議会制民主主義の政治過程を経て決定された国の政策の忠実な遂行にも重大な支障をきたすおそれがあり、このようなおそれは行政組織の規模の大きさに比例して拡大すべく、かくては、もはや組織の内部規律のみによつてはその弊害を防止することができない事態に立ち至るのである。したがつて、このような弊害の発生を防止し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するため、公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止することは、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にはかならないのであつて、その目的は正當なものといふべきである。」（四〇〇頁）

④目的と禁止される政治的行為との関連性に関して、「右のような弊害の発生を防止するため、公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められるのであつて、たとえその禁止が、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていなくとも、右の合理的な関連性が失われるものではない。」（四〇〇—四〇一頁）

⑤利益の均衡に関して、「公務員が全体の奉仕者であることの一面のみを強調するあまり、ひとしく国民の一員である公務員の政治的行為を禁止することによつて右の利益が失われることとなる消極面を軽視することがあつてはならない」ものの、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法一〇二条一項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものといふべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない。」（四〇一頁）

⑥「以上の観点から本件で問題とされている規則五項三号、六項一三号の政治的行為をみると、その行為は、……政治的偏向の強い行動類型に属するものにはかならず、政治的行為の中でも、公務員の政治的中立性の維持を損うおそれが強いと認められるものであり、

政治的行為の禁止目的との間に合理的な関連性をもつものであることは明白である。また、その行為の禁止は、もとよりそれに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしたものではなく、行動のもたらす弊害の防止をねらいとしたものであつて、国民全体の共同利益を擁護するためのものであるから、その禁止により得られる利益とこれにより失われる利益との間に均衡を失ふところがあるものとは、認められない。」(四〇一—四〇二頁)

⑦「したがつて、国公法一〇二条一項及び規則五項三号、六項一三号は、合理的で必要やむをえない限度を超えるものとは認められず、憲法二二条に違反するものということはできない。」(四〇二頁)

これに続けて法廷意見は、政治的行為の禁止に違反した場合の科刑の合憲性について、「制裁として刑罰をもつて臨むことを必要とするか否かは、右の国民全体の共同利益を擁護する見地からの立法政策の問題^⑦」との観点から、「その保護法益の重要性にかんがみるときは、罰則制定の要否及び法定刑についての立法機関の決定がその裁量の範圍を著しく逸脱しているものであるとは認められない」として、問題となつた罰則が憲法三一条および二二条に違反するものではないと述べ、さらに、国公法一〇二条一項による人事院規則の合憲性についても、憲法の許容する委任の限度を越えるものではないとの判断を示している。^⑧

2 規制対象行為と規制 本判決においては、規制対象行為と規制を特定することは、比較的容易なようにみえる。すなわち、問題となつた「規制対象行為」とは、一般職公務員による「政治的行為」(国公法一〇二条一項)、より具体的には「政治的目的を有する…文書…を…掲示し若しくは配布する」(規則六項一三号)行為であり、^⑨「規制」とは、こうした行為の端的な「禁止」として、さしあたりは理解できよう。

もつとも、見方によつては、これとは若干異なるものとして、「規制対象行為」と「規制」を理解することもできない。まず、「規制対象行為」については、法令のレベルでみれば、確かに、^⑩「一般職公務員の政治的行為」あるいは^⑪「一般職公務員が政治的目的を有する文書を掲示もしくは配布する行為」であるが、これを本件事案に即

して、より個別・具体的にみれば、本件で規制対象になった行為を、◎「郵政事務官が、勤務時間外に、社会党公認候補の選挙用ポスターを掲示・配布する行為」として、検討の対象とすることも考えられるであろう。また、「規制」についても、上述のように国公法一〇二条一項による政治的行為の①「禁止」として、いわば一点で捉えることも可能であるが、同条項に違反した場合に刑事罰が科されることをも考慮に入れれば（国公法一一〇条一項一九号）、さらに視野を広げて、政治的行為の②「禁止および違反に対する科刑」として、いわば連鎖をなすものとして把握することもできるのではないか。このように、「規制対象行為」や「規制」を特定しようとする際、どの程度具体的な視点に立つかによって、特定の仕方も異なったものになり得ることに、あらかじめ確認しておいてよいであろう。

なお、規制対象行為である「政治的行為」の性格については、右にみたように、「行動としての面をもつほかに、政治的意見の表明としての面を有するもの」とされ、「その限りにおいて、憲法二二条による保障を受けるもの」とされて、留保つきながら、表現の自由によって保障される行為であると認められているが、その主たる性格が、右の④および⑤共に、「意見表明」ではなく、「行動」として理解されていることは、⑤および⑥からも明らかである。もっとも、このように規制対象の性格を「行動」と解することの根拠は、必ずしも十分に示されてはいない。

3 規制目的 一般職公務員に政治的行為を禁止する「目的」について、法廷意見は、右の③にみるように、結局のところは、「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されること」に求めているものとして理解できるであろう。そして、このような「目的」を認定するにあたって、法廷意見は厳密には二つの議論を展開しているように思われる。一つ目は、右の引用部分には示すことができなかったが、「公務のうちでも行政の分野におけるそれは、憲法の定める統治組織の構造に照らし、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策の忠実な遂行を期し、もっぱら国民全体に対する奉仕を旨とし、政治的偏向を排して運営されなければならないものと解

される」という言及にみるように、「公務の性質」を根拠とするものである。二つ目は、右の③において詳細に論じられているように、「政治的行為によって生じる弊害」に着目した議論、すなわち、公務員の政治的行為の自由を認めることにより生じる、公務員の政治的中立性の侵害—公務運営の党派の偏向（および行政の中立的運営に対する国民の信頼が害されること）—行政組織内部の深刻な政治的対立—行政の能率的で安定した運営の阻害—国の政策遂行における重大な支障といった弊害が生じる「おそれ」ゆえに、こうした弊害の発生を防止するため、政治的行為を禁止する、というものであって、このようにして想定され得る「弊害」の連鎖のうちの最初の部分を、規制の「目的」と認定していると解される。もともと、この点は、③の部分だけからは必ずしも明らかではなく、右のような一連の「弊害の防止」をもって「規制目的」とみることも不可能ではないのであって、そうした意味では曖昧さが残されている。

こうした「規制目的」の当否については、すぐ後で検討するが、ここでは、法廷意見が規制の「目的」を認定するにあたって、立法の経緯等を参照することにより立法者の意図した「目的」に直接言及しているのではなく、あくまでも、規制（禁止）の「目的」を理論的に—それもどちらかというところと抽象的・一般的な議論により—導出していること、および「規制目的」として理解される「行政の中立的運営の確保」と「これに対する国民の信頼の維持」の二つのうち、法廷意見の論理からしても明らかに、前者がより直接的な目的として理解されるであろうことを指摘しておきたい。

4 規制目的の合憲性

以上のような規制目的の当否について、法廷意見はどのような判断を行なったのか。

「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されること」という、法廷意見の認定した「規制目的」の意義に関して、明示的に語られているのは、③の終わりの部分で述べられているように、「憲法の要請に応え、

公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置……であつて、その目的は正当なもの」であるということ、および⑤の終わりにみるように、「国民全体の共同利益」であつて「重要なもの」であるということくらいである。これを、より実質的に、本稿の考える「目的審査」の内容に即して分析した場合、法廷意見に示された立場は、どのようなものとして理解できるか、またそれはどのように評価できるかについて、以下に検討してみる。

まず、本件における「規制目的」の内容は、そもそも憲法上容認できる「正当」なものであるうか。政治的行為が憲法二一条の保障を受けること——このこと自体は前述したとおり、本件法廷意見も留保つきながら認めている——を前提に、かかる政治的行為の「規制目的」の内容も原則として、他者の権利・利益の保護またはそうした権利・利益に対する弊害の防止・除去を内容とするのが原則であると解するならば、このことと、政治的行為の主たる規制目的を「行政の中立的運営の確保」と認定する法廷意見の立場とは相容れない、ということにもなりそうである。ただ、問題となつたのが「公務員」の政治的行為であることも考慮すると、法廷意見の認定する「規制目的」が妥当でない、と一概に言うこともできない。すなわち、基本権の「規制目的」として、「他者の権利・利益の保護」以外の事柄を憲法自身が予定していると解される場合もある¹⁴のであり、公務員の基本権についても、その制限の「根拠」を、「憲法が公務員関係という特別の法律関係の存在とその自律性を憲法秩序の構成要素として認めていること（一五・七三条四号参照）」¹⁵に求め、「政党内閣制の下においては、行政の中立性が保たれてはじめて、公務員関係の自律性が確保され行政の継続性・安定性が維持される」¹⁶ことを理由に、「行政の中立性の維持」自体は、公務員の基本権規制の目的として認められると解する立場が、学説上も支配的である。憲法一五条や七三条四号から、公務員の基本権規制の「目的」として「行政の中立性の維持」を導出することができるか、若干疑問は残るが、ここではさしあたり、こうした「目的」自体は「正当」なものとして解しておくこととしたい。

次に、規制目的と規制対象行為との「関連性」の審査については、法廷意見においては、「禁止の目的と禁止される行為の関連性」に関する、右の④の部分で論じられており、そこでは、⑥「公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性がある」こと、および⑦「その禁止が、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的な関連性が失われるものではない」ことが、指摘されている。もつとも、それらは十分な論証抜きに、結論として述べられているにすぎないことは否定し難く、とりわけ規制目的を「行政の中立的運営の確保」と解するなら、⑥の命題は、ほとんど同語反復でしかない。そうした点も含め、法廷意見における規制目的と規制対象行為との「関連性」の審査においては、実質的な議論はみられず、甚だ不十分であると言わざるを得ないであろう。なお、この⑥および⑦は、従来どちらかという「手段審査」の一環として理解されてきたように思われるが、規制目的と規制対象行為との「関連性」審査も「目的審査」として理解する本稿の立場からすると、⑥は明らかに「目的審査」の一部であり、⑦も、実質的には「規制対象行為」である「公務員の政治的行為」一般と「目的」との「関連性」を審査したものとみることができ、やはり「目的審査」の内容をなすものといえる。

最後に、規制目的の「重要性」の審査であるが、この点については、既にみたように、法廷意見は、その認定する「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されること」という「目的」が、「国民全体の共同利益」であって「重要なもの」であると述べるのみである。いかなる意味で「重要」なのかについては、何ら語られてはいない。「規制目的」の「重要性」を判断していくうえで、考えられるひとつの方法としては、こうした「目的」の擁護する法益と、「規制対象行為」のもつ法益とを比較衡量して、あくまでも相対的に「重要性」を審査していく

ことであろう。右の⑤でみられる、利益の均衡に関する判断は、これに通じるものがあるが、それでも「目的」の「重要性」の判断が先行しており——学説上批判の強い「付随的規制」論とも相まって——やはり説得力ある議論を提示するには至っていない。

このようにみえてくると、猿払事件最高裁判決における法廷意見にみられる「目的審査」では、そこで認定された「規制目的」の内容が、憲法上容認された「正当」なものと評し得るとしても、規制目的と規制対象行為の「関連性」、および規制目的の「重要性」に関する判断が、十分説得的に示されてはいないように思われる。

(三) 薬局開設場所の自由に対する規制——薬事法違憲訴訟判決¹⁹⁾

1 概要 薬事法違憲訴訟判決においては、薬局開設には都道府県知事の許可を要するとしうえで（薬事法五条）、薬局の設置場所が、配置の適正を欠くと認められる場合には、薬局開設の許可を与えないことができる旨定める薬事法六条二項（旧規定）、およびその配置基準を都道府県条例で定める旨規定した同法六条四項（旧規定）、ならびにそれらの規定を受けて、既存の薬局から「おおむね百メートル」以内では、新たに薬局開設を許可しない旨定める広島県条例（「薬局等の配置の基準を定める条例」。以下本節において単に「条例」ともいう）三条（旧規定）について、その合憲性が問題となった。本件原告（上诉人）は、薬局開設の許可申請を行ったところ、被告広島県知事（被上诉人）が、右の規定の定める配置基準に合致しないとして不許可の処分を行なったので、同処分の取消しを求めた。本判決は、最高裁が下した二度目の法令違憲判決として、あまりによく知られたものであるが、ここでもまず、本稿の主題を考察するうえで必要な部分を中心に、その概要をまとめておこう。

最高裁は、憲法二二条一項により、狭義の職業選択の自由のみならず、職業活動の自由も保障されていること、職業が、「それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的

意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、……千差万別で、その重要性も区々にわたる」⁽²¹⁾ものであること、そのため、職業の自由に対する規制も、それが「憲法二二条一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」⁽²²⁾決定されるべきこと、および、「右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務である」が、「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」⁽²³⁾ことを指摘したうえで、次のように述べる（以下の各引用文中の末尾に示すのは、民集二九卷四号の該当頁である）。

① 「一般に許可制は、……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……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もの、というべきである。」（五七七頁）

② 「この要件は、許可制そのものについてののみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であつても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならない。」（五七七頁）

③ 「不良医薬品の供給……から国民の健康と安全とをまもるために、……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……。」（五七七頁）

④ 本件で合憲性が争われているのは、許可条件に関する基準のうち、配置の適正に関するものであるので、「以下において適正配置上

の観点から不許可の道を聞くこととした趣旨、目的を明らかにし、このような不許可条件の設定とその目的との関連性、及びこのような目的を達成する手段としての必要性と合理性を検討し、この点に関する立法府の判断がその合理的裁量の範囲を超えないかどうかを判断する。」（五七八頁）

⑤ 薬事法の適正配置規制に関する規定を含む改正法律案の提案者は、「その提案の理由として、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一部業者に経営の不安定を生じ、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、これらを通じて医薬品の供給……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。」これによると、右の適正配置規制は、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る。」（五七九頁）

⑥ 「それらの目的は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益ということができらるゝ、右の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ないとすれば、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、憲法二二条一項に違反するものとはいえない。問題は、果たして、右のような必要性と合理性の存在を認めることができるかどうかである。」（五八一頁）

⑦ 「薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。「が」…；薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあつては、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效果を有するものである。」（五八二頁）

⑧ 「地域的制限がない場合には、薬局等が偏在し、一部地域で過当な販売競争が行われ、その結果…；医薬品の適正供給上種々の弊害を生じると主張」を検討するに、「薬事関係各種業者の業務活動に対する規制：「が」…；刑罰及び行政上の制裁と行政的監督のもとで…；勵行、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」ことや、「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とは、決して合理的な判断とはいえず…；」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」ことなどからすると、「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。」(五八二―五八五頁)

⑨ 「仮に右に述べたような危険発生の可能性を肯定するとしても、更にこれに対する行政上の監督体制の強化等の手段によつて有効にこれを防止することが不可能かどうかという問題がある。」この点、「供給業務に対する規制や監督の励行等によつて防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠くというべきである。」(五八五―五八六頁)

⑩ また、被上告人の主張する「医薬品の販売の際における必要な注意、指導がおろそかになる危険」や、「医薬品の乱売によつて一般消費者による不必要な医薬品の使用が助長される」という弊害発生の危険も、薬局等の設置場所の地域的制限を正当化するものではない。(五八六頁)

⑪ 以上のとおり、「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と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。」(五八六―五八七頁)

⑫ 薬局の「一部地域への偏在を防止すれば、間接的に無薬局地域又は過少薬局地域への進出が促進されて、分布の適正化を助長する」との主張については、「そのような効果をどこまで期待できるかは大いに疑問であり、むしろその実効性に乏しく、無薬局地域又は過少薬局地域における医薬品供給の確保のためには他にもその方策があると考えられるから、無薬局地域等の解消を促進する目的のために設置場所の地域的制限のような強力な職業の自由の制限措置をとることは、目的と手段の均衡を著しく失うものであつて、とうていその合理性を認めることができない。」(五八七頁)

このように述べて最高裁は、「薬局の開設等の許可基準の一つとして地域的制限を定めた薬事法六条二項、四項(これらを準用する同法二六条二項)は、不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものといふことができないから、憲法二二条一項に違反し、無効である」と結論づけている。

2 規制対象行為と規制 本件で問題となった「規制対象行為」とは、法令の規定に即していうなら、㉠「配置

の適正を欠くと認められる場所における薬局設置行為」（旧薬事法四条二項参照）、あるいはより個別・具体的に、㉡「既存の薬局からおおむね百メートル以内の場所における薬局開設行為」（条例三条参照）と解することができるであろうし、あるいはより一般化して、㉢「薬局開設行為」として提示することもできるであろう。ただ、本件では薬局開設場所の制限が主として問題にされていることからすると、「規制対象行為」は、㉣を価値中立的な表現に改め、㉤「各人の希望する場所における薬局開設行為」として理解するのが妥当なように思われる（類似の表現は、右の概要の㉦にもみられる）。また、本件で問題になった「規制」とは、「規制対象行為」を㉧または㉨のように解するならば、端的にこうした行為の㉩「禁止（不許可）」として理解することもできるであろうが、判決中の「適正配置規制」あるいは「地域的制限」という表現にもみられるように、本件の場合、「規制対象行為」を㉪のように解したうえで、「規制」は、㉫「薬局開設の許可要件としての場所的（地域的）制限」とするのが、端的な構成の仕方であろう。「規制対象行為」と「規制」の特定の仕方については、厳密にはなお検討すべき点もあるうが、ここではさしあたり、「規制対象行為」を㉬のように捉え、「規制」内容を㉭のように解したうえで、考察を進めることとしたい。

判決は、このような「各人の希望する場所における薬局開設行為」に対する制限が、職業選択の自由に対する強力な制限であることを認めている。すなわち、右の㉮に示されているように、「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」であり、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效果を有するものである。問題となった「規制対象行為」あるいは「規制」の意義に関する、このような理解の仕方が、違憲の判断を導くひとつの要因となっていることは明らかであろう。

3 規制目的 本件で問題となった「規制」の「目的」については、判決自身が明示的に語っている。すなわち、

判決では、⑤にみるように、「適正配置規制」の「目的」としては、④「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一部業者に経営の不安定を生じ、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」、および④「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」の二点が挙げられ、特に④が「主たる目的」と認定されており、この観点から、問題となった適正配置規制も、「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」として理解されている。

このような「目的」を認定するにあたって、判決が主に依拠したのは、やはり⑤で示されているように、適正配置規制に関する規定を含む改正法律案の提案者の「提案の理由」であった。その詳細は、判決文自体からは明らかではないが、上告理由なども併せ読めば、最高裁は、問題となった改正薬事法の「立法の経緯」を主に参考にしつつ、⑤にみるように「薬事法の性格及びその規定全体との関係」という視点を加味して、「規制目的」を認定したものと推察される。こうした認定の仕方の当否自体は、ここで論じることがはしないが、かかる認定方法が、前述の猿払事件判決のそれとは大きく異なることがみてとれよう。⁽²⁶⁾

なお、右で確認された二つの「目的」は、それ自体、一連の因果関係を含む命題であつて、それが、いかなる権利・利益を保護しようとしているのかは、いささかわかりにくい。ただ、④については、判決自身認めるように、そこから、①「国民の生命・健康に対する危険の防止」という事由が無理なく導き出せるであろう。また、④の保護する権利・利益については明示的に語られておらず、議論の余地のあることだが、少なくとも、①「無薬局地域または過少薬局地域の住人の生活上の便宜」という「目的」をみてとることは難しくないとと思われる。本稿の

考え方からすれば、「規制目的」も、こうした①および①のように解するのが適格的であり、以下ではこれらを、本件における「規制目的」と理解して検討することとしたい。

4 規制目的の合憲性 以上のように認定された「規制目的」について、判決は、形式的には、⑥にみるように、「いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益ということが出来る」としか語っていない。それでは、より実質的な見地から判決を分析した場合、本稿の理解する「目的審査」の内容、すなわち、「規制目的」の「正当性」、規制対象行為との「関連性」、および「重要性」に関する判断は、どのように行われているのか(あるいはいないのか)、またそれは、どのように評価できるであろうか。

まず、規制目的の「正当性」については、判決では「公共の福祉に合致するもの」という簡単な表現の仕方、端的に肯定されているとみることが出来るが、実際に、本件で認定された「規制目的」は、憲法上容認できるという意味で「正当」なものといえるであろうか。右で分析したように、本件における主たる「規制目的」と解される、①「国民の生命・健康に対する危険の防止」については、明らかに「他者の権利・利益の保護」に該当するものであり、本稿の立場からも、それが憲法上「正当」なものであると認めることが出来るであろう。他方、補充的な規制目的としての、①「無薬局地域または過少薬局地域の住人の生活上の便宜」は、やや問題ではあるが、その内容自体は、少なくとも「他者の利益の保護」に当たるのではなからうか。このようにみても、本件における「規制目的」の「正当性」は、これを認めることができるように思われる。

次に、規制目的と規制対象行為との「関連性」はどうか。本件において主たる規制目的と解される「国民の生命・健康に対する危険の防止」と、本件の規制対象行為である「各人の希望する場所における薬局開設行為」との「関連

性」は、一見したところ、右に示した⑧から⑩にかけて詳細に検討されている。そうした検討の結果、⑪にみるように、「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」という因果関係を示す命題について、その「必要性と合理性」が否定されているのであり、これは学説上、「立法事実」を検討したものと解される箇所であって、本判決の真骨頂をなす部分とも言えよう。ただ、これらのうち、「規制目的」と「規制対象行為」の「関連性」を審査しているのは、厳密には、⑧および⑩の部分であり、⑨は「他の考えられる規制手段の有無」を論じているのであって、むしろ「手段審査」に当たるものとして理解できるのではなからうか。この点、⑧および⑩についても、それが、④にいう「許可条件の設定とその目的との関連性、及びこのような目的を達成する手段としての必要性と合理性」の検討の一環としてなされていることからすると、同じく「手段審査」の一部とも言えそうである。ただ、判決自身の意図はどうか、⑧および⑩は、実質的には「規制対象行為」のもたらし得る「弊害」を論じることにより「規制目的」との「関連性」を検討しているとみられるのであり、本稿の理解からすると、あくまでも「目的審査」として理解できるものである。同様に、「無薬局地域または過少薬局地域の住人の生活上の便宜」という「目的」と、規制対象行為との「関連性」についても、⑫における「実効性」判断のところで実質的に検討されるとみることができよう。そうした検討の結果、本件においては、「目的審査」の段階で、問題となった「適正配置規制」の合憲性は疑わしいものであったとみることができのではなからうか。

こうした、規制目的と規制対象行為との「関連性」の審査について、本判決でとられた手法は、一定の評価に値するといえることができるように思われる。⑧で示されているように、「競争の激化—経営の不安定—法規違反という因果関係」を検討するにあたり、判決は、薬局経営者の実際におかれた状況等をかなり丹念に吟味しつつ、こうした因果関係を支える実質的な根拠があるかについて、詳細な議論を展開しており、これは、単に抽象的・観念的な議論に

よって「規制対象行為」と「目的」との「関連性」を認めた、前述の猿払事件判決などではみられなかった手法である。また、「地域的制限が憲法上は認められるためには、単に：国民の保健上の必要性が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を必要とするというべきである」という言及にみるように、本判決では、ある程度「強い関連性」が求められていることも明らかであり、実際に添った実質的な審査が行われていることも見てとれる。もつとも、こうした「関連性」の審査をしていくための一般的な手法までは、本判決からも見出すことはできず、この点はなお残された問題といえよう。⁽²⁸⁾

本判決が、「規制目的」の審査にあたり、「規制対象行為」との「関連性」を詳細に検討しているのとは対照的に、こうした目的の「重要性」については、既に挙げた「重要な公共の利益」という言及以上の実質的な議論を見出すことはできない。本件で問題になった規制の「目的」のうち、主たる目的である「国民の生命・健康に対する危険の防止」については、それが「重要」なものであること自体は、おそらく大方の意見の一致をみるどころであろうが、補充的目的と解される「無薬局地域または過少薬局地域の住人の生活上の便宜」までも、はたして当然に「重要」といえるであろうか。本判決においても、猿払事件判決と同様、規制目的の「重要性」の審査については、説得力ある議論が展開されているとはいえない。

第五節 むすびに代えて

日本国憲法で保障された基本権の規制は、原則として「公共の福祉」のためにのみ許されるという前提に立ち、

「公共の福祉」を「人権相互間に生じる矛盾・衝突の調整をはかるための実質的公平の原理」⁽²⁰⁾、あるいは「各個人の権利自由が実質的に平等に存立するための調節的な機能」⁽²¹⁾として理解するのなら、日本の違憲審査においては、こうした「公共の福祉」論と整合的なかたちで、基本権規制の違憲審査基準論も構築されるべきではないかというのが、本稿の基本的な発想であり、問題意識でもある。そのように解した場合、ある基本権の規制の合憲性が問題となつた場合の違憲審査も、原則として、他者の権利・利益との調整という観点から行なわれるべきであり、ここでは、「調整をされるべき権利・利益」を確定し、それらが実際に調整の対象として、調整に値する権利・利益といえるか否かを審査する段階を「目的審査」、そうした権利・利益との調整の仕方が適切に行われているか否かを問う段階を「手段審査」として構成することができるのではなからうか。基本権規制の「目的」は、最も一般化され抽象化されたレベルで言うなら、原則として、「他者の権利・利益との調整」にあると解されるからである。

通説的見解も、こうした点を明示的に否定するものではないであろうが、他方、意識的に擁護しているわけでもないように見受けられる。むしろ、基本権規制の合憲性を審査する際に、一般的・抽象的な「公共の福祉」論では不十分であり、より個別的・具体的な視点に立つた違憲審査基準論への移行は、日本においても違憲審査を実あるものにしていくうえで不可欠のステップではあつた。しかし、違憲審査基準論の導入に際して、従来の「公共の福祉」論との整合性は、必ずしも十分に自覚されてこなかったのではないか。その結果、往々にして、「目的審査」は、「立法者の政策決定（価値判断でもある）を内容」⁽²¹⁾とする「立法目的」の審査として理解されたうえで、「議会制民主主義のもとで、国民の代表者が合憲との判断をして制定した立法の目的について、裁判所は、原則としてこれを尊重すべきとされ……裁判所が立法目的の審査をして違憲の判断を下すには、特別な、十分説得力ある理由を必要とする」⁽²²⁾といった観点から、その機能する場面は極めて限定的なものとして理解され、学説の提示する違憲審査基準論においても、

いわば「目的審査の過少」とも言える現象がみられたように思われる。

しかしながら、本稿で示したような理解からすれば、「目的審査」とは、立法者の下した政策判断の当否を裁判所が審査するというものではなく、あくまでも、基本権規制の合憲性の可否という観点から、規制対象となった行為が他者の権利・利益に及ぼし得る弊害を審査するものである。それは「政策」論の視点ではなく、「権利」論の視点に立って、裁判所が自らなし得るものである。そうした意味では、基本権を規制する法令の「立法目的」と、かかる法令による基本権の「規制目的」とは、厳密には区別されるべきではなからうか。両者は密接に関連することが多く、あるいは実質的に同一のものと解されることも少なくないであろうが、立法者の一般的な政策的価値判断により「公益」などのかたちで示される「立法目的」と、個別的な権利の規制を通じての他者の権利・利益の維持・促進として把握されるべき「規制目的」とは、異なるものとして観念できるのではなからうか。本稿の理解する、違憲審査における「目的審査」とは、後者の「規制目的」を対象とするものである。

このように解した場合、自由権に対する規制の合憲性が問題となった場合に行なわれる違憲審査の「目的審査」の内容としては、具体的には、個々の事案において問題になる「規制対象行為」と「規制目的」とを確定したうえで、①規制目的の「正当性」、②規制目的と規制対象行為との「関連性」、および③規制目的の「重要性」を審査することが考えられる。このうち、①の「正当性」の審査は、規制目的の内容が憲法上容認されたものかを問うものであり、従来の「公共の福祉」論の添って考えるなら、目的が「正当」と言えるのは、原則として、それが「他者の権利・利益の保護」を内容とする場合——憲法自体から別に「目的」が導出される場合は別として——ということになるであろう。また、②の「関連性」の審査は、憲法による保障の対象ともなる「規制対象行為」と、「規制目的」との関連性、通常は、かかる「規制対象行為」によって、「規制目的」の内容である「他者の権利・利益」に対する弊害が、

実際に生じるのか否かを検討するものである。これは、日本の憲法訴訟論においては、「立法事実」論として論じられてきたものとも言えようが、そうだとすると、これを「関連性」の審査として違憲審査基準論に意識的に組み込むことは、一方で、しばしば課題として指摘される、「立法事実」の審査の準則化の要請に応え、他方で、「立法事実」論のみではカバーされない「司法事実」における「関連性」をも視野に入れた考察を可能にするもので、有用であると思われるのである。最後に、③の「重要性」の審査は、文字通り「規制目的」の重要性を検討するものであり、多くの場合、やはり「規制目的」の内容をなす「他者の権利・利益」の「重要性」が吟味されることになるであろう。前節の検討を踏まえるなら、実際の判決で十分に機能していると思われるのは、②の「関連性」の審査であり、事案によっては相当実質的な検討が実際に行われているのに対し、③の「重要性」については、単に「目的」が「重要」であるといった以上に踏み込んだ議論はみられず、こうした「重要性」の審査手法は、その有用性も含めて、学説においても、なお検討されるべきである。

右に示した「目的審査」の内容のうち、最も異論があると思われるのは、やはり②の「関連性」の審査についてであろう。既に何度か指摘したように、前節で具体的事案を検討する際に、最高裁が行った審査のうち、本稿で「目的審査」における「関連性」の審査として把握した部分は、これまでどちらかというと「手段審査」として理解されてきたのではないかと思われる。確かに、前節で検討した猿払事件判決においては、「目的と禁止される政治的行為との関連性」²⁹⁾が、また薬事法違憲判決においては、「許可条件の設定とその目的との関連性」³⁰⁾が検討されており、特に後者では、「目的と手段の関連性」を審査することが明らかに示されていると言えよう。この点については、「規制(手段)」がないことによって生じる弊害を検討することを「手段審査」と解した場合、それは、本稿が「目的審査」の内容として理解するところの、「規制対象行為」によって生じる弊害を検討することと、実質的には同一に帰する

ものと言えるであろう。そうだとするならば、違憲審査にあって、論理的に「手段審査」に先行する「目的審査」の段階で、「関連性」の審査も行われるべきではなからうか。

確かに、このようなかたちでの「目的審査」の手法は、比較法的にみた場合、必ずしも一般的とはいえないかもしれない。本稿ではこれまで、「日本国憲法における違憲審査」を検討するという観点から、外国の議論にはあえて触れることはなかったが、通説的見解が参考にしてきたと思われるアメリカ憲法における違憲審査基準論とも、あるいは特に近時注目される、ドイツ基本法における防禦権のドグマ・テイクとも、本稿における議論は様相を異にしている。この点、外国の議論を参考にすることの意義は軽視されてならないであろうが、同時に、日本国憲法独自の性格にも留意されるべきであろう。一般に、基本権保障の方式としては、アメリカ憲法にみるような「絶対保障方式」とワイマール憲法にみるような「相對保障方式」の他、ドイツ基本法にみるような「折衷型保障方式」があると言われ、日本国憲法は、絶対保障方式を採りながらも、「公共の福祉」による基本権制約を明らかにしている点で、形式上はアメリカ憲法と異なるとされる。⁽³⁶⁾ 本稿で繰り返し強調してきた「公共の福祉」論と整合的な違憲審査基準論を構築することの必要性は、比較法的見地からも肯首されるのではなからうか。

もっとも、本稿で示したような「目的審査」の手法が、種々の問題を含むものであることは、筆者自身痛感している。この点について、最後に付言するならば、第一に、本稿が日本国憲法のもとでの違憲審査を検討するにあたって依拠してきた、従来の「公共の福祉」論の説くところが、現在の程度コンセンサスを得ているのか、といった疑問は常について回るところである。この点に関しては、既に第三節でも検討したところであり、本稿自身、「公共の福祉」を「人権相互間に生じる矛盾・衝突を調整する原理」と解する従来の通説に対して、基本権との間で調整されるのが、他者の——抽象的なものも含めた——権利または利益であるとして、若干の修正を行った。⁽⁴⁰⁾ こうした「公共の福祉」

をどう理解すべきかについては、なお検討が必要であろうが、少なくとも右に示したような「他者の権利・利益」とは離れて、例えば一般的・抽象的な「公益」概念等を基本権の規制目的に読み込むことに対しては、やはり慎重であるべきであろう。第二に、日本の違憲審査基準論のパラダイムをなすとされながらも、本稿ではほとんど触れることができなかった「二重の基準」論を、どのように理解するかである。この点も、別途立入った検討が必要であろうが、筆者自身は、第二節でみたように、アメリカの議論を参考にして提唱される日本の「二重の基準」(あるいは「三重の基準」)論の内容に少なからぬ疑問を感じつつも、裁判所が違憲審査をなすにあたって「厳格な審査」と「緩やかな審査」を区別すること自体は可能であり、必要でもあると思っている。ただ、それは、二種の審査で規制の「目的」や「手段」の内容が質的に異なるものとして——例えば、厳格審査で要求される「目的」は「必要不可欠」なものであることを要するが、緩やかな審査のそれは「正当」なもので足りるというように——理解されるべきではなからう。むしろ、これまでみてきたところからすると、裁判所が行う審査の具体性のレベル——単に一般的・抽象的な審査にとどまるのか、個別的・具体的な審査にまで踏み込むのか——が、重要な意味をもってくるのではないかと思われるが、ここではそうした指摘にとどめておきたい。こうした点に加え、本来「目的審査」とセットで論じられるべきであるにもかかわらず、十分検討することのできなかつた「手段審査」のあり方も含めて、本稿で触れることのできなかつた多くの問題については、今後別に検討の機会を持ちたいと思う。(完)

(1) 必ずしも自覚的に論じられているわけではないが、学説においても、両者はしばしば同義のものとして用いられるように思われる。

例えば参照、芦部信喜「憲法学Ⅱ」(一九九四年)二三三頁。

(2) 憲法から導かれる基本権規制の「目的」をもって、「正当」な目的と称する本稿の用語法は、浦部法穂「憲法学教室」〔全訂第二版〕(二〇〇六年)八六頁のそれと——「目的」の具体的内容までは同じではないが——同様である。

- (3) 本節(二)参照。
- (4) 本節(三)参照。
- (5) 最大判一九七四(昭四九)年一月六日刑集二八卷九号三九三頁。
- (6) 刑集二八卷九号三九八頁。
- (7) 同四〇四―四〇五頁。
- (8) 同四〇五頁。
- (9) 同四〇六頁参照。
- (10) 同四〇八頁参照。
- (11) なお、念のため付言しておく、本件で問題にされた「政治的行為」の内容をなす「政治的目的」とは、「特定の政党…を支持…すること」(規則五項三号)であった。
- (12) 刑集二八卷九号三九九頁。
- (13) 規制目的の「重要性」については、他の箇所でも語られている。参照、刑集二八卷九号三九九頁(「公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならないというべきである」)。
- (14) 例えば、「苦役からの自由」を保障する憲法一八条は、「犯罪による処罰の場合を除いては」という留保を設けており、このことは、かかる自由を規制する「目的」として、「刑罰の執行」を憲法自らが定めているとみることができる。
- (15) 芦部・前掲注(1)二五九頁(原文中の傍点省略)。
- (16) 同。
- (17) 例えば、安念潤司「政治的意見の表明の自由」法教二二三号六五頁(一九九八年)は、判決の説く政治的行為と弊害との「因果関係は、経験則や合理的推論に基づくものではなく、実は一種の被害妄想の所産ではないであろうか」(七一頁)との疑問を呈し、「公務員の政治的行為のすべてが自由に放任されるときは」という仮定から出発することによる「問題のすり替え」も相まって、「因果関係の説明が著しく説得力を欠くもの」(同)とする。
- (18) この点は、本判決を詳細に解説した、香城敏磨・法曹時報二七卷一一号二一八八頁(一九七五年)による「目的違憲」と「手段違憲」の説明においても明らかである。それによると、目的違憲が「その法律によって得ようとする利益が憲法上国の立法権限の範囲

外のものであることを理由として、これを違憲と判断する手法」(二一九七頁)であるのに対し、手段違憲のひとつとして、「その手段によりその目的を達成することができるといふ関連性が認められない場合、いいかえると対象行為を規制することにより国の主張する利益が得られない場合ないしはその行為により国の主張する利益に対し弊害をもたらさない場合」(同)が挙げられている。ここで示された理解は、やや独自の見解を含むものであるが、本稿のいう「関連性」審査を手段審査ととらえる見方自体は、学説においても広く認められているように思われる。例えば参照、高橋和之・憲法判例百選「第五版」(二〇〇七年)三三頁。

(19) 最大判一九七五(昭五〇)年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁。

(20) 同五七五頁参照。

(21) 同五七五—五七六頁。

(22) 同五七六頁。

(23) 同。

(24) 同五八七—五八八頁。

(25) 参照、民集二九卷四号六〇二頁以下。

(26) もっとも、そこで問題となった立法の真の目的が何であったかは、議論の余地のあるところである。この点につき、例えば参照、樋口陽一「『職業の自由』とその制限をめぐって」判タ三三三三—三三三三頁、四頁(一九七五年)、小嶋和司「薬事法第六条第二項違憲判決について」判評一九八号(判時七八〇号)一八頁、二二頁以下(一九七五年)。

(27) 民集二九卷四号五八三—五八四頁。

(28) このことは、本判決が、「立法事実の綿密な検討に基づいて違憲判断を下したという意味で画期的な判決と評しうるものであったけれども、立法事実の検証方法についてはなお課題を残すものであったといえよう」(野坂泰司「薬局等の適正配置規制と職業の自由」法教三二二号五四頁、六四頁(二〇〇六年))といった、学説の評価と通じるものである。若部信喜「憲法訴訟の現代的展開」(一九八一年)三〇三頁も、「立法事実」論との関連で、本判決の意義を「高く評価しつつ」も、「立法事実の検出方法や程度・範囲の問題点について、得に準則といえるほどのものを示しているわけではない」と述べる。なお参照、若部信喜「職業の自由の規制(五)」法セミ二九八号三三頁(一九七九年)。ただ、規制対象行為と規制目的との「関連性」に限れば、前述の猿払事件判決と本判決とを比較した場合、本判決の方が、より個別的・具体的な視点からの「関連性」審査を行っているのは確かであり、そのあたりが

「関連性」審査の強弱を決するうえで、ひとつの決め手となっていることは否定できないように思われる。

(29) 参照、宮沢俊義「憲法Ⅱ」【新版】（一九七四年）一三七頁。

(30) 芦部・前掲注（1）二〇〇頁。

(31) 戸松秀典「憲法訴訟」（二〇〇〇年）二二五頁。

(32) 同。

(33) 第四節（二）1②④参照。

(34) 第四節（三）1④参照。

(35) 第二節で「通説的立場」として分析対象とした違憲審査基準論、特に表現の自由を規制する立法に対するそれは、アメリカの理論の影響が強い。参照、門田孝「違憲審査における「目的審査」の検討（二）」広法三二卷二号一四五頁（二〇〇七年）一四八頁以下。

(36) 参照、松本和彦「基本権保障の憲法理論」（二〇〇一年）。

(37) 参照、芦部・前掲注（1）一七九頁以下。したがって、例えばドイツ基本法のもとで、基本権制約の正当化が論じられる場合には、いわゆる「形式的正当化要件」としての、「法律の留保原則」がしばしば問題になる。参照、松本・前掲注（36）三四頁以下。

(38) 芦部・前掲注（1）一八五頁。

(39) 門田・前掲注（35）一六二頁。

(40) 同。

(41) 同一五四頁以下参照。