

## 自治体職員のための政策法務入門

～公共政策立案に必要な法的知識の修得を目指して～

## 憲法 (3)

岡山市総務局政策法務課課長補佐・岡山大学大学院社会文化科学研究科非常勤講師  
宇那木正寛

## 今回のポイント!

公共政策の立案に際し、規制的手法を用いる場合には、憲法上の権利の制限を伴う場合があります。第3回目となる今回は、憲法上の権利の制限に関する代表的な最高裁判決とともに、今まで、取り上げなかった公共政策立案に必要な憲法知識についても、合わせて確認しておきましょう。

## 11

## 薬局適正配置事件最高裁違憲判決 (LRAの基準)

薬局適正配置事件最高裁違憲判決は職業の選択の自由に関する重要な判決ではありませんが、それ以上に、憲法上の権利の制限の合憲性を判断するための中心的基準 (LRAの基準) を学ぶうえで、非常に重要です。違憲審査の基本を学ぶ裁判例として、ひとつ挙げるにすればこの判決でしょう。この事件の争点は、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の業者に経営の不安定を生じ、その結果として生じる施設の欠陥等に

よる不良医薬品の供給の危険が生じることを防止する等の目的で、薬局の開設に適正配置 (距離制限) を求める旧薬事法6条2項及びこの委任を受けた広島県の条例が職業の選択の自由 (営業の自由) を定めた憲法22条1項に反するかどうかです。最高裁は、適正配置による規制の目的は、重要な公共の利益といえるが、目的を達成するためにより制限的でない代替措置が存在するので違憲であると判断しました。

なお、この判決の規範定立の部分に対するあてはめがストレートではありません。その意味でこの判決は、あてはめの部分がとても難解に感じられます。このことを念頭に判決の内容をみていきましょう。

## 〈規範定立〉

「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ず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緩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」。「この要件は、許可制そのものについてのみならず、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」。

#### 〈おまけ〉

①「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であり」、「この点において、……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、したがつ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」。↓規制目的二分論

②「薬局の開設等の許可条件として地域的な配置基準を定めた目的が……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

る」↓規制目的は合憲

全過程を通じて製品の保障及び保全上の種々の嚴重な規制を設けているし、薬剤師法もまた調剤について厳しい遵守規定を定めている。これらはいずれも、薬事関係各種業者の業務活動に対する規制として定められているものであり、刑罰及び行政上の制裁と行政的監督のものとでそれが励行、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」↓より制限的でないと考えられる手段が既に存在する。

④「もつとも、法令上いかに完全な行為規制が施され、その遵守を強制する制度上の手当がなされていても、違反そのものを根絶することは困難であるから、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、更に進んで違反の原因となる可能性のある事由をできる限り除去する予防的措置を講じることは、決して無意義ではなく、その必要性がないとはいえない」。「しかし、このような予防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、単に右のような意味において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」↓適正配置規制という手段に必要性、合理性が認められれば合憲

⑤「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烈な販売合戦、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。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でるようなことは、極めて異例に属すると考えられる。このようにみえてくると、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ことは、

単なる観念上の想定に過ぎず、確実な論拠に基づく合理的な判断とは認めがたい」↓  
 適正配置規制という手段に必要性、合理性は認められない（目的達成のためにより制限的でない手法が既に存在する）。

### 〈結論〉

「以上のとおり、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6条2項、4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うことができないから、憲法22条1項に違反し、無効である」。

### 【重要裁判例3—1】

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、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するより緩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っ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（薬局適正配置事件、最大判昭和50・4・30『判例時報』777号8頁、石川健治「憲法判例百選（第5版）」206頁）。

ここで、違憲審査における厳格な基準と重要な関係をもつ立法事実についてみておきましょう。

法律や条例は、必ず、一定の社会的、経済的、文化的な一般事実を前提に制定されるわけです。この法律や条例の背後にあつてそれを支えている社会的、経済的、文化的な一般事実を立法事実といいます。この立法事実が備わっていることは、法律や条例の立法に必要不可欠なのです。

立法事実については、制定の目的及び規制手段の両面にわたつて備わっていることが必要です。制定の目的については、合理性があることを支える立法事実が必要ですし、規制手段については、目的達成のための手段として合理性があることを支える事実があることが必要です。

このことをラーメン店の営業を例にあげて説明します。憲法上は営業の自由がありますから、だれでもラーメン店を営業できるはずです。しかしラーメンは人の口に入るものですから不衛生な施設しかもたない者にラーメン店を営業させるわけにはいきません。ですから人の食生活における安全を確保するため、営業を全くの自由とするのではなく、あ

る程度規制する立法をつくる必要があると言えます。この場合には、立法目的に合理性があるといえますね。次にこの立法目的（人の食生活における安全性の確保）を達成するためにラーメン店の営業を許可制にして、その許可基準としてラーメンを製造する用具の管理保管に関し、衛生上の観点から、その技術的基準を定めるという手法をとる場合はどうでしょうか。この場合、目的達成のための手段として合理性はあるといえます。しかし、許可基準としてラーメン店の客席を50席以上を備えることという要件はどうでしょうか。こうした許可基準を設けても目的達成のために全く役に立たないことは直ぐにわかりますね。したがって、この場合の手段（許可基準）については、合理性があることを支える立法事実はないということになります。

ところで、連載第2回で、違憲審査の基準について、大きく分けると厳格な基準と緩やかな基準の二つに分かれると説明してきました（図2—6）。その際には、説明しませんでした。厳格な審査においては、立法の合理性を支える事実（立法事実）がないことが推定され（＝違憲の推定）、緩やかな審査では、立法の合理性を支える事実（立法事実）があることが推定（＝合憲性の推定）されると考えられています。推定されるかどうかは、訴訟活動における立証責任<sup>1</sup>を論ずるうえで重要



ですが、立案においては、特にこの点を意識する必要はありません。自治体における立案の際には、多くの場合、立法の必要性を確認する調査等を行うのが実務の通例ですから、立法事実という言葉は知らなくても、現実には、立法事実を確認する作業をしているわけです。

## 13

### 猿払事件最高裁判決 (合理的関連性の基準)

この事件は、北海道猿払村の郵便局長が衆議院の選挙用ポスターを配布したことが、国家公務員法102条1項に定める政治的行為の制限の規定に反したとして起訴された事件です。国家公務員の政治活動の制限を定めた規定が表現の自由を定めた憲法21条に反するかどうかが争点になりました。最高裁は、合理的関連性の基準により合憲であると判断しました。

#### 〈規範定立〉

①「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は、憲法の要請にかなうものであり、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すべきである。したがって、公務員の政治的中立性を損なうおそれのある公務員の政治的行為を

禁止することは、それが合理的でやむを得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」

②「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たっては、禁止の目的、この目的と禁止される政治行為との関連性、政治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3点から検討することが必要である」→合理的関連性の基準をベースに利益衡量の基準をプラス

#### 〈あてはめ〉

①「まず、禁止の目的、この目的と禁止される行為との関連性について考えると、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、ゆえにその職務の遂行につ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歪められる可能性が一層増大する」。「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なうお

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措置にほかならないのであって、その目的は正当なものといふべきである」→目的は正当

②「また、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な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と認められる」→合理的関連性あり

③「公務員の政治的中立性を損な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には、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、…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うものではない」→利益は均衡

#### 〈結論〉

「したがって、国公法102条1項及び人

事院〕規則5項3号、6項13号は、合理的で必要やむをえない限度を超えるものとしては認められず、憲法21条に反するものではない。

ところで、猿払事件最高裁判決に見られるように、目的・手段審査に加えて、利益衡量するという手法は、その後、戸別訪問禁止事件最高裁判決（最判昭和56・6・15）や広島市暴走族追放条例事件最高裁判決（最判平成19・9・18）についても用いられました。しかし、利益衡量は、国家権力と国民との利益の比較が行われるものであり、裁判所は国家権力の利益を優先させるのではないかという問題が指摘されています。

### 【重要裁判例3—2】

公務員の政治的中立性を損なうおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的でやむを得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り、これを判断するにあたっては、禁止の目的、この目的と禁止される政治行為との関連性、政治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3点から検討することが必要である（猿払事件、最大判昭和49・11・6『判例時報』757号33頁、高橋和之・憲法判例百選Ⅰ（第5版）32頁）。

### 【重要裁判例3—3】

戸別訪問禁止の制約の目的は正当であり、目的と手段との間に合理的関連性がある。また、当該規制は、単に手段方法の禁止に伴う限度での間接的、付随的なものであり、禁止により得られる選挙の自由と公正の確保という利益は失われる利益に比してはるかに大きいということができる（戸別訪問禁止事件、最判昭和56・6・15『判例時報』1003号25頁）。

14

## 小売市場事件最高裁判決 （明白性の基準）

小売商業調整特別措置法3条1項が小売市場（一つの建物を小さく区切って小売商の店舗に貸付等を行うもの）の開設を許可する要件として適正配置の規制を課していることが憲法22条1項に定める職業選択の自由（営業の自由）に反しないかが争われた事件です。

最高裁は、明白性の基準により合憲と判断しました。営業場所の設置における距離制限と営業の自由という論点からすると、薬局適正配置事件最高裁違憲判決と似ていますが、

小売商業調整特別措置法に定める規制目的が、経済的基盤の弱い小売商を相互の過当競争による共倒れから保護するための積極目的規制（福祉国家の理念に基づいて、社会経済的弱者の保護を目的としてなされる規制）であり、消極目的規制（国民の生命、身体、財産に対する危険を防止、除去するための規制）を目的とする薬事法の規制とは異なるということから、適用される審査基準が異なるとされます（規制目的二分論）。

### 〈規範定立〉

「個人の経済活動に対する法的規制については、立法府の政策技術的な裁量に委ねるほかに、裁判所は、立法府の右裁量の判断を尊重することを建前とし、ただ、立法府がその裁量を逸脱し、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って、これを違憲として、その効力を否定することができる」↓積極目的規制は明白性の基準（あてはめ）

「本法所定の小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的發展を企画するという観点から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、その目的において、一応の合理性を認めることができないうわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白であるとは認められない」↓目的に一応の合

# Short Column

## ～公共政策とは何か～

今回の連載は、公共政策立案における基礎知識の理解をテーマとしています。

政策とは、広義では、販売政策とかのように民間事業者における活動方針も含まれます。民間事業者では、政策というより戦略という言葉のほうがよく使われるかもしれません。このうち、特に公共政策という場合には、特に国や自治体などが公共的な課題を解決するための具体的な活動方針であって、目的・手段の体系をなすものとされています。自治体の政策については、とくに、地域公共政策と言われます。今回の連載の内容は、この地域公共政策を念頭においています。

ところで、社会が抱える様々な問題を解決するために立案される公共政策には、多様な利害関係を調整し、立案しなければならないという複雑性があります。この複雑性を構成するものとして①全体性、②相反性、③主観性、④動態性があげられます。特に公共政策に特徴的なのは、相反性です。相反性は、公共政策を考える上での最大の難関といえるでしょう。相反性とは、一方の事柄の改善が他方の事柄の改善と反比例の関係にあるということです。たとえば、環境政策と経済政策の場合がその典型といえるでしょう。環境政策重視のため、工場の立地に規制をかければ、経済活動の制約につながるといった具合です。岡山県では、空路利用を推進していますが、一人を岡山から東京まで運搬するCO<sub>2</sub>の排出量は、新幹線の10倍といわれています。ここにも空路利用の拡大VS新幹線利用によるCO<sub>2</sub>の削減という相反性が生じています。

民間事業者の目的は、営利追求です。他方、自治体の目的は、住民福祉の向上ですが、その内容として、住民間の利益を調整するための公共政策を立案するという民間事業者にはない大きな役割があるのです。

理性があり、手段も著しく不合理ではない

〔結論〕

「そうすると本法3条1項、同施行令1条、2条所定の小売市場の許可規制が憲法22条1項に違反するものとする」とはできない。

### 〔重要裁判例3-4〕

本法所定の小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的発展を企画するという観点から中小企業保護政策の一方策として

とった措置といえることができ、その目的においては、一応の合理性を認めることができないうわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白であるとは認められない（小売市場事件、最大判昭和47・11・22『判例時報』687号23頁、中村睦男・憲法判例百選Ⅰ（第5版）204頁）。

## 三段階審査

15

最近、ドイツの憲法裁判所で実践されている違憲審査の手法である三段階審査（比例審査）が注目を浴びています。人権制限の正当化の判断が①保護領域↓②制限↓③正当化という三段階の審査を経て行われるため、こうしたネーミングになっています。内容的には、憲法的視点で考慮すべき事項がパッケージとして組み込まれていることが特徴です。<sup>(2)(3)</sup>



三段階審査においても、通常の違憲審査と同様に手段についての審査(図3-1 step 3(2)イ)がメインになります。

三段階審査の手段審査の中には、利益の均衡という審査項目があります。これは、三段階審査の目的審査において、目的が正当であればよいとしているため、実質的な目的審査を、この項目で行うわけです。通常の違憲審査では、目的審査において、制限される人権と目的とする公益保護の内容が同等である(両利益が均衡している)かどうかを審査されます。結局のところ、通常の違憲審査におけるLRAの基準と比較して内容的には近いことがわかります(図2-6参照)。

実務上は、立法段階において、いずれの審査手法を用いるとしても、憲法の趣旨・目的に適った合理的な結論が得られれば問題ないといえます。最近、自治体の職員を対象にした研修でこの三段階審査の内容を紹介すると、ほとんどの受講者が三段階審査のほうが実務的に使い易いのではないかとの感想を口にします。その理由は、形式的適合性も審査基準の中にパッケージとして組み込まれていること、そして、実質的な目的審査が、得られる利益と失われる利益との利益衡量というわかりやすい基準(利益の均衡)によってなされているからだと思えます。最近、三段階審査に批判的であった高橋和之教授が芦部信

図3-1 三段階審査の内容

- step 1
  - 憲法上の権利の保護領域か
- step 2
  - 憲法上の権利の制限に当たるか
- step 3
  - 制限を正当化しうるか
    - (1) 形式要件
      - ア 法律の留保
        - 法律(条例)上の根拠があるか。
      - イ 規範の明確性
        - 規範要素は明確か。
    - (2) 実質要件
      - ア 目的審査
        - 規制目的は正当か(正当でさえあればよい)。
      - イ 手段審査
        - (ア) 手段の適合性
          - 目的実現に役立つものであるかどうか(→合理的関連性の基準に相当)。
        - (イ) 手段の必要性
          - より制限的でない他の選びうる手段が存在しないこと
          - (より緩やかな規制手段でも同じ目的を達成できるのではないかどうか。LRAの基準に相当)。
    - @制限の度合い: 直罰方式>間接罰方式、罰則>公表、許可制>届出制、事前規制>事後規制、直接規制>間接規制 etc
    - (ウ) 利益の均衡(狭義の比例性)
      - 制限によって得られる利益と失われる利益との均衡が保たれているか。
      - @保護の度合い: 絶対的保障>保護範囲の中核的保障>付随的保障(→立法裁量大)

(出所 筆者作成)

喜(高橋和之補訂)『憲法(第五版)』(岩波書店、2011年)105頁において、初めて三段階審査について言及されました。高橋教授が補訂するにあたっては、新たな法令や判例の追加がほとんどであったことを考えると、異例ともいえる補訂です。実務でも、今後の議論の方向性には目が離せません。

〔注〕

(1) 訴訟上、ある主要事実(要件事実)に対する具体的事実の存否が真偽不明のとき(主要事実の存否について裁判所が判断できない)

かつた場合)にその事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生(又は不発生)が認められないこととなる一方当事者の不利益をいう。

(2) 三段階審査を巡る議論については、市川正人「最近の「三段階審査」論をめぐって」法律時報83巻5号(2011年)6頁以下を参考

(3) 三段階審査に基づく論証の作法を展開するものとして小山剛「憲法上の権利」の作法(新版) (向学社、2011年)がある。現在三段階審査についてもっとも定評のある文献である。