

もしネット販売を禁止する趣旨なら、それは国民の権利を制限するのであるから、明確に書かなければならないのが法治国家の要請（法の明確性の要請）である。どこにも書いていないが、ネット販売は禁止するつもりだった、対面販売を原則とする趣旨だったなどといっても、それが内閣法制局で審査され、国会で審議される法律の条文に書かなければ、国民の権利を制限することはできない。

3 では法律で規定すれば？

では、厚労省は、ネット販売禁止、対面販売の原則をなぜ省令に規定するだけで、法律案に入れて、国会に提案することをしなかったのか。法律に規定すれば、授權がないという重大な問題が生じないことは十分承知しているはずである。

では、法律で対面販売の原則、ネット販売禁止を入れれば済むのか。それは営業の自由を制限・侵害するので、その合憲性が問題となり、内閣法制局、国会の審議が必要になる。

ここで、基本となるのは、薬局の距離制限を定めた薬事法を違憲とした昭和50年4月30日の最高裁大法廷判決である。これは、「一般に許可制は、・・・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、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」、としている。

医薬品の販売は、ここでいう積極目的の措置ではなく、消極的措置であるから、この判決が妥当し、より制限的でない規制手段があれば、それによらなければ違憲となるのである。そして、今回の改正省令では、ネット販売は許可制ではなく、禁止であるから、この判決の説くところはなおさら妥当するものである。

さて、医薬品の場合でも、医師の処方をするほどの医薬品でなければ、薬局で、面前で、説明を受けないと、買っては危険というほどなのか、ネットでも、きちんと説明すれば危険ではないのではないかという問題が起きる。仮に医薬品のネット販売には副作用の見逃しなどの危険が生ずるとしても、それはネット販売という販売手法によるものではなく、情報提供等の不十分さによるものである。したがって、情報提供等の方法を工夫しても、店舗における対面販売よりも定型的により危険というのであれば、一律にネット販売を禁止することは、法律の改正で定めても、過大な規制であり、違憲となる。それは国会や裁判所どころか、内閣法制局審査も通らないだろう。

逆に言えば、厚労省は、法律として提案すれば内閣法制局で違憲とされるから、省内だけの審査でごまかせる立法スタイルを取るのである。

あえて不明確な法令を立案し、その意味不明確な点を後から通知で示すという、行政運用スタイルも、しばしば、内閣法制局審査を回避する意図で行われている。

このような立法スタイルは、最初から違憲性について故意がある。つまり、違憲であることを認識して敢えて省令制定に及んでいると考えられる。

4 省令で情報提供等の具体的義務付けを規定せよ

そして、私は、ネット販売禁止ではなく、情報提供等の具体化とその義務付けを提案する。これは法36条の6が本来予定していることである。したがって、省令改正だけで済む。

ネット販売には危険があるというが、情報が十分に行き渡らなければ、コンビニ販売でも、店舗における対面販売でも同じことである。対面なら安全というのは、何ら実証性のない神話である。対面でも、どんな情報がどのように提供されたのか、確認できないし、対面ならかえって、話せないことも少なくない（たとえば、病気というのは、個人にとって最大のセンシティブ情報であり、特に陰部の病気などになればなおさら人前では話せない。また、人と面と向かって話すことができない者も世の中には多い。近所の人こそそばに待っているのに、隠している病気のことを言われた経験は少なくない）。むしろ、ネットの方が病状や既往歴を伝えやすいことがある。

したがって、店舗における対面販売であれ、ネット、電話、郵便による販売であれ、それぞれにふさわしい情報提供等の方法を具体的に義務付ける規定をおくべきである。さらに、ネットであれ、許可業者であることは、ネット上で表示させるべきである。そうすれば、これに違反した業者は、法令違反として、一般医薬品の店舗販売業の許可取消・停止事由になる（法75条）し、無許可業者も一目瞭然である。自主規制なら参加しない業者にも平等に対応できる。これは薬事法違憲判決の趣旨にも合致し、また、購入方法を多様化し、消費者の利便も貢献する。単に離れ島、障害者だけではなく、多くの庶民に有益である。

我々がこうした、合憲で、より望ましい手段を提案しているのに、省令を改正しないで、このまま施行するならば、厚労省には、その不作為は違憲であるとの認識があるので、後の国家賠償訴訟においても十分に考慮されるだろう。

省令の改正案は、具体的には今自主規制案として提案されている情報提供等の方法を条文化すべきである。

5 検討会での審議のあり方

検討会では、薬事法と省令の改正問題は長年議論したので、今更なぜ繰り返すのかという意見が多いようである。しかし、ネット販売禁止か情報提供等の義務づけかという問題は、憲法・行政法の法律問題である。委員の構成（肩書きだけだが）を見ると、その専門家はいない。したがって、本件で最も大事な争点について、真面目な議論はなされなかったと考えられる。議論したといっても、失礼ながら、素人議論というしかない。

そこで、この検討会は、憲法行政法の専門家の意見を十分にふまえて、方向を定めるべきである。

厚労省が、本件は、憲法行政法の問題であることを知らないとすれば、それは分限免職に値する、能力不足であり、知っているが、そうした専門家を検討会に入れないと判断したとすれば、専門家を入れると、省令で誤魔化そうという自分たちの方針が阻害されるからという狡猾な戦略によるものと推定される。

いずれも、到底承認することはできない。

6 まとめ

検討会は、本件の省令改正は、法の授權範囲を超えて違法であり、法律に書いても違憲となるものであることを認識し、法が定めるとおりの情報提供等のための省令作成に軌道修正すべきである。

以上