

2013年2月26日

## 医薬品インターネット販売規制の憲法問題に関する意見書

慶應義塾大学法学部・同大学院法務研究科教授 駒村圭吾

### 第1部

#### 薬事法違憲判決の意義

##### —インターネットによる医薬品販売を禁止することの違憲性—

#### はじめに

現在、医薬品販売について対面販売を原則化し、インターネットを通じての販売を制限しようとする薬事法の再改正が厚生労働省内等において検討されている。今般の改正の検討は、国民の健康や公衆衛生の低下防止という規制目的に出た薬事法等によるネット販売規制の是非をめぐるものであるが、同様の規制目的による薬事法上の規制が違憲とされた最高裁判例、すなわち**薬事法違憲判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）**が、参照されるべき最重要の司法先例であることは論を俟たない。今般の薬事法改正の構想は、この薬事法違憲判決をクリアしなければならないことは火を見るよりも明らかである。

本稿は、この薬事法違憲判決の論旨を改めて再確認することによって、今般目論まれている薬事法改正によるネット販売規制が最高裁判例の水準から見た場合、違憲の疑いが濃厚であることを指摘し、国会が約40年近く前に踏んだ轍を今回再び踏まないよう、強く各方面の賢察を乞うものである。

#### IV 結論

以上、薬事法違憲判決の論理を踏まえながら、医薬品ネット販売規制の合憲性を検討してみた。結論は、各節にまとめた部分から明らかであると思われるが、最も重要な部分のみを再度整理しておきたい。

- (1) ネット販売は単なる職業の手段ではなく、ひとつの業態に近いので、その禁止は同時に市場参入を禁ずると同じくらいの効果がある。したがって、ネット販売規制は職業選択の自由の制限に該当する。しかし、たとえ、職業活動の自由に対する制限であると理解しても、違憲審査の厳しさは変わらない。つまり、①ネット販売の「禁止」は「強力な制限」であることには変わりがない、②判決は、職業選択の自由も職業活動の自由も憲法上の権利として認めている、③しかも、判決は、個人の人格的価値は「職業」そのものに随伴する特徴であって、これも職業選択であるか職業活動であるかを問わない。これらの諸点が指摘できる以上、本判決の枠組はいずれにしても医薬品ネット販売規制に適用される。
- (2) しかし、そもそも薬事法違憲判決で示された厳格な審査の適用を俟たずとも医薬品ネット販売規制は合理性を失う。この点、同判決が、LRAによる具体的な目的手段審査に入る前に、そもそも危険の発生を裏付ける立法事実を欠いていることを理由に違憲判断をしていることが重要である。医薬品ネット販売規制を推進する立場からは、ネット販売の危険性が強調され、対して、店舗販売にはその種の危険性がないことが指摘されている。しかし、それを裏付ける立法事実は提出されていない。理論上の可能性のレベルで憲法上の権利を制限することはできない。とりわけ、最高裁が、職業の自由を「個人の人格的価値」と結び付けている以上、本来厚く保護されなければならない、規制の根拠である「社会的相互関連性」における危険性の認定は具体的な事実に基づかねばならない。要するに、医薬品ネット販売規制のもくろみは、まさに薬事法違憲判決が問題視した「観念上の想定」にのみ基づく規制であって、本判例の立場からは、違憲の規制であると言わざるを得ない。

立法府が40年ほど前に踏んでしまった轍を再び踏まないことを切に祈る次第である。

日本オンラインドラッグ協会注： 意見書3頁及び12頁より抜粋。意見書本文については、本検討会に関連性の高い第1部のみを抜粋して提出しております。

2013年2月26日

## 医薬品インターネット販売規制の憲法問題に関する意見書

慶應義塾大学法学部・同大学院法務研究科教授 駒村圭吾

### 第1部

#### 薬事法違憲判決の意義

##### —インターネットによる医薬品販売を禁止することの違憲性—

#### はじめに

現在、医薬品販売について対面販売を原則化し、インターネットを通じての販売を制限しようとする薬事法の再改正が厚生労働省内等において検討されている。今般の改正の検討は、国民の健康や公衆衛生の低下防止という規制目的に出た薬事法等によるネット販売規制の是非をめぐるものであるが、同様の規制目的による薬事法上の規制が違憲とされた最高裁判例、すなわち**薬事法違憲判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）**が、参照されるべき最重要の司法先例であることは論を俟たない。今般の薬事法改正の構想は、この薬事法違憲判決をクリアしなければならないことは火を見るよりも明らかである。

本稿は、この薬事法違憲判決の論旨を改めて再確認することによって、今般目論まれている薬事法改正によるネット販売規制が最高裁判例の水準から見た場合、違憲の疑いが濃厚であることを指摘し、国会が約40年近く前に踏んだ轍を今回再び踏まないよう、強く各方面の賢察を乞うものである。

## I 薬事法違憲判決の論理(1) 一権利の性質

### 1. 憲法 22 条 1 項の保護範囲、そして、職業の自由の性質

薬事法違憲判決で問題となったのは、薬局の開設の許可制、とりわけ、距離制限という許可条件の合憲性であった。この規制措置によって制限を受ける「憲法上の権利」が何であるかがまず問題になるが、この点について、判決は、憲法 22 条 1 項の「職業選択の自由」が制限されていることを認めた。判決は次のように言う。

「憲法 22 条 1 項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有すると規定している。職業は、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、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社会的機能分担の活動たる性質を有し、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を有するものである。右規定が職業選択の自由を基本的人権の一つとして保障したゆえんも、現代社会における職業のもつ右のような性格と意義にあるものといえることができる。そして、このような職業の性格と意義に照らすときは、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のであり、したがって、右規定は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。」(傍点筆者)

ここで判決は、職業選択の自由には「職業活動の自由」も含まれるとして、22 条 1 項の保護範囲を広げる有名な判示を行っているが、中でも注目すべきは、傍点を施した部分、すなわち「職業」が「個人の人格的価値」と不可分のものであることを明らかにした点である。なぜ、このくだりが重要なのか。

かつて、精神的自由権と経済的自由権を峻別し、前者に対する規制については裁判所による厳格審査による厚い保護を、後者に対する規制には緩やかな審査を使い分ける、いわゆる「優越的地位論」あるいは「二重の基準論」が一世を風靡し、今でもその余韻が残っているが、この議論の論拠のひとつは、精神的自由権こそが個人の人格的価値と密接不可分に結びつくものであり、他方、経済的自由権にはそのような結びつきはないとする思考に求められたのである。しかし、上述の判示は、経済的自由権のひとつである職業選択等の自由についても同様に、個人の人格的価値との密接性を認めたのである<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 職業が人格的価値と結びつくことがもたらすひとつの具体的な帰結は、薬事法違憲判決の中で展開された下記のような論理であろう。そこでは、一定地域で距離制限に抵触するとして開業を認められなくとも、他の地域では開業できるのであるから、職業の選択はまったく制限されていない、とする政府の主張に対して、判決は、「しかしながら、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

以上の判示内容が持つ意義は次のとおりである。

- 職業選択の自由は、選択のみならず、遂行それ自体に関わる職業活動の自由も包含することが明らかにされた。
- 「職業」が個人の人格的価値と密接に関連する活動であることが明らかにされた。人格的価値は、従来、職業選択の自由を含む経済的自由権と、表現の自由をはじめとする精神的自由権を峻別し、後者に対して厳格な審査による厚い保護を与える、いわゆる「優越的人権論」ないし「二重の基準論」の論拠とされてきた。すなわち、精神活動・言論活動は、個人の自己実現等の人格的価値に直結するが、必ずしもそうではない経済活動・職業活動については、相対的に保護が弱まるという発想である。本判決は、このような考え方を否定して、「職業」という営みも人格的価値において劣るところがないことを明らかにしたのである。
- なお、言うまでもないが、この人格的価値は、「職業」という営みそれ自体が有する価値であり、制限の対象が選択の自由であろうが活動の自由であろうが異なるものではない点に注意すべきである。

## 2. 職業の特殊性と立法裁量

とは言え、これに続いて判決は、職業の特殊性を次のように指摘する。

「もつとも、職業は、前述のように、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請が「つよ」いものである。したがって、「職業は、…、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、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限も、…、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法 22 条 1 項にいう公共の福祉のために要求されるものとしては認められるかどうかは、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慎重に決定されなければならない。この場合、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り、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性和合理性については、立法府の判断がそ

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」と応じている。この判示の背景には、職業の人格的価値が指定されていると解される。

の合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、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って、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。」(傍点筆者、「…」は筆者による省略部分)

この判示部分の論理は単線的ではないので慎重な読解を要する。大筋は、次のような論理になっている。

一まず、職業の自由が人格的価値を有する点で精神的自由権と同じであるとしても、前者は、その性質上「社会的相互関連性」が大きいので、後者と比して、公権力による規制の要請が高い。

一そのような規制の要請が憲法上許容されるかどうかの問題になるが、この点、職業の規制目的には、“積極目的”に出たもの(国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等)から“消極目的”に出たもの(社会生活における安全の保障や秩序の維持等)にわたり、また、制限の態様も実に多様であるから、比較考量によってその適否を判断することが適当であって、かかる考量の第1次的責務は国会に委ねられる。一しかし、合理的な裁量の範囲には「事の性質上おのずから広狭がありうる」のであり、単純に広範な立法裁量が認められるわけではない。

### 3. 医薬品ネット販売規制問題への含意

それでは、この薬事法違憲判決の冒頭部分を前提に、今般問題になっている医薬品のインターネット販売の禁止に対してどのような含意が得られるのか。下記にそれをまとめてみる。

(1)まず、インターネットを通じての医薬品販売が憲法 22 条 1 項によって保護されるか否かが問題になる。この点、インターネット販売を、営業上のひとつの販売手段であると位置づければ、それは職業活動の自由の制限問題となる。しかし、現代では、インターネットによる販売は広く普及し、かつ、多大な有用性と便利性を兼ね備えた重要な販売形態として社会に認知されており、それはひとつの“業態”に近い。また、インターネット販売という販売形態をとれるからこそ、店舗販売と比較すると市場参入が相対的に容易になるのであって、それにより参入のインセンティブが生まれること考えると、これを禁じたり大幅に制限することは、市場参入そのものを否定することに近いから、以上を考慮すれば、ネット販売の規制は、職業選択の自由そのものの制限とすら言い得る。

(2)しかし、いずれのアプローチをとるにせよ、薬事法違憲判決は、職業選択の自由も職業活動の自由も憲法上の権利として認めているから、この点、差異をもたらすものではない。また、しかも、同判例が強調する“個人の人格的価値”は「職業」そのものに随伴する特徴であって、この点においても、職業選択であるか職業活動であるかを問わないのである。

(3)結局、ネット販売の規制にも、薬事法違憲判決の論理が妥当し、社会的相互関連性の観点から一定の規制を受けるものの、それは立法裁量に全面的に委ねられるわけではなく、事の性質に応じてその裁量の広狭が決まってくることになる。

## II 薬事法違憲判決の論理(2) 一審査枠組

### 1. 消極目的規制と LRA の法理

では、憲法 22 条 1 項の保障する権利に対する制限について、裁判所はどのくらいの厳しさで審査すべきなのか、換言すれば、いかなる審査枠組ないし審査基準が採用されたのか。設置許可制や距離制限等の許可条件に対する憲法的評価に基づいて、本判決は、下記のように判示した。

「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、【1】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【2】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。そして、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のである。」(【1】番号および傍点は筆者)

この判示部分が提示している審査枠組は、いわゆる「より制限的でない代替手段の有無 (Less Restrictive Alternatives: LRA)」の法理<sup>2</sup>を核とするものであり、学界では、少なくとも最も緩やかな基準であるとされる「合理性の基準」よりも緻密に審査をする、やや厳しめの審査枠組と位置づけられているものである。ここで示された審査枠組の概要を以下に整理してみる。

一まず、【1】であるが、ここでは、職業の自由に対する「強力な制限」を課する場合は、規制目的が「重要な公共の利益」に出たもので、それを達成する規制手段が「必要かつ合

<sup>2</sup> LRA の法理とは、ある立法目的を同じく達成できるのであれば、憲法上の権利に対してより制限的でない最小限の規制手段を選択しなければならない、というものである。この法理は、一般に厳格な基準と言われている。

理的」でなければならないことが明らかにされている。

一その上で、【2】は、特に、規制目的が「消極的、警察的」である場合には、「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」ことが認められなければならないとして、LRAの法理が採用されている。

つまり、強力な制限が職業の自由に課されるケースには、規制目的が重要な公共的利益に資するものであることと、採用される規制手段が必要かつ合理的であることが求められ、さらに、規制目的が消極目的である場合は、LRAの法理が採用されるということである。

## 2. 医薬品ネット販売規制問題への含意

この審査枠組は医薬品ネット販売規制問題にも当てはまる。その理由を以下に述べる。

(1)【1】は、職業の自由に「強力な制限」が課されることを要求している。この点、判文は。許可制が「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」であることを決め手にしているように読める。しかし、①【1】の審査枠組が求められる実質的論拠は「強力な制限」であることであって、「選択の自由」を制限しているかどうかはその下位類型にすぎない、②この点、医薬品ネット販売の「禁止」は、許可制ではないが、「強力な制限」であることには変わりはない、③さらに、I3(1)で述べたように、インターネット販売は既にひとつの業態であって、これを市場から締め出すことは、開業そのものを断念することに近いので、ネット販売規制も「選択の自由」問題と捉えることもできる、といった諸点から、医薬品ネット販売規制にも【1】の審査枠組が妥当する。

(2)医薬品ネット販売規制の目的は、医薬品の不適切な販売による国民の健康被害の防止あるいは公衆衛生の低下の予防にあるから、これは薬事法違憲判決の事案と同じく、消極規制であることには異論をさしはさむ余地はない。したがって、医薬品ネット販売規制の合憲性判定にも、LRAの法理が妥当する。

## III 薬事法違憲判決の論理(3) 一あてはめと規制の合憲性

### 1. 本件立法事実は「観念上の想定」にすぎない

以上を前提に、最高裁は、薬局距離制限という許可条件の目的を、国民の健康の維持や公衆衛生の低下とおき、かかる目的それ自体は、「重要な公共の利益」であり、正当であるとする。問題は、かかる目的を達成するための手段・措置が必要かつ合理的かどうかである。



これに対して、政府は、本件規制の合理性・必要性を支える事実（立法事実）として次のようなことがらを提示した。

「薬局等が都会地に偏在し、これに伴ってその一部において業者間に過当競争が生じ、その結果として一部業者の経営が不安定となるような状態を招来する可能性があることは容易に推察しうるところであり、現に無薬局地域や過少薬局地域が少なからず存在することや、大都市の一部地域において医薬品販売競争が激化し、その乱売等の過当競争現象があらわれた事例がある」。

しかし、最高裁は、これに続けて…、

「しかし、このことから、医薬品の供給上の著しい弊害が、薬局の開設等の許可につき地域的規制を施すことによつて防止しなければならない必要性と合理性を肯定させるほどに、生じているものと合理的に認められるかどうかについては、更に検討を必要とする。」

…と述べて必要性と合理性をさらに立ち入って検討することを宣言した。これに続けて最高裁は、以下に掲げる二つの審査を行っている。

まず第1が、実質的な意味でLRAの法理に相当する審査である。判決は、医薬品の供給上の著しい弊害の防止のためには、既に、現行法上、薬事法や薬剤師法による「品質の保障及び保全上の種々の嚴重な規制」が設けられているし、「不良医薬品の廃棄命令、施設の構造設備の改繕命令、薬剤師の増員命令、管理者変更命令等の行政上の是正措置が定められ、更に行政機関の立入検査権による強制調査」も認められているところである、とする。では、これらに加えて、距離制限という“より制限的な”規制を課す必要はあるのか。判決は次のように言う。

「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。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かぎり除去する予防的措置を講じることが、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえない。しかし、このような予防的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は認められるためには、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というべきである。」(傍点・強調筆者)

ここで述べられていることは、現行法上の種々の規制が励行・遵守される限り、所期の規制目的は十分達成されるが、「更に進んで」より「大きな制約」である距離制限という「予防的措置」を採ることも「その必要性が全くないとはいえない」ということである。要するに、現行の行政規制という比較的穏当な LRA が存在するにもかかわらず、より制限的な (more restrictive) な措置に出ることも可能であると言うのである。ただし、より制限の強い措置に出る場合は、単にそういう措置に出る「必要性がないとはいえない」というレベルだけでは足りず、「このような制限を施さなければ」「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」が認められなければならないとする。

ところが、なぜ「より制限的でない措置」では足りず、「より制限的な措置」がどうしても必要になるのかの検討に入る前に、判決は、突如として（まさしく「ところで」という接続詞を介して）、次のような議論を展開し始める。少々長くなるが、本判決の核心部分であるので引用しておこう。

「ところで、薬局の開設等について地域的制限が存在しない場合、薬局等が偏在し、これに伴い一部地域において業者間に過当競争が生じる可能性があることは、さきに述べたとおりであり、このような過当競争の結果として一部業者の経営が不安定となるおそれがあることも、容易に想定されるところである。被上告人は、このような経営上の不安定は、ひいては当該薬局等における設備、器具等の欠陥、医薬品の貯蔵その他の管理上の不備をもたらし、良質な医薬品の供給をさまたげる危険を生じさせると論じている。確かに、観念上はそのような可能性を否定することができない。しかし、果たして実際上どの程度にこのような危険があるかは、必ずしも明らかにされてはいないのである。被上告人の指摘する医薬品の乱売に際して不良医薬品の販売の事実が発生するおそれがあったとの点も、それがどの程度のものであったか明らかでないが、そこで挙げられている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。このようにみてくると、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とすることは、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。**」（傍点・強調筆者）

要するに、「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」という立法事実は、「観念上は」そのような可能性は否定できないと言う程度のものであって、不良医薬品の供給という弊害は、実際は、むしろ現金問屋やスーパーの低価格販売競争、製造段階の過剰生産、流通過程における営業政策上の行態などに原因があると指摘されている。つまり、政府の主張する立法事実は、「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、と切って捨てられたのである。

規制を必要とする立法事実が存在しない以上、本来、違憲審査はこの時点で終了であるはずである。しかし、最高裁は、慎重にも、かかる立法事実に基づく危険の可能性を認めたとしたらという仮定の上で、次のように、LRAの検証を行っている。

「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。この点につき、被上告人は、薬事監視員の増加には限度があり、したがつて、多数の薬局等に対する監視を徹底することは實際上困難であると論じている。このように監視に限界があることは否定できないが、しかし、そのような限界があるとしても、例えば、薬局等の偏在によつて競争が激化している一部地域に限つて重点的に監視を強化することによつてその実効性を高める方途もありえないではなく、また、被上告人が強調している医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等は、不時の立入検査によつて比較的容易に発見することができるような性質のものともみられること、更に医薬品の製造番号の抹消操作等による不正販売も、薬局等の段階で生じたものというよりは、むしろ、それ以前の段階からの加工によるのではないかと疑われること等を考え合わせると、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、合理性を欠くといふべきである。」(傍点筆者)

判例は、地域的監視強化、立ち入り検査、製造加工段階での規制、などの「供給業務に対する規制や監督の励行等」では防止しきれないような危険が存在すると考えるのは不合理であるとしたのである。つまり、そういった手段よりも制限的な「予防的措置としての距離制限」に打って出なければならない根拠が見当たらないというのである(前述のように本判決は、「必要がないとはいえない」というレベルでは合理的ではないとするのであるから、「必要がある」ことをポジティブに例証する事実がなければならないのである)。

以上が意味するところは明らかであろう。

一薬事法違憲判決は、距離制限よりも制限的でない行政上の監督等の手段によつても規制目的を達成することができる場合でも、一層制限的な予防的措置を採ることも可能であるとした。しかし、その場合、緩やかな規制では目的を達成することができず、予防的措置を採る必要があることの立証を政府に求めた。

一ところが、その検討に入る前に、そもそも政府が主張する立法事実(「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」)そのものが存在しないこと、つまり、「観念上の想定」にすぎないこと、をもつて距離制限の必要性と合理

性を否定したのである。本来は、この時点で、距離制限の違憲性は確定する。

一が、さらに、判決は、念のため、政府主張の立法事実が存在すると仮定したとしても、行政上の監督権の強化などの LRA で十分対応できるはずであり、この点からも、距離制限の必要性と合理性を否定した。

一要するに、本件距離制限は、違憲審査の基本形である「目的手段の関連性」を問う審査に入る前に、規制を裏付ける事実が存在しないあるいは脆弱であることを理由に違憲とされてしまうほど、立法技術的に拙劣な事例であったということである。

## 2. 医薬品ネット販売規制問題への含意

上述の薬事法違憲判決のあてはめを医薬品ネット販売規制に応用するとどうなるか。

(1) 医薬品ネット販売規制を推進する立場からは、ネット販売の危険性が強調され、対して、店舗販売にはその種の危険性がないことが指摘されている。しかし、それを裏付ける立法事実は提出されていない。理論上の可能性のレベルで憲法上の権利を制限することはできない。とりわけ、最高裁が、職業の自由を「個人の人格的価値」と結び付けている以上、それは本来厚く保護されなければならない、規制の根拠である「社会的相互関連性」における危険性の認定は具体的な事実に基づかねばならない。要するに、医薬品ネット販売規制のもくろみは、まさに薬事法違憲判決が問題視した「観念上の想定」にのみ基づく規制であって、本判決の立場からは、違憲の規制であると言わざるを得ない。

(2) なお、本判決の水準からすれば、LRA を用いること（ネット販売の禁止ではなく、解禁した上で最小限の規制をかけること）が唯一残された道として考えられることになる。例えば、ネット販売には「店舗」を伴うことを条件にして事後的・事前的責任追及の道を確保するとか（これは現在も確保されている）、ネット購入時に事前に告知応答させる情報提供の仕方を指導するとかの方法が考えられる。しかし、そういう方策をとるにせよ、薬事法違憲判決からすると、いずれにしても、規制を正当化する立法事実を提示できなければ、LRA に該当する規制手段を採用することの説得力は減殺されるであろう。

## IV 結論

以上、薬事法違憲判決の論理を踏まえながら、医薬品ネット販売規制の合憲性を検討してみた。結論は、各節にまとめた部分から明らかであると思われるが、最も重要な部分のみを再度整理しておきたい。

(1) ネット販売は単なる職業の手段ではなく、ひとつの業態に近いので、その禁止は同時に市場参入を禁ずると同じくらの効果がある。したがって、ネット販売規制は

職業選択の自由の制限に該当する。しかし、たとえ、職業活動の自由に対する制限であると理解しても、違憲審査の厳しさは変わらない。つまり、①ネット販売の「禁止」は「強力な制限」であることには変わりがない、②判決は、職業選択の自由も職業活動の自由も憲法上の権利として認めている、③しかも、判決は、個人の人格的価値は「職業」そのものに随伴する特徴であって、これも職業選択であるか職業活動であるかを問わない。これらの諸点が指摘できる以上、本判決の枠組はいずれにしても医薬品ネット販売規制に適用される。

- (2) しかし、そもそも薬事法違憲判決で示された厳格な審査の適用を俟たずとも医薬品ネット販売規制は合理性を失う。この点、同判決が、LRAによる具体的な目的手段審査に入る前に、そもそも危険の発生を裏付ける立法事実を欠いていることを理由に違憲判断をしていることが重要である。医薬品ネット販売規制を推進する立場からは、ネット販売の危険性が強調され、対して、店舗販売にはその種の危険性がないうことが指摘されている。しかし、それを裏付ける立法事実は提出されていない。理論上の可能性のレベルで憲法上の権利を制限することはできない。とりわけ、最高裁が、職業の自由を「個人の人格的価値」と結び付けている以上、本来厚く保護されなければならない、規制の根拠である「社会的相互関連性」における危険性の認定は具体的な事実に基づかねばならない。要するに、医薬品ネット販売規制のもくろみは、まさに薬事法違憲判決が問題視した「観念上の想定」にのみ基づく規制であって、本判例の立場からは、違憲の規制であると言わざるを得ない。

立法府が40年ほど前に踏んでしまった轍を再び踏まないことを切に祈る次第である。