

2013年4月16日

医薬品ネット販売訴訟最高裁判決の射程範囲について

弁護士 石 下 雅 樹

第1 本稿の要旨

本稿の要旨は以下のとおりです。

- (1) 医薬品ネット販売訴訟最高裁判決(以下「本件最高裁判決」)において、薬事法の委任の範囲を逸脱したものであるために違法であると判断されたのは、「一般用医薬品の全部を、一律に禁止することを定めた省令」に過ぎない。
- (2) 本件最高裁判決が、医薬品ネット販売の禁止を憲法に反すると判断したという事実はない。
- (3) その他、前記(1)以上の意味を前記最高裁判決から読み取ることができない。例えば、医薬品ネット販売を現行法のもとで一部を制限した場合の判断や、医薬品ネット販売を薬事法によって規制した場合の裁判所の判断を読み取ることができない。

以下、前記各要旨について、詳細に論じることとします。

第2 本件最高裁判決の要旨

1 要旨の紹介

医薬品ネット販売訴訟最高裁判決(平成24年(行ヒ)第279号 医薬品ネット販売の権利確認等請求事件)の要旨は以下のとおりです。

- (1) 新薬事法成立の前後を通じ、ネット販売に対する需要が存在し、郵便等販売の広範な制限への反対意見が一般消費者・有識者等の間にも少なからず見られ、政府部内においても一般用医薬品の販売を店舗での対面に限定すべき理由が乏しいとの見解が根強く存在していた。

- (2) 旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は職業活動の自由を相当程度制約するものである。
- (3) これらの事情の下で、郵便等販売を規制する省令の規定が、新薬事法の趣旨に適合し、その委任の範囲を逸脱しないというためには、立法過程における議論を斟酌の上、新薬事法中の諸規定を見て、郵便等販売を規制する省令を委任する趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要する。
- (4) しかし、新薬事法 36 条の 5 及び 36 条の 6 は、文理上は郵便等販売の規制や店舗における販売、授与及び情報提供を対面で行うことを義務付けておらず、その必要性等について明示的に触れていない。医薬品の販売・授与の方法等の制限について定める新薬事法 37 条 1 項も、郵便等販売が違法とされていなかった旧薬事法当時から実質的に改正されていない。また、薬事法の他の規定中にも、店舗販売業者による販売や情報提供の方法を原則として店舗における対面によるものに限るべきとか、郵便等販売を規制すべきとの趣旨を明確に示すものは存在しない。
- (5) 検討部会における議論、法案の国会審議等において、郵便等販売の安全性に懐疑的な意見が多く出されているにもかかわらず郵便等販売に対する新薬事法の立場は不分明であり、その理由が立法過程での議論等から全くうかがわれない。
- (6) それで、そもそも国会が新薬事法を可決するに際して第一類医薬品・第二類医薬品の郵便等販売を禁止すべきであるとの意思を有していたとはいえない。
- (7) そうすると、新薬事法の授權の趣旨が、第一類医薬品及び第二類医薬品の郵便等販売を一律に禁止する旨の省令の制定までも委任することが、上記規制の範囲や程度等に応じて明確であると解するのは困難である。
- (8) 以上から、省令の規定は、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品につき、店舗販売業者による店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による販売又は授与を一律に禁止することとなる限度において、薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効である。

2 要旨の「要約」

さらに前記要旨を、噛み砕いて述べると、以下のような論旨になると考えられます。

ネット販売禁止は職業選択の自由の制約になる
ネット販売禁止の是非について賛否両論がある

したがってネット販売禁止については法の明確な委任が必要

法の明確な委任が読み取れない

つまり、簡単にいえば、

- (1) 職業選択の自由の制約となり、国民の間でも賛否両論があるネット販売禁止について、
- (2) 国民の代表である国会が明確に決めたことであるとか、又は国民の代表である国会から明確に委任されたならともかくとして、
- (3) 国民の直接の代表とはいえない役所が国会の委任の範囲を超えて勝手に規制はできない、

というのが本件最高裁判決の論旨です。

第3 本件最高裁判決の分析

以下、本件最高裁判決の射程範囲等について分析していきます。

1 本件最高裁判決が違法とした省令の範囲

- (1) まず、本件最高裁判決が、新薬事法のもとで、ネット販売の禁止はどんな場合も許されないと判断したのか否かを検討します。
- (2) まずこの点で、一般的に裁判所の判決は、当該具体的な事例に基づく具体的な判断であるという点に留意する必要があります。したがって、これを超えて当該判決の射程を過度に広げることには慎重であるべきというのが法律学のイロハです。
- (3) 例えば、ある判決が、「Aという事情のもとではBである」と述べた場合、当該判決に基づき「Aではない事情のもとではBではない」と結論を出すことはできません。また「 $a + b + c + d$ という事情のもとではXである」という判決に基づき、この判決理由が、「 $a + b + c$ 」にも及ぶのか、又は「 $a + b + c + d + e$ 」にも及ぶのか等々、別の事例への射程の範囲は、全くもってケース・バイ・ケースです。
- (4) つまり、本件最高裁判決の判断は、「当該具体的な事例においてはこう考える」というものであって、法律の制定とは異なり、具体的な事例を超えて一般的な線引をすることは裁判所の役割ではないのです。

- (5) そして、本件最高裁判決の判決文を見ると、今回のネット販売の禁止する省令を違法とした範囲は、以下のとおりです。
- a 一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品につき
 - b 店舗販売業者による店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による販売又は授与を一律に禁止することとなる限度において
- (6) つまり、本件最高裁判決は、以上のような内容の省令について、違法と判断したにすぎません。したがって、以下の問いには何らの答えを与えていません。
- a 新薬事法の現行の規定のまま、一般用医薬品の一部のみ(例えば、よりリスクの高い第一類医薬品のみ)についてネット販売を禁止する省令を制定した場合の当該省令の違法性
 - b 新薬事法の現行の規定のまま、一定の条件のもとで、第一類医薬品及び第二類医薬品につきネット販売を禁止する省令を制定した場合の当該省令の違法性
- (7) 将来、例えば薬事法を改正せずに省令が前記のような内容に改正されたと仮定した場合に、当該省令が薬事法の委任の範囲にあるといえるか否かは、当該改正時における立法事実や改正の経緯を踏まえた上で、改めて裁判所が判断を下すこととなります。

2 ネット販売の禁止自体の憲法違反性

- (1) 結論
- a 一般用医薬品のネット販売を禁止することが、憲法に定める職業選択の自由・営業の自由を侵害するものであって憲法に違反するか否かについて、本件最高裁判決が答えを与えているか否かについて検討します。
 - b 結論としては、何ら言及していないといわなければなりません。
- (2) 職業選択の自由の制約と違憲性との関係
- a この点確かに本件最高裁判決が、判決理由中で、旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制が職業活動の自由を相当程度制約すると述べていることは事実です。しかしながら、だからといってネット販売の規制が違憲であるという結論は明らかに誤った論理の飛躍です。
 - b 一般に、あらゆる法律は、国民の持つ何らかの憲法上の権利を何らかの意味で制約するものです。例えば、医師ではないと医業ができないという法律の規定も、職業選択の自由に対する大きな制約です。

- c しかし、この制約について違憲であると唱える人は皆無のはずです。それは、これらの制約を取り払って誰でも看板を掲げれば医師になれる（医業を完全自由化する）とすれば、医療被害が続出し、国民が大きな損害を被ることが明らかだからです。
- d つまり、国民の憲法上の権利は、公共の福祉の観点から、法律やその委任を受けた政省令によって一定の制約を受けることは当然であって、憲法が予定していることです。この点、憲法 13 条が「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と述べているとおりです。
- e したがって、ネット販売の禁止について「職業活動の自由を相当程度制約する」と最高裁判決が述べたことは、法律学的にいえば当然のことを述べたに過ぎません。それは、自由にやれることと禁止することを比較すれば制約となるのは当然だからです。
- f それで、本件最高裁判決の当該部分だけをことさらに取り上げることは、本件最高裁判決に対する適正な評価を誤らせることとなります。

(3) 本件最高裁判決が職業選択の自由に言及した理由

- a では、本件最高裁判決がネット販売禁止の規定が職業選択の自由の制約になると述べた趣旨はどこにあるのでしょうか。それは、新薬事法の省令に対する委任の範囲に、ネット販売の一律禁止を明確に読み取ることができるか否かを導き出すための理由（前提）として言及したに過ぎないというべきです。
- b つまり、本件最高裁判決の要旨は、先の「要旨の要約」で述べたとおり、職業選択の自由の制約となるネット販売禁止について、国民の間で議論がある以上は、国民の代表である国会が明確に決めないと（又は委任しないと）いけない、というものです。言い換えれば、前記職業選択の自由の制約論は、本件最高裁判決の論旨の流れの大前提に位置づけられています。
- c 「ネット販売の禁止は国会が決めるべき」という議論の前提として、ネット販売の禁止は「賛否両論ある権利の制約である」という論述があるわけです。
- d したがって、前記論理の流れの一部だけを取り出して、「ネット販売禁止は憲法に反する」と結論付けることは明らかに誤った論理の飛躍であるといわなければなりません。

(4) 薬事法が改正されてネット販売禁止が明示された場合

- a 以上から、仮に薬事法を改正し、同規定においてネット販売を明示的に禁止する規定が含まれた場合の合憲性については、本件最高裁判決は何の答えも出し

ていないことに留意する必要があります。

- b この点については、賛否両論あるネット販売の禁止について、国民の代表である国会が種々の議論を経て多数決をもって制定したという事実は、最高裁も当然ながら重く見て、原則として尊重します。この点、国民の間で賛否両論があり、かつ国民の権利を制約する法律だからといって、その法律が当然に違憲となるわけではありません。翻って考えるに、消費税増税の法改正など、国民の間に賛否両論が大きい議論において、国民の代表である国会が自らの権限と責任のもとに政治決断をなし法律を制定・改正することは、国会の当然の役割であるといえます。
- c したがって、薬事法が改正されてネット販売禁止が明示された場合における裁判所の判断のあり方については、本件最高裁判決は何ら影響はなく、最高裁判決はゼロベースで考えるのが妥当な評価であると考えます。

以上