慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	<<自由な経済活動に起因する弊害>>と憲法22条1項
Sub Title	Th□e mischief caused by economic act and article 22 paragraph 1 of the constitution of Japan
Author	大野, 悠介(Ono, Yusuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.41 (2018. 11) ,p.53- 91
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20181130-0053

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

≪自由な経済活動に起因する弊害≫と憲法 22 条 1 項

大　野　悠　介

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　本稿の観点
Ⅲ　諸判例の検討
Ⅳ　近年の判例について
Ⅴ　補遺――弊害と目的・手段審査
Ⅵ　おわりに

Ⅰ　はじめに

従来当審の判例上、事業規制の合憲判断のアプローチの方法として採用されて来たものは、規制対象の行為が野放しにされる場合生ずる弊害を探索し、この弊害に関する立法事実を判決中に掲げ、「このような弊害を未然に防止するため規制または禁止規定を置くことは公共の福祉を維持するためやむを得ない措置として是認しなければならない。」という手法〔であった〕

このように述べたのは、小売市場判決（最大判昭和 47 年 11 月 22 日刑集 26 巻 9 号 586 頁）の調査官たる田崎文夫である[1)]。少なくとも小売市場判決までの日本の最高裁は「規制対象の行為が野放しにされる場合生ずる弊害」に対する

1）田崎文夫「判解」最判解刑事編昭和 47 年度 295 頁。

未然防止手段について審査してきたといえよう。そして小売市場判決を改めて読むと「個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合」という文言が記されていることが分かる。

しかし、従来の憲法学がこの点についてどの程度認識していただろうか。確かに、宍戸常寿が危険[2]の有無・程度について目的審査ないし手段審査における一要素として着目しており[3]、薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）については危険という要素は教科書でも指摘されている[4]。しかし、小売市場判決においてその弊害の有無・程度が審査されていることについては、ごく最近、松本哲治が指摘する[5]まではほとんど着目されていなかったと思われる。このように、≪自由な経済活動に起因する弊害≫という要素は、小売市場判決において明瞭に示されていたにもかかわらず、憲法学においてそのプレゼンスはほとんどなかったといってよい。そのため、田崎調査官の上記引用箇所についても、なんら着目されることはなかった。

本稿は、規制目的二分論にまつわる論争の陰に隠れてあまり着目されてこなかった≪自由な経済活動に起因する弊害≫という要素に特に着目し、憲法22条1項に関する代表的な諸判例を眺めることで、従来とは異なる判例理解の提示を目的とする。かかる着眼点からすれば、近年の判例が小売市場判決のみを引用していることについても一応の説明ができるものと期待している。

かかる目的のため本稿では一定の観点から諸判例を整理することになるが、その枠組みを小売市場判決および公衆浴場に関する諸判例を通してまずは提示

2）ここで「弊害」と「危険」という2つの言葉が登場するが、本稿では両者を区別しない。「危険」は未然性を有し、「弊害」は必ずしもそうとはいえないようにも思われるが、小売市場判決も「弊害」の未然防止という言い回しをしており、小売市場判決から諸判例を眺める本稿においては、特段「危険」と区別する必要性はない。

3）宍戸常寿『憲法　解釈論の応用と展開〔第2版〕』（日本評論社、2014年）51頁以下。

4）渡辺康行ほか著『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016年）335頁〔宍戸常寿〕。

5）松本哲治「薬事法距離制限違憲判決：職業選択の自由と距離制限をともなう開設許可制」論ジュリ17号（2016年）49頁。

する（Ⅱ）。その後、薬事法事件判決、たばこ小売事件（最判平 5 年 6 月 25 日判時 1475 号 59 頁）、酒類販売業免許事件（最判平成 4 年 12 月 15 日民集 46 巻 9 号 2829 頁）、そして西陣ネクタイ事件（最判平成 2 年 2 月 6 日訟月 36 巻 12 号 2242 頁）を当該枠組みから再解釈する（Ⅲ）。その上で、近年の諸判例についての理解を示したい（Ⅳ）。さらに、それまでの流れの中で論じなかった事柄について補遺という形で論じる（Ⅴ）。

なお、本稿は拙稿「秩序に彩られる国家」（慶應法学 34 号（2016 年）193 頁以下）の続編であると同時に発展である。同稿では、その目的において経済法と警察法を対置し、小売市場判決を前者に、薬事法判決を後者の系列に配置した。この試み自体に誤りはなかったと考えるが、同稿では、後述する金沢良雄の経済法概念を意識するあまり経済法の目的として「社会経済の調和」を据え、その結果、経済法外である薬事法の分析が不十分となった。今後その分析をより精確かつ理論的に構成することを考えており、本稿はその一歩である。

Ⅱ　本稿の観点

本稿で扱う諸判例はいずれも経済活動に対する国家の干渉を問題とする事案であるが、かかる諸判例を整理する枠組みは 2 つの要素から成っている。1 つは≪自由な経済活動に起因する弊害≫であり、もう 1 つは≪消極的干渉／積極的干渉≫である。

通常、このような事案における判例理解として規制目的二分論が掲げられる。確かに、規制目的二分論については学説上も既に批判的に乗り越える機運が高まっている。しかし、私の診断ではそもそも規制目的二分論の問題点は、目的と手段とが渾然一体としていたところにあり、その点は未だに解消されたとはいいがたい。そのような曖昧な状態のまま、経済活動に対する国家干渉の事案という共通点のみを以て同一平面上に配置されてきたのが本稿で扱う諸判例なのである。

その点、本稿の狙いは、敢えて目的という要素を排除し、≪自由な経済活動に起因する弊害≫という共通要素からこれらを同一平面上に立たせ、その上で≪消極的干渉／積極的干渉≫という要素で配置していくことにある。そのため、拙稿「秩序に彩られる国家」で主に扱った目的の要素は二次的な問題にとどまる。

本章ではまず、≪自由な経済活動に起因する弊害≫要素を小売市場判決に見出す。ここでは、金沢良雄の経済法概念も参照する（1）。次いで、≪消極的干渉／積極的干渉≫要素を小売市場判決および公衆浴場に関する三判例から抽出する。通説的には、いわゆる「規制目的二分論」の言葉遣いを前提に、両判決を境に消極目的規制から積極目的規制へと変換したと評価するであろうが[6]、それはやや不正確であり≪消極的干渉／積極的干渉≫の変化として捉える方が合理的であることを示す（2）。

1　≪自由な経済活動に起因する弊害≫

(1)　小売市場判決の構造

同判決は憲法 22 条 1 項によって保障される職業遂行の自由（営業の自由）も公共の福祉の要請から制限されうると判示した上で、以下のような判示をしている（傍点および下線部は筆者。以下判決文の引用において同じ。）。なお、【A1】から【A3】は原文では同一段落にあるが読みやすさの観点から改行している。

【A1】　経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許される……。

【A2】　のみならず……憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的発展を企図しており、その見地から、すべて

6）例えば、芦部信喜『憲法〔第 6 版〕』（岩波書店、2015 年）229 頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第 4 版〕』（有斐閣、2017 年）270 頁。

の国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものということができ……一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的発展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許される

【A3】 もつとも、個人の経済活動に対する法的規制は……その規制の対象、手段、態様等においても、自ら一定の限界が存するものと解するのが相当である。

【A4】 ところで、社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまつほかはない。というのは、法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断する……機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関であるというべきであるからである。したがつて、右に述べたような個人の経済活動に対する法的規制措置については……立法府がその裁量権を逸脱し、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つて、これを違憲として、その効力を否定することができるものと解するのが相当である。

まず本判決の構成を理解するために傍点を付したところに着目してほしい。そこでは「規制」、「規制措置」という言葉が使い分けられている。さらに、【A1】では経済活動に対する規制一般を示す「規制」と、許容される消極的な「規制」とが分けられ、その上で「のみならず」として【A2】において「規制

措置」も憲法上認められることが述べられている。つまり、消極的な「狭義の規制」、積極的な「規制措置」、そして両者を含む「広義の規制」という 3 つの事柄が述べられている。より判決文の構造に即して述べると、【A1】の「法的規制」という言葉が【A2】を挟んで【A3】に現れ、さらに【A4】では段落を変え「ところで」とわざわざ断った上で【A2】における「規制措置」という言葉を用いて論を進めていることに気づくだろう。

これらの点に鑑みると、小売市場判決のこの部分の構成は「狭義の規制」について論じる【A1】と「規制措置」について論じる【A2】があり、両者に共通する【A3】（「広義の規制」）があり、加えて「規制措置」について当てはまる【A4】があるということになる。

(2)　≪自由な経済活動に起因する弊害≫と規制措置

以上を踏まえて≪自由な経済活動に起因する弊害≫に着目してみると、まず【A1】において≪自由な経済活動に起因する弊害≫が「社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができない」場合に、その弊害を排除する形での狭義の規制は許容されうると判示している。とすると、かかる狭義の規制が認められるためには、「社会公共の安全と秩序」に対する「看過することができない」ほどの「弊害」が「自由な経済活動」によって生じていることが必要となる。

では「規制措置」についてはどうか。確かに、【A2】では明示に「弊害」を判示していない。しかし、これについては判決文そのもの、そして小売市場判決の背景にある金沢良雄の経済法概念から、「規制措置」についても「弊害」は想定されているといえる。

まず、判決文そのものからは、①【A2】は【A1】と同じ段落に位置付けられていること、また②「社会経済の均衡のとれた調和」という観点から「規制措置」が認められているところ、弊害が存在しないのであれば「調和」という言葉を持ち出す必要はないこと、さらに③本判決は具体的検討の場面で「過当競争による弊害が特に顕著と認められる場合についてのみ、これを規制する趣

旨であることが窺われる」という認定をしているところ、この部分は控訴審（大阪高判昭和44年11月28日高検速報45年7号）にて「小売市場の新設を自由に放任すれば……過当競争が行なわれることとなり……経営の困難とともに野菜、生鮮魚介類の販売に要求せられる衛生安全基準が維持されなくなる虞があること、小売市場は通常野菜、生鮮魚介類等の生活必需品を扱っており……国民の日常生活の維持に直接影響するところが極めて大であること」が認定されていることに鑑みれば、そこで過当競争の結果として生じると想定されている「弊害」とは国民の生活への弊害という社会的弊害であると解されることから、【A2】でも「社会経済の調和」という観点からの「弊害」が想定されていると解される。

次に、金沢良雄の経済法概念を援用する。というのも、同判決の田崎調査官が金沢良雄を読んでおり、判決文の文言からもその影響関係がうかがえるからである[7)]。

本稿で金沢良雄の経済法概念を詳細に検討することはしないが[8)]、金沢のいう「経済法」は現在の目で見るとやや狭いように思われる。というのも、金沢が「経済法」の内容としているのは、社会経済の調和を期するものだけだからである。金沢によれば、「経済法は……経済循環に関連して生ずる矛盾・困難（市民法による自動調節作用の限界）を、社会調和的に解決するためのもの」であり、「資本主義経済を成立させそこでの自由経済活動を確保するためのもの、換言すれば、自由主義経済が行われるための基盤とか条件をつくりだすための法は、自由経済活動を通じその過程に生ずる矛盾・困難に対し、経済＝社会的要求を満たすための法（経済法）とは、その本質を異にするものといわなければならない」[9)]。具体的には、産業助成に関する法律や、貨幣・度量衡に関す

7）本来であれば、田崎調査官解説にも詳細に分析を加えるべきであるが、私の枠組みから諸判例を整理するという本稿の意図とはやや隔たりがあること、また紙幅の関係上本稿では記さない。

8）金沢の経済法概念については拙稿「秩序に彩られる国家」慶應法学34号（2016年）245頁以下も参照。

9）金沢良雄『経済法〔新版〕』（有斐閣、1980年）24頁。

る法律、銀行・鉄道等の交換経済補助に関する法律は、金沢の経済法概念とは本質的に異なるとされている。金沢によれば、競争法も「経済法」に含まれるが、それは競争法もまた「市民法の限界を超えたところで加えられる国家の経済的干渉に関する法」だからである[10)]。ここで市民法とは、「自由放任（レッセフェール）を法的に確保するものであり、国家権力からの自由のための法」である[11)]。また、「社会」という言葉も多義的であるが、経済法という観点からすれば、それは個々人が自由に経済活動を営む領域の外側にある全体社会ということができよう。その自由な経済活動が社会の自動調整作用を超えた矛盾・困難、つまり弊害をもたらす場合に、国家が経済活動に干渉することで対処する法が「経済法」なのである[12)]。

かかる金沢の「経済法」概念が小売市場判決に影響を与えているといえよう。というのも、先に読み解いたように、小売市場判決は「憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定している」としつつも、社会経済の調和の観点から「個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害」への干渉を憲法上肯定しているからである[13)]。その干渉には、「規制措置」も含まれており、そのためそれについても≪自由な経済活動に起因する弊害≫が想定されているといえる。

10）金沢・前掲注 9）137 頁。

11）金沢・前掲注 9）20 頁。

12）私の理解では、社会秩序は常に変動しているが、一定の安定した社会システムとしての市場は自己維持作用が生じる。国家もまたそのような作用を担う市場という社会システム内部の一組織として捉えられる。このようなダイナミックな社会秩序構想については、桜井洋『社会秩序の起源「なる」ことの論理』（新曜社、2017 年）参照。そのため、国家を社会に内在させていない点について金沢の理解に対して私は批判的であるが、本稿で詳述はしない。なお、比較的安定した社会システム内部での事柄であるが、国家をそのような市場内在的アクターの一人として捉え、市場のルールによって国家の干渉権限が制限されるとし、再販売価格維持契約の許容を違憲とする道筋を論じたのが、拙稿「書籍流通制度と憲法理論・試論」慶應法学 39 号（2018 年）23 頁以下である。

13）なお、国家の積極的干渉が憲法上認められるかどうか自体が明治憲法下で問題であったこと、美濃部達吉がそれを肯定していたことについては、拙稿・前掲注 8）227 頁以下参照。

2　≪消極的干渉／積極的干渉≫

(1)　小売市場判決と≪消極的干渉／積極的干渉≫

私がここで示す消極的干渉と積極的干渉は、いわゆる消極目的規制と積極目的規制とは異なる。前者は目的とは無関係に、排除的か助成的かという機能に着目した区別であって、規制目的二分論と呼ばれていたものは目的の区分と機能の区分とが混在している点に問題があったというのが私の理解である[14)]。諸判例はその目的において様々ありうるが、仮に≪自由な経済活動に起因する弊害への対処≫を目的とするのであればその点では一致し、異なるのは、その干渉が消極的か積極的かという点である。

そして、ここでいう≪消極的干渉／積極的干渉≫とは、経済的自由への干渉に関する限り、積極的干渉とは競争力の低い業者を保護するような助成的機能を有する干渉であり、消極的干渉とは単純に弊害の原因を排除する機能を有する干渉である。従来の積極目的規制はこの積極的干渉にほぼ対応するが、それと対置されるのは警察目的ではなく、排除的機能、消極的干渉である。

小売市場判決は市場において競争力の低い業者を保護する機能を有する干渉であるがゆえに、助成的干渉であったと解される。

確かに、問題となった適正配置規制は、他の小売市場の参入を排除するものであるが、大切なのはその機能、つまり実際にどのような効果を生じさせるのかという点である。小売商業調整特別措置法の制定経緯からすれば、同法は、中小小売商業を特権的地位においてその振興を図るものではなく、営業の自由に配慮しながら他の競争相手との「調整」をするものとして、中小小売商業の振興を阻害する要素（生協、購買会、小売市場の乱設）を排除するものであった[15)]。とすれば、小売市場判決で問題となっていた距離制限を条件とする許

14）詳細は、拙稿・前掲注 8）259 頁以下参照。

15）鈴木幾多郎「小売商業調整特別措置法の制定過程」桃山学院大学経済経営論集 34 巻 3 号（1992 年）249 頁以下参照。なお、制定過程当初は、消費者生活協同組合に対する規制も含まれていたが後に削除されている。購買会に関する規制については現存する（同法 2 条）。

可制も消極的（排除的）干渉であるとも思われる。しかし、本法の制定趣旨を遡ると、大島政府委員は趣旨について以下のように述べている[16)]。

> 小売商業者の大部分はいわゆる零細小売商であり、その数は年々増加する傾向を示し、同業者間の競争はいよいよ激甚となり、加うるに購買会等小売商以外の者の小売面への進出により経営の不振と不安定とに悩んでいるのであります。……本法案は小売商の事業活動の機会を確保し、小売商業の正常な秩序を阻害する要因を除去するためのものでありまして、中小企業団体の組織に関する法律の円滑なる運用と相待って中小小売商の経営の安定と向上とを期待するとともに、ひいては国民経済の健全な発展に寄与することを目的としているのであります。

本法の前提となっているのは、中小小売商業が他の小売業と比較して競争力が低いということ、そして小売市場以外の競争相手がおり経営が傾いていたということである。とすれば、小売市場の適正配置規制による小売市場間の過当競争の排除は、それによって小売市場一つ一つの体力を担保し、生協や購買会といった他の競争相手と渡り合える競争力を確保する機能を有していたといえる。

そのため、小売市場判決において「積極的」な「規制措置」といわれていたものは、このような助成的な国家の干渉であったといえる。

(2)　公衆浴場に関する諸判例と≪消極的干渉／積極的干渉≫

一般に、小売市場判決・薬事法判決の両判決を前後に、公衆浴場に関する判例（最大判昭和30年1月26日刑集9巻1号89頁〔昭和30年判決〕／最判平成元年1月20日刑集43巻1号1頁〔平成元年判決①〕／最判平成元年3月7日判タ694号84頁〔平成元年判決②〕）が変化したといわれるが、≪自由な経済活動に起因

16）第31回国会衆議院商工委員会議事録第1号（1958年12月16日）17頁以下。

する弊害≫および≪消極的干渉／積極的干渉≫という要素に着目するとそのような理解が表層的であることが分かる。

まず、昭和 30 年判決は以下のように述べている。

【B1】 公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設である。

【B2】 そして、若しその設立を業者の自由に委せて、何等その偏在及び濫立を防止する等その配置の適正を保つために必要な措置が講ぜられないときは、その偏在により、多数の国民が日常容易に公衆浴場を利用しようとする場合に不便を来たすおそれなきを保し難く、また、その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来たすおそれなきを保し難い。

ここから分かるのは、自由な経済活動による過当競争から衛生的な公衆浴場の利用という公共の利益に対して弊害が生じないという保証はない、と認定していることである。同判決はその上で「この理由により公衆浴場の経営の許可を与えないことができる旨の規定を設けることは、憲法二二条に違反するものとは認められない」としているのであって、同判決も≪自由な経済活動に起因する弊害≫を前提としている。

そして、公衆浴場法における適正配置規制の制定趣旨および当時の私営公衆浴場の競争状況においては、適正配置規制は消極的干渉であったと考えられる。

まず、適正配置規制の制定趣旨について、青柳委員は以下のように述べている[17]。なお、〔　〕は筆者の要約等である（以下同様）。

その偏在を避けまして、配置の適正をはかることによりまして、でき得る限

17）第 7 回国会衆議院厚生委員会議事録第 34 号（1950 年 4 月 29 日）5 頁以下。

り多数の者に公衆浴場を利用させる便宜を與えまするとともに、その経営を健全ならしめ、ひいては衛生的設備を充実せしめることは、公衆衛生上きわめて必要なことでございます。……公衆浴場の新設にあたりましては、その設置の場所に何らの制限を加えず、その濫立にゆだねる場合には、その経営は経済的に行き詰まり、浴場の衛生設備なども低下するのは、必然で、公衆衛生上まことに憂慮すべき状態に陥ることになる……自由競争にまかせるというのも一応考えられることではございまするが、自由競争にまかした場合には〔濫立→値下げ・客数減少＝設備費用減少の結果〕湯が非常に溷濁して不衛生になるというふうな事態は、今までのところでも各府県に例があつたのであります。

ここでは、公衆浴場の適正配置規制において、小売市場と異なり競争力の低い零細業者という観点は前面に出ていない。公衆浴場は遅くとも昭和 32 年に成立した「環境衛生関係営業の運営の適正化に関する法律」において「環境衛生関係営業」として位置付けられていたが、その背景にあったのは戦後復興の中での過当競争による正常な営業の阻害と衛生措置低下への懸念であった[18)]。

また、現在のように自家風呂普及率が 100％に近くなり多様な浴場施設が増えている状況とは異なり、小売市場における生協や購買会のような競争すべき同業他社自体がそもそも少ない状況において、生活衛生施設としての私営公衆浴場は統計的にも当時は増加の一途を辿っていた。具体的には、統計資料（「衛生行政報告例」およびその前身である「厚生省報告例」）を見ると、途中から調査項目が変化しその数値自体の正確さはやや不明であるが、「私営公衆浴場」という項目の全国総数は昭和 24（1949）年の 13,199 軒から増加し、減少に転じたのは昭和 45（1970）年に 24,536 軒を記録してからである。他方で、「個室

18）厚生白書（昭和 35 年度版）第 2 部第 7 章第 2 節三　http://www.mhlw.go.jp/toukei_hakusho/hakusho/kousei/1960/dl/09.pdf（2018 年 3 月 29 日確認）。なお、同法は平成 12 年に、当時の需要低下状況に対応するため「振興」が付加され現行法たる「環境衛生関係営業の運営の適正化に関する法律及び振興に関する法律」と改名された（厚生労働省 HP　http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kenkou_iryou/kenkou/seikatsu-eisei/seikatsu-eisei04/01.html（2018 年 3 月 29 日確認））。

付き浴場」(かつてトルコ風呂と呼ばれていたもの)、「ヘルスセンター」、「サウナ風呂」は低い値でほぼ横ばい状態ないし微増していたにとどまり、競争相手というほどのものではなかったと推測される。

かかる状況を考えると、昭和30年判決当時において私営公衆浴場の競争力が乏しかったというのは考えにくい。

しかし、平成元年判決①は以下のように述べている。

【C1】 公衆浴場が住民の日常生活において欠くことのできない公共的施設であり……その維持、確保を図る必要のあることは、立法当時も今日も変わりはない。むしろ、公衆浴場の経営が困難な状況にある今日においては、一層その重要性が増している。

【C2】 そうすると、公衆浴場業者が経営の困難から廃業や転業をすることを防止し、健全で安定した経営を行えるように種々の立法上の手段をとり、国民の保健福祉を維持することは、まさに公共の福祉に適合するところであり、右の適正配置規制及び距離制限も、その手段として十分の必要性と合理性を有していると認められる。

また、平成元年判決②は、法律が合憲であることは昭和30年判決などから明らかとした上で、以下のように述べている。

【D1】 おもうに、法二条二項による適正配置規制の目的は、国民保健及び環境衛生の確保にあるとともに、公衆浴場が自家風呂を持たない国民にとって日常生活上必要不可欠な厚生施設であり、入浴料金が物価統制令により低額に統制されていること、利用者の範囲が地域的に限定されているため企業としての弾力性に乏しいこと、自家風呂の普及に伴い公衆浴場業の経営が困難になっていることなどにかんがみ、既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体を確保しようとすることも、そ

の目的としているものと解される……

【D2】 前記適正配置規制は右目的を達成するための必要かつ合理的な範囲内の手段と考えられるので……憲法二二条一項に違反しないと解すべきである。

両判決はいずれも、公衆浴場が国民保健や衛生環境の点から公共の利益に関わることを認定した上で、その経営が困難である状況を認定している。この経営の困難は、過当競争ではなくその需要の低下によるものである。需要がなければ公衆浴場が経営困難に陥るのは自由な経済活動からすれば必定であって、そうだとすれば、公衆浴場の経営困難による公共の利益への弊害は自由な経済活動に起因する弊害ということができ、同判決は明示に≪自由な経済活動に起因する弊害≫を示してはいないものの、かかる弊害の存在を前提としている。

では、その適正配置規制は消極的干渉であったのだろうか。

両判決には「前記大法廷判決当時の昭和 30 年代には、公衆浴場は増加する傾向にあり、競争の激化による経営の不安定化という懸念もあったが、昭和 40 年代からは、自家風呂の普及に伴い、公衆浴場は減少に転じ、現在に至っても、その傾向に歯止めがかかっていない」という状況が前提にある[19]。現に、昭和 52 年（1977）年から用いられている「私営一般公衆浴場」という項目名を辿ると、昭和 52（1977）年に 16,385 軒あったものが、平成元年（1989 年）には 11,724 軒、平成 28（2016）年には 3,562 軒へと減少している[20]。

このような状況に鑑みると、平成元年の両判決の事案はいずれもこのような浴場業者を保護する助成的干渉であって、その意味で小売市場判決を引用するに値する事案であった。

前述のように通説は、消極目的規制から積極目的規制へと変換したと評価す

19）匿名記事「判批」判タ 690 号（1989 年）119 頁。

20）競争相手についても、他の浴場はその数を維持ないし微増しており、2005 年から加わった「スポーツ施設」は増加しているのであり、浴場の多様性が増加し、競争相手が増えているのが現状であると思われる。

るであろうが、それはやや不正確である。昭和 30 年判決も平成元年両判決も最終的な目的が国民保健・環境衛生であることには変わりがなく、両者の差異は、正確には、昭和 30 年判決時には過当競争を排除するという単に消極的機能を有する規制であったものが、平成元年両判決では需要の低下という状況の変化からして既存業者の保護という積極的な干渉と認定されたところにある[21)]。

Ⅲ　諸判例の検討

ここでは、Ⅱで示した 2 つの要素から、薬事法事件判決、たばこ小売事件、酒類販売業免許事件、そして西陣ネクタイ事件を検討し、それらを同一平面上で整理することを試みる。

1　薬事法判決

薬事法判決は、薬局開設の許可制許可条件について合憲性を判断したものであるが、許可制が一般に職業の自由に対する強力な制限であることから、「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」が必要であるとし、さらにその規制が「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」、「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」と判示し、個々の許可条件についてもその要件に照らして判断するとしている。

本判決については、許可条件について職業選択の自由の制約と捉えているのか職業遂行の自由の制約と捉えているのかやや不明瞭であるなど、仔細に読む

21）なお、松本哲治は、昭和 30 年判決・平成元年判決②と平成元年判決①とに分類し、前者と後者は同じく合憲判決であるが「少し違う理由付け」であるとする（松本哲治「経済的自由」宍戸常寿＝林知更編『総点検日本国憲法の 70 年』（岩波書店、2018 年）162 頁）。昭和 30 年判決と平成元年両判決との間の理由付けに明確な変化があると考える本稿の理解とは異なる。

と全体の一貫性が保てているのか疑問に思われる部分もあるが、本稿ではその点は措き≪自由な経済活動に起因する弊害≫に着目する。すると、上で引用した部分にその要素が既に現れていることが分かる。すなわち「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」という判示であり、従来いわゆる消極目的規制と呼ばれていたものである。

一般に、薬事法判決は消極目的規制について違憲と宣言した判例であると解されているが、本当にそうであろうか。というのも、消極目的規制とは「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」であるにもかかわらず、本判決は≪自由な経済活動に起因する弊害≫がないことを理由に違憲と判断しているからである。

この点を判示に照らして確認しよう。

(1)　適正配置規制に関する判示

薬事法判決は「薬局及び医薬品の一般販売業……の適正配置規制の立法目的及び理由について」という項において以下のように論じている。

【E1】　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。

【E2】　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り、

そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給の防止のための手段であるにすぎないものと認められる。すなわち、小企業の多い薬局等の経営の保護というような社会政策的ないし経済政策的目的は右の適正配置規制の意図するところではなく……

【E1】では提案者の提案理由に乗って「過当競争のために……不良医薬品の供給の危険」の防止が主目的であるとしており、本件も≪自由な経済活動に起因する弊害≫のあることを前提とした「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」と分類しているかのようにも思われる。しかし【E2】では「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」と述べており「自由な職業活動が社会公共に対してもたらす」という文言が欠けているのである。

これは単に記述を省略しただけなのだろうか。判示は合憲主張側（被上告人）の主張を要約した後に「適正配置規制の合憲性について」という項で以下のように論じる（①から③も筆者の付した番号）。

【E3】〔配置基準を定めた目的が【E1】に述べたところにあるとすれば〕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るから、右の配置規制が……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。

【E4】 薬局等の設置場所についてなんらの地域的制限が設けられない場合、被上告人の指摘するように、薬局等が都会地に偏在し、これに伴つ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、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。

【E4-1】 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。しかしながら……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効果を有するものである。

【E4-2】〔医薬品の適正供給上種々の弊害を生じると主張するので検討する〕

① ……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是認されるためには……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。

② ……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。

③ 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……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。

【E4-3】 ……薬局等の偏在防止のためにする設置場所の制限が間接的に被上告人の主張するような機能を何程かは果たしうることを否定することはできないが……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するものであつて、とうていその合理性を認めることができない。

長い引用になったが、この部分は本件についての具体的検討をしている箇所であり、大きく分けて目的審査の部分（【E3】）、手段審査の部分（【E4】）から成り、さらに【E4】が幾つかに分かれている。本稿でその全てを検討すると煩雑に過ぎるため、私の理解を示すに十分な 3 つの部分にとどめる。

(2)　薬事法判決における「目的」の整理

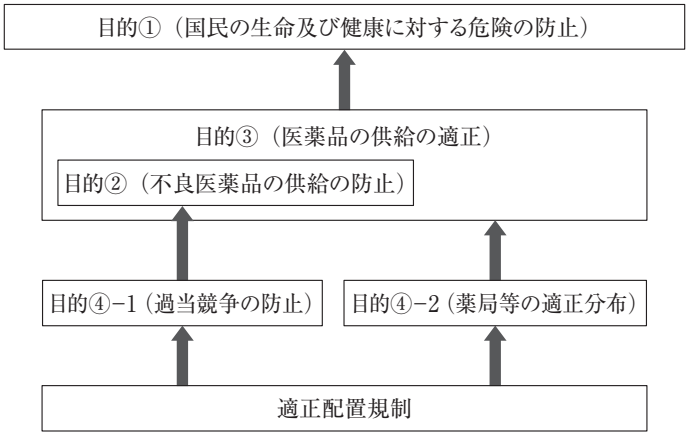
以下の記述を明瞭にするため、先立って薬事法判決における目的の多層性について述べる。

薬事法判決における最も抽象的な意味での目的は「国民の生命及び健康に対する危険の防止」である（〈目的①〉）。それより下位のものとしては、「不良医薬品の供給の防止」（〈目的②〉）があり、これは〈目的①〉から見みれば〈手段〉となる。適正配置規制は、薬局の設備構造とは異なり、〈目的②〉と「直結」しないが故に問題とされるのである。

その上で、適正配置規制独自の理由として、「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〔＝〈目的②〉〕」（その後「薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止」と規定される）と「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」（その後「薬局などの適正分布」ともされる。）を挙げ（【E1】）、「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」と認定する。ここでは「医薬品の供給の適正」が目的であり、そのために過当競争の防止と薬局等の適正分布があるとされている。「医薬品の供給の適正」を〈目的③〉

とし、過当競争の防止を〈目的④-1〉、薬局等の適正分布を〈目的④-2〉とし、併せて〈目的④〉としたとき、〈目的④〉は〈目的③〉から見れば〈手段〉という関係になり、適正配置規制は〈目的④〉から見れば〈手段〉という関係になる。また、先に述べた〈目的②〉は〈目的④-1〉の目的であるとされており、そうであれば〈目的④-1〉を含む〈目的④〉の目的である〈目的③〉と〈目的②〉との関係は、前者が後者を包含する関係にあると解される。

以上をまとめると下図のようになる。



(3)　≪自由な経済活動に起因する弊害≫と薬事法判決

以上を踏まえて、判例の具体的な検討部分を分析していく。

【E3】は【E1】における「それらの目的」、つまり「過当競争の防止」と「薬局等の適正分布」がいずれも「重要な公共の利益」に含まれると判示している。

そのため、【E4】では適正配置という規制が必要かつ合理的かどうかが審査されていることになるがその行論はやや錯綜している。

ここではまず、適正配置規制が実質的に職業選択の自由を制約する効果がある（制約している、とはいっていない）とし（【E4-1】）、そのような「制約効果」に鑑みて「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」かどうかが【E4-2】全体で検討される。

【E4-2】②ではそもそも「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」、つまり≪自由な経済活動に起因する弊害≫が観念的なものに過ぎないとしている。そこで否定されているのは「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」の部分である。

これに対し「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」を否定しているのが、【E4-2】③である。そこでは、「供給業務に対する規制や監督の励行等によって防止しきれないような……危険が相当程度において存する」ことが否定されている。つまり、＜危険の生じる可能性＞が肯定されたとしても、それは＜供給業務に対する規制や監督の励行等で防止しきれる危険＞でしかなく、＜適正配置規制でなければ防止できないほどの危険＞が生じる相当の蓋然性を検討するまでもない、というのである。そのため、＜供給業務に対する規制や監督の励行等で防止しきれる危険＞を超えた危険は存在せず、もちろんその危険の程度も認定されていないため、「不良医薬品の供給の防止」という目的に関する適正配置規制の均衡性について本判決は検討していない。

さらに、【E4-3】は【E1】で副次目的とされた「薬局等の適正分布」について「目的と手段の均衡を著しく失する」と判断されている。実は、薬局等の偏在については【E4】において現実に生じていることが肯定されていた。つまり本判決で≪自由な経済活動に起因する弊害≫が否定されたのは不良医薬品の供給という弊害であって、薬局等の偏在という弊害についてはむしろ肯定されていたのである。そのため、かかる副次目的との関係では均衡性まで検討されていると解される。なお、「薬局等の適正分布」をいわゆる積極目的と理解する向きもあろう。しかし、薬事法判決自身が当該目的も適正配置規制の目的であると認定しつつ、「適正配置規制には」積極目的はないと述べている以上は、それを積極目的と解するのは矛盾するであろうし、積極目的とは思われないほ

ど厳密な審査をしている点も説明がつかない。先に示した図から分かるように、「薬局等の適正分布」もまた結局は国民の生命・身体の保全に紐づけられている点で、いわゆる消極目的なのである。

もっとも、本件をして従来の学説が理解していたような消極目的規制の事案だと評価することは難しい。本判決によれば「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」の場合には「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」としているが、この基準を用いているのは【E4-3】であって、【E4-2】②は危険自体の可能性を否定しており、【E4-2】③についても真に検討されているのは一定程度の危険の生じる相当の蓋然性の有無である。そうすると【E2】で「自由な職業活動が社会公共に対してもたらす」という文言が欠けているのは偶然ではない。【E4】全体の共通項である【E2】において≪自由な経済活動に起因する弊害≫はまだ認定されていなかったのである。

(4)　小売市場判決と薬事法判決

両判決の関係を少しみると、薬事法判決は小売市場判決との差異を述べているが、両者の差異は、小売市場判決がかかる弊害に対して小売市場の保護という積極的な干渉をしたものであったのに対し、薬事法判決は（同判決中の表現を用いれば）「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」という消極的な干渉をしたという点にあったと解される。薬局自体には競争力の欠乏といった保護すべき事情はなく、同判決によれば「小企業の多い薬局等の経営保護というような社会政策的ないし経済政策的目的は右の適正配置規制の意図するところではな」かった。その置かれた状況は昭和 30 年判決時の公衆浴場と同じであったと解される。

小売市場判決もかかる消極的干渉について「個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に……必要かつ合理的な規制である限りにおいて許され

る」としており、薬事法判決はこの「個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害」という部分を【E4-2】②で、「看過することができない」ほどの社会公共への弊害という弊害の程度という要素を【E4-2】③で判断し、「必要かつ合理的な規制である限り」という部分の基準を社会公共の安全という警察目的に基づいて経済活動を制約するという要素から厳格なものとして具体化した上で【E4-3】で判断したものと解される。両判決は順接的に捉えることが可能である。

2　たばこ小売事件

たばこ事業法23条3号が製造たばこ小売販売業の不許可自由として「営業所の位置が製造たばこの小売販売を業として行うのに不適当である場合として大蔵省令で定める場合であるとき」と定め、同規則20条2号は「予定営業所と最寄りの小売販売業者の営業所との距離が、大蔵大臣の定める場合を除き、予定営業所の所在地の区分ごとに、25メートルから300メートルまでの範囲内で大蔵大臣が定める距離に達しない場合」と定めていた。それに基づいて発せられた大蔵大臣依命通達で標準距離が定められていたが、原告の許可がその標準距離を下回るものであったとして、不許可処分となった。

この事件に関して判決は、製造たばこ小売許可制の趣旨について、「製造たばこの小売人には零細経営者が多いことや身体障害者福祉法等の趣旨に従って身体障害者等についてはその指定に際して特別の配慮が加えられてきたことなどにかんがみ……小売人の保護を図るため」であると認定した上で、許可制の採用自体は「公共の福祉に適合する目的のために必要かつ合理的」であるとして合憲と判断し、「適正配置規制は、右目的のために必要かつ合理的な範囲にとどまるものであって、これが著しく不合理であることが明白であるとは認め難い」として合憲と判断した。そして、小売市場判決のみを引用してかかる判示を正当化している。

本判決では、大阪高裁判決（大阪高判平成3年4月16日訟月37巻11号2087頁）が「たばこ小売販売業をまつたく自由にすると、社会的混乱を引き起こし

かねない経営の激変が生ずるおそれがあるので、これを回避することを目的とする社会経済政策的見地からのもの」と示しているように、それまでの専売制から移行することによる≪自由な経済活動に起因する弊害≫が認定されている。しかも、「製造たばこ小売業者は身体障害者や寡婦等の社会的弱者も少なくないという実情」もあり[22]、その弊害は単なる経済的な淘汰にとどまらない社会的な弊害を含んでいたと思われる。なお、最高裁でも「たばこ専売制度の廃止に伴う激変を回避する」ための措置であるとしてその認定を維持している。

そして、たばこ事業法案の審議過程を見ると、中曽根首相（当時）は以下のように述べている[23]。

> 小売店やあるいはたばこ耕作者に対する激変緩和措置を講じまして、たばこ産業全体としての調和ある発展を図り、外国たばこに対抗する力を今後もつくっていく、そのためにもまた御努力を願う、そういうシステムにして今回の法案をつくってあるわけでございます。……今回の措置は、国産品と輸入品が対等の立場で競争をし合う、そういう改革を意味している……

たばこ事業法が制定されたのは、たばこ輸入自由化に対処し、外国たばことの対等な競争力を確保するためであり、製造たばこ小売の競争力に助成するための干渉であった。本判決は、その意味で積極的干渉の事例であり、小売市場判決を引用するに適切な事例であったと解される。

3　酒類販売業免許事件

酒類販売業免許事件は薬事法判決を引用してはいるが、いわゆる消極目的規制について論じた箇所ではなく、その手前、許可制についての審査基準（「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」）までの引用にとどまっている。

その上で、サラリーマン税金訴訟（最大判昭和60年3月27日民集39巻2号

22）匿名記事「判批」判タ831号（1994年）76頁。

23）第101回国会衆議院会議録第22号（1984年4月27日）758頁。

247頁）と併せて「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的のための職業の許可制による規制については、その必要性と合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法二二条一項の規定に違反するものということはできない」という基準を導出し、免許制度自体と許可基準について検討し合憲と判断した後で、総括的に小売市場判決と薬事法判決を含む諸判例の趣旨より明らかである、とする。

このうち免許制度自体についての検討部分を見ると、同判決は免許制度自体について「酒類の販売代金の回収を確実にさせることによって消費者への酒税の負担の円滑な転嫁を実現する目的で、これを阻害するおそれのある酒類販売業者を免許制によって酒類の流通過程から排除することとした」ものであると判示している。本判決でも、≪自由な経済活動に起因する弊害≫というものは想定されているといえる。

では、本判決はなぜ消極目的規制の部分は引用しなかったのか、またなぜ小売市場判決と薬事法判決を両方引用したのか。

本判決は特に保護の必要性のない業者の排除という消極的な干渉と認定しているのであるから、薬事法判決を引用する可能性はあった。しかし、薬事法判決の弊害は人の生命・身体への弊害であったが、本判決での弊害は租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政への弊害であった。そのため、いわゆる消極目的規制部分の引用はなく、代えてサラリーマン税金訴訟を引用したのだと思われる。

他方、本判決は酒類販売業者に助成する干渉ではなく、単純に弊害要因を排除するという消極的干渉であるから、小売市場判決とは事案が異なる。消極的干渉ならなぜ裁量統制なのかとも思われようが、本判決の構造からみれば、裁量統制という基準はサラリーマン税金訴訟から導出しているので、その問題は生じない。国家財政という事案の特殊性がそうしているのであろう。とすると、小売市場判決は本来不要であった。それにもかかわらず同判決が引用された点、しかも総括的に引用されている点に鑑みると、小売市場判決こそが、≪自由な

経済活動に起因する弊害≫がある場合に職業の自由を制約する場合の基本判例になっているのではないか、つまりかかる事案類型の基本判例だからこそ引用されたのではないか、と推測される。この点は近年の判例の傾向を読み解く上で重要であると思われる。

4　西陣ネクタイ事件

西陣ネクタイ事件の最高裁判例自体は簡潔な判示であり、そこから何かを読み取ることはできない。そこで、その地裁判決（京都地判昭和 59 年 6 月 29 日判タ 530 号 265 頁）を見る。

京都地裁は、繭糸の一元輸入措置及び価格安定制度が「外国製絹製品などの輸入圧力に対処するために、福祉国家的理想のもとに、養蚕業及び製糸業、とりわけ自然的、経済的に悪環境下にあつて、自助努力のみでは解決し得ない養蚕農家のための保護政策としての法的規制措置であった」と認定している。そこでは、自由な経済活動に任せると養蚕農家が淘汰されてしまう恐れを述べていると解される。

では、養蚕農家が淘汰されると「公共の利益」への弊害になるのか。この点に関連して、違憲主張側（原告）は「生糸はそれ自体が米・麦・肉類などの食糧品のような国内で常にその生産を確保しなければならないような生活必需品ではなく、趣味し好性の強い高級衣料品の原料に過ぎず、その増減及び価格の変動が国民生活に重大な影響を与えるものではない」と主張していた。これは、小売市場判決の理解を下敷きにすれば、養蚕農家が淘汰されたとしても社会公共への弊害はない、という主張と理解できる。しかし裁判所は、絹製品が「生活必需品に属しないことは一応肯定することができる」としつつも、「養蚕農家や製糸業者の所得を保護すること自体が公共性を有することは明らか」としてかかる主張を退けている。裁判所がこのような理解を示したのは、「わが国において養蚕業は古くから農家の現金収入源として農業経営上重要な地位を占め……国民経済の発展に寄与してきた」という認定の故であろう。養蚕業それ自体が国民生活に影響をもたらすものではないが、養蚕業と農業との密接な関

係性から、養蚕業が立ちいかなくなれば農業経営も不安定となり、その結果として農産物生産に陰りが生じ国民生活に影響を与える、ということである。

京都地裁は規範定立部分で、薬事法判決を引用して職業遂行の自由も保障される旨を述べた。そして、憲法 25 条に現れる福祉国家的理想から「国が、積極的に、右保護政策として……個人の経済活動の自由に対し一定の規制措置を講ずることも、それが右保護政策の目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り」許されるとした後に、小売市場判決を引用して、社会経済の分野では「社会経済政策全体との調和など、諸般の事情についての広範、かつ適切な判断を必要とする」ことなどから「立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることが明白であるときに限り、これを違憲とすることができる」と述べた。この京都地裁の判決は、控訴審（大阪高判昭和 61 年 11 月 25 日判タ 634 号 186 頁）も、最高裁もこれにほとんど付け加えることなく合憲としている。とすると、本判決は、たばこ小売事件と同様の構造であり、養蚕農家の競争力への助成という積極的干渉の事案として小売市場判決を引用する余地はあった。

Ⅳ　近年の判例について

ここまでは、従来の諸判例が≪自由な経済活動に起因する弊害≫という要素への着目を脈々と続けていたことを確認した。≪消極的干渉／積極的干渉≫については、積極的干渉であれば裁量統制に向かう傾向があるが、酒類販売業免許事件のように財政目的ゆえに消極的干渉に対して裁量統制をすることもある。干渉の機能は審査基準の決定的な要素ではない。これらの要素を簡潔に示したのが小売市場判決であった。従来の判例解釈では小売市場判決における消極的干渉に関する判示は見過ごされてきた。しかし、消極的干渉についても小売市場判決は判示しており、薬事法判決との連続性がある。

近年、小売市場判決のみを引用する諸判例が立て続けに出ている。そこで、これらの諸判例がなぜ小売市場判決のみを引用しているのかを、やはり≪自由

な経済活動に起因する弊害≫および≪消極的干渉／積極的干渉≫という要素に着目して分析したい。その諸判例とは二親等取引抑制事件（最判平成26年5月27日集民247号1頁）、旅券業法違反被告事件（最判平成27年12月7日集刑318号163頁）、そして京都府風俗案内所規制条例事件（最判平成28年12月15日裁時1666号6頁）である。

そこから見えてくるのは、小売市場判決が、薬事法判決の一般的判示を通して、≪自由な経済活動に起因する弊害≫に対して国家が経済活動に干渉する事案類型の判例として再構成されているという事態である。

1　二親等取引抑制事件

本件は、広島県府中市の市議会議員であったXが、府中市議会議員政治倫理条例4条1項3項の規定のうち、議員の2親等以内の親族が経営する企業は広島県府中市の工事等の請負契約等を辞退しなければならず、当該議員は当該企業の辞退届を徴して提出するよう努めなければならない旨を定める部分は、議員の議員活動の自由や企業の経済活動の自由を侵害するものであって違憲無効と主張した事案である。

控訴審（広島高判平成23年10月28日判時2144号91頁）では憲法22条1項違反が認められていたが、最高裁は「本件規定による2親等規制に基づく2親等内親族企業の経済活動についての制約は、前記の正当な目的を達成するための手段として必要性や合理性に欠けるものとはいえず、2親等規制を定めた市議会の判断はその合理的な裁量の範囲を超えるものではない」ため、憲法22条1項に反しないとし、その結論は小売市場判決を含む諸判例の趣旨に照らして明らかであるとした。

本判決においても≪自由な経済活動に起因する弊害≫は見いだせる。「前記の正当な目的」とは「議員の職務執行の公正を確保するとともに、議員の職務執行の公正さに対する市民の疑惑や不信を招くような行為の防止を図り、もって議会の公正な運営と市政に対する市民の信頼を確保すること」を指している。では、自由な経済活動に任せると、これらに対する弊害が生じるのか。上で引

用した部分からは明らかではないが、その少し前に「上記（1）において説示した点」として参照が求められている部分でかかる弊害について述べられている。すなわち「議員が 2 親等以内の親族のために当該親族が経営する企業に特別の便宜を図るなどして議員の職務執行の公正が害されるおそれがあることは否定し難く」「2 親等内親族企業が……工事等を受注することは、それ自体が議員の職務執行の公正さに対する市民の疑惑や不信を招く」と認定しているのである。この点から、2 親等内親族企業の自由な経済活動を放任していると、議員の公正さや市民の不信という弊害の生じる危険があることを認めていると解することができる。さらに、憲法 22 条 1 項違反を認めた控訴審では「経営者が議員の 2 親等の親族であることが、地方自治法が禁じている議員が取締役等である法人との取引によって生じる弊害と同様の弊害を生じさせているとの事実は証明されていない」などとし、最高裁とは異なって弊害を否定していたことに鑑みても、かかる理解が的外れとまではいえないであろう。

本判決はその上で、必要かつ合理的な規制であり「その合理的な裁量の範囲を超えるものではない」と判示している。本判決は特段競争力の低い者を保護するものではなく、単に弊害の排除という消極的干渉であるから、小売市場判決の判旨を用いるにしても裁量は出てこない。また、小売市場判決には「合理的（な）裁量の範囲」という言い方はない。ではどこから出てきたのか。恐らくこれは薬事法判決が示した職業の自由規制に対する一般的判断基準だろう。薬事法判決は職業の自由の保障内容について述べた後、職業の自由に対する規制の目的態様は多様であることを述べた上で以下のように論じている。

> これらの規制措置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〔諸般の事実〕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と合理性については、立法府の判

断がそ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……

この判示は許可制や消極目的規制に対する基準を判示する前の一般論を定めたものであって、小売市場判決には見られない。しかしながら、本判決は薬事法判決ではなく小売市場判決のみを引用しつつ、この一般論を馴染ませているのである。

同じく裁量という言葉を用いているが、この一般論は小売市場判決におけるいわゆる明白の原則のことではない。小売市場判決は、必要かつ合理的な手段かどうかを積極的干渉である「規制措置」については明白の原則で判断するとしたものであり、裁量統制は下位相にある。しかし、二親等取引抑制事件では、審査基準の最上位相が「合理的裁量の範囲」内かどうかというものであって、その下位相に「正当な目的を達成するための手段として必要性や合理性に欠ける」かどうかという基準が立てられている。後述のものも含めた近年の判例は小売市場判決において最上位相にあった手段の必要性・合理性のさらに上に、薬事法判決から引いた「合理的裁量の範囲」内かどうかという基準を据えたのである。そうであれば薬事法判決が判例の地位を確保するとも思われるが、むしろ小売市場判決を引用するところに、両判決の連続性と小売市場判決の先例性が現れている。

2　旅券業法違反被告事件

本件は、旅行業を営む観光会社の代取であったXが旅行業の登録をせずに「報酬」を得たとして、無登録旅行業営業罪（旅行業法29条1号）で起訴されたが、その中でXは旅行業の登録制（同法2条、3条）が憲法22条1項に反すると主張した事案である。

最高裁では小売市場判決、最大判昭和36年12月20日刑集15巻11号1864頁（貸金業届出制）、最大判昭和40年7月14日刑集19巻5号554頁（薬局登

録制）を引用してごく簡単に合憲であると宣言するだけである。そこで控訴審（東京高判平成 26 年 6 月 20 日高刑速平 26 年度 67 頁）について検討する。

控訴審で X は「旅行業法の主たる目的は、旅行業者の不履行等により旅行者が経済的不利益を受けることの防止である」と主張していたが、控訴審は「旅行業務に関する取引の公正の維持、旅行の安全の確保及び旅行者の利便の増進を図ることを目的」とすると認定した。小売市場判決を下敷きにすると、「社会公共の安全と秩序の維持の見地」は無関係だと主張していたのが X であり、それを否定したのが東京高裁であったと理解できる。東京高裁のこの認定は、旅行業法 1 条（目的）の改正経緯に鑑みると正当である。というのも、前身である旅行あっ旋業法（昭和 27 年 7 月 18 日法律第 239 号）は「旅行あっせん業者の健全な発達をはかり、日本人及び外国人の旅客の接遇の向上に資する」ことを目的としていたが、旅行業が発展し「旅行者保護の観点からは必ずしも十分なものとはいえ」ないとして、昭和 46 年 5 月 10 日法律第 59 号によって現行法 1 条の元になっているものへと改正された経緯があるからである[24]。このような改正経緯に鑑みれば、東京高裁が≪自由な経済活動に起因する弊害≫の存在について明示に認定はしていないとしても、かかる目的を認定した以上は、その立法事実として弊害の存在を認めていると理解することは可能である[25]。

また、本法は旅行者を「保護」するものであり、そうであれば積極的干渉なのではないかとも思われるが、ここで旅行者は競争するものではなく、本件ではあくまでも弊害の原因たりうる旅行業者の排除という消極的干渉である。

以上の判示を改めて小売市場判決に沿って整理すると、本事案は、旅行業の発展に伴いその経済活動を放任すると旅行者の安全等という社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過し難い弊害が生じる場合であり、そのためにその原因である不適格な旅行業者を排除する消極的な干渉として必要かつ合理的であ

24）第 65 回国会衆議院運輸委員会議録第 9 号（1971 年 3 月 10 日）8 頁。

25）第一審まで遡って調査することが今回はできなかったため、断定はできないことは付言しておく。

るとして合憲と判断された判決といえる。

このように整理すると薬事法判決を引用しても違和感はないと思われる。しかし、本事案は登録制であるところ薬局についての登録制に関する判例は既にあったことから薬事法判決を引用する必要はなかったといえる。もっとも、先の平成26年判決と同様、本判決でも「立法府の合理的な裁量の範囲を超えるものではない」と判示しており、薬事法判決の影響がみられる。それでもなお小売市場判決のみが引用されたところに、やはり同判決が標準型であるとのメッセージを読み取ることは不可能ではないだろう。

3　京都府風俗案内所規制条例事件

本件は、京都府風俗案内所の規制に関する条例が、学校、児童福祉施設等の敷地から200メートル以内の区域における風俗案内所の営業を禁止し（3条1項）、違反者に対して刑罰を科することを定めていたところ（16条1項1号）、この各規定が憲法22条1項に反し違憲ではないか等が争われた事案である。

本件の最高裁は「風俗案内所の特質及び営業実態に起因する青少年の育成や周辺の生活環境に及ぼす影響の程度に鑑みると」これらは「公共の福祉に適合する上記の目的達成のための手段として必要性、合理性がある」として合憲を宣言している。この判示から本件では≪自由な経済活動に起因する弊害≫が明示されていることが分かる。さらに、そこでは「影響の程度」も考慮しているところ、控訴審（大阪高判平成27年2月20日判時2275号18頁）では「風俗案内所が違法な性風俗営業店に関する情報を提供した場合には、その悪影響の程度は単なる風俗営業所や違法な性的サービスを提供する風俗営業所より一層大きく、一旦、弊害が生じるとその回復に多大な労力と時間を要する危険性がある」と多大な弊害が認定されている。

以上を小売市場判決に沿って整理すると、本事案は、風俗営業を放任すると青少年の育成や周辺の生活環境という社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過し難い弊害（悪影響）が生じる場合であり、そのためにその原因である風俗営業を排除する消極的な規制として必要かつ合理的であるとして合憲と判断

された判決といえる。

この事件も薬事法判決を引用しても違和感はなく、実際第一審（京都地判平成 26 年 2 月 25 日裁判所ウェブサイト）および控訴審では薬事法判決が引用されている。しかし、そこでの引用の仕方を見るといわゆる規制目的二分論の判示前の一般論のみを引用しているのである。そして、本判決においても、先の 2 つの判例と同様に、「その合理的な裁量の範囲を超えるものとはいえない」と結論しており薬事法判決の影響が認められる。もっとも、この事件はそれらよりもメッセージ性が強いように思われる。というのも、下級審がいずれも職業の自由の標準型として薬事法判決を引用したにもかかわらず、最高裁は敢えて小売市場判決のみを引用しているからである。

本判決が小売市場判決のみを引用していることについて、本件が積極的な社会経済政策とはいいがたいため「小売市場事件判決の射程をこれほどまで拡大してもよいのか。この点で異論を呼ぶであろう」という見方[26]もあるが、ここまでの諸判例の検討から分かるように、そもそも≪自由な経済活動に起因する弊害≫が存する場合に国内市場に対し（消極的であれ、積極的であれ）干渉する国家について統制する基準を明確に示したのが小売市場判決であったのであり、近年の判例は薬事法判決の一般論に現れる「その合理的な裁量の範囲」という要素を付加することで、小売市場判決の標準化をしているに過ぎないというべきである。合理的裁量という基準は薬事法判決が示した非常に広い一般論であり、事柄の性質に応じて基準が変化するものである。小売市場判決はその判示を知らないが、後の判例は小売市場判決をして≪自由な経済活動に起因する弊害≫という事柄の性質における判断を示した標準的判例と位置付けているのであって、裁量という文言があるからといって直ちにいわゆる積極目的規制における基準と結びつけるべきではない。

ここで、本判決についての評釈類に言及し、本稿との距離を測る。まず、本判決についての憲法学の反応として、例えば木下智史は「小売市場判決は必ず

26）松本和彦「判批」法教 439 号（2017 年）122 頁。

しも積極目的規制についての先例として参照されているのではな」いと判断している[27]。この点は他の憲法学者の了解もあり[28]、私自身も賛同するところである。また、上田健介は「一般的な判断枠組みに立ち返るという意味で、小売市場事件判決を引用しているのではないか」と解しており[29]、小売市場判決が標準化されているという限りで私も賛同する。しかし、「立ち返る」という点には疑問がある。「立ち返る」というのは、小売市場判決において一般的な判断枠組をすでに採用していた、という理解があると思われる。ここで立ち返るべきとされている一般的な判断枠組とは「利益較量論を基礎として第一次的判断権者たる立法府の合理的裁量の範囲内か否かを判断する」ものであろう[30]。しかし、本稿で述べたように、小売市場判決自体が裁量論を述べていたのは「規制措置」、つまり積極的干渉についてのみであって、小売市場判決自体が一般論としての合理的裁量論を提示していたわけではない。そのため「立ち返る」というのは不正確であり、近年の最高裁判例が、薬事法判決を踏まえて小売市場判決を標準的判例として再構成したと解するのが妥当である。そこにあるのは最高裁による判例のいわば創造である。大法廷の違憲判決で、一般論を提示しているのであるから薬事法判決が標準型として提示される方が自然であろうし、憲法学もそれを期待していたはずである。しかし実際には、小売市場判決のみ引用される事態が続いている。これを薬事法判決との相違で理解することは必要であるが、その際にも、一度従来の思考から距離を置いて眺めることも必要であろう。本稿は、規制目的二分論を脇に置き、目的概念を

27）木下智史「憲法訴訟の実践と理論【第 6 回】――営業の自由をめぐる実践と理論の課題――」判時 2337 号（2017 年）118 頁。

28）例えば、櫻井智章は「本判決は本件条例を積極目的規制と捉えている、などと邪推するのは適切ではない」とする（櫻井智章「判批」判評 708 号（2018 年）10 頁（判時 2353 号 156 頁））。

29）上田健介「判批」民商法雑誌 153 巻 5 号（2017 年）778 頁。松本哲治も「おそらくは」としながらもこの点に同意する（松本哲治「判批」『平成 29 年度重要判例解説』（有斐閣、2018 年）23 頁）。

30）上田・前掲注 29）777 頁。

除外した≪自由な経済活動に起因する弊害≫や≪消極的干渉／積極的干渉≫という要素から諸判例を眺めたものであり、かかる試みの一である。

もちろん、このような理解であれ小売市場判決を標準化していいのかどうかは別途問題となるが、それは従来の＜小売市場判決＝緩い基準＞という理解の下での議論ではなく、かかる場合における基準をどうすべきかという判例外在的な議論でなければ有意義なものとはならないだろう。

V　補遺――弊害と目的・手段審査

弊害・危険の有無・程度を違憲審査の中でどこに位置付けるかは一つの問題である。本稿の目的は、弊害・危険といった要素は諸判例においてしばしば現れるにもかかわらず、小売市場判決および職業の自由に関する諸判例においては着目されてこなかったことを強調することにあるため、当該問題について詳細に検討するものではない。しかしながら、現段階における私の理解を一応示しておく。

弊害・危険の有無・程度を目的・手段審査の中に落とし込む説明は可能である。例えば、薬事法判決における≪自由な経済活動に起因する弊害≫がないという判示について、宍戸常寿は手段の合理性（規制手段が立法目的に適合的であること）の判断として位置付けている[31)]。他方、松本和彦は、表現活動規制の文脈ではあるが、弊害・危険の有無・程度について目的審査で論ずる方図を提示している[32)]。

手段の適合性に落とし込むことについては、私は意見を異にする。手段の目的適合性は、規制と目的との因果性が少なくとも必要であり、そこにおいてさらに弊害・危険の存することが必要であるとすれば、そこで判断されているのは、当該因果性によって現実に目的が達成されること、つまり規制手段の実効性である。この両要素を併せて「適合性」と称することは可能であるが、そこ

31）宍戸・前掲注 3）52 頁。

32）松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001 年）275 頁。

では2つの因果性、つまり「手段→目的実現」と「個人の活動→弊害・危険」という別個の因果性が検討されている。そして、私見では、後者の因果性は手段審査とは別個に判断すべきであると考えているのである。というのも、かかる構成の方が（経済的）自由主義に親和的であるように思われるからである。金沢良雄が限度を超えた弊害に対処する場合のみを「経済法」として観念したのは、経済活動が原則的に自由であることを前提としているからであろう。そのような弊害があって初めて国家は干渉できるのだ、ということである。何らの弊害もなく国家が経済市場に干渉することは許されないのであり、それを違憲立法審査に反映させた場合、干渉の正当性を問う以前に弊害・危険の存在・程度を審査するという方が理に適っていると思われる[33)]。

目的審査に落とし込むことについては次のように考えている。目的の正当性には、目的の重要性と必要性の要素があると解される[34)]。例えば「国民の生命・身体の保護」それ自体は重要であるとしても、実際に何らの弊害・危険が存在しないのであれば、「その目的をいま掲げる」ことは否定されるであろう。後者が私のいうところの目的の必要性である。目的の重要性は、弊害・危険が現実に生じていなくとも判断できる。また、目的の重要性は国家の具体的な活動に左右されないが、目的の必要性は当該国家行為と不可分である。結局のところ、目的の必要性は当該国家行為の動機が正当かどうかを判断するものであって、そのような審査をするかどうかについては、立場によって異なるだろうと思われる。違憲性というものを国家の動機によって左右される主観的なも

33）松本和彦は「目的審査における判例の最大の問題点は、この弊害発生の蓋然性に対して、独自の審査をほとんど行わず、政治部門の判断をあっさりと承認してしまう点にある」と述べる（松本・前掲注32）276頁）が、私の見解はこの「独自の審査」を目的審査とは別個にすべきであるし、また職業の自由に関する諸判例においても存在している、というものである。

34）本稿では参照できなかったが、目的の「正当性」「重要性」「実現の必要性」を分析し、目的審査の充実を図る、伊藤健「目的審査に関する違憲審査基準（1）～（3）――“compelling”と“important”の実質的区別に向けて」法学論叢181巻2号153頁以下、4号103頁以下、5号78頁以下（以上2017年）は私の見地からも興味深い。この点の検討は後日に期したい。

のと解するのであれば、必要性を目的審査で判断することになろうが、あくまで客観的なものと解するのであれば、審査は目的の重要性に純化し、弊害・危険は目的審査と別個に判断することとなろう[35)]。

なお、実務的には立証対象が異なるのであれば、立証方法が異なってくるという側面があるが、この点については憲法訴訟における主張命題や立証責任などもかかわるため本稿では扱わない。

Ⅵ　おわりに

以上、≪自由な経済活動に起因する弊害≫および≪消極的干渉／積極的干渉≫という要素から憲法 22 条 1 項に関する諸判例を、その要素が最も明確に現れている小売市場判決を出発点に通覧した。そこから見えてきたのは、≪自由な経済活動に起因する弊害≫という要素が暗に陽に必要とされている事態である。また、近年の諸判例が小売市場判決を引用しながらも「立法府の合理的な裁量の範囲内」という薬事法判決で示された基準を採用しているのは、薬事法判決が示した職業の自由に対する規制に対する基準についての一般論を継受しながらも、≪自由な経済活動に起因する弊害≫に対して国家が経済活動に（消極的／積極的に）干渉するという事案類型を見出し、その標準型として小売市場判決を仕立て上げたものであると解される。

本稿で扱った判例の流れおよび位置付けは以下である。

田崎調査官の指摘するように小売市場判決以前から≪自由な経済活動に起因する弊害≫がある場合に職業活動を規制する類型というものが判例上存在した（公衆浴場に関する昭和 30 年判決）。もっとも、それまでは単に原因を除去するという意味での消極的（排除的）干渉についての判例であり、それに加えて、既存業者の保護といった積極的（助成的）規制についても憲法上許容されるとしたのが小売市場判決であった。その数年後に出された薬事法判決は、そのよ

35）違憲性の主観性・客観性はおそらく民法や刑法における違法性と故意との関係や国賠法上の違法性と違憲性との関係に関わる論点であり、本稿では扱えない。

うな類型も含む職業規制一般についての判示を示した点で画期的ではあったが、当該事案についての検討においては、≪自由な経済活動に起因する弊害≫の有無・程度を審査し、それらが認められた場合に手段の均衡性等まで審査する点で（小売市場判決の判示を精密にしたものの）それまでの当該類型の系譜に位置付けられる。両判決は様々な形で引用されたが、近年では小売市場判決のみを引用する傾向がある。もっとも、その引用も小売市場判決そのままではなく、薬事法判決の広い一般論を踏まえて「立法府の合理的裁量の範囲」かどうかが最上位基準となっている。それは薬事法判決で示された広い一般論を踏まえ、小売市場判決をして、≪自由な経済活動に起因する弊害≫に対して国家が経済活動に（消極的／積極的に）干渉するという事案類型における審査基準の標準型を示した判例として位置付けたものと解される。

このような一連の流れからすると、公衆浴場に関する平成元年判決は上記事案類型に含まれるが、昭和30年判決時は過当競争という原因を除去するものとして消極的に機能した適正配置規制が、需要の低下を背景として平成元年判決時では既存業者保護という積極的な機能を果たすようになったという変化を示す判例である。

もっとも、目的という要素からみるとこれらの判例も異なって見えてくるのである。医薬品供給ひいては国民の健康を目的とする薬事法、生活用品の物流維持を目的とする小売商業調整特別措置法[36)]、公衆衛生を目的とする公衆浴場法、国際取引を視野に入れたたばこ事業法や繭糸の一元輸入措置及び価格安

36）薬事法判決は「医薬品の流通の機構や過程の欠陥から生じる経済上の弊害について対策を講じる必要があるとすれば、それは……経済政策的問題として別途に検討されるべきものであつて、国民の保健上の目的からされている本件規制とは直接の関係はない〔傍点筆者〕」と判示しており、目的に照らしてみた場合の両判決の差異は、国民の保健か物流の適正化か、というところにあったと思われる。もっとも、物流は人々の「欲望充足の全過程」（小野塚知二『経済史』（有斐閣、2018年）39頁）に過ぎず、その適正化は国民保健の目的にも他の目的にも結び付く。それらの目的と物流の適正化は次元を異にする目的である。したがって、薬事法判決のこのような対置は不適切だったのではないかと思われる。

定制度、国家財政を目的とした酒税法、公務執行の公正を目的とした府中市議会議員政治倫理条例、消費者保護を目的とした旅行業法、風俗維持を目的とした京都府風俗案内所の規制に関する条例。これらは「弊害」の種類が異なるが、いずれも「社会公共」に含まれてしまう「弊害」であり[37]、小売市場判決が煮詰めていなかったがゆえに、その差異に関係なく小売市場判決は引用される。だが、本来はその要素、目的の要素についてより分析的、体系的な検討が加えられるべきであろう。

本稿は≪自由な経済活動に起因する弊害≫および≪消極的干渉／積極的干渉≫という要素に着目して諸判例を分析したものである。近年の諸判例は、従来の憲法学の予想と異なり、薬事法判決ではなく小売市場判決を一つの標準型として定着させようとしているように思われる。もっとも、この現象もここ数年で散見される程度のものであり、それが今後の主流となるのかどうかについてはまだ確たることはいえない。しかしながら、今後の判例を理解する際には、従来あまり＜読み直し＞されてこなかった小売市場判決、そしてそこに表現され薬事法判決で決定的な要素とされた≪自由な経済活動に起因する弊害≫に着目しなければならないことは確かであろう。

37）この点、櫻井は「既存業者からの距離制限の場合、本当に『公共の福祉』に基づく制限といえるのかがそもそも疑わしい」と述べるが（櫻井・前掲注 28）10 頁（156 頁））、私の理解からすれば、諸判例において既存業者保護と公共の福祉は位相が異なる。公共の福祉が目的であって、既存業者保護は積極的手段に過ぎない。もっとも、これはかかる目的―手段関係が判例上暗に前提とされているに過ぎない。櫻井の指摘は、そのような関係を分析すべきことを示唆している。