

薬事法判決における流通システムの析出

大野 悠介

目次

- 1 はじめに
 - (1) 本稿の動機・目的
 - (2) 従来の憲法学との距離
 - (3) 本稿の流れ
- 2 <モノが渡る>ことと流通政策
 - (1) <モノが渡る>ことと流通論
 - (2) <モノが渡る>ことと流通政策：憲法学の実践を踏まえた規範的側面
 - (3) 小括
- 3 薬事法判決における流通システム
 - (1) 本章について
 - (2) 許可制および距離制限以外の許可条件についての判示
 - (3) 適正配置規制についての判示
 - (4) 医薬品供給の適正化という目的と流通システム
 - (5) 小括
- 5 おわりに
 - (1) 本稿のまとめ
 - (2) 本稿の意義・批判と今後の課題

1 はじめに

(1) 本稿の動機・目的

本稿執筆の動機は高額転売および「買いたいのに入らない」状況に対する素朴なフラストレーションである。例えば、新型コロナが猛威を振るう中で衛生マスクおよび消毒用アルコールの高額転売と品薄状態が生じ、国民生活安定緊急措置法施行令の改正によって衛生マスクおよび消毒用アルコールが同法 26 条 1 項の「生活関連物資等」に指定され、両製品の購入価格を超える譲渡が罰則付きで禁止された（衛生マスクは 2020 年 3 月 15 日以降、消毒用アルコールは 5 月 26 日以降）。その後同施行令は改正され、2020 年 8 月 29 日以降いずれの製品も指定が解除されている。また、チケットの高額転売に対しても、特定興行入場券の不正転売の禁止等による

興行入場券の適正な流通の確保に関する法律（チケット不正転売禁止法）が 2019 年 6 月 14 日に施行され、映画・演劇・演芸・音楽・舞踊等の「興行」のチケットについて、興行主の事前の同意を得ずに興行主の販売価格を超えた価格で有償譲渡すること等が禁止された¹。さらに、近時の現象では、ソニー・インタラクティブエンタテインメント（SIE）が 2020 年 11 月 12 日に販売した PlayStation5 がヤフーオークションやメルカリ等で高額転売されており、SIE がメルカリ社に対して転売防止に向けた協力を要請したとも報じられている²。

もちろん本稿は、商品の性質や高額転売の在り方、品薄の原因そして政府（立法府および行政府）との距離も異なるこれらの事象に対して憲法学の観点から何かしらの具体的な解答をしようとするものではない。そうではなく、これらの事象に対する「買いたいのに入らない」という素朴なフラストレーションの前提にある「欲しいモノを買って手に入れたい」という主観的な欲望を流通政策の知見を参照して客観的な理念に昇華し、そのような流通システムから薬事法判決を解釈することによって、憲法学において流通システムを語る領域を開拓することが本稿の目的である。

(2) 従来の憲法学との距離

これまでも憲法学は、経済的自由ないし経済政策に関して、独占禁止法（競争法）の位置づけに関わる営業の自由論争、経済的リベラリズムやリバタリアニズムといった経済思想、それに付随する福祉政策や規制緩和策の在り方といった議論³のほか、判例法理と目される規制目的二分論の批判的検討をはじめとした審査基準の議論を展開してきた。しかしながら、ここでは「経済」⁴や「社会」の定義や区別が曖昧なまま、「経済」政策や「社会」政策そして両者の関係が語られ、「経済」的自由と目される

職業の自由（22条）・財産権（29条）⁵だけでなく、「社会」権と称される生存権（25条）や労働権（27条・28条）も含めて政府の「経済」・「社会」政策の是非が語られてきたように思われる。確かにそのような議論は経済思想ないし政治思想と絡んで経済的自由や政府の在り方・基本方針に関する重要な意義を有していたことは否定できない。しかしその影で十分な分析が施されてこなかった問題もあるのではないか。その一つが本稿の扱う流通政策であり、少なくともこれまでの憲法学は流通政策との連携を前面に押し出しておらず、流通政策と政府との関係に対して厳密な検討をしてこなかった。また確かにこれまでも憲法学は流通過程に登場する消費者について検討してきた⁶。しかし、それも「経済」と「社会」との区別が曖昧なまま、「市場で商品を購入する」という流通過程における消費者と「購入したモノを使用する」という必ずしも流通過程にはない消費者とを無自覚に重ね合わせてきたのである⁷。

本稿は、経済思想ないし政治思想にも福祉政策にも直接には関わらず、さらに言えば憲法上の権利論にも関わらずそれ故に憲法解釈論にも直接には関わらない。正確にはそれらに関しては従来の憲法学の理解を基本的には受け入れており否定するものではない。本稿はただ<モノが渡る>ことと政府との関係に関心がある。

このような議論に意味があるのかという懸念は当然であろう。というのも、現在の日本においては流通においても規制緩和が進んでおり、憲法フレンドリーに進んでいるように思われるからである。しかしながら、（当然のことながら）そのような時流がいつ覆るか分からない以上は流通に対する政府の（不）作為に関わる憲法学上の議論の素地は整えておく必要がある⁸。また、国内流通ではなく国家間流通にまで視点を移せば、<モノが渡る>ことはこのような時流においてもなお楽観視できる状況ではない。例えば、2014年に海外では余っていたバターが国内において品薄になったのは、バターに対する関税やその賦課方法、輸入制度に問題があったことが原因であるとの指摘がある（椋 [2020] 159-182頁）。これは日本政府の（不）作為によって引き起された事態である。また、日本政府から離れたならば、近時、トランプ元大統領政権下のアメリカ合衆国で保護貿易が採用されていると言われたり、日本

産ステンレス製の鋼材に韓国政府が高い関税をかけたことについてはWTOが韓国政府に是正を求めるに至る⁹など、<モノが渡る>ことは決して十分に自由というわけではない。このように、<モノが渡る>ことと政府との関係に関する問題は、<モノが渡る>自由が国内的にも国際的にも実現されてきたものの、なお新しく予断の許されない問題であり続けている。そのため、政府の行為を規範的観点から統制しようとする憲法学としては、この問題について経済学・経済法学およびそれと関連した諸分野とタッグを組んで対応するために、それらの議論を適切に受け止める場所を形成しておく必要がある。本稿はそのための些細な一試論である。

（3）本稿の流れ

以上のように、<モノが渡る>ことと政府との関係は素朴ながらも検討すべき重要な事柄である。本稿は多岐に渡るその全容を扱うことを意図するものではなく、憲法学においてその問題を扱う場所が薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）に存在することを試論的に提示しようとするものである。

そこで本稿は、①<モノが渡る>ことと流通政策との関係を確認して本稿の観点を定めたのちに(2)、②薬事法判決においてあまり着目されることのない「薬局等の分布の適正化」に関する判示¹⁰をこのような「流通」の問題として位置づけて解読することで、憲法学においても流通システムを語る領域があることを示す(3)。

2 <モノが渡る>ことと流通政策

（1）<モノが渡る>ことと流通論

前章では特に説明もなく<モノが渡る>という表現をしたが、ここで想定しているのは流通である。ここで「モノ」とは潜在的なものも含めた商品たる有形物、潜在的であれ交換価値を有する有形物である。今日では無形物であるサービスも含めて商品ではあるが、本稿ではイメージが容易な有形物を想定して議論を進める。そして「渡る」とは「モノ」が何らかの方法で人々の手に渡ることをいう。

<モノが渡る>ことは現実において生じている事実を表現したものであってそこに規範的な意義は込

められていない。これは「商品の生産から消費にいたる継起的段階であり、商品が生産から消費者へと移転する現象ないし活動」として捉えられた「流通」とほぼ同義である（岩永 [2020] 2頁）。本稿では、生産から消費まで含めた〈モノが渡る〉全過程を「流通システム」と呼ぶ（渡辺 [2016] 5頁）。

現実世界は自給自足のみで成り立っているわけではなく、生産者と消費者に隔たりが生じそれ故に両者をつなぐ流通が必要となってくる。生産者と消費者の隔たりには、①人的懸隔（所有の隔たり）、②場所的懸隔、③時間的懸隔、④情報懸隔があるとされる。①人的懸隔とは生産者と消費者との分離であり、この懸隔は生産者から消費者へと商品の所有権が移転すること（売買）によって架橋される。②場所的懸隔とは生産場所と消費場所が異なることであり、この懸隔は輸送によって架橋される。③時間的懸隔とは生産時点と消費時点とが異なることであり、この懸隔は保管によって架橋される。④情報懸隔とは生産者と消費者が互いに相手方の情報を有していないことであり、この懸隔は相互の情報移転によって架橋される。これらの懸隔と架橋に対応して、商品が生産者から消費者に到達するまでの流通フローとして、商的流通（商流）・物的流通（物流）・情報流が考えられる（渡辺 [2016] 5-6頁、西島 [2020] 6-8頁）。さらに、商品は貨幣を媒介に流通することから貨幣流も加える論者もいる（大驛 [2019] 6頁）。

このような流通フローの識別に鑑みると、商流は取引に関わるものとして財産法、競争法（独占禁止法）と密接に関わっており憲法学もこの点に関して議論してきた。物流に関しては、道路の整備のほか物流に従事する労働者の権利問題¹¹も関わり、都市整備や労働権という観点から憲法学も議論可能な問題領域である。情報流に関しては、情報法および競争法（独占禁止法）との関係で現在憲法学でも研究が盛んな領域であろう。さらに、貨幣流に関しては近年貨幣や財政との関係で憲法学においても積極的に議論されている領域である¹²。

とすると、憲法学は各流通フローについて個々に関わってきたと言える。しかしながら、流通システムという俯瞰的観点から政府の在り方を検討するということはしてこなかったのではないか。憲法学の各流通フローとの関わりは、法分野としては情報法

・競争法・財産法・都市法・労働法・貨幣法（財政法）、憲法上の権利論としては情報プライバシー権ないし情報自己決定権（13条）・職業の自由ないし営業の自由（22条1項）・財産権（29条）・生存権（25条）・労働権（27条・28条）と多様であって、そこに統一的な目的を措定する方が困難である。そのためか憲法学には各流通フローに関わりながらもこれらを〈モノが渡る〉という流れを意識した俯瞰的観点から考察するという契機がなかった。

もっともこのことは個別の目的を否定するものではない。例えば、個人情報保護は究極的には個人の尊重を目的とするであろうが、本稿はこれを否定しない。本稿はそれに加えて、流通政策が目的とする「望ましい流通状態」という目的からもまた政府の行為を重疊的に検討する余地があることを示すに過ぎない。本稿は、憲法学における〈モノが渡る〉ことに関する規範的観点（流通政策）の不足を示唆するにとどまる。

では、〈モノが渡る〉ことの規範的側面をいかに記述するか。

(2) 〈モノが渡る〉ことと流通政策：憲法学の実践を踏まえた規範的側面

渡辺達朗によれば、流通政策とは、国・地方公共団体等が担う「ある対象に対して、特定の目的を遂行・実現するための理念や指針、方策の体系」である「公共政策」のうち、「経済政策の一部門として、生産から消費に至る流通の機能や活動（マーケティングを含む）を対象に実施される」ものである。そして、流通政策における「特定の目的」とは何かと言えば、流通の「望ましい状態」を達成することである。もっとも、なにが「望ましい状態」かは人により時代により異なる。渡辺は最小限のものとして、流通の効率性・有効性を挙げる。効率性とは、流通システムに投入した人的・物的資源によって得られる成果の比率の向上を目指すものであり、有効性とは、競争公正性・取引利便性・配分平等性・外部不経済の緩和ないし外部経済の促進とされている（渡辺 [2016] 21-27頁）。

これらが〈モノが渡る〉ことの「望ましい状態」つまり〈モノが渡る〉ことの維持・促進を目指すものであることは否定しがたい。しかしながら、主体・客体・行為を規定する法学の観点からすれば〈モノ

ノが渡る>ことの規範的状态をもう少し細かく記述できる。流通システムでは、モノが者の間を転々とすることを想定している（ここで「者」は自然人のほか団体も含み、流通システムにおいては、生産者・流通者・消費者を基本的に想定している）。とすると、<モノが渡る>ことは<モノが、者の間を、渡る>ことといえる。そして、「モノ」「者」「渡る」の各要素に「望ましき=適切さ」という規範的な内容を加えると、<適切なモノが、適切な者の間を、適切に渡る>ことと記述できる。この記述と比較した場合、渡辺の述べる効率性や外部（不）経済以外の有効性という「望ましい状態」は「適切に渡る」という点での「適切さ」を語るものである。それとは別に「モノ」や「者」の適切さも考えられることをこの記述は示している。

注意すべきは、ここで述べられている「適切さ」はあくまで流通システムにおいて求められる「望ましき」との関係でのものだけということである。環境に優しい商品を製造することの「適切さ」や他人に危害を加えないことの「適切さ」は<モノが、者の間を、渡る>ことの「適切さ」とは異なる。自然環境の保護や生活環境の保全、人々の生命・身体の安全は<モノが、者の間を、渡る>ことの維持・促進とは目的を異にしており、目的が異なる以上は主体・客体・行為に要請される「望ましき=適切さ」は異なるはずである。しかし、渡辺が流通システムの「望ましき」として経済外部との関係で有効性を述べているように、流通政策論においてはこれら流通システム外部との関係での「適切さ」も流通政策の名目で達成しようとしている、つまり他目的に照らしての「適切さ」を<モノが、者の間を、渡る>ことの「適切さ」の中で捉えようとしているように思われる。このように流通システムと流通外システムは曖昧に重なっている。

そして憲法学においても、このような経済外部の問題を「経済」政策の中で考慮することに慣れているように思われる。確かにそれは立法過程において一つの法律として結実しなければならない場合には正当だが、実際に出てきた法律を規範的に評価する観点からすると、政策の法的評価を行う裁判所による合憲性判断の切れ味を悪くする遠因がそこに伏在しているように思われる。確かに、政府は流通政策以外にも種々の政策を策定し実施するのであり、立

法過程では違憲な法律を制定しないように多種多様な政策目的を考慮しなければならないため一つの法律は鶴的な状態となる。しかし、だからといって施行された法律を評価する段階においても鶴的な総体で評価しなければならない必然性はなく、個別の目的ごとに評価することもできるはずである¹³。にもかかわらずそれを一つの平面でまたは総体において評価しようとする思考は、結局のところ裁判所に対して多種多様な諸利益の衡量を要請し、ひいては裁判所をして政策的判断故に立法府の判断を尊重するという結論に至らせる可能性が高い¹⁴。したがって、評価という憲法実践の観点からは、<モノが、者の間を、渡る>ことの維持・促進という目的との関係での「望ましき=適切さ」とそれ以外の目的とは明確に区別して語るべきである。たとえ流通システムは流通外システムと重なっているとしても、一定の要素の「適切さ」を評価をする場合には厳格に区別しなければならない。

以上を踏まえて、政府の干渉について論じる流通政策を憲法学でも語る事ができるように記述しようとするれば、流通システムの「望ましい状態」に政府の行為の「適切さ」を判断するという憲法学の観点を導入して、<適切なモノが、適切な者の間を、適切な政府の干渉によって、適切に渡る>ことと記述することができよう¹⁵。そして、先の「適切性」に関する検討を踏まえるならば、そこでの「適切性」は全て「流通システムにおいて」が付いた「適切性」であり、「適切な政府の干渉」もまた同様である。このような政府の干渉も含めた流通システムの規範的な側面も含めて本稿では「流通システム」と呼ぶ。このとき政府は流通システムにおいて一定の職権を有し同時に職責を果たすべき一アクターとして存在する¹⁶。

流通システムにおける「適切なモノ」や「適切な者」については、自然環境・生活環境・人命・人身といった流通システム外部の関係での「適切さ」として理解すべきではない。この点、大村敦志は「消費者が安心して商品を選択できるような環境は規制によって実現されるべきであろう。最低限の安全性が保証された商品のみが市場においてその存在を許される。その枠の中で消費者の選択は行われる……選択の幅が狭まったことによって、実質的な選択に費やす時間的余裕が生まれるというべきではない

か」と述べるが（大村 [2011] 286 頁）、本稿もこの理解に近い。しかし厳密に言えば、そこで重要なのは「保証されたという事実」であって、安全性の基準が妥当かどうか、安全性の規律が有効に機能しているか、実際に安全かどうかといったことではない。安全性はあくまで流通システム外部の「適切さ」であり、＜モノが、適切に渡る＞ためには、当該商品が本当に安全であるかどうかを消費者が逐一確かめなくてよいということだけで十分である。そのためには、安全性に関する法律等が存在していたり、虚偽広告や誇大広告が規制されることによって、消費者に対して安全性に関する適切な情報が与えられていればよく、「安全であることそれ自体」は流通システムの「望ましき＝適切さ」とは関係がない。そのため、大村の意図とは異なるとも思われるが、市場においてその存在を許されるのは安全性を有する商品ではなく安全性を保証された商品だという点が、本稿にとっては重要な記述である。安全性を規律する法律制定行為等は流通システム外の「適切さ」との関係で求められる政府の干渉である。

(3) 小括

本章では、合憲性判断の切れ味という憲法学上の実践的な配慮も加味して、政府の干渉も加味した流

通システムの規範面である流通システムを＜適切なモノが、適切な者の間を、適切な政府の干渉によって、適切に渡る＞ことと記述し、そこでの「適切性」は「流通システムにおいて」が付いているとした。

次章ではこのような流通システムという観点から薬事法判決を解説することで、薬事法判決において流通システムにおける政府の干渉を統制する領域が語られていることを示す。

3 薬事法判決における流通システム

(1) 本章について

薬事法判決は数少ない法令違憲判決として非常に多くの評釈の対象となってきた。その議論の中心は規制目的二分論との関係であり、その理解を巡って種々の見解が出されたが（大野 [2016] 196-205 頁）、ドイツの段階理論や人格的アプローチをそこに読み取る石川健治の理解が提示されるなどして（石川 [2019] 198-200 頁）ひとまずの落ち着きを見せているように思われる。

もっとも、ここでは従来の議論から離れ、前章まで論じてきた観点から薬事法判決を眺めた場合に、同判決において流通システムを析出できることを示す。本稿で着目するのは「薬局等の分布の適正化」

表 1

二 薬事法における許可制について	(一) 許可制自体について (合憲)			
	(二) 距離制限以外の許可条件について (合憲)			
三 適正配置規制の立法目的・理由について	(一) 不良医薬品供給の防止と薬局等の分布の適正化という2つの目的があり、これらを通じて医薬品供給の適正化を図っている。適正配置規制は社会政策的・経済政策的目的ではない			
	(二) 被上告人の主張の要約			
四 適正配置規制の合憲性について	(一) 2つの目的は重要な公共の利益である			
	(二) 薬局等の偏在・過当競争・経営不安定の可能性はある。医薬品の供給上の著しい弊害が適正配置規制によらなければならないほどに生じているかどうかを検討する	(1) 実質的には職業選択の自由に対する大きな制約効果を有する		
		(2) 医薬品供給上種々の弊害があると主張されているので検討する	(イ) 職業の自由の制約と均衡を失わ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必要	(ロ) 不良医薬品の供給の危険は単なる観念上の想定に過ぎない
			(ハ) 危険発生の可能性を肯定するとしても、適正配置規制でなければ防止できないような危険が相当程度において存するというのは合理性を欠く	(ニ) 注意・指導が疎かになる危険はない
	(ホ) 誇大広告規制や消費者に対する啓蒙強化でも対応できる	(ヘ) 薬局等の偏在－競争激化－薬局等の経営不安定－不良医薬品供給の危険・医薬品濫用の助長は認められない		
	(3) 薬局等の分布の適正化に関しても、適正配置規制では目的と手段の均衡を著しく失する			

という目的での適正配置規制に関する判示の意味である。薬事法判決が合憲性について判断したのは、①許可制を敷いたこと、②適正配置以外の許可条件、③不良医薬品の供給防止という観点からの適正配置、④無薬局または過少薬局地域における医薬品供給確保という観点からの適正配置の4つであるが、「薬局等の分布の適正化」はこのうち④の規制である。本稿ではこれを流通目的での適正配置規制と理解し①②③の規制との区別を際立たせて解説していくことで、薬事法判決を解説することで本判決における流通システムを浮き彫りにする。

これらの合憲性判断に関する判決の構造は表1で示した通りであり、本稿ではこの構造を意識して解説していく。

(2) 許可制および距離制限以外の許可条件についての判示

まず、許可制を敷いたことについては次のように述べて合憲としている（以下、〔 〕内の頁数は最高裁判所民事判例集 29 巻 4 号のもの。下線は筆者）。

医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、不良医薬品の供給（不良調剤を含む。以下同じ。）から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による改行を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができる〔576 頁〕

下線部に着目すると、「不良」は「国民の健康と安全」を害する性質を有するということであるから、ここでは「モノ」「者」の「国民の生命及び健康の保持」との関係での適切性を問題とし、その点から「供給業者」に「一定の資格要件」を要請する許可制を合憲としている。

判決はここで、最大判昭和 40 年 7 月 14 日刑集 19 巻 5 号 554 頁および最大判昭和 41 年 7 月 20 日民集 20 巻 6 号 1217 頁を引用している。昭和 40 年判決は、医薬品販売業の登録制について、医薬品の販売を自由に放任した場合には「公衆に対する保健衛生

上の有害な結果を招来するおそれがある」ことから、「医薬品の製造業についてばかりでなく、その販売業についても」登録制を敷き「一定の基準に相当する知識経験を有し、衛生的な設備と施設を備えている者」のみを医薬品販売業に携わらせるものとして合憲と判断した判決である。昭和 41 年判決は、薬剤師が調剤および販売を行う場所である薬局の許可制について、薬局という場所が「その目的〔公衆衛生の見地〕に適うように設備され、管理されるために必要とする法令所定の諸事項を具備するか否か」を審査するものであるとして合憲と判断した判決である。いずれの判決も、「モノ」に関わる製造業だけでなく「者」である薬剤師や薬局という販売業について、国民の生命・健康との関係での適切性を求めたものである。

したがって、ここでは<モノが、者の間を、渡る>ことの維持・促進という流通システム外の事柄が語られている。ここで語られているのは、流通システムとは関係ない、あくまでいわゆる警察目的との関係での「適切な者」の問題である。

距離制限以外の許可条件については次のように述べて合憲としている。

〔薬事法 6 条の〕許可条件に関する基準のうち、同条 1 項各号に定めるものは、いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であり、比較的容易にその必要性和合理性を肯定しうるものである（前掲各最高裁大法廷判決参照）……〔578 頁〕

ここで「同条 1 項各号に定めるもの」とは、薬局の構造設備（1 号）、薬剤師の数（1 号の 2）、許可申請者の人的欠格事由（2 号）¹⁷である。判決によればこれらはいずれも「不良医薬品の供給の防止」との関係で合憲とされている。本稿の観点からすれば、これは国民の生命・健康との関係での「者」の適切性と関わる許可条件として合憲としたものであって、流通システム外の警察目的に関わる条件の問題である。先の昭和 40 年判決および昭和 41 年判決をここでも参照していることからこのような理解は可能である。

そして、許可制および距離制限以外の許可条件はいずれも「国民の健康と安全」の観点から不適切で

あると認められたモノ・者の排除なのであるから、「不良医薬品の供給の防止」という目的に直結するということが可能である。

(3) 適正配置規制についての判示

薬事法判決では、③④を含む適正配置規制の目的について次のように述べている。

〔薬事法6条1項各号の許可条件に関する基準は比較的容易に合憲性を肯定できる〕のに対し、2項に定めるものは、このような〔不良医薬品の供給の防止の目的との〕直接の関連性をもっておらず〔578頁〕

このように、薬剤師の資格要件や薬局の設備とは異なり、適正配置規制は国民の生命及び健康の保持とは直結しないため、その目的を明らかにしてから手段の合憲性を判断すべきであるとしている。その上で次のように、2つの目的が適正配置規制にはあると述べる（〔 〕内のアルファベットは筆者が付したもの）。

〔A〕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〔B〕薬局等の一部地域への偏在の阻止によっ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〔C〕医薬品の供給（調剤を含む。以下同じ。）の適正をはかることがその趣旨であると説明しており……この二点〔AおよびB〕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〔A〕がその主たる目的をなし、後者〔B〕は副次的、補充的目的であるにとどまると考えられる〔579頁〕

本稿ではこのA目的での適正配置規制（③の規制）とB目的での適正配置規制（④の規制）との区別を明確に意識しながら薬事法判決を解釈していく。

判決によれば、主張されていた因果関係は「a 適正配置規制がない（自由にさせる）→b 薬局等の偏在→c 過当競争→d 経営の不安定化→e 不良医薬品の供給・医薬品乱用助長」である〔586頁〕。そのた

め、bという弊害（以下、危険も含む。）を排除するB目的での適正配置規制は厳密にはc（過当競争）以降の因果関係とは関係がない。c（過当競争）以降の因果関係はA目的での適正配置規制にのみ関わる。

そして上の判示に続いて判決は、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」は不良医薬品供給の防止の手段であるに過ぎないため「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」は適正配置規制の意図するところではないとして小売市場判決との差異を述べている〔579-580頁〕。したがって、そこで社会政策的・経済政策的な目的ではないとして小売市場判決との差異が語られているのは、「主たる目的」であり「過当競争及び経営の不安定化」による弊害という因果関係と関わるA目的での適正配置だけであって、文言上はB目的での適正配置規制とは関係ないものとして読むことが可能である。また、そこで小売市場判決が位置づけられている「社会政策的ないし経済政策的目的」はあくまで競争力のない企業の保護であり、内容的にもB目的での適正配置規制とは関係がない。

とすると、供給業者たる薬局を配置することで医薬品の流通経路を確保して日本国内を渡らせることと理解できるB目的は、不良医薬品の供給防止目的とも弱者保護という意味での「社会政策的ないし経済政策的目的」とも異なる流通目的として位置づけることもできよう。

こうして薬事法判決においては、「医薬品の供給の適正」という目的に対して、「不良医薬品の供給防止」目的での適正配置規制と「薬局の偏在防止」目的での適正配置規制という2つの干渉があると解され、後者を流通システムの問題と解するのであれば、本判決における流通システムの存在が浮き彫りとなる。

なお、このように適正配置規制の目的を2つ認定した後に、判決は適正配置規制の合憲性を論じていく。3（1）で示した判決の構造に沿って概要を述べると、最初にいずれの目的も重要な公共の利益であるとし（四（一））、「医薬品の供給上の著しい弊害」

が適正配置規制によらなければならないほどに生じているかどうかを検討すると述べる（四（二））。「医療品の供給上」とされていることから、適正配置規制によらなければならないほどの「著しい弊害」の立証が求められているのは、A 目的も B 目的も同じである。そして、四（二）の枠内で、最初に「職業選択の自由に対する大きな制約効果」を指摘する（四（二）（1））。四（二）（3）が B 目的での適正配置規制を検討していることから、A 目的での適正配置規制は四（二）（2）で検討していることになる。

（4）医薬品供給の適正化という目的と流通システム

以上のように、薬事法判決においては、人々の活動を放置している場合に生じる、不良医薬品の供給という流通システム外部に対する弊害と薬局の偏在という<モノが渡る>ことに対する弊害について、それらに対する対処として考案された適正配置規制を各々の観点から評価し違憲であると判断したものと理解できる¹⁸。

ここで、<弊害の排除＝消極的干渉／弱者保護＝積極的干渉>という区別（大野 [2018b]）を導入すれば、A 目的での適正配置規制は C 目的の「医薬品の供給の適正」との関係では消極的干渉である。そして B 目的での適正配置規制は<弊害の排除＝消極的干渉／弱者保護＝積極的干渉>というセットとは区別される「流通干渉」として理解できよう。

しかし、本判決は四（二）（2）（ロ）において次のように述べている。

なお、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、それは流通の合理化のために流通機構の最末端の薬局等をどのように位置づけるか、また不当な取引方法による弊害をいかに防止すべきか、等の経済政策的問題として別途に検討されるべきものであって、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 [585 頁]

ここでは「国民の保健上の目的」からされている適正配置規制は「経済上の弊害」に対処する経済政策とは関係がないとしている。

だが、本判決は薬局の偏在という流通機構・過程

の欠陥によって生じる「医薬品の供給」に対する弊害への対処の合憲性を検討していたはずではないか。それにもかかわらず「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」の問題は別途の検討であるというのはすんなりと理解できるものではない。

考えられる理解は 2 つある。第一に、本判決では「国民保健上の弊害」が「経済上の弊害」と（さらには国民の生命・健康への弊害（＝ A 目的）とも）区別され、「医薬品供給の適正」への弊害は「国民保健上の弊害」であるという理解である（医薬品供給の適正さへの弊害＝国民保健上の弊害／経済上の弊害）。この場合、B 目的での適正配置規制（流通干渉）もまた「国民保健上の弊害」への対処として位置づけられ、流通システムの不調が「国民保健上の弊害」をもたらすという理解となる。第二に、この判示はあくまで国民の生命・健康の保持目的（A 目的）での適正配置規制に関する部分での判示であることから、流通目的（B 目的）での適正配置規制について述べているものではないという理解である。

恐らくは第一の理解が憲法学が有する薬事法判決の印象に合致するだろうが、その場合「経済上の弊害」が何か不明である。薬事法が医薬品供給のために流通システムを利用しているのは否定できないところ、そのような流通システム上の弊害とは区別される「経済上の弊害」とは一体何であろうか。

「医薬品供給の適正化」の政府目的論上の意味は曖昧だが、いずれにせよ、結論としては違憲とされた B 目的での適正配置規制は「医薬品供給の適正化」との関係でその適切さが求められた流通システムの維持のためになされたのであって、それ自体は直接に国民の生命・健康を害する不良医薬品の防止のためになされたのではない。つまり、「医薬品供給の適正化」という目的を掲げた薬事法判決には、人の生命・健康への弊害を防止するという従来消極目的規制と呼ばれてきたものの他に流通システムの適正化のための規制（流通干渉）が存在していたとは言えるだろう¹⁹。

（5）小括

本章では、薬事法判決において副次的目的とされ

た薬局等の分布の適正化に着目し、それを不良医薬品供給による人体への影響とは関係のない流通システムの問題として理解することを述べた。薬事法判決では、国民の生命・健康に対する弊害への対処とされる①規制および②規制、そして不良医薬品供給防止目的での適正配置規制とは別に、流通システムの問題である薬局等の分布の適正化目的での適正配置規制を検討していた。本章は最後の点を析出する試みであった。

本来であれば、審査手法についても詳細に検討し提示すべきであるが、本稿はあくまで流通システムというものの居場所を析出することを意図しているため、その検討は別の機会に委ねる。

5 おわりに

(1) 本稿のまとめ

本稿は、現実において生じている〈モノが渡る〉ことの不具合をきっかけとして、流通システムから薬事法判決を眺めることで憲法学において流通システムを語る場所の開拓を目指した。

本稿ではまず、〈モノが渡る〉ことを〈モノが、者の間を、渡る〉流通システムとした上で、規範が込められた流通システムを、憲法学の実践的な考慮も踏まえて〈適切なモノが、適切な者の間を、適切な政府の干渉によって、適切に渡る〉と記述した。

そしてそのような流通システムから薬事法判決を眺めた場合、同判決は流通システムにおける政府干渉について審査していたことを示したのが本稿である。

同判決では、①許可制自体、②距離制限以外の許可条件、③国民の生命・健康目的の適正配置規制、④薬局等の分布の適正化目的の適正配置規制について判断しているが、①②は国民の生命・健康目的であるとしつつ容易に合憲性を認めている。

他方、薬事法判決は、適正配置規制について、国民の生命・健康と流通システムの両側面から検討をした。その結果、人々の行為が政府の主張したような因果関係によっては国民の生命・健康に対する弊害をもたらさないため不良医薬品の供給防止に対する何かしらの政府干渉の必要性自体を認めなかったと思われる。流通システムとの関係では、薬局の偏在という弊害は認定しつつ適正配置規制以外にも手

段があるとして違憲としていた。

本稿ではこうして、薬事法判決において現れた薬局等の分布の適正化を〈モノが渡る〉という流通システムの問題であると位置づけ、それを国民の生命・健康目的の適正配置規制から際立たせることで、流通システムの問題を語る場所を同判決に見出していることを示した。

(2) 本稿の意義・批判と今後の課題

本稿では、流通システムを前面に押し出して薬事法判決を理解することで、憲法学において流通システムを語る領域を見出そうとしたものである。判決文の文言や構成に誠実に読み解く心づもりではあったが、それがどれほど成功しているかは分からない。もっとも、少なくとも流通システムにおける政府の干渉を評価する領域が薬事法判決において開かれていること自体は示せたのではないだろうか。

もっとも、薬事法判決は流通システムを前面に押し出して判示したものではない。本稿では薬局等の分布の適正化を〈モノが渡る〉という流通システムの「適切さ」であると位置づけたが、この判断はある種の賭けであった。薬局等の分布の適正化を警察目的に入れることも可能ではある。その意味では本稿は薬事法判決の内在的解釈というよりも、流通システムからの再構成であり、多かれ少なかれ牽強附会の誹りを免れないだろう。だが、薬事法判決で問題となったのは薬局という「供給業者」であり、流通システムから考察することそれ自体が不当であるとは思われない。むしろ小売市場判決との関係を考えるならば、いずれの判決も流通者が問題となっているとして流通システムから考察する方が自然ではないだろうか。

また、従来のような読み方のままでは「流通」へのまなざしが失われてしまう。このような思考は流通を流通として析出しそのような流通システムをいかに維持するかを議論する試みをくじいてしまう。人間の身体を動かすには様々な物資を運ぶ血管系が必要であるように、人々や政府の活動のためには物であれ情報であれ「モノ」がきちんと渡ることが前提である。このようにただ素朴に〈モノが渡る〉場として我々の諸活動の根底にある流通システムは²⁰、これまで日本の憲法学においては営利的経済活動の場として見られ、他の非経済的活動の場と同

位の対置関係で捉えられてきたのではないだろうか。そのような捉え方が実態を反映していないのであれば、それを修正していくべきであろう。本稿は「医薬品の供給の適正」の中に流通システムを見出すことで薬事法判決の判示から流通システムを析出し、この視点を含んだ議論の端緒を拓く試みであった²¹。

もっとも、本稿はその端緒に過ぎない。薬事法判決において見られたように、国民保健上の問題と流通システムとの関係をどのように考えるのかは理論的な問題として残されている。また、この世界において流通と関わらない社会活動は考えにくいとすれば、そしてもし流通システムとの関連で政府の活動が憲法上厳格に評価されるとすれば、現存する種々の政府活動の違憲性が疑われるのではないかという意味で複雑なことになるかもしれない。政府の活動をいかに評価するか、実践的な問題として憲法訴訟論（特に審査基準）といかに接続するか、といった問題は今後の具体的な課題である。

注

- 1 マスクやチケットの高額転売に関しては、経済合理性の観点から本当に問題があるのか、独占禁止法との関係で問題があるのか、政府が介入する必要性があるのか疑問がないわけではないが、本稿ではこれらの点は検討しない。なお、衛生マスクを中心とした法規制との関係については、参照、白石 [2020]。また、チケット転売に関する経済学的な知見を提供するものとして、簡潔なものではあるが、大竹 [2016]、小川 [2017] がある。
- 2 樋口隆充「SIE、PS5の高額転売でメルカリに協力要請 メルカリ「個別の協議内容にあたるため回答を差し控える」」(2020年11月24日) <https://www.itmedia.co.jp/news/articles/2011/24/news147.html> (2020年12月2日確認)。なお、イギリスでは、Early Day Motionではあるが、自動化ボットを利用したゲーム機およびコンピュータコンポーネントの高額転売を違法とする立法案の提出を求めており、スコットランド国民党を中心に32名の署名が集まっている (EDM 1272 (tabled on 14 December 2020), <https://edm.parliament.uk/early-day-motion/57862> (2021年2月1日確認))。実現の可能性はともあれ、興味深い流れである。
- 3 参照、中島 [2007]。また、早稲田グローバルCOE <<企業法制と法創造>>総合研究所において2009年から2013年まで行われた「憲法と経済秩序」企画も重

要である (同『季刊 企業と法創造』6巻4号 (2010年)、7巻5号 (2011年)、8巻3号 (2012年)、9巻3号 (2013年) 所収の緒論稿参照)。

- 4 例えば、奥平康弘は「一応、経済とは、財およびサービスの政策、交換、配分、消費、その社会的な実現されるべきものとしてある」と述べて「経済」の中に「社会」を忍ばせたかと思うと、端的に「財およびサービスの作成、交換、分配、消費」と述べて「文化」の問題や「社会」の問題と一応区別しており明瞭ではない (奥平 [2010] 9頁)。
- 5 なお、日本国憲法上は「経済」という語句は憲法14条1項にのみ使用されており、「職業」も「財産」も必ずしも「経済」にのみ関わるものではない。そのため、形式上も実質上も22条や29条を「経済」的自由とする必然性はない。
- 6 憲法学と消費者の議論を通覧できるものとして、参照、土屋 [2008]。
- 7 この点に関する批判的検討が、大野 [2020] である。
- 8 なお、典型的な流通政策の問題である再販売価格維持契約について、著作物に関して独占禁止法はこれを許容しており憲法学上も問題は残されている (大野 [2018a])。
- 9 NHK「日本産鋼材への高い関税は違反 韓国側には是正を求める判断 WTO」<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20201201/k10012739171000.html> (2020年12月2日確認)。
- 10 富澤達による調査官解説 (最高裁判所判例解説民事篇昭和50年度199頁以下) においてもほぼ触れられていない。
- 11 近年のオンラインショッピングと関連した物流危機について詳細にレポートしたものとして、参照、首藤 [2018]。
- 12 貨幣ないし財政法に関しては、片桐直人の一連の研究および種々の雑誌上の特集がある (例えば、片桐直人「縮小する社会における財政の持続可能性と法」公法研究82号 (2020年) 99頁以下、同「貨幣国家」と憲法」辻村みよ子=長谷部恭男=石川健治=愛敬浩二編『「国家と法」の主要問題』(日本評論社、2018年) 333頁以下〔初出2016年〕)。
- 13 法律の構成上目的は統一的に最初に語られることもあり、政府の作為を記述した個々の条文の文言上には目的が現れないことが通常であると思われる。そのため、ある条文が目的Aとの関係では合憲だが目的Bとの関係では違憲である場合、文言を据え置いた上で当該条文が目的Bとの関係で違憲だという判断となる。これをいかに理解するかについては今後の検討課題である。
- 14 このような考慮から小売市場判決 (最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁) が「社会経済の調和」を持ち出してきたことを批判したものが、大野

- [2020] である。
- 15 ここで「干渉」とは、ある行為の禁止といった規制的な干渉や、例えば消費者の選択・判断を援助するといった助成的干渉のほか、干渉しないことも含む。「干渉」という言葉を用いているのは、金沢良雄の用語法に影響されたものである（金沢 [1980] 39 頁）。なお、金沢は、経済循環に影響を与えることを目的として経済に対して干渉することを「経済的干渉」と呼び、保安・衛生・財政・軍事等の経済外的な目的のために経済に対して干渉することを「経済外的干渉」と呼んでいる（同 23 頁）。もっとも、経済外的干渉も実質的にはなんらかの経済政策を遂行するものである場合があるとする。
 - 16 このような政府の描き方については、さしあたり大野 [2020] 参照。
 - 17 なお、欠格事由としては、販売業許可の取消しを受けている者（イ）や実刑を受けた犯罪者（ロ）のほか、禁治産者・精神病者・薬物中毒者（ハ）、薬局管理者としての業務に支障がある者（ニ）が挙げられていた。
 - 18 なお、複数の目的が認定された場合にどのように合憲性を検討するかという点については見解が分かれるだろうが、少なくとも薬事法判決は「主たる目的」と「副次的、補充的目的」の両方を検討している。また、「副次的、補充的目的」であるが故に審査基準が緩くなるという見方もあるかもしれないが、少なくとも判決文言上からは確かめることはできない。
 - 19 なお、2 (2) で述べたように、流通システムの適切さは生命・健康といったシステム外の適切さとは関係がなく、厳密には、B 目的での適正配置規制はあくまで流通システムの適切さとの関係で評価すべきである。
 - 20 また、このような流通システムは人々の間を架橋し一体性を醸成するという点で、社会の形成・維持という機能も担っているかもしれない。関連して、「経済」と「(社会的統合の形成・維持のための) 財政」とを区別し、「経済」偏重の新自由主義を「つながりの危機」をもたらすとして批判する井手 [2015] も基本的なスタンスは本稿と通ずるものがあるように思われる。
 - 21 確かに従来の議論では、競争秩序という「行為の場」の維持は議論してきたように思われるが、これまでの経済的自由についての議論では人々の活動・政府の活動・モノの移動を一体のものとする視点が不十分であったように思われる。モノの流通に対して従来の憲法学がどのように接してきたのかについても今後の検討課題である。

- 石川 [2019]：石川健治「判批」長谷部恭男＝同＝穴戸常寿『憲法判例百選 I〔第 7 版〕』（有斐閣、2019）198 頁以下。
- 井手 [2015]：井手英策『経済の時代の終焉』（岩波書店、2015）。
- 岩永 [2020]：岩永忠康「流通政策の基本的枠組み」岩永忠康＝西島博樹（編著）『現代流通政策』（五紘舎、2020）1 頁以下。
- 大驛 [2019]：大驛潤『流通政策の理路』（千倉書房、2019）。
- 大竹 [2016]：大竹文雄「チケット転売問題を考える」産政研フォーラム 111 号（2016）31 頁以下。
- 大野 [2016]：大野悠介「秩序に彩られる国家」慶應法学 34 号（2016）193 頁以下。
- [2018a]：同「書籍流通制度と憲法理論・試論」慶應法学 39 号（2018）23 頁以下。
- [2018b]：同「≪自由な経済活動に起因する弊害≫と憲法 22 条 1 項」慶應法学 41 号（2018）53 頁以下。
- [2020]：同『『消費者』の二重性と国家』憲法理論研究会編『憲法学のさらなる開拓』（敬文堂、2020）197 頁以下。
- 大村 [2011]：大村敦志『消費者法〔第 4 版〕』（有斐閣、2011）。
- 小川 [2017]：小川竜明「チケットの高額転売に関する経済学的考察」清和研究論集 23 号（2017）83 頁以下。
- 奥平 [2010]：奥平康弘「憲法研究者の見た“経済”のあれこれ」早稲田グローバル COE ≪企業法制と法創造≫総合研究所『季刊 企業と法創造』6 巻 4 号（2010）6 頁以下。
- 金沢 [1980]：金沢良雄『経済法〔新版〕』（有斐閣、1980）。
- 首藤 [2018] 首藤若菜『物流危機は終わらない』（岩波書店、2018）。
- 白石 [2020]：白石忠志「パンデミックにおける高価格と法」論ジュリ 35 号（2020）55 頁以下。
- 土屋 [2008]：土屋仁美「憲法における消費活動と営業活動の関係」法政法学 26 号（2008）39 頁以下。
- 中島 [2007]：中島徹『財産権の領分』（日本評論社、2007）。
- 西島 [2020]：西島博樹「流通と商業」岩永忠康＝西島博樹＝柳純『流通と商業の基礎理論』（五紘舎、2020）1 頁以下。
- 椋 [2020]：椋寛『自由貿易はなぜ必要なのか』（有斐閣、2020）。
- 渡辺 [2016]：渡辺達朗『流通政策入門〔第 4 版〕』（中央経済社、2016）。

主な参考文献

* 著者名 50 音順で記載している。