

# 小売市場判決と薬事法判決の引用に関する覚書

—— 要指導医薬品対面販売規制判決を契機に ——

大 野 悠 介

## 目 次

1. はじめに
  - (1) 要指導医薬品対面販売規制判決
  - (2) 本稿の概要
2. 「合憲判決を徴すべきものとする立場」と趣旨引用
  - (1) 本章の意義
  - (2) 法令違憲判決の小法廷判決における引用傾向
  - (3) 裁判所法 10 条 1 号と趣旨引用
3. 小売市場判決の趣旨引用
  - (1) 本章の意義
  - (2) 小売市場判決の被引用傾向
  - (3) 小売市場判決の趣旨引用の問題点（問いの所在）
4. 要指導医薬品対面販売規制判決と薬事法判決
  - (1) 要指導医薬品対面販売規制判決における薬事法判決の規範引用
  - (2) 薬事法判決の逆輸入？
5. おわりに
  - (1) 本稿の要約
  - (2) 今後の展望

## 1. はじめに

### (1) 要指導医薬品対面販売規制判決

一般用医薬品のうち第一類医薬品および第二類医薬品の対面販売規制について最判（二小）<sup>1</sup>平成 25 年 1 月 11 日民集 67 巻 1 号 1 頁が法律の委任に反し無効であるとしたため薬事法が改正され、従前の一般用医薬品を「一般用医薬品／要指導医薬品」に区分し、要指導医薬品について対面販売規制（ネット販売規制）がなされた（薬機法 36 条の 6 第 1 項、3 項）。この規制の合憲性について合憲判断を下したのが、最判（一小）令和 3 年 3 月 18 日民集 75 巻 3 号 552 頁（以下、「要指導医薬品対面販売規制判決」と呼ぶ。）である<sup>2</sup>。本判決は一読する限りではありふれた合憲判決のように思われるが、匿名解説によれば「医薬品の対面販売に関する一連の紛争に決着を付けたという点と、職業の自由に対する規制措置の憲法 22 条 1 項適合性について、許可制ではない消極目的規制の場合の判断枠組みを明らかにした点において、理論的にも実務的にも重要な意義を有する」（匿名 [2021] 95 頁）。

確かに本判決が示した判断枠組みも真摯な判例研究の対象となるだろう。しかし、本稿が着目するのはそ

---

1 一般に「最二小判」とする表記が多いが、本稿では小法廷判決であることを目立たせるため「最判（二小）」のように表記する。

2 地裁判決（東京地判平成 29 年 7 月 18 日裁判所 HP（LEX/DB25546307））の評釈として、武田 [2017]、金原 [2018]。高裁判決（東京高判平成 31 年 2 月 6 日裁判所 HP（LEX/DB25570084））の評釈として、武田 [2019]、松本（和）[2019]、平良 [2020]。最高裁判決の評釈として、櫻井 [2021]、新井 [2021]。

ここではなく、本判決における小売市場判決および薬事法判決の引用である。近年の小法廷判決（最判（三小）平成26年5月27日集民247号1頁、最判（一小）平成27年12月7日集刑318号163頁、最判（一小）平成28年12月15日集民254号81頁）は小売市場判決を引用する傾向にあり要指導医薬品対面販売規制判決もその流れに乗ったものともいえる。しかしそれらの判決は薬事法判決を引用していなかったところ、本判決は判断基準の先例として薬事法判決を引用した点で異なっている。その点の検討が必要である。また、本判決が小売市場判決を引用した点につき匿名解説は「小法廷が大法廷判決に徴して合憲である旨を判断するに当たっては、合憲判決を徴すべきものという立場」から「憲法22条1項の保障する範囲を明らかにした小売市場事件判決を徴した」としているが（匿名[2021]94頁）、そのような立場が明言されたこと自体が目新しく検討に値する。

そこで本稿では、本判決における小売市場判決および薬事法判決の引用について分析していく。規制目的二分論に関わる小売市場判決および薬事法判決については判例研究の積み重ねが当初よりなされてきたところであり（大野[2016]196-205頁参照）、小売市場判決および薬事法判決の引用に関しても検討が加えられてきた。もっとも、管見の限り、他の最高裁判決の引用傾向に照らしてそれらの引用が検討されたことはない。本稿では、いくつかの最高裁判決の引用傾向を類型化し、そこから本判決における小売市場判決および薬事法判決の引用について一定の示唆を提供することを試みる。

## (2) 本稿の概要

上述のように、本稿は、小売市場判決および薬事法判決の引用に関して、先の匿名解説を契機として、いくつかの最高裁判決の引用傾向を見て何らかの示唆を提供しようと試みるものである。

本稿ではまず「合憲判決を徴すべきものとする立場」を法令違憲判決<sup>3</sup>の小法廷判決における被引用傾向から検証する(2)。次に、小売市場判決の被引用傾向を同様に検証してその「趣旨」の拡大を確認する(3)。さらに、要指導医薬品対面販売規制判決において薬事法判決が引用されたことの意義をその被引用関係から示す(4)。最後に、本稿を要約した上で今後の展望を簡単に示す(5)。

結果として、本稿は以下の4点を明らかにする。すなわち、①「合憲判決を徴すべきものとする立場」はこれまでの小法廷の運用に合致していること、②「趣旨に徴して明らかである」とする引用は裁判所法10条1号に応えるものと解することが少なくとも可能であること、③小売市場判決はその事案特性を超えて引用され続けその徴される「趣旨」が（先の運用に合致するように）希薄化していること、④要指導医薬品対面販売規制判決が薬事法判決を明示に引用したことの背景には、森林法判決からの規範の逆輸入があることの4点である。

## 2. 「合憲判決を徴すべきものとする立場」と趣旨引用

### (1) 本章の意義

本章では、先に示した要指導医薬品対面販売規制判決の匿名解説における「小法廷が大法廷判決に徴して合憲である旨を判断する場合である→合憲判決を徴している」という「合憲判決を徴すべきものとする立場」を実証的に検討する。

後に確認するように、この立場は裁判所法10条1号括弧書から必然的に導かれるものである。そのため、敢えて検証する必要もないと思われる。もっとも、そのことを実証的に確認すること自体は（若干とはいえ）意味があろう。ただしそれ自体を検討することは合憲判決が多岐に渡るため非常に困難である。そこで本稿では、やや不正確であることは承知の上で、小法廷合憲判決における違憲判決の利用のされ方をみることでこの立場を検討する。

---

3 本稿で「判決」と記載するとき、特段の断りがない場合には「決定」も含むものとする。

本章が示すのは、第一に最高裁（小法廷）の引用にはいくつかの種類があるということ、第二に「合憲判決を徴すべきものとする立場」は裁判所法 10 条 1 号から必然的に導かれる立場であること、第三にそこで「合憲判決を徴すべき」とされているのは保護範囲や判断基準といった規範の引用ではなく、「趣旨に徴して明らかである」という形での引用などを指していると解されることである。

## (2) 法令違憲判決の小法廷判決における引用傾向

周知のとおり、日本の最高裁判所はこれまで以下の 10 件の法令違憲判断を下している<sup>4</sup>。右のアルファベットは本稿でピックアップした、当該法令違憲判決を引用する小法廷合憲判決の番号である（別表参照）。

- i 最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁（尊属殺重罰規定判決）：ABCDEF
- ii 最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁（薬事法判決）：GHIJKL
- iii 最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁（昭和 51 年議員定数不均衡訴訟判決）：MNOPQ
- iv 最大判昭和 60 年 7 月 17 日民集 39 卷 5 号 1100 頁（昭和 60 年議員定数不均衡訴訟判決）：MN
- v 最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁（森林法判決）：RS
- vi 最大判平成 14 年 9 月 11 日民集 56 卷 7 号 1439 頁（郵便法判決）
- vii 最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁（在外国民選挙権判決）：TU
- viii 最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁（国籍法判決）：V
- ix 最大判平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁（法定相続分決定）：W
- x 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁（再婚禁止期間判決）

管見の限り、これらのうち郵便法判決と再婚禁止期間判決以外は、小法廷合憲判決の法廷（多数）意見において引用されたことがある<sup>5</sup>。しかし、その引用の傾向は様々である。紙幅の関係で判決ごとに詳述することはできないが、それらを概観すると引用方法にいくつかのパターンがある。本稿ではそれらを改めて以下のように分類する<sup>6 7</sup>。

### ①参照を付しての引用（参照引用）

- 
- 4 単に「違憲」という場合は適用違憲も考えられる。しかし、適用違憲も含めると検討が複雑となり本稿の趣旨が不明瞭となることから、本稿では法令違憲判決のみを検討する。
  - 5 本稿では基本的に D-1Law.com を用いた。そのことの限界や筆者の不注意もあることを留保した上で、各判例の小法廷での被引用数は次の通りである。尊属殺重罰規定判決 (7) / 薬事法判決 (15) / 昭和 51 年議員定数不均衡訴訟判決 (16) / 昭和 60 年議員定数不均衡訴訟判決 (11) / 森林法判決 (6) / 郵便法判決 (0) / 在外国民選挙権判決 (2) / 国籍法判決 (1) / 法定相続分決定 (1) / 再婚禁止期間判決 (0)。なお、数値には、事件番号が異なるものの同日同内容ゆえに実質的に同じ判示のものも含まれている。
  - 6 中野ほか [2009] 132-134 頁〔佐藤＝穴戸執筆〕では、「判旨の説得的根拠として裁判例を引用する場合」の中で①「当裁判所の判例とするところであるとして引用するとき」②「当裁判所の判例の趣旨とするところであるとして引用するとき」③「法的判断の末尾の括弧の中で引用するとき」と分類する。本稿とは「判例」と「判例の趣旨」とを区別している点、規範引用を別の類型としていない点、参照引用を③に含ませている点などが異なる。同書も引用形式に着目してはいるが、分類自体は「判例」との距離によっている。つまり①は明確に「判例」を引用し、②は「判例」を類推するものや判例理論を適用するものであって、③は「判例」としての引用かどうか明らかでないものとされている。同書と本稿の分類との厳密な相違の検討は本稿ではできないが、同書の分類だと本稿で示すような裁判所法 10 条 1 号の問題が見えにくくなるように思われる（そのため憲法のみを見るかそれ以外も全て含めて類型化するかという違いはあるように思われる）。
  - 7 「参照」の意義について本稿は精確な分析はできない。おおよその傾向としては、①引用判例が直接述べている事柄から敷衍した事柄である場合（C・D・E は過剰な規制ゆえに違憲とした尊属殺重罰規定判決の逆として過剰な規制でないならば合憲としたもの）や、①と実質的に同じであろうが②その判例が（当然に）含んでいる事柄である場合（R は「共有物分割に関する判断 + 不動産分割の場合」という森林法判決の判示の前半部分を引用するもの）、そして③同様の事案についての先例を全体的に引用する場合（B・C・D・E における A の参照等）等に「参照」しているように思われる。いずれにせよ、規範引用以外の引用方法はその意味するところを明確に読み取ることは困難であり、本稿はその検討を対象外としている。

- ②保護範囲や判断基準といった規範的な事柄を示す判決として引用（規範引用）
- ③規範引用以外で、国家の活動（法律・命令・裁判）が憲法に反するかどうかの結論を示す部分であって、「趣旨に徴して明らかである」の趣旨を示す判決として引用（趣旨引用）
- ④規範引用以外で、国家の活動（法律・命令・裁判）が憲法に反するかどうかの結論を示す部分であって、「所論は理由がない」「趣旨に徴して明らかである」「判例とするところである」等の後に引用（文末引用）<sup>8</sup>

これらの中で、①は他と重複しうる。そこで本稿では、便宜上①を一番大きな分類とし、次いで②、最後に③④と分類していく。そして、その各々について単独で引用するパターンとその他の判決とともに引用するパターンがありうる。大法廷違憲判決を引用する小法廷判決の中からピックアップした A～W を分類すると、以下のようになる<sup>9</sup>。

				参照	not 参照
		単独	複数	G H K L R	S
規範引用		単独	複数	P T V	A M Q U
		単独	複数		A B
not 規範引用	趣旨引用	単独	複数		F G H I J N O
		単独	複数	C D E	W

### (3) 裁判所法 10 条 1 号と趣旨引用

このような被引用の分類をみると、小法廷において大法廷違憲判決を趣旨引用する場合、その多くは他の合憲判決とともに引用しており、違憲判決を単独で趣旨引用しているのは網掛けをした部分（A・B）である。とはいえ、そのような事例がある以上、匿名解説が述べるような小法廷が大法廷判決に徴して合憲である旨を判断する場合である→合憲判決を徴している>の反証となりうる。

もっとも、必ずしもそうとは断言できない。まず、A 判決の場合は既に昭和 25 年大法廷合憲判決を引用して尊属傷害致死罪の合憲性を結論づけているのであって、尊属殺重罰規定判決の単独趣旨引用もその理由づけの部分にとどまっているため、要指導医薬品対面販売規制判決のように合憲判断を結論づけるような趣旨引用とはやや異なる。A 判決の単独趣旨引用は「刑罰が過剰である場合には違憲」と述べた尊属殺重罰規定判決を「刑罰が過剰でない場合には合憲」との逆の趣旨として理解している点で趣旨引用という形ではあるが実質的には憲法 14 条 1 項の規範引用である、と解する余地が一応ある。B 判決の単独趣旨引用については、A 判決の「参照」によりそのような規範引用であることを示していると解する余地がある。

また、仮にかつては違憲判決の単独趣旨引用によって合憲判決を正当化していたと認めたとしても、尊属殺重罰規定判決の単独趣旨引用は、管見の限り、以後の小法廷判決では用いられなくなる。C 判決・D 判決・E 判決の判示を見ると、C 判決は特定の判決を明示せずに「趣旨に徴して明らかである」とした上で他の判決と共に尊属殺重罰規定判決を参照引用し、D・E 両判決は、尊属傷害致死罪に関する昭和 25 年大法廷判決・昭和 29 年大法廷判決を「判例」とした上で尊属殺重罰規定判決を参照引用している。そのためいずれも尊属殺重罰規定判決を単独で趣旨引用していない。とすると、小法廷が合憲判決をする際に違憲判決を単独趣旨引用するという事は、現在では妥当しないのかもしれない。したがって、これまでの小法廷の運用

8 趣旨引用と末尾引用とを分ける必要がないのではないかとも思われる。しかし、本稿で掲げた諸判例を眺めると、趣旨引用と末尾引用を同時に行っている小法廷判決もあり、趣旨引用と末尾引用は意味合いが異なっている可能性もある。そのため本稿では試論的に趣旨引用と末尾引用を分けている。

9 Q 判決・R 判決・S 判決等いくつか分類に悩みのある部分もある。

は「合憲判決を徴すべきものとする立場」とおおよそ適合的であることが（本稿の方法の限りではあるが）示された。

実はこのような運用は裁判所法 10 条 1 号から必然的に生じるものである。裁判所法 10 条 1 号は「当事者の主張に基いて、法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを判断するとき」には「小法廷では裁判をすることができない」と定めた上で、その括弧書において「意見が前に大法廷でした、その法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するとの裁判と同じであるとき」を除外している。つまり、大法廷合憲判決と「同じ」であれば、小法廷は違憲審査権限を行使できると定めている。とすれば、小法廷が違憲審査権限を行使して合憲判断をする場合には大法廷合憲判決を徴すべきという立場は法制度から当然のものである<sup>10</sup>。

そのため上述の作業は実はさほど意味のないものとも思われる。しかし、規範引用とその他の引用方法を区別したことで次のことがわかる。それは、規範引用については大法廷違憲判決も単独引用されていることから、上述の裁判所法 10 条 1 号の運用を担っているとすればそれは趣旨引用または文末引用である、ということである。つまり、①規範に関しては小法廷の判断を大法廷合憲判決で正当化（正統化）する必要はなく、②小法廷が違憲審査権限を行使することの弁明としての役割を担うとしたらそれは趣旨引用または文末引用である。要指導医薬品対面販売規制判決の匿名解説が示したのは趣旨引用の方であると解されるから、趣旨引用にそのような意味がありうることは確かであろう。小法廷判決では文末引用のみを行っているものもあり文末引用もそのような意味を担っているといってもよさそうである。もっとも、違憲審査権限を行使した場合にのみ趣旨引用または文末引用がなされているわけではないため、それらの全てがその役割を担っているとは限らない。また、規範引用も含めた当該判決の引用全体がそのような役割を担っているとも考えられるが、規範引用では大法廷違憲判決も単独で引用されるのであるから、その場合でも規範引用のみでは不十分であり、趣旨引用または文末引用が必要だという仮説が以上の検証から浮かび上がってくるのではないかと。少なくともこのような引用の意味の違いは従来さほど意識されてこなかったのではないかと思われる。

次章では趣旨引用にこのような意味があることを踏まえて、要指導医薬品対面販売規制判決における小売市場判決の趣旨引用について、その「趣旨」の希薄化を被引用傾向から検証する。

### 3. 小売市場判決の趣旨引用

#### (1) 本章の意義

裁判所法 10 条 1 号に関して、泉徳治が次のように述懐している。

〔裁判所法 10 条 1 号括弧書の〕『その』法律、命令、規則又は処分」の「その」の解釈を緩やかにして、小法廷の意見が大法廷裁判と趣旨において同じであれば小法廷限りで「合憲」の裁判をする運用になってきている。私自身も、現職時代はそのような運用をしていた。せっかく小法廷で議論が煮詰まったのであるから、そのまま小法廷で裁判をするのが効率的であり、多忙な他の小法廷の裁判官を煩わすこともないという配慮もある。そこには、大法廷に回付しても結論が変わらないであろうという見通しも働いている。（泉 [2013] 176 頁）

その上で泉は、君が代ピアノ伴奏事件訴訟判決（最判（三小）平成 19 年 2 月 27 日民集 61 卷 1 号 291 頁）を例に挙げ大法廷判決の「趣旨」が相当に拡大解釈されていることを指摘している（同 177-180 頁）。

本章では、先の引用分類を用いて小売市場判決の被引用傾向を分析した上で、小売市場判決の「趣旨」も

---

10 この点につき、堀口悟郎氏（岡山大学）のご指摘をいただいた。

拡大解釈され趣旨引用されてきていること、要指導医薬品対面販売規制判決もその傾向の延長線上にあることを実証的に確認する。その上でそのことの問題点がどこにあるのか（問いの所在）を明確にする。

(2) 小売市場判決の被引用傾向

前章と同様に小売市場判決の引用を調べると、まず公衆浴場の距離制限に関する a 判決はいわゆる積極目的規制について著しく不合理であることが明白であるかどうかで判断するという判断基準を示したものとして小売市場判決を単独で規範引用かつ参照引用している<sup>11</sup>。また、b 判決（西陣ネクタイ訴訟）も同様の判断基準につき小売市場判決を単独で規範引用している。

しかし、このような単独での規範引用はその後見られなくなる。小売市場判決の引用として多いのは他の諸判決とともに趣旨引用される場合であり、その中で酒類販売事案（c 判決・d 判決・e 判決）や青少年保護育成条例事案（f 判決）は、法令が合憲であることを述べた上で薬事法判決と共に趣旨引用されている。近年では薬事法判決を含めないで他の判決とともに趣旨引用する小法廷判決（g 判決・h 判決・i 判決）が続いている<sup>12</sup>。

他方、要指導医薬品対面販売規制判決と同様に小売市場判決を単独で趣旨引用する小法廷判決もかねてよりあった（j 判決・k 判決・l 判決・m 判決）。

以上を先の表に落とすと以下ようになる（網掛け部分が要指導医薬品対面販売規制判決と同パターン）。

			参照	not 参照
規範引用	単独	a		b
	複数			
not 規範引用	趣旨引用	単独		j k l m
		複数		(薬事法判決含む) c d e f (薬事法判決含まない) g h i
	文末引用	単独		
		複数		

また、以上の諸判決を時系列で並べると次のようになる（網掛け部分が要指導医薬品対面販売規制判決と同パターン）。

	参照				not 参照				
	規範引用		趣旨引用		規範引用		趣旨引用		
	単独	複数	単独	複数	単独	複数	単独	複数 (薬事法判決あり)	複数 (薬事法判決なし)
i (平成 28 年)									○
h (平成 27 年)									○
g (平成 26 年)									○

- 11 なお、同判決が趣旨引用しているのは最大判昭和 30 年 1 月 26 日刑集 9 巻 1 号 89 頁である（「公衆浴場法 2 条 2 項による公衆浴場の適正配置規制及び同条 3 項に基づく大阪府公衆浴場法施行条例 2 条の距離制限は憲法 22 条 1 項に違反し無効であると主張するが、その理由のないことは、当裁判所大法廷判例（昭和 28 年（あ）第 4782 号同 30 年 1 月 26 日判決・刑集 9 巻 1 号 89 頁）に徴し明らかである。この点は最判（三小）平成 1 年 3 月 7 日集民 156 号 299 頁も同様である。
- 12 なお、それ以前からそのような小法廷判決は存在する。最判（三小）平成 17 年 4 月 26 日集民 216 号 661 頁は「〔農作物共済への〕当然加入制を定める法の規定は、職業の自由を侵害するものとして憲法 22 条 1 項に違反するということができない。／以上は、当裁判所大法廷判決（最高裁昭和 30 年（オ）第 478 号同 33 年 2 月 12 日判決・民集 12 巻 2 号 190 頁〔国保強制加入 29 条関係〕、最高裁昭和 45 年（あ）第 23 号同 47 年 11 月 22 日判決・刑集 26 巻 9 号 586 頁）の趣旨に徴して明らかである」と述べている。

f (平成 21 年)								○	
m (平成 17 年)							○		
(平成 17 年 4 月 26 日)									○
e (平成 14 年)								○	
d (平成 10 年)								○	
l (平成 8 年)							○		
k (平成 5 年)							○		
j (平成 5 年)							○		
c (平成 4 年)								○	
b (平成 2 年)					○				
a (平成元年)	○								

これらの表を見ると、現在では小売市場判を規範引用するよりも趣旨引用する傾向にあることがわかる。趣旨引用に関しては単独・複数のいずれも散在しており、近年では薬事法判決を含めずに趣旨引用する傾向にある。

この分布についてももう少し詳細に見ていこう。

#### ア 規範引用

規範引用をしている a・b 両判決ともいわゆる積極目的規制に関しては著しく不合理であることが明白である場合に違憲であるとするものである。両判決で「参照」かどうかで異なっているが、当該規範は小売市場判決が直接述べているようにも思われるため、その区別の理由は判然としない<sup>13</sup>。

#### イ 薬事法判決を含む複数趣旨引用

薬事法判決を含む複数趣旨引用の事案は、上述のように酒類販売事案および有害図書規制事案である。

酒類販売事案 (c (G)・d (H)・e) では、許可制が強力な制限であることおよび「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」という判断基準を述べるために薬事法判決が参照引用され、租税法の定立に関する立法府の裁量的判断の尊重を述べるためにサラリーマン税金訴訟判決 (最大判昭和 60 年 3 月 27 日民集 39 卷 2 号 247 頁) が参照引用される。その上で、酒類販売業免許制が著しく不合理でない限り憲法 22 条 1 項に反しないとの判断基準が判決の引用なく示されるのである。小売市場判決が引用されるのは酒税法の規制が合憲であることを示した上での締めの部分で趣旨引用される場合に限られ、文末引用は d 判決が c 判決を引用し、e 判決が c 判決および d 判決を引用するという形で、時間を経る (c → d → e) 度に前の同事案の判決を参照引用する形となっている<sup>14</sup>。

有害図書規制事案 (f (J)) では、当該事案で憲法 22 条 1 項違反が主張されたことに対応して小売市場判決および薬事法判決が趣旨引用されている。しかし、具体的にどのような趣旨で趣旨引用しているのかは判示文言からは明らかではない。また、f 判決では最判 (三小) 平成元年 9 月 19 日刑集 43 卷 8 号 785 頁を末尾引用かつ参照引用しているが当該事案は憲法 21 条 1 項・2 項前段・憲法 14 条 1 項違反が主張されたもの

13 違いとしては、a 判決 (公衆浴場判決) は「積極的、社会経済政策的な規制目的」と「著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲とすべき」とを直結しているところ、b 判決 (西陣ネクタイ訴訟) は目的と判断基準とを文言上は直結しておらず「積極的な社会経済政策の実施の一手段」である場合に「規制措置が著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲としてその効力を否定することができる」としている点がある。

14 なお、e 判決になると源泉徴収と憲法 29 条 1 項・14 条 1 項に関する事案である最大判昭和 37 年 2 月 28 日刑集 16 卷 2 号 212 頁を趣旨引用していない。その理由は定かではないが、昭和 37 年判決は争われている規制も憲法上の権利も異なるのであり、その判示内容も明文上は c 判決・d 判決・e 判と重なる部分はなく、特に引用する必要性はなかったとも思われる。

であって、小売市場判決および薬事法判決の趣旨引用との繋がりはやはり不明である。

両事案において薬事法判決も含めて趣旨引用されている点については、確かに有害図書規制事案であれば消極目的（警察目的）と解することも可能でありそれゆえに薬事法判決も趣旨引用したのだという理解も成り立たないではない。しかし、酒類販売規制は「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目的」であり消極目的（警察目的）とはいいい難く、実際c判決・d判決・e判決も薬事法判決の消極目的規制の部分は引用していない。そのため小売市場判決のみの趣旨引用でも不自然ではないにもかかわらず、薬事法判決を規範引用するだけでなく趣旨引用もするというのが酒類販売事案の特徴である。そこで一つありうる理解を示すとしたら、いずれの事案も小売市場判決・薬事法判決と同じく物品販売規制であることに着目し、物品販売規制に関してはいわゆる積極目的規制に関する小売市場判決だけでなく消極目的規制に関する薬事法判決も趣旨引用するというのが最高裁の態度である、という理解である

#### ウ 薬事法判決を含まない複数趣旨引用

では、薬事法判決を含まない複数趣旨引用の場合はどうか。ここにおいて小売市場判決固有の「趣旨」が見えてくるのではないか。

g判決・h判決・i判決の事案を見ると（大野 [2018] 80-87 頁参照）、まずg判決は市議会議員の2親等以内の親族が経営する企業は市の工事等の請負契約等を辞退しなければならない等と定めていた条例（2親等規制）が争われた事案、h判決は旅行業法の登録制が争われた事案、i判決は学校等の敷地から200メートル以内における風俗案内所の営業を禁止していた条例が争われた事案である。とすると、いずれも小売業のような物品販売規制事案ではないため小売市場判決とも薬事法判決とも事案を異にする。しかし、だからこそ、薬事法判決が排除され小売市場判決のみを趣旨引用していることが重要になってくるのである。

個別に小売市場判決の趣旨引用のされ方をみると、まずg判決ではよど号ハイジャック事件判決（最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁）、成田新法判決（最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁）および証取法判決（最大判平成14年2月13日民集56巻2号331頁）がともに趣旨引用されている。そのうち、よど号ハイジャック事件判決および成田新法判決は議員活動の自由（憲法21条1項）との関係で「その目的のために制約が必要とされる程度と、制約される自由の内容及び性質、具体的な制約の態様及び程度等を較量」という判断基準を示すものとして規範引用かつ参照引用されており、憲法21条1項との関係で趣旨引用されているものと解される。他方、小売市場判決と取引法判決は2親等規制が企業の経済活動を規制する点で憲法22条1項および29条に関わるがゆえに趣旨引用されたと解される。しかし、より詳細に見るとそれだけで片づけることはできない。本判決では「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」として合憲としている。とすると、大きな枠組みとしては立法機関の合理的な裁量の範囲内かどうかであり（以後、「立法機関の合理的裁量論」という。）、それを目的の正当性・手段の必要性および合理性で判断するという判断基準を示しているものと思われるが、その点については判決を規範引用していない。そしてこの規範は取引法判決および小売市場判決のいずれからも少なくともその判示文言からは導けない。というのも、目的の正当性・手段の必要性および合理性を問う点は確かに取引法判決なのだが、同判決は少なくとも明示的には立法機関の合理的な裁量の範囲内かどうかを問うていない<sup>15</sup>。他方、小売市場判決はそのような言い回しをしていないのである。それゆえに、小売市場判決が趣旨引用されたことの意義、そして立法機関の合理的裁量論を薬事法判決の規範引用によって示した要指導医薬品対面販売規制判決の意義が浮き彫りになるのだが、この点は次節で述べることにする。

15 後述するように、経済的自由事案で立法機関の合理的裁量を問うたのは森林法判決であり、取引法判決はそれを前提としているという理解もあるが、少なくとも同判決の判示文言には表れていない。そして、g判決もその判断基準について規範引用していないということが、要指導医薬品対面販売規制判決との一つの大きな違いなのである。

また i 判決は、あん摩師等の広告規制に関する最大判昭和 36 年 2 月 15 日刑集 15 卷 2 号 247 頁とともに小売市場判決を趣旨引用している。これは風俗案内所の表示物規制も憲法 21 条 1 項との関係で争われたことに由来するのであって、憲法 22 条 1 項との関係では小売市場判決の単独趣旨引用である。本判決では g 判決と同様に立法機関の合理的裁量論を述べながらも小売市場判決を規範引用していない。そのため g 判決と同様に、小売市場判決を趣旨引用していることの意義、要指導医薬品対面販売規制判決の意義が浮き彫りになる。

最後に h 判決は、貸金業の規制に関する最大判昭和 36 年 12 月 20 日刑集 15 卷 11 号 1864 頁および医薬品販売業登録制度に関する最大判昭和 40 年 7 月 14 日刑集 19 卷 5 号 554 頁を小売市場判決とともに趣旨引用している。昭和 36 年判決・昭和 40 年判決はいずれも登録（届出）制の大法廷合憲判決であるため、匿名解説が示した立場からすれば両判決の趣旨引用で十分とも思われる。だからこそ、販売規制に関する小売市場判決が趣旨引用されたことの不自然さとその意義が浮き彫りとなってくる。

#### エ 単独趣旨引用

j 判決・k 判決・l 判決・m 判決のうち、たばこ小売に関する k 判決は販売規制事案かつ許可制・適正配置規制が問題となりなおかつ小売業保護のための規制が問題となっていたため、小売市場判決を単独趣旨引用することは自然である。

その他の事案を見ると、j 判決は浄化槽汚泥収集運搬業の許可制の運用について憲法 22 条 1 項を加味して厳格に許可処分をすべきであると主張された事案である。また m 判決は開設中止勧告を受けたにもかかわらず開設した病院を「其ノ他保険医療機関若ハ保険薬局トシテ著シク不適當ト認ムル」として保険医療機関指定を拒否することの合憲性が問われた事案である。いずれも法令を適用する行政機関の運用が問われているものであるが、その場合でも法令の合憲性に関する小売市場判決のみを趣旨引用している<sup>16</sup>。つまり、法令審査であることも超えて引用されているのである。

他方、l 判決は石油輸入業登録制に関する事案であるが、h 判決とも照らし合わせて考えると、登録（届出）制については薬事法判決を引用しない傾向が垣間見える。また l 判決は「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」であり「著しく不合理であることが明白であるとは認められない」としているのであり、薬事法判決と小売市場判決を合わせたような判断基準となっているが、それでも小売市場判決のみが引用されている。

以上、小売市場判決の引用傾向をみてきたが、小売市場判決は小売業・許可制・適正配置規制・積極目的規制という自身の事案特性を超え薬事法判決とともに物品販売規制事案に拡張されるだけでなく、処分審査事案にも引用されるように事案特性を大幅に超えた職業の自由に関する様々な事案に広く趣旨引用されてきたといえる。そのため、小売市場判決においても泉の指摘するような「趣旨」の相当な拡大解釈（趣旨の希薄化）が行われてきたといえ、要指導医薬品対面販売規制判決もその延長線上にある。

### (3) 小売市場判決の趣旨引用の問題点（問いの所在）

小売市場判決および薬事法判決について、学説は主として判決における判断基準は何かを問うてきた。それは規制目的二分論であるとされ、それを判決外在的であれ内在的であれ批判してきたのがこれまでの憲法学であったと思われる。

---

16 新井貴大は m 判決の「保険医療機関の指定を拒否することは、公共の福祉に適合する目的のために行われる必要かつ合理的な措置ということが出来る」という点に小売市場判決が有する基底的判断枠組みを見出している（新井 [2021] 29 頁）。そのような読み方も可能であろうが、処分審査と法令審査とを同様に扱えるかについてはより詳細な検討が必要であると思われる。

そのような学説の関心の中で、小売市場判決のみを趣旨引用した g 判決・h 判決・i 判決は評釈の対象となった。そこではそれらの判決で示された立法機関の合理的裁量という判断基準（らしきもの）と小売市場判決との関係が議論された。例えば、上田健介が i 判決の評釈において最高裁は「利益衡量論を基礎として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という一般的な枠組み」を憲法 22 条 1 項におけるデフォルトの判断基準としていると述べ、その起源を小売市場判決に見出す理解を示した（上田 [2017] 163 頁（777 頁））のも、そのような学説における従来の議論の仕方の表れであろう（大野 [2018] もそのような議論の立て方を前提にしていた）。つまり、小売市場判決について学説は「いかなる判断基準を示しているか」という問いを立ててきたのである。

しかしながら、本章の被引用傾向から分かるように小売市場判決が規範引用されていることは少なく、ほとんどが趣旨引用である。そして、趣旨引用の意味が、裁判所法 10 条 1 号に応え小法廷が違憲審査権限を行使することの弁明であるとすれば、小売市場判決の趣旨引用について問われるべきはその趣旨引用が裁判所法 10 条 1 号に照らして合法かどうかではないか。i 判決の評釈において松本哲治は薬事法判決のみでは同号を満たさないと指摘をしているが（松本（哲）[2018] 23 頁）、小売市場判決の趣旨引用と同号との関係については少なくとも明言はしていない。同号の解釈論としては、「意見が前に大法廷でした、その法律、命令、規則又は処分が憲法に適合すると裁判と同じであるとき」のうち少なくとも「同じ」の解釈および適用が問題となり、小売市場判決の趣旨引用もその中で論ずべきではないか。

もっとも、これまでのような「いかなる判断基準を示しているか」という問いが不要だということではない。大法廷合憲判決と小法廷判決が「同じ」であるかどうかを判断する前提として小売市場判決の判断基準（についての最高裁の理解）が議論される場合もある。しかしながら、「同じ」は必ずしも「判断基準が同じ」の意味とは限らない。そのため小売市場判決の趣旨引用について判断基準を検討しても十分でない可能性もある。

裁判所法逐条解説によれば、同号括弧書の趣旨は大法廷の負担を軽減することによる事件処理の迅速化・能率化であり、大法廷で同様の判断を行う必要がないため小法廷限りで判断してもさしつかえないとしている。そして、意見が「同じ」であるためには「必ずしも判断の対象となる法令等の条項および憲法の条項が同一である必要はなく、前に大法廷でした裁判が他の条項に関するものであつても、その趣旨とするところと同一」であればよく、意見が「同じ」というのは「憲法に適合するという結論が同じであれば、その結論に達する理由づけは、前に大法廷でした裁判の内容と全く同じであることを要しない」と解されている（逐条 [1967] 86-88 頁）。この解説に従うと、「同じ」かどうかは（“全く”という限定はあるにせよ）理由づけも憲法の条項すらも同一でなくてよいのであって、非常に緩やかに判断される。この場合、「趣旨」を引用しているといいながら、その徴すべき「趣旨」はほぼ空虚なものになってしまうだろう。また、「同じ」かどうかは小法廷自身が判断することとされている（逐条 [1967] 88 頁）以上、違憲審査権限に係る同号の制限はほぼ無いに等しいのではないだろうか。

このように裁判所法 10 条 1 号の文脈で小売市場判決の趣旨引用に関する問いを立てるとき、これまで学説が小売市場判決に見出していた問題点とは異なる問題点が浮かび上がる。これまで学説は小売市場判決の非常に緩やかな判断基準を問題視してきた。しかしながら、ここでの問題点は、泉が指摘するような大法廷合憲判決の趣旨の拡大であり、それによる実質的な小法廷の違憲審査権限の拡大にある。本章で検証したような小売市場判決の「趣旨」の希薄化がその権限拡大と表裏の関係にあるのである。確かに、判断基準が緩やかだからこそ希薄化されてきた部分もあるだろうが、小売市場判決の「趣旨」の希薄化は判断基準の判旨を超え「単に結論が合憲というだけ」（櫻井 [2021] 145 頁）という程度に達しつつあるように見える。そのため、判断基準の是非という観点とは別の、大法廷と小法廷との役割分担という観点からも（少なくともそれも含めて）、「小売市場判決の趣旨」を議論すべきであると思われる。

では、「小売市場判決の趣旨」とは何か。この問いについては現在の筆者に答える準備はないが、本稿の最後に議論の方向性を簡単に示す。

#### 4. 要指導医薬品対面販売規制判決と薬事法判決

##### (1) 要指導医薬品対面販売規制判決における薬事法判決の規範引用

上述のように小売市場判決は自身の事案特性を超えて趣旨引用されてきた。他方、下の表からわかるように薬事法判決が単独で引用されるのは規範引用の場合であり、趣旨引用の場合は小売市場判決を伴うこと（網掛けの判決）がほとんどである。

			参照	not 参照
規範引用		単独	G H K L	
		複数		
not 規範引用	趣旨引用	単独		
		複数		G H J I
	文末引用	単独		
		複数		

小売市場判決を伴っていない I 判決は司法書士法の事案でありその職業違いの事案ともいえる歯科医師に関する最大判昭和 34 年 7 月 8 日刑集 13 卷 7 号 1132 頁とともに薬事法判決を趣旨引用している。I 判決の調査官解説では「登記業務を適正円滑に行わしめ、登記制度に対する国民の信頼を高める」という目的は消極目的規制であり、許可制とは異なる同事案では薬事法判決よりも緩やかな判断基準が許されたものと解されている（福崎 [2003] 8 頁）。これによるならば、I 判決において小売市場判決を伴わず薬事法判決のみが引用されたのは規制目的の点からであり、実質的には昭和 34 年判決が当該事案の大法廷合憲判決であるとも解しうる。「合憲判決を徴すべきものとする立場」が貫かれているとすれば、このような趣旨引用は問題がないということであろう。

他方、要指導医薬品対面販売規制判決（L 判決）以外の規範引用事例をみると薬事法判決を規範引用しているパターンには次のようなものがある（なお、H 判決は①を前提としていると解されるが、文言上はそのままの引用はない）。

- ①憲法 22 条 1 項は職業選択の自由のみならず職業活動の自由をも保障している（G・K）
- ②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尊重すべきものであるが、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得る（立法機関の合理的裁量論。G）
- ③許可制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する（G・H）

このような流れの中で、要指導医薬品対面販売規制判決（L 判決）が①+②のパターンで薬事法判決を単独で規範引用かつ参照引用しているが、管見の限り、最高裁においてこれまで①②で止め薬事法判決を規範引用したパターンはない。③を外したのは許可制ではないからであると理解でき、①については K 判決と同様に薬事法判決を規範引用するのも理解できる。しかし、立法機関の合理的裁量論については、これまでの小法廷判決からすれば、g・i 両判決のように薬事法判決を引用しないということもありえたところである。にもかかわらず、要指導医薬品対面販売規制判決は、薬事法判決と立法機関の合理的裁量論とを敢えて明示に結びつけて規範引用をしている。この点に要指導医薬品対面販売規制判決の特殊性がある。

##### (2) 薬事法判決の逆輸入？

このように薬事法判決を立法機関の合理的裁量論と明示に結びつけたのは職業の自由事案ではなく、財産権事案である森林法判決（最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁）であった。

財産権に対して加えられる規制が憲法 29 条 2 項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものであるが、裁判所としては、立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであつても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであつて、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法 29 条 2 項に違背するものとして、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（最高裁昭和 43 年（行ツ）第 120 号同 50 年 4 月 30 日大法廷判決・民集 29 卷 4 号 572 頁参照）。(411 頁)

このように、森林法判決は②（立法機関の合理的裁量論）について薬事法判決を規範引用かつ参照引用している。財産権事案であるため①が除かれていると解され、森林法判決は薬事法判決と②（立法府の合理的裁量論）とを直結させているといえる。しかし、このような大法廷判決があるにもかかわらず、これまでの小法廷判決は①か③で規範引用する場合（H・K）や①②③のフルセットで規範引用する場合（G）はあつても、②と薬事法判決とを直結させてはこなかった。酒類販売事案である H 判決も立法機関の裁量を租税法から汲み取っていたと解される。財産権と職業の自由という事案特性の差異があるとはいえ、大法廷判決があるにもかかわらず小法廷判決はこれまで立法機関の合理的裁量論と薬事法判決を結びつけてこなかったのであつて、そのことがかえって小法廷判決の慎重さおよび要指導医薬品対面販売規制判決の特殊性を浮かび上がらせる。

調査官側も薬事法判決と立法機関の合理的裁量とを結びつける見方が絶対であつたわけではない。例えば、森林法判決後の a 判決の調査官解説（1991 年）は、小売市場判決および薬事法判決によって「前者〔積極的・社会経済政策的規制目的〕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な場合に限り違憲と判断し（いわゆる「明白性の原則」）、後者〔消極的、警察的規制目的〕については、重要な公共の利益のために必要かつ合理的かどうか、許可制に比べてよりゆるやかな規制でその目的を達成できないかどうかという基準により違憲か否かを判断する（いわゆる「厳格な合理性の基準」）という違憲審査基準が明示された」としており（原田 [1991] 5-6 頁）、必ずしも薬事法判決が立法機関の合理的裁量論を述べたとは理解していない。

しかしその後の、G 判決の調査官解説（1995 年）では、薬事法判決が「規制措置の必要性と合理性については、当該規制立法に関する立法裁量に逸脱があるか否かという観点から審査をすべきことを明らかにしている」と述べ薬事法判決と立法機関の合理的裁量論を結び付けている（綿引 [1995] 580 頁）。

もっとも、それが優勢になったとは限らない。H 判決の調査官解説（2001 年）は、法廷意見が示した基準について次のように述べている。第一に「規制措置の目的が積極か、消極かといういわゆる二分論」を採用しておらず、第二にサラリーマン税金訴訟判決と異なり「著しく不合理であることが明らかでない限り」という表現はないという点で「単なる立法裁量論でなく、前記の薬事法違憲判決及びサラリーマン税金訴訟判決を引用して、これを総合して判断基準を導いている」（池田 [2001] 53-54 頁）。そのため、同解説も薬事法判決と立法機関の合理的裁量論とを直結はさせていない。

また、匿名解説レベルでも必ずしも薬事法判決と立法機関の合理的裁量論とを直結はさせていない。例えば、k 判決の匿名解説（1994 年）では、小売市場判決および薬事法判決をともに引用した上で以下のように述べている<sup>17</sup>。

17 翌年の裁判官による解説においても薬事法判決と立法機関の合理的裁量論とを直結させているとはうかがわれない（内田 [1995] 318 頁参照）

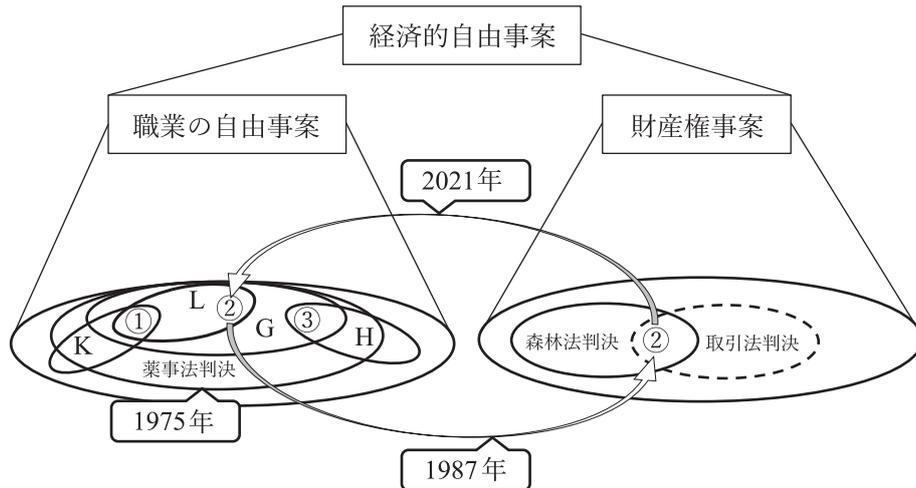
規制措置の具体的内容及び必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、立法政策上の問題として尊重すべきである。右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭があるところ、許可制による規制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要するが、当該制限が、社会政策ないし経済政策上の積極的目的のための措置である場合には、立法府が裁量権の範囲を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることが明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができる〔という判断基準が妥当する〕(匿名 [1994] 77 頁)。

しかし、その後、薬事法判決と立法機関の合理的裁量論とを明確に直結する理解が調査官および匿名解説に再度現れる。I 判決の調査官解説 (2003 年) では、職業選択の自由についての基本的な判断枠組みが小売市場判決および薬事法判決によって示されたとした上で立法機関の合理的裁量論について薬事法判決を引用し (福崎 [2003] 7 頁)、g 判決の匿名解説 (2014 年) および i 判決の匿名解説 (2017 年) では、薬事法判決が「利益較量論の手法を基礎とした上で、上記の諸事情を比較考量して立法府の判断がその合理的裁量の範囲内にあるか否かを判断する枠組みを採用している」とした上で、いずれの判決も薬事法判決は引用していないもののそれを前提としているとの理解を示す (匿名 [2014] 85-86 頁、匿名 [2017] 87-88 頁)。そして、要指導医薬品対面販売規制判決の匿名解説は、g 判決および i 判決の匿名解説とほぼ同じ文言で薬事法判決と立法機関の合理的裁量論を結びつけている (匿名 [2021] 93)。ここでこれら 3 つの匿名解説がいずれも「経済的自由の制約を伴う規制立法」〔傍点筆者〕の枠組みとし、そのような枠組みを採用しているものとして参照を求めている判決が財産権事案である森林法判決および証取法判決であることに注意しなければならない (もっとも、要指導医薬品対面販売規制判決の匿名解説は、森林法判決および証取法判決「等」としている点が他の 2 つの匿名解説と異なる<sup>18)</sup>)。このような匿名解説の記述からすると、立法府の合理的裁量論はいわば生産地である薬事法判決 (職業の自由) とは市場を異にする諸判決 (財産権) において流通していたところ、両市場が「経済的自由」として統合され、要指導医薬品対面販売規制判決においてそれが前者の市場に (正式に) 流通し始めたものと解される。

以上の傾向を整理すると、従来、職業の自由事案において薬事法判決が立法機関の合理的裁量論を明示はしていたものの、必ずしも同判決と結びつけて理解されておらず、最高裁も森林法判決以後、立法機関の合理的裁量論について薬事法判決を規範引用してこなかった。しかし、調査官側ではそのような薬事法判決の理解が伏在していたところ、近年になってその理解が顕在化し、最高裁が明示していないにもかかわらずそのような枠組みを前提としているという理解が匿名解説にて示されるようになる。そしてついに、要指導医薬品対面販売規制判決において、立法機関の合理的裁量論について明示的に薬事法判決が規範引用されるに至った。それは財産権事案にもかかわらず薬事法判決を規範引用し立法機関の合理的裁量論を示した森林法大法廷判決の (越境的な) 判断が、正式に職業の自由事案に引き入れられたことを意味するものと解される。換言すれば、①②③のセットで示された薬事法判決の規範のうち、②は財産権事案に受容され薬事法判決の事案特性からの独立性が高まり (①②③の関係が弱まり)、経済的自由事案の規範へと抽象化され、職業の自由事案に逆輸入されたのである (下図。なお、判決同士の関係は考慮していない)。

なお、小売市場判決の趣旨引用についてこの流れの中でその意義を考えると、職業の自由事案を財産権事案も含めた経済的自由事案への包摂から逃れさせている、つまり当該事案が財産権事案でないことを明示し

18 この「等」に何が含まれるのかは不明であるが、職業の自由に関する事案の解説において判断枠組みの先例として財産権事案のみ明示に参照を求めることが不適合ではないかとの感否めない。



ているのが小売市場判決の趣旨引用である。要指導医薬品対面販売規制判決の匿名解説が「憲法 22 条 1 項の保障する範囲を明らかにした小売市場事件判決を徴した」と述べたのは「憲法 22 条 1 項の」という点に力点があると解される。

## 5. おわりに

### (1) 本稿の要約

本稿は要指導医薬品対面販売規制判決の匿名解説が述べた「小法廷が大法廷判決に徴して合憲である旨を判断するに当たっては、合憲判決を徴すべきものという立場から、憲法 22 条 1 項の保障する範囲を明らかにした小売市場事件判決を徴したものと解される」という解釈を契機として、法令違憲判決および小売市場判決の被引用傾向から、その解釈および要指導医薬品対面販売規制判決の意義を検討した。

その結果、①「合憲判決を徴すべきものとする立場」はこれまでの小法廷における大法廷違憲判決の運用と適格的であることが確認された。また、②その立場が裁判所法 10 条 1 号から必然的に導かれるものであることを指摘し、趣旨引用（または文末引用）は小法廷が違憲審査権限を行使することを弁明する意味を有している可能性を示し、その「趣旨」が希薄化している小売市場判決の趣旨引用を同法の解釈・適用の問題として問う方途を示した。そして、③立法機関の合理的裁量論と薬事法判決とを直結させる理解は森林法判決にて示されたものであり、そのような理解が伏在していたものの要指導医薬品対面販売規制判決において初めて明示的にその趣旨で薬事法判決が規範引用されたことを示した。

### (2) 今後の展望

本稿の関心は主として小売市場判決および薬事法判決の被引用の現状分析にある。そのため、「小売市場判決の趣旨」の内容も含めた現状についての評価は示していない。最後に、要指導医薬品対面販売規制判決を踏まえて、現時点での筆者の理解および今後の展望を簡単に述べる。

まず、「小売市場判決の趣旨」についてである。小売市場判決のやや野放図な被引用傾向は「趣旨」が希薄化し小法廷の違憲審査権限が無際限に拡大していくことと表裏であり、ひいては合憲判断が「小売市場判決の趣旨」だけで小法廷限りで正当化（正統化）されかねない。確かに大法廷でも結論が変わらないのであれば小法廷で判断の方が効率的であることは否定できないが、泉も述べるように、法制度上はあくまで小法廷の違憲審査は例外であり、大法廷での弁論が有する社会的な意義なども踏まえると、「特に、大法廷の先例を広く解釈して、小法廷限りで合憲の判断をすることは、できる限り避けるべきであろう」（泉 [2013] 177 頁）。そのため、「小売市場判決の趣旨」の希薄化を大法廷と小法廷の役割分担の観点から押しとどめる

必要があると思われる。

では要指導医薬品対面販売規制判決が示した「小売市場判決の趣旨」とは何であろうか。例えば、櫻井智章が述べたような「単に結論が合憲というだけ」というものや「広い立法裁量が認められる事案類型」という可能性がある（櫻井 [2021] 145 頁）。また、新井貴大は「小売市場判決が『個人の自由な経済活動に対する法的規制』一般に妥当する基底的判断枠組みを提示した」という読みの可能性を示し、『小売市場判決の趣旨』とは、個人の経済活動に対する法的規制は、目的が公共の福祉に適合しており、手段が必要かつ合理的でなければならないという、個人の経済活動の自由に対する規制一般に（第一次的に）妥当する基底的判断枠組みのことであり」と述べている（新井 [2021] 29-30 頁）。このようにいくつか可能性はあるが、いずれが妥当かについては裁判所法 10 条 1 号の「同じ」の意味を明確にしなければならず、本稿ではその用意ができなかった。この点は今後の課題である。もっとも、一定の方針を示すことは現時点でも可能である。同号括弧書の「同じ」が「趣旨」のレベルも含むと仮定すると、中野次雄らによれば「趣旨」の引用は判決の類推や判例理論の適用の場合があるため（中野ほか [2009] 134 頁（佐藤＝穴戸執筆））、いずれかであるかで問いが異なってくる。つまり、類推であれば事案の類似性が問われるが、判例理論の適用であれば何が判例理論かが問われる、という相違が生じる。議論をする際にはどちらを論じているのかは意識すべきだろう（同 67-71 頁（中野執筆））。また、裁判所法の規律に鑑みればなるべく「趣旨」は限定的に理解すべきと思われる<sup>19</sup>。

次に薬事法判決の規範引用についてである。上述のように要指導医薬品対面販売規制判決は立法機関の合理的裁量論について薬事法判決を規範引用かつ参照引用している。匿名解説によれば、薬事法判決が「重要な公共の利益のために必要かつ合理的であること」を要請しなおかつ消極目的規制の場合に厳格な基準を用いたのは「職業選択の自由そのものに制約を課すものである許可制が採用され、これが消極的、警察的措置である場合には、立法府の合理的裁量の範囲が狭くなることをいうもの」である。こうして匿名解説は薬事法判決が示した厳格な判断基準の射程を限定（明確化）し、「消極的、警察的措置であったとしても、直ちに立法府の裁量が狭くなるものではないと考えられる」と述べている（匿名 [2021] 94 頁）。櫻井が「本判決では〔積極目的規制＝明白性の原則／消極目的規制＝厳格な合理性の基準という意味での〕目的二分論の拒絶が決定的となっている」と述べるのも同様の趣旨であろう（櫻井 [2021] 145 頁）。今後はそのような薬事法の理解が妥当かどうかについて議論を深めていくことになるが、その際には、森林法判決も含めた「経済的自由」という枠組みで検討するかどうかも含めて議論する必要があると思われる。

本稿はその検討対象および検討方法が限定的であり、実証とはいえず小法廷合憲判決の引用関係はほとんど見ておらず、判例や判例理論についての学説もほとんど言及していない。とりわけ、引用の仕方と小法廷の違憲審査権限との関係について文言上の分類を超えて諸判決の内実に入り込んで詳細な検証をすることまではしていない。それらは今後の研究に委ねられるところが大きい。しかし、このような粗い検証であっても改めて憲法判例という観点から判例の引用方法を分類したこと、その上で小売市場判決および薬事法判決の引用の意味に関する可能性を示し今後の論点を整理した点では意義があるだろうと思われる。

#### 謝辞

本研究は JSPS 科研費 JP21K01131 の助成を受けたものである。

#### 参考文献

\* 本文に引用していないものも含む。

<判例評釈>

新井 [2021]：新井貴大「判批」新・判例解説 Watch 29 号（2021 年）27-30 頁。

---

19 また、裁判所法の規律に鑑みれば、小法廷としては判決文中に「趣旨」に関する理解を明示すべきであろう。

- 池田 [2001]：池田耕平「判批」最判解刑事篇平成10年度（2001年）53-54頁。
- 上田 [2017]：上田健介「判批」民商法雑誌153巻5号（2017年）159-166（773-780）頁。
- 内田 [1995]：内田義厚「判批」判タ882号（1995年）318-319頁。
- 金原 [2018]：金原宏明「判批」新・判例解説Watch22号（2018年）9頁-12頁。
- 櫻井 [2021]：櫻井智章「判批」法教490号（2021年）145頁。
- 平良 [2020]：平良小百合「判批」令和元年重判（2020年）24-25頁。
- 武田 [2017]：武田芳樹「判批」法セミ755号（2017年）108頁。
- [2019]：同「判批」法セミ776号（2019年）120頁。
- 原田 [1991]：原田國男「判批」最判解刑事篇平成元年度（1991年）1-19頁。
- 福崎 [2003]：福崎伸一郎「判批」最判解刑事篇平成12年度（2003年）1-18頁。
- 松本（和） [2019]：松本和彦「判批」法教466号（2019年）122頁。
- 松本（哲） [2018]：松本哲治「判批」平成29年度重判解（2018年）23-24頁。
- 綿引 [1995]：綿引万里子「判批」最判解民事篇平成4年度（1995年）569-588頁。
- 匿名 [1994] 判タ831号（1994年）76-77頁。
- 匿名 [2014]：判タ1405号（2014年）83-89頁。
- 匿名 [2017]：判タ1435号（2017年）86-88頁。
- 匿名 [2021]：判タ1487号（2021年）92-97頁。
- <その他>
- 泉 [2013]：泉徳治『私の最高裁判所論』（日本評論社、2013年）。
- 大野 [2016]：大野悠介「秩序に彩られる国家—小売市場判決再訪」慶應法学34号（2016年）193-291頁。
- [2018]：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年）53-91頁。
- 逐条解説 [1967]：最高裁判所事務総局『裁判所法逐条解説 上巻』（法曹会、1967年）。
- 中野ほか [2009]：中野次雄＝佐藤文哉＝篠田省二＝本吉邦夫＝穴戸達徳『判例とその読み方〔三訂版〕』（有斐閣、2009年）。

## 別表

	裁判	判示内容（〔 〕、下線部および□は筆者。漢数字は算用数字に直した。）	補足(判時・判タは省略)
尊属殺重罰規定判決	A	<p>最判（一小）昭和49年9月26日刑集28巻6号329頁</p> <p>右の規定〔旧刑法205条2項〕が憲法の右の法条に違反するものでないことは、既に当裁判所の判例（昭和25年（あ）第292号同年10月11日大法廷判決・刑集4巻10号2037頁〔尊属傷害致死被告事件〕）とするところであり、その結論自体については、今日でもこれを変更する必要を認めない。その理由を述べると、次のとおりである。</p> <p>憲法14条1項は、国民に対し法の下における平等を保障した規定であつて、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべきところ（最高裁昭和37年オ第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、<u>同45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁</u>）……</p> <p>尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義であつて、このような普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するから、尊属に対する傷害致死を通常の傷害致死よりも重く処罰する規定を設けたとしても、かかる差別的取扱いをもつて、直ちに合理的根拠を欠くものと断ずることはできず、したがつてまた、憲法14条1項に違反するということができないことは当裁判所の判例（昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁）の趣旨に徴し明らかである。</p>	
	B	<p>最判（二小）昭和51年2月6日刑集30巻1号1頁</p> <p>尊属傷害致死に関する刑法205条2項の規定は、合理的根拠に基づく差別的取扱いの域を出ないものであつて、憲法14条1項に違反するものといえないことは、当裁判所の判例（昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁）の趣旨に徴し明らかである（最高裁昭和48年（あ）第1997号同49年9月26日第一小法廷判決・刑集28巻6号329頁<sup>参照</sup>）。</p>	最判（三小）昭和50年11月28日集刑198号707頁も同様
	C	<p>最判（三小）昭和54年7月10日集刑215号69頁</p> <p>刑法205条2項の規定が憲法13条、14条に違反するものでなく、被告人の本件所為に刑法205条2項を適用しても憲法の右各法条及び憲法76条に違反しないことは、当裁判所の判例の趣旨に徴して明らかである（昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁、昭和48年（あ）第1997号同49年9月26日第一小法廷判決・刑集28巻6号329頁、昭和50年（あ）第1283号同年11月28日第三小法廷判決・裁判集刑事198号707頁<sup>参照</sup>）から、所論は理由がない。</p>	
	D	<p>最判（二小）平成2年11月26日集刑256号271頁、判時1380号10頁</p> <p>右規定〔旧法205条2項〕が憲法14条に違反するものでないことは、既に当裁判所の判例（昭和25年（あ）第292号同年10月11日大法廷判決・刑集4巻10号2037頁、昭和26年（あ）第2137号同29年1月20日大法廷判決・刑集8巻1号52頁〔尊属傷害致死被告事件〕）とするところであるから、所論は理由がない（最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁、同昭和48年（あ）第1997号同49年9月26日第一小法廷判決・刑集28巻6号329頁、同昭和50年（あ）第1563号同51年2月6日第二小法廷判決・刑集30巻1号1頁<sup>参照</sup>）。</p>	
	E	<p>最判（一小）平成8年11月28日刑集50巻10号827頁</p> <p>右規定〔旧法205条2項〕が憲法の右各条項に違反するものでないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和25年（あ）第292号同年10月11日大法廷判決・刑集4巻10号2037頁、最高裁昭和26年（あ）第2137号同29年1月20日大法廷判決・刑集8巻1号52頁）とするところであるから、所論は理由がない（最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁、最高裁昭和48年（あ）第1997号同49年9月26日第一小法廷判決・刑集28巻6号329頁、最高裁昭和50年（あ）第1563号同51年2月6日第二小法廷判決・刑集30巻1号1頁<sup>参照</sup>）。</p>	

小売市場判決と薬事法判決の引用に関する覚書

	F	最判（一小）昭和54年12月20日刑集33巻7号1074頁	公職選挙法148条3項1号イの「新聞紙にあつては毎月三回以上」の部分 が憲法21条、14条に違反しないことは、当裁判所大法廷判例（昭和28年（あ）第3147号同30年4月6日判決・刑集9巻4号819頁、同29年（あ）第787号同30年2月16日判決・刑集9巻2号305頁、同24年（れ）第2591号同25年9月27日判決・刑集4巻9号1799頁、同37年（あ）第899号同39年11月18日判決・刑集18巻9号561頁〔以上、憲法21条関係〕、 <u>同45年（あ）第1310号同48年4月4日判決・刑集27巻3号265頁</u> 、同29年（あ）第439号同30年2月9日判決・刑集9巻2号217頁〔選挙犯罪人の（被）選挙権停止に関する憲法14条1項関係〕）の趣旨に徴し明らかであるから（最高裁昭和35年（あ）第470号同年7月15日第二小法廷判決・裁判集刑事134号611頁 <u>参照</u> ）、所論は理由がない。	
薬事法判決（一部小売市場判決）	G (c)	最判（三小）平成4年12月15日民集46巻9号2829頁	憲法22条1項は、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……職業の自由に対する規制措置は事情に応じて各種各様の形をとるため、その憲法22条1項適合性を一律に論ずることはできず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによっ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上で慎重に決定されなければならない。そして、その合憲性の司法審査に当たっては、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限り、立法政策上の問題としてこれを尊重すべきであるが、右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得る。ところで、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、狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、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得るためには、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するものというべきである（最高裁昭和43年（行ツ）第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁 <u>参照</u> ）…… そうすると、酒税法9条、10条10号の規定が、立法府の裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理であるということとはできず、右規定が憲法22条1項に違反するものということとはできない…… 以上は、当裁判所大法廷判決（最高裁昭和31年（あ）第1071号同37年2月28日判決・刑集16巻2号212頁〔源泉徴収と憲法29条1項・14条1項に関する事件〕、 <u>同昭和45年（あ）第23号同47年11月22日判決・刑集26巻9号586頁</u> 、前掲昭和50年4月30日判決、同昭和60年3月27日判決〔サラリーマン税金訴訟判決〕）の趣旨に徴して明らかであるというべきである。	
	H (d)	最判（三小）平成10年3月24日刑集52巻2号150頁	酒類販売業免許制は、酒税法によって定められた職業の許可制による規制であるが、職業の自由に対する規制措置のうち、許可制は、職業選択の自由そのものに制約を課する強力な制限であるから、その憲法22条1項適合性を肯定するためには、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するものというべきである（最高裁昭和43年（行ツ）第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁 <u>参照</u> ）…… 酒類販売業免許制を定めた酒税法9条1項及びその罰則を定めた同法56条1項1号の各規定が憲法22条1項に違反するものということとはできない。 以上は、当裁判所の判例（最高裁昭和31年（あ）第1071号同37年2月28日判決・刑集16巻2号212頁、最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日判決・刑集26巻9号586頁、前記最高裁昭和50年4月30日	最判（一小）平成10年3月26日集民187号559頁、最判（三小）平成14年6月4日集刑281号437頁も同様。 もっとも、最判（一小）平成10年7月16日集民189号155頁はそもそも規範定立部分がなく薬事法判決の引用も趣旨引用のみにとどまり小

		<p>大法廷判決、前記最高裁昭和60年3月27日大法廷判決)の趣旨に徴して明らかとなるところというべきであり(最高裁昭和63年(行ツ)第56号平成4年12月15日第三小法廷判決・民集46巻9号2829頁<sup>参照</sup>)、所論はいずれも理由がない。</p>	<p>売市場判決の引用もない。</p>
I	<p>最判(三小)平成12年2月8日刑集54巻2号1頁</p>	<p>右規制〔登記事務等の業務を原則として司法書士が行うものとする規制〕が公共の福祉に合致した合理的なもので憲法22条1項に違反するものではないことは、当裁判所の判例(最高裁昭和33年(あ)第411号同34年7月8日大法廷判決・刑集13巻7号1132頁〔一定の施術を歯科医師が行うものとしていた事件〕、<u>最高裁昭和43年(行ツ)第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁</u>)の趣旨に徴し明らかである。</p>	
J (f)	<p>最判(二小)平成21年3月9日刑集63巻3号27頁</p>	<p>有害図書類の「自動販売機」への収納を禁止し、その違反に対し刑罰を科すことは、青少年の健全な育成を阻害する有害な環境を浄化するための必要やむを得ないものであって、憲法21条1項、22条1項、31条に違反するものではない。このように解することができることは、当裁判所の判例(昭和28年(あ)第1713号同32年3月13日大法廷判決・刑集11巻3号997頁〔チャタレイ判決〕、昭和39年(あ)第305号同44年10月15日大法廷判決・刑集23巻10号1239頁〔「悪徳の栄え」判決〕、<u>昭和45年(あ)第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号586頁</u>、<u>昭和43年(行ツ)第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁</u>、昭和57年(あ)第621号同60年10月23日大法廷判決・刑集39巻6号413頁〔福岡県青少年保護育成条例判決〕)の趣旨に徴し明らかである(最高裁昭和62年(あ)第1462号平成元年9月19日第三小法廷判決・刑集43巻8号785頁〔岐阜県青少年保護育成条例判決〕<sup>参照</sup>)。</p>	<p>最判(二小)平成21年12月11日集刑299号1043頁も同様</p>
K	<p>最判(二小)平成25年1月11日民集67巻1号1頁</p>	<p>憲法22条1項による保障は、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されるところ(<u>最高裁昭和43年(行ツ)第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁<sup>参照</sup></u>)</p>	
L	<p>最判(一小)令和3年3月18日民集75巻3号552頁</p>	<p>憲法22条1項は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由も保障しているところ、職業の自由に対する規制措置は事情に応じて各種各様の形をとるため、その同項適合性を一律に論ずることはできず、その適合性は、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによっ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上で慎重に決定されなければならない。この場合、上記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限り、立法政策上の問題としてこれを尊重すべきものであるところ、そ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得る(<u>最高裁昭和43年(行ツ)第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁<sup>参照</sup></u>)……</p> <p>以上検討した本件各規定による規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度に照らすと……立法府の合理的裁量の範囲を超えるものであるということとはできない。</p> <p>したがって、本件各規定が憲法22条1項に違反するものということとはできない。</p> <p>以上は、当裁判所大法廷判決(最高裁昭和45年(あ)第23号同47年11月22日判決・刑集26巻9号586頁)の趣旨に徴して明らかというべきである。</p>	

小売市場判決と薬事法判決の引用に関する覚書

議員定数不均衡訴訟判決（昭和51年・昭和60年）	M	最判（二小）昭和63年10月21日民集42巻8号644頁	<p>具体的に決定された選挙区割と議員定数の配分の下における選挙人の投票の有する価値に不平等が存在し、あるいはその後の人口の異動により右のような不平等が生じ、それが国会において通常考慮し得る諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般に合理性を有するものとは考えられない程度に達しているときは、右のような不平等は、もはや国会の裁量権の合理的行使の限界を超えているものと推定され、これを正当化すべき特別の理由が示されない限り、憲法の選挙権の平等の要求に反している状態であると判断されざるを得ないものというべきである。</p> <p>以上は、<u>最高裁昭和49年（行ツ）第75号同51年4月14日大法廷判決</u>（民集30巻3号223頁。以下「昭和51年大法廷判決」という。）、<u>最高裁昭和56年（行ツ）第57号同58年11月7日大法廷判決</u>（民集37巻9号1243頁。以下「昭和58年大法廷判決」という。）、<u>最高裁昭和59年（行ツ）第339号同60年7月17日大法廷判決</u>（民集39巻5号1100頁。以下「昭和60年大法廷判決」という。）及び<u>最高裁平成3年（行ツ）第111号同5年1月20日大法廷判決</u>（民集47巻1号67頁。以下「平成5年大法廷判決」という。）の趣旨とするところである。</p>	
	N	最判（三小）平成3年4月23日民集45巻4号554頁	<p>地方公共団体の議会の議員の定数配分を定めた条例の規定（以下「議員定数配分規定」という。）そのものの違法を理由とする地方公共団体の議会の議員の選挙の効力に関する訴訟が公職選挙法（以下「公選法」という。）203条の規定による訴訟として許されることは、当裁判所大法廷判決（<u>昭和49年（行ツ）第75号同51年4月14日判決</u>・民集30巻3号223頁、<u>昭和56年（行ツ）第57号同58年11月7日判決</u>・民集37巻9号1243頁、<u>昭和59年（行ツ）第339号同60年7月17日判決</u>・民集39巻5号1100頁）の趣旨に徴して明らかであり（<u>最高裁昭和58年（行ツ）第115号同59年5月17日第一小法廷判決</u>・民集38巻7号721頁、<u>同昭和61年（行ツ）第102号同62年2月17日第三小法廷判決</u>・裁判集民事150号199頁、<u>同昭和63年（行ツ）第176号平成元年12月18日第一小法廷判決</u>・民集43巻12号2139頁、<u>同平成元年（行ツ）第15号同年12月21日第一小法廷判決</u>・民集43巻12号2297頁）</p>	最判（一小）平成7年6月8日民集49巻6号1443頁も同様
	O	最判（二小）平成5年10月22日集民170号231頁、判時1484号25頁、判タ838号71頁	<p>本件条例において公選法271条2項の規定を適用して前記三選挙区を特例選挙区として存置したことが、憲法14条1項に違反するものでないことは、当裁判所大法廷判決（<u>最高裁昭和49年（行ツ）第75号同51年4月14日判決</u>・民集30巻3号223頁、<u>最高裁昭和54年（行ツ）第65号同58年4月27日判決</u>・民集37巻3号345頁〔参議院議員定数不均衡訴訟判決〕、<u>最高裁平成3年（行ツ）第111号同5年1月20日判決</u>・民集47巻1号67頁〔衆議院議員定数不均衡訴訟判決〕）の趣旨に照らして明らかであるといえる。論旨は採用することができない。</p>	最判（一小）昭和59年5月17日民集38巻7号721頁、最判（一小）昭和60年10月31日集民146号13頁、最判（三小）昭和62年2月17日集民150号199頁、最判（一小）平成元年12月18日民集43巻12号2139頁、最判（一小）平成元年12月21日民集43巻12号2297頁、最判（二小）平成5年10月22日民集47巻8号5147頁も同様

	P	最判（一小）昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁	これ〔憲法47条〕が投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量の権限に任せる趣旨であることは、当裁判所の判例とするところである（昭和38年（オ）第422号同39年2月5日大法廷判決・民集18巻2号270頁〔選挙に関する事項について立法府の裁量の権限を認めた判決〕、昭和49年（行ツ）第75号同51年4月14日大法廷判決・民集30巻3号223頁参照）。	最判（二小）平成5年10月22日集民170号123頁も同様
	Q	最判（三小）平成7年2月28日民集49巻2号639頁	右のような措置〔法律でもって地方参政権を一定の外国人に付与する措置〕を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない。以上のように解すべきことは、当裁判所大法廷判決（前掲昭和35年12月14日判決〔同一の氏・名がいる場合の投票の扱いに関して立法政策であり合憲とした判決〕、最高裁昭和37年（あ）第900号同38年3月27日判決・刑集17巻2号121頁〔公選制の廃止等を立法政策として合憲とした判決〕、最高裁昭和49年（行ツ）第75号同51年4月14日判決・民集30巻3号223頁、最高裁昭和54年（行ツ）第65号同58年4月27日判決・民集37巻3号345頁〔参議院議員定数不均衡訴訟判決〕）の趣旨に徴して明らかである。	
森林法判決	R	最判（一小）平成8年10月31日民集50巻9号2563頁	共有物分割の申立てを受けた裁判所としては、現物分割をするに当たって、持分の価格以上の現物を取得する共有者に当該超過分の対価を支払わせ、過不足の調整をすることができる（最高裁昭和59年（オ）第805号同62年4月22日大法廷判決・民集41巻3号408頁参照）のみならず、当該共有物の性質及び形状、共有関係の発生原因、共有者の数及び持分の割合、共有物の利用状況及び分割された場合の経済的価値、分割方法についての共有者の希望及びその合理性の有無等の事情を総合的に考慮し、当該共有物を共有者のうちの特定の者に取得させるのが相当であると認められ、かつ、その価格が適正に評価され、当該共有物を取得する者に支払能力があって、他の共有者にはその持分の価格を取得させることとしても共有者間の実質的公平を害しないと認められる特段の事情が存するときは、共有物を共有者のうちの一人の単独所有又は数人の共有とし、これらの者から他の共有者に対して持分の価格を賠償させる方法、すなわち全体的価格賠償の方法による分割をすることも許される	
	S	最判（二小）平成4年1月24日集民164号25頁、判時1424号54頁、判タ789号116頁	多数の共有不動産について、民法258条により現物分割をする場合には、これらを一括して分割の対象とすることも許されること、また、共有者が多数である場合には、分割請求者の持分の限度で現物を分割し、その余は他の者の共有として残す方法によることも許されることは、当審の判例（昭和59年（オ）第805号同62年4月22日大法廷判決・民集41巻3号408頁）の判示するところであり、その趣旨に徴すれば、分割請求をする原告が多数である場合においては、被告の持分の限度で現物を分割し、その余は原告らの共有として残す方法によることも許されると解するのが相当である。	最判（二小）平成9年4月25日集民183号365頁、最判（二小）平成10年2月27日集民187号207頁も同様
在外国民選挙権判決	T	最判（三小）平成20年4月15日民集62巻5号1005頁	公務員による公権力の行使に国家賠償法1条1項にいう違法があるというためには、公務員が、当該行為によって損害を被ったと主張する者に対して負う職務上の法的義務に違反したと認められることが必要である（最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁〔在宅投票制度廃止に関する判決〕、最高裁昭和61年（オ）第1152号平成元年11月24日第二小法廷判決・民集43巻10号1169頁〔知事の行政王位と賠償責任に関する判決〕、最高裁平成13年（行ツ）第82号、第83号、同年（行ヒ）第76号、第77号同17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁等参照）。	

小売市場判決と薬事法判決の引用に関する覚書

	U	最判（一小）平成18年7月13日集民220号713頁、判時1946号41頁、判タ1222号135頁	立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきであることは、当裁判所の判例とするところである（ <u>最高裁平成13年（行ツ）第82号、第83号、同年（行ヒ）第76号、第77号同17年9月14日大法院判決・民集59巻7号2087頁</u> ）。	
国籍法判決	V	最判（三小）平成27年3月10日民集69巻2号265頁	日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別につき、そのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において不合理なものではなく、立法府の合理的な裁量判断の範囲を超えるものではないと認められる場合には、当該区別は、合理的理由のない差別に当たるとはいえず、憲法14条1項に違反するということはできないものと解するのが相当である（ <u>最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法院判決・民集18巻4号676頁、最高裁平成10年（オ）第2190号同14年11月22日第二小法院判決・裁判集民事208号495頁〔国籍法2条1号に関する判決〕、最高裁平成18年（行ツ）第135号同20年6月4日大法院判決・民集62巻6号1367頁参照</u> ）。	
法定相続分決定	W	最高三小判平成26年12月2日LEX/DB25505524	平成12年5月当時において、嫡出でない子の相続分を嫡出である子の相続分の2分の1と定めた民法（平成25年法律第94号による改正前のもの）900条4号ただし書前段の規定が憲法14条1項に違反するものでなかったことは、当裁判所の判例とするところである（ <u>最高裁平成3年（ク）第143号同7年7月5日大法院決定・民集49巻7号1789頁、最高裁平成24年（ク）第984号、第985号同25年9月4日大法院決定・民集67巻6号1320頁</u> ）。	
小売市場判決	a	最判（二小）平成元年1月20日刑集43巻1号1頁	もともと、このような積極的、社会経済政策的な規制目的に出た立法については、立法府のとつた手段がその裁量権を逸脱し、著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲とすべきであるところ（ <u>最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法院判決・刑集26巻9号586頁参照</u> ）、右の適正配置規制及び距離制限がその場合に当たらないことは、多言を要しない。	
	b	最判（三小）平成2年2月6日訟月36巻12号2242頁	積極的な社会経済政策の実施の一手段として、個人の経済活動に対し一定の合理的規制措置を講ずることは、憲法が予定し、かつ、許容するところであるから、裁判所は、立法府がその裁量権を逸脱し、当該規制措置が著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲としてその効力を否定することができるというのが、当裁判所の判例とするところである（ <u>昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法院判決・刑集26巻9号586頁</u> ）。	
	c	最判（三小）平成4年12月15日民集46巻9号2829頁	Gと同じ	
	d	最判（三小）平成10年3月24日刑集52巻2号150頁	Hと同じ	

e	最判（三小）平成14年6月4日集刑281号437頁、判時1788号160頁、判タ1094号117頁	<p>酒類販売業免許制を定めた酒税法9条1項の規定が憲法22条1項に違反するものということとはできない。</p> <p>以上は、当裁判所の判例（最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号586頁、前記最高裁昭和50年4月30日大法廷判決、前記最高裁昭和60年3月27日大法廷判決）の趣旨に徴して明らかかなところというべきであり（最高裁昭和63年（行ツ）第56号平成4年12月15日号第三小法廷判決・民集46巻9号2829頁、最高裁平成5年（あ）第1135号同10年3月24日第三小法廷判決・刑集52巻2号150頁<sup>参照</sup>）、所論は、いずれも理由がない。</p>	
f	最判（二小）平成21年3月9日刑集63巻3号27頁	Jと同じ	最判（二小）平成21年12月11日集刑299号1043頁も同様
g	最判（三小）平成26年5月27日集民247号1頁、判時2231号9頁、判タ1405号83頁	<p>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といえることができる。</p> <p>以上に鑑みると、2親等規制を定める本件規定は、憲法22条1項及び29条に違反するものではない……</p> <p>2親等規制を定める本件規定が憲法21条1項に違反するとはいえず、憲法22条1項及び29条に違反するともいえないことは、当裁判所大法廷判決（前掲最高裁昭和58年6月22日大法廷判決〔よど号〕、前掲最高裁平成4年7月1日大法廷判決〔成田新法〕、最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号586頁、最高裁平成12年（オ）第1965号、同年（受）第1703号同14年2月13日大法廷判決・民集56巻2号331頁〔証取法〕）の趣旨に徴して明らかというべきである。</p>	合理的裁量について判例の引用がない。
h	最判（一小）平成27年12月7日集刑318号163頁	<p>上記各規定〔旅行業法2条1項、3条、29条1号〕が、憲法22条1項に違反するものでないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和31年（あ）第914号同36年12月20日大法廷判決・刑集15巻11号1864頁〔貸金業法〕、最高裁昭和38年（あ）第3179号同40年7月14日大法廷判決・刑集19巻5号554頁〔医薬品登録制〕、最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号586頁）の趣旨に徴して明らかである。</p>	
i	最判（一小）平成28年12月15日集民254号81頁、判時2328号24頁、判タ1435号86頁	<p>本件条例が、青少年が多く利用する施設又は周辺の環境に特に配慮が必要とされる施設の敷地から一定の範囲内における風俗案内所の営業を禁止し、これを刑罰をもって担保することは、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、合理性があるといえることができ……京都府議会が上記の営業禁止区域における風俗案内所の営業を禁止する規制を定めたことがその合理的な裁量の範囲を超えるものとはいえないから、本件条例3条1項及び16条1項1号の各規定は、憲法22条1項に違反するものではないと解するのが相当である……</p> <p>以上は、当裁判所大法廷判決（最高裁昭和29年（あ）第2861号同36年2月15日大法廷判決・刑集15巻2号347頁〔あん摩師等の広告規制に関する事案〕、最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号586頁）の趣旨に徴して明らかというべきである。</p>	合理的裁量について判例の引用がない。

小売市場判決と薬事法判決の引用に関する覚書

j	最判（一小）平成5年2月18日D1-Law.com判例体系〔28282692〕	本件〔浄化槽汚泥収集〕運搬業不許可処分が憲法22条に違反するものでないことは、 <u>最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法廷判決（刑集26巻9号586頁）</u> の趣旨に徴して明らかであり、また、その余の違憲の主張は、原審の認定しない事実に基づき原判決を論難するものにすぎない。	
k	最判（二小）平成5年6月25日集民169号175頁、判時1475号59頁、判タ831号76頁	製造たばこの小売販売業に対する右規制〔許可制・適正配置規制〕が、憲法22条1項に違反するということはできない。以上は、 <u>最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号586頁</u> の趣旨に徴して明らかである。	
l	最判（一小）平成8年3月28日訟月43巻4号1207頁	登録制度の採用は、特定石油製品の円滑な輸入と石油製品全体の安定的な供給という重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であって、公共の福祉に適合するものといえることができる。そして、同法5条1号及び3号による規制は、右目的のために必要かつ合理的なものであって、これが著しく不合理であることが明白であるとは認められない。したがって、同法〔特定石油製品輸入暫定措置法〕3条、5条1号及び3号に基づく特定石油製品の輸入事業の規制が、憲法22条1項に違反するということとはできない。以上は、 <u>最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号586頁</u> の趣旨に徴して明らかである。	
m	最判（一小）平成17年9月8日集民217号709頁、判時1920号29頁、判タ1200号132頁	医療法30条の7の規定に基づき病院の開設を中止すべき旨の勧告を受けたにもかかわらずこれに従わずに開設された病院について……保険医療機関の指定を拒否することは、公共の福祉に適合する目的のために行われる必要かつ合理的な措置といえることができるのであって、これをもって職業の自由に対する不当な制約であるということとはできない。したがって、同項を上記のとおり解すること及び同項を適用してされた本件処分〔保健医療機関指定拒否処分〕は、憲法22条1項に違反するものではない。以上は、 <u>最高裁昭和45年（あ）第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号586頁</u> の趣旨に徴して明らかである。	