

# 経済的自由の違憲審査基準論

矢 島 基 美

## 目 次

- はじめに
- 一 ふたつの最高裁判決
- 二 目的二分論とその批判論
- 三 残されていた問題
- 四 最近の判例
- 五 検 討
- おわりに

## はじめに

日本国憲法は、基本的人権として、職業選択の自由（第22条第1項）および財産権（第29条）の保障を規定する。両者は、確かにその権利の性質において差異は存するが、いずれも個人の経済活動の自由に密接に関わるものであるところから、一般に、いわゆる「経済的自由」としてカテゴライズされ、自由権の基本権のひとつとして人権カタログに位置づけられている<sup>1)</sup>。すなわち、第22条第1項にいう「職業選択の自由」とは、「任意の職業を選択することの自由」（狭義の「職業選択の自由」）とともに、そこで選択した「職業を営むことの自由」をも含むものであると解され、そこからいわゆる

---

注1) たとえば、佐藤功・日本国憲法概説〔全訂第4版〕（1991年）248頁、佐藤幸治・憲法〔新版〕（1990年）487頁以下、伊藤正己・憲法（1982年）206頁以下等参照。

「営業の自由」が導き出されることになる<sup>2)</sup>。他方、第29条にいう「財産権」は、「私法上、公法上の財産的価値を有するすべての権利」<sup>3)</sup>であり、その行使の自由は、「営業の自由」(広義)のうち、営業活動の自由に相当するものと考えられている<sup>4)</sup>。

ところで、日本国憲法は、もとよりこれら経済的自由を絶対不可侵のものとして保障しているわけではない。職業選択の自由および財産権の保障については、それぞれ「公共の福祉に反しない」(第22条第1項)こと、「公共の福祉に適合する」(第29条第2項)ことが明文で要請されているからである。それゆえ、これら経済的自由に対しては、憲法上、「公共の福祉」を根拠とする何らかの公権的な規制があらかじめ予定されているものといえる。しかしながら、その規制が具体的にいかなる内容の「公共の福祉」をもって、また、いかなる程度において許されうるのか、それら条項の文言上必ずしも明確にされているわけではない。

この点で、これまでひとつの有力な指針を与えてきたものが、いわゆる経済的自由における二重の基準の理論である<sup>5)</sup>。すなわち、「二重の基準の理論」とは、いうまでもなく、精神的自由の「優越的地位」などの観点から、精神的自由ならびに経済的自由の各規制に関わる違憲審査においては「二重の基準」(double standards)——前者の規制に関する場合は後者のそれよりも厳しい審査基準——を設定しようとするものであるが、経済的自由の領域内においても、その理論に倣って、二重の違憲審査基準を設定し、使い分けようというわけである。そして、その典型として、経済的自由に対する公権的規制について、規制目的によってこれを消極(警察)的・積極(政策)

2) たとえば、佐藤功・憲法(上)[新版](1983年)388頁参照。

3) 大須賀明ほか・憲法講義2(1979年)200-201頁(浦部法穂執筆)。同旨、佐藤・前掲2)478頁、樋口陽一ほか編・注釈日本国憲法上巻(1984年)675頁(中村睦男執筆)等。

4) 大須賀ほか・前掲3)214-215頁、樋口ほか編・前掲3)513-514頁等参照。なお、「営業の自由」の観念については、今村成和『『営業の自由』の公権的規制』ジュリスト460号40-41頁参照。

5) 参照、佐藤功・前掲1)253頁。

的性質に二分し、かつ、その目的区分に対応させて当該規制に対する違憲審査基準を使い分けようとする見解が主張されている（このような見解の特徴を踏まえて、以下ではこれを単に「目的二分論」と称することに<sup>6)</sup>）。

この目的二分論は、一般に、ふたつの最高裁判決——小売商業調整特別措置法事件に関する最高裁（大法廷）1972年11月22日判決<sup>7)</sup>（以下では、72年判決という）および薬事法事件に関する最高裁（大法廷）1975年4月30日判決<sup>8)</sup>（以下では、75年判決という）——の登場を契機にして、判例上も学説上も確立したものと理解されている。そして、これ以後、経済的自由に対する公権的規制一般の違憲審査においては、ある意味で所与のこととして目的二分論が採用されるべきであると説かれてきたといつてよい。

確かに、目的二分論は、経済的自由に対する公権的規制に関して行われてきた従来の違憲審査の手法に比べて大きな意味をもつものであった。先のふたつの最高裁判決が下される以前にあっては、当該規制が憲法に違反するか否かについて、職業選択の自由、財産権に限らず、『公共の福祉』を一律に適用する審査方法<sup>9)</sup>によっていたものといつてよいからである<sup>10)</sup>。しかし、目的二分論に関しては、たとえば、立法目的は積極もしくは消極のいずれかに常に二分されうるものか、規制目的の区分はそのまま違憲審査基準に対応

---

6) その代表的な議論は、たとえば芦部信喜「薬局距離制限の違憲判決と憲法訴訟」ジュリスト592号14頁以下（同「職業の自由の規制と『厳格な合理性』基準」憲法訴訟の現代的展開（1981年）所収）にみられるが、学説の多数が、そのニュアンスには相違があるものの、この見解を支持してきた。佐藤功・前掲1）252—253頁、佐藤幸・前掲1）489—490頁、大須賀ほか・前掲3）195頁以下等参照。

7) 刑集26巻9号586頁。

8) 民集29巻4号572頁。

9) 樋口ほか編・前掲3）522頁。

10) もっとも、清水望「職業選択の自由」ジュリスト638号318頁は、一連の最高裁（大法廷）判決を検討しつつ、これらにおける「職業選択の自由なり営業の自由なりに対する法的規制についての憲法判断は、……〔72年判決〕以前においても、警察規制的なものと判断した場合には、社会経済政策的規制とみた場合に比較して相対的にみて厳格であった」ことからすれば、いわゆる「二重の基準」は「明示こそされなかったが、一貫して潜在していたと判断してよいのではあるまいか」と説く。

しうるものか、当初より批判がみられていた<sup>11)</sup>。そして、さらに注目されるべきことは、最近の判例——たとえば森林法事件や近年の公衆浴場事件に関する最高裁判決<sup>12)</sup>において、目的二分論とは異なる手法によって違憲審査を行う姿勢が見受けられるようになっている点である。

そこで今日、経済的自由における二重の基準の理論の意義を問い直し、その理論的射程を見直すことには、少なからぬ意味があるものと思われる。もとよりこうした観点からする論考はすでにかなりものされているが<sup>13)</sup>、本稿では、とりわけ近年の裁判例を踏まえながら、目的二分論がそれら判例においてどのような取り扱いを受けているのか、検討しようとするものである。それはとりもなおさず、経済的自由に対する公権的規制の違憲審査において、そもそも目的二分論にみられるような規制目的による二分法は妥当なのかどうか、また、同様に規制目的に応じた審査基準の設定は妥当なのかどうか、を再検討することにほかならない。

以下では、まず、従来の議論を整理する。先のふたつの判例を概観し(一)、そこに確立した目的二分論とその批判論を要約し(二)、そして、実はそこでさほどの問題意識を抱かれることなく取り残されていた問題を指摘する(三)。次いで、最近の裁判例を取り上げつつ目的二分論がどのように

---

11) たとえば、覚道豊治「薬事法による薬局の配置規制と憲法22条1項」民商法雑誌74巻2号125頁以下、戸波江二「薬事法6条2項、4項に定める薬局開設の距離制限は憲法22条1項に違反する」法学協会雑誌94巻1号125頁以下参照。

12) 森林法事件については、最高裁(大法廷)1987年4月22日判決(民集41巻3号408頁)、また、公衆浴場法事件については、最高裁(3小)1989年3月7日判決(判例時報1308号111頁)。

13) たとえば、戸波江二「職業の自由」法学教室57号21頁以下、同「職業の自由」憲法の基本問題(別冊法学教室)240頁以下、憲法理論研究会編・現代の憲法理論(1990年)191頁以下(戸波江二執筆)、棟居快行「営業の自由における違憲審査基準論の再検討」神戸法学雑誌35巻3号701頁以下、同「財産権の制約根拠論再考」公法研究51号120頁以下、芦部信喜「憲法判例の動向と『二重の基準』の理論」戦後憲法学の展開(和田英夫教授古稀記念論集)(1988年)265頁以下、浦部法穂「財産権制限の法理」公法研究51号90頁以下、高橋正俊「職業の自由規制の合憲基準」香川法学9巻4号517頁以下、工藤達朗「経済的自由の違憲審査基準」法学教室123号39頁以下等参照。

取り扱われているのか概観し（四）、そのうえで総合的な検討を加えることにする（五）。

## 一 ふたつの最高裁判決

### 1) 判決の概要

目的二分論が学説上通説的な地位を占めるうえで大きな契機とも論拠ともなった判例は、すでによく知られているように、ふたつの最高裁判決——72年判決および75年判決である。前者は、小売市場開設の許可制を定めた小売商業調整特別措置法第3条第1項が憲法22条第1項に違反するものではないと判示し、後者は、薬局開設の許可基準として適正配置（距離制限）要件を定めた薬事法旧第6条第2項、第4項が憲法第22条第1項に違反すると判示するものであった。ここでは、議論の前提として、これら判決の論理を簡単に整理しておくことにしよう。

まず、72年判決の論理は、概要次のようなものであった。

(イ)「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ふことができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、右社会経済政策の実施の一手段として、これに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る」。

(ロ)「〔憲法第22条第1項〕に基づく個人の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べきであることはいうまでもない。」

(ハ) 他方、「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發展を企図しており、その見地から、すべて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。」

(ニ)「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っほかな」く、裁判所としては、「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ものと解するのが相当である。」

(ホ)「本法所定の小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的発展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとった措置ということができ、その目的において、一応の合理性を認めることができないわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、そ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。」

次に、同様に、75年判決の論理は次のようなものであった。

(イ)「職業は、……、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であって、その性質上、社会相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法22条1項が『公共の福祉に反しない限り』という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。」

(ロ)「職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で」あり、他方、「職業の自由に対して加えられる制限も」、職業を選択する自由に対する規制から

それを遂行する自由に対する規制まで、「それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることになる」。

(ハ)そして、これら規制措置が憲法第22条第1項に適合するか否かは、「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うえで慎重に決定されなければならない」が、それは、「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。」

(ニ)職業の許可制について「その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないし経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである。」

(ホ)「〔薬局〕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」。そして、このような目的が「『公共の福祉』に合致するもの」として是認されるとしても、「許可条件の一つとして地域的な適正配置基準を定めること」が許されるのは、「〔こ〕の配置規制がこれらの目的のために必要かつ合理的であり、薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達成できない」場合に限られる。

(へ)ところが、右のような「薬局等の設置場所の地域的制限の必要性和合理性を裏づける理由として……薬局等の偏在—競争激化—一部薬局等の経営の不安定—不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害という事由」を指摘するが、この事由をもってそれらを肯定することはできず、また、「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うものであって、とうていその合理性を認めることはでき」ず、したがって、「この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものである」。

## 2) 学説の対応

まず、72年判決については、この判決が、①いわゆる「二重の基準の理論」を判例上初めて明示する(判示(イ))とともに、②個人の経済活動に対する法的規制には、その目的に応じて、「社会公共の安全と秩序の維持の見地から」する消極目的による規制と、「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」た社会経済政策として行う積極目的による規制とがあること(判示(ロ)および(ハ))、そして、③積極的規制の場合、裁判所としては立法府の裁量権を尊重し、いわゆる「明白の原則」なる基準によって審査すること(判示(ニ))を明らかにした点で、高く評価された<sup>14)</sup>。特に、人権規制立法に対する違憲審査においてひとつの審査基準が定立された点(上記②および③)は極めて好意的に受け止められ、このゆえに、「少なくとも職業選択の自由の違憲審査に関する判例理論の転換点を形成する重要な判決」<sup>15)</sup>であると位置づけられるに至っている。

なるほど、裁判所は、72年判決以前において、「経済的自由権については、違憲審査の基準を一般的な準則として説かず、当該事件で問題の規制を『公共の福祉』のために必要な規制ないし合理的な規制である、という論旨の下

14) 樋口ほか編・前掲3)522頁、佐藤功・前掲1)257頁等参照。

15) 樋口ほか編・前掲3)522頁。



に合憲とする形式<sup>16)</sup>によっていた。したがって、そこでは、職業の自由の規制についての類型化も違憲審査に関する基準の明確化もなされることなく、また、「規制の必要性なり合理性を、立法目的および立法目的達成手段の両面にわたり、その合理性を支える立法事実を検出し種々の利益を比較衡量して検討する」（いわゆる立法事実論<sup>17)</sup>）というような作業も徹底して行われていなかったのである。

たとえば、公衆浴場法事件に関する最高裁（大法廷）1955年1月26日判決<sup>18)</sup>（以下では、55年判決という）も、そのような形式を用いた判例のひとつである<sup>19)</sup>。すなわち、それは、すでによく知られるように、公衆浴場法第2条に定める適正配置（距離制限）規制について、「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」って、「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」ところから、そのような事態を可能な限り防止することは、「国民保健及び環境衛生」の見地からして公共の福祉に合致するものといえ、距離制限を含む規定を設けることも憲法第22条に違反しない、と判示していたのである。

次に、75年判決については、これが、①「二重の基準の理論」を72年判決よりもさらに明確にする（判示（イ））とともに、②職業の自由に対する法

---

16) 芦部信喜「職業の自由の規制（一）」法学セミナー294号54頁。

17) 芦部信喜「職業の自由の規制（二）」法学セミナー295号58頁。

18) 刑集9巻1号89頁。

19) このほかの最高裁（大法廷）判決としては、古物営業法事件に関する1953年3月18日判決（刑集7巻3号577頁）、麻薬取締法事件に関する1956年12月26日判決（刑集10巻12号1746頁）、歯科医師法および歯科技工法事件に関する1959年7月8日判決（刑集13巻7号1132頁）、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法事件に関する1960年1月27日判決（刑集14巻1号33頁）、さらに不正競争防止法事件に関する1960年4月6日判決（刑集14巻5号525頁）など多数にのぼる。詳しくは、芦部・前掲16) 54-55頁、同・前掲17) 54-56頁参照。

的規制について、72年判決と同様に、これを積極・消極目的に二分し（判示（ロ））、③消極目的による規制の場合、目的審査においては「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置である」か否か（「必要性・合理性の基準」）によって判断すること、また、手段審査にあつては、いわゆる「より制限的でない他に選ぶ手段の基準」（LRAの基準）もしくは「必要最小限度の原則」によるべきことを明らかにし（判示（ニ））、さらに、④違憲審査の実際においていわゆる立法事実論のアプローチを採用した（判示（ホ）および（ヘ））点で、極めて意義深いものと評価されている<sup>20）</sup>。

しかも、消極的規制の場合、その手段審査においては、積極的規制の場合の「明白の原則」よりも厳しい審査基準、すなわち「LRAの基準」もしくは「必要最小限度の原則」によることを明らかにした点（上記③）で、72年判決の問題点のひとつに応答したものと理解された<sup>21）</sup>。72年判決が消極的規制の場合の審査基準を明確にしていなかったため、積極的規制の場合の審査基準とされた「明白の原則」がその場合にも適用されるのか否か、問題が残されていると指摘されていたからである<sup>22）</sup>。それゆえ、75年判決は72年判決に示された「違憲審査基準をさらに具体的に明確化した」<sup>23）</sup>ものと評され、その意味では、これら「二つの最高裁判決は、その結論においては合憲対違憲と正反対であるが、その論理的枠組においては相補的な関係に立ちうるもの」<sup>24）</sup>と位置づけられることになる。

もっとも、75年判決は、とりわけ55年判決との関係において複雑な問題を

---

20) 樋口ほか編・前掲3) 523-525頁, 佐藤功・前掲1) 258-259頁, 芦部・前掲6) 14頁以下等参照。

21) 樋口ほか編・前掲3) 524頁, 芦部・前掲6) 19頁, 山下健次「職業の自由の制限」憲法の基本判例〔別冊法学教室〕112頁等参照。

22) 今村成和「小売市場の許可制と営業の自由」ジュリスト524号107頁, 中村睦男「社会経済政策の手段となされる営業規制」ジュリスト憲法判例百選I〔第2版〕157頁等参照。

23) 樋口ほか編・前掲3) 523頁。

24) 樋口陽一「『職業の自由』とその制限をめぐって」判例タイムズ325号3頁(同・司法の積極性と消極性(1978年)所収)。

投げかけた<sup>25)</sup>。すなわち、55年判決は、目的二分論の理解によれば、公衆浴場法の距離制限を消極目的による規制としながら、極めて粗雑な「公共の福祉」論によって合憲と判示するものであった。ところが、実のところ、75年判決においてその違憲性が争われた薬事法の規定は55年判決を受けて改正されたものであり、また、75年判決の審理過程においても被上告人は55年判決の判旨を援用していたのである。それゆえ、55年判決は、75年判決の判旨からすると、本来否定もしくは変更されざるを得ないことになるが<sup>26)</sup>、75年判決はこの点について何ら言及するものではなかった。そこで、学説としては、両判決を整合的に理解することが求められることになったのである（この問題については、五において再言する）。

## 二 目的二分論とその批判論

### 1) 目的二分論の確立

学説多数は、経済的自由の公権的規制に関する違憲審査について、これらふたつの最高裁判決から新たな法理を読み取り、その判例法理をひとつの有力な論拠として目的二分論を立論することになった<sup>27)</sup>。その主眼点は、経済的自由の公権的規制に関する違憲審査において、(i) 当該規制を目的によって消極（警察）的・積極（政策）的性質のふたつに類別し、かつ、(ii) これらふたつの目的カテゴリーに対応させて審査基準を使い分けようとするところにある。そして、ここで特に留意されるべきは、この目的二分論においては、その論理回路が (i) → (ii) となっている点、別言すれば、規制

---

25) たとえば、佐藤功「薬事法違憲判決について」判例時報777号5-6頁、芦部・前掲6)16頁等参照。

26) 参照、佐藤功・前掲25)6頁。もっとも、佐藤功・前掲25)6頁、芦部・前掲6)17頁は、公衆浴場＝「特許企業」類似の位置づけによって合憲の余地もあるとし、また、和田英夫「薬局開設の距離制限違憲判決」法学セミナー241号11頁、小嶋和司「薬事法第6条第2項違憲判決について」判例評論198号20頁は、55年判決の距離制限合憲の理由づけはともかく、その結論のみは維持されうると説く。

27) たとえば、前出注6)掲記の各文献を参照されたい。

目的と審査基準とが1対1対応させられている点である。

まず、(i)についていえば、経済的自由に関して憲法が第12条、第13条の規定を重ねて「公共の福祉」の文言を置いている点に着目し、経済的自由にあっては、人権それ自体に本来的に付随する内在的制約とともに、国家の政策的配慮に基づく政策的制約が及ぶものと理解する<sup>28)</sup>。前者は、他人の生命・健康への配慮など、他人に対する害悪を防止するためのものであって、いわゆる消極目的の制約（社会公共の安全と秩序の維持など警察目的からする規制）であるのに対して、後者は、憲法第25条などに示される社会国家（福祉国家）理念に基づく、いわゆる積極目的のための制約（社会政策上もしくは経済政策上の積極的な目的からする規制）であるということになる。

次に、(ii)については、経済的自由の公権的規制に関して違憲審査を行う場合、その規制目的に応じて憲法上ありうべき規制の程度もしくは手段をそれぞれ考え、そのための判断基準を設ける。すなわち、裁判所としては、消極目的による規制については、伝統的な警察比例の原則が働くこと、当該規制の目的と手段との関連性を法的に判断することが比較的容易であることなどから、その規制は弊害を防止するための必要最小限度のものでなければならぬとする、いわゆる「厳格な合理性の基準」（「必要最小限度の原則」）によって判断する。

これに対して、積極目的による規制については、社会国家理念のもとで社会経済政策目的からするものであるだけに、立法府の判断が尊重されるべきこと（「合憲性推定の原則」）、裁判所としても当該規制の当否を審査判断する能力に欠けることなどから、その規制が当該目的を達成するために必要か

---

28) ただし、「公共の福祉」の意味について細部に立ち入れば、憲法第12条・第13条をまつまでもなく人権それ自身に制約が内在し、第22条・第29条＝政策的制約とする見解〔伊藤〕、第12条・第13条＝内在的制約、第22条・第29条＝政策的制約とする見解〔佐藤功・橋本〕、および第22条・第29条＝内在的制約＋政策的制約とする見解〔今村・佐藤幸治〕に分かれる。もっとも、いずれの説においても、内在的制約には同一の違憲審査基準（「必要最小限度の原則」）が適用されるものとしており、各説の結果に差異はない。参照、佐藤幸治「森林法共有林分割制限違憲判決と違憲審査基準」法学セミナー392号15頁。

つ合理的な範囲にとどまる限り憲法上許され（いわゆる「合理性の基準」）、ただ、それが著しく不合理であることの明白な場合にのみ違憲とされる、いわゆる「明白の原則」で判断するというわけである。

もっとも、目的二分論を主張する論者といえども、このような論理回路が経済的自由の公権的規制に関する違憲審査において唯一・絶対の基準であるまで主張しているわけではない。後述のように、当該規制が目的によって積極・消極にうまく分類しきれないわけでもなく、したがってまた、その目的区分に対応した審査基準の機械的な決定が必ずしも妥当であるとはいえないことを認めざるを得ないからである<sup>29)</sup>。そこで、たとえば「規制態様による類型化」を加味することが主張されたりもしている<sup>30)</sup>。しかし、それにもかかわらず、目的二分論の論者は、規制目的による積極・消極の類型化について、「違憲判断の基準を準則化するための重要な一つの基本的な枠組を提供する」ものとして理解するのである<sup>31)</sup>。その意味で、かかる違憲審査における審査基準を目的区分にかからしめることはその審査を客観化することにはほかならず、ここにまた、目的二分論を立論する意義が存すると主張されることにもなる<sup>32)</sup>。

## 2) 目的二分論批判論

このような目的二分論の基本的な枠組そのものに対する疑問ないし批判

---

29) 参照、芦部信喜「職業の自由の規制（五）」法学セミナー298号34頁。なお、佐藤功・前掲25）6頁参照。

30) 参照、芦部・前掲29）35頁。なお、この点は、75年判決は「職業の自由への規制の内部で、自由の種類を尺度として狭義の職業選択の自由への規制と職業活動の自由への規制を区別した」とすでに指摘されていた（樋口・前掲24）2頁）ように、75年判決に示されていたものである（判示（ロ））。しかし、その区別が違憲審査基準とどのような関係をもつのか、判文上必ずしも明らかではなく、覚道・前掲11）128-129頁、宮崎良夫「薬局開設の距離制限と職業選択の自由」ジュリスト昭和50年度重要判例解説7-8頁、戸波・前掲11）126-127頁の論及も、必ずしも特にこの判示を踏まえてのものではなかった。

31) 芦部・前掲29）35頁。

32) 参照、佐藤幸・前掲28）17頁。

は、すでに75年判決の当時から見受けられ、今日に至るまで有力に主張されてきた<sup>33)</sup>。その趣旨は、「規制目的を一律に割り切って、判断基準を変えることには限界がある」<sup>34)</sup>という点に尽きる。より具体的にいえば、そこでは、(i) 規制目的を積極目的と消極目的とに区分すること、(ii) これら区分に応じて審査基準を異にすること、が問題とされたのである。そして、この目的二分論批判の立場が、このような批判を内容とするものである以上、72年判決および75年判決の読み取り方の点では目的二分論の論者と同列にあったと解され、この点は留意されるべきである。

まず、(i) については、①経済的自由の公権的規制には、積極・消極の両目的を混在していると考えられる場合（たとえば建築基準法のように、危険の防止＝消極目的と良好な住環境保全＝積極目的とを含むものと言いうる場合）、一方を直接の目的としながら、他方もそれによって間接的に果たすことが期待されている場合、あるいは、積極・消極のいずれの目的によるか明らかでない場合なども現にあることを踏まえつつ、当該規制を積極・消極のいずれかの目的に区別することは理論上も実際上も必ずしも容易でないことが指摘されている<sup>35)</sup>。また、②規制目的で積極・消極のいずれかに区別し切れるとしても、その類別は立法者の凝らす技巧的操作や訴訟当事者の主張に左右されることにならないか、といった疑問も提示されている<sup>36)</sup>。

次に、(ii) については、①規制目的の種類によって規制手段に対する審査基準が機械的に決まること（この結果、前記(i)－②とも相俟って、名目上の目的によって審査基準が決定してしまうおそれがある<sup>37)</sup>、②積極目的による規制の場合に「明白の原則」を、消極目的による規制の場合に「厳

33) 前出注11) および13) 掲記の覚道・戸波・棟居論文を参照されたい。

34) 覚道・前掲11) 126頁。

35) 参照、覚道・前掲11) 126－127頁、戸波・前掲11) 125－126頁、同・前掲13) [法学教室] 23頁。なお、佐藤功・前掲25) 6頁参照。

36) 参照、覚道・前掲11) 127－128頁、棟居・前掲13) [神戸法学] 710頁、戸波・前掲13) [法学教室] 23頁。なお、佐藤功・前掲25) 6頁、樋口・前掲24) 4－5頁参照。

37) 参照、棟居・前掲13) [神戸法学] 710頁、戸波・前掲13) [法学教室] 23頁。

格な合理性の基準」をそれぞれ用いる理由が必ずしも明らかでないこと（たとえば、各種の公害規制立法による経済規制のように消極目的のカテゴリーに解されるとしても、国民の生命・健康の維持のためにそもそも広汎で強力な規制が要請される場合もあることからすれば、論理必然的に「厳格な合理性の基準」によって審査されるべきではないし、また、逆に、市場への参入制限のように、たとえ積極目的のカテゴリーに属するものであっても、「明白の原則」よりも厳しい基準による審査が必要とされることがある<sup>38)</sup>などが指摘されている<sup>39)</sup>。

もっとも、目的二分論を批判する立場にあっても、論者によっては、これら問題点のうち（i）および（ii）-①は必ずしも根本的な問題ではないという<sup>40)</sup>。すなわち、（i）の場合、立法に関わる事実などを確実に分析すれば積極・消極目的区分それ自体が不可能なわけではなく、それでも積極・消極の二分が困難なときにはそれなりの審査基準（たとえば、「明白の原則」と「厳格な合理性の基準」との中間的な基準）を別に用意することも考えられ、また、（ii）-①の場合、違憲審査において、規制目的以外の判断要素（たとえば、規制の態様など）をも考慮にいれて判断すればよいと考えるからである。しかし、（ii）-②を踏まえれば、結局のところ、目的二分論は「むしろ不合理で不必要な議論とみなされるのではないか<sup>41)</sup>、と結論づけられることになる。

それでは、目的二分論批判の立場では、いかなる論理回路によって経済的自由の公権的規制に対する違憲審査を行おうとするのであろうか。その最初の提言は、75年判決の評釈のなかに認めることができる。すなわち、その見解によれば、最高裁が判示したように「規制の目的や必要度も考察されねば

---

38) 参照、覚道・前掲11) 125-126頁、棟居・前掲13)〔神戸法学〕710-711頁、戸波・前掲11) 126頁。

39) このほかに、棟居・前掲13)〔神戸法学〕706-709頁は、72年判決および75年判決で示された違憲審査基準論について、「『経済主義』とも呼ぶべき判例イデオロギーに裏打ちされたもの」と批判している。

40) 参照、戸波・前掲13)〔法学教室〕23-24頁。

41) 戸波・前掲13)〔法学教室〕24頁。

ならないが、それによって一律に区別するのではなく、基本権の主体にとって、どのようなことをなす自由がどのような方法で規制されるかということに重点をおいて考察することが重要である<sup>42)</sup>ということになる。その念頭には、バイエルン薬事法に関する西ドイツ連邦憲法裁判所1958年違憲判決<sup>43)</sup>が置かれていた。その判決は、職業活動 (Berufsausübung) の自由と職業選択 (Berufswahl) の自由 (狭義) とを区別し、この規制態様の別に応じてそれぞれ異なった審査基準を用いるものであったからである。

そして、このようなアプローチは、目的による規制類型は「目的審査における『憲法上許された規制目的』であるか否かの判定の目安」として用いられるにすぎず、「営業の自由に対する規制法的手段審査基準には、あくまで一種類の基準しかな」く、それは「人権の性質に応じて……特定される<sup>44)</sup>」とか、「職業の自由の規制について、基本的に、『合理性の基準』に拠りつつ、立法事実を検証していくという方法をとれば十分であり、そして、立法事実の検証の過程で、①職業選択の自由の規制か、職業活動の規制か、②本人の能力に関係のない規制か、などの要素とならんで、③立法府の政策的判断が特に尊重されるべき規制であるかどうか、を考慮すれば十分である<sup>45)</sup>」とかの見解につながっていくことになる。

結局のところ、これら見解においては、(i) 目的区分は違憲審査基準の前提とはしないこと、(ii) 一種類の基準を用意すること、が意図されていたといえよう。目的二分論批判の論者が否定しようとしたのは、経済的自由に対する公権的規制が目的によって区分されることの意義ではなく、その目的区分によって審査基準が一義的に決定される点であったことを思えば、このような意図は当然のことにすぎない。しかし、「人権の性質に応じ」る

---

42) 覚道・前掲11) 129頁。

43) BVelfGE Bd. 7, S. 377. これを紹介するものとして、覚道豊治「薬局解説拒否事件」ドイツ判例百選 (別冊ジュリスト23号) 66-67頁、舟田正之「職業の自由と“営業の自由”」ジュリスト592号30頁以下等がある。

44) 棟居・前掲13) [神戸法学] 721頁以下。

45) 戸波・前掲13) [法学教室] 26頁。



にせよ、立法事実論に重きを置くにせよ、そのような論理回路によって違憲審査の客観性がどの程度確保されるのか、具体的な事例においてどの程度有効性があるのか、なお議論の余地のあるものであることは否定し難いように思われる。

### 三 残されていた問題

72年判決および75年判決を併せて理解し、これを論拠にして、通説多数のように目的二分論を立論し、あるいは反対有力説のようにこれを否定するにしても、実際のところ、そこにはなお不分明な問題が確たる結論も得られないまま残されていたように思われる。すなわち、それは、(1)そもそも72年判決および75年判決から目的二分論を読み取ることは相当であったのか、(2)それが相当であるとしても、①その目的二分論は経済的自由一般に——「職業選択の自由」(広義)にも財産権の保障にも射程を有するものなのか、また、②目的二分論においては、規制目的——とりわけ積極目的について具体的にいかなるものが念頭におかれていたのか、といった問題である。

#### 1) 72年判決・75年判決——目的二分論の読み取り方

目的二分論の論者もその批判論者も、72年判決および75年判決を一体として総合的に理解して、そこから目的二分論を読み取ることが前提となっている。しかし、そのような解釈ははたして相当なものといえるのであろうか。とりわけ、75年判決の論理については、最高裁の趣旨ないしは意図が別のところにあったと受け取ることはできないのであろうか。すなわち、75年判決を厳密に読み直してみれば、この判決は、少なくとも「職業の自由」に関して、まず、一般論として、①その規制目的および規制手段がさまざまであること(判示(ロ))、②裁判所としては、具体的規制措置の違憲審査にあたって、立法府の裁量を前提にしつつ必要に応じて、当該規制措置と規制を受ける「職業の自由」とについて上記①に照らして検討し比較考量しつつ判断す

べきこと（判示（ハ））を示し、次に、各論として、職業の許可制の、しかも消極目的による規制の場合の違憲審査基準を示した（判示（ニ））にすぎない、と理解することも可能なのである<sup>46)</sup>。

そうであるとすれば、少なくとも75年判決の各論部分が目的二分論に関わる何がしかを提示するものであることは肯定できるとしても、その一般論の部分のみからそれを読み取ることは困難であるといわざるを得ない。いうまでもなく、72年判決は、「経済活動の自由」領域に関して、あくまでも一般的な違憲審査基準を提示したのではなく、いわゆる積極目的による規制の場合のそれを明らかにするものであった（判示（ニ））。したがって、72年判決および75年判決から目的二分論を読み取るには、72年判決と75年判決各論部分とを一体として併せ理解するしかないことになる<sup>47)</sup>。しかし、その場合、75年判決の一般論の部分はどのように理解すべきなのであろうか。むしろ、75年判決のその一般論こそが、少なくとも「職業の自由」領域における違憲審査基準としての先例性をもつことになると理解される余地はないのであろうか。

## 2) 72年判決・75年判決——目的二分論の射程

72年判決および75年判決から目的二分論が読み取れるにしても、その理論的な射程範囲はどの領域なのであろうか。学説は、とりわけ目的二分論の論者においては、あまり意識することなく、それが経済的自由一般——憲法第

---

46) この点で、小嶋和司「営業の自由」法学教室9号11-12頁（同・憲法講話（1982年）所収）は、75年判決の各論部分は「許可制にかぎってのもので」あり、これをもって経済的自由に対する規制の審査基準に一般化すべきではないと説く。

47) もっとも、戸波・前掲13）〔法学教室〕27頁掲記の注22）は、75年判決は72年判決の「積極目的の規制の判示との関係で、……、消極目的の規制と厳格な合理性の基準という論理を展開した」が、「薬局距離制限の正当化理由がきわめてずさんであった」本件では、「立法事実の検証のみによって違憲の結論が導き出され得たのであり、消極目的の規制に関する議論は必要ではない」という。そうであれば、そもそも75年判決の各論部分の意義は失われ、75年判決全体から目的二分論を読み取ることさえ不可能であり、有意義ではなくなるであろう。なお、榎原隆一「薬事法違憲訴訟」法学教室124号67頁参照。

22条の領域にも第29条の領域にも射程を有するものと理解していたように見受けられる<sup>48)</sup>。そのような理解を前提にすれば、財産権の規制に関して従来示されてきた最高裁の判例法理、すなわち、たとえば奈良県ため池条例事件最高裁（大法廷）1963年6月26日判決<sup>49)</sup>や農地法事件最高裁（大法廷）1960年2月10日判決<sup>50)</sup>のような<sup>51)</sup>、「解釈論上内在的制約および政策的制約と解されるそれぞれの事例において、内在的制約か政策的制約かを必ずしも明示することなく」<sup>52)</sup>、それゆえまた、両者間で違憲審査基準を使い分けることもなく、両者の場合ともに「公共の福祉」あるいは「合理的な制限」といった文言によって規制の正当性を結論づける手法<sup>53)</sup>は、72年判決および75年判決の登場をもって暗黙のうちに否定されていたことになる。

確かに、憲法第22条と第29条とが「経済的自由」のもとでカテゴライズされたり、あるいは、「営業の自由」なる概念によって架橋されたりすることを踏まえれば、そうした理解は必ずしも根拠のないものでもない。しかし、72年判決および75年判決の事例が憲法第22条の領域についてであり——前者は「経済活動の自由」として、後者は「職業の自由」として取り上げており、これら用語の意味する範囲を厳密に確定しておく必要があるにせよ——、しかもそれら判決が憲法第29条の場合についてまで言及するものではなかったことからすれば、むしろ第29条の領域における従来の判例法理が75年判決以

---

48) たとえば、佐藤功・前掲2) 482頁、佐藤幸・前掲1) 496頁、大須賀ほか・前掲3) 192頁以下等参照。また、論稿によっては、「営業の自由」あるいは「職業の自由」などの文言によって目的二分論が議論されている場合も、それが第22条および第29条によって根拠づけられている概念であれば、その射程範囲を「経済的自由」一般として理解していたことになろう。

49) 刑集17巻5号521頁。

50) 民集14巻2号137頁。

51) これら判例のほかに、土地賃貸借契約の更新拒絶には正当事由を要するとする借地法第4条第1項の規定に関する最高裁（大法廷）1962年6月6日判決（民集16巻7号1265頁）などが指摘されうる。参照、米沢広一「森林法違憲判決と最高裁」法学教室83号24頁、棟居快行「共有林の分割制限と財産権の保障」ジュリスト憲法判例百選Ⅰ〔第2版〕162-163頁。

52) 佐藤幸・前掲28) 15頁。

53) 参照、米沢・前掲51) 25頁。

後も先例として維持されているとみることも可能であろうし<sup>54)</sup>、少なくとも、この論点に言及する新しい裁判例の登場まで問題は先送りにされていたといわざるを得ないように思われる。

### 3) 積極目的の範囲

前述のように、目的二分論は規制目的に対応させて違憲審査基準を設定するものであるから、消極・積極目的の内容を具体的にそれぞれいかなるものとするかは本来大いに重要な問題になるはずである。ところが、先のふたつの最高裁判決は、消極目的の場合とはかくく——両者はそれぞれ、「社会公共の安全と秩序の維持」ないし「社会生活における安全の保障や秩序の維持」としている——、積極目的については、72年判決は、社会福祉国家理念→社会経済の調和的発展→生存権保障→その一環としての経済的劣位者の保護という論理を示し、75年判決は、「国民経済の円満な発展」、「社会公共の便宜の促進」および「経済的弱者の保護」を例示的に並列している。そこからは、積極目的の内容について、公約数的には、憲法の社会福祉国家理念に基づく社会経済政策によるものと読み取ることはできるが、必ずしもその具体的範囲が特定されていたわけではない<sup>55)</sup>。

そこで、学説においては、積極目的について、これを75年判決のように広く考え、たとえば「国民の生活や福祉、社会経済の発展・向上」とする見解<sup>56)</sup>

---

54) たとえば、棟居・前掲51) 162-163頁は、自作農創設特別措置法事件に関する最高裁(大法廷)1978年7月12日判決を引いて、この判決は、「規制類型論を経ずして直ちに『合理的な制約』であり合憲という結論を導いており、この意味で従来……最高裁が用いてきた粗い公共の福祉論が財産権の分野で生きのびていると見る余地さえあったのである」という。

55) この点は、72年判決当時から、中山勲「小売市場開設許可制と営業の自由」判例評論176号8-9頁において、判決のいう社会福祉国家理念の重点が「単なる弱者・困窮者の保護救済」にあるのか、それとも「広く国民全体の生活の安定・向上」にあるのか、必ずしも明確ではないと指摘されていた。その指摘の趣旨は、憲法が一方で経済活動の自由競争自体の規制をも予定していることを踏まえれば、その重点を前者のみに限定すべきではない、というにあったが、75年判決に際して、芦部・前掲6) 17頁掲記の注1)はこの見解を支持した。

56) 佐藤功・前掲1) 252頁。同旨、佐藤幸・前掲1) 489頁等参照。

がある一方で、いわゆる資本主義体制の維持に関しては憲法上言及されていないとして、「社会権の実現ないし経済的・社会的弱者の生存の保障」に限定する見解<sup>57)</sup>もあった。しかし、「社会経済の調和的発展」にせよ、「国民経済の円満な発展」にせよ、なお抽象性は免れ得ない。他方、「経済的・社会的弱者」の保護に限定した場合、等しく経済活動における「弱者」といってもそれははたして誰を指すのか。「大企業」に対する「中小企業」は一般に理解できるとしても、同程度の資本力を有する既存業者と新規参入業者とではどうか、資本力のある新規参入業者とそれより劣る既存業者とではどうか、さらには、企業と一般消費者とではどうかなど、その具体的内容にまで踏み込むと、必ずしも一義的に明らかなものではない<sup>58)</sup>。

もうひとつの問題は、前述の問題とも関連して、財政政策上の目的が積極目的に含まれるのか、という点である。学説上、一般に、職業選択の自由の規制については、①善良な風俗や公衆衛生の維持など公共の福祉を害するおそれがある場合にその防止を目的とするもの、②郵便や電気・ガス・交通など事業の公共性の確保を目的とするもの、③国の財政政策の観点から財政収入の確保を目的とするもの、④社会的弱者の保護を目的とするもの、に分類されている<sup>59)</sup>。しかし、これらが積極・消極目的のいずれに該当するかになると、必ずしも歯切れがよいわけではない。①は警察目的として、また、少なくとも④は積極目的として理解し易いが、②および③の位置づけに苦慮するからである。そこで、③のような財政目的について、これを積極目的に類するものとして理解する見解と、これを否定的に理解する見解とに分かれることになる<sup>60)</sup>。

しかし、前者の見解の場合、財政目的であることをもって安易にこれを積

---

57) 大須賀ほか・前掲3) 192頁。同旨、樋口ほか編・前掲3) 519頁等参照。

58) たとえば、樋口・前掲24) 4-5頁参照。

59) たとえば、佐藤功・前掲1) 250-251頁、佐藤幸・前掲1) 490-494頁。また、営業許可制についてであるが、山内一夫「営業許可制(一)」法曹時報31巻6号7-8頁。

60) 学説は一般に肯定的見解である。たとえば、佐藤功・前掲2) 390頁、佐藤幸・前掲1) 492頁、樋口ほか編・前掲3) 528頁等参照。

極目的に含ませ、そのすべてに「明白の原則」の審査基準を用いることは問題であろう。国の政策遂行のための財政政策とその財政政策のもとで採用される具体的措置とはあくまでも異質の問題であって、たとえその財政政策一般が憲法上容認されるにせよ、その具体的措置については、それが具体の経済活動をどの程度規制することになるか、常にその違憲性を慎重に検討する必要があるからである。他方、後者の見解の場合、目的二分論とは相容れないことになるはずである。財政政策は、いうまでもなく消極目的に該当しないから、結局のところ積極・消極目的のいずれにも該当しないことになり、これには新たな違憲審査基準を用いる必要に迫られるからである。

このように、とりわけ積極目的の具体的内容については、その細部にまで議論を及ぼせると、判例の意図も学説の理解も必ずしも一致していないし、また、明確に議論されていたわけではない。したがって、この点でも問題はなお残されていたといわざるを得ないように思われる。

#### 四 最近の判例

すでに述べたふたつの最高裁判決——72年判決および75年判決以後、それら判決に示された法理がなお維持されているのかどうかを検討するうえで注目されるべき判例が、これまでも数多く見受けられるようになっている。ここでは、それら判例のうち主なものを取り上げてみることにする。

##### 1) 一連の酒税法事件

酒税法に定める酒類の製造免許（第7条第1項）ならびに販売免許（第9条第1項、第10条第10号ならびに第11号）の各制度に関して、多数の憲法訴訟が提起されている。まず、酒類の製造免許に関しては、いわゆる「どぶろく裁判」がある。この訴訟は、自己消費目的の酒類の製造は営業目的の場合とは異なるから、製造免許を受けない者の酒類製造を禁じ、その違反行為を処罰する酒税法第7条第1項、第54条第1項は憲法第13条、第29条第1項、

第31条に違反するとして提起されたものである。被告側は、第29条第1項違反を主張しつつも、自己消費目的の酒類製造を主として自己決定権（人格的自律権）の一環として捉えるものであったが、第1審（千葉地裁1986年3月26日判決）および第2審（東京高裁1986年9月29日）は、あくまでも「経済的自由権の問題」として理解し、被告側の訴えを斥けていた<sup>61)</sup>。

これに対して、最高裁（1小）1989年12月14日判決<sup>62)</sup>は、経済的自由の点には論及することなく、給与所得の金額計算について必要経費の実額控除を認めない所得税法の違憲性について争われた最高裁（大法廷）1985年3月27日判決<sup>63)</sup>を引用しつつ、「酒税法の右各規定は、自己消費を目的とする酒類製造であっても、これを放任するときは酒税収入の減少など酒税の徴収確保に支障を生じる事態が予想されるところから、国の重要な財政収入である酒税の徴収を確保するため、製造目的のいかんを問わず、酒類製造を一律に免許の対象とした上、免許を受けないで酒類を製造した者を処罰することとしたものであり（……）、これにより自己消費目的の酒類製造の自由が制約されるとしても、そのような規制が立法府の裁量権を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるとはいえない」と判示した。

次に、酒類の販売免許に関しては、もっぱら憲法第22条第1項違反の問題として争われたが、下級審レベルで一連の判決、(a)青森地裁1983年6月28日判決<sup>64)</sup>、(b)東京地裁1984年7月19日判決<sup>65)</sup>、(c)東京高裁1987年1月22日判決（(b)の控訴審判決）<sup>66)</sup>、(d)東京高裁1987年11月26日判決<sup>67)</sup>、(e)横浜地裁1988

---

61) 第1審は判例時報1187号157頁、第2審は高刑集39巻4号357頁。なお、これら判決は、目的二分論に依拠した判決であるとみられている。参照、戸波江二「酒類製造の免許制の合憲性」法学セミナー381号149頁、夏目文雄「酒税法7条1項、54条1項の合憲性」判例評論333号55頁、小林武「個人の酒造りの自由と憲法」法学セミナー425号125頁。

62) 刑集43巻13号841頁。

63) 民集39巻2号247頁。

64) 行裁集34巻6号1084頁。

65) 行裁集35巻7号969頁。

66) 行裁集38巻1号1頁。

67) 判例時報1259号30頁。

年3月9日判決<sup>68)</sup>および(f)静岡地裁1990年3月27日判決<sup>69)</sup>などを指摘することができる<sup>70)</sup>。注目されるのは、これら判決が、酒税法第9条所定の販売免許制度の立法趣旨・目的についていずれも「酒税の保全」に存するとしつつも、その営業規制の位置づけに関しては必ずしも一様ではない点である。

たとえば、(b)判決は、72年判決を引いたうえで、「酒税法9条1項所定の酒類販売業免許制度は、国が国家財政上重要な酒税収入の確保を図るという財政政策の見地から採用した法的規制措置であり、その目的において一応の必要性和合理性を認めることができ、また、その規制手段においても、同法の関係諸規定並びに関連の酒税法施行令及び国税庁長官通達に徴し、そ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」、と判示している(酒税法第10条第10号、第11号の事案に関する(a)判決、ならびに(c)判決もほぼ同趣旨)。

これに対して、(d)判決は、まず、75年判決を引用しつつも、酒販免許制の「酒税の保全」という目的は「重要な公共の利益のため、必要かつ合理的な立法措置」として容認できるが、「酒税の保全」という財政政策上の目的それ自体は、社会政策上もしくは経済政策上の積極的なものでもあり、同時にまた、その財政政策による税収が社会生活上の弊害の防止など消極目的にも用いられるという意味で消極的なものでもあって、「そのいずれか一に帰せしめるのは相当でない」と述べ、次いで、当該規制措置の審査にあたっては、72年判決を引いて、裁判所としては「酒販免許制の採否が立法政策上の問題である以上、立法府の広範な裁量権に基づく判断を尊重すべきものであるが、よって採られた具体的な酒販免許制という規制措置が、著しく不合理であることが明白とはいえないからといって、直ちにこの立法府の裁量を是認すべきではなく」、酒販「免許制以外のよりゆるやかな規制の有効性」に

---

68) 判例タイムズ672号139頁。

69) 判例タイムズ732号200頁。

70) これら判決のうち、(a)、(b)、(d)および(e)については、拙稿「『営業の自由』に対する公権的規制の憲法問題」上智大学 EC 研究会年報5号70頁以下で、すでに検討を加えている。



についても一応検討しなければならないところ、「酒税法が酒販免許制を採ったことが、その内容をも含めて、立法府の裁量権の合理的な範囲を逸脱し、職業選択の自由に対し重すぎる規制を課したものとして、違憲無効であるとまではいえない」、と判示している。

また、(e)判決も、判示の冒頭に72年判決を引用するものであったが、「酒類販売免許制度が、酒税の確実な徴収を図るために設けられたもので、それ自体は、租税の賦課徴収権の直接の行為に該るものではなく、租税政策自体からみれば間接的な制度というべきものであるから、その合憲性を検討するにおいても、直接に、積極的な社会経済政策の遂行を目的とする制度の合憲性を判断する場合と同一に考えることができない」、としている点で注目される。ただし、「国の財政に寄与し、国が行う諸施策の実現に重要な財源を構成するものとして酒税制度が設けられている以上、酒税制度を、その徴税を確実にするための措置、方策と切り離して考えることはできないところであるから、徴税確保のための措置として設けられている酒類販売免許制度が、必要性和合理性を有する限りにおいて、個人の経済活動の自由を制限する結果を生じることが許容されるものというべきである」としたうえで、結論においては、その必要性和合理性を肯定して合憲とするものであった。

さらには、(f)判決は、酒税法の当該規定を合憲とする結論では上記諸判決と同じであったが、72年判決には言及しないまま、「租税法の分野において租税の徴収手続の一環として立法された職業選択の自由に対する規制措置についても、その規制の目的が当該租税の徴収確保という正当なものである以上、当該立法による規制の必要性、規制の対象、規制の手段・態様については原則として立法裁量に委ねられた問題というべく、当該規制措置が右規制目的との関連で合理性を欠くことが明らかでない限り、立法裁量の範囲を逸脱したものとしてその規制措置の必要性及び合理性を否定するということはできず、したがって、これを憲法22条1項の規定に違反するものとすることはできないと解するのが相当である」とし、また、(d)判決とは異なって、「当該規制措置以外のより緩やかな規制措置によりその規制目的を達成する

ことができるか否かという基準によりこれを審査するのは相当でない」旨判示した点に特色がある。

## 2) 森林法事件

森林法旧第186条によれば、森林の場合、民法第256条第1項所定の共有物分割請求権が制限され、共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者による上記分割請求が認められないことになる。それゆえ、この規定は、一般の土地などの財産の通常の共有者に比べ、森林に関する一定の共有者に対してその財産権を制限するものにほかならず、「財産権の保障」(憲法第29条)に違反するものではないかとして、憲法訴訟が提起されることになった。

最高裁(大法廷)1987年4月22日判決<sup>71)</sup>(以下では、87年判決という)は、75年判決を引きつつも、次のように判示した<sup>72)</sup>。

(イ) 憲法第29条第1項、第2項は、その規定文言にみられるように、「私有財産制度を保障しているのみでなく、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障するとともに、社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至ったため、立法府は公共の福祉に適合する限り財産権について規制を加えることができる、としているのである。」

(ロ) 「財産権は、それ自体に内在する制約があるほか、右のとおり立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権

71) 民集41巻3号408頁。

72) 先例としては、津地裁1953年5月22日判決(下民集4巻5号752頁)がある。この地裁判決は、森林法の立法目的を「森林の保続培養及びその生産力を増進して国土保全と国民経済の発展に資せんとする」ものであるとし、たとえ持分平等なる場合に分割を禁止しているとしても、「森林共有者が蒙る斯る程度不利不便は森林法の窮極の目的とする公共の福祉より視て忍容すべきである」と判示していた。学説は、判旨賛成(山本桂一「公共の福祉」日本国憲法体系(宮沢還暦記念論文集)第8巻(1965年)59頁)、反対(小林孝輔「基本的人権と公共の福祉」綜合判例研究叢書憲法(3)(1959年)30-31頁, 51頁)と見解が分かれていた。本件下級審判決も、この地裁判決と同趣旨の理由により合憲とするものであった。

に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々ありうる」。

(ハ) 財産権に対して加えられる規制が憲法第29条第2項に適合する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」であり、「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……合致するものであっ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って、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」ことになる。

(ニ) 森林法第186条の立法目的は、「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もって国民経済の発展に資することにあると解すべきであり、その限りで、「公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない。」

(ホ) そもそも「森林が共有であることと森林の共同経営とは直接関連するものとはいえない」こと、「森林法186条が共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に民法の右〔共有の〕規定の適用を排除した結果」「共有者間、ことに持分の価額が相等しい2名の共有者間において、共有物の管理又は変更等をめぐって意見の対立、紛争が生ずるに至ったときは、……、同〔民〕法252条但し書に基づき保存行為をなしうるとどまり、管理又は変更の行為を適法にすることができないこととなり、ひいては当該森林の荒廃という事態を招来することとなる」こと、また、「森林法186条が分割を許さないとする森林の範囲及び期間のいずれについても限定を設けていないため、同条所定の分割の禁止は、必要な限度を超える極めて厳格なものとなっている」こと、共有森林につき現物分割や競売による代金分割

がなされても必ずしも当該森林の細分化は生じ得ないことから、森林法第186条の共有森林の分割請求規制は「森林法186条の立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らかであって、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない。」

なお、本判決には、次のような大内裁判官の意見（高島裁判官同調）ならびに香川裁判官の反対意見が付されていた。すなわち、大内意見は、まず、75年判決を引用しつつ、「同じく経済的自由の規制であっても、それが経済的・社会的政策実施のためのものである場合（積極的規制）は、事の性質上、社会生活における安全の保障や秩序の維持等のためのものである場合（消極的規制）に比して、右〔立法府の〕合理的裁量の範囲を広く認めるべきであるから、右積極的規制を内容とする立法については、当該規制措置が規制の目的を達成するための手段として著しく不合理で裁量権を逸脱したことが明白な場合でなければ、憲法29条2項に違反するものということとはできずと解するのが相当である」とし、次いで、森林法の立法目的については、法廷意見同様に解して、これを積極的規制に位置づけ、規制内容については、持分価額2分の1以下を2分の1と2分の1未満とに区分して検討したうえで、前者の場合は「立法目的を達成するための手段として著しく不合理で立法府の裁量権を逸脱したことが明白であるといわざるをえない」、というものであった。

これに対して、香川反対意見は、まず、一般論として、共有物の分割に関する立法は「経済的自由の規制に属する経済的政策目的による規制であって、憲法29条2項により公共の福祉に適合することを要するが、その規制措置は、……、立法府の広範な裁量事項に属する」から、「その立法措置は、甚だしく不合理であって、立法府の裁量権を逸脱したものであることが明白なものでなければ、これを違憲と断ずべきではない」と説き、次いで、森林法第186条について、その立法目的は、森林経営の特殊性などからみて公共の福祉に適合し、「その規制内容において必要性を欠く甚だしく不合理な、

立法府の裁量権を逸脱したものであることが明白なものは到底解することができない」というものであった。

### 3) 公衆浴場法事件

公衆浴場法の適正配置（距離制限）規定については、その後再度その憲法（第22条第1項）適合性が争われ、2件の最高裁判決——最高裁（2小）1989年1月20日判決<sup>73)</sup>（以下では、2小判決という）および最高裁（3小）1989年3月7日<sup>74)</sup>（以下では、3小判決という）によって重ねてその合憲性が確認されることになった。ただ、両者の論旨は大きく異なり、この点でも注目されるものであった。

まず、2小判決は、無許可で公衆浴場を営業していたために公衆浴場法第8条第1項の罪に問われた事案であった。最高裁は、適正配置（距離制限）規定が違憲でないことは55年判決に徴して明らかであると述べたうえで、「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、これに依存している住民の需要に応えるため、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」と、「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」一層重要であって、「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和合理性を有していると認められる」とし、次いで、72年判決を引用しつつ、「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、立法府のとっ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ところ（……）、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」と判示した。

---

73) 刑集43巻1号1頁。

74) 判例時報1308号111頁、判例タイムズ694号84頁。

これに対して、3小判決は、公衆浴場法第2条第2項にいう適正配置の要件を欠いたために下された営業不許可処分的事案である。最高裁は、55年判決を引用しつつ、この「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のも、その目的としているものと解される」とし、この「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」違憲であるとはいえない、とするものであった。

#### 4) 繭糸価格安定法事件

繭糸価格安定法第12条の13の改正は、外国産の絹糸や絹織物が大量に輸入されて国内市場に混乱がみられ、国内生産者の保護を図る必要が生じたことを受け、いわゆる生糸輸入一元措置および生糸価格安定制度を内容として行われたものである(1976年4月)。その改正によれば、生糸の輸入は日本蚕糸事業団(1981年以後は蚕糸砂糖類価格安定事業団)および同事業団の受託者等以外の者について禁止され(同条の13の2)、また、輸入生糸の売渡しの方法および価格などに制限が加えられる(同条の13の3)ことになった。このため、原告(西陣織工業組合に加入する絹ネクタイ生地製造業者)は、安い国際糸価で生糸を購入できなくなり、国際競争力が低下し、営業上多大な損害を被ったことから、この改正法は憲法第22条第1項、第25条第1項および第29条第1項に違反し、これを制定した国会の立法行為が違法であることを理由として国家賠償請求をしたものである<sup>75)</sup>。

75) 詳しくは、池田澄「生糸・絹製品の輸入調整」ジュリスト623号85頁以下、浦(次頁脚注へ続く)

第1審（京都地裁1984年6月29日判決）<sup>76)</sup>および第2審（大阪高裁1986年11月25日判決）<sup>77)</sup>は、原告の訴えを棄却した。これを受けた最高裁（3小）1990年2月6日判決<sup>78)</sup>も、原審を支持し、上告を棄却した。そこで、ここでは、充分かつ詳細に審理され、目的二分論を明示していると思われる第1審判決の論旨をみることにする。

第1審判決は、まず、72年判決を引きつつ、「福祉国家的理想のもとにおける社会経済政策実施のための積極的な法的規制措置をする場合は、社会公共の安全と秩序維持の見地よりする消極的な警察的規制措置と異なって、裁判所は、立法府の裁量的判断を尊重することを建前とし、ただ、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ものと解するのが相当である」とし、次いで、同法改正の事実関係について詳細な検討を加えたうえで、原告が本件立法行為によって経済的活動の自由が制約され深刻な影響を被っていることを認定しつつも、本件立法行為は「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おいて、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て、他方で、その影響に対する代替措置として絹業者にとっても有利な改善が行われていること（対中国・韓国間輸入制限協定、実需者売渡制度など）などから、「絹織物生地製造業者の経済的活動の自由を規制するものではあるが、右保護政策の目的達成のために必要かつ合理的な範囲を逸脱したものといえることができず、「少なくとも、それは、国会がその裁量権を逸脱し、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あらと解することはできない」、とするものであった。

---

部法穂「営業の自由と輸入制限」ジュリスト829号11頁以下（同・違憲審査の基準（1985年）所収）参照。

76) 判例タイムズ530号265頁。

77) 判例タイムズ634号186頁。

78) 朝日新聞1990年2月7日付30面。

## 5) 特定石油製品輸入暫定措置法事件

石油の安定的かつ低廉な供給の確保を目的とする石油業法の特別法として制定された特定石油製品輸入暫定措置法（以下では、特石法という）は、石油製品貿易の拡大を背景に、いわゆる特定石油製品（揮発油、灯油および軽油）の輸入の円滑化を目的として制定されたものである。これによれば、特定石油製品の輸入事業に関しては、それら製品の種類ごとに通産大臣の登録を受けることを必要とし（同法第3条）、そのための要件として、①輸入量変動に対する適応設備、②貯蔵設備、および③国内の品質基準に適合させるための調整設備（いわゆる品質調整設備）を備えていることが挙げられている（同法第5条各号）。

原告は、特石法第3条に基づき揮発油の輸入事業の登録申請を行ったところ、上記①（同法第5条第1号）および③（同第3号）の要件に適合しないとして拒否処分を受けたため、同条項が憲法第22条第1項に違反することを理由にして、この処分の取消を求めて出訴したものである。その理由のうちでも、とりわけ第3号要件については、国内の品質基準に適合しない特定石油製品の輸入にともなう害悪の発生を防止するためのものであるとすれば、それは「石油製品を安定供給する等の需給関係調整のためのいわゆる積極的・社会経済政策的目的のための規制に係るものではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するためのいわゆる消極的・警察的目的のための規制に係るものであ」って、当該目的を達成するために必要最小限度の手段でなければならぬところ、石油製品の品質確保についてはそれぞれ輸入もしくは販売の段階で他の法制度等によって行われることなどを踏まえると合理性を欠いている旨主張するものであった。

東京地裁1990年3月29日判決<sup>79)</sup>は、次のように判示した。まず、特石法に定める輸入事業登録制度の立法目的について、「特石法が、……、特定石油製品の輸入を円滑に進めるための暫定措置を定めたものであることからすると、右暫定措置の一つである本件登録制度は、社会経済政策上の積極的な目

79) 判例時報1349号44頁，判例タイムズ723号262頁。



的のための法的規制措置であると認められる」とし、次いで、当該規制措置の違憲審査にあたっては、72年判決を引き、「明白の原則」によってその合憲性を肯定した。ただ、原告主張の第3号要件の違憲性については、「3号要件を設けるに当たり考慮された事項のうち国内の品質基準に適合しない輸入品が国内に出回れば弊害が発生するおそれがあるという点に着目すれば、3号要件は消極的・警察的目的のための規制に係る要件の性格を有するということができないわけではないが、消極的・警察的目的のための規制と積極的・社会経済政策的目的のための規制とは両立し得ないものではなく、ある規制措置が右の両目的を併有する場合もあり得ることであり、……、右の点とその他の制定理由とを総合すると、特定石油製品の輸入を円滑に進め、かつ、石油製品の安定供給を図る積極的・社会経済政策目的のための規制に係る要件であり、本件登録制度の「規制目的を達成する手段として著しく不合理であることが明白であるとはいえない」として、これを斥けている。

## 五 検 討

先にみてきたように、経済的自由に対する公権的規制の違憲審査をめぐる最近の判例は、事案ごとにさまざまな論旨を展開している。したがって、72年判決および75年判決の法理、ひいては目的二分論が今日なお維持されているのかについて、懐疑的にならざるを得ない面もある。しかし、最近のそれら判例に何らかの相違が認められるとすれば、そこにはそれなりの要因があるはずである。そして、それは、実のところ、72年判決および75年判決の法理、ひいては目的二分論の理論としての有用性の問題と深く関わっているように思われる。このような観点から、以下では、主として、三で指摘した問題を中心に検討することにする。

### 1) 72年判決・75年判決——目的二分論の読み取り方

ふたつの最高裁判決から目的二分論を読み取ることが相当であるのか、と

りわけ75年判決については議論の余地があるのではないかという問題は、すでに指摘したところである。ここでその問題を検討するにあたっては、最近の判例が、ふたつの最高裁判決を引用しながら、実際にはどのような論理構成によって、どのような結論に至ったのかをみることにする。そのような分析によって、ふたつの最高裁判決は先例としてはたしてどこまで目的二分論を提示するものであったのか、明らかにされるものと考えられるからである。そこで、すでに取り上げた判例をみると、(i) 72年判決を引用したものに、最高裁としては、公衆浴場法事件の2小判決、蘭糸価格安定法事件判決、下級審としては、酒税法事件の(a)ないし(e)の各判決、特石法事件判決があり、(ii) 75年判決を引用したものに、最高裁としては、森林法事件の87年判決、下級審としては、酒税法事件の(d)判決がある。

まず、(i) についていえば、酒税法事件の(d)および(e)判決は別にして、概ね72年判決の法理を変わらず適用しているとみられる<sup>80)</sup>。すなわち、それらは、形式上、そこでそれぞれ採用された公権的規制の目的を積極目的と位置づけ、その規制手段の審査基準に「明白の原則」を用いているからである。これに対して、酒税法事件の(d)および(e)判決がその余の判例と異なることになったのは、その規制目的が「酒税の保全」であったことに起因するものと思われる。後述のように、そもそもそのような財政目的が積極目的に位置づけられるのか明確ではなかったから、裁判所としてはこれを積極・消極のいずれかに区分することにはためらいを生じ、審査基準もストレートに「明白の原則」に結びつかないことになったというわけである（この点で、特石法事件判決が、その第3号要件の違憲審査のなかで、積極・消極目的は「両立し得ないものではない」としつつも、「明白の原則」を用いたのと対照的である）。

したがって、積極目的の具体的内容の点で疑問の余地はあるものの、72年

---

80) たとえば、2小判決について、小林武「公衆浴場配置の距離制限の合憲性」法学セミナー416号95頁、木下智史「公衆浴場の距離制限の合憲性」ジュリスト平成元年度重要判例解説32頁参照。

判決の場合には、その法理がそのまま生かされているとってよいように思われる。もっとも、2小判決についていえば、すでに55年判決で消極目的（「国民保健及び環境衛生」目的）に位置づけていたものと理解された公衆浴場法の適正配置規定について、特段の判例変更を行うことなく、それを積極目的（「公衆浴場の経営」安定目的）に捉え直すことが許されるのか、疑問の余地がある<sup>81)</sup>。その意味では、必ずしもこの論点を議論するに相応しい素材とはいえず、なお慎重な判断を要することになる。

次に、(ii)については、議論されるべきところが多い。87年判決も酒税法事件(d)判決も、75年判決の法理の用い方に独特のものがあったからである。ここでは、75年判決を引用しつつも特異な理由づけによって積極・消極目的のいずれにも区分しきれないとした(d)判決はともかくとして、87年判決について論及する。まず、87年判決の論旨がどのようなものであったかといえば、それは、75年判決を引用しつつ、判示(イ)ないし(ハ)において、財産権の保障、その規制およびその違憲審査について一般論を述べたうえで、判示(ニ)および(ホ)において、森林法旧第186条の立法目的とその手段の憲法判断を行うものであった。しかし、その規制目的については、立法目的が「森林経営の安定」→「森林の保続培養と森林の生産力の増進」→「国民経済の発展」にあるとしながらも、積極・消極目的のいずれに該当するかといった判断は加えておらず、審査基準については、比較考量論とともに、目的が「公共の福祉」に合致しないことが明らかな場合、および、合致しても目的・手段の間に必要性・合理性が欠けていることが明らかな場合に違憲になるとして、むしろ75年判決の一般論（判示(ハ)）に類似するものとなった<sup>82)</sup>。

それゆえ、87年判決が実際に引用しようとしているのは、75年判決のうち、目的二分論を読み取りうる各論部分（判示(ニ)）でなく、一般論としての判示(イ)ないし(ハ)の部分であったといわざるを得ない。そして、

---

81) 参照、戸波江二「公衆浴場の距離制限と職業選択の自由」法学教室106号75頁。

82) 参照、棟居・前掲51) 163頁、芦部・前掲13) 271-273頁。なお、小林武「経済的自由規制立法と最高裁判所」南山法学11巻2号135-138頁も、このような理解をしたうえで、この点を問題視している。

そのことは何よりも、目的二分論の観点からなされた大内意見・香川反対意見の存在が反証していよう<sup>83)</sup>。もっとも、厳密に言えば、一般論それ自体についても75年判決がそのまま踏襲されているわけではない。87年判決の判示(ロ)をみる限り、財産権の場合には、内在的制約と「社会全体の利益を図るため」の外在的制約とがあり、後者の制約のなかに積極目的のものと消極目的のものがあるという論理になっているのであって<sup>84)</sup>、それは判文上明らかに75年判決の場合(判示(ロ))とは異なるからである。

後述のように、87年判決が財産権の保障に関わる事案であるだけに、もともと75年判決の場合とパラレルに比較し得ないものであることは否定できない。したがって、87年判決が75年判決を引用しながら目的二分論によらない違憲審査を行ったとしても、それはある意味で当然であるとみることもできるが、そうであれば、すでに述べたように、75年判決の先例性はむしろその一般論の部分にあることを例証していることになろう。換言すれば、75年判決から目的二分論が読み取れるとしても、その先例性は、「職業の自由」の——場合によっては、その許可制の——場合に限定されているということである<sup>85)</sup>。これに対して、75年判決全体(および72年判決を併せた)から目的二分論を読み取ることができるという場合には、どういうことになろうか。87年判決の出現は、「75年判決=目的二分論」の先例性を否定しようとするものか、あるいは、そもそも「75年判決=目的二分論」そのものが成立していなかったことを立証するものか、そのいずれかであるといわざるを得ないように思われる。

## 2) 72年判決・75年判決——目的二分論の射程

この問題は、その理論的射程範囲が経済的自由一般に及ぶのか、より端的

---

83) 大内意見・香川反対意見が目的二分論によるものであることについては、たとえば、今村成和「財産権の保障と森林法186条」ジュリスト890号69頁、棟居・前掲51) 163頁、小林・前掲82) 137-138頁等参照。

84) 同旨、佐藤幸・前掲28) 16頁。

85) 参照、米沢・前掲51) 27頁。

には、「経済活動の自由」(72年判決)ないしは「職業の自由」(75年判決)とは異なる財産権保障の領域にまで及ぶのかというものであった。それゆえ、この問題の検討は、87年判決を素材にして、それが72年判決および75年判決とどのような関係にあるのかを検討することによって行われるべきであろう。

87年判決は、すでに指摘したように、ふたつの最高裁判決の法理をそのまま踏襲したとはいいい難いものであった。そこで、学説は大いにとまどいの色を見せることになったが、その対応は概ね次のように大別されるように思われる<sup>86)</sup>。第一の見解は、87年判決が目的二分論に修正を加えつつ踏襲したとするものである。この場合、その「修正」については、(A<sub>1-1</sub>)森林法旧第186条の立法目的が積極・消極の目的二分にうまく当てはまらないこと<sup>87)</sup>、あるいは、(A<sub>1-2</sub>)積極目的としての政策目的が「大状況」的でないこと<sup>88)</sup>から、一応「明白の原則」によりながらそれより厳しく審査したと捉えたり<sup>89)</sup>、(A<sub>2</sub>)比較考量論に依拠したこと、森林法が古い時期の立法であったことから、75年判決各論部分の審査基準を積極目的の場合に拡大したと捉えたり<sup>90)</sup>されている。

これに対して、第二の見解は、87年判決が目的二分論に依拠したものではないとするものである。この場合にも、その論拠については、(B<sub>1</sub>)財産権の領域では積極・消極の目的二分が困難であるから「合理性・必要性」基準によったこと<sup>91)</sup>、あるいは、(B<sub>2</sub>)財産権の領域であるから比較考量論によったこと<sup>92)</sup>、さらには、(B<sub>3-1</sub>)典型的な積極・消極類型の中間的な規制目的だから<sup>93)</sup>、もしくは、(B<sub>3-2</sub>)従来目的二分からすれば積極目的に近い

86) 棟居・前掲51) 163頁、芦部・前掲13) 274頁以下、憲法理論研究会編・前掲13) 205頁にも、学説の整理がなされている。

87) 参照、今村・前掲83) 70頁。

88) 参照、小林・前掲82) 140-142頁。

89) ただし、芦部・前掲13) 277-278頁は、自説は(A<sub>1-1</sub>)説に近いが、審査基準については「厳格な合理性の基準」を適用したものと理解する。

90) 参照、阿部照哉「共有森林分割制限違憲判決」法律時報59巻9号53-55頁。

91) 参照、佐藤功・前掲1) 264頁。

92) 参照、佐藤幸・前掲28) 17頁。

93) 参照、藤井俊夫「森林法186条本文の合憲性」判例評論346号37頁。

のに<sup>94)</sup>、かなり厳格な審査を行ったこと、とニュアンスが異なる。もっとも、この見解には、目的二分論を肯定的にみる（前三者）のか、否定的にみる（後一者）のかが微妙に絡んでもいる。

第二の見解による限り、目的二分論は本件のような財産権の領域には相当せず、その理論的射程を経済的自由一般とまですることはできない。また、第一の見解による場合であっても、目的二分論をどのようなものとして理解するかによって、同様の結論が下されよう。すなわち、目的二分論の本質は、先に述べたように、本来「積極・消極目的区分→違憲審査基準」の論理回路にあったはずである。そうであれば、第一の見解にカテゴライズされるいずれの立論も目的二分論の踏襲を語れないことになろう。したがって、いずれにせよ、87年判決は目的二分論を踏襲するものではなく、少なくとも、純然たる財産権の領域においては、87年判決が先例になるといわざるを得ないように思われる<sup>95)</sup>。

### 3) 積極目的の範囲

この問題は、目的二分論が、積極目的として具体的にどのようなものを含ませていたのかというものである。そこでは、とりわけ、(1)社会福祉国家理念のもとの社会経済政策目的とは何か、(2)財政目的は含まれるのかという論点が検討されるべきである。

#### (1)社会経済政策目的とは何か

すでにみた最近の判例のなかでこの論点に相当するものは、公衆浴場法事件判決および蕪糸価格安定法事件にあらわれた「経済的・社会的弱者」の保護と特石法事件にあらわれた「石油製品の安定供給→需給調整」政策である。そこで、まず、「経済的・社会的弱者」の保護について論じる。公衆浴場法の適正配置規定については、すでに、55年判決において、公衆浴場の偏

94) 参照、戸波江二「森林法共有林分割制限違憲判決」法学セミナー391号91頁、米沢・前掲51) 27頁、棟居・前掲51) 163頁。

95) なお、米沢・前掲51) 27頁、棟居・前掲51) 163頁参照。

在・濫立による「国民保健及び環境衛生」の低下を防止するものとして合憲とされていた。しかるに、75年判決の法理を前提にすれば、すでに触れたように、そのような消極目的は厳格な違憲審査のもとで違憲とされることにならざるを得ないはずのものであった。

ところが、学説に距離制限合憲論が登場したこともあってか<sup>96)</sup>、2小判決および3小判決は、その理由づけの方式こそ異なるものの、いずれも合憲判断を示すものとなった。すなわち、2小判決は、55年判決の論理にほぼ沿いながら、立法当時以降の社会変化を前提にして、その立法目的を「公衆浴場の経営の安定→国民の保健福祉の維持」として積極目的に位置づけ、72年判決を引用しつつ違憲審査したのである。他方、3小判決は、55年判決を引きつつも、むしろ学説の合憲論に支えられて、入浴料金の統制や企業弾力性の乏しさなどから、直截に「既存公衆浴場業者の経営の安定→公衆浴場の確保」という論理によって違憲審査するものであった。

すでに指摘されたように、「いずれも立法目的の確定とそれを支える立法事実の検討がおざなりであって十分な説得力はもっていない<sup>97)</sup>」が、両者の判決に共通しているのは、表面的には「国民の保健福祉の維持」を掲げながらも、実質的には既存公衆浴場業者の保護に結果している点である。すなわち、公衆浴場の確保といっても、距離制限によって無浴場地域にその新規開設が促されるわけではなく、逆に、公衆浴場の需要度の高い地域では距離制限のために新規参入が制限されることになるからである<sup>98)</sup>。職業選択の自由に許可制のような強度の規制を加える場合、既存業者を「経済的・社会的弱者」とし、その保護を積極目的とすることによってはたして正当化されるのであろうか<sup>99)</sup>。

---

96) 最初にこの見解を主張したのが、小嶋和司「職業選択の自由の制限」ジュリスト憲法判例百選〔旧版〕56頁である。

97) 木下・前掲80) 32頁。同旨、戸波・前掲81) 74頁。

98) 参照、戸波・前掲81) 74頁、木下・前掲80) 32頁。

99) 参照、戸波・前掲81) 75頁。なお、これに対して、公衆浴場の利用者を「社会的・経済的弱者」とし、その保護を積極目的と位置づける見解（浦部法穂・違憲審査の基準209頁以下）があるが、必ずしも説得的ではないように思われる。

公衆浴場法の場合と少しく事案が異なるが、その結論において同様のことが繭糸価格安定法事件判決についてもいえよう。そこでは、繭糸価格安定法の改正が「養蚕業及び製糸業、とりわけ……養蚕農家のための保護政策」であることを明確に判示しつつ、これを合憲としたのである。そして、それは、この立法政策措置によって絹織物生地製造業者がその営業に影響を被ることになった点をも踏まえてのものであるから、裁判所としては、養蚕農家の保護を絹織物業者のそれよりも優先していることになる。すなわち、両者においては養蚕農家のみが「経済的・社会的弱者」とされ、その保護が積極目的であるとされているのである。

次に、需給調整政策に関わる特石法事件判決である。この判決は、実質において営業許可制と理解される特石法の登録制度を「社会経済政策上の積極的な目的のための法的規制措置」と認めたとうえで、72年判決を引用しつつ「明白の原則」によって合憲判断を下すものであった。そこでは、特定石油製品の輸入の円滑化、供給の安定化といった石油政策そのものが立法目的として判示されているが、既存業者に対する新規参入業者の存在、ひいては一般消費者の存在をどのように捉えているのかが必ずしもみえてこない。すなわち、別言すれば、「既存業者の利益を保護するという隠された副次的な立法目的がそこに含まれていないかという点が、検討される」<sup>100)</sup>べきであったはずである。

以上のように、社会経済政策目的として積極目的に該当するとされたものは、いずれも議論の余地が残るものである。それは、規制目的を積極・消極に区分するという目的二分論そのものが有用性に欠けるためか、それとも、それら判例の論旨が目的二分論の意義を減失させているのか。積極目的が国の政策に関わるものであるだけに、その具体的内容を絞り込むのは容易ではないが、逆に政策目的であることをもって個々の経済的自由の規制が安易に認められることのないように、その具体的内容を再検討する必要が

---

100) 内野正幸「ガソリン等輸入事業の許可制と職業選択の自由」ジュリスト平成2年度重要判例解説28頁。



あろう<sup>101)</sup>。

(2)財政目的は含まれるか

この点では、一連の酒税法事件判決が検討されるべきであろう。これら判決は、酒税法に定める酒類の製造および販売免許制の立法目的をそれぞれ「酒税の徴収確保」ないし「酒税の保全」とする点では一致していた。しかし、その目的が積極・消極のいずれに該当するのかわかると、積極目的とするもの（(a)ないし(c)判決）、積極・消極いずれでもあるとするもの（(d)判決）、それについて言明しないもの（最高裁判決、(e)および(f)判決）に分かれる。もっとも、(d)判決が消極目的要素を含むとするのは、すでにみたように、その財政政策による税収が社会生活上の弊害の防止などの消極目的にも用いられると理解するからであって、本来的に目的「二分論の特性に適合しているか、疑わしい」<sup>102)</sup>ばかりか、奇妙な論理といわざるを得ない。また、(e)判決が、酒販免許制を「租税の賦課徴収権の直接の行為に該るものではなく、租税政策自体からみれば間接的な制度というべきもの」とした点は、留意されるべきである。

ところで、学説も、「酒税の保全」目的について見解が分かれる。すなわち、これを積極目的ないしそれ類似のカテゴリーで理解するもの<sup>103)</sup>、積極目的を経済的弱者保護に措定して積極目的的理解を否定するもの<sup>104)</sup>があり、さらには、「単なる国家目的の達成のための便宜のための制度」として純然たる積極・消極目的以外の第3のカテゴリーとするもの<sup>105)</sup>まで認められる。そ

---

101) 同旨、小林武「経済的自由規制立法の司法審査基準」法学セミナー429号119頁。

102) 高橋正俊「酒類販売業免許制合憲判決」ジュリスト昭和63年度重要判例解説31頁。

103) 積極目的として、作間忠雄「営業許可制の一考察」ジュリスト809号46頁、それ類似として、佐藤功・前掲2) 390頁、佐藤幸・前掲1) 492頁。

104) 参照、三木義一「酒類販売免許制合憲論批判」一橋論叢94巻5号78頁以下。

105) 憲法理論研究会編・前掲13) 207頁。同旨、今村成和「酒類販売業について免許制度を採用した酒税法9条1項の規定の合憲性」判例評論316号24頁、内野・前掲100) 28頁。

して、これに依じて、その違憲審査基準も異ならざるを得ないことになる<sup>106)</sup>。

いずれにせよ、判例・学説とも結論がでておらず、財政目的のこの問題はなお残されたままといわざるを得ない。ただ、積極・消極の目的二分が困難であり、議論が分かれるとしても、「酒税の保全」によって職業選択の自由の規制——とりわけ酒販免許制がどれほどの正当性を有するものかは疑問とされよう<sup>107)</sup>。そして、その場合、重要なのはその違憲審査基準であろう。その点で、「いかなる政策に基き、いかなる租税を課するか」と、「税收確保のためにどのような措置をとるか」とは区別すべきで、前者において「明白の原則」が妥当するとしても、後者にまでこの原則を適用すべき根拠はない旨論じられている<sup>108)</sup>ことは傾聴に値し、その意味で、(e)判決の前記説示部分が評価されてよいように思われる。

## おわりに

経済的自由に対する公権的規制の違憲審査はどうあるべきか。すでにみたように、72年判決および75年判決がこの問題において大きな方向づけを与えたことは事実である。学説の多数は、これら判決を高く評価し、そこから目的二分論を読み取り、その先例性を肯定してきた。その一方で、目的二分論の合理性と妥当性に異議を唱え、それら判決の法理をも批判しつつ、これとは異なる違憲審査手法を提示する見解が有力に主張されてきている。はたして今日、72年判決および75年判決の法理、ひいては目的二分論はどれほどに、また、どのように維持されているのか。目的二分論批判論によって指摘されるほどに合理性と妥当性を欠くものなのか。

---

106) 特に議論になるのは、第3のカテゴリーとする場合（規制目的が積極・消極の複合的もしくは中間的な場合をも含む）であり、これには、原則として厳格な方の審査基準によるべきとする見解（小林、今村、高橋、藤井）、主たる目的に対応した審査基準によるべきとする見解（内野）などに分かれる。

107) 参照、釜田泰介「酒販免許制の合憲性」法学教室92号104-105頁。

108) 今村・前掲105) 24頁。

本稿では、最近の裁判例の検証を通じてこの問題を検討するものであった。すなわち、経済的自由に対する公権的規制の違憲性が争われた諸判決のなかで、72年判決および75年判決の法理、ひいては目的二分論がどれほどに、また、どのように踏襲されているのか、分析を加えたのである。そこでは特に、目的二分論ならびにその批判論の議論において取り残されてきた論点として、(1)そもそも72年判決および75年判決から目的二分論が読み取れるのか、(2)かりに読み取れるとしても、その理論的な射程はどのような範囲なのか、また、積極目的には具体的にどのようなものが含まれているのか、があることを指摘し、そのような観点から検討することになった。

その結論は、総じていえば、最近の裁判例は、72年判決および75年判決を引用しているほどにはそれら法理をそのまま踏襲するものではなく、目的二分論を踏まえて議論しているわりにはその理論の趣旨と微妙に異なっているということになる。たとえば、87年判決は、75年判決を引用しつつも、その一般論を先例として用いているのに反して、厳密な意味で目的二分論が読み取れる各論の部分を捨象しているのである。あるいは、酒税法に関する一連の判決などのように、72年判決を引用しつつも、積極目的の措置においては一義的な理解がみられず、違憲審査にばらつきが生ずることになっているのである。

このような結果は、いったい何に起因しているのであろうか。もとより、それがそれぞれの事案の相違に由来するものであることは否定し難い。72年判決および75年判決の事案と最近の裁判例のそれとは必ずしもストレートに対比しにくいものが多く、そのようなことが結論にも少なからぬ影響を及ぼすことは容易に理解しうるからである。しかし、同じく経済的自由に対する公権的規制の領域でありながら72年判決および75年判決の法理、ひいては目的二分論が十分に用いられていないことは確かであって、その意味するところは重大であろう。

もちろん、ここで、目的二分論の批判論者のように、72年判決および75年判決の法理あるいは目的二分論の理論的限界が意味されていると理解するこ

とも可能であるのかもしれない<sup>109)</sup>。その意味で、従来から主張されてきた目的二分論批判論の存在と意義は小さくはなかったと評してよい。しかし、そもそも72年判決および75年判決の読み取り方は、それら判決の趣旨からして正確なものであったのであろうか。目的二分論の論者が説くほどには、理論的射程は広くはなく、また、内容は明確ではなかったとい得ないであろうか。そうであれば、逆に、目的二分論の批判論者が批判するほどには、72年判決および75年判決の法理、ひいては目的二分論そのものが否定されているわけではないといいうることにもなる。

経済的自由に限らず、およそ人権に対する公権的規制の違憲審査が客観的であることは必要である。その意味で、目的二分論の意図は評価されるべきであるが、その理論的合理性と妥当性はなお検討の余地を残していよう。他方、目的二分論批判論の趣旨も十分な説得力を有しているが、その結果かりに立法事実論に拠って違憲審査するにせよ、立法事実の評価についての客観的な基準なくしては、かつての「公共の福祉」論に回帰してしまうことになる<sup>110)</sup>。それゆえ、目的二分論とその批判論とによって提示された違憲審査基準を、その特性に配慮しながら総合的に再構成してみる必要があるように思われる。

その場合、さらに、純然たる財産権（第29条）領域に対する公権的規制をも視野に入れた違憲審査基準の考察が求められざるを得ない。現に、87年判決が下されたこともあって、そのような違憲審査をめぐって大いに議論を呼んでいるところである<sup>111)</sup>。本稿では、この点を十分検討することはできなかった。経済的自由の公権的規制全体を包摂するような違憲審査の手法はありうるのか、また、ありうるとしてそれはどのようなものか。この問題については、今後の課題としたい。

---

109) たとえば、憲法理論研究会編・前掲13) 204頁以下参照。

110) 同旨、藤井・前掲93) 38頁。

111) 前出注13) 掲記の戸波論文〔現代の憲法理論〕、棟居論文〔公法研究〕、浦部論文等を参照されたい。