

手段審査における立法事実の役割

——類型化を通じた構造解明に向けての一試論——

大 石 和 彦

- 一 本稿の関心対象
- 二 薬事法判決
- 三 事実上の因果関係モデル
- 四 適合性または必要性審査を行った他の事例
- 五 残った課題

一 本稿の関心対象

本稿では、立法の「目的」と、その実現のために採られた「手段」とを、それぞれ「二段構え」で審査するという議論パターン（以下「目的手段審査」という^①）の中、いわゆる「立法事実」^②が、どこでどのように働くのかについて考える。

裁判所の憲法判例を憲法学の目からは、例えばアメリカ流に見た場合は、どの程度の「厳格さ」の違憲審査基

準をどのような理由から選択したか、当該立法の「目的」および「手段」それぞれに対する審査が何を対象にどのように行われたか、という順序で「分節化」して検討することになろうし、ドイツ流に見た場合には、当事者が国により侵害されたと主張している利益が本当に憲法上の人権条項の「保護領域」に該当するのか、それが憲法上の権利であったとして、憲法問題を発生させる程の「制限」がそれに対して課されているといえるか、憲法上の権利に対する制限が憲法上「正当化」されるか、という、また別の観点から分節化した上で検討することになろう。アメリカ流、ドイツ流（あるいはそれら以外）いずれにしても、憲法判断の過程をいくつかの構成部品へと分けることの意義とか効用とは何かを考えてみると、例えば電子回路に不具合があるとき、どこからどこまでが通電していて、どこからどこまでが通電していないのか、回路上に並ぶ構成パーツのうちのどれに不具合があるのかを調べることで原因箇所を絞り込んでゆくのと同様の検証を可能にする点にあるといえよう。⁽³⁾

これまでの日本では最高裁による違憲判断が少ないこと⁽⁴⁾を嘆く向きにとってはもちろんのこと、違憲合憲の結論そのものではなく論証過程における理由付けを問題視する立場から見ても問題となるのは、最高裁による憲法判断という回路の中のどの部分に不具合があるかであろう。回路の中で不具合を起こしている箇所を絞り込む作業が必要である。もちろん本稿では、それらの作業の全てを一気に行うことはできないが、一つの重要パーツの構造と性質の解明に取り組むことにしたい。一九七〇年代以降、日本の最高裁も、法令を対象として憲法判断を行う際には、目的手段審査の型をしばしば用いてきた。本稿ではそのうち、「手段」の憲法適合性審査（以下「手段審査」という。）の中、そこで立法事実がどのように働き得るのかという観点から、検討してゆくことにしたい。

日本の最高裁の手段審査のあり方をめぐっては、もちろんこれまでも数多くの議論が重ねられてきたが、そこでの力点は、「LRAの基準」を当てはめる「べき」ケースなのに、なぜ「合理的関連性」の審査しか行っていない。

ないのか、といった、適用されるべき「違憲審査基準」の「厳格さ」という程度差の問題、あるいは「べき論」に置かれてきたように思われる。これに対し本稿では、最高裁が手段審査で用いた「基準の厳格さ」という程度差の問題ではなく、最高裁が手段審査の中で、実際のところ何をどのように審査してきたのかにつき、「べき論」以前の実態確認に向け、本稿なりの視角からの再接近を試みることにしたい。

二 薬事法判決

芦部信喜は、いわゆる「薬事法判決」（最大判昭和五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁）につき、「立法の必要性・合理性を、立法目的と立法目的達成手段の両面について立法事実を具体的に検証することによって明らかにする、というアプローチを最高裁判例としては初めて本格的な形で採り入れた」ものと評した。⁽⁵⁾ 薬事法判決に對する、こうした芦部の評価の背後には、法令の違憲性が争われたケースにおける立法事実の働き方をめぐる何らかのイメージがあつて、同判決がそれにピッタリと当てはまったものと考えられる。そこで以下では、当時の日本の学説が念頭に置いており、しかも薬事法判決に親和的なイメージとはいかなるものであつたのかを推測してみたい。

いうまでもなく「手段」とは「目的」を達成するために採用されるものであるから、「手段」と「目的」との間の関係をどのような観点から見るのが重要となる。こうした、目的と手段の間の関係に着目した手段審査手法の類型論としては、「（広義の）比例原則」を構成する三つの「部分原則」、すなわち「適合性」、「必要性」および「狭義の比例性」均衡性」の区別というドイツ由来の論法が現在の日本においても広く知られている。⁽⁶⁾ 薬事法判決には、それら三つの「部分原則」に対応する部分が全て含まれている。⁽⁷⁾ そのため、まずは同判決の手段審

査の各部分を再確認しておきたい。

(1) 適合性

手段審査において「比例原則」を適用する際、まずはそもそも当該手段が法令の目的達成のため本当に役立つものといえるのか否か（「適合性」の有無）が問題とされる。

薬事法判決の中の以下各部分はいずれも、薬事法六条二項（当時）が定める薬局開設の許可要件（適正配置規制）が防止しようとしている害悪（弊害）の主要因が、同項が防止しようとした薬局の一極集中およびその帰結とは別のところにあるため、適正配置規制を行ったところで、その目的を達成するための役には立たない（「適合性」を欠く）ことを述べる部分である。

「……大都市の一部地域における医薬品の乱売のごときは、主としていわゆる現金問屋又はスーパーマーケットによる低価格販売を契機として生じたものと認められることや、一般に医薬品の乱売については、むしろその製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激的な販売合戦、流通過程における営業政策上の行態等が有力な要因として競合していることが十分に想定される……。」

「……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つて、国民の保健上の目的からされている本件規制とは直接の関係はない。」

「……医薬品の製造番号の抹消操作等による不正販売も、薬局等の段階で生じたものというよりは、むしろ、それ以前の段階からの加工によるのではないかと疑われる……。」

「……医薬品の乱売やその乱用の主要原因は、医薬品の過剰生産と販売合戦、これに随伴する誇大な広告等により、一般消費者に対する直接販売の段階における競争激化はむしろその従たる原因にすぎず、特に右競争激化のみに基づく乱用助長の危険は比較的軽少にすぎない……。」

上掲の各引用部分に加え、同項が防止しようとした薬局の一極集中の帰結（薬局等の経営の不安定）が、同項が防止しようとした害悪の主要因とはならないことを述べる以下部分も、適正配置規制を行ったところで、その目的を達成するための役には立たない（「適合性」を欠く）ことを述べていると考えられる。

「被上告人は、また、医薬品の販売の際における必要な注意、指導がおろそかになる危険があると主張しているが、薬局等の経営の不安定のためにこのような事態がそれ程に発生するとは思われない……。」

（２） 必要性

薬事法判決のうち以下に掲げる各部分はいずれも、薬事法六条二項（当時）が定める薬局開設の許可要件（適正配置規制）につき、「特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、……実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有する」との認識の下、「狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課する……強力な制限」を用いなくとも、「よりゆるやかな制限」によって目的を十分

に達成することができること、すなわち、適正配置規制という強力な制限を用いる「必要性」が無いことを述べる。

「……例えば、薬局等の偏在によつて競争が激化している一部地域に限つて重点的に監視を強化することによつてその実効性を高める方途もありえないではなく、また、被上告人が強調している医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等は、不時の立入検査によつて比較的容易に見ることができるとような性質のものとみられること……等を考え合わせると、供給業務に対する規制や監督の励行等によつて防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠くといふべきである。」

「……弊害に対する対策としては、薬事法六六条による誇大広告の規制のほか、一般消費者に対する啓蒙の強化の方法も存する……。」

「……無薬局地域又は過少薬局地域における医薬品供給の確保のためには他にもその方策がある……。」

(3) 狭義の比例性(均衡性)

薬事法判決のうち以下部分は、「予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上は認められるためには、……このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失しない程度において、国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とする」(傍点本稿筆者)との前提の下、権利制約が与えるダメージの大きさと、権利制約によつて得られる利益とを比較した上で、前者の方が大きいことを述べる。

「……無薬局地域等の解消を促進する目的のために設置場所の地域的制限のような強力な職業の自由の制限措置をとることは、目的と手段の均衡を著しく失するものであって、とうていその合理性を認めることができない。」

三 事実上の因果関係モデル

遠藤比呂通によれば、『憲法訴訟』という言葉の誕生は、『立法事実』という言葉の誕生でもあり、一九五九年から六一年までの二年間ハーバード・ロー・スクールに留学し、ポール・フロインド (Paul Freund) 教授の「憲法訴訟」のセミナーに参加した芦部信喜と、ハーバードで芦部と一年間を共に過ごした時國康夫の二人が「憲法訴訟」と題するジョイント・セミナーを司法研修所で開始した一九六一年が、それら二つの日本語の誕生年である。⁽⁸⁾したがって、手段審査において立法事実が果たす役割・位置づけをめぐって戦後日本の憲法訴訟論が想定していた当初イメージを確認するためには、誕生から間もない六〇年代に芦部と時國が発表した論稿を参照すべきことになる。

芦部と時國が語る立法事実が働く場面は一樣ではない。例えば芦部は、一方当事者から提出された立法事実が実際の裁判の帰趨に重要なインパクトを与えたアメリカにおける二大成功体験に言及している。⁽⁹⁾一例目は、当時弁護士であったルイス・ブランダイス (Louis Dembitz Brandeis) がアミカス・ブリーフとして当時の合衆国最高裁 (Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908)) に提出した、いわゆる“Brandeis Brief” (労働者保護立法による操業規制という「因」の導入が、労働者保護という目的の達成という「果」をもたらすかを、まさに因果関係の有無の観点から証したもの) であり、二例目は Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) における、「分離すれ

ども平等」論に反論する全米有色人種地位向上協会が提出した brief である。これら二例のうち前者 (Brandeis Brief) は、手段審査手法のうち適合性審査に関わるものと解し得る点で、手段審査における立法事実の働き方を検討する本稿の関心の射程に入るが、後者は手段審査を含む区別の正当化 (合理的) 理由が認められるか否か判断の段階ではなく、憲法問題を発生させる程の区別、つまりはそもそも違憲審査の対象そのものが存在しているかどうかの (ドイツ流の平等分野における「二段階審査」のうち第一段階の) 問題に関するものである点で、本稿の直接の関心対象には入らない。

芦部は、立法事実の中にも「立法目的の合理性ないしそれと密接に関連する立法の必要性を裏付ける事実」とあることを基礎づける事実」とがあり、このうち「憲法訴訟において立法事実のもっとも重要な面は、この立法目的達成手段の合理性に関するものだといっても過言ではない」とする⁽¹⁰⁾。この記述の背後には、芦部が別の論文で引用している、「フロインド教授のあげる例」、すなわち「かりに三・二パーセント以上のアルコールを含有する飲料の販売を禁止する法律が制定されたときは、三・二パーセントの基準が公衆衛生・公衆道德の維持に合理的関連性を持つかどうかという『立法事実』が、争点として争われる」といったケースが念頭に置かれていると推測される。芦部は、こうした「フロインド教授のあげる例」を引用する論文の冒頭、法令の合憲性を裁判所が審査するに際しての重要問題の一つに、「形式的な理論が予定する事実上の結果が特定の法律によってはたして生ずるかどうか、という因果の連関の問題」⁽¹²⁾をあげている。つまり、当該立法が採用した「手段」(三・二パーセント以上のアルコールを含有する飲料の販売の禁止)を「因」、当該立法が実現しようとしている「目的」(公衆衛生・公衆道德の維持)が達成された状態を「果」として想定した上で、それらの間に本当に因果関係(合理的関連性)が存在するのかをめぐって、「在る」と主張する側が提示する事実(法律の合理性を支える事実)に対し、「無

い」と主張する側が逆の事実を相互に提示する。そこで想定されているのは、そうしたイメージであると推測される。

一方、時國によれば、立法事実には「立法（による規制）の必要性を裏付ける事実」と、「特定の規制方法が立法目的達成に必要な最小限度のものである」との立法府の判断を裏付ける立法事実の両者があるとした上で、前者の例として、最大判昭和三七・四・四刑集一六卷四号三七七頁を引用しつつ、『深夜営業を認めると、往々にして売淫や賭博その他善良な風俗を害する行為を誘発する虞れがある。』という立法事実⁽¹³⁾をあげる。芦部が引用する「フロインド教授のあげる例」においては、規制手段（三・二パーセント以上のアルコールを含有する飲料の販売の禁止）という「因」と、「目的」（公衆衛生・公衆道徳の維持）の達成という「果」との間の合理的関連性が問われる構造であったが、時國があげる例は、規制対象行為（深夜営業）という「因」と、当該立法が防止しようとしている害悪の発生（売淫や賭博その他善良な風俗を害する行為の誘発）という「果」との間で合理的関連性が問われる構造となっている。いずれの例にあつても、立法が想定した（形式的な理論が予定する）「因」と「果」の間に、本当に合理的関連性があるのかどうかをめぐり、合憲主張側と違憲主張側から事実をめぐる応酬がなされるという基本想定に変わりはないものといえる。また、時國がいう「法に採り入れられた手段による憲法上の権利の制約が必要最小限度を超えており、他により極端でない手段により同じ目的が達成しうることを示す立法事実」⁽¹⁴⁾なるものをめぐる応酬も、「他」の「より極端でない手段」という「因」と、「同じ目的が達成しうる」と」という「果」の間の関係性をめぐるものである点で、やはり同様の基本構造と思われる⁽¹⁵⁾。

「（広義の）比例原則」を構成する三つの「部分原則」は、「一つは事実問題、事実認識を扱う適合性と必要性」と、「もう一つは価値問題、価値判断を扱う狭義の比例性」とに分かたれる⁽¹⁶⁾。後者（狭義の比例性）に加え、目的審査もまた、憲法上の権利に対する制約（がもたらすダメージの大きさ）に見合うだけの対抗利益（制約により得

られる利益」を政府側が提示できているのかどうかを問うものであるから、「事実問題、事実認識」とは対置される「価値問題、価値判断を扱う」ものといえる。⁽¹⁷⁾

適合性審査において問われるのは、法令が選択・採用した手段の実施という「原因」行為が、本当に立法者の想定どおり、立法目的の達成という「結果」をもたらすのか否か、つまり、手段と目的との間に事実上の因果関係が認められるか否かである。その際に決め手となるのは、両者の間の「因果関係」を検証または反証する（以下「検反証」という。）ため当事者もしくは裁判所から提示されるであろう一般的事実（以下「立法事実」という。）の存否である。だとすれば、適合性（アメリカ流に表現すれば「合理的関連性」）審査なるものは結局のところ、立法事実の存否をめぐる事実認識の問題へと帰着されることになる。また、アメリカを準拠国として語られる「LRA」審査、ドイツ流の表現では「必要性」審査において問われる、法令が採用した手段よりも憲法上の権利に対するダメージの少ない他の選び得る手段の実施という「原因」行為が、同程度に立法目的の達成という「結果」をもたらすことができるか否かという問題もまた、事実上の因果関係の存否をめぐる問題であるから、そこで決め手となるのも、両者の間の因果関係の存在をめぐる提示される立法事実であり、これもまた結局のところ事実認識の問題だということになる。⁽¹⁸⁾ いずれにせよ、法令が採用する手段の実施（因）と、立法目的の達成（果）との間に事実上の因果関係が認められるかを、立法事実を通じて検反証するという、適合性審査と必要性審査の両者に共通する上記のような思考パターンを、さしあたり本稿では「事実上の因果関係モデル」と呼ぶ。

戦後日本の憲法訴訟論のパイオニアである芦部と時國が六〇年代の論文の中で主に念頭に置いていたのが、まさに上述の事実上の因果関係モデルであり、芦部が薬事法判決を積極評価した背景には、同判決の手段審査部分のうち適合性審査と必要性審査部分が同モデルにフィットするものであったという事情があると思われる。⁽¹⁹⁾

では、薬事法判決の事案に含まれる具体的にどのような要素が、芦部と時國の上記のような原初想定にフィットしたのかを、さらに考えてみたい。芦部と時國の六〇年代の論文で言及されている事例には、ある程度の共通のバイアスが読み取れる。第一に、*natural*な（天然の、自然の、前国家的な）「行為」の自由の制約事例であること、第二に、上記第一の要素と表裏の事柄であるが、違憲審査の対象が、被治者の「行為」を刑罰等の法的制裁により間接強制するタイプの法令であること、第三に、立法目的の達成度が実証的に測定（データを取ることが）可能と思われるケースが多いことである。

上記のうち第一の「行為」の自由としては、表現の自由、営業の自由、研究活動の自由、宗教活動の自由などがそれに該当する。これに対し、同じく自由権ではあっても、プライバシーや思想良心などの「事実上の状態」の自由は、ここでいう行為の自由には含まれないし、財産権のように「法的」（後国家的）な地位を保障する憲法上の権利もここには含まれない。⁽²¹⁾例えば時國は、「立法の必要性を裏付ける立法事実」（いわばプラスの立法事実）に対抗するマイナスの立法事実を、「禁止される行為を野放しにしても何らの弊害がそもそも生じないという立法事実」（傍点は本稿筆者）と表現しているが、ここではまさに「行為」の自由を制限する法令の合憲性審査という場面が想定されているといえる。

第二の、違憲審査対象たる法令として、どのようなタイプのものが念頭に置かれているかについては、薬局開業の許可要件の一つを定めていた薬事法六条二項（当時）の背後には、無許可営業に対して刑罰を科す同法八四一条一号（当時）が控えていた。つまり許可要件を定める同法六条の規定は、実質的には無許可営業に対して刑罰を科す罰則の構成要件の一部と解することができる。⁽²²⁾

第三の点については、芦部と時國の六〇年代の論文で言及されている例には消極的、警察的な目的による規制の例が多い。消極目的規制は、規制なき状態をそのまま放置しておくとか何らかの社会的害悪、弊害が生じるため、

そうした害悪をもたらしうる行為を規制するものであるが、例えば売淫や賭博などの行為を行う者の増減のように、そこで想定されている害悪が実測可能なものである場合には、事実データに基づく検証が容易であることから、事実上の因果関係モデルにより親和的といえるであろうし、逆に「善良な風俗」そのものが害されているかについては、「善良な風俗」なるものの抽象性から実測または事実データに基づく検証は困難であろうし、それゆえに、規制をしなくともそれが維持されるか、それとも規制をしなければ害されるかは、結局のところ規制をする政府側の「言い値」がまかり通る結果となる危険がより高いであろう。「公務の中立性およびそれに対する国民の信頼の確保」といったことを目的とする規制の合憲性判定に際しても、その理念の抽象性ゆえ、同じ危険であろう。そうした危険は、事実上の因果関係モデルの正常機動を妨げる可能性があるが、薬事法判決のケースはこの点でも事実上の因果関係モデルの想定通りであったといえるだろう。

四 適合性または必要性審査を行った他の事例

(1) 森林法判決

上記のように見た場合、薬事法判決は、事実上の因果関係モデル該当事例の中でもコアの部分に位置するか、それにかなり近い事例であったといえる。これに対し、森林法判決（最大判昭和六二・四・二三民集四一巻三号四〇八頁）は、「行為」の自由ではなく財産権分野の事例であるし、刑法法規の合憲性をめぐる事例でもないが、森林法判決にも、以下引用の通り適合性と必要性を審査した部分が見られる。以下部分は、森林法一八六条（当時）による共有森林分割制限は、その目的達成にとって、単に効果が認められないのみならず、むしろ逆効果だと述べ、適合性を否定した部分である（傍点は本稿筆者）。

「……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、紛争が生ずるに至つたときは、各共有者は、共有森林につき、……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。……森林法一八六条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に民法の右規定の適用を排除した結果は、右のような事態の永続化を招くだけであつて、当該森林の経営の安定化に資することにはならず、森林法一八六条の立法目的と同条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定したこととの間に合理的関連性のないことは、これを見ても明らかであるといふべきである。」

森林法一八六条（当時）が、上記のうち第二の要素が想定する、被治者の「行為」をコントロールする規範として事実上機能することが、森林法判決を事実上の因果関係モデルの射程範囲へと引き入れたものと説明することができよう。

森林法判決のうち以下各部分は、上記規定が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に一律に分割請求権を否定していることにつき、その必要性を否定した部分である。

「……森林の安定的経営のために必要な最小限度の森林面積は、……これを定めることが可能といふべきであるから、当該共有森林を分割した場合に、分割後の各森林面積が必要最小限度の面積を下回るか否かを問うことなく、一律に現物分割を認めないとすることは、同条の立法目的を達成する規制手段として合理性に欠け、必要な限度を超えるものといふべきである。」

また、当該森林の伐採期あるいは計画植林の完了時期等を何ら考慮することなく無期限に分割請求を禁止することも、

同条の立法目的の点からは必要な限度を超えた不必要な規制というべきである。」

「……現物分割においても、当該共有物の性質等又は共有状態に応じた合理的な分割をすることが可能であるから、共有森林につき現物分割をしても直ちにその細分化を来すものとはいえないし、また、「民法二五八」条二項は、競売による代金分割の方法をも規定しているのであり、この方法により一括競売がされるときは、当該共有森林の細分化という結果は生じないのである。」

(2) 郵便法判決および再婚禁止期間一部違憲判決

郵便法判決は、郵便法の規定(当時)のうち書留郵便物の故意・重過失による不達および特別送達郵便物の故意・過失(軽過失を含む)による不達につき損害賠償責任を免責または責任制限していた部分につき、さらに再婚禁止期間一部違憲判決は、民法七三三条(当時)が定めていた六箇月の再婚禁止期間のうち一〇〇日を超える部分につき、それぞれ必要性を否定した事案であるが、いずれも第一、第二の要因を持たない。にもかかわらず、両者が必要性審査の結果、それぞれ不必要な制限部分につき違憲判断に至ったのは、法令の手段(因)と目的(果)の間の事実上の因果関係につき、立法事実による反証可能性が裁判所にとって高いケースであったことによるものと思われる。

五 残った課題

以上見てきた通り、日本の最高裁が事実上の因果関係モデルを用い、適合性または必要性審査を行った事例に

は違憲判断（「部分違憲判断」を含む）が多く（そうであるがゆえ）どちらかというレアなケースである。したがって、その他多くの判例が用いた手段審査手法を説明する、別のモデルが必要である。

さらに、特に今世紀に入って以降、平等分野において重要な法令違憲判決（国籍法違憲判決・最大判平成二〇・六・四民集六二巻六号一三六七頁）が出ているが、それらの事例において不平等配分されていた利益は、日本国民たる地位（日本国籍）をはじめとして法的（後国家的）な地位であるなど、自然の（前国家的な）「行為」の自由を刑罰法規で取り締まるといったケースとは全く異なるため、本稿で検討した事実上の因果関係モデルとは別のモデルが必要となる。

本稿で論じることのできなかったそれらのモデルの検討は、他日を期すこととしたい。

（一） 尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和四八・四・四刑集二七巻三号二六五頁）の調査官解説（『最高裁判所判例解説刑事篇昭和四八年度』一〇九頁以下「田尾勇」）は、同判決が『目的』と『手段』の二段構えで憲法判断を行ったことにつき、「最高裁が明確な形で意識的にかかる手法を用い、しかも『手段』の点で結論を出した例ははじめてといつてよい」と述べる（上掲一四三頁）。

また、上掲判決の約半年前に下された小売市場判決（最大判昭和四七・一一・二二刑集二六巻九号五八六頁）においても、小売商業調整特措法による小売市場の許可規制の合憲判断を行う中で、「経済的基盤の弱い小売商の事業活動の機会を適正に確保し、かつ、小売商の正常な秩序を阻害する要因を除去する必要があるとの判断のもとに、その一方策として、小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によって招来されるのであろう小売商の共倒れから小売商を保護するため」という「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い」、さらに「本法は、その所定形態の小売市場のみを規制の対象としているにすぎないのであって、小売市場内の店舗のなかに政令で指定する野菜、生鮮魚介類を販売する店舗が含まれない場合とか、所定の小売市場の形態をとらないで右政令指定物品を販売する店舗の貸与等をする場合には、これを本法の規制対象から除外するなど、過当競争による弊害が特に顕

著と認められる場合についてのみ、これを規制する」にとどまることから「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」との「二段構え」の判断が行われている。

なお、法令を憲法判断対象とする、いわゆる「法令審査」のケースではなく、行政庁や裁判所による個別具体的規律（行政処分や裁判判決など）や事実行為（憲法八一条にいう「処分」）を憲法判断対象とする、いわゆる「処分審査」のケースにおいては、最高裁が目的手段審査を用いないことについては、具体例の検討を含め、大石和彦「目的」と「手段」の二段構えの型をとらない憲法判断——処分審査を中心に——渡辺康行（編）『憲法訴訟の実務と学説』（日本評論社 二〇二三）一三〇頁以下。さらに、法令審査を行う場合でも最高裁が目的手段審査の型を採らなかったケースの具体例についても、大石・上掲。

(2) 「立法事実」という言葉を、さしあたり本稿では、立法の合理性を検証または反証するため両当事者もしくは裁判所から語られるであろう一般的な事実、という意味で用いることにしたい。立法事実という語をこのような意味で用いることは、「法律を制定する場合の基礎を形成し、それを支えている——背景となる社会的・経済的——事実」という意味で用いる例（芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査——アメリカの理論・実態とその意義——」同『憲法訴訟の理論』（有斐閣 一九七三）一一七頁以下（初出 一九六三）「一二五二頁」）や、「違憲か合憲が争われる法律の立法目的および立法目的を達成する手段（規制手段）の合理性を裏づけ支える社会的・経済的・文化的な一般的事実」という意味で用いる例（芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第八版）』（岩波書店 二〇二三）四〇九頁）と実質的に異なるところはないと考える。

(3) 憲法判断の過程を分節化することの意義については、高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店 二〇一七）二五一頁。

(4) 現行日本国憲法の下、日本の最高裁が法律を対象に違憲判断を行った例は一二件、そのうち八件が今世紀に入ってから二五年前に下されている。

(5) 芦部信喜「職業の自由の規制——大法院判決巡歴——」同『人権と憲法訴訟』（有斐閣 一九九四）三四七頁以下（初出 一九七九）「四一五頁」。

(6) そもそも「比例原則」の原語（Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）のうち“Verhältnis”という語が「関

係」の意であることにも表れているように、同原則を構成する三つの部分原則の間の区別は、目的と手段の間の関係をどのような観点から見るのかに着目してのものとすることができる。

「比例原則」および（広義の）それを構成する「三つの部分原則」に関する本稿の理解は、青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会（編）『憲法訴訟と人権の理論（芦部信喜先生還暦記念）』（有斐閣一九八五）五九九頁以下、須藤陽子「比例原則の現代的意義と機能」（法律文化社二〇一〇）、淡路智典「憲法上の比例原則の構造と段階説」ドイツにおける職業の自由の議論を参考として―社学研論集一七号（二〇一一）一一八頁以下、小山剛『憲法上の権利』の作法（第三版）（尚学社二〇一六）三三七頁以下、渡辺康行（他）『憲法―基本権（第二版）』（日本評論社二〇二三）七七頁以下「松本和彦、芦部・高橋補訂・前掲書（注2）一〇八頁注十「高橋和之、神橋一彦（他）『憲法と行政法の交差点』（日本評論社二〇二五）二六三頁以下等に依拠している。

（7）薬事法判決には、（広義の）比例原則を構成する三つの「部分原則」に対応する部分が全て含まれてはいるが、それら三つのうち最も大きなウェイトを占めているのは適合性を否定する部分であるように思われる。

（8）遠藤比呂通『市民と憲法訴訟』（信山社二〇〇七）三頁。

（9）芦部・前掲書（注2）一五三頁。

（10）芦部信喜「憲法裁判の問題点―憲法訴訟の対象・時期・適格性と立法事実―」芦部・前掲書（注2）一六七頁以下（初出一九六六）「一八三頁」。

（11）芦部・前掲書（注2）一五二頁。

（12）芦部・前掲書（注2）一一七頁。

（13）時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』（第一法規一九九六）四頁。

（14）時國・前掲書（注13）五四頁。

（15）芦部・前掲書（注2）二頁によれば、芦部と時國による司法研修所における上記セミナーは、「時國判事と私の都合もあって、つねにジョイント・セミナーの形式で行うことはできなかった」ということであるから、仮に基礎概念の把握の点で両者の間に大きな違いがあったなら、全体として「ジョイント・セミナー」として成り立つことは、およそ困難であったと考えられる。

(16) 淡路智典「比例原則における事実と価値—Bernhard Schlink による必要性審査中心の比例原則理解を参考に—」
社学研論集二〇号(二〇一二)二〇一頁。

(17) 大石・前掲書(注1)一三六頁。

なお、目的審査と狭義の比例性(均衡性)審査とが、ともに価値問題、価値判断だからといっても、日本の最高裁が両者を同じものだと考えていないことは、薬事法判決が「一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、その結果として施設の欠陥等による不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止すること、及び薬局等の一部地域への偏在の阻止によ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」という立法目的につき「いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益ということができる」として目的合憲判断をした後、本文で見るように手段審査において均衡性を否定している例、さらに猿払事件上告審判決(最大判昭和四九・一一・六刑集二八卷九号三九三頁)が国家公務員法一一〇条一項一九号(当時)の罰則の目的の正当性を認めた後、さらに当該規制により「得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失うものではない」と判断していることから明らかである。

(18) 木村草太『憲法の急所—権利論を組み立てる—(第二版)』(羽鳥書店二〇一七)一五頁は、「目的が正当であるか否か……、得られる利益と失われる利益のどちらが重要か……の判断は事実認識ではなく、価値判断である」のに対し、「その規制が目的達成に役立っているか……、あるいは、より制限的でない規制手段があるか……は、事実認定により定まる事項である。このような立法の合憲性の前提となる事実を、立法事実という」と述べる。

(19) 芦部信喜「職業の自由の規制と『厳格な合理性』基準—薬局距離制限の違憲判決について—」同『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣一九八一)二七七頁以下(初出一九七五)「二九六―二九七頁」が、薬事法判決の中の「立法事実の論証を重視するきめ細やかな論旨を展開する」部分として引用するのは、本稿で引用した適合性審査および必要性審査の部分である。

(20) 遠藤・前掲書(注8)三頁によれば、芦部と時國によるジョイント・セミナーにおいて「教材として選ばれた判決例のほとんどは、刑事訴訟において、攻撃防御の方法として、つまり無罪の理由として、憲法違反が持ちだされた

事案」であった。

同セミナーの概要は、芦部・前掲書（注5）一四〇頁以下に収録されている。それによると、同セミナーの内容は「一 憲法問題へのアプローチの仕方」と「二 憲法問題の提起と手続面の規制」から成るが、本稿のテーマと関係する前者において引用された二六件の日本の、いずれも最高裁の判例のうち、民集登載判例は四件、刑集登載事件は二二件である。

（21）ここでは、「憲法上の権利の保護対象」を「（事実的な）行為」、「（事実的な）状態」および「法的地位」の三つに分類する赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社二〇一一）一一頁の記述を念頭に置いている。

（22）薬事法五条一項（当時）が定める薬局の開業許可に限られない一般論として、田中二郎『新版 行政法 上巻 全訂第二版』（弘文堂一九七四）によれば、「許可」とは「一般的な禁止（不作為義務）を特定の場合に免除し、適法に一定の行為をすることをえしめる行為」であり（同書一二三頁）、そこにいう不作為義務の履行強制手段については、「義務違反に対しては行政罰が科せられるのが通例である」（同書一二二頁）。