

第12回 職業選択の自由

薬事法事件最高裁判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）

「所論は、要するに、薬事法6条2項、4項（これらを準用する同法26条2項）及びこれ
5 に基づく広島県条例「薬局等の配置の基準を定める条例」（昭和38年広島県条例第29号。
以下「県条例」という。）を合憲とした原判決には、憲法22条、13条の解釈、適用を誤った
違法があるというのである。

一 憲法22条1項の職業選択の自由と許可制

（一）憲法22条1項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有する
10 と規定している。……職業は、……その選択、すなわち職業の開始、継続、廃止において自
由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様にお
いても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがって、右規定は、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。

（二）もっとも、職業は、前述のように、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動
15 であって、その性質上、社会的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に比較して、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。このように、職業は、
20 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
25 消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対
応して、現実には職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の職業につき私人によ
る遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたし
た者のみこれを認め、更に、場合によっては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義
務を課し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様につ
30 いて規制する等、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ
故、これらの規制措置が憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとしては是
認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、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。この場合、右のよ
うな検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規
35 制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内
容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる

かぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであって、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。

5 (三) 職業の許可制は、法定の条件をみたし、許可を与えられた者のみにその職業の遂行を許し、それ以外の者に対してはこれを禁止するものであって、右に述べたように職業の自由に対する公権力による制限の一態様である。このような許可制が設けられる理由は多種多様で、それが憲法上是認されるかどうかとも一律の基準をもって論じがたいことはさきに述べたとおりであるが、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、
10 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は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
15 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。そして、この要件は、許可制そのものについてのみならず、その内容についても要求されるのであって、許可制の採用自体が是認される場合であっても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである。

20 二 薬事法における許可制について。

(一) 薬事法は、医薬品等に関する事項を規制し、その適正をはかることを目的として制定された法律であるが(1条)、同法は医薬品等の供給業務に関して広く許可制を採用し、本件に関連する範囲についていえば、薬局については、5条において都道府県知事の許可がなければ開設をしてはならないと定め、6条において右の許可条件に関する基準を定めており、
25 また、医薬品の一般販売業については、24条において許可を要することと定め、26条において許可権者と許可条件に関する基準を定めている。医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、不良医薬品の供給(不良調剤を含む。以下同じ。)から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業
30 を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができる(最高裁昭和……40年7月14日大法廷判決・刑集19巻5号554頁、同昭和……41年7月20日大法廷判決・民集20巻6号1217頁参照)。

(二) そこで進んで、許可条件に関する基準をみると、薬事法6条(この規定は薬局の開設
35 に関するものであるが、同法26条2項において本件で問題となる医薬品の一般販売業に準用されている。)は、1項1号において薬局の構造設備につき、1号の2において薬局におい

て薬事業務に従事すべき薬剤師の数につき、2号において許可申請者の人的欠格事由につき、それぞれ許可の条件を定め、2項においては、設置場所の配置の適正の観点から許可をしないことができる場合を認め、4項においてその具体的内容の規定を都道府県の条例に譲っている。これらの許可条件に関する基準のうち、同条1項各号に定めるものは、いずれも不良

5 医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であり、比較的容易にその必要性和合理性を肯定しうるものである（前掲各最高裁大法廷判決参照）のに対し、2項に定めるものは、このような直接の関連性をもっておらず、本件において上告人が指摘し、その合憲性を争っているのも、専らこの点に関するものである。それ故、以下において適正配置上の観点から不許可の道を開くこととした趣旨、目的を明らかにし、このような許可条件の設定とその目的との

10 関連性、及びこのような目的を達成する手段としての必要性和合理性を検討し、この点に関する立法府の判断がその合理的裁量の範囲を超えないかどうかを判断することとする。

三 薬局及び医薬品の一般販売業（以下「薬局等」という。）の適正配置規制の立法目的及び理由について。

（一）薬事法6条2項、4項の適正配置規制に関する規定は、昭和38年7月12日法律第

15 135号「薬事法の一部を改正する法律」により、新たな薬局の開設等の許可条件として追加されたものであるが、右の改正法律案の提案者は、その提案の理由として、一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、その結果として施設の欠陥等による不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止すること、及び薬局等の一部地域への偏在の阻止によ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

20 促進することの二点を挙げ、これらを通じて医薬品の供給（調剤を含む。以下同じ。）の適正をはかることがその趣旨であると説明しており、薬事法の性格及びその規定全体との関係からみても、この二点が右の適正配置規制の目的であるとともに、その中でも前者がその主たる目的をなし、後者は副次的、補充的目的であるにとどまると考えられる。

これによると、右の適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止と

25 いう消極的、警察的目的のための規制措置であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給の防止のための手段であるにすぎないものと認められる。すなわち、小企業の多い薬局等の経営の保護というような社会政策的ないしは経済政策的目的は右の適正配置規制の意図するところではなく（この点において、最高裁昭和……47年11月22日大法廷判決・刑集26

30 巻9号586頁で取り扱われた小売商業調整特別措置法における規制とは趣きを異にし、したがって、右判決において示された法理は、必ずしも本件の場合に適切ではない。）、また、一般に、国民生活上不可欠な役務の提供の中には、当該役務のもつ高度の公共性にかんがみ、その適正な提供の確保のために、法令によって、提供すべき役務の内容及び対価等を厳格に

35 規制するとともに、更に役務の提供自体を提供者に義務づける等のつよい規制を施す反面、これとの均衡上、役務提供者に対してある種の独占的地位を与え、その経営の安定をはかる措置がとられる場合があるけれども、薬事法その他の関係法令は、医薬品の供給の適正化措

置として右のような強力な規制を施してはならず、したがって、その反面において既存の薬局等にある程度の独占的地位を与える必要も理由もなく、本件適正配置規制にはこのような趣旨、目的はなんら含まれていないと考えられるのである。

5 (二) 次に、前記(一)の目的のために適正配置上の観点からする薬局の開設等の不許可の道を開くことの必要性及び合理性につき、被上告人の指摘、主張するところは、要約すれば、次の諸点である。

10 (1) 薬局等の偏在はかねてから問題とされていたところであり、無薬局地域又は過少薬局地域の解消のために適正配置計画に基づく行政指導が行われていたが、昭和32年頃から一部大都市における薬局等の偏在による過当競争の結果として、医薬品の乱売競争による弊害が問題となるに至った。これらの弊害の対策として行政指導による解決の努力が重ねられたが、それには限界があり、なんらかの立法措置が要望されるに至ったこと。

15 (2) 前記過当競争や乱売の弊害としては、そのために一部業者の経営が不安定となり、その結果、設備、器具等の欠陥を生じ、医薬品の貯蔵その他の管理がおろそかとなって、良質な医薬品の供給に不安が生じ、また、消費者による医薬品の乱用を助長したり、販売の際における必要な注意や指導が不十分になる等、医薬品の供給の適正化が困難となったことが指摘されるが、これを解消するためには薬局等の経営の安定をはかることが必要と考えられること。

20 (3) 医薬品の品質の良否は、専門家のみが判定しうるところで、一般消費者にはその能力がないため、不良医薬品の供給の防止は一般消費者側からの抑制に期待することができず、供給者側の自発的な法規遵守によるか又は法規違反に対する行政上の常時監視によるほかはないところ、後者の監視体制は、その対象の数がぼう大であることに照らしてとうてい完全を期待することができず、これによっては不良医薬品の供給を防止することが不可能であること。

四 適正配置規制の合憲性について。

25 (一) 薬局の開設等の許可条件として地域的な配置基準を定めた目的が前記3の(一)に述べたところにあるとすれば、それらの目的は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益ということができるから、右の配置規制が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することができないとすれば、許可条件の一つとして地域的な適正配置基準を
30 定めることは、憲法22条1項に違反するものとはいえない。問題は、果たして、右のような必要性と合理性の存在を認めることができるかどうか、である。

35 (二) 薬局等の設置場所についてなんらの地域的制限が設けられない場合、被上告人の指摘するように、薬局等が都会地に偏在し、これに伴ってその一部において業者間に過当競争が生じ、その結果として一部業者の経営が不安定となるような状態を招来する可能性があることは容易に推察しうるところであり、現に無薬局地域や過少薬局地域が少なからず存在することや、大都市の一部地域において医薬品販売競争が激化し、その乱売等の過当競争現

象があらわれた事例があることは、国会における審議その他の資料からも十分にうかがい
うるところである。しかし、このことから、医薬品の供給上の著しい弊害が、薬局の開設等
の許可につき地域的規制を施すことによって防止しなければならない必要性と合理性を肯
定させるほどに、生じているものと合理的に認められるかどうかについては、更に検討を必
5 要とする。

(1) 薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業その
ものが許されないこととなるものではない。しかしながら、薬局等を自己の職業として選択
し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自
己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そ
10 のものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実
質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有するものである。

(2) 被上告人は、右のような地域的制限がない場合には、薬局等が偏在し、一部地域で過
当な販売競争が行われ、その結果前記のように医薬品の適正供給上種々の弊害を生じると
主張する。そこで検討するに、

(イ) まず、現行法上国民の保健上有害な医薬品の供給を防止するために、薬事法は、医薬品
の製造、貯蔵、販売の全過程を通じてその品質の保障及び保全上の種々の厳重な規制を設け
ているし、薬剤師法もまた、調剤について厳しい遵守規定を定めている。そしてこれらの規
制違反に対しては、罰則及び許可又は免許の取消等の制裁が設けられているほか、不良医薬
品の廃棄命令、施設の構造設備の改繕命令、薬剤師の増員命令、管理者変更命令等の行政上
15 の是正措置が定められ、更に行政機関の立入検査権による強制調査も認められ、このような
行政上の検査機構として薬事監視員が設けられている。これらはいずれも、薬事関係各種業
者の業務活動に対する規制として定められているものであり、刑罰及び行政上の制裁と行政
的監督のもとでそれが励行、遵守されるかぎり、不良医薬品の供給の危険の防止という警察
上の目的を十分に達成することができるはずである。もっとも、法令上いかに完全な行為規
25 制が施され、その遵守を強制する制度上の手当がされていても、違反そのものを根絶するこ
とは困難であるから、不良医薬品の供給による国民の保健に対する危険を完全に防止するた
めの万全の措置として、更に進んで違反の原因となる可能性のある事由をできるかぎり除去
する予防的措置を講じることは、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえな
い。しかし、このような予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設
30 等の地域的制限が憲法上是認されるためには、単に右のような意味において国民の保健上の
必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置に
よる職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせる
おそれのあることが、合理的に認められることを必要とするというべきである。

(ロ) ところで、薬局の開設等について地域的制限が存在しない場合、薬局等が偏在し、こ
れに伴い一部地域において業者間に過当競争が生じる可能性があることは、さきに述べた
35 とおりであり、このような過当競争の結果として一部業者の経営が不安定となるおそれが

あることも、容易に想定されるところである。被上告人は、このような経営上の不安定は、ひいては当該薬局等における設備、器具等の欠陥、医薬品の貯蔵その他の管理上の不備をもたらし、良質な医薬品の供給をさまたげる危険を生じさせると論じている。確かに、観念上はそのような可能性を否定することができない。しかし、果たして実際上どの程度にこのような危険があるかは、必ずしも明らかにされてはいないのである。被上告人の指摘する医薬品の乱売に際して不良医薬品の販売の事実が発生するおそれがあったとの点も、それがどの程度のものであったか明らかでないが、そこで挙げられてい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しい販売合戦、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ことを考えると、不良医薬品の販売の現象を直ちに一部薬局等の経営不安定、特にその結果としての医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等に直結させることは、決して合理的な判断とはいえない。殊に、常時行政上の監督と法規違反に対する制裁を背後に控えている一般の薬局等の

5
10
15
20

経営者、特に薬剤師が経済上の理由のみからあえて法規違反の挙に出るようなことは、きわめて異例に属すると考えられる。このようにみても、競争の激化一経営の不安定一法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとするのは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない。なお、医薬品の流通の機構や過程の欠陥から生じる経済上の弊害について対策を講じる必要があるとすれば、それは流通の合理化のために流通機構の最末端の薬局等をどのように位置づけるか、また不当な取引方法による弊害をいかに防止すべきか、等の経済政策的問題として別途に検討されるべきものであって、国民の保健上の目的からされている本件規制とは直接の関係はない。

(ハ) 仮に右に述べたような危険発生の可能性を肯定するとしても、更にこれに対する行政上の監督体制の強化等の手段によって有効にこれを防止することが不可能かどうかという問題がある。この点につき、被上告人は、薬事監視員の増加には限度があり、したがって、多数の薬局等に対する監視を徹底することは実際上困難であると論じている。このように監視に限界があることは否定できないが、しかし、そのような限界があるとしても、例えば、薬局等の偏在によって競争が激化している一部地域に限って重点的に監視を強化することによっ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って比較的容易に発見することができるような性質のものともみられること、更に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

25
30
35

励行等によって防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠くというべきである。

(ニ) 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ので、これをもって本件規制措置を正当化する根拠と認めるには足りない。

5 (ホ) 被上告人は、更に、医薬品の乱売によって一般消費者による不必要な医薬品の使用が助長されると指摘する。確かにこのような弊害が生じうることは否定できないが、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あり、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
10 が、合理的である。のみならず、右のような弊害に対する対策としては、薬事法 66 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のであって、薬局等の設置場所の地域的制限によって対処することには、その合理性を認めがたいのである。

(ヘ) 以上 (ロ) から (ホ) までに述べたとおり、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被上告人の指摘する薬局等の偏在—競争激化—一部薬局等の
15 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は、いずれもいまだそれによって右の必要性和合理性を肯定するに足りず、また、これらの事由を総合しても右の結論を動かすものではない。

(3) 被上告人は、また、医薬品の供給の適正化のためには薬局等の適正分布が必要であり、一部地域への偏在を防止すれば、間接的に無薬局地域又は過少薬局地域への進出が促進され、
20 分布の適正化を助長すると主張している。薬局等の分布の適正化が公共の福祉に合致することはさきにも述べたとおりであり、薬局等の偏在防止のためにする設置場所の制限が間接的に被上告人の主張するような機能を何程かは果たしうることを否定することはできないが、しかし、そのような効果をどこまで期待できるかは大いに疑問であり、むしろその実効性に乏しく、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
25 にもその方策があると考えられるから、無薬局地域等の解消を促進する目的のために設置場所の地域的制限のような強力な職業の自由の制限措置をとることは、目的と手段の均衡を著しく失するものであって、とうていその合理性を認めることができない。

本件適正配置規制は、右の目的と前記 (2) で論じた国民の保健上の危険防止の目的との、二つの目的のための手段としての措置であることを考慮に入れるとしても、全体としてその
30 必要性和合理性を肯定しうるにはなお遠いものであり、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。

五 結論

以上のとおり、薬局の開設等の許可基準の 1 つとして地域的制限を定めた薬事法 6 条 2 項、4 項 (これらを準用する同法 26 条 2 項) は、不良医薬品の供給の防止等の目的のために
35 に必要かつ合理的な規制を定めたものということができないから、憲法 22 条 1 項に違反し、無効である。」