

【憲法】

1.

本問は、たばこ小売販売業の許可制の合憲性及び許可条件としての距離制限の合憲性を題材として、職業の自由、営業の自由の制約の合憲性について最高裁判例・学説の展開を踏まえた法的主張を展開する力があるか否かを試すものです。

職業の自由あるいは営業の自由の制約と許可制・距離制限と言えば、薬局開設の許可条件である距離制限を違憲とした最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁が思い出されます。この判決は、法学部の授業においても取りあげられるであろう重要判例です。この判決の他にも、小売商業調整特別措置法による小売市場開設に関する規制を合憲とした最大判昭和47・11・22刑集26巻9号586頁、公衆浴場の許可条件としての距離制限を合憲とした最大判昭和30・1・26刑集9巻1号89頁(さらに最二判平元・1・20刑集43巻1号1頁と最三判平元・3・7判時1308号111頁)、そして酒類販売業免許制を合憲とした最三判平4・12・15民集46巻9号2829頁などがあり、そのなかのいくつかを勉強している受験生も多いことと思います。

また、学説においては、上記の最大判昭50・4・30と最大判昭和47・11・22とを対比させつつ、職業の自由さらには経済活動の自由の制約全般の合憲性を考えるための法理として、制約の目的が消極目的か積極目的かにより審査基準を使い分ける「規制目的二分論」が唱えられました。この「規制目的二分論」の内容とそれへの批判についても、法学部における授業やそのテキストの中で取りあげられているはずで

本問の題材となっているたばこ小売販売業の許可制と距離制限については、最二判平5・6・25判時1475号59頁が合憲と判示しています。もちろん、本問はこの最二判平5・6・25を知っているか否かを問うものではありません。最大判昭50・4・30にみられる代表的な最高裁判例と「規制目的二分論」をめぐる学説の議論をどれだけ理解できているか、そしてそれをたばこ小売販売業の事例に応用し法的主張として論理的な文章を書く能力があるかを問うものです。最二判平5・6・25と同じ内容の解答を求めているわけではありません。

2.

最大判昭50・4・30や「規制目的二分論」の内容に入る前に、そもそも本問の事例が憲法のどの条文にかかわるのか、言い換えると、どの自由の制約があるのかを確認しておかないといけません。すぐに思い浮かぶのは営業の自由ですが、営業の自由という文言は憲法の条文にはありませんので、営業の自由が憲法のどの条文により保障されるのか、明らかにしておきましょう。最大判昭和47・11・22は、憲法22条1項の職業選択の自由の保障のなかに営業の自由を保障する趣旨が包含されているという理解を示しています。学説のなかにも、自己の選択した職業を遂行する自由としての営業の自由が憲法22条1項の職業選択の自由のなかに含まれるとする説があります。また、営業の自由を憲法22条1項と29条1項の2つの条文から説明する説もあります。どの説に依拠しても構いません。

ただし、本問事例を営業の自由の制約ととらえないと間違えというわけではありません。最大判昭50・4・30は、職業はその選択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においても原則として自由であることが要請されるとして、憲法22条1項は職業活動の自由の保障も包含する

と述べています。ところが、最大判昭50・4・30は営業の自由という言葉を用いていません。そしてこの判決は、薬局開設の許可制と距離制限を職業活動の自由の制約とみているのではなくて、職業の選択そのものの自由（狭義の職業選択の自由）の制約とみています。

どんな自由への制約かということとともに、どのような制約かを指摘することも大事です。これについては、次の3でふれましょう。

3.

最大判昭50・4・30と最大判昭和47・11・22を対比させる単純な「規制目的二分論」によると、経済活動の自由の規制の合憲性を判断する際には、表現の自由などのような精神的自由権の制約の合憲性を判断する際に用いられる厳格な基準を用いる必要はない、自由な経済活動が社会公共の安全と秩序の維持にもたらす弊害を除去することを目的とする消極目的規制の場合は「厳格な合理性の基準」を用いる、積極的な社会経済政策の実施のための規制である積極目的規制の場合には「明白の原則」を用いる、という主張になりそうです。この単純な「規制目的二分論」にそって解答するなら、問題文に掲げられている製造たばこの小売販売業の許可制の目的をみて、それが消極目的か積極目的かの区別をすることによって、解答の方向性は決まります。

しかし、「規制目的二分論」に与するとされた学説においても、現在では、規制の目的だけではなく規制の態様も考慮すべきであるとしており、具体的には、職業へ新たに参入することの制限や本人の能力に関係しない条件による制限は厳しく審査されるべきであるとしています（芦部信喜[高橋和之補訂]『憲法第5版』p.220）。また、最大判昭50・4・30は、職業の自由の合憲性判断について、まず比較考量の基準を述べたうえで、許可制すなわち狭義の職業選択の自由の制約については、それが強力な制限であることを理由に、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制限であることを要し、さらにそれが警察的措置（消極目的規制）の場合には、許可制に比べて緩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（許可条件についても同様の趣旨が当てはまる）と述べています。したがって、本問の解答においてもたばこ小売販売業の許可制の性質をどうみるのか、言及してほしいところです。距離制限も、本人の努力によって乗り越えることのできない強い規制であるとみることができます。

また、「規制目的二分論」に対しては、そもそもなぜ規制目的（規制する側の論理）により審査基準が変わるのか、さまざまな規制の目的を消極・積極の2つに截然と分けることができるのかなどの批判もあります（高橋和之『立憲主義と日本国憲法第3版』p.236～など）。実際に、最三判平4・12・15は、酒類販売業免許制を薬局開設許可制と同じく狭義の職業選択の自由への強力な制限である許可制と位置づけながら、消極目的でも積極目的でもない国家の財政目的のための制限として合憲性を説明しています。このような事情を十分に意識した解答をすると、評価が高くなるでしょう。

4.

各自でそれなりの審査基準を設定したら、次はその基準を用いて具体的に合憲か違憲かの判断を示すことになります。その際、許可制そのものの合憲性と、許可条件としての距離制限の合憲性とを区別して論じることが期待されます。最大判昭50・4・30も最三判平4・12・15も、許可制の合憲性と許可条件の合憲性を区別して扱っています。

審査基準を目的と手段に分けて設定したときは、具体的な判断においても目的と手段に分けて論ずることになるでしょう。問題文をみると、立法目的の他には具体的な判断に使える材料は多くありません

が、きちんと手順を追って丁寧に論ずることが期待されます。

5.

答案に期待されているのは、一人ひとりが持っている知識を精密に紹介することではありません。基本的な知識を前提にして、それを具体的な問題に適切に活用して、法的議論として筋の通った、かつ、わかりやすい文章を書くことです。

以上