HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	規制目的二分論の二分論
Author(s)	齊藤, 正彰
Citation	北大法学論集, 74(1), 1-22
Issue Date	2023-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/89445
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_74_1_01_Saito.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

規制目的二分論の二分論

齊　藤　正　彰

問題の所在

職業の自由さらには経済的自由についての判例の理解として、消極規制と積極規制[1]によって違憲審査の厳格度が異なるとする規制目的二分論が提唱されてきた。憲法学説は、最高裁の小売市場判決（最大判昭47・11・22刑集26巻９号586頁）および薬事法判決（最大判昭50・4・30民集29巻４号572頁）を手がかりに、二重の基準論を大枠として、さらに違憲審査基準を精密化することを狙ったのである。ところが、その後の判例は、規制目的二分論では説明が難しいとされ、近年は、規制目的二分論への疑問・批判が強まっている。しかし、規制目的二分論に否定的態度を示す学説は、何を・どこまで否定・批判するものであろうか。

Ⅰ　判　例

初期の判例は、規制の目的に一定の合理性があれば当該規制を合憲としていたが、次第に規制手段についても審査するようになっていたところ[2]、小売市場判決は、「公企業的特徴を持たない営業行為に対する許可制の合憲性が争われたのは本件が初めて」[3]とされ、「積極目的の経済規

[1] 消極目的規制・積極目的規制、消極的規制・積極的規制ともいわれる。
[2] 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〈第５版〉』（有斐閣・2012年）473頁［高見勝利］。
[3] 常本照樹「社会経済政策としてなされる営業規制――小売市場判決」別ジュ

制について、目的・手段審査の枠組を採用することを表明したことは、特筆に値する」[4]と評価される。小売市場判決は、「個人の経済活動に対する法的規制」には消極規制のみならず積極規制が許されるとし、積極規制については、裁判所は立法府の裁量的判断を尊重し、「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」に限って違憲とすることができるとした。これに対して、薬事法判決は、職業の規制を要求する社会的理由ないし目的も、積極的なものから消極的なものに至るまであるとしたうえで、「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……によつ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」としたものと受けとめられて、高く評価された。そのような理解には批判[5]もあったが、「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規制目的二分論は、職業活動の自由も含む職業の自由事案一般、さらには、財産権も含む経済的自由一般にまで妥当する判例法理として理解されるようになっていった」[6]のである。

ところが、今日、「規制目的二分論によるだけでは、判例の全体像を整合的に説明できないことも、次第に明らかになってきた」[7]といわれる。

第１に、財産権に関する森林法判決（最大判昭62・4・22民集41巻３号408頁）は、薬事法判決を引用しながらも、規制目的が消極・積極のいずれであるかは明言せず、立法事実を比較的厳格に審査して、違憲と判断した。小売市場判決とも薬事法判決とも異なる厳格度で審査した判

リ『憲法判例百選Ⅰ〈第７版〉』（2019年）197頁。

[4] 高橋和之『人権研究２経済活動の自由および社会権』（有斐閣・2022年）32頁。小売市場判決は、規制の立法目的に「一応の合理性」があると判断している。

[5] 代表的なものとして、戸波江二「職業の自由」別冊法教『憲法の基本問題』（1988年）242頁以下、棟居快行『人権論の新構成』（信山社・1992年）223-224頁、260頁。反論として、藤井俊夫『経済規制と違憲審査』（成文堂・1996年）25頁以下。

[6] 木下昌彦「職業の自由事案における憲法判断の枠組み――平成４年酒類販売免許制判決調査官解説を読む」法時91巻５号（2019年）77頁。「むしろ、調査官によっても積極的に受容されるに至っていた」（同頁）。

[7] 渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権』（日本評論社・2016年）332頁［宍戸常寿］。

決の出現によって、学説は動揺した[8]。

第２に、公衆浴場法の適正配置規制と規制目的二分論の関係が問題となる。最大判昭30・1・26刑集９巻１号89頁は、規制を消極目的と捉えているようにみえるが、簡単に合憲としていた。これは、規制目的二分論が形成される以前の判断であるためと理解された。ところが、最判平元・1・20刑集43巻１号１頁は、「公衆浴場の経営が困難な状況にある今日」においては積極目的の規制であるとして、明白の原則によって合憲と判断したため、規制目的二分論は規制目的の恣意的な操作・選択を許すものではないかとの疑念が強まった。他方で、最判平元・3・7判時1308号111頁は、消極規制と積極規制の双方に関わるような言及があるが、両方が併存する場合と捉えたのか、規制目的二分論とは異なる思考によるものかは、必ずしも明確でない。

第３に、酒類販売免許制に関する酒税法判決（最判平4・12・15民集46巻９号2829頁）は、薬事法判決とサラリーマン税金訴訟判決（最大判昭60・3・27民集39巻２号247頁）を引用して、「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のための……規制」については、「著しく不合理なものでない限り」憲法に違反しないとした[9]。さらに、園部逸夫補足意見が、括弧書きにおいて消極目的・積極目的と異なる財政目的の規制に付言している[10]。しかも、本判決の調査官解説が、学説の「単

[8] 芦部信喜「憲法判例の動向と「二重の基準」の理論」和田英夫教授古稀記念論集『戦後憲法学の展開』（日本評論社・1988年）274頁以下参照。「いわば二分論的思考の両極を削り取って、財産権の制限をめぐる問題を「比較考量」という一般的な秤にのせようとする趣旨」（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」法セ392号（1987年）17頁）とする説明にも、「その真意を正しく理解するのにかなりの困難を覚える」（芦部・同論文277頁）との批判がある。

[9] 法改正による実質的自由化までの間、複数の最高裁判決において合憲の判断が維持された。戸松秀典『憲法』（弘文堂・2015年）325頁参照。

[10] なお、園部逸夫「経済規制立法に関する違憲審査覚書」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（下）』（有斐閣・1993年）206頁は、「司法審査の範囲は、規制の目的による区別よりも当該規制の立法事実の確実な把握の可能性によって左右される」とする理由として、「実際の法的規制」には消極目的と積極目的の「混合形態」が多いことを挙げていた。

純な二分論」を批判したことも注目された[11]。

第４に、その後の最高裁判例には、消極規制か積極規制か（あるいは、そのどちらでもないのか）という点には触れずに結論を出している例が散見されるようになった。隣接業務を行う司法書士以外の者に対する登記業務の規制が争われた司法書士法判決（最判平12・2・8刑集54巻２号１頁）は、規制目的に言及していない。財産権に関する証券取引法判決（最判平14・2・13民集56巻２号331頁）は、森林法判決の一般論から積極的・消極的の語を削って引用している。また、製造たばこ販売業の許可制と適正配置規制をめぐる、たばこ事業法判決（最判平5・6・25訟月40巻５号1089頁）や、農業共済組合への当然加入制に関する農業災害補償法判決（最判平17・4・26判時1898号54頁）は、小売市場判決を引用しているが、問題となった規制が消極目的か積極目的かには言及していない。

Ⅱ　学　説

規制目的二分論と判例の乖離が大きくなっているとみた憲法学説は、新たな説明を模索するようになった。小売市場判決と薬事法判決の対比から規制目的二分論を導くのではなく、薬事法判決が示した比較衡量と立法裁量に関する一般論を重視すべきことが説かれた。そうしたなかで、薬事法判決が示した「立法裁量の統制基準……は、どうみても「二分論」ではない。「比例原則」であろう」[12]と論ずる学説が注目されるようになった。この学説は、「立法裁量に対する裁判所の統制の密度を左右するのは、具体的な規制の目的・対象・方法等の性質・内容に照らして抽出される、「事の性質」如何だ」[13]として、「最高裁の各判例を、それが「事の

[11] 綿引万里子・最判解民事篇平成４年度583頁。

[12] 石川健治「30年越しの問い――判例に整合的なドグマーティクとは」法教332号（2008年）61頁。この学説は、従来の憲法学説の「杜撰」「怠惰」「惰性」（LS憲法研究会編『プロセス演習憲法〈第４版〉』（信山社・2011年）309-310頁［石川健治］）を指弾する。

[13] LS憲法研究会編・前掲書（註12）311頁［石川］。また、薬事法判決は、「人格権を第一位におく」点で、そもそも「アメリカ流「二重の基準」論を奉ずる学説の立場とは大きく異なっている」という（石川健治「薬事法違憲判決」別ジュ

性質」をどのように把捉したかに着目して読み直す」ことを提唱する。なぜなら、「比例原則が厳格に適用されるか否かは、専らこの点で決まっているはずだから」である[14]。

薬事法判決のいう「事の性質上」とは、「その性質上、社会的相互関連性が大きい」職業について判決が縷々述べてきたことをまとめて述べたもので、それ自体は特段の意義を有するものではないともみられるが[15]、判例の読み直しを提唱する学説は、比例原則の「具体的適用のあり方は、「事の性質」によってさまざまに変化し、統制密度を高めたり低めたりする」[16]という。この学説は、「事の性質」を論ずる部分は「森林法判決

リ・前掲書（註３）199頁）。ただし、小売市場判決の調査官解説は、ドイツ連邦憲法裁判所判決の「比例原則」はアメリカのLRA基準と「同趣旨のもの」としており（田崎文夫・最判解刑事篇昭和47年度299頁）、薬事法判決の調査官解説も、ドイツの薬局判決における「その目的が他のより侵害性の少い手段によって達成されない場合」という基準はLRA基準と「同趣旨のもの」としている（富澤達・最判解民事篇昭和50年度214頁註７）。石川健治＝山本龍彦＝泉徳治「〈座談会〉「十字路」の風景――最高裁のなかのドイツとアメリカ」同編『憲法訴訟の十字路――実務と学知のあいだ』（弘文堂・2019年）390-395頁参照。

[14] 石川・前掲論文（註12）61頁。なお、小売市場判決で出された積極目的という論理は、薬事法判決の採用した「人格アプローチ」による厳しい審査で日本の許認可行政が軒並み違憲となることを回避するために案出されたものとする説明（同62頁）が「判例に整合的なドグマーティク」であるのかには疑問がある。

[15] 薬事法判決の「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」という部分が森林法判決に「あえて付加されなかったのも、その趣旨はすでに、規制の合憲性を決めるに当たって「規制の目的、必要性、内容」等を「比較考量」すべきだという先にあげた説示の中に、当然に含まれているからだと解することもできよう」（芦部・前掲論文（註８）273頁）とされる。

[16] LS憲法研究会編・前掲書（註12）313頁［石川］。「規制目的による「二分論」も、森林法判決で変更されたのではなく、それが用いられるかどうかは、「事の性質」次第」であって、「「事の性質」次第では、財産権についても用いられる可能性は否定されていない」（同頁［石川］）とされる。こうした「薬事法違憲判決と森林法違憲判決の注意深い読み直しは、経済活動規制の判例法理の理解を劇的に転換させる」として、「経済的自由規制の合憲性審査は、二分論のような機械的なものではなく、「事の性質」を分析する複雑な法的思考を要求する」ものであるのに、「従来の学説は、アメリカ流の審査基準の導入を急ぐあまり、

には明示的には出てこないが、そこでの裁量統制のあり方を理解する上で、決定的に重要である」として、「森林法判決において、裁量統制を厳格化させた「事の性質」とは、……法制度としての「共有」についての理解」であるとする[17]。

薬事法判決に関して、「ドイツでは、職業遂行の自由の制限、職業選択の自由の主観的制限、職業選択の自由の客観的制限の順に、正当化に要求される審査密度が深まるとの考え（Drei Stufen Theorie）があり、本判決もそれに近い発想をとっていたと見ることもできる」[18]とされる。ドイツ連邦憲法裁判所の薬局判決[19]が「最高裁判決になんらかの影響を与えたことも推測できるし、当時の判例批評も少しでも本格的なものは、この判例に言及」していた[20]。薬事法判決における「ドイツの判例理論の

……判例をアメリカ流の審査基準に無理矢理合わせて、複雑な法的思考を切り捨ててしまった」と批判する見解もある（巻美矢紀「経済活動規制の判例法理再考」ジュリ1356号（2008年）35-36頁）。しかし、「事の性質」論によって「内在するドグマーティクを探る作業」（石川健治「夢は稔り難く、道は極め難し――「憲法的論証」をめぐる幾つかの試行について」法教340号（2009年）56頁）は、「統制密度」の指標を明らかにするものであろうか。「人格アプローチ」と呼ばれるものも、「人格」が「憲法上の原理」ないし「判例法理の基底的原理」である（巻・同論文37-39頁）ということに収斂するならば、具体的な議論としては、「職業選択の自由」と「職業活動の自由」の区別の論点に吸収されるのではなかろうか。

[17] LS 憲法研究会編・前掲書（註12）311頁［石川］。ただし、憲法学説は、最高裁の判決文から「消極」「積極」の文言が消えたことをめぐって、規制目的二分論の趨勢を論じていたはずである。

[18] 渡辺ほか・前掲書（註７）336頁［宍戸］。なお、連邦憲法裁判所の段階理論の内容とその変容について、赤坂正浩「職業の自由の規制と段階理論」志林120巻１号（2022年）152頁以下。

[19] BVerfGE 7, 377. なお、小売市場判決の調査官解説も、この薬局判決に論及している（田崎・前掲判解（註13）299-300頁）。

[20] 野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性――薬局判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〈第２版〉』（信山社・2003年）274頁、長谷部恭男編『論究憲法――憲法の過去から未来へ』（有斐閣・2017年）104頁［松本哲治］。憲法学説は、すでに薬事法判決の直後の段階――森林法判決が示される以前――において、ドイツの段階理論に論及していたのである（覚道豊治「判批」民商74巻２号（1976年）128-129頁、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣・1981年）

影響を重視する立場」[21]といわれる学説は、薬事法判決では「ドイツの憲法判例（薬局判決）で採用された段階理論（Stufentheorie）を下敷きにして、判決が書かれている」[22]のであり、「同判決の規制目的二分論では不充分なので、ドイツの薬局判決に倣って段階理論を加味すべきである、との評があるが、段階理論は既にビルトインされているのであるから、これは全く的はずれな意見だ」[23]とする。

「今日では、……規制目的のみならず規制の態様等も考慮した比例原

284頁以下［初出は1975年］参照）。

[21] 木下昌彦編集代表『精読憲法判例――人権編』（弘文堂・2018年）462頁［片桐直人］。

[22] 石川・前掲論文（註13）200頁。薬事法判決の調査官解説が、新設薬局について「隣接薬局の経済的基盤を毀損しないことが認められる場合」というバイエルン薬事法の定める許可条件を前提に、ドイツの段階理論にいう「主観的条件」とは「予め知らされたところにより職業希望者が自ら充足の可能性を判断しうる」もの、「客観的条件」とは「職業希望者の力の及ばないところで充足の有無が判断されるような条件」（富澤・前掲判解（註13）209頁。覚道豊治「薬局開設拒否事件」別ジュリ『ドイツ判例百選』（1969年）66頁参照）と理解していたとすれば、小売市場判決や薬事法判決の事案では許可の判断を明確化するために具体的な距離基準が設定されていたことに留意すべきかもしれない。実際に、小売市場判決の被告人らは、許可基準内規の距離制限よって許可の見通しがないことが分かっていたので、許可申請も出さず無許可のまま小売市場を開設したのである。それゆえ、「距離制限のような客観的条件であれば、本人の選択次第で乗り越えることは可能」（長谷部恭男『憲法の円環』（岩波書店・2013年）168頁）ともいわれる。

[23] 石川・前掲論文（註12）63頁。ただし、「規制目的による規制方式の類型化には……限界があるので、……規制態様による類型化の考え方……を加味する」（芦部・前掲書（註20）301頁）とされるのは、職業の自由の「規制方式の類型化」によって「憲法判断のあり方に相違を認める考え方」としては、「規制目的による区別」と「規制の態様による区別」の「いずれに重点をおいて考えるかに帰着する」ところ、「規制態様による区別」を中心とする考え方には与せず、それを「規制目的による区別の不備を補う類型として用いるならば、きわめて有用」とみるスタンスを示したもの（芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣・1994年）367-369頁、407頁）とも考えられる。

則的な理解が有力となってきている」[24]とされるが、「規制の目的を重要な一つの指標としつつ、それだけではなく、いかなる行為がどのように規制の対象とされているかなど、規制の態様をも考えあわせる必要があろう」ことは、規制目的二分論を維持する見解においても論じられている[25]。他方、「規制目的により審査基準の厳格度を変えるというアプローチを否定する……結果「裸の利益衡量論」に戻ってしまった」[26]との懸念も示される。

他方、「近年の最高裁判決において、小売市場事件判決は必ずしも積極目的規制についての先例として参照されているのではなく、営業の自由に対する制約を合理的なものと認める事例で広く参照されて」おり、「最高裁は、……薬局開設距離制限事件判決の判例としての位置づけを低下させているようにみえる」とする指摘[27]もある。そこで、「近年の諸判例は、従来の憲法学の予想と異なり、薬事法判決ではなく小売市場判決を一つの標準型として定着させようとしている」[28]との見立てもある。

Ⅲ　検　討

1　規制目的二分論の意義

たしかに、当初は、小売市場判決と薬事法判決の「二つの判決は、要するに、積極目的の規制については「明白性の原則」によって、消極目

---

[24] 曽我部真裕「職業の自由」法教496号（2022年）61頁。

[25] 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〈第７版〉』（岩波書店・2019年）237頁。

[26] 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第５版〉』（有斐閣・2020年）285頁。また、「段階理論の二者択一的な適用」は、硬直的・機械的な二分論と同様に不合理な結果を招くとされる（高見勝利「薬局開設の距離制限と職業選択の自由――薬事法違憲判決」大須賀明ほか編『憲法判例の研究』（敬文堂・1982年）426-427頁）。

[27] 木下智史「営業の自由をめぐる実践と理論の課題」判時臨増『憲法訴訟の実践と理論』（2019年）128頁、135頁。宍戸常寿＝曽我部真裕編『判例プラクティス憲法〈第３版〉』（信山社・2022年）248頁［尾形健］。

[28] 大野悠介「《自由な経済活動に起因する弊害》と憲法22条１項」慶應ロー 41号（2018年）91頁。

的の規制については「厳格な合理性の基準」によって臨むことを示した」[29]との理解であったかもしれない。しかし、今日では、そのような「捉え方はややミスリーディングなところがあり、内在的制約に関する審査のあり方を基本として、政策的制約（いわゆる積極規制）については、一般に緩やかな審査で臨むというように解するのが適切」[30]とされている。

「経済規制に対する違憲審査基準の準則化の重要な枠組みを提供するものと捉えてこの二分論を維持」するもののうち、「規制態様考慮型目的二分論」は６つの類型に図式化されるとする説明もある。しかし、同時に、「さまざまな事由を考慮に入れ目的二分論に修正を加えるのであれば、合理性の基準を基本としつつ、さまざまな事情を考慮してその適用の仕方を調整するというのと変わらないし、むしろその方が適切」とされる[31]。

しかし、「「合理性の基準」一本で各種の事件を処理することになれば、立法事実論を強調しても、実際には立法府の裁量を強調する「明白性の原則」として運用されがちになる可能性が生じる」とされ、「それをチェックする」ためには「審査のあり方を準則化することが必要」であって、「二分論の基本思想を立法事実の検証過程の中に解消してしまってよいか」が問題とされてきたところである[32]。

規制対象が同じ人権であっても規制目的によって違憲審査の厳格度が異なるとする規制目的二分論は、人権の論理からは基礎づけることができず、裁判所の能力によって説明されるものである[33]。しかし、違憲審査の厳格度と裁判所の能力の限界の関係は、二重の基準論の機能論的な根拠として学説が論じていたことに通じる。

規制目的二分論には「二重の基準論を背景とし、違憲審査のあり方を

---

[29] 佐藤・前掲論文（註８）16頁。

[30] 佐藤幸治『日本国憲法論〈第２版〉』（成文堂・2020年）338頁。

[31] 市川正人『基本講義憲法〈第２版〉』（新世社・2022年）166-167頁。

[32] 芦部・前掲論文（註８）278頁。直接の批判対象である戸波・前掲論文（註５）245頁も参照。

[33] 高橋・前掲書（註４）34-35頁、同・前掲書（註26）283頁。

できるだけ客観化しようとする狙い」[34]があり、そのことに「メリットがあると考えるならば、二分論の維持を試みることにはなお意義がある」[35]とされる。「経済的自由の規制については、内在的制約に相当する消極規制と政策的制約に相当する積極規制とに判例は区別」[36]したとみることは、公共の福祉に関する「学説の流れの延長上にある」[37]と考えられる。内在的制約・政策的制約に対応する消極規制・積極規制の分類は違憲審査の厳格度を「大別」[38]するための「目安」であるとすれば、「判決文中で、積極目的とか消極目的とかの文言を用いているかが問題の本質ではない」ともいえる[39]。

立法事実の把握可能性が違憲審査の厳格度を決める要素であるとの考え方を述べた酒税法判決の園部補足意見とそれを敷衍する調査官解説については、「実は規制目的二分論を完全に否定したわけではなく、規制目的が裁判所による立法事実の把握の可能性と連関し得ることを認めている」[40]との考察が注目される。そうであれば、「財政目的は積極目的の

---

[34] 佐藤・前掲論文（註８）17頁。

[35] 笹田栄司編『Law Practice 憲法〈第３版〉』（商事法務・2022年）100頁［常本照樹］。「最近の判例において、例えば目的効果基準や目的二分論に基づく審査に代えて「総合考慮」に依る傾向が強くなっている」ことから、「学界におけるドイツ型比例原則の主張や最高裁での……「総合考慮」の興隆をみるとき、あらためて日本国憲法のもとでの違憲審査権の制度的特質を踏まえて違憲審査権行使のあり方を考える必要がある」（同157-158頁［常本］）とされる。

[36] 佐藤幸治ほか『ファンダメンタル憲法』（有斐閣・1994年）62頁［佐藤］。同・前掲書（註30）336頁も同旨。また、高橋・前掲書（註４）26頁註21参照。

[37] 芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社・2011年）201頁［棟居快行］。この点では規制目的二分論が「体系的な説得力を持っていることは否定できない」（工藤達朗「経済的自由の違憲審査基準――財産権の場合と職業の自由の場合」法教123号（1990年）41頁）とされる。

[38] 芦部・前掲書（註20）301頁。

[39] 笹田編・前掲書（註35）101頁［常本］。

[40] 木下・前掲論文（註６）79頁。「立法事実の把握可能性を指針とすることは、単に不明確というだけでなく、従前の判例の区別としても成功しているとは言い難い」（同80頁）。長谷部恭男「判批」法協111巻９号（1994年）1425頁も参照。

中に位置づけ、領域を限定した上でその下位分類とするのがよい」[41]と解される。

また、「消極目的を厳密に定義し、それ以外は積極目的とすることにすれば、いずれかに振り分けることが可能であり、それでも両方の性格を持つ事例が存在するというなら、それぞれの目的に関して審査すれば済む」[42]とされる。「一つの規制が複数の目的を追求する場合であっても、主目的と副次的目的を区別できる場合には主目的に着目して審査密度を考えればよい」[43]のである[44]。

2　規制目的二分論の総論と各論

規制目的二分論を提唱した従来の学説は、違憲審査基準の類型化ないし体系化を急ぎ過ぎたのかもしれない[45]。他方で、規制目的二分論に対

---

[41] 高橋・前掲書（註４）48頁。なお、租税関連の規制の違憲審査に関して、土井真一「酒類製造免許制と酒をつくる権利――どぶろく裁判」別ジュリ『憲法判例百選Ⅰ〈第５版〉』（2007年）53頁。

[42] 高橋・前掲書（註４）40頁。

[43] 棟居快行ほか編『判例トレーニング憲法』（信山社・2018年）131頁［小山剛］。これに対して、駒村圭吾「宿泊拒否の禁止とホスピタリティの公法学――憲法22条の審査枠組みと規制目的二分論の居場所」法教334号（2008年）36頁（ただし、同38頁）。「賢明な立法者」の問題（小山剛「経済的自由の限界」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法〈第２版〉』（弘文堂・2013年）219頁）について、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣・1994年）239頁参照。

[44] 「目的審査のスクリーニング機能はしばしば等閑視され、……ややもすれば消極規制目的以外はすべて積極規制とされ」、「ほとんどの立法でかえって手段審査基準が緩むかのような逆説的な様相を呈することにもなりうる」と批判して、その観点から「積極規制を本来の弱者保護目的に限定してゆけば、規制二分論の正当性は蘇りうる」とする見解（芹沢ほか編・前掲書（註37）204頁［棟居］）もある。積極規制の範囲を社会権規定に根拠を有するものに限定すべきことは、早くから主張されている（浦部法穂「財産権制限の法理」公法51号（1989年）94-99頁参照）。しかし、それは、憲法上の人権の制約根拠を他者の人権に限定することと同様の困難に直面するのではなかろうか。

[45] なお、薬事法判決の事案の原告が株式会社なのは周知のとおりである。憲法学説が人権享有主体性について従来の「法人の人権」論を維持しようとする

する批判には、それを「単純な二分論」と措定して難じるものが散見される。しかし、そこで批判されるような「単純な二分論」は、学説上もすでに克服されているはずである。そうすると、規制目的二分論に否定的態度を示す見解が、何を・どこまで否定するものであるかは明確でないことになる[46]。

小売市場判決および薬事法判決において論及される消極・積極の区分には、３つの議論があると解される。

第１に、〈経済活動の自由には、消極規制だけでなく積極規制も許される〉ということである。「消極的目的と積極的目的の区別は、すでに行政法学おいて……行われていたもの」が、「違憲審査の基準に関連して導入された」といわれる[47]。そして「美濃部達吉門下の秀俊」[48]も、同様に規制目的二分論の「祖型」[49]を示していたとされる。

第２に、〈経済活動の自由の規制は、消極規制から積極規制まで多様であり、具体的な規制措置の決定には立法裁量が認められる〉ことである。薬事法判決のいう「積極的なものから……消極的なものに至るまで千差万別」とは、「各種各様の形」をとる規制措置の選択については立法裁量が認められ、合憲性の判断も一律にはできないとの趣旨とすれば、規制目的の「二分論」と衝突するものではない。「積極的なものから……消極的なものに至るまで」といっても、それは規制の種類に「多様なバ

なら、薬事法判決の説示との関係を整理することが求められよう。齊藤正彰「「法人の人権」論の消失点」北法73巻６号（2023年）１頁以下参照。

[46] 「規制目的のみにより審査基準の厳格度を決定する二分論は、規制目的を合憲性判断の決定的要素とするもので、法的分析の本来の複雑な思考を遮断する硬直的なもの」（安西文雄ほか『憲法学読本〈第３版〉』（有斐閣・2018年）185頁［巻美矢紀］）と批判するのでは、規制目的二分論が「歪曲化、戯画化して批判され、簡単に退けられている」（巻美矢紀「私人間効力論の理論的意味」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〈第２版〉』（有斐閣・2009年）261頁）ことにならないであろうか。「目的二分論の従来の教科書的説明も、目的だけが決定的だと述べてきたわけではない」（松本哲治「経済的活動の自由を規制する立法の違憲審査基準」論ジュリ１号（2012年）60頁）。

[47] 高橋・前掲書（註４）31頁、31-32頁註28。なお、藤井・前掲書（註５）42頁参照。

[48] 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開〈第２版〉』（日本評論社・2014年）17頁。

[49] 常本・前掲論文（註３）197頁。

リエーション」[50]があるという趣旨であって、「グラデーションの両極」[51]を考えているわけではないと解される[52]。森林法判決も、ここまでは論理を共有している。証券取引法判決が消極・積極の語を削って引用したのは、規制に「種々の態様」すなわち「多様なバリエーション」がある旨を的確に表現するためではなかろうか。

第３に、〈違憲審査の厳格度は、消極規制と積極規制とで異なる〉ことである。これは、内在的制約（消極規制）と政策的制約（積極規制）とで「裁判所の審査能力ないし「機能論的（権限分配論的）」観点」[53]から違憲審査の厳格度に違いがあるという総論的な考察である。つまり、経済規制には、伝統的な「警察比例の原則」が要求される領域と、立法府の政策判断が尊重される領域があるということであって、「種々の具体的規制の違憲審査のあり方を一元的に説明」[54]するものではない。そして、小売市場判決における明白の原則や、薬事法判決における厳格な合理性の審査は、それぞれの事案に応じた各論的な基準と位置づけられる。

３　開業規制と遂行規制

薬事法判決は、「単なる職業活動の内容及び態様に対する規制」に比して「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」ことは

---

[50] 前田徹生「経済的自由規制立法の連憲審査基準と最高裁判所――小売判決と薬事法判決の再検証」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力（上）』（信山社・2003年）631頁。

[51] 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社・2011年）146頁。両目的の併存はありうるとしても、消極と積極の中間とは、いかなるものであろうか。

[52] 審査の厳格度を考える段階では、規制目的が「積極的なものと消極的なものに分けられること自体は承認している」（高橋・前掲書（註４）37頁）。その段階では「二者択一的表現」（前田・前掲論文（註50）632頁）がなされているのであり、「規制目的を積極目的と消極目的に二分するという発想はうかがえない」（野坂泰司『憲法基本判例を読み直す〈第２版〉』（有斐閣・2019年）291-292頁）とまではいえない。

[53] 佐藤・前掲書（註30）338頁。

[54] LS 憲法研究会編・前掲書（註12）265頁［小山剛］。

「強力な制限」であるとしており、「職業遂行に対する規制と職業選択そのものに対する規制の質的区別」[55]を行っている。そうであれば、「同じ消極目的であっても、職業へ新たに参入することの制限（職業選択の自由そのものの制限）は営業行為（選択した職業遂行の自由）に対する制限よりも一般に厳しく審査されるべき」[56]ことになると考えられる。

薬事法判決は、薬局ないし医薬品の一般販売業の開業を一般的に規制する薬事法[57]をめぐって、「職業の許可制」を「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」と定義する。この「職業の許可制」は、「職業活動の内容及び態様に対する規制」ではなく、「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」であり、「職業の自由に対する強力な制限」であるがゆえに、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」であることが必要とされる[58]。そして、狭義の職業選択の自由の規制である「職業の許可制」、すなわち開業規制が消極目的である場合には、「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つ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」とされる[59]。

これに対して、小売市場判決で問題となった規制は、小売市場の開業を一般的に規制しているわけではない。大阪・京都・兵庫等の関西地区

---

[55] 小山・前掲論文（註43）216頁。

[56] 芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註25）227-228頁。芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』（有斐閣・1981年）73-74頁［中村睦男］、同『論点憲法教室』（有斐閣・1990年）190-191頁、佐藤幸治『憲法〈第３版〉』（青林書院・1995年）559頁、同・前掲書（註30）338頁も同旨。

[57] 立法の経過について、中村睦男＝常本照樹『憲法裁判50年』（悠々社･1997年）253-255頁［常本］。

[58] これを「既に小売市場判決が明らかにした立場にすぎない」のであって、「「職業」本質論を受けた許可制論としてはいかにも弱すぎる」（石川・前掲論文（註13）200頁）とすることには、疑問がある。

[59] かつては、「このことは本判決の判文上相当明瞭であると思われるものの、一般にそのような読み方はされていない」（野坂・前掲書（註52）290頁註27［初出は2006年］）と指摘された。なお、小嶋和司『憲法学講話』（有斐閣・1982年）182頁参照。

を中心に全国42市を政令で指定し、「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」のであり、小売市場の開業は可能であって、「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」ものである[60]。「小売市場の許可規制」は、薬事法判決のいう「職業の許可制」とは異なり、狭義の職業選択の自由そのものの規制ではなく、特定の事業形態での職業活動を制限するものと解されるのである。その意味で、小売市場判決は、学説のいう「職業遂行の自由」に属するものとしての「営業の自由」に言及していると説明することもできる。

ところで、「許可制の条件として、営業方法に対する制約が課されることもある」[61]が、従来、学説は、この場合を狭義の職業選択の自由の規制と解してきたものとみられる。しかし、「営業場所の距離制限」は、「職業活動の行われる時・場所・方法等、職業遂行の場面に着目して規制」するものと位置づけられる[62]。薬事法判決も、「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」としている。そのうえで、最高裁は、「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つては、……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」として、「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」と解し[63]、上告人が専らその合憲性を争って

---

[60] 国会でも、参考人から、このような規制方法では「容易に脱法行為によって市場の開設ができる」との批判があった。31回国会衆・商工委会議録11号５頁（1959年２月５日）。

[61] 木下編・前掲書（註21）461頁［片桐］。

[62] 初宿正典『憲法２基本権〈第３版〉』（成文堂・2010年）344頁。横大道聡編著『憲法判例の射程〈第２版〉』（弘文堂・2020年）188頁［赤坂幸一］も同旨。

[63] 「ドイツ基本法12条１項は、文字どおりには、法律による規制を職業遂行にしか認めないように読める。しかし、薬局判決は、このような解釈をとらず、職業選択それ自体についても法律による規制は可能だとして、12条１項の基本権を職業の選択と遂行の双方を保護すると同時に、双方の規制を可能にするという意味で「単一の基本権」と理解した」（赤坂・前掲論文（註18）150頁）とされる。これに対して、薬事法判決は、職業選択の自由のみを明文で規定する憲法22条

いた適正配置規制について詳細な審査をしたのである[64]。

４　職業の選択・遂行と消極規制・積極規制

「「二重の基準」の理論……は裁判所のとるべき姿勢ないしスタンスを原則的に表現した名称であり、具体的事件の解決にあたっては、個別の審査基準が用いられる」[65]という思考に倣って、消極規制と積極規制とで違憲審査の厳格度は異なるという総論的なスタンスの下で、職業の自由に対する法律による規制について、狭義の職業選択の自由そのものの規制（開業規制）と職業活動の自由の規制（遂行規制）の相違に応じて、

が「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」と解して、職業遂行の自由を保障に取り込みつつ、選択の自由と遂行の自由の質的区別は維持している。薬事法判決は、段階理論のアプローチとは「審査方法を異にする」（高見・前掲論文（註26）417頁）と評価される。ドイツの薬局判決と薬事法判決は、〈職業遂行の自由に対する厳しい規制は職業選択の自由を制約することにもなる〉という思考において共通するかもしれないが、違憲審査に際して規制態様を考慮に入れる意味が異なっていると考えられる。「本人の能力に関係しない条件、すなわち本人の力ではいかんともなし得ないような要件（たとえば競争制限的規制）による制限である場合には、薬局距離制限事件の最高裁判決のように、厳格にその合理性を審査する必要があろう」（芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註25）237頁）との記述には、「きわめて皮相な読み方」（石川・前掲論文（註13）200頁）との断定を許さないものがあるかもしれない。

[64] 「法的性質としては営業活動の態様に対する規制」であっても、「実質的には強力な制約となりうる場合」に関して、棟居ほか編・前掲書（註43）130頁［小山］、横大道編著・前掲書（註62）188-189頁［赤坂］。職業の把握について、赤坂・前掲書（註51）137頁も参照。

[65] 笹田編・前掲書（註35）153頁［常本］。なお、公衆浴場法の規制については、薬事法判決も示唆しているとされるように、かねて特許企業的規制として「公衆浴場業の公共性と企業の特殊性に求める論拠は十分説得力があり、支持者を増やしつつある」（芦部編・前掲書（註56）67頁［中村］）と指摘されてきたものであって、別途の考察を要するであろう。公衆浴場については、「地方自治法は、民営のそれが確保されない場合には、公営で確保すべきことを予定している」ことも指摘される（小嶋・前掲書（註59）176頁）。

判例の違憲審査のあり方を整理することができるかもしれない[66]。もちろん、これらの要素だけで違憲審査の厳格度についての４分類の体系が確立されるのではなく、個々の事案を検討するための「大枠」ないし「目安」を設定するものである。

判例では、狭義の職業選択の自由を制約する「職業の許可制」（開業規制）については、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」であることが求められる。そして、薬事法判決は、【消極目的の開業規制】の場合には「より緩やかな規制によっては目的を十分に達成することができない」ことを要するとした。

【積極目的の開業規制】に関するのが、酒税法判決とみられる。そこではやはり「職業の許可制」として「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」であることが求められる一方、手段審査においては「著しく不合理」かが問題とされている[67]。

開業そのものが許されないのではなく、職業活動が規制される場合（遂行規制）については、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」であることは求められていない。そして、【消極目的の遂行規制】の場合は、規制措置が「合理的」なものであるかが問われる[68]。司法書士法が一律に非司法書士による登記申請業務を禁止し、弁護士や公認会計士等には例

---

[66] ここでいう開業規制は、許可規制一般のうち、狭義の職業選択の自由に対する制約を指している。つまり、開業規制と遂行規制は、制約される人権に対応する区別であって、「権利侵害態様の軽微性」（村山健太郎「農業災害補償法の当然加入制と職業の自由」法教306号（2006年）別冊付録〔判セレ2005〕11頁）を直截に問題とするものではない。それゆえ、規制の「態様に応じて審査の厳格さを変えるという議論」は「審査基準論として見る限りは論理が逆転している」との批判（長谷部・前掲書（註22）169頁）が直ちに当てはまるものではないと考えられる。

[67] 「規制の強度に着目して審査密度を上げるべき場合であっても、裁判所の審査能力の観点から、緩やかな審査にとどめるべき場合」（横大道編著・前掲書（註62）190頁［赤坂］）との説明も、同旨をいうものかもしれない。

[68] 「職業を行うことじたいを制限するものではないため、消極的・警察的目的の場合であっても、より広範な制約が可能」であり、「立法目的と規制手段との関係についても、両者の間に合理的関連性があればよい」（芦部編・前掲書（註56）76頁［中村］）とされる。野坂・前掲書（註52）291頁註29も参照。

外を認めるものの、行政書士には目的・種類を問わず登記に関する業務を行わせないことについて争われた司法書士法判決が、これに該当すると考えられる[69]。要指導医薬品のネット販売規制に関する薬機法判決（最判令3・3・18民集75巻３号552頁）も、「本件各規定は、職業選択の自由そのものに制限を加えるものであるとはいえず、職業活動の内容及び態様に対する規制にとどまる」と位置づけ、薬事法判決で示された「比較衡量的枠組み」の厳格度を高めずに「一般的判断枠組み」として用いているとみられる[70]。この判決は、薬事法判決と小売市場判決を引用しているが、いずれも違憲審査の厳格度の決定に関わる箇所ではない。

【積極目的の遂行規制】の場合に、規制措置が「著しく不合理であることが明白」かを問題としたのが小売市場判決である。小売市場判決と酒税法判決の「明白」の語の有無の相違については、「立法裁量の範囲が積極目的の場合より若干狭いことを表現している」のかもしれないが、「具体的にどのような場合が違いとして想定されているのかが示されないと、言葉の遊戯に終わろう」との疑念が示される[71]。しかし、両判決は、同じ積極規制であっても、開業規制（職業選択の自由の規制）と遂行規制（職業活動の自由の規制）とで違憲審査の厳格度が異なることを示すものと解される。

なお、小売市場判決は「個人の経済活動に対する法的規制」を対象としており、そこに遂行規制である「小売市場の許可規制」も含まれる。

---

[69] 司法書士法判決の調査官解説は、規制目的二分論に基づいて本件規制を消極目的と解したうえで、資格制度であるため「職業の許可制」よりも「合憲性の判断基準は……ゆるやかであることが許される」と説明する。この説明に注目する学説もあるが（松本・前掲論文（註46）61頁、長谷部編・前掲書（註20）105頁［松本］、宍戸常寿＝林知更編『総点検日本国憲法の70年』（岩波書店・2018年）162頁［松本哲治］。小山・前掲論文（註43）216頁註７参照）、「本件規制の対象は、資格制においてその遂行が認められる業務のあり方をめぐる事項」（宍戸＝曽我部編・前掲書（註27）256頁［尾形］）であって、「業務の集中の方法」の選択について調査官解説が説明するような立法裁量が認められるのは、職業活動の自由の制限であるからではなかろうか。

[70] 宍戸＝曽我部編・前掲書（註27）256頁［尾形］。

[71] 高橋・前掲書（註４）47頁。

小売市場判決を引用するたばこ事業法判決も、小売商がたばこ販売を取り扱うこと（営業品目）の許可規制に関するもので、積極目的の遂行規制に分類しうる。西陣ネクタイ訴訟判決は、立法国賠[72]であることを考慮する必要があるが、積極目的での輸入規制という遂行規制であり、小売市場判決を考慮したものと解される。すでに開設された病院に対する保険医療機関の指定拒否処分事件判決（最判平17・9・8訟月52巻４号1194頁）については、「職業遂行の自由の制限」であって、「積極目的規制であることも加味しながら緩やかに正当化を認めた」ものとしても、当該処分が「実質的な病院開設の拒否すなわち職業選択の自由の制限……に当たりうることからすると、より立ち入った手段審査が必要であった」[73]との指摘がある。風俗案内所の営業区域・表示物の条例による規制（最判平28・12・15判時2328号24頁）も積極目的の遂行規制と解されるが、法律の違憲審査ではないことを考慮する必要があるかもしれない。

特定石油製品の輸入事業の登録制度についての特石法判決（最判平8・3・28訟月43巻４号1207頁）は、積極目的の遂行規制である輸入事業の許可規制について、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」であって、「著しく不合理であることが明白」であるとは認められず、それは小売市場判決の趣旨に徴して明らかであるとした[74]。特石法の当該規制については、参入規制（競争制限的規制）となりうることを加味して、目的審査の厳格度を高めた可能性がある。

農業災害補償法の当然加入制は、「職業の遂行それ自体を禁止するも

---

[72] 齊藤正彰「立法国賠における逸脱型と懈怠型」北法73巻５号（2023年）１頁以下参照。

[73] 渡辺ほか・前掲書（註７）337頁［宍戸］。

[74] 「従来は、「重要な公共の利益」の基準が採られる場合、……「著しく不合理であることが明白」でない基準はあまりみられなかった」し、また、「従来は、積極目的規制で「著しく不合理であることが明白」でないことを求める場合、許可制であったとしても「重要な公共の利益」の基準への言及がなされない傾向が見受けられた」（伊藤健「あん摩マツサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律19条の憲法適合性」新・判例解説 Watch 31号（2022年）17頁、18頁註５および註８）ことが指摘される。

のではなく、職業活動に付随して、その規模等に応じて一定の負担を課するという態様の規制」であるが、農業災害補償法判決は、「個人の経済活動に対する法的規制」のうち積極目的の遂行規制を扱っていた小売市場判決を先例として引用している。農業災害補償法判決が、立法当時は「重要な公共の利益に資するものであって、その必要性と合理性を有していた」としているのは、食管法による厳しい規制を前提に、考慮のスタンスを述べたものかもしれない。

5　あはき師法判決と新たな可能性

専門学校の設置者が「あん摩マツサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律」に基づき、あん摩マッサージ指圧師の養成施設としての認定を申請したところ、視覚障害者以外の者を養成する施設の新規認定や生徒の定員増を制限する規定により、認定しない処分を受けた事案において、あはき師法判決（最判令4・2・7民集76巻２号101頁）は、「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」として薬事法判決を参照指示し、「本件規定について、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についての立法府の判断が、その政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるということはできない」とし、以上は小売市場判決の趣旨に徴して明らかとした。

この判決の説明として、「本件規定が「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」か否かという実体的基準と、それについての立法府の判断が「著しく不合理であることが明白」か否かという手続的基準に分析することができる」[75]との評釈がある。これは、従来、(a)立法目的の審査と(b)目的達成手段の審査と理解されていたのを、(a)実体的基準

[75] 伊藤・前掲論文（註74）17頁。

と(b)手続的基準と読み替えるものと解される[76]。しかし、裁判所が(a)実体的基準レベルで「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」か否かの評価・判断をしても、結局は(b)手続的基準レベルで明白の原則によって規律されるのならば、(a)実体的基準の意義に疑問が生じないであろうか。

あはき師法判決は、直接的には、あん摩マッサージ指圧師の養成施設等の設置者の職業活動の自由を制約する【積極目的の遂行規制】と捉えることのできる事案について、目的審査の厳格度を高めて、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」であることを要求したものと解される[77]。これは、本件規制が、間接的には、「養成施設等において教育又は養成を受けることにより、免許を受けてあん摩、マッサージ又は指圧を業としようとする視覚障害者以外の者」の狭義の職業選択の自由を制約するものとみたことが関わっているのではなかろうか。

ところで、あはき師法判決は、手段審査において明白の原則を採用しながら、立法事実について「ある程度具体的な検討を加えている」[78]ものである。「積極規制といっても様々な背景をもつ種々の内容のものが考えられるところであって、裁判所として踏み込んで判断すべき場合がありえよう」[79]とされており、積極規制においても開業規制と遂行規制を区別すべきことは前述のとおりである。さらに、あはき師法判決は、積

---

[76] Ⓐ伊藤・前掲論文（註74）18頁註２が参照指示するⒷ松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準(1)」民商113巻４＝５号（1996年）743頁およびⒸ曽我部・前掲論文（註24）62-63頁、Ⓒが別の論点に関して引用するⒹ木下・前掲論文（註６）78頁註９の理解するⒺ千葉勝美・最判解民事篇平成４年度241頁の内容と、Ⓔそのものの記述を比較したときに、Ⓐ～Ⓔの共通性は、必ずしも分明ではない。

[77] 学説においては、「個々の積極目的の具体的定立の点で広い立法裁量が要請されるとしても、だからといって規制手段の選択も同様に広い立法裁量に委ねられねばならない、とは言えない」（棟居・前掲書（註５）223-224頁）として、手段審査の厳格度を高めるべきと論じられることがある。それに対して、最高裁は、目的審査の厳格度を高める方法を採っているものと解される。

[78] 匿名コメント・判時2529号（2022年）７頁。

[79] 佐藤・前掲書（註30）338頁。藤井・前掲書（註５）58-60頁、高橋・前掲書（註４）50-51頁も参照。

極規制の場合に一律に「立法事実の認定能力」を否定することは「裁判所の審査権を制限しすぎるのではないか」との疑問[80]への応答になるかもしれない。

＊引用に際して、原典に付された圏点や下線は（それぞれの文献における用法に相違があることもあり）すべて省略した。

[80] 高橋・前掲書（註４）35頁。