

〈論 説〉

## 職業遂行の自由と営業の自由の概念

——ドイツ法を手がかりに——

赤 坂 正 浩

- I 営業と職業遂行
  - 1 日本国憲法の解釈論における営業と職業遂行
    - (1) 営業 = 営利事業説
    - (2) 営業 = 職業遂行説
    - (3) 営業 = 営利事業遂行説
    - (4) 私 見
  - 2 営業 = 職業遂行説の問題点
    - (1) 他の分野の用語法との齟齬
    - (2) 「営業の自由」論争の理解
    - (3) 憲法解釈論上の齟齬
- II ドイツ法における営業と職業
  - 1 ドイツ営業令 (Gewerbeordnung) 上の「営業の自由」
    - (1) 営業令の制定
    - (2) 営業令上の営業概念
    - (3) 営業令による規制
    - (4) ドイツ営業令の営業概念と日本法
  - 2 ドイツ基本法上の「職業の自由」
    - (1) 基本法 74 条 1 項 11 号の「営業」
    - (2) 基本法 12 条 1 項の職業の自由と営業の自由
- III 職業と営業をめぐる未解決の論点
  - 1 法人の営業の自由と憲法
  - 2 職業および営業の許容性要件
  - 3 営業の選択と営業の遂行

## I 営業と職業遂行

### 1 日本国憲法の解釈論における営業と職業遂行

#### (1) 営業＝営利事業説

1978年に出版された尾吹善人『基礎憲法』には次のような記述がある。その死からすでにほぼ20年経過した尾吹善人（1929-1995）は、主としてカール・シュミットとハンス・ケルゼンの著作の翻訳者としてその名を残していると思われるが、解釈論においても独自の鋭い見解を提起する憲法学者であった<sup>1)</sup>。

「職業選択の自由を保障する憲法22条1項は、職業を遂行する自由をも保障すると考えられている。これを一般に『営業の自由』とよぶ人もあるが、それは誤りである。警察官の職務の遂行も、工場労働者の労働も『営業』とはいわないからである。『営業』とは、職業のうち、継続的な、営利を目的とする自主的な活動をいう<sup>2)</sup>」。

ここではこの見解を営業＝営利事業説とよぶことにしたい。尾吹のこの説明は、私にはきわめて印象的だったが、とりわけこの点に特別の関心をもつようになったのは、法科大学院生の答案等で、「憲法22条1項は、職業遂行の自由すなわち営業の自由を保障しているので」云々という表現を頻繁に目にするようになってからのことである。

#### (2) 営業＝職業遂行説

尾吹が指摘するような、職業遂行の自由と営業の自由とを同じ意味で使用する用語法、すなわち、職業遂行と営業とを同じ意味で使用する用語法を、ここ

---

1) C・シュミット／尾吹善人訳『憲法理論』（創文社1972年）、H・ケルゼン／尾吹善人訳『法と国家の一般理論』（木鐸社1991年）。日本国憲法の解釈に関する著作には、本文にあげた『基礎憲法』（東京法経学院出版部1978年）のほか、晩年に出版した教科書である『憲法教科書』（木鐸社1993年）、論点別解説『日本憲法—学説と判例—』（木鐸社1990年）、逝去10年を機にゆかりの公法研究者が編纂した論文集『憲法の基礎理論と解釈』（信山社2007年）などがある。なかでも、単独で51件にのぼる代表的な最高裁判決を取り上げ、独自の評釈を展開した『解説憲法基本判例』（有斐閣1986年）は、著者による判決の評価に従うか否かは別として、今日でも味読に値する名著だと思う。

2) 尾吹『基礎憲法』143頁。

では営業＝職業遂行説とよんでおく。その主唱者は、宮澤俊義と芦部信喜のようである。

2011年に第5版を数えた芦部『憲法』は次のように述べている。「憲法22条1項の保障する職業選択の自由は、自己の従事する職業を決定する自由を意味する。自己の選択した職業を遂行する自由、すなわち営業の自由もそれに含まれる」<sup>3)</sup>。

芦部信喜の師である宮澤俊義も、営業＝職業遂行説を採る。1955年に出版されたコンメンタール『日本国憲法』およびこれを改訂した1978年の『全訂日本国憲法』は、こう解説している。「『職業選択の自由』とは、自分の従事すべき職業を決定する自由をいう。その職業を行う自由（営業の自由）をも含む」<sup>4)</sup>。宮澤は、有斐閣法律学全集『憲法Ⅱ・新版』と有斐閣全書『憲法・改訂版』においても、『全訂日本国憲法』とまったく同じ解説をしている<sup>5)</sup>。尾吹『基礎憲法』の出版時には、芦部『憲法』はまだ世に問われていなかったから、上述の尾吹の批判は、宮澤を念頭に置いたものと推測される。

憲法学界における宮澤俊義・芦部信喜の絶大な影響力を考えると、現在の主要な憲法解説書が営業＝職業遂行説を採用していることも驚くにあたらない<sup>6)</sup>。すでに1980年代前半の代表的な憲法解説書も、営業＝職業遂行説を採っている。たとえば、佐藤功は、職業選択の自由は「国民がその欲するいかなる職業をも選択しうる自由……を意味するが、それはその選択した職業を任意に営むことの自由（職業活動の自由）をも含むものであり、したがって、いわゆる営業の自由をも包含する……」と述べ、小林直樹は、「学界の通説的見解によれば、ここにいう『職業選択の自由』の中には、国民がどういう職業につ

3) 芦部信喜／高橋和之補訂『憲法・第五版』（岩波書店2011年）216頁。この本の前身である芦部信喜『国家と法Ⅰ』（放送大学教育振興会1985年）112頁にもまったく同じ記述がある。

4) 宮澤俊義『日本国憲法』（日本評論新社1955年）251頁、宮澤俊義／芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社1978年）253頁。

5) 宮澤俊義『憲法Ⅱ・新版』（有斐閣1971年）391頁、『憲法・改訂版』（有斐閣1962年）132頁。

6) たとえば、戸波江二『憲法・新版』（ぎょうせい1998年）285頁は、次のように述べている。「職業選択の自由は、狭義には、個人が自己の職業を選択・決定する自由を意味する。しかし、自己の選択した職業活動に従事し、継続する自由、つまり、営業の自由も憲法上保障されると解されている」。辻村みよ子『憲法・第4版』（日本評論社2012年）249頁、野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』（有斐閣2011年）219頁、松井茂記『日本国憲法・第3版』（有斐閣2007年）577頁、長谷部恭男『憲法・第6版』（新世社2014年）236頁も同様である。

くことも自由であるということとともに、選択した職業に継続的に従事し、或いは業を営んで利益を追求する営業の自由が含まれる」と説明している<sup>7)</sup>。

### (3) 営業＝営利事業遂行説

広い意味で営業＝職業遂行説に立つ論者のなかには、職業遂行のなかに営業という種類の職業遂行が含まれるという用語法を採用する者もある。営業＝職業遂行説に含まれるこの見解を、ここでは営業＝営利事業遂行説とよんで、営業＝職業遂行説の「亜種」と位置づけておきたい。伊藤正己の「営業とは、職業遂行上の諸活動のうち、営利をめざす継続的で、自主的な活動のことをいう」という説明がその典型である<sup>8)</sup>。

### (4) 私見

これらの学説に対して、営業とは営利事業のことだとする営業＝営利事業説を明示的に採用する憲法学者は、管見するところ冒頭にあげた尾吹のほか、佐藤幸治・大石眞・渋谷秀樹にとどまるようである<sup>9)</sup>。しかし、私見によれば、営業という言葉の意味に関する学説の対立は、単に語義の選択の自由の問題ではなく、営業＝営利事業遂行説を含む営業＝職業遂行説は適切ではないと考えられる。以下その理由を述べることにしたい<sup>10)</sup>。

---

7) 佐藤功『ポケット註釈全書・憲法・上・新版』（有斐閣 1983 年）388 頁、小林直樹『新版・憲法講義・上』（東京大学出版会 1980 年）511 頁。なお、佐藤功『日本国憲法概説・全訂第 5 版』（学陽書房 1996 年）267 頁にも、「〔職業選択〕の自由とは、国民がいかなる職業につくかを選択する自由（狭義の職業選択の自由）とその選択した職業を任意に営むことの自由（職業活動の自由）を含む。それは営業の自由を意味する」という記述が見られる。

8) 伊藤正己『憲法・第三版』（弘文堂 1995 年）360 頁。高見勝利の「問題は、職業遂行上の諸活動のうち、営利をめざす継続的・自主的な活動である『営業の自由』もまた、この『職業選択の自由』に含まれるかという点である」という解説（野中俊彦＝中村陸男＝高橋和之＝高見勝利『憲法 I ・第 5 版』（有斐閣 2012 年）471 頁）も、営業＝営利事業遂行説といえよう。初宿正典『憲法 2 基本権・第 3 版』（成文堂 2010 年）337 頁も同旨と解される。

9) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂 2011 年）300 頁、大石眞『憲法 II ・第 2 版』（有斐閣 2012 年）223 頁、渋谷秀樹『憲法・第 2 版』（有斐閣 2013 年）297 頁。たとえば、大石前掲書は、「ここに『職業』とは、生計を得る目的で継続的におこなう経済的・社会的活動をいう。そのような活動のうち、もっぱら営利を目的とする自主的な事業がとくに『営業』と呼ばれるものであるから、職業の自由は、当然に『営業の自由』の保障を含んでいることになる」としている。

10) この点は、赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社 2011 年）138～139 頁で簡単に説明し、より詳しくは赤坂正浩「ドイツ法上の職業と営業の概念」（早稲田大学グローバル COE 《企業と法創造》総合研究所編『季刊・企業と法創造』8 巻 3 号 2012 年 85 頁以下）でも論じた。本稿は後者をさらに敷衍したものである。叙述には重複する部分があることをお断りしたい。

## 2 営業 = 職業遂行説の問題点

### (1) 他の分野の用語法との齟齬

#### ① 国語辞書の意味

憲法解釈以外の分野では、営業の語は、営利事業の意味で使用されるのがふつうであるから、営業を職業遂行一般やその一種としての営利事業の遂行と解する用語法は、他の分野の用語法と齟齬をきたす。まず、いくつかの国語辞典の「営業」の項を引いてみると、「営利を目的として事業を営むこと、また、そのいとなみ。商業上の事業。商売」（『広辞苑・第6版』岩波書店、2006年298頁）、「利益を得る目的で、継続的に事業を営むこと。また、その営み。特に、企業の販売活動をいう」（『大辞泉・増補新訂版』小学館、1998年278頁）、「（営利を目的として）事業を営むこと。特に、店や窓口を開いて客を相手とする仕事を行うこと。会社などで販売関係の仕事。また、その部署」（『明鏡国語辞典・第二版』大修館、2010年187頁）、「商業活動（を行うこと）。法律では、利益を得るための事業を行うことを指す」（『新明解国語辞典・第7版』三省堂、2012年144頁）などとなっている。

このように見ると、第1に、「営業」の辞書的意味は商業を中心とした営利事業であること、第2に、日本語の変化を反映して、企業の販売活動や販売部門という語釈が追加されていること、この2点を確認することができる。いずれにせよ、公務員や教師なども含むさまざまな職業の遂行活動全体のことを営業とよぶ用語法や、営利事業の遂行活動を特に営業とよぶ用語法が、辞書的意味と乖離していることは明らかだと思われる<sup>11)</sup>。

#### ② 法実務上の意味

法実務においても、「営業」という用語は、営利事業の意味で使用されている。この点を端的に示しているのは、2010年に衆議院法制局法制執務研究会の名義で雑誌・法学教室に連載された「法制執務用語解説」の第15回「『事業』『営業』」の次のような解説である。

「『事業』とは、一定の目的をもって、反復継続的に行われる行為の総称です。『業として（……を行う）』も同様の意味で用いられます。これに対し、『営

11) 企業の営利事業遂行活動には経理・労務など企業活動のすべてが含まれるので、販売部門だけを営業とよぶ国語辞典の語義は、営利事業遂行説の営業よりも狭い。

業』とは、財産上の利益の獲得、すなわち営利を目的とする事業をいいます。つまり、『事業』の方は、必ずしも営利目的かどうかは問わない、より広い概念になります<sup>12)</sup>。これに続いて、この解説では、しかし個別の法令上は、「事業」と「営業」の区別は必ずしも厳密ではなく、「事業」の語が営利事業の意味で使用される場合もあることが指摘されている。

「『営業』とは、職業のうち、営利を目的とする継続的な自主的活動をいう」とする営利事業説の定義は、営業を職業の1ジャンルと見なす理解を含意している。同様に、上の解説からは、「事業」の概念も職業の一種としての営利事業の意味で使用される場合があることがわかる。この点で想起されるのは、所得税法上の「事業所得」と「給与所得」の区別である。判例によれば、「給与所得とは雇用契約又はこれに類する原因に基づき使用者の指揮命令に服して提供した労務の対価として使用者から受ける給付」を指し、「事業所得とは、自己の計算と危険において独立して営まれ、営利性、有償性を有し、かつ反復継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められる業務から生ずる所得」を指す<sup>13)</sup>。すなわち、所得税法上の「事業所得」は事業＝営業＝営利事業＝営利的職業から発生した所得、「給与所得」はこれと対比される雇用労働から発生した所得と見てよいであろう。このように税法の用語法にも営業＝営利事業という発想が窺われる。

もちろん、用語の定義が本来的に自由であることを考えると、憲法学上の営業の定義が国語辞典的な意味や他分野の用語法と異なっても、それをただちに誤りとすることはできない。しかし、法解釈において使用される用語も、可能な限り日本語の日常的用語法を尊重すべきであるとするならば、日常用語と乖離した専門的用語法には、その必要性和合理性について高い説明責任が生ずると考えられる。営業＝営利事業遂行説を含む営業＝職業遂行説は、営業＝営利事業という日常的用語法を離れる特段の必要性和合理性を説明しているようには見えない。

## (2) 「営業の自由」論争の理解

営業＝営利事業遂行説を含む営業＝職業遂行説は、経済史学者・岡田与好

---

12) 法学教室 2010 年 6 月号 61 頁。

13) 佐藤英明『スタンダード所得税法』（弘文堂 2009 年）143 頁、184 頁参照。判決文の引用は、最判昭和 56・4・24 民集 35 卷 3 号 676 頁である。

(ともよし)の憲法学批判を発端として、1970年代に起こったいわゆる「営業の自由」論争の趣旨も理解困難なものにする。

岡田は、「営業の自由」の語を freedom of trade, Gewerbefreiheit の意味で使用し、この意味の営業の自由は、自由な取引が確保された社会経済システムを意味するのであって、人権ではないと主張した。岡田によれば、自分が「強調しようとしたのは、『営業の自由』を、何よりも、私的独占や営業＝取引の制限からの自由として把握すべきこと、したがって、それを人権としてではなく、自由な諸個人が形成する『社会関係の資本制的な規制原理』としてとらえ直すことの必要性であった」。「筆者〔岡田〕の旧稿における所論が、……『営業の自由』は、国家と個人の関係よりも、むしろ、私人間の、私的諸団体と個人の関係に適用される一般原則（法律学でいわゆる『公益』ないし『公序』 public policy）であることを強調しようとしたものであることは、容易に読みとれるはずである」<sup>14)</sup>。

つまり、岡田によれば、「営業の自由」とは、私人が営利事業に自由に参入し、営利事業を継続し、自由に市場から撤退することを可能にする経済システムを指す。これは近代資本主義の成立期に新興ブルジョワジーによって勝ち取られたものであり、現代では国家の私的独占排除政策によって確保される市場の秩序＝公序であって、各人が国家に請求できる人権ではない。営業の自由は企業による市場独占の自由ではなく、そのまったく逆である。

岡田のこうした主張の意味は、営業を職業遂行一般と同視し、あるいは営利事業の遂行だけを指すとする用語法では、まったく汲み取れないことになるだろう。現に、岡田の問題提起を正面から受け止めた浦部法穂は、営業をおこなうことは22条1項で保障され、営業のおこない方は29条の財産権で保障されるとして、この論争を契機に、営業＝営利事業説への傾斜を示すようになった<sup>15)</sup>。しかし、開業・廃業といった営業選択の自由の根拠を22条1項に求め、営業遂行（営業の活動方法）の自由の根拠を29条に求める見解も、営業を

14) 岡田与好「資本主義と『営業の自由』」高柳信一＝藤田勇編『資本主義法の形成と展開1』（東京大学出版会1972年）73頁、77～78頁。

15) 浦部法穂『憲法学教室・全訂第2版』（日本評論社2006年）220～221頁。同旨の記述として、樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『憲法Ⅱ』（青林書院1997年）90～91頁（中村睦男執筆）、安西文雄＝卷美矢紀＝穴戸常寿『憲法学読本・第2版』（有斐閣2014年）173頁（卷美矢紀執筆）。



職業の1ジャンルと考える営業＝営利事業説から見ると一貫しているとはいえない。

### (3) 憲法解釈論上の齟齬

私が営業＝営利事業遂行説を含む営業＝職業遂行説に反対する第3の、最も主要な理由は、これらの説が通説自身と判例が認める職業選択規制と職業遂行規制の区別論と齟齬をきたすことである。

有名な1975年の薬局距離制限違憲判決は、「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」だとして、選択規制と遂行規制を区別している。また、芦部信喜も、「……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」だとして、営業＝職業遂行説に立つと同時に、やはり選択規制と遂行規制を区別している<sup>16)</sup>。

しかし、新規参入規制のように、職業選択行為自体を規制すれば、その職業に従事することが許されないのだから、当然だが同時に職業遂行活動も規制される。弁護士になろうとする人に司法試験合格を義務づける法律は、職業選択自体を規制しているが、弁護士になれなければ弁護士業務を遂行することも当然できないので、この法律は職業遂行の規制法でもある。すなわち、選択規制はつねに遂行規制を含意する。したがって、選択規制と遂行規制を有意に区別するためには、遂行規制とは、選択自体の規制には至らない、職業遂行の方法・態様だけの規制だと考えなければならない。

ところで、たとえば医薬品販売などの許可制は、もちろん職業選択自体の規制である。憲法学説もこの制度を「営業許可制」とよぶことに躊躇を感じないと思われるが、この場合の営業を職業遂行ないし営利事業遂行と同義とすると、営業許可制は職業遂行の許可制ということになる。しかし、新規参入規制としての許可制は職業選択自体の規制であるから、このような多数説の用語法では営業許可制＝職業遂行許可制＝職業選択許可制ということになって、多数説自身が採る選択規制と遂行規制の区別論とは両立しない。

ちなみに判例も営業＝職業遂行説に立つと説明されることがあるが<sup>17)</sup>、小

16) 最大判昭和50・4・30民集29巻4号577頁。芦部・前掲書注2) 220頁。

17) 安西＝巻＝穴戸・前掲書注15) 173頁（巻美矢紀執筆）。



売市場判決も薬局距離制限判決もそうは言っておらず、小売市場判決に「憲法22条1項は、国民の基本的人権の1つとして、職業選択の自由を保障しており、そこで職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべき」だとの説示が見られるにとどまる<sup>18)</sup>。

## II ドイツ法における営業と職業

### 1 ドイツ営業令 (Gewerbeordnung) 上の「営業の自由」

#### (1) 営業令の制定

次にドイツに目を転じてみたい。現在のドイツには Gewerbeordnung という表題をもつ連邦法律が存在している。これは議会制定法だが、これまで一般的には「営業令」という訳語があてられてきた。営業関係の規制法には Gewerbeordnung のほかにも Handwerksordnung (手工業令)、Gaststättengesetz (飲食業法) など、さまざまな法令があり、これらは Gewerberecht と総称されている。法分野名としての Gewerberecht が一般に「営業法」と訳される。ここでもこの慣例に従う。

現行営業令1条1項は、「何人も、この法律が例外若しくは制限を規定し、または認めていない限り、営業に従事することが許される」と定めている。これが、ドイツにおいて法律レベルで営業の自由を保障した規定である。

営業の自由を認める営業令制定の流れをごく簡単に振り返ると<sup>19)</sup>、ドイツのラントで、絶対王政の重商主義政策を軌道修正し、近代資本主義市場の育成の方向に最初に舵を切ったのは、19世紀初頭のプロイセンにおけるシュタイン＝ハルデンベルクの改革であった。この改革のなかで制定された1807年10月9日の「土地財産の所有の簡易化と自由使用、および農村住民の人格関係に関する勅令」(いわゆる10月勅令)や、1810年10月28日の「一般営業税の導入に関する勅令」が、ドイツにおける営業の自由の出発点だとされる。プロイセンでは、これらの法令を受けて、1845年1月17日に最初の営業令が制定された。

18) 最大判昭和47・11・22刑集26巻9号590頁。

ドイツ全体では、プロイセンの主導で1867年に近代ドイツ最初の統一国家である北ドイツ連邦が樹立されたのち、1869年6月21日に北ドイツ連邦営業令が制定された。これが現行営業令の直接の前身である。

1869年の営業令は、1871年にドイツ帝国が成立すると、その適用範囲を帝国全体に拡大し、さらに1900年7月26日の営業令によって全面改正された。1900年営業令は、帝政期、ワイマル共和制時代、ナチスの支配を生きのびて、西ドイツ時代の1977年まで効力を維持し、1978年1月1日の営業令で全面改正された。現行法は、これをさらに改正した1999年2月22日の営業令である。

## (2) 営業令上の営業概念

### ① 営業の概念

このような、累次にわたる営業令の改正にもかかわらず、営業の自由を保障する1条1項の文言は、1869年営業令以来変化していない<sup>20)</sup>。

営業令にはこの法律にいう営業の定義規定は存在しない。しかし、確立された判例上の定義によれば、営業令を含む営業法の意味における営業とは、「社会的に反価値ではなく nicht sozial unwertig（一般的に禁止されておらず）、利益の獲得を目指し、継続性を備えた自立的な活動であって、第一次製品の生産 Urproduktion, 自由業, および自己の財産の単なる管理を除くものをい

---

19) ドイツにおける営業の自由の史的展開に関する憲法学者の先駆的研究として、中島茂樹「ドイツ市民革命期における『営業の自由』(一)(二)」名古屋大学・法政論集63号(1975年)126~183頁、同64号(1975年)155~200頁がある。また、保木本一郎「ドイツにおける営業の自由」国学院法学6巻3号1968年103頁以下にも、ドイツにおける営業法制的略史がある。また、10月勅令の研究として田山輝明「『営業の自由』Gewerbefreiheitの立法史的考察」高柳信一=藤田勇編・前掲書注5)335頁以下、藤瀬浩司「近代ドイツ農業の形成」(御茶の水書房1967年)201頁以下がある。また、Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 5. Aufl., 2008, S.138は、プロイセンが営業の自由を認めた法令として「一般営業税勅令」をあげている。この2つの勅令の原文は、E.R. Huber (Hrsg.), Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd.1, 1978, S.41, S.47を参照。

ちなみに1810年10月28日の一般営業税勅令は、その前文で以下のように述べている。「朕は、今月27日の財政に関する勅令において、朕が国家歳入の増収について考慮する必要性に直面していることを、汝ら忠良なる臣民に告げた。この目的を達成する手段として、朕は、汝ら忠良なる臣民に対して一般営業税を導入することを厭わない。とりわけ、朕は、これをこれまでのきわめて強力な桎梏からの営業の解放と結びつけ、国家再編の開始に際して汝ら臣民に保障された完全な営業の自由を汝らに確保し、公共の福祉を実効的に促進できることになるからである」。

20) Frotscher/Kramer, S.139.

う」<sup>21)</sup>。

この定義によると、営業法上の営業とは、「許容性」「営利目的性」「継続性」「自立性」という積極4要件と、「第一次製品の生産ではない」「自由業ではない」「自己の財産の単なる管理ではない」という消極3要件を満たす社会的活動である。ドイツ営業法上の営業が、一定の営利事業を意味することをまず確認しておきたい。

この判例上の定義には、積極4要件と消極3要件を充足する社会的活動であるか否かによって、営業令をはじめとする営業法の規制が及ぶか否かが決まるという実益がある。

## ② 積極4要件

当然のことだが、積極4要件のそれぞれについて境界的事例が存在し、解釈の対立がある。ここでは、その詳細に触れる準備はないが、多少補足しておく。

第1に、「継続性」の要件は、実績ではなく継続的行使の意図の問題だとされる。もちろん継続性があるとされるための時間の幅は不明確であるし、反復的であれば継続性の要件を満たすともいわれるが、反復性の頻度も一般的に確定することはできないといわれている<sup>22)</sup>。

第2に、「営利目的性」の要件充足は、非営利的な目的を追求する団体が、同時に収益的事業も展開している場合に問題となる。たとえば、新宗教の団体が布教活動の一環として、書籍の販売や有料セミナーを実施している場合に、これを営業令上の営業と認定するか否かについて、判例・学説上の議論があるとのことである<sup>23)</sup>。

第3に、「自立性」の要件は、対外的には自己の計算、自己のリスク、自己の名前で活動しているか、組織内部的には独立して責任を負っているかをメルクマールとすると説明されるが、たとえば特定の販売代理店がこの意味での自立性を備えているかなど、個別ケースによっては解釈問題が生ずることもある<sup>24)</sup>。

21) Frotsher/Kramer, S.145. Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung-Kommentar, 8. Aufl., 2011, S.128. Vgl. BVerwG, NJW 2008, 1974.

22) Tettinger/Wank/Ennuschat, S.130f.

23) Tettinger/Wank/Ennuschat, S.133f.

24) Tettinger/Wank/Ennuschat, S.136f.

第4に、「許容性」の要件について、ドイツの学説は、たとえば刑法など、営業法以外の法律によって禁止されている行為は、営業法上の営業としても許容されないとする。たとえば、贓物故買・スリ・麻薬の売人などはこの意味で営業法上の営業ではないが、星占い・カード占いは法律上禁止されていないので、継続性・営利目的性・自立性を備えていれば営業として扱われるという<sup>25)</sup>。また、法律で禁止されていなくても、社会的に反価値的な行為、すなわち倫理的価値観に反する行為は、やはり営業として許容されないと説かれる<sup>26)</sup>。かつては売春がその典型とされた。しかし、2001年の売春法によって、売春が規範的承認を受けて以降は、売春に営業令上の営業性も認める見解が多数説となった<sup>27)</sup>。許容性の要件は、職業の自由の保障に関しても憲法解釈論上の問題を生ずるので、あとでもう一度触れることにしたい。

### ③ 消極3要件

ドイツ法上の営業概念の特色を示しているのは、消極3要件である。「第一次製品の生産」と「自由業」は、営利事業の一種という意味では Gewerbe と称することができる社会的活動であるにもかかわらず、伝統的に Gewerbe には含まれてこなかったものであり、「自己の財産の単なる管理」は、営利目的性の要件が欠けるケースの1つを、これも伝統的に独立の消極要件として捉えてきたものである。

第1に、「第一次製品の生産」Urproduktion とは、自然に直接働きかけて、未加工の自然の産物を生産する社会的活動である。農業・林業・漁業・鉱業・狩猟・天然果実の採取・園芸・ワイン用ブドウ栽培がこれにあたとされる。解釈上問題となるのは、たとえば、自分の農園でできた果物の現地販売や、牧場での自家製ハムの販売のような、第一次製品の生産に後続する加工や販売である。第一次製品の獲得とどこまで自然な一体をなしているかによって、営業性が個別に判断されるという<sup>28)</sup>。

25) Frotscher/Kramer, S.146f.

26) Tettinger/Wank/Ennuschat, S.138f.

27) Tettinger/Wank/Ennuschat, S.139f. ここでエヌシャットは、売春法制定後も売春を営業令の営業とは見なさない少数説として、Pauly, GewArch2002, S.217 ほか3人の論文をあげ、売春を営業令の営業と見なす多数説として、Marcks, in: Landmann/Rohmer I, § 14 Rdn. 15a をはじめとする11点の文献と3つの判決をあげている。

28) Tettinger/Wank/Ennuschat, S.141-143.

第2に、「自由業」とは、高度な学問・芸術活動と、大学卒業のような高等教育を必要とする高度な役務の提供を意味する。医師・弁護士・公認会計士・弁理士・水先案内人は、個別法によってここにいう自由業と認められている。自由業とされる高度な役務提供の一般的なメルクマールは、「委託者の利益または公益のために、自分で責任を負って、専門的にかつ独立して、精神的な役務を提供する」社会的活動であるか否かであるが、たとえば、予備校教師・ダンス教師など、さまざまな教育事業のサービス提供をどう判断するかなどが問題となる。また、芸術と手工業の境界もあいまいであるから、肖像カメラマン・古家具の修繕者のような芸術的な側面をもつサービス提供をどう判断するかといった問題も出てくる。とはいえ、これまでの要件の判断と同様、判例の蓄積がある<sup>29)</sup>。

第3に、「自己の財産の単なる管理」という要件は、そもそも営業法による規制の目的が、有害な営利事業の弊害から消費者および労働者を保護することにあるので、弊害が発生しないような、些細な行為は、多少営利性を伴っていても規制対象としないという趣旨である。したがって、メルクマールは些細かどうかにあるとされる。具体的には、補助スタッフの有無、投資額の程度、活動の長さ、法的行為の存在などが判断材料になるという。たとえば、自宅の空き部屋の賃貸、相続財産の管理だけを目的とする有限会社などは営業性が否定された<sup>30)</sup>。

### (3) 営業令による規制<sup>31)</sup>

営業法分野の一般法典である営業令は、営業の自由を原則としながら、弊害防止の観点からこれに規制を加えることを目的としている。営業令は、上に説明した1条1項の営業を、さらにその業態によって、常設の営業 *stehendes Gewerbe*、訪問販売業 *Reisegeberbe*、市場での交易 *Marktverkehr* に区分し、それぞれ異なる規制を定めている。このほか、手工業令・飲食業法・旅客運送業法・陸上貨物運送業法など、業種ごとの特別法が存在し、各業種ごとの規制を設けている。ここでは営業令の規制についてのみ、簡単に触れておく。

第1に、営業令上の「常設の営業」とは、1条1項の営業のうち、文字どお

29) Tettinger/Wank/Ennuschat, S.143-147.

30) Tettinger/Wank/Ennuschat, S.147-149.

31) 以下は P. M. Huber, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, in: E. Schmidt-Aßmann/F. Schoch, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., 2008, Rdn.318-322 による。

り固定的な営業場所で営まれる営業である。営業法全体の標準的な営業形態である常設の営業については、営業令 14 条 1 項によって管轄官庁への届出が義務づけられている。これによって行政側は、その管轄内においてどのような種類のどれだけの数の営業が存在するか、一覧的な情報を得ることができ、この情報が行政監督および統計の基礎となる。

第 2 に、営業令 55 条によれば、「訪問販売業」とは、固定した営業場所の外で、または固定した営業場所をもたずに、事前の注文なしに、商品を販売し、注文を受け付け、商品を買入れ、サービスを提供し、またはサービスの予約を受け付け、または娯楽の見世物を提供する営業である。訪問販売業は、原則として管轄官庁の許可を受けることを義務づけられている（営業令 55 条 2 項）。訪問販売業の場合、常設の営業とは異なって、商品ないしサービス提供のイニシアティブを業者側が握っており、消費者保護の観点からそれだけ規制の必要性が高いためだと説明される。同様の観点から、営業令は、常設の営業でも、ゲームセンター、質屋など特定の業種については許可制を敷いている（営業令 33c 条、34 条）。

第 3 に、市場の交易、すなわち営業令 64 条以下に規定された見本市・展示会・市場については、主催者の申請にもとづいて、管轄官庁が商品・時期・開催時間・場所を決定する。市場での交易は人々の伝統的な権利であるという考え方から、誰でも原則的に出店の自由が認められ、届出や許可の義務は存在しない（営業令 70 条）。なお 2006 年の連邦制改革によって、見本市・展示会・市場の規制はラントの権限に移管されたが、ラントがこの立法権を発動しない限り、当該ラントでは連邦の営業令が引き続き適用される。

#### (4) ドイツ営業令の営業概念と日本法

以上、ドイツの営業令の内容を営業の概念を中心に紹介した。粗雑な紹介だが、ドイツでは Gewerbe が一定の営利事業と理解され、これがさらにさまざまな業種に分類されて、それぞれ法的規制がおこなわれ、こうした営業＝営利事業の開始・継続・廃止のすべての局面が、営業の自由の規制の問題として認識されていることは確認できたと思われる。

こうした営業の自由理解は、現在の日本の憲法学説の用語法とはきわめて異質だが、日本の行政法学者にとっては馴染み深いものかもしれない。実際、第二次大戦以前は、日本でもドイツ的な営業理解が、憲法・行政法を含む公法の世界では一般的だったと推測される。この点を示す文献として、美濃部達吉が



大正3 (1914) 年に公刊した『日本行政法各論上』の記述をあげておきたい。

美濃部は、各論第1章「警察法」の第11節「警察各論(五)産業警察」の第1款「営業警察」の冒頭で、営業について次のように述べている(以下、旧字カタカナ文を新字ひらがな文に改め、濁点を補った)。「営業 (Gewerbe) の意義は必ずしも一定せず。広義に於ては営業とは凡て自己の名を以て業として行ふ所の社会経済上の営利行為を謂う。此の意義に於ては営業は夙に商工業のみならず総ての原始産業及医師画工等の業務をも包含す。然れども此の広義の営業中原始産業及高等の学識又は技芸を要する労務を給付するの業は通常之を営業と称せず。狭義に於ける営業は此等を除外するものにして、即ち商工業及高等の学識技芸を要せざる労務を給付する業を包含するものなり」。

「営業は原則として各人の自由に放任せらる。営業自由 (Gewerbefreiheit) の原則は其の最も極端なる意義に於ては営業の種類、其の主体、場所、方法等に関して何等の制限なく、何人も其の欲する所に随て自由に如何なる営業をも為し得べきことを意味すると雖も、此の絶対の意義に於ての営業の自由は固より如何なる国家に於ても認めらるる所に非ず、公益上の必要に由り之に多くの法律上の制限を加へらるることは勿論なり。唯近世の国家に於ては其の制限は唯特別の必要に基く例外の場合に限られ、一般には営業の自由を以て営業法の基礎と為せり」<sup>32)</sup>。

この説明では、第1に、営業とか営業の自由という言葉がドイツ語の Gewerbe, Gewerbefreiheit の翻訳であることが明示されている。第2に、原始産業という言葉は、ドイツ営業令の解釈にいう Urproduktion の翻訳であることが容易に想像される<sup>33)</sup>。つまり、美濃部のいう狭義の営業概念は、まさにドイツ営業令の営業概念であることがわかる。日本の憲法学説は、いつの間

32) 美濃部達吉『日本行政法各論上』(有斐閣1918年、第3巻第4巻合冊)314~315頁、316頁。美濃部は、上記『日本行政法各論』の後身である『行政法撮要・下』(有斐閣1924年。引用は1933年の第3版8刷)100頁においても、「営業トハ廣義ニ於テハ凡ソ自己ノ名ニ於テ業トシテ行フ社会経済上ノ営利行為ヲ謂ヒ、狭義ニ於テハ其ノ中ヨリ原始産業及自由職業ヲ除外シ商工業及ビ高等ノ学識技芸ヲ要セザル勞務ヲ給付スルノ業ヲ謂フ。営業ノ自由ハ憲法ノ明文ニハ之ヲ掲ゲズト雖モ、是レ言ヲ俟タザル所トセラレルニシテ、我が国法ガ営業ノ自由ヲ以テ原則トスルコトハ更ニ疑ヲ容レズ」としている。

33) 美濃部『日本行政法各論上』(有斐閣1918年、第3巻第4巻合冊)は、上記の第1章第11節第1款「営業警察」に続く第2款を「原始産業ト警察」と題し、原始産業という用語の説明はないが、「農業ト警察」「畜産警察」「森林警察」「鉱業警察」「漁業警察」などの項目を立てて解説している。ここからも、美濃部のいう原始産業が Urproduktion の意味であることがわかる。

にかドイツ的理解から遠ざかっていったわけである。

## 2 ドイツ基本法上の「職業の自由」

### (1) 基本法 74 条 1 項 11 号の「営業」

次にドイツ基本法は営業の自由をどのように取り扱っているのかを見ることにしよう。ワイマル憲法は、151 条 3 項で、「通商及び営業の自由 die Freiheit des Handels und Gewerbes は、ライヒ法律の定める基準に従って保障される」として、営業の自由を明文化していた<sup>34)</sup>。これに対して、現行ドイツ基本法には営業の自由の保障規定は存在せず、基本権としては 12 条 1 項において職業の自由が保障されている。

しかし、基本法 74 条 1 項 11 号は、連邦とラントの競合的立法事項のひとつとして「営業」を掲げている。

「経済法（鉱業、工業、エネルギー管理、手工業、営業、商業、銀行・証券取引所制度、私法上の保険制度）、ただし閉店時間、飲食業、遊園地、人間の見世物、見本市、展示会および市場に関する法を除く」（das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen) ohne das Recht des Ladenschlusses, des Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und Märkte)。

ここでは、工業・手工業・商業などが営業と並列的に列挙されており、あたかも営業と商工業とが別の業種だと考えられているように見える。しかし、たとえば、シュテファン・エーターは、この条項の解説で次のように述べている。「工業 Industrie の概念は、伝統的には工業的な手法の活動をすべて包括していた伝統的な営業 Gewerbe の概念から分離したものである」（Rdn.88）。「手工業 Handwerk の概念も、工業と同様、伝統的な営業の概念から分離したものである。もちろん、これには、工業の場合以上に理由があった。手工業を営業とは別に列挙することは、ナチス時代に制定され、その存続が連合国との間で激しく議論された手工業令と関係しているからである」（Rdn.90）。「商業 Handel の概念も、すでに 1871 年と 1919 年のライヒ憲法において使用されて

---

34) 高田敏 = 初宿正典編訳『ドイツ憲法集・第 6 版』（信山社 2010 年）145 頁。E.R. Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 4, 3. Aufl., 1991, S.174.

いる。しかしながら、これも営業概念から分離したものである。一般的に商業とは、対価を得て営業的になされる品物の譲渡と理解されている」(Rdn. 92)<sup>35)</sup>。

つまり、それまでの法的規制のいきさつから、基本法74条1項11号には、工業・手工業・商業・営業が並列的に列挙されているが、営業は本来、工業・手工業・商業を包括する上位概念と解されているということである。

## (2) 基本法12条1項の職業の自由と営業の自由

### ① 職業の自由

上述のように、ドイツ基本法は、12条1項において職業の自由を明文で保障している。12条1項は次のような規定である。「すべてのドイツ人は、職業、職場および養成所を自由に選択する権利を有する。職業の遂行については、法律によって、又は法律の根拠に基づいて、これを規律することができる」<sup>36)</sup>。

この規定は、細かくみると「職業選択の自由」「職場選択の自由」「(職業)養成所選択の自由」「職業遂行の自由」という4つの基本権を保障しているが、その保護領域の基本となるのは職業の概念である<sup>37)</sup>。判例・通説の定義によれば、基本法12条1項の「職業とは、許容され、一定の継続性を備えた、生活の基盤の創出と維持に仕えるあらゆる活動である」<sup>38)</sup>。この定義は、「許容された」erlaubt という要件を除けば、日本語の「職業」の辞書的意味、および日本国憲法22条1項の「職業」に関する判例・学説の定義と一致する<sup>39)</sup>。

基本法上の職業の理解に関してつねに援用される連邦憲法裁判所の1958年

35) 高田 = 初宿編訳・前掲書注31) 249頁。Oeter, Art.74 Abs.1 Nr.11, in : v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, 6. Aufl., 2010, Bd. 2, S.2046ff.

36) 高田 = 初宿編訳・前掲書注31) 217頁。

37) Frotzcher/Kramer, S.44.

38) J.A. Kämmerer, in : v. Münch/Kunig, GGK, 6. Aufl., 2012, Art. 12, Rdn.15 ; Th. Mann, in : Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., 2011, Art. 12, Rdn. 45 ; M. Kloepfer, Verfassungsrecht II, 2010, S. 456 ; F. Hufen, Staatsrecht II, 2. Aufl., 2009, S. 619.

39) 国語辞典では、「職業」は次のように定義されている。「生計を維持するために、人が日常従事する仕事。生業。職」(『大辞泉・増補新訂版』小学館1998年)1338頁。「生計を立てるために従事する仕事。職」(『明鏡国語辞典・第二版』大修館2010年)846頁。「日常従事する業務。生計を立てるための仕事。生業。なりわい」(『広辞苑・第6版』岩波書店2008年)1406頁。また、薬局距離制限判決(最大判昭和50・4・30民集29巻4号575頁)も、「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であり……」としている。

6月11日の有名な「薬局判決」は、次のように職業の自由の開かれた性質を強調している。職業の自由は、「現代の労働分業社会にとってはとりわけ重要な領域における市民の自由を保護している。すなわち、12条1項は、個人に対して、その人が自分に向いていると考えるあらゆる活動を『職業』と理解する権利、すなわち、自分の生活の基盤とする権利を保障している」。「職業の自由の基本権をこのように考えるなら、『職業』の概念は広義に解されなければならない。職業は、伝統的に確定された、それどころか法的に確定された特定の『職業像』をもつ職業をすべて包含しているのみならず、個人が自由に選択した非典型的な（許容された）活動も包含している。後者から確立した職業像が新たに生ずることもあるのである」<sup>40)</sup>。この理解も日本と共通していると見てよいであろう。

## ② 営業の自由

他方、基本法には営業の自由を保障する明文規定は存在しないが、判例・通説によれば、基本法12条1項の「職業の自由」は、「営業の自由」を包含している。フロッチャーの典型的な解説を引いておこう。「今日では、営業の自由は、単に単純法律上の（したがって、単純立法者がいつでも改正できる）ものではなく、さらに憲法に定礎されている。すなわち、営業の自由は、基本法12条1項に規定された職業の自由という包括的な基本権の一部である。基本法12条1項の意味における『職業』のすべてが同時に営業だというわけではないが、営業はすべて、より広い概念である職業に含まれ、したがって基本法12条1項の保護領域に含まれる」<sup>41)</sup>。

なお、この基本法上の営業の自由と、上述の営業令上の営業の自由には、2つの相違があるとされる。第1に、基本法12条1項は「すべてのドイツ人は」という文言からドイツ人の権利条項とされているので、基本法上の営業の自由は外国人には保障されない。これに対して、営業令上の営業の自由は外国人にも保障される。第2に、基本法上の営業は、営業令の伝統的営業概念のように（消極3要件によって）限定的に理解される必要はないとされる。したがって、第一次製品の生産や自由業も基本法上の営業には含まれる。すなわち、基本法上の営業の自由は、営業令上の営業の自由に対し、人的範囲では狭く、事項的

---

40) BverfGE 7, 377 [397].

41) Frottscher/Kramer, S.141.

範囲では広いことになる<sup>42)</sup>。

こうした理解を前提として、基本法上の職業と営業を比較すると、職業は、営業概念の積極4要件のうち「許容性」「継続性」の2つを定義要素とする点では共通し、「営利性」「自立性」に代わって、「生活基盤の創出・維持」を定義要素とする点で異なっている。生活基盤の創出・維持のための社会的活動は、営利目的で自立的におこなわれる場合もあれば、利益の獲得までは目的とせず、単に生活のための収入を得る目的で、他人に雇用されておこなわれる場合もある。つまり、職業は、個人の社会的活動としては、営業的職業と非営業的職業の双方を含んでいる。ドイツの判例・学説による基本法上の職業と営業の捉え方は、こうした事理を反映したものとなっている。

### ③ 職業選択の自由と職業遂行の自由

基本法12条1項1文は、「すべてのドイツ人は、職業……を自由に選択する権利を有する」として「職業選択の自由」を明文化し、2文は、「職業の遂行については、法律によって、又は法律の根拠に基づいて、これを規律することができる」として、職業選択 Berufswahl の自由と職業遂行 Berufsausübung の自由を区別する発想に立つ。

1文と2文を比較するとわかるように、ドイツ基本法の文言上は、職業遂行の自由は法律の留保に服するのに対して、職業選択の自由のほうは法律の留保を受けない「無留保型」の基本権である。ドイツの基本権解釈では、条文上は「無留保型」の基本権も、他の基本権または憲法上の法益の保護を目的として合憲的に規制されうるとされるので、法律の留保の有無は、一見するほど大きな違いを生じない。しかし、選択の自由の無留保型保障と遂行の自由の法律留保型保障という条文上の区別は、選択規制の合憲性審査には遂行規制の合憲性審査よりも厳格さを求める発想の根拠となっている。

## Ⅲ 職業と営業をめぐる未解決の論点

### 1 法人の営業の自由と憲法

日本とドイツに関するこれまでの叙述を前提として、最後に、職業および営

42) Frotscher/Kramer, ebenda.

業をめぐる日本国憲法の解釈論上、未解決の論点と思われる事柄を3点指摘して締めくくりとしたい。

第1は、法人の営業の自由と憲法の関係という問題である。日本でもドイツでも、判例・通説は、憲法上の職業を「人が生計を立てる（生活基盤を創出・維持する）ためにおこなう継続的活動」と捉えている。

この職業の定義を前提とすると、職業の自由の権利主体は個人に限られ、法人・団体は職業の自由の権利主体ではない。法人・団体の生計ないし衣食住というものを観念することはできないからである。これは、法人を逮捕することなどできないので、憲法33条の令状なしに逮捕されない権利は法人には適用されないとか、法人が餓死することはありえないので、憲法25条の生存権は法人には適用されないというのと同じ理屈である。そうすると、日本法でもドイツ法でも、職業の自由から導き出される営業の自由の権利主体は、本来個人に限られるはずである。「職業は、……各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有する」として<sup>43)</sup>、職業の人格的価値を強調するとすればなおさらである。にもかかわらず、判例・通説のように、法人の営業の自由（営利事業の自由）も憲法22条1項から導き出すとすれば、それは22条1項が職業プラスアルファの自由を保障しているという主張を意味することになる。

ドイツの判例・学説はこの問題を意識しており、一般には、12条1項は「企業の自由」の保障を含むと理解されている。たとえば、イェルン・アクセル・ケメラーは次のように述べている<sup>44)</sup>。「自立的な営業主体も（資本金会社を含めて）、12条1項で保護されている。12条1項は、ワイマル憲法153条3項とは異なって、もはや営業の自由にも明示的には言及していないが、この点にかつての法状態からの離脱と理解されるべきではなく、『職業』の広い理解によって、営業の自由にも特別に言及する必要がなくなったのである。いずれにせよ、『企業の自由』、つまり、（資本金会社および人的会社という）企業を営利目的で設立し、維持し、運営する権利が保護されている。もちろん、企業としての活動がその最低限の条件なので、たとえば多くの市民による株式への投資はこの条件を満たしておらず、14条1項〔財産権〕の保護を受けるにとどまる。した

43) 薬局距離制限判決の有名な一節である。最大判昭和50・4・30民集29巻4号575頁。

44) J. A. Kämmerer, in : v. Münch/Kunig, GGK, 6. Aufl., 2012, Art. 12, Rdn. 20.



がって、企業の自由は、ある企業の設立者や所有者の企業者としての自由とは区別されなければならない。企業の自由とは、12条1項で保護された資本会社の活動の自由を言い換えたものである」。

ドイツの場合、営業令やワイマル憲法で営業の自由が明文化されてきた実績があることから、こうしたいわば常識論はすんなり受け容れられやすい。基本法19条3項が内国法人の基本権を明文で保障していることも、しばしば根拠としてあげられる<sup>45)</sup>。しかし、職業の行為主体は定義上個人に限定されるのに、職業の自由の権利主体にはなぜ法人も含まれ、12条1項に企業の自由が含意されることになるのかという点について、ドイツの判例・学説も必ずしも実質的な理由を示してはいないように見える。

管見に属する限りでは、ミヒヤエルとモロックの共著の教科書が、「基本法12条1項の意味における職業概念に典型的に属するのは、個人の生活基盤の形成手段という作用だが、12条1項によって保護された活動は企業の存立の基盤を形成し、これは間接的には企業の従業員の生活基盤にもなるので、職業という観点は基本法19条3項の枠内で法人にもあてはまる」としているのが、わずかに実質的説明の例である<sup>46)</sup>。

こうした判例・通説に対しては、かつてヘルムート・リットシュティークが次のように疑問を呈していた。「法人は、企業設立者の職業活動の枠内における単なる組織的手段にすぎない。したがって、法人は、その性質上、職業の自由の主体にふさわしくない。むしろ、職業の自由の主体は、企業において活動している個人であり、企業の設立者自身が当該企業内で活動している場合には、企業設立者個人もこれに含まれる」<sup>47)</sup>。

同様の問題は日本国憲法の解釈にも存在するが、この点がこれまで意識されたことはないようである。むしろ、1970年代の営業の自由論争を経た今日でも、憲法が企業の営業の自由を保障していること自体は、判例・学説の自明の前提となっているように思われる<sup>48)</sup>。

---

45) たとえば、Frotscher/Kramer, S.45f.

46) L. Michael/M. Morlok, Grundrechte, 4. Aufl., 2014, S.191.

47) H. Rittstieg, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., 1989, Art. 12, Rdn. 167.

## 2 職業および営業の許容性要件

第2は、職業の自由、営業の自由の保護領域の問題である。上述のようにドイツの判例・学説では、基本法の「職業」も、営業令の「営業」も、そもそも「許容性」の要件を満たした社会的活動に限定されている。

営業令をはじめとする営業法の営業が、他の法律によって禁止されていない行為に限定されることは、同格の制定法間の関係として理解できるとしても、許容性の要件に倫理性をもちこむことには疑問がある。まして、憲法上の職業に許容性の要件を課すとすれば、立法者が職業の自由の保護領域を恣意的に限定する危険に道を開くことにならないかという疑問が生ずる。

この点はドイツでも意識されており、職業の自由の保護領域にはじめから含まれない、許容されない行為とは、単に法律上禁止された行為を意味するわけではなく、共同体を害することが明瞭な行為に限定されるとか、人間の尊厳を害する行為に限定されるといった限定説が唱えられている<sup>49)</sup>。他方で、このような限定はかえって判断基準をあいまいにするとして、そもそも許容性の要件は、ある行為が職業としておこなわれているかどうかとは独立に、他の基本権で保護されているかどうか、その禁止が他の基本権を侵害するかどうかで判断されるべきものなので、限定説は許容性の要件を誤解しているとする見解もある<sup>50)</sup>。

たしかに、殺人行為は刑法によって合憲的に禁止されているのであるから、

---

48) 有名な三菱樹脂事件最高裁判決の以下の説示は典型的である。「憲法は、思想、信条の自由や法の下での平等を保障すると同時に、他方、22条、29条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであって、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもって雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできないのである」（最大判昭和48・12・12民集27巻11号1544～1545頁）。学説もこの紛争を私人間の人権問題と捉えることによって、企業が憲法上の権利主体であること、企業の営業（営利事業）の自由が憲法上の権利であることを認めたことになる。この見解を憲法上の「職業」の理解と首尾一貫させるためには、憲法22条は個人の職業の自由に加えて、団体の営業の自由も保障していると解さなければならないだろう。

49) K. Stern, Staatsrecht, Bd. IV / 1, 2006, S.1793 ; Frotischer/Kramer, S.95f.

50) ピエロート／シュリンク（永田秀樹＝松本和彦＝倉田原志訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社2001年）293～294頁。

殺人請負業は憲法上の職業および営業からはじめから除外されるという説明には説得力があるように見える。逆に殺人請負業も一応憲法の保護を受ける職業であり営業ではあるが、合理的な理由から合憲的に禁止できるという法的構成をとることには違和感を覚える人が多いであろう。しかし、売春を考えると、不特定多数人との性交渉は、ドイツ法でも日本法でも禁止されておらず、ただ日本法ではそれを対価を得て業とすることが禁止されているわけであるから、それ自体としては適法な行為をなぜ職業・営業としては禁止することができるのかは別な説明を要することになる。ドイツ流に職業・営業の概念論、すなわち保護領域論のレベルで処理するのか、職業・営業には含まれるが禁止には合理性があるという合憲性の正当化論のレベルで処理するのかという選択肢があると思われるが、日本ではこうした論点もこれまであまり意識されてこなかったように見受けられる。

### 3 営業の選択と営業の遂行

第3は、営業選択と営業遂行を区別する必要性、したがって、営業選択の規制と営業遂行の規制を区別する必要性という論点である。上述のように、ドイツ基本法は明文で職業選択の自由と職業遂行の自由を区別し、連邦憲法裁判所も早い時期からこの区別を合憲性審査の厳格度と結びつけてきたため、この点は職業規制の基本的な類型論として重視されてきた。また、営業は職業の1ジャンルと理解されてきたため、営業についてもその選択の規制と遂行のみの規制が区別可能であることが承認されてきた<sup>51)</sup>。

これに対して、日本の憲法学の教科書叙述では、職業規制の例として、つねに許可制・資格制などの選択規制だけがあげられ、遂行のみの規制の説明や例示を欠いてきた上に、営業＝職業遂行説に立つため、営業の選択という用語と発想も欠如している。

しかし、繰り返すように、営業とは本来営利事業のことであるから、他のジャンルの職業と同様、選択と遂行の両面を含む行為の総体として理解されなければならない。たとえば行政庁による許可のような開業の規制、反対に行政庁

51) 有名な薬局判決は職業選択規制のケースと理解され、これを機に連邦憲法裁判所は「三段階理論」を打ち出した。他方、たとえば、タバコの警告表示の義務づけに関する事件は、営業の遂行だけの規制にかかわる事案と位置づけられている。職業規制の合憲性審査に関する「三段階理論」については、さしあたり赤坂・前掲注10) 論文91～93頁参照。

による許可の取消しのような廃業の強制、すなわち営業選択自体の規制と、営業時間の制限や製品の成分表示の義務づけのような営業遂行の規制とを典型的に区別することは、合憲性審査論の観点からもきわめて重要である。

先ごろ出版された『個別行政法』のなかで、「営業・事業規制法」の章を担当した亘理格が、営業を「営利目的での経済活動」と位置づけ、公衆浴場法・旅館業法・宅建業法等の個別規制法の解説に際して、つねに経営許可制・営業免許制などの営業選択規制と、営業遂行上の規制に項目を分けて論じているのは、私見によれば理論的に見てまさに正当なことである<sup>52)</sup>。制度のこうした理解を前提にはじめて、選択規制と遂行規制の合憲性審査の違いといった発想も生きたものになると言えるだろう。

以上のような解釈論上の論点が、これまで日本の憲法解釈論では意識されてこなかった理由の1つは、営業＝職業遂行という憲法学の多数説の不適切な用語法にあるのではないかというのが、本稿の提起したかった問題である。

〔付記〕 本稿は、大貫裕之中央大学教授が主宰する中央大学法科大学院・公法系勉強会において、2013年9月14日におこなった報告の原稿に加筆修正を施したものである。当日きわめて有益なご指摘を賜った内野正幸教授と大貫裕之教授に厚く御礼を申し上げる。

---

52) 亘理格 = 北村喜宣編著『個別行政法』（有斐閣 2013年）第6章（188頁、192頁、199～200頁、207～208頁、215頁）。