

Title	職業の自由の「転轍点」としてのドイツ薬局判決： 規律留保の解釈をめぐって
Sub Title	Das Apothekenurteil als „Weichenstellung“ der Berufsfreiheit : zur Auslegung des Regelungsvorbehalts
Author	新井, 貴大(Arai, Takahiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2020
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.126, (2020. 9) ,p.1- 33
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20200915-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20200915-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 職業の自由の「転轍点」としてのドイツ薬局判決

——規律留保の解釈をめぐって——

新 井 貴 大

- 一 はじめに
- 二 基本法上の「難所」としての基本法一二条
- 三 薬局判決における「職業の自由」論
  - (一) 公序から権利へ——基本権として基本法一二条一項の意義
  - (二) 客観的原則としての営業の自由
  - (三) ヴァイマル憲法における「法律留保」
  - (四) 基本権の「空転」
  - (五) 「真正の基本権」としての基本法一二条一項
- 四 「統一的な基本権」としての職業の自由
  - (一) 職業の「選択」と「遂行」を含んだ統一的な複合物としての「職業的活動」
- 五 「規律留保」解釈の帰結としての「職業の自由」という統一的な基本権
  - (一) 「規律」概念の意味——形成的解釈の否定
  - (二) 連邦憲法裁判所による「規律」解釈
  - (三) 制限の制限と職業の自由をめぐる二つの「転轍点」
  - (四) 「制限の制限」についての転轍——本質的内容の保障から比例原則へ
  - (五) 「職業の自由」についての転轍——公序から基本権へ
- 六 むすびにかえて

## 一 はじめに

本稿は、一九五八年六月一日のドイツ連邦憲法裁判所・薬局判決 (BVerfGE 7, 377) を再訪し、同判決が職業の自由 (基本法一二条一項) の解釈論に対して与えた「転轍」を明らかにしようとするものである。

日本の薬事法判決<sup>(1)</sup>が「最高裁のなかのドイツ」と呼ばれることもあるように<sup>(2)</sup>、ドイツの薬局判決<sup>(3)</sup>は日本の薬事法判決に影響を与えたと指摘され、日本の憲法学界においてもっとも著名なドイツ憲法判例のひとつとなっている。薬局判決では、職業遂行に対する規律、主観的要件による職業選択に対する規律、客観的要件による職業選択に対する規律からなる三段階を区別し、のちの段階に至るほど介入の強度が増すため立法者の規律権限に対して厳格な要請が課されると定式化した。この、いわゆる「段階理論 (Stufentheorie)」 (BVerfGE 7, 377 [405-408]) は、連邦憲法裁判所黎明期に比例原則を具体的に適用した法理として、連邦憲法裁判所が「基本権裁判所」への一步を踏み出した「転轍点 (Weichenstellung)」であると位置づけられ<sup>(4)</sup>、「職業の自由に対して公共の福祉の観点から要請される介入の場面で比例原則を厳格に適用した結果である」と指摘される<sup>(5)</sup>。「段階理論」は、警察法で誕生した比例原則を基本権を規準とした法令審査に採り入れたものであり<sup>(6)</sup>、日本においても、「審査内容という点で、効果的な基本権保護に向けての決定的な一步となった」<sup>(7)</sup>ものであると評されている。

しかし、薬局判決がもたらした「転轍」は、それだけではない。日本において論じつくされた<sup>(8)</sup>感がある薬局判決について本稿が改めて検討したいのは、基本法一二条一項二文の「規律留保 (Regelungsvorbehalt)」をめぐる解釈論である。段階理論ないし比例原則による審査の前提となるのは基本権と法律との對抗関係であるが、規律留保の解釈めぐっては、後述するように職業の自由をめぐる〈介入思考〉と〈非介入思考〉の対立を見て取ることができる<sup>(9)</sup>。職業

の自由についての（介入思考）からすれば、法律は基本権に介入することで対抗関係に立つものであるが、（非介入思考）からすれば、職業（遂行）の自由の実質的内容は、法律によって確定的に形成される。この観点からすれば、ドイツ薬局判決（および、その影響を受けた日本の薬事法判決も）は、職業の人格との結びつきを強調することにより、——職業遂行や法人の営業について——非介入思考を性急に放逐した印象をぬぐえない。

この問題関心から、薬局判決の説示のうち、「段階理論」の前処理となっている部分の説示を中心に、検討を加える（そのため、段階理論についての言及は最低限のものにとどめる）。以下では、薬局判決以前に提起されていた基本法一二条一項をめぐる論点を簡単にまとめ（二）、ヴァイマル憲法下での基本権の空転を克服するべく、薬局判決が職業の自由を真正の基本権と性格づけたことを確認したのち（三）、薬局判決の打ち出した「統一的な基本権」としての職業の自由について検討したうえで（四）、薬局判決においてなされた二つの転轍をまとめることとしたい（五）。

## 二 基本法上の「難所」としての基本法一二条

薬局判決で問題となったのは、制限なき薬局の増加により医薬品供給に悪影響が及ぶという事態の防止を目的として、薬局の新設につき客観的許可要件を課していたバイエルン薬局法三条一項<sup>(10)</sup>である。この国民の健康保護のための規定に基づき薬局新設が不許可となった薬剤師が、基本法一二条一項（一九六八年改正前）および二条一項の基本権が侵害されているとして憲法異議申立てを行った。

判決についての考察に先立ち、まず、薬局判決以前の基本法一二条一項をめぐる議論がいかなるものであったかを簡単に整理しておくこととしたい。当時の基本法一二条一項は「すべてのドイツ人は、職業、職場及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、法律によってこれを規律することができる。」<sup>(11)</sup>と定めていた（本

稿の傍線と傍点については、断りのない限り本稿筆者による。

ヴァルター・イエリネックによれば、基本法一二条一項は、「ボン基本法上の基本権の部分でもっともやっかいな難所 (schlimmste cmx)」であった<sup>(12)</sup>。(薬局判決以降の文献であるが) ペーター・レルヒエによれば、基本法一二条一項は「憲法制定者が〔基本法という〕食卓に並べた、おそらくはこれまででもっとも消化の困難な果実」であった<sup>(13)</sup>。

散々な言われようであるが、このように評される原因には——基本法一二条一項が複数の規範内容を含んでおり、基本法制定直後には基本法一二条適合性に疑義のある戦前の法規範も多くあったこと<sup>(14)</sup>のほか——職業遂行を法律による規律に委ねる基本法一二条二文の「規律留保」に対する解釈が明らかでなかったことが挙げられる。職業選択については一二条一項一文で留保なく保障され、職業遂行については二文で法律による規律に服するという「不適切な表現 (unglückliche Formulierung)」のために、基本法一二条一項は二つの異なる基本権を保障しているという印象や、法律による規律の及ばない職業選択と法律による規律の及ぶ職業遂行という対置、職業遂行については真正の基本権ではないという理解をもたらした<sup>(16)</sup>。

薬局判決以前の判例や文献においては、職業の「選択 (Wahl)」と「遂行 (Ausübung)」の概念の定義や区別に関心が集まり<sup>(17)</sup>、職業の開始という行為は職業の「選択」と「遂行」のいずれの問題であるのか、あるいはその両方にかかわる問題であるのかということや、職業の開始について、資格制や需要審査などにかからしめることがそもそも可能か、という点についても論じられることとなった<sup>(18)</sup>。

基本法制定直後は、これらの問題について制憲者意思を尋ねるものも少なくなかった<sup>(19)</sup>。しかしながら、当時の議会評議会において現在の基本法一二条部分に相当する議論を占めていたのは、最終的に基本法一二条二項に規定されることになる労働強制や役務提供義務についてであり<sup>(20)</sup>、職業参入についていかなる規律をすべきかについては明文上で規定されることなく終わってしまった。ヨハネス・ディートラインが「制定史的背景を基本法一二条一項の歴史的解

積に役立てようとする試みは、相当な困難にぶつかることになる」と評価するのも、故なきことではない。<sup>(21)</sup> こうした「難所」に直面していた薬局判決は、いかにして対処しようとしたのだろうか。

### 三 薬局判決における「職業の自由」論

薬局判決は「薬局法三条一項が基本法一二条一項に適合するかという問いは、この憲法規定の意義をめぐりいくつかの原理的な考察を前提とする」(BVerfGE 7, 377 [397])と前置きしたうえで、基本法一二条一項の解釈に関するいくつかの重要な説示を行っている。本稿では、規律留保との関わりが密接である説示を中心にみていくこととしたい。<sup>(22)</sup>

#### (一) 公序から権利へ——基本権としての基本法一二条一項の意義

まず、連邦憲法裁判所は基本法一二条一項の意義について説示している。

基本法一二条一項は、現代的分業社会にとつて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、基本法一二条一項は、個人がふさわしいと考えるあらゆる活動を「職業」とする権利、つまりそうした活動を個人の生き方の基礎とする権利を、各人に保障している。問題となっているのは基本権であり——例えばヴァイマル憲法一五一条三項のような——社会経済秩序の客観的原則としての「営業の自由」の宣言が問題となっているのではない。各人には、営業を独立して営む自由を上げるものが保障されている。たしかにこの基本権は——経済的に意味のある——労働 (Arbeit) の保護を目標とする。しかし、この基本権は、労働を「職業」として、すなわち、労働を人間の人格全体との関連において理解している。この人格全体との関連は、各人が、自らにとって人生の課題や生活の基盤であると同時に社会全体の成果に対して寄与する手段となる活動に従事し

てはじめて完全に形成され完成する。「基本法一二条一項の」基本権は、社会のすべての階層にとつて非常に重要なものであり、「職業」としての労働は、すべての者にとつて等しい価値と等しい尊厳を持つのである。(BVerfGE 7, 377 [397])

ここで連邦憲法裁判所が、基本法一二条一項においては、ヴァイマル憲法一五一条三項の保障していた営業の自由のような客観的原則ではなく、基本権が保障されていることや、基本権が人間の人格全体と密接な関連を有すると述べたことが意義深い。<sup>(23)</sup>

## (二) 客観的原則としての営業の自由

ヴァイマル憲法下における客観的原則としての営業の自由については、連邦憲法裁判所は次のことを言い添えている。

基本法一二条一項では、営業の自由の原則だけが憲法上で定められているのだとすれば、営業の自由の原則は単に一般的な法律留保の枠内において実現されるにすぎず、換言すれば、営業の自由は——ヴァイマル憲法におけるそのように——「法律の定めるところに従つて」(nach Maßgabe des Gesetzes)「保障されると考えるのも当然であつただろう。たしかに立法者はそのような場合でも原則に拘束されているだろうが、一般的な経済政策の枠内において、立法者にとつて事柄の性質に則しており、望ましいと思われるような例外を定めることができるだろう。(……) (BVerfGE 7, 377 [397])」

ヴァイマル憲法は、一一一条<sup>(24)</sup>において「移転の自由」および「あらゆる種類の生業を営む権利」を保障し、これらを制限するにはライヒ法律を必要とすると定めていた。一一一条にいう「あらゆる種類の生業を営む権利」は職業

選択の自由を保障したものと理解されていたが、それに加えて、ヴァイマル憲法の第二編第五章「経済生活」では、一五一条三項で「商業及び営業の自由は、ライヒ法律の定めるところに従い保障される」と述べて、営業の自由も明示的に保障していた。

### (三) ヴアイマル憲法における「法律留保」

リヒャルト・トーマによれば、ヴァイマル憲法における基本権には保障の程度に次のような違いがあった<sup>(26)</sup>。もっとも保障の程度が高いのが、「憲法上の力を有する (verfassungskräftig) 基本権」である。これは憲法以下の単純法律による制限を認めず、その制限には憲法改正を必要とする点で、憲法により留保なく保障された基本権である。もっとも、ヴァイマル憲法下においては、先にみた移転の自由や営業の自由のように、大部分の基本権が「法律の定めるところに従い」または「法律の範囲内において」制限ないし保障されるとの留保が付されていた。このように単純法律による制限を認め、相対的に保障されている基本権は「法律上の力を有する (gesetzkräftig) 基本権」である<sup>(27)</sup>とされ、法律の定めに従った「条件付きの基本権 (Mangabegründrecht)」とも呼ばれる<sup>(28)</sup>。

「ライヒ法律の定めるところに従い保障される」ヴァイマル憲法一五一条三項の営業の自由もまた、「ライヒ法律上の力を有する」基本権である<sup>(29)</sup>。ヴァイマル憲法一五一条三項の保障は、ヴァイマル憲法一一一条の保障と重複しつつも、商業や営業につき、「許可」のみならず、取引や営業の「遂行」についても、その制約をライヒの法律のみに留保していた点に、独自の意義を有している<sup>(30)</sup>。もっとも、取引および営業の自由は、ヴァイマル憲法が制定される以前より、民法や営業法といったライヒ法律によって私法上も公法上も規律されつくしてきた分野であるため、一五一条三項の保障は「なんら目新しいものではない」と評されていた<sup>(31)</sup>。

#### (四) 基本権の「空転」

このようにヴァイマル憲法における基本権の多くは、法律留保を伴っていた。法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes) のもともとの趣旨は、「一定の事項について、行政の『自由』が否定され、その活動が法律にもとづくべきものとされること」であった。<sup>(32)</sup>立法者ではなく、行政権に対して「法律による行政の原理」を確立することにその主眼があったのである。<sup>(33)</sup>他方で、ヴァイマル憲法で基本権として保障されていても、「法律の定めるところに従い」といった言い回しで法律留保 (Gesetzesvorbehalt) を付されているものは、前述した「法律上の力を有する」基本権へと弱められることになり、ここではもはや法律による行政の原理が確認されるにすぎない。そのため、すでに法律による行政の原理が確立しているところにおいては、基本権の「空転 (Leertauten)」が語られることになる。<sup>(35)</sup>

ヴァイマル憲法上の基本権が不当に広く解されていると批判したカール・シュミットが、基本権を配分原理に基づいた自由権に限定して解するとともに、基本権と制度的保障 (institutionelle Garantie) を区別することによって立法者に対する基本権の拘束を確保し、基本権の空転を否定しようとしたことはよく知られている。<sup>(36)</sup>また、ヴァイマル憲法下の法律の留保について解釈論を展開したエルンスト・ルドルフ・フーバーは、次のように述べていた。<sup>(37)</sup>

自由権の場合の「法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes)」とは、法的な介入は、例外として濫用を防止するためにのみ認められるということを意味し、これに対して法制度 (Rechtsinstitut) の場合の「法律の留保」とは、法律によってはじめて権利の内容と範囲が決定されるということを意味する。しかし、「法律の定めるところに従った」保障において、内容的規範化の留保 (Vorbehalt der inhaltlichen Normierung) は、あらゆる任意の内容によって基本権を充填することができ、したがって完全に立法者の意のままになるということの意味しない。法律による規範化は、常に制度の内在的な趣旨が放棄されない限りでしか行っ

てはならない。

さらに、法制度の場合には、「社会的留保 (sozialer Vorbehalt)」が問題となるとフーバーはいう。社会的留保とは、「保護された権利 (Berechtigung)」を、個人の恣意の領域から国家に対する責任の領分へと高めることにより、保障される法制度を共同体に組み込む」機能を果たすものである。社会的留保は経済生活の法制度には全般的に見いだされるもので、それを通じて経済の全体が公共の福祉や公益のもとに置かれる<sup>(38)</sup>。前述した「内容的規範化の留保」は立法者の権限を確認するという点で形式的意義を持つが、「社会的留保」は内容的規範化の目標を指し示す、実質的意義を有するものである<sup>(39)</sup>。フーバーの見解によれば、先にみたヴァイマル憲法一五一条三項の営業の自由も、基本権ではなく、「内容的規範化の留保」と「社会的留保」を備えた「法制度」の保障であり、基本権から法制度への「意味変化」を果たしたもののひとつであると捉えられることになる<sup>(40)</sup>。

これらの試みは、重要な示唆を与えているように思われる。つまり、基本権が「法律上の力を有する」基本権へと弱められること（基本権の空転）を食い止めるためには、立法者に対する基本権の拘束（形式的側面）と、それを指導する実質的側面を何らかの理路によって構築する必要があったということが、シュミットやフーバーが制度的保障の理論を構築しようとしたところから、看取されうる<sup>(41)</sup>。

ヘレンキームゼー会議や議会評議会において、憲法制定者は——その後には連邦憲法裁判所や学説が発展させたほど包括的ではなかったにせよ<sup>(42)</sup>——上述したようなヴァイマル憲法下の問題点も意識していた。基本法下においては、一条三項で「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、行政及び裁判を拘束する」（一九五六年改正前）と規定し、立法者に対する基本権の拘束を明示した。そして、一九条一項において基本権を制限する際の要件を、一九条二項<sup>(43)</sup>において基本権制限の限界を定めるに至ったのである。そして、この一九条二項の解釈こそが、一二条一項二

文の規律留保をめぐって議論を呼ぶこととなる。この点については後述する(↓四―三)。

(五) 「真正の基本権」としての基本法一二条一項

先述のとおり、基本法一二条一項の保障をヴァイマル憲法下の営業の自由のように客観的原則としてのみ解せば、基本権の空転を招くことになる。これに対処するため、連邦憲法裁判所は今一度基本権として基本法一二条一項について述べた上で、立法者による規律の限界を画するための基本姿勢を明らかにしていく。

基本法一二条一項は個々の市民の真正の基本権であり、さらに……基本権の理念に照らして、人間の人格の発展と密接な関連を有し、まさにそれゆえ実際上もあらゆる個人々の生活形成の全体にとって極めて重要な基本権であるという認識を前提とすれば、立法者の裁量の範囲ははるかに局限されたものとなる。この基本権による実効的な保護によって、基本法一二条一項における法的諸介入に対し、原則として局限された限界を画すことが要求される。

もっとも、立法者の裁量は基本権保護という理由に基づいてしか制限してはならないということが確認されねばならない。基本法が経済政策的に中立であるのは、立法者が自身にとって事柄の性質に即していると思われるあらゆる経済政策を、基本法ととりわけ基本権を顧慮する限りで追求してよいという意味においてである(BVerfGE 4, 7 [17 f.])。すなわち、基本法一二条一項二文に基づいて制定される法律に対して、例えば国家の他の経済政策と矛盾するからといって、または一般的な経済政策を基礎に置く特定の国民経済的学説と一致しないからといって、憲法上の異議を申し立てることはできない。(……)

立法者の限界が生じうるのは、限界が――正しく解釈された――基本権に基づいて画されねばならないという場合に限られる。実際上の困難は、立法者に保たなければならない経済政策的、社会政策的および職業政策的に原則として自由な裁量と、個々の市民がまさに立法者に対しても憲法上要求することのできる自由の保護とを、調和させる点にある。(以上につき、BVerfGE 7, 377 [400])

以上の説示からは、連邦憲法裁判所が基本法一二条一項は「真正の基本権」——まさしく「憲法上の力を有する」基本権——を保障していることをはっきりと宣言し、「規律留保」の解釈に対しては、「基本権」により、そしてその意義に応じて立法者の裁量が局限されるという方針を明らかにしたと理解できよう。

さらに、一九五四年の投資助成判決で展開された基本法の経済政策的中立性についての説示を引用し、基本法は特定の経済秩序を固定しておらず、立法者は基本権を顧慮する限りで経済政策を追求することができる。ここで注目されるのは、規律を行う立法者の限界を、経済政策的考慮によって画してはならないと明言したことにある。舟田正之が適切に指摘するように、立法者による競争制限的規律については、経済政策の観点からアプローチすることもできたはずである。<sup>(45)</sup>しかし連邦憲法裁判所はこれを明確に否定し、基本権を規準とするアプローチを採用した。そこで、薬局判決の続く説示を追い、規律留保の解釈に対する連邦憲法裁判所の具体的な回答を確認することとしたい。

#### 四 「統一的な基本権」としての職業の自由

##### (一) 職業の「選択」と「遂行」を含んだ統一的な複合物としての「職業的活動」

まず問題となるのは、文面上は、基本法一二条一項において職業の「選択」が留保なく保障され(一文)、職業の「遂行」については規律留保が付されている(二文)ことを、いかに理解するかということである。連邦憲法裁判所の回答は、条文の文面に拘泥せず、一二条一項二文の規律留保を職業の「遂行」のみならず「選択」へも及ぼすというものであった。

基本権で保護された領域に対する立法者の介入可能性を憲法規定それ自体から判断するならば、基本法一二条一項の文面が示唆するかもしれないのは、職業選択を法律による規律から完全に自由にする一方で、職業遂行の場合に限り諸介入を認めるべきであるということである。しかしながら、これはこの規定の趣旨ではありえない。なぜなら、職業の「選択」と「遂行」の概念を、それらのいずれもが、他方の概念と重複せずに、職業生活の時間上の特定の時期 (Phase) だけを表すように区別することはできないからである。とりわけ、職業活動の開始は、職業遂行の始まりでもあれば、まさにこの点において——そしてしばしばこの点においてのみ——現れる、職業選択という活動でもある。同様に、継続中の職業活動に表出される、職業を維持する意思と、結局のところ、職業遂行の自発的な終了も、要するに、同時に職業選択という行為なのである。二つの概念は、「職業的活動 (berufliche Betätigung)」という統一的な複合物を異なる観点から把握している (Über Freiheit des Berufs, Hamburg 1952 を範とする Klein-v. Mangoldt Anm. IV 2 [S. 370 ff.] zu Art. 12 も同様)。

それゆえ、職業選択の自由に対するあらゆる介入を立法者に対して完全に拒もうとする解釈は、適切ではありえない。この解釈では実社会の現実と合致しておらず、それゆえ法的にも納得のゆく結論を導くことはできないだろう。むしろ、第一次的には職業遂行の規律のように見える法的規定が職業選択の自由に対して間接的に反応するのだとしても、原則として許容しうる。これはとりわけ、職業開始、つまり職業遂行の始まりに対する諸要件を定める場合、換言すれば、職業遂行の始まりを許可にかからしめる場合に生じる。(……) (BVerfGE 7, 377 [400 f.]。傍点は原文の強調を表す)

連邦憲法裁判所は、職業の「選択」と「遂行」が時間的に区別された二つの概念であると解することは不可能であるとした。むしろ、両者の概念は、「職業的活動」という統一的な複合物を異なる観点から把握したものである。職業活動の開始ひとつとってみても、これは「職業遂行の始まり」であるとともに「職業選択という活動」にほかならない。連邦憲法裁判所は、基本法下の初期に『職業の自由』と題するモノグラフを執筆したギースベルト・ウーバーや、ヘルマン・フォン・マンゴルトとフリードリッヒ・クラインによるコンメンタールの知見を活用し、<sup>48)</sup> 文面上の難

所を切り抜けようとした。ウーバーによれば、職業の開始・継続・終了を含む職業的活動について、その目標設定を主観的に表すのが「選択」と「遂行」という言葉であるという。すなわち、職業の開始・継続・終了の「選択」は、はたして(Ob) 職業を開始・継続・終了するか否かの問題であり、「遂行」は、どのように(Wie) 職業を開始・継続・終了するかの問題である。フォン・マンゴルトとクラインもウーバーの見解を参考にしつつ職業の開始から終了までのすべての時期を含む職業的活動について、職業選択が「実体の実現(Substanzverwirklichung)」、職業遂行は「態様の実現(Modalitätsverwirklichung)」に関わるものであるとした。<sup>(50)</sup> このように解せば、条文に拘泥し、職業選択を「留保なく」保障することは、法解釈上も現実にも妥当ではない。先述したとおり、当初の議論では職業の開始を許可にかからしめることができるかということは一論点であった。連邦憲法裁判所は職業選択と遂行の統一的複合物である「職業的活動」に二条一項二文の規律留保が及ぶと解し、それゆえに許可による規律も認められるとしている。これは、基本法の制定者である議会評議会における議論に照らしても納得のゆくものであることも、併せて述べられている。<sup>(51)</sup>

## (二) 「規律留保」解釈の帰結としての「職業の自由」という統一的な基本権

連邦憲法裁判所は、続く部分で基本法二条一項二文における規律留保の解釈論を次のように総括している。

そのため、基本法二条一項は、少なくとも二文にいう規律留保が「基本的には」職業遂行にも職業選択にも及ぶという意味において、「職業の自由」という「統一的な基本権(einheitliches Grundrecht [der „Berufsfreiheit“])」である。しかしこのことは、立法者の権限が職業活動の「時期」のいづれに關しても、内容的に等しく及ぶということを意味しない。なぜならば、基本法二条一項の文面にはっきりと現れている、職業選択は「自由」でなければならず、職業遂行は規律することが許されるとい

「憲法の意思を常に顧慮しなければならないということに、変わりはないからである。これに合致するのは、規律権限は二つの「時期」を同じ実質的な強度で把握するのではなく、むしろ、立法者が職業選択の自由に介入すればするほどいっそう強く制約されると想定する解釈だけである。(……) 職業選択とは、各人の自己決定というひとつの行為、つまり各人の自由な意思決定というひとつの行為でなければならない。職業選択は、公権力の諸介入から可能な限り手つかずのままにしなければならない。職業遂行を通じて、各人は直接的に社会生活へ干渉する。この場合には他者や全体のために、各人に制約が課されうる。

総括すると次のことが明らかとなる。規律権限は、職業遂行と職業選択に及ぶ。しかしそれは職業遂行のために定められたものであり、せいぜいこの観点のもとで職業選択の自由に対しても介入することができるにすぎない。規律権限は、それが内容的に純粹な遂行に対する規律であればあるほどいっそう自由であり、職業選択へもかかわるものであればあるほど厳密に限定される。(BVerfGE 7, 377 [402]. 傍点は原文の強調を表す)

このようにして、連邦憲法裁判所は、「基本法一二条一項の形式的構造に部分的に依拠して」、比例原則を「段階理論」に具体化している。留保なく保障される自由な職業選択という文面を無視し、規律留保が職業の選択と遂行に及ぶという意味で「職業の自由」という統一的な基本権を確認した。しかし他方においては、条文の文面から読み取られる「憲法の意思」を顧慮して、立法者の規律権限の強さに段階を設けたのである。職業「選択」への介入は、(必然的に要請される) 職業「遂行」への介入の観点から許されるものにすぎない。ここでは、規律留保の解釈論に端を発する立法権限の強度の多段階化こそが、基本権審査における比例原則の導入の糸口であったということを確認しておきたい。<sup>(53)</sup>

### (三) 「規律」概念の意味——形成的解釈の否定

右にみた規律留保の解釈は、先行する判例・学説に対する連邦憲法裁判所によるひとつの回答であった。続く説示

をみてみよう。

こうして一般的に射程が定められた規律権限の内容の詳細に関しては、まず第一に「規律する」という概念の意味が、とりわけ職業選択の自由に関して、明らかにされねばならない。この概念は、立法者が全般的に、他の一般的な法律の留保の場合よりも広い裁量の余地を有することや、立法者が職業法の全分野を包括的に整理し、基本権の内容をはじめて確定的に (konstitutiv) 決定してよらうこと (例えば、Scheuner, Handwerksordnung und Berufsfreiheit [Sonderdruck aus „Deutsches Handwerksblatt“, 1956, etwa S. 21, 27f., 31, und Ipsen, Apothekenerichtung und Art. 12 GG, 1957, S. 41 f.) を意味し得る。そうした解釈を採れば、基本権の内容が完全に立法者の裁量に委ねられることによつて、裁量が基本権に拘束されているとしても (基本法一条三項)、基本権は無意味にされてしまふであろう。そうした事態は、まさにこうした基本権の意義に合致しないだろうし、基本法一二条一項の「自由な」職業選択をとりわけ (冗語的に) 強調していることとほとんど調和しないだろうし、そのうえ、連邦憲法裁判所が一九五七年一月一六日の裁判 (BVerfGE 6, 32 [40 f.]) で詳述したように、基本権の章がかつての意味における「空転する („leerlaufende“)」基本権を認めていないという全体的な傾向と矛盾するだろう。むしろこの点でも、一九五八年一月一五日の裁判 (BVerfGE 7, 198 [208 f.]) で展開された、立法者が基本権で保護される空間で行動する場合には社会秩序における基本権の意義を規律の起点としなければならぬとする原則がかかわってくる。立法者は基本権の内容を自由に規定するのではなく、逆に、基本権の内容から立法裁量の内容的な限界が生じうるのである。基本法一二条一項でも、基本法は重要な具体的生活領域に対する明確な実体的価値決定 (klare materielle Wertentscheidung) をとらざる。(……) (BVerfGE 7, 377 [403 f.] )

右の説示において、連邦憲法裁判所はウルリヒ・シヨイナーとハンス・ペーター・イプセンの論文を取り上げて、<sup>(34)</sup> 両者の見解を否定している。両者の特徴は、基本法一二条一項二文の「規律」について、これを基本法上の「制限

〔Einschränkung〕や「制約 (Beschränkung)」とは区別してそれらよりも広範な裁量を認め、規律の限界を基本法一九条二項の「基本権の本質的内容の侵害禁止」に求めている点にある。例えばシヨイナーは、次のように述べる。<sup>(56)</sup>

「基本法二二条一項(二)文に規定された職業遂行の『規律』は、他の通常の法律の留保よりも広汎な〔裁量の〕余地を立法者に認めていることがここで指摘されねばならない。この条文ではまさしく『制約 (Beschränkung)』や『限界 (Schranken)』といった言葉が用いられていないだけでなく、職業遂行の『規律』、つまりこの分野におけるより包括的な形成が立法者に委ねられているのである。この定式は、おそらく、財産権の『内容と限界』は立法者が定めることができる」と規定する基本法一四一条一項(二)文の授權ほど広汎に及ぶものではない。しかし、これを子細に眺めれば、特定の制約の採用が許されるにすぎない単純な法律留保よりも相当に広汎に及ぶものであり、こうした規律は、「基本法上の確固たる基本方針(基本法一九条二項)の枠内において定めることができる」。

シヨイナーは、通常の法律留保と、基本法一四一条一項二文にいう財産権の内容形成留保のあいだに、基本法二二条一項二文の規律留保を位置づけている。イプセンはここからさらに踏み込み、次のとおり、基本法一四一条一項二文の内容形成留保と基本法二二条一項二文の規律留保の類似性を指摘し、職業の自由の実質的な内容についても立法者が確定的に形成することができると解していた。

「基本法二二条一項は前国家的、および超国家的であると考えられている基本権のひとつではない。職業の遂行が問題となる場合のみならず、職業の開始が問題となる場合であっても、明らかに、国家による立法の任意に——限界のうちにはあるが——委ねられる基本権である」<sup>(56)</sup>。基本法二二条一項二文の「法律により規律することができる」という文言は、文言、意味および目的の上で、基本法一九条一項が基本権一般に予定している制約条項 (Beschränkungsklausel) ……とは、根本的に区別される」<sup>(57)</sup>。

「所有権および相続権の」内容および限界は、法律でこれを定める」とする基本法一四条一項二文（財産権）と、基本法一二条一項二文の規定は「両者とも、（それぞれの）一文で保障される自由権から、何が内容的に、そもそも得られるのか、そして、その自由権が許容される態様で行使されるために得てもよいものは何かということについて立法者が規律する（決定する）こと、この形成する立法者に対する授権である——その場合にはもちろん、内容の規律に対して設けられる限界も（基本法一九条二項という限界も含めて）、別途考慮しなければならない」。(58)「基本法一二条一項二文における立法者は、職業の自由の実質的な内容についても、自ら確定的に形成する権限と資格を備えている」(59)（傍点は原文の強調を表す）。

こうしたシヨイナーやイプセンの見解は、先にみたとおり、連邦憲法裁判所によって否定された。その理由として、規律権限を理由に立法者に対して広い裁量が認められ、立法者によつてはじめて基本法一二条一項の内容が確定的に形成されるような事態においては、基本権が無意味化してしまい、基本法の基本権が基本権の「空転」を認めないという全体的傾向と矛盾することが挙げられている。この点からも、連邦憲法裁判所がヴァイマル憲法下における基本権の「空転」を、強く意識していたことがうかがえよう。(60)立法裁量によつて基本権の内容が規定されるのではなく、基本権の意義・内容から立法裁量を内容的に限定することが改めて確認されている。

#### (四) 連邦憲法裁判所による「規律」解釈

このようにシヨイナーやイプセンによる「規律」の解釈を否定した上で、連邦憲法裁判所としての「規律」解釈論が説明される。

他方で「規律する」ということは、立法者が基本権をあらゆる点で制限してはならないということを意味しない。そもそもあらゆる規律には、限界の明確化も含まれている。しかし、基本権規定におけるその他の通常の「制約する (beschränken)」また

は「制限する (einschränken)」という表現に代えて、基本法制定者がそこでもぎれもなく意識的に用いている「規律する」という表現が示唆するのは、立法者が基本権の実質的な内容を制約によって自身の意のままにしようとしていた、すなわち合理的な意味解明から生ずる(「基本権の実質的内容についての」)「自然な妥当範囲を外側から (von außen her) 局限しようとしていた」ということが念頭に置かれていたというよりも、むしろ、内側から (von innen her) 限界をより詳細に規定すること、換言すれば、基本権自体の本質に基づいて画される限界をより詳細に規定することが念頭に置かれていたということである。  
(BVerfGE 7, 377 [404])

かくして連邦憲法裁判所により「規律」の意義が語られた。もっとも、こうした規律概念についての連邦憲法裁判所独自の叙述を踏まえても、それは非介入思考への賛同を示すまでには至っていないように思われる。これを確認するため、ここまでの基本法一二条一項の「原理的な考察」(BVerfGE 7, 377 [397-404])を踏まえて展開される、段階理論の導入部分 (BVerfGE 7, 377 [404 f.] (= C. IV. 3. d))を引用する。

基本権は個人の自由を保護することを目的とし、規律留保は共同体利益の十分な保護を確保することを目的としている。各人の自由要求 (Freiheitsanspruch) は、すでに示したとおり、自由な職業選択を求める権利が問題となればなるほど、いっそう強く作用する。「他方で」共同体の保護は、完全に自由な職業遂行から共同体に対して生じうる不利益や危険が増大すればするほど、いっそう差し迫ったものとなる。両者の——社会的法治国家においては等しく正当である——諸要求を、可能な限り効果的な方法で満たそうとするならば、その解決策は、その都度、相対立しあるいは互いにまさに矛盾するかもしれない諸利益の重要性を慎重に衡量することによってのみ見出すことができる。その際に、基本法の全体的な解釈に基づけば人間の自由な人格が最上の価値であり、したがって職業選択の場合も、人間の自由な人格には最大限の自由が確保されなければならないことを固守するならば、この自由は、公共の福祉にとって不可欠な範囲でのみ制限が許されるということが明らかになる。

それに従い、立法者による諸介入に対しては、憲法上、区別する要請が存する。(……) (BVerfGE 7, 377 [404 f.] )

このように基本権と規律留保の意義について述べ、それらの要求を最大限実現するため、人間の自由な人格を基礎として諸利益を慎重に衡量することで、適切な制限範囲を導くという基本姿勢を明らかにする。これが段階理論として具体化されていくことになるのだが、ここにおいて先ほど語られた「規律」の意義は、鳴りを潜めている。ゲルトルーデ・リュッペ＝ヴォルフは、上述した薬局判決における「規律」の意義は、介入ドグマティック的処理を拒否したのではないと評価する<sup>(61)</sup>。というのも、先の引用の末尾でみたとおり、「それに従い、立法者による諸介入に対しては、憲法上、区別する要請が存する」として、段階理論が展開されるためである。リュッペ＝ヴォルフのように下線部分にアクセントを置いて読むものからすれば、連邦憲法裁判所は、基本法一二条一項のドグマティックを、(財産権のような)内容形成ではなく介入ドグマティックの典型事例として位置づけたと理解されることになる<sup>(62)</sup>。その後の連邦憲法裁判所の判例においても、基本法一二条一項二文の規律留保は法律留保と同視され<sup>(63)</sup>、こんにちのドグマティックにおいても、基本法一二条一項二文は通常の法律留保と同様の取り扱いを受けているとされている<sup>(64)</sup>。こうした規律留保の理解が背景としているのは「職業の自由に対する干渉は……議会の決定に基づいてのみ認めらるべきである、という憲法政策的考慮」であり、「こうした前提のもとでのみ、人間の人格保護の発露としての職業の自由と、公共の利益のあいだの公正な調整が保障される」と指摘される<sup>(65)</sup>。結論的には、アナ＝ベッティナ・カイザーがシュミットを引きつつ述べているとおり、連邦憲法裁判所が職業の自由を「真正の基本権」と解したことからすれば、「規律」の概念も——その独自の性格づけにもかかわらず——法律による介入は例外となる絶対的な基本権についての制限規定(通常の法律留保)として解さざるを得なかったのであろう<sup>(66)</sup>。

## 五 制限の制限と職業の自由をめぐる二つの「転轍」

本稿では、薬局判決において連邦憲法裁判所が「比例原則の厳格な適用」である段階理論を発明し、基本権審査において比例原則を導入することで「基本権裁判所」として出発した、というときに、それが前提としていた「基本法一二条一項の原理的な考察」を、規律留保の解釈論を中心として検討を加えた。そこから得られた帰結を、二つの「転轍」としてまとめたい。

### (一) 「制限の制限」についての転轍——本質的内容の保障から比例原則へ

第一の転轍は、ヴァイマル憲法下において語られた「基本権の空転」を回避するため、「規律留保の限界を『基本権の本質的内容の侵害禁止』(基本法一九条二項)によって限界づける解釈」を否定しようとする連邦憲法裁判所の姿勢である。

ヴァイマル憲法下において、一一一条二文に定める「あらゆる生業を営む」権利(職業選択の自由)はライヒ法律の留保のもとにあつたため、基本権の本質的内容を顧みることなく制約され得た。その反省から、基本法下では基本権の本質的内容の侵害禁止が基本法一九条二項において明記され、薬局判決以前の判例・学説(シヨイナーやイプセン)も、基本法一九条二項を立法者による制限の限界、すなわち「制限の制限(Schranken-Schranken)」として構想した。

これら先行する判例・学説に対する連邦憲法裁判所の回答は、薬局判決に連邦憲法裁判所が付した八つの要旨(Leitsätze)のうち「四」において象徴的に現れている。

要旨四「立法者の規律権限の内容と範囲は、基本法一二条一項二文に基づき、社会生活における基本権の趣旨とその意義を顧慮する解釈によつてすでに、十分に事柄の性質に即して定められている。この場合、本質的内容の制限に立ち戻る必要はない（基本法一九条二項）。」

かくして、「基本権の本質的内容」へ立ち戻るのではなく、「基本権の趣旨とその意義を顧慮する解釈」に基づき「事柄の性質に即した立法者の規律権限の限界を導く」方針へと、連邦憲法裁判所は、「転轍」を行った。ライナー・ヴァールいわく、要旨（Leitsatz）四は「文字通りの意味で指導原理（Leitsatz）であつたし、他の判例に対する指針（Leitlinie）であつた」<sup>(68)</sup>。薬局判決における基本権審査への比例原則の導入とは、「基本権の趣旨と意義」に基づく「文の制限の制限」としての比例原則による審査への転轍であり、その舞台となつたのが、基本法一二条一項二文の「規律留保」であつたのである。

## (二) 「職業の自由」についての転轍——公序から基本権へ

以上は基本権一般についての転轍であるが、薬局判決の本懐は「職業の自由」についての転轍にこそ求められる。薬局判決は、ヴァイマル憲法下での基本権の空転を防ぐため、職業の自由を法律上の力しか有さない客観的原则（公序）とする理解や、イプセンに代表されるような、基本法一二条一項は人権を保障しているわけではなく、その実質的な内容は立法者によつて確定的に形成されるとする（非介入思考）をはっきりと否定した。すなわち薬局判決において職業の自由は、憲法上の力を持ち、さらには人格的関連性を有する第一級の「真正の基本権」であるとする、一大転轍が行われたのである。薬局判決冒頭に掲げられた「要旨一」は、その宣言として理解することができる。

要旨一「基本法一二条一項では、社会秩序および経済秩序の客観的原則としての営業の自由が宣言されているのではなく、許容されるあらゆる活動を、たとえそれが伝統的ないし法的に固定された『職業像』に合致するものでもないとしても職業とする基本権が各人に保障されている。」

以上の職業の自由理解を基礎に、基本法一二条一項の解釈論も展開されることになる。基本法一二条一項二文の規律留保を基本法一二条一項全体に及ぼす一方、規律の介入強度を人格との距離に照らして段階づけた。規律留保のもとで、職業の選択と遂行は「職業的活動」という統一的な複合物と理解されることになったのである（「職業の自由」という統一的な基本権）。基本権の意義を規律の起点としたために規律権限の制約根拠は基本権に限られ、経済法的アプローチが排除されたことや、職業の自由の内容形成的アプローチが否定されたことも、転轍のもたらした帰結である。

## 六 むすびにかえて

本稿の冒頭で言及した〈介入思考〉と〈非介入思考〉の対比に照らせば、前章でまとめたドイツ連邦憲法裁判所における職業の自由論は——客観的許可要件が問題となった事例ではあるが——まさに〈介入思考〉に立脚し、〈非介入思考〉に基づく職業の自由の内容形成的解釈を否定するところから出発したものであると位置づけることができる。問題は、職業の自由について行われた転轍のゆくえである。日本でも若干の文献において紹介があるように、段階理論はその後の運用に少なくない批判があり、決して盤石なものではない。その意味で薬局判決は、ドイツの職業の自

由論をめぐる極めて重要な「転轍点」であると同時に、ひとつの「起点」にすぎない。この転轍のゆくえについて跡づけることは、別稿に委ねることとしたい。

- (1) 最大判昭和五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁。
  - (2) 石川健治は次のように述べている。「日本の」薬事法判決は、明らかにドイツの憲法判例を下敷きにしたであろうと思われる論理を展開していく。ドイツの薬局判決 (BVerfGE 7, 377) というのを讀んだ人でなければ書けない論理を展開するわけです。参照、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」石川健治『山本龍彦』泉徳治編『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』（弘文堂、二〇一九年）三八九頁（三九一頁）〔石川健治発言〕。なお、薬事法判決の調査官解説も「本判决〔薬事法判決〕に影響を与えたものと思われる西独連邦憲法裁判所一九五八年六月一日判決」としている。参照、富澤達「判解〔薬事法違憲判決〕」最高裁判所判例解説民事篇昭和五〇年度（一九七九年）一九九頁（二〇八頁）。
  - (3) 薬局判決の解説として、覚道豊治「薬局開設拒否事件」山田晟編『ドイツ判例百選』（有斐閣、一九六九年）六六頁、舟田正之「職業の自由と『営業の自由』——西ドイツ連邦憲法裁判所一九五八年六月一日判決を素材として」ジュリスト五九二号（一九七五年）三〇頁、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〔第二版〕』（信山社、二〇〇三年）二七二頁をとりわけ参照。
- 薬局判決に言及する文献は枚挙に暇がないため、その一部を掲げておく（本稿の他の注に掲げたものもある）。保木本一郎「ドイツにおける営業の自由——旅客運送営業免許を手がかりにして」国学院法学六卷三号（一九六九年）一〇三頁、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、一九八一年）二七七頁（初出：芦部信喜「薬局距離制限の違憲判決と憲法訴訟」ジュリスト五九二号（一九七五年）一四頁）、宮崎良夫「判批」昭和五〇年度重要判例解説（一九七六年）六頁、舟田正之「ドイツ『経済制度』理論史（七・完）」国家学会雑誌九〇巻九・一〇号（一九七七年）五八九頁（六一五頁以下）、富澤・前掲注（2）二〇八頁、高見勝利「薬局開設の距離制限と職業選択の自由」大須賀明ほか編『憲法判例の研究』（敬文堂、一九八二年）四〇五頁、平松毅「職業の自由」佐藤幸治『初宿正典編』『人権の現代的諸相』（有斐閣、一九九〇年）二二九頁、杉原周治「職業の自由と

- 表現の自由」——ドイツにおける職業の自由と意見表明・プレスの自由の基本権競合をめぐる議論」東京大学大学院情報学環紀要 情報学研究七三号 (二〇〇八年) 一頁、小山剛「職業の自由と規制目的」LS憲法研究会編『プロセス演習 憲法〔第四版〕』(信山社、二〇一一年) 二五六頁、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(早稲田大学) 一七号(二〇一一年) 一一八頁(二〇頁以下)、赤坂正浩「ドイツ法上の職業と営業の概念」企業と法創造八巻三号(二〇一二年) 八五頁、赤坂幸一「立法事実と立法資料——司法判断の理由付け」法学セミナー七五九号(二〇一八年) 八六頁(八八頁)、石川健治「判批」長谷部恭男Ⅱ同Ⅱ宍戸常寿編「憲法判例百選Ⅰ〔第七版〕」(有斐閣、二〇一九年) 一九八頁などを参照。
- (4) Vgl. *Rainer Wahl*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Dirk Heckmann/Ralf Peter Schenke/Gemot Sydow (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger*, 2013, S. 823 (828 ff.).
- なお、薬局判決と同年(一九五八年一月一日)の連邦憲法裁判所・リュート判決(BVerfGE 7, 198)もまた、転轍点と目されている。これについてはすでに詳細な検討があるため、そちらの参照を請いたい。参照、林知更「論拠としての『近代』——三菱樹脂事件」駒村圭吾編『テキストとしての判決——『近代』と『憲法』を読み解く』(有斐閣、二〇一六年) 一〇九頁(同稿の短縮版として、林知更「論拠としての『近代』——私人間効力論を例に」同『現代憲法学の位相——国家論・デモクラシー・立憲主義』(岩波書店、二〇一六年) 三七五頁がある)、武市周作「連邦憲法裁判所初期の判例における価値秩序論について——全州議会評議会から夫婦合算課税違憲決定・リュート判決まで」中央学院大学法学論叢二三巻一号(二〇一〇年) 四三頁、武市周作「価値秩序論と基本法における憲法上の価値」ドイツ憲法判例研究会編(小山剛編集代表)『講座憲法の規範力第三巻 憲法の規範力と市民法』(信山社、二〇二〇年) 三二頁。
- (5) BVerfGE 13, 97 (104).
- (6) *Christoph Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/ders., *Das erste Grenzgericht*, 2011, S. 9 (32). 邦訳として、クリストフ・シェーンベルガー(鈴木秀美訳・監訳、杉原周治Ⅱ大西楠・テア訳)「カールスルーエについての所見」マティアス・イェシユテットほか(鈴木秀美ほか監訳)『越境する司法——ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』(風行社、二〇一四年) 三頁(二二頁)。
- (7) 高田篤「ドイツ連邦憲法裁判所の『自己言及』」法律時報八九巻五号(二〇一七年) 三二頁(三七―三八頁)。「基本権裁判所」としての地位の確立——「連邦憲法裁判所が権威を獲得していくサクセス・ストーリー」——については、櫻井智章

「デーラー」とガイガーと連邦憲法裁判所——『基本法に与えたバイエルン憲法の影響』補遺」甲南法学五九卷三・四号（二〇一九年）四七頁（八七—八八頁）も参照。

(8) 経済法の観点から薬局判決を検討したものと、舟田・前掲注(3)における二つの論文を参照。段階理論について、その基礎をなす人格的アプローチも含めて検討するものとして、石川・前掲注(3)一九九頁以下、石川健治「三〇年越しの問い——判例に整合的なドグママーティクとは」法学教室三三二号（二〇〇八年）五八頁、石川健治「営業の自由とその規制」大石真Ⅱ同編『憲法の争点』(有斐閣、二〇〇八年)一四八頁を参照。

立法者の予測に対する裁判的統制、とりわけ一九七九年のドイツ連邦憲法裁判所・共同決定判決(BVerfGE 50, 290)とのかかわりで薬局判決に言及するものとして、阿部照哉「憲法訴訟における事実認定と予測のコントロール」広岡隆ほか編『現代行政と法の支配——杉村敏正先生還暦記念』(有斐閣、一九七八年)四五八頁、高見勝利「立法院の予測に対する裁判的統制について——西ドイツにおける判例・学説を素材に」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、一九八五年)三五頁、岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制——一九七〇年代(旧西)ドイツにおける学説・判例の検討」法学政治学論究一四号（一九九二年）六七頁、淡路智典「違憲審査基準としての比例原則と統制密度——議会の事実認定・予測権限をめぐるドイツの議論を参考として」社会学論集(早稲田大学)一六号（二〇一〇年）二一〇頁、高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所の『三段階説(Drei-Stufen-Lehre)』——『比例原則』・『機能法的アプローチ』との結びつきを中心に」一橋法学一七卷三号（二〇一八年）三二二頁（三四七頁以下）を参照。

なお、共同決定判決において、立法者の事実認定や予測の一般論として提示された「三段階説(Drei-Stufen-Lehre)」と薬局判決において基本法一二条一項解釈として提示され、介入の強度と規律目的との連関に位置づけられる「三段階理論(Drei-Stufen-Theorie)」との区別に「*Christen Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 136*を参照。

(9) 〈介入思考〉と〈非介入思考〉については、新井真大「競争の自由と競争秩序をめぐる基本権ドグママーティク——グリーコール決定を中心として」法学政治学論究一二三号（二〇一九年）二二七頁（二二八頁）。〈非介入思考〉としては、独占禁止法をはじめとする競争促進的規律を営業の自由に対する介入と捉えない岡田与好の見解が代表的である。さしあたり、岡田与好「独占と営業の自由——ひとつの論争的研究」(木鐸社、一九七五年)を参照。これに対して、競争促進的規律であっても自由権としての営業の自由に対する介入と捉える〈介入思考〉が、日本の憲法学の有力な見解となっている。

- (10) バイエルン薬局法三条一項の文面は、次のとおりである。  
 「新設される薬局には、次の場合に限り営業許可が与えられる。  
 a) 薬局の開設が、国民に対する医薬品の供給を確保するために公の利益にかなっており、  
 b) 薬局の経済的基盤が安定していて、薬局の開設により、秩序だった薬局経営の諸前提がもはや保障されないほどに近隣薬局の経済的基盤が損なわれないと想定される場合。  
 許可には、均衡のとれた医薬品供給のため、特定の立地に薬局を設立するという条件 (Auflage) を課すことができる。」  
 (11) 一九六八年の基本法改正以前のもの。一九六八年の基本法改正により、「法律によつて」という部分が、「法律によつて」又は法律の根拠に基づいて」と改められた。なお、本稿におけるヴァイマル憲法およびボン基本法の条文については、原則として、高田敏「初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第七版〕』(信山社、二〇一六年) 一一三頁以下、二二二頁以下(ともに初宿正典訳)」に依拠した。
- (12) Walter Jellinek, Buchbesprechung von Giesbert Ober, Freiheit des Berufs, 1952, DÖV 1952, 383 (383). なお、その他の評者として Hans-Peter Schneider, Berufsfreiheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 113 Rn. 2 を参照。
- (13) Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 107.
- (14) Schneider (Anm. 12), § 113 Rn. 2. 基本法二二条一項は「職業・職場・養成所を選択する自由および職業遂行の自由」という四つの部分保障を含む(参照 Vgl. Rüdiger Breuer, Freiheit des Berufs, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 56)。これにより「職業養成・職業・労働が基本法二二条一項の対象となるが、これらに「職業の自由」と総括する用語法は不精確であると評価されることとなる。Vgl. Helmut Ritschig, in: Erhard Denninger u. a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2001, Art. 12 Rn. 1.
- (15) Otto Bachof, Freiheit des Berufs, in: Karl August Bertschmann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. III/1, 1958, S. 155 (159).
- (16) Vgl. Herbert Scholtzsch, Die Berufsfreiheit und der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG, in: Franz Mayer (Hrsg.), Staat und Gesellschaft: Festsache für Günther Küchenhoff, 1967, S. 203 (206).

- (17) 薬局判決以前の判例・学説の詳細については、*Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz*, Bd. 1, 2. Aufl. 1957, Art. 12, S. 364 ff. を参照。また、*Bachof* (Anm. 15), S. 191 ff. も参照。
- (18) Vgl. *Bachof* (Anm. 15), S. 192.
- (19) *Harald Sieg, Das Recht der Gewerbezulassung und Art. 12 Grundgesetz*, DVBl 1950, 197 (198) およびその掲げられた文献を参照。
- (20) *Johannes Dielen, § 111 Berufs-, Arbeitsplatz- und Ausbildungsfreiheit*, in: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV/1, 2006, S. 1757 (1785). 議会評議会における基本法十二条をめぐる議論については、*Werner Matz, Artikel 12, JöR n. F. 1 (1951)*, S. 133 ff. を参照。
- (21) *Dielen* (Anm. 20), S. 1785.
- (22) 職業概念にこのころの説示 (BVerfGE 7, 377 [397 f.]) も重要であるが、本稿では割愛せざるを得ない。詳しくは、赤坂正浩「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」立教法学九一号 (二〇一五年) 一頁 (一七頁以下)、杉原周治「職業の自由、意見表明の自由、プレススの自由 (一) ——商業広告をめぐる基本権競合の問題」広島法学三〇巻三号 (二〇〇七年) 九九頁 (一〇五頁以下) を参照。職業像をめぐる議論については、小山剛「契約自由と基本権」名城法学四五巻二号 (一九九五年) 五七頁 (七〇頁以下) を参照。
- (23) 客観的原則としての営業の自由が否定されたことへの批判として、Vgl. *Otto Bachof, Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts*, JZ 1958, 468 (468 f.); *Hans Carl Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 3. Aufl. 1965, S. 50 f.
- (24) ヴァイマル憲法十一条「すべてドイツ人は、ライヒ全土において移転の自由を享有する。各人は、ライヒ内の任意の場所に滞在し定住し、土地を取得し、及びあらゆる種類の生業を営む権利を有する。これを制限するにはライヒ法律を必要とする。」
- (25) *Gerhard Anschutz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, 14. Aufl. 1933, Art. 111 Anm. 1 (S. 539).
- (26) *Richard Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt*, in: Heinrich Triepel (Hrsg.), *Verwaltungsrechtliche Abhandlungen: Festschrift zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts*, 1925, S. 183 (191 ff.). 邦訳として、リヒャルト・トーマ (菟原明訳)「基本権と警察権」山梨学院大学法学論集五号 (一九八二年) 七四頁 (八二頁以下)。トーマによる区別を紹介するものとして、宮沢俊義「憲法Ⅱ [新版再版]」(有斐閣、一九七四年) 一一三頁以下、石川健治「二つの言

- 語、二つの公法学——『法律の留保』の位置をめぐって』法学教室三三二二号（二〇〇七年）五四頁（五五—五六頁）を参照。また、それぞれの基本権の例については、*Kathrin Groh, Zu den Grundrechten der Weimarer Reichsverfassung*, DÖV 2019, 598 (602 f.) を参照。
- (27) *Breuer* (Ann. 14), § 170 Rn. 4; *Giesbert Ueber, Freiheit des Berufs*, 1952, S. 125 f.
- (28) この「法律上の力を有する」基本権は、さらに、「ライヒ法律上の力を有する (reichsgesetzeskräftig)」基本権と、「ラント法律上の力を有する (landesgesetzkräftig)」基本権に区別される。ゲルハルト・アンシュッツによれば、ヴァイマル憲法一一一条三文は移転の自由の制約につきライヒの法律を必要としていたため、これは「ライヒ法律上の力を有する」基本権であって、「ライヒ法律によりラント法律に留保されているものを除いて」ラントの立法により制約されるものではない。Vgl. *Anschütz* (Ann. 25), Art. 111 Ann. 3 (S. 540)。
- (29) *Anschütz* (Ann. 25), Art. 151 Ann. 4 (S. 701)。
- (30) *Anschütz* (Ann. 25), Art. 151 Ann. 4 (S. 701); *Breuer* (Ann. 14), § 170 Rn. 4. 関連して、宮崎良夫「営業の自由と現代の問題」公法研究四四号（一九八二年）一九五頁（一九九—二〇〇頁）を参照。
- (31) *Anschütz* (Ann. 25), Art. 151 Ann. 4 (S. 701)。さらに言えば、ヴァイマル憲法に先立つ「一八六九年六月二二日の営業法 (Gewerbeordnung) 一条一項の「何人も、例外又は制限が本法律により規定又は許容されていない限り、営業の経営が許される。」と定めること」が「営業の自由」がすでに宣言されていた（条文の翻訳については田山輝明「北ドイツ連邦営業令試訳」比較法学六巻二号（一九七一年）三〇—三二頁（三〇二頁）も参考にし、適宜訳を改めた）。ヴァイマル憲法が制定されたあとも、ライヒ法律としての営業法が、暗黙のうちにはあるが、営業の遂行についてライヒのみならずラントの法律にも委ねられた (Vgl. *Breuer* [Ann. 14], § 170 Rn. 4)。営業法一条の定めに従い、営業の「遂行」を規律するにすぎないラント法上の諸規定は、営業法や他のライヒと法律に違反しな限りで認められていたのである (Vgl. *Anschütz* [Ann. 25], Art. 151 Ann. 4 [S. 701])。
- なお、営業の自由のドイツにおける創出過程については多くの文献があるが、さしあたり、田山輝明「『営業の自由』 *Gewerbefreiheit* の立法史的考察——「一〇月勅令」と改革立法をめぐって」高柳信一・藤田勇編『資本主義法の形成と展開—資本主義と営業の自由』（東京大学出版会、一九七二年）三三五頁、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六三号（一九七五年）一二六頁、六四号（一九七五年）一五五頁、宮崎・前掲注

- (30) 一九七頁以下などを参照。営業法の解釈論も含め、赤坂・前掲注(22) 九頁以下を参照。
- (32) 宮沢俊義「法律の留保」について」同「憲法の原理」(岩波書店、一九六七年)三五七頁(三六一頁)。
- (33) 学問の自由の観点からヴァイマル初期の議論状況を論ずるものとして、栗島智明「大学の自治の制度的保障に関する一考察——ドイツにおける学問の自由の制度的理解の誕生と変容」法学政治学論究一〇六号(二〇一五年)一〇一頁(一〇五頁以下)を参照。
- (34) 法律留保(Gesetzesvorbehalt)の内容と、法律の留保(Vorbehalt des Gesetzes)と違いについては、宮沢・前掲注(32) 三六三頁以下を参照。併せて、松本和彦「基本権の制約と法律の留保」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編『日独憲法学の創造力上巻——栗城壽夫先生古稀記念』(信山社、二〇〇三年)三六九頁(三七七頁以下)も参照。
- (35) *Thoma* (Ann. 26), S. 195 (邦訳八五、八六頁)。なお、栗島・前掲注(33) 一〇四頁以下も参照。ただし、ヴァイマル憲法一五一条三項の営業の自由も「ライヒ法律上の力を有する」基本権ではあったため、完全に空転した。「法律による行政の原理の単なる反復」——わけではなかった。Vgl. *Ernst Rudolf Huber*, § 67. Die Wirtschaftsfreiheit in der „Gemischten Wirtschaftsverfassung“, in: ders., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 6, 1981, S. 1025 (1029). その意味で、基本権の空転を語りうるのは「ラント法律上の力を有する」基本権にこそ当てはまるとされる。Vgl. *Horst Dreier*, *Die Zwischenkriegszeit*, in: *Detlef Merren/Hans-Jürgen Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 1, 2004, § 4 Rn 26 f.
- (36) *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 170 ff., 181 f. 邦訳として、カール・シュミット(阿部照哉・村上義弘共訳)「憲法論」(みすず書房、一九七四年)二〇二頁以下、二一三—二一四頁。シュミットの「制度」理解の詳細については、石川健治「自由と特権の距離——カール・シュミット「制度体保障」論・再考〔増補版〕」(日本評論社、二〇〇七年)五三頁以下を参照。
- (37) *Ernst Rudolf Huber*, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, AöR n. F. 23 (1933), S. 1 (37 f.). 邦訳として、ヘルンスト・ルドルフ・フーバー(菟原明訳)「基本権の意味変化(一)(二・完)」山梨学院大学法学論集二号(一九七九年)一〇八頁、三号(一九八〇年)一一四頁(引用箇所につき邦訳「一」一四九頁。ただし必ずしも邦訳に従っていない部分がある。同論文からの引用につき以下同じ)。フーバーの基本権論については、菟原明「変革期の基本権論——E. R. フーバー研究」(尚学社、一九九一年)を参照。同書の法制度保障についての記述につき、九七頁以下を参照。

- (38) *Huber* (Ann. 37), S. 38. 邦訳 (一) 一五〇頁。
- (39) *Huber* (Ann. 37), S. 38. 邦訳 (一) 一五〇頁。
- (40) *Huber* (Ann. 37), S. 39 f. 邦訳 (一) 一五一—一五二頁。
- (41) 文脈は異なるが、併せて工藤達朗「法律の留保」の付いた基本権「法学新報(中央大学)一一九卷七・八号(二〇一三年)二〇五頁(二二四頁)の指摘も参照されたい。なお、シュミットとフーバーの「制度」理解の異同については、石川・前掲注(36)七四頁以下、一九九頁以下をとりわけ参照。
- (42) *Brun-Otto Bryde*, Programmatik und Normativität der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I, 2004, S. 17 Rn. 29.
- (43) *Michael Sachs*, § 79 Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 225 (271). 邦訳と「プロクシウス・シテナルン(井上典之ほか編訳)『シテナルンとイッ憲法Ⅱ基本権編』(信山社、二〇〇九年)二三四頁; *Thilo Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, 2007, S. 122 ff.
- (44) 基本法一九条一項「この基本法によって基本権が法律により、又は法律の根拠に基づいて制限される限度において、その法律は、一般的に適用されるものでなければならず、単に個々の場合にのみ適用されるものであってはならない。さらにその法律は、「制限する」基本権を条項を示して挙げなければならない。」
- (45) 基本法一九条二項「いかなる場合でも、基本権はその本質的内実において侵害されてはならない。」
- (46) BVerfGE 4, 7 (17 f.). 投資助成判決については、根森健「基本法の人間像」と基本法の経済政策的中立性——投資助成判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第二版〕』(信山社、二〇〇三年)三五頁を参照。
- (47) 舟田・前掲注(39)(シュリスト論文)三三三頁。
- (48) Vgl. *Uher* (Ann. 27), S. 103 ff.; *von Mangoldt/Klein* (Ann. 16), S. 370 ff. また、*Schlotissek* (Ann. 16), S. 207 f.; *Bachhof* (Ann. 15), S. 192 ♪参照。
- (49) 以上に「*Uher* (Ann. 27), S. 103.
- (50) *von Mangoldt/Klein* (Ann. 16), S. 371.
- (51) BVerfGE 7, 377 (401 f.). *Matz* (Ann. 20), S. 134 ♪参照。
- (52) *Hans Dieter Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 14. Aufl. 2016.

Art. 12 Rn. 33.

- (53) もっとも、比例原則という概念自体は、連邦憲法裁判所においても、一九五四年の判決 (BVerfGE 3, 383 [398 f.]) において登場していた。同判決については、宍戸常寿「憲法裁判権の動態」(弘文堂、二〇〇五年) 二二三頁、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」(法学研論集(早稲田大学) 二〇号(二〇一二年) 二〇二頁(二〇三頁) などを参照。シュテルンは、薬局判決を経て、比例原則が裁判所の「標準的レパートリー」になったとする。とはいえ、こんにちのように体系化された比例原則については、薬局判決以降の判例・学説による彫琢を待たねばならなかった。Vgl. Klaus Stern, § 84 Übermaßverbot und Abwägungsgebot, in: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 761 (770). 邦訳として、クラウス・シュテルン(井上典之ほか編訳)『シュテルンドイツ憲法Ⅱ 基本権編(信山社、二〇〇九年) 三二〇頁。併せて、オリヴァ・レプシウス(横内恵訳)「比例原則の可能性と限界」自治研究八九巻一―号(二〇一三年) 五八頁(六〇頁) も参照。
- バイエルン憲法裁判所における比例原則の憲法化につき、櫻井智章「基本法に与えたバイエルン憲法の影響」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望——初宿正典先生古稀祝賀』(成文堂、二〇一八年) 一三七頁(一五七頁)。なお、薬局判決においともバイエルン憲法(裁判所)に対する言及がある (BVerfGE 7, 377 [412])。
- (54) Ulrich Scheuner, Handwerksordnung und Berufsfreiheit (Sonderdruck aus „Deutsches Handwerksblatt“), 1956, S. 21, 27 f., 31; Hans Peter Ipsen, Apothekenerichtung und Art. 12 GG, 1957, S. 41 f.
- (55) Ulrich Scheuner, Handwerksordnung und Berufsfreiheit, Deutsches Handwerksblatt 1955, 387 (387). 本稿では「シュイナーの「手工業法と職業の自由 (Handwerksordnung und Berufsfreiheit)」論文について、連邦憲法裁判所が引用した Deutsches Handwerksblatt の特別号 (Sonderdruck) ではなく、同誌に三回に分けて掲載されたもの (Deutsches Handwerksblatt 1955, S. 339-341, S. 361-364, S. 387-396) から引用したことをお断りしておく。
- (56) Ipsen (Anm. 54), S. 38.
- (57) Ipsen (Anm. 54), S. 41.
- (58) Ipsen (Anm. 54), S. 42.
- (59) Ipsen (Anm. 54), S. 42.
- (60) なお、薬局判決以前のエルフェス判決 (BVerfGE 6, 32)「リユート判決もまた、基本権の空転を強く意識し、「基本権の

妥当力の強化」を図ってきた。この点については、前掲注(4)に掲げた二つの武市論文を参照。

- (61) *Gerritade Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 60 f.
- (62) *Lübbe-Wolff* (Anm. 61), S. 61.
- (63) Vgl. BVerfGE 54, 224 (234); 54, 237 (246).
- (64) Vgl. *Thomas Mann*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 106. *Gerrit Maussen*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 6. また「『通常の』法律留保と実質的な差異は認められなく」と評する。なお、杉原・前掲注(5)三—四頁も参照。
- (65) *Mann* (Anm. 64), Art. 12 Rn. 106.
- (66) *Anna-Bettina Kaiser*, Das Apotheken-Urteil des BVerfG nach 50 Jahren, Jura 2008, 844 (845 f.).
- (67) *Walter Hamel*, Das Recht zur freien Berufswahl, DVBl 1958, 37 (37).
- (68) 薬局判決に先立つ連邦通常裁判所や連邦行政裁判所は、客観的許可要件による規律につき、その限界を基本法一九条二項に求めた。薬局判決において連邦憲法裁判所は、基本法一九条二項によって立法者に対する独自の限界が生ずるか、いかにしてそうした限界を詳細に設けることができるのか、という点については、判断をしなかった。それは、本稿で確認した「原理的な考察」から、「社会生活のなかで基本権の趣旨とその意義を顧慮する解釈によってすでに、事柄の性質に即した立法者の規律権限の限界が導かれることが明らかになるため」である (BVerfGE 7, 377 [408 f.])。連邦通常裁判所や連邦行政裁判所の解釈は、基本権の本質的内容を「相対的」に捉えかねない傾向を帯びていた点で問題があった。連邦行政裁判所は、基本権の本質的内容に対する侵害が許容されるかは、共同体に起因する法益を保護するために不可避的に必要であるかという点に左右されるとした (例えば、BVerwGE 4, 167 [171 f.])。連邦通常裁判所も、「基本権の本質的内容が法律による介入によって侵害されるのは、基本権の本質に適合的な効力と展開が、介入をもたらした実質的な原因と理由によって絶対的かつ不可避的に要求されるよりも強度に、介入によって制限される場合である」(BGHSt 4, 375 [377])として、不可避の必然性があるかが問題であるとした。しかし、連邦憲法裁判所としては、「基本権の本質的内容は、基本法一九条二項の明確な文面によれば、『いかなる場合でも』侵害されてはならないものであり、それにもかかわらずいかなる要件のもとでそうした介入が例外的に許されるのかと問うのは、無用である」し、基本権の本質的内容を相対化するおそれがあったため、到底採用できる立場ではなかった (Vgl. BVerfGE 7, 377 [411])。

- (69) Wahl (Ann. 4), S. 830.  
(70) 例えば、高見・前掲注(3) 四二七頁以下、杉原・前掲注(3) 五一六頁を参照。

新井 貴大(あらい たかひろ)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

立正大学法学部・社会福祉学部非常勤講師

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 憲法理論研究会、比較憲法学会、ドイツ憲法判例研究会、日本法政学会

専攻領域 憲法

主要著作 「国家による消費者への情報提供と職業の自由——食品・飼料法決定」

『自治研究』九五巻第七号(二〇一九年)

「競争の自由と競争秩序をめぐる基本権ドグマティック——グリコール決定を中心として」『法学政治学論究』第一二三号(二〇一九年)