

職業の自由の規制と段階理論

AKASAKA, Masahiro / 赤坂, 正浩

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

120

(号 / Number)

1

(開始ページ / Start Page)

152(1)

(終了ページ / End Page)

120(33)

(発行年 / Year)

2022-08-05

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00030128>

職業の自由の規制と段階理論

赤 坂 正 浩

I はじめに

ドイツ連邦憲法裁判所が、基本法 12 条 1 項の「職業の自由」⁽¹⁾に関する体系的理解をはじめて示したのは、第 1 法廷の 1958 年 6 月 11 日のいわゆる「薬局判決」である（BVerfGE7, 377）。

この判決は、バイエルン州薬事法 3 条 1 項が定めていた新規薬局開設の許可要件を基本法 12 条 1 項違反と認めて無効とした。⁽²⁾この判決の事実関係と判旨の全体像については、すでに優れた判例解説が存在するので、ここでは繰り返さない。⁽³⁾

(1) ドイツ連邦共和国基本法 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、規律することができる」（高田敏・初宿正典編訳『ドイツの憲法集・第 8 版』信山社、2020 年 217 頁〔初宿正典訳〕）。ドイツ基本法 12 条 1 項に関する最近の解説として、栗島智明「ドイツ—職業の自由の憲法的保障の観点から」小山剛・新井誠編『イレズミと法』（尚学社、2020 年）226～240 頁、同「第 11 章 職業の自由」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』（信山社、2021 年）167～179 頁がある。

(2) バイエルン州薬事法 3 条 1 項は、「(a) 薬局の開設が、住民に対する医薬品供給の確保のために公共の利益に適い、かつ (b) 新規に開設した薬局の経済的基盤が保障されると想定され、近隣の薬局の経済的基盤が、秩序立った薬局経営がもはや保障されないほど害されないと想定される場合に限って、薬局の新規開設に対して許可を与えることができる」と規定していた。BVerfGE7, 377 (380)

(3) 覚道豊治「薬局開設拒否事件」別冊ジュリスト『ドイツ判例百選』（有斐閣、1969 年）66～67 頁、野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判

薬局判決は、職業の自由を規制する法律の違憲審査に関して、いわゆる「(三) 段階理論」(Dreistufentheorie)を樹立することによって、その後の判例の基本方向を決定したと理解されている。しかし、同時に学説によれば、薬局判決以降の連邦憲法裁判所の諸決定は、段階理論を必ずしも墨守しているわけではなく、変形や例外を認めてきた。

そこで、連邦憲法裁判所の段階理論の内容とその変容について、多少立ち入った観察を試みるのが本稿の目的である。日本の最高裁判所の薬事法判決にはドイツの薬局判決の影響が顕著だが、段階理論は採用されていない。これに⁽⁴⁾対して、学説のなかには段階理論の影響が窺われるものもある。⁽⁵⁾こうした判例学説の状況に鑑みて、あらためて連邦憲法裁判所の段階理論を検討し、日本の

例・第2版』(信山社、2003年)272～275頁。

(4) 日本の薬事法判決がドイツの薬局判決を参考にしたと推測されることについては、富澤達「薬事法六条二項、四項(これらを準用する同法二六条二項)と憲法二二条一項」『最高裁判例解説民事篇(昭和50年度)』(法曹会、1979年)208～209頁。

(5) ただし、最高裁の薬事法判決は、「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である職業活動の内容及び態様に対する規制」という説示にみられるように、職業選択自体の規制と職業遂行のみの規制という区別は受け入れている。

たとえば、標準的教科書である芦部信喜・高橋和之補訂『憲法・第7版』(岩波書店、2019年)237頁の以下の記述は、明らかに段階理論を意識している。「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し、参入制限についても、一定の資格とか試験のような要件ではなく、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る」。なお、「営業」と「職業遂行」とを同視する上引のような芦部・憲法の用語法の問題点については、赤坂正浩「職業遂行の自由と営業の自由の概念」立教法学91号(2015年)1頁以下参照。

また、長谷部恭男『憲法講話・第2版』(有斐閣、2022年)149～150頁も、職業選択の自由の解説で「4主観的参入制限」という柱を立てて、最高裁判例を「客観的参入制限」と「主観的参入制限」という事案の相連の観点から説明している。

小山剛「職業の自由・移動の自由(2・完)」法学セミナー720号(2015年)78～81頁も段階理論を紹介しているが、日本国憲法の解釈には必ずしも採用していない。他方、小山剛「職業と資格——彫師に医師免許は必要か」毛利透・木下智史・小山剛・棟居快行『憲法訴訟の実践と理論』(判例時報社、2019年)249頁以下、特に253～256頁は、段階理論を日本の判例分析に応用することを試みている。

憲法解釈との関係を考えてみることにしたい。⁽⁶⁾

II 段階理論の内容

1 薬局判決の説示部分

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。

「基本権によって保護された領域に対する立法者の介入の可能性を、憲法自体から判断するとするならば、12 条 1 項の文言が示唆するのは、介入が許されるのは職業の遂行に関してだけであり、職業の選択は法律の規律をまったく受けないということであろう。しかしながら、これはこの規定の意味ではありえない。職業の『選択』と『遂行』は互いに分離することができず、そのいずれもが他方から切り離すことのできない職業生活のある特定の時間的局面を指しているにすぎないからである。すなわち、職業活動への参入は、職業遂行の開始であり、そこにこそ—しばしばそこにだけ—職業選択を表現する活動が存在するのである。同じく、職業遂行の継続は、その職業にとどまることの明示的意思表示であり、ある職業の遂行を最終的に自由意思でやめることは、基本的には同時に職業選択の行為でもある。〔職業の選択と職業の遂行という〕2つの概念は、『職業活動』という単一の複合体を、異なる視点から捉えたものなのである。

(6) 段階理論と比例原則の関係を考察した先駆的な業績として、淡路智典「憲法上の比例原則の構造と段階説」早稲田大学・社会学論集 17 号（2011 年）118～131 頁が特筆される。本稿の執筆にあたって大変刺激を受けた。

したがって、職業選択の自由に対する立法者の介入を一切拒否しようとする解釈は正しくない」(BVerfGE7, 377, 399f.)。

薬局判決は、このような12条1項解釈を前提として、「職業遂行の規制」「主観的要件による職業選択の規制」「客観的要件による職業選択の規制」という規制の3類型に違憲審査グレードをリンクさせる「段階理論」を提示した。判決文のその個所を、かなり長文にわたるが逐語的に翻訳しておきたい。

「基本権は個人の自由を保護すべきであり、規律の留保は共同体利益の十分な保護を確立すべきである。すでに述べたように、個人の自由への要求は、自由な職業選択が問題となればなるほど強いものとなる。共同体の保護〔の必要性〕は、完全に自由な職業遂行が共同体に及ぼす不利益や危険が大きくなればなるほど、差し迫ったものとなる。社会的法治国家においては等しく正当な、〔個人の自由の保護と共同体利益の保護という〕2つの要求に、可能な限り効果的に配慮しようとするならば、互いに対峙し、場合によってはまさに互いに対立しあう〔2つの〕利益の意義を、その都度慎重に衡量することによってしか、解決策を見出すことはできない。基本法の全体的理解によれば、自由な人間人格が最高価値であること、したがって、職業選択においても、自由な人間人格に最大の自由が保障されなければならないこと、この点を堅持するならば、職業選択の自由は、公共の利益に不可欠な場合に限り、制限を許されることは明らかである。したがって、立法者の介入に対しては、憲法上、区別の命令が存在する。その諸原則は、要約すると以下のように記述することができる。

職業遂行の自由は、公共の利益の合理的衡量がそれを合目的なものと思わせる場合には、『規律』することによって制限できる。これに対して、職業選択の自由は、特別に重要な（「優越的な」）共同体利益の保護が必然的に要請する場合にのみ、制限することができる。すなわち、職業選択の自由は、慎重な衡量によって個人の自由の要求に対する優先が認められなければなら

ないような法益の保護が問題となっており、この法益の保護が、他の方法、すなわち、職業の自由を制限しない方法ないしより少ない制限にとどまる方法では確保できない場合に限って、制限することができる。職業選択の自由に対する介入が必要不可欠である場合、立法者はつねに、この基本権を最小制限する介入の形式を選択しなければならない。

規律の権限については、一定の複数の「段階」がある。すなわち、

立法者が、職業選択の自由には影響を及ぼさず、当該職業従事者がみずからの職業活動を個別的に形成する態様だけを規定するような、純粋な〔職業〕遂行の規律にかかわる場合には、立法者の自由は最大である。この場合には、目的適合性の観点が広く妥当する。公共の不利益と危険を防止するために、当該職業の従事者に対していかなる義務を課すべきかは、目的適合性の観点から判断される。ある職業を振興し、当該職業従事者のより高次の社会貢献を目指すという発想もまた、職業遂行の自由を一定程度狭める規定を正当化することができる。この基本権保護は、たとえば過剰な負担を課し、期待可能性がないために違憲となる法律上の義務から守ることに限定される。この例外を別とすれば、職業の自由のここで問題となっているような〔職業遂行方法だけの〕侵害は、基本権主体をさして脅かすものではない。基本権主体はすでにその職業に従事しており、それを遂行する権限が侵されているわけではないからである。

これに対して、職業活動に参入すること自体を特定の要件の充足に依存させ、これによって職業選択の自由〔それ自体〕に触れる規律は、それを通じて個人の自由に優先する優越的な共同体利益が保護される場合にのみ正当化される。その際、一判例学説において以前から強調されてきた……—「主観的な」要件、とりわけ〔職業〕準備教育と〔職業〕教育がテーマなのか、それともその職業を希望する者の個人的な資質とは無関係であって、彼が影響を与えることのできない客観的な許可要件がテーマなのかという、重要な区別が存在する。

当該職業への参入に対する主観的要件の規律は、ある職業像の法的秩序の

一部である。すなわち、主観的要件の規律は、特定の—しかもたいていは形式的な—方法で資格を認められた志望者に対してだけ、その職業への参入を認める。このような制限は、次のような事実によって正当化される。すなわち、このような制限は、多くの職業が、理論的および実務的教育を通じてしか獲得できない特定の技術的知識と（広義における）技能を要求するものであること、そしてこうした知識なしにこれらの職業を遂行することは、不可能ないし不合理であり、公共に対する損害や危険をもたらすものであること、これらの点にもとづいている。立法者は、先行する生活関係から生ずるこうした要求だけを具体化し、『その形式を整える』。個人に求められているのは、彼が秩序を守ってその職業を遂行することを望むならば、事の性質上当然、原則的に身につけておかなければならないような事柄を、形式が定められた教育という形で身につけることだけである。自由のこのような制限が、生じうる不利益や危険を防止するのに適切な手段であることははっきりしている。自由のこのような制限は、その職業を希望するすべての人にとって平等であり、あらかじめ告知されているので、個人はその職業を選択する前に、要求されている要件を充足することが自分に可能かどうかを判断することができるという理由からも、不当なものとは言えない。ここでは、定められた主観的要件が、秩序を守った当該職業活動の実行という意図された目的と無関係であってはならないという意味での比例原則が妥当する。

職業への参入に客観的な要件が設定されている場合は、これとは異なる。その充足には、個人の影響力はまったく及ばない。自分に求められた要件をすべて充足し、当該職業をすでに実際に選択している人や選択することを許された人でさえ、その職業への参入から相変わらず排除される可能性があるのであるから、こうした客観的要件は、この基本権と真に向から対立する作用を営む。自由のこのような制限は、当該職業の準備教育および職業教育が長期に及び、専門的に特化したものであればあるほど、つまりある教育の選択によって、同時にある具体的な職業が一義的に選択されていればいるほど、それだけ重く、したがって厳しく感じられる。さらに、専門的にも道徳的に

も資格を認められた志望者によるある職業の遂行が、公共に対していかなる直接的な不利益をもたらすかは、さしあたり予測できないことであるから、自由な職業選択に対するこのような〔客観的要件による〕制限と、意図されている結果との影響関係は、しばしば明確には説明することができない。したがって、事の性質とは無関係な動機による介入の危険性が、特に大きなものとなる。ある職業への参入の制限は、すでにその職業活動をおこなっている者を競争から保護することに仕えるものであり、一般的には自由な職業選択の権利に対する介入を決して正当化できないと考えられている動機がある、という推測が成り立つ。専門的にも道徳的にも完全に適性がある（と推定される）志望者を当該職業から排除する、このように最も荒っぽく極端な手段を選択することによって、一平等原則との抵触が生ずる可能性は別としても一個人の自由の要求は、特に手ひどく傷つけられる可能性がある。ここから導かれるのは、自由のこのような制限の必要性の証明には、特別に厳格な要求が設定されるべきだということである。すなわち、一般的に言えば、圧倒的に重要な共同体利益に対する、証明可能かまたは高度の蓋然性のある重大な危険を防止することだけが、自由な職業選択に対するこの〔客観的要件による〕介入を正当化することができる。当該職業の従事者の数を制限することで、その職業の社会的威信に配慮するなど、他の共同体利益を促進するという目的は、それがたとえ〔客観的要件による制限とは〕別の法律的措置なら正当化するものであっても、〔客観的要件による制限を正当化するには〕十分ではない。

立法者は、12条1項2文にもとづく規律を、職業選択の自由に対する最も弱い介入の『段階』から始めなければならず、先行する段階の（憲法適合的）手段では、想定される危険と有効に闘うことができないということが、高度の蓋然性を伴って証明できる場合にのみ、次の段階に進むことを許されるのである」（BVerfGE7, 377, 404-408）。

2 規制の3段階ごとの違憲審査

この説示に示されているように、薬局判決によれば、「職業遂行の規制」とは、「職業選択の自由には影響を及ぼさず、当該職業従事者がみずからの職業活動を個別的に形成する態様だけを規定するような、純粋な遂行の規律」であり、「職業選択の規制」とは、「職業活動に参入すること自体を特定の要件の充足に依存させ、これによって職業選択の自由に触れる規律」である。

さらに、職業選択規制の「主観的要件」とは、「その職業を希望する者の個人的な資質」、「とりわけ職業準備教育と職業教育」を指す。その後の判例では、「たとえば、一定の年齢 (BVerfGE9, 338/344f.; 64, 72/82)、適性や信頼性 (BVerwGE94, 352/359ff.)、試験の成績 (BVerfGE13, 97/106f; 34, 71/77f.)、特定の犯罪歴の不存在 (vgl. BVerfGE44, 105/117f; 48, 292/296)、あるいは財政的基盤の存在 (BVerwGE22, 16/17; BFHE151, 194/198)」も「主観的要件」とされており、「その人がこうした諸特性に影響を及ぼすことができるかどうかは、決定的ではない」と言われている⁽⁷⁾。他方、「客観的要件」とは、「その職業を希望する者の個人的な資質とは無関係であって、彼が影響を与えることのできない客観的な許可要件」を指すとされる。

薬局判決の段階理論は、このように、職業の自由の規制を緩やかな規制から厳しい規制への3類型に区分し、規制の厳格度に応じて、違憲審査も厳格化されるべきだとする12条1項解釈である。すなわち、第1に、「職業遂行のみの規制」は、「公共の利益の合理的衡量がそれを合目的なものと思わせる場合には、」正当化され、第2に、「主観的要件による職業選択自体の規制」は、「個人の自由に優先する優越的な共同体利益が保護される場合にのみ正当化され」、第3に、「客観的要件による職業選択自体の規制」は、「圧倒的に重要な共同体利益に対する、証明可能かまたは高度の蓋然性のある重大な危険を防止する」⁽⁸⁾ためにのみ正当化されうるとするのである。

一四
五

(7) Hans D. Jarass, in: Jarass/Pieroth GG, 16. Aufl., 2020, Art. 12, Rn. 35.

Ⅲ 段階理論の修正

1 「職業遂行規制」が「職業選択規制」と機能的に近似しているとされた事例

しかしながら、薬局判決以降の連邦憲法裁判所の諸決定においては、段階理論は必ずしも文字どおりには適用されておらず、事案の特色に応じた修正ないし例外扱いが認められてきた。⁽⁹⁾

連邦憲法裁判所は、薬局判決からわずか2年後の1960年3月23日の第1法廷決定（BVerfGE11, 30. いわゆる「保険医決定」）において、問題となった法律上の規制が「職業遂行規制」に分類されることを認めつつ、その効果が実質的には「職業選択規制」に等しいとして審査グレードをアップすることで、段階理論を修正した。⁽¹⁰⁾

ドイツの開業医は、保険医 Kassenarzt の指定を受けないと、健康保険組合 Krankenkasse 加入者を対象とする医療行為に従事することができない。ところが、第二次大戦前のライヒ保険法を引き継いだ1955年の保険医法と、その委任を受けた連邦労働省令の保険医指定令によると、保険医は健康保険組合加入者500人に1ポストとされていた。本件は、医師としての完全な資格を有し、医師名簿にも登録されているにもかかわらず、この「定員制」のために保険医指定を受けられなかった医師たちが、これらの法令が基本法12条1項の基本権を侵害するとして憲法異議を提起した事案である。

(8) 小山「職業と資格——彫師に医師免許は必要か」毛利・木下・小山・棟居・前掲書（注5）253～254頁も参照。

(9) 淡路智典・前掲論文（注6）126頁参照。

(10) Vgl. Jarass, aaO（注7）, Rn. 37; M. Ruffert, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 2Aufl., 2013, Art12, Rn. 95. なお、小山剛「職業の自由・移動の自由（2・完）」法学セミナー720号（2015年）13頁は、同種の連邦憲法裁判所決定として、BVerfGE25, 1, 12; BVerfGE30, 292, 316; BVerfGE77, 84, 106をあげている。

連邦憲法裁判所は、保険医法の定める「定員制」が「職業選択規制」と「職業遂行規制」のいずれに該当するのかを判断するために、保険医が開業医＝自由診療医 frei praktizierender Arzt 一般とは別の独自の職業であるか否かを検討し、次のようにこれを否定した。

『保険医』は、健康保険組合の指定を受けていない自由診療医と対比するような独自の職業ではない。とりわけ、その医師としての活動は、全体として見て、健康保険組合の指定を受けていない自由診療医と同様である。当該健康保険組合の財政能力に対する配慮から課される診療行為の選択上の制約や医薬品の処方上の制約は、保険適用外の患者 Privatpatienten への対処に際して、その患者の個人的な経済力から〔自由診療医にとって〕生ずる制約と、単に形式上区別されるにすぎない。それどころか、保険医と健康保険組合未指定医の患者の範囲は、事実上は異なっていると法的には同一である。保険医はいつでも保険適用外の患者を診療することを許されており、逆に健康保険組合未指定医は、健康保険組合加入者が未指定医の報酬を支払うことができるのであれば、いつでも健康保険組合加入者を診療することを許されている。したがって、健康保険組合による指定は、その活動を独自の職業と称しうるほどに、保険医を他の自由診療医から切り離すことにはならない。保険医が同時に保険適用外の患者を診療する場合、彼は2つの職業を遂行しているわけではない。判例の支配的見解と医師会自体が認めているように、指定や指定の抹消は転職ではない。むしろ、保険医の活動は、自由診療医という職業の1つの遂行形態にすぎないのである」(BVerfGE11, 30, 41)。

その上で、決定は、(西)ドイツ全体で住民の約80%が健康保険組合に加入しているのみならず、健康保険組合未指定医は残り20%の住民を独占しているわけでもなく、保険医や病院勤務医とシェアする関係にあることを前提として、保険医指定の制限は、特別の治療法などによって名声を得ている一部の未

指定医は別として、通常的自由診療医にとっては客観的要件による職業選択の制限と近似的な機能を果たしているとした。

「本件の規律は、医療行為のために開業している完全に有資格の医師に、きわめて大きな範囲の患者に対する医療行為を妨げ、たしかに直接に法的にはないにしても、健康保険組合制度の全体的構造によって、そうでなければこの医師を利用したであろう多くの患者に対する医療行為を実際には妨げるという性質を示している。健康保険組合から排除された自由診療医は一例外はあるにせよ自分の職業を遂行する十分な機会をもたないという、憲法異議申立人の主張が正しいとするならば、この規律は、その効果において、参入の規律に近似している」。

「一般的には、医師は健康保険組合の指定をあてにしている。かつては、保険医としての活動は、自由診療医の副収入源だったのに対して、今日では逆に、自由診療は、保険医としての主たる収入の平均 25% にあたる副収入なのである。

つまり、経済的に見れば、自由診療医は、健康保険組合による指定なしには、通常は自分の職業を満足に遂行できないのであるから、健康保険組合による指定を、当該医師が何ら影響を与えられない図式的な比例数に依存させている現行の規律は、需要条項の形態をとった『客観的参入要件』に近似している（BVerfGE7, 377 [406ff.]）」（BVerfGE11, 30, 44）。

こうして連邦憲法裁判所は、当該規制を「職業遂行規制」に分類しながら、その違憲審査にあたっては、「この規律は、他の方法では保護できない特に重要な公共の利益によって要請される場合にのみ、正当化される。結果的に、利益衡量にあたっては、一定の確実性を伴って予期される重大な危険の防止のために必要とは言えないがゆえに、職業の自由の制限が過剰ではないかが問題となる（BVerfGE aaO）」⁽¹¹⁾として、「客観的要件による職業選択規制」に対する最も厳格な審査グレードを適用して、違憲判決を下したのである。

2 職業の特殊性により審査グレードが下げられた事例

2000年7月19日の第1法廷決定（いわゆる「カジノ決定」、BVerfGE102,⁽¹²⁾197）は、問題となった法的規制を「客観的要件による職業選択規制」に分類しながら、事案の職業の特殊性を根拠として、審査グレードを1段下げた審査をおこなった上で、結論としては違憲判決を下した。この決定は、段階理論の⁽¹³⁾修正ないし離脱の典型として、学説でも重要視されている。

1995年のバーデン・ヴュルテンベルク州改正カジノ法 Spielbankengesetz は、カジノ開設許可をラントが全持分を保有する企業にしか付与しないこととし、1996年改正法は、1933年カジノ法で開設許可を得ていたバーデンバーデンとコンスタンツの民間カジノ企業に関する1995年改正法の経過措置も廃止した。そのため、1996年改正法施行後、許可が得られず営業が不可能となったバーデンバーデン・カジノ会社とコンスタンツ・カジノ会社が、改正法によって基本法12条1項の基本権を侵害されたことを理由に憲法異議を提起した。

決定は、バーデン・ヴュルテンベルク州改正カジノ法の規定が、2つのカジノ会社にとって、自己の能力と無関係な「客観的要件による職業選択規制」に該当することを認めながら、カジノ経営という活動が本来「望ましくない社会活動」だという、当該職業の「変則性」を理由として、審査のグレードを1段下げた違憲審査をおこなった。違憲審査の方針を示した説示を引用しておこう。

「改正法1条も、この基本権に介入している。この規定によれば、異議申立人1と2のように民間の担い手が経営している企業には、バーデンバーデ

(11) BVerfGE11, 30 (44f.)

(12) この決定については、井上典之「カジノ開設と職業の自由」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）304～310頁が詳細に紹介検討している。

(13) Th. Mann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl., 2018, Art. 12, Rn. 140; G. Manssen, in: v Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. I, 7. Aufl., 2018, Art. 12, Rn. 148; J. Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl., 2013, Art. 12, Rn. 95; Ruffert, aaO (注10), Rn. 100; Mann/Worthmann, Berufsfreiheit (Art. 12GG), JuS2013, S. 390.

ンとコンスタンツにおいてカジノの経営許可を得るチャンスはまったくない。この点で、カジノ経営という職業への参入は、当該企業の資格や、応募者が許可に影響を与えることができるようなその他の基準には依拠していないので、この介入は、職業への参入の客観的要件の作用を営んでいる（vgl. E7, 377 [406] ; 11, 168 [183]）。

連邦憲法裁判所の判例によれば、この種の基本権制限は、一般論としては、それが圧倒的に重要な共同体利益に対する証明可能または高度の蓋然性をもつ重大な危険を防止する上で必要不可欠な場合に限り許容される（vgl. E7, 377 [408] ; 11, 168 [183]）。しかしながら、このように広範な基本権保護があてはまるのは、その態様と当該職業が実際に営まれるさまざまな可能性に関して、変則的な特殊性 *atypische Besonderheiten* が存在しない職業に限られる。カジノ経営という職業は、そのような職業ではない。むしろカジノ経営という職業は、この基本権の審査にも影響を及ぼすような特殊性を示している。カジノの経営は、それ自体としては望ましくない活動であり、国家がこれを許すのは、非合法の賭博を抑止し、なくすことのできない人間の射幸心に対して、国家の監督の下で活動する機会を与え、これによって、自然の賭博依存を可罰的な方法で利用されることから保護するためである（vgl. E28, 119 [148]）。その際、許可されたカジノの数は、伝統的にも、憲法上の疑念を招かないためにも、きわめて制限されている。バーデン・ヴェルテンベルクにおいても、1995年のカジノ法施行以前には、カジノは2つ存在したにすぎず、この法律の施行後も、これまで3つの企業が存在するにすぎない。

国家は、圧倒的に重要な共同体利益を保護し、これに対する差し迫った重大な危険を防止するために不可欠という要件を満たす場合にのみ、カジノ企業の自由な職業選択の権利に介入することを許されるとするならば、カジノ『市場』のこの特殊性を適切に考慮していないことになるだろう。このような市場の狭さとこの職業活動の対象の特質は、この場合、国家の立法者に、より広い規律と内容形成の余地を要求する。とはいえ、実効的な基本権保護

の利益からみて、この職業への参入の制限を、個別の事案において意図された制限によって重要な共同体利益が追求されるという点のみに依存させることは、やはり十分に必要である。そしてまた、この種の制限も、比例原則の⁽¹⁴⁾厳格な尊重を求められる」(BVerfGE102, 197, 214f.)。

3 段階理論の3類型を区別しなかった事例

(1) 「主観的要件」と「客観的要件」の区別に触れなかった事例

このように、段階理論の3類型を区別しながら、審査グレードをこれに対応させなかった事例と並んで、そもそも3類型を区別しなかった決定も存在する。学説によれば、1972年5月9日の第1法廷決定(BVerfGE33, 124)は、その最初の事例であるが、この傾向は、1990年代以降の諸決定にも散見される。⁽¹⁵⁾そのなかの1つのタイプは、「主観的要件による職業選択の規制」と「客観的要件による職業選択の規制」とを区別しなかった事例である。1995年2月21日の第1法廷決定(BVerfGE92, 140)はこれにあたる。

1990年に当時の東西ドイツ間で締結され、(西)ドイツ連邦議会・連邦参議院によって法律化された統一条約の第1議定書・第19章・A分野・第3節・第1番は、その第1項において、旧東ドイツの公勤務における雇用関係が統一後も原則として継続されることを規定した上で、第4項において、公行政の雇用関係に関する通常の解約告知が、以下の場合に許されるとしていた。すなわち、「第1号 当該労働者が、その専門的な能力または個人的な適性のゆえに、〔勤務上の〕要求に応えられない」場合等である。

憲法異議申立人は、1961年から1989年まで東ドイツ人民警察所属の警察官として勤務し、1983年以降はベルリン警察本部の施設警備部門に配属されて

(14) 比例原則違反を認定した説示の内容については、井上・前掲論文(注12)306頁参照。

(15) J. A. Kämmerer, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd., 6. Aufl., 2012, Art. 12, Rn. 67. ちなみに2021年に出版された最新版(v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd., 7. Aufl., 2021)では、12条の著者は第6版と同じくケメラーであるが、解説の編成も内容も大きく変わり、引用した第6版の第12条欄外番号67にあたる記述はなくなっている。

いた。同時に彼は、1965年から1990年まで、ドイツ社会主義統一党の、時期によって無給または有給の職員としても活動し、1983年から89年までは人民警察本部党支部の第2書記として、人事業務等に従事していた。

彼は、統一後はベルリン州警察に勤務し、1992年の段階で勤務成績良好であり、自由で民主的な基本秩序への忠誠心にも疑問はなかったが、ベルリン州警察が受け入れた元東ドイツ人民警察官約1万人を対象として1992年に実施された人事選考委員会の調査に際して、東ドイツ時代の党活動歴を申告したことによって、上掲4項1号に該当するとして雇用契約の解約告知を受けた。ベルリン・ラント労働裁判所がこの解約告知を有効と判断したため、異議申立人が憲法異議を提起した事案である。

連邦憲法裁判所は、「公務就任権」を定めた基本法33条2項⁽¹⁶⁾と結びつけた12条1項を基準として、統一条約第1議定書の上掲4項1号自体の法令違憲審査と、この規定を解釈適用したラント労働裁判所の判決の処分違憲審査をおこない、法令合憲、処分違憲の判断を示した。以下に引用するように、法令審査の方針を示した説示は、段階理論が定立した規制の3類型を区別することに消極的なニュアンスを示しており、「職業遂行規制」と「職業選択規制」の区別には触れているが、「主観的要件による職業選択規制」と「客観的要件による職業選択規制」の区別にはまったく言及することなく、審査基準を設定し適用している。

「基本法12条1項は、とりわけ職場の自由な選択を保護している。これには、具体的な仕事の決定と並んで、いまの職場を維持するという個人の意思も含まれる。」

「職場の選択もまた、法律によって制限することができる。基本法12条1項の個々の保障の間に明確な線引きをおこなうことは不可能である。基本法

(16) 基本法33条2項は、「すべてのドイツ人は、その適性・資格及び専門的能力に応じて、等しくいずれの公職にも就くことができる」と規定する。高田・初宿編訳・前掲書（注1）231頁。

12条1項は、職業の自由という単一の基本権を定めている。もちろん、職業および職場の選択の制限に関しては、職業遂行の制限よりもより高い要求が設定される点に、保障内容が異なることの意義がある（vgl. BVerfGE7, 377 [400ff.]). 前者の場合には、公共の利益の不可欠の根拠が必要である。本件では、こうした根拠が存在する」（BVerfGE92, 140, 150f.）。

決定によれば、統一条約を締結した東西ドイツ両国は、政治的基準で公務員の選考が広範におこなわれ、西ドイツとは公勤務の構造がまったく異なっていたことから、旧東ドイツの公務員のかかなりの部分が連邦共和国の公勤務を執行する能力に欠けていることを出発点としていた。旧東ドイツの公務員の雇用関係を継続することを前提として設けられた上掲4項1号の解約告知制度は、このような旧東ドイツの公務員に対して、使用者が基本法33条2項の意味での適性を事後的に要求することを可能にし、かつ政治的理由で旧東ドイツでは公務員となることができなかった新規応募者に機会を与える意味ももつ。決定によれば、「公勤務の専門的能力と民主的信頼性は、圧倒的に重要な共同体利益である」から、4項1号の目的は正当である。さらに決定は、4項1号はこの目的に対して適合的かつ必要であり、当事者の負担は期待可能であるとして、基本法33条2項と結びついた12条1項に反しないとした（BVerfGE92, 140, 151f.）。

なお、本件解約告知を有効と判断したラント労働裁判所判決について本件決定は、憲法異議申立人の社会主義統一党員としての活動歴だけを根拠として、4項1号の要件を充足するとした点で、この規定の解釈適用にあたって基本法33条2項と結びついた12条1項の意義と射程を根本的に誤解しているとして、破棄差戻しにした（BVerfGE92, 140, 152-157）。

(2) 「職業遂行規制」と「職業選択規制」の区別が不可能とされた事例

2001年3月20日の第1法廷決定（BVerfGE103, 172）は、問題の法令による規制を「職業選択規制」と「職業遂行規制」のいずれにも明確には分類でき

ないことを認めた上で、厳格な違憲審査をおこなった事例である。

ドイツの法定健康保険制度では、被保険者の掛金を財源として医療制度が運用され、医療機関の受診に際して健康保険組合加入者には費用負担が生じない。1990年代末には、ドイツの全住民の90%にあたる約7200万人が法定健康保険組合の構成員で、そのうち1500万人が年金生活者、2200万人が加入者の家族であった。これに対して、富裕層からなる民間健康保険加入者は約600万人であった。また、上述した1960年3月23日の保険医決定（BVerfGE11, 30）によって、健康保険組合の指定を受ける保険医の「定員制」が違憲とされたため、この決定以降1996年までの間に開業医は約3倍に増加した。健康保険組合加入者には、医療費節減のインセンティブが働かず、増加した開業医も投資の手っ取り早い回収のために経済性を無視した治療や投薬をおこなう傾向がみられたこともあって、1980年代末には医療費の膨張と健康保険財源の圧迫が重大な政治問題となっていた。

そこで、立法者は、1988年12月20日の医療制度改革法によって健康保険組合の構造改革を図り、その一環として、〔健康保険組合〕契約医 *Vertragsarzt*（＝保険医 *Kassenarzt*）の数を削減するため、災害緊急時等の例外を除き、55歳に達した医師は契約医の指定を受けられないとする年齢制限を導入した（社会法典第5編98条2項12号）。なお、1992年12月21日の医療制度改革法によって、契約医の68歳定年制も導入された。

憲法異議申立人は、1969年以来血液分離を専門とする大学病院勤務医であり、上級医師、さらに員外教授として勤務していたが、60歳を迎える直前にあたる1993年に、大学病院側とのトラブルをきっかけとして、病院勤務医を辞めて開業するために契約医指定の申請をおこなった。しかし、上記の年齢制限のために申請は認められず、ラント社会裁判所・連邦社会裁判所でも敗訴したため、年齢制限制度が基本法12条1項および3条1項に反するとして憲法異議を提起した（BVerfGE103, 172, 173-178）。

連邦憲法裁判所は、本件の年齢制限規定が「職業遂行規制」と「職業選択規制」のいずれにあたるのかを明確に区別することはできないとしつつ、年齢制

限は厳格な違憲審査にも耐えられるという理由で合憲判決を下した。決定文の該当箇所を引用しておこう。

「基本法12条1項は、職業の自由という単一の基本権を定めている。もちろん、職業選択の制限に関しては、職業遂行の制限よりもより高い要求が設定される点に、保障内容が異なることの意義がある。個人の自由の要求は、職業選択の次元に対する介入によって、特にセンシティブな侵害を受ける。したがって、このような自由制限の必要性の証明には、特に厳格な要求が設定されなければならない。一般論としては、圧倒的に重要な共同体利益に対する証明可能かまたは高度の蓋然性を有する重大な危険を防止するためでなければならない(BVerfGE97, 12 [32])。その際、職業の現実においては、職業の選択と職業の遂行との間に流動的な移行が存在する。ある職業活動に対して、あるやり方で、あるいは別のやり方で貢献するという個人の決断は、職業の選択に至る要素を含むことがあるからである(vgl. BVerfGE33, 125 [161])」(BVerfGE103, 172, 183)。

「異議を申し立てられている年齢制限が、その経済的な効果のゆえに職業への参入の規律に近似し、自由な職業選択の権利に抵触するものであるか否か(これについては、vgl. BVerfGE11, 30 [42f.])。この点には触れないでおこう。

典型的な場合では、異議を申し立てられている年齢制限が、免許を取得した医師にとって、医師一般としてではなく、契約医として開業する決断をしなければならない時期を条件づけるものにすぎないと理解するならば、これは職業選択の規律からはほど遠いように思われる。この決断は、一般的には〔医師としての〕職業生活の3分の2が経過する時点までには下されていない。もちろん、55歳という制限を超えると、異議を申し立てられている規範は、職業選択の規律に近似したものとなる。たいていの医師にとっては、契約医の指定は、いまでも決定的な経済的意義を有する。

しかしながら、法定健康保険の分野における医師の業務を形成するに際し

て、正当な公共の利益の根拠がもつ圧倒的な意義が〔この場合〕立法者を支えているので、本件の〔立法〕措置が〔「職業遂行規制」と「職業選択規制」のいずれに〕法的に分類されるかについては、最終的な決定をおこなう必要がない。財政的な安定性を確保することによって法定健康保険の作用能力を確保することは、十分な重要性をもつ公共の利益である。参入制限に必要な要求は、その他の点でも満たされている」（BVerfGE103, 172, 184）。

IV 段階理論と比例原則

1 段階理論の比例原則審査への組み込み

このように連邦憲法裁判所は、薬局判決で打ち出した段階理論を事案に適用するにあたっては、具体的な事案の特質を吟味して柔軟に対処し、規制の3類型と違憲審査の3グレードとの対応関係を修正してきた。学説からは、「これによって、1つの段階への分類はそのドグマーティク上の機能を喪失し、同時に〔段階理論の〕作用条件を確定しなければならなくなった。連邦憲法裁判所は、職業の自由のドグマーティクを設計するという『段階理論』によって追求してきた要求を、実際には放棄したのだ」という厳しい評価も受けている⁽¹⁷⁾。しかし、第Ⅲ章で紹介したような段階理論の修正事案でも、規制は3類型のいずれに該当するのか、3類型ごとの違憲審査グレードを適用すべきなのか、これらの検討が考察の出発点となっているという意味では、段階理論の発想は維持され続けてきたと言えるだろう。「判例の長い経過のなかで段階理論が改善され変型されざるを得ず、またそれが可能であったということは、段階理論にとって是否定的なことではなく、肯定的なこと、つまり、段階理論が〔事案を〕構造化する潜在的な力には、行動能力があるということである」⁽¹⁸⁾。

(17) J. Ipsen, Der Staat der Mitte, 2009, S. 249.

(18) R. Breuer, § 171 Staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, in: HbSRIII, 3. Aufl., 2010, Rn. 16.

こうした段階理論内部の修正事例と並んで、一般的な比例原則審査との関係もまた、段階理論のドグマティック上の疑問点である。連邦憲法裁判所が憲法原則としての比例原則とその3つの部分原則を明確に打ち出したのは、段階理論の樹立よりも時間的にはあとのことであるから、段階理論と比例原則との理論的な関係が問題となるのは、ある意味で当然である。連邦憲法裁判所自身は、段階理論を職業の自由の領域における比例原則の具体化と位置づけているが、⁽¹⁹⁾「連邦憲法裁判所の判例においては、段階理論は、基本法12条1項の基本権への介入に対する比例原則の適用の背後にますます退いている」という指摘もある。⁽²⁰⁾

この点について、マティアス・ルッフェルトは2013年に公刊されたコンメンタールのなかで、「単に概念上、段階理論と結びつけられているにすぎず、⁽²¹⁾実際には包括的な比例原則審査をおこなっている」と解される決定を5つあげ、トーマス・マンも2018年に公刊されたコンメンタールにおいて、「段階理論と比例原則審査との概念的な結合」の例として、ルッフェルトとまったく同一の5つの決定に加えて、さらに法廷決定を4つ、部会決定を1つあげている。⁽²²⁾以

(19) Mann, aaO (注13), Rn. 137f. は次のように述べている。「……連邦憲法裁判所は、段階理論をすでに早い時期にさらに個別化し、拡充し、次第に包括的な比例原則審査へと移行させてきた。その理由はおそらく、1958年の連邦憲法裁判所は、法治国家の必然的な前提的指令である過剰規制禁止〔比例原則〕の意義を、まだ現実化するに至っていなかったことにあるのだろう。……過剰規制の禁止は、〔薬局判決〕以後の諸決定においてはじめて憲法原理として打ち出され(28, 243, 260f.)、段階理論はこの原則からの流出物だと宣言されたのである(19, 330, 337; 46, 120, 138)」。また、クラウス・シュテルン／井上典之・鈴木秀美・宮地基・棟居快行編訳『ドイツ憲法Ⅱ』(信山社, 2009年) 313頁(小山剛訳)によれば、比例原則が3つの部分原則から構成されることについては、「ようやく70年代になってから、……広い一致が成り立った」という。

(20) Wieland, aaO (注13), Rn. 94. 比較的早い時期でのこの種の指摘としては、P. J. Tettinger, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR108, 1983, S. 92ff. をあげることができる。テッティンガーは、「最近の判例は、段階理論の路線に忠実とはけっして捉えることができず、有効性・必要性・(狭い=Proportionalitätの意味での)比例性という構成要素を含む過剰規制禁止原則に直接依拠していることを観察することができる」と述べている(S. 122)。

(21) Ruffert, aaO (注10), Rn. 101, u. Anm..

(22) Mann, aaO (注13), Rn. 142, u. Anm..

下では、これらの決定から、段階理論と比例原則審査との関係を具体的に探ってみたい。

2 「職業遂行規制」における段階理論の比例原則審査への組み込み

(1) 段階理論を組み込んだ「職業遂行規制」の比例原則審査

ルッフェルトとマンがあげる9つの法廷決定を確認すると、そのうちの2件は「職業選択規制」の合憲性が問題となった事案、1件は基本法12条1項から導かれる「契約の自由」の制限の合憲性が問題となった事案、残り6件が「職業遂行規制」の合憲性が問題となった事案である。

この6つの決定、すなわち、①1979年5月22日第1法廷決定（BVerfGE51, 193）、②1984年10月17日第1法廷決定（BVerfGE68, 155）、③1987年7月14日第1法廷決定（BVerfGE76, 196）、④1987年12月15日第1法廷決定（BVerfGE77, 308）、⑤1992年3月25日第1法廷決定（BVerfGE86, 28）、⑥2004年6月9日第1法廷判決（BVerfGE111, 10）を通覧すると、②～④の違憲審査方針の一般的説示部分はほぼ同一、⑥はその簡略形、①と⑤の表現定式はこれらとは異なっているが趣旨は共通と理解することができる。

②～④に共通する定式は、以下のようなものである。「確立した判例によれば、職業遂行の規律は、それが公共の福祉の十分な根拠によって正当化され、〔かつ比例原則を充足する場合、すなわち〕選択された手段が追求されている目的の達成にとって適合的かつ必要であり、当該介入の重さとこれを正当化する根拠の重要性との全体的衡量に際して、期待可能性の限界が守られている場合に〔のみ〕、基本法12条1項2文によって立法者に認められた規律の委託の枠内にとどまるものであって許容される」（BVerfGE68, 155, 171; BVerfGE76, 196, 207; BVerfGE77, 308, 332.〔 〕内は、BVerfGE76, 196, 207だけの説示である）。⑥ではこれが簡略化され、「職業遂行を制限する規律は、それが公共の利益の合理的な根拠によって正当化され、かつ比例的である場合に、⁽²³⁾合憲である」と表現されている。

私見によれば、これらのうち、この定式の「あてはめ」部分の形式が最も整っているのは BVerfGE77, 308 であるので、以下ではこの決定の内容を紹介したい。

(2) 1987 年 12 月 15 日第 1 法廷決定 (BVerfGE77, 308)

1984 年 10 月 16 日の研修休暇の請求に関するヘッセン州法によれば、ヘッセン州内において雇用労働に従事している者および職業教育の一環としての雇用労働に従事している者は誰でも、使用者に対して有給の研修休暇を請求することができる (1 条 1 項)。研修休暇は、政治教育と継続的職業教育のいずれにも利用できる。職業教育の一環としての雇用労働に従事している者は、有給の研修休暇を政治教育のためにだけ利用することができる (1 条 2 項)。政治教育とは、雇用労働者が、業務、社会および社会的関係における自分の立場を認識し、公民の権利義務を実行する能力を得るためのものである (1 条 3 項)。継続的職業教育とは、雇用労働者が、職業上の能力を維持、改善または拡大し、同時に社会的関係の知識を獲得することによって、業務および社会における自分の立場を認識するためのものである (1 条 4 項)。研修休暇は 1 年間に 5 労働日である。週 5 日以上労働している者の研修休暇は 6 労働日である (2 条 1 項)。

この法律の 9 条で認められた研修行事の補助者を務める雇用労働者は、さらに年間 5 労働日の追加的有給研修休暇を請求することができる。2 条 1 項はこれにも適用される (3 条 1 項)。

研修休暇の請求とその時期は、可能な限り速やかに、通常は研修開始の 4 週間前までに、使用者に通知されなければならない。業務上の差し迫った必要がある場合に限って、雇用労働者が求めた時期には研修休暇を取得することができない (5 条 1 項)。当該事業の雇用労働者の半数以上が、この法律の 9 条で

(23) 同様の定式の先例として、②ではさらに BVerfGE30, 292, 316ff.; 61, 291, 312, ③では BVerfGE61, 291, 312; 71, 162, 173, ④では BVerfGE68, 155, 171; 71, 183, 197; 72, 26, 31, ⑥では BVerfGE70, 1, 28 があげられている。

認められた研修行事に年度内にすでに参加している場合には、使用者は研修休暇の申請を拒否することができる（5条2項）（BVerfGE77, 308, 311-313）。

本件は、ヘッセン州の2つの経営者団体と複数の企業がこの州法は基本法12条1項と14条の基本権を侵害するとして提起した法律憲法異議と、ノルトライン・ヴェストファーレン州の同種の法律（1984年10月24日の「雇用労働者継続教育法」）に対して、ノルトライン・ヴェストファーレン州の経営者団体と企業が提起した法律憲法異議に対する連邦憲法裁判所決定である（BVerfGE77, 308, 315, 317f.）。

連邦憲法裁判所は、ヘッセン州法3条1項の、研修行事で補助者を務める雇用労働者の追加の有給研修休暇制度のみを違憲と判断した。まず、審査方針の一般的説示部分を引用しておく。

「職業遂行の規律は、それが公共の福祉の十分な根拠によって正当化され、選択された手段が追求されている目的の達成にとって適合的かつ必要であり、当該介入の重さとこれを正当化する根拠の重要性との全体的衡量に際して、期待可能性の限界が守られている場合に、基本法12条1項2文によって立法者に認められた規律の委託の枠内にとどまるものであって許容される（BVerfGE68, 155 [171] ; 71, 183 [197] ; 72, 26 [31] とそれぞれの注。確立された判例である）。

基本法は、職業遂行の規律に関しては、立法者に広範な自由を与えており（基本的な判例としてはBVerfGE7, 377 [405f.]）、追求すべき職業政策・労働政策・社会政策上の目的の確定に際しては、経済政策上の目的の決定的場合と同じ広範な内容形成の自由を立法者に認めている……。その際、立法者は、目的適合性の観点を重視することが許される（BVerfGE7, 377 [406]）。本件のように、異議を申し立てられた規律が、職業を規律する性格のものではない場合には、立法者の内容形成の自由はさらに大きくなる」（BVerfGE77, 308, 332）。

決定は、このような審査方針にもとづいて、まずヘッセン州法とノルトライン・ヴェストファーレン州法の有給研修休暇制度の目的を認定している。技術と社会の変化が目まぐるしい現代の状況のもとでは、一生学び続けることが、変化のなかで個人が自己を主張し社会に適応するための条件である。継続的教育は、個人が職業や社会の変化によりよく対処することを助けるが、雇用労働者には継続的教育に振り向ける時間的・金銭的余裕が乏しいから、雇用労働者の継続的教育の準備を整えることは公共の福祉の関心事である。また、技術と社会の変化の影響は職業の分野に限られるものではなく、むしろ家族・社会・政治にも複雑な影響を及ぼすものであるから、職業上の専門知識と並んで、雇用労働者が社会的・政治的関係を改善し、民主的社会で求められる発言と責任を共に担うために理解を深めることは、公共の利益である。したがって、連邦憲法裁判所によれば、「ヘッセン州とノルトライン・ヴェストファーレン州において、法律が使用者に課した、研修行事に参加する雇用労働者の申請を認めその間の給与を支払う義務は、公共の福祉の根拠によって正当化される」(BVerfGE77, 308, 332-333)。

決定は、このように目的の正当性を認めたのち、そのためにヘッセン州法とノルトライン・ヴェストファーレン州法が設けた有給研修休暇制度の適合性・必要性・相当性の審査をおこなっている。決定によれば、有給研修制度は研修行事への雇用労働者の参加を促進するので「目的適合的」であり、過去の経験によると、休日や週末の研修行事では雇用労働者の参加数や教育効果が十分ではなく、雇用労働者が自腹で研修休暇を取得するやり方も、多数の参加者が集まることを期待できないので、有給研修制度は「必要」でもある。

以上の比較的簡略な「適合性審査」と「必要性審査」に引き続いて、かなり詳細な「相当性(期待可能性)」審査がおこなわれている。連邦憲法裁判所によれば、雇用労働者の研修は、単に労働者個人に役立つのみならず、経済のイノヴェーションにも役立つ。また州法は、教育効果とのバランスも考えながら年間の有給研修期間を限定し、参加を希望する雇用労働者には使用者への事前通知を義務づけ、業務に差し迫った必要がある場合や、すでに半数以上の従業員

員が有給研修休暇を取得している場合には使用者側に拒否権を与えることによって、使用者の利益にも配慮している。したがって、両州法は、立法者が追求する目的と釣り合いがとれず使用者に期待可能性がないとは言えない（BVerfGE77, 308, 333-335）。

これに対して、研修行事で補助者を務める雇用労働者の追加的有給研修休暇制度（ヘッセン州法3条1項）には「相当性」が欠けている。州法の関心事は、雇用労働者の職業的・政治的継続教育であるから、雇用労働者が研修行事の補助者となることは「手段の手段」にすぎない。したがって、使用者に求められる期待可能性は、研修行事への参加自体よりも小さい。研修行事開催の総経費の一部である研修補助者の報酬は、第1次的には研修実施者が負担すべき性質のものである。したがって、これを個別の使用者に全面的に負担させるのではなく、たとえば使用者全体で分担するとか、公的金融機関の融資を受けるとか、研修実施者が負担するといった費用負担の調整の可能性を設けることが憲法上要請される。この種の調整規定を欠くヘッセン州法3条1項は基本法12条1項に反する。

3 「職業選択規制」における段階理論の比例原則審査への組み込み

(1) 段階理論を組み込んで「職業選択規制」の比例原則審査をおこなった2決定

「職業遂行規制」ではなく「職業選択規制」について段階理論を組み込んで比例原則審査をおこなった法廷決定の例としてトーマス・マンがあげるのは、1992年11月4日の第1法廷決定（BVerfGE87, 287.「弁護士兼業決定」とよぶ）と2007年7月3日の第1法廷決定（BVerfGE119, 59.「装蹄法決定」とよぶ）⁽²⁴⁾である。

(24) BVerfGE87, 287の評釈として、小林博志「弁護士の副業の自由」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ・第2版』（信山社、2006年）278～282頁、BVerfGE119, 59の評釈として、赤坂正浩「装蹄法による職業規制の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社、2018年）198～202頁。

「弁護士兼業決定」では、弁護士の兼職制限規定とそれにもとづく裁判所の判決の基本法12条1項適合性が問題となった。連邦弁護士法によれば、弁護士として活動するためにはラント司法省による弁護士登録の認可を受けなければならない。ラント司法省は、登録認可にあたって事前に地域弁護士会理事会の意見を徴し、この意見に従わなければならない。連邦弁護士法7条8号によれば、弁護士登録の「申請者が、弁護士の職と相容れない活動、または弁護士職の品位と相容れない活動に従事している場合」には、弁護士登録を拒むことができる。また、同法14条1項9号によれば、すでに登録が認められている弁護士についても、7条8号と同一の活動に従事していることが判明した場合には、「本人にとって期待不能な過酷さを意味するものでない限り」弁護士登録を撤回することができる（BVerfGE87, 287, 291-293）。

本件は、これらの規定にもとづいて弁護士登録を認められなかったり撤回された人が提起した7件の判決憲法異議に関する決定である（BVerfGE87, 287, 300-306）。

他方、「装蹄法決定」では、馬などの蹄のメンテナンスをおこなう職種を対象とした2006年制定の「装蹄法」が、基本法12条1項に反していないかどうかの問題となった。第二次大戦後の（西）ドイツでは、馬は次第に軍務や輸送のための使役動物ではなくなり、乗馬はスポーツやレクリエーションとなっていたため、馬の蹄のメンテナンスについては、蹄に蹄鉄をくぎ付けする伝統的な「装蹄工 Hufbeschlagschmied」以外に、アルミやプラスチック製の保護具の装着およびメンテナンスをおこなう「蹄技師 Huftechniker」や、裸のままの蹄の整形・治療をおこなう「蹄保護士 Hufpfleger」とよばれる職種が形成されるようになった。1940年制定の旧装蹄法のもとでは、これらの新しい職種は規制対象外の取り扱いを受けていたが、2006年制定の新装蹄法とその委任を受けた法規命令の装蹄令は、「蹄技師」「蹄保護士」にも「装蹄工」と同一の国家資格の取得を求め、この資格試験には、蹄鉄の鋳造・装着の実技試験も含まれることを規定した。

本件は、新法が適用されることとなる蹄技師、蹄技師学校・蹄保護士学校の

経営者・教師・生徒が起こした法律憲法異議事件である（BVerfGE119, 59, 60-66）。

（2） 2つの決定の違憲審査方針

「弁護士兼業決定」では、法律規定の明確性と比例性が審査された。連邦憲法裁判所は、本件規制は「主観的要件による職業選択規制」と「客観的要件による職業選択規制」のいずれか一方には分類はできないとした上で、比例原則審査をおこなっている。その点でこの決定は、第Ⅲ章の3で取り上げた「段階理論の3類型を区別しなかった事例」の1つでもある。

「しかしながら、兼職制限規定は、主観的要素と客観的要素の双方を含むうるので、いずれにせよ一般論としては〔主観的要件による規制と客観的要件による規制という〕この区別のメルクマールによって分類することはできない。この区別は、〔弁護士登録の〕申請者に対する兼職制限規定の効果についてもたいした意味をもたない。兼職制限規定を評価するにあたっては、申請者が弁護士職に就くのを阻止することがいかなる経済的結果を招くか、この阻止を乗り越えるためにはどれほどのコストがかかるかが問題なのである」（BVerfGE87, 287, 317）。

「弁護士登録の拒否および撤回は、基本法12条1項で保障された職業選択の自由への介入である。この自由は原則として、複数の職業を選択し、それらを遂行する権利を含む……。この自由が、複数の職業活動が結合することを排除する目的で制限される場合には、それは法律によるか法律の根拠にもとづくものでなければならず、比例原則の枠内において特に重要な共同体利益を保護するためのものでなければならない」（BVerfGE87, 287, 316）。

他方、「装蹄法決定」は、先例を引いて、ある活動を独立の職業と見なす重要な指標を、ある職業の一分野の知識の伝達を超えた職業像がその遂行に先立っていることに求め、この指標に立つと「蹄技師」「蹄保護士」は、馬の蹄の

保護に蹄鉄を不要と考える点でも、すでに各地で専門の養成機関が活動している点でも、「装蹄工」とは独立の職業であると認める（BVerfGE119, 59, 78）。決定によれば、立法者は、類似の作用を営んでいるが教育課程や義務が異なる複数の職業を維持する義務を負うわけではないが、複数の職業を一本化する場合には、「職業像を確定し主観的参入要件を設定することで基本法12条1項が保護する職業選択の自由⁽²⁵⁾に介入しなければなら⁽²⁵⁾ない。その際、

「介入を定める規範は、権限にもとづいて制定されたものでなければならないだけでなく、当該活動の態様と介入の強度を考慮した、十分な公共の利益によっても正当化され、比例原則に適合するものでなければならない」（BVerfGE119, 59, 79f.）。

「立法者は、新たな規律によって一主観的な職業選択規制の正当化のためには必要な（vgl. BVerfGE7, 377 [378, 406]）一特に重要な共同体利益を保護するという目的も追求していなければならない」（BVerfGE119, 59, 83）。

(3) 2つの決定による法令等の評価

このような違憲審査の方針にもとづいて、「弁護士兼業決定」は、制定時の議会議事録の説明を引照しつつ弁護士法7条8号の一般条項の明確性を承認し、この規定が弁護士の兼業を制限する目的を、「弁護士の専門的な権限とインテグリティ、および十分な活動範囲を確保するとともに、弁護士職に不可欠の信頼性の基盤を保護することにある」とした。決定によれば、「これによって兼

(25) 立法者には、ある社会的活動を独立の職業と見なすか否かの決定権、すなわち「職業像」Berufsbildの決定権が認められるので、「職業像」の定め方如何によって、職業への法的介入を「遂行規制」と「選択規制」のいずれにも位置づけることができる。このような立法者の操作可能性が、段階理論に対する批判として指摘されてきた。Ipsen, aaO（注17）, S. 250; Rn. 103; Mann, aaO（注13）, Rn. 155; Ruffert, aaO（注10）, Rn. 103. 連邦憲法裁判所は、「職業像」を決定する立法者の裁量権を認めつつ、それも審査対象とし、本件では「装蹄工」「蹄技師」「蹄保護士」という社会的には独立の職業を立法者が一本化すること自体は可能だが、一本化の仕方が追求されている利益との関係で「相当性」を欠くと判断したことになる。

業制限規定は、司法の機能能力に仕えるという、公共の利益にとって重要な意義をもつ」。また、弁護士とは異なる職業的義務に服する活動をはじめから排除する兼業制限規定は、職業遂行を恒常的に統制しなければならない職業監督よりも利益相反や義務違反をより有効に阻止できるので、本件規定は目的に「適合的」である。

しかし、決定は、規制の「必要性」と「相当性」は裁判所による解釈適用に依存しているとして、連邦通常裁判所の弁護士兼業制限規定の解釈準則と、本件7人の憲法異議申立人に対するその適用を個別に検討し、1件を除いて違憲性を認めた。⁽²⁶⁾

他方、「装蹄法決定」は、やはり上掲の違憲審査方針に従って、2006年法の目的を次のように認定し評価した。

「2006年法の目的は、蹄メンテナンスの質の確保を通じて動物保護を促進することであるから（BTDrucks 16/29, S. 1 und S. 11 参照）、十分正当な目的である。動物は、不合理な仕方で実施され、質を満たさない仕方提供された蹄保護や、十分にメンテナンスされていない蹄によって、身体的な痛みを与えられ苦痛を強いられ傷つけられるべきではない。この法律が目指している動物保護の改善は、特に重要な共同体利益を追求するものである。なぜなら、憲法自身が、基本法 20a 条によって、動物保護という目標に沿った適切な規定を設けることを立法者に義務づけているからである」（BVerfGE 119, 59, 83）。

決定によれば、蹄のメンテナンスに当たるすべての職種に、蹄鉄の鍛造・装着技術の修得を含む高度な技術を要請することは、このような動物の健康保護を促進するものであるから、目的達成に「適合的」である。また、決定は、

(26) 本件各異議申立人の具体的事情については小林・前掲論文（注 24）278～279 頁、連邦通常裁判所の解釈準則に対する連邦憲法裁判所の判断については同 281～282 頁参照。

「必要性」の判断について立法者に広い評価と予測の余地を認め、2006年法において立法者が蹄のメンテナンスのあらゆる選択肢を確実に身につけ、その動物にふさわしい仕方でそれらを適用し、飼い主の信頼を得られる統一的な職業主体を創出しようとしていることは、手段として首尾一貫し、「必要性」を満たすとした（BVerfGE119, 59, 84-86）。

しかし、決定によれば、2006年法は「蹄技師」「蹄保護士」とその教育従事者の「期待可能性」を満たさず、手段として「相当性」に欠ける点で基本法12条1項違反である。「期待可能性」の審査はかなり詳細なので、ここでは旧稿による要約を引用しておく。

「2006年法が規定する主観的参入要件が憲法異議申立人に課す負担は、期待可能性のない負担であって、相当とはいえない。個人に課せられる負担の程度は、公衆にもたらされる利益と合理的な関係に立っていなければならない……。受命者に期待不能な負担を課することは許されない。法令が、個人が計画している職業活動とは無関係な知識・能力の証明を求めることは、比例原則に抵触する。蹄のメンテナンスを職業とするすべての人に、蹄鉄の鑄造・装着の技術を要求しなくても、その都度必要とされるメンテナンス方法を選択し、自分で実施できない方法については適切な者を紹介する理論的知識があることを証明させれば足りる。蹄のメンテナンスに携わる者全員に蹄鉄の技術を要求すれば、必要な場合に、質の高いメンテナンスが得られない危険は小さくなるという利益には重要性はない。現に人間の医療の分野でも、医師の資格をもたない治療技術者による施療が認められている場合があり、その種の治療技術者には、必要に応じて患者に医師を紹介することが義務づけられている。この点について、立法者がさらに厳しい規制をしなければならないような濫用例は、過去数十年発生していない。蹄保護士の職は数年後には廃止され、蹄保護士学校の生徒と入学申込者には、職業的な活動の場所がないことになるが、このような重大な不利益と、必要な場合に質の高いメンテナンスが得られない危険は小さくなるという公衆の利益との間に、合理的な関係は見出されない。蹄技師は、蹄のメンテナンス方法としての蹄鉄を否定し、それに代わる蹄保護具の装着を職業と

する者であるから、伝統的な装蹄の知識・技能を必要としない。蹄鉄による蹄保護の提供を望まない蹄技師は、装蹄工の資格取得の義務づけによって、自己の職業的チャンスと社会的評価の増大を何ら期待できない。動物の保有者たちも、蹄技師に対して蹄鉄の知識と技能を期待していない。にもかかわらず、新規定は、蹄技師という職業を装蹄工に統合した。したがって、蹄技師にとって新規定は受忍不能である。以上の点は、蹄保護士学校・蹄技師学校⁽²⁷⁾の経営者と教師にもあてはまる」(BVerfGE119, 59, 87-94)。

4 比例原則審査と段階理論の関係

以上、学説の指摘に従って、段階理論が比例原則に組み込まれている判例動向の一端を垣間見た。その範囲で確認できるのは、段階理論を組み込んだ比例原則審査では、規制法令の目的審査が独立項目として重視され、「職業遂行規制」「主観的要件による職業選択規制」「客観的要件による職業選択規制」という段階理論の3分類が、目的審査の審査密度を決定する目安とされていることである。⁽²⁸⁾「職業遂行規制」が問題となった有給研修休暇に関する1987年決定(BVerfGE77, 308)では、「……公共の福祉の十分な根拠……」が求められ、「主観的要件による職業選択規制」が問題となった「装蹄法決定」(BVerfGE119, 59)では、「特に重要な共同体利益を保護するという目的」が求められており、薬局判決の定式が踏襲されている。

これに対して、比例原則審査の中心をなす「適合性」「必要性」「狭義の比例性（相当性）」審査の場面では、段階理論が特に重要な機能を営んでいるようには見えない。ただし、事案の個性によって左右されるとはいえ、「相当性」審査に重点が置かれる傾向は指摘できるように思われる。段階理論を組み込んだ比例原則審査において「相当性」審査が重視されることは、「個人の自由に優先する優越的な共同体利益が保護される場合」（主観的選択規制の審査定式）

(27) 赤坂正浩・前掲論文（注24）43～44頁。

(28) この点の指摘として、淡路智典・前掲論文（注6）126頁。

といった段階理論の審査定式が、利益衡量という意味で「相当性」審査と同一の発想に立っていることと平仄が合う。学説からも、「段階理論はとりわけ相当性の枠内で一定の役割を演ずる……」⁽²⁹⁾と指摘されている。

V おわりに

日本国憲法の教科書類では、職業の自由の規制が「選択規制」と「遂行規制」に区別できることは指摘されていることも、規制の具体例としては「選択規制」の諸類型だけが解説されていることが多く、「遂行規制」の具体例や判例に触れる教科書は少ない。段階理論に言及する教科書も少数にとどまり、その場合も段階理論が事案の分析や違憲審査方法の提言にまで具体化されているとは必ずしも言えない。⁽³⁰⁾

(29) Jarass, aaO (注7), Rn. 33; Mann/Worthmann, aaO (注13), S. 391 も「三段階理論は、……相当性審査における衡量過程をよりわかりやすいものにする」とし, Kämmerer, aaO (注15), Rn. 61 も「段階理論の主な注目点は、介入の比率性(相当性)にある」としている。

(30) 試みに、2010年代以降に出版されているものを中心として本稿筆者の目にとまる憲法教科書類を、著者のおおざっぱな世代別の順番で以下に挙げてみる。頁は職業の自由の解説部分である。

① 芦部信喜／高橋和之補訂『憲法・第7版』(岩波書店, 2019年) 233～239頁, ② 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2011年) 299～309頁, ③ 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法・第5版』(有斐閣, 2012年) 470～481頁(高見執筆), ④ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法・第5版』(有斐閣, 2020年) 279～286頁, ⑤ 戸松秀典『憲法』(弘文堂, 2015年) 319～328頁, ⑥ 浦部法穂『憲法教室・第3版』(日本評論社, 2016年) 238～241頁, ⑦ 初宿正典『憲法2基本権』(成文堂, 2010年) 336～352頁, ⑧ 辻村みよ子『憲法・第7版』(日本評論社, 2021年) 239～244頁, ⑨ 大石眞『憲法概論Ⅱ』(有斐閣, 2021年) 331～342頁, ⑩ 渋谷秀樹『憲法・第3版』(有斐閣, 2017年) 288～298頁, ⑪ 松井茂記『日本国憲法・第3版』(有斐閣, 2007年) 576～582頁, ⑫ 長谷部恭男『憲法講話・第2版』(有斐閣, 2022年) 142～150頁, ⑬ 市川正人『憲法・第2版』(新世社, 2022年) 163～168頁, ⑭ 渡辺康行・穴戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ基本権』(日本評論社, 2016年) 322～338頁(穴戸執筆), ⑮ 本寿紀編『憲法講義・第3版』(日本評論社, 2022年) 440～449頁(愛敬浩二執筆), ⑯ 川岸令和・遠藤美奈・君塚正臣・藤井樹也・高橋義人『憲法・第4版』(青林書院, 2016年) 185～192頁(遠藤執筆), ⑰ 大日方信春『憲法Ⅱ基本権論』(有信堂, 2018年) 237～248頁, ⑱ 毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権・第3版』(有斐閣, 2022年) 282～300頁(松本執筆), ⑲ 新井誠・曾我

他方、薬局判決後の連邦憲法裁判所の判例動向を瞥見すると、段階理論の3類型に分類すること自体が困難な職業規制や、3類型のいずれかに分類しても審査グレードをこれに対応させることは不適切な職業規制の存在が容認されているとともに、段階理論自体を比例原則審査における目的審査のグレード選択や相当性審査へと収斂させる傾向も見られる。

とはいえ、連邦憲法裁判所による職業規制の審査において、段階理論が今日なお「発見的・構成的機能を」⁽³¹⁾ 営んでいることは、日本国憲法の解釈にとっても示唆的である。最高裁判例が提示したように見えた積極目的・消極目的「二分論」が、最高裁自身によって、審査方法と必ずしもリンクしないいわば「目的多様論」へと変貌して久しい現在、目的の区別よりも合理性に富むと思われる段階理論、とりわけ「職業選択規制」と「職業遂行規制」の二分論を基本的な枠組みとして、職業規制の違憲審査方法論を本格的に再考すべき時期に至っているのではないだろうか。最高裁判例の数が乏しいことを考えると、そのためにも連邦憲法裁判所の判例動向は、有益な情報として今後とも継続的な観察に値するように思われる。

部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ人権・第2版』（日本評論社、2021年）185～193頁（横大道執筆）、②青井美帆・山本龍彦『憲法Ⅰ人権』（有斐閣、2016年）125～136頁（山本執筆）。

この20点の教科書のうち、②④⑥⑦⑨⑪⑬⑭⑮⑰⑱⑲⑳の13点が「職業選択規制」と「職業遂行規制」の区別に触れている。そのなかで「職業遂行規制」の具体例を示しているものは、②⑪⑭⑱⑲の5点である。そのうち②と⑱はいずれも「西陣ネクタイ訴訟」（最判平成2・2・6 訟月36巻12号2242頁）1件を「職業遂行規制」の判例としてあげ、⑪は「職業遂行規制」を4類型に分けて解説し、⑭⑱は「西陣ネクタイ訴訟」に加えて「農業災害補償法事件」（最判平成17・4・26判時1898号54頁）、「保険医療機関指定拒否事件」（最判平成17・9・8判時1920号29頁）のほか、「司法書士法事件」（最判平成12・2・8刑集54巻2号1頁）（⑭）または「インターネット医薬品販売事件」（最判平成25・1・11民集67巻1号1頁）（⑱）を解説している。

他方、段階理論を示唆し、あるいは明示する教科書は、①⑫⑬⑭⑱⑲の6点だが、いずれもそこから具体的な違憲審査方法・基準の提言を導いているとは言えないように思われる。

ちなみに、本稿筆者は、渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法Ⅰ人権・第8版』（有斐閣、2022年）92～104頁と赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011年）141～143頁において、「職業選択規制」と「職業遂行規制」をそれぞれ具体例をあげて解説したが、「遂行規制」の判例を検討するには至っておらず、違憲審査方法の考察もいまのところ不十分である。

(31) Ruffert, aaO（注10）, Rn. 104.