

職業選択の自由と公共の福祉

森 省 三

まえがき

現今我が国に於いては、すべて人はその生存を維持する為に自由に職業を選択し、営業を行う権利を有しているのであるが、かかる権利をも含めて我々に保障せられた基本的人權は、それが自然法思想に基くものであるとは云えあくまで憲法上認められた所謂法上の権利であり、それが公共の福祉に反するときは法律により必要な制限を受けるものであることは、憲法第一二条とか第一三条といった制限規定の存することからみても明らかである。殊に我々が日本国憲法上保障せられている職業選択の自由は、「公共の福祉に反しない限り」と明確に規定せられている(第二十一条)ものであるが故に、如何なる人が如何なる職業を選択するにしても公共の福祉に反しては認められ得ないのである。ただこの場合憲法上いふところの公共の福祉は、それ自体極めて抽象的且不明瞭な言葉であることも与って、これをめぐって学説が種々に分かれて居り、又判例も部分的に偏在したりして、具体的に如何なるものであるかを国民一般には十分に認識され得ないのが現状である。それ故本稿で

は職業選択の自由、およびそれに対する国家的制限の基準としての公共の福祉とはどのようなものを云うのか、職業選択の自由に関する若干の判例を中心に眺めてみるとするものである。¹

一、概 説

(一)

近代における職業についての観念がそれ以前のものとは大きく異っていることは、一般に知られている通りである。かつては職業そのもの特に利殖を目的とする職業を賤んだが、フランス革命後は諸国に於ける政治的な変革、合理的な啓蒙主義の勃興、資本主義的自由競争制の支配等により職業についての観念も一変し、その経済的活動の方面が強調せられ、特に營利生活と結合して多くの場合職業は營業として営まれるに至った。そして職業に従事することを人の天分と見做し、且つ職業の貴賤の別をも問題としないばかりか神聖なものともまで考えるに至ったのである。

ギリシヤとかローマの時代に於いては、小アジアやエジプト沿岸の商業地は別として、文明の中心地に於ける中心思想は決して近代のような実業的且つ庶民的なものではなく、どちらかと云えば政治的且つ貴族的なものであった。ギリシヤに於いては哲学者達でさえ奴隷の存在を認容し、之を以って衣食を得る手段となした。又ローマ人は征服によって種々な権利を独占し、政治的軍事的生活を尊んだばかりか治者としての權威を誇り、主人としての快樂を恣にした。そして経済的生活資料については之を被征服者の貢賦に依存したのである。中世の宗教時代、封建時代が非実業的且つ階級的であり、殖産興業の念に乏しかったのに対し、近世に於いては個人思想の

勃興、科学思想の発達、物質的思想の隆盛と共に独立的職業を執らなければならなくなつたと同時に、職業を以つて人の本分となす思想を涵養して来た結果、ここに個人及び社会の経済的・生活的発展を促すに至つた。

我が国に於いても近代までは職業を有しない武士を尊び、職業としての農業、工業、商業等を賤んだが、明治維新以来世界の大勢と同化するに至り俄に経済的・生活的活動を促して来た。そして今日に於いては、何人も一定の職業に従事することを以つて其の本分とし時には国家社会に対する義務であるとも考えるに至つたのである。

今日我々が一般に保障せられてゐる職業選択の自由は、ヨーロッパに於いても、各国が立憲制度を採用したり憲法とか法律を以つて営業の自由を保障する以前に於いては、階級制度とか世襲制度によつて重大な制約をうけ、特に同業組合に入つてゐるものでなければ同種の営業を行うことが出来ないにも拘らず、組合への加入は数の制限があつて何人でも自由にその組合に加入することが出来るといふものではなかつた。又凡て人民はその居住する市町村の営業者以外の者から妄りに物品を購入することを禁じられて居たり、その他営業の自由が妨げられるような制限が種々存在した。それ故個人の自由の保障と平等の確保に基本的態度を打ち出した近代精神は、かかる封建的因習を打破せんがために、先ずフランス人權宣言第四条に於いて（明文の規定ではないが）営業の自由を認め、次いで一七九一年三月二日の命令で明確に営業の自由を保障した。更に又ドイツに於いてもプロシヤの一八一〇年十一月二日の營業税に関する命令が営業の自由について保障し、以後各邦がこれに倣つたが、連邦法としては一八六九年六月二一日の營業条例が、本法に例外又は制限がない限り各人に営業の自由が保障せられると規定した。²

近代諸国の憲法のうちで、ワイマール憲法（第二一条）、西独憲法（二二条）、インド憲法（一九条二項(9)号及び六項）、スイス憲法（三二―三三条）、デンマーク王国憲法（七四条）、ビルマ連邦憲法（二七条四項、一八条）、ノールウェイ憲法（二〇一条）、ブラジル連邦憲法（一四一条）、ポルトガル共和国憲法（八条七項）、メキシコ合衆国憲法（四条）、タイ国憲法（三三条）等はそれぞれ明文の規定で営業の自由を保障しているが、その規定の仕方については一定して居らず、或いは独立の規定を設けたり、或いは又居住移転の自由と同一の条文の中に規定したりして居る。これに対して、フランス第四共和国憲法、オランダ憲法、トルコ憲法、イタリア共和国憲法、ベルギー王国憲法、カナダ憲法、フィリッピン憲法、アメリカ合衆国憲法、アルゼンチン共和国憲法、ギリシャ憲法、スエーデン憲法、オーストラリア連邦憲法、中華民国憲法、大韓民国憲法などは営業の自由に関する規定を欠いているが、これらの諸国に於いては営業の自由の保障をば一般的自由の中に於いて考えて居り、実質的には営業の自由が認められているようである。しかしてソヴェエト社会主義共和国連邦憲法（九条）、チェコスロヴァキア共和国憲法（八条）、朝鮮民主主義人民共和国憲法（一九条）、中華人民共和国憲法（八・九・一〇条）などはそれに類する規定をば有しているが、それらの国家の特殊性から、営業の自由の認められる範囲は他の自由主義諸国家のそれよりも一層狭いものと考えられる。³

(二)

日本国憲法は第二二条一項に於いて、「何人も公共の福祉に反しない限り……職業選択の自由を有する」と規定し、如何なる人もその生活を維持せんがため自己の欲するところに従って、如何なる職業をも選択することの出来る自由を認めているが、それは私経済的活動の自由を意味するが故に、選択したところの職業を自己の欲す

るままに遂行する自由、即ち所謂營業の自由をも含んでいることは論を俟たない。しかしてこの營業自由の原則は、自由な經濟活動を基調とする今日の資本主義經濟に欠くことの出来ない原則であるが故に、近代法は一般にこの自由を認めて居り日本國憲法も又これを認めているのである。ただ思想とか良心の自由といった所謂内心の自由は、それ自体外的な行為を伴わない個人的なものであり、従つて濫用とか公共の福祉に反するというようなことが起り得ないのに対し、職業選択の自由はそれが外的な行為を伴なうところの社会的なものであり、従つて濫用とか公共の福祉に反することが応々にして起り得るが故に、國家（憲法）は「公共の福祉に反しない限り」に於いて保障しているのである。

大日本帝國憲法に於いては、「日本臣民は法律の範圍内に於て居住及移轉の自由を有す」と規定されていた（第二條）が、職業選択の自由については直接何も規定せられていなかった。只伊藤博文の「憲法義解」によれば、「凡ソ日本臣民タル者ハ帝國疆内ニ於テ何レノ地ヲ問ハズ定住シ借住シ寄留シ及營業スルノ自由アラシメタリ而シテ憲法ニ其ノ自由ヲ制限スルハ必法律ニ由リ行政処分ノ外ニ在ルコトヲ掲ケタルハ此レヲ貴重スルノ意ヲ明ニスルナリ」とあり（四二、四三頁）、營業の自由が認められていたようになってはいるが、これについて學説は一般には否定的に解している。

先ず清水澄博士は「營業を為すの特権は特種の階級、特種の組合にのみ屬したる時代ありしも、各國立憲制度を採用するに至り、或は憲法を以て或は法律を以て此の自由を保障することとなり、一般に法律を以てするにあらざれば此の自由を侵害することを得ざることとなせり。然るに我が國に於ては、憲法の明文上此の自由を保障することなく、又法律の明文を以て之を保障したるものなきにより、我が國に於ては營業を制限するに命令を

以てするも妨げなしと解す。蓋我が国にては歐洲諸國に於けると異り、歴史上士農工商の別ありしとは謂へ、營業を或る階級、或る種族の特權となし全く其の自由を認めざりし事実なかりしか爲、特に營業の自由を憲法に保障するの必要存在せざりしに由る。伊藤公の憲法義解には、本条の居住移転の自由中に營業の自由を包含すと説明したるも、是明文以外に超越したる不当の解釈なりと謂はざるへからず⁴と、伊藤公の解釈に強く反対して居られるが、かかる否定的な立場のものとして、他に市村光恵博士⁵とか上杉慎吉博士⁶等が挙げられるが、宮沢俊義教授は、「明治憲法につき、『憲法義解』は、營業の自由は居住移転の自由に含まれると解したが、判例は、居住移転の自由は營業の自由を含まないと解し、したがって居住移転の自由の制限は法律によるを要するが、營業の自由に対する制限は命令でもさしつかえないと解した（大判大正五・一一・一五刑録一七七四頁）⁷と判例を引用され、間接的に否定して居られるようである。又美濃部達吉博士（憲法撮要一七五―一六頁）も佐々木惣一博士（日本憲法要論三三―三二頁）も共に帝國憲法第二二条の解釈に於いて、營業の自由についてならぬに触れて居られない点からみれば、何れも否定的に解して居られるものと思われる。ただ佐藤丑次郎博士が、歐洲諸國の憲法が、人民に対して一般に居住及び移転の自由を認めた場合、それが同時に營業の自由をも包含して居るのは、その憲法制定以前に營業に関する世襲制度が久しく行われ、且つ特定の職業に従事する者は特に定められた地域に居住し、他の營業地域に移転する事を得なかつたが故に必然的にそうだったのである。それに対し帝國憲法第二二条は、歐洲の憲法に倣つて制定せられたものであるが故に伊藤博文氏のような意見もであるが、居住及び移転と營業の文字は全く字義を異にするものであるのみならず、憲法制定当時の用例に従えば、住所の移転は直ちに營業の変更を伴うものではないが故に論理解釈をして字義を拡充するのは當を得ず、従つて帝國憲法に於いては營業の自由は保障

されていない、と明確に説かれているのは注目され得よう。

このように帝国憲法の第二二条が営業の自由を含んでいたかどうかについて学説は一般に否定的である。しかも何んと云っても帝国憲法の下に於いては単に憲法だけに止まらず、法令に於いても営業の自由が明文の規定で以ては保障されていなかったことは明らかである。只現実には我が国が法治主義を採っていた関係上、憲法上明文の規定で保障された事項外の自由と雖も、行政権で以って無制限には拘束し得ないという意味に於いて国法上営業の自由の原則が保障せられていたと認められていたが故に、実質的には現行日本国憲法の下に於けると大きな差異はないと解されている¹⁰。只この点について昭和二十一年七月四日の衆議院委員会で当時の国務大臣金森徳次郎氏が、協同民主党の林平馬氏の質問に答え、「……伊藤公が書かれた『憲法義解』を見ますと、居住移転の自由を保障して居ります条文の中に、すっかり職業の自由の説明が出て居るのであります。それはどうも何かの間違いとしなければ読めないから、私は逆にわざと職業の自由の規定が削られたものではないかと推測を下して居りますが、……」¹¹と述べていられるが、伊藤博文公の「憲法資料」(三三八頁)とか「憲法解釈資料」(明治政治史研究会編纂九八頁)等を見ると、どうも伊藤公の思い違いのようで佐藤博士の説が正しいように思われる。

二、職業選択の自由と公共の福祉

(一)

大日本帝国憲法に対し日本国憲法は明文の規定で以って職業選択の自由を保障しているが、その第三章国民の

権利及び義務の規定が立法技術の点からみて必ずしも満足すべきものであると云い得ないことは、従来からしばしば指摘せられているように、基本的人権と公共の福祉との関係の規定において特に顕著であると云い得よう。殊に公共の福祉という言葉の意味内容が極めて漠然として居って明確に理解出来ない憾みがあり、又そのために一体どのような場合に自由とか権利の制約が認められるのか、更には又その限界が奈辺にあるのかということも不明瞭である。しかも憲法第一二条及び第一三条が、自由とか権利に対する公共の福祉による一般の制約を表わす根本規定であるかの如き概観を呈しているにも拘らず、第二二条とか第二九条に於いては、個々の規定がそれぞれ公共の福祉による制約を認めているがために解釈上に疑義をかもししていることは周知の通りである。

何はともあれ日本国憲法は第二二条に於いて職業選択の自由を保障しているが、その場合に反してはならないところの公共の福祉とは具体的に如何なるものを意味するのか、若干の判例を中心としつつ考察せんとするものである。

(二)

公共の福祉 (public welfare) とは「国家的共同生活における社会の幸福又は利益を意味する」¹²が、このような語が憲法、人権宣言及び権利章典などで使われるようになったのは一八世紀以後のことであり、一七七六年のヴァージニアの権利宣言第三条では「共同の利益」(common benefit)とあり、又アメリカ合衆国憲法前文では「一般の福祉」(general welfare)という語が使われている。又フランスに於いては一七八九年の人権宣言の前文の中で国民の要求が常に「全体の幸福」(Bonheur de tous)の維持に向うように人権宣言の決意をしたと述べているし、又一七九三年の革命憲法に附せられた人権宣言の第一条に於いては、社会の目的は「共同の幸福」で

あると宣言せられている。¹³このように公共の福祉にあたる語が一八世紀後半に多く用いられるようになったが、この頃にはまだ各人の私益の追求が同時に公益の増進を齎もたらすという樂觀的な考え方をしていた。それが二〇世紀に於いては、一九一九年のワイマール憲法に、「所有権は義務を含む。その行使は同時に公共の福祉のためになすことを要す」と規定せられていることからみても知り得る如く、私益の追求に際しての目標ないしは限界としてこの公共の福祉が重要視せられるに至ったのである。そして日本国憲法の下に於いては基本的人権は公共の福祉のために利用する責任があり、個人の生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利は、公共の福祉に反しない限り立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする」（憲法第二二条、一三条）と定められ、民法に於いても「私権は公共の福祉に遵う」と規定されているのである（第一条一項）。

この基本的人権と公共の福祉との関係について東京高等裁判所は、「基本的人権は、これを享有する個人の立場から見たものであるのに反して、公共の福祉は、個人の基本的人権を包摂しつつも、これを越えた集団的共同生活に関するものであるから、公共の福祉の解決については、個人的立場を離れた国民全体の集団意識の立場において判断されなければならない」と述べているが、元来国家は多数国民によって構成せられる共同体であるが故に、公益と私益とは全然無関係とは云い得ず両者の調和こそ必要と云わねばならない。それ故「全体は個に先んずる」という哲学上の命題そのままに全体主義的な公益優先に徹し切ることは許されず、公共の福祉の維持と基本的人権の尊重とが両立されるべく努めなければならないのである。この点について金森徳次郎氏が、公共の福祉とは「全体の集団としての利益、それからその外に集団としてではないけれども、世間全体の人の利益、この両様の意味を含んで居るものと考えて居ります」と述べて居られるのは尤もなことで理解せられるであらう。¹⁵

(二)

憲法調査会報告書（五四三—四頁）によれば学説の中にも、基本的人権の制約に関する現行憲法の規定が適切でないとする見解が存在するが、これらは大体次の二つの論拠から主張されている。

先ず第一に現行憲法の規定は基本的人権をば余りにも尊重し過ぎて居り、それが現代福祉国家の実現の必要や個人の社会連带的責任の觀念などから制約を受けるべきものであることをもっと積極的に明記すべきであるとす。そして現行憲法の公共の福祉の内容を具体的に示す文字に改め、それによって現代福祉国家の要求に応えると共に、国民の権利、自由に対する制約の根拠および限度を明確にすることにより、公共の福祉という漠然たる言葉が不当に広く解釈運用せられることを防止する必要がある。

第二に立法技術的にみて現行憲法が、第二二条及び第一三条に於いて公共の福祉で一般的に基本的人権を制約することを規定しているにも拘らず、居住移転及び職業選択の自由に関する第二二条や、財産権に関する第二九条等に於いては個別的に重ねて公共の福祉によって制約せられることを規定しているが為に、解釈上の疑義が生じていることは適切ではないと云うのである。即ち右の如き規定方法がとられている結果として、個別的制約として公共の福祉が明記されていない権利とか自由については、第二二条第一三条の一般的制約の規定があるにも拘らず、如何なる場合にもなんらの制約をも加えることは許されないとする解釈が生じうることとは適切でないとするのである。この立場から一般的制約の規定を改めると共に、各個の権利とか自由についての個別的制約の規定をも整備する必要があると主張されることとなるのである。

ところで憲法第一二条とか第一三条のような一般的制約の規定がある限りは、当然にその適用を受けるが故に、

第二二条とか第二九条におけるような個別的制約の規定を設ける必要があるかどうかは問題である。殊に「公共の福祉」という極めて曖昧で不明確な文字を重複して用いる必要はないように思われるし、又第二二条とか第二九条等の権利が公共の福祉との関係からみて一層個別的制約を必要とするものであるならば、更に具体的な且つ詳細な(例えば公共の衛生というような)文字に改める方がより適切だとも思われる。しかしながらこれについて元最高裁判所判事の真野毅氏は「憲法を社会連帯という考えで解すべきことは、公共の福祉という表現の中に現われている。『公共の福祉』は一般条項であって、法律的には、このような抽象的、一般的なことばで表現しておき、それが個々の場合にどうなるかという具体的な問題は、結局、最高裁判所で判断し、その意味はケース・バイ・ケースで、判例の積み重ねによって次第に具体化される。公共の福祉の内容に含まれていることを、他のことばを用いて抽象的に並べてみても、実際に適用すると同じこととなるにとどまる。したがって、『公共の福祉』という制限でだいたいまかないきることができ¹⁶」と述べて居られるし、又矢部貞治氏も「思想および良心の自由のような内面生活に関する自由は、『公共の福祉』の名においても制限することが不可能と思うが、その他の自由と権利に対しては、『公共の福祉』による限界があることを明らかにする必要がある。ただ憲法の条文にもう少し具体的なことばを使ってみても、やはりある程度抽象的になるのを免れないから、『公共の福祉』の字句を改める必要はなく、その具体化は法律によるほかはない。もし法律について紛争が生ずる場合は、裁判所の解釈にゆだねることが弾力的であり、判例法の積み重ねる公民意識の向上に努力することによって、権利の乱用をなくすほかはない¹⁷」と述べて居られるが全く同感である。

(三)

そこで次に公共の福祉が具体的にどのような意味するかを若干の判例を通じて眺めてみよう。ただ最高裁判所の判例の中には例えば公衆浴場法違反被告事件(昭和二十八年(四)七八二号同三〇・八九)のように学者によって批判されているものもあるが、本稿では判例の研究が目的ではなく、判例では公共の福祉を具体的にどのようなように解しているかということを単純に知ろうというわけである。なんとすれば「具体的に如何なる場合が果して憲法にいう公共の福祉に該当するかは、もとより個々の法律により一般社会通念に従って定めらるべきであるが」「法律による公共の福祉の内容の具体化が果して憲法にいう公共の福祉という概念又は理念に合致するか否かは、実証的には最高裁判所の判例によって終極的に決定される」¹⁸からである。

(一) 国家公益的立場から職業選択が禁止又は制限せられる場合

まず公序良俗に反せざることとは公共の福祉にとって特に重要なことであり、国家がこの点についても特に注意をはらっていることは法例第二条の規定に徴しても明らかであるが、判例も「風俗営業取締法が風俗営業について営業の許可制、注意義務の負担、当該官吏の営業所への立入等を規定しているのは、この種の営業が社会秩序の維持、善良の風俗及び公共の福祉を増進せんとする国家の目的に反する行為を誘起するおそれがあることにかんがみ、これを防止するためであって、もとより合憲である」¹⁹として、公序良俗の面からみて職業選択の自由に対する法律上の禁止、又は制限を是認していることは蓋し当然のことと云わねばならない。このことは売春防止法が明瞭に、「この法律は、売春が人としての尊厳を害し、性道徳に反し、社会の善良の風俗をみだすものであることにかんがみ、売春を助長する行為を処罰するとともに……」と規定し(第一条、公序良俗に反する場合には職業選択の自由が認められないことを規定していることと軌を一にしているものである。

次に少しく類別を異にするかも知れないが、法人がその事業目的のために所有する唯一の土地を自作農創設特別措置法により買取することは、憲法第二二条に違反するや否やという「行政処分取消請求事件」に於いて最高裁判所は、「憲法第二二条の営業の自由の保障は、無制限なものではなく、公共の福祉に反しない限りにおいて保障されているのである。従って、公共の福祉のために制定せられた法律もしくはこれに基く行政処分によって、営業遂行の自由が直接もしくは間接に妨げられることがあったとしても、これをもって同条の違反ということとはできない。自作農創設特別措置法は、自作農を急速かつ広汎に創設することによって農業生産力の発展と農村における民主的傾向の促進を図るという公共の福祉のための必要に基き制定されたものであり、本件未墾地買収計画は、右法律に基きなされた行政処分であつて、これがために仮に、事実上上告人の現在の営業に支障を来たすことがあつたとしても、憲法第二二条に違反するものといひ得ないことは明らかである」と判示している。²⁰

(二) 国家財政的立場から制限される場合

例えば煙草、塩、郵便などの事業は財政その他公益的見地から国の独占に歸して居り、民間企業は認められて居らない。ただ国の独占企業に属するものの中でも、例えば煙草などは、税収確保の道さえつけば、民間企業に移しても差し支えないのではないかという意見も一部にはあるが、判例は「煙草というような大衆の嗜好品は全国同一の価格によって広く公衆に販売する必要がある。それが指定営業制度を設けているゆえんである。したがつて指定営業制度は公共の福祉による制限であつて、煙草専売法は憲法第二二条に反しない」と述べている。²¹しかしこれに対しては、凡そ煙草専売制度の主たる目的が財政にあるとするならば、憲法第二二条の「公共の福祉」を根拠とすることに多少の無理があるように考えられる。なんとすれば現実の問題として煙草の専売制度を

廃止した方が自由競争の結果良い煙草がより安くなり、その方が国民一般の利益になるということも考えられるからである。

(三) 交通、衛生、医業事業、古物営業、風俗営業、公衆浴場等警察許可によってのみ許される場合

先ず古物営業の自由に対する制限について最高裁判所は、「古物営業については、旧古物取締法から許可営業主義をとり、各人の自由に放任する主義を採用しなかつたのであるが、それは脏物の相当数が古物商に流される現実の事態に鑑み、その流れを阻止し、又はその発見に努め、被害者の保護を計ると共に犯罪の予防、鎮圧乃至検査を容易にするために必要であり、右は国民生活の安寧を図り、いわゆる『公共の福祉』を維持する所以であるからである。古物営業法は旧法を廃止し新たに立法されたもので幾多の点において新たな規定を設けているが、許可主義をとった点においては終始一貫しておるのである。ただし許可主義をとることが前記の如く公共の福祉の維持に必要であるから新法もまた旧法の主義を踏襲したのである。ただ旧法においては古物商の免許については何ら基準を設けず、すべて行政庁の自由裁量に委ねられていたのであるが、新法においては第四条において許可の基準を設け、その許可不許可が行政庁の独断恣意によってなされることのないようにし、特に同条二項において不許可のときは公安委員会は理由を附した書面をもって申請者に通知しなければならないと規定し、申請者がこれに不服あるときは第二六条によって訴を提起することができるように配慮しているのである。

以上要するに、古物営業法が許可主義をとり、無許可営業を処罰することは『公共の福祉』を維持するための必要な制限であるといわねばならないから、何ら、憲法第二二条に違反するものではなく従って論旨は理由がない²²として古物営業を制限することは、国民生活の安寧を図るために必要であると判示している。次に昭和二六

年八月の広島県条例三九号「金属屑業条例」は、「業者は、未成年者又はその委託を受けた者と金属屑を売買し、若しくは交換し、又はこれらの者からその売買若しくは交換の委託を受けてはならない……」（第一〇条）と定め、これに違反した者に対する罰則を規定している（同第二〇条、二三条）が、最高裁判所はこれに対し「犯罪の予防、鎮圧乃至検挙を容易にするために採られる必要な措置は、結局、国民生活の安寧をはかる所以のものであるから、かかる措置を採ることが、とりもなおさず憲法二二条一項にいわゆる公共の福祉を維持することになる」（前掲最高二八・三・一八）²³といひ、右「金属屑業条例」は営業の自由を制限するが、かかる公共の福祉の維持に必要にしてやむを得ないものであると判示している。

職業安定法（昭和二年法律一四一号）は、職業紹介を政府の設置する公共職業安定所で無料で行なわせることを原則とし、有料職業紹介事業を禁止し（三二条一項本文）、ただ特別の技術を必要とする職業の有料職業紹介事業（三二条一項但書）及び無料職業紹介事業（第三二条）は、労働大臣の許可にかからせているが、最高裁判所は職業安定法違反被告事件において「憲法一三条及二二条には共に『公共の福祉に反しない限り』という枠があるのである。原審が論旨摘録のように判示して職業安定法三二条は現今わが国情の下において公共の福祉のため必要のものであり、憲法の右各条に反するものでないとしたのは相当である。職業安定法は戦時中の統制法規とは異り所論のように産業上の労働力充足のためにその需要供給の調整を図ることだけを目的とするものではない。各人にその能力に応じて妥当な職業に就く機会を与え、職業の安定を図ることを大きな目的とするものである。在来の自由有料職業紹介においては営利の目的のため、条件等の如何に拘わらず、ともかくも契約を成立せしめて報酬を得るため、更に進んでは多額の報酬を支払う能力を有する資本家に奉仕するため、労働者の能力、利害

妥当な労働条件の獲得、維持等を顧みることなく、労働者に不利益な契約を成立せしめた事例多く、これに基因する弊害も甚しかったことは顕著な事実である。職業安定法は公共の福祉のためこれ等弊害を除去し、各人にその能力に応じ適当な職業を与え以て職業の安定を図らんするもので、その目的のために従来弊害の多かつた有料職業紹介を禁じ公の機関によって無料にそして公正に職業を紹介したのであり、決して憲法の各条項に違反するものではない²⁴と判示している。

有料職業紹介事業を禁止した職業安定法が合憲であるか否かは、憲法第二条が保障している職業選択の自由が決して無制限なものではなく、公共の福祉により制限され得ることを認めていることからして、それが公共の福祉により制限されたものであるか否かにかかるものであることは当然である。しかしして最高裁判所は右の判決において営業としての有料職業紹介事業を禁止せる職業安定法(第三条)が公共の福祉により職業選択の自由を制限しているものであるが故に、同法は違憲ではないとしているのである。

職業安定法は第一条に於いて「この法律は、公共に奉仕する公共職業安定所その他の職業安定機関が、関係行政庁又は関係団体の協力を得て、各人に、その有する能力に適当な職業に就く機会を与えることによって、工業その他の産業に必要な労働力を充足し、以て職業の安定を図るとともに、経済の興隆に寄与することを目的とする」と規定し、「職業の安定」と「経済の興隆」との二つの目的を掲げているが、この判決は公共の福祉の具体的な内容をなすものとしてこの二つの目的、特に前者を強く主張しているようである。すなわちこの判決は、「職業の安定」を図るために従来弊害の多かつた有料職業紹介事業を原則的に禁止することは、とりもなおさず公共の福祉のためであるが故に当然のことである²⁵というのである。

道路運送法が「自家用自動車の有償運送を禁止することにより、既存の自動車運送事業者以外の競争者が出現することを防止し、もって既存の自動車運送事業者の利益を擁護するということしか考えられない。原判決が『道路運送事業の適正な運営及び公正な競争を確保する』²⁶とっているのもおそらくこのことを指しているものと思われる。もし、このような理由で憲法第二二条第一項の職業選択の自由を制限しうるとすれば、すべての職業について『適正な運営及び公正な競争を確保する』という名目のもとに職業選択の自由が制限されることになってしまふおそれがある。これは憲法第二二条第一項の精神に反し、同条の解釈を誤ったものである」という弁護人の上告趣意に対し、最高裁判所は「憲法第二二条一項にいわたる職業選択の自由は無制限に認められるものではなく、公共の福祉の要請がある限りその自由の制限されることは、同条項の明示するところである。道路運送法は道路運送事業の適正な競争を確保するとともに、道路運送に関する秩序を確立することにより道路運送の総合的な発達を図り、もって公共の福祉を増進することを目的とするものである。そして同法が自動車運送事業の経営を各人の自由になしうるところとしないで免許制をとり、一定の免許基準の下にこれを免許することにしてゐるのは、わが国の交通及び道路運送の実情に照らしてみても、同法の目的とするところに副うものと認められる。ところで自家用自動車の有償運送行為は無免許営業に発展する危険性の多いものであるから、これを放任するときは無免許営業に対する取締の実効を期し難く、免許制度は崩れ去るおそれがある。それ故に同法一〇一条一項が自家用自動車を有償運送の用に供することを禁止しているのもまた公共の福祉の確保のために必要な制限と解される」とし、同条項が憲法第二二条一項に反するものでないと述べている。

寛せい刑取締法違反被告事件に於いては最高裁判所は判決理由の中で、「……寛せい刑取締法が一方において

覚せい剤の適正な使用の途を開きつつ、他方において、法定の資格者以外の者によってその譲渡、譲受、所持等が濫用の因をなしやすいことに鑑み、法定の場合の外一般に覚せい剤を所持し、又は譲り渡す行為等を禁止し、これが違反に対し罰則を定めても公共の福祉のために必要なものであることは当裁判所大法廷判決（昭和二八年（第）三九〇号昭和三十一年六月一）の趣旨に徴し明らかである。それ故、法定の資格者でない者が覚せい剤を所持譲渡しても必ずしも公共の福祉に反するものでないことを根拠として、原判決が憲法第二二条に違反するとの主張は、その理由がな²⁷い」と述べ、如何に職業選択の自由を有すると雖も公共の福祉に反しては認められないことを明らかにしている。

麻薬取締法違反被告事件に於いては最高裁判所は、「原判決の是認した第一審判決は、被告人の常習として、かつ営利の目的で、麻薬を譲り受け、譲り渡し、所持した行為に対し、麻薬取締法六七条二項等を適用して処断したが、右規定は、職業選択の自由を制限するものであるから、憲法第二二条一項に違反する」と主張する弁護人の上告趣意に対して、「麻薬は、その用法によっては人の心身にきわめて危険な害悪を生ずるおそれがあるから、麻薬取締法は公共の保健衛生の要請上、その取扱を制限しているものであり（昭和二七年（第）四二二二号昭和三十一年七月一八）、本件違反物件たる塩酸ジアセチルモルヒネの取扱については特に厳重な規定を設けて、厚生大臣の許可を受けた例外的場合を除くほか、何人に対してもその譲受、譲渡、所持等を禁止しているのである（麻薬取締法二二条一項）。そして右の禁止は、公共の福祉のため必要であるから、これに違反した者を処罰する所論麻薬取締法の規定は、憲法二二条一項に違反するものではない²⁸」と判示している。

県知事の認可を受けず、自ら設備した浴場において、公衆浴場を経営し、公衆浴場法および福岡県基準条例違反に問われた被告人に対し、最高裁判所は「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要欠くべからざる、多分に

公共性を伴う厚生施設である。そして、若しその設立を業者の自由に委せて、……その配置の適正を保つために必要な措置が講じられないときは、その偏在により、多数の国民が日常容易に公衆浴場を利用しようとする場合に不便を来たすおそれなきを保し難く、また、その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいては浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来たすおそれなきを保し難い。このようなことは、上記公衆浴場の性質に鑑み、国民保健および環境衛生の上から、出来る限り防止することが望ましいことであり、従って、公衆浴場の設備場所が配置の適正を欠き、その偏在乃至濫立を来たすに至るときは、公共の福祉に反するものであって、この理由により公衆浴場の経営の許可を与えないことができる旨の規定を設けることは、憲法二二条に違反するものとは認められない。」²⁹として、公衆浴場法第二条は憲法違反であるとすると上告をば全員一致で棄却している。

無届で貸金業を営むことは、貸金業等の取締に関する法律の目的とする金融の健全な発達を妨害する故に違法であるという、名古屋高等裁判所金沢支部の判決（昭和二六年一月二七日）を支持した最高裁判所は、無届貸金業営業を禁止し処罰する貸金業法第五条第一八条一号は職業選択の自由を不当に圧迫するものではないと判示している。³⁰

(四) 職業につき一定の資格が要求せられる場合

医師、薬剤師、裁判官、検察官、弁護士、自動車の運転手等にはその性質上一定の資格が要求せられ、資格のない者がこれらの職業に就くことを禁止しているのは、もし資格のない者がこれらの職業に就いた場合、人の生命、身体、財産等に危険を及ぼす怖れが多分にあり、従ってその資格を制限する規定は合憲なものと云わざるを

得ない。されば最高裁判所は歯科医師法違反被告事件の判決理由の中で「思うに印象採得、咬合採得、試適、嵌入が歯科医業に属することは、歯科医師法一七条、歯科技工法二〇条の規定に照し明らかであるが、右施術は総義歯の作り換えに伴う場合であっても、同じく歯科医業の範囲に属するものと解するを相当とする。けだし施術者は右の場合であっても、患者の口腔を診察した上、施術の適否を判断し、患部に即応する適正な処置を施すことを必要とするものであり、その施術の如何によつては、右法条にいわゆる患者の保健衛生上危害を生ずるおそれがないわけではないからである。されば、歯科医師でない歯科技工士は歯科医師法一七条、歯科技工法二〇条により右のような行為をしてはならないものであり、そしてこの制限は、事柄が右のような保健衛生上危害を生ずるのおそれなきを保し難いという理由に基いているのであるから、国民の保健衛生を保護するという公共の福祉のための当然の制限であり、これを以て職業の自由を保障する憲法二二条に違反するものと解するを得ないのは勿論、同法一三条の規定を誤って解釈したものと云い難い……」³¹と判示している。

(五) 職業遂行の態様に制限を加える場合

職業選択の自由は前述の如く当然に営業の自由、職業遂行の自由を含むものであるが故に、職業遂行が公序良俗に反すると考えられる場合には国家は法律でもって制限出来ること論を俟たない。私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律は、「私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達

を促進することを目的……」(第一条)として制定せられたものであり、かかる目的の爲には、個人の營業の自由と雖も重大な制限を加えられることを端的に表明しているものである。

(六) 外国人が職業選択の自由について制限を受ける場合

外国人とは日本の国籍を有しない者であり、外国の国籍を有する者と無国籍者とに分れ得るが、ときには日本の国籍と外国の国籍を有する者を外国人として取扱う場合もある(例、昭和二四年政令第五一号、外国人の財産取得に関する政令)。外国人は法律上日本人と同一の地位を有するを原則とし、一般に職業選択の自由が保障せられているが、国家的利害關係から或る種の権利については法令によって禁止又は制限を受けている。禁止される例としては水先人(水先法五条一号)、船舶所有権(船舶法一条)、鉱業権(鉱業法一七条)があり、制限される例としては、国又は公共団体に対する損害賠償請求権(国家賠償法第六條)、不正競争による損害賠償請求権(不正競争防止法第三條)、土地所有権(外国人土地法)、特許権(特許法第三條)、商標権(商標法第二四條)、実用新案権(実用新案法第二六條)、意匠権(意匠法第二五條)、弁理士(弁理士法第二條)、著作権(著作権法第一八條)等の他に、日本各港間の船舶による運送(船舶法第三條)、本邦内各地間の航空運送(航空法第一二七條第一三〇條)がある。なお外国人が一定の重要な権利を取得せんがためには、外国人の財産取得に関する政令(第三四條)等により外資委員会の認可を受けねばならないし、又破産については破産法第二条但書により特別な取扱いを受けることがある。

外国人が我が国の官職に就く能力の有無については従来から法律に明文の規定はなかったが、従来の官吏については、日本国籍を有しない者は就官能力なしと解されていた(旧国籍法第二四條二項、恩給法第九條等により)。現在においても法律上明文の規定はないが(国家公務員法第二七・三八條参照。なお現行国籍法は前掲の旧第二四條二項廢

止した)、「国家主権の維持及び他国の対人高権の尊重の見地」から「公務員に関する当然の法理」として、国家意思の決定と国家公権力の行使に直接関係ある国家公務員となるには、日本の国籍を有するものたることを必要とする^とと解される(日本政府警察官たるには日本国籍を必要とするが、昭和三年政令五六号による臨時職員たるには必ずしも日本国籍を要しないという点につき昭和三年六月一七日法務調査意見長官回答。なお昭和四年五月七日法務調査意見第二局長回答。昭和二十八年三月二五日法制局第一部長回答参照)。

む す び

以上述べてきたことから知り得る如く、職業選択の自由は公共の福祉に反しない限り認められるものであり、従って国家は公共の福祉を理由としないで職業の選択を禁止したり制限したりすることは、法律による場合でも許されない。ただ例えば未成年者が自己の職業を選択するときに親権者の許可を必要とする場合(民法第八二五条)があったり、職業といっても売淫のような自己を墮落させる場合とか高利貸など反社会性の強い職業等もあり得るので、ある種の職業については全面的に禁止されたり、又特定の条件の下においてのみ許可されることもある。

とにかく我々が法上の権利として有するところの職業選択の自由を制約するところの公共の福祉については、それが極めて漠然とした概念であり、その具体的内容の把握については容易なことと云い得ない。従って我々は一体何が公共の福祉であるのか載然と理解し難いのであるが、前述の如く最終的には最高裁判所によってケース・バイ・ケースで具体的に明示されなければならないし、我々は又それによって具体的に理解し得るのである。

これまで憲法第二二条の職業選択の自由に関する最高裁判所の判決を通じて、公共の福祉とは具体的には社会秩序の維持と善良の風俗（の増進）、国民生活の安寧、職業の安定と経済の興隆、道路運送の総合的な発達、公共の保健衛生、国民保健および環境衛生、金融の健全な発達、農業生産力の発展と農村における民主的傾向の促進等が恰もこれにあたることを知り得たのであるが、これらの言葉として未だ抽象的なそしりを免れ難い。しかも現在までのところ判例も部分的に偏在していたりして十分に公共の福祉を明示し尽くしているとは云い得ない。このことは国民の自由とか権利の保障及びその尊重という面からみて極めて重大なことと云わねばならない。

註1、本稿を論ずるにあたって多くの示唆をうけた大野盛直教授著「職業選択の自由」（綜合判例研究叢書、憲法②所収）において同教授も述べられて居られるように、学説、判例の分類はとも難しく、従って一応分類した形にはなっていないもなんら態をなして居らないことをお詫びしなければならぬ。

- 2、大野、前掲書一八七頁。法学協会「註解日本国憲法」上巻④四三七頁。
- 3、同右。
- 4、清水澄「逐条帝国憲法講義」二二八―二二九頁。
- 5、市村光恵「帝国憲法論」四〇四頁。
- 6、上杉慎吉、「帝国憲法逐条講義」八二―八三頁。
- 7、宮沢俊義、「日本国憲法」コンメンタール篇、二五一頁。
- 8、佐藤丑次郎、「帝国憲法講義」二二六―二二七頁。
- 9、杉村章三郎、「岩波・法律学辞典」二卷一〇六頁。
- 10、法学協会、前掲書、四三六頁。
- 11、清水伸編著、「逐条日本国憲法審議録」第二卷、四六三頁。
- 12、中谷敬壽、「公共の福祉について」（公法研究第四号所収）二頁。
- 13、Riche, "Natural rights", 3rd ed. 1916 p. 272 木村亀一「法の理念としての公共の福祉」（末川博他「基本的人権と公共の福祉」所収）六九―七〇頁参照。
- 14、東高裁、昭二七・二二・一〇判決、高裁判集第五卷一三三―一四二頁。

- 15、清水・前掲書、二八二頁。
- 16、憲法調査会報告書、五四二頁。
- 17、同右、五四八頁。
- 18、中谷敬寿、前掲書二三頁。
- 19、東地裁、昭二五・七・一九行裁例集一卷六号八九二頁。
- 20、昭二九年(例)第一三二号、同三四・七・一五大法廷判決。
- 21、東高裁、昭三一・一〇・三〇判決、高裁刑集一〇卷九号七三四頁。
- 22、昭二八・三・一八大法廷判決、刑集七卷三号五七七頁。
- 23、昭三一・四・三天法廷判決、刑集二卷四号二二一九頁。
- 24、昭二五・六・二二大法廷判決、昭二四年新(例)第七号、刑集四卷六号、一〇四九頁。
- 25、金沢良雄、「營業の自由の制限」(ジュリスト、憲法判例百選所収)五七一五八頁。
- 26、昭三五年(例)第一八五四号、昭三八・一二・四大法廷判決。
- 27、昭二九年(例)第三九四四号、昭三一・九・一一第三小法廷判決、刑集二〇卷九号一三四一頁。
- 28、昭二九年(例)第一四〇〇号、同三一・一二・二六大法廷判決、刑集二〇卷一二号一七四六頁。
- 29、昭三〇・一・二六大法廷判決、刑集九卷一号八九頁。なお昭三二・六・二五第三小法廷刑集二二卷六号一七三二頁もこの判決を引用して
公衆浴場法第二一条第八号一条の合憲性を認めている。
- 30、昭二九・一一・二四大法廷、刑集八卷一号一八六〇頁。
- 31、昭三三年(例)第四二一号、同三四・七・八大法廷判決、刑集二三卷七号二二三三頁。