

職業の自由、意見表明の自由、プレスの自由（一） ——商業広告をめぐる基本権競合の問題——

杉原 周 治

- 一 はじめに
- 二 基本法二二条一項の職業の自由の概観
- 三 職業の自由と意見表明の自由の競合
- 四 職業の自由とプレスの自由の競合
- 五 むすびにかえて

一 はじめに

1 本稿の目的

基本法二二条一項一文は「すべてのドイツ人は、職業（Beruf）、職場（Arbeitsplatz）、養成所（Ausbildungsstätte）を自由に選択する権利を有する」と規定し、同二文は「職業遂行（Berufsausübung）は、法律により、または法律の根拠に基づいて規律されうる」と規定する。学説によれば、同条項は①「職業選択の自由」、②「職場の選択の自由」、③「養成所の選択の自由」、④「職業遂行の自由」という四つの基本権を保障していると言われる^①。そして判例・学説は、これらの四つの基本権を「統一的**基本権**」（ein einheitliches Grundrecht）と理解し、これを「**職業の自由**」（Berufsfreiheit）と呼ぶ^②。この職業の自由をめぐる問題は多岐に渡り、同基本権に関わる文献や連邦憲法裁判所の決定

の数も膨大であるが、本稿はそのなかでも我が国ではほとんど論じられてこなかった、職業の自由と他の基本権との「基本権競合」の問題を取り上げる。確かに我が国でも、基本法一二条にいう職業の自由についての研究・紹介はすでになされてきたが、それらにはもっぱら職業の自由に対する規制の限界をめぐる議論を扱っており、競合の問題が詳細に検討されることはなかった。しかしドイツでは、とりわけ学説において、職業の自由の他の基本権との競合の問題は従来より盛んに議論されており、今ではほとんどの教科書でも基本法一二条を論じる際に扱われる重要論点となっている。本稿では、職業の自由と競合しうる基本権のうち、とりわけ商業広告をめぐる問題となる基本法五条一項一文の意見表明の自由と同条一項二文のプレススの自由をとりあげ、両基本権の競合をめぐるドイツの議論を分析し、たうえて、若干の考察を加えることにしたい。

2 商業広告をめぐる表現の自由と営業の自由の関係についての我が国の議論

日本国憲法一二条一項は明文上は「職業選択の自由」に限って保障しているため、「職業遂行の自由」または「営業の自由」が憲法上保障されているのか否かが問題となる。ところで学説の一部は職業遂行を営業と呼び両者を同義に捉えるが、「営業」とは、営利目的で行われる独立の事業のことであるから、想定される主体は、個人企業家もしくは法人企業、総じて事業者であり、したがって営業は、「万人に共通して問題となる」職業遂行とは区別されると解する学説が多数見られるため、両者をそれぞれ別個に論じる必要がある。まず職業遂行の自由につき、学説は二つに分かれる。圧倒的多数説である肯定説は、一二条の文言を無視するか、または「遂行する自由を伴わない選択の自由はほとんど無意味である」という論理から、職業選択の自由は職業遂行の自由を「当然に含む」と解する。ここでは、職業遂行の自由は一二条を根拠に憲法上保障され、「選択と遂行が全く同等の憲法的保障を受け」ることになる。これに対して職業遂行の自由は憲法上の保障を受けないとする立場がある。否定説の提唱者である甲斐素直教授は、

職業選択の自由は「精神的自由権に属する」と理解し、「職業の自由のうち、憲法が人権として強力に保障しているのは、文言上明らかに職業選択の自由に限定される」ため、「職業遂行の自由は、憲法的保障の対象とはされない」という。ただし「職業遂行の自由の制約の結果、実質的に職業選択の自由を制約している」と認められる状態に達した場合には、職業選択の自由に対する侵害として、実質的には憲法的保障が与えられることになる」という。⁹⁾

職業遂行の自由に対して、現在の憲法学説において「憲法が営業の自由を保障していることは、誰も疑っていない」¹⁰⁾問題はその憲法上の根拠である。①二二条および二九条説は、「営業の自由は、自己の選択した職業を営むという意味では、職業選択の自由に包含されているが、その実質が財産権を行使する経済活動であるという意味において、二九条による保障を受ける側面を有する」と理解し、営業の自由は憲法二二条および二九条を根拠とすべきと主張する。②二二条または二九条説¹¹⁾は、営業の自由のうち、開業の自由、営業の維持・存続の自由、廃業の自由を意味する「営業をすることの自由」は二二条で、「現に営業している者が、任意にその営業活動を行い得る自由」である「営業活動の自由」は二九条で保障されると解する。ここでは職業の自由の保障は「営業をすることの自由」には及ぶが、営業活動の自由には及ばないということになる。③これに対して二二条説（通説）¹²⁾は、「営業をすることの自由」と「営業活動の自由」を切り離すことは実際には困難であると考え、両者はともに「営業の自由」として憲法二二条で保障されていると解すべきとする。ここでは営業の自由は職業の自由の「一内実」¹³⁾とみなされ、したがって職業の自由の中に営業の自由が含まれると解する。④二九条説は、営業の自由を経済的自由と捉え、したがって二九条によって保障されると解する。¹⁵⁾すなわち、「職業の自由の、経済的自由権としての側面を、独立の人権としてとらえるとき、これを営業の自由と呼ぶ」とし、この営業の自由についてはもっぱら二九条で処理すれば十分である結果、二二条が適用となるのは、営業の自由を捨象した狭義の職業の自由となり、それは精神的自由権として考えることがで

きることになる」という。

しかしいずれの立場を採るにせよ、営業活動が「営業の自由」によって憲法上保障されている解する点では学説は一致している。では、売り上げの向上を目的とてなされる「商業広告」も、この営業の自由によって保障されると解されているのであろうか。この点我が国の学説は、もっぱら商業広告については、それを「営利的表現」⁽¹⁶⁾と称して営業の自由ではなく、表現の自由の問題としてきた。確かに学説のなかには、この営利的表現が表現の自由の保障を受けるか否かにつき、「意見広告」については表現の自由の問題としながらも、「純然たる商業広告」⁽¹⁷⁾については思想の自由市場と関係がないので、表現の自由の保護の領域には属しないとみる立場もあるが、現在の通説は、「営利的表現が表現の自由の保障対象となることを当然」⁽¹⁸⁾のこととみている。しかし商業広告が憲法二一条の保護の対象とされたとしても、広告の経済的機能が失われるわけではない。営業の自由が営業活動の自由も保障することに鑑みれば、「営業活動面での説得的コミュニケーション行為」⁽¹⁹⁾としての営利的表現は、表現の自由だけでなく、営業の自由によっても憲法上保障されうることになる。実際に学説のなかには、「営利的表現の自由は、表現の自由と営業の自由との双方によってカバーされるであろう」と主張するものが散見される。⁽²⁰⁾ところが通説はこれまで、営利的表現については表現の自由の問題としてのみ論じてきており、これによって営業の自由の順番はそもそも存在しえないかのよう⁽²¹⁾に扱っている。しかしこの立場は、①営業の自由を問題としないのであれば同基本権の保障の範囲を狭めることにはならないのか、②なぜ表現の自由によって営業の自由が排除されてしまうのか、③なぜ両基本権が同時に審査基準として用いられ得ないのか、④営利的表現に際して営業の自由が問題となりうる固有の場面などは存在しえないのか、等について明確な説明をしていない。さらに学説のなかには、営利的表現が表現の自由と営業の自由という「二つの側面」を有することは、営利的表現に「政治的言論と違って、より大きな制約を加える」根拠となると解するものが

いる。⁽²⁾しかしながらこの立場は、なぜある行為が、それが一つの基本権によって保護される場合よりも複数の基本権の保護領域に含まれる場合の方が保護の程度が弱くなってしまふと言えるのか疑問が残る。「二一条の枠組みの中で、政治参加に関わる職業に関しては、二一条の表現の自由と同じように扱われるべきであ」るといふ指摘のように、⁽²⁾業の自由によってある行為に常により大きな制約が加えられうるわけではない。これらの問題を解決するためには、そもそも表現の自由と営業の自由という二つの重要な基本権がどのような関係にあるのかを明らかにする必要があるように思われる。

3 本稿の論証方法

この問題を検討する際、ドイツにおける職業の自由と意見表明の自由・プレス(一)の自由の競合をめぐる議論が手がかりになると思われる。我が国の学説には「商業的広告：の憲法上の位置付けに関して、ドイツでは、：アメリカとは異なり、基本的には職業遂行の自由の問題であり、一定の場合に意見の自由の問題となる解している」⁽³⁾と解するものもあるが、実際にはドイツでは、ある商業広告がAまたはBのどちらか一方の基本権によって保護されるといった単なる択一的方法によってのみこの問題を解決しようとしているわけではない。ドイツでは、基本権の保護領域、性格、機能等に十分配慮した上で、基本権競合論に基づいた解決方法が試みられているのである。この議論を明らかにするために本稿は①まず、競合を論ずる上で前提となる職業の自由の内実を明らかにし、その後、商業広告がどの基本権の保護領域に含まれるのかという観点から、関連する連邦憲法裁判所の判例を分析したうえで、②職業の自由と意見表明の自由の競合、③および職業の自由とプレス(一)の自由の競合につき検討を加えることにする。

二 基本法一二条一項の職業の自由の概観

職業の自由の保障の内実については、我が国ではこれまで詳細な分析・紹介がなされてこなかった。そこで、敷衍になるかもしれないが、本章では職業の自由をめぐるドイツの議論を概観しておくことにする。

1 職業の自由の保障の意義

ワイマール憲法一五一条三項とは異なり、基本法一二条一項は「営業」(Gewerbe)ではなく「職業」(Beruf)の自由を保障すると明記している。その理由は、連邦憲法裁判所の薬局判決(BVerfGE 7, 377)⁽²⁴⁾によれば、同条項が「社会秩序・経済秩序という客観的原則としての『営業の自由』(„Gewerbefreiheit“)を宣告したのではなく、むしろ「個人に対して営業を独立して遂行する自由以上のものを保障するものである」(S. 397)からだという。つまり同条項は、「独立した」(selbständig)職業と「独立していない」(unselbständig)職業を区別することなく、自営業者の活動とともに、被用者の活動をも保護しているという(S. 398 f.)⁽²⁵⁾。このように基本法が個人に対して職業の自由を保障する意義につき、同判決は以下のように述べる。すなわち、「この基本権はすべての社会階級(soziale Schichten)にとって大きな意義を有し…かつ『職業』の価値と尊さは、すべての人に平等である」(S. 397)。また、「職業」は人間にとって「人生設計および生活基盤であり、また職業」を介して個人は社会の全機能に寄与する」のであって、人間の人格は職業「を通して初めて形成・実現される」。このことから基本法一二条は、単なる営業活動である「仕事」(Arbeit)ではなく、「人間の人格」(Persönlichkeit des Menschen)と密接な関連性を有する「職業」を保障すると明記したとされる(S. 397)⁽²⁶⁾。ではここでいう「職業」とはどのようなものと考えられているのであろうか。

2 「職業」の概念

(1) 「広い」職業概念

判例・学説によれば「職業」の概念は「広く」(weit)解される。すなわち薬局判決は、「職業」概念には「特定の、伝統的な、ないしは法的に定められた『職業観念』(Berufsbildern)において描かれるあらゆる職業だけでなく、個人が自由に選択する、非典型的な(許された)活動(Betätigungen)をも含む」(S. 397)と判示した。この趣旨は同裁判所のその後の決定と連邦行政裁判所の判決に踏襲されている。⁽²⁷⁾例えば連邦憲法裁判所の一九九七年一〇月二九日決定(BVerfGE 97, 12)は、特許権所有者がその特許を保持するために支払う特許料の満期支払期と払い込みを、弁理士または弁護士の資格を有さない者が特許権所有者に代わって監督するサービス業が適法か否かが争われた事例において、このサービスは「伝統的な職業ではなく」、また「この活動に対する職業観念はドイツ国外において発展したものである」が、「職業であると認めるに際して、立法者がすでに職業観念を發展させたという条件は問題とならない」と述べ、右活動を基本法一一条一項という「職業」であるとみなした(S. 26, 34)。学説もこの趣旨を支持し、職業概念には伝統的な職業観念だけでなく、「新たに発生し、独自に作られた職業も含まれる」と解している。⁽²⁸⁾しかしながらすべての活動が職業とみなされるわけではなく、判例・学説はいくつかの要件を課している。

(2) 「継続性」の要件と「生活基盤の形成・保持」の要件

同条項にいう「職業」の要件として、判例・学説はまず、①「継続(Dauer)を目的としている活動(Tätigkeit)」と、②「生活基盤(Lebensgrundlage)の形成と保持に寄与する活動」または「収益(Erwerb)を旨とした活動」を挙げる。⁽²⁹⁾判例・学説によれば、これらの要件も「広く」解される。学説のなかには例えば、臨時の仕事(Gelegenschaftsjob)や休暇中のアルバイト(Ferienjob)、見習いとしての雇用関係も、右の要件を満たし職業とみなされると解するもの

が散見される。⁽³⁰⁾ ただし連邦憲法裁判所は、一九九八年二月一七日判決 (BVerfGE 97, 228)⁽³¹⁾ において、「職業は、個人の『才能』(Berufung) に基づいて選ばれ受け入れられた活動だけでなく、収益のためになされた職業活動 (Beschäftigung) のうち、一回限りの収益行為 (einmaliger Erwerbssakt) で完結するものを除く、すべての活動をいう」(S. 253) と述べ、「一回限りの収益行為」は職業には当たらないと判断している。また学説は、「本業」(Hauptberuf) だけでなく、「単なる趣味」を除けば、「副業」(Zweitberuf) も職業とみなされうると解している。⁽³²⁾ 連邦憲法裁判所も、二〇〇一年四月二二日公布の「危険犬の取り締まりのための法律」第一条に置かれた「危険犬の国内への持ち込み・輸入を制限するための法律」に基づく危険犬の持込・輸入規制の合憲性が争われた二〇〇四年三月一六日判決 (BVerfGE 110, 141)⁽³³⁾ において、「憲法異議申立人が犬を副業的に (nebenberuflich) のみ飼育していたとしても、それによって基本法二二条一項の基本権保護が排除されるわけではない」(S. 156 f.) と述べ、これを支持している。

(3) 「許容性」の要件

判例・学説上問題となっているのは、「職業」の要件として、職業活動を構成する個々の「行為」(Handlungen) が「許されていること」、つまり「禁止されていないこと」が要求されるか否かである。ここでいう「許されていない」とは、当該行為が刑法上「可罰的」(strafbar) とされているか、法律上禁止されていることをいう。この「許容性」(Erlaubtheit) の要件につき判例・学説の立場は大きく二つに分かれている。

(a) 肯定説

連邦憲法裁判所の決定は一貫して許容性の要件を肯定し、「許された」行為のみが「職業」とみなされると解している。⁽³⁴⁾ 例えば、バーデン・ビュルテンブルク州のカジノ規制がカジノ経営者の職業の自由違反となるか否かが争われた事案に関する連邦憲法裁判所の二〇〇〇年七月一九日決定 (BVerfGE 102, 197) は、「公認のカジノの経営は、この

活動が法律によって禁止されておらず、かつ民間企業に開かれている限りにおいて、基本法一二条一項にいう職業の遂行である」(S. 213 F.)と述べ、右規制は職業の自由を侵害すると判示した。

また、連邦行政裁判所の多くの判決や上級行政裁判所も右の立場を支持している。⁽³⁵⁾例えば、グリコール入りワインリストの連邦大臣による交付の適法性が問題となった一九九〇年一〇月一八日の連邦行政裁判所判決 (BYVERGE 87, 37) は、「連邦憲法裁判所の確立された判例にれば、基本法一二条一項は各人に、『許されたすべての活動』を職業として遂行する基本権を保障している。…(これに対して)学説の一部は、不当にも、以下のような批判を主張する。すなわち、これらの決定によって、禁止された職業活動がはじめから基本権構成要素から排除され、結果として、当該法律上の禁止を基本法一二条一項…に基づいて審査する必要がなくなってしまう、というのである (vgl. Breuer in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV 1989, § 147 Rdnr. 43, S. 910)。(しかしこの批判は)合法的な法律による禁止のみが自由な職業遂行を制約しうる」ということを無視している。つまり、まさのそのような禁止は、憲法の諸規定に基づいて、したがって、職業遂行の自由が侵害される限りにおいて基本法一二条一項に基づいても、審査されなければならないのである」(S. 40 F.)と判示している。

学説のなかにもこれを支持するものが散見される。⁽³⁷⁾その根拠は以下の点にある。①許容性の要件を批判する学説は、この要件が適用された場合には職業概念が立法者の恣意によって決定されうると危惧しているが、この批判は、許容性の要件の基準が「職業遂行 (berufliche Vornahme) とは無関係の個々の行為」にある点を見落としている。すなわち、「職業は複数の行為の束 (Bündelung) であり、この特別な、つまり職業的な束が禁止または制限されうるか否かは、常に基本法一二条一項によって審査される。これに対して個々の行為は、他の基本権によって保護される。つまり個々の行為が禁止されうるか否かは、これらの他の基本権に関わっている」。⁽³⁸⁾したがって、許容性の要件によって

立法者が職業の自由の射程を恣意的に決定することはない、という。⁽³⁹⁾ ②「他人の基本権、とりわけ生命、身体の不可侵性、自由、所有権を侵害することをその目的としている活動は、基本法の人間像と基本権の価値体系に従えば、基本権の保護領域には含まれない。それゆえ、許容性のメルクマールは支持されるべきである」。⁽⁴⁰⁾ ③許容性の要件は、職業的に遂行されるか否かに関わらず「禁止」される活動が職業概念から除外されることを意味する。逆に、ある活動がそれ自体は禁止されていないが、職業的に遂行することは禁止されている場合、これは職業概念の問題ではなく職業の自由の制約の問題となる。こうした考え方は、「基本権が、人間の活動という特に保護に値する領域を国家による介入から保護するという義務を負っている、という一般的な考え方に適合する」。⁽⁴¹⁾ 以上のように、許容性の要件肯定説に立てば、例えば、刑法で禁止されている「盗品等の譲り受け行為 (Hehlen)」(刑法二六〇、二六一條) や「殺人」(同二二一、二二二條) は、これが刑法上「可罰的」であることを理由に、職業の自由の保護領域から排除されることになる。

(b) 否定説⁽⁴²⁾

肯定説に対して、連邦行政裁判所の判決の一部が許容性の要件を否定する立場を表明している。例えば一九六五年一月四日の判決 (BVerwGE 22, 286) は、有料の占り (Wahrsagen) を禁止している一九三四年一〇月六日公布の「占いに対するバイエルン州命令」(WahrsageVG) に基づき官庁が原告の占星術 (Astrologie) の経営の届出を拒否したことに對して提起された訴訟に関わる事案において、「原告の営業活動が単純法律によって、禁止されかつ／または可罰性が宣告されていることは、右活動が基本法一二条一項一文にいう職業としての性格を失う理由とはならない。むしろ基本法から導かれうることは、どのような活動が『職業』という基本権保護の埒外に置かれ、その結果法律または命令による基本法一二条一項侵害がなくとも当該活動を行った者はすべて処罰されるのか、ということのみで

ある」(S. 288)と判示し、結論として占星術師の活動を基本法二二条一項にいう職業であるとみなした。この趣旨は、賭博業者 (Wettunternehmer) としての許可申請とカジノ (Spielbank) の認可延長申請を、それぞれ一九四九年の「スポーツ賭博法」(SportwettG) と一九九三年カジノ法 (Spielbankengesetz 1993) に基づいて州大臣が拒否したことが問題となった、一九九四年八月二三日の二つの連邦行政裁判所決定に踏襲された (BVerwGE 96, 293 (296 f.); 96, 302 (308))。そしてここでも、賭博行為・カジノは「職業」であるとみなされた。⁽⁴³⁾

さらに圧倒的多数の学説が、許容性の要件に対して異を唱えている。その根拠として以下の点が主張されている。

①法律で禁止されていない行為のみを職業とみなすのであれば、職業の自由が法律によって「弱体化」(Aushöhlung) する危険が生じうる。⁽⁴⁵⁾ ②立法者には、刑法上または行政法上の禁止規定によって職業の自由の保護領域を「任意に」(nach Belieben) 狭めることは許されていない。⁽⁴⁶⁾ ③どの活動が法律上禁止されまたは可罰的とされるべきか、さらにある活動が立法者によって禁止されるのか否かを決定する責務や機能を与えられているのは、まさに職業の自由の基本権である。⁽⁴⁷⁾ ④許容性の要件によって立法者が職業の自由の保護領域を画定しうるのであれば、これは「立法は憲法適合的秩序…に拘束される」として憲法の優位を定める基本法二〇条三項に違反する。⁽⁴⁸⁾ ⑤許容性の要件によって、基本権を制約する法律は「憲法上の正当化の拘束や、法治国家的な過剰侵害統制から解放されてしま」い、これによって「憲法上の基本権保護と単純法律による基本権制約の間の関係が逆転してしま」う。⁽⁴⁹⁾ ⑥連邦憲法裁判所は、後述のように、国家行為による職業の自由の介入の合憲性審査に段階理論を用いているが、この理論は、まさに職業活動に対する法的禁止をコントロールするものである。したがって同裁判所は、段階理論の導入によって、許容性の要件から完全に乖離したことになる。⁽⁵⁰⁾ ⑦肯定説は、もし法律で禁止された活動まで職業概念に含まれると解すると職業の自由が「無になる」(leerlaufen) というが、そのような危険は存在しえない。なぜなら職業概念は、前述のように「継

「持続性」と「生活基盤の形成・保持」の要件によってその輪郭が明確にされており、さらに職業活動は、比例原則を満たした、憲法に適合する法律によってのみ制約を受けるからである。⁽⁵¹⁾ ⑧ある活動が法律で禁止されているか否かは、職業概念または職業の自由の保護領域の画定とは「関係のないことである」。つまりそのような活動は、職業の自由の保護領域に対する「制約」の次元の問題である。⁽⁵²⁾

もっとも、許容性要件否定説に立つ論者も、プロの犯罪者 (Berufsverbrecher)、殺し屋 (Berufskiller)、麻薬密売人 (Rauschgift-Dealer) などは「例外的に」職業の自由の保護領域から排除される、という点では一致している。その根拠は、例えば、これらの行為は①「それ自体他人の保護法益の侵害を目的とするものである」、②「基本法にいう人間像と、憲法上の根本的評価に明らかに相容れないものである」、③これらの行為を認めることは、「法秩序の無視を黙認するものとなる」、⁽⁵³⁾ という点にある。

(4) 許容性要件の類型化

右のような学説の批判を受け、連邦行政裁判所の判決はその理論の内容を修正した。⁽⁵⁴⁾ それによれば職業概念に含まれる「許される」活動とは、法律によって「禁止されていない」または「可罰的でない」活動をいうのではなく、「共同体にとって有害でない」活動を意味するのだという。すなわち、右の一九六五年一月四日の連邦行政裁判所判決 (BVerwGE 22, 286) は、「基本法は、人間を孤立した個々の存在 (Einzelwesen) とはみなしていない。むしろ憲法上秩序づけられた、個人の共同体との関係は、その実質的価値を不可侵とする、人間の共同体関連性 (Gemeinschaftsbezogenheit) と共同体との結びつき (Gemeinschaftsgebundenheit) とを「考え方に基づいている」(S. 288)。しかし「仮に、確かに共同体に有害な活動 (gemeinschaftsschädliche Betätigungen) も基本法一二条一項にいう職業とみなされるが、しかし当該活動を採用し遂行することは基本法一二条一項二文によってすべての人に禁止され

うる、というのであれば、この考え方は職業の自由の意義に適合しない。なぜなら、この考え方を採れば…憲法上の職業の自由保障は無意味なものとなるからである。それゆえ、法共同体の価値観念（Wertvorstellungen）に従い…一般的に共同体に有害であるとみなされる活動は、はじめから基本法一二条一項一文の自由保障の埒外に置かれる。そのような活動として、例えば、プロの犯罪者や営利売春（Gewerbsunzucht）の遂行が挙げられる。共同体の支配的な基礎観念は、ある活動が禁止され可罰的であることを意味する必要はないし、またそうであってはならないのである」（S. 289）。このように、連邦行政裁判所によれば、「価値観念」や「法共同体」が、共同体に対して有害であるとみなしている職業活動は、これが法律によって禁止され、または刑罰を科されているか否かにかかわらず、基本法一二条という職業概念から排除される。許容性要件肯定説に立つ学説の一部も右の立場を支持し、例えば「社会共同体に有害な活動」や、「道徳的に無価値な（ein moralisches Unwerturteil）」活動は、基本法にいう職業とはみなされないと解している。⁽⁸⁷⁾ところで、具体的にどのような活動が「共同体に有害である」とみなされるのが問題となるが、この点右の判決は、プロの犯罪者と売春行為を挙げていた。これに対して、同裁判所の一九九四年八月二三日の判決（BVerwGE 96, 293）は、「ある活動が、それ自体共同体に有害であるとして、はじめから基本法一二条一項一文の自由保障の埒外に置かれるのか否か、またどのような条件のもとでそうなるのかは…（本件では）原則的に検討する必要はない。（なぜなら）いずれにせよ賭博行事（Veranstaltung von Glücksspielen）はそのような活動ではない（からである）…。このことは、スポーツ賭博（Sportwetten）にも妥当する」（S. 297）と述べ、賭博は共同体に有害なものではないから基本法一二条にいう職業であると解した。⁽⁸⁸⁾

しかしながら「共同体に有害でない活動」の要件に対しては、許容性要件否定説から、また許容性要件肯定説の一部からも以下のような批判が浴びせられている。⁽⁸⁹⁾すなわち、①「社会通念はほとんど確定されておらず、その理解は

絶えず変化し、個人の判断基準に大きく作用されるものであるため、「社会的に無価値な」活動を職業の自由の保護領域から除外することは妥当でない」、②「職業の自由の保護領域の明確な輪郭を形成するためには、この基準はあまりに漠然 (vage) である」、③この要件を認めれば「立法者は、特定の活動を新たに一般的に禁止することによって、当該活動を恣意的に基本法一二条の適用から排除するであろう」、④この要件によれば、「職業であるか否かの判断に決定的なものとは、法的規律ではなく、「一般に認められた通念」である」が、基本法一二条一項によれば「職業の自由は法律によってのみ制約され、かつ職業に関わる禁止と犯罪構成要件化は基本法一二条によって審査されなければならない」ためこの立場は支持しえない、などの批判である。この批判によれば、共同体に有害な活動もいったんは基本法一二条一項の保護領域に含められるため、売春行為も職業とみなされることになる。

3 職業の自由の保障内容

前述のように、基本法一二条は職業の自由という「統一的基本権」を保障する。この概念の導入によって、職業選択の自由と職業遂行の自由の境界画定をめぐるかつての議論が「実際に無意味なものとなった」という評価もなされている。しかしながら、これによって職業の自由に含まれる四つの基本権がまったく区別されないというわけではもちろんなく、これらは依然として異なる基本権として理解されている。では、それぞれの基本権は何を保障していると考えられているのであろうか。

(1) 職業選択の自由

判例・学説によれば、職業選択 (Berufswahl) とは、ある職業に「就く」(ergreifen) か「就かならぬ」(verzichten) かの決定、さらにある職業を、「遂行」(66)、「変更」(67) (wechseln)、「廃止」(68) (beenden)、「放棄」(69) (aufgeben)、「継続」(fortsetzen) するか否かの決定をいうとされる。すなわち職業選択の自由は、職業活動を行いか否か (Ob) を決

定する自由を保障する基本権であり、この基本権によって個人には、ある職業に就くか否かの「決断力」(Initiative)が与えられるのである。⁽⁷²⁾ さらにある職業に「就かない」権利、ある職業を「選択」、「習得」(erlernen)、「遂行」しない権利も、「職業選択の自由の消極的行使 (negative Inanspruchnahme)」として同基本権によって保護される。⁽⁷³⁾

(2) 職場の選択の自由

基本法一二条一項は「職場」(Arbeitsplatz)⁽⁷⁴⁾の選択の自由を保障する。学説はここにおいて「職場」とは職業が行使される「場所」(Stelle)または職業活動の「環境」(Umfeld)を意味し、⁽⁷⁵⁾そして職場の選択の自由を、「職業の自由」という基本権領域の特別な要素または「自由な職業選択の領域における特別な保障の一部分」であると解している。⁽⁷⁶⁾判例・学説によれば、職場の選択の自由の保護領域は、職場の「受け入れ」(aufnehmen)、「維持」(beibehalten)、「変更」、「放棄」、に及ぶと解されている。⁽⁷⁷⁾判例上問題となったのは、同基本権の保障が「雇用関係」(Arbeitsverhältnis)に及ぶか否かである。すなわち、旧東ドイツで公務員として働いていたXらが、一九九〇年八月三一日にドイツ連邦共和国と旧東ドイツの間で交わされた統一条約 (Einigungsvertrag (EV)) によって旧東ドイツとの雇用関係を停止・終了させられたことに対して雇用関係の継続を主張して憲法異議を申し立てた事案において、連邦憲法裁判所の一九九一年四月二四日判決 (BVerfGE 84, 133)⁽⁷⁸⁾は、「既存の雇用関係に対する国家の直接的な介入は、常に、職場の自由な選択の基本権によって審査されなければならない。このことは、公務における職場にも妥当する」(S. 147)と述べ、職場の選択の自由は「空間的のみ理解されるだけではない。」「一定の雇用関係」にも及ぶと判示した (S. 146)。

このような職場の選択の自由については、この基本権が、職業の自由のなかにあって固有の意義を有するかが問題となっている。この点連邦憲法裁判所の右判決は、職業選択の自由が「将来どのような分野 (Feld) の職業を営むかの決定」に関わるのに対して、職場の選択の自由は「選択した職業をどのような場所において追求 (nachgehen) した

いか、という決定に関わる」ため、職場の選択の自由は「職業選択に従属し (nachordnen)、これを具体化するものである」が、「逆に、選択された職場において始めて行われる職業遂行に先行する (vorordnen) ものである」(S. 146) と解し、職場の選択の自由を審査基準として用いた。これに対して学説の中には、職場の自由な選択に対する国家の介入は、「通常、職業選択の自由または職業遂行の自由をも侵害している」ため、同基本権は「職業の自由という統一的な基本権のなかにあつて、単なる二次的な意味を有するにすぎない」という主張もある⁽⁶³⁾。実際に判例においても、右の連邦憲法裁判所の一九九一年判決以前にこの基本権が「固有の役割を演じることはなかった」⁽⁶⁴⁾。その後も同裁判所が職場の選択の自由の問題であるとした事例は、旧東ドイツの科学アカデミー (Akademie der Wissenschaften) の施設で働いていた従業員の雇用関係の解除、ドイツ人民警察 (Volkspolizei) の構成員の解雇、フンボルト大学の神学部と歴史学の講師の解雇など、右判決と同様、統一条約によって発生した旧東ドイツの公務員の労働契約に関してであった。このような事情から、職場の選択の自由は「将来その役割を失うであろう」という指摘もなされている⁽⁶⁵⁾。しかしながら連邦憲法裁判所は、一九九八年七月一五日の決定 (BVerfGE 98, 365) において、職場の選択の自由を右に挙げた従来の判例とは異なる事例で適用した。本件で X らは、西ドイツ地方銀行 (Landesbank) と西ドイツ放送 (WDR) で働く公務員であったが、その定年前に自らの意思によって退職した。しかし X らは、定年前に雇用関係を終了した労働者を保護するための「企業の老齢年金の改善のための法律」(Betriebsrentengesetz-BerAVG) に定めた年金以下の金額しか受け取ることができなかったため、予定していた年金額の不足分の支払いを求めたところ、下級裁判所が右年金支給の要件を満たしていないとして訴えを棄却した。このため X らは、職業の自由違反等を主張して憲法異議を申し立てた。これに対し連邦憲法裁判所は、「(退職後) 企業年金をどれだけ受け取れるかという見通し (Versorgungsanwartschaften) が消滅 (Verfall) することによって、他の職場を自由に選択することが比例的でない方

法で制約される限りにおいて、基本法一二条一項はこの見通しの消滅から労働者を保護する。民法上の規律がこれに
向けられている場合、当該法律は、企業の老齢年金の受け取りを約束されている被用者が定年前の退職に際して、彼
が雇用関係の終了を事実上妨げられるという損失を被らないことを保障しなければならない。∴被用者の定年前の退
職に際する年金額の見通しの消滅によって、被用者に、雇用者の利益のためにより不適當な関係に立たせられるとい
う条件を課すことは許されない」(S. 397)とし、当該規律は基本法一二条一項を侵害していると判示した。

(3) 養成所の選択の自由

職業の自由は「養成所の選択の自由」を含む。連邦憲法裁判所の一九七二年七月一八日判決 (BVerfGE 33, 303)⁽⁸⁷⁾ は、
養成所の自由な選択の権利は「同じく基本法一二条一項で保障されている職業選択の自由との密接な関連性
(Zusammenhang) を基礎としている。養成は、通常、職業の受け入れの前段階 (Vorstufe) であり、両者は、互いに
密接な関係にある生活領域の不可欠の構成要素である」(S. 389) と判示し、「養成所」の職業との関連性を強調し
た。学説は、この趣旨を「ほぼ全員一致で」⁽⁸⁸⁾ 支持し、養成とはその文言を超えて「職業に関わる養成」、すなわち
「一般的な学校教育 (Schulbildung) を超えた、職業のための養成」を意味すると解している。⁽⁸⁹⁾

「⁽⁹⁰⁾ どの程度の程度の「職業関連性」(Berufsbezug) が要求されるのが問題となるが、これは一般に「広く」解され
ている。判例・学説において「養成所」と認められたものとして、例えば、①大学、⁽⁹¹⁾ ②専門単科大学 (die Fach- und
Hochschulen)、⁽⁹²⁾ ③司法修習生 (Referendar) の第二次国家試験のための準備実習勤務 (Vorbereitungsdienst)、⁽⁹³⁾ ④職業学
校 (Berufsschule)、⁽⁹⁴⁾ ⑤企業内および企業相互間の徒弟教育施設 (Einrichtungen betrieblicher und überbetrieblicher
Lehrlingsausbildung) がある。判例・学説上争いがあるのは、ギムナジウム (Gymnasien) である。この点につき連邦
憲法裁判所は、一九八一年一〇月二〇日の決定 (BVerfGE 58, 257) においてはじめて判断を下した。本件で X はフラ

ンクフルトのギムナジウムに通う生徒であったが、第六、八、一一学年と三度に渡り成績不良により進級できなかった。このため一九七九年八月、学校側がXの退学を決定した。これに対してXが訴えを提起したが、下級審がこれを棄却したため、Xは職業の自由違反等を主張して憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、ギムナジウムにおいては「退学と単なる落第とは区別しなければならない。つまり、学校関係から生徒を強制的に退学 (Entlassung) させることは：当該生徒の将来の学歴と人生、さらにはその社会的役割に影響を与える。通常退学により、特定の職業への途が立たれ、自由な職業選択を得る機会を狭められる。ギムナジウムが基本法一二条一項にいう養成所に含まれることは、こうした重大な理由から支持される。：：(これに対して) 生徒が単に上の学年に進級できないこと (Nichtversetzung) については、憲法上異なる判断が下されるべきである。この落第によっては、養成所の自由な選択は触れられていないのである。：しかし落第は、少なくとも、自己の人格の発展、したがって基本法二条一項にいう基本権には触れる」(S. 273 f.) と述べ、ギムナジウムはその全学年において、間接的にであれ職業との「関連性」を有しているため養成所にあたりと解した。そのうえで同裁判所は、ギムナジウムにおける強制的な「退学」は、どの学年の生徒であっても、それが間接的に職業選択に影響を与えるために基本法一二条一項の問題となるが、「落第」については、これが養成所の自由な選択には触れないため、職業の自由ではなく基本法二条一項の問題であると解したのである。⁽⁹⁴⁾ この問題に関して学説は大きく三つに分かれている。A説は、進学のための学校 (weiterführende Schule) は、たとえそれが専門性のない一般的な教育を提供するものであっても、基本法一二条の領域に含まれると解する立場であり、この結果、連邦憲法裁判所の右決定同様、ギムナジウムは当然に基本法一二条にいう養成所にあたりとされる。⁽⁹⁵⁾ B説は、職業関連性を強調し、ギムナジウムのうち、第一一学年から第一三学年までの上級クラス (die Sekundarstufe II der Gymnasien) のみが養成所にあたり、第五学年から第一〇学年までの下位のクラスは養成所にはあ

たらないと解する立場である。⁽⁹⁶⁾ C説は、そもそもギムナジウムのような進学のための学校は養成所には含まれず、それは基本法一二条一項ではなく同二条一項の保護領域に含まれると解する立場である。⁽⁹⁷⁾

(4) 職業遂行の自由

通説によれば、基本法一二条二項二文で保障される職業遂行の自由は、職業活動を行う「場所」、その「内容」、「規模」(Umfang)、「期間」(Dauer)、「外部への表明形式」、「手続方法」、「手段」(Mittel)、「形式」(Form)などの職業活動のあらゆる「態様」(Modalitäten)を保障する。すなわち職業遂行の自由は、職業選択の自由とは異なり、ある職業活動を「行使するか否か」(„Ob“)ではなく、「どのように行使するか」(„Wie“)に関わる。⁽⁹⁸⁾ これまで判例・学説において職業遂行の自由の保護領域にあると認められたものに、例えば、①営業時間⁽⁹⁹⁾、②職業遂行に際しての服装⁽¹⁰⁰⁾、③製粉機の設置と小麦粉の生産量の拡大⁽¹⁰¹⁾、④弁護士資格を有する公証人 (Anwaltsnotar) が他の税理士や弁護士と結ぶパートナー・シップ (Sozial) ⁽¹⁰²⁾、⑤商業広告⁽¹⁰³⁾などがある。

- (1) ちよこあたり R. Breuer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 1989, § 147 Freiheit des Berufs, Rdnr. 32; I. v. Münch, Staatsrecht II, 2002, Rdnr. 644; H. Soder/J. Zickow, Grundkurs Öffentliches Recht, 2005, S. 265等々参照。
- (2) 学説のなかには、「職業の自由」を二つに区分し、広義の職業の自由は四つの基本権を含むが、狭義の職業の自由には「養成所の選択の自由」は含まれないと解するものもある (Vgl. H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 2006, Art. 12 Rdnr. 1) が、本稿は職業の自由を広義の意味で扱うことにする。
- (3) 基本権競合論につき、杉原周治「基本権競合論(一) (二・完)」広島法学二九卷三二七頁、同四号二一九頁(二〇〇六)参照。
- (4) 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二一日判決を素材として」ジュリスト五九二号三〇頁以下(一九七五)、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一〇三頁以下(一九六九)等参照。

- (5) 宮沢俊義(芹部信喜補訂)『全訂日本国憲法』二五三頁(日本評論社・一九七八)、長谷部恭男『憲法(第三版)』二三七頁(新世社・二〇〇四)、松井茂記『日本国憲法(第二版)』五五三頁(有斐閣・二〇〇二) 参照。
- (6) さしあたり、石川健治「営業の自由とその規制」『憲法の争点(第三版)』二二八頁(一九九九)、渋谷秀樹Ⅱ赤坂正浩『憲法Ⅰ人権(第二版)』八三頁(有斐閣・二〇〇四)、野中俊彦他『憲法Ⅰ(第四版)』四五二頁(有斐閣・二〇〇六) 参照。
- (7) この問題をめぐる学説の展開につき、甲斐素直「精神的自由権としての職業選択の自由」『日本法学六三卷一〇八三頁以下(一九九七) 参照。
- (8) 長谷部・前掲注(5)二三七頁、浦部法穂『憲法教室(全訂第二版)』二一九頁(日本評論社・二〇〇六)、渋谷Ⅱ赤坂・前掲注(6)八三頁以下、伊藤正巳『憲法(第三版)』三五九頁(弘文堂・一九九五)、長尾一紘『日本国憲法(新版)』一三五頁(世界思想社・一九八八)等を参照。
- (9) 甲斐素直「職業の自由に対する規制と司法審査」『日本法学六三卷二四四六頁以下(一九九七) 参照。
- (10) 今村成和「営業の自由」の公権的規制」ジュリスト四六〇号四〇頁(一九七〇) 参照。
- (11) 阿部照哉『憲法』一三三頁(青林書院新社・一九八二)、覚道豊治『憲法(改訂版)』二七六頁(ミネルヴァ書房・一九七七)、佐藤功『日本国憲法概説(全訂第五版)』二六七頁(学陽書房・一九九六)、長尾・前掲注(8)二三八頁、芹部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第三版)』二〇四頁(岩波書店・二〇〇二) 参照。
- (12) 今村・前掲注(10)四一頁、樋口陽一他『注釈日本国憲法上巻』五一四頁(浦部法穂執筆)(青林書院・一九八四)、樋口陽一他『注解法律学全集2 憲法Ⅱ』九一頁(中村睦男執筆)(青林書院・一九九七)。
- (13) さしあたり、宮沢・前掲注(5)二五三頁、佐藤幸治『憲法(第三版)』五五七頁以下(青林書院・一九九五)、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』二二六頁(成文堂・一九九五)、伊藤・前掲注(8)三六〇頁、初宿正典『憲法2基本権(第二版)』三〇九頁(成文堂・二〇〇一)等を参照。
- (14) 佐藤・前掲注(13)五五八頁、初宿・前掲注(13)三〇九頁参照。
- (15) 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』二二二頁(有斐閣・一九九三)、甲斐・前掲注(7)「精神的自由権としての職業選択の自由」一〇七頁参照。
- (16) 営利的表現(言論)という「概念は、営利広告をそれ以外の言論形態から区別し、より少ない保護しか受けられない言論範疇(Less

- protected speech) に設定する解釈理論である」。橋本基弘「営利的言論(二)——マルチメディア社会における営利情報の保護」法学新報一〇三巻一号六八頁(一九九六)参照。
- (17) 伊藤・前掲注(8)三二二頁以下、同「現代社会と言論の自由」三一九頁(有信堂・一九七四)参照。
- (18) 阪本・前掲注(13)七三頁参照。
- (19) 阪本・前掲注(13)七二頁参照。
- (20) 内野正幸「憲法解釈の論点(第四版)」七八頁(日本評論社・二〇〇五)、橋本公巨「日本国憲法(改訂版)」二七八頁(有斐閣・一九八八)、佐藤功「憲法(七)(新版)」三五五(有斐閣・一九八三)、芦部信喜「演習憲法(新版)」一四四頁(有斐閣・一九八八)、同「憲法学Ⅱ人権総論」八三頁(有斐閣・一九九四)、同・前掲注(11)八三頁参照。
- (21) 橋本公巨・前掲注(20)二七八頁、内野・前掲注(20)七八頁、佐藤功・前掲注(20)三五五頁参照。
- (22) 松井・前掲注(5)四七四頁参照。
- (23) 青柳幸一「タバコ製品の包装への警告表示義務の合憲性」自治研究七六巻一—号一三五頁(二〇〇〇)参照。
- (24) 判例評釈として、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】六六頁(有斐閣・一九六九)、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)」二七二頁(信山社・二〇〇三)参照。
- (25) この点は、連邦憲法裁判所のその後の決定や学説に踏襲されていゝ。むしろあたり、Vgl. BVerfGE 54, 301 (322); K. H. Friauf, Die Freiheit des Berufes nach Art. 12 Abs. 1 GG, JA 1984, 537 (539); H. -J. Papier, in: Benda/Mahfer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 18 Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, Rdnr. 35; F. Kimms, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Fallbearbeitung, Jus 2001, 664 (665); V. Epping, Grundrechte, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 335; v. Münch, a. O. (Ann. I), Rdnr. 645; Breuer, a. O. (Ann. I), § 147 Rdnr. 42.
- (26) 参考として、Vgl. BVerfGE 30, 292 (334); 54, 301 (313). 学説上職業と人間の人格との結びつきを強調するものとして、Vgl. R. Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 12 Rdnr. 9; R. Wendt, Berufsfreiheit als Grundrecht der Arbeit, DÖV 1984, 601 (601); M. Gubelt, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 5. Aufl. 2000, Art. 12 Rdnr. 8; J. Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 12 Rdnr. 48 f.

- (27) Vgl. BVerfGE 13, 97 (106); 16, 147 (163); 78, 179 (193) (判例評釈として、宮地基「外国人と職業の自由——治療師法施行令違憲判決」前掲注 (24) 「ドイツの憲法判例 (第二版)」二八九頁参照); BVerfGE 22, 286 (287).
- (28) Vgl. B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 21. Aufl. 2005, Rdnr. 810; R. Zippelius/T. Württemberg, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl. 2005, S. 269; P. J. Tettinger, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 12 Rdnr. 27; M. Sachs, Verfassungsrecht II Grundrechte, 2. Aufl. 2003, B 12 Rdnr. 3; A. Katz, Staatsrecht, 15. Aufl. 2002, Rdnr. 791; A. Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 12 Rdnr. 2, 16; L. Fröhler/G. Mörtel, Der Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, GewArch. 1979, 105 (106 f.); Jarass, a. a. O. (Anm. 2), Art. 12 Rdnr. 4; v. Münch, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 645; Scholz, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 262.
- (29) Vgl. BVerfGE 97, 228 (252); 102, 197 (212); 105, 252 (265) (判例評釈として、丸山敦裕「国家による情報提供活動の合憲性——タリバン決定」自治研究八一巻一四四頁 (一〇〇五) 参照); 110, 141 (156); 110, 304 (321); 111, 10 (28); BVerfGE 22, 286 (287); 71, 183 (189); 96, 293 (296); 96, 302 (307); G. Manssen, Staatsrecht II Grundrechte, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 601; E. Stein/G. Frank, Staatsrecht, 19. Aufl. 2004, S. 361 f.; C. Gusy, Die Freiheit von Berufswahl und Berufsausübung, JA 1992, 257 (257 ff.); v. Münch, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 645; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 28), Rdnr. 812; Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B 12 Rdnr. 3; Bleckmann, a. a. O. (Anm. 28), S. 994; Tettinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 29; Epping, a. a. O. (Anm. 25), Rdnr. 335; Scholz, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 19.
- (30) Vgl. Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 28), Rdnr. 812; Zippelius/Württemberg, a. a. O. (Anm. 28), S. 269; Gusy, a. a. O. (Anm. 29), S. 258; Epping, a. a. O. (Anm. 25), Rdnr. 335.
- (31) 本判決につき、鈴木秀美「放送法による独占放送権の制限——短時間ニュース報道権事件」自治研究七五巻四号一二二頁 (一九九九年) 村上武則／アンドレアス・シエラー「短時間ニュース報道の権利と一九九八年二月の連邦憲法裁判所判決」阪大法学四八巻三号一頁 (一九九八) 参照。
- (32) Vgl. v. Münch, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 645; Manssen, a. a. O. (Anm. 29), Staatsrecht II, Rdnr. 601; Epping, a. a. O. (Anm. 25), Rdnr. 335; Scholz, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 19, 19に對してコメントは「趣味の遂行も副業的な活動とさう意味での職業となり得る」と指摘する。Vgl. Bleckmann, a. a. O. (Anm. 28), S. 995.
- (33) 判例評釈として、門田孝「いわゆる『危険犬』の輸入・繁殖を禁止した連邦法の合憲性」自治研究八一巻二号一三二頁 (二〇〇五)

参照。さらに、副業を理由とした弁護士登録の拒否が問題となった連邦憲法裁判所の一九九二年一月四日決定も、基本法二二条一項の「自由は、原則として、複数の職業を選択し同時に遂行する権利をも含む」と判示している (BVerfGE 87, 287 (316))。同決定の判例評釈として、小林博志「弁護士の副業の自由」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』二五五頁 (信山社・一九九九) 参照。

(34) Vgl. BVerfGE 7, 377 (397); 9, 73 (79); 13, 97 (106); 14, 19 (22); 32, 311 (316); 48, 376 (388); 68, 272 (281); 78, 179 (193); 81, 70 (85). 連邦憲法裁判所は、初期の決定において「職業」は「非典型な (許された) 活動をも含む」と述べ、括弧付きで許容性の要件を認めていた (BVerfGE 7, 377 (397); 9, 73 (79); 13, 97 (106); 78, 179 (193))。しかしその後の決定においては、この括弧ははずされている。

(35) Vgl. BVerfGE 2, 110 (111); 4, 294 (295 f.); 22, 286 (287); 71, 183 (189); 87, 37 (40 f.); OVG Münster NJW 1986, 2783 (2783); OVG Phd. - Pf. GewArch. 1991, 99 (100).

(36) 要するに本判決の趣旨は以下の通りである。すなわち、連邦憲法裁判所によれば、基本法二二条にいう「職業」とは「許された」活動のみをいう。これに対し一部の学説は、この理論によれば、ある活動を禁止する法律は、当該活動は基本法二二条の保護領域の外にあるのだから、基本法二二条によつてはもはや審査し得なくなると批判する。しかし本判決は、職業活動は憲法に適合する法律によつてのみ制約し得るのであり、したがつてこの法律は職業の自由を基準として審査されるのであるから、右の批判には理由がないと再批判したのである。もともとこの再批判に対しては、学説の一部から、「循環論法 (Zirkelschluss)」とは言わないうまでも薄弱 (dünn) である (Vgl. v. Münch, a. O. (Anm. 1), Rdmr. 647) とか、「当該活動が禁止されてくるのであればこの活動はもはや「職業」とはみなされないのであるから、「許された活動にのみ基本権保護を限定するという帰結からは、職業遂行の自由に対する介入は原則として生じ得ないはずである」という批判がなされてくる (Vgl. P. Lerche, Die „nicht-erlaubte“ Betätigung und das Grundrecht der Berufsfreiheit - Zusammenspiel von Verfassungsrecht und allgemeiner Rechtsordnung?, in: Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, 1998, S. 541 (546))。

(37) Vgl. W. Leisner, Die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit - BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil), Jus 1962, 463 (464); B. Schmidt-Bleibtreu, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 1990, Art. 12 Rdnr. 6; S. Langer, Strukturfragen der Berufsfreiheit, Jus 1993, 203 (204 ff.); P. Badura, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 210; H. Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl. 2004, Art. 12 Rdnr. 26; Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B 12 Rdnr. 4, 6; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 28), Rdmr. 810; Katz, a. a. O. (Anm. 28), Rdmr. 791; v.

- Munch, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 645, 647; Gusy, a. a. O. (Anm. 29), S. 258 f.; Gubert, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 8; Lerche, a. a. O. (Anm. 36), S. 544 f. 中には薬師判決以前にも「刑法上の処罰のなき業」として「種法」(rechtmäßig) 活動のみが「職業」とみなされた。この業たる業を指すのである。Vgl. G. Ueber, Freiheit des Berufs - Artikel 12 des Grundgesetzes, 1952, S. 99 ff. またプロフェッショナル「誰かだ」"たまたま"業の禁止を述べた。また「社会的価値」活動のみが「種法」(種法) 活動のみが「職業」とみなされた。Vgl. W. Frotscher, Grundfälle zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Jus 1982, 828 (832).
- (38) Vgl. Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 28), Rdnr. 810.
- (39) Vgl. Lerche, a. a. O. (Anm. 36), S. 544 f.
- (40) Vgl. v. Münch, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 647.
- (41) Vgl. Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B 12 Rdnr. 6.
- (42) 本条は、この業たる業を指す。Bachof, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. III/1, 1958, S. 155 (189 f.) に「業」として「種法」(rechtmäßig) 活動のみが「職業」とみなされた。Vgl. J. Suerbaum, Berufsfreiheit und Erlaubtheit, DVBl. 1999, 1690 (1690).
- (43) 業たる業を指す。Vgl. J. Suerbaum, Berufsfreiheit und Erlaubtheit, DVBl. 1999, 1690 (1690).
- (44) Vgl. O. Bachof, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1966, 167 (173 f.); ders., Freiheit des Berufs, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. III/1, 2. Aufl. 1972, S. 190 f.; Chr.-F. Menger/H. U. Erbsen, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 57 (1966), 270 (270 ff.); H. H. Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Berufsverfassungsgerichts, AöR 92 (1967), 212 (218 f.); J. Schwabe, Die Stufenlehre des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit, DÖV 1969, 734 (739 f.); W. Berg, Berufsfreiheit und verbotene Berufe, GewArch. 1977, 249 (252 ff.); P. J. Teitinger, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Berufsverfassungsgerichts, AöR 108 (1983), 92 (98); ders., a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 36; W. Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S. 150 ff.; F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl. 1991, 667 (669); U. M. Gassner, Keine Buchmacherlaubnis für juristische Personen?, GewArch. 1993, 230 (231); ders., Glücksspiel und Berufsfreiheit, NVwZ 1995, 449 (449); A. Volkhuble, Glücksspiel zwischen Staat und Markt, VerwArch. 87 (1996), 395 (409); H.-J. Papier, Staatliche Monopole und Berufsfreiheit dargestellt am Beispiel der Spielbanken, in: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, S. 543 (553); J. Suerbaum, Berufsfreiheit und

- rechtswidriger Schwangerschaftsabbruch, NJW 2000, 849 (850); ders., a. a. O. (Anm. 42), S. 1693; U. Hesch, Café Passat-Abchied von der Unsittlichkeit der Prostitution?, GewArch. 2001, 112 (114 f.); H. Rittstieg, in: Denninger u. a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2001, Art. 12 Rdnr. 62; Chr. Starck/T. I. Schmidt, Staatsrecht, 2003, Rdnr. 393; R. Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. Aufl. 2004, S. 194; G. Manssen, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 42; ders., a. a. O. (Anm. 29), Rdnr. 603; J. Ipsen, Staatsrecht II, 9. Aufl. 2006, Rdnr. 596; J. Dietlein, in: K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, § 111 Berufs-, Arbeitsplatz- und Ausbildungsfreiheit, S. 1790 f.; Kimmns, a. a. O. (Anm. 25), S. 665; Zippelius/Würtenberger, a. a. O. (Anm. 28), S. 270; Stein/Frank, a. a. O. (Anm. 29), S. 362; Epping, a. a. O. (Anm. 25), Rdnr. 336; Jarass, a. a. O. (Anm. 2), Art. 12 Rdnr. 7; Wieland, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 57; Breuer, a. a. O. (Anm. 1), § 147 Rdnr. 44; Scholz, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 18, 24 f., 28; Bleckmann, a. a. O. (Anm. 28), § 33 Rdnr. 15; Friauf, a. a. O. (Anm. 25), S. 538 f.
- (45) Vgl. Tettinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 36; Breuer, a. a. O. (Anm. 1), § 147 Rdnr. 44; Friauf, a. a. O. (Anm. 25), S. 538.
- (46) Vgl. Wieland, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 57; Manssen, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 42; Rupp, a. a. O. (Anm. 44), S. 218; Bleckmann, a. a. O. (Anm. 28), § 33 Rdnr. 15; Epping, a. a. O. (Anm. 25), Rdnr. 336; Zippelius/Würtenberger, a. a. O. (Anm. 28), S. 270; Suerbaum, a. a. O. (Anm. 44), NJW 2000, S. 850.
- (47) Vgl. Papier, a. a. O. (Anm. 44), S. 553; Tettinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 36; Scholz, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 24; Friauf, a. a. O. (Anm. 25), S. 539.
- (48) Vgl. G. Robbers, Behördliche Auskünfte und Warnungen gegenüber der Öffentlichkeit, AfP 1990, 84 (86); A. Bortmann, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 61; Schoch, a. a. O. (Anm. 44), S. 669.
- (49) Vgl. Breuer, a. a. O. (Anm. 1), § 147 Rdnr. 44; Gassner, a. a. O. (Anm. 44), NVwZ 1995, 449 (449); Friauf, a. a. O. (Anm. 25), S. 539.
- (50) Vgl. Breuer, a. a. O. (Anm. 1), § 147 Rdnr. 44. 行政の主体は「行政機関」であるが、その役割を失った個人の財産 (Relikt) は行政の主体である。 Vgl. Berg, a. a. O. (Anm. 44), S. 254.
- (51) Vgl. Berg, a. a. O. (Anm. 44), S. 252 ff.
- (52) Vgl. H. D. Jarass, Grundrechtliche Vorgaben für die Zulassung von Lotterien gemeinnütziger Einrichtungen, DÖV 2000, 753 (755); ders., a. a. O. (Anm. 2), Art. 12 Rdnr. 7; Suerbaum, a. a. O. (Anm. 42), S. 1693; Kimmns, a. a. O. (Anm. 25), S. 665; Höfling, a. a. O. (Anm. 44), S. 153.

- (53) Vgl. Ipsen, a. a. O. (Anm. 44), Rdnr. 598; Manssen, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 42; Zippelius/Würtenberger, a. a. O. (Anm. 28), S. 270.
- (54) Vgl. Starck/Schmidt, a. a. O. (Anm. 44), Rdnr. 394; Tettinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 38; ders., a. a. O. (Anm. 44), AöR 108 (1983), 92 (98); Manssen, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 42.
- (55) Vgl. Stein/Frank, a. a. O. (Anm. 29), S. 362.
- (56) Vgl. Langer, a. a. O. (Anm. 37), S. 204.
- (57) Vgl. W. Brugger, Freiheit des Berufs und Recht auf Arbeit im Verfassungsrecht, in: Ruffel/Schwarthänder (Hrsg.), Das Recht des Menschen auf Arbeit 1983, 111 (112); Katz, a. a. O. (Anm. 28), Rdnr. 791; Gubelt, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 9; v. Münch, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 648.
 以下のドイツ語は、各件を併せて「共同生活に有害な行為 (Verhalten) は職業の自由に対する保護を及ぼさず」として「その事件を再検討する」。 Vgl. Manssen, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 39.
- (58) 国憲法上の Vgl. BVerfGE 96, 302 (308 f.).
- (59) Leisner, a. a. O. (Anm. 37), S. 464; Höfling, a. a. O. (Anm. 44), S. 153; Dietlein, a. a. O. (Anm. 44), S. 553 の 2. 式に於ける大権を参照。
- (60) Vgl. Starck/Schmidt, a. a. O. (Anm. 44), Rdnr. 393.
- (61) Vgl. Epping, a. a. O. (Anm. 25), Rdnr. 336; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 28), Rdnr. 810; Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B 12 Rdnr. 5; Jarass, a. a. O. (Anm. 2), Art. 12 Rdnr. 7; Starck/Schmidt, a. a. O. (Anm. 44), Rdnr. 393; Stiebaum, a. a. O. (Anm. 42), S. 1694; Berg, a. a. O. (Anm. 44), S. 253.
- (62) Vgl. Bleckmann, a. a. O. (Anm. 28), § 12 Rdnr. 15; Papier, a. a. O. (Anm. 44), S. 553.
- (63) Vgl. Rittstieg, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Rdnr. 63.
- (64) Vgl. Tettinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 GG, Rdnr. 37 f.; U. Wesel, Prostitution als Beruf, NJW 1999, 2865 (2866); Wieland, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 57; Zippelius/Würtenberger, a. a. O. (Anm. 28), S. 270.
- (65) Vgl. Tettinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 55.
- (66) 前述の連邦憲法裁判所の一九九二年一月四日決定は「職業選択の自由は「原則として」複数の職業を選択し、かつこれらを同時に遂行する権利をも含む」と述べる (BVerfGE 87, 287 (316))。

- (67) 連邦憲法裁判所の一九七七年二月八日判決は、「自由な職業選択の基本権は…自由な自己決定行為としての転職 (Berufswechsel) も含む」と述べている (BVerfGE 43, 291 (363))。これを踏襲するものと「Vgl. BVerfGE 62, 117 (146) 参照。」
- (68) 薬局判決は、「職業選択の自発的な廃止 (Beendigung) は、実際には、同時に職業選択行為である」と述べている (BVerfGE 7, 377 (401))。同旨として Vgl. BVerfGE 9, 338 (345); 39, 128 (141); 93, 213 (235) (判例評釈として、日笠完治「旧東ドイツ国家公安機関への非公式協力と弁護士許可撤回—旧東ドイツ弁護士事件」前掲注 (33) ・「ドイツの最新憲法判例」二二六一頁参照)。
- (69) Vgl. BVerfGE 21, 173 (183)。
- (70) 以下「あたり」 Epping, a. a. O. (Anm. 25), Rdnr. 339; Tettinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 56; Manssen, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 50, 55; Starck/Schmidt, a. a. O. (Anm. 44), Rdnr. 398; Sodan/Ziekow, a. a. O. (Anm. 1), S. 270 f.; Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B. 12 Rdnr. 16; Bormann, a. a. O. (Anm. 48), S. 70 f. 等を参照。
- (71) Vgl. Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B. 12 Rdnr. 16; Sodan/Ziekow, a. a. O. (Anm. 1), S. 271; Bormann, a. a. O. (Anm. 48), S. 70.
- (72) Vgl. W. Hamel, Das Recht zur freien Berufswahl, DVBl. 1958, 37 (37 f.); Bormann, a. a. O. (Anm. 48), S. 70.
- (73) Vgl. BVerfGE 58, 358 (364), 365; Vgl. BVerfGE 68, 256 (267), 268; Bormann, a. a. O. (Anm. 48), S. 70 f.; Sodan/Ziekow, a. a. O. (Anm. 1), S. 271; Manssen, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 55 参照。
- (74) 正確には、「仕事 (Arbeit) と職業 (Beruf) の概念は異なる。つまり仕事とは「家事や家庭の義務の遂行、趣味、日曜大工、クラブや組合における活動、そして政治活動」を意味し、他方で、これらの活動のうち「継続的に営まれ、かつ収入を得ることを目的としてなされた」ものを職業と呼ぶ。すなわち、「すべての仕事は職業とはいわなければならない」。「職業的な仕事」(die berufliche Arbeit) のみが、「職業」とみなされる (Vgl. Rittstieg, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Rdnr. 57)。したがって、「Arbeitsplatz」は「文脈や出来事によって「職場」ではなく「仕事場」となるが、ドイツ語ではその双方を「Arbeitsplatz」という単語で表現するため、本稿は「職場」という翻訳をまづけることにした。
- (75) Vgl. Wieland, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 60; Manssen, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 56; Bachof, a. a. O. (Anm. 44), S. 250; Tettinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 64; Breuer, a. a. O. (Anm. 1), § 147 Rdnr. 66; Scholz, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 429; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 28), Rdnr. 822; v. Münch, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 664; Epping, a. a. O. (Anm. 25), Rdnr. 340; Ipsen, a. a. O. (Anm. 44), Rdnr. 607.

- (76) Vgl. Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B 12 Rdnr. 12; Scholz, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 422.
- (77) Vgl. BVerfGE 84, 133 (146); 85, 360 (373); 97, 169 (175); 108, 150 (165); Gubelt, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 24; Breuer, a. a. O. (Anm. 1), § 147 Rdnr. 66; Bormann, a. a. O. (Anm. 48), S. 72; Jarass, a. a. O. (Anm. 2), Art. 12 Rdnr. 9.
- (78) 判例評釈として、石村修「田東キーンの公務員関係を停止・終了させた統一一条約——待機旋回飛行決定」前掲注 (33) ・「キーン」最新憲法判例 1150 頁参照。
- (79) 上の解釈は普通には許されず。Vgl. Gubelt, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 23; Manssen, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 56; Bormann, a. a. O. (Anm. 48), S. 71 f.; Dietlein, a. a. O. (Anm. 44), S. 1823.
- (80) Vgl. Teitinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 65; Jarass, a. a. O. (Anm. 2), Art. 12 Rdnr. 1; Bormann, a. a. O. (Anm. 48), S. 72; Dietlein, a. a. O. (Anm. 44), S. 1825. 上文中に「ヨカンテ」職場の選択の自由の保障の範囲を極めて限定的に解した。Vgl. H. Diehgens, Ausbildungsstätte und Arbeitsplatz. Zur Auslegung des Artikels 12 des Grundgesetzes, in: Festschrift für Martin Hirsch, 1981, S. 553 (553 ff.).
- (81) Vgl. Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B 12 Rdnr. 13; Rittstieg, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Rdnr. 107. 連邦憲法裁判所の一九九〇年判決以前に「労働者の団結の自由」Vgl. R. Waltermann, Freiheit der Arbeitsplatzwahl (Art. 12 Abs. 1 GG) - Grundrecht der Arbeitnehmer, DVBl. 1989, 699.
- (82) Vgl. BVerfGE 85, 360 (372 ff.).
- (83) Vgl. BVerfGE 92, 140 (150).
- (84) Vgl. BVerfGE 96, 189 (197); 96, 205 (210 f.).
- (85) Vgl. Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B 12 Rdnr. 13.
- (86) 判例評釈として、戸波江二「教育場所選択の自由と大学入学請求権——定数制判決」前掲注 (24) ・「ドイツの憲法判例 (第二版)」二八三頁参照。
- (87) 上の趣旨は後の連邦憲法裁判所の決定にも踏襲されてくる。Vgl. BVerfGE 41, 251 (261); BVerfGE 59, 172 (205).
- (88) Vgl. R. Pitschas, Berufsfreiheit und Berufslenkung, 1983, S. 38 f.
- (89) Vgl. Bachof, a. a. O. (Anm. 44), S. 253; Jarass, a. a. O. (Anm. 2), Art. 12 Rdnr. 70 f.; Breuer, a. a. O. (Anm. 1), § 147 Rdnr. 75; Bormann, a. a. O. (Anm. 48), S. 72; Sodan/Ziekow, a. a. O. (Anm. 1), S. 274; Rittstieg, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Rdnr. 112; Gubelt, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12

- Rdnr. 26; Ipsen, a. a. O. (Anm. 44), Rdnr. 608; Stein/Frank, a. a. O. (Anm. 29), S. 363 f.; Manssen, a. a. O. (Anm. 29), Staatsrecht II, Rdnr. 611; ders., a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 60; Tettinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 67; Pteroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 28), Rdnr. 820; v. Münch, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 662; Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B 12 Rdnr. 14; Zippelius/Würtenberger, a. a. O. (Anm. 28), S. 270.
- (90) これに対して連邦行政裁判所は「職業関連性」の概念を狭く解し、資格獲得のために「試験」の合格を要件とする特定の職業の「養成」のみが基本法二二条一項によって保護されるとしている。Vgl. BVerwGE 6, 13 (15); 16, 241 (243); 47, 330 (332); 91, 24 (32)。また一九九四年六月二二日の連邦行政裁判所判決 (BVerfGE 96, 136) は、右の判例に照らして「(大学の) 非常勤講師の地位 (Privdozentur) は、基本法二二条一項にいう『養成所』ではない」(S. 140) と判示している。
- (91) 大学の在籍権 (Studienplatz) の拒否が問題となった事例で、連邦憲法裁判所は憲法異議申立人の養成所の選択の自由を認めている。Vgl. BVerfGE 33, 303 (329); 59, 172 (205)。
- (92) Vgl. BVerwG NJW 1960, 1122。本件で、自由信仰協会 (freireligiöse Gemeinde) に所属する原告は、ラインラント＝プファルツ州の教育単科大学 (Pädagogische Akademie) の入学を希望していたが、文部省が同州では自由信仰の国民学校教師のための養成所は存在しないという理由から右申請を拒否したため、訴えを提起した。これに対して連邦行政裁判所は、「教職のための養成に寄与する同州の教育単科大学が、基本法二二条にいう養成所であることは疑う余地がなく」(S. 1122) と述べ、原告の主張を認めた。
- (93) Vgl. BVerfGE 39, 334 (373)。同決定の判例評釈として、石村修「公務員と憲法忠誠——過激派決定」前掲注(24)・ドイツの憲法判例(第三版)「四七一頁参照。
- (94) H. D. Jarass, Zum Grundrecht auf Bildung und Ausbildung, DÖV 1995, 674 (675) の註釋。
- (95) Vgl. Gubelt, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 26; Ipsen, a. a. O. (Anm. 44), Rdnr. 608; v. Münch, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 662 Fn. 116; Wieland, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 61。
- (96) Vgl. Breuer, a. a. O. (Anm. 1), § 147 Rdnr. 75; Tettinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 67。
- (97) Vgl. Jarass, a. a. O. (Anm. 94), DÖV 1995, 674 (675, 678); ders., a. a. O. (Anm. 2), Art. 12 Rdnr. 71; Manssen, a. a. O. (Anm. 44), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 61; ders., a. a. O. (Anm. 29), Staatsrecht II, Rdnr. 611。
- (98) Vgl. Tettinger, a. a. O. (Anm. 28), Art. 12 Rdnr. 57; Soden/Zielkow, a. a. O. (Anm. 1), S. 271; Bortmann, a. a. O. (Anm. 48), S. 71; Breuer, a. a. O. (Anm. 1), § 147 Rdnr. 57; Gubelt, a. a. O. (Anm. 26), Art. 12 Rdnr. 38; Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B 12 Rdnr. 17; Epping, a. a. O. (Anm. 25),

Rdnr. 339; Manssen, a. a. O. (Anm. 29); Staatsrechtl. Rdnr. 608; Katz, a. a. O. (Anm. 28), Rdnr. 793.

(95) Vgl. Uber, a. a. O. (Anm. 37), S. 104; Sachs, a. a. O. (Anm. 28), B. 12 Rdnr. 17; Scharf/Ziekow, a. a. O. (Anm. 1), S. 271; Dietlein, a. a. O. (Anm. 44), S. 1800. 「たしながらう」の「たしな」は「Obj」に「Wiel」の区分が対しは、両者の区別は「使用不可能」(Unbrauchbarkeit) であるの批判もあつた。Vgl. Schwabe, a. a. O. (Anm. 44), S. 736.

(100) 閉店法 (Laschig) は、原則として店 (Verkaufsstelle) の日・祝日の開業時間を規制し(同三条)、同一四条はその例外として「市場、見本市またはそれに類似の催し物の際には、店を開くことができる」と定めていたが、薬局については「行政官庁は…一般閉店時間(二条)において薬局の一部を相互に閉店とさせることを命令することができ」(四条二項)と規定していた。本件で薬局を経営するXは、州命令に反して日曜日に店を開店したところ千マルクの罰金に処せられたため、職業遂行の自由等の侵害を主張して憲法異議を申し立てた。これに対して連邦憲法裁判所の二〇〇二年一月一六日判決(BVerfG NJW 2002, 666)は、「商店の営業時間についての規律は、あらゆる種類の店にとつて、職業遂行の枠組み的条件に属する。本件規制は、職業遂行に介入している」(S. 667)と述べ、Xの憲法異議を認めた。また、Vgl. BVerfGE 13, 237 (239 f.).

(101) 弁護士であるXがフライブルク州裁判所の民事部の法廷において職務服(Amtsstracht (Robe))をまとうことを拒否したことに対して、民事部がXを原告の訴訟代理人として不適当であると判断し、州上級裁判所もこの判断を支持したため、Xが職業の自由等の侵害を主張して憲法異議を申し立てたという事案で、連邦憲法裁判所の一九七〇年二月一八日決定(BVerfGE 38, 21)は、「弁護士に、裁判所で職務服を身に付けるよう義務付けることは、職業遂行の規律の問題である。確かにバーデン・ビュルテンブルク州においてはそのような義務付けの根拠法律は存しないが、それは憲法制定以前の慣習法に基づく。そのような慣習法も、職業の自由の基本権への介入の根拠として考慮される」(S. 28)と述べ、服装も一応は職業遂行の自由によって保護されるとしながらも、結論として裁判所における職務服着用は強制は、職業遂行の自由の侵害にはあたらないと判断している。

(102) Vgl. BVerfGE 25, 1 (10 ff.).

(103) Vgl. BVerfGE 98, 49 (58 f.).

(104) この点については本稿第三章以降を参照。

(未完)