

職業選択の自由

1. 保護領域

百選85事件 薬事法違憲判決

職業は、ひとりその選択、すなわち職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがって、右規定は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。

薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。しかしながら、薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的效果を有するものである。

- ✓ 試験政策上は、形式的には職業の遂行の自由の制約に過ぎないように思えるものの、実質的には狭義の職業選択の自由の制約といえる規制が頻出であることを念頭に置いておきたい。得点効率の観点からすると、両方の観点に触れておくことが重要となるため、「確かに、形式的には職業遂行の自由の制約に過ぎない。しかし、実質的には狭義の職業選択の自由の制約である。」という構成で論述すればよい。
- ✓ 添削指導の経験上、狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由を区別するところまでは多くの受験生ができています。もっとも、その先の狭義の職業選択の自由と職業遂行の自由とでは合憲性の推定の程度が異なるため、異なる審査基準が適用されるべきではないかという問題意識にはほとんどの受験生が触れられていない。

2. 権利の重要性

百選85事件 薬事法違憲判決

職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。

- ✓ 前提として、二重の基準論の考え方からすると、経済的自由である職業選択の自由は、権利の重要性が低いということになる。もっとも、上記判示は、職業選択の自由

は、経済的自由であるといえども、精神的自由としての要素も併せ持つことを指摘することで、その点をクリアしようとするものであるということを理解しておけばよい。

3. 制約の態様

百選85事件 薬事法違憲判決

医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係有するものであるから、不良医薬品の供給（不良調剤を含む。以下同じ。）から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができる。

薬局の開設等の許可条件として地域的な配置基準を定めた目的が前記三の(一)に述べたところにあるとすれば、それらの目的は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益ということが出来るから、右の配置規制がこれらの目的のために必要かつ合理的であり、薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達することができないとすれば、許可条件の一つとして地域的な適正配置基準を定めることは、憲法22条1項に違反するものとはいえない。

- ✓ 上記判示及び適正配置規制の合憲性に関する具体的検討から、許可制の採用については簡単に合憲であると認めている一方で、適正配置規制については比較的審査密度の高い審査をしているように読めるだろう。両者の審査密度が異なるように読める理由として、ドイツの段階理論が基礎にあるという考え方がある。段階理論とは、まず、事前規制と事後規制に区別した上で、次に、事前規制の中でも客観的要件に基づく規制と主観的要件に基づく規制を区別し、事前規制かつ客観的要件に基づく規制を厳格に、事前規制かつ主観的要件に基づく規制を中間的に、事後規制を緩やかに審査するという考え方である。この段階理論を用いると、上記判示について、適正配置規制は、事前規制かつ客観的要件に基づく規制であるため、事前規制かつ主観的要件に基づく規制である許可制の採用よりも、審査密度が高いという説明をすることが可能になる。
- ✓ 因みに、主観的要件に基づく規制とは、職業を行う条件として一定の個人的な資質や能力を要求する場合であり、客観的要件に基づく規制とは、当該職業を行おうとする者の個人的な資質や能力には関わらない基準による場合である。
- ✓ 添削指導の経験上、客観的要件に基づく規制か主観的要件に基づく規制かという点にのみ触れる答案があるが、上記のとおり段階理論においては、まず、事前規制か事後規制かの検討が出発点となるため、その論点に触れる前の段階で事前規制であるということについて簡潔に触れておくとよいだろう。