



# 職業の自由と自己統治 : ブランダイスが残した一つの可能性

木下, 昌彦

---

(Citation)

憲法問題, 30:36-52

(Issue Date)

2019-05-03

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90008194>



# 職業の自由と自己統治

—ブランドイスが残した一つの可能性—

木下 昌彦 (神戸大学)

## I. 薬事法判決の意義と矛盾

薬事法判決は、言うまでもなく、職業の自由をめぐる憲法問題に関する最重要の判例である<sup>(1)</sup>。同判決は、職業の意義について、「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」と論じ、そのような職業のもつ性格と意義ゆえに、憲法22条1項は職業選択の自由を基本的人権として保障したと述べた。ただ、この職業の自由についての格調高い言説と薬事法判決の具体的事案の解決との間には深刻な矛盾が存在している。

改めて薬事法判決の司法事実を見れば、それは次のようなものであった。まず、原告となったのは、スーパーマーケットを展開する株式会社Sである。株式会社Sは、広島県福山市を本店とし、広島市や岡山市等にも支店を展開していたが、福山駅近くの商店街において新たに開設予定のスーパーマーケット内で医薬品の販売を計画、1963年7月、その許可を求める申請を広島県に対して行った。ただ、同月より施行された薬事法6条は、都道府県の条例で定める基準に従い、薬局及び医薬品を販売する店舗が配置の適正を欠く場合には薬局の設置及び医薬品販売の許可を与えないことができると規定、それを受けて広島県の条例は、配置基準として、新たに設置される薬局等と既設の薬局等との距離は100mに保つ必要がある旨規定した。

新店舗の予定地から100mの範囲には既に複数の薬局が存在していたため、広島県は、株式会社Sの申請に対し不許可処分を行い、同社は新たな店舗内での医薬品の販売ができなかった。しかし、1975年の最高裁大法院判決により、適正配置を求める薬事法の規定が違憲とされ、株式会社Sに対する不許可処分は取消されたのである。

このような薬事法判決の事案は有名であるが、薬事法判決が論じた職業の自由の意義という観点から考えた場合、様々な疑問が浮上する。第一の疑問は、株式会社Sに対し、なぜ憲法22条1項に基づき薬事法の違憲を主張する適格を認めたのかということである。上記のように最高裁は、「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」と不可分の関係にあるものとして「職業」を捉え、そこに憲法保障の根拠を見出した。しかし、法人である株式会社において、いかなる意味で「自己」、「個性」、「個人の人格的価値」を観念することができるのか<sup>(2)</sup>。また、薬事法の事案において、株式会社Sは、職業として薬局を開業しようとしたのではなく、あくまで、自身のスーパーマーケット内で他の商品等と共に医薬品を販売しようとしたに過ぎない<sup>(3)</sup>。そのような医薬品の販売と人格的価値がいかなる意味で不可分の関係にあると言えるのか。

第二の疑問は、薬事法の適正配置規制を違憲とすることの結果として、その経営が危機に陥る既存の薬局の職業の自由について何ら言及がないことである。自己の個性を全うすべき場として個人が営業する零細な既存の薬局は、大規模なスーパーマーケットが進出することで、その経営は危機に瀕し、職業としての薬局を続けることが出来なくなる。薬事法判決においては、既存業者の保護が規制目的とは観念されていなかったと言えるが、高らかに個人の人格的価値と職業の関連性を論じた以上、この矛盾は本来論じるべき課題だったのではないか。

ただ、実は、このような薬事法判決が内包する矛盾を鋭く指摘し、薬事法判決とは全く異なる視点から法人の営業の自由と個人事業者の職業の自由を論じたテキストが85年以上も前のアメリカの連邦最高裁の判決文のなかに見出すことができる。1933年のリゲット社対リー事件の連邦最高裁判決に付されたルイス・ブランダイス裁判官の反対意見である<sup>(4)</sup>。本稿では、それを紹介することで、日本における職業の自由・営業の自由の憲法学説について一石を投じることを試みるものである。

なお、本論に入る前にブランダイスの経歴について簡単に触れておきたい<sup>(5)</sup>。ブランダイスは、1856年生まれユダヤ系アメリカ人であり、その前半生は弁護士としてボストンを拠点に活動していた。ブランダイスが活躍した19世紀後半から20世紀前半のアメリカは新興工業国として急成長期にあったが、同時にそれが生み出す様々な問題も噴出していった。各州では、それらの諸問題を積極的な社会経済立法により解決しようとするいわゆる「革新主義」の運動が巻き起こったが、その運動の中心にいたのが

ブランダイスであった。ブランダイスは弁護士として労働者の福祉の向上や独占規制を求める活動を展開していた。

もっとも、当時のアメリカは、社会運動という切り口においては「革新主義の時代」と言っても、連邦最高裁は、むしろ革新主義に基づく積極的な社会経済立法を次々と違憲と判断するロックナー時代のただ中であつた。そのなかで、「新たな自由」を掲げて当選したウィルソン大統領は、1916年、既に「人民の代理人」とまで呼ばれていたブランダイスを連邦最高裁判事に指名することになる。ブランダイスは、1939年まで連邦最高裁判事の職にあつたが、ロックナー時代の多数派裁判官とは異なり、州の積極的な経済政策を擁護する多数の反対意見を残した。76歳のブランダイスにより執筆されたりゲット判決反対意見もその一つである。

## II. ブランダイスの職業の自由理論

### 1. リゲット判決の背景と多数意見の判断

リゲット判決は、20世紀前半のアメリカにおけるチェーン・ストアの隆盛とそれに対するいわゆる反チェーン・ストア運動を背景した判決である<sup>(6)</sup>。単一企業が複数の小売店を展開するチェーン・ストアという経営形態はアメリカでは既に19世紀中頃から登場していたが、それは第一次大戦後の1920年代に急速に拡大していった。チェーン・ストアは、医薬品、靴、たばこ、雑貨、車、レストラン等あらゆる分野に進出、規模の経済と商品の規格化を通じて格安の商品を消費者に提供することで、各地の伝統的な個人経営の小売店を圧倒していった。それに反発するかたちで、チェーン・ストア商品のボイコットを呼びかける反チェーン・ストア運動が南部や西部の州を中心に盛り上がりを見せたのである。

反チェーン・ストア運動に呼応して各州では様々な反チェーン法が採用されたが、その主流となったのは、店舗の数に応じて累進的に免許手数料を課すという方式であつた。例えば、その先駆けとして有名である1929年に制定されたインディアナ州の反チェーン法は、概ね次のような仕組みを採用していた。

まず、あらゆる個人、企業、団体、法人は、州内で店舗を営業するにあたり、州から免許を得る必要があり、その免許は毎年更新されなければならない。免許を得ずに店舗を営業した個人や法人は軽犯罪として処罰される。免許手数料は毎年支払う必要があり、その免許手数料は、1店舗のみを経営する者は、1店舗あたり3ドルだが、2店舗以上5店舗未満を経営す

る者は、1店舗あたり10ドルと、累進的に手数料は増えていき、20店舗以上を経営する者は、1店舗あたり25ドルを支払わなければならないとされた。

ただ、まもなく、このような反チェーン法の合憲性を争う訴訟が各地で提起されることになる。そのリーディングケースとなったのは、上記のインディアナ州反チェーン法の合憲性が争われた1931年のインディアナ州税制調査委員会対ジャクソン事件である<sup>(7)</sup>。原告のジャクソンは、インディアナポリスで生鮮食品の卸売・小売を営んでおり、225もの店舗を保有していた。反チェーン法により膨大な免許手数料を支払う義務を負ったジャクソンは、同法は、チェーン・ストアと零細的な店舗を合理的な理由なく差別するものであり、修正第14条が定める法の下での平等に違反すると主張した<sup>(8)</sup>。ジャクソンの主張に対し、連邦最高裁は、5対4の僅差であったが、チェーン・ストアは、零細的な店舗と比較して、価格設定や在庫管理等において有利な立場にあることから、課税において両者を区別することは不合理ではなく、インディアナ州の反チェーン法は違憲ではないとした。

ジャクソン判決は、ロックナー時代においては異例の判決であったが、その判決を受けて、各州での反チェーン法の採用は勢いづいた。しかし、ジャクソン判決から2年後、連邦最高裁は、フロリダ州の反チェーン法について、違憲の判断を下すことになる。それが本稿の扱うリゲット判決である。

リゲット判決の原告は、当時、全米で薬局チェーンを展開していたリゲット社など多数の法人であった。フロリダ州の反チェーン法の仕組みは、基本的にはインディアナ州と類似のものであったが、累進的免許手数料は、チェーン・ストアであっても、その店舗が全て同一のカウンティに存在する場合には適用されず、店舗が複数のカウンティに跨って存在する場合のみを対象に適用されることになっていた。連邦最高裁の多数意見は、その点において、ジャクソン判決の事案と本件事案とは区別ができるとし、複数のカウンティにのみ店舗を展開するチェーン・ストアのみを差別的に扱うことには合理性がなく、修正第14条の定める法の下での平等に違反するとしたのである。これに異を唱えたのがブランダイスであった。

## 2. リゲット判決ブランダイス反対意見

ブランダイスの反対意見は、40頁以上にも及び、数多くの引用が付されたまさに学術論文のような体裁となっている。ブランダイスは、反対意見を6つの構造に分節化しているが、ここでは、特に、法人の営業の自由論と個人の職業の自由論の二つを軸に再整理したうえで、その内容を見ておきたい。

### (1) 特権としての法人形態による営業

多数意見は、反チェーン法の構造に着目して、ジャクソン事件とリゲット事件の区別を行ったが、ブランダイスは、まず、それとは異なる次元で両事件の区別を行った。ブランダイスは、ジャクソン事件で州法の違憲を主張した当事者は「個人」(individual)であったのに対し、リゲット事件で州法の違憲を主張した当事者は、全て「法人」(corporation)であるという点において、両事件は全く異なる事案であるとしたのである(543)。ブランダイスは、そのような州法の違憲を争う当事者の性格の違いにより、リゲット事件においては、ジャクソン事件では言及されなかった理由に基づき、むしろ州法は合憲とされるべきであると論じた。

フロリダ州の反チェーン法は、イディアナ州のものと同様、「全ての個人、会社、法人、団体、組合」を規制対象として定めており(528)、文面上は、法人だけでなく個人も規制対象となる。しかし、ブランダイスは、州法が適用されるのは本件事案においては法人のみであることから、法人に対する差別的取扱いの合憲性のみを論点とすべきとした。そして、自然人に適用されるものとしての反チェーン法の合憲性は別として、反チェーン法は、法人に「適用されるものとして合憲」(valid as applied)であると論じた(544)。つまり、適用合憲の判断こそが本件事案の解決として適切であるとしたのである。

その結論を基礎づけるためにブランダイスは興味深い法人理論を展開することになる。当時、法人の理解をめぐる学説上大きな対立が存在していた<sup>(9)</sup>。その第一の理解は、法人とは州によって人工的に作られた存在に過ぎないと捉える、いわば人工的存在物説とも言えるものである。19世紀前半までのアメリカ法では、法人の設立は州議会の個別立法を経てなされるという方式が採用されていたが、その現実も反映し、南北戦争前後までは、人工的存在物説が支配的な見解となっていた。例えば、1819年のダートマス大学判決におけるマーシャル裁判官の「法人は作られたものであり、見ることができず、実体もなく、ただ、法の構想のなかでのみ存在し

得るものである。法人は法の被造物でしかなく、法人の設立特許状が認められた範囲でのみ財産を所有することができるのである」との説示は、その時代、人工的存在物説の理解が定着していたことを示す象徴的言説としてしばしば引用されている<sup>(10)</sup>。

これに対し第二の理解は、法人とは国家以前より個人と同じく自然に実在するものであると捉えるもので、いわば自然的实在説と呼べるものである。南北戦争前後から、各州は、いわゆる一般法人法を制定し、個別立法を経る方式から法定の手續に基づき登記をすれば誰でも法人を設立することができる自由設立主義へと移行していったこと、また、法人の实在性を主張するギールケの思想がイングランドの法律家メイトランドを介して広く知られるようになったこと等を背景として、20世紀初頭には、自然的实在説が人工的存在物説を圧倒するようになった。自然的实在説は、法人は個人とは独立し、かつ、個人と同じく扱われるべき実在として、独立した権利の本来的な享有主体となるべきという主張を内包するものであった。連邦最高裁も、1886年のサンタ・クララ判決を契機として<sup>(11)</sup>、法人にも、修正第14条のデュープロセス条項や平等保護条項を適用するようになり、憲法上の権利の享有主体として個人と法人とを同一視する理解と親和的な方向を採るようになる。

しかし、ブランダイスがリゲット事件において展開したのは、法人の实在性を肯定する当時の判例・通説の潮流に抵抗し、あくまで法人を州の被造物と見なす見方を徹底した論証であった。ブランダイスは、法人は自然に実在するものではなく、現実には、商業を効率的に営むための「道具」(instrumentality)に過ぎないものであること、そして、商業を営むうえで、そのような法人という道具を使用することは、憲法が保障する個人の自由ではなく、むしろ、州が個人に与えた特権に過ぎないと論じたのである。ブランダイスはこの点を次のように表現している。

連邦憲法は、州内法人に対しても、州外法人に対しても、「フロリダ州内で商業を営む権利」(the right to engage in intrastate commerce in Florida)を与えているわけではない。「法人形態によって商業を営む特権」(the privilege of engaging in such commerce in corporate form)は、州が、それが適切であると考えた場合に、与え、奪うことのできるものなのである (544)。

実際、商業を法人形態により営むことで、個人主体の営業では得ること

のできなかった様々な恩恵を得ることができる。例えば、個人は必然的に死すべき存在であり、その死と共に相続税を支払う必要がある。それに対し法人は理論上永久に生存が可能であり、法人に帰属する財産は相続税の対象とはならない。また、個人が個人として債務を負う場合には無限責任となるが、法人として債務を負う場合には有限責任となる。これらの恩恵は法制度の在り方それ自体に起因するものであり、州が定める法がなければ観念し得ないものである。ブランダイスはそのような恩恵を受けつつ営業を営むことを州が与えた特権と捉えたのである<sup>(12)</sup>。

ブランダイスは、法人のような特権を賦与するか否かは本来的に州の政策的判断に依存する問題であると論じた(545)。それが公共の福祉に資すると州が判断した場合には特権が賦与されるし、逆に、公共の福祉に危害をもたらすと州が判断した場合には特権は否定される。法人という特権は、あくまで税収の増大や起業の活性化といった公共の福祉の促進のため賦与されているものに過ぎないのであって、法人の存在がむしろ共同体の利益を損なうという場合には州は法人という特権を否定することができる。

この理論構成を突き詰めれば、個人には本来的に法人という形態によって営業を営む自由や法人という形態によってチェーン店を展開する自由はなく、州は、法人に対しチェーン店を展開することを一切認めない場合であっても、そこに個人の自由に対する制限は存在しないことになる。そのため、チェーン店を展開する法人に対して累進的な免許手数料を課すことは、個人の自由を制限するというよりも、むしろ、州より与えられた特権の範囲が、累進的な免許手数料が伴う限度で法人形態によりチェーン店の展開を許容するというものになっているに過ぎないと言える。換言すれば、その場合でも、個人は限定された範囲でチェーン店を法人形態によって営業できる特権をむしろ「与えられている」ことになるのである。

さらに言えば、個人は、法人形態により事業を営むことを強制されているわけではない。そのため、法人という特権を受ける対価として免許手数料を支払うか、あるいは免許手数料を支払うことなく個人として事業を行うかは、個人の判断に委ねられている。もし、仮にチェーン店を展開できないような法人という特権が意に沿わないのであれば、そのような特権を受けることなく個人としてチェーン店を展開する事業を行えばよいということになる。ロックナー時代、州の労働条件規制を批判する側は、労働者は使用者との労働契約を強制されているわけではなく、いかなる労働条件

であれ、それは使用者が提示した労働条件を労働者が自らの意思で受容したものであるとの論理を展開していた。それと同じ論理が、州が法人という特権を与える条件にも妥当し得ると言えよう。

なお、このような議論については、フロリダ州の法人は、チェーン店の展開について制約を受けない法人格を事前に与えられていたのであって、それに対し後から制約を課すことは既得権を制約することになるとの反論があり得る。これに対し、ブランダイスは、特権の及ぶ範囲について州の政策が将来変更されることがあることは経験から予測できる旨論じ、特別に既得権を保護する契約が州と法人との間で締結されていない限り、立法政策の継続性を要求する既得権は認められないとしている（546 - 547）。

## (2) 自己統治と経済的独立

法人を特権として捉え、その特権の範囲を定める広範な裁量を州に対して認めたことで、フロリダ州法の法人への適用が合憲であることを示す論証としては十分であったと言える。ただ、ブランダイスはフロリダ州法が果たす実質的意義についてさらなる論証を進めている<sup>(13)</sup>。

そこで述べられるブランダイスの反対意見を読解するうえで欠かせないのが、独立宣言文書の執筆者であり、第3代合衆国大統領でもあるトマス・ジェファソンである。そのジェファソンの思想の全体像についてここで論じることは筆者の能力を遥かに超えるものであるが<sup>(14)</sup>、差し当たり、自由主義と共和主義という国家の統治構想の二つのパラダイムはジェファソンの思想の方向性を把握するうえで有用な座標軸となろう<sup>(15)</sup>。

まず、自由主義は、個人の自律性を重視し、個人の自律的判断に基づく行動は、例え、それが個人の主観的利益を満足させるものに過ぎない場合でも、等しく尊重され、保護されるべきであるとする。そのような自由主義のもとでは、共同体に求められる役割は、個人の自律的判断とそれに基づく行動の保護であり、共同体が個人の自律的判断を差別的に取り扱い、自律的判断に基づく行動を制限することは最大限抑制すべきものとして位置づけられる。そのため、自由主義に基づく共同体の制度設計においては、まずもって、自律的判断に対する共同体への介入の可能性をいかに最小化するかという観点重視されることになる。

他方で、共和主義は、個人の自律的判断を必ずしも平等には扱わない。共和主義においては、個人の主観的利益を満足させるためだけの行動よりも、公共善、取り分け、民主主義＝自己統治という政治体制を維持するために必要な行動に特別な位置づけが与えられる。そこでは、共同体にお

いて自らの役割を認識し、その役割のもと公共善に適合する行動を採ることのできる個人の気質は、美德として称賛されることになる。そのような共和主義が恐れるのは、共同体の構成員がそのような美德を失い、墮落することである。それ故に、共和主義に基づく共同体の制度設計においては、まずもって、いかに個人の美德を涵養し、墮落を防止することができるかということが模索されることになる。

この二つのパラダイムのどちらか一方にジェファソンの思想を単純に押し込めることは適切なものではないが、特に、次に挙げる『ヴァージニア覚え書』の一節はジェファソンの共和主義的理想を示すものとして幾度も取り上げられてきたものである。

もし神が選民をもつとしたならば、大地の上で労働をおこなう人々こそ神の選民である。神は、大地の上で労働をおこなう人々の胸を、「実体的かつ真実の美德」(substantial and genuine virtue)を納める保管所としたのである。……耕作者の大半が道徳的に墮落するという現象は、いかなる時代、いかなる国民を探しても見つけることができない。道徳的墮落は、農夫のように、天を仰ぎ、自らの土壌と勤勉を頼りとすることをせず、自らの生存を顧客の不慮の災難と気まぐれに委ねた者たちに押された烙印なのである。依存は、服従と買収を生み、美德の萌芽を摘み、野心の企てに便利な道具を作り出す。……大都市の群衆が真実の統治の手助けとならないのは、腫物が人体の堅強さの手助けとならないのと同じである。人民の挙動と精神こそが活力に満ちた共和国を保護するのである。人民の挙動と精神の墮落は、ただちに法と憲法の心臓を蝕む癌となる<sup>(16)</sup>。

ここでは、共和国を維持するためには市民の美德の具備が必要であるとする共和主義の伝統的な構想が示されているが、特に、重要であるのは、美德の涵養と経済構造との間に不可欠の連関を認めているということである。ジェファソンは、経済的独立が、共和国の市民としての美德の涵養に不可欠であるとし、その経済的独立を体現する職業として独立自営農民を挙げた。ジェファソンは、小規模の独立自営農民によって構成される経済体制というものを共和国が維持されるための前提として理想に据えたのである。ブランダイスの反対意見は、このようなジェファソンの理想を工業化された後のアメリカにおいて再現させようとするものであった。

前述のように、ブランドイスの議論は、営業を行うための効率的な道具としての法人という視点に支えられたものである。ただ、ブランドイスは、現代社会において、法人は、単に効率的な道具という側面だけでは収まり切らない意義をもつに至っていると論じる。ブランドイスは、法人の規模が拡大するに従い、法人は単なる「道具」(tool)ではなく、経済的権力の集中を生み出す「制度」(institution)としての意義を持つようになったと論じるのである(565)。

株式会社は有限責任原理のもと無数の株主から膨大な資本(財産権)を集めている。理論的には、それら無数の株主は、その資本(財産権)の究極的支配権を有し続けているはずである。しかし、ブランドイスは、1932年に出版されたばかりのパーリとミーンズの『現代株式会社と私有財産』を引用しつつ<sup>(17)</sup>、現代株式会社においては、所有と経営は分離するに至っており、膨大な財産権の支配権は、結局、少数の経営者の支配に委ねられているとする。また、そのような株式会社は何万もの労働者を雇用しており、その労働者が少数の経営者の支配に服していることにもなる。ブランドイスは、法人の規模の拡大により、無数の労働者と膨大な財産が少数の人間の支配に服するものとなっていると論じ、法人制度それ自体を封建制や寡頭制へと擬えている。

そのような法人がもたらす経済的権力の集中という現象に対してブランドイスが問題視したのは、従来、独立に事業を営むことの出来た自営業者が少数の支配に服する労働者へと変質してしまうことであった。そのなかで、ブランドイスは、独立した自営業者を保護する必要性を次のように論じた。

巨大企業が促進してきた富と所得の配分の著しい不平等が失業を生み出していること、巨大企業を通じて行使される少数の支配が、個人の自発性や努力を麻痺させ、創造力を損ない、人間としての幸福を減少させていること、我々の過去における真実の繁栄は、巨大企業によってではなく、小さな人間の勇氣、気力、問題解決能力によってもたらされたものであること、無数の者の能力を法人による支配から解放し、彼らに指導力を行使する機会を再度開くことによつてのみ、我々の未来に対する自信が保持され、現在の苦難を克服することができること、商業における責任と決定に多くの者が参加することによつてのみアメリカ人は自由の維持に不可欠である道徳的、知的成長を確保することができること。

それらの広範な信念が存在している。もし、フロリダ市民がそのような信念を共有しているとすれば、私は、連邦憲法のなかに、チェーン企業に対して差別的な税を課すことによって州を超えた支配を防ごうとするフロリダ州の試みを妨げるような条文を見出すことはできない。そう解する限りで、各州の市民は、未だに自らの運命の主人であることができるのである (580)。

ここでひと際目を引くのが、「商業における責任と決定に多くの者が参加することによってのみ、アメリカ人は自由の維持に不可欠である道徳的、知的成長を確保することができる」という一文である。この一文には、次のような二つの主張が含まれている。

まず、第一の主張は、自由の維持には市民自らが道徳的知的に成長する必要があるということである。そのような自由と市民の道徳的知的成長の連関は、ブランダイスの長年の信念であった民主主義はそれを担う市民に統治を担うに相応しい知識を求めるものであり、また、民主主義社会においては、意見表明や議論への参加など単に選挙権の行使に留まらず、積極的な行動なくしては自由を守ることはできないという発想と共に読むべきものである<sup>(18)</sup>。ブランダイスにとっては、市民が公共の問題について積極的な姿勢をもつことこそが民主主義と自由を維持する重要な前提であった。

そして、第二の主張が、そのような民主主義の担い手足り得る市民的美德の涵養には商業における責任と決定に自ら参画することが不可欠であるということである。それは、かつてジェファソンが独立自営農民に期待したものを、商業を営む独立自営業者にも拡大したもの、すなわち、ジェファソンの発想を、商業における責任と決定に参加することによっても、自由な共同体を維持するために必要な道徳と知識を成長させることができるものと再構成したものと言える。

経済的事業において独立し責任をもつことと民主主義との連関についてその論理をもう少し具体的なものになるよう敷衍すると、それは次のように言えるのではないかと考える。

第一に、事業において責任を持ち、自ら独立した決定を行えることはそれ自体として自己統治に必要な知識を涵養するための教育的作用を有する。書籍や新聞等はもちろん現政権の政策を評価し、選挙において投票先を選択するうえで不可欠な知識や情報を提供してくれる。しかし、統治に

においては、まさに統治機構を動かし、反対者とも協力しつつ、現実の社会的問題を解決することが求められるのであり、机上の知識だけでは統治に参加し、統治の運営を評価するための知識としては不十分である。それは、マニュアルを読むだけでは車を運転できないのと同様であり、統治に携わる知識や能力を習得するためには、自ら組織の運営や意思決定に参加し、ときに失敗を経験する必要がある。自ら事業に携わるということはそれ自体がいわば「民主主義の学校」としての役割があると言えよう。

第二に、経済的自立は、他者からの拘束なく民主主義や自由の維持に不可欠な意見表明や政治的活動を自由に行うことを可能にする。経済的に他者に依存する者は、仮に、自らの意思を表現活動や政治活動を通じて示す意欲を持ったとしても、経済的支配権を有する者の意思に反する場合には、意見表明を実行に移すことが自由に出来るわけではない。また、政治的活動を実際に行うためには、ある程度自らの判断により仕事の時間を決めることができる必要がある。歴史的に、政治運動を担ってきた主体が、多くの場合、学生、医師、弁護士、大学教授などであったことは決して偶然ではない。その意味では、自由な意見表明は、実際には、経済的あるいは職業上の独立性を有する特定の職業にのみ与えられたものであると言える。

第三に、経済的自立は、他者からの命令に服従することが常態となる環境から自由であることを可能にする。上意下達の命令系統をもった組織においては服従が美德となる。しかし、民主制の過程においては政権の政策を批判することこそがむしろ美德である。日常生活の多くの時間、服従を美德とする環境に置きながら、政治的場面においては批判的精神を積極的に維持し続けることは決して容易なことではない。自由で独立した職業というのはそれ自体において自己統治の意識の涵養という点で特殊な意義があると言えるのである。

ブランダイスは結論として個人事業主を保護するためのテキサス州の反チェーン法の合憲性を支持した。ただ、それは単に個人事業主の経済的利益を保護するというのではなく、個人事業主が存在し続けることそれ自体に民主主義の精神を涵養する基盤としての側面を見出したからに他らない<sup>(19)</sup>。もちろん、ブランダイスは、競争秩序それ自体を否定したわけではない。むしろ、それぞれの個人事業主が相互に創意工夫をし、切磋琢磨し、ときに敗北を経験することこそ、民主主義を担ううえで必要な知識を各人が得ていく過程であると捉えていた。しかし、ブランダイスは、規模の経済を

生かした大規模な法人と個人事業主との間の競争は平等な競争とは言えないと捉えていたと言える。

また、大規模なチェーン店ではなく、個人事業主を保護することは、一面では消費者の利益を犠牲にするという側面を有している。しかし、ブランドイースは、消費者の利益というものを自己統治の観点から必ずしも重要なものとは考えていなかった。消費者主権といっても個々の消費者の僅かな経済的利益の増加それ自体が民主的統治に直接関係するわけではない。ブランドイースにとって自由な個人事業主が存続し続けることによって民主主義の基盤が強化されることの利益のほうが民主制国家においては消費者の利益よりも優越するものだった<sup>(20)</sup>。

### Ⅲ. ブランドイース理論に基づく薬事法判決の再検討

もし、ブランドイースが日本の薬事法判決の判決理由を書いていたならば、また別のテキストがそこに現れていたであろう。ブランドイースの法人理論をそのまま薬事法判決の事案に適用すれば、原告は、そもそも憲法上の権利としての職業の自由の享有主体ではなかったことになる<sup>(21)</sup>。特権としての法人格をもって取引できる範囲は本来的に法律の範囲内に限定されており、薬事法における適正配置規制も法人形態により医薬品の販売活動を行ううえでの一つの対価ということになる。このように法人の活動を法律の範囲内に限定したとしても、原告の株主が、法人形態ではなく個人として薬局を営業する自由それ自体が侵害を受けたこともならないのである<sup>(22)</sup>。

また、ブランドイースの言説を前提とすれば、個人事業主の職業活動には、「社会的機能分担としての役割」や「個性を全うすべき場」としての役割に留まらず、自己統治に必要な道徳や知識を成長させる場としての意義がある。自己統治は表現の自由に専属的な価値では必ずしもないのである。ただ、そのような自己統治の価値としての職業の自由の享有主体は、あくまで民主主義を担うべき個人であり、法人ではない。自己統治に資する職業の自由こそが憲法上保護に値するものであるとすれば、薬事法判決はむしろ本来保護されるべき職業の自由、すなわち、零細な薬局を生業とする個人の自由を危険に晒したことになる。

もちろん、国が主張した薬事法の立法目的は、不良医薬品の提供防止であり、最高裁が述べるように適正配置規制にはそのような立法目的を実現し得る効果はない。ただ、適正配置規制は、不良医薬品の提供防止という

機能はなくとも、実態として、自己統治を担う場でもあった個人事業主の職業を保護するという機能を有していたことは否定できない。そのような適正配置規制が事実上果たし得る機能は、立法者の意思に関わらず、それ自体として自己統治のための職業の自由という観点から憲法上保護すべき価値があったと言えるのではないか<sup>(23)</sup>。その意味で、適正配置規制は違憲であるとしても、それは個人事業主に適用される限りにおいて違憲であり、法人に対しては合憲であるという結論もあり得たのではないかと考えられる。

このような職業の自由の理解は、結局、経済活動への国家による統制を強める方向に働くのではないかという懸念があり得る。しかし、自己統治としての職業の自由は、例えば、特定の産業や経済活動を国家や特定の企業にのみ独占させること、あるいは、特定の職業を一切禁止することに対しては、むしろ、個人が独立して生計を維持するための活動の範囲それ自体を狭めるものとして否定的な立場に立つ。国家統制的な経済状況は、個人が経済活動に直接参画することに意義を見出す自己統治としての職業の自由とは元来相容れないことは注意が必要である<sup>(24)</sup>。

#### IV. グローバル時代における職業の自由の行方

最高裁は無自覚なまま職業の自由に対する憲法保障を法人の営業の自由に拡大してきた。しかし、民主主義という共同体を成立・維持させていくという観点からは、職業の自由として保護されるべきはまずもって個人が経済的に自立した職業に就くことである。逆に、法人の営業の自由は、国家から与えられた特権に過ぎないのであって、むしろ、自己統治のための職業の自由は、そのような法人の営業の自由の制限を要請する。

もっとも、今日、グローバル経済の進展、IT技術の目覚ましい進歩、アマゾンの登場による小売・流通業界の革新など、産業構造が大きく変化を遂げており、ブランドイスが理想とした従来型の零細的な小売事業者の存続は厳しい状況にある。特に、地方の商店街の衰退は明らかであり、そこでは、むしろ、大規模な商業施設を誘致することのほうが結局雇用の創出に繋がるとさえ言えよう。経済的に独立した事業を営むことが理想であるとしても、職業に就きたくても就けないという状況のほうがより深刻な事態であることは間違いがない。

ただ、個人の生計を維持するための経済的生活の変化は、当然政治的生活の変化と無関係ではない。独立した自営業者が消えていくとしたなら

ば、それは同時に、自らの責任によって事業を行う個人が消えていくことを意味する。それは単純に経済構造の変化というだけでなく、政治活動や意識の変化、民主主義の構造の変化を伴うものともなり得よう。その意味では、今日では、単純に独立自営業者の保護を強調することよりも、むしろ、労働者一般について、政治活動や意見表明など公的時間を過ごすことの時間をいかに確保するかということのほうが重要になってくると言え、例えば、一年のうち、一定時間は、公民としての活動のために退社を求める権利のようなものも自己統治のための職業の自由は要請していくと言えるかもしれない。

- (1) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。
- (2) 石川健治「薬局開設の距離制限」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ（第6版）』205、206頁（有斐閣、2013年）も参照。
- (3) 株式会社Sに直接適用されたのは、薬局開設の許可制（薬事法6条）ではなく、店舗における医薬品の一般販売業の許可制（薬事法26条、ただし許可基準については6条の規定が準用された）であった。
- (4) Luis K. Liggett Co. et al. v. Lee, Comptroller, et al., 288 U.S. 517, 541 (1933) (Brandeis, J., dissenting). 以下、本文における括弧内の数字は、同判決を掲載した公式判例集の頁を表す。
- (5) ルイス・ブランダイスの思想や人生を包括的に研究した文献は、複数存在するが、なかでも、PHILIPPA STRUM, LOUIS D. BRANDEIS: JUSTICE FOR THE PEOPLE (1984). から本稿は大きな示唆を得ている。
- (6) 反チェーン・ストア運動や反チェーン・ストア立法については、Richard C. Schragger, The Anti-Chain Store Movement, Localist Leology, and the Remnants of Progressive Constitution, 1920-1940, 90 IOWA L. REV. 1011 (2005). を参照。
- (7) State Board of Tax Commissioners of Indiana v. Jackson, 283 U.S. 527 (1931).
- (8) 第14修正第1項第2文後段は、「いかなる州も、法が定めた適正な手続なくして、生命、自由または財産を何人からも奪ってはならず、また、その法域内において、何人に対しても法の平等な保護を否定してはならない。」と規定し、いわゆるデュープロセス条項及び平等保護条項と呼ばれる。デュープロセス条項は、告知と聴聞などの適正な手続の法定を求めるだけでなく、法の内容が不公正・不合理なものでないという実体的な意味で適正な法の制定を求めるものと解釈されている（実体的デュープロセス）。ロックナー時代、連邦最高裁は、デュープロセス条項が規定する「自由」には、「契約の自由」や「合法的な営業や職業を遂行する権利」(the right to pursue any lawful business or calling) も含まれると解し、州が定めた社会経済立法を次々と違憲としていった（以上につき、Michael J. Phillips, Another Look at Economic Substantive Due Process, 1987 Wis. L. REV. 265 (1987). も参照）。

- (9) アメリカ法における19世紀後半から20世紀前半にかけての法人の理解をめぐる判例・学説の展開については、Morton J. Horwitz, *Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory*, 88 W. VA. L. REV. 173 (1985). また、同論文の書籍版の邦訳として、モートン・J・ホーウィッツ (樋口範雄訳) 『現代アメリカ法の歴史』(弘文堂、1996年) 第3章も参照。
- (10) *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 636-37 (1819).
- (11) *Santa Clara County v. Southern Pacific R.R.*, 118 U.S. 394 (1886).
- (12) 英米法において、かつてシティ等の法人と学校や株式会社のような法人との間の区別は曖昧であり、両者はともに州の被造物として捉えられていた。ただ、そのような州の被造物としての法人という理解は、シティ等については維持され続けたものの、株式会社などの私法人について、その理解はやがて衰退していく (Gerald Frug, *The City as a Legal Concept*, 93 HARV. L. REV. 1057 (1980). 参照)。そのような歴史を踏まえた場合、地方公共団体について伝来説の立場から固有権を否定する立場と法人の人権享有主体性を肯定する立場とは整合的であるかは改めて検討の余地がある。
- (13) この節については、MICHAEL J. SANDEL, *DEMOCRACY'S DISCONTENT* (1996) (マイケル・J・サンデル [小林正弥監訳] 『民主政の不满 (上)(下)』(勁草書房、2011年) から大きな示唆を得ている。サンデルはブランドイスの自己統治論の再評価を試みている論者の一人である。
- (14) ジェファソンの思想及びそれに対する共和主義の影響については、LANCE BANNING, *THE JEFFERSONIAN PERSUASION* (1978); DREW R. MCCOY, *ELUSIVE REPUBLIC* (1980). を参照。
- (15) 自由主義と共和主義の対比については、ここではJ. G. A. POCCOCK, *MACHIAVELLIAN MOMENT* (1975); RICHARD FLATHMAN, *THE PRACTICE OF RIGHTS* (1976); RICHARD DAGGER, *CIVIC VIRTUES* (1997); Suzanna Sherry, *Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication*, 72 VA L. REV. 543 (1986). などを参照した。
- (16) Thomas Jefferson, *Note on the State of Virginia* in *JEFFERSON WRITINGS* 290-291 (Merrill D. Peterson ed., 1984) (T. ジェファソン [中屋健一訳] 『ヴァージニア覚え書』(岩波書店、1972年) 297-298頁)。
- (17) ADOLF A. BERLE, JR. & GARDINER C. MEANS, *THE MODERN CORPORATION AND PRIVATE PROPERTY* (1932).
- (18) Strumは、1902年までに、ブランドイスは、民主主義とは、自由な市民が自身を取り巻く共同生活に影響を与える事項について賢明な選択をなすことであり、自由な市民とは経済的に独立し、政治的・経済的福祉に関する事項について「声」(voice)と「票」(vote)をもつ者であるとの信念に到達していたとする。そして、ブランドイスは、市民の投票に必要な知識を提供するのは出版社であるとしても、統治過程を監視するうえで中心的役割を果たすのは、公共精神をもった市民自身であると考えていたと整理している (STRUM, *supra* note5, at 61-62.)。
- (19) ブランドイスは、各州における経済的な利害調整、経済政策の在り方については、さらに実験主義的連邦制というより広大な構想を有していた。すなわち、何が正しい利害調整の在り方かは不可知であり、各州が民主的討議のもと実験的に実施することによってしか正解は導き出せないというのである (*New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932)(Brandeis, J., dissenting); E.E. Steiner, *A Progressive Creed: The Experimental Federalism of Justice*

Brandeis, 2 YALE L. & POL'Y REV. 1 (1983).)

- (20) ブランドイスのように個人事業主の独立と自己統治とを結び付ける考え方は間もなくアメリカでも後退し、反チェーン・ストア運動も1940年代には勢いがなくなった。代わって大きく盛り上がりを見せるようになったのが、消費者の利益を主張する運動である。消費者運動が隆盛するなかで、個人事業主による大規模店舗などの出店規制を求める活動は、消費者の利益を犠牲として、既得権を維持しようとする個別的・独善的利益の追求としてしか映らなくなった。日本でも個人事業主の保護は、今日では、新自由主義の立場からも消費者利益の保護の立場からも批判される極めて不人気な政策の一つとなっていることは否定できない。
- (21) 憲法上の権利として保障されることの根拠が憲法上の権利を主張する者の個人的利益の保護それ自体にあるのではなく、むしろ、第三者の利益の保護を目的としている場合には、法人か、個人かにかかわらず、当該権利の享有主体性及び憲法訴訟において憲法上の権利の主張適格を認めることには合理的理由がある。例えば、「公衆に情報を提供するという言論の本質的価値は、法人、団体、組合、個人のいずれであるかという発信者の属性に依存するものではない」とFirst Nat'l Bank of Bos. v. Bellotti, 435 U.S. 765, 777 (1978). が論じるように、表現の自由の場合には、その保障根拠はむしろ情報を受け取る側の利益にあるのであり、法人であるからといって、その保護を否定する理由はない。もちろん、法人の営業活動は、社会における資源の適正配分という観点から第三者に一定の利益をもたらすものと言えるが、それが憲法上の価値を基礎づけるうえで十分な根拠となるものであるかは疑問である。
- (22) 最決平成8年1月30日民集50巻1号199頁 [オウム真理教解散決定] は宗教法人の解散命令の憲法適合性が問題となった事案であるが、最高裁は、そこで宗教法人それ自身の信教の自由や信者の宗教的結社の自由を一切問題としなかった。同決定は、法人とは法によって与えられた特権に過ぎず、その特権の在り様は団体それ自体や構成員の自由とは切り離して考えることのできるものだという観念を前提にしているとも解される。
- (23) 原田國男「判解」最判解刑事篇平成元年度1頁、13頁は、いわゆる規制目的二分論を支持する立場からのものであるが、規制目的は「立法当時の提案理由に拘束されるものではなく、立法が現に果たしている役割、機能」から認定されるとしているのは改めて注目する必要がある。
- (24) ブランドイスは、手放しで社会経済立法の合憲性を肯定していたわけではなく、例えば、ニューディール期の全国産業復興法 (NIRA) に対しては、経済統制のための強力な国家権力を創出するものとして否定的な立場を取っていた (STRUM, supra note5, at 349-350.)。

(きのした・まさひこ)