

営業の自由と公の営造物

松 尾 直

目 次

- I はしがき
- II 憲法と営業の自由
- III 営業の自由に対する制限
- IV 公の営造物と公共の福祉

I はしがき

営業の自由は、日本国憲法における諸々の基本的人権を定めた規定の自由権に位置づけられるものと解されているが、第22条1項に規定する「職業選択の自由」をその法的根拠とし、さらに第29条の「財産権」とともに「経済的基本権⁽¹⁾」または「財産的自由⁽²⁾」もしくは「経済的自由権⁽³⁾」を構成するものとして示されている。ところで、営業の自由は、他の経済的自由権とともに「公共の福祉」による制限を伴うばあいが憲法上において規定されており、これについては学説・判例上数々の検討が加えられてきている。

一方、公の営造物は、その概念が行政法学上のものとして、または実定法上のものとして諸々の形態を示すものであり、公の営造物自体として、また公共施設、あるいは公企業として用いられるばあいもある。さらに、公の営造物はその具体的・個別的形態として多くのものが「経済的自由権」に対応するとこ

注1) 鶴飼信成『憲法』岩波書店、昭和31年、85頁。

2) 樋口陽一「資本主義憲法史における『財産的自由』の歴史の変遷」、『法律時報』1972年2月号、20頁。

3) 尾吹善人『学説判例事典1 憲法』東出版株式会社、1974年改訂版第1刷、272頁。

ろの社会・経済生活上重要な役割を果すべきものであり、これも営業の自由とともに「公共の福祉」と重要な関係を有するものである。なお、公の営造物に関する公共の福祉は、諸々の個別的形態における公の営造物について、その具体的状況に対応できる合理的な理由づけを求められるべきものであろう。

次に、日本国憲法において保障された営業の自由は、行政法学上の概念としての公の営造物と相俟って、近代以降の社会・経済生活上において益々その実際の効用を高めてきており、その結果として公共の福祉との関係で一層検討されるべき内容を有するものと認められる。

営業の自由は、封建的土地所有の存在した中世社会から、近代社会への発展によって確立されて行った市民の自由として認められるところである。すなわち、営業の自由の歴史的条件としては、「封建的土地所有と営業の自由⁴⁾」との対比により、「近代市民社会においては、人は、人己の好むところにしたがって自由に職業を選ぶことができるし、自分の欲するところに移転し、そこで自己の欲する経済行為を営むこともできる。そのような自由をもっている。また法律の前には平等であって身分上の差別はなく、独立の自由な人格者として対等の立場から相互の契約を結ぶこともでき、そしてまた私的所有権は外から侵されることのない排他的なものとして保障されている。⁵⁾」とされる。したがって、そこには、すでに身分社会より制度上において自由と平等の確立されたところの契約社会への発展がうかがわれるのである。このようにして、営業の自由が実現されたことは、中世封建社会より近代市民社会への発展により、歴史的な成果を収め得たものとみられる。

さらに、この間の制度的状況は、「市民革命期においては、コモン・ローの独占の法理は、参入の自由に対する国家のなす制限を違法とすることに、取引制限の法理は、参入の自由に対する私人のなす制限を違法とすることに向けられた。こうして、いわゆる初期独占が廃絶されたところに、営業の自由が確立

注4) 高橋幸八郎「営業の自由——その成立の歴史的條件——」、『基本的人権5各論Ⅱ』東京大学出版会、1976年、104頁。

5) 同上。

する。⁶⁾」とされるところである。そこには、市民革命の成果として確立された営業の自由に対する市民階級の強い期待がうかがわれるところである。つまり営業の自由は、市民革命を契機に、市民階級の権利として実現されたものであり、「市民法では、営業の自由は人権として確立された。⁷⁾」とされているのである。

すなわち、営業の自由は、市民革命期において主張された自由と平等に由来するものであると思われる人権としてみればあいであるが、「思想の自由」、「言論の自由」、および「財産権の不可侵」として国家からの自由を市民に保障したものと対比において、異った面を有することが指摘されている。すなわち、これは、「『営業の自由』は、本来、私的経済活動にたいする国家の干渉排除の要求一般を、すなわち、単なる『国家からの自由』といった形式的・抽象的自由の要求をあらわすだけのものではなく、市民生活において現実に制限的・圧制的作用を及ぼす社会的制限の除去——『営業制限からの自由』——の要求をあらわすものであり、このいみにおいて、独占の排撃こそが、『営業の自由』の主張の精髓であった。⁸⁾」とされる。つまり、そこには、営業の自由が、封建社会における国王からの特権商人、同業組合などに対する保護によるところの経済活動の独占を排除することによって、経済活動をもって市民一般の自由に属するものへと志向したところにその目的が認められるのである。

このようにして、営業の自由は、近代社会において自由主義体制の根幹を構成するところの制度的根拠として各国憲法で保障されることとなり、重要な意義が認められることになったのである。また、営業の自由を他の側面よりみれば、「経済的活動を生産と消費に大別すれば、営業の自由はいうまでもなく生産主体に即したものである。⁹⁾」し、これに対して「市民法の人権のカタログには、消費者の自由ないし権利はあげられていない。しかし、市民革命期に

注6) 富山康吉「営業の自由と寡占経済」、『現代法ジャーナル』1972年8月号, 80頁。

7) 同上。

8) 岡田与好『独占と営業の自由』木鐸社, 1975年, 9頁。

9) 富山康吉, 前掲, 83頁。

成立した営業の自由は、背後に、市民の消費生活面での問題をふくめたものであった。¹⁰⁾」とされる。これらからみるに、営業の自由は、その成立過程を考察するならば市民革命を実現したところの原動力になった主体である市民一般の利益を前提とすべきものであって、生産者・販売者・消費者の全ての立場つまり公共の福祉を考慮すべき内容に合致するものと思われる。さらに、「営業の自由が名実ともに市民一般の職業選択の自由の一つであることは、零細企業の場合を別とすればいなくなった。ついで、株式会社が準則主義になったことは、一方では、営業の自由の徹底であるが、他方では、営業に係る主体がさらに分解することの出発点であるといつてよい。¹¹⁾」とされ、ここには、「営業の自由の分解¹²⁾」が指摘されているのである。

この結果、とりわけ株式会社による市場の独占化は、いわゆる独占資本の形成として国内市場の強力的支配と海外市場の争奪となって植民地戦争へと拡大し、さらにこれらが世界大戦を生じさせたところの要因となったことが認められているのである。

このようにして、営業の自由は、一方では市民社会の成立においても封建社会にあった特権商人およびギルドによる独占を排除したところの制度的根拠となったのであるが、他方では財産権の保障を根拠として株式会社による市場の独占を可能ならしめたものといえるであろう。

こうした独占による莫大な私有財産と市場の支配は、市民生活に対しても様々の影響を及ぼす結果を生じたのである。そこで、各国においては、ようやく20世紀になってから、独占による弊害の除去へと制度上の修正を着手するにいたった。それらの制度的修正は、主として二方面からなされたものといえる。すなわち、一方では、営業の自由に対する公共の福祉による制限である。また他方では、公の営造物、公企業などによる給付行政として公共の福祉を維持・向上させるものである。これらの傾向は、第二次大戦後におけるわが国におい

注10) 富山康吉, 前掲, 83頁。

11) 同上。

12) 同上。

ても、各種の立法措置によって認められるところである。

ところが、フランスでは、すでに19世紀においてそれらの動向が示されている。すなわち、公団 (*établissement public*) という企業形態は、もともと十九世紀のフランス公法の産物であった。つまり、当時から存在する法解釈に従えば、この企業形態は一種の行政団体であり、本来、国、県、市町村などの公共団体が所管業務の一部を分離して請け負わせる際に設けられる機関のことである。この公団という概念は、当初、公益業務を行なう私企業と区別するために、貧民救済または公共福利を目的とする公的事業施設に対して用いられたがのちには公共団体によって運営される事業の管理方式の一つと考えられるようになった。第一次大戦前の国営鉄道、それに第一次、第二次両大戦には含まれた時期におけるアルザス地方の苛性カリ鉱山などが、公団による事業の好例である。⁶⁴⁾」として示される。また、加えて「この古くから存在する公団という概念は、のちに議会が石炭、ガス、電力、ルノーなどの重要企業の性格づけを行なう際に、おおいに参考とされた。⁶⁴⁾」とされていることも注目すべきものと思われる。

このようにして、様々の産業部門における国家、公共団体、および公団などの進出・介入は、公共の福祉の維持・向上を期するためのものであるが、このばあい「行政作用の目的とする公共性の内容をきめて複雑かつ不明確なものに変えた。⁶⁴⁾」ことも考慮すべきであろう。このほか、「住宅問題とは建物建設の問題ではなく、『すまい』の問題であり『生活』の問題であるがゆえに、電気・ガス・水道、学校、病院、交通等々の公共施設・公共事業は勿論、広いいみでの生活環境をふくめた『街づくり』であって、都市計画の問題であると同時に、それはさらに全体としての経済政策や社会政策と無関係ではありえない。⁶⁴⁾」とされており、公の営造物に関しても総合的な見地からの検討を要す

注13) ベルナール・シュノ著、長谷川公昭訳『フランスの国有企業』白水社、1970年、112頁。

14) 同上。

15) 遠藤博也『計画行政法』学陽書房、昭和54年、45頁。

16) 同上。

るものである。

次に、20世紀における自由主義諸国においても、従来の近代国家において認められた財産権の神聖不可侵とは異なり、国家による財産権の制限、つまり「財産権にたいする国家の介入¹⁷⁾」が憲法上において規定されることとなっている。すなわち、「資本主義の前提に立ちながら、生産手段を公有に移す方法として、有償制を原則としつつ『部分社会化』を行うことが現われはじめた。こうした部分社会化を最初に規定したのが、1919年のワイマール憲法である。そして、1946年のフランス第四共和国憲法、1947年のイタリア憲法、1949年の西ドイツ憲法などは、いずれも同じ傾向をとっている。¹⁸⁾」とされている。

こうして、営業の自由は、公の営造物とともに、またはその対比において、歴史的・社会的背景をふまえながら制度上数々の様相を呈し、公共の福祉を基軸として国民の社会・経済生活上重視すべき諸々の問題を生じており、学説および判例の動向によりこれらを検討して行く必要があると認められるところである。

II 憲法と営業の自由

日本国憲法は、営業の自由について明文規定を設けていなかったし、また各国憲法にあっても同様に規定しておらず、ただ職業選択の自由に関する明文規定を設けているのである。¹⁹⁾ そのために、営業の自由は、日本国憲法第22条1項の解釈により学説・判例上において確立されてきたものがあると解されることになる。また、営業の自由は、従来の学説によれば「経済的自由権²⁰⁾」に位置

注17) 渡辺洋三「現代資本主義と基本的人権」、『基本的人権1総論』東京大学出版会1978年、218頁。

18) 斉藤寿「財産権の保障と規制」、『憲法演習』高文堂出版社、昭和50年、92頁。

1) 大西邦敏『世界の憲法—正文と解説—』成文堂、昭和46年、13頁以下。アフガニスタン憲法第37条、韓国憲法第13条、ドイツ連邦共和国基本法第12条、ブラジル憲法第150条附第23項、メキシコ合衆国憲法第4条等。

2) 小林孝輔『学説判例憲法』学陽書房、昭和54年、84頁。

づけられているところである。要するに、営業の自由は、日本国憲法上においてその明文規定を欠くものであるが、法解釈によって基本的人権の一種として認められるべき法的性格を有するとされることになるのである。これは、営業の自由に関する憲法学説の一般的見解であるものと解し得るところである。

これに対して、岡田与好教授によれば、営業の自由は、職業選択の自由に含まれないことは勿論、経済的基本権にも属しないものであるとして、次のように批判されている。すなわち、「営業の自由は、財産権と同様、社会の全成員に平等に保障されうるものでは絶対になく、それは、繰り返しになるが、社会関係の独自に資本制的な規制原理である。それゆえ、この原理を『公序』(public policy)、すなわち社会全体の利益として主張するためには、人権の論理ではなく、資本主義的商品経済の論理の把握、それとの関連において、諸個人の経済活動の自由を制約する社会的諸制限なかんずく諸『独占』の、社会的機能と効果の具体的理解とそれについての価値判断が不可欠の前提となる。³⁾」とされるのである。

なお、西ドイツ連邦憲法裁判所の判決(1958年6月11日)においては、職業選択の自由と職業活動の自由とが区別されている。⁴⁾したがって、職業活動の自由は、営業の自由と解される。これらの解釈に基づき、職業に関する自由において「職業活動の自由に対する侵害が原則として許容されるのに対し、職業選択の自由は、例外的にのみ侵害しうる。⁵⁾」とされている。この結果よりみるならば、西ドイツでは、職業選択の自由について十分な保障を要するのに対し職業活動の自由、つまり営業の自由についての制限が認められるべきものとされる。この点は、わが国判例では、職業選択の自由と職業活動の自由(営業の自由)が区別されていない(最高裁判所、昭和50年4月30日)のと異なるものとして注目される。すなわち、最高裁判所の判決は、日本国憲法第22条の職

注3) 岡田与好「『営業の自由』と、『独占』および『団結』」、『基本的人権5各論Ⅱ』東京大学出版会、1976年、151頁。

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1958年6月11日判決を素材として——」、『ジュリスト592号』1975年7月15日号、33頁。

5) 同上。

業選択の自由の中で、自己が雇われる職業を選択する自由（その職業につく自由）を自己が営業主体となって営む職業を選択する自由（営業することの自由）を分けているから、営業の自由が職業選択の自由に当然含まれることになる。

ところで、先の岡田与好教授による営業の自由に関する問題提起については「歴史認識を無媒介に日本国憲法の解釈論に転化するものとして、法律学者は総じてこれに批判的であった。⁷⁾」とされる。もっとも、この「営業の自由論争⁸⁾」を契機として、「憲法学界の大勢は、営業の自由の意味を、たんに職業選択の自由に含まれるとするだけでなく、財産権の保障（29条）との関係をも考慮に入れ、より総合的な視野からとらえようとする方向に動いているといえる。⁹⁾」とされており、営業の自由についての検討を深める重要な契機となったものと認められるであろうと思われる。

営業の自由は、それが日本国憲法上における明文規定を欠くので、その法的根拠とすべき憲法上の条項に関して、次に検討しておくことにしたい。すなわち、営業の自由となるべき日本国憲法の条項については、数種の説に分かれており、第22条の規定、または第22条と第29条の双方の規定とするものなど憲法上の具体的条項を示すものと、このほか憲法上の入権であることを批判するものになるう。

憲法第22条を根拠とする説では、第22条の「『職業選択の自由』とは、自分の従事すべき職業を決定する自由をいう。その職業を行う自由（営業の自由）をも含む。¹⁰⁾」とし、または「『職業選択の自由』は、その欲するところに従ってどんな職業でも選択しうる自由を意味するが、同時にかように選択した職業を遂行する自由も当然その内容をなすものと認められなければならない。従

注6) 浦部法穂「居住・移転・職業選択の自由、外国移住・国籍離脱の自由」、『判例コンメンタール1憲法I』三省堂、昭和52年、277頁。

7) 浦部法穂「営業の自由と許可制」、『ジュリスト増刊憲法の争点（増補）』昭和55年2月、94頁。

8) 同上。

9) 同上。

10) 宮沢俊義『法律学体系コンメンタール篇1日本国憲法』日本評論新社、昭和34年251頁。

っていわゆる営業の自由及び自由競争は本項より承認保障されるものと解される。¹¹⁾」といわれる。

第22条と第29条を根拠とする説では、「職業選択の自由とは、国民がいかなる職業につくかを選択する自由とその職業を任意に営むことの自由をいう。それは営業の自由を包含する。そして営業の自由は経済活動の自由、すなわちみずからの財産権を行使する自由でもあり、その点で第29条の財産権の現われとしての面をもつ。¹²⁾」とされる。

憲法第22条および第29条を営業の自由の根拠とする学説に対して、これを批判する学説は、「『営業の自由』は、歴史的には、国家による営業・産業規制からの自由であるだけでなく、何よりも、営業の『独占』(monopolies)と『制限』(restraints of trade)からの自由であり、かかるものとして、それは、誤解をおそれずいえば、人権として追求されたものではなく、いわゆる『公序』(public policy)として追求されたものであった。¹³⁾」として、「『営業の自由』を『職業選択の自由』のなかにふくまれる人権とみなすことは、このような歴史的諸事情を無視し去ること、それゆえ、現代における『営業の自由』——の政策——の意義と限界についての理解を根本的に誤らしめることになるように思われる。¹⁴⁾」とされている。

これら諸々の学説において、第22条説が憲法学説としては、通説とされている。¹⁵⁾ このほか、最高裁判所としては、「(憲法22条1項が)職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべきであり、ひいては、憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定しているものということができる(最大判昭47・11・22刑集26巻9号586頁)」として、第22条説を採用している。

注11) 兼子一『註解日本国憲法上巻』有斐閣、昭和31年、441—442頁。

12) 佐藤功『日本国憲法概説』学陽書房、昭和49年全訂新版、203頁。

13) 岡田与好『独占と営業の自由』木鐸社、1975年、32頁。

14) 同上。

15) 野中俊彦「営業の自由」、『判例と学説1・憲法』日本評論社、1976年、181頁。

Ⅲ 営業の自由に対する制限

営業の自由は、これを日本国憲法に規定するところの経済的自由権に属するものと解すると、公共の福祉による制限が伴うのである。すなわち、日本国憲法は、4カ条の規定において公共の福祉による基本的人権の制限を定めるが、このうち人権一般について第12条および第13条において公共の福祉による制限を定める。さらに、日本国憲法は、第22条および第29条に関する人権につき、重ねて公共の福祉による制限を規定しているのである。

そこで、営業の自由に対する公共の福祉による制限は、日本国憲法第22条および第29条の問題としてみればあいであるが、公共の福祉という抽象的概念であるだけにその内容について学説上も数々の検討が加えられてきたところである。

すなわち、日本国憲法第22条および第29条の公共の福祉に関する学説には、「公共の福祉はこれを明言する第22・第29条において、多く問題にすればよいが、それ以外の規定も単純な注意規定でなく、ある種の基本的人権について若干意味をもつ場合が存するものとする。たとえば表現の自由の中でも、政治的学問的言論は公共の福祉で制限できないが、営利的広告宣伝や資本的経営による映画観劇など享樂的表現は、第22条・第29条と同趣旨の社会的制限が加わるものであり、また社会権はそれを承認すること自体が公共の福祉の発現であるから、常に公共の福祉の同じ線によって限界を画されていると解すべきではないかと思う。⁽¹⁾」とし、また「法律が公共の福祉を掲げるものは、憲法第22条・第29条関係が圧倒的多数で、……然しその中でも必ずしも公共の福祉で説明する必要のないものが存する。私は、自由主義の時代、近代市民社会成立及びその直後において既に法律が権利自由を制限していたような場合は、これを公共の福祉という必要はないと思う。その点で消防法、伝染病予防法などは権利の自由の当然の規制で敢て公共の福祉で説明しなくてもよい。⁽²⁾」とされ

注1) 山本桂一「公共の福祉」、『日本国憲法体系第八巻基本的人権Ⅱ』有斐閣、昭和53年、18頁。

2) 同上、20頁。

これらよりみるならば、公共の福祉は、憲法第22条および第29条において規定されるばあい、他の人権とくに精神的自由との関係で制限される度合いが強い傾向にあるが、その他法律との関係においても制限の根拠として拡大される傾向がうかがわれるようである。さらに、学説・判例の動向をふまえて、「経済的自由の規制に関しては、広汎な立法的裁量が許されるということは、通説の認めるところであるが、規制の目的の如何によっては、きびしい違憲審査にさらされる。⁴⁾」ところから、営業の自由に対する公共の福祉による制限には、判例上も注目すべきものが示されている。

公共の福祉によって制限されるばあいのある営業は、日本国憲法第22条（職業選択の自由）に規定されるものの中で、自己が営業の主体となって職業を選択する自由であるとされる。これは、さらに営業することの自由と営業活動の自由に分けられる（最大昭50・4・30民集29—4—572）。このうち、営業することの自由、または営業することについての自由は、「精神的自由と異なって他人の生活と密接な関連を有するから、その内在的制約も精神的自由とくらべ一層厳しいことが予想される。⁴⁾」として、届出制、許可制、要資格職業、営業の自由の否定などに分けられている。⁴⁾ また、営業活動の自由、または営業・取引活動の自由は、「独占資本主義下における営業・取引活動にとって、経済的自由は国家権力による積極的な統制によってもたらされ……そのような自由を保障する方法として独占禁止法が存在する。⁶⁾」として、競争制限を目的とするもの、競争が不相当であるため企業の市場参入が制限されているものなどに分けられているのである。⁷⁾ このようにして、営業の自由は、営業することについての自由と営業・取引活動の自由との二者に大別されるのであるがこれらと公共の福祉との関係についてみれば、かつての近代国家を成立せしめ

注3) 今村成和「基本的人権と公共の福祉」、『ジュリスト増刊憲法の争点（増補）』昭和55年2月、57頁。

4) 池田政章「職業選択の自由」、『演習憲法』青林書院新社、昭和54年、300頁。

5) 同上、300—301頁。

6) 同上、301頁。

7) 同上、302頁。

た「市民革命期における営業の自由の法理は、国家がなす参入制限と私人がなす参入制限の双方を否定するものであった。⁶⁾」のと異なり、現代国家では「国家や企業の行動ないし制度の設定によって参入が困難ならしめられているところが、実は広汎である。⁶⁾」と指摘されているところである。したがって、営業の自由が憲法で保障されている反面、その制限ないし規制は、実際社会における営業において無視できないものであり、中でも「これらの規制は既存業者の既得権擁護に役立つ⁶⁾」とされ、あるいは「既存業者の利益擁護の政策の臭いが強い⁶⁾」とされることを注目すべきであろう。

次に、営業の自由に対する公共の福祉による制限は、これに関する主要な判例についてみるならば、「個人の経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許されるべきことはいうまでもない。のみならず、憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといえることができ、……これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが担当（最大判昭47・11・22刑集26—9—586）」とされる。

このような最高裁判所の判決から、個人の経済活動に対する公共の福祉による法的規制には、二つの類型が認められるが、これについて「一つは、個人の

注8) 富山康吉, 前掲, 81頁。

9) 同上, 82頁。

10) 池田政章, 前掲, 300頁。

11) 同上, 302頁。

自由な経済活動からもたらされる諸弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができない場合に、消極的、こうした弊害を除去ないし緩和するための規制（消極的・警察的規制）であり、他は、経済の調和的発展・経済的弱者の保護等の社会経済政策の実施の一手段としてなされる規制（積極的・政策的規制）である。⁶³」とされている。これらの規制は、営業の自由に対する公共の福祉による規制の目的によって大別されたものである。このうち、消極的・警察的規制については、「営業行為により社会や他人に害悪をおよぼすのを未然に防止するための制限である。何人も社会や他人に害悪をおよぼす自由は有しないということは、すべての人権に内在する限界であるから（憲法12条・13条参照）、この消極的制限は、営業の自由の内在的制約とみることができる。⁶⁴」とされている。したがって、消極的・警察的規制は、営業の自由に限定される規制ではなく、人権一般に共通する公共の福祉による規制であるものと認められる。これに対して、積極的・政策的規制は、「他の社会目的を達成するための政策的見地からする制約である。この制限は、当該営業行為が社会や他人に害悪をおよぼさない場合であっても、一定の政策的理由にもとづいて加えられるものであるから、いわゆる内在的制約とは明らかに異なる。日本国憲法は、職業選択の自由および財産権に関しては、とくに『公共の福祉』によって制限されることを明記している。⁶⁵」とされる。この結果、営業の自由に対する公共の福祉による制限は、具体的事例に関していうならば、消極的・警察的規制と積極的・政策的規制の両面から検討して行く必要を生ずるものであろう。

IV 公の営造物と公共の福祉

公の営造物は、公共の福祉を目的とするものであるが、その概念を学問上の

注12) 浦部法穂「居住・移転・職業選択の自由、外国移住・国籍離脱の自由」、『判例コンメンタール1 憲法I』三省堂、昭和52年、278頁。

13) 浦部法穂「営業の自由と許可制」、『ジュリスト増刊憲法の争点（増補）』昭和55年2月、94頁。

14) 同上、95頁。

ものとしてみるばあい、多義的な概念であるとみられるのであって、諸々の見解が示されている。⁽⁴⁾ これらの見解のうち、公の営造物をきわめて広く解するならば、公の営造物は、「普通、公物の観念と区別して、特定の行政の目的に供用される人的手段及び物的施設の総合体を指すものとして用いられているといてよい。国公立の学校・図書館・病院・火葬場・試験研究所、国营又は公営の鉄道・軌道・バス・上下水道等は、すべて営造物として理解され、それが住民の一般的な利用に供せられるものであるか否かを問わないのが通例である。⁽⁵⁾」とされる。また、「営造物とは、国または公共団体が公共事業のために提供する人的物的施設の総合体をいう。⁽⁶⁾」ともいわれ、その内容として「事業は、必ずしも鉄道、電気通信等の如き経済的企業に限らない。学校、図書館等の如き文化的事業である場合もある。営造物の役務は、その内容が経済的企業をなし収益を挙げるかどうかにあるのではなくして、直接公衆の利用に供せられ公共の利益を増進するにある。従って、法律関係の重点はその利用関係に存する。⁽⁴⁾」とされる。さらに、学問上の営造物については、「国又は公共団体等の行政主体により、公の目的に供用される人的及び物的施設の総合体をさす概念であるといいてよい。⁽⁶⁾」ともいわれ、広範囲に及ぶものと解されているのであるが、統一された形態では若干不足するようである。

一方、公の営造物は、その概念を実定法上のものとしてみたばあい、国家賠償法第2条(営造物の設置管理の瑕疵と賠償責任)、地方財政法第23条(国の営造物に関する使用料)など、物的施設として用いられるものに認められる。

このように、公の営造物の概念は、様々の形態で示されるのであるが、これを公企業との関係でみるならば、「学問上、営造物の機能に着目して、これを企業の一形態として捉え、公企業の観念のもとに説明することもある。⁽⁶⁾」と

注1) 宮田三郎『学説判例事典15行政法』東出版株式会社、1974年、160頁。

2) 田中二郎『新版行政法中巻』弘文堂、昭和54年全訂第2版、300頁。

3) 杉村章三郎『行政法要義下巻新版』有斐閣、昭和51年、10頁。

4) 同上。

5) 原龍之助『公物営造物法新報』有斐閣、昭和53年、358頁。

6) 田中二郎、前掲。

される。また、公企業は、実定法上の用語ではなく、学問上発達した概念であるといわれるが、公の営造物を公企業という面で検討するならば、営業活動といった動態的側面に重点が置かれることになるであろう。その結果として、公企業としての公の営造物は、営業の自由にかかわりをもつことになるのである。つまり、日本国憲法第22条に規定する経済的自由権は、公の営造物が公企業としての機能を果たせばあいに、公共の福祉によって理由づけがなされることになるのである。

公企業は、公共施設との対比において説かれるところによれば、「公共施設は、社会公共の福祉を増進する目的をもって人民の利用に供するための施設を意味する。⁽⁷⁾」のに対して、「直接、社会公共の福祉の維持増進のために営まれる事業を意味する。⁽⁸⁾」とされている。つまり、公企業は、社会公共の福祉を増進するところの目的において公共施設と同一目的を有するが、公共的な事業といういわば動態的作用において差異が認められるのである。

さて、日本国憲法の保障する財産権（第29条）を前提とする営業の自由（第22条）は、いわゆる私企業として資本主義体制における経済的自由として認めることができる。これらの私企業に対して、公企業は、公共の福祉を目的とすることにより、電気、電信、電話、郵便、ガス、水道、運送などの諸事業としての非権力・給付作用をなすものであるが、公共性とともな営利性を有するから、公共の福祉を増進する一方では同時に公共の福祉によって制限を受けるべき性格のものである。公企業が公共の福祉により制限を受けるのは、国民の生命・財産、および国民生活にとって不可欠の物資の運送・供給により、公企業としての諸産業が当然に独占企業としての実質を保持し得る立場にある。

独占禁止法第21条は、自然独占として規定される鉄道事業、電気事業、ガス事業などにつき、独占禁止法の適用を除外している。また、独占禁止法の適用除外に関する法律によって、公企業としての独占性・公共性が強度の事業に対

注7) 原龍之助，前掲，364頁。

8) 同上。

しては、独占禁止法の適用が除外された。一方では、これらの事業に対する公的規制が必要化するので、電気事業のばあいは電気事業法としての特別法によって、免許基準、供給業務、料金などにつき行政主体の介入を規定するものである。フランスのばあいは、電力に関してであるが、「民間の独占体を解体してしまい、代わりに国の手になる巨大な独占体をつくって、千四百社近くも存在する民間電力関係会社の業務を引き継いだらどうであろうという結論に落ち着いた。それを具体化するために誕生したのが1946年4月8日の電力国有化法だったのである。⁹⁾」とされている。そこには、国家による企業の独占化が認められるであろう。わが国においても、国家独占まではいかぬとしても、自然独占のばあいには、当該公企業の独占的地位を認めると同時に消費者の保護を必要とする。そのためには、これら公企業に対する公共の福祉による制限が一層強化されるべきであろう。

ところで、公企業には、特許企業という形態で特定の公企業に対して、これを国家的事業とくに独占的事业とされるものがあり、電信、電話、郵便、貨幣鑄造等の諸事業がこれに該当する実定法上のものと認められる。通説によれば要するに「(ア)一定の企業を国家的独占事業とすること、(イ)特許は、公権を付与する形成行為であること、(ウ)特許に、直接法令あるいは行政処分によるという2形式があること、(ニ)特許企業は公行政の一部であること¹⁰⁾」などが示されている。これらの中で、国家的独占事業ということに関しては、「特許企業の分野は独占が形成されやすく、独占が形成されると社会の需要変化に速やかに適合しない結果を生じやすいという問題がある。¹¹⁾」との指摘がなされている。また、公企業の特許に関する「群馬中央バス事件」では、「一般乗合旅客自動車運送事業のように、かような明文の規定の存しない事業までも、法的意義において国家独占事業として国の独占権に本来留保されているものと解すべき根拠はどこにも見出すことはできない(東京地判昭和38年12月25日行裁例集14巻

注9) ベルナル・シュノ、前掲、61頁。

10) 田中館照橋「特許企業」、『行政法辞典』ぎょうせい、昭和50年、302頁。

11) 池田政章、前掲、302頁。

1981年11月 松尾直：営業の自由と公の営造物

12号2255頁）」とされ、さらに同事件の最高裁判決（昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁）では「たとえ実定法上手続きが明定されていない場合でも、手続きの不公正が処分の違法事由となる」としており、特許企業のあるべき形態が法治主義および適正手続きの維持を厳守すべきことと示されている。

このほか、近年は、このような公企業に関する公害問題が発生しているので環境保全という面での公共の福祉という立場より、公企業の営業活動に対する厳正な規制が期待されるところである。