

限界的零細小売業者の生存権に関する若干の考察

坂本秀夫・臼井雅子

要旨

第1章・第2章では零細小売業者に対して保障される基本的人権としてはどのようなものがあるのかを検討するが、第1章では主に生存権について、第2章で経済活動の自由から導かれる営業の自由について検討する。零細小売業者が経済社会上の弱者と考えられるところから生存権保障の可能性はあるが、法解釈の次元からのみでは具体的な保障内容を請求する権利であるとみることが困難である。職業選択の自由の解釈としては、職業遂行の一環であり財産権の行使とも関わる営業の自由は憲法上否定はされない。ただ営業活動は社会的関連性が高いために憲法学の視点はどのように営業活動の規制が許されるかということに集中する。それゆえ零細小売業者の生存権保障および営業の自由保障のそれぞれの程度については社会全体の経済活動のあり方や流通の実態から具体的な保障内容を導き出してくる必要があり、その内容検討は第3章以降に委ねられる。

第3章では零細小売業者にとっては、自分が選ぶ職業（営業）を自らの人格的活動としてのみならず生存の確保手段としても重要であり、しかも経済社会上置かれた立場の困難さ・複雑さから彼らの「生存保障」のための「営業の自由保障」が必要であると論じる。

第4章では零細小売業者の生存保障がどの程度必要になるかの検討の前提として、近年は零細小売業問題自体が資本の大きさの分類だけでなく小売業の常時従業者数や店舗面積も考慮してその存立基盤の大小を判断しなければならないことを説く。とくに常時従業者1～2名程度の零細小売業の経営状態が厳しくなる。そして第5章では1～2名で営業する零細小売業者を「限界的零細小売業者」と呼び、彼らは大資本が支配する経済市場のなかでは「擬制的労働者」と称されるべき立場であるとする。そしてその営業は彼らの生存権保障として保護されるべきであると同時に、昨今話題のフードデザート問題や中心市街地の空洞化問題にその営業が対応すべきであるという社会的意義のためにも確保されなければならないのだ、と主張する。

キーワード：限界的零細小売業者、第1種零細小売業、第2種零細小売業、基本的人権、生存権、営業の自由

はじめに

零細小売業冬の時代がいわれて久しいが、近年の状況をみると、常時従業者数1～2人規模店の激減現象の続行により、もはや「零細小売業厳冬の時代」の様相を呈している。

経済産業省「商業統計」⁽¹⁾によると、昭和57年（1982年）調査をピークとして、同年調査以降に始まった小売商店数の減少傾向に歯止めはかかっていない。

ピーク時の昭和57年（1982年）調査では小売商店数は172万1,000店であったが、平成19年（2007年）調査では113万7,000店にまで落ち込み、この間、58万4,000店、34.0%の減少を示している。さらに、注記(1)で記したように、調査制度上の再編成により最後の商業統計調査となった平成26年（2014年）調査では、102万5,000店にまで落ち込んでしまった。これは調査開始〔昭和27年（1952年）調査：108万店〕以来、最低水準の数値である。現在は、102万5,000店をはるかに下回る数値にまで落ち込んでいるはずである。

しかし、留意しなければならないのは、小売商店数の減少傾向は1～2人規模の限界的な零細店の激減によってもたらされている、ということである。ピーク時〔昭和57年（1982年）調査〕に172万1,000店あった小売商店数は平成26年（2014年）調査では102万5,000店にまで落ち込み、69万6,000店が消滅したことになる。しかし、1～2人規模店のみで、以下にみるように、この間71万9,000店が消滅したことになる。1～2人規模の零細店は昭和57年（1982年）調査では103万6,000店であったが、平成19年（2007年）調査では49万9,000店となり、この間、実に53万7,000店、51.8%もの減少を示している。そして、平成26年（2014年）調査では、1～2人規模店はついに31万7,000店⁽²⁾にまで

落ち込んでしまった。しかも、この数値は開店と閉店との増減差であり、実際に閉店あるいは廃業等を行った店は、これよりもはるかに多いのである。その結果、小売商店数に占める1～2人規模店の構成比は60.2%〔昭和57年（1982年）調査〕から40.8%〔平成26年（2014年）調査〕にまで落ち込んでしまった。1～2人規模店の減少傾向は、今後とも続いていくものと思われる。

なお、「商業統計」でいう従業者・就業者には個人事業主および無給家族従業者も含まれるから、1～2人規模店のほとんどは実質上個人経営店とみてよい。商店街の中核である個人商店が次々と閉店あるいは廃業等を行っている理由や背景としては、さまざまな要因を挙げることができるが、再整理すれば、下記のような内的要因と外的要因に大別できそうである⁽³⁾。内的要因としては、①店主の高齢化、②後継者難、③単独店であること、④品揃えの弱さ、⑤顧客対応力の低さなどを挙げることができよう。一方、外的要因としては、①大店法（大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律）規制緩和ないし撤廃の影響、②総合品揃え型業態との商品競合、③製造型小売業における製造職人の人手不足などを挙げることができよう。上記のような内的要因と外的要因が複合して、零細小売店（とりわけ1～2人規模店）の激減現象が始まった、ということである。しかし、大店法規制緩和（撤廃）が1～2人規模店の減少に拍車をかけたことは明白であり⁽⁴⁾、大店法規制緩和実施以降は、大店法規制緩和ないし撤廃の影響が1～2人規模店激減の最大の要因になったと結論づけざるを得ない。

1990年代に本格化した規制緩和によって、大型スーパーなどの出店が激増し、多くの商店街が競争に敗れた。地域によっては、まちの「顔」ともいべき中心商店街ですら崩壊寸前

の状態にあり、地域住民にも戸惑いが広がっている。

このように「零細小売業厳冬の時代」に突入した状況のなかで、零細小売業が抱える問題はあまりにも大きくかつ複雑化しているが、近年は「中心市街地の空洞化問題」（都市の空洞化問題）や「フードデザート問題」（食の砂漠化問題）とも密接に関連している。零細小売業問題はこれらの問題との関わりのなかからも捉えていかなければならない⁽⁵⁾。

そうした状況のなかで、本論文では、1～2人規模の限界的零細小売業⁽⁶⁾には存立させる根拠があるか否かを生存権との絡み合いから説明していききたい。

(注)

(1) 商業統計調査は昭和27年（1952年）に第1回調査が実施されて以来、昭和51年（1976年）までは2年ごとに、平成9年（1997年）までは3年ごとに実施されている。平成9年（1997年）以降は5年ごとに「本調査」が実施され、中間年（本調査の2年後）に「簡易調査」が実施されているが、この制度のもとでの最終本調査は平成19年（2007年）調査である。その後、全国すべての企業・事業所を対象とする「経済センサス」（基礎調査・活動調査）が創設されたことに伴い、従前の商業統計簡易調査で把握すべき事項は「経済センサス—活動調査」で把握することとし、商業統計本調査は「経済センサス—活動調査」実施年の2年後に実施されることとなった。

その後、平成30年（2018年）3月6日の閣議決定である「公的統計の整備に関する基本的な計画」に基づいて、「経済構造実態調査」が創設されたことに伴い、商業統計調査は平成26年（2014年）調査をもって廃止された。

(2) 平成26年（2014年）調査の小売商店の実数は102万4,881店である。しかし、これには管理、補助的経済活動を行う事業所、産業細分類が格付不能の事業所、商品販売額および仲立手数料のいずれの金額もない事業所を含んでいるため、1～2人規模店の正確な数値を反映することは不可能である。したがって、過年度調査対比の正確な増減率を算出することも不可能である。

(3) 坂本秀夫「零細小売店激減現象の理由および

社会的インパクト」『経済学研究紀要（明星大学）』第38巻第2号、2007年、9頁。

(4) 零細小売店激減現象と大店法規制緩和（撤廃）の因果関係について詳しくは、同論文、6-9頁を参照されたい。

(5) 詳しくは、坂本秀夫『現代流通の理論と実相』同友館、2021年、224-229頁を参照されたい。

(6) 本用語の意味について詳しくは、本論文、第5章を参照されたい。

第1章 生存権の意義

第1節 零細小売業者に保障される人権

「はじめに」では零細小売業を存立させる根拠があるか否かを説明する必要があることを指摘した。その手始めとして、零細小売業を営む者がその営みをどのように確保されうるのか、その法的保障の面からみていくことにする。

零細小売業がすでに非常に厳しい状況におかれていることは今さら指摘するまでもない。経済活動としてはその基盤が脆いことは周知のことである。営業実態としても、零細小売業者は社会経済活動上の「弱者」であることになる。

弱者のための法的保護というのならば、さまざまなものがある。まず社会保障法制度や福祉制度、あるいは消費者保護法や種々の経済規制制度がある。それらの基礎となっているのは個人が生まれながらにもつ基本的人権である。国は人権保障を十全に行うためのさまざまな施策を実施する義務を負っている。そもそも零細小売業者はどのような人権保障を受けられるのだろうか。

零細小売業者が「弱者」である、という点に注目するならば、まずは「生存権」保障が関連するということになるだろう。

次に、「小売業」者である、という観点で考えるならば、その小売業の営業を行うことが基本的人権として保障されうるかということになる。これは「経済活動の自由」に関連してく

る。

そこでまず、基本的人権としての生存権とはどのような内容・保障であるとされるかを本章で、さらに経済活動の自由がどのような内容であるとされているかを次章で、それぞれ憲法学の立場からみていくことにする。

第2節 社会権の生成

現在基本的人権は主に4つの類型（+包括的権利）に分類されている。経済活動の自由はいうまでもなく「自由権」に含まれている。生存権は「社会権」の中核をなす権利であると位置づけられている。

もともと基本的人権はヨーロッパ近世において国王権力に対抗するために考え出された自然法思想に由来する。そのため基本的人権は国家権力に妨げられずに個人の営為・活動が行える自由権を中心に形成された。そして市民革命期以降、各国の憲法により保障される（＝国家権力が基本的人権を保障する義務を負う）ことになった。ただしこの時代まだ生存権を含む社会権というものは存在しない。

憲法が制定された背景には、王権神授説に代表されるような絶対君主の封建的支配に対抗して、イギリスでは主に貴族たちが、フランスやアメリカ合衆国では市民たちが、革命や独立を果たした歴史上の経緯がある。そして憲法を制定し、君主の権限を制限したり君主を廃して民主権の国家をつくり、自由な社会を形成したりしたのである。おりしも、経済活動が盛んになって、資本主義が成立し始めていた時期でもあった。憲法は個人が自分の財産を自由に処分して経済活動を行うことを認めており、国家は個人同士の領域に介入しないという私的自治の原則が生まれ、資本主義はまさしくそのような自由主義社会にバックアップされた形で19世紀の産業革命を経て発展していった。

しかしながら、資本主義の発展は、社会に大きな変化をもたらした。富める者と貧しい者という極端に二分化した階級社会が成立したのである。資本主義は一部の者に莫大な富を与えた一方、ほとんど財産もなく、身一つで稼がなければならない大量の労働者をも生み出した。彼らは経済的強者である富める資本家に雇われて、低賃金・重労働・長時間労働に従事してようやく食べていくことができた。女性や子どもも容赦なく資本主義経済の歯車になり、一家全員で稼いでなんとかしのいでいかれるという最低の生活を強いられたのである。

にもかかわらず、私的自治の原則のもと、契約の自由が認められていた。これは経済的に強くても弱い立場でも同等（平等：形式的平等）の1対1の契約当事者ということになっていた。弱い立場の労働者たちは、強い資本家の言いなりの労働条件で働かざるを得なかった。それでも経済が好景気ならば働き口はあったが、資本主義経済は好景気と不景気の波を繰り返す。不景気になると、労働者たちはさっさとクビになり、そうなる生きていくすべが無くなってしまう危険にさらされた。

生命を維持する自由、健康、生活の自由は人が誰しもの最もコアな権利である。しかし、経済的弱者は、生活の自由も生命を維持する自由も満足に保持できない状況になっていった。「飢えて死ぬ自由」だけが彼らの手元に残っていたのである。個人はもはや経済的な面では平等ではなく、最低限の自由すら満足に保障されなくなっていた。

ここから2通りの改善策が講じられる。

ひとつは労働者たちが自力で賃金や労働条件を良くするために、皆で団結して集団で資本家と（対等な立場で）交渉することである。そして自分たちの要求が受け入れられないときは、働かないで仕事をさぼる、という対抗策まで編

み出した。これが後に労働権として認められることになるが、当初はそのような行動は認められず、社会を混乱させる行為として弾圧される時期があった。

もうひとつは、そうした最低の生活を強いられていた労働者たちに、救済の手を差し伸べ、必要最低限の生活を保障することであった。これが生存権を形成することになる。保障を行う役割は、国家の手に委ねられた（ここで国家の役割が大きく転換することになる）。救済の施策は社会国家や福祉国家の考えと結びつき、社会福祉、社会保障政策が求められるようになった。

そして20世紀に入ってから、社会権が登場し、各国の憲法にもその規定と保障が盛り込まれることになる。

社会権保障の第一歩となったのは、1919年のドイツのワイマール憲法であるとされる。ただし、「権利」として明示されていたわけではなく、「経済生活の秩序は、すべての人に、人たるに値する生存を保障することを目指す正義の諸原則に適合するものでなければならない」というものであった。しかしこの「生存の保障」は、「各人の経済的自由は、この限界内においてこれを確保するもの」、とくに経済的強者の経済的自由に限界を設けることによって確実なものとされる。つまり生存権を始めとする社会権は、経済的強者の経済活動の自由の範囲を一部削ったその隙間にはめ込まれることによって位置づけられているともいえる。

そして社会権の登場とともに、上記のように国家が社会のなかに手を入れたり、介入したりすること、さらには国家によって個人に対するサービスをするような政策が次第に増えていくのであるが、それによって個人の社会生活が便利になっていった一面がある。

しかしそれは反面幾つかの問題点も生み出し

ている。

ひとつは「福祉国家」または「社会国家」の名のもとに、国家による社会への介入が「過剰」にすぎて規制や規則で個人ががんじがらめにされてしまう恐れが生じた。

2つめは、そうした国家の政策や役割を担う国家権限は主に行政権となる。国家の役割が増大するということは行政権の肥大や行政権力が増強された状態になり、いわゆる「行政国家」化して、権力が互いにチェックしながらバランスを取り合うという権力分立（三権分立）の機能が働きにくくなるという問題も生じてきた。

社会権の保障とともに、新しい考えがもうひとつ生まれている。それは平等に関する考えである。19世紀までは平等は、各人に機会を均等に与えれば良いという「形式的平等」であったが、それではすでに（とくに経済的に）差のついた個人同士で形式的にのみ平等にしても、公平にはなりがなくなったことから、差があるならばたとえばハンディキャップをつけるという「実質的平等」の考えが加わった⁽¹⁾。

社会権は、もともと自由権であったものが、前述したようにそのまま手をこまねいていたのでは保持できなくなり、国家が積極的に手を差しのべて保障するようになった権利である。個人の側からいえば、国家に対して保障（何らかの施策）を請求する権利である。これを作為請求権（または給付請求権）という。

そこで、社会権は、そうした国家による積極的保障の対象となるという側面と同時に、もとの自由権としての側面をももっている、ある種二面性のある権利である。したがって仮に国家によって個人の生活の権利を不当に侵害された場合は、当然それを排除する権利がある。この点で自由権的な側面があるといえる。

ただし、個人が困窮状態に陥ったとしても、実際に何をどのように行うかまたは給付するか

は個々の事例によって異なる⁽²⁾。

このような形で、生存する「自由」は国家権力が積極的に保障する「社会権」として成立するに至る。

第3節 憲法が保障する生存権の法的性格

日本国憲法においては国が積極的に保障する社会権は第25条の生存権のほか、第26条の教育を受ける権利、第27条の勤労権と第28条の労働基本権の4条文あるが、以下では、本章の主題である日本国憲法第25条の意味や性格について述べていく。

社会権のなかで最も中心を占めるのが、生存権である。第25条1項では、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」とある。

この権利規定はどのような法的性格であるか、すなわちこの権利はどれだけ確実に保障されるのか、といった考えには幾つかの説が唱えられてきた。

まず、上記の1項と、2項の「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」と併せ、これらは国家の行うべき政治的な責任を示したものとする説がある⁽³⁾。これをプログラム規定説と呼ぶ。

この説に基づく判例が朝日訴訟⁽⁴⁾である。この事件では結核療養患者の生活保護費を親族からの仕送りがあるという理由で支給額の事実上の減額（仕送りがあってもなくても患者本人の手元に入る金額が変わらない）をした決定について不服を申し立てたものであった。最高裁の法廷意見では憲法第25条の「健康で文化的な最低限度の生活水準」の保障は、国の責務として宣言したものであり、25条1項によって具体的な請求権が発生するわけではないとした。したがって支給額の判断については厚生大臣（当

時）の裁量に基づくものであり、またこの場合裁量の逸脱や濫用による違法性があるとは断定できない、とする。

最高裁の判断は、厚生大臣の裁量を広く認めているが、はたしてそれでよかったのかどうか疑問が残る、という意見も出されている⁽⁵⁾。

第25条の規定が政府による政治的な責務の宣言に過ぎないとすれば、権利保障という形で生存権規定を憲法に盛り込んだ意味があるのかどうかということになりかねない。

またその後の堀木訴訟⁽⁶⁾においてもやはり最高裁は国による裁量を広く認めている。

第25条1項の「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容は、その時々における文化の発達の程度、経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況等との相関関係において判断決定されるべきものであり、第25条を現実の立法として具体化するにあたっては、国の財政事情を無視することができず、多方面に渡る複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とするものである。したがって、具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は立法府の広い裁量に委ねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用とみざるを得ないかぎりには裁判所が審査しなければならないものではない、としていた。

このようにみてくると、朝日訴訟においては行政庁である厚生大臣の、堀木訴訟においては立法府の裁量を広く認めている点で、生存権の権利としての性格を、最高裁はかなり薄いもの（ごく抽象的な権利）であるとみなしているようである。

しかしながら、第25条の法的性格に関する憲法学での学説上の通説はプログラム規定説ではなく、いわゆる抽象的権利説である。つまり第25条の生存権を憲法上の権利として保障した以

上、それは法的権利ではあるが、その権利内容の具体的なことは社会政策や福祉政策として立法をもって充填されるという説である。国民から直接作為請求ができないとされる点で、抽象的権利説と呼ばれている⁽⁷⁾。

しかしごく少数説であるが、国家に対する作為（何ごとかを行うこと）請求権を具体的に国民が有するという説も提唱され、これは具体的権利説と呼ばれる⁽⁸⁾。

具体的権利説は、保障されるべき生存権の内容を、立法権がいわばサボタージュしており、そうした「立法の不作为（何ごとかをしないこと）」が違法となるとしている。また、国の不作为に対して行政事件訴訟を起こすことができるという見解もある⁽⁹⁾。これらは、国民の権利をできるだけ拡張して考える魅力的な説ではあるが、作為または給付は財政的措置を必要とすることで、一個人が国家に対して「具体的」な給付を求めることは無理があると一般には考えられている。また、国民から具体的にどのような請求ができるかの範囲の画定は困難であるし、請求するための手続きや手段も整備されているわけではない。

したがって現在考えられる生存権の具体化の方策は、公的扶助制度（生活保護法）や社会保険制度（健康保険法、国民健康保険法、国民年金法、厚生年金保険法、介護保険法など）、社会扶助手当制度（児童手当法など）、社会福祉制度（児童福祉法、老人福祉法、社会福祉法など）などの立法措置に委ねられざるを得ないことになっている。

第4節 生存権保障の重要性

生存権を具体化する各種の保障や給付は、国家の財政状況と連関せざるを得ないものだが、貧困層が形成されているとみられる昨今、「生活する」ことに対するセーフティネットとして

の生存権規定は重要度を増している。立法および行政の裁量へのいわば「丸投げ」状態では、いつ貧困に陥るかもしれないというリスクの大きくなっている現状にどこまで対処できるかが、課題であろう。また、たまたま保護制度の隙間に落ち込んでしまった障害学生が、単純な年齢のみで線引きをされることが合理的かどうかポイントになろう。

加えて、ほぼ20世紀が終わる頃までは、日本の大半の人々は自分のことを社会のなかの「中流」であると思っていた。（一億総中流時代）基本的には企業等に勤めることは正規雇用（正社員）——とくに一家の稼ぎ手とされる男性・夫・父親はそうであった——であったし、終身雇用制——かつては現在ほど平均寿命は長くなかったから——でもあったからである。女性はパートタイマーの後には派遣社員という働き方も多かったが、派遣社員から正社員になるルートも現在よりはずっと太いものであった。

1990年代初頭にいわゆるバブル崩壊が起これ、長期の不況時代に入り、小泉内閣時代の構造改革によって企業はパート・アルバイト・期間工などの非正規雇用者や派遣社員を増やすことが可能になり、正社員よりも賃金の低い非正規雇用者の労働者全体に対する割合が高くなっていった。さらには不況の長期化が失業者も増大させていった。その結果経済格差が生じ、これが社会のなかで様々な影響を及ぼすようになっていく。経済格差は家庭内の安定も欠き、子供の教育に対する格差にもつながっていく（東京大学の学生には裕福な家庭の子女が多いといわれている）。

そうした経済格差は雇われて働く労働者だけでなく、自営業者にも影響を与えている。国民皆保険、皆年金制度ではあるが、正規雇用の労働者は厚生年金や健康保険に加入し、それぞれの保険料は労使が分担しているのに対し、自営

業者や非正規雇用者は国民年金や国民健康保険に加入しなければならないが、ただしまったくの自分一人の負担で保険料を払うことになる。加入しない、もしくは保険料を払えなければ年金も保険証ももらえない。実際国民健康保険料を払えなかったために無保険となり、病気になっても病院へ行かずに結局死に至る人もいた。2012年2月には高齢の母子3人家族が生活保護も受けず餓死しているのが発見された。しかもその家族は住民登録もしていなかったため、居住市でその家族の状況を把握していなかった。同じ頃、母子家庭において母親が急病で死亡した後、まだ幼児でしかも自分で食事をとれない障害のある子供が衰弱死した。それも発見されるまで1～2ヵ月経っていたと考えられている。

貧困の拡大と地域社会の崩壊とで、社会のなかで孤立する人が増えているといわれる。失業者、非正規雇用の単身者、片親家庭など社会から「見えなく」なっている人々が文字通りみとられることなく孤独死することが多くなっている。これは社会保障のセーフティネットからの転落であり、まさに生存権保障の危機でもある。このような状況に直面して、政府も本当に困っている人々には（時には財産があるにもかかわらずごまかして生活保護を受給している人がいるのは事実だが、実際に経済的に追い込まれている人々は確かにいる）、年金や国民健康保険の保険料の減免措置を拡大することを検討している。生存権保障の意味を改めて考えてみなければならない時代が来ている⁽¹⁰⁾。

第5節 勤労権および労働基本権

弱者のための社会権保障というのならば、日本国憲法では他に、第27条勤労権や第28条労働基本権も保障している。勤労というのならば、一般的に社会のなかでなんらかの報酬を得るた

めの仕事に従事すること全般を含みそうであるが、第27条の勤労権といった場合には働いて報酬を得る自由ではなく社会権としての権利保障を意味している。そうすると勤労権の保障により国に要請されるのは、職場の確保のために政策措置をとること、たとえば私企業に就職できるよう斡旋したり私企業が労働者を雇用したりすることを援助することなのだ、と考えられている⁽¹¹⁾。

第28条では「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他団体行動をする権利」を保障している。これは労働三権とも呼ばれ、勤労者が労働組合等を結成する団結権・使用者への被用者の団体交渉権・ストライキ等の争議を行う団体行動権の保障をしているものと解釈されている。これらの権利行使の主体は被用者としての勤労者であるということになる。

こうして考えると、雇用関係になく小売業に従事する者は、勤労権・労働基本権保障の主体であるとはいえない。そうすると自立して営業に従事する者であれば、社会権保障を受けるとしても生存権のみの保障対象ということになる。少なくとも第27条勤労権および第28条労働基本権の保障については、自営業である零細小売業者はその保障対象からは外れることになるであろう。

第6節 小結

自営業である零細小売業者がその仕事に従事するならばそれ自体が営業活動であるから、そのような活動がどのように・どの程度基本的人権として保障され、それにより零細小売業者の生存・生活の維持が確保されるのか・確保を支援されるのか否かということになる。

次章では零細小売業者の営業の自由の保障についてみていきたい。

(注)

- (1) 白井雅子『日本国憲法への招待〔改訂版〕』同友館、2012年、95～97頁。
- (2) 同書、98頁。
- (3) 法学協会編『註解日本国憲法 上〔改訂版合本〕』有斐閣、1953年、488～489頁。
- (4) 最大判1967. 5. 24、判時481号 9 頁以下。
- (5) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第8版〕』岩波書店、2023年、293頁。
- (6) 最大判1982. 7. 7、判時1051号29頁。
- (7) 芦部信喜（高橋和之補訂）、前掲書、292頁。
ほか多数。
- (8) 大須賀明『生存権論』日本評論社、1984年、71頁。
- (9) 高田敏「現代における法治行政の構造」渡辺宗太郎古希記念『行政救済の諸問題』有信堂、1970年、51頁。
- (10) 白井雅子、前掲書、103～105頁。
- (11) 佐藤功『憲法（上）〔新版〕』有斐閣、1983年、462～463頁。

第2章 営業の自由の本質

第1節 経済活動の自由の保障

小売業を営むことを基本的人権として位置づけるならば、その人権の根拠は経済活動の自由の保障のうちに求めることになる。

日本国憲法上経済活動の自由を保障するものとして位置づけられているのは、第22条1項に定める職業選択の自由と第29条1項の財産権である。

社会において個人が自分の生命を維持し生活を自ら立てていくためには財産を必要とし、そして自らの財産を自由に使うことで自分および家族の生存と生活を確保しようとする。そのため財産を自由に用いて経済活動を行う市場が形成され、個人は各々の財産をもとに商品を作ったり商品の交換を行ったりして、利益を得てそれを生活の糧とした。近代市民憲法において保障されることになる人権の形成に影響を与えた自然法思想家の一人であるJ.ロックによれば、個人にとって最もproperな、すなわち最も大事

な権利は「生命・自由・財産」である。この3つはまさに人が生きていくためには必須の活動要素をなしていた。

市場のなかで活動する個人は誰でも合理的な判断をし、誰もが同等な立場に立つものとされた。いわゆる原子化された（立場が交換可能な一誰であっても同じ）個人観が生まれることになる。同等ゆえ誰もが市場で活動をするチャンスを与えられるという意味の平等（機会均等：形式的平等）が保障されるのだとされた。そのチャンスを最大限に活かすために個人の自由が保障されるものと考えられた。

いわゆる近代市民社会はこのようなイメージで形成され、自由主義と資本主義経済とがその中心となった。近代市民憲法もこのような前提の上に成立し、社会は国家とは別の次元のものであるとして「私的自治の原則」（契約自由の原則など）を掲げ、国家の社会（経済活動）への干渉を排除した。そして財産権の不可侵やその他の自由権（国家からの自由）が強化された。当時は、市場の動きは「（神の）見えざる手」によって自然に調整され、より良い方向に向かっていくと考えられていた。

ところが資本主義が発展するにつれて、貧富の差が拡大し、莫大な財産をもちそれを資本として産業活動を行う富豪と、財産をもたず工場や鉱山などの産業活動の場に雇われて賃金を得、それで生活する労働者へと階級が分裂した。また、事業者間においても、市場を独占する大事業者と小事業者の格差が拡大した。

そのため、20世紀に至って、経済的・社会的強者の経済活動の自由を一定程度制約することを良しとする考え方が有力になった。

この場合、自由を制限されるのは経済的強者であって、経済的・社会的に弱い立場にある者の経済活動の自由は保障されることが原則になっている。

日本国憲法において、経済的強者の経済活動の自由を制限し、経済的弱者を国家が積極的に保護することのひとつの根拠として、第22条、第29条ともに、「公共の福祉」という文言が入っていることが挙げられている⁽¹⁾。

第2節 職業の選択とその遂行・営業の自由との関連

職業選択の自由とは、生計を立てるための職業を個人が原則として自由に選択でき、また自立して経済活動ができることを意味する。しかしなかには禁じられたり、条件を課されたりするものもある。まず、犯罪に該当する（麻薬売買など）場合や公序良俗違反のもの（売春など）は禁じられる。また高度な知識・技能・責任を要するものは、資格試験を受けたり研修を受けたりすることが義務づけられる。医師・看護師・弁護士などがそうである。

第22条の条文には職業の「選択」としか記載がないが、解釈上は選択した職業を続けていく自由も含まれている、とされる。

しかし「営業の自由」自体を保障するかどうかは、第22条の文面上は明らかではない。そのため職業を選択・遂行する自由のなかに営業の自由も含むのかどうかは解釈の問題となった。職業遂行の自由が営業の自由を保障するとみなす⁽²⁾一方で、営業の自由は憲法上の保障を受けるのではなく経済活動上の規制原理（公序）に服させるべきものであるとする解釈⁽³⁾も提起された。そもそも営業は営利を目的とする活動であり、職業とはニュアンスを異にする⁽⁴⁾というところから、職業＝営利活動とはみなせず職業遂行の自由そのものが営業の自由を保障しているとはいえないことになる。そのため営業の自由の保障は財産権の行使に基づくという見解⁽⁵⁾が出されることになった。現在のところ、営業の自由の保障は、日本国憲法でそのま

ま人権として保障されているとはいえないとしても、職業の自由あるいは財産権を営業として行使することを禁止しているわけでもないというのが妥当な解釈であろう⁽⁶⁾と考えられることになる。

第3節 財産権保障

財産権は日本国憲法の第29条で保障され、1項では不可侵なものであると記載されている。これはもともと財産権が自然権由来のものであるとされることと関連し、財産をもつ各個人が自由に自分の財産を使用したり、収益を上げたり、処分できたりするという保障を掲げたものである。またここから、条文上に書かれてはいないが自分の財産の使用等を認めていることにより、私有財産制度や資本主義経済を認めていると解釈されている。

しかし2項では、「財産権の内容は公共の福祉に適合するや（よ）うに、法律でこれを定める」とあり、財産権は法律により公共の福祉の政策的制約に服させることも可能であるという説の根拠のひとつとなっている。法律の他、地方議会が制定する条例で財産権の制限を行っても良いと考えられている。さらに3項では「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひ（い）ることができる」ともあり、たとえば道路拡幅の際の土地の買収やダム建設の際の宅地の買収・移転などいわゆる公用収用を実施することで個人の財産権が大幅に制限される可能性まで開いている。しかもこの3項による補償は財産保有者に対し「特別な犠牲」を払わせた場合にのみ行うことになっており⁽⁷⁾、2項に該当するような一般的に財産権を制限する場合だとみなされる場合には、制限されたことに対してとくに補償は行われないとされる⁽⁸⁾。

第4節 経済活動の自由の制約

職業や営業などの経済活動を行うことは、その性質上社会的関連性が高い。他人の人権や法律上認められた利益を侵害してしまうことがある。公害が典型的な例であるが、経済活動を行うことで、他人の生命・健康に害を及ぼしたり、社会公共の安全が害されたりしてしまうことがある。また、無制限な職業活動を許すと、たとえば教育も訓練もなしに自由に医師となることができるとすると、患者の生命に関わる重大なミスや誤診を起こす可能性もある。あるいは経済的に強い立場に立つ大規模なスーパーができたために、近隣の経済的には弱い立場の小規模小売店が商売を妨げられ、倒産したり閉店したりせざるを得なくなることもある。こういった場合には、経済活動も無制限に認めるわけにはいかず、公共の福祉に基づく調整や制約を行う必要が出てくることもある。

そのような社会・個人への害悪や問題を防ぐために、幾つかの職業については、行政による規制が行われている。その手段としては、営業を始める際の届出・許可・資格・特許・国家独占（専売）・同種の営業の距離制限などがある⁽⁹⁾。

そして、制約の程度としては2通りある。ひとつめは警察的規制または消極的規制と呼ばれ、他者または社会一般の人々の生命健康への侵害を防止するものである。公共の安全・秩序を守るものであるので、制約は必要最低限のものでなくてはならない。公共の福祉でいえば、内在的制約に該当する。

もうひとつは政策的規制または積極的規制であり、経済・社会政策上の目的を達成したり、経済発展のためや経済的弱者の保護（消費者や中小企業・中小小売業者など）を行ったりするのを目的とする。この場合は規制は不合理なものでなければ良いとされる。それは前者の規制

よりももっと厳しい規制を課しても良いということである。こちらは公共の福祉では、政策的制約と呼ばれるものになる。

営業に関する規制としては、同種類の営業に対する距離制限に関わる判例がある。対象となったのは、薬局、公衆浴場、小売市場の3つの種類の営業の距離制限の問題である。距離制限という規制が合理的であるとされた判決と、合理的ではないとされた判決とに分かれた。

規制が合理的であると認められたのは、その規制の目的が経済的弱者を保護するための積極的な目的であると認定された場合である。公衆浴場と小売市場の距離制限は、それぞれ弱者保護のための積極目的の規制とされた。

それに対し、薬局に対する距離規制は、規制の目的は一般に人々の生命や健康についての社会公共の安全を守るためのものであって消極的な規制目的であるとされた。

1955年の公衆浴場距離制限事件においては、「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要な欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設」であり、それが偏在すると「多数の国民が日常容易に公衆浴場を利用とする場合に不便をきたすおそれ」があること、そして公衆浴場が濫立して「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、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響をきたすおそれ」があることから、公衆浴場が偏在したり濫立したりしないよう距離制限を設けることは、「憲法22条に違反するものとは認められない」とした⁽¹⁰⁾。

当時は風呂がある家はまだ少なかったと思われる。そのため一般国民にとって不可欠なものであったろう。そのため公衆浴場が安定した経営を行えるよう規制をかけることは適切であったという判断である。

しかし、上記判決があげた「無用の競争によ

る衛生設備の低下の防止」はむしろ消極目的ではないのか、という批判もある⁽¹¹⁾。

その後の1989年に出されたもう1件の公衆浴場距離制限事件では、「適正配置の規制の目的は、国民保健および環境衛生の確保にある」こと、公衆浴場が「自家風呂を持たない国民にとって日常生活上必要不可欠な厚生施設である」ことや「自家風呂の普及に伴い公衆浴場の経営が困難になっている」ことから「既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、自家風呂を持たない国民」が入浴できるよう浴場を確保することにある、と認めた。そのため距離制限による適正配置規制は「目的を達成するための必要かつ合理的な範囲内の手段と考えられる」として距離制限は憲法第22条に違反しないと判断した⁽¹²⁾。

さらに、1972年には小売市場距離制限事件の判決も出されている。小売商業調整特別措置法に基づき小売市場は許可制となっており、その許可の基準には距離制限が含まれていた。最高裁は、「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、「経済的劣位にたつものに対する適切な保護政策を要請している」。小売商業調整特別措置法は「中小企業保護政策の一環として成立したものであり」、「経済的基盤の弱い小売商の事業活動の機会を適正に確保し」、「小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によって招来されるであろう小売商の共倒れから小売商を保護するためにとられた措置である」と認定した。

そしてこの小売市場の（距離制限を伴う）「許可規制は」「中小企業保護政策の一方策としてとった措置」と認められ、「目的において、一応の合理性を認めることができないわけではなく」、「規制の手段」が「著しく不合理であることが明白であるとは認められない」として、距離制限を伴う許可制をとった同法を合憲である

と判断した⁽¹³⁾。

しかし薬局の距離制限については、そのような制限を設けることに合理性がないと判断された。

1975年の薬事法判決においては、薬局の新規開設に距離制限を設けた規制目的は、「主として国民の生命および健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置」であって「小企業の多い薬局等の経営の保護というような社会政策的ないし経済政策的目的は」意図していないと認定した。そして、距離制限を定めた当時の立法事実として、薬局間の競争の激化→経営の不安定→不良医薬品の供給の危険があったというのは根拠がない、したがって距離制限という規制手段を目的に照らして合理的なものとはいえないとされた。そして距離制限よりももっと緩やかな規制であってもこの目的を達成するには足りたはず、という「より制限的でない他の選ぶうの手段の基準（LRAの基準）」を適用して違憲の判断を下した⁽¹⁴⁾。

このように公衆浴場や小売市場の距離制限規制は合理的であるとされた一方で、薬局の距離制限規制については合理性を認めなかった。判例によれば、公衆浴場や小売市場のなかの小売店舗の営業については国による政策的介入を行って経営上の安定を図る対象となる経済的弱者であると認めたことになり、他方で薬局の営業は弱者ではないと認定したことになる⁽¹⁵⁾。経営の安定を行う必要性の判断においてはそれぞれの業種において経営基盤がどのくらい盤石なものなのかどうかを検討しなければならないであろう。しかしながら法の次元からはその政策判断の適正さについては判定はできない。

また、距離制限を行うことによって、公衆浴場や小売市場のような制限のある業種については既存営業からの制限距離内の地域での新規開業はできなくなる。共倒れを防ぐため、共倒れ

のためにその営業がその地域内に存続しなくなった結果その営業を利用したい地域住民の不便を避けるため、という理由は確かに合理性はあるし、弱小営業を保護しその営業する権利を保障するのにも理がある。しかし反面、論理上同様の営業者の営業の自由を妨げる可能性も否定はできない。

第5節 小結

権利や人権保障は結局のところ、誰のどんな権利をどのような形で保障するか具体的な政策判断によるところが大であるといわざるを得ない。限界的零細小売業者の人権保障であるならば、どれだけの限界線を超えているから具体的な政策的介入を行うか・どれくらいの程度の介入や保護策をとるのか、の基準も策定しなければならない。それは権利や人権を保障するという文言のみを記した今ある憲法や法律の条文のみから引き出すことはできない。限界的零細小売業者の生存権および営業の自由の保障は、少なくとも憲法第25条や第22条において否定されているものでは当然ないのだが、逆にどのくらいの保護や保障を与える「べき」かもそれだけでは不分明である。となればこの人権保障の具体化に関しては、立法措置とその運用をいかに行うかという政策立案の次元に委ねることにならざるを得ない。

しかし確実なことは、限界的零細小売事業者にとって生存の確保はまず、その小売業の営業を妨げられずに全うできるよう、その活動を保障されることで成し遂げられるということである。そのため限界的小売事業者にとってはまず何より必要なことは生存権の保障とともに・それ以上に営業の自由を保障されることにある、ということになる。

もともと経済活動の自由が保障されるのは個人が自立して生活を維持するため、社会のなか

で一定の職を持ち経済活動に参加する必要があるからである。基本的人権としての生存権の保障もまた、経済活動と切り離して行われるものではなくそこから個人が得られる生活の糧の補完である。そうなれば国家が金銭や具体的サービスを給付するだけでなく、具体的給付を必要としない程度ではあるが経済活動において弱小基盤である限界的零細小売業を営む者の生存や営業の存立のために、国家が積極的な保護政策・保護措置としての流通政策等を実施する形で「生存保障」を行う必要性もあることになろう。上記の公衆浴場や小売市場の事例で同種の営業を距離制限をもって既存業者を保護するのも、そのような一例ではある。しかしより一般的に、そもそも営業の自由の保障自体を、生存権保障の基本視点である弱者保護の観点で見直した上で再構築し、その具体化として国家がどのような政策や保護措置を実施すべきかを考えてみるべきであろう。残念ながらこの検討作業は法解釈からのみでは引き出すことができない。これはむしろ流通の実態から帰納的に導いて考えるべきであろう。

そこで第3章では、限界的零細小売業者の生存権および営業の自由の保障を流通政策や流通の実態の次元から見直すことによって、どのようにそれらの人権が保障されうるのか検討することになる。

(注)

- (1) 辻村みよ子『憲法〔第7版〕』日本評論社、2021年、238頁。
- (2) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第8版〕』岩波書店、2023年、245頁。その他多数。
- (3) 岡田与好『独占と営業の自由 ひとつの論争的研究』木鐸社、1975年、31頁。
- (4) 高橋和之『人権研究2 経済活動の自由および社会権』有斐閣、2022年、20頁。
- (5) 今村成和『「営業の自由」の公権的規制』『ジュリスト』第460号、1970年、40頁。

- (6) 高橋和之、前掲書、20頁。
- (7) 農地改革事件（最大判1953. 12. 23、判時18号3頁）。この判決では収用の対価は当時の時価ではなく合理的に算出された相当な額の補償で済む（相当補償説）とされたが、後には「収用された土地と同等の代替地を取得できるだけの金額の補償を要する（最判1973. 10. 18、民集27卷9号1210頁）」（完全補償説）とされている。
- (8) 奈良県ため池条例事件（最大判1963. 6. 26、判時340号5頁）。この事件ではため池の堤等で畑を作ってはならないという条例によって個人所有の土地の利用規制を行うことは、特別な犠牲には当たらない一般的な制限であって、違憲ではないとされた。
- (9) 白井雅子『日本国憲法への招待〔改訂版〕』同友館、2012年、85-86頁。
- (10) 最大判1955. 4. 26、刑集9巻1号89頁。
- (11) 高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』（別冊ジュリスト186号）有斐閣、2007年、198頁〔藤井俊夫執筆〕。
- (12) 最判1989. 3. 7、判時1308号111頁。
- (13) 最大判1972. 11. 22、判時687号23頁。
- (14) 最大判1975. 4. 30、判時777号8頁。
- (15) もっとも、近年の職業選択の自由に関わる最高裁判例では、一般的危険防止という消極目的と社会政策や経済政策のための積極目的に分けて規制を行うという「規制目的二分論」は廃棄されてきていると指摘されている（芦部信喜〔高橋和之補訂〕、前掲書、250-252頁）。財産権保障に関連する判例でも同様の傾向があるという（同書、257-259頁）。

第3章 営業の自由と生存権

前章までの考察から明らかなように、生存権論において営業の自由論は切り離せないものである。営業の自由論は、一般的には、消費者・経済的弱者の生存権vs.大企業・経済的強者の営業の自由という構図で語られるが、その一方で営業の自由＝生活の土台という場合もある。その場合には、営業の自由の保障がいうまでもなく生存権保障と密接に結びついてくる。本章では、そのような代表的な例である限界的零細小売業者（第1種零細小売商）⁽¹⁾の営業の自由をどの程度保障すべきかについて、生存権と絡

み合わせながら追究していくこととする。

第1節 「営業の自由」の意味とその論理

本節では「営業の自由」の意味とその論理（考え方）について論じていくこととするが、詳細については本論文第2章で述べた通りである。以下では、ポイントのみを再整理しておく。

「営業の自由」という用語はいろいろな意味に使われるが、その内容からみれば広狭二義がある⁽²⁾。狭義の営業の自由とは、「営業をすることについての自由」を指し、開業の自由、営業の維持・存続の自由、および廃業の自由が該当する。一方、広義の営業の自由とは、「営業活動の自由」を指し、これには、狭義の営業の自由に加えて、現に営業をしている者が任意にその営業活動を行いうる自由が含まれる。したがって、限界的零細小売業者が任意に転廃業するのではなく、強制的に転廃業を余儀なくされるような事態、たとえば大型店の出店によって転廃業を余儀なくされたという因果関係が明白に立証されるような事態が発生したとすれば、これは重大な問題となるのではないか、というのが筆者（坂本）の見解である。

以上では、「営業の自由」という用語の意味を把握したが、実は、「営業の自由」には2つの考え方がある。第1は、「公正かつ自由な」有効競争原理としての「営業の自由」という考え方である。第2は、「営業の自由」の原典を憲法第22条の「職業選択の自由」に求める考え方である。しかし、2つの考え方は基盤が異なるので同じレベルで論ずることは不可能であり、したがって以下では、第2の考え方に着いて考察を進めることとする。

さて、日本国憲法は市民的自由を一般に基本的人権として保障しており（第13条）、「営業の自由」はそこには明記されていないが、第22条

にいう「職業選択の自由」のなかに含まれるとするのが、法律学上の通説である。

「職業選択の自由」というのは、自己の能力発揮の場としての職業を自由に選択しうることを意味する以上、そのなかに「営業の自由」が含まれるのは当然であるようにみえる。しかし、「職業選択の自由」がいかなる社会体制にも通用する普遍の原理であるのに対し、「営業の自由」は資本主義社会に固有の原理であり⁽³⁾、経済的自由が認められていなければ、「営業の自由」もありえない。そして、経済的自由は財産権行使の自由に基づくことである。したがって、「営業の自由」が「職業選択の自由」に含まれるのは、基本的には、憲法第29条によって財産権行使の自由が保障されていることに基づく。

それとともに、「営業の自由」のなかには、「職業選択の自由」の範囲を超えるものがあることに留意しなければならない。第1に、「職業選択の自由」に含まれる「営業の自由」は「営業をすることの自由」だけであって、「営業活動の自由」はもっぱら憲法第29条に関することである。第2に、「営業の自由」が「職業選択の自由」に含まれるというのは、人の能力発揮の場としてそれをみるからである⁽⁴⁾。

基本的人権としての「職業選択の自由」のもつ意味は上記第2の点に見出せるが、そうになると、前述した「限界的零細小売業者が大型店出店によって転廃業を余儀なくされたという因果関係が明白に立証されるような事態が発生した場合」を、どう解釈するかが問題となる。しかし、これは財産権行使の自由が侵害されたという点で重大な問題となるのであって、「職業選択の自由」が侵害されたという見地から考察すべきものではないのではないか。

また、「職業選択の自由」のもつ意味を上記第2の点に見出した場合、法人としての大型店

側の「営業の自由」をどう解すべきかが問題となる。それは、実質的には個人経営と異なることのない限界的零細小売業者側の「営業の自由」とは、明らかに異なる。もっとも、法適用のうえで、個人と法人とを区別すべき理由はないが、しかし、いうならば、法人としての大型店側の自由は資本の自由であって、個人の自由そのものではない。一方、限界的零細小売業者側の自由は、個人の自由であるとみた方が妥当である。

このようにみえてくれば、「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い、その職業を行う自由（営業の自由）をも含む」という法律学上の解釈の適用は、中小商店側に付与されて然るべきである。

第2節 「営業の自由」の制限

以上のような「営業の自由」が無制限でありえないことはいうまでもない⁽⁵⁾。その根拠は、まず、「公共の福祉に反しない」限度においての市民的自由の尊重を明らかにした憲法第13条の規定に求められるが、この規定は基本的人権の一般的なオリエンテーションを目的とするものである。したがって、「人権規定のうち、経済的自由に関する憲法第22条及び29条の規定にのみ、公共の福祉による制約が明示されていることは、きわめて重要な意味をも」⁽⁵⁾つ。

「営業の自由」は、憲法第22条および第29条に基礎をおくものである以上、無制限にその自由を主張しえないのは明らかであるが、両条の間には、なお次のような相違がある⁽⁶⁾。すなわち、「職業選択の自由」については、それが人の能力発揮の場に関することであるのに鑑みると、その自由は充分に尊重されなければならない。しかし、純粋な精神的自由と異なり、個人の生活に密接な関連を有するものである点に、規制を必要とする根拠がある。これに対し、資

本財としての財産権行使の自由には、自由主義的経済の法的支柱としての役割があり、そのことがまさに、高度の統制を必要とする理由となつて表れるのである。

結局、「『営業の自由』が、人格権としての職業選択の自由を意味する限り、その自由は最大の尊重を必要とする」〔傍点筆者（坂本）〕が、資本財としての財産権行使の自由の制限は、それが、いかなる利益状況をもたらすことを狙いとし、一般国民にとってどういう意味をもつことであるかが、いちばんの問題である」⁽⁷⁾。

第3節 「営業の自由」と「生存権」

以上の考察から明らかなように、限界的零細小売業者側の「営業の自由」は「生存権」と表裏一体の関係にあり、そこに限界的零細小売業存立の根拠を見出すことができる。

筆者（坂本）は、上記の存立の根拠を「尊厳的要因」と称している。「生存権」の維持が困難であれば死（社会的な死）に追いやられる。いいかえれば、生命（社会的な生命）の尊厳性に関与してくるということで、「尊厳」という用語を使用している。なお、「生存権」を「尊厳」という用語で表した出典についてであるが、これは筆者（坂本）独自の用語であり、出典はない。また、限界的零細小売業存立の根拠に「生存権」を挙げることは客観的かつ経済的な範疇ではないし、存立の根拠を考える際に「生存権」はなじまないとする説が有力であることは、筆者（坂本）も承知している。しかし、本論文の冒頭でも述べたように、零細小売業が抱える問題はあまりにも大きくかつ複雑化している。かつて清成忠男も指摘していたように、中小商業問題（大型店問題）は単なる流通問題の範囲を超えており、「少なくとも競争問題であり、消費者問題であり、地域問題であり、社会保障問題である」⁽⁸⁾ といったように、

複雑に絡み合った糸になっている。したがって、研究の方法としても学際的研究が求められているわけであり、限界的零細小売業存立の根拠を探る際にも別に経済学的アプローチに固執する必要はないと考え、「生存権」を存立の根拠に入れたわけである⁽⁹⁾。

ともあれ、限界的零細小売業者が大規模商業資本側の出方いかんによっては経営の悪化を招き、はなはだしい場合には倒産に追い込まれるというのであれば、それは基本的人権としての「生存権」の剝奪である。大規模商業資本側のいう「営業の自由」は「生存権」とは直結しないが⁽¹⁰⁾、限界的零細小売業者の「営業の自由」は「生存権」と直結するのである。限界的零細小売業を死に追いやることのできない重大な根拠をそこに見出すことができる。

なお、当然なことではあるが、大型店出店による経営困難・倒産と放漫経営による経営困難・倒産は性格がまったく異なるということを銘記しておかなければならない。

さて、大型店との競争に敗れた者（大型店出店によって倒産した者）は別の職業に就けばよいという論理もある。たとえば、土地を売却して、マンション経営にでも従事すればよい、といった論理である。しかし、それは恵まれた限界的零細小売業者の場合に可能なのであって、そういう恵まれた限界的零細小売業者が存在することを否定はしないが、はたしてどの程度存在するであろうか。

恵まれた限界的零細小売業者の場合は別として、一般に、そもそも倒産ということ自体、多額の負債を抱え込むことであり、敗者が憲法第25条で保障されている「生存権」を維持すること、すなわち「健康で文化的な最低限度の生活」を営むことは、何らかの手当がない限り、きわめて困難である。大規模商業資本同士の競争において、競争に敗れた資本は、再建の見込

みがある場合は民事再生法の適用によって再建の道を歩めばよいが、資本対資本、資本対個人の競争は次元が異なり、したがって、敗者たる資本と敗者たる個人とは性格がまったく異なるものであることを銘記しておかなければならない。

限界的零細小売業者の「生存権」については、本来的には、「営業の自由」と「生存権」を結びつける視点からそれを考察すべきものではなく、敗者に対しては、「生存権」の維持を図るため何らかの補償を与えるべきであるという視点からそれを考察すべきものであろう。しかし、そもそも、日本は欧米諸国に比して社会保障制度の面で著しく立ち遅れているということ自体が問題である。論議を混乱させる根源はそこにある。

したがって、結局、限界的零細小売業者の「営業の自由」は「生存権」と直結するということを、ことさらに強調せざるを得ない。

なお、限界的零細小売業者の「生存権」と消費者の「選ぶ権利」とをどう調整するかがひとつの問題となるが、この場合、消費者は誰の味方なのかという点を考慮に入れなければならない。その解答はさまざまであるが、概して消費者は大型店の味方であるとする見方が最も支配的である。大型店はまた、結果において消費者の味方であり、消費者は強い大型店と共同戦線を張ろうとしている。

また、大店法以降の法規制は、昭和50年代末頃を境として規制強化から規制緩和へと流れを一転させるまで、おしなべて弱者「保護」の政策基調に貫かれていた。そうした法規制が中小商業内部の革新性や活性化には考慮を払わず、結果的に「住民・消費者を反中小商業・反商店街におしやるような結果をまねきかねない状況」⁽¹¹⁾をもたらした事実をこそ、我々は問題にしなければならない。

(注)

- (1) 本論文第4章で詳述するように、馬場雅昭は、常時従業者数1～2人規模層と3～4人規模層には大きな格差があるとして、前者を第1種零細小売商（層）と称している。
- (2) 以下、「狭義の営業の自由」と「広義の営業の自由」との定義については、今村成和『『営業の自由』の公権的規制』『ジュリスト』第460号、1970年、40頁を参照している。
- (3) 今村成和『『営業の自由』と『憲法』及び『独占禁止法』』『公正取引』第236号、1970年、23頁。
- (4) 今村成和、前掲注記(2)の論文、41頁。
- (5) 制限の諸類型については、同論文、41-42頁を参照されたい。
- (5) 同論文、41頁。
- (6) 相違については、同論文、同頁を参照している。
- (7) 同論文、同頁。
- (8) 清成忠男『地域小売商業の新展開』日本経済新聞社、1983年、59頁。
- (9) 「営業の自由」と「生存権」による限界的零細小売業擁護論については、筆者（坂本）独自の理論として、出家健治により下記文献中で詳細な分析・紹介がなされている。詳しくは、出家健治『零細小売業研究』ミネルヴァ書房、2002年、58-59頁を参照されたい。
- (10) 企業内部の問題として、従業員の生活がかかっている以上、もちろんその従業員にも「生存権」はあるが、ここでの「生存権」とは次元が異なる。
- (11) 秋谷重男「流通産業と中小企業」清成忠男・間苧谷努・庄谷邦幸・秋谷重男『中小企業論』有斐閣、1978年、112頁。

第4章 二極化する零細小売業

商業資本の存在形態を独占商業資本と中小商業資本との2つに絞る区分も可能であるが、両者の間に非独占大商業資本の概念をおいた方が現実の商業現象を理解するのに都合がよい。糸園辰雄はこの点を踏まえて、商業資本の存在形態を以下のように整理している⁽¹⁾。

- ① 独占商業資本：市場的・資本的支配によって独占利潤を獲得する。独占利潤のなかには当然下位資本の収奪分も含まれる。

- ② 非独占大商業資本：市場的・資本的自主性を保持し、平均利潤を獲得する。もちろん独占資本に対しては相対的に弱い、他の下位資本にその収奪を転嫁することができ。
- ③ 中小商業資本：独占資本に対して市場的・資本的に従属し、収奪を受け、平均利潤率以下の利潤しか獲得できない。上位資本である非独占大商業資本によっても圧迫され収奪を受ける。
- ④ 零細商業：生業であり、企業の名に値せず、資本ならざる「単なる貨幣」の元入金によって営まれる経営で、みせかけの利潤は生計費、労賃にしかすぎない。

以上、商業資本の存在形態を把握してきたが、では、中小商業問題ないし零細小売業問題とはいかなる問題なのか。以下、その原点を再確認しておこう。

中小商業は独占商業資本の市場的・資本的支配に圧迫され、あらかじめ独占利潤を引き去られた後の商業利潤を相互に激しく争奪する。そこでは当然に平均利潤率以下の利潤しか獲得しえないし、零細商業に至っては労賃部分を得るにすぎない。したがって、資本集積の可能性は乏しく、商業資本として大規模化する途を閉ざされているばかりでなく、たえず新規参入者と激しく競争しなければならない。競争の激化は低い利潤をいっそう低くする過当競争をもたらし、中小商業においては過当競争が常態化している。過当な競争はしばしば経営の破綻さえ招き、経営の困難、不安定が中小商業の属性となる。このような現実的矛盾が中小商業者、零細商業主に意識され問題化されたのが中小商業問題である⁽²⁾。なお、上記のような現実的矛盾がとくに零細商業主の意識に反映し問題化された場合には、零細小売業問題となってたちあらわれよう。

以上のように、従来の中小商業問題ないし零細小売業問題は商業における大と小との対抗関係を軸として生じ、また問題の解決策もそのような視点から考察されていた。

しかし、近年、従来の枠に納まりきれない新たな零細小売業問題が発生している。前述したように、中心市街地の空洞化問題やフードデザート問題との関連から捉えなければならない問題がそれである。では、零細小売業問題はなぜ中心市街地の空洞化問題やフードデザート問題との関わりのなかから捉えていかなければならないのか。この点について詳しくは「はじめに」の前掲注記(5)の文献、同頁を参照されたい。

以上のような問題を零細小売業は内包しているのであるが、零細小売業の範囲はどのように規定されるのか。中小商業研究者間の定説では糸園辰雄による規定に従い、常時従業者数4人以下が零細小売業とされている⁽³⁾。しかし、1～2人規模層と3～4人規模層には明らかに大きな格差がある。以下、この点についてさらに論を進めよう。

馬場雅昭によると、1～2人規模層と3～4人規模層には明らかに大きな格差があり、前者を「第1種零細小売商（層）」、後者を「第2種零細小売商（層）」と区別すべきであるとしている⁽⁴⁾。これは、おそらくは昭和53年（1978年）の改正大店法にて大型店を第1種大規模小売店舗と第2種大規模小売店舗の2種類に峻別したところに着想のヒントを得たものであろう。前述したように、小売商店数の減少傾向は1～2人規模の限界的な零細店の激減によってもたらされており、しかも激減現象に歯止めはかかっていない。また、馬場自らも指摘するように、1～2人規模層と3～4人規模層との間には商店数構成比・年間商品販売額構成比の推移の面で大きな格差があり⁽⁵⁾、1人あたりの販

売効率・1㎡あたりの売場効率の面でも大きな格差がある⁽⁶⁾。このような事実には照らすと、用語の適否の問題はさておき、同じ零細小売業といえども、1～2人規模層と3～4人規模層は峻別しなければならないとする馬場の発想それ自体に異論はない。

次に「商業統計」によって、小売商店数がピークに達した昭和57年（1982年）以降の商店数の推移を売場面積別に確認してみよう。商業統計によると、商店数減少・増加の分岐点は個人商店で100㎡、法人商店で50㎡となっていることが確認できる。個人商店数の減少は転廃業、閉店、法人商店への転化に起因することが推測できるが、個人商店の法人化は商業統計では判明しない。したがって、個人商店のみに的を絞ると、個人商店数は50～100㎡未満層において減少し、とりわけ20～30㎡未満層においては半数以下へと減少している。

以上のような事実から、筆者（坂本）は零細小売業施設を下記のように定義している。すなわち、常時従業者数1～2人規模かつ売場面積30㎡未満の物品販売施設を「第1種零細小売商業施設」、3～4人規模かつ30～100㎡未満のそれを「第2種零細小売商業施設」と定義している⁽⁷⁾。

零細小売業が抱える諸問題は前述した通りであるが、ひと口に零細小売業といっても、1～2人規模店と3～4人規模店は等しく同一の問題すなわち零細小売業問題を抱えつつも、以上の事実から両者の間には大きな格差があることがみてとれる。1～2人規模店は首尾よく店を継続できたとしても、見通しはかなり厳しいといわざるを得ない。

(注)

- (1) 糸園辰雄『日本中小商業の構造』ミネルヴァ書房、昭和50年、68-69頁。

- (2) 同書、67頁。
 (3) 中小、零細小売業の区分について詳しくは、同書、57-81頁を参照されたい。
 (4) 馬場雅昭『日本の零細小売商業問題』同文館、2006年、18頁および246頁。
 (5) この点について詳しくは、同書、207-211頁を参照されたい。
 (6) 同書、232頁。
 (7) 坂本秀夫『現代流通の理論と実相』同友館、2021年、230-231頁。

第5章 限界的零細小売業者の生存権

これまでの考察から明らかなように、常時従業者数1～2人規模の零細小売店（第1種零細小売商業施設）は、「零細小売業厳冬の時代」に突入している今、首尾よく店を継続できたとしても見通しはかなり厳しいことが判明している。100%とはいわないが、いかなる手立てを講じようとももはや再生不可能に近いといっても過言ではない。

社会学では、一般に、65歳以上の人口が50%を超え、もはや再生不可能に近く、自然消滅の可能性がきわめて高い集落を「限界集落」と定義しているが、本論文では、この用語を援用して、いかなる手立てを講じようとももはや再生不可能であり、自然消滅するしかない常時従業者数1～2人規模の零細小売業を「限界的零細小売業」と称している。

では、自然消滅の道を歩まざるを得ない限界的零細小売業ないし第1種零細小売商業施設を、なぜ放置してはいけないのか。本章では、以下、これを明らかにしていこう。

前章でもすでに触れたように、まず零細小売業者の本質は次のように規定された。「生業であり、企業の名に値せず、資本ならざる『単なる貨幣』の元入金によって営まれる経営で、みせかけの利潤は生計費、労賃にしかすぎない」⁽¹⁾と。すなわち、利潤はあったとしても、

それはみせかけのものにすぎず、零細小売業者は多少の労働者を雇用していたとしても、自らも労働している階層であり、事実上は労働者であるといつてよい。とりわけ1～2人規模の限界的零細小売業者はそうである。

零細小売業者といっても第1種零細小売店主と第2種零細小売店主に大別できるのは前章で触れた通りであるが、後者について、彼を経営者と称したとしても、その実態は自己と家族（または家族および若干の被雇用者）の労働力をまとめて販売する単なる代表者であるにすぎない。第1種零細小売店主に至っては、経営者と称したとしても、自己のみの労働力か、または家族1名もしくは家族以外の従業員1名の労働力を加えて販売している存在にすぎない。また、経営面では、生計の維持・充実を主目的としており、「より多くの利潤への無限の渴望が経営活動の起動力になっているわけではない」⁽²⁾。

零細小売業者とりわけ第1種零細小売店主はけっして資本家に対し労働力商品を販売しているわけではないが、本質はむしろ「労働者に近い存在」ということで、筆者（坂本）はこれを「擬制的労働者」と称している。関連していえば、かつて並木貞人（元・全国商店街振興組合連合会理事長兼全日本商店街連合会会長）は、いかなる根拠で使用しているのか明らかではないが、零細小売業者を「産業労働者」と称していた⁽³⁾。また、本間重紀は、零細小売業者であるコンビニ加盟店主を「商業労働者」と位置づけていた。本間によれば、コンビニ加盟店主は「所有者、オーナーというよりは、仕入れと価格の決定権を事実上奪われ、決算権さえないという、経営権が全く空洞化した、本質においてむしろ商業労働者（傍点引用者）の状況にあり、とうてい独立商業者とはいえない」⁽⁴⁾という。全く同感である。

本論文第3章で触れたように、第1種零細小売店主が任意に転廃業するのではなく、強制的に転廃業を余儀なくされるような事態、たとえば大型店の出店によって転廃業を余儀なくされたという因果関係が明白に立証されるような事態が発生したとすれば、これは重大な問題となろう。第1種零細小売商業施設においては、大規模商業資本側の店舗展開いかんによっては、経営の悪化を招き、はなはだしい場合には倒産に至る店が存在する。それは保守的で体質も弱いからであるとされれば反論の余地もないが、実はそこには、基本的人権⁽⁵⁾としての「生存権」の侵害という重大な問題が発生する。本論文第1章で触れたように、生存権は日本国憲法第25条の規定であるが、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」とされている。これは、生存に必要な条件の確立を国家に要求することができる権利で、単なる「生活権」よりもより厳しい意味をもつ。

第1種零細小売店主が事実上の労働者すなわち擬制的労働者である以上、当該店舗の転廃業は店主の生存権と密接に関わってくるのである。零細小売業者とりわけ限界的零細小売業者が手厚く保護・育成されて然るべき理由を、そこに見出せる。けっして、規模が零細であるから保護・育成されて然るべきだということではないのである。

なお、前述したような新たな零細小売業問題、すなわち中心市街地の空洞化問題やフードデザート問題との関連から捉えるべき零細小売業問題からみれば、零細小売商業施設とりわけ第1種零細小売商業施設の存在意義についても触れておかなければならない⁽⁶⁾。以下、この点について論を進めよう。

まずは、フードデザート問題との関連から捉えるべき零細小売業問題からみた存在意義につ

いてである。

フードデザートでは、「生鮮食料品の購入先のみならず、医療や公共交通機関の減少、社会福祉の切り詰め、家族や地域コミュニティの希薄化など様々な問題が発生している」⁽⁷⁾。しかも、問題の本質は単なる買物先の消滅にあるのではなく、弱者切り捨ての構図すなわち社会的排除問題にこそあり⁽⁸⁾、発生の主要因こそ地域ごとに異なるものの、これが全国各地で発生していたのである⁽⁹⁾。

零細小売商業施設の消滅は社会的弱者切り捨ての社会を拡大することにつながりかねない。これ以上の拡大化を防止するためにも、零細小売商業施設の消滅は食い止めていかなければならないのである。そこに、存在意義を見出せる。

次は、中心市街地の空洞化問題との関連から捉えるべき零細小売業問題からみた存在意義についてである。

零細小売商業施設とりわけ第1種零細小売商業施設の激減現象がもたらす社会的インパクトはもはや無視できないほどに大きくなっている。零細小売商業施設の消滅により、とりわけ地方都市においては近隣型・地域型商店街はいうには及ばず、中心商店街ですら衰退し、都市の空洞化が著しい。零細小売商業施設とりわけ第1種零細小売商業施設の激減現象がもたらす問題の核心は、まさにこの点にある。すなわち、都市の空洞化現象に歯止めをかけるためにも、零細小売商業施設は確保しなければならないのである。そこに、存在意義を見出せる。そしてこのことがまた、前述の社会的排除問題とも密接に連動してくるのである。

以上、限界的零細小売業者には「生存権」が認められて然るべきことを明らかにしたが、中心市街地の空洞化問題やフードデザート問題との関連から捉えるべき零細小売業問題からみた

存在意義からいっても、限界的零細小売業の激減現象には歯止めをかけなければならない。

(注)

- (1) 糸園辰雄『日本中小商業の構造』ミネルヴァ書房、1975年、68-69頁。
- (2) 二場邦彦「明日の中小企業をめざして」坂寄俊雄・二場邦彦編『明日の中小企業』法律文化社、1981年、15頁。なお、経営の改善や近代化に対する零細企業の取組みが弱く、中途半端であることの理由のひとつは、この点にある（同論文、同頁）。
- (3) 並木貞人談、『日経流通新聞』1984年1月9日付。
- (4) 本間重紀「はじめに——コンビニの光と影」同編『コンビニの光と影』花伝社、1999年、9頁。
- (5) すべての人間が人間である限りにおいて有する権利である。国家の権力によっても、法律や憲法改正によっても、これを侵害することは許されない。詳しくは、本論文第1章を参照されたい。
- (6) 零細小売商業施設の存在意義について詳しくは、坂本秀夫『現代流通の理論と実相』同友館、2021年、232-237頁を参照されたい。
- (7) 岩間信之編著『フードデザート問題』（財）農林統計協会、2011年、151-152頁。
- (8) 同書、2頁。
- (9) 詳しくは、同書、151-152頁を参照されたい。

おわりに

基本的人権の保障はどう具体化されるのかという問題は容易ではない。ある権利が保障されるといかに憲法何条・〇〇法何条に記載されているからといって、その権利の内容・射程が自明になるというわけではない。

自由権と呼ばれる「〇〇の自由」の保障ならば、伝統的にはその領域に対し国家が侵害したり介入したりしない（不作為）ことによって保障がなされるとされてきた。もちろん社会のなかでさまざまな個人の利益や権利主張を最低限国家が調整する必要は生じてくることはあった（公共の福祉）。ただし調整のために国家が介入したり自由の制約を行ったりするには、正当な

理由や目的が必要であるとともに規制や制約は目的達成のための必要最小限度の程度でなければならないとされた。

経済活動の自由に関しても近代においては私的自由の原則のもと、基本的には国家による介入は行われない領域であった。ところが資本主義の発展に伴う社会階級の形成および社会矛盾の蓄積により社会権が生まれ、その保障とパートナーな関係にある経済活動の自由への国家による介入や規制の場面が増えることになる。経済活動の自由に対しても規制するには相応の理由や目的が必要であるとされるのだが、弱者の生存権保障を目的とする介入や規制の場合ならば正当化されやすく、また規制程度も必要最小限度を超えたとしても合理的な範囲であるならば認容されやすいものとなった。

このように経済活動の自由に対しては他の人権保障、とくに精神活動の自由や生存権の保障に比べると制約を課す理由や場面が増えてしまった。その結果、経済活動についてはその自由の行使主体の自由度が狭められ、活動における負担がかかりやすいものになる。そうなる国家による介入や規制を受けてもなお活動する余力があるのは、経済的な存立基盤が強固な主体ということになる。

しかし経済活動の自由を行使する主体がすべて、社会経済的に強い者ばかりではないのは当然である。零細小売業者が典型例になるが活動基盤が脆弱な者は、規制が直接的に足かせとなりやすい。また経済活動の活動主体が多様であればあるほど競争にも晒されることになる。活動上の「体力」がない者は自ずと遅れをとり、そのまま経済活動の競争の舞台からは脱落してしまう結果になりやすい。それは第5章で指摘されたように常時従業者数1～2名であり店舗面積が小さな「限界的零細小売業者」とされるならばなおさらである。競争原理によって弱い

者はこぼれ落ちて当然、という考え方もあろう。しかしすべての者が個人として尊重され自立して生きる条件を保障されるべきであるというのが基本的人権のそもそもの思想である。それゆえ社会権＝「国家によって（生きる）自由を保障する」という新たな人権が生み出された。強い者に圧迫された結果、経済活動の舞台からこぼれ落ちてしまう・こぼれ落ちそうになっている弱者にも、「生きる自由」・「活動の自由」が保障される余地がある。

弱者の「自由」はどのような形で保護されたり保障されたりするのか。それは国家が作為をなすことになるが、それについても様々な可能性が開かれることになり、国家の政策課題として実施されることにはなる。しかしながら個々の弱者のおかれた条件・立場もまた非常に様々である。個々の弱者がその生存や自由を保障されるために必要なこと・もの、すなわち求めるものはそれぞれ異なってくる。とはいえ作為する国家の側からみれば、そのすべてを具体的に汲みあげるのはもちろんとうてい困難、というよりも事実上不可能である。

国家が権利や自由の保護を行うためにはまた、立法措置も必要になる。しかし法はできるだけ土俵を広く設定してなるべく多くの事情に対応できるようにと策定される。ある事例が法の土俵の内に入るかどうか・法による保護を受けられるか・その法が適用されるべき事例なのかどうか等々といった判断はいわば「解釈」に依拠してなされることになる。立法がなされただけでは結局のところ、（ある者の）ある権利や自由が保障されるかどうかは自明にはならないわけである。

権利や自由の保障内容・程度・射程をはかるための有権解釈は司法権が担っており、裁判の判決によって明確になってくるものとされている。しかし裁判は事件が起こってこそ提起され

る。個々の事件の判例を積み重ねていけば年月につれて徐々に明確さが増してはいくであろうが、迂遠にすぎるし権利保障が必要なすべての事例を万遍なくカバーできるものではとうていがない。

そのように考えると、権利や自由の保障を必要としている人たちが現に生きて活動している場を熟知している研究者が実態を観察することによって、どのような形で、またどのような手段・程度・方法で権利や自由を保障する「必要」があるのかを具体的に「引き出し」、そして「提案する」という作業を経て権利や自由の保障を具体化する、というプロセスも重要になってくる。この作業は法学の次元からみるだけでは行うことができない。上記第5章での零細小売業の実相からの検討作業はきわめて意味が大きいことになる。

そしてある人々またはある業種に携わる者の権利や自由の保障がなぜ必要なのかの理由について、単純にそれらの人々（の生存）にとってのみ利益がある、という主観的なものだけではなく、彼らが営む業種が持つ社会的利益や意義（中心市街地の空洞化問題・フードデザート問題の解決や緩和）を加味して保護目的を加算することで、より保障の重要性を高めるのは流通政策上も有意義であろう。

経済活動の自由（営業の自由）に関する判例においても営業を営む主体だけでなく、その営業によって恩恵を受ける一般国民の利益にも言及し（既存業者の）営業を保護するとした事例がある。第2章で紹介した公衆浴場距離制限事件のうち1989年判決では公衆浴場が「自家風呂を持たない国民にとって日常生活上必要不可欠な厚生施設である」と指摘し「自家風呂を持たない国民が」入浴に不便がないよう、またそれとともに「国民保健および環境衛生の確保」のため（既存の）公衆浴場の営業を保護する目的

を認める判断を下した⁽¹⁾。そう考えると、権利保障の主観的側面と社会経済的政策の客観的側面の両面から権利や自由の保護・保障を考察する意義は大きいものとなる。営業の自由の保障を支える一部でもある職業選択の自由は、その行使による社会的影響はもともと非常に大であると考えられているからである。

(注)

(1) 最判1989. 3. 7、判時1308号111頁。

(後記)

本論文は、臼井と坂本との2ヶ年にわたる共同研究の成果である。1年目は関連文献の収集や担当部分の研究、両者の意見の擦り合わせ等を行い、2年目は具体的な執筆活動に入った。

執筆担当部分は下記の通りである。

はじめに （坂本担当）

第1章 生存権の意義 （臼井担当）

第2章 営業の自由の本質 （臼井担当）

第3章 営業の自由と生存権 （坂本担当）

第4章 二極化する零細小売業 （坂本担当）

第5章 限界的零細小売業者の生存権 （坂本担当）

おわりに （臼井担当）

上記の章立てのうち、第3章は坂本秀夫『日本中小商業問題の解析』同友館、2004年、328-334頁、第4章は坂本秀夫『現代流通の理論と実相』同友館、2021年、229-237頁、第5章は坂本秀夫『日本中小商業問題の解析』同友館、2004年、294-296頁、および坂本秀夫『現代流通の理論と実相』同友館、2021年、224-229頁・232-237頁をもとに考察を展開しているが、その後の研究を加味してそれぞれに加筆・削除を加え、再編成したものである。

なお、年号表記の仕方についてであるが、社会科学系の論文の場合、「和暦（西暦）・（例）令和4年（2022年）」と表示するのが通例である。しかし、臼井が専攻とする憲法学の場合は、西暦のみを表示するケースが多い。これに従い、第1章および第2章は西暦のみを表示している。

引用・参考文献

（第1章・第2章の分）

- 1 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第8版〕』岩波書店、2023年。
- 2 今村成和「『営業の自由』の公権的規制」『ジュリスト』第460号、1970年。
- 3 臼井雅子『日本国憲法への招待〔改訂版〕』同友館、2012年。
- 4 内野正幸『憲法解釈の論点〔第4版〕』日本評論社、2005年。
- 5 大須賀明『生存権論』日本評論社、1984年。
- 6 岡田与好『独占と営業の自由 ひとつの論争的研究』木鐸社、1975年。
- 7 岡田与好『経済的自由主義 資本主義と自由』東京大学出版会、1987年。
- 8 尾形健『福祉権保障の現代的展開 生存権論のフロンティアへ』日本評論社、2018年。
- 9 葛西まゆこ『生存権の規範的意義』成文堂、2011年。
- 10 佐藤功『憲法（上）〔新版〕』有斐閣、1983年。
- 11 渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1 人権〔第8版〕』有斐閣、2022年。
- 12 高田敏「現代における法治行政の構造」渡辺宗太郎古希記念『行政救済の諸問題』有信堂、1970年。
- 13 高橋和之『人権研究2 経済活動の自由および社会権』有斐閣、2022年。
- 14 高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』（別冊ジュリスト186号）有斐閣、2007年。
- 15 長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕』（別冊ジュリスト245号）有斐閣、2019年。
- 16 長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第7版〕』（別冊ジュリスト246号）有斐閣、2019年。

- 17 高柳賢三・大友一郎・田中秀夫編著『日本国憲法制定の過程Ⅰ』有斐閣、1972年。
- 18 竹内章郎・吉崎祥司『社会権 人権を実現するもの』大月書店、2017年。
- 19 辻村みよ子『憲法〔第7版〕』日本評論社、2021年。
- 20 中村睦男『社会権法理の形成』有斐閣、1973年。
- 21 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ〔第5版〕』有斐閣、2012年。
- 22 長谷部恭男『憲法〔第7版〕』新世社、2018年。
- 23 法学協会編『註解日本国憲法 上〔改訂版合本〕』有斐閣、1953年。
- 24 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』日本評論社、2016年。

（第3～5章の分）

- 1 秋谷重男「流通産業と中小企業」清成忠男・間亭谷努・庄谷邦幸・秋谷重男『中小企業論』有斐閣、1978年。
- 2 糸園辰雄『日本中小商業の構造』ミネルヴァ書房、1975年。
- 3 今村成和「『営業の自由』の公権的規制」『ジュリスト』第460号、1970年。
- 4 今村成和「『営業の自由』と『憲法』及び『独占禁止法』」『公正取引』第236号、1970年。
- 5 岩間信之編著『フードデザート問題』（財）農林統計協会、2011年。
- 6 清成忠男『地域小売商業の新展開』日本経済新聞社、1983年。
- 7 坂本秀夫『日本中小商業問題の解析』同友館、2004年。
- 8 坂本秀夫「零細小売店激減現象の理由および社会的インパクト」『経済学研究紀要（明星大学）』第38巻第2号、2007年。
- 9 坂本秀夫『現代流通の理論と実相』同友館、2021年。
- 10 出家健治『零細小売業研究』ミネルヴァ書房、2002年。
- 11 馬場雅昭『日本の零細小売商業問題』同文館、2006年。
- 12 二場邦彦「明日の中小企業をめざして」坂寄俊雄・二場邦彦編『明日の中小企業』法律文化社、1981年。
- 13 本間重紀「はじめに——コンビニの光と影」同編『コンビニの光と影』花伝社、1999年。