

## 社会主義と「営業の自由」・「職業選択の自由」——予備的考察

大江 泰 一 郎

筆者は別稿<sup>①</sup>で集団作業「社会主義における自由権の実証的研究」の一環として、ソ連における「営業の自由」、「職業選択の自由」の問題を考察することを予定している。ところが、一方で、資本主義におけるこれらの「自由」についてはいわゆる「営業の自由」論争の経緯とそこでの多岐にわたる研究蓄積<sup>②</sup>があり、また他方では、私の取扱おうとする問題は作業集団の分担する他の諸「自由」（主として政治的自由）の問題とはその性格をいささか異にしており、いきなり本論に入る目的がなかなかにつけがたい。小論は、こうした理由から、社会主義における「営業の自由」、「職業選択の自由」の実証的研究への手がかりと見通しをつけるため、この主題にかんするやや理論的な予備的考察を試み、もって本論への踏切りとすることを目的とする。

さて、資本主義社会におけるこれらの「自由」は、通常、自由権のうちでいわゆる経済的自由に属するものとされてい

るが、この経済的自由は「財産権の保障」（私有財産制）にもとづいている。したがって、「営業の自由」はもとより、こうした意味での「職業選択の自由」の概念をもって、ただちに、私有財産制を廃絶している社会主義社会における市民の就業機会の選択にかかわる権利（自由）の在り方を論ずることができないことはいうまでもない。論者によっては、「職業選択の自由」は——資本主義社会に固有の原理をなす「営業の自由」とは異なり——、およそ人間がその能力発揮の場を選択する自由を保障するところの、「いかなる社会体制にも通用する普遍の原理」とするものがある<sup>3)</sup>。なるほど、自由権のうちでもいわゆる精神的自由については、社会主義社会における国家がまだ特殊な公的権力たるをまぬがれないかぎり、それが有する、国家と個人との政治的關係における後者のいわゆる消極的自由（「国家からの自由」）という論理に即して、資本主義と社会主義の両体制にまたがる考察の共通の枠組を設定することはいちおう可能である。だが、いまそこで「職業選択の自由」について指摘されている「『人間の自由』の本質に根ざす普遍性」という論理<sup>4)</sup>は、本来、「営業の自由」をも含めて資本主義社会に固有の「人権」（そのイデオロギ）一般にあてはまるものであって、このことをもって「職業選択の自由」を両社会体制にとつて貫通的な（たとえば「選択の対象となる職業の範囲」において異なるだけの）カテゴリーとみなすことはやはりできない。社会主義社会における「職業選択の自由」は資本主義社会における「人権」としてのそれといかなる關係（連続・断絶）に立つのであろうか。問題をまず資本主義における「営業の自由」と「職業選択の自由」との關係に即して、ここでいいますこし敷衍しておこう。

「職業選択の自由」が資本主義諸国の憲法典において「居住・移転の自由」や「営業の自由」とは定式上区別される独自の意義を有する自由権カテゴリーとして登場してくるのは——前者が後者、とくに「営業の自由」を含むと解される場合、あるいは条文形式上「営業の自由」に取って代っている場合を含めて——、比較的最近、すくなくとも今世紀に入ってからであると見てよい。一九一九年のワイマール憲法一一一条一項、四六年の日本国憲法二二条一項、四九年のボン基

本法一二条一項がそれである（前二者では「職業選択の自由」は「居住・移転の自由」と並列されている。なお四八年の世界人権宣言二三条一項、六六年の国際人権規約A規約六条一項参照）。このような「職業選択の自由」のクローズ・アップの背景には、次のような歴史的事情があるように思われる。

まず第一に、市民革命期における経済的自由の確立の実質的意義は、なによりもまず、職業「独占」の排除、すなわち「個人の営利行動に対する国家の干渉を避けることよりも、むしろ営業上の自治団体たる同業組合、職業組合の有した諸種の特権殊に加入強制権の撤廃に在った」<sup>(6)</sup>が、この自由は——国家との関係において「人権」（前国家的な自然権）として構成される局面においては——、複合的な構造をもつ。市民革命期における「営業の自由」の構成には、たとえば、労働（<sup>(7)</sup>も）とも神聖な財産の自由の觀念を出発点とし、なお抽象的な「市民にはいかなる種類の労働も禁止されない」という自然的自由（「居住・移転の自由」およびこれを前提とする「職業選択の自由」）を媒介として、より具体的な、独占からの自由（「営業の自由」）が普遍的な「人権」として正当化されるという論理がみてとれる。だが、こうして構成される「営業の自由」も、産業革命後の自由放任主義段階にははやくも、それに内在する矛盾、つまり小ブルジョアの所有の一般的法律的觀念（労働<sup>(8)</sup>と財産）とこれによって表現されている資本家的な生産関係との矛盾を露呈することになる。すなわち、経済的自由の体制は、「資本」（<sup>(9)</sup>営業）と「労働」との対抗関係を激化させ（「営業の自由」の普遍性の後退）、そしてまた同業組合や労働組合の放任、株式会社制度の保障を通じて、それ自体の内部から、「現代的独占、なかならず根本的に対立する、独占資本およびその結合組織と労働組合という、二つの『独占』組織の形成」<sup>(9)</sup>を帰結するにいたる（本来の意味での「営業の自由」の背理）。ワイマール憲法がその第二編第五章「経済生活」においていけば経済秩序の客観的原則としての「商業および営業（Gewerbe）の自由」（一五一条三項）を謳いながら、同時に同第一章「個人」において「各種の生業部門（Nahrungszweig）に従事する権利」（一一一条一項）を掲げたのは、この意味で、

偶然ではない。というのは、「営業の自由」がある意味でもはや個人にとつての就業機会の選択の自由を一般的に表示する「人権」定式たりがたく「財産権」のいわば動態を表現するものとなっているこの段階では、この自由は、こんどは、それ自身かつては「営業の自由」の構成契機<sup>⑩</sup>にほかならなかつたにせよ、いまやその定式上の抽象性のゆえにかえって、「資本」「労働」関係をもなお「自由」觀念のうちへと包摂しうる「職業選択の自由」という形で、あらためて定式化されざるをえないことになるといえるからである（「職業選択の自由」がこんどはしばしば「営業の自由」を含むものと解され、また条文形式上「居住・移転の自由」と並列されることに注目）。

第二に、「職業選択の自由」が「営業の自由」へと収斂する一連の経済的諸自由から分離されクローズ・アップされるについての、後者にとつてネガティブな事情が以上のようにあつたとすれば、他方、前者を「人権」としておしだしてくるポジティブな要因が——とくに第二次世界大戦後には——登場してくることが留意されるべきであらう。この観点からすれば「職業選択の自由」の独自化は、社会権ないし生存権的基本権の登場、そこに含意される「労働」の保護（「社会政策」など）と結びついているといえる。ワイマール憲法の前記一一一条一項の規定は、「すべての者に人間たるに値する生活を保障する目的をもつ正義の原則」による「個人の経済的自由」の「限界」づけ（一一一条一項）や、労働力にたいする「ライヒの特別の保護」（一五七条一項）と無縁ではない。同様のことは、世界人権宣言二三条が、「職業を自由に選択」する権利を「労働」する権利および「公正かつ有利な労働条件を確保し、及び失業に対する保護を受ける」権利とあたかも一体をなすものとして規定している点（同一項）にも見られる。また、戦後の憲法、たとえばボン基本法についてみれば、一二条の条文形式は、「職業選択の自由」（同一項）が、まずもつて、ファシズム下における「労働」の在り方にたいする反省に由来する「強制労働」の排除、「一定の労働を強制されない自由（同二項以下）」として理解されるべきことを示唆しているといつてよい。日本国憲法二三条一項の規定については、「奴隷的拘束」および「苦役」からの自

由（一八条）との関連もさることながら、いわゆるマッカーサー草案においては「職業の選択」の保障が——「居住・移転の自由」等（二一条）ではなく——むしろ「大学の自由」(academic freedom)と並列されていたこと（二二条）が戦後憲法における「職業選択の自由」の特質にかかわる経緯として、ここで想起されるべきであろう。<sup>①</sup>

資本主義社会における「職業選択の自由」については、以上のように、「営業の自由」の構成契機として位置づけうるものから、それ自体として独自の意義をもつ自由権カテゴリーへの変遷を見とることができるが、もとより、この変遷は「財産権」の基盤の上で生じたものにほかならない。<sup>②</sup>

これにたいして、「財産権」、したがってまた資本に立脚した生産が廃棄されている社会主義社会においては、「諸個人の運動が諸個人の自由として現れ……しかもそのさい、この自由が自由競争によつて破壊された〔同業組合等の〕制限への不断の反<sup>③</sup>省を通じて教義学的にもまた自由として保障される」といった、「資本の純粹な諸条件」によつて規定される「自由」の論理はすでに解消している（「営業の自由」の消滅）。それでは、「職業選択の自由」はどうであろうか。

ここでは、労働の機会が、集団としての労働者・農民を所有主体とする社会化された生産（手段国家的ないしは「社会的」所有および協同組合的所有）と個々の、同時に労働主体でもある同じ労働者・農民の労働力との計画的な結合（資本主義社会において分離していた所有と労働との再結合）を通して保障されるはずであるが、この労働機会の保障を国家・市民関係に即して端的に表現する法的形態が「労働の権利」にはかならない（資本主義社会における「労働の権利」とのちがいに注目）。「職業選択の自由」は、まず、この「労働の権利」の直接具体的な実現を媒介する原理とみることができるとする。「職業選択の自由」が社会主義諸国の憲法典に明文として登場するのは六〇年代以降であるが、この「自由」（通常むしろ「権利」として定式化される<sup>④</sup>）の性格については、今日、種々の議論がある。すなわち、これを、(1)社会関係のシステムにおける市民の「社会化された生産手段の所有者・占有者」たるの地位に由来するとみるもの（N・I・アレク

セーセフ）、(2)「強制労働の禁止」とみるもの（E・I・マチュールスキーら）、(3)「労働契約の自由」と重ねあわせてみるもの（多数、主として労働法学者）、(4)「社会的な労働力需要と個人の資質との弁証法的統一」、ないしは「技術的経済的要因によって条件づけられた就業構造」と「人および市民の権利」との「妥協」とみるもの（D・L・コンスタンティノフスキー、ポーランドのM・オレンツキ）等、がそれである。このうち、(1)は「職業選択の自由」を個別的労働主体として市民の地位・側面に即して性格づける視点を欠いており、逆に(2)では共同的所有主体として市民の地位・側面が見落されており、また(3)では労働主体たる市民が「労働者」にのみ限定され、労働契約によらず、協同組合組織への「加入」によってその成員となる協同組合農民（ユルホーズ員）が度外視され、(4)は、労働主体の性向（適性、能力等の主体的条件を含むものと解する）をたんに客観的な労働力需要の構造という経済的社会的要因に対置するかぎりでは、これを「自由」（自由権）として構成する根拠に欠け、一種のトートロジーに陥るもの、といわなければならない。ところで、ここでの「労働の権利」は、資本主義のもとでのそれと異なり、実質的な完全就業（「雇用」）原理を内包するものと考えられるが、この原理の実現が、相異なる二つの型、すなわち(a)戦時体制的な労働力動員にみられるごときリジッドな「特定の場所における雇用保障」（いわば剛構造型）と、(b)ゆるやかな「働きの数と雇用を求め人々の数との間の合理的な関係」（柔構造型）とにおいて可能であることは経験的にも知られるところである。<sup>(18)</sup>「職業選択の自由」を「労働の権利」の具体的実現を媒介する原理とみる場合、それが現実的な意味を有するのは(b)型の就業システムにおいてである。だが、この社会体制そのものの論理からすれば、(a)型はむしろ一時的・例外的に必要なにすぎず、そのかぎりでは「職業選択の自由」はここでの「労働の権利」に本来内在するものと考えてよい。このことを、先の(1)―(4)の議論に照らしてみるならば、要するに、社会主義社会における「職業選択の自由」は、国家の積極的な作用により完全就業が確保される条件（失業の解消）「労働の権利」の保障のもとで、市民が、個々の労働主体として――刑罰等の特別の場合を除き

なによりもまず労働の「強制」からの自由（消極的自由）を保障されつつ、それにとどまらず同時に、生産手段の共同的  
所有主体の一員として、その主体的条件（適性、能力等）に照応して、自己の労働をこの生産手段と結合する場を**選択し**、  
要求する**権利**を享受すべきこと、を含蓄するものとみることができよう。今日ソ連では、一九七七年憲法における「適性  
・能力・職業訓練・教育に応じかつ社会的必要を考慮して職業、職種および仕事を**選択する権利**」の追加を、三六年憲法  
との対比において「労働の権利」の深化（углубление）<sup>19</sup>、**拡充**（расширение）と見、この変化をいわゆる「**発達した社会**  
**主義社会**」の条件によって説明することが広く行われているが、この見解は、むしろ、「労働資源配分」政策の変化（単  
純化）<sup>20</sup>といえ、前述(a)型から(b)型への漸進的移行）という政策現象、レヴェルの問題を権利の本質論へと直結させたもの  
といわざるをえない。なお、「労働の権利」等従来、「市民の基本的権利・自由」カテゴリーによってとらえられてきた  
ものをあらためて「人権」概念において把握しようとする近年の理論動向については、別に検討の機会をもちたい。

以上の考察からすれば、資本主義から社会主義への移行過程における「職業選択の自由」の推移を、普遍的な「人権」  
としてのそのたんなる連続としてではなく、A資本主義・a「財産権」（私的所有）を基盤とする「営業の自由」の構  
成契機としての「職業選択の自由」の成立、a後者の**独自化**→B社会主義・私的所有の**廃絶**と「営業の自由」の消滅な  
らびに「労働の権利」およびその直接的な具体化原理としての「職業選択の自由」の生成、という脈絡においてとらえる  
ことがさしあたり可能である（A↓Bにおける「職業選択の自由」に共通するのは、その消極的自由としての側面にすぎ  
ない）。本論で分析の対象とすべきは、このA↓Bの推移の特殊ケース（ソ連の場合）ということになる。

(1) 藤田勇編『社会主義における自由権の実証的研究』（仮題）法律文化社、一九八三年刊行予定。

(2) さしあたり論争当事者の整理として、岡田与好『独占と営業の自由』木鐸社、一九七五年、序論参照。

- (3) 今村正和「『営業の自由』と憲法及び独占禁止法」『公正取引』二三六号（一九七〇年）二三ページ、同「『営業の自由』の公権的規制」『ジュリスト』四六〇号（一九七〇年）四二ページ。
- (4) 今村、前掲。岡田与好「『営業の自由』と、『独占』および『団結』」東大社研編『基本的人権』5、東大出版会、一九六九年、一三二ページも同様のことを示唆している。
- (5) 問題はいわゆる「営業の自由」論争の争点と関連することになるが、論争そのものについては、藤田勇「経済学と法律学——『渡辺・岡田論争』にかんする二、三の感想」『社会科学の方法』二四号（一九七一年）における争点整理を重視している。
- (6) 杉村章三郎「営業の自由」『法律学辞典』第一巻、岩波書店、一九三四年、一〇六ページ。
- (7) ここで直接に念頭に置いているのは、フランス革命の場合である。稲本洋之助「フランス革命と『営業の自由』」、高柳信一・藤田勇編『資本主義法の形成と展開』1、東大出版会、一九七二年、一八四—一八五、二〇八—二一一ページ参照。イギリスについては岡田与好「資本主義と『営業の自由』」『資本主義法の形成と展開』1、九〇—九一ページ。アダム・スミス（大内兵衛・松川七郎訳）『諸国民の富』岩波文庫（一）、三三七—三三八ページもこのことを示唆している。
- (8) マルクス（向坂逸郎訳）『資本論綱要』岩波文庫、三〇五ページ参照。また、たとえばフランスにおける一八四八年六月蜂起後の共和国憲法二三条における「労働〔travail〕と勤労〔industrie〕の自由」なる定式の意味を想起（稲本、前掲、一八八—一八九ページ参照）。
- (9) 岡田、前掲、一〇二ページ。
- (10) 稲本、前掲、一八九ページ参照。
- (11) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編訳『日本国憲法の制定過程』有斐閣、一九七二年、二二—二三、二七六—二七七ページ。
- (12) マルクス（高木幸二郎監訳）『経済学批判要綱』Ⅲ、大月書店、六〇〇ページ参照。
- (13) 同右、五九九—六〇〇ページ。
- (14) 藤田勇「社会主義社会と基本的人権」、東大社研編『基本的人権』1、東大出版会、一九六八年、三四四ページ参照。
- (15) 七六年憲法による「職業選択の権利」の明文化以前にこれを論じたものは見当たらない。О.В.Смирнов. Проблема и существование права на труд в СССР. М., 1964, с.113 и далее はまたこれを「労働の権利の実現諸形態」の問題として論じている。
- (16) たとえば、ユーゴスラヴィア六三年憲法三六条、同七四年憲法一六〇条では「自由に職業と仕事を選擇する」権利、東独六八年憲



法二四条では「社会的必要および個人的技能資格に応じ職場を自由に選択する権利」、ノルガリア七一年憲法四〇条では「自由な職業を選択する権利」。См. Конституция зарубежных социалистических государств в Европе. М., 1973; Конституция Социалистической Федеративной Республики Югославия. М., 1975.

後述するソ連七六年憲法四〇条における「職業選択の権利」の明文化については、これらの先行社会主義憲法の規定の摂取ならびに七五年八月のヘルシンキ宣言（「人権と基本的自由の尊重」原則を含む）を媒介とする国際人権規約二三条の影響といった国際的要因を無視することは出来ない。См. Ю. Якубов. Десять заповедей мира. «Правда», 4 августа 1977; П. В. Вигурт. Конституционные статьи личности в СССР. М., 1980, с. 70-71.

(17) ЗДГНСБЗ Н.И. Алексеев. Давлеткина труда при социализме. М., 1979, с. 46. ЗДГНСБЗ Э.И. Мачугинский. Правовое положение граждан социалистическому государству.— в кн.: Государство и демократия в период построения развитого социализма. М., 1974, с. 134. ЗДГНСБЗ Булуров. Свобода трудоустройства в СССР. «СПИИ», 1981, No. 5, с. 24; В. Н. Толкнова. Конституционные принципы правового регулирования труда в развитом социалистическом обществе. «СПИИ», 1980, No 1, с. 8. ЗДГНСБЗ Д. Д. Константиновский. Свобода выбора профессии в условиях развитого социализма.— в кн.: Гуманистическое содержание социальных процессов при социализме. Новосибирск, 1980, с. 131.

(18) 編者に立つ憲法学者の例として Государственное право СССР. Под ред. С. С. Кравчука. М., 1967, с. 206. (18) ヴァキシミニエシ・ブルス、佐藤経明「『討論』社会主義の未来はあるか——ポーランド問題の特殊と普遍」『世界』一九八二年八月号、一五七—一七二におけるツラノスの発言。

(19) Например, Конституция СССР. Политико-правовой комментарий. Под ред. Б. Н. Пономарева. М., 1982, с. 142; В. В. Егоров. Развитие права на труд в советском законодательстве. «СПИИ», 1980, No. 10, с. 82.

(20) なしあたり杉浦一孝「ソ連における基本権論のあらたな動向」長谷正安編『現代人権論』（公法学研究1）法律文化社、一九八二年、一九五—二〇二以下参照。