

## 近代日本における「営業の自由」観

——基礎資料発掘の試み——

藤田 貞一郎

### 一 問題の所在

例えばドラフト。日本のシステムを北米の友達に話しても、信じてもらえない。うそだらつて。ドラフトというのは戦力を均衡化しておもしろい野球を見せるためにやるもの。もうひとつは契約金の高騰を防ぐため。ところが日本は逆指名で、金持ち、人気球団が有利になるシステム。逆指名なんて英語にできないよ。フリーエージェント（FA）も人気球団に有利で、さらにドラフトで高校生にも逆指名権を認めろなんてね。そういうとんでもない不平等、不公正を、読売が唱えるともみんな認めてしまう。現代の民主主義国家で

は考えられないことだ。<sup>(1)</sup>

右は、註にも記したように、「野球は巨人、司会は巨泉」というキャッチフレーズで今日の人生を築いた大橋巨泉の最近の発言である。

（ドラフトについては……藤田補注）基本的には今のシステムでいいんじゃないかな。選手の希望が全く通らないというのはよくない。（中略）競争があるような一部の選手には逆指名権を認めた方がいいということになったわけです。個人の職業選択の自由と戦力の均衡化の妥協点。戦力の均衡化というのは、規制ですよ、確実に。今、最もはやらないんだけど、まあ、ある程度規制も必要です。（中略）なぜ、高校生に逆

指名権がないか。成人じゃないから、判断力がないだろうということだろう。今、選挙権を下げるとかそういう動きもあります。判断力をトータルとして認めていこうという社会の流れであるなら、そっちの方がいいかもしれない。

右は、巨人の意思決定機関「最高経営会議」のメンバーである、日本テレビ社長氏家斉一郎の発言である。

両者が、「個人の職業選択の自由」と「戦力の均衡化」という理念について、全く対称的な立場に立っていることは明らかである。大橋は、個人の職業選択の自由という用語は使っていないが、「ドラフトで高校生にも逆指名権を認めるなんてね」「とんでもない」とまで明言して、ドラフト制という構想は「個人の職業選択の自由」すなわち人権とは、別箇の事柄であるとの立場に立っている。これに対して、氏家は「選手の希望が全く通らないというのはよくない」との見解に立ち、人権にかかわる事柄であるとして、「個人の職業選択の自由」という用語を明示して、逆指名権はこれに属するとしている。

両者の立場の違いは、基本的には、「戦力の均衡化」の意味解釈方の相違に由来する。それぞれ六チームからなる

セ・パ両リーグの職業野球業界へ、「おもしろい野球を見せるために」、「戦力を均衡化」して要するにゲームに競争原理を導入することが必要であると主張するのが大橋巨泉であり、「戦力の均衡化というのは規制ですよ、確実に。」と言って、これに真向から反対するのが氏家斉一郎である。

氏家の発言中には「競争」という用語が出て来はするが、十二チームが興行する業界の、ゲームの秩序原理を念頭にしたものではない。氏家の「競争」は、各企業が新入社員を採用する際の競争、ないしは就職希望者が職業選択の自由という人権をより所に、寄らば大樹の蔭という、大企業と就職希望者間にくり広げられる就職競争であり採用競争である。

氏家は「戦力の均衡化」は規制であるとして反対するのだが、「今、最もはやらないんだけど、まあ、ある程度規制も必要です」とも附言する。すなわち、職業野球業界に巨大独占企業が成立することを是正し、業界秩序に競争原理を導入する一方策としての「戦力の均衡化」を、これは個別企業の営業活動に対する「規制」であるとして、氏は反対している。そして、現代日本で今や流行用語・通念となった、個別企業の営業活動に対する規制ないしは規

制緩和如何という視点で「戦力の均衡化」策の是非を論じ、競争原理を業界秩序とする職業野球のゲームを楽しむたいとするファンは念頭にしていない。

「戦力の均衡化」策の是非をめぐって、大橋と氏家は意見を異にしていることは何人の目にも明らかである。が、ここで肝要なことは、氏が「個人の職業選択の自由」という人権の原理概念を援用しながらこの問題を論じているのに対して、大橋は逆指名権を認めることは読売という独占企業の不平等・不公正を認めることであり、現代の民主主義国家では考えられないことだと表現するにとどまっている点である。実は両者が論じている問題は「営業の自由」をどう解するかという問題である筈なのだが、何故、両者とも「営業の自由」の語を明示することなく、ドラフト制による「戦力の均衡化」策の是非を論じているのだろうか。これは考えて見る必要がある主題である。

この主題を考察するに当って参照すべき研究成果に、岡田与好のそれがある。今日、「営業の自由論争」と表現される論争の主役を演じた岡田与好は言う。

わが国の法律学界では、「営業の自由」は、憲法第二二条の「職業選択の自由」の規定において、後者の一

内容として保障されている、という解釈が一般的であるように思われる。端的にいえば、「職業選択の自由」は「営業の自由」をふくむことが自明の事柄とされている。たとえば、憲法学の権威、宮沢俊義教授も、ごくあつさりときぎのようについて、「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」（傍点・引用者）と。このような解釈は、法律家には自明のことであるとしても、われわれには、けつして自明ではない。<sup>(3)</sup>

また、岡田与好は「営業の自由」とは「国家からの自由」をあらわすだけのものではなく、同業組合による営業独占や「営業制限からの自由」をも意味するといふ。<sup>(4)</sup>ところで、岡田与好は J・S・ミルの『自由論』について左のような発言をしている。

自由主義の古典とされる『自由論』で、ミルは、個人の自由の固有・不可欠の領域として次の三つを挙げました。(1)良心・思想の自由、(2)職業選択の自由、(3)団結の自由の三つがそれです。そこには「営業の自由」freedom of trade はふくまれておりません。

そして彼はそれを、これら三つの自由と區別して、個人の自由の原理にもとづくものではなく、社会あるいは国家による政策的選択の結果としてとらえていたという点が大事なことであります。(中略) 営業の自由は、その意味で、個人の自由の原理にもとづく、人権としての職業選択の自由とは異なつて、重要な政策的選択の結果であり、しかもそれは長い間の社会的闘争の結果として選択されたものなのだということをミルは強く主張しました。

そして、「営業の自由」はあくまで公序の原理であつて、人権の原理ではなく、また経済的諸関係の一般的規制原理でもないとして、こう説いている。

営業の自由が、歴史的に、前近代的な、反資本主義的、社会的諸制限<sup>1)</sup>規制の除去として追究され発展したと同様、それは、新たな社会的諸制限<sup>2)</sup>規制によつてのみ制約されるのであつて、資本主義経済一般にとつて必然的な政策原理としての営業の自由は、経済にたいする社会的制限としての営業の制限の範囲と強さによつて制約され、後者の広がり<sup>3)</sup>と強さは、それ自体、資本にたいする社会的闘争・対抗の広がり<sup>4)</sup>と深さ

を表現するといつても過言ではない。さらに、こうも述べている。

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。

以上、要するに、岡田は「営業の自由」とは、社会的闘争を通して、社会あるいは国家による政策的選択の結果、それぞれの段階の経済的諸関係に照応しながら選択される公序の原理だと言つてゐるわけである。

岡田と好により切り開かれた「営業の自由」をめぐる論争を、法学者の観点から批判的に整理して、その成果を継受しようとしているのが、鷹巢信孝である。<sup>5)</sup> 鷹巢は「憲法に明示されていない『営業の自由』を基本的人権の一つに数えるのが、今日に至るまで一貫して変ることのない憲法

学界の通説である」というところから説き起して、岡田説を検討対象の主軸として諸説を、自らの独自の視点から検討・整理して、「職業選択の自由」と「営業の自由」を関連づけて捉える法律学に対して、両者を区別すべきことを強調される岡田教授の法律学批判を契機として、法律学の側においても両者を区別する試みがなされるようになった」と、法律学界の現況を記している。だが、岡田の「本来の営業の自由」概念では政策問題と私法上の問題が区別されていないとの批判を始め、岡田に対して幾つかの異論をも述べている。鷹巢には独自の企業構造論が、その主張の根底にあり、それを前提にして「職業選択の自由」にしる、「営業の自由」にしる、人格権の発現形態であり、それが経済の分野における発現であるが故に、その結果として所有権や債権を取得したり、債務を負担したり、あるいはこれら個々の積極財産・消極財産を有機的に組み合わせ、組織的に一体化した生存財産の特殊形態としての営業財産に対する権利を取得することになる」との議論をも展開する<sup>(9)</sup>。

さて、本稿の主題は、右の「営業の自由」論争をさらに敷衍することにあるのではない。そのための法律学の知識

が全く欠けている私には、その資格はない。ただ、これ迄の「営業の自由」に関する論争には、最新の労作である鷹巢のそれをも含めて、近代日本社会における具体的史実に ついての言及が、余りみられないことに、私は気づかざるを得ない。鷹巢信孝も「私人間の紛争を処理する民事裁判において、裁判官が依拠すべき実体法規、即ち法源は第一 次的には市民社会に自生している規範（社会規範）であつて、国家が好き勝手に自己に都合がよいような裁判規範を作つてよいわけではない」、<sup>(11)</sup>「営業の自由」は国民と国家との問題である前に、まず何よりも市民相互間の問題であり、憲法レベルの問題である前に、まず社会規範レベルの問題であり、私法レベルの問題である」と記すが、「自生している規範（社会規範）」を具体的に検出することが、今後あるやも知れぬ「営業の自由」論争の再展開に際して、何がしかの貢献をなすであろうことは疑いない。本稿の副題を「基礎資料発掘の試み」とした所以である。

## 二 同業組合と「営業の自由」

<sup>(12)</sup> 日・独・仏・米・英における「営業の自由」を研究対象とした学際的共同研究に、高柳信一・藤田勇編『資本主義

法の形成と展開』全三巻がある。しかし、ここには、日本の同業組合問題を「営業の自由」という概念の視角から、

真正面に見据えて考察しようという問題意識は現われていない。「営業の自由」をめぐる研究史のなかで、同業組合問題研究の重要性を明確にかつ理論的に指摘したのが岡田与好である。「営業の自由」論争の仕掛人である岡田は、イギリスの史実を基盤として、すなわち、ギルド的な同職団体による職業の独占や規制、それを法的に保障する社会的制限を除去する政策として「営業の自由」は追求されたという歴史認識を、その理論の重要な立脚点のひとつとしているだけに、当然のことでもあった。岡田は、宮本又次の業績に依拠しながら、明治前期における株仲間の解散、同業組合問題について言及する。すなわち、明治十四（一八八二）年十月の「大阪堺市街商工業取締法」は官民一体の同業組合助長政策であるという理解を示すだけでなく、これは「営業自由」の原則の放棄であったという判断を下している——ここで岡田は、宮本又次が『株仲間の研究』の該当箇所では使っていない表現にまで踏み込んでいる——。そして明治十七年の農商務省による同業組合準則の制定と、これによって同業組合への強制加入制が再生した

ことを明治日本における「営業の自由」の後退の歴史として注目する。

このような岡田与好の議論に対して、宮崎良夫の批判がある。宮崎は「営業の自由」を人権の一種と解する法学者の理解が、「営業の自由」のどのような具体的問題状況を基礎として生じて来たのかを検討すべく課題を設定する。そこで、宮崎はまず明治期の同業組合政策を概観し、「わが国の同業組合は明治一七年以降に国家政策に取りこまれ、強制加入方式が原則とされたかぎりにおいては、ごく限定された意味においてであつても『営業の自由』の問題を生じうるはずであつた。けれども、それはわが国の実務法曹の手によって埋没せしめられたのである。同業組合は、同業者の組織化による営業者の自立化をはかるものとして（すなわち保育行政の成果として）評価され、『営業の自由』の原則と矛盾するものとは考えられなかつた」とする。また、宮崎は、大審院ならびに行政裁判所の判例を見ても、わが国の実務法曹が同業組合による「営業の自由」の制限に対して寛容な態度をとつたことは明らかであると論断した上、これが理由となつて、同業組合との関連における「営業の自由」の問題は、一般人の関心からも法学者

の関心からも消失して行つたと、主張する。

だが、裁判所の判決の寛容性が「営業の自由」の問題への関心を喪失させたとする宮崎の主張は果して説得性を有するものかどうか、次に当時の識者が同業組合と「営業の自由」の関係について、どういう具合に考えていたかを、検討対象とすべき資料の範囲を広げて、探ってみることにしたい。まず、財閥の経営者はいかに見ていたか。三井の益田孝と三菱の莊田平五郎の発言を取りあげよう。

益田は東京商工会の会員として、明治十七（一八八四）年一月の会議で、同業組合に関する取締規則制定の是非を論じた際、加入強制の理念に立つ同業組合に反対し、独占の弊害を生み商工業の発達には障害要因となるという認識を示している。また「政府ノ干渉」も好まぬとした。

莊田は、重要物産同業組合法が制定されたころ、恐らくは明治三十五（一九〇二）年に講演会で行なつたと思われる発言の中で、「同業の悪弊を除くが為め」、すなわち粗製濫造を防ぐためなどという理由から同業組合を主張するのは、「何か野心」があつてのことだなどと、莊田は同業組合に対して真向から批判を加えている。

三井の益田、三菱の莊田といった戦前期日本を代表する

財閥の専門経営者が、強制加入の理念に立ち「営業の自由」を認めない同業組合に、いずれも批判的な態度を示していた史実は注目に値する。

これに対して、同業組合は権利上の問題ではなく行政上の問題であるという大前提から、「営業の自由」を制限することの是非について議論することそれ自体を認めようとしない、佐久間貞一の説がある。秀英舍社長など幾多の会社重役を兼ねた人物である佐久間は、明治二十九（一八九六）年に「同業組合論」を発表、当時「実業社会」の重要問題のひとつとなっている同業組合法制定の可否については、日本の現状から判断してその制定が必要であると主張する。そして、制定を否とするもの言う「同業組合の制度は個人の権利を侵害するもの」であるという議論、すなわち「法律を以て組合法を制定し、同業者を強制して組合に加入せしむるは、憲法上に有する営業の自由を制限するものなり」とする議論に対して、次のように主張する。

此種の議論は、畢竟同業組合は権利上の問題に非ずして、行政上の問題たることを知らざるより生ぜし謬見の外ならず、古来何れの時か個人の権利を保護するが為めに、同業組合法なるものを制定したる事あるや、

又何れの国が個人の権利を保護せんが為めに、自然の組合を保護したるの例ある、要するに同業組合なるものは、多数の利益を保護せんとするの自然の必要に迫られて成立せる一の組織に外ならずして、即ち行政上の問題たるは、時の古今洋の東西を問はず、皆其軌を一にせり

佐久間の論旨は明確である。要するに、「同業組合は権利上の問題に非ずして行政上の問題」であるとするのが、彼の同業組合観の核心である。この同業組合観は、岡田与好が同業組合と「営業の自由」の関係について、その所説を展開する際に大前提として設定する人權の原理と公序の原理と同様な理解の仕方を示して興味深い。それにまた、佐久間の議論が同業組合を是としている点は見逃がしがたい。

次に、佐久間にみるような思考の枠組みを読みとることにはできないが、「加入者ヲ制限セス、即チ營業者ハ、必ズ加入スベシ、加入セザレハ營業ヲ為スコトヲ得ズトイフニ止リ、加入者ノ資格ヲ限ラズ營業其物ハ自由ニシテ唯營業者ハ加入スベシト云フモノナレバ是ガ為ニ決シテ營業ヲ制限スルモノニアラズ」という論法でもって個人の権利とし

ての「営業の自由」を妨ぐるものでないとの結論を導き、同業組合を是とするのが、法学士美濃部俊吉（後年、朝鮮銀行総裁に就任）である。美濃部は農商務省の命を受けて明治二十九年歐洲に赴き、翌年帰朝後「同業組合ニ就テ」講演し、それはドイツの「インヌング」のごときもので加入強制の原則もまた同じく許されるとして、輸出振興の観点からする時、当時の日本にとつて同業組合は「徹頭徹尾必要」であるとした。

ともあれ、強制加入原則に立つ同業組合を、「営業の自由」の観点からその是非について論ずることは、当時から盛んに行なわれたものと判断できる。そして、在野の実業家佐久間貞一の場合、彼は「権利上の問題」と「行政上の問題」に二分して、言いかえると人權の一内容としてでなく公序の一内容として同業組合を是認することを明言する。これに対して、同じく同業組合を是認するにしても、政府官僚は大日本帝国憲法第二十二條「日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ居住及移転ノ自由ヲ有ス」を根拠に人權の原理の一内容として「営業の自由」を解釈し——帝国憲法發布が根拠となつて、それ迄の商工業組合の取締規則が効力を失い、それに代つて同業組合準則によることなく、明治

二十五年京都府同業組合取締規則を嚆矢に、各地にそれぞれ府県同業組合取締規則が公布・施行された史実はその格好の証左——、その上で「日本臣民」は当時の日本の「特殊ノ經濟事情」あるいは「經濟上ノ実情」に基づき「強制定立及強制加入ノ制」を受け入れねばならぬという論法であった。明治三十年の重要輸出品同業組合法をめぐる衆議院における、小畑岩次郎の「海外ニ出テ國家ヲ代表シテ出ル所ノ物産ニ対シテハ、個人ノミノコトバカリ言フテ居レマセヌ」との発言は、この論法のもうひとつの例である。

ここには、頗る明確に公序の一内容として同業組合を是認する、佐久間のような態度はみられない。と言うことは、個人の自由の原理にもとづくものではない、公序すなわち政策的選択の結果としての「營業の自由」を自覚することがなかったということをも示唆している。

こうした政府官僚の代表的見解として、農商務省の高級官僚岡実のそれをあげることができる。工場法の制定にも携わった岡が大正五（一九一六）年に著わした論文に「重要物産同業組合ノ制度ヲ論ズ」がある。ここで、岡は「特殊ノ經濟事情」に基づくという表現を用いて「固有工業」に輸出力をつけるために同業組合が必要であると説いてい

る。すなわち、「維新ノ改革ト共ニ所謂『營業ノ自由』ガ認メラルルコトトナリ此等ノ組織（株仲間のこと……藤田注）ハ打破セラレテ茲ニ産業自由ノ時ヲ開始」したのだが、「我經濟事情ガ欧米諸國ニ比シテ最モ特殊ナル事態」にあるのだから、重要輸出品同業組合法も制定されることになったのだと論じていく。岡は、大正元（一九一二年）九月の第三回生産調査会でも、同業組合は政府が中以下の輸出産業の粗製濫造を是正する方策として採用したのであって、当該業者の要望によるものではないとの判断を述べている。かくのごとく株仲間のゆり戻しの動きの内実を無視し、個人の自由の原理に悖ることを念頭にしつつ、やむを得ざるものとして、輸出振興策の視点からのみ同業組合問題を論じるというのが、当時の政府行政関係者にみられる共通した態度のように思われる。

加入強制・營業規制の権限を有する同業組合の是非については当初から議論の分かれるところであった。戦前期日本を代表する財閥の専門経営者であった三井の益田孝は「徳川時代ノ組合ノ有様ヲ再演シ、商工業ノ不利ヲ醸スニ至ラン事必セリ」と言い、三菱の莊田平五郎は「苟も独立自尊の大義を忘れず他人を害することなく我業務に忠実な

らんか自然信用の厚くなるに従つて營業の繁昌を来す勢は求めずして到るであらう」と言つて、同業組合に批判的であつた——両者の議論の根柢は、人權の原理に基づいていたと、筆者は判断する——。これに對して、秀英舎社長佐久間貞一は、「權利上の問題」——人權の原理と「行政上の問題」——公序の原理という二つの思考の枠組を設定した上で「古來何れの時か個人の權利を保護するが爲めに、同業組合法なるものを制定したる事あるや、又何れの國が個人の權利を保護せんが爲めに、自然の組合を保護したるの例ある」と喝破し、同業組合法に賛意を示した。

こうした議論がたたかわされるなかに、同業組合が、株仲間ゆり戻しの動きを背景に制定される重要輸出品同業組合法、次いでその当然の帰結であつた重要物産同業組合法という国法上に、その存立基礎を得ることになる。ここで改めて繰り返し強調しておかねばならぬことは、政府行政府関係者は帝國憲法第二十二條に照して人權の原理から同業組合をば良しとしなかつたが、輸出産業振興策の一環としてやむを得ず公認したにすぎないということ、別言すれば公序すなわち政策的選択の結果としての「營業の自由」を念頭に同業組合一般を公認しようとしたのではないと

いうこと、さらに言えば佐久間の思考の枠組みである「行政上の問題」とは無縁のものであつたということ——だから大正期段階で同業組合が期待通りに成果を挙げていると、政府関係者が発言する場合も、念頭にあつたのは輸出産業関連の同業組合、すなわち農商務省工務局所管の同業組合のことであつたことは間違いない——、これに對して問屋資本を中心とする商工業者は輸出振興もさることながら、同業組合一般の公認実現を通して、株仲間ゆり戻しとしての、かつての株仲間機能の一定の回復に、大きな関心があつたという、その意識の違いである。この事實は、經濟社会において競争原理を適切に維持・機能させるためには、どのような政策的選択をすべきかということ念頭ににする思考——戦力均衡化のため公序として一定の規制を加えるという思考。これは同業者間における籤引きなどを利用する談合による戦力調整とはその発想を異にするとして良い——過程を、日本社会は殆んど経験しなかつたことを意味するとして良い。

ともあれ、宮崎良夫は、「營業の自由」の問題は実務法曹の手によつて埋没せしめられたと結論しているが、話はそうではあるまい。政府は「營業の自由」を個人の自由の

原理の範疇で理解し、社会あるいは国家による政策的選択すなわち公序の原理の範疇で理解することはなかった。一方民衆の多くは、加入強制原理に立つ同業組合を公序として昭和の戦中期にいたっても求め続けていたというのが、事の真実であったと、指摘せざるを得ない。

同業組合による営業独占に対する民衆の十分な反対運動なしに、行政当局の主導による株仲間解体を経験せざるを得なかった日本では、公序としての「営業の自由」に関する理念が十分に根付くことがなかった。同業組合にその存立の危機感を覚えさせたものは、国民的規模による民衆の営業独占に対する反対運動というよりは、公設小売市場の設置、重要輸出品工業組合法・輸出組合法の施行、三法統一案（重要輸出品工業組合法・輸出組合法・重要物産同業組合法の三法を統一して商工組合法を立法するという構想）、百貨店対同業組合問題、工業組合法ならびに商業組合法の施行という形で政府が示した同業組合切捨政策であったという点は看過することができない。つまり、公序としての「営業の自由」の理念を実現したいという国民的要望に押されて生じた同業組合の衰退ではなかったのである。終焉期同業組合の全国大会が眼の敵にした工業組合と商業組合が語

の本来の意味の「営業の自由」の理念に立っていないかつたのも当然である。すなわち、工業組合法は三法統一案が挫折したために重要輸出品工業組合法が改正されたものだが、これによってこれまで輸出中小産業分野に限定されていたものが、輸出と内需の双方にわたる中小工業全分野の業種に拡大されて、業者の協同組織化と製品の品質、規格の統一、生産制限、価格協定などによる中小工業各界の秩序改善と安定化をはかるものであった。他方、商業組合は自由競争を排して、実質的な加入強制をとまう強固な組織統制のもとに、各種の経済的共同施設を設けて、中小商業の自力更生をめざすものであった。

### 三 暴利取締令と「営業の自由」

第一次世界大戦勃発後、次第に物価騰貴の動きが現われて、当時、退引きならぬ社会問題と化しつつあったことは、既に共通の歴史認識である。この時、大正六年九月一日、官報で、暴利を目的とする売買取引の件に関する農商務省令が公布された。この省令、いわゆる物価調節令ないしは暴利取締令の是非をめぐって、「営業の自由」をいかに解するかに関し、広く議論が戦わされている。それらの

中から新聞論調と帝國議會での発言を、簡単ながら紹介しておく。<sup>(1)</sup>

『京都日出新聞』の六年九月一日付の社説は「物価調節令」と題して、左のように論じる。

物価調節令、委しく云へば暴利を目的とする売買取締令が農商務省の省令を以て公布せられて即日施行せられる事となつた。此の省令に対して第一に揚る問題は法理上のもので、憲法に違反しはしないかと云ふ事である。本令は営業の自由を束縛する者で、帝國臣民の権利に関する者であつて、権利に関する者は法律によりてのみ制限を受くべきであるが、決して行政命令を以て之に干渉する事は出来ない、憲法第二章の臣民の権利義務の中には、別に営業の自由を保証する条文はないが、所有権に関する第二十七条及其他の条文より類推して、営業の自由も亦他の者と同じく権利として認めらるべきは勿論である

この論調は翌七年に入つても堅持されて居り、「暴利取締令(出)」（七年二月三日）、(中)（四日）、(下)（五日）に、読みとることができる。

こうした論調を支える商業観を、『京都日出新聞』は

「暴利取締政策」（七年二月六日）と題する社説の中でこう述べている。

商業が賤しむべき者でないとすれば買占や売惜みも賤しむべきではない。是等は商業に必要な作用である。是等の作用によりて商業の徳、商業の大切な効能が現はれるのである。商人でないタダの消費者でも暑中に薪炭類を稍多く買込んで冬季に用意するもある。（中略）見越、投機、スペキュレーションが商業の枢機をなすのである。

『東京朝日新聞』の社説も、『京都日出新聞』と同様、この物価調節令は一片の省令をもつて国民の所有権もしくは「営業の自由」を左右する権限を政府に与えるものであり、憲法に違背するという論調で一貫する。「物価調節令（懸念すべき点）」（六年九月二日）、「違憲行為頻々（近来の悪傾向）」（六年九月五日）、「現内閣の違憲と非立憲（続々頻発す）」（七年二月二日）、「国民は不安を感じず（暴利取締令の爲）」（七年二月六日）、「真の物価調節策（政府案尚不十分）」（七年二月二十四日）に見る通りである。二月六日付の社説の一部を引用しておく。

問題の暴利取締令に謂はゆる「買占め」若くは「売惜

み」は、吾人の是迄一再論述したるが如く、憲法に保障せられたる營業の自由なり。故に之を禁止せんと欲するには、矢張り憲法第二十二條に規定せられたる通り、議会の協賛を経たる法律、若くは之に代るべき緊急勅令を以てせざる可らず。是れ伊藤公の憲法義解にも明記する所なり。

この時期、衆議院でも物価調節令をめぐる、活潑な議論が展開される。斎藤隆夫の発言を一部紹介しておきたい（『東京朝日新聞』七年二月二十二日）。

買占めを禁ずるは兎に角売惜みを罰するとは何事ぞ若し汝の倉庫内に存する物品を必ず売るべしとの命令を下し之に違背せば罰に処せらるるとせんか此權力は纏て汝の所有品を焼き尽せと命ずるも決して不当にあらざらん此れ豈所有権の侵害にあらずして何ぞ次は營業の自由なるが或品目は買ふべし或品目は売るべしとの命令を下さんか契約の自由を奪ふと共に売買即ち營業の自由を奪ふ者なり

#### 四 余説——規制緩和と商店街の崩壊

以上、同業組合と暴利取締令に関連して、くりひろげら

れた「營業の自由」観をめぐる幾つかの議論から理解できることは、こうだと言えらるであろう。近代日本における「營業の自由」観は、大日本帝國憲法第二十二條をより所にした個人の自由の原理の上に立脚するものであり、社会あるいは国家による政策的選択すなわち公序の原理の上に立脚するものではなかつた。佐久間貞一は、そうした大勢の中で珍しく「権利上の問題」||人権の原理と「行政上の問題」||公序の原理という二つの思考の枠組を設定し得たが、その上で「行政上の問題」として同業組合一般を容認した点に、ギルドの解体過程と株仲間の解体過程の彼我のちがいを、まざまざと読み取ることができる。

これが、近代日本の「營業の自由」に関する「自生している規範（社会規範）」の実態であつた。大橋巨泉と氏家齊一郎が、ともにドラフト制による「戦力の均衡化」を論じた際、「營業の自由」の語を明示することなく、氏家は個人の職業選択の自由を根拠に逆指名制を容認してドラフト制の崩壊に無頓着である一方、大橋が職業野球業界全体に競争原理を導入することを念願としながらも、これこそがこの段階における「營業の自由」であると表現し得なかつたのも、この実態に遠因するとしても良いであろう。

近代日本における「営業の自由」観を把握するに際しては、ギルドの解体過程と株仲間の解体過程の彼我のちがいを考慮に入れることが、必要である。くだいようだが再度記しておく。さて、株仲間の解体は明治新政府の方針に従って、いわば上から行われる。だから、ゆり戻し運動が直に生じる。政府はこの動きに対しては乗り気ではない。

帝国憲法第二十二条に表現される個人の権利としての「営業の自由」の理念を、明治日本の経済社会に実現すべしと考えていたからである。この結果、商法も民法も含めて、およそ経済関係諸法の公布・施行されていない段階で、業界の秩序を維持する組織、宮本又次の言う調整機能・信用保持機能を果す重要な業界団体として、この際やむを得ないものとして、政府はこれを公認する。この仕上げが明治三十三（一九〇〇）年に制定される重要物産同業組合法である。この法律の登場に当って、政府の輸出振興策があったことは否めぬが、業界側からする株仲間のゆり戻しの側面に目を向けることが、今日までの日本社会における「営業の自由」という理念の、理解の仕方の特質を説明するに当って、重要な視点になると考える。

この同業組合が、昭和十八（一九四三）年商工組合法が

制定された結果、公的業界団体としては消滅する迄、一貫して主張したことは加入強制の原則であった。そしてその組織を自主的に解体する方向を選ぶことについても、加入強制原則が「営業の自由」という理念と矛盾するや否やについて、組合が議論することは遂になかった。

同業組合に対して、規制緩和の視点から、時にその機能を制限したかと思うと、時には規制強化を認めるという動きは、これ全て政府行政当局側からのものであった。従って、重要物産同業組合法第四条但書により、百貨店と公設市場は同業組合に加入する必要なしとする、昭和三（一九二八）年の商工大臣裁定が出るわけである。同業組合側は加入強制遵守を言うに終始し、これに対して百貨店と公設市場側は同業組合に加入しなくとも良いのだから、公（おほやけ）ならざる public 理念とは遠く離れた個人の権利・私権の主張としての、むき出しの「営業の自由」——日本語の「自由」はもと「解脱して何ものにもとらわれぬ境地」を意味する中国の仏教語に由来し、徳川時代には「思いのままになる」ことを広く指す日常語となったという語源学の知識<sup>15</sup>は肝要である——に従って営業活動に邁進すればいいのだということになる。もつとも、これを野放しに

しておくことは経済社会のあり方として、行政は難題にぶつからざるを得ぬから、これを避けるべく自ら乗り出し一定の枠をはめる。これが昭和戦前期の、いわゆる第一次百貨店法が出て来る理由であると、私は考える。

二節と三節で史実を紹介したが、戦前期日本社会には岡田の言う公序の原理に立つ「営業の自由」観は存在しなかった。株仲間の解体、同業組合の登場、そして昭和十八年の商工組合法の制定により同業組合が国法上の基盤を失うまでの軌跡には、行政側からの居住・移転の自由から類推する人権の原理に立つ「営業の自由」観、これに加え、もうひとつ、すなわち自らの歴史の中に、同業組合による営業独占や営業制限からの自由を獲得しようとする運動史・闘争史を記録することがなかった日本社会の「営業の自由」観が色濃く反映していると言える。

われわれは、第二次世界大戦後、アメリカ占領軍の力によつていわゆる独禁法が制定されるまで、すなわち戦前期の日本には「営業の自由」についての議論や論争がそもそも存在しなかったと解してはならない。戦前期日本固有の、理念としての「営業の自由」論争があつたことを、この際確認しておく必要がある。

かくの如く、公序の原理に立脚する「営業の自由」観が極めて乏しいがために、競争に遅れをとるものは行政の力を借りて既得権を守ることに関心を注ぐ一方、競争に優位を占め自信を有するものは独占の自由も「営業の自由」であると解して、その企業経営意志を貫徹させようとするのだと思う。

昭和三十四（一九五九）年に成立する小売商業調整特別措置法の前史として注目すべき史実に、同三十年の兵庫県小売市場条例制定促進連盟に始まる小売市場取締規則制定運動がある。この運動は既存の市場業者が新規参入業者を抑止するという狙いから生れた。ところで、小売市場増設反対運動は戦前にもあつた。が、この時は公私設小売市場に属さない小売商による、その営業権擁護という発想から「新設公・私設小売市場ノ位置並市場内指定商ニ関スル規則制定方具申」という要望が、昭和五年、東京市長に提出される。

この事實は、当該業界が公序として「営業の自由」をどういう具合に維持して行くかという点に関心を向けるのではなくて、既得権益を守ることにより強く関心を寄せていることを物語る。戦前期は、重要物産同業組合法第四条但

書の適用を受けて新規参入業者として同業組合の制約をはなれて営業を展開して来た小売市場業者が、今度は新規参入を試みるものを排除しようとして行動していることを語る。

こうした既得権擁護に重心が余りにも傾き勝ちであり、公序としての「営業の自由」の理念に基づく行動を余り採用しなかった小売業界に、一九六〇年代以後、新規参入する業者がかかげる錦の御旗が「消費者の利益」である。これから考えねばならぬことは、ここで言う消費者の利益は果して公序の原理に照し合わせる時、妥当であるか否か、一日これ全て消費者として生存行動をする人間が果しているものであろうか、ということである。消費者とは現代分業社会で、生身の人間がとる生存行動の側面の、ひとつにつきすぎないことを思うべきであろう。

現在の日本社会で生じていることは、小売市場をはじめとする商店街の崩壊と独立自営商人という人間類型の消滅である。ヨーロッパ中世都市の自治都市たる性格は、商人と手工業者のギルドによって支えられていた面が多分にあったと言われる。それは明らかに、大名領主の城下町を近代都市の前史の主流として持つ日本の都市が生み出す都

市観あるいは人間類型とは、かなりちがったものを刻印しているように思う。<sup>16</sup>「効率的である」とか「消費者の利益」とかのスローガンのもとに、商店街が崩壊し独立自営商人という人間類型が消滅して行くという事態の進行には、社会的に一向に関心——都市とはいかなる人間類型の集住地であるかという角度からの関心——が高まらない、そのこと自体に、日本の近現代都市社会の特徴を読み取って良いのではなからうか。

ただし、ヨーロッパ中世都市が社会構成としてそのまま近代都市につながっているわけではないようなので、もう少し丁寧な比較史的考察が必要であろう。が、本稿でくり返し引き合いに出した公序は public policy の訳であるが、この公（おほやけ）と public とはかなり意味がちがうようだ。これについて独自の見解などもちろん持ち合わせぬが、現人神を権威とする公の念で統合されている社会と良き古き法の支配する public policy で統合される社会とのちがいを意識せざるを得ない。

同じく規制緩和といっても、だから日本の場合と他国の場合、例えばイギリスやアメリカとは、それを受けとめる社会の思想的背景のちがいが考察される必要があるであろう。

アメリカ連邦政府に押しまくられ、ダイエーなどが側面で強く主張して、大店法も廃止されたのだが、日本社会の政治と法の論理から「公序」たる「営業の自由」として、これは受け入れられない、これは改める必要があるとかの議論が、今次の交渉過程で一体全体かわされたのであろうか。アメリカ合衆国は英語を母語とする人たちが、社会の決定権を握っている社会であり、ヨーロッパ社会の産物でもあるから、public policyのpublicは、日本流の「おやおやけ」としての公ではなく、本来の意味で解する土台だけは依然として存在している筈である。とすると、その土台に立った上での、日本社会なりの主張もあり得たと思われる。向う所敵なき「規制緩和」の驀進を見るにつけ、政策的選択の結果としての「営業の自由」観の思想史を、自生している規範（社会規範）史として有し得なかつた日本社会の特質——「営業の自由」のための闘争の欠除と封建領主の支配を抜け出した市民による自治都市の欠除——に、思い至らざるを得ない。

(1) 『朝日新聞』朝刊、二〇〇〇年十一月二十八日付「  
口野球よ」①大橋巨泉の発言。

(2) 『朝日新聞』朝刊、二〇〇〇年十一月二十九日付「  
口野球よ」②氏家斉一郎の発言。

口野球よ」②氏家斉一郎の発言。

(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、一九七五年）三一頁。ただし、原文にある註番号は省いた。

(4) 以下、拙著『近代日本同業組合史論』（清文堂出版、一九九五年）三〇二〜三〇四頁。なお、岡田与好の発言は同書よりの再引用。

(5) 鷹巢信孝「職業選択の自由・営業の自由・財産権の自由の区別・連関性（二）——いわゆる『営業の自由論争』を参考にして——」（佐賀大学経済学論集「三二巻二号、一九九九年」、「三三巻三号、一九九九年」、「三三巻三二巻四号、一九九九年」、「四・完」）（三二巻五号、二〇〇〇年）。

(6) (一)七四頁。

(7) (四・完)六七頁。

(8) (四・完)五六頁。

(9) (二)一一七〜一一八頁・一二五頁。

(10) (二)一二六〜一二七頁。

(11) (三)二二七頁。

(12) (四・完)六九頁。

(13) 前掲拙著、二五〇〜二七〇頁。

(14) 拙論「創設期の京都市公設小売市場——『京都日新新聞』を手掛かりに——」、中村勝編『市と糶』（中央印刷出版部、一九九九年）九九〜一〇二頁。

(15) 渡辺浩『東アジアの王権と思想』（東京大学出版会、

一九九七年) iii頁。

(16)

徳島達朗「ヨーク ニューゲイト・マーケットの現況」

『市場史研究』二〇号、二〇〇〇年) 一八三頁 「パー

ミングム中心部の公設小売市場(オープン・マーケット

およびマーケットホール) もリーズ中心部のマーケット

ホールも盛業中である」。

(ふじた ていichろう・同志社大学商学部教授)