ほぼ週刊コラム　Partnership論　その１３２

**シリーズ：『米国Partnership税制勉強会』の振り返りと準備**

**第八回勉強会（**[**年表**](http://www.llc.ip.rcast.u-tokyo.ac.jp/Column%20hobo-shuukan/2014/20141003%20W113%20economic%20substance%20without%20profit/shiryou/evolution%20history%20of%20US%20partnership%20taxation%20rev8.ppt)**項目４：**[**契約法リステイトメント（2nd）**](http://home.comcast.net/~rnhauck/BusLaw/201RestConts.pdf)**）の振り返り（１）：**

**corporateにはliberty of contractが、partnershipにはfreedom of contractが適用される。**

2015.03.06 rev.1 齋藤旬

**freedom of contract（契約自由）と言う話題、上手く消化できたでしょうか？**その最大の難所である、freedomとlibertyの違い、日本語ではどちらも「自由」となる概念の違い、皆さんガッテンできましたか？　前回述べたfreedomとlibertyの違いを再掲すると：

freedomとは、外部からのcontrolを受けることのないdecision making capacity（意思決定の法的行為能力）のこと。libertyとは、外部のcontrolによりgrant（認可）されたdecision making ability（意思決定の法律行為能力）のこと。

更に、capacityとは*ius*（人々が自然に形成する法）に属し、abilityとは*lex*（国家等の権威が定めた法律）に属す。だから、そう、freedomとは*ius*に属す概念であり、libertyとは*lex*に属す概念だ。従ってfreedom of contractも*lex*でなく*ius*に属する概念だ。

また*ius*は、religionの用語で言うrighteousnessと同等の概念だと言える。従ってreligionを認める立場からは、freedom of contractはfreedom of religionの一部であるとも言える。freedom of religionが「信教の自由」と和訳され「何を信じても良い」ほどの意味しか持たない日本では想像もつかないかもしれないが．．．。

**契約自由の歴史、それはザッと言えば「盛衰盛」であったことは**[**コラム８３**](http://www.llc.ip.rcast.u-tokyo.ac.jp/Column%20hobo-shuukan/2014/20140228%20W83%20rise%20and%20fall%20and%20rise%20of%20freedom%20of%20contract/20140228%20W83%20rise%20and%20fall%20and%20rise%20of%20freedom%20of%20contract%20rev1.doc)**で述べた**。最初の「盛」、それは、レッセ・フェールの考え方が栄えた19世紀初めに始まった。

そもそもfreedom of contract（契約自由）と言う言葉は、19世紀初めに英国法学者の[ヘンリー・メイン](http://en.wikipedia.org/wiki/Henry_James_Sumner_Maine)が考え出した。彼は、「社会構造進化には契約自由が不可欠」と考えた。即ち、「人々が契約自由を基礎にして様々な契約を結び、様々な社会的役割と社会的地位を生み出していくことによって社会構造は進化していく」と考えた。

その後19世紀中は概ね「盛」だった。確かにその裏で、例えば[ディケンズ](http://ja.wikipedia.org/wiki/%E3%83%81%E3%83%A3%E3%83%BC%E3%83%AB%E3%82%BA%E3%83%BB%E3%83%87%E3%82%A3%E3%82%B1%E3%83%B3%E3%82%BA)が少年のころ辛酸を舐めた靴墨工場での「過酷」労働や、下図（山川の世界史教科書220頁）の様な悲惨な幼少年労働が問題になり、労働時間・労働賃金・労働環境等の労働条件に一定の規制を設けるべきだとの機運が高まり、契約自由に少しずつ影がさしていった。しかし、19世紀中は概ねfreedom of contractが「盛」だったと言える。

freedom of contractの「衰」が始まったことが明確になったのは20世紀の初めのこと。1905年に米国最高裁が[ロクナー判決](http://en.wikipedia.org/wiki/Lochner_v._New_York)を出した時だった。

**freedom of contractの「衰」、即ち、**[**liberty of contract**](http://www.jstor.org/stable/785551?seq=1#page_scan_tab_contents)**の時代の始まり**。さて、1905年ロクナー判決とは何か？　一言で言えばそれは、freedom of contractでなくてliberty of contractの時代へと切り替わったというサインだった。この判決は所謂“玉虫色”であり分かりにくいのだが、齋藤流にザックリと言えば、「[corporate capitalism](http://en.wikipedia.org/wiki/Corporate_capitalism)が、若年者などのいわゆる契約弱者（the weak in contract）に過酷労働を与えてしまう以上、freedom of contractに社会構造進化を委ねるのではなく、liberty of contractを国家ないし州が設けて過酷労働を排除しなければならない」という判決だ。ただその後この最高裁判例法は、同様な過酷労働が訴訟問題となった時だけ散発的に採用された。即ち、本則（main rules）はあくまでfreedom of contractであるという根本姿勢は崩さなかった。たまさか社会構造が[corporate capitalism](http://en.wikipedia.org/wiki/Corporate_capitalism)である20世紀初めの社会構造進化段階では、場合によっては一時的にliberty of contractを採用することもやむを得ないという判断が、ロクナー判決という「誰一人知らぬ者はいないほど悪名高い判決」の裏にはシッカリとあったのだということは付け加えたい。いわば苦渋の決断だったのだ。

**しかしliberty of contractの勢いは鎮（しず）まるどころか益々盛んになった。**なぜなら、ロクナー判決から30年経った1935年、世界は第二次世界大戦に突入しようとしていたからだ。1938年4月12日、当時の米大統領フランクリン・ルーズヴェルトは次の様に述べて、[corporate capitalism](http://en.wikipedia.org/wiki/Corporate_capitalism)への*lex*による規制が、引き続き必要であることを人々に訴えた。

民主主義のlibertyが危機にさらされます。もし我々が、private powerの増長を許し、それが我々民主主義国家よりも強大なものとなるとき、民主主義のlibertyが危機にさらされます。即ち、本質においてそれはファシズムです。一人の個人、一つのグループ、あるいは何かprivate powerがコントロールする政府。それはファシズムにほかなりません。･･･中略･･･　米国内国歳入庁（IRS）の統計が以下のことを白日の下に示しています。即ち1935年のcorporate資産の統計データによれば、全corporation資産の実に52%は、全corporate企業の内の僅か0.1%によって所有されているのです。[[1]](#footnote-1)

**簡単に言えば「痛し痒し」の状況だった**。「かけば痛いし、かかないとかゆい」という状況だった。即ち、corporateという「モンスター」あるいはウェーバーの言う「鉄の檻」を制度廃止にすれば、確かに、一時的応急策であるliberty of contractを終わりにして本来のfreedom of contractに戻れるかもしれない。しかし、それでは[corporate capitalism](http://en.wikipedia.org/wiki/Corporate_capitalism)が持ち始めた巨大な経済力を使えなくなり、米国はファシズム国家との戦争に勝つことが出来なくなってしまう。他方、戦争に勝つために[corporate capitalism](http://en.wikipedia.org/wiki/Corporate_capitalism)を続ければ、一時的応急策であるはずのliberty of contractを続けなければならない。

つまり、「かけば痛いが、かかなければ痒いどころか死活問題となる」という状況だった。もはや選択の余地は無かった。そう、良く言えば「ワン・イニング限定のはずの中継ぎ投手の続投」、悪く言えば「ゴルゴ・サーティーンないし暗黒世界の仕置き人に、ファシストの暗殺を依頼する」という、少し後ろめたい決断をせざるを得なかった。「毒を以って毒を制す」ということだ。

本来、民主党は共和党に比べて、liberty of contract への反感が強く、freedom of contractへの共感が強い。その民主党のフランクリン・ルーズヴェルトが、liberty of contractと不可分の corporate capitalismの温存を図った裏には、ファシズム国家との戦争が避けられなくなった暗い時代の理不尽な事情があったのだ。

こうしてcorporate capitalismは一時的なものではなくなり、更に、それが過酷労働を生み出さないようにするために不可欠な必要悪としてliberty of contractも定着していった。

**その後の展開はもうお分かりだろう**。1945年に第二次世界大戦が終結し、大まかに言えば二つの事柄、即ち、「partnership制度の復活」とそれと不可分である「freedom of contractの復活」が起こった。細かく言うと：

先ず、拙訳[『Subchapter K誕生史：Mark H. Johnsonの探求の旅』](http://www.llc.ip.rcast.u-tokyo.ac.jp/Column%20hobo-shuukan/2012/20121115%20W46%20subchapter%20K%20(1)/Mark%20H%20Johnson%20Quest%20rev3.doc)で紹介した、[年表](http://www.llc.ip.rcast.u-tokyo.ac.jp/Column%20hobo-shuukan/2014/20141003%20W113%20economic%20substance%20without%20profit/shiryou/evolution%20history%20of%20US%20partnership%20taxation%20rev8.ppt)項目３の「1954年、Subchapter K: 世界初のPartnership税制codeの誕生」。そう、freedom of contractと一体であるpartnership制度の復活の「のろし」が上がった。

次に、当然のごとく、[年表](http://www.llc.ip.rcast.u-tokyo.ac.jp/Column%20hobo-shuukan/2014/20141003%20W113%20economic%20substance%20without%20profit/shiryou/evolution%20history%20of%20US%20partnership%20taxation%20rev8.ppt)項目４：[契約法リステイトメント（2nd）](http://home.comcast.net/~rnhauck/BusLaw/201RestConts.pdf)。即ち、「米国にケインズ主義管理経済をもたらした第二次世界大戦が終結した後、契約自由が再興し、ALI（民主党系法曹協会）により、「non-arm’s length取引における相当性の不審査法理」が明確化された契約法がリステイトメントされた」のだ。

**しかし、corporate capitalismとliberty of contractの完全撲滅には至らなかった**。それはなぜだろうか？　そこには大きな原因として二つあると思う。歴史を見てみよう。

1945年4月12日：　（民主党）フランクリン・ルーズヴェルト大統領急逝

1945年：　第二次世界大戦終結、しかし、東西冷戦開始。

1953年1月20日：　（共和党）ドワイト・アイゼンハワー大統領就任。

お分かりだろう。「東西冷戦が始まったこと」と「政権が、freedom of contractシンパの民主党から、liberty of contractシンパの共和党に移ったこと」だ。そう、東側の社会主義計画経済に対抗するために、ケインズ主義管理経済、即ち、「corporate capitalism + liberty of contract」を今しばらく続ける必要が出てきた。このことに人々の合意が得られたのだ。

そして、混合経済、即ち、計画経済（あるいは管理経済）と市場経済の混合システム、これが米国流に手直しされて始まった。即ち、corporateとpartnershipの併用、および、liberty of contractとfreedom of contractの併用が始まった。

こうして、表題に書いた「corporateにはliberty of contractが、partnershipにはfreedom of contractが適用される」という考え方が定着していったのだ。

**関連するので、exempt employeeについて述べよう**。これは辞書（英辞郎）では、「アメリカの公正労働基準法の対象から免除される職で、基本的に固定の月給で働き、時間外労働手当などはなく、マネジメントに関わる職、専門的技術的であるなどの条件を満たす職種に就く被雇用者。」と説明される。米国では、corporateにもpartnershipにもexempt employeeを設定できる。

　日本にも最近「制度導入しよう」という動きがあり、話題になっているのでご存知の読者も多くいることだろう。「長時間労働が課されて過労死が増えるのでは」と、連合などから批判されているものだ。

　私が言いたいこと、もう読者はお分かりだろう。そう、米国ではfreedom of contractが[契約法リステイトメント（2nd）](http://home.comcast.net/~rnhauck/BusLaw/201RestConts.pdf)でシッカリ謳われているので、たとえ公正労働基準法が守ってくれなくとも、個別のケースごとにemployer・exempt employeeが双方の個別特殊事情まで含めて、双方が「お得だ」と納得する雇用契約を結ぶことが出来る。（[コラム２７『会計自由って何？』](http://www.llc.ip.rcast.u-tokyo.ac.jp/Column%20hobo-shuukan/2012/20121221%20W51%20deliberative%20democracy%20and%20communicative%20rationality/20121221%20W51%20deliberative%20democracy%20and%20communicative%20rationality.doc)参照方）例えば該exempt employeeの自宅に高度なPC環境が整っているとして、職場のPC環境に加えてその自宅環境も活用してソフト開発を行う。勿論その使用料を払ってもらい、その使用時間も勤務時間に繰り入れる、と言う様な契約ならば、exempt employeeという制度を設けても双方にとって、メリットをデメリットより大きくできると期待できるだろう。他方、日本ではliberty of contractはある程度キチンと整備されていると言えるだろうがfreedom of contractについてはそうは言えないだろう。従って、exempt employee制度を設けると、exempt employeeが自分に特殊なメリットをキチンと雇用契約に盛り込めず、メリットをデメリットより大きくできると必ずしも期待できないケースも出てくるだろう。「過労死が増えるのでは」も、あながち杞憂ではない。

　そう、日本は、exempt employeeについて議論する前に、freedom of contractについて議論する必要があるのではないだろうか。

　　　　　　　今週は以上。来週も乞うご期待。

1. Franklin D. Roosevelt, "Recommendations to the Congress to Curb Monopolies and the Concentration of Economic Power," April 29, 1938　なお、ここでいうprivate powerはcorporateを意味する。現在の米国ではcorporate特にlisted corporate --- 日本でいう上場株式会社 --- はprivate companyでなくpublic companyに分類されることは[コラム１０５](http://www.llc.ip.rcast.u-tokyo.ac.jp/Column%20hobo-shuukan/2014/20140808%20W105%20collectively%20proper%20and%20collectively%20in%20kind/20140808%20W105%20collectively%20proper%20and%20collectively%20in%20kind%20rev2.doc)で述べたが、20世紀中葉では未だprivateに属するものと分類されていたことが分かる。 [↑](#footnote-ref-1)