

國學院大學學術情報リポジトリ

土地所有と企業所有：
最高裁判事ブランドイスの場合

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 国学院大学法学会 公開日: 2024-10-31 キーワード (Ja): キーワード (En): L. D. Brandeis 作成者: 姫野, 学郎 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/0002000985

土地所有と企業所有

——最高裁判事ブランダイスの場合——

姫野学郎

- 1 はじめに：「近代法における債権の優越的地位」——所有の「社会性」析出——
 - (1) 「法律の危機」
 - (2) 「所有と経営（利用）の分離」現象
 - (3) 合衆国における「所有と経営（利用）の分離」論
 - (4) 問題の所在——2つのディレンマ——
 - (5) プロGRESSIVEヴィズム
- 2 Brandeis ——「大規模性 bigness」と「不在所有」——
 - (1) 生い立ち
 - (2) 法観念の変化——1892年 Homestead 製鉄所ストライキ——
 - (3) 裁判所に対する「人民の不満とその原因」
 - (4) 「新しいナショナリズム」と「新しい自由」
——「規制された独占」と「規制された競争」——
 - (5) Brandeis における「所有と経営の分離」問題
——1895年から1914年まで——
- 3 企業所有と土地所有
 - (1) ノースダコタの実験—— Non-Partisan League ——
 - (2) 会社——協同組合主義——
 - (3) アラスカとパレスティナ——土地と資源の公有化——
- 4 おわりに
 - (1) 「大西洋上の交差」
 - (2) 法の国際化と社会化
 - (a) 要約
 - (b) 法の国際化—— Erie v. Tompkins (1938) ——
 - (c) 法の社会化

I はじめに：「近代法における債権の優越的地位」 ——所有の「社会性」析出——

(1) 「法律の危機」

機能的比較法、少なくとも E. Lambert の比較法のプログラムは、2つの特質をもっている。第1に、それは第1次法源、すなわち F. Génys のいう所与に注目する。たとえば、Saleilles が注視したのは、当時における教会、労働組合等の機能集団のもろもろの作用に民法典が適応していない、という事実であった。⁽¹⁾ その成立は、19世紀末から20世紀初頭にかけての、いわゆる世紀転換期における第2次法源、すなわち構成が袋小路にはまったことに照応していた。第2に、Lambert にとって、法の社会化と法の国際化は密接に関連している。中心的役割を果たすのは国際労働局、すなわち ILO 事務局（ジュネーブ）である。比較法は社会科学であると同時に国際科学でなければならぬ。アメリカにおける比較法の第一人者は Brandeis である。いいかえれば彼こそは社会化と国際化の両者を満たしている。

以上第2点はしばらくおく。しかるに、第1点を端的に示しているのは、1920年代に公にされたモンペリエ大学教授 G. Morin の論著である。1920年の著書は「法典に対する事実の反抗」と題され、1924年の論文は「法律と契約との危機」⁽²⁾ という表題を、1927年の著書は法律と契約の「退潮 *décadence*」⁽³⁾

(1) これに着目することによって、比較法は「私法における一種国際的なひとつの法共同体」と呼ぶべきものを準備することができる。R. Saleilles, *De la personnalité juridique : Histoire et théories* Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques 36 (2^e ed., 1922). 「急いでこう付け加えなければならぬ。すなわち、100年間にわたる破壊的経験のあと、フランス立法者はようやく潮流をさかのぼり、個人法と並んで、*droit corporatif* の要求に対して満足を与えなければならぬ、と。」Cit 28.

(2) G. Morin, *La crise de la loi et du contrat: ses manifestations. - ses remèdes*, Bulletin de la Société française de philosophie Séance du 27 décembre 1924, at 107

という副題を、それぞれもっている。

Morin の主張——法律の「危機」または「退潮」——とは何か。1789年および民法典の諸原則に従えば、法律は国民の、単一にして不可分の主権の表現である。その帰結は 2 つである。第 1 に、ありうる法律解釈方法は、法律に対する関係における裁判官の厳格な従属である。第 2 に、法律だけが唯一の法源である。しかるに、以上 2 つの帰結は、1900年前後以来 25 年間に経過するとともに崩れつつある（ことに第 1 次大戦以後）⁽⁴⁾。「事実」は「法典」から乖離しつつある、いやこれに「反抗」しつつある。この問題は別稿で扱う⁽⁵⁾。

(2) 「所有と経営（利用）の分離」現象

これに対して実体面はどうだろうか。Morin は 3 つの領域について「反抗」を指摘する。すなわち、家族、所有権、そして経済生活である。第 1 に、家族について言えば、妻子の家長に対する条件は改善されつつある。裏から言えば、夫権および親権は相対化しつつある⁽⁶⁾。第 2 に、所有権は個人主義的であり、かつ絶対的権利であった。ところが所有権は自己目的ではなく社会的有益性に資する目的、富を増大させる目的を達する手段（とくに Du-

(1924). 以下「Crise」と引用。

(3) G. Morin, *La loi et le contrat: La décadence de leur Souveraineté* 2 (1927).

所有権に関するその 1950 年論文によると、公法でも私法でも、主権に関するローマ的観念、すなわち imperium と dominium の「退潮」が所有権の変容——propriété commerciale 創設など——にかかわる。Gaston Morin, *Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, tom. II, 3, 16 (1950).

(4) G. Morin, *La révolte des faits contre le code v* (1920).

(5) Brandeis における法と事実に関し、別稿を準備中である。

(6) 1927 年著によると、婚姻は夫婦間の契約に尽きていた。しかるに変化が訪れた。Collin et Capitant という。「法律家は、子に対する関心のなかに、夫婦の結合の本質的目的を見ることができるか。われわれはそうは思わない」、と。これに反して、Morin によると、法律家は、婚姻に関する契約的かつ個人主義的観念を生物学的かつ社会的な真の観念によって置き換えるべきである。婚姻は本質的に子の法となった。Id., *La loi et le contrat* 138-144.

(7) ⁽⁸⁾ となった。権利濫用、および病院やアカデミーを遺言によって設立す

(7) La loi et le contrat 131-3. 耕作を放棄された土地について市町村長に対し付遅滞後に耕作権を〔徴発し、希望者に〕与える権限を付与する戦時立法について、cit 129 & 136-7を、賃貸借の一定の場合について更新権を認める等の戦後立法や立法要求について、cit 129-131 & 136-7をそれぞれ参照。2点が指摘される。

第1に、1920年代イタリアの土地改良立法も農地所有者に対し耕作義務を課している。Anna di Robilant, Property : A Bundle of Sticks or a Tree?, 66 Vand. L. Rev. 869, 896 (2013).

第2は、Morin, cit 129-130の記述についてである。1926年6月30日法は、propriété commerciale、すなわち商事賃借人に対して更新を受ける権利を与える (G. Ripert, Traité élémentaire de droit commercial 156 (No. 372) (2e éd., 1951) の定義による。Cit 157には文献が掲げられている)。これはおもに中小事業主の要求の産物のようである。Capitant というのは。とくに戦後、賃借人の動員、店舗区画の欠乏、フランの低迷、経済危機によってこの要求は高まった。インフレの結果、とくに賃貸人が更新に応じなくなった。これが、所有権絶対と契約自由の両原則との妥協の結果、1926年法につながった、と。H. Capitant, La "propriété commerciale", M. Radin, et. al. eds., Legal Essays in Tribute to Orrin Kip McMurray 51-65, esp. 53-4 (1935). 本法について我妻栄 (後出) は詳細に言及している。注38参照。

しかるに、戦間期フランスに立ち戻ると、Morin 自身によると、富の生産と管理における自由の体制こそが、もっとも高度な生産活動をもたらすのに適しており、したがって社会の有益性にもっともふさわしい体制である。Cit 133.

とはいえ、以下の本文にみるように、Morin はドイツや日本の論者がいう所有権の社会性を承認しないわけではないようにもみえる。Cit 137-8. 以下の本文に直接に先立つ部分について訳出を試みると以下のとおりである。「さらに、所有者は、その根拠をそのフォートまたは所為にはもはやもたず、むしろその義務が向けられる権利のなかにもつところの、もろもろの義務を負う。所有者はありうべき請求権者として、生存に対する権利を根拠にすべての人びともっている。／こういうことができる。すなわち、所有者以外のすべての人間は、所有者の物に対して、あるありうべき権利をもつ。これに対して、立法者は効力を与えなければならない。所有者に対し、その物を社会的必要の満足のために利用することを義務づけることによってである。このように理解された生存権こそは、賃料や土地の強制耕作にかかわる立法の基礎にある。なぜなら、食と住とは人間の生存に欠かせないからである。／所有者は、一定の場合に、利益を与えた者を請求権者として持っている。すなわち、商事賃借人の営業財産が賃借財産に付加価値を加えたとき、労働者と職員との労働が資本に利益を生じたとき [がそれである]。／資本に対して労働の利益を求めるこの新しい権利は、いってみれば、素描されているにすぎない。効率的な仕方でもこれを実現することは、われわれの時代の、もっとも繊細かつもっとも緊急を要する諸問題の一つである。」La loi et le contrat 136-7.

(8) 彼は1950年の論文で Duguit の権利 = 社会的機能説にはっきりと反対する。反面、

る自由が承認された。第 3 に、大革命は中間団体を禁圧した。だが、経済生活の要素として、孤立的個人は次第に諸団体、とりわけ労働者、雇用者それぞれの職業組合、生産者のトラスト、カルテル、その他のアンタントによって置き換えられつつある。⁽⁹⁾ 彼は 1924 年の *La crise* (および 1927 年の *La décadence*) で第 4 点に言及している。民法典における契約の 2 つの原理、すなわち契約自由と契約の拘束力も危機を迎えた。契約自由はレジオン——アリストテレス以来の交換的正義の復活——によって、拘束力は、経済状況の変化に対応するために、裁判官による契約改訂権によって、置き換えられなければならない。契約改訂権という「この新しい法政策の意味は、債務がいく

Josserand が権利 = 機能説を放棄しないかぎり権利濫用論にも同意しない。Morin, *Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, tom. II, 3, 14-5 (1950). によると、物権の進化は以下のように解釈される。われわれが現在立ち会っているのは、所有権の社会化ではない。そうではなく、自然人に対して承認され、所有権を「分化」させていく、新しい個人的諸権利、すなわち生存権と労働権の誕生に、われわれは直面している。所有権を制限するこれらの権利は所有権の形を取る。propriété commerciale [商事賃貸借更新権]、propriété culturale [農業賃貸借更新権] や企業における労働権のように、同一の物のうえに 2 つの権利が存在することになる。「新しい個人的諸権利」を彼はのちに [一般的] 人格権と呼ぶ。Id., *Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit*, Recueil Lambert, t. II, 1938, at 472-3. Morin は、これらの権利および人格権に対しては、著作権と商号権に対するほかは、否定的である。これらの権利は権利濫用同様に所有権を制限するからである。

これに反し、所有権の「分化」は、Morin が 1938 年に上掲論文で批判した Josserand によると、基本的権利 droit-souche、すなわち有体物に対する具体的支配から切り離された所有権から派生する。したがって、上掲の propriété commerciale や propriété culturale は、どれだけ弱い保護しか受けられないとしても、所有権の一種である（しかるに、注 15 に引く Ripert によると、「所有権の性質を何ももたない」のに propriété と呼ばれる）。Josserand, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, Mélanges juridiques : dédiés à M. le professeur Sugiyama, 1941, at 98.

Josserand にとって、問題はこうである。すなわち、このようにして「分化」した所有権は、——大革命以来の単一の一般法に反して——階級法、いわば職業法の多元性に照応しないか、である。Josserand, *Configuration cit.*, 102-3 & 109. Josserand の「階級法」は、Saleilles やリヨンの同僚 Lambert の droits corporatifs を想起させる。詳細はあとで述べる。

(9) Morin, *La révolte v-xiii*.

ぶんその第1次的源泉、すなわち社会的源泉に立ち戻ることである。ここでも、人々は個人法から集合的法 *droit collectif* へ回帰するのである。⁽¹⁰⁾」

1927年には Morin はこう付け加えている。すなわち、法典の契約理論は、レジオンや不予見の観念によって拡大されても、こんにち人びとのあいだに打ち立てられるあらゆる経済諸関係を表現するのに十分ではない。付合契約という——形容矛盾をはらんだ——表現が現れるにいたっている。こうして、規則が公的であれ私的であれ、状況が客観的であれ制度的であれ、ある規則への従属であれ附合であれ、ここにはある観念がある。現実主義的になるために、こんにちこれによってわれわれの民法が豊かになる、ある観念が、と。そして、1927年著には、以下に述べる所有権の社会性を一見髣髴とさせる一節が配置されている。すなわち、⁽¹²⁾「……。／所有権法の以上の全進化をわれわれは以下のように要約しよう。個別所有権に関する個人主義的観念は、権利者しか考慮しなかったが、連帯主義的観念によって取って代わられる。ここでは、単に所有者ばかりでなく、他のすべての人びとも考慮に入れられる。⁽¹³⁾」だが、むしろ注意する必要があるように思われるのは、Morin の以上の一節は Renner (1929、初出1904) や Friedmann が、そして我妻や川島が指摘した——以下に見る2つの——傾向と異なる点である。いかえれば、Morin は（農地）所有の社会性を指摘したのにとどまっておろ、企業所有の社会性に言及しているわけではない。まして、——あとでみる——土地所有と利用の分離と企業所有と経営の分離との並行性を説いているわけではない。⁽¹⁴⁾われわれが知るかぎり、並行性はともかく、2つの分離を

(10) Morin, *La crise* 110-3 ; *id.*, *La loi et le contrat* 57-70 & 71-92.

(11) *La loi et le contrat* 111-3.

(12) 注7所引の *La loi et le contrat* 136-7.

(13) *La loi et le contrat* 137-8.

(14) Morin は、確かに、1950年の上掲論文で、労働者の経営参加による企業所有権の「分化」を説くにいたる。だが、依然として所有と経営の分離による企業所有の変容には言及しない。Morin, *Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété*, cit. 10-6 (1950). すなわち、「企業指導者、すなわち企業が処分を委ねる資本の所有者は、もはや企業の唯一の所有者ではなく、むしろ以後企業を形づくる資本と労働とのこの共

指摘したのは、戦間期から第 2 次大戦直後の G. Ripert (1880-1958) である。⁽¹⁵⁾

以上に加えて W. Friedmann が強調するのは、2 つの分離は所有権を有体

同体の指導者である。…／要するに、企業委員会というこの組織は、資本家的所有権の分化への大変明瞭な運動を示すのである。／これこそが、形づくられつつある資本と労働の諸関係の新秩序である。／法律家はこの新秩序の設計者であるべきである。…状況を転倒させ、企業の経営、利益、および所有に対する権利の独占において、労働によって資本を置き換えるべきではない。／実現すべきなのは、労働と資本との真の協力なのである。」Morin, cit, 10-11.

(15) まず、Le régime démocratique et le droit civil moderne 419-420 (1936) ; Le régime, cit, 387 (2^e éd., 1948) は、農地と都市住宅について、占有 possession と利用 exploitation の分離を指摘している。

「所有者は、あらかじめ敗者である。なぜなら、彼は、物の占有に関心をもち、利用には関心をもちないからである。所有者は職業上の利益をもちないし、その権原は尊重に値しない。さらに、占有はその保存を意味する。だから、すべての所有者は社会進化の敵として非難される。所有権は不平等をも意味し、立法者の考えによると、所有者の優越した地位は負担を受け入れることをやむなくする。こうして、農村地主と小作人とのあいだで、上述のとおり、法律はつねに小作人の側に与るのである。法律は都市不動産についても賃借人に与する。そしてもし賃借人が商人か製造業者であれば、立法者はもはや躊躇しない。賃借人の権利が所有者の権利に拮抗するように、世論は、(賃貸借契約の更新権が) 所有権の性質を何ももちないのに、propriété commerciale と名づけた。」

つぎに、Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne 116-8 (1948) ; Aspects, cit, 120-2 (2^e éd., 1951) は、所有と経営の分離を承認、いなむしろ徹底している。

「代表取締役は取締役会の受任者にすぎない。取締役会自体株主総会の受任者にすぎない。二重の代表によって、株主こそが理論上は主人でありつづける。株主は理論上主人であるにすぎず、この誤った民主組織は執行の匿名性を保障するのにしか役立たない。／…／ドイツ理論の傾向 [注記によると、1937年改正法] に従い、あらゆる集団における絶対的主人を欲しつつ、会社の民主組織を批判することのないように注意する必要はない。ドイツ会社法が業務執行組織において国民社会主義的イデオロギーを満足しようとしたことはありうる。まねる必要はない。けれどもわれわれのフランス会社の組織は直接に人々による [よって管理される] 社団である。というのは理論上株主総会がこの上ない権力を保持し、単なる受任者を指名するからである。国家の組織については、このような定式を認めていない。だから、われわれは政治制度から靈感を吹き込まれつつ株式会社の組織をうまく修正することができる。／株主総会は選挙人の集会にすぎない。いくつかの国では、株主を執行から遠ざけるために議決権なき株式を知っている。私は株主を完全に執行から切り離したいと思う。」

物に対する支配権としてではなく、「諸権利の束 bundle of rights」(O. Kahn-Freund⁽¹⁶⁾) としてとらえる見方を前提にする、ということである。

以上 Morin の主張を概観した。Morin の主張は当時の状況認識として間違いではない。が、Morin らは、同時代ドイツの「社会化」、さらに株式会社法の「構造変革」を研究すればもっと違った問題点を指摘できたはずである。たとえば、Friedmann は、一方でフランス20世紀初頭における営業財産（賃借権を含む）の展開に、他方で第2次大戦後の借地農と分益小作人 *fermiers et métayers* の権利の展開に、注目している。彼はこのとき明らかに両者の並行性に注目している。けれども、少なくとも兩大戦間期におけるフランス学者がこの並行性に注目したかどうか、は別問題である。⁽¹⁷⁾ (どういうわけか、Lambert のリヨン比較法研究所叢書のなかには、英米以外を扱うもののなかに、ファシスト・イタリアの憲法やソヴィエト・ロシアの家族法を扱う仕事はあっても、あるいはドイツ法に言及する業績は散見されても、ワイマル憲法や社会化を主題的に論じる作品は見当たらない)。とくに株式会社法に問題を限っていえば、その「構造変革は、ドイツにおいて第一次大戦後のインフラチオン期における…変態的諸現象の簇生を機縁として、学者の注目をひくに至った⁽¹⁸⁾」にもかかわらず、いいかえれば他の諸国はむしろこれに追随したにもかかわらず、である。

以下おもに同時代日本の研究に従いつつ紹介したい。そこではとくに Karl Renner や同じくオーストリアマルクス主義者の Rudolf Hilferding が引かれる。端的に言えば、上記の問題点、すなわち Morin がかならずしも直

(16) もともとは、W. N. Hohfeld の表現として伝えられる。だが、—— G. S. Alexander に従うと——、これは誤りであり、John Lewis が用いた表現である。Id., *Commodity & Propriety : Competing Visions of Property in American Legal Thought, 1776-1970*, at 319 & 455, n. 40 (1997).

(17) Friedmann, *Law in a Changing Society* 96-7 & 109 (2nd ed., 1972). Friedmann, cit 97は、1909年3月17日営業財産法に言及する Ripert, *Les forces créatrices du droit* 215-6 (no. 86) (1955) を引く。

(18) 大隅健一郎『株式会社法変遷論』198頁 (1953)。同書114-9頁も参照。

視したとはいいたいようにも思える問題点とは、所有権（とくに土地所有と企業所有）に内在する社会的性質の析出であった、と思われる。⁽¹⁹⁾

この点は機能的比較法をどうとらえるか、という問題にかかわる。われわれは、——フランス19世紀末から20世紀前半にかけて私法学上盛んに論じられた——「個人主義対連帯主義」の問題こそが少なくともフランスの機能的比較法の起点にある、という見方に立つ。⁽²⁰⁾ いいかえれば、機能的比較法の出発点は、所有権の社会的性質の認識にあるのではないか、という問題意識に

(19) 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』219-220頁（1953、初出1927）、川島武宜『所有権法の理論』28-36頁、116-8頁、323-331頁（1949）。注40参照。

(20) 拙稿「エドゥアール・ランベールの比較法(1)」『国学院法学』51巻4号111-2頁（366-5頁）（2014）。

「個人主義対連帯主義の論争にとって権利濫用は死命を制する問題であった」(Robilant)。同「ランベール(1)」『国学院法学』51巻4号153頁（324頁）注68参照。信義則が——合衆国やコモンウェルス諸国の——コモン・ローにすんなりと受け入れられたのに対し、権利濫用は大陸法でもコモン・ローでも激しく争われたし、現に争われつつある。たとえば Gordley は Planiol et Ripert が権利濫用を否定し、しかるに Josserand がこれを肯定した点に言及する。J. Gordley, *The Abuse of Rights in the Civil Law Tradition, in Prohibition of Abuse of Law : A New Principle of EU Law?* 33, 36-41 (S. Vogenauer, ed. 2011)。

背景には深刻な対立があった。リヨン学部長 Josserand の頼みを聞き入れ、パリの Ripert は自ら編集する *Revue critique* に Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (1927) に関する長文書評を掲載する。Ripert, *Abus ou relativité des droits*, *Revue Critique* tom. 49, at 33 (1929)。主観的権利絶対主義をも擁護する (Ripert, *Abus*, cit 61-3) Ripert は、Josserand だけを非難するどころか、リヨンの法学部構成員、ことに E. Lévy と E. Lambert もも攻撃した。Ripert, *Abus*, cit 63に Lambert, *Préface à Valeur* 批判がみられる (R. Valeur, *L'enseignement du droit en France et aux Etats-Unis* (1928) [リヨン比較法叢書第23巻] に寄せられた、Lambert, *L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale*)。Ripert の非難はリヨンが社会科学によって法を活性化しようとする企て、その論著を満たす連帯主義、そして主観的権利の絶対主義に対して向けられた手荒な攻撃に向けられた。F. Audren & C. Fillon, *Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale*, RTDC 2009, at 62-3。

Josserand と Ripert が対立したいまひとつの問題は、コルポラティブ法 droit(s) corporatif(s) (Saleilles と Lambert)、階級法 droit de classe (Josserand)、職業法 (Ripert) の問題である。cf. Saleilles, *De la personnalité juridique : histoire et théories : vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes*

立つ。

所有権の社会的性質に立ち戻ろう。法の社会化や社会法をめぐる議論の端緒は「生産手段の所有権の私的性質は、この生産の社会的性質と…矛盾する」——「個別資本の生産の側面においては、協業的生産の社会性と」「流通の側面においては、社会総資本の再生産の社会性と」矛盾する——点の認識にある。たとえば、「企業それ自体」論（W. Rathenau）の影響下で、ドイツで活動したスイス人学者 H. Fehr は述べている。ピッチを上げていく資本主義は、ローマ伝統の *Eigentum* 概念⁽²¹⁾と結びつきつつ、*Eigentum* 概念に内在する動的かつ社会的要素を締め出した。企業概念の生き生きとした構成は、企業の内部で活動するあらゆる利益を取り込みつつ、新しい *Eigentum*

juridiques 28 (1922). 注1参照。

なかでも、権利濫用論争が闘わされたのはとくに土地所有をめぐるものであるようにみえる（しかるに、企業所有の問題がそれほど論争対象になった印象は受けない。たとえば、Ripert, *Sur la reconstruction d'un droit de classe*, *Dalloz Recueil Hebdomadaire*, 1937, no. 1, chronique 1, at 2 はさまざまな職業法と同列のものとして商人法を扱う）。

(21) 川島『理論』330頁。我妻の注意はほとんど、第1に流通過程——不動産、生産設備等「財産の債権化」（第3章）——に注がれ、第2に生産過程のうち「維持」されるべき「経済組織」（第4章）は個別資本（「企業」）に尽きるようにみえる。要するに生産と流通の社会性への視点が弱いのである。

第2点について我妻はいう。もっぱら「他人を支配する作用」に純化された「…所有権観念を中心とする法律体系を分解して、債権といふ立場から客体の作用を中心とする法律体系を築き上げべし」、そして企業をめぐる「複雑な債権相互の調和をはかる」べし、と主張するのは、「現代の企業組織を中心とする各階級の生活の維持といふ根本問題」解決のためである。『優越的地位』219頁。

(22) これ自体が怪しい点は、吉野悟『ローマ所有権法史論』182-5頁（1972）。

フランス民法のいう「最も“absolute”な方法で…権利」という所有権の定義は、…その成立の環境と、封建的諸負担から『政治的に解放』された法パトスを考慮しなければならぬ、といういみをもたされている。」同183頁。パンデクテン法学の『「絶対的」=『無制限』な所有権概念』についても同様である。同183頁。

さらに同書40頁によると、Koschaker が Bussi 書評を書いたころ「ローマ法研究者への風当たりは、かなり強かった。殊に所有権法についていうならば、30年代のナチス農業政策には、…義務思想、土地の商品的性格の除去、国家的統制、たとえば民族による“Obereigentum”などが謳われ、土地は民族および国家の所有権に属せしむべきだ、というような政治的な発言」さえあった。

概念を前提にする。こうして、民法上の Eigentum と組織的 Eigentum を区別しなければならない。義務思考と Eigentum の社会的拘束が、それゆえに労働者とホワイトカラーの考慮が、これまでになく強調される。企業所有の意味転換は、企業それ自体論をも特徴づけ、これは今度は Eigentum 概念に影響を及ぼした。F. Hausmann は、Renner の見方——法律上なお私的 Eigentum であっても、もはや私的ではなくなった（詳しくは後述）——を、「企業それ自体」論の直接の帰結ととらえた。⁽²³⁾

以上に先立って特徴的に思われる 3 つの点を紹介したい。

第 1 に、一方で、土地所有の社会性の認識と「諸権利の束」としての権利観の結びつきは、アメリカ文献では——W. Hohfeld の 1913 年論文、とくに 1917 年論文などを先駆として——1920 年代に始まる。これに対し、フランス語圏では、社会性の認識自体は 1855 年のコルマール控訴院判決に始まる。⁽²⁴⁾ A. di Robilant によると、合衆国の「諸権利の束」に比較すべきなのは、フランス、イタリアにおける所有権の「分化」、⁽²⁵⁾ とくに資源特有性——とくに土

(23) A. Riechers, Das "Unternehmen an sich": Die Entwicklung eines Begriffes in der Aktionrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts 51-3 (1996).

(24) Recueil Dalloz, 1956, II, 9. J. Gordley, The Abuse of Rights in the Civil Law Tradition, in Prohibition of Abuse of Law: A New Principle of EU Law? 33, 34 (S. Vogenauer, ed., Hart Publishing, 2011).

(25) Jossierand の場合には、所有権の「分化」が——大革命とナポレオン法典以来の単一の一般法 [le] droit commun unique に対する——階級法 un droit de classe の再生を意味することにはすでに言及した。注 8 参照。その例が、営業財産やイタリアで展開されつつある農業法である。A. di Robilant が紹介する S. Pugliatti や L. Barassi はもっと後の世代に属する。

こうして不動産所有権の内部で、分化の作業、専門化の作業が進展しつつある。この作業は、単一般法に取って代わろうとする階級法の確立に傾きつつある、より一般的な秩序に結びつく。この単一の一般法は、大革命、次いでナポレオン法典が打ち立てたものであった。どの職業もフランス人のどの階層も隣接の職業や階層の法（権利）とも区別される、固有の法（権利）を獲得し、保有している、と主張する。まったく自然なことに、割拠主義へのこの意思は人間がその人格の最大のを賭ける制度、すなわち所有権のなかに明らかになるはずである。不動産取得は、労働組織が職業別 professionnelle になるように、職業別になっていく。階級法は、革命期の立法者が永遠に消し去ろうとしたものであるが、これほど力強くかつこれほど新しい意味とともに再

地について言えば宅地、農地等——に注目した「下位の property 諸利益」(地役権や賃貸借)⁽²⁷⁾への分別である。Merryman(ら)は Robilant によるとこう主張した。コモン・ローが property を *estatement* の法、いかえれば「諸権利の束 *bundle of rights*」にとらえ、下位利益への分化に結びつくのに対し、大陸法はこれを「全面支配 *ownership*」と受け止め、下位利益への分化は困難な問題をはらむ、と。Robilant の問題意識はこうである。すなわ

現した。たとえもはや土地を貴族と庶民とに分割できないとしても、われわれは、農村所有権、都市所有権、中小所有権、中流層の所有権、安価な所有権、家産たる所有地、引退地所をもっている。封建制の時代のように、前もってではないとしても、国の法的風景は100の光沢をもつモザイクになってしまう危険をはらんでいる。諸分野における一般法同様に、所有権の一般法は職業や階級に適合して経営される多数の個別法に分解し、細分化した。流れを修正しようとして用いられたあらゆる努力にもかかわらず、歴史は絶えず再開し、おのおのの社会階層は自らに適合した固有の法をもつことを望んでいる。Josserand, *Configuration*, cit, 102-3.

これに対して、Planiol の発言を受け、1936年に Ripert は、「失望とともに」(J. Dabin) かつての「一般法」に対立する、さまざまな個別立法のシステムによって描き出された、フランスの私法領域で「階級立法」として達成された進化を列挙している。これはたしかに所有権を直接に論じているわけではない。とはいえ、ほとんど Josserand の例示と一致している。

2点が指摘される。

第1に、国内における一般法の分解傾向と表裏をなしつつ、国際的レベルでは、職業法は統一傾向をもつ。この点については、コルポラティブ法に関して準備中の別稿にゆずる。

第2に、Ripert によると、一般法の分解傾向は社会平和を内戦によって置き換える危険をはらんでいる。土地所有者は、その静的性質ゆえに、不利な立場におかれるのに対し、いわゆる *propriété commerciale* は、動的性格によって強められている。両者の争いは運命的である。職業別のおおざっぱに言えばコルポラティブな制定法による均衡は、つねに実現困難であり続けるからである。他の階級との関係で不利な立場におかれたと考える階級は、絶え間なく、隣人の犠牲において、法的闘争を企てる。

所有権の「分化」は、少なくとも1920-30年代フランスでは、立法者は職業法を法認すべきか、どのようなものとして法認すべきか、という問題に結びついたのである。

Ripert, *Sur la reconstruction d'un droit de classe*, D. H. 1937, at 4.

(26) Josserand らに言及しつつ、Robilant, *Property*, cit, 909-912.

(27) Yun-Chien Chang & Henry E. Smith, *An Economic Analysis of Civil versus Common Law Property*, 88 *Notre Dame L. Rev.* 1, 3-4 (2012). Robilant, *Property*, cit 870, n. 3-4 所引。

ち、Hohfeld を先駆者とする合衆国のプロGRESSは property を「枝の束 bundle of sticks モデル」でとらえるのに対し、ヨーロッパの人々は自らのリアリスト革命をもたなかったか、⁽²⁹⁾と。彼女は答える。もっていた。そして、とくにイタリアで主張されたのが、「樹木 tree モデル」——国家介入を許さない自律的管理の領域である「幹」と農地、家産、都市住宅、企業財産、知的財産の「分枝」とからなるモデル——⁽³⁰⁾である。このモデルについて

(28) Robilant, Property : A Bundle of Sticks or A Tree?, 66 Vand. L. Rev. 869, 870-2 (2013). 一方コモン・ローは、property 法を estate の法、すなわち多様かつ細分化しており、これは生涯不動産権から消滅条件付封土権や将来権にいたる、さまざまな下位の諸利益に分別される。他方で、大陸法上、property 法は全面支配として所有することとしてとらえられる。排他的、単一かつ分割不可能なものであり、下位の property 利益とは性質を異にする。

(29) そして彼女の最終目的は——フランスとイタリアで展開された——「樹木モデル」(下掲)の復権によって「枝の束モデル」(合衆国——下掲)と「全面支配 ownership モデル」とのこう着状態を乗り越えるオルタナティブを示すことにある。Robilant, Property, cit, 873-5.

(30) Robilant, Property, 66 Vand. L. Rev. 869, 894-5 (2013). 「樹木 Tree」のメタファーは Salvatore Pugliatti (1903-1976) に由来する。Cit 901. Pugliatti のいう「幹」と「分枝」については、それぞれ、Robilant, cit, 905-6 と 909-912 とを参照。

Pugliatti は、Robilant, cit, 872, n. 8 所引の文献の該当ページでつぎのように述べている。特別立法の制定等、実定法の変容を受けて作られた Jossierand の定式 (Jossierand, Cours de droit civil positif français, I, 3a ed., 1938, n. 1517, p. 839——F. Vassali 訳)——さまざまな仕方でも所有者の諸権限を制約してきた法律の現状に相応しているように思われるのは、単一の所有権があるのではなく、むしろ複数の所有権がある、ということである (Jossierand, cit, p. 839 によると、「一つの所有権はない。複数の所有権がある。なぜなら社会の利益は財産の所有権化 appropriation は追求された目的と調和した制定法から成り立つことにあるからである。この目的自体さまざまである。所有権法は、もともと柔軟かつもっともニュアンスに富む法であり、さまざまな法的範疇を表している。その可塑性は無限である。)」——は、「概念の一体性とこれが引き受ける特定の諸側面の多様性とのあいだにある均衡を保っている。けれども、この均衡は、この定式によってわれわれに提示される伝統的解釈によって、揺るがされ、危殆化されはじめる。すなわち、[F. Vassali によると]『公的利益は、物の取得がさまざまな制定法と両立することである。これらの制定法は追求された目的と調和しつつ作られるが、この目的は非常に多様である』。と。もろもろの所有権とは、つねに (ここで語られているのは、この幹の分枝である) 単数形の所有権である。」Pugliatti, La proprietà e le proprietà, La proprietà nel nuovo diritto 145, 148-9 (1954). 傍点引用者。Jossierand, Vassali, Pugliatti

は、Louis Josserand (1868-1941) の1940年の論文が嚆矢を放っている、という。Friedmann も Merryman に類似した議論を展開する。すなわち、コモン・ローは、経済的にも社会学的にも一心同体である「もの things」を人為的に区別する、有体物かどうか、といった区別をまったく知らない。大陸の現代の法学者たちが所有権を再定義するときに『補完的』諸制度は英米法では不必要なのである。というのは、コモン・ローにおいては property は『諸権能の束 bundle of powers』⁽³¹⁾だからである、と。他方で、企業所有の社会性についてはどうか。これはむしろ、——以下にいう「新しい意識」⁽³²⁾にめざめた——大西洋兩岸の企業家 (たとえば、W. Rathenau と H. Ford) ⁽³³⁾がイ

らの関連については、Robilant, Property, cit. 909, n. 174 参照。さらに、cit 912-6 参照。

(31) そして [イギリスやアメリカでもヨーロッパでも] 物理学の発展とエネルギー源、電力や原子力の重要性の増大こそは、有体物とそれ以外のローマ的区別を古くさいものにしたのである。Friedmann, Law in a Changing Society 94-96 (2nd ed., 1972).

「Renner は、所有権 property がいとむさまたげ多様な機能、すなわち所有権から派生ししばしば別々の法主体に帰属する異なる権能の淵源となる機能を強調している。これは普遍的意義をもち、実際 Kruse や Ripert のような大陸の現代の法学者たちが上述のように所有権を再定義するときに『補完的』諸制度、すなわち Konnexinstitut は英米法では不必要なのである。というのは、上述のとおり、コモン・ローにおいては property が有体物に対する完全な理論的支配権であるばかりでなく、諸権利、諸利益、諸要求、いいかえれば『諸権能の束 bundle of powers』だからである。Renner が『補完的』諸制度と呼んだもの、たとえば契約を結ぶ権利を property が含む、という想定は、アメリカの最高裁による一連の判決の根底に横たわっている。最高裁判決は、アメリカの社会的展開に対して決定的かつ運命的な影響を及ぼしてきた。長らく、何10年にもわたって、1937年における転覆にいたるまで、最高裁は雇用契約上に対して最低限度の制定法上の義務を課そうとする連邦および州の制定法を違憲として斥けてきた。…けれどもこの想定において、契約自由は property の一側面であり、最高裁は property という複雑な観念に対する一般的なコモン・ロー上のアプローチに忠実であった。／現代産業社会における財産権 property の機能は、大陸法的思考とコモン・ロー的思考のあいだにある概念上の相違を乗り越える問題である。それゆえ、この問題に関する比較研究は、大陸法とコモン・ローのあいだの幅を狭めてきた展開によってより容易になった。その重要な帰結のひとつは、あらゆる文明諸国民に受け入れ可能な国際法上の財産権概念を発展させる可能性ということである。国際的な法規制を目的として、コンセッション、ライセンスその他さまざまな種類の契約上の約束のような経済上の利益を『財産権』に含まれるものとして承認するためには少なくとも何の概念的障害はないのである。」Friedmann, Law in a Changing Society 70-1 (1st ed., 1959).

ニシヤティブを取りつつ、ほぼ同時期、具体的には第 1 次大戦前後に認識され始めるように思われる。

第 2 に、とくに英語圏では Renner⁽³⁴⁾ から Wolfgang Friedmann にいたるまで、日本語については我妻と川島には、一方で（とくに不動産）所有と現実的利用の分離、他方で企業所有と経営の分離を並行的にとらえる視点があった。他方、たしかに、今回接しえた資料を参照するかぎり、オーストリアや出版地ドイツでは、それぞれの社会的性質は依然として指摘されている。とはいえ、どうやら両者を並行的にとらえる視点はほとんど受け継がれていないかのような印象を受ける。この視点の継承において大きな役割を果たしたのはむしろ亡命者である。たとえばナチの権力掌握後イギリスに亡命し、以後オーストラリア、カナダ、合衆国を移り歩いた Friedmann に従えば、2

(32) Rathenau の「株式制度について Vom Aktienwesen」論文（「基礎の交替」—— S. 12）は 1917 年に上梓され（Riechers 7, n. 2）、マンハイムの弁護士 Hachenburg の好意的論評を、キールの経済学教授 Passow の批判的論評を受ける。Riechers 7, n. 1. その後の論争の経緯等については、多数の日本語文献にゆずる。Rathenau 以後の展開を Riechers おもに依拠しながら跡づける労作として、新津和典『『企業自体』の理論と普遍的理念としての株主権の『私益性』(1): ドイツとアメリカにおける株式会社の構造変革』『法と政治』59 卷 4 号 143-243 頁 (2009) がある。

Rathenau らの日本の「経済新体制」に対する影響について、柳沢治「ドイツにおける資本主義転化論と日本への影響——資本と経営の分離をめぐる——」『明治大学社会科学研究所紀要』41 卷 2 号 77 頁 (2003) を参照（オンライン入手可能）。

(33) Ford 自身は著作をもたない。が、Dodge v. Ford Motors Co., 204 Michigan 459, 507, 170 N.W. 668, 684 (1919) によって有名である。彼は 1915 年末に株主に対する追加配当金の支払いをやめた。その後の収益増加を受けて、彼はこう考えた。株主は投資以上の配当を得ているのだから、収益増加分は労働者とホワイトカラーに対する増給と一般消費者に対する値下げとにあてるべきである、と。株式の 10 パーセントを所有する Dodge 兄弟は株主に対する支払いを求めて訴えを提起した。Rathenau と Ford の経済思想を比較する論文も現れた。Riechers 181-2, esp. 181, n. 1.

(34) Renner, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions* (A. Schwatzenschild, trans., 1949). Hugo Sinzheimer のもと学生、Hugh Collins の先生である O. Kahn-Freund が序文を寄せている（彼もまた著名な亡命者である）。序文中、法人格の問題は p. 29-30 と p. 39-40 の 2 箇所論じられる。不思議なことに、どちらでも ownership と control の分離の問題は扱われない。労働者の生産手段からの疎外は論じられても、株主の経営からの疎外は論じられないのである。

つの分離はたしかに、所有は「なお支配への排他的なかぎである」のに対して、企業所有は「ますます支配から分離」⁽³⁵⁾しつつある点で対照的である。けれども、2つの所有は収益を得るにすぎない権利である点——所有者は「剰余価値名義 title to the surplus value」をもち、一般株主は「単なる配当受領者 a mere recipient of dividends」⁽³⁶⁾となる——で共通していた。

第3に、今回接しえた資料によるかぎり、英語以外のヨーロッパ語圏（とくにドイツ語圏）で両者をパラレルに扱う議論の仕方は以後途絶えてしまうようにみえることである。

さて、日本語で紹介されたかぎり⁽³⁷⁾で Renner らの議論を参照すると、以下のとおりである。

第1に、Erb' und Eigen の土地所有（地主）の収益権（地代や剰余価値）⁽³⁸⁾への転落——さらに土地の負担過重、すなわち農村地主の金融資本（銀行）⁽³⁹⁾

(35) Friedmann, *Law in a Changing Society* 100-1 (2nd ed., 1972).

レンナー（加藤正男訳）『私法制度の社会的機能』181-8頁（新訳版、1972）、ヒルファーディング（岡崎次郎訳）『金融資本論(上)』247-261頁（1982）を参照。とくにヒルファーディングは以下のように述べる（上260頁——我妻『優越的地位』298頁）。「所有の株式所有への転化によって、所有者は不完全権利の所有者となる。…彼は一総体の一構成員であるにすぎない（…）。かくて、株式制度の拡大とともに、資本主義的所有は、ますますかような制限された所有となる。すなわち、資本家に単なる剰余価値請求権を与えるにすぎず、生産の行程に決定的に干渉することを許さない所有となる。」なお、『優越的地位』298頁に現れる「二重化」は上212頁に照応するように思われる。

なお、後藤清による Marx-Studien (1904) からの旧訳版、カルネル著『法律制度（特に所有権）の社会的機能』（1928）、および Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion: Ein Beitrag zur Kritik des Bürgerlichen Rechts* (Verlag Mohr Siebeck, 1929) は参照する余裕がなかった。

同様の区別は、我妻『優越的地位』311頁、川島『理論』340-4頁にみられる。

(36) 前者の表現は Friedmann, *Law in a Changing Society* 100に、後者は cit 101 に、それぞれ現れる。

(37) ワイマール期における「社会化」と我妻栄の問題意識の関連については、大中有信「民法から——我妻栄の所有権論とドイツ法学」『民商法雑誌』132巻4・5号506頁、520-1頁（2005）を参照。

(38) レンナー（加藤訳）『社会的機能』35-9頁。Erb' und Eigen の前提とする法状態と

等)への従属——、および金融資本による「公益」の代表。たとえば「取引安全」。第2に、企業所有者(株主)の社債権者化と企業経営の「企業〔それ自体の〕利益」代表。第1点と第2点の並行性を指摘したのは我妻であ

各民法典の所有権に関する規律とはまったく異なるように思われる。我妻による明快な批判を参照。同「資本主義生産組織における所有権の作用——資本主義と私法の研究への一寄与としてのカルネルの所論——」同『近代法における債権の優越的地位』356-362頁(1953、初出1927)。

むしろ企業維持が重視され(地主に不利——とくにみずから利用しない所有に不利)、ときに農業事業の維持が唱えられる(地主に有利——ただし利用と所有の一致が条件)。上述のフランス1926年6月30日法(注7参照)は、「商工業の基礎たる賃借権を…保護し、所有者の意思によって企業の崩壊することを防止することに努力」する意味をもつ(『優越的地位』312-3頁、210-1頁、217-8頁)。他方で、家産概念がないところで人の死亡という偶然事によって事業存続が困難になることをどう防ぐか(稲本洋之助『近代相続法の研究』18頁(1968))。少なくとも1900-1930年代ヨーロッパでは、他の事業の場合と異なり、法人化や生産協同組合は説かれない。ほぼもっぱら相続制度の改正が論じられる。我妻「ヘーデマンの『土地法の進化』」『民法研究Ⅲ物権』8-12頁(1966、初出1931)。さらに中川善之助ほか『家族問題と家族法Ⅵ相続』(1966)所収の諸論文、すなわち椿寿夫「ナチスドイツ・スイスの家産制度」同書267-282頁、山本桂一「フランスの家産制度」同書283-313頁(さらに立石芳枝「アメリカの家産制度」同書248-266頁)。

渡辺洋三「近代的一子相続と封建的一子相続——農業基本問題と農地相続——(2)」『ジュリスト』215号32頁、34-6頁、同「(3)」『ジュリスト』216号22-5頁(1960)は、農林省の法案を機縁にして、農業生産法人、農業生産協同組合を論じる。本論文は以上の議論状況にかんがみ異彩を放っている。

(39) 我妻はHedemann著(1930年)を紹介しつつ、土地解放——土地担保の自由——によって土地の負担過重がもたらされたことを明らかにする。そしてHedemannによる解決提案、すなわち抵当権制度の改正およびその反面における「組合的、営利的および国家的」「公的金融施設」の創設を批判的に検討する。我妻『民法研究Ⅲ物権』12-4頁、さらに22-4頁。

Gierke, J. Unger, E. Huber および Saleilles に捧げられた本巻は、序文によれば1914年にはほぼ完成し翌年の刊行が計画されていた。その間計画はほとんど破壊された。その後のいきさつについては我妻が詳細に紹介している。『民法研究Ⅲ物権』4-7頁。

(40) 日本の民法学説においては、ドイツ学説の影響のもとに、2つの研究が1920-40年代に遂行され、1950年前後に一書にまとめて上梓されている。第1点については、我妻栄『近代法における債権の優越的地位』314-6頁(1953、初出1927)、川島武宜『所有権法の理論』331-9頁(初版、1949)、第2点については『優越的地位』316-9頁、『理論』339-344頁を参照。以下以上のように省略して引用する。

2方向において以上を敷衍する必要性がある。第1に、財産管理権。その意味するところは、財産帰属から財産管理を「分化」すること、「財産主体のみを中心」とする見方から「財産を中心」とする見方へと転換すること、である(於保不二雄「財産管理権論序説」『財産管理権論序説』20-1頁(1954、初出1953))。兼子一はその「破産財団の主体性」『民事法研究第1巻』458頁(1940、初出も1940——参照したのは1971年の第19版)のなかで、Brinzの衣鉢を継ぐ論者らが「財産と人との関係にコペルニクスの転換」をもたらした、と述べている。すなわち、「人が財産の主体、中心として之を統一するのではなくして、却つて財産は独立の目的を有し人は之に依り保護される客体、受益者に過ぎぬとし、財産目的と之に従ふ人に依る管理とに依つて、あらゆる財産法上の関係をば一元的に理解せんと試みたのである」。

第2の方向は、企業所有である。ドイツ法(およびスイス法)を参照する書物に限っても、松田二郎『株式会社の基礎理論——株式関係を中心として——』161-5頁、178-190頁(初版、1942)、大隅健一郎『株式会社法変遷論』146-174頁(初版、1953)その他多数にのぼる。鈴木竹雄の『商法研究Ⅱ』『Ⅲ』は1971年に刊行されている。

外国文献の渉獵のうえに成り立つ西原寛一『日本商法論第1巻』の86-90頁(1950、初版1943)は所有経営の分離——「企業の維持強化の法的手段」の一つ——にあてられ、76-103頁は「維持強化」(会社整理等による解消の回避)、「取引の円滑旺盛化」(外観主義等)のためのもろもろの手段の列挙にあてられている。会社内外の関係当事者の「利害関係」の「錯綜」にともない、「利益調和」への国家介入(官庁、とくに裁判所の介入)と「白地規定の活躍」傾向——生ける会社法洞察の必要性——に論及する。上掲書106頁。

川島は、以上の企業所有と経営、財産帰属と管理の法的構成による分離自体は承認しつつ、ことに共益権を法的構成面だけでなく実質的にも分離する学説、とくに松田説に強く反対する(川島「法的構成としての『法人』」『川島武宜著作集第6巻法律学2』84-5頁(1982、初出1975)——この論文は、法的構成と実質面をかならずしも区別しない川島『理論』と齟齬があるように見える。この点について川島『ある法学者の軌跡』176-7頁(1978))。

松田はいう。「自益権は謂はば株式会社に於ける私権的権利」であるのに対し、「共益権は謂はば株式会社に於ける公権的権利にして会社の利益の為行使せらるべき性質を有し、譲渡、相続の目的となり得ざる一身専属権」、財産権ではなく「人格権」である(松田『基礎理論』184-5頁)。

川島はいう。「株主」の地位は、実質的には、当該会社に出資して共同所有する企業財産の持分shareであり、商法上の株主の権利義務は、この持分を…法的に構成したものにほかならない(川島「法人」『著作集6巻』84頁(川島による傍点を省略し、あらたに傍点を加えた——cf. 大隅『変遷論』170頁(「会社事業について株主の有する観念的な分け前」、鈴木竹雄「共益権の本質——松田博士の所説に対する一批判——」『法協』62巻3号321頁(1944)(「企業に対するいはば観念的所有権を分有する Anteil」とする者(川島「営団の性格について」『著作集6巻』11頁(1982)や他の論者、とくに三藤正をさすものと思われる)は「これ卑見とまさに同一の途を歩むもの」))。

る、と川島は述べている。⁽⁴¹⁾所有権（おもに土地所有権）の社会化と（個別）企業の社会化はワイマール憲法155-6条に明文規定をもつにいたる。⁽⁴²⁾実際、

川島が松田説に反発する理由は、以上からはかならずしも明らかではない。法的構成上は両者の分化は許されても（現に川島は於保説を高く評価する）、実質においてこれを認めることができないのはどうしてか。おそらく、企業所有の社会的性質がどれだけ高められても、公益権でさえも私的性質を失わない点に求められる。松田はこれを見失っている。

川島によれば、「株式会社においては、…私的所有と社会的所有とが、会社の団体性…を媒介として、二重に分裂しつつ統一されている」。とはいえ、けっして忘れてはならないのは「と同時にそれらすべては、資本制的な私的所有の発展型態にほかならないのである」ということである（同『所有権法の理論』342頁——cf. 水林彪「近現代所有権法の構図試論」日本法社会学会編『新しい所有権法の理論・法社会学第80号』86頁、111-2頁（2014））。金融資本の登場によって「社会的生産物に対する、資本に対する、人の支配が極度に広範囲になることにより…、資本の配分ということが人の意識的な行為の目的に転化し、…」ていった。

我妻によると、資本主義における資源配分の「無政府状態は、金融資本による統制によつて、次第に意識的統制を受けつつあることは、前述の如くであるが、この傾向は、これを助長して、いはゆる資本の自動的社会化を促進することを望むべきであらう」（『優越的地位』326頁）。これは、大企業の「自己社会化」論（K. W. Nörr, Zwischen den Mühlsteinen 110（1988）——ケインズ「自由放任の終焉」宮崎義一・伊東光晴責任編集『ケインズ・ハロッド（世界の名著66）』152-4頁（1980））に着想を得たのだろうか。

けれども、川島にいわせれば、自動的社会化は間違いである。金銭債権の絶対的支配のもとで「経済の自然法則が具体的に目に見えるようになったにすぎず、資本の配分は「資本に附随する一の社会的機能として現れる」にとどまるからである（『理論』350頁——直前の引用個所で省略した部分。傍点引用者）。経済の自然法則が、資本制的生産様式が廃止されたわけではない。我妻は上記引用部分を直接に承けつつ、「この自動的に社会化せられた金銭債権の支配力そのものを、漸次、国家の統制の下に収めることを努めねばならない」（『優越的地位』327頁）と説いているとしても、である。こうして、『理論』351頁は宣言する。「資本の配分が、真に人の自由なる行為としての配分であり得るためには、それが資本の配分でなくなること、が必要な前提条件となるであろう。」

(41) 川島「営団の性格について」『著作集第6巻』2頁、15-6頁（1982）（初出1941）。

(42) 我妻『優越的地位』325頁、328-9頁注2にドイツにおける土地と企業の「社会化」への言及がある。「土地所有権の地代名義たることを廃し得ても、金銭債権の剰余価値名義たることは、容易に廃し得ないのではなからうか」（『優越的地位』325頁）。

社会化の理念と現実については、同時代のものに限って言えば、山田晟による一連の研究がある。たとえば、山田「ワイマール共和国以後における社会化の変遷(1)」『法協』

ドイツ文献に明るい Georges Gurvitch は上記の第 2 点についてドイツ学説を詳細に検討している。そして、ライヒ経済評議会（同憲法165条）とこれにならって1925年に設置されたフランスの国民経済評議会に注目する。Gurvitch にいわせれば、ライヒ経済評議会は、H. Sinzheimer の言葉を借用するなら「国家の憲法の外側に、かつこれと並び設置された『社会憲法』」に基礎を置く組織であり、国民経済評議会も「国家に対抗する経済社会の生まれつつある全体的組織」⁽⁴³⁾である。Morin も国民経済評議会によって「法律の危機」⁽⁴⁴⁾を緩和しようと提案している。

(3) 合衆国における「所有と経営（利用）の分離」論

しかるに、合衆国はどうか。

Morin のいう「法律の危機」にあたるのは、Carlos Petit が Aumann から借用する「コモン・ローの危機」⁽⁴⁵⁾の問題である。これは別稿の課題である。

つぎに、合衆国に注目すると、いいかえればイギリスやカナダを度外視すると、農地の property に関するポピュリスト的観念は、とくに中西部の農

69巻1号（1951）。経済学的に犀利な分析を与えるのは、有沢広巳『インフレーションと社会化』107-111頁、さらに125-173頁（1948）。

(43) Id., *Le temps présent et l'idée du droit social* 92-4 (1931). Gurvitch や国民経済評議会については近年いくつか研究が出ている。だが、これらに言及する時間的余裕がない。

(44) Morin, *La crise* 108-9.

(45) 「コモン・ローの危機」——具体的にはフランス式の行政裁判所設立提案——について F. R. Aumann, *The Changing American Legal System: Some Selected Phases* 219-235 (1940) を引用しつつ言及するのは、Petit, "A Contributor to the Method of Investigation" sobre la Fortuna de Gény en America, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 20, at 250, n. 185 (1991)。Aumann の該当箇所では、判例拘束性の凋落と符節をあわせつつ、リアリズム法学、各種行政委員会の誕生、フランス式の行政裁判所設置の提案や仲裁等の簡易な紛争処理——裁判所からの逃避——への傾向が指摘される。

全体に、以下を参照。モートン・J・ホーウィッツ（樋口範雄訳）『現代アメリカ法の歴史』276-322頁（第8章「リーガル・リアリズム、官僚制国家および法の支配」）（1996）。

業州——プロGRESSIVEヴィズムの拠点——では、Jefferson 主義に結びつ
 いた⁽⁴⁷⁾ (たとえば、ウィスコンシン州選出上院議員 Robert La Follette)。G.
 Alexander は、J.G.A. Pocock を引きつつ、述べている。すなわち、——J.
 Locke、Madison、Hamilton、その被庇護者 James Kent と対照的に——
 Jefferson は、property を所有することは、徳性の不可欠の基礎である、と
 信じた。市民は、取引に従事し、交換し、利益を得るために所有するわけ
 ではない。Property は個人を権力や徳性につなぎとめ、これらの商業活動か
 ら解放するための手段である、と⁽⁵¹⁾。Robilant にいわせると、19世紀半ばの改
 革者と農民団体はこう主張した。自由譲渡性は土地投機と property 所有者
 の貴族制創設につながった、と⁽⁵²⁾。

しかるに、金融業はどうか。州レベルを連邦レベル——ウォール街——か
 ら区別する必要がある。銀行と証券、保険会社、とくに各州の規制が届か

(46) Anna di Robilant, *Populist Property Law*, 49 Conn. L. Rev. 935, 936-940, esp. 938-9, n. 16 (2017).

(47) 合衆国の「農民の神話」について Hofstadter はいう。「ロックの時代以来、土地は共有財であり、それに対してはすべての人が権利をもっていると主張すること——それはジェファソンが『大地を耕す基本的な権利』と呼んだものであったが——は、ごく標準的な論議であった。それによれば、確実な所有についての真の基準は、土地の占有と利用とであるから、土地の耕作に費やされた労働は土地に対する権利を与えるのであり、また政府は所有権を保護するために作られたのであるから、労働する土地所有者の所有権は、国家の助成と保護とを要求する特別の権利を持っているというのである。」R・ホーフスタッター (清水知久ほか訳) 『改革の時代——農民神話からニューディールへ』 24頁 (1967)。

(48) R. B. Nye, *Midwestern Progressive Politics: A Historical Study of its Origins and Development, 1870-1950*, at 205 (1959).

(49) 森村進『ロック所有論の再生』(1997)。

(50) cf. 森村『「大地の用益権は生きている人々に属する」：財産権と世代間正義についてのジェファソンの見解』『一橋法学』5巻3号(2006)。

(51) Alexander, *Commodity & Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought, 1776-1970*, at 31 (1997); Carol M. Rose, *Mahon Reconstructed: Why the Takings Issue is Still a Muddle*, 57 S. Cal. L. Rev. 561, 590-2 (1984); Robilant, *Populist Property Law* 938-9.

(52) Robilant, *Populist Property Law* 939. cf. Robilant, cit., 938, n. 15.

ず、かつここから資金を吸い上げるウォール街に対する不信感⁽⁵³⁾は、——上記の Jefferson 的土地観念、すなわち市民的徳性の基礎としての土地への執着⁽⁵⁴⁾とともに——世論の一方の極につねに位置している (Zacharias のいう「リベラル派」、Peritz らのいう「共和派」)。連邦レベルの銀行規制については、—— Brandeis も関与した⁽⁵⁵⁾——1913年の連邦準備制度法が「経済史上画期的事件」である、とさえいわれる (本法によって設けられた連邦準備制度委員会⁽⁵⁶⁾は、中央銀行ではなく「地域のもろもろの手形交換所の体系化」にすぎない)。Hamilton の憲法観に根拠をおく人びと—— Zacharias のいう「共和派」⁽⁵⁷⁾——が政権にとどまり続けるとは限らない。

(53) カンザス起源の Blue sky laws ——州の許可と財務状況の開示なしに株式・社債を取引することを禁じた——に即しつつ、L. M. Friedman, *American Law in the 20th Century* 163-4 (2002)。

(54) 農民団体は、homesteading、joint note cooperative (肥料等の代金の担保方法)、そして subtreasury (共同倉庫に預託した穀物の証券化による資金確保) によって万人のための経済的独立と安定性を求めた。この目的のために、改革者らと農民は、自由譲渡性への傾向を押し戻し、かつての封建的 property 法——たとえば譲渡性制限や債権者 [差し押さえ] の免除——をふたたび導入した。これがホームステッドである。Robilant, *Populist Property Law* 939 & 965-71. 注90参照。

(55) T. C. McCraw, *Prophets of Regulation* 113 (1984). Brandeis が『他人の資金 Other People's Money』(1914) を出版したのも、これがきっかけであった。Cit 113-4. 「Brandeis の論文は連邦準備制度法を支持する世論をかき立て、1914年に一書にまとめ Other People's Money として上梓したことは、大企業に向けられた規制の努力に対する新しい関心を喚起した。」以下「McCraw」と引用。

(56) L. M. Friedman, *American Law in the 20th Century* 68 (2002)。

(57) リベラル派と共和派の対立——本文に言及したとおり、Jefferson と Hamilton との憲法ヴィジョンの対立にさかのぼる——については、L. S. Zacharias, *Repaving the Brandeis Way: The Decline of Developmental Property*, 82 *Nw. U. L. Rev.* 596, 618, n. 1 (1988) 参照。以下たんに、「Zacharias」として引用。以下、Zacharias, *Reframing the Constitution: Brandeis, Facts, and the Nation's Deliberative Process*, 20 *J. Juris* 327 (2013) も参照する。こちらは原則として「Zacharias, Reframing」として引用。

両派は以下3点では一致する。すなわち、第1に、両者ともに、人間の企て enterprise の価値を信じていた。第2に、市場は二重の機能をいとなむ。一方で個人の自由を社会的に有用な努力に適合させる。他方これと同時に、個人の industry の見返りを平等に分配する。第3に、民主主義の実践的徳性を両者ともに理解していた。いいかえれば、政治的・法律的過程における平等取り扱い、法の支配への尊重の念を生

フロンティアの消滅とともに、——もはや A. Tocqueville がいうようなクラブや協会ではなく——経済的利益をめぐる各種の団結が広がる。労働者、農民、中小事業主の団体がそれである。これらの団結は資本の団体——トラスト——⁽⁵⁸⁾に対して闘争を挑む。

個人の自由と公権力の関係も変わる。「契約の自由 freedom of contract は、かつては脅威であった主権に対する個人の盾として概念化されたが、いまや多数決制の政府に対する強力な私的利益に武器を供給している。同時に、苦しむ中小事業主の階級は、賃労働者の増大しつつある階級とともに、広く普及した所有と私有財産に基礎づけられた政治的自由、という共和主義的イメージを打ち壊しているように思われた。政治経済のための基礎としての契約の自由は、もはや共和国市民の間に増大しつつある不平等の重みを支えきれなかった」⁽⁵⁹⁾(傍点引用者)。

Horwitz に依拠しつつ、Alexander は述べている。プログレッシブとリアリストは、property に関する古典的な自由主義的観念の批判という共通の

む。しかるに、両者は property とその憲法上の機能についてたもとを分かった。

共和派にとって、property は「市民」を発展させる機会を意味していた。property の果実は市民に対し市場への参入を許す。市場で彼らは経済的に合理的な仕方であるまうことを学ぶ。そのように陶冶されて、市民はその property を「責任をもって」耕作し、こうして一般的な経済成長を保証するだろう。さらに property は市民を共同体の成員にする。共同体のなかで、彼らは社会的、政治的責任への必要性を経験するだろう。反対に、この経験は、個人に対し、一般的社会的調和を自らの狭小な自己利益とつりあわせるだろう。共和派は、その構想したような個人的発展を達成するためには、国家 [州 : state] のなかに実質的かつ形式的平等をある程度実現する手段をみいだした。

しかるにリベラル派は、個人の市民的発展について懐疑的であった。むしろ彼らは私有の property 権を純粋に手段としてとらえた。すなわち、社会的有益性を促進し、民主主義的支配の恣意性に対して個人の自律を維持することのできる手段として。この点でリベラル派は、公権力を功利主義的目的達成に限定する私的 property という憲法的観念に依拠していた。Zacharias, *Repaving the Brandeis Way : The Decline of Developmental Property*, 82 Nw. U. L. Rev. 596, 618-9 (1988).

(58) L. M. Friedman, *A History of American Law* 254-6 (3rd ed., 2005).

(59) R. J. R. Peritz, *Competition Policy in America, 1888-1992*, at 11 (1996); Zacharias, *Repaving the Brandeis Way : The Decline of Developmental Property*, 82 Nw. U. L. Rev. 596, 619-620 (1988).

企てに身を投じた。経済学者は「見えざる手」を「市場における企業家 human agency の中心のかつ非還元的役割」によって取って代えた。⁽⁶⁰⁾同様に、property は、人と物との非社会的関係という視点ではなく、所有がどのように諸個人間の関係に対して影響を及ぼすか、という視点から、もっともよく理解される。Hohfeld (1879-1918) や A. Corbin (1874-1967)、W. W. Cook (1873-1943) らは、上記の「諸権利の束」としての property のメタファーを普及させた。これを引き継いだのは初期のリアリストである。⁽⁶¹⁾

それでは、ここでドイツの「社会化」に相当するものは何か。

第1点についていえば、哲学者兼法学者 Morris Cohen (1880-1949)——⁽⁶²⁾Felix Cohen (1907-1953) の父——は1927年に述べている。「物に対する支配 dominion は、われわれの同胞に対する支配 imperium でもあることを看過してはならない。／法の命令が所有者に対して与える、他人の生活に対する権力の程度は、法は単に人々の占有を保護するに過ぎないと考える人々によっては十分に評価されない。Property はそれ以上のものである。Property は、人々が何を取得するかを決める。こうして、地主の所有権を保護することは地代取権を与えることであり、鉄道会社や公益事業体の所有権を保護することは一定の対価を要求する権利を与えることである。だから土地や機械の所有権は、——地代、利潤その他を引き出す権利と一緒に——将来生ずべき物の分配を決める。いいかえれば、さまざまな諸個人が取得すべき物の分け前 share がどれだけかを決める。⁽⁶³⁾……／この観点からみると、裁判

(60) この一文は、Id., *Commodity & Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought, 1776-1970*, at 316-8 (1997) の要約である。

(61) Id., *Commodity & Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought, 1776-1970*, at 312 & 319 (1997). ホーウィッツ (樋口訳) 「財産権概念の革新的変容」、同『現代アメリカ法の歴史』184-213頁、とくに211-3頁、198-9頁、そして206-211頁 (1996)。

(62) Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 *Cornell L. Q.* 8, 13 (1927).

(63) 省略部分はこうである。「消費されたり他の物を生産するのに用いられたりする物の平均的寿命は大変短い。だから、法が、もし単に一人の占有だけを保護し、新しい物の取得を規律しないならば、この法はほとんど無益である。」

所がガス会社に対して投資について 6 パーセントの利益を受ける権利があると判示するとき、それはたんに既存の所有権を保護しているだけではなく、将来における社会的産物の一定割合も一定要件のもとでこの会社が受ける、と述べていることはみやすい道理である。したがって、中世の領主ばかりか、収益を生み出す所有権もすべて、実は法によって将来の社会的産物に対する課税権を与えられている。多数の経済的弱者らの労務を命じる権力にこの課税権が加わると、ここにあるのは政治的主権を歴史的に形づくっていたものの本質なのである。」

ここにいう課税権は Renner のいう地代名義や剰余価値名義に相当するだろう。だが、ここで注目されるのは、Renner が所有権の収益権への転落に注目するのに対して、Cohen にとって重要なのは所有権が「課税権」すら含む、ということである。D. Tsuk は述べている。「プロGRESSIVEの法学者（およびその追隨者であるリアリスト）によると、個人権の非強制的な私的領域と国家 [州] 規制の強制的な公的領域という、かつて想定された區別は、根本的に誤りであった。なぜなら、私的当事者間のあらゆる関係は、国家 [州] による契約法と property 法の存在と実現とを前提とするから。私法は、規制の公法の一形式である。property 権は政府が誰かに対し、収入を所有者に与えるように強制する一手段⁽⁶⁴⁾である。」以上の帰結として、州は、property 権の内容を、ポリス・パワーにもとづいて、法律で定めることができる。⁽⁶⁵⁾

(64) Dalia Tsuk, *From Pluralism to Individualism : Berle and Means and 20th-Century American Legal Thought*, 30 *Law & Soc. Inquiry* 179, 189 (2005). 彼女はつづける。市場は政策、正義、正と不正に関する支配的判断を反映する社会的構築物であった。たとえしばしば無意識的だったり十分分節化されていなかったりしたとしても。

(65) 「…国家 [州] は、個人権が効率的となり公害をもたらさないように、介入する必要がある。誰かに対してその property についてその望むところを絶対的に許し、騒音、悪臭、火災の危険を生じさせることは、property を一般的な無価値状態におくことである。真に効率的であるためには、property 権は所有者側に対する制限や積極的義務によって支持されなければならない、[これは] property の本質である、他人を排除する権利同様に、国家 [州] によって実現されるべきである。」Cohen, *Property and*

第2点、すなわち企業所有についてはどうか。ここでも同様のことがあてはまる。すなわち、A. A. Berle & G. Meansに先立って「所有と経営の分離」を指摘したといわれる T. Veblen は、Zachariasによると、1923年の『近年における不在所有と営利企業——アメリカの場合——』⁽⁶⁶⁾を初出とみる通説に反し、Veblenは1904年の『営利企業の理論』⁽⁶⁷⁾ですでに「所有と経営の分離」を論じている。Veblenは、小原敬士によると、つぎのように述べている。⁽⁶⁸⁾

Sovereignty, cit, 21.

(66) Absentee Ownership and Business Enterprise in Recent Times : the Case of America (1923). 大部分の翻訳として、ヴェブレン (橋本勝彦訳) 『アメリカ資本主義批判・世界全体主義大系11巻』(1940)がある。

(67) Zacharias 596.

ヴェブレン『企業の理論』(小原敬士訳) 139-140頁、208-212頁(1965)における所有と経営の分離に関する記述は以下のとおりである。「企業の経営と所有との区別」には2つの場合がある。

第1に、所有権が優越する場合。この場合には勤労者(労働者)——この場合は経営者——が「産業の設備や過程を所有し指導することはない」。第2に、企業の決定権が「所有者」とは別の手に集中した場合。この場合は、「所有者の一般集団は、必然的に、非物質的な富の大きな保有者の決定権に依存する事実上の恩給取りの身分になってしまう。」小原訳210-1頁。

第2の傾向は、どのようにして生じるか。インフレと企業不況——「過剰生産にもとづく絶えざる利潤の低下」がその原因とみられた——とが周期性をもって繰り返すこと、「現代の経済的ドグマの一つの要点」のうち、不況に対してどのような対策を講じるか。この問題に答えることによってであった。すなわち、資本化額の低下による対策は景気回復にプレーキをかける点で限界がある。対策は結局「死にものぐるいのcutthroat」競争の排除、すなわち企業結合による独占に帰着する(いまひとつの対策、財貨の不生産的な消費の増加——回顧的に眺めればケインズ政策と第2次大戦に見える——はほとんど問題外である)。小原訳193-208頁。

しかるに、経営は「コミュニティの利益を代表する」(Berle & Means 後掲本文) 経営者の手中に移るか。本文に述べるように、そうではない。「株式会社金融の範囲が広くなればなるほど、その経営が財産の所有からますます遠く切り離されることは明らかである。…株式会社の方法が拡大するとともに、このような経営はふたたび、これらの無形資産の大量を所有する大企業者の手中に集中する」。小原訳139-140頁。

(68) 以下の本文については、小原敬士『ヴェブレンの社会経済思想』162-5頁、178-9頁、183-5頁(1966)参照。このほか、Veblenの「不在所有 absentee ownership」の概念については、坂井素思「不在所有・不在消費・不在生産の近代経済社会——ヴェブレン

Veblen は資本主義を機械過程（産業 industry）と利潤のための投資（営利 business）の二元論としてとらえる。「産業」の指導者は産業設備を所有し、「産業の将帥」と呼ばれ、「企業」の指導者は無形財産（普通株、のれん

ンの「不在」資本主義批判——』『放送大学研究年報』18号31頁（2000）（オンラインアクセス可能）がある。

A. Riechers, Das “Unternehmen an sich” : Die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts 183, n. 14 (1996) によると、Passow は、資本と支配の分離に関する文献として以下を掲げている、という。K. Marx, F. Engels, R. Ihering, Adolph Wagner, Ehrenberg などなど。Riechers 183 の本文中の記述によるとこうである。K. Marx とともに、Veblen, Absentee Ownership and Business Enterprise in Recent Times (1923) がこの傾向を主張した。しかし、この現象がより広い公衆に意識されるにいたるのは、Berle & Means 以後である、と。

もっとも、問題のとらえ方は本文にみるように Veblen と Berle & Means とでかなり異なっている。Berle & Means が「所有者＝一般投資家 対 経営者」という図式に立つのに対し、Veblen は「(19世紀後半以後興隆しつつある)所有者＝金融家(企業の将帥) 対 (没落しつつある)産業の将帥」という図式を示している。

D. Tsuk によると、経営者の権力強化と一般株主の弱体化に対して懸念を示したのはプログレッシブである。彼女は、W. Wilson (1910年)、Thomas Carver (1925年)、William Ripley (1927年)ら を挙げている (Veblen の『不在所有』(1923)についても言及されている)。Dalia Tsuk, From Pluralism to Individualism : Berle and Means and 20th-Century American Legal Thought, 30 Law & Soc. Inquiry 179, 186-7, n. 8 (2005). 以上のリストに企業家 R. Brookings も加えることができる。Brookings, Industrial Ownership : Its Economic and Social Significance 22-3 (1925).

「所有と経営の分離に対してはつぎのような異論が提起されうる。すなわち、利潤追求においてもっと無慈悲な、労働の合理的要求にもっと無関心な、そして所有者による property の経営よりも公衆に対する態度においてもっと貪欲な経営のタイプに帰着してきた、と。この抗議にいくらかの根拠があることは否定できない。けれども、この異論は現在議論しているタイプとはまったく異なるタイプの不在所有の観察にもとづいている。不在所有は、実際、工場が以下のような一個人や一族によって所有されるときは、直接所有よりも有害である。すなわち、経営者を選び、もし雇用主のために最大限の収益を保証しなければ解雇するとおどすような個人や一族である。しかるに、不在所有は、所有者が投資家の広範かつ急速に入れ替わっていく一団であるときは、自らの利己的利益を生み出すように圧力をかける能力においてはるかに小さく、…、他の産業から得られるのと同じ収益を受け取ることにはるかに甘んじている。アイルランドにおけるイギリスの不在地主やニューイングランドの綿糸工場のバーム・ビーチの所有者と同じく、労使関係の人的側面に関心をわずかしかもたないとしても、である。」Brookings, cit, 22-3.

その他)を保有し、「不在所有者 absentee owners」「企業の将帥」「特権階級」と呼ばれる。ここで一般投資家は考慮されていない。もっぱら Brandeis のいう「金融トラスト」が念頭に置かれている。

さて、機械制産業の発展とともに、「産業の将帥」はしだいに舞台から退き、「不在所有者」に席を譲る。「産業の将帥」は、19世紀半ばにはすでに、会社発起業者、金融界の大立者、株式会社金融業者に転身し、もしくはそれらのものによっておき換えられていた。しかるに、経営は、「産業の将帥」の手中から「コミュニティの利益を代表する」(Berle & Means 後出) 経営者の手に移るか。そうではない。19世紀末までに、金融界(営利)が産業体制(産業)の所有権を取得し、「不在所有者」となっていった。以上が Veblen の見方である。

ほとんど Veblen をなぞるように Cohen は述べている。「…産業または金融の支配にかかわる困難は、この支配者らは、その政策の現実の人的帰結に対するすべての責任をまぬかれることである。形式上は、雇用者はその使用人の健康とモラルに対して監督することができ、関心をもっていた。[これに対して、] いまや、所有者または株主は使用人のうちごくわずかのほかは人的接触を失ってしまった。こうして、人的要素は利潤目的に対して完全に従属してしまった。たとえば鉄道その他の事業が株価操作の利益のために運営されている場合のように、場合によっては、以上のことは産業的不効率をもたらす。大変しばしば、金融の将帥は他人の資金 other people's funds をコントロールすることによって権力を行使する。⁽⁶⁹⁾……/結論を出そう。われわれの property 法は、産業の将帥に対して、金融の将帥に対してはより多く⁽⁷⁰⁾さえも、主権的権力を与えているのである。」

(69) 彼は省略部分をこう続けている。「このことが際立って明らかになったのは、実態的にはわずかの株式のために、とはいえこれによって買主は大規模生命保険会社の資産をコントロールすることができる株式のために、数百万ドルが支払われたときである。Ripley 教授は最近、発起人と金融家がみずからはわずかの投資しかせずに大規模の産業企業をコントロールしているかもしれない、と指摘し、ウォール街に一泡吹かせた。」

(70) Morris Cohen, Property and Sovereignty, cit, 28-9.

以上の「不在所有」を打破しようとしたのが、Veblen⁽⁷¹⁾ その人や Brandeis である。

そして、所有と経営の分離、所有者と支配者の分離、「私的」「閉鎖的」「事業体」から「半ば公的な会社」への変化は、—— Brandeis の「熱心な崇拜者」かつ「被庇護者」—— Adolf Berle (1895-1971) が Gardiner Means とともに 1932 年に上梓した著作『現代株式会社と私有財産 The Modern Corporation and Private Property』⁽⁷²⁾ で主張された。1940 年には、『民主主義と金融』⁽⁷³⁾ で W. O. Douglas (1898-1980) が同様の見解を示すはずである。⁽⁷⁴⁾ Douglas は 1937 年に J. Landis (別稿) から証券取引委員会の委員長職を引き継ぎ、1939 年には Brandeis から連邦最高裁判事の職を引き継いでいた。1930-40 年代の以上 2 著に先立ち、Adam Smith は『諸国民の富』(1776) の

(71) 「アメリカその他の先進工業国における革命的転覆の問題は、実際問題としては、[かつての産業の将帥の再来によってではなくテクノクラートによって果たされる。すなわち] 技術者のギルドがなにをするかという問題に帰着する。実際、それは、この国の産業経営の決定権や責任が、特権階級 [不在所有者] を代弁する金融業者から、継続体としての産業体制を代表する技術者へと移ってゆくかどうかの問題である。…不在所有者の既得権が不可侵であるかぎり、金融的勢力——すなわち特権階級——は、依然として、この国の産業力を、かれら自身の利益のためにつかうであろう。そして、これらの既得権がなくなるときに、もしくは、それがなくなるかぎり、人民の物質的福祉の支配権は、技術者の手中に移るであろう。」ヴェブレン (小原訳)『技術者と価格体制』129-130 頁 (未来社、1962——原著 1921 年刊)。本書のこの前後で展開される思想「こそは、その後、アドルフ・バーリ、ガーディナー・ミーンズ、ジェイムズ・バーナムなどによって代表された『所有と経営の分離』という思想や、二〇世紀の三〇年代に一時盛んとなったテクノクラシー——技術的社会改良運動——の原型を形づくるものであった。」小原『ヴェブレンの社会経済思想』184 頁。

(72) Zacharias 605-6, n. 38.

(73) Zacharias 630.

(74) バーリ・ミーンズ (森杲訳)『現代株式会社と私有財産』3-11 頁 (2014)。

(75) Id., Democracy and Finance : The Addresses and Public Statements of William O. Douglas 14-6 (James Allen, ed., 1968). See further cit xii-xiii. 「…投資家らは広く散らばっている。経営者は、一般の証券所有者の自らに対する完全な依存の結果として、一種の封建的のゲヴェーレ feudal tenure を獲得する。」Cit 16. 傍点引用者。封建制と現代企業を類比する結果として、企業所有と土地所有を類比していると読めないわけではない。

なかですでにこう指摘している。

すなわち、「ジョイント・ストック会社の場合には、メンバーは、その出資持分の返還を会社に要求できない代わりに、時価で他人に譲渡できる。メンバーは持分を限度とする有限責任制で、だいたい配当をもらうだけであり、事業をやるのは理事会だから、ひじょうに大きな資本が集まる。ところが、理事会は、他人の金 other people's money の管理人にすぎないから、⁽⁷⁶⁾ どうしてもこうした会社の運営には怠慢と浪費がつきものになる。」これが Brandeis の著書『他人の資金 Other People's Money and How the Bankers Use It』(1914) の書名にあえて用いられている。このことは、Brandeis が所有と経営の分離を遅くともこの前後には、—— Veblen の意味においてか、それとも Berle & Means の意味でか、はさておき——意識していたことの傍証になる。

さて、Berle & Means によれば、「私的事業体」の「半ば公的な会社」への変化は2面からの発展の帰結である。1つは工場制度の発展、もう1つは「革命というにふさわしい現代株式会社の発展」である。「現代の株式会社に投資した財産所有者は、彼の富を会社支配者に委ねるかぎりにおいて、自立的な所有者たる地位を、いわば単に資本に支払われる賃金の受取人たる地位に移しかえられたのである。⁽⁷⁷⁾」証券所有者が「産業の財産に及ぼす権力は、この財産の受益的所有権から——専門用語を用いずというと財産の果実を受け取る法的権利から——切り離されている。⁽⁷⁸⁾」「この制度のなかに、最後は社会主義や共産主義に行きつく移行局面をみた論者もいる。」⁽⁷⁹⁾ 本書は、J. Wang の指摘によれば、会社の規模拡大傾向自体の是認に帰着する。この点

(76) アダム・スミス（玉野井芳郎・田添京二・大河内暁男訳）『国富論（世界の名著 31）』514頁（1968）。H. Hovenkamp, Neoclassicism and the Separation of Ownership and Control, 4 Va L & Bus Rev. 373, 374 (2009). Hovenkamp は『国富論』の本文のくだりを「所有と経営の分離」に関する記述として論じている。

(77) 『現代株式会社と私有財産』5頁。

(78) 同書9頁。

(79) 同書4頁。

で、Hamilton 的である⁽⁸⁰⁾。

だが、彼らは第 3 の道を示すようにもみえる⁽⁸¹⁾。すなわち、「第三の選択肢が、会社活動の全面的に新しい概念を提供する。」所有者でも経営者でもなく、会社はコミュニティの利益を代表する。すなわち、「所有者の主張も支配者の主張も、コミュニティの優先的な利益に反してそれをなすことができない。…コミュニティの義務をはっきり確定する制度が作り出され、それが広く受容されるとき、その瞬間から今日の消極的財産権はより大なる社会の利益に道を譲らなければならない。…巨大株式会社の『支配者』が、純粋に中立的な技術家主義^{テクノクラシー}に発展を遂げて、コミュニティにかかわるさまざまな集団の主張にバランスをとり、私欲を基にするのではなく公共の政策に添って所得の流れを各集団に配分していく——そういう選択肢が考えられるし、株式会社制度が生き延びるにはそのことが不可避ではないかと思われるのである。」⁽⁸²⁾ この「経営者テーゼ」の洗練された版——踏み込んでいえば、Veblen に端を発するテクノクラシーテーゼの派生版⁽⁸³⁾——は、1930年代によく凝集し始める。Zacharias によると、『現代株式会社と私有財産』は、現代株式会社をアメリカ民主主義のリベラル派と共和派の包括的な 2 つのヴ

(80) 彼女によれば、Berle は Brandeis のプロGRESSIVEヴィズムをほとんど生まれながらに吸収した。Berle の父は 4 人の子に Brandeis の知性と活動を模範とするようながした。1916年ハーバードロースクールを卒業すると、Berle は、Brandeis の事務所に入所し、Brandeis のように改革志向の戦闘的法律家になることを夢みた。富と名声への欲求から、彼は会社(法)弁護士となった。とはいえ、人民の弁護士として、セツルメント運動と連絡を保っていた。Jessica Wang, Neo-Brandeisianism and the New Deal : Adolf A. Berle, Jr., William O. Douglas, and the Problem of Corporate Finance in the 1930s, 33 Seattle U. L. Rev. 1221, 1231 (2010). 『現代株式会社と私有財産』と『民主主義と金融』における bigness 問題については、Wang, cit, 1235-6 を参照せよ。

Walther Rathenau を引きつつ、『現代株式会社と私有財産』331-6頁はこの問題を論じる。

(81) 「みえる」と書いた理由はこうである。1930年代前半の Dodd との論争で、Berle は経営者を株主の受託者とみていた、と言われることがあるからである。注117参照。

(82) 『現代株式会社と私有財産』334-5頁。この部分は、Alexander, Commodity & Propriety 347 に引かれている。

(83) ヴェブレン (小原訳)『技術者と価格体制』等。上掲注71参照。

イジヨンのなかに統合する企てであった。⁽⁸⁴⁾

合衆国においては、所有と経営の分離ははっきり意識されている。だが、土地所有と企業所有の並行性はそれほど強く意識されない。土地所有における所有と利用の分離は注目を惹かない。たとえば上述の M. Cohen にとって、「課税権」の重点は、所有権の機能の変遷にではなく、——所有権の主権類似の権力のほかは——所有権が所有者にもたらず分け前 share に、いいかえれば使用価値ではなく交換価値としての性質にある。⁽⁸⁵⁾ 伝統的 property 概念——いいかえれば強制力から自由な私的領域にある自然権としての、アプリオリな property 概念——は、プログレッシブ的な property 概念——公法領域にあり、政策によって決まる property 概念——を経て、企業 property 概念へと変遷した。⁽⁸⁶⁾ Tsuk は上記のくだりを直接に承けつつ語っている。「このようにして、Berle & Means は論じている。すなわち、property —— ことに（伝統的 property とは似ても似つきさえしない）会社 property —— は、国家 [州] が政府以外の者による強制力の使用を許す一手段であったから、国家 [州] はこのような権力をコントロールする者に対し、公共的利益 public interest を促進するように求めることができた⁽⁸⁷⁾」、と。

(84) Zacharias 623. ジェネラル・エレクトリック会長 Owen D. Young —— 賠償問題をめぐる「ヤング案」にその名をとどめる —— は、現代株式会社の経営者は、株主、被用者、顧客らの相対立する要求を満たすことによって、説明責任を果たす、という原則を分節化した初めての人物の一人である。Zacharias 623-4, esp. 624, n. 130. Young は、Arthur Nussbaum の国際仲裁運動 —— 別稿に述べる —— に関与した。G. L. Ridgeway, *Merchants of Peace: Twenty Years through the International Chamber of Commerce, 1919-1938*, at 321-5 (1938).

(85) 彼は、明らかに Veblen の影響下に、産業や金融の将帥を封建領主と比較している。Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 *Cornell L. Q.* 8, 13-4 (1927).

(86) Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 *Cornell L. Q.* 8, 13 (1927).

(87) ホーウィッツ（樋口訳）『現代アメリカ法の歴史』184-5頁。

(88) property 把握の以上の変容は、Hohfeld を起点とする法的権利 legal rights 理解の変容に照応するようと思われる。Robert G. Bone, *Mapping the Boundaries of a Dispute: Conceptions of Ideal Lawsuit Structure from the Field Code to the Federal Rules*, 89 *Colum. L. Rev.* 1, 80-98 (1989).

(89) Tsuk, *From Pluralism*, cit, 189; ホーウィッツ（樋口訳）『現代アメリカ法の歴史』

ところで、ヨーロッパ（イギリスを含む）において、社会的性質をもつ土地と金融資本を、その規模を変えることなく「社会化」することは、それほどラディカルではない。土地は動産と違ってもともと有限な資源であるし、金融資本は高度に社会的な存在となっている。しかるに、とくに合衆国の場合、「社会化」に対する抵抗は非常に強い。⁽⁹⁰⁾「社会化」は大きなビジネスとこれを規制するだけの大きな政府を、裏を返せば共和主義の基礎である市民の地位の動揺を意味するからである。これを代表するのが、Jefferson 派である。経済は、農業から製造業へ、小企業から巨大企業へと急速に変化しつつ

206-211頁。

残念ながら、Tsuk は以上で所有権に関する記述を打ち切り、以後この論文の主題である、Berle & Means 著と H. Laski らの政治的多元主義との結びつき、この著作の後期ニューディールへの影響に立ち入ってしまう。

Alexander は、White (63頁 (214頁) 参照) 同様に、第 1 次大戦後のリアリストを大戦前のプロGRESSIVから区別する。両者を分けた要因として、「楽観主義や陽気さの感覚」の喪失のほかに、彼は、1920年代における合衆国企業の収益率低下、とくに大会社による市場支配の増大を挙げる。こうして、現代会社システムの成長は、ビジネスの文脈における私的 property の性質における根本的変化をもたらした。個人事業主という事業 property 所有者の伝統的イメージによると、事業主はその財産利用をコントロールすると同時に、みずからの決定の損益を刈り取る。このイメージは、時代錯誤的になっていた。事業 property のおもな所有はいまや受動的所有者、いいかえれば会社の株主である。この新しい property 所有者は、自らの財産をどう使用するかを決定することがなく、会社の取締役らにその経営を委ねる。これら取締役らに対し、株主はわずかの有効なコントロールしかもたないか、まったくコントロールをもたない。Id., *Commodity & Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought, 1776-1970*, at 332-3 (1997).

(90) まず農地についていえば、フロンティア消滅以前はむしろ買主保護（権原保険など）と譲渡抵当 mortgage 強化が課題である。19世紀末になると、[中西部] 農業州の選挙民は、間断なく州政府貸付、低利、実行手続の厳格化、そして簡易な消滅 [受け戻し redemption] ルールを求めて扇動をした。が、譲渡抵当投資の必要性が、その弱体化に対するブレーキとなった。Friedman, *History of American Law* 322 (3rd ed., 2005). 南部分益小作民は賃借人ではなく労働者である。Friedman 320-1. 注(54)参照。

つぎに連邦レベルの銀行規制は南北戦争時の戦時立法としてようやく実現する。Friedman 331.

これらに連邦レベルでも州レベルでも裁判所はほぼまったく関与していない。おもに州の立法者が活動した。

あった。だが、支配的なのは微温的な改革であった。「社会主義——経済への強い政府コントロール、大規模産業、金融などの公有化——は、あらゆる意味で合衆国のスタート地点とはなりえなかつた。⁽⁹¹⁾」「社会主義」——われわれのいう「社会化」——ではなく、トラスト征伐が合衆国の課題となつた。⁽⁹²⁾

ただひとつ例外がある。1912年大統領選挙には4人が立候補した。3人は反トラストを訴えた。しかるに、社会党候補 E. Debs だけはこう述べた。⁽⁹³⁾ 反トラスト法は、ばかげており、子どもじみている。トラストに火縄銃で戦うようなものである。「独占は確固とした存在である。問題は、われわれが人民の福祉のために独占を集团的に所有するか、それとも、Morgan、Rockefeller、Guggenheim、そして Carnegie 一族の権力、歓喜、そして栄光のために、私的に所有されるか、である。」Debs にとって解決は企業の——大規模性を保ったままでの——社会化であった。

(4) 問題の所在——2つのディレンマ——

本稿と別稿とでわれわれが直面しようとするのは、2つのディレンマである。

第1に、Brandeis における法と事実のディレンマ。彼にとって、事実と法、所与と構成、第1次法源と第2次法源はどのような関係に立つか。たとえば彼は有名な Brandeis 書面（正確には上告理由書）で事実を重視した、と説かれる。これは妥当だろうか。これらの問題は別稿で扱う。⁽⁹⁴⁾

第2に、彼における反モダニズムとモダニズムのディレンマ。いいかえれば、彼は Hamilton 的集権化——大きなビジネスと大きな政府、強大な連邦

(91) 水道や電力を公有する自治体は少なくない。が、多くの公益事業が私人の手中にあった。たとえば電話、電信、鉄道がそれである。Friedman, *American Law in the 20th Century* 58 (2002).

(92) Friedman, *American Law in the 20th Century* 58 (2002).

(93) Daniel A. Crane, All I Really Need to Know about Antitrust I Learned in 1912, 100 *Iowa L. Rev.* 2025, 2030 (2015).

(94) すでに触れた、Brandeis における法と事実に関する論文。注5参照。

——に与するのか、それとも Jefferson 的分権化——中小企業と小さな政府、州への権限留保（連邦憲法修正第10条）——に左袒するのか。第3の道はあるのか。ヨーマン的農民と独立した職人への Brandeis による Jefferson 的理想化を、モダニストであり、かつての Brandeis 崇拜者である H. Laski (1893-1950) は「高貴なロマン主義的時代錯誤」と呼ぶ。⁽⁹⁵⁾これを扱うのが本稿である。

(5) プロGRESSIVE ヴィズム

合衆国における政治上の PROGRESSIVE ヴィズムは、1890-1914年ごろに生じたといわれる。われわれが扱う、法学における PROGRESSIVE たちの運動——「社会学的法学」の運動——は、大体—— Pound の「人民の不满 Popular Dissatisfaction」⁽⁹⁶⁾講演の年——1906年にはじまり、1930年代にまたがっている。⁽⁹⁷⁾社会学的法学は、機械的法学——いわばフランス注釈学派やドイツ概念法学——の対立項である。White は PROGRESSIVE についてつぎのように語っている。⁽⁹⁹⁾「さまざまな仕方と程度とにおいて、政府の立法部と司法部とは、PROGRESSIVE によると、時代の必要性に応答していなかった。プログ

(95) Harold J. Laski, "Mr. Justice Brandeis," Harper's Magazine, 168 (January 1934), p. 216—Zacharias 604, n. 33 から孫引き。

(96) Id., The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, 29 Annu. Rep. A. B. A. 395 (1906).

(97) G. E. White, Patterns of American Legal Thought 103-6 (1978).

(98) cf. Carlos Petit, Harvard en Lyon : Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert, Temas de Filosofía del Derecho Universidad de Medellín Facultad de Derecho 184, 212 (Andrés Botero Bernal & Sergio Iván Estrada Vélez, eds., 2003). ここで彼は本文の対比を前提にしつつ、こう述べている。Lambert にとって、Pound のルール／スタンダードの区別は、注釈学派／科学学派の区別と重ねあわせがちであった。すなわち、「前世紀の形式主義批判（フランスの注釈、ドイツ概念法学、北アメリカの機械的法学）は、ネガティブな形で [standards, directives ではない形で]、règle に関する Lambert 的概念の暗号を潜めていた。」

(99) G. Edward White, Allocating Power between Agencies and Courts : The Legacy of Justice Brandeis, 1974 Duke L. J. 195, 198-9 (1974) ; id., Patterns of American Legal Thought 230-1 (1978).

レッシブの主張によれば、立法部は、とくに州レベルでは腐敗しており党派
的であり、公共を犠牲にしながら『特定利益 special interest』を促進してい
た。彼らは司法部をも非難した。司法部は社会変動から絶対的なほどに疎隔
しており、それゆえ20世紀初頭のアメリカにおける統治制度に突きつけられ
つつある新しい挑戦にも無頓着である、というのである。プログレッシブは
立法部における特定利益と闘うだけでなく、『機械的』法学から『社会学的』
法学への転換を求めるばかりでなく、規制機関の権限を拡大することによっ
ても以上の困難に対応しようとした。適切に組織され、人員を配置された行
政機関は、——と彼らは信じた——技術的専門性、開明性、中立性の融合を
包含する。これらは進展を続ける産業社会に取り付いた複雑な諸問題を解決
するのに必要なのである。以上のような非党派的機関を通じて、当時の『最
良の人々』が公的役務へと立ち戻ってくるだろう。このような制度の作用に
おいては、現代ビジネスマネジメントの練達か、誠実さとか高潔さといった
古めかしい特性と結び付けられる。」

property 概念の変遷、とくに政府規制の必要性の認識についてはすでに
言及した。しかるに、その反面にある行政国家現象について言えば、憲法に
定められた連邦議会の州際通商権限を根拠に、1887年以後、行政委員会が連
邦レベルでも設置される。そればかりではない。当初極端に限られていたそ
の対象領域、権限、委員会の数は次第に増大する。リアリストは民事訴訟も
面目を一新した行政委員会の手続をモデルに改革すべきだと主張し始めるだ
ろう。たとえば Brandeis は反トラスト法を所管する連邦取引委員会の設置
にかかわる（1912-4年）。彼は裁判所からの逃避を憂慮する。しかるに、司
法省反トラスト局長（1938-43年）であったリアリスト Thurman Arnold に
よれば、裁判所は、対審手続における審判者から会社更生や行政手続の監督
者へとその演じるべき役割を変えるか、さもなければ仲裁等の裁判外の手続
に道を譲るべきである。ここでは裁判所からの逃避は肯定的にとらえられて
いる。

「社会学的法学」とリアリズム法学と、プログレッシブとニューディーラ

一とのあいだには、上記のとおり、連続性と断絶との両面がみられる。以下とくに断絶面を取り上げよう。E.G. White によれば、「結局のところ、プログレッシブとニューディーラーの対立は、社会学的法学者とリアリストとの対立と同様に、⁽¹⁰⁰⁾ 道徳に対する相対主義的アプローチと絶対主義的アプローチとの対立に帰着する。」これに照応して、人類学的にグループ慣行を観察する行動科学が一世を風靡し、事実への注目——規範への懐疑——が顕著になる。この傾向は、White によると、第 1 次大戦によって戦前の「人間の最終⁽¹⁰¹⁾の運命に対する楽観主義や陽気さの感覚」が消滅したことに由来している。

(100) White, *Patterns of American Legal Thought* 132 (1978). 初出は、id., *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*, 58 Va. L. Rev. 999 (1972) である。

この相対主義がカトリック、とくにイエズス会によってヨーロッパの全体主義と重ねられ、非難されることによって運動は沈静化していった。Pound はこの動きにいち早く同調し、「あきらめの哲学 give-it-up philosophy」を論難する。が、リアリスト側もなかなか手ごわい。White は「プラグマティストから道徳主義的愛国主義者へのニューディーラーの変容は、それほど痛みをとまなわなかった。ことに、集権化された執行権は戦時に有用であり、戦争努力は国民経済の刺激剤になったから」と付け加えている。

(101) White, *Patterns* 116-8; Alexander, *Commodity & Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought, 1776-1970*, at 334 (1997). Alexander によると、プログレッシブが 19 世紀中葉の合理性に関する理想主義と自然主義を失っていたとしても依然道徳的、政治的価値は合理的に正当化できると信じたのに対し、リアリストにとって、法的、政治的、道徳的諸価値の合理的基礎に関するあからさまな懐疑主義が特徴的であった。

行動科学のいまひとつの傾向は心理学主義である。これに従う人びとの眼には、心理学は、裁判官の決定過程の研究に新しい側面を開くようにみえた。Hutcheson の有名な「勘 hunch」——理解の直観的、瞬間的ひらめき——理論はその展開である。White, cit 119-120.

ここでは、Llewellyn の統一商事法典が人類学主義によって、いかに言えば商人らのグループ慣行に着目することによって生まれた、という見解を紹介するにとどめる。A. R. Kamp, *Between-the-Wars Social Thought: Karl Llewellyn, Legal Realism, and the Uniform Commercial Code in Context*, 59 Alb. L. Rev. 325, 354-360 (1995).

2 Brandeis ——「大規模性 bigness」と「不在所有」——

(1) 生き立ち

Brandeis の両親は、1848年プラハで結婚した。2月革命がオーストリア・ハンガリー二重帝国を含むヨーロッパ中を席卷したことはよく知られている。革命挫折後、これに対して同情的であり、かつ仕事のなかなか見つからなかった機械技師の父は、「政治的、市民的、そして宗教的自由」のあるアメリカへの移住を決断した。1851年ケンタッキー州ルイズヴィルに居を定め、彼の父は穀物卸業に着手し、成功を収めた。Louis（以下「Brandeis」と呼ぶ）は1856年11月13日に生まれた。Brandeis はユダヤ教徒としては育てられなかった。両親は、ユダヤ教に内在する高い倫理的基準と信じたものにもとづいた世俗的人道主義を実践していた。不況にともない、1873年、家族とともにヨーロッパに渡り、Brandeis はドレスデンのアンネン Annen レアルシューレに通う。家族は1875年5月に帰国し、Brandeis のロー・スクール入学準備のためにマサチューセッツ州に滞在した。Brandeis は無事合格する。

当時ハーバードを支配していたのは、「ケース・メソッド」にもとづく Langdell 主義であった。Sturm はいう。Brandeis 「は…事実にもとづく社会学的法学を定式化するのに寄与したと認められている。／Brandeis は幸運にも C. C. Langdell が学部長であり法が合衆国で教えられる仕方が革命的变化を遂げようとするとき、ハーバードに通った。」⁽¹⁰²⁾ 前段は正しい。だが、後段は誤りである。「形式主義は C. C. Langdell とその弟子らと同一視されるが、保守的司法部によって利用された。そして、南北戦争後の産業的拡大の社会的諸帰結を緩和するために練られたプログレッシブな社会立法を無効

(102) P. Sturm, ed., Brandeis on Democracy 47 (1995).

にはできなかったにしても侵食しようとした。形式主義、いいかえれば『機械的法学』[「社会学的法学」の反対項——R. Pound] は、第1次大戦まえのプログレッシブ、たとえば Louis Brandeis、Robert Corwin や Roscoe Pound による攻撃にさらされた。彼らは法改革の必要性を説いた。⁽¹⁰³⁾ だが、明らかに、Brandeis は Langdell 主義「法学と恋に落ちた。」⁽¹⁰⁴⁾ 最高裁判事就任後彼はワシントンで暮らすことになる。当地の書齋には 3 葉の肖像写真が掛けられていた。2 つはシオニズム指導者 Theodor Herzl のもの、1 つは Langdell のものであった。⁽¹⁰⁵⁾

Brandeis は、1875-1916年の41年間にわたり主としてボストンで弁護士として活動した。その社会運動へのかかわりゆえに「人民の弁護士 People's Attorney」——「会社弁護士」の対概念——との異名をとった（この対比は Brandeis 自身のもの）。1916年1月、大統領 Wilson は彼を最高裁判事に指名する。議会公聴会は1-5月の異例の長期にわたる。その反発は、反セミティズム——1910年ごろから Brandeis はシオニズムにかかわりつつあった——によりむしろ、その「唱えた政策」に向けられていた（むろん、反セミティズムも否定できない）。実際、Brandeis を支持する上院議員 T. J. Walsh は述べている。⁽¹⁰⁶⁾ 「この人物が犯した犯罪は、われわれの金融システムの上層にある人びとの不正を暴いたことにある。彼は富を畏敬したことが一度もない。…彼は偶像破壊者であり続けた」、と。いつから彼は「偶像破壊者」に

(103) J. H. Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science* 20 (1995).

(104) P. Sturm, *Louis D. Brandeis : Justice for the People 19-20* (1984). 以下「Sturm」と引用。

以上以外に、最近の文献として、M. I. Urofsky, *Louis D. Brandeis : A Life* (2009) が、日本語文献として丸田隆「世紀転換期のアメリカと若き法律家ブランドイス——『ソーシャル・リベラリズム法学』形成の時代」『甲南法学』27巻3・4号(1987)がある。前者もたんに「Urofsky」として引用する。なお、英語、日本語ともに文献はまったく網羅的ではない。引用はもっぱら、入手が可能だった等の理由にのみもとづいている。修正の機会をもちたい。

(105) Sturm 298.

(106) Sturm 294.

なったのだろうか。結論から言えば、転機は1892年に訪れた。Zacharias の示唆に従えば、この年から1914年のあいだに徐々に彼は変わっていった。⁽¹⁰⁷⁾

(2) 法観念の変化——1892年 Homestead 製鉄所ストライキ——

McCraw とこれに従う Zacharias によれば⁽¹⁰⁸⁾1895年 [Sturm によれば1892年] のマサチューセッツ工科大学（以下「MIT」）のビジネス法のコースについて、Sturm は述べている。「もともと構想されたコースは、法の本性に関する抽象的講義として始まった。Homestead [ペンシルヴァニア州ホームステッドのカーネギー製鉄所の1892年の] ストライキ以後に改訂され、ケースブックは『労働と資本の法律上の関係』という表題をもつ章とともに始まった。Langdell のもとにおけるハーバードの訓練は、今回の出来事によって新しい意味を与えられた。法は、社会条件の変化を反映しつつ、動的な存在であり、20世紀の法は、高度に集中された資本という新しい現象に歩調を合わせなければならなかった。少なくとも真に道徳的であろうとするならばである。[シオニスト運動仲間の哲学者] Horace Kallen が注記したように、Homestead のストライキは Brandeis に対して、リーガリズムか道徳かを選択することを強いたのである。」⁽¹⁰⁹⁾

彼はどのような「道徳」的立場に立つにいたったのだろうか。その13年後 [16年後]、1908年の Brandeis は、「産業」生命保険——私企業による事実上の労働者年金——改革に成功したばかりであった。⁽¹¹⁰⁾彼はことに、「労働と資本の啓蒙された代表者」が運動を成功に導くのに協力したことを喜んだ。Brandeis が信じたところによると、物の分かった資本主義は、[労働者と資本家の] 両グループのために協力できる。ことに共通の敵であるトラストとの彼の闘いに加わるときにはそうである。一緒になれば、労働と資本は州の

(107) Zacharias 618.

(108) Zacharias 614 & 631.

(109) Sturm 95-6.

(110) 大西清彦「生命保険会社と財務公開——ブランドイスの生命保険批判を中心に——」『北海道情報大学紀要』1号81頁（1990）。

保険制度を無用のものにできる。これは、民主主義と脱集権化のための偉大な勝利であった。この種の協力は、将来さらに、ことに失業保険の方向に押し進められなければならない。Brandeis の予言に従えば、「保険の広い普及は、現存の産業上の害悪と社会的不満を救済する方向に歩を進めることになるだろう。」⁽¹¹¹⁾ 労働と資本の「共有された利益」への視点は彼の終生の関心事でありつづけるだろう。

さて、1892年に戻ろう。Brandeis の顧客は大部分、靴とか用紙を作る中小製造業者か小売商人であった。労働運動の成長、法律家を顧問かつ訴訟代理人ととらえる Brandeis の見方、そして [アイルランド系] カトリックへの関心⁽¹¹²⁾を前提にすれば、その顧客の抱える労働問題が彼の注意を惹くことは避けられなかった。Brandeis が両親から受け継いだ遺産のひとつは、聖職者であってもなくても、個人の神に対する畏敬の念であった。彼は、すべての個人は平等であり、これを用いる能力をもっている、という点で、Jefferson に同意していた。

1895年に (Sturm によれば1892年に)、Brandeis はビジネス法ののコースのためのノートを完成しつつあった。彼は一連の講義でコモン・ローがどのようにして産業と商業とともに進展していったか、を示そうとしていた。Brandeis はこう回顧する。「はしけに乗ったピンカートンの探偵らと土手のバリケードの背後の製鉄労働者のあいだの闘い」が新聞紙上に報じられた。スト破りの警護を命じられた探偵らは上陸を企て発砲した。⁽¹¹³⁾「私はすぐにこう悟った。コモン・ローは、もっと単純な生活条件にもとづいて組み立てられているから、現代工場制度の複雑な関係を調整するためには不十分な基礎

(111) Sturm 92-3.

(112) A. Lief, Brandeis : The Personal History of an American Ideal 32-3 (1936). 以下たんに「Lief」と引用。

(113) Lief 39-40. 実際には武装した探偵300人による襲撃によって7人の死者と多数の負傷者を出し、州兵8000人の投入によって鎮圧された。ピンカートンの悪名の相当部分がこのストライキに由来する。P. Kahan, The Homestead Strike : Labor, Violence, and American Industry (Critical Moments in American History) (2014).

しか与えられない、と。私はノートを放り出し、新しい視角から自分のテーマに接近した。MITにおける講義は、私自身のキャリアにおいて新しい時期を画した。⁽¹¹⁴⁾ Brandeis は「Homestead をきっかけに経済を学ぶようになった。」⁽¹¹⁵⁾ Zacharias は Brandeis に対する同世代の Th. Veblen (1857-1929) の影響について語る。彼は、——⁽¹¹⁶⁾1930年代前半のある論争における A. A. Berle の立場に一見したところ反して——⁽¹¹⁷⁾所有者と労働者の双方に対し、企

(114) Sturm 94-5.

(115) Lief 40.

(116) もともとは、Brandeis のもとロー・クラークである社会学者 D. Riesman の見解である。すなわち、Brandeis の『他人の資金』は Veblen の通俗版にすぎない、と。Zacharias 627.

(117) ハーバードローレビュー上で交わされた Berle と E. M. Dodd の論争で、Berle は経営者を株主の受託者ととらえ、しかるに Dodd はこれを全体としての企業 enterprise as a whole の受託者として受け止めた。Berle は1954年の The 20th Century Capitalist Revolution 169——バーリ (桜井信行訳) 『二十世紀資本主義革命』145頁 (東洋経済新報社、1956) ——でこう述べた。「論争は (少なくとも当面) Dodd 教授の主張にはっきりと有利に決着した」、と。Rierchers 182-3, esp. 183, n. 10.

Riechers の主張と異なって、Alexander によると、争点はこうであった。第1説は株主の優先的選好、いいかえれば利潤最大化に焦点を合わせ、経営者に対する厳格な法的コントロールを求めた。第2説は、しかるに、会社自発性 voluntarism、すなわち利潤最大化を犠牲にしつつ他の社会目的を追求し、経営者に対する法的コントロールの緩和を主張した。

Dodd は第2説を主張した。しかるに、Berle は第1説をとらない。

Alexander にいわせると、Berle の主張はこうである。

まず、所有と経営の分離の帰結として、私有財産はもはや経営者を規律する役割を担っていない。それゆえ、経営者は他の形態の法的コントロール——トラスト受託者に対してエクイティが課するコントロールに類似したコントロール——が必要である。

つぎに、Berle 自身は、第1説と第2説のあいだにある第3の道として、コミュニティに対する義務理論を提示した。ひとたび株主利益が十分に配慮されたら、コミュニティが他のグループの諸利益も同様に保護されることを求める。ここには公正賃金、雇用の安定、公衆への合理的サービス、ビジネスの安定性が含まれる。会社は結局擬似的公的施設であり、その法的義務はこのような性質に一致しつつ定義されなければならない。

上記の1954年発言はあくまでも状況の事実上の変化——経営者の裁量性の増大——に対する譲歩にすぎない。よりよい方向への変化ではない。

けれども、Alexander による Berle の位置づけは両義的である。彼はいう。Berle は

業全体 business as a whole に関する責任をもつようにながすようになる。所有権はそのために有益 good⁽¹¹⁸⁾である。このような態度は雇用関係を越え、彼の思想全体を貫くことになるだろう。

(3) 裁判所に対する「人民の不満とその原因」

1912年、Th. Roosevelt は、その進歩党の綱領中に判決リコールを掲げ⁽¹¹⁹⁾た。州の最高裁が社会立法——最大労働時間や最低賃金、児童労働禁止等々を定める——を州憲法デュープロセス条項違反を理由に無効としたとき、一定要件のもとで、州民投票によってこの判決をリコールできる、というのである。これは労働者ら（アメリカ労働総同盟 AFL など）の要求、すなわち州憲法改正によって、裁判官のリコールの制度——知事や公職者だけでなく終身制の裁判官をも選任するだけでなく解任もできる、という制度——を打ちたてよ、という要求に対し、より微温的な判決リコールによって応えたものであった。Brandeis はその1916年の論文 Living Law で述べる。「1912年以來、裁判所に対する憤りは和らいだ。公衆の裁判所に対する態度におけるこの変化は裁判官の終身制における修正とか、州憲法修正とかのおかげではなく、1912年に数年先立って始まった運動のおかげである。この運動によって、ごく最近現存の社会的必要性を裁判所はよりよく評価するようになった。」⁽¹²⁰⁾

会社のために対抗的「責任スキーム」を描くにはいたらない。取締役に被用者や消費者の代表を含むように改革する提案を支持せず、経営の諸目的を正式に再定義することを求めなかった。Alexander cit 348-350.

(118) Zacharias 638 & 639, n. 200.

(119) Stephen Stagner, *The Recall of Judicial Decisions and the Due Process Debate*, 24 *Am. J. Legal Hist.* 257 (1980); William G. Ross, *A Muted Fury: Populists, Progressives, and Labor Unions Confront the Courts, 1890-1937* (1994). ほかに、L. D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* 207-223 (2004) と K. P. Miller, *Direct Democracy and the Courts 189-200* (2009) がある。

Daniel A. Crane, *All I Really Need to Know about Antitrust I Learned in 1912*, 100 *Iowa L. Rev.* 2025, 2035-6 (2015).

(120) Brandeis, *The Living Law*, 10 *Ill. L. Rev.* 461, 464 (1916).

しかし、この運動は十分ではない。労働者は裁判所による「契約自由」に対し、裁判官や判決のリコール、州憲法修正や廃止で闘った。しかるに、中小事業主は、裁判所からの逃避によって現に裁判所と法律家に対する不信感をあらわにしつつある。すなわち、事業者団体の委員会による仲裁によって、⁽¹²¹⁾である。

以上は救済策には違いない。たしかに、1935年に Arnold はいうだろう。「法からの逃避」としての仲裁のますます広範な利用は、「司法制度が多くの重要な類型の紛争を包摂できなかった、という不穏な事実を明らかにする」、⁽¹²²⁾と。だが、「過渡期」の思想家 Brandeis にとって、この救済策は十分ではない。「われわれが必要とするのは、裁判所を [他のものによって] 置き換えることではなく、より効率的な裁判の手段にすることである。」法律家についても同じことが当てはまる。「法律家を追い払うのではなく、彼をその公式または司法上の任務に適合させること」こそが真の救済である。法律家と裁判官を、法を生活へと調和させる職能を十分に果たすように適合させる課題は、法律の訓練を欠く人びとに必要な資格を与えるよりは達成の容易な仕事である。真の救済は何か。第1に、法律家と裁判官を行政的、準司法的作用の行使に慣れさせることにある。第2に、「弁護士と裁判官は、事実を具現化し、こんにちの諸問題を提示する経済学、社会学、そして政治学の研究」に携わらなければならない。こうすることによって、弁護士は「事件を裁判官の前に十分に提示」することができ、裁判官は「⁽¹²⁴⁾広範な無知と判断のゆがみの大きな危険」から免れることができる。

Brandeis の主張は1916年当時すでにそれほど奇異ではない。Morin も1924年の上記報告中で「立法者がより現実主義的に」なることに加え、「はるかに重要であるとはいえ、論争を引き起こすべき性質をもつ」改革とし

(121) Living Law 467-8.

(122) Mark Fenster, The Birth of a Logical System : Thurman Arnold and the Making of Modern Administrative Law, 84 Or. L. Rev. 69, 114-5 (2005).

(123) Zacharias, Reframing 365.

(124) Living Law 468-9 & 470.

て、「裁判官の知的形成の改革」を挙げているからである。Morin によれば、「事物と人々の直接的観察の科学的訓練に〔将来の裁判官らを〕服せしめること」が必要である。⁽¹²⁵⁾ Ewald は19世紀末以来の裁判の均衡への、すなわち利益衡量への傾斜について書いている。「裁判の社会化は、裁判を社会学化することを含意する。社会学こそは社会的裁判に対してそれが要求する客観性の諸条件を見出すことを可能にする」⁽¹²⁶⁾、と。これが大西洋の両岸で求められていたのである。

(4) 「新しいナショナリズム」と「新しい自由」

——「規制された独占」と「規制された競争」——

1912年選挙を闘った (E. Debs 以外の) 3人の候補者は、トラストと国家によるその規制という観点からみると、以下のように対立していた (詳細は別稿に述べる)。一方の極には司法部による規制を説く現職の Taft (共和党) がいる。Taft は司法部を高く評価していた。小さな政府。他方の極には、強力な執行部による直接規制を求める前職の Roosevelt (新しく進歩党 Progressive Party を結成) がいる。大きな政府と大企業の協力による、「新しいナショナリズム」を主張した。彼は司法部に対して強い不満をもっていた。中間にあった Wilson (民主党) は「新しい自由」を主張する。だが、Wilson には具体的な構想が欠けていた。Brandeis と会見するまで、彼のディレンマは、大きな政府 big government に訴えることなく大企業 big business とどう闘うか、であった。会見後彼が見出した答えは「規制された競争」—— Roosevelt の「規制された独占」(Brandeis の命名) の対——であった。⁽¹²⁷⁾

ニューディールは、その前半で Th. Roosevelt とその助言者 H. Croly の哲学 (「新しいナショナリズム New Nationalism」)⁽¹²⁸⁾ を、後半で W. Wilson とそ

(125) Morin, La crise 108-9 & 113-4 (1924).

(126) F. Ewald, L'Etat providence 472-3 (1986).

(127) Urofsky 384 & 343-4.

の顧問 L. Brandeis の思想（「新しい自由 New Freedom」）を反復したようにみえる。この点は多くの論者が指摘する⁽¹²⁹⁾。

後半を前半から分けた分水嶺は、ニューディール立法を突き崩す連邦最高裁判決が言い渡された1935年5月27日の「暗黒の木曜日」である。最高裁は、なかでも、Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford は譲渡抵当権の実行から農民を保護する——5年間の抵当モラトリアムを与える——Frazier-Lemke Act について、Schechter Poultry Co. v. United States は事業者団体に公正競争規約を作成する権限を与える——中小企業の事業者団体運動にカルテル結成を法律上容認する——全国産業復興法 National Industry Recovery Act（以下「NIRA」）について、それぞれ Brandeis を含む全員一致で違憲判断を下した。Frazier は Non-Partisan League 時代（後述）のノースダコタ知事、Lemke は同州法務総裁であった。とくに Schechter Poultry は人びとを「呆然とさせるほどの敗北」⁽¹³⁰⁾であった。Schechter Poultry については別稿に譲る。

(128) Roosevelt が大統領在任中とは異なって大きな政府による積極的政策を訴えるにいたった背景には、Croly, *Promise of American Life* (1909) がある。これを熟読することによって、Roosevelt はその「新しいナショナリズム」を形成していった。Urofsky, Brandeis 339.

(129) Urofsky 347-351.

(130) L. Friedman, *American Law in the 20th Century* 159. 彼は金融業についてこう説明する。概してニューディールの一貫性のなさは伝説的である。たとえば1934年の証券取引所法や連邦預金保険法は大企業 big business に好意的な面と敵対的な面を兼ね備えている。ニューディールたちは、経済を国有化しようとは思わなかった。金融を手なづけ、コントロールし、規制しただけであった。金融自身のために、そして国民のために。

第1のニューディールも第2のニューディールも共通の信念のうえに成り立っていた。すなわち、小商店、農場、でこぼこの個人の時代は過去のものとなった。大規模性 bigness は避けがたい運命である。包摂しコントロールするほかない、という信念。Cit. 166-7.

(5) Brandeis における「所有と経営の分離」問題

——1895年から1914年まで——

それでは、Brandeis 自身は、1935年にいたるまで、終始一貫して「新しい自由」の支持者かつ反金融トラスト money trust だったのだろうか。Brandeis は、多くの崇拜者を困惑させたように、大規模性 bigness がもはや不可避に見えてもなお、bigness の呪いにこだわりつづけ、トラストの解体を叫び、独立小生産者の社会を夢みつづけたのだろうか。⁽¹³¹⁾

すでに言及したように、1895年と—— Brandeis が Wilson 政権のもとで連邦取引委員会の設計図を引く（これは別稿）——1914年のあいだに、リベラル派—— Brandeis を含む——が把握していた、会社「問題」は、2つの大変重要な転機を迎えていた。

第1に、彼らは、市場の集中と大企業の相対的効率性を説いた。⁽¹³²⁾ 第2に、1914年までに、Brandeis を含む主要な改革者らは、こう信じるにいたった。すなわち、大会社は社会的に有益な競争当事者でありえた。だが、いまやそうではない、と。世紀転換期以来、とくに1904年に『⁽¹³³⁾ 営利企業の理論』が指摘して以来、リベラル思想は「所有と経営の分離」問題に向けられる。いいかえれば、所有から分離された大会社の取締役はその会社の収入とか価値を最大化するように、——ちょうど所有と利用（経営）の一致していた伝統的 property 所有者と同じように——、ふるまうことを期待されるか、という問題に向けられた。⁽¹³⁴⁾ Zacharias に従うかぎり、当時の合衆国の論者の一部には土地所有と企業所有を並行的にとらえる視点が息づいていたことになる。

企業集中を前に、もはや広く分散した所有（Hamilton 派）とか、生産性

(131) Zacharias 605-6.

(132) Zacharias 626.

(133) 注67参照。

(134) Zacharias 618.

増大をもたらす生産と分配の社会的有用性（Jefferson 派）といった前提は崩れてしまった。⁽¹³⁵⁾これを前提に、Brandeis はどのような解決案を提示したのだろうか。結論から言えば、所有権 property の社会性の主張——具体的には土地・資源の公有、および工場の労働者管理、企業の協同組合主義⁽¹³⁶⁾——である。労働者管理については、本稿は言及する暇がない。とくに1920年代大西洋の両岸で労働者の企業利益参加が論じられていた点を指摘するにとどめる。土地所有——土地と天然資源の公有——および企業所有——協同組合主義——についてはあとで触れる。ここでは、所有権の社会性に言及する。

Zacharias によると、Brandeis の思想は3段階を経て変遷している。⁽¹³⁷⁾第1に、1895年ノートにみられるように、トラストへの疑念と表裏をなしつつ、ドイツ的カルテルを支持し、第2に、1910年ごろ産業的結合の経済的効率性を理解し、最後に第3に、1912年大統領選挙キャンペーンにおいてトラスト経営者を非難する。すなわち、「経営者は、[個人としては] 好人物であり忠実であるかもしれない。しかし、コントロールからの所有の分離は、公益にとって致命的であることは明らかである。所有者の責任は欠落している」と。彼は付け加える。「トラストはアイルランドの⁽¹³⁸⁾道徳衰退を導いた条件と似た条件を示している。すなわち不在地主という条件を。」

(135) Zacharias 620-1.

(136) Sturm 159-195.

(137) 彼はこの点について典拠、たとえば著作、書簡や文書をまったく示さない。だが、Zacharias 602, n. 25 に膨大な書簡や文書に関する説明がある。他方、われわれにはこれらを参照している暇がない。さしあたりこれらを参照した結果である、と信じてよいと思われる。

(138) Brandeis, *The Regulation of Competition against the Regulation of Monopoly*, Brandeis, *The Curse of Bigness : Miscellaneous Papers of Louis D. Brandeis* 110-1 (G. K. Fraenkel, ed., 1934). 初出、1912年11月。そしてこう続ける。「もしトラスト所有者の責任があれば、莫大な利益を得ること——反面において労働者の過酷な労働条件と低賃金を意味する——など、ありえないはずである」と。ここには一見不整合があるかのように思われる。が、ここでトラスト所有者は一般株主ではなく金融トラストである。封建領主、不在地主、そして金融トラストが並行的にとらえられている。76頁（201頁）参照。

なお、以下本書は「Curse」として引用。

第 3 段階の 1913 年 11 月に彼は述べている。「製造業者はこのように語る。『私が製造するものは、私の property である。そのなかに私はみずからの経験を具体化し、これに私の評判を賭けるからである。私自身の努力によって、私は、自分にとってばかりでなく、消費者にも価値あるものを製造した。というのは、私はこの特定の商品につきのような品質を与えたからである。すなわち、消費者が望み、本来の包装のもとに私の商品を購入するときに消費者が受け取ることを期待することができなければならないような品質をである。望ましい品質を備えている、ということは、買主を探す製造業者にとって、商品を購入する消費者にとって存するのと同じだけの価値がある。消費者が私の商品の品質にだけでなく、その支払う価格の公正さにも信頼をおくことは本質的である。そして、品質と価格ともに保証された、製造物の適切かつ妥当な分配を達するためには、私は、再販売価格が切り下げられることを禁じる契約によって売らなければならない⁽¹³⁹⁾』」、と。価格設定の問題は別稿で扱う。以下順に Zacharias のいう第 1 段階から第 3 段階を跡づけよう。

第 1 に、1895 年の Brandeis は、一見したところ、大規模独占や「トラスト」が技術的優位をもち、より費用効果の効率的な生産者であるか、を疑っていた。しかるに、彼はカルテルの動態的効率性を信じていた。カルテルは、一産業における競争相手同士の協力的な水平的、垂直的統合（不統合）を容易にし、個別企業に規模の経済を与え、合理化をうながし、制度的安定性をもたらす。

第 2 に、1895-1910 年のあいだに、さまざまな問題——女性参政権、労働関係、ユダヤ人意識⁽¹⁴⁰⁾——に関する彼の見解は、劇的に変化する。そして、

(139) Brandeis, *Competition that Kills*, id., *Business — A Profession* 256 (1914). 初出、*Harper's Weekly*, Nov. 15, 1913. 本書は、以下のウェブサイトで閲覧できる (2018 年 9 月最終アクセス)。<https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d-brandeis-collection/business-a-profession-by-louis-d-brandeis>.

(140) Zacharias 626, n. 140. 順に Lief 183, 187-191 & 191 を参照。

1910年には厳密に経済的な根拠にもとづき、産業的結合の経済的効率性を理解する⁽¹⁴¹⁾。これは多数の改革者の辿った道に対応していた。

すなわち、1885年以前、彼らの多くは巨大なトラストは、——鉄道や一部の公益事業のような自然独占のほかは——長期的にみれば市場の力に屈服する、とみていた⁽¹⁴²⁾。しかるに、1905年までに、多数派は、大企業の技術的優位を意識し始める。彼らは独占企業を含む市場の効率性についてそれほど不安を抱かなくなる。むしろ、彼らは不公正な競争などによって規制を正当化⁽¹⁴³⁾した。

第3に、1912年ごろまでに、彼は所有と経営の分離現象に注目する。会社経営が物的設備の所有から切り離され無形財産（普通株やのれん）の保有者へと移るにつれ、無形財産保有者である「不在所有」⁽¹⁴⁴⁾（Veblen）＝「金融トラスト」⁽¹⁴⁵⁾（Brandeis）は、かつての「産業の将帥」を舞台から退かせ、一般投資家を「恩給取りの身分」⁽¹⁴⁵⁾に陥れるにいたる。反面で、産業経営を手中に握るにいたった金融トラストを、アイルランドの不在地主や封建領主同様の地位に押し上げる。彼らは「課税」権（Morris Cohen）をもつにいたる。

たしかに、—— Veblen によると——、不況・好況の循環、少なくとも不況にともなう混乱を軽減するために、いいかえれば過剰生産にもとづく絶えざる利潤低下に対する対策を講じるために、「死にものぐるいの」競争の排除、結局は企業結合が実際的である。これによって利潤を適正な水準に引き戻すことができるからである⁽¹⁴⁶⁾。

けれども、——1913年の Brandeis によると——、「独立の製造業者」や

(141) Zacharias 626.

(142) ホーウィッツ（樋口訳）「サンタ・クララ判決再考——法人理論の発展」『現代アメリカ法の歴史』98-100頁。この章は、いくつかのロー・レビューに載せられた論文の再録である。ここでは、Horwitz, Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory, 88 W. Va. L. Rev. 173 (1985) を参照した。

(143) ホーウィッツ（樋口訳）『現代アメリカ法の歴史』100-3頁。

(144) 注68参照。

(145) ヴェブレ（小原訳）『企業の理論』211頁。注67参照。

(146) ヴェブレ（小原訳）『企業の理論』199-210頁。

「中小の独立小売商人」は、徐々に「独占」——とくにチェーン・ストア——に取って代わられつつある。「中小の独立事業主が——何千人もの被用者を抱えつつ、不在所有と金融業者によるコントロール[との分離]とともに——われわれの民主主義に対する重大な危険を示している。⁽¹⁴⁷⁾」

Zacharias によれば、分離のディレンマは、最高裁判所の Santa Clara 判決 (1886) に結びついた。Santa Clara 判決そのものはしばらくおき、判例、学説の主流は、1880年代までの「パートナーシップ法に近い契約的概念」、ごく粗雑にいいかえれば組合契約説から1905年最高裁判決の「自然的実在説」に変化した。これは分離現象に照応する。というのは、「パートナーシップ」概念によれば会社は株主の所有権に還元され、取締役は株主の代理人であった。しかるに、「実在説」に従えば、取締役は会社自体と同視される。こういう理由によってである。第1次大戦ごろまでに、分離現象ゆえに、会社の規制からの自由を株主——「不在所有」者——の憲法上承認された所有権によって正当化することは難しくなっていたのである。⁽¹⁴⁹⁾

Zacharias によれば、大統領選挙キャンペーンの年、1912年ごろの対立図式はつぎのようなものであった。一方、最高裁は会社所有権をコントロールする取締役の権限に固執した。こうして会社は州の介入をまぬかれる。これが「自然的実在説」の意味である。他方、プログレッシブの改革者らは擬制説をとる。会社は州の規制権限に服する。⁽¹⁵⁰⁾ Zacharias によれば、会社をめぐって法と経済は乖離していた。法と経済を収斂させることは A. Berle などリ Aristot の仕事である。だが、所有と経営の分離のディレンマは、会社、さ

(147) Brandeis, *Competition that Kills*, id., *Business — A Profession* 236, 253.

(148) ホーウィッツ (樋口訳) 『現代アメリカ法の歴史』133頁。

(149) ホーウィッツ (樋口訳) 『現代アメリカ法の歴史』90-2頁、118-130頁。

(150) もっとも、ホーウィッツは別の見方を示唆する。これによると、「もしも初期の実在説の支持者の主要な目的が、個人の有する自然権を会社にまで及ぼすことだったとすれば、革新主義者たちは、それと対照的に、会社であれ個人であれ、すべての権利は州が創ったものだということを示そうとしていた。」ホーウィッツ (樋口訳) 『現代アメリカ法の歴史』131頁。会社はもはや実在説を楯に州による規制をまぬかれることはできない。

らにアメリカ民主主義をめぐるプロGRESSIVEの議論を伝える。この議論のなかにこそ、Brandeisは自己の地位を確保し、大規模性の呪いを説く。彼はたしかに、「所有者 property holders」たち、すなわち労働と資本、公益事業の投資家と消費者たちの「共有された利益」という「新しい意識」に目覚めていた。「公私の役職者に対して、説明責任を課する共通利益を明らかにする」⁽¹⁵³⁾ような意識にである。しかし、Morganの金融トラストへの強い憂慮のゆえに、寡頭制における経営者の競争というチェック・アンド・バランスへの洞察——E. H. Chamberlinの『独占競争の理論』（1932）やJ. Robinson『不完全競争の経済学』（1933）で論じられる⁽¹⁵⁴⁾——をもちえなかった。この洞察は彼の被庇護者世代、すなわちBerle, J. Landis, D. Lilienthalらのものである。

Brandeisには、独立製造業者らの19世紀の世界は回復できないことは分かっていた。にもかかわらず、彼は生産活動の視点から、いいかえればかつて所有権論が示していた視点から、社会的意識を再建しようとした。彼は、おもにつきぎのようにしてこれを企てた。第1に、現代産業社会において所有権を再定義し、第2に、かつての独立小生産者の社会——所有と利用が、彼らの利害や活動と社会全体の利害とが一致していた社会——に存在していた（と思われた）利害と権力との道徳的かつ経済的な均衡回復のために、これら諸権利を再分配することによって、⁽¹⁵⁵⁾である。

Brandeisによるpropertyの再定義はどんなものか。彼は競争しあう諸個人を「共有された利益」のなかに封じ込めようとした。Pensylvania Coal v.

(151) Zacharias 630 & 634-641.

(152) Zacharias 623 & 629.

(153) Zacharias 623.

(154) ZachariasはChamberlinやRobinsonへの明示的言及はしない。Chamberlinの『独占競争の理論』については、Rudolph Peritz, *Competition Policy in America, 1888-1992: History, Rhetoric, Law* 107-110 (1996)を参照。PeritzはRobinsonには言及しない。

(155) Zacharias 628-630.

Mahon では、土地の崩壊を防ぐために地下の石炭の採掘を禁じるペンシルヴァニア州立法 Kohler Act が連邦憲法修正第 5 条（収用条項）に反する⁽¹⁵⁶⁾か、が問題となった。Zacharias によれば、本判決における彼の反対意見は、この再定義をよく示している。

本件は C. Rose によると以下のような事件である。⁽¹⁵⁸⁾ Pennsylvania Coal 会社は、Mahon 夫人の父に対して、表層所有権を譲渡した。この契約によれば、会社は下層鉱物権をもち、譲受人は、表層崩落による会社に対するあらゆる請求権、とくに表層支持権を放棄した（Singer は値下げの可能性について語る）。表層の現所有者かつ地元の弁護士 Mahon と妻とは、いわば名目的原告として、⁽¹⁵⁹⁾採掘による土地の崩落、地上の自宅崩壊の危険を理由に、採掘の差止めを求めて訴えを提起した。というのは、表層所有権が譲渡された1878年から1910年代のあいだに、Scranton 市および一帯の 9 つの郡の人

(156) 正確に言えばこうである。すなわち、ペンシルヴァニアのコモン・ローは、3 つの不動産権 estates —— 第 1 に表層不動産権 an estate in the surface、第 2 に下層にある鉱物の財産権 an estate in the minerals below、第 3 に表層支持権 an estate in the support of the surface —— を承認していた。第 3 の権利は、採掘業者が負う表層を支持すべきコモン・ロー上の義務に由来する。この義務は、表層所有者との合意によって解消することができた。ペンシルヴァニア判例法は、—— Hohfeld の批判にもかかわらず —— 第 3 の目的について権利（または放棄）を認めていた。この第 3 の権利は、表層所有者と下層鉱物所有者以外の第三者に対して譲渡されることがあった。Rose, Mahon Reconstructed : Why the Takings Issue is Still a Muddle, 57 S. Cal. L. Rev. 561, 564, n. 16 (1984). Rose の解釈によると、いわゆる Kohler Act は表層所有権から第 3 の権利、すなわち支持権を切り離すことを「事実上」禁止した。

Kohler Act, 1921 Pa. Laws 1198 のテキストは、Hathi Trust で閲覧可能である。<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=njp.32101046869283;view=1up;seq=1202> この情報は、Pennsylvania State Archives の Jonathan R. Stayer 氏の教示による。E-mail from Mr. J. R. Stayer (November 28, 2018). 本法を参照すると問題は第 1 条をめぐって生じていることがわかる。

(157) Pennsylvania Coal Company v. Mahon et al., 260 U.S. 393, 419 (1922).

(158) Carol M. Rose, Mahon Reconstructed : Why the Takings Issue is Still a Muddle, 57 S. Cal. L. Rev. 561, 564-5 (1984).

(159) Lawrence M. Friedman, A Search for Seizure : Pennsylvania Coal Co. v. Mahon in Context, 4 Law & Hist. Rev. 1, 1-3 (1986).

口は100万人に達し、土地崩落はペンシルヴァニアの政治問題になっていたからである。支柱は石炭からなっていたから、「支柱盗み」も横行していた。1911年に検討委員会が設置され、1921年にKohler Actが制定された。

「1922年以前、収用条項はかなりの程度、文理どおりに解釈されていた。州または連邦の政府が公共の用のために property を収用するために、収用権限 eminent domain power を行使するとき、収用が認定される。…1887年の事件 *Muglar v. Kansas* は、…こう判示した。すなわち、誠実に公衆をあらゆる種類の害悪から保護するかぎり、property への権原の現実の『収用』に達し、所有者から所有権を奪うに至らないかぎり、法律は、property の憲法に反する収用には当たらない、と。…1922年、*Pennsylvania Coal* 事件⁽¹⁶⁰⁾において事情は一変した。」

O. W. Holmes らの多数意見は違憲の主張を容れた——もともと以前とは異なる構成によって。Zacharias によると、本件における問題は、州は地下層採掘権という新しい property 権を作り出す合意を承認すべきか、にある。Mahon は州法によってこの権利は消滅した、と主張した。多数意見を述べた Holmes と Brandeis が一致していたのは、いったん作り出された property 権は州の尊重に値し、所有者の権利を制約するには正当な目的がなければならない、ということである。以上が Zacharias の主張である。しかるに、C. Rose を含む多数説に従うと、本件の問題は、Kohler Act は修正第5条の補償のない収用にあたるか、それとも適法なポリス・パワーの行使か、にある。

Zacharias は述べる。Holmes によれば、Mahon は「クリーン・ハンド」ではない。州はこの立法によって州憲法によって与えられたポリス・パワーを⁽¹⁶¹⁾ 踏越した、と。ところで、Rose によると、Holmes は収用にあたるかにつ

(160) J. W. Singer, *Introduction to Property* 678 (§14.2.1) & 680 (§14.2.2) (2nd ed., 2005).

(161) *Pennsylvania Coal*, 260 U.S. 393, 414-5. Mahon は契約によって土地崩壊の危険を引き受けている。Zacharias によると、Holmes はこの点を強調する。すなわち、地下層採掘権を契約によって譲渡した Mahon は、あとにできた法律から利得を得るべきではな

いて、「価値低下」テスト⁽¹⁶²⁾を採用した。Claeys によると、Holmes は、自然権ではなく功利主義、より踏み込めば功利主義的衡量のアプローチをとった。property はもはや自然権ではなく、交換「価値」からなる。この価値は「黙示の制限」、いいかえれば政府介入に余地を与える制限に服する。政府は社会全体にとって公的価値をもつどんな目的をも追求する権限をもつことになっている。公的価値を維持するために、政府は property の私的使用を増加させ、減少させ、移転し、廃止さえすることができる⁽¹⁶³⁾。

Rose は Holmes 意見のはらむ問題点を指摘する⁽¹⁶⁴⁾。裁判所が関連性をもつ property を拡大すると、「価値低下」テストは判断基準とならない。広範な property の所有者は収用の訴えを起こすためには大きな価値低下を立証しなければならない。これに対し、property を多数の権利へと分割すれば、分割された権利は適法なポリス・パワーの行使ではなく補償を欠いた収用を受けたことになる。裁判所は、このようにして、本当に収用があったかを決めるために所有権の束をふたたび一体のものとして扱わなければならない。だが、そもそも何が関連性ある束なのだろうか、と。

しかるに、Brandeis はこう述べた⁽¹⁶⁵⁾。法廷意見 (Holmes 執筆) によれば、

い、と。

(162) 「一般法における以上のような変更についても補償しなくても、一定程度において、property に付随する価値が低下することがないときは、政府はほとんど [ポリス・パワー] を行使するとはいえない。長らく承認されてきたように、価値のなかには黙示の制限のもとで享受されているものもあり、これはポリス・パワーにゆずらなければならない。しかし、明らかに黙示の制限には限度がある。さもなければ契約条項やデュープロセス条項は無意味に帰するだろう。」 *Pennsylvania Coal Co v. Mahon*, 260 U.S. 393, 413 (1922).

(163) Eric R. Claeys, *Takings, Regulations, and Natural Property Rights*, 88 *Cornell L. Rev.* 1549, 1621 & 1622-3 (2003); ホーウィッツ (樋口訳) 『現代アメリカ法の歴史』184-8頁。

(164) Rose, cit 568. cf. Cit 567-8.

(165) *Pennsylvania Coal*, 260 U.S. 393, 419.

本件をめぐる Brandeis の Holmes に対する批判 (とくに Frankfurter に対してもらされた批判) については、Joseph F. DiMento, *Mining the Archives of Pennsylvania Coal: Heaps of Constitutional Mischief*, 11 *Journal of Legal History* 396, 415-8 (1990) 参照。

「ポリス・パワーの限界が超えられたかどうか、を決める考慮のための事実のひとつは、価値が結果的に下がったか、と言われる。そしてここで、[州法の] 制限が既存の所有権と契約を侵害した、というのである。けれども価値は相対的である。制限によって埋蔵されたままにされた[結果的に採掘を禁じられた] 石炭の価値を考慮するなら、われわれはこれを土地のその他の部分すべてと比較しなければならない。いいかえれば、石炭の価値とだけでなく、全 property の価値とも比較しなければならない。社会一般の人びと the public に対する所有者の権利は所有に対するその利益を表層と下層とに分けることによって増えることはない。部分に分けられた諸権利の合計は全体としての諸権利を超えることはない。土地所有者の財産権 estate は大きさに地核から天界にまで及ぶといわれることがある。しかし、私見によれば、誰もつぎのように主張することはないだろう。すなわち、表層から100フィート上層 [の空間] にある利益を売却することによって、州がそのポリス・パワーによって町の建造物の高さを制限するのを妨げることができる、と。そしてどうして、地下の権利の売買が州の権限を妨げることができる⁽¹⁶⁶⁾のか。」

Zacharias は述べる。概して property 権はいったん作り出されれば憲法の保護を受ける。けれども property 権の内容を決める権限、いいかえれば「全体」を示しその社会的性質を明らかにする権限は、つねに州に留保され

DiMento 論文によると、Holmes 意見に対して当時の首席裁判官 Taft の書簡が果たした役割が大きいことがわかる。Cit 406-8.

(166) Singer によると Holmes と Brandeis の対立点はおもに2点である。2点に関する Holmes の主張は以下のとおりである。第1点、私的権利に関していえば、表層支持権が高額であることである。第2点、公衆の利益についていえば、Kohler Act によって保護される公的利益が小さい、ということ、いいかえれば本法は Mahon だけを保護する点で軽微である、ということ、である。

Brandeis の第1点に対する反論は、本文にあるとおり、価値の相対性である。第2点について、彼は、かつての判例、Muglar のテスト (80頁 (197頁) 参照) の適用を主張した。すなわち、「公衆の健康、安全、またはモラルを、脅かされた危険から保護するために課せられた制約は取用ではない」、と (Mahon, 260 U.S. at 417)。Singer, Introduction to Property 683-4 (§14.2.2).

ている。Brandeis は私的価値の社会的有益性に関する伝統的前提を控えめに洗練したのである、と。われわれは Zacharias と違って多数説の Mahon 解釈に与する。とはいえ、Zacharias の見方を以下のように修正することによって受け入れることができる。すなわち、Holmes も Brandeis も——自然権的取用理論⁽¹⁶⁷⁾に反して——「価値低下」テストに同意する。けれども、Brandeis は何が関連性ある束であるか (C. Rose)、を取り上げた。そしてこれを州に委ねたのである、と。⁽¹⁶⁸⁾

Mahon の 5 年後、「没収 confiscation」に関連して、Morris Cohen は私的 property の絶対理論から相当理論⁽¹⁶⁹⁾を区別する。

以下でわれわれは、土地・資源と企業所有をめぐる Brandeis の見方に一瞥を加えるはずである。

(167) Claeys, Takings, cit 1622.

(168) Singer は、同じく衡量アプローチを取った Holmes と Brandeis を分けた点を以下のように要約している。すなわち、Kohler Act が Pennsylvania Coal 会社に対して、採掘した石炭のあった場所に、表層を支持するために全石炭の 2 パーセントの石炭からなる支柱を残すように求めた、としよう。ここで、Holmes はこの制定法は表層支持権の 100 パーセントの取用を生じた、と示唆する。これに反し、Brandeis にとって、この制定法は、鉱物財産権のうち 2 パーセントの取用を帰結したにすぎず、鉱物財産権、表層不動産権、表層支持権全部を合わせた価値のうちでもっと少ない比率の取用をもたらしたにすぎない、と。Singer, Introduction to Property 682 (§14.2.2). 以上の要約は、Rose の分析によって裏づけられるように思われる。

(169) 彼は語っている。補償のない正当な没収のさまざまな例は、私的 property の絶対理論とは相いれない。しかるに、私的 property の相当理論は、正当な没収と不当な没収のあいだに線を引くことを可能にする。…私が力説したいのは、もし大規模 property の所有者がその同胞市民たちの生活の支配者として見られる——そうみられるべきであるが——ならば、法は、公共の利益のために、彼の積極的義務に関する教説を展開するのに躊躇すべきでない、ということである。現代都市の共同住宅の所有者は、事実上公職者であって、あらゆる種類の積極的義務を負う。照明装置をつけ、屋根漏れがしないようにし、火災時の避難経路を確保し、…なければならない。そしてかれは法が規制しようとしつつある賃料によって補償を受ける。同様なのは、工場所有者の場合である。彼はあらゆる種類の安全器具、衛生装置を装備し、労働者が一定の明かり、空気その他を得られるように配慮しなければならない。Morris Cohen, Property and Sovereignty, 13 Cornell L. Q. 8, 26 (1927).

3 企業所有と土地所有

(1) ノースダコタの実験—— Non-Partisan League ——

1935年に抵当モラトリアム違憲判決が出された当時も、退潮しつつあったとはいえ、Non-Partisan League は上院議員を出していた。これが Frazier である（Lemke は下院議員である）。Lambert は1921年の著書でこの運動に注目していた。彼の反応はかなり同情的である。もと社会党員 A. C. Townley によって指導されたこの運動は、1916年に Frazier を知事に当選させ、州の下院を掌握した（上院は支配できなかった）。さまざまな立法がおこなわれた。女性参政権、学校補助金、鉄道料金値下げ、道路委員会、銀行預金保証、農業税減額等の税制改正⁽¹⁷⁰⁾。なかでも Lambert が注目したのは、州立農業信用銀行を設置する法律、および州が農業収穫物を保存し価値を保つための倉庫と工場を設立する法律である。立法部不信を原因として産業委員会が設けられるとともに、公務員のレファレンダム、イニシャティブの制度が1914年に採択されている。

判決リコールの制度—— Lambert によると実は微温的——とともに、1919年の憲法改正によってつぎの規定が設けられている（ラディカルな裁判官リコールの制度は認められていない）。「少なくとも裁判官のうち4名が賛

(170) Id., *Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* 106, n. 1-3 (1921)——「合衆国における裁判官の統治と社会立法に対する闘い——法律の合憲性に関する裁判所のコントロールのアメリカにおける経験——」。「裁判官による統治」、いかえれば他の2権と州の立法権に対する（州と連邦の）裁判官の優位が生じる諸問題については拙稿「ランベール『裁判官統治』」『国学院法学』56巻3号（2018）参照。このほかに、Lambert 編集リヨン比較法叢書の第21巻として、E. W. Burgess, *La "Nonpartisan League"* (1928) がある。

(171) R. B. Nye, *Midwestern Progressive Politics : A Historical Study of Its Origins and Development, 1870-1950*, at 313-9 (1951).

成しなければ、どのような場合であってもノースダコタの法律は違憲宣言されない」、と。州最高裁は 5 名の裁判官からなっていた。オハイオ州の場合と違い、ノースダコタの最高裁は少なくとも 1920 年当時においてはこの修正に賛成である。最高裁の J. E. Robinson 判事はこう語っている。「最近の憲法修正が示しているのは、州民が、裁判官は不可謬ではなく、州議会の法律さえも無効にする権力を制限することは妥当である、ということを理解するようになった、ということである」、と。⁽¹⁷²⁾そしてこの Robinson 判事は大きな論争を巻き起こした。Gény は科学学派の行き過ぎのひとつとして「よき裁判官」Magnaud 現象——同判事による衡平判決、たとえば労災後ただちに労働者に対して仮の賠償に対する権利を与え、1898 年労災補償法によって承認される以前に無過失の雇用主に労働者に対する責任を認める——⁽¹⁷³⁾に言及している。そして Lambert は「もと所長 Magnaud の好敵手」として、Robinson を挙げているのである（評価は差し控えている。少なくとも肯定的ではないと思われる）。⁽¹⁷⁴⁾

(2) 会社——協同組合主義——

Brandeis のプロGRESSIVE ヴィズムは、政府ばかりでなく産業でも、工場労働ばかりでなく株式所有についても、民主主義を実現しようとする情熱に結びついていた。長くなるが、Louis K. Liggett Co. et al. v. Lee, Comptroller, et al., 288 U.S. 517 (1933) における反対意見を聞こう。

「1931 年フロリダ法…は、一般に反チェーン・ストア法と呼ばれる種類の立法である。本法は州、郡、市町村による小売店の許可制を定める。このシステムのもとで、多数の税収を見込むことができる。しかし、収入の確保は、明らかに本法の目的ではない。その主要な目的は、チェーン・ストアの

(172) Katherine B. Fite & Louis Baruch Rubinstein, *Curbing the Supreme Court--State Experiences and Federal Proposals*, 35 Mich. L. Rev. 762, 779 (1937).

(173) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* Essai critique, tom II, 295 (No. 198) (1919).

(174) Lambert, *Gouvernement des juges* 34-5, n. 2.

競争から個人経営の独立して所有された小売店を保護することにある。本法は、チェーン・ストアを経済的障害に服せしめることによって、この目的を達しようとしている。この障害によって、彼らは州内から撤退するかもしれない。…

原告らはフロリダでもっぱら州内通商に従事する13の会社である。それぞれが（1つを除き）小売の店舗チェーンを州内にもち営業し、…ている。／もし州が信じるころによれば憂慮され経験されている損害に対する相当な保護が会社の免許を取り消すことなく確保されうるならば、…州がこの実験をすることを妨げるべき何か修正第14条にあるとは思われない。／フロリダ州民がチェーンストアの営業を妨げる企てにおいて賢明であるかどうかは、明らかに本裁判所の関与するところではない。私の所見に従えば、以上のような抑止を実現するために用いられる免許税の〔金額の〕違いが本質的に合理的か、…を考慮する必要もない。⁽¹⁷⁵⁾…

第2に、アメリカにおける会社の優位によってこの世代の人々はときに会社形態で事業をおこなう権利は市民固有のものであるかのようにふるまってきた。そして会社機構の自由かつ無制限の利用に付随する害悪をあたかもこれらの害悪は市民生活のまぬがれがたい対価であり、それゆえあきらめをもって引き受けるべき対価であるかのように受け入れてきた。…〔しかし、歴史上〕会社はある恐れゆえに否認されてきた。個人の自由と機会を侵食する恐れ、労働の資本への隷属の恐れ、独占の恐れゆえに。そして会社による資本の吸収、そしてその永続性が死手にもなう害悪に類似した害悪をもたらすかもしれない、という恐れゆえにである。⁽¹⁷⁶⁾…」死手は法人制度、とくに財団制度に対すとりわけ啓蒙思想の強い反感の原因の1つであった。⁽¹⁷⁷⁾

(175) 288 U.S. 517, 541-7.

(176) 288 U.S. 517, 548.

(177) たとえば『百科全書』における Turgot の記述。津田内匠訳「財団」『チュルゴ経済学著作集』33-40頁、とくに39頁（1962）参照。Saleilles, De la personnalité 264-7. Saleillesによると、Turgot は、財団とアソシアシオンを一貫して対比する。アソシアシオンが代表制、利害関係者による直接執行の体制であり、社員総会の議決に多くの事

第 2 点に言及する個所で彼が掲げるのは、Berle & Means の『現代株式会社と私有財産』、以下で引くのは Thorsten Veblen の『不在所有と営利企業』⁽¹⁷⁸⁾ (1923) である。さて、Brandeis は第 3 点に入る。「第 3 に、有能で傑出した学者らが描き出したのは、以上のようにして、事業会社の規模と活動に対するあらゆる制限を除去し、その取締役らに対し、かつて株主によって行使されていた広範な権限を与えることの経済的、社会的帰結である。この帰結は州によって計画されていたものではなく久しく疑問視されていなかった。…規模によって、会社は、かつて私的事業の遂行において個人らによって用いられた効率的手段に過ぎなかったのに、いまやある制度となった。この制度は、経済力の集中を生じ、いわゆる私企業はときどき州を支配しうるにいたる。…所有は支配から分離した。そしてこの分離によって富と権力との濫用を防いでいた抑制 checks の多くは取り除かれた。そして株式所有が不断に分散していくにつれ、かつて所有に結びついていた権力はますます少数人の手に集中されるようになった。このようにして引き起こされた、労働者、所有者、そして一般大衆の生活における変化は、根本的かつ広い射程をもつから、学者らは進化しつつある『会社システム』を封建制と比較するにいたっている。そして見識と経験を兼ね備えた他の人々は、この『文明生活の主人たる制度』⁽¹⁷⁹⁾ は金権支配に生活を委ねつつある、と主張する。」「…著作

項が留保される点でスイスのレファレンダムの仕方による直接執行であるのに対し、財団は官僚制の体制である。

(178) 288 U.S. 517, 560, n. 37 ; 288 U.S. 517, 564, n. 50. 本文の後の部分で出てくる「金権支配」の個所で引用されるのは、Veblen と W. Rathenau, *Die Neue Wirtschaft* (1918), pp. 78-41 である。288 U.S. 517, 565, n. 51.

なお、この部分はとくに一般著者と読者層によく知られている部分のようである。Sturm 341-2. 本判決は、Brandeis の論著や法廷意見からの抜粋集、Sturm, *Brandeis on Democracy* 148-153 ; Brandeis, *Curse* 161-179 ; Pollack, ed., *The Brandeis Reader : The Life and Contributions of Mr. Justice Louis D. Brandeis* 189-195 (1956) にも引かれる。

どういうわけか、Urofsky は Liggett の歴史的背景に立ち入るばかりで所有と経営の分離問題、ひいては協同組合主義に対する Brandeis の態度については沈黙している。

(179) 288 U.S. 517, 564-5.

家の他の者が示すところに従えば、これら巨大会社の成長と軌を一にして個人の資産の著しい集中が生じ、所得に結果的に生じた格差は、現在の不況の原因である。これが州がその会社法によって創造したフランケンシュタインの怪物である。⁽¹⁸⁰⁾ Brandeis は、すでに1914年刊の『他人の資金 Other People's Money』⁽¹⁸¹⁾ で以上とほぼ同旨を論じていた。

それでは Brandeis はどのような解決を与えるか。Brandeis はその反対意見を続ける。「州内通商の資本会社による支配を防ぐ目的で差別的課税を適用する州の権限は、経済的必要性によって左右されるのではない。この権限はアメリカ人のより広い権利に由来する。すなわち、彼らにとって望ましいと思われるような、社会経済諸制度を維持し、ときに打ち立てる権利である。そして同様に望ましくないと考える制度を終わらせる権利である。州は、条件が整うならば、大規模会社を公益事業会社に対して現在課されるのと同様のコントロールに服せしめることがありうる。あるいはまた、フロリダ市民は、州に事業に従事させることによって、巨大会社の支配をまぬかれるかもしれない。…しかし、会社支配をまぬがれようとするアメリカ人は、憲法上、他の社会経済的コントロール形態へと開かれている。われわれの伝統と希望により適合したコントロールである。彼らは協同組合の方途を選ぶ

(180) 288 U.S. 517, 566-7.

(181) 投資銀行家の機能は、本来の金融業務——企業に投資家の資金を仲介する banker-middleman としての業務——から持株会社の取締役へと転化する (Other People's Money 6-12)。「他人のお金」でボロい商売ができる。そのきっかけは、とくに会社倒産（または整理）である。こうして、鉄道、公益事業、産業の会社は投資銀行家に隷属する。これらの会社は投資銀行家に対して魅力的な価格で証券を供給する。そして有利に買われた商品は半ば売られたも同然である。しかし、これらの証券、株式の商人は、その商品を売る能力について最小限のリスクも引き受けるつもりがない。もし証券の買主と同時に証券発行者をコントロールできれば、投資銀行は実際「おいしい草刈場」と化すだろうし、彼らは実際そうしたのである。Cit 12-3. こうして、商業銀行は投資銀行に参入し、両者の壁は取り払われる (Cit 26-7)。「この参入 invasion は敵対的侵略ではない。競争相手は同盟者として、一国のビジネスをコントロールする、かつ『戦利品を分け合う』ために合力として相まみえる。同盟はさまざまな方法によって強固にされる。ここに、十全な『協力』が生まれる。そして、鉄道、公共サービス会社、産業の会社はますます完全な隷属に置かれる。」

かもしれない。それは修正第14条が保障しようとした自由と機会の平等とに直接に導く。この道ははっきりと開かれている。資本会社と協同組合とのあいだの、経済絶対主義と産業民主主義のあいだの根本的相違は、規制と課税とにおける差別を正当化するものとして、立法者と裁判所によって一般に受け入れられている。…／広く信じられているように、現存の失業は広く富の分配におけるはなはだしい不平等の結果である。少数者が巨大会社を通じて及ぼしたコントロールによって、個人のイニシヤティブと努力が麻痺させられ、創造力が害され、人間的幸福が減じられている。…そして、多数者による事業の責任および決定への参加を通じてのみ、アメリカ人は、自由の保持に本質的な道徳的知的発展を確保できる。…」

以上も『他人の資金 Other People's Money』で論じられていた。⁽¹⁸²⁾ Living Law でも彼は述べている。この50年間の「発明と発見は、男女をつらい仕事への隷属から [男性は過大な労働時間から、女性はこれに加え行為無能力から] 解放する可能性を作り出した。工場制度導入と事業会社の展開とともに、自由に対する新しい危険が生まれた。大規模な公的に所有された会社は小規模の私的に所有された企業に取って代わった。生産手段の所有は、労働者から雇用主へと移った。個人経営主と労務に関するその奉公人のあいだの個人的人的関係は消滅した。個別の契約は雇用者と被用者のあいだの地位の不平等ゆえにその存在理由を失った。被用者と雇用者に対する、団体交渉をともなった集団的關係が通例となった。というのは、これこそが労働者の保護にとって不可欠だったからである。」⁽¹⁸³⁾

論者らが提示する Brandeis の協同組合主義はいまひとつ具体的ではない。たとえば、もっとも具体的に思われる Sturm によると、スウェーデン、デンマーク、スイス、イングランドにおけるような消費者組合は、生活費を節約するだけでなくトラストに対して値下げを迫る点で評価される。デ

(182) 288 U.S. 517, 578-580. 傍点引用者。

(183) p. 213-223.

(184) Living Law 463.

ンマークはとくに注目を浴びていた。Brandeis は述べたという。「デンマークに行けるといふのに、どうしてロシアに行きたがるのか」と。彼は、消費者組合だけでなく、生産者組合、協同組合銀行、信用協同組合をも主張した。生産者組合は広く消費者組合に合流する。⁽¹⁸⁶⁾

(185) Daniel T. Rodgers, *Atlantic Crossings : Social Politics in a Progressive Era* 354 (1998).

(186) Sturm は、次いで、労働者の企業の経営参加・利益参加の問題について言及する。Sturm は協同組合主義と経営・利益参加または労働者管理とを混同しているようにも読めるが、その点はさておくことにしよう。Sturm 187.

彼女はこの部分で、Laborers as Directors with Boss Possible, Says Louis D. Brandeis, Interview, Boston Post, February 14, 1915 に依拠しつつ論述を進める (Sturm 187, 注では Sturm 446, n. 60)。幸い、この記事は Sturm, ed., *Brandeis on Democracy* 103-6 (1995) に抄録されている。これを抄訳しよう。

「労働者を大会社の取締役会に招き入れる問題は、…現在広く扱われなければならない。／このことは、単に一定数の労働者を取締役会に加えることによって実現されない。事業の共同経営によってもたらされなければならない。いいかえれば、労働者に対して、経営責任の実質的分け前を与えることによってである。

換言すれば、われわれは産業民主主義をもたらさなければならない。…もちろん、絶対主義的資本主義システムを産業民主主義のシステムへと移行させるのを実現することは難しい。しかし何とかやり遂げなければならず、現に練り上げられつつある。

今まで成し遂げられ、成し遂げられうることの人目を引く例は、協同組合によって示される。この組合は、イングランド、スコットランド、そしてヨーロッパの多くの地域で実現され、今アメリカでも発展しつつある。民主的社会 community では、われわれが自然的に望む条件によれば、資本が労働を雇うのではなく、労働が資本を雇い入れる。社会は、資本を雇う労働者によって仕えられるべきか、それとも私的または公的な、協同組合企業によって仕えられるべきか、である。これによって [そのいずれかによって]、社会はその需要を満たそうとする。…

イングランドにおける協同組合主義運動の、50年にわたる増大しつつある成功は、この方向で何を達成できるかを示している。それは、どの程度普通の労働者が民主的条件のもとで『大事業 Big Business』の経営者に成長していけるか、をも示している。

イングランドの『大事業』は、協同主義卸売組合 Co-operative Wholesale Society である。その年間売上高は現在大体1.5億ドル…である。ペンシルヴァニアとニューヨークセントラルを除くどのアメリカの鉄道の総売上高をも上回っている。／その事業は大変多様である。卸売、製造業、農業、工業、金融、保険、そして運送業を含んでいる。

…

そして組合によるどの購入もおして、以下の一般原則に従っている。国内であれ海外であれ、生産者のもとに直接赴け、と。…／だから、組合は、合衆国、カナダ、…に

(3) アラスカとパレスティナ——土地と資源の公有化——

Brandeis は土地と天然資源についても見解を披露している。アラスカとパレスティナがそれである。以下 Sturm が説くところを聞こう。⁽¹⁸⁷⁾

アラスカ地区 District of Alaska は、1912年によく準州となる（州昇格は1959年）。Taft 新政権下の1909年、Ballinger-Pinchot 論争が勃発して以⁽¹⁸⁸⁾

仕入れ係と倉庫をもっている。大陸とイギリスの港のあいだに蒸気船を所有している。重要な金融部門をもち、その組合員の財産と生命、傷害 person とに保険をかけている。／…

さて、この大事業の理事らはどのようにして選任されるか。とてつもない手腕をもつはずの指導的銀行家やその他の名士によってではなく、民主的に、いいかえれば組合業務の執行に関心を抱くすべての人びとによって、選ばれる。そして、…卸組合の理事選任に直接間接に権限をもつ人々の数は275万人にのぼる。というのは、卸組合の理事は小売組合の1899人の代表者によって選ばれ、小売組合はさらに地域の組合、すなわち消費者によって選ばれるからである。出資額に関係なく、一人一票の原則にもとづいてである。／…

われわれアメリカにある者は、協同組合理念にいたらなければならない。…経営と労働者は一つにならなければならない。なぜなら、効率的経営の諸原則は、労働のどの部分にも浸透しなければならないからである。」

上記インタビューの抄録は以上で終わっている。インタビューであるにしても、また内容が紹介に終始しやとりとめない——たとえば上記の協同組合主義と労働者参加の混同はすでに生じている——にしても、以上に示された見解はたしかに Brandeis のものである。

(187) アラスカについては、Sturm 138-145 を、パレスティナについては、Sturm 273-277 をそれぞれ参照した。

(188) 前任者 Roosevelt に対して自然保護をうながした森林局長 G. Pinchot とこれに無関心な Taft 新政権が任命した土地局長、のちに内務長官 R. A. Ballinger のあいだの紛争。1908年、土地局の Ballinger の背後には、Morgan-Guggenheim シンジケートがあった。彼らはアラスカの5000エーカーの政府所有地に、具体的にはそこに眠る石炭と森林に目をつけた。Ballinger の部下 Glavis は、私的グループにコントロールを移す準備として、Ballinger が土地を登録からはずしているのではないか、という疑念を抱いた。彼は辞任し、その後1909年に内務長官に抜擢される。8月に彼はアラスカの石炭埋蔵地を売りに出す、と告知した。Glavis はふたたび、疑念を抱く。Pinchot は Glavis に Taft に直接に連絡するように助言する。Taft は Ballinger にも Pinchot にもこの問題にもはや触れないように命じる。Taft はことが公になり、Taft の自然保護姿勢が疑われることを恐れていた。怒った Glavis は Collier's に連絡を取った。これが事件の発端で

来、アラスカは世論の注目を集めた。背景には前任者 Th. Roosevelt の自然保護および天然資源保護政策がある。Brandeis は友人 Norman Hapgood の編集する Collier's Weekly の顧問弁護士として事件に関与した。

Brandeis はこれをきっかけにアラスカの土地と天然資源の開発について構想を練り、友人の上院議員 Robert La Follette に長文の書簡を送る。⁽¹⁸⁹⁾これによると、Brandeis は Morgan-Guggenheim によるアラスカ開発への投資が実は土地投機を目的としているのではないかと警戒していた。彼の対案はこうである。第1に、土地は政府が所有する。第2に、土地は入植者と中小投資家—— Sturm に従えば「パイオニアら」——に貸与される。「土地や資源 property を利用する人びとに与える条件はきわめて寛大なものであるべきである。対価はごく小さなものである」。

第3に、「この条件には、できるかぎり低価格で運輸その他の施設を与えることによって、アラスカを人びとへと開く有利な外的諸条件が含まれる。⁽¹⁹⁰⁾」最初は、政府は運輸と公益事業を運営するほかに、石炭採掘所やアラスカ＝シアトル間の蒸気船航路を運営しなければならないだろう。この期間は短くなければならない。最小限の運送システムが設置され次第、これらの事業は私企業にゆだねられる。⁽¹⁹¹⁾「政府、すなわちアメリカ人民は、この投資をただちに回収しないし、してはならない。⁽¹⁹²⁾」

Brandeis が関心をもったのは、2つのグループの人びとである。第1はアメリカ国民、第2はアラスカのパイオニアである。第1のグループの利益は土地と資源の政府所有によって、第2グループの利益は大幅な自治によって、それぞれ擁護される。「アラスカの人々の社会的政治的諸条件にかかわ

ある。Sturm 132-3.

(189) Sturm 141-3. Letter from Brandeis to La Follette (July 29, 1911), Urofsky & Levy, eds., Letters of Louis D. Brandeis volume II 1907-1912 People's Attorney 467-472 (1972). La Follette については前出47頁 (230頁) 参照。

(190) Letter from Brandeis to Gifford Pinchot (July 29, 1911), Letters II 474.

(191) Letter from Brandeis to La Follette (July 29, 1922), Letters II 471.

(192) Letter from Brandeis to Gifford Pinchot (July 29, 1911), Letters II 474.

る問題は、アラスカの人々自身によって決められるべきである。彼らは、最
高度の自治 home rule を与えられるべきである。⁽¹⁹³⁾」

しかるに、パレスティナはどうか。パレスティナに彼が関与したのは、
シオニズム運動を通じてである。彼によれば、豊かなアラスカと狭小で貧し
いパレスティナは扱いが違う。アラスカは産業によって開発され、パレスチ
ナは農業によって維持される。だが、基本原則は同じである。土地・天然資
源の公有化とその住民への貸与である。

Brandeis のシオニズムは、イギリス在住のシオニズム指導者（のちイス
ラエル大統領）である C. Weizmann が主張するような東方ユダヤ人的ユダ
ヤ主義とは無縁であった。Brandeis にとってシオニズムは、プログレッシ
ヴィズムのユダヤ性への応用である。シオニズムは単に反セミティズムを解
決し、小規模のプログレッシブな国家を可能にするだろう。Brandeis の立
場は彼らには理解されなかった。⁽¹⁹⁴⁾

さて、Brandeis はつねにパレスティナは農業的であると考えてきた。彼
はパレスティナを「小カリフォルニア」と呼び、「そこに産業を打ち立てる
べきであるとしても、…われわれの希望は産業は農業に付随する、というこ
とである」と述べていた。彼は、Weizmann に対して警告していた。「われ
われは追求すべきは、第一義的にはあらゆる部門における農業である。産業
と商業は単に付随的であるべきであり、独立と国民的発展を保証するのに必
要な程度である」と。もともと都市の中間層であっても、移民は農民に変わ
らなければならない。

Brandeis が望んだ土地政策は、アラスカ開発について彼のとった態度に
照らせば、驚くに値しない。1918年6月25日にピッツバーグのアメリカシオ
ニスト連合 Federation of American Zionists 大会で、「シオニスト運動を当
初から導いてきた諸原則」に関するそのステートメントが全会一致で採択さ
れている。このステートメントは以下のとおりである。

(193) Letter from Brandeis to La Follette (July 29, 1911), Letters II 472.

(194) Sturm 264.

- 第1. われわれは人種、性別、信仰に関係なく、すべての住民の政治的、市民的平等を宣言する。
- 第2. パレスティナにおけるユダヤ人の国 National Home において、機会の平等を保障するために、われわれはつぎの政策に賛意を示す。すなわち、既存の権利を尊重しつつ、土地、あらゆる資源とあらゆる公益事業のすべての人民による所有 ownership と管理 control を確立する傾向にある政策にである。
- 第3. すべての人民によって所有され、または管理されたあらゆる土地は、開発と占有継続のための十全な機会を保証するような条件で貸与される。
- 第4. あらゆる農業、産業、商業、金融企業の組織において、可能なかぎり、協同組合主義が採用される。
- 第5. 無償の公教育…は、教育のすべての段階と分野とを包括する。
- 第6. ヘブライ語、すなわちユダヤ人の国民言語は公教育の手段となる。

これに先立ち、Brandeis は Weizmann に書き送っている。「土地、水利権または資源の私人による取得や公益事業の運営権譲渡 concession を防止するために、最大限の監視が必要である。これらのものは、ユダヤのすべての人びとのために保障されなければならない。いいかえれば、以上と同じく、資本主義的搾取の可能性は阻止されなければならない。…そして、あらゆる種類の協同組合的企業を支援することが不可欠である⁽¹⁹⁵⁾」、と。この綱領は一見奇妙である。確信的資本主義擁護者かつ Jefferson 主義者としては、である。しかし、Brandeis は Jefferson 主義を20世紀にもたらすことだけでなく、特定地域にこれを適用することにも関心を抱いていた。パレスティナは合衆国ではない。その土地と資源は限られている。入植の歴史は、資本主

(195) Letter from Brandeis to Chaim Weizmann (January 13, 1918), Urofsky & Levy, eds., *Letters of Louis D. Brandeis*, vol. IV 1916-1921 : Mr. Justice Brandeis, 335 (1975).

編者らはこう注記している。「以上をアラスカ準州の開発に関する Brandeis の見解と比較せよ。これは、Letter from Brandeis to La Follette (29 Jul. 1911) と Letter from Brandeis to Pinchot (29 Jul. 1911) とに現れている。」Cit 335-6.

義企業よりむしろ共同所有である。…

土地は全人民によって所有されるか管理される。けれども、第一次的には協同組合——たとえばキブツとか共同農場 moshavim ——に対して、同様に、Brandeis が可能性を信じた消費者協同組合に対して、「貸与される」。資源と公益事業の人民による管理は、Brandeis のプログレッシヴィズム、ボストンにおける、Pinchot-Ballinger 事件における闘いの反映であった。ユダヤ人国 National Home は真の民主主義として構想されたから、公教育が打ち立てられなければならない。統一的な国であるから、ヘブライ語が各国からやってきた移民らの共通言語でなければならない。

Brandeis は明らかに、ある国が資本主義の最悪の行き過ぎを回避しつつ樹立されることに喜びを感じていた。しかし、このことは、彼が Jefferson の経済的自律 self-reliance に背を向けたことを意味しない。彼の経済プログラムの個別事項は、1920年にロンドンで開かれたシオニスト世界大会からの帰国途上にしたためられたメモに詳論されている。執筆時に乗船していた船名をとって Zeeland プログラム⁽¹⁹⁶⁾として知られる、彼のステートメントは部分的にはこうある。「われわれは、国と政治的要求の現状によって、これだけによって自律 self-support が可能であるような諸条件を自ら作り出さなければならない。とはいえ、そうすることによってわれわれは行き過ぎないように注意すべきである。さもないと、入植者の道徳を破壊し、成功は不可能になるばかりか、望ましくない人々を生み出すだろう。…入植者が他の地でパイオニアたちが負ったのと同じ困難に現に直面しなければならないと自覚しないならば、男らしい自律的な人びとという目的を達することはできない。スローガンは、『パレスティナでは簡単に金は稼げない』、『誰にも安楽な生活はない』でなければならない」。パレスチナの入植者を Brandeis はのちに [合衆国の] ピルグリムにたとえている。

部分的には、こうした成果はすべてパレスティナの規模によって可能とな

(196) Brandeis, *The Curse of Bigness : Miscellaneous Papers of Louis D. Brandeis* 246-254 (G. K. Fraenkel, ed., 1934).

る。「私見によれば」——と Brandeis はいう——「国の小ささが完全な成功の可能性に大いに貢献している。何者も規模において大きくなく、したがって人びとが課題に適していないほど複雑であるものはない」、と。1924年に彼はパレスティナのユダヤ人の人口について提案している。「少なくとも、何10万人」だろう、と。明らかに国の領域は比較的小さい人口に適していることが期待されていた。1941年死の直前に Brandeis は希望を繰り返している。「パレスティナは、ユダヤ人が多数派を占めるならば、その小ささのゆえにはじめて民主主義と社会正義との射程の広い実験のための実験室として役立つ」、と。

4 おわりに

(1) 「大西洋上の交差」

Brandeis は、裁判所の「容赦ない個人主義的精神」に対して、「新しい社会的精神」⁽¹⁹⁷⁾を対置した。ある論文のなかで彼は超人と超国家を否定する⁽¹⁹⁸⁾。これを「大規模性の呪い」に結びつけることは容易である。だが、われわれはこれを上記の「新しい意識」の反映と見ることはできないだろうか。

「前世紀のもろもろの動向が示したのは、すべての民族が個人がもつと同じように際立った個性をもつ、ということ、民族の個性は抑圧しがたいこと、そして諸国民が諸民族をなくしてしまおうとする国際主義は実現できないということ、である。民主主義は多数の犠牲のもとに出現する超人の提案を拒み、かつ個々の個人の十全な発展は権利であるだけでなく社会に対する義務でもある、と主張している。同様に新しい国民主義は発展する権利と義務とを宣言する」(p. 268)。

Morin の *La loi et le contrat* 同様に、国家も個人と類比的にとらえられ

(197) Living Law 464.

(198) Brandeis, *An Essential of Lasting Peace, Curse*, 268-9. 初出、1915年2月。

る。「永久平和は、大きいものでも小さいものでも、諸国民が以下の民主主義的原則と真理とを受け入れるまで実現することはない。すなわち、他国の従属によって出現するどんな超国家もないし、あるべきではない、という原則をである。そして、どの民族もわれわれがすべて努力しつつある文明に対して貢献できる何らかの特有の価値をもつ、という真実をである。そして、この原則が受け入れられる——そして真実が認められる——まで、不安定はやまないだろう。どんな経済的措置が講じられても、諸国の条約を執行する機構がどれほど完全かつ包括的になっても、これらの民族は、その十全な発展のための平等な機会を与えられないかぎり、不満の源泉であることがわかる。不正は、その不可避の罰を生み出す。そして、バルカン諸国が最近教えるように、世界の平和は繰り返し破られる。／あらゆる民族とあらゆる個人とに平等な機会が与えられることこそが、永久平和が依拠すべき国際的かつ国民的正義の本質である。この基本的な権利が普遍的に承認され付与されないかぎり、将来における不和と戦争とが、過去においてと同様に、生じるだろう」(p. 269)。

以上の対立は、アメリカ的民主主義とヨーロッパ的貴族主義の対立である。⁽¹⁹⁹⁾ 貴族主義が第 1 次大戦をもたらしている。民主主義は 2 つの支柱にもとづいている。第 1 に、すべての人 (国) は平等に生命、自由、幸福追求に対する権利を与えられている、という原則に、第 2 に、このような平等な機会こそが文明を進展させる、という信念に、である。しかるに、貴族主義は超人 (超国家) の原則に依拠している。

大西洋の対岸はどうか。12年後の1927年、Morin は語る。「国民主権は単に反対の教説とか体系にぶつかっているのではない。／大革命が構想したものが、——はるかに深刻なことに——もろもろの事実と矛盾し始めているのである。／だから、国際連盟は、その条約の現在の趣旨においてではなく、深奥にある傾向において検討されるならば、何を意味するだろうか。国際連

(199) Brandeis, True Americanism : Fourth of July Oration, id., Business — A Profession 364, 371-4. 初出、1915年7月。

盟は国家の対外的主権の一定の退潮を、いいかえれば国際組織によるこの主権の制限を⁽²⁰⁰⁾含意するのである」と。1931年のGurvitchは⁽²⁰¹⁾上掲書で国際法に関する現在の学説の一般的特質として、4つを指摘している。そのうち、2点がわれわれの関心を引く（残り2点は国際法の拘束力の国家意思、すなわち主権からの独立傾向、および国際法は公法にも私法にも還元されないこと、である）。第1は、国際共同体における協力の法の出現、第2は国際共同体⁽²⁰²⁾それ自体の利益の析出である。

第1に、彼は国際法が非支配的かつ反階層秩序的な全体性における共同 communion と協力の法としての特質を帯びつつある、と述べる。国際連盟、国際労働機関、常設国際司法裁判所といった実定国際組織法にもこの傾向は及ぶ。実際、彼は Schücing & Wehberg が国際連盟を、droit corporatif や droit syndical の類推に訴え、「合手的ゲマインシャフト」と呼ぶ点を肯定的に引いている。

第2に、以上の全体性は、諸国の総計に還元されることがない。「企業それ自体」同様に、国際共同体それ自体の利益が析出される。これをGurvitchは国際法の「民主化」と呼ぶ。いいかえれば、「超国家」の意思に他の諸国が振り回されることはないのである。

Rodgersは、2000年の著書『大西洋上の交差』で、プログレッシヴィズムの時代がアメリカの社会政策が競争と意見交換の連鎖によって、ヨーロッパにける社会政策上の議論と努力とに結びついていた特有の時代であったことを明らかにしている。⁽²⁰³⁾ Brandeisは上記のとおり——受け入れられたかはともかく——Weizmannにしばしば助言を与えていた。

(200) Morin, La loi et le contrat 14-5.

(201) Gurvitch, Le temps présent et l'idée du droit social, 1931. 注43参照。

(202) Gurvitch, cit, 106-112.

(203) Daniel T. Rodgers, Atlantic Crossings : Social Politics in a Progressive Age 5 (2000).

(2) 法の国際化と社会化

(a) 要約

本稿冒頭でわれわれは 3 つの問題を掲げた。

a) 第 1 次法源への着目。

β) 法の社会化と国際化の連関。

γ) 法律の危機とその具体的、実体的側面、たとえば家族、所有権、契約、そして経済生活。

a) と β) は Lambert に従って、 γ) は Morin に従って言及した。そして、日本語文献によりつつ、オーストリアマルクス主義者、Renner と Hilferding による γ) の展開に一瞥を加えた。ここで析出されたのは、とくに土地所有と企業所有の社会的性質である。そしてこれが法の社会化——ひいては機能的比較法——をめぐる議論につながるのではないか、という推測を立てた。それゆえ、 γ) が本稿の中核を形づくる。

そして、この γ) をめぐって、以下 2 つのディレンマに対して直面することを本稿および別稿の課題とした。すなわち、第 1 に、法と事実のディレンマ。法律の危機は事実への着目、いかえれば裁判の社会化、社会学化によって救済できるか。これは a) にもかかわる。これは別稿の課題であった。第 2 に、Jefferson 的リベラル派か Hamilton 的共和派か、というディレンマ。なかでも、企業所有と経営はどうあるべきか。

以下(b)は、以上で取り残されていた β) を取り上げる。Lambert は Brandeis を比較法の立役者としてとらえるからである。

しかるに、以下(c)は、 γ) に立ち戻る。

さて、とりかかろう。

(b) 法の国際化——Erie v. Tompkins (1938)——

Lambert はその遺作となった『比較法のアメリカにおける先駆者——⁽²⁰⁴⁾Story 判事の教説——』(1947) (および 1923 年の Brown との共著) で、

Brandeis を比較法の担い手として称えると同時に、Brandeis が法廷意見を執筆した1938年の *Erie v. Tompkins* を「1938年4月の法律クーデタ」として激しく非難する。これは本稿冒頭で棚上げした問題の第2点である。そこに述べたとおり、Lambert にとって比較法は社会科学であると同時に国際科学でなければならない。

第1に、Lambert によると、Brandeis は Holmes とともに労働者と消費者を保護する、とくに連邦議会の立法を擁護した。この点で法の社会化の担い手であった。そればかりでなく、以上に触れたとおり、比較法の教えるところに訴え、反対意見に外国法を引用した。それゆえ、Brandeis は合衆国における比較法の立役者である。

第2に、Lambert は *Erie* が Story 判事の *Swift v. Tyson* 以来形成された「連邦コモン・ロー」を無に帰した点を非難する。これは反国民的であるだけでなく反国際的である。背景には Lambert の合衆国法理解がある。

Lambert によると、1789年の憲法をその後の法の国民化の要求に適応させたのは連邦議会——とくに1条8節3項の州際通商条項にもとづく立法——である。これに対して合憲性を承認することによって連邦議회를背後から支えたのが最高裁の連邦コモン・ローである。⁽²⁰⁶⁾ところが、*Erie* は19世紀終わり以来の反流、すなわち裁判官統治——トラストの統治——を絶対的統治へと変えてしまった。こうして、合衆国の法は、国内のコルポラティブな団体からもヨーロッパ大陸の法律家からも乖離してしまっ⁽²⁰⁷⁾た。裁判官統治の最高機関は、こうして、1938年にその独裁権の永続性を盲目的に信じつ⁽²⁰⁸⁾つ、民主主義の国際的諸力〔国際労働局 BIT 等をさすと思われる〕に対す

(204) Lambert et Xirau, *L'Ancêtre américain du droit comparé, la doctrine du juge Story* (1947). 以下「Story」として引用。

(205) Lambert, *Les tendances à l'unification du droit aux Etats-Unis, 1868-1922*, *Bulletin de la Société de législation comparée* vol. 52, at 135, 154 (1923).

(206) cf. Story 294 & 241.

(207) Story 190.

(208) Lambert, *Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et*

ると同時に、国際的な法統一に向かう諸力に対しても、長続きしない、不可能な戦いを挑んだ。⁽²⁰⁹⁾

それは反国際的であるだけでなく反国民的、反民主的でもある。すなわち、Brandeis は「州権論」(南北戦争における南部連合のイデオロギー)——今では州利益論となった⁽²¹⁰⁾——の回復を企てる。この利益は、アメリカ民主主義の希望、とくにその労働者らの組織された大衆の希望の実現に対して一連の障壁を打ち立てることを裁判所に対して求めてきた。⁽²¹¹⁾

しかるに、Brandeis はどうか。第 1 点、すなわち Brandeis は国際科学かつ社会科学として比較法を確立することに関心を抱いていたか、についてはしばらくおこう。第 2 点、すなわち Erie は反民主的、反国民的、反国際的な企てだっただろうか。Brandeis が「連邦コモン・ロー」を否認した理由については諸説がある。残念ながらわれわれにはこれに立ち入る余力がない。Zacharias に従えば、Brandeis は州規模の立法的実験を信じていた。これがやがて国民的な企てにまで成長したとき、最高裁はこれに尊重 deference を示さなければならぬ。⁽²¹²⁾

(c) 法の社会化

「法律の危機」(Morin) の克服、および経済に対する民主的コントロール。これら 2 つが Brandeis が活動した当時における大西洋兩岸のプログレッシブの課題であった。

合衆国においては、「法律の危機」(「コモン・ローの危機」) の克服については事情は単純ではなかった。この問題は別稿で取り扱われる。

これに対し、経済——所有と反トラスト——についてはどうか。反トラス

jurisprudence comparative, Recueil Gény, t. I, 505-6, n. 2 (193_). 1934年刊行説が有力である。

(209) Story 296.

(210) Story 297.

(211) Story 296.

(212) Zacharias, Reframing 350.

トは別稿で扱う。

まず所有一般について、一般にプロGRESSIVEの立場、おそらく Brandeis の立場——「枝の束モデル」——は、Robilant が指摘するとおり、L. Josserand が先鞭をつけ、反ファシストのイタリア学者、たとえば S. Pugliatti が展開した所有権に関する「樹木モデル」——個人の自律領域の「幹」と柔軟かつ可塑的な農地、企業、都市住宅等の「分枝」とからなるモデル——とある限度で類似していた。「樹木モデル」は、Robilant の説明するところに従えば、市民的エートスと価値、利益の多元主義とを前提にしながら、個人主義的諸権利と社会的諸利益との均衡や衡量をはかった、という限度においてである。これは Pennsylvania Coal Co. v. Mahon における Holmes 法廷意見と Brandeis 反対意見が以前の判例に反しておこなった利益衡量 (Claeys) を想起させる。大西洋兩岸のプロGRESSIVEは property のモデルに関しては同じ方向を目指していた。この限度で Merryman の整理は図式的にすぎる。

けれども、Robilant の主張には2点で無理があるように思われる。第1に、所有権を「諸権利の束」ととらえることと所有権の「分化」を「階級法」の多様性に結びつけること（とくに Josserand）とは別の問題である。第2に、合衆国で都市の賃貸借法に「革命」が生じ、property における変化がいつその深化、たとえば property 法の「社会」化、「公法」化を遂げるのは、ヨーロッパにはるかに遅れていた、ということ。フランスで propriété commerciale（商事賃貸借の更新権）が承認されたのが1926年であったのに対し、住居賃貸借法「革命」が起こったのは「偉大な社会」(L. Johnson 大統領) が謳われた1960年代末においてである。Alexander がいうよう

(213) Robilant, Property 902-3, n. 149-150.

(214) Robilant, Property 907-912.

(215) ニューディール期における、とくに事業 property の弱体化は、ワグナー法 (1935) や通信法 (1934) 等によって代表される。けれども、これらは、反対派が恐れたのと異なって、property 関係の根本的変革にはいたらない。しかるに、1960年代における公正住宅法 Fair Housing Act (1968) や——強行的な——「居住可能性の黙示保証

に、アメリカの人びとにとって、現代福祉国家の出現は property に関して、ヨーロッパ人が知らないほどの正統性の危機を作り出した。ヨーロッパの人びとにとって property に関する言説は現代福祉国家——商事について言えば第 1 次大戦による総動員にともなう「管理」経済 (Josserand)——登場以前においてすでに、商品性と市民的独立性との弁証法を形づくって⁽²¹⁶⁾いた。

つぎに、企業所有について言えば、一方で、Renner と Hilferding はいわば Hamilton 的解決を選んだ。すなわち、企業の規模を保ったままその社会化を目指し、個人の自由はまやかしである、と信じた (とはいっても、ひとくちにマルクス派社会主義といっても、事情は複雑である。Marx は協同組⁽²¹⁷⁾合的生産を支持していたし、修正主義者 E. Bernstein も Beatrice Potter を⁽²¹⁸⁾⁽²¹⁹⁾

warranty of habitability」は property 所有者の伝統的権利の多くを奪った。

共和派——Alexander によると、property の商品性を強調——とリベラル派——市民性の基礎——の弁証法は、長らく合衆国における法的言説や一般的言説の執拗低音をなしていた。けれども、この弁証法が人びとの意識にのぼり、やがて社会福祉プログラムとともに商品性を掘り崩す方向に作用するのはニューディール以後、さらに1960年代後半以後においてである。この方向性は商品性ばかりでなく市民的独立性をも侵食することになる。これは本稿の課題を超える。Alexander, *Commodity & Propriety* cit 359-363, esp. 360-2.

(216) Alexander, *Commodity & Propriety* 360-1.

(217) たとえば、マルクス (木下半治訳)『フランスの内乱』103頁 (1952)。彼は多くの留保をつけつつ述べている。「支配階級のうちでも現制度の維持の不可能性を覚えるのに十分なほど聡明な人々は——……——協同組合的生産のでしゃばりで且つ饒舌な使徒となったのである。もし協同組合的生産が欺瞞や陥穽であるべきでないとするならば、もし、それが資本主義制度にとって代わるべきであるとするならば、もし協同組合連合会が共同計画に従って全国的生産を調整し、こうしてこれを彼ら自身の統制下におき、そして資本主義的生産の宿命である不断の無政府状態と周期的な痙攣とを終息させるべきであるとするならば、——諸君よ、それが共産主義以外の——『不可能な』共産主義以外の何ものであったであろうか?」

(218) Potter 引用部分は、ベルンシュタイン (佐瀬昌盛訳)『社会主義の諸前提と社会民主主義の任務 (清水幾太郎責任編集・現代思想 7)』154-6頁 (1974)。

(219) Potter は、その *My Apprenticeship* (1926) で以下のように述べている。1880年代、産業組織には2つの対立する図式があった。1つは労働者管理、もう1つは消費者の管理である。労働者管理は主張されたにとどまり、消費者管理が実現していた。Cit

引用しながらこれを検討している。しかるに、合衆国もさまざまであった。中西部の農業州、たとえばノースダコタは、民営銀行等と並び、州立銀行と州立穀物倉庫・農業エレベータを設置した)。他方、B. Potter の著作を読んで Brandeis は協同組合主義を採り、これこそが個人の自由を可能にする、と説いた。Zacharias が暗示するところによると、Brandeis は、Hamilton と Jefferson の対立、共和派とリベラル派の対立をまえに、第3の道——「新しい『意識』」——を目指した。かならずしも大規模性の呪い、Jefferson 派

376. The Co-operative Movement in Great Britain (1891) の2つの結論のうち第1はこうであった（第2点は、運動がジェントルマン層の理想主義のセンチメンタルな宣伝によって生じたものではない、ということ）。すなわち、協同組合運動は流通業者の middleman, the trader と製造業者から利益の大きな分け前を確保するための労働者の団体を意味すること。けれども、運動は価格下落、したがって賃金の下落を抑制するのに完全に失敗しているが、このことは、消費者の愛顧を求める競争によって引き起こされていること、である。Cit 356.

当時の人々、上記の Potter や Brandeis 自身や Veblen らからリアリストらにとつて、最大の問題のひとつは不況と物価下落であったように思われる。

そして、その原因を Brandeis は何よりもまず「死にものぐるいの競争」にみいだした。「死にものぐるいの cutthroat 競争」こそは、「規制された競争」と異なり、その正反対であるはずの独占に導くのである。このような見方はニューディール期まで続くはずである。

以上は本稿冒頭に掲げた2つの課題——法か事実か、リベラル派か共和派か——に対する解答ではない。だが、経済の民主的コントロールと並び、不況と物価の下落の防止または緩和は、当時のプログレッシブにとって重要な課題であった。

(220) Zacharias 623. Further 629.

(221) いわば Jefferson 派 Brandeis といわば Hamilton 派 W. Lippmann を対比しつつ、両者の共通点を抽出する貴重な試みとして、富沢克美『アメリカ労使関係の精神史——階級道徳と経営プロフェッショナルリズム——』138-9頁（2011）がある。富沢はいう。「リップマンもブランダイスも共に、企業をパブリック・インタレスト（換言すれば消費者と労働者）のための経営へと転換するには新たな理念を持った専門的経営者の育成が急務である、との主張では一致していた。彼らは、営利の自由よりもパブリック・インタレストを優先することこそ改革の大前提になければならないとの立場であった。」Lippmann については Zacharias 624 に、Brandeis については Zacharias 625-31 に言及されている。このような経営者の代表格が Owen D. Young（注84参照）、さらに Brandeis の被庇護者である D. Lillienthal である、といわれる（Zacharias 624-5, n. 130）。

Riechers は以下のように述べている。Dodge 兄弟と争った H. Ford の見解（注33参

的憲法観に固執したわけではない。

ともかく、こうして、同じ課題に対して 2 つの解決が与えられた。一方の解決、すなわち土地と企業の社会化は日本において周知である。われわれが Brandeis に見出したのは、具体性を欠くとしても、また土地所有と企業所有の並行性はもちろん、この両者の「分化」も明確には意識されていないとしても、かならずしも広く知られていないいまひとつの解決——土地公有化と協同組合主義——であった。

照) は、当時のいまひとつのアメリカ産業に見出される。ジェネラル・エレクトリック会社の会長 Owen D. Young は、こう述べている。彼によると、大企業の管理者は、株主の代弁者ではなく、公共のために仕える企業の受託者としての自覚をもたなければならない。R. S. Brookings とか J. D. Rockefeller や Herbert Hoover ——後 2 者はともに「アメリカからの新鮮な風」(H. Fehr) として言及される——の諸観念は、1920 年代ドイツに広く普及し、「企業それ自体」をめぐる議論に直接に影響を及ぼした。ドイツの議論では、以上の態度決定のために、「アメリカにおける社会主義的資本主義」(H. Fehr) という標語が作られた。Fehr に影響した O. Netter のほか、K. Geiler や F. Hausmann もアメリカ人に言及している、と。Riechers 182 & 183, n. 3-5.

なお、商務長官時代の Hoover の政策については、Brandeis における法と事実に関する別稿にゆずる。

企業のパブリック・インタレストと類比的に、国際関係についても国際公益(注 202 に該当する本文参照)が主張されている点はすでに言及したとおりである。

Jefferson 派と Hamilton 派の対立を超えた第 3 の道は、Zacharias (もともと Zacharias 637, n. 189 は public interest の多義性を指摘し、彼自身はこの用語法を避けているようにみえるが) や別稿で扱う論者が示唆するところに従うと、また Brandeis 崇拜者 Berle の Means との共著書から推測すると、おそらく富沢のいう「パブリック・インタレスト」に求められると思われる。もともと、それは「消費者と労働者」の利益にかならずしも限られず、Zacharias がいうように、労働者だけでなく資本家をも、消費者だけでなく公益事業投資家をも含むように思われる。