

林眾可
盛沛東
譯

勞動法總論

上海華通書局發行

孫田秀春著

勞
動
法
總
論

盛林
浦衆
東可
譯

行發局書通華海上

勞 動 法 總 論

□ 實 價 大 洋 八 角 □

著 者 孫 田 秀 春

譯 者 林 盛 沛 衆 東 可

印 發 刷 行 者 兼 華 通 書 局

總 發 行 所 上 海 四 馬 路 一 九 五 號
電 話 六 三 一 八 七

虹 口 分 店 上 海 北 四 川 路 底 一 九 五
電 話 四 五 四 二 四



有 所 權 版

中 華 民 國 十 九 年 六 月 十 五 日 印 刷
中 華 民 國 十 九 年 六 月 二 十 五 日 發 行

原序

現在歐洲諸國的大學，大概都設有勞動法或勞動法制的講座。就是沒有另設講座，也是在其他類似的科目中照樣地把牠講述的。在日本，自大正十年東京帝國大學末弘博士創了這種講義後，各官私立大學設勞動法制講座的就漸漸加多了；又近來要想設立這些講座的，聽說也很不少。在勞動者問題非常紛糾的今日；大學的這種試驗，不得不說是很可慶賀的現象。但是，在這裡，我覺得遺憾的：就是各大學的勞動法制的講義，都是紛紛不一；其範圍系統等，也是由講師各人各人的意思決定；甚至其學科的名稱，也是不能一致這幾點。像這樣的事，在一國勞動法制還沒有完備的期間，固是不能免的；不過我想至少學科的名稱，在這個時候，應該使牠一致纔好。像有的人稱牠爲勞動立法，有的人稱牠爲勞動法制，有的人稱牠爲勞動法，總是犯着不統一的毛病。我鑒於這種學科的性質及地位，主張冠以勞動法的名稱。又，我不但單對名稱這一點，同時並提倡從一個獨立的法律科學的立場來把牠研

究。因為勞動法制像後面所述，在今日已經不是法規之單的集合體了。牠已經成爲藏着固有法理的一個獨立的法律系統，因而又和現在的民法，商法，行政法等各分科相並，得以佔一個獨立的法律境域的緣故。照着這樣觀察，勞動法制的研究纔可謂有學問的價值且有意義的東西。本書所述的，也不外就是從這種見地的「勞動法」的成立本質及其一般的諸原則的問題罷了。

關於勞動法總論的著述，在日本還沒有見過。就是在歐洲諸國用勞動法總論的名稱的，也不過二三單行本；在那裡頭，說到系統的敘述之一部，恐怕不到十種，是得很多的。不但這樣，那幾本書所說的範圍和系統都是區區不一；究竟在勞動法總論裡頭，應該要敘述幾多事實？這一點也還是沒有定說的。所以我著這本書，雖然也儘量地參照了諸學者的學說，但不得已附以私人的見解的地方也是頗多。因此，或難免看做不統一杜撰的譏評。總之，我的意思：以爲在民法有民法總論，在商法有商法總論，在刑法有刑法總論，那末，在勞動法自然也不能沒有勞動法總論；從這種見地，向多方探究的結果，纔寫成這一本書。這原不過是我的書的試案，稿本或未定稿

罷了。這一點不得不請讀者特別原諒的。

這本書在學問上有多少價值，我本來是很明白的。把像這樣的東西公之於世，或且是對於法律學的侮辱，對於勞動法學的冒昧；這一點，我也是比誰都辦得清楚的。雖然，卻不顧一切依舊把牠付印的緣由：並沒有別的，就是想爲日本勞動法學的發達，或有多少援助；爲勞動的建設，可以置一塊小小的礎石；厥功雖小，聊當一簣之土罷了。假使辱承海內讀者眷顧，得爲批評之對象；那末，我的始願再無以復加了。

還有幾句話，當本書編述的時候，承社會局的木村事務官，東大的田中誠二學士殷勤見贈各種材料和指教，現趁這個機會，對於他們謹表感謝的意思。

大正十三年十二月二十四日

孫田秀春

勞動法總論目次

第一章 勞動法的基本觀念

第一節 勞動法的法域

第一項 社會的變革與傳承法制

第二項 對於社會的變革之法律學及裁判所之態度

第三項 社會的立法與公法私法之交錯

第四項 法的分野與社會法的新境域

第二節 勞動法之統一

第一項 統一勞動者法

第二項 統一使用人法

第三項 統一勞動法

第四項 統一商法與統一勞動法

第三節 勞動法的定義及本質

第一項 勞動法是規定勞動關係的法	二八
第二項 勞動法又以附隨於勞動關係的一切關係爲規律的對象	四五

第二章 勞動法的研究方法	四八
--------------	----

第一節 理論的方法與社會學的方法	四八
------------------	----

第二節 勞動法學中的兩種方法論	五〇
-----------------	----

第三節 對於上面的批評	五一
-------------	----

第三章 勞動法制的變遷	五七
-------------	----

第一節 上古的勞動規律	六九
-------------	----

第二節 羅馬的勞動規律	七一
-------------	----

第三節 日耳曼的勞動規律	七八
--------------	----

第四節 羅馬法繼承以後的勞動規律	八三
------------------	----

第五節 啓蒙思想下的勞動規律	八七
----------------	----

第六節 第十九世紀末葉以後的勞動規律	九一
--------------------	----

第七節 概觀 九五

第四章 勞動法的理想 九八

第五章 勞動法與相接領域的關係 一〇六

第一節 勞動法與社會政策的關係 一〇六

第二節 勞動法與經濟法的關係 一一〇

第六章 勞動法上的立法主義 一二八

第七章 勞動法的法源 一三四

第一節 憲法 一三四

第二節 法律及命令 一三五

第三節 自治法規 一三八

第四節 習慣法 一三八

第五節 裁判所 一三八

第六節 勞動規範 一三九

第八章 勞動法的效力 一五五

第一節 關於時的效力 一五五

第二節 關於人及場所的效力 一五七

第九章 勞動法上的人 一六〇

第一節 被傭者 一六〇

第一項 被傭者的意義 一六〇

第二項 被傭者的類別 一六〇

(一) 依企業的種類的分類 一六二

(1) 職工 一六二

(a) 勞動者 一六二

(b) 工業勞動者 一六三

(c)	工場勞動者	一六三
(d)	從事於作業的勞動者	一六三
(2)	鑛夫	一六四
(a)	勞動者	一六四
(b)	鑛業勞動者	一六五
(c)	從事於鑛業的勞動者	一六五
(3)	船員	一六六
(a)	船舶的意義	一六六
(b)	船員的範圍	一六七
(4)	商業使用人(附代理商及中人)	一六八
(a)	使用人	一六八
(b)	被傭使於商人之下的人	一六九
(c)	服務商業的勞動的人	一六九
(5)	官公吏	一七二
(二)	依勞動之種類而分類的	一七四

(1) 徒弟及學習	一七五
(2) 勞動者(附家內勞動者及家內使用人)	一七六
(3) 使用人(附高級使用人)	一七八
(4) 官公吏	一八一
第二節 傭主	一八一

第十章 勞動法的範圍及系統	一八三
---------------	-----

勞動法總論

第一篇 總論

第一章 勞動法的基本觀念

第一節 勞動法的法域

第一項 社會的變革與傳承法制

一 凡一國的成文法都是固定的劃一的 (starr und schematisch) 每每被形式所拘而喪失融通性。反之，社會是常賴自身的力量成特有的創造而獨立不斷

地進化的，就使和法律把持者的國家自身，其進行的步驟也未必一致的。在這裏，國家法制和社會之間發生矛盾了。這種現象，在古來各國民間到處可以看見的。我們已經在羅馬社會看見過了。又在中世的德意志社會經驗過了。凡在營法律生活的社會是一定可以發見的現象。但是其中無論如何總沒有像由產業革命以來各國所起的社會變動而發生的這種現象來得顯著。就是因爲大工業的勃興和資本主義的跳梁，把舊時的社會組織和經濟組織根本推翻了，另外產生了一個新社會；而在這個新社會和原有的法制之間，就發生了一種無從補救的間隙。

我們從歐洲諸國觀察：起初在歐洲流行一種由行會（Zunft）的手工業；自到了近世產業革命期，這種手工業漸次被機械工業所征服，小資本經營漸漸地被大資本經營併合以來；那些原來獨立經營手工業的營業主等因爲不堪這種經濟的壓迫，只得拋棄他原有獨立企業者的地位和其他匠工一樣，以工資勞動者的資格奔集到其他工業主及資本主的門下了。並且在這個時候他們的工資勞動者的地位，並不止是從前手工業時代的徒弟或匠人的時候所見的一時的過渡狀態，卻是

一生涯的繼續的職業狀態。在以前手工業的時代，大抵徒弟就可昇爲匠人，由匠人而做老闆，總之抱着將來可以獲得經濟的社會的獨立之希望。到後來這種希望完全消滅，一生不得不屈服於工資勞動者之職業的身分之下了。於是漸漸的，工業勞動者之一個職業階級變成社會的一個新階級了。【註一】

以上所說的傾向到了十九世紀，尤其是到了那個世紀的後半期更加濃厚了。在這期間，科學的進步和技術的改良，又在各文明國的勞動方法及生產方法之上劃了一大轉機。如此，工業化漸漸得勢，跟着國民的大多數也就被這個新階級所吸收了。同時在工業範圍以外，各方面也呈類似的現象。後來等到礦業勞動者，農業勞動者，海員，僕婢，商業使用人，技術員，學校教員等以從屬的勞動者的資格成了一種職業階級之後，這些人也和前述工業勞動者一樣，構成了社會的主要部分。並且這些各個階級因爲他們的地位及利害偶然相同，所以互相聯合，【註二】形成了較廣的意義的勞動者階級。結果從來的社會組織改革，舊時代所有的身分的階級社會解體，職業乃至經濟的階級社會代之而興了。經過這種過程，以企業者階級和被傭

者階級的對立乃至以資產者階級和無產者階級的對立爲骨子的新社會纔產生的。〔註三〕同樣的現象，在東洋也可以看見的。

二 因爲上述的結果，即在現代國家法制和社會之間，時常發生極大的矛盾和間隙。在現時的勞動社會，發生於古代及中世社會的，傳統的法制，關於這點，已經完全喪失其規律力了。〔註四〕以上的傾向在歐戰以後尤其顯著。茲爲更進一步說明此點起見，關於傳統法制的究竟怎樣非社會的之點，略加說明於次。

在今日，法律制度的中樞不在人而在資本。換一句話說，不在勞動而在所有權。

這還是因爲從來的法制大體根據於以財產法爲骨子的羅馬法之故。尤其是在十九世紀經濟的自由主義之下，羅馬法，對於近代法提供古時羅馬人所專誠做出來的私經濟的各個契約模型，結果對於資本的獲得，所有權的保全便利了不少。於是隨着產業的勃興，給了此等（資本所有權等）以強大的支配者的地位，使勞動完全陷於隸屬的地位了。〔註五〕所以在近代法律之下，無論在那一國，關於所有權的得喪乃至保全的法制雖然可以稱爲完璧毫無瑕疵，但是對於勞動僅僅包含極簡的

規定，其情形正像後妻對於前妻所生的子女一樣。例如民法債權篇中，關於支給不能的規定，關於多數當事者債權債務的規定，關於危險負擔的規定及其在總則中所列的諸規定，都是以經濟貨物的交易，所有權之得喪變更爲目標的規定，對於勞動毫沒有放在眼中的形跡。但是這些規定對於以人格爲發露的勞動爲目的契約關係也不得不機械的適用。這樣不合理的事情世界上真少見的啊！【註六】從這一點觀察，也可以知道傳統法制和以被傭者階級爲組成的大部分的現代社會之間有很大的間隙。

【註一】 Kaskel, Das Arbeitsrecht und Soziales Versicherungsrecht, S.I. ders. "Begriff und Gegenstand des Sozialrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach," in DJZ. 23, Jahrg. Heft 17/18 S. 543.

【註二】「機械壓迫個人，從機械的精神中產生出大眾的精神」，「Die Maschinen erdrückt den einzelnen, aus dem Geist der maschinen wird der Geist der Masse geboren」，(Hedemann, Das bürgerliche Recht und die neue Zeit, Jena 1919 S. 9)。

【註三】在歐洲，以勞動爲衣食的人比較前世紀的百年間增加三倍。(Melsbach, Deutsches

Arbeitsrecht, Berlin 1923. S. 13)。

【註四】 Vgl. A. Menger, Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft (Rektoratsrede 1895), Wien 1905 S. 23, 32.

【註五】 H. Lehmann, Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts (Rektoratsrede), Köln 1922 S. 6.

【註六】 Sinzheimer, Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechtes für Deutschland, Berlin 1914 S. 13 und Anm. 7, 8; Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, I. Bd. 1902 S. 21, II. Bd. 1908 S. 284^f, 361, 363—365.

第二項 對於社會的變革之法律學及裁判所之態度

一 當此社會一大變革的時候，我們的法律學及裁判所究竟採取甚麼態度呢？在順序上，有從這一點觀察的必要。

歐洲法律學自前世紀以來對於這種問題一般頗持冷靜的態度。尤其在德國法律學及屬於這個系統的諸國的法律學是這樣的。在德國，自法國革命以後，有所

謂歷史法學 (Historische Rechtsschule) 的產生。這種法律思想，到本世紀初葉為止，支配德國法學界非常有力。原來這種法律思想，由他本來的生長上看來，決不是像後代那樣的固陋的東西。當初由薩焚宜 (Savigny 1779—1861) 普胡塔 (Puchta 1798—1846) 等所提倡的歷史的方法，很與今日所謂社會學的方法相類似。【註一】後來做了德國國策的犧牲，逐漸的墮落，結果甚至大開倒車，變成了中世紀的所謂「權威追從主義」 (Autoritätsprinzip)，徒然沒頭於穿鑿羅馬法的源泉，拘泥於傳統法制的形骸的結果，所以和近世社會進化的趨勢毫不相涉；在這一點上，比之經濟學差不多招致了一世紀的損失，這是一般學者所公認的事實。【註二】

但是在這個期間法律學者之中，也有趨新傾向的人。從法國學者中所發端的自由法運動 (freirechtliche Bewegung) 就是此例。但是這種運動在救濟現代急進社會還是很薄弱的。要招啓蒙思潮的產物拿破崙法典和其他著作復活到現代的著作的努力，固然很可嘉獎；不過其成績是救急的，而不是澈底的，是斷片的，而不是綜合的，又是事後的，而不是事前的。不但如此，單是想靠着裁判官之手追隨急進

社會之要求，這豈不是已經錯誤了嗎？即使在裁判例之中，有社會生活上的規範力，但是社會的推移究竟不能等着判例法的確立纔開始的啊。在判例法完成以前，實際的社會已經強制的進行至某種程度，其間已經見過很多犧牲者了。裁判官在其間所能做的工作的範圍，不過整理其進行路程上所散在的事象的殘片；換句話說，不過在事後整頓社會進化的道程罷了。不但如此，原來在我們日常生活中，要煩裁判官的手的部分，從社會的諸現象而言，不啻九牛一毛；其餘的大部分，日夜在社會的內部受事實的裁判，即刻受經濟的實勢力（*freies Spiel der wirtschaftlichen Kräfte*）的裁決的。在這個範圍以內，我們對於裁判制度的機能不能夠懷抱很大的希望啊。自由法的學說截至今日爲止，雖然支配各國法學界，但是在此所述的意義上究竟有了多少貢獻，很是疑問啊。【註三】

二 於是有崛起而起的一種運動。就是「社會的立法」運動（參看第二節「勞動法之統一」）。在法律學，裁判官都被既存法制的末節所拘泥而並不深究其根底的期間，人們卻不能夠坐待，只得直接訴之於國家，運動立法機關去講究根本的對

策了。結果近代文明諸國所制定發布的社會的法規，不知有幾千萬部。原來持成法主義的德奧及其他中歐諸國固不必說，即在這個傾向上比較的稀薄的西歐諸國乃至英、美等國，也勢不得不爲這種傾向所逐了。東洋現在也一樣的將入此種狀態了。這是因爲專賴國家之力來消化社會問題，本來是過於保守的辦法。【註四】並且這種辦法裏面包藏着許多我們所不能夠看過的缺陷。【註五】但是在對於法律學乃至裁判制度不能夠都懷希望的第二十二世紀初葉的社會，這種辦法卻是不得已的窮極之策啊。

【註一】歷史法學在當初並不是那樣固定的東西，卻是在某點上和今日的社會法學相類似的（Ehrlich）。薩焚宜稱他的法學雜誌，不曰“*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*”而特命名曰“*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*”，這是要表示以研究國民精神爲主眼的意思罷了。（Stammler）

【註二】Menger, a. a. O. S. 13ff., und vergl. ders., *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4. Aufl. Tübingen 1908 S. 5ff.,

【註三】Vgl. Sinzheimer, *Ein Arbeitstarifgesetz*, München und Leipzig 1916 S. 183ff.

【註四】 Verl. Hedemann, Das bürgerliche Recht und die neue Zeit, S. 11.

【註五】參看第六章「勞動法上之立法主義」。

第三項 社會的立法與公法私法的交錯

一 社會的立法，入本世紀以後格外旺盛，但是其端緒在十九世紀初葉早已發見了。不過在此須說明的，主要在其後半的各國立法及其傾向罷了。

當初各國對於社會問題所取的態度有很不澈底的地方。起初各國對於這個問題僅以純私法的 (rein privatrechtlich) 手段臨之。即務必維持從來的社會制度經濟制度，而想在其內部解決他的。比方像勞動問題原來是左右近代社會的根幹的一大案件。但是關於這個問題，國家僅僅在從來的社會組織法的私法典裏面，以「社會的規定」(“soziale Vorschriften”) 斷片的插入幾條罷了。對於觸着社會深處的根本問題，總想避開，置之不理，到實在不得已的時候，也不過由特別法的形式規定敷衍了事，這種形式的規定和既成社會之根本法的私法典事實上立於無關係的地位。茲舉一例來說，當德國國民法制定的時候，社會黨等各方面，關於勞動規

定，雖然曾經提議了幾多根本的要求，但是立法者終日孜孜於既成社會組織的支持，對於這些要求一概排斥，【註一】直到第二章案以後，總算勉強採用關於雇傭契約的第六一六條以下的規定敷衍一時，又新設勞動者保險制度纔得他們的滿足。但是這種勞動者保險制度，完全出於恩惠主義的關係，具體的說，就是立法者在維持從來的經濟的自由主義資本主義的舊社會制度的目的之下，不過以對於勞動者的慰撫和對於社會思想的緩衝手段，來認容這種制度罷了。所以當時的人們祇管偏重社會組織法的私法，對於這種特別社會法卻白眼相加，這也可算得是應該的事啊。就當時的法律學者而言，當他們研究社會問題的時候，與其注重關於這些特別社會法規的問題，比較的還是重視民法上乃至私法上的社會問題，這也是不難了解的事。【註二】要之，自十九世紀中葉以來，各國所發現的社會的法制，都是以上述的意義，在固持該社會制度和經濟制度的立法主義之下，僅僅的，例外的產生一些罷了。如果從社會法制的沿革上觀察，這些還是不能夠脫去個人的自由主義或純私法主義的時代臭味的不澈底的東西罷了。

二 但是直到近年，尤其是以這次歐戰爲界，社會大大的進化了。不問國家的立法政策如何，根本的變動了。就是舊世紀的個人主義的資本主義的社會觀完全打破，一面集團主義的人道主義的社會觀漸漸的得勢了。這種事實，於我們的法律生活之上直接的波及了極大的影響，促進了在舊世紀到底不能看見的許多新法律理論的發生。例如自羅馬以來，世人所毫不置疑的權利本位的所有權概念今日已經移到義務本位的所有權概念，從來認爲商品的勞動力，今日則視爲人格的內容，並且一面認爲個人的私益，同時又認爲社會的公益。又從來僅僅認爲房東與租屋人間或生產者與消費者之間的個人的勢力關係，今日則視爲具有社會關係的特質了。一切已經從個人本位財產本位移到社會本位人格本位了。於是從來的私法——其發生的基礎置在舊時社會的私法之下——在本質上已經沒有和他適應的能力，而第二十世紀社會問題的解決，一切不得不委之於社會法規的手中了。

三 這裏以近時勞動問題爲中心，制定了無數社會的法規，都以公法法規的形式，深深侵入了從來的私法範圍。並且包圍着勞動法益釀成了公法私法的交錯

而在此形成了一個不可分的混合體 (Mischgebilde) 【註三】 因此的結果，例如民法上雇傭的規定已經不是從來的純正私法，卻有隸屬於公法法規之觀，他的私法法規的資格的存在可說是已經漸漸的喪失其意義了。【註四】今日人們如果了解特別勞動法規單想理解雇傭和其他私法法規，已經是不可能的事了。

【註一】 Vgl. Planck, "Die soziale Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuchs," in DJZ. IV. Jahrg. (1899) Nr. 9; Potthoff, Probleme des Arbeitsrechts, Jena 1920 S. 88.

【註二】 Z. B. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Wien 1889; Menger, über die sozialen Aufgaben; derselbe, Das bürgerliche Recht; Planck oben; Kober, "Soziale Streiflichter" in Seuffert's "Büchel für Rechtsanwendung" 64 Jahrg. (1899) Nr. 12; Oertmann, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Frankfurt a. M. 1900; u. a. m.

【註三】 Vgl. Nussbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, Berlin 2. Aufl. 1922 S. 1, 2; Kaskel, "Begriff und Bestandteile des Wirtschaftsrechts" in "Recht und Wirtschaft" 10. Jahrg. Novemberheft S. 212; Hedemann, Einführung in die

Rechtswissenschaft, Berlin u. Leipzig 1919 S. 134; ders., Das bürgerl. R. u. d. n. Z. S. 12.

【註四】 Hedemann, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin u. Leipzig 1921 S. 163, 22.

第四項 法的分野與社會法的新境界

一 然則這個公私二法混和的部分究竟應該屬於公法或私法的性質呢？或認之爲私法之由於公法的社會化而出者，故依然認他是屬於私法。這種觀察也是可能的。【註一】又和這種觀察不同，認爲是私法之由於公法所破壞者，【註二】故應屬於公法的範圍。這種觀察恐怕也是可能的罷。但是著者以爲這種法規既不屬於公法，又不屬於私法，卻是獨立自成一派的東西，即形成社會法 (Sozialrecht) 【註三】範疇的東西。因爲在以上公私二法交錯的部分裏面，這兩種法規實爲互不可分的，一體而實質上也是互相融合的【註四】其中含着由舊來的私法上或公法上的法律理論不能夠理解的特殊法理之故【註五】

二 如此在從來法律分野裏面劃出一個獨立的社會法的新境域，當然不可不預想會引起許多反對說。〔註六〕這些反對說的根據固然紛紛不一，但是大多數彷彿是立於以公法私法的區別爲最高法理（*oberste Rechtsdisciplin*）的要求之舊來的見地，所以關於這一點有一駁的必要。

從來許多法律學者認公法私法的區別爲絕對的，所以別憲法，國法，行政法，訴訟法，國際公法等爲公法，民法，商法，國際私法等爲私法；這好像也是法理上當然的歸結。但是這種區別原來並不是根據於最高理論的絕對的東西。

本來公法，私法的區別，可以回溯到羅馬法學。當時烏爾拜奴斯（*Ulpianus*）稱：那種爲羅馬國家而存在的法律叫做公法（*Publicum ius, quod ad statum rei Romananae spectat*），那種爲個人而存在的法律叫做私法（*Privatum ius, quod ad singulorum utilitatem spectat*）。這是公法，私法的名稱的濫觴。這種觀察在個人主義的法律思想之下纔算正當。如果在像日耳曼那樣的團體思想，強烈的國家或在像現代那樣的社會思想旺盛的國家之下，這種觀察當然是不可能的。基耳刻曾說，羅

馬人是個人意識最發達的國民。個人之絕對最高 (Souveränität des Individuums) 的觀念是常常支配他們腦筋的根本意識。他方面他們因為認識在各個人之上或和各個人離開的有羅馬國家的超人格之存在，所以更鮮明的意識和他對立的，也有個人人格之絕對的存在。於是國家與個人，國家法與個人法，公法與私法的絕對的對立觀念漸漸造成了。【註七】但是這種觀念在今日集團思想之下不可採取自不待言。我們不能夠離開個人觀察團體，也不能夠離開團體觀察個人。個人與團體並不是相對立的兩個存在，其實不過是同一存在的二方面的表現罷了。所以在法規之上，有的雖然是公法，同時也須為私益而存在，同一理由，有的雖是私法，當然也不能蔑視社會公益的。原來法是不可分的一體，實質上不能分為公私的。後代法學襲用公法私法的絕對區別的觀念，這不過是因襲使然，並不是因為甚麼最高法理的要求啊。試看今日稱為私法的民商法之中也有公法的規定的存在；反之，稱為公法的手續法之中，也有不少私法的規定。這些規定從來不過在形式上或隸屬於私法的範圍，或配置於公法的境域罷了。要之，對於公法私法的區別，附以絕對的意義

著者不能不置疑問的。這種區別似不過在區別法規的形式上的効力的意義上，即區分公法的法規私法的法規兩種効力上，可以認容罷了。【註八】

同樣的事實在民法，商法，行政法等各法域之間，也可以承認的。現在關於勞動法規各形式的分屬於此等諸法域的結果，於是就發生種種不合理的事了。例如同是一個人雖做同種的勞動，卻有由以工場勞動者被傭的時候，在商人的地方勞動的時候，或以普通勞動者，被雇於一般人的時候；而異其在工場，法商法民法等的適用，這種不自然的區別本來是不合理的事啊。如果是服役於同種勞動的同一人，那麼應該不問其所在如何，為同一法制的適用纔是合理，如果僅僅因其從事的企業相異之故，或使他服從商法或民法的支配，那麼，至少在今日的勞動理論不可不說是一種不統一啊。【註九】這就是表示從來各法域的區分在勞動生活的利益之前漸漸表失其權威的事實，也就是暗示此等法域間的分界本來不是絕對的的左證。我們現在應該以這些傳統的區分的動搖為機會，整理法律上的區劃問題，更進一步，於法律全般，再一試根本的實質的區分。【註一〇】這是不可錯過的時機啊。

三 如上述，在現在的法律界以勞動法益爲中心造成了社會法的一個新境地，至於這個部分不是勞動關係法規的偶然的集積，而是依獨立固有的勞動理論所一貫的系統的全部；這是不用說的。勞動地位的向上，自入本世紀以來，促進了無數社會法規的制定，喚起學者的視聽很多，因爲這種關係產生了在從來法律界所不得見的許多原理原則。勞動理論在今日非但做經濟學的對象，更進一步且做了法律學的研究題目。在這個中間，以這種勞動理論爲中心，公私各種法規互相抗爭融合，會形成一個勞動法域，這是不難了解的事。換一句話，說就是勞動法是超越從來的一切形式的法域，不爲分界所拘泥，也不爲系統所束縛，是由其獨立的勞動理論爲緯，由以此爲中心所制定的勞動法規爲經，所織成的獨立固有的法律科學。【註
11】

【註1】 Vgl. Gierke, „Die Zukunft des Tarifvertragsrechts“ in „Archiv für Soz. W.“ 42.

Jahrg Heft 3 S. 820, 821; Kaskel, Arbeitsrecht und soziales Versicherungsrecht,

S. 3 Anm. 1.

【註一】 Vgl. Menger, Das bürgerliche Recht, S. 132.

【註三】 這裏所說的 Sozialrecht (社會法)不一定和基耳刻(Gierke)所發見的社會法一樣的。基耳刻所說的社會法其實不過是帶有社會色彩的 „Sozial“ 法律，就是由社會思想所貫通的法律的意思，並不是說形成特別範疇的法律。這裏所說的是專指後者而言，即指和社會問題 (Soziale Frage) 社會政策 (Sozialpolitik) 相應而占有特別範圍的法律系統而言的。這一點應該注意。

【註四】 Kaskel, a. a. O.; ders. „Begriff und Bestandteile des Wirtschaftsrechts,“ S. 212.

【註五】 A. M. Gierke, a. a. O. S. 839.

【註六】 參看京大法學論叢第一一卷第五號所載渡邊氏否認公法私法區別的見解

【註七】 Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 5ff.

【註八】 Vgl. R. Freisler, Grundsätzliches über die Betriebsorganisation (Schrift des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, Nr. 5) Jena 1922S. 2ff.; Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht, S. 4ff.; Nipperdey, Kontrahierungszwang und dikterter Vertrag (Schrift des Instituts, Nr. 1), Jena 1920 S. 12.

【註九】 Sinzheimer, über den Grundgedanken, S. 10 ff.

【註一〇】 Hedemann, Das bürgerl. R. u. d. n. Z., S. 12 und Anm. 12; ders, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 134.

【註一一】 勞動法雖然是由從來的各種法域中採取雜多法規的法律，卻不是像一派學者所思考的；是這些雜多法規的器械的集合，而是藏着各自的固有法理的法律（Kaskel Arbeitsrecht und soziales Versicherungsrecht, S. 3: „Das Arbeitsrecht ist kein Teilgebiet einer anderen Rechtsdisziplin, sondern es bildet eine eigene Rechtsdisziplin“）是形成一個獨立的法律系統的法律。（Derselbe, „Begriff und Gegenstand des Sozialrechts,“ S. 546: „dass Sozialrecht bereits heute ein Rechtssystem darstellt, das wissenschaftlicher Behandlung und Durchbildung und zusammenfassender Darstellung als Lehrfach fähig ist“）法律既然是以社會內部的各種統一的生活事實為單位，而分化發達的東西，那麼對於勞動生活的統一的一個事實，當然也得成立勞動法的統一的一個法域。而在像現代的過渡社會，各種公私法規歸合於這種社會生活之中樞點互相軋轢抗爭的結果，會形成一個新法律系統，這是無論何人所首肯的。勞動法實在是現代在這種鬥爭圈（Kampfplatz）內，法律生活所自然造成的法的境域，並不止是法規的偶然的集團咧。（Vgl. Sinzheimer, Grundzüge S. VI, 10）

第二節 勞動法之統一

第一項 統一勞動者法

原來爲勞動者階級而確立固有社會法 (eigene Sozialrecht) 的努力，已經由各種方面出現了。或由政治家方面，或由學者方面，或由社會政策家方面出現了。但是對這件事最有力的主張者，無論如何還是那具有直接利害關係勞動者階級自身；這是不待言的。當立法者爲所謂特權階級之有產階級的勢力情義所牽制，而因循稽延地發布社會法制之時，他方面在勞動者階級之間，就有以極大的努力着着奮鬥以期獲得其固有法的人。經過這種努力第一達到這個目的的人，就是工場勞動者。他們所獲得的就是以英國的爵士洛伯特·理爾 (Sir Robert Peel) 爲模範而擴張到各國的工場勞動者保護的那種法制。

在今日的文明國中沒有工場法和工業條例的國家，差不多已看不見了。

但是當初以工場勞動者爲中心所發生的此種社會法運動，到後來發生礦業

勞動者，海員，農業勞動者等類似的勞動者階級的時候，在這種階級之上也波及了。於是爲確保此等利益起見，制定了許多特別保護法，而從前的工場勞動者保護法遂大擴張其範圍，和此等相合，發生了廣義上之勞動者保護立法（Arbeiterschutzzgesetzgebung）了。

其次，起初爲保護勞動者而設的特別社會法，因時間的經過，採用了以德國勞動者保險法（Arbeiterversicherungsgesetze 1884—87）爲模範的各國的勞動者保險法和其他各種勞動法規，於是從來的勞動者保護立法更進一步轉化爲勞動者立法（Arbeitersgesetzgebung, législation ouvrière, labor legislation）的觀念了。所以，在最近，一切勞動者，不管他被傭使的企業的種類如何，都被認爲有共通的社會的並職業的地位，各種法制都被統一於這個觀念之下，到這裏纔具備了階級的特別法的內容和形體。到了這個境域，人們纔稱這個全範圍爲勞動者法（Arbeiterrecht）或對於次述統一使用人法稱爲統一勞動者法（einheitliches Arbeiterrecht）。

第二項 統一使用人法

起初發端於勞動者方面的社會法運動，到了最近更附加了一大勢力。就是使用人階級的運動，也就是商業使用人，事務員，技術員等比較的有識的被傭者階級的運動。使用人階級在起初，對於勞動者方面的運動保持中立的無關涉的態度，後來因為時勢的推移，脅迫了他們的生存纔促進了他們的根本的自覺，而惹起了所謂使用人階級的運動。歐戰以後，在歐洲所發生的經濟的危機，好像更助長了這種情勢。他們也和勞動者階級相同，以獲得固有法為目的。因此，現代勞動法運動，在全體上，更擴大其範圍，其根底愈深了。這個，人們都稱他為統一使用人法（*einheitliches Angestelltenrecht*）運動。【註117】

第三項 統一勞動法

但是，雖說是統一勞動者法，統一使用人法，其實如果不立脚於根本的統一勞動法（*einheitliches Arbeitsrecht*）的理想之上，不能夠確立的。因為勞動法運動的理想不單是規律一個被傭者和一個傭主間的契約關係的問題。這個問題當然也

是重要的，但是比這一點還有更深且廣的意義。（參看第四章「勞動法的理想」）所以人們近時除着眼此點以外，更進一步又普遍的研究勞動法的根本觀念。所以當初出發於二元的勞動法樹立運動，今日則合於這一個理想之上，並且努力探求根本的勞動法上之原理原則了。所以勞動法問題在現在已經不是勞動者法乃至使用人法的部分的問題，已經化為研究實質的統合這兩者的，比較根本的統一勞動法的基本觀念的問題了。【註三】

第四項 統一商法與統一勞動法

如上述，勞動法運動在現時，是以由勞動者和使用人所結合的被傭者階級（Arbeitnehmerstand）為中心，努力建設一個特別社會法。這種狀態，正像在十九世紀中葉跟着經濟交通的發達，資本主義的勃興，而得了勢力的各國的商人階級（Kaufmannsstand）為擁護他們的利益起見，建設商法的特別法相類似的現象。換一句話說，為除去根據舊世紀法制的「法與勞動間的矛盾」的勞動法上的運動正和前世紀的商人階級排斥傳統的舊法的諸原則，以確立以商業貿易為中心的新法

制完全一樣。一八六二年德國恩德曼關於商法的敘述裏面說：「商法是普通法（*Gemeines Recht*）的迂闊且難堪的理論及貿易對於法律奮鬥的結果所得到的法制。又是根據自由主義經濟觀的法律意識對於法律家從案上的概念研究出來的學說及原則反動的結果所得到的法制。」這幾句話正可以移到現在的勞動法運動上面想想的。【註四】就是可以說「勞動法是勞動生活對於舊世紀的難堪的理論奮鬥的結果所正在收獲的法制。又是新時代的法律觀對於舊時法律思想所養成的法的概念反抗的結果，所正在收獲的法制。」第十九世紀的個人主義資本主義以商的精神爲中心，惹起了制定統一商法的運動；同樣，第二十世紀集團主義人格主義以勞動的精神爲中心，正在發生確立統一勞動法的運動，這是很容易了解的。

這樣看來，在現在勞動法已經不是勞動法制的單純的集積，也不僅是勞動者和使用人的法律，卻漸漸的變成被傭者階級全體共通的統一法了。民法，商法，行政法等在今日已不是單純的民法法制，商法法制，行政法法制等，而是藏着固有法理

的統一法；同樣，勞動法也踐踏這個過程進行到獨立固有的統一法了。現在歐洲已經有了一種「統一勞動法典」其他各國也有在最近的將來編成這種法典的趨勢。【註五】

【註一】 Kaskel, Das neue Arbeitsrecht, Berlin 1920 S. 27.

【註二】 Vg. Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, Bln. U. Lzg. 1923 S. 70171; Lederer, Die sozialen Organisationen, Lzg. U. Bln. 1922 S. 57ff., insbesondere S. 72ff.; Kaskel, a. a. O.; Pothoff, Probleme S. 88ff.

【註三】 Sinzheimer, Ueber den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland, Berlin 1914; derselbe, Grundzüge des Arbeitsrechts, Jena 1921 S. 54ff.; Melsbach S. 33ff.

【註四】 Sinzheimer, Ueber den Grundgedanken, S. 5, 14; Emdemann, „Beiträge zur Kenntnis des Handelsrechts im Mittelalter“ in „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht“ V. S. 346.

【註五】 (1)世界上首先編成統一勞動法典的國家就是法國。法國在歐戰勃發以前，已經着手編輯勞動法典 (Code du Travail et de la Prévoyance sociale) 並且已經完成其一部分。全部

分六編第一編勞動契約 (Des Conventions relatives au travail — Loi du 28 décembre 1910, Décret du 12 janvier 1911) 第二編勞動保護 (Règlement du travail. Loi du 6 novembre 1912, Décret du 28 novembre 1912) 第三編勞動團結 (Des groupements Professionnels) 第四編勞動裁判調停及仲裁職業代表 (De la juridiction de la Conciliation et de l'arbitrage, de la représentation professionnelle) 第五編勞動者保護, 第六編勞動者救濟之順序。但是除了前二編以外都沒有完成。(2) 俄國於一九二一年採用新經濟政策, 同時制定新勞動法, 從一九二二年起實施的。該法典全部由一百九十二條而成, 分爲總則, 雇傭及勞動提供之方法, 國法上之勞動強制, 團體協約, 勞動契約, 服務規則, 生產額標準, 勞動之報酬, 工資保障及償還, 勞動時間, 休息日, 徒弟制度, 婦女及未成年者之勞動, 勞動保護, 勞動組合及其經營之機關, 爭議調停機關及關於違反勞動法之審查機關, 社會保險等十七章 (Freund, Das Arbeitsgesetzbuch Sowjetrusslands, Hamburg Berlin 1922)。(3) 德國的統一勞動法典目下尚在編纂中。革命以後由新憲法第一五七條設了一個統一勞動法編纂委員會 (Ausschuss für das einheitliche Arbeitsrecht) 爾來各委員正在埋頭起草中。其內容係一般勞動契約法「總則」(Allgemeines Arbeitsvertragrecht), 勞動保護法 (Arbeitsschutzrecht), 特別職業法 (Sonderberufrechte) 「徒弟法,

使用人法，家內勞動法，農幸勞動法，鑛業勞動法，海運勞動法，演藝者法，家事勞動者法等，「勞動組織（Arbeitsverfassung）」經營代表法，勞動者及經濟會議法，「團體協約法（Gesamtvtragsrecht）」勞動協約法，經營協約法，職業工會法及勞動爭議法（Berufsvereins- und Arbeitskampfrecht），職業介紹（Arbeitsvermittlung），勞動行政（Arbeitsverwaltung），勞動裁判（Arbeitsrechtsprechung）等。其中勞動協約法，一般勞動契約法，調停法，裁判法等，的草案已經編成了（Feig, „Vom werden des deutschen Arbeitsrechts” in „Reichsarbeitsblatt” 1923 Nr. 4 S. 74ff; Baum, „Arbeitsgesetzbuch” in „Kartennaus-kunftei des Arbeitsrechts” Heft 3\4; Hedemann, „Kodifikation des Arbeitsrechtes” in Recht und Wirtschaft” Nr. 4. April 1922 S. 247ff.）但是這個委員會本年二月因為財政緊縮之故，一時廢止了，所以統一勞動法典的出現，恐怕因此也要遲延罷。（SozialePraxia XXXIII. Jahrg. Nr. 6）

第三節 勞動法的定義及本質【註】

第一項 勞動法是「規定勞動關係的法」

勞動法是規定勞動關係的法，彷彿像商法是規定交易關係的法相類似的觀

念。所以當說明商法觀念的時候，應當由「商」之觀念出發，同樣在這裏也應該按着次序，把勞動法上的「勞動」是甚麼的觀念，先行說明一下。

【註】現代勞動法之中有兩個中心點：一個是勞動契約，一個是經營參議。前者仍以勞動力為交易之目的為觀察，而站在從來的立腳點；後者是反抗這種觀察，而要想提高到人格化的經營主體之近時思想的表現。所以要統括這相反的兩種要素，下一個現代勞動法普遍的定義，本來是很難的事。但是經營參議的思想，在今日不過僅僅看見一些萌芽，還沒有達到制裁現代勞動制度全般運命的程度的基本理論，所以如以現代勞動法認為在純然的「被傭勞動組織」之下的勞動規律之法，而對之下了這樣定義，大概不會大錯的。即本節所述的，也是關於專以勞動組織為前提的勞動法之定義及其本質，這一點不可不豫先聲明。

勞動法 (Arbeitsrecht, législation industrielle, labor law) 廣義的而說，就是「關於勞動的法」；詳細說來，勞動法是指「規定勞動關係及其附帶的一切關係之法律制度全體」而言的。現在把這個觀念分說於左：

(一) 勞動 (Arbeit, travail, labor)

在廣義上，勞動是意識的且有一定目的的人類之肉體的或精神的勞作【註一】。但是由這樣解釋的時候，人的行為差不多都成為勞動了。車夫和汽車，電車等開車者的行為，事務員的行為，企業家的行為，政治

家的行爲，藝術家的行爲，律師的行爲等都應該屬於勞動了。但是在日本勞動法之上，這樣廣義的勞動，差不多完全沒有意義。勞動法的對象的勞動必須是一種法律的具有一要件之狹義的觀念。至於制限的解釋的理由就是因爲勞動法是爲被傭者階級而存在的特別法（Sonderrecht）【註一】之故；這是不待言的。

(1) 勞動法上的勞動有爲履行「法律的義務」(rechtliche Verpflichtung) 而實行的必要【註三】。不根據法律上的義務的勞動，例如爲他人帮忙或在慈善的意味所做的勞動，或本人親自爲自己的事業所做的勞動都不屬於勞動法上的勞動的範圍。

(2) 勞動法上之勞動，有「根據契約」(Auf Grund eines Vertrages) 以履行法律的義務的必要。所以同是根據法律的義務而提供的勞動，例如民法上根據父子關係的子的勞動（例如德國民法第一六一七條）根據夫婦關係的妻的勞動（例如同民法第一三五六條第二項）根據國民兵役義務的兵卒的勞動（日本憲法第二〇條）根據國法上勞動強制的國民的勞動（例如蘇俄新勞動法第一一條至第一四條，一九二〇年六月加利亞勞動強制法），俘虜，囚人，感化院收容者等所做的勞動，不能說是當事者間契約義務的履行，所以可說是不屬於這裏所謂的勞動【註四】。但是這裏所謂契約不但是由於當事者間自由意思的合致所結的自由契約，並且包含根據法令規約等的強制所行的「強制契約」(Zwangsvortrag, diktierter Vertrag)【註五】的意義【註六】。

又不僅是通常所見的私法上的勞動契約，並且包含在官公吏關係所見的公法上的勞動契約的意義。【註七】

(3) 勞動法上的勞動以「有價的」(entgeltliche)實行爲必要條件。無價的勞動不屬於勞動法支配的範圍。這是因爲勞動法是以勞動爲衣食的被備者階級之法的當然的結果。但是在勞動法上對於勞動的報酬不僅是金錢的支付(Geldzahlung)，其他如食料住宅等的物的支給(Sachleistung)，至於堂倌等則有一定利益的地位，而徒弟、練習生等亦有其習業(Ausbildung in einem Beruf)的利益這一類也不可忽略的。【註八】

(4) 勞動法上的勞動又以「職業的」(berufsmässige)實行爲必要條件【註九】。職業的實行就是以獲得生活的資源爲目的的意思。所以以運動、娛樂爲目的的勞動，有志者以研究爲目的的勞動等，因爲不具備這種要件所以不能夠稱爲勞動法上的勞動。【註一〇】但是職業的實行不一定是限定這種勞動爲生活資源的意義。同時做其他的勞動也是不妨的。例如被備者日間在甲的地方勞動，夜間在乙的地方工作，當然也是不妨的。【註一一】又在被備者方面之外，同時兼有企業者的方面，我覺得也是沒有妨害的。例如某勞動者日間服役於工場勞動，夜間在街上排攤頭做小買賣，或某公司職員日間在公司服務夜間開私塾等的情形，只要這些人的工場勞動或公司服務可以認爲以獲得其生活資源爲目的的時候，就不失這裏所謂的勞動的本質了。

(5) 最後勞動法上的勞動以在「從屬的關係」(Abhängigkeitsverhältnis) 實行爲必要條件【註一二】。從屬的關係就是指某甲在身分的和經濟的 (persönlich und wirtschaftlich) 【註一三】服從某乙的意思並做他的隸屬部分 (das abhängige Glied) 的狀態而言【註一四】但是卻不是像舊時代的奴隸或農奴那樣，在法律上也爲他人所支配的意義。却是指雖然保持其法律上的自由和人格而事實上等於已經喪失這些東西的狀態。【註一五】【註一六】然則一個人在甚麼時候，纔居這種隸屬的地位呢？一般的說就是某甲所從事的勞動不是自己決定的東西 (selbstbestimmte Arbeit) 而是他人決定的東西 (fremdbestimmte) 的場合纔發生的。例如職工，鑛夫，農業勞動者，水夫，火夫，僕婢等筋肉勞動者是不必說，卽如銀行員，公司裏面的辦事人，技術員，官公吏，學校教員等精神勞動者，雖然程度之間，略有差別，但是都說是在這種地位的。

勞動法上的勞動，因爲以隸屬性爲必要條件，所以例如醫師，律師，文士，畫家，商人的經理等，雖然根據有償的雇傭契約，提供勞務，但是既然沒有具備這種要件，其勞務不能說是勞動法的勞動

【註一八】。

這樣看來，勞動法上的勞動是根據契約上的義務在從屬的關係以職業的所實行的有償的勞動我們可以明白了【註一九】。只要具備這種要件，勞動是不問甚麼

種類的。即不管是精神勞動或筋肉勞動，工業勞動或商業勞動，農業勞動或其他勞動。也不管是幼年者勞動和成年者勞動，男子勞動和女子勞動。又不問屋內勞動或屋外勞動（例如行商，送牛乳的，電線工人等的勞動），工場勞動和家內勞動【註二】。更不問由積極的動作即作爲（ein positives Verhalten-Handeln）而成的勞動和由像門房或工作着手前的時候，時間等單純的勞動準備（die bloße Arbeitsbereitschaft）而成的勞動【註二】。都是適合於勞動法上勞動的觀念。

【註一】 Kaskel, Arbeitsrecht und soziales Versicherungsrecht, S. 30; vgl. Sinzheimer, Grundzüge S. 3; Conrad, Handw. d. Staatsw., 3. Aufl. I. S. 573.

【註二】 Kaskel S. 2, 29, 44.

【註三】 Sinzheimer S. 3.

【註四】 Kaskel, S. 30; Sinzheimer S. 3; Hueck, Handb. des Arbeitsrechts; Buch I: Die Quellen und Grundbegriffe des Arbeitsrechts, Stuttgart 1922 S. 21, 24, 25.

【註五】 Dafür, vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang.

【註六】 Kaskel, a. a. O. S. 36. 在這種情形，祇看見「由自由意思的債權契約的私法上的勞

動契約。」但是如此局限契約的範圍，未免失於太狹罷。

【註七】 Sinzheimer S. 6.—A. M. Hueck S. 21; Kaskel S. 30; Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht S. 22; und vgl. Deutsches Betriebsritigesetz §10 Ab&. 2 Z. 1.

【註八】 Kaskel S. 30; Sinzheimer S. 7; Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. III Schuldrecht Berlin 1917 S. 590; vgl. Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes für das deutsche Reich (1923) § 1. J. Lotmar, Der Arbeitsvertrag Bd. I S. 34. 也以有價爲勞動的要件，但是在實習的時候的實習，他不認其爲對價，所以他看這情形是一個例外。又 Hueck, Grundbegriffe S. 21; derselbe, Das Arbeitsvertragsrecht, Stuttgart 1922 S. 14. 非但不認徒弟及實習生的實習爲有對價的，並且更進一步認勞動無須具有有價的條件。他說勞動法上的勞動可分爲有價者與無價者兩種。但如此限制對價之意義的解釋，本來是沒有理由的。

【註九】 Kaskel S. 30.

【註一〇】 Hueck, Grundbegriffe S. 25; Kaskel S. 30.

【註一一】 Hueck, S. 21; Kaskel S. 30.

【註一二】 Sinzheimer, Grundzüge S. 4; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 1; Matthaei,

Grundriss des Arbeitsrechts, Mannheim 1923 S. 89; Dersch, Betriebsrätegesetz (Kommentar), 5. Aufl. Berlin 1922 S. 57 ff.; Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht S. 21 ff.; Titze; Recht der Schuldverhältnisse (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft), Berlin 1923 S. 105; Kaskel S. 30; Hueck S. 21.

【註一三】 Hueck S. 21; Matthaei S. 89; Dersch S. 47; vgl. Melsbach S. 21, 22.

【註一四】 Sinzheimer S. 4; vgl. Oerlmann S. 12.

【註一五】 Stockhausen, „Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrage. Ein Beitrag zur Theorie des Arbeitsvertragsrechts“ in Pothoffs Feitschrift Jahrg XI Heft 6 S. 393 ff. 裏面說：勞動並不像 Sinzheimer 的主張，一定要對於僱主有心的隸屬 (willensmissige Abhängigkeit) 關係，雖然與僱主的意思獨立不受任何拘束也得為勞動云云。就是反對以勞動的從屬性為勞動契約的要素的。由他的意思，在產業的勞動契約大都產業者自身因為缺乏技術的和商略的智識，所以一切勞動的實行，普通都委之於被僱者，並不加以心意上的束縛的。在這時候，被僱者的勞動決不是隸屬的，卻不可不說是自己決定的。但是這種見解我們不敢遽表贊成。第一，論者認這種契約裏面的被僱者的地位為完全獨立的，我們覺得已經是錯誤了。既然不是自己的企業行為，那麼，就算

不受僱主的指揮監督，但是關於勞動的場所、時間、材料及其他關係，多少總得受僱主的意志的拘束，這是不難了解的（Staudingers Kommentar zum B. G. B. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse II. Teil, 7/8. Aufl. Münch. u. Bln. 1912 S. 1063）。所以像他那樣對於勞動分對人的（*Persönliche Dienste*）和產業的（*gewerbliche Tätigkeit*）兩種，而單認前者和僱主有隸屬關係，但是結局不過是程度的差異，其間不能夠發見本質的區別。又第二，即使容許這兩點，但是像論者那樣舉特種的勞動契約以決其隸屬關係的有無，豈不是也是錯誤嗎？為甚麼呢？因為勞動的隸屬本來是就大量現象（*Massenerscheinung*）而說的，並不是由各個情形而說的緣故。如果一般的，可以承認「勞動對於資本的隸屬」的事實，那麼，即使關於特定的勞動契約，這些事實偶然有不明瞭的時候，但是在大量現象之下，依然肯定其隸屬性，恐怕是沒有甚麼妨碍罷。

【註一六】Kaskel S. 30. 解釋這種隸屬關係為法律的意義，認「某人關於勞動的實行有受他人指揮的義務時」有這種關係的存在。又說，家內勞動者（*Heimarbeiter*）在經濟的關係雖然

是從屬的，但是在法律上還是保持着獨立的位置，對於上述認為是一種例外。因為某人關於勞動受他人指揮的法律上的義務，必須他的勞動，到屬於這裏我們所謂勞動的範圍，而某人又必須為被僱者的時候，始發生的法的效果，至對於他的勞動是否可以為勞動法

的勞動的問題，卻不能夠做標準的緣故。我想勞動隸屬的觀念，除了由社會的經濟的來決定他之外，並沒有別的方法（Vgl. Dersch Kommentar S. 47, 50; bothhoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, Berlin 1922 S. 7）。

【註一七】參看福田博士社會運動與工資制度第四版一〇四頁以下，一六八頁以下，社會政策與階級鬥爭第二五版三〇八頁以下，Hoeniger—Wehrle, Arbeitsrecht, mannheim 1922 S. XXIV ff.

【註一八】例如漫畫家某，依自己的危險，為某報館或雜誌社作漫畫，這事就不屬於這裏所謂的勞動，卻是一種企業行爲，但是如果他入某報館當館員的時候，那麼，他和該報館之間就發生了一種身分的，經濟的隸屬關係，他的工作就帶着勞動法上的勞動的性質了。Vgl. Certmann S. 12.

【註一九】Kaskel S. 30. 在以上五個要件之外，雖然還主張「勞動必須在他人（企業者）的計算（“für Rechnung eines Anderen-des Unternehmers”）而行」的第六個要件，但是這一點已經盡於在他人隸屬關係之下得報酬而勞動之點，所以不能算做獨立的要件。

【註二〇】Hueck S. 21, 22.

【註二一】Kaskel, S. 30.

二 勞動關係 (Arbeitsverhältnis)

凡勞動一定有授受的兩方面。受勞動的稱爲被傭者，授勞動的稱爲傭主。這兩者間的勞動授受關係就是勞動關係。

勞動關係從來純然認爲私法上的債權關係，但是這種認識在今日勞動理論之上早已成爲不可容的謬見了。原來債權關係是以經濟價值的融通轉換爲內容的法律關係。就是某甲以其所有的經濟價值提供某乙，同時某乙以相當的經濟價值供給某甲的互相融通轉換的關係。但是勞動關係本質上卻不是屬於這一類的法律關係。單從形式上觀察，被傭者由傭主受領一定的報酬，同時對他供給一種名爲勞動的經濟價值，所以好像一樣屬於單純的債權關係，不過仔細考察這種關係，卻可以認識在一般債權關係所不能看見的特殊要素。就是被傭者所提供的勞動力原來是不能夠和他們自體分離的一種人的付給；所以和構成買賣、贈與、借貸借等目的物的一般經濟貨物本質的完全不同。從這一點觀察，勞動關係和民法債權各論所揭的各種契約關係，其性質的相異很顯著了。並且其勞動是被傭者唯一的

生活資源，不問他意思如何，總得在和傭主的隸屬關係之下，機械的向傭主提供；換一句話說，就是身分本身的提供【註二三】；在這一點也和一般雇傭關係本質的不同。由這一點看來，勞動關係不可不說是和一般雇傭關係在法律上成一個完全別種契約類型。不過舊時的法律學往往不注意這種區別，所以把純經濟的一般雇傭關係與含着身分法的要素的勞動關係互相混雜，一律適用民法的雇傭來規定罷了【註二三】。但是著者雖然這樣說，卻並不是完全否定勞動關係的債權法的方面。這一方面存在的事實固不待言，但是鑑於學者之中往往有以債權的要素爲勞動關係內容的全部，而要想以單純的債權法的法理規律他，所以特高唱身分法的方面顯然的發現【註二四】。

把勞動關係與雇傭關係，加以本質的分類的這種試驗，在學說上雖然早已存在，但是在實際法文上把牠明瞭地表示出來的，卻是以德國的新勞動契約法草案【註二五】爲嚆矢。該草案第一條，規定勞動契約的定義爲「勞動契約係被傭者以供給勞動爲目的受傭主的有償使用（„angestellt wird“）之契約，」尤其是努力表示

被傭者對於傭主的從屬的身分關係。以這個和現行諸國民法的關於雇傭的規定相對照其間，很有許多特別的差異之點。例如德國民法第六一一條，規定：「依雇傭契約而約定給與勞務的人應給與其勞務，其對手方則負給與所約報酬之義務，」因為經濟交易的當事者，不外是由一方提供勞務他方給與對價之純然的經濟價值轉換而已。本條不過把完全獨立的兩個經濟行為者放在眼中罷了。

此外瑞士債務法第三一九條，日本民法第六二三條也是一樣的。但是前記草案第一條，與其說是當事者的經濟交易，其主要着眼點毋寧在一方被他方使用的方面，打算在此立場之下統合一切關係。就是由此從來所混同的雇傭關係（Dienstverhältnis）的觀念和勞動關係（Arbeitsverhältnis）或傭使關係（Anstellungsverhältnis）的觀念在法律上截然區別了【註二六】。

由以上所述，我覺得已把勞動關係不是民法上的單純的債權關係，又和純經濟的雇傭關係不同，卻是同時併有債權的，經濟的要素和身分的要素的一種特別法律關係的趣旨說明了。那麼，這兩種要素之中，究竟那一種要素，是勞動關係的主

要部分呢？我主張勞動關係之中，雖然含着這兩種要素，但是身分的方面，到底他是本體，至於傭主與被傭者間的經濟關係——勞動對報酬的交易關係不過附隨在身分關係裏面罷了。所以勞動關係與其稱他爲債權關係，不若稱他爲身分關係較爲透澈，而更明他的本質【註二七】。

又勞動關係同時具備着社會關係的特質。從來勞動關係不過視爲當事者間的單純的個人關係，但是這種觀察在今日的勞動理論中已經是不堪採用了。因爲勞動力這種東西在被傭者本人方面觀察的時候，好像不過一種單純的私益，但是如果他面從社會生活上觀察的時候，卻也具備着公益（nationales Gut für Gesamtheit； „das soziale I ebensgut“）【註二八】的性質的。例如勞動分配，勞動時間，勞動工資勞動爭議等凡和勞動力有關係的事項沒有不和社會公益有密切關係的。就是關於各個的勞動可以說是社會的利益與個人的利益互相融合形成一個不可分的法益了。所以再就各個的勞動關係觀察，這個關係，外觀上，雖然好像傭主與被傭者間的私的關係，但是同時也具備着社會生活上的公的關係的特質。那些

當事者或爲個人的生活機能的把持者或爲社會的生活機能的把持者各自擁護個人的利益或社會的利益而漸漸實現的。由這一點觀察，我覺得勞動關係又帶着社會關係的特質【註二九】。

從以上勞動關係之身分的要素及社會的要素看來當然發現勞動關係之組織的機能。就是從勞動關係不是物的關係，是人的關係，及不是僅僅限於當事者間的關係，卻是有關一企業全體社會全體的關係；這一點看來，可以認識各個勞動關係相互間的有機關係。在物的關係，固然是盡於互相獨立的當事者交換經濟價值，所以像這樣的關係，無論有多少放在一起，也不會發生有機的關係，但是在勞動關係之中，傭主與被傭者互相擔負企業全體或社會全體的利益，相互站在不可分的人的連鎖之上，所以雖然說是甲乙間的勞動關係，其實卻不是甲乙間的獨立關係，而單在爲一企業組織，一國經濟組織的有機組織全體的構成部分上纔有意義。所以勞動關係，正像基耳刻（Gierke）所說，可以說是由把各被傭者的「勞動力編入在一個有統制的全體裏面，在這裏做成一個勞動組織」的部分的要素【註三〇】。在

這個意義，勞動關係，可說是社會法的身分法的組織關係 (sozialrechtliches, personenrechtliches Organisationsverhältnis) 【註三一】【註三二】。着眼在這樣的組織的方面以規律勞動關係的就是勞動法的本分。

【註三二】「被傭者提供他自身即其人的價值 (Menschenwert) (Pothoff, „Wesen und Ziel des Arbeitsrechts“ in „Rechtsarbeitsblatt“ 1922 Nr. 17 S. 507.) 再參看福田博士社會運動與工資制度第四版一七七頁以下，我觀大正十三年一月號所載敝稿勞動法的觀念。

由提供人的價值之點觀察，勞動關係與羅馬流的雇傭相異，可以說是以人格的觀念 (der Begriff der Persönlichkeit) 為中心的 (Vgl. Standingers Kommentar a. a. O. S. 1064)。

【註三三】 Pothoff, *Wesen und Ziel des Arbeitsrechts*, Berlin 1922 S. 6, 11; derselbe, a. a. O. S. 506. 參看東京商大一橋會編輯復興叢書第四輯所載敝稿德國勞動契約法草案之內容及特色。社會政策時報大正十三年十月號所載安井英二氏文勞動法之目的。

【註一四】 Pothhoff, „Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis“ in Zeitschr. „Arbeitsrecht“ X Jahrg. Heft 7 S. 420.

【註一五】 „Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes“ in „Reichsarbeitsblatt“ 1923 Nr. 15.

【註一六】 „Korrespondenzblatt des ADGB. Jahrg 33 Nr. 39 S. 429. 雖然在一九二一年五月十一日的奧國使用人法 (Angestelltengesetz) 第一條裏面也使用同樣的文字 (‘angestellt sind’) 但是這究竟是甚麼意義卻不明瞭 (Cammuzzi, Das Angestellengesetz in systematischer Darstellung, Wien und Leipzig 1921 S. 6 Anmerkung) 由規定的形式看來，這好像是無意識使用的文字。

【註一七】 Pothhoff, Wesen und Ziel S. 6 ff; Gierke, „Die Wurzeln des Dienstvertrages“ in Festschrift für H. Brunner 1914. 平野義太郎氏法中的羅馬思想與日耳曼思想二四五頁以下，三七五頁，法協第四〇卷第一一號所載同氏勞動契約概論七五頁參照。

【註一八】 Kaskel, Arbeitsrecht S. 3 Sinzheimer Grundzüge S. 8.

【註一九】 Sinzheimer S. 8, 9.

【註一〇】 Gierke, a. a. O. S. 49 Arm. 4: „Die Funktion des Dienstvertrages. (den er nur mit dem Arbeitsvertrage verwechselt-segt Pothhoff) ist Organisation der Arbeit durch ihre Einfügung in ein herrschaftlich geleitetes Ganze”.

【註一一】 Pothhoff, „Wesen und Ziel” S. 507; Wesen und Ziel S. 15, 18 ff. 參看上述拙稿關於勞動法之觀念，安井氏勞動法之目的。

【註一二】 但在現代，這樣的組織關係不僅限於勞動關係方面，其他如在租屋關係，借地關係方面也可以認識得出這個。凡由債權關係變為支配關係，漸漸帶着身分的經濟的隸屬性的時候，人格的價值增加，於是他就脫了債權法的範圍，漸漸進入社會法的範圍。結果這種關係會表現身分法的，社會法的組織關係的特質的。所以如租屋關係，借地關係，如果只認他為關於家屋土地本身的經濟交易關係，那麼，當然是不能夠盡述了。又關於此點，務望參看前此牧野博士所發表的「Barrack 問題」

第二項 勞動法又以附隨於勞動關係的一切關係為規律的對象

勞動法是規律勞動關係的法，前面早已說過，但是勞動法所規律的不僅是當事者間的契約關係。凡以這種從屬的勞動關係為前提所發生的一切關係，都包含

在裏面。前面在「勞動法的法域」裏面曾經說過，勞動法是隨着被傭者階級這種東西的出現，且爲着他纔發生的。在爲一定的職業階級（Berufsstand）而成的法律之點，勞動法與爲商人階級而設的商法頗相類似的。但是勞動法並不單是商法的主要特色的「關於交易的法」。換一句話說，不是由目的物可以限定的法，卻是以被傭者的職業階級上的地位爲基礎，規定關於這種地位的一切關係的法。再換一句話說，勞動法是包含因爲當事者係被傭者之故纔能够適用的一切法規之法【註一】。所以勞動法不僅是規定傭主和被傭者間的契約關係的勞動契約法，卻包括規定被傭者團體和傭主或傭主團體間的協約關係的團體協約法，規定屬於同一組合者相互間關係的組合法，規定傭主或被傭者和國家間關係的勞動者保護法及勞動者保險法，並其他勞動爭議法，職業介紹法等關於此事的一切勞動法規；再如果必要的時候，國際勞動法規也包括在裏面【註二】。由法規的性質觀察，勞動法不但從所謂私法法規組成，並且包含着許多公法法規。又不但包容民法，商法，行政法，刑法等許多實體法規，並且包括民事訴訟法，刑事訴訟法，行政訴訟法等手續法的一

部【註三】。其範圍非常廣大，凡遍涉於從來的一切法域，而以從屬的勞動為中心的百般法規，都統合在裏面。

【註一】 Hueck, Grundbegriffe S. 20; Kaskel, Arbeitsrecht und soziales Versicherungsrecht, S. 3.

【註二】 國際勞動法 (Internationales Arbeitsrecht) 自身應該占一個獨立的範域，本來不應該屬於國內勞動法的領域的。

【註三】 Kaskel S. 4, 10; ders., „Begriff und Gegenstand des Sozialrechts“ S. 544—546

第二章 勞動法的研究方法

第一節 理論的方法與社會學的方法

在一般法律學上，其研究方法可以分爲法律理論的方法 (dogmatisch-juristische methode) 與法律社會學的方法 (rechtssoziologische Methode) 兩種對立。理論的方法是把法律制度自身認爲一個完全體，而從他的法規之中論理的抽象各種法的概念之方法。換一句話說，依理論的方法，法律制度是以自身具有與外部相隔絕的獨立存在，他本身是可以說明一切的固有之精神的形成 (ein für sichbestehendes geistiges Gebilde)【註一】爲前提，而從他的內部論理而抽出成爲一種法的東西。反之依社會學的方法，他是認法律制度自身不是完全的獨立的存在，只認爲法的社會進化道程上的一階段，換一句話說，就是只認他爲社會上的活着的法律

生活的橫斷面，他常常着眼於法律和社會間的有機的關係，認識法律制度 (Rechtsordnung) 與法律狀態 (Rechtszustand) 的區別，欲在其間發見一個「活着的法律」的東西。所以由這個方法研究，法律家的努力如果僅僅拘泥於現實的法規是不足的。還須進一步着眼於在社會生活的內部實際上在發生的具體的法律形式 (Konkrete Rechtsformen des sozialen Lebens)，再進一步又須回過根本觀察具體的法律形式究竟由甚麼社會的事由而誘發及由甚麼社會的勢力而形成的方面。結局為認識「活着的法律」起見，總須時時對於社會的構成關係 (soziales Strukturverhältnis) 不斷的注意纔對【註二】。

如果把以上兩種相異的地位一言以蔽之，理論的方法教我們以「甚麼是法？」(„Was als Recht gilt?“)，社會學的方法為我們明示「甚麼是有效的法？」(„Was als Recht wirksam ist?“)【註三】。所以和以上所說相應，法律學如果採取理論的方法，那麼，是以法的認識 (die Erkenntnis des Rechts) 為主，而屬於理論的科學 (dogmatische Wissenschaft) 的一種；又如果採取社會學的方法，那麼是以法的形成 (die

Gestaltung des Rechts) 爲主，而屬於實踐的科學 (praktische Wissenschaft) 的一種了。

第二節 勞動法學中的兩種方法論

以上兩種見解的差異，在勞動法學上也可以看得見的。在德國，稱爲勞動法學界兩大權威的喀斯克爾 (Kaschel) 及辛亥麥 (Sinzheimer) 在這一點走着兩個完全不相容的方向。前者認勞動法學爲純然屬於理論的法律學【註四】，後者認他爲屬於法律政策學【註五】。

當一九二一年辛亥麥發表其著作勞動法原論的時候，喀斯克爾一派即反對其所據的社會學的立場，攻擊他至體無完膚。喀斯克爾說：『勞動法在過去十年間所以能夠建築到一個固有的法律理論的緣故，有賴於理論的研究方法很多，但是他對於這個見地相差太遠，他的敘述還沒有完全成爲法律的。』又和他站在同一地位的虞巴達說：『像辛亥麥那樣把社會思想的發展那樣的事實，歸在法律敘述

的中樞，明明是一種退步。把勞動法從社會政策家的手中得來的都是我們新勞動法學的功績，如此豈不是又把勞動法逆行到社會政策家的勞動法的地位呢？〔註六〕。這兩者的攻擊的立場，同時宣明當時新刊喀斯克爾雜誌的立場而喚起學者的注意。一面辛亥麥在 *Pothoff* 勞動法雜誌登載長篇的反駁論大事反駁，於是勞動法學上的方法論上的論爭，就捲起一種大風波了。他說：『如果兩氏的攻擊是對於我一個人的批判，那麼，我一定會想謹守沉默較爲適當。但是他們所說卻是根本的把法律社會學的方法完全驅逐到勞動法學的圈外，而要想賦與理論的研究方法以獨裁的地位，所以我切實感覺趁這個機會一試勞動法學的方法論的考察。』他敘述社會學的方法尤其在勞動法學是不可缺乏的理由非常詳細〔註七〕。

第三節 對於以上的批評

那麼，在上述之中我們應該以那一種研究方法爲是呢？著者覺得在勞動法的範圍以內，也不得不以法律社會學的方法爲最善。因爲在勞動法的範圍法律的理

論還沒有充分完備，其原理原則應待將來研究的部分很多。要想發見這種法律理論，決不是單由實定法的理論的研究方法所能夠達到目的的。應該更進一步由踐踏社會內部的實生活，捕捉具體的法律形式，纔能夠達到目的。這種方法是社會學的方法自身，我們已經說過了。

再社會學的方法的怎樣必要，徵之勞動法理進化的歷史更可以明瞭了。——
回溯勞動法研究的開端，是在一九〇二年瑞士的羅脫麥發表其名著勞動契約論第一卷【註八】的時候。在那個時候以前，像今日的意義的勞動法研究還沒有存在的。不用說，在那時候以前，也有勞動法規的存在，但是因為學者們沒有想把這些法規和社會的生活事實相連結做一個統一的觀察，所以各種法規，不過是各國分散的法規，並沒有當他是一種有機的發展的勞動世界的規律。在這個見地之下，統合起來，卻是在社會學的方法為法律學所採用之後的事。舉一個例來說，在舊時的法律學上，產生工資契約（Altkonvertag）的勞動契約形式，是不知道的。因為當時還沒有關於這種契約的成文法規，所以從實定法主義的理論法律學的立場，沒有承

認這種契約的理由。後來由羅脫麥發見，由是竟成了法學上研究的題目，其原因是由於他捨棄從來固陋的理論的立場，探求新法律形式的結果。同樣的事實，在勞動協約 (Tarifvertrag) 也可以看見的。勞動協約在羅脫麥以前，早已成爲勞動爭議的焦點，但是同樣，因爲沒有關於這個的成文，所以終爲理論法律學所看過，直到羅脫麥爲止，竟沒有認識他的存在，從今日看來實在不無奇異的感想【註九】。像這樣的事例，在勞動法上，即在今日還是不不少的。近來本於勞動關係的隸屬性，在這上面容認勞動契約之新種法律的構成，是其一例。對於勞動的資本之隸屬，就是這個事實，倘不浸入所有權法之社會的反映裏頭去觀察，是無法了解的。即把羅馬法的法律概念怎麼樣地分析和綜合，也是到底無法將他演繹出來的【註一〇】。把這個作爲勞動世界的第一事實，其能够還元於勞動法學上的基礎概念者，除了求之於社會學的方法，其他的方法是不興的。

要之，我們在勞動法學上爲要發見新的法律理論和復活舊的法律理論起見，無論如何，非以社會學的研究方法爲主，是不可的。或如虞巴達一派認根據這個方

法爲勞動法學的退步者，也是有的。但是我們觀察實際勞動法學發展的痕跡之時，勞動法學並不是依着理論的方法而獲得今日之地位的，反而因爲這個，倒顯著地阻止了他的發達，恰如辛亥麥所主張的一樣，其所以有今日的原因，卻借重於社會學的方法不少，這個我們不得不承認的。不但這樣，在法律學上採用社會學的方法的事例，無論在公法或私法上決不是稀罕的事。在私法的範圍，厄里亥，辛亥麥，福克斯等由從前一直到現在早已提倡了的；這一點，這裏可不必再斯加以說明了。此外即在公法的範圍，基耳刻於一八七四年也是已經反對法律的形式主義而高唱目的主義，更從同一的立場，和拉班時之偏頗的實定主義挑戰；又李斯特反抗論理主義，採用社會學的方法，而在最近刑法學增加了清新的力量，這是人人都知道的。

【註一】至於在正在形成之途上的勞動理論圈內，這種方法之必不可缺，可不必多言，自能明白的啊！

【註一】 Sinzheimer, „Über soziologische und dogmatische Methode in der Arbeitsrecht.“

swissenschaft“ in Zeitschr. „Arbeitsrecht“ Jahrg. IX Heft 4 S. 191.

【註一】 Sinzheimer S. 189; vgl. auch derselbe, Die soziologische Methode in der Privat-rechtswissenschaft, München 1909; E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologia des Rechts, München u. Leipzig 1913; derselbe, „Soziologie und Jurisprudenz“ in „Die Zukunft“ S. 231 ff.

【註二】 Sinzheimer, in „Arbeitsrecht“ S. 189.

【註四】 Kaskel, „Geist des Arbeitsrechts“ (Vortrag), III. E. 說：『勞動法由科學上說來乃是法律學之一部。所以其職分是和一般法律學一樣的，即在適用現行法規之解釋將無數的生活現象還元到少數的大的法律的根基本概念，而把他構成或限界到學的方面。因此勞動法學是屬於理論科學 („dogmatische Wissenschaft“) 之一種。』

【註五】 Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, S. VI. 說：『所以勞動的理論不獨是論理的概念並且必須要根基於進化的觀念 (Entwicklungsideen) 的社會學的建設方法 (Soziologisch-konstruktive Methode)。此種進化的觀念就是社會思想。』又 „Arbeitsrecht“ S. 193 ff. 說：『凡科學不是對於認識有效，卻是對於形成總有效的，認識不過是形成的手段罷了……法律學的最終目的不可不說是在法律政策 (Rechtspolitik) 在這個法律政策法律學纔有他的意義』

【註六】 Kaskel „Recht und Wirtschaft“ XI. Jahrg. Nr. 1 S. 70; Nipperdey, „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht“ II. Jahrg. Heft 1 S. 45—bei Sinzheimer, in „Arbeitsrecht“ S. 187.

【註七】 參看註一

【註八】 Ph. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, I. Bd Leipzig 1902.

【註九】 Sinzheimer, in „Arbeitsrecht“ S. 189, 190

【註一〇】 Sinzheimer, Grundzüge S. 22 ff. 參看復興叢書第四輯所載拙稿。

【註一一】 Sinzheimer, in „Arbeitsrecht“ S. 187, 189.

第三章 勞動法制的變遷

照第一章第一節所說，勞動法者是由今日之所謂被傭者階級之出現同時產生的；所以被傭者階級沒有沿革，同樣勞動法也就沒有沿革。在別的一般法律都有希臘羅馬以來數千年的歷史，而在勞動法最多也只有最近十數年的歷史〔註一〕。但是在構成勞動法之個個的法制（*einzelne Rechtsinstitute*）均各有其固有的沿革。例如關於勞動交易的法制，因為其關係皆為法律關係所規律，所以其淵源是可得而回溯的。本章所說的勞動法律，也就是專本於這個意思而說的，這一點我們不可不豫先聲明。

其次再把本章敘述的目的提出一說：本章先把古代法和各時代所行之勞動法制的大概述明，而後再考察勞動之在法律上的地位，即以歷史的考察其地位之與時代的變遷而求出其結果。再依其結果以求將來採取的途徑的大概為主眼。因

爲明白了勞動之法律上的地位，就可得到勞動法研究的前提；這也是準備解決勞動法上諸問題之必要的智識。不過凡把勞動地位之變遷，只從勞動一方面觀察，未免不大充分。必須同時注意到所有權思想的變遷纔對。

再由沿革的看來，所有權法律和勞動法制，在他們的進路，好像走在正反對的方向。說一句簡單的話：前者是次第傾向於所有權之限制的，後者是逐漸影響於勞動之解決的【註二】【註三】。

【註一】 “Geschichtslos,” „ein Kind des letzten Jahrhunderts” (Kaskel, Die sozialpolitische Gesetzgebung. Berlin 1921 3. Aufl. S. 5) 所似柏林大學的 Seckel 在羅馬的勞動法 *Das römische Arbeitsrecht* 的名稱之下，講演羅馬的勞動法制，從這個意思說來我們是難於承認的 (Kaskel)。

【註二】 右所有權之制限和勞動之解決的關係，我們拿釣井水桶來說明最爲適當。所有權和勞動各佔釣井水桶之兩端。這邊放下，那邊就吊上；反之，那邊放下，這邊就吊上。



在現代，所有權因為受了限制，所以漸漸失了他的意義；反之，勞動得了解放，因此漸漸地趨於重要了。這個勞動的釣井水桶漸漸把所有權的釣井水桶吊上，而向社會的井的水面放下；可是這個釣井水桶究竟到甚麼時代纔能汲到甘露之水呢？這固是一個難題，現在對他要想的預測是不可能的。我們在這個地方只有憑着純粹的學問，把所有權法制和勞動法制的變遷的淵源尋覓出來，而為進化趨勢的一種大量的觀察，算為滿足罷了。

【註三】

由古來所有權法制看來，就可以曉得所有權是由絕對自由之觀念，漸漸地正在那裏轉移到相對的自由之觀念了。現在簡單地把它變遷的趨勢寫在下面：

- (一) 在羅馬的所有權概念 在羅馬從來「所有權是自由無限制的」(Freiheit und Unbeschränkung des Eigentums) 這一個觀念，支配一般的。拿現在的話來說，就是缺乏社會思想的

個人本位的所有權概念支配一般的。元來羅馬法從前本是根基於農民法的，所以由農民法制的通性，在這個地方好像也應該同樣把以含着社會色彩的不自由的限制所有權爲始的。可是在羅馬法破壞了這個原則，從前的很銳利的所有權概念早已具備了。在十二表法（紀元前四五年至四四八年）上也早已認定私有權之自由和契約自由及繼承自由成爲相貫的三大原則（Stammler, "Eigentum und Besitz" in Conrads, Handwörterbuch der Staatswissenschaften" Bd. III S. 614）。在這裏我們可以看出誰都不能侵犯的絕對所有權的念頭，在這簡少的規定裏面很強烈地表現出來。這種精神支配了從羅馬的全世紀直到查士丁（Justinianus）帝的羅馬法全典（紀元後五三四年）爲止，約一千年的期間。現在爲便解釋起見，擬把羅馬法上關於所有權的羅馬法學家的定義揭示出來，使這一點更加明瞭。斐林格做照羅馬的法學者鮑爾斯所說，言道：『所有權云者就是說人在有體物上得行使一切支配的法能之權律上的可能性』（Nering, Geschichte und Institutionen des römischen Privatrechts. Mainz 1870 S. 250 bei Hillmann, Das Eigentum, [Diss.] Berlin 1899 S. 6）馬刺耳戴的定義是『所有權是實質上無限制排他的之權利』（Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, Giessen 1899 II. S. 38/39）索謨也和下了一個略同的定義（Sohn, Institutionen, 10. Aufl. Leipzig 1911 S. 301）

普胡特所說的是：『所有權就是說物之完全的法律的征服』（Puchta, Pandekten 7.

Anfl. besorgt von A. Rudorff, Leipzig 1858 S. 214）最後溫德賽德所說的是：『所有權者可以把其所有的物自由處分，他人非依本人的意思不得染指』（Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt a. M. 1903 I. S. 857）

由以上各學者的定義看來，可以曉得羅馬法上的所有權是物之絕對的支配關係。換句話說：人和物完全是別個的存在，是人支配（‘beherrschen’）這個獨立的物的觀念。這是和下述德意志固有法很顯著之點；在德意志的固有法，人和物是密切地相互融合的，而人有統御（‘regieren’）這個物的觀念（Hilmann S. 7）。

羅馬的所有權概念既是這樣特殊，那末，其中應該含有不得不然的理由。這就是在前面說過的羅馬人的個人意識本身上面是沒有疑義的。像這樣把個人絕對的意識作為根本，編成私法，跟着私有權制度也就建築起來了。並且像這樣個人主義的所有權概念和貨幣經濟的發達同時並進愈見成功，結果乃在羅馬法上形成了一個「牢不可破」的中心思想，這是人人所知道的。後來這個就變成羅馬帝國滅亡的最大原因，這也是歷史上很明顯的事實（Vgl. Gierke, Die Soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889 S. 6, 7）

(二) 在日耳曼的所有權概念 在德意志固有法之下，和在羅馬法是相反的，所有權拘束，所有權

共同 (Gebundenheit und Gemeinschaft des Eigentums) 的思想從來就是強烈地支配一般的。現在一直回溯到愷撒 (Julius Caesar) 的加里亞征討記 (Bellum Gallicum ca. 4 v. Chr.) 所發現出來的所謂農業共產 (“Agrarkommunismus”) 的狀態和在塔西陀 (Cornelius Tacitus) 的日耳曼尼亞 (Germania ca. 100 n. Chr.) 所發現出來的三圃耕作 (“Dreifelderwirtschaft”) 的時候的共用地關係等，在德意志由古代到中世紀末葉為止，專行着帶團體色彩的土地所有權。這個特色於所謂總有 (Gesamteigentum) 聯有 (Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand) 上下級所有權 (Ober- und Untereigentum) 等最明顯地表現出來了。在這些所有權，多數者對於同一物是共有的，但是和羅馬式的團體所有權不同，人人對於物仍是獨立的人格者而相對的，同時也是相互地站在有機的人的連鎖之上的。其在這個時候的所有權並不是像今日的法人所有權離開團體組織員而歸屬於獨立的團體人格，又不是像今日的共有，存有把各個人的部分相互劃分而支配的觀念，卻是把多數人還是保有其個人的部分，不過要互相融合使造成一個有機的關係而所有的觀念罷了 (Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd. Sachenrecht, Leipzig 1905 S. 366ff. 375ff; Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. Aufl. Leipzig 1902 S. 227ff; Hillmann, a. a. O. S. 31ff.; Stemmler, a. a. O. S. 61

4: Hedemann, Einführung S. 81. 平野氏民法中的羅馬思想和日耳曼思想一六五頁以下) 這是日耳曼法所有權具有社會的特質的理由之一種。

像這樣，日耳曼法上所有權的特質，一面可在人和人中間的有機的關係得到的，他一面這個特質更可於所有權者和其客體的物的中間的有機的關係得到的。現在爲把這一點更求明瞭起見，再把關於所有權的日耳曼法學家的定義揭出一看：布倫次利 (Bluntschli) 把所有權看做「個人肉體的實在之一種擴張」(Hilmann S. 7) 布林次 (Brinz) 以爲「所有權就是有體物和人法的連鎖……所有權是人類的一種特性 (‘eine Eigenschaft der Person’)」來斯特 (Leist) 則用「在所有權，主體和物是成爲一體的，物漸漸被吸收到個人裏頭……物完全爲主體所同化……人則由物體奪其客觀的獨立，吸收到自己裏頭」等的文字。最後尉耳特 (Wirth) 則把所有權關係看做一種所屬關係 (‘Pertinenz-Verhältnis’) 將牠和羅馬法上的支配關係 (‘Herrschaftsverhältnis’) 對立並進一步說：「在這個時候，所謂物者便成爲我的人格之一部，也是我的延長 (‘ein verlängertes ego’)」(Hilmann, a. a. O.; Windscheid-Kipp a. a. O. I. S. 859 Anm 5) 由以上諸學者的定義看來，在日耳曼法並不像羅馬法那樣認物的本身或其客體的存在，卻認他爲已經主體化，就是認物已經失了牠的獨立性，而被吸收融合在主體裏頭，這就是日耳曼法的

觀念好像人的四肢附着在身體上成一個有機體一樣，所以在日耳曼法之下，人雖然有勞他的延長的物的觀念，至於絕對無限制的支配和處分牠的觀念在理論上是不能存在的。

絕對無限制的支配和處分的觀念只有在互相獨立的主體和客體之間纔能夠存在。在日耳曼法下，物之利益處分是根基於各人自存之要求的利益處分，又以這個為限度的利益處分。如和在羅馬法所見，不管自存之要求怎麼樣，總是認物為因支配而支配因所有而所有的觀念根本上就不同了。因此所謂關於物的絕對的排他，是完全不成意義的，在同一的物，多數者得有提出要求的餘地，也自然是有的。這是日耳曼法所有權之有社會的特質的理由之二 (darfür Hilmann, a. a. O. S. 8)。

(三) 繼承時代以後的所有權概念 在德意志自第十四世紀到第十六世紀之間，常常繼承了羅馬法。跟着這個關於所有權的羅馬法上之理論，也是同時將牠接受了。因此，暫時之間日耳曼固有之所有權概念和羅馬固有之所有權概念之間，起了不絕的鬥爭。但是當時德意志的社會狀態能扶助羅馬法理論的勢力，結果日耳曼固有法理論竟被打倒，除了關於土地的一點法制之外，差不多都受了羅馬法制的支配了 (Vgl. Sohm, "Bürgerliches Recht", in "Systematische Rechtswissenschaft" von Stammler, Leipzig-Berlin 1913 S. 67 ff., und Stammler a. a. O. S. 615)。後來貨幣經濟次第的發達於是羅馬法的「自

由而無限制的所有權」的觀念，大受世人的歡迎了。一面日耳曼固有之「團體的社會的限制所有權」的觀念，就漸漸地潛影了。（不過對於以上的觀察學者中不是沒有異議的。

例如斯塔穆刺說：『一般德意志古代法的所有權是顯著地屈服於公法的和組合法的限制，在這一點，人們好像都當牠和羅馬法上的所有權其本質的相異，其實這是錯誤的。就是以後者爲個人法的“*individualrechtlich*”，所有權，以前者爲社會法的“*sozialrechtlich*”所有權的看法是不對的。凡個人法的或社會法的所有權由概念的說來，並不是具有嚴格的區別的東西，不過只有程度的差異罷了。即在羅馬法也是有所所有權的法定限制，例如相隣權關係和依公法的限制，都是存在着的，不過較之其他法制少一點罷了。因爲這樣，所以有人說：在繼承時代，個人主義的羅馬法上之所有權和社會的日耳曼法上之所有權曾經互相抗爭過的，但這實在是錯誤了的』——Stammer, a. a. O. 但是這個見解並不是通說，我和多數的學者一樣，擬把這兩者之本質的區別認識出來。）

羅馬法的所有權概念爾來一直到第十九世紀爲止，還是很流行的。在那個時候以前，即第十八世紀個人主義自由主義思想勃興的時候，因爲他很適合於時勢的要求，所以人人都很歡迎，結果影響於經濟制度，法制制度之上實在不少。尤其以一七八九年法國之人權宣言所發的「所有權之神聖不可侵犯」(La propriété étant un droit inviolable et sacré，

……)的標語，這個思想深入人心，且和第十九世紀經濟的自由主義結合起來，築成了從來所未會見的偉大的資本主義法制之城壘。我們就第十九世紀所現出來的一切私法制度看去，覺得沒有一個不蓄着所有權自由的精神。所以對於所有權，本世紀確是一個不能忘記的黃金時代。

(四) 社會改良時代以後之所有權概念 到了第十九世紀末葉所有權的銳鋒，漸漸地遲鈍了。因為人人對於本世紀中經濟的自由主義之橫行，資本主義之跳梁，曾經嘗過無數苦楚的經驗的緣故。人們從此對於個人絕對主義，起了危心，對於所有權自由原則發了懷疑了。於是社會思想產生了，社會共存的要求高唱入雲了，而現代化的日耳曼思想之再生成爲一般所切望的目標了。於是立法者和政治家等都知道非携了社會法的新銳武器以爲應急之救助不可了。因此以德意志的民法爲始，在由第十九世紀末葉起，至第二世紀初頭的各國民法典裏面新採用了許多關於所有權限制的規定，而盡量努力宣明所有權之非絕對的意旨。我們的民法（指日本）也在德意志民法第一草案的影響之下，雖然並不充分，卻也追隨着這種傾向的。

但是以上，還不能看做所有權的澈底的限制的東西，就是還沒有從牠的本質上攻擊的。在一方還是認定以私有權的自由爲原則，而在他方則只當是緩和擊資的方法纔把牠限制罷。

了。凡把所有權在本質上開始攻擊的，在學說上，從稍稍以前的時候，就有了的（Vgl. Fre— und, Das Zivilrecht Sowjetrusslands, Mannh. Bln. 1924 S. 27）但是把牠從法典上試驗的卻是以一九一九年的德意志新憲法為嚆矢。同憲法第一五三條第三項宣言說：

『所有權是包含義務的牠的行使，同時要替公共的福利着想』（“Eigentum Verfüll— chet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste.”）

要之，這一條是宣言對於所有權之社會化的規定，在法律學上，恰算是劃時代的規定，而為學者所賞讚的。法國革命為苦於暴君暴法之侵害，纔宣明所有權之絕對不可侵犯，這個後來漸漸地為現在各國憲法所採用了。同樣德意志新憲法之「所有權義務」的宣言，恐怕也是以二十世紀法律思想的表现，漸漸為各國所採用的。凡從羅馬法以來，所有權是自由的，不過這個自由的所有權是由其他的自由的所有權或公益規定之故，受了外部的被動的限制的觀念罷了。但是這裏所說的所有權在其本體之中，同時包含了義務的分子，可不必待外部的限制，而在其內部已經自加了限制的觀念。德意志學者把這個觀念用所有權之「積極的義務」（“positive Pflicht”）的文字以表示牠的正和從來在外部的限制所看見的「消極的義務」相對照。（vgl. Hedemann, Die Bedeutung der neuen Verfassung für das bürgerliche Recht, in DJZ. 24. Jahrg. S. 772）此亦第一五五條第一項至第三項，

第一五六條等也都是以所有權之社會化爲目標的規定。

像這樣，該憲法對於私有權揭出許多進步的規定，不過這些還是沒有觸着私有權制度自體的根幹的徹底的規定。其儘量想實現所有權之社會化的努力雖可窺見，可是他方因爲又認定所有權之自由，（第一五三條第一項，）契約之自由（第一五二條）的原則，所以常常受其掣肘，有到處無路可走的情形（Vgl. Lehmann Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts S. 6）。反之，一心一意地把私有權制度攻擊得體無完膚的不用說，就是至前年爲止的赤俄了。在這裏，一切私有權都被廢止，共產制度要取而代之的樣子。但是這個事情在這個地方好像毋庸再說明罷！

可是共產制度在俄國到底也不得永續了。沒有多久就有新經濟政策的樹立，跟着以這個爲基礎的新民法也制定出來了，於是又不得不承認私有權制度了。這個民法已經從去年一月一日起在實施了的。不過就是在這個時候，該法所承認的私有權制度也是和從來一般所承認的本質上是相異的，所以兩者不可以同日而語那是當然的事啊！我想該民法在古來所行的民法典之中，算是最虐待私有權的東西罷！就是該民法一方雖然容認私有權之存立，他方卻把牠的客體和效力之範圍顯著地限制而將私有權儘量地使牠變成有名無實的東西，結果前者的原則之力量變成非常薄弱的東西，而後者之例外，好像倒有成爲原則的樣子。因

此，實際上在現代諸國的各該原則和例外的關係是大異其趣了，並且共產國家的精神及實體不可不說是維持到某種程度的。（參看 Vgl. Normann, Das Vormögensrecht der R. S. F. S. R., Berlin 1923 S. 16 ff.; Freund, Das Zivilrecht Sowjetrusslands S. 34 ff., 158 ff. 高柳賢三氏新法學之基調 一三三頁以下所載「以勞農俄國之新民法爲中心」參閱）

(五) 概論 把以上所述的大量地觀察起來，可以知道所有權是由絕對的自由的境界漸漸進到相對的自由的境界，而又正在那裏漸漸地移到不自由的境界了。因此，所有權又像學者所說，漸漸地喪失了「所有者之權利」（das subjektive Recht des Eigentümers）的性質，而將變成只容「財之所持者之社會的職能」（die soziale Funktion des Inhabers von Gütern）之存立了罷！就是所有權早已不是單純的權利，而好像正在變化到向財之所持課牠一種的社會的義務了（Vgl. Freund, S. 27）。

第一節 上古的勞動規律

直由巴比倫及希臘時代的最古的時候看來，勞動制度的基礎差不多都是建

在奴隸制度之上的。古代諸國無論那一國都有奴隸【註二】，日常所需要的勞動多是由他們的手供給出來，各般的經濟大概可以說是依着這個奴隸勞動而維持的。

奴隸勞動之法律上的形式，在主人隨便使用他自己的奴隸的時候，並不成甚麼問題，不過到了一個自由人使役其他自由人的奴隸的時候，人們都認奴隸爲法律上的物，所以就把他作爲物的質貸借（Sachmiete）看待。換一句話說：就是和承認真的勞動動物（Arbeits-tier）的質貸借完全一樣，也承認這個勞動人（Arbeits-mensch）的質貸借。

奴隸之質貸，借古代各國是普遍通行的，不過這種形式當時還是把牠移用在自由人裏頭的勞動關係，這是常例罷了。據關於巴比倫的罕穆刺比（Hammurabi）法典，埃及的帕匹里（Papyrus）等的學者的研究，聽說當時關於農業勞動，船舶勞動等已經有受自由人干與的事例，但是在這個時候，他們還不曉得這是去根據後代在羅馬所見的那種勞動契約的形式，卻是依然借用了和上面所說的奴隸勞動時候的那種形式。就是他們把他稱做債奴（Schuld-knecht-schaft）即從供給勞動的

自由人所得到的工資用消費貸借的形式借入，而爲這種借款的抵押起見，在一定期間爲債權人的他人而勞動的一種擬制的法律形式。可見還有一種極罕見的事情，就是叫做自己賃貸 (Selbstvermietung)，這不是像主人賃貸的那種奴隸，乃是由自由人的自己把其本身而隸屬的賃貸於他人的變則的法律形式的行使。就是這種自由人的勞動也是一樣依照不自由勞動的法律形式；這個結果，要之就是因爲認勞動爲由奴隸或類似人類所行的非人的拘束之當時的社會觀而發生，是不待言的【註二】。

由勞動的法律形式的沿革看來，奴隸即認爲物的人之賃貸借是最古和原始的遠物。其次，就是自由人之自己隸屬 (Selbstverknechtung) 的債奴的形式發現了，更由這個轉而進到自由人之自己賃貸的方法，想是像這樣地漸漸地離開了勞動的不自由之狀態 (der Zustand der Unfreiheit) 而轉移到我們在羅馬以後所見的自由勞動契約之形式了。由這進步的過程看來，我們不得不說古代法的勞動形式還沒有完全脫離不自由的勞動時代而依然止於初期的形式。

【註一】 據 Lins, Staat und Arbeit, Jena 1920 S. 12. 裏面說：紀元前三〇九年在雅典對於市民二萬一千有奴隸四十萬，就是市民一人中平均有二十人的奴隸；又在科林特地方在紀元前三〇〇年的時候，對於市民四萬中有奴隸六十四萬。其他無論在巴比倫，埃及，希臘植民地均有多數的奴隸，這是沒有疑義的。

【註二】 Kaskel, Arbeitsrecht und soziales Versicherungsrecht, S. 46.

第二節 羅馬的勞動規律【註一】

一 在羅馬和其他古代諸國民一樣也有很多的奴隸同奴隸經濟流行了的。有的時期在羅馬帝國內對於六百萬乃至七百萬的市民，竟有一千三百萬乃至一千四百萬的奴隸，就是含着約市民全數的二倍的奴隸【註二】。所以羅馬的法律家對於這個奴隸制度的規律都是有特別加以注意的樣子，關於奴隸法的實例爲羅馬法全典 (corpus iuris civilis) 所採用的，聽說很是不少。但是這個奴隸法並不是屬於今日之所謂私法範圍的。爲甚麼呢？因爲奴隸和主人之間全沒有債權法的交通，奴隸對於主人所做的工作，和主人只是憑着公法的支配關係，並不是憑着契約關

係的。

二 奴隸歸入私法的範圍，是在並不當他爲人而在以物的價值評價的時候。例如他做他的主人和其他的自由人之間的買賣贈與或借貸借的標的物的時候也有的。當他被人當做借貸借的標的物的時候，就是和這裏有關係的勞動法制之一的。那個時候奴隸憑着他的主人直接或經過媒介的人而服事於需要他的工作的自然人，這是常見的；在這個時候羅馬人完全把他當做物一樣看待，於是規律他在「物的借貸借」(Locatio conductio¹nei)的關係了。換一句話說：他們的觀察就是以爲勞動需要者把奴隸當做物向其主人借來使用的。但是這一點對於前面所說的古代法之下的勞動形式並沒有不同的地方。

三 但是在羅馬法已經知道比古代法更進一步的除上面所說以外的自由勞動契約的形式。某自由人拿了契約的形式對於其他的自由人供給勞動的關係老早就萌芽了【註三】。凡在羅馬，一般的勞動因爲都賴着奴隸的手作出來，所以自由勞動契約和以前的比較起來，在經濟上雖然沒有多大的意義，可是一方以自由人

的資格因爲貧困的緣故，對於其他自由人不得不代其勞動的事實漸漸地加多了；一方因爲奴隸制度的衰頹，奴隸的解放就接踵而生；但是這些被解放的自由人還是依舊服事其本來的奴隸工作，所以自由勞動契約隨卽好像漸漸地增加了其意義的樣子；後來在愷撒帝全典裏頭關於這種的事實，聽說採用了很多。在這個時候，勞動者和奴隸的借貸借不同，他是以權利爲主體而工作的，原則上是在法律上自由地位締結債權契約的；所以這個關係就屬於現代意義的私法範圍了。但是羅馬的自由勞動契約和今日所看見的自由勞動契約大凡有二點相反。其第一點就是在羅馬認自由人之間的勞動關係爲「勞動的借貸借」(Locatio conductio operarum) 關係，而和物的借貸借的關係同列看待。就是好像後代對於勞動者的人格尙未十分認識，因此把他的勞動當做動物待遇一樣，羅馬也認他們爲供給非人格的財產價值 (Vermögenswert) 的給付。【註四】由這一點纔把物的借貸借和勞動的借貸借兩者對立的【註五】其次不同的第二點就是勞動契約和由這個所生出的報酬請求權之成立，只就下級的勞動承認之點。因爲在羅馬凡自由人得一

定的報酬而服役於勞動的事最爲可恥而卑賤的思想支配一般的。換句話說：就是凡下級勞動都由奴隸或無產階級的賤民等（*Proletarii*）所做，像他們這般非人或下層民所做的工作，凡是自由人都不肯做的這種思想，是支配羅馬上下一般社會的。【註六】由這種思想，羅馬人分勞動爲下級民的勞動（*operae illiberales*）和上級民的勞動（*operae liberales*）二種，關於前者承認有價的勞動契約之成立，關於後者例如法律家，醫師，美術家，建築家等需要特別智識技能的勞務，都不願勞務契約之成立，在這種法律關係和 *Locatio conductio operarum* 在勞務者的地位是反對的。【註七】且根據以無償爲原則的委任（*mandatum*）其報酬也是沒有法律上的請求權，只使受謝金（*honorarium*）罷了。

像這樣，羅馬人憑着勞動的高下而嚴別其在法律上的位置，不過隨着時間的經過，高級勞動不能夠長時間止於無償了。就是高級勞動者其最後還是關於約定的謝金，而求法律上的保護，對於這個也不可不給與和下級勞動同樣的報酬請求權了。但是就是在這個時候，羅馬人的勞動差別的思想，還是沒有衰頹，他們始終要

想把他從下級勞動區別出來，那個報酬不叫做工資（merces）還是稱爲謝金（honorarium），關於訴權也不給以普通訴權（actio locati）而依 extraordinario-actio 特別訴訟的手續了。總之，羅馬人直到勞動契約還是一般行使高級勞務的後日，還是分了高下尙卑之別，拼命保其體面而不肯傷其自尊心的形跡，是看得見的。【註八】【註九】

【註一】 Hedemann Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bln. u. Lzg, 1921 S. 159 ff.; Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht, Jena 1896 ff.

【註二】 據 Lins, Staat und Arbeit S. 12 記載：紀元前一世紀的時候，在意大利半島約有百五十萬，西西里島約有四十萬的奴隸。

對於奴隸制度之存在，古代人民誰都以為是當然的事，並不以為奇的。並且竟好像把這個制度看做必然的存在一樣。希臘的哲人柏拉圖（Plato）也是認奴隸爲「爲國家的經濟生活政治生活起見存在是不可缺的東西」又像哲人亞里斯多德（Aristoteles）聽說也會說過：『在一切人裏頭，有天生不自由的人，這種人就是奴隸』我們知道羅馬人也是很安心地根據了這種學者的話（Stammler）。

【註三】 s. dafür E. Meyer, Die Sklaverei im Altertum, Dresden 1898; ders. Die wirtschaftliche Entwicklung des Altertums, Jena 1895.

【註四】 Sohn, Institutionen 10. Aufl. S. 386.

【註五】 但是在這裏雖然叫做「勞動的借貸」可是那個時候，還沒有像在啓蒙時代以後所見的，把勞動者的人格由勞動力脫離獨立的抽象出來，進到「完全獨立的人格者處分他的勞動力」的觀念，一般都以爲所謂勞動的借貸，其實就是勞動者自身（「die Person」）的借貸，即不過由前面所揭示的「不自由勞動形式的勞動者之自己借貸」（Selbstvermietung）進一步到了「自由勞動形式的勞動者之自己借貸」的意味罷了（Vgl. Oser, Kommentar zum schweizerischen ZGB. Das Obligationenrecht, Zürich 1915 S. 629）。

【註六】 賤視工資勞動是古代人民所通行的思想。在亞里斯多德的「Politikos」裏頭也說：「爲要得到報酬而服務於勞動的事，在自由人看來是很不名譽的。工資勞動對於我們的精神加以束縛，並且是使精神墮落的東西。」後來西塞祿（Cicero）也以爲「工資勞動是下賤的東西，工資要不過是對於奴役的報酬罷了」[merces auctramentum servi'utis] (onrad, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. I, S. 1163; Endermann S, 5

Ann. 9)

【註七】 在 Mandatum 受任者就是勞務者，是由委任者的傭主依賴他提供勞務所發生的關係；反之在 Locatio conductio operorum 好像是認勞動者爲勞動賃貸人，對於勞動賃借人的傭主，提供他的勞動的關係。

【註八】 參看末弘博士債權各論六五四頁 Hedemann S. 160。

【註九】 在日本相傳古來也有奴隸的存在，參看（本庄氏日本社會史瀧川氏論文法協第四〇卷第九號，第一〇號，第四一卷第四號，第五號）所以和在羅馬一樣的奴隸的賃貸借和自由勞動的賃貸借，又恐怕也是存在了的。據福田博士說：直到最近在東京還是有類似羅馬奴隸市的事實，聚集於這個地方的有搗米的管帳的擦背的等，各人都想他們所喜歡的人雇用他們。參看（社會運動和勞動制度第四版三一八頁）。

第三節 日耳曼的勞動規律

甲 最古的時代在日耳曼也有很多的奴隸，以無人格者的資格隸屬於主人服事各種勞役，這和在羅馬的並沒有不同的地方。但是當時在日耳曼除此之外，還有

叫做「*Hörige*」的半自由人的階級。這個階級是享有某種程度的人格，不過在爲主人服一定的勞役的關係隸屬於他罷了。因爲這樣，所以他的勞動雖然說是具有本來獨立的給付價值，但是卻和前者一樣是直接憑着主人之公法的支配，並非憑着自由的勞動契約；所以就是在勞動形式也是和奴隸的情形一樣，我們不得不說是屬於不自由勞動之一種了【註一】。奴隸和半自由人的勞動在日耳曼，在勞動法史上，並沒有甚麼特別足供說明的意義。茲特將原有勞動規律之有敘述的價值者提出一說：

二 忠勤契約 (*Treudienstverag*) 及其向自由勞動契約分化的情形【註二】。在日耳曼由紀元後八九世紀的時候 (*ali-fränkische Zeit* 起，就發現了忠勤契約的奉公關係。這是東家 (*Gefolgsherr*) 和家人 (*Gefolgsmann*) 之間所結的一種勞務契約，家人對於東家負有服從和勤勞 (*Gehorsam und Dienst*) 的義務，東家對於家人負有保護扶養及代表 (*Schutz, Unterhalt und Vertretung*) 的義務。這種締結主從關係的誓式有一定的形式舉行的時候是極莊重的。忠勤契約雖然說是勞務

契約，但是由其本質看來，卻不是債權法的，那是身分法的或親族法的 (person-anrechtlich bzw. familienrechtlich)。這是以主人之誠實和家人之忠節的人的連鎖爲骨子，並且因爲家人多是被收容於東家一族之中，其待遇同家族之一員一樣緣故。

這種契約裏面雖然含着很多身分法的性質，但也已經包藏着不少債權法的要素，這一點我們是不可看過的。東家對於家人負有扶養和其他的義務，家人對於東家負有服事他所定的勞務，這一點雖然沒有像今日雇傭間那樣的「勞務對報酬」的交換關係，但是如何前進的因子，好像可以說從這個時候起，已經具備了

【註三】

忠勤契約以第十二世紀爲最頂點，後來漸漸變形了，到了中世紀末葉就絕跡了。在這個期間，該契約一面移到物權法的封建契約 (Sachenrechtlicher Lehnvertrag)，他面移到債權法的雇傭契約 (schuldrechtlicher Dienstvertrag)【註四】。但是在這個時候，這些契約還帶着很强的身分法的色彩，這是不可忘記的。

沒有幾多時候，封建契約隨着時代漸漸絕跡了；但是雇傭契約從這個時候起，其形式及內容漸漸完備，結果變成了後代所看見的雇傭的觀念了。據基耳刻說：雇傭契約之最古形式是奴婢契約（*Gesindevertrag*）【註五】已經在十三世紀發了萌芽，即在薩克森鏡子（*Sachsenspiegel* 1225）裏頭也老早就看見他的淵源云。奴婢契約是當事者之一方供給勞務，其他一方對於他負有支付工資義務的一種雙務的債務契約。因為這種契約，是雇傭契約裏面的最古的東西，所以其債權的方面，比較身分的方面，還是占着優勢，在主人和奴婢之間，尚遺留着古來的人的連鎖，主人對於奴婢有命令權懲戒權，奴婢則負有服從東家的權力和忠實從事勞務的義務。一面主人也負有供給奴婢的衣食住，對於第三者則庇護他代表他，並保障其他身體安全之義務。其關係比較舊時的忠勤契約相差不遠。

和這個一起發達的，就是都市的手工業者之勞務契約（*der gewerbliche Arbeitsvertrag*）了。這是行會的工事監督者和工匠之間所締結的一種債權契約，由行會規約受了強制的規律一點，是這種契約的特色。在當初工匠被收容在監督者

的一家之中的時候，身分的色彩格外濃厚，換一句話說：不過是由奴婢契約進一步的程度罷了，後來工匠漸漸脫離了東家的關係，到了獨立的地位，於是這種色彩自然減少，逐漸地具備了他的自由勞務契約的形體，工匠也纔由從來的從僕（“Knecht”）地位，升到真的匠工（“Geselle”）的地位了。此外更據基耳刻說：關於海員、鑛夫、商業使用人、傭兵和都市之有薪俸的官吏之類，當時也已經有和前面一樣的勞務契約之發達了。

在以上所舉各例，對於勞務的義務是本着自由的債權契約而生的，且以一定報酬的約束縛住他的，所以當時已經具備了今日那樣的自由勞務契約之形式，可不必再說了。但是在這個反面看來，日耳曼法下的勞務契約，原來是以主人和用人（“Herr und Diener”）間的忠節之連鎖（Treuhand）爲骨子，像後面所說，即到了後代這種身分法的色彩，還是依然存在的一點，也是這種契約的顯著的特徵，這一點同時也不可加以注意的。

【註一】 參看 Hedemann, Schulrecht S. 161. 平野氏在民法的羅馬思想和日耳曼思想二三

【註一】 Gierke “Die Wurzeln des Dienstvertrages” S. 37 ff.; derselbe, Deutsches Pri-

vatrecht, Bd. III, Schuldrecht S. 593ff.

【註二】 auch Kaskel, Arbeitsrecht und soziales Versicherungsrecht S. 47.

【註三】 auce Matthaei, Grundriss des Arbeitsrechts, S. 2; Kaskel, a. a. O.

【註四】 auch Matthaei, a. a. O.; Sompart, “Die Arbeiterverhältnisse im Zeitalter

des Frühkapitalismus” S. 30ff.

第四節 羅馬法繼承以後的勞動規律

一 羅馬法，在十四世紀到十六世紀的期間特別很盛的由德意志繼承了。而在長時間由都市經濟法，貨幣經濟法發達來的羅馬法律，那個時候就由自然經濟移到貨幣經濟；在這裏更滔滔地擁到熱望新生活規律的日耳曼諸民族裏頭了。就是在勞動生活範圍，也是棄了日耳曼原有的勞動規律，而代以羅馬原有的勞動之賃貸借 (locatio conductio operarum - Dienstmiete) 的法制而專支配勞動關係

了。這個勞動規律爾來做着德意志普通法 (*gemeines Recht*) 的理論行得很久了。日耳曼勞動法 依着 *I. c. operarum* 的繼承就很顯著地帶了私法的特質【註一】。

二 如以上所說從第十六世紀以來，羅馬的勞動理論在德意志一般的流行了，可是固有法中就有不甘受羅馬法征服的二個方面：其一，就是因爲不分勞動的高上，所以就產生了要求法律上同樣地位的日耳曼固有的勞動思想。前面已經說過，羅馬人都是把下級勞動看做不名譽的工作，所以將勞動分爲：“*operae illiberales*” 和 “*operae liberales*” 二種，一一在法律上的看待不同，但是在日耳曼這種思想自始就沒有的。家人或從者不但服務如戰爭，皇殿勤務等高級種類之勞務，就是服務於羅馬所謂無產階級所做的雜役也是很不少的。雖然那樣，但是不拘甚麼人都沒有把這種行爲看做不名譽的屈辱的事情，不爲比自己高一輩的人做事，不問勞動的種類如何，一般都是看做很體面的。在較古的時候，從塔西陀 (*Tacitus*) 的日耳曼尼亞 (*Germania*) 等看來，也有「日耳曼尼亞的人們和我們國人（羅馬人）不同，他們替別人勞役也是一點不覺得是不名譽的」的記載。對於日耳曼的這種思想

就是強力的羅馬法制也是始終不能夠把他征服而祇得停止了。但是在最初的時
候，因為羅馬法的勢力過於偉大，所以 *l. c. operarum* 的勞動形式能夠澈底行使
出來，在人們則分了勞動的高下，對於高級勞動另用謝儀契約傭使契約或自由勞
務契約 (*Honorar-, Anstellungs- oder Freidienstvertrag*) 等名稱，要想認為特別的
範疇；但是這種想頭無論如何，和日耳曼原有的思想不能相容，於是把所有勞動置
在同一法律地位之下的舊來的思想，漸漸就得了勢，結果在經過很久年月的現在
諸國民法裏面，也是作為當然的原則加入了。【註二】

殘剩下來其他一部分，就是日耳曼的勞動關係，還是顯著地留着身分法的
色彩之點。因為羅馬法之侵入，日耳曼法的這種特色漸漸減少，而債權法的要素漸
漸地現出來了；但是這種特色依然留在各方面，一直到了近世，牠的痕跡還是看得
見的。譬如在奴婢契約，奴婢被收容到家庭裏頭，這是常有的；主人和他們的關係，即
在繼承以後，還是以公法的身分法的支配之要素為主，與其認為勞動關係不如認
為親族關係的一種較為妥當的樣子。事實上在一七四年的普魯士普通法 (*Preuss-*

sisches Allgemeines Landrecht) 確是把牠規定在親族法裏面，因此設了許多奴婢警察的 (gesindepolizeilich) 的規定，這種規定與其說是注重在奴婢之私法的利益，不如說是格外顧慮到支配者的主人之地位的規定【註三】。牠的餘風直到由一八一八年十一月十二日的德意志國民代表者會議的宣言廢止奴隸條例 (Gesindepordnungs) 爲止，實保有其長時間的命脈【註四】。

奴婢契約以外，長久保留着身分的色彩的，有手工業勞動、鑛山勞動、海上勞動等的契約【註五】。關於這些契約，今日我們由產業條例 (Gewerbeordnung)、鑛法業 (Bergrecht)、海法 (Seerecht) 等的特別法，還可以看到其消長的痕跡。

【註一】 Mathaei, a. a. O. S. 3.

【註二】 Gierke, Die Wurzeln S. 55, Schuldrecht S. 597, 598. 但是法蘭西民法，和日本的舊

民法(財取二二六條)依然還是固執羅馬法的精神，分了勞動的高下(參看鳩山博士增訂日本債權法各論下卷五二六八)。

【註三】 Mathaei a. a. O.; Gierke, Die Wurzeln S. 51.

【註四】 更關聯此點應行注意的，就是在承了德意志法之系給的英法二國，其勞務契約自始就沒有

完全進到本來之債權契約的地位。在這兩國勞務契約祇止於“master and servant”間的身分法的契約，和婚姻父子關係及監護人一樣屬於 rights in Private relations”的部類，而受了債權法以外的看待（Gierke, Die Wurzeln S. 41 Anm. 2; Heymann, „Überblick über das englische Privatrecht” in Holtzendorff-Kohlens Enzykl. II. Berlin 1914 S. 336）。

在日本截至繼承歐洲的法制爲止，也是認勞動關係爲奉公關係，決不認爲債務契約關係。日本民法第六二三條之「雇傭的關係是由當事者之一方對於相手方約明服務勞務的事，相手方對他約明給以工作報酬的事而生效力」的意旨，我們就是在夢裏也不會說的。參看（福田博士社會政策與階級鬥爭第二五版三〇九頁）。

【註五】 Kaskel, a. a. O.; Gierke, Die Wurzeln S. 51, 52; ders., Schuldrecht S. 398.

第五節 啓蒙思想下的勞動規律

一 法國革命，在勞動法制上，給了很大的影響。第十八世紀自然法的理論認一切人的支配關係爲反人倫的，所以主張把羈束和壓迫人的一切法制悉數撤廢。然

後使人們得了精神的並肉體的解放，各從其自由意志確保勞動衣食和生存的權利。新進科學的經濟學也是把從來的支配服從關係認為經濟發達的障礙，堅強地主張各種產業應取勞動自由契約自由的原則。於是凡舊時警察國家（*Polizeistaat*）的特色的一切監督的法制都被排除，從此人們締結不受何等干涉和掣肘站在自由地位的勞動契約，及無論何時得自由向所歡喜的人取得其所需要的工資之途徑也開拓了。像這樣，跟着個人主義的法律思想關於勞動契約的羅馬法的觀念，漸漸得了勢力，而把這個看做純債權的「勞動對報酬」之交易關係的思想漸漸地受人歡迎了。【註二】

這種時代的色彩，即徵諸表現啓蒙思潮的四大民法——一七九四年的普魯士普通法（*Preussisches ALR.*）一八〇四年的法國民法（*Code Napoleon*）一八一一年的奧國民法（*Österreichisches ABGB.*）一八六五年的撒克遜民法（*Sächsisches BGB.*）——的契約法規，及勞動契約法規之形式，內容也可以明白認識的。因為這些民法都是在法國革命思想的影響之下，普遍地受了個人

人格的自由平等，契約自由和其他新的法律思想的結晶的緣故。就是以這個時期

各種中世以來的自由勞動契約移到法律上「真正意味的自由契約」的形體。

二 可是啓蒙思想的影響還不止這一些。如上面所說的自由主義思想，雖然把勞動契約完全債權化了，但是在一方把這個規律委之於和奴隸的借貸借（*Sklavenmiete*），同出一個淵源的羅馬傳來的勞動貸借法制，在當時確是不能忍的思想上的矛盾。和這種人格主義的思想相連結，在中歐諸國先前所說的：「不分勞動之高下，一樣認做人格價值」的日耳曼原有的勞動思想，更加了一層力量，打破了從來的借貸借的陋見，於是提供了勞動契約的新模型。就是勞動契約在普魯士普通法是規定在「關於行爲的契約」（*Verträge über Handlungen*” I, 11 §§ 869 ff., 894 ff.）一章之下，與國民法是規定在「關於勞務給付的有償契約」（*entgeltliche Verträge über Dienstleistungen* “ §1—51ff.）裡頭，撒克遜民法是規定爲獨立的「雇傭契約」（*Dienstvertrag* “ §1229—1242）了。【註二】又一八八一年的瑞士舊債務法（§338—349）也是做照前面所說的奧國民法，組立喜民法（*das Zürcherische Gesetzbuch*）等，把牠規定在「雇傭契約」的特別契約的範疇。【註三】

【註四】一八九六年的德意志現行民法 (§§11—630) 一九一一年的瑞士新債務法 (§§19—362) 明治二九年的日本現行民法 (在六二三條至第六三一條) 也都是根據上面所說的立法主義的。像這樣把勞動契約由借貸借的概念完全脫離出來，使牠在法典上確保其獨立的存在的一事，就可說是契約的標的物，早已不是像從前的勞務者其人 (die „Person, des Dienstpflichtigen) ——雖然多少當事者間的連鎖，還是附着在那裡——卻是和法務者當事人已經脫離的勞務 (, Dienste,) 的本身了。【註五】【註六】

【註一】 Matthaer, a. a. O. S. 4.

【註二】 Gierke, Die Muzeln S. 597; Kaskel, a. a. O. S. 47 Anm. 3

【註三】 Oser, a. a. O. S. 629.

【註四】 只有法國民法是例外的，依然附着於羅馬法派的借貸借的思想，以 l'ovage d'ouvrage 把牠規定的。(a. 1708, 1710, 1711, 1779——1791,——Gierke, Schuldrecht S. 597 Anm. 1

9; kaskel, a. a. O. Anm. 2)

【註五】 Oser, a. a. O.

【註六】 Windscheid 及 Dernburg 的 Brundekten 教科書還是以勞務契約爲賃貸借(Miete)之一種，在同一题目的章下叙述的意思 (Windscheid-Kiepp, Lehrbuch des Pandektenrechts, II. 744 ff; Dernburg, Pandekten. 5. Aufl. Berlin 1897, II. 310 ff.) 不外遺留着這個舊思想的餘風，又現代諸國民法都把雇傭契約和賃貸借或財物之賃借契約相並在其後面規定的意思，也是指示勞動契約分化發達的情形，都是極有趣的（參看末弘博士虛言的效用三〇九頁）

第六節 第十九世紀末葉以後的勞動規律

啓蒙思想像上面所說，把勞動關係由舊來的主從（“Herr und Diener,）關係解放出來，造成債權者和債務者（“Gläubiger und Schuldner”）間的純私法的關係，可是其結果後來又使勞動者陷於隸屬的地位了。就是傭主和勞動者間的經濟的不平等，又把第十八世紀的賜物法律的平等蹴開，使勞動者不得不陷於服從強者之支配的窮境了。本來法國革命的思想單純的祇要排除羈伴我們的法制，在這裏

闢出一個自由的天地，那末，各人的幸福就可以達到國民的福祉也就可以增進的，不料後來不出半世紀這種信念的錯誤，都在事實上證明出來了。並且第十九世紀的企業精神，自然地把勞動者和單純的生產手段同樣看待，所以跟着產業的勃興，占了國民主要部分的勞動者階級差不多都有做爲一部企業者的犧牲之觀了。於是勞動規律之如何，不但變成了制勞動者階級自身的死活問題，並且同時也變成了關於國家將來的運命的問題，而自前世紀後半葉以來，對於自由勞動契約的社會改良的及社會主義的反對運動，在各處已經擡起頭來了【註一】。其結果一面顯著地促進了勞動者的工會運動，依着團體的力量，抑壓企業者之「契約上的專制」而把勞動條件自動的改善的勞動規範協約之形式到處行使了。他面由國家自身之地位爲其利益起見，那些制定經濟的優勝者之契約自由的國家之公法的干涉規定到處採用起來了。這種趨勢由前世紀末到今世紀初頭的中間所發現的諸國勞動法律觀察起來，就可以明瞭的。這些事情已經在第一章第一節說過，此處不必再行重複說明，總之其結果勞動法制在過去小半世紀之間，面目全然一新，尤其

在此次大戰以後爲集團主義之主張和人格主義之提倡所動，便更進一步而帶有從前所沒有經驗過的強烈的社會色彩了。不但這樣，由戰後中歐諸國所自誇而在勞動法之核心增光的共定權和經營參議權 (Mitbestimmungsrecht, Mitwirkungsrecht) 之確立，勞動法制在這裏完全得了新種的精神【註二】於是其中心思想已經現出由從前的勞動契約法 (Arbeitsvertragsrecht) 漸漸地移轉到勞動組織法及勞動憲法 (Arbeitsverfassungsrecht) 的趨勢了【註三】

【註一】 Kaskel, a. a. O. S. 2; Matthaei, a. a. d. S. 5.

【註二】 和在近世的國家由專制主義 (absolutism) 進到了立憲主義 (constitutionalism) 一樣，在現在的營業也是由專制主義向立憲主義前進。到現在，事業主關於他的經營，把一切獨裁被備者祇是如其手足，不過服從命令罷了。依着工場委員會及經營參議會 (Fabrik-ausschüsse, Betriebsräte, Worko Councils, Shop Committees) 之設置，被備者在這裏纔給以參與經營的機會，其在某種程度還能提高到和事業主對等的地位的樣子了。就是像一般人所說依政治的立憲制，國民是由國家隸民 (Staatsuntertanen) 的地位進到國家公民 (Staatsbürger) 的地位一樣，被備者也是依產業的立憲制，由經營隸民 (Betriebsunterta-

nen)的地位進到經營公民 (Betriebsbürger) 的地位 (Kaskel) 凡由法律上的時間對於產業立憲制可分爲二個種類：第一，經營委員會不過祇有事業主之諮詢機關的性質的場合。在這裏，經營委員會既於事業主祇有單純陳述意見和與討論 (“mitberaung”) 的事，並不是有參與經營的法律上之權利 (mitwirkungsrecht) 的機關。英美當初把這個機關之設置委諸事業主之任意，就是各國之經營委員會大概都帶有這種性質。但就是在有經營委員會法的國家，也是以牠爲事業主之諮詢機關或單純的協調機關，在這種情形上，自然是同樣還有法律上之參議權的。例如一九二〇年七月二三日之挪威勞動者委員會法第五條，一九二〇年一〇月八日之盧森堡同上第一條，都可以看見有這種性質的 (Vgl. „Gesetzreihe” 1920. Norw., I & u. Lux & Ides, Internationalen Arbeitsamts,“ Genf. - Sceweiz) 又在俄羅斯勞動法典對於其他部分不管怎樣都有非常急進的規定，而對於經營委員會則不過立了簡少而不關痛癢的規定罷了。我想這也是具有第一種的性質罷！人們都說這是在各經營委員會握了權限，要促成地方分權主義的意趣，但又爲中央集權之必要起見，所以故意使在勞動工會方面握了權限的結果。即在俄國政治的考察在第一次所立的勞動者的利益保護於第二次纔成立 (Vgl. Freund, Das Arbeitsgesetzbuch Sowjetrusslands, § 158, S. 21 ff) 而其第二的種類比較上面的更進一步，在被僱者的法律上之權利承

認為某範圍的經營參議權的場合。據此，事業主不止有參酌經營委員會的希望和意見，並且不管其意思如何而委員會的參議權之行使總被束縛的。就是事業主對於某種事項和委員會共同負有決定的法律上之義務。一九一九年五月一五日之奧國經營委員會法 (Gesetz, betreffend die Errichtung Von Betriebsräten) 第三條，一九二〇年二月四日之德意志 同上 (Betriebsrätegesetz) 第六六條、第七〇條、第七一條、第七四條、第七八條、一九二〇年二月二五日之捷克斯洛伐克鑛山經營委員會法 第二條，一九二一年八月二日之全國經營委員會法 第三條 („Gesetzreihe“ 1920-Tsch. 3-6, 1921-Tsch. 4) 都是承認法律上之經營參議權的規定。

【註三】 Kaskel, a. a. O. S. 48; und Vgl. Korsch, Arbeitsrecht für Betriebsräte, Berlin 1922 S. 9.

第七節 概觀

就以上各時代的法制，把其進化的趨勢大量的觀察起來，勞動由上古起約至中世止無論在那一國差不多都是在不自由勞動或服從勞動的形式實行的，和人的身分及支配的關係就成了勞動關係的基本。但是後來牠漸漸失了身分的色

彩，及至近世則變成基於人和人的自由意思的契約關係，尤其到了現代，便有工會代替着各個勞動者協定勞動條件，所以自由契約漸漸地喪失其意義和實益，協約形式遂成了獨自決定的意味。由以上所說的進化情形，學者就說：勞動是「由身分到契約，由契約再到協約」地漸漸進化了。像這個真是說得妙極了【註一】。或換一句話來說：勞動和在使用者的關係，可以說是由服從的地位，進至法律的或形式的對等之域，再由這個對等之域取得實質的對等地位。

但是勞動在近時不獨祇止於此，以這次歐戰爲一轉期，更躍進到了和傭主共定之域。所以在這個境域，勞動在本質的已經和從來全然不同變成有特性的了（前段註二及第四章「勞動法的理想」四參照。）

這些勞動現在已經進到共定之一步，可是究竟在近的將來能否更脫去從來的一切勞動形式而進於「完全共定」（Volle Mitwirkung）地位，再由這個地位走到前途遼遠的「單獨決定權」（Alleinbestimmungsrecht）之獲得【註二】在今日我們固然不能夠逆料，至少由既往的法制上推測起來，覺得今後勞動還是暫時採取

和以前同一的軌道而進行，這是不能否認的。

【註一】 參看Maine Ancient law, London 1835 P. 170. 福田博士國民經濟講話第四版八二四頁。

【註二】 Vgl. Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts. Buch I. S. 21 Anm. I, und., Gruchot. s. Beiträge' Bd. 65, S. 20

第四章 勞動法的理想

勞動法究竟是向着怎麼樣理想前進，又牠是個可以前進的東西嗎？這點爲決定勞動立法之地位的前提，是不可不研究的一個重要問題。說到這裡有先就資本和勞動的關係，把截至今日止所行的主要的見解大略一觀的必要。這是因爲跟着這個關係的見解如何，勞動立法的地位也各不同的緣故。這種見解重要的可分爲三種：

第一，是由資本和勞動本質上全不相容的一個利益（*der Gegensatz der Interessen*），這一點所出發的見解。這就是馬克思階級鬥爭說的立場，從這個見解看來，勞資間的關係常常是鬥爭關係，自非一方征服其他一方，在其上面獲得支配權爲止，他們的紛爭是不能夠終熄的。

現在如果採用這種立場，那末勞動法的理想不外是要把現代社會之支配

階級的資產階級的勢力打倒，由其手中奪得獨裁權；在這理重新再建設一個以無產階級爲支配者的新社會罷了。換句話說：就是要將勞動由今日的地位提高起來使他達到和資本「完全共定」的境界，其窮極就是要將「單獨決定權」賦與勞動爲其理想罷了。人們稱這種社會主義的見解爲鬥爭主義的勞動觀，和下面所說的相區別。【註一】

第二，資本和勞動在本質上並不是不相容的東西，不過由相互間的利益不同 (die Verschiedenheit der persönlichen Interessen) 所出發的見解罷了。所以由這個見解看來，勞資的關係決不是鬥爭的關係，不過止於單純的利害之不同，不久便可以看得出他的妥協點的；在這個意味，就是和經濟上關於一切交易所看得見的需要和供給 (Angebot und Nachfrage) 間的討價和還價都是沒有選擇的。就是企業者的利益和勞動者的利益雖然各不相同，這好像是到物的賣主和買主間的買賣契約成立爲止一樣；在這裡，也是依着當事者間的互讓其結局纔能够締結勞動力的交易關係的觀察。

現在如果採取這種立場，那末勞動法的理想自是要歸着於在勞動交易上爲被傭者保障其最有利的條件之點了。再具體的說來，從來被傭者對於傭主全無力量，關於勞動交易一點沒有給以契約締結之自由的；對於這個，一面承認協約俾有勞動條件之團體的協定之可能，一面設立國家之干涉的規定以牽制傭主之專制的地位，這樣纔得使勞動契約締結上，被傭者和傭主之間得了勢力的均衡；因而在真正的意味上，實現契約自由；這就是勞動法的理想。更扼要的說來，給被傭者以勞動契約的自由，且制定永遠地確保這種自由的制度，就是勞動法的最高理想。以上是契約主義 (Vertragsprinzip) 的勞動觀，其立場單純是個人主義的，這一點就是牠的特色【註一】。

第三，資本和勞動是在相反的利益上面，固然是不錯的；但是任其自然生長，置不斷的鬥爭狀態於不顧，這實在是和社會共存的利益絕不相容的害惡；所以應該由這裡尋出其協調點，就是由社會公益的立場，把勞資打成一片，編出可以實現的理想的生产組織便是。這是戰後迫於經濟復興的必要的歐洲諸國所極力主張而

極能令一般人傾聽的議論。由這個觀察點看來，可以知道不單是勞動有絕對的意義，此外和勞動相並的資本職能也是認爲不可缺的。在兩者都是被認爲社會經濟組織的根本要素之點，和第一所述的不同。又這不是由個人主義的立場的勞資的對立，卻是認爲資本和勞動都是立在其背後的統括的社會利益之構成分子，在這一點又和第二所述的不同了。

因此，現在如果採這個立場，那末，勞動法的理想畢竟在社會共同利益（Gesamtheitserwerb, Gesamtwohl）所許可的範圍以內，又在其增進社會共同利益的目標之下企圖勞動力之規律了。換句話說：不得不說各個的被傭者和各個的企業者都被看做公益的把持者而融合在社會全體之中並融合於一個大的連帶組織之中了。從這一點，這種勞動規律的立場，可以叫做社會連帶主義（Solidaritätsprinzip）【註三】或上層組織主義（höheres Organisationsprinzip）【註四】

綜觀以上三種立場，可以曉得這些各有其一種理由，其中尤以第三項是最能夠迎合現代要求的極動聽的議論；可是關於勞動法理想的本身，以上三種議論我

都不敢採取的。爲甚麼呢？因爲在第一的鬥爭說，是說資本和勞動是立於本質上不兼容的反對地位，在第二的契約說及第三的連帶說，是以勞資認爲可以互相協調的利益爲前提，這些都是缺乏了理論上的根據的緣故。究竟資本在社會是否爲不可缺的要素呢？又勞動是否對於資本得單獨行使優越的支配權呢？像這些事情在其性質上到底不是法律理論所能够證明的。我想勞動法的理想不可完全求之於勞動和資本間的關係裏頭，非絕對的求之於勞動「自身的本質」裏頭不可的。

先由結論說來，我想勞動法的理想可以說是在「勞動人格之完成。」現在姑把其所以然的理由提出一說——

勞動人格這句話，還不是法學上所用的概念，不過我爲便利起見借用它一下罷了。這裏所謂勞動人格就是說：「勞動力完全人格化的狀態」就是由「權利客體」(Rechtsobjekt)的勞動力進到「權利主體」(Rechtssubjekt)的地位而勞動力和其所有者的人格完全合一的狀態。像前章所說的(1)在上古不自由勞動的形式之下，使用者在勞動之上有其單獨支配權，勞動人格是完全等於零的。甚至

勞動者的“Person”，本身也成爲勞動關係的目的物了。(2)到了下個時代就現出羅馬派的勞動契約的形式，於是自由人的勞動者人格纔和勞動力脫離，在朦朧之間被一般人所認識了。但是在這個時候，所謂勞動者的“Person”的賃貸借的觀念，還是遺留在那裏，這是前面已經說過的。(3)由中世以降，到了啓蒙時代，勞動力方面雖然照舊不變，祇有勞動者的人格提高，一躍升到一般普通人的水平線上面，和傭主間的名目上的契約自由總算被承認了。於是勞動力是權利客體勞動者是持有勞動力的權利主體的觀念纔普遍地通行了。這個思想直到最近還在支配着法律學者的頭腦。(4)但是這種觀念本來就有大的錯誤了。爲甚麼呢？因爲原來勞動人格是單一不可分的，在同一人之間要把其爲客體的勞动力和爲主體的人格分開這是很不合理的緣故。第十八世紀的思想以爲這兩者截然可以分開，但是由今日觀察那種思想不可不說是大錯了的。近時勞動法學常常地高唱勞動的人格的方面，又要採取勞動者之經營參議的思想，究其實都可以認爲要想把從來以權利客體遺留下來的勞動力成爲主體化而使和上面所說的擬制人格實質地合

一的努力之一端罷了。

在現代勞動力大都還是留着權利客體的地位，但是在他面已經提高到權利主體的地位的部分也是有了的。在中歐諸國所見的經營參議的制度就是這個。由此看來，現在勞動力已經成爲一面以客體的地位對於傭主他面以主體的位對於企業者的兩方面了。所以勞動在現在說起來，好像一個橢圓形，其中有了個中心點似的，一個中心是契約，其他一個是共定。現在在這個橢圓之中，契約的求心力漸漸衰了，而單獨進至以共定爲中心的勞動圓的時候，就是勞動力完全主體化的極致，所謂勞動人格的完成時期便是。這個極致，我擬名牠爲勞動法的理想。

總之，勞動法的理想就是要把勞動力完全充實擬制人格的內容的狀態，所以到了這個時候，契約制度這樣東西就沒有存在的理由了。那時候恐怕祇有所謂「完全的共定」，纔能够流行罷！用別的話來表示，這個狀態實具有工資制度 (Lohnsystem) 全廢的意味，就是財的所有者和勞動提供者以同等的權利謀企業的進行的意思。但是這原來不過是純粹理想的問題，所以以後勞動要經過多少歲月纔

能夠達到這種境地？或究竟有否達到這種境地的日子？像這些實際問題，在這個地方可不必過問【註五】。

【註一】 Bielschowsky, Die sozialen und ökonomischen Grundlagen des modernen gewerblichen Schlichtungswesens und seine Bedeutung für die Lösung der sozialen Frage, Berlin 1921 S. 101 ff.

【註二】 Bielschowsky, a. a. O.

【註三】 Vgl. Bielschowsky S. 103

【註四】 Lehmann, Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts, S. 12.

【註五】 勞動究竟有沒有更進至「單獨決定」的境界和不自由勞動時代成個正反對，完全有支配所有權（資本）的日子？這也是我所說的「勞動法的理想」以外的事實問題。

第五章 勞動法與相接範域的關係

第一節 勞動法與社會政策的關係

勞動法和社會政策 (Sozialpolitik) 的關係，大約可分做二樣的見解。這種見解的差異，要不外繫於勞動法的研究方法，或採取前面所說的法律理論的立場或採取法律社會學的立場的兩點。現在假使用了像喀斯克爾 (Kaskel) 一派所採的前者的研究方法，那末勞動法就是理論的科學之一分科，與社會政策在學問上不能不說是完全不同了。照喀斯克爾 (Kaskel) 所說「社會政策和勞動法決不是同一的東西，」這些好像是計劃和實行乃至契約和履行的關係一樣。社會政策是研究為解決社會政策問題的一切手段，所以也調查根據立法的國家之救濟手段。就是社會政策在勞動法上拓開大道給以基礎，再把他的材料，法律上可能的形式，在

各國的實例和實際上的影響等詳細研究。而勞動法由這些所給的許多可能的手段之中，把特定的東西拿出來將牠鑄成法律的模型，於某時期的某國家之下實際地施行。所以勞動法就是一定期期的社會政策之絡結又是努力達到社會政策的目的的結果。不但這樣，並且進而為該國家及其他國家的所有社會政策的研究之出發點。

因為這樣，所以社會政策無論在空間的或時間的都沒有局限。祇要有社會問題的存在，那麼不問那一國或那一個時期都可以存在的，勞動法和這個是相反的，牠在一定的時期有一定的國家法律，所以常常不得受時間的和空間的限制。勞動法和社會政策在學問上的性質也是相異。社會政策構成政策之一部，其任務是在此特殊部分，永久地更新不止諸問題及其解決方法之研究，牠是屬於學問上一個課題的科學（*problematische Wissenschaft*）；反之，勞動法（像前面所說的）是法律學之一部，和一般的法律學有同一的任務，是以解釋適用現行法把無數存在的生活現象改成少數的大的法律的根本概念，再把這個為學問的構成和限定為目

的。所以在學科上是屬於理論的科學的 (dogmatische Wissenschaft) 【註1】要之，在喀斯克爾的思想：勞動法和社會政策是互相對立的【註1】姊妹科學 (Schwesterwissenschaften) 【註2】所以不得不占有各別的範域。

但是現在假使反了以上所說，把勞動的研究方法同辛亥麥一樣採用社會學的立場，那末這個關係不得不和上面所說的完全不同了。自社會學的立場，勞動法是以社會一切法的新的形成為主，所以其支配的範圍大部分和社會政策相蔽，我們想在其實質中間劃出區分是很困難的。即勞動法乃是社會問題之解決的手段，牠不過把社會政策已經考究和提供過的東西拿來在法律上洗鍊和評價，而後對於這個洗鍊和評價的結果附與「適切公正的法式」(angemessene, gerechte Formeln) 罷了；【註4】在這種意味上，可見勞動法決不是像喀斯克爾所說是為時間或空間所局限的東西。牠是和社會政策一樣，把不斷地發生和展開出來的社會生活上諸問題，始終認為發展的問題本身而處置的。在此間祇有不斷的進化，既不牠是一定時間之社會政策的歸着點，也不得為其出發點。要之社會政策和勞動法只

是同一現象的兩方面【註五】其支配的範圍並不是完全相異的。

勞動法的研究方法承認社會學的立場這是在前面已經說過了。因此，關於勞動法和社會政策的關係我想採用前面裏頭的第二個見解。但是在這裏還有個疑問：就是在勞動法既然採了這樣的研究方法，那麼應該怎樣纔可以立個勞動法和社會政策的分界之點呢？對於這個疑問我想是很容易答覆的。第一，就是這兩者的支配範圍各異——社會政策的支配範圍比勞動法的支配範圍大。勞動法在社會政策的手段裏頭雖然最占重要的地位，但不過是其手段之一罷了。【註六】第二，這兩者其在學問的性質也不同——勞動法和社會政策不同是站在相異的法律學的思惟（rechtswissenschaftliches Denken）上面。我在前面已經說過勞動法確是要採用社會學的研究方法，但話雖這樣說，決不是謂對於這個是要捨去法律的方法的。不錯，勞動法學上社會的要素儘量要去採用，但是並不是單把這個看做社會的要素完全一樣的形式，還是要常常在法律上去考察的。不過把牠的觀察方法（Betrachtungsweise）變更一下罷了。雖然採用了社會學的研究方法，其實於勞動法

學爲法律學之點毫無變動。由以上二點看來，在勞動法和社會政策之間好像可以得到明確的區別了。

【註一】 Kaskel, "Geist des Arbeitsrechts," III. F. ders., "Begriff und Gegenstand des Sozialrechts" in DJZ. 28. Jahrg Heft 17/18 S. 544.

【註二】 Kaskel Arbeitsrecht, Berlin 1920 S. I.

【註三】 Kaskel, Arbeitsrecht und soziales Versicherungsrecht S. 3.

【註四】 Lehmann, Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts S. 4.

【註五】 Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht S. 9 Anm. 4.

【註六】 福田博士社會運動與工資制度第四版一四七頁 Kaskel, Arbeitsrecht S. 2; Heyde; "Student und Sozialpolitik" in "Soziale Praxis" XXXI. Jahrg. Nr. 37/38 S. 1034參照。

【註七】 Sinzheimer, "Über, soziologische und dogmatische Methode," in Potthoffs Zeitschrift Jg. IX Heft 4. S. 193.

第二節 勞動法與經濟法的關係

在德意志從兩三年來經濟法 (Wirtschaftsrecht) 的觀念頻頻議論。學者關於此事的著書論文也是很不少，以柏林大學柏林商科大學為始的四五個大學，早就設了經濟法的講座，各各專門學者等都發表他們的講演。例如在柏林大學則由努斯包謨擔任講演，在商科大學目下則由喀斯克爾兼擔講演。又在耶那，基爾等的大學設立了「經濟法研究所」(Institut für Wirtschaftsrecht)，在耶那大學嘿德曼為主幹者，在基爾大學巴益亥麥為主幹者，到了現在已經也有研究的報告發表了。聽說就是在一九二一年班柏喜的德意志法學學會裏頭也是和公法部與私法部相並，已經決定設立新的經濟法部 (Wirtschaftsrechtliche Abteilung) 的獨立部門了。近來更在目下屬於編纂中的科耳拉奧西，喀斯克爾等的法律及國家科學辭典 (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft) 裏頭打破從來法律分類法，而於私法公法之外設立新奇的「勞動法及經濟法」(Arbeits- und Wirtschaftsrecht) 的獨立部門，已豫定由喀斯克爾執筆了。

經濟法的觀念，在今日既是這樣為多數法學者所承認，而有些學者且把牠看

做全法律學的中樞範域；那麼，經濟法究竟是指稱那一部類的法律呢？其在法學上究竟能够形成特別的法域（Sonderrechtsgelbiet）嗎？又假使能够形成特別的法域，其在法學上占有怎麼樣的地位呢？這幾點一般學者的見解紛紛還沒有一定。現在暫認為屬於學者的研究時代，較為正當。因此，關於勞動法和經濟法的關係，也是依其所採的一切立場，生出不同的見解，不可一概而論的。下面，雖然不免有點蛇足之嫌，擬逐次把關於經濟法的諸學者之意見提出，將其內容介紹給讀者，俾知其和勞動法的關係，而後再參以鄙見。

說到承認經濟法的觀念的學的根據，各人有各人不同的地方。現在從其根據相異之點，將學說分開一看，大約可以分做下面的五點：

一 從現代法制特有的基調（Grundton, Tönung）著眼而要立這個觀念的。這是嘿得曼所採的。他說：「經濟法之發生和第十八世紀自然法之出現，完全是在一個軌道上。恰好在第十八世紀對於自然之羨慕，在學問上也受了絕大的影響，這個時候自然科學（Naturwissenschaften）發生了，自然哲學（Naturphilosophie）

自然宗教 (Naturreligion) 支配一般了；跟着又產生出自然法 (Naturrecht)，好像凡物都冠以自然二字而表現於當時的舞台一樣，在現代，也是以經濟精神 (Wirtschaftlichkeit) 爲一切的基調，一切總是冠以「經濟」二字的。例如經濟哲學 (Wirtschaftsphilosophie) 經濟政策 (Wirtschaftspolitik) 經濟史 (Wirtschaftsgeschichte) 經濟地理 (Wirtschaftsgeographie) 經濟部 (Wirtschaftsministerium) 經濟議會 (Wirtschaftsparlament) 經濟裁判所 (Wirtschaftsgerichte) 等不勝枚舉。在這裏面和這些相伍而生出來的新法律觀念就是叫做經濟法。」但既爲表徵現代的基調起見，何以不稱爲「經濟」而特選用「經濟精神」的文字呢？關於這一點，他說「爲表明在現代一切法制上漂搖的基調，恐怕以超過「經濟」的觀念的「經濟精神」的文字最爲適當的緣故。經濟精神是「把一切地位儘量地在有效方面去利用的意思」(Idee eines höchstnöglichen Ausnutzens aller Lagen)，其緊張而無甯日的動物狀態就是牠的特色」【註一】總之，在嘿德曼的意思，是由這種帶了基調的現代諸法律之中，特將其顯著之處取出，

給以經濟的名稱【註二】

但是他並不把經濟法看做可以形成一個新的法律理論的東西。這由他所說「在今日學說上和相續法，親續法，國法，寺院法，國際法等相並，承認經濟法的獨立法律的分科，是完全錯誤的見解」【註三】這一點看來，就很明白的。

據嘿德曼於一九二一年在尼帕達的契約強制論所發表的序文，他曾揭示屬於經濟法的主要法律，有四個種類：(1)工會法 (das Recht der Verbände) (2)經濟的契約法 (das wirtschaftliche Vertragsrecht) (3)勞動法 (das Arbeitsrecht) 及 (4)土地法 (das Bodenrecht) 便是【註四】

依上面的見解，勞動法也是同樣屬於貫有經濟精神的法律部類，不過是經濟法的單純的構成部分罷了。

【註一】 Hedemann, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Mannh. Bln 1922 S. 7-12.

【註二】 Vgl. Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht, Berlin 1923 S. 12.

【註三】 Hedemann S. 10.

【註四】 Nipferdey, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, Jena 1920 IV.

二 想把在戰時戰後所發現出來的經濟的法規之全體一概包括在經濟法的名稱之下的，這是努斯包謨所採的立場。在德意志爲此次大戰及革命所促發生了無數經濟的法規，但是民商法學者一般地待遇他都極冷淡，無論在大學的講義也好，或在著述也好，差不多沒有一個人把他看做有系統的東西的。在這裏，他把這些經濟法規之新發達，蒼萃在一系統之中，於「新經濟法」(das neue Wirtschaftsrecht) 名目之下要將牠敘述出來。這恰和喀斯克爾把在戰時戰後所發現的各種勞動法規一起包括起來，敘述之於「新勞動法」(das neue Arbeitsrecht) 名稱之下，完全是同一的辦法。所以他所說的經濟法要不過是在法典外各種經濟法規之集團而止，並沒有含着別的具有其自身統括性的特別法域的觀念。這由他的著述的標題開戰以來在私法及其隣接法域發達的系統的觀察看來，便可瞭然。

努斯包謨從上面所述的立場規定的新經濟法的內容是以(1)貨幣及資

本之流通 (Feld- und Kapitalverkehr) (2) 貨物交易及供給契約 (Warenhandel und Lieferungsverträge) (3) 公共經濟之擴張 (Ausdehnung der öffentlichen Wirtschaft) (4) 不動產法 (Grundstücksrecht) (5) 勞動法 (Arbeitsrecht) (6) 債務者保護並權利保護 (Schuldnerschutz und Rechtsschutz) 等爲主。【註】因此，勞動法規在這個地方也是規定爲經濟法規之一種。

【註】 Nussbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. Berlin: 1922.

三 對於現代法學者之法律研究方法及態度之不滿而發的：現在在德意志還有概念法學行使着。把法律學看做純正理論科學的職分好像是盡於法律的概念的構成。依着這種概念法學之努力，近世法學乃得了異常之進步。有史以來所未曾見的偉大的法學體系因而得以成立了。但是這個結果祇落得法律學專急急追逐於理論而和實際生活漸漸愈覺無緣，於是寢成一般人笑罵法律學究不過是單純論理的遊戲了。安吞門革曾嘲笑第十九世紀的德意志法律學說：「牠好像磨得過度的刀，精銳雖然精銳，但是因爲磨得太薄的緣故，甚麼東西都不能切

了。」這在今日或者還是很恰當的批評也未可料。但是因爲近時產業勃興，在社會生活經濟生活上就起了革命的變動，致到處生出法律和社會及經濟間的可彌補的間隙。在這裏，想求出一個法學研究上新的立場，再將社會所生的血潮注入已經硬化的舊來法律學的動脈之中，這就是叫做經濟法學的試驗。換句話說就是在經濟法的標幟之下，圖「法和經濟之接近」(Annäherung von Recht und Wirtschaft)，把從來的法律學再行復歸到社會之實際生活爲其主眼【註一】農普、克諾特等所採的就是屬於這個。

克諾特由這樣的立場，分法律全體爲一般國民法 (allgemeines Staatsbürgerrecht) 和經濟法二種。前者是以國民經濟之一員的資格，規律任何人皆關與的一般的法律關係的法規之總稱；後者是他的 'lex specialis'，是規律各種職業階級中，特有的經濟生活關係的法規之總稱。因此他把經濟法的構成部分分爲(1)商法，(2)工業法，(3)關於交通運輸的法，(4)農業及林業法，(5)手工業法等。【註二】林普也是拿和這個大略相同的立場，將經濟法的內容分爲(1)

商人商業及交通(2)銀行及交易所(3)工業經營及勞動者(社會問題)

(4)農業及林業(5)自由職業等【註三】

由這些見解看來，勞動法雖不能把勞動法的名目揭出，但是其爲以勞動關係的法規容納其中的意味，是不難推察的。【註四】

【註一】 Vgl. Nipperdey, Zum Begriff des Wirtschaftsfachrechts. Mitt. d. Jenaer Jurist. f. Wirtschaftsrecht, Nr. 2 S. 2.

【註二】 Knott, bei Kaskel, "Begriff und Bestandteile des Wirtschaftsrechts", in Zeitschr. "Recht und Wirtschaft" 10. Jahrg. Nr. 11 S. 212 Goldschmidt S. 12.

【註三】 Rumpf, Wirtschaft Rechtswissenschaft und Wirtschafts-Hochschule, Berlin u. Leipzig 1920 S. 23; Goldschmidt S. 12.

【註四】 Kaskel, a. a. O.

四 想把經濟法規中主要的部分統括起來給以獨立的法律系統的，這是海得爾

堡的德希約及喀斯克爾所代表的立場。現在聽說他的主張是「第十九世紀以來經濟交通特別發達，於是制定了規律新經濟現象的許多法規，而法律系統上

經濟法規的地位，因之異常向上了。這些法規由從來固定的法律制度之中衝破其束縛的皮殼，飛到經濟新生活的境界；在這個地方求出別個支配的範圍，依自己的力量向着形成固有的法域前進。於此有經濟法的立場也有牠的境界。」

由這樣的見地，多希約定義經濟法說：「經濟法是指稱各人超過自足的範圍，關於經濟生活的大小工業農業商業經營的營利行爲之規律」【註一】。所以他所說的經濟法，其實和企業者法（*Unternehmerrecht*）是一樣的，他故意由這裏頭除去勞動法罷了【註二】。

Kaskel 也是採取和上面類似的見解，他所做的定義是「經濟法就是規定經濟的企業者的本身（*der wirtschaftliche Unternehmer als solcher*）的法律上之地位的特別法規之全體。」在這裏，所說的經濟的企業者就是指爲自己的打算而圖繼續的營利行爲的人而言。但是經濟的企業者所做的這些行爲，當然不是完全受一般經濟法支配的。因此，他就定了二方面的限制：（1）先由其中除去民商法中的經濟關係法規。因爲在他的意思是說：「經濟的企業者對於消

費者發生法律關係，這是在法律上以買賣，包工，借貸借等的契約而出現，並且關於這些的規定，已經收納在民商法裏頭，絕沒有再把這個抽出特意歸到經濟法裏面的必要。縱使這些規定近時蒙了實質的變更，但由法規說來，仍是有民法法規，商法法規的地位。」(2) 又 Kaskel 從經濟法裏頭也把勞動法除去了。他的理由是在「因為勞動法不但是支配被傭者，同時且支配企業者的；不過這個不是支配企業者在其經濟的企業者的地位，乃是支配其在傭主 (Arbeitgeber) 的地位，經濟的企業者和傭主未必時常是一樣的資格。就是經濟法祇是規律企業者之經濟的企業者方面，並不規律其傭主的方面。因此，凡規律傭主方面的勞動法並非屬於經濟法的範圍，牠自然和這個相並有構成姊妹理論 (Schwesterdisziplin) 的性質」【註三】

在上面的限制之下，Kaskel 把經濟法的構成部分列舉如次：(1) 總論 (a) 經濟的身分法 (wirtschaftliches Personenrecht)，(b) 經濟的物權法 (wirtschaftliches Sachenrecht)，(c) 經濟警察法 (das Recht der Wirtschaftspolizei)，(cc) 經濟

合同法 (das Recht der Wirtschaftsgemeinschaft) (4) 共同經濟法 (des Recht der Gemeinwirtschaft) (5) 經濟官廳 (Wirtschaftsbehörden) 及經濟爭議 (Wirtschaftsstreitigkeiten) (6) 國際經濟法 (internationales Wirtschaftsrecht) 等【註四】不過 Kaskel 的經濟法是有上列內容的經濟法不是單純的經濟法規之集團，並且牠是先生出固有的法理而後形成獨立的法域再變做具有和勞動法相並的職業的特別法之地位。即勞動法是被備者階級的特別法，經濟法是企業者階級的特別法。把這樣的經濟法形成一個特別法域，這和前面諸學者所說的實有差異，不可不說是大可注目的地方。

【註一】 Dochow, bei Kaskel, a. a. O. S. 212.

【註二】 Nipperdey, a. a. O.

【註三、四】 Kaskel, a. a. O. S. 214 ff.

五 想把在「組織經濟」特有的法規之一團以經濟法的名稱蔽之，這就是哥爾德斯密所試驗的。他所說的「組織經濟」(organisierte Wirtschaft) 就是說：「在

生產改善目的之下所統整的交通經濟和共同經濟。」但是這裏面「在生產改善目的之下所統整的交通經濟」是有「自經濟政策 (Wirtschaftspolitik) 的立場所見的交通經濟」的意味，並且經濟政策在這個地方原和生產政策同義而和社會政策是相對的觀念。而在這個時候，關於商業交易的事情，還是把牠看做廣義的生產而屬於經濟政策之中的。【註一】

哥爾德斯密所說的經濟法是指在這種意味的組織經濟的法，其立場專為生產之改良和增進；換句話說就是從社會全體の利用與厚生的見地，去觀察和規律經濟組織的。在這裏，像勞資的關係乃至階級鬥爭的觀念是一點都沒有加入的。從這個見地，他把以財之分配問題或對於強者的弱者保護等階級觀念為基礎的社會政策的諸問題，完全從經濟法範圍分別出來，跟着又把和社會政策相應的勞動法全部使之離去牠的範圍了【註二】。

由這樣的立場，他所定的經濟法的內容如次：(1) 緒論 (2) 總論——經濟法的意義及本質，經濟政策的基礎，經濟官廳，經濟自治，經濟裁判，企業合同，企業

與經營，經濟的契約法，經濟的物權法。(3)各論——各種的物資及天然力的經濟，土地法，商業及金融組織，手工業組織，交通運輸法。

【註1】 Goldschmidt S. 6—12.

【註2】 他「把勞動法和社會政策放在這一方，把經濟法和經濟政策放在那一方，使兩者成爲對立

1 (S. 9)

以上是經濟法的意義並其和勞動法關係的學說的大要。那末這些學說之中應該是那一種纔對呢？這些學說雖然很能動聽，可是我則非常遺憾，我對這些總是難於表示贊意。爲甚麼呢？因爲在嘿德曼的見解，經濟法的觀念雖然說是從現代的基調而定的，但是帶着「經濟精神」色彩的法律並不單純止於經濟法所揭出的法律。依他的意思，像親族法，寺院法甚至已經脫離部款的法律，還是帶着這種時代的色彩【註2】。所以經濟法的名稱如果是表示現代法全部特質的名目，姑不必說；如要他當做對於特種法規之集團的東西，那就不對了。並且像他那樣單把這個稱爲「經濟法令」及「經濟法制」就算滿足，好像沒有另行引用「經濟法」名稱之必要了。

凡稱爲甚麼法甚麼法的時候，我們普通承認法的自身已經具有固有的法理（*Sine qua non Rechtsdisziplin*）的一定的範域的。

我對於努斯巴謨的學說尤其是感到同樣的遺憾。在戰時戰後新經濟法規的輯覽其缺乏「法」的基礎觀念，恰如喀斯克爾的新勞動法還不算勞動法一樣的毛病。關於克諾特等所說的也可以說有同樣的事。把這些比較喀斯克爾的「經濟的企業者的法」所見的立場雖然也有一顧之價值，但是這些民事財產法商法及商事法令居然不顧他是經濟的企業者的法（和勞動法那樣的主義不同）而故意把牠除外，這不但缺乏理由，就是由他的經濟法所揭的地方看來，其中如和企業合同的資本主義的法制相並的經濟行爲之限制以及如共同經濟組織的社會主義的法制也是存着許多，可見其內容之全部實在缺乏一貫的法律精神；我想像這樣把關於經濟的企業者的法制隨便器械的蒐集起來總覺得遺憾的。到了多希約他所說的假使是基礎於階級觀念的真的企業者法的意味，那自然可算是原來法的成立的可能性之最大的，不幸他並不知其內容所以不敢加以批評。最後，哥爾德

斯密在組織經濟及經濟政策立場之下，企圖經濟法觀念之確立，這比諸 *Notion* 可謂較爲進步，不過到底在這樣的立場之下，法之獨立的範域有劃分的可能與否？我看還是有點疑問！並且他自身並未說要把經濟法形成特別法域，若然，更不可不說是沒有認他爲法的根據了。

因此，關於經濟法我和這一類的學者相異而向不同的方面去求其基礎的。我說經濟法應該作爲「社會化經濟制度之全體」解。恰和勞動法是「社會化勞動制度之全體」是相應的觀念。就是和哥爾德斯密相反專以階級觀念爲基礎想去取得正在發生的經濟的法制之系統的全部的意味。在這種意味上，經濟的法制如同勞動法制可以形成一個勞動法域一樣，其可以形成固有的經濟法域，也是毫無疑義的。不過這種意味的經濟法並不局限於生產組織的問題，就是分配問題，消費問題等好像都是看做社會化思想 (*Sozialisierungsgedanke oder -idee*) 的問題，一落在經濟法的範圍裏頭。勞動法好像是由人格主義，集團主義的立場所生出來的階級的特別法，而經濟法也是個爲人格主義集團主義的精神所貫的階級特別

法。所以經濟法和勞動法都是屬於前面所揭的社會法的範域，我想這可以和為資本主義精神及企業精神（Unternehmungsggeist）所統一的企業法對立。就是同在社會的經濟的存着二大階級之對立一樣，在法律上也是存有這些二大階級之對立的觀念。

依着這種意味。我想經濟法之內容大凡可採用下列各種的法制：（I）總論——經濟法意義及範圍，經濟官廳，經濟政治，經濟裁判等。（II）各論——（A）經濟的契約法——經濟警察法（經濟容許之限制，經濟行使之限制）、消費法（關於生活品的社會的立法，消費合作購買合作法等）、債務者保護，信用並金融制度之社會化，保險制度之社會化等。（B）經濟的物權法——小作法，住宅法，都市計劃法，關於國內移住的立法等。（C）公共經濟及共同經濟法。（D）其他關於社會化經濟之一切法制【註二】。

【註一】 Hedemann S. 11.

【註二】 經濟法假使是社會化經濟的法，那麼，勞動法難道不是也屬其一部嗎？這一個疑問了。但是我

想這兩者祇是依社會化思想看來算是一貫，而其本質的則是個完全相異的法律。那末，勞動制度如何組成，當然在經濟組織上也有影響，這是無疑義的；因為這樣，所以逕把勞動法作為經濟法之一部是不對的（Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, S. 20）據我的卑見：勞動法是同前面所述的一樣，牠是以勞動人格之完成為理想，並不是以經濟的本身之規律為目的；所以我想牠和經濟組織本身的社會化法的經濟法應該可以明顯地分別的。

第六章 勞動法上的立法主義

從前世紀末葉以來，各國都是顯著地到了採用社會的立法手段的境界，這是在第一章第一節已經說過了。這樣，在歐洲各國近來追隨新社會的要求，日夜運用立法機關造成無數法規，人人以為這是官僚萬能無論甚麼事都可以由他解決了。可是其結果沒有多久便反背了一般人的期待。不錯，在一方，法律的形式外表上確是非常雄大，但是在他方，因為這些法規多是應種種環境的必要急急地造出來，所以總是斷片的法規相互間總覺得有缺乏統一的遺憾。不但這樣，這種立法跟着年月的經過，漸漸地固定於一定的模型而喪失了牠的生氣；結果反到了阻塞社會進化之途，這種例確也不少。於是乎這種人人所未曾見的法律，就現出這個法律過多的症狀轉使人對於國家成法主義的能力發生疑問了。

要之，這種國家成法主義的缺陷，是在不究社會深處的源泉，徒向社會皮面的

潮流去按排的結果。換句話說：就是在閑卻社會自體內部所存的「產法的力」(rechts erzeugende kraft) 專倚賴「定法的力」(rechtssetzende kraft) 的結果。爲甚麼呢？因爲社會是有「自行生成及分化法的衝動」(Rechtsbildungstrieb) 的緣故。這種衝動在社會狀態保着平靜的時候，自然取統一的形式爲國民的法律確信及現成習慣法；不過當社會內部分裂爲幾多的勢力關係呈出鬥爭狀態的時候，這種衝動也要分裂使統一的法律確信與習慣法的成立完全陷於不可能【註一】的境地的。在前的情形，國家以其單獨的力尙容易決定法——這種情形的立法其實主要的就是法的宣言；但是在後的情形，國家已喪失事實上的力量，大半祇是對於階級及團體間的利害之調協的媒介者的職分 (Vermittlerrolle) 而止——不用說在憲法上的形式還算是立法權的主體——立法總要等到各種社會力 (soziale kräfte) 之意識的計劃的協動 (Mitwirkung) 的時候纔可以做到【註二】。

但是現在的社會正是在這種鬥爭狀態，社會全體各以利害爲中心分出許多階級和團體，這些階級和團體互相劃出範圍彼此相對峙。傭主組合和被傭者組

間，房東組合和房客組合間，生產者團體和消費者團體間，大商人團體和小商人團體間，大股東團體和小股東團體間，保險者團體和被保險者團體間，沒有一個不是這樣的。這種階級的形成 (Schichtenbildung) 可以說是現代社會的特別的形相【註三】。

並且這些組合團體各自主張其自己的法，如房東團體對於租屋約款，保險者團體對於保險約款，傭主組合及被傭者組合對於組合契約都是相互堅持的。可是這些本來不是國家認定的規範，不過自社會實際交易上完全呈出和這些同一的作用罷了。就是要租屋的人比關於租屋的法律之規定不得不還要綿密的服從租屋約款之支配；又從事於勞動的人不得受當雇傭規定數十倍之廣汎的嚴密的協約規範及從業規則之支配。在現在，假使不照着這些團體約款，就要陷於事實上交易之不可能的狀態。並且在這種情形，我們逕可以說法律規定除了其強行的部分，不過祇有形式的存在罷了【註四】。在這種時勢之下，國家祇創定一方的各種法規想把牠來鎮壓社會，這本來完全是不可能的事，我們不得不說是無謀的企圖啊！

由這一點觀察近時人們，都想發見國家立法權和社會力間之合理的調和了。就是一般的觀念已經移到一方雖然始終維持國家立法權的權威，但在其他一方要儘量把社會各部的勢力去參與實質上的立法了。這個觀念尤其在爲現代立法政策核心的勞動法範圍，提倡得非常激烈。其代表的議論，我們在辛亥麥所說的：『法之社會的自決或社會的自治立法及行政』（*Soziale Selbstbestimmung im Recht* oder *Soziale Selbstgesetzgebung und Selbstverwaltung*）上面可以看得出來的【註五】

社會的自治立法的思想要在「凡社會生活並不是國家天然的所能夠把牠規律出來的。原則上，這個規律應該委在社會各種組合自治上面的。例如租屋法之發達，可以委之於房東組合房客組合間的立法自治；勞動法之改善，可以委之於傭主組合傭傭者組合間的立法自治便是。不過爲整備統一這些社會的立法自治之關係起見，國家對於各種生活方面的一切大綱的規定是不能不制定的。例如關於國家之一般公益事項，工會組織之種類及界限，對於弱者最低條件之保障等，國家

自應設立嚴格的規定；不過這個規定是強行的規定不能因組合間的合意動搖牠的」云。這樣，立法自治的理想是在想儘量排去從來國家制定法 (Statisches Recht) 的形式，依着立法自治而擴張「社會的憲法」 (soziales Verfassungsrecht) 的法的範圍，並改善目前之國家制定法的勞動法，漸漸使之成爲工會同志所制的「工會的勞動法」 (das gewerkschaftliche Recht) 便是【註六】如是，纔能够把一切的法作爲真的社會的規範和社會同一步驟漸漸不斷地遂其進化的能事了。

立法自治和其他各種勞動自治【註七】相併，爲支配現在歐洲諸國的勞動法制的中心思想。下章所述的協約規範，經營規範之類要不外在這種立法主義之下產出的一種自治的規範罷了。

【註一】 Sinzheimer, Arbeitstarifgesetz, S. 186—188.

【註二】 Kaskel, Zur Lehre vom Tarifbruch (Sonderabdruck aus der "Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht"), S. 9 Anm 11.

【註三】 Hedemann, Wirtschaftsrecht, S. 22 ff. ders. Das bürgerl. Recht und die neue Zeit, S. 17.

【註四】 嘿得曼說：在現代契約（Vertrag）和成文法（Gesetz）的分界像這樣的漸漸趨於不明瞭的境界」（*Wirtschaftsrecht*, S. 12/13）。

【註五】 Sinzheimer S. 186 ff. 193; ders. *Das zukünftige Arbeitsrecht in Deutschland*, Berlin 1922 S. 7.

【註七】 勞動關係的事項，各國同一原則，委之於僱主及被僱者之團體自治。國家為勞動力之保護者，除保護以外不加干涉亦不加幫助。這些勞動自治雖已行之於各方面，但其主要的祇有下列四點：（1）對於勞動官廳及機關之參與（在勞動裁判所，爭議調停機關，職業介紹機關等，僱主及被僱者方面的代表者以組織員的資格參與），（2）依着勞動協約及經營協約之諸般的協定，（3）依着工會的職業介紹，失業者保護，法律談判，訴訟代理，勞動教育等諸般事業（4）依着保險合作社（*Versicherungsträger*）的勞動保險事業之執行（參看健康保險法第二七條 Kaskel, *Arbeitsrecht* S. 41: 'Die Selbstverwaltung in Arbeitsrecht'）。

第七章 勞動法的法源

法源或法的淵源 (Rechtsquelle) 這一語是用於種種的意義。或表示法的拘束力所由生的原因，或表示獲得法律智識的資料，有時或表示構成法規的材料。但在這裡所說的意味，和這些不同；牠是指「得認識法之存在的材料」的意味而說的。在這種意味的勞動法源之主要的：可以分爲憲法，法律，命令，自治法規，習慣法，裁判例各種勞動規範【註】。

【註】 國際勞動條約在其條約本身的形式並不是現在所說的勞動法（國內勞動法）的淵源。因爲條約是止於國家相互間之拘束，並不直接拘束國內官府及人民的緣故。

第一節 憲法

第二十世紀的最新憲法和舊時代的憲法不同，牠那裏頭容納了許多勞動關

係的規定【註】所以在作為勞動法的淵源的應該注意的地方頗不少。反之，日本憲法因為祇是第十八世紀之所謂政治的立憲思想的產物，所以牠裏面並沒有容納着像在這些憲法典裏面所有的勞動關係的規定。勉強要找一點祇有關於集會及結社之自由的第二十九條之規定罷了。

【註】

例如(一)德意志國新憲法(一九一九、八·一一)——第七條第一一八條，第一二三條第一二四條，第一三九條，第一四五條，第一五一條，第一五六條至第一六五條等。(二)奧大利國新憲法(一九二〇、一〇·一)——第一〇條，第一二條等。捷克斯洛伐克國憲法(一九二〇、二·二九)——第一〇七條，第一一四條，第一一七條等。(四)荷蘭國憲法(一九二一、三·一七)——第六八條，第一〇二條，第一〇三條，第一〇八條等。

第二節 法律及命令

與各國共通形式的勞動法淵源頗多。在今日差不多有嫌其過多的毛病。在日本，勞動法令雖還不見得多，可是近時關於勞動生活全般已經漸漸見有各種法令

的制定了。現在把其主要的寫在下面（此外詳細的規定可參閱本書附錄「勞動關係主要法令」）

民法中關於雇傭的第六二三條至第六三一條的規定。

商法中關於商業使用人的第二九條至第三五條的規定，並關於船員的第五八條至第五八九條的規定。

工場法（明治四四年三月二八日）
（大正一二年三月二九日）
法律第三三號改正。未施行

工場法施行令（大正五年八月三日勅令第一九三號）
（大正一一年第四七一號。改正）

工場法施行規則（大正五年八月三日）
（農商務省令第一九號）

工場勞動者最低年齡法（大正一二年三月二九日）
（法律第三四號。未施行）

鑛業法（明治三八年三月八日法律第四五號。明治四〇年）
（第四一號，四三年第一〇號，四四年第九號改正）

中關於鑛夫第八條，第七五條至第八〇條的規定

鑛夫勞役扶助規則（大正五年八月三日）
（農商務省令第二一號）

漁業法（明治四三年四月二一日）
（法律第五八號）
第四〇條

船員法（明治三二年三月八日法律第四七號）

船員法施行細則（明治三二年六月一二日遞信省令第二五號。明治三三年第七八號。三七年第四九號，四三年第二號，大正一二年第八四號改正）

船員之最低年齡及關於健康證明書的法律（大正一二年三月二九日法律第三五號）

職業紹介法（大正一〇年四月九日法律第五五號）

職業紹介法施行令（大正一〇年六月二九日勅令第二九二號）

職業紹介法施行規則（大正一〇年六月二九日內務省令第一六號）

船員職業紹介法（大正一一年四月二一日法律第三八號）

船員職業紹介法施行規則（大正一一年一月一八日遞信省令第六五號）

健康保險法（大正一一年四月二二日法律第七〇號未施行）

治安警察法（明治三三年三月一〇日法律第三六號） 第一七條

關於統計資料實地調查的法律（大正一一年四月一八日法律第五二號）

勞動統計實地調查令（大正一二年五月二二日勅令第二六六號）

勞動統計實地調查施行規則（大正一二年六月一日內務省令第一六號）

社會局官制

(大正十一年一月一日勅令第四六〇號)

其他勞動關係的警視廳令，北海道廳令，府縣令等。

第三節 自治法規

地方自治團體在他自己的權限，原來就有可以制定勞動關係的法規的情形【註】。

【註】 Vgl. Kaskel, Arbeitsrecht und roziales Versicherungsrecht, S. 12.

第四節 習慣法

習慣法在勞動法的範圍，和在其他的法域不同，牠是有相當重大的意義。因為勞動法還沒有發達到充分系統的境界，其規定是散漫不備的，所以牠在自然勞動市場裏頭很有發達的餘地也是很有理由的。

第五節 裁判例

在普通裁判，下級裁判所在裁判上並不當然受上級裁判所的拘束，所以上級裁判所的裁判例不能看做法的淵源；可是在勞動裁判上，上級勞動裁判所之法的解釋，絕對拘束下級勞動裁判的立法例不是沒有的【註】在這種情形之下，上級勞動裁判所的裁判例其能形成勞動法源，當然沒有疑義的。

【註】 例如在德意志勞動裁判所法 (Arbeitsgerichtsgesetz) 爭議調停條例 (Schlichtungsordnung) 兩草案及現行國保險條例 (Reichsversicherungsordnung) 都是採用這種立法主義 (Kaskel, a. a. O. S. 13)

第六節 勞動規範

勞動規範就是規律各個勞動契約的自主的規範。屬於這種規範的大凡有三個種類：協約規範，協約團體的規定及從業規則便是。

一 協約規範 (Tarifsatzung) 協約規範就是依着勞動協約 (Tarifvertrag, Arbeitsnormenvertrag, Gesamtarbeitsvertrag, kollektiver Arbeitsvertrag, contrat

collectif de travail, collective agreement) 所定的各個勞動契約 (Einzelarbeitsvertrag, contrat de travail, contract of labor) 的準則。現在我們爲求明白協約規範的觀念起見，勢必非對於勞動協約是個甚麼東西又是個怎麼樣的法律構成的這兩個問題的大概說明一下不可的。

(1) 勞動協約之法律的性質及構成 勞動協約是被傭者團體及傭主或傭主團體間所成立的各個勞動契約之基礎條件和其他一般的協定【註一】。關於勞動協約的性質從來有種種學說【註二】。現在認爲最正當的見解【註三】就是勞動協約是由完全相異的兩個構成部分成立的。就是由規範的部分及債權的部分兩個部分成立的。但是在這種情形之下，這些部分祇得在觀念上分類，在經濟上的實體，依然立於相互不可分的關係，就是兩者相合成爲勞動協約的一個法律行爲，這一點是不可忘記的。

(a) 規範的部分 (der normative Teil) 規範的部分是勞動協約的核心，確是個重要的部分，因爲有了這個重要的部分，本來的勞動協約就締結成了。這個部分

包含着爲各個勞動契約內容的各種協定，也就是爲個個傭主和被傭者間日後所發生契約上之權利義務的準則。所以其中不但祇規定關於工資及勞動時間等事，還有關於休假、競業禁止、解約聲請的期間及形式，各個勞動契約的方式等之規定也都包含在內。這個部分和下面所述的債權部分不同，絕不拘束協約當事者的任何一方並且無論爲那一個也不發生權利義務。個個傭主和被傭者間日後到了勞動契約締結的時候，纔可開始發揮這個契約的效力了。因而協約違反 (Tarifbruch) 這一件事在這個部分也是個不得存在的觀念。

(b) 債權的部分 (der obligatorische oder verpflichtende Teil) 債權的部分和前者不同，協約當事者相互拘束，對於協約義務之履行負有責任。這個部分具有一種雙務的債權契約的性質。但是卻不是民法所規定的各論的契約類型任何一種，所以稱牠爲勞動契約也是不對的，結果除稱牠是無名契約之一種以外，沒有別的方法，不過無論怎麼樣，牠是個債權契約是很明白的，所以能够適用民法債權篇的規定是沒有疑義的。債權的部分像這樣，無非在協約當事者間生了債

權債務之關係的一種契約部分罷了；所以我們不得不說當各個勞動契約之締結，其在準則上在他的上面發生效力的事是不會有的觀念。

屬於債權的部分的東西，是以平和協約即關於協約期間中的協定事項，又協約當事者不為有組織的同盟罷業，經營閉歇等的規定，又關於職業紹介爭議調停等機關之設置，維持及關於利用的協定，關於一定從業規則之制定的協定，和其他不為勞動契約之內容單純關於其締結與不締結之一切協定，例如徒弟收容之最高限數，重戰傷者雇用之最小限數，婦女少年及外國人之雇用禁止，又關於由協約當事者工會以外之雇用禁止等之規定等為主。

(2) 法源的勞動協約 這裏可以舉為勞動法源的祇是前者之規範的部分罷了。這個部分是具有法規的性質，且有關於各個勞動契約的特別法的地位。就是關於雇傭的民法之規定，假使是一般法，那末這種規定就可以說是正在其特別契約法的地位的東西了。因為規範的部分雖不是常常經國家之認定的東西，可是在牠的勞動生活上之規範的職能和一般法律完全是相同的。好像在買賣契

約上，賣主雖然不知道關於買賣的民法之規定，但是也可以依其關於追奪並瑕疵擔保的規定，當然不得不負擔保的責任一樣，各個傭主及被傭者就是不知道所屬工會之協定的勞動條件，祇要在其勞動契約上沒有其他特別的規定，自然不得不受該協定條件之支配的。尤其在我們所見的歐洲諸國的立法例一樣認定協定條件之強行的補充性（Unabdingbarkeit）【註四】更進一步，就是對於不屬於協約當事者的工會的人在為及一般的拘束力的宣言（Allgemeinverbindlicherklärung）的立法例【註五】之下，其法的規範的性質不得不說是更見明瞭了。由這一點觀察起來，近時學者以規範的部分作為勞動契約法（objektives Arbeitsvertragsrecht）的一種，並且因為其場所的關係（Tarifgebiet），時的關係（Tarifzeit）人的關係（Tarifparte）等和民法之雇傭的規定有特別的適用範圍而認牠為特別勞動契約法【註六】其對於國家認定法則稱牠為協約規範【註七】或協定法（vereinburtas Recht）【註八】算為勞動法源之一種【註九】

【註一〇】

【註一】 參看 Vergl. Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 58.

【註二】 參看 Hueck, Das Recht des Tarifvertrages, Berlin 1920 S. 30—36; Kaskel, Arbeitsrecht, S. 14. 鳩山博士日本債權法各論下卷五三一頁，岡村博士民法與社會主義

beitsrecht, S. 14. 鳩山博士日本債權法各論下卷五三一頁，岡村博士民法與社會主義
二五〇頁以下。至其詳細擬於「第二篇各論第一章團體協約」之部內說明。

【註三】 Kaskel, Tarifbruch, S. 3—15.

【註四】 瑞士債務法第三二三條，德意志勞動協約法（一九一八、一二・二三）第一條，法國勞動法典第一篇第三一條^o。又奧國勞動協約法（一九一九、一二・一八）意國並比利時國勞動協約法草案等也是採同樣的主義（Hanna Katz, Lücken im Arbeitsvertrage, Mannh. Bln. 1921 S. 89/90）

【註五】 前述德意志勞動協約法第二條，奧國勞動協約法第一六條。

【註六】 Vgl. Kaskel, Tarifbruch S. 8.

【註七】 Sinzheimer, Grundzüge S. 10; Matthaei, Grundriss S. 72; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. Deutscher Entwurf e. Allg. Arbeitsvertragsgesetzes S. 11, 13.

【註八】 Kaskel, Das neue Arbeitsrecht S., 16 Anm. 1; der, Arbeitsrecht S. 11, 13.

【註九】 勞動協約是發生法的規範的東西，這一句話在德意志除了少數人外，一般都是承認了的。

(Kaskel, Das neue Arbeitsrecht S. 16; Arbeitsrecht S. 11 Anm. I u. S. 13ff.; Tarifbruch S. 4ff.; Sinzheimer, Grundzüge S. 11; Nussbaum, Wirtschaftsrecht S. 69; Mathaei, Grundriss S. 72; Hedemann, Jur. Wochenschr. 1920 S. 309; Wirtschaftsrecht S. 13; Nipperdey, NZfA. 1921 Sp. S. 69; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 5. 59ff. — Dagegen Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin u. Leipzig 1922 S. 133 Aum. 2; Hanna Katz, a. a. O. S. 65ff.)

【註一〇】協約不止是勞動協約一種，在經營方面也是有的（經營協約）後來並且漸漸又行之於租屋契約和其他特種的交易關係（Vgl. Hueck, Das Recht des Tarifvertrages S. 24/25; Kaskel, Tarifbruch S. 10 Aum. 11; Hedemann, Wirtschaftsrecht S. 12/13）在一般，這些協約其以「法的合意」（Rechtsvereinbarung）而得生出法的規範呢？還是和成文法及習慣法並得成爲特別的法源與否？這些問題不可一概而論貿然決定的。要之是應該觀察這些組合團體有沒有具備足以發生自主的規範（das autonome Recht — Oertmann S. 5）的部分的社會之組織和機能或即備有這種組織和機能，而牠所做成的規範有沒有違反公共的秩序和善良的風俗的而決定的問題（參看末弘博士從業規則之法律的性質法協第四一卷第六號所載。）反之，祇把立法高權之把持者所發表的東西作爲

法 (Stammler, a. a. O.) 的形式，的看法固不必說，就是以牠爲國家所承認的東西，即限於國家之概括的立法委任的始算爲法 (Vgl. Oertmann S. 60) 的限制的解釋，我也是不採取的。

二 協約團體 (Parigeinenschaft) 之規定 協約團體是傭主方面及被傭者方面

的人相合作成一個團體，由這個團體定出勞動條件及其他一般的協定的便是。所以協約團體是一種社會的有機體 (sozialer Organismus) 牠有牠自身獨立的存在，並不像勞動協約那樣有契約當事者地位的。或是以勞動關係事項之平和的解決爲目的的一種公益社團而具有取得民法上權利能力的性質的【註一】。

協約團體是規定關於勞動條件之某種一般的協定。但是這種協定並不是勞動協約，牠是在團體內部的自主的規定 (Verbandsautonomie) 在法律上具有一般學者所稱的共同行爲 (Gesamtkakt) 的性質【註二】。

這種規定對於將來所發生的各個勞動契約也是具有法的規範的性質。因此不妨把牠算是勞動法上法源之一種。尤其像在德奧諸國，關於協約規範之強

行的補充性及「有一般的拘束力的宣言」的規定，在這種規定也是可以作為有準用的解釋【註三】，所以其有法的規範之應有的本質及效力不可不說是毫無疑義的【註四】。

【註一】 Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 83.

【註二】 Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts, III. Buch, Das Tarifrecht, Stuttgart 1922 S. 101; Oertmann a. a. O.

【註三】 Oertmann, a. a. O.

【註四】 似協約團體其實不是的東西就是勞資協調團體 (Arbeitsgemeinschaft)。勞資協調團體是指上級被備者團體和與其相應的上級備主團體共同對於某種經濟並勞動關係事項為概括的規定的情形而言的。其和協約團體不同的地方就是在他們加入的單位常是團體，並且差不多時候都是上級的團體不是個人，又其目的並支配的範圍比較協約團體都大得多 (Kaskel, Das neue Arbeitsrecht S. 226; Oertmann S. 84)。這種團體的規定通常祇是到事項的大綱為止，並且有許多時候還缺乏規範意思，所以有的學者（如 Z. B. Oertmann）把這個屬於勞動規範之一種是不對的。（在日本稱為勞資協調團體的也是有不少。如

財團法人協調會，兵庫縣工業懇談會，栃木縣工業主懇話會，大阪工業會之類都是。但是這些多是靠着資本家方面的代表組織的，在其本質及目的上完全和上面所說的情形不同，所以這兩者不可把牠混同的。

三 從業規則 (Arbeitsordnung, règlement d'atelier, rules of employment) 從業規則曾稱爲工場規則 (Fabrikordnung) 但這並不是單施行於工場，就是對於許多各種營業都可施行的，所以這種名稱之不妥當固不待言。

(1) 從業規則之法律的性質——【註一】截至現在爲止，大凡有兩個相異的見解：就是契約說及法規說。(a) 在契約說 (Vertragstheorie) 則謂從業規則是一種契約的內容，其所以有拘束力的原因：是在被傭者各人和傭主間關於這種契約豫先已有意思之一致的緣故。這種見解從前確是行得很廣，但在這裏面因爲有了像下面的缺陷，所以今日採用的人就很少了。爲甚麼呢？因爲依着這一說的時候，非假定當事者間的合意不可，這是一種缺點。在這一說，雖說傭主和被傭者間依着從業規則的內容豫先已經有了意思的一致，可是在事實上，可以說他們

兩者之間差不多沒有這種合意的存在。因為被傭者多半常是在雇入後纔知道這個規則的內容，甚至有對於這個規則的內容一點都不知道而依然爲他服務的，這種情形也不是完全沒有的。不但這樣，並且從業規則依着雇主一面的意思隨時都可以變更的。這些情形要以契約說來說明到底是說不盡的。(b)在法規說 (Rechtstheorie) 則謂從業規則係傭主在經營內所發的一種法的規範。換句話說，就是和勞動協約規範同樣適用於傭主和被傭者各人間的勞動契約的特別契約法規便是。現在很多學者信奉這種見解。此說又以從業規則是由傭主所發的法規的理由，也稱爲制定說 (Willastheorie) 的【註二】。在這個學說和在契約說一樣，沒有擬制當事者間合意的缺點，且得竭其從業規則之本質，這個我覺得纔是最妥的見解。但在這裏所成爲疑問的就是究竟傭主本於甚麼根據可以將有這樣強力的法的規範布在他的營業內之一點。像德意志的採用產業條例，關於此點以明文 (Go. 134c: "rechtsverbindlich") 規定固然【註三】是毫無疑義的；就是在日本，我們在鑛業法所見的，有承認經營上有「制定規則」的權能的條文

【註四】自然也是沒有疑義；但是在其他的地方，對於這一點，並無何等規定，所以也不能說絕對沒有問題。但是就是沒有這種明文，我還是依舊把他同前面作一樣解釋，傭主本其固有的「經營統制權」得制定有法的規範力的規定【註五】。

在德意志近時發生了經營協約 (Betriebsvereinbarung oder Betriebsver-
täg) 【註六】的觀念。經營協約就是指在經營內，傭主和經營代表 (Betriebsvert-
retung) 如果沒有這種代表的時候，則和被傭者團體 (Arbeitnehmerschaft) 自
體間締結團體的協約之一種而言。牠的法律的構成和在勞動協約的大略相同，
這個也可以分做規範的部分和債權的部分二種。從業規則就是這裏面的前一
種 (Betriebsatzung)。因為在德意志依着經營參議會法 (Betriebsratengesetz
vom 4. Feb. 1920) 之實施，每經營內之被傭者團體遇有特定事項則賦以和傭
主共同決定的權 (共定權及參議權)。從業規則的制定也是屬於這種事項，所
以傭主要先期對牠單獨決定是做不到的，其勢須等到共定權之行使的時候纔
得制定的。即在這種情形的共定，學者常用經營協約的觀念去說明的。同樣的制

度在奧大利也正在行使着【註七】。所以在德奧諸國，從業規則老早就不是在傭主一方面所定的法（*einseitiges Recht*）已變成和勞動協約規範同樣依當事者間的合意所制成的協定法了。

(2) 以從業規則與勞動協約規範之效力的關係——在原則上我想後者是比前者優先的。這自然是因為前者為 *abdingbar* 後者為 *unabdingbar* 的緣故，又前者後者不論都是 *unabdingbar* 的情形也好，或都是 *abdingbar* 的情形也好其實都是一樣的。不過對於協約規範之優先的效力得承認兩個例外。其一是由法律特與從業規以優先的效力的情形；其二是從業規則的規定比勞動協約的規定，在被傭者方面得到有利的內容，不過在勞動協約之中並沒有排除這種規定的意旨的協定情形便是。後者的情形；例如在勞動協約內勞動時間協定為九時，其在從業規則內祇有八時的時候，那末這裏面被傭者就得了利益，所以明明成了對於從業規則方面給與優先的效力了。我想這就是按着關於勞動協約和各個勞動協約的關係的法理所得的結論【註八】。但是關於勞動協約和勞動契

約間的關係的這種例外的明文（例如德意志勞動協約法第一條）縱是沒有存着，可是憑着勞動法之當然的精神把牠作為這樣解釋也是沒有防礙的【註九】【註一〇】

【註一】 末弘博士前揭從業規則之法律的性質，Oertmann, “Die rechtliche Natur der Arbeitsordnung”, Sond.—Abdr. aus der Festschrift für Hübner, Berlin 1905; Arbeitsvertragsrecht S. 84, 88ff.; Kaskel, Das neue Arbeitsrecht S. 25ff.; Arbeitsrecht S. 19ff.; Sinzheimer, Grundzüge S. 11ff.; Matthaei, Grundriss S. 83; Gierke, Die Wurzeln S. 65ff.; u.a. m.——異說參看法協第四二卷第一一號所載杉山博士附合契約的觀念四五頁以下。

【註二】 Kaskel, Arbeitsrecht S. 20.

【註三】 在瑞士及比利時的法制，從業規則也是在相當程度的勞動者地位保障之下，由企業主的一法規的單獨行為「規定的（參看杉山博士前揭四三頁）。

【註四】 鑛業法第七五條，鑛夫勞務扶助規則第一條以下。

【註五】 隨經營主的自由意思所定的從業規則，無論其內容如何，算做法的規範那當然不與為。祇有

認為由經營統制權之正當行使所定出的東西算是具備了法的規範的本質罷了。又關於這一點可參看註一〇。

【註六】 Vgl. Flatow, Betriebsvereinbarung und Arbeitsordnung, 1921: "Betriebsvertretung, in 'Karten, Auskunftei des Arbeitsrechts' Heft 76.

【註七】 Elster, Handw. d. Staatsw., 4. Aufl. Lieferung 18/19 S. 843. 在俄國從業規則是由僱主和被僱者方面的代表的聯合協議起草，並經過勞動監督官之認可而成立的（勞動法典第五四條）。但是這原是企業管理部和工會之地方支部間所行使的東西，所以拿在德奧所見的營業協約的觀念來作牠的說明是不興的。不過在俄國，從業規則也是有了法的規範的性質，這是在條文上是沒有懷疑的餘地的。

【註八】 Hueck, "Arbeitsordnung und Tarifvertrag" in "Karten—Auskunftei" Heft 87/88.

【註九】 勞動協約規範，從業規則及各個勞動契約上的特約之三者間效力關係，非更把其種種情形分開考察一下不可！這一點另在「第二篇各論第二章勞動契約」內詳為說明。

【註一〇】 在德意志作為 Betriebsatzung 之一種的於 Arbeitsordnung 以外，還承認 Dienstvorschriften 這種東西（BRG. §§ 66 Nr. 5, 75, 78 Nr. 3 u. 8, 89, 81. Dersch,

Kommentar zum BRG. 5. Aufl. S. 99. 22 ; Kaskel, Arbeitsrecht S. 21 ff.) 但
是在日本，除了從業規則以外，很少承認這種規範的根據。

第八章 勞動法的效力

勞動的效力不外是說勞動法的適用範圍。牠分爲關於時的效力與關於人及場所的效力二種。

第一節 關於時的效力

勞動法同其他的一般法律一樣，祇適用於牠的實施的時候以後所發生的事項，在其實施以前所發生的事項原則上牠的效力是不足的。即不遡及的原則（Prinzip der Nichtrückwirkung, principe de la non-retroactivité）在這裏也適用的【註一】。

但是這個原則同美國憲法的例一樣，除把這個作爲立法上的原則外，祇單純的爲法律適用上的原則，不是拘束立法者的東西，所以在該勞動法令中聲明這個

意思使他有遡及效是沒有絲毫妨礙的【註二】

遡及的效力更就勞動協約規範而說，也是常常爲一般所承認的。這種規範其發生的根據是在協約，所以不必另外有法令上的據根，祇要依其協約自體就可以自由附與遡及效的。對於協約規範附與遡及效的形式有兩個種類。其一是把勞動協約的效力回遡到牠的發生的時候以前的普通情形。其他的一個和這個有點異趣，牠是依着回遡到協約的日期而生遡及效力的方法（Rückdatierung）例如把在二月一日所締結的實際勞動協約寫一月一日的日期，遡及其間一個月的協約規範效力的方法。不問以上那一種情形，遡及協約規範的效力的時候，原有的勞動契約就要變更其內容，例如工資一類的東西，照着這個時期可以請求補付的【註三】【註四】。

【註一】 Kaskel, Arbeitsrecht, S. 27.

【註二】 參看鳩山博士日本民法總論上卷二頁，三瀧博士近世法學通論二八一頁。

【註三】 Kaskel, a. a. O.

【註四】 關於經營規範我想也是依着同樣方法，可以附與遡及效的。

第二節 關於人及場所的效力

勞動法也是同一般法律一樣，屬人主義和屬地主義兩者是併用的。就是因爲國家的人民主權的結果，不問其所在的地方如何，全部適用於該國人的全部又以領土主權的結果，不問其爲內國人或爲外國人，以凡在該國領土內所有的人皆可適用爲原則。但是絕對貫徹這個原則的時候，在一方有擴張無用的法之適用之嫌，在另一方有惹起和外國主義之困難的關係之虞，所以各國都是對於這個原則承認許多例外的。其主要的如下：

(1) 在勞動法有限於一定的人或地域適用的時候。——例如在日本，工場法，關於鑛夫的規定，船員法，船員職業紹介法等祇是適用於一定種類的人的法律；如關於民法之雇傭的規定及職業紹介法這些都是祇施行於日本本土及特定市町村，所以是個祇適用於限定的一定地域內的法律。

(2) 勞動法對於涉外關係是限制適用的——例如甲國人和乙國人間締結勞動契約的時候，甲國的僱主和乙國的工會締結勞動協約的時候，甲國人加入乙國的工會的時候，頒有營業參議會法，勞動保護法，職業紹介法，保險法等國家的某公司在布有勞動法，或沒有頒行勞動法的其他國家設立支店或派出所，又派經理員的時候，又反之，未頒行此法的國家的某公司在頒行此法的其他國家設立支店，或派出所或派經理員的時候，對於這種關係專祇以甲國或乙國的勞動法去規律他們是不興的。對於這些涉外關係非一一求其準據法而適用之是不行的【註二】。在日本關於此中私法關係的準據法已規定在法例第三條以下各條裏頭了。

(3) 勞動法因治外法權限制其適用——說到廣義的治外法權其中含有兩個種類。一種是領事裁判的情形。就是說甲國的一般人民在居留乙國的時候，不服從乙國的法而服從在乙國的甲國領事之裁判的情形。其他一種是治外法權者。治外法權者就是指君主，大總統，外交使節及這些人的家族從者軍艦人

員及在有一定責任的指揮官之下的軍隊等在國際法上有不服從居留國的法
的特權的人而言。凡在這些時候，在留國的勞動法，其效力不得不因此受部分的
或一般的限制【註一】。

【註一】 Vgl. Kaskel, a. a. O. S. 27/28.

【註二】 勞動保護法，強制社會保險法，經營參議會法，勞動裁判法等都有公法的強制，所以對於治外
法權者是不適用的。不過勞動契約法和勞動協約法在原則上對於治外法權者也不可不作
為適用解釋的（Vgl. Kaskel S. 26），但是他關於這些的法律上的制裁是可以免的。

第九章 勞動法上的人

勞動法上的人 (arbeitsrechtliche Personen) 就是指勞動關係之當事者的人而言。被傭者及傭主便是。

第一節 被傭者

第一項 被傭者的意義

被傭者 (Arbeitnehmer) 就是服務「勞動法上的勞動」的人。勞動法上的勞動是甚麼？這在上面第一章第三節內已經把牠詳細說過了。總而言之，就是指「根據於契約上之義務，以從屬的關係供職的有償的勞動。」服務這種勞動的人都可以稱做被傭者。但是其性質上得為被傭者的人自然是祇限於自然人。

第二項 被傭者的類別

被傭者之類別在一方以被傭使的企業の種類爲標準而分的，又在他一方則以其所從事的勞動の種類爲標準而分的。

一 依企業的种类的分類 這個分類法從來各國都是一般採用的，又事實上在某種程度日本也是正在採用的。這個區別的實益是在由被傭者的被使用的企業的种类不同，因而一切適用的法規也在相異之點。例如在海員有海員特別的勞動法規，在職工有職工特別的勞動法規，在農業勞動者有農業勞動者特別的勞動法規，從這個標準，把一般被傭者廣爲分開一看，大約可得工業被傭者 (gewerbliche Arbeitnehmer) 商業被傭者 (Kaufmännische Arbeitnehmer) 船員 (Schiffsbesatzung) 鑛業被傭者 (die im Bergbau beschäftigten Arbeitnehmer) 農業及林業被傭者 (die land- und forstwirtschaftlichen Arbeitnehmer) 家庭被傭者 (Hausangestellte) 官公吏及其他被傭者【註一】等數種。

但是日本的現行法上有特別勞動法規的僅得舉職工鑛夫，船員，商業使用人及官公吏五種而止【註二】。其他被傭者不過祇以普通被傭者的資格得適用

一般勞動法規。

【註一】 Vgl. Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts, Buch I: Grundbegriffe, S. 26ff.

【註二】 以關於商業使用人的商法第二九條以下之規定看做特別勞動法規，本來未必是穩當的，現在姑在這個前提之下處理之。

現在就這五種大略加以說明如下：

(1) 職工 這裏所說的職工就是在工場法所說的職工。職工是甚麼？這一點在法律上並未揭有何等直接的規定，所以這個觀念我想除了看牠一般的性質及法的精神不能夠規定的。我認爲正當的，所謂現行法上的職工是指「從事工業的作業的工場勞動者」就是在這個觀念之中含有下列的要素：

(a) 職工是勞動者 像後段(二)所述的一般被傭者中就可以認定勞動者的種別。除了徒弟、學習、使用人及官公吏之外，所餘的被傭者都是叫做勞動者。其一般的特質以在從事於肉體的及勞行的勞動爲主。職工就是屬於像這一種類的被傭者。

(b) 職工是工業勞動者。這裏所說的工業是指關於物之製造加工的生產事業而言的【註三】。職工是在這種工業經營上從事於勞動的，所以他是工業勞動者沒有疑義。在這一點，他和商業勞動者、鑛業勞動者等其他企業經營的勞動者不同。

(c) 職工是工場勞動者。在工業經營上，從事於勞動的勞動者，其他方面雖然也還存在着，可是職工在工場實行勞動之點，確是他的特色。在這一點，他可以與工場外的勞動者相區別。這裏所說的工場，是說「適於舉行工業的作業的物的設施」。牠並不是單指建築物而言，又不是單指使用於作業的地域和場所的漠然的觀念。實際上必須把作業做到可能的一定程度之有體的施設的存在，這是當然的。

(d) 職工是從事於作業的工場勞動者。作業就是說工生產事業上的工程，從事就是說親自關與這個工程的意思。但所謂關與者並不單是指製造加工行為自體而言的。凡材料之搬運整理等間接為牠幫忙的勞作，也是包含在內。

的，這是應該注意的。職工是在關與這種工程的人，在這一點，和工場內之單純的廚役，掃除夫等的勞動者是有差別的。

要之，職工是一般被傭者中的勞動者，是那裏頭的工業勞動者，更是那裏頭的工場勞動者（Fabrikarbeiter），又是在那裏頭從事工業作業的勞動者【註四】，現在日本的工場法，不外就是爲這樣職工所設的勞動保護的法律罷了。

【註三】 工業的意義想求之於「工業勞動者最低年齡法」第一條是不與的。該法是立於特種的基礎之上的法律，所以牠所用的工業的意味是比本來的工業其範圍還要廣些。

【註四】 職工的意義，可參看岡博士工場法論二九三頁以下，松澤清氏工場法研究一八九頁以下。據這些人的見解：在職工雖不是以勞動關係及報酬之存在爲要件，可是缺了這些要件的職工雖然例外的也有適用工場法的時候，但是卻不屬於這裏所說的職工裏頭的。這好像不根據於勞動關係的商業使用人，沒有認爲勞動法上的商業使用人的必要一樣。

(2) 鑛夫 鑛夫是指鑛業法第八條所謂「從事鑛業的勞役者」而言的。這個也含有下列之二個要素：

(a) 鑛夫是勞動者 這個祇看本條有「勞役者」三字便可明瞭。

(b) 鑛夫是鑛業勞動者 (Bergarbeiter) 鑛業就是說鑛物之試掘採掘及其附屬的事業 (鑛業法第一條) 所以在鑛業之中除試掘採掘的原始產業的鑛業以外，還含有鑛物之選別冶金精鍊鑛具之製造修繕等工業作業的意味，這是要知道的。鑛夫就是被傭使於像這些鑛業經營的勞動者。

但是後者之附屬事業的態樣有二個種類：其一，以這個事業為本來鑛業 (試掘採掘) 之一部而從屬牠的時候，其二，這個事業和本來的鑛業，保持着相當程度的獨立而附屬於牠的時候。在這裏頭，後者可以看做事業上的一種工業，因此，牠在工場本來雖有適用工場法的理由，但是因為事業的性質上有和本來的鑛業相關聯的許多部分，所以在工場法施行令第二條上定了「在受鑛業法之適用的工場，工場法之適用除外」的意旨，而專依鑛業法的規定，採了規律的主義【註五】。

(c) 鑛夫是從事於鑛業的勞動者。雖為鑛業勞動者，但如單純的掃除夫廚子之類在鑛業的作業是沒人關與的。除了這些以外的，其餘的鑛業勞動者纔

是鑛夫。但如前段所說在鑛業之中也包含有附屬事業，所以鑛夫當然也不是祇限於從事於試掘探掘的作業的坑夫。

關於鑛夫，鑛業法中包含有許多勞動保護的規定。

【註五】 參看松澤氏前著二六二頁以下。

(3) 船員 這裏所說的船員是指在商法第五篇第二章所說的船員。這裏面包括一切的船舶乘組員。關於這個要說明的有二點。就是船舶的意義及乘組員的範圍。

(a) 船舶的意義 這裏所說的船舶包含商船及非商船二種。商船是商法上的船舶，即以商行爲爲目的供航海之用的船舶（商法第五三八條第一項）非商船是不以商行爲爲目的而供航海之用的船舶，例如爲營利的漁船，學術研究船，遊覽船等便是。但是屬於官廳及公署所有的船舶，例如軍艦及其他之軍用船海底電線敷設船，商船學校練習船等是特別的非商船，所以在這裏面可以除外的（船舶法第三五條）【註六】【註七】不過，在這種情形之下，所謂

供航海之用者，就是以供航海之用為主，不是專供內水航行之用的意思，又其爲船舶與否，關於這一點並沒有何等法律規定，所以除依着一般社會通念將牠決定以外，沒有別的方法【註八】。

(b) 船員的範圍 這裏所說的船員就是船長 (Kapitän) 及海員 (Schiffmann) (船員法第二條)。船長是特定船舶的船員的首長，是指揮船舶的人。但是船長如果係自己的船舶，或爲共有者的一人，而兼船長的時候，就是企業者兼着傭主，並不是被傭者了。又海員是除船長以外的一切船員的總稱 (同條)，包含着甲板部機關部及事務部之一切部員 (船員法施行細則第二六條)。所以不但是服務關於直接船舶之操縱運航的勞動的人，並包含醫員，看護人，廚子，茶房等各種被傭者；又其爲男子或爲女子一切都不問的【註九】。

在船員之中，本質上可分爲爲勞動者和爲使用的人二種。後詳關於船員的，除在商法海商篇有特別規定外，尚有船員法，船舶職員法，海員

懲戒法等特別法。

【註六】 這種非商船的船員，不是屬於這裏所說的船員，但是以一般被傭者的船員資格，而享受保護。這是不待言的。

【註七】 參看松本博士海商法九頁。

【註八】 參看同上二七頁、一八頁。

【註九】 參看同上七三頁、九四頁。

(4) 商業使用人 (Handlungsehilfen) 商法在第二九條以下揭舉關於商業使用人的特別規定。由這一點看來，可見日本國法上也漸漸把商業使用人列在特別被傭者之一種了。【參看註二】。商業使用人就是「在商法上被傭使於商人之下的商業勞動的使用人。」這個觀念又含有三個要素：

(a) 商業使用人是使用人 不是勞動者。縱使以服務於筋肉勞動為主，而商業使用人還是有以使用人階級看待的性質的東西。關於這一點當於下面（

二）之(B)條說明。

(b) 商業使用人是被備使於商人之下的人。商人 (Kaufmann) 是拿自己的名，以商行爲爲業的人 (商法第四條) 【註一〇】。祇要具了這個要件，商人 是自然人或法人都不同的。又他是私法人，或公法人也是不同的。例如國家及其他的公共團體以製鉄事業，電氣事業，運送事業等爲營利事業的主體，得爲商法上的商人是無疑義的 【註一一】。又民事會社即以農業，林業，鑛業，漁業等之營利事業爲目的的民法上之營利法人，其得爲商人與否，雖然還有多少疑問，不過我以爲把他作爲不是商人解釋纔是正當 (參看商法第四二條第二項第四條) 【註一二】 【註一三】。

(c) 商業使用人是服務商業的勞動的人。商業的勞動 (kaufmännische Dienstleistung) 是甚麼？這一點在法裏並沒有何等規定，所以除依其一般的性質把牠決定外，沒有方法。依學者正當的見解，商業的勞動是商業技術的勞動，換句話就是有爲商人理由之特徵的勞動，並不是一定指着關於廣汎的商業的勞動而言的 【註一四】。因此，服務於職工木匠瓦匠之類的工業技術的勞動的人，服

務於婢僕之類的家事上的勞動的人，服務於學理之顧問研究員之類高尚的勞動的人，假使就是被傭使於商人的時候，也不算是服務於商業固有的勞動的人，所以不能稱爲商業使用人【註一五】。其次，如官公吏雖有時在商人的公法人之下，從事商業的勞動但是卻不得因此就稱爲商業使用人。這是完全服從別個的法律，並且有以公法上被傭者看待的性質的東西。分商業使用人爲經理賬房夥計及其他使用人（商法第三〇條第三三條第三四條參照）【註一六】。

【註一〇】這裏所說明的商人是商法上的商人的意思，和商事特別法上的商人其範圍不是一致的（參看高窪氏總覽商法總則篇七一頁）。

【註一一】但是國家之煙草樟腦食鹽的專賣事業，郵政，電報，電語事業等不得看做以商行爲爲業的東西，所以在這些事業所使用的被傭者不是商業使用人，不過是一般被傭者罷了（參看松本博士商法總論一四三頁以下）。

【註一二】參看松本博士前著一四八頁以下，高窪氏前著一三三頁以下。

【註一三】其他產業工會，同業工會，產牛馬工會，水產工會，農會等也都是不得爲有商人的性質的東西。

(看看松本博士前著一五〇頁，拙著產業組合法要論二〇頁，四〇頁以下。)

【註一四】參看竹田博士商法總論四二三頁。

【註一五】因此可以知道在一般被使用於商人之下的被傭者除了商業使用人外，還有工業被傭者，家事被傭者和其他各種被傭者之存在 (Hueck, Grundbegriffe S. 29)

【註一六】代理商 (Handelsagent) 對於商人雖是站在獨立的位置 (參看商法第三六條)，但是假使他為一個商人繼續商行爲的代理及爲媒介的時候，那麼他和這個商人間就要生出從屬的關係，這一點我們可以想像的。在這個時候，不得不說代理商對於這個商人也是站在勞動關係上面的 (Vgl. Matthaei, Grundriss S. 89; Lenhoff, Makler, Agenten und Angestellte. Eine Abhandlung über die Sozialisierung des Arbeitsrechts, Graz und Wien 1922, insbesondere S. 14)。不過代理商以代理商的資格把他作爲站在勞動關係上面的東西解釋我想是不大正當的。我想他和這個商人既到了身分的經濟的從屬關係，那就要漸漸地喪失其獨立企業者的地位，而自代理商契約移轉到勞動契約，即不得不看做已移轉到被傭者 (商業使用人) 的地位的東西了。這個關係恰像獨立的企業行爲者的副業者及到生了這種關係後，而忽降到以被傭者爲資格的副業者的地位一樣。中人 (Handelsmä-

Kler) 和代理商不同他對於他人不得生有這種關係 (參看商法第三〇五條, Lenhoff, a. a. O.; Mattnaei S. 70; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 11.)

(5) 官公吏 (öffentliche Beamte) 官公吏是根據公法上的勞動契約, 對於國家及其他公共團體負勞動供給之義務的人【註一七】。官公吏也是屬於特別被傭者之一種。但官公吏是受和一般被傭者相異的公法法規(官公吏法)之支配, 對於國家有特別的地位, 因為這種關係, 學者中也有以他為不是被傭者的【註一八】。不過我想這種見解是不對的。因為雖然是官公吏, 其根據於契約上的義務以從屬的關係以職務服務於有償的勞動這一點和私法上的被傭者原是沒有絲毫區別的緣故。即官公吏關係並不是由國家或地方團體一方的任命行為而生的, 卻是他們和本人間的意思的一致成立的; 這一點是今日公私法學者一般所承認的事【註一九】。並且他的服務對於國家成為從屬的勞動, 就在實質上及形式上也是沒有可疑的餘地。但其和一般勞動契約異趣的: 就是在其所受的俸給和津貼, 不過俸給在本質上就是工資這是毫無可疑的。不錯, 對於官公吏的

支給是採用薪俸恩餉等的形式，可是對於一般勞動的報酬也不是一定要以勞動給付的價值和範圍爲標準，並且又不祇限於勞動實行的時候纔支付，和勞動沒有關係，祇照其地位及身分而支付也是可能的；又一部在勞動的時候支付，他一部在勞動關係終了以後支付，並且都支付於本以外的人也是可能的了。官吏所受的俸給正是採後者的形式，這和對於勞動的報酬是一點沒有不同的地方

【註一〇】【註一一】

【註一七】Reindle, "Öffentliche Beamte" in "Karten—Auskunftei" Heft 26.

【註一八】Kaskel, Arbeitsrecht S.3/4; Hueck, Grundbegriffe S. 24; und vgl. BRG. § 10.

【註一九】參看美農部博士行政法撮要一五二頁以下，二二二頁以下。Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. Bd.I, Tübingen 1911 S. 430ff.; Staudingers Kommentar zum BGB. 11 Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 11. Teil. 7./8. Aufl. Münch. n. Bln. 1912 S. 1061/2

【註二〇】Sinzheimer, Grundzüge S. 6/7; Pothhoff, "Arbeitsrecht" Bd. VIII. S.18ff.; Reindl, a. a. O.

【註二一】雖如某人所願慮的，把官公吏看做被傭者之一種，但是並不算就是承認官公吏之罷工權。在這裏不過說雖是官公吏，但本質上不得不看做是屬於被傭者之一種罷了。好像民法上把權利能力和權利享有的範圍分開一樣，在這裏也不可不把被傭者能力（Arbeitsnehmerfähigkeit）和其勞動法上所享有之權利的範圍分開考慮的。關於官公吏之團結權和罷工權擬於各論中再行說明。

二 依勞動之種類而分類的 這個分類法近時各文明國都有漸漸採用的趨勢。因為依着前面企業之種類分類法把被傭者縱斷的觀察依各各所屬的企業種類分類，因此以可以為設定特別法，其實這個辦法本來就極不合理的。照着這種辦法就是服務於同一種類的勞動的同一的人，依其被傭使的企業種類相異的關係，一一把勞動法規之適用分成兩三個，其結果必定要生出在某種企業可以享受保護，在他種企業就不能夠享受保護的情形了。因此在今日，像這種的辦法實和勞動法的根本思想不能一致已為一般所排斥，而把一切被傭者橫斷的觀察，假使是從事於同一種類勞動的人，就不問其被傭使的企業之種類如何一

一供與單一的共通法的立法主義，已經很普遍的採用了【註二】。

【註二】 Vgl. Kaskel, Das neue Arbeitsrecht S. 27; Lehmann, Grundgedanken S. 14;

Sinzelmer, Ueber den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechtes S. 10ff. 又第一章第二節參照。

就勞動的種類，把被傭者全體分類起來，可得徒弟及學習，使用人勞動者及官公吏四種。因為這些人其從事勞動的種類既相異，而其在社會的地位各各又有分別的緣故。現在把這些相互的分界劃個明白，一併將其特質一貫地敘述出來一看。

(一) 徒弟 (Jehrlinge) 及學習 (Volontäre) 徒弟及學習雖然都是祇以習業的目的服務於勞動的但其屬於被傭者卻無疑的，又其為獨立的被傭者階級也是為一般所承認的【註三】。但關於第二點，學者中也有持反對的見解的【註四】。

徒弟和學習的區別，有時雖然未必明瞭，但自大體上說來，徒弟要想得到一

定有統制的習業 (geregelte Berufsausbildung) 反之學習祇以關於特殊的經營要想獲得一定之職業的智識 (bestimmte Berufskennntnisse) 爲目的，又徒弟已經決定其爲將來之勞動者和使用人的運命；反之，學習則不單可爲被傭者並且在積其爲傭主的素養的機會也是有的【註二五】。

【註二三】 Sinzheimer, Grundzüge S. 7; Hueck S. 36; Entwurf e. Allg. Arbeitsvertragsgesetzes § 2.

【註二四】 Kaskel 不把這些看做可以成爲一個職業的地位，卻依其習業目的如何，或配屬於勞動者或使用者或高級使用者。要之，在修業完成之日爲勞動者的就使屬於勞動者，又爲使用人的就使屬於使用人 (Arbeitsrecht S. 31 Anm. 1)。

【註二五】 Vgl. Hueck S. 36/37.

(2) 勞動者 (Arbeiter, ouvrier, laborer) 勞動者指除去徒弟，學習，使用人及官公吏以外所餘的被傭者而言。把勞動者的意義這樣消極的規定這是近時學說及立法例一般的所採用，我想這是很對的【註二六】。爲甚麼呢？因爲假使把他也定爲積極的，那末在這些東西的中間就要生出不能歸屬於任何一方的部類

的人的緣故。所以要決定某人是否爲勞動者的時候，只要決定其人是否屬於徒弟，學習，使用人或官公吏且又只要決定這一點就興了。但以一般的特質，勞動者可以說是「以從事於肉體的及實行的勞動（körperliche und ausführende Arbeit）」【註二七】爲主的人」【註二八】。

【註二六】 Sinzheimer S. 7; Hueck S. 33; Entwurf § 2 Abs. 4.

【註二七】 Kaskel S. 31.

【註二八】 在勞動者之一種有叫做家內勞動者（Heimarbeiter, Hausarbeiter, Heimwerker）的。家內勞動者就是在家內從事勞動（所謂內職）的人。其和一般勞動者相異的地方，只是在他的勞動不是在傭主的工作地方而在自己的工作地方（多是家庭）行使的，因此在經濟上雖是從屬的，但在身分上卻有自由的。並且根據於他和傭主間的勞動契約關係而爲勞動者這一點，其間絲毫沒有相異（Vgl. Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S.18. — A. M. Kaskel, Arbeitsrecht S.34）家內勞動者不但只是工業的範圍，就是在農業的範圍也可以存在的（Sinzheimer, Grundzüge S. 6. — A. M. Kaskel）Kaskel以家內勞動者看做在其發生之沿革上視爲固有之職業的地位，但是我想這個實在沒有和一般勞動者相併另外認

定像這種被傭者之種別的必要。

波特和夫及辛亥麥於家內勞動者以外還承認有家內用人 (Heimangestellte) (例如社外記者、圖案家之類) (Sinzheimer S. 6: — dagegen Kaskel)。但是這個只屬於下面所述的用人之一種，並不是另有獨立的種別。

(3) 用人 (Angestellte, employé, employee) 關於使用人的意義及範圍學者間還是有爭議的，不過我想最正當的見解就是「用人，其主要的是指從事於高級勞動，或精神勞動 (höhere oder geistige Arbeit) 的人，並從事於商業的或事務的勞動 (kaufmännische oder bürokratische Arbeit) 的人而言」這幾句話。一九二一年五月的奧國使用人法 (Angestelltengesetz § 1 u. 2) 一九二三年八月的德意志勞動契約法案 (第一條) 都是採這種見解的。又學者中根據這種見解的人也是不少【註二九】。據這個定義，使用人的觀念是定爲二元的。其一的標準：如果是從事於商業的或事務的勞動的人的時候，不關其勞動之高下如何，都使其屬於用人，其二的標準：如果是這些以外的勞動的時候，只限於以服務

於高級勞動爲主的人纔使其屬於使用人便是【註三〇】

在這個意義上，屬於使用人的主要的人員我們可以列舉的：就是公司的職員，銀行員，其他的事務員，商店的賬房，私立學校教職員，新聞雜誌記者，祿姆，家庭教師，家政婦，病院的醫員及看護人，各種的藝術員，音樂團屬員，船長及其他船舶職員等便是【註三一】

【註一九】 Kaskel S. 32.

【註三〇】 徒弟學習及官公吏的意義及範圍都是很明瞭的，不過勞動者和使用人的分界本來就欠明瞭的。從來這兩者的區別各人的見解很不一定，學者之中有以勞動者是指做下級勞動即筋肉勞動的人而言的，使用人是指做高級勞動即精神勞動的人而言的；至於簡單地把這個問題解決的人也是有的。可是在這個定義要想把兩者的界限分得明白是不能的。假使就是勞動者，如果是管理精巧的機械的工場勞動者那就不能够以單純機械的筋肉勞動就與的，反之雖然是使用人但橡裁縫工人之類於精神勞動以外，並且還要筋肉勞動，像這樣情形是很多的。因此學者以其「所主的」作爲歸類要件；其所主的爲下級勞動的人則稱爲勞動者，其所主的爲高級勞動的人則稱爲使用人。對於這一說贊成的人似有很多，不過其實還是不充分的。

的。把這兩者的觀念一一積極的規定的時候，那末，其中間一定要發生不能夠屬於任何部類的人員了。因此學者更考慮之務便把這些觀念一一積極的規定的事中中止了，以從事於高級勞動爲主的人爲使用人，其他的人爲勞動者，並說消極的規定的方法是可以採用的。不錯，照着這個方法的時候，兩者的界限可算至爲明瞭，但是像這樣做的時候，其位於兩者中間的人也是要生出器械的屬於勞動者的部類的，不合理的事來了。因爲這些中間的人我們所見的多是如商業使用人，事務員之類，無論由他們的工作的本質，或由勞動法上之保護的理由，說來其和單純的筋肉勞動者總是大不相同的緣故。在這裏，學者爲要除去這種不合理的事起見，只得將就把上面所述以外更設一個第二標準，關於商業或事務勞動者不管其勞動之高下如何一樣地主張把他屬於使用人的部類，要之使用人的範圍，因此一方由其工作之高下如何爲界限，他方則不問其高下，只由他的自身在事實上被使用的業務的種類如何爲界限。

【註三一】喀斯克爾把被傭者全體分做勞動者，使用人，高級使用人（*die leitenden Angestellten*）及

家內勞動者四種，更把高級使用人看做和通常使用人相對的獨立之職業的地位。高級使用人是指對於其他使用人站在得爲指揮監督之地位的被傭者而言的，一面對於其他使用人有爲雇用辭退執務上之指揮等的權能，一面對於企業者比普通一般的使用人負有高度的責任，因此他對下則由一般使用人上則由企業者分立，可以看做有其特別的地位，受有特

別待遇及報酬的人。通常稱爲經理的部類的被傭者大概都是屬於這一類的（例如參看商法第三〇條）。但法人之理事員，股份公司之董事等乃是法人或公司的機關並不是被傭者，所以不屬於高級使用人的範圍。（Kaskels, 33）

高級使用人如上面所述，以被傭者的資格是占有特別的地位的人，所以在近時的立法例對於這些人漸漸傾向於在勞動法上特別看待的趨勢了。因此如喀斯克爾把他看做獨立的職業階級也不是不當的，我的意思也擬照着通說姑把他作爲不過使用人中的一種看待。

(4) 官公吏 官公吏受特殊之法制的支配，成爲獨立的被傭者階級，這是無庸多說的。

第二節 傭主

在一般，傭主 (Arbeitgeber, employeur, employer) 是指以他人爲被傭者而使用的人【註二】。其爲自然人和法人又爲私法人和公法人是不問的。又，自己當事業的經營或爲他人擔任經營管理也是不問的。又，自己爲工場，或其他的所有者或爲其賃借人，也是不問的。要之，給他人以勞動，而約以報酬的勞動契約關係之一方當

事者就叫做傭主【註二】。

傭主同時又有爲被傭者的時候。例如工頭匠頭副業者等使用勞動補助者的人 (Kleinkordant, Kolonnenführer, Zwischenmeister, Hausgewerbetreibende) 對於這些補助者是居傭主的地位，同時對於企業者等又居被傭者的地位，這是我們通常所看見的【註三】。

【註一】 Hueck S. 37.

【註二】 Göz, "Arbeitgeber" in "Karten—Auskunftei" Heft 15.

【註三】 參看 Vgl. Hueck S. 23. 複興叢書第四輯所轉拙稿德意志勞動契約法草案的內容及特色。企業者等的傭主和匠頭或工頭並勞動補助者三者間的法律關係如何不能夠一概斷定的。這個問題是要參酌各個事情將當事者的意思詳細解釋之後纔能夠決定的。

第十章 勞動法的範圍及系統

一 關於勞動法的範圍及系統，學者間還沒有一定的見解。從來在歐美諸國雖然很發現了有系統的著作，可是各說的內容及順序都是有多少相異的。我想勞動法的範圍及系統是基準於勞動法各種之法律關係而定的。因為勞動法既如上述不是單純只規律僱主和被僱者間的勞動契約關係的法，乃是規律凡以被僱者之從屬的勞動為中心所發生出來的一切關係的法。所以勞動法上的法律關係不但是在僱主和被僱者間的私法的關係所發現出來的，有時由僱主或被僱者和國家間的公法的關係而發現的，又有時由僱主相互間或被僱者相互間的組合法的關係發現出來的。但是這些三種的法律關係，在法律上不必說就是在社會的或在經濟的其性質也是相異。根據於這些相異之點，勞動法可以一一把牠分為勞動契約法 (Das Arbeitsvertragsrecht)，勞動保護法 (Das Arbeitsschu-

(*Arbeitsrecht*)及勞動組織法 (*Das Arbeitsverfassungsrecht*) 二個部門。即其中第一種，是規律在現代被傭勞動組織之下所生的個人間之勞動受給關係的法；第二種，是規律公益把持者的國家對於兩當事者之關係的法；又第三種，是規律以各職業階級爲基礎的傭主及以被傭者的組合團結 (*Berufsorganisation*) 和各經營爲基礎的被傭者團體組織 (*Betriebsorganisation*) 之關係的法。但是第二的勞動保護法更從其本質及目的的相異之點又可分爲勞動者保護法 (*Das Arbeiterschutrecht*) 和勞動保險法 (*Das Arbeiterversicherungsrecht*) 二種。前者是國家在被傭者未發生損害以前以豫防爲目的的 (*‘Schaden wenden’*) 反之後者是國家在被傭者已經發生損害以後以排除和救正爲目的的 (*‘Schaden heilen’*) 或在法律的說來，前者是向傭主課以對於國家之公法的義務，後者是創設被傭者對於國家之公法的請求權【註一】。

就以上可以劃爲勞動法的系統中之四個主要部門。但是勞動法上的法律關係並不盡於此的。其和這些關聯，又在這些中間還存有特殊的法律關係。現在

被傭者組合和傭主或傭主組合間並經營內被傭者團體和傭主間，關於勞動條件的協定，各生出勞動協約關係及經營協約關係，又由這些協約，勞動契約，傭主及被傭者和國家及其他公共團體間的關係，各生出利益爭議（Interessensstreitigkeit）或權利爭議（Rechtsstreitigkeit）【註一】的關係。和這些相應，在勞動法更可以劃為團體協約法（Das Gesamtarbeitsvertragsrecht）及勞動爭議法（Das Recht der Arbeitsstreitigkeiten）兩個部門。但是團體協約今日在社會上法律上已經有了特殊的地位及意味（第六章及第七章參照），和勞動契約已經可以形成別個的範域了【註三】。又勞動爭議並不但是勞動契約上的個人爭議，就是協約上之團體爭議也包括在內，就是勞動裁判法調停法等爭議法之統一的觀察，也有使牠可能的必要，所以把牠列在獨立的部門是有理由的。

二 因此可知在勞動法裏存有團體協約法，勞動契約法，勞動者保護法，勞動組織和團結法，勞動爭議法及勞動保險法六個部門【註四】。這些各部門受了截至現在所述過的總論的勞動理論及原則之支配首尾相應成爲一個統一的法律系

統，這是不待言的。在以下第二篇各論裡面大約照以上的順序按段加以說明。

【註一】 Kaskel, *Verbeitsrecht* S. 4 "Begriff und Gegenstand des Sozialrechts" in *DJZ* 23. Jahrg. Heft 17/18 S. 544.

【註二】 Kaskel, *Arbeitsrecht* S. 43.

【註三】 反之，把團體協約作為勞動契約看待的學者也是有的（Oertmann, *Arbeitsvertragsrecht* S. 58ff; 90ff.; Matthaei, *Grundriss* S. 71ff, 82ff）又瑞士債務法也是把關於勞動協約的規定收納在雇傭契約之部內（第三二二條，第三二三條）。

（註四） 職業紹介（*Arbeitsvermittlung*）是勞動契約締結的前提，所以關於牠的法制併在勞動契約法中說明應該是很妥當的（So Kaskel S. 50ff.; Matthaei S. 96ff.）。

勞動法第一篇總論終

附錄

工廠法

第一章 總則

第一條 凡用汽力電力水力發動機器之工廠，平時僱用工人在三十人以上者，適用本法。

第二條 本法所稱主管官署，除有特別規定者外，在市爲市政府，在縣爲縣政府。

第三條 工廠應備工人名冊，登記關於工人之左列事項：

- 一 姓名年齡籍貫住址。
- 二 入廠年月。
- 三 工作類別時間及報酬。

四 技能品行。

五 工作效率。

六 在廠所受賞罰。

七 傷病種類及原因。

第四條 工廠每六個月，應將左列事項呈報主管官署一次。

一 工人名冊。

二 工人傷病及其治療經過。

三 災疫事項及其救濟。

四 退職工人及其退職之理由。

第二章 童工女工

第五條 凡未滿十四歲之男女，工廠不得僱用爲工廠工人，十二歲以上未滿十四歲之男女，在本法公布前，已於工廠工作者，本法施行時，得由主管官署核准，寬其

年限。

第六條 男女工人在十四歲以上未滿十六歲者爲童工，童工祇准從事輕便工作。

第七條 童工及女工不得從事左列各種工作。

一 處理有爆發性引火性或有毒質之物品。

二 有塵埃粉末或有毒氣體散布場所之工作。

三 運轉中機器或動力傳導裝置危險部份之掃除上油檢查修理及上卸皮帶繩索等事。

四 高壓電線之銜接。

五 已溶礦物或礦滓之處理。

六 鍋爐之燒火。

七 其他害風紀或有危險性之工作。

第三章 工作時間

第八條 成年工人，每日實在工作時間，以八小時為原則，如因地方情形或工作性質有必須延長工作時間者，得定至十小時。

第九條 凡工廠採用晝夜輪班制者，所有工人班次，至少每星期更換一次。

第十條 除第八條之規定外，因天災事變季節之關係，仍得延長工作時間，但每日總工作時間，不得超過十二小時，其延長之時間，每月不得超過三十六小時。

第十一條 童工每日之工作時間，不得超過八小時。

第十二條 童工不得在午後七時至翌晨六時之時間內工作。

第十三條 女工不得在午後十時至翌晨六時之時間內工作。

第四章 休息及休假

第十四條 凡工人繼續工作至五小時，應有半小時之休息。

第十五條 凡工人每七日中應有一日之休息。

第十六條 凡政府法令所規定應放假之紀念日，均應給假休息。

第十七條 凡工人在廠繼續工作滿一定期間者，應有特別休假，其休假期如左。

一 在廠工作一年以上未滿三年者，每年七日。

二 在廠工作三年以上未滿五年者，每年十日。

三 在廠工作五年以上未滿十年者，每年十四日。

四 在廠工作十年以上者，其特別休假期，每年加給一日，其總數不得超過三十日。

第十八條 凡依照第十五條至第十七條所定之休息日及休假期內，工資照給，如工人不願特別休假者，應加給該假期內之工資。

第十九條 關於軍用公用之工作，主管官署認為必要時，得停止工人之休假。

第五章 工資

第二十條 工人最低工資率之規定，應以各廠所在地之工人生活狀況為標準。

第二十一條 工廠對工人，應以當地通用貨幣為工資之給付。

第二十二條 工資之給付，應有定期，至少每月發給二次，論件計算工資者，亦同。

第二十三條 依第十條第十九條之規定，延長工作時間，其工資應照平日每小時

工資額加給三分之一至三分之二。

第二十四條 男女作同等之工作而其效力相同者，應給同等之工資。

第二十五條 工廠對於工人，不得預扣工資為違約金或賠償之用。

第六章 工作契約之終止

第二十六條 凡有定期之工作契約，期滿時必須雙方同意，方得續約。

第二十七條 凡無定期之工作契約，如工廠欲終止契約者，應於事前預告工人，其預告之期間，依左列之規定，但契約另訂有較長之預告期間者，從其契約。

一 在廠繼續工作三個月以上未滿一年者，於十日前預告之。

二 在廠繼續工作一年以上未滿三年者，於二十日前預告之。

三 在廠繼續工作三年以上者，於三十日前預告之。

第二十八條 工人於接到前條預告後，爲另謀工作得於工作時請假外出，但每星期不得過二日之工作時間，其請假期內，工資照給。

第二十九條 工廠依第二十七條之規定預告終止契約者，除給工人以應得工資外，並須給以該條所定預告期間工資之半數，其不依第二十七條之規定而即時終止契約者，須照給工人以該條所定預告期間之工資。

第三十條 有左列各款情事之一者，縱於工作契約期滿前，工廠得終止契約，但應依第二十七條之規定預告工人。

- 一 工廠爲全部或一部之歇業時。
- 二 工廠因不可抗力停工，在一個月以上時。
- 三 工人對於其所承受之工作不能勝任時。

第三十一條 有左列各款情事之一時，縱於工作契約期滿前，工廠得不經預告終止契約。

- 一 工人屢次違反工廠規則時。

二 工人無故繼續曠工至三日以上，或一個月之內無故曠工至六日以上時。

第三十二條 凡無定期之工作契約，各工人欲終止契約，應於一星期前預告工廠。

第三十三條 有左列情事之一者，縱於契約期滿前，工人得不經預告，終止契約。

一 工廠違反工作契約或勞動法令之重要規定時。

二 工廠無故不按時發給工資時。

三 工廠虐待工人時。

第三十四條 對於第三十條第三款第三十一條第一款及第三十三條各款有爭執時，得由工廠會議處理之。

第三十五條 工作關係終止時，工人得請求工廠給與工作證明書，工廠不得拒絕，但工人不依第三十二條之規定而即時終止契約，或有第三十一條所列各款情事之一者，不在此限，前項證明書，應記載左列事項。

一 工人之姓名年齡籍貫及住址。

二 工作種類。

三 在廠工作時期及成績。

第七章 工人福利

第三十六條 工廠對於童工及學徒，應使受補習教育，並負擔其費用之全部，其補習教育之時間，每星期至少須有十小時，對於其他失學工人，亦當酌量補助其教育，前項補習教育之時間，須在工作時間以外。

第三十七條 女工分娩前後，應停止工作共八星期，工資照給。

第三十八條 工廠在可能範圍內，應協助工人，舉辦工人儲蓄及合作社等事宜。

第三十九條 工廠在可能範圍內，應提倡工人正當娛樂。

第四十條 工廠每營業年度終了，結算如有盈餘，除提股息公積金外，對於全年工作並無過失之工人，應給以獎金，或分配盈餘。

第八章 工廠安全與衛生設備

第四十一條 工廠應爲左列之安 設備。

一 工人身體上之安全設備。

二 工廠建築上之安全設備。

三 機器裝置之安全設備。

四 工廠預防火災水患等之安全設備。

第四十二條 工廠應爲左列衛生之設備。

一 空氣流通之設備。

二 飲料清潔之設備。

三 盥洗所及廁所之設備。

四 光線之設備。

五 防衛毒質之設備。

第四十三條 工廠對於工人，應爲預防災變之訓練。

第四十四條 主管官署如查得工廠之安全或衛生設備有不完善時，得限期令其

改善，於必要時，並得停止其一部之使用。

第九章 工人津貼及撫恤

第四十五條 在勞動保險法施行前，工人因執行職務而致傷病或死亡者，工廠應給其醫藥補助費及撫恤費，其補助及撫恤之標準如左，但工廠資本在五萬元以下者，得呈請主管官署核減其給與數目。

一 對於因傷病暫時不能工作之工人，除擔任其醫藥費外，每日給以平均工資三分之一之津貼，如經過六個月尙未痊愈，其每日津貼，得減至平均工資二分之一，但以一年為限。

二 對於因傷病曾為殘廢之工人，永久失其全部或一部之工作能力者，給以殘廢津貼，其津貼以殘廢部分之輕重為標準，但至多不得超過三年之平均工資，至少不得低於一年之平均工資。

三 對於死亡之工人，除給與五十圓之喪葬費外，應給與其遺族撫恤費三百圓，

及二年之平均工資，前項平均工資之計算，以該工人在廠最後三個月之平均工資爲標準，喪葬費撫恤費應一次給與，但傷病津貼殘廢津貼得按期給與。

第四十六條 受領前條之撫恤費者，爲工人之妻或夫，無妻或無夫，依左列順序，但工人有遺囑時，依其遺囑，第一子女，第二父母，第三孫，第四同胞兄弟姊妹。

第四十七條 工人遇有婚喪大故急需款時，得向工廠請求預支一個月以內之工資，或發還儲金之全部或一部。

第四十八條 工廠遇災變時，工人如有死亡或重大傷害者，應將經過情形及善後辦法，於五日內呈報主管官署。

第十章 工廠會議

第四十九條 工廠會議由工廠代表及全廠工人選舉之，同數代表組織之，前項工廠代表，應選派熟習工廠或勞工情形者充之，工人代表選舉時，應呈請主管官署

派員監督。

第五十條 工廠會議之職務如左。

- 一 研究工作效率之增進。
- 二 改善工廠與工人之關係，並調解其糾紛。
- 三 協助工作契約及工廠規則之實行。
- 四 協商延長工作時間之辦法。
- 五 改進廠中安全與衛生之設備。
- 六 建議工廠或工廠之改良。
- 七 籌劃工人福利事項。

第五十一條 前條所列各款事項，關於一工廠者，先由該工廠工人代表與工廠協商處理之，如不能解決或涉及兩工場以上之事項時，由工廠會議處理之，工廠會議不能解決事，依勞資爭議處理法辦理。

第五十二條 工人年滿十八歲者，有選舉工人代表之權。

第五十三條 有中華民國國籍之工人年滿二十四歲在廠繼續工作六個月以上者，有被選舉為工人代表之權。

第五十四條 工廠會議之工人代表及工廠代表，各以五人至九人為限。

第五十五條 工廠會議之主席，由雙方代表各推定一人，輪流擔任之，工廠會議每月開會一次，於必要時得召集臨時會議。

第十一章 學徒

第五十六條 工廠收用學徒，須與學徒或其法定代理人訂立契約，共備三份，分存雙方當事人及送主管官署備案，其契約應載明左列各款事項。

一 學徒姓名年齡籍貫及住址。

二 學習職業之種類。

三 契約締結之日期及存續期間。

四 相互之義務，如約定之學徒，應納學費時，其學費額及其給付期，如約定學徒，

應受報酬時，其報酬額及其給付期，前項契約，不得限制學徒於學習期滿後營業之自由。

第五十七條 未滿十四歲之男女，不得爲學徒，但於本法施行前已入工廠爲學徒者，不在此限。

第五十八條 學徒之習藝時間，準用本法第三章之規定。

第五十九條 學徒除見習外，不得從事本法第七條所列各種工作。

第六十條 學徒對於工廠之職業傳授人，有服從忠實勤勉之義務。

第六十一條 學徒於習藝期間之膳宿醫藥費，均由工廠負擔之，並於每月酌給相當之零用。

第六十二條 學徒於習藝期間內，除有不得已事故外，不得中途離廠，如未得工廠同意而離廠者，學徒或其法定代理人，應償還學徒在廠時之膳宿醫藥費。

第六十三條 工廠所招學徒人數，不得超過普通工人三分之一。

第六十四條 工廠所收學徒人數過多，對於學徒之傳授無充分之機會時，主管官

署得令其減少學徒之一部，並限定其以後招收學徒之最高額。

第六十五條 工廠對於學徒在其學習期內，須使職業傳授人盡力傳授學徒契約所定職業上之技術。

第六十六條 除第六十一條所列各款外，有左列情事之一者，工廠得終止契約。

一 學徒反抗正當之教導者。

二 學徒有偷竊行為屢戒不悛者。

第六十七條 除第三十三條所列各款外，有左列情事之一者，學徒或其法定代理人，得終止契約。

一 工廠不能履行其契約上之義務時。

二 工廠對於學徒危害其健康或墮落其品行時。

第十二章 罰則

第六十八條 工廠違背本法第七條及第十一條至第十三條之規定者處一百元

以上五百元以下之罰金。

第六十九條 工廠違背本法第五條第八條至第十條第三十七條及第六十三條之規定者，處以五十元以上三百元以下罰金。

第七十條 工廠違背本法第四十五條之規定者，處五十元以上二百元以下罰金。

第七十一條 工廠違背本法第三條第四條第十四條至第十九條及三十二條之規定者，處五百元以下之罰金。

第七十二條 凡工廠工頭，對於職務上如因不忠實行爲或懈怠，致發生事變，或使事變範圍擴大時，處以一年以下有期徒刑，或五百元以下之罰金。

第七十三條 工人以暴力妨害廠務進行，或損毀廠內貨物器具者，依刑法最高度之刑處斷。

第七十四條 工人以強暴督迫他人罷工時，工廠得即時開除之，並得送官署依法懲辦。

第十三章 規則

第七十五條 工廠規則之訂定或變更，須呈准主管官署並揭示。

第七十六條 本法施行條例另定之。

第七十七條 本法施行日期，以命令定之。

(完)

勞資爭議處理法

第一章 總則

第一條 本法於雇主與工人團體或工人十五人以上，關於僱傭條件之維持或變更發生爭議時適用之。

第二條 本法所稱主管行政官署，除有特別規定者外，在市爲市政府，在縣爲縣政府。

第三條 主管行政官署於勞資爭議發生時，經爭議當事人一方或雙方之聲請，應召集調解委員會調解之，如主管行政官署認有付調解之必要，雖無當事人之聲

請時，亦同，調解成立時，視同爭議當事人間之契約，如當事人之一方爲工會時，視同爭議當事間之勞動協約。

第四條 勞資爭議事件調解不成立時，經爭議當事人雙方或一方之聲請，應付仲裁委員會仲裁。

第五條 爭議當事人於仲裁委員會之裁決，送達後五日內，不聲明異議者，該裁決視同爭議當事人間之契約，如當事人之一方爲工會時，視同爭議當事人間之勞動協約。

第二章 勞資爭議處理之機關

第一節 調解機關

第六條 勞資爭議之調解，由調解委員會處理之。

第七條 調解委員會置委員五人或七人，以左列代表組織之。(一)主管行政官署派代表一人或三人，(二)爭議當事人雙方各派代表二人，前項第一款之代表，不

以主管行政官署之職員爲限。

第八條 勞資爭議依第三條第一項之規定，應付調解時，其爭議當事人，應於接到主管行政官署之通知後三日內，各自選定或派定代表，並將代表之姓名住址，具報主管行政官署，於認爲有必要時，得將前項期限，酌量延長之，逾期未將其代表姓名住址具報者，主管行政官署得依職權代爲指定之。

第九條 調解委員會委員人選決定後，主管行政官署應從速召集開會，並以主管行政官署所派代表爲主席，但第十一條第三項規定之調解委員會，以工商部所派代表爲主席，調解委員會已經召集開會而委員拒絕出席，致調解無從進行者，以調解不成立論。

第十條 調解委員會之主席，得調用各該主管行政官署之職員，辦理紀錄編案擬稿及其他一切庶務。

第十一條 同一勞資爭議事件，該主管行政官署有二個以上者，如該主管行政官署在同一省區時，第七條第一項第一款之主管行政官署由省政府指定之，於必

要時，第七條第一項第一欸之代表並得由該省政府指派，同一勞資爭議事件不在同一省區時，第七條第一項第一欸之主管行政官署由工商部指定之，於前項情形，如工商部認爲有必要時，第七條第一項第一欸之代表得由該部指派。

第二節 仲裁機關

第十二條 勞資爭議之仲裁，由仲裁委員會處理之。

第十三條 仲裁委員會置委員五人以左列人員組織之，（一）省政府或該管市縣政府派代表一人。（二）省黨部或該市縣黨部派代表一人。（三）地方法院派代表一人。（四）與爭議無直接利害關係之勞方及資方代表各一人。

第十四條 省政府或不屬於省之市政府，於其所轄之區內，每年應命工人團體及雇主團體，各推定堪爲仲裁委員者十五人至三十人，開列名單，送請核准，遇有仲裁事件，前條第四欸之代表，卽就此項名單中指定無爭議無直接利害關係者充之，依前項規定核准之仲裁委員名單，應咨請工商部備案。

第十五條 凡曾任調解委員會委員者，不得爲同一事件之仲裁委員。

第十六條 仲裁委員會由省政府或該管市縣政府召集之，以召集機關之代表爲主席，但第十八條規定之仲裁委員會，以工商部所派之代表爲主席。

第十七條 仲裁委員會之主席，得調用其所屬官署或其所在地地方法院之職員，辦理紀錄編案擬稿及其他一切庶務。

第十八條 同一勞資爭議事件，其範圍不限於一省者，第十三條第一款之代表，由工商部指派，第四款之代表，由工商部就相關各省之仲裁委員名單指派之。

第三章 勞資爭議處理之程序

第一節 調解程序

第十九條 爭議當事人聲請調解時，應向主管行政官署提出調解聲請書。

第二十條 調解聲請書應記明左列各事項：（一）當事人之姓名職業住址或商號廠號，如爲團體者，其名稱及事務所所在地，（二）與爭議事件有關之勞工人數，

（三）爭執之要點。

第二十一條 未經爭議當事人聲請而由主管行政官署提付調解時，該行政官署頒將應付調解事項，以書面通知於雙方當事人。

第二十二條 調解委員會應於召集後二日內開始查左列各事項：(一)爭議事件之內容，(二)爭議當事人提出之書狀及其他有關係之事件，(三)爭議當事人雙方之現在狀況，其他應調查事項，調查期間非有特別情形，不得逾七日。

第二十三條 調解委員會得因調查事項，傳喚證人，或命關係人到會說明或持出證明書。

第二十四條 調解委員會得向關係工廠商店等調查或詢問。

第二十五條 調解委員會委員，不得洩漏調查所得之秘密事項，調解委員會調查完畢後，應於二日內為調解之決定，但有特別情形或爭議，當事人雙方同意延期時，不在此限。

第二十六條 調解委員會之調解，經爭議當事人雙方同意延期，不在此限。

第二十七條 調解委員會之調解，經爭議當事人雙方代表之同意，在調解筆錄簽

名者，調解爲成立，調解委員會應將調解之結果，報告主管行政官署。

第二節 仲裁程序

第二十八條 爭議當事人聲請仲裁時，應向主管行政官署提出仲裁聲請書，主管行政官署收受前項文卷後，應從速於該行政官署所在地或爭議事件所在地，召集仲裁委員會。

第二十九條 爭議當事人因調解不成立請付仲裁時，其聲請書應記明左列各事項：(一)當事人之姓名職業住址或商號廠號，如爲團體者，其名稱及事務所所在地，(二)調解不成立之事由，(三)請求之目的。

第三十條 第二十一條至第二十六條之規定，於仲裁程序準用之。

第三十一條 仲裁委員會之仲裁，以全體委員之合議行之，取決於多數，仲裁委員會應將前項仲裁，於二日內作成仲裁書，送達於雙方當事人，並送主管行政官署備案。

第三十二條 爭議當事人，不論仲裁程序至何程度，均得成立和解，但須將和解條

文呈報仲裁委員會。

第四章 爭議當事人行爲之限制

第三十三條 在調解或仲裁期內，僱主不得停業或開除工人，工人不得罷工。

第三十四條 工人或工人團體，不得有左列行爲，（一）封閉商店或工廠，（二）擅取或毀損商店工廠之貨物器具，（三）強迫他人罷工。

第五章 罰則

第三十五條 爭議當事人有違反第三十三條及第三十四條之規定時，主管行政官署及調解委員會或仲裁委員會，得隨時制止，不服制止者，得處以二百元以下之罰金，其行爲已犯刑法者仍依刑法處斷。

第三十六條 左列行爲之一者，處百元以下之罰金，（一）違反第二十三條規定，無故不到會，或不提出說明書者，（二）違反第十五條規定，前次第二欸情形構成刑

法上之犯罪行爲時，仍依刑法處斷。

第三十七條 有左列行爲之一者，處百元以下之罰金，但證人爲虛僞之陳述時，依刑法僞證之規定處罰。(一)於第二十三條所定情形而爲虛僞之說明者，(二)於第二十四條所定情形，無故拒絕調查答復或爲虛僞之陳述者。

第三十八條 遇有本章各條所定應處罰之行爲，得由主管行政官署及調解委員會或仲裁委員會聲述事由，移送該法院審理，該管法院除有特別情形者外，應於接收案卷後二十日內宣告裁判。

第六章 附則

第三十九條 省政府或不屬於省之市政府，於必要時，得擬具本法施行細則，呈請國民政府核定之。

第四十條 本法自公布日施行。

工會法

第一節 設立

第一條 凡同一產業或同一職業之男女工人，以增進知識技能，發達生產，維持改善勞動條件及生活爲目的，集合十六歲以上，現在從事業務之產業工人人數在一百人以上，或職業工人人數在五十人以上時，得適用本法，組織工會。

產業工會，職業工會之種類，另以命令定之。

第二條 工人具有左列資格之一者，雖非屬於同一產業或同一職業，得加入其工會爲會員。但雇主或其代理人不在此限。

- 一 曾選任爲其工會之職員者；
- 二 曾爲同一產業或職業之工人者。

第三條 國家行政，交通，軍事，軍事工業，國營產業，教育事業，公用事業各機關之職員及僱用員役，不得援用本法，組織工會。

第四條 工會之主管監督機關，爲其所在地之省市縣政府。

第五條 發起組織工會，須依第一條所規定人數之連署，推出代表五人至九人，提出立案請求書，附具章程及代表履歷各二份，向主管官署呈請立案。

主管官署接到立案請求書後，須於兩星期內審查批示，如有令其更正或查復者，對於更正後之請求書或查復後之呈報亦同。工會呈准立案後，須於三星期內將其成立日期及選出職員之履歷，住址呈報主管官署。主管官署接到呈報後，須即公布之。未經呈准立案及爲前項之呈報者，不得享受本法所規定之權利及保障。

第六條 在同一區域內之同一產業工人或同一職業工人祇得設立一個工會。

第七條 發起組織工會，須開創立大會，議定章程。

前項章程之議定，須得發起人四分之三以上之同意。

第八條 工會章程須載明左列事項：

一 名稱；

- 二 目的；
- 三 區域及會址；
- 四 會員之資格及其權利義務之規定；
- 五 會員入會退會，及除名之規定；
- 六 職員之規定；
- 七 會議之規定；
- 八 會費及其他會計之規定；
- 九 互助事業之規定；
- 十 章程變更之規定。
- 第九條 章程之變更，非經主管官署之認可，不生效力。
- 第十條 工會爲法人。
工會不得爲營利事業。
- 第十一條 工會須設理事。

之。理事由會員中選任之。但有必要時，經主管官署之認可，得選非工會會員任

理事處理工會一切事務，對外代表工會。

對於理事代表權所加之限制，不得對抗善意第三人。

第十二條 工會之理事或其代理人，因執行職務所加於他人之損害，工會須負連帶賠償之責任。但因關於勞動條件使會員為協同之行爲，或對於會員之行爲加以限制，致使雇主受雇用關係上之損害者，不在此限。

工會職員及會員私人之對外行爲，工會不負其責任。

第十三條 左列事項須經會員大會或代表大會之議決：

- 一 工會章程之變更；
- 二 經費之收支預算；
- 三 事業報告及收支決算之承認；
- 四 勞動條件之維持或變更；

- 五 基金之設立，管理，及處分；
- 六 會內公共事業之創辦；
- 七 工會聯合會之組織及其加入或脫退；
- 八 工會之解散，合併，或分立。

第十四條 工會得依章程或大會之決議，設置監事。

監事掌理審核工會簿記賬目，稽查各種事業進行狀況，及監察各職員之職務。

監事須由會員中選任之。

第二節 任務

第十五條 工會之職務如左：

- 一 團體協約之締結，修改，或廢止；但非經主管官署之認可，不生效力；
- 二 會員之職業介紹及職業介紹所之設置；
- 三 貯蓄機關，勞動保險，醫院診治所，及托兒所之舉辦。

- 四 生產，消費，購買，信用，住宅等各種合作社之組織；
- 五 職業教育及其他勞工教育之舉辦；
- 六 圖書館及書報社之設置；
- 七 出版物之印行；
- 八 會員懇親會，俱樂部，及其他各項娛樂之設備；
- 九 工會或會員間糾紛事件之調處；
- 十 勞資間糾紛事件之調處；
- 十一 關於勞動法規之規定，改廢事項，得陳述其意見於行政機關，法院，及立法機關，並答復行政機關，法院，及立法機關之諮詢；
- 十二 調查工人家庭，生計，經濟狀況，及其就業，失業，並編製勞工統計；
- 十三 其他有關於改良工作狀況，增進會員利益之事業。工會如尙未舉辦前項所列或其章程所訂定之互助事業，而主管官署認爲有舉辦之必要時，得派員協助辦理之。

第十六條 第三條所列舉各種事業之工人所組織之工會，無締結團體協約權。

第十七條 工會得向其會員徵收會費；但入會費每人不得超過一元，經常費不得超過各該會員收入百分之二。

特別基金，臨時募集金，或股金，須呈報主管官署核准後，方得徵收。

第十八條 工會每六個月應將財產狀況報告會員。如會員有十分一以上之連署，得選派代表，查核工會之財產狀況。

第三節 監督

第十九條 工人祇得加入於同一產業或同一職業之一工會。

第二十條 工會不得強迫工人入會及阻止其退會。

工會不得拒絕法律章程上認為合格之人入會，亦不得許法律章程上認為不合格之人入會。

工會不得妨害未入工會工人之工作。

第二十一條 工會會員得隨時退出工會。但工會章程有退會預告時間者，須先預

告。

前項預告時間，不得超過一個月。

第二十二條 工會對於會員所處之罰款，不得超過其三日之工資。

工會非有正當理由及得會員三分之二以上之同意，不得將其會員除名。

第二十三條 勞工間之糾紛，非經過調解仲裁程序後，於會員大會以無記名投票，得全體會員三分之二以上之同意，不得宣言罷工。

工會於罷工時，不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於雇主或他人之生命財產。

工會不得要求超過標準工資之加薪而宣言罷工。

第三條所列舉各事業工人組織之工會，不得宣言罷工。

第二十四條 工會章程或理事與其他職員有變更時，須即行呈報主管官署，並由主管官署於兩星期內公告之。在公告前不得以其變更對抗第三者。

第二十五條 工會呈准立案後，須提出空白之會員名簿及會計簿各二份於主管

官署，請求蓋印。嗣後更用新簿亦同。

前項會員名簿及會計簿記載後，一存會所，一繳主管官署。

會員名簿須記載會員之姓名，人數，入會年月日，就業處所，及其就業，失業，移動，死亡，傷害之狀況。

會計簿之收支記載，須另冊編號，黏附收據。如主管官署認為必要時，得令工會雇用會計師鑑定之。

第二十六條 工會在每年六月內及十二月內，應將下列各項表冊，賬簿呈報主管官署。主管官署認為必要時，得令工會隨時報告。

- 一 職員之姓名履歷；
- 二 會員名簿；
- 三 會計簿；
- 四 事業經營之狀況；
- 五 各項糾紛事件之經過。

第二十七條 工會，工會職員，或會員不得有左列各項行爲：

一 封鎖商店或工廠；

二 擅取或毀損商店工廠之貨物器具；

三 逮捕或毆擊工人與雇主；

四 限制雇主雇用其介紹之工人；

五 集會或巡行時攜帶武器；

六 對於工人之勒索；

七 命令會員怠工；

八 擅行抽收佣金或捐項。

第二十八條 工會之選舉或決議有違背法令或章程時，主管官署得撤銷之。

第二十九條 工會章程有違背法令時，主管官署得令其變更之。

第三十條 對前兩條之處分有不服者，得提起訴願。但訴願之提起，須於處分決定之日起，三十日內爲之。

第四節 保護

第三十一條 雇主或其代理人不得因工人爲工會會員或職員而拒絕雇用，或解雇，及爲其他不利益之待遇。

第三十二條 雇主或其代理人對於工人，不得以不理工會職務，不入工會或退會爲雇用條件。

第三十三條 雇主或其代理人在勞資糾紛之調解仲裁期間內，不得解雇工人。

第三十四條 工會免課所得稅，營業稅，及登記稅。

第三十五條 工會於其債務人破產時，對其財產有要求優先清償之權利。

第三十六條 工會所有之下列各項財產，不得沒收：

一 會所，學校，圖書館，書報社，俱樂部，醫院，診治所，託兒所，生產，消費，住宅，購買等合作社之動產，及不動產；

二 工會基金，勞動保險金。

第五節 解散

第三十七條 工會有左列情事之一時，主管官署保解散之：

- 一 存立之基本要件不具備者；
- 二 違反法規情節重大者；
- 三 破壞安寧秩序或妨害公益者。

第三十八條 工會除依前條命令解散外，得因左列事由之一，宣告解散：

- 一 大會決議解散，但須得主管官署之認可；
 - 二 章程內規定解散事由之發生；
 - 三 工會之破產；
 - 四 會員人數之不足；
 - 五 工會之合併或分立。
- 第三十九條 工會之合併或分立，須經由關係各工會之會員二分之一以上之同意，並須得主管官署之認可。

第四十條 合併後繼續存在或新成立之工會，承繼因合併而消滅之工會之權利

義務。

因分立而成立之工會，承繼因分立而消滅之工會或分立後繼續存在之工會之權利義務。其承繼權利義務之部分須在議決分立時議決之。並須得主管官署之核准。

第四十一條 工會於合併或分立前，須公告其債權人於一個月以上之一定期間內，聲明異議。但對於其而知之債權人，須按名催告之。

債權人於前項之一定期間內，聲明異議時，工會非先行清償或供相當之擔保，不得合併或分立。

違反前二項之規定而爲合併或分立者，不得以之對抗該債權人。

第四十二條 工會之解散，除由命令解散外，須於兩星期內將解散事由及年月日呈報主管官署。

第四十三條 工會之解散，除合併，分立，或破產外，其財產應速行清算。

前項清算，依民法法人之規定。

第四十四條 工會解散後，除清償債務外，其賸餘財產之歸屬，應依其章程之規定，或大會之決議；無規定及決議時，歸屬於該會所加入之工會聯合會；未加入工會聯合會者，歸屬於工會會址所在地之地方自治團體。

第六節 聯合

第四十五條 工會為謀增進會員間之智識技能，發達生產，辦理互助事業，得聯合同一產業或職業之工會，呈經主管官署之核准，組織工會聯合會。

組織工會聯合會時，須召集各關係工會開聯合大會，議定章程；其章程並須經主管官署之核准。

工會聯合會，除前二項規定外，準用本法關於工會之規定。

第四十六條 工會非得政府之認可，不得與外國任何工會聯合。

第七節 罰則

第四十七條 工會，工會職員，或會員有第二十七條各項行為之一時，得處以二百元以下之罰金。但其行為有犯刑法者，仍依刑法處罰之。

第四十八條 雇主或其代理人違反第三十一條，第三十二條之規定時，得處以三百元以下之罰鍰。

第四十九條 雇主或其代理人違反第三十三條之規定，解雇工人時，得按每解雇工人一名，處十元以上，一百元以下之罰鍰。

第五十條 工會之理事有左列情事之一時，得處以一百元以下之罰鍰。

一 關於第二十四條，第二十六條，第四十二條，第五十一條之事項，不爲呈報或爲虛僞之呈報者；

二 違反第二十五條之規定及第二十九條之命令者；

三 違反第四十一條第一項，第二項之規定而爲合併或分立者。

第八節 附則

第五十一條 本法施行前已成立之工會，應自本施行之日起，兩個月內依第五條之程序，從新立案。

第五十二條 本法施行前，在同一區域內已有兩個以上之同一產業，或同一職業

之工會，自本法施行之日起，兩個月內須行合併。

第五十三條 本法施行日期，以命令定之。

通峯