

書 叢 法 政

理 原 法 動 勞

著 丞 之 藏 曲 津
譯 生 任 陳

行 發 館 書 印 務 商



津田藏之丞著
陳任生譯

政法
叢書

勞

動

法

原

理

商務印書館發行

504

中華民國二十三年四月初版

(二一八三九)

政法叢書 勞動法原理一冊

每冊定價大洋壹元伍角

外埠酌加運費

原著者 津曲藏之丞

譯述者 陳任生

發行人 王雲五

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館

版 翻
權 印
所 必
有 究

二一七一上商

(本書校對者林卓塘)

目錄

第一章 勞動階級與勞動法的生成……………一

第一節 勞動階級的發生……………一

第一 工場制度的工業與資本制度生產的發展

第二 勞動階級之社會的及經濟的地位

第二節 勞動法的生成……………八

第一 資本主義社會的基本觀念

(1) 個人主義 (2) 營利主義 (3) 自由主義

第二 近世法形態的基本觀念

(一) 個人意思的自治原則 (二) 自己責任的原則 (三) 私有財產尊重的原則

第三 三大原則的修正與勞動法的生成

第二章 勞動法之史的發展……………二〇〇

第一節 一般的考察……………二〇〇

第二節 德國勞動法的發展……………二〇四

第一期 從一八三九年至比斯麥時代

第二期 從比斯麥時代迄至大戰

第三期 從世界大戰至現在

(一) 世界大戰中的勞動法 (二) 戰後的勞動法

第三節 「勞動法」術語的發展過程……………三三八

第一 工場法 第二 勞動者保護法 第三 勞動者法 第四 勞動者和使用人法 第五 社會

法 第六 勞動法

第三章 勞動法的意義……………四四五

第一 廣義的解釋說

(一) 智爾拍蕭米脫, 羅脫馬魯及利達的見解

(二) 對此說的非難

(三) 我的見解

第二 狹義的解釋說(卡斯客魯, 厄魯托滿, 整茲海馬, 嚇里昂, 麥魯斯伯台, 屈泥拉, 厄魯的魯, 和答魯蕭等等的見解)

第四章 勞動法的基本關係……………六一

第一節 單純勞動關係……………六

第一款 勞動的意義

第一 關於勞動概念的學說

(一) 求於物理學上概念的說(利達的見解)

(二) 求於經濟學上概念的說(休客, 利拍台, 墨利脫魯和柏拉細等的見解)

(三) 求於法律上概念的說(羅脫馬魯的見解)

(四) 求於個人的並社會的機能的說(整茲海馬的見解)

第二 關於勞動概念的學說批評及我的意見

第二款 單純的直接勞動關係

第一 勞動關係之二重性

第二 勞動關係與社會

第三款 間接勞動關係

第一 商品交換與間接勞動關係

第二 間接勞動關係與契約——近世法律形態的形成

第二節 從屬勞動關係……………九八

第一款 勞動關係之史的考察——隸屬勞動關係的沿革

第一 關於勞動關係發展之各種見解

(一) 從羅馬法及日耳曼法的對立的發展上面考察的見解(卡斯客魯,波底河夫,厄魯托滿,休客,利拍台,羅正苦蘭茲譯氏的見解)

(一) 古代的勞動關係 (二) 羅馬的勞動關係 (三) 日耳曼的勞動關係 (四) 羅馬法繼承時代的勞動關係 (五) 近世法的勞動關係 (六) 最近立法上的勞動關係

(二) 根據勞動形態的見解 (柯母門茲及安底療斯的見解)

(A) 個人的交易

(a) 奴隸勞動(甲) 奴隸(乙) 農奴(丙) 債奴

(b) 主僕勞動(甲) 年期服務(乙) 徒弟(丙) 契約勞動(丁) 主人制度

(c) 雇傭勞動

(B) 團體的交易

(三) 自由人對不自由人的勞動關係上的考察的見解 (智爾拍蕭米脫的見解)

(一) 一般的考察(1) 原始的時代(a) 狩獵時代(b) 遊牧時代(1) 農業時代(2) 奴隸時

代(3) 自由勞動契約時代

(二) 勞動契約的發展

第二 學說批評及我的意見

第二款 從屬勞動的本質

第一 關於從屬勞動的學說

(1) 經濟的從屬說 (麥魯斯伯台的見解)

對此說的非難（李隙繡，利達及耶河祕的非難）

（2）根據特定職業所屬的從屬說（卡斯賓魯，屈泥拉的見解）

對此說的非難（耶河祕，整茲海馬，休客，利拍台及利達的非難）

（3）他人決定勞動說（嚇里昂的見解）

對此說的非難（利達，墨利托魯及李隙繡的非難）

（4）根據從屬類似概念說

（A）勞動繼續說（墨利脫魯的見解）對此說的非難（休客，利拍台，李隙繡的非難）

（B）根據他人決定及繼續勞動的綜合的觀念（耶河祕，李隙繡的見解）對此說的非難（休客，

利拍台的非難）

（5）身份的從屬說

（一）意思從屬說（整茲海馬的見解）對此說的非難（利達及李隙繡的非難）

（二）命令指揮權服從說（馬泰，休客等的見解）對此說的非難（李隙繡及耶河祕的非難）

（6）組織的及法律的從屬說（波茨河夫，整茲海馬的新思想）

對此說的非難（李隙繡，耶河祕，休客及利達的非難）

(7) 使用並組織編入說（李際繡的新見解）

第二 對從屬學說的批評及我的見解

(一) 債權的關係

(二) 身份的關係

第三節 從屬勞動關係之現象的構成……………二〇八

第一款 一般的考察

第二款 經營及企業

第一項 經營 第一關於經營意義的學說

(一) 人的物的非物質要素的統一體說（休客利拍台及耶河祕的見解）

(二) 綜合多數被備者於統一的作業之人的支配範圍說（整茲海馬的見解）

第二 學說批評及我自己的意見

第二項 企業

第一 關於企業意義的學說

(一) 休客利拍台的見解

(二) 耶河祕的見解

第二 學說批評及我自己的見解

第四節 從屬勞動關係的源泉……………二二九

第五章 從屬勞動者及資本家……………二二七

第一節 被傭者……………二二七

第一款 被傭者的意義

第一 廣義的被傭者（整茲海馬的學說）

第二 狹義的被傭者（卡斯客魯，休客，整茲海馬諸氏的學說）

(一) 根據契約關係說（卡斯客魯，休客，利拍台的學說）

(二) 根據組織關係說（整茲海馬的學說）

第三 學說批評及我自己的見解

第二款 被傭者的種類

第一 被傭者之職業的類別

(1) 工場被備者 (2) 商業被備者 (3) 船員 (4) 鑛山被備者 (5) 土地及森林經濟上的被備者 (6) 家庭使用人 (7) 其他的被備者

第二 被備者之社會的分類

(1) 勞動者 (學說批評及我的見解) (2) 使用人 (學說批評及我的見解) (3) 支配的使用人 (學說批評及我的見解) (4) 官吏 (學說批評及我的見解) (5) 徒弟 (學說批評及我的見解) (6) 被備者的類似者 (a) 家內勞動者 (b) 家族勞動者 (c) 小作人

第二節 資本來家……………二八三

第一款 雇主

第二款 資本家的種類及機能

第六章 勞動法的研究方法……………二九〇

第一節 一般的考察……………二九〇

第一 觀念論與唯物論形式論理與辯證法的論理

第二 一般法學的方法論概觀

第二節 勞動法研究方法上的學說……………三〇四

第一 解釋法學的立場（卡斯客魯，耶底孫及利拍台的見解）

第二 純粹法學的立場（耶河祕的見解）

第三 法術的立場（伯茲客斯的見解）

第四 社會學的立場（整茲海馬及波底河夫的見解）

第三節 學說批評及我的見解……………三一四

第七章 勞動法的法域……………三二七

第一節 一般的考察……………三一七

第二節 關於勞動法法域的學說……………三一九

第一 包括公私兩法的規定的特別法（卡斯客魯，休客，利拍台，耶河祕的見解）

第二 公私兩法交錯法域的特別法（整茲海馬，馬泰，蕭克魯茲，蕭那伊達，連滿的見解休客，利拍台及卡

斯克魯對此的非難）

第三 跨越財產法及人法法的特別法（波底河夫及麥魯斯伯台的見解）

第四 人格法及財產法的在總法域的特別法（利達的見解）

第三節 公法及私法的交叉關係……………三三七

第一 一般的考察

第二 否認公法及私法對立說

（一）客魯曾的見解

（二）瓦伊亞的見解

（三）狄驥的見解

（四）基魯克的見解

第八章 勞動法的構成……………三五一

第一節 一般的考察……………三五二

第二節 勞動法的理念……………三五四

第一 勞動者保護主義（麥魯斯伯台、卡斯客魯、休密及利拍台的見解）

第二 契約自由主義（柯母門茲，安底療斯，格羅及智爾拍蕭米脫）

第三 團體主義（整茲海馬，波底河夫及李隙繡的見解）

第四 學說批評及我自己的意見

第三節 勞動法的法源……………三六六

第一 關於勞動法法源的學說

（一）卡斯客魯的見解

（A）制定法 習慣法 判例法

（B）勞動協約

（C）經營協定

（二）整茲海馬的見解

（A）國家的勞動法

（B）自律的勞動法

（C）勞動習慣法

（D）國際勞動法（馬泰的見解）

(三) 耶河祕的見解

第二 學說批評及我自己的見解

第四節 勞動法是階級法嗎？……………三八七

第一 學說（卡斯客魯，麥魯斯伯台及屈泥拉的見解耶河祕對此的非難）

第二 學說批評及我自己的見解

第九章 勞動法的體系……………三九二

第一節 關於勞動法的體系的學說……………三九二

第一 歷史的體系（利拍台，馬泰，耶底孫，休客，卡斯客魯的見解）

第二 法律的體系（格魯利喜，厄底魯，比尤拉，卡泥，格羅斯的見解）

第三 與綜合的法律體系相關聯的法律體系（耶河祕的見解）

第四 社會學的體系（整茲海馬及波底河夫的見解）

第二節 各國勞動法典的體系（一）德國（二）法國（三）西班牙（四）蘇俄（五）魯屈生蒲魯伍

（六）阿魯斯清……………四〇一

第三節 勞動法體系的我見……………四〇四

勞動法原理

第一章 勞動階級與勞動法的生成

第一節 勞動階級的發生

卡斯克魯 (Kaschel) 說「人類經濟的和社會的地位，自有史以來，就決非平等的，因為在一切時代及一切國民中，人類間總有許多經濟的和社會的差別，在這社會的差別之下，而屬於同一社會地位的人類集團，叫做社會階級。所以產業革命後，以職業的地位做基礎的一個工業勞動大階級，便告成立」（註一）。現代主要的勞動階級，如卡氏所言，是屬於工業上的無產者，當然，今日除了工業上無產者，雖有各種的產業，這些產業都是工業的性質；而且又類似工業上的無產者，所以我們得概括的將這些無產者構成了一個勞動的階級，但是中世社會的基礎產業為農業，而近代社會的基礎產業則為工業，爲了這個緣故，近世最初的無產者都是屬於工業的方面，而且是因工業而發生的，至於工業原料（包括各種原料及燃料等）的生產，換句話說，即鑛業及農業的生產，不外

產業變遷的結果，亦有工業上——原料加工——類似之點，所以近代的社會，可以概括的叫做工業的社會。近代工業的主要形態，無論怎樣，總不外乎工場制度的工業，勞動階級的發生就是從這種產業上的變革而來，今試先簡單考察產業的變革過程如下：

第一 工場制度的工業與資本制度生產的發展

原來自從第十五世紀末葉，美洲新大陸的發現和東洋航路的發達等等，給與了歐洲的經濟活動以重大的影響。

從前以各都市爲中心之鎖國的及封鎖的經濟，一變爲世界的商業，同時，人口急速的增加和需要增大的結果，從來手工業的生產形態，不能滿足當時的要求，必然的產生了新的生產形態。

代替手工業生產形態的一個嶄新的產業形態，就是家內工業。所謂家內工業，是指生產工具和原料品所有者的企業家，將生產工具和原料品貸借與勞動者，而勞動者則在自己家裏從事生產，販賣生產物與企業家，同時又將償還生產工具的消耗費和原料品的代價所剩餘的價值當做勞動貨銀的意思。換句話說，在手工業之下，商品的生產者，將商品賣給直接消費者；反之，在家內工業之下，生產者和消費者之間有企業家，行紀，或居間者的中間人，介乎其間，像這種生產形態才有大市場和大量生產的可能性，因此才能適應第十五和十六世紀以來市場擴大的要求。其次，在家內工業的場合，直接的生產者並非生產手段的所有者，乃是貨銀的取得者，而且對消費者

而言，已失掉其獨立的地位，這又是和手工業的生產，顯然不同之點（註二）。

這種家內工業的形態是發生於十五世紀末季的英國織物工業，至十六世紀呈着旺盛的狀態；但是到了十八世紀時代，則轉化為其他生產的形態了。

繼家內工業的生產形態而起的，是製造工業，原來製造工業的工場制生產，是十八世紀時代若干機械的改良發明及各種動力的使用所引起的產業革命的產物，據柯爾氏的見解，蒸汽機械的發明者並非瓦特，同時機關車的發明者亦非史梯芬孫，這是經過長久時間的社會的發達（註三）。但是這些發明是否屬於一人的產物，並非重要的問題，我們儘可置諸不論，要之，在十八世紀乃至十九世紀初時，這些產業上的發明和發現，是促進工場制工業勃興的一個動力，可無疑義的。

如上所述，直接生產者的勞動者，進入家內工業時代，已經失掉其獨立的地位，與在手工業之下，顯然不同，但倘從生產技術方面觀察，其所使用的工具極乎簡單，動力的使用，亦需要多數的人力，而且又得在自己家裏作業，在此點上，又幾乎酷似手工業制度。但是迄至人力以外的動力和機械的發明及發現的結果，需要大規模的資本而且必須集合勞動者於一定的場所，從前的生產形態，便發生劇烈的變遷了。此時工場制度的工業，因之發達，所謂資本制的生產，便開始其端緒。

原來資本制的生產，是用同一個別的資本，使用多數的勞動者，勞動範圍因之擴大，而且在大量的生產物產

生時節，才發生的。資本制生產的特徵，是比較其他生產方法需要多數的勞動者，同時，在同一場所（即在同樣勞動的範圍內），在同一資本家命令之下，以生產同種類商品爲目的，這無論在歷史上或是在觀念上，都是構成資本制生產的出發點（註四）。若就生產方法本身言之，則初期的工場制工業，除了用同一的資本和使用多數的勞動者之外，幾乎和組合的（Zunft）手工業沒有多大的差別。

但是，工場制工業的生產，在同一場所，集中從事於一定的計劃，各勞動者間便發生協業的現象，換句話說，即多數勞動者，協力製造一個商品，爲了協業的緣故，產生了比較各個勞動者之力的總和更有力量的某種社會力，即發生一種新的生產力。麥克掉加魯說森林和水流的力，是比較各株樹木和水滴之力的總和更有力量的，因其自身有特殊的力量（註五），同樣，協業的場合，亦係特殊的生產力的展開，恰如騎兵一中隊的攻擊力及步兵一聯隊的防禦力與各個騎兵或步兵的攻擊力及防禦力的總和，在其本質上迥異一樣。在這種意義之下，工場制工業的生產力構成了一個社會特殊的生產力（註六）。

但是與協業相對的是分業，多數勞動者在一個工場裏，製造一個商品時，勢不能從事於同一的工作，技術上因之發生了各部份的工作，一個商品就是綜合各部份的製造而來的。所以協業的另一方面是分業，不過這裏所說的分業並非社會的分業，乃是指技術的分業（註七）的意思。

協業和分業的行使，是指各個勞動者互相站在極乎密切關係上的意思，即一人勞動者的作業，構成其他勞

動者作業的前提條件，而且一個工場內的勞動，行使協業時，是被統轄於資本司令之下的，所以資本司令在這場合下，算是勞動自身進行上必要的條件。整茲海馬對這種現象，曾引述馬克斯的文句說：「各個提琴的演奏者雖各爲自己的樂長，但在樂隊演奏中，就必須一個獨立的樂長了。」同樣，這種生產的方法，亦必須指導、監督和調節上的司令，而指揮和調節上的機能，一發生了協業時，必然的屬於資本本身的機能（註八）。

因此分業，協業乃至相伴而生的資本司令，形成資本制生產的重要基礎（註九），但是資本制生產的剩餘勞動的榨取即資本價值增殖的過程，亦是不容輕忽的要件，因爲這是資本制生產的根本基礎。至關其本質如何，本書將順序敘述，因爲這個問題，是勞動法上極乎重要的基礎問題。

- （註一）卡斯客魯謂階級構成的本質是貧富、貴賤及職業。但這觀念似欠正確，這問題將詳述於第四章第二節的「從屬勞動的本質」內。
- （註二）家內工業，今日尙有其殘存的形態。在勞動法上，恰如第五章第一節第二款，關於「被傭者的種類」的考察一樣，家內勞動者的地位，成爲亟待討論的問題。所以本章的考察，是使容易理解這問題的一個伏筆。孫田博士的「勞動法論」（三頁），竟由手工業直接發展到資本主義的大工場制度，如下所述，博士幾乎完全輕忽了德國勞動法學者對家內勞動者地位的問題了。

（註三）Cole, A Short History of the British Working Class Movement, Chap. II.

（註四）Marrx, Das Kapital, Bd. I, S. 317.

（註五）Mc Dougal, Group Mind (請參照拙稿「麥克掉加魯的國家學說」我等第六卷第六號)。

(註六) 這裏所述的是使讀者容易理解第四章第二節第二款「從屬勞動的本質」內所述的整茲海馬及波底河夫等組織編入說的伏筆，該說的具體的根據，在於工場制工業的特徵。

(註七) 勞動法學者往往視資本主義社會工場內的分業與共同社會的分業一樣。他們不承認勞資間階級的爭執，而主張分業連帶上的社會連結。關於這見解的錯誤，請參照後述的第四章「勞動法的基本關係」。

(註八) *Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, s. 22.*

(註九) 勞動法學者中，如耶河極、李隙繡及整茲海馬等，高唱資本制生產的資本司令說，這和下面第四章第二節「從屬勞動的本質」內所述的一樣，是屬於勞動法基本關係的從屬勞動關係之基礎概念。這裏所述的，不過使讀者容易理解該章的一個伏筆。其實他們都輕忽了資本制生產其他方面的過程。

第二 勞動階級之社會的及經濟的地位

工場制的工業需要大規模的資本，因之成立龐大設備的工業，使弱小手工業的中產階級者衰滅，而自然力供給的結果，又從市場上驅逐手工勞動者，所以小工業，創設了中產階級，大工業則創設勞動階級。大工業的勃興，因自由競爭的結果，使屬於小中流階級者，分解為勞動者，同時又集中財富於少數資本家之手。這種工業集中的傾向是不斷發展的，決非靜止的。勞動階級不斷的擴大時，近代的勞動階級者的經濟的及社會的地位，和以前手

工業時代的徒弟及職工便迥然不同了。所以卡斯魯說徒弟和職工的地位並非繼續的，不過是一時的過渡狀態，因為他們將來有獲得經濟的及社會的獨立地位的希望，反之，今日的勞動者，則幾乎連這種希望都沒有了。
(註10)。

原來工業勞動者算是工場制工業生產的一個要素，但他們不但非生產手段的所有者，而且沒有自己的生活和他們家族生活資料的無產者。爲了沒有生產手段的緣故，不能獨立從事生產，而必須依靠販賣勞動力，取得賃銀爲生。但是他們倘無主顧時，勞動力便無從販賣了。縱使獲得主顧時，購買勞動力者是企業家，企業家購買勞動力與否，要看企業家自由的意志。勞動者雖與奴隸和農奴不同，而有販賣勞動力的自由，不至永久隸屬於特定的企業家，但勞動者除了販賣勞動力之外，沒有其他收入的淵源，他們不能與買手的全階級即企業家和資本家階級，完全斷絕關係，所以他們縱使不隸屬於特定的企業家，而其結果亦不得不隸屬於資本家階級（註一），這就是卡斯魯所謂永久的地位（註二）的意思。

其次，大工業又將多數的勞動者集合於一個勞動範圍內。他們居住一處，形成一個羣落。滿足他們慾望的裁縫店，靴店，手工藝者等等，便居住其間，因此羣落發達爲小都市，小都市則發達爲大都市了。都會愈形擴大時，居住上就愈感便利，選擇熟練勞動者亦較容易。但是新設備的生產工具，換句話說，即不變資本的合理化，並不需要熟練勞動者，只要有婦女和幼年勞動者已夠應付，所以入口集中時，賃銀便低下，同時，企業家爲增加利潤起見，謀長

時間的勞動，終至發生夜工勞動的制度了。

這樣，工場勞動者問題，在社會問題上有重大的意義。但這種現象不僅限於工場勞動者，而且在鑛業勞動者，海員，和農業勞動者等等，亦發生同樣的狀態（註一三）。此時資本家和勞動者的階級爭執的社會問題便告發生（註一四）。

（註一〇） Kaskel, a. a. O. S. I.

（註一一） Sinzheimer, a. a. O. S. 25.

（註一二） Kaskel, a. a. O. S. I.

（註一三） Kaskel, s. 2.

（註一四） 卡斯客魯謂：「此時勞動階級的職業階級產生，而與資本家階級相抗。」但是如下所述，卡氏這種見解似欠正確，而孫田博士在前面所述的他的著作中，則顯屬卡氏的主張。

第二節 勞動法的生成

第一 資本主義社會的基本觀念

如上所述，近代經濟的基礎，是商品生產的資本主義組織，這資本主義的近代社會的觀念，表現於個人主義，

營利主義，及自由主義的三個支柱。法的形態，既是經濟的構造的外部所成立的，所以這些觀念，可以看做法的觀念的核心（註一）。今試先簡單考察個人主義，營利主義及自由主義三者如下：

（1）個人主義 按基魯克的見解，個人主義與團體主義是相對立的兩個潮流。所謂個人主義是指個人本位和個人中心秩序的意思。換句話說，卽凡是屬於人類社會的第一次的和根本的，都是個人的，而在社會上的實在唯一者又都是屬於個人的。所以按個人主義的見解，社會是由個人聚合而成，超越個人便無實在可言了。和個人主義相對立的，叫做團體主義。團體主義或是普遍主義，不以個人爲第一次的，乃是以統一的全體爲第一次的。團體主義以人的結合的自覺爲出發點，在理論或本質上，先注意全體，然後才及於個人，卽主張全體站在個人上面。所以團體主義，在其立場上以爲引導一切事物的原始的實在物，並非現實的個人，乃是非現實的單一的全體，個人不能站在完全的自我之上，因爲原始的事物，不存在於個人，乃是存在於全體之中，換句話說，團體主義，高唱單一的全體的實在，以爲在理論上，全體是存在於個人之前（註二）。

個人主義與團體主義，不僅限於上述的見解，還有種種的解釋，但這個問題，在後述的第四章第一節第二款「勞動關係與社會」內，將有詳細的說明，這裏不復贅述了。要之，倘不問該節的異說而言，則社會秩序——卽規律個人與社會的關係——可區分爲以個人做中心的立場和以社會做中心立場的兩個見解。前者叫做個人主義，或個人的原理的立場，後者叫做團體主義，或社會的原理的立場。這兩者表示個人與社會關係的兩個極端見

解，而一切社會觀，可以說是站在這兩極端間，無數點中之一。同時，具體的和歷史的社會秩序非偏向於個人主義，則偏向於團體主義。在此意義上，近世的社會秩序顯然是個人主義的了。

(2) 營利主義 所謂營利主義，是指容許個人的營利心或是利己心，乃至拜物主義無制限發動的一種秩序的意思。原來人類生活，存在於人類與自然對立中的鬥爭——即人類征服自然的鬥爭。人類非孤立的動物，必須依賴他人的勞動而生活，因此人類對自然的關係，僅在人與人間的關係——即社會的關係——才能維持。這在生產上各種的關係表現出來。但是，在今日言之，勞動生產物的交換即商品的交換，是維持其中各種關係結合的紐帶。據一般的考察，商品的交換，表現於等價的關係，但是個個商品的交換，在心理上則是營利主義，而此營利主義，又表現為獲得大利益起見的個人的活動的利己主義，這就是朋刺所謂「用最少的費用而獲得最大的結果」的營利的活動。要之，近世社會，在此意義之下，是根據獨立的個人相互間營利主義的機械的結合。換句話說，這就是「*Bellum Commium contra omnes*」萬人對萬人的鬥爭，在其彼此間的恐怖，為避免鬥爭和鬥爭的恐怖起見，遂結合個人相互間營利的保障了。這是商品的生產和交換上必然的產物，但是僅僅這個對價的營利主義，已經構成近世社會秩序的一個基礎了。(註三)。

(3) 自由主義 所謂自由主義，國家對利己的個人，在其追求營利心時，原理上不加何等干涉，同時又不負保障個人生活的責任。比耶孟說：「自由的意義，是指脫離國家的自由，即不受國家拘束的意思。這是對國家權

力的高壓手段的一個保護」(註四)。申言之，即個人的自己責任的原則，個人不受國家的干涉，同時，又有生產活動上的自由和消費活動上自由的意思(註五)。這裏所說的生產活動上的自由，又可分爲(一)企業的自由，(二)勞動的自由。所謂企業的自由，各人得自由用自己或他人的資本從事無論何種的事業的原則，這是亞當斯密士和休謨馬爾薩斯等，曾高唱過的，即「各人倘不違反正義的法則，得自由的用自己的方法而追求自己的利益，而且，在勤勉和資本兩者方面有與他人競爭的自由」(註六)。這種自由的觀念表現於私有財產和企業的危險負擔。其次，所謂勞動的自由，是對無論何種職業，何種場所，乃至何種事業，得自由規定其勞動場所的意思。至所謂消費活動上的自由，則指各人得自由使用和消費自己的收入。

這三大原則是近世資本主義社會的基礎觀念。

(註一) Marx, Zur Kritik der Politischen Ökonomie, Einleitung.

(註二) 根據石田文次郎著的「基魯克的國體法論」。

(註三) 功利主義的學說在英國特別發達。但是到了刺母拉亞及斯賓沙等才告完成，他們是受霍勃斯和羅克相反對學說的刺激而且吸收亞當斯密和朋刺兩大學者及其學派的思想而來的。至關各學者間不同的見解，因不關這裏所討論的問題，所以從略。

(註四) Biermann, Staat u. Wirtschaft, S. 173.

(註五) 彌經夫著「經濟與自由」一六〇頁。

第一章 勞動階級與勞動法的生成

波黎氏將近代社會的秩序，分爲私有財產的無條件的自由及經濟活動的自由，即消費的自由及勞動與生產的自由 (Polley, Kapitalismus u. Sozialismus) 但本書則根據羅氏的見解，此外，還有哈羅管處，柯蒂斯用列舉的方法，將自由分爲「勞動的自由，勞動條件受領的自由，勞動條件協定的自由，交易的自由，買賣的自由及財產所有並使用的自由。」(H. Cox, Economic Liberty, p. 2)

(註六) Smith, Wealth, Vol. II, p. 184.

第二 近世法形態的基本觀念

法既是從經濟關係的外部所成立的，所以上述的三大原則，又可以說是近世法的支柱，而表現於自由，平等和所有權不可侵的三個觀念(註七)。據說朋氏曾高唱過這個原理，朋氏以爲自由放任在法律政策上，最適合於社會全體的福祉。從這自由放任的學說，遂產生了契約自由的原則，而契約自由的觀念，又發展爲所有權不可侵的理論了。所以所有權的保護成爲近世法的基本原則，但是所有權的保護，必須平等的。換句話說，即法律必須平等的保護現存的所有(註八)，因此平等的觀念亦相繼成立。

法國人權宣言所謂「人類從其出生及在生存上，有自由平等的權利」就是從這些原則而來。這原則構成了十九世紀法典的基本原理而經各國所採取的，所以近世法的觀念，不外乎偏重於這三大原則。

根據這種思想的近世私法，遂破壞封建社會之身份的及格式的法形態而表現於自由及平等的個人主義的立法，其具體的原則，有次述的三者。

(一) 個人意思的自治原則。(二) 自己責任的原則。(三) 私有財產尊重的原則。

第一、個人意思的自治原則，根據於個人之有權利與義務，在原則上，是以個人的意思為基礎。同時，個人意思的行動，在原則上，亦係個人的自由的兩個理論而來。第二、所謂自己責任的原則，是使個人賠償違法行為上所生的損害，換言之，即各人除了由自己自由意思發動之外，不負何等責任的原則，所以按此原則，個人對他人的行為，不負何等的責任，而且縱使關係自己的加害行為，除從自由意思發生——即故意及過失——之外，亦不負何等的責任。這個原則是以第一的原則並所謂「人乃全然權利的主體」的原則為前提的。第三、私有財產權尊重的原則，就是所有權不可侵的原則，亦即限於法令無特別的禁止及制限時，個人得用法律以保障或保護其財產權的原則。但這裏所述的不過極乎基礎的原則而已。因為這個原則，表現於私法關係時，就是絕對的所有權及相續權的問題。

這三大原則由聯鎖的關係而成立。這是近代經濟活動的自由上所要求的個人主義，營利主義及自由主義之法的具體化。法國大革命時的人權宣言說：「政治結合的目的，全然在保守人類天賦不可割讓的權利，此等權利是對自由，所有權，安全及壓逼上的反抗。」於是遂宣言這三大原則為自然法的大法則。這自然法的理論，曾從封建社會的教權和王權之下而解放個人，自不待言。但是，一面資本主義發展時，他而法理的根據，雖分為歷史法學派，分析學派，哲學派及社會學並社會心理學的種種學派，而各樹一幟，各各說明其合理的解釋，然一闡此問題

請參照第六章「勞動法的研究方法。」近世社會的法典，無論在程度上的懸隔如何，莫不受人權宣言的影響，而致力於確定這三大原則，則不容否認了。

嚇底門在他所著的「十九世紀私法的發達」對此問題富有暗示的敘述。嚇氏說：「十九世紀時代法的生
活，在各點上都非常活動，私法方面，尤其顯著。這有以下的原因，因十九世紀會惹起私法上特別重要的問題，此時，古代所尊重的基本原則完全破壞，嶄新時期的觀念漸漸抬頭，從來私法上重大的價值，即封建主義和組合的強制，土地所有的禁止和人格的制限等等，立呈瓦解，自由與活動便代之而起。這不但在公的生活，而且在市民的生活中，亦有同樣的狀態。女子被解放其從來的束縛而要求自立，工業和商業遂征服自由及無拘束，而土地解放其束縛時，便開始其資本投下及商品的序幕了。最後大多數的勞動者遠脫離羅馬法上古代賃賃借 [locatio conductio opera-ruin] 的法的交易。

這新興的力，在其完全脫離中世的桎梏時，便非羅馬法主義所能規律了。而創造新市民法的價值，從法律上的制限解放自由之力像這樣重大的問題，因之發生。實際上言之，十九世紀已經創造了近代的市民法典，其最初濫觴於一七九四年的普魯士法典，自從拿破崙法典，奧國民法典，意大利，西班牙及葡萄牙各國法典編纂之後，經過德國民法，到了一九〇七年的瑞士民法典時，已經達到最高潮了（註九）。

（註七）平野義太郎氏著「法律的階級鬥爭」（九七頁）。

(註八) 河上肇「經濟學大綱」七三一頁以下，博士謂關刺氏的原理，分爲：(一)功利的原理；(二)自利選擇的原理；而在法律論上，則表現於(一)民主主義；(二)契約自由二者。

(註九) Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, S. 121.

第三 三大原則的修正與勞動法的生成

誠如嚇底門所言，這種法的發展是隨同資本主義的發達而起的個人自由的發展，其目的，用國家的權力來保護私有財產，但是資本主義的社會從初期的商業資本主義時代，經過產業資本主義，而進入金融資本主義時，從來自然法的觀念，便有變更的必要，尤其是在第三期資本主義時代，金融資本家行使其生產手段的統制，從來的自由競爭，雖不至完全廢止，終受相當的制限(註一〇)。於是乎最近的法律觀念，遂產生團體主義的法律思想，這不但在民法上，而且在商法的範圍內，亦發生重大的現象(註一一)。

(註一〇) 金融資本主義亦不完全廢止自由競爭。據希湖亞典格的見解，所謂金融資本，就是「產業資本，逐漸增加的部份，不附屬於利用此部份的產業資本家。他們僅僅依賴銀行的流通而有處理資本的權力而已。所以銀行僅代表所有者；但倘就他方面言之，銀行必須使資本增加的部份，固定於產業上面，這樣一來，在逐漸增大的範圍上，銀行便變爲產業資本家了。我以為所謂金融資本，就是在這種方法之下，現實的變化爲產業資本的銀行資本和貨幣形態的資本。」這個定義雖未必正確，但所謂銀行資本的巨大，確制獨佔的權力，是金融資本的特徵，仍不失爲一個正確的見解。其次，據列寧的意思，「獨佔實際是資本主義最新發達的結論，

倘若輕忽銀行所演的職務，則吾人說明近代獨佔之實際的權力及意義時，一定會感到極不充足而且不完全。(帝國主義論第一章) 所以金融資本主義，實在是以前獨佔為基礎，這種獨佔雖與古代的自由競爭完全不同，雖與「支配關係相結合」，但還是從生產的集中而來，而成爲今日一般資本主義發展上的普遍的及基礎的法則。」而且競爭的結果，會擴大爲大門爭。(帝國主義論的拔萃)。

(註一一) 最近私法的特徵，在於確立次述的諸原則，(一)交易的安全。此原則是提倡一般社會交易的安全，代替個人的意思自治的原則。

例如表見代理制度，公信原則及物權證券化等等，並主張統制的全體(當然是指金融的統制)的利益，在個個交易之上。

(二)公序良俗。最近對此原則的理解迥然不同。在初期資本主義的時代，認爲是對契約自由的法律外的要素的一個制限，但今日則解爲法的上概念，而將法的形態附屬於社會全體，因此，在法理的理論上，發生種種的解釋；但這些理論都不外乎金融統制的法的反映。(請參照拙著「契約自由與勞動法的指導原理」)

(三)權利濫用的原則。此原則對於個人權利的行使加以制限，其制限的程度，以公共秩序及善良風俗的範圍爲標準。這就是根據「行爲是否超過適當的範圍及用失當的方法」(大正八年大法院判例) 而後才下判斷。究其實，這些判決，不外主張德國新憲法「權利的行使必須適合社會福祉」的原則，同時，即法國的法律上關於權利濫用的理論根據。但這理論在今日盛行於原因，可以歸結於金融資本主義的統制。(請參照法協二九卷第四、五、六、八等號，池田博士的論文，並鳩山博士，松本博士等論文)。

(四)團體的地位的提倡。此原則在商法上表現於「企業自體」的觀念，而在勞動法上，則表現於勞動協約，經營協定，和就業契

則等等。企業自體的觀念亦是金融統制的法理的理論，勞動法上關於此點，請參照以下的敘述。

這團體主義的觀念，已構成今日私法上的基本原理，我們不可輕視。將來我刊行拙著的「法律學說及判例所表現的日本資本主義的發達」為單行本時將有詳細的討論。所以此處所述的，僅限於勞動法的原理；但是現在我姑在次述的各點而說明此問題的重要。日本今日的學者站在經濟的基礎上，而解釋法形態的，雖不乏其人，但他們僅注意到交換過程的問題，而不從生產關係上考察。倘從生產關係考察法形態，則無論如何不能輕視勞動法的研究，因為輕忽了此問題，便失掉問題的中心了。因此之故，我認勞動法是二十世紀時代新法理論的指南針。

像這樣的民商法上新理論的轉換，和勞動交易上的法形態，亦與初期資本主義社會的觀念不同。原來勞動交易在雇傭的契約上，佔民法的一部份，而被支配於契約自由的原則之下。這種的自由，究竟是與私有財產的保護結合一起的；但是國家權力雖對此種結合加以保護，而私有的保護在事實上言之，給與佔有大量財產與收入者的保護及自由比較給與佔有少數者為多，不免引起資本的集中，並使勞動者陷於不自由的狀態，所以資本主義的發展，必然的增加勞動階級的反抗和勞動階級的力量。因此從來法的觀念，在鬥爭之下，事實上早已崩壞了。此點亦曾經法學者中指摘過，例如安頓孟革於一八九〇年所著的「民法與無產階級」早已提及。安氏的警告不啻對法學界的一個當頭棒喝，自是以後，一般公然主張制限從來個人主義的立法，尤其在勞動交易方面，迄至判例及學說亦相繼主張此說，並個別的強制法規成立之後，遂公然發展為今日所謂社會立法的法規了。例如關

於租地租屋的立法，小作立法，勞動時間及最低賃銀的工場勞動者保護法等等。這表示國家用各種的形式來積極的干涉個人主義的自由。

社會的立法在勞動給付的法律關係上特別發展，其後欲將從來個別的特別法的社會立法統一起來，而制定一個統一法，這種的運動，遂風靡各國，這就是一般所謂統一的勞動法。像這種勞動法，究竟是從資本主義社會自身內在矛盾所發展的法的反映。資本主義的發展，一方面使民法商法的範圍內，發生團體主義的觀念，他方在勞動法的範圍內亦使產生同樣法的觀念。其目的是使資本主義社會構成了一種民法，去規律勞動關係上的剩餘勞動的分配過程，而其結果，勞動法與民法必然的連結不可分離的關係了。我們一方面要了解勞動法，他方面就必須包括民法觀念的發展，所以勞動法的思想已吸收最近私法上交易的安全，公序良俗，權利濫用，團體獨立的地位和無過失責任等等的觀念了。

這樣統一的社會立法，遂在這種觀念上漸漸成立；但是這種統一的社會立法，不過和緩勞動階級的糾紛，並表示勞動糾紛的休戰狀態。這思想代表各國最近的趨勢，不僅限於德意志一國，例如，一法國及西班牙各國已經具體的實現新理論的統一勞動法，他方蘇維埃共和國亦在完全不同的生產關係上面制定了勞動法典。所以二十世紀，可以說是不斷要求編纂新法典的時代。我現在此書中着重於考察一般勞動法學者對德國新勞動法的理論及其理論的體系。

如上所述統一勞動法的指導原理與從來的私法觀念迥然不同，但是爲了勞動法的編纂迄至今日還未完成的緣故，在法學上的研究，遂無一定的界說，有的根據從來的法理論而樹立其體系，有的則努力於新理論的體系，學說紛歧，莫衷一是，不過我們要注意的是今日德國法學者仍繼續其編纂近世初期法典的同樣的活動，而竭其全力，闡明勞動法的體系及其原理。（其實他們所努力的不過發見如何緩和勞動階級抗爭的原理而已。）此後勞動法，勢將支配二十世紀的法學了。然他們的努力，是在於樹立一個法理論而欲挽回正在沒落的資本主義的社會，（此種努力雖歸無效）而其結果，亦不外乎產生資本主義末期的法律理論而已。統一勞動法制定的氣運，在日本今日雖未全然成熟，社會具體的趨勢，則呈着要求的狀況，所以本書的要點在介紹德國勞動法學者的各種學說，同時，一方面貢獻資本家階級以日本將來勞動法理論的基礎，他方面，則對勞動者階級而指摘德國勞動法學者抹殺階級糾紛及其他漠然的觀念。倘若輕忽後者的目的，則勞動法的研究，究無何等的意義，所以我一方面忠實的介紹德國的學說，他方面則從事批判並參加自己的意見。

茲先敘述勞動法的發展而考察對統一的勞動法的要求是怎樣，次則介紹統一勞動法的理論。

第二章 勞動法之史的發展

研究勞動法的發展過程，就是考察統一勞動法的原理及其體系的前提，要這樣的研究，才能明確了解統一勞動法制定的氣運是怎樣發生及其體系怎樣成立。

第一節 一般的考察

勞動法究竟是什麼呢？關此問題如第三章所說的一樣，今日還無一定的解釋，倘若根據智爾拍爾米脫氏所謂勞動法是「規律人類勞動上一切法規的集合」，則勞動法的起源，有法的本身淵源的同樣綿長的歷史，而必須追溯到原始的時代了（註一）。卡斯客魯、耶河祕、和休客諸氏都以為原始時代的法制，幾乎完全與勞動法發生關係（註二），因為人類社會倘無他人的勞動時，人類社會的文明不能存在，倘若缺少了此種勞動上的法規，則組織的人類生活亦無從發生（註三），所以站在這種立場上說，研究勞動法的起源，則必須追溯其極乎遠古的時代了；而且對各個勞動法制，例如勞動契約、徒弟契約、團結爭議調停及勞動裁判等等，亦必須檢討其相當遠古之史的發展痕跡（註四）。

但是，倘解釋勞動法爲從屬勞動者特別法，因爲這是發生於近世資本主義的社會，則當解釋爲最近的產物。關於從屬勞動的意義，在第四章的「勞動法的基本關係」內，將有詳細的考察，這裏姑且簡單說，就是指勞動力商品化的意思，所以在此意義的勞動法，是發生於資本主義的經濟組織確立之後，其中的沿革，約經百年左右。

一般所謂勞動法，是以最近的從屬勞動者的保護法爲起源，而在從屬勞動者發生及其保護法制定時，才開始其端緒（註五），所以勞動法在進入十九世紀時代才發生的（註六）。據卡斯客魯的見解，勞動法的最初立法見於一八〇二年羅伯脫比魯內閣時代所制定的英國工場少年勞動者的保護法（註七）。迄至各國亦相繼制定此種的保護法時，賃銀勞動者的保護法遂一般化了（註八），但欲一一考察各國社會立法的沿革，恐非本書所能辦到，茲僅考察德國勞動法之史的發展如下：

（註一）智爾拍爾米脫說：「研究勞動法的沿革要追溯到原始的時代。」我將在第四章第二節第一項內介紹這個問題。

（註二）Kiskelja, O. S. J. Hueck-Nipperthey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 7; Jacobi, Grundlehre des Arbeitsrechts,

S. 3 ff. 其次關於古代的勞動規律，請參照第四章第二節N. 11。茲試舉參考書數冊如下：Endemann, Die Behandlung der

Arbeit im Privatrecht, 1896; Rothenbücher, Geschichte des Werkvertrag Nach deutschem Rechte, 1906; Irtke,

Deutsches Privatrecht. 至關於近代勞動法的發展，則有 Anton, Geschichte der Breutzischen Fabrik Gesetzgebung;

Jastrow, Sozial Politik u. Verwaltungswissenschaft; Poerschke, Entwurf-Klung der Gewerbeaufsicht.

(註三) 按休客和利拍台的見解，組織的人類生活，倘無法的形態果能存在與否，雖是頗關重要的問題，但人類從其原始的生活，發展為家族生活，乃至國家生活時，必然的發生了法的形態，這是事實的。像這種的法形態，係組織的統一體上之社會的機能，或僅是勞動的聯結，下面當再考察，這裏不過先引述休客氏的本文而已。

(註四) Kasfel, a. a. O.S.5.

(註五) Hueck-Nipperdey, a. a. O.S.7.

(註六) 按休客、利拍台和卡斯客等的見解，今日意義的勞動法，是十九世紀的產物，但耶河祕氏則謂勞動法發生於十八世紀，即以十八世紀末季的自由勞動契約的發展為其起源。換句話說，就是對於申世紀的空腦茲省謝福脫或國家的勞動關係的非自由意志的規律而承認各個雇主和被傭者的自由契約時，勞動法已發生。例如見於一七九四年普魯士的陶底爾喜賦，其第四二三條曾規定「工場經營者和工場勞動者的關係，應該根據兩者間所締結的契約的內容及其契約上所規定的法規而下列斷。」耶河祕氏亦說，無產階級被傭者的自由勞動契約制定時，是在十九世紀時代(Jacobi a. a. O. S.3 ff.)，但勞動法的起源，應追溯到契約自由的發展或是求於勞動者的保護法，是一個重大的問題。此點請參照第八章「勞動法的構成。」

(註七)

一八〇二年比魯內閣時代所制定的勞動立法的主要目的，是為保護少年勞動者的道德及其健康。其主要內容則在制限使用三歲以上的徒弟的木綿工場和染毛工場的夜間勞動及繼續的勞動，勞動時間的制限定為十二小時。其後，英國遂制定了各種的保護法，今試舉其主要者如下：例如一八一九年的工場法（工場勞動者最低年齡定為九歲，十六歲以下兒童勞動者的勞動時間

定爲十二小時；一八三三年的工場法（禁止僱維工場使用九歲以下的兒童勞動者，十三歲以下的兒童勞動者的勞動時間，規定爲九小時，童工則禁止。從十三歲至十八歲的勞動時間限定爲十二小時）一八四二年禁止十歲未滿及女子在鑛山坑內的勞動法；一八四七年關於制限兒童及女子勞動者的勞動時間爲十小時的法律；一八五〇年關於工場勞動的始工及終工的制限與休息法；一八六〇年制定適用於一切工場勞動者的工場法；一八七四年及一八七八年的工場法並作業場條例；一九〇一年的工場及手工場條例（*Factory and Workshop Act*）最後根據一九〇三年的兒童使用條例（*Employment of Children Act*）現在禁止未滿十二歲的兒童勞動。而年齡達到十二歲以上者，尚未修畢初等教育，必須學區官署的證明等等。（Stone, *History of Labour, Slessor and Henderson, Industrial Law*, p. 645. Schiff, *Der Arbeiterschutz der Welt*, S. 45）

（註六） Kaskel, a.o. O.S.5.

卡斯客魯以爲最初的勞動立法是一八〇二年英國少年勞動者的道德上和健康上的保護法，但實際上說，一七八七年的奧國宮內省所揭示的保護法，還在英國之前。該揭示會規定工場勞動者的最低年齡，除了不得已場合之外，以九歲爲最低的限度。因此一般咸認奧國的保護法，是勞動者保護法的起源，但具備工場法體裁的勞動法，則當首推英國了，所以在此意義上，英國一八〇二年的工場法仍不失爲勞動法的嚆矢。永井亨博士在他所著的「社會政策綱領」一六四頁曾說：瑞士各州在十七世紀的後半期早已制定關於家內工業勞動者賃銀的保護法，這在事實上究竟怎樣，茲恕不詳述。

第二節 德國勞動法的發展

德國勞動法的發達，大概是受英國勞動法發展上的刺激，因為德國產業革命的發展比較英國遲緩的緣故，勞動法的制定，亦較英國遲得多。德國在其統一勞動法制定之計劃確立之前，其大部份所制定的，不過散漫的及偶然的勞動者保護法，迨至稍具其體裁之後，才構成最初的勞動者保險法。卡斯客魯氏將德國勞動法的發達，區劃為三個時期而敘述各時期的特殊性，耶河秘，休客，利拍台等雖未必推崇卡氏的見解（註一），但著者則根據卡氏的區分而考察。

（註一） Kaskel, a. O. S. 31ff; Hueck-Nipperdey, a. O. S. 7ff; Jacobi, a. O. S. 3ff.

茲從一八三九年至比斯麥時代區分為第一期；迨至大戰前止，為第二期；第三期則從大戰後一至今日。第一期 從一八三九年至比斯麥時代

德國勞動法，濫觴於一八三九年普魯士的兒童勞動法。其產生的原因，是因當時在萊因——威斯脫胡佛這地方發生虐待工場兒童勞動者的事件，輿論譁然，結果遂制定這法律而保護工場兒童勞動者。該項法律規定兒童勞動者的最低年齡為九歲，從九歲至十六歲的兒童勞動時間為十小時，夜業則禁止。其後，於一八四九及一八五三兩年相繼制定了工場監督制度的規則（註二），兒童勞動禁止的規則及禁止物品交易制度的規則（註三）。

(Kverbot) (註三) 等等，復次，一八四八年拜扼倫模做普魯士的法制，制定勞動者保護規則之後，各聯邦遂亦相繼模倣而制定社會的立法。這些規定從他方面看，是緊緊追隨營業自由和團結自由的兩個原則（註四）的。這樣，北德意志的聯邦統一法的工業條例（Gewerbeordnung），迄至一八六九年遂告成立。該項法律是包括從來各種的立法。此時代起，德國的社會運動，昂然抬頭，工業勞動階級受拉薩黎和馬克斯思想的影響，開始組織階級。他們一方面於一八六三年設立拉薩黎的「一般德國勞動者組合」，他方面則有萊蒲希的「勞動者同盟」，後者是在伯伯魯和利蒲客利希指導之下；但迄至一八六九年，兩者的一部份，聯合為「社會民主勞動黨」，次則又以一八七五年的「高答網領」為基礎成立兩黨的合同。在這樣狀態之下，勞動運動遂猛烈的發達了（註五），但是一八七八年比斯麥為緩和此種運動便決定社會政策上的處置手段。他一方面制定社會主義的取締法，他方面又創設了社會保險的制度。卡斯客魯說比斯麥這種社會保險法是第一期勞動法發展上的特性（註六）。

比斯麥在此種見解之下，雖決定制定勞動者保險，但等到受一八七八年嚇德魯和腦比林格等暗殺威廉第一的事件刺激之後，才急付於立案的。他說：「救濟社會惡害方法的社會立法，不僅在抑制社會民主主義的恣行無憚的跋扈為目的，而且是在積極的增進勞動者的幸福的。」所以一八八一年一月一七日在德皇詔勅之下（Potschaft）遂公佈勞動者保險法的草案。這個草案包括全勞動階級的疾病，事故，衰老，殘廢等的保險制度。其中計劃幾經十年間的大努力，才能鎮壓反動的運動。比斯麥最初相信社會政策立法，容易完成，為達此目的，他創

設了多數受領小字金的勞動者，但其實，這並不像他所預料的那樣容易，因為自從一八八三年的疾病保險法，一直經過一八八四年的工業災害保險法，乃至一八八九年的殘廢及養老保險法的發佈止，這目的才得完成。卡爾·考魯說這個時期是勞動法發展上的第一期。

(註二) 工場監督制度是依照一八四五年的部令而設立了一個特別的地方委員會，將工場的監督委任於這個委員會的一種制度。這由一八五三年的任意工場監督制和一八七八年的強制工場監督制而補充，又由使用蒸氣力而勞動的一切經營，煤礦所，建築工場，並船塢等而擴張。

(註三) 物品交易制度 (Truck) 的意思，類似英國的 Truck System 及美國的 Store Orders, Company Stores, 及 Payment in Scrip 等的術語，這不但指物品貨銀 (Sachlohn) 而且包含權利利益的給付，乃至金錢與物品給付的混合給付費用。各國禁止物品交易制度的法制，大體可分別為三種：(一) 法國所採取的完全禁止的方法。美國亦有若干州採用此法而禁止礦山、製造工業、或鐵道勞動者。(二) 採取不禁止的方法。即規定給付物品之質的立法，這實施於美國若干州。(三) 雖完全不禁止此制度，但對勞動者則禁止強制執行的立法，這種方法除了波蘭及意大利之外實行於歐洲各國。詳細情形將在本論中敘述。

(註四) 團結自由的規定，最初實現於普魯士和薩克森，如本文所說的一樣，一八六九年的工業條例，是制定為統一法，其中包含團結的規定。德意志帝國的工業條例經一八七八年修正之後，亦包含「徒弟規則」及「少年從業規則」。

(註五) 德國勞動運動的發展，一方面如本文所述，是從「一般德意志勞動者組合」、「勞動者同盟」的對立，而進入合同的運動的過

程，他方面則當同時敘述威洛扼倫、魏脫及蕭哈扼客寧的基督教社會黨的發展，但爲了過於複雜，所以從略。至關其中的發展過程，請參照煙山氏太郎氏著的「德國社會民主黨」Kaskel, a. O. S. 6; Schiff, Der Arbeiterschutz der Welt 等等。

(註六) Kaskel, a. O. S. 6.

第二期 從比斯麥時代迄至大戰

從這第一期至世界大戰爆發止，是勞動法發展的第二期，但在此時代，從來對勞動保護的疎忽，在威廉二世時，特別呈着意識的活動狀態，因爲一八八九年威廉二世即位後，不久便發生魯魯地方的鑛夫大罷工，當時勞動者參加的人數達十萬人左右，同年遂制定了殘廢、疾病及養老的保險法，這是對於貧困的階級給與公共的生命保險和死亡的保險。次則擴張從來的疾病災害保險的範圍，而使適用於以前被除外的農林業勞動者，海員乃至建築勞動者等等。

原來威廉二世採取拍齊嚇魯 (Pötticher) 和拍魯禮波蕭 (Berlepsch) 兩人的意見，於一八九〇年二月四日發表有名的勅語，當做社會政策的立案。這給與勞動法發展的第二期上以社會立法的根本方針，因爲這個勅語，一方面在柏林召集國際的勞動者保護會議 (註七)，他方面則給與德國勞動者保護法以基本的綱領，換言之，即企圖制定勞動時間的新規則在雇主及政府機關的協同評議會之中，召請勞動階級的代表參加，完成國有鑛山，設立模範的設備並規定私有鑛山的監督等等。以前的社會保險法，不包含全部使用人階級，但這個法案則

適用於全體使用人的階級。至關國際的會議方面，雖無何等成績可言，但在社會的立法上，一八九一年的工業條例補則，則表現顯著的成績，所以一般稱這個時期為勞動者保護法（Arbeiterschutzgesetz）的時代（註八）。這法規包括日曜休業，最長勞動時間，危險產業的保護，勞動秩序，兒童并女子勞動者保護，勞動者委員會等的七個部份，同時一八九〇年七月二九日所制定的工業裁判所法（Gewerbegerichtsgesetz），採取勞動爭議的特別裁判的方針。上述各種法制雖獲得一部份人們的贊同，但受社會民主黨（Sozialdemokratie）猛烈非難的結果，這官僚的社會政策與社會民主黨的妥協，竟歸失敗，拍齊嚇魯和拍魯禮波蕭不得不同時辭職了。

次則，經過斯同及波薩底孚斯基的內閣，這次內閣最初以鎮壓反動的社會運動而獲登台，監獄法的提案及其他社會運動的顛覆法為其施政的初聲，對社會立法幾乎表示不關痛癢的態度，這就是所謂勞動立法停頓的時代。但從這時代以後，勞動法的發展便脫離從來國家的勞動者保護法的範疇，而漸漸釀成向着自助的救濟方面而發展的機運，換句話說，就是向着締結所謂勞動協約（Tarifvertrag）上的發展。這種發展是在社會立法之反動的停止之下，而且是受了一八七二年的社會政策國際會議的刺激和勞動者保護會議的德國支部的活動，乃至在佛蘭克和茲母馬滿等所指導的社會改良主義的調停運動等影響之下，為使勞動者放棄其從來的他力救濟而採取自力救濟的方法，換句話說，此方面的發展，就是在促進勞動協約的發展（註九）。

在波薩底孚斯基社會立法停頓時代的勞動保護法的發展，僅有規律商業使用人及徒弟與主人間的關係

的商法改正，並既製服工場的兒童保護法的改正二者而已。但是從一九〇〇年以後波薩底孚斯基亦變，更其從來的見解，而承認社會立法的必要，遂於一八九九年最初改正殘疾者的保險法，一九〇〇年實行改正疾病及災害的保險法。波氏亦注意到勞動者的保護法，遂於一九〇〇年制定了營業法補則，商業使用人的保護，最少休息法並危險產業制限法等，復次，又於一九〇四年七月六日制定商人裁判所法（*Kaufmannsgerichtsgesetz*），模倣工業裁判所法的制度，創設特別的裁判，而處理商業使用人，徒弟並雇主間的爭議。此外於一九〇二年制定了新海員法（*Die Heue Seemannsordnung*），這是適用勞動法的規定於海員的端緒。復次，一九〇三年三月三日，制定兒童保護法（*Kinderschutzgesetz*），規定兒童勞動的制限，並保護兒童不受其兩親的榨取。除以上之外，波氏還努力於發展的計劃，但因為帝國議會的反對而受挫折，遂於一九〇七年不得已辭職。

復次，在何魯烏厄客（*Bethmann Hollweg*）及範魯蒲魯右客（*Delbrück*）內閣時代，何氏注意社會的立法，於一九一〇年根據一九〇六年的柏林會議的議決案而改正工業條例，制限兒童並女子勞動者的勞動時間，實行禁止夜業並擴張勞動保護的範圍。又於一九一一年根據前內閣波薩底孚斯基的計劃，發佈總括的帝國保險法（*Reichsversicherungsordnung*）而擴張社會保險的範圍，使適用於從來對一般勞動者之外，還適用於商業使用人（*Angestellte*）。最後何氏於同年十二月二日制定家內勞動法（*Hausarbeitersgesetz*），並於一九一四年制定商業競爭制限法（*Gesetz über die Beschränkung der Konkurrenzklausel im*

Handelsgewerbe)。

就一般的說，自從一九一一年以後，在社會的方面，一般對社會立法的反動的機運，可以說是正在活動中，如一九一四年的立法，不過是在這些反對之下，而勉強制定的，所以這個時代，大概是社會立法的停止時代，何魯烏厄客雖受這些反動的機運，竟於一九一四年五月發表社會立法的宣言，但還未收獲何等成效時，世界大戰已經爆發了，自是以後，勞動法的發展，遂進入特殊發展的過程。所以至此時期止，即可以叫做勞動法發展的第二期（註一〇）。

（註七）威廉二世一八九〇年二月的詔勅，是在實踐奧蘇恩、魯格爾、瓜格那、細恩蒲魯格及亞伊亞蕭等所主張的國際社會政策的調和，該會議以拍賣禮波爾商務總長為議長，一八九〇年三月一五日至二八日，在柏林開會。其中所議決的，僅關於女子及兒童勞動的取締，至於開會的原因，則係受一八七五年「高答綱領」基礎下的社會運動成為國際傾向的刺激，而冀在財政上，緩和並移轉在社會主義取締法下的此種的運動。但其結果，並無何等的成效。而一八九〇年社會主義取締法廢止後的「厄魯福魯脫綱領」比「高答綱領」較為馬克斯主義的，所以拉薩黎的社會政策的立場，幾乎完全被推翻了。（請參照波多野氏「社會思想發達史」並嘉治氏的「厄魯福魯脫綱領與恩格爾」）

（註八）Kaibel, a. a. O. 7. 7.

耶河秘和卡斯客魯氏的見解不同，他以為迄至一八八〇年的社會保險法的時代，是叫做「勞動者保護法」的時代，而自一八九

一年的工業條例改正後，是叫做「勞動者法」的時代。請參照後述的第三節 (Jacob, a. a. O. S. 35)。

(註九) 勞動運動自助的救濟的發展，除受佛蘭克及茲母馬滿等所謂「索齊亞黎波拉基細斯」運動的刺激之外，而黎庭所指導的「德國勞動組合總委員會」的運動及社會民主黨的努力，又給與絕大的刺激，這是很明白的，不用多敘述。社會民主黨自從「厄魯福魯稅綱領」之後，分裂為伯倫齋丹的「修正派」，伯魯魯及利浦客禮希院等的「急進派」及「獨立派」，但是在這裏我對於社會主義運動，不欲提及，我的主要目的僅在敘述社會立法的发展過程而已。關於社會主義的運動，請讀者參照前面所揭示的檉山氏的著作。這樣看來，這可以表明我並不否認社會主義的運動，促進制定勞動法的事實。請參照第八章第四節。

(註一〇) Krael, a. a. O. S. 8.

第三期 從世界大戰至現在

勞動法發展的第三期，是從大戰後一直到了現在。休客及利拍台將這時期再分為大戰中和大戰後的兩個時期而分別考察；但卡斯客魯則將這些時期綜合為一個時期，按卡氏的見解，此時期勞動法的發展，是從以前的個人主義的勞動法轉化為集團主義的勞動法，換句話說，此時代的特徵，即從從來個人的勞動交易而發展為勞動組合的集團勞動交易，所以我們稱這時期為勞動法發展的第三期。卡氏以為這個特徵是跟着當時一般的政治的及經濟的特徵的推移而起。茲分為大戰中和大戰後的兩期而考察如下(註一)：

(一) 世界大戰中的勞動法

世界大戰時的勞動立法，大概在停頓的狀態。這是發生於戰時經濟的特質和勞動保護中斷的不得已的原因。在勞動者方面，無論是社會民主黨或勞動組合都爲戰時德國國家的利益打算而表示承認此種要求的態度（註二），所以一九一四年八月四日產業勞動者使用制限廢止的法令，是表示勞動立法最初退步的一例。這樣一來，大戰中許多關於勞動者保護的規定，尤其少年並女子勞動者保護規定都被廢除了。但是在星期休業，夜業的禁止和設置勞動介紹所各方面的勞動立法仍繼續着發展，而在戰時的後半期，一般的勞動立法，亦繼續着進行，例如社會保險雖受戰時經濟的壓迫，但養老金受領者的年齡，則從七十歲減到六十五歲，即遺族扶養費亦增加其數額。

大戰中值得特別敘述的勞動立法，是一九一六年一月五日所制定的「補助勤務法」（Hilfsdienstgesetz）。卡斯客魯特別說明此項立法是代表第三期特質的最初立法，該條法律規定凡在工業條例（Gew. O.）上所定的產業，僱用五十名以上的勞動者並使用人時，有設置勞動者並使用人委員會（Arbeitgeber- und Angestelltenausschüssen）的權限，這委員會就是今日「經營協議會」（Betriebsräte）的端緒。次則規定職業組合（Berufsorganisation）爲解決爭議起見，有召集仲裁委員的權限。於是被僱者和僱主間的經濟的聯合制度，遂告成立了。這聯合制度，最初從社會政策的立法及執行上的政治範圍起，一直到最後的公共生活的重要機能的政治範圍止，而開始發揮其機能。一九一六年的補助勤務法之後，值得我們注意的，又有一九一七年三月

一四日的團體法，這是根據戰前何魯烏厄客的宣言而欲制定「勞動者法」(Arbeiterrecht)的動機而起的。原來勞動組合(Gewerkschaft)(註一三)，在法律上的地位，已被一九一六年六月二六日的政治結社法所廢止，但一九一八年五月二二日的立法，又重新變更而廢除從來工業條例第一五三條的規定「爲使參加團結或罷業而用脅逼的或毀誹的勸誘處以監禁罪。」勞動組合的團結的自由，至此遂完全擴大其範圍了。最後又將制定「勞動代議院法案」(Arbeitskammergesetzentwurf)，但因革命爆發未見實現。

(註一) Kaskel, a.a. O.S. 8ff; Hueck-Nipperdey, a.a. O.S. 13ff.

(註二) 大戰勃發時，贊成戰費的社會民主黨的立場，已完全陷於窮境。這不用敘述的，因爲在大戰發生時，第二國際已趨崩潰。當利蒲客禮希脫等的急進派聯合「斯巴達團」及高答而組織「德國獨立社會民主黨」時，社會民主黨便不得不分裂了。所以這是必然的結果，當修正派的多數社會黨發表「厄魯福魯脫綱領補遺」這些變更使勞動立法的發展，陷於一時的停頓狀態，至於其中政治的過程，雖有考察的必要，但我在此處，幾乎完全不提起，這問題在森戶辰男所著的「最近德國社會黨的一齣」第二章「德國兩社會民主黨合同前史」之中，已有詳細的研究，請讀者參考該書。

(註三) 本書將 Gewerkschaft 譯爲「勞動組合」。一般人將 Berufsorganisation 譯爲勞動組合。本書則譯爲「職業組合」。此外 Arbeitergenossenschaft 一字亦譯爲「勞動組合」。

(二) 戰後的勞動法

第二章 勞動法之史的發展

一九一八年秋，社會民主黨與獨立社會民主黨攜手，而操握國家政治的權力，這樣勞動階級遂在政治的分野上活躍了，這就是新勞動法制定的緣起，從來勞動法的範圍，僅限於勞動時間，勞動保護，調停及保險等的範圍，而現在則在廣大的範圍上發展，同時又提倡獨立法域的統一勞動法，終至新憲法在第一五七條發表「國家制定統一勞動法」的宣言。至於這統一的勞動法所包含的範圍至何程度的問題，雖經討論過，但是（請參照第九章「勞動法的體系。」）我們如果根據卡斯客魯的見解，則包含（一）綜合的勞動組織法，（二）勞動協約法，（三）勞動調達並勞動調停法，（四）失業保護法（五）社會保險法，（六）農業勞動者法等（註一四）自是以後，統一勞動法的原理及其體系，在德國遂受熱烈的討論。本書的主要目的，在介紹這些學說及其批評，乃至提出我自己的意見。

次則就概觀上，而考察這些勞動立法的發展有何種方面的特性，倘根據卡氏的見解，則有次述四方面的特徵（註一五）。

一、第一是根據勞動黨政治要求上的勞動法的發展。原來一九一八年一月一二日的命令，雖廢止一九一四年八月四日的勞動者保護制限令，但同日又根據國民委員協議會（*Räte der Volksbeauftragten*）的要求，而實行八時間勞動制，廢止僕婢法，取消團結的禁止並廢止對官業勞動者的結社及集會的制限等等。即廢止從來對勞動者各種的制限法，而促進勞動者保護並勞動者自助的救濟方法的立法化。

二、其次值得注意的，是在戰時經濟轉換為平時經濟的要求之下，為使兵士恢復到市民經濟生活的經濟復員計畫的推進而起的勞動立法的發展。因為要達到此目的，遂設立具備獨裁權力的復員編成官廳，一方面制定勞動介紹法（一九二二年七月二二日並一九二三年一〇月三〇日補則），並強制的使雇主繼續其事業，而試行臨時勞動的計劃的分配並新臨時勞動的計劃，他方面又准許無能力勞動者的失業保護要求，而保護勞動。這經濟的復員，根據一九二一年二月一八日的復員條例（Demobil machungsverordnung）而實行，但迄至一九二二年二月三〇日則當做聯邦法，而編入勞動法的範圍內。此外關於此種勞動保護的法規，還有一九一八年的麵包及糖果製造工場的夜業禁止命令，一九一九年的農業勞動令，一九二〇年的休坑法，一九二三年一月八日的過重勞動法並同年一月二一日的勞動時間法等等。

三、第三是職業組合的發展。這自補助勤務法以來已確立，但革命以後，則特別擴大其範圍，而包括使用人階級和官吏階級的組合。所以一九一八年，設立雇主和被傭者協同之後，遂產生了共同解決產業上的問題和立法行政的事項上的機運了。這勞資的協同，亦存在於商業和農業方面，而受中央勞資協同的統制。但是這方面的勞動組合的活動，結果歸於失敗，終至轉換其方向而向着勞動協約的方面了。換句話說，即從以前的個人的勞動交易到集團的交易的轉化，呈着顯著的發展，這就是從一個組合擴張為別個的組合（註一六）。

四、最後是協議會的發展。德國勞動者協議會的思想，在政治的方面，雖不能繼續的發展其基礎，但却能促進

從來在職業的基礎上而團結的勞動組合，用產業為基礎組織的傾向。這在協議會的形式之下，而有參與經濟的並社會的發展的職份。新憲法第一六五條第一項的規定「勞動者和被傭者，有企業者同樣的權利，而參與實銀勞動條件的規律，乃至生產力全經濟的發展」，就是今日經營協議會法的思想發生原因，所以今日的協議會法，自一九二〇年二月四日制定之後，經過一九二一年五月一二日的修正及其附則等等，（選出規則經營收支計算法及監督協議會法）都是在創設以經營為基礎的被傭者階級的新代表機關。

勞動法的發展，除上述四方面之外，我們還要列舉一九二三年秋以來勞動立法的退步傾向。這是在經濟危機的結果之下，以增加生產和廉價為目的而取消若干的勞動立法，換言之，即在同年一〇月一三日和一二月八日的權限附與法（*Ermächtigungsgesetz*）的基礎之下而緩和解除的制限（*Kündigungsbekchränkung*），承認在勞動時間法所定的八時間勞動上的若干例外，並關於調停的新法規等等。這個規定使一般人懷疑今後整個的勞動法將被廢止，像這樣的 *Allg. Abbau des Arbd.* 的一般疑慮。其實最近經濟的政治的乃至一般的危機，已經使資本案階級對勞動階級的攻擊尖銳化，勞動立法亦已全部暴露其內在的矛盾了。

但若從形式上觀察這第三期勞動法的發展，則可以說新的勞動法早已開始其端緒了。因為除了已制定的若干立法之外，例如新勞動時間法，勞動裁判所法，勞動契約法，店員法，失業保險法，勞動協約法，鑛山勞動者法，家內勞動者法，協議會法，少年教育法等等的勞動立法草案，已在計劃之中，而且其中的一部份，已發表的草案。如果

以上各種草案得一一完成，則憲法第一五七條的統一的勞動法的內容可告完備。

關於統一勞動法的實質的原理，德國勞動法學者，普通列舉次的三者：（一）勞動人格的完成。（二）從來產業的專制主義代替以產業的民主主義。（三）關於勞動關係的內容的構成，將雇主和被傭者的共同自助機關參加於政府機關內，並自助的行政。（確立仲裁的制度而給與國家機關以協力。）

此上三個原則，構成統一勞動法的新規準，可以擬法國革命後的人權宣言上的自由，平等及所有權不可侵的三個原則，所以這三個原則實現時，勞動法的基礎因之成立（註一七）。

但這三個原則如何表現於勞動法上面呢？這恰如人權宣言的自由，平等和所有權不可侵的原則，在其實現時變為不自由，不平等及所有權集中的反對物一樣，我將指摘並批評新勞動法的三大原則的反對物是怎樣，及這些原則僅是社會民主主義的詳術的理由。這是我的勞動法論的整個的目標，本書是就其全部上考察，但本論（第二卷以下）則從事詳細考察其具體的問題，換句話說，本論除批評德國社會民主主義的法理論之外，沒有其他的目的（註一八）。

（註一四）卡斯客將社會保險法從勞動法的範圍內而除外。休客和利拍台及耶河秘等，則認為屬於勞動法的範圍內。我對此點，採取後者的見解，但本文不過預誌而已，讀者請參照第九章「勞動法的體系」。

（註一五）Kaskel, a.a. O.S.9.

(註一六) 勞動協約的進展在德國最近勞務發達一九三一年四月的 International Labor Office 所發行的 International Labor Review 的雜誌中威齊斯基氏曾發表「德國最近勞動協約的新統計」一文，按該篇的著述，則德國勞動協約的發展殊可驚人。詳細情形將敘述於本論「勞動協約」的一章。

(註一七) 關於勞動法的理念，請參照第八章「勞動法的構成」第二節「勞動法的理念」。

(註一八) 關於最近法西斯蒂的勞動法理論，他日我將另書發表。

第三節 「勞動法」術語的發展過程

上面已經說過德國新憲法第一五七條，曾宣言「國家制定統一勞動法」(Das Reich Schafft ein Einheitsliches Arbeitsrecht) 而用「勞動法」(Arbeitsrecht) 這個術語。今日用「勞動法」這名稱來表示社會立法遂成爲德國一般的慣例了。但其最初未必就使用這個術語，因爲在發展的過程上，大概是與勞動法本身的發展相呼應的。茲於本節加以簡單的考察。但次述的發展過程不一定是已經決定的學說(註一)。

(註一) 「勞動法」術語的發展過程，無論如何是富有研究性質的問題，但爲敘述勞動法的概念起見，只要知其發展的大略，較爲有益。以下所述的是根據耶河秘的見解。但馬泰、休密及利拍等的意見，則全然不一致。

工場法在勞動立法上是最初所用的術語，這就是一八三九年、一八四九年及一八五三年普魯士工場勞動者立法上所用的確語。何魯茲恩底魯夫氏在其所著的一法律辭典，一將工場法置於雇傭(Dienstverhältnis)和僕婢契約(Gesindeverhältnis)相對立的地位。所以勞動法不過反映手工業生產，轉化為工場制生產的資本主義發展的初期萌芽的狀態，換句話說，即最初表示勞動法是對工場勞動的苛虐上的保護法的意見。

第二 勞動者保護法 (Arbeiterschutzgesetz)

繼着工場法之後所使用的術語，是勞動保護法，這不僅限於保護工場勞動者，而且與此類似的產業勞動者發生時，亦要求保護的規定。所以勞動者保護(Arbeiterschutz)這個名詞，是適用於一般的，這就是對於經濟的弱者的產業勞動者，例如鑛山勞動者，海員，農業勞動者等等，亦制定若干特別的保護法。這是不能僅以工場法來表現這些立法的理由，迨至一八八〇年代，社會保險法制定時，這些立法纔叫做「勞動者保護法」(Arbeiterschutzzgesetz)。此時代的勞動立法並沒有依據何等統一的概念的立法，無甯是散漫的和機會的立法。所以其中主要的部份，包含雇傭主與被傭者間的私法部份，國家與雇傭主關係上的被傭者的處理方法，並關於組織的處理方法上的公法的規定(註二)。

第三 勞動者法 (Arbeiterrecht)

一八九一年的工業條例制定時，其中曾區別勞動契約法(Arbeitsvertragsrecht)勞動者保護法(Arbeit-

erschutzrecht) 和勞動者保險法 (Arbeiterversicherungsgesetz) (註三)，倘若僅用從前的勞動者保護法這個術語，則不能包含這些全部的意思。所以有使用其他的術語的必要，爲了這個緣故，產生了勞動者法 (Arbeiterrecht) 的術語了 (註四)。這術語如其自身所表示的一樣，與此時代的企業的種類沒有絲毫的關係，而勞動者在其一般社會的和經濟的地位上是認爲同一的，因此勞動立法遂傾向於特別的階級的立法。此時，從來機會的立法遂採取統一的概念之立法的形態，但是當時對「勞動者」的概念，比今日勞動法上的「被傭者」的概念，不免較爲偏狹，所以在此意義上，倘欲表現包括的統一法的意思，則不充分。

第四 勞動者和使用人法 (Arbeiter-und Angestellte Recht)

商業使用人，事務員和技術員等的使用人階級，最初對勞動運動採取比較的不關痛癢的態度，但迨至資本主義成熟時，遂參加勞動運動而惹起社會的運動了。一九一一年，的社會保險法，就是最初所獲得的保護法。勞動者 (Arbeiter) 和使用人 (Angestellte) 的區別，因之發生，結果包含此兩者之法的統一的術語亦成爲問題。而包含此兩者之文字，遂用被傭者 (Arbeitnehmer) 這個術語。所以從來的勞動契約法，僅用於勞動者，但自從此時代起，關於一切的勞動者和使用人的勞動契約，都用勞動契約法 (Arbeitsvertragsgesetz) 的文字來表示，同時，又用被傭者保護法 (Arbeitnehmerschutzrecht) 的文字代替勞動者保護法 (Arbeiterschutzrecht) 的術語。這個術語中，包含勞動者和使用人的保護法，其次，在社會保險法 (Sozialversicherungsgesetz) 中亦包

含勞動者和使用人的社會保險。所以從來雖以「勞動者法」表現勞動立法，但倘用此代表全部的勞動立法，則不充分。今日遂用包含勞動契約法，被傭者保護法乃至社會保險法三者的術語的「勞動者並使用人法」的文字了。

第五 社會法 (Sozialrecht)

自從這時代起，勞動立法，不僅是機會的立法了，而且要求一種澈底的統一的概念之固有法產生。所以從前的「勞動者並使用人法」的術語，不能適用而必須何種適當的術語以爲代替。於是有的學者站在濃厚色彩的社會政策上而用社會法 (Sozialrecht) 這個術語。這就是柏林大學卡斯客魯教授 (註五)。卡氏所用的社會法的概念，不僅對社會政策的立法而言，而且表示以改革概念的指導理論爲基礎的固有法域之統一法的勞動立法。其次，在此社會法概念中，雖又用於包括革命後的勞動立法，即勞動協約，調停，經營協議及其他組織的立法的新分野的意義，但其中主要的則包含社會職業的階級立法的意義。因此今日用「勞動法」而表示「社會法」這術語的見解的，未始沒有 (註六)，但社會法的概念，不免過於漠然，倘如卡斯客魯所用職業階級的立法的意義，則將以小作法，住宅法及債務者保護法的社會對立基礎而成立 (註七)。而指社會化法律制度的全體，其結果，不免失於廣泛。因此之故，在另一方面說，社會法這個術語，仍不能適用，而需要其他的文字來表現統一法的要求因之產生，這就是勞動法術語發生的理由。

第六 勞動法 (Arbeitsrecht)

最初用「勞動法」術語者，要推波多何胡氏（註八）與整茲海馬都是高唱統一勞動法的概念（註九）者，但在講義之中，最初用勞動法的術語者，係羅塔斯托客所著的「社會政策並勞動法」（註一〇），他在該書裏特別提倡社會政策（Sozialpolitik）的時代，轉化為勞動法的時代。但是無論如何「勞動法」術語的確立，是在一九一九年八月一日德國新憲法制定時。因為新憲法第一五七條第二項規定「國家應制定統一勞動法」之後，「勞動法」術語纔為一般所承認。至於勞動法是怎樣的統一法呢？在今日德國勞動法學者之間，還沒有一定的學說，本書關此問題，則將順序考察（註一一）。

（註一） Kaskel, Die Rechtliche Natur des Arbeiterschutzes, in Festschrift für Brunner 1914 S. 164.

（註二） Schenkel-Fleischmann 氏將「勞動者保護」及「勞動契約」歸於工場勞動者的標題之下，又將「勞動者保險」包括其中。
 (Verwaltungsrecht, 2 Aufl. S. 149ff.)

（註三） Jacobi, a. a. O. S. 35, Stuttgarten, Arbeitsrecht 4 Aufl.

卡斯客對此點的見解不同，他以為迄至一八八〇年的社會保險法時代，是「勞動者保護法」的時代，而自一八九一年的工業條例改正後，是為「勞動法」的時代（Kaskel, a. a. O. S. 7）。孫田博士在其所著的「勞動法總論」三〇頁，與卡斯客作同樣的敘述，但是社會保險法亦是勞動者保護法之一，所以我以為在此點上，耶河秘的見解，仍是正確的。

(註五) 卡斯客魯於一九二〇年擔任柏林大學「社會法」講座時，因編纂勞動法講義的關係而用社會法的術語，他用此術語亦有其理論的根據。

(註六) 卡斯客魯氏雖在今日選用勞動法及社會法於同種的意義。例如他在其所著的「勞動法」不承認這區別。(Kasch, a. a. O. S. 2.)

(註七) Hueck-Nipperdey, a. a. O. S. 2. 最初使用社會法的術語者未必是卡斯客魯氏，因為所謂社會的法 (Sozialrecht) 的概念，早已經基魯克等提倡過；但卡斯客魯所用的社會法的概念，是指職業階級法的意義，與基魯克等所用的社會化法或勞德等所用的社會學的及組織學的法，在意義上迥然不同。

卡斯客魯所謂的社會法，縱使用於這種的意義時，實際上，如小作法是屬於小作人特殊階級者的法，又如住宅法乃至地主對借地人並家主對借家人的階級法，又如利息制限法的債務者保護法等，都是對立性質的立法，所以這些法制亦包括於社會法的概念中。但小作法雖佔勞動法的特別法的地位，小作人則決非從屬的勞動者（請參照後述第五章）。

次如住宅法是屬於家屋貸借的關係，決非從屬的勞動關係。又如利息制限法的債務者保護法，關於消費貸借的關係，亦非從屬勞動的關係，倘在利貸資本家之間，其主要的是關於剩餘價值分配關係的保護法的機能，而在高利貸對小中商人和小中農民的關係，則為前資本主義形態的榨取關係的保護。但究其實，在本質上說，銀行資本家對高利貸的關係，不過富有保護銀行資本家的機能而已。在此意義之下，雖有促進金融資本統制的機能，而其自身的利息制限法則不加入於勞動法之中，所以如卡斯客魯氏將社會法的術語代替勞動法，不甚妥當。

- (註八) Pothoff, Problem des Arbeitsrechts, 1912; Arbeitsrecht I, 1914 S. 1ff; *Wörterbuch des Arbeitsrechts*, 1920; *Zur Klärung arbeitsrechtlicher Begriffe*, "Arbeitsrecht" Bd. 8, 1921 S. 18; *Kleinlexikon für das künftige Arbeitsrecht*, "Arbeitsrecht" Bd. 8, 70; *Der Begriff Arbeitnehmer in künftigen Arbeitsrecht*, "Recht u. Wirtschaft" 1920 B. 8, S. 190ff.

波多何胡氏在以上各篇論文中，特別高唱「勞動法」的術語。

- (註九) 波多何胡與整茲海馬曾共同編輯「勞動法」的雜誌，但整茲氏又於一九一四年在其所著的「統一勞動法的基本概念及其可能」的論文中，說明「勞動法」這術語的妥當的理由。

- (註一〇) Rosenstock, Sozialpolitik u. Arbeitsrecht, S. 64ff.

- (註一一) 我雖然對於使用勞動法這術語，沒有異議，但對其中除勞動者之外還包括使用人階級或是官公吏之點，則不能表示贊同。因為我不贊成應用勞動法這術語而直接包含不屬於這些直接生產者的中間階級，但在這裏討論此問題，為時尚早，請參照第五章第一節。

第三章 勞動法的意義

我們試先觀察勞動法學者，怎樣決定勞動法的定義，而研究勞動法的中心問題在那裏。這可以使第四章以下的考察，得到便利。

勞動法的定義，應該怎樣決定的問題，迄至今日，德國勞動法學者間，還無的確的見解。新憲法雖曾宣言制定統一的勞動法，但勞動法究竟是什麼呢？學者間的意見，還未見一致，幾乎人言言殊，莫衷一是，而這些定義，將來將歸一於何處，亦非今日所能預料的。這究竟是因為資本家階級的理論，不以奪取勞動者階級的勞動為基礎，終不免是誘致學說紛歧的原因。本書此後將介紹和批評這些的理論。

如上所述勞動法的意義，極其複雜，但大體的傾向，可分為二大別，第一的立場，就是廣義的方面而解釋勞動法，第二的立場，則為狹義的解釋。休客和利拍台諸氏，都採取此種分類的方法（註一），將羅脫馬魯，智爾拍蕭米脫和利達等（註二），列入前者的分類中，又將卡斯客魯，厄魯托滿，整茲海馬，嚇里昂，麥魯斯拍合，屈泥拉，厄魯的魯和答魯蕭等，歸於後者之中。但著者本身，則加入狹義的解釋的分類中（註三）。

（註一） Knack-Nipperdey, a. a. O. S. I.

(註二)

孫田秀春博士在其所著的「改訂勞動法論」第三九頁曾引述利達的學說，當做「隸屬的勞動」概念的根據，特於同書四一頁

裏說：「這是法律的意義的解釋。我從博士所引述的利達氏的著作「法概念的勞動法」的全部敘述上觀察，我覺得我們不應該

將利達歸於狹義的立場中，何則？利達氏雖曾說「所謂勞動法，就是由有權利能力的人類，除其本來存在於人的從屬之外，將法的

效果，給與他人作勞動給付的法律事實的一種法典。」但利達主張所謂人的從屬，在給付勞動的場合，不論是否從屬的勞動，都

必然的存在，而此二者並無何等區別的，所以利達和智爾拍蕭米脫的立場相似。休客、利拍台諸氏亦謂利達的見解，雖屬於特殊的

性質，不妨將他歸於廣義的解釋的立場中。次則李賡繡，在其所著的「勞動契約和用人契約的基本形態」一〇六頁和一〇八

頁，亦說利達與智爾拍蕭米脫的見解無異。因此，我在此點上，不同意於孫田博士的敘述。我覺得博士已經誤解利達全部的見解了。

(註三)

勞動法在狹義的解釋者之間所下的定義，亦各不相同，例如休客和利拍台說「勞動法，是不獨立被僱者的特別法。」整茲海馬說

「勞動法是規律被僱者關係的統一法。」卡斯客魯說「這是根據勞動契約，以實銀勞動為職務給付的職業階級的特別法。」羅正

苦蘭茲說「勞動法，是規律勞動者和用人勞動關係的全部法令。」但學者間所用的術語，無論怎樣的不同，究竟在某種意義上，

可分為承認非獨立的或從屬的地位的勞動關係，而欲將此種從屬勞動者的特別法為統一勞動法的企圖的立場，同時又欲以規

律勞動一般關係法的集合為勞動法的立場二者，尤其是利達氏，按術語的應用，而分類為(一)勞動法，(二)被僱者的特別法，(三)

經濟的並法律的從屬者的法，(四)依照他人的決定的勞動法，(五)社會法的各種學說。(Lutz Richter, Arbeitsrecht als

Rechtsbegriff, S. 17-21)。

第一 廣義的解釋說

(一) 廣義的解釋勞動法的立場，承認所謂勞動法，就是「勞動的法」，換句話說，即關於人類勞動的法，再申言之，即「規律人類勞動的一切法規的綜合」。智爾拍蕭米脫氏在其所著的「德國勞動法」(註四)中，主張此說，他說明 *Arbeitsrecht-Das Recht der Arbeit*。這是劉襲勞動法鼻祖羅脫馬魯氏的見解。羅氏在其名著「勞動契約論」中，曾下勞動契約的定義曰：「對一切勞動給付支付法律上對價的有償契約」，總稱為勞動契約。倘根據此立場，不僅僱傭契約，而且包括承攬契約，居間契約，運送契約，運送處理契約，行紀契約等等，並以一切從屬的乃至獨立的勞動給付為目的的契約，都得綜合一起，而決定統一的定義了(註五)。智爾拍蕭米脫氏根據羅氏的見解，他不僅將勞動契約，而且將法律學上一切的勞動法規，統一於勞動法上，所以他注重從屬勞動和獨立勞動的區別，他不問勞動的種類及狀態的差異，而將公法上及私法上的一切勞動法規都當做勞動法。智氏在其所著的「德國勞動法」緒論中，作以下的敘述曰：「勞動法就是關於勞動，即排除外界妨害的人類力的發展上的法規的集合，其中勞動契約的規定，雖佔最重要的地位，但不是限定的。所謂勞動契約，是繼續的債權關係，即一人負擔勞動給付的義務，他人則在一般上而有償還其對價的義務。但勞動給付的義務，不僅限於私法上，而且屬於公法上的。所以勞動法亦包含此種公法上的勞動義務的規定。」他繼續說：「波底河夫和整茲海馬，都以為勞動法，是處理他人指揮下的即在從屬的關係下的勞動力給付的關係。此種的見解，不是制限羅氏勞動契約

的定義，就是反對他的學說，所以我根據羅氏的見解，反對他們的立場。他們雖然區分雇傭法與非雇傭法的差別，但究不正確的，他們雖然將精神的勞動者看做家內勞動者一樣，而歸着於勞動法上的問題，但其實亦非雇傭的關係，所以在此點上，他們不免自相矛盾了。其次，社會的勞動關係，歸於繼續的勞動關係時，憲法第一五七條，雖承認有保護此種關係的必要，但獨立勞動者，在工場上，將如何被處置的問題，並不限定於私有的勞動契約的問題，所以勞動法是包括一切勞動關係的法規，不是從屬勞動者的法。」

但智爾拍蕭米脫亦屢次主張將狹義的雇傭（Dienst）契約，叫做從屬契約，即不將雇傭契約解釋為一切獨立的契約。他以為在此種從屬契約上，被傭者對雇主發生了繼續的身份的從屬（註六），但這種觀察，不過限定於次的場合，例如勞賃不用時間付而按其給付的勞動量而支給的場合，倘不以承攬而適用雇傭契約的規定，則不過是從屬的契約而已。因此之故，智爾拍蕭米脫的立場，是將統一的勞動法，區分為兩部份，第一即依照卡斯客魯的見解，以為所謂社會法，就是不獨立的職業階級的勞動法。第二，就是波底河夫所謂的雇傭法，因此發生了承認社會法是全部勞動法中特別主要部份，這種的傾向，但無論怎樣，智氏關於從屬勞動者的勞動乃至獨立勞動者的勞動，都以全部勞動者的行動，代表全人格的表現，是完全一樣的。其不同點，僅在有否明白的表示而已。因此，說到被傭者保護的必要時，無論如何，不在從屬之點，乃是在於法律對勞動認有最大價值的物，而保護其不當的侵害及詐取之點而已，所以按智氏的見解，勞動法不該限定於從屬勞動者的特別法，即狹義意義的勞動法，乃是

指「勞動的法」(註七)。

波底河夫氏在「勞動法辭典」中，決定勞動法的定義爲「勞動的法」(註八)，波氏似乎將勞動法安置於廣義的解釋的分類中，但氏與整茲海馬，在一九二〇年共同編纂的「勞動法」雜誌第一六九頁中說「服從他人而提供勞動者的法」是勞動法(註九)。這樣看來，我們不該將波底河夫氏歸於廣義的勞動法解釋的分類中了。

利達氏在「法概念的勞動法」中，專門討論這問題，但他的根本的基礎，則從「勞動過程的本來的性質」上而說明。他以爲勞動力的把持者，倘在權利主體的場合，勞務給付者，常常提供他的全人格，這不僅在財產法上的關係，同時而且發生身份法上的關係，兩者互相融合時，就是勞動法規的要求，這兩者是一切勞動關係上必然的產物，至於是否從屬的勞動，毫無關係。這種勞動狀態可以說是法律上從屬的基本，但在勞動自身上，無論從屬的與不從屬的，都不存在。因爲一切勞動關係，是與法律的從屬相隨伴的。如上所述，利達之見解，是站在以一切勞動關係與法律上的從屬相隨伴的立場上，所以他不認從屬勞動關係，有一般的勞動關係及特殊的地位(註一〇)。我們應該將利達氏歸於廣義的勞動法解釋的分類中。

(註四) Silberschmidt, Das Deutsche Arbeitsrecht, S. 12ff.

(註五) Lohmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Bd. I, S. 32 ff.

(註六) Silberschmidt, "Zur Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrags" "Arbeitsrecht" VI. Jahrg. S. 74.

(註七) "Arbeitsrecht" VI. Jahrg. S. 71.

(註八) Pothhoff, Wörterbuch des Arbeitsrechts, S. 27. 孫田博士引述波底河夫的著作第二六頁，但其實，倘根據一九二〇年版，是第二七頁（尤其是他將休客和利拍台的「勞動法教程」第一頁認做二六頁，顯係誤解。當然這似乎是根據一九二一年的版，但爲了手邊缺乏一九二一年的版，是否正確，不能斷定。）其次孫田博士，在「前揭書」三三頁中敘述「波底河夫在勞動法辭典第二六頁說，在他人支配下面勞動的人的法，叫做勞動法」這一段話，亦不正確的。波氏並沒有這樣的說法。波氏曾作如下的敘述曰：「勞動法，就是勞動的法，但勞動的概念，極乎包括的，所以一切勞動，在法律上，不能完全包括於勞動法之下，而且誘致法的關係的勞動，亦不統統包括於勞動法中。勞動給付，是法律行爲的對象，因此形成了二人的法主體間的關係。這法律關係未必是勞動契約，反之，在強制勞動，家族補助者……種種的場合，命令却制限勞動契約……所謂勞動契約，一方面是勞動，他方面則爲負擔給付此代價義務的法律行爲。對勞動契約的此種總括的概念——我們的法典，完全輕忽此點，但——曾經羅脫馬魯教授指摘過。羅氏將完全不同的兩個法律事實的社會集團，包括於勞動契約的概念中。這兩個集團，一是在他人的命令指揮之下（*Botmäßigkeit des anderen*）而給付勞動者，一是不在此種支配之下者。後者的例，如出版契約，運送契約，醫師及律師勞務提供契約的種種的勞動契約。與此種契約，有明顯區別的，皆屬後者的例。在此場合，雇主對被僱者的人格，有處分權，而這種關係下所成立之人的勞動關係法，我們特名爲雇傭法（*Dienstrecht*）。這無論站在私法的基礎上面，或是屬於公法上的，都是可以的。總之，這是與後

者不同的一種勞動契約而已。這種雇傭法包括勞動者、使用人及官公吏的法律關係。」觀以上的敘述，我們可知波氏並沒有如田博士所主張的雇傭法，就是勞動法的見解。休客和利拍台在「前揭書」亦沒有說過波底河夫敘述像博士所說的見解，他無害是說波氏主張前者為勞動法時，是在一九二〇年「勞動法」雜誌一六九頁。Wesen u. Ziel des Arbeitsrechts, S. 4.

此外，利達氏在「法概念的勞動法」第三頁並十七頁，反對波氏所謂「勞動法即勞動的法」的定義。波氏對這個批評的批評，敘述於 *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1928, S. 451, 549.

(註九) “Arbeitsrecht” 1920, S. 169.

(註一〇) *Richter, a. a. O. S. 19H.*

(二) 對此說的非難

許多學者，對勞動法廣義的解釋的立場，表示各種的非難。休客和利拍台說倘就廣義的解釋勞動法，則不能正確表現法律學上勞動法的界限，因為廣義的解釋，僅僅着重於法規對象的立場，而將多數的法規，綜合於勞動標語之下而已，不能捉着勞動法本質的概念，換句話說，即應否從勞動的概念中，而使勞動法的概念，變為抽象的，殊屬疑問的。當然，倘在勞動法這個術語之下，就形式的論理說，則將總括人類勞動給付的一切的法規，為特別法。但此種的總括，倘認特別所處置的一切法律事實為合理的，而在同種性質和同時間上，又與其他的迥然不同，則僅在能夠把握着這特殊的法規的全體時，其內容才亦認為適當。所以欲總括勞動給付上的一切法規，而定義為

勞動法，不僅範圍過大，而且失掉其中心的基本概念了。原來在今日的趨勢上，勞動契約和雇傭契約，無論是在經濟的，或是法律的意義上，總有多少的差異。只就雇傭契約的場合說，從屬勞動者和獨立的勞動者，都要行使勞動給付，例如工場勞動者，鑛山勞動者，居間，醫師，官吏，技師及藝術家等等，因其經濟的和社會的地位，迥然不同，勞動給付的形態，因之極乎差異，如果輕忽其經濟的和社會的地位的懸隔，而認規律一切勞動給付場合的法規為勞動法，則此在從來民法典中，已經有極乎合理的構成的雇傭承攬，委任，懸賞契約等等，似乎不必從民法典中，抽出某種法律關係，另行組織一個特別的統一法了。但是醫師的勞動給付和工場勞動者的勞動給付之間，有社會的和經濟的重要區別，勞動法因不能輕忽這重要的差別，所以區別兩者，而企圖組織勞動法上的統一的體系。智爾拍蕭米脫等，僅在勞動給付的普遍的單一形式之下，而處置勞動法，不免輕忽此重大的差別了（註一一）。

卡斯客魯，整茲海馬，耶河秘，墨利脫魯和李隙繡等，大概亦表示同樣的非難（註一二）。

（註一一） Hueck-Nipperdey, a. a. O. S. Iff.

（註一二） 卡斯客魯表示非難曰：「勞動法的概念，不應從勞動的概念中引伸而出，恰如民法的概念，不得從民（*citizen*）的概念中引伸

而出的理由一樣。他以為勞動法，應該從其事實上的發展而考察，這種發展，是從社會問題的原理上，創造特定內容的法律事實。因而組織法律制度，最後才形成固有的法律原理，所以事實上的發展，是勞動法的主要點，其最得發生於確保工場勞動者的肉體上及道德上乃至經濟上的安全，次則推及類似的職業階級，不僅限於一般的勞動者，而且包含使用人，農業勞動者，僕婢乃至

船員等等的賃銀勞動者及與此類似的一切職業的地位者。這些職業的階級的特別法，叫做「勞動法」或「社會法」。所以這種事實的發展，是處理被僱者的不獨立勞動的法律事實，決非包含獨立的金錢者的勞動（*unternehmertätigkeit*）。智爾拍蕭米脫等以為勞動法是「勞動的法」，不免輕忽其沿革了，我們不能表示同意。（Kasch, Arbeitsrecht, S. 2）

整茲海馬表示非難曰：「所謂勞動法，就是規律被僱者關係的法，勞動法對象的勞動，決非一般的勞動，乃是特別指從屬的勞動，因此勞動法與「勞動的法」決非同一物。當然這對被僱者的關係時，雖亦得認為勞動的法，但此區別，是適應與勞動運動相結合的勞動法之史的發展，其中從屬勞動與非從屬勞動的社會的地位的差異，在其構成上，形成根本的懸隔。羅脫馬魯氏以為勞動契約的概念中，包括有償契約的義務對象的一切勞動給付，倘若根據他的見解，則劇場入場券的交付上所協定的劇場經營者及觀客間的契約與在勞動契約締結下而工作的工場勞動者，並無何等的差異了。這見解，恰如基魯克在「德國私法」內所述的一樣沒有絲毫的根據。但是羅脫馬魯的見解，不但被智爾拍蕭米脫氏剿襲了，而且最近法典，亦採取此說，例如德意志統一勞動法的一個運動，就是根據羅氏的見解。羅氏的功蹟，實在偉大的，不過我們對羅氏全然輕視勞動法之史的發展及從屬勞動和獨立勞動之社會地位的差別，則不能贊同。智爾拍蕭米脫竟表示反對，他以為這種事實，在歷史上，並不存在的（*Silberschmidt, a. a. O. S. 12ff.*）誠然，包括勞動給付上一般規定的一般勞動法，在勞動給付與物的給付的區別上，雖不能否認法典中發展的事實，但解釋勞動法，是規律被僱者關係的見解，亦不容抹殺的。這樣看來，勞

動法的特性，對法的全體，是爲獨立的部份，而有連絡的，所以智爾拍蕭米脫的敘述，無論在歷史上或是在理論上，都沒有充份的根據（Sinzheimer, s. 4ff.）。

耶河秘非難曰：「智爾拍蕭米脫，利達，墨利脫魯，及李隙繡等反對一般所謂身份的從屬，存在於服從他人之下，而爲勞動給付的場合。其中智爾拍蕭米脫和利達等特別表示反對。他所以爲這種身份的從屬，在某人爲他人做給付勞動時，是發生於一切勞動的給付，而不承認身份的從屬關係的存在，是勞動法的特性，所以他們主張勞動法應該就廣義的解釋，而規律爲他人給付勞動的一切場合。墨利脫魯和李隙繡，是站在其他的立場而表示非難（請參照第四章）智爾拍蕭米脫和利達氏，則從廣義的解釋勞動法的立場而表示反對的。利達氏雖不承認勞動生產物的給付（例如承攬契約），是時間上被限制的勞動給付，但這是與勞動給付一樣，是本來獨立的人類，在法律上的從屬關係，而其內容則有區別，所以利達氏以爲勞動結果（生產物）的給付和勞動給付，在法律上的從屬關係上，同是一樣。至關兩者的區別怎樣，利達氏則求於包含財產法的和身份法的要素的一點。此種區別在概念上，雖係可能，但此兩者，沒有如製造法規那樣強大的作用，如果認這是決定的性質，則法的範圍，不免失於極乎偏狹了，所以無論怎樣，這種的立場，非正當的（Jacobi, a. a. O. S. 49ff.）。

李隙繡和墨利脫魯的非難，大體相似（Nikisch, S. 90ff., Mollator Das Wesen des Arbeitsvertrages, S. 5ff.）。

孫田博士在「前揭書」第三二頁，亦否認智爾拍蕭米脫的見解，博士引用利達氏所謂「不過形式的分解勞動法的一語，而用其他的文字而已」的文句，來批評智氏，其實利達氏這一段話並不是對智氏而言，乃是對波底河夫的「勞動法辭典」中的定義而發的。茲試舉利達氏的見解如下。利達氏以為勞動法定義為勞動的法，不過同義異語而已，不能說明新法域的勞動法的科學的特徵，僅在客觀的見解上而綜合多數的法規於一個題目之下而已，在本質上，究竟不能把握其內容一貫的基本概念，恰如蜜蜂法（*Bienenrecht*），消費者法（*Das Recht des Konsumenten*），抵押法（*Hypothekenrecht*）等等，不過集合存在於生活範圍內某種特定對象關係的法規而已，不能確立本質的中心概念一樣，因為要知道勞動法的中心概念，必須把握其法律上的內容和科學的觀察。然則所謂法律上的內容是什麼呢？這是根據勞動本身一般的特質及其法律上的特性。所以要知道勞動法的概念，必須從附屬於勞動事實的法律上的特色而認識，而且在此點上，又須求於法律上的基礎。此特色，因時代及國民而異。但是在法規之中，以勞動以外之物，為對象的場合及以勞動本身為對象的交易上，究竟有什麼差異呢？以勞動為對象的場合，是被統一於財產上的關係，及身份法上的關係，而且是時間的被制限的勞動交易（請參照第四章，其中關於此點，有詳細的說明），這是其中基本的特徵，決非存在於從屬之點。因此不該將其從屬的生活關係為特徵。以上就是利達的見解（後面有更詳細的說明）。利達氏的立場如上所述，所以利氏與智爾拍蕭米脫的見解，在其結論上，是同一的。孫田博士引述利達的「法概念的勞動法」

一七頁的一節，用以批評智爾拍蕭米脫，但據我的意見，利達的立場與智爾拍蕭米脫的立場，沒有多大的差別，我們將利達氏，歸於廣義的解釋方面，還是妥當的。

(三) 我的見解

如上所述，德國勞動法學者，對勞動法廣義的解釋的立場，加以各種的非難，但我則從次述的理由，而否認此立場。

原來勞動法廣義的解釋的立場，輕忽單純商品過程和資本制商品生產過程兩者的區別。這裏用此種的立場，而提出批評，為時尚早，我將留在後面說明（請參照第四章）。但這種立場上的非難，雖當別論，我們現在姑且簡單說這是以物的給付和勞動的給付的區別做基礎的。所謂物的給付場合，是屬於民法商法的範圍，而勞動給付的場合，則完全構成勞動法的對象，換句話說，關於行為契約之中，凡是勞務提供場合的規定的集合，叫做勞動法。耶河秘對此點，敘述如下，我與耶氏抱同樣的見解（註一三）耶氏說：「廣義的解釋勞動法的見解，以為勞動契約的特徵，是根據勞務的提供，和對價的給付兩者結合而成的一個契約，但這種契約的範圍，有兩個重要的形態，他們都輕忽了此點。這就是從羅馬法發展而來的雇傭契約（德國民法第六一一條以下，日本民法第六二三條以下）和承攬契約（德國民法第六三一條以下，日本民法第六三二條以下）的區別，同時又有德國民法第六七五條所規定的「以處理事務為目的的雇傭契約」並「以處理事務為目的的承攬契約」的差別，雇傭契約又

可區分爲兩部份，一是所謂獨立的雇傭契約，一是不獨立的雇傭契約——使用（任用）契約（Anstellungsvertrag）——其中最後固有的勞動契約，構成勞動法的中心。廣義的解釋的立場，輕忽了這些差別，僅區別物的給付和勞動的給付而已。在勞動給付的形態中，勞動法的對象，不過佔其中的一部份，不能包括全部的。」

我相信耶河秘的見解及其他主張上述見解的勞動法學者都是極正當的，但除此之外，我要區別物的給付和勞動的給付，同時對法律上一般的見解，亦不能不表示懷疑。這問題以後當順序說明，現在姑且簡單說，我認物的給付，是介乎物的間接的勞動關係，所以買賣契約，承攬契約及交換契約等等，都叫做間接的勞動關係，而在勞動關係上，與雇傭契約沒有何種區別，但所謂構成勞動法中心的勞動契約，則特別根據從屬的勞動關係，所以倘若廣義的解釋勞動法，未免使其範圍過於廣泛，而且倘以此爲整個時代及場所的勞動一般的法，而抹殺各時代勞動關係之史的變遷及其不同點，則雖能夠組成一般抽象的勞動法的體系，而其結果，亦非特定時代的特定勞動關係之法的體系，爲了這個緣故，我不得不反對廣義的解釋的立場了。

（註 111） Jacobi, a. a. O. S. 46.

第二 狹義的解釋說

勞動法狹義的解釋的立場，承認勞動給付者的經濟的和社會的地位的差別，並承認其勞動給付的形態上的差異，而將勞動給付，一方面分爲獨立的勞動給付，他方面則分爲在某種意義下的從屬的——即不獨立的——

勞動給付，以後者爲勞動法的中心概念。按休客和利拍台的見解，僱傭契約和勞動契約，無論在經濟的意義，或是法律的意義上，都有多少的差別。就僱傭契約的場合說，做勞動給付者，不僅從屬的勞動者，且係獨立的被傭者，例如不僅工場勞動者和鑛山勞動者，而且爲居間者，律師，醫師，官吏，牧師及藝術家等等。而經濟的和社會的地位的差異，乃至勞動給付的形態上的差異，都存在於上述者之間，這是不容輕忽的。勞動法就是區別這些的差異，根據所謂從屬的——不獨立——中心概念，而組織統一的體系，所以此種立場，並不是如智爾拍蕭米脫等，欲在勞動給付的普通的單一形式之下而組成勞動法，乃是贊成限定於狹小範圍的立場。換句話說，即將勞動給付者的集團，分別爲二，一是從屬他人而供給勞動的人，一是不站在這種從屬的關係者。規律前者關係的法，叫做勞動法，根據此種立場的勞動法學者，有卡斯客魯，厄魯托滿，整茲海馬，嚇里昂，麥魯斯伯台，屈泥拉，厄魯的魯和答魯蕭等等。

這狹義的解釋的立場，雖以「從屬概念」爲其界限線，但休客和利拍台等則謂欲嚴格的區別從屬勞動者和獨立勞動者的兩集團，殊屬困難的事（註一四）。墨利脫魯力避勞動法基本概念上的「從屬」觀念，但此點是否正當，將在第四章內敘述（註一五），此外還有李隙繡氏，專心研究此基本的概念。結果他發現了德國勞動法學者所主張的從屬概念的解釋，完全不能滿意（註一六）。從屬概念果能嚴格的規定與否，姑當爲別論，但最近德國勞動法學者的傾向，則承認從屬勞動者和獨立勞動者間的某種區別。他們根據此種差別，在「從屬概念」之下，構成有體

系的統一勞動法，而樹立狹義的見解（註一七）。

因此，這一「從屬概念」之法的理解，是勞動法的中心問題，同時又是基本的問題。但所謂從屬勞動關係，是何種的勞動關係呢？迨至今日，在德國還無定說，所以本書的基本問題，是在討論他們怎樣說明，同時我們應該怎樣理解這問題。此點將敘述於他章內。

（註一四） Hueck-Nipperdey, a. a. O. S. 3.

（註一五） Molitor, a. a. O. S. 81ff. S. III.

（註一六） Nikisch, a. a. O. S. 129ff.

（註一七） 孫田博士在「前揭書」三二頁以下，將勞動法的指導原理分類爲（一）求於勞動概念的本身見解者，有智爾拍蕭米脫和細利尤答。（二）求於他人決定勞動概念的見解者，則有赫里昂和維黎。（三）求於種類決定勞動的概念見解者，則有耶河德和李際德。（四）求於隸屬的勞動概念的見解者，有卡斯容魯、整茲海馬、厄魯托滿、休密、利拍台、馬泰、答魯網、麥魯斯伯台、卡黎和利達等。他又將上述的第四項，分爲（一）法律的隸屬，（二）身份的乃至組織的隸屬，（三）社會的和經濟的隸屬三者。博士的分類方法，在其所著的「勞動法總論」三九頁以下，「勞動法通義」三〇頁以下，及「現代法學全集第一卷」勞動法（三二頁），各不相同。但博士最近的著作「改訂勞動法論」三一頁以下所舉的分類，則如上面所述。我們雖不必窮究此種分類的方法，是根據德國勞動法學者中誰的見解，但據我所知，至少李際德、墨利脫魯、利達、休密、利拍台、整茲海馬等，並沒有這樣的分類。我以爲根據學

者所使用的術語而分類，固屬可能，但是像博士那樣將隸屬的勞動概念說抽出，而樹立一個學說，則不免與根據勞動概念的見解相對立了。倘使此與耶河秘和李隙繡（李氏最近變更其從來的見解）等相對立，固當別論，倘與赫里昂氏對立，則我以為爲不甚妥當。請參照後述的第四章。其次，博士以赫里昂歸于他人決定說，又以耶河秘和李隙繡爲種類勞動說，亦不免陷于誤解。原來赫里昂氏認種類勞動和他人決定兩者是同樣的。復次，博士將耶河秘和李隙繡歸于種類勞動說，亦欠妥當，因爲他們是綜合赫里昂和墨利脫魯思想（繼續勞動說）的立場，並非博士所說的見解。所以博士在前面的敘述中，已經誤解了，智爾拍薩米脫和利達氏的見解，此處又誤解赫里昂、耶河秘、李隙繡和墨利脫魯的思想了。（請參照第四章第二節「從屬勞動的本質」。他在法學全集的「勞動法」中，自己曾宣言他以前是根據赫里昂氏的見解，現在却改變其學說了。但是氏在最近的著書中，竟又不免誤解赫里昂氏的立場（請參照第四章第二節）。所以我以爲無論怎樣，我們不可依照博士這種的分類方法。

第四章 勞動法的基本關係

如上所述，德國一般的見解，認勞動法是規律從屬勞動關係的法。他們以為勞動法，並非關係一般勞動的法，乃是特殊的勞動關係，即從屬勞動關係的法，所以關於從屬勞動的關係，是怎樣的關係，是勞動法的基本問題。從屬勞動關係，簡單說，就是近世資本主義社會的勞動關係，這在法律上，應該怎樣規定。同時德國勞動法學者，對此問題，又怎樣的解釋，本章將着重於介紹和批評這些學說，並決定我自己的見解。但在說明的次序上，我將第一說明「單純勞動關係」，次則考察「從屬勞動關係」。這問題，究竟是資本主義社會勞動關係之法學的構成問題。

第一節 單純勞動關係

人類生活，一日無勞動，便不能維持，這是不動的原理。人類若停止其一切的勞動，則轉瞬間，人類的的生活，宣告停止。人類從自然而採取生活資料的物質，換句話說，人類對自然自動的活動，從自然之外，根據自然本身的法則——即根據從人類的意識而獨立的自然本身的法則，使其有益於人類，而變更自然的形態，申言之，即指生產的意思。但人類決非孤立的生活主體。像空想的魯濱孫孤獨的生活，我們雖可想像到，但較此更空想的生活，則不可

能，所以人類生活在地球上最初的時節，是否就是這樣，雖非今日的科學所能詳述，但至少從原始時代起，就非孤立的生活，乃是經營羣的——社會的——共同生活。人類生活關係，縱使從游牧形態到家族形態，再從家族形態轉化爲國家形態之間，都是永久維持其社會的關係，孤立的生活，不能存在，換句話說，人類以外的自然關係，僅在社會關係上，才能成立，所以人類對自然的勞動過程，僅在這種社會關係之中，才能考察。這就是生產關係，即勞動關係，常常存在於人對自然和人對人的統一關係中。

然則勞動法學者，對勞動關係，怎樣見解呢？茲將考察如下：

第一款 勞動的意義

德國勞動法學者中，對勞動的意義，幾乎沒有一定的見解，有的學者，完全不說明勞動的意義，有的則認爲在勞動法上沒有說明的必要。但這不能代表一切的學者，例如利達，羅脫馬魯和整茲海馬等，對這問題，則有很詳細的考察。要之，勞動法既是從屬勞動關係產生而來的，則考察勞動的意義，在研究的次序上是必要的了。所以我先從勞動的意義上考察。

第一 關於勞動概念的學說

(一) 求於物理學上概念的說

這就是用物理學(Physik)上的概念，而引出勞動法上的勞動概念。此說在德國勞動法學界，亦係極普遍

殊的見解，主倡者是利達氏（註一）。利達先舉勞動的定義曰：「所謂勞動就是物理學上的概念。」次則說明如下：此意義上的勞動，是某距離（Weg）之間，征服反抗之力（Kraft）的發現（註二）。現在用S代表距離，用P代表力，則對重力（Schwer-Kraft），而舉起某重量之物至某種高度時，便發生了勞動力，運動的力和被征服的抵抗，是相等的，所以勞動是從抵抗和距離及力和距離的結合上而測定。茲將物理學上的勞動（A）公式列下。

$$A = P \cdot S \quad (\text{Arbeit ist Kraft mal weg})$$

（註一） Richter, a. a. O. S. 5 ff.

（註二） Kohlrausch, Lehrbuch der Praktischen Physik, S. 740ff; Grimsele, Lehrbuch der Physik, I, Bd. S. 92ff.

根據這種物理學上理論的要求的勞動概念，在其本質上，雖無變更，亦能擴張為一般力的概念（例如我們可以說潛在的力是 $E = P \cdot S$ ），但像這種意義的物理學上的勞動概念，在法律上的概念，不見得明顯，何以呢？其中的概念，雖有適用於法律上的現象，但如風吹，木動，潮水等等，與法律上並無何等關係，又如機械的轉動或牛馬的牽引力等等，亦屬同樣的，這些現象，在其自身獨立時，沒有何種法律上意義，僅在當做法的交易（Rechtsverkehr）的對象時，才有法律上的意義。反之，倘在物理學上，這些現象，則完全包括其中。因此就勞動法上說，勞動的物理學的考察場合，無論何時，其法律上的理解，屬於重大的問題，其次，我們還要注意的是：勞動決非一種物，乃是實行力的空間變形，其變形的公式，雖然表示於下，而其概念的內含，則同一的。使力發展的並使勞動實現的力，常常潛在

身體的內部，而且勞動所做的空間的變形，又常常發生於身體自身之上。這樣勞動的定義，不能分解較此以上的原素，這就是還原其距離 (Weg) 時間 (Zeit) 及分量 (Mass) 而理解時，結果亦被包括於物理學上的勞動概念的公式。所以勞動，不能從勞動的力而分離，同時又不能從被引出的分量而分離。這種物理學上的原則，亦適用於勞動法學上。換句話說，勞動決非一種獨立物，而能夠從與此相協動的基礎要件分離，這也可以適用於法律學上。勞動，縱在法律上的意義，亦決非一種物，因此亦不得認為商品 (Ware) 上所謂勞動是力的變形而受時間的束縛。這從物理學上，認識其時間的單位 (即對一秒鐘間所實現的勞動) 特別的概念，效果 (Leistung) 或結果 (Effekt) 種種的概念時，亦甚明顯的。所謂效果，就是已實現的勞動，依其所要的時間 (t) 所分割的概念。所以我們可得如下的公式 (註三)。

$$L = A : t \text{ (Leistung ist Arbeit durch Zeit)}$$

(註三) 兒玉氏在其所著的「前掲書」第四一頁，介紹利達氏的見解曰：「勞動就是受時間拘束之力的變化。物理學說明認識時間的單位中所做的勞動特別的概念的勞動，而定義為行為及其作用，由必要的時間而分割者。」但我以為依照本文的解釋，較為正當。

倘根據上述的意義，而解釋勞動概念時，所謂勞動，便沒有時間的範圍了，一度停止時，即刻與能夠思維其已實現的行為 (Handlung)，便非同一的。這是勞動決不能從抽出的時間範圍而分離的概念，同時又非靜止的狀態，乃是變形的實行的意思。力不能從動的距離而分離，因此時間的變化，是必要的，換句話說，勞動是有時間範圍

之力的過程 (Process) 所以必須考慮對此過程上的法律的觀察和規律，尤其是要注意勞動，不是物且不能與物一樣，被讓渡和交換，同樣勞動在狀態上，不能當爲法律上規律的對象，亦是極重要的問題，因爲這在靜的存在過程上，是不可能的 (註四)。

以上是利達氏勞動概念定義的大要。利達氏從這種勞動概念，而說明勞動法的勞動，是自然科學的物理學上的概念；但他以爲這並不包攝其全體的意思，換句話說，勞動的對象和勞動力的支持者僅限於存在法的交易中。此點後面當再考察，這裏不過敘述利達的勞動概念而已。

要之，利達氏注重所謂勞動，不得從人類身體分離而考察，這種見解雖是正確，但我以爲倘將人類的勞動，看做機械力一樣，而抹殺人類行動，是目的意識的實踐，亦不免滑稽的。誠然，倘從抽象的觀察勞動，或許與機械力一樣，亦未可知，但這種觀念，正如將肉體還原爲各種原素而將人類當做石頭一樣。勞動法討論人類生活關係，所以勞動的意義，不得抹殺人類實踐的過程。休·利·拍台，墨利脫魯和耶河秘等，對利達的見解，曾加以各種的非難。此點將分述如下 (註五)。

(註四) Richter, a. a. O. S. 7.

(註五) Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages, S. 5ff; Hueck-Nipperdey, a. a. O. S. 33.

(二) 求於經濟學上概念的說

此說認勞動法上的勞動概念，應該限定於經濟學意義的勞動和自然科學的，沒有關係，乃是純粹觀念的觀念。換句話說，即承認勞動，是滿足他人需要的一切種類行動的意思。至於這是指何種的行動，則不認屬於勞動法關係上的問題。要之，此學說認勞動概念，應該依照經濟學上的概念，勞動法學對此問題，無議論的必要。主倡此說者，有休密，利拍台，墨利脫魯和柏拉細等（註六）。

休密和利拍台敘述勞動的概念如下：原來利達氏求勞動的概念於自然科學，用物理學上的公式 $Arbeit = Kraft \times Weg$ 來說明，但法律並非討論自然的現象，乃是處置社會的生活，所以不應該用自然科學去確立勞動的概念，例如在靜止狀態，模特兒的勞動給付場合，自然科學意義的勞動，雖不存在，但這種場合，我們則要承認勞動法上的勞動給付。利達氏認此種肉體的勞動是精神的勞動（註七），未免是詭辯了。要之，在勞動概念下，解釋人類關係時，就是從經濟的而評價勞動，我們要知道勞動的概念，必須從經濟學入手。除上的定義外，沒有其他的必要。因為何者是勞動，在實際的經濟生活上，不會發生的。這種關係上的精神的勞動和肉體的勞動，完全是同樣獨立的（註八）。

墨利脫魯氏亦採取同樣的見解，他在所著的「勞動契約的本質」中，大概主張上述的立場。

利達氏從物理學上，決定勞動的概念，結果他不符不限定於法的交易中的勞動，何則？倘認自然科學上的人類行動，就是勞動，則呼吸，脈搏和消化作用等等，同是從人類的力而來，亦當認爲勞動了，但其實，這不是勞動法上

所謂的勞動。我們所謂的勞動，是目的意識的，或意欲的行動，所以利達的見解，在此意義上，並不正確的。至於飲食、散步等的行動，雖屬於有意識的行動，亦必須與滿足他人的需要的行動區別，因為勞動法上的勞動，是指不爲自己而實行的行動，並且是爲達到行動以外的目的的行動。當然，勞動實行的目的，雖不必法律上的准許，但在此種場合，因其性質不能當爲有償契約的對象，便不能構成勞動法上勞動的問題。一般法律家，僅以評價勞動的對象，不得稱爲勞動，因爲調停契約的締結，亦是勞動法上的勞動。但我們如果問勞動的概念，在其本質上是什麼呢？這在行動本身以外的其他目的，不爲自己而存在，乃是爲滿足他人的需要而實行時，纔算是勞動法上的勞動。所以所謂勞動，不是營利經濟上的狹義的意義，乃是在於較廣意義上，爲滿足他人的需要的一切行動的經濟的概念。
(註九)。

這見解比較利達氏從自然科學上而說明勞動概念的立場，妥當得多，但關於抹殺勞動之社會的機能之一點，恐亦不免受非難了。而且關於滿足他人需要的意義上，雖可以算是社會的，但墨氏並不着重於人類對自然的關係和人類對人類的關係是統一的不可分的，我們對此點不能表示同意。我覺得此點在次述的整茲海馬的見解，比較的妥當得多。

(註六) *Hinck-Nijperdy, Molitor, u. O. Panassi, Contratto di lavoro, I. S. 22ff.* 柏拉細的著作，未曾譯過，正確之處，不可

得而知，但我們若從已介紹過的墨利脫魯和伏客諸氏的著作中，可以預想柏拉細氏亦採取同樣的見解。

(註七) Rielke, a. a. O. S. 9.

(註八) Hueck-Nipperdey, a. a. O. S. 38 ff.

(註九) Molitor, a. a. O. S. 5 ff.

孫田博士在此點上，似乎根據休客和利拍台的見解。他在其所著的「勞動法論」第一〇三頁說「所謂勞動就是使發生一定外部的效果爲目的的人類精神上和肉體上的勞作。」博士將 *Arbeitsleistung* 譯爲勞作，不免與 *Werk* 一字混同了。因要區別承攬契約場合的「事情」(德國民法六三一條)起見，我以為還是譯爲行動或是活動較爲妥當。其次，博士在勞動法的研究方法上，雖主張採取社會學的立場，但當他考察勞動時，卻絲毫沒有社會學的態度。

(三) 求於法律上概念的說

主張此立場者，雖當首推羅脫馬魯的見解，但羅氏的見解，大體與墨利脫魯的立場相似。他們對勞動的概念，不求於經濟的意義，而求於法律上的概念。羅脫馬魯的敘述，極乎綿長，巨數十頁，這裏僅極乎簡單的介紹其要點。羅脫馬魯氏舉勞動的定義曰：「所謂勞動契約的可能的對象的勞動，是使滿足他人的需要而且在經驗上，無論何時或何處 (*Wann Oder Wo*) 對此需要，都是對價支付的人類的各種行動。」所以所謂勞動必須包括 (1) 勞動，僅限於人類的行動。風力，水力，乃至動物的力，不能稱爲勞動。(2) 人類的行動，亦包括如模特兒女子的

靜止的勞動和不作爲的勞動。(3)這種人類的行動，亦非爲自己起見而行動的，乃是必須使他人滿足其需要的，因此如飲食，散步，不得叫做勞動。(4)滿足他人需要的行動，又必要對價的支付，例如道德上的義務，亦非這裏所謂的勞動。(5)這又必須是勞動契約的對象（物體），所以奴隸勞動，非這裏所謂的勞動，又如親權者，對子的財產的管理，亦不得叫做勞動。此處所謂的勞動概念，必須具備以上的各種要件。

勞動契約的可能的對象上的勞動需要的意義，不從國民經濟學而來，乃是根據法律上的概念，經濟學上的概念，並不注意到勞動契約，所以在法律上不可即刻採用經濟學的概念。例如飛烈波味喜 (Philippovich) 氏在「經濟原理」(註一〇)中，而定義曰：「所謂勞動，是爲達到外部目的的人類行動。爲達到內部要求的人類行動，不得叫做勞動」在此意義上，與法律上的勞動，屬於同一的。反之細恩蒲魯格 (Schönberg) 在「國家學辭典」(註一一)內所舉的定義曰：「經濟學範疇內的勞動 (Ökonomisch Kategorie)，換句話說，即經濟的意義的勞動 (Wirtschaftlich Sinn)，是經濟的有用的即抽出經濟的價值之有意識的人類活動，申言之，這就是使其能夠適合於人類經濟的要求，目的及其利益的行動。」這裏所謂活動的目的，特別視爲重要，同時所謂經濟的要求，是否與其他要求相對立，雖不大明白，但至少其中是排除美學上或宗教上的要求，則甚明顯的。但勞動契約的對象的勞動，亦可包含這些的要求。何則？音樂家，優伶，僧侶等的勞動，亦得爲勞動契約的對象，因此，經濟學意義的生產勞動的概念，比法律上所用的勞動契約的勞動，在範圍上，較爲偏狹，換句話說，所謂經濟學上需要的概念，是從人類

行動之中，將勞動契約的勞動概念除外。因此，勞動契約上的勞動概念，不可依照經濟學上的概念，必須從法律自身的概念上，而求其意義了。

其次，法律上勞動的支出，無需財產的消費，只要筋肉和精神的支出而已，換句話說，勞動力在法律上的意義，不能構成財產的一部份，同時又非時間的消費。所以格言所謂「勞動即時間之消費，時者金也，時間之浪費，即金錢及財產之消費」在此意義上決非正確的。原來時間並非物的自身，亦非財產的一部份，不過勞動的分量而已。時間，無論有否勞動而流逝的，所以時間非獨立的經濟財貨，時間僅在勞動被消費的場合，時間的消費，纔是勞動的消費。勞動的消費，雖非財產的消費，但他人則受其利益，例如醫師提出勞務時，醫師本身，並沒有財產的消費，而病人則受其利益，其中所存在的，是勞務的對價。像這種意義的勞動，是勞動契約對象的勞動，因此非僅是經濟學上的意義。

以上介紹的，是羅脫馬魯氏思想的大要（註二三）。羅氏分生產勞動和不生產勞動，他以為生產勞動是經濟學上的勞動，但法律學上的勞動，不論是生產勞動和不生產勞動，均得為法律學上的對象，其意義比較經濟學上的勞動為廣大。

上述羅脫馬魯的見解，實在很有意義的。誠然，勞動有生產勞動和不生產勞動的區別（這個問題，在第五章「官吏的被傭者的性質」的一節內，有詳細的說明，請讀者參照），但羅氏所謂的生產勞動，是根據克當斯密士的

思想，而指增加價值（交換價值）的勞動，不是指使用價值的意思。他不從交換價值而區別生產勞動和不生產勞動。（參照第五章）在此點上，羅脫馬魯的見解，並非正確的，其次，羅氏謂勞動法上的勞動，是筋肉和精神的支出，結果他與利達氏的見解是同樣了。這種考察，抹殺社會的關係，不但在經濟學上，而且在勞動法學上，亦決非正確的。復次，羅氏又以爲勞動契約的客體的勞動，是勞動法上的勞動，這正如第二款所考察的一樣，契約關係，究竟不過是商品生產和交換之法的形態，所以主張勞動契約是從經濟關係分離而來的法形態，亦欠正確，因其結果，將解釋法爲獨立的自律的機構了。如果認這關係上的勞動，就是勞動法上的勞動，則與利達的見解，幾乎沒有多大差別了。在這意義上，羅脫馬魯的見解，不正確的。

(註10) Philippovich, Grundriss des Politischen Ökonomie I, § 12.

(註11) Schönberg, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, I, S. 446.

(註12) Lehmann, a. a. O. S. 72ff.

卡斯卡魯對勞動的概念，沒有詳細的考察，但大體上，可以看做同樣的見解。卡氏敘述如下「所謂勞動，是有意識的，被實行於而且被使用於特定目的的人類行動，不問其肉體的或精神的種類。這是本來的積極的行動，不包含承認及不作爲，但在法律上說，僅僅勞動的準備，亦得叫做勞動」(Kaskal a. a. O. S. 30)。

(四) 求於個人的並社會的機能的說

此說認勞動法上的勞動，是人類個人的和社會的機能之統一體的勞動概念。葛茲海馬採取此立場。葛氏先定義勞動的概念曰：「法律意義上的勞動，就是滿足他人需要的人類目的意識的行動。」這個定義和羅脫馬魯的見解，極乎相似，但在解釋上，則迥然不同，因為葛氏是從社會學的立場上而考察的。他說明勞動的概念如下：

(註一三)

(一) 勞動在人類的行動上，算是個人的機能(註一四)。勞動的基礎是人類的勞動力，所以勞動與從事勞動的人，發生不可分離的關係。在給付勞動時「從行爲的最初起，一直到最後止，不能與勞動分離的，勞動構成勞動者生活的一部份」(註一五)。所以勞動的規定，束縛直接勞動的人，他的人格，在勞動實行之中構成，「因此暴露其緊張，損害和危險，在物的給付場合，毫無關係的」(註一六)。但是勞動縱在從事勞動者之中，亦是不可分的，因為這非他的存在的一部份，乃是關係全體存在的，例如手的運動，不僅限於手，乃是關係全體存在的。所以勞動就是活動狀態上的人類本身。勞動表現人類自身的自然的關係，而人類在勞動上，表示其力。要之，勞動雖附屬於人類，而人類則在勞動上，使其力發動。

勞動雖是財產的淵源，決非財產的提供。勞動給付和財產給付不同(註一七)。財產從存在於人類外部的物而成立，但勞動則係活動的人類的本身。財產在法律上和人類結合，但勞動，自然的從屬於人類。財產是人類生活的物的基礎，而附屬於物的世界，其中沒有何種的目的，僅在對人類構成一個手段的一點上，有其意義而已。但勞動

力，是人類生活之人的基礎，屬於有固之目的之精神的存在的存在的世界，這個規定不存在於他人目的的手段上。在目的世界，一切的事物，是榮位和價格。人是屬於榮位的。康德說：「所謂榮位（Würde），僅在相對的，而且對節制任意的目的條件，纔能勉勵格率（Maxime）的功用」（註一八）。

（二）勞動在滿足他人需要的人類的行動時，是人類社會的機能。人類不能孤立生存，其行動和能力，非僅屬於一身上，人類在相互依存上結合，使一人的生活從屬於他人的生活，這種的作用，是存在於人類相互之間。我們倘考察此種的作用，便可知，各人結合而成組織體的社會生活，已經存在了。原來全體是一個大社會的經營，其內部的生產，表現於全體的共同作用，個人不僅是個人的意志的負擔者，而且是社會的意志的負擔者，甚至說到競爭，亦不外乎協動即社會的經濟。這就是奧益海馬所謂「競爭從個人經濟的立場上觀察，就是競爭的意義，但從全體的立場看，不外協動而已」（註一九）。誠然，法律在其廣大範圍上，僅從抽象的一切關係而分離人類，也許承認其獨立的實體，換句話說，即說明人類的關係，除有益於自己的要求之外，沒有其他的機能，不過一種「私的」關係的意思。但這種事實，決不能否認上述的敘述。何以呢？縱使法律，亦不能取消在個人的形態背後的作用，而且不能給與方向和內容的力。個人在這些力的發動中，沒有個人的人格，乃是轉化為社會過程的人格。這樣，在個人的實在中，同時構成了全體的實在了。人類在此場合上，已知一切，無論欲與不欲，都不成問題，乃至其全體，有否固有的本體，亦都不成問題的。

我們如果適用這基礎的概念於勞動上，便可知道所謂勞動不僅不能從個人或是在個人中而分離，而且不能在全體中或是從全體而分離。行動的人類，是私的及社會的生活之自然的制限。所以倘在其實有的要素的基礎而觀察人類，則人類不僅對彼自身的關係，而且是存在於對全體關係之中的。

(註一三) Sinzheimer, a. a. O. S. 7ff.

(註一四) Bechmann, Der Kauf nach Gemeinem Recht, II. S. I.

(註一五六) Lohmar, a. a. O. I. S. 8, 9.

(註一七) Lohmar, a. a. O. S. 82, 83.

(註一八) Kant, Grundlegung Zur Metaphysik der Sitten.

(註一九) Oppenheimer, Grundriss der theoretischen Ökonomie, I. S. 64.

第二 關於勞動概念的學說批評及我的意見

人類的行動，是有目的意識的，整茲海馬和墨利脫魯諸氏已經說過，所以倘如利達的見解，將人類的行動，看做與機械的運動一樣，而還原為純粹自然科學的各種原素，則我們對這種考察，不能隨便贊同，而況人類的行動，是否目的意識的，還是一個極重大的問題。佛羅意底氏雖然主張這是完全無意識的，欲就科學上說明人類的行動，但是縱使人類的行動，是無意識的，亦必須依照其本能，並且所謂本能，就是使個人知覺或注意某種對象，並使

經驗其知覺上和隨而起的特殊感情的興奮，因此個人採取其特殊的行動，或是經驗其行動上的衝動。這就是從其中導出的個人遺傳或本來的精神物理的（Psychophysical）「性向」，所以本能，不得認為純粹物理的現象。我們不能贊成利達氏，欲從物理學上而理解人類勞動的立場，而況本能是精神物理的（縱使主張本能是物理學的，而人類的行動，亦決非本能自身的發動）。本能（不經過意識過程的自然過程）固然是人類行動上衝動的原動力，但人類的行動，是意識的過程，與蜜蜂和螞蟻的行動，迥然不同的（註二〇）。

（註二〇）意識這個術語，用於各種的意義，例如用於一切形態之心的過程的同種意義，尤其用於被知覺心的主格之心的形體的意義，有的則用於由主格所統制特殊的方面之心的傾向，即指意志的意義，還有用於不受主格的統制，而決定主格行動的潛勢的心過程，即潛意識的意義。我不從心理學上來研究意識，所以我不欲多多批評，不過我以為所謂意識，是從感覺、感情、慾望、記憶等等的心理現象的總合體所經驗的腦髓中的活動。這胡合林所意識的定義，毫無意義，我認意識，就是上述意義的一個心的過程。當然心的過程，亦為經驗意識的體系，經驗是統合存在於意識以外之物質的人類的特殊物質的反映，所以縱是統合，亦非超經驗的價值判斷的統制，換句話說，就是這種反映的蓄積過程，而在廣義上就是自然的過程，但近與狹義的自然過程分離時，縱為心的過程。

因此之故，如利達氏將勞動解釋為物理的過程，究不正確。勞動是人類意識的實踐過程。在此意義上，利達的學說，究不足取，同時墨利脫魯的見解，亦不妥當。

其次，如畢利脫魯、休客及利拍台等謂勞動概念，屬於經濟學上的概念，在勞動法上，沒有考察的必要，這種的見解，亦欠正當。勞動法，既是從勞動關係產生而來的法體系，則正確考察勞動關係，不得不成為勞動法上的基本問題，而着實把握其概念，更是勞動法的使命了，所以倘認勞動概念，屬於經濟學上的概念，因而置諸不問，亦欠妥當。

復次，又如羅脫馬魯氏主張經濟學上的勞動，限定於生產的勞動，而勞動法上的勞動，則不僅生產的勞動而且不生產的勞動，亦得為勞動契約的對象，所以勞動法上構成勞動契約對象的勞動概念，比較經濟學上的為廣大，像這種的見解，亦係誤解勞動的概念。我們將勞動，分為生產勞動與不生產的勞動，雖係正當，但這是從交換價值上考察的，早經古典派經濟學者提倡過，而其理論不見得正確。如上所述，倘以法交易對象的勞動，完全解為勞動法上的勞動，結果與利達的物理的勞動概念相似了。原來勞動是人類對自然過程的使用價值上的有用勞動。凡與這物質的過程不相結合的行動，是指沒有實質的意義的人類單獨的行動，都不能構成經濟學上和勞動法學上的勞動。勞動法學者，雖將高級使用人和官吏，歸於被傭者之中，但在此種意義上，亦不正確。（請參照後述第五章。）所以我以為羅脫馬魯的見解，不足根據的。

整茲海馬氏將人類的勞動，求於個人的和社會的機能說，可謂卓越的見解。誠然，勞動的觀念，不僅要從個人的關係上考察，而且必須把握其社會的關係。但整茲將勞動之社會的機能，求於全體社會之個人的社會意志的

負擔者之一點，則欠妥當。原來整氏的立場，類似狹驢，卡那魯及伊厄魯沙達諸氏的立場，尤其關於高唱社會的機能的一點，和狹驢及卡那魯等是同樣的。他的思想，是吸收十九世紀時代對抗初期自然法學派（註二）而起的歷史法學派的潮流，即所謂代表實證學派及社會學派，但整氏是主張個人與全體的調和，及社會秩序與法的理想的一致的思想。縱非古典的自然法，亦不外乎採取另一形式的形而上的學派，即某種意義的自然法學派的思想。而且從進化的理念與功利理念的調和的必然性上，而高唱抽象的相對內容的絕對的形式，在其意義上，不過形式的論理，結果即不外形式的社會學而已。整茲海馬的立場，在事實上，已經暴露此種的危險，我們倘非充份的警戒與觀察，不能隨便承受其學說，尤其是整氏雖以為全體有否固有的本體，在自然律上，是否與個人的意志對立。或是在個人的實有中，所構成的全體的實有，是否根據個人的意欲或知覺，這些問題，認為不關重要。然而他在「團結自由」的一章（前揭書二六七頁），竟承認團體的獨立的行動，結果亦承認與個體分離之獨立的全體的生活，而主張全體是構成於個體之中，換句話說，即主張以人類的社會機能為根據。整氏這形式的思想，不免陷於觀念論的了。因為我們倘要理解全體，必須從物質的基礎上考察的。然則所謂全體，是什麼呢？倘不明白說明其意義，不能十分了解勞動的概念。所以我們對勞動概念有決定的必要，是刻不容緩的，但此節將敘述於他處裏（註三）。

據說近代心理學發現人類的行動和思維，倘無物質及力的世界的同樣原因，無論如何，都不能發生，例如夢寐或偶然的回憶，不外過去種種過程的必然的結果，同時人類的思想，和行為的原動力，並非理性，乃是一無

意識的傾向。」所以人類的行動的原動力，決非意識的目的，乃是衝動。生物繼續其抵抗環境的努力，多不屬於意識的，乃是衝動的努力，這就字面上說，叫做意欲。佛羅意底的「快樂原理」中，名此為精神活動之原始的根本形態，即欲避一切苦痛和不愉快的原始的精神活動，申言之，即直接感覺之愉悅的追求的意思。他名此為「里比底」。除佛氏之外，還有的學者，用自我的衝動或確保安全的衝動種種術語以說明。要之，倘如是觀察，則人類的行動，都不是目的意識的，但馬克斯在「資本論」第一卷第三篇第五章「勞動行程」中說「人類行動上的目的，是人類意識的而且在規準上，是決定其行為的種類及樣式的目的，而予先觀念的存在。」整茲海馬亦引用此文句，他謂人類的行動是目的意識的，所以以上的見解，竟與近代心理學的傾向相反了。但此處所謂目的是指一切生物，欲達到努力的終局，不外衝動原動力的「環境上大統制」而已，在此意義上，與佛羅意底的思想，並不見得相反。換句話說，凡促進意欲運命的成就的，叫做目的，所以這是用於哲學上的意義。

其次，這目的及行動的能率，究竟是什麼呢？乃是亟待討論的問題，按勃產客托的見解「意志能夠意識其本身，是自決的性質。」他以為觀念本身，是意志的發動力的表象，這觀念就是執意，即發動的觀念行為，反之，馬克茲加魯則謂「觀念非活動力，知的象徵或概念的觀念，沒有何等發動力。意識及行動的能率，是一種情操。」情操與情緒不同，情操是有體系的情緒，然我們認目的和行動的能率，既非觀念，又非情操，乃是一種物質的器械能。而此種物質的器械機能，是感覺的聯合周圍上所形成的一個複合體的物質機能，因為這是從某對象

行動上的觀念的總和而來的，所以馬克斯所謂目的，是予先存在於觀念上這種的思想，亦決非不當。

(註二) Medungall, Introduction to Social Psychology, p. 29.

(註三) 請參照第二章「勞動法的研究方法」。

第二款 單純的直接勞動關係

第一 勞動關係之二重性

研究勞動法之基礎的勞動關係時，首先要注意的是人類生活，倘無物質，一日不能維持，人類不能經營孤立的生活，要與其他人類相互依存的結合上，纔能生存，換句話說，人類與自然結合關係，同時人與人間，又結合了關係，即第一的過程，是人類與自然對立的鬭爭——即人類征服自然，並自然影響於人類——的過程。這是從人類的方面，而對自然積極的實踐的活動過程，至於此種過程的成立，則從各種法則的總合而來，是一種極乎複雜的物。人類必需依賴物質而維持其生活，所以人類維持其與自然對立的過程時，僅在觀念上說，是因為能夠夠生活的，人類還未存在的緣故，這是不得已的事。如果就極乎廣大的方面考察自然力，則（一）存在於自然的勞動對象，（二）被人類所佔有的自然力，（三）自然力的人類力，（四）倘使包括人類的社會力及生產物等等，則人類對自然從人類方面，而自動的意識的活動，就是自然力上的人類的行動——換句話說，即勞動之個人的機能的意思。在此意義上，是一種自然的勞動過程。而人類對自然的實踐的過程，就是人類之物質的生產過程，這不外勞

動的過程，例如採掘一噸石炭或是製造一石米，必須消費一定之具體的勞動。米與石炭，各各依其自然的性質，而有效用。如果使用價值的意義而表現時，則勞動的過程，是生產使用價值的勞動——即所謂有用的勞動。但這種勞動，非如利達氏所謂物理學的勞動，乃是整茲海馬所謂目的意識的勞動。所謂目的意識的並不變更自然的法則，乃是豫先從觀念上把握自然的過程，而在自動上達到其自然的變形。但這種勞動過程，是根據人類非孤立的存在，乃是社會的生物的必然性而僅在與其他人類相互依存的關係上，纔能實行的，換句話說，人類不僅對自然而已，而且在一定的方法上，共同勞動，互相结合他們的行動，進行生產。因要進行生產，他們便互相加入一定的連絡及關係，僅在這些社會的連絡和關係的內部中，人類對自然的關係，纔能成立，纔能進行生產。但我們要注意的是像這種人類對自然和人類對人類的關係，並非散漫的作用，乃是組織的矛盾的對立的統一物，即這些關係，並非別個的勞動關係，而是包含於一個勞動關係中的勞動的二重性，申言之，即人類對自然的關係，是人類之私的勞動過程，而人類對人類的關係，是人類之社會的勞動過程。而人類之私的勞動雖與社會的勞動，互相對立，互相排斥，但兩者俱包攝於一個的關係之中，像這種勞動關係，可以用生產關係這個名詞來表示。在勞動法上，我們先要十分了解勞動關係上的這種基礎的事實。

第二 勞動關係與社會

如上所述，勞動關係，可用生產關係或是生活關係的術語來表示，因此亦可以用社會關係來表示。這裏所謂

的社會，是什麼意思呢？關於社會的概念，雖需要獨立的著述，纔能說明，但因為這裏論述的必要起見，茲僅極乎簡單考察如下：

最初應用社會的概念者，據說是洛克氏。洛氏用此表示與政府對立，次則休母氏謂社會是從人類本來的社交性而來，盧梭則認是從社會契約而發生的。佛伊茲奧客拉脫學派認社會是依照已定的法則所支配的物理的秩序。這思想更進一步而發展為佛鴉亞孫及亞當斯密士等所謂社會是人類從其維持本來的自己本能而自然的產生的經濟組織，換句話說，即多數的個人之經濟結合的團體。其次聖西門亦認社會是經濟的組織，而認產業者是社會的負擔者。自是以後，社會這個術語，遂為一般所使用了，但是社會的概念，到了今日，雖然極其繁多，事實上，恐怕還有比此更好的理論。

但倘若區別這些社會概念的大體傾向，則有次述的分類。此種區別，也許未必妥當。然其中有兩個潮流：第一認社會是「思維上的存在」的立場，第二則解為「現實的存在」的立場。

第一的立場，認全體的社會，有構成此社會原素的要素存在。從這些要素合成的總體，叫做社會，這並非現實的結合，即非物質的結合，乃是僅在我們思維上而構成的總體，所以這個立場，不過是思維的論埋的概念，將觀念論的和形式論理學，為其哲學的背景（觀念論，有素朴的主觀的觀念論，集合的觀念論，純客觀的觀念論，折衷派所謂不可知論的觀念論等等，這些立場，因人的解釋而異），但是這裏不欲考察這些學說，同時又為了我自己不

是這問題的專家，不欲深入此問題。總而言之，解釋社會爲思維上論理的見解時，是認物質存在於人類感覺上之
一種哲學的基礎，換句話說，其要點就是以人類的意識爲第一次的產物，而以存在於人類外部的物質，爲第二次
的產物。

第二的立場，認全體是現實的存在於生活本身上面，這非單獨的集合，乃是根據獨立的特性，即主張構成全體各部份的互相作用是現實的存在的，例如馬克茲加魯在「集團心」之中所說的一樣，「森林的生活體，是樹木的集團生活，不是樹木的合體。其構成份子的各株樹木，雖有新陳代謝的變化，而森林則仍然在同一的生活體上繼續其集團的生活。當然集團的結合，是集團的成員，而集團的特性，雖表現於這些構成員的各株樹木的性質中，但這個特質，決非單獨樹木所能代表的。僅在森林全體生活的構成份子上，纔有代表特質的可能。像這種森林所有的特性，從其全組織體所生的環境而影響於集團中的各樹，而且決定其方向。同樣，在人類的集團上，這種力，亦構成集團全體，而且決定各份子間的生活樣式的方向，所以集團的特性，比較各成員的特性，是非常超個人的」
(註一)，但是，將社會當做統一的實體的見解，並非馬克茲加魯首倡的，這思想古代早已存在(註二)。這總體實在說，自從「原子的社會觀」出現以來，雖受其相對主義立場的批評，但是關於社會現實的存在說之一點，則還能維持其有力的立場，例如蕭坦的見解，挺里斯的學說，乃至墨魯的立場等等，在理論上，雖不相同，亦莫不根據此見解，同時，所謂形式社會學立場的見解，例如智麥魯，佛胡懇及威伊捷等認存在於要素間的相互作用及其相互間

之力與關係是第一次的，而將這些關係的社會概念使其抽象的，且認社會就是這些相互作用的總和，這立場在廣義上說，亦不外總體實在說（註三）。

但我們這裏所說的社會現實存在的場合，不是僅就心的過程而言，例如不是社會心理學派所謂社會是個人的社會生活的心的相互作用，與根據心的相互關係約束的組織的統一（註四），我們僅承認全體部份間的相互作用而已，而不認如觀念或情操之心的過程的統一意義，我們並且不贊成如形式社會學派，將沒有內容形式抽出，當做思考的對象，而研究社會的概念，因為我們是肯定更具體的和物質的連結的存在。但所謂具體的連結是什麼呢？這就是生產關係和勞動關係，換言之，人類在相互依存上結合而生活，是人類依據其社會的勞動，即為相互勞動而表現的勞動連結上。根據這種物質的基礎的勞動連結——勞動關係——就是社會的紐帶。

但是對此見解也許會發生以下的疑問，即我們所謂心的過程的統一，並非不可思議的靈魂或是人格所構成的全體組織的統一的意思，這不過是指「精神力的組織的體系的意思，即不過指全體有全體的心的意思而已」（註五）。所謂心就是「精神的或有意識的力之組織的體系。人類的社會形成組織的集團時，我們倘主張這組織的集團有集團心，亦決非不當的。所以構成這種社會歷史的集團的行動，僅僅依照心的一字所表現的體系纔能說明的」（註六）。何以呢？「今日科學根據個人人格的分裂或是細胞分裂上的生活體的分離的問題，既然證明了個人的心，不過單一的精神力的組織的統一，則在社會集團中，倘其各成員有一共通的精神存在時，我

們將這組織的統一，叫做心，亦非不可的。所謂全體就是根據此種心的相互作用與相互順應上的組織的統一」（註七）。誠然，事實告訴我們，在社會上，心的相互作用繼續着活動，但牠的本身決不能存在，牠不過是從物質的勞動關係產生而來的第二次的現象，倘沒有物質的基礎的勞動關係或是生產關係，則不能存在了。所以心的過程，非第一次的，勞動關係乃是第一次的。

但勞動關係是什麼呢？這是人類對自然和人類對人類關係上不可分的及對立的統一體，換言之，即人類因要從自然攝取其生活的物質，自動的對自然而活動而僅在與他人相互關係上纔能進行。這種關係叫做勞動關係，即物質的生產過程，例如 A 紡織麻布，B 製造米，這行動不拘是否意識的，都是為社會而生產的。即進行社會總勞動中的一部份勞動。這些關係決非採取普通的一定形態，乃是跟着生產方法的發展，在歷史上各各形成其不同的形態。所以我們說到勞動關係時，並非指抽象的一般的勞動關係，乃是以時間與場所所限制的具體的勞動關係為學問的對象。如果將一般的勞動做學問的出發點，則我們的立場恐怕要墜入所謂組織學的及社會學的立場了（註八）。

但在敘述的順序上，我們有說明具體的差別上的抽象的勞動關係的必要，所以這裏我所考察的，不免極乎抽象的勞動關係。這種關係叫做「單純勞動關係」，可與我後敘的「從屬勞動關係」相對照。

這單純的勞動關係有直接的連結場合，亦有間接的連結場合（註九）。直接的連結是指各自勞動生產物直

接歸屬於社會所有，不歸於各自個別的私有場合。這就是古代原始共產體的場合，但各自私有其勞動生產物時，勞動關係由互相交換而連接，無疑的，構成其基礎者非私有，即爲分業。而各自在自給自足的場合，這間接的勞動關係並不密切的行徑，僅剩餘的生產物，互相交換而已。所以間接的勞動關係，縱在物品交換的場合，亦少發生，等到商品生產的社會時代一般化和普遍時代，在這社會以間接勞動連結爲基礎的勞動關係，就必然的成爲主位了。這間接的勞動關係，就是近世法律關係的基礎。茲考察如下：

(註一) Mc Dougal, Group Mind. (請參照拙論「馬克茲加魯的國家學說」)

(註二) 巴魯底氏在「社會學的歷史哲學」中說：柏拉圖已經述及社會統一的思想，但是在古代時，關於國家問題的政治學和社會學的分野，不大明顯，所以社會學的嚆矢，要推近世的聖西門了。同時簡說孔德氏樹立了這學問的體系，亦未必是錯誤的。

(註三) 廣義的總體實在說，大概包含所謂「有機體說」。據說有機體學派，發現於羅馬亞格利巴的寓言，但完成其體系者則在於孔德的「集合的有機體說」，斯賓沙的「超有機體說」，並威廉利因佛厄魯底諸氏以後的學說。

賡丹是提倡研究社會學的國家概念的學者，他從人類共同生活的立場而規定社會，提倡全體的社會。當然，他的立場不是今日基礎社會意義的共同生活，不過指人類從事社會生活的意思而已。

挺里斯的立場，亦認共同社會和利益社會的對立，他解釋共同社會是實在的有機的。這些學派乃至智馬魯、佛胡懸和威賊等的形式社會學派，在本文上，叫做廣義的總體社會實在說，但若嚴格來說，便沒有實在說這個名稱的資格了。(請參照第六章「勞動法的

研究方法。

(註四) 例如查利·厄魯武底謂：「社會是人類心的過程」而認社會關係是心的方面的作用上的共存關係。馬克茲加魯亦謂「所謂『

心是個人在社會生活之心的相互作用和心的相互順應關係之約束的組織的統一」這種統一，維持其繼續的存在時，便產生了一種制度，這個制度就是社會，所以社會是心的過程。羅斯亦高唱心的過程的社會（以上各派學說間的差異點，在這裏不關重要）。

(註五、六、七) 請參照前掲拙著。

(註八) 根據伯蒲利利的「蒲哈林轉形期的經濟學批評」(高尾正之助氏譯)，則蒲哈林的見解，屬於組織學的及社會學的。

(註九) 我在本文裏區別單純勞動關係爲直接的和間接的兩種。奴隸勞動和農奴勞動雖同是一種直接勞動關係，但我將此置於單純勞動關係相對立的位置，而名爲隸屬勞動關係。

我從此種生產關係而敘述本著，次則檢討其交換過程，但爲說明勞動法的發展起見，無論如何必須先說明法律形態的形式，所以關於隸屬勞動關係將於第四節中敘述。在次序上，雖未必是妥當，但爲便利起見，則不得不採取此種組織了。

第三款 間接勞動關係

第一 商品交換與間接勞動關係

如上所述，人類在人對自然及人對人的關係上而生活，即一人所生產的物，供爲他人有用的物。人類互相勞

動而結合爲社會，但是我們並不表象的交換或結合勞動，乃是由於交換勞動生產物而互相结合其關係的，當然，這是以各自的生產物屬於各自的私有權的。這種私有及分業的發達上的間接勞動關係，跟着生產方法的發展而發達。社會各成員互相交換生產物時，生產手段，還未從占有者（所有者）而分離，所以各成員僅在參加自己的勞動於自己的生產手段上，而變爲收穫此結果的勞動生產物的所有者時，總能互相適應，即 $W \rightarrow W$ 的過程。這是商品形態的素朴的表現。但這種交換所以能夠行使的原因，並非各自商品之心的價值不同的緣故，乃是爲了亞麻布及小麥，同是具體的人類勞動的結晶。不過亞麻布及小麥的使用價值各不相同，商品僅當此種使用價值，在抽象的一般的人類勞動的資格上而交換，即依照價值（商品價值）而表示其特徵。價值的實體與使用價值上的商品的存在不同。這種價值是社會的統一於不同的使用的對象，而其實體又必須共通的。這就是一般人類的勞動。這樣我們便知道間接的勞動關係是通商品而形成的。但此問題，後當再敘述，這裏僅相當考察此種商品形態之原始的發展而已。

各國勞動生產物的交換隨着生產方法的發展而跟着生產物的量及種類的增加時，便從物物交換的形態而產生具象的價值之一般的等價物了，換言之，即發生了貨幣。於是各自用貨幣的媒介而交換其勞動生產物，便發生了。

W (商品) —— G (貨幣) —— W' (不同的商品) 的過程。在此過程上，各自先表示其商品所有者的性質，他們

將商品交換貨幣，又將所得的貨幣購買自己所需要的商品，順着這種不斷的循環，而經營生活，所以在此過程中，各個直接生產者，不能知道這種生產物，被誰當做直接的有用物而消費，因為他們是對社會而生產的，換言之，即行使社會的生產，即他們算是商品的生產者。商品生產者間的商品交換，從社會全體上看，是表現於商品的流通上的。這社會的連結，是無數人類的勞動，在社會上而連結的，同時又抽象其總體性上之具體的勞動區別的人類的勞動，由其一面的現實而結合。但此種勞動的社會機能，並不在表面上表現，乃是帶着勞動生產物——即商品——的社會關係的樣式，換句話說，人類勞動之社會的性質，在此場合完全沒有接觸，可以視為物的自然的性質。上有社會性一樣。這種現象，就是生產米或麥之私的具體的勞動，是相互獨立經營的，而各生產者由交換他們的生產物時，纔互相連結為社會的，所以勞動之社會的機能，完全是在物的背後所生的幻象，換句話說，各自之私的勞動，表示社會的總勞動之一肢體的性質時，一定是在生產物社會的交換之後，這就是商品生產社會的勞動的特性，因此並非表現於人與人間的關係，乃是表面的表現於物與物的社會的關係。爲了這個緣故，所以叫做間接的單純勞動關係。

像這種間接勞動關係之私的勞動，有二重的社會性，一是社會總勞動之一肢體的社會性，一是能夠交換他人的勞動的社會性。在第二的社會性中，如前面所述的一樣，是根據物的自然的性質而互相交換，爲採取物的運動的形態起見，我們便不能輕輕看做人的勞動，有社會的性質。但此種勞動關係，亦是一種勞動關係，並非物的運

動本身，而又非能夠適用於一切時代及一切社會的勞動關係，乃是歷史的勞動關係的一個形態。例如古代的奴隸勞動關係及中世的農奴勞動關係等等，都是直接表面的表現，其給付貴族或地主的勞動，而且縱在物物交換的關係上，其勞動關係亦表面的表現於交換者之間。不過在全生產物當為商品而生產，而且當為社會的交換的近代社會時，則此種勞動關係，並不這樣表面的表現出來了。

所以間接勞動關係可以叫做商品生產社會之勞動關係的特殊性。這關係在另一方面，算是近世法律形態的基礎。茲考察於下：

第二 間接勞動關係與契約——近世法律形態的形成

間接勞動關係之法律的形態，表現於契約的關係上面。商品生產社會的勞動關係，如上所述，是間接的勞動關係，所以商品生產社會之法的形態，可以說是表現於契約的關係。然則商品生產社會之法的形態何以表現於契約上呢？（註一）

原來在商品生產的社會中，勞動生產物，是互相社會的交換的。在這種場合，生產物並不直接在市場上自行交換，仍然需要保護此生產物的所有者，而販賣者又必須在市場上尋覓購買者，所以物的交換，僅在以人的行為做媒介時，纔有可能。但是人類的行動是意識的，結果商品交換是以人類的意識做媒介，即各自用當事者的同意互相讓渡生產物，因此從主觀方面看，是表現於人的自由意思的契約關係了。在此場合，各人是物的所有者，換句

話說，就是僅以物的代表者而存在的。而物的關係在法律上，不過當做契約的關係而表現而已（註二）。何則？所謂法律上的契約，就是「欲使法律上的效果發生的二個以上當事者之意思的合致，其中要素，一是兩個的意思表示，一是必要此兩個意思表示的合致」（註三）。這是法律行為最典型的形態。所謂法律行為，在今日法律學上，是指「法律對欲使發生一定的法律上效果的意思，而使發生其意欲的法律上的效果」（註四）。所以意思算是法律行為上最必須的條件。如果不拘有無意欲，而賦與法律上的效果者，便不得稱為法律行為了。但是今日的法形態，何以以意思做基礎呢？這如前述的一樣，是因為間接的勞動關係，形成物的交換的形態，而且物的交換，僅以人類的意志做媒介時，纔有可能的。因此像這種間接的勞動關係，在人類自由意思的契約關係上，便是法的反映了。再詳細些說，商品生產的社會，如前述的一樣，大概是商品所有者的社會，換言之，即生產過程上的人的社會關係，在間接的勞動關係上，從勞動生產物中而形成物質的形態，互相結合而為商品價值。但是商品第一是外界的一個對象，即不過是隨其各種性質而滿足人類何種種類慾望的物而已（註五）。第二，商品是本質上有用的具體的多樣性，在一定的比例上，與其他商品有交換可能的手段，而形成其價值之抽象的性質。但物的本質是完全從人的意思而獨立，當做物的本體而存在的。所以這從生產物的主體生產者而獨立獲得價值，而且其價值的實現，在物的方面，非一人所能進行的，結果便不得不以所有者之意識的意思行為做前提了，這就是法律的契約形態所表現的源泉。

所以從這種見解上觀察，則法律上的關係，例如買賣、交換、承攬、贈與等等的契約關係，都可以說是人類之間接的勞動關係之法的表現了。所以契約關係是物的交換——商品的交換——之法律的反映。而且是人的勞動關係之間接的關係。

但是契約是以兩個意思表示的合致為其要件。意思的合致又以當事者之自由意思活動的存在為其前提。意思的自由是由責任而成立的。責任就是人格的骨子，所以所謂「一切都要自由。無論何人不得妨礙他人的自由，各人在自己的意思上而所有自己的身體」便發生了各人有絕對的自由及平等之今日的法理基礎。換言之，即產生自己人格的純化的及孤立的理念，即個人主義之法律形態的特質，這個特質又是商品生產社會之法律形態的特殊性。

其次，在經濟的上，物的社會性，僅在抽象的商品中所包含具體的勞動之一般的價值時，纔能表現出來，同樣在法律上，法的關係的社會性亦僅在抽象各人具體的多樣性之一般人的抽象的權利主體時，纔能表現出來。民法第一條的原則，「私權的享有，始於出生」，不過規定這種抽象的權利能力而已。這權利能力，就是平等及自由（註六）。再具體的說，在自由及平等上的人，是用契約的形態而結合關係的，勃拉里奧魯所謂「今日法律組織上，除了制定法及契約以外，會發生權利義務關係的其他淵源，便不存在」（註七）的一段話，就是商品生產社會顯著的例證。所以自由及平等是商品生產社會之形式的抽象的一般性，即法的形態的指導原理。但是這自由及

平等不過表示對勞動生產物之人的一般的關係，在法律上則表現爲物之抽象的所有（占有）關係。所以商品交換，是以此種各自的所有做前提的。商品社會的所有的對象，就是貨幣，商品，生產手段及生活資料。生產手段是一種可能的生成過程的商品。生活資料可以看做人的生產手段（勞動力）的生產手段（即生的生產及再生產的手段），這與前者相同，因爲其主要的形態，是商品及貨幣。但商品的所有權及貨幣的所有權，在其本身是毫無意義的，僅在交換過程上，纔能實現牠本來的使命，即實現使用價值。這種的關係，在法律上，當所有與契約結合時，纔能完成牠的作用。換句話說，契約僅在所有的絕對性的推論上，纔能表現出來（註八）。

要之，商品交換的關係，在法律上是表現於意思關係，即依照契約形態的法律關係。但這種關係是承認商品相互間的私有。所以私有關係與契約關係，構成不可分離的統一體。所謂所有關係究竟是什麼呢？這是此後亟須研究的問題，我將敘述於次章裏。

其次，近世法形態是以契約自由做基礎的。但是契約自由的要點，是根據於間接的勞動關係上那一點呢？即根據於商品生產社會的勞動關係上的那一點呢？這問題究竟就是研究商品形態的反映上的法形態的特質。茲先考察契約自由的概念是怎樣，所謂契約自由，就是負擔給付物，或自己的勞務於他人的義務而使發生履行強制的法律上效果的自由。這在私法關係上，是包含個人取得權利與義務，在原則上，根據個人的意思而且個人意思的活動，在原則上是自由的這些的理論。厄林泥客名這種自由爲主觀的公權（Subjektiv öffentliches Re-

cht)上的權利的一種(註九)。這非積極的自由權，乃是消極的，換句話說，並非對國家的積極的行爲的請求權，只是國家不行爲的消極的權利而已。普通所謂積極的自由時，是指國家構成的自由，而消極的自由則關係個人的自由，有時又用一般所謂人權(Allgemeines Menschenrecht)，這個術語來表示(註一〇)。契約自由就是這種意義的消極的自由，但這自由的要點與商品形態有怎樣的關係呢？茲先將商品形態的發展與契約關係的沿革，作對照的研究，以明其究竟。以下試簡單說明牠的概觀。

倘如學者的見解，文化民族的歷史上最初的社會形態，是自然的發生的共產體，則此種社會的勞動生產物，決不當做商品而交換了。此時我們還不能發現法律上契約的形態，例如縱在今日的法制，對夫婦財產制度，採取一般共產制的場合(註一一)，亦不存在的。但是個人的生產物，超過各自必要以上時，即產生剩餘生產物時，無論是偶然的，或是規則的，都發生了生產物的交換，這大概是商品交換極乎初期的端緒。這種交換的關係，如上所述，是承認生產物各自的所有。但是商品生產，發展了超過一定程度以上時，牠的種類及分量便愈多，因之便需要一般等價物，以交換此種商品，換句話說，即發生了貨幣。原來貨幣是抽象各種商品的一切品質的差別，而以自身爲一般的平等標準，同時貨幣自身是具體的存在，並非單純抽象的存在，所以依貨幣的商品交換，在法律上便反映了自由及平等之人的一般權利能力，而且商品流通上所表現的商品交換，在法律上，則表現於買賣，交換，贈與及承攬等等的契約關係。

像這種商品生產上的商品交換乃至契約關係，雖然行使於古代的奴隸時代及中世的農奴制度時代，但在當時卻沒有多大的重要。迨至近世資本主義的生產社會，商品生產及商品流通，便足以發展，人與人間的社會的連絡，幾乎形成了一切商品交換的關係，從前從屬的地位，便轉化為主要的地位了。商品流通發展的結果，在法律上便表現於契約自由的原則，這就是如猛氏所說的一樣，中世時代，身份的關係是主要的，而且「目的契約關係」不佔重大的地位；但迨至近世的社會，則發現在「從身份到契約」的標語之下，所表現的法的進化了，換句話說，「在今日我們所屬的時代的一般命題之中，現在的社會與以前的社會的主要區別，是視乎契約在社會上所佔的範圍的大小而定的」（註二）。

這樣近世社會的商品生產，乃至商品交換關係，便構成了最基礎的和最支配的經濟的關係了。同樣，契約關係，在近世法的體系上，亦不能不成為最基礎的支配原則。這點上面已經說過是很顯著的。所以近世社會是對封建國家而要求不行爲請求權的契約自由。

上面所述的，是單純商品生產過程的考察，即單純的間接勞動關係。這是上述的商品↓貨幣↓商品的循環的過程。而債權行爲的買賣及其履行行爲，當同時行使，則在契約關係一度終結時，便告實現。例如在現實的買賣時，債權關係便告終了。但是有的場合，販賣者，不即刻要求代金的貨幣，而有的場合，購買者亦不能即刻交付代金時，信用關係的債權關係，因之成立。此時貨幣除有流通手段之外，還有支付手段的職能。所以在貨幣之下間接的

勞動關係更呈着間接的性質，好像沒有勞動關係的基礎一樣。於是乎關於行爲的契約（承攬，雇傭，委任等）並關於買賣及交換等等之物的契約，似乎表現着不同的形態。其實其中都是間接的勞動關係，往往被人所輕忽了（註一四）。這樣，近世社會法律形態的獨立化便發生，而與此根本的經濟關係，沒有何種關係的自立的法律形態的幻想亦因之發生。這是商品魔術性之法的反映。

以上所述的，就是商品↓貨幣↓商品的循環的過程，換句話說，即單純的商品過程，再申言之，即爲購買起見而販賣的過程。但是以這種構成的社會做基礎，便發生特殊典型的人物了，即特殊的流通的典型，就是商人——商業資本家。同時又是

G—W—G'

的過程。在其中，後者的貨幣比較前者貨幣大，這是重要的特徵。從來是商品↓貨幣↓商品的過程，前者的商品與後者商品的使用價值不同，其中是與貨幣結合。但這裏在商人方面，前的貨幣與後的貨幣是同質的，問題僅在量的增加，其中是與商品結合。所以在商人方面，貨幣的所有權發生意義時，僅限於有「剩餘」的時節。這裏在貨幣之外，便發生了資本的貨幣。這就是中世商人法的成立，及從商人法而形成一般化的商法的根據（但這裏的目的並非研究商法，所以我不欲深入此問題。）但是從前高利貸的消費，貸借，即

G—G'

的過程，並非不存在的。不過這是從貨幣轉化為較大的貨幣的直接的收奪的過程，換言之，即前資本主義的過程。（請參照次節。）

同時又發生了前期資本主義之原始的收奪過程即積蓄的過程，（這裏有說明市民國家的發生及其機能問題的必要，但因為是屬於國家論的問題，本著只得從略。）從來用自己生產手段而進行生產的直接生產者，便從生產手段而分離了。是沒有所有的大眾——即自由勞動者——登台的序幕，因而構成資本主義生產的基礎。在這種情形之下，一方面所有，他方面非所有兩者結合時，便發生勞動力的商品化。商品化的勞動力的勞動關係，就是從屬勞動關係，因而形成勞動法的基本的勞動關係。我們現在已到達了從屬勞動關係的問題了。茲於次節中考察從屬勞動的關係。

(註一) Marx, Das Kapital, Bd. I. O. 53.

(註二) 契約有兩種意義。第一廣義的，是指發生私法的效果，為目的合意，申言之，即英法兩國法律上所謂的合意。第二狹義的，是指以成立債權為目的合意。一般所謂的契約，屬於後者，但本文則用前者的意義。（參照鳩山博士「日本債權法總論」上卷四頁，末弘博士「債權各論」二〇頁。）

(註四) 穗積博士「民法總論」二八一頁，我妻教授「民法總則」三四七頁。

(註五) 民法第八五條「本法上所謂物，乃有體物。」關於本條的物，民法學者間，有的解釋做物理學上全部的物，有的則僅認為人類能夠支配的物；但我採取後者的說。所謂人類能支配的意思，是指有滿足人類何等效用性質的物。

(註六) 請參照第一章第三節「資本主義社會的基本理念。」

(註七) 勃拉里奧登「民法論」(八〇六頁)。

(註八) 牧野博士在「法律與生存權」八四頁中，引用如「威尼斯商人」所見的謝伊羅克的文句曰：「契約是所有權絕對性的推論。」我對這點，和博士的見解一樣。平野義太郎氏在其所著的「法律的階段爭執」(九八頁)，亦有同樣的敘述。

(註九) G. Jellinek, System der Subjektiv öffentlichen Rechts S. 60.

(註一〇) Potthoff, Problem des Arbeitsrechts, S. 105

(註一一) 夫婦財產關係，倘從所有權關係的方面觀察時，則有(一)財產統一性。(二)財產共產制。(三)財產分離制。此外在法制上還有契約財產制和法定財產制。在瑞士民法第一七九條，德國民法第一四三二條及第一三六三條，日本民法第七九三條以下的規定，設立各種不同的制度，而在法定財產制中，有分離主義和統一主義的區別。統一主義又設立(1)共產制，(2)統一制，(3)嫁資制。例如荷蘭在一般共通制上，形成夫婦的共產，瑞士根據所得共通制，法國則根據動產所得共通制。此外，採取動產共通制度的國家亦不少。在這些共有的場合，商品交換關係不存在於夫婦之間，同時契約亦不存在。

(註一二) Maine, Ancient Law, P. 270.

第二節 從屬勞動關係

我們已經把勞動關係區分做直接的和間接的兩種而考察了這關係，當然是歷史的典型，並非從屬的不由關係，乃是表示其中完全相互自由平等的關係。間接的單純勞動關係亦係同樣。間接關係之一的表象，大部份依存於貨幣發生時，但是貨幣可以私有的，因之發生生產手段的獨佔。所謂生產手段的獨佔在另一方面看，就是大眾從生產手段而分離的意思。所以非所有者除與所有結合之外，沒有其他生存之路。（人類沒有物質不能維持其生存的，確是歸約聖經中的神招致失敗的原因。）因此沒有物品可賣的非所有者，不得不賣其勞動力了。勞動力的商品，與一般商品不同有兩種的意義，而對勞動力的所有者，則為

$$W \text{---} G \text{---} W'$$

的單純商品過程，但在買主的資本家，則為

$$G \text{---} W \text{---} G'$$

再正確說是為

$$G \text{---} W \left\{ \begin{array}{l} P \\ M \\ A \end{array} \right. \dots\dots W' \dots\dots G'$$

的過程，即資本家用貨幣購買生產手段及勞動力的商品，依兩者的結合產生了其他的商品，而表現於貨幣的形式。前的貨幣與後的貨幣是同質而異量的，所以資本家的目的，在增加量的方面，進行飛躍與冒險的生產，這兩者的矛盾的對立，就是純粹資本主義社會的特質。此時產業資本家，因之登台，（此處說明利附資本家，金融資本家及地主等等，爲時尚早。請參照後面的敘述。）

這種過程就是勞動力支配的意思。而代表自由平等觀念的貨幣，因其所有的關係，而獨占生產手段，結果社會的權力，歸於私有，自由平等的觀念，適得其反了。這所有關係就是從屬勞動關係的淵源。這個問題後面當再敘述，這裏先研究從屬勞動關係之法的構成。

按今日勞動法學者的一般的見解，勞動法就是規律從屬勞動關係的法。然則研究從屬勞動關係的本質怎樣，結果就是勞動法的基本問題。原來從屬勞動關係，是資本主義社會的勞動關係，不外前面的方程式中所說的兩個矛盾對立過程的統一物。本節的目的，在說明德國勞動法學者的見解怎樣，並我們應該在法律上怎樣說明而樹立其體系。

現在在次序上，我將第一對隸屬勞動關係的沿革，下個概說，第二介紹關於從屬勞動關係的本質的學說，最後纔敘述我自己的見解。

第一款 勞動關係之史的考察

——隸屬勞動關係的沿革——

隸屬勞動關係，據一般的見解，就是資本主義社會的隸屬勞動，即與從屬勞動關係有所區別的。世人對隸屬勞動關係的沿革，皆就勞動關係的發展和勞動契約的沿革上考察。所以著者亦用勞動關係之史的考察這個問題，來說明隸屬勞動關係的沿革。人類的勞動關係，有綿長歷史的隸屬勞動關係的發展，所以應用勞動關係這術語，決非不當的。基魯克的名著「雇傭契約的起源」中（註一），關於勞動關係之史的發展上的法律的考察，為一般勞動法學者所推崇（註二），但我則不能贊同德國學者的見解。其理由將在本款裏說明。本來這個問題，一般認為屬於勞動契約的發展問題，而敘述於「勞動契約」內，但在此處，我則把牠當做從屬勞動關係的前史而說明。茲先介紹勞動法學者的學說，次則加以批評，最後纔說明我自己的見解。

（註一）末川博士將基魯克的「雇傭契約的起源」題為「雇傭契約發展之史的考察」，作有益的介紹（同博士著「民法上特殊問題的研究」二卷四五三——四九八頁）。

（註二）Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 37-47; Matthaei, Grundriss des Arbeitsrechts, S. 1-8; Pothoff, Wesen, S. 34-42; Arbeitsrecht, S. 9-11; Kaskel, S. 48-51; Hueck = Nipperdey, S. 109-113; Rosenkranz, Das Neue Arbeitsrecht, S. 11-15。以上各種著作中的考察，雖有多少不同，但大體是根據基魯克的見解。Richter, Arbeitsrecht, 1930. Einleitung

XV-XVII 並美國的 Commons = Andrews, Principles of Labour Legislation, pp. 35-48 中的敘述，與這些見解，大略不

同。次項將詳細介紹這些考察。

第一 關於勞動關係發展的各種見解

勞動法學者對勞動關係的發展過程的見解，可以分爲次述三種代表的立場。第一，即刺斐基魯克的見解，承認羅馬法思想和日耳曼法思想的不同的體系，而分別考察其發展過程。其中代表的立場者，有卡斯客魯，休客，利拍台及波底河夫諸氏的見解。第二，是根據勞動關係的平面的形態的差別，而考察其各種形態，英美法學者，盛唱此說，柯母門茲及安底療斯等採取此見解。第三，承認自由人與不自由人的對立，考察勞動者之法的立場的發展，其中主要的，是根據智爾拍蕭米脫的思想。我們現在考察這三種代表的立場，而敘述勞動法學者對勞動關係之史的發展怎樣的解釋（註三）。

（註三）孫田博士大部份根據第一的立場，而且很多根據卡斯客魯的敘述。

（一）從羅馬法及日耳曼法的對立的發展上而考察的見解。

這就是根據卡斯客魯，波底河夫，厄魯托滿，休客，利拍台，羅正苦蘭茲諸氏的見解，而且刺斐基魯克的學說。如上所述，這些立場，承認羅馬法思想與日耳曼法思想的根本的差異，特別重視這兩種思想，影響於現代法律的形態，而考察勞動關係的發展過程。基魯克氏大概亦抱着同樣的見解，這是德國主義者的立場，而又帶着歷史法學派的色彩的。（請參照第六章。）但是根據此立場的學者之間，在敘述的次序上，雖未必一致，有的學者，把牠分做

六階段，有的則主張四階段，或五階段（註四），而其中根本的見解，則大略相同，所以以下根據六階段的立場而考察。

（註四）卡斯客魯主張六階段的區分，即（一）古代法的勞動關係，（二）羅馬法的勞動關係，（三）日耳曼法的勞動關係，（四）羅馬法的繼承時代的勞動關係，（五）近世法的勞動關係，（六）最近的勞動關係。（Kaskel, a. a. O. S. 43ff.）

波底河夫，厄魯托滿，休客，利拍台，及羅正苦蘭茲諸氏，主張四階段或五階段的區分，即省略古代法的勞動關係，而從羅馬法時代起而考察，或則包括羅馬法的繼承時代與近世法的時代於一個階段中。所以這立場與卡斯客魯的見解決非不同的，而將這些綜合一起，而介紹如下，亦未必不當。

我們根據這些見解時，則勞動關係的發展如下所述：

（一）古代的勞動關係

古代的勞動關係，幾乎完全由不自由人去行使，換句話說，即奴隸勞動關係。據柯拉及安格那底的見解，這種場合的奴隸，與在父母或兄弟家長權（Muntwalt）支配下的同族（Hauskinder），共同構成了一個大家族（註五）。這奴隸的主人，便可所有奴隸了。（此處所有的概念，是人的支配——請參照第四章第四節。）而非奴隸所有者的自由人，使用他人的奴隸時，自由人間的法律關係，便告成立。在此場合上，而奴隸是一種物品，而有租賃（Sachmiete）的形態，換句話說，即勞動的人類與動物的租賃間，在法律上沒有絲毫的區別。這租賃是為某種特

定目的而行使，所以租賃費用，大部份用穀物或銀，有時在特定扶養契約上，則用聖油，飲食及衣服等，而這種賃費有的場合，則部份的交付。就是柯拉和安格那底所謂負擔供給收穫人夫的義務者，倘自己要奴隸的承租時，奴隸縱受領一部份的酬金，還要採取「勞動媒介」的形式（註六）的。

替他人做勞動和不自由的地位，兩者常常結合一起而觀察的。所以這種研究方法，亦可適用於自由人勞動給付的場合，這是在不自由的地位上，根據同一的法律形態，例如在此時代的自由人雖得參與農業及船舶勞動的場合，但自由人的有償勞動給付，是與固有的或承租的奴隸勞動，用同一形式而處置的，縱在伯比倫法，希拉法乃至嚇魯尼謝法，都有共通的現象（註七）。這種形態，大概是根據從奴隸的主人而承租奴隸與從自由人而承租彼自身或出賣其本身的同一法律形態的奇特觀念而來的。例如A（自由人）從C（自由人），在一定的目的及價格而承租其奴隸B時，則與A（自由人）從B（自由人）而承租B本身，屬於同一的法律形態（註八）一樣。這種勞動關係的繼續中，以自己當做奴隸的自由人的不自由思想，有時亦根據上述的形式。這就是自由人，在消費貸借（Darlehn）的形式之下，受領其勞動給付的報酬，而在勞動給付的期間中，當做債奴（Schuldrechtsschalt）而讓渡自己的法律形態。像這種自己的奴隸，其後變為自己的租賃（Selbstvermietung）而且構成自由勞動契約的過渡形態。所以柯拉及安格那底說，從自己奴隸而產生的雇傭契約的形態，是世界的性質（註九）。

（註五） Kohler = Ungnad, Hammurabis Gesetz, Urkunden Nr. 556, 561, 564.

(註六) Kohler=Ungnad, a. a. O.

(註七) Lipsius, Das attische Recht u. Rechtsverfahren, S. 760ff.

Costa, Memorie der Akademie der Wissenschaften Zu Bologna, Serie I, Bd. 6, S. 63-76.

(註八) Kohler=Ungnad, a. a. O., Bd. 3, Nr. 548, 551, 556, 560, 567, Bd. 4 Nr. 1008, Bd. 5 Nr., 1174.

(註九) Kohler=Ungnad, a, a, O. Bd. 3, S. 243.

附記 本文所述者，大部份根據卡斯客普的勞動法。卡氏以爲自由人的勞動關係的發展形態，是今日勞動者的勞動關係的起源，並非不自由人的起源。卡氏的目的，是在朦蔽重大的事實。關於這些批評，將在後章敘述。

(二) 羅馬的勞動關係

今日的勞動契約，雖有羅馬法的背景，但羅馬時代，與古代一樣，亦有同樣多數的奴隸存在。而構成今日勞動契約的重要部份的勞動，在此時代，幾乎是完全由奴隸去行使的。

但無論何種契約，奴隸都不能締結的。何則？奴隸是法律上的目的物，而非主體，所以奴隸不過附屬於有處分其勞動力的主人，因之像今日意義的契約關係便不存在了。如果奴隸的主人，爲第三者起見，而使奴隸給付勞動時，租賃(Locatio Conductio rei)的關係，雖然發生(註一〇)勞動契約亦不存在。

(註一〇) 羅馬法的 Locatio Conductio 制度，在今日的法制，總括於完全不同形態的租賃 (Locatio Conductio) 雇傭 (Locatio

Conductio Operarum)及承攬(Locatio Conductio Operis)等等。

這樣，羅馬時代的奴隸，幾乎完全被看做與物一樣，同時又類似家畜的租賃，而當做物的租賃，所以為他人供給奴隸的勞務而受領工資時，法律上的目的物，就是奴隸本身，勞務不過奴隸之物的果實。被解放的奴隸的勞動義務——這種義務，是在解放後被雇傭於其保護者的義務——亦與固有的自由勞動契約，有根本的區別。

但自由的勞動契約的形態，亦存在於羅馬法上，即獨立的法主體的自由人，對他人而提供勞務時的契約。這種契約，有三種不同的形態（一）Locatio Conductio Operis，（二）Locatio Conductio Operum，（三）Mandatum。

這三個契約形態的區別，雖不大明白，而其委任的對象，至少在起源上，是不對價的勞動給付（註一），其他兩個 Locatio Conductio 的形態，則為有價的勞動給付。委任 (Mandatum) 在後世當做謝金 (Honorarium) 使受領其報酬，這僅在 Extraordinaria Cognitio 形式的特別審理手續上纔能存在。倘在普通法律上的請求權便不能成立了。但委任的對象，與其起源一樣，僅限定於上級人民的勞動，即構成上級的勞動 (Operae liberales)，而不構成下級勞動的 Operae Sordidae quae Locari Solent。這種服務，在發生上，是與奴隸地位相似的人和奴隸關係的一個形態，即在 Locatio Conductio 形式之下，而提供勞動（註二）。

（註一） Mandatum 不承認今日的有價的委任（日本民法六四八）因在原則上，這是無價的。而德國民法第六六二條並日本民法第

六四三及六四八條，雖在原則上，明明是無償的，但在委任上，則認為有償了。但羅馬法的立場，與此完全不同。

(註一四) Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. 109.

羅馬時代，對上級人民的勞動 (*Operae liberales*)，關於下級勞動，用「常常租與的下級勞動」 (*Operae Sordidae, Quae locari, Solent*) 的觀念，這在普通法時代的文獻，是叫做 *Operae illiberales*。(Molitor = Hueck = Riezler, *Der Arbeitsvertrag*, S. 5 ff.)

委任 (*Mandatum*) 與 *Locatio Conductio* 的差異，前面雖已說過，但後者包含兩個形態，即 *Locatio Conductio Operarum* 和 *Locatio Conductio Operis* 的區別，類似今日的雇傭契約和承攬契約。前者是把勞動本身做對象，後者則以勞動權做對象(註一三)。但兩者的區別，在羅馬法上如在今日一樣，是非常困難的，而學者間的區別方法，亦未見一致(註一四)。

羅馬法對近世法最重要的影響，就是有償的勞務契約的兩個構成，即不區別雇傭契約與勞動法上的勞動契約，因為羅馬法將兩者包括於 *Locatio Conductio Operarum* 的一個形態之下。今日的民法，雖長久受這種觀念的影響，但今日的民法與羅馬法亦有不同之點，這就是羅馬法雖用類似雇傭契約這個名稱，而在實際上，則將 *Locatio Conductio Operarum* 當做與租賃 (*Locatio Conductio rei*) 同一的形態 *Locatio Conductio*。換言之，即將自由的被傭者的勞動力與奴隸及牛馬的勞動力同樣的租賃，再申言之，即將自由人的勞動交易，當

爲純粹的債權契約一樣，所以在完全輕忽人格法上的要素的一點，與今日正在發展的法律形態，顯然不同了。

(註一三) 前面已經說過 *Locatio Conductio* 的形態，包含三種的格式，但是何以這三者包含於 *Locatio Conductio* 的形態中，則有上述的假定。 *Locatio Conductio* 的起源，大概發生於農業的時代的家畜租與，而在市場上行使的，即家畜所有者，將家畜陳列於市場上 (*Locari*)，凡欲利用家畜的借主，從市場上來拉家畜而去 (*Conducere*)，所以貸主是叫做 *Locator*，借主叫做 *Conductor*。奴隸及同族亦用同樣的方法。至於自由人尋覓工作時，亦到市場去找借主，所以勞務者，叫做勞務的貸主 (*Locator*)，而雇主即借主，叫做 (*Conductor*)。這樣今日的租賃及雇傭都被看做 *Locatio Conductio* 了。但在類似今日承攬的 *Locatio Conductio Operis* 下，而完成工作者，即承攬人是叫做 *Conductor* (借主或 *Redemptor Operis*)，而對工作的結果 (*Opus*) 給於報酬的定購者，叫做 *Locator* (貸主) 所以 (*Locare*) 及 *Conducere* 的本來的語意，與雇傭的場合相反。但這種說明，在此場合，不大妥當。遂有上述的解釋。即定購者，將工作及其必要的材料提出或陳列 (*Locari*) 於勞動的市場，承攬者從中承攬工作，將材料帶回家裏 (*Conducere*) 因此定購者叫做 *Locator*，而承攬者，則叫做 *Conductor*。還有人謂承攬的起源，是由飼養他人的家畜而來。承攬人將家畜拉入牧場，因之叫做 *Conductor* (Sohn, Institutionen § 82 Anm. 9; Heilfron, Römische Rechtsgeschichte § 93, Anm. 2; Chrome, Grundzüge des Römischen Privatrechts, § 38 III.)。

Dernburg, Pandektenrecht, II § 110.

(註一四) 按後世的羅馬法，凡在雇主命令之下而勞動的被傭者，有服從的義務，這是根據 *Locatio Conductio Operis* 與 *Locatio Cond*

uchto Operarum 的差別上的見解。(Molitor, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht Bd. 87, S. 37f.) 墨利托魯這
種的思想，如果是正確的，則類似今日勞動法上的自己決定的勞動與他人決定的勞動兩者的區別了。(Hueck II Nipperdey,
a. a. O. S. 110.) 請參照次款的「從屬勞動的本質」。

(三) 日耳曼的勞動關係

古代德國法的勞動關係，在體系上，與羅馬法的勞動關係完全不同。古代日耳曼有多數的不自由人，勞動由不自由人去負擔(註一五)，但日耳曼法與羅馬法在發展上却正反對，其自由的勞動契約，並非從不自由人的勞動而構成的，因為從其最初的發展起，便承認法律上自由人間的間有人格法上的關係，即所謂忠勤的契約 (Treu dienstvertrag) (註一六)。

(註一五) 古代的日耳曼法與羅馬法一樣，亦有不自由人的租賃，猶如不自由人被讓渡或被質的情形一樣，其勞動的租與，與羅馬法無異的。這不但在西高托的法律及關高伯魯托的法律有其證據的存在，而且將雇傭叫做 *Miete*，*Heuer* 或 *Dingen un John* 與物的租賃 *Sachmiete* *Heuer*，*Dingen* 用同語或同種表現時，亦甚顯明的。

(註一六) Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages, S. 40 ff.

在古代德國的日耳曼時代，乃至佛蘭克時代之間，奴隸的地位是很高，大概是半自由人的性質，雇傭亦非羅馬法的勞動租賃，但雇傭契約的起源，並非勞務使用，乃是忠勤契約，所以在其發展的起源上與羅馬法完全不同。

了。

所謂忠勤契約，就是紀元第八九世紀間所發生的，即從主君（Gefolgsherr）與家臣（Gefolgsmann）間所締結的契約發展而來的。家臣不受法律上人格的禁止，他一方面服從主君的勤務，他方面則有受保護、扶養及代表的權利。所以其關係，類似主人與臣下間的親族法上的關係，換言之，即雙方以忠誠所結合的關係。這種關係，最初決非債權法上的關係，乃是以身份法上的關係做基礎的（註一七）。所以臣下對主人的勤務的義務，當然是從身份法上的關係而來的，同時主人對臣下亦有義務，兩者是站在相對立的關係上面。在這種方法上所結合的忠勤契約及勞動給付的義務，雖然僅在身份法的關係上，纔能十分滿足其機能，但不久之後，便包括於債權法上關係所發展的機能中了（註一八）。

忠勤契約最初應用於高級的勞務，戰士的勤務，及官吏的勤務等等，其後纔應用於下級的勤務，尤其僕婢（Gesinde）的勞務（註一九）。

（註一七） 主人與臣下的忠勤契約，是在手與口（Hand u. Mund）的儀式的形式之下而舉行的，因此在主人方面，發生了 *Muntgeval*，而在臣下方面，便發生服務與勤務的關係了。所謂手與口的意思，就是充當臣下者，為證明他是寄托自己於主君權力之下，便在主君之前跪下，伸出兩手，同時主君為證明他是在自己保護的範圍內，亦伸張兩手，並贈給物品。其次，其口頭的儀式，是由兩當事人，互相宣誓，臣下先發誓而後才及主君。在這種形式之下，忠勤契約便締結了。以上就是「口與手」的意義。但我們以為這與其說

是債權法上的關係，無寧是繼續的拘束人與人的身份法上的關係。(Clerke, a. a. O. 7, 40)。

(註一八) Kaskel, a. a. O. S. 50; Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. 109

(註一九) Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. 110.

忠勤契約跟着中世紀的發展，漸漸轉化為債權法上的雇傭契約，身份法上的關係因之消滅，而勤務的受諾，在其本質上，便形成了契約的內容了，但是我們却不得忽視這債權法的雇傭契約，在其起源上，亦有身份法的濃厚的色彩。因為雖然在這個時代忠實義務依然存在於兩當事人間，例如僕婢對主人的服從義務，都是勞務關係的結果，並非其中關係的基礎。而況身份法的關係，還殘留於今日的法律內，我們更不能輕忽身份法的關係了。這究竟是德國固有的精神，非強固羅馬法思想的影響，能夠完全破壞的。(註二〇)。

(註二〇) Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. III; Pothoff, Der Rechtscharakter des Arbeitsverhältnisses, S. 1.

其次，日耳曼法這種的特徵，又給與今日的勞動契約法以重大的影響，結果便按其被給付的勞動種類而發生了勞動契約的特殊化，換句話說，即適應各個的職業地位 (Berufstand)，而構成特別的勞動契約，其中最古的形態，算是僕婢契約 (Gesindvertrug)。從僕婢契約逐漸產生手工業的勞動契約 (Gewerbliche Arbeitsverträge)，(即主人與職工間的契約)，商業使用人，坑夫，水夫，官公吏，傭兵種種的契約關係(註二一)了。

原來僕婢契約，據基魯克的見解，在十三世紀時，已經萌芽，據說在查客森斯皮倪魯 (Sachsenspiegel 1225)

之中，這種淵源，亦已存在。休勃那氏曾說，德國古代的大家族制度，在此時代，已漸次崩壞，家長及其隸屬的同族，半自由人，及奴隸等所組織的經濟的單位的時代，已經過去，而在家長權支配之下的經濟，宣告停止時，各戶便需要勞動的自由人。同時都市及農地亦因其必要，而需要奴婢，僕婢及職工等等，自由人便被雇為都會家庭的僕婢，農家的奴婢及主人支配下的職工（註二二）了。在這種契約上，格茲因底（註二三）雖然服從家長的命令及懲戒，而其基礎却是債權關係（註二四），與忠勤契約不同的。

這樣看來，縱在債權關係上，身份法的關係還是濃厚，而且從格茲因底而產生的職業階級的勞動契約等等，都特別給與今日的勞動法以重大的影響（註二五）。

（註二一） Kaskel, a. a. O. S. 50; Hueck = Nipperdey, a. a. O. III.

（註二二） Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, S. 545.

（註二三） 格茲因底譯為僕婢或奴婢。我則依照末川博士的譯語而譯為僕婢。

（註二四） 卡斯魯魯，休客，利拍台及墨利托魯等的勞動法學者，根據基魯克的見解，說僕婢契約是以債權的關係為主，而以身份的關係為從。他們以為身份法上的支配關係，不是發生勞務關係的原因，乃是勞務關係的結果，換句話說，身份法上的關係是當做勞務契約的從屬而發生的，而契約基礎的勞務關係是與命令服從關係相隨伴的，所以僅在與此相隨伴的範圍內，才被承認。反之，波底河夫則謂第十三世紀的僕婢契約，倘如基魯克的解釋，是錯誤的，他以為這雖在僕婢契約上，其中心的本質，却是身份法的關係。

不過從這種身份法的關係，而發生勞務對報酬的債權法的觀念而已，所以根本上，並非債權法的，乃是身份法的性質。美國柯門茲及安底癩斯在其共著的「勞動法原理」中的見解大體與波底河夫相似，據他們的解釋，主僕勞動的時代，是從以前的奴隸勞動的時代進化而來的，其中主人對僕婢之間，雖然發生相當平等對立的關係，可以看做今日契約自由上的一個發展階段。但其中心的觀念，都是身份法的關係，並非債權的關係，同時勞務對報酬的關係，亦僅僅附屬於忠勤契約之上纔能發生。據赫孟（Heymann）的見解，英美法系與德國法系有相當區別，在原則上，英美法系的雇傭契約，並非固有的債權契約，乃是主僕的關係，所以婚姻及父子關係，統統屬於親族法的範圍內；但德國法系則與此不同。波底河夫對這個問題，如舒丹木拉所指摘的一樣（Stammeler, Schuldverhältnis im Handwörter buch der statswissenschaft, Bl. VII, S. 328）。他主張普魯士普通法及十八世紀初葉的學說，縱在德國，亦把僕婢法包括於親族法中。而基魯克自己亦承認在英國法上，雇傭契約大部份非債權關係，所以波氏以為基魯克在此點上亦是錯誤了。（Pothoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts S. 34. Commons-Andrews, *ibid* P. 40; Heymann in Holzendorff-Kohlers Enzykli I. S. 831。）孫田博士對此點是根據卡斯客魯的見解（博士著「前揭書」一四四頁）我想波底河夫的見解，在此點上，是正常的。何則？以債權關係為主，而以身份關係為從的法律形態，大概是將勞動當為商品從交換過程而發生的現象，這就是資本主義社會的勞動關係。倘在封建的社會，勞動還未形成一個商品，這種勞動卻不過是從封建社會到資本主義社會的發展過程上，漸漸進入商品化的時代而已。反之，如果我們承認這是以封建社會的身份關係為主，而以商品交換的債權關係為其從屬地位的見解是妥當的，同時如果我們又承認在這時代，資本主義

的法律形態已經萌芽，這種見解，亦是妥當的，則我以為基魯克的見解，雖然不錯，而忠勤契約不得認為是從完全不同的形態發展而來了。

(註二五) 卡斯魯魯、休客、利拍古及墨利托魯諸人，以為身份法的關係，特別存在於僕婢契約的債權關係中，因此這是德國固有的思想。他們的見解，大概根據基魯克的思想。但我以為將勞動法的精神，歸於德國固有精神的復活，不甚妥當。此節將敘述如下。

(四) 羅馬法繼承時代的勞動關係

德國雖在十四世紀至十六世紀之間，承繼羅馬法的思想，但在這繼承（Reception）的時代，德國從來的法律形態，並不受多大的影響的。不過羅馬法的 Locatio Conductio 並 Operis I. C. Operarum 的形態，却構成其理論，同時在這種影響之下，勞動的租賃並勞動對報酬的觀念，便放棄其從前的日耳曼的思想，而將雇傭及承攬看做與租賃一樣，統統包括於同種類的概念中。普通法時代的理論至最近止，亦保持這種的立場。威底射底說租賃（Miete），是構成於貨幣使用的評價上，所以以物的使用做對象的租賃，叫做「物的租賃」（Sachmiete），而以勞動力使用做對象的租賃，叫做「勞務租賃」——雇傭——（Dienstmiete）（註二六）。但其實，這僅能適用於偏狹的範圍，何則？雇傭契約的特別的形態，是對一切重要的職業，而構成爲特別法的，這種特別法上的規定，一直從普通法的時代起，繼續到最近止。（一九一八年一月一二日）（註二七）。而況這特別法，僅見於從來德國法上的發展，牠不能使規律古代奴隸經濟的羅馬法，充份補充完全不同固有的勞動契約形態的日耳曼法上的構成。

馬法雖然在債權法的租賃上，規律勞動關係，但日耳曼法則在身份法上的關係而規律的，所以特別法的勞動契約的形態，是呈着日耳曼的雇傭契約法的濃厚的身份法色彩。這些特別法規規了僕婢勞動，手工業勞動，坑夫勞動，水夫勞動等等，算是今日營業條例，鑛業法，海法等等的前身（註二八）。

這樣看來，在羅馬法繼承的時代，日耳曼法之固有的思想是與羅馬法的理論並存了。因為羅馬法的理論，還未形成十分完全的形態，而對實際的生活，亦沒有重大的影響，所以日耳曼固有的精神，在特別法的形態中，依然充滿着勞動契約的範圍內（註二九）。

（註二六） Windscheid, Pandekten, § 399.

（註二七） 僕婢條例被一九一八，一月二日的「德國國民代表者會議」的宣言所廢止。

（註二八） 據波底河夫的見解，羅馬法不能充份規律當時德國經濟的生活，所以用日耳曼法律思想上的職業法而規律經濟生活。這在坑夫勞動，水夫勞動，使用人勞動上，表現於固有的勞動契約，而形成今日身份法上的從屬及規律的起源（Pothoff, a. a. O. S. 35; Loening, Arbeitsvertrag u. Dienstvertrag, Handw. d. Staatsr. Bd. I. S. 1169; Gierke, a. a. O. S. 47）

（註二九） Hueck u. Nipperdey, a. a. O. S. 112. 據卡斯客魯的見解，第十九世紀法典的編纂，是採取德國法固有的精神的，廢止勞動契

約與租賃的同一觀念，而且誘致「有償的勞動契約」一類概念（Gierke, a. a. O. S. 507）。換句話說，即普魯士一般法（A.L.R.）是以雇傭契約為行為目的的契約，與國法在「勞務給付的有償契約」之章，而規定工資契約的承擔與雇傭，薩克孫

法則當爲雇傭契約 (Kaskel, a. a. O. 30) 但法國民法則在租賃 (Miete, Louage Douvrage) 上概念之下，將勞動契約與承攬及運送契約共同規定起，當做純粹的債權契約。日本舊民法財產取得篇第二六六條，亦係同樣的性質。這是吸收法國法的思想而來的。

(五) 近世法的勞動關係

原來法國革命時代的自由平等的思想，曾給與勞動的理論以重大的發展，這就是自然法上所謂萬人自由平等的思想。勞動關係因之亦形成對等人格者間的契約，而轉化爲純粹的債權關係(註三〇)。所以規律勞動關係的一切公法的制限並組合的團體，都被廢止，而委於當事人的自由的協定了。這就是契約自由的時代，同時又承認一切的人格，所以如奴隸的非人格者，便不存在了(註三一)。

但是就實際的事實上觀察時，則十八及十九世紀的法典編纂，在勞動契約方面，沒有多大的變化，例如一八〇四年的 Code Civil 雖受羅馬法的影響，而將勞動契約當做租賃，但一七九四年的普魯士的一般法，則把牠統一於行爲的契約之中，而當做有償的勞動契約的一類概念，從租賃的範疇內而分離 (A.I.R.I.I. §86.9H) 了。但這種法典，亦與奧國一般的民法一樣，勞動契約與雇傭契約沒有區別的，不過當做一個特別的形態而已。前節已經說明過今日德國的民法典關於雇傭的規定，還不完全，而且工業條例，商法，海員條例，坑山法，使用人條例等等之中，有重要的特別契約形態的規定。這可以昭示我們今日現行民法，在其組織上，雖受羅馬法的影響，却不能

充份規律勞動的關係，因為民法中所包含的雇傭契約的規定，在全部二三八五條中，僅佔三十條而已，所以一般法上關於雇傭的發展，還未成熟（註三二）。基魯克及孟格對這些立法的草案，曾加以尖銳的批評（註三三）。他們力說這是保護被傭者的必要的，所以我們可以說迄至今日，從屬被傭者的契約並狹義的勞動法上的勞動契約，不過屬於特別法的範圍內而已，但這些特別法，還沒有區別獨立人的雇傭契約與從屬勞動者的勞動契約，其規定的動機，縱是保護後者起見，却仍然採取同一契約形態而包括的保護此二者的方法。此兩者區別的發現，是在一方面，必須包括的規定從屬的被傭者的勞動契約，而且有統轄從來各個特別法上所規律的職業的立法的必要，這就是勞動法發生的動機（註三四）。

（註三〇） Laening, Arbeitsvertrag u. Dienstvertrag.

（註三一） Pothloff, a. a. O. S. 35.

（註三二） 德國民法草案，在全部條文二一六四條中，僅有八條的雇傭條文。草案確定時，在全部條文二三八五條中，雖增加到三〇條，但這三〇條的雇傭規定，一望而知是非常少數的。在日本一一四六條中，僅有八條而已。

（註三三） 這是一般所知道的，基魯克對德國民法草案，從德國主義者的立場而批評，即歷史法學的批評，而孟格則從無產者的立場而加以痛快的批評。

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs u. das deutsche Recht, S. 245.

Menger, Das bürgerliche Recht u. die besitzlosen Klassen, S. 160, ff.

(註三四) Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. 112.

(六) 最近立法上的勞動關係

僱傭契約是對等人間的個人的關係，例如德國民法第六一一條，瑞士債務法第三一九條，日本民法第六二三條所規定的「當事人的一方與對方締結勞務的服務時，對方便要負報酬勞務的義務」關係，就是勞務對報酬之個人的交易關係，亦即十八世紀末季以後的經濟自由主義思想下的法律關係，換句話說，即自由的勞動契約。但是這種發展，完全輕忽勞動契約的身份法上的關係，又將勞動契約，完全構成於債權法上的契約，雇主對被傭者間的君主對臣下的關係，早已不存在，因之完全形成了債權者與債務者關係的對立。其中的權利義務，一方面就是勞務的給付，他方面是工資的支付，所以在這種意義上，近代的勞動契約，是根據羅馬法的思想而來的（註三五）。

但最近從社會全體幸福的新的立場上，便對勞動關係之法的構成，發生新的要求了。即一方面對勞動契約吸收公法的關係，他方面在勞動契約締結上容許國家並勞動團體的參與的方法，換句話說，國家站在社會福利的立場上，為保護勞動者起見，得干與勞動契約，同時自助的救濟法，又跟着勞動組合的發展而發達，從來個人的勞動契約法，便轉化為團體的勞動法了。因此勞動契約的內容，早非僅依照當事人的意思而締結的，因為勞動協

約與勞動組織法的發展，使這種現象特別的發達，而且在經營的參與，勞動爭議調停機關的參與乃至組織法確立時，新的勞動關係，因之產生，以這些勞動關係的新動向做基礎的最近的勞動法，亦因之產生了。

(註三) Kaskel, S. 51; Hueck = Nipperdey, S. 113; Pothoff, *Neuzeitlich Arbeitsvertrag als Organisationsverhältnis*, AR. 1922, SP. 267ff.

前面所述的，是德國勞動法學者間最普遍的見解，波底河夫，卡斯客魯，休客，利拍台及馬泰諸氏，均主張此說，他們是剿襲前面所述的基魯克的見解。我對這種問題，一向不欲參加批判，我僅忠實介紹這些學說而已。但其中總有很多不妥當的見解，至於不妥當的是那一點，則在批評之前，我們要先相當考究其他勞動法學者的意見。

(二) 根據勞動形態的見解

這種立場就是將勞動關係，依照勞動的樣式而分類考察的，而其分類的標準，不根據時代的特徵。英美法的勞動法學者都採取這種立場，但以下試根據其代表的柯母門茲及安底療斯兩氏的見解而說明。他們的立場，先將勞動關係區分為個人的交易和團體的交易的兩種形態，而以第一的個人的交易的發展，當做從來勞動關係的標準。

(A) 個人的交易

近代法律，對勞動者在債務者的地位時，使他負擔勞務，而在債權者的地位時，則給與工資的請求權，當做勞

務的對價，所以這是債權的關係。但債務者的勞動者，在償還勞務時，不必要實行勞務，他可用金錢債務或損害賠償債務以爲代替。此點就是今日的勞動者與從來的勞動者在法律上不同的特徵。而且債務者的勞動者的法律關係，在隸屬制度基礎條件的勞動使用形態方面，表現其顯著的特性。所以倘根據柯母門茲及安底療斯諸氏的見解，則必須從此二點上，即從勞動的強制及勞動使用的形態上，而認識勞動關係的區別。勞動關係從這個標準上，分做次述的三個形態：(一)奴隸勞動；(二)主僕勞動；(三)雇傭勞動。

(a) 奴隸勞動

奴隸勞動的特徵，其要點，就是一切權利在於所有者方面，而一切負擔則存在於勞動者方面，換句話說，勞動者，自從出生時，就是這樣而且不用契約及同意而強制其勞動，但倘在奴隸勞動的場合，有時却採契約或契約擬制的形式，因此在形式的不同上，又可分類爲(一)奴隸，(二)農奴，(三)債奴三者。但這種奴隸勞動，縱使根據契約的形式，其特徵亦是強制的結果。

(甲) 奴隸

古代的勞動關係的特徵，就是奴隸，這不但是希拉羅馬所僅有，而且現在亦有此種勞動的樣式。一七七六年 Chase 法官，雖曾宣言「黑人是一種財產，在國家構成員上，與家畜無異，」但一般人對這種的見解都抱着懷疑(註1)。

奴隸完全被廢止時，在英國是一八〇七年，在法國是一八四八年，在葡萄牙是一八五八年，在波蘭一八六三年，在美國一八六五年。但我們要注意的是勃拉茲兒及其他南美各國，迄至一八八八年，這制度還繼續存在着。奴隸之法律上特徵，就是物的性質，而形成奴隸所有者之財產的客體。

(乙) 農奴

農奴亦是奴隸勞動的一種形態。農奴與奴隸（前述的）不同之點，就是奴隸是全人格的隸屬，而農奴則不必經過人類生活整個過程的隸屬。這僅限定於某種關係上的——一般是經濟的性質。農奴本質的特徵，就是強制勞動——勞務的種類，時間及場所的強制。農奴大概附屬於土地，以及家畜一樣的被買賣，但他們償還身價（Comutation）時，便可恢復自由。所謂身價，就是一次繳納一定的金額於土地所有權的地主或支配人，或是用年賦而償還勞務的一種償還金，換句話說，勞役債務可以改做金錢債務的，就是用金錢而購買自由的。原來農奴制度，是一般封建制度的隨件物，是從農業組織的習慣的從屬結果而發生的制度，但迄至近代工業發達時，便同時歸於消滅了。

(丙) 債奴

債奴就是（Peonage）一種勞動者，因對其主人的負債關係，而受強制的勞務的狀態者。要之，其根本的事實，就是負債。墨西哥被西班牙征服之後，其中大部份的奴隸用於開闢道路，農奴及債奴則用於農業方面。債奴大概

與大地主的制度相隨伴的，債奴的狀態，比較奴隸爲人道的，而且其人權亦受尊重。債奴的衣食，仰給於主人。這種制度，在奴隸廢止後，還長久繼續存在着。因爲其工資極乎低廉的緣故，而在他們附屬的土地的主人所經營的商店上，便構成了強制的購買物的組織了，結果他們便不能脫離負債的生涯了（註二）。今日各國對這種制度，表面上雖然用法律禁止，但在其他間接的手段上亦發生同樣的結果（註三）。

（註一） Wilson, History of the Rise and Fall of the Slave Power in American. p. 16.

（註二） U. S. A. Bureau of Labour, Bulletin no. 38, 1902. p. 23.

（註三） 墨西哥雖是最後禁止債奴制度的國家，但這種制度一直到一九一七年止，還繼續存在，同時今日各國，在法律上雖然禁止，但亦有間接的手段，使發生同樣的效果者，例如誘拐，先付工資制度，及浮浪法的惡用等等。據卡爾孫伊里等的所言，南部美洲及墨西哥各處的森林採伐，曾用過這種方法，這就是從事農林業工作者，在締結普通的契約時，便變做負債者，於是被帶到偏僻的地方，在武裝衛隊監視之下被強逼行使勞動的一種方法（Carson, Mexico, p. 191; Elly, Property and Contract, etc. X.）其次據移民委員會的報告，亦有間接的方法，即從都會，先將工資給人，或是將人誘拐到偏僻的地方，或是與中間人勾結，用甘言蜜語欺詐誘惑婦女，直接強逼他們，如虐待驅使債奴一般，而在此種場合的工資是將旅費，預備費，從主人專屬販賣店所支給的飯食，衣服，寄宿費等等的雜費，計算於全部先付的工資之內，這樣一來，便構成了一種組織，使他們一生的生涯中，不能償還其債務。其次，浮浪法惡用的例，如佛羅利達州屢次所用的方法，即該州曾規定「沿街賣唱，駢擊，嘲罵及喧嘩者，處罰二五〇弗以下的罰金，及七個

月以下的監禁。」(一九〇五年的浮浪法)這法律在奴隸禁止後，便被惡用了。因為黑人往往被當做浮浪人而被逮捕的，法院竟然不加斟酌，而處罰巨金，失業者亦囚之，受這種法律的連坐。於是使用者代墊罰金，而附一種條件，使償還墊款，僅用勞動，因此得將負債者，當為債奴而酷使。經過數年之後，債奴雖然償還債務而獲解雇時，但到處軍警林立，未幾又被判決浮浪罪了。他們是沒有一定居住的失業者，這種方法不斷循環時，便一生不能脫離債奴的地位。如果他們自己及朋友，有貯蓄金錢時，便不受罰金之罪，而受監禁之罪，在這種情形之下，當局又要採取在租與的形式上，而貸與企業家的方法了。

(Immigration Commission, Abstracts of Reports, vol. 11, p. 446)

日本民法第四一四條，雖承認債務的強制，但如雇傭等，則不得用同條第一項的但書，而強制行使的。但在日本所謂監獄室的勞動樣式，亦未絕跡的，同時大理院將藝妓勞動分做消費貸借及雇傭契約，不過明治三四年以後的事。而脫法行為在具體的事件上亦屢次揭載於新聞上，我將在本論中，敘述這具體的事實。

(b) 主僕勞動

主僕勞動是主人對僕婢的勞動關係，這個時代，還有奴隸勞動殘留的痕跡，但這是從奴隸關係漸漸進化而來的，在形式上，比較奴隸關係自由得多。這種形式，與極乎原始的奴隸關係，差不多沒有區別的，而且類似自由的勞動契約，算是平等思想之最初的現象，因為主僕兩當事人間，都有互相選擇對方的自由，不過主人在契約的期間內，沒有任意解雇僕婢的權利，同時僕婢亦不得自由離開其主人而已。勞動者有盡忠於主人，謹守秘密，乃至服

從命令的義務，而主人亦有保障勞動者生活的義務。這種契約，在今日水夫契約上，還有同樣形式殘存着。例如年期服務，契約服務或契約勞動，一直到現在，在其他形式上還有其殘跡。主僕的勞動，包含次述的各種形態。

(甲) 年期服務 (Indentured Service)

這是在契約期間內，而隸屬於主人者。年期服務者與奴隸，農奴，及債奴不同之點，在於奴隸等是在固定的身份之下而勞動，對勞動沒有主張的權利，反之，年期服務則有締結契約的自由，至於他點，則與奴隸幾乎無異，僅在年期之後，而有獲得自由的希望而已。這種勞動是在勞動不足的地方，而個人的企業機會較為豐富的新開土地所特有的現象，例如美洲大陸發現之後，多用這種勞動。伊里查伯徒弟法名義之下所移入的兒童勞動者，幾乎亦屬於這種的勞動，而十三州的法律則完全制定這種的規定了（註四）。這個形態，一直繼續到第十九世紀。

(註四) Hurd, Law of Freedom and Bondage in the U. S. 1853, ch. VI.

(乙) 徒弟 (Apprenticeship)

徒弟與年期服務，完全不同。其不同點，就是在徒弟制度之下，主人有教育徒弟以職業的義務。如果這種義務，不明白表示於契約上面，或非強制的性質，則如亞波底所言的，在實質上，是屬於年期服務了（註五）。其次在徒弟契約名義之下所締結的契約，實際上，亦多屬於年期服務，例如三年間可以學得的職業而在徒弟契約上，締結為七年期間時，其中四年畢竟是年期服務，所以僅僅三年間，是真正的徒弟勞動（註六）。這種事實可以見於今日

的理髮匠、木匠及土匠各種的職業。

(註五) Abbott, *Women in Industry*, p. 331.

(註六) Motley, *Apprenticeship in American Trade Unions*, J. Hopkins University studies, Vol. XXV, 1907, P. 494.

(丙) 契約勞動 (Contract Labor)

這是在年期服務與次述的主人制度之間的一種制度。表面上似乎根據契約自由的原則，而其結果又幾乎與債奴或強制的勞動無異。契約勞動是一種勞動契約，在履行上，雖用法律而強制行使，但在期間中，僅強制使履行勞動而已。與債奴不同之點，就是債奴在債務存續之間——幾乎永久的——被使役於繼續的而且無制限的勞務，但在契約勞動的場合，勞務的義務，僅存在於契約期間內。但因為經濟的壓逼的緣故，必須更改其契約的一點上，則與債奴幾乎無異了。然在這種的場合，僅僅根據新契約的期間內而強制行使而已。這制度盛行於未開化的土地，例如夏威夷，比律賓，西印度，南亞州各地（註七）。

(註七) 契約勞動的特徵，在於勞務的強制，所以今日的雇傭契約，在債務的履行上面強制行使勞務時，亦屬於這種的契約勞動。這個問題與債務履行的制度，有極乎密切的關係。今日的法制，在債務的強制上，用兩種的方法，即對人的強制履行及對物的強制履行。

就沿革上看，前者屬於羅馬十二銅表中第三表的強制履行的制度，是極端的對人的強制制度，但羅馬法的成文法典上同時又行使極端的對物的強制制度。而在今日的法典上，法國民法第一一四二條，英國普通法，是根據對物主義的，而衡平法上則多半承

認對人的強制。日本民法第四一四條，民訴第七三四條的規定，則在原則上，承認強制履行的請求權，僅在債務的性質上不許時，纔不准強制，換句話說，即民法第四一四條第一項是規定債務內容的強制執行，第二項及第三項是關於作爲及不作爲債務的強制執行的方法，第四項則規定強制執行權的行使，與損害賠償的關係。學者關於這些條文的見解，未見一致，而有各種的學說。我想這不是目前重要的問題，所以省略。但該條第一項但書所規定的「債務者任意不履行債務時，債權者得向法院請求強制履行，但債務的性質不許時，不在此限」，是關於履傭契約上的勞務，准許強制履行與否的問題。該條但書，有四個代表的見解。（一）強制履行，限於違反公共秩序及善良風俗的場合（雄本博士）。（二）債權內容的給付的性質，在強制履行時，不能達到債權目的的場合（石坂博士）。（三）包括兩者的見解（鳩山博士）。（四）債權的強制履行，在法律上認爲債務時，其內容，不違反公序良俗，因之此強制履行亦不違反公序良俗者（加藤博士）。此外民訴第七三四條，是規定准許債權內容的強制履行。而民法第四一四條第二項，則不許給付的強制執行，乃是准許代替執行。要之民法上的主要點是採取債權的效力不因損害賠償而終止的主義。然則這在勞動者履傭契約的場合は怎樣呢？大審院所謂以身體的拘束爲目的的契約是無效的見解，明白表示於明治三七年以來的判例。此外在明治三九年的判例中，曾說債務者，倘不任意履行，則不能強制使其履行的債務，就是一種不許強制履行的債務，例如律師的勞務，畫工的描繪，優伶的演技等等，都是屬於這一類的，但大阪地方法院關於業務的實習者的勞務及強制履行，則下次述的判決，這案件是關於泥匠實習者，不服從契約期間內勞務時的強制履行，但該法院說「實習泥匠業者，服從主人的指揮而服務的債務就是作爲債務。債務者，如果爲了嫌惡實習該職業而任意不履行勞務時，倘不拘禁其身體，使服從主人，而強制的使其服從實習

的業務，便沒有使其履行的方法了。但是這樣一來，在強制其履行債務時，必然的會侵害人的自由，並且便發生擾亂公共秩序的不當的結果，因此在私人間的債務關係的效力上是不許的。」從這個規定並法院的立場上考察時，則勞務的強制，在日本是不許的。但今日各國，雖都採取禁止勞務強制的立場，而在以前，則未必是這樣，例如羅馬十二銅表第三表的規定，債務者「有三十日的猶豫償還期間，在三十日內，債權者便要受拘束，經過三十日之後，則准許當爲奴隸而處分了。」巴比倫、埃及及印度古代法上，亦係同樣的（請參照次項註五）以至最近止。採取這種制度者，有一八五〇年的夏威夷的規定，按該規定「二十歲以上的勞動者，得締結五年以下的勞動契約。如果締結這種契約的勞動者，拒絕勞役時，在刑罰上，便課以比較勞務更苛酷的勞役。倘在逃走時，則加重刑罰二倍，第二次逃走者，處罰三個月的苦役。」各國雖然禁止這種規定，但有用其他的間接的手段而達到同樣勞動的強制，則不容否認的，例如對勞動者勞務的「先付制度」的濫用，就是對被傭者雖受對價的先付而不履行勞務時，則用法令推定爲有詐欺意思使負擔詐欺罪上刑事責任的一種方法。當然這必須證明其有詐欺的意思纔可，但應用間接的手段，而強制勞務的國家，是不只美國一國，即各國亦是同樣的。所以日本亦不是例外的。因爲日本在事實上，藝妓、女工等等往往因爲恐怖刑事上的處罰而容忍勞務的強制。就是說到亞拉伯法律上所規定的，「雇傭契約締結者，倘無正當理由而拒絕勞務或履行給付，或則拒絕返還受領的金錢乃至消費的財產時，是推定爲有欺詐及損害雇主的意思。」這種見解，亦盛行於日本，我們不能否認的，例如刑法第二四六條「欺詐人而騙取財產」者處罰以詐欺罪，但有日後償還的意思而騙取金錢時，日後雖償還一切或有償還的確定，亦構成詐欺的罪。（請參照明治三五年及四四年的判例。）所以被傭者雖收領先付金，而不勞動時，亦推定爲有騙取金錢的意思，或則無錢飲食

の場合，而推定爲有支給暗示的意思表示，而課以詐欺罪（大正九年大審院判例）時，在勞務上，雖有暗示或明示的意思表示，倘若拒絕而收領其對價，雖非刑法第二四六條第一項的，至少亦當解釋爲第二項不法上的財產的利得。這種間接的手段の勞務強制，在雇主方面的濫用，容易實現奴隸勞動的契約勞動。

其次，各國爲公共安寧秩序起見，在緊急の場合，亦准用強制的勞動，這就是勞役負擔，即市制（一二六²），鎮村制（一〇六²），水利組合法（五〇²），河川法（二三¹²），道路法（四六）等等所規定的應急負擔（美濃部博士著「行政法撮要」各論一八八頁參照）。

復次，船員法對船員，依照第三六條及第三七條的規定，船員倘不經船長的許可，而離開船舶時，船長得施行懲戒，（一）監禁，（二）禁止上陸，（三）加役，（四）減俸四種。同法第四四條准許乘船的強制，倘船員不經許可而離開船舶時。這種規定，可以見於鐵道職員及其他公共安寧上的勞動契約。勞動強制是反意思的奴隸服務，無論是直接的或間接的，都不得強制的，因爲這是違反憲法第二三條的身體自由的原則，所以僅以金錢的損害賠償之心理的壓逼做限度的船員，鐵道職員等等的勞動強制，在社會特別的必要上，僅在債務不履行，而一般權利受侵害的危險時，纔許其例外的存在，所以僅限於如外國所規定的「船舶還未到遠目的港或安全地帶之前，不經許可，而離開船舶的船員，罰扣一月的工資，而且禁止該船員先領工資」而已。至於日本的強制勞動，果否妥當，尚有懷疑的餘地，但是如果不履行時，一般安寧，要受重大的侵害時，當認爲另一問題。例如各國都有對鐵道職

員這種的制限，即從事公共安寧的業務者，有充份的注意及監視的義務。任意濫職，因廢棄業務而直接發生傷害他人的生命及身體者，各國的規定上，都使其負擔刑事上的責任。不過在實際上，這個規定是被濫用的，這就是將業務中止與同盟罷業兩者混爲一談。各國的事例上都有使罷業者負擔刑事上的責任，而且在這種業務上完全禁止罷業。這問題當在本論「勞動爭議」之一章而詳細考察。這些的事實亦可以看做一種契約勞動。今日的勞務強制，亦由這種間接的手段去實現，我們不能否認的。

(J) 主人制度 (Padrone System)

主人制度，是比較契約勞動稍進步的一個形態。在此制度上，勞動者雖與指揮者，即主人形式的締結契約，但在約定上，並不受何等法律的強制。主人將勞動者租與承攬者，同時主人供給勞動者居住和食料。這種制度，大概與先付制度相伴的，其中已經先付的，計算在旅費並預備金等等名目之下。所謂土工的房子可以看做這種的變形，例如中國的苦力及美國的意大利人的勞動者，多半用這種制度。他們被主人當做船上貨物，送給承攬者，和商品一樣，用結賬書發送，這制度發生的原因，大概是因爲主人與勞動者間的約定上，沒有法律上的強制力，或是因爲主人以勞動者的媒介的地位取得工資，同時在勞動者方面，爲了經濟的壓逼的結果，慣受統御，乃至缺乏智識，依賴心及怯懦的種種原因。不用說這制度濫用時，便發生了與奴隸勞動幾乎同樣的結果了。

柯母門茲及安底癡斯諾氏，列舉債務收監制度及其他制度，當做主僕勞動的變形。要之主僕的勞動，是以當

事者間沒有純粹的契約形態的存在，並與勞動強制相伴的兩者，爲其特徵。這顯然維持奴隸勞動的痕跡。這種制度，又與家族制度有密切的關係，而家族制度的妻及子就是佔了這身份的格式時代的地位。今日的妻及子的地位，雖然不是純粹的，但至少我們可以說主僕勞動，在其起源上，有家長制度的 *Mutuali* 的基礎（註八）。

（註八）我想自然的結合的夫婦及父子的關係，未必有主僕勞動的同一的起源，但今日的家庭制度，是從古代的家長制度發生而來的事，則沒有疑問的。我想戶主權，親權及妻的無能力等等發生的原因，亦是同樣的，換句話說，其基礎就是私有財產制度，但這些問題，他日當再討論，這裏不用詳述。

（C）雇傭勞動

今日的勞動關係是與奴隸的勞動及主僕的勞動不同，是站在當事者的自由平等關係之上的。這種勞動關係，就是勞動法的對象。

（B）團體的交易

勞動組合的發展及勞動協約的發達等等，便產生了另一形態的團體交易，便與從來個人的交易相對了。在手段上，有罷業，罷工及怠工等等。他方面又發生調停的制度。這就是最近的新交易的形態，而佔勞動法主要的部份（註九）。

（註九）柯母門茲及安底癆斯關於團體交易，有詳細的考察，但我將在本論「勞動協約」之章，而詳細討論這問題並論評他們的見解。

(三) 自由人對不自由人的勞動關係上的考察的見解

這種見解的要點是根據智爾拍蕭米脫的思想。如上所述智氏是廣義的勞動法解釋者，他將勞動法解釋為「勞動的法」，但關於勞動關係的發展，則採取特殊的立場，將這個問題當做「勞動法的發展過程」而考察的，但他的原意是使自由人和不自由人勞動關係的對立而後考察其發展。他以為經過原始的時代以後的社會，在各時代及各地，都有自由人和不自由人的存在，而將這些勞動者的勞動關係當做勞動法的發展而考察。其次，他又以為人類對自然的鬭爭關係，是表現於勞動關係上面的，所以必須根據這鬭爭關係的發展過程上而考察。智氏的敘述的大要如下：

(一) 一般的考察

勞動關係的歷史，是人類在困難中的不斷的鬭爭，所以勞動法的沿革，不過是從這種爭執上的人類關係所發生的規定的集合。這些發展可分次述的三個階段。

(1) 原始的時代

在人類對自然鬭爭的時代，人的關係，並非重要的要素，而對氣候，水災及野獸等等的鬭爭關係，乃是重要的要素。這是原始的社會的人類生活苦鬭的時代。當然，在自然的鬭爭時代，各人在部族及家族的原始的形態下而結合，並非經營散漫的各個生活，所以此時，已經發生了勞動法上的支配乃至人身的服從的關係了。這個時代，又

可分做次述的三個階段。

(a) 狩獵時代

第一，表現於人類生活的形態的，就是用鬪爭固有的攻擊手段如齒，爪，拳頭等的狩獵時代。人類在這時代，除肉體之外，沒有其他生產手段的工具。其後，經過石器時代，纔達到金屬的時代。其次發現利用毛皮及楮之後，又給與人類社會以顯著的發展，此時狩獵時代，已經告終了。

(b) 遊牧時代

在這個時代，男女及部族員間，發生了勞動的分野，社會上因之發生分業，是遊牧時代顯著的特質，而在發生上，不過使發生僅足爲人類武器的衣服的所有及相續權的概念。當然，在當初的時節，這是屬於部族的共有。遊牧時代，是漸次發展爲次的時期的一個機會。

(1) 農業時代

人類的社會生活，自從知道耕作土地，收穫農產物時，便達到比較遊牧時代更顯著的進展。此時，他們不僅狩獵地面上的野獸，或是利用土地而增殖野獸，而且發現怎樣利用土地的自然化學的性質。這樣，土地便構成他們生活的重要的生產手段了。同時又發生了土地的身份的所有 (P_{er}sönliches Eigentum)。這土地的所有遂漸包含於次的時代的轉化中。

(2) 奴隸時代

在這個時代，部族與部族間發生了鬭爭，一部族將俘虜的敵人，當做自己的所有物而分配，而且當做奴隸而使役。被征服的奴隸，便被當做一種物品，而失掉其人格了。他們不為自己而勞動，乃是替主人而勞動的。這個制度經過一切的變化，一直繼續到現在。這種奴隸漸漸轉化為從屬，國家法上的拘束，乃至賦役等的性質。但除了奴隸之外，當時還有自由人的勞動關係，反映了奴隸勞動的法律形態。

(3) 自由勞動契約時代

歐洲的奴隸勞動，經過法國革命之後，已經消滅了，而自由勞動契約的時代，便開始其序幕，這表示與以前時代顯著的差異（註一）。

（註一）關於參考書，智爾柏蕭米脫列專 Wundt, Völkerpsychologie, 7 Bd., Die Gesellschaft, I u. 2. Teil 卅 Modica, Didion 等的著作。我們則應該同時列舉墨爾幹的名著「古代社會」，恩格爾「家族，私有財產及國家的起源」，漢登梅馬的「國家論」及塔魯伊冷柯的「蘇維埃法及國家哲學的基礎」種種的名著。

(二) 勞動契約的發展

智爾柏蕭米脫氏以為勞動法的發展，雖然被解釋如上述的見解，但如果僅僅考察其勞動契約，則有次述的發展過程。智氏大半是根據底勃斯所著的「加羅林王朝的經濟發展」第二卷的見解的（註二），換句話說，即文

化的發展，一直到民族移住時止，是一種連鎖的發展，而勞動契約的形態，亦不問時間與場所，在自由人和不自由人兩者的法律形態上是對立的發展的，而且證明了古代勞動關係之法的規律，比較今日的勞動立法，優越得多。因此他的敘述，大部份是關於古代勞動關係的研究，他以為民族移動後的中世的勞動關係，經過羅馬法的繼承時代，便構成了法典的編纂，而且爲了法國革命影響的結果，不自由人和自由人的對立因之消滅，同時則發生自由人的勞動關係了。氏的敘述的大要如下（註三）。

（註二） Dopsch, Die Wirtschaftliche Entwicklung der Karolingzeit

（註三） 智爾拍蕭米脫如上所述，將勞動法解釋爲「勞動的法」，所以他以為勞動契約的發展，是其中一個分野的發展。

智爾拍蕭米脫明白表示古代的奴隸並自由人的勞動契約，是對立的存在，而且極力主張在發生上，生死與奪的權力屬於主人的奴隸，是使自由人的勞動關係向上的。此點氏與卡斯客魯的敘述，正反對。他列舉古代的印度，埃及，亞細利亞，巴比倫，猶太，伊斯蘭，希拉，羅馬，及德國的勞動法制做例證。

（A）印度 在印度奴隸與自由人是並存的。前者是被征服的民族，即不純粹的民族；後者屬於純粹的民族。勞動者及僕婢等，包含於自由人的最下級中。奴隸是從血統戰爭，負債，刑罰，叛逆等等的結果上所產生的。有時實行奴隸的解放及復歸，而自由人的勞動契約，則用實物或貨幣的工資，乃至用收穫物的分配而行使。換句話說，即依照實物的給費，貨幣給費，乃至分益制度的收穫物的分配。這就是法律上的工資制度並爲今日的公的利益。

起見，亦有一定時間的公役負擔並戰爭的挑撥義務的存在。按馬奴法(Mann)一〇八四，並一一六條，則自由的勞動，亦不受尊重，而且沒有正當的理由，拒絕勞動時，要受處罰，並取消發給工資，牧人的責任，便正確的被規定了（同九，二三〇）其後，那拉達(Narada)法，則有(Müller, The Sacred books of the East) 學生，徒弟，僕婢乃至官吏的服務的規定。商人的僕婢，牧人，農業勞動者的工資，倘非特約的場合，則發給已賣去的商品價格十分之一（六，三）。同時對約束的勞動，准許強制的。如果在發給工資時，則處罰二倍的給付（六，五）。牧人，按分益法而支錢時，在百頭牛中，可受領小牛一頭；在二百頭中，受領母牛一頭和牛乳等。而在農耕上，普通收領半份或則主人收領 $9\frac{1}{16}$ 及 $2\frac{1}{3}$ 。但與以上不同的比率，亦常常存在的。倘根據馬奴法典，牧人使用榨取牛乳時，在十頭牛中，可以獲得最好一頭牛的牛乳（參考書 Kohler, Kultur der Gegenwart, II, 75. 151. Zivw. 3.194; 8. Schulz）。

(B) 亞細利亞及巴比倫 這些國家的勞動關係與印度的相似，其中自由人與奴隸，亦形成對立的性質，但奴隸却受法規上的保護，殺害奴隸的主人，要受刑罰的。哈拉伯法典規定了勞動者給費的最低率，大半是用穀類，充當牛奴和農耕者的給費。（同二五七，二五八條）。倘用金錢時，則每年為四至六的色克爾(Sekel)。在先付的場合其額較少，而契約期限是一年的。自由的雇傭契約的出發點，就是奴隸的工資借。奴隸被主人租與而收領一·五乃至二·五的色克爾，因為奴隸是主人的所有物，在這種場合，常常要賠償的。同時奴隸亦有受扶養的權

利。父可以使其子服務，而自由的成年人，亦得自己租與自己，有的從消費貸借而借入一定的金額，用勞動而償還這種的方法。常常行使的。違反父的命令的兒子及加害於夫的妻，便被當做奴隸而發賣了，他們臉上刻印了奴隸的標記。不法逃走者，刑罰加重。與逃亡的奴隸同歸者，便受報酬。主人與奴隸女子間所生的兒子，因認知而變做自由人。奴隸因主人的死亡而解放。貧民的地位，雖然不明，但我們已經知道此處的分益小作制度，已經存在了。其中大部份的人民，是從屬於少數土地所有者的分益小作人。而在巴比倫椰子的栽培特別是依照收穫物分取的制度（參考書 Meyer, Geschichte des Altertums; Kohler Peiser, Hammurabis Gesetz; Delitzsch, Handel u. Wandel in Altbabylon S. 25 usw.）。

（C）埃及 奴隸與自由勞動者，在埃及亦存在的，因為建築大建築物時必須大多數的勞動者，同時自由的勞動者羣衆，又從屬於指揮這大集團一部份的團長及勞動指揮官之下。團長大約指揮四十人的勞動者，為給與休息起見，便制定了監督表。休息時期中依然發給工資的。國家對公的勞動要發給工資，而且交付物品（魚類，豆類等的食品及薪炭。）支給發生不正確時，勞動者便可中止勞動，暫留家裏，或則與其妻子同時退出工場了。所謂不自由勞動者，就是奴隸及奴僕。奴隸被殺害時，亦受保護，加害者被處死刑，此外又設立禁止奴隸接近或觸犯神器的行政的取締規定（參考書 Meyer, a. a. O. S. 64, Ermann, Agypten u. ägypt. Leben im Altertum, S. 566f, Spiegelberg, Arbeiter u. Arbeiterbewegung im Pharaonenreich usw.）。

附記 金字塔及斯因客斯等是否自由人所建設的，或是由奴隸建設的，我不知其詳細，就是說到日本的法隆寺，是否由奴隸建築的問題，瀧川政次郎氏及細川龜市氏諸學者間亦曾發生過議論。我想埃及的金字塔，可以推測是由奴隸建築的。但我關於這些問題，不大熟悉，雖不能知道其正確的事實，至少我們可以說是根據奴隸的制度而來的，換句話說，因為當時的生產關係，是奴隸的勞動關係，所以在具體上，自由人雖然參加，還是在奴隸制度下所建築的。

(D) 猶太 猶太自古以來，就有奴隸，大半是戰爭的俘虜，或則買來的奴隸。

(a) 按聖經所言（摩西二之二〇，一〇，摩西二之二三，一二，摩西五之五，一四，）奴隸有請求安息日的權利，即「你們不要在安息日勞動，你們的子女，奴隸，奴婢，家畜，乃至素不相識者，及來客切不要在安息日勞動。」
「毆打奴隸而致死者受罰，（摩西二之二〇，二一），毀傷奴隸的目或齒者，應該解放奴隸，（二之二一，二六，二七），此外對奴隸的規定，則有保護希伯來人的奴隸，購買的貧民奴隸，及其妻子等等的規定。

(b) 自由人的勞動的規定，亦存在的。自由人在日沒以前，便有請求工資的權利（摩西五之二四，一五，）即「日沒以前，便應發給工資，因為他們困窮的緣故，而渴望工資的。」他們又要謹守安息日，違犯時受嚴重的懲罰。所以此時亦已行使普通分益小作的制度了。

在這些規定並猶太學者所主張的法律基礎上，對抗榨取弱者的基本原則便發達了。凡不履行契約的禁

動者，僅負損害賠償的義務，不受強制的。契約僅依照口頭而已；物品給費，被禁止勞動時間，則依照地方的習慣（Ortsüblichkeit）超過時間，在配增的場合亦無效。到作業工場去的必要時間是計算在勞動時間之內。勞動時間終了後，不得繼續夜業。從事收穫勞動者，得食菓實。雇主必須根據契約及習慣，用現金發給工資。勞務的債務，得變更爲物品的給付。工資必須依照勞動時間的長短，而發給的。不特定期間的契約場合，如今日德國法一樣，期間終了時，便發給年俸，月俸，週俸及日俸。履行期後，經過十二時間，沒有時效的訴權，便發生了。凡在一星期以上的服務，祭日亦要發給工資。在解雇的場合，倘沒有規定期間，則必要三十日以前的通知，而無論何時，都得解雇勞動者。最後因事故而不能勞動時，契約無效。勞動中止時，不得處罰，亦不得告訴，而且沒有損害賠償的義務。這就是「汝得爲神的奴隸，而不可爲奴隸的奴隸」的意思。但勞動罷工時，倘違反契約時，工資便被取消。（參考書 Krauss, *Jalmudische Archäologie*; Bertholet, *kulturgeschichte Israels*; Rubin, *Das talmudische Recht*; Friedlän der, *Die Arbeit nach der Bibel*; Fassel, *Das Mosaisch-rabbinische Zivillrecht*; Farbstein, *Das Recht der freien u. Unfreien Arbeiter nach Jüdischtalmudischem R. usw.*）所以倘根據智爾拍蕭米脫的見解，則古代果然是樂園嗎？

（E）伊斯蘭 伊斯蘭的法律，對奴隸制度很寬大的。無論何人，不得自己充當奴隸，只有被征服國家的異教徒民族，纔充當奴隸，但拜火教徒，猶太教徒並基督教徒，普通不當做奴隸，因爲奴隸，在主人准許的範圍內，即在

主人准許的財產上而爲主人保留的限度內，而有收入的。而且奴隸常常被解放。尤其在主人死亡的時節。生產主人兒女的奴隸，特別受保護（參考書 *Konler, in Kultur der Gegenwart, S. 81, S. 152*）。

(F) 古代希拉 據說繼續前時代的希拉時代，是從事奴隸經營的。按伯客氏的見解，亞典一〇〇人的住民中，有二七人的奴隸（實際比此還要多）。智爾拍蕭米脫氏說世人謂古代奴隸的境遇非常的好，未免言之過份。據林茲所說，亞典的一人市民，有奴隸二〇，而在柯林則有二四人的奴隸。Tins, Staat u. Arbeit, S. 12。奴隸經過一定的時間便獲得勞動生產物及服務能力上的法律。亞典關於不能發給工資時，則以勞動爲目的而自己押當，做債奴，一直繼續存在，到索倫時代止。奴隸的隸屬，在希拉亦甚顯著，當時規定凡與兒子或與他人的奴隸而性交的妻，便要販賣爲奴隸了。有制限的財產能力的獨立經濟的奴隸，與本家所屬的奴隸，有區別的。奴隸應該尊敬神明，違犯時要受苛責，這是法律上所規定的。奴隸服務國家時，便得自由。奴隸常常被解放。亞典的自由勞動者，雖與奴隸並存，但這是亞典最下級的市民，其中人數，在二萬人中有四三一人。但希拉的自由勞動者的契約樣式，在今日不大存在的。（參考書 *Mitteis, Reichsr. u. Volkrecht, S. 357ff; Kleinerman, Die Personalexekution der Zwölfsteln, S. 67usw*）。

(G) 古代羅馬 羅馬有奴隸及自由勞動者二者。

(a) 關於奴隸問題，與卡斯客魯、休客、及利拍台諸氏的見解大體同樣。其中所參加的，就是對奴隸的權

力，當時是依照道德上，而後世則用法律去緩和的。在後世還有棄兒及兒童販賣的制度。Pater Familias 的權利，是親族法的作用上的一個解放，在另一方面，在刑罰上的贖罪勞動，Admetalia 及死刑的宣告，卻是自由的解放，但無論如何，奴隸是一種物而且奴隸的生產物屬於主人。

(b) 解放後的奴隸 奴隸縱在解放之後，與以前的主人及家族，還有親族法上的關係的，因為奴隸對他們，還有忠實的義務。但羅馬法與希拉法卻不同，在條件附的留保及協定上面，奴隸對從前的主人，還有特別服務的義務，解放後，亦必須履行與以前同樣忠實的義務。

(c) Colonus 土著農夫的地位，亦是同樣的。在大領地集中於極乎少數人之手時，而獲得土地耕作者的經濟上有利地位的土著農夫，與解放後的奴隸，沒有多大區別的，但他們是隸屬於土地上面，而且必須支給經濟的利益的消耗。(柯倫拉斯類似農奴，但在半自由人的一點上，在法律上的地位，與農奴卻不相同。)

(d) 自由人 自由人的勞動關係，與卡斯客魯及休客的見解，幾乎是同樣的。

以上的參考書 (Wenger in Kultur d. Gegenwart, S. 186; Ro. Towzew, Studien Zur Geschichte des römischen Kolonats; Waser, Preisschrift über Colonia Patiaris)。

(H) 德國 德國的自由人與奴隸，亦是對立的性質。但不自由人，充當主人的家臣而參加戰事時，他的地位，便抬高了。按基魯克的見解，德國的雇傭契約，是以身份法上的忠勤契約做基礎的。從這種身份法上的根據，便

發生了繼續的債權關係，這在十三世紀初葉的自由人的適法的契約，早已存在了。自由人販賣工作，而且違反契約時，在兩當事人間，有公法及私法的請求權，這就是一方面有工資並損害賠償的請求權，他方面又宣告了契約的履行及十二威齊厄（即十二份一囑）的處罰，而規定對勞動者扶養的雇主的義務及服務利益的保護。與格茲因手工業者，水夫，及官吏等等的契約，完全的自由人的契約，亦存在的。中世紀時代，奴隸雖還存在，但在基督教之下，漸漸緩和了。至於農奴及奴僕的勞動關係，亦常常採取臣下及忠勤服務的樣式，而勞動者因教會反對高利貸的結果，漸漸亦抬高其地位。Commenda 及海上保儉，Sendevre 等等，與今日的行紀營業同時發達的，而在都市上則有自由的勞動市民。（參考書 Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privat R. S. 27f; Gierke, a. a. O. S. 37; Amira, Nordgerm, R. S. 636f. usw.）

德國法因繼承羅馬法的結果，在從來雇傭關係，即自由勞動契約及農夫的勞動關係上，而吸收羅馬法的 C. Operarum 及 I. C. Operis 乃至採取不自由勞動的形態。但在特別法的範圍內，日耳曼法固有的思想，愈形發達了。在另一方面，承攬的理論，亦漸漸發達。

參考書（Riezler, Der Werkvertrag; Rünnelin, Dienstvertrag u. Werkvertrag; Rothenbücher, Geschichte des Werkvertrags im deutschen Recht.）

法典的編纂，尤其普魯士的一般法，是從德國法之本質的發展上產生而來的。這就是承認勞動的創造力，從

羅馬法的租賃理論上，區別德國法上的雇傭契約，即僕婢徒弟及水夫種種的契約，承認其行為的契約，而且將此當做公法上的規定。柯底細比魯曾分別規定了爲他人而服務的勞動者的租賃，即僕婢及勞動者的租賃與運送契約及承攬契約，(Louage des gens de travail, Voituriers Par terre et Par eau, devis et marchés)，但德國法還未區別普通的雇傭與榨取他人勞動的形態，不過相當採取羅馬法的理論而已。然茲因斯利已經承認了這種區別，而且經過厄底門研究之後，一直到羅托馬魯氏便構成經濟的關係的研究了。關於這些發展第二章已經述過。

要之，近代的工場與大產業的發展，是非常顯著的，在這些發展上，一方面要求多數的勞動者，他們算是法國革命的自由平等原則下的自由勞動者，並非從前的不自由人。所以近世的勞動契約是自由的勞動契約，形成報酬與勞動供給的對立的債權關係。但是勞動者的勞動條件，是惡劣的，危害社會的福利的地方很多，而且最初對勞動者的勞動給付不大注意。迄至社會民主黨的活動，及國民經濟理論的發展時，便增厚社會政策上的設施，尤其是勃連答那及細尤門拉等，提倡勞動者保護的必要，並社會改良協會乃至德國法曹學會等等，表示同情之後，便促進勞動者保護法顯著的發展，其最初的是社會保險法，漸次遂制定許多勞動者保護法了。這些的勞動立法是屬於公法的性質，因此今日的勞動關係，可以說是站在私法的債權關係及公法的保護關係兩者之下的。以上的敘述就是茲魯巴氏的見解。

第二 學說批評及我的意見

上述的沿革，大略是德國及英美勞動法學者之代表的見解。但是如卡斯客魯、休客及利拍台、波底河夫諸氏所說的，羅馬及德國的法制，各有各的體系，其中將自由人的雇傭關係抽出，使這些關係和今日勞動者的勞動關係相對照，這種見解似欠妥當。何則？誠如智爾、拍蕭、米脫所說的古代的印度、埃及、巴比倫、希拉、羅馬的奴隸人數是很多的，而且和這些奴隸並存的自由人的勞動關係，亦已存在了。這種奴隸，就是柯母門茲及安底療斯諸氏所說的，在英國是一八〇七年，在法國是一八四八年，在勃拉茲魯各地，一直到一八八八年止，公然受法律上的批准。而且其中變形的債奴，亦一直繼續到一九一七年。不惟如是，主僕勞動形態的徒弟制度、契約勞動制度，及主人制度等等，亦是素樸的或變形的存在於今日勞動關係之中，綜上所說，則卡斯客魯、休客等將羅馬法、日耳曼法及近世的勞動關係，當做租賃契約、忠勤契約乃至雇傭契約的各種特質而對照，亦是極乎不妥當的。而況羅馬的自由人及日耳曼的自由人的勞動關係，應該與今日自由被傭者的相對立，同時，今日的從屬勞動者，亦應該與古代的奴隸並中世的農奴性質的不自由人的勞動關係相對照。此外今日的從屬勞動關係，亦不應認為日耳曼固有思想的表现。這樣看來，卡斯客魯、休客諸氏的見解更不足取了。

其次柯母門茲及安底療斯諸氏的見解，是從平面上而分類勞動關係的各種形態，這在沿革上，毫無意義的。無論他們所主張的奴隸、債奴或是主僕勞動，是一直繼續到現在，但我們在考察其沿革時，除抽其主要的形態而

研究之外，沒有其他的方法，換句話說，即採取各時代的特殊的形態，而加以比較時，則不得不在一切的時代中，而抽象前時代殘存的形態。因爲一時代的特性不外依存於各時代的生產關係，所以我們應該根據生產關係而比較其特質。然則生產關係的轉化是怎樣呢？倘若根據社會史的說明，則原始的時代如智爾拍蕭米脫所說的一樣，是由部族而結合的，其中生產方法，都是狩獵、遊牧及農耕的極乎原始的形態。這些原始的時代，已經發生了私有及家族形態的端緒，而支配及服從的關係亦已同時發生，但在大體上，嚴格意義的私有制度，則還未存在，所以商品形態並不存在的，而法律形態更未成立。這種社會的組織是極乎自然的機械的。反之，迄至分業的發達與部族間發生鬭爭時，便產生奴隸的時代了。此時社會的內部發生了榨取和被榨取，支配和被支配的對立關係，而且在私有制度的發展上的生產物的交換，便發生了商品形態初期的端緒，商品的交換，最後便又形成法律的形態。古代特質的生產形態，就是這種奴隸勞動。當時除了奴隸之外，自由人的勞動關係，雖亦存在，但其地位是從屬的性質，不佔主位的地位的，而且在法律上，當爲是奴隸而規律的，因此羅馬法的 *Locatio Conductio* 的形態，亦可以類推是自由人的勞動關係。這奴隸關係，雖然長久存在着，但迄至中世時代，農業的生產，在封建支配特質之下發生，農業的生產大半用農奴的，因此中世的直接生產者是農奴，而其基礎的形態，便是農奴勞動。柯母門茲諸氏說，農奴雖是奴隸勞動的一種，但奴隸是終身的絕對的從屬，農奴在時間、場所等等制限的從屬上，與奴隸相當不同，智爾拍蕭米脫亦說其中法律形態，在某種場合，多半帶着忠勤關係的色彩。這些農奴勞動，反映了封建時代的自

由人的勞動關係，雖然表面的表現了忠勤勞動，但如基督克及卡斯客魯、波底河夫、休客諸氏所說的日耳曼時代的法律形態，是限定於主君對臣下的關係，不免言過其實了。原來日耳曼主要的生產關係是農奴，這不容輕視的。迄至手工業發達時，都市才勃興起來，此時向着近世而轉化的機會便發生。我們知道都市重要的勞動，是徒弟勞動關係，而且在「都市的空氣，是自由的。」這種標語之下，都市便是創造特許制度下的自由人了。都市的自由，一方面是近世公司（無限，兩合乃至股份有限公司）發展的端緒，他方面又是勞動組合發展的端緒（註一），但比較這些都市勞動更基礎的生產方法，就是農業，而農業的直接生產者，主要的是農奴，這在上面已經說過了。當然在各個時代及各個場所，典型的農奴制度並不存在，自由農民雖亦多數，但直接支配這些直接生產者的剩餘勞動的形態，與農奴的幾乎沒有多大差異了（註二）。所以我們將中世的生產關係，叫做農奴勞動不為過言的。這些的生產關係，經過了產業革命之後，便轉化為近世的資本主義的生產樣式。至關近世的資本主義的生產關係發展的機會及其特質，第一章並本章第一節，已經述過，這裏沒有再討論的必要。所以總上所言，如果我們承認這各個時代的特殊生產關係，則我們不能承認柯母門茲及安底療斯諸氏的見解了。

其次，智爾拍蕭米脫氏區分原始的部族時代，奴隸時代，及自由勞動時代的三階段。他將奴隸和自由人合在一起而分做各時代而說明。我對他的說的除自由人勞動之外還有奴隸勞動的一點，沒有異論。但我則反對將近世的勞動關係，完全解釋做自由勞動。上面已經說過，智爾拍蕭米脫是刺襲羅脫馬魯的見解，而定義「勞動法，就

是勞動的法」而且否認從屬的勞動關係，所以今日將勞動關係完全解釋做自由勞動關係的見解，雖是不得已的事，但在此點上，卡斯特魯、休客、利拍台諸氏的見解，卻是正確的。誠然，今日的勞動關係，在法的形式上，形成自由的勞動契約的形態，這如上面所述同一樣，商品形態，是法形態的反映，而今日的勞動者，便將自己的勞動力當做商品讓渡，所以在此意義上，算是法的主體，並非從前的奴隸或農奴性質的不自由人了。因此，他是自由的勞動者，但這種自由的勞動者，是從屬於其內面的。這就是今日從屬勞動關係的特質，換句話說，這個特質，就是自由與從屬相矛盾形態的統一體。這樣看來，我們便不該如智爾拍蕭米脫氏一樣，將近世的勞動關係，當做自由勞動關係，而完全否認其從屬的關係了。

然則，我們應該怎樣樹立我們的見解呢？我現在試綜合前述的各種學說，而解釋如下。茲先圖解如左：

	自由人的勞動關係	不自由人的勞動關係
原始時代	自然的機械的結合關係	
古代	依照 Locatio Conductio 形態上的勞動關係	奴隸勞動
中世	依照忠勤形態的勞動關係	農奴勞動
近世	雇傭、承攬、委任及其他的勞動關係	

以身份的格式
做主位的時代

以契約做主
位的時代

商品形態

從屬勞動

素朴的支配形態

按右圖所表示的，奴隸及農奴，在素朴的支配形態之下，其剩餘勞動，被榨取時，並不表現於商品的形態，因此又非法的主體，乃是單純物品而已。其次，古代的自由人，雖然在租賃的形式上，給付勞動，但決不丟掉其法律的主體，而且是根據於報酬對勞動的商品的對價關係。同樣，中世的君主對臣下的關係，亦是對價的關係。但古代及中世，是身份的格式做主位的時代，商品形態，並沒有如今日那樣明確，因之與今日的醫師，律師及其他有自己生產手段的勞動給付者的地位，全然不同了。同時，這些自由人，在事實上，因為經濟的地位的低下緣故，很相似奴隸及農奴的性質。但這些自由人與今日的勞動關係的自由人對照之下，則必須比較其自己生產手段的直接生產者的法律形態了。其次，日耳曼的徒弟勞動，雖然類似今日的從屬勞動關係，但實習者得升為職工，而職工又得發展為主人，在此點上，與今日的勞動者顯然不同，這是不容輕忽的。當然這雖然不是今日的商品形態的典型的勞動提供，但卻不能與今日的工場勞動者相比較了。

今日的勞動者，是從奴隸及農奴等轉化而來的，這雖然在形成商品形態時，表現其自由的債權關係，但其中是有素朴的支配形態的存在，則不容否認的。所以今日的勞動者，是居於自由人和不自由人勞動關係的中間。倘將這種素朴的支配形態叫做人格法，則今日的從屬勞動關係，是交錯於財產法（債權法）及人格法（身份法）兩個法域間的勞動關係了。然則日耳曼的格茲因的形態，是怎樣呢？這是包括身份法的關係及債權法的關係，可以看做從封建制度到資本主義社會的過渡階段上的勞動關係，其中雖然包括債權的關係及身份的關係，但為

了勞動力商品化的程度遠低的緣故，身份法的關係，便佔了主位的地位了。我們對基魯克所說的格茲因的形態，轉化爲今日的勞動契約的見解，雖然沒有異議，但是對基魯克所謂格茲因的形態，是債權法上關係的主位，則不能贊成。原來今日的官吏法，海員條例等等所支配的範圍，雖是格茲因形態的遺制，但這並非勞動法上的典型的勞動關係，無庸是前資本主義時代的形態，這不過是勞動力商品化的推移上的一個形態，而勞動法僅將這些勞動關係，當做從屬的勞動關係而已。此點將詳述於第五章「從屬勞動者」的一章內。

要之，僅僅勞動力的商品化，就是從屬勞動關係的基礎，而且勞動力的商品化，與單純商品過程不同，其特殊性，是包含債權的關係與人格的關係的對立。這就是奴隸與農奴不同的立場，亦即勞動法上的基本關係。然則從屬勞動關係本質的研究，就是勞動法的中心問題，同時又是基本的問題了。德國勞動法學者，對這個本質的問題，最感困難的，差不多人言言殊，莫衷一是，我們現在次節中，試討論此問題。

(註一) 公司法，即法人團體的行動，是起源於都市的自由免許狀。其自由的免許，在中世紀時代，最初是對自由市民，次對商人，最後對才同業組合而行使的。同業組合的免許，一方面有主人，職工並徒弟間的工資契約，他方面，又有組合與消費者間的價格契約的機能。但是工資契約，不是重大的要素，其所注重的大半是價格的契約。這些同業組合，雖然轉化爲近世的公司組織，但公司的機能則發揮價格契約及工資契約的兩個機能，同時被廢者的團體，即勞動組合，雖然有工資契約的機能，但都被從嚴法長久禁止了。這種勞動組合的工資契約的機能，是最近的事，而漸漸轉化爲勞動協約了。這個問題，將詳述於本論勞動協約之章。

(註二) 農業生產者的地位，縱在今日，還未脫離前資本主義的形態，換句話說，即小作人的立場，還未發展為資本主義的企業家，仍然是處於小農的地位，而且生產的關係，是採取分益制度的封建的形態。至於其他生產方面，則並非資本主義化。同樣，中世的自由農民的地位，亦是小農的性質，其中剩餘勞動的支配，是身份的素朴的關係，而且隸屬於土地上面，與農奴的地位，幾乎沒有多大差異的，例如羅馬的柯論拉斯及中世的自由農民，在法的形式上雖是半自由人，但其生產關係的地位，決非自由人的。因為生產物是用貢納的形式或地代的形式，而進貢於國家或貴族的，所以剩餘價值的普通的形態，與今日資本主義的地代的完全不同了，而且是隸屬於土地上面的，在此點上，便類似農奴的關係了。這個問題，在將來發表「小作法」的研究時，再詳細考察。

第二款 從屬勞動的本質

前面已經說過，所謂勞動法，就是規律從屬勞動關係的法律。然則從屬勞動關係的本質，是怎樣呢？這是勞動法的基本問題。但德國勞動法學者，對此問題則各抱着不同的見解。勞動法學者，區別今日的勞動關係與古代及中世的勞動關係，同時又區別了自由的雇傭關係。我們有充份批評這種見解的必要，所以我們該先介紹德國的從屬概念的學說，從這個批評上，而樹立我們的見解。

第一 關於從屬勞動的學說

關於從屬勞動的學說，有各種的分類，但我們則分次述的七個形態而考察。

(1) 經濟的從屬說

經濟的從屬說，極力主張勞動者的地位，不過經濟的不平等的一點爲其特徵。這種見解，是將法的形態，看做在於經濟的各種的關係上，而且在其主張法的從屬，是經濟的從屬的反映，這種意義上，並非指經濟的從屬的意思，乃是指貧富的差別上的意思。其中代表的學者，就是麥魯斯伯台。

按麥氏的見解，「所謂勞動法，就是在勞動國民的法的意義上的勞動的法。所謂勞動的國民，就是經濟的不獨立者（*Wirtschaftlich unselbständig*），換句話說，是限於被傭者的（註一）」

然則經濟的不獨立，即經濟的從屬，是怎樣的觀念呢？麥氏則解釋如下：

原來被傭者比較雇主，在經濟的上，是站在極乎不平等的立場的，他除了販賣勞動力之外，沒有其他生活之路。爲獲得生活資料的必要，結果便不得不接受極乎不當的契約條件了。在此意義上的經濟的從屬，便一直存在着，而且一直繼續到現在。但是最近百年以來大產業的勃興，給與經濟的從屬，以國民大部份的生活形態，此時便有制定勞動立法的必要了。因此，如果這經濟的從屬者的立法，不僅限於民法，而且是獨立的立法時，則這是規律國民大部份的特別法了。其中基本的原則，是以雇主及被傭者的平等的地位，做交易前提的。換句話說，所謂從屬，不過經濟的從屬，在身份（人格的）上，是獨立自由的人類，而決非不自由人的意思，其次經濟的從屬，並非唯物史觀的意義，乃是被傭者與雇主締結勞動契約時，意識到固有的創作慾及經濟的必要，而且僅指物的提供，並非人格的提供，而使雇主處分勞動的思想而已（註二），所以勞動者保護的思想，今日雖然必要，但已經漸漸歸於消

滅了，而自由的債權關係，便佔了重要的部份，身份法上的思想，亦完全包含其中。這種意義的勞動法，是社會全體的要求，而且是道德上的要求。國民一部份的權利，雖不至喪失，但關於勞動法是特別法，而且是國民一部份經濟的從屬者的法。這個問題，則不能否認的。當然就是被傭者的法，亦不能完全將雇主除外，因為雇主在當事人的一方時，勞動法就是雇主的法。但是其中的中心，無論怎樣，是以經濟的從屬者做目標的。前面已經說過，經濟的從屬，並不是完全身份的從屬的意義。但是縱使勞動法是經濟的從屬者的法，亦非奴斯巴母所說的經濟法（註三），又如果經濟的從屬是必要的，則亦非如羅脫馬魯所說的有價的勞動給付的全部了。例如優伶，運送人，行紀律師等，並不包含經濟的獨立者的勞動給付，換句話說，勞動法的意義，僅限於經濟的從屬者的法。

（註一） Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, S. 18.

（註二） Melsbach, a. a. O. S. 19.

（註三） Nutzbaum, Das Neue Deutsche Wirtschaftsrecht. 奴斯巴母的經濟法，是指法典以外的各種經濟法規的集合的意思。提倡

經濟法的概念者，除他之外，還有赫德門的「經濟法原論」，戴判及經濟法，羅蘭浦，斯波魯，普羅脫，古普底斯米脫，卡斯客魯，答魯母，斯脫脫魯諸氏。我在本著中，很想介紹經濟法的概念及其批評，爲了過於冗長，他日將用獨立的論文，提出批評。

與這種立場比較接近的，還是答魯蕭及休客說（Hueck, Handbuch des Arbeitsrecht, S. 21;

Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. 25ff.）所謂從屬，就是經濟的從屬。經濟的從屬，不與被傭者的地位相結合，在

多數的場合，實際上，雇主對勞動者的關係，雖是平等的，但勞動者爲獲得生活資料起見，不得不在他人的服務之下，而販賣其勞動力，而且經濟貧乏的被僱者，在換取其勞動力時，不得不與生產手段所有者的雇主對立。在這種對立中，個人與個人的關係上，雇主是經濟的優越者，比較有利。這層身份的，乃至經濟的從屬的保護，便是勞動法上的重要問題。休客的見解，如上所述，所以按休氏的意思，所謂從屬，就是身份的及經濟的從屬，與墨利托魯的見解接近，但他置重於經濟的不平等的從屬的一點上，則與麥魯斯伯台接近。其次答魯蕭特別高唱經濟的從屬。以爲被僱者對於雇主經濟的從屬的特徵，是在於不獨立的性質，而這種經濟的不自由的形態，就是勞動法的特徵（Dersch, Betriebsrätegesetz § 10）。波底河夫氏雖亦高唱經濟的從屬，但這是屬於第二的意義，而在組織編入的結果的一點上，與後述的整茲海馬接近。所以孫四博士，將麥魯斯伯台、休客及答魯蕭諸氏歸於同樣的立場上面。我對博士這點的見解，不能表示贊同。

墨利托魯，李隙繡，利達及耶河祕諸氏，對經濟的從屬說，表示反對（註四）。

（註四）李隙繡的非難 按李氏的見解，經濟的從屬說，在極力主張被僱者經濟的不自由的一點，雖然正確，但還在法律上的概念，是勞動的性質，所以此說不足取的，換句話說，「所謂勞動契約的法律上的性質，是給付勞動者的經濟的從屬的一點，絲毫沒有根據的。這不過從法律上觀察時，當於者變做徒弟技師及銀行員，或是爲社會的利益起見，而在工場勞動的場合，其實際提出的勞動，爲生活起見，與提出勞動的勞動者，絲毫沒有差別而已。」因爲觀察個個的勞動契約時，縱在從屬勞動者的典型的工場勞動者的場合，亦

決不受勞動關係的強制，乃是自由的締結契約。而且縱使經濟的從屬，並非這種個個的契約，乃是使用於全部勞動給付的經濟的境遇的意義，這種境遇者，亦未必服從一切從屬的勞動，例如貧窮的醫師及律師，雖然爲了生活，而在經濟的必要上，必須提出其勞動力，但亦不能當做從屬勞動的給付，因此從這點上看，將經濟的從屬當做與其他區別的特徵，亦不正確的。原來從屬勞動，僅指勞動者之經濟的從屬，所以其中契約，並非都是勞動契約，乃是個個的契約。(Niksch, Die Grundformen des Arbeitsvertrags, S. 94ff.; Arbeitsrecht, S. 13 ff.; Mohr = Hueck = Riezner, Die Arbeitsvertrag, S. 70)

(二) 利達的非難 利達氏從特殊的立場，而反對經濟的從屬說。如上所述，利達根據「力」的學說，解釋勞動的概念，他以爲這種的勞動，在法的交易之中，就是勞動法的對象。所以他從上述的立場，而表示他反對經濟的從屬說的理由如下：「純粹經濟的從屬，例如在家內工業的場合，亦存在的。勞動法學者間，雖然屢次主張過從這種根據上，而主張人人的交易，就是從屬勞動的見解，但所謂經濟的關係，不過是在法律關係的對象上，有其法律的意義而已，所以純粹的經濟的從屬，只可以看做法律的政策。」這樣看來，經濟的從屬概念，在法律上，不能構成何種基本的概念了。(Richter, a. a. O. S. 19ff.)

(三) 耶河祕的非難 耶氏對麥魯斯伯台的見解，尤其是對於麥氏所謂勞動法是經濟的弱者的集團，即無產階級或是勞動階級的特別法的一點，認爲不甚妥當。他不僅反對麥魯斯伯台，而且同時反對卡斯魯魯，馬泰，蕭塔，嚇里昂諸氏的立場。李隙繡氏亦在「勞動法」一四頁中，表示同樣的非難。至於勞動法的性質怎樣，將說明

於後述的「勞動法的構成」一章內。(Jacobi, a. a. O. S. 40ff.)

(2) 根據特定職業所屬的從屬說

這就是解釋勞動法是社會的構成某種階級的法。這種社會的階級，是不獨立的工資勞動者，並與此類似的社會的經濟的職業上地位的集團。因此主張勞動法是階級的特別法，而其標準，是依照職業的地位而定的。這是特定職業所屬的從屬說的大要，首唱此說者，有卡斯客魯及屈泥拉諸氏。

按卡斯客魯的見解，勞動法不應從勞動的概念上抽出。這是關於特定種類的勞動，這種特定種類的限定，是勞動法學的基本問題。然則特定的勞動，是依照何者而定呢？這是依照社會立法的發展過程而定的，換句話說，即人類的歷史，是社會的及經濟的不平等的歷史。這些糾紛，在近世產業革命後，特別表示其特殊的性質，因為大工業發展的結果，中世的身分關係破壞，大多數的國民，便陷於工場勞動者的地位，這些勞動者，與中世的職工及徒弟不同，他們固定其一生生涯於勞動者的地位。倘在大經營上，勞動者便被當做一個生產手段，與物同樣被處置的，同時雇主因經濟的優越地位的關係，使勞動力的壓逼激化，女子勞動者及兒童勞動者的使用，因之發生，此時重大的社會問題亦隨之而起。因此為保護比雇主的經濟的地位較低的勞動者起見，便發生社會的立法，即社會法的要求了。這些社會法，就是公法的保護法，而對工場勞動者的保護，漸漸擴充到與此類似的特定職業者之間了，甚且適用於商業使用人。所以所謂勞動法，就是對工場勞動者及與此類似的職業者的保護法。勞動者是依照

各種特定職業而區別的。像這種職業階級的法，就是勞動法。

我們試將卡斯客魯的見解，概括的說，則所謂從屬勞動，就是「勞動者實行勞動時，在勞動場所，時間，對象及方法上負擔服從他人命令指揮權而義務的場合」；而且是職務上應該做的場合。」所謂職務，就是「與勞動者普通活動的一般方向上相契合的勞動，像遊戲及科學上目的的場合，使非職務上的勞動。」這種意義上的職業階級的保護法，就是勞動法（註五）。

（註五）卡斯客魯所說的從屬關係在勞動實行上，而服從他人命令指揮權的一點，類似「命令指揮權說」。休密利拍台及麻里昂諸氏的見解，亦同樣的。但是休密利特別主張職業階級的一點，在意義上，却是另一問題的。（*Kaackel, a. a. O. S. III. S. 66ff.*）

屈泥拉氏（*Kreller*）承認從屬勞動者的被傭者，在職務上是勞動給付，這與卡氏的見解相同。但屈氏又將「被編入於他人的經營」當做其中主要點，所以又與後面所述的整茲海馬的學說相似。然屈氏所說的職務概念，則與卡斯客魯完全同一。

耶河祕，整茲海馬，休密利拍台，利達諸氏，對卡斯客魯及屈泥拉的見解，表示極端的反對（註六）。

（註六）他們對卡斯客魯非難的要點，如下所述：「卡斯客魯雖然說到職業的階級，但其實，雇主的職業與勞動者的職業，並不存在的。所謂

職業，就是個人為滿足社會的需要起見，在職位上的服務的活動。職業在這種意義上，可以區別為經濟的，精神的，乃至公共的三種。所以職業，當做社會的集團的構成時，有媒介的手段的功能，但是普通所謂的職業組合，職業集團及職業評議會的職業，就是這種

意義的職業，並非雇主的職業，或是勞動者的職業。其謂雇主的或被僱者的，就是一定職業內部的特定的地位。所以職業是縱的區別，不是橫的區別。倘若根據職業，而區別從屬關係，便沒有意義了。(Jacobi, a. a. S. O. 41ff.; Sturheimer, a. a. O. S. 33; Hueck = Nipperley, a. a. O. S. 40)

其次，卡斯魯以為特定職業階級法，在勞動法上，決不適用於特定職業者，乃是適用於特定事實(Stand-stand)的自體。當然這種事實，最初在特殊的職業範圍內有顯著的發展，立法者也許已經想到，但這並非以特定職業階級為目標，乃是以特定的事實，即從屬關係為目標的，所以不必限定於特定的職業，只要有從屬關係的事實存在時，亦可以適用於勞動法了。(Nikisch, a. a. O. S. 92ff.)

其次，階級法不存在的，因為勞動法並非階級的被僱者的法，又非無產階級的法。卡斯魯曾說過職業階級的法，所以一般的非難，這種見解，不甚妥當。(請參照第八章。)

(3) 他人決定勞動說

這是嚇里昂、維黎諸氏主張的見解。嚇氏在 *Das gesamte deutsche Recht Von R. Stammler* 第七部「勞動法」之中，說勞動法是不獨立勞動者的特別法，因此是職業階級的法。所謂不獨立或從屬的意思，就是經濟的弱者的被僱者，不能不提出勞動力的二種狀態(註七)。卡斯魯關於此點的見解亦同樣的。但嚇氏在與維黎氏共著的「勞動法」之中，則求從屬關係於他人決定的勞動說，所以嚇氏是從勞動的他人決定(Fremdbest.)

immtheit der Arbeit) 的特徵上，而區別勞動法。所謂他人決定，就是勞動關係受私法上規定的適用場合，在「勞動契約的法典上規定的例」的著述中，可以表示與此類似的場合。此處雖不能明白表示從屬勞動的本質的概念，但大體上，在次述的意義上，而規定他人的決定。

構成從屬勞動的要件，存在於種類勞動 (Gattungsarbeit) 中，即從屬勞動與種類勞動是同一的，而種類勞動就是他人決定的勞動，所以我們可以例舉 *Gattungarbeit* = *fremdbestimmte* = *abhängige Arbeit* 的公式，但是這種公式何以會發生呢？嚇里昂氏則說明於下。

雇傭契約，承攬契約，乃至計數的契約及計時的契約 (*Akkord u. Zeitlohnvertrag*)，並非勞動契約的基本形態，這必須從其他法律體系上，物品給付的特定給付與不特定(種類)給付的差別的同一見解上而決定的。這種特定及種類給付，構成了勞動契約的基本形態，不僅限於物的給付場合，而且亦存在於勞動給付的場合，勞動契約在許多場合，雖然幾乎形成一切雇傭及承攬法典上的形態，但這種見解決非正確的。因為在勞動契約的場合上，有的給付，完全用契約決定的，有的以後才決定的。前者是特定的勞動，後者是種類的勞動，而特定勞動是自律的，但種類勞動則是他人決定的，即指定者是雇主，勞動等到雇主指定之後，才特定的，換句話說，在種類勞動的場合，便要服從雇主的命令指揮權(註八)了。

(註七) Heinrich Hoening, *Arbeitsrecht, Das gesamte deutsche Recht Von Stammeler, Teil VII 1931, S. 1469 ff.* 參照

馬已經在 *Jahrbuch des Arbeitsrechts* Bd. I. S. V. 之中，敘述過勞動法，就是職業階級的法，他的見解，大體與卡斯客魯

似，這是他自己學說的修正。本文所引述的嚇里昂及維黎兩人共著的「勞動法令集」的序文中的見解，就是他從前的學說，重

版之後，這一部份便省略了。其次嚇氏還有一九三一年與 *Leopold Hoeltje* 的共著，但這裏所述的嚇里昂是哈因林喜，嚇里昂

(註八) *Haeniger = Wehrle, Arbeitsrecht, Sammlung der reichsgesetzlichen Vorschriften zum Arbeitsvertrag, 6 Aufl. S.*

XX VII ff.

孫田博士將嚇里昂的見解與隸屬勞動法說相對立，似欠妥當，因為嚇里昂的立場，結果亦不外承認從屬勞動概念中的一個分野而已，在某點上，與卡斯客魯及耶河祕諸氏的見解是相通的，所以嚇氏應該屬於從屬說中的一個學說，如果使與從屬說相對立，則應與羅托馬魯及智爾拍蕭米脫的見解相對照了。

李隙繡，利達及墨利托魯等，對嚇里昂的見解，加以有力的非難 (註九)。

(註九) 利達及墨利托魯的非難 他們說：「如果在他人決定的勞動上而求勞動法的中心概念，則與法律上的從屬，換句話說，即與服從

他人命令的指揮權，是同意義了。但是服從他人的指揮權，是極乎相對的概念，因此在勞動法的基本概念上，還未充分。」他們的共

難，是對休客批評耶河祕的同樣的見解，但所謂他人命令指揮權的概念，不能當做勞動法基本概念的理由，在後面敘述耶河祕的

見解時，當再說明。(Richter, a. a. O. S. 21. *Meinert, a. a. O. V. 23ff.*)

李隙繡的非難 他以為嚇里昂的見解，雖是正當的，但次述各點則不充分。他說如果種類勞動，是從屬勞動

的特徵，則勞動法對象的特性，視乎不特定的勞動給付，是否存在，但種類勞動有的是自律勞動的場合，特定勞動，亦有他律勞動的場合，例如音樂家在音樂會上約定唱歌的義務，這就是嚇里昂所謂的種類勞動，何則？因為給付並非完全用契約規定的。但給付的指定或集中，在此場合上，是屬於被備者方面的。因此這並非他人決定的勞動。又如園藝家答應負責佈置庭園時，付托者沒有一切的指揮，乃是由於園藝家一手包辦的，園藝家這種的勞動，雖是種類的勞動，但給付的集中，是在勞動給付者，因此這並非他人決定的勞動。當然在這個場合上，勞動決定的方法，要看關係者給付勞動的知識經驗的多寡而定的。反之，嚇里昂的特定勞動的場合，亦是他人決定的場合，例如優伶出演的場合，就是嚇里昂所謂的特定勞動，但演劇者在此場合上，則有種種的監督權及命令權，優伶並非自己決定的，又非由契約決定的，在此點上，亦必須雇主的決定。所以這是他人決定的。特定勞動未必是自律的勞動了。

這樣他人決定的概念，是相對的性質，而且在區別從屬勞動與不從屬勞動的基本的概念上，極乎不充分，又如嚇里昂自身所說的一樣，他人決定勞動，從法律效果方面考察時，與雇主的指揮權（*Directionsrecht*）屬於同一概念。但這種指揮權，無論是在勞動給付的場合，或是從屬的場合，或非從屬的場合，是常常存在的，因此以此當做區別的標準，便沒有意義，所以嚇里昂氏將這種法的效果的指揮權，結合於種類勞動對象的見解，如上述的一樣，究不正確的。因為他在一個基本概念上，而樹立了勞動法的體系，方法上縱是正確，從勞動契約的特定的形態

的構成要件上而引伸指揮權，則不免失敗了。但是他對此點雖然失敗，他的論述卻有非常名貴之點。他極力主張勞動契約的基本形態的識別，不從契約的法的效果而來，乃是從契約的構成要件而來的見解，確是一種大功績。僅就承認特定勞動與種類勞動的對立的一點，亦不失其獨到的見解。Nikisch, a. a. O. S. 10ff.; S. 10ff.。

孫田博士竟將他人決定與種類勞動，當做別個的問題，不覺是錯誤的。前面說過，他人的決定勞動——種類勞動，兩者並非不同的概念。博士所舉的李際繡及耶河祕的見解，並非種類決定勞動說，乃是種類勞動+繼續勞動——服從關係。在此點上，博士似乎誤解嚇里昂、李際繡及耶河祕的見解了。

(4) 根據從屬類似概念說

墨利托魯、耶河祕、李際繡諸氏，雖然排斥從屬 (Abhängigkeit) 的概念，智爾拍蕭米脫則不從廣義上解釋勞動法，而根據從屬類似的概念，從狹義上解釋勞動法(註一〇)。但這些的見解，如休客、利拍台諸氏所批評的一樣，結果是承認從屬的概念(註一一)，所以我認這些立場是包含於從屬概念說之中而介紹的。原來墨利托魯的見解，大體是高唱繼續勞動的概念，而耶河祕及李際繡則綜合嚇里昂及墨利托魯兩者的見解，根據繼續勞動+他人決定的概念而論述(註一二)。今試詳細介紹這些的見解如下：因為我自己多採取耶河祕的見解的，所以有相當詳述這些見解的必要。

(註一〇) 李際繡在一九〇六年的「勞動契約及使用人契約」中，與耶河祕的見解相同，但在一九三〇年的「勞動法」中，則更改如下

所述之立場。這裏所介紹的，就是他以前的立場。

(註一) Huck = Nijporey, a. a. O. S. 2.

(註二) 孫田博士說耶河稜及李際鏞的見解，是種類勞動決定說，不甚正確的，因為耶河稜雖說種類勞動——他人的決定，其實他們除了這個概念之外，又綜合墨利托魯的繼續勞動的概念，而區分 Abhängigkeit (從屬) 與 Unterordnung (服從) 的概念，博士似乎看掉此點。

(A) 勞動繼續說

這種見解，就是將勞動的繼續 (Dauer der Arbeit) 當做從屬關係的特質，其中代表者，就是墨利脫魯。墨氏列舉從屬勞動的定義如下：

勞動法的中心概念的勞動契約，就是「被備者，對其他當事人的雇主，負擔給付人身勞動義務的契約。這人身勞動，是依照其種類及其附屬的情況而使被備者服從於雇主及其代理人指揮之下。至於這種服從，是否存在問題，則要看有否勞動預見的繼續」 (Voraussetzlich Dauer der Arbeit) 而判斷的」 (註三)。

然則所謂勞動預見的繼續，是怎樣的概念呢？墨利脫魯則說明如下：(註四)

一般對雇傭契約與承攬契約的區別，一是根據行為的契約，他是根據結果契約的性質而判斷的，但是，如果不依照這樣差別，而從兩種形態的法的構成不同上，並從根本的立法的立場上而解釋時，則從來大概有兩種不

同的見解。一是根據經濟的從屬，即依照經濟的不利益地位而判斷的立場，他是根據組織編入的見解（註一五）。

原來雇傭契約的場合，比較承攬契約受更高的保護，例如民法第六二九條，第六〇條的雇傭解約通知後的被傭者的保護，（日本民法沒有這種規定），第六一六條的被傭者疾病場合的保護，（日本民法沒有），第六五五條的雇傭媒介的居間費的保護，（日本民法沒有），第六一八條對被傭者安全健康的保護（日本民法沒有）的各種規定。關於保護被傭者的問題，細尤門拉及羅茲因諸氏雖曾極力提倡過，但這種保護的動機，未必是因為要保護為他人而給付勞動者的經濟的不利益的地位，換句話說，將從屬的勞動，歸於經濟的不利益的地位，似欠妥當。何則？例如民法第六一四條及第六四一條，雖然規定了一「報酬的發給要在勞動給付之後。期間上所規定的報酬，要期間經過後才發給。」（日本民法第六二四條），「報酬，要在工作完了時才發給。且要各部份工作完了時。但規定各部份報酬時，則在各部份完了時，而發給其各部份的報酬。」（日本民法第六三二條）。以上各種的規定，表面上似乎歸於被傭者經濟的不利益，其實這亦有經濟的優越的現象，何則？被傭者因不能締結這個範圍以外的契約，這些強行規定的拘束，反而有利於他們了。所以欲從勞動契約的內容，而導出經濟的從屬的一定的結論，是不可能的。所謂經濟的不利益的地位，無甯是勞動市場的地位，換句話說，即依照其情況而定的。然這種勞動市場的情況，存在於勞動關係之外，所以我們不能把牠當做經濟的從屬的特徵了（註一六）。

同樣，被傭者對雇主的身份的服從，亦非從屬勞動的特徵。（關於組織的身份的從屬說，請參照後述第六）被

給付的勞動，在爲他人而勞動的一切場合，在相當範圍內，是在雇主的權利支配內而勞動者，結果使某種服從的關係發生，換句話說，在勞動給付的場合，常常存在了服從的關係。這種服從的關係，雖然完全是相對的，有時表現強的性質，有時則表示弱的性質，其主要的，則視乎經營的種類，經營的組織及勞動的種類而決定的。然服從的現象，完全是漠然的性質，例如經營者與從業者的關係，在小經營上，個人的親密的程度強而服從的關係，則幾乎不大顯著，但雇主必須詳細決定勞動的任務服從的關係，在此點上的程度，則是強的性質了。同樣，在大經營的場合，指揮權的人的支配也許很弱，但爲了必須嚴格規定經營的規律的一點上，從屬關係的程度，則表示強的性質。這樣，在個個場合的標準，是動搖的性質，而雇主的「經營編入」——倘按墨利托魯這是存在於一切勞動的關係上面——應該怎樣決定其是否與顯著的服從關係相隨伴的正確的判斷標準亦不存在了。所以這種判斷，必須根據勞動自身的特性，因爲被備者責任的大小及精神能力要求的高低等等，決非決定的標準。換句話說，這種區別，是以勞動的特性，即以「勞動比較的長期繼續」(die längere Dauer der Arbeit)，做決定的標準，而且法國的文獻中，早已從勞動關係之顯著的繼續中 (erhebliche Dauer des Arbeitsverhältnisses)，而求其特徵(註一七)。其次爲一般或不特定多數人而提供勞動者，與個人的勞動給付的場合不同。其勞動力，是繼續的全部的，而且不能請求主要的部份，所以服從的關係並不存在的。

像這種勞動繼續的特徵，在全體上，唯其勞動力的全部或主要部份的請求及繼續，是同一的，但這已存在於

民法典及社會立法之中了。例如民法第六一七條，第六二二條，第六二九條及第六三〇各條中，所使用的「繼續的雇傭關係」或「生業力(Erwerbstätigkeit)」的全部份及重要的部份」各種文句。

這種繼續的特徵，亦爲荷蘭民法第一六三七條所承認，而解釋勞動契約與承攬契約的主要的差別。奧國民法第一一五一條亦同樣。當然在這個場合上，所謂的繼續，並非從屬勞動與獨立勞動的差別，其主要的，乃是雇傭契約與承攬契約的差別的標準，但究其實，這種的標準，就是繼續的問題。所以德國與其他各國一樣，不將承攬契約與雇傭契約的差別，當做行爲契約與結果契約的差別，乃根據服從之新的社會見解而區別的，經過大戰之後，便爲一般所推崇。所以服從的意義，並非前面所述的經濟的不利益地位，或是身份的從屬關係，我們依然要從勞動之比較的長期繼續的概念上而求其見解(註一八)。

墨利托魯主要的見解，在區別承攬及雇傭，即從此立場而觀察勞動契約的方法。將他歸於從屬學說中，也許不甚妥當，但這是將勞動繼續，當做勞動契約中心的意思，而編入的。

李際繡，耶河祕，休客及利拍台諸氏，對墨利托魯的見解，有各種的非難(註一九)。

(註一三) Molitor, a. a. O. S. 111.

(註一四) Molitor, a. a. O. S. 111.

(註一五) Nitsch, a. a. O. S. 105ff.

(註一六) Nilschl, S.106ff.

(註一七) Perreau, Societe d'enudes, legislatives, 9.

(註一八) Molitor, a. a. O. S. 170ff.

(註一九) 休客及利拍吉的非難 他們的非難,主要在反對墨利托魯以爲不能在承攬契約及雇傭契約的區別上面說明從屬概念。茲將

大要敘述如下。從來民法上,不承認勞動契約一般的形態,而將雇傭及承攬的兩個特殊的形態,排列一起。因此從這兩種契約形態的差別上,發生了種種問題,但在各種場合上,一直到現在,還未發現其妥當的區別的標準。關於勞動法上的勞動契約,是屬於二者區別中的那一個呢?這可以說是大概屬於狹義的雇傭契約。從來一般人將承攬當做勞動的結果,而將雇傭當做勞動本身的提供,這雖然不能適用於一切的場合,但大體上却是重要區別的標準。但勞動法上的從屬勞動者的概念,在其本質上,還必要勞動給付之外,對雇主的身份的從屬關係或是服從的義務,這是勞務提供上所生的必然的結果,並非從工作的給付義務而來的。換句話說,在提供勞動結果的承攬場合,其種類及方法,大概由承攬人自定,而且自己負擔其危險。在此場合,他們算是獨立

的勞動者,不會發生人身的從屬。僅在雇傭契約的場合,勞動義務者才有人身的從屬,而且又是勞動法意義上的被傭者。但在家內工業的從事者的場合,情形又不同了。他們雖然類似被傭者,爲了沒有人身的從屬緣故,便不是純粹的被傭者了。在這種場合,雖有勞動給付,但在承攬契約的形式上而提供勞動的見解,是可能的。所以純粹被傭者的勞動契約,雖當是雇傭契約,而締結雇傭契約者,則未必盡是勞動法上的被傭者,這就是反對的,未必盡是真理的意思。勞動義務者,在某種特定範圍內,縱在服從雇

主指揮的場合，不發生對雇主實際上的從屬關係，亦不危害其人身之獨立。這種勞動關係，是與某種時間的繼續相隨件的，所以雇傭契約，未必常常是勞動法上的勞動契約。反之，勞動契約却常常是雇傭契約，爲墨利托魯氏在行爲契約的場合，而求服從的概念，便與承攬相對立。這種的見解，便不大充份了，因爲這必須區別在雇傭中有與從屬關係相伴的，有不與相隨件的兩者。尤其墨氏亦以勞動比較的長期繼續爲必要的要件，例如從一個場所搬運行李到其他場所的勞務，不過數分鐘的時間，不得認做從屬。但是縱使承認勞動的繼續，結果亦解釋優伶的出演及音樂家的演奏，就是勞動結果的給付的承攬了。這樣看來，欲就承攬及雇傭的區別而解決問題，結果總是不正確的。（Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. 91ff.）

李隙繡的非難 李氏的非難，如下所述：墨利托魯的勞動繼續觀念是相對的性質，所以讀者比較容易了解其學說。但這並非指勞動繼續，是個個勞動關係的繼續意思，乃是指勞動的關係雖然變更，仍然繼續的在他人經營之下而服務勞動，而維持必要生活的意思，這就是在他入經營之下，實行勞動職務的意思，常常惹起從屬的關係。墨氏所謂的職務，並非生活職業的意思，乃是勞動繼續關係上的意思。但是如果讀者認墨氏的敘述，是指自己經營以外的一切勞動給付的場合，則其結論，在無論何種形式上，不爲他人而給付勞動的人，決不存在於服從的關係上面了。墨氏雖說勞動的繼續，是服從的決定標準，但勞動繼續的概念，與墨氏的見解卻正反對。如果解釋人的編入或勞動受領者的經營秩序是基礎的要件的從屬，則顯然是組織編入說了，所以這與墨利托魯的見解不同。墨氏的勞動繼續說，在學術上，比其他學說圓滿得多，尤其是他用批評的態度，而考察從來被輕視的從屬概

念，無論如何，他的思想是一種極大的功績。原來被傭者的經濟的從屬及組織的從屬，是由各種原因或綜合的原因而發生的，縱在這些特別的事情不存在的場合，在債權契約上，債權者的意思支配，亦常常存在，而且在另一方面看，不能從勞動給付者而分離勞動的性質上，縱使其程度不大顯著。被傭者的服從關係，亦常常存在，所以經濟的從屬說或組織的從屬說，究不足取的。其次經濟的乃至組織的從屬，構成法規的標準時，亦沒有何等的確的觀念，例如某種法律事實，應該判斷屬於何種契約的種類，結果必然的陷於法官自由裁量的危險，而且又如墨氏所述的一樣，被傭者顯著程度的從屬及服從，並不是與統一的法律事實常常一致的，不過從各種勞動契約的構成事實而發生的社會現象而已，因之不屬於法律上現象的問題。當然，這社會的現象，可以依照次述的兩個方法，從法律上而考察。卽一是法官在各個場合，承認特別強度的從屬關係時，而適用勞動法的特別規定的方法，一是在法典上，列舉一律承認從屬所生的保護必要的各個社會階級的方法。這是卡斯客魯特別高唱的立場。但第二立場的不足採取，是很明白的，同時第一的立場，亦沒有從屬概念的正確的標準，爲了流動性的緣故，常常陷於任意裁判的危險，及破壞法律上的平等，在實際上，沒有實施的可能性了。所以墨利托魯便從事研究根據這種事實，而檢討與從屬勞動法律效果相結合的確定事實的特徵（Fest Tatbestandsmerkmal），他又根據了這個特徵，去決定從屬的概念。這種法的特徵存在於勞動契約的構成事實時，法官常常適用特別的勞動法規，在具體上，沒有研究被傭者的社會的從屬，是否存在的問題的必要。同時既有事實的特徵的關係，則不必顧慮到被傭者的階級

的乃至身份的所屬而得適用特別法了。這樣一來，立法者亦能避免階級法及身份法的制定的危險。所以這個特徵是什麼呢？卻是重大的問題。屈泥拉以為收入的高低及契約上對價的多少，是其特徵，反之墨利托魯則根據上述的各點，而說明其特徵，墨氏以為被傭者，在雇主指揮之下，是否站在服從關係上面的問題，在原則上必須委於法官的自由裁量，但在發生服從關係的結果的勞動預定的繼續上，卻要預先特別明示的，這並非放任法官的自由認定。但是我們以為第一的特徵，當然是有用的，但在這裏並非重要的問題。至於第二的墨利托魯所舉的特徵，雖然對法官在何種時期內，使特別法得妥當適用，而發生容易判斷服從關係（*Unterordnung*）是否顯著的效果，然勞動繼續的概念，是極乎相對的性質，縱在比較這種概念不相對的場合，從屬的概念，亦不免動搖的性質，在這種動搖性的聯鎖上，便發生法的不確定性了。這樣看來，墨利托魯所主張的勞動繼續的概念，亦不能除掉法律的不確定性。所以我以爲墨氏在此點上的見解，亦不足採取了。（*Atkisch, a. a. O. S. 102-107*）

綜上所言，李隙繡自己亦贊成墨利托魯一部份的思想，並非絕對反對墨利托魯的，但是最近李更改其立場，而根據整茲海馬的見解了。（請參照後述。）

（B）根據他人決定及繼續勞動的綜合的觀念

這種見解，根據勞動的種類，而解釋勞動法的基本關係是繼續的期間內被給付的場合。結果就是綜合嚇里昂的「種類——他人決定」的概念，及墨利托魯的「繼續勞動」的兩個概念的立場。這是以前李隙繡、耶河秘

諸氏所主張的見解。耶河秘除了這兩個要素之外，又提倡不斷的權力關係，但這是上述的二要素的結果上，勞動給付者，站在勞動受領者之下的服從關係。服從（*Unterordnung*）的概念，是用以區別從屬的概念，所以耶河秘及李隙繡的見解，不得歸於從屬說中。但如休客所說的一樣，這究竟與從屬概念，沒有多大的差別，所以我在這裏試述他們的見解。

耶河秘氏關於從屬勞動關係的本質，敘述如下：「勞動法決定的事實，就是權利能力者的被傭者對他人即雇主，在各個給付上，沒有決定的規定而時間的給付勞動，而且其結果，勞動給付者是站在勞動受領者之下的服從關係的場合。而勞動給付是從特別法律上的從屬關係所發生的場合而除外的」（註三〇）。

耶氏對上述的定義，又有次述的說明：原來承攬契約與雇傭契約，從來是用各種的方法而區別的，這在固有的勞動契約的說明上，亦是必要的，因此，就簡單上說，大體從來的見解，可分為次述的兩個立場。

第一的立場，就是至特定的時間止，繼續的所提出的勞動給付與結果上的勞動在特定勞動給付的差異上而區別的見解，換句話說，即由時間而定的勞動與由結果而定的勞動的區別，這就是在極度時間的場合，被給付繼續的行動，並不預先具體的規定其被受領的勞動內容，不過其中限定，是依照勞動時間的終了而決定而已。勞動給付在這種場合上，必須繼續的供給，而必要直接或間接的能够決定一定時間的限界。在此點上，便與結果的勞動給付不相同了。

第二的立場，就是根據具體的個別化的勞動給付，與由種類所定的勞動給付的差異的見解。這種區別，是將預先特定的各個給付的勞動給付與預先確實特定的各個給付，看做不成問題的勞動給付的差別。所謂預先特定各個的給付，就是一次終了時或是中止時，能夠屢次供給的，其中界限，可以按結果而決定的，同時又可以利用其他方法而附加期限。在這期限附的場合，各個的給付，可以看做預先決定的時間勞動給付。反之，在沒有預先特定界限勞動給付的場合，其勞動力僅在一次，在特定方向當做勞動給付，而受處分的，至於要怎樣的具體的給付，則在勞動關係的經過中，才能決定。

這兩者的分類的相互關係，如下所述：由結果所決定的勞動給付，是預先由結果而個別化的，所以必然的屬於特定所制限的各個勞動給付的次位。反之，預先未特定的各個給付，主要的是使處分勞動力，所以屬於時間極點的勞動給付。換句話說，其給付，雖然是本來的個別化性質，但却非由結果所定的勞動給付。

如果根據這種分類，則由結果所決定的勞動給付，就是承攬契約，而由時間所決定的勞動給付，就是雇傭契約了。雇傭契約又可分做兩種：一是獨立的雇傭契約（*Selbständige Dienstv.*），或自由的雇傭契約（*Freie Dienstv.*）；他是有單純的交換機能的雇傭契約（*Dienstv. mit blosser Austauschfunktion*），而在這種場合的給付，雖然是時間極點的勞動給付，但各個的給付，却是預定的，所以在處分上，不過一個或數個的給付而已。至於第二種的雇傭，就是勞動法上的固有的勞動契約或用人契約。在這個場合的時間極點的勞動給付上，與第

一的場合同樣，但關於被供給的給付，則不預先個別的決定。

這固有的勞動契約的本質，就是支配及權力關係（*Herrschafts oder Machtverhältnis*），在繼續的債權關係的形態中所發生的意思。何則？個個的勞動給付，並非必然的預先確定，乃是在於繼續的債權關係的經過中，才決定的。換句話說，各個給付是依照勞動者的勞動力的勞動受領者（雇主）的處分權，而從繼續的債權關係發生而來。這種處分權，是勞動契約所承認的。

最近對於構成勞動法的中心的固有勞動契約，產生了雇主對勞動者的支配及權力關係，這種的見解，似乎都沒有異議。原來承認這種支配的關係，就是對於基魯克曾喚起注意的德國法上雇傭契約及忠勤契約的身份法上法律行為的一個渡橋，同時，又是脫離羅馬法影響的意思。

但是在勞動契約的標準上，僅承認人身的服從關係的存在，亦非充份的見解。何則？勞動者在勞動受領者指揮之下，而在身份上服從，是在為他人而提供勞務的一切勞動給付場合，才發生的。這是利達，智爾，拍蕭米脫，墨利托魯，李隙繡諸氏所共認的（註三）。因為勞動不能從勞動力的負擔者即勞動者而分離的，換句話說，勞動者當勞動給付時，不得販賣自己，因此，在為他人而給付勞動時，是使自己服從他人了。服從的種類及強弱，因各種場合而異。勞動的種類，繼續期間，勞動給付的規則性及有償性，經營內部的勞動種類，尤其是大經營，經營組織等等，給與服從的種類以顯著的影響。服從因勞動給付的各種性質關係，不但在量的方面，而且在質的方面，亦不同了。

服從在本質上，除了交易法上的關係之外，還使勞動者在雇主人格之下而服從人格法上的關係，是何時才發生的問題，確有明白說明的必要。我們答覆這個問題時，如果主張顯著的服從關係是必要的，則不過同義異語而已。像這種循環的論法，結果不能解決問題，因為用勞動契約的法律的效果做論證時，在論理上是錯誤的。同時根據雇主的指揮權或是命令權而論證時，亦不免論理的誤謬。其次，站在他人經營編入的立場上，亦欠妥當。因為這不過是雇傭的結果，並不能當做標準的。復次，經濟的從屬，亦不能說明這個問題，因為經濟的從屬，雖是普通的狀態，但並非無條件的附隨的現象，同時種類勞動的概念，亦不充份，因為勞動給付的長期的繼續，雖是勞動契約顯著的特徵，但又不是其本質。

然則勞動契約的本質，是存在於那一點上呢？耶河秘氏對此問題，主張如下：「各個的勞動給付不預先決定，勞動力受處分，並各個給付由雇主決定」的三個要件上，特別界限的法律關係，使與服從關係及支配關係的特性相伴。在這種支配關係中，人類整個的人格，受命令，受支配，而且爲了勞動力的不可分離的性質，便產生了從屬。這樣勞動者對雇主的服從，在勞動契約上，算是本質的性質，所以無論如何，不能不顧慮到法規的人格法上的要素。但這並不限定於人格法的根本上，乃是附屬於交易法的法律關係，所以我們從這種規定上，不得不注意到人格法上的意義了。這種法律的要求，不僅是對不熟練的工場勞動者，而且對獨立提議者的技師，醫師，藝術家，學者，乃至大企業的指導者等等，亦是必要的。所以立法者有充分顧慮到這些特殊的法律義務的必要了。

按以上所述，則固有的勞動契約及使用人契約，明明是時間極點的勞動給付契約了，爲了在這種場合的各個給付，並不預先決定的緣故，便發生了勞動給付者對勞動受領者的高度的服從，這就是本質的特徵。

所以從勞動給付的其他契約，例如從承攬，委任及雇傭契約，而區別勞動法上的勞動契約的標識，除了上述的一切勞動法本質的事實之外，並不存在了。縱使不能規定勞動契約的基礎的概念，而不預先決定各個的給付時，被傭者對他人而給付勞動交易的意味上，亦不能否認經濟的價值移轉與高度的人格的服從結合不可分的標識了。這樣看來，這就是交易法上的內容與人格法上的內容相混合的特別法規的要求。這特別法規，就是勞動法，特別法規的勞動法的概念，因之成立了。

其次，還要注意的是勞動給付者，是站在特別法律上的從屬關係之下的。而且根據這種法律上的從屬而給付勞動時，與上述的場合有區別的。從勞動給付而發生的服從關係，是從特別法律上的從屬關係中而來，換句話說，在這種場合，人身的從屬不由勞動給付而來，因爲勞動給付，是從沒有關係的法律上的從屬而來的（註三三）。例如囚人的勞動或軍人的服從，都不屬於勞動法內。

李際繡雖曾採取耶河秘的同樣的見解，但在一九三〇年出版的「勞動法」中，則綜合整茲海馬及耶河秘兩人的見解。此點將敘述於後面。這裏不過介紹李氏在「勞動契約並使用人契約的基本形態」的立場上，與耶河秘的思想類似之點而已（註三三）。

(註10) Jacobi, a. a. O. S. 58.

(註11) Richter, a. a. O. S. 14. 19 f.; Molitor, a. a. O. S. 84; Nikisch, a. a. O. S. 97; Silberbachmidt, ArbR. B. d. 10. Sp. 410. 417.

(註12) Jacobi, a. a. O. S. 46. 55.

(註13) 李隙繡在「勞動契約的基本形態」中所述的見解，大要如下：他以為勞動法不僅對勞動契約，而且包含使用人契約的問題。他認使用人契約就是勞動契約。因此關於勞動契約的特徵的問題，李氏則認在其特性上，有下述的要件：(一)勞動的繼續；(二)行動的種類(Arb.)的特定；(三)雇主的指揮權，即各個的勞動給付的特定；(四)繼續的支配關係；(五)有價的。

耶河祕及李隙繡關於勞動繼續的見解，是剿襲墨利托魯的思想。同時在各個勞動給付，不確定的即不特定債權上的問題，則類似嚇里昂的種類決定的概念。李隙繡說嚇里昂的種類勞動是他人決定的意思，在概念上雖不相同，但關於雇主決定各個勞動的一點上，與嚇氏的思想沒有差別。但是我們要注意的，不過關於將勞動力的處分，歸於雇主的一點而已。所以我想勞動力的處分及讓渡，就是勞動契約的特徵。至於這處分權的性質是怎樣？耶河祕及李隙繡並不深加研究，僅當做交易法上的結果。次述的整茲海馬及波底河夫的見解，對此點將有詳細的考察。

休客及利拍台諸氏對耶河祕及李隙繡的見解，表示極端反對(註14)。

(註二四) 依客及利拍賣鄂河秘及李隙繼的非難，如下所述：李隙繼將使用人契約，看做勞動契約一樣，這在給付種類決定行動於時間極點的一點上，是同一的，而且是主張勞動契約的特性亦是種類勞動 + 繼續勞動。但是這種概念，是漠然的性質，例如受特定報酬，而提供勞務的主治醫師，代辦商，或是接受商店全部顧問事件的律師及其他類似者，都是獨立的被備者，在勞動給付的契約上，亦是同樣，其次他又列舉雇主及被備者間直接的支配關係，當做使用人契約的特徵，一方面雖然自己否認從屬的概念，一方面，則不免陷於承認他所否認的從屬的特徵。他特別的見解，似乎在於不承認從屬觀念是契約必然的結果上的構成事實。但是雇主倘有決定權，則從種類上而決定勞動給付的義務與服從雇主命令權之下而給付勞動，實際上，似乎沒有多大差別。這最後的立場，亦可看做構成的事實，李隙繼雖然反對從來的從屬概念是相對的性質，且是不確定的性質，但是他自己所主張的，二個特徵，即勞動關係的繼續與給付的勞動一般的決定，這種的概念，不是同樣的相對的性質嗎？所以李隙繼及鄂河秘的見解，亦未必是正常的。(Heack = Nipperdey, a. a. O. S. 2)

(5) 身份的從屬說

這就是將從屬當做對被備者之人的拘束，即身份的從屬的見解。這種立場，在其內容上，有各種的見解。

(一) 意思從屬說 是解釋身份的從屬為單純的意思從屬的立場。整茲海馬在「勞動法原論」的初版內，會主張這種見解(註二五)。他說「所謂勞動法，就是被備者的法，所以是從勞動及勞動給付者的概念上分析而來的。而這種勞動給付，要從屬勞動的給付。所謂從屬，就是服從他人意思之下的意義，因為從屬者是他人從屬的

肢體。」換句話說，就是在勞動給付上，對他人站在心意的服從關係的場合，雖不會失掉法律上的自由，但却失掉經濟的行動的具體的可能性。可能性的喪失，是使無產者從屬於有產者之社會的必然性而來的。利達及李隙繻諸氏對這個意思從屬說，加以非難（註二六）。

（註二五）

警茲海馬氏在第二版內，如下所述的一樣會變更他的學說。這裏所述的屬於第一版第四頁。

（註二六）

利達及李隙繻的非難，如下所述：意思從屬的概念，在勞動法的基本概念上，不大充分，因為對他人做勞動給付時，意思的服從常常存在的，這不僅存在於從屬勞動上面，例如為他人的利益而設定權利時，必須服從他人的意思力或是支配，即在給付義務的場合，這種關係常常存在的。換句話說，所謂權利，就是一人的意思比較他人意思的優越性即支配性。而且伊厄林格所說的「權利，就是法律上所保護的利益」的觀念，亦以意思力做前提的。所以為他人而負給付的義務的一切者，大半是服從意思之下的勞動給付的權利與從屬性的相伴，亦是同樣的。但是如果勞動給付的權利被設定時，則服從他人的意思，比較其他場合將特別顯著了。何則？勞動不能從勞動者的人身上分離的，因此身份的從屬，比較物的給付場合強度得多。所以勞動給付的義務的法律關係，根據勞動過程的事實上的性質，常常擴充到義務者的整個人格上面，而且又根據各個勞動給付的特別的作用，必然的從一個法的範疇，轉化為其他的法的範疇，但是在各個場合的從屬的程度，也許較為強大與其他的不同，這雖然是正確的，但倘若承認從他人意思的一般性，就是從屬勞動的特徵，則欠妥當。所以根據這個理由，而要求法律上之特別的處置，是沒有道理了。

(Richter, a. a. O. S. 18; Nikisch, a. a. O. S. 96ff.)

(二) 命令指揮權服從說

這種立場，認被傭者的身份的從屬，是從雇主命令指揮權的服從下而來的，馬泰、休客諸氏則主張此說。卡斯客魯及嚇里昂亦傾向命令指揮權說。如上所述，馬泰雖然主張經濟的及身份的從屬，但他以為縱使沒有經濟的從屬，亦可承認身份的從屬的場合，而且身份的從屬是服從雇主命令指揮權的意思的（註二七）。休客說：「所謂被傭者，就是站在經濟的身份的從屬關係上的，對雇主多少負擔服從的義務」（註二八）。卡斯客魯亦說：「勞動者就是在他人指揮之下，而負擔實行勞動的義務」（註二九）。至於嚇里昂雖然主張他人決定的勞動，但在法的概念上，結果不過服從雇主命令指揮權，所以我們可將嚇氏歸於命令指揮權的服從學說中。孫田博士的立場，大概可以看作是屬於卡斯客魯這種的見解的。

李隙繡及耶河秘對這種見解，表示反對（註三〇）。

（註二七） Mathaei, a. a. O. S. 89.

（註二八） Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts, S. 21.

（註二九） Kaskel, a. a. O. S. 30.

（註三〇） 李隙繡及耶河秘的非難，大體如下所述：原來主張雇主命令指揮權的見解，就是解釋特殊的權利（命令指揮權）而發生身

份的從屬的意思，而且這種特殊的權利，是雇主從特殊的勞動關係——與一般的勞動關係不同者——取得的。被傭者在這種

指揮權之下，關於勞動場所，時間，材料，器具及方法，是在雇主及代理人企圖之下而勞動的。但是如果根據這見解，而承認被僱者服從一般關係下的雇主的指揮權，則不免過於狹義的解釋從屬勞動的概念了，何則？被僱者縱在多數勞動關係的從屬勞動關係上，總有某點上的自由裁量，有時亦有廣大範圍的裁量餘地，所以如果嚴格的解釋雇主的命令指揮權，則從屬勞動不免限於極乎偏狹的範圍了。而雇主的企圖的權能，在各個勞動關係的強度上不同，而且在能率的作用上，亦彼此迥異。墨利托魯雖然特別指摘此點，但如買賣的商業使用人，在從來的見解上，雖是從屬的被僱者，而在行動的實行上，則必然的有廣大範圍的自由裁量。其次就普通上看，被僱者的地位抬高時，指揮權的範圍，便愈形狹小，同時因技術的優越，及專門的知識，比雇主又超越得多，所以雇主對被僱者的指揮權的範圍便縮小了。但勞動關係的性質，縱在這個場合，與從前沒有何等變更的。在另一方面看，某種一定的指導，亦自然的存在於一切勞動契約上面，無論在自由的勞動契約的場合，或是在從屬勞動契約的場合，都是一樣的，例如民法第六四五條，雖然規定了「工作，在負擔之前，因定購者所供給的材料的瑕疵，或因定購者，而在工作的實行上所給與的企圖」(日本民法第六三六條)，而承認承攬契約上的企圖，但是這種支配的指導存在時，是在承攬契約，不限於從屬的勞動契約的。這樣看來，雇主的指揮權，是存在於一切勞動契約上的，我們不能以此當做從屬勞動認別的標準，所以我們不能反對用此概念，當做從屬勞動區別的特徵。其次，指揮權並非勞動契約，或此種契約的構成要件——法律事實。這不過是從特定的法律事實而發生的法律效果 (Rechtsfolge)。我們縱在普通上，而承認這種指揮權是構成一團的勞動契約的主要的或是特殊的特徵，結果不過反覆重述這種權利是否屬於雇主，或是該勞動契約是否屬於從屬勞動契約這些的問題而已，所以我們不能從具

體的勞動契約，而解釋指揮權是否存在。同時，亦不得認指揮權是從屬的特徵了。(Nikisch, a. a. O. S. 79ff.)

(6) 組織的及法律的從屬說

這種立場，就是肯定從屬概念，是一個支配的關係，在社會學上及組織學上而考察這種支配的關係是從何種根據而來。主張此說者，有整茲海馬及波底河夫。

波氏的見解，後面當有詳細介紹，這裏姑且簡單說一下。原來波氏特別注意最近大企業的發達，而置重於各種勞動者在大經營上被統制的事實，換句話說，即注重工場內分業的勞動被統合於一個經營生產上所成立的過程，而且主張這種經營的組織，發生了身份的從屬。(關於經營的概念，請參照第二節。)至於經營的組織，何以會發生身份的從屬，波氏則以為勞務者服從雇主支配權之下，因此發生了身份的及經濟的從屬(註三二)。這與厄魯托滿的見解，幾乎類似。所以他以為勞動契約，可算是勞動者在他人經營的範圍之內所構成部份的雇傭契約(註三三)。

(註三二) Potthoff, in der *Deutscheit*, *Zum Allg. Arbeitsvertragsgesetzes*, s. 14.

(註三三) Oertmann, *Arbeitsvertrag*, S. 13.

但是根據這種組織的編入，就社會學上及組織學上說明支配權發生的理由，最露骨的是整茲海馬氏。以下試敘述整氏的學說。

如上所述，黎茲海馬氏就社會學上及組織學上，而考察勞動的概念，他主張私的機能並社會的機能的統一物的勞動概念，所以他以為縱從勞動概念而觀察從屬勞動的概念時，亦必然的根據社會學的立場。他的立場，大概如下所述。

人類機能上的勞動，是從對自身的人類的處分上而產生的。人類在這種處分上，執行自然給與他的處分權力。然而這種處分力，在法律上說，亦能夠存在於除彼以外的他人的權力內。所以在此場合上，實行勞動者，在法律上，並非勞動的人，乃是其他的人。從屬勞動是存在於這種場合的。所謂從屬勞動，就是在他人處分力之下的勞動，所以勞動的本質，發生變質了。換言之，勞動不過勞動者之個人的並社會的機能，即他人的機能而已。因為勞動者代替所有的私的乃至對全體的自然關係，而參加從彼自身或從全體而分離他自己的其他關係，所以從屬勞動並非單純經濟的社會的乃至技術的從屬下所給付的勞動，乃是法律上的權力關係之下所給付的勞動。
(註三)

這種起源，是從古代家長權之下，綜合個人於社會的統一體，而存在於古代的家族及莊園的結合中。但是這綜合的法律關係，漸漸根本的變更了。古代的家庭的親權及雇主權，雖不能一直繼續着，而殘留於古代的家長權 (Patria Potestas) 及家父權 (Muntzgewalt) 中的法律上的中心，在今日却還未完全消滅。換言之，即殘留於從屬勞動的新的形式上面。然這個問題一直到現在，幾乎沒有人提起的緣故，是因為從屬勞動的問題，雖是勞動法

的基本問題，一般人都把牠當做特別法律上的問題，所以從屬本質的研究，在勞動法上，算是最基礎的問題了。然則從屬是怎樣的觀念呢？

勞動當做從屬勞動的法律上的特徵時，是存在於處分力上面。處分力的特性，存在於何處呢？則有次述的說明。

(a) 所謂處分力，就是一種力 (Gewalt)，給與人類以兩個種類的關係。一是債權的關係，他是組織的關係。前者是個人間的關係，後者是單一體的關係。債權關係就是從一人之手而讓渡交易及財貨於他人。而組織關係就是由組織或是統一力的經濟的組成。在個人關係上，個人互相分離而交易，但在統一的關係上，個人僅限於個人的方面，而構成全體的一部份，所以個人法與統一法，是同時存在的。為成立這種統一的關係起見，就必須在法令之下，將個人包括於統一的活動的法律上權力，這就是支配統一的力。例如我們想到多數人協動的場合，則全勞動過程的連絡及統一上，必然的表現於一個支配的意思。這不但部份的勞動，而且當做作業場的全體活動的機能而表現的，恰如音樂會的指揮者的演奏一樣。其次為達到這種統一的關係的目的起見，又必須統一一切個人的活動的法律上的力，這就是有價值統一的權力，在統一中的個人的活動，便從其本來的性質上面分離了。所以這不是自主權者 (Sui Juris)，乃是他主權者 (Alieni Juris)。這樣看來，使從各部份的勞動，而成立一個綜合的生產了。與其說是意志的作用，無甯說是機能的作用，所以這種作用，無論是在行為者無能力的場合，或是行

爲者不欲的場合，都必然的發生的。統一的的作用，是從統一體之中的作用，而直接發生的。所以統一體是 *Objektiv* 的結合，就是霍勃斯所謂的 *System*，柯底馬奴斯 所謂的 *Ordn*。換句話說，統一的規範，是表見於構造的作用上面，並非由個人的意思或意思能力而規定的。所以統一體的個人的活動，不過現實的歸屬於個人而已。如果法律上有有效的，而不歸屬於個人的場合——例如根據無效的勞動契約的事實上的勞動關係的場合——（即沒有契約的勞動關係的場合），則個人的作用，明瞭凝聚於超個人的統一體上面。但這種場合的統一體的意思決非代理的意思，倘用代理的理論而說明時，則受個人的意思及意思能力的束縛了，結果不能使事實上的行爲的效果，歸屬於統一體。然則使這二重性可能者，是什麼呢？這是法律上的力即權力。權力就是從統一關係，給與一人或統一體的法律上的力，使各個的力或活動變做可能，就是伊厄林格所說的，在人或財產權上的兩方面作用的機能，即第一是對人的支配權，第二是對財產的支配權。

（b）處分權，是他人的權力，就是權力附屬於何人的問題。原來勞動的統一的形態，常常是有秩序的勞動形態。社會的生活過程，如果沒有結合的生產方法，便不能存在。所以無論在何種生產過程上必然的給與個人的處分權。這種權力，在一切個人，歸屬於團體構成員的共同團體時，便帶着極乎團體的性質了。而且這種權力，在個人歸屬於共同者的共同社會時，則帶着極乎濃厚的共同社會的性質了。但是如果這種權力，歸屬於從個人而分離的人格者，而且各個人僅僅服從這權力的，結果這種權力，就是他人的權力。在這個場合的權力，並不從服從這

權力者的共同意思或是集合意思而成立的，乃是從其負擔者(Träger)的單獨意思而成立的。所以這是從個人法而發生的——並非發源於共同法或集合法。——這種場合的統一，是由個人的意思而定的，即如勃林茲(Brinz)所說的，Unitas 是人格犧牲的團體(Unitas Personae)，並非共同的團體(Unitas Personarum)。要之，勞動法上從屬的基本的處分權，就是這種意義上的他人的權力。雇主並不用包括他自己及其他一切個人的共同團體的機關，而行使其權力，而且不由各個權力的把持者與服從者，當做同一的共同社會的管理而行使的，不過在自己的名義下，而且在自己計算之內，當做個人的權利者而行使而已。倘從古代自然法的見解，則國家的統一，是從主權者的人格而來，同樣，按現代的法律思想，則從屬勞動所根據的今日的經濟的統一，僅依雇主的人格才能維持的。雇主是統一的法的負擔者。一切的力統統歸屬於雇主，他統一切的活動。當然他的權力，在特定的個人關係上，必需服從者的共同勞動時，便受其發動的制限，而構成彼與他人之間的所制限的團體了。但是雇主的權力，除了這種制限之外，從全一權而發生，而且表現於特別的權力，在人格權的性質上，絲毫沒有變更的。因此勞動，在共同社會或共同團體的權力之下而給付時，從屬勞動一定不存在了。而產業組合的一個構成員的給付勞動，亦非從屬勞動了。同樣的性質，存在於股份有限公司的社員勞動上。勞動法在這種場合，縱使適用，但與勞動法上沒有關係的部分，則不得不由當事人的協約上而除外了。例如勞動者，有自己所服務的公司的股份時，他的給付勞動，同是從屬勞動的性質，同樣，如果國家及地方團體的勞動者，是共同團體的構成員，則其中從

勞動給付的性質，亦不變的。社員在股份有限公司服務時，例如從事簿記的工作，如果這種勞動，是屬於社員的關係，同時在獨立經濟的法的意義的關係下而給付時，則勞動法僅能適用於這範圍內。

(c) 處分權是他人對自由人的一種權力。他人對人類的處分權，經過了歷史的變遷，其中有對不自由人及自由人的兩種。對不自由人的權力，不依照權力服從的意思，乃是根據權力保持者的所有及相續行為。縱在奴隸制度上，自由意思的受授雖存在，但不自由的特性則不變的，換句話說，奴隸是一種物，與家具同樣屬於主人的所有權內。毛拉說：「不自由人是一種物或是一種商品，與活動的動物，沒有絲毫不同的」(註三四)。所以不自由人，並非權利能力者……這種不自由，是一個地位，從屬關係的有無，沒有關係的，他是人類法律構成上的無權利能力者。自由思想，在奴隸的權力關係上，發達便漸漸抑制人類對人類的權力，而抬高各人的人格者的地位，即第一承認各人有法律主體的能力，各人得所有或承繼財產，而且締結夫婦的關係，因此統治權(Imperium)與權力(Potestas)有區別的，這就是馬苦斯威厄巴所說的政治的公用徵收的手續，此時已經發生了(註三五)。這樣國家的權力，便在個人的權力之上，將個人的處分權委託於國家，所以不根據服從者意思的權力關係，便完全不存在了，同時人類之法的自由意思，形成了社會生活的動力，身份代替契約，這就是呱格那所說的勞動隸屬代替以自由勞動，土地隸屬代替以居住權及移轉的自由(註三六)。換句話說，根據身份關係的不自由，早已不存在。今日所謂的自由，就是不得被剝奪的人類公法上的屬性。所以勞動法上的從屬，僅在人格者的權力的上，才存在的。在這個

場合，人格者，自己根據法律上的自由意思服從這權力而已，他雖然在服從上的權利能力者的性質不發生變更，而且不損害私的權利主體的權利享有。這樣看來，自由人的處分權的特性，便從這點上而發生了。今試敘述如下：

所謂對自由人的權力，就是不由從屬的人類的法律組織而來的權力，乃是從自己的從屬關係而發生的權力，換句話說，自由人的從屬，並非他所屬的法律上的地位的結果，乃是從他自己的境遇所生的一種結果。在這種意思上，自由人雖然在從屬之下，但其性質却絲毫不變的，例如人有在路上行走的法律上自由。但是，倘若疾走狂奔時，則他的自由就要受限制了，又如我雖有在自己的園庭內散步及眺望的自由，但使用權，倘屬於他人時，則我的自由要受法律上的限制了。自由人的人類，倘在從屬的關係時，亦是站在與此同樣的關係上的。從屬在其所及的範圍內，其自由雖受制限，但他如果在妨害利用自由的法律上狀態時，亦是自己的參加了。在這種情形，自由人的性質，決不消滅，換句話說，並不因此而變做奴隸的。從屬者亦有締結契約並享受私權的法律上能力，因為他並不受從屬的狀態而變更的，換句話說，無論從屬的有無，人格者的性質，決不變更。不過從屬的關係上的人身的狀態，在法律上，與非從屬者稍有不同而已。今日所謂的從屬，決非法律的地位的從屬，不過人身的狀態的從屬。人類自己加入從屬的關係時，他的人格者的能力，並不發生變更，而無論何人雖非生來法律上的從屬者，但自己加入法律上的從屬關係，却可能的。

(d) 處分權，不過是勞動上所發生的權力。勞動法上的從屬勞動除了從屬勞動基礎的權力關係之外，還

要當事人間，沒有其他權力關係的存在。從屬勞動在某種場合，不存在勞動本身，却能夠從其他權力關係而來，但這不是勞動法上的從屬勞動的意義，例如民法第一三五六條及第一六一七條所規定的家族勞動，便非勞動法的對象（註三七），因為其中所規定的妻子、夫及親權者的家政或營業上所給付的勞動，是根據法典上的義務的。同樣，名譽職務的行動，亦非勞動法上的勞動，何則？在此場合的市民的給付勞動，是在國家及其他公法的團體組織的權力關係的基礎下面而提供的。最後強制的勞動，亦非勞動法上的對象，因為這是囚人及被監禁者在特別權力關係下所給付的強制勞動。這與不屬於勞動法的勞動，在各個場合，應否當做勞動法上的從屬勞動的問題，彼此不同。有時法典亦適用勞動法上的規定於這種勞動，有時則當事人抽出一般的權力關係，而設定勞動法上的勞動關係，例如父及夫，對子，或妻，除了親族法上的關係外，還得締結勞動契約，所以在這個場合，當然不會發生親族法上的問題，而勞動法上的問題，則存在的（註三八）。

前面的敘述，是介紹整茲海馬的從屬概念。波底河夫氏關此問題，幾乎與整茲海馬同樣（註三九）。

（註三三）孫田博士在「前揭書」四一頁，說整茲海馬的敘述與利達氏一樣，同是法律的隸屬說，但是關於法律的隸屬，是怎樣的意義，則幾乎完全不加以注意。他僅抽出印刷中的幾行文句而說明，似乎不免輕率從事。

（註三四）Maurer, Geschichte der Fronhöfe, der Bauerhöfe u. der Hofverlassung S. 7.

（註三五）Max Weber, Politik als Beruf, S. 8ff.

(註三六) Wagner, Grundlegung der politischen Ökonomie, S. 104ff.

(註三七) 德國民法第一三五六條第二項「妻有負家政上及夫的營業上勞務的義務，但這限於在大婦生活的狀態上，而有行使這種行為的習慣場合」。

德國民法第一六一七條「子屬於父母，而且受父母的教育及扶養，在自己的力量及身份上，負擔為父母管理家政及營業上的義務。」

(註三八) Sinzheimer, a. a. O. S. 10-22.

(註三九) 波底河夫氏在其所著的「勞動法的本質及目的」之中，敘述如下：「原來經濟的獨立者，用自己的生產手段，讓渡其勞動上的生產物與他人的法律的手段，有如下述：(一)買賣契約，(二)承攬契約，(三)雇傭契約三者。買賣就是販賣已製造的生產物；承攬是依照定購者的意思，而完成工作；雇傭是行動的給付，並非工作。例如醫師及律師的勞務提供，並非承攬，乃是屬於行動的給付，即雇傭契約。這些現象，完全是經濟的獨立者的行動的生產讓渡，約定一定的各個給付，而負擔債務，同時在另一方面，有領受反對給付的權利，這些權利義務，都是財產上的價值，又是法律上的債權關係。但是，沒有勞動手段的勞動者，投身於他人的事業，使他人利用生產手段的勞動關係時，但不屬於債權法的，乃是身份法的。何則？這種被傭者所提供的，就是自己本身，即將自己勞動力的處分，讓給他人，因此並非財產的價值的給付。他不負擔個別給付的義務，乃是准許雇主使用其勞動。舒丹未拉武曾區別債權關係與親族法上的關係，他對前者的標準，則求於當事人的個人，在抽象的相互同等地位的對立，後者則求於身份上服

務的性質。但是除了這個區別之外，還需要一種關係，即勞動關係的對立。所謂勞動關係，就是一個人類，在他人支配之下，而服務的身份法上的關係。在人格服務的一點上，確與親族法上的關係同樣。但其中亦有不相同之點，因為親族法上的服務，是相關的性質，反之，勞動關係却是單方的。原來人類間，有兩種的關係，一是個人對個人的關係，他是組織的關係。勞動關係就是組織的關係。像這種組織關係的勞動關係，是表現於統一的目的組織體，統一體的個體，如基督克所說的一樣，被吸收於全體的意思，不能自己生存的，乃是當做全體的一部份的活動而已。這樣勞動者，便被編入於雇主一方面的生產事業的大組織體內，而發生身份的從屬了。』(Potthoff, a. a. O. S. 387.) 其次，波底河夫氏關於被編入於他人的組織體而發生身份從屬關係的理由，又繼續着說明如下：「小經營的制度，在從前盛行，但近世是大經營的時代，從來純粹的債權關係的勞動給付便發生變化，而採取組織的全體編入的方法了。企業經營者，並非各個勞動給付的集合，乃是置重於全體勞動力的處分。大經營需要企業家的支配以規律經營，而且綜合相互獨立及法律上不從屬的勞動契約的締結，於一個組織內，使企業者的目的發生全體的效力。這種的支配，雖是民主主義的思想所不許的，但在大經營的場合，却是必然的要件。不過其目的及內容，並非支配者的，乃是全體綜合的目的及內容的合致。換句話說，連帶的發展，是其理想，所以從屬關係，不得不與經營相隨伴了。』(Potthoff, a. a. O. S. 387.)

李隙繡，耶河秘，休客及利達諸氏，表示反對組織的從屬說(註四〇)。

(註四〇) 他們對組織的從屬說的非難，大概根據下述的立場。即今日的生產樣式，是與分業同時發達的，而且這種分業的概括的統一，是

行使於大企業上面的，所以編入（Eingliederung）的觀念，大概適應最近大經營的關係，而且區別繼續的及計劃的被僱者與暫時的及機會的在經營上發生關係者，這種的方法，大概亦適當的。但是如果說從屬勞動，就是這種經營上所能給付的，未免顛倒事實了，且是從來未發現的奇特學說。我們倘廣義的解釋上述的經營概念，則對本問題，絲毫沒有解決的希望，所以我們不得不採取卡斯客魯的思想。不過卡武曾說：「所謂經營，就是企業者，依照其計劃，使特定總合的目的發生效力的業務上的概念。」這種見解，稍為偏狹，何則？據前述的方法，使被僱者而勞動者，未必盡是企業者，例如使用僕婢的一家的主人，未必盡是企業者。所以經營的概念，結果必須解釋做類似「人類計劃的總括」的意思。墨利托曾說經營並非場所的位置的物或物的集合的意思，而必須解釋做誘致特定法的主體，而且供給經營目的的實行的手段的法律關係的結合。換句話說，即「有特定目的的設備的法律總括」，這種立場，把為他人而勞動，完全看做為經營而給付一樣，所以如果根據此見解，則辦差的丁役及登山領導者的勞動，亦都是解釋做為經營而給付了。

因此組織編入的從屬概念，限定於特定的勞動事實，是極乎不明確的概念，而且從組織學上考察，對各個勞動關係，亦不能給與何等的標準。其次，倘依照組織編入說，而解釋從屬概念，則照經營的種類的服從程度，亦不同了，所以這是極乎相對的性質，例如在小經營的家政——家政亦列入經營概念之內——服從關係，一直到現在，還是家長的性質，而且有點著的從屬關係的存在，反之，在大經營的場合則不同。所以這是相對的性質，而且倘解釋編入是場所的編入的意義，則必須除掉屋外的勞動者了。爲了這些緣故，組織編入說，在理論上是不大妥當的。

(Nikisch, a. a. O. S. 99ff.; Jacobi, a. a. O. S. 52; Molitor, a. a. O. S. 88ff.)

(七) 使用並組織編入說

李際繡氏從來與耶河祕站在同樣的立場，但據一九三〇年出版的「勞動法」中，則變更其見解，綜合波底河夫、整茲海馬的學說，並耶河祕的見解，而承認從屬的概念了（註四）。他所主張的從屬，是發生於被傭者被使用的場合及編入於他人經營的場合。他關於使用及經營編入的說明，有次述的見解：

「勞動法，並非勞動的法。勞動法不能適用於爲他人而給付勞動的一切場合。所謂勞動法，是關於從屬勞動的特別法，所以勞動法的規定，僅適用於在從屬的地位，對他人而給付勞動的場合。然則這種從屬，是怎樣的觀念呢？這並非被傭者歸屬於特定社會階級的意思，因爲勞動法決非勞動者的法，又非特定階級或地位的特別法。要之，所謂從屬，並非被傭者的特定個體的勞動給付，乃是使他人（雇主）處分總括的勞動力，而發生的。勞動力不能與人類分離，所以被傭者使全人格服從雇主又使勞動力的使用，服從於雇主指揮之下。這種被傭者，叫做使用（Anstellen）者。所以勞動法，又可換句話說，就是結合法律效果於使用的事實上法律規定的綜合。

在許多的場合，被傭者時常被編入於一個經營內，而且與他人的勞動力及物的經營手段相結合，構成了技術的統一。所以被傭者受了企業家的組織權力的支配，依照這種組織權力從使用而發生的從屬，便愈形強大了。因此經營的法律秩序，是勞動法的重要構成要素。縱使在例外上，沒有使用事實的場合，但組織的編入於經營的

被傭者，亦完全適用勞動法的。所以我們以為勞動法，就是被使用的被傭者及編入於他人經營的被傭者的特別法。不過成文的勞動法，在實際上，有時擴張其適用，有時則制限其適用而已。但勞動法上的被傭者的法律地位，是存在於使傭主處分其勞動力，或是在他人的經營活動，從屬關係便在此兩個場合而發生。這種關係必須是特別法的緣故，是因為被傭者的經濟的乃至身份的地位，與獨立勞動者的不同，因此，從被傭者的特殊性上，便發生了從屬關係的國家的保護法，同時，為維持被傭者與傭主間的綜合的利益起見，又發生了集合的協合。這新的法律形態，雖是勞動法，但這是從勞動法的從屬勞動特別法的理由上而發生的。所謂從屬，就是被傭者的使用及經營編入的意思（註四二）。

（註四一） Nilsch, Arbeitsrecht, 1930, S. 13. 李際繡在前述的「勞動契約的基本形態」中，與耶河德的見解同樣。這點前面已說過。

（註四二） Nilsch, a. a. O. S. 13-15（大意）。

第二 對從屬學說的批評及我的見解

我在前面，幾乎已經盡量介紹過德國勞動法學者對從屬概念的見解，同時我又列舉了他們對各個學說的批評。所以我在這裏應該說明我自己的批評和見解了。

原來勞動法決非勞動一般的法。如果照這樣解釋，則根據我們前面所考察過的，勞動法便是規律一切人類生活關係的法，其範圍未免過於廣泛了，而且沒有確定勞動法的特殊法域的必要性了。為這個緣故，我們雖不能贊

成羅脫馬魯及智爾柏蕭米脫的立場，但我們至少不能否認利達的廣義的解釋勞動法的見解，是有非常卓越的見識的，他以為勞動加入法的交易時，便產生勞動法。債權法上的關係及身份法上的關係，便亦交錯發生。他的債權法上及身份法上關係的交錯的見解是非常卓越的見解的，如下所述，我將採取此說。但是我的見解，與利達有不不同的地方。我解釋人類的社會關係，是人類對自然及人類對人類相矛盾關係的統一，所以物的交易，據我的立場上看，亦是勞動的關係。但買賣，交換等等的一般的契約關係，是商品交換之法的反映，而且商品的物神崇拜性，在法律上說，是遮蔽包藏於債權關係中的勞動關係的結果，因此在債權關係上，這種間接的勞動關係，便發生被人們輕忽的傾向了。然這種間接的勞動關係，不該否認的，所以如利達氏所謂勞動加入法的交易中，便發生了勞動法，這種的思想，未免使勞動法的範圍，過於廣泛。因為倘如利達氏所言，則不僅包含醫師，律師，代辦商的勞務給付，或是承攬，委任及導委任，甚且包括了買賣及交換等等了。其次利達所謂加入勞動本身的法的交易中的見解，亦不妥當，何則？承攬是工作的完成，買賣是製作品所有權的讓渡，並非勞動本身的交易。縱使照這樣解釋，倘將用自己的生產手段而提供勞務的獨立者勞動給付，包含於勞動法中，亦非妥當的。這樣看來，無論在何種意義上，勞動法必須就狹義的解釋了。然則狹義的解釋的標準，是怎樣呢？這還是必須根據從屬的概念。所謂從屬，要怎樣規定呢？

麥魯斯伯台氏主張從屬的概念，應該解釋為經濟的從屬。誠然，勞動者在事實上，站在經濟的不利益的地位。

然僅僅經濟的不平等，即貧富的懸隔，在概念上，亦不充份。要之，從屬的概念，是階級本質的標準，用貧富的意義來解釋亦不妥當。何則？如果照貧富的標準，來區別從屬，則按其所有的差異，他們所屬的階級因之不同，而必須承認這些不相階級者間的從屬了，例如區別百圓的階級或二百圓的階級了，因此，這是根據所有的量或是生活標準做前提的，例如社會學者底托根據有一週十八志，一週二十五志，及一週四十五志的支出預算者，而區分階級。這種理論，完全不能成立。何則？如果照這樣說法，則工資較高的熟練職工，小自作農及手工業者便要分做各種不同的階級，而兩個銀行家間，因貧富的關係，亦要屬於不同的兩個階級了，例如百萬富翁與十萬富翁，因經濟的不相等，便要分做兩個階級了。又如李隙繡的非難一樣，富裕的銀行員及貧乏的醫師等的勞動提供，不能用這種概念以規律的。或如孫田博士所謂的一經濟的從屬，不能用各個契約而考察，是用綜合的方法而考察勞動提供的地位及境適。——但是前面已經說過，博士不過綜合卡斯客魯的職業的區別與麥魯斯伯台的貧富的區別而已。——這不是整茲海馬所說的從「所有與勞動」的關係而生的結果嗎？換句話說，即一方獨佔生產手段與他方失掉生產手段的勞動者間的紛爭，結果發生了這種意義的經濟的從屬而已。當然，法的形態，是表現於經濟的上層構造，而法的關係，又是經濟關係的反映，但是經濟的從屬，僅就經濟的不自由乃至不平等上解釋時，其界限便不大明白，因為用此規律具體的各個的勞動交易時，會發生極乎曖昧的概念的。所以我們不該採取這種見解的。其次卡斯客魯以職業當做區別的標準，亦不妥當。原來職業雖與勞動過程相關連，但職業是由對物的加工或

產生某物而決定的。如果根據此說，則金屬旋盤工，與坑夫及石工便有區別的，何則？其中三者的職業完全不同的，一是金屬，一是礦石，一是選擇材料的工作。而況職業不僅是一種物。例如把煤炭傾入爐中的勞動，選擇棉花的勞動，監視蠶絲的勞動等等，與規律生產過程的連結在一個社會關係上，亦得區別的。但是在生產物的所有關係的差別上，這些職業上的區別，是沒有絲毫社會的意義的。從勞動工具，方法及對象的人類技術上各種關係所發生的人與人間的關係的職業分類，與生產手段的所有關係，決不一致的。這樣看來，我們更不能以職業，當做階級區別的標準了。耶河秘反對卡斯客魯，他以為雇主或被傭者的職業，並不存在的，因為這些是各個職業內部的特殊的地位，而經濟的職業上的地位，是依照垂直的形式而包括雇主及被傭者，並不是水平線的區分，又如答魯嚇典從職業上的地位的概念，而說明勞動者的資格，並非妥當，所以卡氏的見解並不正確的。

其次將身份與貴賤同意義解釋，根據這種身份而規定從屬概念，亦不妥當。所謂貴賤——即身份——是什麼呢？這是依照法制上或法律秩序上的共通地位而結合的人類集團的意思。貴族就是享有一定法律上即國家給與的法律上所承認的貴族身份的權利及特權。在經濟的上，貴族雖不免有落魄的生涯，但身份上還是貴族。例如我們有華族的工資勞動者，平民的銀行家，乃至士族的產業家，換句話說，身份的階級是發生於法律的及國家的地盤上的。屬於法律的，政治的，乃至法制的範疇內，而表現於各種的形態。原來在封建的時代，生產的變化，與近代資本主義時代比較之下，有不分顯著的區別。當時一切的關係，都是保守的性質。支配者是世襲的。其不動性，有

各種法律的規範，所以一方面確立了階級的特權，他方面又確立了義務。這種不動性，使階級置着身份的外衣，當時身份與階級便沒有區別了。但是資本主義的社會卻是非常流動的，其可動性，便推翻從來身份的基礎，使身份與階級的一致的方向發生崩壞。這樣看來，今日用身份的標準，而區別階級，是不可能的事。

但將身份的從屬，解釋做人格的支配，卻是妥當的（註一）。然則所謂身份的從屬是什麼呢？我將率直敘述我的見解如下：我以為所謂從屬關係，究竟是資本主義社會的階級的關係，倘當做法律的構成，而觀察時，則應該解釋做債權關係與身份關係相矛盾的二者統一的法律形態了，茲分述如下：

（註一）我將身份關係，分做（一）由法制秩序的共通地位上所結合的集團關係，（二）依法律的權力的人的支配關係。前者是中世的貴族與平民的身份關係；後者指人身的支配，即勞動力的支配的意思。當然，在前者的場合，雖與勞動力的支配相隨伴，但這是在固定的法制範圍上面而成立的。然在後者的場合，勞動力的支配，是附屬於自己所做的行為，而構成的。嚴格的說來，身份法的支配，僅在後者的場合，才有可能，因為前者的場合，是素朴的支配。後面所述的身份關係，就是這種意思，是根據整茲海馬、耶河禮及波底河夫等的見解而來的。

（一）債權的關係

從屬勞動關係，由勞動力的商品化而來。商品形態，據前面所說的，已甚明顯，在法律上是表現於契約的關係。所以從屬勞動關係之固有的法律形態的勞動契約，是根據這種勞動力商品化的債權的關係，換句話說，就是在

當事人的合意上所成立的一種契約，再申言之，即是雇主取得勞動者勞動力的使用權，而勞動者則取得工資請求權的契約關係。德國新勞動契約法案第一條的規定「勞動契約，就是被傭者因勞動給付的目的，由雇主有償的使用的一種契約」已經明白表示了這種關係。當然，夫婦的合意，亦可用契約的一字表示，所以僅僅合意的一點，雖不能即刻構成債權的關係，但這是他人行爲的請求權，而且是有償的契約，所以明明是債權的關係，可以適用契約自由的原則。在這個意義上，如麥魯斯伯台所謂被傭者是經濟不獨立者，被剝奪契約的自由，這種見解亦不妥當。因爲除了勞動以外，沒有何等生產手段的今日的被傭者，雖然完全寄托其生命於勞動關係，但他在法律上，至少是勞動力對工資的交易關係，換句話說，即從屬勞動的關係反映於平等意思的對立的勞動契約上面。而所謂平等意思的對立，表現於商品交換的法律上的形式，如果在經濟的地位不平等的商品交換的場合，沒有意思的自由時，則在一切契約上，便沒有意思的自由了。這不但勞動力的交換，縱在消費貸借或是買賣，債權者在許多場合的經濟的地位，比較債務者優越得多。平等的意思的對立，表現於商品交換的單純的形式方面，所以勞動力既然當做一個商品時，在法律上，便是形式的自由交易了。當然，我決不主張如康德一樣，將勞動契約的締結，當做自由意志的發現。我們不過解釋這是收領給與的關係而已，換句話說，商品生產的社會，雖有各自的意思，但我們僅收領給與我們的關係。猶如地球旋轉太陽周圍時所發生的關係一樣。無論地球是環繞太陽的周圍，或是太陽環繞地球的周圍，都是屬於自然的事實，同樣商品生產社會，在這意義上，亦不過自然的社會事實而已。這

實在的社會關係，就是從人類的意志及意圖而獨立，而給與人類的一種社會的連絡。在這種意義上，人類甚且不能站在受動的立場上。這是人類未發生意識時，所成立的自然歷史發展的產物，而這種社會的連絡，便從個人的意志及意圖而獨立存在了。但人類各個的行動，是目的意識的。所以商品生產的商品交換的關係，縱使從我們的意志而獨立，個人加入這種關係時，就形式上看，是表現於法律上的意思關係。所以勞動契約，在此意義上，是平等意思的對立上所表現的債權關係。

其次，從屬勞動關係，是站在勞務對報酬的關係上面，即對勞動力使用的對價，支給一定的工資，換句話說，即雇主對被傭者，負擔報酬的債務，所以這是有償的契約。前面所述的，已甚明顯，商品的勞動力，雖不必按其價值的對價而支給，但勞動力卻有商品以上的價值。即米一斗的商品，發給其價值的三圓的對價，而成立了買賣的契約，同時，勞動力既是商品，則對一日八時間的勞動，而發給其價值的對價時，便亦實現交換了。但是商品不必現實的，按其價值的價格而交易的。在具體的各個的場合，價格是依照需要供給及其他的關係而規定的，但這些商品之社會的平均價值，是依照生產此商品上所需要的勞動時間而決定的。這在物的場合及勞動力的場合，都是一樣，即一升米或一文麻布的價值，就社會的平均上看，是依照生產這商品的勞動量而規定的。而勞動力的價值，亦根據這種原則而評定。所以勞動力的價值，就是維持勞動者生活及家族生活的必要的勞動量，例如維持勞動者及其家族生活每日所需要的米，肉，衣服等等的的生活資料——即勞動者所消費的使用價值——的總勞動量，如果

用商品價值——貨幣——來計算，每日是三圓時，則勞動者的勞動力的價值，一日是三圓了。所謂一日三圓的數目，就是他自己及其家族的生存，——即生的生產及再生產——上，每日所需要的生活費的總量。所以勞動力有商品的價值，即法律的有償契約 (Entgeltlicher Vertrag)，但勞動力不必現實的，按其價值而交易的。勞動法上的最低工資法的標準決定的問題，可以看做就是按這種勞動力價值的交易的要求了 (註一)。

然則勞動力的對價，一定要用金錢支給嗎？或則用物品貨銀制度，公司販賣店等等的物的支給 (Sachleistung) 亦可以嗎？當然，從勞動者保護的立場上看，對職工及鑛夫，有時雖規定了例外的制限 (註二)，但原則上，則未必要金錢的支給。這裏所指的金錢支給，不但是現金支給 (Barlohn)，而且包括匯票及其他票據的支給。倘在物的支給時，則包括現物給費以外的食品，被服，燃料，住宅各種的動產及不動產，乃至一切的權利利益，此外還有金錢及物的支配兩者的混合費 (Gemischter Lohn)。從屬的勞動關係，就是這種的有償契約，然則無償的場合，是怎樣的呢？而徒弟勞動的實習是否對價呢？休客，羅脫馬魯，整茲海馬諸氏，對這個問題的見解，各各不同。這將在本論「勞動契約法論」之章，詳細考察。這裏所述的，是關於一般的原理，詳細的勞動契約論，將留在本論敘述。

要之，從屬勞動關係的債權關係，就是 $W - G - W'$ 過程的法律的表現，與單純商品社會的過程一樣，但從屬勞動關係不僅從這種過程而構成的。此時勞動力的支配，即從勞動力的使用價值的消費上，實現較多價值的價值增殖過程，便亦存在其中。這就是從屬勞動關係的身份關係。

(二) 身份的關係

從屬勞動關係，除了債權關係之外，還包含着身份的關係（人格的關係）。原來勞動契約的內容，就是承認勞動力的使用。耶河秘、李際繡、登茲海馬諸氏說勞動力的處分權在雇主的見解，與上面所述的相同。勞動力的處分，並非各個勞務的給付，乃是總括的勞動力的讓渡，這就是人的生活一部份的提供。羅脫馬魯及利達氏說勞動就是運動，倘沒有時間的繼續的概念，便不能存在的，這種見解，應該歸於墨利托魯的繼續勞動說中。但此處所指的勞動力使用的承認，並非這樣解釋。乃是當做人類生活的源泉，而且當做人類的身份不能分離的勞動力的讓渡的意思。因為這並非全部的讓渡，乃是時間的讓渡。全部的讓渡，使勞動者變做奴隸，所以勞動力的處分讓渡，即耶河秘所謂時間的極點。即每日八時間，或十時間的勞動力的讓渡。我們還要注意的是像這種勞動力的提供，與勞動的提供不同，而勞動的供給，在交付勞動生產物時，亦會發生的。何則？人類具體的勞動，是凝結於生產物之中，因此生產物的交換，表現於人與人間的關係，即勞動關係，亦即生產關係，但在商品生產的社會，這是間接的，猶如商品與商品間的關係一樣，人類的勞動關係，是隱蔽在後面的，但商品的生產，及交換關係，不過是人類的勞動關係。商品的物神性，在法律上，使買賣，交換及其他契約關係，如物交換一般的假裝，但這在勞動連結的性質上，沒有何種差別的。不僅醫師，律師等的雇傭，承攬，委任及運送等等，一般的契約關係，亦是勞動的提供，即勞動的連結。然勞動的提供與勞動力的提供，雖形成商品交換的形態，其中則包含顯著不同之點，這裏便存在了從屬勞動關係

的基礎，即前者形成單純的 $W \rightarrow G \rightarrow W$ 過程的單純商品過程，但後者除這個過程之外還包含 $G \rightarrow W$ 過程的資本主義的商品生產過程——價值增殖的過程。

在承擔、雇傭、委任及其他契約上，倘行使價值的勞動——正確說，就是包含於生產物中的具體的勞動——的交換時，商品生產的社會，不會發生何種困難的問題，因為這是價值形成的過程，並非價值增殖的過程。但勞動力的消費，並不這樣簡單，勞動力縱按價值而交付時，問題決非不會發生的，何則？按價值而交付的勞動力，因使用價值的消費，還產生於比所有的使用價值更大的價值，換句話說，即表現於價值增殖的過程上面的。這就是商品勞動力的特性。因此倘按價值而交付，則不發生勞動的交付與縱使按價值的交付，而還發生剩餘勞動歸屬問題的勞動力的交付，在根本上有不同之點。這是從屬勞動關係的中心問題，又是勞動契約，包含身份的關係的理由。孫田博士在「勞動法通義」，照德國勞動契約法草案的文句，而敘述「勞動契約，就是以勞動自身的給付為目的，」他又主張了「承攬契約，並非締結勞動力提供的契約，」在他方面，又將勞動的交付與勞動力的交付混雜一起而敘述。孫田博士幾乎不能了解勞動力的交付與勞動的交付兩者的差別。博士根據職業來說明階級的構成，同時又將勞動自身的提供，與勞動力的提供混雜一起，他究竟不能解決這個問題的。我們如果不能充份理解這兩者的區別，便不能了解從屬的概念了，這在那河秘、李隙繡、登茲海馬諸勞動法學者的敘述上，是很明白的。博士不但誤解李隙繡及耶河秘諸氏的見解，如前面說過的一樣，似乎亦誤解嚇里昂及墨利托魯的見解了。博士

曾極力主張從屬概念，就是「社會的經濟的意義的隸屬」這種的解釋，不過說明勞動者與雇主的關係，事實上，在不對等的地位而締結勞動契約時，是在被剝奪自由及獨立的狀態而已，他這種說法，不過同義異語，與沒有說明一樣。博士所謂事實上不對等地位的概念，似乎根據麥魯斯伯台的思想，但着重於經濟的不平等，即貧富的懸隔的一點亦不足規定從屬的概念。又所謂勞動契約被剝奪締結自由的意思，雖可說是從屬勞動關係的結果，然如上所述，商品交換，反映了自由意思的對立，於法律上面，若就形式上看，勞動者將勞動力當做商品而讓渡時，是表現於平等的意思對立，在法律上，則表現於債權的關係，像這種狀態僅在商品生產不停止時，纔存在的。其次，博士為辯護經濟的社會的從屬說，他以為個人不能根據經濟的是否不平等而決定的，乃以特殊社會階級者的包括的現象做對象，而決定其不平等。然則所謂社會階級是什麼呢？博士以為是職業的階級，但如耶河秘所述，雇主或被傭者這些職業，並不存在的。如後所述，博士將卡斯客魯的「在職務上」這個概念，誤解為「為獲得日常生活費而勞動」與卡氏所說的職業，顯然不同，在階級構成的概念上，更覺難解了。博士的理論，不免發生不統一的性質。復次，博士將社會的經濟的從屬解釋做事實上不對等的地位，反過來說，倘將事實上不對等的地位，當做從屬，亦不過幾乎素朴的循環論而已。但我們要研究的問題，就是博士所謂的經濟的社會的從屬的本質。

我們解釋從屬勞動關係，是債權關係中所包含的身分的從屬關係，這身分的從屬，就是空際、耶河秘、葛葉、海馬諸氏所主張的勞動力的處分，歸於雇主的一種關係。這並非各個勞動的給付（如孫田博士所說的），乃是

總括的勞動力消費的承認，即承認勞動力的支配。勞動本身與工資並非對立的，乃是勞動力與工資的交換過程。在這個場合，勞動喪失其勞動者的固有機能，就是整茲海馬所說的，完全是他人——雇主的機能。這是生活一部份的讓渡，這種讓渡，雖非一括的乃是受時間的制限，但勞動的機能，在其範圍上，便失掉其本來的性質了。例如受雇的勞動者，每日工作八時間，收領工資三圓，他的工作，或為紡織，或為採金，或為建築，但他的勞動生產物並非他的行動的目的。因為他為自己生產的，是勞動的工資，並非他所織的布，所採的金，又非他所建築的宮殿、布、金、及宮殿，變做一定量的生活資料，即變化為綿花布的外衣、銅貨或房屋，但他對所生產的物，沒有何種的權利，甚且不知所生產的是什麼（註三）。他的生活，不過輾轉於家庭內的飲食起居而已。所以勞動者的勞動機能，完全在雇主支配之下（註四）。這樣勞動力的消費，就是勞動者生活一部份的讓渡，而且在雇主直接支配之下了。

這種直接的支配及勞動力消費的內容，是怎樣呢？整茲海馬及波底河夫解釋這是從法律上的權力關係而來，而且主張這種權力，是由社會生活的團體的組織的全體而構成的。我對此點，反對整茲海馬的見解。

如第一章所說的，資本主義的生產，在技術上是由分業而成立的。所以在事實上，今日的生產方法，就是根據這種分業的統合。第伊魯說關於資本主義的見解，有兩個要素，一是技術的過程（*technischer Vorgang*）一是剩餘價值的奪取。第一的過程，是協業及分業的發達，使其發達可能的就是技術，即「資本主義的生產，是在同一的個人資本，使用多數的勞動者，勞動範圍因之擴大，而且在大量的生產物生產時，繼發生的。同時多數的勞動者，

在同一的空間（同一的勞動場所）在同一資本家指揮之下，以生產同一種類商品爲目的時，無論在歷史上或是在概念上，都是資本主義生產的出發點。」第二卽生產手段所有着與多數工資勞動者的紛爭，前者因使用後者而發生。所以資本主義的生產，與工資勞動者的發生，同時開始。「推進資本主義的生產過程的動機，而決定其目的，就是資本最大可能的自己利用，換句話說，卽儘量生產剩餘價值，以達到最大可能的奪取。」所以第伊魯根據以上的引句說這兩個要素，就是資本主義生產方法的標準（註五）。

但我的見解與第伊魯根思想的不同。我認資本主義的生產方法，與其說是分業，無甯說是其基礎是剩餘價值的支配。剩餘價值的支配，就是構成從屬勞動關係中心的身位的關係。這是單純的直接支配，其自身並非身份法的關係。整茲海馬，耶河秘諸氏，用人格法（Personenrecht）這個術語來表現，但其實，這並非法律的關係，例如物權的內容，是物使用價值的消費，卽物直接的支配，同樣，身份的從屬，是人的使用價值的消費，卽人的直接支配。這種支配，表現於商品形態中，纔形成法的形態，例如物的直接支配，表現於商品形態中，則是財產法，而人的直接支配，表現於商品形態中，則反映於身份法上面。換句話說，物與人的直接支配，當微權種表現時，僅在商品上，表現其抽象的一般性的場合而已，而權利有排他的絕對性時，就是根據這個理由。然物及人的支配，在其自身上看，是根據單純的事實上的力。整茲海馬氏從組織學上而考察這種力的根據，我對此點，則抱反對的見解。這種力不過人類自然的事實，尤其不能根據組織學上的統一的意志力而說明的。於是整茲海馬又根據社會的機能而說明，整茲

的機能說，比意志說較為妥當，但是他認人類的社會生活，必然的與這種統制的作用相隨伴的見解，又不能不使我反對。誠然，人類的社會的結合，可以看見是由自然機械的連結而統制的，這是不以商品交換做媒介的直接單純勞動的連結。在這個場合，人對人的支配，亦不存在。整茲海馬引用馬克斯所說的生產過程的統轄，而說明這恰如音樂會中的指揮者的職份一樣，雇主負擔這種職份時，就是從屬勞動的特質。但是這種見解，不正當的，因為雇主的支配，與音樂會指揮者的統率，在其統制的發生及本質上，彼此不同。按智爾拍蕭米脫的見解，雇主的支配，在發生上，起因於部族與部族間的鬥爭，即一部族，征服他部族時，將其中的部族人員，當做奴隸而使役，這就是人對人的支配。音樂隊的統制，不過集團的活動的自然機械的連結機能，人對人的支配，並不存在的。所以雇主的支配，並非組織學的社會學的性質，乃是純然素朴的人類權力的發動，在其原始的現象上，就是智爾拍蕭米脫所謂的齒爪，手段等等，而在近世是苦魯伊冷柯所謂的「物理力」（註六）。換句話說，雇主支配的基礎是強制。這種強制，在發生上，又是跟着社會的分裂與抗爭的發展程度，由經濟的強有力階級及努力而維持，而且是適應其利益的強制而已。這在古代及中世表現素朴的性質，但在商品生產社會的資本主義社會，則這種強制適應商品抽象的一般性，而由一般國家的意思而發動了。所以這表現於法的形態，但在直接的支配的事實上，與古代及中世的便沒有何等不同了。所以整茲海馬氏將雇主的支配，比擬音樂隊的統制，無論在發生上，或是在本質上，不免將實力上不相同的支配與社會的連結，混雜一起了。然則直接的支配，何以在今日表現於法的強制呢？這是商品生產及交

換上的法的反映。這個問題，將在次章討論「勞動法的法域」時，再行討論。

所以我和耶河秘一樣，解釋從屬勞動的身份的關係，是總括的勞動力處分的讓渡，這有時間的限制，並非一括的讓渡，因為一括的讓渡是奴隸。勞動力不能從人類身體上分離，所以做這種給付的勞動法，如卡斯客魯所說，不能不接受雇主單方所提出的勞動條件，而且不能不服從雇主的指揮。這個過程，就是前述的 $G—W—G$ 的過程。

所以我們解釋從屬勞動關係，就是上述的債權關係，即 $W—G—W$ 與身份的關係。即與 $G—W—G$ 相矛盾對立的統一物。所以奴隸勞動及農奴勞動，在其站在人身的從屬之下，雖與從屬勞動者是同一的，但因爲不站在債權關係下面，所以並非勞動法的對象。換句話說，奴隸及農奴的勞動，不能當做商品而交換的，正如整茲海馬所謂這是根據身份的，並非地位的。所以勞動法的基本關係的從屬勞動關係，並非這種不自由人的勞動關係，換句話說，並非利達所謂的商品交換——法的交易——中的勞動力。

其次，用自己的生產手段，而行使勞務提供的承攬或買賣（前面說過，我解釋承攬及買賣爲一種勞動關係）時，雖表現於價值形成的過程上，但却不表示於價值增殖的過程上，換句話說，並非總括的勞動力的讓渡，因此亦不與身份的從屬相隨伴，同時這是單純商品的過程，並非勞動法的對象。這種直接生產者自己沒有生產手段，因之沒有勞動生產物的私有權。直接生產者是與他人的生產手段相結合的勞動者，在提供勞動並受領工資時，他

們便提供勞力商品的價值，同時又承認使用價值的消費，換句話說，即債權關係與身份關係的統一的關係，所以算是勞動法的對象（註七）。

要之，從屬勞動關係，有前述的本質，在債權關係上，就是對等的當事人的交易，而且這種債權關係中，包含身份的從屬關係。所以發生了「從生產行程的勞動者，當進入過程時，便發生完全不同」的結果，即「在市場上，當做勞動力商品的所有者，與其他商品所有者對立，即商品所有者，與商品所有者的對立。所以他在契約上，販賣其勞動力於資本家，是明白證明了他自由處分自己。反之，迄至買賣終了時，事實上適得其反，因為他發現了他並不是自由契約的當事人，表面上，雖說在一定期間內，他得自由販賣其勞動力，但事實上，卻是不得已而販賣其勞動力，」這樣看來，在債權關係上（註八），而自由交易的勞動者，因為其中包含有身份的從屬關係，結果便非自由契約的當事人了。這種矛盾的統一物，就是勞動法基本關係的從屬勞動關係的本質了。而「勞動者為避免他們的苦痛而結合一起，當做一個階級，要求制定法律。這實在是使他們依照資本及其任意契約，而防止在從屬關係之下，而販賣他們自己及其家族的一種極乎有力的社會的保護，」換句話說，這就是勞動法。

（註一）最低工資法，首見於奧大利亞。這是一八九六年維多利亞州的法律，其後實施於英國，加拿大，法國，挪威，阿魯斯清各國。這個問題，詳述於本論「勞動者保護法」之章內。至關最低工資法的標準的問題，則有各種的議論，例如（一）維持勞動者物質的最低費，（二）

滿足勞動者物質的，精神的，乃至道德的要求的最低費，（三）勞動者及其家族之物質的及精神的維持費，（四）失業的維持費。在許

多場合的法規中，是將第一類的當做標準。詳細情形暫敘述於本論中。

〔註二〕 請參照第二章第二節註一。

〔註三〕 Marx, *Lohnarbeit und Kapital*, S.14.

〔註四〕 Sinzheimer, a. a. O. S. 10.

〔註五〕 Karl Dietl, *Die rechtlichen Grundlagen des Kapitalismus*。此處簡單敘述伊魯的思想如下。伊魯以為所謂

資本，並非經濟的概念，乃是法律上的制度。換句話說，資本就是對一定貯藏的財貨的法律關係。他從這立場，而反對馬克斯的見解。

他以為馬克斯的錯誤處，在於自由勞動者的地位的見解。馬克斯認資本主義的生產，在自由的工資勞動者登台時，才開始的，將自

由勞動者的概念，分做兩部份，一是貨幣所有者，在市場上所發現的自由勞動者，一是除了勞動方之外，沒有其他可販賣的勞動者。

換句話說，即從勞動力的活用的必要物上而發生的自由。馬克斯認資本主義發生於十六世紀的中葉。但是這個時代，還沒有馬克

斯所謂的勞動者的自由。何則？在這個時代，勞動者及雇主，都沒有勞動契約締結的自由，而且工場生產，亦沒有這種自由。其次馬克

斯縱使解釋自由，是勞動者自由讓渡其勞動力的意思，亦不妥當。資本主義的意義，不應如馬克斯的解釋，我們還是從十八世紀及

十九世紀的法律制定時，准許所有的自由權取的意義上，而求其解釋較為妥當，即求於私有法律的變革，這就是使資本主義生產

方法的變遷的事實發生的原因。何則？資本主義的主產方法，有一定的經濟形式，這種形式，構成了經濟關係的基礎，而經濟的形式，

又是自由私有制度的法律制度。詳細說，伊魯以為一七八九年的同業組合法的廢止，一七九一年法蘭西的營業自由，一八一〇年

魯士的營業自由，乃至一八四一年英國的營業自由各種法律，構成了封建時代生產方法廢止後的資本主義的基礎，因此，他欲否定一般所謂法律制度，是社會關係的基礎與法是上層的構造。這些見解，他以為資本並非物質的性質，我們不能用手去摸的，資本乃是抽象的 (Line Abstraction) 非常活動的，在法律上是神聖的物，而且是法律上所保護的抽象物。若魯氏亦這樣主張，即資本並非機械及原料，乃是依存於法律制度的上面，申言之，即特定財貨蓄積的法律上關係，屬於財產法上的範疇。故資本主義生產方法，是一種經濟組織，又是經濟的形態。這並非個人主義生產方法的意思，因為個人主義的生產方法是濫觴於私有，在古代亦存在的。所以欲知資本主義的生產方法，須求其經濟的自由的意思於私有法制。這樣看來，第伊魯的目標，可歸納如下：他以為一般謂資本主義社會正在沒落的見解，並不正確。資本主義雖然依存於私有財產的自由及營業的自由，在今日則受各種法律，尤其社會立法的制限。這制限，可救濟資本主義社會的流弊，所以資本主義不會沒落的。他竭力主張資本主義是法律的制度，並非觀念的問題，乃是事實的問題，所以資本主義不會消滅的。資本主義無論怎樣解釋，具體的事實，不過跟着其內在的矛盾而運動進行而已。

(註六) 「資本論」高魯氏譯二八八頁。

(註七) 在例證上，一般勞動法學者，舉次述的各點：例如律師，被雇於訴訟依賴者，而擔任法律顧問時，雖可看做雇傭，但是（當然有時是委任的性質。這個區別，將在本論勞動契約法論內討論。）被聘於法律事務所，一個月受領二百圓時，則這是勞動契約了。我以為上述的例，不正確的，因為這是不生產的勞動，與實質的生產不相結合的，所以這種勞動，並非增殖價值的勞動。（請參照後述第五章。）

(註八) 同書同頁。

第三節 從屬勞動關係之現象的構成

第一款 一般的考察

我們現在要考察從屬勞動關係的本質了。從屬勞動關係的本質，有次述的兩個矛盾的形態，即



的統一的過程。但其中 $G-W-G'$ 的過程，正確些說，則如下：



即前的 G (貨幣) 爲了生產後的 G' (比較更多的貨幣) 起見，則必須結合商品 (W) 即生產手段 (P_m) 及勞動力 (A)。這裏所說的生產手段，包含工場，機械，設備等，(即固定資本) 原料，燃料等，(即流動資本) 的不變資本，而勞動力，則代表可變資本。不變資本與可變資本結合時，產生了新的形態的商品 (W')。這種商品飛躍突進生產時，便復歸於最初的貨幣。而資本家的貨幣，經過這種過程之後，便產生了更多的貨幣 (G')。所以增殖的價值，不歸個人的消費，乃是再當做資本，擴大生產的手段，吸收更多的勞動力，而增殖其更多的價值。這樣資

本自己的運動，便隨之發生。資本的蓄積，在另一方面，又使中小的生產者沒落為勞動者。此時資本便集中於少數人之手，而勞動者的人數，亦因之增加。這就是從屬勞動社會化問題發生的原因。

但我們試考察勞動法學者怎樣說明這個過程。我們第一要考察生產手段與勞動力的結合，即勞動法學者所謂的經營與企業的問題，同時順便考察從屬勞動關係的現實機能及其構成（註一）。

（註一）勞動法學者對經營及企業的說明，沒有一定的支配，例如休客，利拍台諸氏，在勞動法基本概念的一章內，而討論此問題；整茲海馬

歸於組織法的一章，卡斯客魯，耶河祕諾氏與整茲海馬同樣。至關企業的說明，勞動法學者，幾乎不加以注意。這些將敘述於本節第二款第二項內。孫田博士，幾乎完全輕視了經營及企業的問題。所以本節對博士完全不批評。

第二款 經營及企業

現在先簡單介紹勞動法學者，說明經營及企業的概念。我自己雖然不採取這些見解，但我們在說明自己的立場之前，必須先行敘述這些學說，使我們知道勞動法學者怎樣努力於資本主義社會的資本蓄積的合理化。（註一）。

（註一）勞動法學者考察經營概念的根據，主要的如次述各點：即整茲海馬，波底河夫，李隙繻諾氏，將從屬勞動概念，解釋做經營編入，在這種意義上，經營概念，有明白闡明的必要了。學者們，不將從屬解釋做經營編入時，則在勞動法上發生經營協議會，經營種類，經營中止，乃至勞動給付的場所，工資支給場所的經營問題，而從其中的必要而說明經營的概念。我對這些問題，將詳述於「經營組織法」

的一章內，這裏的目的，不過敘述經營及企業在勞動法上一般的地位而已。

第一項 經營

第一 關於經營意義的學說

從來對經營的意義，有各種的見解，即場所的統一，綜合的經營設備的存在，綜合的指揮種種的概念，但今日的學者，則提倡目的統一說。從來的經營，在事實上，不過法律上的支配權的客體，今日則有經營協定的事實發生，所以從來的概念，不能充份規定經營的意義。

今日的勞動法學者，對經營的見解，可分兩種的立場。一是人的，物的，即解釋經營是非物的要素的統一體；一是解釋經營是多數被備者的支配範圍的見解（註一）。

（註一） 休客，卡斯客魯，波底河夫，暨茲海馬，耶河祕，客里斯伯魯格魯，答魯蕭，佛胡伊格及智茲茲拉語氏的見解，在詳細各點上，彼此不相一致，這將敘述於本論「經營組織法」一章。

（一）人的物的非物質要素的統一體說

首倡此說者，有休客，利拍台，耶河祕諸氏。他們以為各個的經營，由三個非常不同的要素所構成（註二）。第一是實行經營目的的必要物，即土地，建築物，機械及原料等等，第二是權利及無形的價值（無體財產），即發明技術，顧客關係及供給者的關係，第三是人類的勞動力（註三）。但這三個要素單獨並存時，則不是經營。這三個要

素要構成經營時，必須由經營所有者根據特定的目的，在某個期間內，而組織爲統制。這裏所指的經營所有者，不必自然人，法人亦可，而且不必限於一人，多數者亦可。但是多數人在實行共同的目的時，必須有結合。實行同一目的的多數人，並非經營的所有者，乃是散漫的經營者，因爲實行共同目的是必要的，而且統合三要素於經營的目的，是行動的直接目的，並非最終的目的或動機。因此在工場經營上，商品製造是目的，而收益則非目的了。一般將經營的目的，叫做技術的目的。

所以經營的概念，可以定義爲繼續的實行一人及數人之法的主體所共同規定的技術目的，而結合物的人的或非物質的手段（註四）。

經營在各個的場合，是統一的經營呢？還是多數的獨立經營呢？這個問題的決定，在法律上，有重要的意義。第一經營在單一時，便發生了所有者的同一性。而在不統一的場合，則有多數所有者的存在。所以在同一建築物內，縱有多數的經營，在場所中，又有互相連絡的性質，亦非單一的經營，乃是多數的經營（註五）。同時，一人亦能夠有多數的經營，例如製造業者，同時亦得爲農場的經營者。一個經營，雖能包含三個不同的要素，但由統一的技術的目的而綜合的，所以經營主體的同一性發生與否，結果要看經營統一的決定的要件的目的統一存在與否，而決定這種目的者的意思，就是經營所有者的意思（註六）。這種意思，必須表現於適當的外部的設施，僅僅意思表示，則不完全（註七）。特定的要素，一旦被綜合於一個經營時，事實上限於不可分離的組織，——即不可分離場所，

——這便是統一的經營的構成要素。

要之，決定經營統一的要件，是從事實關係而發生的目的統一。從來用各種的表現方法，代替目的統一。即用場所的統一，綜合的經營設備的存在，綜合的指揮，經濟的，乃至技術的勞動連結種種的概念（註八）。這些概念，在判斷支店，分店，補助經營，副經營是屬於實際獨立的經營，或是單一統一的經營的一部的問題，雖然有效，但在經營統一的能率上，則不能單獨決定了，所以目的統一的統一的概念，算是最本質的決定的要件了。

無疑的，如果根據從來的法律，則經營是法律上支配權的客體（目的），換句話說，即大概在經營所有者的單一的支配權之下（註九）。這種法律狀態，在今日的法律的發展，尤其在經營協議會法上發生變化了，何則？被備者亦能參加於經營的事項，這種發展，將來大概會將經營當做法的主體，而其機關則從企業家，被備者及經營代表三者構成（註一〇）。到了那個時代，我們便可以看見近代法律思想新發展上的產業民主主義的思想了。但在現行法制上，經營還未構成法的客體。經營並非今日勞動契約上的請求權者，又非經營手段的所有權者，因為這還未發生的，這些權利，仍然屬於經營所有者。現在的經營與以前的同樣，不過是法律上所統治的單純客體而已。所以在現行法制上的問題，不過雇主與被備者間，有否構成經營團體的問題而已。但倘就財產共有的意義上觀察，則現行法，除了否認這問題之外，沒有其他的方法了。因為經營並非被備者與雇主的共有財產。現行法不過承認在法律上雇主與被備者間的利益團體，而且僅在被備者及其機關同決定下所構成的利益團體時，纔承認這個

經營的團體（註一）

（註二）耶河認區別主觀意義的經營與客觀意義的經營前者指助詞的經營，即人類爲其行目的之繼續的活動，這與企業的概念，沒有多大差別。日本竹田博士將經營的概念，分做兩層意義，一是營業上的活動，一是客觀的企業全體，尤其將後者當做企業。（竹田博士「商法總論」三四五頁。）耶河認而客觀意義的經營概念，與休客利拍台幾乎相同。

（註三）休客利拍台亦將官吏、家族員、不自由勞動者、囚人等等的勞動力，當做經營的一個要素。他們不認上述者是被儲者，所以除了被儲者之外，還列舉這種勞動力。但佛拉脫（Flaw，Birk，§ 9, S. 36）及佛胡伊格、智茲茲拉（Feig-Szilzer，Kommentar zum B. R.，§ 9, S. 45）諸氏，則對雇主及被儲者的存在，分別敘述一般的經營概念。按佛拉脫的見解，經營雖在一人被儲者的場合，亦存在的。佛胡伊格及智茲茲拉雖對此點表示反對，他們則主張經營不過是雇主與被儲者的勞動契約上的私法的組織而已。休客利拍台、耶河諸氏，對佛拉脫的見解說：「如果完全不必他人勞動力的備辦，則不過單獨的經營而已。但勞動法上被儲者的備辦，是經營概念的問題。」

（註四）耶河認說：「所謂經營，就是物的及人格的——與其說人格，不如說是人類的（Menschlich）經營手段的經驗的計劃的組織化。孫巴爾底指註的見解同樣。（Sombart，Gewerblichen，Utre organisation，S. 32；Passow，Betrieb，Unternehmung，Konzepte，S. 3）

（註五）佛拉脫、佛胡伊格、智茲茲拉諸氏的見解同樣。

(註六) 卡斯客管，耶河祕同樣。

(註七) 耶河祕，客里斯伯魯格管，卡斯客管同樣。

(註八) 場所的統一，經營設備的統一，統一的指揮等，在單獨時，並非經營概念的決定的要素，例如在同一屋宇內，兩個不同的經營，可以並存的，因為縱使離開場所，同一的經營亦能存在。據經營協議會法第九條的規定，該法所要求的經營的要素，僅在同一的行政區域及經濟的關係之綜合的區域範圍內才能存在。但該法的主旨，無謂場所的統一，及設備者在場所內共同生活。何則，在經營場所之外，雖然還有勞動的被備者，但我們不能就這樣說經營的統一不存在了。耶河祕(Jacobi, Betrieb und Unternehmen als Rechtsgewerbe, S. II) 卡斯客管及佛拉脫對此點的見解同樣(Kaskel, S. 240; Faldow, BRG, Anm 2, S. 38) 聯管經厄魯關於此點，則謂相當長期間內，多數的屋外勞動者，在同一經營場所而勞動時，可以看做一個特別的經營，例如馬車經營，道路行商經營，在這個場合，有否固定場所的統一不關重要(Herschel, Arb, R, S. 103)。

(註九) 經營所有者的單一支配權，並非經營物的所有者，要有經營支配者同樣的意義，不過有事實上的處分權而已。

(註一〇) 波底河夫的見解同樣(Pothoff, Die Sozial Probleme des Betriebes S. 12, 339)。

(註一一) Hueck II Vinyerley, a. a. O. S. 68-78; Jacobi, Betrieb u. Unternehmen als Rechtsbegriffe, S. 15ff.

家計可否當做經營的問題，曾發生種種議論。據休客利拍百的定義，在廣義上，家計包含於經營之中。如果狹義的解釋，將此除外時，則在經營的概念上，必須以經濟價值的創造做要素了。所以耶河祕及客管將此加入其中。

佛胡伊格，智茲拉表示反對，說在普通的語法上，家計不加入於經營內。休客諸氏以為參加其中，在概念上妥當。其實經營協議會法能否適用於家計，還是一個問題。依客以為該法適用於五人以上的被傭者的經營時，是妥當的。所以協議會法的經營，是狹義的，家計應該解釋做加入廣義的經營概念中。

(二) 綜合多數被傭者於統一的作業之人的支配範圍說

如上所述，整茲海馬是站在社會學的立場，因此他對經營的考察，亦從這種立場出發。換句話說，據整茲海馬的見解，經營組織就是經營的勞動與所有的共同團體。所以經營是經營組織的基礎。然則經營是什麼呢？經營就是將多數的被傭者綜合於統一的作用的人類支配的範圍。他的敘述，分次述的數節。

(a) 經營是支配的範圍。在支配範圍上，經營是全體的。全體包括人與一般物。因為經營是全體的，所以在經營內部的人及物，並非各個人或各個物，乃是構成員或構成份，即人構成人類的綜合體，叫做全員(Belagschaft)。同樣，物亦構成物的綜合體，叫做經營財產。全體是一個組織，與場所的根據相結合。但這並非非常必要的要素。例如隨地獻技的馬戲團，亦是一個經營。其次構成員及物，亦不必在一個場所集合。例如外勤勞動的機械組織者，亦是經營的屬員。至於支配範圍的經營，與古代的家庭同樣(註一)。

(b) 經營是人類的支配範圍。經營並非人格者，不過其客體而已。所以經營的財產，是人類的財產，並非適用於人類以外的財產。經營財產在法律上，雖不從經營所有者的其他財產而區別，但事實上則可以分離的。

法律上所指的經營，並非獨立的主體，乃是人格法上的狀態。但是將來法律如果發展，經營大概會從所有者而分離，而表示其固有法的存在了。這種發展，使私經濟之中，發生如從國家財產而分離國王的私有財產的同樣過程，但是這在現行法制上，還不成問題。

(c) 經營是綜合多數的被傭者於統一的作用的支配範圍。所謂多數，至少要兩人以上。被傭者的意義，亦是重要的，例如自由的醫師的集合的醫師公會，並非經營。所謂綜合，必須有統一的作用的目的，這不論是從外部的作用，或是從內部的作用。

經營的意義，如上所述。但在法律上的性質，則必須求於經營的人及物的要素，在其所有者的權限內，與法律相結合的一點。這就是勞動法上經營的中心。至其基礎，又必須求於這些的要素。在所有中之人的及物的權力服從之下的一點。這種權力，將經營內的人及物綜合於統一體內，而且決定了統一的作用。這統一體可以叫做支配的結合。因此之故，經營就是團體的支配。

支配團體的概念，在歷史上，是從家族及莊園而來的，在今日亦構成經營概念的中心，此點基魯克氏已經承認，他說「資本的支配產生了企業家與勞動者關係中的經濟的支配團體的新形態，這是私法的及公法的組織。」所謂支配團體及利益團體，就是構成社會的統一體的兩個重大歷史的基本力。這兩者，從歷史的過程上觀察，各不相同。利益團體，從共同的利益，而組成統一體，但支配團體，則根據排他的支配者的意思，而構成了統一體。利益

團體的統制權是集合權，但支配團體的統制權，則是單一權。經營並非利益團體，其構成的原理，是支配的，所以非共同利益的。集合權是行政團體，在所有與勞動間而成立時，亦存在於經營之中，但這非使經營從支配團體，而轉化為共同利益團體，不過制限經營所有者之個人的支配權而已，因此法律上的共同團體，亦不存在。促進經營的共同作業者，並非集合意思，不過單獨的意思而已，而且不是集合權，乃是支配權。這從經營財產及經營勞動產物的所有權，僅歸屬於雇主，不歸屬於勞動者的事實上觀察，亦甚明白。

經營不限於營利的及私法的。非營利的及公法的，都包含在內。例如據經營協議會法第九條的規定「經營是公法上及私法上的一切經營。」前面所述的，就是勞動法上的經營概念（註一三）。

（註一三） Brinz, Pandekten I, S. 148. 備按浦林茲的敘述，則家族是家長所支配的人及物的範圍。

（註一四） Sinzheimer, S. 214-218.

第二 學說批評及我自己的意見

前面所述的已甚明顯，勞動法學者關於經營的概念，不過說明次述的過程而已，即

$$\left. \begin{array}{l} P_m \\ \dots \\ W' \\ A \end{array} \right\}$$

換句話說，即如整茲海馬所說的所有與勞動的結合，即不變資本與可變資本的結合。所以這與

$$G \cdots W \cdots W' \quad G'$$

的過程，沒有何等關係而說明的。經營的意義，如休客利、拍台、耶河秘諸氏所說的一樣，是技術的目的之三要素（物質、非物質及勞動力）的結合，而以利潤為其目標。這種的見解，不免完全輕忽此點，這不過用抽象的物品製造這個概念而解釋而已，顯然是勞動法學者的詐術。誠然，用物品製造一般的概念，欲使經營的意義概念化，雖非不可能的，但還在資本家方面，沒有何等意義，不過是沒有內容之形式的概念而已。如後面所述，（請參照第六章「勞動法的研究方法」並第九章「勞動法的體系」）他們抱着觀念論的形式論理主義的態度，來研究勞動法，僅在形式上而樹立法律形態的體系而已。他們將經營看做利潤的目的，這種態度，在這裏亦不免暴露出來了，換句話說，他們不能了解以支配剩餘勞動為目的的資本的活動。整茲海馬說經營是人類的支配，這種見解，比上述的較為正確。但整茲海馬解釋支配是經營者意思的支配，不免輕視勞動力奪取的支配了要之，這些都是為論理而理論的，並非為支配而支配的。乃是以收奪勞動力的剩餘價值為目的的支配。所以我們說到經營時，不得不考察

$$G \cdots W \left\{ \begin{array}{l} P \\ M \end{array} \right. \cdots W' \cdots G'$$

的過程。這與企業的概念，沒有差別。從企業的概念而分離經營的概念，是勞動法學者的欺騙。然則他們怎樣說明企業的概念呢？今試考察如下。

第二項 企業

第一 關於企業意義的學說

勞動法學者主張企業(Unternehmen)的概念，在今日商法上有重要的意義。(註一)而在勞動法的範圍內，則不佔何等重要的地位，例如卡斯魯說企業是從經營的經濟方面而考察，構成經濟法的法律關係(註二)。休客，利拍台諸氏則反對說這種思想過於偏狹，他們以為企業，雖未必要限於實行經濟的目的(註三)，但大體上是屬於勞動法的範圍外。這樣看來，勞動法上對企業的研究，有一種忽視的傾向。而在許多的場合，在勞動法的範圍內，用經營的概念來代替企業，因此認企業的概念，沒有討論的必要了。然則經營與企業的概念，完全是同一的嗎？勞動法學者對這個問題，却未必就這樣解釋，例如休客，利拍台諸氏說企業的概念，比經營較為廣大。然則企業在勞動法上，完全不成問題嗎？這又未必是這樣。在何種場合，纔成問題呢？這是經營協議會法第五〇條所規定的多數的經營構成一個企業時，集合的協議會便要開會(註四)，所以這不過說明企業與經營的概念有區別的必要性。前面說過，我認勞動法上的企業與經營，不該有所區別。理由將述於第四項內。以下試先說明勞動法學者對企業的見解。

(註一) 經營及企業的概念，與商法上營業的概念相同。日本商法第二二條第二三項，第六條，第三六條，第四條，第五條，第一八條，雖用營業(Handelsbetrieb)這個術語，但法學學者對營業的見解，則不一致，例如松竹田教授的見解，商法第二二條及第一八

際上的意義，是指客觀的企業全體，其他場合，則指營業上的活動（竹田博士著「商法總論」三四五頁），然則商法上企業的概念是怎樣的解釋呢？竹田博士說：「企業的營業概念，是為特定營業之組織的財產。」松本博士亦說：「組織的所結合的財產的團體叫做營業。」（松本博士「法學協會雜誌」三二、四五頁。）這就是解釋為營業活動的目的而組織的。田中耕太郎博士反對此說。他將營業的概念分為兩方面。第一是經濟的觀察，第二是法律的觀察。第一可以叫做主觀的觀察，即就營業之動的方面，而追溯經濟上目的之觀察，或二可叫做客觀的觀察，即就靜止的方面，而考察構成要素的分析及商品交易上的地位。而第一在商人活動上，而考察營業時，是企業的一種了。所謂企業就是以增加分量不定的財產為目的的經濟上之力的投資。第二客觀的觀察，是以企業的營業為法律現象即觀察的，後者在商法上特別重要。法律現象上的營業有一的規模的組織，按一定的計劃而實行時，在法律上，亦當做有機的統一的組織體。（田中博士著「商法總論概要」一八七頁以下。）

按田中博士的見解，企業與客觀的營業有明白的區別，但商法學者威爾蘭氏說「企業是增加不特定財產為目的的經濟力的投資」。（Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 145）威氏的定義，雖與田中博士的同樣，但我想勞動法學者關於企業的問題，如下所述，亦受了這種的影響。威氏又在該書二四一頁內，而說明經營活動，當做指揮團體的企業家的活動而觀察，而且在營業讓渡的場合，將其中組織的部份除掉。厄連比魯格亦將企業解釋做組織的（Thurenberg, Handbuch des Handelsrechts, S. 200）這與我所說的剩餘勞動支配的過程不同。又勞動法學者墨利托魯（Arbeitsnehmer und Betrieb）關於被僱者概念的規定，屢次主張經營的繼續，這

不免缺少不變資本與可變資本結合的概念了。我想以上商法學者的各種學說似給與勞動法學者很大的影響。

(註二) 按 *Handb. d. O. S.* 的見解，雇主與企業者的概念不同。勞動法上的雇主是勞動關係的當事人，而且是被請者的對方。但

企業家的性質，在勞動法上的勞動關係的義務者，沒有何意義了，無寧是經濟法的法律關係的意志。例如私法上的加答斯契約，公法上加入團體的共同企業關係，認許及執行的經濟自由制限等等，不過企業家的雇主的法律關係成爲問題而已，因此這並非勞動法上的問題。

(註三) Hueck = Nippordey, a. a. O. S. 73.

(註四) 經營協議會法第五〇條，特別不用企業 (Unternehmen) 這個術語。但一般則認該條是將多數的經營，包括於一個企業時的規定。

以下試述休客利拍台，耶河秘諾氏對企業的見解。

(一) 休客利拍台的見解

據他們的見解，經營與企業，是兩個完全不同的概念。企業的意義較爲廣大，即經營必須有直接的技術的目的之統一並支配權的統一，反之，在企業的場合，企業家對這種行動動機的目的，縱使比較經營的場合不大決定，亦不關重要。所以企業的要素由這種分離的目的而結合 (註五)。

(註五) 耶河秘對此點亦同樣。

但企業的構成要素，亦必須實際的綜合，即必須在組織上有相當互相的連結，例如一個企業家經營兩個工

場時，爲了沒有組織的連結，所以算不得統一的企業。在這個場合，利潤的目的是二個，僅在獲得利潤而做共通的勞動時，纔算是一個企業（註六）。

（註六）耶河秘關於此點的見解大概同樣。（經營與企業）一八頁。竹田博士認企業是組織的財產。皮斯克，迪滿，迪格魯，斯比魯格魯認營業就是營業的預期及組織。卡斯魯魯認企業是從經營的經濟的方面而考察，他以爲這不過是經濟的法律關係。田中博士則解釋企業是營業之經濟的觀察（一八四頁）。

一個企業家可以用多數的獨立經營來實行企業的目的。在這種情形之下，多數的經營便存在於一個企業中。但卻不能因爲所有者屬於同一人的緣故，而說一切的經營，都是一個的企業，同時在一個經營中，亦得實行不同的企業目的，而且這些的企業，有時沒有組織的綜合，因爲一個經營之中，有數個的企業（註七）。這個問題，在適用經營協議會法時，纔成問題的，例如多數的經營構成一個企業時，便要召集集合的協議會，所以企業的概念，在勞動法上，未必沒有意義的（註八）。這就是休客等的見解。

（註七）Platon, HRJ. § 20. Anm. 10 同樣。許多的經營，有時綜合於一個的企業統一體內，例如某大銀行，在德國全國都有支店的場合，又如鐵山，工場，冶金各種的工場的統合的企業。反之，銀行，工場，倉庫，及土地等的所有權，屬於同一人時，則是多數的企業，而在同種的工場，屬於同一人的所有時，在互相無關係的經濟上，則是別個的企業。

（註八）Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. 73f.

第二 耶河秘的見解

耶氏的思想，與休客及利拍台稍有不同，他將企業分做主觀的觀察及客觀的觀察。主觀意義的企業，是為達到與主觀的經營的同樣目的起見，在一定期間所集中的人類活動（註九）。所謂繼續的集中，如厄蓮比魯格所說的一樣，與長期繼續及瞬間不同，乃是相當期間繼續的意義（註一〇）。這種意義的企業與動詞的企業的意義同樣。在這種主觀的意義上，經營與企業兩者概念的差別，幾乎不大確定。這要與主觀的意義分離，從客觀的意義觀察時，其中區別，纔明白表現出來。

然則客觀意義的企業是什麼呢？這是從企業者繼續的行動所達到的目的，與物的，人的及非物質的手段相結合，變做客觀化，而表示達到目的效力的場合。這目的與經營的場合不同，並非行動之直接的及技術的目的，乃是企業的散漫的企業目的。換句話說，企業的統一，是由滿足經濟的需要的營利目的而決定的。這種目的，雖然發生各種技術的目的行動的效力，但在本質上，經濟的目的之統一，乃是企業。而企業者之事實關係上所表現的各個意欲，與經營的場合一樣，是決定統一構成的要素。所以企業的法律上的概念，是與人的，物的及非物手段之法的主體的目的——滿足特定需要的經濟的目的——相結合。

然則客觀意義的企業與經營的差別是怎樣呢？客觀意義的經營，是技術的目的所統制的組織的統一體，而企業則為滿足特定需要的目的所統制的營利的統一體。所以企業是經濟的統一體（註一一）。但行政上的需要及

精神的需要亦是目的，所以在這個意義上，未必限定於經濟的範圍之內。這在本來的性質上算為經濟的單一體（註一〇）。

（註九）墨利托魯同樣（Molitor, a. a. O. S. 6）指莊區別主觀的經營概念與動詞的「經營」例如德國商法第一條「經營營業」這一句，是有特別的意義。（Passow, Betrieb, Unternehmen, Konzern, S. 37）的。

（註一〇）Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts, II, S. 22.

（註一一）瓦格那（Wagner, theoretische sozialökonomik S. 145）飛烈波赫賓（Philippovich, Grundriss der Politischen Ökonomie, S. 143）孫巴爾威、馬蒂斯、威厄巴、里德諾、卡斯客魯、比魯斯托羅波、伊查、拉伊母茲斯諸氏對此點的見解同樣。

（註一二）Jacobi, Betrieb u. Unternehmen als Rechtsbegriffe.

第二 學說批評及我自己的見解

如上所述，勞動法學者認企業的概念不屬於勞動法，乃是屬於經濟法內，所以他們僅注意到形式的經營問題。但這種態度是不當的。我們承認不變資本與可變資本結合時，便產生了商品，同時我們又不能不承認這種商品，產生更多價值的過程，所以經營與企業，並非不同的物，而兩者均是增殖價值的一個過程。但是如果勞動法上，放棄企業的概念，而在商法上，將營業（企業）的概念，當做 $W + G$ 的過程而考察時，不免輕忽了其根本上擷取可變資本部份的不付勞動的事實（註一）。這無論在勞動法上或是在商法上，都是輕視了經營及營業的

概念，屬於奪取剩餘價值的過程的見解。原來我們在勞動法上，不但要注意商品的製造（產生）而且還要注意到這商品會產生了比較所投下的價值更多的價值及其大量的生產，恰如我們在商法上，僅僅考察剩餘勞動怎樣分配，還不算充份，而且必須考察其剩餘勞動的源泉一樣。不過我這裏的目的，並非研究商法，這應當別論。以下僅考察勞動法上的經營及企業的有機的構成是怎樣。

休客，耶河祕諾氏，以為經營就是物質（土地，建築物，機械，原料等），非物質（技術等）及勞動力三要素的結合，換句話說，即不變資本與可變資本的結合，所以他們以為資本家支出的資本，是由這兩者的費用而成立的。反之，如上所述，勞動力會產生較多的價值，勞動力的價值，比較勞動力所生產的價值少，其中相差的額，歸於資本家之手。所以從資本家的立場上看，生產費還沒有被支出的資本價值的相當部份，這不過是商品的費用價格。但事實上，在這種場合的不變資本費，不過在生產物之中移轉其價值而已。而可變的資本費，則不移轉於新的生產物中，乃是當做勞動者的生活費用消費。在代替上，由勞動力所製造的新的價值，便表現於生產物之中了。但在資本家的立場上，可變資本的價值，如生產物的移轉一樣，不變資本與可變資本，在本質上是平等的，沒有區別的。這就是休客，耶河祕諾氏在勞動法上所主張的見解。結果便發生了以經營的概念，當做技術的目的之統一體這種思想的傾向。

其次，在資本家方面，所謂剩餘價值，就是商品費用價格的超過的商品價值，所以剩餘價值，是從資本而發生

的，換句話說，生產物的價值 C （不變資本） $+V$ （可變資本） $+M$ （剩餘價值），雖是 $C + (V + M)$ ，但並非 $(C + V) + M$ 。於是乎一般以為企業，就是從 $C + V$ ，而產生 M 的過程。這在商法上的營業概念及勞動法上的企業概念，都是一樣，例如威爾蘭說：「營業（企業），沒有一定的分量，營業是增加財產為目的之經濟上之力的投資。」耶河秘亦說：「企業就是經濟的目的（營利）之三要素的結合。」這種立場，似乎承認剩餘價值，從資本的總體而來，結果抹殺了僅僅勞動力，纔會發生剩餘價值的事實。這是因為不付勞動的榨取形態被法律遮蔽了。同時，再從資本家的立場上看，又發生了總資本的剩餘價值的比率問題，即利潤率的問題。資本家的目標，就是在這種利潤率上面。剩餘價值率（即可變資本與剩餘價值的比率），在個別的資本上，縱使同一，而利潤率則未必這樣，例如在次述的三種生產中，剩餘價值率是同一的，出資資本的回轉，每年一回，則生產物按其價值而販賣時，結果如下。

資 本	剩餘價值率	剩餘價值	利潤率	價值
1,800 + 20V	100%	20	20%	120
2,700 + 30V	100%	30	30%	130
3,600 + 40V	100%	40	40%	140
合計 2100 + 90V = 360		90		390

生產物的價值，在這種資本構成上，是一二〇、一三〇、一四〇。但在上述的三個場合，因自由競爭的結果，利潤率便發生平均化的傾向。當然如前面所述，在同一生產內，生產條件不同時，不均等的利潤率因之發生，但（大資本壓倒小資本）在各種生產相互間，對各種資本，則發生均等的平均利潤率。這是因為自由競爭的結果，資本便從高處轉入低處。在低的方向時，因供給減少，市場價格便高漲至價值以上。反之，而在高的方向時，則是平均的。所以為生產各種商品而消費的勞動，便完全表現在價值上面，只有剩餘價值，對一切的資本，是平均分配的。所以資本家的目的，是在獲得平均利潤，結果各個經營內所收奪的剩餘價值，不直接歸屬於其經營者，乃是分配於整個的資本階級之間。這樣看來，從屬勞動關係，並非一個雇主與被傭者間的關係，乃是整個勞動者階級與整個資本家階級間的關係。從屬勞動關係，便與古代的奴隸勞動，乃至封建時代的農奴勞動不同了，同時，這便非個別的直接的剩餘勞動的支配，乃是社會的支配。其次，這雖是事實的物理的支配，但與古代的奴隸及封建時代的農奴的從屬關係，又不相同，而且並非個別性質，乃是階級的性質。

同時， $C + V + M$ 的過程，不在同一規模上而反覆。乃是M的一部份編入於次回資本的一部份中，資本的構成，每次反覆時，規模便愈大了，換句話說，即為擴張再生產起見，便發生了資本自己的運動。同時資本家間的競爭，便促進技術的發展。技術的發展，一方面發生失業，他方面構成勞動法上失業問題的淵源。（請參照本論「勞動

者保護法，「關於失業政策的一節。中小的資本家不能與大資本競爭，不得不沒落了。因為大資本容易應用機械及其他技術的發展，而實行可變資本及不變資本的合理化。即產業合理化，但小資本則不容易實行。所以市場上屬於同一產業的價格存在時，小資本必然的崩壞沒落，小資本家亦不得不沒落為從屬勞動者了。這樣從屬勞動關係更一般化了。

同時，自由競爭，發生了資本家利潤率低下的傾向。此時為和緩競爭計，必須結合資本，這就是股份有限公司及銀行的緣起。經營及企業向銀行貸借資本，又用公司債，而募集低利的資本。但公司間亦發生競爭，即發生公司的合併，加第魯及托拉斯。同時資本亦跟着公司的合併，而共同供給資本。銀行發生集中時，銀行資本，便扮演生產資本的把戲了。即當時不過 $G \rightarrow G'$ 的銀行資本，現在則進入

$$G \rightarrow W \left\{ \begin{array}{l} PM \\ A \end{array} \right. \rightarrow W' \rightarrow G'$$

的過程。此時金融資本主義因之發生這種過程的法律的反映，表現於「企業自體」的問題，但這是屬於商法的範圍，這裏不欲深究。倘從勞動法的立場上觀察，無論在產業資本主義或是在金融資本主義，而以債權的關係及身份關係的統一關係的從屬勞動關係為其基礎，則絲毫不變，換句話說，這種關係，就是資本主義本身的本質。所以法律上的股份有限公司的問題，企業自體的問題，動產及不動產的證券化，公信主義的問題等，倘不根據勞

動法上的關係而討論時，結果不過內容空虛的形式論理而已。我們覺民法學者及商法學者太輕忽勞動法上這個根本的問題。勞動法的經營及企業的問題，倘不當從屬勞動關係的現象的形態而考察，則沒有其意義。換句話說，經營及企業（商法上的營業）的概念，是為獲得平均利潤的資本的機能，從屬勞動關係的現象的形態，便存在其中。

（註一）商法學者威爾爾說：「企業就是以增加不定量財產為目的的經濟上之力的投資。」所謂經濟上之力，是指企業家的勞務的意思。所以這是企業家克服一切危險的努力，即商品飛躍的生產。換言之，並非企業家將生產物轉化為貨幣的 $M—C—M'$ 過程的意思。今日「企業自體」的問題，雖經商法學者間討論過，但日本學者中，則不見有人從剩餘勞動的支配，即從屬勞動關係上考察。他們這種態度，僅從分配過程上觀察，不從生產過程而考察法的形態。這就是法律學者採剩餘勞動支配的根據。我希望日本民法學者及商法學者，要多多注意勞動法。否則不能理解資本主義社會法律形態的基礎了。

第四節 從屬勞動關係的源泉

從屬勞動關係，究竟是一個階級的關係，這在前面已明白說過，至於其本質及現象的形態，亦已說過。然則從屬勞動關係的根據何在？本節將討論這個問題。如第二節所述的屈泥拉、卡斯客魯、麥蒂斯伯台諸氏，關於從屬關係的源泉，各各求於貧富、貴賤、職業等等，但前面已經說過他們的見解，都非正確。原來從屬關係是一個階級的關

係，但階級標準的根據，迄至今日，還沒有一定的學說，實在是一個困難的問題。

社會主義者間，對階級根據的積極的答覆，迄今還有各種不同的學說（註一）。但我們不欲考究社會主義者及社會學者間的見解，我們欲考察的是德國勞動法學者的學說。

（註一）以下略述社會主義者及社會學者，關於階級源泉的三代表的見解。

前面說過，如屈泥拉、卡斯客魯諸氏求階級關係——從屬勞動關係——的根據於貧富、貴賤及職業，這種見解，不甚正確的。整茲海馬氏解釋從屬關係的源泉，結果就是勞動與所有的關係而來，所以他認從屬關係就是從有關係的見解，是極乎卓越的思想。以下試詳細考察他的見解，次則決定我自己的見解。

（一）按苦腦的見解，所謂階級，並非財產的多寡，收入的大小，及職業的異同，乃是根據經濟活動的方法，而決定社會經濟經營的內部的社會構成員一定的地位。（Cunow, Die Marxsche Geschichts-Gesellschafts- und Staats-theorie, Bd. II. S. 53）

（二）馬苦斯亞底拉說：「社會階級，就是社會的生產過程的結果。這從各種生產的條件，在生產過程的生產工具的分配，及其所給與的生產社會的成員編制上，而必然的成立。」（Max-Adler, Die Staatsaufassung des Marxismus, S. 98）

（三）恩格魯說：「分業發生不平等時，階級亦表現其差別。社會上便分做特權者與無權者，淨收者與被剝奪者。」

取者乃至支配階級與被支配階級。一階級差別的根據，就是分業的法則（Engels, Eng. Dührings Umrwälzung der Wissenschaft, S. 190）恩格魯斯所謂的分業，是社會的分業，並非技術的分業。

（四）其他學者關於階級的見解的，還有澳益海馬主張政治的征服，換句話說，即不以經濟的構造做基礎的政治的勢力，細尤門底，如卡斯客魯一樣將階級的差別，看做職業的差別一樣。其次關於「哲學的貧困」的最後一章的階級構成的一般的公式，茲格巴拉腦夫斯基的見解與苦腦的見解各不相同。

據整茲海馬的主張，從屬關係的源泉是所有與勞動的關係。原來所有的概念，解釋為「排他的支配，使用或收益物的絕對權」，是今日法律學者的通說，但這種所有的概念是錯誤的。因為所有是他人勞動力的支配。這種所有與勞動的對立關係，就是從屬關係的根據。今敘述如下：

「所有（Eigentum）並非有體物的使用收益，乃是所有的社會的機能，即求於社會力之事實上的實踐。普蓮泥魯（Karl Renner）諸氏曾主張這種見解，這是他們的基本觀念（註一）。按此見解，所有者所屬的物，並非抽象的所規定的物，乃是在社會生活過程上有具體的決定性的生產手段。生產手段上的物，是勞動人的勞動手段，如果沒有生產手段的物，則勞動人不能發動其勞動力。他為維持生活而勞動，所以必須這種勞動手段。如果生產手段，不在勞動人的手中，而在他人時，勞動與所有間，便成立一個關係。這種關係，並不從實際法律上的規定而來，無甯是當做牠的前提的社會關係而存在的。」

所有在作用上，有次述的兩重性質。這裏所說的所有，是勞動的一切權利的淵源的所有，所以在勞動與所有間的關係上，雇主並非生產手段的所有者，乃是包括小作人、租賃者（租賃生產手段而吸收他人的勞動者）等等。如果解釋所有是他人勞動力的使用，例如家政等與生產沒有關係，不過在消費上發生效力，雖然亦包含在內，但這裏所謂的所有，主要指所有的使用形態，即生產的場合。這種意義的所有，有次述的二重作用。

（一）第一，所有，有吸收利用這所有的勞動力的性質。所有包含勞動條件及生活條件，因此要勞働力能夠勞動能夠生活，無論如何必須被使用於所有的本身，例如法律闕如的中世初期時代，沒有武裝的人，為尋覓勞務及社會的職份的保護乃至責任起見，就必須歸屬於莊園的領主，同樣，在經濟的貧困壓逼下的佛蘭克王國的小農為衣食計，便不能不歸屬於莊園領主的權力之下了。（當時沒有市場）（註二）。其次，在今日沒有所有的人，便亦不得不屈伏於指揮勞動的所有者之下，即流浪於勞動與工資受授的所有生產市場上。這種強制並非法律上的強制，不過使所有處分勞働作用的社會的動力的強制而已（註三）。

原來所有的本身，沒有何等的意義，所以牠必須利用勞働力，而為規則的吸收這種勞働力起見，便發生了引力的作用。所有在作用上，並非保護所有者之個人的利益的單純主觀的法律，乃是由其持續性上，而使社會的生產過程，有規則的流動之公的糾正。所以所有並不停止個人的法律上的自由，但卻限制了主張這種自由之實踐的能力，恰如憲法一般，雖然承認政治的自由，但在發動上僅限於憲法上所承認的範圍內（註四）。尤其是勞働契

約的自由對所有的作用，沒有何等的制限，反之，乃是使所有者無制限的處分勞動力的法律上的手段（註五）。這就是在古代的奴隸勞動及中世的農奴勞動的場合，支配者廢除其扶養的義務，而有無制限的勞動處分的自由。所以所謂勞動契約的自由，就是勞動者，爲了他的勞動力極端被所有者所處分，因此有選擇所有者的譏刺的自由而已（註六）。這並非從所有而來的自由，因爲牠對勞動手段，並不在法律的，及力學的制限之下而發動。

（二）所有第二種的作用，就是指揮勞動力。所有者爲利用其所有，而雇傭他人的勞動力時，所有的利用，同時就是勞動力的處分。勞動力的處分，不過所有的利用的一個形態。所有的處分，在這種的場合，不僅是物權法的，而且是人格法的性質；同時，所有，又不僅表現其對物的支配，而且表現其對人類的支配，換句話說，即表現於介乎物間的人類間的關係。我（整茲海馬）名這種作用爲所有權力（*Potestative*）的作用。如伊厄林格所說的所有，決非根據於物權法，乃是根據於一般的支配權（註七）。所有的對象，不論是人權或是物，都是人手中所有的一切的權力，例如在古代家族經濟的統一體上，人與物爲統一的目的而結合的原始組織的權力，就是所有。所謂所有權（*Dominium*），就是何伊斯拉及伊厄林格所說的支配權（註八）。原來中世紀的莊園領主，不僅支配了土地，而且支配了隸屬其土地的不自由農奴。對這種人及物的權力的結合，在其根據及使用的形態，雖然變更，但今日還繼續存在着，所以基魯克在其所著的「德國私法論」說「所有與財產法的關係一樣，同是包含人格法上的關係，並非純粹財產法上的概念所能理解的」（註九）。法典竟然忽視了這兩者的結合，而且武斷說所有僅屬於物

權法內，赫德爾氏雖曾痛擊這種獨斷，是因為法典否認人格的權力中，有包含所有所以我們當規定所有的內容時，不能單獨根據從來的獨斷的內容，其次，我們亦不可輕視這應該根據動的關係而規定的，如果我稍注意到今日器械的經營，以上的事實是極乎明顯的了。這就是物支配人類，而且工具是人類的指揮者。卡爾表魯譏刺的敘述如下：「人類在古代用音樂般的方法，來統制奴隸及賦役勞動，但是現代的工場，則用器械來強制自由勞動者的工作了」（註一〇）。實際說，「勞動者，早不是他自己行動上的主人翁，又非所使用的工具的支配者，且非他自己強健體軀的主人翁，他不過是工具的從僕。因為工具指揮了他的運動的暈，他的勞動的持續，又指導他的意志，所以他受機械的束縛，活着如活屍一般」（註一一）。

這樣看來，階級的根據，就是所有。因為生產手段的所有，便發生從屬，而且規定從屬的處分力」（註一二）。

前面所述的是整茲海馬的見解。我們應該採取他所謂從屬——階級糾紛——的基礎，是所有關係這種的見解。但整茲的見解，是完全正確的嗎？其他的見解，未必盡對的。然則他的錯誤處是在那一點呢？我將在以下敘述我的見解時，一併批評他的立場。

(註一) Karl Renner, Die soziale Funktion der Rechtsinstitute.

卡那魯亦是提倡法律之社會機能說的一人。整茲海馬氏的見解，多少受卡氏的影響。此外提倡機能的法律學者，不僅卡那魯（卡魯連泥魯）一人，斯朋格拉亦抱同樣的見解。斯氏說：「古代的法律是有體物的法律，但我

們時代的法律，乃是機能的法律。同時，羅馬人創設了法律上的靜學，我們則樹立法律上的動學。整茲海馬對斯朋格拉表示欽佩說：「將來德國的思想家，對這種見解總會贊成罷。」這就是斯氏所謂「過去我們雖有偉大的藝術，但偉大的法律學，則有待於將來。」(Spengler, Der untergang des Abendlandes, Bd. II, S. 78 S. 95)。

卡那魯(卡魯達泥魯)的立場，簡單說，就是研究社會關係上之法的機能，從而批評資產階級的法學。他將法律制度，區分為規範的構成及社會的機能兩種。他以為法律制度，在一切資產世界上，都有兩方面的性質，例如商品及生產。他提倡所有權的規範，雖沒有變更，但其社會的機能，則跟着經濟關係的變革而變更。所有權的規範，是經營單純商品生產社會與資本主義社會的各不相同的社會的機能。換句話說，在前者的場合，其社會的機能，在使勞動者本身，佔有生產手段的機能，但在後者的場合，則變化為收取勞動者本身的剩餘勞動的資本的機能了，即所有權的社會的機能，在所有權者手中，變做權力名義及利潤的名義了。如果所有權失掉其獨自性時，或是所有權與工資契約，乃至所有權與買賣，沒有連結時，則其機能不能完全表現出來。整茲海馬的思想大概是根據卡那魯的立場的。

(註一) Hensler, Institution des Deutschen privatrechts, I. S. 29.

Inama Sternegg, Die Ausbildung der grossen Grundherrschaften, S. 51ff., S. 56ff.

(註三) Rosenstock, Vom Industrierecht, S. 144.

(註四) Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, S. 42. 厄亞利喜說：「私法，不僅給與主觀的權利的法律，而且包含社會生活的憲章的法律。整茲海馬大概根據這種見解。但其中有不妥之處，將在第六章，「勞動法的研究方法」的一章，並第七章第三節「公法及私法的交互關係」中批評。」

(註五) Max Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S. 159.

(註六) Simmel, *Philosophie des Geldes*, S. 316ff.

(註七) Ihering, *Geist des römischen Rechts*, II, S. 162ff.

(註八) Henster. a. a. O. S. 95; Ihering, *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, S. 51ff. S. 91 ff.

(註九) Gierke, *Deutsches privatrecht*, Bd. II, S. 358.

(註一〇) Karl Bucher, *Arbeit u. Rhythmus*, S. 434-439.

(註一一) Gerhardt, *Arbeitsrationalisierung u. Personelle Abhängigkeit*, S. 83.

(註一二) Sinzheimer, a. a. O. S. 22ff.

第五章 從屬勞動者及資本家

我們前面已經考察過勞動關係，即從屬勞動的關係，這是社會關係的水平線的區分。現在必須考察其勞資階級的垂直線的區分。

勞動法學者對這個問題，用被傭者 (Arbeitnehmer) 及雇主 (Arbeitgeber) 的標題來討論。本書的目的，大概在敘述及介紹德國勞動法學的體系，所以在敘述的便利上，亦用被傭者及雇主這個標題而論述。但在敘述中，我要採取一種方法，來表示我自己的立場，所以按研究的次序，第一，我先介紹並批評關於被傭者意義的學說。次則介紹並批評被傭者的類別。第二，我則考察並批評雇主的意義及其類別。我在這些批評之中，同時又敘述我自己的見解。

第一節 被傭者

第一款 被傭者的意義

勞動法是規律從屬勞動關係的呢？還是被傭者的特別法呢？這是從屬勞動概念的規定上，一個非常困難的

問題。同樣被傭者概念的定義，亦是勞動法上的一個難題。但是勞動法是規律被傭者的勞動關係的法，所以無論怎樣，我們有明白說明被傭者概念的必要（註一）。

（註一）卡斯魯魯定義勞動法為被傭者的特別法，所以他認被傭者的概念，有說明的必要（Kastel, a. a. O. S. 86）。休客利拍台整茲

海馬語氏亦同樣。Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. 32. Stuzheimer, a. a. O. S. 34 usw.）

整茲海馬對被傭者的概念，區分為廣狹二義，而卡斯魯魯、休客利拍台諸氏，僅承認狹義的見解。以下分做廣狹二義，而介紹這些學說。

第一 廣義的被傭者（整茲海馬的學說）

若就廣義的解釋被傭者時，則所謂被傭者，就是依賴從屬勞動而生活的人。如果根據這種立場，則判斷前面所說的人是否被傭者，就必須考察他的生存基礎，是否全靠給付從屬勞動纔能生活的人的社會地位。所以這種廣義的被傭者的概念，不僅是與雇主在勞動法的關係上，所結合的狹義的被傭者，而且包含不在這關係之下者，例如包含纖維工場失業勞動者的沒有勞動職務的被傭者（註二），又如職業介紹所所報告的求職者的遺族養老金受領者，他們還未做何種的勞動，不過正在請求勞動而已，最後且包括兒童年金受領者。所以廣義的被傭者的概念，不僅根據被傭者與雇主間的契約連結，乃是根據被傭者的社會的地位而決定的。這可以叫做以社會的地位做根據的被傭者的定義（註三）。照這種立場的被傭者的概念，幾乎是與雇主相連結的地位不發生問題，其

主要判斷的標準，在於這是否屬於某特定的社會的地位（註四）。所謂社會的地位，就是階級的地位（註五）。

（註二）「在職上」的意義，如下所述。

（註三）羅脫馬魯將根據社會的地位概念的被備者，叫做潛勢的（*potentialien*）被備者。他以為被備者之社會的概念，即法的概念。何則？這是法律上賦與的效果（*Lohnung*, a. a. O. B. II. S. 64. 65）。反之，羅治則以為「當做各個勞動關係的當事人的被備者，雖是法律上的概念，但被備者當做社會階級的一成員時，則是社會政策所保護的經濟的目的上所規定的。不過法規是適用於那一個意義的被備者，則常常特別規定於各個的場合而已」（*Rosin*, a. a. O. S. 155）。

（註四）*Sinzheimer*, a. a. O. S. 33ff.

（註五）整茲海馬關於階級地位的說明，請參照第八章第二節。

第二 狹義的被備者（卡斯客魯、休客、整茲海馬諸氏的學說）

若就狹義的解釋被備者時，則所謂被備者，就是與雇主結合勞動法的關係的人。學者對狹義的被備者的概念，亦不一致。卡斯客魯舉被備者概念的定義說：「被備者，就是根據契約上不獨立的，而且在他人計算之內，以工資勞動為職業的自然人」（註六）。休客、利拍台說：「被備者，是私法上的契約內，為他人而負擔勞動給付的義務的人類」（註七）。整茲海馬說：「狹義的被備者，是連結概念上的被備者」（註八）。耶河秘根據整茲海馬的學說，敘述類似的概念。我將這些立場區分為兩種而說明。第一的立場，是根據契約的關係，而解釋被備者，第二的立場，就

是根據組織的關係。

(註六) Kaskol, a. a. O. S. 86.

(註七) Husck = Nipperdey, a. a. O. S. 83.

(註八) Sinzheimer, a. a. O. S. 32.

(一) 根據契約關係說 (卡斯客魯, 休客, 利拍台的學說)

如上所述, 根據勞動契約, 而解釋被傭者概念的學者, 有卡斯客魯, 休客, 利拍台諸氏。如果根據這些的見解時, 則被傭者的概念, 必須具有次述的要件了。

(1) 被傭者的行動, 必須是勞動。這裏所謂的勞動, 就是自然人肉體上及精神上的行動, 而且這種行動要意識的, 而發生特定目的的效力。在原則上, 勞動是積極的性質, 並非單純容忍及不作爲 (註九)。但單純的勞動準備 (Arbeitsbereitschaft), 普通亦認爲勞動 (註一〇)。

(註九) 關於單純的容忍或不作爲, 是否勞動的問題, 卡斯客魯消極的解釋, 但羅脫馬魯諸氏, 則就積極的方面解釋。而休客, 利拍台等, 則解釋爲勞動的概念, 爲經濟的評價的。我在「勞動概念」的一章內, 已經詳細介紹過這些見解, 這裏似乎沒有贅述的必要。

(註一〇) 關於勞動準備, 是否勞動的問題, 有種種的學說。卡斯客魯, 休客等積極的解釋。這是就經濟的意義上而解釋勞動的必然的結論。

但登茲海馬則從社會學上解釋勞動的概念, 而否認此說。他對這個問題敘述如下: 勞動準備, 就是在器械的進出, 材料的整理及

運搬間，勞動者等候工作的一種狀態。一勞動準備，應否計算在勞動時間內，雖是一個大問題，却與是否勞動的問題不同。同時勞動準備的本身，雖是可能的與否，但不能解為事實上的榮務關係。因為這是勞動休息的一個形態，並非勞動的實行。我們試先研究三種的勞動休息。第一，自由的勞動休息，例如夜間的休息等等。在這個場合，被備者不受雇主的處分，處分是歸於他自己的。第二，是制限的勞動休息，例如休息時間（飲食或每二小時十五分鐘的休息等等）。在這個場合，被備者不必勞動，而有自由，但不得離開經營場所。第三，是勞動準備，這並非積極的勞動休息，因為勞動力雖然休息，雇主時間的處分還繼續着，所以這雖非勞動，在法律上還必須當做勞動時間而計算的。因此被備者在勞動準備間，必須服從他人的處分。其中時間不屬於勞動者，乃是歸屬於雇主。而計算在被備者所負的勞動時間內。（Sinzheimer, a. a. O. S. 116）。我對這個問題，將詳細敘述於勞動時間的一章內，但我認勞動準備的本身並非勞動。孫田博士，在「前揭書」一〇四頁，雖然主張勞動準備，並非勞動，但在一〇三頁內，關於勞動的意義，則就經濟的意義上解釋。博士勞動概念的說明，過於簡單，意義不免曖昧。他自己說是根據休客的思想，但是係我目前在「勞動概念的學說」中，已經介紹過一樣。博士的思想，似乎根據經濟的意義說。如果他的見解是這樣，則博士必然的將勞動準備，看做勞動了，何則，勞動是經濟的被評價的。這樣博士的理論，不免不一貫了。博士似乎不能充份理解休客的立場，即從經濟的意義，而求勞動概念的立場。博士以此與「勞動概念」之章所述的利達的見解相對立，但是問題並不在此點，因為使組織學的社會學的立場與經濟的意義解釋的立場相對立時，才會發生勞動準備，是否屬於勞動的問題。博士對此點，似乎亦誤解問題的所在了。

(2) 勞動的給付，是根據契約，換言之，這是根據自由意思上的法律形態的債權法上義務的履行。所以從

其他根據而發生的勞動給付的義務，例如根據情意者，從家族員性質上的家族共同生活而發生者，妻及子女在家計上的勞動義務（對夫或親權者），囚人俘虜的不自由人的勞動，國法義務上的兵卒的勞務義務，乃至官吏的勞務等等，因為不是根據契約上的，便非勞動法上的勞動關係了（註一）。但家內勞動卻是例外，這可適用勞動者的保護法（註二）。因此之故，休客，利拍台諸氏主張被傭者的勞動義務，是根據私法上的契約。當然，對卡斯客魯及休客的被傭者概念的見解，有各種反對說（註三）。這些反對說，大概從次述的兩個立場而來。但我們要注意是其見解，未必是正當的。

（a）第一的非難，就是認勞動關係，不由契約而來，乃是根據公的形成行為這種見解。

（b）第二的非難，是認雇主與被傭者間，雖締結勞動契約，但這縱從某種根據而發生無效時，亦是勞動法上的勞動關係這種見解。

以上各種的研究，將說明於本論「勞動契約法論」之中的「沒有契約的勞動關係」。

要之，卡斯客魯、休客、利拍台等的見解，認私法上契約的根據，是被傭者概念的重要的要素。

（註一）卡斯客魯、休客、利拍台等，不承認官公吏是被傭者。關於此點的反對說很多。將詳細介紹於「被傭者的種類」一節內。

（註二）Kaskel, a. a. O. S. 65; Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. 34。整茲海馬耶、耶河、秘、諾氏表示反對說。

（註三）Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. 34; Hueck, Arbeitsvertrag u. Arbeitsverhältnis, Prinzips J. Bd. 74 S. 367 ff.

(3) 勞動必須非獨立的勞動（從屬勞動）。卡斯客魯、休客、利拍台諸氏，關於從屬勞動關係的見解，如前面所述的一樣。

(4) 勞動必須基於他人的計算。這個要件，是從來被傭者概念的要素，尤其卡斯客魯、波皮茲茲諸氏，特別主張此說。（註一四）卡斯客魯特別將他人這個術語，用於企業家（Unternehmer）的意思。如上所述，卡斯客魯對企業家概念的見解，解釋做經濟法的關係的意義。要之，所謂根據企業家計算，就是次述的意義。企業家在自己的計算內，預定收入，而投下資本，企業家要自己負擔損失，被傭者對這種危險的負擔，沒有絲毫的關係，所以在這個意義上，企業家負擔勞動的危險，何則？勞動發給工資時，縱使不將與此相當的利潤，歸屬於企業家，但負擔者只是企業家。被傭者僅在利得上參與企業，這利得，就是取得工資的意思。換句話說，被傭者的目的是工資，對企業的利益，普通不發生直接利害的關係（註一五）。

休客、利拍台諸氏反對卡斯客魯、波皮茲茲的見解。他們以為這個要件，是從勞動根據契約而給付的要件上，必然發生的，並非被傭者的要件。誠然，被傭者在反對給付即取得工資間，勞動及生產物，雖歸屬於雇主所有，但在工資取得的範圍內，這是根據自己的計算的。而且這關係，不僅存在於被傭者，還發生於獨立的工場經營從事者之間。例如代辦商，行紀的場合，亦同樣的。所以這個要件，並非被傭者的特性，如果求根據組合契約而做勞動給付

的組合員與被傭者的區別於此點，則不免錯誤了。因為組合員，不是一般勞動法上的被傭者的原因，並非因為他不在他人計算之內的緣故，乃是爲了沒有身份的從屬關係，所以不是被傭者（註一六）。這樣看來，這個要件，並非被傭者的要素了。

註一五) Kaskel a. a. O. S. 67; Popitz, Umsatzsteuergesetz, S. 144.

（註一五）這點上的問題，就是計數的承擔（AKKONTANT）的場合，即按工作的程度而受領工資的被傭者，但這個場合，包含很多自己計算的要素。小作人的場合，亦同樣的。關於這個問題，請參照「被傭者的種類」的一章。

（註一六） Heckel = Nipperdey, a. a. O. S.

（五）勞動必須是有償的。無償的給付的勞動，不屬於勞動法的範圍。所謂有償，不拘是金錢，物品或行爲的性質。將此點當做被傭者的要素的，不只有卡斯客魯一人，厄魯托滿，整茲海馬，羅脫馬魯，格羅，波底河夫，墨利托魯，茲格魯，蘭底門諸氏，亦幾乎同樣。不過關於實習者及徒弟的實習教授，有否報酬的性質的問題，則有反對的見解。這問題將詳述於本論「勞動契約法論」（註一七）。關於簡單的點，請參照後述的「被傭者的種類」。

（註一七） Kaskel, a. a. O. S. 67; Gertmann, S. 9; Stuzelmer, S. 7; Lohmar, Bd. I, S. 39; Groll, Deutsches Arbeitsrecht,

S. 9. 19; Pothoff, Wörterbuch, S. 28; Siegel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag, N. 3; Landmann, Gew. O. Bd II, S.

(6) 勞動必須是職務的 (Dennung)。這個要件是卡斯客魯及苦泥拉所主張的。據卡氏的見解，所謂職務的意義，就是一與勞動者普通活動的一般的方向相一致的勞動，「不包括遊戲及科學上目的所做的場合。此外，職業無需決定被備者生活上的地位的主要職業，或生活職業，而且不必要被備者的行動是要求全部的或主要部份的。因此從這個制限上看，商業實習者（商法第八二條第一項）亦可以看做被備者了。如前面「從屬學說」的一章內所述的一樣，卡斯客魯將這個要件，當做被備者的重要的要素。前面亦已說過耶河秘，整茲海馬，李際繡，休客及利拍台諸氏，對這見解，曾表示反對說。要之，卡斯客魯既然主張職業階級這個特別的階級的存在，就不得不提倡「職務」這個要件了（註一八）。

(註一八) 孫田博士在其著作中，劈頭便說，他是根據卡斯客魯的學說，他主張勞動階級的一個職業階級成立時，勞動法便發展了，但在職業的說明上，則否認根據卡氏。按博士的見解，卡斯客魯所謂的職務，就是「與勞務者所經營的一般的活動傾向相一致的勞動」的意思，但並非以被備者當做職務的意思。博士以為「職務的意義，就是勞動，用獲得日常生活資源的目的而行使的。」但職業的概念，並不應用於博士所謂的生活資源，即收入源泉的同一意義。耶河秘氏解釋「職業是個人為滿足社會的需要，在職份上服務的活動。」而卡斯客魯的定義，則從社會的見解而分離，主要從勞動者普通活動傾向的勞動運動樣式的方面上考察。但孫田博士則主張生活資源的勞動。原來生活資源，大概是為生活起見的收入資源的意義，例如地主收入地代，資本收入利潤，而勞動者收入工資。但所謂地代，利潤及工資，並非普通的職業概念。縱令這種職業概念成立，但博士自己曾主張了「以被備者

爲職務」的概念不能成立，結果，「以工資勞動者爲職務」的概念亦不成立了，博士不肯否認自己的主張，爲了這個緣故，我想沒有再批評的必要。其次，博士甚且忽視重要的概念。我們縱使退步說，職業的概念，縱如博士的見解，博士曾主張職業階級的勞資階級的糾紛，則這種階級構成的標準，便要求於地代、利潤、及工資的生活資源了。如果這樣，博士的階級概念，便不能成立，因爲根據生活資源的區別時，結果就是根據分配的區別。即根據社會的收入的分配的差異。誠然，地主階級、資本家階級及勞資階級的生活資源，各不相同，而且各種的資源是固定的，但所謂固定，究竟是根據生產手段的關係，其中的關係，表現生產過程上的人與人間的社會關係，換句話說，在資本主義的社會，一方面，有指揮生產過程及處理生產手段之人的範圍，他方面又在這些指揮之下而勞動，使其勞動力從屬而且爲前者而生產價值之類人的範圍。從這種生產的方法便構成階級，結果生活資源，因之不同。所以博士雖然根據生活的資源，而規定職業的概念（任意規定職業的概念），亦不能救濟這種立場的缺憾。所以所謂「職務」的要件，應從整茲海馬、耶河秘、及休客諸氏所說的被備者的概念上完全除外了。其次，休客及利拍古亦反對卡斯客所謂「勞動給付，不必要構成主要的職業及生活職業」，他們以爲職業的要件，如果如卡斯客的解釋，結果便認勞動給付的義務者，是被備者，這如果在例外上，勞動法上的規定，當然是適用了。原來法律關係上的問題，並非職業，其所注意的問題，乃是被備者的活動，例如工場主人，購買土地時，他並非土地所有者，乃是工場主的商人，在這個限度上便受商法的適用了。（Staub H.G. B. § 1. Anm. 23）所以卡斯客所說的「職務」的要件，並非被備者的要義了。（Hinck = Nipperdey, a. a. O. S. 41）

（二）根據組織關係說（整茲海馬的學說）

按這個立場，被傭者必須鑿於雇主，例如法律上的人格者（法人）的代表者或董事，便不屬於被傭者概念中，因為所謂被傭者，是由與雇主結合的概念中而定的。至於是否做職務的，並非重要的要素。其次，勞動法上的關係，並非僅從勞動契約而來，因為這比較勞動契約的範圍廣大。勞動法上的被傭者，亦能包含非勞動契約的當事人。勞動法上的關係，是雇主與被傭者間的關係，這種概念決定了被傭者的概念。此時的被傭者，是加入個人的關係，或是結合為團體的，都不成問題。如果解釋關係的概念，為雇主與被傭者的結合，則被傭者的概念，僅限於重視與雇主結合的一點時，纔從組織的結合的概念上解釋。這組織的結合概念的解釋，是勞動法上重要的問題（註一）。

（註一） *Sinzheimer a. a. O. S. 32-33.*

耶河秘亦與整茲海馬一樣，他主張被傭者法律上的性質，是當做經營結合的當事人，而明確規定於制定法上面，所以他是根據將被傭者的概念，從組織關係上而決定的立場（註二）。

（註二） *Jacobi, a. a. O. S. 290.* 耶河秘這裏所述的，是考察構成勞動協約（*Tarif*）及勞動組織法的體系的經營上被傭者的法律性

質。所以耶氏以為被傭者這個意義，不得用組織學的直接說明。我將在本論「勞動組織法」的一章內，詳細介紹耶氏對這問題的見解。

第三 學說批評及我自己的見解

如上所述，我已經說過，被備者的概念，不包括在勞動法內。何則？如第四章「勞動法的基本關係」所述的，勞動者，並非領受勞動的人，（Aboltnelmer）即非被備者。乃是一個社會的關係，因為從屬勞動的關係，是一個歷史的形態的勞動關係。所以加以這勞動關係者，是從屬勞動者，亦即整茲海馬所說的階級的地位，但我以為不必如整茲海馬一樣，在組織學上而考察其階級的地位，同時亦不必如卡斯客魯及屈泥拉一樣，承認這是職業的階級者。原來從屬勞動者，與奴隸及農奴不同，是資本主義社會之階級的地位者。其本質就是債權的關係與身份的關係的統一關係上的從屬勞動關係。這樣解釋時，在次述的「被備者的種類」上，發生重大不同的見解。何則？如次款所述的勞動法學者，將一般的勞動者，使用人，乃至官吏，都當做被備者，而包含於同一範圍內。其中，不免抹殺了階級的差別。當然如後所述的，將使用人及官吏，看做一般勞動一樣，認為屬於同一的階級者，這個規定，雖然有政治的意義，但我們在嚴密的科學考察上，不可忘記了這些的勞動關係，是不生產的勞動。茲在「被備者的種類」下，而考察勞動法學者的見解。這可以使我们知道被備者之史的發展。

第二款 被備者的種類

按勞動法學者的主張，從來的勞動法，對一切的被備者，並不適用統一的勞動法。這大概僅限於特定職業地位的被備者。為了職業的地位，彼此不同的緣故，對這些職業的不同的被備者，便制定了各不相同的特別法的勞動法了。所以今日的勞動法，對不同的職業團體，有時是根據其企業的地位為標準而規定的；有時則依照其各個

職業的活動的對象及種類而制定的。在這個場合的勞動法，不過個別的職業法而已，因之被傭者的種類，亦根據職業的區別了。但最近都提倡有制定統一勞動法的必要，對被傭者的種類，都採取按其社會的地位而區分的方法，將被傭者區分做幾個大集團，即勞動者與使用人的二大集團。其次，最近且將徒弟及家內勞動者，參加在內，而採取四集團的區分方法（註一）。至於官吏，應怎樣的區分，卻有各種的議論，此點將敘述於後面。要之，最近的傾向，不以職業上的區別做根據，乃是根據被傭者之社會的地位，而橫斷的分類，從而採取制定各個統一法的方法。

(註一) Kersch, a. a. O. S. 67.

第一 被傭者之職業的類別

如上所述，職業的分類，被傭者的方法，是古代以來所採的方法，與德國勞動法的發展，有密切的關係。今日勞動契約法的構成上，還根據這種分類的方法，在勞動者保護法及勞動手續法上，還有重要的意義。所以這方法，在大戰前止，是指導的立場，而在今日，亦非完全無意義的。

這分類方法的標準，是根據被傭者所勞動的經營的種類及所給付的勞動的種類而分類的（註二），例如工場被傭者，商業被傭者，船員，鑛業被傭者，農業及林業被傭者，家庭使用人，及其他的被傭者（註三）。

(註一) 蔡國博士，按（一）業務的種類，（二）勞動的種類二者，而區分被傭者（前掲書一一五頁）但內容，利拍台則主張勞動種類的分類，結果與業務的分類同樣，而且卡斯客魯亦說從來職業的分類，是根據其行動的種類並對象的差別。（Hueck = Nipperdey, a. a.

O. S. 54; Kaskel a. a. O. S. 67) 所以我們雖不知道孫田博士的分類標準，是根據德國那一個勞動法學者的學說，如果是根據休客利拍賣卡斯基魯諾氏，則不過同義異語，沒有什麼意義的。我自己對孫田氏的批評，敘述後面。

(註二) Husck = Nipperdey, a. a. O. S. 48.

以下按休客利拍賣的學說，而簡單說明職業的分類。

(1) 工場被備者 是工業條例第七章所規定的被備者，換句話說，即在該法律規定的經營內，屬於徒弟、使用人、實習者、經營執行人、工場監督、技師、職工，及其他站在類似地位而勞動者。

以上工場內所屬的被備者的特別法，限於勞動契約及勞動者保護的問題時，纔規定於工業條例，及其補充法規並執行規定中。至於勞動手續，除了最近實施勞動裁判法外，則有一八九〇年七月二九日的工業裁判法 (Gew. G. G.) (註三)。

(註三) 在日本，則規定於工場法，工場法施行令，工場法施行規則，工場法施行細則等等。這問題，將詳細敘述於「勞動者保護法」(本論)中。工場被備者中，還包含次述的：(1) 職工及補助者 (Gesinde D. Gehilfe) (1) 工場使用人 (gewerbliche Angestellte) (2) 工場徒弟 (gewerbliche Lehrling) (註四)。

(註四) 職工及補助者，即工業條例第一二一條以下所規定的職工是手工業的被備者。法典沒有區別職工及補助者。兩者在工場勞動時，同是工場的勞動者。日本用「職工」這術語，例為工場法第一條，第五條，及施行令第三三三條所用的，是指工場內勞動者的意義。

松澤清氏以爲這是「以從事工業的作業爲職務的勞動者」(岡氏著「工場法研究」一八八頁)日本關於「職人」這個術語，很曖昧的，所以 *Arbeiter* 譯做職人，似乎不妥，這是認爲職工適當，我在手工業的被僱者的發生意義上，才譯做職人。詳細見於本論「勞動者保護法」之章。

工場使用人，是工場被僱者的一個形態，即一時的受委托一部份收入的，經營的指導或管理，或則受托高級技術的服務的委任者，其中包括經營官吏 (*Betriebsbeamte*)，技師，化學家，製圖家，乃至與以上類似者。這就是工業條例第一三三條所規定的。

工場徒弟，屬於工業條例第一二六條以下所規定者。手工業徒弟，則有特別的地位。(詳述於本論「勞動者保護法」的一章。)

(2) 商業被僱者 即從事商業上的服務者，類似商法第五九條以下所規定的商業使用人 (*Handlungsgehilfe*)。(日本商法第二九條以下) 商業使用人，在工業條例的意義上(第七章)包括工場被僱者中，但實際上，工業條例大部份的規定，不能適用的，比較的還是商法特別的規定適用，所以這應該與工場的被僱者有所區別。商業使用人的勞動手續，亦特別規定於一九〇四年七月六日的商人裁判法 (*Kfm. G. G.*) (註五)。

(註五) 本節題參照後邊的「使用人」。

(3) 船員 即船長，船舶職員 (*Schiffsoffiziere*)，水夫 (*Schiffsmannschaft*) 及侍者等。以上的勞動

契約及保護，特別規定於船員法，水夫法令及筏夫法等。有時則適用工業條例及民法上的規定（註六）。

（註六）詳述於「勞動者保護法」內。日本關於船員，即船舶船員問題，規定於商法第五五八條以下，船舶的意義，規定於商法五三八條及船舶法第三五條，船員則規定於船員法第二條。船長，是船舶所有者時，他便非被傭者，否則是被傭者。船員除了商法之外，還規定於船員法，船舶職員法，及海員懲戒法內。詳細請參照「勞動者保護法」。

（4）鑛山被傭者 即從事鑛山，鹽坑，洗鑛的各種經營的被傭者。這雖適用工業條例（同例第一〇五及一五四各條），但並不因此而變做工場被傭者。從來這些法律關係適用聯法鑛業法的特別規定，但德國，則制定了鑛業法。其裁判的手續，規定於工業條例第八二條內，在特別鑛業裁判所中進行。日本對上述的被傭者，用鑛業法保護。這個問題，將詳細敘述於本論「勞動者保護法」內。

（5）土地及森林經濟上的被傭者 土地經濟上的被傭者，不僅包含耕種土地者，而且包括牧畜（養禽，養蜂等），果樹，葡萄栽培及園庭設置的被傭者（註七）。森林經濟內的被傭者，亦包含以狩獵，河川，漁獵及土地經濟為副業的被傭者。這種經營，用特別的職工，去經營工場式的工作時，其中被傭者，便類似工場使用人。其次，傭侍土地所有者的家僕，並非土地勞動者，家庭使用人亦然（註八）。勞動者保護法，適用於救濟土地經濟上的事故。對勞動裁判法中的特別裁判制度，就是為這些被傭者而制定的。土地勞動者中，包含次述的（一）土地經濟的勞動者，即與使用人相反者；（二）土地經濟的使用人，即提供高等的勞務的被傭者，例如職員，土地管理人，執行人，會

計及監察等；(三)土地經濟的徒弟及實習者。

(註七) 園藝及花店等，是一種工業的企業，所以其中的被傭者可以看做工場的被傭者 (Landmann, Gew. O. S. 39; Roh- und eih,

Gew. O. § 1 Note 8; Prunser, Gew. GG. 3 Note I. A. usw.)

(註八) 土地經濟的被傭者的法律關係，以前規定於民法施行法第九五條上所留保的僕婢法中。這大概是因為德國從來的觀念上，將一

切土地的勞動者，雖不屬於僕婢，但僕婢勞務的概念，則廣義的解釋做土地經濟的經營上的行動。(Cierke, Dent, Privatrecht,

Bd. III S. 645; Irmner, a. a. O. Bd. I. S. 15.) 然因一九一八年的國民代表會議的勸告，僕婢條例，便不適用於土地勞動者了。所以一九一九年，便制定了土地勞動條例，而適用全部民法的規定。

(6) 家庭使用人 所謂家庭使用人，就是為他人的家計而勞動者，而且是家庭的集團中一個構成員的被傭者。家庭使用人中，包括次述的：(一) 下級的服務者，例如丁役，僕婢，相當高級的家庭使用人。(二) 高級的服務者，例如私人祕書，家庭教師，家政婦女及隨員等 (註九)。

後者適用民法的規定。反之，前者的法律關係，在普通法上雖適用僕婢條例，但因一九一八年的代表會議的勸告，該條便被取消而頒佈德國家庭使用人法的草案。該草案迄今未見實施。所以從一九一八年一月二日以後，在新法未實施時，適用一般民法上的規定。我們知道民法的雇傭契約的規定，不能充份規律家庭使用人的法律關係，僕婢條例形式上雖然廢止，其習慣法的性質，在根本原則上還是適用了。

(註九) 按家庭使用人法草案第一條及奧國家庭使用人法第二條，家庭使用人是家庭的集團的一員。他們雖非完全的家族團體的一員，但却可以當做家庭的一員。其次，普通廣義的解釋家計 (Haushalt) 的勞動，而包括家族的給付的場合，例如包括兒童的保育，監督及教育等的行動。反之，私人家計的勞動及工業經營等，則非上述的勞動，例如小販，童工，客室，女僕，司賬等，並非家庭使用人，乃是一種工業的使用人。

(7) 其他的被備者 除上述以外的被備者，從來沒有規定特別法，乃是適用一般民法雇傭契約的規定。這些被備者，就是劇場關係者，看護婦，法律代辯人，藥局補助者，編輯人，新聞記者，市術鐵道員，及協業使用人等等。勞動法適用於以上所述的一切被備者，其中工場被備者，特別佔了重要的部份。例如商業被備者及農林業被備者，是佔最重要的地位，其他的集團，則佔次要的地位。所以在勞動法的研究上，第一及第二的考察，佔其中重要的部份(註一〇)。

(註一〇) Hueck = Nipperdey, a. a. O. S. 48ff.

上述的是休客，利拍台及卡斯客魯的見解。

第二 被備者之社會的分類

前項所述的職業分類，在戰前止的勞動法制上，佔了指導的地位，但迄至戰後，因為制定統一勞動法的趨勢，已正在進展中，從來職業的分類方法，便漸漸歸於沉寂了。代之而起的就是以被備者之社會的地位做標準的區

別方法。所謂社會的地位，是指被傭者從屬關係之樣式上的差別，其中最顯著的，就是勞動者 (Arbeiter) 與使用人 (Angestellte) 的區別。但這兩者的區別，在戰前雖很顯著，因為沒有工場，被傭者中再分類上的意義，所以在社會保險法上，有其區別而已。反之，按戰後的傾向，這種分類，則涉及整個勞動法的範圍，這是其中勞動組織法 (Arbeitsverfassung) 顯著的特徵，同時又是經營協議會，勞動組合，乃至勞動協約的具體的發展上，以勞動者及使用人的區別，做標準而發展的法律的反映。勞動契約法及勞動者保護法的範圍，還平等的處置兩者，但這個重要的規定是表示兩者區別的傾向 (註一)。

所以我們可以說這種區別，是最近勞動法上主要的傾向，至於分類的標準，雖然根據從屬關係的差別，但在這標準之下，除了勞動者及使用人外，還包含一般的徒弟及官吏。然在實際上，這種區別，並非不發生困難的，而在學者間，如後所述，亦有許多議論，例如關於官吏是否被傭者的一個形態，學者間的見解，幾乎不相一致。我茲先區分勞動者，使用人，官吏及徒弟，次則在次節中說明類似被傭者的勞動者，最後纔明白敘述勞動法學者對這些區分標準的見解 (註二)。

(註一) Hneek = Nipperdey, S. 56; Kaskel, S. 67.

(註二) 日本統一勞動法制定的氣運，還未成熟，因而採取職業的分類的個別立法的方法。

(一) 勞動者 (Arbeiter) 一般決定勞動者的概念，採取消極的定義的方法 (註三)，將不屬於使用人，徒

弟及官吏的被傭者，包括在內。所以如果這樣的決定這概念時，必須先決定了使用人及徒弟等的概念了。在一般的特性上說，勞動者可以定義做：在雇主所經營的工場，製造所，農林業，及建築業上，做肉體的性質的實行的勞動 (Ausführende Arbeit Körperlicher Natur) 者 (註四)。當然其中包括工場補助者，例如看門者，小廝等等 (註五)。所以法律上意義的勞動者，比較普通習慣語上的勞動者概念為廣大。而且特別的技术或熟練，並非勞動者概念的必要的要素，工資的高低，亦不成問題。凡有前述的特性者，就是勞動者，而且沒有其他例外時，都適用勞動法。

(註四) Hueck = Nipperdey, S. 57; Sinzheimer, S. 34; Mühlmei, S. 91 Allg. Arb. VGE. 2.

孫田博士舉卡斯客魯所著的「勞動法」第六八頁，但卡氏並非博士所解釋的消極的意義。

(註四) Rosin, a. a. O. S. 145; Sinzheimer, S. 34. 卡斯客魯將羅茲及登茲海馬的「肉體的性質之實行的勞動」用「肉體的或實行的勞動」(Körperliche oder ausführende Arbeit) 這術語來表示。在說明上，他解釋肉體的方及熟練，比較精神的及思想的 (知的) 勞動為優勢，或則說明這是指導的實行的行動，比較指導及監督的行動為優勢。

(註五) 關於從事雇主家事的下級勞動的家庭補助者及僕婢，應否包括在勞動者中的問題，有種種的議論。

登茲海馬，羅茲，卡斯客魯等，雖認在廣義上應包括在勞動者中，但卡氏主張從法典上直接觀察的，則不該包括在內。但家庭經濟的行動，應該用家庭補助者的特別法而規律的，而且自從一九一八年一月一二日國民

代表會議，廢止從來的僕婢法之後，便適用這個特別法了。請參照後述的「被備者類似者」之一項。

對這見解的批評及我的意見

勞動者，既是典型的從屬勞動者，所以一般勞動法學者主張勞動者的社會地位，應從勞動自體的特性上而規定的見解，便該排斥了。例如警茲海馬及羅茲等說「肉體的性質之實行的勞動」，卡斯客魯說這是與精神的思想的，及知的勞動相對立概念的「肉體的力」。但上述的思想，不以物質的生產結合的勞動——即勞動過程——與人的結合的勞動關係——即社會過程——兩者統一關係的勞動者的定義（註六），卻以肉體的勞動爲勞動者的特性。這不免陷於利達氏同樣的謬誤。其次，這種概念，又將勞動者與使用人及官吏，包括於被備者上概念之中，使這些社會的地位的懸隔，還原於勞動種類的差別，又不免使階級的區別不明瞭，所以我們應該極力排斥這種思想。因爲所謂從屬勞動者，在嚴格的意義上，應該限定於勞動者，即限定於生產的勞動者。這問題，在敘述使用人及官吏時，當再詳述考察。

（註六）勞動過程是（一）勞動自體；（二）勞動對象；（三）以勞動手段爲契合，換句話說，即按自然的法則，用勞動手段，使勞動對象的形態而變化的勞動過程，即引出使用價值的有用的勞動。勞動與這種自然的原料結合，在原料中對象化時，就是生產的勞動。但是這是從社會過程而分離上所想象的生產勞動的規定。所以這是製造生產物的勞動。但勞動過程，僅與各個具體的歷史的社會過程相結合時，纔形成物質的過程的。這據前章所述過的，已甚明顯。在這種社會關係下的生產勞動者，就是勞動者。所以這與使用人及官吏，

顯然不同，不屬於勞動種類上的差別。關於此問題，後面當再敘述。

(11) 使用人 (Angebotliche) 勞動法學者，將使用人當爲第二個形態的被備者。但關於使用人的意義，迄今還無一定的見解。整茲海馬氏是消極的規定使用人，爲不屬於勞動者，官吏，及徒弟的被備者，反之，一般則承認有積極的定義使用人的特徵的必要 (註七)。

從來德國的法典上，還未確定使用人一般的概念，所以用各個法典而決定誰是法典上所謂的使用人的方法。這種方法，大概根據一八六五年使用人保險法 (AVG) 第一條中所載的類似使用人的地位者。但使用人保險法上所規定的使用人，不過 (一) 高級的使用人；(二) 及其他七種的使用人而已，僅有使用人的上概念，實際上，並未昭示使用人概念的定義 (註八)。所以勞動法上使用人之法律上的特徵，還有理論的研究的必要。

從來關於勞動者及使用人的區別，認前者是筋肉勞動者，後者是精神勞動者，但這個區別，實際不過相對的標準，何則？縱使單純的勞動，倘無觀念的活動，便不能存在了，而且觀念的活動，倘不與外部所表現的肉體的行動相結合，便沒有經濟的意義了。所以這個區別，必須根據那一個方面是站在主位的地位而判斷的。但在各個上，何者是主位，並不確實的，所以今日在這個區別之外，還附加第二的標準。這就是對特定職業內的特定對象而勞動的標準，換句話說，即一方面是商業的行動 (Kaufman-nische Gätigkeit)，他方面，是事務的勞動 (Büroarbeit)。

卡斯客魯，休客，利拍台，答魯蕭，麥魯斯伯台諸氏，認這兩個的標準，即精神勞動及特定職業的行動二者，是使

用人法律上的特徵（註九）。換句話說，即勞動者大概是筋肉勞動的給付者，反之，使用人則係精神勞動的給付者。除這個區別之外，凡在職業內行動，即商業的行動，及事務的勞動者，常是使用人。但後者的行動種類，不必都是精神的性質。（技術的，智識的，指導的，監督的。）商業的行動，例如店員，簿記，出納員等等。事務的勞動，即書記，計算的，登錄者等等（註一〇）。這區別是一九二一年五月一日奧國的使用人法第一條，及德國勞動契約法案第二條所採的立場（註一一）。

德國從來按使用人收入的高低而分類，又將使用人區分做商業使用人，技術的使用人，及事務的使用人三者，而採取適用特別法的方法。今日勞動契約法的範圍，還根據這分類的方法。但今日在統一的社會見解的根據上發生制定「統一使用人法」的氣運，便採取包括使用人於統一的集團的方法了。而勞動時間法，勞動組織法，集合的勞動法等等的範圍，已經根據這見解而制定了。

（註七）整齊海馬消極的定義使用人的意義，同時積極的定義「高級的，商業的或事務的勞動者，為使用人」，其中包括商業的使用人，

（商法第五九條）技術的使用人，（工業條例第一三三條第一號）家庭使用人等（Einzelner）。

（註八）使用人保險法上所區別的使用人種類有七種：（一）掛單的使用人，（管理人，經營指導者，執行人等）（二）經營職員，工場長，及其他類似的高級使用人。（三）事務的使用人等。（四）商業使用人，及商業徒弟等。（五）下級的歌者及音樂家。（六）學校，教團，保護院，療養所等的使用人。（七）德國船舶船員中的水夫，小廚，機關助手等等。但使用人的定義，還不能決定的。

(註九) Kaskel, S. 68; Melsbach, S. 23; Parsch, Ang. Vorr. G. § 1. Hueck = Nipperdey, S. 58.

但是卡斯客魯不用精神勞動 (Kopfarbeit) 給付者這個術語來說明使用人，而解釋是服從智識的，指導的，監督的行動者。

(註一〇) 按勞動時間法第十一條的規定，事務的勞動中，包含書記、計算、登錄及以此類似者。下級勞動、及機械的勞動與其他事務的勞動的區別，見於使用人保險法，但其後，在勞動時間法上廢止這種區別。但在事務所上，僅僅掃除、收拾及跑街及其他類似的勞動者，則不得叫做服務於事務的勞動者。波底河大，佛克托，依客，利拍賣諸君承認此說。

(註一一) 一九二一年五月十一日奧國使用人法規定「所謂使用人，是指商業的、高級的非商業勞務及事務的勞動的人。」德國勞動契約法草案第二條規定「服務高級種類的勞動者。」瑞士債務法第三三三條用「使用人」一語，這是日常生活中的用語。一九〇六年，奧國使用人恩餉保險法，一九一九年魯屈生補償法的私的使用人法規定「從事精神勞動者。」

我的見解 從來勞動者與使用人的區別，結果可以看見是從屬勞動關係的形態上的差別，類似生產過程上直接的勞動者與連結的勞動者的區別，換句話說，即生產既是勞動過程及社會的過程，所以行使與勞動對象及勞動手段直接結合而投下勞動者，便是勞動者了，而行使類似這種勞動連結的機能的勞動投下就是使用人。所以滿足商業資本家的交換過程的機能者，並滿足產業資本家的生產過程（狹義的）的連結機能的事務勞動者，便類似使用人了。這些勞動，大部份是智的，指導的，監督的性質。這就是卡斯客魯所謂使用人就是智的，

指導的監督的勞動及商業的或事務的勞動者。」但這種區別縱使可能，倘將此當做被儲者與勞動者排列一起，則不對了。何則？他們的行動，在廣義上，雖是人類的行動，因不與物質的生產結合，便不會發生使用價值的有用的勞動，同時又不會引出價值的人類的勞動。在狹義上，他們的行動，因之並非勞動了。不過他們的社會的地位類似勞動者的性質，僅在這個意義上，與勞動者排列一起，但非嚴格意義的勞動者。他們日常生活，依靠勞動者的剩餘勞動，在這個意義上，與資本家一樣，同是剩餘勞動的分配者（這問題詳述於官吏內。）

(3) 支配的使用人 (*Zeitende Angestellte*) 整茲海馬將此看做與一般使用人一樣，他不承認這屬於社會的階級（註二），但卡斯密魯、休客、利拍台等，則與其他的使用人區別。支配的使用人，雖是公司的支配人，或高級的化學者、技師，但實際上，他們各自組織獨立的勞動公會，而且締結別個的勞動協約，所以可以看做另一性質的社會階級者。但勞動法學者，普遍將這個階級包括於被儲者的概念中，與勞動者排列一起，而除了整茲海馬之外，許多勞動法學者，僅將此與一般的使用人區別而已。他們主張的根據，是這些階級者，獨自構成了勞動公會，並上述的兩個理論的根據。

(a) 在現代的大經營，雇主早不直接的佔企業的指导地位，其權能的大部份，是委託於使用者。這使用人，對其他的使用人，有命令權力。有命令權力的使用人，在與雇主的關係上，事實上，雖然不變其被儲者的性質，但與其他被儲者的關係上，則佔雇主的代表者及長官的地位，是保護雇主的利益者。所以當他代表雇主的利益時，與

其他被傭者比較之下，便非被傭者了。同時代表被傭者共同利益時，這種用人，便從被傭者的範圍內而除外了。這個問題，當選舉代表者於勞動組織，或勞動裁判及調停機關的雇主共同構成的官廳時，纔發生問題的。在這些場合，支配的使用人，倘不屬於被傭者階級時，便不能當選為代表者。

(b) 支配的使用人，幾乎一切都沒有保護的必要。因為他們在企業上，佔了重要的地位，人數又少，又有營業上的權力，對雇主而言，與其他被傭者不同，完全佔不同的地位。他們能夠自己充份保護其利益。所以為一般被傭者而規定的勞動者保護法，幾乎沒有適用於他們的必要。

根據上述的理由，則一般使用人與支配的使用人，在其所佔的社會的地位，便非常不同了。但按休客及利拍台的見解，這二個要件，是極乎相對的概念，正確決定兩者的區別，非常困難，且屬不可能的。就實際上說，其確實的概念的構成，迄至今日，亦未確立。尤其關於前述的雇主的機能的代表，是否其特徵，或則關於與人身之責任，相結合的高級的勞動給付，是否僅限於支配的使用人，這些問題，亦有議論的餘地（註一三）。這個問題的決定，究竟視乎立法者，在何種的範圍內，對支配的使用人，而制定特別的法規。如果立法者，不欲在統一的概念上而構成時，則可採取各個立法法的规定。對這些階級者，而規定達到各時的目的的方法。結果就是適用一般使用人法的特別规定了。這種思想，就是今日的根據，例如戰前止，這種思想是規定於使用人保險法第一條之中，因為保險法之中，沒有其他的定義，都是使用人的一類的概念。一九一九年的勞動時間法中，總特別處置支配的使用人，不包括在一般

使用人內，其中所舉的支配的使用人的特徵，就是前述的二要件（註一四）。在其他規定中，這雖不包括在被備者中，但大體是根據這二個要件的，我們可以看出是與一般使用人不同的使用人（註一五）。

要之，支配的使用人與其他的使用人，雖然站在不同的地位上，但卻是屬於使用人的概念中，而且是被備者的性質，這無可疑義的（註一六）。這是卡斯客斯、休客等的意見。

（註一二）

整茲海馬氏解釋從屬勞動關係，是根據組織的編入，爲了這種立場的緣故，他不區別一般使用人及支配的使用人。據整氏的見解，「支配的使用人，在經營的客觀的全體上，當做一個獨立而編入的。他對經營上勞動的他人而做指導的行動，所以他負企業家精神的勞動大部份的地位，算是使用人的一種。現行法雖然將支配的使用人當做特別的關係而處置，但却非從使用人而除外的。法人的董事（監察人）及其他的代表者，雖非被備者，但支配的使用人，縱估這些地位，在使用人的一點上，還是被備者的性質」（Sinzheimer, 7, 35）。羅茲與整茲海馬的見解同樣（Recht, 7, 160）。孫田博士在此處根據整茲海馬，而主張高級使用人（支配的使用人），並非特別的階級者。（同此著一二七頁）但博士對從屬概念，是根據卡斯客等的思想的，他承認這種使用人是與其他使用人一樣，經濟的地位並不低劣，而且契約締結的不自由，亦不甚顯著的。所以在理論上，如果博士此處根據卡斯客等的思想，則較爲正確。因為整茲海馬不將此當做特別階級者，是因爲他根據了特殊的理論而解釋從屬勞動。但是在從屬勞動的理論上，博士一向並不根據整茲海馬的思想，這裏却採取聖氏的學說，不免發生了理論上的不統一。要之，博士不能明確理解從屬勞動的概念，以致發生了這種矛盾。

此外，博士將 *Leitende Angestellte* 譯為高級使用人，但據使用人保險法第一條 *Leitende Agt.* 與佔高級地位的使用人（經營職員，工場長）有區別的，所以我譯做支配的使用人。

（註一四） Hueck = Nipperdey, S. 61; Schäfer, Zur Begriffsbestimmung des Leitenden Angestellten, ArbR. 1920, S. 188; Kaskel, S. 70.

（註一四） 勞動時間法上所規定的支配的使用人，（一）一般代理人及商業登記簿乃至公會登記簿上登錄的企業代表者，（二）一般二〇人以上的使用人，或五〇人以上的被僱者的長官，而且每年受七千馬克以上的報酬的使用人。

（註一五） 經營協議會法（B. R. G.）第二條規定，這是業務執行人與有指揮經營指導者並其他被僱者之獨立地位者。執行命令法第三條亦規定在調停法上，支配的使用人，就是不屬於被僱者，而屬於雇主性質者。這裏所謂的支配的使用人，（一）業務執行人，（二）經營指導者，（三）有獨立的編入被僱者於經營或經營一課內的債方者，或則有管理，商行為代理，及一般代理的權利者。該法準用經營協議會法第十二條，但關於不將支配的使用人看做被僱者之一點，則比較的是過於偏狹的解釋，同時關於承認商法第五四條的代理及代理等，又似乎過於廣泛了。

（註一六） Hueck = Nipperdey, S. 62; Kaskel, S. 70; Höfelin, Begriffsbestimmung U. arbeitsrechtliche Stellung des Leitenden Angestellten, ArbR. 1921, S. 277; Mühlmann, Angestellte.

我的見解 支配的使用人，對雇主的關係上，雖是屬於民法上的雇傭關係。但如果經營的指導勞動，是資本

主義生產過程所必要的，則其性質顯然與一般勞動者不同。在這意義上，便沒有從屬的關係了。所以將屬於這階級者與一般使用人區別，而格別的與勞動者排列一起，便包括於被備者的概念中，我們應該排斥的。因為這樣的排列時，不免使勞動法上被備者的概念，發生一切階級的地位，曖昧的見解。這問題，當再敘述於次述的官吏問題中（註一七）。

（註一七）如休密利柏台諸氏所說要具體的區別使用人及支配的使用人，是非常困難的問題。但一般使用人的地位，雖非從屬勞動關係，實際則類似勞動者的地位，反之，支配的使用人，則與勞動者的，完全不同了。所以這兩階級，可以區別的。尤其在德國一般使用人得單獨締結勞動公會及勞動協約，在這種意義上，兩者更有區別的必要。所以如果將此包含於一般使用人中，而不包括在被備者的概念中，不免使階級的立場，發生曖昧的見解。

（4）官吏（Beamte）勞動法學者，亦將官吏包含在被備者的概念中。他們見解的錯誤處，後再敘述。現在先檢討勞動法學者的見解。一般對官吏意義的說明是從行政法上之實質的及形式的兩方面而觀察。實質的意義，就是「竭其忠誠，為國家及公共團體的勤務，而負義務的人。同時又是依特別的行為，不依一般國民的地位而負義務者」（註一八）。

從來關於官吏任命之法律上的性質，議論紛紛，直到今日，亦未見有一致的見解。因為古代法律學上的對今日形式的分野——即私法的及公法的區別——並不明瞭，所以官吏的任命，看是私法上的關係。例如斯托魯比

(Strube) 解釋與今日民法上的雇傭契約一樣，腦伊滿 (Neumann) 解釋做委任的契約，吳厄斯托佛亞魯 (Westphal) 認是勤勞對薪俸的無名契約。但迄至一八〇八年格那 (Göner) 氏主張任命是公法上的行爲，而排斥從來私法的行爲說之後，繼樹立了「任命爲公法上行爲」的見解，而私法上行爲的見解在今日，因之幾乎完全絕跡了。

然所謂公法上的行爲，是屬於公法上權力的一方的行爲呢？或是屬於公法上契約的問題呢？則還未決定。與底妹耶認這是以本人的同意做要件的權力的一方行爲。拉坂底查地魯以爲官吏不從國家及公共團體的一方的權力而來，乃是由本人與這些間的意思的合致，即由契約而成立的。換句話說，即公法上的契約。厄伊林格以爲官吏的任命，無論是解釋爲權力的一方的行爲，或則解釋爲公法上的契約，倘要本人的同意及承諾爲要件時，結果兩者之間，亦沒有多大的區別（註一九）。

整茲海馬對此點，敘述如下「大體上官吏，在國家及其他公共團體的服務上，算是公法上所規定的勞動被傭者，官吏在現行法制上，與其他被傭者，所以不同者，就是服務公法上勞務的一點，至於他點上，兩者則沒有什麼區別。官吏的任命，是根據契約的。所謂官吏的任命，僅是主權一方的發動，這種見解，亦不能否認這個立場。何則？主權的一方面的發動，亦與官吏的承諾相結合的，所以根本上，其結果同一。換句話說，倘以承諾爲要件時，無論何者都必需以意思的合致做基礎。縱使解釋契約說與主權說，在根本的意義上不同時，亦不能即刻根據此點而武斷

說官吏與普通的被傭者間，有本質的區別。所以勞動法上，關於官吏任命的性質，不成大問題的，何則？勞動法是討論整個的勞動關係，並非僅注意於勞動契約。因為勞動契約，雖是勞動關係之一，但卻非其形成的原因。結果，官吏的任命，縱是主權一方的發動，但由任命所生的關係，是勞動關係，因之構成勞動法的對象」(註二〇)。

所以官吏是否勞動法上的被傭者的問題，究竟是官吏的勞動，屬於從屬勞動與否的問題，換句話說，就是官吏，是否在從屬關係之下，而提供勞動的問題了。

(註一八) 佐佐木惣一博士著「日本行政法論總論」一三二頁。美濃部達吉博士著「行政法概要」一五一頁。

(註一九) 奧底妹耶的見解，如下所述：「公法上服務的義務與普通的債權關係不同，乃是行動開始時的誓約。誓約，雖是形式的，但其本質

是宣誓者忠實履行其所課的義務的約束。誓約不啻使法律上沒有多大意思的習慣上要素，依良心或神的恐怖而聽做嚴格的意義而已。但宣誓在法律上與勤務義務相結合，所以這是從習慣上的要素而發生的勤務義務之法律上特性。這又不問應履行

的勤務義務的種類而實際行使的。這就是忠實的義務。」(Ottomayer, Preussisches Verwaltungsrecht Bd. II, S. 245) 奧底妹耶氏又繼續著說：「國家的官吏關係，有公法上的性質，是沒有疑義的餘地的。國家與人民間，沒有契約存在其間。因為契約存在於平等者間。反之，國家與人民間，則有不平等的關係。其中無庸兩當事人的平等意思的合致，因為在公法上的範圍內，有服從的權力行為的存在，所以官吏關係並非契約」(Zinver, a. a. O. S. 278, 282)。

拉坂底說：「從來對官吏關係的基礎解釋為國家一方的行為。但在法律上，這應該解釋為公法上的契約格

那，嚇佛底魯，達魯蒙謬氏解釋官吏的任命，並非契約，乃是國家一方的意思行爲。

誠然，國家由任命官吏而取得勤務的必要勞動力，統治者取得這種勞動力時，便結束其國家的行政行爲，而無需各個的特別法規了。這與一切的行政行爲相似，同是屬於一種處分的行爲。但國家卻必須徵求本人的同意，不能違反個人的意思而任命官吏，同時處分行爲及同意是法律的行爲，所以如果必要兩當事人法律行爲的合致時，則官吏的任命，是一種契約了。當然這裏所說的，並不屬於私法上，乃是屬於公法上的概念，或則官吏的任命，也許沒有當事人自由意思的合致。例如薪俸及恩給的內容，是由法律而決定。但是像郵通信扎的場合，費用是由單方所決定的。官吏的任命，恰如私法上附款契約，可認爲契約一樣，其內容雖有特定的部份，締結這種關係時，則屬於本人的自由，所以亦可解釋爲公法上的契約」(Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd, I. S. 420ff. 大意)

瓦魯達厄伊林格說官吏的任命，縱使解釋做公法上的契約，或是解釋爲國家單方的權力行爲，結果是同一的。換句話說，縱使解釋爲國家的單方行爲時，亦必要官吏的承諾，所以承諾與合意，無論在那一個場合，都是存在的。這樣看來，公法上的契約或是單方行爲這些問題，沒有爭論的必要了。(W. Jellinek, Zweifeltiger Verwaltungsgesamt U. Verwaltungsgesamt auf unterwerfung, S. 84ff.)

在日本佐佐木博士說：「官吏的任命，是國家意思表示上所生的法律上效果的一方行爲，即行政的處分，要

經過被任命者的同意。」（同博士著「前揭書」一四七頁。）反之，美濃部博士則以為「國家，僅在獲得受任者的同意時，纔得任命官吏。因為受任者的意思，與國家意思同是其行為成立的要素。倘根據國家單獨的意思，便不能成立了，要之，任官就是國家與受任者間之公法上的契約」（同博士著「前揭書」一五五頁。）一木博士及有賀博士的見解與博士相同。清水澄博士說：「一般認官吏的任命是以本人同意為要件的權力的單方行為，或認為公法上的契約，這些見解，不過屬於文字上的問題而已，但是我們還是不用公法上契約這個名稱，而主張任命是以被任命者的同意為要件的權力的單方行為，較為妥當。」博士的見解與佐佐木博士同樣。（清水博士著「國法學」二編行政篇總論三二六頁。）

(註110) Sinzheimer a. a. O. S. 36.

然則官吏，應該解釋做勞動法上的被傭者嗎？勞動法學者對這個問題的見解，並不一致。卡斯客魯，休客，利拍台，耶河秘諸氏消極的解釋，而否認此說。整茲海馬，波底河夫，朋茲客斯諸氏積極的解釋，將官吏當做被傭者的一個形態。

將官吏包括於被傭者中的立場，是根據次述的理由而來的。以下僅根據其代表的學說，整茲海馬的敘述而考察。如上所述，據整茲氏的見解，官吏的任命，無論是根據國家單方的行為或是根據公法上的契約，在勞動關係的勞動法上，沒有多大的關係。勞動法上所注意的問題，不過這是否從屬勞動關係而已，即如下所述的：

「據一般的見解，官吏的關係，是權力的關係，而普通被傭者的勞動關係，卻是債權法上的契約關係，兩者的性質不同。但從屬勞動的特徵，未必是根據這個區別。例如私人的被傭者的從屬勞動，亦受他人的處分權的支配，與官吏的勞動沒有差別的，同時，官吏亦與一般被傭者同樣，有時亦在法律的權力關係之下。羅馬法將雇傭當做租賃的類型，雖將勞動契約，包括在債權關係中，但這個主義，早被人否認了。誠然在官吏的場合，其權力關係，比較其他被傭者的場合為強大，牽涉及服務以外的關係，甚且懲戒權，亦屬於長官。這種權力，則不屬於普通的雇主。但無論怎樣，官吏及一般被傭者的權力關係的性質，並不能表示其本質的差異。

其次，兩者間的勞動的種類，亦沒有區別。普通雖然區別了國家官吏與一般被傭者，但這種區分，並非正確的。官吏雖然行使國家的統治權，而一般被傭者則否，但上述的事實，未必限於官吏，而一般被傭者中，亦有國家的權限，例如耕地管理人(Erbschütze)根據私法上的雇傭契約時，便有統治的權能(註二)。同時，在其他場合，官吏的行為，亦存在於一般被傭者中。所以所謂統治官吏的純粹的官吏概念，今日早已不存在了。因為官吏的性質，不僅限於統治的官吏，而且從經濟的、技術的，乃至其他的官吏而來。他們的行動，在一切的場合，與被傭者的行動，是沒有絲毫區別的。

復次，在勞動的內容及範圍上，兩者間亦沒有區別。普通以為一般被傭者，不過做給付而已，而官吏則將全人格，隸屬於國家，以此差別兩者，例如卡斯魯說：「官吏關係是權利義務無限制的複合。雖與一般的估價關係相

結合，但履行各個具體的事實時，不必特定的給付的形式，而且不因不履行而轉任。這要從全人格隸屬於國家的一點上，而決定的。換句話說，即不問場所，時間及事實，而將整個的人格，交於國家。所以官吏在此點上，與一般被傭者無異」（註二）。我以為卡氏前述的見解是錯誤的。因為各個具體的事實的履行不特定時，則從人身的結合而發生的，不僅官吏，私人被傭者的場合，亦屬同樣性質了。這是一切從屬勞動的本質。同時，主張給付關係在法律上的固定性質，僅存在於官吏的見解亦沒有根據。何則？官吏使君主任意處分其勞務給付，並非因為他是官吏的緣故，乃是從官吏的地位上所發生的特別義務。所以如一般所承認的，官吏可以常常主張這種權限，君主對官吏，恰如雇主對一般被傭者一樣，僅能要求任命上所規定的服務。如果如卡斯客魯所謂「不拘場所，時間及事實，而付托其全人格」，則在官吏的場合，當履行勞動義務時，雖然除了特別的意向及其勤務上存在特別強度之外，沒有其他的意義，但這種意向，不過法律規定自身所剝奪的內部的事像而已，縱在服務強度的一點上，亦不能說官吏方面，比較一般被傭者強。

薪俸的一點，亦不能構成官吏的特殊特徵。官吏有時解職或被取消，所以一切官吏，並非終身隸屬的。再就恩餉請求權說，一般被傭者並非完全沒有這種請求權。同時官吏中亦有沒有恩餉請求權者。所以問題之所在，就是官吏關係之公法上的規定，是否從被傭者的概念中而排斥官吏的從屬。然這個疑問，應該否認的。因為從屬勞動的一切的特徵，亦存在於官吏的場合。至關所規定的法律，是屬於公法呢？還有公法及私法呢？並不妨礙官吏與

一般被僱者勞動間的共通點。原來官吏法是從僱於勞動法，所以官吏是特別的被僱者」（註三三）。

如上所述，整茲海馬，波底河夫諸氏，根據組織編入說，而考察從屬關係，所以從這種立場說，其結論必然的不承認一般被僱者與官吏間有何種差別。但是從屬概念，如果如整茲海馬不能十分理解而觀察的，則這個問題不得不消極的解釋了，例如卡斯客魯解釋官吏是被僱者。這在論理上，不能成立的，何則？官吏代表國家的活動，國家的活動與雇主的活動不同，是由其構成要素的官吏或全國國民，而發動其自身的活動，並非如雇主與勞動者關係上的個人的關係。而且官吏是構成國家組織的機關，如果從獨立的方面，觀察官吏，使與國家及其他的公共團體相對立時，則不能得到國家組織的觀念了。復次，所謂勞動者的保護，就是雇主雇用被僱者時，對國家所負的義務的綜合。但官吏可以說是國家雇用自己，所以國家應該用何種的方法使用官吏，國家本身負擔這個義務。但是所謂國家對國家自身而負義務，是法律上的意思嗎？（註三四）

整茲海馬氏對這種非難說：所謂官吏是國家組織的構成員，這觀念，猶如說使用人及勞動者，是企業經營的構成員一樣。其次，所謂國家對國家負義務，在論理上，雖不能成立，但勞動法上的思想，與論理主義並不相同的。又所謂保護的必要，在官吏關係，亦具體的存在時，法制上概念的論理便不成立，這種表面上理由，亦不關重要時。我們承認，縱在法律上，概念並不規定生活，乃是生活決定了概念。所以國家對國家自己的義務，實際上是沒有的嗎？法治國的理念的根據，不是在這裏嗎？卡斯客魯以為在國家的經營上面活動的，是勞動者並非官吏，而勞動者保

護法，是適用於國家勞動者並請家使用人。但是如果承認國家勞動者及使用人是這樣，則在理論上與官吏豈非同樣嗎？復次，如果卡斯客魯主張在官吏的場合，僅用勤務命令及長官的指令，勞動者保護與同一目的的保護，是可能的，而官吏不必受較此以上的保護，則多少是採取這種見解了。誠然，國家的勞動條件，尤其關於勞動場所，比較私人的勞動條件為良善，但為了議會不能統御行政各個場合的緣故，所以不能就這樣說沒有保護的必要。因此卡斯客魯的見解，不甚妥當的（註二五）。

（註二一）按德國的見解，耕地管理人，雖屬於刑法意義的官吏，但這並非因為在各點上與一般勞動者關係不同的緣故，乃是根據其他一切的理由的（Frank, *Das Strafrechtbuch für das Deutsche Reich*, 1924, 11, Zu § 359, S. 319）德國刑法第三五九條的條文，可以供給參考如下：「這刑法典上所說的官吏，是指為國家的勤務或聯邦的直接及間接的勤務而一生或一時的或預備的服務者，不問其有否宣誓。包括一切入並公證人，但代官人及律師不在此限。」改正刑法草案第一一條第三項，與以上相似，而規定如下：「所謂公務員，就是以實行公的職務為職責的一切者。」

（註二二） Kaskel, *Rechtsprechung und Arbeitsrecht*, 1926, S. 8.

（註二三） Strohmer, a. a. O., S. 36ff.

（註二四） Kaskel, a. a. O., S. 15-16.

（註二五）孫因博士對此點，不從卡斯客魯，乃是採取薩茲海馬的見解，他將官吏包括在被衛者中，而說明官吏的關係，就是在從屬關係上，

而服務國家乃至地方團體的勞動。但博士對從屬關係的解釋，是依照麥爾斯伯台及卡斯客管而解釋的。這裏他竟然又根據茲海馬，在理論上，不免不統一了。其次，如果如博士所謂官吏是站在從屬關係之下，則博士對此點又必須詳細說明的。博士完全不問此點，未免缺乏誠懇的態度。

我的見解 我以為欲知官吏的社會地位，必須說明「國家的機能」(註二六)。

(註二六) 我預定在第四章及第五章間插入「國家的構成及機能」一章，但後來刪去不用。在這裏敘述官吏的問題，雖然不妥善，但勞動法學者，都是用這種體面而說明的，所以我亦在此處考察官吏的被管者的性質。

原來官吏，就是構成國家的組織的構成員。他在封建的國家組織上，就是一種階級式的「族制制度」及身份的地位者，與軍人及僧侶站在同樣的立場。但在事實上，官吏是一種技術官，即在忠勤契約的形式下而實行徵收剩餘勞動的機能者。反之，迄至近世的國家成立時，從來封建的國家發生崩壞，而市民的國家因之產生。市民的國家，依靠資本主義的生產關係，其中包含資本家地主及勞動者三階級，構成左右物質的生活關係之權力的機關。但是經濟的優越的階級，在國家的生活上，必然的佔了優勢，與封建國家沒有差別的。於是在這種權力的組織上，就必須執行這權力的構成員了。這種構成員就是官吏。所以他們的地位，與在封建國家之下，是沒有多大差異，他們是依靠與市民社會密切相結合而直接生產着的剩餘勞動而生活的。至於他們的地位，則站在國家統治下的任免制度的從屬關係，官歷以及勳賞秩序下所統制的地位。他們物質的生活比較勞動者充裕，在長官直接的

拘束之下，與一般勞動者分離了。所以官吏就是構成與這種階級利益相結合的國家的有機組織者，而官吏與從屬勞動者之社會的地位，亦決非同一了。

其次，官吏的行動，決非生產的勞動（註二七）。使用人及支配的使用人，在這種意義上，雖亦同樣，但他們的勞動，並非物質的生產過程，因此並非引出使用價值之有用的勞動。同時他們的勞動亦沒有價值的。所以在嚴格的意義上，決非從屬勞動者。倘將此包括在與勞動者同樣的被僱者的概念中，則從屬勞動的關係不免發生曖昧的意義了。

（註二七）所謂官吏的勞動，是不生產的，這種觀念，反過來說，就是關於國家的支出，是否生產的問題。亞當斯密士是主張國家的支出，為不生產的一人。他說：「參加勞動而增加價值者，屬於生產的勞動，但不生產這種結果者，則屬於不生產的勞動，例如僕婢的勞動。而且有社會榮譽地位的人的勞動，亦屬於不生產的勞動，例如在君主之下而服務的官吏及軍人等等。他們是國家的奴僕，依靠國民勤務上的生產物的一部份而生活，其勞動並不產生相等量的勞動生產物。因為在今年中，他們勞動的結果，所給與國家的安全及防禦，並不會產生一種物，去購買來年度的安全及防禦的。」（斯密士著「國民之富」，三一三頁）斯密士以為國家，亦可收獲利潤，所以他並不主張國家一切的活動，都是不生產的性質。但却主張生產，就是製造交換的價值，在這種意義上，國家的國防，司法等的官吏，及軍人的勞動，是屬於不生產的。又馬薩爾說：「人類不能創造物質的物，僅能製造效用而已，換句話說，人類的努力及犧牲，不過使物質的形態及其組織適合其慾望而已。……即由整理物質及自由，而使其變化為具有用之物。所以商人及

製造家限於生產效用時，同是從事於生產的勞動。這樣看來，馬薩爾是認效用作用是生產的勞動了。（馬薩爾著「經濟原理」六三頁。）其次，瓦格那說：「國家是一個經濟的全體，使物質的財貨，變化為非物質的財貨的過程。國家這種的活動，在個人的經濟及全國經濟上，都是不可缺的，所以國家的活動，縱在消費的方面，亦可以說是生產的性質。」（瓦格那「財政學」一三頁）我在這裏，雖然不欲討論經濟學上的問題，但我以為如斯密士氏所謂生產就是製造交換價值，這種見解是不對的，我並且不承認馬薩爾氏將效用的製造，解釋為生產。馬薩爾及瓦格那究竟是根據效用學說而說明的，但是他的效用說，不論是依照限界效用說，或是全部效用說，都是不正確的。何則？物的存在量的增加與效用的增大，不是常常一致的，他們雖然將消費與生產規定為完全不同的物，結果亦不免陷於消費即生產——物質的財貨，變化為非物質的財貨——的自相矛盾的立論，在這種意義上生產的勞動與不生產的勞動，便不能區別了，因之亦不能區別官吏的勞動。我以為只有從前面說過的勞動過程及社會過程之辯證法的統一上，才能了解的。所以從這種立場上說，則商人並非生產的勞動者，同時，官吏、使用人及支配的使用人，亦非生產的勞動者了。

原來官吏，使用人及支配的使用人，雖非從屬勞動者，但他們社會的地位，則類似勞動者的地位。因為他們的勞動，雖非引出使用價值的有用勞動，雖然沒有價值可言，但他們大部份，在資本公司支配之下，構成收奪勞動者剩餘價值的機關，在勞動的時間及其發給與他們的對價上，則類似資本公司對勞動者的關係。這並非整茲海馬所說的編入於組織「任意義的從屬」，乃是他們的勞動與薪俸或工資，表現於對價的關係時，猶如勞動者的工資，用貨幣

的估價一樣。這樣看來，他們階級的地位，是與勞動者一樣的，同屬於從屬勞動者，同時，他們又是屬於勞動者之同一的階級者了。然則院長及部長，亦屬於被傭者嗎？據朋茲的見解，年俸七千馬克以上的使用人，並非一般的使用人，而在這數目以下的則屬於從屬勞動者。同樣，在官吏的場合，站在中間線以下者，便屬於被傭者。所以院長及部長，並非被傭者。但是這種中間線，是否以薪俸做標準呢？這在官吏的場合，未必是這樣。因為我們不得將官吏當做使用人一樣，用七千馬克做中間線的。官吏雖是準從屬勞動者，倘在嚴格的意義上，則非從屬勞動者，如果將此當做勞動者的同一階級者時，在科學的意義上，便不能成立了。因此之故，這些中間階級者的從屬勞動者的意識，不過決定他們的地位而已，其客觀的物質的基礎，並不存在的。當然，一般認國家勞動者，有從屬勞動者的性質時，是因為他們有物質的基礎。但是如何母門茲所謂的官吏及使用人等，不得認為是雇主所使用的被傭者，而將國家解釋為一個雇主。他們不過根據意識的規定，而決定其地位而已。所以官吏及使用人的地位，是非常動搖不定的性質的（註二八）。

（註二八）我從前在「我等」雜誌上，曾發表過「官吏的地位」一文，其中錯誤之處，在本文中改正。

（五）徒弟（Lehrling）

勞動法學者中，除了卡斯魯之外，幾乎都主張了徒弟是被傭者（註二九）。我對這種的見解表示反對，但在敘述我自己意見之前，試先考察他們的見解。

在勞働法學者的定義中，所謂徒弟，就是爲實習特定職業起見，而服從他人的勞務者。在服從他人的勞務的性質上，與一般被傭者，完全無異。但倘以職業的實習，爲其內容時，則有特別的性質。所以徒弟的問題，便發生了徒弟是否被傭者，如果屬於被傭者時，與學生及門人有何種的區別，乃至其教育是否勞動的對價這些的問題。關於此點，今試根據整茲海馬、休客、利拍台諸氏的意見而考察（註三〇）。他們的見解，大體如下所述。

徒弟的目的，是在學習職業，即一種教育的關係。但教育關係與勞動關係，在經濟的法律的上，都完全不同的，換句話說，勞動關係的主要目的，是勞動的給付，但在教育關係上，實習的目的，居其主要的地位，所以在這個意義上，便發生了徒弟，是否屬於勞動關係中的問題。但徒弟是給付其實習的對價的勞動（註三一），徒弟便可編入於雇主的經營中，與一般的被傭者一樣，同屬於身份的從屬之下了。因此，徒弟亦可當做勞働法上被傭者一樣。當然，徒弟是否被傭者的問題，與徒弟契約是否勞動契約的問題不同。徒弟的教育關係，並非固有的教育關係。純粹的教育關係，雖可以看做沒有契約的勞動關係，但本來非同有的教授契約的徒弟契約，亦可解釋做一種勞動契約，所以這點並不成重大的問題。所以徒弟可以解釋做以教育關係中之實習目的爲特性的一種勞動關係，同時這種勞動，是從屬的勞動。這樣看來，徒弟又可解釋做被傭者了。

據前面所述，徒弟在服從他人的勞務上，便與學生（Student）不同了。原來學生與門人，在求專門教育的一點上，雖與徒弟同樣，但爲了他們並不服從他人的勞務，而在學習職業時，又非求其教育者。他們所求的教育，僅限

於教育本身上，其實習，又無本身獨立的經濟價值。故徒弟與學生的性質不同（註三二）。徒弟雖是被傭者，學生則非被傭者。其次，徒弟的教育，構成其契約的內容，而有顯著的特徵。這裏也許有人會責問說其他的被傭者的技術，因為不斷的勞動而達到進步時，便是受教育的意思了，其實，這種見解是不對的。何則？一般被傭者，是以勞動的給付為契約的內容，而徒弟則以實習為其內容。在此點上，兩者有明白的差別。其次，徒弟是受特定職業的教育，這是徒弟另一的特徵，與實習志願者（Volontiere）又不相同的（註三三）。

從來的法典，僅對工場徒弟而設立規定。例如工業條例第一二六條以下所規定的。但該法第一二九條以下，則將手工業徒弟，當做次種看待，而認為商業徒弟。今日則不然，今日徒弟的概念，包括於被傭者一切的種類中，例如承認農林業徒弟，事務徒弟及船員徒弟等等。法典上，關於徒弟，是屬於直接的被傭者，或則對被傭者的規定，亦可適用於徒弟的問題，雖然未見一致（註三四）。但在理論上說，徒弟是屬於被傭者可無疑義的。

（註二九）

卡斯客者不承認徒弟是被傭者中一個形態，他以為徒弟及實習者，不能構成特殊的職業階級。所以他以為如果將他們所欲實習的職業做根據的，這不過是屬於勞動者，使用人，及支配的使用人等的職業的地位上的一個所屬員而已，其自身並非職業的地位（Kastel, u. a. O. S. 67. Anm. 3）。休客，利拍賣對卡氏的見解，則表示反對如下。原來徒弟及其他被傭者的區別，與使

用人及勞動者的區別，是根據不同的見解的。所以兩者的區別，視乎根據那一個關係而分類的。誠然，欲知徒弟是受何種職業的教育，必須根據徒弟是使用人呢？或是屬於勞動者呢？而後才分類的，即將他們區分做使用人徒弟及勞動者徒弟，但是將徒弟當

做與勞動者及使用人相對立的第三被僱者的集團而統一的考察時，亦屬可能的。所以如卡斯客魯僅將此包括在勞動者及使用人中，似欠妥當了。因為這兩個方法中，無論那一種方法，都是可能的，所以如何分類徒弟這個問題，除根據其時的利益之外，便沒有其他的方法。例如我們是應該注意其精神勞動呢？或是肉體的勞動的勞動種類，或則應該注意被僱者行動的目的，是在於工資上呢？或是在實習的區別上呢？這種時時分類的方法，比較妥當的。法典亦採取這個方法。例如使用人保險法，最初區別徒弟及使用人，但後來則採取與此相反的立場了。所以今日的法典，便承認事務徒弟或商業徒弟等等的使用人所屬的徒弟。反之，在工業條例上，工場徒弟，是從工場勞動者而分離的，而在商法上，商業徒弟與使用人便站在平等的地位，與商業使用人（*Unternehmer*）相對立了。在工業條例及商法上，僅有適用於徒弟的規定。勞動契約法草案上，亦認徒弟是與勞動者及使用人相對立的集團。勞動時間法兼經營協議會法，則探反對的立場。這樣看來，卡斯客魯所說的，不能一概而論了。

(註四〇) *Sinzheimer*, S. 41; *Hueck = Nipperdey*, S. 62.

(註三一) 教育是否與工資一樣，構成勞務的對價，却是一個問題。勞動法學者，大體肯定此說。（詳述於本論「勞動契約法論」）我以為這非純粹的對價，乃是封建時代的商業公堂的模式，即封建的遺制下的勞動關係，而與今日的工资勞動者的工資不同。

(註三二) 墨利托魯，利拍賣說：「僱以徒弟以外的被僱者，與徒弟受同樣的教育，因而解釋兩者在此點上是同一的，便不妥當了。」

(*Müller bei Hueck = Ruzler*, S. 78; *Hueck = Nipperdey*, S. 64)

(註三三) 所謂實習者（*Voluntar*），並非被僱為徒弟，乃是無償的實習的目的，而為他人服務者。德國商法第八二條第一項的規定，與此

相似。日本商法上，與此相似の規定，則完全沒有。實習者與徒弟的區別，在於前者是無償的性質的一點。居住及衣食等，並非勞動的對價。按厄普托的見解，乃是契約上的從屬給付，並非主要的目的。所以在這個意義上，是無償的。實習者，是否勞動法上的從屬勞動者，却是一個問題。依客利的主張以為所謂有償的，未必是被儲者概念的要件，這可以解釋為廣義的被儲者。實習者，雖然酷似徒弟，但這不必須獲得特定被儲者的職業的統制的實習，與徒弟又有所不同。在這個場合，實習是其主要的目的。換言之，即對經營，而獲得特定的職業智識為目的。其次，實習，未必僅為將來升為被儲者，有時乃是為準備做雇主的資格，乃至為獲得經營一部份的智識。實習者大部份雖屬於商業的營業，即店員的實習者，但有時亦存在於工場經營及農林業等等。實習者有時不容易與徒弟區別，結果除了根據：(一)無償的，(二)智識的實習的兩點外，沒有其他的方法。所以結果實習者亦是被儲者了。(Hueck *Nippendy*, 7. (60). 反之，惡利托說實習者，並非被儲者。何則？實習者，沒有對雇主的義務，不過依照自由的意思而利用所指定的勞動場所而已。為了沒有被儲者本質的特徵上的勞動給付的義務，所以不該解為被儲者 (Molitor, *Schlinw.* 1926 77). 我不承認惡利托所謂實習者，在一切の場合，都沒有勞動給付的義務。因為締結實習的契約時，這種義務便存在了。這種場合，是佔大部份的。這樣看來，很類似學生的性質，而不站在從屬關係之下了。對學生的教育關係，並非從屬關係，同樣，實習者的義務，是被教育的義務，並非從屬勞動的義務。所以以為不該解釋為從屬勞動者。而現實實習者是無償的性質。他們的教育的性質，並非對價的，與徒弟の場合不同，又非如厄普托所謂居住及衣食是其對價。因為從屬勞動者的要件是有償的。所以縱在此點上說，實習者，亦非從屬勞動者。孫田博士認實習者，就是被儲者，他以有償的性質當為被儲者的要件，在此點上，博士的立論不免自

相矛盾了。其次，博士又以為所謂從屬關係，就是基於社會的經濟的不平等地位的契約自由不存在的狀態，但是在這點上，實習者，亦不站在博士所謂的從屬關係之下的。所以博士的理論，在這裏亦不免矛盾。最後，實際上，勞動法的規定，並不適用於實習者，所以沒有強制的使實習者包括於被僱者中的必要。

(註三四)

德國商法第七六條承認適用於商業使用人的商法第六〇——六三條的規定，亦適用於商業徒弟。瑞士債務法第三一九條規定「雇傭契約的規定，準用徒弟契約，一不採取以徒弟為直接被僱者的方法，反之，工業條例第七章，經營協議會法第一二、二條，勞動時間法第二條，勞動契約法草案第二條，及使用人保險法第一條，則規定以徒弟為直接的被僱者。」

日本商法，用夥計掌櫃這術語，而不稱徒弟的名稱。而將夥計掌櫃與支配人共同包括在商業使用人中。(日本商法第二九條以下)。至於夥計掌櫃在勞動法上，應否包括在使用人中，或是當做徒弟的問題，日本商法的規定中，不大明瞭。大半這是類似使用人，但有時，亦可當做教授商業的目的，所以不能一概說的。當然，按商法第三三條，在營業上，還有某種及特定事項的代理權者，所以在許多的場合，可以看做勞動法上的使用人。其次，不屬於商法第三四條的支配人，夥計及掌櫃的使用人，即了役，小廝等，雖然在許多場合，類似勞動法上的徒弟，但有時卻亦類似僕婢及使用人。所以日本商法上的使用人，未必與勞動法上的使用人一致的。

我的見解 徒弟是中世的手工業生產的勞動關係，所以並非純粹的從屬勞動者，即徒弟學習業務，是為將來升做獨立的職工及主人而打算的，在這種意義上，徒弟便非從屬勞動者了。同時，實習為勞動者的徒弟，並非純

粹的徒弟，乃是從屬的勞動者。所以純粹的徒弟，是資本主義社會的一種封建的遺制而已。但是，這是很明白的。這種徒弟，已正在轉化為從屬勞動者了，這就是手工業的生產沒落過程的必然的歸着。

(6) 被傭者的類似者 勞動法學者認類似被傭者的，有家內勞動者，家族勞動者及小作人等等。有的學者雖然認這些是勞動法上的被傭者，但大多數則認為被傭者的類似者。如第一章所述的，我以為家內勞動者，是從封建社會，到資本主義社會之過渡的勞動關係，而家族勞動者及小作人並非從屬勞動者。

第二節 資本案

從屬勞動者的剩餘價值，轉化為利潤時，便分配於商業資本案，產業資本案，利附資本案，及土地所有者間。所以這些資本案，是與從屬的勞動者相對立。但勞動法學者，往往不用資本案這個術語，而用雇主 (Arbeitgeber) 這個概念來說明。所謂雇主，就是勞動契約的當事人。然則勞動法學者對於雇主這意義怎樣說明呢？今試考察如下：

第一款 雇主

按勞動法學者的見解，勞動法意義上的雇主 (Arbeitgeber)，就是將他人當為被傭者而使役者。這與被傭者所給付的勞動種類，沒有關係，同時，又不問是自然人，法人乃至私法人及公法人（國家或公共團體）的關係，

凡使役他人爲被傭者的人，都是叫做雇主（註一）。雇主又不限於經營工場者，且不必要是企業及經營的所有者（註二）。所以雇主的概念與企業者的概念不同。在許多場合，雇主雖然同時是企業家，但兩者間不必要互相結合一起。因爲有的雇主並非企業者，同時，不使役被傭者的企業家即單獨企業家亦存在的。雇主及企業者，在組織的方面，便有區別的必要了。一般對雇主公會及企業家公會從完全不同的概念上解釋。

如前面所述，在勞動法上被傭者是基礎的，雇主則否（註三）。雇主的法律關係，僅在使役被傭者時，纔是勞動法的對象。這從雇主的概念，附屬於被傭者的概念上看，亦甚明顯的。但是被傭者的地位，是附着於兩重的條件。一是根據契約的勞動給付的義務，他是依照從屬於服從義務（*Felhorspflicht*）而受他人的支配。所以雇主是有勞動給付請求權及命令權者。但這兩種的權利，有時歸屬於不同的人，例如勞動請求權者，是使役被傭者的經營所有者（註四），倘在家庭使用人的場合，則爲在自己名義之下，而經營家計者。反之，從屬則直接屬於經營及家計的指揮者，而指揮者必要有行爲能力的自然人了。所以經營所有者，屬於行爲無能力或是法人，乃至因爲特別的理由而沒有經營者的指揮權時，經營所有者與指揮權者，盡可不一致了，例如對未成年者的法定代理人，股份有限公司，或有限責任公司的監察人及業務執行股東，相續人的遺產管理人，遺言執行者，破產債務者的破產管財人等等。在這一切的場合，從雇主的性質上而發生的機能，各歸屬於完全不同性質的二人。所以勞動給付請求權者的雇主，與命令權者的雇主，在概念上，便分離了（註五）。雇主是最高命令權的歸屬者，必須是不服從他人

的命令者。所以在特定的範圍上，由雇主委任命令權，而與雇主的關係，又是從屬關係者，例如經營的職員及支店長，便非這裏所謂的雇主了。

前章說過的，已甚明顯。法人董事會中的一人，至少是雇主，所以並非本來的被備者（註六）。董事，在調停委員會及勞動裁判上，代表雇主方面（註七）。但他們在契約上，有勞動給付的義務。董事對法人這種關係，便類似被備者的勞動關係了。所以適用勞動法上各個的規定（註八）。

按上述的解釋，董事及監察人一方面是雇主的性質，他方面，則為被備者，恰如被備者，獨立僱傭使用人的情形一樣，例如小工作者，雇傭使用人的場合，工作者一方面對製造主類似被備者的關係，他方面對使用人，則為雇主的性質，他對製造者，並非單純的代理人（註九）。但實際上，他是獨立的，並不代理製造主，乃是以使用被備者，為其前提。否則，他不過單純被備者的性質，而沒有雇主的機能了。

（註一） 例如國家在製幣局雇用勞動者時，國家便是雇主。公共團體的市，對市電工作者，亦是雇主的性質。

（註二） 按休客，利菲台的見解，家計的執事等，並非經濟的所有者，卻是雇主。反之，孫田博士，則以為公司的董事，工場的管理人，及皇家貴族之執事等，並非雇主，乃是法人的機關及雇主的代理人。（前揭書一〇〇頁）

（註三） Heuck = Nijpender, S. 87; Kaskol, S. 66. Note 3; Sinzheimer, S. 6.

（註四） 土地承租人及用益權者，雖非所有者，但使用他人經營其土地時，便是勞動請求權者了。舊商法第四一條，區別代理店所有者的店

主與非所有者，似欠正確。同樣的錯誤，發現於今日的經營協議會法第五〇條。要之，所有者與企業家，不必屬於同一人。

(註五) Grossmann, Juristische Wochenschrift, 1912, S. 774; Staub, H. G. R. § 59 Anm. 6.

(註六) 經營協議會法第一二條、勞動裁判法第五條、使用人勞動時間法第一二條，不承認董事是所有的被僱者。商法第九九條以下的規定，不能適用。斯陀波的見解亦同樣。

(註七) 調停法第二條、勞動裁判法第二二條。

(註八) 勞動契約法草案第四條及社會保險法中，將董事解釋做一般的被僱者，答魯蕭在使用人保險法第一條中的解釋，主張在傷害保險的場合，董事是被僱者。莫厄茲魯及拉比林格亦同樣。

(註九) 羅威馬管解在社會保險上，使用人與製造主間，有間接的勞動關係。(Linnar, Bl, I, S. 68)。答魯蕭的見解亦同樣。但休客，

利拍台則反對羅威馬管的見解。(Heuck = Nipperdey S. 68)

我的見解 勞動法學者，對被僱者的問題，提出了雇主的觀念，他們特別主張雇主無論是屬於自然人或是法人，都沒有關係的。但是我以為這種見解，不免抹殺了從屬勞動關係的特性。誠然，雇主的意義，倘依照從來的雇傭契約的概念而觀察時，他便是契約上一方的當事人。但是如果將從屬勞動關係的一方面，用這種雇傭契約去規律時，不過使勞動法變做民法上雇傭契約的一個分野，不免忽視從屬關係的基本關係了。原來與從屬勞動者對立的，不是雇主，乃是資本家，何則？從屬勞動關係，不僅是債權關係，而且是債權關係與身份關係之統一的關係，

這種關係並非各個的，乃是社會的性質。所以我們不能以雇主，當做從屬勞動的對立者。其次，如果將雇主的觀念，認為有命令指揮權，而與勞動請求權者的雇主的觀念相分離時，更是不對的，因為從屬勞動關係，是存在於勞動剩餘價值支配關係的內面的，而且近代資本制度的生產，使協業的支配權，歸屬於資本家，所以兩者，無論在具體的上，或是概念上，都不能分離的。

所以我們認與從屬勞動者相對的，並非雇主，乃是資本家。然則所謂資本家是什麼呢？今試敘述於次款中。

第二款 資本家的種類及機能

從屬勞動關係，是一種生產的關係，又是社會的關係，所以從屬勞動的關係，並非是「給與勞動者」即雇主 (Arbeitgeber) 與「受領勞動者」即被僱者 (Arbeitnehmer) 兩者的關係，乃是不可分離的生產關係。換句話說，即如整茲海馬所謂的所有與勞動的關係。所有存在資本家方面。這種所有，是表現於貨幣（商品，生產手段）的所有形態，當做資本，而歸屬於資本家。何則？生產手段及勞動力的商品，僅是資本家資本的貨幣所有權之個別形態而已，所以資本的貨幣，是資本制生產方法的機能。然資本的貨幣，收獲更多的價值，而有還原於貨幣的作用，這種作用，便在商業資本，產業資本，及貨幣資本上，而發揮其本來的機能了。此時，在資本家方面，便有商業資本家，產業資本家及利附資本家的三個形態了。

這三種的資本家，是從屬勞動者的直接相對者，並非他們的雇主。但三者間，在 $G—W—G'$ 過程上，沒有

何等的差別，要之，這三者就是參加從屬勞動者的剩餘價值分配的過程者。在資本主義的社會，地主雖亦參加於這種的分配，但我對於地主的問題，留在他日的「小作法」中討論，現在試先考察這三者的機能。

第一、商業資本，又可分為（一）商業交易的資本，（二）貨幣資本二者。前者就是

$$G \text{---} W \left\{ \begin{array}{l} PM \\ A \end{array} \right. \text{---} W' \text{---} G'$$

的過程中的 $W' \text{---} G'$ 的過程，換句話說，即產業資本經營將已生產的商品，轉化為新價值的作用。這種過程，是產業資本，與已生產的剩餘價值的分配，而以獲得平均的利潤為目的。所以獨立的觀察時，就是 $G \text{---} W' \text{---} G'$ 的過程。但有時，有與商品的加工，運送，保存及給配的機能相結合。其次，貨幣資本，就是替產業資本家及商業資本家而代行貨幣的出入，記帳，及保管諸種作用的一個獨立的資本家，這可以看做屬於銀行機能之一。

第二、產業資本，就是購買生產手段及勞動力，而結合兩者，從勞動力，引出剩餘價值的機能者。這剩餘價值的總和，由資本家去分配的。

利附資本，就是將資本借給產業資本家，經過一定期間之後，增加利息額的貨幣量，而有獲得其平均利潤的機能者。

除上述之外，土地所有者，亦收領剩餘勞動分配的地代，（這就是前面所述的資本主義農業經營的場合。）

截至本章止，我們已經大略考察過勞動法的基本關係。此後則更進而研究法的性質上的勞動法是怎樣。

第六章 勞動法的研究方法

我以為勞動法的理論，一方面就是研究各種歷史時代中的勞動法秩序的物質的內容，他方面，就是從唯物論上，而解釋一定歷史形態上的法的秩序。所以，其研究的方法，並非形式論的方法，又非觀念論的方法，同時更不是像法律社會學派，偏重於社會學的，及心理學要素的研究而忽視法律本身的形態的方法。所以勞動法的研究方法，是根據於唯物論的辯證法，而其對象則完全是在法律秩序的本身了。其中理由將敘述於下。我在說明的次序上，先第一對法律學一般研究方法，下個概觀，第二介紹勞動法學者的立場，最後纔敘述這些學說的批評，及我自己對勞動法研究方法的見解。

第一節 一般的考察

茲先極乎簡單的討論科學的方法論，次則考察法律學上一般所用的方法論。

第一 觀念論與唯物論，形式論理與辯證法的論理

從來學者對科學的態度，對（一）實有與思維的問題，及（二）思維與其法則學的問題，各各主張其完全

不同的立場。關於第一的問題，就是觀念論與唯物論的對立，關於第二的問題，就是形式論理與辯證法論理的對立。

第一的觀念論與唯物論的差別，就是實有與思維的問題，即認識論上的對立，換句話說，即在認識的主體（意識，思維，精神，觀念）與認識的客體（對象，實有，自然，物質）的關係上規定的差別。觀念論，認人類的意識，是本源的，否認意識以外的物質，或則看做屬於第二次的，而唯物論，則認自然是本源的，而解釋意識是意識以外所存在的物質的反映及映寫。這是兩者根本的差別，這種區別，自古以來，早已存在。觀念論的立場，雖有主觀的觀念論，集合的觀念論，及純客觀的觀念論種種的區別（註一），但這些立場，在解釋人類的意識，屬於第一次的本源的一點上，則全然同一。除這兩個不同立場之外，還有康德及休馬等的折衷的立場。他們從根本上區分物與現象，認「物的本身」屬於不可知的物，而範疇，不能規定物的本身（註二）。換句話說，物的本身，雖然存在，但並不反映於我們的感官，再申言之，即空間與時間，是在與物本身的關係之外，且僅是先驗的悟性範疇，所以並非客觀的實在，即非物本身的範疇。這就是所謂不可知論的立場。這承認從主觀獨立而存在的客觀的實在的一點上，雖然與唯物論接近，但關於不承認客觀的實在，而主張我們所認識的，是給與主觀的經驗（現象），正確認識時，就是主觀上固有的思維範疇，物本除了空虛抽象的性質外，沒有其他的存在，「即我們結果不向感覺而前進的，」所以結果這個立場，不外觀念論的立場而已。

這樣看來，觀念論與唯物論的對立，是根本上二大分野，不僅是主體與客體的問題，而且對因果律，自由，經驗種種的問題，亦歸着於這兩個的對立上面了。

觀念論的立場，無論是根據那一點，結果不過將範圍與思維，物質與精神，客觀與主觀，實有與意識的關係分離，使其一方面全體化，絕對化，乃至神聖化而已。這就是觀念論的謬誤，僅是「沒有世界的世界觀」而已。反之，唯物論，則與自然科學一致，認物質是最初所給與的物，將意識及感覺，當做第二次的。物的本身有認識，所以與不可知論不同，換句話說，即「物質並非精神的產物，精神，乃是物質最高的產物」再申言之，即精神並不是與物質完全異質的物，乃是由物質的機械作用的機能，物的自體的認識，經有可能的。這並非使人類的行動從屬於機械論必然性之下的意思（註三），因此承認意識的自由了。換句話說，精神，雖是物質的存在，但卻能夠從意識或認識其他的物質，而自由的使自然變革。但這種認識，並非客觀的，乃是主觀的。在客觀上，除了從理論的世界，而訴於實踐的世界之外，沒有其他方法。所以人類的思維，為達到客觀的真理起見，則必須在實踐上面證明思維。於是物的本身，便轉化為我們所認識的物了。但是對這個問題，可以提出次述的疑問，即實踐是在經驗的領域內，則不免發生實踐豈非不能打破物本身的不可知性呢？但這個疑問是解釋物的本身，屬於舊性上思維抽象物的空虛物，或是由於以經驗外的客觀的實踐為前提而生的疑問的。實踐第一的立場時，則物的本身，從其最初起便是「無」的字，並不成為什麼問題的。第二的立場，在經驗內，進行一般的實踐，雖然依照實踐不能將經驗外的物拉進經驗內，但實踐

不免忽視了沒有經驗的物，其後意識的經驗時，可以達到的。

這樣看來，我們不能不承認從實踐上，可以認識物的本身了。這種認識，當然不是即刻可以達到絕對的真理的意思，不過相對的真理而已，但要把握物本身的全體，是由思維無限的發展並相對的真理的無限蓄積，總能到達的。因此從歷史的最終目標上觀察，這便轉化為絕對的性質了。在這個意義上，我們不能不排斥觀念論了。

(註一) 主觀的觀念論(唯我論)者，有伯里黎，佛泥查。這結果是由集合的觀念論而來，同時又與純客觀的觀念論者佛底，細厄林格及羅格等同樣，主張同一的神性。

(註二) 此處所謂的範疇，是關於事物上最包括的概念，即決定斷念時，必須根據的根本概念的意思。

(註三) 機械論，對化學的及有機的性質的過程，適用機械學的尺度，而且在哲學的思索方法上，缺乏歷史的發展性，而對社會科學，又固執觀念論，結果不免陷於形而上學的見解了。

第二，就是形式論與辯證法的論理的差別。前者，將事物及過程分開，換句話說，即將形式及材料並內容分開，而從主觀的形式中，求認識的普遍妥當性的一種方法，再換句話說，即討論認識的形式問題的(註四)。

所以這是形式的，並非現實的，即事物及過程分離，而表現於本身固定或反映於形式論理學中，結果就是形式的本身，亦表現出來。這種的形式，是固定於形式的悟性之定義中。悟性的特徵，就是抽象性與固定的區別性。所以這個定義，與形式的各個命題相結合，而各個命題，又用形式的正確的推論，而分配排列於同一性的原則，矛盾

的原則，及不容間位原則的固定的三段論法上面。由抽象其固定的區別方法的思維形式，便在靜止的及個別的上面，而規定客觀的實有。

但是我們知道自然及社會的過程，是存在於互相作用中，而有動的性質。所以形式論理學，好像沒有生命的軀殼的形式，並不能反映了何等現實的實有。在這種形式論理學之下，適合於客觀的現實之現實的論理，因之發生。所謂現實的論理學，就是與現實相呼應的論理學，是反映客觀的實有的存在形式的思維，同時又是純粹學問的內容。所以並非形式的，又非將現實的真的認識的材料使其抽象的，乃是將客觀存在的概念，概念的分配，結合媒介及順位種種的對象，使其如配列，結合，媒介及順位的反映一樣而分配排列的論理學。這種形式，並非內容的形式，乃是內容的本身，所以論理學的規定，反映了實有，其規定，並不與實有分離的。如果客觀所存在的對象本身，是辯證法的，則現實的論理學，一定是辯證法的了。這就是形式的論理與辯證的論理發生對立的原因。

原來觀念論與形式論理結合時，就是形式的觀念論（註五），與唯物論結合時，則為形而上學的唯物論（註六）。在另一方面看，辯證法的觀念論與唯物辯證法，是對立的。唯物辯證法是現實的歷史發展上的現象的抽象，這是牠的範疇的本質（註七），而範疇本身，不外是自然及人類的合法則性的表現，因之就是物質的物，主觀的存在於人類頭腦中。所以辯證法，可以說是一種認識論。這是研究自然，社會，及其思維的發展，乃至發展的認識的學。但此處所謂的認識論，並非認識批評，乃是一種認識的方法論，即認識對象的方法論。所以亦可說是關於對象

的智識的方法論。然智識的本身，雖然僅限於相對的真理，從實踐，換句話說，即從智識與行動的統一，更轉化為絕對的真理了。所以唯物辯證法，是以行動為基礎的智識方法論，同時又是以智識為基礎的行動方法論。人類的思維能否到達客觀的真理的問題，並非理論的問題，乃是實踐的問題（註八）。因此之故，物質的抽象，自然法則的抽象，價值的抽象等等，便再度實現更深更正確而且更完全的自然了，換句話說，從具體的物，轉換為抽象物的思維，並非遠離真理，乃是接近真理而發展的。

科學的真理的體系，要根據這種方法論，纔有可能。如果我們說法律的關係，是當做經濟關係的外殼而成立，則其研究的方法，僅根據這種方法，纔是真實的。

（註四）形式論理學，有研究思維的形式的模範論理學，及研究思維的形式與內容的關係，即研究經驗成立的原理的廣義認識論。（先驗的論理學）

（註五）形式論理學，從全面上把握物的本身，不免陷於形而上學的獨斷論，所以在動的現實方面，其思維的形式，僅限於主觀的思維的形式，物的本身，陷於不可知的狀態了。所以形式論理學是與觀念論相結合。

（註六）底魯伯合及底伊底羅等的第十八世紀形而上學的唯物論，是形式論理的，所以結果不過是空虛的唯物論。第十九世紀後半的休謨、佛爾屈脫及黑泥薩脫等的自然科學的唯物論者，雖不與神的觀念相結合，亦是形式論理的，所以算是形而上學的，及機械論的見解。就社會現象說，他們都是觀念論者。

(註七) 此處所謂的範疇，與前述的不同，是指從現實的歷史現象及過程的抽象。

(註八) 康德的批評哲學，區別理論理性及實踐理性。康德所謂的理念，在主觀上不能實現的，本文所說的實踐，並非這種空虛的理想，乃是追求客觀的實有上所設定的目的。

第二 一般法學的方法論概觀

據勞德的見解，近世法律學的傾向，有(一)自然法學派，(二)歷史法學派，(三)分析學派，(四)哲學派，(五)社會學及社會心理學各派(註一)。這種分類，未必正當的，但是這裏要考察近世法律學全體的方法論是不可能的，所以僅限於勞動法的研究方法上的必要敘述程度而說明。

(註一) 據勞德的見解，自然法理論，自從古代希拉羅馬時代，早已存在，但與近世的自然法概念，多少不同，即在希拉時代，是根據自然的正義的理論，而在羅馬時代，則根據自然的正義內容的發現及說明。迨至中世，是根據哲學的及神學的基礎。註釋學派，依照有權的自然法，在十七及十八世紀，以理性做基礎，所謂唯理論的立場，但在此時發生了。十八世紀末葉，康德樹立了形而上學的基礎，而分析學派的基礎的法根說者的立場，便從康德而來。十八世紀末葉以來，自然法分做兩個潮流，一是承認現行法為正當的自然法，(法的發現及說明)，這個學派，就是在一定成定法規的體系上，所以事後的理由的哲學派。一是在闡明文明社會生活經驗中所發展出的習慣。據歷史法學派的見解，成定法，是其背後的慣行所制定的，並非由人的智識上所制定的。其後在黑格爾影響之下，法律的歷史，便是正義的觀念由裁判經驗上所實現的記錄，更後，則道正義的觀念，便代替以自由的觀念了。至於社會學派，則提倡社會統

制及其手段的法律。(根據高柳賢三譯「滂德著法與道德」)

佔據自然法及歷史法學派的重要地位的近世資本主義社會的法理論，跟着資本主義的發達，在其欲使其合理化的意識的要求上，便發生了各種的法律理論了。要之，法律既是經濟關係的外殼，經濟關係的發展，便給與法理論的發達以多少的影響。這種發展的過程，亦表現於經濟學的法理論上，而且經濟學上的理論與法律學上的理論，表示其平行的類似狀態(註二)。

(註二) 例如對自然法，則有古典的經濟學說；對查味里的歷史法學，則有羅客沙的歷史派經濟學說；對奧國學派的心理主義，則有底伊托 魯滿的心理主義的法律學說；對數理經濟學說，則有舒丹木拉、客魯曾的形式主義及規範學說的對立。

初期資本主義的目標，在破壞中世的封建制度，結果便發生了自由放任做基礎的古典經濟學說及自然法的理論了(註三)。按這些學說，人的生產物，是根據變化於價值的不可思議性質的商品這種資本主義的必然性上面的，這自然的必然性，便表現於自然法。何則？人的意識，並不規定其存在，乃是存在規定了人的意識，所以在資本主義社會的必然性中的人的關係不過當做自然法的意識而已。這自然法學說，是資本主義社會的根本概念。這個學派，當資產階級對封建社會，表現其革命的階級時，特別顯著的，而且一直繼續到現在。據蒲丹、薩黎尤、蒲格黎、謝魯滿及滂德諸氏的見解，自然法學說，是在各種形態之下而復活的。自然法學派的目的，是使社會現實的及自然的條件的近世社會基礎的存在條件，固定於最一般的最抽象的形式之下。而其結果，必然的根據形式的觀

念論的立場。所謂分析學派的概念法學派，其方法論，雖未見成熟，卻是根據這個立場而來的。

(註三) 自然法學派，對近世的法律形態，有絕大的功績，是實證主義者所共認的。例如比魯格波母所著的「法律學及法律哲學」二一五頁。

但是初期的資本主義，發展為產業資本主義時，自然法學派對當時封建社會之革命的序幕便告終了，便不能站在如從前那樣主要的地位了。這個時期所要求的，是資本主義的安定及其強大的權力。所以這個時代，並非解釋法學派一議，法形態的分析並非法律理論的中心，乃是法命令的拘束力的法理基礎的問題。這樣歷史法學派及實證學派，因之抬頭了。(註四)

(註四) 歷史法學派提倡查味里，而完成於波佛塔。歷史法學派的主要立場，是否認亞波利奧利的原理，即對自然法學的反動。按其主張，法的本質，是社會各種需要的結果，而發現於習慣之中。即聯結現在與過去及將來的，就是法律。法律所維持的是傳統，這是民族的遺產。但是這立場，就是如伊厄林格所提倡的法的目的，波佛塔所謂的自由觀念，價值的觀察及其內在的要素等等。所以歷史法學派不過給與新自然以新的基礎而已。(伯卡「所有的法」，騰伊卡波「法律發展史學說」等等。)其次，歷史法學派又不承認各個法律現象上的不同的價值判斷，乃是承認一切法律現象上的同等價值，雖然後期的歷史法學派，陷於「歷史的解釋的法律哲學」的斯密亞的立場。(恩田武夫譯「拉底勃魯佛的法律哲學緒論」)

其次，資本主義高度發達的結果，一方面發生了吸收自然法思想的哲學派的發展，他方面，又高唱歷史學派，

及實證學派思想的社會學及社會心理學派。

哲學派的立場，發端於康德的二元論。康德依照先驗的分析，將統一的事實的世界，分做主觀與客觀，形式與內容，存在與當爲（規範），自然與自由，因果律與目的論等等。批評的法律哲學，根據康德的二元論，便產生許多的派別了。這就是新康德派及客魯曾的純粹法學。其主要的潮流，（一）是舒丹木拉一派的新康德派，從形式及內容的二元論上出發，而將法律學解釋做形式的科學，（二）是新康德派及客魯曾，從存在與當爲（規範）的二元論上出發，而將法律學解釋做規範的科學。關於第二的立場，有（一）從自然及自由而出發的佛里斯，（二）將人格行爲的概念上的價值意義的體系爲法律學的柯厄，（三）從主觀及客觀上出發，將法律學當爲文化科學之一的李卡底及威因底魯坂西南學派的拉斯客，（四）從存在與規範的二元論出發，將法律學當爲規範科學的客魯曾純粹的威因學派等等。

前面所述的新康德派及威因學派，明明是屬於形式的觀念論，不必多說的。至於這個立場的錯誤，在第一項「觀念論與唯物論，形式論理與辯證法」中，已經說過，這裏沒有贅述的必要。現在僅簡單敘述這些立場之社會的意義。

一般謂新康德派的立場，是自然法的復活。但是初期的自然法，對封建社會有革命的意義，而復活的自然法，不過抽象其本來的性質，使實證的所決定的法（縱非正法），附屬於正法之下而已，其形式的固定性所殘留的，

不過已死的形骸而已。在另一方面，容爾曾的威爾學派，是極端形式的規範學派，將法律與現實的實有完全分開，僅注重於方法論的形式論理學而已，與數理經濟學派同樣的固定形式化。所以這種法學的意義，除了資本主義統制的強化及合理化之外，沒有其他科學的價值了。

復次，我們現在，再考察現代法理論中一個重要的學派，即社會學及心理學的立場。這學派，不將法律解釋為單純的形式，乃是以社會經濟為其內容，而且不承認純粹規範，乃是主張社會的存在，所以這種立場，是採取與社會經濟在統一關係之下的社會的存在法律。欲在統一關係之下而把握社會的現象，這就是社會學方法的本質。一方面是吸收斯賓沙及孔德的思想，他方面，則受歷史法學派及功利主義的影響，此外又採取底尤魯學派的社會學的方法。換句話說，即「從各種自然科學的一般體系中而樹立社會科學」，放棄從來舊的法律概念，而提倡社會的強制的法律。屬於這派的學者，有茲托，狄驥，厄亞利喜，達魯薩聯，安底拉及卡那魯等等（註五）。

（註五）茲托（Zito）從社會連帶的關係，而樹立法的體系，即一種經濟的理念。換句話說，他以為從勞動的分業，便成立了相互扶助。這與法律觀念，除茲托之外，還有底尤魯。底尤魯將社會的勞動分業上的連帶，區分為有機的及器械的兩種。

里昂勃魯茲亞亦屬於此派。上述諸學者，將連帶解釋為一種自然的社會事實，承認其道德的價值，從其中引出義務的概念。這就是孔德已經說過的「各人，在一切事物上，都有各種的義務。就本來意義上說，無論誰都沒有權利，而且除了義務之外，無論誰都沒有何種的權利」。（孔德「實證的政治」二、三六一頁。）從這種社會的義

務而發生的觀念，就是連帶主義者的法律學的方法，但普通主張此立場者，往往忽視國家，而主張法律是社會的連結的傾向。

狄驥亦屬於連帶主義者之一人。但狄氏是特別提倡實證主義及社會的機能的實在論者，所以他亦可以說是客觀法的提倡者。按氏的見解，權利是形而上學的斷定。因此他否認了主觀的法。他主張法是從外部而來的客觀的規則。這個規則，是根據連帶的事實之上。狄氏不承認這事實上有道德的價值，所以他與茲托的見解不同，他以為這僅是一種事實而已，所以他的結論是：除了連帶之外便不能生活，這種事實上所實現的連帶的一切行為，在社會全體上自己強制自己，反過來說，違反連帶的行為，不能存在了。這個原則，是固定的性質。但是連帶的形態，有變化的性質，所以連帶的規則，亦會變動的。法律學者說，這是使其適合於環境及時代的各種條件的緣故。所以一般說狄驥的連帶思想，是正義中的科學的概念。不免是似是而非的實證主義了。（狄驥著「憲法與社會學」，客觀的法與國家，「私法變遷論」。）

厄亞利喜（Ehrlich）說法律發展的中心，並不存在於立法，法律學及裁判，乃是存在社會本身之內。所以他以為法律社會學的問題，是在「從單純判決的規範上而區別規律並規定社會的法律要素，而且使其組織的性質明瞭」，至其對象，就是「法律事實的本身，換句話說，即在人類團體內規定各人的立場及任務的慣行，支配關係，所有關係，契約，定款，遺言處分，及其他相續等等的法律科學的認識上構成問題的法律範圍的社會現象。其次，

法規並不從其實踐的適用及解釋之點而觀察，乃是從事實上即根據其起源及作用而觀察，最後才觀察其構成法律的一切的社會力。」在這種對象的認識手段上，第一應研究其法律證書，第二殘留的法律，第三才研究其新的法律的端緒。所以他對從來偏向於成文法規，判決規範的解釋，分類及其體系化的法官的技術的研究，而主張根據研究社會團體內所發生的而且規律社會團體秩序的「生的法律」，才能夠將法律學與技術學分開，而構成社會學中的一部份，使其達到真的科學。

伊厄魯薩泥說底尤魯硬將社會學當做因果法則上所定的自然科學，而樹立其基礎，即將強制，當為結合力的淵源的方法，而以「統一的所包括的社會本質上的人類集團」為對象，所以他是提倡純粹客觀的方法，他又主張國家是法的共同社會，法與習慣，語言等等，同是由社會互相的作用而發生的。其次，又與底尤魯硬同樣，亦承認「結合與分離，內在與超越的相反的性質」，其中有的在個人之內，有的則在個人之外部。在外部的，就是當做強制力及支配力，而存在個人之上，這種力，是法的秩序，換句話說，即組織的權力。馬克茲加魯對這種見解亦同樣。不過在後者的，其相互作用的基礎，在於感情的擴大之一點則有差別。比亞林格的見解相同，亦認「情緒的射影」是客觀法。

至於安底拉，蓋格，卡那魯（卡爾達尼魯）的社會民主主義者，澳盆海馬及昂波羅威茲的經濟外的勢力說，聖西門及佛利厄等的空想社會主義，苦腦及蒲哈林等的社會主義的法律觀等等，他日，當在「觀念論的法理論

的批評一面而討論。這裏恕不贅述。

前面說過的，已甚明顯，茲托及狄歐雖然提倡實證學派，結果不免陷於形而上學，伊厄魯薩泥及比亞林格諸氏亦同樣。他們雖然提倡社會機能的法律，但是結果是將沒有私利益的機能，轉化為抽象的義務而已。這並非法的形態，而且社會學乃至心理學對象的形態，亦不存在。這樣看來，如果將法律學與社會學對換，則法律學的研究不可能了。當然這種立場，在反對個人主義的理論，而且解釋法律是社會發展的現象的一點上，不失為卓越的見解。但是法律學的研究方法，是從其最抽象的最純粹的形式上面研究法形態的分析，其次，才用複雜化的方法，採取與歷史上具體的接近的方法。此時，概念的發展，與具體的歷史的過程的發展相呼應，而且歷史的發展便使發生規範的內容及這制度的變更。同時，具體的歷史的發展，又使形態上的法律形態發展。法律既是經濟關係的外殼，所以法的發展，是與經濟的社會的關係相對應的。因此全體的性質的法律體系，不過表現於理論的所反映的一般概念的體系。這種法律形態的分析，是法律學的對象了，而在分析上，並非將法律當做抽象的社會的屬性，乃是與一定社會的環境相對應的歷史的範疇，換句話說，即一方面研究特定的歷史時代的法律秩序的物質的內容，他方面，是從唯物辯證法上，而解釋一定歷史形態上的法律秩序。所以這並非社會學的及社會心理學的方法，因為這種研究方法，是要新的法律研究的態度。然則勞動法的研究方法，是怎樣呢？在說明之前，試先介紹德國勞動法學者的態度。

第二節 勞動法研究方法上的學說

勞動法學者，對勞動法研究方法的態度，大概採取前述各種立場中之一，例如卡斯客魯、休客、利拍台等，是依據所謂解釋法學的理論的方法，耶河秘代表舒丹木拉的新康德派，伯茲、麥斯依據吸收厄亞利喜思想的法術派，而整茲、海馬及波底河夫等，則根據社會學派。今試簡單敘述以上四個的立場如下：

第一 解釋法學的立場

所謂解釋法學，就是卡斯客魯所採的見解。按卡氏的見解，勞動法，是社會的弱者的職業階級的特別法，在學問上，是理論科學之一，與社會政策不同（註二）。勞動法的對象，在法學上，並非勞動力的保護，乃是勞動的使用。換句話說，即被僱者與雇主間的勞動關係。所以勞動法的對象，就是關於勞動關係的被僱者法律上地位的規定，即從勞動關係而發生的可能的法律關係的全體。這可分做三方面看。第一是與雇主的勞動契約，第二是被僱者之協動的勞動關係，第三是在國民全體的財富上的勞動力保護的勞動者保護。

勞動法，決非其他法律學的一部份，乃是構成其本身固有的法學，即總括於被僱者勞動關係的內容上，其法律關係，是根據前述的三方面而規律的。其法的特質，並非在形式上，根據各個被僱者保護的必要，乃是為一切職業的地位，換句話說，即為保護社會階級的必要而發生的。所以勞動法，並非規律一切勞動的關係，其特徵僅在規

律職業的地位的構成員的勞動關係（註二）。勞動法制在歷史上，制定各種的法案，而漸漸發展。這些制定法的總合，就是勞動法，而勞動法的法律概念的基本觀念，是從制定法中所包含的規定的理論考察而來，即根據法規的理論的處置，從這些歷史的發展的制定法上，而樹立一個法律體系。所以「在學問上的勞動法，屬於法律學的一部份，而其職份與一般法律學的同樣，即解釋並適用現行的法規，將無數存在的生活現象，還原於若干法律的根本概念，使其構成法學的性質，乃至使其區分限界。因此之故，勞動法學，是理論科學的一種」（註三）。所以這是將歷史的發展的勞動法制，形成論理的體系。

若據耶河秘的見解，則卡斯客魯的方法，亦可以說是歷史主義（*historische System*）的立場，在方法論上，是包括法律的方法及社會學的方法，不免不純粹了（註四）。但縱如耶氏所謂在各個場合的方法不大純粹，而卡斯客魯，則將法律制度的法制，完全看做自給自足的性質，從人性中而引伸法律體系，或則避免從一定假定的形而上學上所論證的第一原理的演繹的態度，他採取已存在的法律規範，——即採取如卡斯客魯所謂的純粹法律事實，——分析現行的法律制度，從而努力於使這些現象構成法學上勞動法的資料。所以這理想的目標，是與不矛盾的論理相結合的法規體系，算是根據論理的結合的合理主義的理論。所以勞動法解釋為與此相關係的法規的集合，並非應有的法律，乃是對某種法律之理論的解釋。以上就是卡斯客魯的立場，被解釋為解釋法學的理論，他是採取一般法學奧斯丁、格黎伊、馬客皮諾氏的立場（註五）。根據卡斯客魯立場的勞動法學者，有利拍台，那

底孫及馬泰等等（註六）。

（註一）按卡斯克勞動法，雖是解決社會問題的一個手段，但牠有特殊的構成，因為以社會問題及其解決手段為目的，是屬於社會政策方面。所以社會政策與勞動法不同。社會政策，不只限於勞動法，是包括社會問題的原因，現象形態，解決手段及其作用的總合。所以社會政策的問題，不限於特定的國家及特定的時期，乃是不斷的發展，反之，勞動法却是對特定的國民，在特定的時期內所適用的法規。但勞動法規，注意到社會的作用，比較其他的法規為強，因之使社會政策可能的手段法律化。社會政策與勞動法，可以叫做姊妹的科學。這樣看來，兩者雖然互相結合，卻非完全同一的（Kaskel, S. 3）。

（註二）Kaskel, S. 3-4.

（註三）“Geist des deutschen Arbeitsrechts?” (Vortrag V. Kaskel)

（註四）Jacobi, a. a. O. S. 427 關於這個問題，詳述於第九章「勞動法的體系」，請參照該章。

（註五）Austin, Jurisprudence (Grey, The Nature and Sources of the Law); Elements of Law.

（註六）Martucci, Grundriss, Jurisprud. Das gesamte Arbeitsrecht Deutschlands; Nipperdey, Praktikum des

Arbeitsrechts.

第二 純粹法學的立場

這種立場，就是耶柯所採取的方法論的見解，屬於哥丹木拉的新康德派的分野。哥丹木拉的純粹法學，聯

然多少是二元論的，但按其主張的，則一在法律概念之下，有純粹法律的概念及條件的法律概念的區別，前者是法律基本概念的一般的思維形式，因要把握這種思維，就必須法本身的思維對象。因此，完全適用常常發生的一切法律的問題，何則？一切法的問題，不外法律形式的概念的各種表現，所以純粹法律的概念，是從後者所表現的（恆常的規定引伸而來）（註七）。

耶河祕的立場，就是採取這種方法，按耶氏的見解，「法是形式的人類關係，與規律內部生活的倫理的規律不同」（註八）。然則在這種形式關係的法律上的勞動法的研究方法，必須怎樣決定呢？耶氏對這個問題，主張如下：「制定法的勞動法的內容，一部份包含概念的勞動法所不承認的範圍，他部份在概念上當然被包括於勞動法的範圍內，不能當做制定法而存在的。勞動法究竟是規律雇主與被傭者之關係即規律使用關係的法，但關於勞動法的本質的研究，對特別法的根據，則有決定的重要性，所以我們從制定法本身的內容上看，應該避掉理論的研究。在法的性質上的勞動法，是經過歷史的變遷的，不該僅就純粹論理的解釋而立論的。所以如卡斯密魯的論理的解釋法學，雖然流行一時，但就全體的觀念上看來，卻是非常錯誤的見解了。原來勞動法的研究，除了勞動法的概念上所考察的法規之外，還要研究其他原則上的制定法及法規的科學的方法。概念法學的及理論的研究，是使生活從屬於論理。勞動法憑着這樣的研究，如果能夠滿足，這是例外的，否則我們應該避掉這種態度了」（註九）。

因此之故，法的性質的勞動法，必須根據綜合的法的體系的研究，才得構成，因為僅在這綜合的法律體系中，才能決定勞動法的基本原則。迄至今日，這種綜合的體系的研究，不但勞動法未採取這方法，其他法域亦同樣的。這種研究方法，究竟與從來以法律事實的種類為主要研究的方法相分離的。而這些事實必須按其形式，而作統一的綜合的觀察。縱使從這立場，而綜合的研究勞動法的原理，亦不會在一般法的原理中而消滅，因為勞動法制的構成，一方面，有與一般的法律範疇相關的界限，他方面，又有與其他法域的階段相接近的界限。所以勞動法制，被總括於一個範疇之中了。但是部份的法域的基本概念，究竟是從一般法的基本概念引伸而來的。而法的一般原則的研究不僅限於部份法的階段上，乃是法的一切範疇的觀察上給與價值的。因此之故，部份法的特性，是在何種的一般法才成問題，或是在怎樣的意義上才能了解呢？明白說明在這一般概念上，部份法域的法律現象的關係，卻是主要的問題了。所以我們要探究勞動法的原理。

這樣看來，據耶河祕的見解，則勞動法的研究方法，是在說明其基本的形式，而且是在與其他法域的階段上的綜合的法律體系的研究。所以其方法，是從部份法到綜合法，再從綜合法復歸於部份法，才能完成的。

(註七) *Stammler, Lehrbuch des Rechtsvergleichs, S. 276.*

(註八) *Stammler, a. a. O. S. 68ff.; Jacobi, a. a. O. S. 76.*

(註九) *Jacobi, a. a. O. S. 69ff.*

第三 法術的立場

這個立場，是伯茲密斯所根據的見解，他自稱做法術的見解。其實，伯氏的見解，如耶河祕一樣，是從法律外部的要素，即倫理的政策，而研究法律，與從法的基本形式而研究勞動法的本質的方法相對照。我們從伯氏的主張上觀察，可知他是根據厄亞利喜的立場。以下試介紹伯茲密斯敘述的大要。

「當裁判重大法律問題時，法律外部的倫理政策（*aussorechtliche, ethisch-politische*）的解釋，特別佔了重要的性質。所以倫理政策的要素，就是應用法律者，當其應用法律時，決定其應採的見解。因此不認識倫理政策的法律解釋，便不能存在了。換句話說，即對重大的法律問題的法規上的解釋及其適用，是從何種倫理政策的基礎而發生呢？卻是重要的問題。所以法律學上的問題，是根據倫理政策的法律外部的要素，而法的適用者，要用認識論的手段，而決定裁判及判決，而且當法的發現時，而確立其決定的意義的。

法律學上的問題，僅僅根據這種確定，才有可能的，而且在認識論上，才妥當的構成確定的思維前提，是事實與法規存在於基本的多種性質上面。所謂事實與法規的多種性質，就是法律的對象在法律適用者的人格中，基於固有的不合理的（*irrational*）契合。法材料，在法適用者的全人格上的不合理融合中，而創造特別合法性的內容的（倫理的，歷史的，政策的）要求，是與在責任（*Zurechnung*）之中，而創造客魯會所謂的特別法律合法性的形式的要求相對應的（*Seebo*）。

(註一〇) 客審實以爲裁判的作用，就是宣佈法律，如發現法這些用語所表示的。已完成的法律，並非僅由法庭的行爲而宣佈的，無寧是成的性質。即一般與不法結果應結合的具體的事實存在時，及具體的不法結果被結合時，則其中一切的關係，都由法庭的判決而決定了。在一般範圍上，法律條件與法律結果的二者，是由法律而結合的，同樣，在個別的範圍上，則由法庭的判斷而決定了。法律的結合，不得忽視判決的結合。如果沒有判決，則抽象的法律，便沒有具體的形態了。所以法律上的事實，宣佈其存在於具體的事件時，則宣佈具體的法律結果的判決，便不外乎個別的法規的規範，即一般的法規規範的個別化。換言之，這就是結合法律事實及效果，爲其本身法律的規範，即立法制定過程的一般者，到個別的繼續。(Kelsen allg. Staatslehre, S. 233)

前述的法律學上的觀察，就是底伊魯泰所謂的法外的「目的及構成關係」的檢討。「目的及構成關係」是一切法律問題解釋的基礎，而且提高各種的對立可能的關係，使有明確的認識。但我們要注意的是決定這種特定的關係及結合的見解，是法律適用者的人格上精神的行動及創造，換句話說，即不合理的活動。所以裁判時，這種不合理的結晶，指導的觀念，運動力，及融合力，便在他入及自己之中，而確立法律的創造了。這是厄亞利喜，屈拉比，蘭波等所共認的。創造雖然承認了與創造者精神上接近者，但卻否認其相反者。但是這種觀念，已漸漸得向一般的同意而普遍化了。

這種見解，就是一般所謂的法術的見解的立場(註一一)。

(註一一) 燕魯茲厄魯(Wenzel)將此叫做平面的見解，查達(Zarda)以爲是法的體驗的見解，但伯茲客斯則認上述各種的見解都有

法術的見解，與威因學派相對立。威因學派，雖是客魯會所指導的國法學研究的團體，但其主旨，是排斥倫理政策的要素，而主張純粹法學的方法。法術的解釋，不但與威因學派對立，而且是與其他新康德派相對立。原來新康德派是用認識論的方法，去努力達到純粹的法律概念，與客魯會的方法同樣。所以這個學派亦從法律概念中，而排斥倫理政策的要素。

純粹法學的方法，與自然法的不純粹性完全不同，牠是努力於達到真正科學的意志的法律思維——即不為感情的所變化的——的純粹性，換句話說，即排除巴比倫式的價值判斷的混亂，而提高法的思維，一直到純粹法律本身中所結合的概念世界止。

但是前述的純粹法學的立場，在實際上，亦不能除掉倫理政策的動機，例如就認識論上而規定一切法律的思維，及應該規定的思維的形式上，從這先驗的世界而來時，因要達到實際上的法律適用的世界，我們就必須根據何種的方法呢？換句話說，即在具體的場合，要使法的思維形式，完全明確時，而且使其發生意義時，如果缺少了倫理政策的要素，是可能的嗎？這個問題，是純粹法學上常常未解決的問題（註一）。

但是我們如果從純粹法學的立場上觀察，則不得不否認了。何則？我們如果肯定此說，我們便要陷於一切經驗上不完整的概念了。而且我們縱使肯定時，將除此解釋做理論的意識，在一切場合上，實際的法律適用的倫理

政策的要素的分析，爲自動的之外，恐怕沒有其他的方法了。這樣一來，倫理的動機，並不除掉的。所以其結果，與我們的立場，並不如此的差別。當然，純粹法學創造了法律學的新的方法，及技術的術語的概念的材料，實在是有價值的貢獻。

技術的見解，在今日雖然還未獲得一般的勢力，但我們必須從這個立場上，在從來未研究過的勞動的範圍內，而從事於法學的考察，「上述的就是伯茲客斯的立場（註一三）。

（註一二）舒丹來拉說：「舊的法律家，研究絕對意義的確定的法律，是錯誤的。如果他們在可變的內容的自然法下，即在經驗的條件關係之下，而研究理論上正確法律內容的法規時，則他們的立場，比較安全了。」（Stammier, *Wirtschaftl. n. Recht*, S. 18.）所以根據他的見解，倫理的理想，就是我們以與目標接近的手段所使用的法規及理論，爲其批評考慮的標準。倫理學討論這些的問題，而法律學則討論達到這個目標的手段。所以法律學是從屬於倫理學的。

（註一四）Baudix, *Das Streikrecht der Beamteten*, Vorwort.

第四 社會學的立場

社會學的方法，是整茲海馬及波底河夫諸氏所根據的方法。按耶河祕的見解，這立場，就是研究產生法律秩序的對象（註一四），換句話說，即說明法律，在其發生及發展上的現象。整茲海馬在基魯克及比亞林格影響之下，而主張其立場如下：

勞動法之有統一的法域，是今日一般人所承認的。但是勞動法，一直到了現在，還沒有整個部門的統一的研究。所謂統一的研究，必須根據社會學的方法，即不僅說明制定法的單純的理論，而且必須根據一種方法，使其本質的過程上的全體的概念及其內容，還原於單純的基本形態。所以我們必須承認其材料的自由處分，這個對象，就是全體的勞動法，換言之，即以指導的理念及其具體化的法律構成爲目的。如果沒有全體的構成上的重要意義時，儘可除掉。勞動法，不僅有其本身上的法律範圍，而且特別結合法的全體。所以法學上的特殊內部綜合的觀察，必須從廣大的立場而考察的。這種觀察，在今日雖不能使一般的法律學從屬的，但從來法律學的限界，已正在解體中，新的法律體系，因之產生了。這新的法律體系，不從人格或關係而來，乃是由力及機能的觀察而來的。同時其對象，又非各個的生活關係的集合，乃是綜合的社會生活構成上的新見解。這種思想，如果非一般的，則規定從屬勞動者，在社會的構成上的地位的勞動法學最後的問題，便不能解決了。所以勞動法學的構成，不只論理的概念的構成，乃是必須根據社會學的建設的方法（註一五）。

以上所述，就是整茲海馬所謂的社會學的方法，至於這種方法的勞動法，是怎樣構成的問題，請參照第八章「勞動法的構成」。

（註一四） *Jacobi, a. a. O. S. 430.*

（註一五） *Sinzheimer a. a. O. Vorwort.*

第三節 學說批評及我的見解

關於卡斯客魯，耶河祕，伯茲，斯，整茲海馬等的立場，在第一節中已經有充份的批評，這裏沒有重贅的必要。但我們試再極乎簡單的考察一下，法律既然有經濟關係的外殼的抽象性質，則論理的體系的意義，不免忽視其具體的內容了。如果法律形態，與具體的實質內容，無關係時而能夠決定，結果就是觀念論的法理論的基礎。所以按這種立學，基礎形式的法律概念，是表現於制定法的註釋中。這樣看來，由制定法的技術的解釋，而組成的這種基礎形式的一般法律概念，便發生了所謂解釋法學的立場。卡斯客魯，休客，利拍台諸氏，就是主張此說者。他們假設一般形式的法律概念，不免陷於形而上學的觀念論了。

分析總派解釋法律的理念，是論理上及認識論上的先行的經驗，換句話說，即將法的概念，區分為純粹法學的概念及條件的法學的概念。前者是承認法律基本概念的一般的思維形式，後者是這種基本概念的恆常的規定的表現，所以法律本身所把握的形式的一般者，就是法律概念。這樣看來，以形式的概念為前提的一點上，比較解釋法學便沒有什麼不同的結果，便陷於形而上學的觀念論的立場了。耶氏將各個的制定法，當做勞動法的基本概念，就是代表這立場的。

上述各種的立場，是不將法律學溶解於心理學及社會學中，乃是主張其成立一個獨立的理論科學，所以一方面承認記述科學與說明科學的分類。他方面又承認了自然法則與規範法則的對立，換句話說，即以法則的決

定與個性的記述，爲其本質的區別，同時又承認法則的決定，是規範的範疇，所以法律學，是規範科學之一。但無論規範科學的法律學，是成立爲論理的法則，或是在思維的特殊形式上，而樹立其體系，或是如客魯曾解釋爲純粹形式的規範的圖式，而其結果，不外從現實的事實，而抽出法律的形態，並樹立其論理的組織了，例如耶河祕承認法律規範的平面的階段，而採取使法律組織，能夠從其上概念的規範而階段的構成的極限概念的立場，或則縱如卡斯魯魯欲從制定法的理論的註釋上，而構成法律的體系，但這些的立場，是從具體的事實上而分離法律形態，在論理的研究的觀念論的形而上的方法上，是沒有什麼差別的。

其次，整茲海馬及波底河夫諸氏說社會學的及組織學的理論，是從法律外部的要素，而處理法律的形態的，或伯茲客斯亦這樣主張。但我們以爲研究法律形態上的勞動法，倘從法律外部的要素——不拘是倫理政策的，或是社會學的及心理學的——而研究，便使法律的研究，完全不可能了。原來法律雖然是經濟關係的外殼而成立的上層構造，但法律的理論的研究，則必須以上層構造所成立的法律形態爲對象，所以整茲海馬及波底河夫等，從法律外部的要素，而處理法律形態，第一在方法上，便非正確了。其次，他們又根據社會學的及組織學的立場，而主張綜合的社會生活構成上的勞動法，他們反對從個人主義的法理論，樹立了社會的經濟的法律觀，雖屬正當的見解，但是——當然這就是前節所述的，從資本主義的自由競爭，到資本主義的統制的反映——但我謂如果就社會的力與機能的觀念上觀察，而從組織學上解釋法律，則是如狄驥一樣，不認法律的概念，是一定歷史的

時代的特殊物，我們不過解釋做一切時代及一切場所上普遍化的及有權威的秩序而已，換言之，即不過把握人類一般共同生活上的法律而已。這樣看來，不免與狄驥同樣陷於素朴的實證主義及形而上學的立場了。原來狄驥雖然反對形而上學的觀念，自己以為他的學說是實證主義，但其實絕對不是實證主義，不過同是形而上學的方法而已。在這個意義上，整茲海馬及波底河夫的見解，是反動的性質，僅在制定法的觀念化上，有其價值而已。

復次，伯茲客斯以為欲把握勞動法的組織，便要將此當做其發生及發展上的現象而研究。伯氏在這點上，是正當的。但是如果解釋法的發生，是適用法律者的人格之融合，未免陷於觀念論的態度了，換言之，伯氏的態度，就是底伊魯泰所謂的決定法律的基本目的的一種檢討，而且是法創造者的人格精神的行動。這種觀念，分明是屬於觀念論的見解。伯氏的學說，在不承認法律的一般化，而從流動的過程上把握法律的概念的一點上，有相當卓越的見解，同時在純粹的意義上雖不是辯證法的，但以法的生成發展為主旨，亦與形式論理學的立場相對立。不過伯氏從法律外部的倫理的要素而討論法律，而且在認識的方法上，採取觀念論的立場，便非我們所能贊成了。然則我們要根據怎樣的立場呢？這在本章的最初的部份及第一節第二項的結論中，已經說過，這裏沒有贅述的必要。再現在姑簡單說，我們是要根據唯物辯證法的。何則？勞動法根本的從屬勞動關係，如上所述，是採取辯證法的發展。所以構成其體系的勞動法，亦不得不根據這種方法了。

第七章 勞動法的法域

我們已經知道勞動法的基本關係，是從屬勞動的關係，同時我們又曉得我們的對象，是對法本身的勞動法，用唯物論的解釋，而且是研究勞動法秩序的物質的內容。

然則法性質上的勞動法，有怎樣的性質呢？換句話說，就是發生勞動法的法域，是怎樣的這個問題。我茲在此章中考察。

原來我們要考察勞動法的性質，即考察勞動法的法域時，必須討論政治的上層構造與法律的上層構造的相互關係，因之亦必須考察社會關係與國家關係的連鎖的關係了。這是一個大問題，所以我的敘述僅限於研究勞動法法域的必要程度內（註一）。這樣，本章所討論的結果，就是勞動法是公法呢？是私法呢？同時，也就是這是否屬於社會法的法域這些的問題。

（註一）本書沒討論到「國家論」不充份之處，在所不免。

第一節 一般的考察

據一般的見解，勞動法是二十世紀的法律學，在公法及私法的界線上所產生的鱗兒。本章的標題，就是在說明這見解是否正當。

原來一般對法律形態上的公法及私法的區別，可以說是幾乎沒有異議。當然否認這種區別的學說，今日亦非完全沒有。不過他們都是根據一種標準而區別公法及私法（註一）。然則這種區別的標準，是在那一點呢？迄今關於此點，還沒有一定的學說。其中學說，有十七種之多。

原來公法及私法的區別，早已存在於羅馬法中，燕魯皮亞奴斯（Ulpianus）說：「當時公法私法的區別，是根據公益及私益的區別標準，公法是關於羅馬國家的組織者，私法則關於個人的利益者。」燕魯皮亞奴斯的學說，雖經尤斯齊利亞奴斯所採取，但在羅馬法中，沒有如今日法律體系中的公私法的區別，且公法的範圍，是限定於很狹小的地位（註二）。迄至中世的封建制度的日耳曼法，法律形態，與今日比較之下，是在極端的未發達的狀態，所以當時公法及私法是交錯於未分化的全體中，例如立法者與法官的活動，沒有什麼區別，無論在原始的社會體的組織上，或是在封建權力的組織上，公法及私法，完全沒有相對立的。但是經過了羅馬法繼承時代，到近世的資本主義的法律體系，兩者便有明確的區別，而兩者的區別，遂為一般所承認了。然資本主義成熟時，社會的立法，使同時發達，特別從進制定統一的勞動法，此時，公法私法的關係，又重新發生問題，而對法律體系，區分為公法及私法的疑問，亦隨之發生了。換句話說，即提倡非公法的亦非私法的社會法（sozialrecht）的獨立的法域，而

主張所謂勞動法，究竟是佔據這社會法新法域的特別法這種的傾向。這是「勞動法的法域」發生重大問題的原因（註三）。

勞動法是否二十世紀的法律學，在公法私法的界線上所產生的麟兒呢？我的結論是：勞動法決非公私兩法交錯的法域。最近勞動法學者承認勞動法是公私兩法的交錯法域的見解，畢竟是金融資本統制上面來的必然的法律理論。茲在次序上，第一、介紹關於勞動法法域的學說，第二、考察公法和私法的交互關係。

（註一）美濃部博士著「公法與私法的關係論」（國家學會雜誌第二七卷第一〇號一四三九頁）。

（註二）船田享二教授「羅馬法」一〇四——五頁。

（註三）私法的社會化及私法的團體主義，換句話說，「公法漸漸蠶食私法」這個標語，是日本法學界最近的傾向。這種傾向，大概是佔據從來民法債權法中的一部份的勞動契約，獨立為勞動法，而與構成新法域的社會法的分野的傾向相對應的。我以為日本法學界最近這種的傾向，是表示獨佔資本主義——即金融資本主義——時代的法理論的特徵。這將在本章第二節中，一併批評。

第二節 關於勞動法法域的學說

勞動法是公法呢？還是私法呢？或是將兩者叫做社會法的特別法呢？德國勞動法學者間，對此問題，還沒有一定的見解。在往昔的見解，是認勞動法是公法上的私法的社會化，使屬於私法的領域，但今日大體的傾向，則主張

勞動法上，有特殊的法域。關於新法域的性質的見解，雖然很多，但歸納看來，有次述的四者。次述的分類，是我自己的見解，並非根據德國勞動法學者的。

第一 包括公私兩法的規定的特別法

這種見解，是主張勞動法是跨越公私兩法範圍的特別法域，例如卡斯客魯、休客、利拍台、耶河祕諾氏都主張此說，但首倡者是耶河祕（註二）。卡氏對這個問題，則提出次述的見解。勞動法的對象，在法律上的意義，並非「勞動力的保護」，乃是「勞動力支出的保護」，即根據給付工資勞動基礎的法律關係（勞動關係），而勞動法則規律勞動關係的被備者的地位。所以這不只是雇主與被備者間的勞動交易——即勞動契約——而且包括規律構成產業團體的共同勞動者的關係的勞動組織（Arbeitsverfassung）及保護勞動力的共同體的財產的國家關係，換句話說，連勞動者的保護（Arbeiterschutz）都包括在內（註三）。勞動契約，勞動組織，及勞動者保護的三者，各各屬於私法及公法。但是勞動法，並非公法及私法的一部份，乃是構成一個固有的法域，在內容上，包括被備者的勞動關係，而在三部份上規律法律的關係，同時在形式上，並不從個人的貧困救助而來，乃是發生於全社會階級的貧困原因，所以勞動法在特別法的性質上，並非任意的勞動關係，其特性是存在於規律社會階級所屬的共同體的勞動關係，其中，勞動者的保護，是課於雇主，或則對保護特定人的國家，課以公法上的義務。勞動契約，是規畫雇主及被備者間的相互的私法的權利義務關係，勞動組織法，對雇主方面，規律團體的權利義務的關係，而

對被備者方面，則規律團體內的相互關係，所以這三者，在綜合的勞動法的論理上，構成密切的體系（註三）。

休客，利拍台的見解，大體與卡斯魯魯同樣，倘據其主張上看，則勞動法，不只是個人（雇主及被備者）相互間的法律關係，乃是規律個人與國家及公共團體間的法律關係，所以這縱非公法及私法的全部，至少是構成其中的一部份的。然在整個的法律形態上，勞動法，並不佔據與公法併立的獨立同等的法域，因為在公法及私法的構成部份中，外面雖然相似，其實是結合完全不同的法域（註四）。

耶河祕對這個問題，敘述如下：勞動法的私法及其他部份法的界限問題，雖然還沒有確定的見解，但大體上，今日對於勞動法，是包括勞動私法，勞動經過法，勞動爭議法，勞動國家法，勞動行政法，及國際勞動法的問題，則沒有異議的。原來勞動法，並不附屬於公法私法中的部份法之一，乃是包括一切種類的法規，公法的部份及私法的部份，都包括在內。從來德國法律學中，區別實定法為公法及私法，私法學及公法學，便分頭發展了。但勞動法的科學的研究，便有統制公私兩法的必要，因此法律學上的勞動法，便由公法及私法的代表的學者而分頭研究，結果就是跨越公私兩方面的統一法（註五）。

屬於這種立場的勞動法學者的見解，大體承認公法私法的對立，而主張勞動法，是包括跨越這兩者的法規，不解釋屬於公法的規定及私法規定的集合，乃是主張是構成其本身的一個法域。所以勞動法的法域，便站在公私兩法的界線上的特別法的地位了。今試圖解如左：

公	勞	公
	動	法
私	法	私

(註一) *Kilmer, a. a. O. 725.*

(註二) 卡斯客魯謂勞動法的範圍，包含四個部份，(一)勞動者保護法，(二)勞動保險法，(三)勞動契約法，(四)勞動組織法。他又說第二的勞動保險法，從勞動法而獨立，組織了另一的範圍。所以我在本之中敘述卡斯客魯的立場，是將勞動者保險法以外的三者，為勞動法的範圍。(*See also a. a. O. 723.*)此外，畢河秘，休客，利拍合等對卡斯客魯從勞動法而排斥勞動者保險法的立場，表示激烈的反對。這在「勞動法的發展」一章內，已經述過了。

(註三) *Kilmer, a. a. O. 81.*

(註四) *Hancock = Nipparday, a. a. O. 8, 6.*

(註五) *Jacobi, a. a. O. 7, 50ff. 5, 75.*

第二 公私兩法交錯法域的特別法

這個見解，是主張勞動法有公私兩法域的交錯法域的特別一個法域。主張者，有整茲海馬，馬泰，蕭克魯茲，蕭那伊達，連滿等。

整茲海馬特別著重自己的立場，而主張如下：勞動法不只佔領特別的法域，而且對法律全體，構成了特定融合的地位。卡斯賓魯及其他的學者雖然承認勞動法有特別的法域，但這不過是包括公法及私法的法規，他們並未注意到這是公私兩法的融合。我們如果考察勞動法的整個部份及其特殊的本質的内部關係時，便可知，其中有從來並未注意到的深遠的法域存在着。原來勞動法的對象，特別存在於公私兩法的融合區域內，所以研究這個法域是勞動法中特別重要的問題，但今日對這種研究，還沒有十分的可能，何則？法律學的一般趨勢，還沒有達到這樣有利益的發展，所以舊的法律學的界限，在今日還未盡合。但今日要求能夠包括法律的全部份及其種類的一般的新法律形態，這種的研究，已在抬頭中了（註六），尤其在勞動法的範圍上，特別的顯著。何則？勞動法已經在創造能夠融合公私兩法域的一個新的法域了。然所謂勞動法的法域，是怎樣呢？原來勞動法是一個統一法（Einheitliches Recht），包括公私兩法的，兩者在勞動法上，內部結合一起，形成不可分離的性質。勞動法在公法的場合，是以私法做前提的，同時，在私法的場合，是以公法為前提的，例如在勞動者保護內，其基礎是勞動的關係而屬於私法內。但從勞動關係而發生的私法的關係，例如工資請求權（Lohnforderung）則由公法，即工資保全而補充了。又如勞動法的某種範圍，其主要的部份屬於公法或私法的場合時，（例如屬於公法場合，有勞動者保險，屬於私法的場合，有勞動契約的解除及告知）亦構成整個組織上的不可分的部份。勞動法重要的法律形態，例如勞動協約（Tarifvertrag）（註七）是同時屬於公私兩法的。所以我們要從全體上而研究勞動法的本

質時，才能明確了解。如卡斯密，所謂公法的勞動法而區別時，縱使這個區別，是可能的，恐亦將破壞勞動法全部份的內部的融合性。這種的主張，並非對勞動法，完全否認公法及私法間本來所存在的區別。因為現行法是以此為前提的，所以勞動法，仍然承認這個區別，這並非法制上的區別，乃是從裁判管轄上而區別的。倘據勞動裁判法第二條及第三條有關係的工業條例第十三條，則一切民法上的訴訟是屬於普通法院及特別法院的管轄（註八）。所以訴訟的問題，是私法的呢？或是公法的呢？則必須看各場合而判斷的。這樣看來，勞動法，既屬於不可分離的兩個法域內，則我們不但要認識勞動法所討論的材料，的特質，而且還要注意勞動法，是超越個人的利害，而對人類整個社會的組織，有其根本的意義了（註九）。

（註六）Sinzheimer, a. a. O. Vorwort, X. 參茲海馬的主張，如本文所述，是屬於社會學的組織學派，他特別從社會的機能及力，而構成新法學，隆氏的學說，前節已說過與狄驥的立場相似，又類似萊普克的見解。

（註七）Tariventrans 一字，譯為勞動協約，但亦譯為工資率契約及團體協約。柯母門茲，安底摩斯則用 collective bargaining 這術語；

亞斯黎 (Asley) Adjustment p. 95) 則用 joint agreement 的術語，但勞動協約，與「團體交易」區別，較為妥當。柯母

門茲算為「個人的交易」的對照，看做一般的團體的性質。威波 (Webb) Democracy, p. 21) 將類似協約的術語當為 collective

agreements。河原細則解釋為 trade agreement 又與大利亞的法律，解釋為 industrial agreement。所以團體交易與勞

動協約，應該區別。塔利希在日本普通譯為勞動協約，所以我儘根據這個譯語。

(註八) 一九二六年一月二三日頒佈勞動法庭法第二條，是管轄的規定，勞動法院，不問訴訟物的價格，除了普通法院，而有管轄次述的事項。」其中包括五個的事項。第三條，是廣義的管轄的規定，包括第二條各項中未揭載的雇主被僱者及第三者間訴訟的各項管轄。詳細敘述於本論中。工業條例第十三條，是關於工業登錄的規定。

(註九) Sinzheimer a. a. O. S. 3ff.

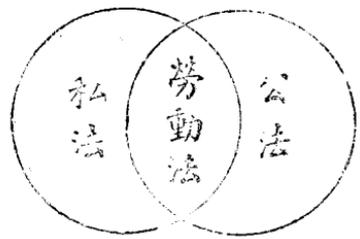
馬泰，蕭瓦魯茲，蕭那伊達，連滿等的見解，大體幾乎完全類似整茲海馬的立場(註一〇)。

(註一〇) 馬泰的主張如下：戰後勞動法的研究，是排斥從來支配德國法律學的個人主義的羅馬法思想，根據其他見解的理念，而建設獨立的法律理論。原來勞動，是社會生活的一個機能的作用，而其內容，不只關於契約當事者，而且關係社會全體的福祉。雇主及被僱者，並非互相締結自己所欲的契約的私人人格者，乃是社會的權利義務的負擔者，因為契約自由，受公共福利的制限，而雇傭契約，亦根據職業團體的機能。雇主，對被僱者人格的保護，負重大的義務，所以特別注意雇傭契約中的人格價值。雇傭契約，被公法所排斥，私的團體法，因之有重大的意義。基當克在其所著的德國團體法史論，提倡耳曼固有的思想，這不但指參加企業及締結勞動契約的意義，而且導出參加統制團體的思想。從來產業的負擔者，僅是企業家，使用人及勞動者，不過其中的參加者，但今日，則同是團體的支配者。德國的革命就是受這種思想的宣傳而來的，例如德國新憲法第一五七條，第一六三條及第一六五條，都是表現這種的思想。其次，勞動協約，及經營協議會等，又使這共同管理的原則具體化，迄至勞動法的發達，更使這種思想發展，其目標，便在解放被僱者。同時他人意志的支配，漸漸消滅，雇主支配的範圍與管理權，亦受了制限，被僱者，得共同參加勞動

關係的形成，雇主的意見，便與被僱者的共同意思相對立了，所以勞動法，有私法及公法兩要素相交錯（*Mischung*）的固有的法域，而構成其內部相融合的法域，便不能分解爲公法及私法的部份的。但是勞動法分離的要素，還未互相在組織的全體上表現出來。因爲這個傾向，雖然存在，還未十分顯著。所以我們必須制定勞動法典，使其統一的全體融合，例如勞動工資，與支給方法及保全一摺，雖是被僱者對雇主的私法的請求權，但與公共的福利，卻有關係的。所以必須按公法而規定的。在現行法制上，社會的保護的機能，是用各種的方法來表示的，例如以私法的規定，做強行法規，或則在比較的更強度的保護上，當爲命令而制定。而且最近在勞動契約法上，實施公法的保護了，所以這不只限於私法的義務，而且負擔公法的義務。最近自律的勞動法亦在發展中，例如勞動協約，經營協定等。這樣看來，今日的勞動法，是佔據特殊社會的立法的法域，而私法的及公法的規定，便與自律的法規，同時融合於獨立的法域了。」（*Manthaei, Grundriss des Arbeitsrechts, S. 7ff.*）按蕭瓦魯茲的見解，「勞動法，是有價的給付不獨立勞動者的法，故是公法及私法的交錯法域。」蕭那伊達及連滿的見解，亦相似。（*Schwarz, Arbeitsrecht, Wirtschaftl. S. 1; Schneider, Das Arbeitsrecht als Führer Zur deutschen Rechtsentwicklung, ArR. VIII. S. 298; Lehmann, Die Grundgedanken des Neuen Arbeitsrechts, ArR. IX S. 413.*）

這種的立場，與卡斯客魯等在概念上，區別公法及私法，而認勞動法，有跨越公私兩法域特別的法域的見解不同，乃是主張公法及私法，有不可分離的融合法域。今試圖解如左：

休密利、柏台及卡斯客魯等，對這見解，表示次述的非難。從來區別公法及私法的見解，理論上，雖有批評的餘



第三 跨越財產法及人格法的特別法

這個見解，就是從形式及內容兩方面，而考察勞動法的法域，在形式上，有附屬於公法及私法的勞動法，但在內容上觀察時，則勞動法，是站在財產法（債權法）及人格法（身份法）的兩個法域上。前面在「從屬學說」的一章中，已經說過，提倡勞動法的身份法的關係的學者，頗不乏人，但提倡公私法的法域的學者，主要的有波底河夫及麥魯斯伯台等。以下試介紹波底河夫的見解。

據波底河夫的見解，民法，商法，刑法及其他德國的法典，都有綿長的歷史，但統一的勞動法，卻是新出現的。其法域，雖沒有確定的見解，但勞動法標準的勞動契約，有的是根據私法的規定，有的則根據公法的規定。在私法上

地，但是公法及私法，在勞動法上，結合為不可分的性質，所以從理論上說，關於勞動法法域的難題，是不易解決的，何則？今日還不能解決裁判管轄的問題及勞動協約，是否適用私法上契約的民法的規定種種實際上的問題，所以縱使解釋勞動法，是公法及私法交錯的融合法，但這些複雜的問題（註一）仍舊存在着。

我以為整茲海馬，馬泰及蕭瓦魯茲的立場，如卡斯客魯所說的，不僅要受實際的立場的非難，而且在理論上，亦不能成立。我的批評，將詳論於第三節中。

（註一） Hueck = Nijpenderg, a. O. S. 6; Kaskel, a. a. O. S. 3.

所規定的，有民法債編中第六十一條乃至第六三〇條，關於雇傭的規定，及承攬契約的規定，商法上關於商業使用人的規定，一九〇〇年工業條例的規定，一九〇二年水夫條例，一八九八年內地航行的私法的關係的規定，一八九五年的流木的私法關係的規定，及其他關於土地法，鑛山法，製鐵工業法，及官吏的私法的規定等等。至於公法上的規定，有生命，健康，勞動力，及財產等的公法的保護規定，例如勞動時間，工資，夜業，少年勞動，女子勞動等的保護規定及社會保險等等。所以勞動法可以說是跨越私法的部份及公法的部份（註一二）。

但如果根據其內容而區分時，便可區分做債權法的範圍及人格法（身份法）的範圍。

原來勞動法學，受羅馬法思想的影響，是事實的。許多法律家，今日還主張勞動關係，是人格法的，及社會的關係所混合的債權關係，但其根本的，是債權關係，換句話說，即根據契約的義務。我（波底河夫）覺得今日法律家站在社會政策見解上的思潮，是從這種見解而來的，這不過將勞動關係，根據於雇主及被傭者的勞動契約的財產的債權關係而已。但一般勞動法學者的見解，則不同。是認被傭者與雇主完全不平等的。因為法律上雖然平等，經濟的則不平等。所以契約的自由，如果不使勞動者餓死，或因救濟貧困不周的緣故，勞動者便要被迫於勞動的地位，結果在被傭者方面看，這並非稀有的自由了。何以呢？生產手段，屬於雇主所有，並不存在於被傭者，而且大資本及管理權集中的結果，給與企業家以強的權力，終非被傭者所能抵抗到底的，這就是佛黎蕭所謂的勞動關係是「權力的關係」（註一三）。法律上，雖有平等的關係，但這種不平等關係的轉化，就是國家對這些不平等者間，創設

調停或保護的原因。在另一方面，又是准許弱者方面的團結，或勞動協約等等自動手段的原因。據一般法律家的見解，這些規定的目的，是在維持雇主與被傭者間的事實上的平等關係，換句話說，即被傭者對雇主站在從屬的地位，而契約的當事人，在社會上，便站在不平等的地位。在這不平等上，而設立雇主與被傭者間的純粹的債權關係，就是勞動法的理想。勞動契約，可以看作是勞動關係的基本物，而且如勞動及其對價，能夠自由交換一樣，所以必須規律社會的保護法，勞動組合法等等。誠然，這種思想，在家內工業及其他小產業的場合，雖是不錯，但家內工業及其他小產業，並非德國重要的產業，在勞動法的對象上，又不佔重大的地位。因為在鑛山，工業，建築，運輸，銀行，保險，航海，及商業等等的生產及交換的範圍內，有使用豐富的資本及器械，而且包括多量的勞動力的大產業及單獨的產業，最重要的產業形態。這種大產業，是天天在擴張中。所以勞動法的決定問題，結果是在規定這種大產業的勞動關係，並不是規律家內工業的小規模產業了。因為大產業是社會問題的中心，因此便有改革的必要。這裏便存在着新勞動法的基礎。

將勞動關係變為純粹的債權關係的要求，爲了經濟的不可能的緣故，便不能實現了。原來債權關係，是在契約當事人中，而創設權利及義務。各種契約，在其內容上，一方面，是權利的性質，他方面，則爲義務的性質，並非當事人間所締結的從屬的性質。但是大企業的本質及其要點，便與此完全不同了。其中，數千的勞動者，並不互相對立，又非各個獨立的給付的集合，乃是組織的互相連結的一個全體，各部份是包括在全體中，僅在這樣連結的要素

上，有其意義與價值而已。例如每日工作八小時的各個勞動者，他本身並沒有自己的意義及目的，要與其他數百人的勞動者相結合時，才有其意義，所以產業是一個有機的組織體，其各個的部份，是綜合於統一的意志，受統一的意志的指揮。

像這種的組織，在大戰前，並未完全規定於法律上。民法的債權法，沒有何等決定的意義。而在勞動契約當事人間的勞動條件的自由協定上所宣言的工業條例第一〇五條，亦不過一片空文而已。因實際上，勞動關係是由習慣及權力而規律的，換句話說，即在大產業中，而規律產業，而且結合法律上自由的各個勞動契約，構成了一個組織，企業家的支配因之發生。這種自由的契約，在組織及結合上，才有企業家的目的效力，而經濟的價值，亦僅在這種事情之下，才能創造。

我們雖然不能否認有種理想欲廢止雇主的支配，而用民主的主義，來代替這種專制的主義。但是爲達到這個目的起見，而使各個被傭者獨立起來，獲得經濟的自由，同時使雇主與各個平等者相對立，而且在純粹債權關係中（與某種人格法的作用相隨伴），解除其契約，這些的方法，到底是不能實現其理想的。這種方法，在某程度內，不過使勞動契約，變爲純粹的一個承攬契約而已。但是，在大經營的場合，又非承攬契約所能維持的，這在法律家中，如基魯克氏已經常常說過的（註一四）即「有活動能力的法律上的全體組織，倘非使各團體員從屬於統一的目的權力之下，則不能存在了。」其次，憲法上的經營組織，縱使承認被傭者的參加，而使指導從屬於其下，但在這

個團體中，支配關係，亦仍舊存續着，又如縱使在共和制度的經營形態上，准許被備者，有經營上無制限的支配，這種支配關係，亦不能除掉的。所以勞動關係，第一是組織關係（Organisationsverhältnis），其目的及內容，是其同目的的綜合，並非各個行爲的單純的集合，所以被備者之間，從來的立法，是完全不關重要的法律關係。按整茲海馬的見解，所謂「連帶關係」（Solidarverhältnis）亦存在的（註一五）。今日的立法，並不從勞動關係上，而解釋大經營的要求及條件爲債務的關係。這個規定，僅在實際上沒有什麼意義的場合，對習慣及勞動協約的規律，而規定爲債權的關係。但自由的——對被備者的自由的——勞動契約的要求上所構成的新的一般規定，忽視經營上一切行動的連帶關係，結果使國民經濟的基礎發生固定化了。

就大體上觀察，人類的關係，有個人對個人的關係，及組織的關係的二者。勞動關係，在此意義上，就是組織的關係。而這種組織關係的勞動關係，在有統一的目的之組織體中，吸收個體，所以被備者，在全體的一部份上，而活動，被編入於雇主單方生產經營的一大組織體中，而其結果，便發生了身份的關係，所以勞動關係，因之有這種身份法上的關係。如果將勞動關係，僅當做債權關係而想像的，便是錯誤了。但是勞動關係，雖以這種身份法的關係爲其基礎而構成的，但我們卻不能就這樣說，債權法的關係，是完全沒有的。要之，勞動法的法域，是包含身份法的及債權法的兩種關係（註一六）。以上是波底河夫氏見解的大要。

麥魯斯伯台的見解，大概與波氏的相似（註一七）。

(註一) Potlloff, Problem des Arbeitsrechts, S. 9 ff.

(註二) Flesch, Kritik des Arbeitsvertrages

(註三) Gierke, a. a. O. S. 57.

(註四) Sinzheimer, Der Korporative Arbeitsnormenvertrag, S. 5.

(註五) Potlloff, We en n. Ziel des ArR. S. 13 ff.

(註六) 麥魯斯伯台的見解，如下所述：「新勞動法的新原理關於勞動法制定的問題的研究，算是今日重要的問題。這個問題的要點，就

是在於研究現行勞動法，尤其勞動契約法，保護所有者的財產的問題，按句詳說，即第一，修正新憲法第一五七條所規定的「勞動的國民」的生活利益的保護，第二，承認波底河夫批評過的身份法的法域，而修改從來財產法上的特性。原來現行法律上的主要的部份，是由羅馬法而來的。(Potlloff, Problem, S. 11. 62)。據普遍的見解，今日的勞動關係，雖與羅馬法的不同，但我們卻不得否認近世法，是以這種思想做基礎的。這就是將勞動的關係解釋做債權的關係。但迄至器械的發明及動力，發現的結果，事實上，法律上的自由，全變做不自由的性質了。第十九世紀末葉的民法，僅承繼一般勞動契約法而已。結果，不能充份規律，所以一部份，由純粹德國固有的精神而修正，一部份則由社會法與人格法的混合的構成而補充。現行的勞動立法對此點，雖然還未十分完成，但是原僱契約法上，已經包含了人格法的規定，而且最近的勞動法典，亦暗示了採取這種人格法思想的傾向。反對這種見解者，雖然對勞動法，主張純粹的債權法的特徵，但卻不能忽視勞動法上的人格法的分野。在另一方面看，又有統一勞動

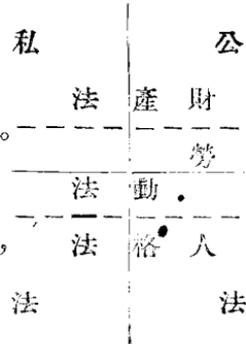
法制定的要求，這並非為國民的一部份而制定特別法的意思，因為法律上所要求的，是統一的勞動法。我們與其說勞動法的理念，是對某種階級或一部份的國民的特別法，無寧說牠的本來性質是常常統一的性質。其次，在從來法律體系上，個人主義，是站在指導的地位的，但今日的問題，是關於勞動協約的新法律現象的構成問題，乃至職業介紹，勞動保護，勞動者保險等等的社會政策的立法，都是其中的問題。因之，便發生了社會政策，對國家是義務，而對市民則為權利，這種的見解。這些新的法律現象，並非從來的法律概念，其中關係是與從來的家長的及權力的關係不相同的人格法的關係，在法律組織上，佔據社會法，債權法及人格法的三個法域的。但是，社會法即勞動保護法，在廣義上，是包括在勞動契約法中，所以勞動保護，可以看做關係契約的內容，而包括於勞動契約法之中。這樣看來，勞動法的法域，是跨越債權法的法域及人格法的法域了。(Matswaki, Deutsches Arbeitsrecht, S. 27-9)

波底河夫與麥魯斯伯台的見解，在根本概念上，雖然未必同一，但兩者的見解，至少屬於勞動法的法域，都主張是跨越債權法的（財產法的）法域與人格法的（身份法的）法域，所以我將以上兩者，當為第三的學說，而分類次述的圖式（註一八）。

（註一八） 整蓋海馬氏，亦不否認人格法與債權法的對立。（請參照第八章「勞動法的構成」一章。）

第四 人格法及財產法的交錯法域的特別法

這見解，並非將勞動法當為公法及私法相對立意義的法域而考察的，乃是認為有財產法及人格法相對立



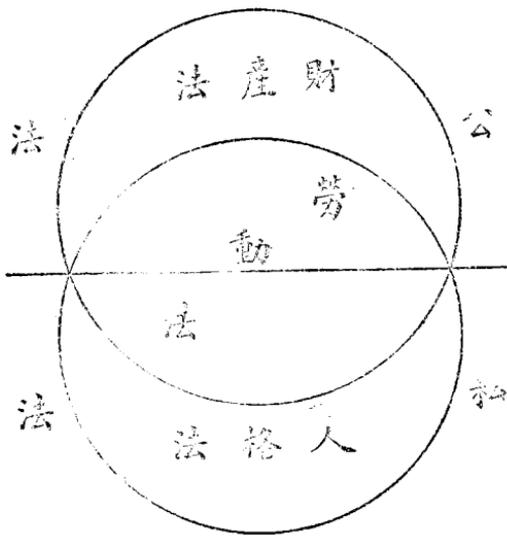
法域的特別法而考察的。這種見解，是極乎獨特而且是新穎的理論，採取此說者，有利達氏。

據利達的見解，從來區別法律的形態，是採取公法及私法的分類的辦法，僅將法律關係的當事人為標準而已。據這種分類的方法，則勞動法上，有公法的與私法的性質存在着，例如勞動法概念的中心的勞動事實，特別呈着市民法的性質時，則必須在民法上而討論了。同時，在實際上，縱在勞動法概念的發展沿革上而觀察時，關係勞動契約，就業規則，及勞動協約等等，亦必須從任意法規及強行法規而考察私法上所規定的固有私法的勞動關係，原來，與私法的勞動法相似的性質，不但存在於雇主與被僱者的勞動關係，而且亦存在於被僱者的產業團體及職業團體的勞動關係上，但在一方面，對勞動關係的規律，僅用私法的手段，是否充分的問題，已經發生疑問了。若從法律政策上觀察，縱當別論，但勞動本身的特質，在現行制定法上，至少亦非僅私法所能保護，換句話說，即主張勞動法概念的內容，更必須其他的見解的意思，申言之，即勞動的事實，正在構成公法形態的基礎，已經當做公法的關係了。例如社會保險，職業介紹，失業，登錄及勞動者保護法等等。其次，官吏的公法上的勤務關係，亦可以當

做勞動法的範圍而考察的，這些明然是公法的勞動法。因此之故，在勞動法上，區分公法的勞動法與私法的勞動法，是可能的了。但是，這僅是從當事人的方面，而分類的，並非從法律關係的內容而區別的，換言之，即是不從法律事實上而區別的。然勞動法領域的特徵，是勞動法與非勞動法間的標準，縱在公法及私法相對立而考察時，問題亦不能充份解決的，所以勞動法的領域必須從法律關係的內容方面分類，而研究其特徵的。

我們試先從法律關係的內容而區分法律體系，則我們可以得到人格法與財產法的區別（註一九）。勞動法的地位一方面，是從人格法，他方面，又從所有權法而分離的。所有權法或財產法，是將經濟的財貨及價格，當爲人類相互的法律關係的對象而構成的法規，所以叫做交易法或價值變動法。私法的物權法及債權法，構成其主要的範圍。在公法上，例如公用徵收及公法的公課等，亦屬於這種法律的範圍內。其法律關係，是關係外部的財貨及財產，並非關係人的，即非關係法律主體間，所組織的人格。所以人格法與財產法的區別，是根據法律的關係，人格法的對象，是權利能力的標準的人的人格，人在人格法上，服從他人的法律上的支配，而對義務者的財產，沒有何等的關係。原來從來人們都主張勞動法是人格法，但他們輕忽財產法上的關係，亦包括在內。因爲勞動力，是當爲經濟的財貨而交換的，我們因之不能輕輕看掉此點。這樣看來，勞動法是有人格法與財產法間的獨自的領域了。我們不該如波底河夫氏一樣，使兩者對立，而認勞動法是跨越這兩個範圍的領域，我們應該解釋勞動法，是人格法及財產法相交錯的領域。（註二〇）。

利達的見解，實在是嶄新的思想，很有卓越的見識。我雖然不能完全贊成利達氏，但我得到他的指導之處，卻很多，現在試述如下：利達的立場，簡單說，是否認使公法、私法及勞動法三者的對立，並否認勞動法有公法及私法區別的抽象的法域。他以為勞動法，有公法的勞動法及私法的勞動法，而討論勞動法的法域時，應該從法律關係的內容方面，使財產法及人格法對立而考察的，所以備用圖式解釋時，則如左圖。



(註一九) 人格法與財產法的區別，早已表現於羅馬法上。格伊尤斯

(Gaius) 將生活關係，區分為身份關係及財產關係，又將私法，分類做關於財產者及關於人格者。尤斯齊利亞奴斯亦承認這分類的方法。但這種區別，雖非理論的及絕對的性質，但大體上，是以不能核算為金錢的，及不能讓渡的，為人格法，否則當為財產法。與近代法的立場，大同小異。但這種區別的範圍，是因時代而異的。

(註二〇) 羅馬法「二〇六頁」

(註二〇) Richter, a. a. O. S. 23ff; Richter, a. a. O. S. 8ff.

第三節 公法及私法的交互關係

第一 一般的考察

我們在第二節中，已經敘述了關於勞動法領域的各種學說之大體的傾向。現在我們已經達到敘述我們自己的立場了。但在確定我們見解之前，我先簡單討論關於公法及私法相互關係的比較深遠的根本問題。何則？因要考察勞動法在公法及私法上，有怎樣的法域，換句話說，即勞動法，是否佔公法及私法的交錯法域，乃至是否佔私法公法化的社會法的地位這些問題，無論如何必須批評公法及私法的相互關係了（註一）。

就大體上看，如上所述，關於區別公法及私法標準的學說，有十數種，但在法學上認識這些區別，而且提倡這些區別的，是屬於法國革命的人權宣言以後的事。最初在法學上研究近世的國家，大概是自然法學。原來自然法學，在希拉羅馬時代，早已存在，而且這個時代的解釋，雖然未必與近世的自然法學同一，但近世的自然法學，簡單說，就是將一切的權利，歸於存在於國家以前的原初的性質，不承認國家創設權利，國家不過承認這權利而已。所以自然法學上的權利，僅指自由而已，而且在這種見解上，公權及私權，或是公法及私法的區別，便不能嚴格的確立了。人權及公權宣言上，一一列記國民的權利，而認國家不過這些權利的保護者，這雖是根據自然法學的立場，但卻不能忽視給與公法及私法的見解上，以重要的影響。但在法國法學及人權主義影響下的第十九世紀上半

期的德國法學中，我們縱說當時關於公法及私法之區別的詳細的著作，幾乎完全沒有，亦非過言的。原來革魯巴（Gerber）雖在一八五二年，在其所著的「關於公權的問題」（Über öffentliche Rechte），曾討論公權及私權的問題，對公法及私法的區別，劃明了一個新的時代，其後經過拉拔底，奧脫妹耶，勃龍哈客，及列甯格諸氏之後，公法及私法的區別，幾經討論，迨至基魯克，更承認站在公法私法十字路上的社會法的法域，但如上面所述，今日關於這些區別的標準，還沒有達到統一的學說（註二）。

（註一）請參照第六章第一節之二。

（註二）關於公私兩法的區別標準的代表學說，有次述的：（一）目的說。即以公益做目的的法律，屬於公法，而以私益做目的的法律，屬於私法。（二）關係說。決定權力服從的關係的法律，是公法，而決定平等的權利關係的法律，則為私法。（三）主體說。國家及其他的公共團體，至少規定構成其一方面主體的關係的法律，是公法，而規律私人相互關係的法律，則為私法。（四）生活關係說。人類形成其國民的生活關係及人類的即社會人的生活關係時，前者是公法的關係，所以規范這關係的法律，是公法；後者的生活關係是私法關係，而規范這種關係的法律，則為私法。以上第四說，是今日一般所承認的。穆積博士說：「人類、社會、及國家三者，是同一物，同時又非同一物。國家生活，就是社會生活，雖以人類種族的生存繼續為其目的，但為組織及維持國家團體起見的人類活動與維持種族生存本身的人類活動，兩者可以區別而觀察的。社會生活這句話，在這意義上，是與國家生活的一語相對的，而使用於維持一般的社會生活，前者是公法，而後者則為私法。」穆積博士著「民法總論」一頁以下，我妻教授著「民法總論」二頁以下。

要之，公法及私法的區別是怎樣的問題，結果就是市民的社會與政治的社會（換言之，即國家）相互間的關係。換句話說，就是上層建築的政治的構造與法律的構造的交互關係。這些問題實在是根本的難題，要源源本本說來，非一部專書不辦，所以並非簡單的可以說明的。但我們在敘述的順序上，不得不考察這個問題。所以以下我們僅限於極乎簡單的說明，至於詳細的考察，容留在他日獨立的著作。

社會的概念，應怎樣決定呢？又社會關係與國家關係，應怎樣規定呢？卻是非常困難的問題（註三），但我則這樣解釋：我解釋社會的關係，與生產關係及勞動關係是同一的。若魯伊冷柯說：「社會關係（人類相互的關係）是從現象獨立的範疇，即從生產的關係而產生的物，有自己的獨立存在性，雖然有時與生產關係分離，或則互相結合，但卻在次序上，而表現於法律形態，即成文法及習慣的不成文法的規範中，乃至表現於法律潛在的形態中（新興階級的新的權利要求）」（註四）。所以在根本的生產關係之上，而現實的所產生的社會關係的形態，是叫做社會關係。但我以為社會關係，是人類生產過程的關係，即由生產的方法而規定的生產關係（註五）。我們第一要承認法的形態及政治的形態，是在生產關係——即經濟的構造——之上，而發生的這個命題，至於這個問題的本質怎樣，請參照「勞動法的研究方法」第二、是法律的上層構造及政治的上層構造的關係，但這個問題，不採取生產各種的關係↓政治的構造↓法律的構造的三段的解釋，乃是採取生產各種的關係↓政治的構造的並行的關係的解釋。這種解釋，有公法及私法的交互關係的重要關係。政治的構造，是國家的機關，而法律的構造，

則爲生產各種關係上直接所產生的法律制度，兩者有互相不可分離的對立，這就是上層構造相互間的矛盾對立的統一物。這對立的統一物，是與公法及私法交互關係的對立相對照的。所以公法及私法的關係，結果歸結於「國家」——政治的社會與市民的社會的互相關係的問題，但如上所述，這個問題是重大的問題，這裏僅簡單敘述其概要。

公法及私法的對立，是根據於發生市民社會與政治社會（國家）的社會分離的資本主義的經濟組織。從封建社會轉化爲近代資本主義的社會時，市民階級，便對封建貴族的階級而形成了一個階級，與之對抗，但迄至生產力發展，而規定資本主義的生產各種的關係時，近代的社會生活上，便出現了資本家（地主）及工資勞動的階級。近代的國家，包括這些生活資源上不同的階級，便由國家的權力而左右他們物質的生活關係了。結果，經濟的佔優勢的階級，在國家生活上，必然的亦佔優勢。這樣一來，國家不過是支配生產階級的經濟的要求上的包括的形態的反射而已。在這種情形之下，近代的資本家階級的國家，便告成立。他們形成了一個階級，並非地方的性質，乃是國民自己所組織的，而在他們的平均利益上，強制其一般的形態。這樣看來，國家對內及對外上，不過是給與資本家階級的財產及利益以相互的保證的組織的形態而已。但國家是某種支配階級者，實現其共同利益的形態，又是包括一時代的市民社會的形態，所以一切的共同制度，是以國家做媒介。以國家的意志做媒介所實現的各種要求，雖然從其基礎性質的生產諸關係而發生的，但其中的各種連絡，非人類本身所能意識到，因此是

當做外部的力，使與他們相對立，而且表現其神秘的姿態。國家學說的觀念論的立場，因之發生。但關於這些觀念論的國家學說的批評，當留在他日提出，這裏僅着重於說明國家獲得外部獨立的強制機關的理由。原來法律概念，是在這種國家的政治權力的命令上，而構成了，但這種法律形態，結果不過其基礎的根本從屬物而已。這是生產關係的現實的媒介的結果。而在各種生產關係之上直接所發生的法律形態，便形成規律市民的生活關係的私法的形態，牠的基礎，是存在於商品生產及交換關係之中（關於此問題，請參照第四章「勞動法的基本關係」）這就是等價的交換形態的法律形態，國家，便當能夠強制遵守這關係的一種機關而作用了。所以等價的關係，究竟是反映法律形態，而且發生了公權力，即國家權力的形態。這種強制的形態，就是公法，所以公法與私法的區別，不過市民社會的成員的利己主義的利益，與政治的全體一般抽象的利益之間的界限而已。這樣看來，公法的區別，是與商品生產及交換關係的發展相呼應的。商品交換的發展，使公法及私法的對立，明白表現出來。所以在商品交換不大發達的羅馬法時代及日耳曼法的時代，這種區別，便不明確表現的，換句話說，即在奴隸勞動及農奴勞動制度上，商品生產及商品交換，並非主要的地位。商品生產及交換，進入主要的地位時，是在產業革命以後的資本主義生產的形式下的。在法律形態上的公法及私法的對立，因此在近世資本主義社會時，才能明確表現出來。而這種區別在羅馬法及日耳曼法上，便絕對不能如今日那樣明白了。例如在羅馬時代，雖然亦有市民法及萬民法的區別，但當時的市民法，只是規律古來羅馬市民關係的法，而萬民法則規律羅馬國內住民的外國

人相互間，及羅馬市民與外國人間的關係的法。據專門家的見解，後者在不區別人種而適用於一切人的意義上，是叫做根據自然理的法（*ius Naturae*）。反之，此外，則承認自然法的概念。但尤斯齊利亞奴斯帝的法律學撮要第一卷第二章說「私法，分做三部份，是從自然法，萬民法，及市民法集合而成。」味厄羅那抄本中說「國民本身，爲自己所制定的法律，就其本身上說，便是固有的法，這固有法，在國家方面，便是市民法。反之，自然之理，在一切人類間所制定的法律，因爲受一切國民間共同的遵守，而且一切民族，都應用這種法律，所以叫做萬民法。羅馬國民一部份用這固有的法，一部份則用一切人類共通的法。」關於市民法，萬民法及自然法的關係，在第十八世紀的自然法學者及歷史法學者間，有各種不同的解釋（註六）。但昂波羅威茲則解釋市民法爲公法，萬民法爲私法，同時他以爲萬民法，被看做與自然法同樣見解的傾向，又是萬民法當做私法的另一理由（註七）。何則？私法是從交換關係而發生的法律形態，公法則從要求確立國家的政治權力的關係而發生的，羅馬市民對外國人及外國人對外國人的交換關係，產生了私法的萬民法，同時規律羅馬國民的市民法，則有公法的色彩。但這些分化，在羅馬法上，並不那樣顯著，所以公法及私法兩者的對立，比較近代的法律形態，亦沒有那樣的顯著，例如關於市民法尤斯齊利亞奴斯帝的法律學撮要一之二中，採取燕魯皮亞奴斯法律學撮要第一卷的文句「私法分做三部份，從自然法，萬民法及市民法而成。」又據門管的見解，萬民法，是各種實證的法規的總體，又是一切民族共通的私法（註八）。綜上所言，我們如果考察上述的各點及古代羅馬市民法，是決定財產，家族及相續的順位，同時我們一併

考察其中包括着宗教的及廣義上儀式的要素，則可知當時的公法及私法，沒有今日那樣明白的對立了，換句話說，原始時代及古代，私法與公法的對立，還在未發達狀態中，兩者明然區別時，是屬於後世的事。

〔註三〕高田博士，在「社會與國家」第一頁中說：「如果我們將社會看做多數人的結合，則國家是一個社會了。」他考察國家與非國家的

社會的關係，其目的在考察二者存在上及性質上的關係，與其變遷及發達上的關係。其次，博士在其所著的「社會學概論」一頁以下，區分社會的本質爲（一）社會現象說，（二）結合原動力說，（三）結合說，（四）共存說。他根據了最後說，但我不從博士的見解。

據說公法及私法的對立，縱在中世的封建時代，亦沒有那樣顯著，第十三世紀時代，法律與權利及權能的差別，沒有何種表現，這種形態，僅萌芽於正在發展的都市中，即「都市的空氣，是自由的」(City air makes free) 這個格言，便可代表公法及私法的混合的都市法發展的原因。這是反映了中世紀商品生產及交換未發達時代的法律現象。

反之，經過產業革命，進入近代的資本主義社會時，法律形態便在公法及私法的對立上，而區別了。迄至市場普遍化時，私法便是關於社會生活的法，而公法則佔了維持這些關係的強制的抽象法的地位，因此，私法是以個人的利己的主體間的利益做對象，而公法則以一般的利益做對象。這樣看來，法律的發展及公法私法的對立，是依存於商品生產及交換關係的發展了。各個的法律現象，雖然未必與經濟的關係，並行的及一致的發展，而其根

本的生產關係與上層構造之間，有時發生發展上的抵觸，而且互相交錯影響，但在全體上觀察時，法律的發展及公私兩法的對立，卻反映了生產上各種關係的發展，換句話說，公法及私法的區別，是依存於商品交換——市場——的發展上面的。上述的，可以用猛氏「從身份到契約」的格言來表示。所以法國革命的人權宣言上所提倡的人的自由以後，各國的法律形態，便按其商品生產的發展階段，而承認公法及私法的區別了，換句話說，即宣言三權分立的民主主義的一般原理。但是，前面已經說過，法律學者之間，對商業資本主義的初期資本主義的時代，還未提倡公法及私法的對立，主倡此說的，是屬於一八五二年格魯巴提倡之後。所以迄至產業資本主義時代的，法學者的傾向，便承認公法及私法的對立了。但資本主義的發展，進入金融資本主義時代，便發生對自由競爭的抑制，而表現於所謂「組織的資本主義」的形態，同時，在政治上，形成了帝國主義的金融獨裁的形態，在法律上則表現於契約自由的制限，此時，公法及私法的對立，又重新發生了疑問，尤其是社會的立法——勞動法——的發展，特別促進了這種的傾向。這就是前面所說的，在德國勞動法學者間，提倡所謂公法及私法交錯法域的社會法法域的傾向。

但「組織的資本主義」決不會廢止生產的無秩序，所以商品生產及交換——市場——亦不會廢止的。公法及私法，亦非完全一致了。資本主義國家的內部無論在國家資本主義或是在獨佔主義之下，都呈着無秩序的狀態，其中都是股份或托拉斯的資本主義。同時，資本的支配，與對抗的形態，亦永久繼續存在於初期的資本主義

時代，乃至金融的獨佔時代，所以公法及私法的對立，在這種形態下所反映的法律形態上，亦決不會取消的。但是，國家資本主義的生產過程，是歸於資本家階級之手的剩餘價值的生產過程。社會民主主義解釋這種過程，是將剩餘價值，變化為剩餘生產物的傾向，這見解，亦表現於法律上面，於是便從中引出私法漸漸與公法混合，及交錯的見解了。這就認私法及公法相對立的一團體主義，及「社會法學」發生的原因。但否認私法及公法差別的學說，未必是今日所僅有的，這個學說，自古以來，早已存在的。但這種見解何以會發生呢？如前所述，這大概是因為公法非個人的一般的利益所支配的範圍，而私法則屬於利己的個人的利益。但實際上，這種區別，又是極乎抽象的。原來一般的利益，雖從私的利益隔離而對立，而在對立中，一般的利益，卻必須採取私的利益的形式。何以呢？在國家組織上，公法是成立於完全包括對立的及孤立的私利益的機能上面。所以公法，雖然，在私法的對立物上，而規定其自己，但卻是不絕從私法而排斥，終則僅在復歸於自己重力中心的私法運動中，才重新發展起來。這樣看來，否認公法及私法對立的學說便發生缺點了。這種缺點，在勞動法上，有特別強大力量上所引導的傾向。所以次項試批評若干關於否認公法及私法對立的學說，次則研究勞動法的法域（註九）。

（註四） 苦魯伊冷柯「前揭書」二三頁。

（註五） 關於社會的關係及生產關係的問題，他日當有討論的機會，所以這裏省略。

（註六） 船田教授「自然法，萬民法，及市民法」，「法律學研究」二七之二。

(註七) Gumplovicz, Rechtsstaat u. Sozialismus, Cap. 86.

(註八) 船田教授「前掲論文」。

(註九) 關於否認公法及私法對立的學說的批評，早有美渡部博士「公法與私法關係論」，「公法與私法的中間區域」各篇名著。

第二 否認公法及私法對立說

否認公法及私法對立的見解，從前已經存在，但其代表的學說，有客魯曾，瓦伊亞，狄驥，及基魯克諸氏的見解（註一〇）。

(註一〇) 他們的見解，簡單敘述如下。

(一) 客魯曾的見解 客氏是威因學派的泰斗，對新康德派算是提倡規範法學的主倡者，這在前面已經說過，沒有贅述的必要。關於客氏否認公法及私法對立的見解，美濃部博士早已介紹批評過，而渡邊氏對此亦有發表過批評，（渡邊宗太郎氏「關於否認公法及私法區別的見解」，「法學論叢」一一，五號三一頁以下。）今試簡單說明客魯曾的立場如下。從來屬於新康德派的法學者，都承認實在的合法則性及規範的合則性，即因果科學與規範科學的兩個部份。味托，茲麥魯及符丹木拉等，都站在這種見解上，但客魯曾則解釋法律學，就是規範科學，而在其上的換句話說，即在道德及美學上，規範的物，是由心理學的而賦與資格的意欲，即在事實上，雖然當做實在而研究的，但法律學，能夠站在規範的範疇的形式意義的範圍內，所以這是最高度的表現，在現實的實

在的，而隔離絕體上，表現於他律的形式中。再申言之，即法律學，是規範的純粹的圖式，而法律學的課題是在整然論理的法則上，而研究各種的規範內容。所以客魯曾說，法律學，在規範科學上，比其他一切的都高一層。從這種見解，他對公法及私法的關係，敘述如下：「現在一般的公法及私法的區別，極乎不確定的，而且極乎矛盾的。倘以公法及私法的區別，認為從法律義務及權利所成立的法律關係的區別，即各個法規規範的區別，而認分類的基礎是存在於法律關係，即存在於個別規範的設定種類時，則這種區別，似乎稍有決定的意義了。但是，有各種義務的一次性的性質上的重要性質者，在當事人單方的法律義務上——當事人他方的權能，是與這種義務相對，而存在的——是否在義務者參與之下，或不在義務者參與之下，而發生的問題，換句話說，即是否由權能者單獨意思的表示而發生，或是由權能者及義務者意思表示的合致而發生的問題，則關於第一的場合，有公法上法律關係的存在，關於第二的場合，亦有私法的關係存在了。這一般的見解，與將國家形態，分做寡頭制度及民主制度的分類的根本見解，是屬於同一的。」（客魯曾「一般國家論」三六章。）所以在理論上，這完全不能承認的，而僅在其性質上的區別，在專制的國家，才能夠承認而已。但在法治的國家上，則不能承認了，何則？國家在專制政體之下，是事實上的萬能的權力者，此時代，國民與臣民的關係及私人相互關係之間，在性質上有明瞭的區別，倘在法治的國家，便沒有這種絕對的權力者，僅在國法所許的範圍內，對臣民，而有權利及義務而已，其中的關係，與私人相互間的關係，沒有絲毫不同的。立法者的國家，在今日雖然是絕對的權力者，但在國法下而活動的國家，與個人一

樣，同是權利的主體，不過要根據法律的力時，才有權利及義務。如果認國家與臣民，在法律下相對立，因而解釋其中之一，是比較其他的意思強大，不免是錯誤的見解了。所以在今日的公法及私法的區別，在理論上不能成立的。(Kelsen, Zur Lehre von öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv. öff. R., Bd. 31. 1913)

(二) 瓦伊亞 佛拉茲，瓦伊亞以爲公法及私法的區別，是不必要的，因爲法律學的研究方法，與自然科學的不同。純淨的法律學是專屬於觀念構成的學問，換句話說，要說明法律的社會現象，必須構成各種的觀念，從而樹立學問的體系，所以，這是視乎何種的觀念，是否適合於全體現象的說明而定的，同時，也就是便宜的問題。這並非證明觀念是否真正，乃是根據是否適合的問題，公法及私法的區別亦同樣的。換言之，即非正與不正的問題，乃是關於法律現象的說明，是否便宜的問題。國家在今日，並非萬能的權力主體，卻是一個權利的主體，國家與人民的關係，等於私人與私人間的關係。所以國家對人民的關係與人民對人民的關係，沒有什麼差別，存在於其間。(Franz Weyr, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, Archiv. öff. R., Bd., 23. 1908)

(三) 狄驥的見解 狄氏的見解，從前在日本，已有人介紹並批評過，現在簡單說來，狄氏在「公法研究」(Etudes de droit public, 1901)中，承認公法及私法的對立，一是外界的權威的規律的形態，他是主觀的私的自治的形態。換句話說，即一是以無條件的義務及外部的強制象徵爲基礎的本質，他是某種限界內所准許的自由的表象。在前者的場合，法律與外部的權威融合，在後者的場合，則與之對立。狄氏在「私法變遷論」中，欲取消

這種的對立。他認主觀的法，即私法上權利的概念，是個人主義的及形而上學的。他努力於社會的及實證的立場的考察。所以他以爲伊厄林格所謂「權利是法律上保護的利益」的思想，結果是以意欲的力做前提的，而其基本概念是個人主義的意志，所以他表示反對。反之，他又提倡孔德所謂義務的概念。他以爲使個人的私權，依全體的關係，與積極的義務相結合的利益發生關係時，就應該保護其社會的機能了，而私權，僅在實行社會的義務時，才受保護。所以這種法律的社會機能，不免使公私兩法的界限發生曖昧。這種立場，不僅是狄驥一人所主張的，卡那魯亦有同樣的主張。

(四) 基魯克的見解 基魯克主張公法及私法的對立之外，還有個人法及社會法的法域。這社會法的概念，曾給與法學界以巨大的影響，這裏不必多說的。他的立場，受今日勞動法學者熱烈的提倡。基魯克以爲從個體所構成的法，就是個人法，而解釋這些法律形態，是獨立自由的個人相互間的機械的結合。反之，以人的共同體，當做單一體，是超個人的價值體，從這全組織體所構成的法，則爲社會法。他承認個人法與社會法的對立，同時又認兩者的交錯法域。這交錯的法域，是法的社會化及倫理化所擴充的法域。然則個人法及社會法與公法及私法的關係，是怎樣呢？他則說明如下：公法及私法的區別，在羅馬法及日耳曼法上，不大顯著，乃是迄至近世，與個人的自由及國家思想的勃興，同時發展的。但羅馬法的私法（*Jus privatum*）與公法（*Jus publicum*）的區別，類似個人法與社會法的區別；日耳曼法的公法及私法的對立，則與個人法及社會法的對立不同。因爲不屬於公法的

社會法，亦存在着。現代的法律形態，雖然都是受羅馬法的響應，但我們亦不能忽視了日耳曼固有法的復活，給與現代法律形態的內部的統一，以新的影響。大概公法，是從國家及主權而來的，在構成員之前，組織全體，而在自由之前，則維持秩序；私法則從個人的自由而來的，承認個人是價值的全體及自由意志的活動，是法律效果的形成力，又認權利是人的力。但在現代，公法及私法的對立，與社會法及個人法的對立不同，個人法及社會法各站在公法及私法的範圍上。公法及私法，包括在法律全體中，兩者的區別，亦不明瞭，換句話說，即發生公法及私法的交錯法域。就現代的實際上說，討論私法的要素時，亦必須顧慮到公法方面，同時說明私法時，亦必須援用公法的規定，如果偏向一方面，便誤認其本質了。在現代，這公法的及私法的組織的結合，是法學上一個大問題。所以公法及私法，有交錯的法域，而且這種法域擴大時，個人法及社會法的法域，亦漸漸擴大其交錯的區域（Gierke, Deutsches Privatrecht, Einleitung）。

第八章 勞動法的構成

第一節 一般的考察

法律是人類經濟關係的外殼所成立的強制的關係。所以法律的構造，是以經濟的構造做基礎的，同時又與政治的構造相呼應的。原來，近世資本主義的社會，是以商品的生產及交換做基礎的。我們前面已經考察過，商品生產及交換，在法律上，表現於間接的勞動關係的債權的關係，而債權關係的前提是所有的關係，所以近世法律構造的中心，便是所有。整茲海馬對於這個問題，敘述如下：「現行法律的中心，就是所有。所謂所有，是對人類而保證其需要及再生產上有益的財貨。而且所有，對一切的人類是平等的及自主的性質。所謂平等，就是一切的人類，都是所有者，而且在法律上，有平等的所有者的能力；而自主的，則指人身存在的基本，是所有的意思。這是現行法制的根本觀念」（註一）。換句話說，即人類，在法律之前，都是平等的所有者，而且是法的主體，這就是商品生產社會的基本關係。所有，在素朴的性質上，是物的使用價值的消費；在商品交換的發展過程上，是對他人而有的契約能力；在資本主義社會，是資本蓄積的過程。換句話說，就是物權的支配。但物權的支配，僅與債權關係相通時，才能

充實其自己的效用，所以現行法，是以物權關係與債權關係，做基礎的。但是，如前面說過的，這種關係，是間接的勞動關係，亦即從來民法及商法上所討論的關係。

但是，以所有做基本觀念的現行法律的形態，是正當的嗎？[？]整茲海馬對這個問題，表示反對。他以為「在今日的社會，沒有所有的人類，不是很多嗎？他雖有所有的能力，但卻沒有所有的物，所以亦沒有獲得所有及行使再生產的手段，甚且沒有可使用的物。為維持其生存起見，便不得不服從他人的所有了。這種情形，就是現在的狀態。所以現行的法律，確有變更從來基本觀念的必要，不以所有做中心，要以人類做中心的」（註二）。這樣看來，從來的物權及債權關係的對立，必須用身份關係及債權關係來代替了。換句話說，即不以所有做中心，乃是以人格的支配，做中心的觀念。這是資本主義社會的法律形態。但所有是以平等及自主做中心的，而人格的支配，則以不平等及從屬做中心的。勞動法構成的中心便在其中。

但資本主義的社會，與古代及封建社會的勞動關係不同，其中人格的支配，是用商品的形態而行使的。商品價值，抽象其具體的差別，而表現其社會的一般性，所以商品的勞動力的價值，亦有一般的抽象性。勞動的從屬，因之亦非個人的性質，乃是社會的一般的性質。換句話說，勞動力的價值，被抽象其個別性，同時，其剩餘價值的收奪，便社會化了。所謂社會化，就是社會一切勞動者的剩餘勞動，分配於產業資本家，商業資本家，利附資本家及土地所有者間的意思，所以勞動者，不只從屬於雇主之下，而且從屬於一切資本家及地主。再詳細些說，即各個勞動者

的勞動力的價值，失掉其個別性，而變做市場上價值的一般性了。同時各個的資本家的目的，並不在於支配所雇用的被僱者的剩餘勞動，乃是在獲得平均利潤為目標。平均的利潤，就是各個利潤的平均化，所以勞動者的從屬，又非個別的，乃是社會的性質。資本家及地主與勞動者的從屬關係，便告成立了。整茲海馬氏關於此點，敘述如下：「人格的概念，並非人格的抽象的意義，乃是由經驗上所給與的社會的存在，人類社會的存在，由社會的地位而決定的，而社會的地位，則與人類的階級地位相伴」(註三)。

這樣看來，所謂從屬，就是階級的地位的相對，也就是勞動者，使用人，徒弟種種的一切從屬者階級與資本家及地主階級的從屬關係，所以商業資本家，產業資本家，利附資本家，乃至地主間的法律關係，都是民法及商法上的關係，即一切從屬者階級的剩餘勞動分配的關係。但一切從業者階級對資本家及地主階級的從屬關係，已經夠構成勞動法構成上的基本關係。反之，這種從屬關係，是根據勞動力的商品化，所以就是如整茲海馬所說的所有與勞動的關係，換言之，即 $W-G-W'$ 的過程。在法律上，是表現於債權的關係。而 $G-W-G'$ 的過程，則表現於人身的從屬關係。這矛盾的過程的統一物，就是勞動法上的從屬關係，所以資本家階級的理念，是以勞動力的價值為限度，而從屬者階級的理念，則以人身的從屬的終止為限度。這樣，故勞動法上的理念，便發生了相對的階級矛盾的不同的理念了。這些相對的性質，發生階級的行動的相對時，就是政治的行動。這階級的政治行動的相對，便發生時間與場所的妥協。這個妥協，便是勞動法構成的基礎原因，所以勞動法，並非固定的，乃

是流動的。朋茲客斯對這個問題，敘述如下：「勞動法，應該屬於社會法的範疇。這裏所謂的社會法，是屬於新的方法，而這種方法，已經形成法律的實在，例如表現於調停制度之中。在這場合，法律表現於生成發展之中。如果我們對於承認這種制度是法律的見解，發生異議時，則調停上的決定，與羅馬的裁判習慣法（Prätorisches Recht）的發展上的法的發現，便有同樣的意義了。這就是新法域的社會法的本質的特徵。其對象，是跟着社會生活的進化發展，而形成新的形態，而且是從來法律上未曾見過的法律上的構成，同時又是其中所包含的法律及法律構成的問題。這新的對象，究竟非從來煩瑣哲學的概念法學的舊方法所能處置的」（註四）。朋茲客斯主張勞動法是從這相對的爭執的發展上而產生的，他的見解，委實正當。這不僅是調停制度，而且是一切勞動法的本質的特徵。本章試考察有這種特徵的勞動法的構成是怎樣？在次序上，我試先第一考察勞動法的理念，第二、勞動法的法源，第三、則研究勞動法，是否階級法。

（註一） Sinzheimer, S. 59-60.

（註二、三） 同註一。

（註四） Bendix, Das Streikrecht der Beamten.

第二節 勞動法的理念

如上所述，勞動法是生產關係的外殼上所成立的法律形態。然則，在這種法律上的勞動法的理念，是怎樣呢？我們在決定這個問題的見解以前，試先考察勞動法學者的立場。關於這個問題，有次述的三種立場。

第一、勞動者保護主義。這就是主張勞動法的基礎，從其發生起，一直到今日，都是建築於勞動者保護的特別要求的見解。所以據這種見解，則勞動法的理念，便在保護勞動者了，換句話說，即是站在保護社會的弱者的勞動者的人道主義見解上。這個立場，在其保護的根據上，有下述的二者：即着重於被傭者經濟的地位的低劣，而極力主張有保護被傭者必要的立場（麥魯斯伯台）並着重於被傭者所給付的勞動，有人的要素的特質的一點，而主張應該保護被傭者的立場（卡斯客魯，休客，利拍台等等）。前者，是緩和和傭者與雇主間的經濟的地位的不平等，後者，則保護人格上的被傭者。如果根據這些立場，則勞動時間法，工資法，安全保健法，勞動年齡法等等，完全是保護勞動者的立法了。

這種保護，最初是他力的性質，由國家發動的，但今日卻是被傭者的自力的努力，即用勞動協約及罷業等的方法，而促進實現保護，同時個人的交易，變化為集團的交易。但這些交易樣式的變更，畢竟是實現勞動者保護手段的變更，而勞動法的理念，完全是以這種保護做基礎的。然對於此立場的非難，是被傭者的保護，與雇主及經營的經濟利益，是相反的，所以被傭者的絕對的保護，是不可能的。被傭者的保護，當然，是以全體的利益做前提，而且以此為限度。然全體的利益，結果歸於各個被傭者的利益，所以被傭者的保護，可以說是增進全體的利益。所以在

經營發生困難時，或是被傭者不良的場合，爲全體利益起見，解雇雖是可能的，但卽非絕對的，乃是受全體利益所制限。所以確保全體的利益，結果就是保護勞動者，同時，國家從保護勞動者的立場上便干涉從來的契約自由主義，卽干涉孟濟斯達學派的自由放任主義。這種干涉，最初是地力的性質，由國家而行使的，但今日則跟着勞動組織法的發展，而受自力的確保了。但其基礎，是在保護被傭者的人身的、道德的，乃至經濟的地位。

第二、契約自由主義 這立場，就是解釋法律形態的理念，在於契約自由。原來勞動關係，是雇主與被傭者間的勞動交易，但是被傭者，在社會的及經濟的地位上，並非與雇主平等的。站在不平等地位的被傭者，當與雇主做的勞動交易時，便不能締結自由的契約了，因爲他們被迫於每日生活的必要，結果，便不能在自由及平等的立場上，與雇主締結勞動契約了。所以國家必須保障去恢復已經失掉的契約自由，同時勞動者的團結及罷業，亦爲確保已經失掉的契約的自由。當然，被傭者，雖有締結勞動關係與否的自由及與何種雇主做交易的自由，但這不過形式的自由，實際上，他不得不屈服雇主單方的勞動條件，因此國家，對不自由契約者，一方面必須積極的制定保護規定去保護他們，他方面，必須使勞動者不平等的地位變爲平等的，換句話說，卽在勞動契約締結上，使被傭者與雇主間獲得均衡的地位，去實現真正意義的契約自由。這就是勞動法的理念。這種見解，就是柯母門茲，安底療斯，格羅，智爾，柏蕭米脫等根據的立場。從這種見解上，勞動者的團結及罷業的自由，亦爲法律所承認了。柯母門茲，安底療斯，關於此點，曾有下列的卓越的見解：「原來，被傭者的團結及罷業，是受制限的傾向。但雇主的解雇的權利

卻是絕對的傾向。其次，雇主又有黑表的有力工具。雇主應用黑表或解雇被傭者，對抗勞動者的團結及罷業。雇主既有資本結合上的強大的團結權力，所以各個勞動者，與這些有威力的資本，做勞動交易時，便要自己團結一致，與雇主站在平等的地位上，有時用罷業及抵制了。這就是勞動者與雇主，站在平等的地位，而做勞動交易，而適用契約自由的原則」(註一)。換言之，勞動法的理念，是在給與被傭者，以勞動契約的自由，並永遠確保這種自由。

第三、團體主義 前面所述的立場，是從個人的交易，而考察勞動關係，但這個立場，則主張勞動關係，必須在團體的組織的關係上而考察，所以勞動法的理念，必須從這種立場而決定的。整茲海馬，波底河夫，及李隙繡等主張此見解。

他們主張勞動地位及勞動組織關係，是勞動法的基本關係，而勞動法，是規律組織關係的勞動關係，所以勞動法的理念，從團體主義說，是存在於社會的福祉的社會的目的，不僅解釋勞動關係為雇主與被傭者間的交易關係，而且認為必然的社會的統一關係，而從這種統一關係所生的社會的規律就是勞動法。所以統一的社會的目的，是勞動法最高的原理。然則社會的關係，有怎樣的構成呢？整茲海馬對這個問題，敘述如下。現在先將勞動法分做兩個分野，一是社會的地位的勞動法，他是社會的組織的勞動法，即「人類的社會的存在，第一是由社會的地位而來。社會的地位，就是階級的地位，這不但根據於法規，而且根據於經濟的財貨及生產物的分配及使用的經濟的規則，換句話說，可以從滿足人類的具體的需要，的立場而觀察的。其次，人類的社會的存在，又可從獲得生

活資料的社會組織方面而觀察。所以據這種立場而觀察時，則人類並非個別的存在，乃是社會部份的存在。

所以在人類效用^上，與社會的存在相適應的規律，有兩重的性質。這兩重的規律，對人類，是為滿足其社會的地位上所生的具體的經濟的需要起見，而給與獲得生活資料的必要的社會力。這種力，是與所有相結合的，所以沒有所有者，便沒有這種力了。因此，為使沒有所有者，在其事實上不能生存的狀態中，能夠生活起見，便必須法律上的社會的規律了。其根據，就是人類的生存，並非人類的^{所有}。其次，為廢止社會組織的危險，而使人類的力強大起見，便要保障組織內的人類的存在，及組織的結合。為達到這目的起見，便必要規律全體的組織，而且必須社會的法律規律去調節全體中所作用的人類的力。這可以叫做社會的規律，未必與支配相結合的。但這並不排斥自立的規律，反而從保障積極的生活，使自立的規律發生效果，換言之，即部份的存在的人類，由社會的法律上的規律，其人類的存在受保障，而且在生命的協動存在，賦與價值時，則其組織發生停止的結果，反而從抑制組織中所作用的一切力，而保護從組織上而分離的人了。因此之故，社會的規律，並不取消社會生活過程的基本力及基本形態。如果認為不是這樣，則不免發生錯誤的見解了，即取消發生社會的生活過程，僅是財貨的生產，而與人類的生存及發展——財貨僅為此而受規律的——沒有關係這種的誤解。

這樣看來，在社會的存在上，使人類發生有效的規定，我們可以把牠叫做社會的人格法（soziale Personennormung）了。這與財產法及所有法並立，因固有的原理，而佔法律全體中的地位，站在人類的社會的存在及

作用上構成特別的法律形態。這有國有的法域，而在此法域的中心力，並非所有，乃是人類，所以我們看見，這新的法律正在發展之中。以前不自由人，僅是一種物；在今日法律平等之下，便是人格者了；但這種新的法律，不僅使他變做人格者，而且使其變做真正的自由人了。

這社會的人格法，就是勞動法。所以勞動法，可以叫做被傭者的社會的人格法，勞動法的構成，是以此做基礎的。即社會的人格法所支配的實質的法典。社會的人格法反映了勞動法的發展的形態，在其組織上，並非外觀上的偶然的法律，因為勞動法的組織是從其根本的精神上所發生的內的必然性的結果。這種精神便在勞動法一切的規定上，形成兩個的集團。

第一、是對社會的地位（階級的地位）上的被傭者的勞動法。階級的地位的被傭者，雖非物的財貨的財產所有者，但從勞動力方面觀察時，卻是勞動力的財產所有者。這就是其特徵。爲了這個緣故，他便能夠做從屬勞動的給付了。在這種地位的被傭者，僅用固有的力及手段，不能滿足具體的需要。這種缺點，是從屬勞動，在不自由人及半自由人的勞動間，永久存在的。所以被傭者，並非以一切的存在，在共同生活體中而結合其生涯，僅在狹小的範圍而結合而已。被傭者雖然使用其勞動力，但不過爲獲得維持生活的財貨而已。這種缺點，雖然表現於勞動契約的自由上，但這亦從一切束縛上而解放勞動者，同時又從古代（今日已解體了）共同社會上而解放他們，結果被傭者與雇主同是自由，因此雇主無論何時，都可解雇被傭者，而且對解釋後的被傭者的生存，可不負何等的

責任了。此時，爲保障沒有生存根據的被傭者的生活，而且爲保障其人類的力與手段之社會的法律規定，便必要了。這並非一般的要求，乃是從給付從屬勞動的特別被傭者的要求上所發生的，所以由此所規律的關係，就是勞動法上的關係。這種社會法所規律的地位，叫做勞動地位，所以，所謂勞動地位（Arbeitsstand）就是被傭者與雇主間所構成的組織之外的，即階級的地位的被傭者所有關係的總括概念。勞動法第一就是規律這種勞動的地位。

第二、勞動法，是對社會的組織上之一員的被傭者的法律，屬於被傭者與雇主間所構成的組織。從來僅從勞動契約上，而考察被傭者與雇主的關係，但是勞動契約的概念，並不包括此兩者一切的關係。例如（一）沒有契約的勞動關係，（二）在雇主與被傭者的關係上，不僅債權的關係，而且支配及服從關係亦存在着，（三）如經營協議組織法的關係，（四）勞動組合的組織關係等等上觀察時，勞動契約的概念，並不包括被傭者與雇主間的一切關係了。

上述的關係，並非契約關係，乃是組織的關係。組織不與特定的法律形態相結合，乃是包含法律上的關係與實質上的關係，不僅發生支配及服從關係，而且發生了組織的協動，從而導出較高的統一體。在另一方面，組織並不除掉附屬並包括其中的債權法上的關係。所以組織的觀念，是雇主與被傭者關係的一切的複合體，我們稱這爲組織爲勞動組織（Arbeitsverband）是雇主與被傭者間所構成的關係的總合概念。

所以勞動地位及勞動組織，是勞動法的基本關係。勞動法，就是規律這些基本的關係（註二）。倘按整茲海馬氏的見解，所謂勞動法是連結勞動地位，及勞動組織於統一的關係的法規。然則勞動法的理念，是怎樣呢？波底河夫對這個問題主張如下：

一般勞動法學者，主張勞動法的理念如下：「勞動法，在於取消被傭者對雇主的從屬，且使兩當事人，事實上站在平等的地位。這種事實要在締結勞動契約時，在債權法關係之下，才能達到的。但是從來的勞動關係，決非真實純粹的債權關係。何則？平等者間的交易，並不存在的。而被傭者對雇主，不僅在法律上，而且在經濟上，亦平等相對了。這樣一來，最初在其內容便是權利。被傭者，對勞動力的使用，便締結自由的契約了。因此必須准許勞動者的結合。要之，最後的目的，在各個被傭者的自由及非從屬。當然被傭者，在某種程度內，對企業家必須做勞動的給付。勞動者及用人與有禮物（*Körperlich Sache*）的販賣者及商品製造業者同樣，是固有勞動給付的自由支配者，而必須用平等的契約，即與對方的自由債權契約，而讓渡的。在法律上，與買賣契約及其他民法上的債權關係平等的相對的勞動契約，事實上，便該同樣自由平等的締結了。從這種見解上，而限定新勞動法的適用，於這種範圍的要求，就必然的發生了。」

但是，上述的見解，根本上是錯誤的，何則？這個立場，在勞動關係上，是從民法的雇傭契約而來，而且從來所忽視的勞動提供的獨立承擔者的契約，與勞動力使用上的從屬被傭者的契約之間的差別，便可從社會的立法，而

完全取消了。至於這應否取消，並非目前的問題，因為我（波底河夫）深信從經濟的根據上，這是完全不可能的。在民法上，實際的從屬勞動與其他勞動之間，並沒有何等的區別。所以僱傭契約與承攬契約之間，亦沒有尖銳的區別。其中界限是流動的，而且有時還沒有這樣的重要（註三）。原來今日勞動法上的保護規定，在民法上，並非僱傭契約，乃是適用於如承攬契約的一種契約（例如家內工業）（Hausgewerbe），對獨立者的許多契約，亦採同樣的態度。因此，能否適用民法第六一一條乃至第六三一條，卻有疑問的餘地。承攬者可以販賣他製造的物，可以應付定貨的要求，可以將不屬於有體物，當爲「工作」而讓渡與定貨者，或則對定貨者而做勞務給付，（這雖是非常無計劃的，卻能夠包括「工作」概念之中的勞務。在上述的場合中，契約當事人的社會的地位，完全是平等的。他們交換二種的財產價值，除此之外，沒有其他的意義。這種債權關係，是債務關係（Obligation）換言之，即純粹上給付與反對給付的關係。

獨立的勞務者對雇主的純粹債權關係，是許多法律家對勞動法改造的理想。原來勞動契約，可以說是勞動關係的基本物，而且勞動及其對價，如能夠自由交換一樣，必須用社會的保護法及勞動組合法等等而規定的。但是這思想，是非常錯誤的，何以呢？今試說明其理由如下：

「我們必須拋棄純粹經濟的利益，是勞動者與雇主結合的關係，這種錯誤，換句話說，即我們必須離開，勞動與工資的交換是勞動關係的本質及其目的這種錯誤的見解。因為勞動關係的本質及其目的，不僅限於工資與

勞動的交換的，這種事實，在將來是這樣的。縱在現在的資本主義時代更覺明顯。新憲法第一五三條亦規定所有必須適合社會的福祉，同樣，勞動亦必須為社會全體而提供的義務。而所有與勞動的結合，必須從屬於社會的目的，換言之，無產者的勞動，不為僱主的私人的目的，而且必須為公共目的而勞動的。因此，奪取他人的勞動，在資本方面，並非自由的勞動，是德國將來最重要的問題，而規律二千萬國民的勞動條件的法律關係，不僅是債權關係，而且是重要的社會法的身份關係了」（註四）。所以勞動法，是以社會的福祉的社會統一體的目的為其理念。這團體主義的思想，又表現於德國新憲法第一六三條，按該條的規定，「一切德國人民，應該負擔應用其精神的及肉體的力於公共福祉上的道德上的義務。」這憲法上的社會的思想，在勞動法的理念上，今日特別的顯著，勞動法的重要規定，例如就業規則法，職業組合法，勞動協約法，團體爭議法，勞動者保護法，社會保險法，職業介紹法，失業者救濟法等，就是規定被備，是社會大部份的構成要素，同時其福祉，與社會全體的安寧，有密切關係的。所以這立場，是從社會全體的構成員的立場，而考察被備者及雇主的結合，在這統一的組織的共同利益之下，而找出勞動關係的規律上的見解。若據這滿的見解，這是上級組織體的主義（註五）。

(註一) Commons, *ibid.*, Chap. III.

(註二) Stuzheimer, a. a. O. S. 59-64.

(註三) Rümelin, *Dienstvertrag u. Werkvertrag.*

(註四) Potthoff, Wesen u. Ziel, S. 42.

(註五) Lehmann, Die Grundgedanken des Neuen Arbeitsrechts, S. 12.

第四、學說批評及我自己的意見 原來資本主義的社會，在其發生及發展之中，便包括着勞動階級的社會的抬頭。勞動運動，所獲得法律形態，便是社會立法，即勞動法，這決非休客、卡斯客魯等所主張的，從人道主義的立場，而表現於保護勞動者。我們在第二章「勞動法的發展」內，已經說過其具體的事實了。勞動法，如果沒有這種社會運動的勢力，決不能夠發展的，所以我們不得忽視這些事實。但在勞動法的理念上，我們可以找出兩個的潮流。一是安頓孟革的主張，一是基魯克的主張。孟革氏在「民法與無產者階級」一書裏，已經鄭重說過契約自由的不合理性，尤其關於僱傭契約，他特別指示階級的奪取的性質。這思想，給與法律學以重大的影響，尤其影響於勞動法學特別的顯著，所以勞動法發生的當初，這思想，便包括其基本理念之中了。第二、基魯克的團體主義的理念，是從組織的統一體中，而引伸法律的理念。他的思想，不僅限於勞動法，而且又佔了今日民法的範圍內有力的地位。所以基魯克的思想是表現於欲將他的思想，樹立一個哲學的基礎的哈因·勃魯托，及舒丹·本·拉諸氏學說中，並欲將此樹立了社會學的基礎的厄亞利喜·卡那魯，及伊厄魯薩諸氏的見解中。這些傾向，在勞動法上表現於整茲海馬，波底河夫等的基本理念中。而今日德國的傾向，亦表示歸着於團體主義立場的趨勢。所以勞動法理念的發展過程，究竟是跟着資本主義社會的發展的，換言之，即在初期及第二期的商業資本主義社會上，勞動者

保護及契約自由主義，是當時主要的理念，這是對正在抬頭勞動階級的一種緩和及妥協的方法。這問題，將在本書「勞動爭議法」的一章內討論，但這個時期的法律理念，是承認勞動階級的日常經濟的抗爭，而又欲將勞動力的交換，置於商品價值的等價的關係的要求，換句話說，即在資本主義的初期中，勞動的市場價格，並不依照價值而交易的，乃是在價值以下而交易的。而欲依照價值，而交換勞動商品的交易的要求，便表現於勞動者保護及契約自由的要求上面了。因之兩者的理念，並沒有何等不同。但資本主義的發展，表現於金融統制時，自由競爭便受制限，迄至生產形態，被統制於少數金融資本家時，團體主義的理念，更特別的顯著了。這樣一來，便需要如今日的資本主義的產業合理化——可變資本部份的合理化——在另一方面，社會法西斯主義，形成主要的傾向時，勞動法的理念，更不得不帶着更迅捷的團體主義的傾向了。波底河夫、黎茲海馬等所主張的有力社會的根據，便潛伏其中。

但是，我們前面已經考察過，勞動法的基本關係的從屬勞動關係，是社會階級的勞動關係，所以並非如團體主義的立場所主張的統一的勞動關係。所以從統一的社會的理念而求其理念，是不當的。何則？資本家階級的要求，在獲得利潤，勞動階級的要求，則在解放剩餘勞動的支配，換句話說，一是按其勞動力的價值的交易做正義，一是根據不付勞動上的自由，為其正義，即資本家階級，由不變資本及可變資本的結合，以獲得平均利潤為目標，所以可變資本與不變資本所投下的資本，無論在那一個場合，都形成 $W-C-W'$ 的過程，及 $C-W'$ ——

$G+G$ 的過程，換言之，即勞動者的勞動力，是按價值的 $W—G—W'$ 的過程，也就是債權的關係。反之，勞動者階級，因其勞動力被消費的結果，便為資本家，而實現較多的價值了。這是 $G—W'—G+G$ 的過程，即身份的從屬的關係。這相對的矛盾的關係，是從屬勞動關係，所以，資本家階級的理念，與勞動者階級的理念，不得不矛盾對立了。所以這裏便不能求其社會的統一體的理念。這矛盾對立，是勞動法發生及發展的基礎。這樣看來，勞動法的理念，是二元的。民法及商法的理念，是表現其一元的，按價值的交易，反之，勞動法的理念是二元的，即辯證法的對立。如果在一元上，而求勞動法的理念，則這不過在法的理念上而存在而已，換句話說，即停止於從屬勞動關係上。但從屬勞動關係的停止，是勞動力商品化的終止，而且勞動力商品化的終止，是勞動關係的自然的機械的（當然不是無意識的意義）連結，因之無論何種的法律關係，都不存在了。這樣看來，勞動法的理念，就是存在於勞動法的停止上。但我則反對此說，何則？這是形式化及抽象化法的形態的勞動法而考察的立場。原來法律既是經濟關係的外殼的構造，所以我們不能贊成將法律本身抽象化之後，而求其理念於法律本身的形式中這種的立場。所以以為勞動法的理念，應該在其矛盾的兩個理念的對立中，而求其意義，而從其對立上所發生的及發展的法律及法律構成，當做勞動法。所以法的勞動法的法源是怎樣呢？便是一個問題。此點，將在次節中考察。

第三節 勞動法的法源

在法律學書籍中，一般常常用法源（Rechtsquellen）這個術語，但是這應該用於怎樣的意義呢？則不一致的（註一）。普通最常用的意義，是應用於法律是法的發現的形式，即法規形成的形式的意義（註二）。所以解釋法規形成的形式爲法源的學者，普通在具體上，列舉成文法，習慣法，判例法及條理等等。

因此我們不得不討論法源這個問題，何以要當做這樣抽象的問題，而討論的基本問題了。然我在答覆這問題之前，先介紹勞動法學者，怎樣解釋勞動法的法源，次則批評他們的見解，並決定我們對勞動法法源的見解。

（註一）法源的意義，用於（一）法規形式的材料，（二）法規形式的原動力，（三）法規形成的機關，（四）裁判上應根據的規範，（五）法規形成的形式等意義。例如美濃部博士說：「法學有兩個不同的任務，一是法的發現，一是法的說明。法的發現，雖是社會意識的發現，但這與法源的問題，有直接的關係。法發生的源，就是法源，其中有（一）人類的意思發表，（二）社會的事實，（三）社會的一般正常人的正義感情三者。」（同博士著「日本憲法」第一卷六一頁。）佐佐木博士說：「所謂法源，是指實定法成立的形式，即一個社會表示其具體的規範意志時，這就是在法律上成立的形式。法源，在另一方面看，不外人類認識社會法律意志的基礎。所以法源，可以從社會表示法律意志的態度及手段兩方面而考察的。」（同博士著「日本憲法要論」二二頁。）末引博士說：「所謂法源，就是法院，應該根據何種的法令，才得裁判呢？裁判因要表示所根據的法律，在其議論上，能夠援用何種的資料呢？這些資料，就是法源的問題。」（同博士著「民法講話」上卷五二頁。）穗積博士及我尾教授等主張法源是「法形成的形式」，「民法總論」三四頁，「民法總則」二二

頁)而孫田博士則謂「法源是組織法律的各種法的規範。」同博士「勞動法論」一五八頁)等等。

(註二) 將法律形成的形式,當做法源的見解的立場,亦包含(一)法在如何的形式上,才當做法律而存在的問題,(二)根據何種的形式,才能知道法的問題二者。

第一 關於勞動法法源的學說

德國勞動法學者,對法源的問題,並不另外在法的淵源上而討論的,他們對勞動法的法源,與一般法律學的法源的問題一樣,同用簡單的說明。所以要知道他們的見解,是用何種的標準而分類的問題,卻是困難的。但大體上看來,可以分類為根據概念法學的立場的見解,根據新康德派的立場,及根據團體主義的社會學派的立場。關於第一的立場,卡斯客魯是其中的代表,第二的立場,耶河祕是其中的典型,第三的立場,則有整茲海馬。所以我在這裏,僅敘述這些代表的學者的見解,而說明一般的傾向。大概卡斯客魯的立場,是採取具體的法規,而將勞動法,排列於形式上所形成的淵源的立場,耶河祕的立場,着重於構成法規淵源的國家公權力,而解釋形式的強制為法源,整茲海馬從社會學的見解上,解釋團體的規範為法源。至於其他的勞動法學者,在大體上,亦屬於上述各種立場之一。但這三種的立場,在法源論上,未必是妥當的分類方法,所以我在這裏是以人做標準而簡單說明一下

(註三)。

(註三) 法源的問題,在法學上,是極重要的問題,但詳細的研究,恐怕要佔本書的大部份篇幅,只得俟諸他日,用獨立的論文,提出詳細討

論，所以這裏僅簡單說明。

(一) 卡斯容的見解 卡氏極乎簡單的說明勞動法的法源，他不過考察勞動法，在何種形式而發現的問題而已，這是從來最普遍的見解，例如關於習慣法及判例法何以形成法源的理論的說明，則幾乎完全沒有提起。卡氏不過將勞動法的法源，區分做一般的及勞動法獨立的性質兩種。前者之中，包含(一)制定法，(二)習慣法，(三)判例法，而後者之中，有集合的協定。集合的協定，又可分做(一)勞動協約，(二)經營協定。

(A) 制定法，習慣法，判例法 在制定法之中，包含(a)憲法，(b)法律，(c)命令，(d)地方條例，(e)規則。習慣法，對行政官廳及法院有其意義，尤其經營協議會法，多根據習慣法。至於判例法，在法源上，與其他法學有同樣的意義。

(B) 勞動協約 這是勞動組合與雇主及雇主組合間所協定的規約，是關於各個勞動契約內容的規則。所以勞動協約，有債權的性質及規範的性質(註四)。規範的性質，屬於法律的一種。所以勞動法，可以說是獨自的法源。

(註四) 卡斯容曾主張勞動協約的性質，有債權的性質及規範的性質兩種。但蓋茲海馬氏，除此二者之外，又舉組織的性質。關於勞動協約的問題，將在本論「勞動協約」之章中，詳細討論。

(C) 經營協定 經營協定(Betriebsvereinbarung)並非對職業的部門及產業，而規律勞動關係，乃是

對單一的經營而規律勞動關係。所以在這點上，與勞動協約不同。一方面是經營指導者與代表者間的協定，他方面是關於統制的規則。這種協定有就業規則（Arbeitsordnung）及其他的規則（註五）。

（註五） 就業規則的法律上的性質，有契約說，法規說及單獨行為說。卡斯客曾僅舉前二者。

（一）契約說（Vertragstheorie）解釋就業規則，是一種契約的提議及契約草案，而其拘束力，是對被傭者的明示及默示的承諾。蘭底門及羅麥魯等主張此說。

（二）法規說（Erlasstheorie）解釋就業規則，為特定經營內的法的規範的立場。厄魯脫滿，泥母，卡斯客魯，整茲海馬等主張此說。在法規說的論據上，泥母以為今日法律上所要求的就業規則，是以一八九一、六、一日的勞動者保護法所規定的做基礎。「工場主人，根據國家的委任權而制定拘束當事人雙方的實質意義的法律。」厄魯脫滿解釋經營是支配的組織，就業規則，則為支配其組織體的根本法規。一即因國家的承認，而在國家內部小生活範圍內所行的自律法。」卡斯客魯，與泥母，及厄魯脫滿等不同，並不解釋為一方的絕對權，他以為這是經營支配者的雇主，經過經營議會（Betriebsparlament）的承諾後，所創設的經營規範，恰如國家的法律經過議會的承諾而後制定的一樣。這就是產業民主主義的新傾向。所以按卡斯客魯的見解，就業規則，與勞動協約的規範部份同樣，是客觀的勞動契約法的規範，即一個法源。反之，整茲海馬氏，則主張就業規則，是一個經營的協約。經營協定，根據一九二〇年的經營協議會法，是在經營代表者與經營所有者之間，協定被傭者及代表者的關係。這屬

於客觀法的創造。何則？這是拘束協定者以外的人，不問是否知道決定，而有拘束力的，但這並非一方的規範，乃是根據契約的，可以叫做契約自律法（請參照後述。）

(三) 單獨行為說 (Yemittungstheorie) 就業規則，並非契約草案或提議，又非法規，不過是僱主一方的私法上的意思表示。客禮及柯拉等主張此說。就業規則的詳細情形，將說明於本論「經營協議」的一章內。這裏僅考察法源上的就業規則的問題。請參照後述。

前面說過的，已甚明顯，卡斯克魯對法源的考察，是剝離解釋法學的從來的立場，僅在法律形成的形式上，而討論而已（註六）。

（註六）休客利和吉共著的「勞動法教程」三頁，並李陳繡「勞動法」一九頁，關於法源的問題，極乎簡單討論。

(二) 整茲海馬的見解 整茲海馬氏從社會學的及組織學的立場，而考察勞動法的法源。據他的意思，勞動法的法源，畢竟是勞動法發生源泉的問題，而有次述的四者。

(A) 國家的勞動法 (Das staatliches Arbeitsrecht) 國家的勞動法，有聯邦法及聯邦各法，包含一般勞動法及特別勞動法。其次，國家的勞動法，是法律及命令。命令與其他法學一樣，在勞動法上，雖沒有主要的地位，但牠有勞動法的法源的性質，卻沒有疑問的。

(B) 自律的勞動法 (Das autonomes Arb.R.) 國家的力，在各個的場合，要制定有效的規定，是不充份

的。國家的法律，在許多場合，不能適應不斷的社會的發展，而且社會力，又常常不能服從國家的規定。因此之故，爲救濟這種缺點起見，自律法，更是必要了。自律法律，就是補充這種法律的不及。原來，社會的發展，愈形激烈時，這種矛盾便愈形嚴重。組織的社會力，便由自己創造法律，而解決此矛盾，這就是法源上的自律的勞動法。自律的勞動法，是客觀法（*Objektives Recht*），雖非國家法，但從屬於國家法的一點則不變的，所以僅在國家所准許的場合，才有構成的可能，僅在國家承認的範圍內，才受維持，而且在國家的處分的形態上，才有效的。自律的勞動法，僅在任意法的圍籠上，才有可能，雖然比任意法優先，但卻在強行法規的次位。所謂自律，有組織的自律及契約的自律。契約的自律法，在原則上，比組織的自律法優先。但組織的自律法，用明文，給與強行的性質時，則當別論了（註七）。

（註七）德意志海兵對組織的自律法，列舉（一）同業組合的事故防止規則，（二）組合，控制組合及手工業組合的徒弟規則，（三）家內勞動的最低工資規則，（四）疾病互助會，職業組合，勞動介紹的勤務規程，（五）德國鐵道會社的對人規則（一九二四、一二、一〇日）等等。

至因契約的自律法，則舉勞動協約及經營協定（就業規則）說明如左：

契約的自律法，是勞動法特有的形態，而在法律上，要根據組織的自律法的自然法的見解，才能了解的。按自然法的見解，支配組織，是個人的承認的不平等的結合，所謂個人的承認，就是契約自律。因此是與自然法上的理論相結合的，但這非單方的立法，乃是兩當事人的約定上的立法。爲了這個緣故，組織自律的負擔者，並非組織的

主權者，乃是法創造的契約自體。又契約自律，亦是組織自律的變態。但是，這非獨裁的形式，其特徵，是在契約的形式。契約自律的負擔者的處分權利，是以支配組織做基礎的自律規定的權力。所以，僱主的絕對權，受這方法的限制了，例如家庭的支配者，僅限於專制者的性質。這構成了所有與勞動的權力的共同體。同樣，勞動組織的意思構成，便任意停止，終則服從於勞動組織法了。

現行的勞動法，表現其契約自律於集合協定上。集合的協定，限於規律勞動關係，是屬於客觀的立法，可以叫做法源。其法律上的規定的根據，如舒丹木拉所說的，是存在其本身之中，而羈東方與創設者的存在，及服從者的意思，是沒有關係的，並非私的，乃是公的性質。因此，國家做協定的補助，依強制的決定而束縛契約當事人的意思，國家縱使干涉，亦不得叫做國家法，乃是自律法而已。集合的協定，有勞動協約及經營協定。

(C) 勞動習慣法 (Das Arbeitsgewohnheitsrecht) 勞動習慣法，在勞動法上與其他法域有同樣的意義。但在勞動法上，則從次述的各點，而特別發展的，即第一，勞動協約，促進習慣法的構成，第二，勞動總長的決定，在勞動法的範圍上，引出法律解釋的同一性 (註八)。

(註八) 勞動協約，雖然限定於當事人，但其決定，是勞動契約的內容，其強制，不限於協約參加者。因此，協約的內容，便發生了慣例的場合了。協約，規律一般大多數者，而且引起與此類似地位者的同樣狀態的傾向，所以結果，牠的效力，在促進慣例。當然，這是地方的性質，及其經營的性質，但卻可常常依照不同的協定而發展。所以勞動協約，可以說是促進習慣法的發展。

其次，所謂勞動總長的決定，是當局立場上的法律解釋，因之沒有何等規範的力量。但經過長時間的慣行，而形成一個習慣法的場合，則有拘束力了。我們知道裁判的判例構成法律時，亦有這種同樣的效果。這樣看來，法律的解釋，亦能構成法律了。勞動總長的決定，雖非特別的法源，但卻能促進創造法律，在此意義上，可以說是形成習慣法的原動力。

(D) 國際勞動法 (Das internationales Arbeitsrecht)。國際勞動法，從大戰前起，已經發展，戰後的發達，尤其顯著。所謂國際勞動法，是關於勞動法基本條件的國家間的國際的協定，所以有國內勞動法的基礎的規範力。但國際勞動法，並非國家所服從的超國家的法，因其本身並非法源，僅在因其活動，而促進一般的法源時，才是法源，換句話說，即有使勞動法的內容，以此做標準的拘束力 (註九)。而馬泰氏亦根據整茲海馬這種的見解。(註一〇)。

(註九) 關於國際勞動法，是否屬於勞動法的一部份問題，學者間有很多議論，我以為這並非直接的勞動法的一部份，在形式上，雖然可以看成構成廣義的國際法的一部份，但實質上，乃是勞動條件的規準，而且從勞動關係的國際化方面看，亦沒從勞動法上而除掉的理由存在著。大概國際勞動法，早經羅伯脫奧威等，從社會政策的及人道主義的立場，而提倡過。其後，受國際社會主義活動的刺激，威靈二世，在伯林召集國際會議之後，便更形發達了。但大體上，是以勞動者保護及同等產業國的同等勞動立法制定的協定，做主目的。國際勞動法的發展，縱非國內法，却是勞動法的終局目標。所以在這種意義上，我們不該輕視了。我對這問題，將詳細敘述於勞

勸法本論的末段這裏不用多說的，因為這個問題與世界市場有關係的，放在最後敘述比較妥當。

(註一〇) 馬泰士與整茲海馬的思想接近，他解釋如下：「勞動法的法源，其一部份是國家的法令，他部份是自律的法源。後者根據國民的自由創造，有勞動協約及就業規則二者。國際勞動法並非法源，在形成國內法的場合，才有拘束力」(Muller, a. a. O.

S. 10)

(三) 耶河祕的見解 按耶氏的見解，法源的問題，雖有種種的解釋，但這是法規 (Rechtsatz) 所表現的形式。然則法規是什麼呢？在狹義的用法上，是指有拘束外部的人類關係 (Äussere menschliche Beziehung) 的各個場合的一般性質的規律——根據自由意志的服從規律 (倫理的規律) 有個別的自己支配拘束力的規律。就是舒丹木拉及莊母所謂的外部的人類關係的規律，所以與支配內部生活的道德的規律，有所區別(註一一)。所以有一般性質的法，與規律具體的事實的法，有其界限的。當然，在實際上，雖然也許適用於具體的事實，但卻是根據於別個的要求。這自由意志基礎的服從，可以叫做無關係的拘束力。自己的支配權或高權，一方面是與習慣的 (Sitt) 制約的，即自由意志服從的因襲規則 (Konventionalregel) 不同，他方面，又與法律行為的規則迥異，例如，與根據法律行為的社團法人的定款不同。因為，因襲的規則及定款，雖然表現於實際外部的人類關係的強制的規則，但其拘束力，在因襲的規則的場合，是根據自由意志的服從，而在法律行為的定款場合，則根據於法規，換句話說，即法規適應於當事人的意思，而賦與法律效果，而法律行為，構成一個法律事實，法規則不過根據當

事人的意思表示，而賦與法律關係的設定，變更及消滅的效果而已。因此，依法律行為的定款，並非法規本身，或法規的一部份，不過根據法規的有效的性質（註二）。

這種法規上的見解，與所謂團體主義（*Genossenschaftliche Rechtstheorie*）立場的法規的概念，完全不一致的。我（耶河祕）對勞動法源問題的見解，認為團體主義的立場與法規概念所規定的，有所差別。所謂團體主義的立場，雖是基魯克，比亞林格，連格魯斯比魯格，及茲魯等所採的見解，但勞動法學者間，根據這立場者亦很多，例如盤茲海馬，波底河夫等，是其中最顯著的，厄魯托滿（*Arbeitsvertragsrecht S. 72*）墨利托魯（*Die Rechtsnatur der Arbeitsordnung u. Tarifbestimmungen*）利拍台（*Beit räge Z. Tarifrecht*）細尤魯脫（*Die Betriebsvereinbarung im Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag u. zum Tarifvertrag*）等。關於勞動協約及就業規則，亦從這種立場而說明。根據此立場的法規（*Rechtsatz*）的概念，有的用於基魯克的「在共同社會的信念之下，從外部無條件的規律人類的恣意的一切規範（*Norm*）」的意思，或則用於比亞林格所謂的「特定共同社會上共同生活的人類，在共同生活的規範及法規上而相互承認的一切物」的意思。在基魯克的立場中，法律行為的定款，亦加入於法規之中。比亞林格的立場，除此之外，又包括了因襲的規則。法規的概念，在法學上，是用於何種的意義的問題，在某種程度上，是專用語上的自由，但從團體主義的立場，則不能區別勞動法上的自律的法規與法律行為上的定款，即集合協定，但普通的用法，則從狹義的法規，而分離上述者。據我

們的見解，狹義的法規，其發動，無論是由國家機關委任的場合，或是由其他法主體的客觀法行使的場合，同是根據國家的權力，所以此點是不承認團體主義的。

法規概念的差別，又引起客觀法的界限的不同。何則？法規，不過客觀法的集合而已。客觀法（*objektives Recht*）的集合而已。客觀法的最後的拘束力，在國家，所以僅限於狹義的法規。倘在團體主義的立場，則適得其反，是極乎廣大的，因為因襲的規則，及法律行為上的定款，亦參加其中，所以在團體主義上，客觀法與法律行為的區別，除了僅討論與抽象的事實相結合的一般法，或則討論各個主觀法的規律之外，沒有其他的意義了。團體主義，以為客觀法，是根據人類的共同社會而發生的，所以在這意義上，結果就是承認一切客觀法，不屬於國家了。同時，國家不過加入這法的共同社會的客觀法而已。結果，這種立場，便將客觀法之中，分類為從國家發佈的法規，國家委任的法規，乃至國家獨立發佈的，及僅僅客觀的法規。但其中第三種的法規，絕對沒有客觀法的性質。因此，團體主義法規的概念，並非正當的，而從這種不正當的概念的法源，結果亦非正確了。

(註一) Stammler, *Rechtsphilosophie*, S. 68, 227, 316, Sohn, *Firchrecht*, II S. 48 ff.

(註二) 卡魯羅蛙，勃羅底滿，厄禮苦細魯斯，基波，波拉普，茲普等，關於此點的見解同樣。至於定款的性質，請參照羅積博士「民法總論」三

八九頁，及我妻氏「民法總則」三三三頁。

這樣看來，團體主義的法規概念，如果不妥當，則應該怎樣理解呢？這就是如舒丹木拉所說的，應解釋做外部

的人類關係的規律。而勞動法的法源，亦必須從這種立場，而考察的。然則，勞動法的法源上，所存在的，是什麼呢？耶河祕對此問題，主張如下。

勞動法的法源上，最重要的法規，所表現的形式，是法律及命令。第二是勞動法固有的法令，第三是自律的條例及習慣法（註一三）。

（註一三）耶河祕在法源上，第一，列舉法令，即法律及命令。此外，還特別討論憲法第一六五條所規定的經濟協議會的性質。（這問題，在本

論中說明。）第二，關於勞動法固有的法令，列舉勞動協約的一般拘束性的宣言，及對家內勞動者的有償規定。勞動協約的問題，

當詳述於本論中，但耶河祕所說的，在勞動協約上，雖有契約說與法規說，然當做法源而考察時，可以看做國家的一個委附規範

（Delegationsnorm）。所以輕忽國家的權力，則不能討論勞動協定的一般拘束性。對家內勞動者，而有一九二三年所規定的家

內勞動法，其中包含承認勞動協約與最低工資的確定二者，（關於最低工資法，在本論「勞動者保護法」中討論，這些在法源

上，與勞動協約同樣，都是由國家委托的。第三，關於自律的規則及習慣法，就是公共團體所發佈的法規的問題，這並非國家的法

規，在團體主義上，可以看做自律的法規，但在嚴格的意義上，並非法規，應該解釋做根據國家的委附的。其次，在習慣法上，其拘束

力，是根據國家的承認。裁判根據的判例法，並非法規表現的形式。裁判並非受判例的拘束，而能夠做與以前不同的法的解釋。下

級審問的裁判，縱被上級審問所破毀，這是完全不同的裁判，因為下級審問裁判的根據，是法規的本身，而能夠做自由的裁判。所

以，在這意義上，判例，非法規，亦非客觀法。這就是耶河祕的見解。

第二 學說批評及我自己的見解

如上所述，關於勞動法法源的見解，與在一般法律學上的相似，是有各種的見解的。所以其基本的理論的批評，與其他法律學上的法源問題，沒有何等不同。我現在第一批評一般法律學上的法源問題，第二批評勞動法獨自的法源的勞動協約及就業規則。

前面說過，關於法源的問題，普通當做制定法，習慣法，判例法及條理等等而討論的。這種立場，究竟是關於法律形成的形式的問題，恰如積博士所說的法源的字義，並不妥當。因為所謂法源，必須是法律形成的源泉。反之，法律形成的形式，何以當做法源而討論呢？這究竟是形式上所決定的法規的立場上而發生的，例如如果法律規範或法律關係，輕忽具體的內容，而一般抽象的概念化時，則其概念的論理的體系的排列，便能夠表現於法律學上面了。這正如勞動法研究方法的一章中所述的，不論實證派，新康德派，或是客魯曾的純粹法學，都是同樣的，例如實證派，認一般法的概念，是實證法律規範的論理的完成的結果，新康德派認爲是超越經驗以上，使經驗可能的。而客魯曾則認爲是規範範疇的形式的意思，所以舒丹木拉所謂「一切法律問題，不外法律形式的概念的各種表現」（註一）。這樣看來，法源的問題，亦當做法律形成的形式，而討論了。但是忽視法的實質的方面，而討論法的形成，在論理上縱使可能，結果，恰如說到沒有身體的人類，一樣的沒有意義。所以關於法源的問題，而討論爲法律表現的形式時，則不過是「法律當做法律的形式而表現」的同義異語而已。何以呢？如果如前面的解釋，則是主

張法律表現於制定法，習慣法，及條理等的形式上，同時，習慣法及條理等是法律的形式了。這分明是同義異語的說法。當然，這種論法者，也許有其人。法律關係，是規律人與人間的關係，而且以此為終始，我們說到關係時，必須在構成此關係的二個或二個以上的項目，或要素之外，而考察「關係自體」。普通雖然能够這樣看先有要素，而後才產生關係，但是論理上，關係自體，比要素先存在的，如果說要素，在自己之中，包含可能的關係自體，則不過當做關係的交錯點，而存在而已。誠然，規律人類的各種關係的規範，在概念上，是從被規律的具體的狀態而分離的，在其分離中，便可當做法律學的對象而考察了。但是，在此場合上所成立者，常常不過社會外部的形式的方面而已。所以這與沒有說明一樣，類似沒有身體的抽象的人類的形骸了。所以，就是在法源的場合，如果僅限於法律形成的形式上，則等於說法律表現於法律上的意義了。這樣看來，卡斯客魯的立場，幾乎完全沒有意義了。

(註一) 按舒丹本拉的見解，「法的概念上，有純粹法的概念與相對的法的概念的區別。前者是法律基本概念的一般思維的形式，要把這純粹法的概念，除了法律自體的思維對象以外，沒有其他的前提，所以完全適用於常常發生的一切法律問題，則則一切法律問題，不外法律形式的概念的各種表現，所以純粹法的概念，必須從後者的概念的規定引伸而出。」(Zammunt, Lehrbuch der

Rechtsphilosophie, S. 245)

其次，葉魯克及比亞林格的立場，即所謂團體主義的立場，是經法的發生及其發展現象上面說明法律。其魯克以為法律是共同社會內的生活規律，比亞林格解釋法律是被認識的規範。所以，在此立場上，習慣及條理，可以

看做是法源。其次，朋茲克斯說社會非固定的，乃是變化的。然法律多少有固定性質，所以便發生法的缺陷問題，爲補救這缺陷起見，自律法的契約法，便是可能的。然如整茲海馬氏說明，這可以當爲有拘束力的法規面存在的見解，完全是從法以外性質的概念而處置了。例如整茲海馬氏主張這必須從自然法的理論上面說明，又如謝魯滿所謂的自然法的復活（註二），但這些僅在法律以外而考察法的形態，在這意義上，團體主義並非討論法的本身，即第一，團體主義的立場，以共同社會做前提，是錯誤的，因爲具體的社會關係，在今日，並非共同社會，乃是商品生產及交換上的間接勞動關係的社會關係。忽視具體的社會關係，而說明具體的法規，不免陷於僧侶主義了。第二，團體主義，又陷於輕忽了法規是建築於國家的基礎上面的謬誤，就是耶河祕所謂我們如果不承認法規是根據國家的權力，卻是大錯的。團體主義，雖然主張法的共同社會，但這是根據於不以國家的權力做前提的社會的拘束力的社會，僅在國家加入於社會中的形態上，而解釋而已。這種解釋，顯然不對的。根據這種不當的法規概念的團體主義的立論，對法源的問題，亦絕對不能決定其正確的見解了。

（註二）謝魯滿「自然法的復活」序文。

復次，耶河祕認法規屬於國家的權力，這種見解，的確正當的。他將勞動協約及習慣法，解釋做 *Delegations-beacht*。我對此點，亦表同意。但耶氏將國家的權力關係抽象化，當爲外部的形式關係，不免與舒丹木拉一樣，陷於使法律形骸化的謬誤了。卡斯客魯的解釋法學，不過技術的科學而已，如耶河祕從統一的恆常的規定而樹立法

律體系的立場，也許有完全不同主張者。但事實上，卻未必是這樣。原來，雖然解釋法學，亦是法典形式的論理思維方法，不僅是屬於沒有理論的認識意義的技術科學，就是如卡斯客魯所謂的，是在理論的科學上所主張的權利（註三）。但耶河祕及卡斯客魯都是在法的形式論理，即在外形的討論的始終一點上，是同一的。所以，在此意義上，對卡斯客魯的非難，對耶河祕亦妥當的。

（註三） Kaskel, "Folgt des römischen A.R.K.?" Vortrag.

許多學者說，解釋法學，非科學，乃是技術。所以把牠叫做認識法學。這個場合的解釋，是指「存在」法的認識，並非「應該存在」法的意義。反之，有的學者謂法的解釋，亦是法的創造。這個立場，是說明所謂解釋，就是引出法律規範的內容的手續，即從一定的法律事實，而獲得法律規範的意義（Schreier, Die Interpretation der Gesetze u. Rechtsgeschäfte, S. 4），而且由解釋所得的法律規範的意義，並非所謂「志向的意義」乃是創造的意思，所以叫做價值判斷的規範創設作用。但這議論，會使上述的兩個問題，混雜一起，即經驗科學的思維範疇，是關於現實存在的認識的思維範疇，並非純粹規範認識的思維範疇。法律雖是一個觀念的體系，但這是物質的內容反映上的觀念體系。所以去認識牠，便是屬於現實存在的認識的思維範疇。具體的現實，雖然歷史的變化，但被認識的存在，在其自體上，是一個的。所以認識論，亦是一個的。以此與純粹規範的認識論，相混雜時，便是用後者來反駁前者的結果。這樣一來，法律的解釋，亦是一個法的創定。有的學者，以為法的解釋，是個人與個人間不同

的一個主觀的認識，所以各人在各個的解釋上成立了。但這是誤解問題的，因為解釋法學，亦是一種認識學，而有科學的體系，解釋法學的謬誤，僅在限定於法典形式的論理的思維方法的一點，及其不討論有具體的物質的內容的法律秩序的一點。

我們關於法律形態的場合，常常必須討論具體的物質的內容的法律秩序——這並非一般的普遍的，乃是特定時代的法規，因為這是經濟關係的外殼上所成立的，換句話說，就是在生產力所給與方法的基礎上所構成的生產各種關係的外殼，而在人類法律觀念的概念中，成立爲法規，而且有物質的內容的法的秩序。再換句話說，如前面「勞動法的法域」一章中所述的，這與政治的形態一樣，並非在其發生，內容，及發展上的現象的獨立的範疇，都是被生產的現象，即從經濟關係而生產的。反之，整茲海馬認社會關係是勞動與所有的關係，這種關係，是一個生產關係的法的反映，所以法律，仍如整茲海馬所說的不免發生社會關係的本身，豈非當爲法的關係而表現這種的疑問。但是，我們認社會關係，並非法律關係的意思，乃是指從生產關係（人類生產過程的關係）而生產的社會關係（人類相互的關係）。這或與生產關係相一致，或與分離，但其自己，則表現於法的形態——制定法，習慣法，判例法等——的規範中。規範是站在國家的強制力上，所以，在此意義上，並非如整茲海馬氏所謂法是社會關係的規範，因為法規是由社會關係自己表現的強制力所維持的法律關係，所以並非社會關係的體制，不過是根據國家的強制生產關係的變化結果中，所發生及發展的人類相互社會關係的法的反映而已。所以所謂

法源，在基礎上，就是在經濟的關係——其基礎是在生產力。然則，何種的物質的存在，在其外部上，有法的形態呢？按前面所說的，已甚明顯，商品生產及交換的形態，有法的反映的外殼，所以商品形態不存在時，法的形態便不存在了。這樣看來，法的源泉，亦可以叫做商品形態。

然則，商品形態與制定法，習慣法，判例法，及條理的關係，是怎樣呢？原來奧斯丁，荷蘭，亞毛斯等。以為立法，司法及行政是三權分立的分析的組織，所以這是不必要以裁判活動的補充的完全法規體系為理想。在這個場合，法律僅在制定法上，才能想像的。但是欲求這完全的制定法，在實際上，是不可能的，而且社會事實，是變化的，所以無論何種詳細的制定法，結果，在機械的論理上，亦不能滿足其機能，所以查味里，苦拉屈及波佛塔等，主張立法院的立法，與法院的立法，即司法的立法。但在謝魯滿所說的今日正在復活的自然法中，承認法的制定，發現，形成，適用及解釋上的創造的活動（註四）。所以行政及司法，與立法同樣，同是法的創造（註五）。據勞德的見解，立法院的立法，是對將來而設定的規則，而且雖不受預定的前提的拘束，但司法的乃至行政的立法，並不僅對將來的規範的設定，而且對過去的交易，亦可適用法規的制定。至於由法律體系所承認的過程上，而要求這一點上，則不同了（註六）。但立法院的立法與司法的立法，縱使不同，此兩者，是滿足法規的形成，發展，擴張及縮少的機能，所以在此意義上，兩者應該同樣解釋的。所以裁判，亦不僅是法的發現，且是製造法律。這樣看來，不但要承認立法院的立法，而且要承認司法的立法及行政的立法了。我對此點，亦沒有異議的。但是，在具體上，誰來立法呢？是否法創造者的

個人呢？這裏所謂法創造就是指找出法的意義。我們如果問法的意義是什麼呢？其答覆便是人類意識本身的活動。這樣一來，我們不過宣傳觀念論的倡倡主義（註七）。但我們不承認法律存在於意識之中，乃是存在於意識外的客觀物質的意識的反映。客觀的事實是以商品形態的人身的從屬關係做基礎的資本主義的社會，所以維持這種社會關係及強化，不過經過國家機關構成員的意識而發現而已，而表現於成文法及習慣法上。但成文法，在其性質上，有固定性。這種便發生了法的缺陷問題了。這種缺陷，由法的解釋上的伸縮性，而保持其伸縮性。因此發生了法的解釋是立法，這種新的議論，同時，法的缺陷的補充上的判例法及條理，亦成法源上的問題了。如末弘博士所說的法源在某種意義上，是法庭的裁判的準則。但這個準則，形式上，雖然表現於制定法、習慣法、判例法及條理上，但結果，不外商品社會的法律從部所成立的上層建築而已。

（註四）請參照第六章「勞動法的制定方法」。

（註五）據裁判及行政，亦解釋為法的設定的立場，大體如上述的見解。裁判官，適用法律時，根據人類的行為，而決定人類所做的法的法則。而法律部設的份子，便隨之成立。即在其結果上，法已實現，而且表示新的法律的存在形態。司法行為，是動的 *Irreversible*，即在裁判的結果上，發生新的權利義務的關係，而判決便有拘束力，執行力及確定力。但這些的行為，是不包括在法規中的新的法律決定。因此這就是以判例為法源的根據。原來，立法院的立法過程與司法的立法過程不同，前者是對將來的法規的設定，後者，是法規上形成法律資料的附隨的選擇及法律資料的過程，並且是對過去的交易而適用的法規的制定，不僅是對將來的法規的制定，並不適用

適用的一語，來表示而已。然他們又這樣的主張如下：原來立法，司法及執行三者，形成一個體系，而有法的階段，依抽象的個別化，變成不完全的物，這三者互相作用，才形成國家的行爲。然則法的創設，是什麼呢？所謂法的決定，就是法的決定者，根據人的意識的行爲，在自己裁量之下，而創設新的法律規範。但所謂法的決定者，是什麼呢？這是國家機關的構成員，而且代表國家的活動，是向着法的可能態的現實態的轉化。什麼是不可能態呢？這是法的理念。什麼是法的理念呢？我們對這問題，則不免宣傳觀念論的倡導主義了。因爲這是以立法，司法及執行爲立法的行爲的學說的本質。結果就是以人類的行爲，當做意識的行爲。理論上，雖是正確，亦不外妻孥的見解而已。

(註六) 湯德「法與道德」(Law and Morals)高柳博士譯六一頁以下。

然則勞動法的法源，是怎樣呢？如上所述，在勞動法上，如在民法及商法一樣，剩餘價值的分配，或等價關係的間接勞動關係，並非其主要的形態。牠是與生產關係相連接的。換言之，是以勞動力的商品化的從屬勞動關係，爲其基本的關係。從屬勞動關係，是矛盾對立的關係，而法的生成及發展，是由這對立的抗爭而促進的。所以如卡斯客魯、耶河祕及馬泰等，所主張的勞動法獨自的法源的勞動協約，及經營協定等，便表現出來了。這畢竟不過是休戰的組織而已。但勞動協約及經營協定的自身，並沒有規範的拘束力(註七)，其拘束力是集合的交易上的勞動力的商品化。原來商品形態是反映於法律形態，在此意義上，法源與民商法上同樣，在商品形態的性質上，沒有何等的不同性質了。不過勞動力的商品形態，如前而所說的，是與單純商品過程不同，因此，在法源上，特別階級的

勢力關係有其重要的意義而已。換句話說，矛盾的勢力的相對，對法的生成及發展上，有重要的機能。

(註七)

勞動法學者間，特別重視勞動協約之經營協定上有規範性的存在，但直接從這性質上而構成法源，是不可能的，因為法規上的拘束力，還是以國家的強制力做前提的，僅僅事實上的力的關係，並非其本身的法律形態。此點，將詳述於本論中。

第四節 勞動法是階級法嗎

如前面說過的一樣，勞動法中，包含相矛盾對立的理念，而表現於矛盾的統一上。而勞動法的原動力，則依存於勞資階級的政治的勢力。然則勞動法是階級的立法嗎？

第一學說 按卡斯客魯，麥魯斯伯台及屈泥拉等的見解，勞動法是特定社會的集團，即職業階級的特別法。換句話說，即隨伴近世資本主義社會的發展的特別社會階級上所發生的工資勞動給付的職業階級的特別法。但在說明的方法上，各不相同，例如馬泰說：「所謂特定社會階級的特別法，就是對於不獨立的工資勞動給付義務者的職業地位的特別法。」卡斯客魯說：「是構成保護全社會地位的職業階級的法。」厄魯托滿說：「這是規律雇主與被傭者間的特別的階級法。」柯魯蕭說：「階級糾紛之史的見解下的一切法的範圍」(註一)。

耶河祕對這問題，則表示反對說，勞動法，不是階級法。他說：「如果認勞動法是特別法，則不失為正確的見解。因為在其發生上，制定為工場勞動法，使用人法，船員法，鑛山法，及農林業勞動者法等等的特別法，縱在今日，亦適

用的。但是特別法的一語與階級法的意義是不同的。

一般所謂社會的階級的場合，是用於經濟的弱者階級，即無產階級與勞動者階級的意思。然則，勞動法是无產階級的法嗎？否，勞動法的法規，雖是從典型的無產階級的生活關係而發生的，而且也許是根據此而發展的，但這並非限於屬於一般無產階級者，乃是包括一切經濟的及社會的階級者。所以，勞動法的特徵，並不存在於無產階級法的一點，乃是必須求於其他之點。勞動法不但非階級的勞動者的法，而且是屬不可能的事。同時，勞動法又非使階級構成固定的。如果我們承認法律上意義的階級的差別，而且不能考察其階級的固有的法時，則縱在這意義上，勞動法，亦非階級法了。次就實際上看，德國對一般「市民」的民法典，是第一次的一般法，縱使當做無產階級的勞動法，亦與其他的特別法同樣，不過構成第二次的特別法而已。所以無論在何點上，勞動法，既非無產階級的法，又非階級法」(註一)。

李際繡，利達，及整茲海馬等關於此點，與耶河祕同樣，都主張勞動法不是階級法(註三)。

- (註一) Kaskel, Begriff u. Gegenstand des sozialrechts, DZ. 1918, S. 541ff.; Meisner, a. a. O. S. 18; Antoni, a. a. O. S. 8.; Kreller, Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, S. 1ff.; Kerstan, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, S. 2.; Korsch, Arbeitsrecht für Betriebsräte, S. 6.

(註二) Jacobi, a. a. O. S. 41

利達關於此點的見解，大略如下：「認勞動法爲階級法，也許有歷史的及社會政策的意義。關於此點，社會法這個術語，雖然也許是妥當的，但是若將勞動法解釋爲法律時，則應該當做法的範圍及法的概念而解釋了。又用商法對民法的意義，而解釋勞動法爲職業階級者的法，則爲了有工場勞動者，商業用人及其他者，都要包括在今日的統一勞動法內，所以法概念的勞動法，必須更論理的組織了。」

第二 學說批評及我自己的見解

我認勞動法，是規律從屬勞動關係的法。從屬勞動給付者一般是用勞動者的概念，而包括的。勞動者，是在社會階級上所規定的概念，所以在這意義上，勞動法，便是階級法。同時，縱如卡斯客魯，休客，利拍台，及馬泰等的主張，勞動法，縱使叫做無產階級的法，亦沒有關係的。不過，我以為階級二字，如麥魯斯伯台解釋爲從貧富而來，或如卡斯客魯解釋爲從職業而構成的，是不對的，所以我以為認勞動法是階級法的意義，應該用於更一般的社會的意義。其次，勞動法，不只關係從屬勞動者的法，從屬勞動者階級，僅在與資本家階級的勞動關係上，才站在從屬關係之下的。所以勞動法，縱說是階級法時，是指規律從屬勞動關係的社會階級關係的法，並不是僅僅關係從屬勞動者的法。整茲海馬氏關於此點，說「勞動法，是規律被傭者的關係。所謂被傭者的關係，是在法規，以被傭者爲根本條件的場合，而處置被傭者關係的意思。所以被傭者，在組織消費組合時，規律組合的法，不必以被傭者爲根本條

件，所以不屬勞動法上的範圍。這樣看來，被傭者的關係，是勞動法的客體了。但這不只是雇主與被傭者的關係。因為勞動法，未必是與勞動契約法相一致的，勞動法是有比這更廣大的範圍的。例如不屬於雇主與被傭者的關係者，有團結法，失業保護法，勞動介紹，社會保險，經營協議會，及勞動協約法等等，都包括在勞動法的範圍內。所以勞動法，不祇是雇主與被傭者的關係，同時，又包括廣大範圍的被傭者的關係」（註四），但是，我對整茲海馬上述的見解，表示反對。如果消費組合，不屬於勞動法的範圍，則團結法，及勞動協約法等等的內部關係，亦屬於勞動法的範圍外了。但這些內部關係，僅在與資本家的關係上，才給與從屬勞動者以法的意義，倘不以相對關係為前提，勞動法，便不能成立了。這種相對，縱使非從來法律概念上的勞動契約，卻是一種從屬的關係，所以我解釋勞動法，在這意義上，是規律勞動者與資本家的從屬勞動關係的法，這樣看來，勞動法，便不祇關係勞動者的法。但是如上所述，從屬勞動關係，與奴隸及農奴的勞動關係不同，並非直接的支配，乃是間接的及一般的。所以有社會階級的性質。這樣看來，勞動法，是規律社會階級的從屬勞動關係的階級法了。

但是，如果將階級法的意義，用於無產階級獨裁的強制的無產階級法的意義時，則勞動法，便非階級法——無產階級法——了。何以呢？原來，法律是從特殊的社會關係而成立的，雖非一切關係的體系，但卻是對應着保護支配階級的利益及組織的權力的利益的特殊關係的體系，所以在資產階級權力支配之下，勞動法，決非無產階級的法，而且沒有可能的。反過來說，如果，將階級法的意義，就這樣的解釋，則勞動法，是資產階級的法了。今日除了

蘇俄的勞動法之外，一切資本主義社會的勞動法，都不是無產階級的法。所以，在此意義上，如卡斯客魯及休客等，勞動法便不得叫做階級法了。

(註四) Stuzheimer S. 4.

第九章 勞動法的體系

勞動法的體系，應該怎樣構成呢？卻是非常困難的問題，迄今勞動法學者間，還未見一定的見解。這是因為勞動法，如商法一樣，並非規律剩餘勞動分配過程的等價關係的法律，乃是規律收奪剩餘勞動過程的從屬勞動關係的法律，而且對公法及私法，佔據特殊的分野，此外，另一理由的，就是從來的勞動法是在社會政策思想之下而立法，所以關於勞動法的材料，應怎樣使其成立體系，是一個困難的問題。各國的勞動法典的體系，亦因之各不相同，所以勞動法，應該怎樣組織呢？是今日實際上，極乎困難的問題。我們在決定自己的見解之前，試先考察勞動法學者的態度，次則對各國的法典，下個概觀。

第一節 關於勞動法的體系的學說

在大體上，今日德國勞動法學者對勞動法的體系的態度，可以區分做四個立場。第一是歷史的體系，第二是法律的體系，第三是與綜合的法律體系相關連的法律體系，第四是社會學的體系。

這種區別，雖非正確的，但在便利上，卻可昭示我們大體的傾向。這大概是耶河祕所用的方法，以下試依照耶

氏的分類而考察（註一）。對此問題，請同時參照「勞動法的研究方法」。

（註一） Jacobi, a. a. O. S. 427ff.

第一 歷史的體系 (Historische System)

這就是主張勞動法的制定法，是歷史的發展的，因此法律的材料與歷史的發展，應該排列一起，而樹立其體系。勞動法，是從勞動契約法，被僱者保護法，及社會保險法而發達的，最近才要求了統一的勞動法。以這種發展過程做基礎，將勞動法的材料排列一起，就論理上解釋各種的制定法。大概統一的勞動法，是從一九一八，一二，二三日之命令，特將從來的勞動法制以外的三種特殊的部份，包括在內；換言之，即包含職業組合法的勞動協約法，勞動者及使用人委員會法（最近編入於經營代表法中）及調停法三者。其後，又加入了職業介紹法，及失業保護法的特殊的法律形態。所以在歷史的體系上，分做七個部份，從而樹立將此構成總合的勞動法體系的立場。所謂七個部份，就是（一）勞動契約法，（二）被僱者保護法，（三）社會保險法，（四）勞動協約及職業組合法，（五）經營代表法，（六）調停法，（七）職業介紹及失業保護法，可以叫做歷史的體系的見解。

勞動法的歷史的體系的構成，在今日，雖參加了多少的變更而敘述，但這種立場，是今日勞動法學者普通的傾向。其中變更的部份，主要的，是將雇主及被僱者的經濟的團結（即職業組合法及勞動組合法）與經營代表法綜合一起，構成了「勞動組織法」（Arbeitsverfassungsrecht）的上概念。這是一九二一年以來特別主張

的。其中之一，就是採取工資課稅，勞動裁判及勞動爭議，並國際勞動法的特殊形態的見解。根據歷史的體系立場的勞動法學者的見解，大概表示同樣的傾向（註二）。

（註二）

利拍台(Praktikum des Arbeitsrechts 1922)將勞動法，區分做勞動協約，勞動備辦，勞動契約及勞動保護，勞動組織，及勞動爭議。

漆氏(Grundriss des Arb.R.)則區分為勞動組織，勞動契約，勞動爭議，勞動裁判及國際勞動法。耶底孫(Jaelsolin,

Das gesamte Arbeitsrecht Deutschlands. 1923)區分為勞動備辦及失業保護，勞動契約，勞動組織，勞動保護，勞動爭議，社會

保險，工資課稅，及國際勞動法。休客(Handbuch des Arb.R.)又將法源及基本概念，附加其中，區分為法源及基本概念，勞動契約

法，協約法，經營組織，勞動訴訟法，勞動者保護法，勞動介紹及備辦，失業保護，社會保險，及工資課稅各部份。休客及利拍台的共著的

(Lehrbuch des Arb.R.)中，分為總論，個人的勞動法，集團的勞動法，及勞動裁判的四部，第二部是勞動契約法，勞動者保護法，勞動

備辦，及介紹法，第三部又分做勞動協約法，經營協定法，爭議仲裁法的集團的協定法與勞動組合法，經營團體法，勞動爭議法的勞

動團體法二部份。新勞動法雜誌中，分為勞動契約法，集合勞動契約法，經營組織，職業組合法，工場，商人，勞動裁判，調停，社會的保護

法，勞動備辦，及失業保護，課稅法等。

如上所述，這些歷史的體系方法的立場，雖曾經過各種的變更，但其目的，是在將勞動法構成爲一個完全的體系，而且明然在於統一及綜合具體的及法律的同種事物。結果，便產生了卡斯客魯的特殊體系（註三）。大概，在歷史的體系上，卡斯客魯的立場，是今日典型的立場。

(註三) 卡斯客魯最初在「法與經濟」第二卷七一頁中，區分勞動契約、勞動者保護、勞動組織、勞動官廳、勞動爭議、勞動備辦及失業保護，

社會保險等的七部份，將勞動協約及調停編入於勞動爭議中，又附加了勞動官廳。其後，在一九二〇年的新勞動法中，將勞動協約及經營協定法，改爲獨立的性質，至於社會保險法則取消。復次，在一九二五年的 *Arbeitsrecht, in der Enzyklopaedie der*

Rechts u. Staatswissenschaft von Kohrausch u. Kaskel 之中，勞動介紹，包括在勞動契約法中，而在勞動爭議之下，則包括形式的法（勞動裁判、調停）及實質的爭議法（勞動契約、勞動協約、及職業組合法）。所以其中體系，包含總論法源、（勞動協約及經營協定等）、勞動契約法、（包含勞動介紹）、勞動保護法、勞動組織法、（職業及經營團體）、勞動爭議、（勞動裁判、調停、勞動爭議）及國際法。

孫田博士說卡斯客魯的體系，是將勞動備辦及勞動契約法當爲勞動契約法相關連的一體，使其包括其中的，（同氏著二二一頁），但是這是錯誤的見解。卡斯客魯雖然將勞動介紹，當爲勞動準備，而包括於勞動契約法中，他在總論的法源中，則同樣處置勞動協約及經營協定，同時，又在實質的勞動爭議中，而討論勞動契約、勞動協約，及職業組合法，並非如孫田博士所說的在勞動契約法中，而討論勞動協約，所以孫田博士分明是誤解了。其次，博士說卡斯客魯樹立獨立的見解的體系，但這是引述歷史的體系的系統的，博士對此點，亦錯誤了。

第二 法律的體系 (Juristische System)

如上所述，歷史的體系方法，有各種的立場，但是勞動法的歷史的發展上的單純排列，不能十分滿足理論的

體系。所以歷史的體系的立場，在科學上，不充份的。於是便發生了將法的材料用科學的及理論的分類，而樹立其體系的見解。這有兩種的立場，一是法的秩序，整理其被引出的對象的方法，即所謂社會科學的研究方法（*sozialwissenschaftlich orientiertes System*）同時又叫做社會學的體系的立場。一是根據法秩序本身上的法律特殊性而整理的方法，換句話說，即根據法律的見解的體系，又叫做法律的體系（*juristisches System*）的立場，厄連比魯格曾主張此說（註四）。

(註四) Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. I, S.22ff.

當然，在第一的歷史的體系之中，就方法論上觀察時，根本上，亦分做這兩個立場，而不得根據與此兩者不同的方法論。（請參照「勞動法的研究方法」）例如勞動法的出發點的勞動者保護法，分明是根據法律秩序的對象上的分類。所以，這是以社會科學的方法，做前提的。但如果按次序排列勞動契約法，被備者保護法及社會保險法的三部份時，則將公法的被備者保護法與私法的勞動契約法分開，所以在此點上，便是根據法律的見解的排列了。這樣看來，卡斯密魯的勞動法，分類的方法，一部份是社會科學的對象的研究，他部份是法律的研究。何則勞動契約與勞動介紹的綜合，或是調停，勞動裁判，及實質的勞動爭執法與勞動爭議的綜合，僅從社會學的方法，才有可能的，同時，以勞動協約及就業規則，為勞動法的法源，亦僅在法律的方法上，才有可能。

但這種的方法論，既是這樣的混雜，欲將法律材料，用科學的及理論的整理，是不可能的。所以這種方法，叫做

歷史的體系。但勞動法學，亦要求更方法論的一定的研究。爲滿足此要求起見，按卡斯魯便有法律的方法及社會學的方法的二者。

然則根據勞動法之法律的研究的體系，要怎樣的構成呢？

原來將各種的材料，根據其法源的差別，而樹立其秩序的方法，是粹純法律的研究方法，例如將勞動法，區分做聯邦法律，及各州法律，法律，命令，規則及習慣法時，則是勞動法的法律的研究方法了。但在勞動法上，集合的協定及協定法，縱在法源上，亦有重要的意義。然這種部門，不過認識外部的法律關係的媒介而已，這在耶河祕的法律學說中，已經介紹過。我們知道完全的法律體系，如舒丹木拉所說的，是採取法規的內容，而依照法規上所表現的法律材料的法律形式場合，才有可能的。所以法律家，必須包括內的同種性，而使其固有性明確。像這種法律的研究，雖不十分圓滿，卻已經過各種的試驗。但公法與私法的關係，還不大明確，因此個人法與集團法的區別，亦不能十分表現出來。結果，從來的見解，便陷於極乎素樸的性質了（註五）。以上的敘述，是耶河祕的批評。

（註五）格魯利喜（Goerrig, Arbeitsrecht des neuen Deutschlands）區分雇主法與勞動者法二者，又將此分做個人的勞動法，集團的勞動法及法的實現。他雖然區別了個人法與集團法，但其實不過極乎素樸的法律的體系而已。其次，厄德魯（Erdel, Arbeitsrecht）

區分個人的勞動法及集團的勞動法，但將勞動契約法，編爲個人法，其他則編入於集團的勞動法內，亦不過素樸的見解而已。所以耶河祕批評這些立場，不將勞動法，當做法學的一個法域，乃是從一切法域，而聚集與此有關係的法規，而區分公法的及私法的方法。

法而已，因為他們都不承認公法及私法上的特別的勞動法的法域，所以法的材料的組織化，不能十分行使，僅在採取分離的思想而已。這種見解，結果，便發生下述兩種的立場，即一方面發生了比尤拉偏向公法的勞動法的立場，他方面又發生了卡泥及格羅斯將法的材料，分做私法的勞動法及公法的勞動法，而使其對立的立場。比尤拉（Bühler, Arbeitsrecht）區分公法的勞動法及私法的勞動法，在前者之中，不僅編入了勞動官廳、團結及爭議法、勞動保護法、工資課稅、及國際勞動法，而且編入職工組合法、經營協定法及社會保險法，所以似乎太偏重於公法的勞動，同時，卡泥及格羅斯（Kallee und Gross, Taschenbuch des ArbR）雖然明白區別公法的勞動法及私法的勞動法，但私法的勞動法之中，加入勞動契約法、協約法及經營協定法，而公法的勞動法之中，則加入勞動行政法，（再分為十部份），而且將勞動爭議法，編入於私法的勞動法中，職業組合及經營協定法，則當做勞動組織法，而編入於公法的勞動法，亦不免發生矛盾了。

休客及利拍台，在其共著的（Lehrbuch des ArbR）體系的方法中，雖然區分個人的勞動法及集團的勞動法，但並不區分公法的勞動法及私法的勞動法，所以不將他們歸於這個分類內，比較的妥當。

第三 與綜合的法律體系相關聯的法律體系（juristische System in Anschluss an das Gesamtrechts System）。

前面所述的法律體系，是不完全的，因此便發生了欲樹立與勞動法之科學的綜合的法律體系，有連連的法律體系的立場，這是耶河祕主倡的見解。（請參照「勞動法的研究方法」中的耶氏的見解。）

按耶河祕的見解，勞動法是從綜合的法域而考察牠賦與法的效果於勞動事實的法規，而且是橫斷綜合的法律體系。綜合的法律體系相關連的勞動法的法律的研究方法，從這種事實上，才有可能的。這就是依照這種基礎的組織，去適應法律關係的各種構造，而分類勞動法。原來，縱在一般綜合法的法律材料的體系化時，亦必需精神的活動。所以精神的活動，亦為勞動法體系化上所必需的。勞動法的法律的理解，能夠促進這種事實。而綜合的法律體系的勞動法上各個法律現象的關係，可以從勞動法體系中的地位而觀察的，所以法律家，對這種法律的法規，應該怎樣把握的問題，可以即刻知道了。而且勞動法上固有的法律組織，並非空中的樓閣，乃是明白表現其自己的。因此其法律體系化的排列，常常用能夠認識的法律上的表現而組織。

所以根據勞動法綜合的法律體系研究的法律研究方法，便不得不抽象法律關係的各種不同的構造而考察及體系化了。然則勞動法的體系，是怎樣呢？茲先區別（一）法源，（二）勞動法的人，（三）勞動私法，（四）勞動行政法，（五）勞動手續法，（六）勞動國際法的六個體系（註六）。

（註六）耶河祕的組織的立場，如下所述：（一）法源。法律關係，既是從法源而來，所以第一必須從法源上而考察勞動法的體系的構成。法源是屬於公法上的問題。（二）勞動法上的人。這是關於被傭者，雇主，經營，及經營代表的被傭者性質，勞動者性質，使用人性質及被傭者等等，並包括雇主經濟的團體，及特別官廳的國家，聯邦，公共團體，公共組合，及勞動法上公法的法人等等的問題。其中雇主與被傭者，是私法上的權利主體，屬於私法上的。至於經營，無論是公法的，乃至私法的，或是經營的內部的支配關係，都是屬於私法上的問題。

題，其他的，則屬於公法。所以勞動法上的人，一部份是屬於私法，一部份則屬於公法上，而公法私法的組織，則絕對不存在的。(二)勞動私法。是雇主與被僱者的私法的關係，對勞動契約，經營協定，勞動協約，及勞動生產物的法律，都包括在內。(四)勞動行政法。是雇主與行政主體，及被僱者與行政主體間的公法上的關係，包括團結法，被僱者保護法，被僱者管理法，社會保險法，勞動財政法，行政訴訟及行政強制制(勞動法上的)。(五)勞動手續法。是國家與雇主及國家與被僱者間的公法上的關係，其中是包括有包含着強制支付手續的調停手續，及權利保護手續。(六)勞動國際法。是關於勞動條件規則的國家間的法律關係。

第四 社會學的體系 (sozialwissenschaftliche System)

如上所述，欲從純粹社會學的立場，而樹立勞動法的體系者，有整茲海馬及波底河夫 (註七)。而不根據法律的體系，而欲樹立法律材料的對象的典型立場者，有耶河祕及麥魯斯伯台 (註八)。這種立場，以為法律秩序上所發生的形態(形式)在勞動法的整理上，完全沒有意義的，所以法律家，儘可不問這種問題，而在社會學的體系上，可以極乎自由樹立其體系了。

(註七)

整茲海馬氏在「勞動法原論」的初版中(一九二一年)決定勞動法的體系如下：他區分勞動法的基礎，勞動法的構成及內容，並勞動法的補充教導的三者。第二部中，又分為一、勞動契約，二、勞動組織，(基本形態，勞動共同社會——經營協定，社會組織——職業

組合)，三、勞動職業，(保護法——司法，立法，調停，社會保險——團結權，代表權)在調停之中，又包括職業介紹及失業保護。第三

部中，亦再分為一、統一勞動法，二、勞動與所有。但在一九二七年的第二版中，則更改其組織，一、勞動基礎，二、基本關係。其中第一部中

又分爲勞動地位及勞動組織；勞動地位，再分爲自律的社會規定（團結、團結自由、團結權）與國家的社會規定（勞動備辦、勞動者使用人保險、及勞動自治行政）。至於勞動組織，亦再分爲勞動關係及勞動憲法。勞動關係中，一是本質，二是形成（使用人契約及沒有契約的勞動關係），三是內容（權力的內容、債權法的內容），四是結論。勞動憲法（組織）區分爲一、本質，二、團體（經營團體、職業團體及勞動共同體），三、勞動爭議（勞動爭議與公法規定；勞動爭議與私法規定），四、調停。波底河夫氏在「勞動法的問題」中，區分一、勞動法的發展（過去及現在——法的淵源、法規內容、具體的狀態及運動），二、勞動法的問題（一般的——所謂社會的，是什麼呢？國民經濟上的問題，根本問題。對雇主的不法，社會政策及民族。——統一勞動法——私的官吏法。備被者法。——個別的問題——勞動備辦的問題。勞動組織的問題。勞動爭議的問題。勞動契約的問題。勞動制限的問題。勞動法與民法。權利請求及法學）。

（註八）麥魯斯伯古（Deutsches A.R.N.）區分爲契約與勞動、團結與勞動、自治與勞動、國家與勞動、及國際與勞動。他高倡這是將來勞動法典的組織的體系。

第二節 各國勞動法典的體系

各國勞動法典的體系，極乎複雜多端，正如學者問關於勞動法體系，沒有一定的見解一樣。德國大戰以後，繼續編纂中的統一勞動法，如果說是根據前面所述的體系的分類，則分明是屬於歷史體系

了。當時整茲海馬及耶河祕等，雖然反對這種編纂的方法，似乎亦歸無效。所以按耶河祕的見解，德國的統一勞動法，完全忽視公私兩法的對立，不過是一種法律材料的單純的集合而已。其中體系，大概如下面所述的，茲先將全體分做四個部份，然後再詳細區分。

- (一) 勞動職業法（團結法，職業組合，勞動協約及保險。）
- (二) 經營組織法，勞動組織（就業規則，經營協定。）
- (三) 勞動契約法（一般法，特別勞動契約。）
- (四) 勞動官廳。

除德國以外的各國勞動法典，大概亦都屬於歷史的體系。其組織上的大部份表示與卡斯客魯的立場有相當變更的形態。不過，其相當不同點，就是將勞動協約，當做集合勞動契約，尤其當做勞動契約的類概念的一點。但根本上，與卡斯客魯的歷史的體系，幾乎沒有多大差別（註一）。

（註一）除了德國以外的勞動法典，如下所述。

(一) 法國 法國是最初編纂勞動法典的國家。按 (code du travail) 則第一篇是關於勞動契約 (des conventions relatives au travail) 第二篇是勞動取締 (de la réglementation du travail) 第三篇是勞動團結 (des groupements professionnels) 第四篇是勞動裁判，調停及仲裁，職業的代表 (de la

jurisdiction, de la conciliation et la paritité en matière de différends collectifs entre patrons et ouvriers ou employés; de la représentation professionnelle) 第五篇是社會保險(Des assurances sociales)第六篇是國際勞動法(conventions et traités de droit international)但其中僅完成了第一篇及第四篇。

(二)西班牙 一九二六、八、二三日勞動法典(código del trabajo)是由勞動契約法而開始的，即第一篇勞動契約法，第二篇徒弟契約法，第三篇傷害補償法，第四篇勞動法庭。關於對各種職業的雇主及被傭者的公法的利益代表，而有勞動法典附屬的特別法(organización corporativa nacional, 26 No. 1926)。

(三)蘇俄的體系，區分法律材料，爲十七部門，採取互相平等對立的體系方法。這是經過一九一八年中執行委員會採決後，於一九二二年實施。其內容：(一)勞動契約，(二)勞動協約，(三)被傭者保護，(四)勞動組織，(五)勞動手續，(六)社會保險。按耶河祕的見解，這四種的勞動組織，與其他各國不同，可以說是字面上的勞動組織。

此外，一九〇八年魯屈生蒲魯伍政府曾發表勞動法規的編纂。但却未成立爲法典。其中區分爲第一部，雇主與被傭者的契約關係，第二部，勞動者保護及保健，第三部，勞動者保險及社會的保護。

其次，一九二一、六、六日的阿魯剪清的勞動法典草案，是模倣法國的勞動法典。其不相同之點，是在社會保險

(傷害保險)勞動者保護法中，將勞動協約法編入於團結法中。

第三節 勞動法體系的我見

我在以上的論述中，已經考察過勞動法的基本關係及其原理了。然則勞動法應該怎樣樹立體的體系呢？我
在本論中，欲用次述的體系而考察：(一)勞動契約法論，(二)失業勞動法，(三)勞動者保護法，(四)勞動組
織法，(五)勞動爭議法，(六)國際勞動法的六部份。其理由如下：我想第一在勞動契約法上，考察從勞動關
係的具體的法律形態；第二敘述應該怎樣處置從這種從屬關係而發生的失業業者；第三考察國家的勞動者保護
法，比較的妥當。其中至第三部止，是構成本論的第一篇，將社會保險法包括於勞動者保護法之中。第一篇主要的
是呈着國家他力的救濟濃厚色彩的法律形態。第二篇主要的是討論自力的救濟，即討論勞動組織法及爭議法。
勞動組織法中，討論團結及勞動協定，(經營協議，勞動協約及就業規則等)，至於勞動爭議法中，則討論罷業及
其他的爭議，調停及仲裁等。同時，第二篇主要的是法律形態的停止的過程。第三篇則考察勞動關係的國際化，即
國際勞動關係。我討論法律形態的國際的停止時，便結束了我的勞動法全篇的體系了。

根據上述體系的拙著「勞動法」的論述，大抵在第六卷以下，便可完成了。本著「勞動法序論」是本論上
的一般的原理的考察，類似勞動法總論的性質。本著所考察的原理，算是第二卷以下的本論中具體的形態的原

則，其中將有更詳細的論述。而拙著「勞動法」的整個篇幅，是昭示從勞動關係，怎樣反映於法律上面。

封面

书名

版权

目录

- 第一章 劳动阶级与劳动法的生成
 - 第一节 劳动阶级的发生
 - 第二节 劳动法的生成
- 第二章 劳动法之史的发展
 - 第一节 一般的考察
 - 第二节 德国劳动法的发展
 - 第三节 「劳动法」术语的发展过程
- 第三章 劳动法的意义
- 第四章 劳动法的基本关系
 - 第一节 单纯劳动关系
 - 第二节 从属劳动关系
 - 第三节 从属劳动关系之现象的构成
 - 第四节 从属劳动关系的源泉
- 第五章 从属劳动者及资本家
 - 第一节 被佣者
 - 第二节 资本家
- 第六章 劳动法的研究方法
 - 第一节 一般的考察
 - 第二节 劳动法研究方法上的学说
 - 第三节 学说批评及我的见解
- 第七章 劳动法的法域
 - 第一节 一般的考察
 - 第二节 关于劳动法法域的学说
 - 第三节 公法及私法的交互关系
- 第八章 劳动法的构成
 - 第一节 一般的考察
 - 第二节 劳动法的理念
 - 第三节 劳动法的法源
 - 第四节 劳动法是阶级法吗
- 第九章 劳动法的体系

第一节 关于劳动法的体系的学说

第二节 各国劳动法典的体系（一）德国（二）法国
（三）西班牙（四）苏俄（五）鲁屈生蒲鲁伍（六）
阿鲁？清

第三节 劳动法体系的我见