



3

0037373-000

649-242

労働契約の研究

八木清信・著

政経書院

昭和9

AGF

この著作物は、著作権者不明のため、著作権法  
第67条の規定に基づき、平成12年5月15日  
付けで文化庁長官の裁定を受け使用するものです









東京大学  
経済学  
教授

八木清信著

労働契約の研究

社会  
政経  
書院





649-242

### 序

本書は著書が、京都帝國大學法學部を卒業後數年間、同大學研究室において民法一般に亘つて研究し諸雜誌に發表したもののうち、労働契約に關する小論文數箇を蒐めたものである。

労働契約は労働法學の擡頭と共に身分的・組織的色彩の強い新しき契約典型として注目さるゝに至り、それと共に労働契約上の諸問題も更に見直されることを強要された。本書に蒐められてゐる諸論文もそうした強要に促されて書かれたものが多いが、別に著者は本書を以て世に問はうとするものではない。本書を公にする所以のものは、實は著者が、昨年大學の自治・研究の自由を繞つて展開されたいはゆる京大問題を機會に、京都大學の研究室を去るに至つたのを記念するが爲である。そして著者はこのさゝやかないとなみの成果を一礎石として更に新しき學的生活に精進しようとするのである。

こゝに、さゝやかながらも本書を公にすることが出来るやうになつたのは、寔に、著者が卒業以來絶えず懇切なる御指導を賜つたところの恩師末川先生はじめ、折に觸れ有益なる御教示を賜つたところの恩師佐々木・田村・恒藤の諸先生の賜物である。本書の公刊にあたり右諸先



生に深く感謝する次第である。

尚ほ、本書の刊行については政経書院主田村敬男氏に負ふところが甚だ多い。ここに同氏に深甚なる謝意を表する。

昭和九年五月

洛北下鴨にて

八木清信

目次

序……………一

一 獨逸に於ける労働協約の基本觀念とその發展……………一

二 労働協約の法律的性質……………二七

——獨逸法を中心としての考察——

はしがき……………二九

一 労働協約令……………三〇

二 労働協約令實施前に於ける労働協約の法律的性質に関する學說の概観……………三三

三 現行法上の學說の概観……………四二

四 法源說……………四四

——團體法的學說に所謂自主法と見る學說——

五 國家的法と觀る說……………五五

六 法源說反對論 Jacobi の說……………六六

目次……………一



七 結 語 ..... 八

三 労働生産物の所有権取得について ..... 九

一 は し が き ..... 九

二 労働生産物の意味 ..... 一〇

三 民法上の立場からする問題の解決 ..... 一〇七

四 労働法上の立場からする問題の解決 ..... 一三五

五 從屬的労働関係の本質と労働生産物の所有権取得 ..... 一三四

六 結 語 ..... 一五六

四 受領遅滞と給付不能 ..... 一七

——特に雇傭契約を中心としての考察——

一 緒 論 ..... 一七五

二 雇主に労働受領義務ありや ..... 一七九

三 労働提供とその不受領 ..... 一八二

五 労働契約に於ける危険負擔序説 ..... 二五

一 問 題 ..... 二七

二 外國法制概観 ..... 三〇

六 經營休止と賃金請求権 ..... 三三

七 一部ストライキに於ける労働希望者の賃金請求権 ..... 三五七

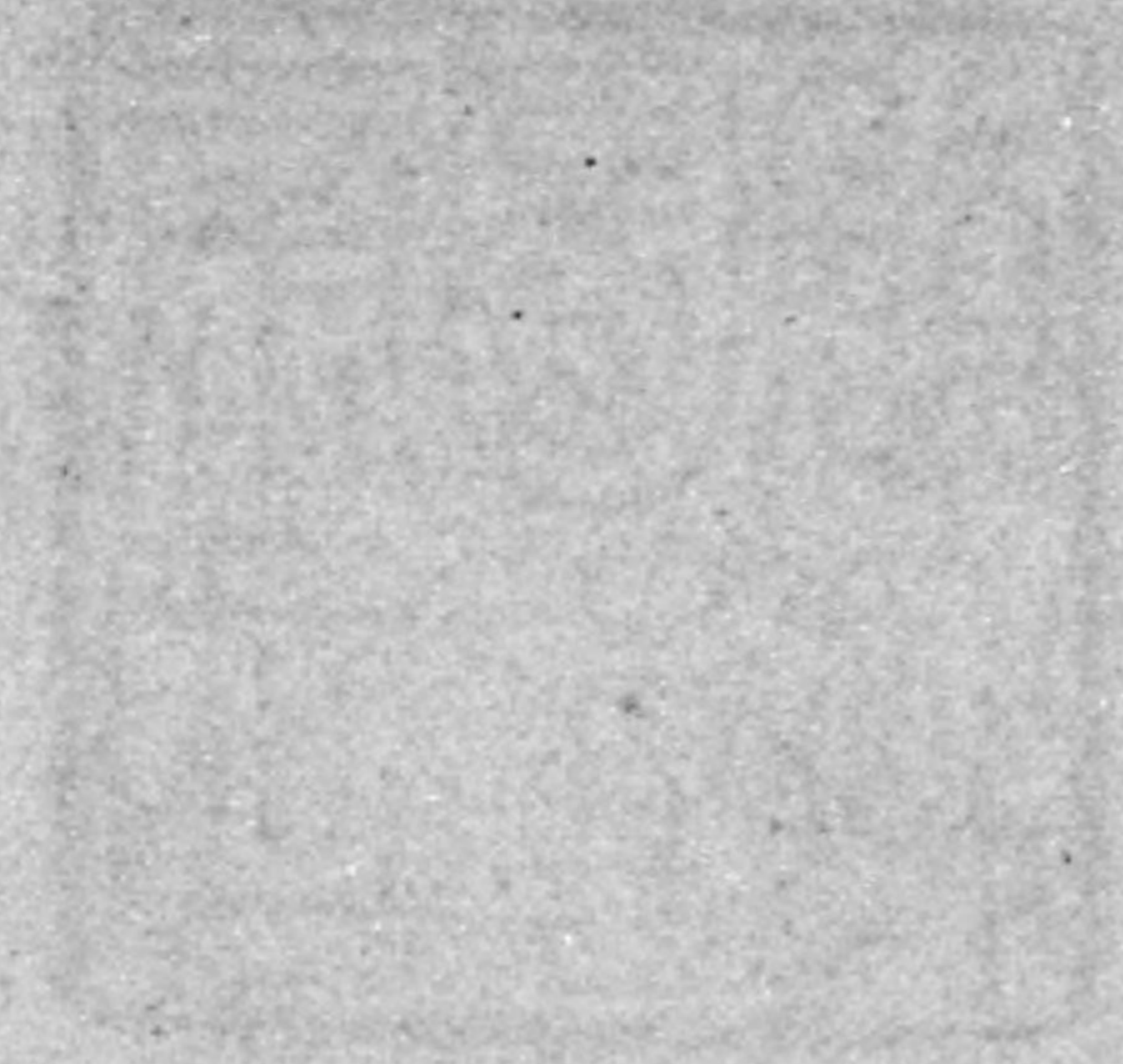
——續労働契約に於ける危険負擔——

八 法定労働時間超過労働と報酬請求権 ..... 二七





獨逸に於ける労働協約の  
基本觀念とその發展







獨逸における労働協約の基本理論的考察はすでに過去のものとなつた観がある。労働協約に關する基本的法律規定も、未だ不完全なものではあるが、夙に一九一八年に設けられたのである。それに對應して労働協約の實際も大なる發展を遂げ、労働協約は現今獨逸の經濟生活には缺くことの出來ないものとして行はれ、何人も労働協約の存在價値を疑はない状態である。

獨逸の労働協約に關するそれらのすべての事項に關して詳述することは、限られたる紙面において、不可能である。だから、以下便宜上私は獨逸の労働法學者の基本理論的考察に依據して労働協約の基本觀念を明かにし、それと共に獨逸の労働協約の變化に富める發展を一瞥するに止める。そして、未だ労働協約の基本觀念の正しい認識を缺いてゐるところのわが國において、その基本觀念を獨逸の學者の説くところに従つて明かにすることは極めて意味深きことであらねばならぬ。そして漸くその發展の緒についたかと思はれる我國において、異常な發展を遂げたところの獨逸の労働協約の變化多き發展を回顧することは、わが國の労働協約の將來の發展を展望する上に示唆を與へるところが少くないであらうと信ずる。

一、



労働法の基本理論の構成に對して O. v. Gierke の團體法的思想が與へたところの大なる貢獻は疑はれ得ない。そして Gierke の思想を、更にそれに近代的社會思潮を加味しながら、労働法の領域に發展せしめたところの者が H. Sinzheimer である。現存の法は生ける社會的傾向の横断面であり社會的生成過程の法律上可視的となれる段階たるに過ぎないと觀、諸の生ける社會力の總括的名稱を法の理念となし、この理念によつて法をあるがまゝに理解せんとする Sinzheimer の根本的態度(社會學的方法)に對しては Kaskel, Nipperdey の強硬なる反駁はあつても、Sinzheimer がその社會學的方法に依據して諸所に展開してゐるところの論述は吾に許多の示唆を與へ、労働法將來の發展を方向づけてゐるといはねばならない。殊に労働法に最も基本的なる労働協約理論の發展は Gierke 及び Sinzheimer に俟つところが甚だ多い。

労働協約に最も基本的なる思想は Sinzheimer のいはゆる法における社會的自律の理念である。この理念を理解することによつて労働協約の本質が正しく把握される。だから次に主として Sinzheimer の所説に従つてこの理念をまづ第一に明かにしよう。

法を生成し發展せしむるものは社會力自體である。しかるに國權萬能主義の法制の下においては法の設定力をすべて國家權力の下に集中し、法設定力と法生成力とを必ずしも同所に存在

せしめない。こゝから法と社會との背馳が醸し出される。その結果、本來社會の發展に役立つべき國家の法が却つてそれを妨礙することとなる。そこで、かゝる法の設定力と法の生成力との分離を排除して、自由に組織されたる社會力をして直接且つ企畫的に客觀的法を生み出し且つ自らその法の執行をも司さどらしめようとする思想、これが即ち法における社會的自律の理念である。

法における社會的自律の理念はまづ第一に慣習法の思想との對比においてより明確に把握される。即ち慣習法においても法は社會それ自體に即して形造されるのであるが、その法の形造は、諸の社會力が平衡状態に靜止し相互に限界づけられ取引が同一軌道上行はれるといふやうな前提により、歴史的に制約されねばならない。しかるに、法における社會的自律の理念はさうした歴史的制約を負はないのみならず、慣習法におけるやうに無意識的ではなくて企畫的に法の形造を行はしむるものである。

つぎに、その理念はいはゆる自主法の觀念との對比においてより正確に把握される。尤もここにいふ自主法はかの國家至上主義者がいふやうな國家の下にある公法人が國家の授權に基いて制定する自主法を指してゐるのではない。苟くも統制組織を有する團體はすべて法を設定す



るといふ Clarke の團體法理論に基いて定立されたる自主法<sup>6)</sup>をいつてゐるのである。眞に、この意味における自主法は社會により直接意識的に創造されるから社會的自律の基本觀念を體現することが出来るであらうが、自主法の形造は今日傳へられてゐる形式に従へば統制組織を有する團體の存在に束縛される。だから、その範圍において自主法は社會的自律に充分には適應することが出来ない。これに對して法における社會的自律の理念は意思形造の形式に捉はれることなく、いかなる形式の意思形造によつても具現され得るものである。

斯やうに、労働協約に最も基本的なる思想が法における社會的自律の理念であるとするれば、労働條件に關する協約規範は法であり、その意味において労働協約は新しい法源であるといはねばならない。そして、この旨を法律上宣言してゐるのが獨逸の労働協約令第一條<sup>7)</sup>である。この條文は、すでに屢々我國にも紹介されてゐるやうに、協約關與者間の労働契約は協約規範と異なる範圍において無効となりそれに代つて協約上の對當規定が實施される旨(いはゆる不可變性)を規定したものである。なほ獨逸労働法學界においては、主張する者の有つ法律思想の差異又は法律解釋の結果の相違に應じて、協約規範がいかなる性質の法であるかといふことに關しては説は岐れてゐるにしても、労働協約の法源的性質に關しては殆ど争がないといつてよい。

さて、労働協約當事者は労働協約の本質上原則として團結乃至は職業團體(雇主側においてのみ一人たる事が出来る)である。そして、團結は私法上の團體である。しかも、元來團結が社會的自律の精神に由來しその最も内部の意思は實力意思である<sup>8)</sup>以上、團結は國家の掣肘監督をうけねばならないやうな公法上の團體たり得ない<sup>10)</sup>。獨逸法上團結を公法上の團體と論定すべき明かな形式的根據も與へられてゐない。だから、團結を公法上の團體と觀る Kaskel の説は認められ得ない。そして、斯うした私法的性質を帯びる協約當事者間において、労働協約は恰も通常の契約の形式で締結されるのである。しかるに、一旦締結されるや協約上の規範は不可變性を生じ、その本質においては國家法と全然異ると觀るとしても、國家法と同地位において法的規範として妥當する。實にこのことは一人が、しかも一人たる資格において、國家の立法機關によることなくして法設定行爲を實行するといふ外觀を呈する。さうはいはれないにしても少くとも私法上の協約當事者が労働協約令に依據して労働協約により從來の法制においては嘗て見られない程の強力な規範を設定することが出来ること云ふことはいはれる。まことに、Kaskel が言ふやうに<sup>11)</sup>労働協約は官廳による立法方法の不充分に加ふるに組織の實力が増大して來たと云ふところにその起因を有つてゐる。そして、それは『利害關係者の大なる組織のた



めに國家の權力が萎縮する<sup>13)</sup>ことを意味してゐる。しかし、これのみを理由として、恰も Jacobi がさうしてゐる如く、<sup>14)</sup>労働協約は社會生活の統一を確保すべき國家の存立を危くするものと斷じて以て労働協約の法源的性質を否定し去らうとするのは早計に失する。吾々が法における社會的自律の理念により深く滲透したならば、さうした危虞の決して存在しないいはれを直ちに理解し得るであらう。

元來、社會的自律は社會力の法設定力と國家との關係を絶無たらしむるものではなく、たゞその關係を変更するに過ぎない。これを労働協約について見るに協約規範は國家によつて定立されたる限界内においてのみ客觀的法たり得る。だから國家の統一的生活の動搖の虞は少しもない。國家は、恰も政治的自治によつて無視されないやうに、労働協約によつても無視されない。根本において國家は、自ら劃したる限界内において團體の契約自治の自由を承認するとき、高められたる段階において、すでに個人の契約自由を許與することによつて行ひ來つたところのものを行ふのに過ぎないのである。恰も國家が契約自由の形で法律の限界内において個人に各自の私的關係の規律を委してゐるやうに、國家は労働協約令その他の法律が設けたる團體取引に關する規定の範圍内において團體にその事務の自主的處理を委任してゐるのである。

現代の社會生活は個人の契約自由に並んで團體の契約自治を要請してゐる。斯くの如くにして、國家は現今その大部分が團體の活動に依存してゐるところの社會的發展に資することが出来るのである。國家は、たゞに労働協約の領域におけるのみならず他の領域においても、個人によるのではなく相對立せる經濟團體による經濟的基本關係の規律を追求せるところの法律狀態を援助してゐるのである。畢竟、労働協約思想は斯うした一般的发展における一徵表たるに過ぎない。<sup>15)</sup>

- (1) Vgl. Sinzheimer, Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht (Arbeitsrecht IX S. 1ff.)
- (2) Vgl. Sinzheimer, Ueber soziologische und dogmatische Methode in der Arbeitswissenschaft (Arbeitsrecht IX S. 187ff.)
- (3) Vgl. Sinzheimer, Ein Arbeiterarbeitsgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, S. 181ff.
- (4) Vgl. Jacobi, Grundrissen des Arbeitsrechts (1927), S. 142f. 菅原博士・日本民法論叢刊上卷三七頁以下、佐々木博士・皇室典範及び皇室令 仁保博士・織田博士還暦祝賀論文集(收載)一三頁以下參照。
- (5) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I, S. 119f. 142f.
- (6) 雇主又はその團體及び被僱者又はその團體が組織ある一個の團體(法人又は權利能力なき社團)に結合し、その團體の決議によつて労働條件が規範的に規律されるといふことが考へられる。斯やうな團體は、固有の意味に於ける協約共同體(Tarifgemeinschaft)と呼び得るであらう。その有名な實例として一九二二年十二月二十一日に解散されたところの獨逸印刷職工の協約共同體が屢々擧げられてゐる。協約規範が一般にかゝる形式に於いて形造されるならば協約規範は Gierke



のいはゆる自主法である。しかし雇主と労働者とが對立的地位に在りながら共同に労働条件を規律するといふところに労働協約の本質が在る(後述本文参照)のだから、かゝる協約共同體は變則的なものであつて今日殆ど見出されない。協約共同體に關しては Jacobi, aaO. S. 251f.; Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts B. III, S. 103f. 参照。して見れば協約規範は Gierke の自主法の概念を以てしては律せられ得ない。Jacobi の法源説否定論 (aaO. S. 251f.) はこの點におよぶ Sinzheimer に關する限り當つてゐない。法における社會的自律の理念によつてはじめて労働協約規範の法源的性質は明確にされ得るのである。

(7) 獨逸労働法においては何人も知る如く労働協約は一九一八年十二月二十三日の労働協約労働者並びに使用人委員會及び労働爭議の仲裁に關する命令のうちではじめて規定された。その後二・三の改正が加へられ一九二八年二月二十八日の労働協約令の修正に關する法律第二條第二項に基いて一九二八年三月一日に前述の一九一八年の命令のうちの労働協約に關する規定が労働協約令といふ獨自の名の下に労働大臣により公布された。従つて現今獨逸の労働協約の形式的基礎は一九二八年の労働協約令において與へられてゐる理である。吉川大二郎氏・労働協約の概念に就いて(法學論叢二四卷一號)一〇〇頁以下参照。

(8) 尤も Jacobi の如き有力なる學者の反對はある。Grundlehren des Arbeitsrechts S. 249ff. に於いて氏の反對は詳述されてゐる。しかし氏の如き稍反動的に流れてゐる立場は到底新しき労働法學の領域におつては容れられなからう。氏の説に對する反對は Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. II, S. 118f.

(9) Vgl. Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts 2. Aufl. S. 8.

(10) Vgl. Sinzheimer, aaO.; Jacobi, aaO. S. 259.

(11) Vgl. Kaskel, Arbeitsrecht S. 222.

(12) Kaskel, aaO. S. 12 Anm. 1.

- (13) Kaskel, Tarifbruch, S. 9.  
 (14) Jacobi, aaO. S. 258, 270.  
 (15) Vgl. Sinzheimer, Arbeitsarbeitsgesetz S. 189f.; derselbe, Der Tarifgedanke in Deutschland (Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung Bd. III) S. 556.

11

法は表示されたる共同體の確信であり、法の源泉は、共同體における統一的力として作用しその全體の成員たる個體のうちにて實現されるところの共同精神である、そして、労働協約は法源である、とすれば協約規範は如何なる共同體の確信であり、如何なる共同體の共同精神に由來するか。吾々はその共同體を分析し解明することによつて労働協約の經濟的社會的意味を明かにすることが出来る。

労働協約を生み出すところの共同體は約言すれば所有權と労働との間の共同體である<sup>17)</sup>。即ち從來所有權者の獨裁的意思によつて支配されてゐたところの經濟の經營に集會的労働意思の参加を認め、かくて所有權と労働との協力によつて經營を行はしめようとするところに見出される共同體である。尤もこの共同體が獨逸法の世界において一個の統一的組織體として形式的に



規定されてゐる譯ではない。獨逸憲法一六五條は労働者使用人及びその團體に、企業者との共同體において同権利者として賃金條件及び労働條件の規律並びに生産力の全經濟的發展に協力し得る職能を授けてゐる。かゝる規定のうちにおいて法律上さうした共同體は端的に窺知されるに過ぎないのである。そして、その共同體は所有權の全範圍に關與してゐるものではなく、所有權の一機能たる管理にのみ關與してゐる。管理といふのは所有權に内在するところの物と人と對する權力の行使である。従つて、こゝに云ふ共同體はいはゞ所有權の管理共同體(Verwaltungs-gemeinschaft)である。<sup>15)</sup>

斯うした所有權と労働との間の共同體の意思形造の形式が一般に集合協定(Gesamtvereinbarung)と呼ばれ、これはその成立に當り被備者側に團結(労働組合の如き)が現れるか經營代表が現れるかに應じて労働協約と經營協定とに區別されてゐる。<sup>16)</sup>だから、労働協約は本來對立的地位に立つべき敵味方が共同精神に制約されて締結するところの平和的協定である。こゝに、労働協約が資本主義的經濟組織に必須的存在たるべき本質と資本家の專制的經濟と共產主義的經濟との中間的經過的經濟現象たるべき本質とが現れてゐるのである。<sup>20)</sup>

(16) Gierke, aO. S. 119.

(17) Vgl. Sinzheimer, Grundzüge S. 207ff.

(18) Sinzheimer, aO. S. 210—211.

(19) Vgl. Sinzheimer, aO. S. 49ff.

(20) 労働協約の經濟的意味を明かにするには、上に述べたやうな労働協約の規範的部分以外にそれと必須的關係において協約の内容を構成してゐる債權的(或ひは更に組織的)部分にも觸れねばならないが時と場所との都合上それに觸れることが出来ないのは残念である。

### 三、

上に述べたやうに獨逸における労働協約理論は異常なる發展を遂げ、協約法も亦それに對應して一通り制定された。労働協約の實際においても労働者は勿論雇主も労働協約の經濟的社會的意味を自覺し、今や労働協約は經濟生活に缺くべからざるものとさへなつてゐる。しかし、こゝまで獨逸の労働協約がすべての方向において發展を遂げるまでには、變化に富める歴史が展開されてゐるのである。こゝにおいて私はその獨逸の労働協約の發展を回顧しようと思ふ。<sup>21)</sup>但しこゝでは資本主義的經濟發生前の労働協約の原始形態には論及しないであらう。

一九〇〇年前 労働協約の近代的發展に機縁を與へたのは個人の解放において尖鋭化されて



あるところの佛革命の思想であつた。そして獨逸現代の協約運動の開拓者は印刷職工であつた。即ち彼等がはじめて労働協約の要求を指導原理として形式化したのである。一八四八年六月十一日にマインツにおいて全國印刷職工大會が開催され、徒弟・賃金その他の諸問題に關して種々な決議がなされた。その詳細をこゝで述べることは出来ないが、こゝに特記しなければならぬのは、種々な營業に従事せる獨逸労働者について、彼等の賃金を確定するために團結すべきこと及び印刷職工の例に倣つて疾病資金・廢兵資金・死亡資金・寡婦資金を設けその設置のため國家が援助すべきこと等々の要求がそこで決議されたといふことである。更に、そこにおいて、團結を欲求せる印刷職工を支持し、且つ雇主をも同じやうな團結に結合せしむるやうに勸めるべきことといふ要求が決議された。實にかやうな意味深き提言——その用語は素朴的な拙きものであつたにしても——のうちには團體間の協約によつて労働條件を規律することの必要が充分強調されてゐる。そして、かゝる淡き夢の如き労働協約運動のうちすでに労働協約の正しき認識が芽生えてゐたと云はねばならない。

その後、自ら進むべき道の不確實さと一部の主人側からの排斥と國權による壓迫とにより、かの印刷職工の飛躍的計畫も頓挫した。しかし、それに屈することなく、印刷職工は一旦定立

した目的を抛棄しなかつた。一八六二年一月十七日にはライプチヒにおいて印刷職工の補修教育團體が結成され、序いでベルリン印刷職工補助者組合及び中部ライン印刷職工聯盟が成立した。一八六七年一月一日には一八六六年にライプチヒにおいて開かれたる第一回印刷職工會議の續行中獨逸印刷職工の全體利益を代表する團體が発生した。二年遅れて主人側において「獨逸印刷業者組合」が設立された。そして一八七〇年にライプチヒにおいて兩團體から代表を出し合つて第一回の仲裁々判が開かれ賃金率が確定された。だが一八七三年の總解雇(Aussperung)或ひは大ストライキ後にはじめて全營業を包括せる眞の協約が生れた。この協約に特異な點は、そこにおいて地方的差別が顧慮され將來生ずるであらうところの紛争についても規定されてゐたといふことである。しかしその協約が當事者が調停裁決に従はないか又は協約に違反した場合には少しも觸れてゐないと云ふことがその缺點であつたといはれてゐる。その協約の實施期間は三年であつた。それで一八七六年に一年の實施期間を有する協約が續いて成立した。

その後の印刷職工の労働協約の變遷について特異なる點は、調停裁決の遵守を保證するためライプチヒにおいて労働紹介が引き合に出されたと云ふことである。即ち労働紹介は協約に忠實なる主人と補助者とのみなされると云ふ風にして、これによつて調停裁決の執行不能と



云ふ缺點が補填され得ると信ぜられたのである。

一八九一年には協約が分裂を來した。しかし、一八九六年に至り好況の結果協約共同體が外部的技術において完成され將來の労働協約に對する模型たるべき新しき労働協約の形で復活せしめられた。一八九九年から一九〇一年にかけて、又一九〇六年に詳細なる協議が行はれた。そこでいつも問題とされたる主要な争點は労働時間・賃金・協約裁判所であつた。

印刷營業において労働協約により達成されたところの結果は否定出來ないにも拘らず、一九〇〇年までは被傭者の大部分は反對の態度を維持してゐた。ライプチヒの労働組合聯合の如きは一八九六年に反對の見地に立脚して斷然印刷職工の協約共同體の支持者の處置を否とし、すべての代表者は労働組合自らの發議を除外するやうな鞏固な協約共同體に極力反對すべき義務を負ふとの決議をした旨言明してゐる。この決議からも明かなやうに労働協約の主要なる非難點は労働協約が比較的長年月の遵守義務を生ずると云ふところにあつた。労働組合及び多數の被傭者達は長い期間拘束されてはならないと信じ、労働協約上の拘束は階級闘争思想を破滅させるものであると云ふ意見を代表してゐた。

しかしながら逐年思潮に急速の變化がもたらせられ、一八九九年五月八日から十三日に跨り

フランクフルトにおいて開催されたところの獨逸労働組合の第三回會議の席上獨逸印刷職工團體の Döblin が次のやうな趣旨の決議を提出し、絶對多數を以て承認された、——「一定期間賃金その他の労働條件を規律するところの協約は労働條件確定に際する企業者並びに労働者の平等な法律上の地位を證するものであつて、協定されたものゝ確保と實行とを保證してゐるところの強固なる企業者團體並びに労働者團體が存立するやうな職業においては追求に値する。そして各協定の存續期間と範圍とは定型化されることなく該職業の特質に順應しなければならぬ」。斯やうな決議に達するまでに該問題をめぐつて展開されたところの討論は今日においてもなほ一讀の價値を有つてゐるが、残念ながらこゝでそれを詳述することが出來ない。

兎も角も十九世紀の終りにあたり被傭者側の見解が完全に一變したことは確かである。

一九〇〇—一九一四年 この間における雇主側の態度は一致してゐなかつた。例へば獨逸工業家の中央團體の如きは一九〇五年五月に鋭意労働協約の締結を拒絶すべき旨を言明した。それにも拘らず一九〇六年にはすでに締結されてゐたところの労働協約の數は三、〇〇〇乃至四、〇〇〇に上つたといふことである。

この時代に労働協約の發展を妨げたところの事情として種々擧げられてゐる。その一として、



しかも有力なものとして、當時の個人主義的な法制特に民法の下に本来社會法的基本概念を基調とせる労働協約が服せしめられねばならなかつたといふ事情が擧げられてゐる。この事情のために當然生じた結果は労働協約から生ずる法律關係の不確定である。そしてこれが又労働協約の急激なる發展を特に雇主側において妨げたところの楔機となつた。獨逸帝國裁判所の一九〇三年の判決の如きは協約共同體を團結を以て論じ、それに營業法一五二、一五三條を適用した。その結果、團體を通じて労働協約の締結に關與せるところの各個の労働者に對する拘束は否定され、労働者は直ちに團體及び労働協約から脱退せしめられ得た。尤も斯やうに帝國裁判所が認識したことが反つて労働協約問題の研究を促進し深めた感がある。特に一九〇五—六年には法律的地から労働協約現象を取扱はうとする機運に向つた。この機運に投じたる學者として Lotmar, Sinzheimer, Oertmann, v. Schulz, Rundstein, Zimmermann, Brentano 等が擧げられる。獨逸帝國議會においても一九〇五、一九〇八、一九一〇、一九一一年に協約制度をいかに法律上規律すべきかといふことにつき討論されたが政府の態度が統一されてゐなかつた。その他なほ種々なる企圖が試みられたけれども、未だ一個の法律案にまでは熟して來なかつた。これは政府が意圖してゐたやうな職業團體の法律的規律が帝國議會の反對によつて挫折

したと云ふことゝ大なる關係があつたであらうと思はれる。

一九〇八年の獨逸法曹會の大會は次の諸點に留意して労働協約法の制定されんことを希望する旨を決議した。

- (a) すべての公法上の強制を避くること
- (b) 協約の締結と實行とは全然自由たること
- (c) 労働協約を營業裁判所において公に登録すべき道を開示すること
- (d) 前規定に對應するところの労働協約はその適用範圍内において締結されたる労働契約に對し直接法律上の效力を有する旨を確定すること
- (e) 一定期間を劃し、その期間内に該職業團體の成員が登録所において表示することにより労働協約共同體を拒否し得ること

上に述べたところからも明かなやうに、労働協約に確固たる法律的基础が與へられんことが熱心に欲求された。これに關聯して特記すべきは獨逸印刷業者組合と獨逸印刷職工團體とが協約委員會の協議とは別に協約を實行し維持すべき義務を生ぜしむるところの契約を締結したと云ふことである。この契約によつて、労働協約になほ一定の法律的基础の與へられてゐない



きにあたり、協約の效力を確保しようとして試みられたのであるが、かやうな特約は多少兩當事者を牽制する力は有つてゐたとはいへ殆ど効果がなかつたと云はれてゐる。一九一〇年の建築労働者の大ストライキがこれを例證してゐる。

建築營業においては一八九九年以來印刷營業のそれと同一な協約共同體が成立した。協約改正協議毎に、地方と中央との裁判所の間に権根がいか分配されるべきかと云ふ問題が主要な役割を演じてゐた。一九〇八年まではむしろ地方の影響が優つてゐた。それと共に労働時間と出来高拂の賃金制等に關する地方的差異を顧慮すべき可能性が與へられてゐた。一九一〇年には全獨逸の建築營業に對して實施されるべき協約の雛形制定に對する欲求が熟して來た。當事者間の一致が見出されなかつた（これは繁争問題が極めて重大なときには驚くに足らないであらう）場合には、政府が干渉した。調停裁判所は争議を調停しなければならなかつたが、當事者はその提議を承認しなければ仕方がなかつた。だが遂に政府の委託を受けた官吏の協力の下に労働協約が成立した。その十一の章を擧示すれば、

- 1、實施範圍(地方的)
- 2、労働時間
- 3、超過時間
- 4、労働賃

- 5、出来高拂労働
- 6、賃金支拂
- 7、労働關係の解消
- 8、労働争議の調停
- 9、協約の實行
- 10、通則
- 11、期間

これには議事録的な註も附せられてゐた。こゝにおいて吾々はその主要なる點において今日の労働協約の形體と異ならないところの労働協約に接することが出来る譯である。尤もこゝにおいても法律規定の缺けてゐる以上、協約の實行と遵守とは當事者の好意に依存してゐたと云ふことが指摘される。

労働協約は法律上はなほ不鮮明な存在であつたとはいへ、労働協約の實際はそれとは無關係に漸次發展を遂げ、一九〇七年後數年の情況を表示すれば、

年度末	労働協約數	營業數	人數
一九〇七	五、三二四	一一一、〇五〇	九七四、五六四
一九〇八	五、六七一	一二〇、四〇一	一、〇二六、四三五
一九〇九	六、五七八	一三七、二一四	一、一〇七、四七八
一九一〇	八、二九三	一七三、七二七	一、三六一、〇八六

獨逸に於ける労働協約の基本觀念とその發展 二一



一九一—	一〇、五二〇	一八三、二三二	一、五五二、八二七
一九一—	二二、四三七	二〇八、三〇七	一、九九九、五七九
協約共同體數	一〇、七三九	營業數(重複せず)	人數(重複せず)
		一五九、九三〇	一、五七四、二八五

右の表により當時の發展のすさまじさが知られるであらう。その營業の如きもあらゆる種類に亘つてゐた。

今や全労働協約運動の意味が否定され得なくなつて、戦前間近に、法律上いかに規定さるべきかと云ふ問題が新しく持ち出された。一九一三年に社會改革協會の會議がデュッセルドルフにおいて開かれ、種々なる問題が論議されたが、將に不可變性・責任・法律的規律の合目的性的の問題が取扱はれた。更に述べべきはミュンヘンにおける第九回労働組合會議(大戦勃發前五週間に開かれた)である。この會議において Leipart (材木労働組合の組合長) が労働協約の法律的規律の問題に對する労働組合の態度に關し詳報したと云ふことである。労働協約に對する法律の干涉については被傭者は全然懷疑の念におぼれてゐた、尤もその他の點においては大いに労働協約を支持したのであるが、Leipart の如きは、立法者が労働協約に干涉しても利益はもたらせられ得ない、立法によつて協約生活を官僚化するよりも當時の缺點ある法律制度の方がよい

と思惟してゐた。Sinzheimer はそれに對して、Leipart の言は勿論正しいが、問題は缺點ある當時の法律制度か反動的なる官僚化かといふところにあるのではなく、缺點ある當時の法律制度か協約思想を不相當なる法律規定から立法により解放するかと云ふところにあると云つて、反駁を加へ、協約思想に恰當すべき法制の必要な旨を強調してゐる。こゝにおいても、労働協約に關する法律と同時に労働法上の重要な問題(團結に關する問題のやうな)が完全に解決されねばならぬと云ふ思想が支配してゐた。當時すでに労働組合は不可變性を支持すべき立場を代表してゐた。このことは、當時有名な學者が依然契約の自由によつて契約の自由は拋棄され得ないとの説を執つてゐたから、重要な意味を有つてゐるといはねばならない。

**大戦當時及びそれ以後** 大戦當時は、國防上出来るだけ労働爭議を回避しようとの陸軍當局の合理的なる努力が先づ第一に労働協約の發展を助けた。それと共に、協約の締結されてゐる營業においては労働過程中止の危険が然らざる營業におけるよりも少かつたから、國家が間接に労働協約を奨励した。更に労働組合が労働者階級の職業的代表として漸次認めらるゝに至つたことが協約の發展に有利となつた。

純粹に數字上からいへば、戦争が労働協約に關する統計的數字を減少せしめたことは當然で



ある。蓋し労働者階級が最も多数に兵役に招集され、加之協約の行はれてゐたところの重要な營業たる建築業の如きが全然衰退してしまつたからである。

しかし、労働協約は雇主被備者の兩側から漸次經濟生活に缺くべからざるものとして認めらるゝに至り、一九一八年十二月二十三日には命令<sup>7)</sup>によつて労働協約の不可變性、一般的拘束力宣言等が明定され、これによつてはじめて労働協約はその本質に相當する法律上の基底を得るに至つた。但しなほ個々の問題に至つては法律的解決は與へられてゐない。そしてその命令は暫定的な性質を有つてゐて、統一的な労働協約法は團結法と共になほ將來の課題として殘されてゐる。そしてその課題が何時解決されるか、殆ど豫言し難い。殊に、戦後根強く瀰漫したところの協約思想はその後衰退の傾向を帯びたかに見える。一九二二年には労働協約の下に服せる被備者は一四、〇〇〇、〇〇〇人を算した。けれども一九二五年には二、〇〇〇、〇〇〇人の減少を示してゐる。

更に現状にまで論述を進めなければならぬであらうが、労働協約發展のなほ幼稚なる我が國においてはそれは直接利するところは少いと考へられるから、この程度に止めて置かう。

(21) Vgl. Sinzheimer, Der Tarifgedanke in Deutschland (aaO.); Ludwig, Zur Geschichte des Tarifvertrages (Haupt-

fragen des Tarifrechts herausg. v. Kaskal S. 1ff.)

(22) 註(6)参照。

(23) Sinzheimer, Tarifgedanke S. 541.

(24) Ludwig, aaO. S. 7.

(24a) 獨逸の營業法一五二條は、營業經營者、使用人又は労働者が——特にストライキ又は總解雇により——有利な資金及び労働條件を獲得するために協約し團結することを禁止する規定及びそのやうなことをなした者を罰する規定はこれを廢止し、そのやうな協約及び團結から關與者は自由に脱退することが出来る旨を規定してゐる。そして一五三條は、他人に右のやうな團結又は協約に加入することを強迫により強制し又は他人がそれから脱退せんとするのを強迫により妨げる者は三箇月以下の懲役に處せられる旨を規定してゐる。

(25) Sinzheimer, aaO. S. 531.

(26) Sinzheimer, aaO. S. 550.

(27) この命令に關しては註(7)参照。

(一九三一・八・六)



## 二、労働協約の法律的性質

— 獨逸法を中心としての考察 —



## はし が き

労働法は近代法律學に與へられた最も重要な課題である。労働協約はこの労働法の最も基本的な一部門を形つてゐる。従つて、労働協約の攻究は、全労働法の基底を明かにする所以である。しかも、労働協約は吾々に幾多の難問題を提供してゐる。このことは労働協約に關する文献がいかに多いかといふことから窺知されるであらう。

ところで、労働協約は經濟學的・社會學的乃至は法理學的等々色々な方面から攻究されて、極めて興味あるものであり、且つそれ等種々な方面から攻究されて、初めてその本質が把握されるのであらうが、私はこゝで主として法律解釋的立場から、労働協約の法律上の地位に關し、しかも獨逸法を中心として考察したいと思ふのである。

すべての法律問題がさうであるやうに、労働協約の法律的性質の問題も——特にこの問題はその性質上殊の外密接に——法とか法律規定とかいふ法律學に基本的な概念に關聯を有つてゐる。従つて法とか法律規定とかいふやうな基本觀念を明かにしなければ、労働協約の法律的性質を解明することは出來ないであらう。しかし、そのやうな基本觀念の究明は、法律學者が終



生これを行つても、尙ほ不十分なものであらうと思はれる。といつてそれを忽諸に附しても宜しいといふ譯ではないが、それに拘泥して労働協約の法律的性格——これが究明は現實が要望せるものである以上——を、一先づ明かにして置くことすら断念するのは、法律學者の態度ではあるまい。私は斯う考へるから、私の貧しい研究の下に明かにされた法とか、法律規定とかいふ基本觀念に依據して、こゝに労働協約の法律的性格に一應の解決を與へ——尤も獨逸法を中心として——、そして、これを將來の私の研究の一礎石としてこゝに留めて置き度いと思ふのである。そして、これが吾國労働協約の法律的性格の解明に幾分の參考にでもなれば私の望外のよろこびとするところである。

## 一、労働協約令

獨逸労働法においては、何人も知る如く、労働協約は一九一八年十二月二十三日の労働協約・労働者並に使用人委員會及び労働争議の仲裁に關する命令のうちで初めて規定された。その後二・三の改正が加へられ、一九二八年二月二十八日の労働協約令の修正に關する法律第二條第二項に基いて、一九二八年三月一日に前述の一九一八年の命令のうちの労働協約に關する規定が、

労働協約令といふ独自の名の下に、労働大臣により公布された。従つて現今労働協約の形式的基礎は一九二八年の労働協約令において與へられてゐる譯である。だから、現今獨逸における労働協約の法律的性格は、この労働協約令を基準とし、これと他の労働法乃至はその他の法との關聯において把握さるべきである。

いま、こゝに労働協約の法律的性格を検討するに當り、これに必要な右労働協約令第一條を摘示して置かう。

「被傭者團體と個々の雇主又は雇主團體との間に労働契約の締結に關する諸條件が書面契約により規律されるならば(労働協約)、協約關與者間の労働契約は、協約規律に異なる範圍において無効である。但し協約違反の合意でも、労働協約上基本的に許容され、又は被傭者の利益に労働條件が變更され、而もそれが労働協約において明かに除外されてゐない範圍において有効である。無効な合意に代つて、對當協約規定が行はれる。

前項の意味における協約關與者は、労働協約締結當事者又は協約締結團體成員たる雇主・被傭者、又は労働契約締結に際して、さうであつたところの雇主・被傭者、又は労働協約に依據して労働契約を締結したところの雇主・被傭者である。」



(1) この労働協約令の通用を受ける労働協約は、協約令一條の要件を具備してなければならぬことは言を俟たない。尤も協約令所定の要件を具備しないやうな労働協約を締結することは妨ないであらう。しかし、斯やうな労働協約は不典型労働協約として労働協約令の通用を受けないであらう。例へば協約令所定の方式を缺くやうな協約の如きがさうである。そして、かやうな協約はその效力其の他について、すべて民法の一般原則によつて律せられ、(Vgl. G. Simson, Die Rechtsnatur des Tarifvertrages in Hauptfragen des Tarifrechts herausgegeben von W. H. R. S. 15)。なほ労働協約の概念に關しては、吉川大二郎氏の詳細な且つ有益な論述がある。同氏『労働協約の概念に就いて』法學論叢二四卷一號七七頁以下參照。

## 二、労働協約令實施前における労働協約の

### 法律的性質に關する學說の概観

協約令施行前には労働協約が獨逸民法及び營業令によつて律せられたのは當然である。だが當初久しい間、労働協約には何等法的効力が認められなかつた。即ち労働協約は一般に法的保障を完全に缺き、その効力は當事者の好意に依存する純粹な社會的現象と觀られてゐた。そして、斯やうな労働協約に關する見解はひとり獨逸のみならずその他の諸外國においても見出されたのである。即ち一九一四年にも尙ほ佛・埃・和等の諸國の立法並に學說の一般は労働協約に法的拘束力を認めようとしなかつた。殊に、夙に大工業が發展して労働協約の普及その著しきも

のがあつた英國においてさへも、労働協約の効力は單に事實的なものとされてゐた。たゞ、こゝに注目すべきは、一九一一年三月三十日に瑞西債務法が『集合労働契約』(Gesamtarbeitsvertrag)にその三百二十二條・三百二十三條においていはゆる不可變性(Unabdingbarkeit)——不可變性の意味については後述するであらう——といふ法律的効力を附與するまで、一九〇四年三月六日のゲンフ労働協約法も労働協約に、たゞ“force d'usage”を許與してゐたのに過ぎない。<sup>2)</sup>獨逸において、労働協約が法律上無効であるとの見解は、主として労働協約においては營業令一五二條・一五三條の意味における團結が關係してゐるとの理由に依つてゐた。そして、かゝる見解は學說上 Hügin<sup>3)</sup>と Schmelzer<sup>4)</sup>によつて代表されてゐたが、營業裁判所將又帝國裁判所も一時その見解を採用してゐた。<sup>5)</sup>

つまり、かゝる説は營業令一五二・一五三條にいふ團結の中には人の組織體のみならず、有利な賃金等労働條件を獲得する爲めの人と人の團體との間の協約も入つてゐるとの見地に立脚してゐる。しかしながら、營業令一五二條はたゞ利害を共にする人々相互の關係のみに關するものであり、種々なる經濟的利益團體間の經濟的調整のための約定に關係してゐない。そして、營業令一五二條の協定といふのは、労働爭議に關しこれを實行し、これが手段とされてゐると



ころのものである。しかるに、労働協約は何等労働争議の手段ではなく、むしろ労働争議の結果ともいふべき媾和の要具である。即ち労働協約は有利な労働条件獲得の爲の約定ではなくてむしろ獲得された労働条件の確定自體である。だから、労働協約を營業令一五二條にいふ團結と見る説は法律上支持し難い。

ところで、漸次労働協約は債権關係、しかも一種の労働契約と解されるやうになつて來た——恰も佛蘭西の學説がさう解してゐたやうに。しかしながら、労働協約は獨民法六一一條以下に規定されてゐるやうな勞務給付と報酬との交換を目的とする合意ではなく、規範の設定を主たる内容とし、労働協約によつて別に労働關係は生ぜしめられない、即ち労働協約は労働契約が締結されるときに、いかなる條件が妥當すべきであるかといふことのみを規定するものである。従つて普通に屢々呼ばれてゐるやうに、労働協約を『集合的労働契約』(Kollektiver Arbeitsvertrag)と呼ぶのは誤つてゐる。

同じやうな理由から、労働協約を豫約と見る學説も法律上支持し難い。詳言すれば、いつ體豫約は同時に本契約締結者たる一定の人によつてなされるのに、労働協約締結者と労働契約締結者とは相互に異つてゐる。そして豫約は常に本契約締結義務を生ずる。けれども労働協約は

後に在り得べき——しかし、訴によつて強制し得ない——契約締結に對して規範を與へてゐるに過ぎない。

労働協約は和解であるとの説も亦同様に誤つてゐる。獨民法の和解(獨民法七九條参照)は相互の讓歩により當事者間の法律關係の争議、又は不明確を除外するものである。しかし、労働協約は人の知る如く争議なきときにも行はれ、争議後に行はれるときでも、それは労働協約の事實上の前提たるに過ぎないで、概念上の必然的要素ではない。そして、労働協約に關聯して争はれるとすれば、それはむしろ將來の労働條件に關してである。

労働協約を民法上の組合契約の下に服せしめようとする試も亦全然得るところがない。かやうな試は、要するに労働協約と協約團體(Tarifgemeinschaft)との兩概念——この兩者は經濟上は從來屢々結合せしめられてゐたけれども、法律上は相互に嚴格に區別さるべきものである。——の混淆に由來してゐる。労働協約自體は何等の法律上の團體をも前提としないし、又そのやうな團體の形造をも結果するものではない。

斯やうに觀て來ると、民法上労働協約は債権的無名契約と見るより外ないかのやうに考へられる。しかし、かやうに論定しても尙ほ幾多の疑念が生ずる。いつ體、債権契約はその本質上契



約當事者について主観的な権利義務——債権・債務——を発生せしむることを目的としてゐる。勿論、労働協約によつても債権・債務が生ぜしめられるであらうが、労働協約に本質的なものは、いはゆる協約規範を設定する部分であつて、協約規範は當事者に何等債権的拘束を負はずものではなく、後に締結される個々の労働契約の成素として保持さるべき規範である。労働協約はかやうな規範設定を主要な目的とし、いはゆる協約上の債権的義務——平和義務の如き——は單に協約規範確保のために附從的に存在してゐるに過ぎない。

そこで、労働協約は統一的形象として把握されない、といふやうな説が相當以前から行はれてゐた。例へば Zimmermann の如きは、一九〇八年に労働協約のうちには給付契約・不作爲契約・組合契約・和解契約・第三者の爲めにする契約の如き種々な契約が結合されてゐる、と述べてゐる。Boos も亦同じやうなことを言つてゐる。

労働協約は債権的無名契約として統一的に説明出来ないけれども、Zimmermann のやうに種々な契約に分解することも誤つてゐる。畢竟、労働協約は協約規範設定と債権關係の發生とを、統一的に行ふところの單一な法律行爲であると觀るのが最も當を得てゐるであらう。そして、労働協約の協約規範設定に關する部分が規範的成素、又は規範的部分と呼ばれ、債権關係發生

に關する部分が債権的成素、又は債権的部分と呼ばれてゐる。<sup>10)</sup>

以上述べたところにより、大體、民法・營業令による労働協約の法律的構成が明かにされたと思ふ。更に労働協約令施行前にはさうした労働協約の、いはゆる規範的成素がいかなる效力を生ずるか。即ち協約規範が後の個々の労働契約にいかなる効果を及ぼすかといふ問題が、労働協約の法律的性質に關聯して争はれ、そして、これが労働協約に關する諸問題の焦點となつてゐたかと思はれる。この問題の検討は畢竟労働協約の規範的成素、延いては労働協約自體の法律的性質の検討になるから、以下暫らく Oertmann の説くところについてこれを見よう。<sup>11)</sup>

こゝにおいて先づ注意すべきは、労働協約締結當事者が消極的に協約違反の労働契約を締結してはならない。そして積極的に合協約的労働契約を締結せねばならない義務を負ひ、この義務のために労働協約の規範的成素が個々の労働契約に及ぶ間接的效力はこゝで問題とすべきではないといふことである。こゝでは、たゞ協約規範の労働契約に對する直接的效果のみが問題とさるべきである。

いつ體、協約上の勞賃は公定賃金 (Taxe) であるとはいへないにしても、協約關與者、少くとも協約締結團體の成員に對しては「通常のもの」(das Übliche) と觀られるであらう。従つて



獨逸民法六一二條により、特約なき場合には少くとも協約上の賃金に關する限り、協約内容が個々の労働契約の内容とならねばならぬ。

賃金以外の協約上の労働條件は、獨逸民法二四二條によつて、特約なき限り個々の労働契約の準則となるといはねばならぬ。

斯やうに、特約なき限り協約上の労働條件は特に個々の労働契約において約されなくても、個々の労働契約の準則となるから、斯やうな労働協約の効力は、自動的效力 (automatische Wirkung) 又は直接的效力と適當に呼び得るであらう。

次に、問題となるのは個々の労働契約が労働協約に意識的又は無意識的に違反してゐたときには、協約規範はいかなる効果を生ずるかといふことである。Lotmar, Rundstein, Sinzheimerによつて代表されてゐる説によれば、個々の労働契約の内容のうち協約に違反してゐるやうなものは無効であり、合協約的内容によつて直ちに補充される。茲において別に個々の契約内容を變更する必要はない。換言すれば、協約規範は不可變的 (unabdingbar) であるといふのである。これを不可變性説 (Unabdingbarkeitstheorie) とす。

これに反して、通説は特に法律が労働協約の不可變性を認めない以上は、不可變性説を認容

することは出来ないとして述べてゐる。Oertmann, Schall, Schöndorf, Wölbling, Zeiler —— 後に Sinzheimer —— 等が通説支持者として擧げられる。

法律政策上は労働協約の不可變性を認むべき理由は充分存在するけれども、不可變性は何等その協約上の合意に關與しない者の自由意思を拘束する、即ち契約自由の原則を破る結果となるから、個人本位の法制の下においては、それを認める法律のない以上認める譯には行かまい。そこで、法律政策的理由から、この労働協約の不可變的効力が、一九一八年にはじめて明文を以て認められるに至つたのである。これは先に述べた通りである。

- (2) Vgl. Roman Boos, Der Gesamtarbeitsvertrag, S. 81 f.; G. Simson, aaO, S. 16.
- (3) Vgl. Hüglin, Der Tarifvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, S. 243.
- (4) Vgl. Schmelzer, Tarifgemeinschaften, S. 120.
- (5) Vgl. Simson, aaO, S. 16.
- (6) Vgl. Schmelzer, aaO, S. 119; Boos, aaO, S. 88; Wölbling, Akkordvertrag und Tarifvertrag, S. 310 f.; Kaskel aaO, S. 15; Sinzheimer, Arbeitsnormenvertrag B. I, S. 109; Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht S. 59.
- (7) Vgl. Lotmar, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, S. 95.
- (8) Zimmermann, Gutachten über die Regelung des Arbeitsarbeitsgesetzes zum 2. Deutschen Juristentag, S. 2. 6.
- (9) Boos, aaO, S. 90. 彼は Sinzheimer は「彼のことは労働協約規範 (Arbeitsnormenvertrag) § 116 基本機能」即ち



規範的機能・債権的機能及び Cierke のいはゆる社會法的機能を認識し、以て労働規範契約の法律的功效を考察してゐる。Vgl. Sinzheimer, Arbeitsnormenvertrag II. S. 2f.

- (10) 労働協約の規範的・債権的兩成素以外に第三の成素を擧げてゐるものがある。例へば Hueck (Tarifrecht S. 17 u. 24f.)、Molitor (Arbeitsrecht 1923, S. 338f.) の如きがさうである。Hueck は労働協約の始期・存続期間・解消・更新等に關する合意をすべて第三の成素としてゐる。その理由は、そのやうな合意は同時に規範的債権的兩成素に關係してゐるといふところに求められてゐる。勿論、そのやうな合意はその効果において兩成素に關係してゐる。けれども、そのやうな合意の法律的性格はそれのみによつて決定されない。Simson, aO. S. 19 は、そのやうな合意はその本質上協約當事者を義務づける規定として債権的部分に屬するといつてゐるけれども、そのやうな合意——例へば始期・存続期間に關する合意——から別に債権的義務を生じないから、規範的部分に對照して平和義務を包有する債権的部分に、そのやうな合意をすべて歸屬せしむるのは誤りであらう。それかといつて、規範的部分・債務的部分に對照する第三の部分として、それらの合意を規定することも妥當ではあるまい。むしろそのやうな合意は労働協約全體に附從的な一種の附款であつて、そのやうな合意は労働協約の概念に必須的成素ではないといはねばなるまい。この意味において、そのやうな合意を労働協約の第三の部分と見ることは差支あるまい。

(11) Vgl. Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, S. 66 ff.

(12) Oertmann, aO. S. 67.

- (13) 元來労働協約の效力に關して、直接的又は自動的效力と強行的效力とが區別されてゐる。直接的效力といふのは労働關係を合協約的に直接形成する效力である。しかし、直接的效力だけでは未だ労働協約の效力は完全なものだといはれない。なほそこには反協約的合意をなし得る餘地があるからである。これを禁止、これを排除しようとするのが強行的效力である。だから兩效力は全然別なものであつて、混同してはならぬ。直接的效力は労働協約が何等協約違反の合意を包有

してゐないときでも意味を有つてゐる。この場合には労働契約上の合意の排除は顧慮されないが、なほある積極的影響が顧慮される。又例外として協約上協約違反の合意が許されてゐる場合には、強行的效力は考へられぬが、労働契約當事者が協約と異なる合意をなすまでは直接的效力が考へられる。逆に直接的效力なくして強行的效力のみが発生し得る、例へば協約規範が消極的規定、即ち労働契約の内容に關する禁止を規定して、反對の積極的規律が協約上用意されてゐないやうな場合——協約が職業文言の禁止を規定してゐるやうな場合——がさうである。Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. II, 1930, S. 199.

扱て労働協約の效力に關聯して、Unabdingbarkeit といふ語の意味を少しく述べて置きたい。殊に獨逸労働法學者間において、その語が種々の意味に用ひられてゐるから、特にその語を明確にして置く必要がある。そして、私はその語を普通の譯語例にならつて不可變性と譯して置いたが、後藤清氏は直律的強行的性質と譯してをられる(同氏、労働協約の本質に關する二個の見解の對立、法律論叢一二卷四號二頁參照)。しかし、直律的——私のいふ直接的——強行的效力といふ意味に必ずしも Unabdingbarkeit は用ひられてゐないから、後藤氏のやうに常に Unabdingbarkeit を直律的強行的性質と譯すことは往々誤りを生ずる虞がある。だから普通に譯されてゐるやうに Unabdingbarkeit は不可變性と譯して置いた方が無難であらう。

尤も Unabdingbarkeit は近來漸次後藤氏の譯してをられるやうに、直接的強行的效力を表すために用ひられる傾向が甚だ強うことは争はれなう。Vgl. Hueck-Nipperdey, aO.; Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts III. Buch (Das Tarifrecht) S. 44; Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts 2. Aufl. S. 261 f.; Kaskel, Arbeitsrecht S. 17 f.; Kahn-Freund, Umfang der Normativen Wirkung des Tarifvertrages und Wiedereinstellungsklausel S. 1 f.

同 J Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht S. 155; Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht S. 1 f. は協約の強行的效力のやうな Unabdingbarkeit と呼んでゐる。尤も Nipperdey はその後の著書におつて、直接的強行的效力を Unabding-



barkeit と呼んだ方が適當であると云ひしむる。Vgl. Hueck-Nipperdey, aaO. S. 214, Anm. 14. Oertmann, aaO. S. 67 f. を見ると労働協約の自動的效力と Unabdingbarkeit とを對立させて説いてゐるから、一見強行的效力のみを Unabdingbarkeit と呼んでゐるやうに思はれるけれども、協約違反的契約内容は無効となり、合協約的内容によつて補充される。つまり労働協約の『規範』は unabdingbar であるとの趣旨の Oertmann の論述から見れば、彼が直接的強行的效力を Unabdingbarkeit と呼んでゐるのは疑ないところであらう。

次に Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts S. 224 は、労働協約上の一般的労働条件が個々の労働契約當事者の合意に無關係に實施されるといふ效力を直接的效力と呼び、協約違反の合意があるにも拘らず、實施される效力を Unabdingbarkeit と呼び、そして Unabdingbarkeit は直接的效力なくしては考へられない。これに反して特に個人の契約の自由を留保することにより Unabdingbarkeit なき直接的效力は存在可能であるといつてゐる。これによると Jacobi は不可變性を直接的強行的效力の意味に解してゐるやうにも考へられる。が、最後の『これに反して云々』の語から判斷すると氏は不可變性を強行的效力の意味に解してゐるやうにも思惟される。

(14) Vgl. Oertmann, aaO. S. 68 f.

### 三、現行法上の學說の概観

先にも述べたやうに、労働協約令施行前は、労働協約は個々の労働契約に基準たるべき協約規範の設定を主たる内容とする無名契約と觀られ、そして、論争の焦點はかゝる規範がいかなる效力——主として不可變性——を有するかといふところに置かれてゐた。ところが、この不

可變性が一九一八年に明文を以て認められるやうになつて以來、論争の焦點は自から移動し、しからば斯やうな不可變的效力の附與された協約規範はいかなる性質を有するかといふ點に論争の中心點が置かれるに至つたのである。

即ち労働協約の規範的部分——一般的労働条件に關する規定——には一九一八年の労働協約令以來不可變的效力が附與され、その規範的部分は協約關與者の個人的意思に繫由することなく實施され、規範的部分に反する範圍において、個々の労働契約は無効となり、無効の部分に當然に協約上の對當規定によつて補充される。恰も、かゝる楔機は關係者の意思に繫由せざる實施力 (Geltungskraft)・自主性 (Selbsterrichtlichkeit) をその決定的なものとしてゐるところの法律規定 (Rechtssatz) を想起せしめる。そこで、協約上の規範的部分は法律規定・又は客觀的法であるとの説が一般に行はれ、斯くて労働協約は全體として債權的契約と法源との結合であると普通に解釋されてゐるのである。尤も如何なる意味において法源であるかといふことは、説く者の基本的法律思想の差異に従ひ種々に説明されてゐる。だが、Erwin Jacobi は、近來右のやうな通説を痛撃して、労働協約は私法上の『集合的債權契約』(kollektiver Schuldvertrag) として表現されるところの新しい契約典型であると陳べてゐる。<sup>15)</sup>



- (15) Vgl. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts S. 246 ff. u. Jacobi 6 説に對し Sinzheimer が更に反駁を加へて 230. Vgl. Sinzheimer, Über einige Grundfragen des Arbeitstatistisches (Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festsache der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 4 Band) S. 1 f. 又は後藤清氏がこの兩者の説を紹介してをられる。同氏・労働協約の本質に關する二個の見解の對立、法律論叢十二卷四・五號所載參照。

#### 四、法源説

— 團體法的學說に所謂自主法と見る説 —

まづ法源説から觀て行かう。同じく法源説に屬する者のうちにも、その説く者の法律思想の差異に應じて色々な流が看取される。その一の主流として Gierke の流を汲んで、團體法的學說のいはゆる自主法といふ概念を役立にしめようとする學說がある。この學說の基本概念は次のやうなところにある。

すべての法は國家に還元され、すべての法の根源は國家の憲法のうちに在り、國家の法以外には何等の自主的法は存在しないといふやうな論證、換言すれば國家内においては、國家的法秩序以外の他の法秩序の存立を毫も認容しないところの國家的權力萬能 (staatliche Allgewalt) を強調しようとする論證は、眞に論理的には缺點はないかも知れないが、實際は殆ど實行され

ない。「ゲルマンの法的觀念に従へば、凡そ一般的に承認されてゐたところの團體には、より高い團體の法に干渉してはならないとの制限の下に、自ら自己の法をつくり得る權能が歸屬してゐた」<sup>16)</sup>やうに、實にゲルマン人の本性には、共同體の限界内において自ら法を設定し、その範圍においては、國家の主權により侵害されないやうな共同體に結合するといふ性向がある。<sup>17)</sup>教會とか地方團體とか組合とかいふやうな多數の共同體のうち、或ものは國家よりも古いものがあらう。そして、これらの共同體は各自の統制組織及びその他の法を國家とは無關係に自ら制定した。ところで、國家は共同體の範圍において、その法を認容することもあらうが、その範圍において必ずしも、先にそれ等の團體から國家により奪はれたる法設定の權能が、それと共にその範圍において、再びそれらの團體に國家の贈物として許與されるといふ體の法設定權能の授權 (Delegation) が存在してゐるのではない。寔にかやうな事實は、十七・八世紀における絶對的國家の形造に際しては現れたかも知れない。しかしながら、かやうな見解は全然史的發展に對應しないであらう。

労働協約を締結するところの労働組合のやうな職業團體 (Berufsverein) はこの意味においてその存在を國家から傳承してゐないところの自主的團體である。實に職業團體は國家の協力な



くして、否、無数の場合には國家に對立して存在するのである。職業團體が法規を團體歸屬者に對して制定するときには、國家により委任されたる権能を行使しようと欲するのではなく、『自ら生ぜしめられる力を自分自身の事物において實現しようと欲する』のである。<sup>15)</sup>

更に國家の力は各個の必要な規定をすべて規定するのに充分でない。それに國家的法はしばしば硬直にして型に嵌つてゐるがために、轉變極りない社會の發展に必ずしも順應し得るものではない。そして、社會的勢力がまゝあまりに強く、あまりに恣意的であるがため、國家の法律が實際上その法律通りに行はれないことが屢々ある。そこで、充填を必要とするところの法無き間隙が発生する。社會經濟の發展が激しければ激しいだけ、益々かゝる間隙が多くなるであらう。こゝにおいて、前に述べたやうな統制團體の自主的立法といふ觀念に依據したときに、初めて最もよくその間隙を充填し得るのである。<sup>16)</sup>

尤もこの種の論者は、すべての統制組織を有する國家以外の團體について、この團體に固有なる自主的立法の力を認むるとはいへ、かくして創設されたる自主法の強制力を國家的法に無關係に無制限に認容しようとするものではない。その論述の態様・過程においては種々なる差異はあるにしろ、『自主的法は非國家的法であるが、しかしなほ國家に依存してゐる (abhängig)

ところの法である。かやうな法の形造はこれが國家によつて認容されてゐるときにのみ可能であり、國家が劃したところの限界内においてのみ支持され、國家が許與したところの形態においてのみ遂行される』といふことは認めてゐる。

Gierke の流を汲む一派の學者は、畢竟労働協約上の協約規範は右のやうな自主的法の一の實例であり、そして、この自主的法が労働協約令一條によつて直接的不可變的效力といふ形態において認容された。即ちこの意味において、労働協約の規範的成素が法源であるといふのである。

吾々は茲においてすべて統制組織を有する團體は彼等のいはゆる自主法を制定するといふことは認めるとしても、協約規範がそのやうな自主法であると論定するについては、直ちに首肯し難いものがある。

こゝで、自主法とは如何なるものであるかを Gierke の説くところによつて、更に詳かに述べて置かう。

Gierke (Deutsches Privatrecht B. I, S. 142f.) によれば、自主権 (Autonomie) と云ふのは、國家以外の團體の自ら法を設定する権能をいふ。自主権によつて設定される法を規則條令 (Satzung) といふ。従つて (一) 團體、即ち統制組織を有する共同體のみが自主法の設定をなすことが出来る。(二) 自主権が存在する爲めには、國家でない團體に關係してゐなければならぬ。(三) 自主権は客觀的法をつくる、即ち自主権は法源である。従つて主觀的權利を生ずるところの法律行爲と嚴然區



別される。(四)自主権は成文法をつくる。

そして、こゝに法とか客観的法とか自主法とかいふときの法は、國家の権力萬能を信じ、すべて國家に還元しようとする者のいはゆる法乃至法律規定よりも廣い意味を有つてゐることに注意せねばならぬ。こゝにいふ法乃至は客観的法は、或共同團體の表示されたる確信に従ひ、自由なる人間の意欲を外部的に無條件に規定し得るところの規範たる法律規定の總體である(Gierke, aaO. S. 113)。即ちこれによれば、國家以外の統制團體の規則條令(法律行為的規則即ち定款の如きも)は、すべて法律規定である。斯やうに、客観的法を定義するものを團體法的學說と呼ぶ。

即ち團體法的學說にいはゆる自主法が斯やうなものであるとすれば、労働協約の規範的部分がそのやうな自主法であるといはれるためには、その前提要件たる團體が存在しなければならぬ。

こゝで雇主乃至はその團體及び被傭者乃至はその團體が一體となつて一個の統制組織を有するところの團體——或ひはこれは法人たることもあり得るし、權利能力なき社團たることもあり得るであらう——に結合し、その團體の決議によつて一般的に労働條件を確定するといふことが考へられる。かやうな團體は固有の意味における協約團體(Tarifgemeinschaft)と呼び得るであらう。<sup>29)</sup> その有名な實例として、一九二二年十二月三十一日に解散されたところの獨逸印刷職工の協約團體が屢々擧げられてゐる。これは獨逸民法上の社團であつたといふことである。

かやうな固有の意味における協約共同體が労働協約の背後に常に認められるならば、この團體の決議によりつくられるところの一般的労働條件は、その直接的效力及び不可變性を認むる旨の法律があるかないかに關係なく、その團體自らのうちにその實施力の源を見出すところのいはゆる自主的規則であり、自主法であり、團體法的學說のいはゆる法源である。<sup>30)</sup> ところが、斯やうな固有の協約共同體は今日姿を消しつゝあり、従つて研究の對象ともされてゐない。一般に行はれてゐる且つ普通に研究の對象とされてゐるところのものは、二個の共同體(雇主團體と被傭者團體)間又は一個の共同體(被傭者)と一個の人(雇主)との間において、表示されたる意思の一致といふ方法でつくられるところの一般的労働條件、即ち協約規範である。

斯やうに通常の労働協約は二の團體により又は一の團體と個人とにより締結されるのであるが、斯やうな労働協約についても、先に述べたやうな協約共同體におけると同じやうな法律状態を主張しようとする者がある。即ちこれによれば、法律は協約關與者に對する協約上の一般的労働條件、即ち協約規範の直接的不可變的效力を積極的に規律することにより、すべての協約關與者を一個の協約共同體に法律上綜合したといふのである。斯やうな協約共同體は廣義の協約共同體として先の固有の協約共同體から適當に區別されるであらう。斯やうな共同體の構



成を試みてゐるところの Sinzheimer の所説について、更に詳細にこれを検討して見よう。

嘗ては雇主は労働力を絶對的に支配し、労働条件・經濟條件を排他的に規定した。しかし、封建的結帯の分裂以來、個々の被僱者は自己の雇主を選択する自由を取得するに至つたが、選擇がなされた以上は、労働關係において、或ひは屢々それ以上交互に恰も家臣の王侯に對するやうに、雇主に服従せしめられた。斯やうな支配は、需要供給といふ經濟上の原則において、又は雇主の支配を大なる程度に制限しようとして試みてゐるところの國家の保護法律において、纔かにその限界を見出したに過ぎない。

斯やうな雇主の絶對的權利は、畢竟、その機能において物ばかりではなく、人をも支配するところの所有權に基因してゐる。この雇主の權力に反對の權力が一も對立してゐない間は、労働はひたすら所有權に服従し、雇主は唯一の主であり、經濟は所有權に根ざすところの一人の擔ひ手のみを有つてゐる。ところが、集會的労働意思が既に大戰前多様な輪廓において、斯やうな状態を事實上震動させ、今や獨逸憲法一六五條は、法律上そのやうな状態を破り掛けた。即ち同條は労働者・使用人・及びその團體に、企業者との共同體において、同權利者として資金その他労働條件の規律並に生産力の全經濟的發展に協力し得る職能を授けることにより、労働と所有權との間に一の共同體を基礎づけてゐる。斯くして、今や從來雇主の獨自の處分に服してゐたところのものは一定の關係においては、法律上労働による協力に服さねばならなくなつた。從來法律上、經濟の唯一の擔ひ手であつたところの所有權に並んで、物に關する權利においてとはなく、労働の權利 (das Recht der Arbeit) において、その基礎をもつてゐるところの第二の擔ひ手が生じた。そして、労働が所有權においてのみ自らの代表を見出すことは熄まつた。労働は自ら代表するやうになつた。

そして、この共同體は所有權に關係してゐるけれども、所有權の全範圍に關係してゐないで、一範圍即ち管理 (Verwaltung) にのみ關係してゐる。こゝに管理といふのは、所有權に内在するところの物と人とに對する權力の行使から成つてゐる。

そこで Sinzheimer はこの共同體を管理共同體 (Verwaltungsgemeinschaft) と呼んでゐる。

なほ Sinzheimer によれば、この共同體は共通な意思 (gemeinsamer Willen) を表現するけれども、共同意思 (Gemeinwille) を表現しない。そして經濟は、その支持者が自らの名において・自らに對して自ら活動するところの個々の經濟的集合から成つてゐる。その上に個々の經濟主體がそのうちに組み入れられ・その名においてその計算で以て・經濟を營むところの經濟的共同體 (Gemeinwesen) は存在しない。だから労働と所有權との間の今日の共同體は、たとひ組織されたる個人意思であるといへ、兎に角、個人意思を表現してゐる。その歴史的段階は、政治上の領域において、制限されたる世襲王侯の權力の時代に對應する。つまりこゝに問題となれる共同體は、個人の權利が共同體的行使に服せしめられるところの形態である。

そして、斯うした所有權と労働との間の共同體の意思形造の形式が一般に集合協定 (Gesamtvereinbarung) と呼ばれ、これは更にその成立に當り、被僱者側に労働組合の如き團結が現れるか・經營代表が現れるかにより、労働協約と經營協定 (Betriebsvereinbarung) とに區別されるといふのである。

労働協約の背後に想定される廣義の協約共同體は、Sinzheimer によれば、大體右に述べたやうなものである。即ちそのやうな協約共同體は統制組織を有たない——勿論人格を有たない——だから本來の意味における自主權を有しない。従つて自主的規則條例を設定し得ない理である。しかし Gierke は、斯やうな協約共同體といへども、なほ自主權を有するといひ、そして、『自主權を許與されたる協約共同體は固有の人格を有する團體 (Verband) ではなく、消滅期間を附せられ・告知に服するやうな共同體であり、その擔ひ手はその存續期間その共同體に適入



されてゐるが、服従せしめられてゐない。斯やうな共同體は團體構成員の上に位するより、高き、單一體ではなくて、共同體的單一的行爲を可能ならしめる被結合者の集會的單一體 (eine kollektive Einheit) である』と述べてゐる。

いま、假に右のやうな協約共同體が想定されたとしても、色々な點において解け難き疑が生ずる。まづ、協約規範の設定といふ點においては雇主側と被傭者側との協同的地位は思惟され得るであらうが、兎に角職業的對立の地位に在り、自ら權利主體として現れるところの協約當事者 (雇主乃至はその團體及び被傭者團體) の行爲が、いかにして單なる共同體の機關の行爲に變化され得るか、疑はこゝに生じ、この疑は未解決のまゝ残されてゐる。

更に、すべて支配的團體の支配者は自己の支配範圍内において法を制定することが出来るにしても、『自主權のうちには當然には團體歸屬者の團體外の法律關係を秩序づけるべき力は内在しない。だから自主權は一般公私法に關涉し得ない』。尤も、このことは當然にはあり得ないといふのみで、國家自らその團體にかゝる力を與へることは固より妨ない。だから、自主法が國家の法に關涉する效力を有することがあるならば、それは國家自身の定める結果であつて、そのことが或る法によつて定められてゐるならば、その法は國家の法であらねばならぬ。

翻つて、労働協約上の協約規範の不可變的效力なるものについて見るに、この協約規範が協約共同體の自主法であるとするならば、それは協約共同體外の國家の法よりも強い效力を有し得ない筈である。しかるに不可變的效力は、協約規範と背馳せる個人間の合意の效力を褫奪し、それに代ふるに協約上の對當規定を以てするものであつて、まさに個人間の自由なる合意の效力を認むる國家の一般的法律規定を破壊し、従つて、協約規範がさうした不可變性を有するとすれば、それは國家の法に基因すると觀なければならぬ。蓋し、自主法自體は斯やうな強い力を生じ得ないからである。結局、協約規範が法律規定であるとすれば、それは國家の授權に基いて制定されるものであり、協約規範は、これが法であると見る立場から見れば、團體法理上のいはゆる自主法ではなくて、國家に還元される法であるといはねばなるまい。<sup>31)</sup>

(16) Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I, S. 144.

(17) Vgl. Molitor, Weiteres zur Rechtsnatur des Tarifvertrages (Arbeitsrecht XI), S. 171.

(18) Vgl. Molitor, aaO. S. 171; Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts 2. Aufl. S. 48—49.

(19) Vgl. Sinzheimer, aaO. S. 46. 末弘博士「労働法研究」三〇八頁以下、同氏「社會問題講座」労働協約概論參照。なほ、後述するやうに Sinzheimer はその根本的立場においては Gierke の團體法理論を遵奉してゐるやうに看取されるけれども、Sinzheimer の説は彼の著書の所々に散開されてゐるところから見れば、漸次國家法的意味における法源説に傾い



てゐるかと思はれる。これに關しては後述註(53)参照。

- (20) Sinzheimer, aoO. S. 46.  
 (21) 自主法又は自主的規則條例といふ概念は、種々な意味に用ひられてゐる。Vgl. Jacobi, aoO. S. 140f. 菅原博士・日本民法論總則上卷三七頁以下、佐々木博士・皇室典範及び皇室令(仁保博士・織田博士・還曆祝賀論文集)一三頁以下、平野氏・團體規約に基く組織法とその效力(法學志林二八卷四・六・七號)参照。なほ平野氏は前掲論文において、團體の自主的規則條例の概念及びその法源的性質に關して詳論してをられる。

- (22) Vgl. Jacobi, aoO. S. 78f.  
 (23) Vgl. Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts III. (Das Tarifrecht) S. 100f. 孫田氏・労働法總論一八七頁以下参照。  
 (24) Hueck, aoO. S. 101f. によれば、固有の協約共同體の制定する一般的労働條件にも、他の要件(書面方式及び當事者の一方が被僱者團體であること等)が具備されるときには、労働協約令が準用され、そのやうな一般的労働條件は不可變性を有つてゐる。一般的拘束力宣言をうけることが出来る旨を述べてゐる。Hueck もいつてゐるやうに、協約令にいふところの労働協約と協約共同體とを同じやうに取扱ふことは、労働協約令の精神及び史的發展に對應するであらう。

- (25) Vgl. Sinzheimer, aoO. S. 207-208.  
 (26) Vgl. Sinzheimer, aoO. S. 210f.  
 (27) Vgl. Sinzheimer, aoO. S. 211.  
 (28) Vgl. Sinzheimer, aoO. S. 28.  
 (29) Vgl. Gierke, Die Zukunft des Tarifvertragsrechts (Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik XLII) S. 832.

- (30) Gierke, Deutsches Privatrecht B. I, S. 152.  
 (31) Vgl. Jacobi, aoO. S. 252f.

### 五、國家的法と觀る説

以上に述べたやうに、協約規範を法律規定と觀る立場においては、その法律規定は團體法的學說にいはゆる自主法と觀ることは出来ないで、國家に還元される法と觀なければならぬ。その上で、Kaskel,<sup>34)</sup> Hueck,<sup>35)</sup> Oertmann,<sup>36)</sup> Nipperdey<sup>35)</sup> 等々、法源説を支持する學者の多くは協約規範を國家的法と觀てゐる。元來團體法的學說を遵奉する Sinzheimer の所論にも、稍々明瞭を缺いてゐる嫌はあるが、協約規範を國家的法と解してゐるやうに思はれる節々がある。特に最近の氏の所論にはそのやうな色彩が強く出てゐる。<sup>36)</sup>

協約規範を國家的法と解する者の間においても、その理論構成は一様でない。或者は、二の國家機關の間に成立せしめられる一種の法規であると觀てゐるが、<sup>37)</sup>多數の學者は國家以外の團體の機關が自己の團體の名において國家の授權に基いて設定するところの自主法と觀てゐる。<sup>38)</sup>茲において協約規範を自主法と觀る説は、恰も團體法的學說にいはゆる自主法



と観る説と同様に、協約當事者は他の團體の機關として行爲するのではなく、而も互に對立的地位において自ら権利者として現れ、更に、自主法設定の基底たる協約團體といふやうな團體は存在し得ないといふ點において、根本的な弱味を有つてゐる。

結局、協約規範を法源と觀・而も國家的法律規定と觀る立場において合理的に説明しようとするならば、協約當事者が國家の機關として國家的法としての協約規範を國家の名において制定すると見なければなるまい。然しながら、現在の獨逸労働協約令の解釋上、そのやうに解釋することは出來まい。即ち、すでに協約當事者は國家の機關ではないといふ一事により、そのやうな解釋は根本的に挫折せざるを得ないであらう。

いつ體、労働協約が社會的に發展し、國家が労働協約令によつて労働協約を法律の世界に採り入るゝに至つたのは、經濟的組織體が事實上優勢となり、國家權力がそれに従つて衰微し、労働法を社會轉變のまにまに發展せしむるには、自由に組織されたる社會力又は經濟力をして自ら法を設定し法を執行せしむるのが最も當を得るといふところにある。<sup>30)</sup>

労働協約發展の基本觀念が斯やうなものであるならば、協約當事者たる職業團體は普通にはゆるる公法上の團體であつてはならない。ところで、現行法上公法上の團體と私法上の團體と

は、いかなるメルクマールにより劃されるべきか。これに關しては種々な説が行はれてゐるやうであるが、現行法上公法上の團體の本質は、國家の統治の職務を行ふことを以てその存立目的としてゐるといふやうなところに、適當に求められるであらう。<sup>40)</sup> 公法上の團體と私法上の團體との區別點をどこに求めるとするも、兎に角、現行法の世界においては、國家以外の公法上の團體は國家の行政組織のうちに組み入れられ、國家の監督・國家の掣肘をうけ、その範圍において公法上の團體の生活は自由であり得ないといふことは安んじていはれるであらう。

他方、前に述べたやうな労働協約の基本觀念を遂行すべき任務を課せられたる協約當事者たる團結即職業團體は、當然にその生活要素として常に社會の變化に追從し得るところの可動性を有つてゐなければならぬ。寔に「團結は自ら設置したる任務において將又自ら適用する手段において自由たらんことを欲する。團結の責任は自己責任であり、決して外部から課せられたる責任ではない。團結の内部の實質は共通なる情操であり、その最も内部の意思は實力意思である。」<sup>41)</sup> だから、斯やうな團結を如上の公法上の團體とすることは本質的に誤つてゐる。特に國家の掣肘監督といふやうなものは團結の本質と背馳する。

そこで、協約規範は國家的法であり、しかも協約當事者が國家の授權に基いて創設するとこ



るの國家的法であると見るならば、協約當事者はその限りにおいて、普通にいはゆる公法的性質を帯び来り、その範圍において必然的に協約當事者は國家の掣肘監督を受けねばならなくなるであらう。<sup>43)</sup>すると、協約當事者たる團結又は職業團體の本質に反する結果となるであらう。だから、協約規範を國家的法と観る説はこの點においても妥當でない。

こゝで、Jacobi は團結は公法上の團體たり得ないで、私法上の團體であることを強調し、そして協約規範を國家的法と観る説は、まさに一私人に法設定権を授與するものであつて、斯の如きことは實に見果なき彼方にあるところの基本的改革を意味し、國家權力の衰退せし獨逸中世時代への退歩以外の何ものでもない旨を力説してゐる。<sup>44)</sup>これに對して、Sinzheimer は次のやうに反駁してゐる。國家が私人たる人又は團體に對して法を創設する權限を與へることは全く可能である。すでに Georg Jellinek が「個人的圈内への公權の移入 Inkorporierungen öffentlichen Rechtes in die individuelle Sphäre」といふ言葉でそれを説いてゐる。そして斯やうな公權の私的圈内への移入が、労働協約が労働契約規定を設定する限り、労働協約の締結行爲において現れてゐる。斯かる公權の私的圈内への移入は、よし從來は認められてゐなかつたとしても、労働協約の規範的機能についてはこれを認めねばならぬ。蓋し、それは「社會的自律の理念」

から生れたところの労働協約法の本質を成すものであるからである。それは一方においては、それ自身の關係を自ら規制せんとする自由に組織された社會的力の動力より發したものであり、他方においては、斯かる自治的な動力の承認によつて國家に課せられた規制的任務の負擔の幾分かを軽減せんとする國家の要求から發したものである。それは又、個別的利益の結合よりも寧ろ社會的力の作用の結合を目的とし、以て自治的拘束によつて個別者を規制なき社會生活における機械的な拘束より解放せんとする新たな社會法の要具をなすものである。斯かる自治的拘束による個別者の解放といふ思想の實現は、團結をして規制者たらしめ、以て個別者を超個人的に拘束するによつてのみ可能である。そして又、斯かる拘束は規範によつてのみ設定され得る。されば協約團體の圈内への公權の移入は、決して恣意的な構成ではなく、労働協約の任務の上に礎されたものである。更に國家は私的團體に公法的な法規設定権を許與すればとて、これによつてその主權を拋棄するものでない。斯やうな協約團體の法規設定権は、中世的國家の崩壊を誘致した私的な法規設定権に比すべきでない。蓋し中世的國家を崩壊せしめた私的な法規設定権はオリヂナルなもの、即ち國家權力に服せず・その所持者自身に固有なものであつたに反し、協約團體の法規設定権はこれと全く異り、オリヂナルなものではなく、國家によつて與



へられたものであるが故である。換言すれば、それは國家の意思から導き出され、國家の意思によつて限界づけられ、又裁判権といふ形式により統御されてゐるものである。今日において統一的な國家的意思形成を齎すものは、寧ろ國家によつて直接に創設せられる規範の過多なることである。そして近代の國家思想をして、今日その活力を保たしめんと欲する者は、國家をしてその權力の幾分かを社會的自治の擔當者に許與せしめて、以て國家の負擔の軽減を圖ることに思を致さねばならぬ。國家がかくの如く一定の分域において、且つ強行法の限界内において、問題たる關係の内容的規制を社會的自律に委ねたとて、決してその主權を拋棄するものではない。むしろ反對に社會的自律の理念の實現において、現今の國家殊に議會主義の組織的改革の基礎が見出される。この故に私は労働協約を以て單に労働法の一現象と見ず、むしろ巨大なる一般的法律思想の輝ける現れと見たのである。即ち Sinzheimer は斯ういつて Jacobi の説を反駁してゐる。<sup>45)</sup>

さて、一私人乃至は私的團體に國家が法設定力を許與するといふ立場をとつても、無制限に恣意的に法設定を許與するといふのではないから、Jacobi が杞憂してゐるやうに、それがために國家の統一性が害されることはないであらう。それは Sinzheimer が強調してゐる通りであ

る。たゞ憂ふべきは、それがために必然的に一私人乃至は私的團體は國家の掣肘監督を受け、元來その活動において自由たるべき協約當事者としての一私人乃至は私的團體の本質が根こそぎされる點である。

次に Sinzheimer の上述の論述を見ると、元來彼が國權萬能・國家への法設定力の集中に反抗して定立した社會的自律の理念、即ち法の設定力と法の生成力との分離を排除して・自由に組織されたる社會力をして、直接且つ企畫的に客觀的法を生出せしめ、且つ自らその法の執行をも行はしめようとする思想を、なほ支持してゐるやうに思はれるが、Sinzheimer が Jacobi の説を反駁するに當り、協約規範は協約當事者が國家權力の授權により設定する國家的法であるやうに説いてゐる。<sup>46)</sup> かやうな説述は、まさに彼が協約理論の基本觀念として定立した社會的自律の理念に反するものではないだらうか。その限りにおいて、又彼の上述の説明は協約規範を國家的法と觀る説に加へられる反駁を甘受せねばなるまい。

(32) Vgl. Kaskel, Tarifbruch S. 7f.

(33) Vgl. Hueck, aaO. S. 15.

(34) Vgl. Oertmann, aaO. S. 59f.

(35) Vgl. Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht S. 140.



後述註(53)参照。

(37) 例へば Reichsregierung v. Reichsrat u. Reichstagsausschuss との同意を得て法律命令を發布する場合のやうに。Dechant の如きは協約規範を明かに斯やうな法律命令といつてゐる。尤も Dechant はケルゼンの法段階説に依據し、國家的法に並んで他の自主法は存し得ないとの見地から出發してゐる。

(38) Vgl. Jacobi, aO. S. 254; Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht S. 140f.

(39) 拙稿・獨逸における労働協約の基本概念とその發展、社會政策時報昭和六年九月號所載参照。

(40) 菅原博士・日本民法論二〇七頁以下参照。

(41) Sinzheimer, Grundzüge S. 84.

(42) Kaskel の如きは、斯かる協約當事者たる團體を明かに公法上、團體であるといつてゐる。そして、その理由として個々の成員の結合は、たとひこの結合が自由意思によつてなされるとはいへ、個々の人としての彼等の屬性においてなされるものではなく、彼等の社會的又は職業的地位に基いてなされるものである。更に、國家は斯くの如く形造される團體を承認したのみならず、それに國家的任務の遂行を委任し、そして、屢々國家行政組織のうちに組み入れ、その官廳上の地位をも認めてゐる。なほ國家はこの團體を、憲法一六五條において、その成員の適當なる代表として承認し、實にそれどころか職業に所属してゐる個々のものが成員となつてゐない範圍においても、且つ屢々成員又は非成員の意思を顧慮することなく、全職業的地位の適當な代表と認めてゐるのである。最後に國家は成員に對する稍々完全なる強制力を許與してゐる、或ひは少くともその行使を咎めだてしない、といふやうなことを述べてゐる。Vgl. Kaskel, Arbeitsrecht, S. 222. なほ Kandler は職業團體の公法的性質に關し、種々なる方面から、詳細に論證してゐる。Vgl. Kandler, Die Stellung der Berufsverbände im öffentlichen Recht. Kandler は同書九頁以下において次のやうなことを述べてゐる。即ち「労働

協約は……法律類似(Gesetzesähnlich)の效力を有つてゐる」、更に「職業團體——個々の契約に對する不可變的規範を規定することを得る職業團體——に公法上の權能が與へられてゐるか否かの問題を判斷するに當り、職業團體は労働協約の規範的部分において、たとひ客觀的法を創設するばかりではなく、この法は直接的效力を有つてゐるといふことを看過してはならぬ。更に附言すべきは、客觀的法を創設するといふことだけでは、成立行爲(Entstehungsgeschäfte)が公法上の行爲たらしめられるに充分でないといふことである。今日、通説が登記された社團の規約及び何等かの團體の規範契約をすべて客觀的法と見てゐるが、これらのすべての場合を公法上の領域に引き入れることは不可能である。これらの場合はむしろ私法の限界内に止つてゐるところの Gierke のいはゆる社會法に關係してゐる。しかし、或る法的行爲(Rechtshandlung)により直接的效力、即ち Gesetzskraft を有つたところの規範がつくられるときは、はじめて私法の限界が飛躍される。直接的效力を有つた規範は Gesetzskraft を有つた規範として表示され得る。何故なれば原則として直接的效力は國家により制定される法にのみ歸屬するからである。慣習法はこれに關聯して考慮されない。何故ならば、それは意識的な法設定に基かないからである。直接的效力を有つてゐる規範と然らざる規範との區別は、直接的效力を有たぬ規範は特別な法律上の規定なくともつくられるが、しかし直接的效力を有つ規範は特別な法律の授權がなければ決してつくられないといふ點に在る。斯かる特別な法律上の授權は、協約令一條において労働協約に對してなされてゐる。それは確定的に限界づけられたる立法權の・雇主と被僱者との團體への授權を意味してゐる」といつてゐる。

(43) Vgl. Jacobi, aO. S. 395 ff.

(44) Vgl. Jacobi, aO. S. 258.

(45) Sinzheimer, Über einige Grundfragen aO. S. 6f. 後藤清氏、前掲法律論叢五號九頁以下参照。

(46) Sinzheimer の説に關しては更に後述するであらう。註(53)参照。

ついに、協約規範を國家的法と觀る學者に、協約規範に労働法外においても事實上の法源と認



められてゐるところの「法を設定する協定 *Verinbarung*」といふ概念を振り當てることにより、すべての非難を脱し得ると信じてゐる者がある。しかれば、協定といふのはどんなものであるか。順序として、まづこれから検討して行かう。

現行法上協定といふ概念が確立されてゐる譯ではない。だから、協定概念を説いてゐる學者の説述についてそれを検討しなければならぬ。

ところで、まづ協定概念發展の跡を追つて見よう。

元來、協定 (*Verinbarung*) は *Vertrag* といふ概念に對して發展して來た。その萌芽は古く *Bergbohm* の主張 (*Staatsverträge und Gesetz als Quellen des Völkerrechts, S. 78 ff.*)、即ち主觀的權利を成立せしむるところの *Vertrag* は諸國家がその行爲を規律すべき共同の抽象的規律を協定するやうな場合のすべてと區別されるところの主張のうちに看取される。尤も、彼は兩者をなほ *Vertrag* と呼び、後者を非本來的意味における *Vertrag* といつてゐる。これ以來、國際法において從來の *Vertrag* の二分が注目されるに至つたのである。當時國際法を客觀的法と觀てゐた者は、その淵源の解明を強要された。慣習法の成立してゐた範圍においては定説があつたやうであるが、その他の法律規定の性質に關する説明は區々であつた。こゝにおいて、諸國家のすべての人に共通な法感情の承認その他の自然法的與惟過程では實證主義の法律學者をして何等科學的な法源の規定を把握せしむるに至らない。そこで、それらの學者は國家の實際生活のうちに滲透し、そこに國際法秩序の發生原因を探求した。ところで、問題とされたのは、法律規範を設定するところの *Vertrag* はいかなるものであるか、といふことであつた。國際法上の *Vertrags* は種々な形態を有つてゐるが、その構成においては私法上の契約と何等區別されない。いつ體、法律規範は原則として一定又は不定期間安當せねばならない。そして、その抽象的性質から或恒常性を有つてゐる。これに反して、債權契約は存續の點において不安定であり、たとひそれが繼續的なものでも、常に終了へ向つてをり、それがために或動的な不確定なものを包有してゐる。つまり、かうした思想が契約から協定への分岐の終局的根源をなしたのである。

*W. Jellinek* は、*Bergbohm* により見出された新しき *Vertrag* を更に突き込んで究明した。そして、根本においては *Bergbohm* の分類に賛同し、當事者の相對立せる利益を伴ふところの狭義の *Vertrag* を、その關與者が共通の利益により導かれてゐる *Vertrag* に對立してゐる。次に *Binding* が *Bergbohm* 及び *Jellinek* によつて見出された特殊の *Vertrag* をはじめた協定 (*Verinbarung*) と呼んだ。彼は詳細に協定の構成論を試み、協定を一基本概念として狭義の契約に對立せしめようとした。そして、斯かる「協定」の發見を導いた機縁は、當時の國法學界において争はれた北ドイツ聯邦の成立の問題であつた。聯邦成立に當つては、上位の法律秩序がないから、少くともその效力において、個々の成員に對する法律規範的拘束を生ずるやうな何等かのものが探求されねばならなかつた。*Binding* によると、その設立は一方一八六六年八月十八日に結成された政府と他方一八七七年二月二十六日 *Berlin* において召集された國會との間の協定であり、この協定が當該個別意思の融合によつて、その上に立ちそれを拘束する獨立的な全體意思を生成せしめたのである。*Binding* のこれに關する論述は、協定概念に對する一般法律學者の注意を喚起せずには置かなかつた。それは、一には彼の心理學的・社會學的解明の鋭さに職由するが、二には彼がはじめた私法においてもその若き概念の存在せることを論證せんとしたのが爲である。更に一度一九二〇年に *Binding* が綜合したところの思想が *Triepel* によつて受け容れられ、しかも *Triepel* はその思想の貫徹を期し、協定概念の構成を洗練しようと試みた。これに對して、*Erich Kaufmann* は協定の存在を争ひ、たとその概念形造の可能性のみならず、その存在目的をも否認してゐる。

私法學においては、協定は現今労働協約法研究の進展に至るまでは、統一的に取扱はれてゐなかつた。そして、最も精緻に研磨されたる概念を要求する私法組織において、特に契約に對して協約が新しき概念として構成されることの容易でない



ことは前以て知られるであらう。更に、Bindingの協定は危怪な程に包括的である、そのために私法学者は當然に Bindingの協定概念に對しては懐疑的態度を採らざるを得なかつたのである。

かくて、新労働法發展と共に、いはゆる集合協定 (Gesamtvereinbarung) (従業員規則・労働協約の如きものをいふ) の形で協定概念が労働法の世界に採り入れられ、そして、一聯の學者は集合協定は法を創設すると説いてゐるのである。

さて、斯やうに發展して來たところの協約概念の現行法上の地位、特に契約又は合同行為に對して有する意味を詳細に検討することは、興味ある問題ではあるが、こゝにおいてそれを詳細に検討することは限りある紙面において許されないから、それは他日の機會に譲つて置き、こゝではたゞ本問題を検討するに必要な限りにおいて協約を説く學者——特にこの概念を洗練したといはれてゐるところの Triepel<sup>50)</sup>——の説くところに従つて、協約の構成並にいかなる意味において協約が法源とされてゐるかといふことを簡単に述べるに止める。

協約は契約と同じやうに多數の人の一致せる意思表示 (Mehrfachvertrag) は斯やうに意思表示といつてゐるが、こゝで意思表示であるか否か (後述するやうに疑問である) から成つてゐる。この意思表示は契約におけると同じく相互に對してなされる。たゞ契約におけると異なるのは、こゝでは各當事者が他人の意思と完全に同一な或意思を表示する。例へば、多數の共同支配人が手形引受を決議し、多數の土地共有者が地役權設定を決定するやうな場合がさうである。更に、茲においては各人が相互に同一な意圖を表示し、他

人が自らと同一なことをなすやうに意思する。最後に、各人は他人と同一な經濟上又は法律上の効果を意思する。ところが契約に在つてはさうではない。即ち、契約に在つては効果は當事者の法律圏に相反的に觸れ、又さう觸れなければならぬのに、協定にあつては効果はすべての協定者に對して同一な又は統一的な作用を有たねばならない。又契約は相反的利益の充足に役立たねばならないのに、協定は共通な若くは同一な利益を充足すべく規定される。そして、前示の例が教へて呉れるやうに、協定は一の權利又は一の權力の多數の所有者が、法律上の規定によりそれらのすべてが共同にのみ、又はその一人が他の者の同意の下にのみ・すべての者の爲に處分し得るといふやうな場合に、その共同の行使に關して意思の一致を得るための手段である。斯くて、協定は特に相互に合手的關係に立てるすべての人をして、それらの者の權利の共同な行使に關して一致せしむることに役立つ。

尤も、權利共同體及び權力共同體が協定の存在し得る唯一の場合であるといふ譯ではない。即ち、各人の利益に同じやうに役立つ目的を各人が追求するも、法律上又は事實上の理由から、各人別々ではその目的を達成し得ないか、又はさうし得ないと思惟されるがために、同一な利益から互に結合しようとする同一な意思が涌出する。かやうな場合にも一般に協定が行はれる。



例へば多くの大臣が一個の命令の發布に關して一致し、多くの獨逸の國家が共同の専門家の團體を建設しようとして一致する場合の如きがさうである。更に、協定は多數の人々が、これらのすべてを包括する團體を將來設立するために結合する場合の形態を成してゐる。最後に同僚的に組織された多數人の決議が協定である。

更に、協定からは必ずしも協定者に對して權利義務が生ずるとは限らない。しかし、權利義務が生ずるときには、或ひは協定者のうちの一人が他のすべての者に代つて行爲すべき權利を得義務を負はされる。或ひは多數の關與者、又はすべての關與者が行爲すべき權利を得義務を負はされる時がある。かゝる時にはその行爲は同一乃至は共通内容を有つてゐなければならぬ。斯やうな協定から生ずる權利の行使義務の履行としての同一、又は共通内容を有する行爲が新しく合同行爲 (Gesamthakt) (合同行爲概念は學者により色々規定されて) と呼ばれる。例へば共同に發布さるべき命令に關する二大臣の一致は協定であり、命令の共同の發布が合同行爲である。尤も、すべての合同行爲必ずしも協定の履行ではない、そして、協定は必ずしも常に合同行爲を生ぜしむるものではない。例へば議會が決議により議事規則を制定するときには、この議事規則は投票の完成によつて成立する。かやうな議事規則の成立には別に議長による投票の結果の公示は

必要でない。協定は共通な意思又は共同意思の形造に制限され、合同行爲は完成された共通意思又は共同意思の第三者に對する表示である。法律上の効果を生ずるがために共同意思の第三者に對する表示が特別な理由から必要でない場合即ち協定がそれに關與した者のうちにおいてのみ效力を惹起すべき場合には、一般に協定は次に來るべき合同行爲を必要としない。然らざる場合には、法律効果を達成する爲に協定はこれが實行たる合同行爲又は協定者の一人の行爲又は第三者の行爲を必要とする。そして、協定は外に向へる法律上の效力を目的し得るが、先の議事規則が證明してゐるやうに、必ずしもそれを目的とすることを要しない。そして、このにおいて、我々は興味あるしかも極めて重要な現象を目撃するのである。それは、明かな意思表示によつて成立する法律規定は技術的意味における公布がなくとも實施されるといふことである。例へば議事規則は協定によつて形造される自主的法律規定である。かやうな法律規定は共同意思の形造と共に成立し、共同意思の表示を必要としない。尤も斯やうな法律規定は拘束的規範としては協約者に對してのみ問題とされる。

Triepel の論證によれば、協定といふ概念は大體右に述べたやうなものである。これによつて明かなやうに、元來、協定は上述のやうに契約概念に對立して發展して來たのであるが、いはゆる



る協定は意思表示の前段階たる意思形造 (Willensbildung) に關するものであるから、Leonhardも明確にいつてゐるやうに、法律行為ではない。従つてその點において契約と根本的に異つてゐる。

そして、協定は上述のやうに、法律規定發布の際における同一人格の多數の機關の一致並びに一人格の一同僚的に構成されてゐる機關の議決を包攝してゐる。しかし、斯やうな場合に法律規定が對峙してゐる發現形態は協定自身ではなく、それによつて成立するところの共同意思乃至は共通意思の表示——上述のやうに、これは合同行為又は協定關與者の一人の行為である——であることに注意しなければならない。そこで、法を創設する協定にあつて法源たるものは、協定自體ではなく、それによつて成立する共同意思乃至は共通意思の表示即ち法律・命令・自主的規則である。

尤も、前に示したやうに、一定の前提の下においては、協定自身が共同意思の表示なくとも法律規定を形成し、延いては法源たり得る場合がある。それは法律規定に關與する者の範圍がその形成に關與する者の範圍と一致する場合である。しかし、かやうな法律規定が關與者以外に不可變的に妥當するがためには更に表示を必要とする。しかるときには、その表示が法源と

なる理である。だから、協定自體が法源といはれる場合には、それによつて創定される法律規定は高々團體法的學說にはゆる法律規定である。

畢竟、一派の學者は労働協約を上述のやうな協定であると説いてゐるのである。ところで、労働協約上の協約規範は協約當事者外の者に對して不可變的效力を有つてゐる。だから、若し協約規範が協定から創定される法律規定であるとするれば、労働協約により成立する共同意思たる協約規範の外部に對する表示がなければならぬ。ところが、労働協約に在つてはそのやうな表示はなされない。尤も、労働協約においては書面方式が要求されてゐるけれども、この書面方式は何等右のやうな表示たる性質を有しないで、單なる協約内容の確證たるに過ぎぬ<sup>1)</sup>。従つて、協約規範はいはゆる協定であるとの説は、協約規範は團體法的學說にはゆる法律規範であるとの學說と同一趣旨のことを他の形式でいつてゐるに過ぎないこととなるであらう<sup>2)</sup>。この限りにおいて、そのやうな學說は協約規範の本質を把握してゐるものではない。

(47) Vgl. Rundstein, Die Tarifverträge und die moderne Rechtswissenschaft S. 19 f.; Kaskel, Arbeitsrecht S. 12 Anm. 1, S. 15 Anm. 6; Roman Boos, Gesamtarbeitsvertrag S. 214 f.; Nipperdey, Beiträge S. 140 Anm. 85, 86a.

(48) 協定觀念發展に關する以下の論述は、主として Werner Vogel, Vertrag und Vereinbarung S. 4 f. 224 ff.

(49) かゝる問題に關しては Vgl. Werner Vogel, aaO.; Binding, Die Gründung des Norddeutschen Bundes, Festgabe



der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid. 1898. S. 69 ff.; Derselbe, Zum Werden und Leben der Staaten, 1923, S. 198 ff.; Triepel, Völkerrecht und Landesrecht S. 49 ff.; Nipperdey, Beiträge S. 143; Jacobi, aO. S. 260 ff.

(50) Triepel, aO.

(51) Vgl. Jacobi, aO. S. 259 ff.

(52) Vgl. Jacobi, aO. S. 267 ff.

最後に、協約規範を國家的法と見る學者で、協約規範を債權契約から生ずる特殊の法律規定と説かうとする者がある。Jacobi はこの一派に屬する學者として Sinzheimer, Oertmann, Hueck etc. を擧げてゐる。そこで、その Oertmann の説を見るに、「労働協約は協約令によれば客觀的法上の效力を有する。且つ、この效力は當事者の意思行動と結びつけられてゐるにより、當事者は自主權即ち國家の授權により客觀的法上の規定を自由に設定すべき權利を享有する。これがために労働協約が契約即ち法律行為たることを止むとはいはれない。それはすでに、労働協約が規範的内容以外になほ他の構成分子をも包有し得る——實に多くの場合それを包有してゐるのであるが——がために、不可能である。……協約は協約締結者間においては債權的效力を有つ普通の契約である。……そして又労働協約は法的規範を惹起するけれども、それは常

にたゞ協約の效力についてだけのことであつて、要件 (Tatbestand) においては労働協約は契約である<sup>55)</sup>、といふ風に述べられてゐる。

この Oertmann の論述は稍々不明確であるが、右のやうな Oertmann の論述のうちに労働協約の法律的性質を正しく認識すべき楔機が含まれてゐるやうに考へられる。即ち、若し、Oertmann が、労働協約は普通の債權契約同様に法律要件であつて、協約規範自体は普通の契約規定同様に取扱はるべきであり、法源ではない、たゞ協約令によつて不可變的效力を生ずる點において特色を有つてゐるに過ぎない。との旨を述べてゐるならば、正に正當な解決を導くものであらう。けれども Oertmann は、労働協約は契約といふ法律要件であることを認めつゝ、協約規範自体を法源と論定してゐる。尤も、こゝにおいて Oertmann が國家的法律規定設定行為と債權契約とが統一的生活形象としての一個の行為に結合されてゐる意味に解いてゐるならば、兩者の概念的混淆を來たさなからうが<sup>(尤も、さうすると氏は國家的法源觀に對すると同)</sup>、然らずして、労働協約は契約といふ法律要件であつて、協約規範は國家的客觀的法であり、その意味において法源であるとの意味に Oertmann が解してゐるならば、Jacobi, Gierke が非難してゐるやうに、法律行為と法規設定行為との混淆を來すであらう。



(53) Sinzheimer は、労働協約の萌芽を獨逸中世の Hof の Her と、その隷屬者達との間に締結される契約、又は贖罪契約 (Sühnevertrag)、國際法上の條約などのうちに認め、そして次のやうなことを述べてゐる。かやうな契約又は條約はその規範的效力を國家に依據せず、發展せしめ得た。蓋しやうした契約又は條約は國家權力の弱き時代に、或ひは國家的存在なきところにおいて行はれたから、國家的法に拘束されることはなかつた。ところが、現代の國家内の契約は、國家によつて意識的に明かに許與されるときにのみ規範的效力を生じ得る。そこで、吾々は國家的法規により客觀的法を創設得るところの契約を、契約自治 (Vertragsautonomie) と稱する。契約自治のうちに處分的並に立法的 (dispositiv und legislativ) 分子・私法的並に公法的分子が獨立に結合されてゐる。凡そ契約自治を行ふものは、私人であると同時に法創造の機關である。そして契約自治は法律行為たる契約にその基底を置いてゐる。だから、契約自治には契約・法律行為に關する規定がすべて適用される。その效力は自主法の生出である。自主法は國家法的限界において客觀的法である。なほ契約自治の社會的機能は私的契約の補充である。私的契約は個人的折衝に向けられてゐるけれども、契約自治は集合人が相互に法律取引する場合に法律が用ふるところの集合的契約概念である。労働協約は自由なる意思一致なるものに基いて協約規定の規範的效力を追求してゐる。労働協約は集合契約 (Gruppenvertrag) の典型的なものである。だから、契約自治は労働協約の本質に對應するところの法的形態である。Vgl. Sinzheimer, Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht S. 39 ff.

つまり、Jacobi は、斯やうな Sinzheimer の論述を見、Sinzheimer を債權法上の契約から生ずる法律規定と觀る論者の中に入れてゐるのである。

しかし、Gierke は右の Sinzheimer の契約自治説に對して次のやうな反駁を加へてゐる。  
 『彼 (Sinzheimer) は理論的に矛盾撞着して、契約法の組織的基底を完全に明かにすることは出来ないといはねばならぬ。余は労働協約は……眞に純粹の契約であり、協約締結者間に債權關係を生ぜしむるといふ點においては彼に賛同す



る。だが、労働協約の契約的性質からは、その自主的效力は導き出されない。労働協約が規範を生出す範圍において、むしろ労働協約は契約的性質を失ひ法設定行為となる。成程、屢々法設定行為は契約形態の衣を被つてゐたし、なほ今日も被つてゐる。しかし、斯る契約は、その内的本質に従へば、その法創設的機能において何等法律行為ではなくて、建設的合同行爲である。Sinzheimer 自身も合同行爲なる概念を以て論證してゐる。いつ體、合同行爲は契約ではなくて、一體として定立される全體の統一的意思表示である。自主權から生出されるものは規則條例 (Satzung) であり、自主權を有する共同體のみが Satzungsrecht (自主法) を生出し得る。Sinzheimer の言ふやうに、國家的法によつてのみ……労働協約の内容に自主法的性格が附與され得るといふことは余もこれを認むる。だが國家と雖も、單純に契約自體に自主法的效力を賦與することは出来ないで、まづ自主權の荷手としての何等かの共同體を認めなければならぬ。そして、この自主權によつてその共同體が、労働協約の形態で、當該者に對して自主法をつくり得るのである。契約自治といふ二股的概念を支持するならば、労働協約の法律行為的效力と法的規範的效力との混淆といふ危險に絶えず襲はれる。云々』 (Gierke, Die Zukunft des Tarifvertragsrecht in Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik Bd. 42, S. 821 f.)

其の後 Sinzheimer は Grundzüge des Arbeitsrechts S. 48 f. において更に契約自治を論じ、契約自治といふも全然支配的團體自治 (herrschaftliche Verbandsautonomie) と無關係なものではなく、むしろその一變態である。即ち、契約自治は一人により獨裁の形式で行はれる團體自治ではなく、多數人により契約の形式で行はれる團體自治である。そして契約自治の擔ひ手・即ち契約主體が處分するところの權利は依然支配團體に根ざすところの自主權である。なほ労働協約において構成されるのは、獨逸憲法一六五條・協約令等のうちに窺知されるところの労働と所有權との權力共同體である、といふ風に述べてゐる。そして、前示の契約自治に對する Gierke の反駁が理由なきことを指摘し、以て Sinzheimer は根本におつては Gierke と一致してゐることを述べてゐる。

なほ Jacobi が前示の Sinzheimer の契約自治説並びに Oertmann 等の説に對し、斯かる説は一私人に法設定權力を



授權するものであり、國家權力の衰退を來たし、公法と私法、法律行為と法設定行為の混淆を結果する旨を論證してゐる (Grundlehren des Arbeitsrecht S. 268 f.)。Sinzheimer はこれに對して、『余は Jacobi と全く異なる労働法の體系から出發するのである。Jacobi にとっては、公法と私法との區別は労働法の考察の基礎をなすものである。これに反して、余は労働法の體系の基礎たり得るものは單に生活形成物それ自體である。従つてたゞ生活形成物のみが、各々區別されるべきであつて、その法律形態が區別されるべきではなく、又生活形成物はその全法律的形相において、即ちその公法的並に私法的現象において把握されるべきである』との見解である』と述べて、大體上述の契約自治に関する論述と同趣旨のことを多量に述べてゐる (Vgl. Sinzheimer, Über einige Grundfragen des Arbeitsarbeitsrechtes aaO. S. 8 f.)。後藤清氏・前掲五號一三頁以下參照。

以上述べたところによつて Sinzheimer は Jacobi が思惟してゐるやうに、協約規範を普通の債權契約から生ずる法律規定と觀る學者でないことが分明するであらう。

(54) Vgl. Oertmann, aaO. S. 59 f., 72 f.

(55) Vgl. Hueck, aaO. S. 15.

(56) Oertmann, aaO. S. 72 f.

(57) Vgl. Jacobi, aaO. S. 269 f.

(58) Vgl. Gierke, Die Zukunft des Tarifvertragsrechts S. 821 f.

## 六、法源説反對論——Jacobi の説

上に述べたところにより、労働協約を法源と觀る説の主なるものを概説し、それに對して簡

單な批判を下した。

なほ、こゝに右のやうな法源説に斷然反對して、労働協約を一種の債權契約と觀ようとする學説がある。即ち、それは Jacobi の學説である。限りある紙面において、いまこゝに氏の説を詳述することは許されない。その詳述は他日の機會に譲り、こゝではたゞその大要のみを述べらるであらう。即ち、Jacobi によれば、労働協約は純粹の債權契約と一般的労働條件の形體に在るところの規律協定 (Regelungsvereinbarung) との結合たる集合的債權契約 (kollektiver Schuldvertrag) であり、何れの點から見ても債權契約たることにはかはりはないが、團體の意思表示に成員に對する法律上の効力が附與されてゐる體の新しい種類の債權契約である、といふのである。そして、Jacobi は労働協約の不可變的效力を説明するに當り、その不可變的效力の基底を全然個々の労働契約締結者たる協約關與者の個人意思に求め、『個々のものは労働協約上の労働條件に服しようとの自らの意思を協約能力ある團體に加入することにより、又は所要の任務が定款上附與され得るやうな團體に加入することにより表明したのである。その範圍において個々のものは、團體が個々のものゝために約したところのものゝうちに再び彼自らの意思を見出すのである』と述べてゐる。



Jacobi の論述を更に詳細に検討すれば、種々な興味ある節々が見出され、有益な示唆を與へられるところも少くないが、たゞ Jacobi が、労働法學が多年の努力の結果個人意思に對する集團意思の優位として不可變的效力を成文化せしめたのに反抗して、これを再び協約令發布前の法律状態に退歩せしめて、不可變的效力の基底を全然個人意思に復歸せしめてしまった、といふ點において吾々は根本的に Jacobi に賛同する譯には行かぬ。なほ Sinzheimer が Jacobi の法源説反對論に對して詳細な再反駁を加へてゐる。<sup>(62a)</sup>

(59) Vgl. Jacobi, Grundlehren aO. S. 272 ff. 及び Nikisch, Arbeitsrecht S. 106 は Jacobi の説に従ひたる。

(60) Vgl. Jacobi, aO. S. 276 f.

(61) Jacobi, aO. S. 273.

(62) Vgl. Sinzheimer, Einige Grundfragen aO. S. 1 f. 及び後藤清氏前掲五號一頁以下に於て、この Sinzheimer の反駁論が詳細に紹介されてゐる。

反駁論が詳細に紹介されてゐる。

(62a) ことにさうして Jacobi の説を詳述しよう。

通説に屬する多くのものが或る新しい法律思想に立脚して制定されてゐるところの労働協約令の如きも個人本位の法律思想を全然脱したのではない、そこに規定されてゐるところの不可變的效力について見てもこれはその背後にそれに向へる個々の労働契約當事者の意思の存在を豫想しなくては到底満足に説明され得ないものである、といふ風に説いて個人本位の法律思想を以てすべての労働法的現象を説明しようとする立場、これが Jacobi の根本的立場である。

その外 Jacobi は『雇主團體と被僱者團體との間の労働協約において約される一般的労働條件は不可變性により個々の労働契約の當事者即ち個々の雇主と個々の被僱者との個人意思に無關係に實施される、だがしかしこの效力は彼等個々の當事者の意思一般に無關係なものではない』(Vgl. Jacobi, aO. S. 272.) とする。その外 Jacobi はその理由を個々の雇主と個々の被僱者との『協約關與者』であるとき即ち『労働協約を締結したところの團體の一員であるか又は労働契約締結の際にさうであつた』ときのみ、不可變性が問題とされるといふところに求めてゐるのである。即ち Jacobi によれば通常個々の労働契約當事者は意思表示によつて雇主團體又は被僱者團體に加入し得るに過ぎない。しかもこの團體自身も、これが『協約能力』(協約能力に關しては吉川大二郎氏労働協約の觀念について、法學論叢二十四卷一號七十五頁以下参照)あるとき、即ち自由に形成された私法上の團體にしてその設立契約(Gründungsvertrag) 定款又は定款に従ふ團體の決議により労働條件を確定する際における雇主の特殊な利益又は被僱者の特殊な利益を確保することをその團體の任務としてゐるやうなものであるときのみ法律上有效な労働協約を締結し得るに過ぎない。それに團體においてかやうな目的が定立されてゐる範圍において且つ個々の者が團體の一員である間、その者の労働契約が労働協約上の一般的労働條件により規定されるに過ぎない。これらの事情から判断すれば協約上の一般的労働條件の效力は個々の雇主又は被僱者の意思に全然無關係に生ずるとはいはれない。『個々のものは労働協約上の労働條件に服しようとの自らの意思を協約能力ある團體に加入することにより又は所要の任務が定款上附與され得るやうな團體に加入することにより表明されたのである。その範圍において個々のものは團體が個々のものために約したところのものうちに再び彼自らの意思を見出すのである』(Jacobi, aO. S. 273.) とする。Jacobi は『一般的労働條件は自主的に拘束する意欲即ち法律規定の Tatbestand を充たさず、法に服せしめられる意欲即ち法律行為の Tatbestand を充たすのである。労働協約令一條の法律規定は當事者によつて欲せられる法律上の效力をこれが當事者によつて欲せられるがゆゑに生ぜしめてゐるが、たゞここで團體がその權限内において個人の個々の労働契約のため一般的労働條件に關して約して置いたところのものが個人の



意思に歸せしめられると云ふに過ぎなく(Jacobi, aaO. S. 273-274)と云ふ結論に達した。

尤も Jacobi は右のやうに協約上の一般的労働条件の直接的不可變的效力の基底を個々の労働契約當事者の意思の上に置かうとしてゐるとはいへ労働協約令一條の嚴存する限り一般的労働条件に關する團體の集合意思の個體の個人意思に對する優越的地位を否み得ない。だから無論 Jacobi は團體の集合意思の優越的地位を認めてゐるが、しかしさう認むるについても彼は實に敬温的態度を示してゐるに過ぎないのである。即ち彼によれば、團體構成員の個人意思は個人に關する團體の権限内における團體意思に對し第三者たる何人かの意思に對するほど他所々々しく(Trenn)は對立してゐるものではなく、こゝに着眼して法律が労働協約上の一般的労働条件の直接的不可變的效力を初めて認めたのである Jacobi, aaO. S. 275-276)と云ふのである。それで彼は、労働協約の本質は約定されたる一般的労働条件が「労働契約の内容に通り行く」『個々の契約當事者により約定されたるものとして效力を生ずる』といふところに在る。そして不可變性は、一般的労働条件に關しては集合的意思表示は個人的意思表示よりも上位に在るといふこと以外に何もをも意味してゐない、(Jacobi, aaO. S. 281)と云つてゐるのである。かうした Jacobi の論證のうち特に注意を要するのは「一般的労働条件が個々の契約當事者により約されたるものとして效力を生ずるといふ一節である。何故ならば、不可變性を認むる労働協約令第一條のある限り、Jacobi はこゝにおいて個々の契約當事者の意思の擬制を用ひてゐると觀られるからである(それだからといつて直ちに Jacobi のやうな態度が獨逸法上容れられないといふわけではない。獨逸法がそのやうな擬制を利用してゐるといふことが獨逸法制全體から論定せられるときにはその範圍において Jacobi の主張する擬制も現今の獨逸法上妥當する理である)。

まことに Jacobi の右のやうな態度は就中いはゆる労働協約の事後效力(Nachwirkung)を理由づけるのに好都合のものであるに違ひない。いつたい労働協約の一般的労働条件はその除去後においても存続當時に自ら支配してゐたところの個々の労働契約の内容となつて新しい労働協約の成立するまで依然殘存してゐると通常説かれてゐるのである。これがいは

ゆる労働協約の事後效力である。勿論労働協約がかかる事後效力を有つてゐるか否かは重要且つ困難な問題である(Vgl. Lehmann, Tarifvertrag und Nachwirkung. 尤も氏はこの著書において労働協約の事後效力を否定してゐる)、が労働協約はかやうな事後效力を有つてゐると通常説かれてゐるのである。さうして、さう主張するについての根據は或ひは個々の労働契約當事者の意思に求められ、或ひは協約當事者の意思に求められ、或ひは労働協約令そのものゝ解釋の結果擬制されるところの個々の労働契約當事者の意思に求められてゐる。いま、こゝでそれらの説の詳細を検討するのは本稿の目的の範圍を越えることとなるからそれをしないが、たゞこゝで注意しなければならぬのは、労働協約を法源と主張しようとするものゝ殆どすべてがその事後效力を認めてゐるけれども、法源と主張することゝ事後效力を認むることゝは兩立し難い事柄であるといふことである。即ち法源説に従へば協約上の一般的労働条件が不可變的に實施されるのは協約當事者の意思の力に基くものでもなく個々の労働契約當事者間の合意の結果でもない、それは法律規定たる一般的労働条件が個々の労働契約を不可變的に支配する結果である(Vgl. Lehmann, aaO. S. 21f.)。この場合「對當規定の實施」について個々の契約當事者の意思の不在は明かなことであるから、不可變的效力は獨逸民法第十四條に規定されてゐるところの轉換(Konversion)の見地からは説明され得ないといふまでもあるまい。これは Jacobi も認めてゐるところである(Jacobi, aaO. S. 280-281)。

従つて一般に説かれてゐるやうに不可變的效力により協約上の一般的労働条件が實際上個々の労働契約の具體的内容となつていはゆる事後效力を生ずるといふやうなことは、意思の擬制を用ひない限りあり得ない。そこで Jacobi はかやうな労働協約の事後效力は協約上の一般的労働条件の不可變的效力は、間接に表示される個々の労働契約當事者の意思の結果であると思ふやうとする彼の立場を採つたときに、はじめに正當に理解される旨を強調してゐるのである(Jacobi, aaO. S. 281)。

まことにそのやうな彼の立場にして誤りなきものであるとすれば彼の立場を採つたときのみ労働協約の事後效力は都合よくしかも正當に説明され得るといへよう。しかし協約上の一般的労働条件の不可變的效力の説明に關する彼の根本的立場において個々の當事者の意思の擬制が用ひられてゐると考へられる以上、その事後效力に



關する彼の説明も畢竟意思の擬制に依據するものであるといはねばなるまい。要するに Jacobi の説に對する根本的な疑は獨逸法制が果して氏の主張するやうな意思の擬制を利用してゐるかといふところに懸けられる理である。

兎も角も Jacobi は労働協約を純粹の債權契約と一般的労働條件の形態に在るところの規律協定 (Regelungsvereinbarung) とを結合たる集会的債權契約 (Kollektiver Schuldvertrag) として把握したのである。そして彼によれば労働協約はいづれの點から觀ても契約、しかも債權的契約であるが、この部類のうちでも團體の意思表示に成員に對する法律上の効力が附與されてゐる體の新しい種類の契約であるといふのである (Jacobi, a. O. S. 276f.)。

いふところの規律協定 (Regelungsvereinbarung) は Jacobi によれば契約に對立するものとして次のやうに示されてゐるのである。

規律協定と契約とに共通な類概念として多數人の意思表示の一致即ちいはゆる意思の一致 (Willenseinigung) といふものが定立され、そのうちで、同一な法律上の効果に向けられてをり、そして對立せる利益を追求してゐるところの多數の人が對立せる地位に立ちながらなすところの、内容的に一致せる意思表示に關係してゐる場合が契約として示され、これに反して多數の當事者が對立的地位に立たないで同一な法律上の効果に向つて同一内容の意思表示をなし、そして共通の一致又は統一的利益を充足しようとする場合が協定 (Vereinbarung) として示される。従つていふところの協定は多數の自然人又は法人の意思表示がなされることを必要としてゐる。だから多數の自然人の意思活動があつてもこれらが多數の自然人の意思表示としてではなく他の一個の人格の意思表示として問題となるときには契約も協定も存在し得ない。例へば同條的に構成されてゐる一個の機關に歸屬する人々の間の一致又は同一法人の多くの機關間の一致は契約でもなく協定でもない。この點において、いふところの協定は Binding 一派の説くところの意思表示の前段階たる意思形造に局限される協定とは全然性質を異にしてゐる。これが Jacobi のいふところの協定の概念の大體の説明であるが、Jacobi はその例として多數の個々の人による私的社團の定款の作成、多數公法人により協定される公共組合の規則、綜合される國家に

よる聯邦國家の組織の協定、多數の國家による國際法規の制定などを擧げてゐる。ところでこれらのすべての場合に決定的な機關は多數人が共同に即ち對立的地位に立たないで共通な同一又は統一的利益に拘束されながら一致せる意思表示により法律關係を秩序づけ規律を設けるといふところに見出される。そこで Jacobi は、それらの場合は協定 (Vereinbarung) として示されるときよりも規律協定 (Regelungsvereinbarung) として示されるときの方がより瞭然と規定されるやうに思はれるといつてゐるのである (Jacobi, a. O. S. 263)。先に規律協定といつたのはつまりこれのことをいふのである。そして Jacobi はかやうな規律協定は、恰もそれが民法上の組合契約において看取されるやうに、一個の統一的債權契約の内容に包攝され得るものであるといつてゐる (Jacobi, a. O. S. 264)。

要するに Jacobi は、協約當事者が共同して經濟上の平和を維持するために『労働協約の締結に關する條件を規律する』といふところから、協約における一般的労働條件の制定を上にしたやうな規律協定となし、そしてこれが他の債權的部分と結合して一個の統一的債權契約としての労働協約の構成分子をなしてゐる、と主張しようとするのである。

## 七、結 語

扱て、然らば労働協約の法律的性質はいかなるものであるか。

いつ體、若し協約規範が團體法的學說にいはゆる自主法と觀られるとしても、かやうな自主法が法源であるか否かは、各人の基本的法律思想の差異に従つて又種々に解決されるであらうやうに、畢竟労働協約の法律的性質は觀る者の基本的法律思想により規定される譯である。そして、労働協約の法律的性質に關しては、法源が問題とされてゐるから、先決問題として當然



に法源又は法律規定といふ概念が取扱はれねばならぬ。ところで、かやうな法源とか法律規定とかいふやうな概念は、法律學に基本的な概念であつて、一朝一夕に明かにされるものではない。そこで、私はこゝにおいて Gierke の「法律規定といふのは或共同體の表示されたる確信に従へば、自由なる人間の意欲を外部的に無條件に規定すべき規範である」との論證、そして、「法は表示されたる或る共同體の確信である。法は人的共同生活の宣言であり、個々の生活のそれではない。……法の源泉は、むしろ、ある共同體における統一的力として生命ある全體におけるやうに作用し、この全體の成員としての個體のうちにおいて實現されるところの共同精神である」、そして、「苟くも有機的なる共同體は法をつくり得る」といふやうに説くところのいはゆる團體法的學說(64)に一應準據して——勿論その正當性を信するが故に——論述を進めて行かうと思ふ。この意味においては社團・組合等の私的團體の定款・規則といふやうなものも法律規定であり、法源である。だが、かゝる定款・規則といふやうなものは法源であるとはいへ、私的自治の範圍に屬する限り、現行民事訴訟法の解釋上當事者の立證を要する事實であつて、裁判所が職權上探求すべき法律規定ではない、と觀なければならぬ。

扱て、労働協約についてこれを觀るに、協約規範が右にいふやうな團體法的學說にいはゆる

法律規定——自主法——と觀られないことは既に述べた通りである。蓋し、一方の協約當事者たる雇主又は雇主團體成員及び他方の協約當事者たる被傭者團體成員とを一體とするところの統制組織ある團體は存在しないからである。そこで、法源説を合理的に構成しようとするれば、協約規範を國家權力の授權に基き設定される法律規定と觀ざるを得ないであらう。(65) 團體法的學說を奉ずる Sinzheimer も、労働協約の法律的性質を述ぶるに當り、労働協約が法律規定を設定する範圍において、私法に屬するか公法に屬するかは問題である、即自的に法設定行為が直ちに公法に屬する事象たるものではない、社團は客觀的法を齎すとはいへ、その法設定行為は決して公法上の行為ではない、尤も、協約上の法設定行為はこの事象と全然一致するものではない、即ち協約上の法設定行為は私法上の法設定行為と、それに對して協約上の法設定行為が規定されるところの人により且つそれにおいてその行為が立つところの國家との關係により、區別される、といふのは、社團の法に服するものは社團の構成員のみであるのに、労働協約の労働規範即ち一般的労働條件に服するものは團體歸屬者のみではなく、それ以外のものもそれに服するのである、つまり、國家が労働規範を國家自らの法に代るところの法律規定と看做すといふ結果となる、といふやうなことを述べ、更に「協約上の法設定行為は公法上の事象と看られる。



吾々が公法の本質を利益説に依據して基礎づけるか、権力説に依據して基礎づけるかに關係なく、さうである<sup>67)</sup>といつてゐるのである。さうして、斯やうな Sinzheimer の立場は Jacobi の説に對する氏の駁論のうちにおいて、氏が、労働協約をして法規たる性質を帯びしめるところの協約團體の法規設定権は國家によつて授權されたもの (statlich delegiert) であり、従つて國家的権力の統御より脱すること能はざるものである、といふやうなことを述べてゐるところに一層明瞭に現れてゐる<sup>68)</sup>。

ところが、協約規範を國家的法と見る説は、元來、國家權力萬能・國家への法設定力の集中に反抗して、Sinzheimer のいはゆる社會的自律の理念・即ち自由に組織されたる社會的力をして自ら法を設定せしめ・且つそれを執行せしめようとする思想を基調として發展せしめられた労働協約の本質を害するものであり、組織されたる社會力乃至は經濟力の隆興と國家權力の衰微といふ社會的經濟的事實に基礎をおき、斯かる事實の下においては組織されたる社會力乃至は經濟力をしてそれら自らの事務を規定せしめた方が健全なる労働法を發展せしむる所以であるといふところに着眼して制定された協約令の精神に反する<sup>69)</sup>。斯やうなことは既に述べた通りである。

斯やうに觀て來るならば、畢竟、労働協約はその規範的部分においても債權的部分においても私的な合意である。その限りにおいて通常の債權契約と毫も異るところはないであらう。ところが、通常の債權契約は個人間において對立的になされるところの意思表示の合致を要素としてをり、従つて個人間の私的自治の要件であるのに反し、労働協約においては少くとも一方——被傭者側——において團體が當事者として現れねばならないその範圍において、労働協約上の合意のうちには常に團體的意思が表現されてゐる、よつて労働協約は團體自治の要件である。この點において通常の契約と大いにその趣を異にしてゐる。そして、協約上の合意は個人意思ではなく、團體意思の表現即ち雇主團體乃至は被傭者團體——特に被傭者團體——の意思の表現なるが故に、協約上の合意について個人意思に對する優越的地位が認められ、いはゆる不可變的効力が認められてゐる。従つて、その範圍において斯やうな團體自治は通常の契約のやうに純粹の私的自治ではなく、Sinzheimer が「團結は新しき社會的秩序の擔ひ手である<sup>70)</sup>」といつてゐるやうに、新しき社會的自治である。なほ、斯やうな社會的自治を認めても、協約令その他の國家的法律秩序の限界の下にそれは認められてゐる——恰も普通の私的自治におけるやうに——から、國家の統一性がそれがために破られる虞は毫も存在しないのである<sup>71)</sup>。



更に、右のやうな團體自治においては、その性質上規範が設定される。この點において團體自治は個人的契約自治に對して著しき特色を有してゐる。そして、労働協約令一條により、斯やうな團體自治により設定された協約規範に不可變的効力が附與されてゐる。それがために種々な法源説が構成さるゝに至つたのであるが、この不可變的効力自体は國家的法により附與され、しかも協約當事者たる職業團體の團體意思のうち、その合理的基礎が見出される。即ち、そのやうな團體意思がそのやうな効力を意欲したが故に國家的法がそのやうな効力を社會的見地の下に認めたものである。だから、協約規範は團體的・法律行為的合意によつて成立するといはねばなるまい。尤も、通常法律行為は個人間において個々の權利關係の變動を目的としてゐるのに、この場合には規範の設定に關してゐるから、こゝにいふ法律行為といふ概念はその範圍において多少擴張されてゐる。この意味において、協約規範の合意自体は法源とは見られない。むしろ、法に服せしめられるところの法律要件である。尤も、Gierke は労働協約の成立し存續する限りにおいて、そこに、『被結合者の集合的統一體 (kollektive Einheit der Verbundenen)』が存在するとなし、斯やうな統一體はなほよく自主法を創定し得ると論じ、その意味において協約規範を法源と見てゐるが、これは本來の意味における團體法的學說にいはゆる自主法とは可

なりの隔りがあるやうに考へられる。しかし、協約規範は國家的強制力を有する規範だから、その意味においては一見國家的法的規範と考へられ、従つて法源と考へられるであらうが、それは効力に關することであつて、飽くまでも協約規範設定行為自体は通常法律行為に準じて取扱はれ、協約規範自体は法律行為的規範であることには變りがない。勿論、労働協約は團體自治の要具であるから、その性質は法律行為的なるものであるとはいへ、労働協約に私的自治の要具たる法律行為特に契約に關する規定をその儘適用してはいけない。性質の許す限り準用すべきである。だから、協約規範は民事訴訟法上當事者の立證を要する事實であつて、裁判所が職權上探求すべき法律規定ではない。

協約令の精神乃至は労働協約の基本觀念から労働協約の法律的性質を見た時には、大體右のやうに論定するのが正當であらう。勿論、すべての法律概念は社會の進展と共に轉變して行く。そして、本來、労働協約は團體自治の要具として發展して來たのであり、その點において労働協約の本來の意味が見出されるであらうが、個人的自治に限界があるやうに、團體自治にもその限界が考へられる。即ち、この團體自治は當該團體間の事實上の勢力平等といふ前提の下においてその理想は達成されるのであるから、その事實上の勢力平等の破られると共に團體自治



は單なる形式的なものと化するであらう。その範圍において労働協約の本來の意味も失はれるであらう。そこで、團體自治の限界が破られるときには、國家が團體自治の關與範圍に干渉して來なければならぬ。尤も、労働協約制度廣く労働法乃至は社會法の理想がそれによつて達成されるか否かはその國家の性質に繫由するのであるが。そして、時代の趨勢はむしろいはゆる社會的自律の理念と背馳してゐるが故に労働協約に對する國家的干渉は益々激しくなるであらう。<sup>73)</sup>斯うなると、労働協約の本來の意味も甚だしく害されると共に、その法律的性質も當然に大なる變化を受けて來なければならぬ。

尙ほ幾多の疑念を抱きながら、これで、一先づ私はこの稿を終ることとする。

- (63) Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I, S. 113.  
 (64) Vgl. Gierke, aO. S. 119 f. u. 142 f.  
 (65) これに關しては、後藤清氏・労働協約的理論におけるフアンシエムの據頭、内外研究六卷一號五二頁以下參照。  
 (66) Vgl. Sinzheimer, Grundzüge S. 273 f.  
 (67) Sinzheimer, aO. S. 274 f.  
 (68) Vgl. Sinzheimer, Über einige Grundfragen S. 6 f.  
 (69) 後藤清氏前掲參照。

- (70) Sinzheimer, Grundzüge S. 70.  
 (71) 拙稿前掲一九八頁參照。  
 (72) Vgl. Gierke, Die Zukunft des Tarifvertragsrechts S. 832.  
 (73) 後藤清氏前掲參照。



三、労働生産物の所有権取得について



## 一、はしがき

『ローマでは労働する國民の大多數は奴隸の状態に置かれてをつた、そしてローマ法によれば奴隸は一個の物であり、奴隸の利益のためには何等の法律秩序も存在しなかつた。しかし既に中世及び近世に至りこの方面における多くの緩和的法制度の開發が促進されたが、いよいよ労働階級が一般的に有力な國民階級(Volksklasse)に發展して來た今日、吾々はこの労働階級のために新しい完全なる一體の法律組織を作り出すべき任務に直面してゐる』(Anton Menger, Über der Rechtswissen. S. 23.)。この新しい完全な一體の法律組織といふのは現今にはゆる労働法に外ならぬであらう。しかしながら、現今法律として發布されてゐるところの幾多の法規のうち、眞に労働階級のためのものと思はれる法規、そうでなくとも兎に角労働法のうちに包含されうと思はれる法規は果してどれだけあるであらうか。既に三十有五年前に Menger が高調したところの右の數言は依然として吾々の耳に強く響いてゐるのである。現今の労働階級が一致して渴望してゐるところのものも亦この労働階級のための新しい一體の法律組織であるのに違ひないであらう。しかし、『凡ての法律秩序は一國民の歴史的發展の經過中に一國民のうちにおいて形



造されたる權力關係の一大組織 (ein grosses System von Machtverhältnissen) である。支配階級の利益は、それが継続的に主張されたときには、他の國民的團體に對しても客觀的に與へられたる或もの (etwas objektiv Gegebenes) として承認されんことを要求してゐるところの法即ち法律規範に變化する。しかしながらこの權力關係に或期間のうちに變動が生ずるならば、法即ち法律規範はその自然の基底を失ひ、再び利害闘争のうちに影を没する』(Menger, a. a. O. S. 21.) 『規範は權力である。……社會闘争は規範の獲得を目ざして行はれる、そうして規範は勝利者たる一方の社會的實力と敗北者たるその相手方との間に作られたところの平和的決議 (der Friedensschluss, in welchem der Sieg einer sozialen Gewalt und zugleich aber auch die Existenz des besieigten Gegners Anerkennung finden) である』(Herz, Iherings J. Bd. 74, S. 21.)。従つて、現今國民の多數を占むるところの勞働階級——廣く使用人を含めて解される勞働階級——の利益の不斷の強調はおのづからこの階級のための法即ち勞働法の制定を促進し、間もなくその完成の時をもたらすであらう。よつて、その法を如何に組織すべきかといふことの討究は今日並びに將來の法律學の緊急な任務であらねばならぬ。尤も勞働法を勞働階級のための法であるといひ得るかといふことについて疑ひがあるが、少くとも現今の吾國において勞働法と

觀られる法律はこれをそう呼んでもあへて差支あるまいと思はれる(註一a)。

勞働法は未成品である。従つて、勞働法に關聯する問題にして新しい研究を要求してゐるところのものは極めて多いが、結局それらの問題は**財産と勞働との關係を如何に規律すべきか**といふ問題に歸着せしめられるであらう(註一b)。蓋し、その關係の本質は那邊にあるかといふことはさておき、**勞働を必要とする者(雇主)**といはゞ**勞働を賣却する者(勞働者使用人等)**との間の關係こそ勞働法の基本的對象をなすものであり、そうして殆ど凡ての場合において前者は財産を私有するものであり、後者は財産なくして勞働をよすがとして生活するところのものであるからである。私は、こゝに**財産と勞働との對立を考へたときに**、一方においては激しい階級闘争の存在を豫想せざるを得ない(Vgl. Herz, a. a. O. S. 35 f.)と共に、他方においてはその窮極は**財産と勞働との間の關係の適當な満足な規律に歸せしめられるところの新しい一體の法律即ち勞働法の研究は經濟學・社會學・哲學・史學等々における根本的洞察に俟たねばならないことを痛切に感ずるものである。**

これから私がさゝやかな考察をしやうとしてゐるところの『勞働生産物の所有權取得』の問題にしても、その窮極は**財産と勞働との間の關係を如何に規律すべきか**といふ問題に歸着せし



められる。そうして、この問題は現今の法律學界においては殆ど自明の理のやうに看過されてゐるものゝ、捉はれざる見地から、労働生産物の所有権はこれを何人に、如何なる程度において歸屬せしめたならば最も合理的であり最もよく社會的正義に恰當するかといふやうなことに ついて基本的な考察を試みたときには、吾々は幾多の疑問に逢着せざるを得ない。そうして、その凡ての疑問を解決してしまはなければ將來の立法上の問題としてこの問題を論じ盡くしたとはいへまい(註二)。しかしながら、固よりこの問題についてそのやうな基本的な洞察をなすべき資格を有しないし、又さうしうる能力をも有たない私は敢へてそのやうな基本的な洞察をこゝに試みようとするものではない。

現今の法律の世界においては労働生産物の所有権取得の問題は、『労働生産物の所有権は常に雇主が取得する、しからばその取得の法律上の理由は何であるか』といふ形態において、論ぜられてゐる。私も亦この形態においてこの問題を取扱はうと思ふのである。こゝにおいて或者はその法律上の理由を從來の法律的構成論を以て基礎づけようと思ふのである。しかるに他のものは、從來の學者がこの問題に對して採つてゐるところの態度それ自體に疑念を抱き、その法律上の理由は到底從來の如何なる法律的構成論を以てしても正當づけられないものであるこ

とを指示し、雇主による労働生産物の所有権取得はこれまで未だ充分に解明されなかつたところのいはゆる從屬的労働關係の本質から生ずる必然的な結果であることを高調してゐるのである。これらの論證は後に詳細に述べるであらう。そのいづれが正當であるかは直ちに決定することは出来ないが、私はこの問題はいはゆる從屬的労働關係の本質と關聯せしめて初めて明確に理解されうることを信ずるものである。なほ、私の信ずるところによれば、労働生産物の所有権取得の問題は、労働法の基礎たるべきいはゆる從屬的労働關係の本質論を離れては解決され得ないものである。自明な理として看過されてゐる本問題を特に提げて、これに關してこゝにさゝやかな論文をものしようとする所以は、一はこのやうに本問題が從屬的労働關係の本質の究明と不可分離に關聯してゐるがため、本問題の究明は労働法の基準を明にすることにも役立つといふことに在るのである。

尤も、労働法の基準たる從屬的労働の本質、從つて從屬的労働の供給を内容とするところの從屬的労働關係の本質については極めて異論が多く、それだけにその本質の究明は容易なことではない。それに不可分離に關聯してゐるところの労働生産物の所有権取得の問題の解決も從つて又甚だ困難である譯である。淺學卑才な私がこれに終局的解決を與へることの出来ないの



は明なことであらう。よつて私はこの小論文においてそれに終局的解決を與へるといふことよりも、むしろそれに關して既に與へられてゐるところの多くの學說を紹介するといふことに重きを置きながら論述を展開するであらう。

註一 a 労働法といふ術語は獨逸においては工場立法 (Fabrikgesetzgebung) 労働者保護 (Arbeiterschutz) 労働者法 (Arbeiterrecht) 社會法 (Sozialrecht) 労働法 (Arbeitsrecht) といふ過程を経て發展して來たといふことである。これによつても明かなやうに、労働法は、これが將來はどうあるべきかといふことは別論として、社會の一定部屬、經濟上の弱者の一團、プロレタリアー即ちいはゆる典型的『労働者階級』について發展して來たのである。そうして労働立法の未だ幼稚な時代にあつては労働法規は時宜に應じて宣言されたところのいはゞ氣まぐれな立法であつて、何等統一的な基本的觀念に基いて制定されたものでないことは疑ひのないことである。又このやうな時代においては、各種の労働法規は外部的には大なる差異があつてもその内的構成においては同一の法律關係が規定されてゐるとの意識は存在しなかつた。むしろこのやうな労働立法は或不利な社會的地位の闘争に關聯し、從つて政治的考慮が當該規定の性質と量とに對して重大な役割を演じてゐるのは明かなことである。吾國の労働立法の現状も未だこの域を脱しないであらう。從つて吾國労働立法發展の現段階においては、労働法は、いはゆる労働者の利益のための法であるとの意味において、或階級の特別法であるといつても差支ないであらう。しかし最初典型的労働者について發展して來たところの労働立法は典型的労働階級の範圍にとゞまらないでいはゆる使用人徒弟家内労働者官吏等について社會上同じやうに要求される。これがために近時労働法は労働階級の特別法であることに反對して彼等の凡てを包括する統一的労働法の制定が提唱される。こゝにおいてそれについて統一的労働法の適用される<sup>①</sup>ところの最高基準の探求が營まれるのは當然なことであ

らう。その最高基準が通常『從屬的労働 abhängige Arbeit』であるといはれてゐる。これらの問題に關しては、vgl. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 34 ff.; Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungvertrag S. 90 ff. 從屬的労働の本質については後に觸れるであらう。

註一 b Sinzheimer は『労働と所有權』といふ題目の下に大體次のやうな示唆に富める説述を試みてゐる。

『労働法の基礎は生産手段の私的所有權から生ずるところの私的——雇主に對する労働義務者の——從屬性 (Abhängigkeit) である。この基礎は重要な發展を遂げつゝある。即ち一方においては雇主から權能 (Befugnisse) を奪ひ去るところの没收 (Enteignung) が行はれ、他方においては労働義務者の人格を擴張するところの解放 (Befreiung) が行はれてゐる。

一、没收 (Enteignung) は物ばかりではなく人間をも支配するところの所有權の内容と關聯してゐる。人間の支配は生産手段を支配するために一般に所有權者に與へられてゐるところの、労働取引における、有利な社會的地位並びに労働義務者の動作 (Wirken) を雇主の仕事 (Werk) にするところの労働契約上の身分權 (Personenrecht) 及びその本質上所有權者が組織體の主であるところの労働團體 (Arbeitsverband) の本質に基因する。没收はこの支配の實行を強行規定によつて制限し或はその實行を團體的全體意思 (genossenschaftlicher Gesamtwille) に繋らしむることにより、没收は所有權者をしてこの支配を無制限に使用することを得ざらしむるものである。物の支配は、所有權者に、所有權の實體と收益 (Substanz u. Ertrag) とを自由に處分し且つ所有權を特殊な方法と形態とにおいて使用しうる權能を許與する。こゝにおいて没收の傾向は労働法の領域におけるよりもむしろ一般の經濟法の領域において顯はれ、この經濟法の領域においては、經濟組織上乃至は國家財政上の理由から物の私的支配を漸次強く制限しやうとしてゐるところの公法上の干渉が行はれる。労働法においては僅かに經營代表の制度 (die Rechte der Betriebsvertretung) により所有權者の物の支配に對して制限された程度においてなされうるところの關與のみが考慮される。没收は所有權の上にある全體團 (Gesamt-

労働生産物の所有權取得について



sphere)の爲めに行はれる。没収は私的權力を社會的權力に委託する (überantworten)。歴史的に見るならばこの社會的没収は政治的没収の繼續である。或は私的所有權は、國家が私的所有權から政治的支配を奪つてこれを公的權能として社會的意思組織體 (soziale Willensorganisation) に引渡すまでは、政治的支配であつた。「かくこの主張は一見パラドックスのやうに見えるかも知れないが、しかしなほ一般に凡ての法制史の文化史的流れは一人の所有權の範圍を益々強く制限し、なるだけ目的物を私的所有權の範圍以外において設置しやうとすることに向つてゐる」(Lassalle)。

二、労働義務者の解放 (Befreiung) は、彼が雇主の權力に服従し社會の一隅に孤立せしめられてゐるといふことに對して行はれる。自由は自らを自分で處分しうる能力である。この能力は、他の支配範圍を制限し他人をして自己の形像 (Bildung) に關與せやらしむることにより自己の意思に對する他人の意思の支配を抑壓すること並びに自律の手段 (die Mittel der Selbstbestimmung) に對する處分力 (Vertügnungsgewalt) をその内容としてゐる。労働の解放はあらゆるこれらの方向において顯現する。労働義務者の生活範圍は益々廣い範圍において雇主の權力から通れ出でゐる。労働義務者の人格は、労働義務の範圍外においては雇主の干渉を免れ、労働義務を全部果さなくても生活必需品を得ることが出来、労働義務自體が制限され縮小される。益々強い程度において労働義務者は自己の運命に對して決定的な生活關係の形成に正常に協力し得る。労働組合 (Koalitionen) 労働團體 (Arbeitsgenossenschaften) 及び黨派的代表團體 (paritätische Vertretungskörper) は、所有權の個人意思 (Individualwille) に對して、この意思の命令を排除するところの労働の社會意思 (Sozialwille) を對立せしめてゐる。そうして最後に益々多くの職業的法律 (berufliche Rechte) が労働義務者の人格に關聯して發生し、この法律により特別な法律上の乃至は行政上の保護が労働義務者に與へられるばかりではなく、この法律上の職業的地位がなかつたならば得られないであらうところの生活貨物さへ賦與されるのである。これにより労働義務者の人格は擴張される。その法律は、この法律がなかつたならば得られないであらうところの社會的力を労働義務者に許與するのである。又こゝにおいては政治的歴史においては既に作用してゐるところの推進力 (Triebkraft) が現

れる。國家の發展につれ、政治上の基本的權利が保證され國家に干渉する可能性が擴張され個人のための國家の支給 (Leistung) が増加されることにより、個人の權力範圍が漸次擴大されるやうに、社會法が發展するにつれ労働義務者の人格は漸増する。「近代の、凡ての社會的的政治的闘争は人格の擴張を目的としてゐた」(Jelinek)『Sinzheimer's Artikel „Arbeitsrecht“ im Handwörterbuch der Staatswissenschaften 4. Aufl. Bd. I, 1923, S. 870 ff.」。

## 註二 Sinzheimer はこの問題について次のやうに述べてゐる。

『没収と解放との二の傾向によつて決定される發展過程はなほ繼續中である。現今就中この發展過程は労働と労働生産物との間の關係——而もこれまでは少しも發展の緒につかなかつたところの關係——に關與し初めた。この關係を新らしく規律するための法的形態 (Rechtsform) は未だ發見されない。たゞ消極的に次のやうに言ひ得るのみ。個人經營の形態及び労働生産物の個人的領得の形態において、再び労働者とその労働手段とを原始的に結合せしむることは避けねばならぬ。吾々の見うる範圍においては、分業的利益社會的生產の形態は現今においては依然歴史的に運命づけられた形態であらう。他方労働法上の見地から見たならば、生産手段の私的所有權に換ふるに純然たる國家所有權を以てしても問題は解決されまい。蓋し國家所有權はその本質上個人的所有權而も法人の個人的所有權である。従つて國家所有權は私人の所有權と同じやうに労働義務者から労働生産物を全く奪ひ去るものであるからである。又經營の労働義務者をして資本及び利得に關與せしむることによつても問題の解決は望まれまい。これに對立して個々の經營の上に在るところの經濟組織體なるものがある。集會的資本主義 (Gruppenkapitalismus) の基礎によつて、これ以上に堪え難い不利益を労働義務者に與へる可能性のあるところの非社會的な經營利己主義 (Betriebsegoismus) が發展せしめられるであらう。發展は労働者團體 (Werkgenossenschaft) に向つて進まないで全從屬的労働の組織に向つて進んでゐる。從屬的労働者が如何にして、全労働生産物に關與することにより、労働の全結果に與り得るかといふことは緊急な問題である。これは將來の労働法の中心問題となるであらう』(a. a. O. S. 871 ff.)。



## 二、労働生産物の意味

労働義務者が労働契約上供給するところの労働の結果は通常精神的なものと物質的なものとに區別される。發明・著作の如きはその精神的なもの、うちの重なるものである。これに對して、諸種の材料に主として肉體的労働により工作改造等を加へて製成された物がその物質的なものである。私はこの物質的な労働の結果を表現するに假りに『労働生産物 Arbeitsprodukt』といふ語を用ひたのである(註三)。

右のやうな意味においての労働生産物の所有権は一般に自明な現象のやうに雇主に歸屬せしめられてゐるが、これに對して精神的な労働の結果については必ずしもそうではない。即ち精神的な労働の結果については、これについての権利(發明についての権利・著作権等)が果して雇主に直接的に原始的に歸屬すべきものであるかといふ基本的な問題から、もしそのやうな場合があるとするならば、如何なる場合において如何なる法律上の理由により然るかといふやうな問題に至るまで論ぜられてゐるのである(註四)。兩者の間に右のやうな大きな差異を生ずるところの本質的な點は労働生産物を製成するに主として用ひられるところの肉體的活動に

對して精神的労働の結果即ち發明著作等を完成するのに主として用ひられるところの精神的創造活動が有するところの特異な性質において求められる。即ちこの精神的創造活動——これを發明についていへば發明的創造活動——が肉體的活動に對して有する特異な性質は、『發明活動の實行方法は他の者から發明者に對して指定されるものではなく、又問題解決の道を開示するために——その程度の高低は別論として——必ず協力する筈であり而も發明的労働の實行上その本質的分子をなしてゐるところの直観(Intuition)、創造的幻想(die schöpferische Phantasie)及び發明者の最も獨自な精神的給付はその雇主によつて影響されるものではなく、否その特別な直観的性質上雇主によつて影響されるものではない』(註五)といふ點において求められる。從つてこのやうな創造活動を供給すべき労働義務者が雇主に從屬する程度は主として肉體的活動を供給すべき労働義務者におけるよりも遙かに薄い筈である(註六)。後にも述べるやうに雇主による労働生産物の所有権取得は從屬的労働關係の本質即ち労働する者の從屬性に基因するとすれば、このやうに從屬性の薄い労働關係において完成されるところの精神的創造活動の結果については、これが雇主か労働供給者かそのいづれに歸屬すべきかといふ・労働生産物については未だ法律の世界においては提起されなかつたところの問題が提起される餘地が生じたの



も當然なことであらう。これを更に他の方面から見れば、發明著作のやうな精神的な労働の結果は人間の獨立的創造的理念に基くものであり、物質的な労働生産物よりも密接に人間の道徳的人格と結合するものである(註七)。これがために右に述べたやうに法律上兩者は異別の取扱をうけたのであるともいはれやう。

精神的な労働の結果についての権利の歸屬に關する疑問の解決は別な一個の問題として他日の研究に譲つて置く。こゝでは主として労働生産物即ち物質的な労働の結果についてのみ述べるであらう。先にも屢々述べたやうに、労働生産物の所有権は從來一般に法律上自明な理のやうに雇主に歸屬せしめられてゐた。しかしながら近時漸く労働法の研究が勃興して來たと共に、雇主労働供給者間の關係に關聯する他の凡ての問題においてもそうであるやうに、この問題においても從來の法律構成論が生きたる社會の構成乃至は經濟的實狀に適合しない、それがために從來の法律構成論は特にこの問題に關して、完全に失敗に歸したといふことが明にされた。私は先づこれに關する從來の法律構成論の態様を簡単に述べながら、これらが凡て遂には崩壊さるべき運命にある理由を説明しやう。

註三 獨逸労働法上労働生産物(Arbeitspr. dukt)といふ用語が別に確立されてゐる譯ではなし。Sinzheimer『Arbeitsprodukt

に關する所有權』といふ題目の下に發明をも取扱つてゐるのである(Vgl. Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Auflage, S. 151 ff.)。しかし一般に労働の結果は獨逸労働契約法草案に用ひられてゐるところの Arbeitsergebnis といふ語で以て表現されてゐる(獨逸労働契約法草案第五章參照)。因みに同草案は1總則、2發明、3著作權といふ順序で労働の結果についての權利を規定してゐるのである。私は Herz が Arbeitsprodukt といふ語の下において物質的な労働の結果を取扱つてゐるのに倣ひ、便宜上物質的な労働の結果を表現するのに労働生産物(Arbeitsprodukt) といふ語を用ひたのである(Vgl. Herz, Der Rechtsgrund für den Eigentümserwerb am Arbeitsprodukt im Arbeitsvertrag, Iherings J. B. 74, S. 1 ff.)。なほ労働の結果についての權利に關する全問題に關しては孫田氏労働法各論上三四〇頁以下參照。

註四 使用人の發明に關する全問題については、vgl. Engländer, Die Angestelltenverfändung nach geltenden Recht; Riezler, Das Recht am Arbeitsergebnisse, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allg. Arbeitsvertrags-gesetz, herausg. von Molitor, Hueck, Riezler, S. 240 ff.

註五 Engländer, a. a. O. S. 56.

註六 Vgl. Engländer, a. a. O. S. 56 ff.

註七 Herz, a. a. O. S. 44.

### 三、民法上の立場からする問題の解決

民法第二百四十六條第一項但書の規定のみから判斷すれば、労働義務者の労働即ち工作によつて生じたところの價格が著しく——雇主が供給したところの——材料の價格に超ゆるときに

労働生産物の所有權取得につき



は、雇主ではなく労働義務者が加工物の所有権を取得すべき筈である。しかるに、民法第二百四十六條第一項但書所定の要件が具備された場合でも、労働生産物即ち加工物の所有権は労働義務者ではなく雇主が取得するのが自明な理のやうに思はれてゐることは前にも屢々述べた通りである。しかし、果してそれは通常思惟されてゐるやうに自明な理であらうか。次に民法第二百四十六條第一項但書の規定を排除して雇主が労働生産物の所有権を取得するのは如何なる法律上の理由に基因するか、といふことに關して從來企圖されてゐるところの種々なる法律構成論を検討しやう。

ところでこの検討に入るに先だちこれと密接な關係を有する加工の本質について一應述べて置かねばならぬ。

通説によれば加工は事實行為 (Realkt) であつて法律行為ではない (註八)。Manigk はこれに關し適當に次のやうに述べてゐる、『加工の Tatbestand においては加工者が所有権取得を欲求するといふことは必要でない。加工者は、それを豫知し (ahnen) なくとも、材料の改造 (Umarbeitung) といふ純然たる外部的な・法律上詳細に規定されてゐる事實 (Tatsache) により所有権を取得する』(註九)、更に、『加工においては特別な内部的事實例へば意圖 (Absichten)、

知 (Wissen)、何等かの内容を有つた信念 (Glauben irgendwelchen Inhalts) は法律上要求されてゐない。加工は法律行為であるといふ説がまゝ高唱されるが、かゝる説は加工者が自然に (natürlich) 有つてゐる筈の意思は事實上の加工の結果 (Verarbeitungsergebnis) に向けられてゐるに過ぎないで所有権取得といふ法律効果 (Rechtserfolg) には少しも向けられてゐないといふことを着過せるものである』と(註一〇)。

さて、雇主による労働生産物の所有権取得の態様を見るに、加工活動は労働する者の人格において行はれ、この活動の結果に附せらるべき法律上の効果即ち所有権取得は雇主の人格において發生するのである。この關係は恰も代理人本人間の代理關係に酷似する。これがために、加工活動を以て法律行為であると思惟する學者のうちには直ちに雇主労働者間に代理關係を想定し、雇主はこの代理關係に基き、労働者の加工活動によつて出來上つたところの生産物の所有権を取得するといふ風に斷定するものもある(註一一)。しかしその本質上法律行為にのみ適用さるべき民法上の代理の理論をそのまま事實行為たる加工に適用することの不當なのは明であらう。

しからば或者が論證してゐるやうに(註一二)、代理の理論の準用によりそれと同じ結果を得や



うとする試みはどうであらう。

元來『事實行爲は意思表示とは全然異なるものである。即ち事實行爲においては意思表示におけるやうに意思とか觀念とかいふやうな精神的事實が表示されるものではなく、直接法律關係に關係なきものである。事實行爲はむしろ先づ第一には法律の領域に屬さないところの事實上の結果の發生に關するものである。尤も法律はその事實上の結果には法律上の効果を結び付けてゐるのであるが。だから意思表示に關する規定を類推して事實行爲に適用することは原則として避けなければならぬ』(註一三)。この點において既に事實行爲たる加工に、原則として意思表示のみについて適用あるべき代理の理論を準用するといふことは許されまい。しかのみならず、代理の特質がいゆる顯名の原則が認められる點において求められるにおいては、たゞ個人の範圍においてのみ行はれるところのしかも何等の精神的事實の表示をも必要としないところの加工に單に原因を與ふるものと結果をうくるものとが人格を異にしてゐるとの理由のみを以て代理の理論を準用するといふことは少くとも民法の世界においては本質的に誤まれるものといはねばなるまい(註一四)。

更に、かく代理の觀念を藉りて來て問題を解決しやうとする説は、これが雇主による労働生

産物の所有權取得の基礎を雇主労働義務者間の意思關係に求めなければならぬ點において、根本的に挫折しなければならぬ。蓋し、雇主による労働生産物の所有權取得は労働義務者の意思には無關係であり——例へば契約が無効な場合においても雇主による所有權取得が行はれる——或は労働義務者の意思に反してさへも發生しうるものであるからである(註一五)。雇主による労働生産物の所有權取得の理由を當事者間の契約上の意思に求めやうとする説(註一六)に對しても、代理の觀念を以てその理由を説明しやうとするものに對して今こゝに指示したと同一な批難が加へ得られるであらう(註一七)。

このやうに雇主による労働生産物の所有權取得は雇主労働義務者間の代理關係に基因してゐるともいへなければ、契約上の合意の結果だともいひ得ない。しかしながら、加工活動は労働する者において行はれ、加工によりて取得さるべき所有權取得といふ法律効果は雇主において發生するといふ事實は依然として存在するのである。こゝにおいて、或ものは『事實上の代理 tatsächliche Vertretung』(註一八)といふやうな特殊な概念を創定して、雇主による労働生産物の所有權取得の法的現象を説明しやうとしてゐる。しかしこの企圖も残念ながら、恰も使用人の發明についての權利の歸屬に關する Kisch の歸屬説(Zurechnungstheorie)(註一九)のやうに、法



律上の解明としては全く失敗に終らねばなるまい。蓋し、『事実上の代理』といふやうな概念は民法典の何處においても見出されない以上は、かゝる概念を創唱して或法的事象の法的構成を試みようとするのは單なる獨斷に満足するものであるとの誹を免れまい、従つてこれによつては、労働義務者が雇主のために労働生産物を取得する法律上の理由は毫も明にされないからである(註二〇)。

然らば多くの學者が主張してゐるやうに事実上の補助者(註二二) (Hilfe, Gehilfenschaft) といふ概念を以てしたならばどうであらう。これについても先づ以て吾々は、雇主が労働者を事実上の補助者として自己の材料に加工せしむるといふことが現代の法律思想上正當にいひ得るであらうかといふ根本的な疑念に逢着せざるを得ない。即ち労働者は單なる雇主の事実上の補助者でありそれがために労働者は加工者として所有権を取得し得ないといふときには、必然的にそこに吾々は意思なき物的化された人間の擬制を豫想せざるを得ない。しかし果して労働者は法律上雇主に労働を供給すべき機械であるといひ得るであらうか、又労働者は獨立な人格者として加工活動をしてゐるのではないだらうか。吾々はこれに關して多大なる疑問を有するものである(註二三)。かゝる疑念は先に述べた事実上の代理といふ概念を以て問題を解決しやうとする

説についても起り得るであらう。かの労働力の賣買といふ經濟上の觀念を以て解決を得ようとする試み、即ち『資本家は労働力の賣買によつて労働自體を生きたる酵母(Görungstoff)として、同時に資本家に歸屬せる死したる生産の Bildungselement に結合した。彼等の眼から見れば、労働過程は彼等によつて購はれたる商品即ち労働力の消費たるに過ぎない。……だから酒藏における醱酵過程から生ずる生産物と同じやうに、労働過程から生ずる凡ての生産物は資本家に歸屬する』と論定しようとするものゝうちにも、労働者を事実上の補助者としやうとする説におけると同じやうな疑問が包藏されてゐるといはねばなるまい。まさしく、Sinzheimer がいふやうに(註二三)、かゝる論述は事實上の成り行き(Hergang)を如實に物語つてゐるとはいへやうが、法律上の解明としては何等根據のないものである。

こゝにおいて吾々は以上に掲げたやうな種々な法律構成論は一として雇主による労働生産物の所有権取得の現象を解明し得ないことを知つたのである。その他は、雇主が加工物を取得するのは、労働者の活動が取引上の觀念に従ひ雇主のために行はれると見られるがためであると説くもの(註二四)、或は雇主が労働生産物の所有権を取得するのは雇主の加工權の行使の結果であると説くもの(註二五)、或は加工者は所有權自體ではなく所有權取得の期待權を有しこれ



を他人に譲渡することが出来る、そうしてかの労働者は前以て労働契約において工場主のために信義誠實に従ひその期待権を抛棄したものと看られる、従つて工場主がその工場において生産されたところの物の所有権者となると立論するものなどがある(註二六)。しかし、このやうに説いても、なほ如何なる法律上の理由によつて雇主が所有権を取得するかといふことは依然未解決のまゝ残されてゐるのである(註二七a)。

更に甚しきは労働生産物が雇主に歸屬し労働者には歸屬し得ないのは必然的な自明な理であるとして、詳細な論證を省略してゐるもの(註二七b)さへも發見される。その不當なことは言ふまでもあるまい。

最後に私は純然たる經濟上の見地から説述を試みてゐるところのしかも示唆に富めるところの Manigk の説を検討して、從來の學說の個々の批評を終へよう。

Manigk の所説によれば、肉體的な加工活動が所有権取得の問題を決定するといはれない(註二八)、そうして元來加工による所有権取得は必ずしも自ら労働する者について許容されてゐるのではなく、經濟的生産者について許容されてゐるのである、よつて所有権を取得する者は製造 (Fabrikation)、生産 (Produktion)、加工 (Spezifikation) を經濟上しかも資本をおろして

(kapitalistisch) 經營する (betrieben) 者であつて、經營上必要な幾多の事務の一 (eine der vielen etwa nötigen Manipulationen) を偶々 (zufällig) 實行するところの者ではない、即ち獨逸民法九五〇條の意味における加工者は雇主であつて労働者ではない(註二九)、といふのである。しかしながら彼の説は人間の行爲たる加工の本質と背馳するところはないだらうか。

加工は必ずしも肉體的な活動に關するものでないことはなほ認め得られる。即ち加工は必ずしも純正な手工 (Handarbeit) によることを必要としないで、機械を利用して加工してもなほ加工たるに妨げないことは疑ひのないところである。機械を利用する裁縫師は手工労働者のやうには加工者たり得ないとする理由は毫も存在しない。しかし工場經營における労働者については稍々事情が異なる。即ち工場經營の本質は、労働者をして自己の意思のまゝに生産に關與することを得ざらしめそうして生産過程を客觀化し生きたる人間を生産過程から全然分離し、生きたる人間が生命なき肉體の組織に即ち機械に遷り行く、といふことにおいて見出される(註三〇)。もしそれが法律の世界においても正當に認められ得るとするならば Manigk のいふやうにまさしく工場經營者即ち雇主こそ加工者であり、従つて彼こそ労働生産物の所有権取得者であらねばなるまい。前に述べたところの、労働者を事實上の補助者であるとする説の一應の



正當性もこの點において見出され得るであらう。

しかし労働者は自らの肉體的活動を機械に向つて實行し、彼の意思は機械の運轉調整監督に向けられてゐる以上、労働者は民法上の意味における加工者たるに毫も差支あるまい。そうして元來加工は人間の行爲である、しかも通常は事實上の結果に向けられてゐるところの意識的な人間の活動であるが、必ずしも意識的であり事實上の結果に向けられてゐなければならない筈のものでもない、たとへば新しい物をつくり出すに適當な人間の活動であれば充分である。従つて労働者が往々自己の活動が何を生産するかといふことに無頓着に、或ひは自己の活動が何を生産するかといふことを全く知らないで、機械的に活動する場合を指示して、かゝる労働者は加工者たり得ないといふやうな反駁はなし得まい。たとひ、かゝる反駁を假りにしうるとして、かゝる場合における事實上の結果に向けられてゐるところの意思を雇主について求めようとしても、それも不可能な場合があり得る。例へば雇主がその際に睡眠しつゝある場合の如きはそうである。

尤も、獨逸民法理由書がいふやうに(註三二)、生産的活動(produktive Tätigkeit)に直接關與する者が加工者であり、單にその生産的活動に何等かの個々の協力をしたとの理由からは加工者

たり得ないとの意味において主張されてゐるならば、かの Manigk の所説はこれを首肯することが出来よう。しかし、元來この生産的活動といふ語は、經濟學書についてこれを見れば直ちに觀取されるやうに、實に多義的な語である、Dichl は「Marshall が實に凡ての労働はある意味において生産的であるといつてゐるが、彼の原則を更に擴張して、凡ての労働は凡て生産的であるといはれる。——なほ彼が生産的活動と不生産的活動との概念上の區別に對して懷疑的態度を採つてゐるならば、私は彼の態度に全然加擔するものである」(註三三)とさへいつてゐるが、兎に角、Manigk が加工による所有權取得について決定的なものは生産的活動であつて肉體的活動ではないといふときに意味されてゐるところのその生産的活動は、彼の所説に従へば精神的活動特に商人の活動をも包含し得るところの——生産の條件に何等かの影響を及ぼすところの——凡ての活動を意味するところの生産的活動を指示してゐると解さねばならないであらう。しかし、獨逸民法理由書が加工は生産的活動であるといつてゐるのは、そのやうな廣い意味における生産的活動のことをいつてゐるのではなく、直接經濟上の技術的結果をつくり出す行爲を指してゐるのである(註三三)。この意味において生産的活動をなす者は労働者であつて雇主ではあるまい。従つて、Manigk の説は加工の本質と背馳するといはねばならない。



註八 鳩山氏・日本民法總論下巻二八〇頁、岩田氏・物權法概論六七頁、末弘氏・物權法上三九四及び四〇三頁。Vgl. Staudinger, Kommentar, III. S. 513; Planck, Kommentar, III. S. 412ff.

註九 Manigk, Willenserklärung u. Willensgeschäft, S. 645.

註一〇 Manigk, a. a. O. S. 663. なほ彼はその補註において Kohler の所説『加工においては、改造 (Umänderung) が人間の意思によらないで自然力の盲目的演技 (blindes Spiel) によつてなされるときには、結果は発生しない。従つて加工は法律行為である』を引用し、これに對して次のやうに批評してゐる、『然し Kohler は法律行為の概念を誤認してゐる。即ち加工は法律が何等かの點において關與してゐるところの行為 (juristische Handlung) であるから、その範圍においては、その結果 (Effekt) が事變によつて (casu) でも生じうるところの附合 (Verbindung) 混和 (Vermischung) と區別せられるであらうが、これがために直ちに加工は法律行為であるといはれない。何故なれば加工においては所有權取得の意思は必要ではないからである。所有權は欲しなくても加工者の膝下に來るものである。Kohler の言に従へば、法律が何等かの點において關與してゐるところの行為は凡て法律行為であらねばならぬ結果となるであらう。なほ Kohler は Grünhuts Z. 13. S. 286 によつては前に示したやうに加工は法律行為であるといつてゐるが、その後 Lehnbuch des bürgerlichen Rechts (1919), Bd. 2, Teil 2, S. 211 によつては、『技術的生産 (Kunsterzeugung)』— Kohler は技術的生産 (die technische Produktion oder Kunsterzeugung) を民法典が不當に加工 (Bearbeitung) と呼んでゐるといつてゐる (Lehnbuch, a. a. O. S. 209) — は何等の法律行為ではなくて、法律効果の附せられてゐる中性の活動 (eine neutrale Tätigkeit mit Rechtsfolgen) である、そして行為無効主義もなほこれを實行しうるが、しかしこの活動については代理が許される』といつてゐるのである。

註一一 Leonhard, Vertretung beim Fahmisserwerb S. 112 ff. は次のやうに論證してゐる、『加工においては人間の活動を必要とする、そしてこれにおいては權利の取得者以外の者がかゝる活動を企圖するといふことが考へ得られる。例へ

ば工場労働者は自らつくり出すところの生産物の所有權を工場主のために取得するのである。この際労働者はかゝる労働の目的を明に表示することは必要ではない。しかしながらこれがためにこの場合が顯名の原則 (Offenheitsprinzip) の例外をなすとはいひ得ない。……労働は主人の名において企圖されるべきである、かくて労働は外部的關係を有するはずである。こゝにおいて一定の意思表示受領者を缺いてゐるといふことは少しも差支のないことである。顯名 (Offenheit) の概念は相對的であるといふこと及びそれがために一定の相手方に對して企圖されることを要しないところの行為も亦或他の公示 (Offenlichkeit) を必要とするといふことは、既に本研究の冒頭において論證した。……さて加工においても明に制限的顯名が認められる。工場の労働者はその工場主のために、仕事場の職人はその親方のために、田園の日傭人は農夫のために、労働する。凡てこれらの關係には主人との一定の連結 (Beziehung) — 即ち彼等の労働を主人に服従せしむるところの連結 — が存在する。彼等も亦當然自ら加工によつて所有權を取得しうるであらう。しかしそれが爲めには外部的客觀的事情を必要とする。單なる意思のみでは充分ではない。それと同様に労働者は、或外部的關係のけつじよしてゐるときには、單なる労働により主人を所有權者たらしめることは出來ない。或藝術家が注文者の「ために」肖像畫を畫くとする。この際その藝術家が注文者の「ために」と意欲したことを理由として、その肖像畫を注文者に歸屬せしむることは出來ない。しかし注文者を所有權者たらしめるのは彼の契約上の義務に基くと説くのも全く不當であり意味なきことである。むしろかゝる場合には常に代理關係の顯名 (Offenheit) に着眼しなければならぬ、そしてかゝる前提の下において、加工によつても一種の代理 (eine Art Vertretung) が許容される』と。

註一二 Kohler, Lehnbuch, a. a. O. S. 209. なほ註一〇参照。

註一三 Kinnecerus, Lehnbuch, I, S. 547.

註一四 鳩山氏前掲四〇三頁、大西氏・代理の研究一四七頁以下、一五〇頁参照。Vgl. Tuhir, Der Allgemeine Teil, Bd. 2, Hälfte 2, S. 371. Manigk, a. a. O. S. 667. なほ Herz, a. a. O. S. 6 ff. は氏獨特な見地から次のやうに論證してゐる

労働生産物の所有權取得について



る『法は共同社会の規律 (Gemeinschaftsregelung) であるとの廣い——Radbruch の——概念構成は法律哲學者のみならず法律家にも希望の星 (Leisten) として役立つと信ずる。凡て法律上の概念は何等かの共同社会の規律を包有してゐなければならぬ。代理はどれだけの共同社会の規律を包有してゐるか。

一般的に次のやうなことがいはれる、権利の主體は必ずしも自ら自己の需要を充すために必要な凡ての行爲をなしうる状態に在るものではない。或は事實上或は法律上そうすることを妨げられるのである。こゝにおいてより高い法律規定は他人がそのものゝ爲めに行爲しうる可能性を認めた (Vgl. Tuhr, a. a. O. S. 333) と。しかし代理の存在理由 (Rechtfertigung) はこれで以て盡くるであらうか。

法は共同社会の規律である。Tuhr によつて與へられた代理の意義に従へば代理の目的は本人の利益にのみ存することとなる。然しながら鍵 (Schlüssel) は *Geschäfte* と云ふ語のうちにある。Tuhr はたゞ *Rechtsgeschäft* についてのみにつてゐる。

しかし法律行爲は厳格な技術的意味においてではなく、*Geschäfte des Rechts, die das Recht angehen* としてその範圍において共同社会に接觸してゐる筈である。かゝる *Geschäfte* においてのみ代理は行はれる——たゞ自らの利益においてのみならず、より強く共同社会の利益において。私法においてはこの共同社会の利益は特に著しく相手方の利益として顯れる。吾々が法律共同體を組織體 (Organismus) として表さうとするならば、活動する權利主體の行爲が法律共同體の組織體における Funktion として看られる範圍において、又この活動が共同體の存在 (Bestand) のために意味ある範圍において、代理は發生するといはれやう。

次に加工行爲は如何なる範圍において共同體に接觸してゐるか。…或物の所有權者となるためにはその物に加工したといふことが必要であるとの條件は所有權主體の *Präsenz* たるに過ぎない。加工行爲は間接にのみ法律の世界 (Rechtssphäre) に觸れてゐる。即ち加工は直接法律の世界に觸れてゐないで、全然 *Individualbereich* において出現し、

Rechtsgeschäft だといはれない。

然らば加工について代理を認めることは甚だ吾々の疑問とするところである。

註一五 Sinzheimer, Handwörterbuch, a. a. O. S. 854; derselbe a. a. O. S. 151; Manigk, a. a. O. S. 667; Riezler, a. a. O. S. 236.

註一六 Crome, III, S. 358 Anm. 1 und 2, und S. 364 Anm. 2.

註一七 Vgl. Riezler, a. a. O.; Bonin, Ueber den Eigentumserwerb des Herstellers (ArchBürgR. Bd. 38, S. 118) などこゝにおいて甚だ疑問に思はれるのは、労働者が自己の加工行爲により取得しうべき所有權を取得しないで直ちに雇主に ついてその所有權を發生せしめやうとの契約は物權契約であらねばならぬ、従つて、雇主による労働生産物の所有權取得は當事者間の合意の結果だとすれば、その合意は右のやうな物權契約に關するものであらねばならぬ、しかし雇主労働義務者間において労働の供給を内容とする労働契約以外にそのやうな物權的合意が通常なされてゐるであらうか、むしろ彼等はそのやうな物權的合意には全然無關心ではないだらうかといふことである (Vgl. Bonin a. a. O.; Leonhard, Vertretung, S. 113)。従つて労働生産物の所有權取得の理由を契約において求めやうとする説はこの點においてもその正當性を疑はれざるを得ないであらう。尤もこれに關聯して加工に關する規定が強行法であるか任意法であるかの問題が前以て論争さるべきであらう。Manigk は加工による所有權取得に關する規定は強行法であり、當事者間の合意により左右し得ないといつてゐる (Vgl. a. a. O. S. 645 und 664)。しかし Bonin は別段の定のない時のみ加工者が所有權を取得するといつてゐる (a. a. O. S. 121)。吾國の多くの學者も、Bonin と同じやうに——法律が加工により生成された新しい一の物を經濟上の理由から分割せしめないやうにしてゐる範圍においては強行的であるとするも——加工物の所有權取得については私的自治を許してゐる (末弘氏・前掲三九三頁以下、法律評論民法七卷上八頁以下参照)。

しかし當面の問題に關してはいづれに解するもあまり影響がない。蓋し労働生産物の所有權取得の理由を當事者間の労働生産物の所有權取得について



合意に求める説は、加工による所有権取得に関する規定は強行的であると主張するものから見れば、前以て全然排斥されねばなるまい。又その反対の立場をとるものから見ても、かゝる説は前に述べたやうな理由からくつがへされねばならぬからである。

註一八 Krückmann, Plichterfüllung und Rechtsausübung, Iherings J. Bd. 65, S. 214 ff. は事實行為についての代理を認めてゐる。即ち彼によれば或現象が代理といひ得るか否かは純然たる術語上の問題である。そうして問題となる事象に代理の概念を適用しうるか否かは術語に従つて決定さるべきではなく、事象の法律上の性質に従つて判断さるべきである。代理を法律行為にのみ限定するのはあまりに狭い用語例に従ふものである。先入の用語から法律構成を試みるのは先入の概念からそうするよりもより悪いことである。……更に (S. 231, Anm. 1.) においては、或行為の企圖に際し他人をして代り行はしむるものは常に代理される。Dreyer (DJT. 17, I, 94) の語『労働者は雇主の認識と意思とにおいて (mit Wissen und Willen) 雇主に代つて行為するといふ事實が決定的である』は今日まで反駁されてゐない、それがために Klein (Die Rechtsbehandlungen im engeren Sinne S. 59 ff.) は加工改造によつて正當に代理の概念を引用してゐるといつてゐるのである。

註一九 使用人の發明についての権利が雇主に原始的に歸屬するか、承繼的に傳來されるかについては争がある。これに關する Kisch の歸屬説によれば、營業主が他人の發明行為から發明權を原始的に (originär) 自動的に (automatisch) 取得するのは『他人の行為の結果の法律的歸屬 juristische Zurechnung der Folgen fremder Tat』として表はされ且つ特別なる『歸屬關係』に歸せしめられるところの特殊な法的現象であり、この歸屬關係は、發明的活動が他人の効力圍 (Wirkungssphäre) に特に事實上關係することによつて、表明されるといふのである (Engländer, a. a. O. S. 12.)。

註二〇 Vgl. Engländer, a. a. O. 更にかゝる廣い代理の概念を認むることの可否については vgl. Herz, a. a. O. S. 5 ff. なほ註一四参照。

註二一 Tuhr (a. a. O. S. 371) は『事實行為においてはその効力は行為者の意思に基因しないで事實上の結果に基因するから、事實行為における第三者の協力は代理だとはいはれない、補助 (Gehilfenschaft) である。例へば獨逸民法第九五〇條にはゆる加工における第三者の協力の如きはこれである。即ち使用人が彼の雇主のために所有權を發生せしむるのは使用人の意思に基因するのではなく、使用人の活動が雇關係の結果雇主のためになされる (sein Arbeitgeber zugute kommen) といふことに基因する』と。事實上の補助者の觀念については、鳩山氏・使者及び代理人、宮井先生還曆祝賀論文集五八七頁以下参照。

註二二 Bonin, a. a. O. S. 119 ff.

註二三 Sinzheimer, Handwörterbuch, a. a. O. S. 854.

註二四 Enneccerus, a. a. O. S. 584; vgl. Staudinger, Kommentar, III, S. 513.

註二五 Krückmann, a. a. O. S. 230. 即ち彼は『製造者が私の依頼により私の材料に加工したならば私は所有權者となる。そうして製造者が彼にも私にも屬さないところの材料に加工したときには、彼がその材料を如何にして占有するに至つたかといふことにより所有權者は定まる。そこで彼が私には全然無關係に占有するに至つたならば、彼が所有權を取得する。しかし私が自分の占有を彼に移轉するか、又は私の依頼により他人をして製造者に占有を移轉せしむるかして、兎に角私が製造者に占有を移轉したときには私が所有權を取得する。換言すれば、或ひは製造者は自己の權利少くとも自己の占有權を行使し、或ひは製造者は他人の權利、他人の占有權又は他人の計算において自己に移轉されたところの占有權を行使する。そうして前者の場合には製造者が所有權を取得し、後者の場合には注文者が所有權を取得する。蓋し、加工は物に對する干涉 (Einwirkung auf eine Sache) であり、物についての權利の實行であるからである』。

註二六 Bonin, a. a. O. S. 122.

註二七 a 即ち雇主のために労働者の活動が行はれると看られるときに雇主が生産物の所有權を取得すると主張するも、労働生産物の所有權取得について



なほ何故に雇主が生産物の所有権を取得するかといふことは依然明かにされない。又雇主による生産物の所有権の取得は加工権行使の結果だとするも、更に加工権なるものが如何にして法律上構成されるかといふ新しい疑問が提起され得る。又権利の行使といふ言葉は理由づけのために用ひられるがためにはあまりに漠然としてゐる嫌がある (Vgl. Herz, a. a. O. S. 13)。そうして Bonin の説はあまりに技巧的であるばかりではなく、彼の説が當事者間の意思關係に基礎を求めらるる點において蹊蹺しなければならぬ (Vgl. Riezler, a. a. O. S. 237)。

註二七<sup>b</sup> 獨逸民法制定委員會において『新しい物をつくり出した者又はつくり出させた者 Wer eine neue Sache herstellt oder herstellen lässt』が加工物の所有権を取得すると規定すべきであるといふ提議が論議された。Protokolle (S. 370) によれば『一方の言ひ分によれば、第一草案は誤つて代理を法律行為に制限した。しかし第二草案は代理は法律行為以外の關係にも適用があると認めた。従つて「herstellen lässt」といふ附則は無用となつたのであるといふのである。他の言ひ分によれば、そう解するのは誤りであり、第二草案も原則として意思における代理の意味においてのみ Vertretung といふ語を用ひてゐるのである。しかし、oder herstellen lässt といふ語を附け加へるべきか否かの問題に關してはそれはどうでもよい。作り出さしめる者 das herstellen lassen は——たとひそこにおいて代理が認められなくとも——「作り出す者 das Herstellen」と同視されるから「oder herstellen lässt」といふ語はむしろ省略すべきであるといふべきである。

註二八 Manigk, a. a. O. S. 667.

註二九 Manigk, a. a. O. S. 669.

註三〇 Herz, a. a. O. S. 14 ff.

註三一 Vgl. Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB. (Motive) III. S. 200 ff.

註三二 Vgl. K. Diehl, Theoretische Nationalökonomie, S. 16.

註三三 Herz, a. a. O. S. 16 ff.

#### 四、労働法上の立場からする問題の解決

前段に述べたところにより、雇主による労働生産物の所有権取得の法律上の理由は多くの學者によつて従來の法律上の概念の範圍において色々に説述されてゐるが、一として満足な結論を與へてゐるものゝないことが明になつたであらう。それにもかゝらず、雇主は労働者が作り出すところの労働生産物の所有権を總て取得し、しかもこれについては少くとも法律の世界においては何人も自明な理として争はないのである。尤も請負契約において注文者が供給する材料を以て請負人が作り出すところの労働生産物の所有権の歸屬に關しては、通常は注文者とその所有権を取得すると解されてゐるけれども、なほ僅かであるとはいへその所有権が注文者かそれとも請負人かその何れに歸屬すべきかといふ問題が提起さるべき餘地が生じた(註三四)。そこで労働者によつて作り出される労働生産物が當然なことのやうに雇主に歸屬せしめられてゐる理由は労働者が供給する労働が請負契約において約される労働に對して有する本質的な差異に求められるのではないかといふ疑が生ずる筈である。こゝにおいて特に輓近労働法の研究



が漸次勃興し労働者の供給する労働の本質、この労働の供給を内容とする労働関係又は労働契約の本質がやうやく明にされると共に労働生産物の所有権の取得を労働関係の本質に關聯せしめて理由づけやうとする傾向が生じた。

一體正當に理解されるときには、労働関係又は労働契約の本質は労働義務者の從屬性——これがいかなるものであるかはしばらく別論として——において見出されねばならぬ、このやうな労働義務者の從屬的地位は労働義務者が請負人から區別される本質的な點である、この本質的な區別點から本問題も解明されねばならぬ、とすれば雇主が労働生産物の所有権を總て取得するのは畢竟労働義務者が雇主に從屬してゐるがためであるといはなければならぬ(註三五)。

いま右のやうな立場から立論してゐるところのこの所説を先づ第一にとつて見るに、

『労働契約の本質は身分法上の支配關係にある。そうして雇主による所有権取得は労働關係の身分法的性質から流れ出る結果である。即ち労働關係に入つて來ることは本質的に労働者の自由なる法律上の人格の減少を意味してゐるから、労働者は労働生産物に關しては所有権取得の能力を雇主のために侵蝕されるのである。かくて労働者は企業者の權力に服従することにより財産上の權利能力の一部を喪失するに至るのである』(註三六)とある。

しかし自由と權利能力とは讓渡し難い人格の特性である。従つてHenzの右の論證はこの原則と背馳することはないかといふ疑が當然生起される。そこで彼は更に語をつぎ、「權利能力は抽象的權利能力と具體的權利能力とに區別される。そうして前者は法律規定といふよりはむしろ倫理的な要請を意味してをり、その擴張され得る限界を「善良なる風俗」において有する。これに反して具體的權利能力は種々なる制限に服する、即ち或は人間の性質(Natur)によつて制限され、或は法律上の平等主義の嚴格なる實行を非社會的たらしめてゐるところの人間の社會的組織(Gliederung)によつて制限され、或は、法規がこの主義の實行を欲しても、社會的力がその意思よりもより強力なためその主義の實行をなし能はないといふことによつて制限されるのである」(註三七)といひ、更に「雇主が財産所有者として一定の社會上の權力的地位(Machtposition)の所持者である範圍において労働關係の主(Herr)である。これに對して労働義務者はその權力に服従するものである。この特別な法律圏(Rechtssphäre)の範圍内においては自ら労働することによりその労働生産物の所有権を取得することが出来ない。その所有権はむしろ經濟主體たり且つ支配關係の支持者たる雇主に歸屬する」(註三八)と論定してゐるのである。

右に述べたやうなHenzの論證が法律上正當に是認されるか否かは別論とするも Müller-



Erzbach がいふやうに(註三九)、『Herz の論證は、何故に労働者が自らの側において所有権を得しないかといふことに關してをり、更に雇主がいかにして労働生産物の所有権を取得するかといふことに關しては積極的に何もいつてゐない。』觀のあるのは争はれないことであらう。そこで Herz と同じやうな見地に立脚してゐるところの Sinzheimer は更に一步を進め、

『労働生産についての所有権の取得は労働義務者に對する雇主の權力に基因する。この權力の及ぶ範圍においては、權力服従者自らの取得は法律上不可能であり、そうしてその範圍においては労働義務者は自らの手を有しないで、彼の手は所有権者の手と同視される。それで労働關係が契約に基因するか否かは所有権取得については無關係であるといふことは明である。こゝにおいては、單一權 (Einheitsrecht) が現出されてゐるところの權力關係の存在のみが決定的であり、その權力の法律上の理由はどうでもよいのである。即ち雇主は労働關係——これが契約に基因するか否かには關係なく——に基き労働生産物の所有権を取得する。そうしてこゝにおいて遂行されるころのものは事變 (Zufall) でもなければ恣意 (Willkür) でもなく、單一體の法則 (das Gesetz der Einheit) である。この Gesetz は個別的效果 (Einzelwirkung) についての個別權 (Einzelrecht) を排除する。なほこゝにおいては多くの生産者を

一個の生産に綜合するばかりではなく多くの生産物を一個の生産物に綜合するところの單一體 (Einheit) の所持者 (Träger) が必要とされる。單一權 (Einheitsrecht) の主體と目的とが變更されても、社會的 Einheit が存在してゐる以上は、この Einheitsgesetz は行はれる。蓋しこれは單一體の本質に基因するからである』(註四〇)と論定してゐる。

又 Oertmann が『企業者が直接労働生産物の所有権を取得するといふことは、使用人は法律上並に事實上獨立して生産に従事するものではなくたゞ企業の一員 (Glied) としてそうするものにすぎない従つて使用人はかゝる特性 (Eigenschaft) においてのみ加工者 (Umbildner) と看做されると論定することによつて、正當づけられるのである』(註四一)と述べてゐるのも Herz、Sinzheimer などがいつてゐるのと同じやうな意味であらう。

さて上に述べたやうな雇主による労働生産物の所有権取得の法律上の根據を雇主に對する労働義務者の從屬性に求むる説に對しては、少くとも現今においてはかゝる論證は法律上のものではなくむしろ經濟上のものである、との反駁が加へ得られるであらう(註四二)。何故ならば、現今吾國の法律組織において法律的考察を試みたときには、雇主と労働義務者とは或企業において單一の人格 (Einheitsperson) に包括せしめられてゐるとはいはれないで、むしろ彼等はその本



質上原則として独立な契約締結者として相互に分立してをり、彼等の関係は團體的(Korporativ)ではなく債權的性質を有つてゐるといはねばならないからである。従つて純然たる新しい労働法上の立場からする Sinzheimer 一派の説も他の凡ての説と同じやうに現行法特に民法の解釋としては破綻を來さなければなるまい。

しからば雇主による労働生産物の所有權取得は現行法典を基準としてはどうしても理由づけ得ない法律現象であるといはねばならないであらうか。残念ながら私はまことにその通りであり民法典の範圍においてはどのやうに法律構成を試みても何故に雇主は民法典の規定を排除してまでも労働生産物の所有權を取得するかといふ本來の謎は依然未解決のまゝ残されねばならぬと答へざるを得ないのである。その理由は大體次のやうにいはれるであらう。

即ち現行民法典は個人主義的な法といはれてゐるローマ法に依存し個人の捕捉し難い意思を至上なものとしてをる、そうしてたゞ個々の人のみが關係してをり個々の人のために存在すべき法律現象に着目してゐるのである、従つて現行民法典に依據してなされる凡ての解明は個々の人のみが關係してをり個々の人のために存在すべき法律現象又は凡ての權利の終局的 Grund が捕捉し難い個人の Agen 即ち意思において見出される場合には妥當し得るであら

うが、個人の意思が全然表示されないでしかも事實が個人の意思に無關係に發生することの明かな場合には失敗に終らねばなるまい。そこで目を轉じて雇主による労働生産物の所有權取得といふ法律現象を観るに、これは前にも述べたやうに労働義務者雇主間の意思關係には全然無關係に行はれてゐるのである。そうしてその下において労働生産物がつくり出されるところの労働關係は後にも述べるやうにその本質上 *Gietke* のいはゆる社會法律關係であつて(註四三)單なる個人間の關係ではないのである。從來の法律がこのやうな労働關係の本質を長い間看過して來たといふことはこゝでは別に問題ではない。従つてこのやうな労働關係の下において供給される労働乃至はこの労働によつてつくり出される労働生産物は單なる個人間の關係のみによつてはしいやうに立てられてゐる法律理論によつては満足に律せられないものである。個人主義的なローマ法に依存してゐるところの現行民法典の範圍において問題を解決しようとしてゐるところの從來の試みが労働生産物の所有權取得の法律上の理由を解明するについて凡て失敗に歸さねばならないのは要するにこれがためであり、そのやうな現行民法典の範圍においてはこの問題はどうしても満足に解明され得ない所以も亦こゝにあるのである。

惟ふに法律規範をそれを以て吾々が満足しなければならぬところの現存の因素(Faktor)と



看、そうしてその作用を個々の場合に形式論理的に探究することのみを以て満足することは出来ぬ——このことは或一の條文が表示してゐるところのものがどんなに僅少であるかといふことから明に推知されるであらう——、吾々は法律規範の法律形成的意味を認めんがためには法律規範を法律發展經過中の生産物と理解しなければならぬ。このことは消極積極兩方面において意味をもつてゐる、即ちどれだけの範圍において或規範が——たとひ法典には存在してゐるとはいへ——今や實施力を失つたかといふこと及び或規範が實施されてゐるか又どんな規範が實施されてゐるかといふことを探索する上に意味をもつてゐるのである。或法は歴史の流れに随つてその地位を得るのだから再び流轉しなければならぬ。法律學は法律生活を理解しようとするならば法律生活中に動いてゐる諸の力の探求をしなければならぬ。

規範は権力である。社會闘争は規範の獲得を目ざして行はれる。そうして規範は勝利者たる一方の社會的實力と敗北者たるその相手方との間に作られたところの平和的決議である。しかしながら生きてゐる種々なる社會的權力の包括的名稱は *Ideen* である。

既に述べたやうに規範は常往的なものではなく理念は相互に繼續的に作用する。そうして吾々は理念によつて規範のみならずその暫定性それとともに新しい規範への道程をも理解し得る

であらう。

次に私は社會法律關係としての労働關係の本質を明かにし雇主の下に労働生産物が集中されることの必然な理由に論及しよう。そうしてこれによつて労働生産物の所有權取得について實際上作用してゐるところの社會的力を明にして以て生きた法律生活の解明に資したいと思ふのである。

註三四 請負契約における生成物の所有權歸屬に関する説の概要については鳩山氏・債權各論(下卷)五七六頁以下、末弘氏、債權各論六九三頁以下参照。これに関する獨逸法における學説の概要については、Vgl. Planck's Kommentar, II, B. 2. Half, 1925, S. 1016.

註三五 雇主による労働生産物の所有權取得の法律上の理由を労働者の從屬性に求むる説は以下に述べるやうなもの以外にたほ民法典の註釋書中においても散見される。Vgl. Bierman, Kommentar, III, S. 229.

註三六 Herz, a. a. O. S. 28-29.

註三七 Herz, a. a. O. S. 29.

註三八 Herz, a. a. O. S. 38.

註三九 Müller-Erzbach, Rechtsbildung durch Wertschöpfung (Zeitschrift für das gesamte HR. und KR. S. 173 f.) S. 220 f.

たほ Müller-Erzbach は「權利をつくり出すものは労働自體ではなく、その結果たる價値の創造である」(a. a. O. S. 176)といひ、そうして「加工者の所有權取得を正當づけるところのものは Wertschöpfung のみである」といふことを固持する



ならば、かの異論の多い他人の計算においてする加工の問題もたどころに解決される。そこで労働者使用人又は請負契約において従業するところの請負人に報酬を支拂ふ者はまさしく新しい価値をつくり出すために自らの資本を消費する者だから或価値を犠牲に供する者であるといはねばならぬ。法律政策上はこの者のみが労働生産物の取得については考慮され労働者使用人請負人などは考慮されない。後者の者の活動には既に雇傭契約又は請負契約により報酬は支拂はれてをり、なほ彼等はこの報酬において將來の Schöpfung の充分なる挑發 (Anreiz) を見出すのである (a. a. O. S. 219) 云々云々。

註四〇 Sinzheimer, Grundzüge, a. a. O. S. 152.

註四一 Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, S. 139 f. und II A. m. I.

註四二 Vgl. Riezler, a. a. O. S. 235 f.; Bonin, a. a. O. S. 119.

註四三 石田氏・キールケの團體法論一二五頁参照。又 Vgl. Herz, a. a. O. S. 19-20; Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechtes, S. 14 f.

## 五、從屬的労働關係の本質と労働生産物の 所有權取得

労働契約が法律學界における論争の焦點に持ち來されたのはなんといつても Lotmar のお蔭であるといはねばなるまい(註四四)。しかし彼が創唱したところの労働契約といふ類概念は現今

の労働法上普通いはれてゐるところのそれとは全然異つてをり、請負契約・雇傭契約・雇傭契約中の一種と解されてゐる(註四五)ところの現今の労働法上のはゆる労働契約等總て之を含めて理解されてゐるのである。これがために彼の労働契約に關する統一的研究は一方においては劃時代的な素晴らしいものであると稱讚されてゐるけれども、他方においては彼の大きな研究は最大の弱點を包有してゐるといつて惜しがられてゐる(註四六)のである。けだし彼が労働に關する凡ての契約の統一的な研究を企圖したことはまさに劃時代的な素晴らしいことであるに違ひないが彼はそうすることによつて本質的に融合し難いものを融合せしめやうと企てゝる、といふのは他のものとは本質的に區別されねばならないところの現今労働法上のはゆる労働契約を他のものと同じやうに律し去らうとしてゐる、ことゝなるのだからそれは實に彼の著作の最大な弱點であるといはねばならない(註四七)からである。

勿論雇傭契約においても(従つて労働契約においてはいふまでもなく)請負契約においてもその約定の形態については差異が認められるにしろ同じやうに労働が約されてゐる。しかしこの労働といふ概念はそれらの契約を一般に労働に關係してゐないと看られてゐるところの他の契約から區別するためのメルクマールとしてはあまりに不確定なあまりに誤解され易い概念で



あるといはねばなるまい。例へばこれを請負契約と賣買との限界について見るに製作物供給契約が適當に例示してゐるやうに請負契約においては労働が約されてゐるのに賣買においてはそうでないといふ風に労働といふメルクマールを以て截然兩者を明瞭に區別することは出来ないであらう。即ち一方請負契約においても約される労働は必ずしも請負人自らの労働でなければならぬことはない。特約のないときには自ら協力することなく自分の職人又は徒弟に或ひは全然他人に労働させることも出来るのである。いはゞ請負契約の目的物は労働それ自體ではなく供給された材料に具體化されてゐる労働であるといはれる。他方賣買の目的物もこれがWareである限り労働生産物に關係してゐるものである。従つて兩者は或意味においては共に労働に關する契約であるといはれないことはなからう。よつて單に労働といふ概念を以て區別のメルクマールとしても明確な限界づけを期待することは出来ないであらう。そうして又同じく労働に關する契約であるといつても雇傭契約にあつては労働する者の人格と運命を共にするところの労働、即ち人間の労働それ自體が約されるのである。労働といふ概念が種々に解されるといふことはこれによつても明に窺知されるであらう。従つて、たゞ労働といふメルクマールのみに基いて統一的考察を試みることの合理的でない理由の一端もこれによつて推知されるであらう。

しかし請負契約及び賣買契約はなほ一樣に律せられうる共通性を有つてゐる。即ちこの二者はともに給付と反對給付との交換を目的とする債權的な雙務契約であり、この性質に基いてそれらの契約の法律上の効果は判断され、それらの契約の法律上の本質はこれにおいて盡くるものである。ところが労働契約は果してそれらの契約と同じやうに單なる給付の交換において盡くるものであらうか。

尤も労働契約にあつても賣買・請負におけると同じやうに二人の獨立な經濟主體が對立してゐるものゝ、労働契約により労働者は個々の具體的労働給付を約するものではなく、いはゞ抽象的に單純に労働を約するものである。そうしてなにか將來爲さるべきかといふことは労働者ではなく雇主が決定するのである。Nikisch はこれを適當に「このやうな契約は先づ第一に給付自體に向けられないで雇主と労働者との間の繼續關係の發生即ち或狀態の惹起に向けられてをり、そして凡てのそれ以上のことはかうして當事者間に發生せしめられた關係を實行することから發生する」といつてゐるのである(註四八)。

そうして元來労働は「人間の生身生ける人格に存在せるところの肉體的精神的の能力の總體」



(註四九)である。又労働は労働せる人間と不可分離のものであり、一旦それが供給されるとその供給の終始人間と結合し人間の生活の一部分を形成してゐるといへる。且つ又労働は一人の労働者のうちにおいても分割し得ないものであり、従つてそれは労働者の *Wesen* の一部分に係せるものではなくその全部に關與せるものである。まことに『労働は *Wirken* の状態にある人間自身である』(註五〇)。Gierke が請負契約によつて約される勞務の結果は *Wirken* として労働者の人格とは切り離されて客觀的に獨立してゐるのであるが雇傭契約の勞務者は勞務者の人格と結びついてゐるところの *Wirken* の債務を負ふ旨を述べてゐる(註五一)のも亦この間の事情を適格に指示してゐるやうに思はれる。

よつて労働者が労働契約によりいはゞ抽象的に單純に労働を約するといふことは結局労働者が自己の人格の處分をいはゞ抽象的に單純に他人即ち雇主に任すことを意味する。従つてこの労働契約の實行と共に雇主のこの労働處分力は當然労働者の人格自身の上に及んで來るのである。かくてこの雇主の労働處分力は權力として現れる。實に労働契約が他の單なる給付の交換を目的とせる契約と區別される本質的な點はこのやうにそれによつて不斷の權力關係が惹起されるといふ點に求められねばならぬ(註五二)。従つて吾民法典がかゝる本質を有する雇傭契約を

單なる給付の交換を目的とせる賣買・賃貸借・請負と同列に律してゐるのは已に多くの學者によつて指摘されてゐる通りに實に不當なことであるといはねばなるまい。しかし『現今の立法が主従の稱呼を避けてゐるけれどもなほその實質は法規のうちに残つてゐる』(五三〇)といふことは認められる。

更に『人間間には二種類の關係が存在してゐる、即ち債權的なものと組織的なものとの二種。そうして前者は個人間の關係に關するものであり、後者は單一體の關係 (*Einheitsverhältnisse*) に關するものである。その債權的な關係は取引即ち或者の手から他の者の手へ財を移轉することに役立つ、組織的な關係は組織 (*Organisation*) 即ち結合されたる力によつて經濟を建設することに役立つものである』(註五四)。Gierke が適切に『雇傭契約の機能は勞務を支配的に統制された全體の内に適入せしめて之を組織化するにあるのに反し請負契約は獨立の企業的勞務を第三者に利用せしむる手段である。だから雇傭契約は *Organisationsgeschäft* であり請負契約は *Austauschgeschäft* である』(註五五)と論定してゐるやうに、まさに労働關係乃至は労働契約關係はその組織的な關係である。このことは、將來産れ出されやうとする新しい労働法發展の基礎或は社會的不安の最も深刻な根源とも見られるところの經營殊にその大經營 (*Grossbetrieb*)



における労働関係乃至は労働契約関係について観たときに、最も明瞭に窺知されるであらう。

抑々『大企業といふものは幾千の個々の労働者の並存でもなければ獨立な個々の給付の總額でもなくて、組織的に組合された全體であり、そうしてこの全體内においては個々の部分は相互に關聯し全體の一部分としてのみ意味と價值とを有つてゐるものである。例へば毎日八時間づつブリキに壓穿機で穴をあけ又は紙片を粘合するところの個々の労働者は個々に切り離されて考へられたときには全く無意味且つ無目的なものである。彼等の活動は、彼等と共に活動し量と種類と期間とにおいて彼等の労働と調和すべき労働を供給しなければならぬところの他の幾百の労働者の労働に關聯せしめて考へられたときに、初めて意味を有つて來るのである。経営指揮者に必要なのは給付された個々の労働供給の總額を取得し得るといふことではなく、多數の結合された労働力を處分し得るといふことである。……かく經營は組合されたる組織體でありこの組織體の個々の部分は單一體の意思によつて綜合され支配される』(註五六)。

そうして労働の組織化は大經營においてのみ行はれるものとは限らない。労働の行はれる殆ど凡ての場合において程度の差こそあれ労働の組織化は營まれるのである(註五七)。

まことに『ギールケの思想によると、勞務契約は個人法の原則に服する關係ではなく社會法

の原則に服する關係であると言はねばならぬ』(註五八)。

さて凡て單一體の關係が存在するがためには命令と秩序との下において個々の人を單一作用に綜合するところの法律上の力が必要である。それは即ち單一體を管理する力である。更に單一體の關係がその目的を果し得るがためには凡ての個々の効果を單一效果に結合するところの法律上の力が必要である。それは即ち單一體を *verwerten* する力である。そうして單一體において行動する個々の人の行為の個々の効果はその効果の自然の所持者から切り離され直接單一體の所持者に歸屬すべきである。このやうにして多くの *Wirken* から一個の *Werk* がつくり出され多くの手による部分的生産から一手のうちに一個の全生産がつくり出される。しかしこのやうな効果は意思の効果ではなく機能の効果であるといはねばならぬ。従つてかゝる効果は行為者が意思無能力のときでも或は行為者がそれを欲しないときでも發生する譯である。又單一體において行動する者が單一體に法律上有効に屬しないで只事實上屬してゐるに過ぎない場合——例へば無効なる労働契約に基いて労働供給者が或經營において活動するやうな場合を考へて見よ——でも個々の人の個々の作用の超個人的凝集は直ちに發生するのである。そうして個々の人の行為を恰も單一體の所持者が行為者自身であるかのやうに單一體の所持者に歸屬せ



しむるところの單一體の効果は決して代理の効果ではない。若しも單一體の作用が個々の人の代理權に基因するとするならば單一體の効果は意思と意思能力とに制約され單一體における單なる事實上の行爲は單一體の効果により單一體に歸屬せしめ得なくなるであらう。

右のやうな單一體を管理し *verwalten* し得るところの法律上の力は權力であるといはねばならぬ(註五九)。そこで『苟くも存立能力ある團體の法律上の組織は團體員が統一的の目的に導かるゝ權力に服従してゐるといふことを認めないでは考へることが出来ぬ』(註六〇)といはねばならぬ。

たとひ現代の法制がそれに基いて組織されてゐないにしろなほ吾々は將來新しい労働立法がそれを基準として發展せしめられねばならぬ——又必ずやそうあるであらう——ところの労働關係乃至は労働契約關係の本質は單一體の關係であるといふことは認めなければならぬ。とすればその單一體の一員である個々の労働供給者を統一的の目的に各員を導くところの權力が當然要求されるといふことも亦上に述べたところから明かなことであらう(註六一)。「そしてこの權力の主體は企業が資本主義的な形式を有する場合においては唯企業家であることが出来る、またたとひ其企業家が自己の支配權を行使するに當つて労働者委員會其他の代表機關——權力

に服する者全體によつて組織せられる機關——によつて掣肘せられてゐてもそれがために個々の労働者を拘束するところの權力の内容には變りはないのである。更に又企業家に代へるに組織的に統一せられた労働者の團體それ自身を以てするも個々の労働者が同じやうな内容を有する權力に服従しなければならぬのは一である。たゞこの場合には労働者の團體に屬してゐる權力が團體の機關によつて行使せられるにすぎない』(註六二)。従つて資本主義的の形式において營まれてゐる現代の企業にあつてはこの權力の主體は唯企業家である。よつて現代の經濟組織においては單一體たる經營組織體を管理し *verwalten* するところの者は企業家即ち雇主であるといはねばならぬ。

こゝにおいて一言述べて置かねばならないのは労働關係と労働契約との關係である。尤もこゝに労働關係といふもこの概念が色々な意味に用ひられてゐる(註六三)やうに甚だ漠然としてゐる嫌があるがこゝに労働生産物の所有權取得の問題に關聯して解明を必要とする労働關係は事實上の労働關係即ち労働供給の義務のある無しにかゝはらず事實上労働が供給される状態の意味における労働關係である。このやうな労働關係はその性質上法律關係ではなく單なる事實上の状態に過ぎない。さてこれと労働契約との關係を見るに大多數の場合に労働關係と労働契



約関係とは相互に結合してゐるが必ずしもそうとは限らない。即ち一方においては労働契約関係はそれに對應する事実上の労働関係なくとも存在しうると共に他方事実上の労働関係は労働供給義務が無くとも存在し得るのである。この後者の場合は極めて多種多様であるが中でもとりわけ顯著なのは労働契約が無効であるにもかゝらず労働供給者が恰も契約が有効に存立してゐるかのやうに労働を供給する場合である。

このやうに労働契約関係と事実上の労働関係とは嚴格に區別されるのである。特にこのやうな兩者の區別は、法律上の効果の或ものは労働契約関係に結びつけられてをり、その或ものは事実上の労働関係に結びつけられてをり、その或ものは兩者とも存在してゐる場合にのみ結びつけられてゐるにおいては、それだけに一層重要であるといはねばなるまい。そうして労働生産物の所有権取得の問題はその性質上むしろ事実上の労働関係の存在する場合にのみ關聯する問題である。

さて労働生産物の所有権の取得の問題に立ちかへつて見るに、労働関係の本質が大體右に述べたやうなものであるとすれば、労働関係において實行される個々の労働により出來上げられるところの凡ての生産物が經營組織體の主即ち権力の主體であるところの雇主の下に凝集され

ることの當然な理由も明かに知られるであらう。つまり労働義務者が労働生産物の所有権を取得し得ないのは労働義務者が権力関係を本質とする労働関係において労働供給するがためであり、それがために現今の經濟組織においてはその権力の主體たる雇主は當然一體の法則により凡ての労働生産物を取得するのである。そうして労働契約が存在してゐても事實上労働が供給されねば権力関係は生起されないし又労働生産物の所有権取得の問題も意味を有たないやうに労働契約の有無に關せずたゞ事実上の労働関係さへ存在してゐさへすればその範圍において権力関係は生起され、労働生産物の所有権取得の理由について以上に述べたやうなことは正當にいはれるのである。

このやうに、労働義務者はすでに長い間自由人として解放されてゐるとはいへ、かの古代のGaiusの原則「奴隸によつて得るところのものは何物たりとも凡て主人のために取得するものなり」(Et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur) (Inst. I § 52) (註六四)といふ原則が現今の労働義務者の労働によつてつくり出される生産物の取得について依然として行はれてゐるといふことが出来る、のみならず雇主による労働生産物の所有権取得は『奴隸の隸屬關係の行はれてゐた時代から今日まで依然として遺されてゐるところの痕跡的法律状態



(rudimentärer Rechtszustand)』(註六五)として考へられたときにのみ初めて合理的に理解され得るやうに思はれるのである。

註四四 Vgl. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, B. I, II.

註四五 労働契約は雇傭契約と必ずしも同一なものではなく雇傭契約のうちの一種であると見られてゐる。これは通説である。尤もこゝに労働契約といふも現行法上このやうな労働契約といふ概念が確立されてゐる譯ではない。たゞ労働法學上労働契約として述べられてゐるものについていつてゐるに過ぎないのである。しかし間もなく労働契約といふ技術的概念が法律上必ずや確立されるに至るであらう。蓋し後にも述べるやうにはゆる労働契約の本質のうちにはこの契約を雇傭契約否其他の一般債權契約と全然切り離して法律上規律されなければならない充分な理由が包蔵されてゐるからである。だが雇傭契約と労働契約とはどういふ Taubständermerkmal によつて區別されるべきかは又別な一箇の問題である。しかし通常労働契約は『從屬的労働』の供給を内容としてゐるといふ點において雇傭契約と區別されてゐる。さらば『從屬的労働』とはどういふものであるかといふことが問題となるがこれについては後に述べることにしよう。こゝで獨逸法におつて労働契約でないところの雇傭契約として Handlungsgesamt (Vgl. § 84. HGB.) Lose (Vgl. § 2. Abs. 3. Satz 3, Seem O.) などが擧げられてゐる。これについては Vgl. Sinzheimer, Grundzüge, a. a. O. S. 118; Nikisch, a. a. O. S. 114 f. u. 142.

註四六 Vgl. Herz, a. a. O. S. 22; Heuck, Lehrbuch des Arbeitsrechts (Heuck-Nipperdey) I. B., 1. Lief. S. 3.; Oertmann, a. a. O. S. 9. 即ち Herz は同處に於て『Lotmar がしてゐるやうに雇傭契約請負契約の兩制度をこの兩者が包有される労働契約といふ單一の概念に結合するといふことは拒絶されねばならぬ、蓋しこうすることにより同一部屬に歸屬し

得ないところのものが結合されることになるからである』と述べて居り、Heuck は前掲の書において『かゝる區別を無視して抽象的労働契約を取扱はうとする試のうちに、その他の點においてはかくも素晴らしい Lotmar の著作の最も大なる弱點が存在する』といつてゐる。更に Oertmann は『しかし Lotmar の意味における一般的な労働契約といふ概念はたゞに從來の法律が知らないものであるばかりではなく學問上においても何等正當な基礎を發見し得ない。まことに Lotmar の独自の論述は、各々雑多な典型をもつ無數の行爲を一箇の統一的概念の下に綜合することは失敗を意味してをりそれは事象を闡明するどころか反つて紛糾せしむるものである旨、を吾々に證明して呉れてゐる』といつてゐるのである (a. a. O. S. 9)。しかし Lotmar の前掲の書が今日なほ獨逸労働契約法學の基礎をかたちづくつてゐることにいつては何人も疑ひ得ないであらう。

註四七 労働法を凡ての労働に関する法であると論定しやうとする思想も Lotmar の先に述べたやうな思想と同じ系統に屬する。その不當な理由については後述註六一参照。

註四八 Nikisch, a. a. O. S. 116.

註四九 河上、宮川譯マルクス資本論(岩波文庫一三三)二九〇頁。

註五〇 Sinzheimer, a. a. O. S. 8.

註五一 Vgl. Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages (Festschrift f. II. Brunner, S. 37 ff.) S. 49. 末川博士、雇傭契約發展の史的考察(民法に於ける特殊問題の研究第二卷四五三頁以下)四八七頁参照。

註五二 労働契約の本質が不斷の權力關係を惹起するといふ點に求められるといふことを歴史的に實證してゐるものとして Gierke の前掲論文はこゝに特に記すに及ばないほど有名なものである。なほこの點を新しく特に明にしてゐるものとして Nikisch の前掲著書一六頁以下が擧げられる。なほこれに關しては Sinzheimer の前掲著書一〇頁以下参照。尤も Gierke は『雇傭契約の起源』と題し雇傭契約について論證してゐるけれども、彼の論證は雇傭契約一般について労働生産物の所有權取得について



企圖されてゐるものではなく、むしろいはゆる従屬的労働契約について企圖されたものであると考へられたときにより明瞭となり一層合理化されるであらう。このことは、彼が例示してそれについて論證を試みてゐるところの附屬契約(僕婢契約、職業上の労働契約、海員傭山労働者商業使用人などを當事者とする契約等)が凡て現代のいはゆる典型的な従屬的労働契約と見られることを知つたならば、明瞭に窺知されるであらう (Vgl. Gierke, a. a. O. S. 45 ff. 末川教授前掲論文四六九頁以下参照。それらと共に更に Vgl. Nikisch, a. a. O. S. 136 ff.)。

註五三 Gierke, a. a. O. S. 56; Nikisch, a. a. O. S. 136. 末川博士前掲論文四八五頁。

註五四 Sinzheimer, a. a. O. S. 12; vgl. E. Steinbach, Rechtsgeschichte der wirtschaftlichen Organisation, S. 2 ff.

註五五 Gierke, a. a. O. S. 49. 末川博士前掲論文四七四頁以下。

註五六 Pothoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechtes S. 14. 新しい労働法は經營を中心として發展さるべきである、實際經營を中心として新しい労働法が發展せしめられてゐることは疑ひのないところである (Pothoff は特にこのことを強調してゐる。Vgl. Die sozialen Probleme des Betriebes, herausg. von Pothoff, S. 9 ff.)。労働組織體としての經營共同體 (Betriebsgemeinschaft) が社會關係として存在するといふことはなほ考へ得られるであらうが法律上もそれが生存能力ある常住的形象を有つてゐるか或ひは有ち得るものであるかといふことは興味ある然も六ヶ敷い問題である。これに關する示唆に富める研究論文として、Pothoff の編纂にかゝる前掲の書に收められてゐるところの Hedeman の論文 (Betriebsgemeinschaft als Rechtsproblem) が擧げられる。これについての詳細なことは他日の研究に譲つて置きたい。

註五七 Sinzheimer, (a. a. O. S. 15) は『労働の Einzelform は間もなく通常の労働の形態となるであらう。社會の生活過程は「結合されたる生産方法 kombinierte Produktionsweise」なくしては考へ得られぬ』といつてゐる。

註五八 石田氏・キールケの團體法論一五三頁。

註五九 Sinzheimer, a. a. O. S. 12 ff. 因みに權力の本質はいかなるものであるかといふことについては定説がないらしい。

い。田村教授は權力の學問的定義を次のやうに試みてをられる、『權力トハ命令シ、處罰シ、且執行シ、又ハ其ノ一若クハ二ヲ爲シ得ルコトヲ言フ。更ニ之レヲ精密ニ規定セバ——權力トハ、目的實現ノ爲ニ若クハ其ノ實現ヲ擔保スル爲ニ、意思表示若クハ實力行使ノ形式ニ於イテ、不定ノ事項ヲ爲シ得ルコトヲ言フ』と(田村教授、批評論の見地ニ立テル權力關係概論、法學論叢一卷六九〇頁)。なほ權力の本質は權力者が權力服従者に義務を課し得るといふ點に在るばかりではなく、權力服従者の行為の効果が直接權力者に歸屬するといふ點にも在るのである (Sinzheimer, a. a. O. S. 15)。

註六〇 Gierke, a. a. O. S. 57. 末川博士、前掲論文四八六頁。

註六一 これによりいはゆる労働法の最高基準である『從屬的労働』は要するに上に述べたやうな法律上の權力關係の下において供給される労働であることが知られるであらう (Vgl. Sinzheimer, Grundzüge, a. a. O. S. 10 ff.)。この『從屬的労働』の本質に關しては極めて異論が多い。それにこの問題は労働關係乃至は労働契約の本質論と離しては考察され得ないものであるからこゝで少しくこの問題に觸れて置きたい。

労働法は凡ての労働に關する法ではなく或一定の種類労働——いはゆる『從屬的労働』——に關する法であるといふことは獨逸労働法學界における通説である。しかし後にも述べるやうに通説のいふところの『從屬的労働』の概念は通説支持者間においても極めて區々に説かれてゐるやうに甚だ相對的であり又甚だ動搖的であることは否み難い。これがために通説に反して労働法を凡ての労働の法であると決定しようとする者がある。例へば Silberschmid, Richter 一派の學者は労働過程は労働する者の全人格に關與するものである、従つて他人のために労働する者は凡て其の他人に從屬するものである、これについてはその労働が通説のいはゆる從屬的であらうと非從屬的であらうと區別がない、よつて特別な法規としての労働法は労働過程自體の特殊性によつてのみチャスタファイされるとの旨を論證してゐるのである (Vgl. Silberschmid, „Arbeitsrecht“ VI. Jahrg. S. 70 ff.; darselbe, Das deutsche Arbeitsrecht, 1923, S. 17 ff.)。又 Pothoff Wörterbuch des Arbeitsrecht, S. 26. に於いて労働法を『労働の法』として示してゐる。尤も彼は他人の

労働生産物の所有權取得について



Bornsigkeit)において労働を供給するところの人々をそのうちから除去して Dienstrecht となし、そうしてこれのみが狭義における労働法を形成してゐるといつてゐることに注意しなければならぬ(Vgl. Wesen und Ziel des Arbeitsrechtes S. 6)。

しかし『形式的論理的には人間の労働供給に関する凡ての法律を一の Sonderdisziplin に總括するといふことは當然考へ得られるであらう。しかしこのやうな總括は考察される凡ての Tatbestände のためにこれらの Tatbestände を法律上特別に取扱ふことを合目的だと思はしめるに充分な——同種且つ特殊な——法規が作り得られる時にのみ内容的にも正當づけられるであらう』(Heack, a. a. O. S. 2)。しかし目を轉じて労働が供給される場合を見るに場合は實に種々雑多である。即ち工場労働者・手工業者・建築請負師・仲立人・代理商・醫師・辯護士・官吏・藝術家等々實に種々なる労働供給者が見うけられる。そしてこれらの者は労働を供給するといふ點においては何等區別され得まいが、彼等が労働を供給するところの形態においてはまことに千差萬別の差異が認められる。それでもなほ、先にも述べたやうに労働が供給される凡ての場合のためにこれらの場合を法律上特別に取扱ふことを合目的だと思はしめるに充分な——同種且つ特殊な——法規が作り得られるときには労働法は労働が供給される場合の凡てに關する法であると正當に論定することも出来ようが、その或場合は從來の民法典の範圍内で合理的に律し得られ特に民法典から除外して律する必要があるがその他の場合はそれは全然本質的に異なつてをり或特別な法規を必要としてゐる、このことは他人の大工場で活動してゐるところの労働者と大資本を擁する建築請負師とを對比して見たときに最も明瞭に窺知されるであらう、よつて労働法を労働が供給される場合の凡てに關する法であるとするとは内容的に全然意味のないばかりではなく不合理であるといはねばならない。そこでその限界をいかなる點において求むべきかといふことが問題となる。通説は『從屬的労働』を以て限界點としてゐるといふことは既に述べた通りである。

右のやうな譯で労働法は『從屬的労働』に關する法であると普通にいはれてゐるがこの從屬的労働の本質に關しては説

が區々に岐れてをる。次に獨逸労働法學界においてこれに關し示されてゐるところの色々な説を基準として些か愚見を述べておきたい。

まづ、労働法の發展過程から見たならばまことに労働法はいはゆるプロレタリアたる工業労働者の不利なる經濟上の地位にその發生の源を有してゐることは争はれない。斯うして労働法は經濟上の弱者たる労働階級のための特別法として發展して來たといふことも亦争はれない事實であらう。しかしながら凡ての法律共同體員は原則として同じやうに取扱はれねばならぬといふ現今の法律思想から推論したならば或階級のための特別法即ち身分法或ひは階級法は今日の法律秩序の範圍においてはアノルマルなものであり、従つてたとひ外見上現今の労働法が身分法であるやうに見られるとするもその労働法は階級といふ要件 (Tatbestand) について適用されるものではなく立法が或階級の範圍内において實現されてゐると認めるところの特別な要件 (Tatbestand) に適用されるといふことが容易に考へ得られるであらう (Nikisch, a. a. O. S. 92 ff.)。よつて労働法の適用すべき職業の種類を列挙する (Vgl. Kaskel, D. J. Z. 1919, Sp. 623) ことのみを以て満足することは出来ない。更にこれらの職業の範圍内において實現されてゐるところのしかも特別な法規を要請してゐるところの Tatbestand (即ち通説のいはゆる從屬的労働) の探求に向はねばならぬ。この意味において、從屬性の本質を労働供給者の經濟上の從屬性に求めようとする説 (この説の概要については孫田氏、現代法學全集一卷労働法二三四頁以下及び同氏労働法總論四四頁以下参照) はこれが既に階級といふ分子に着眼してゐると看られる範圍において拒否されねばならぬ。尤も凡ての法律はこれを社會的歴史的对象として考察したときには常に階級闘争によつて成立する (平野氏法律における階級闘争一頁) といふ意味において労働法を階級的法であると斷定することはあへて差支ないといふことは別論である。なほ經濟上の從屬性はこれを強調してゐるところの Rosin 自身が述べてゐるやうに (Vgl. Rosin, Das Recht der Arbeitsversicherung, S. 152) 單なる『經濟上の從屬 wirtschaftliche Passivität』に過ぎない。従つてこの點においても經濟上の從屬性は統一的労働法を基礎づけるに足る Tatbestand としては役立ち得ない



であらう。このことは、かの主たる典型的従属的労働者であるところの工場労働者は必ずしも凡ての場合において彼等の個々の労働関係にのみ依存してゐるものではないといふこと及び明かに従属的労働者だといはれないところの醫師・辯護士でも財産のなかつたときには労働力の利用を経済上強要されるといふことを示したならば直ちに首肯されるであらう。経済上の従属性を従属的労働の本質とすることの不可なる理由については、Vgl. Sinzheimer, Grundzüge, a. O. S. 10 f.; Nikisch, a. a. O. S. 94 ff.; Hueck, a. a. O. S. 36 Anm. 12 a; Molitor-Hueck-Rieker, a. a. O. (Kapital 3, Molitor) S. 70. 因みに Molitor は彼の著書 Das Wesen des Arbeitsvertrages, S. 75 f. において現代の法律制度特に民法及び経済組織のうちにおいて労働者の経済上の従属性の由来する原因を詳述してゐる、そうして彼の説述は示唆に富めるものであることは疑ひないが経済上の従属性を統一的労働法の基礎とするに足る論據を與へてゐるものではなく、反つて経済上の従属性はあまりに動搖的なものであるがため統一的労働法の基礎となり得ない旨を示してくれてゐるといはねばならぬ。

こゝにおいて従属的労働の本質を組織的 (organisatorisch) と一括して示されてゐるところの他の種の従属性に求めやうとする説が漸次重要視されるやうになつた。これに屬するものとしては、従属的労働の本質を意思の支配即ち労働義務者が雇主の Botmässigkeit に服するといふことに求むるもの、又は労働義務者が他人の経営に組入れられるといふことに求むるもの、又は労働義務者の Gehorsamspflicht 或は雇主の Leitungsbefugnis, Direktionsrecht に求むるものなどがある。これらの説の概要及び批評については Nikisch, a. a. O. S. 96 ff. に詳しい。Nikisch がいふやうに觀方によつてはまことにこれらの説が強調してゐるところの Tabestand は或は廣きに失し或ひは狭きに失し或ひはその意味明確を缺く嫌はあるであらう。

さて抑々通常『従属的労働』の本質として示されてゐるところの色々な Tabestand は Nikisch 或ひは Molitor (Das Wesen, a. a. O. S. 75 f.) が述べてゐるやうに實に動搖的な不確定なものであることは争はれない。そして又 Engländer

が論證してゐるやうに (Vgl. Engländer, a. a. O. S. 55) 従属的労働の本質であると通常いはれてゐるところの Tabestand の探求は純然たる法律上の考察方法によつてゐるのではないといふことは認められ、そうして又労働供給及び労働方法の特別な種類に由来するところの無数の分化——こゝにおいては労働関係の種々に従ひ法律上曾に程度上 (Graduell) 差異ばかりではなく性質上の (qualitativ) 差別が認められる——も看過し得ないであらう。従つて労働関係における決定的な労働の種類・労働の方法を考慮せずに凡その労働契約乃至は労働關係に共通な統一的な従属性といふ概念を法律上確立しようとする方法については本質的疑念が懸けられるかも知れないであらう (Engländer, a. a. O. S. 55-56) が、なほ吾々は特別な労働法の制定を要求してゐるところの労働を限界づけ得る統一的な概念を求め得る以上、上に述べたやうな批難は忽諸に附してもよいであらう。この統一的概念といふのは上にも述べたやうに『法律上の權力關係の下において行はれる』といふことに外ならない。先に『組織的』と一括して示したところの従属性は要するにこの法律上の權力關係を認識すべき一箇の標識であり (田村教授前掲論文参照)、その範圍においてそれらは正常づけられるであらう。たゞこゝでその重點が何處にあるかといふことを誤らないやうに理解することがより重大であるやうに思はれる。

近來 Nikisch は従属的労働を以て労働法の基準としようとする通説は殆ど凡て個々の要件から出發してゐないでそれから生ずる結果のみを強調してゐるといふこと及び通説は凡て相對的であり不確定であるといふことを示して通説を拒否し、従属的労働契約が他の契約と區別される本質的な點は繼續的期間を以て種類に従つてのみ決定された労働が約されるといふことであると論證してゐる (a. a. O. S. 85 ff.)。しかし『繼續的期間』、『種類』の二の概念も實に相對的であり不確定である、従つて Nikisch の説も彼がそれがために拒否した通説と同じやうに相對的であり不確定であるといはねばならぬ (Vgl. Hueck, Lehrbuch, a. a. O. S. 2; Sinzheimer, Grundzüge, a. a. O. S. 122)° 又 Nikisch が他の處 (a. a. O. III ff.) において傭使契約 (従属的労働契約) (Anstellungsvertrag) の本質的分子として示してゐるところの不斷の權力關係が繼續的期間と種類とを以て労働が約されるといふこと、必須の關係を有し、しかも Nikisch の説を更に正確



ならしめようとするれば彼が強調しようとするのはむしろ不断の権力関係の惹起であるといはねばならないところから推したならば彼の説も結局通説とあまり異ならないものゝやうである (Hueck, a. a. O.)。従つて Jacobi が労働契約を『期間を以て限界づけられる労働給付を内容とし、供給さるべき個々の給付が前以て決定的に限界づけられてゐないで、それがために労働受領者に對する労働供給者の服従が大なる程度に顯現するところの契約』(Grundrissen des Arbeitsrechts, S. 55.) と示してゐるのは正當であらう。『從屬的労働』については研究すべき餘地がまだ極めて多いが、その詳細な研究は他日の事にしておきたい。

註二九 Gierke, a. a. O. S. 57. 末川博士前掲四八六頁以下。

註三〇 労働関係といふ概念は主として次の四の意味において用ひられてゐるやうである (Vgl. Hueck, Lehrbuch, a. a. O. S. 98)

一、労働契約から發生する債権関係即ち労働契約関係  
 二、労働義務を負はしてゐる法律関係——この際それが労働契約から生じたか否かを問はない——即ち Verpflichteten の状態

三、事實上の労働関係即ち労働供給義務のあるなしに拘らず事實上労働が供給される状態

四、雇主と個々の労働義務者及び労働義務者全體 (Arbeitsgemeinschaft) との関係の總體 (廣義における労働関係)。

註三一 末松謙澄譯並註解ガイウス羅馬法解説二九頁。

註三二 Sinzheimer, Handwörterbuch, a. a. O. S. 854.

次に私は雇主と労働義務者との間に権力関係を惹起し雇主をして労働生産物の所有権を取得せしめてゐるところの社會的根據はどこにあるかといふことを検討しようと思ふ。結論をいへ

ばこの社會的根據は結局所有権(註三三)と労働との間の關係に歸せしめられるといふのである。以下に少しく詳かにこれについて述べよう。

労働生産物をつくり出すがためにはその前提として生産手段即ち労働する者がそれがなかつたならば自らの労働力を活動させることの出来ないところの労働手段の所有を必要とするのである。そうしてこの労働手段の所有権は經營所持者即ち雇主に屬してをりしかも雇主はこのやうな労働手段のみを所有してゐるのである。しかし雇主は労働手段のみを所有してゐては労働生産物をつくり出すことは出来ないのである。更にそれがためには労働力を必要とするのである。他方雇主が要求してゐるところの労働力は生産手段を有たないところのものゝうちに在つてこの労働力は雇主の經營を離れては何等意味のないものである。そこで労働力が、賃金を目的に、労働を要求してゐるところの生産手段の所有権者である雇主の下に集中するといふことが社會的に必然生來されるのである(註三四)。このやうにして所有権はその社會的效力として所有権を利用するために必要な労働力を牽き寄せるのである、従つて所有権の利用は労働力の處分によつて行はれることゝなり延いては労働するものゝ人格に關與する結果となるのである(註三五)。



右のやうな所有権の社會的效力を否定することが出来ないとしたならば、畢竟労働する者の從屬性即ち労働關係における權力關係の由來するところ延いては雇主が労働生産物を取得するに至るところの社會的根據は雇主が労働手段の所有権のみを有し労働する者が労働力のみを有つてゐていはゆる無産者であるといふことにあるといはねばなるまい。これは恰も古代及び中世の從屬的労働が身分に根ざし身分の結果無財産であつたとまさに正反對である。即ち現代の從屬的労働者は無財産の結果從屬的地位に陥れられるものである。

更に、所有権の發展史を遡つて見れば所有権の原始的形態としての *dominium* はその初においては『自利追求』の權化、『我欲的戰闘』の收獲物として劍と槍によつて設定されたものである。だからこの *dominium* においては征服意思自利的欲望が實現化されてゐるといへやう（註三六）。所有権が漸次排他的絶對的支配をその本質とするところの神聖不可侵な個別的私有財産權として培養されて來たのも要するにこれがためである。しかしながらも所有権が單なる排他的支配權・絶對的不可侵權に過ぎないとすればそれは實に空虚な權利であるといはねばなるまい。しかし、*dominium* はそのやうな空虚な權利ではなく、生産者からその生産するところの收獲物を凡て搾取する權利である（註三七）。これを工業労働者（ローマにおいては奴隸）につ

いて見れば物を加工しその價值を増加するところの工業勞作から生ずるところの全收益を搾取する權利である。

これにより所有権は階級闘争の過程の進行するまにまに確立されたものであり、私有財産制度が不動なものとして嚴存してゐる以上所有権の下にそれから生ずる凡ての收益が集中すること即ち労働生産物が労働手段の所有者の下に凝集されることの歴史的に偶然でないことが知られるであらう。

所有権のみならず凡ての法律は、これを社會學的歴史的對象として考察したならば、常に階級闘争によつてのみ成立し階級闘争の進行過程のうちその進化を重ねてゆくものである（註三八）。殊に労働に關する法律においてはこれは如實に看取される。蓋し労働に關する法律の窮極的基礎は所有権と労働との間の關係であり、所有権と労働との間の闘争は最も激烈であり最も露骨であるからである。この意味において労働に關する法律は『労働と所有権との關係の *jewelliger Niederschlag* であり労働に關する法律の歴史は同時に所有権の歴史である』（註三九）。

註三三 此に所有権といふのは民法典に現れてゐるやうな意味における所有権と必ずしも一致しない。即ち此に所有権といつてゐるのは、その社會的機能において、即ち諸の社會的力の舞演してゐるうちにおいてそれが事實上活動して



ゐる方面から、理解されたところの所有権をいつてゐるのである。このやうな社會的機能から見たときには労働と所有権との間の關係は當該雇主が生産手段の所有者でなくて消費借主・賃借人等であつても發生する譯である。Vgl. Sinzheimer, Grundzüge, a. a. O. S. 22 f.; Herz, a. a. O. S. 36 f.

註三四 法律上は必ずしもそうだとはいはれない。即ち『そのやうな財産の社會的効力は個々の場合には必ずしも所有権を前提としてゐない(信用!)。そして他方無財産の社會的効力は個々の場合には必ずしも無財産を前提としない(見習徒弟! Volontär)』。しかしなほ通常一方には財産所有者が発見され他方には無財産者が発見される、しかし必ずしもそうあらねばならないことはない。社會的原則と個々の場合の特則との間の溝渠は債權的意識關係——場合の情況に従ひこれに多少大なる Spielraum が餘儀なく許與される——が充して呉れる』(Herz, a. a. O. S. 35)

註三五 Sinzheimer, Grundzüge, a. a. O. S. 22 f.; Pothoff, Wesen und Ziel, a. a. O. S. 7; Herz, a. a. O. S. 34 f.

註三六 平野氏・法律における階級闘争七二頁以下。

註三七 平野氏・前掲七五頁以下。

註三八 平野氏・前掲一頁。

註三九 Sinzheimer, Grundzüge, a. a. O. S. 22.

## 六、結 語

上に述べたところにより、雇主による労働生産物の所有権取得の法律上の理由につき展開されてゐるところの論争の概要は不完全ながら叙述しつくしたつもりである。そうして雇主によ

る労働生産物の所有権取得の法律上の理由はこれを労働供給者の雇主に對する身分上の從屬性即ち労働供給者が雇主の権力に服従してゐるといふことに求めるのが最も合理的であるばかりではなく、こう解さねばこの問題はどうしても説明され得ないはれをも明にしたつもりである。私はこのやうな立場が現行民法典の解釋としては直ちに受け容れられないかも知れないが、なほ生きた社會の法律生活の解明としては最も合理的なものとして何人も疑ひ得ないものであらうと信ずるものである。

なほこの問題と請負契約における生成物の所有権歸屬の問題との比較對照的研究は非常に六ヶ敷いが興味深い問題である。しかし少々問題の核心を遠ざかり過ぎる虞があるやうに思はれるからその詳論はこゝでは避けることにして置く。

※

※

※

※

本論題に關聯して、其の後私が法學論叢第二十六卷第六號に發表した『労働生産物の所有権取得と加工による所有権取得との關係』と題する H.-D. Müller の學說の紹介をこゝに附け加へて置かうと思ふ。

獨逸民法九五〇條は、加工によつて新しい動産をつくり出した者は加工の價値が材料の價



値よりも著しく少からざるときにその新しい物の所有権を取得する、との旨を規定してゐる。これによれば、加工者の所有権取得に必要なことは、加工によつて新しい物がつくり出されることと加工行為の價値が材料の價値よりも著しく少からざること、である。

次に、こゝにいふ労働生産物とは何であるか。これは労働関係における加工によつてつくり出される物の意味である。九五〇條がその文言通りに實施されるとするならば、労働生産物の所有権は殆どすべての場合において、加工者たる被傭者に歸屬する筈である。即ち、生産といはれるがためには、『材料を改造することによつて、使用し得る新しき結果をつくり出す』といふ自然的技術的事實の存在を必要とし (Philippovich)、更に生産物に歸屬せしめられた價値が費用の額よりも大でなければならぬ。生産概念に必須的なこの二の事項は恰も加工者の所有権取得の二要件に該當する。そしてこの意味において生産された物が労働生産物である。だから労働生産物は生産者たる被傭者の所有に歸さねばならない。

ところが、社會の事實は全然それに反して労働生産物の所有権はすべて雇主に歸屬する。しからばそれは何故か。この問を廻つて幾多の興味ある論争が展開された。近時労働法の擡頭と共にその論争は更に新しく蒸し返されたかと思はれる。これに關して私も曾て貧しき檢

討を試みたことがある(拙稿労働生産物の所有権取得について法學論叢二三卷四・五號所載参照)。その後 Dr. Hans-Dietrich Müller の „Wie verhält sich der §950 BGB. zu dem Satz, dass jeder Arbeiter Eigentümer des Arbeitsproduktes werden soll?“ を入手した。そして私は本書を興味深く一讀した。著者は可成鋭く、從來の説特にはゆる獨斷的法律學的解決の數々に、反撃を加へ、そのいづれもが無益の營をなすものと論決し、著者独自の立場——Sinzheimer の社會學的方法に似通つてゐる——から労働者の從屬性に解決の根據を求めてゐる。いま、こゝに限られた紙面においてそれらの論述のすべてを開陳することは許されない。そこで、私は主として獨斷的法律學的解決に對する著者の批判に重點を置きながら、以下に本書の内容の一端を紹介したいと思ふ。尤も以下の紹介は私が本書によつて理解し得た著者の見解を私のシステムに従つて叙述したものであることを附記して置く。

一

獨逸民法九五〇條を理論上貫徹すれば、すべての労働者が労働生産物の所有権者とならねばならない。このことは労働者が大經營組織體の一成員として活動する場合にも同じやうにいはれる(たゞこの場合には多數の労働者の共働によつて一個の労働生産物がつくり出されるからその所有権は多數労働者に共に歸屬する。これは集會的所有權と名づけることが出来るであらうが、現行法秩序の下においてはその本質は依然







の制限的實施力)。そうであるとすれば吾々は九五〇條の内容を正確に認識したこととなり、先の原則自體には誤りがないこととなる。

三

労働關係における加工を見るに、加工者は被備者であり、加工に附せられる法律効果は雇主に於いて生ずる(そこで加工は法律解釋學上「他人について効力を生ずる加工」(fremdwirkende Spezifikation)と呼ばれてゐる)。かやうな現象は外見上代理現象に酷似してゐる。けれども民法にいふ代理は意思表示のみについて認められてゐるから、加工が法律行為でない以上被備者の加工による雇主の所有権取得を代理の理論で説明することは出来ない。又加工は準法律行為(鳩山博士のいはゆる「狭義の法的行為」)でもないから代理の規定を準用して説明することも出来ない。

註・九五〇條によれば新しい物をつくり出した者がその物の所有権を取得する。この所有権取得といふ法律効果は加工者の意思には無關係に新しい物の發生といふ純粹に外的な事實に結びつけられてゐる。たと法定の事實が外界において人間の意思により惹起されることを要するのみ。従つて加工は法律行為ではない。更に加工は準法律行為でもない。蓋し準法律行為は「法律上の効力を惹起するところの意思又は觀念の表現」(Eingebung)であるのに、加工の要件からそのやうな精神作用は全然除外されてゐるからである。しかし加工は單なる自然的行為ではない。何故ならば加工は單なる事實的なものから法の世界へ止揚されてゐるからである。結局加工は事實行為(Rechtakt)である。

いつ體、代理の語は二の分子、即ち他人の名において行爲することゝその者の諒解の下に行爲することゝを包有してゐる。そして他人の名においてする行爲といはれるためにはその行爲が第三者に向けられてゐなければならない。だから代理の存在には本人以外に更に代理人の行爲の相手方の存在が必要である。實に代理により直接本人の人格について發生するところの効力は第三者の人格のうちにもその根源を有つてゐる(かくて代理における「顯名」)。かうしたところに代理本來の意味が伏在してゐる(我妻氏の「代理制度は代理人の意思のみならず本人の授權の意思と相手方の利益とをも重視する。この三者の利害を考慮し調和せしめんとする代理制度の基礎を……」『民法總則四五三頁』といふ語のうちに、又氏の「代理制度は……その發展のうちに自ら團體主義の理想を醸成せしめたものと謂はねばならない」(前掲四六四頁)といふ語のうちに、そうした代理本來の意味が窺知される)。これが法の世界の内外を問はず代理概念の内容でなければならぬ。それ以上に廣汎な代理概念を構成しても、それに通ずる統一的代理理論の構成は不可能である。

他方、加工について見るに、加工活動は事實的行爲であつて、法律はその行爲にいはゞ自動的に法律効果を附してゐる。そして加工者がたとひ雇主の名において加工活動するも依然その活動は加工者自身のものである(法律がその活動に雇主の活動としての意味を認めることは勿論可能であらう)。

又加工については對第三者の方向、第三者から雇主へ法律上の効果を轉向せしめようとの加工者の意思は考へられない。代理は「人間の權利創造的意思が動的因素と認められる場合」(Lehr-



mann)にのみ考へられる。加工が右のやうなものであるとすれば、加工については本来の代理の存在し得ないことは勿論である。そして、多くの學者が試みてゐるやうに代理概念を擴張して加工に代理の理論を準用しようとしても、結局無意味であるといはねばならない。

四

そこで、本来の代理に伴ふ困難を回避しようとして、事実上の代理といふ概念を役立たしめようとしてゐる者がある。特に Tasche が語勢を強めてそれを高調してゐる。

Tasche は事実上の代理を法律行為の代理のプランに従つて構成した。そして本来の代理の要素を法律の領域から事実上の領域へ持ち來し、本来の代理の原理を事実上の領域へ發展せしめようと試みた。Tasche は本来の代理関係を *Bezüglickeitsverhältnis* といひ、事実上の代理関係を *Besitzbeziehungsverhältnis* と呼んだ。そして占有補助者(獨民八五五條)、間接占有(獨民八六八條)の關係を後者に入れてゐる。なほ彼によれば代理權限は事実上の代理においては『本人の自然的同意』、『許容』によつて生ずる。

しかし事実上の代理が本来の代理に倣つて立てられた概念であるとすれば當然に具備されねばならないところの對第三者の方向は、彼においては、全然看過されてゐる。この點を指摘す

るのみで、たとひ事実上の代理といふ統一的概念は民法典においては見出されないといふことを論外においても Tasche 等の説を反駁するのに充分である(占有關係をこゝへもつて來るのは誤つてゐる。何故ならばこゝでは占有權が問題とされ得ない)。又、加工による所有權取得には法律行為的意思は必要でないが經濟的效果意思(勿論からである)。ない。經濟的效果意思はまゝ意思表示についていはれる(それは)が必要であり、この意思について特別な代理形態の存在が可能であると説くところの W. Schmid の説も Tasche の説と根底においては、あまり異なる。

五

次に、何故に雇主が労働者の労働生産物の所有權者となるか、といふことは労働者を雇主の補助者と見ることによつて満足に説明されると信じてゐる者が多い。しからは補助者とは何であるか。Tührによれば、『權利の行使、義務の履行が法律行為によつてなされる範圍においてそれらについて代理は可能である。行使又は履行が事實上の行為から成つてゐるならば、それに協力する第三者は補助者となる』。従つて、補助者は『或者が自らなせる決意の表現にのみ利用するところの助力である』(Lehmann)。

補助者が第三者に對する關係に基底を置かないで内部關係においてのみ用ひられるとすれ



ば、労働者を補助者と見る説は對第三者の關係の缺如といふ誹を免れることが出来る。この説はこの點に長所を有つてゐる。だが、獨逸民法は補助者といふ統一的概念を知らない(但し個別補助者(二七八條)、使用者の賠償責任(八)といふ形式的理由はさておくとするも、他人の加工に對する事(三一條)が規定されてゐるのに過ぎない)。實上の補助は彼等のいふやうな意味においてはあり得ない。蓋し、彼等のいふところによれば、權利の行使・義務の履行が事實上の行爲から成れる場合に協力する第三者が補助者であるのに、労働關係における加工自體は雇主の義務履行ではない、又雇主の權利行使とも解されないからである。

實に、補助者説は事實關係の欺瞞的轉倒をなすものである。補助者は他人によつてなされた決意を表現する(aussern) (こゝにいふ表現は對外的意味を有たない實行(ausführen)の意味に解さるべきである)との Lehmann の概念構成がそれを明證してゐる。即ちこゝにおいて意味ある決意は加工しようとの事實上の意思決定である。この決意は労働者によつてなされる。別に雇主の加工に被傭者が補助するのではない。或る普通法學者が曾ていつた、『法律上の意思表示はその法的規範を自らのうちに包藏してゐる。法律上何等かの意味ある他の種類の行爲はその規範を自己以外のところに有し、たゞその規範適用の法律要件の構成分子たり得るに過ぎない』と。加工は正に後者の行爲に屬する。従つて加工

の規範適用の法律要件を具備する者は誰であるかが重要である。それは労働者である。補助者説は労働者について具備される法律要件を雇主について具備されると見るものである。『事實關係の欺瞞的轉倒』といふのはこれをいふのである(なほ労働者を雇主の道具と見る説があるが、かゝる説は自由意思を有する人格を意思なき機械と擬制するものであつて採るに足らぬ)

## 六

さて、意思・代理・協力關係といふやうな主觀的契機は問題を解明するのに何等役立たない、とて雇主と被傭者との間の客觀的な關係を基底としようとするものがある。即ち、Rümelin は他人の經營における労働(これは主人の名における労働)に、Biemann は簡單に労働者の從屬性(これは、債權的な効力を有するに過ぎないところの他人の爲の活動も一定の前提の下においては行爲者でない者について物權)に、(例へば所有權者に經濟的に從屬して加工が行はれるやうな場合がそうである、といつてゐる)に問題解決の基底を求めてゐる。しかし、かやうな説は問題解決の方向のみを示唆してゐるのとゞまる。

更に、占有補助者の概念を利用し、占有補助者は主人の占有權を行使してゐるのに過ぎない、かやうな者は主人についてのみ所有權を取得し得る、恰も労働者はそうした占有補助者である、と論ずる者がある。しかし、被傭者が占有補助者であることは加工の效力に何等の影響をも有



ち得ない。なほ Schmidt の如きは、労働関係關與者の經濟的利益状態を雇主の所有權取得の根據としてゐるが、問題となれる當該者の利害は、利益法學の關與し得るにはあまりに、峻嚴に對立してゐるのである。

## 七

獨逸民法九五〇條の效力範圍の制限は色々な方法で試みられてゐる。或者は九五〇條は任意法規であるから所有權の歸屬は契約上の合意に依存してゐるといふのであるが、同條文は強行法規である(勿論このことは問題であるが)から、契約によつて同條の效力を制限することは出來ない。更にこれに關して述ぶべきことは多いが、紙面の都合上この程度に止め、最後に著者自身の立場を簡単に明かにして置かう。

獨斷的法的形象と概念的論理的構成論とを以てしては満足な解決は得られない。吾々が終局的解決を得ようと欲せば、事象を生活のうちに流轉せるまゝに把握し、事象を概念的に確立された既成物とのみ見てはならぬ。問題となるのは形骸ではなく、形骸のうちに生ける諸々の法的力である。かやうな立場から見れば、九五〇條を制限するのは、その本質が労働者の從屬性によつて規定されるところの労働關係である。

勿論こゝにいふ労働關係は個人的債權法上の意味における雇傭關係ではなく、超個人的社會的集合的構造を有する二個の社會的部屬の關係を意味してゐる。こゝにおいては行為能力ある各個の權利主體の意思が最高のものと考へられない。法律上評價されるものは人と物とはなくそれらに内在するデナミクである。資本主義的企業者たる雇主とこの者の目的のために活動する労働者との間に作用するところのデナミッシュな急迫せる轉化、これが労働關係の超個人的資本主義經濟的形象である、これは何等かの概念、何等かの定義づけ得る不變的物それ自體、何等かの生成發展の終局點としての既成物ではなくして、それ自身は決して捕捉され得ないたゞ作用についてのみ認識され得るやうなデナミッシュの諸の力の間の關係である。即ちかゝる労働關係の作用の一が九五〇條排除の原因となつてゐる。



四、受領遅滞と給付不能

——特に雇傭契約を中心としての考察——



## 一、緒

## 論

雇傭契約の特色は、之を賣買契約のそれに比較して見ることによつて、最も明瞭に理解し得る。商人が其の商品を賣却すると同じやうに、勞務者(註一)は——勿論本來の意味に於てではないが——其の勞働力を賣却する。然し商人にあつては其の商品を誰に賣らうと又其の購買者が其の商品を如何様に取扱はうと少しもその商人自身には關係がない。また一時其の營業状態が不況となつたからといつてさう心配する必要はない。何故ならば商人は其の商品を貯藏して置いて懸がて更に好況時に賣却することを期待することもできるからである。然るに自らの勞働力の商人たる勞務者の地位は全然之と異つて、非常に不利である。第一に、勞務者は一旦勞働市場に於て彼等の商品たる勞働力を賣却し得なかつたならば、景氣の恢復する迄其の勞働力を貯藏して置くことが出来ない。即ち人間の勞働力は物品のやうに蓄積し得るものではない。失業の結果今日勞務者の手から遁れ去つた其の賃銀は永久に其の勞務者の手に歸へる機會はない。第二に、勞働力は勞務者の人格から分離さすことの出来ないものであるから、勞務者は、自己の勞働力を企業者の意の儘に働かせなくてはならない。従つて常に自己の全人格を賭して



或は其の仕事場・材料・機械等から生ずるであらうところの有害なる影響や危険の充ち満ちて居る雇主の勢力範囲に其の全人格を投出さなくてはならない。第三、に勞務者は通常雇主に對しては經濟上より弱き相手方である。即ち多數の勞務者は自らの勞務による所得のみを頼りとして生活して居り、しかも勞務の供給は殆ど常に勞務の需要を凌駕して居る有様であるから、多くの場合契約締結の際における勞務者の地位は非常に薄弱であり不利である。従つて勞働條件は雇主と勞務者との間に自由に協定されるといふよりも、寧ろ雇主によつて命ぜられたる儘に定まるのが普通である。

右のやうな雇傭契約の特質は現代の社會狀態従つて經濟狀態を一瞥すれば何人も直ちに之を認め得るであらう。さうして此社會的經濟的分子が雇傭契約法の立法上考慮されなければならぬといふことは右の特質を肯定する者は何人も否認し得ない所であらう。ロトマーは言つて居る、『雇傭契約は、現代の立法者が、生きた勞働か死せる財産か、その何れを社會のより高い財貨とするか、また勞働せざる者の財産と財産なき者の勞働との切迫せる戦闘に於て、より弱き方に與する勇氣を持つて居るかどうかといふことに付いて、指示することを得且つ指示しなければならぬ私法上の領域である』と。蓋し至言である。

翻つて吾現行民法典に於ける雇傭契約法を見るに、他國殊にドイツやスイスの其に比すればまことに簡單極まるものである。そうして其が已に三十年前に制定されたものであるといふことから考へても、其が到底今日の社會及經濟狀態に適應し得ないものを多分に包含してゐることの當然なるを知り得るであらう。従つて雇傭契約法に付ては論議すべき點が甚だ多い。私はそのうちから特に雇傭契約に於ける受領遲滞及び之と密接な關係を有する給付不能とそれとの限界といふ一のテーマを捉へ來つて、現行法を基準として爰に少しく考察して見やうと思ふ。

雇主の受領遲滞に關聯しても前述の雇傭契約の特色は明瞭に現はれる。即ち物の給付を物體とする債權契約例へば賣買契約に於ては、債務者が履行の爲に提供せる物の受領を債權者が拒絶するか、或は其を受領し得ないやうな場合でも、債務者はその物を供託するか（民法四九四條）、又は、其物が供託に適しないか滅失毀損の虞ある場合には競賣に附して其代價を供託するか（民法四九七條）何れかの方法によつて債務を履行したと同一の法律上の地位を自ら形成することが出来る。然し雇傭契約のやうな、勞務の給付その物を目的として居る契約に於ては全く之と事情を異にする。即ち雇主が、勞務者の勞務の提供を一旦拒絶したならば、勞務その物は供託したり競賣に附したりすることに適しないものであるといふことから、必然的結果と



して、勞務者は、賣買契約に於ける賣主のやうに、供託とか競賣とかなどの辨濟代用行爲に因つて、其の債務を履行したと同一の法律上の地位を形成することは出来ない。而も、勞務は既に述べたやうに之を貯へて置くことは出来ないのだから、雇主が一旦受領遲滞に陥るならば、勞務者は、永久に、其時に給付すべかりし勞務を再び給付することは出来なくなる。蓋し雇傭契約に因つて負はされて居る勞務は時間的に個別化されて居り、現時の勞務は一時間前の勞務とは同一のものとはいへないからである。

尙、勞務者は先づ自ら勞務を給付した後でなければ、報酬又は賃銀を受けることが出来ない(民法六二四條參照)。此點に於て雇主の受領遲滞は、勞務者にとつては經濟上最も重要な報酬又は賃銀に影響を及ぼすものといはねばならない(註二)。

註一 勞務者といへば直に肉體的勞働者を思ひ浮べるが、爰に言ふ勞務者は其ばかりではなく精神的勞働者でも苟も雇傭契約に於ける債務者たる地位に在る者は凡て之を包含して居る。例へば工業勞働者は勿論、抱醫者、家庭教師、商店事務員、會社員、給仕、女給、僕婢等は凡て勞務者である。

註二 是に關しては吾民法は何も規定して居ないが、獨逸民法は次の様に規定して居る、  
「勞務權利者が勞務の受領に關して遲滞に陥るならば、勞務義務者は更に後に給付することを要せずして、遲滞の結果給付せざりし勞務に對して約定の報酬を請求し得」(獨逸民法六一五條第一項前段)。

瑞西債務法三三二條も殆ど同様に規定して居る。

## 二、雇主に勞務受領義務ありや

受領遲滞に關して先づ第一に争はれる問題は、債權者に給付受領義務があるかどうかといふことである。之を雇傭契約についていへば勞務者が勞務の給付を爲すことを得ない機會の無いやうに雇主は常に用意して居なければならぬ義務を負ふものであるか否かの問題である。若し雇主にかゝる義務があるとすれば、雇主は、勞務を受領せざることに付て過失ある時には、受領遲滞の責のみならず、更により重い債務不履行の責を負はなければならない。だから其の何れに解するかは極めて重大なる結果を齎す。獨逸及我國の通説は消極説に傾いて居るけれども(註三)、なほ、通説はかゝる義務を契約に因つて約することが出来、又立法上かゝる義務を規定するも何等差支ないといふことは認めて居るやうである。

然し乍ら、近時、雇傭契約に於ては、勞務義務者が従業即ち勞務の給付に付て特別な利益を有する場合にはこの原則は適用されないで、かゝる場合には勞務權利者の勞務受領義務が黙約されて居るとの説が、獨逸に於ける學説及立法上有力に主張されつゝある(註四)。即ち、勞働



の出来高に因る賃銀 (Akkord 又は Stücklohn) を以て締結される契約、或は労働者が勞務の給付に因つて特に名聲、知識を得るやうな、舞臺俳優契約、徒弟契約等に於ては特に雇主の勞務受領義務が黙約されて居るといふのである。

惟ふに、通説によれば、債権者遲滞の效力としては債務者の側における損害賠償の請求権は發生しないのだから、かゝる場合に雇主が受領遲滞に陥るならば、勞務者は、後に述べるやうに、或は反對給付を受けることはあり得るであらうが、若し此の場合に雇主の受領義務を認めなかつたならば、それ以上に勞務を給付せざることによつて受くべき如上の特別なる——名聲とか知識とかについての——利益の喪失に對應する損害の賠償は得られない。これがために、かゝる場合には特に受領義務が黙約されたものと見、此の義務不履行の結果として、かゝる利益の喪失に伴ふ損害の賠償を得せしめやうとするのである。結局此は公平なる兩當事者の利益といふ見地からする當事者の意思の解釋問題に歸するが、これに關する何等の規定をも有して居ない吾現行法上兩當事者の利益を公平に考慮して判斷したならば、獨逸労働契約法草案四六條二項——これによると、労働権利者の側において從業を拒絶すべき重大なる理由が存する時にはかゝる義務はない——のやうな制限を附してかゝる説を認むるといふことが最も妥當で

あらうかと考へられる(註五)。

註三 Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. III, S. 143; Oertmann, Vorhem. 3a zu § 293 im Recht der Schuldv.; Crome, System des Deutschen Bürgerl. R. S. 145; Endemann, Lehrbuch Bd. I, S. 623; Kohler, Lehrbuch Bd. II, S. 248 f. 中島氏・民法釋義三卷三百六十一頁以下、鳩山氏・民法研究三卷百四十一頁及其註一三參照。反對説としては、末弘氏・昭和貳年請義プリント債權總論上百四十頁以下參照。

註四 Kaskel, Arbeitsrecht S. 116; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 138. 獨逸労働契約法草案第四十六條一項は次のやうに規定して居る、

『労働義務者が從業に付いて特別なる利益を有するならば、労働権利者は明示の約定なくとも、労働義務者を相當に從業せしむる義務がある。從業せしめざるが爲に労働義務者の給付能力の發展が著しく害せらるゝか、又は其の發育が本質的に困難ならしめらるゝ時、亦同様である。』

又瑞西債務法三五一條は次のやうに規定して居る、

『出来高拂の賃銀による勞務義務者が、其の全労働時間中一雇主の爲にのみ労働するならば、其の勞務義務者は契約關係の存續中充分なる勞務の與へらるゝことを請求し得る。』

出来高拂賃銀の勞務が不足するならば、時間賃銀又は日給による勞務が與へられなければならない。若し兩者とも欠くるならば、それによつて生ぜざる損害は賠償されなければならない。但し雇主が何等の過失をも負はなかつたことを證明した場合は此限でない。

註五 Vgl. Mollat, Arbeitsvertrag (Hueck, Kapital 8) S. 144 ff.



## 三、勞務提供と其の不受領

さて受領遲滞の要件としては、一方に履行の提供があり、他方にその不受領があることを要するのは明文上争のないところである(民法四一三條)。しかしこゝに所謂提供された給付の不受領とは如何なる意味であるかに付いては從來種々の説がある。ロトマーは給付の不受領が受領遲滞に付いて常に必要なることを論じ、此は債権者の意欲的作爲又は不作爲に因つて表現されたる意思行爲であると言つて居る(註六)。然し獨逸の多くの通説支持者は給付の不受領には何等の積極的意思即ち主觀的能力を必要として居ない(註七)。惟ふに獨逸に於てかく不受領の意味に關し説の岐るゝのは獨逸民法典二九三條が只「債権者が、提供されたる給付を受領せざる時」と規定して居るのに基因する。しかし吾民法に於ては、その四一三條に於て「履行を受くることを拒み又は之を受くること能はざる時」と明に規定されて居るから、債権者の受領せざることが如何なる事由に基くも受領遲滞の發生することは明であらう(註八)。こは、受領遲滞の制度が履行遲滞の如く義務違反といふ點に着眼して制定されたものではなく、公平の立場から債権者の不受領といふ状態——それが如何なる原因によつて惹起されても、従つてそれが事變によ

つて惹起された場合でも——に對して遲滞の効果を附せしめようとの受領遲滞の制度の本質からも明かなことである。

次に提供と不受領とは論理的に如何なる關係を有するか、獨逸に於ける通説支持者の多くは提供から出發して居るのに反し、二三の學者例へばエックスタイン及ロトマーの如きは不受領から出發して居る(註九)。

エルトマンによれば、提供の方が時間的にも論理的にも不受領よりは *plus* (より先のもの) であるとされてゐる。即ち彼は其の法典上の根據として獨逸民法二九五條を擧げ次のやうに論證してゐる、「提供に先つてなされる拒絶行爲は、(直に受領遲滞を發生せしむるに足る) 不受領としての價値を有するものではない。更に口頭の提供を必要として居る。提供が基礎となり、此の提供に基いて、(受領遲滞の發生不發生を決するに足る) 受領不受領が實現され得るものである。カッセル控訴院判決の意見——これによれば獨逸民法二九五條は口頭の提供を以て充分であるといひ、必要なるものとはいつてゐないといふのである——はこの規定を孤立的に考察したならば或は然らんでも、(獨逸民法典に於ける受領遲滞に關する) 三の標準規定たる二九四條、二九五條、二九六條と二九七條とを關連せしめて考へたならば、その然らざることは明白



であらう。提供の内容及び性質からみて、債権者は充分なる確實性を以て、其の提供が何に關係し又は特にそれが現存の債務者の義務を満足せしめて居るかを知る。其自身内容のない空虚な不受領は、現實に受領されないとこの或物と結び付くことによつて初て意味を有し得るものである』と(上のエルトマンの語の引用中括弧を以て示したる語は譯文) (註一〇)。

獨逸民法二九五條は吾民法四九三條に相當する規定である。獨逸民法二九四條は受領遲滞には事實上の提供の必要なることを規定して居り、その二九六條は、債権者の企圖すべき行爲の爲さるべき期日が暦日を以て定められて居る時に、債権者がその行爲を定められたる時に企圖しなかつたならば、何等の提供なくとも債権者が遲滞に陥り、又、その行爲のなされる前に通知することが必要であり、その行爲のなされなければならぬ期日とその通知を起點として計算される暦日を以て決定されて居る時に、その行爲が正當の時になされなかつた場合も亦同様なる旨を規定して居り、その二九五條は、受領遲滞の發生に口頭の提供を以て足る場合を規定して居り、その二九七條は受領遲滞には債務者の給付の實現が可能であることが必要なる旨を規定して居る。吾民法典には、かゝる詳細なる受領遲滞の要件に關する規定は直接且つ明白には存在しないが、然しこれら獨逸民法の規定のうち二九六條を除いては一般に吾民法上

に於ても認められて居るところのものである。だから私は上述のエルトマンの説は吾民法上に於ても亦至當なる言であらうと思ふ。

たゞ受領遲滞の要件としての履行の提供が問題とされるのは、債権者が受領し得ないといふことが前以て已に確定して居る場合である。獨逸に於ける通説は、かゝる場合に於ける履行の提供は空虚な形式的行爲となるから、かゝる場合には何等の提供なくとも債権者は遲滞に陥ると説いて居る(註一一)。尤もこの場合にも尙提供を絶対に必要としてゐる學者もある(註一二)。吾國に於ける通説もかゝる場合に於て尙提供が絶対に必要であるとして居る(註一三)。なほ、吾民法に於ては獨逸民法二九六條のやうな特則がないから、債務者の給付に協力すべき債権者の行爲が企圖されなければならぬ期日が暦日を以て決定されて居るか又はその行爲が企圖される前に通知が必要なる時その行爲の企圖されなければならぬ期日とその通知から起算される暦日を以て決定されて居るにも拘らず、債権者がかゝる期日に、必要なる協力行爲をなさなかつた場合でも、なほ債権者を遲滞に陥らしめるためには何等かの提供をしなければならぬ。私は立法論としてはかゝる場合には勿論、一般に債権者が受領し得ないといふことが前以て明なる場合には提供は不必要であるとした方が日常取引の要求に適ふかと思ふ(註一四)。特に雇傭契



約に於てはこれを痛切に感ずる。例へば或工場が焼失し即時に再建することの出来ないことが明なる場合、或は一定期日に建築されなければならぬ仕事場が或事故の爲にその期日迄に竣成されることの不可能なることが明なる場合、或は通譯として或者を連行して海外へ行く筈であつた者が他の者を連行して已に海外へ出航したことの明なる場合の如きに於てさうである。特に雇傭契約に於ては後に述べるやうに、受領遅滞が事變に基因する時には、受領遅滞が発生するや否やは勞務者の反對給付請求權に重大なる影響を及ぼすものであるから、明にその何れかに決定することが必要である。

註六 Lotmar, Arbeitsvertrag B. 2, S. 280 ff. Oertmann はこれに對して法律上の規定を根據として詳細なる反駁を試みて居る。Vgl. Archiv für die Civil. Praxis B. 116, S. 41 ff.

註七 Oertmann, Kommentar Anm. 2 zu § 293; Crome, a. a. O. S. 147 & 163; Planck, Kommentar Anm. 3 zu § 293.

註八 鳩山氏前掲二六二頁。

註九 Lotmar, a. a. O.; Vgl. Eckstein, Archiv für Bürgerl. Recht B. 37, S. 477 ff.

註一〇 Vgl. Oertmann, Archiv a. a. O. S. 7 ff.

註一一 Oertmann, Kommentar § 295 Z. 3.

Kohler, Archiv für Bürgerl. R. Bd. 13 S. 199; Planck, Kommentar § 295 Z. 3.

註一二 bes. Enneccerus, Lehrbuch § 280 Anm. 3. Oertmann は後述前説を改む。Archiv a. a. O. S. 8 ff.

註一三 鳩山氏前掲三一五頁以下。大正八年法學志林二卷二號債權者遲滞に付て及び大正九年同上二卷九號再び債權者遲滞と辨濟の提供に付て參照。中島氏民法釋義三卷上三九四頁、四〇〇頁參照、石坂氏債權總論六二二頁參照。

註一四 磯谷氏法曹記事二八卷一〇號一四頁以下及び法學新報三〇卷四號參照。Vgl. Kohler, Lehrbuch Bd. 2 I, S. 199.

#### 四、受領遅滞と給付不能との限界論

さきに一言したやうに、受領遅滞が認められる爲には給付の可能なることが必要である。獨逸民法にはこれに關して二九七條の明文があるから異論はないが、かゝる明文の存しない吾民法に於てもなほ一般に同様に論ぜられてゐる。然しながら、この給付可能といふことの意味如何に關しては彼此共に異論が少くない。即ちこれは受領遅滞と給付不能との限界に關する問題で夙に獨逸に於ては盛に論争されて居るところの難問であり、然も極めて重要なる問題である。例へばこれを雇傭契約について見るならば、或工場又は劇場が焼失した時、或は患者又は被教育者が死亡した時、或は雇人を不當に解雇した時等には、勞務者の勞務の給付は事實上妨害され、前述したやうにその勞務者の勞務の給付は終局的に不能となる、かゝる場合に法律上、債務者（勞務者）を免責せしむる給付不能が発生するか、それとも債權者（雇主）の受領遅滞が発生するかの問題である。若しその焼失、死亡、又は解雇に付いて雇主が責を負はなければな