

《資料》

翻刻（活字化）／沼田稲次郎「労働協約理論史の一齣」

一九三九（昭和一四）年一月八日摺筆

石井保雄

解題——「沼田稲次郎の青春——『戦後労働法学』以前——」の補遺

一

戦後のわが国労働法学を牽引した沼田稲次郎（二九一四～一九九七）は、京都帝国大学に進学した年（一九三四〔昭和九〕年）の九月、治安維持法容疑のために、警察に一ヶ月間拘留されたことから、京都帝国大学から停学処分を受け、法学部を一年留年して四年間在籍し、一九三八（昭和二三）年四月、「特選給費生」として同大学院に進学した。しかし召集令状を受けて、翌年一月一〇日に陸軍富山三五連隊に応召しなければならなくなったことから、その研究生生活は、わずか一年にも満たないものであった（拙稿「沼田稲次郎の青春——『戦後労働法学』以前」獨協法学一一三号〔二〇二〇〕六五―六九頁）。沼田は一九七〇（昭和四五）年に刊行した著書『労働協約の締結と運用』（総合労働研究所／労働法実務大系七）の「はしがき」のなかで入営する直前まで「労働協約理論史の一齣」

と題する論稿——後述するように、公に発表することは予定していないものであった——を書き綴ったとのべていた。ここに翻刻したのが、沼田のいう「労働協約理論史の一齣」全文である（その経緯については、後述する）。

同稿は左下隅に「10×20 三省堂原稿用紙 C」と印刷された二〇〇字詰原稿用紙を利用し、細字の万年筆を用いて本文二一八枚・注記四三枚、計二六一枚にわたって執筆されたものである（私は前掲・拙稿六六頁〔注133〕で、「43頁」と記したが、それは注記部分のみをさしていることを原物〔ただしフォトコピー〕を見て、わかつたので訂正したい）。同稿の本文は縦書き・漢字（旧字体）平仮名混じり文であるが、注記については、本文と区別するためであろうか、横書き・漢字カタカナ混じりで記述されている（ただし翻刻にあたり、本文と同じく縦書きの体裁とした）。したがってそれは、本文執筆と同時に並行して、注記作業がなされたものと思われる。沼田が本稿を脱稿したのは、入営（一九三九〔昭和一四〕年一月一〇日）の前（々）日であったことは、自身で何度も繰り返している（本稿末尾には、「一九三九、一、八、夜更」と記されている）。沼田は戦後、雪深い実家の離れ屋にこもって応召の前日朝まで執筆を続け、書き上げた原稿を読み返すこともなく、家族に大学院指導教官である石田文次郎に送るよう託して入営したと回顧していた（前掲・拙稿六八―六九頁）。それでは、沼田は同稿をいつたいつごろから執筆し始めたのか。この点について、沼田はつぎのようにのべていた（同『著作集』第六卷労働協約論〔労働旬報社・一九七六〕〔著者解題〕三六八頁。傍線は引用者）。

『日支事変』がエスカレートしていた時期だから兵隊にとられれば生きて帰えるかどうかわからなかった  
ので、ともかくも「自らの社会法研究の成果を引用者、以下同じ」一応まとめるべく三八年の暮頃から急速  
に論文を書き、入営の前日徹夜の朝にかきあげた。

これによれば、「労働協約理論史の一齣」はおそらく一ヶ月も満たない時間で執筆されたことになる。しかし原

型稿の表紙には「昭和十三年秋から冬にかけて執筆、十四年一月脱稿」と記されていたという(フォトコピーには、この部分は含まれていない)。それによれば、正確な日にちはわからないが、上記文章と併せ考えれば、おそらく晩秋期以降に起筆されたものと思われる。前年の夏、中国・北京郊外の盧溝橋付近での夜間野外演習の際の偶発的軍事衝突からはじまった日中両正規軍の戦闘は急速に拡大して本格的な戦争状態となり、日本陸軍は逐次大陸への派遣を増加させていた。当時、召集令状が本人ないし家族に手渡されてから応召するまでのあいだ、どのぐらいの時間的猶予があったのかは知らない。おそらく最後は、慌ただしく書くことになったのであろう。原稿フォトコピーの更なるコピー——その理由は後述——の束を見たとき、文字通り書き急いだであろうことは、容易に理解できた。すなわち漢字および筆記体でのドイツ語表記や用語の用い方は必ずしも統一されておらず、かぎカッコをもって示されたドイツ語原文から翻訳された文章の生硬さや、必要以上の読点を多用した長い文章から判断して、ドイツ語文献を邦訳するとともに、それに係わる検討をして、書き記していったのであろうと推測される。それはあらかじめ出来上がった手稿を清書したのではなく、既述のように、本人いわく完成した原稿を「読みなおす暇なく、指導教授であった石田博士宛に送つ」たものであったことを示している。しかし、さほど目立った訂正箇所もなく、一気呵成に書き上げていったのであろう筆力には、驚嘆させられる。そうであるからこそ、沼田は生涯にわたって膨大な著書・論稿を残せたと考えるべきかもしれない(沼田の著作目録は複数あるが、インターネット上に公開されている「沼田稲次郎著作目録——わが口舌筆硯の記録」[e-yodo.sakurane.jp/numata/tyosakumokurokumi/](http://e-yodo.sakurane.jp/numata/tyosakumokurokumi/)が最も詳細である)。

なお左記の沼田稿の翻刻にあたり、文中\*「アステリスク」を付した箇所がある。それは、私が沼田のくずし文字を判読できなかった箇所であることを示している(\*一個が文字一字分に相当する)。また本稿は「第一篇」で

あり、沼田は当初の予定では第二篇と併せた二部構成を構想していたようである(本「一齣」稿の末尾を参照)。しかし現実には、それを許さなかった。そのことに関する沼田の心中は最終末にふされた「結語」の「(ミネルバの梟戦場の白昼にとびこむの前夜。)」という表記に示されているように思われる。

一一

沼田は自らの著作集全一〇巻(労働旬報社刊・一九七六年)のうち労働協約をテーマとしてまとめた、第六巻々末にふされた「著者解題」の冒頭、先述したような事情から留年して大学生生活四年目には、「社会的自主法の生成による市民法理の反省とでもいへべき課題意識から労働協約へと傾いたように思われる」(二六七頁)とのべていた。

では沼田の本稿執筆意図は、いかなるものであったのであろうか。内容的に第一章のロトマル Philip Lotmar (一八五〇～一九二二)に関わることしかのべていない「序」で、沼田は遅れた資本主義社会としてのドイツでは、一九世紀後半以降の労働運動の高まりのなかで、かえって労使関係に係わる先進的な事象に対する法的検討・考察が現われたとのべている。すなわち労働協約が労使のあいだで締結される例が多かった。それは労働者・労働組合にとつては、より良き労働条件・待遇の獲得・実現である。しかし片や使用者側においても、沼田の言を借りれば、一方では「労働者団体に対抗」しながらも、他方では「資本家相互の間に於て労働諸条件を一定することによる、競争の苦痛を相対的に減少せしめん」とするものであった。そのような労使関係のなかから現われた労働協約という事象を、人と人との結びつきはあくまでも個人の自由な合意に委ねられるとする近代市民法は、どのように説明したのであろうか。とくに労使の集団的合意として締結された協約が個別の労働契約を規制することができる

のは、何故であろうか。沼田は「一齣」稿の「序」のなかで「この小論の課題は、ロトマールの『労働契約論』の中に述べられて居る労働協約理論から、ジンツハイマーの『集团的労働協約論』の中に展開された協約理論への移行行きの中に於て、却て、理論的に法の在り方について反省せんとするものである」と説明している。同じことを沼田は、本稿の最後に位置づけられる三B (ii)「労働協約の債権的機能について」のなかでは、つぎのようにべている。

「私のテーマ〔は〕労働協約が強行的規範性を有し得るやを再検討することによつて、法の在り方について考察し社会法研究の出発点とすること」にあった。

ここでの記述は、当初のものよりは少し具体的に沼田の意図が表明されている。すなわち沼田が本稿で行なっているのは、ロトマールの*Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, 1 Bd.(1902) と Hugo Sinzheimer (一八七五～一九四五) の*Die Korporative Arbeitsnormenvertrag*, 1 Bd.(1907) und 2 Bd.(1908) の二著を、比較しながら読み解くことによつて、上記の課題に応えようと試みるものであった。そして執筆項目の柱建てを抜き書きして、これを目次としてみるかぎり、ロトマールとジンツハイマーの労働協約法理について、同様の論点に関する両者の見解を相互に検討しようとしたものであるように思われる。

ロトマールの名は、わが国でドイツの労働協約法理、とくにその歴史が論じられるとき、その大著である前掲『労働契約論』第一卷(一九〇二)および第二卷(一九〇八)とともに、必ず言及される。同人は、久保敬治『フーゴ・ジンツハイマーとドイツ労働法』(信山社・一九九八)六〇―七一頁、二一九―二二〇頁および小野秀誠『法学上の発見と民法』(信山社・二〇一六)一四二―一四五頁によれば、ユダヤ人であるという出自と一八七八乃至七九年以来、社会民主党員であつた――久保・同前所は「大学関係者が……入党することはもとより、同党寄りの行動

をとることすら想像をこえることであり、異常な事件であった」とのべている——がゆえに、ドイツの大学教授になることへの途が閉ざされていたことから、一八八八年にスイスのベルン大学のローマ法担当教授として赴任し、以後三四年間在籍した。それは彼が市民国家であるスイスを気に入ったからであるという(小野・同前所)。戦前ロトマールと接触した日本人法学者としては、野村平爾(一九〇二—一九七九)の指導教授である中村萬吉(一八八三—一九三八)がいた。同人はアメリカ東海岸での滞在をへて一九一四(大正五)年から一年二か月ベルンに滞在し、帰国後、早稲田法学二、四および五の各巻(一九二三—一九二五)に連載し、これを書籍化して『労働協約の法学的構成』(厳松堂・一九二六)を刊行している(拙著『わが国労働法学の史的展開』(信山社・二〇一八)二四—二五頁〔注3〕・三九—四〇頁〔注60〕)。また検察官であると同時に母校である明治大学で教鞭をとっていた森山武市郎(一八九一—一九四八)は一九二二(大正一〇)年三月からドイツに赴くまでの六か月間、ロトマールの聲咳に接したと回顧している(拙著・同前書三〇頁〔注26〕および三九—四〇頁参照)。なおロトマールの旧蔵書は、一九二六(大正一五)年以来、わが国の九州大学図書館に収蔵されている(同前所)。

一方、同じくユダヤ系ドイツ人であるジンツハイマーにおいては、とくに同人の従属労働法論は、わが国戦後労働法学の形成に大きな影響を及ぼした(その評伝が、久保敬治『ある法学者の人生—フーゴ・ジンツハイマー』(三省堂・一九八六)である)。ジンツハイマーの著者であるGrundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927は、植崎二郎・蓼沼謙一(共訳)『労働法原理』(第二版)(東京大学出版会・一九五五)として、邦訳された(のちに蓼沼『著作集』別巻(信山社・二〇〇八)に収録)。同書については、久保により、わが国の一九五〇年代、「誇張していえば労働法学における聖書、仏典といった」扱いが見られた(「フーゴ・ジンツハイマーと日本の労働法学」季刊労働法一七八号(一九九六)一一〇頁)との同人特有のシニカルな評言がなされるほどに大きな影響をおよぼした。ただ

し沼田の本稿が示すように、ジンツハイマーに対する関心や影響は、わが国では戦前からすでにあった。先に言及した森山はジンツハイマーからも教えを受け、「純学者的な」ロトマルルに対し、同人は「常識の発達した円満な紳士」であったと回想していた(拙著・前掲書四一頁〔注62〕)。同時代に欧米に留学し、戦前・戦中期、治安維持法違反事件の弁護を多く手掛け、戦後は社会党(右派)国会議員として活動し、最近では日本国憲法二五条制定に重要な役割をはたしたとされる鈴木義男(一八九四―一九六三)も、ジンツハイマーからベルリン滞在中に、個人的に研究指導を受けたとのべていた(同前書四〇―四一頁および四六―四七頁〔注72〕)。またとくに沼田が本「一齣」稿で論じた、労働協約論の基本理解に関するロトマルル(代理説)とジンツハイマー(団体説)の対立については、戦前すでに後藤清『労働協約理論史』(有斐閣・一九三五)により、詳細に紹介されていた。また戦後の作品として、下井隆史「H・ジンツハイマーの労働協約論についての一考察―協約規範の効力についての理論の発展をめぐる」六甲台論集四巻四号(一九五七)八〇―九一頁がある。なお、ジンツハイマーの労働協約論については、西谷敏『ドイツ労働法思想史論』(日本評論社・一九八七)二二三頁以下の説明が明解で、わかりやすい。

敗戦後、沼田が復員した明るる年の五月に夕刊京都新聞に就職し、論説委員となるとともに、同労組の組合長として組合活動に従事するなか、執筆・刊行した『日本労働法論』上・中(日本科学社・一九四八)のちに同『著作集』第一巻(労働旬報社・一九七六)に収録された(以下、引用は同書による)は、旧労組法時代の集団的労使関係法に関する体系書であった(執筆から公刊にいたる経緯等は、同前書四六三頁以下の〔著者解題〕／『日本労働法論』執筆の頃)を参照)。沼田は同書(中巻)のなかで「労働協約の当事者」について言及している箇所ので、つぎのようにのべている(二二三頁、文中の丸カッコの数字と挿入句は引用者が付したものである)。

「団体協約は労働者側からみれば自己の団結力を以って交渉した成果であり、経営者側からみれば団結した労



働者を相手とする契約である。……(一)労働協約締結の当事者の問題も経営者側の当事者についてはほとんど問題がないのに対して、労働組合の当事者資格については議論せられてきた。(二)議論の焦点は、現実規範的拘束を個々の労働者に対して、及ぼしている協約の根拠を如何なる意思に求むべきかに存したわけである。ことに国家法において、協約の規範的拘束力を明確に規定していない場合——ここでは、一九一八年労働協約令以前のドイツを念頭においている(引用者)——について、議論が紛糾したのである。ことに協約の拘束力が単に社会規範としてのそれではなくて法規範としてのそれであると見なければならぬところに、立論の苦心が存していた。

このあと、沼田は「組合員個人が協約当事者であり組合はそれを代理するという代理説に固執した」ロトマールの苦心に言及し、わが国では労働協約の規範的効力が旧労組法二二条(現行法一六条)に規定されたことから「ロトマールに始まる先学の苦心は日本の労働法によって一応解決せられていた」(同前書二二二—二二四頁)と述べている。これを本『一齣』と読みくらべたとき、『日本労働法論』中巻の引用箇所は内容的に『一齣』の目次の柱建ておよび本文と一致することが理解できよう。そして沼田は「一齣」稿で著わそうとしたのは、「私人間の結びつきは自由なる契約によって作られ、法秩序はすべて国家によって作られるという近代的法思维」(沼田「協約規範の法的性格」労働法律旬報一四四号(一九五三)のちに同『著作集』第六卷労働協約法論(労働旬報社・一九七六)一九八頁)に基づいたロトマールと、労働者の置かれた立場に関する社会学的な考察に依拠しながら、立法論を念頭においたジンツハイマーの議論を対比させることにより、解釈論として、労働協約の規範的効力の存立根拠を見出そうと試みたということが理解できよう。そこでの中心的な論点は、つぎの点にあった。すなわち労働協約に規定された労働条件を下まわる労働契約中の該当部分を無効とし、無効となった部分については、協約上



の労働条件に置き換えられるという大陸法系の労働協約法制の最大の特徴をなし(西谷・前掲書二三頁)、通常は「不可変的効力」と邦訳され、後藤清が「強行的規範的効力」とし、沼田がこれに示唆を受けて「強行的規範性」と訳した(「一齣」二B〔註7〕参照)；Unabdingbarkeitを、法的にいかにも説明するのかもしれないことであった。

沼田はまた、本「一齣」稿の最終段において、使用者による労働組合に対する労働協約上の平和義務違反を理由とする損害賠償責任をジンツハイマーとは異なり、立法論ではなく、解釈論として否定せんとしている。沼田はそのような試みは「労働者団体の破滅は、換言すれば、その労働者達そのもの、破滅への道であらう。かゝる事態は、労働者団体の損害賠償責任の限界について法的確信を生ぜしめる所の物的基礎をなす」(傍点は引用者)とのべている。

戦後、沼田の労働協約に関する理解は、戦前の末弘巖太郎の「社会的自主法」(「労働協約と法律」同『労働法研究』〔改造社・一九二六〕二九五頁以下に収録)の系譜に連なる「法的確信説」だといわれる(西谷敏「労働協約論」梶井常喜〔編〕『戦後労働法學說史』〔労働旬報社・一九九六〕四一〇―四一二頁参照)。すなわち「協約規範は国家の作らざる法である。それは、「労働組合という」私的団体が一方の当事者となつて締結する協定によつて作られる」。しかし「それは当事者の自由意思の合致というよりも、労使の関係を規定している社会的諸条件の意思を通した……表現(生成)であるということ」を認め、それが、社会規範として行なわれている実態を直視して国家は法的効力を承認する」(沼田・前掲「法的性格」二〇一頁)。そして、そのような協約規範が契約ではなく、規範として意識されているとき、そのような意識を支えるのが「団結権(社会正義ないし生存権の思想を裏づけとする)」という「正義あるいは権利の確信」だと説明する(沼田・同前稿二〇六頁)。そのような「団結権は孤立的個人の権利ではなく、社会的人間の権利であり、その場合『社会的』というのは市民社会一般ではなく、まさに特殊の部

分社会（国家と個人との中間の生ける社会）なのである。かかる社会人の団結権の実現の形態は労働組合である。……協約規範がその労働組合が自主的に参加形成した社会規範であるということは、それが正義あるいは権利に根を置いたものであることを意味する。ここに協約規範が法規規範性の契機ととらえることができる」（同前所）。

沼田は本「一齣」稿のなかで「法的確信は単にかゝる階級にのみ妥当するのではなく、普遍性をもつものであらねばならない」として、最終末でつぎのようにのべている。

「生存権は、人間存在に根源的なそして確実なるものに根底するが故に、人間であると言う事を肯定する限り認めざるを得ない根本的要請として、あらゆる他の正当性に対して優越的であり、より根源的である」。

こうして敗戦後復員して間もない一九四八（昭和二三）年、またその五年後の一九五三（昭和二八）年に論述され、その後豊穰たる拡がりを見せた沼田の思惟は、それらに先立つ一〇年ほど前の戦時期の大学院々生時（二四歳）の習作たる本「一齣」稿によってあらかじめ提示されていたのである。

二二

最後に、ドイツ語にも、ドイツ法にも堪能でない私が、本「一齣」稿の翻刻をするにいたる経緯について、説明したい。

本稿は沼田本人が生前、「もとより印刷されていないし、今後も印刷に付する気はない」（沼田・前掲『著作集』第六卷〔著者解題〕三六八頁）とまでのべていたものである。そのようにいいながらも、沼田にとって、本稿は愛着のあるものであったのであろう。生前、何度か言及していた。したがって、その存在は一部の人びとのあいだに

知られ、関心をよんでいた。たとえば、沼田と東京都立大学の同僚として長年過ごした初井常喜(二九三一—二〇一九)は、沼田の葬儀に際し、その略歴を紹介するなかで本「一齣」稿について言及していた(「沼田稲次郎先生の足跡」労働法律旬報一四一三号(一九九七)四一五頁)。私は先述したように「沼田稲次郎の青春——『戦後労働法学』以前」と題する論稿を本誌、獨協法学一—二三号に発表した。そのなかで、私は「一齣」稿のフォトコピーが首都大学東京(現・東京都立大学)法学部資料室に収蔵されていることがわかったとのべた。しかし同図書館を通じて同稿を管理する同法学部教授会の見解として、部外者はその複写はもちろん、閲覧すらもできないとの応答をえたことや、それに対する私自身の所感を示した(同前稿六六—六八頁〔注〕133)。本年初め、同前稿の抜刷りを沼田の高弟である浅倉むつ子教授(早稲田大学名誉教授)にお送りしたところ、早速に読後感を記した書簡をいただいた。そのなかで浅倉教授から、沼田の配偶者である文子氏かみこは昨年(二〇二〇〔令和二〕年)九月、九八歳で天寿を全うされたが、同夫妻の次女である葛西朱実氏が沼田旧居の整理のために、本年春まで滞在されており、「一齣」稿の原本があるかもしれないから、同前稿の所在をたずねてみてはどうかとのご助言をいただいた。

沼田の死後、文子氏が沼田の三回忌に合わせてまとめた沼田遺文集である『人間まんだら…沼田稲次郎拾遺』(非公刊・一九九九)のなかで、「一齣」稿に触れて、長年行方不明で、「門下の諸氏も見ることがないとのことで、私は勝手に、幻の論文」と名付けてさがして「いた(一四〇頁)とのべていた。ところが沼田の死後、その蔵書整理の一環として長野県蓼科にあった別荘に赴いたとき、「本棚の一番奥にあった」本稿を見出したことや、同稿を東京に持ち帰り、フォトコピーをとったこと(都立大学法学部資料室にあるものと一致しよう)にふれて、「私がこの世をさった後、いつの日か陽の目を見ることもあろうかと思っております」とのべていた(同前所)。私は先述したような経緯から本「一齣」稿を閲読することを諦めていたが、浅倉教授のお言葉に励まされ、葛西氏に連絡を

とるべく、沼田の旧居宛にて手紙に拙稿の抜き刷りを付して、お送りした。すると、思いがけず数日もおかず、同氏からご返事をいただいた。ただし残念ながら、いただいた返信(電子メール)には「一齣」稿のオリジナルはな  
いと記されてあった。これにより、沼田の「一齣」稿の<sup>オリジナル</sup>原物はこの世に存在せず、その複写物のみが残されて  
いることが判明した。同前『人間まんだら』の末尾には、同書に収録されなかった沼田の手になる文書類のリスト  
がふされている(同前書四〇九―四一四頁)。おそらく、同書刊行後、文子氏はそのほかの沼田遺文とともに「一齣」  
稿も処分されたのであろうと推測される。私にとつても、同稿は文字通りの幻となったのかと思われた。ところが  
葛西氏は沼田の遺族として東京都立大学図書館に「一齣」稿フォトコピーを見たい旨の連絡をとられ、一〇日間ほ  
どの時間を要して同稿(更なるフォトコピー)を取り寄せられ、それを私にご恵与いただくことになった。そこで  
浅倉教授とご一緒して、本年三月初め同氏とお会いする約束をした。そのみならず、その前に沼田旧居を(外観  
だけでも)見に行くといった私に、興味があるのならば、内部を案内するとのこと提案をいただき、私は本年二月中  
旬の日曜日の午後に高円寺北に赴いた。その日は、幸いにも、晴天の暖かな日であった。沼田旧宅は中央線(東京  
高円寺駅北口から、「高円寺純情商店街」——作家・ねじめ正一が直木賞を受賞した(一九八九(平成元)年)同  
名の小説の表題に由来する(『時代の葉』『高円寺純情商店街』朝日新聞二〇二一年六月三〇日夕刊三頁参照)  
——という様々な商品を扱う、今では珍しい個人商店が立ち並ぶ街路を抜けた早稲田通り近くの住宅街に位置し  
ていた。建物は、あとから増築したのであろうか、白い壁にこげ茶色の柱や筋違が外に現われているハーフ・ティ  
ンバー風の外観が目立つもので、母屋(木造二階建て・白いモルタル壁)の東側や北側は夏には蔓が青く壁を覆っ  
ていたであろうが、訪れたときは冬のためか、葉を落としていた。家具類もほとんど片付けられた状態であつた  
が、かつては家中所狭しと書籍がおかれていたという家内を案内していただいた(屋内に置くべき場所がなくなっ

たことから、庭に新たに書庫も建てられたとのことであった。沼田の書齋は、前掲『人間まんだら』のなかばあたりに掲載されている写真のうち、沼田が白いつるバラの咲く——同人の誕生日である五月下旬には、毎年多くの花をつけていたという——窓辺に立って、庭に向く上半身が写る部屋の真上に位置し、居間脇の急な階段が上がった、南側に窓が大きく開けた八畳ほどの床は板張りの部屋であった。沼田はそこで、椅子と机ではなく、文机の前に座り、旧制高校時代から続く習慣であろうか、多くの場合深夜、家人が寝静まったなか原稿を書いていたとのことであった。机上に置かれた灰皿には山のようにたばこの吸い殻があったという。相当のヘビー(＝チェーン)スモーカーであったのであろう。

葛西氏は、家族から見た沼田の育った家庭環境と父親としてのあり様について、つぎのように語られた。すなわち沼田は、弁護士であった父・勇三郎により小学生の頃から毎朝漢字や漢詩を教えられる、朝飯教育を受け、一方母・すいからは、海の如き愛情を注がれ、親子の情愛の面でも経済的な面でも、何不自由なく豊かに成長した。また戦後沼田自身が家庭をもつようになってからは、家事は妻に任せ、仕事の合間に読書と詩作にふけり、美術鑑賞や囲碁を楽しみ、家族には温顔をもつて接し、声を荒げることもなかった。庭の樹々や文子夫人が育てたであろう草花を愛し、植木職人が庭の手入れ(樹木の剪定等)のために訪れた日は、一木一草を慈しむ心情からか、必ずしもそれをこころよく思うわけではない様子であったとのことである。沼田が一九八八(昭和六三)年二月一日(七四歳)、脳梗塞を発症し、その後遺症により言語と右手(右半身)の自由を失ったあとでも、その穏やかな性格と豊かな感情は失われず、また不自由ではあったろうが、機能した左手で好きな漢詩を毛筆で書いたりしていたとのことである(なお、私は、前掲・拙稿で沼田の身長について、一八〇センチを超えると書いたが、実際は一七二、三センチであったという。姿勢のよさのためであろうか、実際よりも長身に見えたそうである)。

そのような沼田理論が紡がれた舞台裏ともいうべき場所を、建物が取り壊される前に訪れ、家庭人としての沼田についても、話をうかがえたことを幸いとしたい。本「一齣」稿の翻刻・公表については、葛西氏から、沼田長女・竹内由紀子氏とともに、ご承諾をいただいた。

## 労働協約理論史の一齣<sup>(二)</sup>

沼田稲次郎

### 一 序言<sup>(三)</sup>

#### 二 ロトマールの労働協約理論

A 労働協約の法的類型、特に協約の当事者について

B 労働協約の効果について。特に、Unabdingbarkeitの問題

(i) 労働協約は法的効果を有するか

(ii) 如何なる法律効果を有するか

#### 三 ジンツハイマーの労働協約理論

A 労働協約の法的類型、協約の内容とその当事者について

(i) 労働協約の内容

(ii) 労働協約の当事者

(iii) 労働協約の定義

## B 労働協約の法律効果

(i) 労働協約の規範的機能はUnabdingbarkeitを持つか

(ii) 労働協約の債権的機能について

(未完)

## 一 序言

ナチス政権以前に於て、労働協約に関する法的理論意識の最も発展せる国は独逸であつた。勿論、労働組合による団体交渉と、その結果締結せらるゝ労働協約とは、独逸より数十年前に資本主義的経済組織を確立せる英国に於ては、既に早くより存して居たのであるが、独逸に於ては、かゝる立遅れた資本主義の故に、却てその出発点に於て遙に深刻に労働問題を負はされて居り、然もそれは政治的色彩を濃厚に帶有せざるを得なかつたことに照応して、労働協約の問題も、社会的諸勢力を即自的にその担ひ手とする社会規範の妥当領域内に於てのみ関はる、ことなく、更に国家的法秩序の次元に於ても亦問はれなければならなかつたからである。

独逸に於ける組織的労働運動は、一八四八年の擾乱<sup>(iii)</sup>を端を發し、一八六三年には、ラッサール派(全ドイツ労働者協会)の結成となり、一八六九年にはアイゼナツハ派(マルクス主義者達)が団結し、一八七五年に至つてゴータ大会に於ける両派の合同成り、独逸社会民主党は有力なる政党として登場し、之に対してビスマルクは有名なる「鉛と鞭」<sup>(2)</sup>との政策を以て臨んだのであるが、労働運動はその前に崩壊せず、地下運動化しつつも執拗に強化され



一八九〇年ピスマルクの失脚後は社会党〔主義者〕鎮圧法〔は〕廃棄され、労働運動は燃え上つたのである。労働協約の正史が、労働運動の正史と共に消長することは言うまでもあるまい。一八七三年に総罷業及総解雇の結果成立せる、全印刷業を包含する所の Deutscher Buchdruckertarif〔ドイツ印刷業労働協約〕が労働協約の端緒をなすものと見て差支えないのであるが、その後、労働協約への傾向は、被傭者自身の消極的態度にも拘らず拡大に向ひ、一八九九年第三四回労働組合議に於ける、Döhlinの提議の承認<sup>3)</sup>によつて、増々普通化されて、二十世紀に入るやその動向は著るしく、強められた。

然るに、一九世紀末葉以後に於ては、ドイツ資本主義は既に独占的資本主義に急速に再編成せられ、世界市場に於ける制覇の道が宿命的な方向となつた。その後には、国内的な産業平和を実現すると同時に、独逸資本主義の後進性の故に低賃銀や改良施設の節約などの生産費低下を必要として居たのであり、二つの必要は互に背反せざるを得なかつた。<sup>4)</sup>蓋し、産業平和は利潤の一部を労働者の側に投資することなしには達することを得ざるまでに労働者の勢力は侮り難いものに成長して居たからである。即ち、低廉なる労働力を得んとすれば温和を犠牲にせざるを得ず、温和を得んとすれば何等か労働者に対して譲歩をなさなければならなかつたのである。

然しながら、言うまでもなく、かゝる労働者の勢力は孤立的個人としての労働者に戻す<sup>ママ)</sup>のではなく、組織されたる労働者の団体こそがその担ひ手であらねばならぬ。資本主義社会の基礎的弁証法に於て、資本と賃労働との矛盾的对立が歴史的現実であるとするならば、かゝる労働者団体こそ賃労働の優越なる主体的存在者として、歴史的現実的主体たり得るものと言わなければならない。従て、かかる勢力のみが主体的勢力と死せる労働から生ける労働力を擁護し得るものであることを意識して、その中に自己を組織する事が、個々の労働者をして彼自身を資本の威圧から保護する盾を得しめる唯一の途であらねばならぬ。そして、かゝる組織内に於ける彼の活動のみが、優

れて歴史的主体的活動としての意義を担い得ると考へられる。然るに、独逸の労働者はその途を進んだ。かくて、労働者団体は増加し且つ強化しつゝあつた。然るに、労働者の組織の発展は、それに対抗すべき資本家団体の結成を促進せしめる。且つ、一方に於ては、かゝる労働者団体に対抗する目的の外に、資本家相互の間に於て労働諸条件を一定することにより、競争の苦痛を相対的に減少せしめんとする要求が、労働協約の当事者としての資本家団体の結成を刺激したことをも見逃してはならない。<sup>(5)</sup>

以上の如く、ユニカールの、ビスマルク的政策の衰退後、独逸に於ては労資の対立が顕著なる現象となり、政治的には政党の対立、それと密接なる聯関を持ちつゝ、も一応は経済的な分野に於ける資本家及其の団体と労働組合との対立が、世界市場に於ける独逸資本主義の経済的地位に規定せられて、複雑な、然も深刻な諸問題を投げかけて居た。その、重要なものの一つは、労働組合の団結権と団体交渉権の問題であつた。かくて、労働協約理論の構成は、歴史的主体の実践的活動の中から、その解決を迫られたる生ける課題であり、法学者に於ては、特に、その法的契機が彼の関心をそつたのであつた。然も、この問題は、やがて法の在り方に迄深められるべき必然性を含むものであらねばならなかつた。この小論の課題は、ロトマールの「労働契約論」の中に述べられて居る労働協約理論から、ジントハイマーの「集团的労働協約論」の中に展開された協約理論への移り行きの中に於て、却て、理論的に法の在り方について反省せんとするものである。

労働協約の法律理論に関心を向け、精しく吟味せる恐らく最初の法律学者はPhilippe Loumarであつた。<sup>(6)</sup> 彼は、一九〇二年に彼の名著たる*Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches* 第一卷を世に問ひ、<sup>(5)</sup>労働協約についても、基本的な考察を、*瑞西(スイス)*の困難にも拘わらず、可成り成功的に為して居るのである。既成の市民法的秩序に即目的に立つ学者にとつて、労働協約の現象は驚くべきことだつたに違ひない。学者は、先

ずそれを現行法秩序の中に何処か安住の位置を考えねば気が済まない。然し、未だその現象が却て既成の市民法的意識の反省を要求するものたることについては、未だ自覚的たることを得ないのである。それにも拘らず、この社会的現象の発展の方向は望ましいものとして、法学者らしい理想主義的性格から、彼は好意的に之を眺める。ロトマールは実にかゝる学者であつた。

- (1) 英国の労働組合が自立的成長をなせるに反し、独逸のそれは主として計画的になされた。労働組合が独逸で本格的になつたのは一九世紀後半社会民主主義者が組合の組織に着手してからである。独逸の労働組合は社会民主党と離れては考へられない。(波多野鼎・山村橋・山川均)『経済学全集第十八卷「社会政策」改造社・一九二九』山川均「労働組合」参照。
- (2) 忠誠なる労働者に対する社会保険法は、社会民主党に対する社会党鎮圧法とを指す。
- (3) Dobbinsの提議に曰く、「一定期間賃銀その他の労働条件を規制するところの労働協約は、労働条件確定に当り労働者が企業家と同等の地位を有する事(「こと」原文、以下同)を証するものであると見る事(「こと」が出来(でき)る。そして労働協約は、その内容の確保と実行とを保障する強大なる団体が企業者側に於ても労働者側に於ても存する如き職業に於(「おい」て追求に値するものである……」(後藤清)『労働協約理論史』〔有斐閣・一九三五〕三頁〔註一〕より)
- (4) ヴァルガ総監修『世界経済恐慌史』第一巻第二部(永住道雄「訳」(慶應書房・一九三五))一五三頁以下、一九七頁以下、二三四頁以下参照。及大河内一男「独逸社会政策思想史」(日本評論社・一九三六)八頁以下、特に第五編第四章世界市場と社会政策参照。
- (5) 「労働協約は、対立者との闘争を回避する為のみならず、競争者に対して出来るだけ同様なる生産諸条件を※〔施?〕す為にも亦賃銀条件及労働条件を確定するの必要あり。」(Sinzheimer, "Rechnungen des Arbeitsstarivertags [ Brauchen wir ein Arbeitsstarigesetz? ]ena" [1913]S.17)
- (6) Lotmarは一九〇〇年「Die Tarifverträge zwischen Arbeitgeberern und Arbeitnehmern」と題する論文を発表してゐる。

## 二 ロトマールの労働協約理論

### A 労働協約の法的類型、特に協約の当事者について

ロトマールは、労働協約の類型(Thatbestand des Tarifvertrags)<sup>(2)</sup>を、「内容と形式とによつて」規定する。内容は三つに分けられるのであるが、その中、一時的必要の為に置かる、所の一時的規定や、労働協約そのものに関する規定は労働協約にとつて本質的なものではなく、労働関係に関する規定、即ち個別的な労働契約の締結に際して、その内容たるべきものとして定められた規定こそ、その本質的規定を構成するものであると述べてゐる。<sup>(1)</sup>

労働協約の形式に於ては、それが一の無名契約であるとなし、論点を、かゝる契約の両\*〔端?〕をなす当事者——法的な人格者が誰であるか、特に労働者側に於て個々の労働者と労働者団体とが如何なる法的資格に於て労働協約に参与するか〔——〕、の問題に集中して居るのである。ロトマールによれば、当事者は先ず、「雇傭者及被傭者として対立すべき者」たることを要し、かゝる者こそ「労働協約の本来的主体(ursprünglichen Subjekts)」<sup>(2)</sup>たり得るのである。次に、かゝる当事者は、雇傭者の側に於ては、自然人又は法人である所の個人である場合も、多数体(Mehrheit)である場合もあり得るけれども、被傭者側では多数体のみが当事者たり得るのである。多数体として、彼の表象する所のものは、個別者の集積であり、未だ、独自の組織体としての労働者団体の如きものではないのである。彼に於ては、それ故、未だ、団体が当事者たるのではない。勿論、団体が協約の締結に参与する場合は認めるのであるが、かゝる場合に於ては、団体は、その構成員を代理するものであつて、当事者は構成員自身であるとなす、所謂代理説の立場に立つて居る。然しながら、かゝる個人主義的代理〔理〕論に立脚しつゝ、労働協約の大量的現象を解釈せんとして、追認の理論を見出すのであるが、その展開の行程はやがて、「代理権の授与又は追認の\*\*〔際に?〕」現存してゐた多数者の中、訴が現実にかゝる授權又は追認の意思表示〔を〕したか〔否か〕

を、労働協約締結の後に於て確めるについての「実際的困難」<sup>(3)</sup>に直面し、こゝに却て団体の独自な統一性を認めざるを得ざるに至つて居る。即ち、「労働協約が、かゝる団体 (Verband) の名に於て締結されるならば、その総ての構成員は単に事実上代理せられるのみならず、たとひ総ての者に因り代理権の授与又は追認がなされなくとも、総て労働協約の効果をうける、即ち多数者によつて授与された代理権は凡ゆる者の為に妥当する。」<sup>(4)(7)</sup>と言つて居るのである。然し、依然として彼は代理説を捨てない。<sup>(5)</sup>労働協約の効果たる権利義務の帰属する法的な人格者は、団体が、たとひ独自の存在を持ち自己の名に於て協約を締結したにしても尚それは構成員を代理するものであるとして、彼の原子論的法律観を貫かんとする。更に、協約の効力が、協約の締結当事者に現存してゐなかつた被備者や、現存してゐても代理権授与又は追認をなさなかつた被備者に対して、妥当領域を拡張する場合には、後の追認 (nachträgliche Genehmigung) 又は参加 (Beitritt) によつて行はれるとなし、然も、「団体協約 (Verbandsarif) の存する時<sup>(6)(7)</sup>には、参加はその団体への加入 (Eintritt) により黙示的に行はれる。」と議論を進めながらも、そこに生ずる関係は、代理の概念の中に吸収して了うのである。彼の心臓は、かくて、団体説と共に食卓に着いて居りながらも、彼の悟性は依然として扉の外に立つて居る。

以上の如き内容と形式をもつ「労働協約を他の類似の諸類型、即ち労働契約 (Arbeitsvertrag)、従業員規則 (Arbeitsordnung)」「和解 (Vergleich)」「団結 (Koalition)」「慣習 (Usance)」から区別するのであるが、これについては詳述の煩を取て採る程に重要性を認めない。唯、然し、工業法第百五十二條<sup>(8)</sup>に所謂団結 (Koalition) と、労働協約との差異について彼の言を聴かねばならない。蓋し、彼も言へる如く、かゝる区別によつて、工業法第百五十二條第二項及第百五十三條<sup>(9)</sup>の適用が排除され、かくて労働協約の実効性 (Wirksamkeit) に対する障害を除く意味をもつからである。然も、当初のライヒスゲリヒト [Reichsgericht] ドイツ帝国最高裁判所<sup>(10)</sup>の態度はこ

れを同視せんとする傾向にあつたからである。ロトマールは、両者を識別して曰く、「労働協約は『ヨリ良キ賃銀条件及労働条件ノ獲得ノ為ニスル約定又ハ統合』(Gew. O § 152)ではなく、却てそれ自体が労働契約の双方の当事者について、賃銀及労働条件を確定するものであるが故に、『Koalition<sup>(6)</sup>ではなく』と。

- (1) Lotmar: Der Arbeitsvertrag. I Bd S 760 ff.  
Sinzheimer<sup>(7)</sup> Lotmarの協約内容の分類は正しきものと\*とある、と言ふ (Sinzheimer)、『集团的労働協約論』I 卷(九七頁)。
- (2) Lotmar: aa. O.S. 765.
- (3) Lotmar: aa. O.S. 798.
- (4) Lotmar: aa. O.S. 798-799.
- (5) Lotmarが代理説を固持した事について、後藤氏は「ドイツ工業条例第一五二条第一五三条の規定の存在並びに當時に於〔おい―原文、以下同〕ては団体は未だその抱擁力と統制力とに於〔おい〕て弱かりし事〔こと〕に由るものである」となして居た(後藤、前掲書六〇頁参照)。
- (6) Lotmar: aa. O.S. 771.

B 労働協約の効果について。特に、Unabdingbarkeit<sup>(7)</sup>の問題

(i) 労働協約は法的効果を有するか

ロトマールは、労働協約が、実定法上の法的意味をもつ存在であるとして次の如き理由を挙げる。即ち、

(イ)「労働協約は、そのものとしては善良の風俗 (guten Sitten) に反せず、労働協約によつて反さるゝが如き、(賃銀条件及労働条件の) 一般的規制、(例へば、労働時間或は徒弟者数) は、国家によつても亦反さるゝ所であ

るから、同様な私人の行為は反道德的ではあり得ない」。

(ロ)「道德が、労働協約の法的効力に対して、何等の抗議をも著せなければ、同様に、かゝる法的効力は法律によつても又否認されないものである。蓋し、工業法百五十二条が、団結から訴も抗弁も取り上げて了うと言うことは、団結せる被傭者が一人の雇傭者又は多数の個々の雇傭者或は又雇傭者の団結と法的効力をもつ契約を締結することを妨げるものではないから」。

(ハ)「更に、一方的処置により、又労働契約の一方の当事者と\*\*との契約によつて、賃銀条件及労働条件の一般的規制が定説的に法的に有効なりとなされて〔い〕るならば、そして同様の事が義務的な従業規則によつて労働義務の大きなカテゴリーに対して行はれて〔い〕るならば、将来の労働協約に対しても亦法的効力を要求すべき充分の理由をもつて居るのである」<sup>(1)</sup>。

以上の如く、ロトマールは先ず、労働協約が果して法的効果を有するか否か、から出発するのであるが、この事は、個々の企業や一産業内の如き部分的経済社会に於ける労資の階級的対立を基底として締結せられる労働協約に対して、更なる社会規範を保障する社会的強制の外に、全体的国民経済の集中的表現たる国家的、政治的強制によつても亦実効性を保証される法的効果を是認することによつて、労働協約の社会的意味を肯定せんとする彼の社会政策的志向に強く裏付けられて〔い〕ることを意味するものと言はなければならない。それは又、ブレンターノ一派の講壇社会主義左派の流れを汲みとることを暗示するものであろう<sup>(2)</sup>。

(ii) 如何なる法律効果を有するか

〔ロトマールは〕労働協約が如何なる法律効果をもつかは、当事者が契約締結によつて達せんとする事実的效果



(faktisch Wirken)によつて、先ず、規定されるとなし、かゝる事実的效果を探究する。即ち、ロトマールによれば、(イ)、労働協約によつて予め労働諸条件を確定して置くことによつて、労働契約に於て、之を確定する(「ため」)の労力と時間とを節約し、それと共に、労働諸条件を一般的に同一に定めることによつて、労働契約の当事者として、格別の努力を要せずして彼の仲間(Berufsgenossen)全体の利益と一致するが如き労働関係の規制の下に立つことを得せしめる目的をもつ。即ち労働契約の締結を容易ならしめると云う技術的目的である。(ロ)、意\*の不利益を防止する目的を持つ。(ハ)、労働関係にある程度の国家性を備える目的を持つ。

彼の挙げる三つの事実的效果は、勿論一つの重要なものを見逃した残りのものである。即ち、「それは」ジンツハイマールの強調して居る所の、労働平和の効果、換言すれば闘争回避の効果に外ならない。況や、当時盛んに産業平和が叫ばれて居たことを思へば、彼の見解はむしろ驚くべきことである。然し、かゝる事実的效果を探究せんとした意図は、契約意思の内容を客観的に取り出さんとするものであり、かゝる仕方は、彼の如く、意思あればそこに法(「的」)効果ありとする見地に立たずして、何等かの意思表示を法秩序の論理的意味構造の中に包摂することによつてその効果を理解せんとする立場に於ても、優れたものであると見られ能うのである。

さて、ロトマールは、上述の事実的效果を基礎として法律効果を見るのであるが、先ず第一の目的を達せんが為には、当事者は、「労働契約の締結に際し、労働協約の規定につき、何等言及される所なき場合に於ても、労働契約は労働協約所定の条件を内容として、締結されたものとして看做すべきことを相互に約定する」<sup>(3)</sup>。こゝに於て、労働協約に予定されたる結果に「補充的なる効果」(ergänzende Rechtswirkung)となる。又、第二及び第三の目的の為に、当事者は、「労働協約所定の条件を内容としてのみ、労働契約を締結すべき事を労働協定に於て約定する」<sup>(4)</sup>。こゝに於て、労働協約の規準的(massgebend)なる法律効果が発生する。かゝる効果は「法によつて与へられる」

と彼の言う場合は、その法に於て既成の市民法秩序が意味せられて居ることは勿論であるが、留意さるべきは、ロトマールに於ては、当事者の意思は、そのまゝの内容に於て法的効果を持つべきことが——良俗に反せざる限り——市民法上難無きものとなされて「い」ることである。

(イ) 補充的效果

ロトマールの所謂補充的效果は、労働協約の規定は、労働協約の当事者の意思表示を要する事なしに当然に労働協約の内容となり、否、むしろ労働協約によつて規制せられて居たる点については「」意思表示は無用(überflüssig)であると言う事の中に先ず現れ、次に、任意規定は、それに異〔な〕る規定が労働協約の中に存する限り、労働協約の中に定めるまでもなく、その適用を見ないと言う事の中に見られる。

かゝる補充的效果は、後藤教授も指摘せられるが如く、彼の当事者についての所論、即ち、労働協約の当事者と労働協約の当事者と同じき個々の被傭者に見る代理説の論理的な帰結に外ならないことは看取するに難からぬ所である。

(ロ) 規準的效果

ロトマールによれば、「労働協約は、これに反する労働協約の締結を許さざる目的と、又、この目的に従ひてなされる約定の下に締結せられるものであつて、それに附せんとする法律効果は、その妥当範囲内で締結せられる総ての労働協約に対して規準的(maßgebend)たる事である。かゝる効果は、労働協約が、たとひ当事者がこれに対して労働協約に反する内容を与へた場合に於ても尚労働協約の規定を内容として締結されたものとして法律上、取扱はれる事によつてのみ達せられ得るものである。それ故、労働協約に於て確定せられた集団的意思に対して、労働協約の中に表示せられた個人的意思は単に無用たるのみならず、更に又無力な(ohnmächtig)ものである。」

然も、この無力は単に無効ではなく、存在の余地がないのである。即ち、「寧ろ、一般的協定の達する限りは、個人的協定は存在の余地を見出し得ず、従つてその妥当性(Gültigkeit)を問うを要しないのである。」以上の如き効果を労働協約の「Unabdingbarkeit」<sup>(7)</sup>と言ひ、ロトマールはかゝる効果を現行法上承認するのである。その為に彼は、かゝる効果を認めることが市民法の原則に反するものに非ることの論証から出発して、詳細に、解釈論上の根拠を展開する。

先ず、工業法第一〇五条に、「独立ノ工業主ト工業的労働者トノ間ノ労働関係ノ確定ハ、帝国法ニ基ク制限ヲ除キ自由ナル合意ノ対象デアル。」と規定せらるゝ、に対して、「それ自身合意に基く所の契約自由の制限は、これによつて排除せらるゝもので「は」ない。」<sup>(8)</sup>として、協約の規準的効力を認める上に障害とならざるものと主張する。次に、かゝる規準的効果は、「各人は、自己の設定したる法律を度\*〔罷?〕するの自由を有す。」とする市民法の根本原則に矛盾しない。「蓋し先ずかゝる原則は神聖不可侵なものでなく、他の原則と同様例外をもつ原則をなすに過ぎないからである。」そして、例外をもつと言う事は独叫ではなくて、もし、かくの如く見ないならば、撤回許さざる一方的行為の存在を認めることが出来ず、又、代理権の撤回を為さざる旨の拘束的意思表示が問題とならないであらうから、現行法上例外は暗示されて居ることであり、特に独民三九九条の如きは債権の譲渡禁止契約を規定して居るのである。即ち、債権者は自己の債権処分<sup>(9)</sup>の自由を抛棄し得るのである。かくの如く、その原則は例外を許すものであると云う事の外に、更に、労働協約がその原則に衝突せざる他の理由を、ロトマールは次の点に求める。即ち、「労働契約の当事者は、労働協約の規定に反する条件をその内容として収めることによつて、単に自らが自己に対して課した制限を変更するに過ぎないと言う事は決してないのである。蓋し、労働契約の当事者と労働協約の当事者とは同一でないからである。即ち、労働契約は単に一人の被傭者との間に締結せらるゝのに反し、

労働協約は被傭者の多数体との間に締結せられるのである。「労働協約が設置する契約自由の制限は、多数体により共同的に建てられたものであり、従て、かゝる多数体の中の個別者の同意が、この制限を破壊して契約自由を回復すると言うが如きは矛盾であろう。」<sup>(10)</sup><sup>(11)</sup>これらの言葉は、彼が協約当事者論に就て代理説をとる限り、甚だ奇異な感を抱かせるであらう。<sup>(11)</sup>何となれば、代理説に於ては、労働協約の当事者は、労働契約の当事者と同一人たらざるを得ないからである。然るに、彼は同一ではないとして居る。これは抽象的には明らかに背理たらざるを得まい。抽象的な市民法上の法的人格者が即目的に予想せられて居る限り、——然も、ロトマールの市民法的悟性はその概念に固着して居るのであるが——彼の如く「同一ではない。」とすることを得ないわけである。それ故、我々は、ロトマールはこゝでは労働協約関係の対立項を成す法的人格者について何等か具体的な考察をなさんとして居るのであると見なければならぬ。それは、未だ明瞭な形で階級的人間として表象せられて居るとは言へないまでも、多数体の中に於て共同的に活動する所の被傭者としての具体的な個人が着眼せられて居ると考へられやう。更に又、彼の、個人意義に対して、多数体の意思の優越を肯定せんとする強い熱情がこゝでは観取せられ得るのである。<sup>(12)</sup>然し、未だ何故に多数体が個々の構成員に対して優越すべきかについては反省を加へて居ない、唯、そこには鋭いパトロギツシユな直観がある。要するに、ロトマールは、スコラの煩瑣と独断とにつきまとわれた彼の代理説を、労働協約への展望的な要請によつて打ち越へざるを得なかつたのである。然し、彼は、未だ労働協約が市民法そのものに自己反省を迫る新らしき形態の法秩序に於ける一類型であるべきことについては、思ひ至つて居ない。

第三に、労働協約の Unabdingbarkeit を認めたが故に彼は工業法第一三四条以下に規定されて居る所の義務的従業規則 (obligatorische Arbeitsordnung) を挙げる。即ち、同法第一三四条 a の第二項によると、「従業規則ノ内容ノ変更ハ、追加規則 (Nachträge) ノ発布ノ方法ニヨリテノミ、之を為ス事ヲ得」とあり、第一三四条と、第一

項には、「従業規則ノ内容ハ、法律ニ反セザル限り、雇傭者及労働者ヲ拘束ス」と定める。彼の解釈に従へば、かゝる従業規則の拘束力は、「従業規則の内容に反するが如き労働契約は成立の余地なく、たとひ従業規則の内容に反する合意の行はれたるときと雖も労働契約は従業規則の規定せる内容をうけとると言う意味をもつ」<sup>(12)</sup>ものであつて、その拘束力は、従業規則と同様に労働協約も亦その下に立つてゐる所の「一つの原則の流露」である。従て、労働協約は必然的類推によつて従業規則と同じ程度に於て労働契約を支配すべきである。而して、その原則と言ふのは、「弱き契約当事者の利益の為に、彼等の結ぶべき契約に対して、同一且つ予め確定せられたる内容を予告する旨を目的とする一般規定は、各個の場合に個別的契約によつてその効力を奪はるゝに於ては、その目的を達することを得ないという原則」<sup>(13)</sup>である。そして、必然的に類推さるべき理由は「一方性と双方性との差異」にある、蓋し、「一方的な一般規範の創設者すらも特別の約定によりて之を破ることが出来ないならば、一方的に制定せられずして、多数の第三者との協定によつて創設されたる一般的规定を破る事は、より一層不可能だからである」<sup>(14)</sup>かゝる見解にも拘らず、ロトマールは、労働協約に反する従業規則の制定されたる場合に於ては、従業規則に優位を認め且つ、労働協約違反の従業規則を制定する雇傭者は善良の風俗に反する従業規則を制定するものであり、従てかゝる従業規則は無効とするKoelneの見解を単なる道徳的見解なりとして退けるのである。以上のごとき彼の議論は多少不徹底であるのではなからうか。ロトマールは、後述の如きジンツハイマーの解釈に反し、従業規則にUnabdingbarkeitを承認せんとする美香を探り、且つかゝる約定は市民法上例外的なものとして類推をゆるさざるものではなくて、より強い理由を持つ労働協約には\*\*「必然?」的に類推されねばならぬとしながらも、然も、より弱き理由をしか持たざる従業規則に優位を承認するからである。彼が、類推を許さざるものとするならば格別、類推を許しながら、より強き理由をもつ労働協約に対して、より弱き理由の上に立つ従業規則が優位すると観るこ

とは、彼の見解に於ける内在的批判に対して弱き側面であると言はなければならない、又、ゲーテンジッテン〔gute Sitten 善良の風俗〕は道徳と法との間の広き通路であり、道徳的許諾と法的許可とが最も密接に重り合う所であるが故に、協約違反の従業規則を良俗に反するの故を以て無効なりとする見解も単に道徳的見解なりとして、直ちに拒否し難い事情にある。我々は、類推に於ける、より強き理由を、一方性と双方性との差異に従て、労働協約に認めんとする彼の観点からは、多数体の意識の中に、労働協約の優越を正当なりとする法的意識が見出される限りは、協約違反の従業規則を良俗に反すると見ることは、却てその当然の帰結ではないかと問題し得るのではなからうか。

最後に、彼は、労働協約の Unabdingbarkeit を論ぜんが故に、それが工業裁判所によつて徐徐に認められつゝある事、及、協約当事者、殊に雇傭者が、その締結を回避せんとして〔い〕る事実をあげる。然し、当時の判例の傾向は、彼のあげる一例を除けば全く反対の態度をとつて居たもの、如くである。彼は、雇傭者が協約締結を回避するのを、一の法的感情であるとし、「若し、彼等が労働契約を以て労働協約を破り得ると信じて居るならば、かくの如く労働協約の締結を躊躇する筈はない。この拘束の感情、多数者に対する拘束の感情は、一の正当なる法的感情 (Rechtsegefühl) である。」<sup>15)</sup>と喝破して居るのであるが、この点について、我々は二つの点に留意しなければならぬ。一つは、果して、彼の言へる如く、「正当なる法的感情」であるならば、かゝる法的感情を支持せられたる労働協約に違反する従業規則が、正当なる法的感情によつて支持され能はないであらうと言う事、従て、かゝる従業規則を無効とする見解は単に道徳的見解に過ぎず、とは言へないではないか、と疑はれざるを得ない所の、彼の議論内部の撞着についてである。他の一つは、果して彼の述べるが如き拘束感情を法的感情なり、と言ひ得るや否や、についての考察である。凡そ、社会規範は、そのものとして一般に拘束感情を惹起するものであり、労働協



約も亦、それが約束として遵守さるべきであるとする事や、その約束が多数体によつて締結せられ、多数体の利害に関するが故に、一人の利害は多数者の利害に道を譲らねばならないとする事などが社会的感情によつて肯定されてゐる限り、社会規範として拘束感情を引き起こすものであることはいふ迄もない。況や、労働者団体による経済闘争の可能性によつて支持されて居る限りは、頗る強い拘束感情を雇傭者に生ぜしめるであらう。従て、たとひ、終局的に国家的権力によつてその実効性が保障されて居ない場合に於ても、充分彼等をして協約締結に対して臆病たらしめ得ることであらう。然しながら、かゝる拘束感情は直ちに法的感情であるか、果して法的感情とは何か、は尚残る疑問である。のみならず、形式的に妥当根拠を有せざるにも拘はらず、法的感情によつて支持せらるゝ、が故に法がなければならぬとすべきか、否か、(或は、裏から、ロトマールの如く、法的感情が存するが故に、そこに法の存することが論証されると見るべきか否か、と言つてもいい。)が根源的に問はれねばならない課題である。ロトマールが、彼の法的現実に志向付けられた全体的法秩序を構想するとき、かゝる法秩序は、単に法典の中のものならず、かゝる法律感情と言うが如き、\*\*意思の側に於ける觀念的存在の中にも亦、その外的表現をもつて居るものと考えへられるのであり、その態度は、ジンツハイマーと趣を異にするものである。我々は、ジンツハイマーに移り行きて、再びこの問題に帰り来る筈である。<sup>(16)</sup>

以上の如くにロトマールは、労働協約がUnabdingbarkeitを有することを論証するのであるが、それらを貫流する赤い血は、彼の脳漿からのみではなく、却て彼の心臓から送りだされ、脳の貯水池で浄化されたに過ぎぬ。されば我々は、彼の心臓の鼓動を聴こう。

「労働協約によつて、多数者に対して約束をなせる者は、労働契約によつて之を破るならば、たとひこれらの多数者中の個別者との間に於ては了解し得る事が出来るとは言え、その他の総てのものに対しては、この約束を破つ



たことになる。そして彼自身が、多数体（それらの者の間に於て共通なる規則を設定したる多数体）に属するならば、個別的\*\*「意思?」によつて、共同的に創造された秩序を破ることによつて、自己の仲間に対しても亦約束を破るのである。協約違反の労働契約は単に連帯(Solidarität)を犯すのみならず、\*「投?」売的競争や孤立者の被圧迫状態<sup>(17)</sup>に対して、労働協約が閉じた所の、そして閉すべき任務をもつ所の扉を開け放つものである。」と。

- (1) Lotnar: aa. O.S. 773 f
- (2) Sinzheimerに於ては、労働協約が法律関係であり、法律効果をもつと云う事は最早や議論を要せざる事実であるかの如く取り扱はれて居る。
- (3) Lotnar: aa. O.S. 776.
- (4) Lotnar: aa. O.S. 776 f
- (5) 後藤〔・〕前掲書三五頁註19参照。
- (6) Lotnar: aa. O.S. 780-781 f.
- (7) Unabdingbarkeitの語は、我国に於ては、不可変性と通常訳されている(安井『労働協約法論』(清水書店・一九二五)一九三頁、八木清信『労働契約の研究』(政経書院・一九三四)三三三頁以下など)後藤氏は之を「直律的強行性」と訳して居られる。(『協約理論史』を見よ) SinzheimerはUnabdingbarkeitと同様の内容を別の言葉に於て表して『zwingende normative Rechtswirkung (od. Funktion)』と言ひつゝゐる。(例へば、der Korporative Arbeitsnormenvertrag II Bd. S67を見よ) 私は本語訳としては、Sinzheimerが別の言葉で表はしている所の「強行的規範的効力」から暗示されて、「強行的規範性」と訳した方がいゝと思ふ。その方が内容を最も巧妙にあらはし得るからである。然し、こゝでは原語をそのまま、用ひた。学界の用語としては、このまゝでよいと思つてゐるからである。
- (8) Lotnar: aa. O.S. 781 bis. Anm. 2.
- (9) Lotnar: aa. O.S. 781-782.

- (10) Lotmar: aa. O.S. 782.
- (11) この点については、Sinzheimerも指摘してゐる。そして、「多数体の規定せるものは個々人の処分の圏外にある」とするLotmarは、協議により生ずる権利の主体を個々人ではなく総体 (Gesamtheit) であるとさせるものに外ならずとしつゝ「それ故に代理説は……抛棄せられて居る」と言つてゐる。(Sinzheimer' Korporative Arbeitsnormenvertrag II Bd. S.75)
- (12) Lotmar: aa. O.S. 78 2,78 3
- (13) (14) Lotmar: aa. O.S. 785.
- (15) Lotmar: aa. O.S. 786.
- (16) Sinzheimerが実定法を見る態度は法典を恰も実定法の唯一の法源であるかの如くに、云はゞ立法意思の見地から見ても居るのである。Lotmarはそれに反して、従法意思の立場をも深く考察して居るのを見る。法\*の中に一定の自然法的\*〔微?〕香が感ぜられる。我々は、法的感情或は法的確信を全体的法秩序——実定的な——との連関に於て見なければならぬ。立法意思と従法意思との問題は根源的には、両者の主体の社会関係の問題であらう。(これは、第二篇に於て論ずる筈である。第二篇は然し終に書く暇がない。他日を期す。)
- (17) Lotmar: aa. O.S. 787.

### 三 ジンツハイマーの労働協約理論

一九〇四年、ライヒスゲリヒト [Reichsgericht: 帝国最高裁判所の] 判決が、協約協同体を工業法第一五二条に所謂団結であると宣言するや、ロトマール以後\*つゝ、あつた学界の労働協約に対する関心は、強く刺激された。こゝに、ロトマールの見解は、学説の出発点でもあり、温醸地でもあつたと同時に、越さるべき峠でもあらねばならなかつた。法的理論意識も亦弁証法的対立を媒介としてのみ発展すべきものでもあらうから。かくて、Rundstein' Baum' Schall' Oertmann' Preuner等が輩出したのであるが、やがて、学界の支配的理論となり、協約立法にも

影響する所の多からんジンツハイマーの著作について、如何にロトマールが批判されて居り、そして彼の理論が如何に展開されて居るかを、今特にDie Korporative Arbeitsnormenvertrag I Bd u. II Bdを中心として研究しようと思う。蓋し、それは恣意的な選択によるものではなくて、かゝる支配的理論に於てこそ、その時代の実践的課題に答へる理論を読み取り得るからに他ならない。<sup>[ママ]</sup>

ジンツハイマーは、一九〇七年に上掲書の第一巻を公にし、一九〇八年にその第二巻を世に問うて居る。彼に於ても、ロトマールの如く、労働協約は、その類型と法律効果とについて考察せられ、前者の為に第一巻が、後者の為に第二巻が書かれて居るのである。

#### A 労働協約の法的類型。協約の内容とその当事者<sup>[ママ]</sup>について

ロトマールが、労働者の多数体と資本家との間に締結せらるゝ協約のあらゆる場面を含み得るやうな、抽象的な、それ故に内包的には貧弱なる労働協約概念を構成したるに反して、ジンツハイマーは、労働者団体が当事者として、資本家との間に締結する典型的な労働協約から、その概念を導いた。然も、ロトマールが、あらゆる労働協約に共通なもの求めて、然も、それを市民法的類型の中に吸収せんとしたが故に、却て協約の歴史的性格を見失ひ勝ちであつたのに対して、ジンツハイマーは典型的な労働協約の分析によつて、市民法そのものの反省を追つて居る所の労働協約の歴史的性格を顕はにすることを得たと言はなければならぬ。<sup>(1)</sup>

ジンツハイマーの理論は次の如く始る。「労働協約の内容を支配する形成原理は、単に法律規定の類型からは獲られ能はない、却て、かゝる類型がそれを汲盡さないが故にこそ、労働関係そのもの、現実的な現象を認識すべく努力がなされねばならない。」<sup>(2)</sup>然るに、「労働関係に於ける労働者の生活状態は、特に我々の時代にとつて特徴的な

る大経営に於ては、二重の仕方で規制せられ得る。即ち、或は彼の受取る賃銀や彼が労働すべき義務のある時間や……などの如く、労働者を個人として雇傭者と結びつける所の関係によつて、而して又、全部又は大部分に於ける総ての労働者に共同なる所の、それ故に労働者を共同体の構成員として把へる所の、関係によつて。」<sup>(3)</sup>「労働関係の内容は、それ故に、元来、関係の二つのグルツペ〔Gruppe〕に解消する。即ち一つは個人的関係(Individualverhältnis)他は、連帯的關係(Solidarverhältnis)と名づけられるものである。両形式は、凡ゆる労働関係に於て、見出されるものではなくて、多くの労働者が一雇傭者に対して、同時に労働関係の立つ場合には唯(一)常に存し得るのである。それ故に、個々の場合にかゝる関係の存するや否やは、事実問題である。通常、この関係は、所謂、大工業労働の労働関係に於て存在する。」<sup>(4)</sup>所で、「個人的関係のみが法律によつて規制せられる。連帯的關係は規制せられない。……経営に於ける労働者の共同利益(Gesamtinteresse)は……私法にとつて現存しないのである。」<sup>(5)</sup>成程、現在は労働者委員会を知つて居る、然し、それも連帯的利益について労働者全体の為に雇傭者と法律関係に入る機能を持つものではない。「結局、連帯的關係の内容が、それに従て規定される所の原理は、雇傭者による独占規定(Allenbestimmung)であると云う事になる。」<sup>(6)</sup>一方、個人的関係は今日の私法秩序によると、多くの関係を内在して居る。それは三つに分けられる。即ち、交換関係(Austauschenhältnis)〔一〕上下秩序の關係(Einheitsverhältnis der Über und Unterordnung)〔および〕労働者に対する人格的配慮の關係(V. der persönlichen Fürsorge für die Arbeiter)である。所が、「連帯的關係の共通的關係と同様に、個人的關係の個別的關係も亦、雇傭者の独占規定によつてその内容を受け取ると云う事は注意すべきである。労働の共同的条件を確立する所のかゝる独占規定は、自由なる経営形成の権利の中に表現される。又、かゝる権利は特殊的には、交換關係にその具体的内容を与える所の規定権(Bestimmungsrecht)」、労働の遂行や労働者の態度を〔一〕時には懲戒的方法を以て経営内に於て規

制する所の支配権 (Direktionrecht)、そして最後に労働者の人格 (Persönlichkeit) を保護せんが為に雇傭者の行うべき配慮 (Fürsorge) の中に表現されるのである。……我々は、労働契約によつて雇傭者に流れ込むこれらの一切の権利を、その内容の形成には、それに関係ある者の如何なる共同作用にも結びついて居ないが故に、労働関係の絶対権 (die absoluten Rechte) とよぶ。それが……工業的労働契約的形成原理をなして居るのである。」かくて、「労働契約は、単に相互の契約であるばかりでなくて、同時に、それによつて一人の者が、彼の人格的労働に於て他人の指令権力の中に入る所の支配契約 (Herrschaftsvertrag) でもあるのである。」<sup>(8)</sup>こゝに於て、かゝる権利の特定の場合に於ける行使を規制し、その濫用の危険に対して保護を確立する為に労働立法があらはれる。従業規則も亦そのさゝやかな試みの一つである。

以上の如く、工業的労働契約の形成過程を洞察することによつて、労働協約に特有なる形成原理を取り出すことが出来る。即ち、「工業的労働契約の絶対的形成原理の代りに、内容に於ても亦、契約に適合する形成原理を定立する事、絶対権の代りに、契約に適合して造られたる規範を定立する事の中に存するのである。」<sup>(9)(10)</sup>

ジンツハイマーは、労働契約がその締結に於ける形式的自由によつて雇傭者の支配を実現するものとなることを率直に認め、雇傭者のかゝる絶対権の代りに規範を定立し、契約の実際的内容に於ける自由の喪失を回復せんとする努力のなかに労働協約の形成原理を見出さんとするものであるが、それは、賃労働者が雇傭者の絶対権から自己を解放せんとする階級的自覚を承認し、単に関与者の多数ではなくて、雇傭者に対して自己を意識せる賃労働者の多数の社会的努力を一応評価しつゝ、他方賃労働者たることその事をも否定せんとする革命的態度に対しては消極的な改良主義の「立場に」立つて考へられて居るものであることは勿論である。我々は唯、「\*\* (多数?)」団体から、立憲的意味に於ける自由の上に基礎をもてる所の団体が発展しなければならぬ。」<sup>(11)</sup>と云う彼の言葉を思ひ

起せばいい。

ロトマールに於ては、労働協約を市民法的類型によつて把える事が重要な関心であつたのに対して、上述のジ  
ンツハイマーの言説の中に既に立法を展開する者の態度が観<sup>〔マ〕</sup>取せられる。彼に於ては、現行法は決して労働協約  
を十分に規制するものではなく、その形成原理は市民法の形式的な自由の中ではなくて、一層具体的な自由の中  
になければならないのである。労働力の売買者の自由ではなくて、労働の実行者の自由が、契約締結の自由ではな  
くて、契約実行の自由が主たる関心である。そして、それらは立法の問題なのである。市民法は、支配の仮面とし  
ての自由しか見ない。立法は仮面の下までも自由の光を投げかけねばならない、とするのである。

かくの如く、労働者団体を承認し、改良主義的志向を以て立法政策を立てんとする立場は、ジツツハイマーの出  
発点に於て既に見られるのであるが、こゝに於ては然しロトマールの峠を越すことが主要なる課題として、彼の立  
法への高飛びを<sup>〔マ〕</sup>押えて居る。彼は先ず労働協約が現行法上如何に律せられて居るかを、この書に於て詳細に展開  
する。

#### (i) 労働協約の内容

ジツツハイマーに於ては、労働協約が如何なる関係を規制せんとするものか、即ち、その内容は如何と云う問題  
を吟味することが出発点となつた。現実の労働者と雇傭者との関係を分析して、その関係の中から幾つかの類型を  
見出し、それに照応して労働協約の内容を類型化した。而も、その場合、彼が、労働団体が一方の当事者たる典型  
的な労働協約を対象として居る事は、彼の類型として具体性を担はしめ、それ故、歴史的現実的実践を指導し得る  
具体的理論の基礎たるを得せしめて居るのである。彼の所謂一般的労働規範や職業規範の如きは、ロトマールの如

く当事者を個々の労働者なりとする立場からは\*追されざるを得なかつた。然も、これらは労働関係に於ける重要な側面を規制するものたる事言う迄もない。さて、然らば、ジンツハイマーに於ては、労働協約は如何なる内容をもつものであるか。彼は、「労働協約に特有なる規定」を建てる前に先ず次の如き内容をもつものを排除する。

即ち、「特殊性を一般に提示せざるもの、既に\*〔報?〕知の、或は法律的〔に〕規制せられて居る契約の型の特徴を含むもの、及び雇傭者と被傭者との間の関係に直接的に触れないものであり、それは以下のごときものである。(i) 労働協約そのものに関する一般的規定。例へば、労働協約の始期、継続、解除、更新に関する規定である。……(ii) 直接に労働契約の締結、或はその予約を含む規定、……(iii) 雇傭者と被傭者との関係ではなく、雇傭者自身の間の関係、或は被傭者自身の間の関係にのみ関する所の規定である。」以上のものを排除して、そこに得られる領域は、労働協約に固有なるものとして残るのであるが、それは対象に従て二つのグルツペ〔Gruppe〕に分けられる。一は、労働規範 (Arbeitsnorm) のグルツペであり、二は、職業規範 (Berufsnorm) のそれである。前者は、「最も広い意味に於て労働関係に関する。そして、雇傭者と労働者との間の関係を規制する。」而して、後者は、「雇傭者(若くは雇傭者団体)の、労働者職業団体或はその構成員に関係する。そして、労働契約の関係ではなくて、職業共同体 (Berufsgemeinschaft) から生ずる関係を規制する。」<sup>(13)</sup>

労働規範は、労働契約を締結し得る労働者の資格を規定するものと、労働契約の内容を規定するものとに分かれ、前者は、「労働契約の特殊な内容を顧慮せずして妥当すべき」ものであるが故に「一般的労働規範」(allgemeine Arbeitsnorm) とよばれ、後者は「特殊の労働規範 (Besonderer Arbeitsnorm) とよばれる。

特殊の労働規範の内容は、彼が労働関係を個人的連带的関係に於て把へるのに照応して、個人的規範と連带的規範 (Individualnormen und Solidarnormen) とに分けられる。



個人的規範は、彼が個人的労働関係を、交換関係、上下秩序の関係、及人格的配慮の關係の三つに分ける(一の)に依じて、その関係を規律する規範として、<sup>(14)</sup> Tarifnormen、Direktionnormen 及 Fürsorgenormen に分けられる他に、解約告知(Kündigung)などの如く、関係一般のものに関する規範(Bestandnormen) 及副次的協定によつて関係を補充する規範(Ergänzungsnormen) が分けられるのである。

連帶的規範は、二つの類型から成る。即ち、「連帯関係が、そこに基礎をもつ所の労働の共同体は、物的及人的基底をもち得る。労働手段が、作業室や労働対象をも含めて共同なる(gemeinsam) ときには、物的であり、労働者の多数体が経営内に集められ、そしてこの多数体が彼等の労働に於て、或は情況に於て相互に依存して居るときは、人的である。規範が、共同体の一又は他(物的又は人的)の形態に關はるに依じて、経営規範(Betriebsnormen) 或は組織規範(Organisationsnormen) とよぶ。」<sup>(15)</sup> 前者の「対象は、大抵は一定の物的な、経営構成を指定する事による労働者の為の配慮であり、かゝる方向に於て、それは共同の作業室若くは居住室に關するか、或は共同的保護手段又は労働手段に關する。」<sup>(16)</sup> 後者に於ては、「労働者の一定の構成、彼等の間に於ける労働の分配、及労働規範即ち上下秩序の關係、経営の行政的任務に対する労働者の協働、<sup>(17)</sup> 又は官吏の種類或は地位等を定立する所の規定」が理解せられて居る。

職業規範を、労働協約に本質的なものとなせるは、ジンツハイマーが、労働協約の労働者の側の当事者を統一したる団体なりとする立場と関\*〔係?〕として始めて充分に理解せられる。連帶規範が、近代的経営の機械的及空間的集中性によつて技術的に制約せられる労働の共同性に着眼して〔い〕るのとは別に、かゝる労働の共同性に深く存在的規定をうけながら、それ自身社会的、経済的規範としての階級を意識し、かゝる意識の上に組織せられる労働者団体の社会的活動の主體的意義を認めんとする立場に於てのみ、かゝる職業的規範を本質的なものとなし得る

からである。<sup>(18)</sup> 彼は、かゝる階級的意識を基底とする団体的生活関係を、団体が団体として営む関係と、その構成者が単に労働者として、はなく、構成員として〔経〕営内関係とに分け、前者を規律する規範を社会的職業規範 (die soziale Berufsnormen) となし、後者のそれを個人的職業規範 (die individuellen Berufsnormen) とする。社会的職業規範の中にも、更に詳細に規定を類別するのであるが、重要なものは、例へば、労働者職業団体を唯交渉主体として認め、そして交渉の一定の形式を規制する規定や、或は、雇傭者乃至は雇傭者団体の労働者職業団体に對する關係に於て、闘争規制の適用に對して一定の態度を定める規定などが挙げられて居る。個人的職業規範に於て、彼が本質的なものとなし居るものは、「個人の態度は、労働契約の締結の事實には結びついて居ない、すなわち失業せる組合員又は労働協約に入つてゐない経営に於て労働せる労働組合成員も亦、個人的職業規範に服従せしめられ得る、即ち規範適用の前提は団体への所屬性のみであると言ふ点である。」<sup>(19)</sup>

上述の所によつて、ジントハイマーが、労働協約の内容としてゐるものを一瞥したのであるが、彼が、対象を近代的大工業に於ける賃労働者と雇傭者との關係に限定し、そこに近代産物たる労働協約の典型的な形態を觀取し、自由なる契約になつて設定される支配關係を直視し、労働行程に於て、技術的に必要なる集中性と、そこに根源をもつ階級意識を自覚し、それを積極的に表現する労働者団体の主体的伝道力を承認しつつ、基礎的な、生産過程に於ける労働關係との主体的構造に於て、類型化を試みて居るこの章は、恐らく彼の著の圧巻たる部分であらう。

(ii) 労働協約の当事者

当事者(という)地位の規定に於ける困難は、被傭者の側に存する。蓋し、私法的思惟は概して個人的契約の表象しか有せず、法的交渉に於て組織された多数体の登場することについては眼を注がないからである、となして、

被備者側の組織せられたる多数体に議論の焦点を\*〔設?〕ける。然し、かゝる労働者団体が、協約締結の際に於て立つ法的地位について三つの可能性が存する。即ち、ロトマールを代表者とする代理説、ルンドシュタインを代表者とする結合説、即ち、「団体は自己の名に於けると同様に、その構成員の名に於ても亦行動する。当事者は団体と、その構成員である。」と見る立場。及〔び〕最後に、ジンツハイマー自身の採る団体説、定義すれば、「団体は自己の名に於て行動する。当事者は団体である。」とする見地の三者である。<sup>(20)</sup>ジンツハイマーによれば、かゝる三つの可能性は、それだけとしてみれば可能なる形態である。然し問題は、「疑わしき場合に於て当事者が欲したるものを見出すこと、それ故、当事者が明文を以て、明確に別の協定をなさざる場合には妥当する所の通常の形態(Normalform)を確定すること」によつて解決せられねばならないのである。然らば、かゝる「通常の形態」は如何にして認識されるか?それは協約の文言からは得られるものではなくて、「関係者の利害状態」が決定的な標準となる。然らば、「関係者の利益状態は如何なる見地から決定されるか?」〔?〕「若し、協約関係者をして三つの協約締結形態の各々に特有なる法律効果を経営の利益に従て明瞭に認識して決定すべきならば、孰れの形態を選ぶであろうか、逆に言う事によつて決定される。」<sup>(21)</sup>そして、それを吟味するならば、我々は団体説を採らねばならぬ、と彼は結論するのである。

a 批判

代理説は、(ルンドシュタインの考へるが如き結合説も)「協約関係を個人の手に委ね、同時に労働者の団体を結合から排除する。然るに、かゝることは労働協約を以て追求される利益に應じない、蓋し、協約締結の関係者の努力は協約中に確保されたる労働条件の持続性(Dauerhaftigkeit)と労働関係の平和化(Befriedung)に向けられて居るが、若しかゝる労働条件の確保を個々人の処分に委せるならば、そしてそれに依て、労働関係に絶えず作用を

及してゐる要素、即ち労働者団体を法律関係の外に置くならば、それらの目的は妄想にせられるからである。」かくて、代理説は、「個人主義的」であり、「労働者運動に於ける固有の推進的部分」たる労働者団体をニグレクト[neglect]することによつて労働協約の目的を阻害するものであると断じ、「ジンツハイマーは」やがて、詳細に筆を進めて代理説が如何に不合理なるかを論ずるのである。

代理説によれば、「一切の志向せられたる法律効果は構成員の人格に帰する、(民法一六四条)それ故「個々人は、その欲する所に従ひ、然も他の構成員との関係を顧慮することなく、この権利を抛棄し、又、協約を解除し、而も脱退することが出来る。」事になり、「他方に於て、協約違反に対して個々人のみが責任を負う事」となり、而して、「協約が構成員の名に於て締結されるが故に、個々人は、たとひ協約を彼の為に単に媒介したに過ぎない団体から離れたにしても、尚当事者として残ると云う\*〔事?〕を妨げるものではない。」<sup>(24)</sup>これらの事は悉くジンツハイマーにとつては不合理な事であり、労働協約の目的に適合せざるものに違ひなかつた。

更に彼は、代理説が技術的実行可能性を欲除せる事を指摘する。そして、ロトマールの多数決の理論や後の追認(nachträgliche Genehmigung)の理論も、代理説の技術的困難を克服し得ないことを論ずるのである。<sup>(25)</sup>

## β 主張

団体説を採る積極的な理由と、その法的構成についての彼の主張は次の如きものである。即ち、

「団体説は、総体を代表する契約主体、即ち労働者団体のみを知るが故に、協約を個人的関係の領域から高め、その本\*〔質?〕に従へる統一的秩序のみを協約に\*〔与?〕へる。労働者側に於てその団体が自己の名の下に協約を締結することによつて、個々の利害の多量性にも拘わらず、協約締結は一つの行為に集中せられる。かゝる協約締結の一つの行為への集中は、実際に、協約の存立を、多数の個々人の意思から解放せしめ、協約

の形成の執行、拡張、変更をなし得る力を唯統一体のみに握らしめるのである。技術的にも、この集中によつて、当事者の確定の困難も止むに到る。「唯、個々の場合に於て法律行為を締結する機関が権限ある機関であることを確定する事が要求されるだけである。」然るに、それは容易な事である。<sup>(26)</sup>更に、団体が主体であるとき、重要な社会的職業規範が発生し得るのであり、又、階級的意識によつて労働条件の決定がなされるのである。かくて、個々人の労働契約を有利に形成するに役立つのみならず、職業法或は階級法(Berufs- oder Klassenrecht)を作り上げるのにも亦役立つのである。<sup>(27)</sup>

更に転じて、団体説に対する反対論、主としてオランダ労働協約理論を論駁し、矛盾を、シャールレの重疊的結合説に向けて之を破り、<sup>(28)</sup>そして一応、こゝで、団体説の主張にピリオドを打って、翻つてその法的構成に論を進めるのである。

「労働者側に於て協約を締結する団体は、権利能力ある事も又は権利能力なき\*〔事?〕もあり得る。権利能力ある場合には、個々の当事者問題の規制は、独民の権利能力ある社団に関する規定(二十一条以下)の文言から明らかになる。権利能力なき社団については独民法第五四条の特別規定の注意の下に組合(Gesellschaft)に関する規定(七〇五条以下)が適用せられる所の、集团的組織を持てる合有的な『人的結合』(‘Personenverbände’ zur gesamten Wand mit korporativer Verfassung)であると云うことから出\*〔発?〕すべきである。それによれば、かゝる団体の権利義務を支配する原理は合有の原理である。即ち一切の権利義務は総体としての総体に帰属するのである。かゝる団体は、\*〔事?〕物の性格に反せざる限りは一切の法律行為を引きうける事が出来る。それ故、労働協約をも確かに引き受けるのである。」「加之、協約に基いて、集团的統一体としての総体に帰属する権利義務は総体を構成する個人に依存しない。即ち、個々人は変ることはあつても、総体は存続

する。<sup>(29)</sup>

権利能力なき社团は組合と本質的に異なるものであり、それ故、独民五四条は「権利能力なき社团の本質と符合しない規定」<sup>(30)</sup>「であることは既に学者の指摘せる所であり、ジンツハイマーがこの点の混同をして「い」ることは惜しまれてい、むしろ、権利能力ある社团の規定を準用すべきであったのである。然し、その\*\*「欠点？」は、学界の通説は未だ独民五四条の誤りを根本的に指摘してゐなかつたが如くであるから、彼の不敏を責める事は酷であらう。かゝる欠点を除けば、我々は、一応、彼に於て当事者の理論は確立せられたものと観る<sup>(31)</sup>ことが出来やう。

彼の当事者の理論の各所に観られる如く、彼に於ては、労働者団体の統一的意思は、個々の構成員が理性的にその優越を、承認すべきものであり、個別者の恣意によつては打ち破られてはならないものである。蓋し、労働者は、かゝる団体に組織されることによつて始めて雇傭者の絶対権から保護され得るものだからである。従て、彼に於ては、労働者団体は階級としての労働者を代表するものであり、それ故に個々の労働者はその中に自己を否定することによつて却て真に自己が防護される所の関係が意識せられてゐる。<sup>(32)</sup>然るにロトマールの当事者理論に於ては、労働者団体は単に個々の労働者を代理するものでしかなく、代理関係は同じ次元の関係ではないが故に、団体は個々の労働者の利益を直接的に代表するものとして構成されざるを得なかつた。それは、解釈法学者たる彼に於ては、労働者の法的性格者性が絶対的な前提をなして居たからに外ならない、然るに、ロトマールもジンツハイマーと同様に労働協約が個々の労働契約によつて破られてはならないとする根本的要請を持つて居た。かくて彼は労働協約に法理的な性格を与へることに、その要請に答へやうとしたのである。そしてLohmar<sup>(33)</sup>の「かゝる法理的な性格を認める根底は、多数体の個人に対する優越性の意識の中に求められねばならなかつた。そして、こゝに彼の代理説が原理的には骨抜きにされざるを得なかつたのである。

然るにジントツハイマーは、労働者を賃労働者としての具体的人間として、乃至は階級の人間として把へ、それ故に階級を個々の労働者を越えた時限ツマに於ける存在として意識し、労働団体を、個々の労働者の利益を越えた階級の利益を代表する社会的主体として把へた。かゝる社会的主体は社団に他ならない事の承認は一步の前進でしかない。かくて、ロトマールと同じく彼の根本的要請は団体説によつて一応、達せられる。然るに尚現行法に於ては充分に実現せられ得ない事を明らかにして、立法への途に出ようとする試みが彼の第二巻の課題なのである。

### (iii) 労働協約の定義

労働協約の類型を、内容と当事者とに分けて、上述の如く、吟味せる後、彼は「労働協約とは、一の労働者団体と一人の雇傭者或は一の雇傭者団体との間に締結せらるゝ所の、将来の労働契約の内容を規定すべき規範についての協定である。」と定義を下し、「この定義は本質的なものである、協定の対象が考慮さるゝ限り本質的なものであり、当事者が問題となる限りは根本的な形態である。現実には、かゝる根本形態と異なる所々々な組み合わせがある事は明らかである。然し、かゝる事実は概念規定に於ては現はれることを要しないのである。蓋し、定義の意義は正に、生活のあらゆる形態が終局的には、それに\* \* (「帰属?」)せしめられ得る概念を表現することの中に存し、そして我々は、集団の労働協約締結の領域に於て現はれる一切の現象が畢竟かゝる両根本形態の中に解消することを信ずるからである。」と述べて居る。用語は曖昧であるが、彼が、根本形態に対象を限定せんとする態度は、恰も、典型的なもの、認識こそ、萌芽的な或は未完成なもの、の認識の鍵であるとする弁証法的な思惟方法によるものと察せられるのである。

かくて、最後に、彼は、労働協約を類似せる他の類型から區別するが、その中に特に注意さるべきは、一九〇四



年のかの判決が工業法一五二条に所謂団結(Koalition)と、労働協約「とを」同視せるに反し、ロトマールと同様に両者「を」区別して居ることである。即ち、「工業法の一五二条(および)一五三条は同一利害関係者の協定に関するものであり、同一ならざる利害関係者の協定に関するものではない。」<sup>(34)</sup>とするのである。

- (1) 々の点に於て Sinzheimer<sup>14</sup> Lotmar に対し、方法論的に優越して居ると言はなければならない。
  - (2) Sinzheimer: a. O. I Bd S.1.
  - (3) Sinzheimer: a. O. I Bd S.2.
  - (4) Sinzheimer: a. O. I Bd S.5-6
  - (5) Sinzheimer: a. O. I Bd S.6
  - (6) Sinzheimer: a. O. I Bd S.7.
  - (7) Sinzheimer: a. O. I Bd S.15.
  - (8) Sinzheimer: a. O. I Bd S.16.
  - (9) Sinzheimer: a. O. I Bd S.22.
  - (10) Sinzheimer は何故 Tarifvertrag とはならず、Arbeitsnormenvertrag とはむしろ「賃金以外に労働関係一般に関する他の規定も亦添へ本質的なる故」であると居る。(Sinzheimer: a. O. I Bd S.99-100.) 然し、私は日本(語)訳として今や確定して「る」所、労働協約の言葉を「Tarifvertrag に対し」も「Arbeitsnormenvertrag に対しても用ひた。労働協約の用語は福田徳三氏によつて始めて用ひらる。又 Arbeitsvertrag を労働契約(に)訳し、労働協約と区別される事、今は疑なき事実である。
  - (11) Sinzheimer: a. O. I Bd S.22.
  - (12) Sinzheimer: a. O. I Bd S.30-32.
- 々のにあげられる三種の規定は Lotmar が労働協約に本体的ならざる\*「も」のとして居るものと大体一致するが、例へば Sinzheimer の(Ⅲ)の場合にあたるものは Lotmar に於ては明瞭に意識せられて居ないやうである。(Ⅲ)の場合

と云うのは例へば、雇傭者又は被傭者が、締結されたる労働協約の遵(守)を自らの間で相互に約定するか若くは制定法に法定するやうな場合である。(Sinz[heimer], aa.O.S.32.)

- (13) Sinz[heimer]: a. a. O. I. Bd. S.33.
- (14) Tarifnormen—協約規範、Direktionsnormen—支配規範或は\*\*規範、Fürsorgenormen—配慮規範とでも訳すべきか。Tarifnormenに於ては、労賃、労働(労働遂行の労働時間、労働形態などに関す)及労賃の労働に対する関係が規制せられ、Direktionsnormenに於ては、誰が一般に支配権を行使する権利ありや、等々が規定せられ、Fürsorgenormenはその性質上solidarnormenに於て多く論ぜられる余地をもつて居るが、個人的関係に於ても亦例へば「\*類製造婦人労働者の\*使(て)堅牢なる保護着衣(Schutzkleidung)を使用させるべき」事を規範の如きを含むとせられて居る。

- (15) Sinz[heimer]: a. O. I. Bd. S. 48-49.
- (16) Sinz[heimer]: a. O. I. S. Bd. 49.
- (17) Sinz[heimer]: a. O. I. S. 50.
- (18) Sinz[heimer]自身も言ひて居る。「法的機構からの組織体の排除は、先ず社会的職業規範に対し、契約の中にその場を準備する事の不可能を結果する、並びに、社会的職業規範に於ては、労働協約がその充全の意義を得るのであり、又それは、契約思想の前進的形成へ、重要な発展の献身を居るのである。」(Sinz[heimer]: a. O. I. Bd. S. 46.)

- (19) Sinz[heimer]: a. O. I. Bd. S. 59.
- (20) Sinz[heimer]: a. O. I. S. Bd. 63.
- (21) Sinz[heimer]: a. O. I. S. Bd. 72.
- (22) (23) Sinz[heimer]: a. O. I. S. Bd. 73-74.
- (24) Sinz[heimer]: a. O. I. S. Bd. 74-75.
- (25) Sinz[heimer]: a. O. I. S. Bd. 78-80.
- (26) Sinz[heimer]: a. O. I. S. Bd. 81.
- (27) Sinz[heimer]: a. O. I. S. Bd. 82-83.
- Sinz[heimer]の労働者団体に対する高い評価は全巻を通じて伺はれるのみならず、その総(て)の彼の全著作に於て増々

強められて居る。例へば、「労働協約を締結するは独立なる労働組合であらねばならぬ。かゝる労働組合が、その団結に所属せざるもの、為にも利益であるべき労働規範のみを規定するであらうと云う事が認められる。」と言ひSinz [heimer], *Rechtfragen des Arbeitsvertrags*, (1913), S. 19.) 或は、「自力組織 (Selbstorganisation) の精神は、労働協約法が生きたかの効果とを\*となに組織体の活動にあつて\*はれる事を要請する。法が一切の側面から実効的であり従てな\*、国家が中間団体を使用する所の、法發展上の一段階である。……組織体は大衆 (Masse) と法との結合機関である。」(Arbeits(1916) S. 35-36.)

(28) Sinz [heimer]:aa. O.I. Bd. 84ff. 等)におけるの評論は省略。後藤・『理論史』九九頁参照。

(29) Sinz [heimer]:aa. O.I. Bd. S. 90.

(30) 石田 [文次郎] 博士『民法研究』(第一卷「弘文堂書房・一九三四」)三六頁。なおドイツ民法七〇五―七四〇条の組合に於て観られる合有について、石田博士の曰く「持分権の自由処分を禁ずる点に於て、それはRoma[ローマ]原文、以下同じ」法の共有権の修正であると共に、又その範圍に於て合有権の実現である。元來、合有権の固有の形態には持分がなかつたか、少くも潜在的にしか存在しなかつた。その合有権の形が、だんだんと崩れて遂に『持分権の統合』といふ点にそ〔其〕の残形を止めた。本来、合有権と共有権との間には権利帰属上の差異があつた。然るに現行民法に到〔至〕つて合有権は持分権の自由処分を許さない共有権の一種となつたのである。」と。(『民法研究』一〇七頁―一〇八頁)

(31) 石田博士 [・前掲] 『民法研究』三六一―三三七頁。

(32) かゝる見方はArbeitsaristgesetzに至つて更に深められて居るのを見る。例へば、「労働者側に於ては、団体の社会的意思への従属性によつて広められ保護せられるとの意識は、彼等がかゝる従属性とをもつて、始めて『同権』(Gleichberechtigung)を経験すると言ふ思想に表現される。」などと言ひ居る(Sinz[heimer]: Arbeitsaristgesetz, S.30.)

(33) Sinz[heimer]: aa. O. S. 98.

(34) Sinz [heimer]:aa. O. S. 106.

## B 労働協約の法律効果

シントハイマーは一九〇八年、『集团的労働協約論』第二卷を著し、その中で、労働協約の法律効果を詳細に展

開した。労働協約の三つの機能に依じて、三つの章が主たる理論を形造る。それは、協約の本質的な内容と最も単純なる根本形態とに関するものである。三つの機能と言うは、規範的、債権的、社会法的と称せられるもの、即ち「労働協約は、その支配領域に於て締結せられる個々の労働契約の内容を規定すべき規範を与へねばならない」事、「更に、労働協約は、それを締結せる両当事者を、孰れの側に於ても、一定の給付に、即ち労働規範の遵守に迄義務付ける債務をもつ」事、「最後に、労働協約は、その当事者が団体から——<sup>1</sup>権利能力があるか或は権利能力なき——成り立つ場合、構成者と団体との間の関係を確立すべき債務をもつ」事、である。然るに、現実<sup>1</sup>に於ける多様性は、かゝる本質的内容と単純な根本形態を有する場合に尽きるものではない。多様な組合せが存する。その中、特に雇傭者側に於て雇傭者団体が当事者となる場合、即ち有資格の労働協約の根本形態(Grundform des qualifizierten Albeitsnormenvertrag)を論ずるために第四章を設け、そして余論に於て協約期間にふれるのである。かゝる全体の構成をもつのであるが、我々はその中特に主要なる問題、特に労働協約がUnabdingbarkeitを有するや否やについては、詳細に考察しようと思ふ。

(i) 労働協約の規範的機能はUnabdingbarkeitを持つか。

労働協約の規範的機能に強行的効果を法上認め得るか、「と」言う問に対して、ロトマールはそれを肯定した。然るにジントツハイマーはこれを否定し、唯債権的のしか保証されぬものとなすのである。それには、ロトマールが、労働協約の目的から、労働協約の中に現はされて居る集団意思(Gesamtwill)の、個別的意<sup>2</sup>思に対する優越の必要を認め<sup>2</sup>た功績は争うべからざるものであるとするが、問題の提起の仕方<sup>2</sup>に於て既にロトマールに反対する。彼によれば、ロトマールは問題の提起に於て出発点から既に誤つてゐた。蓋し、問題は強行性<sup>2</sup>がかゝる優越の必要

を如何なる手段によつて認めるかに存し、然も、それには、労働協約にUnbindingBargainを与へる方法と、労働協約違反行為をかゝるものとして宣言し、その被害者たる当事者に契約違反に基く請求権を与へると言う方法との二つの可能性があり得るにも拘らず、ロトマールは、前者のみが唯一の可能性なりとして居るからである。かくて、ジントツハイマーは次の如く問題を定立する。即ち、「現行法から出発する探究に於ては、労働協約の法効果として強行的規範機能が認められて居るか、又は単に債権的機能のみが認められて居るか、問題たり得る。」と。

然しながら、果してロトマールは問題の把握を誤つてゐたのであらうか。寧ろ、ロトマールに於ては、問ひ方のみが唯一の方法であつた、と見なければならぬ、蓋し、当事者理論に於て代理説をとり、当事者は個々の労働者であるとする立場に於ては、所謂債権的に効力を確保すると云う事は意味を持たないからである。協約の当事者と、協約違反の労働契約の当事者が同じ個人であるならば、前の契約——労働協約——が後の契約——労働契約——によつて裏書され得ることは言うまでもあるまいから。成程、ロトマールは、協約の当事者と労働契約の当事者とは「同一でない。」と言つてゐる。然し、それは彼のパトスが言つてゐるのであつて、ロゴスが言つてゐるのではない。彼の市民法的悟性は代理説を打立ててゐるのである。従て、彼が、労働協約が、同じ当事者の労働契約に打ち破られざる為には、前者を法源として見るのみが唯一の途であつた。かくて、ロトマールの問題の提起は内在的には当然であるものと見られなければならない。それ故、ジントツハイマーのこの非難は既に団体説をとれる立場から為せられたものである。然も、彼自身も認める如く、代理説もそれだけとして見れば可能であるとすれば、ここに於けるロトマールの問題の提起の仕方方も一応可能なわけであらう。然し、団体説を是認する限り、ジントツハイマーの言へるが如く、現行法上の問題は、「強行的規範的機能が、或は単に債権的機能が、孰れが労働協約の法律効果として承認されているか？」に存するものと言はねばならない。

次に、一歩一歩、ジントツハイマールのロトマール批判の跡に従つて進むことにする。

(イ) ジントツハイマールは、ロトマールが、獨民三九九条から労働協約のUnabdingbarkeitを演繹せんとするのに対して、次の如く論難する。即ち、労働協約は、実定法上の一現象である以上、現行法の下に於て認められて居る法律的类型(Rechtstypus)の一つの下に立たねばならないが、労働協約に於ては、雇傭者は労働者団体に対して、凡ゆる協約規範に反する行為、特に協約違反の労働契約を締結してはならない義務を負う。所で、こうした義務は、それが一定の客体に関する場合には、現行法では、私人の意思に基く讓渡禁止として認められて居るのであつて、かゝる自らに課した法律行為締結の自由の制限規定たる点に於て両者は同じ類型に外ならないのである。然るに、かゝる処分制限に反する契約が無効でない事は、普通法からの精神であり、現行法に於ても、それは民法一三七条に表現せられて居ることである。所で、三九九条については、ロトマールの如く市民法の普遍的なる精神と解すべきではなく、却て法律自身が例外を明定せる場合なのである。従て、一般的には、処分制限に反する契約は無効なのではなく、むしろ有効に成立し、唯、一定の請求権が生ずるのみであると言はなければならない。たとひ百歩を譲つて、禁止契約に反する契約が無効であるとするならば、民法一三九条によつて、一つの契約が全部無効なる場合と、個々の協定の無効にも拘らず全契約は存続する場合とが考へられ、前の場合には、「一般に契約法は妥当せず、不当利得に関する法律が妥当する」のであり、此の場合には、「無効なる為内容空虚となれる協定の法的内容を充すものは法律の補充的規範であり、当事者が排除せんと欲した先在的規定が、この空虚を充すのではない。」<sup>(6)</sup>だから、讓渡禁止の理論から、労働協約のUnabdingbarkeitを導かんとするロトマールは二重の誤解をなして居ると見なければならぬ。<sup>(7)</sup>

こゝに述べられたジントツハイマールの批判は勿論正しいであろう。獨民三九九条は、かくて労働協約の

Unabdingbarkeit<sup>(7)</sup>を導く根拠たり得ないのである。

(ロ) ロトマールが、「当事者は労働規範の強行的効力を意識する、従て、かゝる強行的効力は労働協約に容認されねばならない。」とするのに対して、ジンツハイマーは、強行的規範的効力を意識するか、或は単なる債権的効力を欲するか疑はしいのみならず、大抵の場合は、むしろこの点について明示的意思表示は全く存して居ないのである、然も、たとひかゝる個別の場合に於て強行的規範的機能への意思が表現されて居たとしても、問題は、当事者が如何なる法律効果を意欲したかによつて、決定されるものではない、蓋し、当事者の意思は成程事実的意味に於ける如何なる行為が存すべきかを決定するだらうけれども、個々の場合に於ける法的効力の種類及形態については断じて規定するものではないからである、むしろ、決定的な問題は、実定法が、表示されたる意思に従ひ得るや、に存する、となして批判するのである。<sup>(9)</sup>

ロトマールは、意思あり、故に法律効果あり、として、私的自治を根源的意識の次元に於て観、却て法をかゝる私的自治に対する制限として捉へてゐるのに対して、ジンツハイマーは、それと区別の上に於て観、法を私的自治の成り立つ地盤として把握するのである。法的制度が、歴史的社会的現実存在の云はゞ上部構造として特殊なる契機をなすが故に、下部を支配する諸原理によつて根本的に規定せられることは言ふまでもない。然るに、近代法体系に於ける私法原理は、自由平等なる抽象的主体としてのホモ・エコノミクス [homo economics] と、彼等が商品のトレーガー [Träger] として交渉する自由なる契機とを要請する市民社会の原理とするが故に、それに呼応して抽象的なるホモ・ユリス [homo juris] と、契約自由乃至は私的自治の原則とを認めねばならなかつた。<sup>(10)</sup> 然し、それ故に却て私的自治は既に私法的秩序の中に措定されたる法的概念であらねばならない。されば、表示されたる意思は、法律制度によつて始めて法的意味を持たねばならないのである。



(ハ) ロトマールが、「労働協約の債権によつて、労働者側に於ては、合有的請求権 (Anspruch zur gesamten Hand) を発生せしめる関係が創設されるものであり、合有的に統合されて〔三〕るものの一人は、たゞ独りにて労働協約に基く請求権を処分し得るものではない。」として居るものとジンツハイマーは解する。<sup>(11)</sup>そして、これに対しては、(i) それは権利能力なき社団についてのみ可能であり、権利能力ある場合には妥当せず、(ii) 権利能力なき社団の場合に於ても、労働契約に於ける当事者の意思表示は労働協約に基く請求権の処分を包含するものではない、即ち、「雇傭者と労働者とは労働協約に反する個別的契約を締結するとき、労働協約を一般に変更せんと欲するものではなく、労働協約の法律的存立には毫も触れざる所の契約の合意たるのみであつて、従て労働協約の違法ではあるが、その解除ではない。」<sup>(12)</sup>として批判するのである。

然し、ジンツハイマーの批評は全く見当違ひであらう。蓋し、労働者側に彼の所謂「合有的請求権」を\*〔発?〕生せしめる労働協約は、ロトマールに於ては、決して考へられて居なかつたからである。成程、ロトマールは多数体の意思の尊重さるべき事を欲求し〔て〕ゐるのである。すなわち、個々の労働者の意思によつて多数の労働者が共同に着手せる意思が蹂躪されてはならないと言ふ法的確信を表現してはゐるのである、然し彼に於ては協約当事者は依然として個々の労働者であり組合の規定の適用などは思ひも及ばぬ所であつたのである。云はば、団体説に於ける如く、法的構成について、技術的な整理がなされてゐないのである。又、ロトマールが、「労働協約に反する労働契約を有効とするときは、上〔述〕のやうに多数者によつて締結された契約の効力を剥ぎ取ることになる。されば、かゝる労働協約に反する労働契約は、契約ではあるが、——その契約当事者の一方(例へば雇傭者)と、その相手方の仲間(例へば他の労働者)との関係に於ては——労働協約の一方的な解除に外ならないのであるが、かゝる解除は自由になされ得るものではない。」<sup>(13)</sup>と\*\*〔云い?〕、「労働協約が設定せる契約自由の制限は、多数

者が共同的に建てた所のものであり、この故に、かゝる多数者中の個別者の同意は、この制限を破壊して契約自由を回復するに足るものとすれば、矛盾も甚だしい。」<sup>(14)</sup>と論ずるとき、当事者論に於て代理説をとる彼としては、労働協約の法源性を基礎付けることによつてのみ協約目的を貫徹し得るが故に、以上の如く法的確信を主張し、實質的に協約解除に導く、協約違反の労働契約を排斥せんとするものであつて、ジンツハイマーの批評は、彼を深く理解せるものとは言ひ難い。既に団体説をとる者に対してのみ向けられ得る批評である。

(二) 「ジンツハイマーは」労働協約のUnabdingbarkeitを従業規則から類推せんとするロトマールの見解に対して次の如く論難する。

(い) ロトマールの考へる如く、従業規則は、解釈上強行的規範的効力を有しえるや? ロトマールがそれを認める根拠として居る工業法の第一三四条の第一項及同条a第三項は果してロトマールの解する如く強行的効力を認めた規定であるか? と見らるべきや? ジンツハイマーはそれを否定する。即ち、「従業規則ノ内容ハ、法律ニ反セザルモノタル限り、雇傭者及労働者ヲ拘束ス」となせる工業法第一三四条C第一項は、単に、雇傭者が従業規則に於てなせる一方的処分に拘束されると言ふ事(それが一方的なものであるから、一般的な民法に於ては個々の場合にそれを撤回し得るにも拘わらず) 及、この一方的処分の内容は労働者が労働契約の締結に際し、これを認識せると否とを問はず労働者に妥当すると云う事を意味するに過ぎず、強行的効力を意味するものではない。又、「従業規則ノ内容ノ変更ハ、追加規則ノ發布又ハ従来ノモノニ代ハルベキ新従業規則ノ發布ノ方向ニヨツテノミ、之ヲ為ス事ヲ得ル」と規定して居る工業法第一三四条a第三項を根拠として、ロトマールが、「その内容が従業規則に違反し、且つ同様に充分有効なる所の労働契約が、総ての被傭者或はその多数者と締結されるならば、労働契約による従業規則の内容変更が、工業法第一三四条a第三項に規定された場合と同様に拘束されることになる。」との理由から、

従業規則の強行的規範的効力を論議せんとしてゐるのに対して、従業規則の妥当性と実効性とを區別する立場からジンツハイマーは批判する。即ち、ロトマールの解釈は、従業規則の二つの機能、即ち妥当性(Gültigkeit)と実効性(Wirkksamkeit)とを區別してゐない。然るに両者は識別せられねばならない。「従業規則は、それが規範としての意義を有する限りは妥当性をもち、それが個々の場合に於ても事実上適用せらるゝときは実効性をもつのである。」然るに、「工業法第一三四条a第三項は、その文言に見らるゝ如く、単に従業規則の変更は如何にして可能であるかの問題にのみ関するのであつて、当事者はこの規範の適用に対して如何なる容態をとり得るか又採らんと欲するかの問題に迄及べるものではない。」然るに、従業規則の内容に反する労働契約は、従業規則の内容を変更するものではなく、単に当該場合に対するその実効性を排除するに過ぎないものである。従て、「一経営内に於ける全部の労働契約が従業規則の内容に反するるときと雖も、従業規則の内容を了けるものではない。この事は、従業規則の内容に反する労働契約が処せられたるときは、従業規則の内容が、直ちに再び規準となることによつて判る。」以上の如きがジンツハイマーの議論である。<sup>(15)</sup>

凡そ、法律規定の解釈——法規の実定法秩序の中に於ける論理的意味構造の理解——に於て、その規定を強行法規と見るや任意法規と把えるやは、歴史的社会的人間たる解釈主体の法的要請によつて目的論的に決定せられる。然るに今両者を見るに、ロトマールに於ては、労働協約のUnabdingbarkeitを承認する為の形式的妥当根拠をこゝに求め、両者に共通する根本原則として、両者の強行的規範性が要求されて居る事を主張し、それが法的確信によつて支持されて居るものと断定してゐるのに対し、ジンツハイマーは、ロトマールによつて否定された労働協約の従業規則に対する優位を肯定せんとする要請の下に、却て従業規則の実効性は排除し得るものと解釈しているものと見られ得やう。両氏の理論について、吟味すべき問題が伏在してゐる。

第一は、ジントハイマーの如く、労働契約によつて従業規則の実効性を排除し得るとする見解が支持し得られるや〔否や〕である。彼自身の言によれば、「従業規則は、雇傭者の単なる意思決定の代りに規範を定立せんとする道への——たとひ、この規範が単に自己定立的であつたとしても——第一歩である。」<sup>(16)</sup> 然るに、その実効性が排除され得るものとすれば、そして排除する所の労働契約に於ては再び雇傭者の「単なる意思決定」が現実には支配して〔い〕る事難無しとすれば、彼が従業規則に認めんとする機能は意味を失うであらう。成程、従業規則に対する労働協約も優位を認める彼の立場からすれば、労働協約の締結によつてよりよき仕方によつて「単なる意思決定」を排し得るとなす〔の〕であらうが、協約無き場合に於て、或は存しても限定された事項についてのみ存する場合に於て、特に又未組織の労働者の場合に於て、彼は全く「雇傭者の単なる意思決定」に場所を与へざるを得ない。又、彼が、従業規則は雇傭者の絶対権行使の結果〔で〕あり、然るに、かゝる個々の絶対権は協定によつてその行使が排除されざる限りに於てのみ作用すること特徴とするものであるから、従業規則の実効性は労働契約なる協定によつて排除し得る、となせるは、従業規則の制定が義務化されてある理由を全く理解せざるものである。蓋し、それは、「単なる意思決定」から経済的弱者を保護することに外ならないからである。即ち、協定が形式的自由平等主体の間に行はれながら、実質的不自由不平等の關係に於て保護されることを反省せる結果の主体に外ならないのである。それが、「資本家階級に多少とも残れる羞恥心に訴へたもの」<sup>(17)</sup> であると、乃至は漸く覺えた恐怖心に想へたものであると、或は本来具有する彼等の狡智をそゝのかしたるものであるとを問わず、その利害が義務付けられて居る。従業規則は、ロトマールの所謂「弱き契約当事者の利益の為に」<sup>(18)</sup> 強行的規範性を要請するものとなすことは、社会的に真実なる法解釈であるとみななければならぬ。それ故に、弱き契約当事者の利益に反せざる限りは、必ずしもその強行的規範性を要請するものではない筈である。それゆえにより良き条件を定めたる労働協約を

も、従業規則に対して劣位に置かんとするロトマールの見解は支持することを得ない。されば、「一度び、従業規則が為せられたときは、それに反する規定は、労働者にとつて有利なるもの、外は、効力を有ち得ないと見るべきであらう。」とする後藤氏の見解は優れたものとしなければならない。云はゞ従業規則を最低条件を定めたるものと見るべきであらう。

第二に、従業規則の強行的規範性から、果して労働協約のそれを類推し得るや否や？

ロトマールは、「一方性と双方性との差異」から、より強き理由を以てそれを肯定したことは既述の如くであるが、ジントハイマーは類推の可能性そのものに就いて論ずる〔と〕共に従業規則に強行的規範性を否定することによつて、その上に立脚せるロトマールの一連の理由に対する論駁にピリオドを打つて居る。従て、この問題に迄筆を進めてはゐないのである。

凡そ、類推が成り立つる為には、同一の法的類型に包摂せられる場合でなければならぬ。然らざれば、法的類型の論理的構造たる法律秩序の理解は、科学性を担ひ得ないであらう。然るに、従業規則は、ジントハイマーの指摘したるが如く、雇傭者の絶対権の行使の結果制定されたる規範であり、たとひ国家によつてその制定を法的に義務付けられて居るにしても、著るしく温情的乃至は上から〔課せられた〕の性格を濃厚に有することは云うまでもなく、それを鬭争的性格を帯有する労働協約と同じ法的類型に於て見ることが抽象的たるを免れないのである。成程、両者は、階級的關係に決定的に規定されつゝ、総資本の立場からの社会政策の要請によつて法的意味を担はせられると云う事態に於ては一応同じであると考えられるが、従業規則に於ては、部分社会に於ける雇傭者の支配的地位を認め、国家的にそれを監督せんとする關係に於て法的意味を具有せしめられるものたるに對し、労働協約に於ては、部分社会に於ける労資の勢力的對立を承認し、これに對して国家的見地から規準を与へんとする關係に於て、

ある。両者に於ける国家の立法は前者に於ては、雇傭者の利潤に対する渴望によつて摩滅せられる労働力を保護せんとする総資本の立場から志向せられ、後者に於ては、労働闘争による労働力の消耗、反資本主義そのもの、動搖を考慮せる総資本の立場から志向せられる。ロトマールが、「一方性と双方性との差異」から当然の類推を肯定せんとするは根源的法意識として充分尊重すべきにも拘らず、立法意思の實在たる実定法の形式的——法典的秩序に於ける類型としての従業規則からその形式的妥当根拠を引き出すことは出来ないといわなければならぬ。<sup>(20)</sup>

(ろ) 以上の如き両氏の解釈の差異は、工業法第一三四条c第二項の規定の解釈の差異の基礎をなして居る。同条は、「従業規則並二第一二三条及第一二四条ノ規定セルモノ以外ノ解雇原因及離脱原因ヲ労働契約ニ於テ規定スル事ヲ得ス。従事規則ノ規定セルモノ以外ノ罰ヲ労働者ニ課スル事ヲ得ス。」と規定してゐるのであるが、この二つの場合をロトマールは例示的であると対して、ジンツハイマーは例外例であると見て居る。<sup>(21)</sup>

(は) 前述の例に於て多少触れたことであるが、両氏に於ては、労働協約と従業規則とが衝突する場合孰れが優先すべきか、について全く別の論理から、全く別の結論に達して居る。ロトマールは、工業法第一三四条C第一項の規定を根拠として、法律の規定に反せざる限りは、従業規則は労働協約と衝突してもその効力は妨げられないとする、となし、ジンツハイマーは、従業規則の重要性と実効性とを分ける立場から、「労働協約は、従業規則の内容に反して締結せられ得るのみならず、従業規則の内容に矛盾する労働協約の規定に従つても亦締結せられ得る。それ故に、従業規則の妥当性にも拘らず従業規則の領域内に於て締結された労働協約は、労働協約の当事者が明示的に労働協約の内容に一致するならば、労働協約の内容に従つて締結せられるのである。」となし、唯問題はかゝる明示的意思表示がなく黙示的でない場合であり、かゝる場合には労働協約に関して、規定根拠の競争が存在するが、「かゝる競争は、従業規則の内容に非ずして、労働規範(Arbeitsnorm)の内容に優位が与へられると云う方



法によつてのみ調整される。そして、労働規範のかゝる優越的地位は民法第一五七条から生ずる。」勿論工業法第一三四条C第二項に規定される二つの場合及従業規則が同時に行政処分性格をもつ場合は例外である。「それ故かゝる場合にのみ、労働規範の実効性の性格はその限界を見出すのである。」と断じて居る。<sup>22)</sup>

既述の如く、従業規則は最低条件を規定せるものであり、その範囲に於ては強行的規範性を有すると解釈する我々の見地からは、工業法第一三四条C第二項は例示的であり、被備者にとつて、より良き条件が労働協約に於て規定されたならば、それが同条の場合に於ても亦労働協約が優先すべきものでなければならぬ。

又、労働協約の当事者の明示的な意思表示がない場合、信義誠実の原則を採用せんとする論理的根拠が、我々の立場に於てのみ充分に存するものであることは言うまでもないであらう。然し、ジンツハイマーがGuten Sittem(善良の風俗)ではなく、「Treu und Glauben(信義誠実)」を援用したるは、解釈論上、より深き真実性を担うものであらう。

(ホ) かくて、ジンツハイマーは、労働協約の規範的機能は現行法上は法源的な強行的作用を持たないのであり、その妥当は債権的にのみ保障されて居るとなすのである。

「労働協約は、労働規範に相応して振舞うべきことを、その当事者に義務付ける。労働協約の当事者が一定の態度にかくの如く債権的に拘束されることの中に、労働協約の特性が存するのである。即ち、個々の場合に於てその適用が労働協約の当事者の自由な、そして拘束されざる意思に基礎をもち、且つその意味が補助的なる妥当性に尽きて「い」るが如き労働規律(Arbeitsreglement)の単なる表式から、労働協約を鋭く區別する所の特性である。」<sup>(23)(24)</sup>

かくて、彼の理論は、労働協約の債権的機能に移る。



(ii) 労働協約の債権的機能について

ジッツハイマーは、先ず、「債権的機能によつて与へられる法律関係の外的状況についての一般の特徴」として、(i) 労働協約締結者が義務付けられる事、即ち雇傭者側に於ては雇傭者個人又は多数の雇傭者であり、労働者側では労働者団体又は多くの労働者団体である事 (ii) 無形式の同意によつて労働協約が効力を持つと云う事 (iii) 原則として労働協約の有効期間は協約そのもの、中に定められて居ることなどを挙げ、<sup>(25)</sup> やがて、雇傭者の義務、労働者団体の義務及協約違反の効果の三つの見地から、労働協約の債権的機能について詳細に展開するのであるが、こゝでは縷述を避け社会的に重要な意味をもつ事項についての彼の見解を考察するに止める。

(イ) 債権者の義務の法律的\*源

この問題についてのジッツハイマーの理論は、既に後藤教授の詳細なる紹介と、シャルルの見解に好意を示しつつ、なされたジッツハイマーに対する批判とが存するのみならず、<sup>(26)</sup> 私のテーマが労働協約が強行的規範性を有し得るやを再検討することによつて、法の在り方について考察し社会法研究の出発点とすることに存するが故に、この問題については筆を早めることも一応許されるであらう。

ジッツハイマーは、「雇傭者が協約規定に従ひ、労働契約を締結すると言う事は協約の内容ではなく、労働協約に反する労働契約を存在せしめないと言う事が協約の内容である。もし協約の内容が前者の如くんば、それは雇傭者に、協約所定の条件の下に人をして労働せしむる義務を課する労働契約と何等異なる所なきものとなる。」<sup>(27)</sup> として、雇傭者の協約義務の不作為性を主張する。然し、この不作為義務には、純粹なものと、「債権的義務と結びつけられた消極的義務」とを認める。後者は、「不作為義務の履行によつて到達さるべき状態が、たゞ雇傭者が先ず一定の積極的行為をなす事によつてのみ作り出され得るような場合」<sup>(28)</sup> である。そして彼は、作為義務を認めるシャル

を論駁してゐるのであるが、成功してゐるとは言ひ難い。

彼が、大量解雇 (Massen Kündigung) について抱く見解には興味深いものがある。「結局、雇傭者は労働者の傭入及解雇については完全なる自由を有する。……然し、こゝに問題がある……雇傭者のかゝる自由は大量解雇を処理する権利を含むものなりや、である。大量解雇が物質的な、私経済的な考量に基づくときは疑もなくこの権利は存立する……それ故、問題は、唯かゝる理由からではなくて、闘争回避の爲に行はるゝ場合に、かゝる大量解雇が法的には如何に判断すべきかである。……雇傭者のかゝる行状が、協約関係の要素中には一切の労働闘争を遠ざけやうとして居る労働協約の目的に矛盾する事は争はれないのである。唯問われるべきは、既に現行法上それに対して法的\*〔反?〕動が可能なりや否やである。」<sup>29)</sup>「私の意見は、労働協約の理念に鑑み、信義誠実の原則に従て、あらゆる労働協約に於て団体に対して闘争目的の爲にするかゝる解雇はなさるべからずとする協定が黙示的に行はれて居るとする見解を正しいとする。……だが、かゝる黙示的協定の意義は、労働協約に基づく一の義務を創出するのではなく、寧ろ、雇傭者は労働協約の有効期間中は労働協約の以下の如き解雇は為すべからずとする内容の或る潜在的労働規範の観念 (Vorstellung einer latent \* Arbeitsnorm) を基礎付けると言う事である。こゝに解雇と云うのは、雇傭者が、協約締結に関係せる労働者団体に反対して企てる所の処置の行使に於てのみ起るものを指す。以上の如き考方の帰結は、雇傭者がかゝる解釈をなさせる場合には、彼は労働協約に違反するのではないが、実にかゝる潜在的労働規範に基いて締結せる個々の労働契約に違反するのである。かゝる潜在的労働規範の承認は現行法上疑なしとは確実には主張され得ない。」<sup>30)</sup>我々は、彼の所謂「階級的労働規範」に強い関心をもたざるを得ない。彼は、雇傭者の協約義務の不作為性を主張し、「雇傭者は只に協約に従て積極的に行動すると云う方法によつてのみならず、一般に何等の行動をもなさぬ(例へば一般に労働契約を締結しない)と云う方法によつても亦、不作為義務を

満足させることが出来る。」とする見解から、雇傭者に解雇の自由を承認するにも拘らず、大量解雇を許さず、とせんが為に、終に形式的妥当根拠を有せざる、かゝる潜在的労働規範を導き入る、に至つた。労働協約の強行的規範性を否定せんとするとき、かゝる潜在的なる法的規範の存在については、一顧を与へなかつた彼が、今こゝに到つて、たとひ法的効力に於て微弱であるとは云え、何等か形式的妥当根拠なき法的規範を承認せんとして居ることは、暗示深いことである。

ジンツハイマーは、「協約に還元する行為を為さざるの意義は、協約違反の労働関係の形成を阻止すべき義務に盡きる。かくて、労働協約に基づく雇傭者の義務は労働協約に適合せる現在の労働契約関係を契約の定め通りに履行すべき義務を包含しない。」と解して、ロトマールと同様に所謂「実行義務」を否定せるは、抽象的たるを免れない。

(ロ) 被傭者団体の義務、就中、平和義務につきて。

ジンツハイマーによれば、労働平和は二重の攻撃を蒙る。即ち、「それらは」労働者団体による団体としての攻撃(同盟絶交〔Versagenklärung〕)と、労働者そのものによつても亦遂行される攻撃(Streik、同盟絶交、同盟罷工者の見張り、及同盟絶交の遵守)とに外ならない。「従て、労働平和の保障が法的に達せらるべきであるならば、労働者団体がかゝるものとして、その用ひ得る闘争手段の適用に於て、妨げられると云うことでは充分ではなく、労働者そのものによる闘争手段の適用も亦排除されねばならない。従て、労働者団体は二重に約定しなければならぬ。即ち(1)労働者団体そのものが、雇傭者に対し一切の闘争行為を止めるであらうと言う事、(2)その構成員も亦雇傭者に対する凡ゆる闘争行為を止めるであらうと言う事である。」<sup>(33)</sup>かゝる平和義務を労働者団体の本質的なものとする事は、彼が労働協約締結の根本的目的として平和目的を認める事からの帰結である。<sup>(34)</sup>かゝる平和目的は、ロトマールに於ては未だ意識されてゐなかつた所である。然し、当時の社会政策の指導的理念は産業平和

——労働平和と同じ事が、総資本の立場から呼ばれた言葉である——であつたことについては既に述べた。

上述の如く、「平和目的と平和義務一般」について論じたる後、「平和義務の範囲と法的関係」に論を進め、「特殊法に於ける平和義務」を、「労働平和そのものを確立する義務」と、「その構成員も亦労働平和を確立することに對して努力すべき義務」とに分けて考察し、最後に、平和義務を、「労働契約の履行を代り行うべき義務」及「協約規範に適合せる労働協約の締結に影響を与へべき義務」から限界付けるのである。而して、かゝる展開の後、情熱的に、労働者の組織の自由を叫び、そのみが最もよく労働平和に役立つものなることを強調して居る。然し、平和義務について彼が詳論するもの、中〔で〕、我々の看過すべからざる問題は、平和義務の範囲に關して存するであらう。蓋し、この問題は、労働者が階級的立場から要請せられる平和破壊（同情罷業、政治的ストライキ等の場合の如し）や、或は協約に規定せられたる事項以外の為の平和破壊、或は、企業の危機、生存の脅威に際し余儀なく断行せらるゝ平和破壊の場合などに於て、労働平和は如何なる範囲に於て義務的に保持さるべきかについて提起される限り、労働協約の妥当性の限界の問題として、基礎的なものであるから。それ故、我々は、考察をこの点にのみ限定しやうと思う。ジンツハイマーは以下の如く論ずる。「平和義務の範囲については、第一に協約の内容が決定する。かゝる内容に従て、凡ゆる闘争手段の適用が無条件に排除さるべきであると言ふ事も可能である。かゝる協約規定が存するならば、労働協約は、労働者にとつては、如何なる理由に基き又如何なる目的の為に闘争行為が行は〔れ〕るべきかに拘らず、団結権 (Koalitionsrecht) の行使の完全なる協約適合的拘束を意味するのである。共同的闘争権の、かゝる一般的にして無条件なる拘束が、明確に確立されて居る所の労働協約は多くはあるまい。若しかゝる拘束が承認されるべきであるならば、常にかゝる現実には、明瞭確實に、そして当事者が、こゝに問題となつて居る文言の使用に際しては、その重要な意味も亦充分に意識して〔い〕ることが承認され得る程度に、表

現されて居ると言う事が要求せられねばならない。この際、個々の場合に於て、団結権の完全なる拘束は、極端なる拘束なるが故に *guten Sitten* と衝突するものに非ずやとの問題が浮び出る。だが、かゝる拘束は或は団結自由の原則に矛盾し、それ故に無効であらうと云う事の方角に向けられた考察は、殆んど成功し得ないであらう。蓋し、こゝに於ても、営業の自由の原則について語られた「の」と同じ事が妥当するからである。即ち、それは公法的制限の否定であつても、私法的処分は奪はれるものではないからである。

問題は、労働者団体の平和義務の範囲についての一定の答が協約から得られない場合には——そして、かゝる法律状態が通常なのである——、如何なる法定規範が標準となるべきか、について存する。疑はしき場合に於ては、債務者のより少き拘束が欲せられてゐると認められると云う原則によれば、つぎの如き法定規範が正しいものとされる。すなわち、労働協約の存続中は、闘争手段の適用は、労働規範及職業規範の中に含まれる一般的規範の変更に向けられる限りに於てのみ排除さるべきである、と云う事である。従て、労働者団体の平和義務を承認したからと云つて、その規律の変更以外の他の理由に基き、又他の目的の為に行はるゝ所の闘争手段の適用が除外されるのではない。かゝるものとして、ストライキを事例に採るならば、防衛的同盟罷業 (*Abwehrstreik*) 即ち、締結されたる労働協約の中に於て正当なる理由を有せざる雇傭者側の何等かの要求を防止せんが為になされる同盟罷業である。それから又、協約規範によりて規定されて居る関係を變更せんとするのでなく、他の関係を定立せんが為に行はれる同盟罷業が考へられる。……又、当該経営内の何等かの関係の新たな規制を一般に獲得せんとするのではなくて、かゝる意味では不偏中立的 (*neutral*) なるストライキ、即ち所謂同情罷業の場合にも同じ事が言へる。同情罷業 (*Sympathiestreik*) は、親密なる経営内の労働者の闘争に多大の力と、結果に対する多くの希望とを与へる事を目的とするものである。……最後に、政治的ストライキ (*politische Streik*) が「はゝゝ」、労働組合的平和

義務の外に立つ。蓋しそれは労働協約によつて規制せられたる具体的な関係の変更を目的とするものではなくて、政治的目的の爲のデモンストレーション及政治勢力に対する干渉への努力を目的とするものであるからである。

合法的に命ぜられてゐると思はれる平和義務のかゝる制限された解釈によつて、労働協約が厚\*〔く?〕過重に負せられて居る所の平和的使命は著るしく制限されると言う事は疑無い。従て、労働協約は、その存続中は雇傭者に無条件的平和を保障する契約ではなくて、寧ろ雇傭者と労働者若くは労働者団体との間の関係に於ける特定の点のみを争の外に置く所の契約なのである。恰もそれは国家間の契約領域の外部に發生し得る一切の争点を排除しない所の国際法的契約の如きものである。然しそれでも尚、労働協約の平和機能についての意義は、雇傭者の立場から見て望ましく思はしむるに充分なものである。蓋し、平和義務の下に立たない左様な一切の場合には通常的ではなくて、例外的にのみ起るものだからである。加之、労働協約の締結に際して、当事者は彼等が一般的に絶対的平和義務を協定することを欲せず、又それが出来ないならば、雇傭者と労働者又労働者団体との間の関係についての一切の問題の出来る限り完全なる規制によつて、少くとも、かゝる関係の不完全なる規制から生ずる鬭争的処置を排除することが出来る。<sup>(35)</sup>」

以上が、ジンツハイマーの見解である。

(i) 彼は、団結権を營業の自由などと共に一の自由権なりと考へて居る。然し、両者は一応固有なれる根源的  
法意識の上に立つて居ると言はなければならぬ。蓋し、原子論の体系たる市民社会の上部構造をなす政治社会の  
原理である所の公法的原理は、市民社会の同値的契機に決定せらるゝ、私法原理を承認する社会的勢力によつて政治  
社会が支配せられ、未だ対立的な社会勢力が対立的な原理を担つて立ち現れることなき限り、公民(抽象的なる「市  
民」を原理とする)としての個人の自由権を基本とするのであるが、「私法原理なる同一物に於ける云はゞ対立的



契機<sup>(36)</sup>」たる社会法原理を志向する社会的勢力が成長するや、かゝる抽象的なる自由権に対して、具体的なる自由への人間の解放と云う革命的要請に方向付けられつゝも、自由権なる同一物の対立的契機として存する所の、労働者(階級的人間)<sup>(37)</sup>の人間権乃至生存権のイデオロギーを一応認めざるを得なくなる。営業の自由は、恰もかの自由権思想に導かれるものであり、団結権は実に生存権思想を基底とするものに外ならないのである。それは、両者は即時に同一範疇によつて把へられてはならない。

更に又、ジンツハイマーは、団結権とそのコロラリーたる共同的闘争権 (Recht zu gemeinsamer Kampfhandlung) を、法律制度上の権利として見て居るのであるが、果して工業法第一五二条及一五三条の尚有効なりし当時に於て、かゝる断定は大胆なるものと思はれる。<sup>(37)</sup>然し、団結権が根源的には生存権の要請に支持されて居るものとすれば、かゝる生存権思想のトレーガーたる労働者階級の立場からは、充分現実性ある解釈であつたと見られなければならない。<sup>(38)</sup>

(ii) さて、然らば我々は労働者団体の平和義務を如何なる範囲に於て承認すべきであるか？ 先ず、「共同的闘争権の一般的にして無条件なる拘束」を労働協約に於て「明確に」規定する場合に於て、果してそれは如何なる効力を持つものであらうか。ジンツハイマーは、協約意思に従て、そのまゝ効力を肯定するのである。然しながら、労働者が経済的事情の変更によりて、協約内の定められたる賃銀によりては、惨めな生活につき落されざるを得ざる場合に於て、止むなくさせるストライキも亦平和義務の違法であるとしなければならぬのであらうか。ジンツハイマーは、労働協約に於て一度びストライキ権の自己制限をなせるに於ては、其所に規定されて居る事項の変更に關するストライキは、排除さるべきものとなして居る。<sup>(39)</sup> 成程、「契約は守られざるべからず」との要請は、市民社会に於ける根本原則であることは言うまでもあるまいが、市民社会に内在する異質的原理が自覚され、自由平等な



る抽象的人格者に対して、具体的なる階級的個人が生ける人間として立ち現はれ、意思非決定論に対して意思決定論が認められ、然もこれらの反省的契機をなす諸原理が、市民社会の支配的階級に対抗する一の社会的勢力をそのトレーガーとしてもち、かゝる勢力の成長と共に、反省的諸原理が市民〔法?〕的イデオロギー批判を通して、却て自己の真实性を要求するに至るや、「契約は守らざるべからず」との原則も何等かの限界を反省せざるを得なくなつて居る。否、かゝる原則を認める根本的な市民法的確信そのものに於て、実は何等かの反省が要請せられて居るのである。然るに、市民法的確信に対する根源的なる反省的契機をなすものこそ、生存権思想に外ならない。かくて、ヴェニス(十四)の老商人の冷酷なる訴を退けたる市民的良心は、今や多数の労働者の飢餓のどん底から発せられる人間の声に耳傾けなければならぬ筈である。事情の変更により不合理化された契約の履行が、経済生活を不安に陥れることを防がんとする総資本の立場に於ける要請が——事情変更の原則——、生存の問題に結びつくことによつて、より一層深刻な相を呈する所の労働協約の分野に於て、より強い理由によつて肯定されることがあらうか。我々は、労働協約によつてストライキを非難することの法的可能性を全く、否定するのではない。唯、平和義務と雖も、多数の労働者を悲惨な生活に追ひこむことを得ないこと、然り、労働者が労働協約締結に際して予見し得なかつた経済的事情の変更の為にストライキの手段をとらざるを得ないときに於てまで、平和義務は要求されて〔は〕ならないと云う事を、法的確信に支えられたる眞実なる法解釈なりとするものなのである。従て、我々は、労働協約に於て規定された事項についても、生存を脅威せざる範囲に於て、云はゞ利益の範囲に対してのみ、平和義務が妥当すべきであるとしなければならぬ。平和義務はそれ故本来、かゝる相対的なものでなければならぬのである。かゝる限界内に於て、協約に示されたる意思がその範囲を決定する標準となり、又協約に規定されざる事項の為のストライキは、協約事項を変更する目的以外の目的の爲になさるゝストライキ(同情罷業や政治的ストライキ

等)は、生存を脅威せざる場合に於ても亦為すことを得るものであると解しなければならぬ。

(ハ) 協約違反の法律効果。特に損害賠償請求権につきて。

労働協約の債権的機能を、雇傭者及労働者団体の両当事者について、その義務の契機に於て論述せる後、ジンツハイマーは、責任契機に於て更に協約の債権的機能を明らかにする為に、「協約違反の法律効果」を「雇傭者による協約違反」の場合と、「労働者団体による協約違反」の場合とに分けて考察し、「現行の法律手段の意味と批判」<sup>(40)</sup>とに迄説き進めるのである。尚、彼は協約不履行の場合、両当事者について生ずる権利を、いくつかの類型に分けて考察してゐるのであるが、その中〔で〕、最も重要なものは損害賠償請求権であり、特に労働者側の違反に基いて生ずる雇傭者の損害賠償請求権は、多数者を含む労働者団体の存続をも脅かすものとして、著るしく社会の関心を引く事であるから、一応、問題をこゝに限定したいと思う。

彼は、労働者団体の協約違反が、如何なる場合に行はるゝかについて二つの場合に分ける。即ち、「労働者団体自身平和を維持すべき義務に対する違反行為」及「執行によつてその構成員をして平和に止めるべき義務に対する違反行為」による場合である。前者に於ては、労働者団体は不作為義務に反するものであり、\*〔後?〕者に於ては、積極的行為の義務を犯すものである。従て雇傭者側に生ずる損害賠償請求権も、労働者団体自身が平和を維持すべき義務の違反から生ずる場合と、「労働団体が」労働平和の確立の為に構成員に干渉すべき義務の違反から生ずる場合とに分けて考察される。

(i) 「労働者団体自身が、協約によつて拘束されてゐる平和〔義務〕違反の闘争行為をとるときは、この違反によつて生じたる損害の賠償を雇傭者が請求し得ることは難〔しく〕ない。」かゝる場合は、雇傭者は、かゝる違反行為によつて生じたる全損害の賠償を請求し得る。<sup>(40)</sup>

(ii) 労働者団体の構成員の闘争行為が生起し得る事によつて生ずる損害に対しては、労働者団体は、その干涉すべき義務を充分に果さなかつたときに於てのみ責任がある。これは団結が一般にその構成員に対して、何等干涉しなかつた場合、或は不完全に干渉せる場合に起る。前の場合は責任は遅滞 (Verzug) の見地から生じ、後の場合に於ては独民二七六条から生ずる。従て、労働平和を守らせる為の一切の行為を盡くせる場合は責任は生じない。それは「執行の義務」(Pflicht zur Exekution)であつて、「保障の義務」(Einstandspflicht)ではないのである。然し、かゝる執行義務の不履行に際しては、雇傭者は民法三二六条に基き、全部的損害賠償を期待し得るのである。<sup>(4)</sup>

(iii) 上述の如く、現行法上、損害全部の賠償が請求され得るとすると、「労働者団体が協約違反に際して物質的に破壊される可能性が存する」こととなり、労働者団体にとつては、この請求権が実に鋭き武器になる。ジンツハイマーは情熱的な文調を以てこの事を嘆じてゐる。曰く、「かゝる破壊は、只に労働者団体の立場からのみならず、我が現代の国民経済及び社会生活が、供給能力をもつ労働者団体の存立について有する一般的利益の立場から見ても容易ならぬ事である。個人が損害賠償義務の結果、その財産を犠牲にしなければならぬと云ふ事を、社会的生活の中に於て一定の任務を果すべき全組織体とそのやうになる事との間には、相違がある。前者に於ては、一般に国民経済と社会的生活とは、その損失によつて影響をうけるものではないが、然し後者の場合には、今日我々の社会生活がそれに向けられてゐる団体形態が破滅するのである。」と。加之、労働者団体が、かゝる損害賠償の義務を虞れて一般に労働協約を好まなくなる事も亦考へねばならぬ。更に生じたる損害の証明、特に協約違反と損害との間の因果関係の存在の証明の困難が存する。「それは、文献に於てのみならず、個々の立法的提案に於ても亦賠償すべき損害の額、時に労働者団体の側の賠償すべき損害の額高を限定せんとする思想の生ずるのは、理解し

得る事である。」<sup>(42)</sup> 彼が立法論への出発点は、ここに踏み出されて居るのを見る。

我々は、損害賠償請求権が雇傭者に生ずる為には、前述の理由によつて、生存権を脅かさざる範圍の平和義務(生存権を脅威するが如き場合は、平和義務は実存してゐないのである。)の不履行が労働者団体の側に存して居なければならぬ。

しからば、雇傭者の側に、賠償請求権が発生する場合に於て、その賠償額は現行法上果して損害全部を賠償し得るものでなければならぬであろうか?そこに何等かの限界は無いのであろうか?

ジンツハイマーは、労働者団体が国民経済と社会的な生活とについて果す任務を高く評価して居る。これは勿論承認せざるを得ない。然し、我々は、社会的、経済的生活に於て同様に重要な機能を果して居る団体の形態として、株式会社や、それらのカルテル、シンジケートなどを知つて居る。単に国民経済的、社会的機能が重要であると言ふ事から、損害賠償によつて団体の存続が破壊せしめられてはならない、と言ふ法的結論は出ない。労働者団体を単にかゝる機能における重要性の見地からのみ見て居る立場からは、如何にしても、損害額の制限の原理は生じ得ない。我々は、労働者団体の特殊性を見なければならぬ。株式会社やそのカルテルなどに於ては、営利的精神に貫かれた利益社会乃至は「欲望の体系」が見られるのに対して、労働者団体に於ては、言はゞ本質意思に基く所の、或は、労働者の全体的生活に根源する所の、かのゲマインシャフト[Gemeinschaft]が見られるのである。労働者は彼等の団体をはなれて、個々人として、生存するならば、威力ある資本の波にたゞやう\*〔捨?〕小舟の不安にさらされざるを得ない。たとひ悲惨な生活を送らうとも、彼等の団体に強き結びの鎖がある間は、尚自らの生活を続け得るでもあらう、しかし、この鎖の断ち切られる日は、彼のより良き生活すらもが、資本の恣意的温情にかゝり、奴隷の安国なき奴隷(マ)の従属のみを強ひられねばなるまい。それ故、労働者団体の破壊は、換言すれば、その労

働者達そのもの、破滅への道であらう。かゝる事態は、労働者団体の損害賠償責任の限界について法的確信を生ぜしめる所の物的基礎をなすものと言はなければならない。それ故、我々は、労働者団体の存続を脅かす場合に於ては、生存権〔へ〕の脅威ありとして、言はゞ真の多数者の権利に基いて、賠償額に対して制限が要求されるものと解すべきである。立法論ではなく、解釈論として。蓋し、法的確信〔が〕あり、そのトレーガーが一定の社会的勢力にまで成長して居り、立法意思を何等かの仕方で規定して居るとき、その法的確信に支へられたる規範を実定法なりと解釈することは、具体的なる実践的意味をもつものである。何なれば、裁判は、かゝる法的確信にすることによつて、その実効性が乏しくなるのみならず、現実との距離が甚だしくなり、やがてそれを認めるに至るからである。勿論、立法によつて解決されることも多いのである。かゝる見地に立つ解釈の態度は、従て常に判例批判の形をとる。法的確信に立たざる判決は、真に実定法を理解せるものに非ずとなすものである。然し法的確信と言はるべきものは、一の法的イデオロギーとして、既にある社会を自己のトレーガーとするものでなければならぬ。然し又、社会規範を担う規範的確信であるのみではなくて、一の法的規範的確信であることが顧ねばならぬ。然るにかゝる法的確信を伴へる規範が実定法秩序の意味構造内に考へられる為には、そのトレーガーたる社会の全体社会に対する何等かの圧力が前提〔と〕されねばならない。而も、法的確信は、それを担う主体的勢力が強くなるに従ひ、却てそれ自身深められ、明確になるものである。然るに、今、賠償責任について見るに、「雇傭者の「損害」が労働者の「生存」の不安によつて償はれてならないとすることは、云うまでもなく労働者階級、少くも組織労働者の間に於ては、法的確信をもつものであると云はねばならない。然るに、法的確信は単にかゝる階級にのみ妥当するのではなく、普遍性をもつものであらねばならない。生存権は、人間存在に根源的なそして確実なるものに根底するが故に、人間であると言ふ事を肯定する限り認めざるを得ない根本的要請として、あらゆる他の正当性に

対して優越的であり、より根源的である。然も、かゝる生存権の要求が、現代に於ては、実に多数者の権利でもありと云ふ事によつて、要請は既に亦現実〔的〕でもある。かく論ずれば労働者団体の存続そのものを脅かす程度の損害賠償に対しては法の保障は拒否されねばならぬ。<sup>(43)</sup>

未完

- (1) Sinzheimer, a. O. II Bd. S.12.
- (2) Lotmarは単に集団意思の個別的意思に対する優越の必要を認めたと止まらずして、かゝる優越を肯定する法的確信の存在を認め、それを基礎として労働協約のUnabdingbarkeitを解釈論上承認したのである。
- (3) Sinzheimer, a. O. II Bd. S.61. u. S.65 ff.
- (4) 独民三九九条曰く、「債権ハソノ内容ヲ変更スルニ非ザレバ旧債権者以外ノ者ニ給付ヲ為ス事ヲ得ザルトキ、又ハ債務者トノ合意ニヨリテ禁止シタルトキハ之ヲ譲渡スル事ヲ得ズ」ト。
- (5) 独民一三七条「譲渡シ得ル權利ヲ処分スル權能ハ、法律行為ヲ以テ之ヲ排除シ又ハ制限スルコトヲ得ズ。カ、ル權利ノ処分ナサル義務ハ此ノ規定ニ反セザル限り妨グズ。」ト。
- (6) Sinzheimer, a. O. II Bd. S.76.
- (7) 後藤氏は次の如くに問題を發展させておられる。即ち、「個人意思に対する集団意思の優越といふ点からこの場合に個別的労働協約の無効なる部分が当然に労働協約の定めによつて補充さる、事〔こと―原文、以下同〕を理由づけ得るのではなからうか、との疑問」が存し、然し「労働協約は唯〔たゞ〕一個の団体によつて創設せらるゝものに非ずして雇主（又はその団体）と被備者団体との合意によつてのみ作り出さるゝものであり、且つ一つ〔の〕団体の構成員と他の団体の構成員との關係を規制するものであるとの事実を前にしては、この理由に訴へ得ない。」とせられるのである（上掲書一二五頁―一二六頁〔註一八〕）。これは、法典を根拠としては労働協約のUnabdingbarkeitが導かれ得ないが故に、何等か他の原理からそれが認めんとする試を為し、再び、かゝる原理を批判して、かゝる原理からは労働協約の



Unabdingbarkeitを導き得ざる事を明らかにする事によつて、如何に見ても実定法上の労働協約に強行的規範性は認め得ず、となす事を意味して居る。それは、法典的根柢の欵如を以て直に強行的規範性を否定せんとするSinzheimerに比して、遙かに用心深い態度であると言はなければならぬ。然し、労働協約が雇主又はその団体と被傭者の団体の間に成立したからと言つて、直ちに個人意思に対する集団意思の優越を認める法的確信の存在を否定する事は出来ない。かゝる優越を認める法的確信は、階級的人間が自覚さるゝに從て強まるのであるが、と言つて単に一階級のみによつて承認され抱懐されるものではなく。却て普遍性を主張するものである。労働協約に於けるかゝる優越は、根源的には賃労働者の生活感情によつて支へられるものであらうが、法的確信と云て何等かの形態をもち、法的世界に於て原理的意味を担ふ為には、logosの光に照らされねばならぬ。云はば、社会的一般性又は普遍性が要請せられるのである。從て、階級的パトスは却て普遍性を主張するのである。個別的労働契約によつて労働協約に違反される場合には、かゝる法的確信に反するものである。たとひ、雇傭者は一方の当事者であり、他の当事者と対等者として労働協約を締結するものとしても、それは労働協約を個別的に見るからこそ、かゝる優越を認める法的確信の否定に導くのであつて、社会的にこれを見れば、むしろ、通常は違反されないと云う事態から見ても、当時のドイツに於てかゝる法的確信が存し足ると思ふ事は無理からぬ事であるまいか。私は、後藤氏は労働協約に於ける集団意思の個人意思に対する優越の意味を個別的なる労働協約に於て見て居られると思う。それも、かゝる優越を法的確信の問題とせずには問はれて居るのであらうか。表現はその点曖昧である。然し、かゝる優越が法的確信の問題と結びつけて問はれないならば、実定法上の意味は余り持ち得ないであらう。

- (80) Sinzheimer, a. a. O. II Bd. S. 78. Sinzheimerはかくの如き、Lotmarを理解するにつき、引証として次の如き文章を引用して居る。すなわち、「労働協約の締結によつて当事者は単に労働協約に反するが如き労働契約を締結せざる点を取束するに止るものではない。即ち彼等は更に労働協約に反するが如き労働契約締結の法律的可能性を排除し、かくてその限りに於て個人的処分から制限するの意思を以て労働協約を締結するのである。このやうに労働協約に反する労働契約締結の法律的可能性の排除が協約当事者の追求する所である故に於て、労働協約に反する労働契約を有効と宣言する事は労働協約を無効の宣言するに等し。」(Lotmar, Der Tarifverträge zwischen Arbeitgeberern und Arbeitnehmern [1900], S. 110)



- (9) Sinzheimer. a. a. O. II. Bd. S.79-80.
- (10) かゝる私的自治は根源的法律意識であるが〔〕その定在は却て制度としての私法的法律秩序の中にある。勝義に於ては、一の制度的な概念である」と云はなければならぬ。
- (11) Sinzheimer. a. a. O. II. Bd. S.81.
- (12) Sinzheimer. a. a. O. II. Bd. S.83.
- (13) Lotnar: Die Tarifverträge. S. 110.
- (14) Lotnar: Der Arbeitsvertrag. I Bd. S. 782.
- (15) Sinzheimer. a. a. O. II. Bd. S.86-87.
- (16) Sinzheimer: a. a. O. I. S. Bd. 21.
- (17) 後藤氏、前掲書一三九頁。
- (18) Lotnar: O. I. Bd. S.21.
- (19) 後藤氏、前掲書一三九頁。
- (20) 後藤氏も亦 Lotnar の言葉を引用しつつ、類推さるべきに非ずして〔〕次の理由をあげて居られる。即ち「従業員側の制定はもとゞ、雇主によつて一方的になさるゝものなるが故に、もしこれに違反することが許されるとせば、その結果不利益を受くる労働者はこれに対して救済を求め得る法律上の途はない。〔……一略一引用者、以下同〕従て〔したがつて〕労働者の保護を目的とする限り、これに対して強行性を付与せざるを得ない。」所が「労働協約に於〔おい〕ては、それに反する労働契約を締結することは、協約規範実現義務の違反となるが故に、協約当事者は直ちにこれに対して対抗手段をと〔採〕り得る。」即ち訴えによる義務の履行又は損害賠償の請求、及団体的闘争手段がある。かゝる救済の途があるのだから、特別の規定なき限り強行性を有せず、と解すべし。又「多くの本質的差異」があるから〔後藤〕教授は妥当でなくとして居る(前掲書一四〇頁)。問題はむしろ\*\*\*「多くの本質的差異」とせらるゝものが何であるに存する。救済の有無は直ちに強行性の否定する根拠にはなるまい。然しこの点は他日の考察に待ちたい。
- (21) Sinzheimer: a. a. O. II. S. Bd. 87-88.
- (22) Sinzheimer: a. a. O. II. Bd. S. 89. ff

- (23) Sinz[heimer]:aa. O. II. Bd. S. 92-93.
- (24) 「成程」Lotharは労働協約の特殊な債権的側面は認識する。然るに労働規範に強行的効力を認める際の根本的見解の結果、これを完全に貫徹するを妨げていた。蓋し、この見解によれば、労働協約の債権的権能は如何なる余地をも持たないからである。それ故、かゝる機能は彼に於ては(労働契約の中に入り込まない所の)非本質的規定に関する限りに於てのみ、又従業規則にある労働協約の違反及本質的規定の非組織の労働者への適用に関する限りに於てのみ妥当する(「Sinzheimer」)。(Sinz[heimer]:aa. O. II. Bd. S. 93. Anm.2)
- (25) Sinz[heimer]:aa. O. II. Bd. S. 100-104.
- (26) 後藤氏前掲書一四三頁以下
- (27) Sinz[heimer]:aa. O. II. Bd. S. 104
- (28) Sinz[heimer]:aa. O. II. Bd. S. 117.
- (29) (30) Sinz[heimer]:aa. O. II. Bd. S. 111.
- (31) Sinz[heimer]:aa. O. II. Bd. S. 110.
- (32) Sinz[heimer]:aa. O. II. Bd. S. 115 ff
- (33) Sinz[heimer]:aa. O. II. Bd. S. 149.
- (34) 「[インシュペーには]労働協約の平和目的を主張する態度は常に見られる。例へば、Arbeitsaristokratieに於て曰く「凡ゆる労働協約の根本的意向は労働権と労働平和との共同体の構成である。」(aa. O. S.39) 又Grundzüge des Arbeitsrechtsに於て「平和義務は労働協約にとって本位的(wesentlich)である。それなしには労働協約は存しなご。」(aa. O. S. 264-265)
- (35) Sinz[heimer]:aa. O. II. Bd. S. 151-154.
- (36) 加古(祐二郎)氏「近代法体系の多元的構造について」法と経済第四卷〔同「近代法の基礎構造」(日本評論社・一九六四)二二六頁以下に収録〕
- (37) 労働協約令が出た後一九二七年にSinzheimerはGrundzüge des Arbeitsrechtsを公けにして居るが、団結権の問題について詳論して居る。(aa. O. S. 67. ff)

- (38) 解釈に於ても問題となるは実体表現性 (wahrheit) ではなくて、却て主体的な真実性 (Wahrhaftigkeit) である。「然るに、そのやうな真実性は実を云へばこの根本的な『事実的な真理』もしくは『存在論的真理』ontologische Wahrheitのいはゆる主観的な、即ち意識に於ける規定を現らわすのである」。(三木清『危機に於ける人間の立場』〔铁塔書院・一九三三〕のなか「危機意識の哲学的解明」〔八一―九頁〕三木氏に於ける事実的は単に存在的ではなく同時に存在論的である) 然して一方主体的なものに於ける主体は歴史、の主体であり、単なる個人でなくて、一定の歴史的性格をもてる現実的社會である。
- (39) Sinzheimerの考へ方はArbeitsaristokratieに於てもGrundzügeに於ても書かれて居る。(A. T. G. S. 137 ff. G. d. A. S. 265.) 一九一五年一月二十九日Reichsgerichtの判決は相対的平和義務を当事者の推量的意思として承認し、個々の場合に於ては、絶対的なりや相対的なりやは当事者の意思にかゝる事を宣言して居る。(G. T. G. S. 139.)
- (40) 「例へば労働者団体が雇傭者をボイコットせる場合には、労働違反の結果雇傭者が生産を休止せざるを得ず、或は\*\*\*によつて商品販売を全然又は単に減少せたる、量に於てしか、為し得なかつた事により生じたる全損害の賠償を雇傭者は期待する事を得る。」(Sinzheimer) a. O. II. Bd. S. 213.)
- (41) Sinzheimer) a. O. II. Bd. S. 214 ff.
- (42) Sinzheimer) a. O. II. Bd. S. 224. 賠償すべき損害額を限定し、損害発生の際を免除せる立法例として伊太利〔イタリヤ〕及濠太利〔オーストラリア〕の立法をあげている。
- (43) Sinzheimer. Rechtsfragenに於て曰く、「今日は職業団体は必要なる社会的機能を果して居る。進歩せる社会政策にとつて、職業団体のWirksamkeitは最早缺く事を得ない。それ故、少くもその維持は公けの利益の中に存する。事情によつては、この職業団体が、それが支払うべき高き損害額によつて破壊され得る事をゆるす法律は、かゝる公けの利益を犯ものである。恰も個々の債務者に彼の生存に必要な財産が\*\*\*し去られるを許す事が債権法を犯すと同様である。」  
v. (Rechtsfragen S. 28)

(結語)

問題を散在させたまま、こゝまで一応筆を止めざるを得ないのは残念である。こゝまでを第一編にして、次の篇

に於て、問題の論理的な構造を吟味し、そして他方、「これを」第二篇としたい。

(ミネルバの梟戦場の白昼にとびこむの前夜)<sup>(十六)</sup>

一九三九 一 八 夜更

〔翻刻者注記〕

(一) 第一頁の右上・欄外に「貧しき研究報告 一冊」と記されている。以下、漢数字をもって示す注記は、翻刻者によるものである。

(二) 原文には、このような目次は掲載されておらず、翻刻者が原文のなかから見出し語を抜き出して作成した。翻刻に当って、漢字旧字体は現行のものにあらためたが、送り仮名等については、原文のままとした。

(三) 三月革命のことを指すと思われる。すなわち一八四八年フランスにおける二月革命の影響をうけて、ヨーロッパ各国・各地で革命運動が発生した。ドイツでは、ウーレン会議(一八一四―一五年)後の復古的・保守的な体制への反発や産業革命後に生まれた労働者階級の不満や民族解放への希求の高まりなどを背景に、市民と学生らによる暴動が発生し、これを鎮圧しようとした軍隊と衝突して、革命へと発展した。それにより高まった統一の機運と相まって、同年五月、ドイツ統一と自由主義的な憲法制定のためのフランクフルト国民議会が招集された。しかし同じく一〇月ウーレンおよび一月ベルリンで反革命が成功し、翌年、議会は解散させられて革命は失敗に終わった。詳しくは、成瀬治・山田欣吾・木村靖久(編)『世界歴史大系「ドイツ史」2一六四八年―一八九〇年(山川出版社・一九九六)第七章「一八四八革命」(川越修)二七九―三三八頁を参照。

(四) 本文に付された傍線は、沼田自身によるものである(以下も、同じ)。また亀甲カッコ「」を付した箇所は、翻刻者が付したものである(以下も、同じ)。

(五) 沼田が戦後『生産管理論』(日本科学社・一九四六)のちに同・著作集第四卷『労働争議法論』(労働旬報社・一九七六)七七頁以下に収録に続いて、執筆・刊行した『日本労働法論』中巻(同前・一九四八)のちに同前著作集第一卷『日本労働法論』(同前・一九七六)のなか(二三八頁注三。引用は、同前書による。以下、同じ。)で、沼田は大学院に進学したとき、

ロトマールの同書を指導教授であり、戦後はその岳父となった石田文次郎(一八九二〜一九七九)から貸与されて読んだと「記して同教授に謝意を表したい」とのべていた。

- (六) 日本で初めてドイツの労働協約法制を紹介した民法学者の石坂音四郎(一八七七〜一九一七)が「賃率契約」法学新報二〇巻二号(一九一〇)のちに同『民法研究』第一巻(有斐閣・一九一五〔訂正三版〕)四四七頁以下で「Arbeitsvertrag」というドイツ語を「賃率契約」と直訳した。これに対して、その内容が必ずしも賃金にかぎられず、広く待遇に係わる労働条件について規定されており、また法的意義も契約とも異なるとして、「雇主と労働者が任意に各自団体組織の下に労働雇傭関係に関し一般共通の条件を協定して個々の労働契約の基礎と為すの意思を公表する集合的約束を云う」として、「労働協約」と邦訳したのが福田徳三(一八七四〜一九三〇)——同「労働協約一班」『商業大辞書』補遺(一九〇八)のちに『経済学研究』後編(同文館・一九二〇)四一四頁以下および同「労働協約」『経済学考証』(佐藤出版部・一九一八)一六八頁・いづれも、インターネット上に公開されている国立国会図書館のデジタル化された収蔵書を利用した——であり、以後わが国では、それが当該事象および概念を表わす文言として定着したとされる(吉川大二郎『労働協約法の研究』(有斐閣・一九四八)一一二頁)。ただし石坂・前掲書四四八頁は「賃率契約」について「一人又ハ多数ノ企業者ト多数ノ労働者間ニ於テ将来締結セラレルヘキ個々ノ労働契約ノ基礎トナルヘキ賃銀其他ノ労働条件ヲ定メル契約」をいうとし、「或ハ之ヲ労働協約(Collectiver Arbeitsvertrag)ト称ス」とものべている。つまり同前書四四八―四四九頁は「賃率契約ト称スルハ適当ニアラス、然レトモ賃率契約ナル名称ハ最普通ニ用ヒラル、カ故ニ今ハ之ニ従フ」とのべることにより、同人が「賃率契約」なる訳語が必ずしも適訳であるとは認識していなかったことに留意すべきであろう。
- (七) 沼田が傍線を付した文章は戦後、沼田・前掲『日本労働法論』中巻二二三頁(注3の箇所)で、そのまま利用されている。
- (八) 工業法一五二条は、つぎのように規定されている(後藤清『労働協約理論史』(有斐閣・一九三五)一七頁〔注13〕による)。
- 一項「工業主、工業的助手、職人又ハ工場労働者ガ良好ナル賃銀条件及ビ労働条件獲得ノ為メニ、約定又ハ結合ヲナスコト、特ニコノ目的ノタメニ同盟罷業又ハ労働者解雇ノ手段ニ出ヅルガ如キ約定又ハ結合ヲナスコトヲ禁止シ、又コレヲ処罰シタル従来ノ規定ハスペテコレヲ廃止ス」。
- 二項「良好ナル賃銀条件及ビ労働条件獲得ノ為メニスル約定又ハ結合ニ加ハリタル者ハ、スペテ自由ニコレヨリ脱退スルコトヲ得ベク、又斯カル約定又ハ結合ヲ理由トスル訴ハ許サレザルモノトス」。

- (九) 工業法一五三条は「身体に対する強制、脅迫、名譽の侵害又は同盟絶交等の手段によつて他人をして第一五二条いはゆる約定に加はらしめ又は約定に従て一定の行為をなさしむる行為の既遂・未遂を罰し、又同様の手段に訴へて約定より脱退せんとする者を妨ぐる行為の既遂・未遂を罰した(三か月以内の禁固。但し刑法上より重き刑罰に該当するときはそれに従ふ)」(後藤・同前所)という内容であった。
- (十) Unabdingbarkeit という文言の訳語については、沼田稿一Aの注記の七における説明を参照。
- (十一) 一九世紀後半、プロイセンによりドイツ帝国として国内統一がなされ、本格的に資本主義が発展するなかで、旧中産階級は没落し、労働者の生活は困窮の度を増していった。自由放任政策を支持した「ドイツ・マンチェスター派」に対し、「歴史学派」の経済学者らは一八七三年、社会政策学学会を設立し、国家の社会改良政策によつて社会問題の解決を実現できると主張した。これに対しそれは社会主義者らの有害思想と何ら変わりはないと批判し、大学の講壇に立つ者による社会主義との意味の蔑称が与えられた。講壇社会主義には、ワーグナーに代表される右派、ブレンターノらの左派そしてシュモラーらによる中間派の三つの分派が見られた。ドイツ・マンチェスター学派に対抗する「講壇社会主義」の生成・発展・終焉の全体像を描いたのが、刊行当時、菊版七〇〇頁におよぶ、大河内一男の名著『独逸社会政策思想史』(日本評論社・一九三六)であった(戦後一九四九年、再刊され、また同『著作集』第一、第二の両巻(青林書院新社・一九六八、一九六九)に上・下として分けて収録されている)。沼田は大学院在学時に、風早八十二『日本社会政策史』(日本評論社・一九三七)とともに、これを「感激をもつて読んだ」と回顧している(同「労働法学者の服部英太郎像」『行人有情』(勁草書房・一九七九)一三七頁)。
- (十二) ここでも、「一齣」稿の文章が前掲『日本労働法論』中巻二二三頁(注4が付された箇所)で送り仮名を訂正して、ほぼそのまま利用されている。
- (十三) 近代市民法上「人」は、抽象的な「権利能力」の主体としての法的地位が承認されている(日本民法典三条参照)。これに対し労働法における人間とは、具体的な「労働者」であり、「使用者」である(日本の労基法九条、一〇条、労組法三条および労働契約法二条参照)。ラートブルフGustav Radbruch(一八七八―一九四九)はフライブルク大学における正教授就任講演である“Der Mensch im Recht”(1927)／「法における人間」(桑田三郎・常盤忠助允〔訳〕同著作集題第五卷(東京大学出版会・一九六二)五七七頁)で「社会の中なる人間」「集合人」と呼んでいる。これに対し、ジンツハイマーはナ

チスに追われてオランダに亡命し、一九三三年にアムステルダム大学教授就任に際し行なった講演で、ラートブルフと同じテーマを取り上げた(『Das problem des Menschen im Recht』/「法における人間の問題」〔清正寛(訳)九州工業大学研究報告書一五号(一九六七)三六頁〕)。そのなかで同人は「階級的存在としての人間」と称している。本「一齣」稿執筆当時、沼田はおそらくラートブルフの論稿(講演録)を読んでいたと思われる。しかし、それに加えて、ジントツハイマーのそれをも目を通していたかどうかは不明である。敗戦直後の時期、沼田は、前掲『日本労働法論』上において「労働法学上の法的人格者の性格」を論じている(前掲書四〇―四三頁)。そのなかで沼田は「時代精神をその人間像からみる文化科学の立場の陥り易い偏向は運動する現実的の社会的関係の弁証法的発展を捨象することである」として、「労働法が資本主義社会の法である限り、労働者が社会的有用労働としての没個性的労働力のトレーガーとして、かかる一面性において社会関係を結ぶことを余儀なくしている資本主義の原理を飛越することは出来ない」とのべて、ラートブルフの理解について批判的に言及している(同前書四〇―四一頁)。

(十四) これはいうまでもなく、シェークスピアの戯曲『ベニスの商人』を念頭においたものであり、また沼田が従軍に際し、唯一持参した(拙稿・前掲「沼田稲次郎の青春」六九(四一〇)頁(注)一三八を参照)というイエーリングの『権利のための闘争』の原書(Kampfunus Recht)における記述内容(シャイロックがユダヤ人であれ、同人はベニスの市民と同じく、ベニスの法に基づき自らの権利を行使(主張)している)を前提としているのである。

(十五) 自らの利益追求にのみ関心を払う個別資本に対し、資本主義経済体制の維持・発展を実現すべき、支配階級としての「総資本」あるいは、それを体現する国家は、労働者が担う労働力の摩滅を防止するために、労働力の維持・培養としての労働(者)保護政策の実現に意を用いることにならざるをえない。沼田はそのような発想を、大河内一男の著書から学んだのであろうか。なお田中良一「大河内一男における『社会的総資本』概念」ソシオロゴス三四号(二〇一〇)一―二四頁参照は、上記課題に関する最新の論稿と思われる。

(十六) ヘーゲル「法哲学要綱」(二八二〇)の「まえがき」の末尾で、つぎのようにのべている(長谷川宏(訳)『法哲学講義』[作品社・二〇〇〇]六二〇頁)。

「世界を思考する哲学は、現実がその形成過程を終了し、確固たる形を得たのちに、はじめてこの世にあらわれるのだ。歴史は、必然の過程として示しているので、現実が熟したときはじめて理念的なものが現実の対極にあらわれ、現実世



界の本体をとらえ、それを知的王国の形態へと構築するのである。……ミネルバの梟は、せまりくる夕暮れとともに  
はじめて飛びたつのだ」。

知恵の神の使いである梟が一日の終る夕方の方の空へと飛び立つのとは異なり、沼田は世の動向も定まらぬ白昼、しかも戦場  
へと向かわざるをえないことを思い、未完のままに終えろとしなければならなかった。沼田は自らの学問の世界への惜別を  
慨嘆していたのではないかと思われる。沼田は戦後も、自らを、又は労働法学について「ミネルヴァの梟」という言葉をもつ  
て、表わすことがしばしばあった。それは労働法学もまた、現実世界の展開が終ったあとに、それを理解・構成するもので  
あるとの認識をしていたのであろうか。