

社會法の性格 (承前)

——近代民法と社會法——

磯村哲

二、經濟法・勞働法の發展とその性格

一 前節に述べたやうに、近代民法は、近代國家と近代市民社會（資本主義社會）の特有な構造聯關に、その社會的地盤をみ出してゐるのであるが、かやうな民法的「自由」は、一方に於て、企業の大組織化、巨大な資本集中を促し、「自由」資本主義を「獨占」の段階に移行せしめ、自らの「自由」を通して經濟の「合理的組織化」を展開せしむることにより、その限り、却てその「自由」を止揚するの結果を招いた。カルテル・トラスト・コンツェルン・一般條項 (allgemeine Geschäftsbedingungen) などの法現象は、このことを示す。これは、資本主義經濟の運動法則の自由な展開に根差すその「内在的組織化」に外ならない。他方に於て、そのことから、必

然的に、生産手段を有しない社會的・經濟的弱者の地位は、いよいよ薄弱化し、その反面に於て、かゝる階級の、自己の社會的經濟的地位の向上を目指す闘争は、熾烈を極めるに至る。かくて、國家と法は、かゝる「拘束的」資本主義經濟の現實に應じて、一面に於て、經濟の何等かの企業化・統制化を行ふとともに、他面に於て、かやうな「社會的弱者」階級の保護、進んでは、その階級としての社會的勢力を承認し、その集團をしてある程度社會法形成のトレーガーたらしむることになる。第一次大戰後、特に顯著に問題となつた經濟法 (Wirtschaftsrecht) 勞働法 (Arbeitsrecht) は、かゝる事態の重要な現れに外ならない。

(1) 我妻榮「資本主義」(岩波「法律學辭典」)・山川均「轉形

二期の經濟 (改造社「經濟學全集」二十七卷) など參照。 二 經濟法

(一) 右に述べた、資本主義經濟の組織化とそれに對應する國家の經濟への關與、なる事態に基く一群の經濟立法に對して、ひとびとは、特に第一次大戰後のドイツにあつては、「經濟法」なる新しい概念のもとに、その構造・性格を瞭かにしようと試みた。併し、こゝに於ける「經濟法」の概念そのものは、多岐を極め、從つて亦このもとに如何なる素材 (Rechtstoff) を包攝するかのその構成部分に關しても、更にその法律體系上に於ける地位に關しても、ひとびとのそれぞれの視角に應じて異なつて居り、一義的な把握を許さない。このゆゑに、吾々は、まづ、かやうな多岐にわたる「經濟法」理論を、その基本的特徴に從つて分類・整序することから始める。

(1) まづ、經濟法は、その對象的素材的側面からではなく、新しい「世界觀」「法學の方法」乃至「要求」として理解せられる。この派の代表者たるヘーデマンによれば、經濟法は、完結的な法領域として把握さるべきものではなく、「一般的時代潮流の反映」・「現代の法全體の基調」であり、それは、十七、八世紀に於ける自然法にも比せらるべきものである。ニイツペルダイにとつて

も同様に、經濟法は、民商法等と並ぶ新分科ではなく、經濟生活を規律する法及び法學への「要求」(Fordernng) であり、同時に、經濟的法素材の新しい觀察方法なのである。更に、ガイラーに於ても亦、經濟法の本質は、法認識の方法・法論的なものに存するのであり、さやうな「經濟法」として理解せられる方法は、法を經濟的・社會的基礎に密着せしめて捉えるところの法社會學的方法 (rechtssoziologische Methode) 以外のな⁵⁰。

だが、このやうに、經濟法を専ら世界觀乃至方法として考へる諸見解に於ても、特にその視野の中心を占めるのは、事實上大戰以來展開し來つた「新しい」經濟立法であることは、否定せられ得ない。蓋し、高度の形式合理性を具へる近代民・商法にあつては、法制度の嚴格な規範論理的 (normlogisch) 意味解明の體系化に終始する「從來」の解釋法學 (乃至概念法學) が、最も重要な役割を演じ得た——殆んど唯一の法學として——に對し、これら諸々の新立法にこそ、さやうな、特異な「經濟的方法」乃至「世界觀」が強調さるゝにふさはしいものだからである。從つて、彼等が、さやうな「方法」の強調と同時に、何等かの形に於て、その方法の最もよく實現される法素材を限界づけんとする傾向を内含することは、

偶然ではない。すなはち、ガイラーに於ても、彼が事實上特にその方法の適用を試みるのは、新しい經濟現象就中「企業の組織形態」であり、クーデマン・ニイツヘルダイのところにあつては、經濟法に取扱はるべき法現象の分類・整序をさへ企ててゐるのである（團體法・經濟的契約法・勞働法・土地法・全體としての經濟生活の計畫的把握、乃至總則・經濟團體法・協同經濟法・經濟警察法・經濟的財貨移轉法・勞働法・租稅法）。これによつてみるならば、對象的素材的側面の第二義的たることの強調に拘らず、彼等にとつて、經濟的觀察方法乃至精神の本質を構成する特殊な視點は、何等かの限界づけられた範圍に、少くも最も適合的であるといふべきであらう。まさに、かやうな對象的・素材的に「限界づけられた範圍」の確立と、その性格、體系的地位を瞭かならしめることが、ドイツ經濟法理論の主流の課題を構成することとなるのである。

- (1) ドイツ經濟法理論の文獻の概観としては、Klausins, *Wirtschaftsrecht* (Beiträge zum Wirtschaftsrecht Bd. 1), S. 2 Ann. 1; 田中耕太郎「經濟法」(岩波「法律學辭典」)、橋本文雄「社會法の研究」・菊地勇夫「近代法と經濟との關係」(「牧野紀念法理論集」)・西原寛一「商法總則」(「新法學全集」)など参照。

(2) Hedemann, D. J. Z. 1921, S. 26 ff.; Nipperdey, Mitt. d. Inst. f. W. R. Nr. 2; Geiler, *Wirtschaftliche Methoden*, Gruchot Beiträge, 1927, S. 593 ff.

(3) Vgl. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 395 f.

なほ川島武宜「勞働法の特殊性と勞働法學の課題」(中央公論昭和二十二年一月號)参照。

(4) Z. B. Geiler, a. a. O.

(5) Vgl. Thrl, Begriff und Wesen der gemeinwirtschaftlichen Rechtsordnung (Archiv für Sozialwissenschaft, Bd. 52), S. 320 f.

(6) Hedemann, *Wirtschaftsrecht*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, Bd. VI.

(2) 經濟法を對象的素材的側面から規定しようとする試みのなかに於ても、學説は錯綜してゐる。それを一般に經濟生活に關する法としてあまりにも廣汎な素材を包含せしめたり、乃至は「私法及隣接領域の大戦以來の發展」從つて「直接に國民經濟への影響を指す諸規範」を非體系的に包括する單なる「名稱」(Summenname)たるの意義を與へるにすぎぬときものを、一應度外視すれば、大體、經濟法を、むしろ既存の法領域即ち商法の基礎の上に、從つて商法の發展形態として理解せんとするものと、別個の獨立の法領域・法分科を要求するもの

との、二つの流れに大別し得るであらう。

(i) かやうに、經濟法を商法の基礎に於て捉えんとするものに、たとへば、ハウスマンがある。彼はカルテル・コンツェルンの企業合同形態から出發し、かやうな「企業合同法」(Recht der Unternehmenszusammenschlüssen) は、在來の「疑はしき」(fragwürdig) といはゆる經濟法觀念に整序され得るものではなく、むしろ、商法の發展 (Fortentwicklung) として理解すべきだとする。蓋し、商法就中會社法をいはゆる經濟法の構成部分たらしむることなく、現代の企業合同形態を獨立の「經濟法」にくみ入れることは、この法素材の分離しがたき關聯のゆゑに、不可能だらうからである。もとより、こゝでは「企業合同法の基礎付け」の立場、彼の關心の中心をなすのは、企業合同法であつて經濟法そのものではない。だが、後に經濟に對する國家的統制の強化に際して、彼が企業及企業合同法を商法の現代の經濟形態への發展・適合 (Fortentwicklung u. Anpassung) に外ならぬと考へ、それが、國家の經濟に對する關係とともに、經濟法の部分領域を構成すると理解してゐるのを見るならば、彼の經濟法觀念が、終始その根柢に於ては、「企業」及「企業合同」の法を中心とし、而かもそれが商法

と並ぶ獨立の法分科としてではなく、その「發展」に於て把握せられてゐることは、否定しがたいであらう。⁴⁾

かやうな方向の最も詳細な論定は、クラウジンクに見出される。彼に従へば、經濟法理論の現實的出發點は、從來の經濟生活(就中商人的企業家・その企業者組織・その營業取引の法律關係)の法秩序たる私法就中商法秩序に對し、他のイデオロギーによつて規定せられる經濟秩序即ち組織經濟 (organisierte Wirtschaft) 秩序の衝突といふ事實、而かも新秩序の舊秩序に對する支配は確定せず且兩者の「綜合」(Synthese) にも達したゞ、二元分裂的な事態である。かやうな現實的基礎に法分科としての「經濟法」が築かれるならば、その基礎をなすものは、廣義の商法即ち「擴張せられた商法」(erweitertes Handelsrecht) となければならぬ。といふのは、かゝる對立的な現實の一面のみを抽象して民・商と並ぶ新分科・新法域を形成することは、斷片的な素材の技巧的な結合に終るか、乃至は公・私法の綜合領域として統一性を保持しようとしても、もし私法との結合を充分に遂行しようとするれば、その中心的素材 (Kernmaterie) は商法から割取せねばならぬゆゑ、結局商法の解消に導き、既存の民・商法から獨立の新たな法領域といふその意圖を

裏切るであらう。而かも他面に於て、商法の近時の發展——はゆる「非商化」(Dekonomerzialisierung)現象即ちその中心が「企業」に移動するとともに大企業カール・コンツェルンに於けるその相互間乃至その公衆との取引に於ける公共的立場、及び同時にその反面營利經濟的基礎は依然維持せられるとともに却てさやうな「商人的精神」(Kaufmannsgeist)の各方面への浸透(Kommerzialisierung unseres gesamten privaten und öffentlichen Lebens)なる現象——は、經濟法を商法の發展形態に於て把握するに容易に適合し得るだらうからである。かくて、「古き」經濟法としての商法は「新しき」經濟法とともに「統一的」な法分科をかたち造り、この全體領域に對して上位概念(Oberbezeichnung)として「經濟法」の名稱が要求せられるであらう。

(ii) 右と異なり、他の一派は、經濟法を對象的・素材的に限定すると同時に、既存の法分科とは異なる獨立の法領域・法分科を立しようを試みる。併し、こゝでも亦その「統一性」を支へるメルクマールは、種々な相を呈してゐる。

(i) 「企業者」法 (Sonderrecht des wirtschaftliche Unternehmer) としよの經濟法

カスケルに従へば、經濟法概念は、次の三つの方向に於て特色をもつ。(a) まづ、公・私法の浸透——勿論論理的には兩體系にくみ入れ得るが、その内面的聯關のゆえに統一的な法分科に結合せられる。(b) 次に、經濟法によつて規律せられるのは、特定範疇の人間に「企業者」である。(c) 更に、かゝる「企業者」法としての經濟法は、企業者の一切の法律關係を規律するのではなく、特定關係——企業者の企業經營の事實及び特に企業者なるもの(Unternehmerschaft)の存在から生ずる關係——のみを對象とする。企業者の消費者に對する關係(たとへば賣買・消費貸借など)は、最近の法發展によりその内容の變化がみらるゝにせよ、なほ民・商法に入るべきであつて特に經濟法に屬せしむる要はない。然らざれば、法全體就中民法の分裂・解體に導くだらうから。企業者の従業員に對する關係も亦經濟法に屬せず、「労働者の特別法」(Sonderrecht der Arbeitnehmer)としての労働法に入る。後者にあつても企業者はその對象となるが、その場合は「使用者」(Arbeitgeber)としよの性質に於てである。「労働者」法としての労働法は、「企業者」法としての經濟法の「姉妹領域」を形造るが、その構成部分をなすものではなす。

かやうな概念規定に基いてその素材を整序すれば、個々の企業者・多数企業者の關係・企業者團としての共同體の法であるかに従つて、經濟法は、「經濟警察」(Wirtschaftspolizei)・「經濟團體」(Wirtschaftsgemeinschaft)・「共同經濟」(Gemeinwirtschaft)に分れる。經濟警察法は、公益の理由からの個々の企業者の經濟的自由の制限に關する法規範即ち企業者・國家の關係を規律する法規範の全體を含む。經濟團體法は、企業者相互間の關係——企業者が自發的・法的に必然的に「企業者結合」を形造る關係を規律する。共同經濟(乃至社會化・計畫經濟)法は、なほ生成の過程にあり、その體系化の不可能な「經濟の社會化」(Vergesellschaftung der Wirtschaft)立法である。

かくて、カスケルは、經濟法と、公・私法の交錯する、從つて民・商法と並存する獨立の法分科としてとらえ、且つその體系の統一性を支へる紐帶として「企業者」法たるの特質——特に勞働法と對立的に——をとり出したのであるが、而かも上の敘述の示すごとく、かやうな「企業者」法の獨立は、經濟の組織化・拘束化の基礎の上にたつてゐることは注意せられねばならぬ。

(四) 「組織經濟」(organisierte Wirtschaft)・「拘束經

濟」(gebundene W.)・乃至「全體經濟」(Gesamtwirtschaft)・「共同經濟」(Gemeinwirtschaft)の法としての經濟法

既に、經濟法を「企業者」法として理解したカスケルにあつても、經濟の組織化・拘束化の側面が背景をなしてゐたのであるが、かやうな方向に經濟法の基本的特質を追跡しようとする一群のひとびとがある。その共通の基礎は、上述の「拘束經濟」なる事態に存することは云ふまでもないが、このやうな事態の把握の仕方の異なるに従ひ、その理論構成にも種々な差違を生んでゐる。こゝではその代表的なるもの二三に若干立ち入るとどめら。

(a) ゴールドシュミットは、經濟法を「組織經濟」に固有な法として性格づけた。彼は、「取引經濟」(Verkehrswirtschaft)——相互に財貨・勞働の交換に入りこむ經濟的統一體通常私經濟が併存的に存する——と、「共同經濟」(Gemeinwirtschaft)——こゝでは共同體が統一體として現れ財の生産・成員間の分配に關して指導をなす——の二原理から出發し、現代の經濟發展の特質は、取引經濟が廣汎な規整に服し、共同經濟の意義がたえず増大するところに存するのであり、經濟法の本質は、か

る規整された取引經濟・及び共同經濟即ち、組織經濟の法たるにあるとする。たゞし經濟法の領域としての取引經濟の規整は、經濟政策的（生産改良のための）なそれに関り、社會政策的なもの、従つて「勞働法」及び「財の分配」的規整は除かれるとともに、他方共同經濟は、單に生産手段の私有が廢止・乃至制限される「社會主義的共同經濟」(sozialistische Gemeinwirtschaft)のみでなく、生産手段の私所有權の存続する「資本主義的共同經濟」(privatrechtliche Gemeinwirtschaft)の形態をも含めて理解される。而してかゝる「組織經濟」法は、公・私法を共に包容し、むしろ公・私法思想の交互浸透こそ經濟法の精神を形造るものであり、それは、ドイツ法に於ける公・私法の融合にも比せらるべきものなのである。かくて、ゴールドシュミットに於ては、經濟法は、公・私法とは別個の・兩者の交錯せる法域として、而かも「組織經濟」法たるの點にその固有な性格がみ出されてゐるのであるが、彼はこの視點に應じて、社會化立法・企業合同・企業の規整・所有契約の規整などとともに「國經濟裁判所」(Reichswirtschaftsgericht)・「國經濟協議會」(Reichswirtschaftsrat)などの廣義の「經濟」機關を、經濟法の素材として捉えてゐるのである。

(b) 「企業者」法・及び「組織經濟」法としての經濟法理論に於ても、「共同經濟」の觀念が基礎的な支柱の一をなしてゐることは既述のごとくであるが、一連のひとびとは、この觀念の上に、「經濟法」の統一的體系をうちたてようと企ててゐる。

タールによれば、經濟法は「共同經濟」の法である。共同經濟は、他人の協働もその全體に於ける社會的協同作用 (gesellschaftliches Zusammenwirken) も個人目的の手段にすぎぬところの個人主義的經濟秩序に對して、共同體目的のための法的に規律せられた人間の協同作用である。それは、併し、特定の組織形態をアプリアリにもつてゐるのではなく、歴史的に興へられた條件のもとで、集權 (Zentralisierung) ・乃至分權 (Dezentralisation) によるか、或は社會主義的・乃至資本主義的經濟方法によるか、何れによつてその目的によりよく奉仕するかは、全く合目的々な問題であり、共同經濟の存否とはかゝりはらない。就中、共同經濟は、經濟的個人主義の否定の意味に於てのみ、社會主義經濟と共通性をもつにすぎないのであり、資本主義の無條件の否定を伴ふものではない。たゞ、共同體機關の指導・統制のもとに、課せられた全體的企业に従ふとともに、生産手段・生産

諸力が共同體目的のために拘束せられるところに、その本質が存するのである。従つて、それは、必ずしも資本主義的企業・企業者・及びその財産権を排除しないが、それらは、個人主義經濟に於けるやうな個人意思の「支配」¹⁾「勢力」²⁾圍ではなく、共同體目的のために個人に「託された力」であり、個人の權利義務は個人的法律關係の内容ではなく、共同體に固有な「分岐的地位」(Gleitstellung)なのである。經濟法は、まさにがやうな意味に於ける「共同經濟」法としてのみ、特別法の單なる *Sammelname* としてでなく、新しい法域を形成し得るであらう。ところで、共同經濟は、一方に於て國家的立法の對象ともなり得るし、他方個人の經濟的自治の許される餘地もあるゆゑ、公・私法の適用ももちろん存し得るが、共同體は獨立に(國家としてでなく)經濟生活を法的に規律する自然的傾向をもつてゐる。この場合定立される法は、公・私法とは異なつた範疇³⁾「社會法」(Sozialrecht)である。だから、經濟法の主たる法源は、かやうな社會法が構成することになるであらう。かくて、⁴⁾ *Tal*によつて構想せられた經濟法觀念は、「共同經濟」法であり、而かもその基礎的な支柱をなすものは、經濟生活の強制・統制を共同體の「社會的自治」(soziale

Selbstbestimmung) によつて規律せんとする「社會的組織法」(soziales Verfassungsrecht) に外ならぬ點に、その特質が存するのである⁵⁾。

- ① Vgl. Westhoff, System des Wirtschaftsrechts, I.
- ② Nussbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht.
- ③ Hausmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenschlüssen, 1926, S. 15 ff.
- ④ Derselbe, Rechtsstat und Wirtschaftlenkung, 1938, S. 140, S. 299 ff.
- ⑤ Krausing, Wirtschaftsrecht (Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. I), 266 詳細な紹介。大隅健一郎・法學論叢 二九卷二號。
- ⑥ Kaskel, Begriff und Bestandteile des Wirtschaftsrechts, Recht und Wirtschaft, 1921, S. 211 ff. auch, Reichardt, Wirtschaftsrecht als Rechtsdisziplin und Lehrfach? J.W. 1927, S. 11 ff.
- ⑦ Vgl. Krausing, a. a. O. s. 67.
- ⑧ H. Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht, 1923; Rechtslehre, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 93. 類似の方面—Arnold, Wissen des Wirtschaftsrechts, Kantell-Rundschau, 25, S. 554 ff.; Schreiner, Wirtschaftsrecht und sein Normenkreis, J. W. 1932, S. 1693.
- ⑨ Thal, Begriff und Wesen der gemeinwirtschaftlichen Rechtsordnung, Arch. f. Sozialwiss., Bd. 52, S. 317 ff.

類似の見解——Duisjanski, Die Stellung des Wirtschaftsrechts im Rechtssystem, Arch. f. C. P. 1933, S. 115 (紹介、橋本文雄「社會法の研究」一四九頁以下)

(二) 上述のところから、ドイツ經濟法理論が如何に多岐を極め、如何に複雑な相を呈してゐるかは、瞭かであらう。吾々が、既に先人の貴重な諸業績の存するに拘らず、煩をいとはず、これら諸見解に簡單ながら立ち入つたのは、一には、この機會に、これら諸理論を、私なりに一應の形でまとめて置きたかつたのと、更には、かやうな學說の對比を通して、そこに含まれてゐる問題性を理解したいと考へたからに外ならぬ。

さて、このやうな種々な「經濟法」の「理論構成」を生み出した現實的基礎は、周知の通り、資本主義經濟の「組織的」現象と、その基礎の上に於ける戰時戰後の經濟統制立法、就中、ワイマール體制のもとに於ける「經濟民主主義」理念に基く諸立法、に外ならぬことは、云ふまでもなからう。即ち、資本主義の運動法則に由來するところの、資本の形式的市場自由 (formale Marktfreiheit) の獨占的利用を介しての、獨占資本の利益に奉仕する部分的に計畫的な (自由資本主義に於ける企業競争の無計畫性に對し) 經濟組織化は、獨占資本のもつ巨

大な經濟支配力から生ずる種々な社會問題及びその何等かの形に於ける解決を通しての生産力のより高き發展のために、程度の差はあれ、國家による「經濟統制」を當然伴つて來るのであるが、特にドイツ「經濟民主主義」は、理念としては、かやうな企業の社會的公共性とその私有との間の乖離を、上述の經濟の組織化の基礎の上で、たゞしそれとはより高次の國民經濟全體の立場から、「計畫經濟」(Planwirtschaft) 乃至「共同經濟」(Gemeinwirtschaft) なる形に於て「克服」することを、目指すのである。だが、かゝる「共同經濟」の理念は、必ずしも生産手段の私有を、たゞちに全面的に、廢止しようとするものではなく、主として、經濟の民主的組織化を介して——企業・勞働・取引・消費の各經濟のトレーガーを、團體的に結合し、國家の最高の監督・指導のもとに於けるその「自治」(Selbsterwaltung, nicht Antonomie) を介して、經濟民主化の課題を解かうとする。従つて、こゝにあつては、「古き」自由主義 (alter Liberalismus) 及び「國家化」(Verstaatlichung) に對するとともに、他面、私所有權の即刻且全面的廢止にその主要課題を認める「社會主義」に對する對立性⁽¹⁾——即ち、私資本の全面的廢止ではなく、一應その肯認の上に立つて

の企業の社會に公共的統制による民主化、及びその際に於ける經濟團體の「經濟的自治」・勤勞人民（就中勞働階級）の經濟民主化過程への參與の重視、がその特質をなすであらう。かやうな經濟民主化の要求は、「社會化法」(Sozialistengesetz)・ワイマル憲法一五六條（社會化の方式を規律する）・及び一六五條（企業者・勞働者の平等的協力、協議會制度 *Tafel-system* を規律する）に、一應綱領的には、成文化した。併し、この理念は、多くは「描かれた構想」に止まり、その實現は僅小な部門——石炭・カリ・鐵産業など——に於てであり、而かも「企業者結合」による自治的經營（勞働者・消費者の參加に至らない）なる形に於てなのである。要するに、一方に於て、資本主義の内在的發展としての經濟の組織化、他方かやうな基礎の上で、企業の社會性とその私有との矛盾に對處するための經濟統制、就中、經濟民主化・共同經濟の理念とその部分的實現たる社會化諸立法、而かもその手段としての「企業者結合」による自治的經營（國家的監督下に於ける）の形態、——これがドイツ經濟法學の直面した事態なのである。

このことから、ドイツ經濟法理論の中心的な問題が、「企業」就中「企業結合」とその基礎の上での「企業統

制」、それを介する經濟の「組織化」にあることは、餘かであらう。だから、その概念構成の差違にも拘らず、かやうな企業結合・企業統制が、經濟法の素材の最も重要な分野を占むる點に於ては、何れの立場にも共通する所以である。従つて、かゝる經濟的事態が、その紐帶をなす「企業」乃至「企業者」に即して捉えられるならば、經濟法は、「企業者」法として理解されてくるであらう。併し、この見解の代表たるカスケルに於ても、既にみたやうに、個別企業の自由活動の側面が問題なのではなく（それは民・商法の領域である）、むしろ企業の統制・組織化が中心をなすことは、上述のところから當然である。彼が、經濟法の領域として、個別企業の國家的統制たる經濟警察法・企業合同法・社會化立法の三部門を示すのは、このゆゑに外ならない。従つてもし「組織化」の形式的側面に重點を置くなら、經濟法は、「拘束經濟」乃至「組織經濟」法として現れるであらう。そこに於ても、組織化の紐帶をなす企業特に企業結合が、重要な地位を占むることは、前者と異ならない（だから、この見解に立つラードブルヒも、「勞働法」に對し、經濟法は「企業者」の立場を問題にする、といふ）。たゞそれが、形式面から觀念せられてゐるゆゑに、その組織

化の内實を端的に示し得ない反面、却てそのゆゑに、素材の包括性に於てよりひろく、従つて亦その内實の推移（たとへば、かりに「社會化」が徹底せられた場合）にも堪え得る視點をもつて居り、この意味に於てその視野は未來の發展をも收め得るとき點に於て、前者の見解に對し、特色を示す。だが、何れにせよ、かやうな諸見解が、「拘束せられた資本主義」の基礎の上になつて、企業ニの社會ニ公共性とその私有との矛盾に、商品生産ニ交換の基礎を原理的に止揚することなく、對處せんとする經濟統制——それは決して徹底的ではなかつたのであるが——を機縁として構想せられたものなることは、變りはない。さうして、このやうな依然たる商品生産ニ交換經濟の支配とその統制の部分性・片面性、而かも後者が前者の發展・その對策として現れるといふ事態が、亦、後者にかゝはる經濟法を、前者の支柱たる「企業法」としての商法の基礎の上にその「發展」として捉える見解を生み出したのであらう。この流れに沿ふクラウジンクが、現代經濟の二元分裂的事態を強調する所以に外ならない。併しこゝでも、企業ニの自由活動の法的基礎としての「商法」と、企業ニの社會ニ公共性からの、商品生産ニ交換の原形的形態に對する計畫的統制（よし如何にそれ

が不完全・不徹底であるにせよ）を對象とする「經濟法」（クラウジンクのいはゆる「古き」經濟法と「新しき」經濟法）の異質的對立性は否定し得べくもないのであり、かやうなクラウジンクのいはゆる二元的事態こそが、却て、兩者の上位概念として經濟法を捉えること——即ち商法を經濟法の一環として吸收し去るか（こゝでは「商法」の全面的な變容は云ふまでもない）、乃至は逆に、「新しき」經濟法を商法の單なる連續的な「發展」（もとより前者の後者からの連續性の面は否定せられ得ないが）として理解すること——を困難ならしめるであらう。この意味に於て、吾々は、ドイツ經濟法學の主流が、民・商法と獨立の新法域として經濟法を建設しようとしたのは、當時のドイツの現實に於ける法・法學の指導的役割の考慮を離れても、やはり意義深きものがあると考へるのである。翻つて、「共同經濟」の法として經濟法を理解しようとする立場に於ては、その對象をなすものは、共同體の全面的な計畫・指導によつて運營せられる「經濟組織」である。その特質は、共同體による生産・分配の全面的な計畫・指導であり、従つて、私資本の存在の肯認される場合に於ても、それは共同體目的に全面的に拘束せられ、それに奉仕するものとして共同經濟秩序の

全體の裏に「分岐」として組みこまれるとともに（商品生産Ⅱ交換的基礎をそのままにして、このことが現實に可能となるか否かは別として）、他方、勞働關係も亦かゝる共同體秩序の一環を形造るものとして捉えられる（だから、この見解は、「勞働法」を「經濟法」の體系に吸收するのである）もこのやうな「共同經濟」の理念は、既にみたやうに、第一次大戰後のドイツに於て極めて微弱ながら一應實現をみ（社會化諸立法）、上述の經濟法諸理論の構想の一の機縁をなしてゐたのであるが、こゝではさやうな「共同經濟」のみが、經濟法の唯一の對象を形造つてゐるのである。それは、一言すれば、「經濟民主主義」理論の法的表現と稱し得るであらう。その、私資本の容認・國家よりもむしろ「社會」が表面に出ること（法源としての社會自主法の重視）は、兩者の平行關係を示す（「ワイマール憲法はドイツ經濟法の福音書」）なのである！）。従つて、經濟民主主義が殆んど「美しい」理念に止まつたやうに、かやうな「經濟法」は、當時のドイツの現實からは、なほ建設さるべき課題・理念であり、その眼はむしろ「未來」に向けられてゐると云ふべきであらう。

(I) Vgl. Helemann, Die Fortschritte des Zivilrechts, II

社會法の性格（承前）

Tell, S. 35 f.

(2) 我妻榮「戰時統制立法の歸趨」(『法學協會雜誌』、六四卷六號參照。

(3) Distenfrank, a. a. O. s. 26.

(三) 右のドイツ經濟法理論の種々相の示すやうに、資本主義の高度化の反面いよいよ増大する企業の社會Ⅱ公共性と私有の矛盾に對し、その何等かの形に於ける解決を通して生産力のより高き發展を期するために、國家乃至社會により、資本主義經濟の「原生的形態」（自由競争）に意識的・計畫的な統制——その態度・範圍に種々な段階の存し得ることは云ふまでもないが——が加へられるところに於て、「經濟法」の問題が、一般に表面化するものである。従つて、その内容も、各國の歴史社會的現實に應じて、私資本の原則的否定に至るまで、それぞれ異なり得るものであり、それとともに、その法體系に於ける地位も亦推移を示す。即ち、資本主義的商品生産Ⅱ交換的基礎がなほ支配的なところに於ては、經濟法は、民・商法の發展として同時にその對立物として、一方に於て民・商法に、他面勞働法に、對立的な「新法域」として現れる。而かもこゝでは、それはなほ生成中の法として、現實的事態に應じて種々な内容をとり得る

のであり、だから、市民社會的基礎に依らふ民・商法に對し、「法規解釋」よりもむしろその現實的基礎の探求が、法學のより重要な課題を形造ることになるのである（ドイツ經濟法學に於けるいはゆる「經濟法的方法」の主張を想起せられよ）。これに對し、いはゆる「共同經濟」の徹底、進みて「社會主義經濟」の段階に至るならば、經濟は、共同社會によつて全面的に計畫・運営せられるがゆゑに（これがドイツ經濟法理論のやうに、私資本の容認の上で、現實的に可能であるかどうかは、こゝでも一應度外視する）、經濟法は、もはや單に、公私法の間段階として民・商法に對立する新法域たるに止まらず、後者を（勞働法をも含めて）、自己の體系に包攝することにあらう。

かやうに、經濟法は、その内容に於て種々な貌をとり得るにせよ、それは最小限に於て資本主義經濟の原生的形態に對する意圖的な統制をめざすゆゑ、自由資本主義經濟の法的基礎たる近代私法に對し、その形式的法的性格に於て、著しき特色を示すのは瞭かである。即ち、(イ)まづ、その「非個人化」的 (Einhindialisierung des Rechts)・「集團」的・「制度」的傾向を指摘し得るであらう。蓋し、資本主義的な個別經濟の「自由競争」

に對する何等かの制約に、經濟法の成立の基礎が存するゆゑ、それが、集團的組織化乃至個人の定位さるゝ「社會的結合」そのものを把握するのは、當然だからである。(ロ)かやうに、法が社會關係の形成を個人の自由契約に委ねることなく、社會的結合 \parallel 秩序そのものを規律する結果、一方には、國家乃至社會 \parallel 公共的團體の商品生産 \parallel 交換過程への關與を伴ひ、このことと表裏して、公法・私法の峻別は、現實的事態を全體としてとらえる場合には、充分貫徹せられ得ずむしろ兩者の滲透・交錯の傾向を示す。(ハ)他方、集團的組織乃至社會的結合に、國家法に對する「社會的自主法」の形成の存在し、國家法の立場からもこれを容認せざるを得ない。(ニ)同時に、個人の權利・契約の保障を介する近代民法の「一般性」に對し、經濟法に於ては、諸々の具體的な社會的結合 \parallel 秩序を直接にとらえることから、具體性・特殊性が特色をなすとともに、かやうに資本主義の矛盾に對する對處策として社會的結合そのものを直接の對象とすることのゆゑに、「實質的合理性」の契機（信義則・公益の要求などのごとき政治的經濟政策的倫理的其他的契機）が進出して來ることが、注意せられねばならない。このことは、もとより、經濟統制に於て合理性が背景に退くこと

を意味するのではない。近代、的經濟統制にとつて、いはゆる「規定合理性」は依然支配的なのである。ただ、權利・契約の保障を通して經濟法則の自己貫徹を承認すると異なり、經濟の矛盾に對處するために社會的結合を直接に規律するゆゑに、さやうな「規定」そのものに、政治的・倫理的などの目的が入りこんで來ることを云ふのである。

(1) 共同經濟法の主張者の見解は、この點に於ては、餘り、明瞭でないやうである。ドニキストリヤンスキキは、公・私法の中間段階として經濟法を考へるのであるが、共同經濟が徹底せられた場合には、公・私法の分化そのものが意義を失つてくるのではあるまいか。勿論、法の内容による區別・分類の可能は云ふをまたぬが。

(2) Vgl. Gaifer, *Moderne Rechtsentwicklungen auf dem Gebiete des Privatrechts (Beiträge zum Virshufschu)*, Bd. I.) S. 173 ff.; Dnistyrnski, a. a. O.

(3) 高田保馬「統制經濟論」。

三、勞 働 法

(一) 既に述べたやうに、近代的勞働關係は、「賃勞働」關係として、商品としての勞働とその對價たるの賃銀と商品交換的な「自由」契約によつて形造られ(民法的雇傭契約の原理の支配)、而かも、かゝる法的形式的契約自由は、社會經濟的には(生産手段の所有者と、生産

手段より排除せられた「自由勞働」者との關係に於ては)、資本(所有)の勞働に對する實質的「支配」の承認を意味し、このことによつて、近代資本主義に特有な合理的(市場的營利經濟的に)勞働組織の形成を可能ならしめてゐる。即ち、かやうな資本の勞働に對する「支配」なる事態は、一方に於て、經濟的弱者たる勞働者の勞働條件への「從屬」として現れる(「經濟的從屬性」wirtschaftliche Abhängigkeit; dependance économique)。勞働條件の決定は、専ら使用者の一方的恣意によつてなされ、勞働者は單にこれに附從するの外はなし。他方、それは、企業經營の内部に於て、使用者の支配||權力關係への勞働者の人格的從屬として現れる(「技術的從屬性」technische Abhängigkeit; dependance technique)。即ち、近代的賃勞働關係に於ける勞働給付は、勞働力の使用を、雇傭主の處分に委ねるのであり、勞働者はこれにより生産手段の所有者の管理・統制に服し、このことを通して、資本主義的勞働||生産組織が形造られるのである。このやうな雇傭主の支配||權力は、企業經營が所有權の「權能」として現れる近代資本制生産社會に於ては、「所有權の機能」に屬することは、云ふまでもない。こゝでは、所有は、身分的支配を離れた「物

への支配」に限定せられながら、自由な雇傭契約を媒介とする労働への結合を通して、却て「人への支配」を包含着してゐるのである（だから封建時代に戦争及び裁判に於ける至上命令が所有権の屬性であつたやうに、産業に於ける至上命令が資本の屬性となる（マルクス）。まさに、かゝる意味に於て他人の管理に服する「従屬労働」こそ、近代的賃労働關係の基本的マルクマールに外ならぬ。上述のやうな労働の「從屬性」（經濟的・技術的）は、併し、自由な「人格」を前提する雇傭契約原理の支配なる事態と矛盾するものではない。雇傭契約の自由の形式性はさやうな社會的實勢關係の差違を容れ得るものだからである。

併し、このやうな近代的賃労働關係に於ける労働の商品化する事態そのものには、労働條件に關する勞資闘争の必然性が興へられてゐるのであり、労働者のより有利な労働條件獲得のための運動は當然生ずべき運動をもつて居り、進みては、労働の商品化に於ける人間の「自己疎外」（Selbstentfremdung）の自覺——「自由労働」と「從屬労働」の矛盾としての賃労働關係そのものに可能なる根拠をもつてゐる——とともに、かやうな「疎外」を可能ならしめる資本制生産組織そのものへの批判を通して、

労働者の「人格」の自主性の回復の要求となつて現れるであらうことは瞭かである。さうしてかゝる自主的労働運動が、近代的労働法展開の決定的な推進力をなしてゐることは、後にみるごとくである。

- (1) 拙稿本誌三十一卷三・六一頁。
- (2) Vgl. Molitor, Wesen des Arbeitsvertrags, S. 74ff.; Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht, II, § 44.
- (3) Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, S. 22 ff.
- (4) 橋本文雄「市民法と社會法」一一三頁以下、川島武宣「民法と經濟統制法」國家學會雜誌五十七卷一號一四一頁。
- (5) Vgl. K. Löwith, Max Weber und Karl Marx, Arch. f. Sozialwiss., Bd. 67, S. 202 ff.

〔二〕ところで、資本主義の發展とともに、自由な雇傭契約によつて形成せられる「原生的労働關係」は、そのままに放置せられることなく、一連の労働立法を伴つて來てゐる。かやうな労働立法の展開は、敢へて圖式化の危険を冒して云ふなら、大體、英國の「工場立法」に代表される段階、ドイツの「社會保險法」に典型をみ出す段階、更に廿世紀に入つて、特に、第一次世界大戰後異常な發展を遂げた、労働組合の團結・團體交渉の法律上の承認を中核とし、それに應じて労働保護法・社會保險法の躍進をみるころの、いはゆる「解放立法」——勞

働法學が「集團的労働法」(Kollektives Arbeitsrecht)と名付けるところの——の段階、の三段階として捉え得るであらう。だが、これら三段階の中、前二者の段階と、最後の「解放立法」とは、その法的性格に著しい差違を有することは、注意せられねばならない。

さて、工場立法の段階に於ける労働保護法(極めて微弱な!)の制定は、各國の歴史的事情に應じて種々な要因に規定せられてゐるのであらうが、少くもその最も重要な要因をなすものは、既に指摘せられてゐるやうに、社會的總資本の立場からの(従つて近代社會に就ては總資本の代表者としての一面をもつ國家の)、資本主義の内在的合理的發展にとつて合目的々な限度に於ける「労働力保全策」であることは否定せられ得ないであらう。それは、従つて、直接の生産行程に於ける「労働力保護」を直接の第一次目的とする(工場立法に「扶助」を規定する場合にもそれは副次的である)ものであり、これにより、生産條件の均等化を通しての工場制の確立・普遍化の條件を形造り、資本主義の合理的發展の基礎をなすものである。而るに、「社會保險法」の段階に於ては、直接の生産行程に存する「労働力保全」を超えて、生産過程より排除せられた労働力の保護(扶助・回復)を目

社會法の性格 (承前)

的とするものであり、工場立法に對するこのやうな「保護」の擴大は、も早單に「生産政策的」「生産資本保全的」な面からではなく、漸く烈しさを加へ來つた労働者運動に對處する防波堤たるの面が漸次推し出されて來たことを意味する。この意味に於て、それは「労働保護」立法の發展過程に於ける一の躍進を意味するであらう。併し、こゝにあつても、労働者の自主的・組織的勢力の容認ではなく、これを回避するための緩和策として、「上から」の「労働保護」たるの性格は、變らない。ともかく、これらの段階に於ける労働保護立法は、國家の立場から、いはゞ「上から」、労働者を、「労働保護の客體」(individuelles Objekt der Fürsorge und Schutz)としてみるのであり、「労働者階級」の集團を、社會關係形成のトレーガーとして捉えるものではない。といふ基本的性格を擔つてゐる。こゝに於ては、労働關係の法的な主體的形成者としての労働者は、獨立の「人格」としての「契約當事者」であり、労働關係は労働條件形成の原理的な法的基礎をなすものは、依然として資本家・労働者の「自由人格」間の自由な雇傭契約なのである(依然たる雇傭契約原理の支配)。たゞ、その傍に、労働者を「労働保護」の客體として捉えるところの、別

個の視點からの諸立法が「併存」するに過ぎないのであり、自由な雇傭契約による労働關係の條件の形成といふ、民法的基礎構造を破るものではない。従つて、これら労働保護立法は、社會關係の形成を原則として各「人格」間の自由契約に委ねるところの個人法的な近代市民法理に、原理的に對立するものではなく、この意味に於て、近代民法に對立的な・その「修正」としての性格をもつ「特別な」労働法の存在からは、なほ距離が存するのである。もとより、それは、契約的労働關係のある程度の立法的關與を含む點に於て（「工場立法は、その生産行程の原生的な形態の上に加へた最初の意識的にして計畫的な反應作用である（マルクス）」）、後の労働法への連続の一面の存在は否定せられ得ないが、その關與は、あくまで消極的・例外的であり、労働者の法認せられた集團の勢力乃至國家的立法による労働條件への積極的關與——その「意圖的な形成・變革」を伴はない限り、「近代的」労働法に對し、なほ「前期的」性格を脱するを得ないであらう。

- (1) 橋本文雄前掲・一八四頁、大河内一男「労働保護立法の理論に就て」(「社會政策の基本問題」二四五頁以下)。
 (2) 労働保護立法を資本主義の運動法則との關係に於て解明

せられたのは、大河内教授の功績である（大河内・前掲、風早八十二「社會政策と資本の運動法則」(「労働の理論と政策」七九頁以下)参照)。この段の敘述は、氏の教示に最も多く負つてゐる（初期の工場立法に於ても、「勞賃間に發生する社會的制約」の問題が、同様にその要因をなさすか否か（例へば、風早・前掲・九六頁）に、なほ疑問を存してをきたい。たゞし。このことと、氏の社會政策論に對すると否とは別個の問題である。社會政策を以て「階級政策」として即ち「資本主義制度の下に於ける階級的懸隔の短縮をめざす政策」とする立場（最近高田博士が大河内教授への批判を通じて透明・周到な論理を展開して居られる、高田保馬「社會政策の學問的性質」(「經濟學論」所收)も有力に主張せられて居り、早急な論斷はつゞけたい。この立場から、生産政策的な初期工場立法(大河内教授の理解を前提すれば)のときは、社會政策の意義を失ふであらうか。ともあれ、こゝでは、社會政策の本質論にはかゝはらなう。

- (3) Otto Kahn-Freund, Funktionswandel des Arbeitsrechts, Arch. f. Sozialwiss. Bd. 67, S. 148f.
 (4) 川島武宜「労働法の特種性と労働法學の課題」参照。
 (5) 拙稿「労働法の發展とその性格」(「時流」昭和二十二年一月)参照。
 而るに、資本主義の高度化の反面、近代社會の基本原理念たる「平等的デモクラシー」(Gleichheitsdemokratie)

の政治・思想運動に支へられた労働者の組織的集團的運動がいよいよ激化し、國家は、労働者の階級としての社會的集團的勢力を容認・妥協せざるを得ない段階に立ち至つた。各國が、労働組合の團結權・團體交渉權を積極的に法認し、これを中核として、「労働者階級」の經濟的・社會的地位の保障を圖る諸立法——「解放立法」を制定するのは、この段階に外ならない。こゝでは、資本

の、自己への對立的社會勢力に對する認容と妥協が前面に出で、この限り、それは、資本主義の眞直な「合理的」發展に對する「對立」「修正」を含むとともに、單に「生産政策」的乃至労働者の階級的成熟に對處するための「緩和策」としての、「上から」の「労働保護」ではなく、労働關係り條件形成のトレーガーとしての、労働者の階級的な社會的集團的存在の容認が、中心の問題となるのである。ところで、この段階に立ち至るならば、前段階に於ける「労働保護」法も、その本來的な意義と機能とを變じて、「解放立法」の一環としての性格をもつて來るのは、當然である。蓋し、こゝにあつては、「労働者階級の社會的集團的勢力と、その人格的・社會的・乃至文化的存在としての要求とは、無視し得ざる事態に至つてゐるからである。通常、労働組合及びその團體交渉の法

的承認の時期に於て、「労働保護」法も亦飛躍的な展開をみせる所以に外ならない。かくて、かやうな段階に於ける労働法は、労働組合法（労働協約法を含む）を中心に、労働保護法（狹義）、社會保險法が、その兩翼を形成する、といふ體系をとつて現れるであらう。

かやうな労働秩序のもとに於ては、労働關係形成の法的基礎をなすものは、も早、單に自由な雇傭契約のみでなく、この關係の形成に、「契約外的」契機が、積極的に・且強力に關與してゐることが、その基本特質として注意せられねばならない。即ち、直接に、國家的立法を通して契約が統制せられるとともに、労働協約に直接性・強行性（*Unmittelbarkeit, Unabdingbarkeit*）と一般拘束性（*allgemeine Verbindlichkeit*）のとき法規範的效力が認められ、労働關係はも早、單に資本家労働者間の「自由な」雇傭契約の効果としてのみは、把握することの出來ない段階に至つてゐる。前期的な「労働保護」法（廣義）が、なほ民法的雇傭契約の基礎の上に、それと「併存」したに對し、こゝにあつては、さやうな民法的契約自由の、労働關係の唯一の・基礎的な形成原理たること自體が、意義を失つてゐるのである。こゝに労働關係は、民法的雇傭契約から離れ「特別な」法の對象を

形造るに至るのであり、まさに、民法に對立的な近代的「勞働法」の成立に外ならない（これとともに、資本家・勞働者間の契約自體が、民法的雇傭契約とは異質的な社會法的「勞働契約」として「構成」されて來るのである）。かくて、勞働法は、原生的勞働關係への法的統制を介して、社會行程の組織化の面とともに、勞働者の地位の向上——その「人間性」の回復なる、一面をもつてゐるのである。

最後に、かやうな勞働法の法的特質として、次のことがあげ得る。(イ)公・私法の交錯・結合の傾向。國家法による勞働條件の規制、勞働協約の法規範性、などは、このことを示す。(ロ)個人法的契約の後退と集團的・制度的性格の表面化は、縷説を要しない。(ハ)法源としての社會自主法の重要性は、經濟法に比し、著しい(勞働協約)。勞働法の展開が、自主的勞働運動——集團的勢力による勞働條件の規制を中核とする——に支へられてきた事實からも瞭かであらう。(ニ)一般性・形式合理性に對し、特殊性・具體性、實質合理性の契機の進出。特に、勞働階級の「人間」回復の要求は、經濟法に比し、實質合理性の契機の進展を、著しく強化する。——これらの諸性格が、主として、勞働條件への積極的關與のゆゑに、勞働

關係自體が、法の直接の規律内容をなすことに由來することは、經濟法に於けると異ならない。

三、社會法の觀念・性格と經濟法・勞働法

「このやうな經濟法・勞働法に對して、ひとびとは、或は兩者を一括して（隣接法域をも含めて）、或は兩者を切り離して（特に勞働法について）種々な視角から、「社會法」(Sozialrecht, soziales Recht, droit social)と稱し、乃至その「社會法」性について語るのである。併し、「社會法」なる觀念自體一義的ではなく、學說によつてさまざまな形姿をとつて構想せられてゐる。従つて、吾々は、まづ、かゝる種々な「社會法」理論を簡單に瞥見することから始める。

(1) 周知のやうに、キールケは、社會法を、「個人法」(Individualrecht)に對立する觀念として捉えた。個人法は、個人(Einzelsesen)たる意思主體を相互關係にをく限りに於ける法である。だから、それは、個人を自己完結的な統一體(in sich abgeschlossene Einheit)としてとらえるのであり、團體を規律する場合でも、それが綜合的統一體として個人と等置される限りに於て、即ちその團體相互の外部關係を規律するにすぎぬ。個人法は、従つて、「併列」(Nebenordnung)の關係に基き主

體の「不拘束性」(Unverbundenheit)から出發するのである。これに對し、社會法の基礎は、團體の「實在性」である。個人主義的思想は、團體を個人の單なる總和として、その統一を擬制し、「個人法關係」に解體するのであるが、團體は精神的實在であり、かやうな實在的な團體——Genossenschaftのみでなく Herrschaftsverbandをも含めて——の「内面的秩序」を構成するものが、外ならぬ社會法なのである。従つて、並列關係・主體的不拘束性を特質とする個人法に對し、社會法は、個人を、より高次の全體に社會的全體としての團體の「分肢」(Glied)として取扱ひ、上下從屬關係(Verhältnis der Einordnung (Über- und Unterordnung))に基き主體の「拘束性」を特徴とする。社會法とは、この意味に於て、團體法(Verbandsrecht)に外ならない。かやうな團體の内面的秩序としての社會法は、従つて、一方に於て、その重要な法源は、「自主法規」である。團體的自治が客觀的法を生み出すのであり、團體人格に組織化されたすべての社會集團は、それゆゑ、各自の客觀的な社會法を有してゐる。従つて、國家の外部に多くの社會法——「非國家的社會法」(nicht staatliches Sozialrecht)が存在する。他方、それと個人法との區別は、必ずしも、

公・私法の分化と相掩はない。すべての公法は社會法なのであるが、私法に屬する社會法の存在も現代に於ては否定せられ得ないからである(ローマに於ては、法的世界に現れるのは、「國家」と「個人」のみであるゆゑ、社會法・個人法と公・私法との兩分類は合致し得た、といふ)。だから、社會法は、その法素材を、公・私法の兩法域から割取し得るのである。

(2) (イ) ジンツハイマーによれば、公・私法峻別の立場は、自立的・自己充足的な個人を前提し、かゝる個人は、國家に於てのみ「統一」にまで結合せられる、とする立場である。即ち、人間は、「個人關係」(Einzelverhältnis)に於ては、個人として相對立し、國家乃至公團體に於てのみ全體の「成員」・「分肢」として現れる。たゞ、團體法的立場にあつては、個人と國家との間に、genossenschaftlich乃至 herrschaftlichな、非國家的な組織的團體の存在が肯定せられる點に於て、個人の結合は擴張されてゐる。だが、その見解に於ても組織化された團體以外の人間の社會的結合(gesellschaftliche Verbundenheit)は、問題となつてゐない。にも拘らず、

かゝる、個人意思から獨立な、所有分配(Besitzverteilung)・人間行爲の全體作用(Gesamtwirkung)に於て

基礎づけられる、全體意思によつて規整されない、個人及び團體の上に聳立する人間的結合（それは *Kollektivität* と稱すべきである）の存在は、否定し得べくもないのであり、その結果、個人の物的・人的状態は、さやうな「結合」に於て有する「地位」に依存する。まさに、かやうな社會的結合そのものが社會法の對象をなすのであり、法の課題は、個人の生活圏 (*Lebensbereich*)・勢力 (*Lebensmacht*) を自己固有の規準に従つて規律するために社會過程に意識的に關與することを通して、かゝる「結合」の意識的規制 (*bewusste Regelung*) をなすことである。従つて、それは、ギールケの意味に於ける團體法としての社會法觀念と異なることに、他方、それが個人的な生活秩序の形成をも目指しながら、而かもそれを個人意思に委ねることなく超個人的な社會的結合自體を直接に把握するのゆゑに、公・私法の交錯・融合の形をとるのである。

同様な方向にあるものとして、ギェルヴイツチをあげ得る。彼に従へば、社會法は、成員の總和に還元出來ぬ、而かも平等的協働 (*collaboration égalitaire*) の構造——*anti-hiérarchique* な *Herrschaftsverband* に對立する *Gemeinschaft* 的な構造をもつ「内在的全體」(*totalité*

innuente) の「統合法」(*droit d'intégration*) である。従つて、それは、(a) まづ、その主體が「分離された個人」乃至成員を吸収し去つた單一統一體たる法人である並列法 (*droit de coordination*) としての個人法（だからそれは間個人法・間團體法 *droit interindividuel ou intergroupal anti-hiérarchique* である）から區別されることに、同時に、その *anti-hiérarchique* な構造のゆゑに、從屬法 (*droit de subordination*) からも區別される。後者は、個人法による社會法の變形・頽廢 (*formation, perversion*) に外ならないからである（たとへば、資本家の命令的意思によつて規律される就業規則が、資本家の他の所有者との並列關係に基く所有權法 || 個人法なる實質的秩序による社會統合法の頽廢であるやうに）。だから、個人法對社會法・並列法對統合法が、唯一の論理的對立をなすのである。(b) 社會法は單に組織的社會（團體）の法ではない。むしろ、組織的社會力は非組織的協同 (*communauté inorganisée*) の純粹客觀的な社會力に基いて居り、社會法の拘束力の基礎は、組織の存在からの獨立の「非人格化的權威」(*autorité impersonnelle*) である。未組織的社會法は、組織的社會法に對して優位を保つ、と云はねばならぬ。(c) 團體

法に、社會法をみたギールケは、從つて、未組織的社會法を看過する反面、組織的團體が問題となる限り、從屬法（支配團體の法）をも社會法として理解するのである。こゝに恐らくギムルヴィツをギールケから岐つ鍵點が存するのであり、彼のギールケ批判が専らこの點に集中する所以に外ならない。(c) 更に、その主たる法源は、國家法に對立的な社會的自主法であるとともに（だから「社會法の導入と實定法源の擴張への運動とは、同時であり相互的である。兩者の歸着點は、法的多元主義の理念 l'idée du pluralisme juridique である」）、個人法・社會法の對立は、公・私法の分類と交錯し、進みて純粹・獨立の社會法（國家法に對立的な）にあつては、國家意思に依存する公・私法の區別の外に存する。

(b) ラードブルヒは、法の前提する「人間」の視角から、社會法を、「社會人」(der Mensch in der Gesellschaft) の法として特色づけた。それは、個人法秩序に於けるやうな、社會的實勢關係の差別性を捨象した孤立的・抽象的な平等な人格 (Person) としてではなく、具體的な「社會關係」に位置づけられたものとして、人間を捉えるのである。かゝる社會人に立脚する社會法は、だから、個人法に於ける形式的平等思想・報償的正義に

對し、實質的調整思想 (Gedanke der Ausgleichung) ・分配的正義が支配するともに、個人的關係も亦同時に社會的・公共的關係として現れる。このやうに、社會化された人間、從つて亦それが定位される社會關係自體が法の對象をなすゆゑ、その形式的構造は、私法の公法化・公・私法の交錯融合傾向、私法・行政法乃至法規・契約の分化の動搖傾向、權利の義務拘束化の傾向、を示すのである。

右に述べた種々な社會法理論を詳細に検討し、それぞれの關聯を追求することは、本稿に於てはさしひかへる。それは、別個の詳論に譲るべきであらう。たゞ、ギールケの社會法觀念と他の諸理論との異同に關しては、若干立ち入る必要がある。即ち、まづ、後者にあつては、その社會法觀念の構成が、近代民法と對立的な新法域の形成に即してゐるに比し、ギールケに於ては、ドイツ團體法の史的研究を背景とする團體實在論（實在的法人理論）の上に立ち、新法域とは恐らく直接の關聯は有しない。たゞ併し、それが、近代私法の國家法的個人法理に對立的な意味に於て——その *Polemischer Begriff* として構想されてゐる點に、この限り、他と實質的平面にある。更に、ギールケの意味での社會法に於ては、組織化

せられた「團體」のみが問題となり得るのであるが、他の多くの諸理論は、かゝる團體の範圍を超え、「社會的結合」(soziale Verbundenheit) 自體が法的規制の直接の對象をなすところに於て、社會法をみ出してゐる。何れにせよ、個人の併列秩序・主體の不拘束性なる個人法的構造に對して、個人を團體乃至少くも具體的な「社會的結合」關係に位置づけて捉え、主體の拘束性を基礎とすることは、兩者に共通する。従つて、何れの立場にあつても、個人のそこに定位さるゝ團體乃至社會的結合自體が、法の直接の規律内容をなす限り、個人法理に對遮的な形式的構造——公・私法の分化の動搖・集團的制度的性格・特殊的具體性・社會的自主法の形成——を共有することは、當然と云はねばならない。纏つて、法の平等な構造、乃至「調整思想」・「分配的正義」が、社會法の特質として要求せられるところに於て、ギールケの社會法理論と他との對照は、鮮かに現れる。ギールケにあつては、組織的な「團體」なる形式的性格に於て、社會法が問題となり、従つて herrschaftlicher Verband もその地盤を形造るのであるが、後者に於ては、實質的正義・平等の要求に實質的合理性の契機が、法の構造に入りこんでゐるのである(ギュルヴィツチのギールケ批判

を想起せられよ)。これは、後者に於ける社會法理の自覺が、市民社會の含む諸困難にその發生の由來をもつ經濟法・勞働法のごとき新法域の形成に相即せることを示すものに外ならぬであらう。——ともかく、社會法理論の種々な形態とその含む多くの問題にも拘らず、それが、近代民法の市民法理に全く對遮的な性格をもつことは、上述のところから、隙かと云はねばならない。その基礎は、全く、社會法に於ては、團體又は少くも社會的結合が、法の直接の規律對象となるところにある。個人法のもとに於ても、かやうな「社會的結合」は、即自的には豫想せられてはゐる。だが、そこでは、それは對自的・自覺的に法の直接の内容をなすものではない。こゝに社會法の決定的性格が存する。上述の社會法の諸特質は、この點にかへして、統一的に理解せらるべきなのである。ひとびとが、通常、社會法を個人法との對決に於て把握するのは、決して偶然ではない。

(1) 社會法理論の概観として、Gurwich, L'idee du droit social; 橋本文雄「社會法」(經濟學辭典・同「社會法」研究)・菊池勇夫「社會法」(法律學辭典)など。

(2) Gierke, Das deutsche Privatrecht, I, S. 26 ff.; Cf. Gurwich, op. cit. p. 533 et suiv.; 石田文次郎「ギールケ

⑧ 團體法論』。

- (3) Strzheimner, Über einige Grundfragen des Arbeitsartrichtes, Reichsgesetzblatt, Bd. IV, S. 14ff.
- (4) Gurwitsch, op. cit. p. 11 et suiv., p. 15 et suiv.
- (5) Op. cit. p. 28 et suiv.
- (6) Op. cit. p. 31, p. 547, p. 564; Le temps présent et l'idée du droit social, p. 46.
- (7) Le temps, p. 114. (8) L'idée, p. 13 et suiv.
- (9) Radbruch, Vom individualistischen zum sozialen Recht. (紹介、橋本「社會法の研究」二二頁以下); derselbe, Einführung in die Rechtswissenschaft, s. 92 ff.
- (10) ラードブルヒに於ても、社會法の基礎をなす人間類型としての「社會人」は、人間が定位さるゝ「社會關係」自體を法が直接にとらえることゝ相即することは、云ふまでもな。
- (11) こゝに云ふ團體・社會的結合などは、一應社會學の觀念とは無縁である。社會學への交渉によつて、嚴密化し得ることは考へられるけれど、いまは力及ばない。なほ、前掲川島・「經濟統制法と民法」一六八頁以下参照。

二、右に述べた種々な社會法理論は、近代民法の個人法性に對し集團的・制度的なること、國家法性に對し社會自主法形成の可能、公・私法の峻別に對しその交錯・結合の傾向、一般性・形式合理性に對し具體性・實質的合理

社會法の性格 (承前)

性(實質的正義・平等の要求)契機の進出、なる諸側面をそれぞれの視角から把握してゐる。さうして、これら諸性格は亦上來述べ來つたやうに、經濟法・勞働法の諸特徴であつた。従つて、經濟法・勞働法の社會法的性格が語られるのは、かやうな社會法理を具現せるがゆゑであり、逆に、前述のやうに、社會法理の自覺——社會法觀念の形成そのものが、經濟法・勞働法の展開に即してゐることは、否定せられ得ない(たゞケールの場合は事態は異なるが、それが個人法には對立的に構想されてゐるゆゑ、その觀念が新法域の性格づけに用ゐられるのである)。この意味に於て、種々な社會法觀念は、それぞれ相補つて、經濟法・勞働法の法的構造を闡明するものとみられ得るとともに、後者は、これら社會法理論によつて把握せられた社會法理を内含する新法域として理解せられるであらう。ところで、既にみたやうに、これら社會法理論の共通の根柢は、團體・集團乃至社會的結合自體を把握することであり、そこから、さきにあげた諸性格が理解されるものである。經濟法・勞働法が、社會法理を具現するのも、亦個人間の契約關係に解消せられ得ない、「社會的結合」が、法の直接の規律對象をなすからである。それは個人法たる近代民法に對し、まさに

「社會的結合」法 (Recht der gesellschaftlichen Verbundtheit) とでも稱すべきであらう。併し、經濟法・勞働法のごとき實定法域を指稱する觀念として「社會法」を用ゐる場合には、單に法的特質のみならず、その歴史的個性——後市民法性をも含めて觀念する必要がある。吾々は、かやうな實定法域としての近代社會法を、「資本主義社會に於ける生産の社會」公共性と私有的との間の矛盾に對處するため、國家乃至社會が、原生的社會行程を意識的・計畫的に統制することを通して、「社會的結合」自體を直接に規律する法」とでも定義し得るであらうか。ともかく、その法の形式的構造が個人法に對立的な社會結合法たること、同時にそのことの社會的地盤が、資本主義經濟の展開に伴つて生ずる困難な事態に存することは、實定法域としての社會法の觀念内容を形造る一契機たることは、隙かと云はねばならぬ。經濟法・勞働法は、まさに、かやうな意味に於ける「社會法」なのである。

このやうに、經濟法・勞働法を「社會法」として包攝することは、兩者の差違を抹殺することを意味するのではない。もとより、兩者とも、社會法として、個人の定位する「社會的結合」に對する直接的な法的規制を通して、商

品交換關係の意圖的な形成・變革をめざす點に於ては、性格を等しくする。併し、勞働法が、「勞働力」なる特殊な「商品」を對象とする以上、その擔ひ手たる勞働者の「人間」性を無視し得ず、むしろ、かやうな商品交換行程への積極的な法的關與を通しての、勞働者の「人間」回復の要求が、勞働法の展開を支へてゐるのである。かゝる條件の充たさるゝごとき經濟組織のもとに於ては——勞働の商品化に於ける人間の「自己疎外」が止揚さるゝところに於ては、勞働法は經濟法に包容せられ得るであらう(もとよりこゝでも人間の特殊性の存在は云ふまでもない)。併し、商品生産「交換組織がなほ支配的であり、従つて、經濟法が、民・商法に對立的な新法域として現れるやうな場合には、經濟法・勞働法の對立性は否定せられ得ない。その法的形式的構造に於ても、社會的自主法・實質的合理性が、經濟法に比し、特に勞働法に於て著しいのは、勞働法の人法的側面に由來するのである。にも拘らず、その構造・社會的地盤の親近性のゆゑに、如上の意味での社會法として理解し得ると考へるのである。このことは、その反面、社會法が、近代私法のやうに、市民社會的固定性にあるものではなく、生成的性格を有することを示すであらう。

四、結び——社會法と近代社會

以上、吾々は、社會法の性格及びその社會的地盤を、近代民法のそれに對比しつゝ、瞭かにしようと思つてきた。最後に上述のところを要約しながら、社會法の形成とそれに應ずる近代社會の變容との關聯——それは既に隨處にふれてきたのであるが——を、全體として簡單に概観して置かうと思ふ。

さて、既述のやうに、近代民法に對應する近代社會に於ては、近代國家は、政治的支配權力を獨占するとともに、その支配を正當づけるものは、傳統的秩序の神聖さとそれに權威づけられたものの支配權（それへの敬虔な服從）ではなく、合理的に制定された規範秩序とそれに規定された支配權限の「合法性」たること——近代官僚制を介する合法的支配——であり（だから、ウェーバーの云ふやうに、近代國家は、政治的支配獨占的アンシュタルト的な二重性格に於て、現れる）、その反面、それは純粹な政治團體として、その「支配權力」を介して、近代市民社會の自律秩序の保障機構たるの機能を擔つてゐる。而して、市民社會秩序は、商品交換的契約を介する「結合」と、かゝる商品交換的「結合」を通しての、生産手段の所有者の、生産手段より排除せられたものへの

實質的「支配」、なる基礎構造を有する。近代國家が、かやうな契約的秩序の保障を重要な課題とするのは、かゝる生産手段の所有者階級の社會的勢力の承認に外ならず、國家目的自體この階級的勢力によつて規定せられるからである。

而るに、かやうな資本主義經濟の發展は、主としてその「生産」の社會性と私有との乘離に由來する矛盾のゆゑに、上述の國家・社會の構造・その聯關に變容をもたらさずには措かない。即ち、一は、生産力のより高き發展に適應するための、國家乃至社會的集團による、資本主義經濟の無組織性の排除、その組織化の傾向であり、他は、いはゆる「社會的弱者」階級の勢力の増大（特に自主的勞働運動を通して）とその社會的勢力の國家目的への影響（もとより、兩者の交互作用の存在は云ふをまたぬ）。ここに、市民社會の商品交換の原生形態に對し、國家乃至社會的集團が、意識的・計畫的統制を加へ來る所以があり、社會法形成の社會的地盤もこれに外ならなかつた。従つて、こゝでは、一方に於て、國家は、かゝる目的に應じて、單なる市民社會の自律的秩序の保障をこえ、社會自體の裏に入りこみ、その規制者として、社會行程そのものゝ形成・變革を意圖する。これは、近代

國家の支配Ⅱ官僚制的形式合理的支配の増大と、それに對應して、社會に於ける合理性の進展を意味する。いはゆる經營合理性・規定合理性は、こゝでも依然支配的なのであり、加之、自由資本主義經濟に於ける生産の無組織性に對して、いはゆる組織合理性の契機が滲透してゆく。蓋し、近代國家の合法的支配——近代官僚制の形式Ⅱ技術的合理性を介する——の性格は、近代社會の支配の合理性を支へて居り、社會の發展が合理性に即する限り——ふたゝび支配の正當性の契機が、たとへば、パトリモニアリズムに於けるやうな權威Ⅱ敬虔 (Auctoritas Potestas) の人間的從屬關係への依據、に逆轉しない限り、それは依然根本に於ては存續・發展してゆくものと考へられるとともに、市民社會行程の目的々統制は、資本主義經濟の合理性の承繼と同時に、經濟の目的々組織化への傾向(たとへば、經濟法に於ける企業乃至企業結合の國家的目的による統制、勞働法に於ける、國家法による勞働條件の劃一的規制、を介する組織化)を伴つてくるものだからである。

併し、他方に於て、かやうな國家機能(従つて亦官僚制機能)の増大・社會の形式合理化の進展の反面、これと對蹠的にみゆる現象の存在もみがされ得ない。即ち、

一は、國家に對する社會集團の自主性である。國家權力Ⅱ巨大な權力機構としての官僚制的支配の増大の傾向に對し、さやうな「國家的支配」を可及的に小ならしめんとする民主的要求のもとに、資本主義社會の呈出する諸々の困難を、國家から獨立の社會集團が、自ら解かうとする傾向である。就中、勞働者階級にとつて、官僚機構の「權力化」的性格——權力の維持・發展に役立つ階級の側に立つといふ功利主義的性格と、それに應じてその形式Ⅱ固定性を介する勞働者階級の實質合理的要求の抑制——に對して、國家から自由な勞働條件への自主的決定への要求が、切實であらう。これは、民主主義の基本的な潮流の一たる「國家的支配からの自由」の要求に外ならぬ。社會法理論のあるものが、社會法の決定的性格として、社會自主法を強調するのは、かゝる思想を背景とするであらう (socialiser sans éraliser)——ギェルヴイツチ)。こゝに於ては、國家から獨立の社會集團が、社會行程の統制Ⅱ組織化、従つて亦社會的結合そのものを規律する法規範の設定をなすのであり、この限り、近代國家の政治的支配權力獨占の性格の動搖がみられると云はねばならぬ。社會法が個人法に對立すると同時に國家法に對立する一面を具へる所以である。これは、社會

の民主化の進展に於ける、國家の問題性に外ならない。彼は、支配Ⅱ法の形式合理性に對する實質合理性——特に實質的正義・平等の倫理的要求の進出である。既に、社會法に於ては、近代民法の高度の形式合理性に對し、非形式的な (Antiformal) 實質の合理性の契機が法の構造の裏に入りこんでゐることを述べたが、これと相表裏して、近代的政治支配の特質たる「合法的性格」そのものが、問題化してゐるのである。蓋し、支配が法に形式的に適合すべき、その「法」が、既に「倫理」を含んでゐるのだからである。近代社會に於ては、支配Ⅱ法に内在する人間的・倫理的契機 (權威Ⅱ敬虔のごとき) を排除し、形式合理的な物的秩序に化することゝ、内面的な人格倫理の確立とが、相即してゐるのであるが、こゝでは、ふたたび、かやうな物的秩序と倫理との結合が問題になつてゐるのである。だから、かやうな社會法は、形式・外見的には、パトリモニアリスムの *Volksrechtssystem* 的な「法」と類似的な形式的性格の二面を示すと云はれるのである (マックス・ウェーバー)。だが、兩者の實質的基礎は全く異なる。近代社會の物的秩序の人間の從屬關係による代置ではなくして、さやうな物的秩序と倫理との結合・關聯が、こゝでの問題である。このこ

とは、恐らくその反面、近代的人格倫理そのものゝ問題化を意味するであらう。——これらの諸點を更に追跡することは、本稿の目的でもなく、既に與へられた紙數を盡したいまは企て及ばない。たゞ、社會法の法的構造・その社會的地盤 (近代社會の變容) を、近代民法のそれとの對比を通して、略々瞭かにし得たことを以て、一應本稿を結ばうと思ふ。(完)