

第3章 労働契約と社会の階層的構成

I 問題の所在

本章は、労働契約の概念を英米法における契約理論とある関係説を手がかりに再検討することを通じて、研究史上かえりみられることの少ない法的身分をとりあげる。そしてそれが社会の階層的構成と経営内官僚制の核をなしていることを示唆し、又同時にそれが労働者の集団行動を把握するための重要な概念であることを指摘する。そしてこれらの作業を通じて、資本家社会の構造を把握するための一つの視座を確立したいと思う。

労働市場研究において、経営内の内部労働市場における権威、権限の構造へ光があてられるようになり、またそれとならんで労働力

供給が、教育を媒介として、社会の階層的構成と密接なつながりをもつものであることが主張されてきた⁽¹⁾。このような階層をめぐる問題群に対し、従来しばしばそうであつたように、組織と全体社会における階層的構成は資本家的生産関係によつて形成される、という主張を繰り返すだけに終わるならば、現代の労働問題に対する新たな分析装置をつくりあげていくことは困難であると思われる。かつて社会階層の存在を生産様式から説明せんとして登場してきた階級論は、社会科学の大いなる前進をもたらした。しかしその命題がもはや現実への新たな洞察を生みださなくなつた。現在、我々は社会階層、社会階級について理論的な再検討を行ない、新たな枠組を提示することをせまられているのである。そのための第一歩としてここでは生産過程における資本家と労働者の関係そのものが、社会における権威関係を前提とし、かかる権威関係を表現する法体系の制約を受け、その下に

形成されるという連関に考慮を払ってみたい。本章は従来支配的であつた見解が、生産過程によつて再生産される階級関係を下部構造とみなし、そこから上部構造たる権威・権力関係とそれを表現する法体系を説明しようと試みたのに対して、それを転倒させて、資本家的生産関係が権威関係を前提とする連関を、法において、なかならず労働契約の理解において把握してみたいと思う⁽²⁾。以下においては、英米法における労働契約の内容をなしている、masterとservant⁽³⁾の關係に焦点をあてて、従来の経済学的認識の根底にあつた労働契約観を批判し、本章の主張する一見逆立してみえる因果連関把握が、社会階層論・階級論においていささかの妥当性を有することを示そう。

アレクシス・ド・トクヴィルは『アメリカにおけるデモクラシー』において、19世紀初頭の西欧社会が直面した身分的秩序の変動について原理的な考察をおこない、masterと

servant の関係についての一貫性のあるモデルを提示した⁽⁴⁾。彼によれば、貴族制の下で master と servant の身分に生まれおちた人々は名誉感に代表される身分意識のうちに生きており、両者が同一の価値体系を共有していたために、その関係は安定的であった。このように、貴族制の下では master と servant の二項的人間関係は、社会的価値の介在をもち始めて完結するものであったのに対して、デモクラシーの下では——トクヴィルに従えば—— master と servant は平等であり、人は生涯にわたって servant であるべく定められているのではなく、たえず社会的移動の中で、master と servant の関係が再生産されているにすぎない。今日の servant は明日の master になりえるのである。ではこのような身分制的秩序におけるような尊厳的な価値体系が存在しえないところでは、何が servant をして master の命令に服させ、両者の関係を支えるのであろうか。トクヴィル

の見出したものは契約 covenant であつた。

「契約において一方は servant であり、他方は master である。それ以外においては、彼らはコモンウェルスの二人の市民であり、二人の人間であるにすぎない⁽⁵⁾。」契約を媒介として形成される master—servant 関係は、貴族制下におけるそれとは異なり、社会的価値の介入することのない、閉じられた私的な関係であるにとらえられている。

近代社会における平等化傾向とその影響測定を主題とするトクヴィルの著作では、デモクラシーの下での master と servant の関係は社会的分業のひろがりの中での機能的な結びつきとして観念されるだけで、社会階級の問題としては受けとめられなかつた。このトクヴィルのモデルは、19世紀の西欧社会に大きく響きをかきあがらせてくる、新しい master—servant 関係の一面をよく描いている。だがどのようにして契約が市民と市民の結合を多少とも持続的なものとし、一方の側

の命令を他方に受け入れさせるのだからかということ、そしてデモクラシーにおいても、なぜ旧くからの概念である master と servant を適用せざるをえないような権威関係が存在するのかといふことは、不問に付されたままである。

トクヴィルと同様の契約観に立ちながらも、契約を媒介として形成される生産関係のうち、近代市民社会における階級成立の動力をみたのが、古典経済学者であり、マルクスであった。なかでもマルクスは契約に近代社会のメルクマールをみいだした。次の有名な一節は彼の近代社会観を端的に表現しているものとみなすことができる。「ここを支配しているのは、ただ、自由、平等、所有、そしてベンサムである。自由！ なぜならば、ある一つの商品、たとえば労働力の買い手も売り手も、ただ彼らの自由な意志によって規定されているだけだから。彼らは、自由な、法的に同等な人として契約する。契約は、彼らの

意志がそれにおいて一つの共通な法的表現を
与えられる最終結果である。平等！ なぜな
らば、彼らは、ただ商品所持者として互いに
関係し合い、等価物と等価物とを交換するの
だから。所有！ なぜならば、どちらもただ
自分のものを処分するだけだから。ベンサム！
なぜならば、両者のどちらにと、ても、かか
わるところはただ自分のことだけだから⁽⁶⁾。」
契約は、自発的な等価物の交換と等置される。
そして社会階級の形成はこの等価交換の外被
のうちにひそむ不等価交換のうちに、言い換
えれば、法的平等のうちにおおいかくされて
いる不平等のうちにおめられているのである。
だが契約は、ここであいられているように単に
等価物の交換を媒介するだけのものなのだろ
うか。そもそも労働契約における等価物とは
何を指しているのだろうか。労働契約は広く
受け入れられているように、単に労働力とそ
の代価たる賃金の交換にすぎないのであり、
交換の結果資本家に与えられる労働力処分権

から生産過程における資本家の労働指揮権が生じるのであろうか。もしそうであるならば、我々の疑問は次のように展開されるであろう。

(1) もし労働力処分権から労働指揮権が自動的に生じてくるものならば、労働者は労働契約を結んだ際に、労働力処分権をゆすりわたしたにだけなく、そこから労働指揮権が生じてくることも承認したことになる⁽⁷⁾。

さもないければ、労働者は自らあずかり知らぬうちに資本家に指揮権を与えてしまっていることになるから。だが等価交換の法的表現として契約をとらえるマルクスのモデルでは、契約がその内容として権威関係の承認を含んでいると考えることはできないと思われる。彼は、商品と商品、あるいは商品と貨幣の交換を論述の中心にすえ、しかも労働力をも商品とみなして、労働力の取引においても等価交換が成立していることを主張した。従って、それを媒介する契約からも権威関係という人的要素は排除されていたのである。労働契約

によつて資本家に与えられた労働力処分権から労働指揮権が生じるとする命題が、マルクスの契約観とコンシステントであるということとはできない⁽⁸⁾。マルクスの契約観に忠実であろうとして自由な意思によつてのみ規定されるという原則に従つて、労働指揮権が前提とする権威のヒエラルヒーの承認を契約のうちらにみとめたとするならば、そのことは、他方において、村等な人格間の等価交換の原則をほりくがすことになる。「近代的」な自己意識では「約束するとき、一方に絶対の権威をあたえ、他方に無制限の服従を強いるのは、空虚な矛盾した約束なのだ」(ルソー)としかいえないのである。

(2) では、労働者は労働力処分権のみを契約時に資本家にゆくりわたしたにだけであり、そこから労働指揮権が生じようともそれは資本家に労働力を売り渡した以上労働者のあがかり知らぬところである、ということができるだろうか。このような説明は問題を解決す

るところか、一層大きな問題を招きよせている。なぜ労働者は契約時に約束していない資本家への服従を守らなくてはならないのか。それが労働力処分権から派生するというのは満足な解答にはならない。なぜなら、労働者は奴隷ではないからであって、すべては契約締結時に合意されていなくてはならないからである。そもそもマルクスの契約は「約束したことだけをおこなわなくてはならない」という「近代人」の自己意識を満足させるものではなか、たのか。このようにマルクスの労働契約観は大きな難問をかかえているように思われる。

この試論では労働契約に焦点をあわせて、トクヴィル、マルクスにみられる契約観と、それとは異な、た契約観を対比させてみることで、契約がその当事者に支配-服従関係をもたらすというなぞをといてみたい。前者が対等な当事者同士の自由な意思による契約をとくことにおいて「市民社会論」的社会観と

持合されやすいのに行して、後者は莫米法においてよく展開をみた契約観である。後者こそが現実の法体系——とりわけ労働契約をめぐる Law of master and servant——をよりよく説明しえたのにたいして、経済学は等価交換を中心に論理を組立てたために明示的にではなくとも一貫して前者の契約観に親近感を示してきた⁽⁹⁾。その一つの結果は、マルクスのみられるように労働契約を一般商品の取引における契約と同一視する傾向であった。このような考えの上に、契約は単に経済的取引を媒介するものであるにすぎず、経済過程は法から独立したものとして自律性をもち、ており、法はたかだかそれを承認するだけであるという理解が生じてきたのである。だがそのような枠組のうちに自らを閉じ込めてしまったために、経済学は、マルクス経済学、近代経済学のいかんをとわず、契約にもとづいて資本家が命令を下し、契約にもとづいて労働者が服従する事態を十分に説明することに

失敗してきたのである。

II. イギリスにおける Master と Servant

二つの契約観 — 意思説と関係説 — を対比させるに先立、この労働契約によつて形成される master と servant の関係がいかなるものであるか、このかゝる、19世紀のイギリスを例にと、とみとみよう⁽¹⁰⁾。

master と servant の二項的関係は、patron-client の関係などとは異なり、契約によつて形成された社会関係である。この servant は、フランクストーンに従えば、つぎの四つに大別される。(I) 家内奉公人 menial servants (II) 徒弟 apprentices (III) 日雇 labourers (IV) steward や bailiff のような上級の事務能力を有するもの⁽¹¹⁾。このように master と servant の関係は、今日雇主

と雇人の関係としてとらえられるものに相当していたのである。に。この関係については、おおよそ次のことが社会的に期待されていた。即ち、servant は master の権威に服するとともに、master はその代わりに、servant の日々の生活を少くとも耐ええるものとして保証するということである⁽¹²⁾。たとえば19世紀に記された家内奉公人の扱いについての手引書は家長にあてて次のようなアドヴァイスをおこなっている。「あなたの召使いへの態度としては、つらくあたることはなくとも厳格に接しなければなりませんし、親しく交わることはなくとも親切をなければなりません。仕事や彼らの待遇の改善にかかわること以外では、親しく彼らと話しをしてはいけません。しかし、この留保をつけた上でならば、是しる態度が上下をわけへびてているものであるならば、親切でやさしくあるように、彼らの気持に敬意を払うように、とりたてて注意を払わなければなりません⁽¹³⁾。」この主人と

奉公人にたいして社会的に期待された役割を
みるとき、我々はペターナリズムにみられる
ような命令と服従の相補性をみいびすであろ
う。同様にして、master と servant に関する
法においてもこのような相補性が法の核心に
おかれていたのである。或る法律辞典は、
master と servant の関係を次のように要約し
ている。「master は彼の法にかな、たすべ
この命令において忠誠と服従を期待し、かつ
要求する公正なる権利を有している。このこ
とを実行するため、彼は公正な法にかな、
た命令に従わせるためであるならば、も、と
もなやり方で、彼の servant を懲罰してよろ
しい⁽¹⁴⁾。」ここには明らかに契約的關係が
servant の服従的な態度と master によつて
なされる制裁をつつみこんでいる。それは封
建的主従契約すら想起させるものである。但
が近代的契約においてはホミニウムにおける
託身に相当するものがないのであるから、な
ぜ契約を結ぶことによつて一方の側に服従と

忠誠の義務が生じるのであるかという問題が生まれにくることになる。

では我々はこのような servant の誠実・服従義務と master の配慮義務を含んだ関係を、封建社会における身分関係の、やがてはきえていく運命にあるこん跡であるとみなすことができるであろうか。啓蒙の時代に成長し、19世紀に支配的になった社会観は、進歩の思想とともに、契約的社会観をもっており、このような社会観を近代社会の形成原理を表現するものと考えた人々は、メインの「身分から契約へ from Status to Contract」の標語を、現実をよく描き出すものとして受けとめたのである⁽¹⁵⁾。しかしながら、このメイン的把握は、19世紀末から一つの挑戦を受けることになった。当時の労働者の姿に目を向けたいものは、次のような実態に気づかされた。「労働者階級は全体として、現代の諸状況の下では一つの身分 standing をなしており、その身分こそが、社会の他の部分におけるの

とはことな、た、身分法の下に調整された権利と義務を労働者階級に与えているのである⁽¹⁶⁾。このように、19世紀末から生じた、雇主と労働者の関係が労働立法、就業規則、労働協約などによ、て規制されてい、労働契約を結ぶ両当事者の権利と義務がすべて契約において定められてはない事態を、法学者は、しばしば「契約から身分へ from contract to status」ととらえてきたのである⁽¹⁷⁾。では我々は、身分の定義の異同に考慮を払いつつも、19世紀後半における国家の介入と労働協約のひろがりのなかで、「身分から契約へ」の動きが逆転されて「契約から身分へ」と方向づけられてい、たととらえるべきなのだろうか⁽¹⁸⁾。

ここで注意されなければならないことは、17世紀に確立した姿をと、てくる労使関係法 (Law of master and servant) が、19世紀から20世紀にかけてその内容を一段と豊富にして展開したという事実であり、またすぐれ

る「身分法」的な内容をもった master and servant acts が、19世紀末の労働立法の展開の中で内容を大きく変更されて、「自由放任主義」がなしえなかつた「身分から契約へ」の動きが「国体主義」の形成と時を同じくして、はじめてなされたという一見パラドキシカルな事態なのである。そのような事実は少くとも次の二つの点で、我々が安易に契約と身分を対立的にとらえてしまうことを禁じている。一つは、「身分」が経済的自由主義の時代に存在したということである。従つてその事実を受け入れる限り契約と身分を対立させてとらえる理解のわく組の上に組立てられた自由放任主義観の妥当性が疑われなくてはならないのである⁽¹⁹⁾。二つには、「国体主義期」においても「契約」と「身分」が並立していたということである。従つて、産業革命期後のイギリスでは、一貫して身分と契約の相手が社会関係の構成原理でありつづけたのである。そればかりか、イギリス史全体をと

ってみても、契約と身分は表裏一体のものとして、社会を規制しつづけてきたのである。

このことは master—servant 関係を規制した法的枠組の形成と展開に際して大きな役割を果たしてきた議会法の歴史をみるならば容易に納得されよう⁽²⁰⁾。

すでに14世紀において、労働者規制法 The Statutes of Labourers は、labourers の身分を規定するという形で、master—servant 関係に附随する諸義務を定めた。当時国家がこのように介入した理由の一つとしては、中世イギリスにおいて、身分と土地の保有態様の間に一定の関連が存在していたなかで、土地保有態様によって権利と義務の規定しえない labourer の層が拡大してゆき、そのことが、国家の制定法によるその身分の確定をうながしたことがあげられよう⁽²¹⁾。この制定法以後も国家が、種々の労働立法の形で、servant の権利と義務を定めてきたことは周知の如くであり、「自由放任主義期」においても、主

従法やトラック法、工場法などが制定されたばかりか、14世紀に制定された労働者規制法やエリザベス職人規制法が存続していたのである。このように国家が介入して雇人の身分を定めることは、14世紀から現在にいたるまでのイギリス史のどの時代にもみいぼされることである。そしてさらに注目すべきことは、この議会法とそこから展開して、判例法が労使関係法 Law of master and servant を作りあげてい、たことである。それは、契約によ、て master と servant の関係が形成されること、しかし両者の権利と義務は両者の合意によ、て与えられるものではないこと、そして権利、義務、責任からなる両者の法的関係の核心には支配-服従関係がおかれてい、ることを示しているのである。

このように個人の意思のいかんにかかわらず社会によ、て個人に与えられた権利と義務、能力と無能力の総体を身分とみなすならば、直接生産者が生産手段の所有者ととり結ぶ関

係において、現在にいたるまで彼が servant の身分のうちになかったことはなく、社会体制の変化にもかかわらず、国家はたえず立法を通じて master と servant の関係に介入しつづけてきたのである。重要なことは、封建社会においては主として人はその身分に生まれ落ちるのであるのに対して、資本家社会においては人は主として契約を通じて身分関係に入ることである。

ではなぜ国家は介入しつづけていたのであるか。本章はこの問いに直接答えるものではないが、資本家的生産過程はその存立のために、権威関係を前提とするのではないかという仮説をたてて、このような権威関係は国家の法的介入によらなければ維持されなかつたであろうという見通しをもつて考察を進めてゆきたいと思う⁽²²⁾。我々の仮説が次の疑問と結びついていることは言をまたない。経済外的強制が資本家的生産様式において構成的ではないという広く受け入れられてきた命題は果し

て証明すみななのであろうか。

近代市民社会論は社会契約に代表されるように契約の概念をも、て現実を分析し批判していった。その際用いられた契約の考えは啓蒙哲学の自由意志論と結びついて、近代人の社会的行為を分析する為のキー概念となり、master (雇主) と servant (雇人) の関係を考える際にも、この概念が用いられてきた。労働問題研究は、このような啓蒙主義的な契約観に深くひたり、契約そのものの構造へ注目するのではなく、契約に先立、て存在する経済的不平等に焦点をあててきたのである。すなわち労働問題を契約関係にはらまれる実質的不平等ととらえて、労働組合を、それへの労働者の対応として位置づけてきたのである。

フレンターノの『労働者問題』はこのような契約観に立つものが、現実をすぐとらえたときに、いかにして自らの論理の一貫性を欠くかを示している。彼は一方で「遂に19

世紀の立法に至り、労働者は、他の商品の売手が其の商品を売る如くに、自己の商品たる労働を売る企業者であると認められるようになり、斯様に労働者を商品の売手産主を商品の買手と考ふるに随って、従来産主と労働者との間に存した支配関係服従関係は變じて平等の権利を有する者の間の純粹なる契約関係となり、労働者の自由と独立とが労働関係の法律的基础をなすに至った⁽²³⁾」としながら、労働力商品の特殊性として、「産主は労働契約の条件を一方的に決定することにより、労働者の肉体的精神的道徳的生活、支出経済及社会的政治的生活の上に無制限の支配権を有する⁽²⁴⁾」と前段における命題を實質的にほりくずす見解をのべざるをえなかつたのである。我々の作業は、前段に表現される近代的契約観がはたして現実を十分に把握するものであつたかを問うことからはじまらなければならない。そのためにまずロック、ベンサムに立ち帰り、彼らにおいて、masterとservantの

関係に含まれる命令と服従の体系がどのようにして説明されたのかを検討してみよう。ただし、彼らは、のちの社会思想家に比べて、この問題にたいしてより多くの関心を示したのであり、彼らにおける弁証の方法は、近代的契約論が権威関係の説明においてぶつかる困難のいくつかを示しているのである。

Ⅲ ロック・ブラックストーン・ベンサム

ブラックストーンによれば、master と servant の関係は、夫婦、親子、後見人—被後見人の関係と並んで、私的生活における基本的関係の一つである⁽²⁵⁾。この場合注意しなければならないことは、しばしば奴隸の法的性格が master—servant 関係の一部として論じられていることである⁽²⁶⁾。このことは servant というタームの多義性を示している

だけでなく、servant の起源と性格が奴隷と密接なつながりをも、とらえられていたことを示している⁽²⁷⁾。この点で興味のある、そしてさらに深められるべき論点を提供しているのがアダム・スミス『グラスゴー講義』の一節である。「自由な統治の下では、奴隷制の廃止は、(政治社会の) 構成員の利害を傷つけるものと考えられているので、廃止の法がぶきることはないだろう。・・・専制的な統治の下では、自由な統治においてよりも奴隷は良くあつかわれるかもしれない。なぜならそこではすべての法が奴隷主 masters によつて作られ、奴隷主に都合の悪い法は通さないだろうから。・・・富める国では奴隷はいつもひどく扱われてきた。なぜなら奴隷の教は自由人のそれと異なり、彼らを統制するにはきびしい規律が必要であるから。・・・奴隷制は市民化された社会 civilized society においてよりも野蛮な社会における方が、とおぼやかである。・・・このように我々は

社会の開発度に依じて in proportion to the culture of society 奴隷制がよりきびしいものになることを示してきた。自由と富裕は奴隷をより悲惨なものにする⁽²⁸⁾」。このように master と servant を論じるところで、奴隷について語り、しかも社会の発展に依じて奴隷の扱いがより苛酷になるというスミスの歴史観はしばしば農奴と対比されてきた賃労働者が、異なった観点からは、奴隷と同一の次元で論じられうることを我々に告げているのではないだろうか。《奴隷と賃労働者》はまだ明らかにされることの少ないテーマであり、スミスはここには「賃金奴隷」が単なる比喩にとどまるものではないことの手がかりを我々に与えてくれているのである。しかし奴隷が master—servant 関係の中で論じられることがこのような積極的な意義をもっているとしても、多くの18世紀と19世紀の著作が、master—servant 関係を論じることはほとんど奴隷を語ることに同じであるとみなし、

ベンサムのように、「奴隷の問題を考えないとすれば、masterの状態と、それに関連するさまざまな種類のservantsによつてつくられる諸状態について語るべきことはほとんどない⁽²⁹⁾」と考えたことは、これらの著作が賃労働者の権利と義務について独自の考察を進めていくことのできる概念装置をつくりだせなかつたことを物語っている。

四つの基本的関係の中にも、masterとservantの権利と義務は、しばしば両親（とくに父親）と子供の関係、もしくは夫婦、後見人—被後見人の関係と類似した構造をもつものとして論じられた。その結果、それぞれの関係を論じるにあたって、他の関係がひきあいにだされることになった⁽³⁰⁾。自分の利益のためには自分の子供の労働を利用できるといふ父親の権利を論じたなかで、ベンサムは、父親はある側面からみれば子供のmasterである、父親のこの権利は、子供の教育に費した労苦と費用に對する代償であるとのべた⁽³¹⁾。

彼に先立、ブラックストーンも二つの関係の類比を用いて父親の権利を示そうとしたのであった。「彼（父親）は、子供が彼のもとにいて彼に養なわれている間は子供の労働の利益を享受することが出来る。しかしこのことは、彼が彼の徒弟ないし servant から得ることが出来るもの以上ではない⁽³²⁾。」ベンサムとブラックストーンが、父親と子供の関係の相互性を説明するために、master — servant 関係をアナロジーとして用いたのにはたいして、ブラックストーンと同じくオックスフォードのヴァイナー講座教授であったウッテソンは、逆に、master の権利を父—子の関係をもつて説明している。「父親の法的諸権限、即ち子供を矯正する権限、訴訟を行うか否かを教唆する権限、さらには子供が損害を受けたため父親がその子供の労務をえれないことへの法的賠償を求める権限、これらは master と servant の関係にもあてはめることが出来る⁽³³⁾」と。

(A) ロック 親子などの家族関係にみられる相互性と重ね合わせることで、master — servant 関係を把握しようとする方法の原型は、ロックの『市民政府論』に見出される。それは次のような弁証の仕方をもっている。

1. 両親は自然法に従って自分の子供を保育する義務があり、その責任を両親は神に負っている。両親と子供の関係では、親が子を養育する義務を負う代わりに、親には命令・懲罰の権利が与えられる。ここでは親（とりわけ父親）の「権力」は養育義務に伴うものとしての権利である。このように保護義務と服従義務が向かいあっており、ある種の交換がなされた結果、そのような権利と義務の体系ができあがっているという構成をとっている。またそうであればこそ「彼が子供たちの保護を止めるならば、彼は子供たちに対する権力を失うのである⁽³⁴⁾。」というとらえ方が生じるのである。

2. master が servant を保護し、servant が master に服従するのは、労務と資金の交換を内容とする契約によつて servant が家族の一員となつて、そこでこの規律に服することになつたためである。「自由人は、一定の期間を定めて資金と引換えに自分自身を相手方に売り、労務を引受けることによつて、他人の servant となるのである。もちろん、これは彼を通常その主人の家族の一員とし⁽³⁵⁾、そこで普通行なわれている日常の規律に服させるのである。しかしそれは主人に彼に対する一時的な権力しか与えないし、それは相互の契約で定められた範囲をでない。」 [85節]。master の「権力」は交換の結果与えられたものである。そして、servant が服する家族関係における規律とは、前項でみたような親と子の間の「交換」の結果生じた支配-服従関係であった（夫の妻への支配権は彼らに共通の利害関係のある事物と財産だけに及ぶものであるから）。

このようにして、master と servant の間の支配と服従の相補性は、権利と義務の交換を媒介とする相互性へと組みかえられたかにみえる。「権力」は対等な人格同士の「交換」行為によつてもたらされたものとして正当性を帯びる。

このような交換による支配の正当化の試みに加えて、ロックにおいては萌芽的にふはあられ、所有の排他性へ注目することによつて「27節」、権力と所有を結びつける可能性が示されている。即ち、人が自己の身体の労働に對して固有の財産権 Property を有しているということは、それが譲渡可能であることを意味する。そして賃金とひきかえに買主にわたされた労働は買主の財産になるのである⁽³⁶⁾。そして人は自己の所有物に對して支配権を行使しえるのであるから、買主は労働にたいして支配をおよぼしうる。もとより彼においては、一般商品の所有によつて生じるその物への支配権と、労働力商品の所有から生じるそ

れとの異同を明らかにしていく概念装置はなく、また労働の売買がはたして奴隷制とは違、たものゝあるのかとい、た問題への十分な解答も用意されていなか、た。今日我々がしばしば出会う、労働力処分権から労働指揮権をたにちりに引出す見解は、その原型をロックにも、ていと考えられるのである。

master — servant 関係における支配—服従が一方では家的関係 domestic relations の中で説明されるとともに、他方所有関係との関連においてとらえられたことは、雇用関係、ひいては組織における権威関係を分析する際に、しばしば用いられる、社会集団存続の要件としての権威関係と、所有から導き出されるものとしての権威・支配という二つの基準⁽³⁷⁾がすべにロックにあ、たこと互示している⁽³⁸⁾。

ロックの『市民政府論』に見出される master — servant の支配・服従関係を交換がもたらしたものとてとらえる見方は、し

かしなから、いくつかの疑問をよびおこす。

1. servant の服従義務は、彼が家族の一員となることと、子供と同様の地位におかれるという前提にたたなければ論証されない。だが賃金と引換えに一定期間労務を売る契約自体には、このことは含まれていない。ロックは労働力の消費が家族の中でおこなわれるという現実によりかか、て、契約締結後 servant が家族に入、て、そこでの権威関係に組込まれることを論証ぬきで語、ているのである。しかも「意思の欠如」の故に親の保護の下にある子供と、意思をも、た servant を類似のものにとらえることには無理があるばかりか、そもそも子供との類比をとらえようと試みること自体が、すなわち servant の側の服従を想定してあり、論点先取の議論におちこんでしまう。

2. 自由人の自由人に対する私的な支配がたとえ交換によ、て正当化しえるとしてもそのような支配は一時的な ad-hoc なものでしかないであろう。ロックの

モデルでは、「主人に彼に對する一時的な権力しか与えないし、それは相互の契約を定め
 に範囲を定めないものである⁽³⁹⁾。」従つて個人
 間の交換による権力の弁証の仕方では、現実
 の世界における master の servant への支配
 が、Law of master and servant に示される
 ような国家の介入をも予定した、個人のコン
 トロールをこえにより恒常的に制度化された
 ものであることが説明できないのである⁽⁴⁰⁾。
 3. またロックの交換による方法では、親子
 と master—servant の関係における一方の
 側の権威が帯びている規範的な力を神の概念
 を導入することによつてしか説きえないの
 である⁽⁴¹⁾。

(B) フォーフェンドルフ 家族関係の
 中で master—servant の間の支配・服従関
 係を説明することは、ロックの他にも自然法
 の強い影響の下に独特の契約論を展開させた
 思想家達、たとえばフォーフェンドルフの著作
 の中に見出すことができる⁽⁴²⁾。フォーフェンド

ルフは servant を家族におけるよりおと、に二次的な構成員ととらえて⁽⁴³⁾、master と servant の身分上の相違を説明ぬきで提示した。「この契約においては、master の地位 condition はよりよいものであるから、その威厳に依じて servant は彼の master に対して敬意をあらわさねばならない。もし彼がごまかしごまかしながらなまけて仕事をしたのならば、master からの罰を覚悟しなければならぬ。罰は体をだめにするほどであらう、これはならないし、いわんや死を課するまでに至ることはない⁽⁴⁴⁾。」彼は現実の master — servant 関係を鋭くとらえたけれども、なぜ servant が家庭内でよりおと、に構成員として服従しなければならないかについてふれることがなかた。しかし、フォーフェルドルフが、関係が成立する理由についていささか興味ある論点を示していることは注目に値する。彼は master と servant が契約を結びつく前提として、或る箇所では自然状態において個

人間の能力、性質が相違することをあげ、他の個所では貧富の差によって関係が形成されることをのべており⁽⁴⁵⁾、関係成立の原因として先天的な能力・性質の違いと、後天的な経済力の違いという二つの説明原理をほぼくも提出しているのである。

(C) ハチソン ロックに示された親子と master — servant の類比をより現実になづけるために、家長 head of family の権力をとりあげてみよう。子供が成人しても両親と共同で生活をつづけるときに、彼は両親の権力に従うべきなのか、そしてそうならばその根拠は何か、という問いに答えることは、自らの意思をもたない未成年に比べてより servant に近似的な状態での支配関係を弁証することであろう。ハチソンは、成人である子供や彼の友人が自ら望んで家族に入った以上は、家族の秩序、もしくは家長が通常となえる規則に従うべきであるとした⁽⁴⁶⁾。家族の秩序という名の規律が想定され、家長

はその維持者となる。ここから master — servant の関係まづはあと一歩である。ハチソンは master と servant の関係に触れて、「もし慣習に従、2 masters が家族構成員に於て、彼らの安全と幸福に抵触しないかぎりでの、ともしな権限をもちうるとすれば、servant は自ら選んで家族に入ることとこの権限の下に身を投じるとみなされる⁽⁴⁷⁾。」とした。いまや master は、家族という集団の統轄者という地位において servant を服従させる。

(D) ベンサム ロックからピューリタン思想家、そしてハチソン、スミスにいたるまでの著作家は、master と servant の関係を、私的な人間関係における支配—服従の問題として、或いは奴隷状態に光を投げかけることで、人間の自由の問題としてとりあげて考察を加えてきた。しかしこの伝統は、やがて政治算術における賃金問題、就中低賃金の経済論にと、かわられていく。この思考の

枠組における変化が、master — servant の関係が従来の家父長的な結びつきから、cash — nexus へと変化していくと考える歴史理解と結びついていたであろうことは想像に難くない⁽⁴⁸⁾。だが幸いなことに功利主義への大きな流れは私的関係における権威の解剖を全く捨てず、としま、たのこはなかつた。このことをベルサムにおいてみてみよう。

ブックスストーンがあげた四つの私的関係の考察を、ベルサムはまず master — servant 関係からはじめ、ついで後見人 — 被後見人、親子、夫婦の順にその権利と義務を明らかにしていく。この順序は、「歴史的もしくは自然の序列」とまさに逆であることに我々は注意する必要がある。ベルサムの意図はもっとも単純なものから出発することであり、「父親と夫の権利と義務は、master と後見人の権利と義務からなりたつている」からである⁽⁴⁹⁾。この方法では master — servant、後見人 — 被後見人の権利・義務の内容が不明確である

一方で、親子、夫婦のそれは、master — servant、後見人—被後見人との類比をも、て説明される。親は子供の master である側面と後見人である側面の両方をも、ており、master としては彼（或いは彼女）は、法が定める期間まで子供の労働を自己のために使用することができ、後見人としては子供の養育に関して後見人に附随する権利と義務のすべてを有する⁽⁵⁰⁾。ロックのシステムにおいて神に命ぜられたものとして統一的にとらえられていた養育義務とそれに伴う命令権は、自然法をしりぞけるベレスムによ、て二つに分解されて、一方は後見人との、他方は master との類比で説明されるようになる。たのである。同様に、夫と妻との関係では、夫は「彼自身の利害に関しては妻の master であり、妻の利害に関しては妻の後見人になければならない⁽⁵¹⁾。」とされた。master — servant の命令・服従関係がロックにおけるように親子を中心とする家族関係における支配・服従を前

提として、それとの関連で弁証されるしくみはここでは転倒されて、親子、夫婦の関係が master — servant の関係を前提としてとかれる。しかし、この論理の組立ては、ロック以来もちこされてきた問題がベンサムにおいても依然として解決されなかつたことを示している。もし彼らが私的関係における権威関係の实体を叙述する方法をもち、そしていかにして権威が要請されて形成されるかに関心を払ったならば、このように類比を提示することには終わることはないであろう。類比が有効であるのは、類比をもちいられた親子、或いは master — servant の関係の実際のありようが人々によく知られていて、その関係を他の関係の説明のために用いることができに限りにおいてである⁽⁵²⁾。親子などの実際のありようが遠い過去のこととして人々の記憶をうすれていくのに比例して、類比自体も色あせていく。言い換えれば、ある一つの関係における権威関係が前提として論証ぬき

きで認められてしまえば、他の権威諸関係はこの関係とのアナロジーで説きうる。しかしそのことはこれらの関係における権威を説明したことを意味しないのである⁽⁵³⁾。

ロック以来の理論は、のちにジンメルが明確にしたように支配—服従の相補的關係とみえるものが、より深いレベルでは交換にあらわされるような相互性の上に成りた、ていることを明るみにだそうと努めてきた。だがこれは現実の支配—服従關係を当然のこととしてありのままに認めていく傾向を有し、あるべき私的な人間關係と照し合わせることで現実の私的支配を批判しようとすることをもめなかつた。その結果として、この知的伝統は私的な支配がいかなるものであるかについてはたかだかアナロジーをも、しかし示しえなかつたし、私的な権威の行使がなぜ關係が存続するための要件であるのかを問うこともなかつた。又契約を媒介とする交換によって権力をといたために、私的な關係において自

由人がうける支配はすべて彼の意思によつて承認を受けたものであるとみなさざるをえなくなつた⁽⁵⁴⁾。これらの弱点は、以下をみるようにその後も意思説にたつ契約論にうけつがれてゆく。

IV 古典的契約論の批判

ロッキンの契約観は、やがて個人主義の高まりの中で、意思論的契約理解となつて⁽⁵⁵⁾ 19世紀に大きく展開した。契約は自由・平等な人格相互間にとり結ばれ、契約内容は契約当事者が意思したものとして設定される、という考えは、外部からの介入を排して自由な個人の自己主張を最大限に許すことが当事者のみならず社会にとつても最適であるとする社会観と容易に結びつきえた。というよりは、むしろ正確には、意思論的契約観にたつた契約法体系は自由放任主義に結びつくことでは

じめて一応の完成をみたといえるのである。ここに市民法の主要目的は市民の自由な活動を許容することによつて彼らの意思を実現させることにあり、法はゲームの規則を破るものを罰することはできても積極的には契約に介入できないとする考えが確立してくる。ここに完成をみた意思説とよばれる契約観は、通常「契約の自由」freedom of contract としていわれる (a) 契約は相互の合意にもとづく、(b) 契約の形成は政府や立法の介入のような外部のコントロールにさまたげられない自由な選択の結果である、という考えを内容としていた⁽⁵⁶⁾。しかしながらこの「契約の自由」の考え、とりわけ如上の (b) の考えは批判をまぬかれることができなかった。まず、「契約の自由」が含意したいいかなる種類の契約をも締結しえる自由は現実には存在しなかつたという批判をうける。歴史家の研究は、自由放任主義の時代にあつても契約の自由が実現しなかつたことを我々に教えこく

れる⁽⁵⁷⁾。しかしそれにもまして「契約の自由」は、自由放任主義の時代のイデオロギーとみなされて、違つた社会観・国家観をもちものの絶好の攻撃目標になつたのである。ここで契約の個人主義的解釈に批判を加えることができたのは、この伝統に身を捧げてしまつた正統的な経済学ではなかつた。デュルケームとアメリカ制度学派はそれぞれに近代的契約観を批判することを通じて、ロック以来うけつがれてきた社会理論の限界を浮きぼりにしたのである。そこには我々が検討することを迫られてゐる論点が残されてゐる。

(A) デュルケーム デュルケームは有機的連帯が優越してゐる社会で、復原的法律が単に個人と個人を結びつけるに終わるのではないことを注意深く指摘し、社会的分業のひろがりか人々の協同を生みだしていくことの法的な表現である契約においても、社会が独自の作用を發揮してゐると主張した。「あらゆる契約は、それを締結する当事者たち

の背後に、結ばれた契約を尊重させようとしてまさに干渉せんばかりの社会がある、ということ为前提とする。いいかえれば、社会がこの義務を強制する力を与えるのは、それ自体が社会的価値のある契約、すなわち法規定に合致した契約にたいしてだけなのである⁽⁵⁸⁾。この観点は社会を個人の行為に分解しつくしてしまおうとする社会理論と対立するものであり、彼はその代表としてスペンサーをとりあげて批判したのである。その批判は我々にと、とても興味深い論点を提供しているので、やや詳しく紹介してみよう。

スペンサーの産業的連帯論は——デュルケームによれば——社会の作用は個々人が相互に侵害しあうのを防ぐことに限定されて、契約を通じる人間と人間の自由な交換だけが唯一の社会の紐帯となる[196頁]。従ってそこでは個人は自由に結ばれた私的な約束によってとりまめられるに程度にしか相互に依存しあわないのである。社会とは諸個人がそ

の労働の生産物を交換しあっている状態ではない [198—199頁]。だがデュルケームは、このような利害関係だけが支配している社会が安定的であるという信念をしりぞけて、スパンサーにおいては交換としてしかとらえられなかつた契約の再検討にたらむかう。「契約においては必ずしもあらゆるものが契約的ではないからである。契約という名に直する唯一の約束とは、それが当事者たる諸個人によつて意志された約束であり、この自由意志以外にはその根拠をもたない約束である。逆にいえば、相互が同意に達しなかつた義務はすべてこれ契約的ではない。ところが、契約が存在するばあいには、いつでも契約はある規則に従うものである。そして、この規制は、社会の制作にかかるとして、個人の制作によるものではないし、また、それは通例、いよいよ膨大になり、複雑になつてゆくものである」 [206頁]。デュルケームがここでは契約の定義を二様に使っていること

に注意しなければならない。一方では大陸法的伝統に従って、契約を自由意思による約束としてとらえながら、他方では、より広い意味では当事者によつて意思された約束でないものを含むものとして現実の契約をとらえている。この区別は、狭義の契約が不安定な相互依存状態しか作りださないという認識に支えられたときますます重要になる。もしきわめて厳格な意味での契約が持続的な調和のとれた協同をもたらすならば、それは次のような条件をまず満たさなければならない。即ち、「各人の義務と権利とは、ただ契約の結ばれるそのときに直面する状況だけではなく、将来おこりうるべき、またそれを変更すべき状況を見通したうえで、確定されなければならない。そうでないと、たえず新しい闘争と葛藤が生ずることになる。」〔207頁〕。しかしながらこのような権利と義務の確定は不可能に近い。なぜならば、おたがいの義務は相互の妥協によつて試行錯誤の中からしか生ま

れえないものであつて、契約関係に入るたびにこのような試行錯誤を繰り返すことはできない。これに加えて、将来おこりうべきことを一つ一つ予見することは不可能に近いであろうし、かりに以上のことが可能であるととしても、その作業を契約関係に入るたびに行えば、そこに含まれる「費用」は膨大なものとなるであろう。このことから導き出されることは、自由な意思にのみ根拠をもつ約束としての契約は一時的な連帯しか生み出すことができず、多少とも持続する関係を作り出すことはできないということである。現実における契約は、均衡のための諸条件を課する契約法の規制をうけることによつて、はじめに持続的関係を形成しえるものとなる。「もちろん最初の行為はいつでも契約的である。だが、それにひきつづく行為は、ときにはすぐあとの行為をさへも、多かれ少なかれ契約という枠をこえる。われわれは、みずから望んだがゆえにこそ、協同する。だが、われわれ

の自発的な協同は、われわれの望まなか、に諸義務をつくりだしたのである。・・・契約法はま、たく別の側面をあらわす。それは、もはや個々の合意の有効な補完物にすぎないどころではない。むしろ後者にと、これは根本的規範がある。それは伝統的経験の權威をもつてわれわれを強制することによ、て、われわれの契約関係の基礎を構成する。」 [209頁] (59)。このように契約を把握するならば、等価交換の法的表現として契約をとらえることは批判されねばならなくなる。「スペンサー氏にいわせると、契約の目的は、労働者に自分の労働についてやした出費と等価のものを保障してやることだという。それがほんとうだとすると、契約は、こんにちのそれ以上にひどく些細なことにまで規制がおよぶということになれば、とうとうその役割を果たさないであろう。なぜかといえは、契約がこうした等価物を確實にもたらすに足るとすれば、奇蹟といわねばならないからだ。」 [211頁]。

このようにしてデュルケームは近代社会理論がその根底にも、こいた契約観を批判しえた。だが彼が、「契約においては必ずしもあらゆるものが契約的ではない」とするとき、ここでは契約概念が二様に考えられていて、それらが統一されないままにな、こいるといわぶるをえない。現実の契約が「契約的なもの」と言うではない要素を含んでいるのであれば、このことを首尾一貫して説明しえる契約概念を提出しなければならないのである。

(B) イーリー 契約の自由の名の下に労働立法が州裁判所によって違憲であるとされた時代にあって、イーリーはこのような判決の背後に個人主義的な社会観をみて、それが社会経済の進歩におくれているばかりか、その守ろうとしている自由も、より積極的な自由観からみれば、人間の自由な能力の發揮をさまたげると映じるものがあると考えた。自由放任主義批判が契約観の再検討を通じて自由とは何かを問うことにつながって、い

ったことは、アメリカ制度学派だけでなく、イギリスにおけるトマス・ヒル・グリーンをはじめとする社会哲学に明らかであろう。ここでは彼らの自由観が国家のより積極的役割を定めるものだが、このことを指摘するだけにとどめ、むしろ契約論に焦点をしば、コイーリーの見解を検討してみよう。

意思説にしばしばあらわれる自発的な意思の表明とその合致という考えは、まがイーリーによつて次のように批判される。労働契約において労働者が労働力の窮迫販売をせまられる場合にみられるように、契約当事者が経済的圧力の下に契約を結ぶ時には、法において自発的な意思とされるものは実は強制された意思に他ならない。この契約締結に先だつて存在する不平等に加えて、法的知識における不平等、経済力の劣、たものが法の保護を定める手だてをもたないこと、階級立法など法そのものにおける不平等が存在するために、
「我々の契約における法的平等は、契約の背

後にある不平等のために、実質的には不平等なのである⁽⁶⁰⁾」と考えることができる。そして契約が経済社会における不平等と結びついていいる時、この不平等を是正する試みは契約への介入とな、てあらわれ、個人主義的な「契約の自由」と衝突する。しかしイーリーによれば問われるべきは、現実の契約というよりは、むしろ個人主義的契約観とそれに依拠する判決なのである。現実の契約は個人的側面とともに社会的側面をも、てあり、後者の方が優勢であることは、重要度の高い契約がシャーマン法によるように立法によ、て性格を定められていることにも明らかである。もしこのように契約が本来的には社会的目的のためにつくられて維持されているのだとすれば、労働契約におけるように「経済力による強制」がたえず実質的不平等を生みだす事態に立法が介入することは、契約の目的にかなったことであるばかりか、契約が手段とな、ていいるところの自由の実現にと、ても必要な

ことである。「注意深い契約の規制なしには社会改革が完全なものとならないことは明白ではないだろうか。・・・公共の必要性、公共の福祉、そして公共の政策は私的な契約の上に位置している⁽⁶¹⁾。」これはイーリーの時代における社会改革が契約への介入を中心とするものであることの率直な表明であった。それが自由放任主義的国家観との完全な訣別であることもまた明白であろう。

(C) ヴェブレン 契約への立法的介入を弁護しようと試みるイーリーとは異なり、視角からヴェブレンは近代的契約が経済の変化によつていかにその性格を変えていくかを観察した⁽⁶²⁾。彼によれば、伝統的規制からはなれた小商品生産者の社会に生成した自然権は自然的自由を内容としており、この自然権のうえに契約の自由が成立したのである。だが皮肉なことに契約の自由の原則はそれが確立した時にすでに時代おくれになる運命にあった。小商品生産に代つて機械的生産が支

配的とな、に経済体制の下では、労働者などは事実上自由な契約を結ぶうる力をもてなくなり、契約は実質的にその基礎をほりくずされる。だがこのように経済の領域における変化が法の実質的内容に影響を与えににもかかわらず、企業家の活動が自然的自由の原理によつていふために、契約法は変更されなかつたのである。こうしてヴェブレンは形式的な法の次元と実質的な法の機能の次元をわけて論じること、産業化が一面で村等な人格相互間の合意という契約のたてまえをほりくずすにもかかわらず、不平等を生みだし労働者の選択権に実質的な制約を課する経済活動それ自体が法と抵触することがないために、契約と機械的生産が共存しえたことを指摘した。資本主義の確立によつて契約の実質的基礎がほりくずされるとするこの考えは、経済的自由主義と近代的契約を適合的なものとして結びつける見解とははなれた地点にある。さらに注目し得るのは、法の機能の変化にもか

かわらず法の形式はかわらなく維持されるであろうとする見解である。資本主義が交換の形式をもちつづけることを念頭におくならば、このウェズレンの法理解は、資本主義の下での法のあり方を分析する上で大きな示唆を与えてくれるのではないだろうか。

(D) セルズニック 以上我々はデュルケームと制度学派の契約論が彼らの社会観とわがらがたく結びついたものであることを見ときた。次に現代のすぐれた法社会学者セルズニックの契約批判を見とみよう⁽⁶³⁾。

近代的契約観の特徴は——セルズニックによれば——次のようなものである。1. 契約によつて関係を作り出すことだけでなく、そうして作りだされる関係の内容までも当事者が決定すべきであるという意志主義。

2. 前項からの帰結として、契約では約束が明示されて、当事者の責任の範囲が限定されているという特徴が導きだされる。この点では近代的契約は市場経済と適合的であるか

にみえる。しかしこの考えにたつても、企業システムと契約を適合的であるとみなすことはできない。なぜなら各当事者の義務をあらかじめ合意によって設定することは組織の性格になじまないからである。

3. 契約が当事者相互に利益をもたらし、かつ、契約が実行されていくメカニズムが契約の中に組み込まれているとする考え。換言すれば、交換と相互依存の考えは契約にとつて基本的であり、当事者は対価的な利得と引きかえできないと義務を負わないとするのである。この契約モデルは、当事者がそれぞれの目的を意識している「単純な交換」において妥当するとしても、共通目的を共働によって達成しようとする場合には、相互性の原則は修正を余儀なくされるをえない。

4. 原則としては契約当事者のみが契約から利益を享受することができ、また彼らのみが義務を果すことを要求されており、当事者以外の介入はあるべきではないという考え。セルズニックは、これらの特徴

にあらわれているように、契約モデルは集団の实在性を特定の諸個人の行為に還元してしまうことで、企業などの組織の現実からはなれていると考えた。このように契約の特徴を抽出し、それを組織の現実と照し合わせてその限界を指摘した上で、彼はさらに次の二つの批判を近代的契約モデルに投げかける。

1. 相互性、合意、限定されたコミットメントを前提とする契約は政治体における支配—服従の統治関係を説明することができない。

2. 目的契約 *purposive contract* が組織に組込まれた時には、ある種の身分が生じるはずであるが、契約モデルはこの身分を説明できない⁽⁶⁴⁾。

メルズニックの契約批判は、企業組織を念頭に置いて、そこでの契約の限界を指摘するという形をとっている。しかし我々がロックからベンサムまでの私的関係にたいする契約的理解をみたように、近代的契約観は近代的組織に入らない以前の諸人間関係把握におい

こすずに自らの弱点をさらしていたのである。支配—服従が契約によつて説明しえるのかという問題も、まず私的な二項的人間関係の中へ生起する権威について検討されなくてはならないのである。セルズニックが対象を近代組織におめその中での身分を指摘するとき、そこには我々が既に批判を加えた、「身分から契約へ」の動きが「契約から身分へ」と逆展開をはじめたという想定があると思われる。本研究はこのような「段階論」を採らない。

このようにデュルケームをはじめとする批判者達が、意思論的に構成された契約では、「社会」並びに「組織」が排除されてしまつていゝとして、契約概念それ自体の有効性を問ふことに終つていゝのに対して、我々は意思説と異なる契約観をとりあげ、批判者の指摘する難点から契約概念を救い出して、これに再び社会分析上の有効性をあたえるべく試みてみよう。

V 契約と関係

ヘーゲルに、或いはサヴィニーに代表される意思論は、ローマ法の伝統の下にあつた大陸諸国においてばかりか、その法体系を継受した我国でも、そしてある程度まで大陸法の影響を受けることになる英米においても、常に法解釈の基準となつてきた。とりわけ法律行為論、契約論においてその影響は顕著であり、労働契約（雇用契約）も専らこの法理論の下に解釈されてきた。しかし、意思論的労働契約理解⁽⁶⁵⁾では、労務の給付に対する報酬の給付が対価的關係にあることは主張できたとしても、雇主の命令・指揮権、そしてそれと相補的關係にある雇人の服従義務を説明することはできない。ただそれがなしえたのは、当事者の意思を擬制することによって支配・服従關係が当事者の合意によるものであるとみなして、これに事後的な合法性を付与することだ

けである。フランスで発達をみた附合契約 *contrat d'adhésion* の觀念によく示されるように⁽⁶⁶⁾、意思論的理解においても支配一服従が全く考慮外におかれていたのぶはなく、意思の存在を擬制することによつて、現実の支配一服従関係を法的に処理することが試みられてきた——たとえば、人事権に関する我国の包括的合意説或いは契約説を思い浮べよ⁽⁶⁷⁾。しかしながら、このような擬制的な意思を想定する操作が行なわれること自体が、契約内容が当事者の意思にのみよるものではない事態を表現している。我々は、法解釈上意思説に代つて構成することが可能であつて、又裁判においてもこのような意思説が採用されてきたという、そのこと自体は争う余地の少ない地点にとどまるのぶはなく、このような意思論的解釈の努力の背後に横たわり、意思論的解釈が帰結していく法の構造、——それは *public policy* が契約を通じて実現されていく法の世界である——に入つていかなければ

ばならない。

経済学は、マルクス経済学、近代経済学を問わず、意思論的契約観を暗黙のうちに前提としてきたことから、意思論のもつ弱点をひきついできた。その一つのあらわれは、官僚制、なかんずく経営における権威関係を経済学的考察の対象とすることへのためらいであった⁽⁶⁸⁾。

よく知られているように組織の経済学によつてこの問題に照明があらわれるようになった。コースは組織を経済学的に分析することを唱えた著名な論文において、組織を特徴づけるものとして企業内における権威関係をとりあげ、それを合理的な経済行動の結果であると考えた。

なぜ生産が価格機構のみによつて規制されず、組織が必要とされるかの主な理由は、コースによれば、価格機構を用いる際の取引費用が、組織をつくることによつて節減できることにある。その例として、企業組

織では、市場の交換取引で交渉し契約を結ぶことに比べれば、契約の数が少ないだけ費用がかからないことがあげられる。その場合、企業における契約は次のような性格をもつことになる。「契約は、一定の報酬（それは固定されている場合もあれば、変動することもある）に対して、（生産）要素が特定の制限のなかで企業家の指示に従うことに同意する契約である。この契約の真髄はそれが企業家の権力に制限を設けているにとどまるところにある⁽⁶⁹⁾。」ここで主に雇用契約が思い浮べられていることは、もしこの契約で企業家の権力に制限が加えられていなければ、それは自発的な奴隷制に外ならないとされていることや、組織の出現を示す長期供給契約の例として労務供給契約があげられていることに明らかである。さらに、企業の本質を資源の利用のされ方が企業家の決定にかかるとみなす自己のモデルが現実にとま当していることを

示すために、コースは master と servant もしくは雇主と雇人の間の法的関係の特徴として (1) servant は master 又はその代理の者に労務を提供する義務がある、(2) master は自分で、或いは別の servant もしくは代理人によつて、servant の仕事を統制する権利をもつ、の二つをとりあげて、これは彼が経済学的分析でえた企業の定義と同じであるとのべたのである⁽⁷⁰⁾。

労働力が労働者の人格とはきりはなされない以上、生産過程における労働力の消費は、資本家と労働者の人的関係の中になされざるをえない⁽⁷¹⁾。言い換えるならば、そもそも労働者と一体のものである労働力は、たとえそれが社会的にきりはなされて他人の処分権の対象となつたとしても、その消費は労働者の意思を媒介にすることなくしておこなわれえない。そして資本家が労働者の意思をコントロールする場合に、彼が物理的強制によつて労働者の意思を自らの決定に服させることが

できないならば、彼は自己の權威（命令權限）を労働者が受け入れることを通してしか、生産過程を支配できない。そして雇用關係が契約によって形成される限り、契約締結時に、労働者が權威關係を受け入れることが必要となる。従って資本家社会における労働契約は、労働者による權威關係の受容を主要な構成要素としなければならないが、そのような支配—服従の權威關係をもたらず契約は、自由・平等な人格の意思の合致を強調する意思論的契約觀の枠におさまりきれぬものではない。意思論は、対等な人間のみを想定しそこから出発するから、そもそも対等な人間が自らの意思で權力的に不平等な關係をつくり上げていくという説明しかできなくなり、どうしても平等—辺倒の世界にそもそも不平等が入り込むのかわからずに自らの説明の前でとまどってしまうのである。

英米契約法において展開をみた關係理論は、權威關係が等価交換によつてもたらされると

するイデオロギーから我々を救い出し、資本家的生産様式が特定の権威関係と結びつきえたメカニズムを労働契約のうちに明らかにしてくる。それは労働契約を意思論的に構成する試みが自らの限界に直面せざるをえないような法構造を明らかにすることで、現在にいたるまでの産主と雇人の関係の法的枠組の歴史的把握のための有効な概念装置となりうる。そればかりか、この関係理論は自由人に対する私的な支配の最終的な根拠を、個人の意思にではなく法そのもののうちに、そしてかかる法秩序を担保するものとしての国家組織によって独占された物理的力のうちに求めようとする見解を展開させるための手がかりを与えてくれるのである。

servant は、契約締結時には契約をとり結ぶ能力がある独立した法的人格をありながら、契約締結後の master との関係においては服従を予定されているという事態は、次のような関係説的契約理解によつて、よりコンシス

テントな形で説明しえると思われる。即ち、
英米のコモン・ローでは、master も servant
もともに身分 status としてとらえられ⁽⁷²⁾、
彼らに帰属する権利と義務の束は、契約それ
自体からというよりも、契約によつて両当事
者が入る身分に付属したものであるとして構成され
る⁽⁷³⁾。パウンドがのべるように、ローマ・大
陸法の伝統の中で展開した契約に関する意思
理論に対し、英米法では「legal transaction
よりも関係 relation に注意を払い、個人と
いう資格においてよりも、特定の身分 class
の構成員としてかかる関係にあるものとして、
責任並びに行為能力又は権利能力の欠缺を課
する」傾向があると考えられる⁽⁷⁴⁾。我々が法
律行為としての契約が、その結果としての契
約的關係とはことなるものであることに注意
を払うならば⁽⁷⁵⁾、次のように理解することは
困難ではないであろう。即ち、両当事者は契
約によつて身分として表示される一定の關係
に入り、この兩者の關係こそが、両当事者の

権利と義務を定めると。契約を結ぶかどうかは個人の意思による。しかし意思の独裁はとまどんであって、契約内容のすべてが意思に基づくのではない。従つて、この法理解に従うならば、masterの懲戒権やservantの忠誠義務といふ、master — servant関係にはらまれる権利と義務は、契約締結時に両当事者が意思したものとしてではなく、両者が契約によつて入つた関係に付属したものとみなすことができる⁽⁷⁶⁾。そして人は契約を通じて身分に属すると考えられるから、この理論においては契約と身分を対立させることはともとも要請されないのである⁽⁷⁷⁾。我々はこのような関係説的な法の構造を近代イギリスのLaw of master and servantにおいてみることができる。イギリス法は18世紀末までには各個人に契約締結の自由を認めたり、救貧法に基づく強制労働などを除いて、職業選択が自由となつたが(その限りでの「身分から契約へ」の成立)、契約によつて master —

servant 関係に入ることからの権利と義務は当事者の意思によつてのみ設定されるのではなく、むしろ契約内容の多くは立法並びに判例法によつて定められていた（その意味での身分の形成⁽⁷⁸⁾）。契約によつて身分に入ることから、封建身分の場合と異なつて、ここではより広い範囲の社会層（究極的には全市民）に身分選択のチャンスが与えられているのである。

関係に付属した権利と義務が個人の意思を超えて設定されている——意思説はそのことを意思の存在を擬制して説明する——ため、契約締結時に当事者の意思によつて権利・義務の内容を変更できる範囲は限られている。本章以下で明らかにするように、制定法と判例法とからなるイギリス労使関係法は、master と servant の権利、義務、責任に関する広い範囲にわたる規則を定めてきた。たとえば賃金をとつてみると、19世紀をのぞいて、14世紀中葉から現代にいたるまで賃金額を規制す

る制定法が存在してきたし、判例法も解雇者への賃金支払いなどについての法の原則を発達させたのである。したがって、たとえ労働者が労働組合に加入せず、雇主との間に結ばれた雇用契約だけが彼の権利、義務を定めていたとしても、その権利、義務の多くは彼の意のままにはならないものだが、たのである。彼が雇主の命令に服従しなければならないことも、彼がそれを望まなくとも、雇用契約を結んだ限りは（即ち彼が servant にならば）以上は）彼が守らねばならない義務とならなければならないのである。

雇用関係をめぐる権利と義務は、制定法や判例法だけから派生するものではなく、労働立法、労働協約、就業規則、慣行のうち個々の労働者の権利、義務に関する部分は、雇用契約の一部を形成することによって一人一人の労働者としぼる。これらの個々の労働者の意思をこえて設定された権利と義務のすべてが——契約締結時の両当事者の意思とともに——特

定の master — servant 関係を形づくっている。従って関係の实体をなしているものは、判例法のようにすべての master — servant 関係に適用されているものから、就業規則や慣行のような或る事業所や職場でしか通用していないものまでを含んでいる。master — servant 関係がこのような構造をもっているために、特定の master — servant 関係の当事者が関係の内容を変えようとしても、それは当事者間の合意によつてのみ実現されるのではなくて、判例法から慣行にいたるまでの法源に手を加えることからはじめて可能になるのである。即ち、これら互形成・変更・廃止することによつて、個々の労働契約の内容がかわられていくことになる。

このように労働立法、労働協約、就業規則、慣行の変更によつて契約内容の変更がおこなわれる場合、一組の master (雇主) と servant (雇人) の関係だけでなく、特定の範囲にある複数の雇主と雇人の間の契約

内容が同時に影響を受けるために、同じ変化にさらされる雇人（或いは雇主）は権利と義務の変更をめぐって共通の利害の下におかれる。このような関連が存在しているために、master — servant 関係は、個別的なものにとどまらずに、集団的なものへと展開しえたのである。即ち、法的な利害共同体が形成されると、労働者は雇主と結ぶ関係の内容を変えるために、他の労働者と同調して集団行動を起こす——とりわけ労働者の団結を通じて——のである⁽⁷⁹⁾。

労働契約の内容に占める労働立法の役割の大きさから、労働者の団結が法的身分の内容の変更を求め、しばしば議会に對して働きかけてきたことが説明できる。これは、従来の経済学が労働者の団体行動をもつて、資本家に対する労働力商品の集団的取引ととらえて、国家をこの労使の対抗を外から規制するものとしたこととは違つて、対国家の運動の契機を master — servant 関係のあり方その

もののうちに求めることを意味する。このように団結・団体行動を master と servant の関係に付属している権利と義務の変更を目的とするものであると定義しなおすことと、労働組合を労働力の売手の集団とみなし、その主要な機能と労働市場における労働力商品の有利な条件での販売にあるとする「あまりにも経済的な」見解をこえることが出来るのである。いままで賃金をめぐる労使の争いとしてとらえられてきた事態も、雇人の賃金請求権をめぐる争いとして、即ち法的な権利と義務の変更に関する雇主と雇人の対抗として考えることと、我々が主張する法的身分モデルによつて説明することが出来るのである。

master と servant の権利・義務が、判例法、労働立法、労働協約、就業規則などによつて大きく定められているにもかかわらず、なぜ労働契約が判例法、労働立法、労働協約、就業規則によつて完全にとつて代わられることなく、依然として master — servant 関係成

立の原因をなしているのであろうか。このことは、恐らく、次のような経済的自由主義のあり方と関係があると思われる。即ち、経済的自由主義は、その理念として、私人の国家の統制から自由な経済活動を予定しているために私的自治の原則を否定しることができないこと。そして或る意味では営業の自由と対立する団結の自由においてさえ、同時に団結に加わらない自由が保障されるように、集団自治が個人の自由の領域を残していること。さらに master — servant 関係の内容が、個人の意思を超えたものとして、契約締結に先だ、と与えられているとしても、新たに関係を結ぶに際して、又関係を解消する時に、個人の自由な決定を全く否定してしまうことは、職業選択の自由だけではなく、人身拘束からの自由にも抵触するであろうこと。このようにして、労働立法や労働協約を個々の労働契約に完全に代置することは経済的自由主義の否定となるために⁽⁸⁰⁾、経済的自由主義が存続

する限りは、契約になおも役割が与えられつづけると考えられる。一方における個人の自由意思の存在、他方において、契約的關係を構成している権利と義務が個人の意思を超えてあること、この兩者をつないでいたものこと、關係説がとらええた現実の労働契約である。

この關係説にたつならば、master — servant 關係における支配—服従の權威關係は、契約締結時にすでに決定されている法的身分に付屬した権利・義務の体系に含まれるものと考えられるから、意思説のような個人主義的解釈によらずに權威の問題を論じることが可能となる。法的身分においては、当事者の一方が一つの権利を持つことが、同時に彼が対応する義務を負うという（相手もそれに応じて権利と義務を有する）権利と義務に関する相互性 reciprocity の原理が必ずしも要請されない。そのために一方の身分には権利のみが、他方の身分にはそれに対応する義務のみが与

えられるという（従って交換関係を見出すことがむづかしい）相補性 complementarity に基づく関係が成立しうる⁽⁸¹⁾。master の命令権、servant の服従義務は、しばしば労務と賃金の代価的關係といった交換にもとづく相互性の中におおい隠されることになるとしても、その核心においては、master と servant の権利と義務がそれぞれの身分に相補的に配分されていることによつて、とされていると考えられる。このように権威關係は交換行為の所産ではなく、むしろ個々の契約締結に先立って法的身分の形で権威關係がすでに予定されており、契約を媒介として権威關係が当事者を拘束するものと転化するのである。こうして契約を通じる支配關係、ヴェーバーのいう「支配關係が形式的には自由な契約によつて成立した」という事情は、もちろん支配關係という概念を排斥するものではない。例えば、就業規則や作業命令の形で現われる、労働者に対する雇主の支配⁽⁸²⁾」といった事態が一応の説明

を与えられる。

法的身分は一面では社会的役割の法的実体となすものともとらえることができる。従って我々が法的身分が社会的に決定されるという側面に注目するならば、デュルケームが観察したように、個人が契約によって社会的規範に結びつけられていることも容易に理解される。また法的身分はその性格から組織や官僚制の構成要素となりえたのである。それは次のようにしてである。

master — servant 関係の特徴の一つは、servant が一人の master しかもちえないのに対して、master は複数の servant をもちえるところにある。またこの関係では、特別の委任を受けた servant が master の権威を master の代理として行使することができる。この二つの特徴が結びついて次のことがおこる。master が自己の権限の一部を一人の servant に委任し、ついでこの servant が自分に与えられた権限の一部を他の servant に

委任する。この過程がつづいていくと、masterを頂点として、与えられた権限の大きさに応じて序列をつけられた servant の身分階層がその下に形成されることになる。それは権威のヒエラルヒーに他ならない。官僚制のメルクマールとして明確な官職階層制と官職権限を教えるヴェーバーの定義にたつならば、この法的身分と権威のヒエラルヒーこそは官僚制の实体をなしているものにほかならないのである。こうして個人が契約によって servant の法的身分に入り、それを通じて経営官僚制に組み込まれていくことを、契約概念に不当な重荷を負わせることなく説くことができよう⁽⁸³⁾。

しかしながら、関係説にたつ労働契約論は、イギリスにおいては十分な体系化をとげているとはいえない。そのことを、身分概念が現代の勞使關係の實態をとらえるのには有効ではないとして、雇用契約の復権を唱えるカーン＝フロイントと、これと反対の立場に立つ

ライデアウトをとりあげてみてみよう。

カーン = フロイントはイギリス労働法の展開におけるブラックストーンの位置を論じる中で、ブラックストーンがイギリス労働法に与えた決定的ともいえるほどのマイナスの影響に焦点をあてた。彼によれば、ブラックストーンは1562年の職人規制法による労働強制のような契約にもとづかない master — servant 関係に着目したために、master と servant をともに status であるとみなしてしまい、そのことが、その後の労働法における身分から契約への発展の障害となっており、その影響が今日まで及ぶことになった、と主張した⁽⁸⁴⁾。ブラックストーンが18世紀中葉の master — servant 関係の基礎となっていた雇用契約を叙述の中心に据えることをせずに、エリザベス立法などの初期労働立法によって規定された master — servant 関係により多くの注意を払ったことが、結果として雇用契約概念の軽視を招いたのである。そしてブ

ックストーン⁸⁵の著作が長きにわたって法律家に受け入れられてきたために、労働法においては雇用契約の概念が十分に展開されず、また労働立法、とりわけ労働者保護法と雇用契約がいたずらにきりはなされる結果を招いてきたのである⁽⁸⁵⁾。

カーン＝フロイントが、身分と契約を対立させて考える時、身分はエリザベス法における就労強制条項にも、ともよく表現されているものであり、「契約に基づく労働関係は、強制労働の否定と同じことである⁽⁸⁶⁾」といわれているように、身分と契約の背後には強制労働と自由労働の対比が思い浮かべられているのである。だが彼が契約に基づく master — servant 関係として考えているものも、必ずしも立法的介入から自由ではないのである。身分における法的強制と、契約における自由とは彼がとらえるようには、きりわかたれるものではない。むしろ master — servant 関係が、強制と自由、身分と契約といふ形の

二分法でとらえうるものではない現実を明らかにしえる契約論・身分論こそが論ぜられるべきなのである⁽⁸⁷⁾。

カーン＝フロイントが労働法が契約法原理の上に築かれることを求めたのに対して、ライデアウトは契約法原理が労働法の各分野に混乱をひきおこしていることを指摘して、雇用契約の死を宣告したのである。雇用契約概念が適用されることによる混乱の例として彼があげる事案では、労働協約の非ストライキ条項は、組合が組合員の代理人であることから自動的に個々の雇用契約における黙示の条項とみなされてきたために、組合がスト命令を出した場合（労働協約は法的拘束力を有しない）に組合員は雇用契約に違反するか組合員契約に違反するかのディレンマにたたきまわってしまう⁽⁸⁸⁾。これは——ライデアウトの意見では——集団的雇用条件である平和義務を契約関係の法理で処理しようとしたところに原因があり、同様の混乱は労働協約やストライ

本法に契約法上の諸規則を厳格に適用することによつても生じるのである。雇用契約はこのように労使関係の実態にあわなくなつてしまつておき、もしそれが機能しているようにみえたとすれば、それは裁判所が雇用契約の概念又はその適用対象である事実をねじまげているためか、あるいは当事者が契約を無視して自らの手ぶより現実的な解決策を生みだしていることの結果ぶしかない。ぶは雇用契約が現実にあわずに無用なものとなつたのであれば、何をもち、労働者の権利を確保できるのぶだろうか。ここに権利擁護の観点から身分概念の有効性を唱えるライデアウトの立場は、契約と身分に関して、カーン=フロイントのそれのまさに裏返しである。彼が身分概念の適用を主張する理由の一端は、「雇用関係に入つてしまつた時の関係に附随する条件は、たとえ契約によつて説明しようとしたとしてもむしろ契約が完全な説明にはならないことを白日にさらしてしまいがちである」と

いうことにある。どの労働者も多かれ少なかれ彼の仕事を保持することに経済的利害をもっており、それを彼が仕事に對してある種の財産権を有しているのだからと理解するならば、そこには身分が形成されているのであり、契約はこの身分関係を生ぜしめるものにすぎない、というのがライデアウトの立場である。彼はこう結論する。「雇用における身分をばきり認めることによつてのみ、法は産業の分野で實際的でありつづけることを望みえるのである。ただ身分のみが、労働者の権利を真に保証することができる⁽⁸⁹⁾」と。このライデアウトの提言は、現實をよくとらえたものであるが、身分が法的にどのような位置を与えられるのかまた身分と契約がいかなる關係にたつのかは明確ではない。

カーン＝フロイントとライデアウトが契約と身分をめぐつて対極的な立場に立ち、どちらかの概念のみ現實を把握しようとするため、その結果として双方の議論が交わらないのは、

どちらか一方の或いは両者の議論が現実を誤
つてとらえているためであるというよりも、
両者がそれぞれに master — servant 関係の
二つの契機 — 契約と身分 — のうちの一つ
だけをとりだしてこの関係全体を論じようと
していることによるのであると思われる。

このように現実のイギリスの契約法の構造
が関係説のとくところに近いものであること
と、それを労働法学が認識しているかは別の
ことからであつた。むしろ皮肉なことに「技
術的な意味での（解釈論上の）意思主義⁽⁹⁰⁾」
の強かつたドイツにおいて関係説と似た理論
構成をとる労働契約論が展開したのであつた。
関係説がその対応物を他の資本主義国の法理
論にみいだすことは、その理論の普遍的性格
を告げることになるから⁽⁹¹⁾、ここでドイツの
労働法理論に簡単ではあつてもふれておくこ
とはむじではないであらう。

ギールケは雇用契約の起源を封建法におけ
る身分法上の契約である忠勤契約に求め、こ

の發生史的解釋に立、て、雇用契約に基づく
勞務の關係は身分法上の主従關係を發生させ
ることゝ命令・服従の關係と雇主の保護義務
をもたらすと説いたのであ、た⁽⁹²⁾。そしてさ
らに國家の公法的介入は雇用契約の身分法上
の種類に屬する權利と義務に對してなされる
ことを指摘したのである。このゲルマニスト
的立場は、封建法との連続面を強調すること
で意思説が見落してきてた雇用契約の諸側面に
光をなげかけ、ジンツハイマーらの労働法学
の展開に道を拓いた。

ジンツハイマーは、その従属労働論で、我
我が上に展開した關係説的理解にきわめて類
似した把握をおこな、ている。

彼は他者の処分權のもとにおける労働を従
属労働ととらえて、そこにおいては労働する
人間は一つの法的権力關係に入、ていると考
えた。この権力は、個人を組織（統一体）の
規律へ組み入れるとともに、組織の目的をと
げるために個々の労働を配列する力でもある。

この法的権力について注目すべきことは、それが「従属する人間の法的構造から生ずるのではなくて、彼のおかれていた従属関係の法的構造から生ずる。自由人の従属は、彼の属している身分 (Stand) の表現ではなくて、彼のおかれていた状態 (Zustand) の表現である。 . . . 今日 の 従 属 は、 法 的 人 格 者 と し て の 状 態 に お け る 従 属 で あ っ て、 決 し て 身 分 の 従 属 で は な い。 人 間 は 従 属 関 係 に 入 り こ む こ と に よ っ て、 法 的 人 格 者 と し て も、 一 定 の 能 力 を 何 等 失 わ な い⁽⁹³⁾」 と さ れ て い る こ と が あ る。 彼 が 身 分 と 契 約 を 対 立 さ せ た こ と の 当 否 を 今 問 わ な い と す れ ば、 こ こ の べ ら れ て い る 《 状 態 》 の 概 念 は、 我 々 が 関 係 説 に た っ て 展 開 し よ う と し て い る 《 関 係 》 の 概 念 に き わ め て 近 い も の で あ る。 労 働 契 約 に お け る 権 利 と 義 務 が 契 約 当 事 者 が 入 る 《 関 係 》 か ら 生 じ る と と ら え る の と 同 様 の 把 握 が 彼 に よ っ て な さ れ て い る こ と は、 次 の 引 用 に も 明 ら か で あ る。 「 労 働 関 係 の 内 容 は、 労 働 関 係 の 発 生

とは別個独立の考察を必要とする。・・・労働関係を発生せしめる要因が同時にそれに内容を賦与する要因でないということは、労働関係のきわだつた特色であり、かえつて労働関係は、その内容の大部分を、労働関係を発生させる当時者の自由な個別的約定からではなしに、労働関係が固く接合された秩序のなかで見出すところの諸規範からうけとるのである。・・・国家的保護法と自治的国体法とは、広い範囲にわたつて個人的契約をおしおのけて労働関係を規定してきた。今や個人意思は、固く接合された社会的人格秩序の承認する範囲内でのみ活動の余地が残されているにすぎない⁽⁹⁴⁾。」

VI 我国における労働契約論

我国では、ドイツ労働法学の影響を受けつう、意思説にたつ労働（雇用）契約論が、法

学において支配的となつた。以下では、いくつかの法学者の労働契約論を批判することを通じて、本章の立場をより明確なものとしたい。

(A) まず意思説にたつて近代西欧社会では自由平等な人格の意思による契約が成立したと考え、戦前日本の「半封建制」をこれとはことなつた契約のあり方のうちにみた法学者をとりあげてみよう。

川島武宜「封建的契約とその解体⁽⁹⁵⁾」は、明治維新から敗戦に至るまでの我国における契約のあり方を、封建的契約を支える人間関係の存続と、それを一面では補強し、他方ではその解体の契機を生みだしていくものとしての近代市民法の存在、の二相においてとらえ、その両者の関係を究明した作品である。そこでは封建的契約は当事者間に支配・服従の人身的関係をもたらすものであるのに対し、近代的契約にみられる交換関係は常に物質的関係(等価交換)であつて、人身的支配関係

は生じないとされる。この二分法に従って、戦前期日本における契約は近代的ならぶるものとされ、労働契約も上級者の恩恵と下級者の報恩的義務から構成される封建的契約であるとみなされた。川島論文は、このように封建的契約の諸指標を戦前期に適用する一方で、契約当事者の義務が明確な限界をもつに定量的なものではないことに注目して、そこに家産制の存在をみている。封建制と家産制の原理が、権利の確立という観点からは相対立するものであるにもかかわらず、ここでは家産制は封建制を補完するものとしてとらえられているのである。この川島氏の契約論は、日本における権利意識の未発達を指摘することにおいてすぐれていたが、近代的契約では人身的支配が生じないとするその把握は首肯しがたい。既にみたように封建契約における封臣の封主への忠勤義務と封主の封臣への保護義務、そして両者に課せられる双務的誠実義務は、形をかえて近代西欧における契約に、な

かんかく労働契約にみいぼされるのであるから、人身的関係の存在をも、封建的契約と近代的契約を区別することはふきないのである⁽⁹⁶⁾。そしてこのことは、封建的契約と近代的契約という二類型がともとも対比的に存在していたのかという疑問を触发するのである。

藤田若雄は上記川島論文に依拠して、明治以降の労働契約を封建契約とみなし、このような封建的労働契約は、絶対主義的官僚制を支える臣従契約関係のうちに職人社会における徒弟契約が解体・吸収されてふきあが、たものであると主張した⁽⁹⁷⁾。封建的労働契約による官僚制的秩序は、先にあり、それは年功的労使関係に他ならぬのであり、それは近代的労働組合形成の原理の対極におかれうるのであった。だが戦前期の労働組合の低度の発達には、労働者と雇主間の支配・服従の人身的関係の存在に帰せられるというよりは、両当事者の権利と義務とが定量的にきめられていないことから生まれる権利の規範としての未確

立に帰せられるものではないか、にたろうか。そうであるならば、氏は封建的関係にはなく、むしろ家産制にこそ焦点を合わせるべきであらうと思われる。

川島・藤田両氏の研究は、近代的契約は支配、服従の人身的関係をもたらさないという前提のうえになされている。もし近代的契約がそのようなものであるならば、それは近代資本主義とは適合的ではない。なぜならば、後者こそは、生産過程において資本家の支配と労働者の服従という人身的関係が成立することのうえにうちたえられたシステムなのであるから。

(B) 石井照久による労働契約論は、川島・藤田氏とともに近代的労働契約を使用者と労働者という法的には平等な人格の間にとり結ばれたものとみなし、この形式的な人格の平等を実質的な平等へと実現させるために労働法が要請されてきたとする⁽⁹⁸⁾。即ち、労働力商品が売控えできないこと、労働者が使

用者の權威に服すること、などへの対応として法的規整が展開すると考えるのである。氏によれば、「労働者とは、広く他人に使用される方式で、対価をえて他人に労働力を提供するものであり、それは、その限りで、その労働力を他人の使用に奪ねるものである。したがって、ここに使用者の労務指揮権が生まれてくるが、それも法律的には、労働契約を自由に締結するという、労働者の合意によるものである、その内容も、債権的な関心で裏づけられているにすぎない。ただ、生産手段の保持者としての使用者の事実上の優越性と、人間労働の特色、すなわち使用者の支配に奪ねられる労働が、労働者の人格と分離しえないものであることや、「売り惜しみ」に適しない商品としての弱さがあること・・・（中略）などから、実際問題としては、労働者を保護する必要があり、それが労働法を形成せしめる契機となつていゝわけである⁽⁹⁹⁾。」

ここでは労働法による規整が、労働契約その

ものに内在する原因からというよりも、契約外的な要因によって要求されると考えられている。その結果、労働法と労働契約は次元の異な、たものとして並置されることになり、両者の関連は明確ではなくなる。たとえば労働法が形成された時、それが労働契約にどのような影響を与えていくのかは定かではないのである。

(C) 労働法を、契約から派生する「労働者の保護の必要」に基づくものとして、謂る市民法における雇用契約と労働法を対立させるとらえる見解は、マルクス主義法学の中にも見出すことができる。それが川島・藤田・磯田氏らが近代市民法原理の未確立と日本における労使関係の特質としてとりあげてその確立をめざしたのとは対照的に、市民法の負の側面を強調するものであることは次の片岡氏の考えに明らかである。「労働法の立場からみる場合、労使関係における市民法的な契約法原理の確立それ自体に、絶対的な意義

ないし価値が認められるとは、必ずしもいいえないであろう。近代市民法に固有な、(個人人格の)自由の原理が、労働者に生存の危機をもたらす法的危機とな、たばかりでなく、これを克服しようとする労働者の団結活動をも否定する原理として立ち現われたことは、改めて指摘するまでもあるまい。また、労働者の生存権の保障を基本原理とする労働法が、市民法的な自由の原理の赤裸々な貫徹を阻止するという意味において、市民法に対する修正的契機に意義を担、て登場したものであることも、周知のとおりである⁽¹⁰⁰⁾。」封建的契約と近代的契約の二分法に代わ、て、市民法と労働法の二分法が用いられ、労働法は、市民法における抽象的・形式的自由を実質的な自由へと変えるものとみなされる。だがいふ所の二分法にあ、ても、近代的契約・市民法的契約の概念は、特定された国と時代の法体系から抽出されたものなのか、それとも意思論とい、た法理論にもとづいて論理的(演

釋的)に構成されたものであるのか不明である。このことは、川島・藤田氏にあつても、また片岡氏の定式においても、論点は彼らが封建的契約或いは労働法と名づけるものの性格を明らかにするところにあり、近代的契約・市民法的契約はそれ自体が分析の対象となるというよりも、むしろ封建的契約・労働法を定義づけるために理論構成上要請されたものとして登場してくることによく示されている。この場合には、近代的契約・市民法的契約の概念の分析上の役割は、現実の法体系がある状態(或いはある段階)にはないと判断する(近代的ではない・・・)ためのものであつて、このように問題索出の手段としての有効性を主張する限り、概念の現実的根拠によりもその整合性に重点がおかれたのは避けがたいことであつた、といいうるかもしれない。しかし近代法・市民法の歴史的実証分析の欠如⁽¹⁰¹⁾は、これらの概念の上に組み立てられた理論に影響を与えがにはすまされなかつた。

雇用契約と労働契約に関する片岡氏の主張をとりあげて、市民法と労働法の関連について、さらに立入ってみてみよう。

片岡氏は労働契約を民法上の雇用契約と区別されるものとして、次のように把握されている。労働契約は、雇用契約が個人の自由意思を中核にすえる市民法的自由の原理にたつての対して、労働者の団結が労働関係を形成するレベルでの労使間の契約である。「労働契約概念は、民法的雇傭契約における自由の原理が、労働者の団結の法認を通じて労働者の生存権の確保という観点から修正を余儀なくされ、かつそれによって滲透をうけるところに成り立つものである⁽¹⁰²⁾。」ここでの労働関係は雇用契約におけるそれが債権関係であるのに対して、「法的にも、単なる債権ないし権利義務の総和をこえた、かつそこから労働条件の決定実施についての夥しい当事者の権利義務を派生せしめるところの独立の存在となる。しかもかかる多くの権利義務は、

主として契約外的契機によつて規範的・定型
的に定まり、労働契約は労働関係を成立せし
める基礎としての地位を有するにすぎない⁽¹⁰³⁾。
ドイツ労働法学の成果を受け入れた、労働契
約によつて成立する労働関係という把握は、
我々がのべてきた関係説的労働契約理解に近
いといわなければならない。しかし、片岡氏
が労働者の団結と生存権の原理をもつて、雇
用契約と區別された労働契約の概念を提唱さ
れ、市民法と異なつた労働法（社会法）体系
を説かれることにはいくつかの疑問を提出せ
ざるをえない。

(1) 氏の理論的枠組で労働者の団結が
法認される以前における（即ち雇用契約によ
る）労働関係が単なる債権関係であるとされ
ていることと、現実に雇用契約によつて形成
された雇用関係の实体とがどのような関連に
あるのかが必ずしも明確ではない。というの
は、片岡氏は、「近代民法における雇傭契約
の自由の形式性が・・・社会的実勢関係に基

づく支配・従属関係を容れ得る余地を有するにしても、いやむしろその故にこそ、人格的主体性を自覚した労働者にと、それは、それは矛盾もしくは虚偽として意識せられる。・・

・ (従属労働の法的基礎づけは — 引用者)

市民法上事実として容認・・・せられた事態が、自主的労働運動を通しての労働者の規範意識に支えられながら、労働法上のものとして独自の法的評価を受けるというそのこと自体のうちにあるべきではないか⁽¹⁰⁴⁾。」とのべ
て、市民法のもとにおいても事実上従属労働が成立していることを認められるからである。そうであるならば、雇用契約による債権的労働関係と、そこでの従属労働との法的関連があらためて問われなければならなくなるはずである。ところが氏は国結法認以前の雇用契約の段階では、支配・従属関係は社会的実勢関係に基づいており法的関係ではないとして、雇用契約と支配・服従を全く別箇のものに切り離してしま、た。このような操作

を行いたのは、氏が雇用契約の時代においては、経済過程は法から自立して機能しえたと考えたからであろう。しかし生産過程は「無用の者立入るべからず」の私的領域であるから、そこでの私人の支配関係は法的サンクションを受けないと考えることができるであろうか。資本家が生産過程において労働者を支配したときに、彼はどのような正当性原理に訴えて支配をおこなったのだろうか。それとも資本家の暴力による支配はいかなる正当性の根拠をも、まして法的根拠をも必要としなか、たのだろうか。おそらく資本家は日々法を意識しながら支配をおこなったのではないだろう。しかしもし支配が法的な裏付けのないものであるならば、それは脆弱な支配ではないかと資本家ならば思うのではないだろうか。資本家的生産様式が確立する上は、労働者に対する指揮命令が法的承認を受けているかどうかは死活の問題である。経済的勢力のアンバランスに基づく支配（利害状況によ

る支配)が不守定ぶあり、かつ正当性への信念をよぶおこすことができない時、そして物理的強制力の行使の上に支配を打ちたてることが考えられない場合、支配・服従関係は終局的には法的関係としてあらわれざるをえないのであり、支配への労働者の反抗を抑圧することを最終的に保証しえたのは法でしかないのである。事実、次章以下の分析が明らかにしているように、支配—服従は団結が禁止されていた時代にあつても法的なルールとして存在していただけでなく、当時の労使関係を規制していた法の要ともいうべき位置を占められていたのである。

(2) 片岡氏は「労働者の団結こそ、労働法を生みかつその発展を支える力の直持の源泉である⁽¹⁰⁵⁾」として、団結法認の根拠となつた生存権の原理が労働法を貫くことになつたと考えたが、この生存権の原理と、労働契約にもとづく労働関係において「多くの権利・義務は、主として契約外的契機によつて規範

的・定型的に定まるといふ事実とがいかなる関連をもつのかは定かではないのである。たとえ生存権の原理が労働立法・労働協約を裏づけるものであつても、それは他方では、就業規則による懲戒権などに基づく雇主の支配とは対立するものともなりえたのではあるまいか。このように労使関係の種々の側面と生存権の原理との関係が多様であるならば、生存権をもつて資本家的経営における労働関係の原理とすることは疑わしい⁽¹⁰⁶⁾。また氏の如くに、労働者の団結法認という歴史的事実を市民法から労働法が成立するにいたつた契機とみなすことは、たとえそれが労働法展開の歴史的な因果連関に光をあてることになつても、市民法と労働法の論理構造の関係を明らかにしたことはないであらう。歴史上の事実をもつて論理の展開に代へることの結果として、氏の労働法形成をめぐる説明では、団結法認後の労働法成立下における市民法の役割がどのようなものであるかを究

明する手がかりが失なわれてしまふのである。

(3) 我々の疑問は、最終的には、市民法と労働法を区別するところにみられる氏の市民法把握に向わざるをえない。「・・・近代私法＝市民法 (bürgerliche Recht) 上の基礎的法範疇、私的所有権・契約・人格は、商品交換関係の法の世界における反映であり、商品交換に媒介された市民社会の基礎的原理たる価値法則の原理のうちにその根拠を与えられている。・・・資本制労働関係は、商品たる労働力とその対価たる賃金の交換関係であり、市民法はこれを、商品交換契約の一たる雇傭契約として捉える⁽¹⁰⁷⁾。」とする資本家的経済過程の自立性とその反映としての市民法というとらえ方、そして「人間の社会関係をすべて自己完結的な個人の自由意思を媒介とした契約的交互関係に解体するという原子論的構成をとる市民法⁽¹⁰⁸⁾」といふ個人主義的市民法把握のうちに、氏の労働法把握のよ

ってきたる根源があると考えられる。ここに表明されている市民法が現実の市民社会の法的原理でか、とあ、たゞらうか。むしろ氏が労働法の下に形成されんとした労働関係が、すでに団結法認に先立、と雇用契約を媒介として形成されており、そしてその際に雇用契約は氏の考えるような原子論的構成をとるものではないか、と、とすることがより現実に近いものではないか。

(D) 我国の労働法学者はしばしばマルクス経済学の影響下に労働力商品なる概念を採用した。そのために彼らの枠組の中へは民法の債権法にいう労務に服すること⁽¹⁰⁹⁾の対価としての賃金と、経済学における労働力の対価としての賃金という二つの把握が並存してしまう結果になった。この状況の副産物の一つとして、労働法では民法とは異なつて、賃金は労働力の対価としてとらえられなければならないという主張が生まれた⁽¹¹⁰⁾。『資本論』第二篇最終節「労働力の売買」がそれまでの

論理の展開をふまえて商品売買の一形態としてのべられ、労働力をめぐる取引がいわば所有権の移転としてとらえられる余地を残していることが⁽¹¹¹⁾、労働力概念が法学者によつて用いられた場合にも影響を及ぼし、法学者が債権的権利としてのべてきた労働力処分権に物権的色彩を与えたのである（処分なる概念をみよ！）。それは『資本論』第六篇「労働賃」——労働力の価値もしくは価格の労働の価格への転化——が債権的關係（労働という営為と賃金との債務的対価關係）を想起せしめるのとはことなつた世界を形づくつているのである。このように労働力処分権という概念に物権的要素がまわりついているために、経済学者や法学者が労働力概念を用いることは、ブルジョア的意識には債権的関係としてのみ映じた契約關係の根底に物権的な支配権がひそんでいふことをかきだし、資本家の指揮・命令をこの物権的な支配権から説くことを可能にしたかにみえた。しかし「労働力の

売買」を所有権の移転としてとらえることは、労働者は期間の限定された奴隷であるにとらえるベンサム⁵の把握とどう違うのかという疑問をよびおこさざるをえない。それは労働者と肉体的に不可分の労働力が社会的に分離されるととらえる労働力商品なる概念がもたらした、そしてさらにさかのぼるとは、ローマ法における *locatio conductio operarum* が奴隷を対象とし、大陸法でも雇用契約が *louage des choses* (Pothier) として考えられたことのもたらした重荷であった。このように労働力商品という概念は、一方では商品販売者を、他方では奴隷と区別し難い労働者像を、同時にもたらす。この概念にはらまれているのは、「自由な賃労働者」と「時間奴隷」がいかに両立しえるのかの問題であった。この問題に対しては、従来、労働力と労働者の可分性と不可分性が巧みに使い分けられることで一応の解答が与えられてきたかにみえる。即ち、労働力が労働者と切り離され

て譲渡しうることをも、て賃労働と奴隷労働の違いがのべられ、他方、資本家の指揮・命令をとく場合には、労働力と労働者が不可分であることが強調される。いわば、労働力という概念はそのあいまいさの故に、資本家と労働者の間の支配・服従の特性を描きだしえたのである。しかしそのように多義的に解釈されうる概念を鍛え直さない限り、この概念の使用は、経済学、労働法学の前進をもたらしさない。この労働力と支配・服従の関係をめぐって、藤沼謙一の説をとりあげてみよう。

労働契約の本質が労働力の期間を限、その売買であるとすれば、それは、時間ぎめにせよ人身売買であるとす津曲蔵之丞の見解に対し、藤沼氏は、「労働契約の給付の内容は、労働者がその労働力そのものを使用者の処分のもとにおくという行為である」とし、これに対する使用者の権利は、労働力と不可分の労働者そのものに対する絶対権ではなく、「使用者に帰属した・労働者の労働力に対する

処分権の内容は、法律上は、労働者に対し、彼の人格そのものと区別されたその労働力を使用者の処分に奪ねるという行為、使用者の指揮命令のままに労働するという行為、を要求する債権、労働者の「意思」と行為を介してその労働力の支配に到達し得る権利、としこのみ構成されるのである。直接労働力の支配に到達し得る権利としては、構成され得ない⁽¹¹²⁾。」とされた。ここには「彼の人格そのものと区別された労働力を使用者の処分に奪ねるという行為」が、「使用者の指揮命令のままに労働するという行為」となる論理必然性が明らかにされないままに、両者が卒然と等置されている。またなぜ「彼の人格そのものと区別されたその労働力を使用者の処分に奪ねるという行為」とのべて労働者と労働力の可分性を強調しておきながら、それと同じ内容のものとして、労働者と労働力の不可分性に基づいて「使用者の指揮命令のままに労働するという行為」がのべられるのかにつ

いても氏は何も語っていない⁽¹¹³⁾。さらに、たとえ上の定義に従って労働契約を労働者が使用者の指揮・命令に服する契約ととらえても、そのこととつづく箇所が「労働契約を賃金とのものとひきかえになされる労働力そのものの期間を限っての提供と捉える」とされていることとの関連が、即ち労働力処分権の発生根拠が不明である。ここでは労働契約は、支配・服従の権威関係の承認と、労働力と賃金の交換の二様の事態に關係せしめられていて、しかも後者から前者がいかに（法の論理に従って）導き出されるかはのべられていないのである。それは結局は、商品としての労働力の消費が労働者への人的な支配を通じてしかおこなわれえないことをのべているにすぎないのであって、労働力の譲渡は時間ぎめの人身売買であるとする説、さらには労働力処分権に物権的支配権に近いものを見出す考えを、完全に否定しうるにたる論拠を提示してはいないのである⁽¹¹⁴⁾。この藤沼氏の説にみ

られるように意思説にした、この契約当事者の合意による労働力（労働）と賃金の交換から労働指揮権を説明しようとする試みはいまだ成功していない⁽¹¹⁵⁾。

(三) 以上我々は、意思論にした、この構成された労働契約観を検討してきたが、つぎにこれらの契約観とは異なるものとして末弘巖太郎のそれを取上げてみよう。末弘氏は、労働法を契約の自由への介入ととらえるのではなく、労使間の団体交渉の成立によって契約の自由がはじめて制度的保証をえると考えて、厳格な個人主義とは違、この理解を示した。末弘氏によれば、「労働契約は一定企業における労働者の地位の取得を目的として企業主と労働者との間に締結される契約である。契約直接の目的は当該企業に於ける労働者の地位の取得である。労働者は此の地位を取得する結果其の地位に伴う各種の権利義務を取得するけれども、それは地位を取得したことから生ずる間接的效果に過ぎずして、契約直接の

効果ではない。・・・労働契約直持の目的は当該企業に於ける労働者の地位の取得に在る。従って単純なる債務的契約にあらずして一種の身分的契約である⁽¹¹⁶⁾。」末弘氏の説は、資本家的経営の下において労働契約のはたしている機能についてのすぐれた叙述であり、我々が仮説として提示してきた関係說的労働契約理解に近い。

今、労使間の関係とりわけ権威関係が (a) master と servant の二項的人間関係としての労働関係 (b) 組織における労働関係 (c) 集団的労働関係の下における労働関係の三つの次元にわけて考察できるならば、末弘説は企業内の労働関係をとりあげてその労働契約を定義づけようとする試みとみなすことができる。それはセルズニックと同様に、組織における権威関係、さらには集団的労働関係における権威関係を叙述しようとしても、雇主—雇人の個別的労働関係への権威関係はその視野のうちにはない、と考えられる。

我々の関係説的理解は三つの次元での《関係》の内容決定の仕方が異なることを認めつつも、それぞれに身分と合法的支配関係が成立することを主張するのである。

VII 結語

資本家的生産様式の特徴の一つは、資本家が自ら雇い入れた労働者に命令を下して生産を行うことである。とりわけ成熟した工場制の下では、資本家は単に製品の数量や質に関して指示を出すだけでなく、自ら工程を設計して労働者に作業の仕方を命じるのであるから、資本家の命令の範囲は生産に関するほとんどすべての事柄に及びうる。従ってこの生産様式が展開していくためには資本家の命令に労働者が服従することを十全に保障する装置が存在していなければならないのである。法に依る支配（合法的支配）と資本家的生産

様式と結びついた場合 — 即ち命令違反などの逸脱に對して最終的には法の權威に訴えることが出来る社会における資本家的生産 — には、労働者が資本家の命令権限を合法的であるとして受容していることが、このような十全な保障となつてゐる。これによつて資本家の工場内での權威は確立するのである。ではどうして労働者は資本家の命令権限を合法的であると受けとめるのであろうか。彼らは就業規則（会社規則）に書かれてゐる命令違反に對する罰則を恐れてゐるだけではないのか。就業規則を労働者が受け入れるのは、そこに書かれてゐることが正当であると彼らが考へてゐるからに他ならない。ではなぜ就業規則における雇主の命令権限は正当なのであろうか。これに對して、就業規則に労働者が合意したからそれは正当であるとのべることは答へにはならないだらう。なぜならば労働者には雇主の命令権限を拒否する可能性はそもそも与へられてゐないのであるから、彼の

合意はみせかけのものでしかない。もし彼が雇主の命令権限を拒けるならば、そもそも雇主との関係は壊れてしまう。ではこのようなみせかけの合意にもかかわらず、どうして雇主の命令権限は正当性を帯びているのだろうか。社会通念として命令しうる雇主の存在が認められていて、それを労働者が受け入れたためであろうか。恐らくそうであろう。しかし社会通念はそれだけではうつろいやすいものである。それをしっかりと固定するものがなければならない。我々は法、それも個人人の意思によつては変更のきかない法、雇主の命令権限と労働者の服従義務を定めた法が存在することが、システムの根底にあって、システム全体を動かしていると主張する。

資本家と賃労働者の関係は、契約^(よって)に生じた契約的関係であつて、この関係に付随する権利と義務は法的には契約から派生したものとみなされる。従つて資本家の命令権限と労働者の服従義務が法的な権利と義務であるなら

ば、それもまた契約から生じたものでなければならぬ。

では、それぞれの労働者と資本家は契約締結時に、自らの意思に従って、資本家に命令権限を与え労働者には服従義務を課すると合意したのであるだろうか。もしそうであるならば、彼らには契約締結時にはこのような命令権限、服従義務を設けない自由もあり、この権利、義務の設定は当事者の選択にまかされていて、当事者が合意した場合にのみ命令と服従の関係が生じることになる。果して当事者にはこのような選択の余地が残されているのだろうか。たとえば、そのような選択が許されたとしても、資本—賃労働関係がこのような合意の上に成り立っているのならば、それは不安定な関係であると言わざるを得ないのではないか。当事者の合意から権利と義務が生じるとみなす意思論的な契約理解では、さらに次のようなアポリアが生じるであろう。(1)
そもそも自由で対等な人間がどうして命令—

服従という上下関係を許容するのであろうか。

(2) 命令—服従の関係では、命令(支配)を承認することの村価を計量することができない。この関係は量的な交換関係とはとらえられられず、等価物の交換を中心に組立てられた意思論的理解にはなじまないのではないか。

このように意思論に立つ限りは、雇用契約からたえず命令—服従の関係が導き出されることを説明することはできない。これに對して、関係説は契約関係当事者の権利と義務が契約締結に先立って決められているとする。そして当事者の権利と義務の集合は、夫と寺、地主と借地人、雇主と雇人といふ、た村になつた身分を構成していると考えられる。人は契約を通じてこのような身分関係に入り、それぞれの身分に付随する権利と義務を手えられる。従つてこの法理解によるならば、人は当該の身分関係に入るか否かの自由を持つてゐるものの、各身分に属する権利と義務を自由に變

更することはできない。もし命令—服従の権威関係が身分関係のうちには含まれているのであるならば、即ち、一方の身分に命令権限が、他方の身分に服従義務が付随しているのならば、契約当事者は自らの意思にかかわりなく権威関係に入ることになる。契約当事者は契約を結ぶ自由（或いは結ばない自由）をもちながらも、他方契約関係の中では命令—服従の支配関係が成立しているという事態は、こうして契約概念自体に過度の重荷を課することなくして説明することができないのである。

イギリス法では雇用契約によつて契約当事者が入る関係は、長い間 master — servant 関係とされて、雇い入れた者は master の、雇われた者は servant の身分にあるとみなされてきた。工場主が労働者を雇う場合でも、また人が召使いを雇う場合でも、法においては雇主は master、雇人は servant である。即ち、法の世界では資本家と賃労働者の関係は master — servant 関係の一部を形づく、

ているにすぎない。従ってこの master — servant 関係の法がどのようなものであるかは、資本家と賃労働者の間の法的関係を規定していくことになる。

イギリスでは、19世紀中葉までに判例法と制定法の積み重ねの中から、全ての master と servant に適用される権利と義務がはきりした姿を現わしていた。なかでも master の身分に付随する権利の一つとしての命令権限と、servant の服従義務はこの関係の中核を形づく、た。このようにイギリス法の発展のなかで、master — servant 関係の核心に命令—服従という相補的關係がおかれていたために、資本家が労働者を雇った場合にも、資本家が命令を下し労働者がそれに服従することは、法的に保障されていたのである。このことは資本家的生産様式が確立するに際して、生産過程における資本家の支配を確実にするという効果をもたらしたのであろう。しかしそれは、master と servant の法が資本主義に

適合的であるように発展させられてきたということとを意味するものではない。master と servant の関係は雇主と雇人の関係の全くを包含するものであり、て、資本家と労働者の関係はその一部を構成するにすぎない。次章以下の分析が明らかにするように、master — servant 関係の法 (Law of master and servant) の中核部分は、家内奉公人などとその雇主との間の事件のなかから形成されてきたのであり、て、資本家と労働者の間での争いが法の発展を促したのにはなかつた。

資本家的生産様式の展開と、資本家の命令権の確立という観点から眺めるならば、それは広く雇主と雇人の間を規制する法の制約の下におかれていると言いうるのである。もし一般的な法が私人間の支配—服従を認めないと仮定してみよう。そのような社会は資本主義的關係が成長しうるには不毛の土地である。少くとも法が雇主と雇人の関係を許容しうるものでなければ、資本關係は育たない。イギ

リスでは古くから法が雇主と雇人の関係を定めてきた。そして18世紀にもなれば、それが権威関係に他ならないことが法曹において強く自覚されるようになる。このように法に体现されている権威関係の存在が資本家的生産様式が展開するための土壌となった。この意味で資本家的生産様式は権威関係を——とりわけ法的な権威関係を——前提としているのである。

第3章 注

(1) 小池和男「内部労働市場と経営参加」(『季刊現代経済』、28号、1977)；島田晴雄「労働市場の階層構造と競争機能」(『季刊労働法』、97号、1975)。

(2) 本章はマルクスの『経済学批判』の序言における公式に関して俗流化された伝統的解釈とは対立する立場をとろうとする。しかし序言と異なり、この公式を提出する意図は古い。これはほゞりか、本章では法と物質的生産関係のまじりはなされておらず、この点では本章の批判しようとする伝統的解釈と同様の相互作用論の次元にとどまるといえるという予想さへする批判の日人じり。「序言」については、山之内靖『社会科学の方法と人間学』、第1章を参照されたい。

(3) master と servant は同一世帯内の戸主と家内奉公人の関係のみを指示するのび

ほなく、雇主と雇人としてとりえらるる関係のほとんども全てをふらつてゐる。本章とつづく章では、言葉のもつ多義性を尊重して、しばしば原語のまゝ使用する。

(4) Tocquville, A., Democracy in America (Vintage ed.), Vol. II, pp. 187-195; Also reprinted in: Bendix, R. & Lipset, S. M. ed., Class, Status, and Power, 2nd ed. (N. Y., 1966), pp. 107-110. なお伊谷猛『トクヴィルとデモクラシー』、155-217頁参照。

(5) Toqueville, op. cit., p. 191.

(6) マルクス『資本論』、岡崎訳、第1分冊、230頁。

(7) 労働力用益権の移転と労働力の消費過程の間に、この権威の階層と重なりあうようにして、労働者の主体的労働倫理の問題領域のひろがる。本論文、第2章参照。

(8) マルクスにおける労働指揮権は、資本による労働の形式的かつ実質的包摂との関

運ぶ論じらるゝる事柄である（『資本論』の第一
巻第11章、第14章、第3巻第23章、『直接的
生産過程の結果』、を参照せよ）。

『資本論』の労働過程論におけるように、
指揮権については二様の考察を行なわなくては
ならない。一つは「労働過程の一般的性質
質は、この過程を労働者が自分自身のため
で行うのではなく資本家のために行うといふことによ
つては、もちろん変わらない。また、長靴をつ
くるとか糸を紡ぐといふ特定の工程も、こし
あたりは、資本家の介入によつて変わるもの
ではない」といふ段階での資本の指揮であり、
もう一つは「労働の資本に隷属することによ
つて起さる生産様式そのものの変化は、そ
とよとよたつてからはじめ起さる」とい
ふ段階における指揮、即ち資本利に固有な勞
働様式での資本の指揮の問題である。本章の
労働力処分種から労働指揮権が生じるのは自
明なことではないとするとき、主として資本
利に固有な労働様式の下での支配・服従を念

頭においてゐるのである。労働契約と指揮服従（人的従属性）の関連は、経済学のみならず法学においても解決されない問題である。本章はこの問題の未解決であることの指摘と、問題解決への提言と含んでゐる。なお渡辺章「労働給付義務と形成権の理論」（『労働法の解釈理論』所収）、67頁参照。

(9) Cf. Gilmore, G., The Death of Contract (Columbus, 1974), pp. 94-95.

「契約は交換という基本的な経済過程の制度的な枠組みである」（Parsons, T. & Smelser, N., Economy and Society, 富永訳、第1分冊、158頁）とされるのであるが、契約の機能については、制度学派などの少数例をのぞき、経済学者によって論じられることの少なからずと思われる。Phelps Brown, E. H., The Economics of Labor (New Haven, 1962), pp. 32-36. はこの少数例の一つ。なお契約と私的所有権についての議論は、P. 10-2ページには、本章とは異なる視角からしては

あるが、川島武宜『所有権法の理論』によ、
と与えらるゝ。

(10) 詳しくは、本論文、第4章、第5章。

(11) Blackstone, W., Commentaries on the Laws of England, Book I, 10th ed. (London, 1787), p. 422; Do., An Analysis of the Laws of England (Oxford, 1756), p. 24.

(12) Hecht, J. J., The Domestic Servant Class in Eighteenth-Century England (London, 1956), p. 74.

(13) Adams, S. & S., The Complete Servant (London, 1825), p. 11.

(14) Pott, T., A Compendious Law Dictionary (London, 1803), p. 446.

(15) Maineの理論の紹介と批判につては、とくに Pound, R., Interpretations of Legal History (Cambridge, 1930); Friedman, W. G., "Some Reflection on Status and Contract", in: American

Society for Legal History, Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound (1962, reprinted ed., Westport, 1973).

とある。Maine の法史理解に従って Law of master and servant を概観してある。

Encyclopaedia of the Laws of England,

Vol. IX (London, 1908), p. 35. 以下

の、この19世紀末の Master and Servant Acts の改変の後で書かれたものがあること

に注意せよ。次のサイモンの言葉も、この

ルース主義者がメインの把握に陥りやすいかを示している。「資本家社会では、

資本家は賃労働者にとっていかなる権利も与えない。お互いの関係は、彼ら

の間で身分 status をもってあるというこ

とによって決まるとはなく、彼らと結び結ぶ契約によって決定されるのである。」(

Simon, D., "Master and Servant", in:

Saville, J. ed., Democracy and Labour Movement, London, 1954, p. 160.) 以下

に同様の立場をたつものとして、Batt, F.

R., The Law of Master and Servant (London, 1929), pp. 14 - 15.

(16) Vinogradoff, P., "Rights of Status in Modern Law", in: Do., The Collected Paper of Paul Vinogradoff, Vol. II (Oxford, 1928). See also, Allen, C. K., Legal Duties (Oxford, 1931), p. 40.

(17) たとえば、浅井清信「労働契約の基本問題」、114頁。

(18) ガイシーは、「事故賠償に関する労働者の権利は、今の契約の問題ではなく、身分の問題である」として、これを19世紀末からの団体主義の時代の特徴を良く示すものであると述べた。Dicey, A. V., Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England, 2nd ed., 1914, (reprinted ed., London, 1963), p. 284. See also, Pollock, F., Note, in: Maine, H. S., Ancient Law, 1920, p. 185.

「団体主義期」のあいだ一言で Master and Servant Acts の大まかき内容とをいって「身分から契約へ」という動きを示しながら、他方ではこのように身分が問題となる状況があり、ことに留意される。或る意味では後者のあり、それからこそ、前者の動きが促進されるのである。カーン = フロイントは正当にもメインの「身分から契約へ」とガイニ - ーの「契約から身分へ」の両者における身分概念の違いを指摘し、メインの定義に固執して、また、「契約から身分へ」と表現される事態のはらむ問題性を見落してゐる。Kahn - Freund, O., "A Note on Status and Contract in British Labour Law", M. L. R., 30-6, 1967.

(19) このような問題を提起する点で、賃労働と土地所有はパラレルな関係にあるのではない。19世紀末の労働諸立法とテナント・ライント補償の法的整備を通じて、経済的自由主義の、自由放任主義の反対側と考へら

の時代は、ほゞ自己の制度的完成をみるという運河。稚名重明『近代的土地所有』参照。

(20) 議会議法だけでなく、判例法の歴史も契約と身分が表裏一体を成していることを示している。続く草紙は、Law of master and servant の、19世紀以前における既述の議会議法と判例の内容とを形成するものであることを明らかにする。片岡氏の言う Law of master and servant を普通法と結びつけて、議会議法と対立させてとらえるのは正確ではないと考へる。片岡昇『英國労働法理論史』、33頁。中西の西洋の日本における「社会政策」・「労働問題」研究の現時点を参照。中西氏も主として判例法と議会議法を対立させて、後者の役割を強調することゝ終つていふようである。

(21) Graveson, R. H., Status in the Common Law (London, 1953), p. 13. 労働者規制法の社会経済的背景については、岡田

与好¹イ²リ又初期労働立法の歴史的展開也、
第1章Eみ³。

(22) 中西、前掲書。

(23) Brentano, L., Die Gewerbliche Arbeiterfrage, 森戸記, 49頁。同⁴、隅谷三喜男⁵労働経済論也(筑摩版、第1版), 12頁。同⁶労働経済の理論也, 129-131頁E参照。

(24) Brentano, 同上, 64頁。

(25) Blackstone, Commentaries, p. 422;
Do., An Analysis of the Laws of England, p. 24.

(26) Idem, Commentaries, p. 423. 7
リストテレス⁷政治学也では基本的関係が、
夫婦、親子、奴隸主-奴隸とさ⁸い⁹た¹⁰こと
E想起さ¹¹た¹²い。奴隸E master-servant関
係の中¹³論¹⁴じ¹⁵る¹⁶ことは、19世紀¹⁷まで¹⁸の知的伝
統¹⁹に²⁰あ²¹た²²。知る²³限²⁴り²⁵でも、以下²⁶の著²⁷述²⁸は
master-servant関係²⁹の項³⁰で³¹奴³²隸³³に³⁴つ³⁵いて³⁶3.
い³⁷る。Baxter, R., A Christian Directory

(London, 1673), in: The Practical Works of Richard Baxter (London, 1854), pp. 461 - 463 ; Smith, A., Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms, ed. by Cannan, E. (Oxford, 1896), pp. 94 - 104 ; [George, W.], A Few Remarks on the State of the Laws . . . for regulating Masters and Work People etc. (London, 1823), pp. 25 - 27 ; MacDonald, A., Handy-book of the Law relative to Masters, Workmen, Servants etc. (London, 1868), Pt. III, Ch. I. この外にも後述のドック、フーフエンドルフ、ハクソン、ベンサムをみよ。

(27) 古代までにはどうも、封建制における家内奴隷を思い浮かべてみるならば、この結びつきが唐突でないことがわかるであろう。大塚久雄『共同体の基礎理論』、90 - 92 頁参照。

(28) Smith, op. cit., pp. 96 - 99.

(29) Bentham, J., Principles of the Civil Code, in: Bowring ed., The Works of Jeremy Bentham, Vol. I (reprinted, N. Y., 1962), p. 343.

(30) master-servant 関係の他との関係に主として引照されるのは、その主との関係の実態における変化の多さ、といえる。ゆえにその関係は断定できない。筆者の印象としては、あまりにもキリスト教的な解釈があるのもしれないが、master-servant 関係は主として父と子の関係と比較されると思われる。Cf. Schlatter, R. B., The Social Ideas of Religious Leaders 1660-1688 (London, 1940), pp. 60, 63, 81.

(31) Bentham, J., The Theory of Legislation [trans. by Hildreth from French of Dumont] (London, 1864), p. 213.

(32) Blackstone, Commentaries, p. 453.

(33) Wooddeson, R., A Systematic View of Laws of England, Vol. I (London, 1792)

), p. 465.

こゝらの類比においては、暗黙のうちに、徒弟が servant と子供を類比的にとらえる思考の上で両者を橋かけし得るものとして思い浮かべられていくと思われる。即ち、ベンサムの方をえ、同じ著者による次の言葉と比べよ。「徒弟の労働の生産物の彼の能力を開發する費用以上の価値あるものがない。それらの彼の可な仕事は、master のために費した労苦と費用に對する俸給もしくは報酬にのみある。」(Bentham, J., Principles of the Civil Code, p. 343.)。事実、子の父親の徒弟になることはむしろ、子供—徒弟—servant という觀念の連合は容易である。Cf. Laslett, P., The World We have lost, 2nd ed. (London, 1971), p. 3.

(34) Locke, J., Two Treatise of Government, A critical edition by Peter Laslett, 2nd ed. (1967), p. 340.

(35) 17世紀では servant は結婚可能なまで

master と同居してゐる (in-servants) 事実が、この立論の背後にあると思われる。ロックと密に続く人々の servant に関する議論では、結婚後独立の世帯を管する servants (out-servants) を想起させるものはない。むしろ後者について税金法論、低賃金の経済論などで論じられ、と思われる。domestic relations の中で servant を論じる伝統がこのような現実無視の側面をもっていたことを忘れてはならない。

(36) ロックの「おいて賃労働のいゝの」を考へられ、この「おいて」、Macpherson, C. B., The Political Theory of Possessive Individualism (London, 1962), p. 214 ff. がすぐれた考察を行っている。とりわけ、ロックが「自己の財産の中で賃労働は譲渡しえぬが生命は譲渡しえない」としたことの含意への鋭い指摘をみよ。 Ibid., pp. 219-220.

(37) 今日のイギリス労働法で servant と independent contractor (self-employed

person) と區別し、contract of service と contract for services を対立していふとするとき、両者を分かつためにより用いられる基準に、(a) 雇主による統制の程度をみる control test と、(b) 組織の組織度を見る organization test の二通りがあることは、この点で興味深い。

Rideout, R. W., Principles of Labour Law, pp. 1-12; Wedderburn, K. W., The Worker and the Law (London, 1966), pp. 34-41; Do., Case and Materials on Labour Law (London, 1967), pp. 203. この二つの基準のほか multiple test を加える場合がある。
Drake, C. D., Labour Law, 2nd ed. (London, 1973), p. 23.

(38) : : 2⁷ は口... フ以降の... を引続いで受継ぐものといふ、家的関係の中において master-servant 関係をとりえといふ知的伝統の焦点をいはる。その元々の所有による権力を弁証する言法は... 以上立入らぬ。ある意

味では本章全体の所有によって権力を説明する
 紅言への批判なのである。とりわけこの
 説明の紅言の難点を一つとりあげるとなれば、
 ダーランドルフが指摘するよう、それは「
 所有と経営の分離」の下での経営内の指揮・
 命令を明らかにできないのである。Cf.

Dahrendorf, R., Class and Class Conflict
in Industrial Society (Stanford, 1959),
 p. 22.

(39) Locke, op. cit., p. なお田中
 正司『増補ジョン・ロック研究』, 269-280
 頁参照。

(40) なお政治権力を弁証するに際しては、
 私的権力の場合と違って、ロックは契約理論
 というよりも同意理論を用いていることに注
 意される。そのため共同社会成立時には予想
 されるような義務・拘束・負担の人々を課せ
 られるのである。中村義知『近代政治理論の
 原像』, 147-148頁。

(41) 権威における合理的説得の可能性を

強調するフリードリッヒのほうと比べよ。

Friedrich, C., Tradition and Authority,

三邊訳、72-74頁。フリードリッヒの立場に
対しては、ロッキンをほしめとする著作家の努力
は、権威の合理的根拠を釋、そのとして、
評価されるべきものとなるう。

(42) 小笠原弘親「ローフェンドルフの契
約理論」(飯坂・田中・藤原編著『社会契約
説』所収)、141頁; Plamenatz, J., Man
and Society, 藤原池訳、第2分冊、91頁。

ローフェンドルフをとりあげることは、近代
自然法と社会契約説の、そして大陸自然法学
者とイギリス思想家の混同と受けとらぬもの
をしぬない。しかしこゝでは、両者の契結を
もつて私的関係の分析を試みることから着
目し、大陸自然法学者の代表としてローフェ
ンドルフをとりあげる。福田勲一『近代政治
原理成立史序説』参照。

(43) Pufendorf, S., Of the Law of Nature
and Nations (trans. by Kennet), 3rd ed.

(London, 1717), p. 382.

(44) Pufendorf, S., The Whole Duty of Man according to the Law of Nature (trans. by Tooke), 5th ed. (London, 1735), p. 210.

(45) Idem, Of the Law of Nature, pp. 382 - 383.

(46) Hutcheson, F., A System of Moral Philosophy, Vol. II (London, 1755), reprinted in: Collected Works of Francis Hutcheson (Hildesheim, 1969), p. 193.

(47) Ibid, p. 200.

(48) : の背後にイギリスにおける家族形態の変化があると考えられる。 Cf. Stone, L., " The Rise of the Nuclear Family in Early Modern England ", in: Rosenberg, C. E., The Family in History (1975)。重商主義期の経済学看が労働者の権利と義務について述べるとき、それは多くの場合就業の権利と労働の義務の二つであり、後。 See, Furniss, E. G., The Position of the Labourer in a

System of Nationalism, pp. 75 - 78.

(49) Bentham, Principles of the Civil Code, p. 343.

(50) Ibid, pp. 348 - 349.

(51) Ibid, p. 355.

(52) 法技術上類比の用いられることは、現在でもみられる。たとえは親と同居し家事手伝いをしていゝる娘の親の servant とみられる場合。本論文、第5章参照。Cf. Geldart, W., Elements of English Law, 7th ed., p. 147.

(53) ベンサムは、権利と、法の相手方の義務を課すことから生じる権利と、積極的の法の義務を課さないことによる行動の自由から生じるものとを別ける。彼の従者の中から legal power と言ふことは、私的関係における支配服従を考へる際の手のかりを提供してゐるものと想われる。Cf. Hart, H. L. A., "Bentham on Legal Rights", in: Simpson, A. W. R., ed., Oxford Essays in Jurisprudence, 2nd ser. (Oxford, 1973).

(54) 石田雄¹⁾ 現代組織論²⁾, 14頁。この
点で現在交換理論のすぐれた主張者であるブ
ラウの権力関係は unbalanced exchange から
導き出そうとしているのは止むを得ずる。

Blau, P., Exchange and Power in Social
Life.

家族関係と契約と結びつけようとしていく
らの試みを検討してさういふ一言。家政的(家的
)関係は親子関係、夫婦関係、master-servant
関係の三番のうちのモのとして考えよう。
このうち、夫婦関係は契約による生じられて
おり親子関係はさうではない。master-
servant 関係は親子関係と参照さうな点という
事実は、さうな契約的關係にあり、そのモのの
ゆえに、当事者間の鋭い権威関係の成立して
いることと注目され、さういふと指摘さう
なる。master-servant 関係は、契約的關係
という点では夫婦関係と、権威関係という点
では親子関係と相似しているところからい
うことができる。

(55) このよゝに意思論的契約理解に於て契約の發展を通觀し、其ものとして、末川博「契約のよける形式」(同書法と契約のよ所収)；広中俊雄「契約のよび契約法の基礎理論」(同書契約法の研究のよ所収)参照。

(56) Atiyah, P. S., An Introduction to the Law of Contract, 2nd ed. (Oxford, 1971), pp. 3-4. 本書の第1章は古典的契約論のよのよの紹介と批判を行、ていゝ。

(57) Cf. Burn, W. L., The Age of Equipoise (Norton ed., N. Y., 1965), Ch. 4. 同書國田与好の独占と營業の自由のよ、第3章参照。

(58) Durkheim, E., De la division du travail social, 田原記, 114頁。以下[]内は同記書の頁數。官島高のデュルケム社会理論の研究のよ, 24, 123頁参照。

(59) この考えは現在の法学者にと、てはよはや目新しいものゝゝは同いだろう。たとえは次のうートガルフの考察。「私法上の契約はこの時点を越えて永続的の拘束力を有する。

としてこのことは、私法上の契約におけるは
 社会契約よりいっそう高度に拘束する意思と
 拘束される意思とが分離していることを意味
 する。すなわち拘束する意思は昨日の意思で
 あるの、拘束される意思は今日或いは明日の
 意思である。・・・当事者の意思が自らを拘
 束するのとはなく、法律が当事者を彼らの意思
 に拘束する。以上の考察は、私法上の契約に
 関する意思説、すなわち、この契約の拘束力をば
 当事者により経験的に意欲される範囲に限ら
 うという説には、いさぐせも何ら法論理的、
 自然法的な思惟必然性はない、という見解の
 道をひらくものである。」(Ratbruch, G.,
Rechtsphilosophie, 邦訳、『ラートブルフ
 著作集』, 第1巻, 315-316頁)。

(60) Ely, R. T., Property and Contract
 in their relation to the Distribution of
 Wealth, Vol. II, 1914 (reprinted, N. Y.,
 1971), p. 603.

(61) Ibid, pp. 722, 730.

(62) 以下のヴェーブルンの議論は、Veblen T., The Theory of Business Enterprise, 1904 (reprinted ed., N. Y., 1965), p. 268 ff. による。

(63) Selznick, P., Law, Society, and Industrial Justice (New York, 1969), p. 55 ff.

(64) Ibid, p. 60. ここでは考えられている身分 status は階層性と威信の体系の上に成立する社会学的概念であり、次の節で展開する身分概念とは異なることには注意せよ。目的契約はヴェーバー「法社会学」では身分契約と対比させて使われている。ヴェーバー「法社会学」、世良記、参照。

(65) 筆者は、労働契約は民法における雇用契約とは異なり、次元のものをなすと見る見解には組めない。このような見解については片岡氏の労働契約観を検討する箇所と若干の疑問を提出する(後述)。本章とは違、片岡氏の視点からはあるが、下井隆史「労働契約と

賃金をめぐり若干の基礎理論的考察」(『ジ
 ーリスト』, No. 441, 1970); 同「雇傭・
 請負・委任と労働契約」(『甲南法学』, 第
 11巻, 第2・3号, 1971); 秋田成就「労働
 契約論」(『労働法の基本問題』所収),
 502-506頁, を参照されたい。

(66) 末川博『契約法』上巻, 24-26頁;
 石井照久『労働法の研究』II巻, 150-153頁
 ; 星野英一「現代における契約」(同『民法
 論集』第三巻)所収), 34-37, 47-48頁。
 就業規則論の研究史の回顧として、諏訪康雄
 「就業規則」(『季刊労働法』, 90号, 1973
)。なお末弘毅太郎『民法講話』上巻,
 185-187頁も参照されたい。

(67) イギリス法でも、たとえは、最低賃
 金に関する法規制を規制を便して契約の中へ
 読み込む操作がおこなわれる。See, Kahn-
 Freund, O., Labour and the Law (London,
 1972), p. 34. Cf. Ibid, 2nd ed. (London,
 1977), pp. 14, 31.

(68) 「競争モデルが資本主義（そしてこれを模倣する社会主義）の最もはっきりしている特徴であるヒューミッド的労働秩序を説明するのに失敗したこと」 (Marglin, S., "What Do Bosses Do?", in: Rev. Radical Political Economics, Vol. VI, No. II, 1974, p. 36). この卓抜な問題提起的論文は、青木昌彦編『ラディカル・エコノミクス』中所収の同題の論文の前半部分にあたる。

(69) Coarse, R. H., "The Nature of the Firm", Economica, Vol. IV, No. XVI (1937), p. 391.

(70) Ibid, p. 404. なお西部邁『ソシヤル・エコノミクス』は組織について鋭い考察を行っており。同書、76-78、105頁をみよ。もし完全情報の仮定と意思理論が適合し得ないものならば、不完全情報と関係理論の関連についても肯定的といえるかもしれない。

労働契約については、Arrow, K., The Limit of Organization, 村上説, 21, 72-73頁;

Simon, H. A., "A Formal Theory of Employment Relationship", Econometrica, Vol. XIX, NO. III (1951); 根岸隆「労働契約と完全雇用」(『経済セミナー』、No. 274, 1977)、を参照。組織の経済学の紹介としては、浅沼萬里「企業組織の経済分析」(青木編『経済体制論、第1巻』所収); 宮本光晴「企業組織論の基礎」(村上・西部編『経済体制論、第II巻』所収)。

(71) 隅谷三喜男「賃労働の理論について」(同『労働経済論』所収)、41頁。生産過程における労働報酬と理論的に考察し、その研究の、問題の重要性にもおのづから少なからぬ印象的である。資本家による支配の技術的側面を展開し、その考察とともに今後の課題であると考へる。Hicks, J., A Theory of Economic History (Oxford, 1969), Ch. III は、この問題に對するすばらしい洞察を言及している。

(72) 法的な身分 status の定義について

は、Graveson, op. cit., p. 2 ; Allen, C. K., "Status and Capacity", in: Do., op. cit. をみよ。不下毅氏の訳文によるグレイブソンの自分の定義は、「通常人の法的地位とは區別される・継続するは放棄をよびその付随条件の十分の社会的ないし公共的関心のあつた問題である地位を占める場合、当事者の行為によつてはたゞ、法によつて授けらるる特別の地位である。」(不下毅「英米契約法の理論」, 18頁。本章は不下氏の研究の「学ぶ」ところ大なるものがある。) Friedmann は、法学者による様々な status の定義に共通している理解として、(1) status は人が社会の特定の階級ないし集団に属していることによつて決定される、人の能力、無能力の総括である。(2) 人の自発的行為によつて獲得された権利・義務とは異なり、法の働きによつて課せられる法的地位の総計、の二つをあげている (Friedmann, op. cit., p. 222.) 彼の公的規制との関連で status と

とらえようとしていゝることは、status of public policy との関連で形成さるべき経済とよくとらえていゝるものとみらさるゝ。こゝらの定義では身分は必ずしも上下関係に預するることとはならず、同位的関係をも含みえる。法学的身分と社会学で主に用いられる身分概念の異同については、Marshall, T. H., Class, Citizenship, and Social Democracy (New York, 1964), p. 205. をみよ。

(73) こゝの労働関係説的法理解については、山下、同上書；同「英米契約法における錯誤」、『立憲法学』、12号（1972）、19-20頁の頁を参照するべきである。本章では労働者の法的身分に付随する権利・義務として、労働立法、労働協約、就業規則、慣行を含める。

(74) Pound, R., The Spirit of Common Law (Boston, 1921), p. 14. Cf. Do., Interpretation of Legal History, pp. 56-

60.

(75) Idem, Readings on the History and System of the Common Law, 2nd ed. (Boston, 1913), p. 513.

(76) このことは身分に付属する権利や義務を立法によって明示して、標準労働契約の規定を設けて、意思理論に基づく契約に近づけようとする試みを排除しなごびある。只とえば、スイス新労働契約法について、秋田成就「労働契約における権利と義務の考察」(『労働法の解釈理論』所収)を参照。

(77) 秋田成就「労働法における「身分」から契約へ」(『労働法の諸問題』所収)は、カーン＝フロイントによってなごびら、契約と身分を対立させているが、法的身分と上下関係を指す可る概念として「身分」が混同されていふと思わゆる。

(78) このことは謂ふ契約の自由における契約締結の自由と、契約内容決定の自由のうち、前者のみをとりなごびることを意味する。

の契約締結の自由は、19世紀末の労働立法
 などと対抗して唱えられた「liberty of
 contract」とは異なる (Pound, R., "Liberty
 of Contract", in: Commons, J. R., ed.,
Trade Unionism and Labor Problems, 2nd
 ser., 1921, p. 580)。なお古典経済学におけ
 る解雇を、liberty of contractに引きつけ
 て、雇主はいつでも時に雇人を解雇でき
 るとみることが理解 (たとえば、辻村江太郎「経
 済理論と労働政策」、『季刊現代経済』、18
 巻、1975、9頁) について、改めて検討し
 てみたい。masterとservantの権利・義務、
 とりわけ懲戒権については、花見忠『労使間
 における懲戒権の研究』、第2章；有泉亨「
 イギリス労使関係における制裁」(『英米私
 法論集』所収)；Phelps, O. W., Discipline
 and Discharge in the Unionized Firm (Berkeley,
 1959) 参照。我国については、三
 島宗彦「労働者・使用者の権利・義務」(『
 新労働法講座 第7巻』所収) をみよ。

(79) 労働者は種々の法的規制の下にあり、
 しばしば、個々の複数の法的に利害共同体に属す
 ることの通常である。この諸利害共同体が相
 互にどのような関係にあるか——たとえばど
 の利害共同体の或る労働者にとって優先順位
 の高いものがあるか——という問題は、労働組
 合論との関連で、さらに考察を加えなくては
 ならない。

(80) 秋田成執「労働契約における契約の
 推定操作について」、『(東大)社会科学研
 究』、第26巻、第3・4号(1975)、178頁
 参照。本章IVのガイブレンの議論を思い出さ
 ねば。

労働契約における契約各項と、労働立法、
 労働協約、就業規則に定められたものとの対立
 する場合、いずれが優先するかは確定してい
 ない。たとえば、イギリスではアメリカとは異
 なり、労働契約上の明示された各項は、労働
 協約から推定される対立する明示の各項に優
 先する(Drake, op. cit., p. 17)。又労働

契約と就業規則とをめぐる我國における「法規範説」と「契約説」の対立。労働協約と労働契約の関連については、渡辺章「労働協約の規範的効力の範囲」(『東京学芸大学紀要』, 23集, 1971)参照。なお念のため付加すれば、本書の關係説を取上げることは、法解釈上「契約説」を否定して「法規範説」を支持することとは、直ちにはつながらない。

(81) 権利と義務における相互性と相補性を論じたものとして、Gouldner, A., "The Norm of Reciprocity", Am. Soc. Rev., Vol. XXV, No. II (1960), p. 168; also reprinted in: Do., For Sociology (Penguin ed., 1975), p. 239.

(82) ガーバー『支配の諸類型』, 世良訳, 5頁.

(83) 我々はガーバーの家産制的官僚制と區別して、「契約による任命、したがって自由な選択のあり得る」ということは、近代的な官僚制にとって本質的に重要なことと

ある」(グエーバー、同上書、22頁)と述べ
 ることとを想起するだろう。Albrow, M.,
Bureaucracy, 君村記、第2章、第3章参照。

法的身分に近い形式の身分をとらえて、その
 の組織における個人の欲求と組織の機能要件
 との間の満足させるのついでには、小島らの
 著、Barnard, C. I., "Functions and Patho-
 logic of Status Systems in Formal Organiza-
 tions", in: Whyte, W. F. ed., Industry
 and Society (Westport, 1971) の第4章の
 整理をおこなっている。グエーバー、バーナ
 ードらの権威概念を論じることとして、三
 戸公『官俸制』、第4章参照。

(84) Kahn-Freund, O., "Blackstone's
 Neglected Child: The Contract of Employ-
 ment", L. Q. R., Vol. 93 (1977), p. 512.

このことは、ブラックストーンの家族関係との
 関連で master-servant 関係を論じること理由は、
 当時 servant の家族の一員であることによ
 りとも、労働者現制法、職人現制法、税金

法の下に law of master and servant の既成身分法として展開してこれにとよみと述べらるゝといふ。

(85) このようなる非難は、カーン=フロイトの雇用契約を労使関係の法的枠組の中心におこすといふことより生じる。Kahn-Freund, O., "Legal Framework", in: Flanders, A. & Clegg, H. A., ed., The System of Industrial Relations in Great Britain (London, 1954), p. 45 以下。

(86) Idem, "Legal Framework", p. 47. Cf. Do., "Labour Law", in: Ginsberg, M., Law and Opinion in England in the 20th Century (London, 1959), p. 225. 彼の現行法における身分として表象してゐる The Dock Labour Scheme では、労働者と雇主と契約の自由(相手方選択の自由)をもつてゐる。Do., "Legal Framework", pp. 63-64; Do., "A Note on Status and Contract in British Labour Law", pp. 642-644.

(87) 契約における強制の問題については、大木雅夫「契約における自由と強制」(『上智法学論集』, 第15巻, 第1号, 1971); 安井宏「英米法による契約自由の統制」(『(関西学院)法と政治』, 第26巻, 第3・4号, 1975)参照。後者はEike von Hippelの同題の研究書の紹介。

(88) Rideout, R. W., "The Contract of Employment", Current Legal Problems, Vol. XIX (1966), p. 115. 及び中嶋士元也「平和義務の契約法論的構成(1)」, 『法学協会雑誌』, 第42巻, 第7号(1975), 775頁以下参照。

(89) Ibid, p. 127.

(90) 星野英一「法律行為論の過去・現在・将来」, 『随想注釈民法3巻』, 2頁。

(91) ドイツが展開した従属労働概念の普遍性を示すため、各国労働法に対応する規定を探し求めたところ、孫田秀春「わが国労働法の問題点」, 96-99頁。法の類似性、

着目するならば、本章注(37)で述べたイギリス法における control test と organization test と、ドイツ労働法の人的従属性と組織的従属性の概念を対比させることが出来るのではないか。

(92) Gierke, O. V., "Die Wurzeln des Dienstvertrages", in: Berliner Festschrift für Brunner (1914). 末川博「雇傭契約發展の史的考察」(同氏民法における特殊問題の研究)に所収)の詳細な紹介があり、本章もこの末川論文による。なお、浅井清信「雇傭」(法学理論編76), 第3章第1節参照。

(93) Sinzheimer, H., Grundzüge des Arbeitsrechts, 福崎・藤沼訳, 26-27頁。

(94) 同上書, 150頁。

(95) 川島武宜「法社会学における法の存在構造」に所収。

(96) 本論文, 第4章, 第5章により詳しく論じる。

近代資本主義社会の master-servant 関係
 において支配-服従関係が構成的地位を占め
 ること、そしてこの本法的な法によること
 形成されたものではないことは、系論として、
 原始的蓄積の理解において両極分解説と並ん
 で暴力説の妥当性を有していることを意味す
 る。本章とは別の視角から見る川島論文への
 批判として、大石嘉一郎「雇用契約書の変遷
 からみた製糸業賃労働の形態変化」、『(東
 大)社会科学研究』、第24巻、第2号(1972
)、78頁。

(97) 藤田若雄「労働契約論序説」(内田
 ・小林編『資本主義の思想構造』所収)、522
 -533頁。同「年功制度と労働契約」(『勞
 働法の諸問題』所収)参照。

(98) 石井照久『労働法総論』、123-124頁。

(99) 石井照久『要説労働法』、5-6頁。

(100) 片岡昂「配置転換と契約法原理」、
 『季刊労働法』、97号(1975)、43頁。

(101) 「論理的な措定された」市民法概念

・ ・ ・ を も っ て 歴 史 的 実 証 に お き こ え る 傾 向 」
 (榎 本 洋 之 助 「 資 本 主 義 法 の 分 析 に 関 する 覚 書 」、
 『 法 律 時 報 』、 第 38 卷、 第 2 号、 1966、
 20 頁)。 い ち い ち 付 加 え る ば、 本 章 は 榎 本 論 文 の 経 済 体 制 還 元 論 的 思 考 に よ っ て 組 立 て ら
 れ て い る こ と に 対 し て 疑 問 を も っ た。 我 ら の 考
 へ べ き こ と は、 近 代 法、 市 民 法、 あ る い は 産
 業 資 本 主 義 段 階 の 法、 独 占 資 本 主 義 段 階 の 法
 と い っ た、 法 々 の 法 の 分 析 か ら 導 き 出 さ れ
 た の で は な い 区 分 の 妥 当 性 を 向 う こ と に あ る。

(102) 片岡昇 『 団 結 と 勞 働 契 約 の 研 究 』、
 213 頁。

(103) 同 上 書、 221 頁。

(104) 片岡昇 「 ド イ ツ 勞 働 法 学 に お け る 団
 体 法 理 論 (I) 」、 『 (京 大) 法 学 論 叢 』、
 第 60 卷、 第 3 号 (1954)、 14 頁； 同 『 英 國 勞
 働 法 理 論 史 』、 17 - 18 頁； 同 『 勞 働 法 の 基 礎
 理 論 』、 100 - 101 頁； 同 「 配 置 転 換 と 契 約 法
 原 理 」、 93 頁 参 照。 同 著 者 淳 亮 氏 は 「 市 民
 法 は、 勞 働 の 従 属 性 を ・ ・ ・ 法 外 の 事 実 と し て

視野のうちをとり入れない」とのべながら、
 他方ではその法的承認を保障するとい
 うとして、矛盾を把握している（本多清亮
 「従属労働の本質と懲戒権」、『討論労働法
 』、第53号、1956、2頁）。

(105) 片岡『英国労働法理論史』、1頁。
 この片岡氏の考えは、中西氏の指摘するよう
 に、労働法の形成主体を労働者以外とする点に
 首肯し難い。中西、前掲書。

(106) 渡辺洋三「労働法の基本問題」、『
 (東大)社会科学研究』、第18巻、第1号（
 1966）、15頁参照。

(107) 片岡『英国労働法理論史』、6頁。

(108) 同上書、13頁。

(109) 意思論的契約モデルとの整合性を追
 求しないのならば、労働契約における支配一
 服従は法学者にとりては自明のことと映るこ
 のもしれない。民法の条文をこの書の中で
 いるので、
 「当事者ノ一方カ相手方ニ對シ
 テ勞務ニ服スルコトヲ約シ・・・」（民法623

条)。有泉亨『労働基準法』、87頁参照。

(110) 賃金と労働力の対価とみるの労働の対価とみるのに関する法学者の見解については、秋田成就の他「賃金と労働法学」(『季刊労働法』、97号、1475)、田口人吉、下井隆史の報告をみよ。

(111) マルクスの体系では労働力の売買と看えられていゝの、或いは労働力の賃貸借として構成されていゝのの、については、さらなる考察の必要であらう。「借のいゝもたゞ一時的に、一定の期間を限つて、借の労働力の買い手に用立て、その消費にまかせるだけで、いゝのつて、たゞ、労働力を手放してもそれいゝする自分の所有権は放棄しないといふのがさりのことである」(『資本論』、岡崎記、第1分冊、220頁)。「可能なら借は、借の労働力を賃貸主は売却するのである。」(エンゲルス「マルクス『賃労働と資本』への前書き」、岩波文庫版、26頁)。

(112) 藤沼謙一「労働関係と雇傭契約・労

働契約(二)」、『討論労働法』、38号(1955)、5頁。

(113) 琴沼氏は、労働義務として「自己の労働力を使用者の処分権(指揮権)の下におく義務」(同上論文、7頁)をいわれるが、指揮権の対象と異なるのは労働力ではなくて労働者であろう。従って労働力にのみかかる処分権と労働者にのみかかる指揮権を同一視することはできないのである。

(114) ジンツハイマーは、「労働は人間の自己自身に対する処分を通じて現出される」(ジンツハイマー、前掲訳書、17頁)が、この処分権は他人に帰属させることのできるものと述べた。どうして処分権は、その個人をばらばら他人のものとするのであろうか。他人のものに属する処分権は、果して自分自身に対してもつていふ処分権と同じ内容のものにあらうか。ジンツハイマーは、自己に対する処分権をのべる一方、処分権を他者の権力と定義し直し(22頁)、定義をつらふこと

2) 自己への支配と他者による支配（ここには
権威関係の入ってくる）の関連を説明するこ
とからのやりてしまつた。

(115) 「契約を媒介とする人格的支配乃至
従属ということとは自家権着以外ならぬ。」
(吾妻光俊『労働法の基本問題』、223頁)、
あるいは「市民法的契約理論は、契約理論と
しての立場において、企業内における経営におけ
る事実上の権力関係を、法的なものととして把
握する實際上、理論上の傾向に対して、極力
自己を防衛しなけれならぬ。」(同「勞
働契約の法的性質」、『新労働法講座 第7
巻』所収、48頁)と述べられているようによ
思論的契約観は知らずしも従属労働論によ
らぬからず、かえって従属労働論を批判する立
場を生み出すこともあるのびある。渡辺章「
人事権」(恒藤編『論争労働法』所収)、
250頁。

(116) 末弘敬太郎「労働契約」(岩波『法
律学辞典』、第4巻、昭和11年)、2777頁。

意思説の次の見解と対比せよ。「今日の労働契約は、従業員たるの地位設定契約に墮し去るに至るべきのである。」（下森定「労働契約の成立」、有泉編『日王の労働関係と法』所収、303頁）。

第4章 近代イギリスの労使関係 と家族関係

1 はじめに

我國のイギリス経済史、法制史、そして労働問題研究は、資本主義の展開の経路を明らかにするために、イギリスを分析の対象とした際に、はやくから国家の政策に注目してきた。政策こそは社会体制の性格を何よりも雄弁に語っていると考えたからである。その場合に、政策は主として制定法に体现されるとみなされて、政策分析は、事実上制定法分析の形をとって進められてきた。このような研究の方法は、18世紀、19世紀のイギリス社会を対象とする時でもかわることがなく、政策分析は、中世から現代にいたるまでほぼ一様の手法でなされてきたといっても過言で

はない。しかも個々の制定法はそれに対応する問題に対して制定されたものであり一箇の制定法は特定の目的をもっているという観点に立ってしばしば個々の制定法の成立から施行までが、他の制定法との関係を問われぬままに、詳細に分析されたのである⁽¹⁾。このようにして政策を制定法と等置するとともに、制定法を特定の社会問題への対応物として位置づけることによって、制定法は社会問題へ、社会問題は経済構造へと還元されることになった。そしてそのために経済政策や社会政策の研究はつねに研究者が抱く当時の経済社会像に個別の制定法をあてはめることで終る危険をはらんでいたのである。従来の研究が法の重要性を指摘しながらも必ずしも法に即した分析を生みださなかつたのもこのためであったと考えられる。

本章は、我国の研究史に以下のような分析方法を対置してみたい。まず18世紀から現代にいたるまでのイギリスの法律書が、イギリ

ス法の全体を、判例法と制定法からなるいくつかの法の分野——あるいは法の領域——に分割して、それぞれの法の分野がどのような内容をもっているかを紹介しようとしてきたことに注目する。個々の法の分野はそれ自体が統一的な構成をもったものであるから当時の法や政策を分析する場合にはこの法の分野こそがまずその対象とならなければならない。さらにいくつかの法の分野が特別の関連で結びあわされていた——いわば法全体が構造化されていた——ことを明らかにする。政策分析は、個々の法の分野のもっている構成と法の分野の間にみられる連関を考慮に入れてなされるべきなのである。

すでに前章において、従来我国の社会政策研究が関心を払ってきた制定法群のうちのいくつかが *master* と *servant* の法（労資関係法とよぶ）、救貧法、浮浪者法の三つの法の分野に属するものであることに注目して、これら三つの法の分野相互にみられる有機的な

つながりを問題とした⁽²⁾。本章は第1章とは違つて、master と servant の法を中心に、夫婦関係、親子関係などの法の分野をとりあげて、それらの間にあった関連を探つてみたい⁽³⁾。そして、18世紀、19世紀の政策分析——とりわけ社会政策として総稱されえる諸政策の解明——は、このような法の構造分析をふまえてなされるべきであると主張してみたい。

master と servant の法は、救貧法、浮浪者法とのつながりの中でみると、三者が一体となつて社会階層をつくりだしていたことが明らかになり、社会が階層的な構造をもつアスペクトがみえてくる。これにたいして、このmaster と servant の法を、家族関係の法などと関連づけていくと、これからのべるような社会の構造の違ったアスペクト——それを本章は同型性と公認された関係という二つの概念で表現する——が浮かび上がってくる。master と servant の労使関係は、社会の二つの相を結びつけるものであったと考えられる

のである⁽⁴⁾。

我々が制定法だけではなくて判例法も含めた——そしてさらにはコモン・ローだけではなくエクイティをも含めた⁽⁵⁾——法の全体を視野に入れつつ、個々の法の分野が全体の中でどのように配置されていたかに注意を払うのは、上にのべたような従来の研究史の堅い殻をなんとかして打ち破りたいという理由からだけではない。次のような問題関心からモイギリス法研究の必要性を認めるからである。それはこれまでの社会諸科学の提示してきた社会像——たとえば市民社会という概念を想え——が、はたして実体的根拠をもつものなのかという疑問に根ざしたものである。もしこの疑問が正当なものであり、従来の社会像が現実の社会の分析の上のうちたてられたものでないならば、我々は社会が何であるのか、社会の構造はどのようになっていたのかを、とりわけ近代とよばれてきた時期について明らかにしなければならない。この時期の社会

の構造については、社会史や人口史、都市史、労働史などにおいて社会の断片が切りとられて分析されることはあっても、社会全体の構造を方法的に一貫性に留意しつつ探究する試みはあまりない。イギリス法の世界は、自生的に展開していった社会がどのような構造をもつにいたったかを縮約して提示しているように思われる。このことは、国家機関が自生的な法共同体を解体させて、国家機関が社会のルールをつくっていったドイツや日本と比べると明らかであろう⁽⁶⁾。もしイギリスでは社会が自らルールを生みだし、その執行のために国家機関をつくりあげていったと大きくとらえることができるならば、そしてこの社会のルールが何よりも法に体现されているならば、18世紀から現代までのイギリス法をこのような問題関心にもとづいて探査することで、我々は自生的な社会の構造を知ることができるのではないだろうか。そしてそうした知見をもとにして我々は近代社会がどのような組

み立てをもっているのかについて、従来の研究よりも実態に即した理念型をつくりだすことができるのではないだろうか。

我々がイギリス法の構造を把握する場合の一手がかりは、18世紀中葉に初版のデタブラックストーンの Commentaries on the Laws of England である。同書第一巻は、個人々の権利と義務をまず大きく二つに分類し、身体的自由などの個人の絶対的権利と、個人が社会のメンバーとしておたがいに様々な関係に立つことによってもつ権利と義務にわけた。そしてさらに後者を統治のおこなわれる場である公的領域と私的領域とにわけた。我々が注目するのは、ブラックストーンが私的関係として、1 master - servant 2 husband - wife 3 parent - child 4 guardian - ward の4つを挙げてそれぞれがどのような構造をもつ関係であるかを説明しようとしたことである⁽⁷⁾。1は広く雇主と雇人の関係であり、servantの中には職人、日雇、農業

労働者、そして忘れてはならないことであるが、家内奉公人が含まれている。そして工場労働者もやがてはこの *servant* の一種とされる。2 から 4 までは通常我々が家族関係として一括するものである。これらの関係はいずれも A and B という表現形式をとる二項的な関係であることに注意されなくてはならない。ブラックストーンは個々人が私的領域でとり結ぶ関係を、*master - servant* 関係と家族関係の二つにしたことの根拠を明らかにしていない。我々はまずここから探究をはじめよう。

ブラックストーンが私的な関係を *master - servant* 関係——以下の叙述では時として、これを我国で通常使われるのと違った意味ではあるが、労使関係とよぶ——と、夫婦関係、親子関係、後見人—被後見人関係にしぼっていったことは、一つには、彼がアリストテレス以来の政治学的伝統を承けついでことになっている。アリストテレス『政治学』は、国家にあたる法共同体をとりあげ、家はこの共

同体の基礎的単位とみなして、家を代表する家長が法共同体の運営に参加するとしている。このアリストテレスのモデルでは、家は主人と奴隸、夫と妻、父と子から構成されているのである。このうち、主人と奴隸の関係は、英語では *master and slave* と表現されるものであり、これを *master and servant* と置き換えることは可能であった。なぜなら *servant* という概念は奴隸をも含んでいる上位概念であるから、*master and slave* をより一般的な *master and servant* になおしてアリストテレスの構想を受けつぐことができたのである。そしてこのような置き換えをすることでアリストテレスのモデルはイギリスの現実に適合的なものとなり、イギリスの法共同体の説明に用いることができた⁽⁸⁾。

アリストテレス的な国家社会観はヨーロッパで広く採用され、18世紀には、ヨーロッパ大陸の思想家達もアリストテレス的モデルを国家構造を説明するための準拠枠として用い

た。しかしそれが現実の法と密接に結びつき、しかもその法が現代までつづいているのは、イギリス——とおそらくは合衆国などのイギリス法を継承した国々——だけであるように思われる⁽⁹⁾。しかし興味深いことには、イギリスでもブラックストーン的な分類は19世紀になるとすたれていくのである。なぜ労使関係と家族関係を中心として私的領域を構想し、それによって法を説明していこうとする方法が——労使関係の法と家族関係の法はその後にも連続して展開していったのにもかかわらず——19世紀の法律書の著者達の関心をよばなくなっただろうか。

我々は、主として労使関係と家族関係に焦点をあわせることで、18世紀から現代にいたるまでのイギリス法の構造の一端を知りたいと思う。その際に、1. なぜ18世紀中葉から19世紀前半にかけて労使関係と家族関係が私的領域の中心におかれたのか。2. そしてそのように法を構成する仕方が19世紀の中葉以

降はなぜ用いられなくなったのか、3 では、19世紀中葉以降労使関係の法と家族関係の法は、法全体の中でどのような位置づけを与えられたのだろうか、といった疑問を念頭において分析を進めてみたい。

II 労使関係

法の一分野としての master と servant の法は、ブラックストーンやベンサムによって、私的領域における要ともいうべき地位を与えられていた。18世紀中葉から19世紀中葉までの時期をとって、この法がどのような構造をもっているのかをみてみよう⁽¹⁰⁾。

この法の分野の形成においては、16世紀の職人規制法をはじめとする制定法が大きな役割をはたした。しかし制定法だけに目を向けていると、master - servant 関係という契約的關係のもっている構造は十分にはみえてこ

ないことも注意されなければならない。とりわけ19世紀から第二次大戦後にいたるまでの時期には以前にもまして判例法が master-servant 関係の法の内容をつくり上げるのに与ったのである⁽¹¹⁾。言い換えるならば、我々が制定法と判例法の双方に関心を払いつつ独自の法の分野であった master と servant の法全体を視野に入れられない限りは、夫婦関係、親子関係と並んで独特な構造をもった master-servant 関係は浮かび上がってこないのである。ではこの master と servant の法は18世紀末から19世紀前半の時期にはどのような構造をもっていたのだろうか⁽¹²⁾。

労使関係法の第一にあげられるべき特徴は、法が master と servant の関係を、雇用契約によってできあがる契約的關係であるとしたことである⁽¹³⁾。重要なことは、この関係の内容——当事者と第三者がもつ権利、義務、責任——のすべてにわたって契約当事者が任意にとりきめることができなかつたことであ

る。契約の当事者となる者は自由に契約を結びえたが、契約内容について決定する自由については大巾に制限されていた。むしろ関係の骨格ともいうべき、権利、義務、責任は、制定法と判例法が定めていたものを受け入れざるをえなかったのである。ここに注目する限り、労使関係においては完全な自由放任が実現したことはかつてなかったのである。たしかに19世紀に入ると制定法による規制は廃止されるか、あるいは法廷によってその適用範囲を狭められて、一部の servant しか規制しなくなる方向へと向ったものの、判例法は全ての servant にたいして規制をおこない、しかもその内容を豊かにしていったのである⁽¹⁴⁾。このような法の構造は、1 だれもが自由に契約を結ぶこと、2 しかし一旦契約を結んで master - servant 関係に入った以上は、当事者はこの関係を規制する制定法の条文やコモン・ロー上の法の原則に服さねばならないことを示しているのである⁽¹⁵⁾。

Bacon 以降の法律書はしばしば master - servant 関係に附随している権利や義務、責任を、1. master と servant がそれぞれ相手にたいしてもつ権利と義務と、2. master と servant が第三者にたいしてもつ権利と責任とに整理してきた。このように master と servant の関係は、当事者についてみるならば二項的な関係であるが、そのことはこの関係が外部にたいして閉じられた関係であったことを意味するのではなく、むしろそれは master, servant, 第三者の間の関係として構成されていたのである。以下では法が定めていた権利、義務、責任を分析することによってとりだすことのできた master - servant 関係の本質的であると思われる特徴についてのべてみよう。

master - servant 関係においては、関係がつづいている期間に力点がおかれていた。法は契約期間の定めのない雇用契約は一年間の期間の契約であるとみなすことで、すべての

雇用契約を有期契約とした。そして master も servant もこの契約期間中の全ての時間にわたって master-servant 関係に入っているものとみなした。後述するように master-servant 関係では master は servant を自らのコントロールの下にしているのであるから、18世紀中葉の判例が「雇われた servant は、たえず、日曜日でさえも、master の統治、規律、コントロールの下におかれていなければならない」とのべたように⁽¹⁶⁾、契約による特別の定めがない限りは、法は servant を四六時中、master のコントロールの下にあるものとしたのである。ここで注意されなければならないことは、中世以来の制定法が労働時間を定めてきたことである。周知のように、職人規制法は夏の間は朝5時から夜の7時まで、冬期には日出から日入りまでを労働日とした。このような法にみられる二つの考えは決して対立するものではなく、すべての servant はそもそもは全期間にわたって

master の支配下におかれるが、制定法が一部の servant を規制の対象として労働日を設けた場合には master の支配はその時間だけに及ぶものであったと解釈することができる⁽¹⁷⁾。初期労働立法は強制の体系であったが、この点に限ってみれば、制定法は古くから master の支配の及ぶ範囲を制限してきたとみなすことができるのである。言い換えれば制定法が適用されず、しかも契約で特別に定めない限りは、servant は全期間にわたって master の支配下にあるという法の原則が適用されていたのである。

19世紀についてみるならば、職人規制法の当該の条項が1875年まで廃止されなかったにもかかわらず、法廷によって同法の適用範囲が狭く限定されたことによって⁽¹⁸⁾、工場労働者には古くからの制定法の定めた労働日の規制は適用されなかった。工場労働者も、法的にみるならば、契約期間中は自己の時間の全てを雇主に提供することになっていたのである。

る。そして就業規則によって工場の労働時間がきままっている場合でも、就業規則を変更する自由を雇主がもっている限りは——masterが規則を変えることでいつでも仕事を要求できるのであるから——master - servant 関係は全期間にわたって四六時中つづいていてと考えられたのである⁽¹⁹⁾。19世紀に展開した工場法は、このようなコモン・ローの原則に、制定法による制限を加えようとしたものであったことを見過ごしてはならない⁽²⁰⁾。

法が契約期間を重要視したことは、期間中に servant が実際に仕事をしたか否かは master - servant 関係にとっては本質的ではないと法廷が判断したことにもうかがうことができる。たとえ仕事はしていなくとも master - servant 関係はつづく。従って master には仕事を提供する義務はなかったのである。このように18世紀中葉からほぼ一世紀間にわたる時期の労使関係法は、契約によって master - servant 関係に入った servant

が、いつでも master の命令に従って労務を提供しうる態勢にあることに master-servant 関係の特徴をみていたということが出来る。賃金もこのような見方に対応して、仕事にたいする対価というよりも、servant が一定の期間自己の時間を自ら処分できないことにたいする対価として考えられたのである⁽²¹⁾。

法において契約期間が重要な位置を与えられたことは、労使関係法が期間の途中で master-servant 関係がとぎれてしまうことをできるだけ防ぐための法的装置を発達させたことと密接に関連し合っていた。職人規制法は、master が servant を解雇する時も servant が辞職する時も、契約期間中におこなう場合には、治安判事の認める正当な事由があることを要求し、たとえ契約期間満了時におこなう場合でも三ヶ月の予告期間をおくことを求めた。そればかりか Dalton が職人規制法の制定以前でも、コモン・ローでは、辞職、解雇を行うに際しては相手方の同意を

必要としていたとのべたことにうかがえるように、判例法もまた解雇・辞職の規制になじんできたのであった。このように法は古くから、正当な事由がない限りは、期間の途中での解雇・辞職を認めることがなく、たとえ servant が病気になっても master は彼を解雇できないとしたように一旦でき上がった master - servant 関係をできるだけ存続させようとする立場を示してきたのである。

19世紀になると、解雇と辞職に関する二つの新しい法の原則が展開しはじめることになり、法は master - servant 関係を存続させようとする基本的な方向を堅持しつつも、要件さえととのえば、当事者が関係から離脱できるようにしていった。一つは、正当な事由があれば master は servant を即時解雇できるとしたことであり、もう一つは、一定の予告期間をおけば、正当な事由がなくとも解雇・辞職ができるようになっていったことであった。

18世紀末からの即時解雇の法理の展開は、いくつかの点で19世紀中葉までの労使関係法の特徴をよく示している。servant が master - servant 関係の本質とされたことに関わる事柄において逸脱した時に、master が即時解雇をおこなうことが認められたために、法廷が何を即時解雇事由としたかをみることによつて、法が master - servant 関係の本質になにをおいていたかが明らかになる。まず即時解雇に値するとされたのは、master の命令にたいする不服従であった。これによつて master - servant 関係の本質に master の命令権限、servant の服従義務があることが一層明確にされた。そして以後この命令 - 服従の支配関係の存在が、master - servant 関係を、employer - contractor 関係などの近似した関係から別つ指標として用いられていった。⁽²²⁾ 次いで servant の不道徳的行爲、そして職務怠慢が即時解雇の対象となった。ここで不道徳行爲があげられていることは、雇主が同時

に世帯主でもあって、家の秩序を守るために servant を家の外に追放したことを物語っている。master という言葉はそもそも家長あるいは世帯主という意味をも与えられていたのであり、master - servant 関係は、時として世帯主と servant の関係でもあったのである。19世紀前半の即時解雇の法理をとおして産業革命期の労使関係法が、家の秩序の形成という機能をもたされていたことを我々は知ることが出来る。

このことは、即時解雇に関する法の原則の展開をうながした事件が、主に家内奉公人や農業常雇といった、雇主と一緒に住み、いわば雇主の世帯の中に含まれていた人々を当事者とするものであったことを思い起こせば、容易に納得しうるであろう。労使関係法のなかでも判例によって形成されていった法は、その多くが、このような master の世帯の構成員であった servant と、master との間にひきおこされた事件にたいする法廷の決定であ

り、それ故に労使関係の本質的部分に家の秩序がおかれることになったのである⁽²³⁾。

master が時として servant にたいして世帯主 master of the house として振る舞うことが期待されていたことは、さらに労使関係と、夫婦関係、親子関係の同型性という特徴を法に与えることになった。19世紀はじめの法では、master が servant を体罰に処することは、夫が妻に、親が子に体罰を課することができたのと同様に認められていたのである。また、servant を襲った第三者にたいして master が servant を守るために打ってかかっても正当防衛とされた。このようなことは、夫婦関係、親子関係でも同じようにして認められた⁽²⁴⁾。同型性のなかでも最もあからさまなのは、娘が男にかどわかされて、出奔したり子を宿したことに關して展開していった法の原則である。本来は、そのような立場にたった父親が、相手の男から損害賠償金を取りたてることはできなかった。しかし法廷は娘を父親の

servant とみなすことで父親の気持を汲んだのである。すでに master - servant 関係の法では、第三者が servant に現在の master の下を去るよう働きかけて自ら当該の servant を雇入れた時は、master は servant の労務を失ったことを理由にして、この引き抜きをばかった第三者にたいして損害賠償を請求できるとしていた。娘がかどわかされた場合でも、この master と servant の法を適用することで、父親は自分の servant である娘の労務を失ったという理由で、相手の男から損害賠償金をえることを許された。

このような master - servant 関係、夫婦関係、親子関係の同型性が形成される上で、前述のようなアリストテレス以来の政治学的見解がイギリスの法曹に影響を与えた結果、法においても労使関係と家族関係の同型性が生まれたという因果連関があったことを否定することはできないであろう。だがそれにもまして与ったのは、今世紀にいたるまでのイ

ギリスの一つの標準的な家の姿が、そのうちに家内奉公人としての servant を含んでいたことである。アリストテレスの家モデルは、夫婦関係、親子関係、master - slave 関係の三者からなっていた。それに対応しうる夫婦関係、親子関係、master - servant 関係で構成された家——より正確には世帯——が、近代イギリスの社会の単位として存在しており、しかも19世紀後半までは、選挙権は主にそのような家の家長に与えられていたこと、これこそは、法の上でも夫婦関係、親子関係、master - servant 関係の三者の間に深いつながりをつくりだす基盤となったものであった。いうまでもなくこのような家では、家長は、夫であるとともに親であり、雇主でもあった。彼こそは、夫婦関係、親子関係、master - servant 関係の当事者に同時になることができた存在であり、それ故にこそ、この三つの関係を統合しえたのである。その際に家長はこれら三つの関係において權威を振るいえた

ことが重要である。もしこれらの関係のうちのいづれかにおいて支配関係が否認されることになれば、三者の緊密なつながりはこわれ、家そのものが変質してゆかざるをえなくなるのである。

Ⅲ 労使関係 と 家族関係

産業革命期の master - servant 関係の特質の一つは、夫婦関係や親子関係などの家族関係との間にみられる同型性であった⁴⁵⁾。すでに体罰や正当防衛、あるいは相手方を奪った第三者にたいする権利などについて、三つの関係が同様の法の原則を発達させてきたことを指摘した。ここでは、三つの関係の間にみられる同型性を、それぞれの関係の本質的な特徴をつきあわせるなかからとりだしてみよう。その場合次のことが注意されなければならない。ブラックストーンやベンサムに表現

されたような18世紀中葉から19世紀初頭における三者の同型性と、19世紀中葉のそれとは異なったものである。もし我々が18世紀中葉の同型性を基準とするならば、19世紀に入るとそのような同型性はくずれていくということができよう。従ってこの変化に注目するならばより細かく時期を区分して、三者の同型性がそれぞれの時期にどのように変化していったかを調べるべきであろう。しかしここでは、次の理由から大づかみに18世紀中葉から19世紀中葉までの労使関係と家族関係の特質把握を試み、比較を行った⁽²⁶⁾。1. 家族関係の法について判例にまで立ち入った研究を行っていない段階であり、本章は当時の法律書を専ら研究の素材とせざるをえなかった。しかも法律書についても労使関係法のようには網羅的に調べていない。従って資料的制約からくる時期区分のむづかしさがある。2. 19世紀になると三者の同型性が解体する傾向がでてくるとはいつても、娘の誘拐にかんする

法のように同型性をつよめる傾向もまた存在したのである。従って短い時期をとって同型性の成立、解体を論じることには用心深くなければならぬと考えられる。また 3. 法の変化には長期的にみなければはつきりした変化の方向がつかめないものがあるから、法の構造をとらえるためには、比較的長い時期を対象とすることの方が研究の初期の段階では有効である。

まず master - servant 関係と、夫婦関係がともに契約的關係であることからみてみよう。婚姻はコモン・ローのみならず、教会法の規制をも受けるものであった。コモン・ローから婚姻をみる限りは、それは他の契約とは変わるどころがなかった。そればかりが法律書では婚姻の契約は契約の中でも最も重要なものとみなされて、契約が成立するための要件が当事者の意思、能力、婚姻の手續の三点にわたって詳しく論じられることになった⁽²⁷⁾。この契約と契約によって生じた夫婦関係は労

使関係の場合と同様の特徴をもっており、当事者は契約締結の自由はもっていても契約内容を完全に自由に決定することはできなかったのである。とりわけ関係の骨格を形成していた当事者の権利・義務・責任について契約時に自由にとりきめることはできなかった。この契約の自由（そして不自由）の特質は、婚姻に際して当事者の完全で自由な同意が重視されればされるほど、一層明瞭に浮かび上がってくる。これにたいして親子関係は契約によって直接的に形成されるものではない。しかし、「つまりところ婚姻の主要な目的と企図は、子供の養育、保護、扶養をだれがおこなうかを確定することである⁽²⁸⁾」といわれたように、親子関係は、婚姻から派生したものであって、婚姻が合法的な契約にもとづかない限りは、子供も私生児として、通常の親子関係とは別個に取扱われたのである。

いったん形成された関係が持続する期間については、master - servant 関係、夫婦関係、

親子関係の三者は相互に異なり、master - servant 関係の期間は、契約締結時に当事者がきめうるものであったのにたいして、夫婦関係では当事者の一方が死亡するまで、親子関係でも子供が21歳になるまでつづいた⁽⁴⁹⁾。このように関係のつづく期間において三者の差異は明白である。しかし期間の長短にかかわらず、これらの関係が一定期間持続するものであって法が期間の途中で関係がたち切られることを防ごうとしたことは、三者に共通してみられるところである。master - servant 関係では、正当な事由がなくしかも適当な予告期間がおかれていなければ、期間満了前に解雇することは認められなかった。夫婦関係でも、正当で合法的な婚姻を「法は解消することをいやがる⁽⁵⁰⁾」のであり、離婚は厳しい制約の下におかれた。

このように master - servant 関係、夫婦関係、親子関係の三者は、契約から生じた持続的な関係であって、期間の途中で関係がこわ

れないように法は配慮したのである。

我々は次にこれらの関係がはらんでいる同一性と相補性に注目してみよう。master-servant 関係、夫婦 (husband-wife) 関係、親子 (parent-child) 関係は、ともに A and B という形式によって表現される二項的關係である。この表現形式はまず A と B との間の同一性を告げている。しかしさらにそれぞれの関係に立入ってその特質を把握してみると、我々は、A and B という形式が単に同一性ばかりか、A の B に対する支配、B の A への服従という相補性をも帯びていることに気づかされる。同一性と相補性は三つの関係に共通してみられるが、法廷や法律書はしばしば master-servant 関係にとっては相補性が、夫婦関係では同一性が一次的な性質であるとみなしていた。我々はまず相補性の点から三つの関係を比べてみよう。

関係の一方の当事者が他方を自分の意思の下におくことは、労使関係だけでなく、家族

関係でも関係の中心におかれていた。Bacon は夫婦関係に関する叙述をこの点からはじめている。「法によって夫は妻にたいして権力と支配を振るう。そして暴力的であったり残酷な方法によるのでなければ、カづくでもあるいは打ちやくしてでも彼女を義務の範囲内におしとどめておくことができるのである⁽³¹⁾」。このように夫の支配が正当とみなされてしかもそれが物理的強制を含んでいたことは、master - servant 関係、親子関係で体罰が認められていたことと同様である。しかし Bacon がつついて夫が妻にひどく力を振ったときには、妻には法的救済の道がひらかれていることを紹介したように、夫の支配が無限定ではなかったことも忘れてはならないことである。master - servant 関係でも master による体罰には限界がおかれていたのである。法はこの三つの関係が支配関係であることを認めるとともに、それを一定の限度内でのみ認めるという仕方ですら私人間の支配を規制したのであ

る⁽³²⁾。

このように関係の相補的側面に注目してみるとそれぞれの関係の当事者は、上位者と下位者とにわかれる⁽³³⁾。そして上位者と下位者の間には支配関係とならんでいくつかのきわだった権利・義務が生じてくる。まず上位者は下位者の労働の成果を自分のものとするのができた。とりわけ master - servant 関係と親子関係ではこの点が重要である。「父親は子供と一緒に住み扶養している間は、子供の労働の便益をえることができる。しかしそれは彼が彼の徒弟や servant からえてよいのと同じ程度においてである⁽³⁴⁾。」

労働の成果を上位者が享受できることは、もう一つの特徴的な権利、義務である財産に関して上位者が下位者にたいしてもつ権利と関連しあっていた。それは master - servant 関係においてもっともよくみることができる。master が servant の労働から生まれた利益、便益を自分のものとする根拠は、master が

servant の労務にたいして財産権をもっていることにあるとされた。父の子の労務にたいする権利も父を master と、子を servant とみなすことで説明され⁽³⁵⁾、同様にして、妻が他人の下で働いて得た収益が夫のものとなる理由は、「妻は夫の servant である⁽³⁶⁾」ことに求められた。夫婦関係ではこれに加えて、夫が妻の財産にたいして処分権をもつことがコモン・ローの原則となっていた。法は、妻が結婚前にもっていた財産と結婚後に得た財産にたいする夫の権利を詳しく定めている。まず動産については、夫は妻の動産を処分する絶対的な権力をもっていた。定期借地権などの不動産的動産についても夫は遺言などの場合をのぞき自分の好きなように処分できた。夫の権利が最も制約された不動産についても、結婚時に妻が占有していた自由保有地は妻のものではあったが、結婚期間中は夫婦に与えられていたし、妻の相続不動産についても相続権者である子供が生きている限りは、妻の

死後も夫は生涯にわたってその土地の単独占有者でありつづけたのである⁽³⁷⁾。そして重要なことは、夫は「家の統治者であり家長 master であるから、妻の生きている間は（妻の）不動産からえられる収益を受けることができ」たことに示されるように、財産関係は支配関係と表裏一体であったことである⁽³⁸⁾。しかし17世紀末からエクイティはコモン・ローとは違った法の原則を発達させてゆき、それが19世紀になると制定法にとり入れられて、夫婦の財産関係を根底から変えてしまうことになる。

通常 of 契約的關係と違って、master - servant 關係や夫婦關係では、妻や servant が第三者から暴行を受けたり、誘拐されたことにたいして、夫や master はこの第三者に損害賠償を請求できた。そして子供が第三者によって傷害を受けた場合も、父親と子供の間に master - servant 關係の存在を擬制することで、父親は第三者から損害賠償をえるこ

とができたのである。この上位者の権利は、master と父の場合は、彼らが servant や子供の労務にたいしてもっていた財産権から、夫の場合は妻との共同生活を享受できる権利から派生したものであって、下位者にはこのような権利は与えられなかったのである⁽³⁹⁾。

親の子にたいする支配は、父親と母親が対等の権利をもっておこなっていたのではなかった。父親は子供に対する支配権である監護権を実質的には独占していたのである⁽⁴⁰⁾。これは夫婦関係における夫の妻への支配が、親子関係にまで及んだ例であり、母親にも監護権が認められていく過程——その萌芽は1842年の Stephen の第二版においてみてとることができる——は、夫婦関係の変質をも招いていくのである⁽⁴¹⁾。

このように関係の上位者は、下位者にたいしていくつかの重要と思われる権利を行使することができたが、他方、相手を扶養する義務を負っていた。夫には妻を扶養する義務が

あり、妻に生活必需品を与えねばならないことは判例法として確立していたし⁽⁴²⁾、親の子供にたいする扶養義務は、間接的にではあれ、救貧法の定めるところであった。また master が servant に食事を提供しなければならないこと、もしそれを怠るならば servant は辞職できることは古くからの法の原則であった⁽⁴³⁾。すでにここでは労使関係、家族関係が支配関係でありながら、支配者の側にも義務を負わせているという構造を明らかにみてとることができる。

master - servant 関係、夫婦関係、親子関係に共通してみられる、両当事者が同一の利害で結ばれている側面は、夫婦関係で最もはっきりと表明されている。その場合法律書が、「法において夫と妻とは同一の人格である⁽⁴⁴⁾」とのべたことは、決して、夫婦が平等の権利をもつことを表明しているのではなく、コモン・ローにおいて夫婦間で贈与をすることができなく、夫婦がたがいに契約を結べないこ

と、また夫婦がおたがいを訴えたり、相手のための証人とはなれないことなどを意味していたのである⁽⁴⁵⁾。妻の財産が夫の管理するところであったことに示されるように、妻の法的存在は夫のそれに「合体され統合されていた⁽⁴⁶⁾」のであって、夫婦間の同一性は、当事者間の支配関係に抵触するものではなかった。むしろそこでは相補性が同一性よりも優先していたといえるのである⁽⁴⁷⁾。しかし、やがて家族関係において支配的要素が薄められていくと、同一性の側面は一層関係を特徴づけるものとしてあらわれてくるのである。

特定の事柄について servant は master の代理人として第三者と契約を結びえた。同様に妻は夫の代理人として契約を結びえた。とくに妻が生活必需品をえるために結んだ契約は夫をしばるものであった⁽⁴⁸⁾。このように夫や master が、妻や servant の結んだ契約に責任をとったことは、夫と妻、master と servant の間に、利害の同一性にもとづいた

信賴關係が成立していることを物語っている。しかし信賴關係だけでは、代理關係はなりたないのであり、上位者が下位者を自己の目的實現の手段として用いることができるという支配關係がなければ、このような代理關係は生まれえなかったのである。このように勞使關係と家族關係においては相補性と同一性が対立することなく共存したのであった。

18世紀末から19世紀中葉にかけてみられた master - servant 關係、夫婦關係、親子關係の三つの關係は、さまざまな特徴を共有し、似たような構造をもっていた。しかし19世紀から第二次大戦後にかけて、これら三つの關係のそれぞれにおきた変化は、主に三者の關係の同型性を薄めていく方向に作用していったと考えられる。そしてこのことを反映するかのようには19世紀後半からの法律書はこの三者の間にあった緊密な連関を忘れはじめていくのである。

夫婦關係と親子關係では、夫や父親の支配

権が制限されていった。夫婦関係では、夫が妻の身体にたいしてもっていた統制 control と監護 custody の権限が大巾にけづられていった。その結果、夫の妻への体罰は否定され、夫が妻を打ちやくすることで矯正しようとするれば刑事訴追の対象となるといわれるまでになる⁽⁴⁹⁾。そして夫はもはや自らの力では妻に同居を強制できなくなるのである⁽⁵⁰⁾。

親子関係においても、父親の権利の制限と、親の子供にたいする支配の制限が進行した。かつては父親の存命中は母親には子供への監護権が与えられなかったが、1839年の Infant's Custody Act にはじまる諸制定法によって大法官裁判所が母親へも監護権を認めることができるようになり、ついに1925年の Guardianship of Infant Act は、母親にも父親と同等の権利を与えたのである。これと平行して法廷は親の監護権そのものに介入していった。コモン・ロー裁判所が、親が不道徳であるなどの場合に、子供への監護権を父親には認め

なかつたのにたいして、エクイティ裁判所（大法官裁判所）は、本来それが国親 *parens patriae* としての王の権限にもとづいておこなっていた監督権をひろげることで、親の監護権を制限していった。その結果、両裁判所とも「子供の幸福」を理由として、親の監護権を否定することができるようになったのである⁽⁵¹⁾。

財産についても、婚姻時に妻がもっていた財産にたいする夫の権利に大巾な修正が加えられてゆき、その結果、夫と妻との間の支配関係に変化をもたらした。その際に大きな力を発揮したのがエクイティ裁判所であった。エクイティは、夫婦間の贈与と、妻にたいする信託を認めていた。このためにエクイティでは妻は夫とは別箇の独立した財産をもちえるとされたのである。そしてこのような考えが1870年法、1882年法にとり入れられることになった⁽⁵²⁾。

動産については、1882年の *Married Women's*

Property Act にいたって、結婚時に妻に属していた全ての動産と結婚後に彼女が得た動産は、全て妻の財産として認められるようになった。不動産についても、妻の権利がより広く認められていくのである。1833年の法(3 & 4 Will. IV, c. 74)は妻は単身者と同様に不動産の処分に同意することができることを定めた⁽⁵³⁾。さらに1870年の Married Women's Property Act は不動産からえられる収益が妻のものとなるとし、1882年法は動産だけではなく不動産についても妻が夫とは別の財産を持つことを認めた⁽⁵⁴⁾。財産関係は夫婦関係の大きな柱であり、夫の妻への支配を補完するものであった。従って妻が自らの財産をもったことは妻が夫の影響から独立した independent person⁽⁵⁵⁾ になることを意味し、夫婦関係をもはや支配を中心とした関係であるとみなすことはできなくなったのである。同様の変化は、親子関係でかつては父親が子供の稼得収入にたいして権利をもつとされていたことにもお

こったのである⁽⁵⁶⁾。

このように親子関係、夫婦関係については、法は、上位者の下位者にたいする支配を弱めていく傾向を推し進めた。上にのべた以外にも法は夫や父親が影響力を行使することで、妻や子が不利にならないよう配慮したのである。子供から親への贈与において親の不当な影響力行使がないように大法官裁判所が注視したのはその一例である⁽⁵⁷⁾。家族関係ではまずエクイティがコモン・ローの原則を修正したのであり、さらに制定法がそれをより確かなものとしていったことが注目されるのである。

夫婦関係は本来当事者の一方の死亡までつづく継続的關係であり、当事者が自由に関係を離れることは許されなかった。夫の妻への支配もこのような当事者を関係へ封じ込める法的装置の存在によって助けられていたのである。

かつては離婚には、(a) 別居 (divorce à

mensa et thoro) と (b) 教会裁判所による婚姻の無効の宣言 (divorce à vinculo matrimonii) の二形式があったが、1857年法とそれにつづく制定法によって、(a) に代わって法的別居制が導入され (b) に相当する離婚が夫または妻の請願にもとづいて認められるようになった。しかも後者では以前に比べて広い範囲にわたる離婚の事由が許されたのである。このようにして離婚はより容易になり、この面からも夫の妻への支配の基盤はつきくずされていった。

master - servant 関係におきた変化は、夫婦関係、親子関係におけるそれとは違って、master の支配を弱める方向においておこったのではなかった。この関係における変化は、まず、19世紀中葉までに家内奉公人を対象とする事件の中から生成してきたコモン・ロー上の法の原則が、その普遍性を奪われて、家内奉公人の場合だけに適用されるものとみなされていったことに看取することがで

きる。master の扶養義務ともいうべき servant にたいする食事や宿泊場所の提供義務が、家内奉公人についてだけにあてはまるとされたことはその一例である⁽⁵⁸⁾。かつては master は servant が第三者によって傷害を受けた時などに、労務の損失を理由に、第三者から損害賠償を得ることができたが、これも家内奉公人の master だけに認められるようになる⁽⁵⁹⁾。19世紀の中葉にいたるまで、労使関係法 Law of master and servant のうち判例法によって発展させられた部分は、主として家内奉公人の事件をめぐってできあがったものであったが、そのうちのあるものは、家内奉公人以外の servant には適用しにくいものとなり、その一般性を失うことになったのである。

master - servant 関係においても、家族関係と同様に制定法が関係の内容をかえていった。20世紀初頭からの制定法による最低賃金規制は、19世紀前半にコモン・ロー裁判所がいかなる賃金額をとりきめようと雇用契約は

有効であるとして、賃金額決定の自由を謳い上げたことに大きな修正を加えた。また1880年の Employer's Liability Act は、同僚がひきおこした事故で傷害を受けた servant にたいしては master は責任を負わないとするコモン・ロー上の法の原則（共同雇用の法理）を否定するものであった。そして1875年の Employers and Workmen Act は、master と servant の紛争をめぐるそれまでの制定法にとって代わり、master と servant への扱いを同じものとしたのである。しかし注意されなくてはならないのは、夫婦関係や親子関係では、制定法が、夫や親の妻や子にたいする支配を制限していったのにたいして、master と servant との間の平常な関係での master の命令権限にたいしては、制定法は制限を加えなかったことである。

むしろ、次にのべる master - servant 関係の変化における第三の特徴は master の支配の制限が、master - servant 関係に法が直接

的に介入するのではない仕方で行われえたことを示している。servant が団結して、master (あるいは master の団結) との間で交渉を行い労働協約を締結することは、営業制限の法理との関連で問題とされてきた。そのために労働組合や、労働協約をめぐる法は、master - servant の法とは一応きりはなされた別個の法の分野を形成するものと考えられてきたのである。団結が認められ労働協約が雇用契約の中にとり入れられることによって、集団的労働関係が個別の master - servant 関係に影響を与えていくことになるのである⁽⁶⁰⁾。

master - servant 関係の本質にかかわると思われる変化のなかで、master の仕事提供義務の形成は最近におこったことである。19世紀を通じて master には仕事を提供する義務はないとされていたが、Halsbury の第3版の叙述は、いくつかの場合にそのような義務が推定できることをのべ⁽⁶¹⁾、さらに第4版では「すべての雇用契約は黙示的にではあれ雇人

の約定賃金を支払われる権利とともに、仕事があるときにはそれをやる機会にたいする雇人の権利をも生ぜしめているのではないだろうか」と付記して⁽⁶²⁾、仕事の提供義務ともいえるものがすでに法に生まれつつあることを示したのである。

かつて三つの関係の同型性があらわであり、master、夫、父親の支配が法の認めるところであったときに、そのような支配を保障していたのは、関係の上位者に与えられていた体罰権であった。三者の関係の中では master-servant 関係で一番はやく体罰が否定され、その点では親子関係が一番おくれた。しかしこのことは、master-servant 関係で master の支配権がいちはやく制限されたことを物語っているのではない。master は体罰の代わりに、即時解雇という制裁の手段を手に入れたのである。それにたいして、夫婦関係、親子関係では体罰が否認されたとき、夫や父親にはそれに代わるものが認められなかったので

ある。

19世紀中葉から各関係がどのように変容していったかを観察すると、18世紀末には当然のこととされた夫や親の、妻や子にたいする支配が、大きな制約を受けていったのにたいして、masterのservantにたいする統制controlは、master-servant関係の中心におかれつつけていったことを知ることができる。この変化によって労使関係は個人間で支配が認められた唯一の関係となった。ブラックストーンの時代には自明のことであったmaster-servant関係、夫婦関係、親子関係の間にみられた同型性は、19世紀に入るや、動揺させられていき、三者のつながりは薄れてゆく。そしてこれら三つの関係は、もはやブラックストーンのような特別の扱いを受けることもなく、他の私的領域における諸関係と同列に論じられていくことになるのである。次に我々は、19世紀から20世紀にかけて、法律書で労使関係、家族関係を含めた私的な関

係がどのような取り扱いをうけたのかを簡単にみてみよう。

IV 公認された関係

労使関係の法と夫婦関係の法が契約的關係であることを焦点をあててみると、我々はこの二つの関係の他にもいくつかの関係が、法の中で特別な地位を与えられているのに気がつく。Chittyの『契約法』第15版(1909)は契約の一般的性格について解説をおこなったのにつづいて、いくつかの契約類型を論じた。それによれば、法はいくつかの規制を行うほかは「契約する自由については何ら制限を設けてはいない」。それに応じて契約の内容も多様とならざるをえないが、「それらのものの多くは、多かれ少なかれ特別の制定法や法の規則によって規制されているのである」。このように Chitty は契約締結の自由と契約

内容決定の自由を区分したのちに、次のような契約類型をあげてそれぞれを詳しく論じた。

(1) 土地の売買 (2) 土地の貸借 (3) 財貨の売買 (4) 寄託 (5) 運送のための寄託 (6) 替為手形、約束手形、小切手 (7) 保証 (8) 結婚 (9) 雇用 (10) 保険、担保と金銭貸借など。我々はここで婚姻や雇用契約が、土地の売買などとともに言及されていることに注目したい⁽⁶³⁾。1834年の同書第2版では、契約は、不動産に関するもの、動産に関するもの、人に関するもの、労務と仕事に関するもの、金銭に関するものにわけられていた⁽⁶⁴⁾。それが整理されて、このような姿にまとめられてきたのである。このような契約類型の設定は、この『契約法』の著者の思惑をこえて、ある重要な事実を物語っていないだろうか。我々はどうして上のような契約類型が一括させられうるのかについて考えなくてはならない。

結婚や雇用が、その当事者についてみれば、

husband and wife, master and servant といった、A and B の形式をとる二項的關係であつたように、土地の売買や貸借、財貨の売買なども、売り手と買い手、貸し手と借り手、地主と借地人といった二項的關係である。それらは契約によつて形成される契約的關係である点で、またその契約内容が公的規制を受けている点でその他の二項的な關係とは異なつてゐる。まずそれらは、1. 友人關係や師弟關係、あるいはパトロンとクライアント關係、のような公的規制に服すことのない純粹に私的な關係とも、2. 教師と学生、教師と生徒、医者と患者のように一方の側が知識的權威をもち、しかも權威の行使のいきすぎを専門職にともなう倫理規範によつて抑制している關係とも異なつてゐる⁶⁵⁾。さらにそれらは 3. 王と臣民（または統治者—被統治者）という統治關係とも異なる。勞使關係、家族關係、地主—借地人關係などは、私的な關係でありながら、契約内容の重要な部分が制定

法や判例法によって定められていて公的規制に服しているという特徴をもつものであった。法はこのような関係が契約を通じて形成されなければならないとして契約の形式、当事者の権利・義務を定めた。これによって私人同士が自らの意思にもとづいて自由に関係をつくりあげていくことがさまたげられたのであり、契約は自由放任の手段であったというよりも、むしろ公的規制のための手段であったといえるのである。Chittyは契約論を構成していくなかでこのような特徴を把握し、上にのべたような契約類型を設定していったのである。我々はこれらの私的でありながらもまた公的な規制の下におかれた諸関係を公認された関係と名づけてみよう。

これらの関係は生産・生活過程（家族関係）や生産—流通過程（労使関係、地主—借地人関係、売買関係など）のいわば根幹を形づくっているのであって、公認された関係は、社会の再生産を制度的に保証しているものであ

った⁽⁶⁶⁾。とりわけ労使関係、家族関係、地主—借地人関係といった継続的關係の存在は、社会制度全体の安定性を高めたであろうと考えられる。経済と社会の基幹的部分で法の定める契約的關係が、当事者の自由な決定に枠をはめるようにして作りだされていったことは自由放任主義との関連で看過できない問題を投げかけているように思われる。我々は自由放任について、1. 契約的關係は法的規制の対象となったこと。したがって契約と自由放任とを安易に結びつけることは事態を全く逆にとらえることになるのではないか。2. 契約を通じる法のコントロールによって關係が安定していたからこそ、法的規制を受けない部面での自由放任が可能となったのではないか。という二つの問題領域をここに設定することができるのである。

労使關係や家族關係の法にはっきりと表現されているように、公的規制は、しばしば支配關係をつくりだし、あるいは支配關係を解

消した。夫婦間の支配についての Lush の説明はこのことをよく伝えている。「夫にどこまで妻への支配が許されるか、そして妻が義務に違反することのないように、必要ならば力を振うことがどこまで許されるのか、(中略)それは、public policy の判断にかかっている問題群のうちの一つなのである⁽⁶⁷⁾。」政策が法を通して支配の限度を定める。労使関係では支配関係は要の地位を与えられつづけ、家族関係では法はそれを解消していく。契約的關係はまさにそのような支配関係の政策的コントロールを可能にしたのである。

V 結語

18世紀中葉から19世紀はじめにかけての法律書では、労使関係と家族関係は同型性をもつものとして強く意識されていた。それは一つには、アリストテレス以来の政治学の影響

によるものであったが、また当時のイギリスの家の一つの標準的な形態が、その内に家内奉公人を含み、家長が夫や親としてだけでなく master としての役割をもっていたことにもとづいていた。同一人物にいくつかの役割が重ね合わされたことによってこの人間は他の世帯構成員にたいして似たような権力を行使しえたと思像できる。そしてこのような支配における同型性を核として労使関係と家族関係の同型性が生みだされていったと考えることができる。しかし親子関係にたいしては大法官裁判所が国王の親としての権限 *parens patriae* にもとづいて介入しえたし、夫婦関係についてもエグイティは信託を媒介として妻の権利を認めていくことをためらわなかった。19世紀に入るとこのような法廷の介入によって夫や父親の支配は制限されてゆき、さらに制定法がこの傾向を推し進めた。夫婦関係、親子関係では支配は本質的要素ではなくなっていたのである。一方労使関係

の中核が master の servant にたいする支配（統制）にあることを現代にいたるまで法は一貫して主張してきた⁽⁶⁸⁾。労使関係と家族関係にみられた同型性は、その最も核心におかれた支配における同型性という点では解体をまぬがれることができなかった。

そもそもブラックストーンが労使関係と家族関係を重視したのは、それが家共同体を形成し、そのような家が国家の基礎的単位となるとする思考の枠組で社会をとらえていたからであった。そこでは私的領域における支配が公的領域における統治と有機的な連関を保っていたのである。19世紀に入って労使関係と家族関係における同型性が大きく変容をせまられたことは、法のレベルでみるかぎりには従来の家共同体が変質したことを意味する。そのような家共同体はおそらくアリストテレス的伝統にはなじまなかったであろう。もはや私的領域における支配関係を公的領域の基礎とすることができなくなってしまったので

ある。

このようにして、19世紀の後半からは法律書が労使関係と家族関係を一緒に論じることがはまれになっていく⁶⁹⁾。むしろそれに代って両者はしばしば他の契約的關係とともに別の観点から特別の注意を払われることになる。そのような契約的關係——それを本章は公認された関係と名づけた——の特徴は契約内容の骨格ともいえる部分が判例法と制定法によってつくり上げられていることである。契約の当事者は、契約締結時にその骨格部分を自由に変更することはできない。彼らはそれを受け入れることしかできないのである。このように法が契約内容を定めていた事態は、次のような仕方での政策的介入を可能にした。即ち、立法機関と裁判所は、契約的關係の内容を構成する法をつくり上げたり変更したりすることで、契約的關係を変えていくことができたのである。自由放任は契約締結までであって、契約内容は公的な政策的コントロール

ルをたえず受けていた。そしてその場合、労使関係や家族関係にみられるように、政策は私的領域における支配をたえず自らの監視の下においたのである。

第4章 注

(1) 勿論一箇の制定法を分析することじ当該社会の史的性格を明らかしえる場合もある。たとえば絶対王制期の職人規制法の研究は、その包括的な産業規制策であり、此ことから、「全職種」との関連を意識して進められぬ。岡田与好¹⁾イギリス初期労働立法の歴史的展開由、田中豊治²⁾イギリス絶対王政期の産業構造由をみよ。18世紀、19世紀史研究では、このような包括的立法の不在のためか、個々の制定法の互いとの間の関連を詢われぬままに分析されてゐる。これはいままのの研究の個々の社会問題に討論して立法と考ふる社会政策的思考の枠から脱けさせていぬことを示すとともに、制定法が他の法との間にもつてゐる有機的関連を明らかしないうまゝに、当該制定法の根拠をその時代の資本主義のあり方から求めたいく視角のもたらすだけ

難い帰結である。

(2) 本論文、第1章。

(3) BaconやComynsの18世紀中葉の
Abridgmentでは、項目としてBaron & Feme
(Husband & Wife), Infant, Master &
Servantが登場している。このような法の分
野は現代のHalsbury's Laws of Englandに
まで受け継がれている。ただし同書第4版は、
Master & ServantをEmploymentへと変えた。

(4) 経済学上のこの体系の根拠を据えた資本
— 賃労働関係は、法のレベルではmaster
— servant関係に対応する。このように資本—
賃労働関係が契約による2生じた関係である
以上、この間はmaster—servant関係と無関係
には成立しない。筆者のmaster—servant
関係に注目するのは、一つは、資本—賃労働
関係の概念を再検討するためである。

(5) 姓名座明教授は、家族関係を分析す
る上でエグイティに注目することの重要性を
筆者に指摘して下さった。

(6) 村上淳「近代法の形成」、第1章
を参照。

(7) Blackstone, W., Commentaries on
the Laws of England, 1st ed., Book I (17
65), pp. 410-454.

よく知られているように Blackstone はこ
の分類法を Hale から受け継いだ。ただし
Hale はこれらの関係を家政的 Oeconomical と
のみ名づけて、その上を私的 Private とする
言葉を用いてはしなかった。Hale, M., The
Analysis of the Law (London, 1713), pp.
5, 49-50. このように叙述方法の萌芽は、
Cowel, J., The Institutes of the Laws of
England (London, 1651), pp. 7-52. を
みらねる。

なお、Blackstone, W., An Analysis of
the Laws of England (Oxford, 1756), p.
xi. をみれば法の分類を参照せよ。

(8) より正確にはこの置き換えは二段階
の操作を含むといえる。まず "master and slave

と master and servant へと一般化し、ついでイギリスでは slave は存在し得いと宣言して、servant の一種である slave と法の外に追放する。こうして換骨奪胎に成功したのである。

(9) 同上、前掲書と参照。

(10) 以下の議論の詳細については、本論文、第5章とみよ。

(11) See, Batt, F. R., The Law of Master and Servant (London, 1929), pp. 15, 20.

19世紀後半から今世紀にかけての主な制定法(群)は、① 1880年の Employers' Liability Act ② 1875年の Employers and Workmen Act ③ 最低賃金法 ④ トウソウ法 ⑤ 海員法 Cf. Encyclopaedia of the Laws of England, 2nd ed., Vol. IX (1908), p. 38.

因縁立法は法の分野として、(1) (1) (1) master と servant の法とは別箇のものとして

意識させたいことと注意させたい。

(12) 勿論この時期においても労働関係法の構造は変化しており、そのうち明らかになるように、そのうちのものは、この関係が家族関係とは違、其道もあるきはじめのことを示している。

(13) Cf. Bacon, M., A New Abridgment of the Law, 3rd ed., Vol. III (London, 1768), p. 546; Ibid., 7th ed., Vol. V (London, 1832), p. 334.

(14) 我々は制定法による介入だけとはなく、判例法をもとづく規制をも目を向けなくてはならない。たとえば賃金額などで決まろうとも雇用契約は成立するという法廷の判断は、自由放任の観点からは、職人規制法の賃金裁定条項の廃止を為らぬ重要性をもっているとはいえないだろうか。

(15) 本論文、第3章参照。

(16) R. v. The Inhabitants of Winton (1748), Burr. S. C., 280, 282. Cf.

Smith, C. M., A Treatise on the Law of Master and Servant, 1st ed. (London, 1852), pp. 64, 93; Smith, J. W., A Handy Book on the Law of Master and Servant (London, 1880), p. 36; Jenks, E. ed., A Digest of English Civil Law, Book II - Part II (London, 1907), p. 208.

この法律書のこの点についてはほとんど何も語っていないことは注目すべきことである。

(17) 19世紀になると制定法の規制が家内奉公人については及ぼさないことが明らかになる。

(18) 19世紀まで職人規制法は農業における servant だけに適用されるべきであるという解釈が支配的になった。

(19) R. v. St. John, Devizes (1829), 9 B. & C. 896, 900, 109 Eng. Rep. 333, 335.

(20) 工場法に従って就業規則を定める場合については R. v. The Inhabitants of Preston (1843), 4 Q. B. 597, 114 Eng.

Rep. 1023.

(21) このことは資金のうちのあるものが労働量と対応して、このことを否定するものではない。この経済学の想定する資金と、法における資金の位置づけとの間にはズレが生じうることに注意を促す。

(22) 時代を下ると、masterの命令権限は、servantが何をすべきかというにとだけとはならず、いかにしてそれをするかを命じるところとなる特徴があるようになる。

Halsbury, op. cit., 1st ed., Vol. XX (London, 1911), p. 65; Stephen's Commentaries on the Laws of England, 17th ed., Vol. III (London, 1922), p. 214.

master - servant関係の定義は必ずしも一義的ではなくていい。しかし多くの場合、servantがmasterの命令に従いその統制の下にあることが挙げられる。たとえば、MacDonell, J., The Law of Master and Servant, 2nd ed. (London, 1908), pp.

7-10 ; Batt, op. cit., pp. 1-4.

(23) 裁判官や法律書の著者は法の甲乙働いていゝる勞使関係と家の間の親和力を必すしも自覺してゐない。家長 master of the house, master of a family という表現は、Wood, T., An Institute of the Laws of England (London, 1720), Vol. I, p. 81 ; Bacon, op. cit., 7th ed., Vol. I, p. 695. などを見らる。

(24) Pollock, F., The Law of Torts, 11th ed. (London, 1920), p. 173.

(25) 本章は、後見人と被後見人の関係にはほとんどふれぬ。

(26) 家族関係の法についての本格的な分析——とりわけ判例の分析——を以てなして、このため、本章全体の分析の結果を報告するといふよりも、研究計画のあらましを述べるといふ性格を帯びることになつた。筆者は判例を分析しただけならば法の特質は明らかになるまいと考へるからである。

なおこの時期のときはあつた原則の後の時代でも通用し得ることとを示すために、19世紀後半以降の法律書へ言及することである。

(27) Blackstone, Commentaries, pp. 421-428; Bacon, op. cit., 7th ed., Vol. V, pp. 288-332; Stephen, op. cit., 2nd ed. (1842), Vol. II, 279-296.

婚姻と他の契約の共通点に注目することは重要である。しかし婚姻は、婚姻関係の期間と内容を当事者が定めることのできる点で他の契約と異なることも念頭に置いておかなければならない。Cf. Pollock, F., Essays in the Law (London, 1922), p. 283.

Blackstoneは夫婦関係の叙述の大半を婚姻の成立と離婚のさいに、夫婦間の権利と義務についてのみ語り、していない。しかしここから当時のコモン・ローの夫婦間の権利と義務の無関心である、とこの結論を引出してはならない。Baconは婚姻の成立を夫婦関係とは別の項目を以て論じ、後者は夫婦間の

福利、義務に関する判例法を詳しく紹介して
 いるのである。内田力蔵の『イギリス家族法の
 基本原理由はすぐの啓蒙の書であるが、
 Blackstoneをもつてこの時期の家族関係法を
 体系づけたものとみられていることには疑問
 が残る。

(28) Blackstone, ibid, p. 443. Cf.
 Bacon, ibid, p. 288. 後見人—被後見人の
 関係については次のことをみることにせよ。
 即ち、両親は子供の「自然の後見人」
 ではあるが、国王も全国の子供の後見人であ
 るとされていふことである。この権能のもと
 がいて大法官裁判所は親子関係に介入しえ
 るのである。

(29) 親子関係は子供が成年となつたあ
 げもつづく側面をもつていふ。とくに子供の
 親への扶養義務が、親の子供への扶養義務と
 対のものとして発生する。

(30) Blackstone, Commentaries, p. 428.

(31) Bacon, op. cit., 7th ed., Vol. I,

p. 693. master - servant 関係では、master が servant を統制 control すると表現されているのに対し、夫婦、親子では統制とともに監護 custody という表現の使い分けをしている。

親子関係での親の支配は、体罰とともに、子供の婚姻の要件としての親の同意をも示している。Blackstone, An Analysis, p. 26.

(32) Cf. The Laws respecting Women... also the Obligation of Parent and Child (London, 1777), p. 54.

夫の面前で犯さぬ大妻の重罪は罰せられぬという原則は、妻の夫の脅迫によつて犯罪を犯すことと法が警戒し戒めをなすとしている。法は夫の支配の負の側面をも統制しようとしたのである。

(33) Cf. Bacon, op. cit., 7th ed., Vol. V, p. 333.

(34) Blackstone, Commentaries, p. 441.

(35) 子供の財産については、親は父が子供の財産の受託者として管理できるだけ

あり、相互に子供に報告する義務があることである。これは親子関係が夫婦関係と大きく異なる点である。

(36) Bacon, op. cit., 7th ed., Vol. III, p. 704.

(37) Stephen, op. cit., 2nd ed., Vol. II, p. 299.

(38) Bacon, op. cit., 7th ed., Vol. III, pp. 694-695, 700, 708. Cf. Hale, op. cit., p. 47. なお遺言の自由によつて夫と父親の死後の財産に与へる影響を及ぼすこと、妻と子供への支配を強めること、内田、前掲書、84-93頁に詳しい。

(39) Cf. Pollock, F., The Law of Torts, p. 226.

(40) Blackstone は監護権を子に与へること、父親と母親の権利を同等のものとしてしきつた。

(41) Stephen, op. cit., 2nd ed., Vol. II, p. 326. See also, Petersdorff, C., A

Concise, Practical Abridgment of the Common and Statute Law, Vol. VI (London, 1864), p. 45 f.

(42) Bacon, op. cit., 7th ed., Vol. III, p. 713; Blackstone, Commentaries, p. 430; Halsbury, op. cit., 1st ed., Vol. XVI (London, 1911), 3rd ed., Vol. XIX (London, 1957), p. 817.

(43) 本論文、第5章、646頁。

(44) Comyns, J., A Digest of the Laws of England, Vol. I (1762), p. 556; Blackstone, Commentaries, p. 430. 法廷の言葉とこの解釈との間は、Thickness, R., A Digest of the Law of Husband and Wife (London, 1884), pp. 1-4. 見245。Cf. Williams, G. L., "The Legal Unity of Husband and Wife", M. L. R., Vol. X (1946), pp. 16-31.

(45) 夫婦の同一人格のありは、夫の妻の財産への権利のより、と裏打ちされていた。

この後、述べると、この工のイテ、この権利は修正され、夫婦一体の原則も変容を要するとはできらぬ、とのことである。

(46) Wood, op. cit., pp. 100-101; Blackstone, Commentaries, p. 430; The Law respecting Women, p. 149; Halsbury, op. cit., 1st ed., Vol. XVI, p. 321.

(47) See, Conybear, C. A. V. & Andrew, W. R., The Married Women's Property Act, 1882, 2nd ed. (London, 1883), p. 2.

(48) この法は夫の妻への扶養義務を直接強制でき、この妻への扶養義務を認められたいとの意思を有するものと認められる。Smith, J. W., A Handy Book on the Law of Husband and Wife, 10th ed. (London, 1878), p. 70.

(49) Lush, M., The Law of Husband and Wife (London, 1884), pp. 5-6; Eversley, W. P., The Law of the Domestic Relations (London, 1885), p. 238. 夫の妻への扶養義務は、1841年の法廷では、きりと否認される。

Jenks, E., Husband & Wife in the Law (London, 1909), p. 35.

(50) Halsbury, op. cit., 1st ed., Vol. XVI, p. 318, 3rd ed., Vol. XIX, pp. 819-820; Stephen, op. cit., 17th ed., Vol. I (London, 1922), p. 429.

(51) Evesley, op. cit., 1st ed., pp. 544, 655, 4th ed. (London, 192), pp. 498-500; Encyclopaedia, op. cit., Vol. X (1908), pp. 263-269.

子供の監護権については、離婚法や親貧法など様々の法に關与してゐる。監護権については、Hall, C., The Law relating to Children, 2nd ed. (London, 1905), pp. 3-20; Atherley-Jones, L. A., The Law of Children and Young Persons (London, 1909), pp. 92-98. 及び秋元美世「イギリス児童保護行政法の一考察(一)」, 『東京都立大学法学会雑誌』, 第24巻, 第2号に参照せよ。

親の子供に對する体罰は、今までの疑問が

「Encyclopaedia,
op. cit., Vol. X, p. 277.)、認 及 の フ
フ レ ト ハ ス (Stephen, op. cit., 17th ed.,
 Vol. I, p. 450; Halsbury, op. cit., 3rd
 ed., Vol. XXI, p. 192)。

(52) Cf. Comyns, op. cit., p. 115 ;
 Blackstone, Commentaries, 15th ed. (Lon-
 don, 1809) , Book I, p. 443. note (21)
 ; Clancy, J., A Treatise of the Rights,
Duties and Liabilities of Husband and
Wife, 2nd Ame. ed. from the last London
 ed. (N. Y., 1837) , p. 251 f ; Stephen,
op. cit., 17th ed., pp. 432 - 434.

(53) Stephen, op. cit., 2nd ed., p. 300.

(54) 1882年法E中心とL乙既婚婦人財産
 法E論じR E a とL乙、Conybear & Andrew,
op. cit. ; Bromfield, S. W., Griffith's
Married Women's Property Act, 1870, 1874,
 1882, 5th ed. (London, 1883) ; Smith,
 H. A., The Married Women's Property Acts,

1882 & 1884, 2nd ed. (London, 1884);
 Thickness, op. cit., pp. 179-371. 「おが
 イニ - 『法律と世論』, 第11章; 浅見公子「
 イギリスにおける妻の財産法上の地位 (一)
 (二) (三)」, 『北大法論』, 第12巻、第
 3号、第4号、第13巻、第1号を参照。妻の
 財産を中心とする夫婦関係の法の全体を論じらる
 のとくは、Kahn-Freund, O., "Matrimonial
 Property Act in England", in: Do.,
Selected Writings (London, 1978). See
 also, Friedmann, W., Law in a Changing
Society, 2nd ed. (N. Y., 1972), pp. 268-
 276.

(55) MacQueen, J. F., The Rights and
Liabilities of Husband and Wife, 4th ed.
 (London, 1905), p. 342. See also,
 Eversley, op. cit., 1st ed., p. 207; Lush,
op. cit., p. 11.

(56) Eversley, op. cit., 1st ed., p.
 537; Encyclopaedia, op. cit., Vol. X,

p. 280.

(57) Pollock, F., Principles of Contract, 9th ed. (London, 1921), pp. 659-660.

(58) Stephen, op. cit., 11th ed. (London, 1890), Vol. II, p. 245; Halsbury, op. cit., 1st ed., Vol. XX, p. 118, 3rd ed., Vol. XXV, p. 466.

(59) Halsbury, ibid., 3rd ed., pp. 453, 558. 主の期間の定めなき契約に關する法の原則に、家内奉公人以外の servant の場合は緩むようとするを以てする。 Encyclopaedia, op. cit., Vol. IX, p. 45; Chitty, J., A Treatise on the Law of Contracts, 15th ed. (London, 1909), p. 590; Stephen, op. cit., 17th ed., Vol. III (1922), p. 217.

(60) Halsbury, op. cit., 3rd ed., Vol. XXV, p. 458.

(61) Ibid., pp. 467-469. Cf. Stephen, op. cit., 17th ed., Vol. III, p. 218.

(62) Halsbury, ibid, 4th ed., Vol. XVI
(London, 1976), p. 356.

(63) Chitty, op. cit., p. 336 f. 雇用
契約とは servant の雇用契約以外に、も弁護士
の雇用契約、代理人契約なども含まれる。
同様の契約類型は、Smith's Manual of Common
Law, 12th ed. (1905), pp. 216-473. に
もみられる。また Addison, C. G., A Treatise
on the Laws of Contract, 7th ed. (London,
1875), Book III. も参照 (同書第4版 [1856
] ではまた契約の体系的な分類はなされる。
ない)。

(64) Chitty, ibid, 2nd ed. (London,
1834), pp. 234-512. 少なくとも同書の第11
版 (1881) までには、第2版と同じ構成である。

(65) ボハンスキー「権威の構造」は、命
令的権威と知識的権威の区別を以て、とい
る。

イクイティは特別の関係にある者同士の間
での取引で、一方の当事者が他方の不当な影

響の下で取引をおこなうていられるに注意し
 べ。その場合、医者と患者、弁護士と依頼人
 などの関係は、親子関係、夫婦関係とともに
 このような特別の関係とみられる。知識的
 権威を支配し討する公的コントロールの対
 象となることである。cf. Pollock,
Principles of Contract, p. 651.

(66) このようない観点から契約を分類し
 るのは、Amos, S., A Systematic View of the
 Science of Jurisprudence (London, 1872
), pp. 213-229. である。しかし奇妙な
 こと雇用契約はほとんど無視されている。

(67) Lush, op. cit., p. 5.

(68) 家族関係においてイクイティの
 ン・ローとは違、この原則を展開して、この
 ことが、労使関係と夫婦関係、親子関係の三位
 一体をつさくすし。労使関係はイクイティ
 の規制をほとんど受けなかった。

(69) 最もおもしろい Blackstone のよう
 な叙述の順序に固執し、これは、知りうる限り

2" 17. Stephen, op. cit., 15th ed., Vol. II
(1908), pp. 239-330.