

斥先掘契約について

徳本, 鎮
九州大学法学部 : 教授

<https://doi.org/10.15017/1288>

出版情報 : 法政研究. 21 (2), pp.49-64, 1954-02-28. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



斤先掘契約について

徳 本 鎮

- 一、問題の所在
- 二、斤先掘契約の沿革
- 三、学説の検討
- 四、斤先掘契約約款

一

法律ないし法規の現実的基礎は、「生ける法」であり、「生ける法」の規範性は、流動してやまぬ歴史的社會關係を貫徹する自然必然性そのものであるとされる。^(一)慣行とその立法化および、その立法と現実との矛盾・対立、それはまた E. Ehrlich のいう、「生ける法」*lebendes Recht* ^(二)と制定法との矛盾・対立でもあろうか、斤先掘契約はその一例である。

斤先掘契約の慣行は、明治中葉に始まる。そして、この慣行を資本の原始的蓄積の強行者としての明治政府が、その鉱業政策で否定する過程が、また、旧鉱業法などの成立過程でもあつた。しかし、この慣行は、かかる法律上、さらに、判例上（後述）の取扱いにもかかわらず、富国強兵の明治から、大正時代をへて、終戦後の今日にいたるまで営々と生き続けてきた。この慣行が、かように現実に温存されたのは、もちろん、其処には、この慣行の温存されるべき歴史的社會的基盤が存在していた為であることはいふ迄もないが、この資本——鉱業権者——に従属しての斤先掘契約の慣行も、新鉱業法（昭和二年二月二〇日、法律第二八九号）^(三)における租鉱権の立法化によつて、漸く、一応の解決をみるにいたつた（同法七一条）^(四)（以下参照）。

論 說

ところで、法制的には解決された斤先掘契約の慣行も、現実においては、なお問題をのこしている。たんに租鉞権に移行——形式的には当該官庁への登録。登録なき契約は無効であり、且それに基く使用・収益には罰則がある（新鉞一九一）——しないのみならず、さらに立法化された租鉞権それ自体が、新たな斤先掘を従属せしめる鉞業権的存在となっており、かゝる事實は、あらためて斤先掘契約への反省をうながすものである。こうした意味から、従来の学説を検討するとともに、その学説の対立の帰結として、斤先掘契約約款の分析を取上げ、その契約性の考察を試みんとするのが本稿である。将来への課題も残して^(三)おり、したがって、たゞ問題の提起という程のものであろう。文字どおり試論に止まることを深くお詫びする。

(一) 川島「法社会学における法の存在構造」二九頁、なお山中「市民社会と民法」は、立法は、立法者の客観的法秩序の主観的法認識によるとされる。法を諸々の社会的力の間の対抗ないし均衡関係として、理解しようとする試みは、我国では、末弘博士によつて始めて主張されたが、法社会学的論文としては、最初の、しかも最もすぐれたものとして、我妻「近代法における債権の優越的地位」がある。

(二) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Recht*, 1913, S. 67 ff. ホールマンは「生ける法」*lebendes Recht* を、「社会的団体内の組織規範 *Organisationsnormen*」というが、不明確性は免れない。この「*Grundlegung*」には、米国法社会学者 Roscoe Pound の序文もある。E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, translated by Walter L. Moll, 1936 がある。

(三) この契約の封建的契約性の考察である。M. Weber は、封建的関係のいわば原型である *Lebensbeziehung* は、契約によつて固定的に定められた忠実関係 *Treuebeziehung* であるとする。M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 682 f.

斤先掘契約——または斤先権契約——といわれるものは、もともと金山の自稼掘や、石油抗の共同井と同じく、鉦業権者にたいして一定の従属関係にある者が、現実に鉦物の採掘をなす契約で、従来、鉦業権の賃貸借として法律・判例上無効とされながら、我国の鉦業経営において、慣行上認められている形態であり、特に石炭採掘において、その名称がつけられている。この「斤先」という呼称については、色々諸説があり、筑豊地方においても、もとは「間先」^{ケンサキ}であつたとか、また、昔は石炭の量を「斤」ではかり、且その採掘鉦物の一定数量——すなはち斤先——を賃料としていたからといわれるが、とにかく、法律用語としては、塩田博士の「鉦業法通論」が始めて、それまでは下請契約、請負掘契約などと呼ばれていた（^{四通論三}）。

斤先掘契約の慣行は、かなり歴史をもつのであるが、その濫觴は、必ずしもあきらかにされていない。さきの塩田博士によると、この慣行は、まず筑豊地方に始まり、漸時、常盤・北海道地方に波及するに至つたことが考えられるが、これについて馬場教授は、我国の納屋制度を論じられるなかに、英国の Butty system ^(二)（中間請負制度）と対比され、斤先業者は、資本に従属した請負業者の発展したものであるとされる^(三)。

ところで、筑豊地方は、我国石炭鉦業の中樞であり、早くから開発されたところである。この地方の石炭採掘は、その発見とともに古く、遠く元祿年間に遡るのであつて、特に明和時代（一七七〇年頃）より製塩業への需要の増加にとともになつて、著しく、盛んになつた^(三)。その後、明治新政府による鉦山経営に関する全国統一法令である明治二年の行政官布告（^{第七}）^(七)、および同四年の太政官布告（^{第七}）^(三)等の石炭採掘許可に至るまでは、藩管形式をとる福岡藩仕組法によつて統一されている^(四)。明治初期における我国鉦山経営は、新政府の、いわば絶対王政的な国策から、鉦山業についても、また資本の原始的蓄積の一方策として、重要鉦山の官管が行われた^(五)。明治五年の鉦山心得（^{第一}）^(布告第一)、翌六年の日本抗法（^{第一}）^(布告第一)等^(五九号)の鉦山専有主義 Bergesal ^(六)は、これを物語るのであるが、これは、大体官管工場鉦山払下方針決定の明治一三年末まで続く。そして、この一三年を境にして、民間鉦業による我鉦業界の発展時代に入るのであ

るが、^(七)したがって、鉱業権者に従属しての斤先掘契約慣行も、また、この前後から行われたことが考えられる。^(八)高野江基太郎氏の「筑豊炭鉱誌」によると、「斤先受負掘」の慣行は、明治一三年^(同誌七一)に、それと同一か否かは不明であるが「受負採掘」は、すでに、同七年に行われていることが判る^(同誌七二)。二〇年代にいたれば、この慣行の内容も、かなり明確になるのであつて、一例をあげれば、福岡県鞍手郡豪農庄屋古野寛人氏、その他の共同経営による京野鉱盛会社が、石炭採掘受負掘を採用している。これは、其の会社の抗夫棟梁をして斤先掘をなさしめたものであるが、当時の契約書等も現存し、^(九)濫觴時代におけるこの慣行の発展を物語るものであろう。

かかる濫觴による斤先掘契約の慣行も、それが漸時発展するに對比して、その法的取扱は、きわめて対称的である。^(一〇)やぎの日本坑法は、スペイン鉱業法を参酌制定したものであるが、これは、封建時代の遺物である鉱山専有 Bergregal、および、その流出である指図主義 Direktionsprinzip^(一一)に則つたものであるから、資本主義経済の發達するに従い、かえつて、鉱業の自由發展を阻害する傾向となつた。このことは、欧州においては、すでに、我国より半世紀前に経験したところであつて、フランスは一七九一年、および、一八一〇年、^(一二)プロイセンは一八六五年、^(一三)ザクセンは一八六八年、^(一四)オーストラリヤは一八五四年、各々の鉱業法をもつて、従来の鉱山専有、および、指図主義を捨て、^(一五)鉱業自由の制 Bergbaufreiheit を確立するに至つた。我国もまたこの必要に迫られ、プロイセン鉱業法を範として、明治二三年、鉱業自由の制に則つた鉱業条例^(法律第八七号)を、さらに三八年、その不備な点を改める目的をもつて鉱業法^(法律第四五号)を制定した。しかし、これらの法律は、鉱業自由の制に基くものとわいえ、なお、鉱業権の処分については、その賃貸借、用益物権等の目的となることを禁止したのである^(旧鉱一七条)。母法のプロイセン鉱業法はいうまでもなく、当時の諸外国鉱業法が、その点について何等制限規定を設けなかつたことに鑑み、その他の一連の諸立法とともに、また、明治政府における鉱業政策の特徴を示すものであろう。^(一六)

判例に現れる斤先掘契約は、鉍業条例時代の大明明治二八年一月九日（民録一輯六三頁）が初めて、同明治三六年五月十五日（民録九輯五六六頁）の判決とともに、この契約を有効としているが、これは、成法の解釈を誤つたものとされており、^(一七)そして鉍旧業法下の同大正二年四月二日（民録一九輯二〇三頁）の斤先掘契約の旧鉍業法第一七条違反とする無効判決以後、その後の判例は、^(一八)すべて、これを踏襲している。

しかし、かかる法律・判例上の取扱いにもかかわらず、この斤先掘契約の慣行は、その後もなお生き続け、戦後の今日まで行われている。かように法制上無効とされながらも、この慣行が現実に温存されたのは、もちろん、其処には、この慣行の温存されるべき歴史的社会基盤——それは、我国鉍業資本の性格・構造^(一九)でもあろう——が存在していたのであることはいうまでもない。学説においても、この慣行に着目し、鉍業権者に従属しての斤先掘契約の合法化^(二〇)が問題にされたが、その成果をみず、立法目的は異なるが、戦時立法である昭和一八年の使用権——それはかかる慣行自体を取上げたというより、戦争目的完遂の為のものである——^(二一)をへて、新鉍業法の租鉍権において、ようやく一応の解決をみるに至つた。

- (一) Butty system は、英国鉍山において行われる subcontractor と鉍業権者との中間請買契約制度。J. W. F. Rowe, Wage in the Coal Industry, p. 63.
- (二) 馬場「納屋制度と炭鉍賃金」経済学研究一五卷三・四号七二頁。
- (三) 菊地「石炭鉍業の發展」法政研究三卷二号八〇頁以下。
- (四) 遠藤「九州経済史研究」一〇頁以下、福岡藩の鉍業成文法。
- (五) 遠藤、前掲書五二頁以下。
- (六) Bergregal は、国家が鉍物について独占的所有権を有する制度をさす。W. Schlüter, Preussisches Bergrecht, 1928,

S. 6.; G. Boldt, Staat und Bergbau, 1950, S. 3.

- (七) 高橋「明治大正産業発達史」五二頁。なお土屋「日本財閥」二六頁以下参照。
- (八) 遠藤「日本近世商業発達史論」一三二頁以下。
- (九) 古野家古文書として、九州大学文化史研究室所藏。
- (一〇) 平田「鉱業法要義」四頁以下。
- (一一) Direktionsprinzip は、国家が鉱物採掘の「*Wirtschaft*」経済的技術的に指揮監督する制度をさす。A. Arndt, Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit, 1916, S. 51 f.; C. Voelkel, Grundzüge des Bergrechts unter besonderer Berücksichtigung des Bergrechts Preussens, 2 Aufl. 1924, S. 22 f.
- (一二) H. Achenbach, Das gemeine deutsche Bergrecht, Teil 1, 1871, S. 102.
- (一三) W. Schlüter, a. o. O. S. 18.
- (一四) M. Wolff, Das Sachenrecht, 8 Aufl. 1929, S. 323 f.
- (一五) Bergbaufreiheitは、Bergregalに對立するもので、一定の条件を具備すれば、国家から鉱業権を取得しうる制度をいふ。A. Arndt, a. o. O. S. 55 f.; W. Schlüter, a. a. O. S. 6 f.
- (一六) 石村「斤先掘について」第四回法社会学会發表、法律時報二二卷八号四七頁。
- (一七) 松沢「共同井に関する大審院の判決に就て」法律新聞一五三号八頁。
- (一八) 主な判例をあげると、大判大正八・九・一五民錄二九輯九五三頁、同大正八・九・一五民錄二五輯一六三七頁、同大正一〇・四・一二民錄二七輯六三四頁、同大正一四・二・三民集四卷五五頁、同昭和一九・九・三〇民集二三卷五七一頁、同昭和一九・一〇・二四民集二三卷六〇八頁等。
- (一九) 平野「日本資本主義の構造」二八頁、柳瀬「我国中小炭鉱業の從属形態」(日本學術論集所載)三八頁以下。

(二〇) 塩田「鉍業法研究」一九八頁以下、平田「斤先掘について」民商法雜誌三卷六八四頁、末弘「債権各論」五五八頁。

(二一) 昭和一八年三月八日、法律第三号により公布。昭和一三年の重要鉍物増産法（法律第三五号）の一部改正によるもので、さらに石炭鉍業権等臨時措置法（昭和二三年法律第一五四号）により引続き認められる。

(二二) 租鉍権については後述するが、新鉍業法にいたる迄、臨時石炭鉍業管理法（昭和二二年法律第二一九号）がある。これについては、菊地編著「臨時石炭鉍業管理法の研究」参照。

三

斤先掘契約をめぐる従来の学説は、旧鉍業法が、鉍業権の賃貸借、用益物権等の目的とすることを禁止したところ
にその根拠がある（同法一七条、同施行細則五七条参照）。諸外国法令は、かゝる点について、何等制限規定を置かず、たとえば、独逸
においては、*Bergeigentümer* になつて *Bergbesitzer* を認め^(一)たが、これを禁止した我国では、鉍業権者に従属して、
現実の鉍物を採掘する斤先掘契約の慣行を、いかに解決すべきかとして、この契約を、鉍業権の賃貸借、賃貸借類似
契約、あるいは、たんに請負契約と考へて、その有効、無効を論じ、また、それに隨伴する不法原因給付等、^(三)鉍害賠
償責任等の問題をめぐつて、学説、判例上争われるにいたつた。

(一) 賃貸借説 まず鉍業権の賃貸借とする説は、斤先掘契約は、石炭坑において第三者が自己の費用を以て、鉍業
権者の権利に屬する鉍物を採掘、竝に、取得し、鉍業権者は、採掘された鉍物の數量に應じ、斤先料——賃料——を取
得することを目的とする契約で、したがつて、鉍業権の賃貸借なりと考へる。しかし、この点で問題になるのは、我民
法では、賃貸借の目的物は物なることを要し（民六〇）、^(二)獨・瑞のごとく、権利の賃貸借 *Pacht* を認めないことである。
その為、(イ) 鉍業権は物権とされ、不動産と看做されているから（旧鉍一）、^(四)有体物を目的とする賃貸借は、有効に成立

し得るとされ、また、権利は、厳格な意義において、賃貸借の目的物となることはないが、権利の有償的使用収益を目的とする契約であつても、これを無効とすべき理由はなく、通常の賃借に準じて、有効に取扱うべきであり、したがつて、(ロ)斤先掘契約もまた広義の賃貸借と考え、これに、民法中賃貸借の規定を類推適用すべきであると説明される。^(七)ただ、これについて、権利は厳格な意味において、賃貸借の目的となることなしという点を強く解して、一種の用益権設定契約とする説もある。^(八)

以上の学説は、それぞれ異つた理論的根拠に基くことは、述べる迄もないが、少くとも鉱業権の使用収益という点に着目すれば、いずれも同一基盤に立つている。その点は、判例もまた同様で、一樣に「鉱物採掘に関する権利の第三者への授与」と称しながら、^(九)かかる鉱業権の使用収益という点は、肯定せざるを得ず、この斤先掘契約を、「鉱業権ヲ目的トスル賃貸借類似ノ一種ノ契約」とする。^(一〇)したがつて、鉱業権の賃貸借の目的とすることを禁止した旧鉱業法のもとでは(同法一七条、同施行細則五四条)、^(一一)以上の学説、判例は、^(一二)ともに、この斤先掘契約を無効とせざるを得ず、^(一三)之等の学説は、むしろ、立法論として意味をもつものであつた。

(二)請負契約説 賃貸借説と類型を異にして注意されるものは、斤先掘契約をして、民法のいう請負契約となす説である(民六三二条参照)。^(一四)そのうちの中村説によると「……然れども鉱業は、必ずしも鉱業権者直接に之を為すの必要なし。民法の請負契約に基き、鉱業の一部又は全部の作業を、他人に請負わしむるは、固より差支なし。……彼の石炭の斤先掘、又は石油の対談掘或は共同井と称するものゝ如きは此の意義に於て、適法なるべきも……」とされ、斤先掘契約は、民法の請負契約の意味において、適法と考えられる。しかも、同説は、他の箇所において、鉱業権の賃貸借は、鉱業権の性質上許されないとされる。してみれば、中村説は、斤先掘契約を、鉱業権の賃貸借としては理解しておられないことは明らかであり、さればこそ、この契約を請負契約として、有効とされるのである。ただ、その点何

等説明を加えられないのであるが、恐らく、斤先掘の名のもとに、現実に請負契約が行われているという事実があり、その事実に着目された為ではなからうか。

さて、このように見ると、斤先掘契約について二つの見解、すなわち、一方は鉱業権の賃貸借契約とし、他方は請負契約とする説のあることを知るのであるが、この対立は、如何に解決されるべきものであろうか。もともと、賃貸借契約とする説も、請負契約とする説も、ともに、斤先掘契約の名のもとに、鉱業権者に従属して、現実に鉱物を採掘する慣行をめぐつて、取上げられた問題である。したがつて、その「構成」はともかくとして、一応その契約に内在する規範^(一五)関係——それは、いわば「生ける法」*lebendes Recht* といえるであらうが——に出発するともいえるであつて、その限り、また、その取上げかたが正しい限り、かゝる見解のあることは、(一)慣行として、斤先掘の名のもとに行われる契約には、種々の契約類型があり、すなわち、賃貸借類似としての斤先掘、請負契約類似としての斤先掘とともに存在し、(二)さらに、斤先掘の名のもとに行われる個々の契約それ自体に、賃貸借、および、請負契約とみられる両性格があり、したがつて、その一面を取上げた場合、また、以上のような見解の相異が生ずるのではなからうかということが考えられる。従来、このような契約慣行において、たんに斤先掘契約のみならず、下請契約、請負掘契約などの呼称のあることは、また、右のことを裏付けするものであらうか。

ところで(一)の点については、実質的には、さまで意味があるとは考えられない。何故かなれば、以上の各学説は、統一的に見た場合には、すべて同一であり、すなわち、いずれも鉱業権の賃貸借はこれを無効とするが、また、個々の箇所における鉱物採掘の請負契約は、これを有効^(一六)として認めているからである。したがつて、ただ、そのいずれかを斤先掘契約と呼んだに過ぎず、いわば種々の契約をふくむ斤先掘の慣行を、単一に取上げる点では非難されることになるであらうが、実質上の取扱ひでは、なんら矛盾を生じないのである。それよりも問題は、むしろ、(二)の点にあ

るといふべきであらう。すなわち、斤先掘契約はそれ自体に、賃貸借契約性ないしは請負契約性を内在せしめるものではないか、少くとも、そのように「構成」され得る規範が存在するのではないかという点である。かかる議論の進め方は、以上の各学説が、斤先掘契約の慣行自体に着目して、出発していることとともに、特に請負契約説の理論的根拠の不明確性に由来するのであるが、しかし、その根拠が素朴であればあるほど、反面、斤先掘契約の解決について、その方向を決定するものであらう。新鉱業法における租鉱権は、一面、斤先掘契約の立法化であるとされる。^(二七) 租鉱権は、いうまでもなく鉱業権の用益を目的とする租鉱権設定契約に基く用益物権である。^(二八) しかも、かかる用益権は、対第三者関係においても重要な意味をもち、そのため登記をなさざる限り、当事者間においても物権変動は、絶對に効力を生ぜざるものとし、登記をもつて物権変動の成立要件とする登録主義^(二九) *Dintragungsprinzip* をとつていのであるが、その目的はあくまで鉱業権の用益であり、その意味では、さきの賃貸借説にたつ限り、賃借権は債権なりとはいへ、当該不動産の物的支配を権利の實質的内容とするものであるから、本質的に変りはない。したがつて、租鉱権は斤先掘契約の立法化であり、また、その移行も——ここで移行とは、当該官庁への登録を意味する。登録なき契約は無効であり、なお、それに基く使用・収益には罰則がある^(新鉱一〇項)——いわば論理的帰結といえよう。しかし、この論的帰結と現実との齟齬、また、その事實は、さきの斤先掘契約の解決についての方法の決定を、より妥当ならしめるものであり、ここに斤先掘契約にたいする、厳格な法社会学的考察が要求されるわけである。したがつて、その一方法として、次に斤先掘契約約款の分析を取上げる。

(1) A. Arndt, Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten, 9 Aufl, 1924, S. 51.; M. Wolff, a. a. O. S. 330.

(11) C. Voelkel, Grundzüge des Preussischen Bergrechts, 1924, S. 103f.

(三) 石坂「民法研究」三卷四五一頁以下、我妻「斤先掘契約により採掘せる鉱物の所有権」(判例研究)法協三九卷一—一—一六

八頁以下、末弘「斤先掘契約により採掘したる石炭の売買」(判例研究)法協四四卷一號一八六頁、谷口「不法原因給付の研究」三五頁以下等。

(四) 獨・端においては、Miete (gegenstände の使用を目的とする) と Pacht (gegenstände 物のみならず権利をも包含する) を区別する。P. Oertman. Das Recht Schuldverhältnisse S. 550 f. 独民第五八一条・瑞民第二七五条参照。

(五) 平田「斤先掘について」民商法雜誌三卷六八四頁以下。

(六) 通説といつてよく、殆んどの学説において認められている。たとえば鳩山「増訂日本債権法各論」下卷四四〇頁、磯谷「債権法論」下卷五一二頁、林「判例を中心としたる債権法各論」二二二頁、石田「債権各論講義」八三頁、近藤「債権法各論」一一〇頁、勝本「債権各論」一卷一八六頁、戒能「債権各論」一九八頁等。大判明治四〇・三・一六民録一三輯二九六頁は、漁業権について賃貸借の成立を認める。

(七) 末弘前掲書五五八頁、P. Oertman, a. a. O. S. 550 f. 参照。

(八) 塩田「斤先掘契約ニ付テ」法学志林一五卷一號八九頁以下。

(九) 大判大正八・九・一五民録二五輯一六三頁、前掲判例参照。

(一〇) 大判大正二・四・二民録一九輯二〇二頁参照。

(一一) 上掲の各学説以外では民法に関するものとして、我妻「民法総則」(現代法学全集所収)三卷一九二頁では疑門の余地ありとされたが、其後無効とされる。舟橋「民法総則」(法律学講座所収)一一〇頁、勝本「新民法総則」一一八頁、石田「現行民法総論」一一八頁等。

(一二) 大判大正八・九・一五民録二五輯一六三七頁等は、さらに公序良俗違反とする。

(一三) 立法論として反対説には、磯谷前掲書五一二頁以下がある。

(一四) 中村「再訂日本鉱業法」入八頁、同説阪本「日本鉱業法」一五四頁。

(一五) Ehrlich は、契約は単に個人的意思の流出ではなし (Der Vertrag ist nicht bloss Ausfluss des Individuellen

Willens.) 2429. E. Ehrlich, a. a. O. S. 38 f.

- (一六) 塩田「鉱業法研究」一七三頁以下、中村前掲書八八頁。
- (一七) 我妻「民法総則(民法講義Ⅰ) 昭和二六年版二二九頁、芹川「新鉱業法精義」一八〇頁以下。
- (一八) 我妻「物権法」(民法講義Ⅱ) 昭和二七年版二九頁。
- (一九) 舟橋「不動産登記法」(新法学全集所収) 六頁。
- (二〇) 舟橋前掲書七八頁、勝本「債権各論」一八八頁等。なお我妻「民法大意」上巻九〇頁以下参照。

四

一般に、「契約書」という形で、命題化、固定化された規範は、現実の規範関係から一応区別された観念的存在であるが、この規範命題の内容にもとずいて規律される関係は、少くとも両当事者の規範関係の第一次的な現象形態であろう。^(一)しかし、後述の如く斤先掘契約においては、この命題化された規範——契約約款——は、必ずしも現実に妥当する規範そのものでわれない。むしろ、矛盾する場合がありうる。そして、この矛盾の中にこそ、一つの社会構造としての斤先掘契約関係の矛盾が含まれるのであり、且その規範命題を作り出し、それによつて媒介される現実の規範関係こそ、斤先掘契約の特質を示すものではなからうか。

ここで取上げる約款は、現在筑豊地方において、現実に行われている斤先掘契約の契約書による。その慣行について、最も古い伝統をもつ所とはいへ、限られた範囲の事実^(三)であれば、やはり、問題の提起という程のものである。

一般に斤先掘契約書は、鉱業権者を甲、斤先人を乙と略称して、両当事者間の権利義務関係を規定している。その約款の類型をみると、(イ)稼行鉱区および期間、(ロ)斤先料および売炭権、(ハ)事業管理、(ニ)事業設備、(ホ)公科金および鉱

害賠償、(v)斤先権の処分、(vi)解除などについて規定する。ここでは紙面の都合により、特にさきの学説の対立を中心にして、この契約において、契約自体の存在根拠をなす、斤先料および売炭権に関する約款を取上げ、その他については、必要に応じて述べることとする。従来、斤先料は、斤先人が鉱物を採掘し取得する対価であり、その意味において、鉱業権の賃貸借(民六〇一)^(四)といわれ、これは、総ての契約書に規定される。たとえば「斤先料は売炭価格の一割と定む。乙者は売炭と同時に即時甲者に納入すること」、「あるいは「斤先料は売炭価格の二割とすることを乙者は認める」、さらに具体化したものでは「斤先料は売炭価額の一割五分とする。これは保障費、事務費をふくむものとする」などで、斤先料一割とするのが一般で、(ii)例のごとく、斤先料二割は、主に租鉱権者と契約する場合であり、その増額は、租鉱料(新鉱八一)^(条参照)として、さらに鉱業権者にゆく。鉱業権者にたいして、いわゆる「顔」のない斤先人は、必然的に「顔」のある租鉱権者を通じて、間接的に従属せざるを得ず、かかる契約関係は、また増額の斤先料を決定するとともに、租鉱権の鉱業権的存在を生みだす(新鉱七二)^(条参照)。

以上の斤先料もそれに止まる限り、さまで問題はないが、次の売炭権との関係において重要な意味をもつ。売炭権は、契約書には規定されないのが一般で、したがって、いわば現実の規範関係であり、斤先料の対価として採掘された鉱物を、誰が市場に売炭するかについての権能の意味である。斤先料の対価として採掘される鉱物であれば、当然、斤先人の計算において、自由な処分・収益がなされるべき筈であるが、現実においては、なお当事者のいづれが、その採掘鉱物を売炭するかかの規範が存在し、しかも、この現実の規範としての売炭権は、約款の如何にかかわらず、原則として鉱業権者にある。そのことは、さらに、(i)鉱業権者は、その採掘鉱物を自己に納入せしめ市場に売却するとともに、鉱業権者の計算において、其の納入量の対価——時価より低廉——を斤先人に支払い、(ii)場合によつては、売炭権を斤先人に委ね、市況の変動による売炭の不利益を、斤先人に転嫁することをも意味する。要するに、現実の規

範としての売炭権の帰属は、すべて鉱業権者の計算においてのみ決定され、したがつて、其の必要性は、きわめて少数ではあるが、「売炭権は原則として甲者にある」、あるいは「売炭は甲者の指定による」という規範命題——約款——ともなつて現れるわけであり、しかもこの点は、物権として登録ある大半の租鉱権についても妥当する（新鉱七一）（条参照）。しかし、この矛盾対立する現実の規範も、たゞそれ自体存在するのではない。そこには、かかる規範を規範として存在せしめる必然性、たとえば斤先人の鉱業権者にたいする経済的、あるいは経済外的依存性等の事実（六）は否定されない。

ところで、斤先掘契約は、かかる規範関係を、まず両当事者の規範として内在せしめるが、この規範関係を取上げるとき、従来の賃貸借説は、また、反省されねばならない。民法第六〇一条にいう「使用及ヒ収益」とは、この場合、鉱物を採掘し取得することであるが、その収益は、その目的物の用法にしたがつて、其物より生ずる一切の果実、その他の取得をなすこと（七）であり、いわば上述の如き売炭権が、常に斤先人に留保されて、始めて満たされるものである。斤先料の対価としての採掘鉱物について、原則として売炭権のない、これら斤先掘契約は、当事者双方が債務を負担し、それが、互に対価たる意義を有する双務契約とはいひ難く、したがつて、賃貸借説への疑問が生ずるわけである。しいて「構成」すれば、何等かの強制による極めて歪められた——それは片務性といえよう——賃貸借と考えられ、さらに、反面、採掘のみに着目すれば、当事者の一方が仕事を完成し、相手方が其の結果に対して、報酬を与える、すなわち、鉱物採掘行為を其目的とする請負契約と考えられ、しかも鉱物の採掘が「仕事ヲ完成スルコト」を意味するとともに、請負人は、仕事の結果たる採掘鉱物の引渡し義務が（八）あり（民六三二条）（以下参照）、したがつて、「売炭権は原則として甲者にある」という規範命題も当然のこととなる——そこでは、斤先料は無視される。

しかし、かかる法的「構成」は、さきの学説の対立の解決に、何等かの途を与えるものではあつても、この契約の本質を見失うものではなからうか。たとえば、隨所に見られる「甲者の都合により何時にても契約を解除する。之れに

対する損害賠償、その他一切の要求を許さず」などのこの契約における、いわゆる、即時任意解除約款^(九)、あるいは「男になる」、「男にして頂く」の如き表現形式をもとる契約成立様式、および口頭契約の存在等を考えるとき、この契約の封建的契約性^(一〇)への考察が残されるときに、また、以上の如き片務性——それは、反面、斤先人に従属する労働者の労働条件への影響を示す——こそ、この契約の本質的なものであり、かかる規範関係は、さらに、物権としての租鉱権への移行を阻止する一つの要因ではなからうか^(新鉱七一)。しかも未登録のこれら斤先掘契約は、成法上認められないであろうが^(新鉱七)——請負契約説にたつとしても労働基準法第六条、職業安定法第四四条等の問題がある——しかし、この資本に従属しての斤先掘契約、租鉱権契約等が、以上の如き契約性をもつとするとき、その有効無効もさることながら、必然的にかかる性格、構造を決定し、且それを支えている歴史的社会的構造の分析こそ、窮極の課題として提起されねばならないであろう。

(一) 川島・渡辺「土建請負契約論」一五頁参照。

(二) この現実の規範関係は、Ehrlich では *lebendes Recht* 40.5に *Tatsachen des Recht* と呼ぶものである。E. Ehrlich, a. a. O. S. 67f.

(三) これは昭和二七年夏、福岡県嘉穂郡下における実体調査(斤先掘類似契約、約一五〇件)のうち、斤先掘契約書約二五例を整理したものである。ここでは一応類型化して記述したが、内容はきわめて複雑であり、もし好意ある資料提出者の許可が得られるなら、あらためて発表することにした。なおこの調査により、かなり口頭契約のあることがあきらかにされた。

(四) 末弘前掲書五五八頁、および塩田前掲書一九二頁参照。

(五) P. Oertman, a. a. O. S. 350f. 参照。

(六) ここで経済的とは、鉱業権者の斤先人に対する資本の貸與等を意味し、また経済外的とは、その両者間のいわば炭鉱地方特有の親分・子分的関係を指す。この地方では、斤先人になることは一人前の「男」になることを意味し、「男」になり「男」

にすること自体が伝統的慣習であり、また、かゝる結びつきに美しさを認める。

- (七) 末弘前掲書五六一頁。なお、P. Oertman, a. a. O. S. 551f. 参照。
- (八) 塩田前掲書一七三頁以下。なお浅井「請負契約における所有権の移転」民商七卷一号五二頁以下参照。
- (九) 川島教授は、小作契約における即時任意解除約款を、封建的契約のあらわれとされる。川島「法社会学における法の存在構造」二〇四頁参照。

(一〇) やちと M. Weber は、封建的関係の原型である Lehnensbeziehung は、契約によつて固定的に定められた Treuebeziehung とする事を指適したが (M. Weber, a. a. O. S. 682f.)、この契約においても、Treue により支えられていると考えられる関係が見出される。

(一一) 平野前掲書二八頁、柳瀬前掲書三一頁以下参照。

(一二) Ehrlich は、Gebrauchsbeschaffungsverträge (Miete- und Pachtvertrag und Leihe) は、国家法と同様に人間集團の die innere Ordnung を実現するものであり、しかも契約は社会的経済的存在とする。E. Ehrlich, a. a. O. S. 37f.

稿を終えるにあつて、たえず激励と慈愛をもつて、御指導して頂いた舟橋先生、および、好意ある助言を惜しまれなかつた経済学部正田助教授、都立大学石村助教授に深く感謝の意を捧ぐ。