

私法の変遷：レンホフ教授の所論に依りて

舟橋， 諄一
九州帝国大学法文学部教授

<https://doi.org/10.15017/14502>

出版情報：法政研究. 3 (1), pp.181-248, 1932-12-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



私法の變遷

——レンホフ教授の所論に據りて——

舟橋 諄 一

はしがき

序——レンホフ教授の所論の原構成

一 各實質關係の發展と法の變遷

二 法律技術的發展

むすび

はしがき

個人的自由競争より獨占への轉化は、最近の資本主義經濟における最も重要な現象の一つであるが、この轉化は、晚かれ早かれ、直接または間接に私法の各部門に對しても影響を及ぼすところなる。ところが、これらの現象を規律すべきものとされる諸國の民法典なるものは、多く、獨占資本主義以前の時代に制定されたか、もしくは、この舊時代の影響を多分に受けて制定されたものであつて、その基調は、新しく生じた法的現象のそれと對蹠的なものである。従つて、これらの現象の重要性が加はれば加はるほぎ、それだけ、兩者の間に存する差異も明瞭となり、ここに、『私法の變遷』についての法學者の注意と興味とを喚起するにいたつたのである。一九一〇年のヘイデマン(一)、一九一二年のデュギー(二)、同年のシャルモン(三)などの述作の續出したのは、おそらくかゝる事情に基いたのであらう(四)。

(註一) Justus Wilhelm Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, I Teil, 1910; II. Teil, I. Heft, 1930. — 第一部の一部分についての抄譯的紹介として、我妻氏「損害賠償理論に於ける「具體的衡平主義」」(法學

志林二四卷三一五號) 第二部の全般的紹介として、我妻氏「ハーデマンの『土地法の進化』」(法學志林三卷九號)、高柳氏「紹介」(國家學會雜誌四五卷六號)。

(註二) Léon Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 1912; 2. éd., 1920. — 全譯單行本として西島氏「私法變遷論」・紹介として牧野氏「法律現象の單位としての權利」(『現代の文化と法律』三五八頁以下)、杉山氏「デューギューの權利否認論の批判」(法學協會雜誌二四卷九一一號)など。

(註三) Joseph Charmont, Les transformations du droit civil, 1912; 2. éd., 1921.

(註四) 他、カハハの意味の私法變遷論の紹介。

Henri Capitant, Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans (Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée, t. I, 1922, p. 31 et suiv.) — 全譯單行本として杉山氏「佛蘭西民法の變遷」。

Gustav Radbruch, Vom individualistischen zum sozialen Recht (Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift, 13. Jhg. Nr. 8/9, Aug./Sep., 1930, Abteilung A, S. 457 ff.) — 紹介として橋本氏「個人法より社會法へ」(法學志林三卷一一號)。

Franz Schlegelberger, Die Entwicklung des deutschen Rechts in den letzten 15 Jahren, 1930.

Ludwig Wertheimer, Entwicklungstendenzen im deutschen Privatrecht, 1928.

しかるに、その後、一九一七年にいたり、ロシアにおいて異質的國家の生誕を見、新しい法體系の樹立せらる

るにおよび、さまざまなる意味において現代の法學者を刺戟することになつた。ここに、『私法變遷論』再生の根據があるのである。いまこれから、わたくしの取扱はうにするレンホフ教授の論文——Arthur Lenhoff, Wandlungen des Privatrechts (Zeitschrift für Soziales Recht, 3. Jhrg. Nr. 3, Mai 1931, S. 135 ff.)——も、おそろしくこの部類に屬すべきものであらう。もちろん、その論ずるところは、さきに掲げた古典的著作と大差ないのであるが、しかし、その、比較的短篇なるにもかゝらず、引用する資料が極めて多方面にわたり、殊に、ソヴェート・ロシアの法制にも及んでゐる點において、多大の示唆を與へるものがある(註五)。

(註五) レンホフ氏は、ウーレン大學の員外教授 (a. o. Professor) であつて、民法、労働法、商法などの部門について、幾多の著書論文を出して居られる (Kirschners Deutscher Gelehrten-Kalender, 1931, S. 1711 參照)。氏は、また、わたくしのこの取扱はうにする論文の載つてゐる Zeitschrift f. Soziales Recht の協働者でもある。

レンホフ教授は、各種の法律上の原則を中心とし、これらの原則が他の法律上の原則、或ひは思想によつていかん變更されてきたかを論證せんを努めてゐるが、本稿では、理解の便宜上、各種の實質關係を中心として説明しようと思ふ。なほこれに關聯してわが國における立法判例學說などを十分に顧慮する必要があることは考へたが、都合上、これを後の機會に譲り、こゝでは、同氏の所論を中心として、或ひは多少の理論的説明を加へ、或ひは

その内容たる資料をわたくしの考へに従つて分類するこゝにこした。

序

本論に入るに先だつて、レンホフ教授の所論の構成を意譯的に一應紹介する。その本來の構成は、またそれとして、興味あるものも考へるからである。なほ、この部分についての見出しは、便宜上わたくしのつけたものであり、また、——これはこの部分だけにはかぎらないが——括弧内の頁数は、同氏の論文の掲げられた前掲雜誌の通頁数を示すものである。

一 自由の原則とその變遷(二三五—二九九頁)

近代において二つの大きい外國法の繼受(Rezeptionen)があつた。その一つは近代の搖盪時におけるものであつて、すなはち、ローマ法の繼受であり、その二は、文化の盛時におけるものであつて、啓蒙啓學の諸思想によつて養はれたフランス民法典(Code de Napoléon)が、ヨーロッパの大部分殊にラテン系の諸國に對し、さらには、前アジア、中部ならびに南アメリカに向ひ、なほまた、北アメリカの大地域に對して、侵入したこゝである。そして、これら二つの繼受はともに、個人主義の法體系を支配するにいたつた。まつたく、個々人が何を、また、それをいかにするかは、その任意だ、といふこゝになつたのである。かくて、自由は、法のすべ

ての領域に現はれる。すなはち、契約の自由 (Vertragsfreiheit)、經濟的活動の自由 (Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung)、社團形成の自由 (Freiheit der Vereinsbildung)、方式の自由 (Formfreiheit) なども、第三の大法系なるイギリス法においても、やはり同様である。(一三五頁)

すべて右のことは、特に私法の領域において以下に示すような諸種の方向に現はれる。

(1) 私的自律 (Privatautonomie) より他律的強制 (一三五頁)

法秩序は個人に對して、その行動の準則をみづから決定するにまかせる。——締結の自由 (Abschlussfreiheit)、締約の自由 (Kontrahierungsfreiheit)、遺言の自由 (Testierfreiheit)、方式の自由 (Formfreiheit)、解約告知の自由 (Kündigungsfreiheit)、分割の自由 (Teilungsfreiheit)、譲渡の自由 (Veräußerungsfreiheit) など。しかしこの私的自律の原則の、明白なる轉向を示すものとして、ドイツにおける石炭、加里經濟の國家的統制がある。すなはち、シンヂケートの形成は自發的だが、加盟は強制しうるのである。かくて、自由經濟に對して拘束せられた經濟が、規制せられざる無計畫生産に對して計畫經濟が次第に現はれてくる。

(2) 遺言處分の自由と平等思想によるその制限 (一三五頁)

遺言處分或ひは死後處分の自由に對して、可讓分、遺留分の制度が認められる。これは、自由と平等思想との闘争である。

(3) 處分の自由より團體または全體のための處分の制限 (一三五—一三六頁)

a 團體思想による制限 (一三五—一三六頁)

團體思想 (Gedanke des Verbandes) は、收用思想の擴大を個別財産に對する團體關與の進出 (相續税の加重) に表はれる。

この團體思想は、家團の土地の分割處分を禁ずることがある。

b 全體利益 (Gesamtinteresse) による制限 (一三六頁)。

オーストリアの土地取引法による農業地の譲渡の制限、森林地の役權 (Servitüt) 設定の制限、借家法による保存以外の目的をもつてする家賃の處分禁止など、この例である。

(4) 締結自由より締結強制へ (一三六一—一三七頁)。

これは三方面に現はれる。

a 獨占體の、需要者に對する契約締結の事實的強制 (一三六頁)。

カルテルの認許・不正競争の禁止・經營の秘密の保護は、必然に獨占的地位を作る。ところで、カルテルなどの獨占によつて、需要は供給の契約條項に羈束される。そこで、カルテル協定の法律的取扱ひが問題となる。よつて、こゝにドイツにおける判例ならびに立法の態度の詳述がある。

b 需要者に對する、契約締結の法律的強制 (一三六一—一三七頁)。

オーストリアの自動車法においては各自動車について賠償責任保險の締結が強制されてゐる。なほ、保險施設は特許制度によつて獨占的地位を得るのだが、カルテルまたは商標附商品販賣者と同様に、需要者に對しては締結の義務を負はない。そして、需要者は、獨占者の強迫、または獨占者によつて反良俗的に加へられた損害を理由としても、保護を受けえない。

c 企業に對する契約締結強制 (一三七頁)。

オーストリア民法はかゝるものを知らなかつたが、いまは、旅客運送、大企業・郵便事業・電流供給企業に對し、契約締結を強制

し、需要者に對する供給の拒絶を禁止する。さらに、社會的理由に基く締結強制の例としては、官廳による住宅の割當、中央救護所による重傷者傭入の割當がある。

(5) 他律的個別的規範より自律的團體的規範へ(一三七—一三八頁)。

今日、銀行業・保險業・電氣瓦斯企業・加工工業などにおいては、その相互間における内部的協定が法律の他律的規範を排除してゐるし、また、勞働法においては、團體協約が個別的勞働契約を征服した。

(6) 形成の自由・類型の自由とその制限(一三八頁)。

現行民法典は、いかなる種類の法律行為でも個人々の欲するまゝに形成させた。かくて、法律の定むる類型以外に新たな類型が生じた、例へば、新聞廣告契約、保護函貸付契約。しかしながら、發展はこゝにおいても自由主義的思想に逆つて進む。その法律行為の形成が個人にまかせられてゐるような領域殊に家族の領域においてさへも、類型の自由を制限し或ひは禁止する。このことは夫婦財産制の變遷において確認せられる。なほ、ソヴェート・ロシア民法第二條は裁判を求むる權利の拋棄、すなはち、仲裁裁判約款を無効としてゐる。従つて、ここでは、自己の權利に關し自己の指定した機關による法律關係の形成が禁止される。

(7) 方式の自由・證據の自由とその制限(一三九—一四〇頁)。

諸大民法典の基調たる個人主義の思想は方式自由、證據自由の原則としても表はれてゐる。だが、こゝにも、その自由制限の傾向が認められる。まづ、フランス民法、イギリス法、ソヴェート・ロシア民法においては、一定の法律行為につき書面の方式が要求され、證據法上、人證が許されない。また、保護思想に基く制限としては、特許法上、使用人の發明またはその利用が使用者に歸屬する旨の約定、もしくは、民法上、保證人の保證の意思表示につき、書面の方式が要求せられてゐる。かくて、取引は一定し

た表現方式に——歸しては公的性質を有する表現方式に(不動産取引に關するドイツ民法三二三條參照)——固定せしめられる。こゝにもまた、個人的自由より強制への發展過程が表はれてゐる。ところが他方、私的世界の小領域に關するかぎり、發展は反對の方向に進む。ソヴェート・ロシア法においては、かつて公法的にして要式行爲なつた婚姻が、ふたゞび方式自由なる法律行爲と宣言せられるにいたつた。かくて、婚姻はいゞ法の外におかれる。すなはち、法は、ソヴェート・ロシアの立法者にとつては、單にプロレタリア階級の支配を維持するための手段であり、従つて自己法則的(eigengesetzlich)ではないのであつて、支配意思が何ら活動の場面を求めない所には——すなはち兩性間の關係には——入り込む餘地を與へらるべきでないのである。

二 婚姻關係の私事化・國家性喪失(Entstaatlichung)と親子關係の公法化(三九一—四〇頁)。

婚姻の國家性喪失なる現象の萌芽は、婚姻的親族關係と非婚姻的親族關係との差別を撤廢せむとする努力から生ずるものであつて、よつて、婚生子と私生子との區別の撤廢せられることとなる。既にノルウェーの一九一五年四月一日の法律はこの趣旨を示すが、ソヴェート・ロシア法においては、最も徹底してゐる。

しかるに、他方、ソヴェート・ロシア法では、親の子に對する監護扶養の義務は公的監督のもとに立ち、殊に扶養料の給付は確保される。このことは、ソヴェート共和國においては同時に經濟上の獨占者として活動してゐる國家が、經濟問題の解決が求められた場合には、またも干渉するといふことを示してゐる。

三 強行法・倫理的法規範による自由の制限(二四〇—二四二頁)。

國家意思を支配するところのこの層は、いはば彼らの利益を擁護する外堡(Aussenwerke)とも云ふべき限界を立てる。法定立のこの限界は私法の地盤においては、強行法、すなはちそれ自身としては本來伸縮性なき法倫理規範を、形成する。個人主義の法

體系は、強行法なるものをほごんご認めなかつたのであるが、今日では強行法の堆積によつて、その土臺を動搖せしめられてゐる。これと並んで、倫理もまた法内容となり法律秩序の一部となる。そうしてこの倫理概念は、時間的、空間的に變化する正義なる社會理想のうちに見出される。このことは、辯護士職務の無償性の變遷、私有財産無償沒收についてのソヴェートと他國との見解の相違なきのうちに見はれてゐる。さて、法倫理の規範においては、法規範の白地性 (Blankettcharakter) が最も明瞭に現はれる。この白地性は裁判官の權限を擴大させることになり、従つて、立法權と司法權との分界を不明瞭ならしめる。

ところで、強行的性質を有する規範の適用範圍が、さらに動機を顧慮することによつて、擴大せられた。

四 契約誠實・契約全能より契約目的全體利益の顧慮へ(二四一—二四三頁)。

強行法の堆積によつて契約の自由は單に法規上存在するにすぎないこととなる。従つて、契約誠實 (Vertragstreue) を侵すことに對する畏怖もまた消失しつゝある。このことは二つの方向に現はれる。契約上の權利のそれに反する目的への利用と、契約の許與する自由の行使の濫用視とである。後者の例としては、給付不能の概念の近年における新解釋と、適法なる解約權行使につき特殊の補償義務を認めた事例とが、これに屬する。さらにまた、ドイツ、オーストリアの保險契約の矢權約款に關する新立法もこの傾向を表はす。

以上を云ひかへれば、契約の全能は全體利益の顧慮に對して譲らざるをえないことを示す。その裁判上の例として、甜菜種子の栽培者が不作の結果數人の買手に満足を與へることのできなかつた事案についての、ドイツの判例をあける。しかるに、進んでこれが立法化するにいたることがある。その例としては、正當なる解約權の行使につき補償を要求するオーストリア代理商法の規定、また、解除權なきはずにもかゝらずこれを認むる同勞動保險法二四一條、Geldinstitutezentralgesetz 一章五條、および

同一九一九年の土地取引法が引かれ、さらにまた、違法に給付せられた物の返還請求を許與する最近のオーストリア借家法一七條もこの例とされる。そしてこの最後の事例については、個人的契約誠實を一般利益よりも高く評價する人々の間においては、かゝる給付の返還請求は否認せられる。これに反し、個人主義的・利己的・云ひかへれば資本主義的・利益の克服を最高の目的と考へる人々は、返還請求に伴ふ當事者の不利を正當なる贖ひとみる。そしてこの觀點のもとに、告知期間なしにカルテル協約の告知またはそれより脱退するの権限を認めた最近のドイツ・カルテル立法も考察さるべきである。

五 個人主義的私法の各部門における團體化(二四三—二四四頁)。

(イ) 損害賠償法における過失主義より原因主義・結果責任への發展。——まづ、過失主義が原因主義に敗退する。これは、團體思想(Verbandsidee)の個人法に對する勝利、すなはち、法についての社會的團體的なる考察の、純個人主義的なる見解に對する勝利を意味する。原因主義は初め大企業に適用せられたが、さらに進んでは結果責任が、危険共同體(Gefahrenengemeinschaft)として結合された諸企業に適用される。

(ロ) 債務者資力喪失の場合における債権者の權利保護の團體化。——和議手續の場合につき適例を示す。

(ハ) 勞働契約法の團體化。——従業員(Beschäftete)は、勞働者側の利益の擁護者として個々の勞働者または使用人の解約告知について争ふ権限を與へられ、かくて勞働場所に對する統制が容認せられるにいたる。經營内の規則の制定もこの権限に屬することをなす。さらにまた、個別的勞働關係の内容もまた團體的に決定せられるようになる(團體協約)。かくて、勞働法は團體法である。

私法の各部分領域の團體化の傾向は右のごとくであるが、最も強力にして大なる團體は國家である。個人的法律行為的活動を

「善良の風俗」等の白地規範によつて制限するとき、こゝに國家の指導觀念が法内容となる。新しく強行法が制定されるたびこゝにそれにつれて、團體法は個人法を犠牲にして擴大される。なほ、自律的團體法の個人的契約法に對する優越については、上述四を參照すべし。

六 私法の個人性喪失 (die Entpersönlichung des Privatrechts) の傾向 (四四一—四五頁)。

この傾向はその他にもなほ確認される。

(1) 企業の權利主體化 (四四一—四五頁)。

十九世紀の諸法典においては個人があらゆる權利の出發點であつたが、もはや、それは權利の擔手 (Rechtssträger) ではなくなり、企業或ひは經營がそれに代る。企業については特別の信用法 (Kreditrecht) が——例へば商品倉庫の買入に關するイギリスの立法、營業財産の買入を認むるフランスの諸法律ながら——發展し、かくて物的信用 (Realkredit) を並んで企業信用 (Unternehmenskredit) が現はるのだが、この二つは農業の領域においても認められる。スイス法の登録質權 (Registerpfandrecht)、ドイツの特別法による小作財團抵當はこの例である。さらに、勞働關係のごときも、企業と結びつくごその固有の一身專屬的性質を喪失する。經營全部の移轉は、使用人ならびに勞働者の意思いかんを問はず勞働給付に對する請求權の移轉を件ごなす見解は、裁判上次第に廣範圍に採用された。かくて、雇傭關係の連續性は企業所有權の變動によつて少しも中斷されないのである。(四四四) 發展は、企業を法秩序の客體より獨立なる權利の擔手に變化せしめた。一人會社 (Einnangengesellschaften) によつてわかるやうに、法人の衣をつけた營業 (Handelsgeschäft) こそ權利義務の擔手である。判例が、企業に對し賃借人としての保護を與へるために、企業形態の人格が變更するに、かはらず賃借人の同一性を當然のこととして認めてゐるのは、この發展の二つの表はれで

ある。すなはち、經營の客觀的事實關係 (objektiver Tatbestand) が、所有者の變更にかゝらず決定的である。フランスの一九一六年六月三〇日の法律、イギリスの Landlord and Tenant Act も、その趣旨においては、この一つの表はれとみられる。

(2) 權利の擔手より法律上の代表者へ、完全權 (Vollrecht) より機能 (一二四五頁)。

ローマ法においては直接代理はなほ全く排斥されてゐたのであつたが、今日では、經濟の指導は全然法律上代理人の手に移つてしまつた。また信託 (Treuhandschaft) はイギリスの法域にはじまり次いで大陸の法律ならびに經濟生活をますます強く支配するようになつてきたが、受託者の所有權は單に、他人の利益のためその財産權を行使するためだけに與へられたものである。外部に對する權限ある地位の許與による、[●]たが實質的權利の内部的分離を伴ふことの[●]權利の分裂の端緒は、最近百年の法の發展のうちにあります。ますます明瞭に看取される。手形法の取立委任裏書 (Prokuratindossament)、資格授與 (Legitimationsübertragung)、[●]「隱れたる」讓渡 ("stille" Zession) なども今日においては傀儡 (Strohmann) のみが株主總會において表決權を行使し、そして代表者 (Repräsentant) が株主を犠牲として會社の利益を壟斷するにいたつてゐる。すなはち、完全權 (Vollrecht) ではなくた、機能 (Funktion) のみが決定的である。

(3) 後見の個人性喪失——個人的個別の後見より職務の後見・施設後見なかんづく一般後見へ (一四五頁)。

私法の個人性喪失は、これに對して最も頑強な抵抗を試みるはずの親族法の範圍においてすら、現はれてきてゐる。オーストリア民法は後見人をは主として資産ある子の保護のために認めてゐるのであつて、その規定の大部分は子の財産の保護のために存する。しかし、今日においてはかゝる個人的後見の演ずべき役割は消失しつゝある。大部分の被後見人は職務的後見 (Beauftragmündschaft) のもとに立つてゐる。個別後見は施設後見 (Anstaltsvormundschaft) なかんづく一般後見 (Generalvormund-

schaft)となつた。後見はかくて全く個人性を喪失したのである。

七 權利の社會的經濟的機能の重要性の増大(二四四—二四八頁)

個人的諸權利の内容的諸制限——完全權の喪失——はさらにますます擴大する。個々の諸權能の社會的、または經濟的、目的が決定力をもつこととなる。ソヴェート・ロシアの一九一八年の農業法典は土地に關する諸權利を單に、相續されうるが讓渡性のない用益權と視、従つて土地についての私所有權を禁じてゐるが、ソヴェート以外の國においても同一傾向は認められる。まづその現はれとしては、實際、土地所有質 (Faustland) を押しつけてしまつたところの擔保的、所有權 (Sicherungsseigentum) 、所有權留保 (Eigentumsvorbehalt) がある。これに對するオーストリア大審院の態度の變遷はあつたが、ついに、所有權が擔保目的を有する場合には、所有權に對した、擔保權の地位のみを認めることとなつた。これは、受託者が所有權者なるにか、はらず信託者に受託者破産の場合の取戻權を認めたドイツ大審院一九一八年一月五日の判例とその趣旨を同じくする。次には、労働關係の社會的機能に基く安定である。罷業中における労働者の解約告知は爭議終了後直ちに労働者が經營で働く以上雇傭關係を消滅せしめない。また、勤務義務もないかほりに賃金も受けないところのいはゆる「免除されたる」(Freigestellte) 經營協議會の成員は、なほ被傭者と看做され、依然として社會保險を受け、「雇傭期間」の利益を享受する(一九三〇年一月二六日グリン労働裁判所判決)。また、雇主は、期間の定めなき雇傭は何時にも解約しうるにか、はらず、解約に際し補償支拂義務を負はされることがある。なほ、ロシアの労働法典第四七條は、労働協約の解除を甚しく制限してゐる。

かくて労働關係の繼續的なることに關聯し、繼續的關係は一般に一時的債務關係とは全然異つた法を生ぜしめる。債權法の諸一般原則の大部分は前者には適用しえない。繼續關係に對する支拂不能の影響もまた單純なる債務關係に對すると根本的に異なる。な

せなら、繼續的關係は云々までもなく支拂不能に頓着なくそれを越えて作用するから。さらに、賃貸借 (Miete——用益賃貸借) もまた、傳來的債務法の一般原則に従つては理解しえられない。住居 (Obdach) はまさに社會的機能を持つ、最近の立法ならびに裁判は、この社會的機能に對し、その債務法的起原に對するよりも、はるかに大きい重要性を認めてゐる。住宅に關する賃借諸權利の執行免除、家宅 (Heimstätte) の權利の處分制限などは、この現はれである。また、不當に明渡判決を受けた舊賃借人が、その判決の取消前の新賃借人に對し明渡を請求して認容されたオーストリア一九二九年二月二日判決も、この例である。かくて、機能的には、住宅についてのこの繼續的にして相續性ある使用權は、使用を提供するところの所有權と異なるところがない。まことに、所有權の擔保機能が獨立なる權利に形成されると同様、その使用機能 (Gebrauchsfunktion) もまた、そうなる。かくて、所有權についてなほ殘存するところのものは概念價值あるにすぎない。土地が實際に地方の慣習に従つて利用せられるかぎりにおいてのみ、所有者は隣地よりの通常の程度を超えたる干渉を防ぐことをうる。所有權が供與するところのものにおいてではなくて、單に所有權が奉仕するところの目的に従つて、それはいまや保護せられる (ドイツ憲法一五三條參照)。相隣權は、所有權の保護ではなく所有權の制限であつて、所有權はまさに上述の限界までは「近隣よりの間接の放出」を忍ばなければならないのである。

かくて本論を終り、本稿末尾の引用文をもつて結びを以てする。

—
レンホフ教授の所論を理解するに當つて、便宜上、これを二部にわけた。すなはち、第一部においては、同氏の提供した材料をすべて各實質關係に分類して、そのおのおのにつき、法の變遷過程もしくはその結果を明らかにしようを試みた。つゞいて第二部においては、實質關係の變動に對し法が技術的にいかに適應していつたか——いは、法律技術的發展——をみることにした。

第一部は、これを、親族關係・相續關係・勞働關係・企業關係・取引關係・所有權關係の六つにわかつ。

一 親族關係

これを夫婦關係・子の扶養監護にわけて考察する。

(1) 夫婦關係

夫婦關係に關聯しては、婚姻の方式ならびに夫婦財産制の變遷について述べる。

(1) 婚姻の方式

私法の變遷

(第二卷第一號)

(一九七)

一七

國家が、直接國民の生活を保障せず、もつぱらたゞ家團をしてその成員の生存を保障せしむるかぎり、法律上家團成員たるの身分は、必然に多くの財産的權利義務を結びつくこゝとなる。従つて、家團の成員たるの身分關係の變動ならびに状態は、第三者にまつて利害關係あるのみならず、また、内部關係においても、——殊に、これらの財産的權利義務はそれに對する對價なきこゝすなはち無償性をもつて特色とするものであるから——當事者に對して重大なる影響を及ぼす。かくて、かゝる變動乃至状態の明確を期し、また、その行爲を慎重ならしむるため、こゝにまつ、身分行爲につき方式の嚴格なるを要求される。婚姻方式の嚴格性は實にこの一つの表はれである。無論、法律上、婚姻の方式の要求せらるる根據は、これのみにかぎらない。社會進化の見地から課せられてゐるものとされる種々の條件、例へば、年齢、血族關係の有無なきを審査するためといふこゝも、その一つの根據とはなる。だが、かかる見地は今日、われわれのもゝにおいて、實際上はごんご顧みられてゐない。さらにまた、家族制度は、私有財産制度と並んで、今日の國家統治の觀念的基礎をなすものであるから、従つて、婚姻を神聖ならしめるために方式が必要とされる、といふ説明もありうるが、この理由は、わが國のごまぐ簡單なる届出のみですむといふ國においては、さほご重視されないものといふべきであらう。

かくて、この婚姻方式嚴格性の原則は、今日においては、家團成員の財産的權利義務と密接なる關係に立つも

のであるから、従つて、この原則は有産の家團には今日なほその妥當性を失はない。だが、これに反し、無産の家團成員においては財産的權利義務は空語に等しいのみならず、資本制生産の發展に伴ひ妻も子も家庭から——すなはち、家團による生存の保障から——切り離され、こゝにすでに家族制度すなはち家團自體の崩壞が生じたのであるから、身分行爲の要式性、従つて婚姻の方式嚴格の原則も、いまや、その實質的根據はほんんぎ失はれてしまつたのである。かくて、無産の家庭は、主として夫婦間の性生活を中心とするものとなり、從來これに附随するものゝされてゐた財産的權利義務の關係は多くこれより脱落し、従つて、その成員生存の保障といふ公的意義も同時に失はれてしまつた。こゝに「婚姻の私事化」(Privatisierung der Ehe) (二三九頁)の實質的根據があり、その方式自由の實質的理由がある。ソヴェート・ロシア法において、夫婦の婚姻關係が、考へえられるかぎりの最も私的な最も方式自由なる法律行爲なりとて宣言されてゐるのは(同頁)、一面において國家が直接に、家庭より切り離されたる成員の生存保障に努むるにこゝにも、すでに無産者にこゝつて現實的關係となつたところのものを、法律上、ありのままに表明したものにほかならない(六六)。一九二六年のロシア親族法典によるこゝ婚姻の締結は婚約者間の私的合意のみをもつて行ふことを許してゐる。すなはち、婚姻の登録は立證を容易ならしむるために役だつただけであつて、婚姻の合意の證明は、なほ他の方法によつても、——すなはち、例へば、同

棲生活の事實、共同世帯の存在、往復書簡またはその他の文書上における婚姻關係の表明なきによつても、——立證せられうる。従つて、登録は單に宣言的 (deklarativ) 效力を有するに過ぎざる (一條)。さらに、婚姻の解消もまた、ソヴェート・ロシア法によるに、非國家化される (wild entstehend)。離婚の登録はこれまた單に立證を容易ならしむる方法たるの效力、すなはち、純然たる宣言的效力を有するにすぎない (一八條・二〇條) となりなつてゐる (二三九頁)。レンホフが方式自由の制限に反する逆傾向として説いた婚姻方式嚴格より方式自由への傾向は右のごとき意味を有するものなのである。

(註六) 但し、ソヴェート・ロシアでも、一九一八年の人事法典では、なほ、登録婚非登録婚の區別を認めたのであつたが、これには、前記の社會進化的理由のほか、直ちに自由主義をさるゝ依然宗教婚が行はれ教會勢力打破の目的を達することができないといふ特殊の理由があつたといふことである。この點については、穂積氏「ロシア革命と婚姻法」(「離婚制度の研究」五六九頁以下) 五八二頁、ならびに、マゲロウスキー編・山之内北村兩氏譯・「ソヴェート法論」第二卷五頁參照。なほ、一九二六年の親族法典が方式自由主義をこつた理由については、前掲後者二三頁參照、そこには四つの理由が擧げられてゐる。

(ロ) 夫婦財産制

夫婦財産制は、云ふまでもなく、夫婦の財産關係を明確にすることによつて、夫婦自身のためをはかるに同時

に、また、相續人、ならびに家團と取引する第三者の保護を全うする。こゝを目的とする。こゝころが、資本制經濟組織發達の初期にあつては、財産を構成するものにして流通性の少い不動産が重視せられた結果として、家團の財産關係は比較的明瞭であり、従つて、家團と取引する第三者の保護については、他の一般的制度による第三者保護以上のこゝを、特に夫婦財産制において顧慮する必要は少なかつた。すなはち、夫婦財産制は主として夫婦のみの利便を考へて形成しておけばよかつたのであつたが、なほ、この實質的理由のほかに、さらに、新興資本主義の旗印なる契約自由、個人意志自治なる觀念的影響も加はつて、當時の夫婦財産制は比較的自由になり、レンホフのいはゆる「類型の自由」(Typenfreiheit)「形成の自由」(Gestaltungsfreiheit) (二三八頁)が、かなり廣く認められてゐたのであつた。オーストリア民法典が、配偶者に對しその財産制をこのようにでも欲するほりに形成するの選擇權を許し、そしてその際、その財産制を法律の類型に限局せず、また、それをば一度選ばれた財産制に永久的に結びつけるこゝをしない(夫婦財産契約自由の原則)のは(同頁)、この理由に基くものこゝをこゝができよう。

しかるに、資本制生産の發展に伴ひ財産の構成要素に變化を生じ、流通性強き財貨が主要なる地位を占むるにおよび、家團の財産關係は外部的に不明瞭なものとなり、従つてこゝに、家團と取引する第三者の保護がより重

要なる問題となつた。かくて、かゝる事態の生じたところでは、そして法がこれに比較的早く適應したところでは、まづ、夫婦財産制の自由なる變更が禁ぜられることになり、財産制不變 (immutabilité) の原則が宣言せられるに至つた (フランス民法第一三八七條・一三九四條以下、イタリア民法一三八二條乃至一三八五條、ポランダの一八二五年法律二〇七條) (二三八頁)。のみならず、さらに、これらの立法ならびにスイス新民法一七九條は、夫婦に對し、たゞ、法律に豫定せられた財産制のうちよりの選擇權を、與へてゐるに止まる (同頁)。例へば、イタリア法においては、所得共同制 (Er rungenschaftsgemeinschaft) または嫁資制 (Dotalsystem) のうちより、また、ドイツ民法においては、妻の持參財産についての管理共通制 (Güterstand der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Frauengutes)、別産制 (Gütertrennung) および三個の共同制類型 (Gütergemeinschaftstypen) のうちよりの選擇を認むるにすぎない (同頁)。だが、發展はこゝにも停止しない。最近の立法たるメキシコおよび南アメリカの立法 (アルゼンチン民法第二二七條) は、さらに進んで、夫婦に對し何らの選擇權も與へず、たゞ法律の指定する一つの財産制によることを命じてゐる (同頁)。こゝにいたつて、第三者の保護は最も徹底したもの云はなければなるまい。かくて、レンホフのいはゆる類型の自由より類型の強制 (Typenzwang) への變遷は、明らかにせられた (七)。

(註七) 夫婦財産制についての各國の立法の内容、その變遷の跡などについては、詳しくは、近藤氏「夫婦財産法の研究」を参照せられたい。

さて、そこで眼を他に轉じよう。もももこの夫婦財産制なるものは、夫婦に財産があつて——殊に妻に財産があつて——はじめてその本來の面目を發揮しうるものであるから、無産の夫婦については、その制度の中心的部分はその意義を失はざるをえない。のみならず、いはゆる家族制度の解體は家團成員をおのおの社會的獨立人たらしめたのであるから、家團を單一體とみて、これと取引する者を保護せんとする法規——例へば妻の家事代理權の規定——のごときは、この意味から云つても、その存在理由は失はれる。かくて、無産夫婦の財産關係について残るところは、主として、單に少額の賃銀所得の歸屬の問題のみとなるべき運命にあり、それはもはや「夫婦財産制」なる名に値ひしないものである。ソヴェート・ロシアの一九二六年の法律（一〇條および一三條）においては、婚姻前の財産についての財産分離の制度、婚姻中に取得せる財産についての所得共同の制度が、確立されてゐて、すなはち、『すべてこれと異なる約定は無効にして拘束力なし』とされるのは（二三頁）、法がこの現實關係に適應したにすぎないのである。たゞ、ここで、その、強制的單一財産制をこつてゐるこいふ外形からみれば、前記のメキシコならびに南アメリカの立法と異なるところはなさそうに一應みえる。だが、同一なのはその

現象形態についてのみであつて、その本質においては全く異なる。メキシコ、南アメリカにおける夫婦財産制は、夫婦財産制度そのものの強化の極致であるに反し、ソヴェート・ロシアにおけるそれは、死滅せんことを夫婦財産制の最後の殘骸を示すものである。それは實に、夫婦財産制なる制度を不要ならしむる傾向を包藏するところの夫婦財産制なのである。レンホフがソヴェート・ロシア法の夫婦財産制を類型強制の傾向の一つの現はれしめて擧げてゐるのは、かゝる意味に理解すべきであらう。

(2) 子の問題

レンホフのあげた資料に従つて、これを、私生子の問題と子の扶養監護の問題にわけて述べる。

(1) 私生子

既に婚姻の方式(1)(1)に關聯して述べたように、正統婚姻態たる家團がその成員の生存を保障するの社會的職能を営むかぎり、家團成員たるの地位は、必然に各種の重要な財産的權利義務と結びつくものである。正統婚姻態たる家團に對する私生子の闖入は、従つて、當然にその正統成員の利害關係に影響を及ぼさざるをえない。これが、社會的に私生子差別待遇の生ずる第一の理由であつて云はゞその實質的根據である。ところが、私生子差別待遇の行はるるについては、さらに第二の、いはゞ觀念的根據でもいふべきものがあるのであつて、

それは、『婚姻尊重觀念』にも名づけられるべきものである。だが、この第二の根據たる、制度としての婚姻を尊重するの觀念は、それをおしつめてゆけば、結局は、正統婚姻態が社會的機能を營むことから生ずるものであり、それ故、ついに第一の理由に還元せらるべきものであらう。かくて、私生子差別待遇なる現象は、畢竟、家團成員の財産關係と密接なる關係に立つこゝが明らかとなつた。

こゝで、無産者にまつては、家團それ自身に財産がないのであるから、従つてその成員たる身分に伴ふ財産關係の如きも、もはや大なる意義を有しえない。それ故、無産者の間においては、私生子差別待遇の實質的根據はすでは失はれてゐるものと云ふことができる。しかもなほ、もし現實において無産者の間においても差別待遇の現象が行はれてゐることをすれば、それは、社會を動かしてゐる有産者の考へ方が影響力を持つてゐるがためにほかならない。この觀念的影響のなくなつた瞬間に、そこに、私生子差別待遇の終焉が見られるであらう。すでにソヴェート・ロシアの一九一八年の人事法（一三三條）において、婚姻上の出生と婚姻外の出生との間の差別は、ほごんご全く撤廢せられたのである（一三九頁）。ここにおいてか、私生子の問題は、子一般の問題のなかに解消する。國家はたゞ、他の一般の無監護兒なきと同様に、その扶養監護教育に専心すべきことなるのみである。

(口) 子の養育監護

有産家團の子女については、その養育監護は、これを家團乃至近親者にまかせておいてさしつかへない。これ、民法の規定する個人的個別的なる親權、後見、扶養なきの制度が今日なほ、彼れらに對してその機能を完全に發揮してゐる所以である。

しかるに、無産の家團にあつては、一方、財産なきが故に子の扶養監護教育が困難になると同時に、他方、家族制度の解體に伴ふ家團成員の家庭よりの離散は——すなはち、親は親、子は子で別々に働きに出るような現象は——監護教育の實行を不可能ならしめてゐる。そこで、無産の子女に對する養育監護の機能は家團より追放せられ、従つて、民法の親權後見扶養なきの制度は、彼らに對してはほんごんご空文に歸する。かくてここに、無産の子女の養護に對する國家の社會政策的干渉の問題が起る。そうして、その一端としてはすでに義務教育の制度が現はれ、また、公的幼年保護の制度が行はれる。オーストリア法についてレンホフが、「民法の個人的後見人 (persönlicher Vormund) は、しかし、今日においてはその演ずる役割は消え去りつゝあるのではあるまいか。被後見人の極めて大なる部分は、職務の後見 (Berufsvormundschaft) のものに立つてゐるのであつて、これはかようにして公の任務を果しそして完全に非個人的なものである。すなはち、個別の後見 (Einzelvormundschaft) は、施設後見 (Anstaltsvormundschaft) (オーストリア民法改正二〇七條) なかんとく、一般後見 (Generalvor-

mundschaft) (改正二〇八條) になつてしまつた。後見はかくて全く非個人化された。それはいまや公的少年保護 (öffentliche Jugendfürsorge) なのである (一四五頁)。「ミ述べてゐるのは、これに當るものであつて、レンホフはこれを私法の個人性喪失 (Entpersönlichung des Privatrechts) の一例とする (一四五頁)。

ミここで、國家が無産子女の養育監護について干渉するには、右のような直接的方法のみならず、また、間接に親の扶養義務の履行を確保することによつてその養護を全うせんミする方法もある。そして、この後の方法も、ソヴェート・ロシアにおいては、はなはだ擴大されて採用せられてゐるのであつて、レンホフはこれを婚姻の國家性喪失 (Entstärkung der Ehe) の傾向に對する逆傾向ミみる (一三九頁)。すなはち、まづ

a 扶養料の給付そのものを強制することによつて養護を確保するためには、一九二六年の親族法第四六條によるミ、裁判所は、親たちが未成年の子に對するその扶養義務を履行しない場合に、その親たちより親權を剝奪しあるひは少くミも子を連れ去つて後見ならびに養育の機關に監護を委ねることができ、なほその際裁判所は子に對する親の扶養料給付を決定するのである (一三九—一四〇頁)。次に、

b 扶養義務者を確定することによつて扶養料給付を確保するためには、

(i) 身分機關において父ミして指示された者は、この指示を知つてより一ヶ月内に異議を申立てざるか

きり、確定的にその子の父として身分登録簿に登録される(一九二六年の親族法二九條)。この故に、その母に對しては、すでに懐胎中において胎兒の父を指示して届出をなす權利が與へられる。なほこの際、その女が他の者と結婚してゐるか、或ひはまた、その結婚の相手が現に請求を受けてゐる者であるかは、全然問題にはならぬ(一三九頁)。

(ii) 懐胎期間中、子の母が數人の男子と關係した場合につき、一九一八年の法律は、かゝる場合、全部の男子をして、はたして父でありうるか否かを問はずして、責に任せしめたのであり、いまや、ロシア社會主義聯邦ソヴェート共和國(R. S. F. S. R.)の婚姻法第三二條は、裁判所はそのうちのたゞ一人を父として決定すべき旨、規定してゐる(一四〇頁)。但し、ウクライナ社會主義ソヴェート共和國(Ukrainische S. S. R.)の一九二六年の法律は他の者にも連帶責任を負はせてゐる(同頁)。

二 相續關係

相續制度は私所有權制度と切り離しえないものであつて、前者について論ずることは必然に後者に對する考察にまで導かれる。しかし、こゝでは、レンホフの提出した材料に關してのみ一言するに止める。それは、

死後處分自由の原則と遺留分制度 についてである。

フランスにおいては、革命時代、長子相續および男系相續の特權を廢止し、相續權平等の原則を強行した結果、一時、遺言處分の自由は極度に壓迫されたが、その後一九〇四年の民法典では、portion disponible (可讓分)の限度において死後處分の自由は復活されたのであつた。すなはち、この法典においては、被相續人の裁量にまかせられた『可讓分』は、遺子二人の場合には單に三分の一、それ以上の場合には單に四分の一である(スイス民法第四七〇條以下も同様)(二三三頁)。また、一八一一年のオーストリア民法典においても、遺言の自由はフランス民法より多少は廣く認められたことはいへ、やはり、配偶者のためにではないが、子ならびに親のために、遺言の自由は制限せられたのであつた(同頁)。そうして、今日諸國の法制もまた、大體これこそその軌を一にしてゐる(八)。

(註八) 遺留分制度については、詳しくは、近藤氏「相續法の研究」二〇三頁以下參照。

おもふに、現代資本制社會においては、死後處分の自由・遺言の自由 (Testierfreiheit) は、この社會の法制の根本原則たる契約自由の原則のコロラリーとして、當然認めらるべきものである。すなはち、各人はその生前に自己の所有財産をいかようにも處分しうるに同じく、自己の死後におけるその財産の運命も自由にこれを支配しえなければならぬのである。しかるに、この死後處分の自由を無制限に認むるべきは、ついに、家父は多くの

財産を他人に遺贈し、よつて、その財産によつてはじめて生活を可能ならしめらるべき相続人たる家團成員は、その利益を害せられ、はなはだしきはその生存を脅かさるるにいたる。ここにおいて、これらの者の生存を保障せんとする社會政策的意義を有する對策として、しかし、結果からみれば、相續制度本來の社會的機能の回復として考へられるものが、可讓分乃至遺留分の制度なのである。レンホフが「自由思想 (Freisheitsidee) に對する平等思想 (Gleichheitsidee) の鬭争」(二三五頁)として特徴つけてゐる現象は(九)、實は、かような意義を有するにすぎないのである。

(註九) Hedemann, Fortschritte, II. Teil, I. Hälfte, S. 66. ff. 〇. ンキフを同見解である。

ところで、ここに遺留分が社會政策的意義を有するといふのは、その成員生活の保障を家團の財産に負擔せしむることにより、間接に國民の生存が保護されるからである。しかるに、これは有産家團についてのみ云へることであつて、無産家團の成員に對しては、かゝることは、全くその意味をなさない。従つて、かような無産者に對しては、さらに高き立場の社會政策が要求されることとなる。すなはち、家團のためよりも、より大なる社會のためといふのが、その標語となるのである。かゝる傾向の一つの現はれとして、相續税の問題も(二三五頁)、一應理解せられてゐる。(但し、この理念が現實化されるか否かは、もつぱら、それは、政治の決するところで

ある。)レンホフは、かゝる傾向を、「團體思想の進出」(das Vordringen des Gedankens des Verbandes)と名づける。

なほ、以上の社會政策的意義を有する國家の干涉のほかに、經濟政策的意義を有する國家の干涉も現はれる。すなはち、一子相續人(Anerbe)がその代表者であるところの家團の利益のためにする土地の結束(Bindung)は、平等思想の尊重よりも、さらにもつゝ顧慮に値ひするもののように見えてくる(二三六頁)。そうして、國家の利益は、平等思想(相續人間の土地の分割)の廢棄をもたらす(同頁)のである。

三 勞働關係

近時における勞働立法の發達により、法學上、新法理の展開のめざましきものがあるが、ここでは、勞働者の地位改善の自律的方面たる團體協約の問題と、その他律的方面なる國家保護に關聯する二三の問題とに觸れるにしよう。

(1) 團體協約

「勞働法の領域においては、團體協約(Kollektivvertrag)が法律の分野を支配してゐる。國家の勞働契約法の意義は、ますます輕微なものとなりつゝある」(二三八頁)。個々の勞働關係の内容は、まづ第一に團體的(Kol-

aktiv)に決定せられる。オーストリアにおいては、反テロ法 (Antiterrorgesetz) の形をつつた一九一九年二月一八日の調停裁判所設立ならびに團體的労働協約に關する法律 (E. A. G.) によるが、従業員全員 (Belegschaft) は、みづから一の團體的協約當事者に屬する者でない場合も、團體協約に拘束せられる (同法一四條二項三項) (一四二頁)。そして、各個人はこの效力を排除するをえない。たゞ従業員のみこれをなしうる (同一四條三項) (同頁)。これを免れんがためには、各個人は、團體協約の包含せるよりもより有利なる條件が自己に提供せられたる旨の主張を、貫徹しなければならぬであらう。總體 (Kollektivum) の條件よりも劣悪なる條件の申出は、かくて排除されてゐる (同一四條二項) (同頁)。従つて、全労働契約法は殆んど實際には團體化せられてゐる。たゞ、被傭者個人 (Person) の選擇のみがなほ依然として個人的裁量に——それは労働紹介所の拘束ならびに内國労働者保護によつて制限を受けてゐるが——まかされてゐる。さらにまた、ロシア労働法典は、第四九條において、あらゆる労働契約は所轄労働組合の要求によつて解約告知せられなければならないと定めてゐる。「労働法は、だから、團體法 (Verbandsrecht) である」 (同頁)。

(2) 國家の他律的保護

これに關しては、使用者の解約告知權の制限と、被用者の労働の所産の保護とについて述べ、終りに國家によ

るこの労働者保護は、國家のより大なる他の利益によつて、必然に制限される事例を掲げる。

(1) 解約告知權の制限

諸國の民法の規定によれば、期間の定めなき雇傭契約においては、使用者または被用者は何時にても自由に解約を爲しうるこゝになつてゐるのであるが(例へば、フランス民法一七八〇條二項)(一四二—一四三頁)、この解約告知の自由は、勞務者保護の立場から直接ならびに間接に制限を受ける。

a 解約告知權の直接的制限

ドイツ經營協議會法(B. R. G.)によれば、一労働者または一使用人の、解約告知或ひは解雇について、經營協議會(Betriebsrat)によつて代表せられる従業員(Belegschaft)が争ふ權限を持つてゐる。すなはち、同法第八四條一項によれば、何ら理由を示すこゝもなくして解約告知の爲された場合、その採用の際に約定した以外の労働を繼續的に爲すこゝを被傭者が拒絶したからこゝいふ理由で解約告知された場合、また、解約告知が被傭者の行爲もしくは經營の事情に基かざる・不當なる・峻嚴さを示す場合なきにおいては、従業員は、右の權限を有する(一四三頁)。また、オーストリア一九二三年一月一二日の法律第一三條によれば、重傷者の解約告知は、もつぱらたゞ中央救護所(Hauptfürsorgestelle)の同意を得てのみ許されることになつてゐる(同頁)。さらにもた、

ソヴェート・ロシア一九二二年の勞働法典第四七條は、期間の定めなくして締結せられた勞働契約の解消を、單に、企業の解散或ひは事業の縮小または被用者の明白なる不適任ある場合にのみ認めてゐる(一四六頁)。

b 解約告知に際し補償給付を命ずることによる間接的制限

フランスにおいては、期間の定めなき雇傭につき解約の自由を認める民法第一七八〇條第二項の規定あるにかゝらず、判例は、被用者がその活動により使用者に利益を、例へば新しい取引關係をつくつたことなきによつて、與へた場合には、解約の際に被用者に對し補償給付を爲すべき義務を、使用者に課する(二四二—二四三頁)。オーストリアにおいても、解約に際し補償 (Abfertigung) を被用者に對して支拂ふべき義務が認められてゐる(一四六頁)。また、イタリアの勞働憲章 (carta di lavoro) 第一七條は勞働者に對し、イタリア一九二四年一月一三日第一八二五號命令第一〇條は使用人に對し、責なくしてその地位を失ひたる場合に、補償の請求權を與へてゐる。

(ロ) 勞働の所産の保護

この點につきレンホフの提出したものは、單に、オーストリア特許法についてである。すなはち、同法第五條ノ三第一項によれば、使用人の將來の發明またはその利用につき使用者にその權利が歸屬すべき旨の・使用者な

らびに使用人間の・約定は、それが業務上の發明に關し、かつ、約定の締結が書面によらざる場合においては、效力なしを宣言する（二三九頁）。

(ハ) 國家の直接または間接の勞働者保護は、それが國家の最高目的たらざるかぎり、殊に多くの制限を受くること云ふまでもない。その一例としては——レンホフの擧ぐるところによる——オーストリアの *Geldm.-sicherungsgesetz* の第一章第五條に従へば、同規定に擧げられた雇傭關係は、和議手續の開始後は、その契約内容殊に雇傭期間の定めのごときは顧慮せられることなく、直ちに、單に法定の告知期間を遵守するのみで、解除されうることになつてゐる（一四二頁）。

四 企業關係

企業については、まづ今日最も重大なる意義を有する獨占企業について、その各種の法律關係を明らかにし、次に、一般の企業の問題として、企業の個人性喪失の現象、企業金融、および企業責任について述べる。

(1) 企業獨占の法律關係

獨占企業がいかにして發展し、また、今日の經濟組織においていかなる地位を占めてゐるか等の問題については、既に、經濟學者の研究によつて明らかにされてゐるのであるから、ここには、もつぱら、企業獨占の法律關

係を取り扱ふこととする。すなはち、限られた範圍においてではあるが「自由經濟に對して拘束せられたる經濟が、規制せられざる無計畫生産に對して計畫經濟が、次第に現はれてくる」(二三五頁)といふ現象の法律的側面を——レンホフの提供する資料の範圍内において——明かにしようを試みる。

この問題は、獨占體の外部關係特にその需要者に對する關係を、獨占體の内部關係の問題にわかれる。

(1) 獨占體とその需要者の關係

獨占體とその需要者の關係は、これを、需要者に對する支配すなはち獨占的地位の生成が、法律的にいかなる形で現はれるかといふこと、獨占體によつて支配されることの相手方の保護に關する法制に、わけて述べる。

a 獨占的地位の生成

これは、さらに、事實上の支配の生成を法律が認めるにすぎない場合、法律が積極的に獨占的地位を作出する場合にわかれる。

(i) 獨占的地位の事實的生成

カルテル・シンヂケート・トラスト・コンツェルンなどの獨占組織によつて獨占的地位の生成確保されること

は、いままら、説くまでもないことである。ところが、かゝる高度の獨占のほか、なほ、不正競争 (unlauterer Wettbewerb) の法律的禁止、或ひは、經營の秘密 (Betriebsgeheimnis) の法律的保護によつても、獨占的地位が事實的に——間接には法律的にはあるが——形成される。すなはち、不正競争に關する諸法規は、一の企業の特許 (Patent) の保護を極度に顧慮するものである。最も快適にして最も完全なる裝備を持つてゐることの、世人に弘く愛用せられてゐる・商品を製作しまたはそれを市場に持ち出すことは——かゝる裝備の製作が既に、その商品に最初かゝる裝備を施したる企業に對する侵害を評價されるのだから、——その爲しえないことだといふ事情によつて、もし競争しいものが取り除かれるならば、すなはちそのときは、この企業に對して、法律上、かように裝備せられたる物品についての獨占的地位が與へられることなるのである。このことがさらに一層強められるのは、すなはち、經營の秘密が企業部面の保護領域 (der Schutzbereich der Unternehmenssphäre) のうちに含められ、その結果、或る一定の商品の製作又は販賣について使用人の獲得した特殊の諸知識の利用が、いはゞその企業に附着すべきものとされる場合においてである。従つて、經營又は營業の秘密の保護の強化はすべて、必然に獨占的に作用せざるをえない (二二六頁)。

(ii) 獨占的地位の法律的形成

(a) 法律は、カルテル、シンヂケートなきの形成を強制し、もしくは、既に事實的に成立せるカルテル、シンヂケートなきに加盟を強制するところがある。すなはち、石炭ならびに加里經濟は、ドイツ國においては——一九一九年の法律により——計畫的に統制せられてゐる。それは、國石炭會議 (Reichskohlenrat) と國加里會議 (Reichskalirrat) によつてであつて、これらの下に位してシンヂケートが活動する。そしてこれらのシンヂケートは、なるほら『自發的に』(“freiwillig”) 形成せらるべきものではあるが、しかし、國經濟大臣はなほ(強制的に) 加盟を命じうるのであるから、制壓 (Druck) の下に立つてゐるのである。ちなみに、フランスにおいてもまた、國家の行政府 (Staatsverwaltung) は、炭礦所有者に對し、販賣を販賣シンヂケートを通して行ふことを命じうるのである(二三五頁)。

(β) 法律はまた、特許 (Konzession) によつて獨占的地位を作出する。オーストリアの一九二九年一二月二〇日のオーストリア自動車法 (Kraftfahrzeuggesetz) 第二條第五項は、交通用に許容せられたすべての自動車について賠償責任保險 (Haftpflichtversicherung) の爲めらるべき旨を定めてゐるが、その保險施設 (Versicherungsanstalten) の數は、特許制度によつて、制限せられてゐる(二三六—二三七頁)。かくて、かかる保險施設は、獨占的地位を獲得するのである。

b 獨占體の支配を受くる需要者の保護

獨占組織の威力に屈從する需要者の保護のための對策は、レンホフの資料によれば、次の三つにわかれる。

(i) 獨占的地位濫用の制限

獨占體の一方的に定むる契約條項に需要者が拘束される結果として、需要者は不當に不利益を蒙ることがありうる。そこで、これに對する唯一の保護をば、裁判は、善良の風俗なる制限 (die Schranke der guten Sitten) に依據することによつて、與へてゐる。しかし、傳來的意味において善良の風俗に對する違反を理由づけるがためには、かような納入或ひは販賣の條件は、はなはだしく『一面的』ならざるをえないだらう。諸見解の變遷は、裁判の變遷のうち極めて明瞭に表はれてゐる。まづ最初は、裁判は、カルテルの有効なることをば、取得の自由および契約の自由に依據することによつて、基礎づける(ドイツ大審院一八九七年二月四日判決)。わづか一代後においては、すなはち、獨占的地位の利用による契約自由の廢棄、従つて、經濟的自由の逆が、いまや、自明的のこゝこ考へられる、何人も『自己の利益を擁護すること』を妨げられるこゝこなしむいふ理由で(一九二八年三月一二日の判決)(二三六頁)。しかるに、その後、一九三〇年七月二六日のドイツ新カルテル緊急命令(Kartellnotverordnung)(カルテル命令四條・一〇條)は、國政府に對し、全體經濟(Gesamtwirtschaft)または公

共福社 (Gemeinwohl) を危うくする場合のみならず、さらに、『經濟上の行爲の自由を國民經濟的に是認しえざるがごみき方法をもつて制限する場合において』も、カルテル協定の無効宣言をなす權限を與へてゐる。政府が、それに對する權能を與へられてゐるのだが、「この政府たるや、議會制共和國においては支配的諸政黨の指數であり、従つて、資本主義的要素 (der kapitalistische Einschlag) の優越さのいかんによつて政府の干渉の問題が較量されるのである。」(二二六頁)

(ii) 獨占體に對する締結強制

獨占體は、既にその企業についてはごんご全部にわたる支配的地位を取得してゐるのであるから、もし、需要者に對し契約の締結を拒むときは、需要者は、もはや需要の満足を他に求めることができないであらう。そこで、今日においては、公益的大企業については、多く契約締結が強制されてゐる。オーストリアにおいては、旅客運送大企業には鐵道命令 (Eisenbahn V. O.) 第三條により (二二七頁)、郵便事務には郵便規則 (Post O.) により (同頁)、電流供給企業には一九二九年七月二日の電氣法 (Elektrizitätsgesetz) 第八條により、それぞれ契約の締結が強制されてゐる。この最後の法律は、電流供給企業に對し、一般的條件による電流の供與を何人かに拒絶することゝを——そしてなほその拒絶を、敷設作業の實施或ひは傳導材料の購入をもつて電流供給の條件をなすが如

き、間接の方法により行ふことも——禁止してゐるのである（二二七頁）。

(iii) 獨占體そのものの弱化

前に述べたドイツの一九三〇年のカルテル緊急命令は、カルテルを豫告期間なしに解約告知またはそれより脱退するの權限を認めてゐる（一四三頁）。

(iv) 獨占體の内部關係

内部關係について法律的に問題となるは、自律的規範の發達である。すなはち、經濟および經濟要路者 (Wirtschaftsfaktoren) 自身が彼らの行動の規範を定め、従つて、この自律的規範が法律の他律的規範を排除する現象がそれである（二二七頁）。事實上、經濟の最も重要な領域は、かような自律的の團體規範によつて規制せられてゐる。例を擧げよう。かの、團體に結合せられてゐるところの銀行相互間において協定された諸條件は、大體において金融經濟を規制する。時折、國家の行政は自己に最終の監督權を留保するだけである。私的保險施設の保險條件は、全然統一的に確定されて、私的保險を規律する。エネルギー企業（電氣、石炭）の供給條件はこの領域における生きた法を表現してゐる。また、加工工業の領域においても、一般的には、自律的團體法が支配してゐる。個別的協定にまかされてゐるものは、たゞ單におそらく、價格の決定のみであらう（利率、保險料額、

供給價格)。法學的に最も重要な問題——例へば、遲滯の效果、擔保責任に基く請求權、不履行または不完全履行の效果、品質の問題、第三者の行爲に因る責任、なき——の規制は、事實上普通の諸法典より取り上げられてしまつたのである(二二七頁)。

かくて、自律的規範が獨占體内部の關係を規制するのであるが、かゝる規範は、たゞひ法律上その效力を否定せられてもなほ、事實上の效力を持ちうる。一九三〇年五月二日のオーストリア自動車規則第五三條は、いまだに、保險施設相互間の、自動車經營に對する強制的賠償責任保險の料率協定に對してのみは、何らの法律上の效力を認めてゐない。けれども、この規定は、無論、保險施設が事實上かような保險料率を相互間において協定し、そしてこれらの協定を遵守することを、妨げることはできない。保險施設は、非常に多くの領域において、相互に頼りあつてゐるのであるから(償還の問題、再保險の問題、區域協定の問題)、従つて既にこの故に、團體規範を個別規範よりも重んずることになるであらう。謂はゆる紳士協約(gentlemen's agreement)は、明白に法律上效力なきにか、はらず、特別に有效なものになつてゐる(二三八頁)。

(2) 企業の個性喪失

(1) 「その意思力のうちに第十九世紀にできた諸大法典が主としてあらゆる権利の出發點を見たところ

の、かの人間 (der Mensch) が、これまで権利の擔手なのではなくて、經濟的活動の廣區域においては企業 (Unternehmen) 、狹區域においては經營 (Betrieb) が、それである。「經濟的發展は「企業を法秩序の客體 (Objekt der Rechtsordnung) より、獨立なる權利の擔手 (selbständiger Rechtsträger) に變化せしめた。」 (一四四頁) すなはち、企業所有者の人 (Person) は重要性を喪ひ、企業自體、「經營の客觀的事實關係 (objektiver Tatbestand) 」或ひは「事業の附屬物 (Geschäftsbehör) を備へた營業 (Handelsgeschäft) 」のみが決定的なのである。その適例はこれをいはゆる一人會社 (Einnangengesellschaft) に見る。すなはち、この場合には、有限責任會社 (Ges. m. b. H.) のすべての持分、或ひは株式會社 (A. G.) のすべての株式が、たつた一人の人に屬するのであるが、しかし、權利義務の擔手はこの人ではなくて、「一の獨立な法人の衣をつけた營業 (Handelsgeschäft) 」なのである。さて、そこで、この企業の非個人性は、法律上どんな姿で現はれてゐるかを例示しよう。まづ、裁判上、オーストリア大審院の一九二五年二月九日判決は、企業が、有限責任會社の解散後、合名會社によつて繼續される場合に、その企業が賃借人としての保護を受べきや否やについては、かような會社形態の變更にもか、はらず、なほその同一性を當然のこころとして認めてゐる (一四五頁)。また、立法の上においても、フランスの一九一六年六月三〇日の法律、およびイギリスの一九二七年の Landlord and Tenant Act の思想もまた、結

局、一の企業に使用されてゐる營業場屋は、企業の持主の人 (Person) についての變更によつてこの企業から取り上ぐることは許されないといふことに歸する。前者によれば、賃借關係の二年間存続後、關係を更新しないときは、賃貸人は損害賠償義務を負はしめられ、後者によれば、五年間營業の後においては、その場屋における營業によつて作り出された good will について賠償請求權が發生せしめられてゐるのである。(今は廢止せられてゐるが、フッシ^{フッシ}前のイタリア一九二二年四月三日の法律も同趣旨を示してゐる。) (同頁)

(□) かくて企業の非個人性は確立せられた。従つて、その結果として、法律上の代表者 (Rechtsrepräsentant) は、權利者たる人 (Person) に對比してますます重要性を加へる。經濟の指導、企業の實權は、法律上代表者の手に歸する。「銀行重役と實業會社取締役、個別的支配人と包括的支配人は、掛引しそして取引し、締結しそして記帳し、訴訟をなしそして和解する。所有者は、全然匿名に、まつてゐるか、或ひは經濟的舞臺より消え去るかする、多く故意にそして計畫的に。」(一四五頁) 今日、株式會社の總會において表決權を行使する者は、ほんごんに單に傀儡 (Strohmann) のみであつて、株主の犠牲において會社の利得を自由に處理する者は、實に、代表者たちなのである。かくて、「完全權 (Vollrecht) ではなく、たゞ機能 (Funktion) のみが、決定的である」(同頁)。

(ハ) 企業の個人性喪失の結果として、労働關係の^{ごんぎ}一身專屬的關係(die höchst persönliche Verhältnis)さへも、その固有の一身的特質を喪失する(一四四頁)。そして、この點が最も問題となるのは、企業譲渡の場合である。いまや、裁判所は次のごんぎ見解を採用した。それはすなはち、それに對して労働の給付せらるべき經營の全部の移轉は、使用人ならびに労働者の労働給付に對する請求權の移轉を、被傭者の意思に反する場合においてもなほ、伴ふといふことである。すなはち、經營に採用せられたる被傭者は、經營そのものに(dem Betriebe als solchen)重點を置いたのであつて、人(Person)ではないと、看做されるのである(ドイツ労働契約法草案二五條、Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts I. 249 ならびに同所引用書——)の問題は争はれてゐる——^{二四七} E. Adler bei Klang III. S. 214 参照)。雇傭關係の連續性(die Kontinuität des Dienstverhältnisses)は企業所有權の變動によつて少しも中斷されないのである。(一四四頁)

(3) 企業金融

企業金融として特に注目せらるべきは、企業そのものの擔保の問題と、個別財産の讓渡擔保・所有權留保の問題である。(10)

(註10) これらの問題については、我妻氏「近代法に於ける債權の優越的地位」一八一—一三三(法學志林三〇卷三・五・六號)

を参照。

(1) 企業擔保

企業乃至經營は競争において決定的意義を持つところの・廣大或ひは狹小なる・獨占的地位を持ち(商號や商標のなき無體財産權、特異性 (Kennzeichnende Eigenart)、經營の祕密)、さうに、企業の構成成分を爲す物的積極財産——それは『企業の附屬物』(“Zubehör des Unternehmens”)すなはち主として企業の信用基礎を形成してゐるもの——を持つ。それ故にこれに對して特別なる信用法 (Kreditrecht) が發展する。そして、その最初は、イギリス法においてである。一八七八年及び一八八二年の Bills of Sale Acts (動産讓渡證書法) によれば、商品倉庫 (Warenlager) は賣渡證書の交付によつて債權者に質入せられる。但しこのことが七日内に特別の公簿に登録せられることを要件として。フランスの、一八九八年三月一日、一九〇九年三月一六日ならびに一九一三年七月三十一日の諸法律も營業財産 (Handelsvermögen) すなはち fonds de commerce の特殊の質入を認めてゐる。なほ、この營業財産の基礎のうちには clientèle (得意先)、achalandage (販路) 及び場屋 (Lokal) (propriété commerciale) に對する利益處分が屬する。(一四四頁) かくて、物的信用 (Realkredit) を並んで一法的に獨立せる企業信用 (Unternehmenskredit) が生れた(同頁)。さうが、これは、たゞに商人的ならびに營業

的領域においてのみならずまた農業の領域においても現はれる。スイス法は一定の金融施設 (Geldinstitute) ならびに組合 (Genossenschaften) の請求権擔保のためにこの登録質權 (Registerpfandrecht) を認めてゐる (占有を移轉せず、特殊の登記簿に登録することによつてする、家畜に對する質權の設定——スイス民法八八五條)。(同頁) さらに、個人的占有質の・經營の動産抵當への・この遷移を示してゐるものに、なほ、ドイツの一九二六年七月九日の法律がある (一一)。この法律は、小作人 (Pächter——用益賃借人) に屬する財團 (Inventar) に對し區裁判所における質契約證書の提出 (Niederlegung des Pfandvertrages) によつて爲す質權の設定を規定しそれに公示力を與へてゐるが、これも同様に一定の信用施設 (Kreditinstitute) に限つてゐる。(一四四頁)

(註二二) この法律については、我妻氏「獨逸における小作財團の上の登録質制度の創設」(山田教授還曆祝賀論文集) 參照。
(□) 個別財産の讓渡擔保

中小企業の金融のためには、從來法律の規定する質權・抵當權の制度では不完全である。例へば、企業に使用しつゝあるまゝの個々の動産をもつて金融を受くるが如きは、民法の規定では不可能である。そこで、それを補ふべく生れたのが、讓渡擔保の制度なのであつて、まづたく「擔保的所有權 (Sicherungseigentum) ならびに所有權留保 (Eigentumsvorbehalt) は實際的には占有質 (Faustpfand) を押しつけた」のである (一四六頁)。裁判

は、はじめは、なほ、これらの發展形態に對立する從來の範疇に拘泥しながらも、次第にこの發展に追隨する。いまだに一九一六年五月二三日の判決では、オーストリア大審院は次の見解をまつた。すなはち、機械を、支拂まで所有權を留保して供給した機械製造家は、支拂遲滞の場合においてその請求權を救ふために、信用の基礎 (Kreditgrundlage) すなはち供給された機械に對して強制執行を行ふやいなや、擔保を喪失する、といふのである。オーストリア大審院は、自己の物につき差押質權 (Pfändungspfandrecht) は成立するをえない、といふ個人的ロマン主義的原則 (individuell-romantischer Grundsatz) の威壓のもとに、當時いまだにまつたく型的 (Schematisch) だつたので、こゝで所有權留保はまつたく單に擔保權を作り出さうとするものだといふこゝを看過した。だが今はそれを悟つた。もし機械製造家が機械をば所有權を留保して賣却したとするならば、その買主の和議手續或ひは破産の際に、製造家は自己の所有權を取戻權 (Aussonderungsrecht) として主張するこゝに、局限せられはしないであらう。(これが前掲判決の必然的結論であるはずだつたらう。) いまや物の見かたが變つてきた、すなはち、『所有權留保は、單に別除 (Aussonderung) の權限を與ふべし、だが、賣主にこれを爲す義務を負はしむべからず、けだし、賣主により留保せられた所有權は、擔保的所有權の一特種にはかならないからである。所有權形態が他の目的に使用せられるのである。このこゝはその結果として、賣主が和議手續において別除權者

の諸権利を持つこととなる。』(一四六頁) 文字どほりかように一九二七年一月二八日の判決が述べてゐる。すなはち、はじめの判決後わずか十一年にして、だが、あたかも、根本的なる經濟的社會的轉變の後において！かくてオーストリア大審院は、もはや個々の法的諸範疇ではなく、社會的經濟的作用(Wirkung)をもつて決定力あるものゝ宣告し、そして、所有權が擔保目的を有する場合には、所有權に對した、擔保權の地位のみを容認する。(一四六頁)(二二)

(註二二)我妻氏「判例實渡抵當法」(松波先生還曆祝賀論文集)參照。

(4) 企業責任

損害賠償法の範圍における最も注目すべき現象となつてゐるのは、この企業責任の問題であつて、過失主義より原因主義乃至結果責任への推移の問題は、實に企業責任を中心として展開されたものである。「損害賠償法における過失主義(Verschuldensgrundsatz)の原因主義(Verursachungsgrundsatz)への敗退は、かの諸現象、すなはち、既に長年前に確認せられたが、しかし人々は思想的にこれを、すぐわれわれの眼の下で行はれてゐる私法の大なる建直しとの關聯においては今までのところ理解しなかつたところの諸現象の、一つである。云ふのは、そこにあるものもまた、團體思想(Verbandsidee)の・個人法(Individualecht)に對する・勝利、すなはち法

についての社會的團體的 (sozial-kollektivistisch) なる考察の・純個人主義的なる見解に對する・勝利に他ならないからである。」(一四三頁) 原因主義は云ふまでもなく最初は大なる資本結合 (鐵道、株式會社) 或ひは人的團體 (國有鐵道、州有鐵道) に對して適用せられた。常に個人思想は、まづ、一般的利益の顧慮が要求されうる場合に讓歩する。だが、勝利は更に擴大されてゆく、すなはち、その危險が一の危險共同 (Gefahrengemeinschaft) に結合されてゐるところの諸企業 (災害保險、自動車責任保險) に對しても、結果責任 (Erfolgshaftung) が及ぼされることとなる。(同頁)

五 取引關係

(1) 契約の締結に關しては、一般に方式自由 (Formfreiheit) の原則が行はれ、また、これに對應して證據自由の原則が行はれる (一三八—一三九五頁)。「だが、ここにおいても、發展はおし進んで方式ならびに證據の自由の制限にまでいたる。」(二三九頁) すなはち、フランス法に従ふ (フランス民法一三四一條) —— 商行爲に對する例外はあるが ——、價格 (現在においては) 一五〇〇フランを超過する法律行爲に關しては、すべて、人證が許されない。(イタリヤ民法一三四一條も同様 —— 現在二〇〇〇リラの額について)。イギリスの一八九三年の動產賣買法 (Sale of Goods Act) は、少くも價額一〇ポンド以上の賣買にして書面の方式によらざるものは、

効力なしを宣言してゐる。ソヴェート・ロシヤ民法第一三六條は、ひゞり賣買のみならず、一般にあらゆる契約にして、價格五〇〇金ルーブルを超過するものにつき、書面の方式を命じてゐる。従つて、その當然の歸結としてかような法律行爲に對する證人による證據方法は、民事訴訟においては許されない。(二三九頁)

(2) 契約内容については、從來、契約誠實(Vertrauens)が認められ、また、契約は全能であつた。すなはち、「原則としてあらゆる請求は、その背後にいやしくもなほ保護に値する利益の存するかぎり保護せられるといふことは、確かに、個人主義的法秩序の精神に、技術的に形成された法の本質に相應する。債權者は、猶豫期間に遅れることがわづかに數時間なる場合においても、自身に濫用の責を歸せしめられることなしに、遲帶の諸効果を要求しうる」のである(一四二頁)。「だが、しかし、個人主義的法秩序内においても既に、個人權の容赦なき追求に對して、全體のヨリ大なる利益を對立せしめることの或る種の法規が發展する。」(一四二頁) まづ、既に保險契約法(V. V. G.)制定以前に、人々はそのような認識に到達した。すなはち、失權の制裁のみにおかれた義務違反が保險事故の發生に對して因果關係なき場合においては、保險者は失權約款に訴ふることをえないといふことである。それはいまでは法規となつてゐる(ドイツ保險契約法三二條、オーストリア保險契約法三二條)。(一四二頁)

次にまた、甜菜種子の栽培者が數人の買手と賣買契約をしたが、不作の結果、すべての者を満足せしむるをえない場合には、一人の買手は、たゞひ彼れが直ちに第一に賣手に對し要求したゞししても、その完全なる満足を求めるところはできない。『原告は、自分が唯一人の買手でないことを、自身に云ひきかせるのが當然だつたのである』(Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, S. 307 所載の大審院の判決参照)。(二四二頁)

(3) 債務者の資力喪失の場合における債権者の権利の保護は既に早く團體化された。しかし、こゝにおいても發展は、最初の諸思想、すなはち債権者の地位を團體問題にまで(zur Verbandsache)高めんとする思想を、乗り越して進む。和議手續においては、多數、すなはち團體が、各個人に保有せられる請求權の範圍を決定し、而して債権者保護團體は、和議の準備に因り生じたる費用について特別の優先權を有する(例へば、オーストリア和議條例二三條ノ二)。個々の債権者に對する特別利益の供與は、たゞに效力なきのみならず、また一定の場合には罰せられる(オーストリア刑法四八六條ノ三)。「こゝにおいてもまた、既に、各個人の諸權利に關する權能も團體に歸屬するといふ思想が表はれてゐる。」(二四二頁)

(4) 契約關係の消滅についても、契約誠實或ひは契約の全能が認められ、従つて、解除についても、解除權あらば解除しえ、また、これがなければ解除しえないこゝみなるのであるが、この點についても多少の例外が

認められてきた。すなはち、

(イ) 解除権あるにもか、はらず、その行使に際して補償の義務を認めるものの例としては、オーストリア代理商法 (Handelsagentengesetz) の規定がある。すなはち、期間の定めなき代理商關係は自由にこれを解除しうる。しかし、もし本人がその解除権を行使し代理商に解約告知するに、代理商に有責行爲ありて解約告知をなすにつき正當の理由ありませらるるにあらざるときは、代理商は、『本人またはその法律上の承繼人が、代理商によりて導入せられたる顧客との取引關係によつて利益を得、而してその利益が契約關係の解消後においてもなほ存続する場合において』相當なる補償を受くる権利がある。(一四二頁)

(ロ) 解除権なきにか、わらず、なほ解除の許される事例としては、オーストリアの一九一九年の土地取引法 (Grundverkehrsgesetz) の規定があげられる。すなはち、同法は不動産賣主の解除を、たゞひ買主がその契約をこの上なく完全に履行したとしても、一定期間を通じて、許してゐる(一四二頁)。

以上は解除についてであるが、給付不能についてもその解釋は變化してきた。すなはち、「真正なる不能より『不真正』なるそれを経て、契約に對し『誠實信義』(ドイツ民法二四二條)を顧慮してその效力を否認するの。裁判官にまかし與へられた・可能性へ」(一四二頁)(三)の變化がこれである。

(註一三) へれにひいては、Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929, S. 252. ff. 參照。

六 所有權關係

私所有權制度に關する究明は、かような小稿のよくしうるころでない。ここには、たゞ、レンホフの擧げた資料の範圍内において、それを整理することにせらる。

さて、オーストリア民法第三六二條も掲ぐるころの、讓渡ならびに處分の自由といふ原則は(二三六頁)、いまや、レンホフの云はゆる『全體利益』(Gesamtinteresse) (同頁)によつて制限を受ける。ところで、この『全體利益』の種別に從つて、その制限も、おほよそ次の二つにわかたれるであらう。

(1) 社會的考慮に基く制限

この主なる表はれとして、住宅の保護を目的とする賃借權の強化がある。すなはち、「賃借人の持つてゐるものは、單に一面的に賃貸人に對して效力を有するような權利ではない。彼れは、あらゆる人に對して占有の保護 (Besitzschutz) を享有する。住家 (Obdach) はもつちにまた社會的機能を持つ。」(二四七頁) そこで、最近の立法ならびに裁判はこの社會的機能に對しいかなる態度をこつてゐるであらうか。

先づ、立法としては、オーストリアにおいては一九二九年の借家法 (Mietengesetz) の諸規定が擧げられる。

すなはち、そこでは、家屋を利用可能の状態に維持するため、保存以外の目的をもつてする、借賃の法律行爲の處分、すなはちその讓與または質入をば、無効なりと宣言する（同法四二條二項）（一三六頁）。また、同法の保護を受くる住宅についての賃借諸權利は、それが、賃借人ならびにそれとにも共同の世帯を營んでゐる家族にまつて缺くべからざる住室に關するかぎり、執行を免除される（四二條四項）（一四七頁）。さらに、同法による賃借人の使用權は、賃借人の利益のためにする解約告知自由の種々なる制限を前提するときは、住宅の需要が賃借人またはその相續人に存するかぎりその間は、一の繼續的にして相續性ある權利を造り出すこととなる（一九條二項一一號參照）（一四七頁）。

次に、裁判上においては、オーストリア大審院一九二九年二月二二日の判決が注目される。それは、或る賃借人が不當に立退を強制されたが、その後、その明渡判決が都合よく無効の訴によつて取消された。ところがその取消前に、その住宅は家屋所有者によつて新たな別の賃借人に引渡されてゐたので、前の、その權利を剝奪されたところの賃借人は、新賃借人に對しその住宅を明渡すべしと要求した、さいふ事案について、この前賃借人の請求を認めたものであつた（一四七頁）。そしてその判文中には賃借人の『時間的に制限せられたる所有權』といふ文字さへ存する（同頁）。かくて、「機能的には、住宅についてのこの繼續的にして相續性ある使用權は、使用

を提供するところの所有權と異なるところがない」(一四七頁)云々なり、さらに、「所有權の擔保機能 (Sicherungsfunktion) が漸次に獨立なる諸權利に形成されるべく」(この云々については企業關係の項で説いた)、その使用機能 (Gebrauchsfunktion) もまた、そうなる。かくて所有權についてなほ殘存するところのものは、單になほ概念的價値 (Begriffswert) を持つにすぎない」(一四七頁)とされる云々なるのである。

なほ、右の賃借權の強化のほかにも、この項目に屬すべきものとして、なほ收用 (Enteignung) がある (三三五頁)。だがこの點については、レンホフの特に説明するところがないから、本稿ではこれに觸れないことにする。

(2) 國民經濟的理由に基づく制限

オーストリアの一九一九年二月一三日の土地取引法 (Grundverkehrsgesetz) によれば、農業地の讓渡について、特別なる官廳の同意を受くべきものとせられ、「また、もはやそれを所持しきれなくなつた場合においても一の仲介所 (Mittlerstelle)、すなはち公の機關が、誰が讓受人となるかについて働きかける。」(三三六頁) さらに、また、森林維持の目的のために、森林地の役權 (Servituten auf Waldgrundstücken) は、官廳の同意を得てはじめて、そして、それがまさに『土地開發下の顧慮に一致する』(“mit den Landeskulturrücksichten vereinbar sind”) かぎりにおいて、許容せられうる云々になつてゐる (三三六頁)。

以上で、所有權の制限についての叙述は一應終つたが、所有權に關聯しては、レンホフは、なほ、信託 (Treuhandschaft) を、私法の個性喪失、完全權に對する機能の優位、從つて權利の分裂の問題として、これに觸れてゐる (二四五頁)。

二

以上、第一部によつて、實質關係の發展乃至狀態が法の上にいかに反映したかを、各部門について、ほとんどの知るをえた。しからば、次に、この實質關係の變動に對し、法は、技術的に、いかにして適應していつたであらうか。これが第二部の問題である。その最も典型的なるものを、レンホフの資料に據りつゝ、順次に左に説明する。

(1) 強行法の増加

「活動の自由、取得の自由ならびにあらゆる權利行使の自由に全然その基礎をおくところの個人主義の體系は、強行法なるものをまつたく知らないといつてもいいだらう。一八一一年の形 (Fassung) におけるオーストリア民法典は、うたがひもなく無論強行法のうちに數へ入れらるべき諸規定 (婚姻、物權法上の諸原則、なき) を包含してはゐるけれども、明文をもつて強行法に言及することはまつたくなかつた。私法への強行法 (zwingendes

Recht)の、侵入は契約自由の最初の制限であつた。強行法によつて、國家的に組織せられた社會の法は、各個人の・その法律關係を欲するがまゝに形成するの・自由に、對立せしめられる。」(一四〇頁) 「いまなほ個人活動の地盤の上に立つてゐる現代諸立法の法についてもまた、もつとも目だつてこの現象であるのは、強行的法規範の堆積である。この強行的法規範によつて、その時まで法に内在する本性(Wesenheit)を單に考へられてゐたところの法の社會的機能、の思想(Dogmatik)は、いまや法内容(Rechtshalt)となつた。この思想は、主だつた諸法典に特有なる個人的主觀的構成の土臺をぐらつかせるものである。(ドイツ憲法一五三條三項の規定——『所有權の行使は同時に公共の福利に對する奉仕なるべし』——を参照せよ。)(同頁) 「新しく強行法の制定されるたびにそれにつれて、團體法(Verbandsrecht)は個人法(Individualrecht)を犠牲にして、擴大せられた」のである(一四四頁)。

(2) 白地規範の活用

個人的法律行爲的活動の制限は、また、白地規範(Blankettnormen)によつても行はれる。そうして、この白地規範の特質は、法倫理(Rechtsethik)の規範において、もつとも明瞭に表はれる(一四二頁)。それは、或ひは『善良の風俗』(“gute Sitten”)、或ひは『誠實信義』(“Ereu und Glauben”)、或ひはまた『公の秩序』

(“*öffentliche Ordnung*”)なる種々の言語上の形式をこゝにはあらずが(同頁)、いづれにしても、それらにより、「國家のその時々々に追求する諸目的を補充するときは、これによつて國家の指導觀念(*die tragenden Staatsideen*)が法内容となる」のである(二四三頁)。だが、この、倫理が法秩序の一部となることもまた、従來は單に思想として考へられてゐたものであつて、フランス民法以後、はじめて法内容となつたものである(フランス民法一三三條參照)。(二四〇頁) 古く、「オーストリア民法についても、一八一一年當局作成の索引中においては、『善良の風俗』なる言葉に關し、單に同法第二六條が指し示されてゐるだけである。この規定は『許された社團』(*erlaubte Gesellschaft*)に關するものであつて、契約の效力なき法律的内容としては、『明白に不能または不法の事項』(*was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist*)を、宣言するにすぎなかつた。」(二四〇頁)しかるに、「今日においては“*la règle morale*”(Ripert)は法規上の概念、いやそれどころか、憲法上の法(下イツ憲法一五二條二項後段)にまでなつてゐる。だが、それにもかゝらず、その内容については、從來嘗てなかつたほゞ論争せられてゐる。十九世紀の實證主義(Positivismus)は、この内容についてどうすることもできなかつた。彼らは『慣習』(*Bruch und Übung*)を搜し求め、また、『禮儀感情および國民道德』(*Anstandserfith und Volksmoral*)を引合ひに出した。だが、道德はその理想を個人の完成に求め、法はその理想を調和せる人

間の共存生活に求めるいふことを、看過したのであつた。されば、權利行使の制限としての倫理概念 (Sittlichkeitsbegriff) は、時間的ならびに空間的に變化するところの、正義としての社會理想のうちに、見出されなければならぬのである。」(同頁) かくて、法倫理規範の活動に對する觀念的背景は明らかにされたのであるが、レンホフは、さらにつゞいて、かゝる規範内容、すなはち『正義』の、時間的ならびに空間的に變化するの事例をわれわれに示してゐる。その一は辯護士助力の無償性についてである。すなはち、ローマ人の考へでは、辯護士がその盡力に對して報酬を受けることは許されず、かつ、回避行爲を防ぐために、訴訟の分前 *quota litis* を自己に約せしめることも禁止されたのであつたが、後に至り報酬の禁は解かれはしたけれども、この後者の禁止は存置され、それが普通法 (*Gemeines Recht*) 時代まで續いてゐた。だが、かかることは、今日のヨーロッパの立法からは、ほゞ消え去つたのである。(二四〇頁) その二は、私有財産の無償沒收についてである。フランス、スイス、イギリスならびにドイツの裁判所は、ソヴェートをもつて、ソヴェートにより解散せしめられた革命前の株式會社例へば銀行の、權利承繼者は認めなかつたのであつて、これらの銀行の、ソヴェート・ロシア以外に在る財産は、本國においてはすでに早く解散せられた銀行の株主たちに引渡されたのであつた。そしてこのことは特に、元のロシア銀行における外國の銀行貸越金の運命を決したのである。だが、たゞ、唯一の例外とし

てチューリツヒの上級裁判所が數年前反對の判決を下したほか、その他のヨーロッパ諸國では一致したところのこの見解も、ソヴェート・ロシアの裁判所からは、非道德的だミ非難されてゐるのである。(二四〇—二四二頁)

さて、かように法倫理の規範の内容は變化するのであるが、他面また、かく變化しうるが故に、これにより、法は比較的容易に實質關係の變動に適應しうるこミなる。しかし、その結果、「裁判官の權力はこれによつて強められ、『立法』權ミ『司法』權ミの間の境界の不明なこミが、明瞭に表面に現はれてくる」のである(二四二頁)。

(3) 法律行為の動機の顧慮

最近數十年の間に、強行的性質を有するすべての法的規範の適用範圍が、さらに法律行為の動機を顧慮するこミによつていちじるしく擴大せられた。そうしてこミに云ふ動機は、——レンホフによれば——「法律行為の外に存在する動機」ではないのであつて、「行為の基礎を形成する動機(すなはち、qualifiziertes Motiv、フランス判例の Motif determinant)」なのである(二四二頁)。こミで、「わづか二三十年前までは、私法は、行為の内容ミならなかつた・すべての・觀念をば、注意を拂ふに足りない動機ミして、法律的に消失せしめてゐた」のであつたが(同頁)、いまや、「たミひ行為そのものミしては道德的に非難の余地なきものであつても、それが倫理的に排斥せらるべき目的を追求する場合には」その行為の效力を否認するにいたつてゐる。(同頁)そこで、こ

れについての二三の例を示そう。その一は、労働者の解約告知に關するものであるが、それは、一九二九年四月二四日のドイツ・國労働裁判所(R. A. G.)判決に表はれたものである。事案は、賃銀についての爭議(Lohn Differenz)に關聯して、使用者が労働者より訴へられたところ、その時になつて、使用者がその労働者をば、表面上「經濟的事情に因り」(“wegen wirtschaftlicher Verhältnisse”)といふ理由で解約告知したものであつた。だが、裁判所は、この告知の效力を認めなかつたのであつて、その論じて言ふには、期間の定めなき雇傭關係は、これを何時にても理由をあげるを要せず、法定または約定の解約告知期間を遵守して解除をなしうるといふことは、たしかに正當でもあらう。けれども、『動機』目的は、その解約告知をして充分に反良俗的なものを見えしめうるものである』(同頁) 例のその二は、賭博に關する。オーストリア民法は、——第三回部分的改正法律以後の第一一七四條二項において——『禁止せられたる賭博の目的のためになされたる貸金』についてその返還請求を拒否してゐる。ドイツ大審院はこれを擴張し、賭博俱樂部の經營につき警察の許可があつた場合にもなほ、かかる俱樂部設立に用ひらるべき貸金について右と同趣旨を認め、また、或る賭博俱樂部に對する場屋の賃貸を、效力なしに宣告してゐる。(同頁) 第三の例は、娼家經營のための家屋賣買に關し賣主が買主の意圖を知つてゐた場合についてである。この問題は、ドイツにおいておほいに争はれてゐるところの、債權的基本契約が反道德的な

る場合に物權的履行行爲もまた民法第一三八條によつて無効なるかぎうかの問題と關聯するのであつて（同頁）これに對し、一九二四年一月一八日のドイツ大審院判決は、讓渡行爲はそれ自身としては無色であり、また、買主に賣買の目的が知られてゐたのだから、その基本行爲（賣買）からは、いまだもつて返還請求權を認むるに足りないとして、かゝる賣買行爲に法律上の效力を認めたのであつた。だが、これに反し、一九〇八年四月一日のオーストリア大審院判決、ならびに、またフランスの判例も、この全體の行爲を效力なしに宣言し、返還請求を無造作に許してゐるのである。（同頁）（一四）

（註一四） なほ法律行爲の動機の問題については、殊に、牧野氏「民法の基本問題」第一卷四四一頁以下・四六三頁以下・四九八頁以下參照。

（4） 繼續的債權關係の展開

賃労働、賃貸借、各種の繼續的供給なきの關係が、われわれの社會生活經濟生活において次第にその重要性を取得してきた結果として、一時的債務關係を中心とする從來の債權法がこれらの關係を妥當に規律しえないことが明らかにされた。かくて、これを補ふべく、傳來的なる一時的債務關係法理のほかに、繼續的債務關係の法理が要求せられ、これが展開をみるにいたつたのである。これをレンホフに聽かう――

「繼續的債務關係 (Dauerschuldverhältnis) は一般に一時的債務關係 (vorübergehende Schuldverhältnis) は全然異つた法を生ぜしめる。債權法の諸一般原則の大部分は前者には適用しえず、單に後者にのみ適用する。義務不履行に因る解除または一般的有効要件欠缺に因る——例へば錯誤または強制に因る——取消は、繼續的關係が始まるや否や、ここでその力を失ふ。使用者が、被用者の資質につき錯誤に陥つてゐる場合には、その契約を單に解く (lösen) こゝはできるが、しかし、諸般の效果 (例へば、社會保險に關する諸權利・報酬の給付) を伴つてゐる。その時までの・その存立 (Bestand) を除去するこゝはできない。それは、組合關係が強制によつて成立せしめられた場合においてもなほ、組合の存立はこの世界から抹殺されえないのと同様である。擔保の諸效果 (Gewährleistungsfolgen) は收縮してこゝでは解消原因 (Aufsungsgründe) となる。給付の違法なるこゝは、既に生じたその效果を除去するこゝはできない。約定又は法定の方式の不遵守が行爲をして效力を生ぜざらしむるものミなすの原則 (ドイツ民法一二五條・オーストリア民法八八六條) は、最初の給付をもつて既に作用し始めてしまつたような繼續的諸關係には、交渉を持ちえない。繼續關係は、だから、效力を生ぜざるものではなく、單に解消しうるものミなつたのである。繼續的關係に對する支拂不能 (Insolvenz) の影響もまた、單純なる債務關係に對するそれミは根本的に異なる。こゝいふわけは、繼續的關係は云ふまでもなく支拂不能に頓着な

くそれを越えて作用するからである。すなはち、定期金は引きつゞいて給付せられなければならず、保険料は引きつゞき危険の填補のため拂ひ込まねなければならず、報酬ならびに借賃は引きつゞき支拂はれなければならぬ。なぜなら、無論、定期金受領者は破産開始或ひは和議手續開始の後にしてもなほ生活してゐるし、危険はなほ存続するし、場屋は引きつゞき利用せられ勞務は引きつゞき使用せられるから。」（一四六—一四七頁）

むすび

いままで述べたところによつて、法が、實質關係の發展によつていかなる變更を受けたか、また、かような變更に伴ひ、法律技術的にはいかなる變化が現はれたか、こいふことを不完全ながら明らかにすることができた。最後に、レンホフの結語を、ここに引用して、この稿を終りたい。――

「以上述べたところでは、單に私法における變遷に觸れたにすぎない。私法自身が――しばしば主張せられるように――絶えず次第に公法の進出に敗れざるをえないかきうか、すなはち、『純粹な私法――こしては――終熄する』かきうか、或ひは少くとも、『私法に公法的要素の――ますます強度になりゆく――混合が看取される』かきうか（Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 229 を見よ）は、こゝで論究すべきかきり

でない。なぜなら、私法の全領域の、公法による、區劃は、主として、國家のその時々における經濟的態度ならびに國家の政治的構成によつて制約されるから。獨裁制 (Dictatur) は、獨立なる裁判所の權限をできうるかぎり狭めようを欲するであらうし、民主制 (Demokratie) は、かような權限ならびに一種の自治 (例へば諸團體の自律) をできうるかぎり擴大しようを欲するであらう。このこゝは、直接に、今日の國民經濟ならびに社會の構成の變遷によつてではなく、むしろ政治的に、基礎づけられてゐる。しかし、私法自體に對するかゝる諸力の影響は、原則としては把握しうる。かゝる意味に、この論稿も理解せらるべきものである。」(一四七—一四八頁)